Université d'Alger 1

Vice rectorat de la formation supérieure de post-graduation,
de l'habilitation universitaire et de la recherche scientifique

LES ANNALES

LES MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DES CONFLIS

Colloque international
Alger 06 & 07 Mai 2014



Série spéciale colloques & séminaires Nº: 3/2014

LES ANNALES DE L'UNIVERSITÉ D'ALGER 1

LES MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DES CONFLITS

Sous la direction des professeurs
Hamid BENCHENITI & Ali FILALI
Université d'Alger1

Réalisation
BELOUAHCHI Chahinez

Colloque international
Alger 6 & 7 mai 2014

Comité scientifique

N°	Nom et Prénom	Fonction	Université
01	Ali FILALI	Professeur	Université d'Alger1
02	Hamid BENCHENTI	Professeur	Université d'Alger1
03	Slimane MOHAMADI	Professeur	Université d'Alger1
04	Mohamed BACHIR	Professeur	Université d'Alger1

Comité d'organisation

N°	Nom et Prénom	Fonction	Université
01	Slimane MOHAMADI	Professeur	Université d'Alger1
02	Yamina HOUHOU	Maître de conférences	Université d'Alger1
03	Malika DRIAD	Maître de conférences	Université d'Alger1
04	Mammar BALLAHCÈNE	Maître-assistant	Université d'Alger1
05	Réda DJEBARI	chargé de cours	Université d'Alger1
06	Rachid LERARI	chargé de cours	Université d'Alger1

Secrétariat technique

N°	Nom et Prénom	Fonction	Université
01	Ghenima LAHLOU-KHIAR	Professeur	Université d'Alger1
02	Louiza HANIFI	Professeur	Université d'Alger1
03	Salima OUARAB	Maître de conférences	Université d'Alger1
04	Mohamed RICHE	Maître de conférences	Université d'Alger1
05	Athmane Dechicha	Chargé de cours	Université d'Alger1
06	Ahmed BOUALILI	Chargé de cours	Université d'Alger1
07	Rachid LERARI	Chargé de cours	Université d'Alger1
08	Farida MOSTEFA-KARA	Chargée de cours	Université d'Alger1

Sommaire

F. LECLERC
L'AVANCEE DES M.A.R.C. : ORDRE OU DESORDRE ?
Contribution à une théorie générale des M.A.R.C…….. 07

M. A. MOURJI
LES MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DES CONFLITS
"Un procédé séduisant, mais d'une efficacité incertaine"…… 57

A. CABANIS
L'APPARITION DE L'ARBITRAGE COMME MODE ALTERNATIF
DE REGLEMENT DES DIFFERENDS……..… 86

Ch. JUHEL
ARBITRAGE EN DROIT, ARBITRAGE EN ÉQUITÉ: Perspectives
historiques…….. 113

D. BAISSET
L'INTERNATIONALISATION DU DROIT PUBLIC DES AFFAIRES
FACE A L'ARBITRAGE INTERNATIONAL (Approche comparée
en droit franco-maghrébin…… 134

A. FENEON
LA PARTICIPATION A L'ARBITRAGE DES PERSONNES
MORALES DE DROIT PUBLIC (L'exemple de l'OHADA)…… 155

Y. AKROUNE
L'ARBITRAGE SOUS COUVERT DES CONVENTIONS
D'INVESTISSEMENT UN PHÉNOMÈNE EN EXTENSION……. 166

F. BENBELKACEM
L'INSTITUTIONNALISATION DE L'ARBITRAGE EN MATIRE
DE SPORT……... 194

A. TRESCASES
LE DEFENSEUR DES DROITS : Le nouveau médiateur miracle (?). 223

E. TERRIER
MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DES CONFLITS EN
MATIERE DE SANTE (Responsabilité médicale)……...…….. 243

S. GHAOUTI
LE MEDIATEUR DE LA REPUBLIQUE : L'expérience Algérienne de 1996 à 1999……... 262

C. BENNADJI
DES COMITES DE REGLEMENT AMIABLE…AU MEDIATEUR DES MARCHES PUBLICS…… 280

A. BENCHENEB
LA CONCILIATION ET LA MEDIATION EN DROIT DES AFFAIRES INTERNATIONALES……... 301

Ch. LE STANC
MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DES CONFLITS (MARC) ET PROPRIETE INTELLECTUELLE (Point de vue de droit français)… 324

R. CABRILLAC
LES REGLEMENTS AMIABLES DES LITIGES ENTRE EPOUX… 334

A. DEPPE
LES MODES ALTERNATIFS DE PRÉVENTION ET DE RÈGLEMENT DES CONFLITS COLLECTIFS DE TRAVAIL Essai de Droit du Travail comparé : Algérie, Belgique, France, Maroc, Tunisie…… 343

D. ZENNAKI
DE L'IMPORTANCE DU CHOIX DE L'ARBITRE……... 389

L'AVANCEE DES M.A.R.C. : ORDRE OU DESORDRE ?
Contribution à une théorie générale des M.A.R.C.

Frédéric LECLERC
Professeur, Université de Perpignan

Introduction

1. Le thème choisi par le présent rapport pourrait en faire aussi bien un rapport introductif qu'un rapport de synthèse. Rapport introductif en ce qu'il a pour ambition de scruter l'horizon juridique afin d'y découvrir à quel point les modes alternatifs de règlement des conflits[1] (ci-après « M.A.R.C »). Le remplissent ou, si l'on préfère, d'y recenser les domaines du droit conquis par les M.A.R.C., et qui feront aujourd'hui ainsi que demain l'objet des communications présentées par les différents intervenants à ce colloque. Rapport de synthèse également en ce que, inévitablement, par la question ici posée de l'ordre ou du désordre accompagnant l'avancée des M.A.R.C., ce rapport dressera un bilan, ce qui présuppose qu'aient été au préalable survolés les différents secteurs où prospèrent les M.A.R.C. Démarche nécessaire afin de les observer tous et pouvoir livrer ainsi une analyse globale, recouvrant l'ensemble des discipline juridiques.

2. La question du caractère ordonné ou désordonné de l'avancée des M.A.R.C., mérite assurément d'être ici posée, et ce pour

[1] Il n'est pas facile de définir l'expression « modes de règlement alternatif des conflits ». Selon la juste observation du Professeur Charles Jarrosson, « Les modes alternatifs de règlement des conflits : présentation générale », RIDC 1997, p.325 et s., les M.A.R.C., issus de l'appellation anglosaxonne de A.D.R. (Alternative Dispute Resolution), et encore appelés R.A.D. (règlement alternatif des différends ou résolution amiable des différends), ne permettent guère une définition claire. En effet, outre qu'aucune de ces appellations n'est autonome, mais se situe plutôt par rapport et en contrepoint des modes traditionnels et juridictionnels de règlement des litiges, les M.A.RC. Forment une catégorie ouverte, qui regroupe un ensemble de modes de règlement, et dont on ne peut attendre une définition précise. En réalité, l'expression désigne les modes, principalement pacifiques, de règlement des conflits, c'est-à-dire ceux qui visent à mettre les parties d'accord sur la solution, et qui ont en commun le plus souvent de faire intervenir un tiers, et de se démarquer du système traditionnel.

plusieurs raisons. Outre que la littérature juridique s'y est peu intéressée, alors pourtant qu'un florilège d'écrits consacrés à ces modes de règlement fleurit à l'occasion de chaque nouvelle réforme des M.A.R.C., cette question vient en quelque sorte naturellement à l'esprit à la vue de cette avancée que l'on doit bien qualifier d'avancée d'envergure. Disons-le tout de suite, sans crainte de déflorer le sujet, cette avancée a aujourd'hui gagné la plupart des disciplines juridiques. Par conséquent, au-delà des études nombreuses, techniques et en quelque sorte analytiques des différents M.A.R.C., propres à telle ou telle catégorie de litige, le regard aspire à l'élévation afin d'embrasser d'un seul coup d'œil l'ensemble des M.A.R.C. Ceci de façon à rechercher si existe à leur endroit une compréhension globale, une intelligence commune, les reliant voire les cimentant par le biais d'une méthodologie propre ou de principes directeurs en une catégorie homogène, d'où le juriste pourrait déduire une théorie générale des M.A.R.C.

3. Cette homogénéité se constate d'ores et déjà à plusieurs égards.

4. **Tout d'abord**, quelque soit le domaine du droit où ils interviennent, les M.A.R.C., sont réputés apporter les mêmes bienfaits.

5. De manière en quelque sorte négative, tout d'abord, les M.A.R.C. permettent de pallier aux dysfonctionnements de la justice. Il n'est nul besoin d'insister ici pour constater que les M.A.R.C., fournissent des remèdes efficaces à l'encombrement des tribunaux, à la lenteur de nombre de procédures, à leur coût, leur complexité, mais aussi à la distance qu'impose la justice, spécialement dans les contentieux mettant en présence des plaideurs qui ne disposent que de peu de moyens. En bref, les M.A.R.C., permettent de répondre aux critiques formulées très régulièrement par les justiciables à l'encontre d'un ordre judiciaire qui ne dispose plus des moyens matériels nécessaires pour faire face à l'augmentation du contentieux. De manière cette fois positive, les M.A.R.C., sont porteurs de qualités

propres qui en expliquent également la généralisation. Incontestablement, les M.A.R.C., procèdent de l'idée d'une justice apaisée, qui permet aux parties de s'écouter avant de s'entendre. Une justice collaborative, consensuelle dont le fruit prendra la forme d'un accord voulu par les parties en litige, et par conséquent mieux accepté par elles, ce qui mène à une autre qualité de la justice participative, à savoir son efficacité, en même temps que la responsabilisation de ses acteurs, qui vivent ainsi mieux leur conflit, plutôt que de le subir. Justice collaborative mais aussi justice « restaurative », comme le montre l'admission des M.A.R.C., en matière pénale. L'une des vertus attribuée par exemple à la médiation pénale est de permettre l'amendement du délinquant par la reconnaissance des conséquences dommageables de son acte[2]. Le dialogue entre l'auteur et la victime, sur lequel repose la médiation pénale, ne peut que favoriser le « reclassement » de l'auteur des faits, pour reprendre les termes de l'article 41-1 du Code de procédure pénale, c'est-à-dire sa réintégration dans la société. Et puisqu'il est question de société, observons que les M.A.R.C., s'inscrivent certainement au cœur d'un bouleversement de la société visant à la déréglementation, à la recherche de nouveaux pôles de régulation sociale et qui se manifeste essentiellement par un phénomène de contractualisation, de passage de l'imposé au négocié.

6. **Ensuite**, l'homogénéité des M.A.R.C., s'illustre à travers leurs rôles respectifs, qui se complètent et en font une sorte de panoplie ayant vocation à répondre à un large éventail de situations. Alors même que le conflit n'est pas encore né, mais que se profile au loin l'ombre de sa menace, les personnes concernées peuvent d'ores et déjà prendre les devants afin de recourir à une conciliation ou une transaction. Lorsque la perspective du procès se rapproche, conciliation et médiation conventionnelles permettront encore aux parties d'éviter

[2] Sur ce point, voir J.B. Perrier, Rép. pén. Dalloz, V° Médiation pénale, Janvier 2013, n°14, p.5.

l'instance judiciaire. A moins qu'elles préfèrent passer une convention de procédure participative dans le but de discuter, assistées de leurs avocats respectifs, en vue d'échapper à la procédure judiciaire. Mais, quand le procès sera devenu réalité, et que les parties seront résolues à en découdre, un autre mode alternatif de règlement, l'arbitrage, leur permettra d'emprunter une voie alternative, distincte à bien des égards de la procédure devant la juridiction étatique, car adaptée aux spécificités du contentieux qui les oppose[3]. A moins que là encore la conciliation ou la médiation, proposée par le juge, ou rendue obligatoire par la loi ou le juge, ne vienne entretenir l'espoir d'une solution amiable.

