جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان – الجزائر

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

العلاقة بين العدالة البديلة والعدالة الدولاتية

رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم

إعداد الطالب:

بتشيم بوجمعة

تحت إشراف:

أ. شهيدة قادة

أعضاء لجنة المناقشة

– أ. رايس محمد	أستـــاذ التعليم العالي	جامعة تلمســـان	رئيســـا
– أ. شهيدة قادة	أستـــاذ التعليم العالي	جامعة تلمســـان	مشرفا ومقررا
– أ. بودالي خديجة	أستاذة محاضرة قسم "أ"	جامعة معسكـــر	مناقشـــــا
– أ. هواري ليلى	أستاذة محاضرة قسم "أ"	المركز الجامعي – غليزان	مناقشـــــا
– أ. برابح أمينة	أستاذة محاضرة قسم "أ"	المركز الجامعي – غليزان	مناقشـــــا

السنة الجامعية: 2018-2019

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ وَقَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِيٓ أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ ٱلَّتِيٓ أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَٰلِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَٰلِحًا تَرْضَىٰهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ ٱلصَّٰلِحِينَ ﴿١٩﴾ ﴾

صدق الله العظيم

(سورة المطففين، الآية 26).

شكر وتقدير

بسم الله الرحمن الرحيم

أحمد الله على جزيل نعمائه، و أشكره شكر المعترف بمننه و آلائه و أصلي وأسلم على صفوة أنبيائه وعلى آله و صحبه.

أتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ الدكتور قادة شهيدة الذي تشرف بقبوله الإشراف على هذا العمل و تقديمه لنا النصح و التوجيه ،

فجزاه الله خير الجزاء .

كما يشرفني أن أتقدم بالشكر الجزيل لأساتذتي الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة لتخصيصهم جزءا من وقتهم و جهدهم لقراءة و تقييم هذا البحث.

قائمة أهمّ المختصرات:

ص: صفحة

هـــ: هجري

د: دكتور

م.ع: المحكمة العليا.

ق.إ.م.إ.: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

Listes des abréviations

A.D.R : Alternative Résolution Dispute.

Art : article

N : Numéro

Op.cit : ouvrage précédemment cité

P : page.

Pr.civ : procédure civile.

Unictral : Commission des Nations Unies pour le Commercial International.

مقدمة

ظلت عدالة الدولة هي المسار المتبع في حلّ النزاع، لاعتبارات السيادة دستوريا وضمان الأمن الاجتماعي، وبالتالي كان ضمان ممارسة هذه السيادة في يد فئة قليلة مكلفة بحل النزاع، ألا وهم القضاة، غير أنّ التطور الحاصل في المجتمعات في جميع الأصعدة أدى إلى التفكير في طرق أخرى للإسراع في حل النزاعات، ممّا أدّى إلى ظهور الطرق البديلة لحل النزاعات.

إنّ حلّ النزاع بآلية العدالة البديلة تنظر إليه الشريعة الأنجلوساكسونية والشريعة الإسلامية على أنّه مظهر قديم ومتأصل – على عكس الشريعة اللاتينية –، ففي الشريعة الإسلامية، كان رئيس القبيلة هو الفيصل في حلّ النزاعات، وكانت الخلافات الأسرية يوضع لحلّها وسيط من أهل الزوج، وآخر من أهل الزوجة[1].

وعرفت الشريعة الإسلامية تطورا من خلال هيئة تدعى محكمة المظالم، يرأسها شخص يدعى ناظر المظالم، كما أعطت الشريعة الإسلامية خصوصيات لبعض القضايا، ومنها الخصومة بين الأرحام من أجل إعطاء فرصة للصلح والتسامح، فيتريّث القاضي قبل الفصل فيها[2].

[1] – بشير الصلبي ،الحلول البديلة لحل النزاعات المدنية، دار وائل للنشر، 2010، ص 25 –26.

[2] – انظر، عبد الرحمان بن صالح الأطرم، الوساطة التجارية في المعاملات المالية، دار إشبيلية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الرياض، 1995، ص 134.

إنّ العدالة البديلة من وجهة نظر الشريعة الأنجلوأمريكية هي مسألة إعطاء حلول ترتبط بالمسألة محلّ النزاع فقط، وهذا من زاويتين: أوّلهما أنّها فكرة قديمة، على عكس الشريعة اللاتينية التي تأخذ بالطابع المزدوج؛ أي بين الحداثة والتقاليد، والزاوية الثانية هي أنّ العدالة البديلة لم تتطور بالتعارض مع أوضاع حلول الاختصاص القضائي بل كانت مسايرة له.

إنّ مفهوم العدالة البديلة والمشار إليه باختصار "MARC" ظهر في فرنسا في منتصف التسعينات، ليعادل مختصر الكلمة بالإنجليزية "ADR"، غير أنّ هذا الربط وتحقيق هذا التكافؤ مشروط بوجود تطابق بين مفهوم النزاع والتقاضي ومدى إعطائهما نفس المعنى لتحقيق نفس الغاية[1].

ومصطلح MARC في الشريعة اللاتينية يعبّر عن حالة ذهنية، أكثر منها قانونية، فهي عمليات تؤدي إلى حلّ ودي للنزاعات، تختف عن إجراءات الاختصاص القضائي التي تتميز بأنّها أوضاع سلطوية، فالقاضي هو الذي يقرّر الفصل في النزاع.

ومسايرة لذلك، صدر في الولايات المتحدة الأمريكية قانون اتحادي عام 1998 وهو قانون الحلول البديلة لتسوية النزاعات[2].

[1] - Loic Cadiet, panorama des modes alternatives de règlement des conflits en droit français, Ritsmeikan law review n° 28, année 2011, p 147.

[2] - loi n° 98-163, du 18 décembre 1998 relative à l'accès au droit et à la résolution amiable des conflits.
Loi – cadet, Op.cit, p 148.

إنّ عملية تقنين الطرق البديلة بدأ في التطور مع فكرة العقد، ليظهر مجددا في القرنين الثالث عشر والرابع عشر، وتوطيدا للسلطة الملكية في ذلك الوقت، فإنّ العدالة كانت هي في الواقع إحدى أدوات غزو الدولة الملكية ضدّ القوى الإقطاعية، وفي وقت لاحق تطورت طرق حل النزاعات القضائية والودية، غير أنّها عانت في أواخر القرن الثامن عشر لأسباب إيديولوجية، وبذلك انكمش دورها فعادت إلى فكرة عدالة الدولة أو العدالة الرسمية، وأصبحت الوساطة والتحكيم ما هي إلاّ أدوات بسيطة ومباشرة للعدالة في ذلك الوقت[1].

وكان هذا تماشيا مع أفكار جديدة كالمواطنة والجمهورية، ومستوحاة من عقيدة العقد الاجتماعي لروسو.

وبهذا التوجه وبهذه الأفكار، أصبح الموثق هو رجل العقد، وأمين الضبط في المحكمة هو رجل الإجراء.

ثمّ بمجيء نابليون بدأ التوجه إلى التحكيم الإلزامي في المنازعات العائلية عام 1790[2]، غير أنّ قانون الإجراءات المدنية لعام 1809 اهتمّ بوضع حيز

للتفصيل في فكرة التصادم انظر ص 25 وما بعدها من االأطروحة.

[1] – انظر في هذا المعنى، زهير عبد الله علي آل جابر القرني، دور القضاء في التحكيم، ماجستير، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2008، ص 6؛ وأيضا:

Victor Daudet et Jaune Navarre Brager, le droit, source de conflits, revue doctorale de droit public comparé et de théorie juridique, Université Paris1, n°2, 2009, p 21.

انظر أيضا زيد بن عبد العزيز السهلي، التحكيم في المنازعات، ماجستير، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2001، ص 17.

[2] – للتفصيل أكثر في هذه المسألة:

للحفاظ على حسن المعاملات بين أفراد المجتمع من خلال إجراءات تصالحية لحل النزاعات المدنية، بمقتضى المواد من 48 إلى 58، وكان الصلح [1] أكثر تواترا في الريف منه في المدن وفقا لإحصائيات عام 1834، والتي كانت تشير إلى نسبة 65% ، وأصبح هذا الإجراء متاحا مسبقا، وملزما أمام قضاة الصلح في محاكم المقاطعات عام 1958 ومنذ ذلك الوقت دخل قانون الإجراءات المدنية مرحلة إعادة البناء، وكان دافع واضعي تعديل 1975 سياسي أكثر منه فلسفي، معتبرينه حلم العدالة وأسموه بعدالة إنسانية مضادة لعدالة تكنوقراطية، ونتج عن هذا الاختيار تكريس فكرة المصالحة من خلال المواد 57، 58 من قانون الإجراءات المدنية.

وهو ما برّره البعض بأنّ هناك ظهور بوادر أزمة عدالة في فرنسا من خلال فاعلية دور المحاكم، واعتبر البعض أنّ السبب قد يكون برغماتيا نفعيا، وهو تخفيف ميزانية وزارة العدل، وبدا ذلك واضحا من قيام الحكومة ذاتها بإبرام ميثاق وساطة بين الشركات عام 2005 ، بين أكثر من خمسين شركة كبرى للاتحادات المهنية، تحت رعاية مركز الوساطة والتحكيم.

Frank Nirephore Yougoné, arbitrage commercial international et développement, Doctorat en droit, université Montesquieu, Bordeaux IV, 11 septembre 2013, p 11.

[1] – للتفصيل حول فكرة الصلح راجع:

ص 45 وما يليها من الأطروحة.

- Adelin Audrérie Médiation et conciliation quelle distinction en matière juridique, mémoire de recherche, master 2 droit du travail et emploi, université Toulouse I, capitole, 2014-2015, p 8.

هذا، وقد ارتبطت العدالة البديلة ببعض المفاهيم والمصطلحات منذ ظهورها في كلا النظامين اللاتيني أو الأنجلوأمريكي، ممّا يستدعي توضيح البعض منها.

فمصطلح البديل على مستوى النقاش القانوني كان يتسم بنوع من السرية في المرحلة ما بين 1970-1984 في فرنسا، وكان أول ما ظهر في كتابات تتعلّق بالعلوم الجنائية، بالإضافة إلى سويولوجيا القانون المعروف بالقانون والمؤسسات في فرنسا.

وبعد سنة 1985 انتشر المصطلح ليعرف طريقه في المطولات " les manuelles"، وفي الفترة ما بين 1996 و2000 عرف المصطلح كنوع من التطور نتيجة الإنتاج الفقهي المترجم في إطار الطرق البديلة "Modes Alternatives"، وذلك في كل فروع القانون وخاصة في ظل قانون الإجراءات المدنية وقانون الأسرة[1].

تقليديا ربط مفهوم s Alternative بالعدالة وربط بالمتقاضين، ثمّ فيما بعد ربط المصطلح بمفاهيم الطرق البديلة والإجراءات البديلة، ثمّ طرح التساؤل الطرق البديلة لأية مسألة؟ كان من المرجح أن يربط المفهومين الطرق البديلة بمفهوم Règlement، ولكن هناك مفهوم آخر يتماشى معه في هذا السياق وهو

[1] - Marie Claire Rivier et autres, les modes Alternatives de règlements des conflits, un objet dans le discours juristes français, centre de recherche critiques sur le droit, université Jean Monnet de Saint étienne, 25 juillet 2014, p 3.
http :Halls-archives-overtes.fr

Résolution، ولكن كان يحبذ استعمال مصطلح Règlement، لما له علاقة بطبيعة الإجراءات والتي تؤدي إلى نفس النتيجة في هذا الإطار[1].

ثمّ ظهر مصطلح آخر ربط بهذه المسألة، وهو مصطلح المعالجة، وكان يستعمل للتذليل على المسائل التي قد تحتمل الشك في نتائجها.

ثمّ في مرحلة أخرى امتدّ النقاش لمفهوم النزاع، واستعمل في هذا الشأن مصطلحي "conflit" و"litige" غير أنّ هذه المفاهيم لم تكن مرتبطة باللغة التي يعرفها القانون.

وعموما، فإنّ المصطلحين لم يروقا الباحثين في المجال الجنائي، وقد لاحظ الفقهاء في المجال الجنائي أنّ مفهوم الوساطة الجنائية لم تكن تتضمن فكرة النزاع، لأنّها تتضمن إجراء في ظل متابعة قضائية أو حفظ القضية دون متابعة.

ثمّ تطور البحث في هذا المجال للقول بان استعمال هذا المصطلح وهو عبارة MARC باللغة الفرنسية ما هو إلاّ تعبير عن أزمة علاقة بين جهاز القضاء وبين MARC في حدّ ذاتها.

[1] - Marie Claire Rivier et autres, op.cit, p 4.

غير أنّ هذا النقاش مختلف من فرنسا إلى دول أخرى، وذلك بسبب أنّ مسألة تقسيم السلطات والسلطة العامة[1]، كفكرة تختلف من دولة إلى أخرى.

وحتى في فرنسا فإنّ مفهوم "الصراع" الذي ظهر واستعمل في مجال العدالة البديلة في بدايتها لم يستثن فكرة مشاركة طرفي النزاع في حل الخلافات، ولذلك عرف الصلح في قلب المنظومة القانونية الفرنسية، في حين اعتبرت الوساطة في بدايتها أنّ الصلح هي صلح من طرف ثالث، وهو ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية، تطبيقا للمادة 21 من قانون الإجراءات المدنية، بأنّ الهدف من الوساطة "هو مواجهة مطالبات كل طرف من الطرفين، بهدف التوصل إلى اتفاق يقترحه الوسيط"[2].

لينتقل نقاش العلاقة بعد أن تجذرت في القوانين الأنجلوساكسونية وقلعة القوانين اللاتينية (فرنسا) إلى منظومة القوانين العربية، هذه الأخيرة ورغم أنّ فكرة العدالة البديلة متجذرة في مجتمعاتها منذ القدم، إلاّ أنّ البعض منها انتظر حتى اكتملت معالمها في القوانين اللاتينية للأخذ منها[3]. مع الإشارة أنّ مفهوم

[1]- Marie Claire Rivier et autres, op.cit, p5.

[2] - l'article 127 code de procédure civile les parties peuvent se concilier d'elles mêmes ou à l'intirative du juge tout au long de l'instance, Loic Codiet, op.cit, p 148.

للتفصيل حول الصلح في شؤون الأسرة، انظر: بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2015/2014، ص 23.

وللتفصيل في دور محكمة النقض الفرنسية انظر، أ.د. عبد الستار إمام، آليات تدعيم دور محكمة النقض الفرنسية في تحقيق العدالة، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد 1 مارس 2014، ص 51.

[3] – للتفصيل في هذه الفكرة انظر الباب الخاص بالتكامل، ص175ومايليها من الاطروحة

الشريعة اللاتينية تطور في حدّ ذاته[1]، ويبقى أنّ هذه التوطئة تبدو جد مطلوبة للتحضير إلى تناول تجاذبات العلاقة وتصوراتها من التضاد والتصادم، إلى مستوى علائقي يغلب عليها التكامل وملء المساحات الفارغة.

وعليه، تتجلى مختلف الدوافع والمبررات وكيفية تناول هذه الدراسة من خلال ما يلي:

أهمية البحث في الموضوع:

تقليديا يعتبر القاضي هو الحلقة الفاصلة في أي نزاع مطروح، غير أنّ التطور الحاصل خاصة في مجال التجارة الدولية، والذي أدّى إلى ظهور الوسائل البديلة لحل النزاع، وأمام خوف المتقاضين خاصة فيما يتعلّق بشأن القانون الواجب التطبيق على نزاعهم، وكذلك مسألة تحديد المحكمة المختصة للفصل في النزاع، رغم أنّه أحيانا لهذه الطرق حدود لممارسة مهامها، جعل من البحث في مسألة العلاقة أمرا أساسيا، وخاصة من الناحية العملية لا الأكاديمية،

[1] – انظر في هذه المعنى كذلك:

– قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، المواد من 702 إلى 808 فيما يخص التحكيم والمواد من 456 إلى 461 فيما يخص الصلح في الجزائر كرس المشرع الوساطة القضائية، مع صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية في 2008/02/25 تحت رقم 09/08 الجريدة الرسمية العدد 21، سنة 2008.

في الأردن أدخلت الوساطة بموجب قانون الوساطة لتسوية النزاعات المدنية رقم 12 لسنة 2006 والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 4751 بتاريخ 2005/03/16.

ذلك ما يتجلى من خلال تطبيق فكرة قانون المنظمة الأوروبية، للتفصيل أكثر انظر الفصل الخاص بالوساطة القضائية في المنظومة الأوروبية، ص65 من الأطروحة.

وعليه نظرتنا لأهمية الموضوع هي عملية في المقام الأول، ثمّ له أهمية أكاديمية، وكذا أهمية خاصة.

1- **الأهمية العملية للموضوع:**

إنّ مسألة الفصل في النزاع عن طريق إعطاء حل قانوني، هو جوهر عمل القاضي، إلاّ أنّ القوانين الحديثة أصبحت تعطي لحلّ النزاع بالطرق البديلة – أحيانا – عن طريق المحكم أو الوسيط أو المصلح صلاحيات واسعة للفصل في الخصومة، لأنّهم يستندون لإرادة الأطراف الذين عيّنوهم، وبالتالي من حيث المبادئ الكبرى للإجراءات المتبعة، قد تكون نفسها والمعمول بها أمام القضاء؛ كمسألة تحديد وقت بدء الإجراءات، إدارة الجلسات، إجراء تحقيق وسماع الشهود، تحديد القانون الذي يطبق على الموضوع وصولا لاستصدار حكم في القضية، الأمرالذي جعل من البحث عن مسألة العلاقة أمرا مهمّا لمعرفة المسار الصحيح للدعوى، وما تنتهي إليه من أحكام بالتوازي مع ما هو مقرّر في القانون موضوعا ومتوافقا أو متناقضا لما تصبو إليه الدعوى إجرائيا، وأنّهما يسيران في اتجاه واحد.

إنّ البحث عن حلّ النزاع في بعض المنازعات، سواء كانت تقليدية أو مستحدثة قد يبرز أهمية دور كل من العدالة البديلة وعدالة الدولة، سواء بالإيجاب أو بالسلب.

2- **الأهمية الأكاديمية:**

إنّ الدراسات النظرية اهتمّت بمسألة الطرق البديلة، سواء بمفهومها العام، أو بتخصيص التوضيح لكل طريق من هذه الطرق بالشرح والتفصيل، غير أنّها في مجملها لم تتناول مسألة العلاقة.

3- **الأهمية الخاصة:**

استحدث المشرع الجزائري بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية بابا خاصا للطرق البديلة لحلّ النزاع، وبذلك فإنّ تخصيص باب بأكمله لهذه الطرق هو اعتراف من المشرع بأهميّتها، ويتماشى مع فكرة الوصول إلى عدالة بأيسر الطرق وأسرع وقت، بعدما كانت هذه الوسائل تتميّز بالمحدودية من حيث تطبيقها.

وبالتالي فإنّ أهمية الموضوع بالنسبة للقاضي الممارس لا تبدو فقط في تطبيق القانون، بل وكذلك في حسن تطبيق القانون، ذلك لأنّ معضلة حل النزاع تجبره على أن يلعب دورا إيجابيا في الخصومة القضائية، وهو اتجاه المشرع الجزائري من خلال تعديل قانون الإجراءات المدنيةوالإدارية.

*** محددات الدراسة:**

تعتبر هذه الدراسة إحدى الدراسات القانونية التي تبحث في مسألة العلاقة بين العدالة البديلة وعدالة الدولة في القانون المقارن، وخاصة العائلتين المعروفتين في الأنظمة المقارنة ألا وهي الشريعة الأنجلوأمريكية والشريعة اللاتينية، وأنّها ركزت على تطبيقها في جانبها المدني بمفهومه العام بجانبيه الموضوعي والإجرائي، وبذلك تخرج عن دائرة البحث الجانب الجزائي.

*** معوقات الدراسة:**

لهذا البحث العديد من الصعوبات التي تواجهه ومنها:

أ) **حداثة الموضوع:** إنّ مسألة تحديد العلاقة بين مؤسستين إحداهما قائم منذ وجود الدولة، والآخر برز مع ظهور أفكار بلورت حرية الأطراف المتعاقدة في حلّ نزاعاتتهم بالطرق التي يرتضونها.

ب) نقص المراجع: فمعظم المراجع كانت أجنبية، وأنّ المراجع العربية تكاد تكون نادرة.

ج) أنّه على خلاف التشريعات اللاتينية والأنجلوأمريكية، التي قد توجد فيها بعض الإيحاءات عن وجود هذه العلاقة، فإنّ التشريعات العربية لم تنظم مسألة العلاقة بين العدالتين.

ولذلك كان عملنا محدودا بما أتيح لنا من مراجع بحثية في هذا الشأن، مستأنسا دائما بتوجيهات المشرف الأستاذ الدكتور قادة شهيدة الذي لم يبخل عليّ بأي شيء يفيد إيضاح معالم هذا الموضوع، ووضع ترتيباته العملية بطريقة سلسة.

الدراسات السابقة:

- محمد الحلاق: الأساليب البديلة لحلّ المنازعات الضريبية، مجلة جامعية، دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 22، العدد الأول، 2006.

- زروق نوال، الرقابة على أحكام المحكمين في ظل التحكيم التجاري الدولي، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف 2، 2015/2014.

- محمد عبد العزيز شرمان، النظام القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2012.

- بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014-2015.

- علاء أبا ريان، الوسائل البديلة لحلّ النزاعات التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012.

– معاذ إبراهيم حسين اللحام، دور المحكمة في عملية التحكيم، ماجستير في القانون، جامعة بيرزيت 2010.

– يحياوي نادية، الصلح وسيلة لتسوية نزاعات العمل وفقا للتشريع الجزائري، ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.

– صديق سهام، الطرق البديلة لحلّ النزاعات الإدارية، ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2012-2013.

– مهند مختار لوح، الصلح كوسيلة لحل المنازعات الإدارية (الذاتية المستقلة)، المجلة الدولية للقانون، جامعة حمد بن خليفة، 2016.

غير أنّ ما يميّز هذه البحوث أنّها اهتمّت في معظمها بالفصل في الآليتين، في حين أنّ موضوع البحث هو دراسة هذه العلاقة بين الآليتين، أو بمعنى آخر تنظيم هذه العلاقة من خلال العائلات الكبرى المعروفة في القانون المقارن، كما أنّ هذه الدراسة تسقط هذه الأفكار التي ترتبط بهذه العلاقة، في قالب عملي يتناول مجالات تطبيقية لهذه العلاقة من خلال مختلف المنازعات.

إشكالية الموضوع:

ما هي حقيقة، ومسار العلاقة بين عدالة الدولة والعدالة البديلة؟ وكيف يمكن التأسيس لتعايش مقبول ومعقول بين هاتين الآليتين، بمعنى آخر:

- كيف كان مسار هذه العلاقة بداية؟

- هل نحن أمام حالة تصادم بين العدالتين؟

- وإن وجدت فما هي مظاهرها في النظم المقارنة في مجال المنازعات؟

أم هي علاقة تكامل إلى درجة الحلول وما هي آفاق هذه العلاقة؟

للإجابة عن هذه الإشكالات، ارتأينا تقسيم هذا الموضوع إلى قسمين مستعملين المنهج التحليلي المقارن، لطبيعة هذا الموضوع والتخصص، مع إثرائه بين الحين والآخر بمخرجات المنهج التاريخي.

وعليه تكون الدراسة في بابين:

- **الباب الأول: العدالة البديلة من التصادم إلى التعايش.**

الفصل الأول: حالة التصادم بين العدالتين في النظام اللاتيني ومظاهرها.

الفصل الثاني: حالة التصادم بين العدالتين ومظاهرها في النظام الانجلوامريكي.

- الباب الثاني: مسلمة التكامل بين العدالتين بدرجة الحلول.

الفصل الأول: مظاهر التعاون بين العدالة البديلة والعدالة الدولاتية.

الفصل الثاني: المرافعة لتنمية دور العدالة البديلة.

الباب الأول :

العدالة البديلة من التصادم

إلى التعايش

كانت المجتمعات البدائية تحسم النزاعات بواسطة شيخ القبيلة، والتي لم تكن تعرف بين أي سلطة قضائية أو تنفيذية أو تشريعية، ويأخذ من طرف بقدر ما يعطي آخر، أحيانا يعطي أحد الطرفين كثيرا أو قليلا، ويأخذ من الطرف الآخر قليلا أو كثيرا، ولكنه يحسم النزاع، بأن يحكم بين حق وباطل، وعليه كانت في المعالجة لكل طرف حصة، ولكن اي الطرفين لايخرج من شيء [1].

ومع ظهور الدولة، تميزت كسلطة سيادية وعامة باحتكار الفصل في منازعات الافراد، وذلك من خلال فئة وهم القضاة، ولم تكن تسمح بالخروج عن هذا الاحتكار إلاّ بصورة استثنائية، فلا يجوز لشخص بنفسه وأن يلجأ إلى الغير لاقتضاء حقه إلاّ بصورة استثنائية، معتبرة أنّ الأمان الاجتماعي، لا يتم إلاّ من خلال رقابة أجهزتها القضائية المحيطة به[2].

غير أنه قبل الانتقال إلى العدالة العامة، أو ما يسمى بالعدالة المؤسساتية، كان الناس يلجؤون إلى التحكيم، حيث كان الاحتكام إليه بداية اختياريا، وذلك لإيمانهم بأن القوة طريق غير ذو أهمية في حل النزاع، ثم بعد ذلك أصبح

[1] عبد الحميد الأحدب التحكيم المطلق بالصلح والانصاف والعدل والتحكيم بالقانون مجلة التحكيم العالمية 2012 العدد15

[2] وائل طبارة، واقع التحكيم اليوم في علاقته بقضاء الدولة من منظار القانون اللبناني ووجوب اعادة النظر فيه وتحريره من قبضتها– مجلة التحكيم العالمية الطبعة الاولى 2012 ص838

اللجوء إليه إجباريا، بعد ما حرمت الدولة العدالة الخاصة، ومن ثم أصبحت تلزمهم باختيار محاكم لحل النزاعات القائمة بينهم[1].

ومع ظهور العولمة، وشدة تأثيرها في أفراد المجتمع، وتعدد علاقات الشخص القانونية بالغير، فقد أدى إلى نشوء عدد كبير وغير محدد من النزاعات مع كل شخص، فكان على قضاء الدولة مواكبة هذا الكم الهائل من النزاعات، التي تعيق اعطاء الحكم بالسرعة المطلوبة.

وعليه ظهرت الوسائل البديلة لحل النزاعات بأسماء مختلفة، ولكن التسمية الأكثر استعمالا وشيوعا في اللغة الإنجليزية والمختصرة بالـــ A-D-R والتي تدل على مختصر Alternative dispute resolution وبالفرنسية تعرف بـــ A.A.RC وهي اختصار لـــ[2] Modes atternatifs de règlement des conflits

وهي تدور جميعها حول فكرة واحدة وهي البديل أو الخيار عن النظام القضائي الكلاسيكي وذلك كسبا للوقت.

ويدخل في نطاق اللجوء إلى هذه الوسائل، جميع المنازعات الناشئة عن عمليات بيع البضائع أو العقارات وعقد الإيجار والرهن وعقود التأمين، ويدخل

[1] د- عبد الرحمان الشرقاوي، التنظيم القضائي بين العدالة المؤساستية والعدالة المكملة أو البديلة – مطبعة الامنية الرباط- الطبعة الأولى 2013؛ وائل طبارة- المرجع السابق ص339.

[2] علاء اباريان : الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية – دراسة مقارنة – منشورات الحلبي القانونية 2008 ص52.

بشير الصايبي الحلول البديلة لحل النزاعات المدنية دار وائل للنشر 2010 ص58

أيضا في نطاق اللجوء إلى هذه الوسائل جميع المنازعات الناشئة بين البنوك وزبائنها وغير من المنازعات.

إن هذه العملية القضائية تستوجب أن يكون الجهد الموصل إلى الحقيقة جزء من عملية منطقية، تسمح لهؤلاء الذين لهم دعاوى جديرة بالتقدير، وتتجنب التأخير، وتستعمل الموارد المتاحة على نحو مناسب، وتحمي المصالح المنزوعة لأطراف الدعوى وللمجتمع بوجه عام، وهناك إحساس متزايد مع ذلك أن عددا من النظم الإجرائية لا تحقق هذه الأهداف، ويصل البعض إلى تصور الحالة الراهنة على أنها تتمثل في ازمة (CRIS) العدالة المدنية [1].

[1] جواشيم زيكول.الإجراءات المدنية المقارنة، كتاب أوكسفورد للقانون المقارن، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت – لبنان 2010، ص 1976

فكرة أن عمل القاضي الأساسي هو فض المنازعات أو فصل الخصومات فكرة تقليدية ومألوفة في الفقه الإجرائي فمن الناحية التاريخية لم يوجد القاضي إلا للمحافظة على السلام الإجتماعي في المجتمعات عن طريق الفصل في النزاعات خصوصا مع قاعدة عدم جواز الإقتضاء الذاتي للتفصيل أنظر {أحمد مليجي . تحديد نطاق الولاية القضائية والإختصاص القضائي مكتبة دار النهضة العربية }، توزيع دار الفكر العربي – مصر 1993 ص20

الفصل الأول:

حالة التصادم بين العدالتين في النظام اللاتيني ومظاهرها

لعلّ البحث في مسألة التصادم في الشريعة اللاتينية يقودنا للإشارة لبوادر سابقة في الشريعة الانجلوامريكية ،لتطوير العدالة البديلة، فبعد أن عرفته الولايات المتحدة الأمريكية، التي طورت خلال ثلاثين سنة الأخيرة طرق جديدة لتحقيق أهدافها الرامية إلى مواجهة مشاكل عملية التقاضي، وتبنت طرق بديلة لحل النزاعات .

فأكثر من 96% من القضايا تقام أمام المحاكم الأمريكية كل سنة؛ أي أنها تنظر في أكثر من 90مليون قضية سنويا [1]

وعليه وجدت بعض الاليات منها :

1- المفاوضات قبل المحاكمة: أصدر الكونغرس الأمريكي القانون الفدرالي للأصول المدنية رقم 16، وكان يهدف إلى تطوير نظام المفاوضات قبل المحاكمة وجدولة الوقت

2- تقديم عرض بالحكم نصت عليه المادة 68على " في أي وقت لا يقل عن 10 أيام قبل بدء المحاكمة، قد يعلم أحد الأطراف الطرف الآخر بعرض

[1] بشير الصليبي – الحلول البديلة للنزاعات المدنية، دار وائل للنشر والتوزيع – عمان – الأردن –الطبعة الأولى 2010 ص 14

السماح لأخذ حكم محكمة من الطرف المدعى عليه لقاء المال أو الأملاك أو إلى الشيء المذكور في العرض وما ينشأ عن ذلك من تكاليف، وعلى الطرف الآخر تقديم مذكرة خطية بقبوله العرض" لمواجهة قضيتهم وقضية خصمهم في وقت مبكر من عملية التقاضي، وإعطاء الأطراف فرصة لتسوية النزاع قبل المحاكمة[1]

- قضاء الصلح والمشرف القضائي الخاص والخبراء المحايدون:

- القضاة : يتم تعيين قضاة الصلح الفدراليين من قبل المحكمة طبقا للمادة 631 من قانون القضاة الفدرالي رقم 28 لسنة 1968federal magistrats ، وتبعا لذلك يجوز للقضاة من كل مقاطعة تعيين قضاة صلح لأداء وظائف قانونية محددة ومهام إضافية، بشرط ألاّ تتعارض مع دستور الولايات المتحدة الأمريكية.

- المشرف القضائي الخاص: وقدنصت عليه المادة 53 من قواعد الفدرالية للإجراءات (federal rules of civil procedure) ، فالمحاكم لها صلاحية تعيين مشرفين قضائيين: فيجوز أمر الإحالة إلى مشرف قضائي خاص أن يحدد واحد من صلاحياته، أو يوجه إليه كتابة تقارير فقط في مواضيع معينة،

[1] بشير الصليبي– المرجع السابق، ص 301

وتمارس هذه الصلاحية من أجل تنظيم جميع الإجراءات في كل جلسة استماع، ويمكن تعيينه في حالة وجود بعض القضايا المعقدة[1].

- بعد هذه الإشارة البسيطة لبعض المحاولات للعدالة البديلة في النظام الانجلوامريكي، نتطرق إلى حالة التصادم في النظام اللاتيني لمعرفة ما أمكن مقاربته بين النظامين حول هذه الفكرة.

[1] بشير الصليبي المرجع نفسه ص305

المبحث الأول :

حالة التصادم في التشريعات اللاتينية

– إن عدالة الدولة كانت تنظر بشيء من الريبة إلى التحكيم الذي قد يفتقد إلى ضمانات المتوفرة لدى المحاكم، ولا سيما ما تعلق منها بالإستقلالية، فمنذ سنة 1843 كانت محكمة التمييز الفرنسية تحذر المواطنين من ميولهم، الذي قد يؤدي بهم إلى قبول بمحكمين دون أن يكونوا متأكدين من أنه سوف يكون لديهم قضاة منتقون من بين أشخاص ذو كفاءة.

– وفي تلك الفترة كان بعضهم لايزال يصف التحكيم"، بالحق المقيت ويشبه الإتفاق التحكيمي بأنه تجديف على الإدارة القضائية، وسبيل للإنفلات من عدالة الدولة".[1]

غير أن هذه النظرة بدأت تتضاءل ولم يعد هناك شك في أن التحكيم يساهم في العدالة بقسط وفقا لعبارات البروفيسور جان– س– بريدان على

[1] اتفاق التحكيم غالبا ما يتطلب تعريف مهمة المحكم كما هو الحال الثانون الفرنسي المادة15/92 قانون مدني فرمسي

Thomas cloy reueil dalloz 2005page 3050
Arbitrage et modes altermatifs de reglement des litiges

أنظر أيضا قرار محكمة النقض الفرنسية – الغرفة المدنية الأولى 23 جانفي 2007منشور في مجلة " les gazette du l'arbitrage palais"عدد 02 جويلية 2007

الطرق البديلة لتسوية النزاعات تطورت في الولايات المتحدة الأمريكية وهي مبنية على فكرة بسيطة مفادها أن الصراع لا يحل بالضرورة عن طريق محاكمة فبالإتصال يمكن التعامل مع النزاع وتسييره دون تقسيمه لأن الأمر يتعلق بتعزيز العدالة الأفقية (العدالة التصالحية) وهي من نسيج إجتماعي للتفصيل أنظر:

Sozik kerneis, Le droit a l épruve de l'anthropologie altermatives de resolution des conflits –revue electronique d'histoire du droit-France e n°5 année 2012

المحكمين أن يكونوا أحرار ومستقلين وحياديين، إذ كانوا يطمحون إلى النهوض تماما برسالتهم في العدالة.

– هذا وان نظرة الأنظمة المقارنة إلى إستقلالية المحكم عن قضاء الدولة لم تكن نظرة واحدة، بل إختلفت حسب كل نظام، وقد تجلت هذه الفكرة سنة 1975 في نظام غرفة التجارة الدولية، حيث تم إشتراطها في مرحلة أولى في المحكمين المساعدين وحدهم، ثم أصبحت لدى جميع المحكمين[1]

المطلب الأول:

تعاظم دور العدالة البديلة في النظام اللاتيني :

يمكن ابراز هذا التعاظم من خلال القوانين اللاتينية منفردة وكذا القوانين الاروبية مجتمعة :

– في فرنسا :

– إن أول سابقة لهذه الفكرة نجدها لدى الغرفة التجارية لمحكمة التمييز، إذ أنه بتاريخ 16 جويلية 1964 حيث قررت أنه :إذا كان المحكم المتمثل بالشخصية المستقلة شريكا مهنيا في مكتب المحاماة العائد إلى الفريق الآخر، فإن

[1] المرسوم الفرنسي 354–80المؤرخ في 14 ماي 1980العدد 10سنة 2011

كان ملفتا فيما يتعلق بقوة إرادة الأطراف فيما يتعلق بشرط التحكيم أنظر emmannel gailard recueil 2 dalloz 2011 page 175le nouveau droit francais de l'arbitr interne et intenational

جهل الخصم بهذه الواقعة من شأنه أن يؤدي، إلى بطلان العقد التحكيمي للغلط الجوهري الواقع على الشخص.

– وكان القرار المبدئي لمحكمة استئناف باريس في 8جانفي 1970 كونسور يودي)غاليري لافاييت والتي قررت فيه المحكمة: أن المحكمين ليسوا وكلاء كل من المتعاقدين،بل هم في جميع الأحوال قضاة النزاع الذي أحيل عليهم وأن الإستقلالية الذهنية ،لابد منها لممارستهم سلطاتهم القضائية، أيا كان مصدرها فهي إذن إحدى الصفات الأساسية للمحكمين.[1]

و إن كان المشرع الفرنسي لم يحد من مبدأ إستقلالية الحكم، الا في المادة 1452من قانون الإجراءات المدنية الجديد باحداث إلتزام على عاتق المحكم يفرض عليه قبل قبول توليه مهمته إحاطته الخصوم بكل سبب لتنحيته عنها يفترض وجوده في شخصه ،ويضاف إلى ذلك أن المادة 1463من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية لم تبين بدقة أسباب رد المحكم ما جعل المعلقين يستانسون بالمادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية القديم ،لا تزال قائمة

[1] جوزف شاول المحكم وموجب الاستقلالية – مجلة التحكيم العالمية – منشورات الحلبي الحقوقية –بيروت –لبنان – العدد 10 سنة 2011

L'arbitrage en frane et aux etats unies – est défini de facon similaire,c'est un mode resolution de conflits non etatique , qui oppse deux ou plusieurs parties dans un litige,qu'elles decident de soumettre a un ou plusieurs arbitres .e dernier investi de la mission de trancher le litige en vertu d'un contrat forméentre les parties voir unfer lara – l'administration de la preuve en arbitrage international – etude compartive France/etats unis-memoir master 2 droit europeen comparé- univesite pantheon- assas France 2012-2013

وبالتالي تستمر أسباب الرد نفسها المنصوص عليها في المادة 341 من نفس القانون الجديد.

– كما ان مبدأ استقلالية المحكم كرسه أخيرا المشرع الفرنسي بنص المادة 1452 من قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد ،بعبئ ملزم على المحكم بأن يكشف للأطراف قبل إعلان قبوله المهمة كل سبب للرد قد يكون متوافرا في شخصه.[1]

– في القانون السويسري :

– لقد نص الدستور الاتحاد السويسري في المادة 58منه على أن كل شخص الحق في أن يحاكم من قبل قاض مستقل ومحايد

– وفي قرارها بتاريخ 16سبتمبر 1988 أعتبرت المحكمة الإتحادية السويسرية أنه على المحاكم التحكيمية : أن تتوفر في هذا النطاق الضمانات عينها التي توفرها المحاكم العادية .

[1] د–جوزف شاوول المرجع نفسه أنظر

– قرار محكمة الإستأناف باريس –الغرفة الأولى 19 نوفمبر 2009، رقم 05848/08 ورقم 05847/08شرط التحكيم شروط صحتهم تعيين المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم حيادية وإستقلالية المحكم منشور في مجلة التحكيم منشورات حلبي الحقوقية – بيروت – لبنان العالمية العدد 7 سنة 210 ص 637قرار محكمة إستأناف باريس – الغرفة الأولى رقم 337 في 9 سبتمبر 2010 تحكيم داخلي هخاص – طلب إبطال قرار تحكيمي (أمام محكمة إستأناف باريس)– اسباب الابطال المحكم قدم استشارة منذ سنوات تطرق في النزاع بخصوص ملف لا علاقة له بالنزاع الحاضر – عدم صحة تشكيل الهيئة التحكيمية – عدم إستقلالية وحياد المحكم – وجود علاقات بين المحكم والمستشار القانوني لأحد الفرقاء (نعم) – إبطال القرار التحكيمي منشور في مجلة التحكيم العالمية العدد 10أفريل 2011– منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت – لبنان.

– إذن فإن إستقلالية المحكم مكرس دستوريا في سويسرا وهو يشمل التحكيم بنوعيه الداخلي والدولي .

– وبعد ان دخل القانون الإتحادي حيز التنفيذ في أول جانفي 1989 فقد خص التحكيم في الفصل الثاني فقد نصت المادة 180منه عن أسباب رد المحكمين فرضية أن تكون الظروف تسمح بالشك في إستقلاليته بصورة مشروعة مكرسة صراحة مبدأإستقلالية المحكم .[1]

إن هذه المبادئ بدون شك قد تتعارض مع ما يقابلها من الانظمة الأخرى فلا يخفى أن التحكيم وجد مكانه الطبيعي في النظام القضائي الإنجليزي كما يلاحظه روبلن روفنشتي:"نجد التحكيم في القانون الإنجليزي مندمجا على نحوما في التنظيم القضائي كواحدة من بين مجموعة المحاكم الدنيا التي لا يعرف ما إذا كانت إدارية أو عدلية ،غير أنها خاضعة كلها لرقابة المحاكم العليا.

– ومقارنة بالقانون الإنجليزي الذي يتميز بالإجتهاد هو الذي يفسر عدم تضمين التحكيم في قانون حقيقي لمدة طويلة، وفي سنة 1996 صدر قانون دخل حيز التنفيذ سنة 1997 والذي جمع كل القوانين ولا سيما قوانين 1975 و1979

[1] د.جوزف شاوول، المحكم بموجب الإستقلالية والحياد – مجلة التحكم العالمية – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت لبنان العدد 10سنة 2012

أنظر أيضا قرار المحكمة الفيدرالية السويسرية 4أفريل 2006– تحكيم ذو أطراف متعددة تعيين محكمين مشتركين لا يشكل تناقضا مع مبدأ المساواة – موجب الإفصاح، مجلة التحكيم العالمية 2009 العدد 2 ص 842 منشورات الحلبي الحقوقية –بيروت – لبنان

السابقة والتي غطت تقريبا كل مواضيع التحكيم وهي محصورة في التحكيم الذي يبدأ من إتفاقية خطية.[1]

– وفي هذا السياق فان المشرع الإنجليزي يتحدث عن الحياد لدى المحكم وليس الإستقلالية، فيجمع الفقه الإنجليزي على أحد المبادئ الأساسية للتحكيم هو الحياد لدى المحكم،

وأشارت ذلك دوما المحاكم ومنها " حكم محايد وذهن خال من كل ما ينبغي الوقاية منه ويعتبر ذلك أحد المبادئ الأساسية للعدالة الطبيعية [2]

[1] قانون التحكم الانجليزي لعام 1996 يطبق في كل من إنجلترا وويلز وإيرلندا الشمالية ،يسمى بقانون التحكيم الانجليزي لأن إنجلترا هي أهم المقاطعات المكونة لها ولا يطبق على إسكلندا التي لها قانون تحكيم خاص للتفصيل أنظر د– زياد د– بن أحمد الفرنسي – حالات بطلان حكم التحكيم المتعلقة بإتفاق التحكيم – مجلة الحقوق – جامعة الملك عبد العزيز المجلة العدد1 2013

– تعد الشروط التحكيمية هي حجز الأساسي في كل عملية تحكيمية فكلما كتبت هذه الشروط بكفاءة ومهارة كلما زادت ضمانة حسن سير إجراءات التحكيم للتفصيل أنظر: هبة أحمد سالم – الشروط التحكيمية وعيوب صباغتها من واقع قضايا مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي مجلة التحكيم العربي العدد 24 جوان 2015

[2] انظر على سبيل المثال قرار محكمة إستأناف إنجلترى وويلز تحت رقم 2009/677– مراجعة تحكيمية – إعلان إفلاسي أحد أطراف التحكيم مفعول الإفلاسي على إجراءات التحكيم – إعتبار الشرط التحكيمي لاغيا (لا) –حكم تحكيمي – مراجعة إبطال المادة 9و 15 من نظام الافلاسي في الاتحاد الاوروبي

استناء الدعاوي العالقة عند إعلان الافلاسي رد مراجعة الابطال مجلة التحكيم العالمية 21 العدد الخامس ص 886

– الرقابة القضائية وفقا لقانون التحكيم الانجليزي تقف عند الحد الادنى ويستوعب القضاء هذا التوجه جيدا ويسير عليه، فيجبر الرجوع على حكم التحكيم يدعون البطلان في تسع حالات وهي الحالات التي يحتوي فيها على مخالفة جوهرية serions irregularity، كما أن القانون الانجليزي بحيز إستأناف حكم التحكيم في نطاق ضيق للتفصيل أنظر :د.زياد بن احمد القرشي، حالات بطلان حكم التحكيم المتعلقة باتفاق التحكيم مجلة الحقوق جامعة الملك عبد العزيز – المجلة 2 العدد 1 سنة 2013

-ونص قانون 1996 في مادته الأولى على المبادئ العامة التي تحكم التحكيم والتجرد لدى المحكم وبينت المادة 24 منه آثار إحترام هذا الشرط .

وتطبيقا لذلك صدر القرار المبدئي في نوفمبر 1968 عن المحكمة العليا في قضية الكومونولث كرت نكس كور لشركة كوتنتال زيوالتي تكريسا لمبدأ إستقلالية المحكم فقد صرحت بأن أحكام القسم العاشر من قانون التحكيم الفيدرالي تعبر عن إرادة الكونغرس في عدم إعتماد أي محكم كان، بل المحكم المحايد ،فمبدأ الحياد المعادل في التعبير الأنجلوساكسوني لمبدأ الإستقلالية يكون مؤكدا على نحو واضح جلي.

-ولم يكن حياد المحكم حكرا على المحكمة العليا، فكانت للمحاكم الإتحادية فرصة لتجسيد هذه الفكرة وذهبت إلى أبعد حد حيث أعتبرت أن حياد المحكم ينبغي أن يتجسد في إلتزام إيجابي على عاتق المحكم مفروض تحت طائلة بطلان القرار التحكمي بأن يكشف عن كل ظرف من شأنه يبرر الإدعاء المبني على عدم حياد المحكم .[1]

- وفي سياق هذه المقارنة فان الولايات المتحدة في بداية القرن العشرين كانت تنظر إلى التحكيم بنوع من اللامبالات ولم يتم صدور قانون يتعلق بالتحكيم في ولاية نيويورك إلى سنة1920،ثم صدر بعد دلك قانون

[1] د- جوزف شاؤول – المرجع نفسه، ص 65

التحكيم الاتحادي F. A.A الذي تبناه الكونغرس سنة 1925 وإستمد أحكامه من قانون ولاية نيويورك.

– ولازدياد ممارسة التحكيم بصورة رئيسية دفعت بالمشرعين إلى إستصدار قوانين غير أنها لا تتضمن في أحكامها على تنحي المحكم أورده، غير أن مبدأ إستقلالية المحكم لم تكن غائبة عنه ،فقد نص القسم العاشر من قانون التحكيم الإتحادي F.A.A على الشروط التي من شأنها إبطال القرار وهي : تحيز واضح في تأليف هيئة المحكمين أو أحدهم فهذا يجعل إلزامية الحياد على تدخل المحكم وفي التشريع الإتحادي الأمر ينطوي على هذه الإستقلالية وقد إستنبطت المحاكم خلاصته[1].

–اما في كندا فقد اعتمد المشرع الكندي على القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي C.N.U.D.C.I بتاريخ 21 جوان 1985 حول التحكيم الدولي والتي تضمنت أحكام رد المحكمين إلى أنه ما يلاحظ أنها لم تورد ضمن قانونها أي سبب للرد مبني بصورة على عدم حياد المحكم أو على ميل واضح لديه.[2]

[1] أنظر قرار المحكمة العليا في كاليفورنيا في 23 يونيو 2008 – المحكم الذي يفصل في النزاع بإنصاف لايتجاوز صلاحية – مجلة التحكيم العالمية 2009 العدد 2 ص 868

[2] د. جوزف شاوول – المحكم وموجب الإستقلالية والحياد مجلة التحكيم العالمية 10سنة 2011 ص 67

أنظر قرار محكمة إستأناف كيبك في 11مارس 2008– رقض الإعتراف بقرار تحكيمي أجنبي غير معلل– مجلة التحكيم العالمية 2009 العدد 2 ص 865

– إن إرتباط التحكيم بقضاء الدولة يحد من دوره من هذا الإرتباط به ،ويتأثربتطوراته إلى درجة توقيف المحاكمة التحكيمية في معظم الحالات وذلك إلى حين صدور القرار عن القضاء غير الرسمي،وما أعطته الدولة للتحكيم من جهة، أخذته في الجانب التطبيقي من جهة أخرى، الأمر الذي أصبح لا يحقق غايات السرعة للقصل في المنازعات.

– إن الوصول لتحقيق الفعالية التي هي جوهر العدالة بعد مفهوم الشرعية، تبقى ناقصةإذا لم يعط للمحكم الحرية والإستقلالية سواء من حيث ولاية المحكم من بدايتها إلى نهايتها[1].

– ومن اهم ما يميز التحكيم إستبداله الثغرات الحقيقية المعروفة أمام المحاكم بصراع رمزي إجرائي ملطف لإستمرار المعاملة بين الأطراف، للوصول إلى حلول مرضية بعيدا عن القضاء، وقد بينت التجربة العملية في بعض الدول أن المحكم المختص بقضايا معينة يكون أدرى من قاض الدولة ولا سيما في بعض الإختصاصات المهنية فالمحكم يجب أن يتفوق في إختصاصه حقا، بالمقابل فإن القاضي الذي يراقب أو يدقق في أعمال المحكمين يستبدل مدة بعد أخرى بقاض سواه، بحيث يبدأ القاضي الجديد بالرقابة على أعمالهم من

[1] وائل طبارة واقع التحكم اليوم في علاقته بقضاء الدولة من منظار القانون اللبناني ووجوب إعادة النظر فيه وتحريره من قبضتها مجلة 2012 العدد 15 ص 340

– يشمل إتفاق التحكيم على صورتين هما : مشارطة التحكيم، وشرط التحكيم، فإذا إتفق الأطراف كتابة على الإلتجاء للتحكيم قبل نشوء النزاع فتكون أمام شرط التحكيم، أما إذا كان بعده يعد من قبيل مشارطة التحكيم للتفصيل : أنظر : نشأت حسين السيايدي ولاية القضاء على حكم التحكيم في ظل قانون التحكيم الأردني – رقم 3 سنة 2001– رسالة ماجيستير كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط 2011–2012

نقطة البداية، فيثور التساؤل عن مدى قدرته على أن يراقب أعمال التحكيم والإجراءات التي يتخذها المحكم وهو ليس عالما بها مالم يكن هناك قضاة مختصون في أعمال المراقبة ولايقومون إلا بأعمال الرقابة على التحكيم وإجراءاته[1].

إن هذه المظاهر التي تعبر عن حالة التصادم في النظام اللاتيني مرتبطة اساسا بمجالات العدالة البديلة وهي التحكيم والصلح والوساطة ثم المنازعات المرتبطة بها.

[1] – تناولت إتفاقية نيويورك لعام 1958 الخاصة بالاعتراف ولتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية معنى حكم التحكيم، بأن المقصود به ليس فقط أحكام التحكيم الصادرة عن المحكمين النعنيين للفصل في حالات محددة ولن يشمل أيضا أحكام التحكيم الصادرة عن أجهزة التحكيم الدائمة التي يخضع لها الأطراف للتفصيل أنظر منصور عبد السلام الصرايرالرقابة القضائية على حكم التحكيم ماجستير كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط – الأردن 2011

المطلب الثاني:

تطور التصادم بين العدالتين.

ان ظهور العدالة البديلة مرتبط بجملة من العوامل عجلت بتطوره وكذا بمقاومته لعدالة الدولة لعل من ابرز مسبباتها توزيع أعباء تكلفة التقاضي الذي له آثاره الجانبية الحادة ،و غير مرغوب فيها ذلك أن التقاضي دون فض مخاطر مالية قد يؤدي بالمدعي لتشجيعه لرفع دعاوى دون مبرر وعليه فإن المدعى عليهم في الجانب الآخر ،قد يضطرون إلى الإنهاء المبكر للخصومة .

- وعليه عملت المنظومة الأوروبية على تنسيق القانون الإجرائي في الإتحاد الأروبي من خلال مايلي

– شكلت مفوضية الإتحاد الأوبي عام 1990[1] القواعد الموحدة في التقاضي العابر للحدود في اوروبا .

– إن التكامل بين دول الإتحاد الأوروبي ،يفرض أيضا حرية حركة الأحكام القضائية، وذلك بتمكين المشاركين في السوق الأوروبية الداخلين في

[1] جواشيم زيكول المرجع نفسه ص 1987

إن تحديد نوع الدعوى يقصد به تكييف الدعوى القضاية لمعرفة طبيعتها القانونية ،و الذي سلطه هذا التكييف هو القاضي، لأنها عملية قانونية والأصل أن القاضي يعلم القانون وهو ملزم بتطبيقه ومع ذلك فالذي يحدث عمليا هو أن الدعوى ترفع إلى المحكمة التي يراها المدعي مختصة وفقا للتكييف القانوني الذي يقوم هو بنفسه بإعطائه للنزاع، وهو غير ملزم للقاضي الذي يمكن أن يستبعده للتفصيل أنظر :

د–نبيل إسماعيل عمر – قانون أصول المحاكمات المدنية – منشورات حلبي الحقوقية – بيروت– لبنان 2008 ص201

منازعات تجارية بالسعي إلى التعويض عما لحقهم من أضرار ،وقد نشأ عن المفاوضات بين أعضائها إتفاقية بروكسل 1986 وهي الإتفاقية التي لم تؤسس قواعد الإعتراف بالأحكام القضائية الخاصة بالتقاضي المدني والتجاري فحسب، بل حددت أيضا عددا من الظروف التي يمكن للمحاكم أن تمارس إختصاصات شخصية على المدعى عليهم من المواطنين المقيمين في الدول الأعضاء .

وتشمل الأخرى على القواعد الإجرائية الممكنة مبنية على المادة 61 و65 من إتفاقية المجموعة الأوروبية ، وهناك على سبيل المثال مقترح بلائحة تنشئ نظاما أوروبيا لإجراءات الدفع السريع وهي اللائحة التي [1] تؤول في النهاية إلى تطبيقها لا على النزاعات العابرة للحدود فحسب بل على النزاعات الداخلية كذلك،ومن أهم الإقتراحات كذلك اللائحة المنشئة لنوع من الإجراءات الأوروبية الخاصة بالدعاوى الصغيرة ووفق ذلك تخضع الدعاوى التي تقل قيمتهاعن ألفي يورو إلى مسار إجرائي سريع موحد في أوروبا ويتعلق الامر ببعض أوجه الوساطات في المسائل المدنية والتجارية [2]وطالبت مجموعة من الخبراء في القانون الاجرائي من كل الدول الأعضاء في الإتحاد الأروبي أن يتحدوا في

[1] جواشيم زيكول المرجع نفسه 1964

لايصدر الحكم القضائي إلا عند إنتهاء دور الخصوم في الخصومة ،إذا لابد أن يتمكنوا من الحضور وتقديم طلباتهم وإبداء دفاعهم ودفوعهم والرد على ما يقدم من مذكرات ومستندات وبإنتهاء دور الخصوم يبدأ دور القاضي للتفصيل أنظر : محمد سعيد عبد الرحمان الحكم القضائي أركانه وقواعد إصداره منشورات حلبي الحقوقية – بيروت– لبنان 2011 ص16

[2] جواشيم زيكول.الإجراءات المدنية المقارنة – كتاب أوسفورد للقانون المقارن، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت – لبنان 2010ص 1965

الرأي من اجل إمكانية إنشاء قانون للإجراءات المدنية في المستقبل وترأس المجموعة مارسيل ستورم (marcel storme) البلجيكي، وقد سعت إلى ايجاد مشروع القواعد النموذجية، وتناولت هذه المبادئ التي نشرت عام 1994 بشكل عام ما تجربة المحكمة من بدء المحاكمة وموضوع التقاضي، وإقامة الحجج والتعويضلت المؤقتة والأمر بالدفع والعقوبات المالية ،ولم تاخذ مفوضية الإتحاد الاوروبي الفكرة التي كانت مؤيدة لها في البداية والخاصة بمشروع الإجراءات المدنية الاروبية والتي هدفت من الناحية المبدئية إلى تنسيق الأوجه الإجرائية المتنوعة لحماية المستهلك.

– تم كانت هناك مبادرات إصلاحية عديدة في القوانين المحلية،تهدف إلى تقنية القانون الإجرائي من خلال تبني بعض السمات [1]والملامح الحسنة في القوانين الإجرائية للدول المجاورة فمثلا نجد القانون الألماني يعترف صراحة بمثل هذه الإستعارة في المراجعة الأخيرة لقانون الإجراءات المدني الألماني ،وعليه فإن هذه العناصر المهمة في الإصلاح والتي شملت تعزيز محاكمات القاضي الواحد، وتضييق مجال مراجعة الوقائع للقضية المعروضة عند الإستئناف قد عكست قدرا من التكيف مع النماذج المتنافسة[2].

[1] جواشيم زيكول.المجع نفسه ص 1960

[2] جواشيم زيكول.المجع نفسه ص 1961

المبحث الثاني:

مظاهر التصادم بين العدالتين في النظام اللاتيني .

سوف ندرس مظهر التصادم من خلال مختلف مجالات العدالة البديلة في مواجهة عدالة الدولة

المطلب الأول:

في مجال التحكيم

أصبح يرجح إلى إكتساب المحكم تأهيلا خاصا على غرار تأهيل القاضي [1] وعلى المستوى الهيكلي إلى اعطاء مؤسسة التحكيم على غرار القضاء، الإستمرارية والدوام، وحتى إن كانت للولاية القضائية بعض الخصوصية فهذا لا يمنع عن العمل التحكميي المعيار العضوي للعمل القضائي طالما أن القانون يعطي للمحكمة التحكيمية سلطة النظر في إدعاء قانوني ومعيار موضوعي يتعلق بالحل القانوني الملزم للخصوم مما يجعل منه عملا قضائيا كاملا (acte juridictionnel complet).

[1] مثال ذلك قرار صادر عن المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية يتعلق بتقسيم بين القضاة والحكام والذي يساعد على إختصاص التحكيم فالإجراءات القانونية الواجبة التطبيق تسمى ب : stolt nielsen and atat mobility للتفصيل أنظر

Wiliam w.park- la jurispridane americane en matiere de " class arbitration entre debut politique et technique juridique- revue de l'arbitrage 2-12 N °3

– هذا وقد تطور هذا التضاد بين القضاء والتحكيم من المشاركة في الوظيفة القضائية إلى عنصر قوة النفاذ أو فاعلية القضاء فالرقابة الوصائية على التحكيم أثبتت عدم جديتها لأنها لم تكن أصلا في التحكيم، بل كانت خروجا عن الأصل وهو إستقلالية التحكيم كآداة حسنة لتجسيد العدالة لأنه كان المنطلق ان يخرج التحكيم الدولي من تحكم الدولة ومن وصاية قضائها كأداة ناجعة للتجارة الدولية فكانت له الأولوية في معأدلة القضاء ، وجعل البعض يعطيه الأفضلية مثل الأستاذ [1] روني دافيدبوصفه "ظاهرة اقانونية وآداة للقانون الطبيعي المتطور"

– وترتيبا على ذلك يكتسب الحكم التحكيمي قوة تنفيذية إذا كان حكم إلزام، ويخضع للنظام العادي فيما يتعلق بتنفيذ السندات القابلة للتنفيذ الجبري، أي إضفاء الصيغة التنفيذية على السند، وإتباع إجراءات التنفيذ .[2]

عمليا لا يمكن لأحد الآن تجاهل الأهمية المتزايدة لإجراءات التحكيم في عالم الأعمال، وخاصة في مجال التجارة الدوليةوعليه تفضل المفوضية الأوروبية تطوير التحكيم لمراقبة الالتزامات التي تعهدت بها الشركات في المنافسة وترمز إلى أهمية الأخذ اليوم بالتحكيم، والمقصود من قبل الطرفين، من قبل اللجنة أو من قبل الدول.

[1] حسين السالمي، المرجع نفسه ، ص 633

[2] حسين السالمي – التحكيم وقضاء الدولة مجد– المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع – بيروت لبنان ث 640

وقد طرح تساؤل على ان هذا الامر لا يؤدي إلى تجزئة الحلول. وعلاوة على ذلك، أن المصلحة العامة هي المقدمة، وبذلك هل تم تكييف هذه العدالة الخاصة إلى تحديات جديدة.

هذه الأسئلة توضح مدى تعقيد العلاقة بين الحق في التحكيم وقانون الاتحادالاروبي. ولذلك فمن المثير للاهتمام أن دراسة الافاق ومخاطر وبعبارة أخرى، هل التحكيم خطر على تماسك قانون الاتحادالاروبي أو أن هناك فرصة للتنمية وإثراء ذلك؟ [1].