7. L'homogénéité des M.A.RC., se manifeste ainsi à plusieurs égards. Mais, plus fondamentalement, et dans une perspective plus large, cette homogénéité caractérise t- elle également l'avancée des M.A.R.C., autorisant l'image d'une avancée ordonnée, structurée mais aussi coordonnée ? La réponse à une telle question est d'importance, dès lors que la systématisation d'un recours au M.A.R.C en lieu et place de l'instance contentieuse se voit aujourd'hui clairement évoquée[4]. Le présent rapport a pour tâche de le déterminer (IIème Partie). Mais, pour cela, encore faut-il qu'ait été prise l'exacte mesure de l'avancée des M.A.R.C (Ière Partie).

Ière Partie : L'avancée des M.A.R.C.

8. L'avancée des M.A.R.C., ne saurait évidemment être niée, à tel point d'ailleurs que cette avancée inquiète parfois[5]. Pourtant, si le développement des M.A.R.C., est souvent présenté comme un

[3] Sur les avantages de l'arbitrage, et la justice « perfectionnée » qu'il permet, voir Ch. Jarrosson et J.B. Racine, Juriscl. Droit international, Fasc.585, Arbitrage commercial, Droit internaitonal, n°6 et s.

[4] « La règle doit être de proposer chaque fois un conseil, une transaction, une conciliation ou une médiation, le traitement juridictionnel devant être l'exception » : in Rapport de l'Institut des hautes études sur la justice, mai 2013, La prudence et l'autorité. L'office du juge au XXIe siècle.

[5] N. Fricero : « Qui a peur de la procédure participative ? Pour une justice autrement…, *in* Justices et droit de procès, Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de S. Guinchard, 2010, Chron. 2450.

phénomène contemporain, un rapide regard en arrière permet de se convaincre que cette avancée ne date pas d'hier, mais puise ses origines dans un passé assez ancien, même s'il est vrai qu'au fil du temps le rythme de l'avancée s'est accéléré (I). Donnant l'image d'une armée grossissante qui emplit l'horizon, les M.AR.C., au cours de cette avancée, ont vu leurs rangs s'étoffer et déborder l'horizon national pour gagner une dimension européenne et même aujourd'hui internationale (II)

I.- Une avancée ancienne qui s'est accélérée

9. L'avancée des M.A.R.C., ne se présente pas, pour qui le regarde de près, comme un phénomène récent. Dès la période révolutionnaire en effet, la conciliation, la transaction et l'arbitrage ont fait partie intégrante du paysage juridique, et ne l'ont plus quitté (A), pour ensuite l'habiter de façon croissante en compagnie d'autres M.A.R.C (B)

A.- Une avancée ancienne et constante

10. L'avancée ancienne et constante des M.A.R.C., a principalement et durant de nombreuses années concerné le domaine judiciaire, les personnes publiques ne pouvant y recourir que dans des conditions fort restrictives. L'avancée des M.AR.C., et spécialement de la conciliation, en matière judiciaire, peut être dépeinte à l'aide d'un triptyque[6].

11. **En premier lieu**, le préliminaire de conciliation, encore appelé procédure préparatoire, a été institué par la loi des 16-24 août 1790 pour toutes les affaires relevant de la compétence des tribunaux de district, ancêtres des tribunaux de grande instance. En outre, devant les juges de paix, qui avaient pour mission de statuer en équité, la pratique s'instaura d'une tentative de conciliation en préalable facultatif à l'instance contentieuse. Du fait de son succès, la mission de conciliation des juges de paix fut institutionnalisée par la loi du 25 mai 1838, et appelée

[6] Les développements consacrés à la dimension historique des M.A.RC., sont empruntés aux explications fournies par M. Douchy-Oudot et J. Joly-Hurard, in Rép. pr.civ. Dalloz, V° Médiation et concliiation, mars 2013, n°4 et s.

« petite conciliation », par opposition avec la « grande conciliation », organisée pour les affaires relevant des tribunaux civils. Puis la loi du 2 mai 1855 la transforma en préalable obligatoire à l'instance, ceci avant que d'autres préalables obligatoires de conciliation soient instaurés devant les conseils de prud'hommes, par la loi du 27 mars 1907, et devant les tribunaux paritaires des baux ruraux.

12. **En second lieu**, à partir du XXème siècle, toutes les réformes de droit judiciaire privé qui ont précédé l'adoption du nouveau Code de procédure civile se sont efforcées de faire de la conciliation un des pouvoirs du juge pendant le déroulement de l'instance. Un décret-loi du 30 octobre 1935 donna ainsi au juge chargé de suivre la procédure le pouvoir de convoquer les parties en personne en cours d'instance en vue d'une nouvelle tentative de conciliation. La loi du 9 février 1949 prolongea cette tendance en conférant le même pouvoir à la formation de jugement, réunie en chambre du conseil avec les parties. De la sorte, la conciliation devenait un outil intégré à l'instance contentieuse devant la juridiction de droit commun du premier degré. Puis, nouvelle étape franchie par la conciliation, l'ordonnance de 1958 a généralisé le pouvoir du juge chargé de la procédure d'avoir recours à la conciliation, spécialement en cas de comparution ou d'audition des parties. Ce même pouvoir de concilier les parties en tout état de la procédure fut attribué au juge de la mise en état, créé par le décret n°65-872 du 13 octobre 1965, ainsi qu'au juge rapporteur et à la formation de jugement tout entière.

13. **En troisième lieu**, avec le nouveau Code de procédure civile de 1975, la conciliation devient un principe directeur du procès, en ce que l'intégration de la conciliation à l'instance, qui ne valait jusque là que devant le tribunal de grande instance, fût étendue à toutes les juridictions de l'ordre judiciaire.

14. Les autres M.A.RC., que sont la transaction et l'arbitrage n'ont pas connu la même ascension continue que la conciliation. L'arbitrage, pour commencer, après avoir bénéficié des faveurs

révolutionnaires voire napoléoniennes, qui imposèrent l'arbitrage forcé dans toute une série de domaines, notamment dans les contestations entre associés pour fait de société (articles 51 à 63 de l'ancien Code de commerce qui reprit sur ce point comme dans d'autres les dispositions de l'ordonnance de Colbert de mars 1673), connut au temps de la réaction une nette régression[7]. L'arbitrage forcé fut banni par la loi des 17-23 juillet 1856, tandis que la Cour de cassation déclara nulle la clause compromissoire dans un arrêt du 10 juillet 1843[8]. Il faudra attendre la loi du 31 décembre 1925 pour la voir étendue à toute la matière commerciale. Quant à la transaction, ainsi que l'a relevé un auteur[9], rien ne laissait supposer que les rédacteurs du Code civil lui consacrent quinze articles, tant la transaction n'avait pas encore acquis l'importance considérable que chacun s'accorde à lui accorder aujourd'hui.

15. Historiquement, en effet, la transaction a connu en matière administrative des débuts balbutiants, tant était stricte la règlementation à son égard[10] : le principe de l'égalité devant les charges publiques, posé par l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1790, freinait l'admission d'un mécanisme pouvant conduire une personne publique à renoncer à certains de ses droits. Le décret des 27-31 août 1791 disposait ainsi que « s'il s'agit de transiger, l'agent du Trésor public pourra y être autorisé par les commissaires de la trésorerie ; mais la transaction n'aura d'effet vis-à-vis de la Nation qu'après l'approbation du corps législatif ». En réalité, ce n'est qu'au cours du XIXème siècle que le recours à la transaction s'intensifiera, les ordonnances des 30 janvier et 13 février 1822, par exemple, reconnaissant le droit à l'administration fiscale de transiger, avant que le Conseil d'Etat admette plus tard le droit

[7] Sur ces aspects historiques de l'arbitrage, voir B. Moreau et autres, Rép. proc. civ. Dalloz, V° Arbitrage, déc.2012, n°11 et s.
[8] S. 1843.1.561 ; D.1843.1.343
[9] P. Chauvel, Rép. civ. Dalloz, V° Transaction, sept ; 2011, n°2
[10] Pour un exposé complet sur les débuts de la transaction en matière administrative, voir G. Le Chatelier : Rép. cont.adm. Dalloz, V° Transaction, n°2 et s.

pour les ministres le droit de transiger au nom de l'Etat[11]. L'avancée des M.A.R.C était en route. Elle n'allait cesser de s'accélérer.

B.- Une avancée dont le rythme s'est accéléré

16. Il ne saurait être ici question de recenser de façon exhaustive l'ensemble des textes normatifs qui ont promu l'avancée des M.A.R.C. La tâche se révèlerait vite fastidieuse et sans doute inutile au vu du nombre très élevé de textes adoptés depuis une vingtaine d'années. Néanmoins, il s'avère tout de même intéressant d'observer que depuis une vingtaine d'années, l'avancée s'est faite de plus en plus massive, pour gagner un rythme que l'on peut qualifier aujourd'hui d'échevelé. A tel point que l'on a pu parler récemment d'un festival des M.A.R.C.[12] Une des étapes essentielles de l'avancée des M.A.R.C., réside certainement dans la loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, qui a introduit pour la première fois dans le Code de procédure civile des dispositions générales sur la conciliation et la médiation judiciaires, et a ainsi institutionnalisé ces deux M.A.R.C. Avec cette loi, la médiation judiciaire est instituée comme mode alternatif de règlement des conflits en parallèle à la conciliation, et quinze articles du Code de procédure civile (art.131-1 à 131-15) régissent dorénavant la médiation, venant compléter les articles 127 à 131, qui sont consacrés à la conciliation. Comme la conciliation, la médiation a un champ d'application fort vaste, puisqu'elle est possible dans toutes les matières où les parties ont la libre disposition de leurs droits. En outre, et là encore à l'instar de la conciliation, la médiation peut avoir lieu à tout moment de la procédure, et devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire. L'avancée est on le voit considérable, mais ne s'est pas arrêtée là. Les textes se sont depuis multipliés, aussi bien d'origine nationale que

[11] CE, 23 déc.1887, Evêque de Moulins c/Etat, S.1889.3.57, concl. M. Le Vavasseur de Précourt.

[12] Laporte : « Le festival des M.A.R.C. », Procédures 2012, Alerte, n°9.

d'origine communautaire ; ils ont étendu le champ d'intervention des M.A.R.C., mais aussi forgé de nouveaux outils tendant à rendre plus effectif et plus efficace le recours à cette forme de justice négociée.

17. Ainsi, par exemple, le décret n°2010-1165 relatif à la conciliation et à la procédure orale a créé trois nouveaux chapitres à l'intérieur du titre sixième du Code de procédure civile, consacré à la conciliation judiciaire (art. 127 à 131 C.PC.), enrichissant le corps des règles applicables à cette forme de conciliation. En outre, les dispositions issues de la loi du 8 février 1995 ont été complétées et approfondies par l'ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011, prise en application de la loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, et qui transpose en droit français la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale. L'avancée des M.A.R.C., que réalise ce texte se manifeste à plusieurs égards.

18. En premier lieu, l'ordonnance de 2011 a entraîné une modification complète du chapitre 1er du titre II (« la conciliation et la médiation judiciaires ») de la loi du 8 février 1995. Sans prétendre être exhaustif sur ce texte très important, indiquons qu'y sont énoncées des dispositions générales applicables à toutes les formes de médiation au sens de la directive 2008/52/CE, qu'elle soit conventionnelle ou judiciaire, et quelle qu'en soit la dénomination. Une notion générique de médiation se voit ainsi définie, inspirée très largement de la définition donnée par la directive, et renvoie non seulement à la médiation au sens strict, mais aussi à toute conciliation qui n'est pas menée par le juge en charge de trancher le litige[13].