يظهر التحكيم باعتباره شكلا من أشكال العدالة ممزق بين الحكم الذاتي وسيطرة الدولة وعلاوة على ذلك، إذا كانت اللجنة الاروبية قد تلجأ بشكل متزايد إلى التحكيم تحت سيطرة السوق الداخلية، من جانبها، تبدي الدول الأعضاء في الاتحاد الاروبي شكوكهاحول فوائد التحكيم لتنفيذ المصلحة العامة، لذلك، يظهر التحكيم كعامل غير مواتي .

وعليه فان استبعاد التحكيم من نطاق لائحة بروكسل اللائحة13، قد يبدو في البداية عقبة أمام تطوير التحكيم ومع ذلك سمح تأكيد استبعاده العودة إلى مبدأ الاستقلال الذاتي للتحكيم.

[1] Anne-éecile bing- l'arbitrage et droit europeenne, Prspectives rapport de recherche2014/2015
www.le petit jurriste.fr

إنّه بموجب اتفاقية بروكسل اللائحة رقم2001/44 المؤرخ ديسمبر2000 بشأن الولاية القضائية والاعتراف بالأحكام وتنفيذها في المسائل المدنية والتجارية المنصوص عليها في المادة 1 و2 تم استبعاد التحكيم من نطاق اللوائح. وبالتالي الأمر بالتنفيذ لقرارات التحكيم من قبل القاضي الدولة لم تحكمها اللوائح فكل ولاية قضائية يجب الرجوع فيها إلى القانون الوطني في قوة الاعتراف بقرارات التحكيم وتنفيذها المحلية والدولية.

وكان هذا الوضع لفترة موقف مبدئي، وضعته محكمة العدل الأوروبية فقررت المحكمة أن اتفاقية بروكسل لا تمتد إلى النزاع أمام القاضي في دولة تعيين المحكم [1].

إن صمت محكمة العدل الأوروبية يمكن أن يكون له أثر خلق الانقسام حول الحلول، وخلق المنافسة داخل النظام القضائي الأوروبي. ومع ذلك، هذا الافتراض لم يكن نتيجة الصدفة بل جاء من وجود اتفاقية نيويورك، التي صادقت عليها أغلبية الدول الأعضاء. هذا الاتفاق، الذي يهدف إلى الاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم.

[1] Victor Daudet et Jaune Navarre Brager, le droit, source de conflits, revue doctorale de droit public comparé et de théorie juridique, Université Paris1, n°2, 2009, p 25

هذا وقد استقرت احكام هيئات التحكيم على ان الدولة التي تقبل الدخول في اتفاق التحكيم لايمكنها التمسك بحصانتها القضائية امام هيئة التحكيم .[1]

وفي حكمها تحدت محكمة العدل الأوروبية النظرية الكلاسيكية التي وضعها المحكم مارك ريتش. في هذه الحالة فقد طلبت شركة الناقلات الغربية إلى محكمة العدل العليا في المملكة المتحدة لاتخاذ قرار بشأن إصدار أمر قضائي ضد شركات التأمين ب ثم طرح سؤالا أوليا إلى محكمة العدل الأوروبية بشأن ما إذا كان لدى المحكمة الحق ان تنظر الدعاوى المضادة للأمر القضائي لحماية التحكيم. واستنادا للتحكيم بنوعيه: تحكيم بالصلح، وتحكيم بالقضاء والتحكيم بالصلح ويسمى أيضا بتحكيم العدالة –يسمح فيه للمحتكمين باختيار هيئة التحكيم، ثم إعطاءها صلاحيات واسعة في حسم النازع طبقا لقواعد العدل والإنصاف دون إلزامها بقواعد قانون معين اما التحكيم بالقضاء، وهو الأصل؛ ولذا يطلق عليه التحكيم العادي على الرغم من تعاظم دور ارادة الأطراف فيه بدءا من اختيار هيئة التحكيم، واختيار الإجراءات التي تطبقها عند نظر النزاع...إلخ .إلا أن ذلك لا يمنع من أن هيئة التحكيم تطبق على النزاع إرادة القانون، وليس ارادة الأطراف الذين اختاروها. وبناء علي ذلك، يلتزم المحكمون بالفصل في النزاع طبقا لقواعد القانون وليس طبقا لرغبات الأطارف، مما يعكس الطبيعة القضائية.

[1] –د بشار محمد الاسعد –الفعالية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية –منشورات الحلبي الحقوقية – لبنان – الطبعة الأولى 2000 ص

هذا وقدأثيرت العديد من الانتقادات في ذلك الوقت لانتقاد غياب الإرادة السياسية على المحكمة التي ينبغي تشجيع الدول على إيجاد حل مشترك لتعزيز دور الاتحاد الأوروبي في التحكيم التجاري الدولي وهكذا، نشرت اللجنة اقتراحا لإعادة النظر في لائحة بروكسل في ديسمبر 2010. ودعما لتقرير هايدلبرغ، تلتزم لجنة تحقيق مزيد من التنسيق لمحاكم الدول الأعضاء في على افتراض أنها سوف تجد نفسها تواجه مشكلة مع قانون التحكيم.

لذلك تم استبعاد تام للتحكيم الذي اعتمد من قبل البرلمان الأوروبي والمجلس في لائحة بروكسل الأولى .[1]

وفي 13 ماي 2015 فإن محكمة العدل الأوروبية حكمت مرة أخرى على حظر الألغام المضادة للأوامر و الدعاوى بعد مسألة أولية من قبل محكمة ليتوانيا في قضية غازبروم.

وهناك فكرة أخرى واجهت المنظومة الاروبية وهي تتعلق بالنظام العام الأوروبي.

[1] ان طابع تجارية التحكيم يتطلب أيضا بعض التدقيق وهي ضرورية في حالة تكييف العقد الدولي وطبيعة الاشخاص التي يمكن ان ينفذوها للتفصيل انظر:

– Frank Nicophore Yougone (arbitrage commercial international et devloppement these de doctorat en droit –universite de bordeaux lx page 9

وبصفة عامة، النظام العام هو فكرة مثيرة للجدل. فأولا، الدول تعتبر أن تحديد مكونات النظام العام هو واحد من الامتيازات الملكية الأكثر قيمة لهم. من ناحية أخرى، هناك تدخلا من محكمة العدل في تحديد السياسة العامة.

إن النظام العام الأوروبي يتكون أساسا من القواعد التي تهدف إلى حماية القيم الأساسية وفي هذا الشان يثار التساؤل عن حق الاتحاد الأوروبي على الرغم من أن مقر التحكيم لا يقع بالضرورة على أراضي دولة عضو، حول الزامية احترام النظام العام الأوروبي.

في الواقع، إذا كان قانون الاتحاد، الأوروبي لا ينطبق إلا على أراضي الدول الأعضاء،[1] وهذا قد يمس حق الاتحاد الأوروبي، التي من شأنها أن تكون خاضعة لتفسيرات مختلفة، فإن الصعوبة في الحقيقة أن هناك اختلاف في تفسير للفكرة ذاتهاحول النظام العام الأوروبي .

وعلى سبيل المثال فان سويسرا،شريك مميزا للاتحاد الأوروبي في علاقاتها التجارية، لا تعترف بالنظام العام الأوروبي على هذا النحو كما تنطبق على قرارات التحكيم الصادرة في سويسرا

ان قانون المنافسة الأوروبي والمستهلك ليسا عنصرين من عناصر النظام العام الدولي في اطار القانون السويسري . وقالت المحكمة أن قواعد

[1] Anne-éecile bing- l'arbitrage et droit europeenne , Prspectives rapport de recherche2014/2015
www.le petit jurriste.fr

قانون المنافسة "ليست جزءا من القيم الأساسية والمعترف بها على نطاق واسع ووفقا للمفاهيم السائدة في سويسرا، ينبغي أن تشكل أساس أي نظام قانوني. على هذا الأساس، فإن المحكمة، يمكن أن ترفض النظر فيه

– وتجدر الملاحظة أيضا أن الاتحاد له اختصاص حصري على وجه الخصوص في إبرام المعاهدات على الاستثمار الأجنبي

–و للاتحاد الأوروبي أيضا الهيئة القضائية التابعة لها، ومحكمة الاتحاد الأوروبي وتنص المادة 19 على أن محكمة العدل الأوروبية تضمن الامتثال للقانون في تفسير وتطبيق المعاهدات. وعلاوة على ذلك، فإن المادة 272 يخول لمحكمة العدل الأوروبية الحكم على "محتويات عقد بموجب القانون العام أو القانون الخاص.

الفرع الأول:

مظاهر مقاومة العدالة البديلة في المنازعت التقليدية

في عقد البوت B.O.T:

إنّ مصطلح البوت اختصار لثلاثة اصطلاحات باللغة الانجليزية ([1]Build-transfer-opercete) .

بمعنى البناء والتشغيل ونقل الملكيةاي التحويل.

[1] – حمادة عبد الرزاق حمادة – التحكيم في عقود البوت دار الجامعة الجديدة للنشر – الاسكندرية 2015 ص 14

وفي فرنسا عرف عقد البوت بعدة تعريفات تذكر فيها تعريف الأستاذ j.Mloucle بان عقد امتياز البوت عبارة عن عملية تعاقدية من خلالها يجتمع عدد من الشركات الخاصة تحت اسم شركة المشروع التي تتولى تمويل وانشاء واستغلال مرفق عام تم منحه بواسطة الدولة خلال مدة معينة، على ان شركة المشروع تلتزم باعادة المشروع إلى الجهة مانحة الالتزام في نهاية مدة العقد.

وقد عرفه الاستاذ j.b.avby بأنه عبارة عن تركيبة تعاقدية للتمويل الخاص لمشروعات القطاع العام.

حيث يتولى الملتزم تمويل انشاء المشروع (البناء)1، ثم يتولى استغلال أو تشغيل المشروع خلال مدة محددة (الاستغلال) وفي نهاية المدة يلتزم باعادة المشروع إلى الجهة المانحة (تحويل).

وقد لجأت الدول التي تأثرت تشريعاتها بالقانون الفرنسي إلى عدم جواز التحكيم عند وجود اشخاص القانون العام طرفا قيه وقد اتخذ مجلس النواب الفرنسي ذلك منذ قراره في 19-02-1832، وهذا الموقف المتشدد استدعى تدخل المشرع الفرنسي في 19-08-1986 لاجازة الخروج عن مبدأ الحظر المكرس في المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي بحيث اصبح التحكيم

[1] الياس ناصف- العقود الدولية – عقد البوت B.O.Tفي القانون المقارن- منشورات حلبي الحقوقية بيروت – لبنان -2006 ص 363

جائزا عندما تجري الدولة أو المؤسسات العامة أو المجموعات المحلية، عقودا مع شركات اجنبية لغرض تنفيذ مشاريع ذات اهمية وطنية .

وترتيبا على ذلك فان الفقه الفرنسي والاجتهاد الفرنسي يجمع على صحة التحكيم في النطاق الدولي وعلى عدم صحته في النطاق الداخلي ويرى الدكتور محي الدين القبسي ان حسم مسالة قابلية عقد BOT للتحكيم ام لا ،تعود إلى ضرورة تكييف العقد لمعرفة ما إذا كان يعتبر عقدا اداريا داخليا أو دوليا، فاذا كان داخليا كالعقد المبرم بين الدولة ومستثمرين مواطنين بحيث لا يتبين منه انتقال لرؤس الاموال أو للمهارات أو للخبرات عبر الحدود بمعني انه لا يتعلق بمصالح التجارة الدولية فلايجوز الا بنص، اما إذا ابرم مع اشخاص طبيعين أو اشخاص معنويين مواطنين ام اجانب ولكن يقدمون على استثمار اموالهم الموجودة في الخارج وتقديم معارفهم المنقولة من تكنولوجيات الخارج فان العقد عند اذ يكون دوليا يتعلق بمصالح التجارة الدولية ويكون التحكيم فيه جائزا .

-مناهضةالتحكيم في مجال الاستثمار

كان التحكيم في قانون الاستثمار لهذا النوع من الإجراء في القانون الدولي على عكس التحكيم التجاري التي تنطوي عموما على المصالح الخاصة، ومعاهدات الاستثمار الثنائية وهي ادوات تنطوي أيضا [1]على المصلحة العامة،

[1] في الجزائر هناك قرار وزاري مشترك مؤ رخ في27 نوفمبر2013 يحدد كيفيات الاحرامو الاستثمار بالنسبة للمتعاملين الاقتصاديين الاجانب الجريدة الرسمية21
وقرار مؤرخ في 1 اوت 2013 يتعلق بكيفيات تنفيذ نفقات الاستثمارات الجريدة الرسمية رقم28

والدولة المتعاقدة هي الضامن لذلك، وفي كثير من الاحيان يتم تضمين شرط التحكيم [1]

ان عقود الاستثمار الحديثة تنص على السماح بما يمكن تسميته باسم التحكيم الفني وذلك بالنسبة للمسائل التي تتطلب خبير فني .[2]

.وازدادت معاهدات الاستثمار الثنائية بين الدول الاوربية، قبل وقت طويل من وجود سوق مشتركة من جهة، وهناك معاهدات الاستثمار داخل اوروبا من ناحية أخرى،

وكان على الاتحاد الاوربي في علاقاته مع اليات التحكيم المؤسساتي تأطير التحكيم في قانون الاستثمار حيث التحكيم في القانون التجاري يهيمن على المواد ولا سيما عن طريق التحكيم.

ولقد كانت رغبة المتعاملين في الاسواق الدولية للتلخص من القيود الموجودة في الانظمة القانونية لمختلف الدول، على ان يتم تسوية المنازعات باقل قدر ممكن من العلانية والنشر وفض مشكلة تنازع القوانين، لأن القاضي يقوم بتطبيق قانونه، حتى إذا كانت تلك المنازعات تتعلق بالتجارة الدولية.

تنص المادة السادسة من قانون التحكيم المصري إذا اتفق طرفاً التحكيم على اخضاع العلاقة القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أية وثيقة أخرى وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم.

[2] د بشار محمد الاسعد –الفعالية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية –منشورات الحلبي الحقوقية –لبنان – الطبعة الأولى 2000 ص40

وبذلك أصبح التحكيم الوسيلة المقبولة التي يلجأ اليها الأطراف في عقود الاستثمار لماله في ذلك من مبررات وخصائص وضمانه لحقوق الأطراف في العقد.

ومن هذه الأسباب ان المستثمر الاجني يتمسك بشرط التحكيم وذلك لأنه لايوجد في كثير من الدول نظام خاص ليقاضي الحكومات بالاضافة إلى ان محاكم الدول قد لا تلقى اجماعا من جانبا المستثمر الاجنبي بسبب الصعوبات قد يتلقاها في اللجوء اليه فيحرص المستثمر المتعاقد مع الدولة على ادراج شرط التحكيم في عقود الاستثمار خوفا من استعمال الدولة لسيادتها عند نظر المنازعات في المحاكم ،فضلا عن عدم ثقته بعدالة الدولة المضيفة.

ولعل من اسباب ذلك أيضا ان التحكيم ضمانة اجرائية قضائية تشجع الاستثمار فالمتعاملون في مجال التجارة الدولية يرون انه من الاحسن ان يطرحوا نزاعهم على اشخاص يتمتعون بالخبرة .[1]

وعليه اصبح التحكيم القضاء الاصيل في هذا النوع من الاختصاص وخاصة ان التحكيم من شأنه ازالة مخاوف المستثمرين الاجانب بشأن خضوع منازعتهم لقضاء الدولة العادي لانه بالنسبة لهم يضمن الحياد اللازم وضمان

[1] المادة 1006من قانون الإجراءات المدنية والادارية الجزائري
يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.
لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

لاستثماراتهم ذلك ان القاضي الوطني يتأثر بالدوافع الوطنية تتعارض ومصالح المستثمر.[1]

واخيرا فان من اسبا ب ذلك يعود إلى حرية الأطراف في اختيار نوع التحكيم الذي يتلائم وطبيعة النزاع ذلك ان التحكيم يتميز بأنه اقل تكلفة وأكثر مرونة وسرعة ويسود اللجوء اليه في بعض المنازعات كما هو الحال في المنازعات الدولية ومنازعات اعادة التأمين ..[2]

كما ان مستلزمات التجارة الدولية جعلت التحكيم كوسيلة لفض منازعات هذه العقود لكون التحكيم أكثر مناسبة من القضاء بالنسبة لهذا النوع من النشاط الاقتصادي لانه يعتبر بمثابة تامين للشركات ضد التغييرات الفجائية التي تحل بالبناء الاقتصادي للعقد وتستبعد قلق الشركات المتعاقدة التي تكون طرفا فيها.[3]

ومن امثلة ذلك أيضا ما نص عليه اتفاق التحكيم في المادة 21 من عقد الامتياز البحث عن البترول المبرم سنة 1987 بين الشركة الالمانية -dentsh

[1] اعطت المادة 1455من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي وفقا لتعديلات 2011المتعلقة لمقتضيات التحكيم الاختصاص للقاضي المساند LE JUGE D'APPUIللتصريح بوجود حالة البطلان الواضح لاتفاق التحكيم للتطبيق رتبت على ذلك امتناع هذا الاخير عن تعيين الهيئة التحكيمية للتفصيل انظر = د. مصطفى بونجة ودكتورة نهال اللواح التحكيم في المواد التجارية الادارية والمدنية دار الافاق المغربية _الرباطالطبعة الأولى 2015 ص 104.

[2] اتفق الفقه الفرنسي على ان التحكيم هو هيئة قضائية ذات طابع اتفاقي يعترف له القانون باصدار احكام قضائية للتفصيل انظر منير يوسف المناصر – التزامات وسلطات المحكم في الاثبات في خصومة التحكيم التجاري الدولي دار الثقافة للنشر والتوزيع _ الاردن الطبعة الأولى 2016 ص 46 .

[3] د احمد عبد اللاه المراغي –دور التحكيم في تشجيع وحماية الاستثمارات الاجنبية–المكتب الجامعي الحديث – الاسكندرية 2015 ص 72

Schatbun-undtie-fbonrgrese- schaft وشركة رأس الخيمة الوطنية للبترول Rakaiu من ان جميع المنازعات التي قد تنشأ بخصوص تفسير هذه الاتفاقية أو تطبيقها سيتم تسويتها بموجب قواعد التوفيق والتحكيم لغرفة التجارة الدولية وذلك من قبل ثلاثة محكمين يعينون بموجب هذه القواعد.

الفرع الثاني:

مظاهر التردد بصدد العدالة البديلة في المجالات الجديدة للنزاع :

في مجال الملكية الفكرية :

لا بد من التفريق بين منازعات الملكيةالفكرية ومنازعاتها الدولية[1]. فليس هناك ما ينقص حقوق الملكية الفكرية ويقلل من حمايتها في المنازعات الداخليةفهي تبقى في عهدة قضاة لهم خبرة طويلة اما المنازعات الدولية في نزاع ما ومثال ذلك سيارة السبورMiataالتي هي نموذج مبتكر من ماركةالمازدا والتي وضعت رسومها في كاليفورنيا ؛ وتم تمويلها في اليابان ونيويورك ؛ ثم وضع نموذجها في انكلترا ؛وجرى انتاجها وتصنيعها في ميشيغان وفي المكسيك واعتمدت فيها مبتكرات براءات اختراع إلكتروني مسجلة في نيوجرسي ومنفذة في اليابان..

[1] يرى البعض ان استقلال اتفاق التحكيم في العقد الاصلي يقصد به ان ننظر إلى شرط التحكيم على انه يعتبر عقدا قائما بذاته رغم انه ليس الا جزءا من هذا العقد أو احد بنوده للتفصيل انظر د بشار محمد الاسعد –الفعالية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية –منشورات الحلبي الحقوقية –لبنان – الطبعة الأولى 2000 ص76

هذا وقد اوجب القانون الفرنسي تسجيل العقد في السجل العام للبراءات التابع للمعهد الوطني للملكية الصناعية حتى يعد نافذا بحق الغير ويسري هذا الحكم على العلامات حسب المرسوم التشريعي الصادر في 26-5-1980 كما اشترط كتابة العقد تحت طائلة البطلان.[1]

ومن هنا فان الصراع الذي يدور منذ نصف قرن والذي اخذ في السنوات العشرين الاخيرة طابع الحدة بين قابلية وعدم قابلية منازعات الملكية الفكرية للتحكيم الدولي ؛ هو في الحقيقة صراع بين حماية حقوق الملكية الفكرية وعدم حمايتها[2]..

ففي القانون الفرنسي هناك مجموعة من القوانين لتنظيم هذه المسالة فنجدقانون سنة 1964 المتعلق بالعلامة الفارقة وقانون 1968 المتعلق ببراءة الاختراع حصرا الاختصاص في المنازعات بالقضاء وحده ثم صدر قانون 1978وقانون 1991 فحاولا فتح المجال امام التحكيم ولكنهما زادا المشكلة تعقيدا إذا

[1] وفاء مزيد فلحوط –المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية –منشورات الحلبي الحقوقية – لبنان –الطبعة الأولى 2008 ص 279.

[2] يقصد بالوسائل الإلكترونية لفض المنازعات، تلك الوسائل غير القضائية لنظر النزاع والفصل فيه من خلال شبكات الحاسب وقد صدرت عدة توصيات دولية تتضمن التشجيع لهذه الوسائل في فض المنازعات، والتي نذكر منها: – 1 الدليل الإلكتروني لحماية الستهلكين عبر التجارة
(the context of Electronic Commerce الإلكترونية Guidelines for Consumer Protection in) الذي تبنته، منظمة التطوير والتعاوني (Electronic لإلكتروني Organization for Development and Co-operation (OEDC) . – التوصية التي صدرت في مؤتمر ميامي) الولايات المتحدة الأمريكية (. 2000 التوصية تمخضت عن مؤتمر طوكيو)اليابان (عام 2001 وما تضمنته من، ضرورة خلق نظام بديل لفض المناز عات يتناسب والآلية التي أبرمت فيها العقود وذلك . للتشجيع على التجارة الإلكترونية للتفصيل انظر مهند عزمي أبو مغلي ومحمد إبراهيم أبو الهيجاءالوسائل الرقمية البديلة لفض المنازعات المدنية مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، جامعة الشرق الاوسط الاردن المجلّد، (36) 2009

اعتبر عملا بالمادتين 2059و 2060من القانون المدني ان النزاع المتعلق بالنظام العام غير قابل للتحكيم ؛وانتقل الجدل إلى نقطة ما إذا كانت منازعات الملكية الفكرية هي من النظام العام ام لا؟

ويقول الفقيه الفرنسي E. L OQUINتعليقا على حكم صادر عن محكمة الابتدائية بباريس في :02-07-1987 يقول بان النزاع الذي لا يتعلق بصحة براءة الاختراع وانما بتنفيذ عقد استثمار هذه البراءة ؛لا يتعلق بالنظام العام ؛ والشرط التحكيمي الذي يتضمنه عقد استثمار هذه البراءة يعطي كل اثاره ومفاعيله طالما ان صحة البراءة هي خارج اي نزاع."

ويقول البروفسور فيليب فوشار ان الاجتهاد الفرنسي الحديث اخذ يفرق بين المنازعات التعاقدية العائدة لاستثمار حقوق الملكية الصناعية والتي يعتبرها قابلة للتحكيم بين اطراف يتمتعون بحق التصرف التملك والتمليك بحقوقهم من جهة والمنازعات المتعلقة بصحة هذه الحقوق من جهة أخرى والتي لا تعتبر قابلة للتحكيم لان السلطة العامةهي وحدها التي تعطي حق استثمار هذه الحقوق.

ويتسائل :هل يجب ان نفرق بين ان يكون الحق معطى من السلطة العامة ام لا لنعرف ما إذا كان النزاع بشانه يقبل التحكيم ام انه يجب ان نعود إلى طبيعة الحق ذاته وخصائصه، هل هو حق قابل للتصرف ام لا ؟.

إنّ موضوع صحة سند البراءة مثلا لا يطرح اطلاقا من الناحية العملية امام المحكمين الا من زاوية العلاقة التعاقدية بين صاحب البراءة ومستثمرها وهل يجوز

اتاحة الفرصةللتماطل بحيث يعلق المحكمون سير الدعوى بمجرد اثارة موضوع صحة البراءة ، أم أن المحكمين يجب ان يكون لهم اختصاص النظر باختصاصهم فيتابعون الموضوع إذا وجدوا ان النزاع يتعلق فعلا بصحة براءة[1]الاختراع أو الابتكار [2].

قررت محمكة استئناف باريس في" 24/3/1994 ان المبدأ العام الذي يمنح الاختصاص لقضاء الدولة لا يشكل اي عقبة امام اللجوء إلى التحكيم الا في المسائل القانونية المتعلقة بالنظام العام. وهكذافان المنازعات المتعلقة بعقود استثمار البراءات سواء تعلق الامر بتنفيذ عقودها أو تفسير ها هي قابلة للتحكيم.[3]

[1] دور التحكيم في فك منازعات الملكية الفكرية موجود الرابط التالي :
Shiac.com/…./role

[2] ان ازدواجية قانون الملكية الفكرية في المانيا له مظهرين وذلكحسب كل فرع من فروع القانون فالمفهوم الصارم يطبق في القانون المدني وقانون الملكية ومفهوم مرن مجاله القانون الاساسي الالماني للتفصيل انظر
Emilie BOUCHET – LE MAPPIAN– Propriété intellectuelle et droit de propriété en droits anglais, allemand et français–doctorat en droit prive faculte de droit sciences politiques-universite de nantes annee2099-2010 page 11

[3] Le Protocole de Madrid du 27 juin 1989 relatif à l'Arrangement de Madridconcernant l'enregistrement international des marques. Ce Protocole n'est pas d'application entre les pays qui étaient déjà membres de l'Arrangement de Madrid. Il s'applique par contre entre les pays membres tant de l'Arrangement que du Protocole, et entre ces derniers.

- L'Arrangement de Nicedu 15juin 1957 concernant la classification internationale des produits et services aux fins de
l'enregistrement des marques (révisé à Genève le 13 mai 1977).
- L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ci-après « ADPIC »)
signé à Marrakech le 15 avril 1994, qui tend à harmoniser certains aspects des droits de propriété intellectuelle (et notamment de droit des marques) dans tous les États membres de l'Organisation Mondiale du Commerce. Les marques font l'objet des articles 15 à 21
Mireille Buydens L'application des droits de propriété intellectuelle Recueil de jurisprudence OMPI ORANISATION MONDIALE DE PROPRIETE INTELECTUELLE 2014 PAGE9

وتعود المحكمة إلى النزاع المعروض امامها فتوافق المحكمين إذا اعتبروا أنفسهم مختصين لتفسير عقد استثمار براءة ؛ والقول بان المستثمر إذا اخل بالتزام حصري فان المحكمة التحكيمية تكون قد درست تصرف اطراف النزاع وعلاقتهم بالتزامهم التعاقدي ولم تخالف قاعدة النظام العام العائدة لبراءات الاختراع .وتصادق محكمة استئناف باريس على قرار المحكمين برفضهم تعليق نظرهم بالدعوى لحين صدور حكم من المحكمة الابتدائيةالتي راجعها احد طرفي النزاع بطلب ابطال براءة الاختراع ،"لان الدعوى امام المحكمة التحكيمية والأخرى امام محكمة الابتدائية موضوعهما مختلف تماما، فاذا تقرر بطلان الاختراع من المحكمة الابتدائية فان ذلك لا يمنع ان علاقة تعاقدية كانت قد وجدت في كل الاحوال بين الأطراف، والمحكمة التي تنظر في تنفيذ عقد استثمار البراءات يمكن ان تكون مختلفة عن المحكمة التي تبت بصحة البراءات[1].

-في عقود الامتيازات النفطية :

ان فكرة انهاء عقود الامتيازات النفطيية لدواعي المصلحة العامة بارادة الارادة المنفردة تمثل خطرا كبيرا يكمن في ان الادارة تلجا إلى الامتياز في المشاريع الضخمة التي يعتذر ادارتها بالاستغلال المباشر ؛ وان تنفيذها ياخذ مدةطويلة من الزمن وخبرات متخصصة وتنفق فيه المبالغ الطائلة ؛ ومن ثم فان

[1] في حالة تطبيق لوائح بروكسل على النزاع في اطار المحكمة الاروبية فان القوانين الوطنية لا تمكنها نظرا الموضوع للتفضيل انظر :

Julie Clavel le deni de justice economique dans l’arbitrage intenational doctorat université paris -panthon assas page 457

الانهاء يلحق بالمتعاقد اضرارضخمة ؛ كما تتضرر الادارة بتحملها عبء التعويض.

ولذلك سنحاول دراسة هذا التصادم بين العدالتين, ونضرب مثالا بالقانون الليبي فقدنص عقد الامتياز النموذجي الملحق بقانون النفط رقم 25 لسنة 1955 على شرط الثبات التشريعي , أو ما يسمى شرط الضمان أو عدم المساس , اذ نص البند 16 في صورته النهائية على ان تتخذ الحكومة الليبية جميع التدابير اللازمة لضمان تمتع الشركة بجميع الحقوق المخولة لها بمقتضى هذا العقد ولا يجوز المساس بالحقوق التعاقدية نص عليها صراحة في هذا العقد مالم يكن ذلك باتفاق الطرفين وانه يمكن تفسير هذا العقد خلال مدة نفاذه طبقا لاحكام[1] [2]قانون النفط واللوائح الصادرة بموجب ابرام اتفاق التعديل الذي بموجبه ادمجت هذه الفقرة 2 في عقد الامتياز , واي تعديل أو الغاء لتلك اللوائح لا يسري على العقود التعاقدية للشركة الا بموافقتها .[3]

[1] قرارمحكمة النقض الفرنسية – الغرفة المدنية الأولى رقم 17.708المؤرخ في 26اكتوبر 2011.عقد من الباطن –وجود شرط تحكيم – فسخ العقد الأول – عدم امكانية اقامة دعوى مباشرة – تصرفات اجرائية متناقضة – رد الدفع – اشتراط العجلة لصلاحية قاضي الامور المستعجلة في العقود التحكيم – عدم توافر العجلة – صلاحية هيئة التحكيم – اثر شرط التحكيم الدولي – طعن جزئي انظرمجلة التحكيم العالمية 2012– العددالثالث عشر ص570

[2] الدور الايجابي للقاضي في الاثبات _مبدا حياد القاضي لايتعارض مع منحه دورا ايجابيا في تسيير الدعوى فالخصومة ليست فقط نزاع فردي فالمجتمع له مصلحة حيوية في الاستقرار الاوضاع للتفصيل انظر.جغفر ذيب المعاني، التحكيم الإلكتروني ودور القضاء الوطني بتفعيله دار الثقافة للنشر والتوزيع –الاردن –الطبعةالأولى 2014

لقد تضمنت جميع عقود الامتيازات النفطية على هذا النص حماية للمستثمر الاجنبي مما قد يتعرض له من مخاطر وفعلا كان هو السند الاساسي الذي استندت احكام التحكيم المشار اليه.

لقد فسر ديبوي هذا الشرط بانه يبرهن على رغبة الدولة في التعامل على قدم المساواة في حين ان الفقيه G.JONATHAM يرى انه شرط غير مالوف في القانون الخاص .وقد راى عدد من الفقهاء ان الشروط غير المالوفة تفسر في العقد لصالح الدولة كما تفرض أيضا لصالح المتعاقد عليها وليس من ضرورة ان تكون لصالح الدولة دوما وان التساؤل الذي يثار ماهو الهدف من شرط الثبات التشريعي ؟ ان الهدف من هذا الشرط واضح هو حماية المتعاقد من استعمال الادارة لسلطات الادارة التعديل أو الانهاء وهذه السلطات لا تكون الا في العقد الاداري لان العقد المدني تحكمه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين .

وفي هذا السياق نص البند 28 من عقد الامتياز الملحق بقانون النفط رقم 25 لسنة 1955 على ان : يخضع العقد ويفسر بمقتضى المبادئ القانونية في ليبيا المتماشية مع مبادئ القانون الدولي ؛ وفي حالة عدم وجود مثل هذه المبادئ فعندئذ طبقا للمبادئ القانونية العامة بما في ذلك تلك المبادئ التي طبقت في المحاكم الدولية ويفهم من هذا النص ان عقد الامتيازيخضع في الاساس لمبادئ القانون الليبي.

- في منازعات العمليات المصرفية :

يتميز التحكيم في المعاملات المصرفية بخصائص كثيرة منها السرعة التي تساهم في حسم المنازعات المصرفية بتعزيز الفعالية في اقتضاء الحقوق المالية، وتفادي الخسارة الناتجة عن طول مدة النزاع، بسبب زيادة معدلات التضخم. فالبطء في إجراءات التقاضي قد يمتد إلى عدة سنوات ، ومن زاوية القانون التجاري فان تأخير الدفع قد يترتب عليه تأخر الدائن في سداد ديونه هو، والمصرف سيتضرر نتيجة تغير أسعار صرف العملات أو الفوائد أو السلع،[1] بينما اللجوء إلى التحكيم يؤدي إلى الوصول لحل بسرعة ويضاف إلى ذلك انه في التحكيم يتم نظر القضية من قبل محكم واحد بينما في قضاء الدولة تنظر القضية من قبل أكثر من قاضي، وقد تتم حركة تنقلات في نفس المحكمة الفاصلة في القضية فيتابعها قاض آخر يحتاج لفترة أخرى للالمام بموضوع الدعوى، وهذا لايتماشى ومصلحة الأطراف.

وللسرعة أهميتها في العمليات المصرفية كالحساب الجاري وعمليات التمويل والاعتمادات، فطبيعة هذه العمليات قد تؤدي لالحاق الضرر بالمصرف أو احد عملائه، نتيجة للتغير المفاجىء في اسعار صرف العملات، أو في اسعار السلع والفوائد، وقد يتحقق الضرر نتيجة عدم الالتزام، وهذا يؤدي لتحمل

[1] د- حسين شحادة الحسين التحكيم في منازعات العمليات المصرفية . المجلة القضائية العدد الرابع سوريا رجب 1433 ه

مصاريف اضافية وينجم عن ذلك ارتفاع في التكلفة وصعوبة في تصريف السلع والخدمات .

إن التحكيم يضمن الوصول إلى حل سريع للخلاف , نتيجة اتباع إجراءات أكثر مرونة، تؤدي إلى تقليل التكلفة، لأن المرونة في التحكيم يتم ترجمتها إلى بساطة فيما يتعلق بإجراءات التقاضي، وخاصة في التبليغات وإدارة الجلسات وتقديم البيانات والإتصال بأطراف النزاع، فلأطراف التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها الهيئة دون التقيد بقواعد قانون الإجراءات إلاّ فيما يتعلق بالنظام العام ,و للطرفين إخضاع الإجراءات للقواعد في مركز دائم للتحكيم، فإذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق كان لهيئة التحكيم أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها ضرورية[1].

وتبعا لذلك فهذه المرونة التي تساير الإجراءات تؤدي إلى السرعة في إقتضاء الحقوق وبالتالي الاقتصاد في النفقات,كما تتجلى المرونة باختيار القانون واجب التطبيق على النزاع، بينما لا تملك المحاكم من حيث الأصل الا تطبيق قوانين بلدها .

والواقع العملي يكشف ان الأطراف يفضلون ادراج شرط صريح ,يعبر عن اختيارهم لقانون معين, ليحكم العقد عملية التحكيم , من اجل سرعة انجاز

[1] – حسين شحادة المرجع السابق ص 162

الصفقة , وعدم الانشغال بتفسير مبدا سلطان الارادة في تحديد القانون واجب التطبيق .

وهذه الآلية تضمن استمرارية العلاقة بين الأطراف والمحافظة على أسرارهم، فالتحكيم يقدم نوعا من التفاهم بين الطرفين عندما تختلف وجهات النظر حول التنفيذ الصحيح للعقد، فيتفقان على عرض النزاع على التحكيم، وربما تستمر العلاقة الودية بين الطرفين مستقبلا بعد تسوية خلافهم كما يحافظ على أسرارالطرفين، فلا يطلع على تفاصيل القضية إلا المحكمون، والمحامون الذين يدافعون عن الأطراف، على خلاف ما يحصل في القضاء العادي، حيث يمكن للكافة معرفة موضوع النزاع نتيجة لعلانية الجلسات[1]. فعلانية الخصومة تضر بسمعة البنك والعميل, حيث يمكن ان تكون الجلسات سرية لا يحضرها إلاّ الأطراف أو ممثليهم والمحكمين ومن استدعت الضرورة حضوره، وبذلك يتمكن رجال الأعمال من إخفاء طبيعة نزاعهم والإجراءات المتبعة .

فالسرية تتماشى و معاملات البنوك عامة، والمعاملات الإلكترونية .[2] .

[1] قرار محكمة النقض الفرنسية –الغرفة المدنية الأولى رقم 349–72في 12اكتوبر2011 تمويل اشغال عامة– خلاف ولجوءالى التحكيم –الزام المدعية بالدفع–طلب ابطال–تعريف القرار التحكيمي –قابليةالقرارات التحكيمية وحده للطعن بالابطال–القرارالذي ينظم الفترةالانتقالية بين النطق بقرار التحكيم وابرام اتفاقية الحراسة ليس قرارا تحكيميا –رفض الطعن للتفصيل انظر . مجلة التحكيم العالمية 2012العدد13ص577

[2] ملف رقم543309قراربتاريخ 2010/3/18 قضية مؤسسة (ع.ص) ضد شركة ميلتمان اند يكوجي .
لايعد امرا ولائيا الامر الصادر عن رئيس المحكمة المرخص بتسليم نسخة رسمية من قرارتحكيمي دولي ويمكن بالنتيجة استئنافه امام المجلس القضائي انظر مجلة المحكمة العليا العدد2سنة2010ص146

ومن مبررات اللجوء إلى التحكيم توفر ميزة الخبرة والتخصص [1] وضمان الحياد فالأعمال المصرفية تتطور بشكل متسارع، ومثل هذا التطور لا يستطيع مواكبته الا قلة من المصرفيين، نظرا للفنية الدقيقة للاعمال المصرفية أو حداثتها,كما في عمليات القطاع الأجنبي أو الودائع.

- التحكيم في المجال الإلكتروني :

لعل دور التحكيم في المجال الإلكتروني دور بارز فاصبح المجال المناسب لحل مثل هذه المنازعات لماله من فوائد ومنها تقريب المسافات فاغلب منازعات التجارة الإلكترونية تتم بين اطراف تختلف جنسياتهم، وتتباعد اماكن اقامتهم وفي هذا الصدد يرى البعض ان الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، عبر الأنترنت ولا سيما التحكيم الإلكتروني تساعد في تسوية المنازعات بين أشخاص يقيمون في مختلف المناطق الجغرافية دون تحمل مشقة السفر، وكذلك الأمر بالنسبة إلى الشهود والخبراء إذ وجودهم الفعلي غير ملزم وإنما يمكن أن يتم عبر شبكة الانترنت، بالاضافة إلى اعتبار شبكة الانترنت مكانا محايدا لاطراف لعرض النزاع والفصل فيه ،.ومن خصائصه أيضا خفض المصاريف فمع تطور التجارة الإلكترونية يساهم التحكيم الإلكتروني في خفض التكاليف المرتبطة بعملية التحكيم اذ لا يحتاج اي من الأطراف المتنازعة أو اعضاء هيئة

[1] سمير دنون، العقود الإلكترونية في اطار تنظيم التجارة الإلكترونية، المؤسسة الحديثة للكتاب _لبنان الطبعة الأولى 2012 ص188.

التحكيم أو الشهود إلى التنقل من دولة لأخرى وبالتالي يمكن توفير مصاريف التنقل بالاضافة إلى مساهمة التحكيم الإلكتروني في حسم النزاع في فترة زمنية قصيرة وبالتالي انخفاض المصاريف .

كما يتميز بسرعة الفصل في المنازعات[1]، ويجمع أغلب الفقه أنّ السرعة هي الميزة الرئيسية لحسم المنازعات عن طريق التحكيم الإلكتروني، وخاصة فيما يتعلق بحسم النزاعات بين أطراف تجارية يرتبطون فيما بينهم بعلاقات مستمرة ويخشون من تأثر الأداءات التجارية المتبأدلة من طول الإجراءات فيكون التفكير في حل منازعاتهم باستعمال الوسائط الحديثة نفسها في التعاقد مقنعا [2].

ويتميز التحكيم في هذا المجال بطابع الملائمة، إذ أنه وخلافا للمحاكم الوطنية أو هيئات التحكيم التقليدية فإن التحكيم الإلكتروني متاح على مدار اربع وعشرين ساعة، هذه الميزة تمكن الأطراف، من ارسال الرسائل الإلكترونية

[1] يجب التفرقة بين التحكيم الأجنبي والتحكيم الدولي، حيث يوجد خلط لدى بعض الفقه أن التحكيم الأجنبي والدولي بمعنى واحد، وقد ساعد على هذا الخلط ما جاء باتفاقية نيويورك عام 1958 والخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية حيث نصت في المادة الأولى على أن الاتفاقية تطبق على الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة في إقليم دولة غير تلك التي يطلب فيها الاعتراف وتنفيذ الأحكام الناتجة عن الخلافات بين الأشخاص الطبيعية أو المعنوية وتطبق كذلك على أحكام التحكيم التي لا تعتبر من الأحكام الوطنية في الدولة المطلوب فيه الاعتراف وتنفيذ الأحكام.للتفصيل انظر طاهر محمد خليفة مجلةروح القوانين كلية الحقوق طنطا جانفي 2014.

[2] – تنص المادة الثامنة والعشرون من قانون التحكيم المصري لطرفي التحكيم الإتفاق على مكان التحكيم في مصر أو خارجها فإذا لم يوجد إتفاق عينت هيئة التحكيم مكان التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى وملائمة المكان لأطرافها ولا يخل ذلك بسلطة هيئة التحكيم في أن تجتمع في أي مكان تراه مناسبا للقيام بإجراء من إجراءات التحكيم كسماع أطراف النزاع أو الشهود أو الخبراء أو الإطلاع على مستندات أو معاينة بضاعة أو أموال أو إجراء مداولة بين أعضائها أو غير ذلك.

وتسلمها وهي قد تشمل المذكرات والمستندات أو الاتصال في اي وقت، بمركز التحكيم أو الاطلاع على بعض التفاصيل المتعلقة بالنزاع على موقعها الإلكتروني، ويمكن أيضا لاعضاء هيئة التحكيم مباشرة مهمتهم من اي مكان دون اي قيد، حيث يتم ذلك بواسطة جهاز الكمبيوتر في المنزل أو في العمل أو اي مكان آخر، فأصبح بإمكان أطراف النزاع والمحكمين التواصل بشكل مباشر دون الوجودالفعلي في المكان ذاته .

كما أن من ميزاته في هذا النوع من المنازعات، هي الخبرة فإذا كان المحكمون في التحكيم التقليدي، هم من الأشخاص المؤهلين والمتخصصين من أهل الخبرة في المنازعات الخاصة بشتى فروع التجارة وهي خبرات لاتتوافر غالبا في القاضي الوطني فان المحكمين في التحكيم الإلكتروني[1] هم كذلك من اهل الخبرة المتخصصة بالمنازعات الخاصة بالتجارة الإلكترونية خاصة المتعلقة بمنازعات الملكية الفكرية أو التي يكون موضوعها اسماء النطاق الدالة على المواقع الإلكترونية[2] .

[1]Arbitre. - Responsabilité. - Responsabilité liée à l'exercice de la fonction juridictionnelle. - Conditions. -Fautequalifiée. - Nécessité. - Portée.La responsabilité des arbitres ne peut être engagée que pour faute qualifiée, et non pour faute simple, lorsque le manquement reproché, tel que la prétendue méconnaissance de l'autorité de la chose jugée, tend à remettre directement en cause le contenu
de la sentence rendue et, partant, l'exercice de la fonction juridictionnelle.1reCiv. - 15 janvier 2014.REJETNo11-17.196. - CA Paris, 1ermars 2011.BULTTEIN DINFORMATION COUR DE CASSATION AVRIL 2014 N 799

[2] د. ميناس ختشادوريان الاطار القانوني للتحكيم الإلكتروني . رؤية مستقبلية مجلة التحكيم 2010العدد الثامن

المطلب الثاني:

بمناسبة الصلح.

أشار مجلس الاتحاد الاروبي أن" المحاكم لا ينبغي ان تفصل بطريقة متسرعة"، وأن" إجراءات قانونية يجب أن تكون الطريقة المثلى لتهدئة حل للنزاع"، مما يعني أن الصلح هو البديل أو الوساطة والتسوية، لديها أولوية وتعرب أيضا عن فكرة أن المعركة القانونية بديلها هو الصلح

خلال التفاوض والوساطة، تظل الأطراف حرة لعلاج صراعها، مع ضرورة ان يحتوي الطلب على" تعيين موضوعه المادة 202 من قانون الإجراءات المدنية

تاريخيا فكرة الخيرية للقضاء لمنع المحاكمة وحلها وديا كان صاحبها وليام بن (1644-1718)،، ملهم أول دستور للدولة الديمقراطية والليبرالية في نيو انغلاند، وعاصمتها في فيلادلفيا، وكانت مبنية على أفكار التسامح والسلام والمساواة والديمقراطية واصبحت هذه الفكرة لها مكانة عالية في فرنسا، نصف[1] قرن بعد وفاة مؤسسها، ومع ظهور الجمعية التأسيسية سنة 1790، والتي ادخلت مع القانون الصادر في 24-08-1790 أدرجت محاولة الصلح الإلزامي لأول

[1] En francen C. pr. civ., art. 129-3 : Les parties peuvent être assistées devant le conciliateur de justice par une personne ayant qualité pour le faire devant la juridiction ayant délégué la conciliation

مرة في تاريخ المؤسسات، وهي طريق قضائي جديد لتسوية النزاعات، ومستقلة ومنفصلة عن العدالة التقليدية في الظهور رسميا[1].

وكان هذا الأسلوب من القرار على نطاق واسع في أوروبا (بما في ذلك سويسرا)،، وباستثناء كندا وأستراليا، وسوف تظل مؤسسة غير معروفة من بلدان القانون العام، التي تترجم حل نزاعاتها بـــ" الوساطة [2]

ان محاولة التوفيق السابقة أخيرا في المؤسسات والفصل بين الناس، ما من شأنه بالضرورة تعزيز الحرية بين الأطراف .[3]

[1] يتفق عقد الصلح والتحكيم في أن كلاً منهما يقصد به حسم خصومة من دون استصدار حكم قضائي، ولكن التحكيم يختلف اختلافاً بيناً عن الصلح.

ففي التحكيم يتفق الطرفان على محكمين يبتون في نزاعهما، فالذي يبت في النزاع في التحكيم هم المحكمون، أما في الصلح فهم أطراف الخصومة أنفسهم؛ والتحكيم لا يقتضي تضحية من الجانبين، على خلاف الصلح، إذ المحكمون كالقضاة يحكمون لمن له حق بحقه كله. وإن إجراءات التحكيم يبحثها قانون أصول المحاكمات، أما قواعد الصلح فيبينها القانون المدني. ويختلف الصلح عن التسليم بالحق، فالصلح يقتضي دائماً التضحية من الجانبين، أما التسليم بالحق وترك الادعاء فيتضمنان تضحية من جانب واحد وهو الجانب الذي سلم بحق الخصم وترك الادعاء للتفصيل انظر ماجد الحجار عقد الصلح–الموسوعة القانونية المتخصصة موجود على الرابط التالي .https://www.arab-ency.com

[2]Les mesures relatives à la justice du 21esièclevisant àfavoriser le règlement amiable ont pour objectifde rendre la justice plus proche C’est que la conciliation et la médiation sontde nature à contribuer à la mission première de la justice qui est «d’apaiser les relations socialesBéatrice Gorchs-Gelzer Conciliation judiciaire et conciliation de justice à la cour d’appel de Paris Colloque organisépar la cour d’appel de Paris et l’école nationale de la magistrature Cour d’appel de Paris –première chambreLemardi 15 mars 2016http://www.ca-paris.justice.fr

[3] قرار رقم 75179بتاريخ 14–6–2012 قضية (م.ن) ضد (د.ع) بحضور النيابة العامة .يجب حضور الطرفين (الزوج والزوجة) شخصيا جلسة الصلح.

– القاضي غير ملزم باصدار انابة قضائية دولية في حالة حضور طالب الطلاق جلسة الصلح وتغيب الطرف الاخر المقيم خارج الاقليم الجزائري انظر مجلة المحكمة العليا العدد2سنة 2014ص251

ومن الضروري أن الطرفين يمكن لهم التحدث بحرية، دون خوف وعلى وجه الخصوص يجب أن يكونوا على يقين من انه لايستطيع احد، بعد ذلك ان يعارض ما قالوه أثناء إجراء التوفيق.

ان القانون السويسري يطبق على نطاق واسع مبدأ المصالحة، وان مصير الأجزاء المنتجة في التوفيق يجب أن تكون على نحو الوساطة، مثلا كما هو الحال في الممارسة الدولية (في المادة 7 من لائحةغرفة التجارة الدولية، الصورة 14 من لوائح لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والمادة 17.من نظام الويبو).

ولقدنصت قوانين جنيف لـــ 1936/10/17 على إنشاء لجان التوفيق في الإيجارات تحدد مهمتهم ،في التدخل لتسوية أي نزاع خصوصا المتعلقة بمبلغ الإيجار، ومدة عقد الإيجار ولهذا الغرض يجب إثبات الواقعة، ومهمتها السعي إلى جمع الأطراف إلى اتفاق وكذلك هناك اللا ئحة التنفيذية لـــ1936/11/21التي تنص صراحة على اللجوء إلى الصلح[1]

وقد تم تعزيز هذه المهارات والأدوات من قبل السلطة التشريعية، من خلال قانون الإيجار الجديد في في 1990/07/01والذي أدخل سلطات مشتركة في عملية الصلح في جميع أنحاء سويسرا ،وتضمنت المهارات التصالحية وفيها

[1] En france C. pr. civ., art. 131 -1 : « Le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppos

تشجيع وتسهيل البحث عن حل من قبل الطرفين والموفق .وبطبيعة الحال، مع حرية الطرفين في قبول أو رفض نتائج اقتراح التوفيق ويبقى الحفاظ عليها بشكل كامل فطبيعة التوفيق يكمن في الأساس في الحرية[1] ومن المعاني الموجودة في القانون السويسري للصلح هي :

-إزالة أسباب النزاعات.

-إنهاء النزاع بطريقة مرضية لمصالح متضاربة.

-الاتفاق في انسجام تام.

وفي السياق ذاته، نص القانون على الأماكن التي تجري فيها هذه الأنشطة كغرفة المصالحة،

-وهي تتخذ اشكالا عديدة منها

-الدولة أو القطاع الخاص.

-إلزامية أو اختيارية، مع نظام مختلط

-مع وجود قاض واحد أو فريق مشترك.

[1] – في لبنان يشترط لتطبيق نظام التحكيم ان تكون المنازعة جماعية أي ان تكون بين مجموعة من العمال وبين واحد أو أكثر من ارباب العمل وان تكون متعلقة بمصلحة جماعية كتنظيم العمل ويضاف إلى هذين الشرطين ان تكون الوساطة قد فشلت في حل النزاع للتفصيل انظر . القاضي حسين عبد اللطيف حمدان – قانون العمل – دراسة مقارنة – منشورات الحلبي الحقوقية – لبنان الطبعة الأولى 209 ص 581.

-في الساعة ما قبل المحاكمة أو أثناءسير الإجراءات

-مستويات متعددة الاختصاصات.

مع التركيز في المقام الأول على المشاعر، والقيم واحتياجات ومصالح الطرفين، كماعلى المصلح ،ان يقوم بتطبيقها بأمانة، وأن يحترم تماما حرية الأطراف[1].

وتجدر الاشارة انه في ظل القانون السويسري هناك عاملين لانجاح عملية الصلح وهما:

أ.عامل شخصي :

دور الطرفين، والمصلح على التوالي. في اخذ المبادرة وعلى المصلح أن يأخذ المبادرة عندما تبقى المفاوضات في طريق مسدود.

ب.عامل موضوعي :

هذا الموضوع، يتمثل في الاحاطة من حيث دقة المناقشات وأحيانا قد يميل لاستكشاف مجالات أخرى .[2]

[1] Decret. 96-652, art. : La tentative préalable de conciliation peut-être menée par le juge ou par un conciliateur remplissant les conditions prévues par le décret du 20 mars 1978 relatif aux conciliateurs désignés à cet effet

[2] -قانون إنشاء لجان التوفيق والمصالحة بالمحاكم الاتحادية، بدولة الامارات العربية المتحدة 1999 / 26
تختص لجنة التوفيق والمصالحة بما يأتي _1 :تسوية المنازعات المدنية والتجارية أيا كانت قيمتها وكذلك المنازعات غير المقدرة القيمة بطريق الصلح _2 يكون للجنة في سبيل أداء عملها حق الإطلاع على الأوراق

وفي هذا السياق في فرنسا، كتبت BéatriceGorch أنه يجب علينا المضي قدما والسعي إلى إعادة نموذج العدالة دمج هذه التقنيات وأساليب جديدة للتعامل مع الصراعات،هذه طرق الجديدة للتعامل ،مع الصراعات ليست "البدائل"إلى العدالة أو الحق، ولكن طريقة أخرى للتفكير في العلاقة بين العدالة والصراع.[1]

وفي هذا السياق تجدر الاشارة على انه لايجوز للقاضي ان يفوض شخصا فنيا كالخبير للصلح بين الأطراف .[2]

الفرع الأول:

مظاهر المقاومة بصدد العدالة البديلة في مجال المنازعات التقليدية :

تتجلى مظاهر المقاومة فيما يلي :

والمستندات والسجلات وسائر الأدلة واتخاذ ما تراه مناسباً دون التقيد بقانون الإجراءات المدنية وقانون المحاماة ومواعيد الدوام الرسمي.

-المادة الثالثة

_1على المحاكم الابتدائية الاتحادية التي أنشأ فيها لجان التوفيق والمصالحة عدم قيد أي دعوى من الدعاوى التي تدخل في اختصاص لجنة التوفيق والمصالحة إلا إذا قدم لها من ذوي المصلحة إفادة من لجنة التوفيق والمصالحة بعدم الممانعة من نظرها أمام القضاء _2 .لكل ذي مصلحة أن يبدي كتابة إلى لجنة التوفيق والمصالحة المختصة عدم رغبته في حل نزاعه مع خصمه صلحا وفي هذه الحالة يتعين على اللجنة أن تعطيه إفادة بعدم الممانعة من نظر نزاعه أمام القضاء _3 .تتوقف المدد المقررة لعدم سماع الدعاوى ومدد التقادم المنصوص عليها بالقوانين السارية بالدولة من تاريخ قيد النزاع أمام لجنة التوفيق والمصالحة.

[1] Jean A. MIRIMANOFF et Sandra VIGNERON-MAGGIOLELES MECANISMES DE LA NOUVELLE CONCILIATION JUDICIAIRETexte tiré de l'ouvrage « La gestion des conflits. Manuel pour les praticiens », CEDIDACVol. n° 78, Lausanne, novembre 2008, mis à jour pour la journée d'étude du 28 octobre 2009

[2] – الانصاري حسن النيداني –الصلح القضائي – دار الجامعة الجديدة الاسكندرية –2009، ص179

- في منازعات العمل :

انه نتيجة التخوف من اثار التبعية الناجمة عن علاقة العمل على حقوق العامل، لم تجز بعض القوانين للأجير، التنازل عن الحقوق التي اعترف له القانون بها كماهو الحال بالنسبة لقانون العمل اللبناني في المادة 59، كي لا يكون تنازله قد جاء خوفا من صاحب العمل، وارضاء له خوفا من طرده من العمل . وبالتالي فان كل تنازل أو صلح وقت ابرام عقد العمل،يعتبر باطلا، فلا يجوز النزول مسبقا عن الحقوق التي تقررها قواعد قانونية آمرة، كما يبطل كل صلح أو ابراء يتم قبل نشوء الحق.

وفي حال حدوث نزاعات ناشئة عن تطبيق المرسوم المتعلق بطوارئ العمل، فان مجلس العمل التحكيمي في المكان الذي وقع الحادث فيه ، هو الذي ينظر بهذه النزاعات، ويبت في هذه الخلافات في مهلة لاتتجاوز 06 أشهر، وتقبل الأحكام الصادرة عن مجلس العمل التحكيمي الاعتراض واعتراض الغير وفق القواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية وفي قانون التنظيم القضائي. ويدخل ضمن صلب مهمة مجلس العمل التحكيمي، محاولة تقريب وجهات النظر بين اطراف النزاع ، والقيام بمساعي الصلح[1].

فإن تم الصلح ، وطلب من مجلس العمل التحكيمي تدوين هذه المصالحة بقرار قضائي، يترتب على المجلس ان يذكر في قراره تحت طائلة البطلان

[1] – الانصاري حسن النيداني – المرجع السابق، ص181.

المطلق، الأجر الأساسي والعجز الدائم اللاحق بالأجير بسبب الحادث، وعند الاقتضاء اسم شركة التامين الضامنة للحادث، وان هذه الشركة حلت محل صاحب العمل في التزاماته تجاه الاجير.

في الاخير يمكن الاشارة إلى انه منذ سنة 1953، اصبح بامكان العمال وأرباب العمل في فرنسا، توقيع مصالحات فيما بينهم دون رسوم أو شكليات معينة[1]، ودون اللجوء إلى المحكمة . فالمصالحة بين العمال وارباب العمل لاتهدف إلى حسم النزاعات فحسب، بل إلى تحديد الاثار المالية بين العمال وأصحاب العمل[2]".

في المنازعات الاسرية :

اذا تمت محاولات الصلح بين الزوجين اثناء نظر المنازعة ، فانه في القانون اللبناني من الواجب استطلاع المحكمة عن نتيجة هذه المساعي، وبالتالي فان فشل مساعي المصالحة، يؤدي إلى سريان باقي إجراءات الدعوى، اذ أن المحكمة تكون واضعة يدها على الدعوى ما دامت المصالحة لم تحصل، ولا ترتفع هذه اليد الا بعد افراغ المصالحة في محضر وتثبيتها من قبل المحكمة.

وقد تم انشاء مكاتب متخصصة في حل المشاكل الاسرية في بعض الدول، مهمتها تفعيل المصالحات الزوجية في المحاكم، فعلى سبيل المثال، قدمت

[1]voir Victor Daudet et Jaune Navarre Brager, le droit, source de conflits, revue doctorale de droit public comparé et de théorie juridique, Université Paris1, n°2, 2009, p 40.

[2] L'article 8 du décret du 20 mars 1978 précise que « le conciliateur de justice est tenu à l'obligation de secret en france

وزارة العدل في المملكة العربية السعودية خدمة جديدة للاسرة السعودية، تتمثل بعرض المصالحة وبذل المساعي لتحقيقها لدى مراجعي المحاكم، وخصوصا في المنازعات الاسرية، عبر مكاتب الصلح التي جرى افتتاحها في عدد من المحاكم خدمة للاسرة، وحرصا على استمراريتها [1].

إنّ إدارة الاستشارات الاسرية في وزارة العدل الكويتية بتاريخ 1مارس2004، صرحت بان عدد حالات الصلح التي استطاعت الادارة التوفيق بين الازواج المقبلين على الطلاق خلال عام 2003، بلغت 1421 حالة من أصل 4357 حالة طلاق.

الفرع الثاني:

مظاهر التردد بصدد العدالة البديلة في المجالات الجديدة للنزاع

يمكن دراسة هذا المظهر من خلال مثال عن ذلك يتعلق بمنازعات :

-الملكية الفكرية :

نصت المادة 27من قانون مكافحة المنافسة غير المشروعة الالماني :على انه توجد مجالس الصلح ،في غرف التجارة في الولايات ; يمكن استدعاؤها في منازعات القانون المدني، المتعلقة بالحقوق الناشئة عن قانون المنافسة غير المشروعة .

[1] – الانصاري حسن النيداني –المرجع السابق، ص 182.

غير انه في الواقع فان هذه المجالس ،لاتلعب سوى دور ثانوي ذلك انها تستند إلى حقيقة مفادها ،ان قابلية تطبيق قانون البراءات ; هذا تقتصر على حالات نادرة.

وبعد اعادة توحيد المانيا ادخل القانون الخاص ،تمديد الحقوق المتعلقة بالحماية التجارية في 23افريل 1992مكتبا للصلح ،وكان غرضه تقريب وجهات النظر في حالات تعارض ; بين حقوق الحماية ،وكانت مهمته تتعلق بالقضايا ذات القيمة المنخفضة والتعقيد التقني ونظرا لعدم وجود طلبات اغلق في 31ديسمبر 1996.