[13] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, JORF n°0266 du 17 novembre 2011 page 19283.

19. En second lieu, l'ordonnance du 16 novembre 2011 a défini le cadre juridique de la médiation, notamment en s'attachant à préciser le principe de confidentialité s'attachant à la médiation, ainsi que les exceptions qui peuvent y être apportées.

20. En troisième lieu se voit par cette ordonnance inséré un nouveau chapitre dans le titre VII du Livre VII du code de justice administrative, marque de ce que la médiation s'étend également à la matière administrative[14].

21. Enfin, afin de bien mesurer l'impact de cette ordonnance sur l'avancée des M.A.R.C. en droit français, observons que la transposition de la directive ne s'est pas limitée aux seules médiations transfrontalières, seul domaine *a priori* couvert par la directive. Dans le souci d'améliorer le régime de la médiation, l'ordonnance s'est déclarée applicable également aux médiations intervenant en dehors de tout contentieux transfrontalier.

22. Pris pour l'application de l'ordonnance du 16 novembre 2011, le décret n°2012-66 du 20 janvier 2012, relatif à la résolution amiable des différends a précisé le régime de la médiation et de la conciliation conventionnelle. A cette fin, ce décret a introduit dans le nouveau Code de procédure civile un Livre V (art. 1528 et s.), consacré à la résolution amiable des différends à l'initiative des parties, avec l'assistance d'un médiateur ou d'un conciliateur de justice. L'article 1532 nouveau du Code de procédure civile, s'inspirant fortement de la directive de 2008, définit la médiation et la conciliation conventionnelles comme « tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et

[14] L'article L.771-3 du Code de justice administrative pose ainsi le principe de la possibilité pour les parties à un différend relevant de la compétence du juge administratif de recourir à la médiation. Le processus de médiation administratif peut également être directement mis en œuvre par les litigants, avant toute saisie du juge adminsitratif.

diligence ». Par ce décret[15] est créé un cadre juridique commun à la médiation et à la conciliation extrajudiciaires, par exemple relatif au statut de conciliateur et du médiateur, le décret édictant par ailleurs un certain nombre de règles spécifiques à la médiation conventionnelle et à la conciliation conventionnelle.

23. Mais le décret du 20 janvier 2012 ne s'est pas contenté de conceptualiser et réorganiser ces deux M.A.R.C. classiques que sont la conciliation et la médiation. Egalement pris en application de l'article 37 de la loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010 qui a créé la convention de procédure participative, le décret du 30 janvier 2012 insère un nouveau titre au sein du Livre V du Code de procédure civile (art. 1542 à 1564), venant compléter les articles 2062 à 2068 du Code civil issus de la loi du 22 décembre 2010.

A travers cette loi et son décret d'application voit le jour un nouveau M.A.R.C., illustration de ce que l'on nomme le « droit collaboratif ». L'idée d'un droit collaboratif provient de la pratique des avocats, apparue aux Etats-Unis, puis importée en France il y a à peu près une dizaine d'années. En droit collaboratif, dont le domaine de prédilection est le droit de la famille, les deux parties sont certes assistées de leur avocat, mais elles conservent néanmoins un rôle directeur dans un processus de collaboration dont l'issue doit être la prise en compte des intérêts de chacune des parties. L'antagonisme du contentieux laisse ainsi la place à une volonté d'entente, au désir de recherche d'une solution qui soit mutuellement admise par les deux parties en litige. La démarche se présente ici comme

[15] Sur ce décret, voir Belval : Petite réflexion sur le développement des modes alternatifs de règlement des litiges par rapport au droit, Gaz. Pal. 6-8 mai 2012, p.11 ; Larribau-Terneyre : Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlement des litiges en matière familiale ?, Dr.fam.2012, Etude, p.12 ; Mollard-Courteau : Une justice de proximité en retrait face à la multiplication des modes alternatifs de règlement des litiges, Gaz. Pal. 1er-3 juillet 2012, p.12 ; E. Guinchard : La médiation contrainte à la réussite ?, RTD.Eur.2012.689, n°4 ; C. Lienhard : Développement et diversification des M.A.R.C., Gaz.Pal. 23-24 mars 2012, p.24 ; F. Rongeat-Oudin : Le règlement amiable des différends est en bonne marche, JCP 2012, éd.G, n°7, p.157.

d'essence contractuelle, les parties s'engageant au sein d'une charte collaborative porteuse d'engagements mutuels. Mais l'aspect contractuel n'évince pas totalement le juge, qui pourra par exemple être sollicité afin de rééquilibrer un accord jugé déséquilibré par l'une des parties[16].

24. La loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010, qui a créé dans le Code civil un titre XVIII intitulé « De la convention de procédure participative », organisant au sein des articles 2062 à 2068 du Code civil un mécanisme de convention de procédure participative assistée par avocat, s'inscrit dans le sillage du droit participatif. La convention de procédure participative se présente comme un contrat par lequel les parties à un différend, qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre, s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend. Les parties, assistées chacune de son avocat, vont tenter de parvenir à une solution amiable. En cas d'échec, elles s'adresseront à la justice L'originalité réside on le voit dans la succession possible de deux procédures, une procédure conventionnelle ainsi qu'une procédure aux fins de jugement, les deux procédures se voyant réglementées au sein du Code civil (art. 2062 à 2068) et du Code de procédure civile (art. 1544 à 1564)[17].

---

[16] Sur le droit collaboratif, voir M. Foulon et Y. Strickler, Juriscl. Proc. Civ., Fasc.1000, n°18 et s.; Butruille-Cardew, La place du doit collaboratif dans les M.A.R.C., RLDC 12/2011.69 ; Le droit collaboratif : Dossier AJ fam. 2010.253 et s.

[17] Sur la convention de procédure participative, voir Avena Robardet : Divorce et procédure participative, AJ fam. 2011.7 ; D. D'ambra, Procédure participative de négociation assistée par un avocat : Dalloz coll. Action 2013/2014, sous la dir. De S. Guinchard, chap.327 ; S. Amrani-Mekki : La convention de procédure participative, D. 2011, p.3007 ; M. Douchy-Oudot : Convention de procédure participative, Procédures 2011, comm.99 ; N. Fricero : Convention de procédure participative et médiation : deux instruments concurrents ?, Dr. et patrimoine, n°214, mai 2012 ; C. Peulve : La dimension processuelle de la procédure participative : LPA 16 avr. 2012, n°76,p.6 ; L. Leveneur : un nouveau contrat pour les MARC : Contrats,conc.,conso. 2012, repère 10 ; N. Sauphanor-Brouillaud : La conventiond e procédure participative : aspects pratiques, Gaz.Pal. 2011,1, doctr., p.47 ; A. Sauret : La convention de procédure participative, Gaz.Pal.2011,2, doctr., p.646 ; G'Sell-Macrez : Vers la justice participative ? Pour une négociation « à l'ombre » du droit, D.2010. 2450.

25. Dans la description de cette accélération de l'avancée des M.A.R.C., on ne saurait naturellement passer sous silence le rôle sans cesse croissant du droit communautaire dans l'organisation et le développement des M.A.R.C., spécialement en droit de la consommation. Ce rôle s'est exprimé à travers plusieurs normes particulièrement importantes, à la lumière desquelles le droit français doit aujourd'hui être lu, ceci d'autant que s'annoncent encore des changements à venir. Est en effet annoncée pour le 9 juillet 2015 la transposition de la directive n°2013/11/UE sur le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (Directive « REL »), ainsi que l'entrée en vigueur du règlement n°524/2013 sur le règlement en ligne des litiges transfrontières (Règlement « RLL »). Ces instruments, qui font suite à la directive n°2008/52/CE du 24 mai 2008, plus haut rencontrée, sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, traduisent l'importance que les instances communautaires accordent au M.A.R.C., augurant ainsi de la place croissante qui sera leur dans les prochaines années. A l'issue du sommet européen réuni à Tampere les 15 et 16 octobre 1999, le Conseil européen a ainsi invité les Etats membres à créer des procédures de substitution extrajudiciaires dans le but de résoudre les litiges transfrontaliers, amenés à se multiplier notamment du fait de l'explosion du commerce électronique. Ainsi qu'il a été relevé, le particularisme du contentieux de la consommation favorise la recherche de solutions extrajudiciaires de traitement des litiges[18]. En particulier, le règlement amiable et négocié permet de lever les obstacles que rencontre fréquemment le consommateur dans son accès à la justice, et ce d'autant si le contentieux revêt un caractère international. Dans le même temps, les autorités communautaires n'ont pu que relever les disparités au sein de l'Union en ce qui concerne les modes de résolution simples, rapides et efficaces de règlement des litiges. Plus encore, à travers ces disparités a été perçu un obstacle à la

[18] S. Berheim-Desvaux : Résolution extrajudiciaire des litiges de consommation, Juriscl. Concurrence-Consommation, Fasc ; 1230, 2014, n°3.

réalisation du marché intérieur, dissuadant consommateurs et professionnels de se tourner vers des achats et des ventes au-delà des frontières[19]. Pour toutes ces raisons ont été poursuivis deux objectifs :

26. D'une part développer les M.A.R.C. dans le domaine des litiges de consommation, tout en veillant à ce que ce développement s'opère de manière harmonisée au sein de l'Union européenne, que ce soit dans les procédés de règlement utilisés ou dans les modes d'information des consommateurs et des professionnels au sujet de ces M.A.R.C. C'est ainsi que la directive visant à favoriser le règlement extrajudiciaire des litiges (REL) du 21 mai 2013[20], du moins lorsqu'est en cause un litige de consommation, a prévu que, dans chaque Etat membre, une procédure de REL devra être mise en place pour tout litige de nature contractuelle. En outre, la directive a organisé des modes d'information des consommateurs sur le recours au REL, pris en charge par des « entités de REL », à propos desquelles la directive a formulé un certain nombre d'exigences.

27. D'autre part, les autorités communautaires ont mis en place une plateforme de Règlement en Ligne des Litiges (RLL) pour le commerce en ligne. L'idée, concrétisée par le règlement UE n°524/2013 du 12 mars 2013 Parlement européen et du Conseil relatif au règlement en ligne des litiges de consommation, a été

[19] S. Berheim-Desvaux, op.cit., n°95. Adde A. Ayewouadan : La médiation en ligne, JCP 2012, éd.G, I, 138 ; T. Massart : La médiation auservice d'internet, LPA, 26 août 2002, p.31 ; A. Penneau : Le régime juridique de la médiation en ligne des litiges de consommation, in Le droit des consommateurs et les procédures spécifiques en Europe [sous la dir. De J. Rochfeld et E. Jeuland], 2005, p.25 et s. ; A. Siiriainen : Quelques réflexions sur les M.A.R.C. en ligne dans le commerce électronnique, in J.B. Racine, Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit, éd. L'Hermès 2002, p.131.

[20] Sur cette directive, voir C. Aubert de Vincelles : Promotion et harmonisation des modes alternatifs de règlement des litiges de consommation, RDC 2012, p.465 ; S. Bernheim-Desvaux : Litiges de consommation : règlement extrajudiciaire et règlement en ligne, JCP, éd.E 2013, 1402 ; Présentation de la directive 2013/11/UE relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, et du règlement UE n°524/2012 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation, Contrats, conc.,consom.2013, étude 9 ; X. Lagarde, Droit processuel et modes alternatifs de règlement des litiges : Rev. arb. 2001, p.433 ; J.P. Pizzio : La médiation dans le domaine de la consommation : Rev. Lamy dr.aff. 2012, n°4328.

de créer des M.A.R.C., qui soient adaptés à la nature du contentieux ainsi qu'aux exigences qu'il véhicule. Ainsi, dans le contexte bien particulier du commerce électronique, où le caractère à distance des opérations concernées ainsi que leur dimension internationale rendent difficile la résolution des litiges pouvant survenir, le règlement, qui sera opérationnel à compter du 9 janvier 2016, a mis en place un mode de règlement en ligne des litiges concernant les contrats de vente de biens et de services conclus en ligne entre un consommateur résidant dans l'Union et un professionnel établi dans l'Union[21].

28. De l'ensemble de ces développements, ressort incontestablement l'image d'une avancée des M.A.R.C. qui, en l'espace de moins de dix ans, s'est considérablement intensifiée. Et encore tous les textes récents n'ont-ils pas été cités, comme par exemple le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, et qui a apporté en droit français de nombreuses innovations[22]. Ou bien la loi de simplification et d'amélioration du droit du 17 mai 2011, ayant introduit le recours à l'arbitrage en droit de la propriété intellectuelle[23]. Plus près de nous encore, la loi Hamon du 13 mars 2014 relative à la consommation, a non seulement entendu généraliser dans les contrats conclus par les consommateurs les clauses de recours à la conciliation (art. L.133-4 nouveau C. conso [24]), mais a aussi, dans le contexte du

[21] Sur ce règlement, voir les références citées à la note précédente

[22] Sur le décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 réformant le droit de l'arbitrage, voir notamment les études de Béguin, Ortscheidt et Seraglini, JCP 2011.322 ; Bollée, Rev. crit.DIP 2011.553 ; Clay et Najar, Gaz.pal. 13-15 févr. 2011, p.6 ; Gaillard et de Lapasse, D.2011.175 ; Jarrosson et Pellerin, Rev.arb.2011.5 ; P. Mayer, Dr. et patr., mai 2011, p.30 ; Nourrissat, Procédures 2011.Etude.3

[23] Sur cette loi, voir, J.M. Bruguière et E. Gillet : Litiges de propriété intellectuelle : l'apport de la loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit du 17 mai 2011, JCP 2011, éd.E.1163 ; J.M. Bruguière : La généralisation de l'arbitrage au sein de la propriété intellectuelle. L'apport de la loi du 17 mai 2011, in Les modes alternatifs de règlement des litiges de propriété intellectuelle, sous la direction de J.M. Bruguière, éd. Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2012, p.13 et s.

[24] Selon l'article 133-4 du Code de la consommation, issu de la loi Hamon du 17 mars 2014, « *lors de la conclusion de tout contrat écrit, le consommateur est informé par le professionnel de la possibilité de recourir, en cas de contestation, à une procédure de médiation conventionnelle ou à tout autre mode alternatif de règlement des différends* ».

règlement amiable des litiges collectifs de consommation, entendu permettre la participation à une médiation des associations de consommateurs préalablement à l'exercice d'une action de groupe (art. L.423-15 et art. L.423-16 nouveaux C.conso.). Au vu de son intensité, il n'est guère étonnant que l'avancée des M.A.R.C. se présente sous de multiples facettes.

II.- Une avancée aux manifestations multiples

29. Comme l'indiquait le titre récent d'un article de doctrine[25], « le règlement amiable des différends est en bonne marche ! ». Cette avancée des M.A.R.C., qui se traduit par l'adoption sans cesse croissante de textes à l'échelon national et européen, se vérifie à toute une série d'égards. Ce sont en premier lieu les sources des M.A.RC., qui illustrent cette avancée, tant elles se diversifient (A). Ces sources gagnent au fil des ans des terres nouvelles, dont certaines, de prime abord inhospitalières, auraient pu laisser douter de l'accueil des M.A.R.C. (B). Enfin, à l'image d'une armée en marche, qui possède ses différents corps d'armes, les M.A.R.C. ont aujourd'hui leurs différents outils, incontestablement plus nombreux et diversifiés que par le passé (C).

A.- L'avancée dans les sources des M.A.R.C

30. Ce point n'appelle que peu d'observations, tant les développements qui précèdent ont permis de montrer la diversité des sources faisant jaillir les M.A.R.C. au sein de notre paysage juridique.

1°) 31.Ces sources sont aujourd'hui, comme elles l'ont été d'ailleurs historiquement, tout d'abord et principalement nationales. Depuis la loi des 16 et 24 août 1790, qui avait institué un préliminaire obligatoire de conciliation devant les tribunaux de district, jusqu'à la période actuelle, les lois, décrets et autres ordonnances se sont succédées à un rythme on l'a vu de plus en plus soutenu. Beaucoup de ces textes trouvent à présent leur place au sein de codes (code civil, code de procédure civile, code

[25] F. Rongeat-Oudin : Le règlement amiable des différends est en bonne marche !, JCP, éd.G, n°7, 13 février 2012, 157.

de procédure pénale….) où ils côtoient les autres modes de règlement des litiges propres à la matière considérée. Mais il n'y a pas que le législateur qui se préoccupe des M.A.R.C.

32. La jurisprudence, également, est de plus en plus fréquemment amenée à poser des règles et à participer ainsi à l'élaboration du régime juridique des M.A.R.C. et, partant, à leur avancée au sein de notre ordre juridique. Il est à cet égard intéressant de se souvenir que l'institutionnalisation de la médiation judiciaire, opérée par la loi n°95-125 du 8 février 1995, a été l'écho d'un arrêt rendu le 16 juin 1993 par la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation[26], par lequel la Haute juridiction estimait que la médiation « dont l'objet est de procéder à la confrontation respective des parties en vue de parvenir à un accord proposé par la médiateur, est une modalité d'application de l'article 21 du Code de procédure civile », conférant au juge mission de concilier les parties. Dix ans plus tard, la Cour de cassation, réunie en Chambre mixte[27], posait en principe que « licite, la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent ». Plus près de nous, dans un arrêt du 26 mars 2014[28], la Chambre sociale de la Cour de cassation a estimé qu' « un salarié et un employeur ayant signé une convention de rupture conventionnelle peuvent conclure une transaction si celle-ci intervient postérieurement à l'homologation de la rupture conventionnelle par l'autorité administrative, étant précisé que la transaction doit par ailleurs régler un différend relatif non pas à la rupture du contrat de travail mais à son exécution sur des éléments non compris dans la convention de rupture ».

[26] Pourvoi n°91-15.332 : Bull. civ., II, n°211

[27] Cass. Ch.mixte., 14 févr.2003 : Bull. Ch. Mixte, n°1, p.1 ; D.2003.1386, note Ancel et Cottin ; D. 2003, Somm.2480, obs. Clay ; LPA 12 mars 2003, note Bernheim.

[28] Cass. soc., pourvoi n° 12-21.136 ; JCP 2014, éd.S, note G. Loiseau.

2°) 33. Cependant, les sources nationales n'ont plus en France le monopole de l'encadrement des M.A.R.C. Les sources communautaires occupent en effet en la matière une place de plus en plus importante, pour des raisons qui ont été précédemment exposées. L'avancée des sources communautaires[29] s'explique par la prise de conscience au niveau européen de l'intérêt qu'il y a à favoriser la recherche de solutions extrajudiciaires de traitement des litiges. Nul n'ignore que la réussite de l'Union européenne passe par une intensification des échanges transfrontaliers, spécialement par la voie du commerce électronique. Dans sa communication du 13 avril 2011[30], la Commission a considéré le développement du commerce électronique comme un des leviers indispensables à la croissance économique. Ce développement, naturellement, augmente le risque des litiges transfrontaliers, d'autant plus redoutés des consommateurs comme des professionnels que ne leur serait proposé un système simple, rapide et efficace en vue de les régler. Face à cette exigence, mais aussi confrontée aux disparités existant au sein de l'Union européenne dans le traitement de ce genre de litiges, les instances communautaires ont entrepris d'harmoniser les droits nationaux dans le but de favoriser un traitement extrajudiciaire des litiges transfrontaliers. La Commission a ainsi publié un Livre Vert le 19 avril 2002, puis lancé une grande consultation sur les M.A.R.C., en droit civil et commercial, avant, deux ans plus tard, de proposer un Code de bonne conduite à destination des médiateurs. C'est dans ce contexte qu'a été adoptée la directive n°2008/52/CE du 24 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale[31]. Cependant, l'observation que la directive transposée avait laissé subsister des différences au sein des Etats membres, ajoutée au fait que pêchait l'information des

[29] Sur cette avancée des sources communautaires dans le contexte de la résolution extrajudiciaire, voir les très intéressants développements de S. Bernheim-Desvaux, Juriscl. préc., n°5.

[30] L'acte pour le marché unique-Douze leviers pour stimuler la croissance et relancer la confiance. Ensemble pour une nouvelle croissance : Comm.CE, Communication n°COM (2011)206 final, 1 » avril 2011, p.9.

[31] Sur cette directive, voir supra n°17 ; adde sur cette directive, J.B. Racine, Présentation de la directive n°2008/52/CE sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, Europe 2008, étude, 10.

consommateurs et des professionnels sur les modes amiables de règlement des litiges, a conduit la Commission à proposer un projet de directive ainsi qu'un projet de règlement propres aux litiges concernant la consommation et le commerce électronique. La directive sur le règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (REL) a ainsi vu le jour le 21 mai 2013, de même que le règlement relatif au règlement en ligne des litiges de consommation.

34. Cette harmonisation des droits nationaux est d'autant plus remarquable que les directives adoptées en la matière ont laissé les Etats membres libres de ne pas la cantonner aux seuls litiges transfrontaliers, pour l'étendre à l'ensemble des litiges de consommation, aussi bien internes qu'intra européens. La France a d'ores et déjà usé de cette faculté à propos de la directive de 2008, et suivra probablement la même ligne pour celle de 2013.

3°) 35.Les sources des M.A.R.C., initialement d'origine publique, revêtent incontestablement aujourd'hui une dimension privée, notamment à travers le développement de plusieurs formes de médiation, comme la « médiation interne »[32]. La « médiation interne » peut se définir comme la médiation organisée par le professionnel, soit directement au sein de son entreprise, soit indirectement par la branche ou l'organisation professionnelle à laquelle il appartient. Ces médiateurs sont présents aussi bien dans des entreprises publiques (GDF-Suez ; SNCF) que dans des entreprises privées (Canal+ ; La Poste), ou des organismes professionnels (ainsi par exemple le médiateur « voyage et tourisme », ou bien encore le « médiateur de l'eau ». Son objet est de traiter de façon amiable les litiges pouvant survenir entre le professionnel et ses clients ou usagers, et portant sur la conclusion, l'interprétation ainsi que l'exécution des contrats. Autres médiateurs devenus acteurs à part entière des M.A.R.C., les médiateurs dits »publics », comme le médiateur national de

[32] Sur la médiation interne, voir S. Bernheim-Desvaux, Juriscl. préc., n°36 et s.

l'énergie, le médiateur de l'Autorité des Marchés Financiers, ou bien encore le Défenseur des droits, auquel un rapport présenté au présent colloque sera consacré. Enfin, doivent être cités les médiateurs « privés », comme le Centre de Médiation et d'Arbitrage de Paris (CMAP), compétent pour la gestion et la résolution des conflits commerciaux, le Centre de médiation des notaires de Paris (CNMP), le Centre de médiation des huissiers de justice (CMHJ), intervenant tous deux pour les litiges se situant dans le champ d'expertise des notaires et des huissiers.