من جهة أخرى فهمت منظومة الاتحاد الاروبي الحاجة إلى تسوية هذه النزاعات عبر الحدود واطلقت عملية تشاورية لانشاء نظام قضائي مشترك متخصص في براءات الاختراع الاوروبية[1].

[1] Nika Wittebotg-la protection de la prpriete intelectuelle en europe –les modes alternatives de resolution d un conflit en matiere de la protection de prpriete intelectuelle page 8 et 9

المطلب الثالث:

بمناسبة الوساطة.

إن الشريعة اللاتينية عرفت الوساطة القضائية من خلال تشريعات مختلفة، وفي الدول الأوروبية على وجه الخصوص، استعملت هذه الآلية في نطاق قانون الإتحاد الأوروبي، كما انفردت التشريعات الداخلية منعزلة بأخذ الفكرة ولذلك سوف ندرس فكرة التصادم من خلال مايلي :

ا- مقاربة الوساطة في المنظومة الاروبية :

انه في ظل قانون الإتحاد الأوروبي تهدف الوساطة القضائية إلى تسهيل إستعمال الجيد للقانون، والعدالة والحرص على بقاء علاقة المودة بين الأطراف وكذلك مراقبة الإجراءات.

إن تطبيق فكرة الوساطة القضائية، يجد مجاله ضمن المنازعات المدنية والتجارية بإستثناء الحالات التي يضع لها القانون قيودا كالنسب مثلا ،كما تستثنى منها المادة الضريبية والجمركية والإدارية وكل حالة يكون فيها اختصاص الدولة إستثنائي[1].

[1] – جاك فاجي ،الملتقى الدولي حول ممارسته الوساطة، الوساطة في قانون الإتحاد الأروبي، مبادئ وأخلاقيات، مركز البحوث القانونية والقضائية الجزائر 15-16 جوان 2009، بحث غير منشور

*االنظام القانوني اللاتيني يتسم بانه تجميع لمبادئ قانونية في مدونات منظمة بطريقة علمية تصدر من قبل السلطة التشريعية ويطلق عليها اسم التقنينات ودور المحاكم في هطا النظام محدود نظريا على الاقل بتطبيق نصوص

و ما يلاحظ على تعريف الوساطة في قانون الإتحاد الأوروبي، أنه إجراء يمكن تحريكه من الأطراف أو أن يأمر به من طرف هيئة.

و يشترط بخاصة في الوسيط في قانون الإتحاد الأوروبي

1- من حيث شخصيته :يشترط فيه الفعالية والكفاءة ومن أجل معرفة الحالات يستوجب تكوين الوسيط، هو ما نص عليه القانون الأوروبي الخاص بالوسطاء الصادر في أفريل 2004.

2- من حيث الإجراءات المتبعة :عندما يتعلق الأمر بإجراءات الوساطة الوسيط يمكنه سماع الأطراف منفردين، إذا سمح القاضي له بذلك، وعلى الوسيط أن يتأكد من رضا الأطراف حول الإتفاق، كما يمكن للوسيط وضع نهاية للإجراءات إذا كان فيه مخالفة للقانون ،أو في حالة أن مواصلة الوساطة لا يؤدي إلى إتفاق[1].

3- من حيث المسؤولية :ان كل وسيط لم يتوافر فيه الشروط الضرورية لممارسة مهامه أو إرتكاب خطأ جسيم يمكن التصريح بإستقالته عن طريق محكمة العدل الأروبية بطلب من البرلمان الأوروبي، ومن القرارات

القانون ويجد جذوره في القانون الروماني وامتد من البحر المتوسط إلى بحر الشمال ومن بيزنطة إلى بريطانيا – زيد محمود العقايلة –المصطلحات القانونية –دار الثقافة للنشر والتوزيع 2009 ص 17

[1] – جاك فاجي، المرجع السابق

Grands textes de droit de l'union européenne , Dalloz 5 e édition dans Dubois1999. Page 202

المتعلقة بهذه المسألة قرار صادر عن البرلمان الأوروبي في 9 مارس 1994 المتضمن الحالة والشروط العامة لممارسة مهام الوسيط[1].

إن نجاح الوساطة في هذا النظام، تكمن في مدى قدرة القاضي على إنجاح الحوار بين الأطراف ونصحهم، وعليه يجب أن يؤكد أن هناك أسباب جدية للقيام بهذه الوساطة، وقواعد إجراءات في هذا النظام لا توضح المنهجية المتبعة للقاضي في هذا الشأن فالقاضي يعلمهم فقط[2]

ب _ بالنسبة للقوانين الداخلية :

في القانون الفرنسي :

فإن الوساطة القضائية يمكن تعريفها على أنها أسلوب إتفاقي لحل النزاع في إطار قضائي، وبموجبها يطرح القاضي هذا النزاع ثم يستقبل بعدها رضا الأطراف بها وبإختيارهم، مع العلم أنها تجري تحت رقابته، فالوساطة هنا تعني أسلوب إجرائي لحل النـــزاع [3]، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادرة في 16 جوان 1993 [4]، وتجلت تطبيقات الوساطة القضائية في المواد من 131-1 إلى 131-15 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والوساطة القضائية في هذا القانون ،يمكن طرحها في أي مرحلة من

[1] - LAIDE GUIDAN Op-cit. Page 198.
[2] - Revue trimestrielle de droit européen – éditions Dlloz 2001. Page 7
[3] - Rép – PR Liv . Dalloz septemendre 2006. Page 12.
[4] - Rep – Pr . Liv Op-Cit « Dont l'objet est de procéder à la confrontation respective des parties en vue de parvenir à un accord proposé par le médiateur » . Page 12

الإجراءات، يقوم بها شخص طبيعي أو معنوي (المادة 131-4 الفقرة 1) تحت مراقبة القاضي[1].

والوساطة القضائية يمكن إجراؤها ،أمام كل الهيئات القضائية داخل النظام القضائي 2

إن شروط تعيين الوسيط القضائي، في هذا القانون محددة بموجب المادة 131-5 من قانون الإجراءات المدنية الجديد ومنها:

- أن لا يكون قد تمت إدانته جزائيا وعدم ما يشير إلى ذلك في صحيفة سوابقه.

-عدم وجود ما يفيد تعرضه لعقوبة إدارية أو تأديبية

-يجب أن يتوافر للوسيط من الممارسة الحاضرة أو الماضية ،ما يفيد تمتعه بكفاءة لحل النـــزاع[2].

والواجب الذي يقع على الوسيط يتمثل في إعلام القاضي بالصعوبات التي تعترضه أثناء القيام بمهامه[3].

[1] - Rep – Pr . Liv Op-Cit . Page 12 et 13.
[2] - Rep – Pr . Liv Op-Cit . Page 16.
[3] - Rep – Pr . Liv Op-Cit . Page 17.

إذا يتحدد دور القاضي في هذا القانون بعد إتفاق الأطراف، لأنه بموجب ذلك يمكنه أن يختار وسيطا[1].

وهذا ما اتجهت إليه محكمة النقض الفرنسية[2].

2 .في القانون الالماني :

تتميز قواعد الإجراءات في ألمانيا بالدقة لأنها تعطي للقاضي حق التدخل الإيجابي للوصول إلى الحل بين الأطراف، وفي المادة المدنية هناك نصين عامين يطبقان على كل القواعد وهما المادة 278 من قانون الإجراءات المدنية والتي تنص على أنه على المحاكم البحث عن الحل الودي في جميع مراحل النزاع، وفي مجال المادة التجارية هناك 30% من النزاعات حلت بذلك.

أما المادة 794 من نفس القانون ،فتنص على أن التنفيذ الجبري للإتفاق يمكن أن يطالب به الأطراف إلا إذا وجد إستثناء[3].

و إبتداءا من الأول جانفي 2001، فإن الوساطة القضائية أصبحت بداية للدعوى القضائية، وأن التجربة في مجال الوساطة القضائية أكدت نجاح هذه

---

[1] - Henri CAPITANT – Français Terré yeves LEQUETTE – Les grands arrêts de la jurisprudence civile – tome 1 – 11 eme édition – Dalloz 2000 . Page 191.

[2] - Arret Rendu par cour de cassation – 1re – cin 8 Avril 2009 N° 08 – 10 -866 . Recueil Dalloz 2001 . Page 3.
« Si refus de la procedure – il n y a – il ne peut résulter que de la volante comme des parties , en bref, la démarche qui guide le juge … ».

[3] بنسالم اوديجا الوساطة كوسيلة من الوسائل البديلة لفض المنازعات دار القلم الطبعة الأولى الرباط 2009 ص135

- Médiation et Conciliation – Normes européennes et nationales WWW.gemme. CH. Page 08.

الوسيلة، حيث أنه وكمثال عنها فإن النزاعات التي كانت مطروحة أمام المحكمة الجهوية للشتوتغارت، فإن نسبة حل النزاعات بهذه الوسيلة وصل إلى 90%

إن تعديل قانون الإجراءات المدنية الألماني سنة 2002 بمقتضى المادة 278 – 5 مكن القاضي من إحالة أطراف النزاع، على وسيط للوصول إلى حل قبل مرحلة القضاء.

وعليه فإن جهد القاضي في القانون الألماني للوصول إلى حل بطريق الوساطة يعتبر من الواجبات المهمة[1].

3- في القانون البلجيكي:

لقد تم التنصيـــــص على الوساطـــــة ، بموجب القانون الصادر في 2005-02-21 والذي يحتوي على 25مادة والذي نص صراحة على الوساطة القضائية واحدث القانون لجنة فيدرالية للوساطة ، عليها المادة 1727يعين وزير العدل أعضائهالمدة أربع سنوات قابلة للتجديد ويوفر لها كل الإمكانيات المادية والبشرية، للعمل ويحدد الملك التعويضات لأعضائها وتتكون من لجان عامة ولجان متخصصة في مختلف المسائل المدنية والتجارية والاسرية والاجتماعية، وكل لجنة تعين رئيسا لها ومهمتها قبول واعتماد الوسطاء وتتميز قواعده بمايلي:

[1] - Médiation et Conciliation – Normes européennes et nationales WWW.gemme. CH.
2بنسالم اوديجا الوساطة كوسيلة من الوسائل البديلة لفض المنازعات دار القلم الرباط الطبعة الأولى 163, 164

-من حيث نطاق المساعدة القضائية :

اتساع نطاق المساعدة القضائية لتشمل مصاريف واتعاب الوسيط

- من حيث الإجراءات:

كل الإجراءات سرية ولايمكن رفع هذه السرية الا بموافقة اطرافها بناء على طلب المصادقة على اتفاق الوساطة للقاضي وكل إجراء ياتي خلافا لذلك يستبعد وتنسحب هذه السرية إلى الوسيط الذي تمت جميع الإجراءات بحضوره ولايسمح له بالادلاء باية شهادة في هذا الصدد بناء على طلب الأطراف وذلك تحت طائلة المادة 458من القانون الجنائي

إن استعانة الوسيط بخبير لايكون الا برضا الأطراف.

-من حيث سلطة القاضي

لقاضي الموضوع وكذلك لقاضي الامور المستعجلة ،في اي مرحلة في الدعوى بناء على طلب الأطراف اوبناء على مبادرة منه مع موافقة الأطراف ان يامربوساطة مادامت القضية ،لم توضع في النظر وللاطراف ان يتفقوا على الوسيط داخل القائمة الخاصة باللجنة أو ان يطلبوا من القاضي تعيين وسيط اخر خارج اللجنة[1]

-من حيث البيانات الواجب توافرها في الوساطة :

[1] بنسالم اوديجا مكر ر ص 165,164

ضرورة النص صراحة على قبول الأطراف الوساطة

اسم وعنوان وصفة الوسيط

تحديد المدة دون ان تتجاوز ثلاثة اشهر

تاريخ رجوع القضية للجدول

مع الملاحظة ان الوسيط يبلغ بتعيينه من طرف كتابة ضبط المحكمة في اجل ثمانية ايام من تاريخ صدور الامر بتعيينه الذي يحدد فيه مكان وزمان بدء الوساطة .

-من حيث نهاية الوساطة :

في حالة التوصول إلى اتفاق بين الأطراف يصادق عليه من طرف القاضي وله نفس اثار الحكم النهائي ولايمكن للقاضي رفض هذا الطلب الا في حالتين:

- إذا تعلق الأمر بمسالة تتعلق بالنظام العام .

- إذا تعلق الأمر بوساطة عائلية فيه لم تراعى فيها حقوق القصر.

4- في القانون الاردني :

استحدث المشرع عملية الوساطة بموجب تعديل قانون أصول المحاكمات رقم 24 سنة 1998، وتم ذلك بموجب القانون رقم 26 لسنة 2002 والمنشور

في الصفحة رقم 266 من الجريدة الرسمية رقم 4547 بتاريخ 2002/09/16 وتم استحداثها بموجب المادة 7/59/مكرر [1].

وتتميز هذه الوساطة في القانون الأردني بجملة من المزايا :

1-من حيث اتصال الوسيط بالنزاع :

فبمقتضى المادة 3 من قانون الوساطة الأردني فقد منح المشرع صلاحية إحالة النـــزاع إلى قاضي الوساطة من خلال قاضي إدارة الدعوى أو قاضي الصلح، وذلك بعد الإجتماع مع الخصوم أو وكلائهم القانونيين وذلك بناء على طلب الأطراف مع موافقة الأطراف على التسوية، غير أنه في حالة إحالة النـــزاع من قبل قاضي إدارة الدعوى أو قاضي الصلح إلى وسيط خاص، فقد إشترط المشرع على القاضي عند تسمية الوسيط الخاص ضرورة الأخذ بعين الإعتبار إتفاق الأطراف .

[1] – تنص المادة 7/59 مكرر على:

أ– لقاضي إدارة الدعوى من تلقاء نفسه أو بناءا على طلب أطراف النزاع إحالة موضوع النزاع لتسويته إلى وسيط يتم الإتفاق عليه بينهم وإذا تعذر اتفاقهم يتولى هو أمر تسمية الوسيط لتاتبين به أن طبيعة النزاع تقتضي ذلك.

ب– على الوسيطإتخاذ قرار تسوية النزاع خلال مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر من تاريخ إحالته إليه ويخضع قرار التسوية لمصادقة قاضي إدارة الدعوى وإذا تمت تسوية النزاع بهذه الطريقة فالمدعي إستردد الرسوم التي دفعها.

ج– تنظيم جميع الأمور المتعلقة بالوساطة لتسوية النزاع، بما في ذلك الشروط الواجب توافرها في الوسيط سواء كان شخصا طبيعيا أو معنوية – المقتضى نظام يصدر بهذه الغاية.

2- من حيث الرسوم، لها ثلاثة (03) مستويات:

1- ففي حالة تسوية النـــزاع كليا فاللمدعي إسترداد نصف الرسوم القضائية التي دفعها .

3-في حالة توصل الوسيط الخاص لتسوية النزاع كليا، فالمدعي يستردكل الرسوم .

وفي عام **2005** عدل قانون أصول المحاكمات المدنية، وبمقتضى القانون رقم 20 لسنة 2005 المنشور في الصفحة رقم **4720** بتاريخ 2005/09/15 تم إلغاء الفقرة السابعة من المادة 59 مكرر، ثم أصدر المشرع الأردني بعدها قانون الوساطة لتسوية النـــزاعات المدنية رقم 12 لسنة 2006 والمنشور على الصفحة رقم 738 من عدد الجريدة الرسمية رقم 4751بتاريخ 2006/03/16[1].

وقد نصت على إستحداث إدارة جديدة إلى جانب إدارة الدعوى المدنية تسمى إدارة الوساطة تتميز بمايلي :

-من حيث التشكيلة :تتشكيل من عدد من قضاة البداية الصلح ،يختارهم رئيس محكمة البداية لمدة يحددها كما نصت في المقابل على وسطاء خصوصيين

[1] - بشير الصليبي، المرجع السابق، ص . 34.

يختارهم رئيس المجلس من بين القضاة المتقاعدين، والمحاميين والمهنيين وغيرهم من ذوي الخبرة المشهود لهم بالحياد والنـــزاهة[1] .

-من حيث مصاريف الدعوى :في حالة عدم توصل الوسيط إلى تسوية النزاع ،فقاضي إدارة الدعوى هو من يحدد أتعابه ،بما لا يتعدى مائتي دينار يلزم المدعي بتسديدها ويدخل هذا المبلغ ضمن مصاريف الدعوى.

-من حيث مدة الوساطة: حددت المادة 7/أ بمدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر للوسيط وذلك من تاريخ إلى النـــزاع إليه .

-من حيث الإجراءات المتبعة عند إحالة النزاع إلى الوسيط القضائي: في هذه الحالة يحال إليه ملف الدعوى ويقوم بتكليف الأطراف بمذكرات موجزة لإدعائهم.

- من حيث الأتعاب: الوسيط القضائي لا يتقاضى أي أتعاب من أطراف النـــزاع[2].

-من حيث أثر فشل عملية الوساطة : رتب المشرع الأردني جزاء في حالة فشل عملية الوساطة والمتمثل في غرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد

[1] – بشار ملكاوي – نائل مساعدة – أمجد منصور، شرح نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، ص . 84.

[2] – بشير الصليبي، المرجع السابق، ص . 98.

على خمسمائة دينار في الدعاوى الصلحية، ولا تقل على مائتين وخمسين دينار ولا تزيد على ألف دينار في الدعاوى الابتدائية.

5- في القانون الجزائري

أما في القانون الجزائري فإن المقصود بالوساطة ليس تلك الواردة في القانون 90-02 المتعلقة بالوقاية من النـــزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسته حق الإضراب، حيث تعرفها المادة 10 على أنها إجراء يتفق بموجبه طرفا الخلاف الجماعي على إسناد مهمة إقتراح بتسوية ودية للنـــزاع إلى شخص من الغير يدعى الوسيط ويشير إلى ذلك في تعينيه.

وقرر المشرع إعطاء الحرية للأطراف في تعيين الوسيط [1]، والقاضي عليه إلزام بعرضها في كل المواد بإستثناء شؤون الأسرة وقضايا العمال وكل ما يتعلق بالنظام العام، هذا ورغم أن إغفال عدم الإشارة إلى ذلك في الحكم فإن المشرع لم يرتب أي جزاء عن ذلك .

و يمكن أن تشمل الوساطة جزءا من النـــزاع ومع ذلك فإن القاضي لا يتخلى عن النـــزاع بل يراقب إجراءاتها، وقد حددها المشرع بمدة ثلاثة (03) أشهر ويمكن عند الضرورة تجديدها مرة واحدة بعد موافقة الأطراف.

[1] – بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، طبعة ثانية، منشورات بغدادي، ص . 525.524,

وبمقتضى المادة 997 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يمكن إسناد الوساطة لشخص طبيعي، أو جمعية غير أن هذه الأخيرة لم يحددها[1].

و يشترط في الشخص الطبيعي كوسيط مايلي:

1- عدم تعرضه لعقوبة مخلة بالشرف وعدم منعه من حقوقه المدنية.

2- أهليته لنظر النـــزاع.

3- الحياد والإستقلال.

وتطبيقا لذلك أصدر المرسوم التنفيذي المحدد لكيفيات تعين الوسيط القضائي.

ويرى الأستاذ **بربارة عبد الرحمان**، أن ما يلاحظ على هذا المرسوم التنفيذي أنه أشبه بكثير بما هو مقررللخبراء، كما أنه أضاف شروطا لم تذكر في المادة 998 منها:

- ألا يكون المترشح ضابطا عموميا وقع عزله أو محاميا شطب إسمه.
- خلوه من حالات التنافي.

[1] -بربارة عبد الرحمان مكرر ص 227,226

❖ تناوله للأتعاب غير أنه على عكس القانون الفرنسي والأردني تم ذكر هذا الموضوع ضمن التنظيم[1].

غير أن ما لم يتضمنه القانون الجديد هو حالة عدم توصل أطراف النـــزاع إلى حل ودي، سواء بعدم حضورالجلسات أو عدم الجدية، على خلاف المشرع الأردني الذي قرر جزاءات للذين يهملونها1.

و تنتهي الوساطة إما:

❖ بالتوقيع على الإتفاق بين الأطراف حسب المادة 1002 .

❖ إستحالة استمرار الوساطة وفي كل هذه الحالات تعاد القضية للجلسة وذلك للأهداف التالية:

- في حالة النهاية المسبقة للوساطة : العودة إلى الإجراءات العادية.

- في حالة إتفاق الأطراف وتثبيت بمحضر الوسيط ،يقوم القاضي بتثبيت الاتفاق بموجب أمر نهائي لا يقبل الطعن.

[1] – بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص . 531.528

- أما في حالة التسوية الجزئية، فيمكن التقدم للمحكمة للفصل في باقي النقاط بإستعمال الوساطة[1]

6- في مصر :

انه وبموجب المادة 63 من الدستور المصري التي تكفل حق التقاضي وتبسيط الإجراءات واعمالا لارادة الأطراف، في النزاع تم التفكير في احداث لجان للتوفيق، لنظر النزاعات المدنية والتجارية والادارية ،والتي تكون احدى الاشخاص الاعتبارية العامة طرفا فيها وهي الية جديدة للتوفيق بين الأطراف وذلك بمقتضى القانون رقم 7لسنة 2007 والى هذا الجانب طبقت الوساطة ايضا، في مجال دمج المؤسسات الوطنية المحلية مع المؤسسات الدولية مثل ناف ناف وموركان[2] .

وسوف نتطرق إلى مظاهر المقاومة بالنسبة للوساطة وعدالة الدولة في مجال المنازعات المعروفة ثم المنازعات المستحدثة :

[1] – عمار الزاهي، الطرق البديلة لحل النـــزاعات، مجلة المحكمة العليا، العدد الخاص، الجزء 2، 2009ص . 594.

*النظام القانوني الانجلوساكسوني الجزء الاكبر من هذا النظام من صنع القضاة ان قانون السوابق القضائية وتعتبر انجلترا مهد هذا النظام زيد محمود العقايلة –المصطلحات القانونية –دار الثقافة للنشر والتوزيع 2009 ص 27

[2] قانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 29 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية جريدة رسمية العدد 21 في 23 ابريل 2008.

المبدـــ لا وساطة أمام قاضي الاستعجال، ملف رقم700395 قرار بتاريخ2011/5/19 ، مجلة م-ع سنة2013 .

الفرع الأول:

مظاهر المقاومة بصدد العدالة البديلة في مجال المنازعات التقليدية

في المنازعات الأسرية:

في لشبونة، منذ سنوات قام وزراء العدل الأروبيين بالتفكير حول سؤال بتوجيه نظر المجلس الأروبي من أجل اللجوء إلى قواعد الإجراءات الودية.

كما طرح في إجتماع ستراسبورغ بمناسبة الملتقى الأروبي الرابع، حول حقوق العائلة ،و من أهم الأربع المسائل المطروحة، لدى المؤتمر الأول بفيينا سنة 1977 حول كافة اسباب وآثار الطلاق، في حين أن المؤتمر الثاني ببوداسبت سنة 1992 كانت تتمحور حول مايلي:

- الطلاق وإعادة الزواج من جديد في إطار مسؤولية الأبوين.
- وسائل حل النزاعات العائلية.

أما المؤتمر الثالث مؤتمر (Cadix) سنة 1995 فيتعلق، بمستقبل قانون الأسرة والوساطة الأسرية والوسائل البديلة الأخرى لحل النـــزاعات.

إن التوصية (98) رقم 1 حول الوساطة الأسرية[1]، تم تبنيها من قبل لجنة الوزراء الأوربيين، هذه التوصية تتضمن مرحلة هامة في تطور قانون الأسرة

[1] Introduction A la Médiation Familiale en Europe et A es caractéristiques
4 éné conperence enropée une sur le droit de la Famille. Janet walker page 23

في أوروبا، لأنها تحمل توصية لكل الدول التي لم تعمل بنظام الوساطة الأسرية،والدول التي تكون قد طبقتها للتأكيد عليها وإعطائها أولوية.

إن مجال تطبيق الوساطة العائلية في القانون الأوربي ،غير محدد معالم انتهاء مجاله لأنه لا يتضمن كل الحالات الأسرية والمنظمة عن طريق القانون الوطني.

وفي الواقع العملي فإن وضع الأطفال، بالنسبة للوالدين المطلقين كان هو محرك التطور لهذه الوساطة.

إن معظم الوسطاء في المجال الأسري يضعون الحل للنزاعات، في هذا المجال بناءا على الأحكام المقررة للطفل في هذا المجال، وعموما فإن الوسطاء، عادة ما كانوا مختصين في علم النفس أو موظفين أو مختصين في القانون[1].

[1] Janet Walker – Opicit page 28.
Decret_1395_ 2010du 12 novembre2o10 relatif à la médiation et à l'activité judiciaire en matière familiale, publié au Journal officiel du 16, organise la mesure d'injonction de rencontrer un médiateur familial pouvant être décidée par le juge aux affaires familiales (JAF), prévue par l'article 373-2-10 du code civil (médiation proposée en cas désaccord en matière d'autorité parentale).
Ce texte prévoit l'expérimentation de certaines modalités de mise en œuvre de l'injonction de rencontrer un médiateur familial. Il précise que, « pour l'application du troisième alinéa de l'article 373-2-10 du code civil, les parties sont informées de la décision du juge leur enjoignant de rencontrer un médiateur familial soit par courrier, soit à l'audience », ainsi que du nom du médiateur ou de l'association désigné et des lieux, jour et heure de la rencontre. Le JAF est chargé, le cas échéant, d'homologuer l'accord intervenu ; à défaut d'accord ou d'homologation, il tranche le litige.
Ces dispositions seront applicables à titre expérimental, jusqu'au 31 décembre 2013, dans les tribunaux de grande instance (TGI) désignés par un arrêté du garde des Sceaux. Dans un délai de quatre mois précédant cette date, les chefs de juridictions seront chargés d'adresser à ce dernier un rapport faisant le bilan de l'expérimentation.
Dalloz actualite editions dalloz 2o11

-في مجال العمل:

يعتبر القانون الصادر في 21 فيفري 2005، المعدل للقانون القضائي البلجيكي منظما لهذه الوسيلة في قسمها التاسع (المواد من1724 إلى 1737) معتبرة إياها وسيلة لحل النزاعات بين الأطراف الذين يتقبلونها مؤسسة على الإرادة، وتطبق إذا في جميع النزاعات المرتبطة بالعلاقات المهنية أو العمالية[1].

وللقاضي أن يطلب من الأطراف اللجوء إلى الوساطة قبل أي وسيلة دفاع أخرى (المادة 1725).

هذا وقد خص المشرع البلجيكي الوساطة في مجال العمل، بالمنازعات الفردية، أما المنازعات الجماعية تبقى ضمن الاختصاص الحصري للمصلحين الاجتماعيين وهو من صلاحيات القانون وتطبيقا لذلك انشات لجنة مختصة الصادرة سنة 2005 تعطي الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام ،لأن تكون طرفا في الوساطة لكن في الحالة التي ينص عليها القانون أو قرار ملكي تم إقراره من إحدى الوزارات العامة.

وقد أسندت مهام اختيار الوسطاء للجنة خاصة بالمادة الاجتماعية ،والتي تشترط فيه جملة من الشروط حددت بموجب المادة 1726 من القانون القضائي البلجيكي.

[1] Pascole delvaux de fenffe – La médiation en droit du travail Revue Lindicateur social – Numéro 2 Janvier 2011 page 04.

ولا يتمتع الوسيط بأي سلطة، فمهامه ليست الفصل في النزاع بل مساعدة الأطراف، وعلى هذا الأساس فإنه في أي مرحلة في النزاع يمكن اللجوء إلى الوساطة أو إنهاؤها وهذا ما حددته المواد 1729، 1735 من نفس القانون[1].

– وكمثال عن ذلك قرار المحكمة العليا 25 يناير 2006:

شخص عزل من منصبه، وعينت له المحكمة وسيطا لدفع التعويضات وتوصل الطرفان إلى تسوية تخصيص التعويضات لفائدة العامل، مع إعطاء صاحب العمل مدة للدفع.

من جهة أخرى تم مباشرة دعوى أخرى من صاحب العمل، وتم مباشرة إجراءات الإعسار.

إن إتفاق التسوية لم يكن نتيجة لعقد العمل، ولكن العقد الجديد الذي هو المعاملة، وكان الطعن في إتفاق التسوية ،قد توصل إليه عن طريق إتفاق الوساطة .

وعليه فقد قررت الغرفة الاجتماعية تنفيذ الوساطة القضائية، في هذا المجال كما ازالت أي شك حول ملائمة هذا الإجراء.

[1] Poscole delvaux de Fenffe – OP – Cit – page 05 et 06.

الفرع الثاني:

التردد بصدد العدالة البديلة في المجالات الجديدة للنزاع.

-في مجال عقود نقل التكنولوجيا:

يقوم عقد التكنولوجيا على نقل المعارف والمهارات العملية مع التقيد بنتائج معنية تختلف من أسلوب إلى أخر 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 [1] .

عادة ما ينشأ عن عقود نقل التكنولوجيا منازعات تتطلب اللجوء إلى الحلول البديلة ، وفي مجال دارستنا فإن مجال الوساطة كمفهوم عام عرفته غرفة التجارة الدولية بباريس في هذا المجال حيث تقدم لجنة مشروع تسوية للطرفين[2].

كما عرفت قواعد الفيدك هذه الوسيلة ،وذلك من خلال اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدولة الأخرى وتستند إجراءات تعيين

[1] – الدكتور وفاء مزيد ملحوط المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجية إلى الدول الامية – منشورات الحلبي الحقوقية 2008– ص 8 و9

[2]– المرجع السابق ص 253

الوساطة في هذه الحالات، إلى السمعة والمؤهلات الشخصية التي تجعل منه محل [1]ثقة ،كما يمكن إسناد ذلك إلى هيئة منهم.

تتميز هذه الإجراءات بكونها شكلية ويحرر الوسيط عند إنتهاء عمله تقريرا ينتهي إلى إتفاق بين الأطراف أو إحالة النزاع للتحكيم أو الطرق القضائية[2] .

-في مجال المنازعات الإلكترونية:

عرف العقدالإلكتروني بأنه عقد يتعلق بتقديم منتج أو خدمة ينعقد بمبادرة من المهني دون حضور مادي معاصر للمعني (البائع) والمستهلك باستخدام تقنية الإتصال عن بعد من أجل عرض المنتوج من البائع وأمر الشراء من المستهلك[3].

يسمى هذا النوع من البيع عن بعد ويتميز بأن عنصر الإيجاب فيه مسموح للجميع دون تفرقة[4].

هذا وإجمالا فإن العقد الإلكتروني يتميز بالطابع التجاري، وعليه يسمى بعقد التجارة الإلكترونية لأنه يتمحور غالبا حول عقود البيع أو الخدمات أو الضمان أو القرض ....إلخ.

[1] – المرجع السابق ص 254

[2] – المرجع السابق ص 356

[3]– محمد حسن رفاعي العطار – البيع عبر الشبكة الانترنت –دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2007 ص 46

[4]– محمد حسن رفاعي مكرر ص 47

كما يتميز بكونه عقدا عابرا للحدود، لعدم حصره في مكان واحد[1] وقد يكون عقد داخليا إذا إنعقد داخل الدولة أو دوليا.

إن مايميز هذه العقود من منازعات في نطاقها الدولي، ان معظمها يميل إلى تبني نظام تنازع غير قضائي على أساس وجود طرف ثالث متدخل لحل النـــزاع[2].

وإجمالا لمعرفة استخدام الوساطة القضائية في مجال المنازعات الإلكترونية فإن هذا الأسلوب كان في بدايته مشروعا طور من قبل مركز ابحاث القانون العام لكلية الحقوق بجامعة مونتريال حيث وضعت قواعده سنة 1996،في حين شهد ترسمه سنة 1998[3]

إن مجالات هذا الأسلوب تتمثل في مايلي :

- ❖ التجارة الإكترونية
- ❖ حقوق التأليف
- ❖ العلامات التجارية

[1]– القاضي الدكتور إلياس ناصيف – العقود الدولية العقد الإلكتروني في القانون المقارن –منشورات الحلبي الحقوقية ص 43

[2]– الدكتور إلياس ناصيف مكرر ص 315

[3]– محمد سعيد أحمد إسماعيل أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإكترونية منشورات الحلبي الحقوقية 2009 ص 508

- ❖ حرية التعبير
- ❖ الخصوصية

إن ما يميز هذه المحكمة كونها المختصة بذاتها بتحديد النقاط القانونية المتصلة بتكنولوجيا المعلومات.

في حين أن ما يميز عمل الوسيط هو كونه خبيرا قانونيا مع كافة الدول المختصة في تسوية الزاعات بشرط قبول جميع الأطرف.

كما تتميز القواعد الإجرائية في هذا المجال بعدم التخصص، من أجل إعطاء حرية أكبر للوسيط في تحديد الإجراءات، ومع ذلك فقد حددت العديد من النماذج التي تسمح باستعمال نظام الوساطة [1] .

يجد هذا الأسلوب تطبيقا له في عقود البيع عن طرق عبر الإنترنت، والذي يمكن تعريفه على أنه بيع مال أو تقديم خدمة بعد الإعلان عنها بواسطة الإنترنت، وذلك من قبل البائع أو المتروك تحديده لمزايدات المزاد بعد ذلك على سعر انتهى المزاد عليه .يتضمن هذا العقد ثلاثة أطراف وهم :

البائع : وقد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا ،فرد أو مؤسسة، تاجر أو العكس.

[1] محمد سعيد أحمد إسماعيل مكرر ص 509

المشتري :وهو من رسى عليه المزاد بتقديمه لأعلى مزايدة والتي قد تكون قدمت منه شخصيا أو من شخص ناب عنه عن طريق الموقع الإلكتروني.

الموقع الإلكتروني: هو صفحات خاصة أنشأتها شركة على الصفحة الرئيسية ،لعرض منتجات بالإعلان، من خلال الصورة أو الكتابة مع ذكر تفاصيلها بشكل تسويقي عن طريق الإشتراك بشبكة الانترنت.

-في مجال عقد الليزينغ:

من الناحية الفقهية يعتبر من عمليات التمويل ذلك أن المنازعات التجارية أو الصناعية ...إلخ تشكل أدوات إنتاج وذلك بتقديم هذه الأدوات اللازمة لها[1]، وقد إعتبره البعض إيجار ،في حين اعتبره جانب من الفقه نظام مركب لتمويل الاستثمارات الإنتاجية، في حين إعتبره البعض الأخر بأنه صيغة قانونية جديدة تسمح بإستعمال أشياء لا يستطيع المشروع تحملها [2].

ويتميز عقد الليزينغ بمايلي:

أولا : أنه إحدى وسائل تمويل الاستثمار، فالرغبة 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 العادي، بل للمستأجر دور في

[1] القاضي الدكتور الياس ناصيف – العقود الدولية عقد الليزينغ،أو عقد الإيجار التمويلي في القانون المقارن، ص 54

[2] القاضي الدكتور الياس ناصيف مكرر ص 56

العقد، يتجلى من خلال قيامه بشراء المال بناء على طلب المستأجر الذي يختار هو المعدات المطلوبة وفقا لشروط حاجاته، ومن ثم يقف المؤجر بتمويل عملية الشراء ولا يبحث المستأجر في عقد الليزينغ على مجرد الإنتفاع بل يتطلب تحقيق إستثمار محدد بناء على النشاط الممارس[1] .

ثانيا: أنه من عقود الإعتبار الشخصي : بمعنى أن كل طرف في العقد هو محل إعتبار للطرف الآخر، هذا الإعتبار يقوم على يقوم على مجموعة ركائز تؤدي إلى الثقة بين الأطراف.

فمن الناحية العملية يؤدي هذا الإعتبار الشخصي بعدم تقدم المستأجر إلى المؤسسة المالية المؤجرة إلا إذا كانت محل ثقته وكذلك العكس فالمؤسسة الممولة تشترط ذلك ولذلك تطلب منه تقديم بعض الوثائق لتوضيح قدرته على الوفاء[2].

و قد ينشأ عنه منازعة أو أكثر تتعلق مثلا بـــ:

- التخصيص السنوي لضريبة الأملاك والمصاريف.
- كفاية الصيانة.
- المسؤولية عن الإصلاحات.

[1] الدكتور إلياس ناصيف مكرر ص 80

[2] الدكتور إلياس ناصيف مكرر ص 84

كل هذه الخلافات قابلة للوساطة، وأن 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.
- ❖ تغيير مكان أو مقدار المساحة المستأجرة .
- ❖ التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن.
- ❖ التحسينات التي يقوم بها المستأجر .

إن فعالية هذا الأسلوب في هذا المجال يكمن في طرح الأطراف جميع أفكارهم، ويتوقف نجاح الوساطة في هذا المجال على قدرة ومهارة الوسيط من خلال جهوده الرامية إلى إيجاد أرضية مشتركة[1].

و بعد ذلك تتجسد في تقاسم المصاريف الخاصة بالوساطة، بما في ذلك أتعاب المحامي والرسوم [2].

[1] Brian J – Wallace , a.cResolvinf commercial lease Disputes Edition laivson Luundell 2004 Page 02.

[2] Jerry M. Slusky – Commercial Lçose lano insider Volume 28 -18 edition Vendome group 2009 Neuyork Page 02.

منازعات الملكية الفكرية:[1]

تتميز الوساطة القضائية في مجال منازعات الملكية الفكرية، بأنها تمكن الأطراف من طرح أفكارهم لمختصين في مجال حقوق المؤلف، أو العلامة التجارية وغيرها.

وطالما أن الملكية الفكرية تعتبر من المسائل القانونية الحديثة التي تحتاج دائما إلى تطوير، فإن إستعمال الوساطة القضائية يكون الأنسب.

تتماشى هذه الوسيلة في عقود التراخيص، وإن مراحلها تتحدد في أربع مقومات.

1- **التعاقد:** يتم من خلال تدليل معنى الوساطة

2- **تحديد موضوع النـــزاع:**من خلال جمع المعلومات وتحديد أوجه الخلاف بين الأطراف وأوجه التشابه

3- **تحديد شكل النـــزاع:** من خلال تحديد الواقعة القانونية وأهم المسائل التي يعهطيها الأفراد أولوية، ومن ثم إعادة صياغة النزاع .

[1] حق الملكية حق جامع لانه يخول لصاحبه كل المزايا التي يمكن الحصول عليها من الشيء فاللماك ان يستعمل الشيء أو يستغله أو يتصرف فيه على النحو الذي يريد ولايحد من سلطته في ذلك الا قيد بفرضه القانون أو تشترطه الارادة للتفصيل أكثر انظر الملكية في قوانين البلاد العربية عبد المنعم فرج الصده دار الفكر العربي 2004ص 15

4- **طرح الخيارات وتقييمها** من حيث المسائل وإختيار الحلول[1].

ومن مزاياها في مجال الملكية الفكرية :

1- أنها تقدم طريق التسوية إلى جانب تقييم الاختيارات التجارية ،غير القانونية .

2- أنها فكرة جديدة مازالت تحتاج إلى تطوير وسواء في الدول المعتمدة، على السوابق القضائية أو التي تعتمد على القانون فهي مناسبة في النظامين .

3- أنها تتطلب السرية التي تكفلهاالوساطة .

وفي النظام اللاتيني وكمثال عنه القانون الفرنسي ففي ميدان النزاعات حول الملكية الفكرية تمثل عشرات الملفات في السنة، في مجمل النزاعات أين يكون الاختصاص المدني والتجاري فقد نظم في عشر سنوات من الوجود 1500 وساطة ذات طبيعة تجارية والتي تخص الملكية الفكرية حوالي 17% من الوساطة منها.

حتى وإن كانت ممارستها محدودة ،فإن تطور هذا البديل لتسوية النزاعات يوضح أنه لا توجد طريقة واحدة لتسوية النزاعات، التى تحدث فيما

[1] د عمر مشهور حدية الجازي ندوة بعنوان الوساطة كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات جامعة – البرموك الأردن 2004
www.jcdr.com

يخص حق المؤلف، حق براءة الاختراع، العلامة التجارية، الرسم والتصميم بما يعني أن الوساطة هي وسيلة أخرى لتحقيق العدالة.

إن عملية الوساطة ترتكز على عدة مبادئ، وخاصة المبدأ الأساسي الذي هو : التراضي وكذلك الأطراف المعنية تتميز بحرية مطلقة، فهي التي تقرر وتقبل إذا كان القاضي هو مبادر العملية في حل النزاع عن طريق الوساطة.[1]

الوساطة ممكنة في كل وقت، لكن من المهم بل في بعض من المرات من الأهم أن تتدخل الوساطة في وقت مبكر فيما يتعلق بالملكية الفكرية .

فالإجراءات المعقدة تتميز بالتكلفة الغالية فالوساطة يمكنها أن تفرغ الجانب التقني أو المالي الذي يسمح بتوضيح النقاش[2].

العملية يجب أن تكون سريعة: إن مدة العملية تحددها الأطراف ،الذين يستطيعون أن يقرروا سرعة العملية.

في الوساطة القضائية مهمة الوسيط هي مدة ثلاث أشهر قابلة للتجديد (مادة 131 –3 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي) وفي هذا الوقت، يمكن

[1] المبدا حق اي شخص قام بعرض سلع أو خدمات تحت علامة تجارية معينة اثناءمعرض دولي ان يطلب تسجيل العلامةوحق الأولوية فيها ابتداء من تاريخ العرض في اجل ثلاثة اشهر ابتداءا من انتهاء العرض
يتوفر طالب علامة مسجلة في الخارج على اجل سنة لاعمال الحق الأولوية طبقا لاتفاقية باريس المتعلقة بحماية الملكية ملف رقم 627126 بتاريخ2014/6/3 مجلة المحكمة العليا العدد 1 سنة 2014

[2] - Elodie Anne Télémaque a médiation en propriété intellectuelle un outilde prévention et de pacipication , Année 2006 page litiges consommer sans moderation Gazette du palair PAGE1038

للأطراف الطلب من القاضي تحديد أجل أقل، ومنه يجب على كل وسيط أن يكون مستعد لمعالجة النزاع في أسرع وقت، فالنتيجة المرجوة هي الاتفاق لكن الأطراف ليست ملزمة به، وتستطيع تعطيله والوسيط كذلك يمكن تعطيل الاتفاق.

إن الأطراف هي التي تختار الوسيط:

مباشرة عن طريق مركز وساطة أو إقتراح من القاضي ، و هي التي تضع بين أيدي القضاة وموظفي العدالة ووسطاء (أشخاص طبيعيين) معتمدين يمكن اختيارهم على حسب السيرة الذاتية والكفاءة المهنية، كما يمكن كذلك التوجه إلى مركز الوساطة والتحكيم للمنظمة العالمية للملكية الفكرية (OMPI) في جنيف ، حيث يكون النزاع ذو وضعية دولية. إذ أن هيئة الوساطة تركز بشكل أساسي على الارادة المشتركة للأطراف للخروج أو للبحث عن مخرج ودي من المشكلة والاختلاف ولهذا السبب فإن الوسيط يحضر للإجتماع، أو عدة اجتماعات للأطراف سواء بحضور مستشاريهم أو بغير حضورهم.[1]

وبصفة عامة أن تكوين الوسطاء شيء محبب ومرغوب، كما أن اختصاصي الملكية الفكرية يحبذون أن يكون له خبرة في المادة حتى يستطيعون تحدث نفس اللغة لكن في الوساطة القضائية يجب على الوسيط أن يكون كفؤ

[1] Elodie Anne Télémaque a médiation en propriété intellectuelle un outilde prévention et de pacipication , Année 2006 page litiges consommer sans moderation Gazette du palair PAGE1039

ومستقل، بحسب عبارات المادة 131-5 من قانون الإجراءات المدنية ونذكر منها:

- تقديم ضمانات الاستقلالية اللازمة لممارسة الوساطة.

- التبرير بحسب حالات التكوين أو الخبرة المكتسبة من خلال ممارسة الوساطة.

- التأهيل يركز على طبيعة النزاع.

وفي ممارسة الوساطة فإن دور وقوة الوسيط لابد أن تمر بالمبادئ التالية:

استقلالية الوسيط:

هذا يعني أنه لن يكون وسيط إلا إذا كانت له علاقة مباشرة أو غير مباشرة مع أحد الأطراف وكذلك الوسطاء المؤسساتيين كالذين يعملون في هيئات مالية[1].

السرية في كل الأحوال :

أهم مبدأ في الوساطة يسمح بالحفاظ على صورتها أمام الأطراف وضمان لفعاليتها واحترام السرية واجب على الأطراف والوسيط أثناء الوساطة

[1] ELADIE Anne Télémaque a médiation en propriété intellectuelle un outilde prévention et de pacipication , Année 2006 page litiges consommer sans moderation Gazette du palair PAGE1040

أو خارجها وخاصة أثناءها، الوسيط يمنع عليه عن كشف معلومات لطرف إذا كان ممكن أن يتلقاها من الطرف الأخر إلا في حالة موافقة هذا الأخير .

الحياد في الملكية الفكرية:

إن حيادية الوسيط تسمح للأطراف بسماع بعضهم وكذا التحدث لبعضهم والتفاهم أي إستمرار الإتفاق بينهم [1].

النزاهة:

إن نزاهة الوسيط تضمن المساواة بين الطرفين أو الأطراف وسواء بحضور مستاشريهم أو بغيرهم وفي هذا الصدد المستشارين يحضرون، في حالة إذا أراد الأطراف ذلك، المستشارين يمكن أن يكونوا محامين أو أشخاص من اختيار الأطراف أخذوا الموافقة من الوسيط (مستشارين قانونين أو تقنين أو خبراء .....إلخ) ويمكن أن يتعلق الأمر بمحامي خاص بالملكية الفكرية أو مستشار في نفس الموضوع

إن حضور المستشارين الخاصين في الوساطة القضائية له أهمية ، فبدراستهم للملف يتحينون لفرصة الوساطة ويساعدون زبائنهم في تنظيم الوساطة وينصحونهم في ما يتعلق بالقانون والإجراءات ويساعدونهم كذلك في

[1] ELADIE Ann Télémaque – op cit page 1041

إيجاد حل عملي إضافة إلى أنهم يضمنون شرعية الإتفاق وفي الأخير فإن الوساطة تبحث عن هدفها والمتمثل في فائدة الأطراف ومصلحتهم.

ومن أجل أن يحافظ الوسيط على حياديته يجب أن لا يهتم بالنتيجة، لا يجب أن يقبل الفخر أو التكريم بحسب النتيجة.

عمليا فإن أغلبية الوساطات (**49%**) التجارية تكلف بين **500** و**10000** أورو) والتكلفة تنقص في الغالب حين يطلب الأطراف وسيطا مستقلا وكذلك فان مساهمة المستشار لها تكلفة أيضا.

-تصنيف نزاعات الملكية الفكرية مناسبة للوساطة:

بصفة عامة إن للوساطة مكانة في ميدان العمل الذي يرتبط بالملكية الفكرية أين تكون هذه التقنية وسيلة وأداة هامة لمنع النزاعات[1].

في الحقيقة إن خطورة وهشاشة العلاقة بين الرئيس والمرؤوس أو بالأحرى الإحساس بقلة القيمة بالنسبة للمرؤوسين اتجاه المسؤولين والإحساس بقلة الاستقلالية فالوساطة تاتي وتجد أرضية للعلاقة التعاقدية بين المخترعين والمكتشفين والشركات المنتجة من أجل إيجاد حل مرضي وجيد للحفاظ على الجودة وعلى فعالية العلاقة فيما بينهم ونفس الشيء بالنسبة للمالكين والمقلدين وكذلك بين المنتجين والمزارعين فمن جهة نظر الشركة، ترى أنها توظف جهود

[1] ELADIE Ann Télémaque – op cit page 1042.

حثيثة، وإستمرار المال لكي تحافظ على علامتها التجارية ورسوماتها وتصميماتها الصناعية وأسرارها المهنية واختراعاتها الأصلية إذن يجب عليها المحافظة إلى أقصى حد ،على نشاطات الملكية الفكرية وكذلك تجنب تشتيت معرفتها إضافة صيانة علاقات العمل والثقة .وعلى كل حال فإن التخطيط عامل مهم في الإستراتيجية.

إن إدراج شرط الوساطة في العقود مع الموزعين والمالكين، والموظفين من خلاله فإن المتعاقدين ينوون حل النزاعات إن حدثت بطريقة ودية ،قبل التوجه إلى اي إجراء قضائي إذن فالشرط هو أداة إنذار، أو بمعنى آخر أداة مراقبة، ويمكن القول كذلك أنه أداة رائعة للمتعامل، وخاصة أنّ السرية في الوساطة هي من النقاط الحسنة بالنسبة للنزاعات الخاصة بالملكية الفكرية وخاصة عندما يتعلق الأمر بالنزاعات الدولية، ففي بعض الحالات تدعو الحاجة إلى تسوية النزاعات بطريقة سرية.

ففي بعض الأحيان هناك مالكي الحقوق الفكرية في مختلف أنحاء العالم يريدون تسوية النزاعات بطريقة سرية وبدون إشهار زائد ونفس الشيء بالنسبة لمالكي الحقوق الفكرية من (ماركات) رسوم، تصاميم حقوق المؤلف) فإن الاشهار وبنزاعاتهم يمكن أن يضربهم وبنجاحهم، وخاصة بإشهار منتوجهم.[1]

[1] Elodie Anne Télémaque a médiation en propriété intellectuelle un outilde prévention et de pacipication , Année 2006 page litiges consommer sans moderation Gazette du palair PAGE1043

لكن بالمقابل فإن الوساطة تفشل في بعض الأحيان وذلك حيث ظهور النية السيئة أي حيث لا يحول الأطرف على أن تكون هناك علاقات عمل أو المحافظة على علاقات المنافسة أو أكثر من ذلك حين يبحث أحد الأطرف يبحث عن حل لا يمكن لأحد أن يعطيه سوى القضاء.

انه ليس من المفروض على الوساطة حل كل النزاعات بخصوص الملكية الفكرية لكنه تثبت مكانها فيما يخص سرعة الحالات المتعبة بالنسبة للقضاء.

ان الوساطة قبل كل شيء هي عملية خاصة بالأطرف أولا،و هذا الإجراء التضامني الودي ليس بالضرورة أن يكون مرادف للعدالة لكنه قضاء جديد للعدالة الذي يعتمد على ثقة الاطراف.[1]

[1] Elodie Anne Télémaque a médiation en propriété intellectuelle un outilde prévention et de pacipication , Année 2006 page litiges consommer sans moderation Gazette du palair PAGE1046

الفصل الثاني:

حالة التصادم بين العدالتين ومظاهرها في النظام الانجلوامريكي

إنّ الفرد في المجتمع الامريكي عندما تواجهه مشكلة قانونية يحتاج حلها اللجوء إلى المحاكم، يلجأ إلى تحليل بسيط للمصاريف مقابل الفائدة، أي يقيم التكاليف اللازمة للتقاضي مقابل الفوائد التي قد يحصل عليها إذا ربح الدعوى .

وعمليا هناك القليل من الأشخاص هم الذين يلجأون إلى رفع الدعوى والسير في إجراءتها حتى نهايتها، فبجانب ما تتسم به إجراءات التقاضي المدنية من تعقيد، فهي عالية التكاليف، وتستغرق زمنا طويلا أمام المحاكم، وتزداد مع تراكم القضايا وكثرتها، حتى أنّ وصول قضية ما إلى مرحلة المحاكمة قد يستغرق خمس سنوات، وحتى بعد كسب القضية[1]، يطول الانتظار حتى يتم تنفيذه الحكم، مع المشاكل التي تواجه المحكوم له في إجراءات التنفيذ، يضاف إلى ذلك ان هناك مسائل تحتاج إلى حلول سريعة أو معالجة سرية، كما في قضايا الشركات الكبرى أو المنازعات العائلية.

واستنادا لذلك وجد داخل النظام القضائي الامريكي اسلوب لتسوية المنازعات قبل رفع الدعوى إلى المحكمة، يعرف بالحل البديل (Alternative dispute Resolution).

[1] د/ محمد نصر محمد علم القضاء المقارن وتطبيقاته – المملكة العربية السعودية، مكتبة القانون والاقتصاد – الرياض– سنة 2013 ص 104

المبحث الأول:

حالة التصادم في النظام الانجلوامريكي

لقدازداد لدى الامريكيين، سواء على مستوى الشركات الكبرى أو الافراد، اللجوء إلى وسائل الحل البديل للمنازعات، لما تتميز به من توفير في الوقت والتكلفة، فضلا عن السرية ولذلك سوف تطرق لتطور هذه الفكرة في النظام الانجلوامريكي بداية ثم الى تعاظم دورها .

المطلب الأول:

تطور دور العدالة البديلة في النظام الأنجلوأمريكي

تتم إجراءات الحل البديل للمنازعات وفقا لأساليب أو نماذج مختلفة تصنف الى: نماذج خاصة، ونماذج ملحقة بالمحكمة . فبعض هذه الإجراءات يجري بأسلوب خاص وبصورة مستقلة عن المحكمة، والبعض الاخر يجري خارج المحكمة مع وجود علاقة اشراف من المحكمة عليها، حيث تقوم المحكمة بادارة عملية الحل البديل.

عمليا قد تكون هذه الإجراءات اختيارية أو الزامية للأطراف، وقد تكون أحكامها ملزمة بما يجيز استئنافها.[1]

[1] Voir Wiliam w.park- la jurispridane americane en matiere de " class arbitration entre debut politique et technique juridique- revue de l'arbitrage 2-12 N °3

وسوف نعرض لأهم الوسائل البديلة المستعملة في ظل هذا النظام وهي:

01- **الوساطة** Medaiation: .

الوساطة ملائمة لانواع خاصة من المنازعات التي تكون بين المتنازعين فيها علاقات جارية مثل : منازعات الاسرة أو العائلة الواحدة، والمواطنين وارباب العمل، والملاك والمستأجرين، وقضايا الطلاق والحق في رعاية الاطفال .

2- **التحكيم** Arbitration:

التحكيم اشبه برفع القضية إلى المحكمة، غير انه لا يجري على يد قاضي أو هيئة محلفين، وانما امام شخص محايد يسمى " الحكم أو المحكم arbiter or arbitrator" الذي يختاره الأطراف لحل النزاع بينهم بعد الاستماع اليهم.

إن التحكيم يستعمل،كأسلوب خاص وشخصي، لحل المنازعات المتعلقة بشكاوى المستهلكين، مثل المنازعات الناجمة عن ارجاع البضائع المعيبة، وفواتير الخدمات الزائدة[1].

[1] - Wiliam w.park- la jurispridane americane en matiere de " class arbitration entre debut politique et technique juridique- revue de l'arbitrage 2-12 N °3

كما أنّ التحكيم أصبح يستخدم لحل بعض انواع من المنازعات التجارية، والمنازعات المتعلقة بشؤون التوظيف.[1]

3- **جمع الوقائع الحيادي** Neutral fact.finding:

وهو عملية غير رسمية يطلب فيها من فريق محايد، تم الاتفاق عليه، التحقيق في نزاع معين، ويقوم هذا الفريق المحايد بجمع الوقائع موضوع النزاع، وتحليلها، واصدار تقرير أو توصية غير ملزمة بنتيجة الجمع والتحليل.

وهذا الأسلوب أكثر ملائمة للمنازعات التي تثير مسائل معقدة مثل ادعاءات التمييز العنصري داخل شركة، سواء بين موظفي الشركة أو بين احدهم وادارتها.

4-**المحاكمة الصغرى** Mini-Trail:

هي عملية يتم فيها عرض موقف كل طرف من اطراف النزاع، بطريقة أشبه بالمحاكمة التي تتم امام المحكمة، امام هيئة مؤلفة من ممثلين مختارين عن كل طرف وفريق ثالث محايد يسمى مستشار، ويكون لكل هيئة مستشار واحد محايد، ويقوم ممثلو كل طرف بعرض موقفه وحججه امام الهيئة، بما يقدم لكل

[1] نصت المادة 1471من القانون المدني الفرنسي السابق على وجوب تعليلل المقررات التحكمية ذلك ان هذه المادة كانت تنص على وجوب تعليل المقررات التحكمية بموجب مرسوم 2011 الذي حل محل مرسوم1980 و 198فقد جاءت المادة 1482 ف هي الأخرى لتنتص على وجوب تعليل المقررات التحكمية
-الدكتور مصطفى بونجة والدكتورة نهال اللواح، التحكم في المواد التجارية الادارية المدنية -دار الثقافة المغربية للنشر والتوزيع الدار البيضاء المغرب- الطبعة الأولى 2015-ص283

منهم فرصة الاطلاع على موقف وحجج الاخر، وبعد الاستماع إلى كل طرف تجتمع الهيئة مع المستشار لمحاولة التوصل إلى تسوية . ويمكن للمستشار المحايد ان يصدر رأيا استشاريا في النزاع، وهذا الرأي الاستشاري لا يكون ملزما الا إذا وافق الطرفان كتابة ومسبقا على الالتزام به[1].

ومايميز أسلوب المحاكمة الصغرى في انه يساعد في تحديد المسائل محل النزاع، ويساهم في تطوير المفاوضات الواقعية، كما انه يوفر لكل فريق فرصة طرح حلول جديدة.

5 – المحاكمة المختصرة امام هيئة محلفين: summary jury trial

تنعقد امام هيئة محلفين مشكلة من ستة اشخاص، يعرض كل طرف من المتنازعين حججه امامها،ويتم إجراء هذه المحاكمة بدون سماع شهود، وبدون تسجيل أو تدوين لإجراءاتها، ويعطي محامي كل طرف وقتا قصيرا لمرافعته، والتي يلتزم فيها بتقديم المعلومات التي ستكون مقبولة امام المحكمة في مرحلة المحاكمة، بعد ذلك تصدر هيئة المحلفين قرارا استشاريا غير ملزما، تهدف من ورائه تبصرة المحامين وموكليهم بنظرة اعمق في قضاياهم ، وقد تقترح اسسا لتسوية النزاع.

واذا لم يحل النزاع خلال إجراءات المحاكمة الصغرى، أو بعدها مباشرة، يتم عقد اجتماع لمناقشة التسوية بين الأطراف قبل جلسة المحاكمة العادية .

[1] د/ محمد نصر محمد المذكور راجع سابق ص 105.

ومن مميزاتها ان إجراءاتها غير ملزمة، وقواعد السير فيها، وعرض الأدلة ومناقشتها، أكثر مرونة منها في المحاكمة العادية، فضلا عما توفره في الوقت اذ انها تجرى وتنتهي في اقل من يوم[1].

6- **الحكم الخاص** Private gudging:

ان هذا الإجراء يتمثل في قيام القضاة المتقاعدين بعرض خدماتهم لتسوية المنازعات نظير مقابل مالي. ويتميز هذا الأسلوب بانه يتيح لأطراف النزاع حرية اختيار شخص يملك المؤهلات والتجارب للتعامل مع النزاع، وفي نفس الوقت يعالج النزاع بمجرد النظر فيه دون انتظار جدول المحكمة الذي تتراكم فيه القضايا، بجانب ان تكاليفه اقل مما هي في الدعوى القضائية .

وبجانب هذه الوسائل الخاصة، يوجد العديد من الجهات المتخصصة التي تساهم في الحل السريع والبديل عن رفع الدعوى العادية مثل :

- **المحاكم المتخصصة :**

وهي محاكم منشأة لنظر انواعه معينة من القضايا المدنية : مثال ذلك محاكم العلاقات الاسرية domestic relations or family التي تنظر في مسائل الطلاق ورعاية الاطفال واعالتهم، ومحاكم اثبات الوصاية Wills courts التي تنظر في منازعات الامللاك العقارية والاعتراض على الوصايا، ومحاكم

[1] د/ محمد نصر محمد المذكور راجع سابق ص 106

الجمارك Customs courts التي تنظر القضايا الجمركية، والمحاكم الضريبة Tax courts التي تنظر الطعون في القرارات الادارية الصادرة عن ادارة الدخل الداخلي Service internal Revenue.

وأكثر هذه المحاكم شهرة هي محاكم المطالبات أو التعويضات الصغيرة Small Claims Courts التي لا تزيد عن خمسمائة دولار أو الف دولار في بعض الولايات، والتي تتميز بحل القضايا الاقل تعقيدا برسوم اقل من معظم محاكم الموضوع الأخرى، كما انها لا تسلتزم الاستعانة بمحامي امامها، مما يجعلها في متناول الشخص العادي.[1]

- الهيئات الادارية :

ان الكثير من الوكالات الحكومية تقيم هيئات ادارية ذات طابع قضائي للتعامل مع بعض انواع القضايا . مثال ذلك على المستوى الفيدرالي، لجنة التجارة الفيدارلية The federal trade commission ولجنة الاتصالات الفيدرالية، ومجلس علاقات العمل القومي Labor relations board the national الذي يحقق في تهم الاخلال بالقواعد المنظمة للعمل كما يحدد ما إذا كانت الاساءة إلى العامل لها علاقة بالوظيفة ام لا وبالتالي ما إذا كان الشخص يستحق تعويضا عماليا من عدمه، ولذلك يعرف بمجلس التعويض العمالي.

[1] - Voir Wiliam w.park- la jurispridane americane en matiere de " class arbitration entre debut politique et technique juridique- revue de l'arbitrage 2-12 N °3

ويمكن استئناف احكمام هذه الهيئات امام محكمة الاستئناف الفيدرالية، أو امام المحكمة العليا مباشرة بموجب أمر التصدي.

اما على مستوى الولايات يوجد في العديد من دوائر السيارات لجان المرور Traffic commission للنظر في مسائل سحب رخص القيادة فضلا عن محاكم المرور Traffic Courts، كما يوجد جلسات استماع ادارية Hearings تعقدها مجالس ادارية محلية، للنظر في الدعاوى المدنية المتعلقة بممارسة الحقوق المدنية [1].

[1] د/ محمد نصر محمد المذكور راجع سابق ص 110

المطلب الثاني:

تعاظم دور العدالة البديلة في النظام الأنجلوأمريكي

ان تعاظم دور العدالة البديلة يجري في هذا النظام على نحو مس إجراءات الدعوى ومضمونها كما نبينه على النحو الاتي بيانه

ان رفع الدعوى امام محكمة معينة[1] يفترض ان هذه المحكمة مختصة بنظرها . ويتحقق ذلك إذا كانت المحكمة تملك ولاية نظر موضوع الدعوى، وكان المكان الذي يقيم فيه المدعى عليه يقع في دائرة اختصاصها.

والاصل ان الدعاوى التي جعلها الكونجرس من اختصاص المحاكم الفيدرالية مثل دعاوي الافلاس، والدعاوى المتعلقة ببراءات الاختراع وحقوق المؤلفين، والدعاوي الناشئة عن مخالفة القوانين الفيدرالية – لا يجوز رفعها امام محاكم الولايات . وما عدا ذلك من الدعاوى فالاختصاص بها يكون مشتركا بين المحاكم الفيدرالية ومحاكم الولايات. ويجوز للمدعى ان يقيم دعواه امام اي منهما، مثالها الدعوى التي ينتمي أطرافها إلى ولايات مختلفة .

مثال ذلك : لو ان شخصا مقيما بولاية أوهايو، واثناء تواجده في ولاية تينيسي، وبلغت الاضرار التي لحقت به وبسيارته80.000دولار. في هذه الحالة تملك احدى محاكم الموضوع وعي محاكم اول درجة في ولاية اوهايو

[1] د/ محمد نصر محمد ، المرجع السابق، ص 112

الاختصاص بنظر الدعوى على اعتبار ان المدعي يقيم في دائرتها، وفي ذات الوقت يكون لأحدى محاكم ولاية تينيسي الاختصاص بنظر الدعوى على اساس ان المدعي عليه يقيم في دائرتها، وبجانب ذلك تملك محاكم المقاطعات الفيدرالية، في كلتا الولايتين، الاختصاص بنظر الدعوى على اساس ان طرفي الدعوى ينتمي كل منهما لولاية مختلفة، وان قيمة الدعوى تجاوزت 75.000دولار . وفي هذه الحالة يصبح بامكان المدعى رفع الدعوى في اي واحدة من هذه المحاكم .

في حين، إذا رفع المدعي دعواه امام محكمة فيدرالية، فلا يجوز للمدعي عليه ان يطلب احالة الدعوى إلى محكمة الولاية . في حين لو رفع المدعي دعواه امام محكمة الولاية . فيجوز للمدعى عليه طلب احالتها إلى المحكمة الفيدرالية ،الا إذا كان المدعى عليه متوطنا في ولاية ورفعت عليه الدعوى امام محكمة هذه الولاية من مدعي متوطن في ولاية أخرى، ففي هذه الحالة لا يجوز للمدعي عليه طلب الاحالة إلى محكمة فيدرالية[1] .

وبعد تحديد المحكمة يتم رفع الدعوى . والشخص الذي ياخذ زمام المبادرة يسمى المدعى Plaintiff والذي ترفع الدعوى في مواجهته يسمى المدعى عليه أو المسئول Defendant

[1] د/ محمد نصر محمد ، المرجع السابق، ص 113.

ويقوم محامي المدعي بدفع الرسوم، وتقديم الشكوى Complaint اي عريضة الدعوى لدى كاتب المحكمة، ويذكرفي عريضة الدعوى عرضا موجزا للوقائع التي تقوم عليها الدعوى، والأضرارالمدعى بها ، والحكم أو التعويض المطلوب الحصول عليه[1].

وبعد تقديم عريضة الدعوى، يقوم كاتب المحكمة بارفاق نسخة منها بما يعرف بمذكرة الجلب أو الامر القضائي بالحضور Writ ofsummons ويرسلها إلى المدعى عليه، ويمكن إبلاغ مذكرة الجلب على يد الموظفين في مكتب مأمور التنفيذ لدى المحكمة، أو بواسطة وكالة خاصة لابلاغ الاحكام القضائية، ويجوز في بعض الحالات ان يتم الاعلان عن طريق البريد أو النشر أو بوسائل أخرى.

ويسلم امرالحضورعادة إلى شخص المعلن اليه أو لشخص ذي صفة في مسكنه أو في محل عمله الذي يوجد في دائرة اختصاص المحكمة .

ان مذكرة الجلب تتضمن امرا للمدعى عليه بتقديم جواب Answer يعرف بمرافعة الدفاع، خلال مدة زمنية معينة وهي عادة 30 يوما واذاتاخر عن القيام بهذا الإجراء ولم يحضر امام المحكمة كان للمحكمة ان تصدر حكما غيابيا ضده .Default judgement

[1] د/ محمد نصر محمد ، المرجع السابق ، ص 114.

مع الملاحظة ان للمدعى ان يطلب اتخاذ الإجراءات التحفظية التي تكفل له الحصول على حقه إذا حكم له بما يدعى كأن يطلب الحجز على ممتلكات المدعي عليه كضمان لتنفيذ الحكم، أو اصدار قرار بمنع عليه من التصرف في امواله، حتى لا تنتهي دعواه إلى نتيجة لايريدها [1].

هذه الإجراءات الأولية التي يقوم بها المدعىومحاميه وكاتب المحكمة ومامور ابلاغ الدعوى، تعد بمثابة تحريك أو رفع للدعوى المدنية اي إجراءات افتتاح الدعوى ، ثم يلي ذلك سلسلة من الإجراءات التي تسبق المحاكمة .

ويجب التمييز بين الإجراءات التي تسبق المحاكمة وبين إجراءات المحاكمة ذاتها، فخلال المحاكمة تثار النقاط المتعلقة بالوقائع ليتم الفصل فيها، أما الإجراءات السابقة فيقصد بها تحديد هذه النقاط وتمكين الخصوم من معرفتها لمنع ما قد يحدث من مفاجآت أثناء المحاكمة .

فالقاضي يمكنه أن يدعو إلى اجتماع يسبق المحاكمة لمناقشة بعض المسائل في القضية، بصورة غير رسمية، مع وكلاء الخصوم. وجرت العادة ان يسمح فقط للقاضي والمحامين وكلاء الخصوم بحضور هذا الاجتماع الذي يعقد عادة في احدى غرف القضاة.

وفي هذا الاجتماع يحاول القاضي ووكلاء الخصوم التوصل إلى اتفاق حول المسائل المتعلقة بالوقائع التي لا نزاع حولها، والتي تعرف بالبنود المتفق

[1] د/ محمد نصر محمد المذكور راجع سابق ص 115.

عليها أي بنودالاشتراط والغرض من ذلك هو جعل المحاكمة الفعلية أكثر فعالية عن طريق خفض عدد المسائل التي سوف يجري الترافع بشأنها.

كذلك يتبادل وكلاء الخصوم، فيما بينهم، قائمة بالشهود والوثائق أو المستندات التي تشكل جزء من القضية.

وأيضا يمكن لمحامي الخصوم استخدام الاجتماع السابق للمحاكمة في محاولة تسوية النزاع، وقد يسعى القاضي لاجل التوصل إلى تسوية بحيث لا تبقى هناك حاجة لإجراء المحاكمة .

فاذا انتهت الإجراءات السابقة على مرحلة المحاكمة دون حل النزاع تبدأ مرحلة المحاكمة.

وتبدأ هذه المرحلة بقيام المدعي بتقديم طلب إلى كاتب المحكمة لادراج الدعوى في جدولها . ونظرا لكثرة الدعاوي التي تكون قد قدمت من قبل، قد يضطر المدعى إلى الانتظار مدة طويلة قد تصل إلى سنة كاملة قبل الفصل في قضيته.[1]

هذا عن الولايات المتحدة الامريكية ، اما عن المملكة المتحدة فيمكن إيجاز تجربتها في مجال العدالة البديلة كمايلي

[1]انظر محمد نصر محمد، علم القضاء المقارن وتطبيقاته – المملكة العربية السعودية مكتبة القانون والاقتصاد – الرياض– سنة 2013 ص 116

لقد بدا استخدام الطرق البديلة لحل النزاعات في بريطانيا سنة 1990، واهم ما فيه هو الوساطة، وقد حظيت بقبول كبير، لدرجة أن القانون البريطاني فرض على المحامين اللجوء إلى هذه الطرق قبل التوجه إلى المحكمة، والا اعتبروا مخلين بواجبهم المهني.

ومن بين مظاهر نجاح هذه الطرق البديلة انها اصبحت تفرض من طرف القضاة في النزاعات التي تهم المجال المدني، ونجاح الوساطة في مثل هذه القضايا يترواح بين 70 و80%.

غير أنّ أسباب اللجوء إلى الحلول البديلة يختلف حسب كل دولة، ففي الولايات المتحدة بدأ العمل بها كرد فعل على الاستياء العام للمواطنين من العمل القضائي، وابانت التجربة انه حتى من كان بربح قضيته لم يكن راض عن العمل القضائي.

أما في بريطانيا،[1] فان الدافع الاساسي هو ما تتحمله الأطراف من تكاليف مرتفعة للرسوم القضائية المفروضة على الطرفين وبالنسبة لباقي الدول هو ما تتحمله هذه الاخيرة من تكاليف جراء عملية التقاضي والتخلص من القضايا التي يمكن اللجوء فيها إلى القضاء حتى تتفرغ المحاكم للقضايا المهمة، فالهدف هو فرز تلك القضايا التي يمكن للمحاكم ان تبت فيها وتسريع وتيرة

[1] د/ايناس خلف الخالدي، التحكيم وسائل البديلة لحل المنازعات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 2016 ، ص152

فض هذه النزاعات باستعمال الوسائل البلدية عوضا عن التقاضي العادي، إضافة إلى ما تحققه من مصلحة للأطراف وللعدالة .

إن تجربة الحلول البديلة في العديد من الدول تمر بعدة مراحل، وهكذا فقد يتطلب الأمر في البداية التوعية باهمية هذه الحلول، ويتم ذلك بالنسبة للهرم القضائي، حيث يطلع القضاة على مزايا هذه الحلول وبعد ذلك يتم تدريب مجموعة من الوسطاء لتولي هذه المهمة

وعندما يتهيأ ما ذكر، يتم الدفع بالمشروع إلى الامام :وتأخذ هذه المجموعة في نشر الوعي في المجتمع والتعريف بأهمية الوساطة، ثم تتطلق العملية شيئا فشيئا وقد يتم ذلك ضمن وحدة تابعة للقضاء.

ويمكن ابراز اهم المحطات التي مرت بها التجربة في بريطانيا[1]:

في سنة 1990 تاسس مركز الحل الفعال في بريطانيا (CEDR) وبدأ بعملية التوعية .

في سنة 1996 بدات المحاكم الابتدائية باصدار دليل حتى تفصل بين القضايا التي تتم فيها الوساطة من غيرها.

في سنة 1998 بدأت محكمة الاستئناف برنامجها للوساطة .

[1] د/ايناس خلف الخالدي، المرجع السابق، ص 153.

في سنة 1999 ادرجت القوانين والتعديلات الجديدة في قانون المسطرة المدنية.

في سنة 2001 صدر تعهد الرئيس الاعلى للقضاء بادراج الطرق البديلة كأول ما يلجأ اليه، وهكذا جاء في تعهد الحكومة البريطانية باسم "اللورد ايرفين" بتاريخ 2001/02/23 في المستقبل، حتى تلتجىء الحكومة إلى ذلك يجب ان يتم احداث تغيير في النصوص القانونية لتسعف في ذلك المحكمة، كما انه ، سيتم تسوية النزاعات القانونية الحكومية عبر الوساطة أو التحكيم كلما امكن ذلك.

وقد ساهمت في تطور الحلول البديلة ونموها في المملكة المتحدة كل من:

- هيئات الحلول البديلة للنزاعات
- رجال الاعمال
- مساعدي القضاء من محامين وخبراء الحكومة[1].

وفي سنة 1999 اصبح اللجوء إلى المحاكم لا يتم إلى بعد فشل الحلول البديلة وعلى الخصوص الوساطة التي يتم عبرها وبشكل كبير حل النزاعات، وتم انشاء مركز لهذا الغرض الذي هو عبارة عن شركة مدنية يقوم على تشجيع الوساطة واحترام الاشخاص، والتعاون في حل النزاعات بكل شفافية .

[1] د/ايناس خلف الخالدي، المرجع السابق، ص154

ويقوم المركز بفض600 قضية تجارية في السنة ويحصل خلالها على اتعاب مقابل الوساطة تستغل في تنمية مشاريعه، والوساطة التي يقوم بها هذا المركز تنحصر في القضايا الادارية والمدنية ولا يدخل ضمن اختصاصه قضايا الاسرة .كما انه يقوم بالتوعية باهمية الوساطة للاقبال عليها وذلك من خلال تقديم خدمات لحل النزاع بواسطة 10 وسطاء يعملون هناك بشكل دائم، ويساعدون الأطراف، وبالاضافة إلى القضايا التجارية التي قام المركز بحلها،[1] فانه يقوم حاليا بحل 300 قضية في السنة في مجالات أخرى غير القضايا التجارية، ويتعامل مع وسطاء اخرين خارج هذه المؤسسة .

نسبة نجاح الوساطة 70%، و30% تحال على القضاء، ومعظم الوسطاء يعملون كمحامين ويضم المركز 40 موظفا دائمين وعموما فان الوساطة غير مقننة ببريطانيا والمهنة تنظم نفسها بنفسها، حيث يقوم المركز بتعين الوسطاء من بين اولئك الذين تدربوا تحت اشرافه، وليس هناك اي مانع يمنع اي شخص من ان يقوم بالوساطة، الا ان السوق هو الذي يحدد من يكون مقبولا للقيام بذلك، ويبقى هذا المركز الأكثر قبولا في بريطانيا.

ان النزاع يمكن حله عن طريق التفاوض، أو التقدير المحايد أو ابداء الخبير رايه في النزاع أو عن طريق الوساطة أو التحكيم أو الدعوى امام القضاء.

[1] د/ايناس خلف الخالدي التحكيم مرجع سابق ص 156

1- التفاوض:

يعتبر من احسن الوسائل لحل النزاع، باعتباره اقل تكلفة، وأكثر اقتصادا، وارتياحا ، ويقتضي التفاوض المباشر ان يناقش الطرفان بينهما النزاع وفي اغلب الاحيان يصلان بارداتهما للحل المناسب لمشاكلهما.

2- التقدير المحايد الأولى أو التقييم الحيادي:

ويتعلق الامر بتحديد المركز القانوني للاطراف حيث تقدم وقائع القضية كتابة امام قاضي وعادة ما يكون متقاعدا ،وهو الذي يحدد النتيجة المحتملة للنزاع إذا عرض على المحكمة،حيث يقوم بتقييم نزاع معين بحسب طلب الأطراف وقد يمتد لتقييم كل عناصر النزاع أو مجرد تحديد نقاط الاختلاف أو تحديد وحصر الوقائع النزاع بحسب طلب التقييم ويكون القرار الصادر في هذا الشأن قرارا استشاريا غير ملزم ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

هذا وقد أصبح التقدير المحايد الأولي يحظى بشعبية كبيرة في بريطانيا، ويقوم به قاضي متقاعد أو محامي متمرن، والالتجاء إلى هذه الوسيلة يتم عندما يكون هناك طرفان أو محاميان لا يستطيعان القيام بذلك ويلتجئان إلى القاضي للقيام بتحديد نواحي الضعف والقوة بالنسبة لكل طرف،[1] فالقيام بهذا الإجراء الهدف منه هو الاسراع بسير القضية، وهذا التقدير المحايد غير ملزم للاطراف ويمكنهم الالتجاء إلى الوسائل البديلة الأخرى.

[1] د/ايناس خلف الخالدي التحكيم مرجع سابق ص 159

3- إيداع الخبير رأيه في النزاع أو تقديم الاستشارة :

ويحصل ذلك عندما يكون موضوع الخلاف بين الطرفين يتعلق بمسالة فنية معينة ويطلبان توضيحها، وهكذا فالطرفان يتفقان على تعيين هذا الخبير الذي يقدم وجهة نظره في الموضوع الذي يكون له في غالب الاحيان طابع فني، وهذا الحل ملزم للطرفين لانهما اتفقا على قبول النتيجة مسبقا.

4- إصدار حكم قضائي:

ويلجأ اليه في بريطانيا إذا تعلق الأمر ببناء في طور الانجاز، وهو منصوص عليه في القوانين، فاذا نشأ نزاع خلال السنة الأولى، فان الاشغال لا تتوقف، ويتفق الطرفان على مواصلة البناء، وعلى تعيين خبير يحدد قيمة الاضرار، وتدلي الأطراف بحججها، ويصدر القاضي حكمه في ظرف شهر، وهو حكم ملزم للاطراف طبقا للقانون، مع امكانية استئنافه.

5- التدخلات المستقلة:

وهذه التدخلات عادة ما تتعلق بالنزاعات الكبرى التي تكون فيها الأطراف متعددة مثلا 100 شخص رفعوا هذه الدعوى.[1]

[1] د/ايناس خلف الخالدي التحكيم وسائل البديلة لحل المنازعات دار الثقافة للنشر والتوزيع سنة 2016 ص162

المبحث الثاني:

مظاهر التصادم بين العدالتين في النظام الانجلوامريكي

من أجل مقاومة رغبة الأطراف التي على الرغم من اتفاقها على التحكيم، تسعى إلى التنصل منه عن طريق لجوئها مباشرة إلى قضاء الدولة ،طبق النظام الانجليزي والأنظمة القانونية التي تحذو حذوه النظام المعروف anti-suit injunctions .

ووفقا لهذا النظام يحق للطرف في اتفاق التحكيم الذي يحاول الطرف الآخر فيه المساس بأثره الايجابي، أن يطلب من المحكمة الوطنية ان تأمر هذا الطرف الاخير بالامتناع عن السير في المنازعة التي اقامها امام القضاء الرسمي، وذلك لان الاستمرار في هذه المنازعة مخالفة لاتفاق تعاقدي تم بين الأطراف وهو الاتفاق على التحكيم.

ومهما يكن حظ هذه الوسيلة من النجاح الان ، فإن الأمر المهم في هذا الصدد هو ان هذه الوسيلة التي كانت تهدف إلى حماية الاثر الايجابي لاتفاق التحكيم والحيلولة دون قيام أحد الأطراف بالمساس به، تم استخدامها أيضا بشكل مخالف للمبادىء التي قامت عليها، في محاولة للنيل من فعالية التحكيم ليس فقط كاتفاق وإجراء، بل وكحكم أيضا[1].

[1] د/حفيظة السيد حداد– دور القضاء في التحكيم – مجلة التحكيم 2010– العدد الثامن ص45

وعليه سوف نعرض لبعض الآليات على صعيد استخدامها من أجل ضمان فعالية الطرق البديلة لحل النزاعات وأيضا على صعيد استخدامها للنيل من فعالية هذه الطرق.

المطلب الأول:

في مجال التحكيم.

سوف نتطرق إلى وضع فكرة التصادم من خلال بعض المجالات المعروفة ثم في بعض المجالات المستحدثة

الفرع الأول:

المنازعات التقليدية :

سوفف نتطرق الى بعض ماظهر من تجاذبات العلاقة بين العدالتين من خلال بعض الممارسات في النظام الانجلوامريكي فقد لجأت الأنظمة القانونية المعروفة باسم common law إلى استخدام الية تعرف باسم anti-suit injunctions والتي يمكن ترجمتها بانها الاوامر الصادرة لأحد الأطراف في التحكيم بالامتناع عن الاستمرار في دعوى قضائية أو اقامة دعوى قضائية على الرغم من وجود اتفاق سابق على التحكيم[1].

[1] د/حفيظة السيد حداد– دور القضاء في التحكيم – مجلة التحكيم 2010– العدد الثامن ص 46.

وبمعنى اخر يقصد بأمر الزجرanti-suit injunctions الإجراء الذي بموجبه يحظر القاضي الوطني في دولة ما على المدعى ان يرفع دعواه أو يستمر فيها امام قضاء أجنبي.

وتبدو أهمية آلية الاوامر التي تصدر من القاضي الوطني بابلاغ المدعى من رفع دعواه أو الاستمرار فيها امام قضاء اجنبي بالنسبة إلى التحكيم في الحالات التي يظهر فيها لأحد اطراف التحكيم ان الطرف الاخر في هذا الاتفاق لاينوي ان يعرض المنازعة على التحكيم أو انه فعلا قد رفع دعواه امام محاكم الدولة منتهكا بذلك القوة الملزمة لاتفاق التحكيم.[1]

ففي مثل هذه الحالات يستطيع الطرف المعني ان يلتمس من القضاء الوطني ان يصدر امرا بالنهي أو بالزجرanti-suit injunctions في مواجهة الطرف الذي انتهك اتفاق التحكيم، يمنعه من خلاله الاستمرار في الإجراءات التي بدأها امام القضاء الأجنبي.

وهو نظام متبع في كل من انجلترا والولايات المتحدة الامريكية وكندا وبصفة عامة في الغالبية العظمي من الدول المتأثرة بالقانون الانجليزي.

[1] اقر الاجهاد القضائي الفرنسي بسلطة القاضي الرسمي بالامر بتدبيرات حقيقية مستقبلية على اساس المادة 145 من القانون الإجراءات المدنية فرض إجراءات تحفيظية طالما ان الهيئة التحكمية لم تشتكل بعد مع الشرط عنصر الاستعجال ويكون للهيئة التحكمية الحق في ممارسة سلطتها القضائية الكاملة حقوقها لتنتص على وجوب تعليل المقررات التحكمية

-الدكتور مصطفى بونجة والدكتورة نهال اللواح التحكم في المواد التجارية الادارية المدنية -دار الثقافة المغربية للنشر والتوزيع الدار البيضاء المغرب- الطبعة الأولى2015- ص120

وتؤدي اوامر الزجر وظائف متباينة في النظام القانوني الانجليزي ومن بين هذه الوظائف اتخاذها كوسيلة لتوقيع الجزاء بسبب انتهاك التزام تعاقدي قائم.

ويصدر الامر بالزجر عادة إذا رفع احد الأطراف الدعوى امام قضاء اجنبي، وذلك بالمخالفة لالتزام تعاقدي، ويتحقق ذلك الامر في حالتين:الحالة الأولى إذا قام المدعى عليه في الدعوى المطلوب اصدار امر الزجر فيها برفع دعواه امام القضاء الاجنبي أو الاستمرار فيها إذا كان قد رفعها بالمخالفة للاتفاق التحكيمي المبرم بينه وبين المدعي في دعوى الأمر بالزجر.

أماالحالة الثانية : فهي تتعلق بالفرض الذي يقوم فيه المدعى عليه في دعوى الزجر برفع دعواه بالمخالفة لاتفاق مانح للاختصاص والذي بموجبه اتفقت اطرافه على منح الاختصاص بشكل استثنائي لمحكمة غير تلك التي قام المدعى عليه في دعوى الامر بالزجر برفع دعواه امامها.

وتهدف اوامر الزجر في الحالتين السالفتين إلى تحقيق كفالة احترام اتفاق الأطراف، وذلك دون الاهتمام بالتطرق إلى بحث مسالة الاختصاص الدولي للمحاكم الاجنبية [1]المرفوع امامها النزاع بالمخالفة للاتفاق التعاقدي.

ان النظام القانوني لا يستقيم الا من خلال مبدأ التماسك الذي يعني ليس فقط هذا النظام بالذات، انما أيضا ارتباطه بالنظام القانوني العام الذي هو جزء

[1] د/حفيظة السيد حداد- مرجع سابق ص47

منه. قواعد الاثبات مثلا تتعلق بالشكل وبالاساس معا، والمجسدة في الانظمة القانونية المرتبطة بالقانون الروماني(Civil law) ،وهي مبنية على مبدأين اساسين الاثبات الخطي من جهة، والقاعدة القائلة بأن البينة هي على من ادعى، وهي قواعد لا يعترف بها النظام الانكلوساكسوني الذي يعتمد مبدا مختلفا تماما يقوم على كشف الوثائق(Discovery)، ان فرض هذا النظام على المتنازعين، يمس بمبدأ السلامة (principe de securité) الذي ترتكز عليه المعاملات،هذا يعني ان فصل القواعد الاجرائية عن قانون معين يتساوى مع مصالح الأطراف المشروعة، ومن وجه اخر ان اعتماد تقنيات التحقيق في القانون الانكلوساكسوني ومبدأ حياد القاضي، المطلق الذي يلازمه يتطلب وجود محامين متخصصين يلمون بهذه القواعد ويعملون ضمن مجموعات تدربت على استعمال هذه الوسائل وهذا ما يؤدي إلى تقليص حرية الخصوم في اختيار وكلائهم ونظام الدفاع ككل وهو يرهق كثيرا المتقاضين .

ان المحكم، بعكس القاضي ليس مقيدا بقانون معين، انما يتمتع بحرية واسعة اما في الوصف أو في اختيار القانون الذي يعتبره أكثر ملاءمة :فحده ليس مكانا معينا ، وانما هي قناعته الذاتية .

وبالتالي بامكان المحكم ان يطبق المبادىء العامة القانونية والاعراف التجارية وقواعد التجارة الدولية (lex mercatoria) فضلا عما يسمى القواعد المادية المسماة العابرة للحدود (transnationales).

ولا شك انه توجد اليوم اتفاقيات دولية ووسائل تعاقدية لها طابع دولي، ولكن كل ذلك ليس من شأنه الغاء الفكر التنازعي لدى المحاكم، ذلك ان قواعد التفسير[1] يجب ان تنطلق من مفهوم قانوني معين فيلجأ القاضي إلى التفسير المعتمد في البلد الذي ابرم فيه العقد لتحديد ما إذا كانت القرينة التي اقرتها معاهدة دولية هي قابلة لاثبات العكس ام لا. وهذا يفرض عليه تفضيل قانون على اخر فيعود بذلك إلى الاسلوب التنازعي حتى لا يسمح للمتقاضين باختيار القانون الواجب التطبيق عن طريق اللجوء إلى اختيار القاضي المناسب .

ضف إلى ذلك أن الجمع بين قانونين مختلفين لا يؤدي دائما إلى نتائج محمودة.[2]

من الناحية التطبيقية[3] لا يمكن انكار وجود قواعد مستمدة من قوانين التجارةو المتعددة . تستعمل بصيغة الجمع، اذ ليس هنالك قانون موحد، انما

[1] القاضي مهيب معماري – المحكم والحدود (لبنان) مجلة التحكيم العالمية 2011 العدد الثاني عشر ص 151

[2] في القانون المغربي رقابة القضاء الاتفاق التحكم في شكل دفع اثناء النظر في دعوى موضوع الحق للتفصيل انظر الدكتور مصطفى بونجة والدكتورة نهال اللواح ،التحكيم في المواد التجارية الادارية المدنية -دار الثقافة المغربية للنشر والتوزيع الدار البيضاء المغرب- الطبعة الأولى2015- ص360

[3] كما قدمت اتفاقية نيويورك لسنة1958 بشان الاعتراف وتنفيذ احكام التحكيم الاجنبية تسهيلا ملحوظا في تنفيذاحكام التحكيم فجعلت القاعدة هي نفاذ الحكم التحكيمي والاستثناء هو قبول الدليل على عدم نفاذه لسبب من الاسباب التي اوردتها الاتفاقية على سبيل الحصر، حيث اوجبت في المادة الثالثة منها على كل الدول المتعاقدة ان تعترف بحجية حكم التحكيم وان تامر بتنفيذه طبقا للشروط المنصوص عليها في الاتفاقية كما الزمت هذه الدول بألا تفرض للاعتراف أو تنفيذه احكام المحكمين التي تطبق عليها احكام الاتفاقية الحالية شروطا أكثر شدة ولا رسوما قضائية أكثر ارتفاعا بدرجة ملحوظة من تلك التي تفرض للاعتراف وتنفيذ احكام المحكمين الوطنيين.
للتفصيل انظر : د/ بشار محمد الاسعد منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى 2009 – كتاب الفعالية التحكيم ص 128

هناك قواعد متصلة بقوانين متعدد الاشكال وهذا التعدد ينفي وجود نظام واحد، ونكون إذا امام نوع من المقاربة المنهجية لحقيقة العلاقات الدولية ولا يمكن نفي أهمية هذه المنهجية الجديدة التي ساعدت كثيرا في تحرير الانظمة القانونية والتخفيف من وطأة الرقابة على القرارات التحكيمية .

وتجدر الاشارة هنا إلى ان المبادىء العامة كمبدأ حسن النية أو الدفع بعدم التنفيذ exception non adinpleticoudractly أو مبدأ ثبات الظروف Rebus sic stantibus موجودة في جميع القوانين، اما القواعد التي يقال عنها انها مادية reples meceterialles كمبدأ الاختصاص أو مبدأ استقلال البند التحكيمي، فقد وصفتها المحاكم، وهي لا تلغي الفكر التنازعي، فقاعدة عدم خضوع صحة العقد الحكمي لقانون معين لا تعترف بها جميع الانظمة القانونية ،[1] كما ان كثيرا من القواعد المادية وصفت في المجال الداخلي اولا.

هذه المبادىء ليست مقبولة في جميع التشريعات لذلك يجدر بالمحكم قبل أن يقضي بمدى قابلية النزاع للتحكيم أو بمدى اختصاصه ان ياخذ في الاعتبار قانون مكان التنفيذ أو قانون مكان التحكيم.

إن القرار التحكيمي يكتسب عند صدوره قوة الشيء المقضي به، والتي لا تعطى للحكم الاجنبي، الا بعد حصوله على الصيغة التنفيذية، هذا الاثر الحتمي سببه هو ان المحكم باصداره القرار يكون قد استنفذ التفويض الممنوح له

[1] القاضي مهيب معماري المذكور بالمرجع السابق ص 149

فإذا أراد ان يفصل من جديد فعليه ان يعود مجددا إلى اطراف النزاع، والا يكون دون اتفاق تحكيمي. والقرار التحكيمي يحتاج إلى الصيغة التنفيذية ليصبح نافذا.

هذا الاعتراف يتم في البلد المضيف عن طريق رقابة خاصة يخضع لها القرار التحكيمي ولا يتم عن طريق الاعتراف بالحكم القضائي الاجنبي الذي قبل القرار التحكيمي في بلد المنشأ.

ولكن الابطال الصادر في بلد المنشأ يعطي امكانية عدم الاعتراف بالقرار التحكيمي في البلد المضيف وفقا لاتفاقية نيويورك،

وتبعا لذلك فان ربط القرار بمحل معين على هذا الشكل هو خطير جدا ومصدر للكثير من الانحرافات ذلك انه يسمح لسلطات المقر القضائية، بالتدخل في المحاكمة التحكيمية سواء بتبليغها أن باصدار اوامر تمنع متابعة الإجراءات.

ومن جهة أخرى ، فان اعتماد نظرية عدم تّأقلم القرار التحكيمي بشكل مفرط يؤدي هو أيضا إلى نتائج معاكسة في غاية الخطورة.

ويظهر خروج التحكيم عن ولاية قضاء الدولة من خلال التخلي عن التوطين الجغرافي، واعتماد التوطين القانوني للتحكيم[1].

[1] د- الحسين السالمي، التحكيم وقضاء الدولة، الطبعة الأولى 2008، ص603.

فكما كان مبدأ التوطين الجغرافي للتحكيم في النظم المحافظة مثل النظام الانجلو أمريكي اداة هذه النظم لضرب الولاية والوصاية على التحكيم بادماجه ضمن التنظيم القضائي لدولة مكان صدور القرار التحكيمي، كان التوطين القانوني اللادولي(anational) وعبر الدولي (transnational) للتحكيم اداة النظم الحديثة للتحكيم لتحريره من تحكم الدولة ومن وصاية قضائها.

فالقضاء الانجليزي اقر مبدأ وجوب توطين التحكيم، واعتبره من النظام العام، ما جعل الفقه والقضاء التقليديين يستبعدان العقد الطليق والتحكيم بالصلح ونظرية قانون السوق، لكن مقتضيات دولية التحكيم وفعاليته كقضاء ملائم في التجارة الدولية [1]، فرضا تطورا في فقه القضاء الانجليزي ظهر جليا في سنة 1978 من خلال سابقة ((ايجل ستار)) ((eagel star)) وهي السابقة التي ادت إلى قضاء مستقر رجع عن مبدأ التوطين الوجوبي للتحكيم، بل انه وصل حد اقرار مشروعية تطبيق قواعد عبر دولية . وتعزز هذا القرار بسوابق قضائية لاحقة اهمها سابقة (راك أويل) (rackoil)لسنة 1987، وسابقة (نفق المانش) (channel tunnel) لسنة 1992.

وقد اكتمل تطور النظام الانجليزي بصدور قانون التحكيم لسنة 1996 الذي بني على مبادىء اساسية خصص لها مادته الأولى تحت عنوان المبادىء العامة والتي تسري على التحكيم الاختياري والاجباري على السواء وهي:

[1] د- الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 604.

يهدف التحكيم إلى تسوية النزاعات من قبل محكمة محايدة في خلال مهلة وبكلفة معقولتين.

يستحسن أن يكون للاطراف الحرية في الاتفاق على طريقة تسوية نزاعاتهم وذلك ضمن حدود متطلبات النظام العام.

يستحسن الا تتدخل المحاكم في المسائل التي يرعاها هذا الفصل إلاّ في الحالات التي ينص عليها صراحة [1].

ويتبين من أحكام هذا القانون أنه، زيادة على وضع اطارا قانوني فني دقيق شامل للقضاء التحكيمي في مختلف جوانبه ومراحله، فان ذلك الاطار تميز بكونه بني على التوطين القانوني للتحكيم من خلال المبادىء التوجيهية التي تاسس عليها والخصائص التي ميزت البناء التحكيمي الذي أقامه، والتي تمثلت في:

إعطاء حرية للاطراف في اتخاذ كافة التدابير المتفق عليها لتامين حسن سير وسرعة الإجراءات التحكيمية (مادة 40) وكذلك اعطائهم سلطة تخويل المحكمة التحكيمية صلاحية الامر بالتنفيذ المؤقت لاي إجراء أو تدبير تتخذه في الحكم التحكيمي النهائي (المادة39)

[1] د- الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 605.

والمهم كذلك في مجال دراستنا انه جعل تدخل القضاء في التحكيم غير مستجب(مادة1)، بل تدخلا عارضا ومؤقتا اما لمساعدة المحكمة التحكيمية والأطراف باتخاذ إجراء أو تدبير مؤقت (مادة39) أو لتنفيذ التدابير أو الاوامر الوقتية المتخذة من المحكمة التحكيمية (مادة42) أو تامين حضور الشهود(مادة43) أو المساعدة على الاثبات وفي كل الحالات المستعجلة للمحافظة على أدلة الاثبات أو المحافظة على الاموال المتنازع حولها، وبعد اعلام الطرف الاخر والحصول على موافقته.

هذا وتنص الفقرة الخامسة من المادة الرابعة والاربعين على انه:

" في جميع الحالات لا يمكن تدخل القاضي إلاّ إذا لم يكن باستطاعة المحكمة التحكيمية أو المؤسسة التحكمية أو أية مؤسسة أخرى أو أي شخص اخر خوله الأطراف صلاحية لهذا الغرض التدخل أو لا يمكنها التدخل مؤقتا"[1].

ان ما يبرهن على خروج التحكيم عن ولاية القضاء في القانون الانجليزي، ان تدخل القضاء الانجليزي غير المستحب لا يقبل طلبه في المسائل القانونية الا إذا اجمع عليه الأطراف، أو اجازته المحكمة التحكيمية، شرط ان يتبين للقاضي ان الطلب من شانه توفير مصاريف هامة وانه قدم في اسرع وقت، وعلى ان يحدد الطلب المسالة القانونية وكذلك سبب طلب نظرها إذا لم يكن الطلب مقدما باجماع الأطراف، وعلى أن يعتبر قرار القاضي في المسالة

[1] د- الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 606.

كحكم فيما يتعلق بطرق المراجعة، التي لا تجوز ممارستها إلاّ بموافقته وشرط ان يتبين له أنّ المسألة تهم المصلحة العامة وان اسبابا خاصة تستوجب نظرها من قبل محكمة الاستئناف وهو مانصت عليه المادة45بن الفقرة6من قانون 1996ؤ.

هذاوعرف القانون الامريكي نفس التحول لكنه من خلال التشريع أكثر منه من خلال فقه القضاء، الذي بقي ممزقا بين قواعد القانون العام المتعلقة بالتحكيم والمورثة عن القانون البريطاني القديم المحافظ، وبين القوانين الحديثة للتحكيم، قبل ان يستقر على الأخذ بهذه الأخيرة، كما يرجع إلى حد كبير إلى نشاط جمعيات التحكيم وعلى راسها جمعية التحكيم الأمريكية[1].

فكل العملية التحكمية لا ينظر اليها من منطلق اتفاقي كعلاقة التزام وانما ينظر اليها باعتبارها مسالة تتصل بنظام التقاضي وبالإجراءات وطرق التقاضي(remedial matter).

والنتيجة البديهية هي اخضاع مسألة التحكيم في مجملها إلى قاعدة قانون القاضي،حتى ان البعض ذهب للقول بان المحاكم الامريكية لا تناقش عموما اين ابرم العقد ولا اين يجب ان ينفذ. وقد تعرض هذا التكييف للنقد باعتباره يؤدي

[1] د- الحسين السالمي، المرجع السابق، ص 607.

إلى تجاهل نظام وقواعد تنازع القوانين. وقد كان لهذا النقد اثره على تطور نظام التحكيم في امريكا من خلال القوانين الاتحادية وفقه القضاء الاتحادي[1].

كما ان القانون الامريكي على غرار القوانين الأخرى عرف بعض التحفظ تجاه التحكيم الداخلي، تميز منذ زمن طويل بانتفاح واسع على التحكيم الدولي، بأن أقر استقلالية اتفاقية التحكيم كقاعدة مادية مباشرة ثم طليقة، وجعل تلك الاستقلالية شبه مطلقة.

أما في فقه القضاء الامريكي فقد اقرت المحكمة الاتحادية العليا عام 1967 مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم مجارية الاتجاهات الحديثة في تدعيم وتشجيع التحكيم، حيث قالت في حكمها ان شرط التحكيم كمسالة من [2]مسائل القانون الفيدرالي يعتبر مستقلا بإعلان المحكمة العليا الامريكية سنة 1985 في سابقة ميتسوبيشي(mitsubishi) التخلي عن التوطين الجغرافي للتحكيم بقولها: ان هيئة التحكيم الدولية لا تدين بولاء اولي إلى اية قواعد قانونية لدول معينةؤ.وهي بذلك

[1] د- الحسين السالمي ، المرجع السابق، ص 608.

[2] Précisons d'abord que l'arbitrage est un contrat nommé régi par les articles 2638 à2643 du Code civil du Québecet que sa procédure est prévue aux articles 940 à 952du Code de procédure civileL'article 2638 du Code civil du Québecdéfinit la convention d'arbitrage comme étant :2638.« (le contrat par lequel les partiess'engagent à soumettre undifférend né ou éventuel à la décision d'un ou de plusieurs arbitres, à l'exclusion des tribunaux »L'arbitrage a également été défini par la Cour suprême du Canada comme :« le processus par lequel les parties impliquées dans un litige ont recours àun tiers indépendant et impartial chargé de trancher un litige de naturejuridique par une sentence finale rendue à la suite d'une procédure semblable à celle d'un procèsL'ARBITRAGE ET LES AUTRES MODES ALTERNATIFSDE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDSDANS LES COOPÉRATIVES D'HABITATIONL'ARBITRAGE ET LES AUTRES MODES ALTERNATIFS DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDSDANS LES COOPÉRATIVES D'HABITATIONLa Confédération québécoise des coopératives d'habitationMars 2005http://www.cooperativehabitation.coop

تستبد له بالتوطين [1] القانوني ما جعل التحكيم يخرج عن ولاية قانون دولة مكان التحكيم. وقد وصل التوطين القانوني للتحكيم بفقه القضاء الامريكي إلى اخراج التحكيم عن ولاية قضاء الدولة كذلك. فقد انتهى إلى قبول الاذن بتنفيذ الحكم التحكيمي الواقع إبطاله في بلدصدوره ذاهبا باستقلالية وفاعلية التحكيم.

وبالإضافة إلى تبني التوطين القانوني الطليق تقتصر مراقبة حكم التحكيم الصادر في الولايات المتحدة الامريكية وفقا للقانون الامريكي على قابلية موضوع النزاع للتحكيم اي تحكيمية العلاقة القانونية، ونطاق ومدى صحة اتفاق التحكيم اي مدى سلامة التأهيل التحكيمي، وعلى حرمة مبادىء الإجراءات الجوهرية اي مدى احترام مبادىء النظام الإجرائي الافقي.

ولم يقتصر الاخذ بالتوطين القانوني واخراج الحكم التحكيمي عن ولاية قضاء دولة مقر التحكيم على القانونين الانجليزي وزالامريكي بل ذلك اصبح من مكونات النظام التحكيمي الافقي على المستوى الوطني والاقليمي والدولي.

[1] تتم عملية التعبير عن الارادة من خلال البريد الإلكتروني عندما يقوم شخص مشترك في شبكة الانترنت بالدخول إلى العنوان الذي يرغب في ارسال رسالة البيانات اليه، حيث يقوم بكتابة عنوان المرسل اليه على الشبكة ثم يضغط على مفتاح الارسال الموجود في البرنامج، وحنيئذ يقوم برنامج البريد الإلكتروني بارسال الرسالة إلى الخادم وحنيما يتصل المرسل اليه بالخادم يقوم الاخير بارسال الرسالة إلى جهازه حيث يستطيع المرسال اليه عند فتحه صندوق البريد الذي تخزن به الرسائل الواردة اليه Inbox قراءة الرسائل التي وصلته والرد عليها عن طريق زر الرد على الرسالة

للتفصيل انظر :القاضي جعفر ذيب المعاني دكتوراه في القانون الخاص التحكيم الالكتورني ودور القضاء الوطني بتفعليه دار الثقافة للنشر والتوزيع 1435 هـ -2014 م ص 79

وهذاالأسلوب في تحرير التحكيم من الارتباط الجغرافي والقانوني كان منهجا عالميا من خلال القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985،[1] الذي خاطب الدول نفسها قصد ملاءمة أحكامها معه توحيدا لنظام التحكيم، فانه حرص على اقرار الولاية القضائية الكاملة والمستقلة للمحكم وعلى تخويله سلطة نظر اختصاصه، بل تجاوز ذلك إلى تامين استنفاذ المحكم لكامل المهمة التحكمية، تامينا لفاعلية الاتفاق التحكيمي، ولفاعلية الحكم التحكيمي كتتمة لازمة لها ومظهرها الحاسم.

وهو ما جعل بعض النظم الخاصة للتحكيم وحتى بعض القوانين الوطنية تتجاوز تلك النقائص والقيود،[2] وتعطي التحكيم استقلالية شبه مطلقة من خلال التوطين القانوني الذي اخرجه من ولاية قضاء دولة مكان التحكيم أو دولة مكان ابرام اتفاقية التحكيم.

وظل هذا النظام فقد تجاوز التحكيم المفاضلة ينه وبين قضاء الدولة كأداة للتنازع،،بتوطينه وراء حدودها وفوق سيادتها حتى في التحكيم الداخلي، بالارتفاء بالتحكيم إلى مصاف حق من الحقوق العامة الفرد أي الحق في

[1] ولم تقتصر كثير من التشريعات الحديثة على فكرة التجارة الإلكترونية، ولكنها تتناول أيضا المعاملات الإلكترونية بصفة عامة والتي تضم عقود التجارة الإلكترونية، كما فعل المشرع الاردني باصداره قانون المعاملات الإلكترونية، وكما فعل المشرع الفرنسي باحداثه تعديلات بشان المعاملات الإلكترونية، على التقنين المدني والفرنسي.

للتفصيل انظر : د/ صفاء فتوح جمعه فتوح منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء والتحكيم اليات فض المنازعات دار النشر الأزريطة الاسكندرية السنة 2013 ص 35.

[2] د- الحسين السالمي ، المرجع السابق، ص 610.

التحكيم، المندرج ضمن حرية اللجوء إلى القضاء، والمجسم للحق في القاضي ، وفي محاكمة عأدلة procés èquitable ولم تعد حرية التحكيم تعرف من الحدود سوى مفهوم النظام العام.

الفرع الثاني :

المنازعات المستحدثة

سوف نتطرق إلى هذه المنازعات من خلال بعض الامثلة:

-في مجال عقو د الاستثمار :

تعد السرية في الإجراءات مبدأ اساسيا من مبادىء التحكيم، واحدى المزايا التي من اجلها يلجأ المتنازعون إلى التحكيم في حسم منازعاتهم.[1] وهذه الميزة هني التي تدفع الافراد إلى اختياره كوسيلة لحل المنازعات بينهم. فالتحكيم ليس مجرد قضاء خاص ولكنه علاوةعلى ذلك قضاء يتم في سرية .

وتزداد أهمية سرية إجراءات التحكيم في منازعات عقود الاستثمار عن أهميتها بالنسبة لإجراءات التحكيم عن سواها من منازعات، وذلك يترتب على هذه العقود من آثار اقتصادية كبيرة تؤثر في مصالح الدول وكذلك الشركات

[1] د/ بشار محمدالاسعد ، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية دراسة في ضوء أحكام التحكيم زالاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، 2009 ، ص 42

الكبرى القائمة بالاستثمار، نظرا لخصوصية المعلومات والوثائق والأسرار المرتبطة بابرام هذه العقود.

لذلك لا تحبذ الأطراف في عقود الاستثمار ان تكون النزاعات فيما بينها متاحا للكافة الاطلاع عليها، اذ تكون العلانية ضارة بالنسبة لها. فاذا كنا بصدد عقد من عقود البترول مثلا، فان حساسية المعلومات التي لا يحتفظ بسريتها والتي تتعلق بمستوى انتاج حقل أو تدفق انتاجيته قد تؤدي إلى أزمات أو اضطرابات سياسية أو اقتصادية أو تؤدي إلى اضطراب اسعار البترول في الاسواق العالمية. أو بصدد من عقود التعاون الصناعي، فان عدم مراعاة السرية قد تؤدي إلى تسرب الاسرار التكنولوجيا المستخدمة في هذه العقود إلى الغير.

ورغم ذلك فانه في السنوات الاخيرة يلاحظ صدور عدد من الاحكام القضائية التي قامت بمناقشة الاساس القانوني الذي تقوم عليه قاعدة سرية إجراءات التحكيم بوجه عام[1].

فقد طعنت المحكمة العليا الاسترالية في حكمها الصادر 07 ابريل 1990 في قضية Esso qustrqliq resources ltd.et ql .v.ministry of energy and plowman في صحة هذا المبدأ حيث ذكرت المحكمة ان التزام السرية يخضع لما تتطلبه وما تقتضيه شئون المصالح العليا ، وانه ليس هناك ما يبرر فرض

[1] د/ بشار محمدالاسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية دراسة في ضوء احكام التحكيم زالاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، ص 43 إلى ص45

التزام السرية على الإجراءات والمستندات والمعلومات التي يدلي بها الأطراف في تحكيم خاص.

وهو نفس الاتجاه الذي ذهبت اليه المحكمة العليا في استوكهولم، حيث انتهت في حكمها الصادر في27 اكتوبر2000 في قضية Bulbank Case إلى رفض التزام بالسرية الا إذا اتفق الأطراف عليها . ووجدت المحكمة انه لا يوجد اي اساس قانوني للالتزام بالسرية الا إذا اتفق الأطراف عليها، واضافت المحكمة ان التحكيم ذو طبيعة خاصة وان غاية ما تقتضيه تلك الطبيعة ان تتم إجراءاته ومرافعاته في خصوصية لا يتم السماح معها للغير باقتحامها.

ومن تطبيقات ذلك أيضا انه وقعت شركة Citygroup وسلطة استثمار ابو ظبي Abu dhabi investment authority عقد اسثمار استثمرت بموجبه تلك الاخيرة مليارات للدولارات Citygroup وقد تضمن العقد شرطا تحكيميا نص على "بت اي نزاع ناشىء عن العقد [1] عن طريق التحكيم باشراف جمعية التحكيم الامريكية . وعام 2009 باشرت ADIA إجراءات تحكيمية عملا بالشرط التحكيمي، زاعمة أن Citygroup قد خفضت قيمة استثمارها باصدارها اسهما تفضيلية لغيرها من المستثمرين .

[1] اجتهاد المحاكم الامريكية مجلة التحكيم العالمية العدد السادس والعشرون – نيسان ابريل 2015 السنة السابعة ص 881

رد المحكمون مطالب ADIA واصدروا حكما تحكيميا لصالح Citygroup اثر ذلك، توجهت تلك الاخيرة إلى محكمة المقاطعة الجنوبية لنيويورك طالبة منح الحكم التحكيمي الصيغة التنفيذية في مارس 2013 منحت تلك الاخيرة الحكم التحكيمي الصيغة التنفيذية وردت طلب ابطاله المقدم من ADIA وقد أيدت محكمة الاستئناف قرار منح الحكم التحكيمي الصيغة التنفيذية بعدما تم استئنافه من قبلADIA . [1]

في أوت 2013 في الوقت الذي كان فيه حكم منح الصيغة التنفيذية الصادر عن محكمة المقاطعة معلقا على صدور الحكم الاستئنافي، تقدمت ADIA بدعوى تحكيمية ضد Citygroup بناء على عقد الاستثمار بداعي مخالفة الموجبات العقدية ومخالفة مبادىء حسن النية والتعامل العادل، ثم بعدها بمدة قصيرة ، تقدمت Citygroup بدعوى امام محكمة المقاطعة عملا بقانون الاحكام التفسيرية (Declaratroy judgment act) وقانون الاوامر الشاملة (AII WRITS ACT) وقانون التحكيم الفدرالي (FAA) وكذلك عملا بـــ"صلاحية محكمة المقاطعة الضمنية في حماية إجراءاتها واحكامها، وطالبت بوقف السير في الدعوى التحكيمية الثانية هذه بسبب حجة القضية المحكوم بها (RES JUDICATA)، مدلية بانه كان بامكان ADIA إثارة تلك المسائل المستجدة في التحكيم الأول بدورها، تحركت ADIA لرد طلبات Citygroup وفرض التحكيم .

[1] د/ بشار محمدالاسعد المرجع السابق، ص 46.

صدر حكم محكمة المقاطعة القاضيCastel) لصالح ADIA وقد شددت فيه المحكمة على السياسة الفدرالية المحبذة للتحكيم هذا وقد استأنف Citygroup الحكم اعلاه ضمن المهلة القانونية .

لاجدل حول اتفاق الطرفين بكامل ارادتهما بوجوب اللجوء إلى التحكيم لبت اي نزاع ناشىء عن عقد الاستثمار الخاص بهما أو على اتصال به . وان قرار محكمة المقاطعة الصادر في مارس2013 صدق فقط نتيجة التحكيم السابق بين الأطراف عبر إجراءات محدودة لم تتطلب النظر في اساس الدعوى. لذا تتعلق المسالة الوحيدة في الاستئناف الراهن في النظر فيما إذا أخطأت محكمة المقاطعة في قرارها رفض طلب Citygroup وقف السير في الدعوى التحكيمية الثانية، عملا بقانون الأوامر الشاملة، خلافا لحجة القضية المحكوم بها.

ترتبط هذه المسالة باعتبارات متناقضة، فمن جهة ينص قانون التحكيم الفدرالي على "سياسة وطنية تفضل اللجوء إلى التحكيم عندما يتعاقد الأطراف على اتباع طريق حل النزاعات هذه مع الاشارة إلى انه يحق للمحاكم الفدرالية،[1] بموجب القانون المذكور، القيام بمراجعة محدودة لبعض المسائل قبل الزام الأطراف بالتحكيم، تاركة للمحكمين صلاحية بت جميع المسائل الأخرى وفي مقابل هذه الاعتبارات، من جهة أخرى، تبرز مسالة نزاهة الاحكام الفدرالية في

[1] اجتهاد المحاكم الامريكية المذكور بالمرجع السابق، ص882

اختيار الأطراف احالة النزاع من جديد إلى التحكيم بعد بته من قبل محكمة فدرالية.

وإضافة على التفضيل الواضح لسياسة اللجوء إلى التحكيم عند الاتفاق بين الأطراف، وبموجب قانون التحكيم الفدرالي الذي أنشأ "مجموعة من قوانين التحكيم الفدرالية الواجبة التطبيق على اي شرط تحكيمي يقع تحت غطاء قانون التحكيم " تكون جميع النزاعات بين الأطراف المتصلة بشرط تحكيمي قابلة للتحكيم، اي يتوجب بتها من قبل محكمين وليس من قبل محكمة والاستثناء الوحيد على هذه القاعدة العامة: توجه نية الأطراف "بشكل صريح" إلى بت مسائل التحكيم " عن طريق المحاكم .

يعتبر قانون الأوامر الشاملة مصدرا ثانويا للسلطة لاصدار قرارات غير منصوص عليها في القانون لكن الوسائل التي يطرحها هذا القانون هي " استثنائية لدرجة" لايمكن استخدامها ببساطة لتفادي مشكلة اتباع إجراءات مقننة تحكم ظروف معينة[1].

في قضيةAmerican Express ، تم التقدم بدفع يمنع المستثمرين من اللجوء إلى التحكيم ضد شركة خدمات مالية، سبق ان حررها المستثمرون من التزاماتها بعد التوصل إلى تسوية في دعوى جماعية فدرالية خاضعة لاختصاص محكمة المقاطعة. ولكن بالرغم من ان قانون التحكيم الفدرالي " لم يمنح صراحة السلطة

[1] اجتهاد المحاكم الامريكية المذكور بالمرجع السابق، ص883

القضائية منع مباشرة دعوى تحكيم خاص"،[1] فقد صدر القرار بقبول الدفع بسبب تنازل الشركة عن التحكيم من خلال توقيعها اتفاق التسوية، مما ابقى اختصاص تنفيذ شروط التسوية حصريا بيد محكمة المقاطعة .

أما في القضية الراهنة ، فلا يمكن مقارنة مسالة فقدان صلاحية محكمة المقاطعة في حماية حكمها الصادر في مارس2013، بمسالة احتفاظ المحكمة في قضية American Express بتلك الصلاحية في اطار اتفاق التسوية .فقد اعتبرت Citygroup انه بسبب ترك المحكمة في تلك القضية الا خيرة مسالة امكانية تطبيق قانون الاوامر الشاملة بغية حظر الدعاوى التحكيمية في ظل فقدان صلاحية من دون ايراد حل لها، فان القاضي castel يكون اخطأ حين اعتبر ان المحكمة لا تملك سلطة منع ADIA من تجاوز حكم المحكمة النهائي في حال طرحت ADIA مسائل جديدة كان بالامكان اثارتها في التحكيم الأول.[2]

صرحت Citygroup أن نتائج الدعوى الراهنة لابد من أن تكون مغايرة عن تلك الخاصة بقضية Belco وذلك بسبب تضمنها حكما فدراليا سابقا يتمتع بالاثر المانع للتقاضي. وتاكيدا على ذلك ، اشارتCitygroup إلى القرارات العديدة كقضية American Express حيث عمدت محاكم أخرى إلى تطبيق قانون الاوامر الشاملة لحظر تحكيمات تقوض احكاما فدرالية .

[1] اجتهاد المحاكم الامريكية مجلة التحكيم العالمية العدد السادس والعشرون – نيسان ابريل 2015 السنة السابعة ص 883

[2] اجتهاد المحاكم الامريكية المذكور بالمرجع السابق، ص884

يوجدفرق جوهري بين الاجتهادات المشار اليها من قبل Citygroupا علاه وبين ظروف الدعوى الراهنة ،فالاحكام ذات الصلة التي منحت الاثر المانع بموجب قانون الاوامر الشاملة قد صدرت تبعا لإجراءات قضائية فدرالية مرتبطة باساس القضايا التي أشارت اليها Citygroup. بالتالي، ان التبرير الوحيد لتطبيق قانون الاوامر الشاملة في تلك القضايا الاخيرة، هو ان محكمة المقاطعة التي نظرت في اساس القضية تحوز الموقع الافضل لحماية حكمها كونها الأكثر دراية بالقرارات والاعتبارات الاجرائية التي ادت إلى صدور هذا الحكم .

علاوة على ذلك ،سعت Citygroup إلى منع السير في تحكيم ثان استنادا إلى حكم منح الصيغة التنفيذية الصادر عن محكمة المقاطعة في مارس2013، وذلك خوفا من ان يمنح التحكيم الثاني ADIA فرصة اعادة النظر في نفس اسباب الدعوى الاساسية التي سبق ان اثيرت أو كان يجب ان تثار في التحكيم الأول. اما حكم محكمة المقاطعة المذكور، فقد صدر مثبتا الحكم التحكيمي، وهو بكل حال يعد مجرد إجراء مستعجل يجعل من الحكم التحكيمي النهائي حكما صادرا عن المحكمة .CO بالفعل [1]عند منح الحكم التحكيمي الصيغة التنفيذية، لم تراجع محكمة المقاطعة اساس اي من ادلاءاتADIA الجوهرية أو السياق التي نشأت بموجبه . عوضا عن ذلك، نظرت فقط في ما إذا كانت قواعد الاثبات

[1] اجتهاد المحاكم الامريكية – مجلة التحكيم العالمية العدد السادس والعشرون – نيسان ابريل 2015 السنة السابعة ص885

التي اعتمدتها الهيئة التحكيمية ومبادىء القانون المختار من الأطراف مخالفة لقانون التحكيم الفدرالي .

ضمن هذا الاطار، تكون محكمة المقاطعة الغريبة عن الظروف والتحويلات والادلاءات التي تشكل أساس القضية، الجهة غير المناسبة لتحديد ما تم اتخاذه من قرارات خلال إجراءات التحكيم وبالتالي، حتى لو سلمنا جدلا، كما سبق وذكرنا في قضية American Express وجود ظروف "يمكن" ان يطبق بموجبها قانون الاوامر الشاملة، وبالتالي السماح لمحاكم المقاطعات منع السير في دعوي تحكيمية تفاديا لتكرار التقاضي، فان ظروف الدعوى الراهنة لا تعد مشمولة بها.