36. Au-delà de la diversité des médiateurs, s'appliquent aux mécanismes de médiation ainsi mis en place des normes relativement uniformes, communes à l'ensemble des médiations. Ces normes d'origine privée, issues de différents codes de bonne conduite, chartes, et autres règlements[33] expriment par-delà leurs spécificités propres des principes communs applicables aussi bien au statut du médiateur qu'à la procédure de médiation.

B.- L'avancée dans le champ d'application matériel des M.A.R.C

37. Historiquement, les M.A.R.C. ont trouvé leur champ d'expression principal en droit privé, et plus précisément en droit civil. La conciliation, à la veille du nouveau Code de procédure civile, ne faisait pleinement partie des pouvoirs du juge que dans le cadre de l'instance contentieuse devant le Tribunal de grande instance[34]. Avec le nouveau Code de procédure civile, issu dans sa version finale du décret n°75-1123 du 5 décembre 1975, la conciliation judiciaire a l'initiative du juge s'est généralisée à toutes les juridictions de l'ordre judiciaire, devenant de la sorte un véritable principe directeur

[33] Sur les règles communes issues de ces différentes sources privées, voir par exemple J.B. Racine : Les garanties de loyauté dans les modes alternatifs de résolution des conflits, in J.B. Racine, Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit, éd. L'Hermès, 2002, p.71 ; J.P. Pizzio : La médiation dans le domaine de la consommation, Rev. Lamy dr.aff.2012, n°4328.

[34] M. Douchy-Oudot et J. Joly-Hurard, Rép. pr. civ. Dalloz, V° Médiation et conciliation, préc., n°8.

du procès[35]. Quelques années plus tard, la médiation judiciaire connaîtra le même essor par la grâce de la loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions, et à la procédure civile, pénale et administrative. Cette loi lui a octroyé un champ d'application fort vaste puisque, dorénavant installée au sein du Livre 1er du Code de procédure civile, elle est possible en toutes matières où les parties ont la libre disposition de leurs droits[36]. Même lorsque tel n'est pas le cas, comme en matière familiale, la pratique va engendrer spontanément la médiation familiale[37]dans les années 90, qui verra se mettre en place des centres de médiation familiale, avant que la profession de médiateur familial se voie institutionnalisée[38], et que le législateur rende obligatoire le recours à la médiation familiale, du moins en certaines matières[39]. A peu près à la même époque que la médiation familiale, la médiation pénale a elle aussi connu les faveurs de la pratique pour ensuite obtenir sa reconnaissance à l'article 41 du Code de procédure pénale par la loi n°93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale[40]. Mais il n'y a pas que le droit privé et les sciences criminelles qui aient été gagnées par les M.A.R.C. Le droit

[35] Ibid

[36] M. Douchy-Oudot et J.Joly-Hurard, Rép. pr. Civ.Dalloz, V° Médiation et conciliation, n°46.

[37] La médiation familiale a été définie par M. Topor : La médiation familiale, 1992, coll. « Que sais-je » éd.PUF, 1992, cité par M. Douchy-Oudot et J.Joly-Hurard, Rép. pr.civ. Dalloz préc., n°71., comme « un processus qui tend vers le règlement à l'amiable des conflits familiaux, grâce à l'intervention confidentielle d'une tierce personne, neutre, qualifiée de médiateur, dont la mission est d'écouter, d'apaiser les passions, d'éclairer les prétentions respectives, de rétablir le dialogue autour de propositions, de solutions susceptibles de rapprocher les intéressés »

[38] Décret n°2003-1166 du 2 déc.2003 portant création du diplôme d'Etat de médiateur familial, complété par l'arrêté du 12 février 2004 relatif à ce diplôme d'Etat.

[39] La loi n°2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles a prévu la mise en place à titre expérimental dans certains tribunaux de grande instance du recours impératif à la médiation pour les décisions fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ou avant toute demande de modification des dispositions contenues dans la convention homologuée (art.255 et 373-2-10 du Code civil).

[40] JO 4 janv.1993, art.5. Sur l'introduction de la médiation pénale, voir Blanc : La médiation pénale, JCP 1994, éd.G, I.3760 ; J. Leblois-Happe, La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance : état des lieux et perspectives, RSC 1994.525.

public, également, offre un champ d'intervention non négligeable à ces modes de règlement des litiges.

38. A commencer par la transaction, qui connaît aujourd'hui un large succès en matière administrative. Alors qu'à l'origine, les possibilités pour une personne publique de recourir à la transaction se voyaient limitées[41], ces limites ont progressivement cédé le pas, face aux avantages qu'offre la voie transactionnelle. Textes et jurisprudence ont ainsi pleinement reconnu à l'administration fiscale le pouvoir de transiger[42], avant d'admettre que les ministres puissent transiger au nom de l'Etat, et que les collectivités locales aient le pouvoir de transiger sans autorisation préalable de l'Etat. Plus récemment, dans une circulaire du 6 février 1995 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits[43], le Premier ministre a encouragé les collectivités publiques à recourir à la voie transactionnelle, en soulignant les avantages qu'elle présente : facilitation du règlement rapide des litiges, gestion économe des deniers publics, allègement de la charge de travail des juridictions administratives. Enfin, rappelons que l'article L.771-3 nouveau du Code de justice administrative, issu de l'ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011[44], pose le principe de la possibilité pour les parties à un différend relevant de la compétence du juge administratif, de recourir à la médiation.

39. Autre illustration de l'avancée du champ d'application matériel des M.A.R.C., leur extension aux rapports juridiques internationaux a connu récemment une impulsion nouvelle.

[41] Par exemple, le décret des 27-31 août 1791 disposait que « s'il s'agit de transiger, l'agent du Trésor Public pourra y être autorisé par les commissaires de la trésorerie ; mais la transaction n'aura d'effet vis-à-vis de la Nation qu'après l'approbation du corps législatif ». Texte cité par G.Le Chatelier, in Rép. cont.adm. Dalloz, V° Transaction, n°3.

[42] Ordonnances des 30 janvier et 13 février 1822.

[43] JO 15 février 1995

[44] Sur cette possibilité, voir le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive n°2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, JO du 17 novembre 2011, p.19283.

Certes, l'usage des M.A.R.C. en matière internationale n'est pas une nouveauté. L'un des M.A.R.C. les mieux établis, l'arbitrage, a même rencontré depuis longtemps en droit des affaires internationales son terrain d'action privilégié. A telle enseigne qu'aujourd'hui, comme le montrent aussi bien la jurisprudence de la Cour de cassation[45] que la récente réforme du droit de l'arbitrage opérée par le décret du 13 janvier 2011[46], il est sans doute permis d'affirmer que le droit français de l'arbitrage international joue bien souvent le rôle de pionnier, tirant ensuite dans son sillage novateur le droit français interne de l'arbitrage.

40. Cette extension, classique, prend aujourd'hui une dimension nouvelle qui laisse augurer une large pénétration des M.A.R.C. au sein des litiges internationaux. Ainsi qu'il a été vu plus haut, les institutions européennes, en matière de litiges de consommation et de contentieux lié au commerce électronique, ont entendu privilégier la résolution extrajudiciaire des litiges (REL). Désormais, dans chaque Etat membre, une procédure de REL devra être mise en place pour tout litige transfrontalier de nature contractuelle, quelque soit le secteur du marché concerné, pourvu que le litige oppose un consommateur à un professionnel[47]. Et si ce litige international se rapporte à un contrat de vente de biens ou de services conclu en ligne entre un consommateur et un professionnel, le règlement du litige de consommation s'opèrera lui aussi en ligne à l'aide d'une plate-forme de règlement en ligne des litiges (RLL), mise en place par la Commission européenne, et reliée aux organes nationaux de REL créés au sein des Etats membres puis notifiés à la Commission. Il y a fort à parier que, dans les années à venir, la technique des REL, voire des RLL, devrait gagner d'autres domaines du droit, au-delà même de la sphère européenne.

[45] Cass. civ.1, 6 févr.2001 : Bull. civ.,I, n°22 ; Cass. Civ.1, 27 mars 2007 : Bull. Civ., I, n°129; Cass. Civ.1, 17 nov.2010 : Bull. Civ., I, n°240, tous arrêts ayant admis qu'en présence d'une chaîne de contrats, la clause d'arbitrage se transmet en même temps que l'action contractuelle, solution consacrée par l'article 1442 al.2 nouveau du Code de procédure civile, dans la rédaction que lui a donné le décret du 13 janvier 2011.

[46] Sur cette réforme, voir les références citées note 22.

[47] Voir supra n°26

Incontestablement, la mise en place d'un règlement en ligne de certains litiges traduit une diversification en même temps d'ailleurs qu'une modernisation des outils sur lesquels peuvent s'appuyer les M.A.R.C.

C.- L'avancée dans les outils utilisés

41. Les M.A.R.C. représentent assurément aujourd'hui une panoplie d'outils bien plus riche qu'elle ne l'était il y a encore une trentaine d'années. L'ensemble des développements qui précèdent a effectivement révélé une diversification des M.A.R.C. Traditionnellement, quatre « M.A.R.C. » étaient recensés : la conciliation, la médiation, l'arbitrage et la transaction. Ces quatre voies de règlement alternatif des litiges existent toujours aujourd'hui, et continuent plus que jamais d'assurer la mission qui leur a été depuis longtemps dévolue. Simplement, ces outils se sont-ils vu attribuer des missions nouvelles, synonymes parfois d'une certaine altération de l'outil concerné. Cette réalité sera décrite un peu plus loin[48]. Par exemple, la transaction, qui on le sait a conquis les terres du droit public, intervient souvent en ce domaine pour réduire le montant d'une amende ou d'une pénalité dont est redevable un particulier n'ayant pas respecté les lois et les règlements[49]. Même si ce type de transaction peut être considérée comporter les concessions réciproques, nécessaires à la qualification de transaction[50], il n'en reste pas moins que, avec ce type de transaction, le redevable ou le contrevenant se contente de s'engager à respecter le point de vue de l'administration, à ne point le contester ainsi qu'à s'acquitter de la somme réclamée, avec pour contrepartie une réduction de celle-ci. Par ce mode alternatif de règlement, de facture à dire vrai assez unilatérale, on s'éloigne certainement du modèle classique de la transaction, où deux parties négocient et passent en cas de succès de la

[48] Voir infra IIème Partie, II.A

[49] Art.251 du Livre des procédures fiscales en matière fiscale ; art. 350 du Code des douanes relatif à la transaction douanière ; art.105 du Code forestier à propos des infractions forestières.

[50] Sur le débat relatif à l'exigence de concessions réciproques en matière de transaction administrative, voir G. Le Chatelier, Rép. cont. Adm. Dalloz, V° Transaction, préc.

négociation un contrat mettant fin à leur litige né ou à naître en se consentant des concessions réciproques. Sans doute est-il possible de tenir le même propos au sujet de la médiation pénale qui, selon la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation, est considérée comme ne mettant pas vraiment fin au litige puisqu'elle n'a point d'effet extinctif sur l'action publique[51].

42. Au-delà de la déformation de certains des outils traditionnels composant les M.A.R.C., l'observateur ne peut manquer de relever l'apparition d'outils nouveaux, qui ont déjà été rencontrés lors du présent exposé, et ne justifient en conséquence pas de nouvelles explications. Tel est le cas tout d'abord de la convention de procédure participative assistée par avocat, qu'a introduite dans le Code civil la loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010, et qu'a organisée dans le Code de procédure civile le décret n°2012-66 du 20 janvier 2012. Convention dont le particularisme réside dans l'association successive en même temps qu'éventuelle d'une phase amiable et, en cas d'échec de la première, d'une phase aux fins de jugement. Tel est le cas ensuite des M.A.R.C. en ligne qui, pour les années à venir, offrent pour d'évidentes raisons de belles perspectives à l'avancée des M.A.R.C., alors que se développent les contrats du commerce électronique, tous contrats à distance très souvent teintés d'éléments d'extranéité.