في محاولتها الاخيرة، أدلت Citygroup انه في حال لم نسمح بتطبيق قانون الأوامر الشاملة بصدد حماية الاحكام الفدرالية المثبتة للأحكام التحكيمية، نكون بالنتيجة قد وضعنا تلك الاحكام الفدرالية في" خانة احكام الدرجة الثانية" مقارنة بتلك الناظرة في اساس القضية . وهو امر مخالف لقانون التحكيم الفدرالي الذي ينص على وجوب حيازة امر منح الحكم التحكيمي الصيغة التنفيذية القوة نفسها والاثر نفسه الذي يتمتع به الحكم الناظر فيما إذا يجب منح Citygroup قد اخطات بادلائها هذا.[1]

[1] اجتهاد المحاكم الامريكية، المرجع السابق، ص886

في مجال منازعات شركات سمسرة الأوراق المالية مع العملاء:

يمكن ابراز فكرة التصادم في هذا المجال من خلال :

فكرة العــدالة : قد يتساءل البعض، هل من الممكن ان يكون التحكيم أكثر عدالة من القضاء في شان منازعات اسواق الاوراق المالية ؟ ولا شك ان الاجابة على التساؤل المطروح في غاية الصعوبة، فهو يعتمد كثيرا على النظام القضائي وكفاءته من جانب، ومدى امكانيته من توفير العدالة الناجزة للمتقاضين من جانب اخر،وبالرغم من النظرة التقليدية في ان القضاء هو بيت العدالة، وان حكم التحكيم- كما يرى البعض – كثيرا ما يكون جائزا، الا ان الدراسات اثبتت عكس تلك في ان التحكيم في منازعات البورصة يعد أيضا بيتا ثانيا ويقصده المستثمرون من اجل حل منازعاتهم، فقد اكد جانب من الباحثين على ان يقارب 93% من المتنازعين الذين تم الفصل في منازعاتهم من خلال هيئة التحكيم لدى الاتحاذ الوطني لتجار الاوراق المالية في الولايات المتحدة الامريكية قد نالوا ما يرجون من عدالة، دون ان يكون هناك تحيز من جانب المحكمين[1].

فالتحكيم هو صلح نفوس ، وهذا على عكس القضاء المتجرد من اي مشاعر يمكن من خلالها ان يرضى الطرفين، فالقضاء ينهى النزاع المادي ولكن ينشىء نزاعا معنويا، فبمجرد صدور الحكم النهائي ينشأ النزاع المعنوي، ولا

[1] ابراهيم محمدشاكر علي، مزايا وعيوب الية التحكيم في تسوية منازعات الأوراق المالية بين العملاء، مجلية كلية الحقوق الجامعة منصورة ، مصر، جوان 2013 ، ص14

يصلح ان يتواجد مثل هذا النوع من النزاع في منازعات الاستثمار وبين المستثمرين وشركات السمسرة بالخصوص، لأن النزاع قد يكون متعلقا بعملية واحدة فقط من ضمن عدة عمليات أخرى قائمة بين الطرفين، اما التحكيم فله ما يبرره من تحقيق العدالة سواء كانت مادية أو معنوية عن حرية الأطراف في اللجوء اليه ، وايضا في التحكيم يكون هناك مجال للصلح بين الطرفين، عن طريق تنازل كل منهم عن جزء من مطالبه، والوصول إلى حل مرض ، وهذه خاصية هامة في منازعات البورصة، وايضا امكانية التحكيم وفقا لما تقتضيه العدالة، بالاضافة إلى امكانية استكمال العلاقة بين العميل وشركة السمسرة، ، واعادةالأمور إلى طبيعتها فالأصل العام في العلاقات الاستثمارية هو دوامها واستمرارها، والاستثناء هوحدوث نزاع، وذلك كله من اجل ان يستفيد جميع الأطراف، وتستفيد البورصة ومن ثم الاقتصاد الوطني بشكل عام .

فكرة الخصوصية : من اهم مميزات التعاملات في سوق الاوراق المالية، هو سرعة استجابة الحقوق المالية المتمثلة فلي الاوراق المالية، كالاسهم[1] والسندات وغيرها من المشتقات المالية لاي متغير من المتغيرات . سواء الداخلية – المتعلق بالشركات مصدره تلك الاوراق المالية أو الخارجية المرتبطة بالاقتصادية ، وبالتالي فكثيرا ما يلجأ المتعاملون في سوق الاوراق المالية إلى التحكيم كوسيلة لفض منازعاتهم، وفي نفس الوقت يرغب هؤلاء المتنازعون، ممن تتأثر مراكزهم المالية في اخفاء اسمائهم عن العامة، وذلك رغبة منهم في

[1] ابراهيم محمدشاكر علي المرجع السابق ص15

الحفاظ على الثقة التي يوليها الغير فيهم، لذلك فان التحكيم لكونه يتمتع بجانب كبير من الخصوصية، فان اسماء المتنازعين غالبا لا يتم اظهارها عند اصدار الحكم، وهذا هو المتبع في الاحكام الصادرة من قبل مركز التحكيم لدى كل من بورصة نيويورك ورابطة التحكيم الامريكية .

إن ميزة الخصوصية تحمي العملاء وشركات السمسرة من خروج أسرارهم للجميع، وتثير ذلك عليهم بردود الافعال المختلفة من باقي العملاء وشركات السمسرة الأخرى، وخصوصا في حالة ما إذا كان هذا العميل، أو شركة السمسرة من ذوي الثقل في السوق فمن مصلحة كل من اطراف النزاع الحفاظ على الخصوصية، وهذا ما يوفره التحكيم للأطراف، على العكس القضاء.

فعلانية الجلسات من سيمات النظم القضائية، فان الحرص على عدم كشف ما تتضمنه العقود والمعاملات التجارية من اسرار صناعية ومهنية يرتب على الأطراف اختيار وسيلة لفض المنازعات بينهم، حيث لا يوجد مبدأ العلانية، اذ ينظر النزاع في جلسات، لاتحضرها سوى اطراف النزاع ومن يمثلونهم، كما يحق للاطراف اشتراط عدم نشر الاحكام. [1]

[1] في عام 1963 تم انشاء الجمعية السابقة . في مدينة نيويورك، الولايات المتحدة الامريكية، ومنذ ذلك وحتى الان، فان هذه الجمعية تسعى إلى تشجيع ودفع حركة التحكيم البحري، بالاضافة إلى الرقابة عليه وضبطه وحرصا على دفع حركة التحكيم البحري، فان الجمعية تقوم بتدريب اعضائها كما تزودهم بكل ما يحتاجون اليه من احكام، كما تقوم هذه الجمعية بتوثيق الصلة بين اعضائها والجمعية الماثلة لها قواعد اجرائية خاصة بها تلزم المحكمين باتباعها وتطبيقها في المنازعات التي يتصدون لحسمها، وتقوم الجمعية أيضا بتطوير الاحكام الواردة

فكرة قلـــة التكللفة اثبتت الدراسات في الولايات المتحدة الامريكية ان التحكيم في منازعات البورصة اقل تكلفة من اقتضاء الحق عبر إجراءات التقاضي التقليدية .

فعلى سبيل المثال: وطبقا لتقرير رابطة صناعة الاوراق المالية والاسواق المالية الامريكية الصادر في عام 2008 فان التحكيم في منازعات بورصات الولايات المتحدة الامريكية[1] اقل كلفة من القضاء ما يقارب 12 الف دولار وذلك وفقا للدراسة التي اجريت في عام 1997 اما في عام2008 ومع احتساب معدل التضخم فان الفارق يقدر بحوالي 22 الف دولار .

فكرة السرعـــة : تعد السرعة من احدى المزايا في التحكيم في منازعات البورصة بشكل خاص، فسوق الاوراق المالية له طبيعته الخاصة من التغيير الدائم، وتغير الأسعار بشكل مفاجىء وسريع، وكل هذه العوامل تجبر الافراد عند حدوث نزاع بشان معاملاتهم على اللجوء لوسيلة سريعة لحل النزاع، ومن هذه الوسائل التحكيم فمبدأ سلطان الارادة هو المتحكم في العملية التحكيمية، ومن

بها، كذا الرقابة على تنفيذها، وتتم إجراءات الخصومة التحكمية في مدينة نيويورك، وذلك ما لم يتفق الخصوم على عقد هذه الاخيرة، خارج مدينة نيويورك وفي هذه الحالة الاخيرة، تنعقد الجلسات في احدى المراكز البحرية ويختص المركز الماثل بحسم المنازعات البحرية الولية والوطنية على حد سواء، ويهمنا ان نشير هنا إلى ان الخصومات التحكيمات الدولية التي تتم خارج الولايات المتحدة الامريكية، يمكن ان تتم بلغة اجنبية مختلفة عن اللغة الانجليزية، ولا يوجد ما يمنع من ذلك.

للتفصيل انظر : د/ هشام خالد معيار دولية التحكيم التجاري دار النشر الاسكندرية لسنة 2008 ص 262

[1] ابراهيم محمدشاكر علي مزايا وعيوب الية التحكيم في تسوية منازعات الاوراق المالية بين العملاءمجلية كلية الحقوق الجامعة منصورة مصر جوان 2013 ص17

مظاهر هذه الارادة هو حرية الأطراف في اختيار مدة إجراءات التحكيم، والزام المحكم في اصدار حكم التحكيم في موعد محدد، والغاية المرجوة هنا من حرية الأطراف باختيار المدة وتحديدها هو لأنه لا يوجد احد على دراية بقيمة المنازعة من اطراف الخصومة انفسهم ذلك ان شركة السمسرة لاتريد ان تستمر فترة طويلة على نزاع قائم بينها وبين العميل، حتى لا تخسر العميل نفسه، ولاتخسر عملاء اخرين لان ذلك يعني تعطل أمواله، ومكسبا فائتا[1].

وتطبيقا لذلك نجد ان التقرير الصادر في عام 2007 عن رابطة صناعة الاوراق المالية والاسواق المالية: Association-sifma the securities industry - financial markets والتي تعد اكبر كتلة في وول ستريت– والذي اطلق عليه بالوثيقة البيضاء White.paper في شأن نظام التحكيم الالزامي في عام 2007، اكد ان التحكيم في منازعات البورصة يعد أكثر انجازا وسرعة من التقاضي بمعدل 40%، وان السرعة في الفصل لا تؤثر بأي حال من الاحوال في عدالة الحكم،حيث جرت العادة على ان الفصل في الدعوى يكون خلال 06 اشهر الأولى على قيد الدعوى، أو بدء إجراءات التحكيم [2]، وان السبب الاساسي وراء ذلك ان اساليب المماطلة المتبعة في إجراءات التقاضي امام المحاكم تكاد تكون منعدمة في المنازعات المتعلقة بأسواق الاوراق المالية، وما يؤكد تلك السرعة

[1] ابراهيم محمد شاكر علي المذكور بالمرجع السابق ص19

[2] ابراهيم محمدشاكر علي مزايا وعيوب الية التحكيم في تسوية منازعات الاوراق المالية بين العملاء، مجلية كلية الحقوق الجامعة منصورة مصر جوان 2013 ص22

ان الكثير من المنازعات في الولايات المتحدة الامريكية قد تم الفصل فيها خلال الجلسة الأولى .

وكذلك تشير الدراسات إلى ان 20% من مجمل المنازعات التي عرضت على هيئة التحكيم لدى الاتحاد الوطني لتجار الاوراق المالية في الولايات المتحدة الامريكية، في عام 2005 قد تم الفصل فيها خلال الجلسة الأولى 18% في عام 2006 وفي المقابل نجد ان القضايا التي تم الفصل فيها من قبل محاكم المقاطعات الفيدرالية في الولايات المتحدة الامريكية في الجلسة الأولى خلال الفترة من مارس 2005 إلى مارس 2006 تمثل ما نسبته1.3% فقط من مجمل القضايا المعروضة عليها .

فكرة المرونـــة : يتمتع التحكيم بخاصية المرونة، سواء كانت مرونة موضوعية أو مرونة اجرائية أكثر بكثير من القضاء، فيعطي التحكيم للخصوم امكانية مناقشة نزاعهم بلغة عادية، دونما ثمة حاجة الاستعمال اللغة القضائية، وما تتسم به من تعقيد وغرابة بالنسبة لهم، حيث ان المعالجة التحكيمية للنزاع تتسم بالحرية والتوسع على عكس المعالجة القضائية لذات النزاع،الذي يتسم بالتعقيد والتقييد، حيث أن القضاة دائما يبحثون عن الدليل المثبت لأمر معين، قد لايحتاج لإقامة الدليل عليه في نظر رجال الاعمال الدوليين، والمستثمرين الاجانب.[1]

[1] ابراهيم محمدشاكر علي المذكور بالمرجع السابق اعلاه 24

ومن مظاهر المرونة في التحكيم المحكمين،[1] الطبيعة التوفيقية للحلول التي يفرضها التحكيم على الأطراف حيث يتمتع المحكمون بمهارة معينة لا يتمتع بها قضاة الدول المختلفة، ألا وهي القدرة على تسوية منازعات عقود التجارة الدولية بشكل عام، وعقود مستثمري الأوراق المالية مع وسطائهم بشكل خاص، عن مستنبطة من واقع الحياة التجارية الدولية والواقع الاقتصادي لببورصة.

ويرجع ذلك ان المحكمين يطبقون القانون بطريقة مرنة، يعجز القضاة عنها ، حيث يستطيع المحكمون تنحية القانون جانبا، والحكم في المسألة وفقا لمبادىء العدالة والانصاف، وذلك للابقاء على مجتمع التجارة الدولية، وتدعيم قوته بشكل عام، واستمرار المجتمع الاقتصادي المثمر، والعلاقة الفعالة القائمة بين العميل وشركة السمسرةالتي يقوم العميل من خلالها باستثمار وادارة امواله بشكل خاص.

وأكد على ذلك الفقيه: Richard Hill في مثال قد ضربه بخصوص هذه المسالة، وهي قضية البرتقال، فلو فرض ان شخصين تنازعا على صفقة

[1] نظام الدعوى الجديدة يسود هذا النظام في الدول الانجلو امريكية والدول المتاثرة بها، ويستلزم هذا النظام كي يحدث الحكم الاجنبي اثره خارج اقليم الدولة التي اصدرته محاكمها ان يقوم من صدر الحكم لصالحه برفع دعوى جديدة امام القضاء الوطني للمطالبة من جديد بالحق الذي اقره الحكم الاجنبي وفي هذه الدعوى الجديدة يعتد القاضي في البلدان الانجلو امريكية ومن سار على نهجها من الدول بالحكم الاجنبي بوصفه دليلا قاطعا في الدعوى على ثبوت الحق المطالب به على هذا الوجه هو القابل للتنفيذ في الدولة في كل حالة لا يكون فيها الحكم الاجنبي قابلا للتنفيذ بموجب معاهدة .

للتفصيل انظر :د/ صالح جاد المنزلاوي الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للاحكام الاجنبية قسم القانون الدولي الخاص كلية الحقوق – جامعة المنصورة لسنة 2008 ص 193

برتقال، ويريد كل منهما الفوز بها، فاذا ما سلك هؤلاء الأطراف الطريق القضائي، سيحكم في هذه القضية لصالح احد الأطراف على الطرف الاخر، ولكن إذا سلك طريق التحكيم، فسوف يقوم المحكم بسؤال كل من الطرفين : ما الغرض من حصوله على صفقة البرتقال؟ فاذا اراد احدهما صفقة البرتقال لعمل عصير فسوف يعطيه لبها، واذا أر اد احدهما صفقة البرتقال لعمل عطر فسيعطيه قشرها، حيث بتلك الطريقة سوى المحكم النزاع بين كل من الطرفين، دون ان يحكم بصفقة البرتقال لاحد الأطراف على حساب الاخر.

فكرة النهائيـــــة : ان هدف العملية التحكيمية هو الحصول على حل للخصومة في اسرع وقت، كي لاتفوت فرص الربح المتوقعة، لذلك فان حكم التحكيم النهائي، الذي يتوصل اليه المحكم أو هيئة التحكيم، يعد النهاية الطبيعية لخصومة التحكيم، وبه تنتهي مهمة وولاية المحكم اوهيئة التحكيم، حيث انه باصدار هذا الحكم لايعد لهيئة التحكيم اي اختصاص أو سلطة بشان النزاع، وتنتهي العلاقة التعاقدية الخاصة التي كانت قائمة بين هيئة التحكيم والأطراف خلال سير خصومة التحكيم.

فحكم التحكيم يعد نهائيا غير قابل للطعن فيه باي طريق من الطعن عدا البطلان، اذ يعمل نظام التحكيم على ضمان المستقبل التنفيذي للحكم أو للقرار التحكيمي، وذلك من خلال امرين لايتوافران لحكم القضاء، وهما : عدم الطعن في حكم التحكيم بطرق الطعن العادية وغير العادية المعروفة لدى اغلب

الانظمة[1] القانونية، وافلاته من المراجعة والرقابة من قبل قضاءاعلى، وتأكيدا لذلك، نجد ان لوائح هيئات ومراكز التحكيم وقوانين التحكيم الوطنية تقرر ان حكم التحكيم يكون نهائيا وملزماالأطرافه.

فكرة الخـــــــبرة: ان منازعات سوق الاوراق المالية تتميز بالتعقيد فالاداوت المالية المتعامل عليها متنوعة ومتغيرة وتتميز بخروجها من النطاق الاقليمي للدولة إلى دولة أخرى، من خلال الادراج المتبادل وفتح الاستثمار للأجانب في أسواق المال، وخاصة فيما يتعلق بالعقود الاجلة Forwards، المستقبليات Futures، الخيارات Options وعقود المقايضات Swaps والتي غالبا ما يكون المستثمرون فيها من المؤسسات متعددة الجنسيات، الامر الذي يقتضي ضرورة سرعة الفصل في حال وجود نزاع مع توفير عنصر العدالة في الحكم، وهذا الاخير يتوفر إذا كان الشخص أو الجهة المعروض عليها النزاع على خبرة ودراية بشؤون البورصة، وعليه فان اللجوء إلى السلطة القضائية يؤدي عادة إلى التاخير في الفصل فيها وذلك طلبا للخبرة من ذوي الاختصاص.

ولذلك اصبح التحكيم من أهم الوسائل التي يلجأ اليها المستثمرون لحل منازعاتهم، وذلك للخبرة التي يتمتع بها المحكمون ممن وقع عليهم الاختيار لحل النزاع، وبشكل خاص التحكيم المؤسسي، كمنتدى فض المنازعات التابع للهيئة

[1] Erik Fichs models of general court – connected conciliation and mediatio n for commercial disputes in sweden . australia and japan .. zeitshrift fur fapanishes recht (المجلة القانون اليابان)

التنظيمية للصناعة المالية الامريكية (FINRA DR) ومركز التحكيم لمنازعات سوق الأوراق المالية في البرازيل، والذي يطلق عليه[1] (CAM) A Camara arbitragem do mercado

ولقد أثبتت الدراسات ان التحكيم بشكل عام مفضل لدى قطاع واسع من المتعاملين في الاسواق المالية، وذلك طلبا للخبرة التي يتمتع بها المحكمون.

وقد اكد البعض من خلال الدراسات ان هناك ما يقارب من (21031) قضية من القضايا المعروضة على مركز التحكيم لدى الاتحاد الوطني لتجار الاوراق المالية في الولايات المتحدة الامريكية خلال الفترة من يناير 1991 وحتى ديسمبر2004 ان المحكمين المختارين ي تلك القضايا ، هم في كثير من الاحيان، من ذوي الخبرة العاملين في مجال بورصات الأوراق المالية[2].

ففي التحكيم يتم اختيار المحكمين بدقة من قبل الأطراف، ومؤسسات التحكيم في نزاع معين يكون لهم فيه خبرة ذات شأن، وبذلك يمكنهم الفصل في النزاع بشكل صحيح وقد لا يكون هذا هو الحال في التقاضي المعتاد، حيث يتعامل القضاة مع انواع مختلفة من القضايا بغير تخصص محدد سيما في الدرجات الدنيا من التقاضي.

[1] ابراهيم محمدشاكر علي، المرجع السابق ، ص23 إلى ص 25

[2] ابراهيم محمدشاكر علي، المرجع السابق ، ص23 إلى ص 26.

المطلب الثاني:

الصـــــــــلح.

الفرق بين الصلح والتسوية ليس واضحا جدا وهناك فروق بين مختلف الاختصاصات في استعمال المصطلحات، مثلما هو معترف به من قبل الاتحاد الاوربي،يوجد هناك على العموم إجراءات تسوية للمحكمة المتصلة في الدول الأعضاء ومع ذلك فان العمليات المتعلقة بحل المنازعات المباشرة من قبل طرف ثالث محايد،تستثني التحكيم الصحيح.

لم يتم الاعتراف بالتمييز القانوني بين الصلح والوساطة، الالتباس الموجود مع المصطلح السويدي هو ان كلا من الصلح والتسوية يترجمان عادة كمصطلح لنوع معين من الإجراءات، يبدو انه لا يوجد ما يعادله في اللغة السويدية . من جهة الترجمة السويدية لمفهوم الوساطة الحديث حيث استعمل على انه يشتمل على اجرائين مختلفين للتسوية ومتاح في قانون الإجراءات القضائية ومن جهة أخرى هناك نزعة إلى الحد من الممارسات التي ينظر اليها انها وساطة صحيحة، ومع ذلك لا احد يحدد المصطلح الا انه قد يترجم حرفيا ب " التفاوض على التسوية " ويستعمل اذن ممارسات التسوية[1].

في استراليا التمييز موجه من طرف المجلس الوطني الاسترالي لحل النزاع، في معجمه للمصطلحات فان الوسيط يوصف على انه لا يملك الدور

[1] ابراهيم محمدشاكر علي، المرجع السابق ، ص23 إلى ص 27.

الاستشاري أو التقريري بالنظر إلى محتوى النزاع أو نتيجة لقراره، ولكن ليس الدور الحاسم، علاوة على ذلك بامكان المصالح وحده تقديم اقتراحات حول شروط التسوية واعطاء مشورة مؤهلة بشان شروط التسوية ويستطيع ان يحفز جيدا المشاركين في التوصل إلى الاتفاق.

الفرق بين الصلح والوساطة في السياق القانوني الياباني يوصف كقضية إلى درجة اقحام طرف ثالث محايد في خلاف بين الطرفين، يتم تحديد الصلح عندما يكون المصالح فاعلا في تقديم اقتراحات التسوية .[1]

يتم تحديد الوساطة باعتبارها شكل غير رسمي لحل النزاع عندما لا يصر الوسيط على الاتفاق لكن بدلا من تسهيل النقاش مع اقتراحات أكثر انفتاحا وانغلافا في النقاش الياباني تعطي الاهمية لفصل المصطلحات اعتبارا من ان الوساطة وسيلة قانونية لحل النزاع ومعنى قانوني محدد.[2]

من اجل بناء نماذج نوعية لإجراءات التسوية تستخدم مصطلحات مختلفة للتمييز بين مختلف الممارسات لتخدم غرضا توضيحيا، وهكذا في دراسة مقارنة سوف يتم استخدام الوساطة كمعنى للإجراء عندما يكون الطرف الثالث المحايد له دور تسهيلي فقط من نقاش التسوية بين الطرفين.

---

[1] في استراليا قد يستعمل مصطلح الطرق البديلة لحل النزاعات على انها اساليب تاتي لتحل محل الحكم القضائي للتفصيل انظر jane muggfordb-alrenative dispute resolution publisched and printed by the australian institue of criminologie cambera december 1986-proceedings n15. P 26

[2] Erik ficks models of general court – connected conciliation and mediatio n for commercial disputes in sweden . Australia and japan .. Zeitshrift fur fapanishes recht (المجلة القانون اليابان)

يمكن لهذا ان يتضمن توضيح مواقف الطرفين، في حين والحالة هذه يمكن ادراج تحديد النقاش ونادرا اقتراح شروط التسوية أو ابداء الرأي في نتيجة محتملة لمرافعة رسمية مع احترام الأدلة المقدمة .

تستعمل المصالحة كإجراء بحيث اثناء السماع من المرجح ان يسمع المصالح الطرفين على انفراد اذ يعطي اقتراحات للتسوية ويمكن ان يمهد في ظل بعض الظروف لتحديد النقاش إذا كان محل طلب أو قبول من الطرفين[1].

ان الهدف المباشر للصلح هو بناء الاتفاق في حين ان هذا ما هو الا مجرد هدف غير مباشر للوساطة، الهدف المباشر للوساطة يكمن في تمكين الطرفين من التواصل بشكل فعال، ولمعرفة ذلك يجب الرجوع الى الاعتبارات القانونية والخارجية عن القانون التي يمكن ان تؤخذ في الحسبان عند ممارسة الصلح أو الوساطة حيث لا تستعمل كعامل للتمييز بين المصطلحات حتى لو كانت قد تستغل في وضع مختلف إجراءات التسوية على حدى .

[1] ابراهيم محمد شاكر علي، المرجع السابق ، ص23 إلى ص 28.

الفرع الأول :

المنازعات التقليدية

في السويد يتضمن قانون الإجراءات القضائية جميع القواعد الاساسية لكل من الإجراءات المدنية والجنائية في جميع اختصاصلت المحاكم ويضم قواعد الإثبات.

بالنسبة للقضايا التجارية هناك ثلاثة اختصاصات للمحاكمة، فالمحكمة العليا بمثابة المحكمة النهائية للاستئناف.

محاكم المقاطعات في محاكم درجة أولى ولها أيضا الاختصاص الاصلي في بعض القضايا.

يمكن للقضايا التجارية في محاكم المقاطعة ان يفصل فيها عن طريق قاضي واحد إذا رأت المحكمة ذلك مناسبا وقبل به الطرفان .

في جميع القضايا الأخرى يتم الحكم عن طريق هيئة القضاة في جميع قضايا المحاكم، ولا توجد مشاركة من رجال غير اختصاصيين لاتخاذ القرار في اي قضية من القضايا التجارية[1].

قبل المحاكمة يجوز للمحكمة التصرف في الدعوى بالحكم على اساس وثائق القضية والاعداد، أو التصرف فيها بطريقة أخرى عن طريق الحكم.

[1] ابراهيم محمدشاكر علي، المرجع السابق ، ص23 إلى ص 28.

سوف تثبت المحكمة التسوية في الحكم إذا كان محل طلب من الطرفين، هذا واجب المحكمة القيام به حتى لو كان الاتفاق يتعارض بشكل واضح مع محتوى القانون، ومع ذلك فان المحكمة مسؤولة عن محتوى الاتفاق إلى ما طلب منها تثبيته وربما في بعض القضايا ترفض القيام به، على غرار ممارسة المحاكمة المسبقة يصبح الزاميا، وإجراء البيانات المكتوبة والتصريحات الشفوية للطرفين يكون أكثر شيوعا.[1]

إن التزام المحكمة بتوجيه الإجراءات الموضوعية اثناء التحضير يتخذ مجملا مع الهدف المحدد للاعداد لتوضيح ما إذا كانت احتمالات للتسوية خارج المحكمة، يجعلها مقبولة على غرار القيام بإجراءات التسوية المعزولة، هذا التوجيه للإجراءات الموضوعية للتحضير يفرض على المحكمة واجب العمل لصالح الطرفين من اجل التوصل إلى التسوية .

الأسس القانونية هي أيضا مختلفة، يجب دائما أن يكون التحضير حيث تكون احتمالات التسوية خارج المحكمة واضحة، وحيث بدلا من ذلك يجب على المحكمة العمل من أجل ان تكون التسوية فقط مناسبة.

[1] Erik ficks models of general court – connected conciliation and mediatio n for commercial disputes in sweden . Australia and japan .. Zeitshrift fur fapanishes recht (المجلة القانون اليابان)

إن المصلح في هذا النظام غير المقبول من الطرفين لا ينبغي إعادة تعيينه لكن يجوز للمحكمة اختيار وسيط يكون مناسبا دون رضا الطرفين، لايوجد منع ضد المحكمة في التعيين.

إن تكاليف رسوم المصلحين وأجرة الغرفة المؤجرة خارج المحكمة يتحملها الطرفان.

في السويد أثناء التحضير في محاكم المقاطعة ينبغي على القاضي ان يطمئن الطرفين بحيث يطلب الاعفاء كقاضي محاكمة إذا لم يتم التوصل إلى اتفاق، ان السبب في ذلك هو ان القاضي الذي يصالح بين الطرفين ربما يظهر كانه لم يعد محايدا اثناء المحاكمة،.

أما في اسستراليا التي تعتبر فدرالية ويوجد بها ست ولايات، نيوساث والز–كوينز–استراليا الجنوبية واستراليا الغربية وتاسمانيا بالاضافة إلى ذلك هنالك اقلمين، الاقليم الشمالي واقليم عاصمة استراليا.[1]

ينقسم نظام المحكمة الاسترالي داخل الدولة إلى اختصاص اقليمي وفدرالي مع المجلس الاعلى بمثابة المجلس النهائي للاستئناف، عموما هناك ثلاثة مرافعات للمحاكم في الولايات، المحاكم السفلى مثل محاكم الصلح أو المحكمة المحلية، المحاكم الوسطية مثل محكمة المقاطعة والمحكمة العليا.

[1] Models of general court – connected conciliation and mediatio n for commercial disputes in sweden . Australia and japan .. Zeitshrift fur fapanishes recht (المجلة القانون اليابان)

في القضايا التجارية تكون هيئة القضاة عادة من قاض واحد أو فريق من القضاة.

ربما يسمح في بعض القضايا لطرف ما ان يسأل إذا عما قامت به لجنة الصلح بتحديد الاسئلة الحقيقية، لكن يجوز للمحكمة امتلاك السلطة بترتيب المحاكمة دون لجنة الصلح حتى لو طلب منها ذلك.

باعتبار ان القانون العرفي هو الشائع، فلا يوجد قانون إجراءات مدنية استرالي في حين ان احكام الإجراءات المدنية الموحدة تسري على جميع مرافعات المحاكم في كوينزلاند في نيو ساوث زالز تم توحيد مختلف أحكام الإجراءات في أحكام الإجراءات المدنية الموحدة والإجراءات المدنية المطبقة على سائر النظام القضائي كوينزلاند ونيوساوث، كذلك الاختصاصات ذات الأنظمة المتطورة جدا لتسوية المنازعات، فضلا عن كونها تعتبر من بين السكان الأكثر كثافة . وعليه فان الاوصاف التالية ستتعامل اساسا مع الإجراءات المدنية في هذه الاختصاصات[1].

في جميع الاختصاصات الأسترالية باستثناء إقليم عاصمة أستراليا، تمتلك المحاكم السلطة بان تأمر الطرفين بالمشاركة في حال النزاع عادة قبل واثناء المحاكمة الاحالة إلى الصلح قد تحدث في كلا كوينزلاند ونيوساوث والز في نيوساوث والز يمكن تقسيم الصلح إلى شكلين.

[1] ابراهيم محمدشاكر علي، المرجع السابق ، ص23 إلى ص 30

يتم اختيار المصلحين في نيوساوث من طرف المحكمة أو من قبل الطرفين بالاتفاق.[1]

في كوينزلاند فإن المصلحبن يتم تدوينهم في سجل النزاع يمكن كذلك تحديد الرسوم في أمر الاحالة .[2]

في كلا من كوينزلاند ونيوساوث والز يجوز للمحكمة ان تامر بالصلح في اي وقت عندما يكون النزاع امامهما وان عنصر مكانة الصلح في من كوينزلاند ونيوساوث والز، يتجلى عن طريق واجب الطرفين بالمشاركة في الإجراءات القضائية بحسن نية .

في كوينزلاند بمكن للمحكمة قبل المحاكمة توجيه الكاتب بان يامر الطرفين لحضور الصلح .

إذا اعترض طرف على الاحالة يجب تقديم الاعتراض كتابيا خلال سبعة ايام مع الاشارة إلى اسباب الا عتراض، ومع ذلك يبقى الامر قائما إذا مازالت

[1] Mediation is a process in which the parties to a dispute, with the assistance of a disputeresolution practitioner (the mediator), identify the disputed issues, develop options, considerealternatives and endeavour to reach an agreementJudge Joe HarmanFrom Alternate to Primary Dispute Resolution: The pivotal role of mediation in (and in avoiding) litigationAustralia to the National Mediation Conference Melbourne 2014 http://www.federalcircuitcourt.gov.au

[2] Models of general court – connected conciliation and mediatio n for commercial disputes in sweden . Australia and japan .. Zeitshrift fur fapanishes recht (المجلة القانون اليابان)

المحكمة تعتبر الصلح أو تقدير القضية مناسبا بعد سماع الاعتراض، يستطيع كذلك الطرف أن يلتمس إحالته.

في هذا النظام يجب تحديد المصلح من طرف المحكمة أو اقرار الاختيار من قبل الطرفين ، ومع ذلك فان المصلح يجب ان يكون اما محامي أو وكيل دعاوى له تجربة على الاقل خمسة سنوات ولا يستطيع الطرفان اختيار شخص لا تتوفر فيه هذه المعايير .

في ولاية كوينزلاند يتم سماع الطرفي اثناء الصلح معا أوعلى انفراد، يستطيع المصلح ترك الصلح إذا اعتبر ان حل النزاع مستبعد ، لكن ليس هناك واجب واضح للقيام بذلك.

فإذا تم الوصول إلى حل فان الاتفاق يسجل ويحفظ لدى المحكمة، ومع ذلك يجب على الطرفين ان يلتمسا من المحكمة ان تجعل الاتفاق يكتسب نفس الأثر القانوني للحكم ويصبح ملزما.[1]

إذا لم يمكن التوصل إلى حل في الوقت المناسب يمكن احالة النزاع على المحكمة .

[1] Models of general court – connected conciliation and mediatio n for commercial disputes in sweden . Australia and japan .. Zeitshrift fur fapanishes recht (المجلة القانون اليابان)

ويجب على المصلح ان يقدم تقريرا كتابيا إلى المحكمة، يتضمن رأيا حول القضية، ويمكن قبول أو رفض تقرير الحكم من طرف المحكمة من تلقاء نفسها أو بطلب من الطرف[1].

تستطيع المحكمة ان تمنح مثل هذا الحكم أو الامر مثلما تراه مناسبا وبالتالي يمكن للمحكمة ان تحتفظ بسلطة التمسك بقواعد العدالة الطبيعية ..[2]

الفرع الثاني:

المنازعات المستحدثة

توصلت المفاوضات المتعددة الأطراف لجولة أروغواي إلى تبني مذكرة إجراءات تسوية المنازعات, وتجنب الكثير من العيوب المعروفة من قبل في حل المنازعات التجارية الدولية فجاء أكثر فاعلية لاعتماده على نظام صلح واحد يتميز بطابعه القضائي وتعدد مراحله.

[1] The term "ADR" or "Alternative Dispute Resolution" has different meaningsin different contexts. The literature review did not reveal an accepted definition of the term, but rather suggested that it is commonlyused as an umbrella term for practices that go beyond the resolution of specific disputes between , parties. ADR may not refer to a specific process, but rather to a shared set ofmethods, goals assumptions or values. The use of Alternative Dispute Resolution in Australia and New Zealand by Health Practitioner Registering Bodies ,Report and Recommendations for Victoria The use of Alternative Dispute Resolution in Australia and New Zealand by Health Practitioner Registering Bodies Report and Recommendations for Victoria Centre for Public Health Law School of Public Health La Trobe University October 2004

[2]Le terme arbitrabilité est également utilisé par la jurisprudence américaine qui précise qu'il est nécessaire de vérifier si le litige est visé par une clause d'arbitrage et de déterminer s'il est susceptible de règlement par voie d'arbitrag voirKEVIN JESTIN Vers un renforcement de l'arbitrage comme mode de résolution des conflits en droit fiscal ? Analyse comparée France-États-UniJ u r i s d o c t o r i a Revue doctorale de droit public comparé et de théorie numero juridiqueUNIVERSITÉ PARIS I – PANTHÉON-SORBONNEnumero avril2009[2]

ويعتمد النظام الجديد في تسوية المنازعات :على جهاز تسوية المنازعات dsu الذي يضم كل الدول الاعضاء بمنظمة التجارة العالمية .

وتطبيقا لذلك حل النزاع بين البرازيل والولايات المتحدة ; بناء على طلب تقدمت به البرازيل في 31جانفي 2001 بشلن ماتضمنه القانون الامريكي للبراءات ; والذي جاء مخالفا لقواعد الاتفاقية ومن تطبيقاتها أيضا حل النزاع بين الولايات المتحدة الامريكية والبرتغال في 30افريل 1996بشان مدة حماية البراءة[1].

[1] د ابراهيم الدسوقي ابو الليل تسوية وتحكيم المنازعات التجارية الدولية وفقا لنظام منظمة التجارة العالمية مجلة التحكيم العالمية العدد26 سنة 2015ص216

المطلب الثالث:

الوساطة القضائية.

ان فكرة التصادم تجد تطبيقا لها في النظام الانجلوامريكي مع قضاء الدولة في ممارسات لبعض المنازعات والتي يمكن تبيانها فيما يلي

-في الولايات المتحدة الامريكية :

إن الإهتمام بالوساطة القضائية يجد تجسيده في الولايات المتحدة الأمريكية والتي عرفت عدة أوجه في استعمال هذا الأسلوب لحل النـــزاعات.

ومن الاساليب المستعملة برامج الوساطة الإجبارية لدى المحاكم الأمريكية أو ما يسمى بالمشاركة المفروضة أو التسوية.

ومؤدى ذلك أن فرض هذا الأسلوب يعكس آراء المشرعين والمحاكم بتزايد الفوائد للجميع عندما لا نحصر إجراءات حل النـــزاع في القضايا المتفق عليها من قبل الأطراف[1].

ولنقابة المختصيين المهنيين في حل النـــزاع دور رئيسي في هذه المسائل، غير أن المشاركة في حل النـــزاع غير ملزمة.

[1] – بشير الصليبي، المرجع السابق، ص . 188.

وتستخدم الوساطة الإلزامية فقط عندما يتعلق الامر ببرنامج يتميز بالجودة، ويتميز هذا الأسلوب بما يلي:

_ يسمح بمشاركة المحامي عندما يرغب بذلك الأطراف.

_ يعطي وضوحا حول الإجراءات الدقيقة المطلوبة.2-الوساطة في المسائل العائلية والطلاق بموجب القواعد النموذجية للوساطة في القضايا العائلية والطلاق سنة 2000.

فقد تم استحداث ما يعرف بوسيط الطلاق الشخصي2، ويهدف هذا النوع من الوساطة إلى تسهيل إتخاذ القرار والتركيز على وضع إتفاقية طوعية بين الأفراد والوساطة العائلية لا تعتبر بديلا على استشارة قانونية مستقلة، غير أن التجربة أفادت بأن الوساطة العائلية هي خيار قيم لأنها تستطيع :

- زيادة عزيمة المشاركين وقدرتهم على التحاور.
- إيجاد أفضل حلول للأطفال.
- تقليل الكلفة الإقتصادية والعاطفية التي تصاحب إتخاذ قرار حل النـــزاع.

وتتميز القواعد النموذجية بكونها طموحة لأنها لا تسعى لإيجاد أحكام قانونية أو للمسؤولية القانونية وهي تشتمل على مستويات مختلفة من الدلائل[1].

[1] – بشير الصليبي، مكرر، ص . .209,208

فإستخدام كلمة (يجوز) في القواعد النموذجية هي أقل قوة للدليل وتشير إلى ما على الوسيط أخذه بعين الإعتبار ولكن يمكن الإنحراف عنها في الممارسات القانونية المختصة، كما أن الكثير من القواعد تستخدم الكلمة المذكورة اما مصطلح(يجب) والتي تشير أن هذه الممارسة هي القاعدة هي ممارسة مرغوبة بصفة كبيرة ولا يجب الإبتعاد عنها إلا لسبب منطقي، في حين نجد الإستخدام النادر لكلمة (يلزم) في القواعد وهي ذات مستوى عال من الدلائل للوسيط العائلي، وتشير إلى أن يتقيد الوسيط بالممارسة السابق ذكرها.

والمعايير النموذجية تعترف بالمعايير الوطنية للمحكمة المتعلقة في برامج حل النـــزاعات لسنة 1992، ويوجد بجانبها كذلك تنظيمات الولاية والتنظيمات المحلية التي تتحكم بمثل هذه البرامج ويمثل هؤلاء وسطاء العائلة[1].

ونظرا للحركة الإقتصادية والتجارية' وما صاحبها من كثرة النـــزاعات التجارية، تم إنشاء ما يسمى بقانون الوساطة التجارية

-الوساطة التجارية بتاريخ 2000/09/01تم اصدار قانون يتعلق بهذه المسالة من قبل نقابة التحكيم الأمريكية[2] فإذا تمت هذه الوساطة أما نقابة التحكيم الأمريكية (المكتب الإقليمي) أو في مكان آخر مناسب تتفق عليه الأطراف

[1] – بشير الصليبي، مكرر، ص . 218.

' إذا كان النطاق الحقيقي التجاري هو النشاط الاقتصادي في مجموعه الا ان القانون التجاري في وضعه الراهن لايهتم بكل الظواهر الاقتصادية ولاينظم كافة وجوه النشاط الاقتصادي فحسب انظر مصطفى كمال طه النظرية العامة للقانون التجاري والبحري منشورات الحلبي الحقوقية 2006ص7

[2] – بشير الصلبيي، مكررص . 221.

وتنتهي الوساطة بعد توقيع إتفاقية تسوية من قبل الأطراف وتصريح مكتوب من الوسيط بأن مزيد من الجهود في الوساطة لن يكون له هدف وكذلك تصريح مكتوب من قبل أحد الأطراف أو كلاهما بأن الوساطة قد انتهت .

وتتميز هذه الإجراءات بمايلي

_لا يكون الوسيط طرفا في إجراءات قضائية تتعلق بالوساطة

_ أن الوسيط غير مسؤول لأي طرف عن إهمال بأي وساطة تمت بموجب هذه الأحكام[1].

_ يتم دفع نفقات الشهود من قبل الطرف الذي أحضره وكل نفقات الوساطة كتكاليف السفر والتمثيل القانوني يتحملها الطرفان بالتساوي إلا إذا اتفق على غير ذلك.

غير انه ونظرا للدور القضائي المهم في تسوية القضايا فقد أدى ذلك بالكونغرس الأمريكي إلى إصدار القانون الفيدرالي للأصول المدنية رقم 16 والذي كان من أهدافه تطوير نظام المفاوضات قبل إجراء المحاكمة[2].

[1] – بشير الصليبي، مكرر، ص . .225,224

[2] – بشير الصليبي، مكرر، ص . 283.

و تجدر الإشارة إلى أنه في الولايات المتحدة الأمريكية وخلال الخمس وعشرين عاما الأخيرة كرس العلماء اهتماما لدراسة الحواجز التي تعيق الوساطة ومنها:

حواجز إستراتيجية : كأن يخفي الأطراف مصالحهم الحقيقية.

حواجز سيكولوجية: كالخوف من الخسارة جراء عملية الوساطة.

هذا وأنه عملا بمقتضيات المادة 53 من القواعد الفيدرالية للإجراءات وعند وجود حالات إستثنائية معقدة يجوز للمحكمة تعيين ما يسمى بالمشرف القضائي[1] الخاص وذلك عند توافر الشروط التالية:

1. فشل التسويات التقليدية.
2. علم الأطراف بإنتهاء القضية.
3. رغبة الأطراف الإشتراك في الوساطة.

و من أهم القضايا في هذا الشأن قضية الولايات المتحدة وميتشغان سنة **1979** والتي استمرت مدة 12 سنة وتضمنت عدة أطراف ومنها القبائل من الهنود ومسؤولين من الحكومة الفيدرالية وتتعلق بقضية حقوق الصيد في البحيرات الكبرى وكانت هناك مصاعب بسبب عدم وجود معايير قانونية واضحة، وبعد اعتماد المشرف الخاص على جدول زمني، فقد ركز على تبسيط

[1] – بشير الصليبي، مكرر، ص . 305, 306 ,

الوصول إلى حل وبإستعمال نموذج التفاوض بمساعدة الحاسوب ثم التوصل إلى إتفاق ما بين الأطراف بعد ثلاثة أيام، غير أن قبيلة واحدة فقط رفضت ذلك.

- في كندا

استحدثت الوساطة القضائية ابتداء من 1 أفريل 1995 من خلال مشروع قانون حول الحلول البديلة لحل النزاعات وذلك من خلال المادة 2630 من القانون المدني المتعلق بمقاطعة الكبيك[1] .

وقام المشرع الكندي بإدخالها في قانون الإجراءات المدنية سنة 2003 وأصبحت الوساطة القضائية تدخل ضمن النظام القضائي التقليدي تحت عنوان وسائل الحل القضائية وأنه بموجب المادة 41من قانون الإجراءات المدنية فإن المحكمة تتدخل للتأمين الحسن لسير الإجراءات ،وتبعا لذلك فإن القضاة لا يملكون فقط السلطة في هذه الممارسة بل عليهم واجب يتمثل في التسيير الحسن للملف القضائي2.

وإن القاضي وبموجب المواد 151 إلى المادة 151-23 من قانون الإجراءات المدنية أن يعقد جلسة لإيجاد حل ودي كما يمكنه وتحديدا بمقتضى

[1] - Ginette Latulippe la médiation judiciaire un nouvel Exercice de justice Mémoire présenté a la Faculté des études supérieures de l'université Laval – Québec Maitrise en droit 2010 Page 16.
[2] - Ginette Latulippe Opcit Page 18.

المادة 151-6 الفقرة 5 من نفس القانون دعوة الأطراف لجلسة الحل الودي أو حتى تخصيصها عن طريق الوساطة[1].

-في بريطانيا وبلاد الويلز

وفي بريطانيا وكذا بلاد الويلز فإن نظام القضاء المدني يعمل دائما بمبدأ أن الدعوى القضائية يجب أن تكون هي آخر الحلول، وقد عرفت وسيلة الوساطة بداية من السبعينيات وبخاصة في مسائل الطلاق، غير أن التحول الحاصل في هذا النظام في مجال الوساطة كان سنة 1999 ضمن قواعد قانون الإجراءات المدنيةو أصبح النظام القضائي في إنجلترا والويلز يقوم على مبدأ تسهيل إستعمال محاكم الوساطة من خلال المدة القصوى التي عموما لا تتعدى جلساتها التسعين دقيقة[2].

أمّا المسائل التي تحل بهذه الوسيلة فهي :

القضايا المدنية والتجارية

النزاعات الاسرية ومنها الحضانة وحق الزيارة والنفقة ويستثنى من هذه الاحكام الطلاق ويختص به القضاء

[1] - Ginette Latulippe Opcit Page 23..
[2] - Jeremy Tagg – The Small claims Médiation service inengland and walés – over of judical Médiation in the world L'H armattan – 2010 Page 60.

ويمكن اجمال خصائصها فيمايلي

_1من حيث مرحلة اللجوء اليها

لايوجود شرط يحدد متى يمكن اللجوء اليها فيمكن ان يكون ذلك قبل قيد الدعوى اي قبل اللجوء إلى القضاء اوبعد ذلك

_2من حيث مرحلة توقيت النزاع

الوساطة متاحة امام جميع الجهات القضائية سواء المحكمة الاقليمية محكمة الاستئناف أو امام محكمة النقض العليا[1].

وحتى في مرحلة تنفيذ الحكم المتعلق بالنزاع في حالة اتفاق الأطراف.

بقي في الأخير أن نشير إلى مساهمات أخرى للأنظمة القانونية المقارنة ونعني بها عائلة الشرق الاقصى والتي سوف نذكر بعض الامثلة منها:

- ففي الصين وتحديدا سنة 2002 قامت المحكمة العليا هناك وبالتنسيق مع وزارة العدل بتحضير دليل يتعلق بالوساطة في الجانب المدني، وهذا النص يلزم الأطراف المتعاقدة باللجوء إلى الوساطة.

- و في القانون الصيني يمكن أن نتحدث عن أربع مجالات للوساطة:

❖ الوساطة الإجتماعية : بين المدن أو بين القرى.

[1] - Ginette Latulippe Opcit Page 25.

❖ الوساطة التجارية : وتتعلق بالوساطة بين مراكز الوساطة ووساطة التحكيم (ad hoc)، وهذه المراكز أنشئت في بيكين سنة 1987.

❖ الوساطة الإدارية : بين الإدارة المركزية والإدارة المحلية.

❖ الوساطة القضائية: وما يلاحظ على النظام القضائي في الصين بالنسبة لهذا المجال، بأن القاضي يلجأ آليا إلى الوساطة في جميع مراحل الإجراءات.

- و مع التطور الإقتصادي الحاصل في الصين فإن الوساطة هي الوسيلة الأولى لحل النزاعات بين الأطراف[1].

ورغم الانتقادات التي وجهها الاستاذ M. potier للتوجه الساعي لتعزيز الطرق الشبه القضائية وتدعيمها وبالخصوص المصالحة والوساطة والذي يؤكد على سلبيتها حيث وصفها بأنها آئلة للسقوط وهذه المخاوف نمت بأصوات جديدة تعالت إبان إلتئام الملتقى الدولي للقانون المقارن من لدن جمعية هنري كابيتون سنة 1996 وخاصة المداخلة المقدمة بعنوان الآليات الجديدة لحل المنازعات وإذا كان كثيرا من المطبقين والعارفين بـــ أصول فض المنازعة في القارة العجوز لا يخفون مغازلتهم للمقاومة التي أبدتها سالف الانتقادات ازاء تنامي ألية

[1] - Xiao lin Fu – Bourgène – over viEW judicial Médiation in the world – L'h harmattan 2010 Page 282.

الوساطة،لكنها في الآن نفسه لا تملك إلا أن تقر بنجاعة وفعالية الوساطة كاحدى الوسائل البديلة لحل النزاع .

- وعليه فإن عائلة الشرق الأقصى ممثلة في القانون الصيني تقيم نظامها القانوني (وبالمغايرة للنظام اللاتيني) على تبجيل هذه الآلية ويسوقونها في هذا الشأن مصطلح (auditoire de litige)[1].

[1] - L'avenir de la « justice conciliationelle I chiro Kitamnra – L'avenir du droit – Melanges en Rommagé à Français Terré – Dalloz 1999 Page 802 et 803

ان استخدام الوسائل البديلة لحل النزاعات في اليابان يستمد مبادئه من الكونفوشيانية فبدلا من اللجوء إلى المحاكم يلجا الا فراد إلى حل خلافاتهم بإجراءات غير رسمية وهو مايميز الكونفوشيانية التي تتميز بانها لاتفضل الخلافات بشكل علني–محمد الحلاق –الاساليب البديلة لحل المنازعات الضريبية –مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية –المجلد22–العددالأول 2006 ص 22

الفرع الأول:

المنازعات التقليدية

في المجال المالي

إن الوساطة في المملكة المتحدة لها تقليد عريق جدا لتسوية النزاعات ومن هذه المنظومات التي تساهم في حل النزاع القضائي ما يعرف ب[1]

- **مصلحة الوساطة المالية financial ombudsman service (F.O.S):**

- وهي منظومة عامة وقانونية منظمة على شكل مؤسسة معدة ومنجزة من قبل(f.s.a) financial senrce authority لكنها عمليا مستقلة عنها وممولة عن طريق قيمة مالية منزوعة من قبل المؤسسات المالية التي لها علاقة بالمصلحة ظهر هذا النظام في ديسمبر 2001 وكان نتيجة ما قامت به مصلحة المالية والتسويق التي قامت بتجميع كل مصالح الوساطة الموجودة في القطاع المالي ويتعلق الأمر هنا بمصلحة توظف 450 شخص موزعين على 5 مصالح: 5^0 الزبائن . مصلحة الصعوبات البنكية، القروض، التأمينات الإستثمار والمسائل.

[1] - Ginette Latulippe Opcit Page 26...

- ان هذا النظام يغطي كل قطاعات البنوك في المملكة المتحدة من مؤسسات للقروض إلى تعاونيات القروض إلى مؤسسات المصارف الإلكترونية إلى شركات التأمين إلى مؤسسات الإستثمار الغير إنجلزية كما تجدر الإشارة أن الوساطة في بعض الأحيان تقف عاجزة عن التدخل في حالة إذا كان النزاع يتعلق بإجراء قانوني قيد التنفيذ أو إن كان هناك قرار قضائي قد إتخذ أو إذا كان النزاع يتعلق بالسياسةالعامة للمؤسسة المالية أو إذا تعلق الأمر بمردودية استثمار وكذلك فإن مصلحة الوساطة لا يمكنها المساعدة في الأمور التي تتعلق بالدين إذا كان الرقم لايتجاوز 100000 أي ما يعادل 150000 أورو

- إن المصلحة مجانية بالنسبة للمستهلكين وهي ممونة من قبل مصاريف قدمتها الشركات والمؤسسات المنخرطة وتقدرالقيمة المالية بحسب كبر حجم المؤسسة وهذه القيمة المالية تتراوح بين 100 و300 ألف جنيه استرالي زيادة على هذا الدفع السنوي فإن أي مؤسسة تفصل في دعوى أو نزاع هناك تسعيرة يجب أن تسددها إبتداءا من الدعوى الثالثة المعالجة في السنة[1].

- إن مصلحة الوساطة المالية مستقلة ونزيهة ومهمتها ومعالجة النزاعات بين المؤسسات والمستهلكين وبين المستهلكين فيما بينهم

[1] - Ginette Latulippe Opcit Page 27..

- ا ن طلب الإحالة إلى الوساطة يمكن أن يحرر بأي لغة من لغات الإتحاد الأوروبي كما أنه لا يوجد شرط الكتابة أي كتابة طلب الوساطة يوجذ نموذج الإحالة في موقع المؤسسة ومن ثم يمكن ملأ الإستمارة

- ا ن المعلومات المقدمة حول مصلحة الوساطة للزبائن متعددة ومتنوعة حتى بلغة " براي " وإذا كان الثاني يريد التحدث بغير الإنجلزية فإنه يجد تحت تصرفه مترجم انجيلزي .[1]

- ان 50 % من الشكاوى تعالج في مدة أقصاها ثلاثة أشهر و25% في مدة أقصاها ستة أشهر و15% في مدة أقصاها 9 أشهر و5% في مدة أقصاها 12 شهرا .

- إن أغلبية الشكاوى تتم معالجتها على مستوى المصلحة بدون اللجوء إلى ال : OMBUDSMAN لأن هذا الأخير إذا أخد قرارا فإنه يغلق ملف هذه الوساطة ولا يحق لأي من المؤسسة أو المستهلك أن يطعن في هذا القرار لكن بالمقابل يمكن اللجوء للقضاء .[2]

[1] David Clar Kernaghan Web Mécanismes privés de règlement. De litiges de consummation bhttp://strategis.ic.gc.ca/SSGF/ca01763f.html), e

[2] في الجزائر صدر مرسوم تنفيذي رقم96/14 في4مارس2014

المتعلق بنوعية المياه الموجهة للاستهلاك البشري الجريدة الرسمية رقم13

وفي حماية المستهلك مرسوم تنفيذي رقم153-14 يحدد شروط فتح مخابر تجارب وتحليل الجودة واستغلالها

في مجال منازعات الاستهلاك :[1]

في القانون الإنجليزي فاللمستهلك أن يلجاالى اسلوب التقاضي العادي حول خلافات قليلة القيمة "Small claims court" والتي يجب أن تقل عن 5000 جنيه إسترليني ومن الدعاوى دعاوى طلب التعويض عن بضائع بيعت وفيها عيب[2] خفي ،والتعويض عن تقديم خدمات غير كفؤة كما صار الإتفاق عليها بين الطرفين.

وبالرجوع للقانون اللبناني (قانون حماية المستهلك الجديد)فقد أسندت مهام الوساطة لموظف في وزارة الاقتصاد والتجارة الذي يقوم باستدعاء الأطراف إلى الجلسة وله الاستعانة بخبراء في هذا المجال ،وقد حددت مهلة هذه الوساطة بخمسة عشرة يوما تسري ابتداء من تاريخ عقد أول جلسة ويمكن تمديدها باتفاق الطرفين أو بناء على طلب الوسيط ذاته.

ويضع مقترحات لحل النزاع وللأطراف مهلة ثمان وأربعين ساعة لاتخاذ موقف فإذا اتفقا إعتبر إتفاق ملزم ،أما في حالة عدم الوصول إلى إتفاق فيحال الملف إلى لجنة حل النزاعات وهذه اللجنة نصت عليها المادة 97 من قانون حماية المستهلك وتتميز بما يلي:

---

[1] المستهلك في المفهوم الاقتصادي هو كل فرد يشتري سلعا أو خدمات لاستعماله الشخصي وليس من اجل التصنيع وقيل انه الشخص الاخير الذي يحوز ملكية السلعة ويعني لنها لاتنتقل من يده إلى يد شخص اخر بعده _عبدالمنعم موسى ابراهيم _حماية المستهلك منشورات الحلبي الحقوقية 2007ص17

[2] – الدكتور غسان رباح – قانون حماية المستهلك الجديد – منشورات زين الحقوقية – بيروت 2006 ص 179

– من حيث تشكيلتها

إن هذه اللجنة يتراسها قاض

– من حيث اختصاصها

إن اختصاصها حصري في النزاعات التي تقوم بين المحترف والمستهلك.

إنه إذا كانت قيمة النزاع تقل عن ثلاثة ملايين ليرة ،فلا تقدم إلى هذه اللجنة إلى بعد إستنفاذ اللجوء إلى الوساطة [1].

وبالنسبة لكندا تتطور آليات حل النزاعات الخاصة في إطار قانوني بثلاث طرق على الأقل :

– أولاً ، يشجع القانون بشدة الشركات على الامتثال لآليات الإصلاح هذه . تعمل الحوافز من خلال إطار التزام محدد تديره أو تشرف عليه الحكومة عادة . التجار عموما الامتثال لهذه الالتزامات من أجل تجنب تحمل التزامات التعويض عن طريق الإجراء أو العملية التنظيمية.

– ثانياً ، يضمن القانون المساواة في العلاقة بين التجار الأفراد والجمعيات التي تدير المبادرات الخاصة لحل النزاعات.

[1] – غسان رباح المرجع السابق، ص 180

– ثالثًا يمكن أن تساعد إمكانية التنظيم في ضمان إنشاء وإدارة مبادرات حل النزاعات الخاصة .بعبارة أخرى، عندما تخطط الحكومات لتنظيم مجال معين، يمكن أن تشجع الشركات على التنظيم الذاتي للوفاء باحتياجات سياسة الحكومة .باختصار ، تتطور آليات حل النزاعات الخاصة ضمن إطار قانوني.

وعلى مر السنين ، أنشأت الحكومات والقضاء نظامًا من القواعد الأساسية التي تحكم العلاقة بين الأعمال والمستهلك .الشركات التي تنتهك متطلبات ومحظورات قوانين حماية المستهلك والقوانين الأخرى قد تخضع لإجراءات تنظيمية أو دعاوى مدنية مكلفة وطويلة ومعاقبة .وتشجع هذه المخاطر المستمرة على الشركات على توفير سبل لحل الشكاوى التي تنشأ[1].

والقضايا الاستهلاكية الرئيسية التي تغطيها القوانين الإقليمية والمحلية هي حظر الممارسات التجارية غير العأدلة وإنشاء الضمانات الضمنية للمستهلك، بالإضافة إلى ذلك، تحظر القوانين الفيدرالية والإقليمية الإعلان المضلل . كما أصدرت المقاطعات مجموعة متنوعة من اللوائح القطاعية .بعضها شائع في كل أو معظم الولايات القضائية – على سبيل المثال ، شروط الإفصاح على الرغم من وجود آليات طوعية، لا يزال القانون في متناول المستهلكين، فحتى إذا كان المستهلك لديه اتفاق تعاقدي مع أحكام مفصلة وملزمة للتسوية غير القضائية للنزاعات، لا يزال النظام التقليدي علاجا لضمان نزاهته في عدد من القطاعات

[1] David Clar Kernaghan Web Mécanismes privés de règlement. De litiges de consummation bhttp://strategis.ic.gc.ca/SSGF/ca01763f.html),

، واختارت الحكومات والمحاكم عدم ممارسة رقابة محددة على آليات حل النزاعات الخاصة لتنظيم جودتها أو هيكلها ، بل بالأحرى البقاء في الخلفية . حماية المستهلكين عندما يفشل السوق في القيام بذلك . فالقانون أو التهديد باللجوء إلى القانون يهيئ إطارًا يمنح الشركات الحرية لإيجاد حلول مناسبة وعأدلة لاحتياجات المستهلكين من أجل تسوية النزاعات ، عن طريق آلية طوعية وخاصة[1].

الفرع الثاني:

المنازعات المستحدثة

يمكن التطرق اليها من خلال

- الملكية الفكرية :

في انكلترا يرون بأن هذه النزاعات تصبح صعبة بشكل خاص ، ليس لأنها تنطوي على مشاكل قانونية معقدة ، ولكن لأن "الأطراف "غالباً ما تكمن في جذور المشكلة. لأن الأطراف في نزاع لها نفس الحقوق في الوصول إلى المحاكم كأشخاص آخرين ، فمن الواضح أن هذه النزاعات قد نضجت لصالح حل النزاع البديل لأن تكلفة التقاضي بشأن نزاع حول الملكية ، يمكن أن تفوق كثيراً القيمة ولهذا السبب ، وعليه تم توصية بصفة مؤقتة بأن تكون خلافات

[1] David Clar Kernaghan Web Mécanismes privés de règlement. De litiges de consummation bhttp://strategis.ic.gc.ca/SSGF/ca01763f.html),

حدود الملكية مناسبة لتسويتها من خلال الوساطة وأن الأطراف يجب أن تبلغ من قبل ممثليها القانونيين للنظر ومحاولة التوفيق في مثل هذه النزاعات فلا شيء في التقاضي أكيد ، باستثناء الارتفاع الحاد في التكاليف .وكلما استمرت التقاضي الأطول من هذا النوع ، كلما كان موقف كل طرف أكثر ترسخًا وأكثر تفاعلًا مع ردود فعله. وعليه من الناحية العملية .وفي مثل هذه الحالات ، يجب أن يعتبر المستشارون المهنيون أنفسهم ملزمين بضمان أن يكون عملائهم على دراية بالنتائج الكارثية المحتملة للتقاضي من هذا النوع وإمكانيات إجراءات النزاع البديلة.