43. De l'ensemble des explications qui précèdent, il ressort que l'avancée des M.A.R.C., est en marche, et déploie une force, une ampleur qui ne cessent de croître au fil des ans. Les M.A.R.C., désormais, emplissent l'horizon juridique, aucun secteur du droit ne paraissant pouvoir échapper à cette puissante vague. Naturellement, la généralité de cette avancée, mais aussi la diversité de ses sources et de ses champs de manifestation ne peuvent manquer de soulever la question du caractère ordonné ou au contraire désordonné de cette avancée. Assiste t- on à l'avancée

[51] Cass.crim., 21 juin 2011, pourvoi n°11-80.003 : Bull. crim., n°141 ; Gaz.Pal. 19 juill. 2011, p.18, note Detraz ; D.2011.2379, note Desprez ; RSC 2011.1453, note Ludwiczak.

en désordre d'une foule sans cesse grandissante, mais inorganisée, hétéroclite, dont les membres s'ignorent mutuellement ? Ou bien, différemment, peut-on nourrir la vision d'un groupe organisé et en ordre de bataille, dont les différents corps, clairement identifiés, s'articulent harmonieusement ? Il convient à présent de répondre à ces interrogations.

IIème Partie : Une avancée ordonnée mais diversifiée

44. Si l'avancée des M.A.R.C., a donné naissance à une très abondante littérature, peu nombreux en revanche sont les écrits ambitionnant de fournir une vision aérienne et globale des M.A.R.C. Pourtant, seule cette vision peut permettre de répondre à la question de savoir si cette avancée se fait de manière ordonnée, ou au contraire en ordre dispersé. Or la réponse à cette question ne manque pas d'intérêt, ne serait-ce qu'au regard de l'émergence possible d'une théorie générale des M.A.R.C., assurant cohérence en même temps qu'homogénéité dans le régime juridique des M.A.R.C., quel que soit leur secteur d'intervention. A cet égard, il paraît possible aujourd'hui de soutenir que l'avancée des M.A.R.C., s'opère certainement de façon ordonnée (I). Ceci même s'il est incontestable que l'avancée, du fait de son ampleur, rime non pas avec uniformité, mais plutôt avec diversité, sans que cela néanmoins engendre le désordre (II).

I.- Une avancée ordonnée

45. S'interroger sur le caractère ordonné de l'avancée des M.A.R.C. suppose naturellement que l'on s'entende sur l'emploi du qualificatif « ordonné ». Que doit-on comprendre exactement par ordre et par désordre dans le contexte de l'avancée des M.A.R.C. ? Par ordre, il semble bien qu'il faille entendre une cohérence, une organisation d'ensemble, mais aussi une méthodologie spécifique dans l'approche et le traitement des M.A.R.C. Pour prétendre au qualificatif d' « ordonné », l'avancée des M.A.R.C., doit tout d'abord traduire une unité, ou à tout le moins une proximité des concepts utilisés au gré des matières (A). Mais, en outre, cette avancée doit se présenter de

manière systématisée, c'est-à-dire en ordre de bataille, dotée d'un corps global structuré, dont les composantes, soumises à des normes parfois propres, s'articulent néanmoins harmonieusement les unes avec les autres (B).

A.- Une avancée conceptualisée

46. L'avancée des M.A.R.C., semble pouvoir être qualifiée de « conceptualisée » si les M.A.R.C., au-delà de la diversité des domaines où ils interviennent, utilisent des mécanismes, des techniques susceptible d'une acception commune. Autrement dit, au-delà de l'identité des termes utilisés de conciliation, de médiation, d'arbitrage et de transaction, la conceptualisation des M.A.R.C., présuppose que ces termes, quel que soit le domaine du droit où on les retrouve, traduisent une même réalité. Même si, par le passé, on a pu douter d'une telle conceptualisation au vu du flou qui entourait certaines notions pourtant clés, sans doute est-il possible aujourd'hui de discerner à travers les différents modes de règlement des concepts bien identifiés à l'échelon national (1°). Rassurant, ce constat devrait encore davantage s'imposer, mais cette fois au niveau européen voire international, dès lors que s'exprime de manière croissante une volonté de mise en place harmonisée des procédés de règlement extrajudiciaire (2°).

1°) 47.Discerner des concepts bien identifiés à travers les différents modes de règlement alternatif des litiges a pu longtemps sembler difficile face aux incertitudes entourant les deux modes pourtant les plus usuels que sont la conciliation et la médiation. L'affirmation peut étonner, dans la mesure où chacun croit posséder aisément une compréhension de ce qu'est la conciliation. De l'avis de tous, la conciliation est une procédure qui consiste pour les parties à tenter de rapprocher leur point de vue, afin de trouver une solution amiable à leur litige. Simplement, une fois donnée cette définition, force est de reconnaître que n'en ressort pas une distinction tranchée avec les autres modes de règlement amiable des conflits que sont la médiation mais aussi la transaction. Comme des auteurs l'ont

rappelé[52], « parmi les modes alternatifs de règlement des conflits, la conciliation fait office de symbole en raison de son ancienneté, mais aussi de son universalité. Dans un sens générique, elle englobe à elle seule tous les autres modes de règlement amiable des conflits et, en particulier, la médiation ». Certainement exact, le propos laisse cependant dubitatif à la lecture de l'article 21 de la loi n°95-125 du 8 février 1995, récemment modifié par l'ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive n°2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale. En effet, cet article 21, dans sa version initiale, avait choisi comme terme générique celui de médiation pour désigner tout procédé de règlement amiable, « quelle qu'en soit la dénomination ». Suite à l'ordonnance du 16 novembre 2011, non seulement la notion générique de médiation se voit reprise, renvoyant en droit interne non seulement à la médiation au sens strict, mais aussi à toute conciliation qui n'est pas menée par le juge en charge de trancher le litige[53]. Mais, de plus, le décret n°2012-66 du 20 janvier 2012, pris pour l'application de cette ordonnance, a par l'article 1530 nouveau du Code de procédure civile, qui ouvre le titre dédié à la médiation et à la conciliation, donné une définition commune de la médiation et de la conciliation conventionnelles. Ainsi qu'il a été relevé[54], cette assimilation conceptuelle ne manquera pas de soulever des critiques, en ce qu'elle peut laisser croire à la fin des difficultés de distinction entre médiation et conciliation. Alors que tel n'est pas le cas, ce qui ressort de l'observation que si certaines règles créées par le Livre V du Code de procédure civile sont communes à la médiation et à la conciliation (art. 1531 et 1532), d'autres sont en revanche spécifiques à la médiation (art. 1533 à

[52] M.Douchy-Oudot et J. Joly-Hurart, Rép. pr.civ. Dalloz, V° Médiation et conciliation, préc. n°3.
[53] Rapport au Président de la République de l'ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011, préc.
[54] F. Rongeat-Oudin : Le règlement amiable des différends est en marche art. préc., JCP 2012, éd.G, 157.A.

1535) et à la conciliation (art. 1536 à 1541). Sur un plan plus général, on ne peut nier que conciliation et médiation relèvent pour une part non négligeable de règles distinctes[55]. Ressurgit alors le danger de la confusion entre médiation et conciliation[56]. Ce danger, cependant, ne doit pas être exagéré, une distinction conceptuelle séparant assez nettement les deux mécanismes. Selon la pertinente observation d'un auteur[57], « la médiation est un mode de résolution des conflits consistant, pour la personne choisie, à proposer aux parties en litige une solution, sans se borner à s'efforcer de les rapprocher, à la différence de la conciliation, mais sans être investie du pouvoir de la leur imposer, à la différence de la juridiction étatique et de l'arbitrage ». Contrairement à ce qui peut se passer en matière de médiation, le conciliateur se contente de faciliter, d'encadrer et de formaliser la discussion entre les parties, mais ne propose pas de solution. Médiation et conciliation se distinguent ainsi aisément de la transaction, qui est comme on le sait un contrat nommé par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître, au moyen de concessions réciproques, qui en font l'originalité (art.2044 al.1er C.civ.). Sauf à observer que bien souvent, le contrat de transaction se présentera comme l'aboutissement réussi d'un processus de conciliation, voire de médiation.

48. La transaction offre d'ailleurs un autre exemple de la conceptualisation du droit des M.A.R.C. Ainsi qu'il a été vu plus haut[58], la transaction s'est largement répandue en matière administrative. Mais elle n'y a pas perdu son essence, ni son

[55] Aussi bien s'il s'agit de la conciliation et de la médiation judiciaires (articles 129-1 et s. du Code de procédure civile pour la conciliation judiciaire, articles 131-1 et suivants du Code de procédure civile pour la médiation judiciaire ; article 1532 et s. du Code de procédure civile pour la médiation conventionnelle, articles 1536 et suivants du Code de procédure civile pour la conciliation conventionnelle menée par un conciliateur de justice.

[56] Sur ce risque de confusion, voir C. Jarrosson : Médiation et conciliation : essai de présentation, Dr. et patr.1999, dossier 77 ; R. martin : Quand le grain ne meurt…de conciliation en médiation : JCP 1996, éd.G, I, 3977.

[57] S. Bernheim-Desvaux : Juriscl. Concurrence-Consommation, Fasc. 1230 préc., n°29

[58] Voir supra Ière partie, II,A.

exigence de concessions réciproques de la part des deux parties, qu'a formulée depuis bien longtemps la jurisprudence de la Cour de cassation[59]. En effet, même si, comme on le verra plus loin, la transaction administrative souffre d'incontestables limites tenant à ce que sont en jeu des deniers publics[60], il reste que la qualification de transaction, ici comme ailleurs, demeure subordonnée à l'existence de concessions réciproques[61]. D'une manière plus générale, les personnes publiques qui recourent à la transaction demeurent bel et bien soumises aux dispositions de l'article 2044 du Code civil[62].

2°) 49. Cette conceptualisation des M.A.R.C., que l'on peut discerner à l'échelon national du droit français, devrait certainement se renforcer à l'avenir, sous l'impulsion cette fois du droit communautaire. La raison de cette prédiction a été précédemment exposée[63]. A la suite de la déclaration du Conseil européen, formulée en 1999 à l'issue du sommet de Tampere, par laquelle les Etats membres se voyaient invités à créer des procédures de règlement extrajudiciaire des litiges, la Commission, a marqué son attachement à ce que les M.A.R.C. fassent le plus rapidement possible l'objet d'une harmonisation à l'échelle de l'Union européenne : les Etats membres devraient mettre en place de manière équivalente des procédés de règlement extrajudiciaires. Or, cette mise en place ne peut naturellement s'opérer qu'à travers une démarche d'uniformisation des concepts au sein des différents Etats. Telle est bien la tâche à laquelle s'est attelée la Commission européenne à travers sa proposition de directive sur le

[59] Voir par exemple Civ., 3 janv.1883, DP 1883.1.457 ; 17 avr.1894, S.1896.1.459.

[60] Ce qui s'oppose à ce que les concessions accordées par l'administration dépassent une certaine ampleur. Sur cette question, voir G. Le Chatelier, Rép. cont adm. Dalloz, V° Transaction, préc., n°27 et s.

[61] G. Le Chatelier, op.cit., n°41, qui observe que les concessions réciproques, dont l'exigence n'est pas formulée en tant que telle par la jurisprudence administrative, ne peuvent pas être totalement absentes de la transaction administrative, aucune personne privée ne pouvant raisonnablement accepter de transiger avec l'administration si elle n'y trouve pas son intérêt.

[62] G. Le Chatelier, op. cit., n°2.

[63] Voir supra, Ière Partie, I. B.

règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (REL), qui a été définitivement adoptée le 21 mai 2013 par le Parlement européen et le Conseil. Dans cette directive est livrée une définition des « entités de REL », à savoir toute entité, quelle que la façon dont elle est appelée ou citée, qui est durablement établie et propose une procédure de REL, c'est-à-dire une procédure où une tierce partie propose une solution (médiateur), impose une solution (arbitre), ou se borne à réunir les parties afin de les aider à trouver une solution (conciliateur)[64]. Entité de REL qui doit figurer sur une liste établie conformément à l'article 20§2 de la directive, et répondre aux exigences requises d'elle (compétence, indépendance, impartialité, transparence) par les articles 6,7 et 17 de la directive.

50. Il y a d'ailleurs fort à parier que cette harmonisation dépassera bientôt l'horizon communautaire pour revêtir une dimension davantage internationale. Aujourd'hui, déjà, l'arbitrage international occupe une place de tout premier ordre dans le règlement alternatif des litiges de droit des affaires internationales. Tant le droit conventionnel que la pratique jurisprudentielle arbitrale ou étatique témoignent de l'utilisation de concepts universellement reconnus et acceptés par la plupart des ordres juridiques, comme par exemple. La notion d'autonomie de la clause compromissoire, ou bien encore celle d'amiable composition. Demain, sans doute, la conciliation et la médiation à caractère international devraient gagner leurs lettres de noblesse dans d'autres domaines du contentieux international, et gagner ainsi un véritable statut, doté de ses propres concepts. L'avancée des M.A.R.C. devrait ainsi poursuivre son chemin, balisé par des principes directeurs ainsi que par des concepts éprouvés, offrant par là l'image d'une avancée ordonnée. Une image similaire se dégage à la vue du caractère indiscutablement systématisé de cette avancée.

[64] Voir sur ce point les développements de S. Bernheim-Desvaux, Juriscl. Concurrence Consommation préc., n°88 et s.

B.- Une avancée systématisée

51. L'idée de système évoque l'existence d'une entité structurée, dont les composantes se voient réparties en plusieurs catégories, formant une globalité à l'intérieur de laquelle elles s'articulent de façon ordonnée et cohérente, ce qui permet le fonctionnement harmonieux de l'ensemble. L'avancée des M.A.R.C. semble bien au fil de se progression donner naissance à une telle réalité.

52. En effet, de manière croissante, les M.A.R.C, fruits à l'origine dispersés de textes épars, semblent s'être progressivement mis en ordre de bataille, pour offrir une gamme de plus en plus complète de modes de règlement extrajudiciaire des litiges, qui s'articulent entre eux de manière à répondre au mieux aux attentes placées en eux. Ce caractère systématisé de l'avancée des M.A.R.C. se manifeste à plusieurs égards :

53. En premier lieu, sur un plan en quelque sorte formel, ce caractère systématisé découle de l'intégration des M.A.R.C. au sein du Code de procédure civile, en une présentation traduisant la volonté d'une approche structurée en même temps qu'ordonnée des M.A.R.C. Tel est le sentiment qui se dégage de la présence, au sein du Livre 1er relatif aux dispositions communes à toutes les juridictions, des titres V sur la conciliation et VI bis sur la médiation. Deux titres porteurs de dispositions générales, en contemplation desquelles doit être lu le nouveau Livre V du Code de procédure civile, qui se décline quant à lui en trois titres consacrés à la résolution amiable des différends, succédant au Livre quatrième consacré à l'arbitrage, mode alternatif des règlements des litiges à caractère juridictionnel.

54. En second lieu, et l'observation prolonge la précédente, cet ordonnancement reflète l'ambition désormais affichée des M.A.R.C. de proposer un système aspirant à la complétude en même temps qu'à un objectif d'organisation et de cohérence globale. C'est ainsi que se font face des classifications, qui se déclinent elles-mêmes en sous-classifications, tandis que des règles générales chapeautent l'ensemble, laissant à des règles complémentaires le soin de fournir les normes spécifiques

adaptées à certains secteurs d'intervention. Ainsi, l'article 21-1 de la loi du 8 février 1995, dans la rédaction que lui a donnée l'ordonnance n°2011-1540 du 16 novembre 2011, a pour objet de rappeler que les dispositions générales applicables à toutes les formes de médiation, qu'elles soient conventionnelles ou judiciaires, s'appliquent sans préjudice des règles spéciales applicables à certains types particuliers de médiation, comme par exemple la médiation familiale des articles 255 et 373-2-10 du Code civil.

55. Vue d'en haut, l'avancée des M.A.R.C. montre deux grands corps avançant côte à côte : d'un côté les M.A.R.C. à caractère juridictionnel, c'est-à-dire l'arbitrage, dont le corps se divise en deux divisions, à savoir d'une part l'arbitrage interne, et d'autre part l'arbitrage international. De l'autre côté, le corps des modes de résolution amiable des différends, qui se décline lui aussi en deux divisions : la conciliation et la médiation judiciaires tout d'abord, la médiation et la conciliation conventionnelles ensuite. Puis le corps d'armée se subdivise en brigades. Par exemple, dans la brigade de la conciliation et de la médiation intégrée à l'instance judiciaire se font face la conciliation ou la médiation obligatoire (Conseil de prud'hommes, Tribunal paritaire des baux ruraux, médiation familiale, entités de REL demain, clause de conciliation insérée dans le contrat) et la conciliation ou la médiation facultative, laissée à l'initiative du juge. Pour cette dernière, une nouvelle distinction peut être marquée, selon que le conciliation est assurée par le juge, ou confiée à un tiers. Aujourd'hui, à côté des deux grands corps que sont les M.A.R.C à caractère juridictionnel et les modes de règlement amiable des litiges, est apparu un troisième, la convention de procédure participative, corps hybride combinant règlement amiable et règlement juridictionnel, ceci même si le législateur l'a classé dans le Livre V du Code de procédure civile dédié à la résolution amiable des différends.

56. Ainsi, les catégories se diversifient, dans le but d'affiner les réponses aux attentes que les modes alternatifs sont censés

satisfaire, et de faire en sorte qu'à tel ou tel type de situation corresponde le mode de règlement le plus adapté. Par exemple, prévoir la succession possible et hiérarchisée d'une conciliation ou d'une médiation, dans un premier temps, avec en cas d'échec le recours à l'arbitrage. Comme on va le voir[65], le règlement alternatif des conflits collectifs du travail s'opère de la sorte. Mais de nombreux centres d'arbitrage, également, prévoient dans leur règlement un préalable obligatoire de conciliation.

57. Cette systématisation des M.A.R.C., en un ensemble cohérent et structuré s'accompagne naturellement d'une diversité des règles applicables à telle ou telle catégorie, règles dont on veut qu'elles soient parfaitement adaptées à la spécificité de la catégorie concernée. De la sorte, en marge de ce qui paraît bien devenir un droit commun des M.A.R.C., apparaît un droit spécial, composé de règles conçues pour répondre de façon optimale à la spécificité du mode de règlement utilisé, ainsi qu'au particularisme de la matière impliquée par le différend. Bien évidemment, cette diversification des règles applicables, qui semble être la rançon de l'avancée générale des M.A.R.C., laisse présager qu'ici, avancée ne rime pas avec uniformité. Y a-t-il lieu de craindre que le caractère ordonné des M.A.R.C. s'en trouve affecté ? Il y a lieu de le vérifier.

II.- Une avancée ne rimant pas avec uniformité

58. L'avancée générale des M.A.R.C qui vient d'être décrite témoigne assurément d'une prise en compte croissante des nombreux avantages attachés à ces modes de règlement des litiges. Cependant, au-delà de l'emploi d'outils portant la même appellation et traduisant une démarche similaire, à savoir la volonté de résoudre des problématiques juridiques à caractère contentieux autrement que par la voie du procès, le caractère général de cette avancée a pour rançon inévitable une certaine diversité dans la mise en œuvre de ces modes de résolution des conflits (A). Se pose alors la question de l'homogénéité des

[65] Voir infra II. A

M.A.R.C., suite à une telle diversité. En réalité, tout dépend de l'ampleur de cette diversité. A supposer qu'elle se cantonne à certains aspects de l'organisation et du fonctionnement des différents M.A.R.C. au fil des différentes disciplines concernées, cette diversité ne nuira pas à l'unité profonde de la propagation des M.A.R.C., qui conserveront l'image d'une avancée fondamentalement ordonnée, obéissant aux mêmes principes communs. Si au contraire l'emploi des M.A.RC., se caractérise par de très profondes différences dans leur mise en œuvre au sein des différents secteurs du droit, l'uniformité n'est plus que de façade, cachant une avancée en ordre dispersé. Face à une indéniable spécificité des M.A.R.C., au gré de leurs différents secteurs d'intervention, il paraît cependant raisonnable d'affirmer que diversité n'est pas désordre et que l'avancée des M.A.R.C aujourd'hui donne, vue d'en haut, l'image d'une avancée ordonnée (B).

A.- La rançon de l'avancée générale des M.A.R.C

1°) 59. Les M.A.R.C., se sont comme il a été vu généralisés à de nombreux secteurs du droit, pour ne pas dire quasiment à tous. Tant le droit privé, que ce soit par son tronc central, le droit civil, ou à travers les branches qui s'en détachent, que le droit public, au gré de ses diverses déclinaisons, connaissent aujourd'hui à des degrés variables l'utilisation des M.A.RC. Dans ces différentes branches de droit les M.A.R.C., peuvent exprimer leurs qualités aujourd'hui reconnues, garantes de solutions marquées du sceau de l'apaisement, de l'acceptation mais aussi de l'efficacité. Cependant, ce recours doit naturellement composer avec les exigences et les objectifs propres à ces différentes matières. Ce serait sombrer dans les lieux-communs que d'insister sur les divergences d'objectifs, de principes directeurs ou de philosophie qui séparent le droit de la famille du droit pénal, le droit fiscal du droit commercial, ou bien encore le droit du travail du droit de la propriété intellectuelle. Mais ces divergences existent et ne doivent pas être oubliées, ne serait-ce que pour mettre encore mieux en

exergue le caractère remarquable de l'avancée généralisée des M.A.R.C., sur le front de ces différentes disciplines. Dans ces conditions, il n'y a évidemment pas lieu de s'étonner que la médiation, pour ne citer qu'elle, présente en droit civil, en droit commercial, en droit pénal, en droit du travail, en droit de la consommation, en droit fiscal ou bien encore en droit de la propriété intellectuelle d'incontestables spécificités résultant des impératifs propres au particularisme de la discipline concernée. Il convient néanmoins de s'attacher ici à ces spécificités, ne serait-ce que pour mieux mesurer leur exacte ampleur, et en déduire ensuite un éventuel impact sur la capacité des M.A.R.C., à connaître une avancée homogène et ordonnée.