في قضية محكمة الاستئناف الإنكليزية "كوبفر ف.دون" التي أشير فيها إلى إمكانية فرض عقوبة تكلفة في الحالات التي لم تستكشف فيها أطراف النزاع الحدودي خيار تسوية المنازعات قبل التقاضي[1].

في الاخير يمكن القول ان فكرة التصادم لاترقى إلى ان تكون حقيقة مطلقة بل يمكن ان تكون مجرد فرضية أو مزاعم لانها تبقى محصورة في الدول المتشبتة بقوانينها الداخلية وترافع من أجل غلق اقتصادها وعدم خضوعه لقانون غير قانونها وعليه ضحد هذه الفرضية يمكن ارجاعه إلى ما يلي:

– تخلي الدول وبخاصة في النظام الانجلوامريكي عن فكرة التوطين الجغرافي للتحكيم تدريجيا.

[1] REPORT) LRC 98-2010 (ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION: MEDIATION AND CONCILIATIOThe Law Reform Commission Dublin http://www.lawreform.ie

– تفرغ عدالة الدولة للقضايا المهمة عامل اساسي لايجاد وسائل أخرى بديلة لحل النزاع.

– تطور فكرة النزاع في حد ذاته فرض ايجاد صيغ مستحدثة لبعض من النزاعات يتميز بالدقة والخصوصية.

– نظرة الشريعة الانجلوامريكية للعدالة البديلة على انها مظهر قديم ومتاصل في منظومتها.

– تخلي منظومة القوانين اللاتينية عن المكونات القديمة فمن الخطا اعتبار ان هذه المكونات هي نفسها في الوقت الحالي التي كانت تسيرها ففي القانون الفرنسي مثلا لم يعد وحده مجالا للتطبيق بل اصبح ياخذ بماهو موجود في مجموعة قوانين المنظومة الاروبية والتي تشجع استعمال طرق بديلة لحل النزاعات.

– صعود القانون الموحد عبر الدول كما هو الحال في اتفاقية فيينا 1980 والمتعلقة بالبيوع الدولية للبضائع والتي نصت في مادتها السابعة على مطالبة المحاكم ان تاخذ في اعتبارها الطابع الدولي والحاجة إلى الوصول إلى نتائج موحدة، كل هذا يجرنا للحديث عن مسلمة أخرى وهي مسلمة التكامل[1].

[1] David Clar Kernaghan Web Mécanismes privés de règlement. De litiges de consummation bhttp://strategis.ic.gc.ca/SSGF/ca01763f.html),

الباب الثاني :

مسلمة التكامل بين العدالتين

بدرجة الحلول

ابتداءا من مفهوم الوظيفة القضائية من خلال القاضي، والمقاربة بين الوظيفتين القضاء والتحكيم، على أساس احتكار الدولة للقضاء، فقد أعطته تأهيلا شخصيا، غير أن الخصوصية لعضو القضاء التحكيمي، الذي هو المحكم فقد أعطته تأهيلا موضوعيا وولاية خاصة، على وجه الإستثناء، لكن هذه الخصوصية لم تمنع سلطة المحكم الكاملة في إطار من القضاء له ركيزة اساسية مبنية على الاتفاق.[1]

وأصبحت فكرة حل النزاع مجالا تزاحميا بين قضاءالدولة والتحكيم، بعد إنحسار فكرة النظام العام، وقد تجلى ذلك في تطور خضوع المنازعات العمالية وعقود الدولة ونزاعات الملكية الفكرية والصناعية على المستوى الوطني الدولي للتحكيم[2].

[1] حسين السالمي، المفهوم الأمريكي للقضاء مؤسسي هلى 177 الحضور الشعبي يتضارب مع الحقيقة الفرنسية لقضاء يمثله المؤهلون ولإجراءات مكتوبة وهذا المفهوم الذي يهيمن على التقديمات المعاصرة للحكم للتفصيل أنظر

Pascal mbonco- la qualite des decisions dejustice – editions du conseil de l'europe (owrage est tire du colloque organix les 8 et 9 mars 2007 par la faculte de droit et des sciences sociales de poitiers institut de droit public)

[2] حسين السالمي – التحكيم وقضاء الدولة – مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت – لبنان، ص 318.

أنظر قرار محكمة التمييز الفرنسية 4 يونيو 2008

التذكير بضرورة إعتماد المخالفة الفاضحة والفعلية والملموسة للنظام العام منشور في مجلة التحكيم العالمية العدد الثاني، سنة 2009 ، ص 801.

الفصل الأول:

مظاهر التعاون بين العدالة البديلة والعدالة الدولاتية.

إنّ وضع معالم التنظيم الاجرائي بين الطرق البديلة والقضاء فيها يرتبط بتحديد الطبيعة القانونية للخصومة التحكيمية مثلا ؛ وهي ضمانة الحيدة والاستقلال ؛ حيث إن الوكيل يعمل باسم ولحساب موكله ؛ ويسعى إلى تحقيق مصالحة ؛ حتى وان تعارضت مع مصلحة الطلرف الآخر ؛ وكل محكم يفعل ذلك لصالح الخصم الذي عينه ؛ ولذلك فان التحكيم بهذه المثابة يقوم – في الواقع – على مجاملة المصالح وتجاهل القانون .

ومن ناحية أخرى، فإن الاتجاه الوضعي يؤيد هذه النظرية على الأقل في بعض نتائجها المتعلقة بضمانات التقاضي ؛ حيث يمكن ان يكون المحكم اجنبيا.

إن ولاية المحكم لا تستمد قوتها من إتفاق التحكيم وحده، ولا من عقد المحكم وحده، ولا من القانون وحده، وإنما من هذه المصادر مجتمعة، والتي تعاونت على توفير الفعالية الشخصية للتحكيم، فجعلت تأهيل المحكم هو الذي يحدد نظامه، الذي إستقل بتحديد العلاقة بين إتفاقية التحكيم والعقد الأساسي والعلاقة بين القاضي الدائن بالولاء لقانونه، والمحكم الدائن بالولاء لنظامه الخاص من جهة، ويستمدها من نظامه كعضو قضاء، وهذه الاستقلالية لها أثر إجرائي وموضوعي تعطي للمحكم حرية واسعة عن حرية القاضي في اختيار

القانون الواجب التطبيق، وذلك بتحريره من الولاء للنظم القانونية داخل الدولة[1]، فلا يكون ملزما بتطبيق قانون وطني ما على أساس إحترام "شرعية" الدولة وخياراتها الأساسية، سواء من حيث القواعد الموضوعية أو من حيث نظامه للتنازع على مستوى العلاقات القانونية الدولية .

من جهة أخرى، تعتبر المصالحة ذات فائدة إذا وضعت حدا سريعا لتطور الإجراءات القضائية المهمة ، إذ أنه بعد المضي بهذه الإجراءات وتطورها، تتضاءل الفائدة من إنهاء النزاع صلحا، وعليه هذه الإجراءات تكون قد هدرت الوقت واستهلكت المال، وبالتالي تصبح المصالحة غير مجدية للفريق الذي يجد مركزه قويا في الدعوى .

ونتيجة لحسم النزاع عن طريق الصلح فانه يؤدي إلى بروز فوائد عملية هامة، تتجلى بتخفيف العبء عن القضاء، وعن الخصوم الذين يلجأون إلى المصالحة، تجنبا لإجراءات التقاضي الطويلة، وتوفيرا للنفقات والوقت، كما تحقق العدالة بين الخصوم، بحيث يخرج الطرفان من النزاع متحابين، وينتهي النزاع وديا .

إن الصلح هو سلوك محبب قبل ان يصبح قانونا ،وهو احدى الوسائل الفعالة لفض النزاعات بعيدا عن عملية التقاضي، فغالبا ما تجرى عبر إجراءات

[1] حسين السالمي، المرجع السابق، ص 443

سرية تكفل خصوصية اطراف النزاع، وتوفر عليهم الوقت والمال ،وتبقى على علاقات المودة فيما بينهم والهدف من تخفيف العبء عن المحاكم مايلي :[1]

–تفرغ عدالة الدولة للقضايا المهمة : يساهم الصلح في تقليل عدد الدعوى المحالة إلى القضاء ،، ونجد اليوم ان الدعاوى المعروضة امام القضاء، ترهق كاهله، ولعدم قدرته على البت بالقضايا في فترة زمنية مقبولة، وذلك يتطلب تطوير منهجية حل النزاعات وديا بعيدا عن المحاكم،واعتماد الصلح كوسيلة يعتمد على التراضي، وتراعي السرعة المطلوبة في حسم النزاعات، كما تحفظ المصالح المتبأدلة للمتنازعين. ان بعض المنازعات يصعب الفصل فيها بالصلح، نظرا لنوعها أو لتعنت اطرافها، فيكون القضاء مرجعها وصاحب الصلاحية في البت فيها، فحصر عدد الدعاوى المرفوعة امام القضاء، يساعده على التفرغ لبت ما تبقى من دعاوى بالسرعة المطلوبة .[2]

---

[1] المادة 990من قانون الإجراءات المدنية والادارية الجزائري يجوز للخصوم التصالح تلقائيا، أو بسعي من القاضي، في جميع مراحل الخصومة.

المادة 991 تتم محاولة الصلح في المكان والوقت الذي يراهما القاضي مناسبين، ما لم توجد نصوص خاصة في القانون تقرر خلاف ذلك.

المادة 992 يثبت الصلح في محضر، يوقع عليه الخصوم والقاضي وأمين الضبط ويودع بأمانة ضبط الجهة القضائية.

المادة 993 يعد محضر الصلح سندا تنفيذيا بمجرد إيداعه بأمانة الضبط.

[2]voir Frank Nirephore Yougoné, arbitrage commercial international et développement, Doctorat en droit, université Montesquieu, Bordeaux IV, 11 septembre 2013, p 20.

– سرعة الفصل في القضايا : ان من دواعي الاطمئنان للعدالة اعتماد بدائل جديدة لحل النزاعات خارج الاطار الكلاسيكي، أي مرحلة تحضير الإجراءات والمحاكمة ،من خلال الصلح بين اطراف النزاع، وهو يسهل على القاضي البت بالقضايا بسرعة وموضوعية، ذلك انه حتى يكون الحكم الصادر عن القاضي عرضة للنقض . فالقاضي ملزم بالنظر في دفوع وطلبات الخصوم مع تعددها وتنوعها ،اضافة إلى إجراءات المحاكمة ،والاستماع للاطراف والشهود، وهذا يتطلب الوقت الكافي، الامر الذي يؤخر في بت الدعوى، وبالتالي يساهم الصلح في حسم العديد من النزاعات وحصر الدعاوى المعروضة امام القضاء .[1]

– تخفيف العبء عن اطراف الخصومة :

ان انهاء النزاع بين الخصوم صلحا، فيه تخفيف كبير، ذلك ان إجراءات التقاضي يشوبها الكثير من التعقيد، كما أنها تستغرق وقتا طويلا وتطلب تكاليف باهظة تؤدي إلى إثقال عاتق الخصوم وأموالهم[2].

[1] لا يمكن استصدار محضر ثان بعدم الصلح بخصوص نفس النزاع حتى لو تضمن المحضر الثان مسائل طلبات جديدة لايمكن انقضاء 6 اشهرالمقررة لرفع الدعوى اللجوء إلى مكتب– المصالحة للحصول على محضر نان بعدم الصلح والاعتماد على تاريخ سلمه لحساب اجل جديد لرفع الدعوى ملف رقم0767714 قرار بتاريخ 2013/12/5 مجلة المحكمة العليا العدد 1 سنة 2014 ص 275

[2] إنّ هذه الأعباء التي يمكن تفاديها يمكن إجمالها فيما يلي:

– ربح الوقت :

إن أي نزاع يحصل بين رجال الاعمال وبين المتعاملين، يدفعهم اولا لحسمه صلحا، لان ذلك يوفر عليهم الوقت، ويحافظ على زبائنهم، ويصرف عنهم انظار منافيسهم .فمن المعروف ان اغلب الدعاوى التي ترفع امام القضاء تستغرق وقتا طويلا، لذلك يلجأ المتعاملون غالبا لحل نزاعاتهم عن طريق الصلح، لان الوقت الذي ستستغرقه القضية لبتها عن طريق القضاء، قد يفيد المتنازعين المتصالحين من جانبين اولهما ان العمل خلال الوقت الضائع الذي تحتاجه المحاكمة، قد يحقق لهم ارباحا مالية تفوق قيمة التنازلات التي سيتخلى عنها كل فريق بسبب عقد الصلح بينهم. وثانيهما، أنه بعد انتهاء المحاكمة، فان ايا من المتنازعين لا يضمن كسب الحق المتنازع عليه، وبالتالي يكون قد خسرا وقتا مهما.

– توفير النفقات : قبل تقديم أي دعوى، يقوم الخصوم بتحضير ملفاتهم والمستندات الضرورية التي تؤيد ادعاءاتهم، اضافة إلى تعيين المحامين، وهذه الأمور كلها تتطلب بذل نفقات كبيرة، زيادة على المصاريف التي تنفق لدى مكاتب الاستشارات وعلى تقارير الخبراء، اذ غالبا ما يكون الخلاف ذا طابع فني أو مهني ويتطلب مهارات لا يتقنها القاضي،الذي تقتصر مهمته على دراسة الملفات المطروحة امامه من الخصوم، وايجاد الحلول الملائمة لها.

بالاضافة إلى ان حضور جلسات المحاكمة تعتبر بمثابة نفقات إضافية، لانها تلزم المدعي والمدعى عليه بترك اعمالهما والتفرغ لمتابعة القضية، رغم ان حضورهما غير الزامي، اذ ان محامي كل منهما يتولى متابعة المرافعة والدفاع، لكنهما غالبا ما يحضران شخصيا للوقوف عن قرب على سير الدعوى، لذلك وفي سبيل توفير كل هذه النفقات،يلجأ المتنازعون إذا أحسنوا الاختيار، إلى عقد الصلح بينهم، وغالبا ما يكون تنازلهم عن بعض حقوقهم، أقل كلفة من النفقات التي ستصرف توصلا للفصل في الدعوى من قبل القضاء، والتي ستكون حتما لصالح احد الأطراف، بعكس الصلح الذي يخرج فيه المتصالحان فائزين ..

– تحقيق العدالة بين الأطراف:

ان حسم النزاع صلحا ،يحقق العدالة فالنتيجة التي تترتب على سلوك طريق التقاضي، تكون لصالح فريق على حساب الآخر،أي أن الحق المدعي به سيؤول حتما لأحدهما، ويكون الالتجاء إلى الصلح أكثر صعوبة، عندما يكون أحد الخصوم في موقع متقدم على خصمه، من حيث المستندات الموجودة بحوزته، وقوة الدفوع والطلبات المقدمة من قبله،في حين تسهيل الصلح عندما يتساوى الخصوم سواء بالقوة أو بالضعف فيسلكون طريق الصلح من خلال تنازلات متبأدلة واضحة النتائج، فلا يكون هناك تخل عن كل

المبحث الأول:

في النظام اللاتيني

ان الدول التي تعتمد النظام اللاتيني كفرنسا، فان سبب اعتماد اللجوء إلى الوساطة يرجع لكثرة القضايا التي تعرض على القضاء، ومحاولة التخفيف عنه،[1]

واذا كان من خصوصية المنازعة القانونية، أو الخلاف القانوني انه يمكن حلهما من قبل الغير بتطبيق القواعد القانونية، دون موافقة الأطراف على النتيجة

الحقوق المدعى بها لطرف واحد، بل ان الحقوق توزع بعدالة توافقية بين المتنازعين،وبعد ذلك يتحولون من متنازعين إلى متصالحين .

وبقراءة المادة991 من قانون الإجراءات المدنية والادارية فالمشرع الجزائري حول سلطة إجراء محاولة الصلح في اللخطة والمكان اللذين يراهامناسبين وعليه فاعن القاضي هـو اللذي يرجع اليه تقديرملائمة قيامه بهذه المحاولة- حليمة جبار-مجلة المحكمة– العلياالمرجع السابق ص61.

ان مقاومات الصلح ثلاث:

- نزاع قائم ومحتمل
- نية ختم النزاع
- نزول كل من المتصالحين على وجه التبادل عن حقه 600

حليمة جبار-دور القاضي في الصلح والتوفيق على ضوء احكام قانون الإجراءات المدنية والادارية الجديد مجلة المحكمة العلياعدد خاص -2009-2ص600.

[1] ان مبدا حياد القاضي ينبثق عن مبدا سلطان الخصوم على المحكمة وهذا المبدا يمنع على القاضي توسيع اطار المحاكمة عما رسمه الخصوم كما يمنع عليه الاستناد إلى عناصر واقعية غير مدلى بها بوجه اصلي في المحاكمة للتفصيل انظر راميا الحاج –مبدا حياد القاضي المدني بين النظرية والتطبيق – منشورات الحلبي الحقوقية –لبنان –الطبعة الأولى 2009 ص 52.

التي ينتهي اليها القاضي أو المحكمين، فان الاعتماد على التظلم القضائي لحل النزاعات التي تطرا وتزايدها وتنوعها، بسبب بروز ظاهرة البطء في البت في القضايا المعروضة على المحاكم، والتعقيد في الإجراءات وارتفاع النفقات، يؤدي إلى صعوبة الوصول إلى اتفاق بين الأطراف المتنازعة [1]

[1] د/ امحمد برادة غزيول تقنيات الوساطة لتسوية النزاعات دون اللجوء إلى القضاء الدار العالمية للكتاب الدار البيضاءالطبعة الأولى 2015

المطلب الأول:

إعمال فكرة التعاون في مجالات العدالة البديلة

أصبحت العدالة البديلة، تشكل جزءا هاما من طرق حل المنازعات في العديد من الدول المتقدمة، وتزداد اهميتها في الدول النامية إلى حد كبير . حيث يكون الافراد هم المشرعون لذواتهم .وبناء عليه يمكن تشبيه هذه الحلول البديلة بالمنتجات الكمالية، ليس بسبب ارتفاع اسعارها، ولكن لانها تؤمن حسم النزاع بشكل أفضل[1].

[1] في هذا الصدد يذهب أحد من الفقه في ايطاليا للقول

Les années 2008-2013 marquent l'un des plus importants, même si cela est contradictoire, pas sur le chemin de la médiation en Italie. Au cours de ces cinq années (2008-2013), la médiation et la législation concernant la médiation ont été un point névralgique des réformes judiciaires italiennes, l'introduction d'une tentative obligatoire de médiation préalable à une action judiciaire (pour un certain nombre de litiges) est devenue une affaire de vie ou de mort, et le débat sur la médiation est devenu de plus en plus aigu. Finalement, lorsque l'affaire fut portée devant la Cour constitutionnelle italienne par un certain nombre d'associations d'avocats, la Cour estima que les dispositions du décretloi n° 28/2010 sur la médiation, concernant la tentative de médiation obligatoire, excédaient les pouvoirs délégués au gouvernement par la loi n° 69/2009.

للتفصيل انظر

Marcello Marinari−Médiation civile et commerciale en Italie.

La transposition de la directive 2008/52/EU -Colloque européen des 5 et 6 juin 2014-editionL'Harmattan, paris 2015page159

يرى البعض بان الحلول البديلة هي وسائل حديثة في تسوية النزاعات[1]، مع ان الواقع الحالي الذي تعنيه له جذور تاريخية قديمة، باعتبارها نوعا من انواع العودة للاصول، اذ انها كانت تمارس منذ القدم، فحل النزاعات عن طريق الحلول البديلة، بشكل أو باخر كان معروفا في المجتمع البشري، وكان يعتمد على تراث يعود تاريخه إلى الاف السنين، وربما كان اقدم في الظهور والممارسة من عدالة الدولة، أو الإجراءات القضائية النظامية المعروفة، كما تؤكد ذلك الحقائق التاريخية لمختلف الحضارات، التي عرفتها الانسانية عبر المد التاريخي .

[1] يتخذ الحوار شكل حوار رسمي (FORMAL) يؤطره اطار تنظيمي وقد يكون غير رسمي (INFORMAL)

ويتمثل الحوار الرسمي بالحوار الذي تقرره هياكله واختصاصاتها والإجراءات التي تعتمد ها بقواعد يقررها التشريع الرسمي أو تفردها اتفاقيات مكتوبة اما الحوار غير الرسمي فيتسع ليشمل جميع الاتصالات غير الرسمية التي تجري في وقت واحد أو في اوقات مختلفة بين ممثلين السلطات العامة وممثلي كل من اصحاب العمل والعمال وهذا النوع يكون عادة اختياريا لاتنظمه قواعد الزامية (ADHOC)ولا تصدر عنه قرارات ملزمة للتفصيل انظر د يوسف الياسي اطروحات في القانون الدولي والوطني للعمل داروائل للنشر – عمان – الاردن الطبعة الأولى – 2008، ص 127.

والحلول البديلة، هي حالة فكرية أكثر منها صنف قضائي، وهي ليست بالشيء الجديد على ثقافتنا واعرافنا، حيث كانت منذ القدم توظف في تسوية النزاعات[1] .

إلاّ أن هذه الحلول البديلة لتسوية النزاعات كعلم، أو فن ،أو تقنين لمجموعة من الإجراءات، لم ينشأ الا في العقود الخمسة الأخيرة من القرن الماضي، وعرفت بالاسم المختصر "MARC" كمرادف فرنسي لكلمة "ADR" بالانجليزية، وقد فرض هذا المصطلح الاخير نفسه في مرافعات المحامين، الذين يفضلون استعمال عبارات منافسة مثل " الحلول البديلة عوضا عن التقاضي (SORREL)، أما المحامون الكنسيون فانهم يفضلون استعمال كلمة " الحل الودي للنزاعات" والتي تبناها كذلك المشرع الفرنسي، وكل هذه العبارات يمكن اعتبارها متكافئة من حيث الجانب اللغوي، وبذلك يمكن القول بان الإجراءات القانونية هي البديلة عن العدالة الغير الرسمية .

فهذه الطرق "MARC" هي حالة فكرية أكثر منها صنف قانوني، فهي تحدد بصفة عامة مجموع العمليات المؤدية للحلول البديلة للنزاعات .

[1] د/ امحمد برادة غزيول، تقنيات الوساطة لتسوية النزاعات دون اللجوء إلى القضاء، الدار العالمية للكتاب الدار البيضاء، الطبعة الأولى ، 2015 ، ص 20

والطرق البديلة تتميز على عكس النظام القضائي بطابعها الودي، البعيد تماما عن الطرق التقليدية التي يمكن تصورها على أنها طرق سلطوية يقوم فيها القاضي بالفصل في النزاع[1].

لقد تطورت هذه الوسائل في العصر الحاضر وتعددت صورها، كالتحكيم، الصلح، التوفيق، الوساطة، التسوية الودية، والمحاكمة المصغرة والتقييم المبكر إلى غير ذلك، كما توسعت مجالات تطبيقها، لتشمل المنازعات المرتبطة بالاستهلاك والعقود الدولية، والتجارة الإلكترونية، والرياضة الاحترافية، مما حذا بالمشرع للتدخل لتنظيمها وفق قواعد جديدة . بل ان الدعوة إلى اعتمادها وتطوريها لم يعد مقتصرا على الدائرة الضيقة للمهنيين والمشتغلين في الميدان القانوني والقضائي، بل امتد ليشمل المستثمرين ورجال الاعمال .

هذا وقدعرفت هذه الوسائل اقبالا كبيرا في توظيفها في جل النزاعات والتخصصات، لأن أسلوب العمل القضائي التقليدي، لا يتيح للقضاة الاستجابة لبعض القضايا عن قرب، بينما تستطيع الحلول البديلة القيام بذلك، لما تتسم به هذه الاخيرة من سرعة ومرونة واقتصاد المصاريف، إلى جانب اعتمادها على مساهمة الأطراف انفسهم في صياغة وايجاد الحلول.

[1] د/ امحمد برادة غزيول المرجع السابق، ص 21.

وهكذا فقد اخذ كل من الصلح والوساطة طريقهما، ليصبحا أيضا من الوسائل البديلة لحسم النزاعات، حيث وضعت اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، مفاوضات الوساطة والتوفيق، كوسائل بديلة لحسم النزاع يرجع اليها لحسم النزاع قبل اللجوء إلى التحكيم[1] .

وكذلك فعلت اتفاقية البنك الدولي، بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى، ففتحت باب الصلح قبل التحكيم، ونصت على إجراءات لذلك، باعتباره وسيلة أخرى من وسائل حسم المنازعات بطريقة ودية ونص من جهة أخرى، نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية، على نظام المصالحة الاختيارية ووضع له إجراءات .

وكان مجلس وزراء العدل العربي في دورته الثانية والعشرين، المنعقدة في القاهرة بتاريخ 29 نوفمبر2002، قد شكل لجنة لوضع مشروع عربي استرشادي حول للوساطة، وقد أورد المجلس المذكور في هذا السياق، أنه اقتناعا من وزراء العدل العرب باهمية العمل لتأمين المناخ المناسب لكل مواطن عربي من أجل ضمان حقوقه الأساسية، ومنها حق التقاضي، الذي يشكل مبدأ أساسيا يساهم في إرساء جو من الحرية، والاستقرار والعدالة.

[1] إنّ الدولة ملزمة بتامين الحماية للمتقاضين وضمان حقهم باللجوء إلى قضاء محايد وعادل كما ان الحصول على حكم ضمن مهلة معقولة يقع تحت مسؤوليتها للتفصيل انظر راميا الحاج –مبدا حياد القاضي المدني بين النظرية والتطبيق –منشورات الحلبي الحقوقية –لبنان –الطبعة الأولى 2009 ، ص 82.

وإدراكا منها في هذا السياق بأنه بغية التوصل إلى العدالة وفي إطار مبدأ حق التقاضي، ينبغي تشجيع اللجوء إلى الوسائل المناسبة لحل النزاعات، والتي لا تقتصر على التقاضي امام المحاكم القضائية، وإنما تشمل أيضا الطرق البديلة لحل المنازعات[1].

وقد عرفت النظم الحديثة، مصطلح الوسائل البديلة، أو الطرق البديلة لتسوية النزاعات وبأسماء مختلفة ومتنوعة، مما يصعب معه إيجاد تعريف دقيق لها وقد أطلق علبها الفقه تسميات متعددة ،بحيث تفرق ثمانين إسما من ذلك على سبيل المثال لا الحصر :

القضاء غير الرسمي : JUSTICE INFORMELLE

او القضاء الاتفاقي : JUSTICE CONVENU

و القضاء الودي: JUSTICE AMIABLE[2]

[1] د/ امحمد برادة غزيول المرجع السابق، ص 22

[2] Voir : Xiao lin Fu – Bourgène – over viEW judicial Médiation in the world – L'h harmattan 2010.

وتشكل الحلول البديلة مجموعة من الادوات القانونية، لحسم المنازعات بشكل متميز عما تقتضيه المساطر القضائية التقليدية[1]، فهي من جهة تخضع لحرية الخصوم للجوء إليها ، وحسن نيتهم من خلال إتاحة فرصة المشاركة في إيجاد حل للنزاع، كما انها من جهة أخرى تساهم في ترويج ثقافة الحوار.

كما أنها لاتهدف في أساسها الحكم على أطراف النزاع، أو تحديد من منهما صاحب الحق الموضوع النزاع ،أو من المصيب أو المخطئ ، بل الهدف الذي ترمي إليه هو التنفيس عن المشاعر والتعبير عنها وإيلاء الاهتمام لكل طرف من أطراف النزاع، بحثا عن نقاط الاتفاق.

كما يطلق عليها أيضا :

فض المنازعات .

إنهاء سوء التفاهم [2].

[1] الفقرة الخامسة من المادة 341 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي تضمن ان يعطي القاضي الخصوم الحق بمناقشة كل اوراق الدعوى والادعاءات المطروحة فاحاطة المحاكمة بالمناقشات اللازمة مع مراعاة مبدا الوجاهية يؤكد شرعية القرار المتخذ للتفصيل انظر راميا الحاج –مبدا حياد القاضي المدني بين النظرية والتطبيق –منشورات الحلبي الحقوقية –لبنان –الطبعة الأولى 2009 ص 201.

[2] د/ امحمد برادة غزيول ، المرجع السابق، ص 25.

وهذا الاهتمام، الذي تحظى به الوسائل البديلة لحل المنازعات في الوقت الحاضر يجد أساسه في قيامها على أساس الحرية الرضائية، وارتكازها على المقاربة غير القضائية للنزاع ، بمعالجة موضوعية متوازنة وسرية تخفف من حدة الخصومة، وتمكن من التسريع في حل النزاعات بمهنية فائقة دون شكليات معقدة، هذا مع الحفظ على العلاقات المستقبلية بين الأطراف .

وهي في نفس الوقت، أداة إستراجية لاعادة بناء العلاقات المتوترة بين الأطراف، ومن ثم فإن الوسائل البديلة لحل المنازعات، لا تعتبر مجرد آلية ووسيلة تقنية بل هي حالة نفسية، موقف مبني على الاعتراف بالعقود والمواثيق والثقة المتبأدلة.

"وهي من جهة أخرى تعمل على إعادة بناء العلاقات الاجتماعية، وهو ما يمكن معه تسميتها بالعدالة البديلة عن تلك المطبقة من قبل الدولة، والتي غالبا ما تستخدمها لتسهيل مهامها وتأمين إصلاح الضرر، وضع للخلل الناتج عن الفعل المسبب للضرر، كما تتجلى أهمية هذه الحلول البديلة أيضا في قدرتها على إعادة توجيه الأطراف تجاه بعضهم البعض ، ليس من خلال فرض أحكام عليهم، ولكن مساعدتهم على إنجاز تصور جديد وتشاركي لعلاقاتهم ، تصور يعيد توجيه مواقفهم تجاه بعضهم البعض .[1]

[1]voir Xiao lin Fu – Bourgène – over viEW judicial Médiation in the world – L'h harmattan 2010.

والصفة الرئيسية لهذه الحلول طبقا "لفوتير " هي ليس إقتراح أحكام على الأطراف وضمان موافقتهم عليها، بل لخلق ثقة وفهم متبادلين يمكن الأطراف أنفسهم أن يتفهموا أحكامهم" وتشكل هذه الحلول البديلة من الناحية النظرية تصنيفا مفتوحا .[1]

ونظرا لما توفره الحلول البديلة من مزايا تتمثل في : ربح مصاريف مختلفة أو نسبه كبيرة منها لمن فضل توظيفها، وسرعة البت في النزاعات وتفادي البطء، ولكونها تؤمن للاطراف المتنازعة المشاركة في جدولة الإجراءات، وصياغة الحلول والتسويات الودية، وبالتالي تجنبهم ماقد يتفاجئوا به من احكام تصدرعن القضاء، فقد فرضت هذه الحلول البديلة نفسها في تسوية النزاعات وتخفيف العبء على المحاكم، بحكم ماتعرفه هذه الأخيرة من كثرة القضايا المعروضة عليها، والتي أضحت تثقل كاهل القضاة والموظفين، والذي إنعكس سلبا على سير إجراءات التقاضي التي يطول أمدها، والذي زاد من حدتها تعقد الإجراءات الناتج عن تفاعل عدة مؤثرات وما تعرفه المنازعات من تعقيدات نظرا لطبيعتها التقنية وماتحتاج إليه من متخصصين في الميدان، من أجل حلها بشكل سريع وعادل وفعال ،بإعتبار أن بطء إجراءات التقاضي ،يعتبر هما وشأنا عالميا تعاني منه الدول المتقدمة والنامية، وله تأثيرات سلبية تؤدي

[1] voirAdelin Audrérie Médiation et conciliation quelle distinction en matière juridique, mémoire de recherche, master 2 droit du travail et emploi, université Toulouse I, capitole, 2014-2015, p 10

إلى إهدار حقوق المدعين والمدعى عليهم لان تأخر الفصل في المنازعات القضائية يعادل تقريبا غياب العدالة [1].

وبالمقارنة، فقدانتشرت في الولايات المتحدة الامريكية إنتشارا كبيرا، لاسيما وأن التحكيم في الولايات المتحدة، لم يعرف التقدم الذي وصل إليه في أوروبا ،لان الاميركيين مازالوا يجلون المؤسسة القضائية، ولم يسلموا بسهولة بعد بعد بالتحكيم كوسيلة بديلة لحسم المنازعات كما فعلت أوروبا ،التي بقى إجلالها للقضاء على حالة ،بل تطوع القضاء للاخذ بيد التحكيم للنهوض به وليلعب دوره كوسيلة بديلة لحسم المنازعات، وتبقى في كل حال تحت رقابته بعد صدور الحكم .

منذ ذلك الوقت، بدأ حل النزاع البديل يكسب قبولا أكبر من أي زمن آخر في تاريخ النزاع جديد وقد إهتم به رجال القانون ، من خلال تطوير منهجية التفكير في حل النزاع، ولم يعد الامر متعلقا بالفصل في نزاع فقط ،بل أصبح يتعلق بتحديد المصالح، وذلك بسبب تقديم الطرق البديلة لحل النزاعات، منح الأطراف المتنازعة فرصة لتجنب الإجراءات المطولة، وإحتمالا عودة الطرفين لاستئناف العمل بصورة ودية.[2]

[1] د/ امحمد برادة غزيول، المرجع السابق ، ص 29.

[2] voir Xiao lin Fu – Bourgène – over viEW judicial Médiation in the world – L'h harmattan 2010.

ان إستحالة تعميم الحلول البديلة وتطبيقها على كل النزاعات احيانا، سببه أن هذه الحلول لاتعوض القضاء ،ولكنها تسمح بإفراغ النزاع من ماديته مما يؤدي إلى إرتياح الأطراف، وهي تتميز بخصوصيات غير قضائية، إذ أن النزاع لايتم إنهاؤه بقرار يفصل في النزاع، أو بقبول أو رفض الحقوق المتنازع عليها، وانماينتهي عن طريق إتفاق الأطراف، من خلال إنخراطها في الحل المتوصل إليه[1]، فهذه الوسائل البديلة توافق على هذه العدالة الرضائية بإعتبارها عدالة خارج الدولة، مع ذلك فقد تحمل بعض الاعتبارات القانونية أو التجارية للأطراف ،في إطار الخيارات المتاحة لها على اللجوء إلى المحاكم بدلا من توظيف الحلول البديلة ،ولا يمكن القول بأن الطرق البديلة لتسوية النزاعات هي الافضل اولا وأخيرا ،فقد يشعر الأطراف مثلا بأن نظام المحاكم يلبي إحتياجاتهم الخاصة ،خصوصا عندما يتعلق الامر ببعض النزاعات كتلك المتعلقة بالملكية الصناعية مثلا حيث يفضل أصحاب هذه الحقوق اللجوء إلى القضاء لما يتضمنه لهم هذا الأخير .

[1] د/ امحمد برادة غزيول، المرجع السابق، ص 30

كما أن إمكانية توظيف الحلول البديلة، رهين بقبول طرفي النزاع بذلك، عن طواعية وتراضي، وهو ما لايمكن تحقيقه في رفض أحد الأطراف المتنازعة اللجوء إلى الحل البديل، مما يبقى معه حل النزاع قضائيا شئ لا مفر منه في مثل هذه النزاعات .

وقد يسعى أحد الأطراف أحيانا إلى الحصول على حكم، من الممكن التمسك به أمام الجميع بدلا من قرار تحكيم ، يقتصر على العلاقة القائمة بين الطرفين المعنيين .

ويضاف إلى ما ذكر ، جهل جل الأطراف المتنازعة بآلية الحلول البديلة والإجراءات المرتبطة بها وتخوفهم في بعض الاحيان من تجربة الممارسين لهذه الوسائل البديلة [1].

إن الاهتمام الذي تحظى به الوسائل البديلة لحل النزاعات في الوقت الحاضر ، يجد أساسه في قيامها على أساس الحرية الرضائية، وإرتكازها على المقاربة غير القضائية للنزاع، بمعالجة موضوعية متوازنة، وسرية وتخفف من حدة الخصومة، وتمكن من الاسراع بفض النزاعات بمهنية فائقة، دون شكليات معقدة هذا مع الحفاظ على العلاقات المستقبلية بين الأطراف .

[1] د/ امحمد برادة غزيول، المرجع السابق، ص 31.

فالعلم يشهد تطورا سريعا نحو الحلول التوافقية، وهو أكثر من تطوير في الأسلوب، إنه يظهر بالواقع الحاجة إلى تغير عميق في النظام القضائي المعاصر، ينقلنا هذا التغير من القانون المفروض، إلى القانون القابل للمفاوضة، وهذا يعتبر نهاية للدولة صاحبة النفوذ القوي، التي تكون فيها القوانين والانظمة الوسائل الوحيدة والمفضلة لتسوية النزاعات، وبهذه الطريقة نكون قد إنتقلنا من عدالة صارمة، إلى عدالة أكثر ليونة، وبمظاهر جديدة نتلاءم مع مايفرزه العصر من تقدم في جميع الميادين، وتعقيدات في المعاملات والروابط،[1]بكل موضوعية ونزاهة في السير بهذه الطرق البديلة نحو الحلول العأدلة، وهي ليست بديلا عن القضاء ولا هي منافسة له، بل هي مكملة له ومعززة لاستقلاليته، ومساعد نزية للاطراف في إيجاد الحل الامثل، الذي لايضر أي طرف، وهذا هو السر في كونها أصبحت مفضلة ،عند الكثير من رجال الاعمال والمستثمرين، ولما فيها من ربح للوقت .

[1] د/ امحمد برادة غزيول، المرجع السابق، ص 33

وقد قطعت البلدان المتقدمة أشواطا مهمة في استعمال هذه الوسائل البديلة في حل ودي لكثير من المنازعات[1]، بل إن بعض قوانينها تنص على إعتماد هذه

[1] Recommandation Rec (2002)10, du Comité des Ministres aux Etats membres sur la médiation en matière civile

Recommande aux gouvernements des Etats membres :

i. de faciliter, chaque fois que nécessaire, la médiation en matière civile ;

ii. de prendre et de renforcer, selon le cas, toutes les mesures qu'ils considèrent comme nécessaires à la mise en œuvre progressive des "Principes directeurs concernant la médiation en matière civile" exposés ci-après.

I. Définition de la médiation

1. Aux fins de la présente Recommandation, "médiation" désigne un processus par lequel les parties négocient les questions litigieuses afin de parvenir à un accord avec l'assistance de un ou plusieurs médiateurs.

II. Champ d'application

2. La présente Recommandation s'applique à la médiation en matière civile. Aux fins de la présente Recommandation, l'expression « en matière civile » signifie toute matière impliquant des droits et obligations de caractère civil, y compris ceux qui relèvent du droit commercial, du droit de la consommation et du droit du travail, mais exclut les matières de nature administrative ou pénale. Elle ne porte pas préjudice aux dispositions de la Recommandation n° R(98)1 sur la médiation familiale.

III. Organisation de la médiation

3. Les Etats sont libres de créer et d'organiser la médiation en matière civile de la manière la plus appropriée, que ce soit par le biais du secteur public ou privé.

4. La médiation peut avoir lieu dans le cadre de la procédure judiciaire ou en dehors de celle-ci.

5. Même si les parties utilisent la médiation, l'accès au tribunal devrait être disponible car il constitue la garantie ultime de protection des droits des parties.

6. En organisant la médiation, les Etats devraient rechercher un équilibre entre les besoins et les effets des délais pour agir en justice et la promotion de procédures de médiation rapides et facilement accessibles.

7. En organisant la médiation, les Etats devraient veiller à éviter (i) les retards inutiles et (ii) le recours à la médiation à des fins dilatoires.

8. La médiation peut être particulièrement utile lorsque la procédure judiciaire ne convient pas à elle seule pour les parties, notamment en raison de son coût et de sa

الوسائل بشكل إلزامي، كما أن هناك طلبا كبيرا ومؤكدا في اللجوء لوسيلة التسوية عن طريق الوساطة، وذلك يرجع إلى الدور الكبير الذي تلعبه التبادلات الاقتصادية الدولية، ودخول متعاملي بلدان شرق آسيا، الذين حسب تقاليدهم يرجحون الحلول السلمية على معارك المنازعات .

تمكن العلماء المختصون في مجال معالجة النزاعات، من طرح معايير يمكن الاعتماد عليها، في إدارة مختلف النزاعات المعروضة في إطار الحلول البديلة بمختلف أنواعها، يوصون بضرورة تحليل النزاع وتقتضي إدارة النزاع البحث عما إذا كان حجم النزاع معقولا، أم ينبغي تجزأته إلى مشاكل صغيرة ؟ وإذا كان الامر يتعلق بالأطراف المعنيين بالنزاع ،هل الأطراف حظا معقولا لانهاء هذا النزاع؟ وهنا ينبغي عدم التدخل في إدارة النزاع، إذا ماإستشف المتدخل أنه لن ينجح في ذلك، كما تقتضي إدارة النزاع من جهة أخرى البحث عن العملية التي سيختارها الطرف المعني مع الطرف الاخر لحل النزاع، وهل

nature formelle ou de la nécessité de maintenir le dialogue ou des relations entre les parties.

9. Les Etats devraient prendre en compte l’opportunité de créer et de proposer la médiation dont les frais seraient pris totalement ou partiellement en charge ou de prévoir l’aide judiciaire pour la médiation, notamment si les intérêts de l'une des parties demandent une protection particulière.

10. Lorsque la médiation entraîne des frais, ces derniers devraient être raisonnables et en rapport avec l'importance de la question en jeu et prendre en compte la quantité de travail fournie par le médiateur.

ينبغي مناقشة المشاكل ضمن تنظيم محدد؟ وماهو البرنامج ؟ وماهي القواعد التي سيتم إعتمادها في مناقشة جوهر النزاع؟ ومن يدعو ويدير الاجتماعات؟

وهل سيتم التوقيع على إتفاق نهائي ؟

كما تقتضي عملية إدارة النزاع من جهة أخرى ،البحث عما إذا كانت الأطراف تريد التفاهم والتفاوض على المشاكل، وهل ينبغي للطرف الثالث في هذه العملية إبتكار مقترحات معنية للتسوية، وهل على الأطراف إبتكار مقترحاتهم الخاصة، أو العمل معا على إعداد إتفاق مشترك [1].

هذه الخطوات يمكن أن تتم بحضور الأطراف المعنية بالنزاع، وكما هو الحال بالنسبة للتفاوض، فالاستماع للطرف الآخر هو نقطة مهمة في هذه المرحلة ، كما أنه من المهم فهم الأطراف لأهدافهم واحتياجاتهم المتبأدلة ليستطيعوا الوصول لحل يرضي الجميع .

تقتضي كذلك عملية إدارة النزاع ، البحث عن الكيفية التي يمكن التأكد من إحترام الأطراف للاتفاق ؟، وهل على الأطراف والطرف الثالث الاجتماع

[1] د/ امحمد برادة غزيول ، المرجع السابق، ص 34.

مباشرة بعد تنفيذ الاتفاق؟ وهل ينبغي تحيين الاتفاق إذا ماجدت عنـــاصر أو تغيرت الظروف؟[1]

[1] د/ امحمد برادة غزيول تقنيات الوساطة لتسوية النزاعات دون اللجوء إلى القضاء الدار العالمية للكتاب الدار البيضاءالطبعة الأولى 2015 ص37

المطلب الثاني :

تطبيقاتها في مجال المنازعات

تختلف الطرق البديلة ومنها التحكيم عن قضاء الدولة من حيث أن قضاء الدولة تتولاه جهة عمومية، أي أن إقامة العدل بين المتخاصمين ينهض به " أعوان تابعون للسلطة العامة من حيث تعينهم وترقيتهم وتدرجهم المهني وتقسيم المهمات بينهم، ويصدر القضاء العمومي أحكامه باسم الدولة اي باسم السلطة العامة، بينما يقوم بمهمة التحكيم أشخاص مستقلون عن السلطة العامة ويصدرون أحكامهم باسم العدالة المحصنة لا باسم الدولة، ولو كانت لهم في الأصل – وخارج إطار ذلك التحكيم – صفة الاعوان العموميين أو القضاء، وذلك باعتبار انه يجوز قانونا ان يكون المحكم عونا عموميا (موظفا عموميا أو غيره)او قاضيا عملا بالمادتين 1014و1016 من القانون الجزائري الجديد ، وهو مغزى وصف التحكيم في الفصل الأول من مجلة التحكيم بانه "طريقة خاصة" لفض بعض النزاعات[1]، وقد اعتبر فقه القضاء الاردني أن الاختلاف بين القضاء والتحكيم لا يتعدى هذاالجانب، إذ جاء بقرار صادر عن محكمة التمييز الاردنية سنة 1968 انه "إذا لم يكن المحكمون محكمين بالصلح فان

[1] إذا كان النطاق الحقيقي التجاري هو النشاط الاقتصادي في مجموعه الا ان القانون التجاري في وضعه الراهن لايعنى بكل الظواهر الاقتصادية ولاينظم كافة وجوه النشاط الاقتصادي وانما يقتصر على التجارة فحسب، للتفصيل أكثر انظر كتاب النظرية العامة للقانون التجاري والبحري، مصطفى كمال طه، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006 ، ص 7.

قرارتهم لا تختلف عن قرارات المحاكم، إلاّ من حيث المرجع الذي أصدرها وضرورة تصديقها قبل تنفيذها ولم تمنح المحكمين حصانة أكثر من الحصانة الممنوحة لقرارات المحاكم .

وهي "عدالة مختلفة " عن العدالة التي يقدمها القضاء الرسمي، ويبرز هذا الاختلاف في أن المحكم ليس ملزما بأن يطبق القانون بنفس الكيفية التي يطبقه بها القاضي، بل إن مجاله ارحب للاجتهاد، خاصة أن القضاء تقتصر رقابته على مدى احترام المحكم لقواعد النظام العام، بحيث لا تمتد الرقابة إلى كيفية تطبيق القواعد التي لا تهم النظام العام ووجه تاويلها . كما أن المحكم غير مقيد بالقواعد الإجرائية التفصلية، بل هو ملزم باحترام المبادىء الأساسية للإجراءات المدنية والتجارية فحسب المادتان 1056-1058 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

فالفرق بين التحكيم والقضاء يتجاوز الجانب الهيكلي الصرف، وبهتم بالأساس كيفية السير بالإجراءات وكيفية استنباط القاعدة القانونية وتطبيقها،.[1]

[1] د/ عبد الحميد الاحدب، مجلة التحكيم منشورات الحلبي الحقوقية العدد السادس شهر ابريل 2010، ص 177.

برزت الجزائر في فترة الستينات والسبعينات من القرن العشرين كأحدى أبرز الدول المعادية للتحكيم باعتباره عائقا امام بسط الشعوب سيادتها على ثرواتها الطبيعية . غير ان هذا الموقف تحول منذ بداية التسعينات حيث تخلت الجزائرعن هذه العدائية وظهر ذلك من خلال المصادقة على اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف باحكام التحكيم الاجنبية وتنفيذها المؤرخة في 10 جوان 1958.

بعد أن صدر المرسوم التشريعي المؤرخ في 25 افريل1993 الذي استلهم جل أحكامه من القانون الفرنسي[1]، والذي لم يسهم بشكل واضح في تطوير النحكيم في التطبيق الجزائري، كما ان الدول المجاورة مرت إلى مرحلة جديدة تميزت باصدار تشريعات مستمدة من القانون النموذجي للبونسترال،فتونس اصدرت قانون التحكيم في 26 افريل 1993 وتلتها مصر (1994) فكان صدور القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والادارية والذي نص بمادته 1062 على ان يسري مفعوله بعد سنة من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية .

[1] Voir Xiao lin Fu – Bourgène – over view judicial Médiation in the world – L'h harmattan 2010.

ومن أبرز ما يلاحظ في شأن هذا القانون أنه استلهم أحكامه في الأساس من النموذج الفرنسي، ولم يأخذ من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الصادر في 21 جوان 1985 بصفة مباشرة إلاّ بعض المبادىء والقواعد التي كملت بعض ما نقص من التشريع الفرنسي المكتوب[1]. ومعلوم أن القانون الفرنسي يرتكز على الاجتهاد القضائي الذي كان في مجمل الأحيان خلافا وبناء واسس لمجمل المبادىء التي كرستها لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي في غياب نصوص تشريعية صريحة. ولم يرد في القانون الجزائري الجديد توضيح لكيفية تحديد مجال تطبيقه في المكان، وانما يمكن ان يستنتج من بعض أحكامه أنه اقتدى بالتوجهات العالمية، وخاصة منها تلك المعبر عنها بالقانون النموذجي. ففي إطار التوجه القائل بخضوع إجراءات التحكيم لقانون مقر التحكيم، وقد نصت المادة 1019 من القانون الجزائري الجديد أن تطبق على الخصومة التحكيمية الاجال والاوضاع المقررة امام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

[1] voirAdelin Audrérie Médiation et conciliation quelle distinction en matière juridique, mémoire de recherche, master 2 droit du travail et emploi, université Toulouse I, capitole, 2014-2015, p 20

وقد اختار هذا النص– الذي ورد في الفصل الثاني في الخصومة التحكمية من الباب الثاني التحكيم تيسير الإجراءات بأن أوجب تطبيق القواعد الاجرائية المطبقة من قبل المحاكم المدنية والإدارية طالما لم يتفق الأطراف على خلافها. وما تجدر ملاحظته بوجه خاص هو أنّ المادة 1043 وما يليها هي التي ميزت التحكيم الدولي باحكام اجرائية تختلف عما هو مقرروالتحكيم المؤسسي أو المؤسساتي، بما يستنتج منه أن المشرع الجزائري يعتبر أنّ أحكام الإجراءات تنطبق على التحكيم الداخلي وحده، خلافا للتحكيم الدولي الذي يتميز بقواعد أكثر مرونة. واتبع المشرع الجزائري بالنسبة إلى التحكيم الدولي نهج القانون النموذجي ليونسترال وبعض القوانين المجاورة.

وبالنسبة إلى الاحكام التحكمية الصادرة في المادة التجارية، [1] يتضح بالرجوع إلى احكام المواد1032و1033و1034 أنّ أحكام التحكيم الداخلي لا تقبل المعارضة من الغير وانها تقبل الاستئناف ما لم يتنازل الأطراف عن حق الطعن في هذه الطريقة، وتكون الاحكام الصادرة في اطار الاستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض . أمّا أحكام التحكيم الدولي فاقتضت المادة 1058 أنّه طلب منح الصيغة التنفيذية، وهي ستة منها:

[1] د/ عبد الحميد الاحدب، المرجع السابق ، ص 181

2. إذا كان تشكيل أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون .

3.إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة اليها.

4. إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.

5. إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها أو إذا وجد تناقض في الاسباب.

6. إذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي.

ويستنتج من ذلك ان لقاضي الاستئناف رقابة شاملة على حكم التحكيم، تشمل الأصل والإجراءات، وتغطي مسائل الإجراءات جميعا دون استثناء، وتبيح لمحكمة الدرجة الثانية تصحيح جميع الاخلالات الاجرائية في اطار الاثر الناقل للاستئناف.

لقد اختار المشرع الجزائري نظاما يجعل الاستئناف هو الأصل مع جواز الاتفاق على استبعاده بارادة الأطراف.

أما في مجال التحكيم الدولي فلم يجعل المشرع الجزائري الطعن بالبطلان طعنا وحيدا على غرار ما قرره المشرع الدولي والقوانين المتأثرة به، بل جعل منه امكانية ،اذ وردت المادة 1058 التي نصت على انه يمكن ان يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان[1].

[1] د/ عبد الحميد الاحدب، المرجع السابق ، ص 182.

ويتضح من مراجعة احكام القانون الجزائري الجديد انه يقر قاعدة مقتضاها ان القاضي لايتدخل في إجراءات التحكيم طالما كانت جارية، بل يقتصر على رقابة بعدية في اطار اجرائي محدد،وهو طلب الابطال أو طلب اضفاء بالصيغة التنفيذية .

فلا للقضاء الرسمي ان يتدخل لتوجيه إجراءات التحكيم في اتجاه أو اخر، لأن مراد الأطراف انما هو اللجوء إلى عدالة مختلفة أو مغايرة، فلا يجوز لقاضي ان يخضع المحكم لسيطرته ليصدر الاحكام بطريقة غير مباشرة. ولذلك فالقاعدة ان تدخل القاضي لإجراء الرقابة لا يقع الا بعد صدور حكم التحكيم. غير ان الظروف قد تقتضي منه التدخل خلال سير التحكيم، فينبغي ان يكون تدخله استثنائيا ومحدودا ومقتصرا على رقابة سفلى[1].

اذا فالأمر يقتصر على مراقبة لاحقة يمكن ان تمارسها المحكمة المختصة على حكم التحكيم لاغير . وفي ما عدا ذلك، لاتكون للمحكمة علاقة مع هيئة التحكيم كالتعيين– أو العزل فالتحكيم "عدالة أخرى" أو "عدالة موازية لها كيانها الخاص شأنها شأن القضاء الرسمي. فلا سلطة لأحدهما على الاخر خارج ما قرره القانون من اوجه التعاون بينهماكمادة الإجراءات الوقتية والتحفظية وفي ما يتعلق بقرارات المساعدة التي تمنحها المحاكم للتحكيم للحصول على الأدلة وتحقيق الدعوى فلا يحق للمحكمة ان تتخذ اي نوع من الإجراءات التي من

[1] د/ عبد الحميد الاحدب، المرجع السابق، ص 184.

شانها ان توحي بنوع من التبعية التي تريد فرضها على المحكم .

وتجدر الاشارة ان خيار القانون الجزائري يتمثل في منح صلاحية التمديد للقاضي الرسمي، بخلاف القانون النموذجي لليونسترال والقوانين المأخوذة عنه كالقانون التونسي التي منحت المحكمين ثقتها لاتخاذ قرار التمديد في اطار صلاحايتهم العامة لتسيير الإجراءات علاوة على اقرار فقه القضاء بان سكوت الأطراف عن اثارة مسالة انتهاء الاجال واستمرارهم على تبادل التقارير أو طلب تاخير القضية لما بعد انتهـــاء الأجل القانوني يعد موافقة منهم على التمديد.

اما في القانون الجزائري فالتمديد يرجع فيه إلى القضاء ان كان التحكيم حرا، ولم يتطرق النص إلى امكانية التمديد الضمني كما ان القاضي يراقب اسباب عدم اتمام المحكمين اعمالهم خلال الاجل القانوني، فان كانت الاسباب وجيهة له اصدر قرارا بالتمديد وان بدا له ان السبب يرجع إلى تراخي المحكمين في القيام بالمهمة فله ان يقرر الرفض وبذلك ينهي إجراءات التحكيم دون اصدار حكم تحكيمي، وهو ما يفضي بحسب الحالة إلى وجوب القيام بدعوى تحكيمية جديدة أو الرجوع إلى المحاكم الرسمية ان نص اتفاق الأطراف على ذلك..[1]

[1] د/ عبد الحميد الاحدب المذكور المرجع السابق، ص 191

نصت المادة 1056 من القانون الجزائري الجديد أن منح الصيغة التنفيذية يمكن رفضه في حالتي عدم احترام حق الدفاع وفي صورة تناقض تعليل حكم التحكيم , ويستدل من ذلك على ان خرق القواعد الاجرائية الأخرى لا يترتب عليه البطلان ولايحق للمحكمة ان تستنبط صورا أخرى بدعوى الاجتهاد .

تتجلى مرونة التحكيم في القانون الجزائري من خلال احكام المواد 109الى 1024 من قانون الإجراءات المدنية والادارية فالمادة 1019 تقر مبدأ حرية اختيار طريقة السير بالإجراءات وتجيز للاطراف الاتفاق على تسييرها بطريقة مغايرة لما هو وارد في المواد الموالية لها، بينما تبين المواد من 1020 إلى 1024 القواعد الاجرائية التي يقع اتباعها إذا لم يختر الأطراف أو المحكمون قواعد اجرائية أخرى. كما تجيز المادة1043 ضبط الإجراءات بالاستناد إلى قانون يتم اختياره من الأطراف أو نظام تحكيم، دون ربط ذلك بطبيعة التحكيم من كونه حرا أو مؤسساتيا، بما يفيد انه يمكن تطبيق نظام تحكيم قائم حتى في صورة التحكيم الحر. [1]

لقد الزم المشرع الجزائري على المحكمين أن يضمنوا أحكامهم عرضا موجزا لادعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم ويفهم من ذلك أنه يقتضي على المحكم أن يجتهد ليستخرج من مجمل أقوال الخصوم اهم الأسانيد والدفوع التي يتمسك بها كل منهم . على انه لا يمكن ان يفهم من ذلك ان التلخيص وجوبي وحتمي .

[1] د/ عبد الحميد الاحدب المرجع السابق ص 209

فالمحكم يمكنه لتجنب احتمالات التشدد القضائي في التحقق من احترام حق الدفاع ان يذكر مقالات الخصوم على حالتها [1].

مع الاشارة كذلك ان القانون الجزائري الجديد تميز بأنه لا يشير اطلاقا إلى امكانية اتفاق الأطراف على ان يتم التحكيم طبق قواعد العدل والانصاف كما لم يشر إلى امكانية اتفاق الأطراف على اعفاء المحكمين من تسبيب حكمهم . ويخلص من ذلك إلى ان المحكم مطالب في كل الاحوال بان يقضي طبق القانون بما في ذلك الأعراف وأن يشرح في حكمه كيف توصل إلى النتيجة التي انتهى اليها وأن يبرز مطابقة ذلك الحل للقانون المنطبق .وقد ساير المشرع الجزائري التوجه العالمي نحو تكريس وجوب التعليل واعتباره من النظام العام الدولي لارتباطه بحق الدفاع ومبدأ المواجهة الذي يمتد إلى المواجهة بين المحكم والخصوم، خاصة بعد أن تخلي القانون الانكليزي عن موقفه التقليدي الذي كان مكرسا في قانوني التحكيم لسنة1951 و 1979اللذين أعفيا المحكم من التعليل.

[1] د/ عبد الحميد الاحدب المرجع السابق ص 211

إنّ عملية التعليل تهدف إلى توسيع العمل بمبدأ المواجهة بحيث لا يقتصر على المواجهة بين الخصوم بل يشمل أيضا المواجهة بين الخصوم والمحكم، وهو عنوان احترام حقوق الدفاع .[1].

ان كل نص في تشريع ما، ينبغي أن يعيش في البيئة أو المناخ الذي يهيمن على كافة نصوص التشريع ذاته ككل ذلك أن نصوص القانون -ترتبط جميعها والأفكار التي يقوم عليها هذا القانون بحيث تساند نصوصه بقصد تحقيق هدف المشرع الذي أجله سن القانون.

إن تدخل القضاء في مسألة اختيار المحكم ينبغي ان يكون تدخلا ناعما مرنا وفقا لمفاهيم التحكيم ومقاصده، بمعنى أن يتسم هذا التدخل بطابع علاجي بهدف الحفاظ على الجوهر السليم للعملية التحكيمية .وعلى ذلك يضحى نطاق الأمر على العريضة هو الطريق الصحيح الذي توخاه المشرع عند ممارسة المحاكم مهمة تنصيب هيئة التحكيم . وعندما تقوم المحاكم باختيار المحكم، انما تقوم بعمل أقرب إلى النشاط الولائي منه إلى النشاط القضائي، لأنها تقوم بهذا الشان للمساعدة ولتسيير العملية التحكيمية . ولذلك فان تدخلها ينبغي أن يكون تدخلا استثنائيا ناعما أقل درجة من العمل القضائي المتمثل في الدعوى، هذا التدخل الناعم نطاقه وحده الأعلى هو نظام الأمر على العريضة، خاصة أن سلطان الارادة هو المبدأ الذي

[1] د/ عبد الحميد الاحدب مجلة التحكيم منشورات الحلبي الحقوقية العدد الخامس عشر شهر يوليو 2012 ص 128

يحكم اختيار المحكم، فاذا كان الخصم لا يملك اختيار قاضيه، فان مثل هذا الخصم يملك اختيار محكمه، ومن هنا يبرز دور العمل الولائي في نطاق اختيار المحكم أو الهيئة التحكيمية.[1]

في نطاق الأمر على عريضة، تتمتع المحكمة بدور ايجابي وسلطة مرنة تتوافق وسمات التحكيم، وتنظر المحكمة الطلب في غرفة مشورة، ولها دعوة الطرف الاخر ومناقشة الطرفين حول المحكم المطلوب تعيينه، كما لها أن تخاطب الاسم المرشح لعرض الترشيح عليه .وبعد التشاور والمداولة تصدر المحكمة بكامل تشكيلها قرارها الذي لا يحوز حجية الأمر المقضي باعتباره عملا ولائيا، بحيث يجوز للمحكمة العدول عنه بقرار آخر[2] .

[1] voirAdelin Audrérie Médiation et conciliation quelle distinction en matière juridique, mémoire de recherche, master 2 droit du travail et emploi, université Toulouse I, capitole, 2014-2015, p 25

[2] د/ عبد الحميد الاحدب مجلة التحكيم منشورات الحلبي الحقوقية العدد الخامس عشر شهر يوليو 2012 ص 131

المبحث الثاني:

في النظام الانجلوامريكي

تقتضي شروط ما قبل الدعوى على الخصوم ابداء المبادرة أو استعمال عمليات تسوية المنازعات لمحاولة فض النزاع قبل الشروع في رفع دعوى قضائية .وقد تم ادخال هذا النوع من الشروط في نطاق الهيئات القضائية داخل وخارج استراليا في السنوات الاخيرة، وقد ظهر نتيجة لاتفاقيات تمت حول الدخول في حل بديل للنزاع وايضا من خلال عمليات الالتزامات القضائية أو الغير قضائية قد تشترط بعض التزامات ما قبل الدعوى مثلا على الخصوم تبني أو التفكير في استخدام الحل البديل للنزاع كشرط مسبق قبل تقديم دعوى قضائية بينما تشترط أخرى على المدعين بدء أو تسجيل بيان حول ما قاموا به لحل النزاع وهذا في حال عدم قدرتهم على حله ومن ثم رفع دعوى قضائية، معظم هذه الشروط قد استثنت الاحكام فمثلا هناك بعض الفئات من المدعين غير ملزمين بالامتثال لبعض انواع الشروط وهذا في حالة الظروف الطارئة أو ان يكون هذا النوع من القضايا مستثنى لسبب اخر كاسترداد معين للديون بالتزكية أو انهاء الامور من طرف الشركة [1]

[1] voirAdelin Audrérie Médiation et conciliation quelle distinction en matière juridique, mémoire de recherche, master 2 droit du travail et emploi, université Toulouse I, capitole, 2014-2015, p 30

المطلب الأول:

إعمال فكرة التعاون في مجالات العدالة البديلة

من بين اسباب ادخال الشروط والالتزامات في اطار حل النزاع هو توفير الوقت والتكاليف فضلا عن ان نتائجها قد تكون افضل إذا ما تم حل النزاع مبكرا قبل التوجه للقضاء هناك تخوفات في هذا الصدد من ان تقديم دعوى قضائية بشأن الخصومة قد يؤدي إلى انهاء التعاملات التجارية واي علاقات أخرى بين الأطراف كما ان اختلاف مواقف المتنازعين قد يحد في الخيارات الموجودة لحل النزاع.[1]

ومن جهة أخرى يرى بعض المعلقين ان هذه الالتزامات قد تحد من اللجوء إلى القضاء أو الدخول في المحاكم كما انها تاخذ وقتا اطول وتكاليف أكثر إذا ما لم يتم حل النزاع أو في حال كانت التكاليف موزعة بشكل غير عادل على الأطراف هناك أيضا تخوفات من ان يتوصل الناس إلى حل وسط من دون ارشاد مناسب قضائيا وهناك قلق أيضا من ان يكونوا غير قادرين على ممارسة حقوقهم المشروعة قانونا نظرا للتكاليف الباهظة أو صعوبة الإجراءات القضائية وقدنوهت الكثير من التقارير في استراليالهذه المخاوف بما فيها تقرير للجنة فرعية

[1] Tania sourdin –civil dispute resolution obligotions : What is reasonable؟ - Unswlauv journal – unwersity of neuv south wales-Sydney (australia) volume 35 (3) 2012,908

في مجلس الشيوخ وتقرير اخر حديث للمركز الاسترالي لتجديد القضاء (كما نوهت لها أيضا مجلة جاكسون في المملكة المتحدة ينظر لهذه المادة فيما إذا كان من المقبول الزام الخصوم بالامتثال لهذا النوع من الشروط وذلك عن طريق القيام باستطلاع حول المعارضين لها والعوامل التي قد تؤثر في الامتثال لها.

قد تتضمن شروط تسوية المنازعات في سياق ما قبل الدعوى أو ما قبل تسجيلها الزام الخصوم باخذ موقف يشمل تحضير بيان (يستهدف البحث عن حل للنزاع أو الحضور لنوع من انواع الحل البديل للنزاع سواء كجزء من الخطة التي ترتب لعملية الحل البديل للنزاع او لم تكن وذلك قبل رفع دعوى قضائية تعد هذه الانواع من الالتزامات خاصية منتشرة في نظام التقاضي الحديث في استراليا وفي المملكة المتحدة وهي تواصل في جذب انتباه كل من الموالين والمعارضين لهاو قد تشمل التزامات ما قبل الدعوى ما يلي: [1].

-ضرورة الكشف عن المعلومات أو الوثائق المتعلقة بسبب رفع الدعوى.

-ضرورة التواصل ان امكن مع الشخص أو الهيئة المعنية بالنزاع.

-تبني وبنية صادقة شكل من اشكال الحل البديل للنزاع.

[1] د/ عبد الحميد الاحدب، المرجع السابق، ص 213.

-تولي مفاوضات حقيقية وعقلانية تهدف للوصول إلى حل دون اللجوء إلى القضاء.[1].

إن التزامات ما قبل التقاضي والتي تستهدف تشجيع أو فرض حل للنزاع قد وجدت منذ عدة سنوات في القطاعات التالية الاجتماعي الاسري الصحي التجاري المتعلق بالحوادث الشخصية أيضا بالمستهلك والتجارة عبر الانترنت هناك اختلافات كبيرة حول الطريقة التي تعمل بها وما إذا كانت مرتبطة بأي ترتيبات نظامية ;وان كانت كذلك فكيف قد تشمل هذه الالتزامات شروط للفصل التوسط أو استعمال مخطط الحل البديل أو الخارجي للنزاع كما في القطاع المصرفي والمالي (وقد اصبحت مؤخرا موضع نقاش هام حاد في بعض الاحيان في المحيط التشريعي الاسترالي نتيجة للقانون الذي طرح أو سن والذي ينص على توسيع تطبيق الالتزامات لتشمل فئة اوسع من المنازعات[2] .

وبعيدا عن التقارير الحكومية أو اصلاح القوانين كان موضوع التزامات ما قبل التقاضي موضوع لنقاش معين مع اختلاف الاراء لعدة معلقين ;حيث يرى بعضهم أن هذه الالتزامات ترفع من التكاليف القضائية اما البعض الاخر يرى انها

[1] د/ عبد الحميد الاحدب، المرجع السابق ، ص 213.

[2] Chantal Demers La conciliation à la cour municipale de Montréal : résultats d'une recherche-erudit-Mouvements sociaux Volume 3, numéro 1,—1990-Université du Québec à Montréal page 94

ستؤدي إلى فرض تسوية اضطرارية كما ستؤدي إلى تقليص دور المحامين في حل النزاع ومع ذلك ليست هناك دراسات قوية تدعم احد المواقف.

هناك ارشادات محدودة نوعا ما حول ما قد يشترط للامتثال لهذه الانواع من الالتزامات وهناك أيضا شكوك حول ان ما اشترط قد ادى جزئيا إلى تباعد في الاراء ;في مدى فعاليتها فضلا عن ان هذه الالتزامات قد عدلت مع تقييد في الإجراءات القضائية والذي يعني بدقة الوصول للعدالة أو ان ينظر اليها كهجوم على النظام القضائي لتسوية المنازعات تبحث هذه المادة القانونية في المعارضة الواسعة لهذا النوع من الالتزامات وما تعنيه في اطارسير الخصومة[1].,

لقد طغت إلى حد ما مسألة ما إذا كان مناسبا وجود شروط ما قبل الدعوى من عدمها كلية على التساؤلات حول تشكل المساعي العقلانية لتسوية أو محاولة تسوية النزاع قبل رفع الدعوى، حيث يرى البعض انه من المفروض على المواطنين في الدولة الديمقراطية الحديثة فعل شيء ما لمحاولة فض النزاع قبل التوجه للمحكمة اما البعض الاخر يرى ان فرض التزامات رسمية لمحاولة فض الخصومة من شأنه ان وضعت ان تكون لها اثر سلبي على المحاكم.

[1] في نهاية السبعينات عرف الصلح القضائي في سياق الاصلاح الجنائي اما فيما عذا ذلك فقد عرف في مجال العمل للتفصيل انظر

Chantal Demers–La conciliation à la cour municipale de Montréal : résultats d’une recherche–erudit-Mouvements sociaux Volume 3, numéro 1,—1990-Université du Québec à Montréal page 96

تعكس هذه الاراء المختلفة تغير في التفكير في ما هية العدالة حيث لوحظ وانه ينظر للعدالة على انها مفهوم اوسع وعلى ان النظام القضائي ببساطة هو جزء من هذا النظام الواسع من خلال هذه النظرة يرى ان الحكم القضائي للمنازعات القضائية اصغر بالرغم من البعد النقدي للنظام القضائي الذي ينطوي على المحيط الاوسع للحل البديل للنزاع.[1]

بما ان العدالة موجودة خارج المحاكم قد يبدو من المعقول فرض التزامات وشروط على هؤلاء المعنيين بتسوية النزاع في هذا النظام القضائي الواسع ومن الممكن أيضا مثلا فرض قيود والتزامات على الخصوم من خلال ادارة القضية ومن خلال توجيهات وقوانين يضعها النظام القضائي ;في هذا الصدد تم وضع التزامات تسوية المنازعات قبل التوجه للقضاء من اجل دعم العمليات داخل وخارج المحاكم وايضا لمنع التجاوزات السيئة للخصومة.

[1] Tania sourdin –civil dispute resolution obligotions : What is reasonable UNSSWLAW JOURNALuniversity of new south wales sydny (australia) volume 35 (3) 2012,912

يعتبر التوصل لحل عادل مبكر وقليل التكاليف للنزاع عنصرا اساسيا في الكثير في استراتيجيات الحكومة في استراليا بالاضافة إلى كيفية التكفل بها ودعم الحل الناجع للنزاع من خلال هذه الطريقة افضل طريق للوصول للعدالة [1].

ان النقاش حول مدى توسع النظام القضائي مرتبط بمسألة مدى دعم الحكومة لعمليات تسوية المنازعات : ومدى ملائمة فرض التزامات وشروط ما قبل التقاضي على الخصوم.

لقد كان هناك في السنوات الاخيرة تغيرات هامة فيما يخص كيفية تعرف العدالة بشكل شمولي في استراليا حاولت مؤخرا منظمة الكومنولث معرفة كيفية عمل النظام القضائي بشكله الواسع ومن اجل اخذ قرار بشان تبني نظرة أكثر شمولية للعدالة قامت باستدعاء عدد من المنظرين ولاحظت ان بما ان الصحة لا توجد في الاصل بالمستشفيات والعلم لا يوجد في الاصل بالمدارس فان العدالة أيضا لا توجد بالمؤسسات الرسمية التنفيذية للعدالة في نهاية الامر الوصول للعدالة هي ليست فقط جلب القضايا امام موظفي القضاء وانما هي تحسين نوعية العدالة فيما يخص العلاقات والمعاملات التي تربط الناس فيما بينهم. [2]

[1] Tania sourdin –civil dispute resolution obligotions : What is reasonable؟ - Unswlauv journal – unwersity of neuv south wales-Sydney (australia) volume 35 (3) 2012,908

[2] Tania sourdin –civil dispute resolution obligotions : What is reasonable a l unswlaw journal– unwersity of neuv south wales-Sydney (australia) volume 35 (3) 2012,909.

يترتب عن اصلاح هيئات النظام القضائي اثار على الخطة والدعم اللذان تكفلهما الحكومة لدعم الوصول إلى العدالة وايضا كيف يمكنها دعم عمليات في اطار ما قبل التقاضي.

يتضمن تقرير 2009 لفريق عمل الوصول إلى العدالة نظام استراتيجي للوصول إلى العدالة داخل النظام القضائي المدني الفيدرالي وقد وضعت خريطة لهذا النظام والتي تبدو كمسار معقد ونوعا ما متعرج مع بعض المسائل الموجهة نحو القضاء.

-العلاقة بين عدد المنازعات والطرق المستخدمة في حلها ، حله شخصيا أو حله بمساعدة قانونية أو عن طريق معلومات أو مساعدة غير قانونية أو حله عن طريق مراجعة داخليةاو حله باستعمال الحل الخارجي للنزاع أو حله باستعمال الحل البديل للنزاع وحله عن طريق مراجعة اداريةاو حله اثناء الإجراءات القضائية أو حله بقرار من المحكمة.[1]

مسألة أساسية أخرى في معرفة دور عمليات ما قبل التقاضي هي مرتبطة بدور الحل البديل للنزاع داخل نظام تسوية المنازعات خاصةا بكيفية ارتباط عمليات الحل البديل للنزاع بجهاز المقاضاة العادي، مثلا اقترح ذات مرة ان تكون عمليات الحل البديل للنزاع منفصلة عن الدعوى كخيار يلجأ اليه بموافقة الأطراف

[1] Tania sourdin –civil dispute resolution obligotions : What is reasonable a l unswlaw journal– unwersity of neuv south wales-Sydney (australia) volume 35 (3) 2012, 910.

كما رأى بعض الاقلية ان دور المحاكم والمجالس داخل نظام التقاضي يجب ان يقتصر على عمليات الفصل في القضايا فقط[1].

إن هناك تكامل متقارب بين النظام التقليدي ونظام الحل البديل للنزاع داخل استراليا ووافقت حكومة الكومنولث على ان يستمر هذا الاندماج المتقارب وقد جاءت الجريدة المتعلقة استراتيجية النظام القضائي المدني الفيدرالي الذي تم اصداره بهدف المناقشة في اواخر سنة 2003 توصية اساسية مفادها ان الحكومة تواصل اخذ دور ريادي في تسهيل التنسيق بين العناصر المختلفة للنظام القضائي المدني الفيدرالي بما فيها الحل البديل للنزاع .[2].

[1] Tania sourdin –civil dispute resolution obligotions : What is reasonable a l unswlaw journal– unwersity of neuv south wales-Sydney (australia) volume 35 (3) 2012,912

تم دراسة أكثر من 18000حالة في المسائل المدنيةبكيبيك بين سبتمبر 2008 وأاوت 2009، وهو ما يمثل زيادة قدرها حوالي 35٪ خلال السنة القضائية 2004—2005ووافتتحت الغالبية العظمى من هذه الملفات في المراكز الحضرية الكبرى للتفصيل انظر:

Suzanne Ouellet–la gestion de l’instance est l’outil qui va Permettreune véritable accessibilité À la justice-raport d activite de la cour superieure du queebec –cour du queebe juin 2010page 09.

المطلب الثاني:

تطبيقاتها في مجال المنازعات.

في 2009اشار تقرير فريق عمل الوصول إلى العدالة والتقرير النهائي لحكومة الكومنولث ان العديد من الخصوم اما غير قادرين على بدء الإجراءات القضائية أو انه غير قادرين على مواصلتها بحسب دراسة اجريت حول هذه العينة من الشعب الذين يلجؤون إلى الجهاز القضائي المدني الاعلى فان نسبة كبيرة من المتنازعين لن يلجاؤو إلى المحاكم العليا اما بسبب تعقيد هذا الجهاز أو تكاليفه الباهظة ;او لما يشكله من ارباك لديهم كانت تركز معظم التوصيات التي جاءت في التقرير على وضع نظام استراتيجي للوصول إلى العدالة مدعوم بمبادىء امكانية الوصول إلى العدالة الملائمة, الكفاءة والفعالية وكانت النتيجة الأساسية هي ان ارتفاع في الدراسات الاخيرة واستعمال حلول غير قانونية للنزاع ستمكن نسبيا من تحسين الوصول إلى العدالة[1].

[1] voirXiao lin Fu – Bourgène – over view judicial Médiation in the world – L'h harmattan 2010.

كان هناك جدال متواصل حول الاهداف الشاملة لتسوية المنازعات ودور وعلاقة عمليات الحل البديل للنزاع بجهاز التقاضي وكان معظم هذا الجدال يدور أيضا حول فعالية الحل البديل للنزاع داخل وخارج جهاز التقاضي بالاضافة إلى ذلك فان تقارير من وزارة العدل ورؤساء النيابة العامة بنيو ساوث ويلز ومن الكومنولث ومن لجنة اصلاح قوانين فكتوريا حول تبني هذه النظرة الواسعة للقضاء قد وضعت توصيات نظامية من اجل فرض التزامات على الخصوم المعنيين لحل النزاع قبل تقديم دعوى قضائية وقد نتج عن ذلك تطوير تشريعات اضافية وطرق نظامية في مجال الحل البديل للنزاع[1].

[1] غالبا ما يكون التقاضي غير واقعي عندما تنشب النزاعات التي يمكن أن تنشأ في الشقق أو التعاونيات . بين الجيران فيما يتعلق الضوضاء، الروائح الكريهة، أو نوعية أخرى من الحياة المسائل، وعادة ما تكون تكلفة باهظة للحزب المتضررلتقديم دعوى قضائية .حتى في محكمة المطالبات الصغيرة، وتكلفة الإيداع الدعوى، الوقت المفقود من العمل، والسفر من وإلى فإن المحكمة تثني الأفراد عن جلب النزاع إلى المحكمة .وبالنسبة للحالات التي لا توجد في محكمة المطالبات الصغيرة، يجب على الطرف أيضا يتحمل تكلفة المحامي، وهو حاجز إضافي يجعل من احتمال التقاضي أكثر صعوبة .لهذه الأسباب، فالطرق البديلة لحل النزاع هي مناسبة بشكل خاص لحل القضايا البسيطة في الشقق .والوساطة على وجه الخصوص يمكن أن تساعد في تحقيق النتائج بطريقة فعالة من حيث التكلفة للتفصيل انظر:

Christopher Baum–The Benefits of Alternative Dispute Resolution in Common Interest Development Disputes–st.john s law review -Volume 84, Summer 2010, Number 3, p 41.

لقد ارتبطت دوافع دعم التزامات ما قبل التقاضي بالنجاح الواضح لهذه الأنواع من الالتزامات وبالأخص تلك المتعلقة بالفصل في النظر في القضايا مثلا خلال مناقشة العمليات المستعملة في اتفاقيات قانون الاسرة لاحظ فريق عمل الكومنولث ان العمليات المستعملة في تسوية أو الفصل في المنازعات الاسرية ;قد تغيرت في السنوات الاخيرة حيث اشار التقرير إلى أن تدخل الحكومة في النزاعات الأسرية ,التي تخلو من العنف يركز مبدئيا على وصول متطور، للمعلومات لتصفية بعض الخلافات ومتابعتها كلها ثم تفوض استعمال اليات غير رسمية لحفظ أكثر المنازعات ترسخا .

نتجت هذه المبادرات عن قبول نظرة أكثر شمولية للعدالة وعن دعم فكرة ان العدالة ممكن ان توجد خارج المحاكم كما يمكن ايجادها في جهاز تسوية المنازعات كما يشار اليه أحيانا كالجهاز القضائي غير الرسمي[1].

[1] Tania sourdin –civil dispute resolution obligotions : What is reasonable a l unswlaw journal– unwersity of neuv south wales-Sydney (australia) volume 35 (3) 2012,911.

إنّ التساؤلات التي تطرحها هذه النظرة الشاملة للعدالة[1] تنطوي على اسئلة حول كيفية دعم مختلف هيئات هذا الجهاز وما إذا كان من الممكن دعم الحل الشخصي للنزاع أو ما يشار اليه أحيانا بالحل الوقائي للنزاع من خلال المبادرات المعتمدة من طرف الحكومة والمحكمة غالبا ما ترتبط هذه التساؤلات بمسائل متعلقة بتوقيت مساعي حل النزاع وبفكرة انه مؤخرا وفي بعض حالات التسوية التي تكون ما قبل رفع دعوى ستؤدي إلى توفير الوقت والمال أيضا ،[2] وكما اشار تقرير المملكة المتحدة لسنة 2011 بخصوص اصلاحات القضاء المدني لسنة 2011 إلى ان:

بالرغم من التسهيلات الهامة التي تبعت اصلاحات الوصول إلى القضاء فان الوضع لا يزال على ما هو عليه من وجود العديد من المطالبات المقدمة إلى الجهاز القضائي بشكل غير مناسب وبمجرد تقديمها إلى الجهاز فانها تأخذ وقتا اطول من اجل ان يفصل فيها وتكاليف أكثر وخصوصا حين يتعلق الامر بالتجارة حيث تكون معرضة لتكاليف عالية وغير مناسبة.

---

[1] voir Xiao lin Fu – Bourgène – over viEW judicial Médiation in the world – L'h harmattan 2010.

[2] Tania sourdin –civil dispute resolution obligotions : What is reasonable ؟- Unswlauv journal – unwersity of neuv south wales- Sydney (australia) volume 35 (3) 2012,912

ولوحظ في نفس التقرير أن:

تأخر التسوية هو نقطة علّق عليها القاضي جاكسون في مراجعته لتكاليف الدعوى المدنية.

هناك عدد من القضايا التي لا ينبغي ان تاخذ وقتا للفصل فيها فانها في الواقع يفصل فيها وقت متأخر من النهار وفي بعض الأحيان توجه هذه القضايا إلى المحاكمة ان سبب مثل هذه القضايا العقيمة هوفشل احد الأطراف أو كلاهما في السيطرة على الامور في الوقت المناسب أو بفشل الأطراف في اخذ حوار جدي وناجع[1].

إنّ الرؤية المشتركة لشركات التامين تنصب على كون هذه التوجيهات من شانها ان تخفض في التكاليف القضائية خاصة إذا كان يدعمها نظام تكاليف ثابت كما اعتبر الكثير ان هذه التوجيهات الالزامية قد تحسن في ادارة القضايا بشكل فعال وان تنقص القضايا الغير جديرة بالتقييم كما انها تمنح اهتمام اولى بالقضايا بين الأطراف من جهة أخرى وفي ظل هذا التاييد المبدئي كان لدى البعض تخوفات من ان يكون مستوى التفصيل المطلوب لضمان كل الاحتمالات قد استاثرت مما قد

[1] Tania sourdin –civil dispute resolution obligotions : What is reasonable ؟- Unswlauv journal – unwersity of neuv south wales- Sydney (australia) volume 35 (3) 2012,910.

يؤدي إلى نتائج عكسية . كما كانت هناك تخوفات بشأن الامتثال في ظل حرص الكثير من شركات التامين على وجود عقوبات صارمة في حق المخالفين للامتثال.

42بالمئة من بين 112 ممثل قانوني الذين اجابو على السؤال كانو مؤيدين لهذا المقترح وقد عبر الكثير عن دعمهم للمجموعة الحالية لاتفاقيات ما قبل التقاضي وركزو على امكانية تعزيزها لضمان الامتثال لها، حيث كان سبب الدعم المشترك الذي يجمع كل الفئات المجيبين هو أن توجيهات ما قبل التقاضي الالزامية ممكن ان تساهم في تسوية مبكرة للنزاع[1].

وفي ظل تأييد كل الوسطاء لهذا المقترح، تخلل معظم التاييد تحذيرات بخصوص مثلا :ضمان الا تجعل هذه التوجيهات من العملية غير متكافئة ;مع ضمان ان يكون اللجوء إلى القضاء حق وليس امتياز وقد اقترح احد الوسطاء وضع دليل في عدد من المحاكم قصد اختبار ايجابيات مثل هذه العملية المقترحة قبل ان ينشر استخدامها بشكل واسع.

[1] شهد عدد من الملفات في المجال العائلي في كيبك التي تم فتحها في كل عام انخفاضا ثابت ومنتظم منذ عام 1995، عندما كان على وشك 39000 ملفا وان ثمانون بالمائة منها يحل بطريق الوساطة للتفصيل انظر:

Marie Christine Laberge-la chambre de la famille- raport d activite de la cour superieure du queebec –cour du queebe juin 2010, p16.

بدت المخاوف حول شروط ما قبل التقاضي مختلفة بشكل كبير في استراليا، فهناك الكثير من التقارير الاسترالية التي بحثت في استعمال وادخال التزامات واتفاقيات ما قبل التقاضي، وكان هذا العمل متصل بصورة كبيرة ومباشرة بادخال تشريعات تعالج هذه المسائل مثلا سبق قانون تسوية المنازعات المدنية الصادر سنة 2011والذي يشترط اساساعلى الخصوم تقديم بيان بشأن المبادرات الحقيقية يحدد المساعي التي قاموا بها لفض النزاع، قبل رفع الدعوى المتعلقة بطائفة من المنازعات المدنية، سبقه عدد من التقارير والتحقيقات.

وقد حظي هذا القانون بدراسة خاصة من طرف اللجنة الفرعية في مجلس الشيوخ المهتمة بالتعليق حول مشروع القانون، وكان أيضا محل بحث العديد من التقارير، وقد خلص تقرير مجلس الشيوخ نهائيا إلى أن اللجنة نظرت بعناية في الحجج التي يقدمها مشروع قانون الزامية اتفاقيات ما قبل رفع الدعوى، وقد اقتعنت اللجنة أن هذه ليست هي القضية بالأخرى فيما يكون إلزاميا تقديم بيان بالمبادرات الحقيقية فان مشروع القانون هذا يقدوم مرونة لتحديد المبادرات التي يرغب الأطراف في اتخاذها بهدف فض النزاع كنا يعفي منها في حال عجز هم يقدم مشروع نماذج عن الخطوات الحقيقية ولكن لا يفرض اي منها وهكذا الحال بالنسبة للحل البديل للنزاع بالرغم من تركيز الشهود على الزامية الحل البديل

للنزاع فان مشروع القانون يقدم الحل البديل للنزاع كنموذج فقط للمبادرة الحقيقية وليس كمبادرة إجبارية[1].

ومن جهة أخرى، تعتقد اللجنة أن مشروع القانون سيستفيد من إضافة تعريف شامل لمصطلح حقيقي ، عكس التي جاءت في تقرير المجلس الاستشاري الوطني للحل البديل للنزاع وكذلك من اجل تقديم توجيهات للأطراف المعنية.

تمت صياغة الشروط في بيان الخطوات الحقيقية حسب التوصيات التي جاءت في تقرير المجلس الاستشاري الوطني للحل البديل للنزاع. وقد ذكر قانون الحل البديل للنزاع في الفقرة4 بهدف تحقيق أهداف هذا القانون يتم اتخاذ الخطوات الحقيقية لحل النزاع إذا ما كانت تمثل فعلا محاولة حقيقية وصادقة لتسوية الخلاف مع مراعاة ظروف الشخص وطبيعة وظروف النزاع[2].

[1] - Marie Christine Laberge-la chambre de la famille- raport d activite de la cour superieure du queebec –cour du queebe juin 2010, p18.

[2] Tania sourdin –civil dispute resolution obligotions : What is reasonable ؟ Unswlauv journal – unwersity of neuv south wale Sydney (australia) volume 35 (3) 2012,913.

تشمل نماذج من الخطوات التي يمكن اتخاذها كجزء من الخطوات الحقيقية لحل النزاع مع شخص آخر ما يلي إبلاغ الشخص الاخر بالمشاكل التي تطرا أو ممكن ان تكون خلال النزاع مع اتاحة الفرصة لمناقشتها بنية للوصول إلى حل.

-الاستجابة الملائمة لأي اشعارات مماثلة.

–تقديم معلومات اووثائق ذات صلة للطرف الاخر لتمكينه من فهم القضايا المطروحة وامكانية حلها.

–النظر فيما إذا كان من الممكن حل النزاع بتسهيل العملية من قبل الطرف الاخر والتي تنطوي على عملية الحل البديل للنزاع إذا كانت هذه العملية تضمن الاتفاق على ان يقوم شخص معين بتسهيل العملية ومتابعتها.

–تبنى عملية أخرى في حال فشل الأولى في الوصول إلى حل[1]..

[1] يعتبر البعض ان النظام القضائي الكندي في مجال الطرق اليديلة لحل النزاعات هو نظام موحد ذلك انه يستعمل أحيانا طريقا بديلا واحدا على النزاع للتفصيل انظر:

ALEXANDRE DÉSY, Les coûts et les délais judiciaires de la médiation judiciaire; les discours théoriques et pratique sous le regard de l’analyse économique du droit l’Universiste scherbrook Mémoire de maîtrise soumis à la Faculté de droit en vue de l’obtention du grade de Maître en droit 2013 page 28

قد يكون من واجب المحكمة ان تجعل من الاتفاق أمر اعلى النحو المطلوب إلى الطرفين أو قد يسمح لها بإجراء تغييرات عليها حسبما تراه مناسبا أو ترفضه لجعله قابلا للتنفيذ بعض الاتفاقات يمكن ان تودع فقط لدى المحكمة وبالتالي تحصل فقط على القوة القانونية المماثلة للاتفاقيات العادية وتصبح عمومية.

معظم أنواع الوساطة والصلح المتصلة بالمحاكمة العامة الملاحظة تجرى مبكرا في الإجراءات القضائية حسبما يكون مناسبا طبقا للمبدأ الأساسي في حل النزاع البديل لتقليص التاخير والتكاليف ومع ذلك مقارنة مع الإجراءات المدنية في استراليا واليابان فان الوساطة والصلح المتصلان بالمحاكمة العامة اثناء وبعد المحاكمة غير موجودين إلى حد كبير في السويد.[1]

جميع إجراءات التسوية في النظام السويدي تجري رسميا فقط قبل المحاكمة ويفترض انها تجري حصريا في محاكم من الدرجة الأولى هذا لايعني ان هناك اهتمام اقل بالتسوية قبل المحاكمة في استراليا واليابان في استراليا فان مركز الثقل لنشاط التسوية من المفترض أيضا ان يكون من قبل وفي جميع هيئات الدولة..

[1] Tania sourdin –civil dispute resolution obligotions : What is reasonable a l unswlaw journal– unwersity of neuv south wales-Sydney (australia) volume 35 (3) 2012,914.

بسمح بالتسويات خلال الإجراءات القضائية وفي جميع مرافعات المحكمة في السويد..

ان تسهيل التسوية يكون قد جاء لتقليل مجملا ثقل القضاياوفي استراليا اللجوء إلى إجراءات التسوية على المستوى الاسفل يبدو، باعتراف الجميع انه يقلل من اهمية تلك الممارسة في المحاكم العليا لكنها تبقى متاحة للقضاة اين يمكن تطبيقها بنجاح. [1]ان الإجراءات الوطنية التي يمكن وصفها بالوساطة عن طريق قاضي المحاكمة هي توجيه الإجراء الموضوعي التحضيري و في السويد يشكل أكثر تقييدا لنشاط المحكمة . يتجه النموذج حصريا نحو التحضير في السويد . مناقشة النتائج الخارجة عن القانون خلال المحاكمة، تبدو غير منطقية مع الحكم وبالتالي يمكن للمحكمة ان تميل نحو مقاطعة الطرفين قبل الوصول إلى اتفاق.

[1] ERIFIKS-MODELS OF general court – connectral conciliation and mediation For commercial disputes in sundenaustralia and jopan zeitschrift fur jopaniches re'cht مجلة القانون الياباني max-plank institut fur auslandisches and internationales privtrecht-hamburg germanny .25-2008, p146

كذلك . لما تتضح نتائج النزاع والأدلة الواجب تقديمها التي تمت احالتها فان التدخل الأكثر نشاطا للصلح من طرف قاضي المحاكمة يسمح له بذلك ويمارس بدلا من ذلك الوساطة الصحيحة [1].

يمثل النموذج الاجرائي للصلح من طرف قاضي المحاكمة في السويد والياباني وكأي الاقل تقييدا لنشاط المحكمة .هذا الإجراء يعد الأكثر تنظيما في اليابان منه في السويد، مع السماح صراحة للاقسام بمقترحات ملموسة في التسوية وشرح كيف يمكن قبولها من الطرفين .

في اليابان يطبق كذلك بواسطة الإجراءات القضائية في جميع المرافعات وبشكل متكرر .ويؤيد ذلك المحاكمات المتقطعة . في التحضير في المرافعة الأولى ومرة واحدة فقط .فرق الممارسة بين اليابان والسويد هو بما له علاقة بالمحاكمات المركزة في السويد .ان مراقبة مفاوضات التسوية والاتفاق توجد أيضا تحت قبضة المحكمة في هذا الإجراء حتى خلال الوساطة من طرف قاضي المحاكمة .في كلا من اليابان والسويد فان النموذج يمكن النظر اليه كما يلي بعد المحاولة الفاشلة من قاضي المحاكمة في التوسط بين الطرفين .لا يتم اعطاء اسباب لمقترحات ملموسة

[1] ERIFIKS-MODELS OF general court – connectral conciliation and mediation For commercial disputes in sundenaustralia and jopan zeitschrift fur jopaniches re'cht مجلة القانون الياباني max-plank institut fur auslandisches and internationales privtrecht-hamburg germanny .25-2008, p 148.

للتسوية سواء في السويد أو اليابان، من المهم ان لا يتم تقديمها من المحكمة على انها قرارات.

في نيو ساوث والز عندما تختار المحكمة موظف المحكمة في الرجوع إلى الوساطة فان الإجراء يتم تمويله بالكامل من طرف النظام القضائي .ومع ذلك فان نفس القواعد بخلاف ذلك التي تحيل القضية إلى الوسيط خاص في استراليا.

في السويد فان الرجوع إلى الوساطة الخاصة يعد واجبا على المحكمة اثناء التحضير وفي المرافعة الابتدائية فقط في استراليا الرجوع إلى الوساطة يفترض ان يتم غالبا قبل أو في مرحلة للمحاكمة، ولكن القواعد تطبق على جميع مرافعات المحاكم في الولايات .يتم كذلك اجبار الطرفين على المشاركة الخاصة وان يقوما بها بحسن نية .[1].

[1] تلقيديا في كيبك الية المصالحةفي مجال العمل لاتتدخل إلى في اطار مايسمى الخلافات هده الاخيرة تعني تاتي منازعة تقام اثناء تفاوض جماعي حول شروط العمل للتفصيل انظر

Diane veilleux et gilles trudeau-la résolution à l’amiable desconflits et litiges du travail au québec : de la tradition versde nouvelles directions -revue d’arbitrage et de médiation, volume 1, numéro 1 2010 faculte de droit universite de montreal

هناك أيضا تعيين حدود زمنية للإجراء في استراليا وليس هذا هو الحال في السويد . واجب عمل قضاة المحاكمة مثل الوسطاء يتطلب منهم كفاءة ي حل النزاع .في حين ان الصلح يشبه والوساطة تستندالى مقارنة مختلفة تماما .ان استعمال الوساطة خارج المحكمة له أيضا ميزة، بطريقة مرنة، تكون قادرة على ادراج النتائج وعلى خلاف ذلك لا يكون الطرفان جزءا من الإجراءات القضائية[1]..

إن الصلح من حيث تطبيقه العملي، هو [2]جزء من النظام القضائي قد يكون من السهل الحاجة اليه لاستنفاذه قبل ادخال القضية في التقاضي الرسمي .هذا هو الحال بالنسبة لبعض النزاعات في اليابان . قد يتاح الصلح الطرفين المقحمين في النزاع حتى قبل رفع الدعوى في المحكمة وبالتالي لا تقحم المحكمة اطلاقا قبل التماس الاتفاق لتسجيله، ليس هذا ممكنا في اي من النماذج أخرى . على المصالحين أن يتأكدوا أن محتوى الاتفاق ملازم لبعض المعايير، بالرغم من ذلك فان العوامل الخارجة عن نطاق القانون لها اعتبار في الأمر بالحضور إلى

[1] بدون استخدام الطرق البديلة في كندا بلغت التكلفة التقديرية لحضور المحاكمة $ 500 6على الأقل لكل جزء .للمحاكمة لمدة ثلاثة أيام للتفصيل انظر:

Alexandre Désy Les Coûts Et Les Délais Judiciaires De La Médiation Judiciaire; Les Discours Théoriques Et Pratiques sous le regard de l'analyse économique du droit l'Universiste scherbrook Mémoire en vue de l'obtention du grade de Maitre de maîtrise soumis à la Faculté de droit 2013 page 11

[2] ERIFIKS-MODELS OF general court – connectral conciliation and mediation For commercial disputes in sundenaustralia and jopan zeitschrift fur jopaniches re'cht= مجلة القانون الياباني max-plank institut fur auslandisches and internationales privtrecht-hamburg germanny .25-2008-146

المحكمة .حتى لو أمكن للمصالحين الخاصين المكلفين بمهمة محددة من طرف المحكمة يكونون تحت ذات المسؤولية لضمان ثقة الجمهور في النظام القضائي[1].

[1] وفي الواقع، فإن معظم الدعاوى المدنية يتم حلها عن طريق التفاوض وليس بواسطة – "المساومة في ظل القانون". التحكيم والوساطة ومجموعة متنوعة من الإجراءات للتفصيا انظر

Robert H. Mnookin- Alternative Dispute Resolution-review harvard law school march4 ;1998

الفصـــــــل الثاني:

المرافعة لتنمية دور العدالة البديلة

لا مجال للمناقشة في ان غرفة التجارة الدولية هي المؤسسة التحكيمية التي تعتبر بمثابة المرجعية في مجال التحكيم، ولا أحد يناقش في ذلك ففي العام 2009 عرضت على الهيئة العاليا للتحكيم العائدة لغرفة التجارة الدولية 817 قضية، الأمر الذي يشكل 1500 ملف قيد النظر.

إن نظام غرفة التجارة الدولية التحكيمي الساري المفعول حاليا يعود إلى العام 1998، علما أن النظام الذي سبقه يعود اعتماده إلى العام 1988، وعليه فلابد من تحيينه.

لعله من الأهم كذلك بالموازاة من تطوير لمفهوم العدالة البديلة في هذا الصدد :فكيف رافعت الانظمة المقارنة لصالح تنمية هذا الدور[1].

[1] ERIFIKS-MODELS OF general court – connectral conciliation and mediation For commercial disputes in sundenaustralia and jopan zeitschrift fur jopaniches re'cht= مجلة القانون الياباني max-plank institut fur auslandisches and internationales privtrecht-hamburg germanny .25-2008-148

المبحث الأول:

في النظام اللاتيني.

سوف نتطرق إلى هذه المسالة من خلال :

المطلب الأول:

من حيث الإجراءات.

في نظام غرفة التجارة الدولية الحالي، يعالج البند التاسع موضوعي تعيين المحكمين وتثبيتهم، وتنص الفقرة الثالثة من هذا البند على انه عندما يعود إلى الهيئة العليا للتحكيم لدى غرفة التجارة الدولية أن تعين محكما منفردا أو رئيسا لمحكمة تحكيمية، تباشر التعيين بناء على اقتراح احد اللجان الوطنية لغرفة التجارة الدولية. واذا لم تقبل الهيئة هذا الاقتراح، أو إذا لم تقدم اللجنة الوطنية الاقتراح المطلوب خلال المهلة التي تمنحها اياها الهيئة، فيجوز لهذه الاخيرة، إما أن تكرر طلبها، وإما أن تتوجه بطلبها إلى لجنة وطنية أخرى تراها مناسبة[1].

[1] – راجع في هذا الشأن، هبة هبة أحمد سالم – الشروط التحكيمية وعيوب صباغتها من واقع قضايا مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي مجلة التحكيم العربي العدد 24 جوان 2015، ص 21.

هذا النص يؤكد بوضوح مبدأ اللجوء إلى لجنة وطنية ملائمة يعود اليها اقتراح اسم المحكم.

غير ان الفقرة 4 تسمح في حالات استثنائية بان تعمد الهيئة العليا للتحكيم إلى اختيار المحكم المنفرد أو رئيس المحكمة التحكيمية من بلد لا توجد فيه لجنة وطنية، الا إذا عمد طرف من الأطراف في القضية التحكيمية إلى الاعتراض على ذلك .

وهكذا يتضح بصورة جلية اعتماد مبدأ اللجوء إلى لجنة وطنية عندما يتعلق الامر بتسمية رئيس لمحكمة تحكيمية أو تعيين محكم منفرد[1].

وعلى غرار ذلك، إذا لم يعمد أحد الأطراف إلى تسمية محكمه، يجب على الهيئة العليا أن تتوجه إلى لجنة وطنية لتعيين ذلك المحكم .

لهذا السبب سيتضمن النظام الجديد على الأرجح بندا يسمح للهيئة العليا لدى غرفة التجارة الدولية بأن تقرر عند الاقتضاء، عدم اللجوء إلى لجنة وطنية، على أن يستمر العمل بمبدأ اللجوء إلى لجنة كهذه.

[1] – راجع في هذه المسألة، زيد بن عبد العزيز السهلي، التحكيم في المنازعات، ماجستير، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2001، ص 20.

وهكذا، وفي انتظار نتائج الاعمال المستقبلية للجنة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، فان الالية التي سوف تعتمد يمكن ان تكون كالتالي: عندما تكون الهيئة العليا لدى غرفة التجارة الدولية بصدد تعيين محكم عليها ان تطلب من اللجنة الوطنية التي تعتبرها مناسبة ان تتقدم منها باقتراح في هذا الخصوص. فاذا لم تقبل الهيئة العليا هذا الاقتراح أو إذا لم تتقدم اللجنة الوطنية بالاقتراح خلال المهلة التي حددتها الهيئة العليا يمكن لهذه الاخيرة ان تجدد طلبها أو أن تتوجه إلى لجنة وطنية أخرى تعتبرها مناسبة ا وان تعمد مباشرة إلى تسمية الشخصية التي تعتبرها ملا ئمة للمهمة . وبصورة عامة، إذا ما عمد رئيس الهيئة العليا إلى ابلاغ اعضاء هذه الاخيرة، انه يرى من الضروري نظرا إلى الظروف ان تعمد الهيئة العليا لدى غرفة التجارة إلى تسمية المحكم بذاتها، فانه سوف يتم العمل بذلك.[1]

ان تحكيم غرفة التجارة الدولية معروف بنوعيه لايمكن ان يستمر بفرض نفسه، الا إذا كان المحكمون من ذوي الاستقلالية والحيدة الكاملتين . فمن المتعارف عليه ان قيمة التحكيم هي بقيمة المحكم.

[1] د/ عبد الحميد الأحدب، المرجع السابق، ص 211

ان اللجان الوطنية التي تتبع النهج القويم لا يمكنها الا ان تشجع بقوة المبادرة التي طرحها رئيس الهيئة العليا لدى غرفة التجارة الدولية. وهذا كان الموقف الذي اعتمدته اللجنة الوطنية الفرنسية، علما ان اقتراحات المحكمين التي سبق لهذه اللجنة ان تقدمت بها في السابق لم تلق أي انتقادات .

منذ 2010 وضعت اللجنة الوطنية الفرنسية آلية جديدة لاختيار ولاقتراح المحكمين يتم اتباعها عندما تلجأ الهيئة العليا إلى هذه اللجنة، وبهذا الخصوص تنص مذكرة داخلية لهذه اللجنة على ان الغاية في التوصل إلى الية شفافة ومنفتحة تعتمد على العمل الجماعي في عملية اختيار واقتراح المحكمين .يتوجب ان يكون اقتراح المحكمين رئيس المحكمة التحكيمية أو المحكم المنفرد لدى الهيئة العليا في غرفة التجارة الدولية مناسبة لتوسيع حقل الاستقصاءات باتاحة الفرصة لتعيين محكمين من الشباب أو لتعيين محكمين منتمين إلى افاق مختلفة اعطاء الفرصة لحقوقيين عاملين في المؤسسات أو لأساتذة الجامعات[1].

[1] - Frank Nicophore Yougone, arbitrage commercial international et devloppement these de doctorat en droit –universite de Bordeaux, p 19.

وهكذا، انشئت لجنة استشارية لاختيار اللجنة الوطنية الفرنسية المحكمين وتعينهم، تضم رئيس لجنة التحكيم التابعة لها علما أن رئيس هذه اللجنة ورئيس اللجنة الوطنية لا ينضمان إلى اللجنة الاستشارية الا حين تجتمع هذه الاخيرة لاختيار المحكمين بمعنى قيدهم على قائمة محكمي اللجنة الوطنية الفرنسية، وبالتالي فهما لايشاركان في المداولات المتعلقة بتقديم الاقتراحات إلى الهيئة العليا لدى غرفة التجارة الدولية، وذلك من أجل تأمين الاستقلالية التامة لهذ اللجنة[1].

أما لجنة اقتراح المحكمين فتتألف من عضوين يعملان مستشارين قانونيين للمؤسسات، أحدهما عضو في الهيئة العليا لدى غرفة التجارة الدولية والثاني عضو رديف فيها، ومن قاض رئيس لاحدى محاكم الاستئناف ومن مديري دائرتين قانونيتين تابعتين لمؤسستين كبيرتين، ومن ثلاث اعضاء عاملين في حقل التحكيم بينهم محاميان واحد المستشارين السابقين لدى محكمة النقض . ويعين اعضاء هذه اللجنة الاستشارية لمدة سنة قابلة للتجديد . ومن البديهي انه لايمكن للجنة الوطنية الفرنسية طرح اسماء الأعضاء كمحكمين خلال مدة ولايتهم في اللجنة الاستشارية المذكورة.

[1] - Frank Nicophore Yougone, arbitrage commercial international et devloppement these de doctorat en droit –universite de Bordeaux, p 20.

عندما تلجأ الأمانة العامة للهيئة العليا لدى غرفة التجارة الدولية إلى اللجنة الوطنية الفرنسية، يعمد المفوض العام لدى هذه اللجنة خلال مدة 24 ساعة إلى تشكيل قائمة من المحكمين المحتمل تعيينهم تضم حوالي عشرة اسماء تقريبا

كما صدر في لبنان قانون يرمي إلى تطوير العمل بالية الوساطة حيث جاء فيه أنه:

يجوز للقاضي أو للمحكمة الناظرة في النزاع من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الأطراف، ان تعرض حل النزاع عن طريق الواساطة .وفي حال موافقة كل فرقاء النزاع على ما عرضته المحكمة أو في حال وجود اتفاق خطي بينهم على اعتماد الوساطة، يجب على المحكمة ان تتوقف مؤقتا عن النظر في الدعوى تقرر احالة النزاع على الوساطة وتسمى لهم وسيطا. [1]

يمكن ان تتناول الوساطة كل مواضيع النزاع أو جزءا منها.

أثناء فترة الوساطة يمكن للقاضي أو للمحكمة اتخاذ كل التدابير التي تراها ضرورية.

[1] د/ عبد الحميد الاحدب مجلة التحكيم منشورات الحلبي الحقوقية العدد السادس عشر ص 214

يجب ان يتضمن القرار باحالة النزاع على الوساطة البيانات الاتية:

موافقة الأطراف - اسم الوسيط - مدة الوساطة

على ان لاتتعدى الثلاثة اشهر اعتبارا من تاريخ ابلاغ الوسيط المهمة، وتكون قابلة للتجديد مرة واحدة بموجب قرار قضائي بناءا على طلب الوسيط وبموافقة كل فرقاء النزاع.

.فور صدور القرار بتعيين الوسيط بتبلغه الفرقاء بواسطة قلم المحكمة، حيث تعجل الاتعاب، وفقا لما هو محدد في القرار، ومن ثم يبلغ الوسيط.[1]

يجب على شخص الذي يتولى مهمة الوساطة ان يستوفي الشروط الاتية:

- أن يكون غيرمحكوم عليه بجناية أو بجنحة شائنة.

- أن يحمل شهادة الكفاءة بممارسة مهنة الوساطة.

-أن يتمتع بالثقافة والخبرة التي تجعله مؤهلا وفقا لطبيعة النزاع بالقيام بمهمة الوساطة.

-أن يتمتع بالاستقلال والحياد عن فرقاء النزاع والالتزام بسر المهنة.

[1] د/ عبد الحميد الاحدب المرجع السابق، ص 215.

فور تبلغيه القرار بتعيينه، على الوسيط أن يبلغ المحكمة خطيا بموافقته على القيام بالمهمة الموكلة اليه، وذلك بموجب كتاب يؤكد فيه التزامه مبدأ الاستقلال والحياد عن فرقاء النزاع والسرية، ومن ثم يدعو الفرقاء لبدء جلسات الوساطة[1].

يمارس الوسيط مهمته باستقلال وحياد ويعمل على تحفيز وادارة الحوار بين اطراف النزاع ضمن الاحترام المتبادل والمساواة فيما بينهم.

لا يتمتع الوسيط بسلطة التحقيق، إلا أنّه ولضرورات مهمة الوساطة، وبموافقة كل الأطراف، يجوز له الاستماع إلى الأشخاص الثالثين برضاهم.

يطلع الوسيط المحكمة المحكمة على الصعوبات التي تعترضه خلال تاديته مهنته.

يجوز للقاضي أو للمحكمة وفي اي وقت، بناء على طلب الوسيط أو احد الأطراف، ان تضع حدا للوساطة، كما يعود اليها تقرر تلقائيا انتهاءها عندما يتبين لها ان حسن سير الوساطة لا يتم بشكل سليم.

[1] – لمزيد من التفصيل، أنظر، بشير الصليبي، الحلول البديلة للنزاعات المدنية، دار وائل للنشر والتوزيع – عمان – الأردن، الطبعة الأولى 2010، ص 17.

وفي جميع الحلات تعاد الدعوى إلى جدول المرافعات ويبلغ الفرقاء موعد جلسة المحاكمة، التي تقرر فيها المحكمة إذا ما كانتستضع حدا لمهمة الوسيط وتتابع النظر في الدعوى ويبلغ القرار إلى الوسيط.

بانقضاء المدة المقررة للوساطة، يبلغ الوسيط المحكمة خطيا إذا كان الأطراف قد توصلوا إلى اتفاق كلي أو جزئي حول النزاع ام لا، وتعود الدعوى مجددا إلى جدول المرافعات.

بناء على طلب الأطراف، تصادق المحكمة على الاتفاق الحاصل من خلال الوساطة والمرفوع اليها من قبلهم وتعطيه الصيغة التنفيذية .يجري بت طلب المصادقة بالصورة الرجائية.

عند انتهاء مهمة الوسيط يحدد القاضي أو المحكمة التي عينته مقدار اتعابه النهائية وكيفية توزيعها على أطراف النزاع، وبحق للوسيط، كما لأطراف النزاع، الاعتراض على هذا القرار امام المرجع الذي اتخذه في مهلة ثلاثة أيام من تاريخ التبليغ[1].

[1] -بشير الصليبي، المرجع السابق، ص 18..

يقدم الاعتراض بموجب استدعاء إلى قلم المحكمة، فتفصل فيه في غرفة المذاكرة بعد دعوة الخصوم[1].

ويكون الحكم الصادر بنتيجة الاعتراض غير خاضع لأي طريق من طرق الطعن.

أثناء فترة الوساطة يلتزم الوسيط، كما الفرقاءبالسرية التامة حول كل الطروحات والمداولات الجارية خلالها.

إنّ عمل الوسيط مقيد بسر المهنة، ولا يحق له في حال متابعة النزاع ان يدلى امام المحكمة بما لاحظه أو بما أثير خلال الوساطة، الا إذا وافق كل اطراف النزاع على ذلك ،دون ان يجوز، ولأي سبب كان، استعمال ذلك في دعوى أخرى خلال فترة الوساطة، تعلق مهل التقادم ولا تعود إلى السريان، الا بانتهاء الوساطة أو انقضاء المدة المحددة لها.

لا تخضع القرارات القاضية باللجوء إلى الوساطة أو بوقفها أو بتمديد مدتها إلى اي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية.

[1] – لمزيد من التفصيل، أنظر، بشير الصليبي، الحلول البديلة للنزاعات المدنية، دار وائل للنشر والتوزيع – عمان – الأردن، الطبعة الأولى 2010، ص 20.

يطرح هذا المشروع وسيلة حل حضارية جديدة تمكن المتاقضين من التوصل إلى حل للنزاع يختارونه بمطلق ارادتهم ،، ليخرجوا جميعهم رابحين قبل أن يلفظ القضاء حكمه ويكون من بينهم رابح وخاسر، اذ ان ما يميز الوساطة هو شعار" الرابح "فالوساطة القضائية بشكل عام، تتناول نواعا عالقا امام القضاء في اي مرحلة من المراحل التي يكون قد وصل اليها، شرط ان يكون هذا النزاع قابلا للصلح.

اما المشروع فقد تضمن في بعض مواده، بالاضافة إلى ما يعرف الوساطة القضائية وينظمها، نصوصا أخرى يمكن الاستفادة منها للشروع في تطبيق الوساطة الرضائية ،[1] إن عدم قوننة الوساطة الرضائية قد يسيء إلى مفهومها في حال عدم تنظيمها من خلال نص يحدد مواصفات بند الوساطة وعقد الوساطة وعدد ساعات برنامج تخصص الوسيط والتدريب السنوي المتواصل، بالاضافة إلى شروط استحداث مركز وساطة، والمراجع المختصة للنظر في كل النزاعات التي قد تنتج من تطبيقهذه الأمور.

[1] د/ عبد الحميد الاحدب المرجع السابق ص 217

إنّ التشريعات الحديثة في العالم قد ذهبت إلى ابعد من ذلك، فحددت ساعات التخصص لمن يريد ان يمارس مهنة الوساطة ، [1]بالاضافة إلى ساعات التدريب السنوي المتواصل، علما ان تلك الساعات تختلف بحسب نوع التخصص.

ففي فرنسا مثلا حددت ساعات تخصص دبلوم الوساطة في النزاعات العائلية بـــ 490ساعة وفقا للمرسوم رقم 1166-2005 تاريخ2003-12-2 ، وللقرار الصادر بتاريخ 2004-02-12 وذلك نظر لاهمية وخطورة التدخل في هذا النوع من النزاعات.

كما أنّ المجلس الوطني لنقابات المحامين في فرنسا بالتعاون مع مركز ايفومن، حدد ساعات التخصص في جامعة للمحامين الذين يرغبون في ممارسة مهنة الوساطة بمئة وخمسون(150) ساعة، وذلك بعد ان حسمت ساعات مواد القانون من البرنامج التعليمي على اساس ان المحامي سبق له ان تلقى تلك المواد خلال دراسته للحقوق.

وبالتالي، فان لتخصص الوسيط اهمية كبرى لا يجوز ابدا للمشرع التغاضي عنها، والا شكل ذلك خطرا على المتنازعين الذين يلجؤون إلى من هو غير

[1] د/ عبد الحميد الاحدب، المرجع السابق ص 221

متخصص ويدعى ممارسة مهنة الوساطة، فيزيد حدة الخلاف بينهم ويفرغ الوساطة من مضمونها أو مفهومها الصحيح.

أضف إلى ذلك، أن الشهادة العلمية لا تكفي وحدها لممارسة مهنة الوساطة، بل على الوسيط ان يتمتع بالخبرة، وذلك من خلال عدد ساعات معينة من التدرج ليكون مؤهلا للاضطلاع بتلك المهنة.

أما عن السلوكية اثناء فترة الوساطة فيجب ان يتمتع الوسيط بالاستقلالية والحياد عن فرقاء النزاع، شأنه شأن المحكم في التحكيم، وهذا ما يجب ان يتعهد به خطيا قبل مباشرة مهمته وان يستمر عليه طيلة فترة الوساطة[1].

لكن الالتزام الأهم في سلوكية الوسيط والذي هو من جوهر مميزات الوساطة، هو الالتزام بسر المهنة ،فلا يبوح الوسيط باي من الامور التي تم التباحث بها ولا باي من الاقتراحات التي تم عرضها من اي من فرقاء النزاع، وهذا الالتزام بالسرية يشمل طكل اطراف النزاع وكل الاشخاص الذين حضروا جلسات الوساطة من محامين ومستثمارين وخبراء وغيرهم من الأشخاص.

[1] – لمزيد من التفصيل، أنظر، بشير الصليبي، الحلول البديلة للنزاعات المدنية، دار وائل للنشر والتوزيع – عمان – الأردن، الطبعة الأولى 2010، ص 30.

كماتنبه مشروع القانون إلى مهل التقادم أثناء فترة الوساطة، الأمر الذي تحاول استدراكه بعض التشريعات الأجنبية في الوقت الحالي كالتشريع الفرنسي، وذلك عن طريق ادخال هذا التعديل على قانون الوساطة الحالي، إذ تبين أن البعض يلجأ إلى الوساطة عن سؤ نية بهدف تمرير مهل الادعاء التي تكون متاحة أمام الطرف الآخر، فتندمج مهلة الادعاء خلال فترة الوساطة، ويخسر الطرف الآخر حقه في مراجعة القضاء لذلك اتت المادة/11/ من مشروع القانون اللبناني لتتنبه إلى تلك المسألة، فنصت على تعليق مهل التقادم خلال فترة الوساطة كى لا يضيع على أحد حقه في مراجعة القضاء بسبب محاولته حل النزاع عن طريق الوساطة.[1]

وفي الجزائر يمكن اعتبار تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة 2008 مساهمة أخرى من المشرع في إثراء مسألة العدالة البديلة، هذه الأخيرة وإن كانت متفرقة في القوانين الجزائرية على غرار الصلح الإجباري في مادة قانون الأسرة، وقانون العمل بالنسبة لمنازعات العمل بنوعيه، نجد أنّه نظم في القانون الجديد الصلح الاختياري في مختلف المواد.

[1] – عبد الحميد الاحدب مجلة التحكيم منشورات الحلبي الحقوقية العدد السادس عشر ص225

كما أنّه في مجال التحكيم يمكن القول أنّ هذه المؤسسة كانت منظمة قبل التعديل، غير أنّ ما يميّزها بعده هي محاولة جعلها كوسيلة للإصلاح بين أطراف الدعوى، يتجلى ذلك من خلال إمكانية اللجوء للتحكيم بالنسبة للأطراف، والنزاع مطروح أمام القضاء فيعمل القضاء فيما بعد على تثبيته.

غير أنّ ما جدّ في هذا القانون هو إضافة طريق آخر وهو الوساطة القضائية، هذا النظام الجديد جاء المرسوم التنفيذي 100/09 [1] الذي حدّد كيفية تعيين الوسيط القضائي والذي من شأنه إدخال ممارسة جديدة في مجال حلّ النزاعات.

[1] – مرسوم تنفيذي 100/09 مؤرخ في 10 مارس 2009، يحدّد كيفية تعيين الوسيط القضائي، المنشور في الجريدة الرسمية، العدد 16، لسنة 23 أفريل 2009.

المطلب الثاني:

من حيث الموضوع.

مع التطور والتنوع الكبير في بعض المنازعات المرتبطة ببعض الانشطة برز ت ضرورة التفكير في وضع اليات تنمي دور العدالة البديلة وبخاصة لاهميتها الاقتصادية ففي في صناعة الانشاءات مثلا نرى امتعاض المقاول الدائم من انشغال المهندس وبطئه في استجابة الرد على مطالبات، اتهام المقاولين للمهندسين بالتحيز وعدم الحيادية في اثناء دراسة المطالبات، والرد عليها لصالح المالك الذي يستخدمه ويدفع له اتعابه، كل هذا دعا إلى ادخال طرف ثالث محايد من خارج اطراف المشروع[1].

بحيث تكون مهمته الرئيسية هي:

- فض النزاعات المتأتية عن المطالبات غير المتوافق عليها.

- إعطاء نصائح وحلول لمنع تفاقم الاوضاع والنزاعات خلال تنفيذعقود الانشاءات.

[1] – عبد الحميد الاحدب ، المرجع السابق، ص226.

وعليه تم ايجاد آلية تعرف بمجلس فض المنازعات

فمجلس فض النزاعات هو شكل من اشكال الوسائل البديلة لفض النزاعات هو ليس وساطة أو تحكيما أو تقاضيا.

في مجلس فض النزاعات، مثل معظم الإجراءات المتبعة في الوسائل البديلة لفض النزاعات، يفوض طرف ثالث محايد ليساعد في إجراءات حل النزاعات.

عملية فض النزاع بواسطة مجلس فض النزاعات تتم عن طريق قواعد العدالة والانصاف الطبيعية[1].

أطراف النزاع يجب ان يكونوا ملمين بالقضية المطلوب الفصل فيها، ويجب ان يعطوا الفرصة بالتساوي ليعرضوا وجهة نظر هم ودفوعهم.

بعكس التقاضي والتحكيم فان مجلس فض النزاع لا يخضع لرقابة القضاء أو الانظمة القانونية.

[1] د/ عبد الحميد الاحدب مجلة التحكيم منشورات الحلبي الحقوقية العدد السادس عشر ص230

مجلس فض النزاعات أو مجلس مراجعة النزاعات يمكن تعريفه بانه اداة لفض النزاعات في الموقع.

وعادةيضم هذا المجلس، اما شخصا واحد أو ثلاثة اشخاص أو أكثر حسب تعقيد المشروع ويجب ان يكونوا من الاشخاص المستقلين وغير المتحيزين ومن ذوي الاختصاص والكفاءة، والذين يختارهم طرفا العقد.[1]

اسباب نجاح هذه الوسيلة لفض النزاعات وتفضيلها عن غيرها من الوسائل البديلة في المشاريع الانشائية:

- المتابعة من اعضاء مجلس فض النزاعات منذ بداية المشروع.

- يطلع على جميع اوراق ومستندات المشروع من البداية ويدرسها . يقوم بزيارات دورية لمواقع العمل.

-يبقى على اطلاع دائم على تطور الأعمال وتقدمها والعقبات التي تعترضها، وترسل إليه جميع التقارير والمستندات المهمة من تقارير تقدم العمل وبرنامج الاعمال وغيرها، بحيث يصبح المجلس جزءا من المشروع ويمكنه التأثير أداء فريقي العقد ايجابيا.

[1] د/ عبد الحميد الاحدب مجلة التحكيم منشورات الحلبي الحقوقية العدد السادس عشر ص 231.

ويمكن القول ان مجلس فض النزاعات هو صنيعة العقد وارادة طرفيه[1] وفي بعض العقود النموذجية يمكن اعطاء المجلس صلاحيات اتخاذ قرارات ملزمة.

الفكرة الاساسية لمجلس فض النزاعات هي امكانية دعوته في وقت مبكر لفض اي نزاع جدي يمكن ان ينشأ أو يتطور بين طرفي العقد دون ان يتمكنا من حله واعطاء قرار أو توصية سريعة لكيفية أو امكانية حل هذا النزاع.

مع امكانية اللجوء إلى التحكيم أو إلى القضاء إذا لم يوافق احد الأطراف على الحل المقترح خلال فترة محددة تدرج في العقد.

فكرة مجلس فض النزاعات نشأت في الولايات المتحدة الاميركية حيث استعملت لأكثر من 60 عاما لمنع النزاعات في المشاريع الانشائية الكبرى وخصوصا السدود ومشاريع المياه الكبرى واعمال البنية التحتية وبالتالي حلها.

[1] للتفصيل انظر منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار المعارف، الإسكندرية، طبعة سنة 2000ص"20

أول مشروع احيل على مجلس فض النزاعات سنة 1960 كان مشروع انشاء سد واشنطن الحدودي حيث طلب من" المجلس الاستشاري اكمال العمل واتخاذ قرارات، بمايخص النزاعات الناشئة بين طرفي العقد.

حتى تاريخه هنالك أكثر من1000 مشروع كبير في الولايات المتحدة الأميركية بقيمة حوالي 90 مليار دولار تم تنفيذها مستخدمين فيها مجلس فض النزاعات، منها حوالي 20 حالة فقط، تم اللجوءفيها إلى التحكيم أو القضاء.

هنالك أكثر من 14 دولة حتى تاريخه تعتمد مجلس فض النزاعات في عقودها الانشائية بشكل الزامي.

إن هذه الطريقة مناسبة ومثالية في المشاريع الانشائية الكبيرة والمتعددة، اعتمادها بدأ سنة 1996 الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين -الفيديك"، مع إصدار ملاحق لعقودها النموذجية توصى باستخدام هذه الوسيلة كوسيلة مفضلة لفض النزاعات[1].

[1] – عبد الحميد الأحدب، المرجع السابق، ص 233.

سنة 1999 اصدر الفيديك نماذجه الاربعة الجديدة للعقود الانشائية، وقد ادرج فيها اللجوء إلى مجلس فض النزاعات من ضمن إجراءات فض النزاعات وكخطوة اولى الزامية.

اصدرت المملكة المتحدة، نظاما يفرض ادراج بند " اعتماد "مجلس فض النزاعات "في جميع العقود الانشائية، بناء على القانون الصادر بتاريخ 1996 .

وفي أكتوبر 2004 أصدرت غرفة التجارة الدولية في باريس، قواعد تفصيلية لعمل مجلس فض النزاعات، وشجعت اللجوء إلى هذه الطريقة لفض النزاعات، فضلا عن أن صناعة الإنشاءات لها سمعة سيئة بالنسبة إلى النزاعات والخلافات ،

بحيث أن % 50 من المصاريف القانونية المرتبطة بصناعة الانشاءات تنفق على فض النزاعات.

تقريبا في 10% من المشاريع الأنشائية ينفق ما نسبته8% إلى 10%من قيمة المشروع الاجمالية على الناحية القانونية بسبب النزاعات والخلافات التي تنشا خلال تنفيذ هذه المشاريع[1].

[1] د/ عبد الحميد الاحدب مجلة التحكيم منشورات الحلبي الحقوقية العدد السادس عشر ص235

فضلا عن أن كل مشروع إنشائي له خصوصيته وتعقيداته، مما يزيد الامر تعقيدا، بحيث لا يوجد ارشيف موحد للمشاريع يمكن الرجوع اليه واعتماده لحل النزاعات في هذه الصناعة.

وقد توسع عقد " فيديك "في بيان طريقة اختيار أعضاء المجلس وصلاحياتهم، بحيث ورد ان مجلس فض الخلافات يفض الخلافات اعمالا لاحكام المادة (4/20) ويتعين على الفريقين ان يسميا اعضاء المجلس بصورة مشتركة ضمن التاريخ المحدد في ملحق عرض المناقصة، يتكون" المجلس "من عضو واحد أو ثلاثة اعضاء، كما هو محدد في ملحق عرض المناقصة، من اشخاص ذوي تاهيل مناسب.

اذا كان "المجلس "يتكون من ثلاثة اعضاء يسمى كل فريق عضوا واحدا للحصول على موافقة الفريق الآخر عليه، ومن ثم يتشاور الفريقان مع العضوين المعينين للاتفاق على العضور الثالث، والذي يعين رئيسا للمجلس .على انه إذا كانت هنالك قائمة خبراء مشارا اليها في اتفاقية العقد، فانه يتم اختيار اسماء الأعضاء من بين الاسماء الواردة فيها، باستثناء اي شخص غير قادر أو غير راغب في قبول التعيين كعضو في المجلس.[1]

[1] عبد الحميد الاحدب مجلة التحكيم منشورات الحلبي الحقوقية العدد السادس عشر، ص 236.

تصاغ الاتفاقية بين الفريقين وعضو المجلس الوحيد بحيث يشار إلى الشروط العامة المتعلقة" باتفاقية فض الخلافا "المرفقة كملحق بهذه الشروط العامة للعقد، مع ادخال اية تعديلات يتفق عليها في ما بينهم.

.اذا نشأ خلاف من أي نوع بين الفريقين، بخصوص العقد أو تنفيذ الاشغال، بما في ذلك أي خلاف على اي شهادة أو تقديرات أو تعليمات أو رأي أو تحديد قيمة من قبل المهندس، فانه يمكن لأي فريق احالة الخلاف خطيا إلى "المجلس " لدراسته واتخاذ قرار في شأنه، مع ارسال نسختين من ذلك الاشعار إلى الفريق الاخر والمهندس، مع التنويه بأن إحالة الخلاف هذه، تتم وفقا لاحكام هذه المادة واذا كان " المجلس "مكونا من ثلاثة أعضاء، فان المجلس يعتبر انه قد تسلم اشعار احالة الخلاف اليه وفقا لاحكام هذه " المادة " بالتاريخ الذي يتسلم رئيس المجلس مثل هذه الاشعار.

يتعين على الفريقين أن يقدما إلى المجلس كل المعلومات الاضافية بدون توان، وان يوفرا امكانية الدخول إلى الموقع والتسهيلات المناسبةالتي يطلبها " المجلس "لغرض تمكين المجلس من اتخاذ قرار في شأن ذلك الخلاف، ويفرض ضمانا أن المجلس لن يعمل كهيئة تحكيم[1].

[1] عبد الحميد الاحدب ، المرجع السابق، ص 238.

يتعين على المجلس خلال مدة لاتتجاوز (84) يوما من تاريخ تسلمه اشعار احالة الخلاف اليه أو خلال اية فترة أخرى يقترحها المجلس ويوافق عليها الفريقان، أن يتخذ قراره في شأنه، ويشترط في هذا القرار ان يكون معللا، وأن ينوه فيه على انه يصدر عملا باحكام هذه المادة.

ويعتبر هذا القرار ملزما للفريقين ويتعين عليهما تنفيذه واذا لم يرتض اي فريق بقرار " المجلس "فعليه خلال (28) يوما من تاريخ تسلمه القرار، ان يرسل اشعارا إلى الفريق الاخر يعلمه فيه بعدم رضاءه.

في أي من هاتين الحالتين، يتعين بيان موضوع الخلاف وأسباب عدم الرضى في ذلك الإشعار[1].

"الفيديك "يحتوي على اتفاق نموذجي مفصل لحل النزاع عن طريق مجلس فض النزاعات.

عقود" الفيديك "النموذجية تحتوي على اطار عام لتأسيس، تنفيذ وادارة مجلس فض النزاعات (Adjudication) كأداة فاعلة لفض النزاعات.

[1] عبد الحميد الاحدب المرجع السابق، ص 239.

عادة يتألف مجلس فض النزاعات من ثلاثة اعضاء ،ولكن في المشاريع الصغيرة يمكن ان يتكون من شخص واحد، كما يمكن في المشاريع الكبيرة المعقدة والمتعددة الاختصاصات اللجوء إلى أكبر عدد من الأعضاء مثل" خمسة أعضاء متعددي الاختصاصات بحيث يختار رئيس المجلس منهم حسب نوع النزاع الناشيء[1].

[1] – للتفصيل انظر كذلك وجدي راغب، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، دار الفكر العربي، القاهرة طبعة عام 1978، ص30.

المبحث الثاني:

في النظام الانجلوامريكي.

يتم حل الاغلبية العظمى من النزاعات التجارية الدولية عبر التحكيم ويتمثل احد اسباب جاذبيته في حيادية المحكمة التي يجري فيها بالنسبة إلى معظم ان لم تكن على وجه التأكيد بالنسبة إلى كل الأطراف الذين يتعلقون بحل النزاع على هذا النحو. وترجع هذه الحيادية ضمن بعض العوامل الأخرى إلى هذا الاطار الاجرائي الذي لا يمثل المنطقة الخاصة باي من الطرفين.

ولا تتاح الحيادية بهذا المعنى في المحاكم المحلية حيث انها تطبق دائما القانون الاجرائي الخاص بها . وتسمح إجراءات التحكيم مقابل ذلك باستخدام قواعد مصنوعة وفقا لطلب الأطراف، أو لتناسب الاحتياجات والتوقعات المحددة لأطراف النزاع.

وقد ارتبط ظهور هذه القواعد الخاصة بشكل مباشر بالدرجة الرفيعة من الاستقلالية السائدة للأطراف في هذا المجال. [1] وغالبا ما تصادق الدولة بدورها على حرية اطراف النزاع أو المحكمين في تشكيل الإجراءات .واعتبار إجراءات التحكيم من الناحية المبدئية مسالة متروكة لاشتراط الأطراف، مما هو متضمن

[1] جواشيم زيكول الإجراءات المدنية المقارنة كتاب أكسفورد للقانون المقارن مجلد الثاني، الشبكة العربية للابحاث والنشر بيروت 2010 ص1959

سلفا في القواعد المتبناة على نطاق واسع في اتفاقية نيويورك 1958 المتبناة بشكل واسع .

ويؤكد القانون النموذجي بشأُن التحكيم التجاري الدولي الصادر عن لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي هذه الحرية وتبين ان الأطراف أحرار من حيث المبدأ في الاتفاق على الإجراء الواجب الاتباع من قبل محكمة التحكيم في إجراءات التحكيم، وفضلا عن ذلك فإن على محكمة التحكيم في غياب مثل هذا الاتفاق ان تجري التحكيم بالأسلوب الذي تراه ملائما، وتمتد سلطتها في ذلك لتشمل تحديد كل من قبول أية دليل[1].

[1] – هشام خالد، معيار دولية التحكيم التجاري دار النشر الاسكندرية لسنة 2008، ص 30.

المطلب الأول:

مبررات تطوير العلاقة بين العدالتين في النظام الأنجلوامريكي

إن الأخذ بالقانون النموذجي الواسع قد دفعت اليه الاستراتيجيات التنافسية الواضحة وقد ايدت الحكومة الالمانية[1] على سبيل المثال تنبيه عن طريق تصريحها بعبارات لا لبس فيها عن الرغبة في دفع قانون الإجراءات الألماني ، ليكون على وفاق مع المعايير الدولية الحديثة مما يجعل ألمانيا مكانا أكثر جاذبية لتقديم خدمات تحكيمية قيمة .

وكان القانون النموذجي للجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي لإجراءات التحكيم بواعث اضافية لها دورها في هذا ومن ذلك قواعد التحكيم التي اصدرتها عام1982 لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ونظم التحكيم المؤسساتي، مثل قواعد التحكيم والتوفيق للغرفة التجارية الدولية في باريس، إلى جانب قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي. ومما له تأثير خاص في التنظيم المتزايد لأخذ الأدلة في التحكيم التجاري الدولي[2] قواعد نقابة المحامين الدولية وهي القواعد

[1] ERIFIKS-MODELS OF general court – connectral conciliation and mediation For commercial disputes in sundenaustralia and jopan zeitschrift fur jopaniches re'cht= مجلة القانون الياباني max-plank institut fur auslandisches and internationales privtrecht-hamburg germanny .25-2008-1151

[2] - Suzanne Ouellet −la gestion de l’instance est l’outil qui va Permettreune véritable accessibilité À la justice -raport d activite de la cour superieure du queebec –cour du queebe juin 2010page 20.

التي حققت توازنا موفقا في ما بين التقاليد القانونية المتنوعة في هذا المجال. وإذا تتناقض هذه القواعد بهذا مع وجهة النظر السائدة في بعض الاختصاصات القضائية في القانون المدني فإنها تبدأ من المقدمة القاضية بأن الاستكشاف الية مهمة . وعلى سبيل المثال فإن قواعد نقابة المحامين الدولية تمنع اسلوب الولايات المتحدة في اصطياد الطرف الآخر [1].

ويشمل ذلك صنف الوثيقة المطلوبة أو وصفها وصفا تفصيليا دقيقا بما في ذلك موضوع الوثيقة المطلوبة إلى جانب وصف مدى مناسبة الوثيقة لنتائج القضية. وفضلا عن ذلك فإن إدارة التحكيم تجتهد في ممارسة قدر من الضبط في عملية الاستكشاف أكثر مما تفعله المحاكم الأمريكية .

وفي ضوء الملامح الخاصة بحلول النزاعات السائدة في التحكيم الدولي فإن الافتراض الشعبي الذي وجد حينها بشان امركة إجراءات التحكيم التجاري الدولي قد تحول إلى أن يكون بلا أساس . وقد أثبت فعلا نموذج نظام شبه المحايد الذي تم قياسه بدقة وضبط وصوله إلى الأدلة انه مصدر الهام لواضعي مشروع مبادئ الإجراءات المدنية العابرة للحدود الذين سعوا إلى إيجاد حل وسط بين الممارسة الأمريكية ومقابلاتها الأجنبية

[1] – لمزيد من التفصل، إبراهيم الدسوقي أبو الليل تسوية وتحكيم المنازعات التجارية الدولية وفقا لنظام منظمة التجارة العالمية مجلة التحكيم العالمية العدد26 سنة 2015، ص 200.

وغالبا ما يتبنى النشطاء الاساسيون إجراءات التحكيم وهما محكمة التحكيم والمحامون الأطراف في القضية ملتزمين بقواعد نقابة المحامين الدولية أو أية مؤشرات مؤسسية أخرى كليا أو جزئيا في بعض الحالات أو على أساس انتقائي وإن الاعتماد على هذه القواعد من شانه ان يضمن الحياد ويقلل الاحتكاك بين ممثلي التقاليد القانونية المختلفة. وفي حين أن هذا التعميم صحيح تاريخيا فإن للمرء أن يضيف هذه القواعد التي يترجح موافقتها لتوقعات المهنيين[1].

وبالاضافة إلى ذلك، فإن المشتغلين القانونيين الدوليين هم الذين قاموا إلى حد كبير بصياغة هذه القواعد وذلك لخدمة المشتغلين القانونيين الدوليين في اماكن مثل لندن وجنيف واستكهولم ونيويورك. و قد اصبح بعض افراد هؤلاء المشتغلين ممثلين عالميين لمهنتهم. ورغم ان الراجح أن تخلق الثقافة القانونية التي تعلم فيها هؤلاء المشتغلون بعض التوقعات المتميزة والأساليب القانونية الخاصة فإن عددا متزايدا من هؤلاء الافراد قد أصبحوا أقل التصاقا بخلفيتهم مما كان عليه أسلافهم.

[1] – هشام خالد، معيار دولية التحكيم التجاري دار النشر الاسكندرية لسنة 2008، ص 240.

إن الحديث لم يعد عن عن محتوى إجراءات هذه الاليات البديلة لحل النزعات. و انما الذي يحرك هذه الاليات التي هي الاحتياجات المحددة السائدة في ثقافات النزاع المتميزة التي قد تختلف اختلافا كبيرا وبالنظر إلى وجه الخصوص إلى التوقعات والخطط المندرجة في عملية بناء الاجماع حتى داخل الهياكل المتمثلة لعمليات التفاوض.[1].

إن هذه القواعد والنظم متفتحة على التغيير في نهاية أحد طرفيها الذي يمكن تسميته بالعناصر المحورية للنظام الإجرائي كما يمكن مثل هذه القواعد أن تكون اهدافا سهلة للتنسيق وخاصة الأحوال التي تتطلب خطط التكامل في السوق لتحقيق ذلك

عنصرين أساسيين يخصان الإجراءات المدنية الأمريكية، وهما :مشاركة المحلفين والاستكشاف اللذان كانا موضوع اختبار شامل فالجذور السياسية والثقافية لمحاكمات المختلفين محددة وقوية على النحو لا يمكن الشك فيه، في حين أن الأمور ليست بهذه البساطة في ما يتعلق بالمتنوع الأمريكي للاستكشاف ويعكس نظام المحلفين الشعبيين، القيم الأمريكية الثقافي والسياسية؛ مثل المساواة والانتماء الشعبي.

[1] جواشيم زيكول الإجراءات المدنية المقارنة كتاب أكسفورد للقانون المقارن مجلد الثاني، الشبكة العربية للابحاث والنشر بيروت 2010 ص1961

وهذه الملاحظة قديمة، ويشترك في متابعتها العديدون حتى من بين المراقبين غير الامريكيين وقد نظر الرحالة الفرنسي اليكس دي توكفيل في هذه منذ عام1935 إلى المحلفين على أنهم العنصر الأساسي في الديمقراطية الأمريكية، وذلك حينما ذكر أن المحلفين الذي يشكلون أكثر الوسائل فعالية في جعل الشعب هو الذي يحكم، هم أيضا أهم الوسائل المؤثرة .

ولعلّ الاستكشاف الأمريكي السابق على المحاكمة ربما هو الاخريشكل تعبيراً عن التفصيلات الثقافية، وعليه فان القضاة الأمريكيين الذين ينظرون في الدعاوى الجماعية، ويجيزون أساساً للقليل تمثيل الكثير، قد منعوا بهذا منعا مؤثرا من المتابعة الفردية لهذا النوع من الدعاوى[1].

ويبقى هذا الاستنتاج من جهة أخرى لا يفسر الاتساع للاستكشاف، وتدخله، والغياب النسبي للاشراف القضائي في هذه العملية. لكن ما الأسباب التي أدت إلى اختلاف هذا الأسلوب الاجرائي عن الأساليب الأجنبية المناظرة له، بما يشمل القوانين المبنية على السوابق القضائية الأخرى؟ وغالباً ما يرد الزعم بأن هذه الأسباب تكمن في التقاليد الأمريكية الأوسع. . وضغوط جماعات المصالح غير ان الأرجح ألا تكون هذه التقاليد قديمة، وأن ضغوط جماعات المصالح كانت فى أكثر من اتجاه، ذلك أن الاستكشاف الأمريكي من ابداع القرن العشرين.

[1] – جواشيم زيكول، المرجع السابق، ص 1962.

ورغم أن هذا النمط من التفكير المقارن ليس واسع الانتشار في الكتابات القانونية الأمريكية .إلا أنه ليس غائبا تماما .والمثال الأبرز لذلك هو ما تضمنته مقال جون الانغبين القانونية . المنشورة عام1985 بعنوان : المـــزيـــة الألمانية في الإجراءات الـــمـــدنيـــة، و يستدل على أن الاستكشاف يبدد الموارد الخاصة . وأنه يؤدي إلى إيجاد الوقائع الحقيقية .ويستلزم وصولا أكثر توازنا للعدالة .ثم إنه محدود بهؤلاء الذين يمكنهم أن يتحملوا تكلفة المحامين. وفي المقابل :فإن الإجراءات التي تتمحور أكثر حول عمل القاضي المعمول بها في المانيا ستساعد على تجنب معظم هذه العيوب وفي حين لم تكن ردود الفعل المباشرة جميعها سلبية تماما فإن أغلبها كان انتقاديا ربما للنظام الأمريكي .[1]

[1] جواشيم زيكول الإجراءات المدنية المقارنة كتاب أكسفورد للقانون المقارن مجلد الثاني، الشبكة العربية للابحاث والنشر بيروت 2010 ص1964

المطلب الثاني:

تطبيقات لفكرة افاق تطوير العلاقة بين العدالتين في النظام الأنجلوأمريكي.

ان دور العدالة البديلة سوف يتضاعف مع النزاعات التي تكون فيها مبالغ مالية كبيرة محل نزاع وتلك التي تكون فيها الأطراف والسعي لمعالجة إعلانية يبدو أكثر انتشارا اليوم .كان هناك أهمية كبير للزيادة في التقاضي بالنسبة لمنازعات الأوراق المالية[1]، وخاصة في الولايات المتحدة، والذي بدوره له آثار عميقة على المساهمين، المقترضين وغيرها من الشركات. النزاعات الداخلية المتعلقة بالإدارة من الشركات، مثل حقوق المساهمين ومطالبات التعويض، ، وهي إجراءات منتشرة على نطاق واسع أيضا. بالإضافة إلى ذلك، إجراءات العمل ، في كثير من الأحيان التي تحتوي على قضايا متعددة وأطراف متعددة تسعى لحل .

[1] Suzanne Ouellet−la gestion de l’instance est l’outil qui va Permettreune véritable accessibilité À la justice-raport d activite de la cour superieure du queebec –cour du queebe juin 2010page25.

وعليه يمكن إبراز أهم تطبيقات فكرة آفاق تطوير العلاقة بين عدالة الدولة والعدالة البديلة في النظام الأنجلوأمريكي من خلال:

الفرع الأول:

في مجال المحروقات.

إن المسؤولية المتعلقة بالمنتجات، والامتيازات، والملكية الفكرية قد ظهرت في المقدمة من المنازعات التجارية.الإفلاس والإعسار فبالنسبة للممارسين هي أكثر انشغالا بكثير، مما كانت عليه قبل الركود في الولايات المتحدة ووسط كندا. أما في غرب كندا، فإن هذه الزيادة في التقاضي جاءت تبعا لأزمة أسعار الغاز الطبيعي واستمرار تداعيات أزمة الائتمان للفترة 2008–2009 ، ويتوقع ازدياد حالات التقاضي مع ارتفاع أسعار الغاز الطبيعي حيث سيدفع المقرضون المقترضين إلى الإفلاس[1].

وينصح الشركات الكندية بشكل جيد بإدراج بنود شاملة تحدد العملية المرغوبة، فضلا عن آليات حل نزاع أسعار الشراء التي تم النظر فيها بعناية، والتي تشمل تعريف المصطلحات ذات الصلة .

[1] Geoff Shaw, Frank M. Vettese and Allan J. Guty–TALKINGPOINT: RESOLVING COMMERCIAL DISPUTES IN CANADA–Published byFinancier Worldwide Birmingham United Kingdom.2012. p.22

على سبيل المثال، يمكن أن تنص البنودالإشارة إلى استخدام الخبراء الذين يمكن أن يعالجوا بعض مجالات الحكم لإدارة التكاليف .

كما يمكن أن تنص على أن التحكيم أو الوساطة تنعقد في كندا، وتحكمها قوانين كندا في محكمة كندية.

وقد ترغب الشركات أيضا في النظر في ما إذا كان تقديمها للمساعدة المؤقتة أو الفورية في حالة نشوب نزاع، لأن المحاكم مترددة في إصدار الأوامردون جلسة استماع[1].

[1] - Geoff Shaw, Frank M. Vettese and Allan J. Guty, Op.cit, p 24.

الفرع الثاني:

في المجال الرياضي.

في كندا منذ عام 1994، وافق المجلس الرياضي الكندي على مفهوم الطرق البديلة لحل النزاعات في مؤتمره السنوي.

وللعمل على تعزيز هذا المفهوم أوصت اللجنة باستقلال هذه الوسائل وأصدر المجلس طلبا لتقديم مقترحات بشأن تنفيذه.

وقد منح العقد إلى مركز الرياضة والقانون، وبحلول فبراير 1996، بمساعدة مالية من رياضة كندا، تم إطلاق برنامج الطرق البديلة لحل النزاعات، كبرنامج يتضمن إنشاء شبكة وطنية من برامج الطرق البديلة لحل النزاعات التي من خلالها يمكن تقاسم العناصر المشتركة لبرنامج الطرق البديلة من أجل المنفعة المتبأدلة.

وأجريت دراسة عام 1998 من قبل مركز الرياضة والقانون، وكانت هناك وجهات نظر مشتركة للطرق البديلة لحل النزاعات الرياضية لها أهمية في جميع الولايات القضائية[1].

[1] كما استعملت أيضا هذه الوسائل لحل بعض النشاطات المستعصية في الولايات المتحدة الامريكية ومنها مسالة النفايات الخطيرة للتفصيل انظر:

John Stewart Andrew-The Role Of Alternative Dispute Resolution In Resolving Waste Management Conflict-National Library Of Canada-1999;10

الفرع الثالث:

في مجال تصنيع السيارات.

بالرجوع إلى الاقتصاد الكندي، فإنّه يتم شراء أكثر من 100،000 مركبة كل شهر وعليه أنشئت في عام 1994، خطة التحكيم الكندية (CAMVAP) وهو أكبر برنامج تحكيم موجه إلى المستهلكين في كندا، بما في ذلك معظم السيارات والشاحنات الخفيفة والسيارات الرياضية متعددة الاغراض والشاحنات والسيارات لاستخدامات متعددة المصنعة محليا أو في الخارج ولكن شراؤها أو تأجيرها في كندا[1].

ويقدر برنامج كامفاب أن ما يقرب من 4.5 مليون سيارة مؤهلة للبرنامج في وقت أو آخر، بناء على تقدير المبيعات في كندا و كامفاب هي خدمة التحكيم الحرة (بالنسبة للمستهلكين)، يدفع ثمنها من قبل شركات صناعة السيارات المشاركة، التي تسمح للمستهلكين والمصنعين لحل النزاعات على مزاعم عيوب التصنيع أو تطبيق ضمان السيارة الجديدةCAM VAP هي أيضا شركة غير ربحية مستأجرة من الحكومة الفدرالية، والتي لديها مجلس من 11 عضوا يتألف من ممثلين عن حكومات المقاطعات والأقاليم (4 الممثلين)، جمعية

[1] - Geoff Shaw, Frank M. Vettese and Allan J. Guty, Op.cit, p 26.

المستهلكين (2 الممثلين)، الشركات المصنعة من السيارات (4 ممثلين) وتجار السيارات.

ويمكن أن يؤدي تصميم وتشغيل كامفاب إلى عدد من السيناريوهات المختلفة لتسوية المنازعات، وهذا بعض منها:

•تقوم الشركة المصنعة والمستهلك بحل المشكلة بعد أن يبدأ المستهلك في الاستفسار عن البرنامج .

•يتم تنظيم المسالة بين المستهلك والمصنع بعد أن يكون المستهلك قد قدم طلبا في إطار البرنامج ولكن قبل سماع جلسة الاستماع[1].

• يستمع المحكم إلى السؤال ويقوم بعد ذلك باتخاذ قرار بناء على الأدلة المقدمة من المستهلك والمصنع.

• يقوم المستهلك والشركة المصنعة بحل المشكلة في جلسة الاستماع: يصبح التسوية قرار المحكم.

دور كامفاب هو توفير منتدى محايد لتسوية المنازعات، أي وضع المستهلك والشركة المصنعة في وجود قاضي مستقل، الذي سيتخذ قرارا بناء على الأدلة المقدمة، وليس المقصود منها الدفاع عن مصالح أي من الطرفين.

[1] – للتفصيل أنظر، غسان رباح – قانون حماية المستهلك الجديد – منشورات زين الحقوقية – بيروت 2006، ص 170.

ويقول مسؤولو برنامج كامفاب علنا أن العملية تستغرق حوالي 70 يوما، وبلغ متوسط وقت المعالجة لجميع القضايا المحكومة أو الموافق عليها 61 يوما تقريبا في عام 1999 و60 يوماتقريبا في عام 2000.

وكان مسؤول إدارة المقاطعة في كامفاب يقوم بتنظيم جلسة استماع في موعد لا يتجاوز 50 يوما بعد استلام النموذج الذي أكمله المستهلك على النحو الواجب .وفي جلسة الاستماع، يجوز للمحكم أن يأمر بإجراء فحص تقني مستقل للمركبة .وقد يكون الممثلون والمستهلكون والمصنعون حاضرين و يقوم الفنيون المعتمدون من الجهاز المركزي للمحاسبات بإعداد تقرير، يتم تمريره إلى الأطراف ويستخدم لاحقا في عملية التحكيم، ومثل بقية العملية، فإن المراقبة مجانية للمستهلك[1].

[1] David clarck et kernghan webb-mecanismes privee de reglement de litigs de consomation http strategis_icgcca

الخاتمة

في خاتمة هذه الدراسة يمكن القول أنّ العدالة البديلة لم تكن محل ثقة من عدالة الدولة، بل كانت في بدايتها تتجه نحو التصادم من خلال بعض المظاهر وبعض التطبيقات في مجالات العدالة البديلة، وهي التحكيم والصلح والوساطة، وفي ظل النظام اللاتيني بدأت إرهاصات تعاظمها الأولى من خلال مؤسسة التحكيم في إطار المنازعات التجارية خاصة، واتجهت بعض دساتير الدول لجعل المحكم يتميز بنظام مستقل خاص به، إلاّ أنّ تضمينه في قوانين كان متأخرا نوعا ما.

في حين أنّ تطور فكرة التصادم بين العدالتين قد أبرزته بعض المؤشرات ومنها: تمويل التقاضي وزيادة أعبائه، ومزاحمة القضاء للوظيفة التحكيمية في حد ذاتها بداية، وكذلك فاعلية القضاء.

وعليه، فإنّ تكريس فكرة التصادم وبسط سيادة الدول على قضائها نجده في أمثلة عديدة؛ مثل منظومة القوانين الأوروبية، التي ألزمت الرجوع للقوانين الوطنية لإعطاء القرارات التي تأتي في سياق العدالة البديلة قوة نفاذ للاعتراف بها.

وعمليا يمكن القول بأنّ مظاهر المقاومة مع قضاء الدولة في مجال المنازعات التقليدية يظهر في الكثير من الأحيان كعقود البوت (B.O.T)، لتعلقها بالمرافق العامة، فذهبت بعض الدول إلى عدم جواز اللجوء إلى الطرق البديلة

بصددها، وكذلك في مجال الاستثمار، كما أنّ المجالات الجديدة للنزاع حدت منها، كما هو الحال في مجال الملكية الفكرية في بعض جوانبها، وكذا في مجال المنازعات النفطية، والمنازعات المصرفية، والتحكيم في المجال الإلكتروني.

من جانب آخر، فمظاهر المقاومة بين الصلح وعدالة الدولة كان غير واضح في دول القانون العام، غير أنّ الأخذ بالصلح كان في بدايته في إطار النظام القضائي وبصفة إلزامية .

إلاّ أنّ التطور الحاصل جعل من الصلح ذو أهمية إذا كان يضع حدا سريعا لتطور الإجراءات القضائية.

ويعتبر العامل الشخصي عاملا هاما في الصلح، فتعنّت طرفا الصلح يجعل من قضاء الدولة صاحب الولاية للبت في النزاع.

ولعلّ تطبيق فكرة التصادم بمناسبة الصلح في مجال المنازعات التقليدية يجد تطبيقه في منازعات العمل، أين يكون التنازل عن الحقوق المخولة قانونا للعمل غير قابلة للمصالحة فيها، وهي موضوع رقابة القضاء، وفي مجال قانون الأسرة، فإنّ الفصل في النزاعات المتعلقة بالحقوق العائلية يحتاج أحيانا إلى قوة مستمدة من القضاء، الذي ينفذ تلك الأوامر والأحكام، وأحيانا يعود إلى الموانع القانونية أو الشرعية، أو ترتبط بالنظام العام، أما في المجالات الجديدة للنزاع، فيجد الصلح مظاهر المقاومة مع عدالة الدولة تطبيقاته في بعض المنازعات.

وبالعودة إلى منظومة القوانين الأوروبية، فإنّ التصادم يجد معناه في الحدود التي رسمتها القوانين بعدم شمول الوساطة لها؛ كالمنازعات الجمركية والضريبية، وفي كل حالة يكون اختصاص الدولة استثنائيا.

وبالنسبة للوساطة، فإنّ عدم توفر شروط الوسيط أو ارتكابه خطأ هو محل رقابة القضاء.

وعليه، فنجاح الوساطة أحيانا يتعلق بقدرة القاضي على إنجاح الحوار، وتأكيده على الأسباب الجدية للقيام بهذه الوساطة، بل إنّ الوصول إلى حل للمنازعات بطريق الوساطة في بعض القوانين يعتبر من الواجبات المهمة بالنسبة للقاضي، وإنّ حدودها مرتبطة بالنظام العام أو حقوق القصر، وقد رتبت بعض القوانين عقوبات مدنية حال فشل الوساطة.

إنّ مظاهر مقاومة الوساطة لعدالة الدولة غير محدد المعالم في منظومة القوانين الأوروبية، لأنّها لم تحدد جميع مواضيعها في مجال المنازعات الأسرية، فبعض القوانين نصت على عدم تمتع الوسيط باي صلاحية في مجال قانون العمل، لأن مهامه مساعدة الأطراف فقط.

ولهذا، فسرعة بعض المعاملات كالمنازعات البنكية فعّلت من دور الوساطة، سواء كأشخاص أو هيئات مستقللة عن قضاء الدولة .

وللحد من فاعلية العدالة البديلة في مواجهة القضاء الرسمي، فقد دفع بالشريعة الأنجلوأمريكية، لإيجاد حلول للحد من مخالفة الاتفاقات التعاقدية في هذا المجال كأوامر الزجر.

وما يلاحظ في بعض دول النظام الأنجلوأمريكي تدخل قضاتها مباشرة في عملية الصلح، وبعض الدول تسمح بمشاركة الأطراف قبل وأثناء المحاكمة.

ويبقى نجاح العدالة البديلة مرهون بقبول الأطراف، فقد يرتضون اللجوء إلى عدالة الدولة.

إنّ التكامل بين عدالة الدولة والعدالة البديلة يتجسد في إعطاء المحكّم ولاية خاصة، وتأهيل موضوعي خاص، ممّا جعل فكرة حلّ النزاع مكانا تزاحميا بينهما ومظاهر التكامل يكمن في تفرغ عدالة الدولة للقضايا المهمّة.

وتطبيقا لذلك، ففي مجال الصلح مثلا، ونظرا لمساهمته في تقليل حجم القضايا، فقدى أدّى ببعض الدول إلى تعيين قضاة مختصين بذلك، كما هو الحال في القانون الفرنسي.

إنّ استحالة تعميم جميع الطرق البديلة يعزّز من فرضية أنّها لا تعوّض عدالة الدولة. وتتجلى مظاهر التكامل بين التحكيم وعدالة الدولة في الجزائر أيضا من خلال عدم التدخل في إجراءات التحكيم، وإنّما من خلال ممارسة رقابة بعدية.

ومن أجل تعزيز دور العدالة البديلة، أنشأت بعض الدول التزامات تُعرف بالتزامات ما قبل التقاضي، لإعطاء فرصة لإيجاد حلّ للنزاع قبل اللجوء إلى القضاء كما هو الحال في أستراليا.

فهذه المبادرات أعطت نظرة أكثر شمولية للعدالة، بأنّه توجد حلول خارج المحاكم أي بدرجة الحلول أحيانا.

إنّ نظام العدالة البديلة في حدّ ذاته قد يموّل من داخل النظام القضائي، كما هو الحال في السويد إعمالا لفكرة التكامل بينهما.

كما تعرضت هذه الدراسة لمسألة المرافعة لتنمية دور العدالة البديلة في العائلتين اللاتينية والأنجلوأمريكية، على نحو يجعل منهما يخدمان نفس الهدف وآفاقها، وخاصة في مجالات لم تكن معروفة من قبل، كالمجال الرياضي وحماية المستهلكين في مجال تصنيع السيارات.

.

التوصيات:

هناك بعض الاقتراحات التي نراها تخدم الدراسة وبخاصة في القانون الجزائري لبلورة العلاقة بشكل إيجابي.

1- العمل على التنصيص على الطرق البديلة لحل النزاعات في قانون مستقل، على غرار ما هو معمول به في بعض الدول.

2- خصوصية بعض المنازعات ودورها في المجتمع، وخاصة المنازعات العمالية نقترح توسيعها بآليتي التحكيم والوساطة.

3- امتداد استعمال الطرق البديلة لحل النزاعات ليشمل القضاء الوقتي، أو الاستعجالي، على غرار ما فعله المشرع الفرنسي لأنّ الهدف هو حل النزاع بأية وسيلة.

4- أن تتضمن التشريعات الإجرائية المنظمة لهذه المسألة عبارة علاقة، للتعبير على أنّ هذه الطرق تسير وعدالة الدولة في سبيل واحد.

5- ضرورة وصف الأعمال التي تتم بطريقي التحكيم والوساطة طبيعة الوصف المحكوم به، على غرارالصلح بعبارة يعتبر إشهادا.

6- تحديد القوانين لفكرة النظام العام في المجال الاجرائي، حتى لا يحد من استعمال هذه الوسائل ما يخلق تصادما بين العدالتين.

قائمة المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية

1- المؤلفات والكتب:

1. أحمد عبد الله المراغي –دور التحكيم في تشجيع وحماية الاستثمارات الاجنبية–المكتبة الجامعية الحديثة – الاسكندرية 2015.

2. أحمد مليجي. تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي مكتبة دار النهضة العربية ، توزيع دار الفكر العربي – مصر 1993.

3. إلياس ناصيف–العقود الدولية – عقد البوت B.O.T في القانون المقارن– منشورات الحلبي الحقوقية بيروت – لبنان – 2006.

4. إلياس ناصيف – العقود الدولية العقد الإلكتروني في القانون المقارن – منشورات الحلبي الحقوقية ، 2008.

5. امحمد برادة غزيول تقنيات الوساطة لتسوية النزاعات دون اللجوء الى القضاء الدار العالمية للكتاب الدار البيضاء الطبعة الأولى 2015.

6. الأنصاري حسن النيداني –الصلح القضائي – دار الجامعة الجديدة الاسكندرية –2009.

7. ايناس خلف الخالدي التحكيم وسائل البديلة لحل المنازعات دار الثقافة للنشر والتوزيع سنة 2016.

8. بشار محمد الاسعد –الفعالية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية دراسة في ضوء احكام التحكيم زالاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية.– منشورات الحلبي الحقوقية –لبنان – الطبعة الأولى 2000.

9. بشار ملكاوي – نائل مساعدة – أمجد منصور، شرح نصوص قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

10. بشير الصليبي – الحلول البديلة للنزاعات المدنية، دار وائل للنشر والتوزيع – عمان – الأردن –الطبعة الأولى 2010.

11. بن سالم اوديجا الوساطة كوسيلة من الوسائل البديلة لفض المنازعات دار القلم الطبعة الأولى الرباط 2009.

12. جواشيم زيكول.الإجراءات المدنية المقارنة –كتاب أوكسفورد للقانون المقارن، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت – لبنان 2010.

13. حسين السالمي – التحكيم وقضاء الدولة – مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت – لبنان2008

14. حسين عبد اللطيف حمدان – قانون العمل – دراسة مقارنة – منشورات الحلبي الحقوقية – لبنان الطبعة الأولى 2009

15. حمادة عبد الرزاق حمادة – التحكيم في عقود البوت دار الجامعة الجديدة للنشر – الاسكندرية 2015.

16. راميا الحاج –مبدا حياد القاضي المدني بين النظرية والتطبيق –منشورات الحلبي الحقوقية –لبنان –الطبعة الأولى 2009.

17. ريتا سايد سيدة العقود التجارة الدولية والعمليات المصرفية، المؤسسة الحديثة للكتاب لسنة 2014

18. زيد محمود العقايلة –المصطلحات القانونية –دار الثقافة للنشر والتوزيع 2009.

19. سمير دنون، العقود الإلكترونية في اطار تنظيم التجارة الإلكترونية، مؤسسة الحديثة للكتاب _لبنان الطبعة الأولى 2012.

20. صالح جاد المنزلاوي الاختصاص القضائي بالمنازعات الخاصة الدولية والاعتراف والتنفيذ الدولي للاحكام الاجنبية قسم القانون الدولي الخاص كلية الحقوق – جامعة المنصورة لسنة 2008.

21. صفاء فتوح جمعه فتوح منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء والتحكيم اليات فض المنازعات دار النشر الأزريطة الاسكندرية السنة 2013.

22. عبد الرحمان الشرقاوي، التنظيم القضائي بين العدالة المؤساستية والعدالة المكملة أو البديلة – مطبعة الأمنية الرباط– الطبعة الأولى 2013.

23. عبد الرحمان بن صالح الأطرم، الوساطة التجارية في المعاملات المالية، دار إشبيلية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الرياض، 1995.

24. عبد المنعم فرج الصده، الملكية في قوانين البلاد العربية دار الفكر العربي2004.

25. عبد المنعم موسى ابراهيم، حماية المستهلك منشورات الحلبي الحقوقية 2007.

26. علاء اباريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية – دراسة مقارنة – منشورات الحلبي القانونية 2008.

27. علي محمد علي دروبي – الصلح القضائي منشورات زين الحقوقية لبنان – الطبعة الأولى 2015.

28. غسان رباح – قانون حماية المستهلك الجديد – منشورات زين الحقوقية – بيروت 2006.

29. محمد حسن رفاعي العطار – البيع عبر الشبكة الانترنت –دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2007 .

30. محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإكترونية منشورات الحلبي الحقوقية 2009.

31. محمد سعيد عبد الرحمان، الحكم القضائي أركانه وقواعد إصداره منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت– لبنان 2011 .

32. محمد نصر محمد، علم القضاء المقارن وتطبيقاته – المملكة العربية السعودية، مكتبة القانون والاقتصاد – الرياض– سنة 2013.

33. مصطفى بونجة ونهال اللواح، التحكم في المواد التجارية الادارية المدنية - دار الثقافة المغربية للنشر والتوزيع الدار البيضاء المغرب- الطبعة الأولى 2015.

34. مصطفى كمال طه، النظرية العامة للقانون التجاري والبحري، منشورات الحلبي الحقوقية 2006 .

35. منير يوسف المناصر – التزامات وسلطات المحكم في الاثبات في خصومة التحكيم التجاري الدولي دار الثقافة للنشر والتوزيع _ الاردن الطبعة الأولى 2016.

36. نبيل إسماعيل عمر – قانون أصول المحاكمات المدنية – منشورات الحلبي الحقوقية – بيروت–لبنان 2008.

37. هبة أحمد سالم – الشروط التحكيمية وعيوب صياغتها من واقع قضايا مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي مجلة التحكيم العربي العدد 24 جوان 2015.

38. هشام خالد، معيار دولية التحكيم التجاري دار النشر الاسكندرية لسنة 2008.

39. وفاء مزيد فلحوط –المشاكل القانونية في عقود نقل التكنولوجيا الى الدول النامية –منشورات الحلبي الحقوقية –لبنان –الطبعة الأولى 2008.

40. يوسف الياسي أطروحات في القانون الدولي والوطني للعمل دار وائل للنشر – عمان – الاردن الطبعة الأولى – 2008.

2- الرسائل والأطروحات الجامعية :

1. بن هبري عبد الحكيم، أحكام الصلح في قضاء شؤون الأسرة، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1، 2015/2014.

2. زهير عبد الله علي آل جابر القرني، دور القضاء في التحكيم، ماجستير، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2008.

3. زيد بن عبد العزيز السهلي، التحكيم في المنازعات، ماجستير، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2001.

4. منصور عبد السلام الصرايو: الرقابة القضائية على حكم التحكيم ماجستير كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط – الأردن 2011

5. نشأت حسين السيايدي ولاية القضاء على حكم التحكيم في ظل قانون التحكيم الأردني – رقم 3 سنة 2001–رسالة ماجيستير كلية الحقوق جامعة الشرق الأوسط 2011–2012.

3- مقالات ومداخلات:

أ) مقالات:

1. إبراهيم الدسوقي ابو الليل تسوية وتحكيم المنازعات التجارية الدولية وفقا لنظام منظمة التجارة العالمية مجلة التحكيم العالمية العدد26 سنة 2015

2. ابراهيم محمد شاكر علي مزايا وعيوب الية التحكيم في تسوية منازعات الاوراق المالية بين العملاء مجلة كلية الحقوق جامعة منصورة مصر جوان 2013

3. جوزف شاول المحكم وموجب الاستقلالية – مجلة التحكيم العالمية – منشورات الحلبي الحقوقية –بيروت –لبنان – العدد 10 سنة 2011.

4. حفيظة السيد حداد- دور القضاء في التحكيم – مجلة التحكيم 2010- العدد الثامن.

5. د- حسين شحادة الحسين التحكيم في منازعات العمليات المصرفية . المجلة القضائية العدد الرابع سوريا رجب 1433 ه.

6. د. ميناس ختشادوريان الاطار القانوني للتحكيم الإلكتروني . رؤية مستقبلية مجلة التحكيم 2010العدد الثامن.

7. زياد بن احمد القرشي، حالات بطلان حكم التحكيم المتعلقة باتفاق التحكيم مجلة الحقوق جامعة الملك عبد العزيز – المجلة 2 العدد 1 سنة 2013

8. عبد الحميد الأحدب التحكيم المطلق بالصلح والإنصاف والعدل والتحكيم بالقانون مجلة التحكيم العالميةالعدد15سنة 2012

9. عمار الزاهي، الطرق البديلة لحل النـــزاعات، مجلة المحكمة العليا، العدد الخاص، الجزء 2 سنة 2009.

10. القاضي مهيب معماري – المحكم والحدود (لبنان) مجلة التحكيم العالمية 2011 العدد الثاني عشر.

11. محمد الحلاق –الاساليب البديلة لحل المنازعات الضريبية –مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية –المجلد22-العددالأول 2006.

12. وائل طبارة واقع التحكيم اليوم في علاقته بقضاء الدولة من منظار القانون اللبناني ووجوب إعادة النظر فيه وتحريره من قبضتها مجلة التحكيم العالمية الطبعة الاولى 2012

ب) مداخلات:

1- جاك فاجي ،الملتقى الدولي حول ممارسات الوساطة، الوساطة في قانون الإتحاد الأروبي، مبادئ وأخلاقيات، مركز البحوث القانونية والقضائية الجزائر 15-16 جوان 2009.

2- عمر مشهور حدية الجازي ندوة بعنوان الوساطة كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات جامعة – البرموك الأردن 2004.

4- النصوص التشريعية والتنظيمية

1/القوانين:

1. قانون رقم 08 - 09 المؤرخ في 29 فبراير سنة 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية جريدة رسمية العدد 21 في 23 ابريل 2008

2. قانون الوساطة لتسوية النزاعات المدنية الاردني رقم 12 لسنة 2006 والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 4751 بتاريخ 2005/03/16.

3. قانون إنشاء لجان التوفيق والمصالحة بالمحاكم الاتحادية، بدولة الامارات العربية المتحدة26/1999.

2/ <u>المراسيم التنفيذية</u> :

1. مرسوم التنفيذي رقم69-14 مؤرخ في9 فيفري2014 يحدد اساس اشتراك وادوات الضمان الاجتماعي التي يستفيد منها الفنانون والمؤلفون على النشاط الفني او التاليف الجريدة الرسمية رقم68.

2. مرسوم تنفيذي رقم153-14 يحدد شروط فتح مخابر تجارب وتحليل الجودة واستغلالها.

3. مرسوم تنفيذي رقم96/14 في4 مارس2014 المتعلق بنوعية المياه الموجهة للاستهلاك البشري الجريدة الرسمية رقم13.

5- الاجتهاد القضائي :

1. قرار محكمة النقض الفرنسية – الغرفة المدنية الأولى 23 جانفي 2007 منشور في مجلة " la gazette du palais"عدد 02 جويلية 2007.

2. قرار محكمة النقض الفرنسية – الغرفة المدنية الأولى رقم 17.708المؤرخ في 26اكتوبر 2011.

3. قرار محكمة النقض الفرنسية –الغرفة المدنية الأولى رقم 349–72في 12اكتوبر2011.

6- المواقع الإلكترونية :

http :Halls-archives-overtes.fr

www.lepetitjurriste.fr

ماجد الحجار عقد الصلح–الموسوعة القانونية التخصصة موجود على الرابط التالي https://www.arab-ency.com.

Médiation et Conciliation – Normes européennes et nationales WWW.gemme. CH.

د عمر مشهور حدية الجازي ندوة بعنوان الوساطة كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات جامعة – البرموك الأردن 2004 www.jcdr.com

http://www.federalcircuitcourt.gov.

ثانيا : قائمة المراجع باللغة الأجنبية

1- Ouvrages

1. Anne-éecile bing- l'arbitrage et droit europeenne, Prspectives rapport de recherche2014/2015.
2. Brian J – Wallace , a.cResolvinf commercial lease Disputes Edition laivson Luundell 2004.
3. Chantal Demers–La conciliation à la cour municipale de Montréal : résultats d'une recherche–erudit-Mouvements sociaux Volume 3, N° 1, printemps—1990-Université du Québec à Montréal
4. Christopher Baum–The Benefits of Alternative Dispute Resolution in Common Interest Development Disputes–st.john s law review -Volume 84, Summer 2010.
5. Elodie Anne Télémaque a médiation en propriété intellectuelle un outil de prévention et de pacipication , Année 2006.
6. emmannel gailard recueil 2 dalloz 2011 nouveau droit francais de l'arbitrage interne et intenational.
7. Erifiks-models of general court – connectral conciliation and mediationFor commercial disputes in sundenaustralia and japan

zeitschrift fur jopaniches max-plank institut fur auslandisches and internationales privtrecht-hamburg germanny 2008

8. Geoff Shaw, Frank M. vettese and allan j. guty−talkingpoint: resolving commercial disputes in canada−published byfinancier worldwide birmingham united kingdom, 2012..

9. Grands textes de droit de l'union européenne , Dalloz 5 e édition 1999.

10. I chiro Kitamnra – L'avenir du droit – Melanges en Rommagé à Français Terré – Dalloz 1999.

11. Jean A. MIRIMANOFF et Sandra Vigneron-Maggioleles mecanismes de la nouvelle conciliation judiciaire texte tiré de l'ouvrage « La gestion des conflits. Manuel pour les praticiens », Cedidac vol. n° 78, Lausanne, novembre 2008,

12. Jeremy Tagg – The Small claims Médiation service in england and walés – over of judical Médiation in the world L'H armattan – 2010.

13. Jerry M. Slusky – Commercial Lçose lano insider Volume 28 -1edition Vendome group 2009 Newyork.

14. Loic Cadiet, panorama des modes alternatives de règlement des conflits en droit français, Ritsmeikan law review n° 28, année 2011

15. Pascole delvaux de fenffe – La médiation en droit du travails Revue Lindicateur social Numéro 2 Janvier 2011.

16.Tania sourdin –civil dispute resolution obligotions : What is reasonable ؟

Unswlauv journal – unwersity of neuv south wale Sydney (australia) volume 35-2012

17.Xiao lin Fu – Bourgène – over view judicial Médiation in the world – L'h harmattan 2010.

2- Thèses

1. Alexandre Désy Les Coûts Et Les Délais Judiciaires De La Médiation JudiciaireLes Discours Théoriques Et Pratiques sous le regard de l'analyse économique du droit l'Universiste scherbrook Mémoire en vue de l'obtention du grade de Maitre de maîtrise soumis à la Faculté de droit 2013.

2. Emilie BOUCHET – LE MAPPIAN– Propriété intellectuelle et droit de propriété en droits anglais, allemand et français–doctorat en droit prive faculte de droit sciences politiques-universite de nantes annee2099-2010 .

3. Frank Nicophore Yougone (arbitrage commercial international et devloppement these de doctorat en droit –universite de Bordeaux2013

4. Ginette Latulippe la médiation judiciaire un nouvel Exercice de justice Mémoire présenté a la Faculté des études supérieures de l'université Laval – Québec Maitrise en droit 2010

5. Unfer Lara – l'administration de la preuve en arbitrage international – etude master 2 de droit européen universite pantheon assas 2012-2013

3- Articles et publications:

1. Sozik Kerneis, Le droit a l épreuve de l'anthropologie altermatives de resolution des conflits –revue electronique d'histoire du droit-francee n°5 année 2012.

2. Victor Daudet et Jaune Navarre Brager, le droit, source de conflits, revue doctorale de droit public comparé et de théorie juridique, Université Paris1, n°2, 2009..

3. Kevin Jestin Vers un renforcement de l'arbitrage comme mode de résolution des conflits en droit fiscal ? Analyse comparée France-États-UniJuris doctoria Revue doctorale de droit public comparé et de théorie numero juridiqueuniversité paris i – panthéon-Sorbonne numero avril2009.

4. MarieChristine Laberge-la chambre de la famille- raport d activite de la cour superieure du queebec –cour du queebe juin 2010

5. Pascal mbonco- la qualite des decisions dejustice – editions du conseil de l'europe (ouvage est tire du colloque organix les 8 et 9 mars 2007 par la faculte de droit et des sciences sociales de poitiers institut de droit public) université pantheon- assas France 2012-2013

Textes juridiques :

1. Decret-1395- 2010du 12 novembre2o10 relatif à la médiation et à l'activité judiciaire en matière familiale, publié au Journal officiel n 16, organise la mesure d'injonction de rencontrer un médiateur familial pouvant être décidée par le juge aux affaires familiales (JAF), prévue par l'article 373-2-10 du code civil (médiation proposée en cas désaccord en matière d'autorité parentale).

2. Protocole de Madrid du 27 juin 1989 relatif à l'Arrangement de Madridconcernant l'enregistrement international des marques.

الفهرس

مقدمة 1

الباب الأول : العدالة البديلة من التصادم إلى التعايش..... 17

الفصل الأول: حالة التصادم بين العدالتين في النظام اللاتيني ومظاهرها 21

المبحث الأول : حالة التصادم في التشريعات اللاتينية 24

المطلب الأول: تعاظم دور العدالة البديلة في النظام اللاتيني 25

المطلب الثاني: تطور التصادم بين العدالتين..... 34

المبحث الثاني: مظاهر التصادم بين العدالتين في النظام اللاتيني..... 37

المطلب الأول: في مجال التحكيم 37

الفرع الأول: مظاهر مقاومة العدالة البديلة في المنازعت التقليدية 44

الفرع الثاني: مظـــاهر التردد بصدد العـــدالة البديلة في المجالات الجديدة للنزاع..... 50

المطلب الثاني: بمناسبة الصلح..... 63

الفرع الأول: مظاهر المقاومة بصدد العدالة البديلة في مجال المنازعات التقليدية 68

الفرع الثاني: مظـــاهر التردد بصدد العدالة البديلـــة في المجالات الجديدة للنزاع..... 71

المطلب الثالث: بمناسبة الوساطة..... 73

الفرع الأول: مظاهر المقاومة بصدد العدالة البديلة في مجال المنازعات التقليدية..... 88

الفرع الثاني: التردد بصدد العدالة البديلة في المجالات الجديدة للنزاع..... 92

الفصل الثاني: حالة التصادم بين العدالتين ومظاهرها في النظام الانجلوامريكي. 108

المبحث الأول: حالة التصادم في النظام الانجلوامريكي..... 109

المطلب الأول: تطور دور العدالة البديلة في النظام الأنجلوأمريكي..... 109

المطلب الثاني: تعاظم دور العدالة البديلة في النظام الأنجلوأمريكي..... 116

المبحث الثاني: مظاهر التصادم بين العدالتين في النظام الانجلوامريكي 127

المطلب الأول: في مجال التحكيم 128

الفرع الأول: المنازعات التقليدية 128

الفرع الثاني : المنازعات المستحدثة..... 142

المطلب الثاني: الصـــــــــلح 161

الفرع الأول : المنازعات التقليدية..... 164

الفرع الثاني: المنازعات المستحدثة 170

المطلب الثالث: الوساطة القضائية..... 172

الفرع الأول: المنازعات التقليدية 182

الفرع الثاني: المنازعات المستحدثة..... 188

الباب الثاني: مسلمة التكامل بين العدالتين بدرجة الحلول 191

الفصل الأول: مظاهر التعاون بين العدالة البديلة والعدالة الدولاتية..... 193

المبحث الأول: في النظام اللاتيني..... 198

المطلب الأول: إعمال فكرة التعاون في مجالات العدالة البديلة 200

المطلب الثاني : تطبيقاتها في مجال المنازعات 217

المبحث الثاني: في النظام الانجلوامريكي 229

المطلب الأول: إعمال فكرة التعاون في مجالات العدالة البديلة 230

المطلب الثاني: تطبيقاتها في مجال المنازعات..... 238

الفصـــل الثاني: المرافعة لتنمية دور العدالة البديلة..... 253

المبحث الأول: في النظام اللاتيني..... 254

المطلب الأول: من حيث الإجراءات..... 254

المطلب الثاني: من حيث الموضوع..... 269

المبحث الثاني: في النظام الأنجلوامريكي 279

المطلب الأول: مبـــررات تطوير العـــلاقة بين العدالتين في النظـــام

الأنجلوامريكي 281

المطلب الثاني: تطبيقات لفكرة افاق تطوير العلاقة بين العدالتين في النظام

الأنجلوأمريكي 287

الفرع الأول: في مجال المحروقات 288

الفرع الثاني: في المجال الرياضي 290

الفرع الثالث: في مجال تصنيع السيارات 291

الخاتمة 294

قائمة المراجع 301

الفهرس 317

ملخص:

إن العدالة البديلة تعتبر اليوم حقيقة وواقع ملموس وهي في تنامي مستمر في تعايشها مع عدالة الدولة ويبقى الإشكال الأساسي كيفية تنظيم العلاقة بينهما بالشكل الذي يفعل دورها، من دون المساس بسيادة قانون الدولة وقضائها وهو ما سنحاول دراسته من خلال المحورين: من التصادم إلى التعايش، ثم مسلمة التكامل.

الكلمات المفتاحية :

العدالة البديلة، عدالة الدولة، التعايش ، التصادم، التكامل، مقاربة، آفاق العلاقة.

Abstract :

The alternative justice is today a fact and reality and they are constantly growing in their coexistence with state justice. The basic forms remain how to regulate the relationship between them in the way that they do their role without prejudice to the sovereignty of the state law and its judiciary. This is what we will try to study through the two axes:

From collision to coexistence and then integration

Key words :

Alternative justice, state justice, co-existence, conflict, integration, approach prospect.

Résumé :

La justice alternative est aujourd'hui un fait et une réalité et elles coexistent de plus en plus avec la justice d'Etat. Les formes de base restent la manière de régler les relations entre elles de manière à ce qu'elles s'acquittent de leur rôle sans porter préjudice à la souveraineté de la loi de l'Etat et de son système judiciaire :

De la collision à la coexistence puis à l'intégration

Les mots clés :

Justice alternative, Justice d'Etat, Coexistence, Collision, Intégration, Approche, Perspectives relationnelles.