2°) 60.Spécificités de la transaction administrative : le régime juridique de la transaction administrative, même s'il est soumis aux règles posées par les articles 2044 et suivants du Code civil, présente d'incontestables particularités par rapport à la transaction civile. A tel point que certains auteurs ont été jusqu'à affirmer à son endroit l'existence d'un régime distinct, et même à nier qu'il y ait là contrat, la transaction administrative apparaissant fréquemment comme un procédé unilatéral, notamment à propos des transactions qui viennent limiter la gravité d'une sanction infligée par l'administration[66]. Dans ce dernier cas, d'ailleurs, le processus pouvant aboutir à un règlement amiable ne peut être lancé que par l'administration, et à la condition qu'un texte ait prévu la possibilité d'un recours à la transaction. Il en est ainsi par exemple de la transaction pénale[67], de la transaction fiscale, par laquelle le redevable s'engage à respecter le point de vue de l'administration sur une imposition qu'elle lui réclame, avec pour contrepartie une réduction sur le montant des pénalités encourues[68]. Dans le même esprit, l'article 350 prévoit que l'administration des douanes est autorisée à transiger avec les personnes poursuivies

[66] G. Chavrier, Réflexions sur la transaction administrative, RFDA 2000.548, cité par G. Le Chatelier, Rép. cont.adm. Dalloz, V° Transaction, n°10, p.3
[67] Article 6 alinéa 3 du Code de procédure pénale.
[68] Doc.adm 13 S 232, 15 juin 1999.

pour infraction douanière ou pour infraction à la législation et à la réglementation relatives aux relations financières avec l'étranger. Cette alternative aux poursuites judiciaires s'explique par la volonté de régler de façon rapide et sûre un contentieux lié à des infractions de faible gravité. Ainsi, par exemple, la transaction administrative est d'application quasi-systématique en matière de contrefaçon occasionnelle commise par des voyageurs, ainsi coupables d'importation sans déclaration de marchandises prohibées, au sens de l'article 428 du Code des douanes.

61. Sur d'assez nombreux points, le régime juridique de la transaction administrative obéit à des conditions de fond et de forme originales. Ainsi, au titre de la régularité formelle, indiquons les règles précises gouvernant le pouvoir de transiger des différents organes de l'Etat. Par exemple, les règles applicables aux collectivités territoriales, qui obligent par exemple l'exécutif local désireux de transiger à solliciter l'autorisation de l'assemblée délibérante[69]. Mais c'est au fond que se manifeste surtout l'originalité de la transaction administrative. La raison en est que les personnes publiques, lorsqu'elles transigent, sont susceptibles par le biais de ce mécanisme, qui suppose le jeu de concessions réciproques, de renoncer à leur créance et donc de mettre en cause les deniers publics. Il est essentiel de comprendre qu'en matière administrative, la transaction côtoie le principe constitutionnel de l'égalité devant les charges publiques, ce qui justifie des règles que ne connaît guère la transaction du droit civil.

62. Parmi ces règles de fond particulières, tout d'abord, le respect d'un ordre public contraignant, synonyme de

[69] Article L.2122-21 du Code général des collectivités territoriales, qui dispose que « le maire est chargé d'exécuter les décisions du Conseil municipal et, en particulier, […]7° de passer dans les mêmes formes les actes de […] transaction, lorsque ces actes ont été autorisés conformément aux dispositions du présent code ». Sur le pouvoir de transiger accordé de manière générale aux ministres, voir CE, 23 déc.1887, Evêque de Moulins c/ Etat, S.1889.3.57, concl. M. Le Vavasseur de Précourt ; CE, 17 mars 1893, Chemin de fer de l'Est et autres c/ Min. de la Guerre, S. 1894.3.119, concl. Président Romieu ; CE 8 avr. 1921, Cie de la N'Goko Sangha, Rec. Lebon, 351.

restrictions apportées à la liberté pour l'administration de transiger. A commencer par le champ matériel ouvert à la transaction en matière administrative. Ainsi la transaction se voit-elle bannie toutes les fois que la matière concernée est de celle où l'administration ne peut agir de manière conventionnelle[70]. Dans le même esprit, l'administration ne saurait s'engager dans les liens d'une transaction aboutissant à modifier la façon dont doivent s'exercer les prérogatives que la loi lui accorde. Une transaction ne saurait ainsi avoir pour effet de couvrir l'irrégularité d'un acte administratif[71], ou de détourner un justiciable moyennant compensation financière de l'exercice d'une voie de recours à l'encontre d'une décision illégale[72].

63. Ensuite, au titre de ces règles de fond spécifiques à la transaction administrative, mention doit être faite du contrôle du juge administratif sur le montant des transactions administratives. Au nom du principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques, le montant de la transaction conclue par l'administration ne doit pas aboutir à pénaliser les finances publiques. Ce qui justifie par exemple que le juge administratif vérifie que, par la transaction, l'administration n'a pas accepté de payer une somme qu'elle ne devait pas, ou n'a pas renoncé à des sommes qui lui seraient dues. Une transaction qui aboutirait à un tel résultat serait entachée de nullité, et il appartiendrait au juge administratif de soulever un tel vice[73]. Le particularisme de la transaction en matière administrative est on le voit indéniable. Un constat similaire vaut pour les M.A.R.C., utilisés en matière pénale.

---

[70] Par exemple, la jurisprudence considère que le recours à la transaction n'est pas admis lorsqu'est en cause l'aliénation du domaine public (Cass. req., 7 nov.1892, Vve Dessales c/ Veillas et Chamussy, D.1893.1.61) ou sa délimitation (CE, 20 juin 1975, Leverrier, Rec. Lebon, 382).

[71] CE 14 nov. 1958, Ponard, Rec.Lebon, 554.

[72] Sur ce point, voir G. Le Chatelier, Rép. Dalloz préc., n°51, p.7.

[73] G. Le Chatelier, op. cit., n°49, et la jurisprudence citée, en particulier CE 19 mars 1971, Sieurs Mergui, Rec. Lebon, 235, concl. M. Rougevin-Baville, AJDA 1971.I.274, note Labetoulle et Cabanes.

3°) 64. La médiation et la composition pénales, tous deux M.A.R.C., employés en matière répressive, présentent eux aussi d'incontestables spécificités. Largement utilisée dans les systèmes étrangers, la médiation pénale a été introduite à l'article 41 du Code de procédure pénale par la loi n°93-2 du 4 janvier 1993. Il s'agit de l'une des voies alternatives offertes au procureur de la République pour faire suite à la commission d'une infraction. Plutôt que de classer sans suite ou de déclencher l'action publique, le procureur de la République peut faire procéder à une mission de médiation entre l'auteur des faits et la victime de l'infraction. Offrant de multiples intérêts[74], la médiation se présente en matière pénale sous un jour particulier. Le rôle du procureur y est en effet décisif, dès lors que la mise en œuvre de la médiation pénale est une décision appartenant aux autorités de poursuite, et plus précisément au procureur, lequel dispose à cet égard d'une certaine latitude, compte tenu de l'absence de critères légaux. Concrètement, la faible gravité des faits commis ainsi que l'absence d'antécédents judiciaires chez l'auteur des faits inciteront au recours à la médiation pénale. Cependant, quelque importante qu'elle soit, la décision du procureur ne suffit pas. L'article 41-1 du code de procédure pénale impose que soit recueilli l'accord de la victime. Celle-ci a même vu son rôle renforcé par la loi n°2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants[75] . Dorénavant, pour de telles infractions, la victime de l'infraction a le droit de solliciter la mise en œuvre d'une mission de médiation pénale, qui alors nécessitera l'accord du procureur de la République. Ce dernier doit en effet demeurer souverain dans le choix de recourir ou non à la médiation.

[74] Sur ces intérêts, voir les développements très complets de J.B. Perrier, Rép. pén.Dalloz, V° Médiation pénale, janvier 2013, n°7 et s.
[75] JO 10 juill. 2010

65. Cette souveraineté du procureur de la République se vérifie également dans cet autre mode de règlement alternatif propre à la matière répressive qu'est la composition pénale. Prévue à l'article 41-2 du Code de procédure pénale, la composition pénale est une procédure qui, suite à la commission d'infractions d'assez faible gravité, permet au procureur de la République de proposer une ou plusieurs mesures alternatives aux poursuites à une personne ayant commis l'infraction. Par exemple le paiement d'une amende, ou bien l'accomplissement d'un travail non rémunéré au profit de la collectivité, ou bien encore un stage ou une formation dans un organisme sanitaire, social ou professionnel. Là encore, la voie alternative dépend de l'initiative du procureur, et suppose une acceptation, cette fois celle du délinquant.

4°) 66.Les M.A.R.C. dans les conflits collectifs du travail, ou procédures de règlement pacifique des conflits du travail, sont organisés par les articles L.2521-1 du Code du travail, complétés par les articles R.2522-1 et suivants du même code[76]. Ces procédures ont un champ d'application personnel et matériel vaste. Elles s'appliquent en effet à l'ensemble des employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés, et visent les conflits collectifs de travail, qui eux-mêmes se définissent à la fois par leur objet, qui doit mettre en jeu un intérêt collectif, et par les parties au conflit, à savoir principalement d'un côté l'employeur et de l'autre un groupement de salariés ou un syndicat de salariés. Le législateur a organisé trois procédures de règlement de ce type de conflit : la conciliation, la médiation et l'arbitrage. Il n'y a *a priori* là rien de bien original. Mais, à y regarder de plus près, une spécificité des M.A.R.C., se manifeste à au moins un double point de vue.

67. En premier lieu à propos des organes de conciliation, dont la désignation a fait l'objet d'une attention précise du législateur. En cas de conciliation légale, qui a vocation à se mettre en place lorsqu'un conflit collectif du travail n'a pas été soumis « pour

[76] Sur ces procédures de règlement alternatif des conflits collectives du travail, voir A. Martinon, Rép.trav.Dalloz, V°Conflits collectifs du travail (Procédures de règlement), 2008.

quelque raison que ce soit » à une procédure de conciliation conventionnelle (art.L.2522-1 C. trav.), la désignation des organes de conciliation s'opère en fonction de l'étendue géographique du litige et de son importance. Lorsque le litige intéresse l'ensemble du territoire national, ou concerne plusieurs régions, la mission de conciliation se voit impérativement confiée à une Commission nationale de conciliation. Au niveau régional, et sauf à ce que le conflit par son importance appelle une saisine de la Commission nationale, la conciliation doit normalement être menée au sein de la commission régionale de conciliation instituée au siège de la direction régionale du travail concernée par le conflit. Enfin, au sein de chaque commission régionale, le ministre chargé du Travail peut créer des sections à compétence départementale ou interdépartementale lorsque les conditions locales le justifient. La compétence d'une section ne s'exerce que sur les conflits se limitant à leur ressort.

68. En second lieu, et là réside sans doute le trait le plus saillant de cette spécificité des M.A.R.C., propres aux conflits collectifs du travail, il existe une hiérarchie établie par le législateur entre les trois modes de règlement pacifique des conflits. Ainsi, la procédure de médiation, organisée aux articles L.2523-1 et suivants du Code du travail, et qui se distingue de la conciliation en ce que le médiateur a le pouvoir de soumettre aux parties une recommandation susceptible de fournir la base d'un règlement au litige, ne peut en principe être engagée qu'une fois constaté l'échec de la tentative de conciliation[77]. La même contrainte pèse sur l'arbitrage, troisième mode alternatif de règlement des conflits collectifs du travail, réglementé aux articles L.2524-1 et suivants du Code du travail. Ici également, la procédure d'arbitrage a pour préalables nécessaires la mise en œuvre de la procédure de conciliation et son échec. Une fois

[77] En vertu de l'article L.2523-1, al.3 du Code du travail, l'utilisation directe de la médiation est cependant possible lorsque le conflit surgit à l'occasion de la révision ou du renouvellement d'une convention de branche. En ce contexte, le ministre chargé du Travail ou son représentant peut de sa propre initiative, ou à la demande écrite et motivée de l'une des parties, engager directement la procédure de médiation.

celui-ci avéré, les parties en litige ont la faculté de mettre en place une procédure d'arbitrage, qui prendra la forme d'un compromis d'arbitrage, étant précisé que ce qui est simple faculté devient obligation lorsque l'arbitrage a été à l'avance prévu au moyen d'une clause compromissoire, figurant par exemple au sein de la convention collective. En revanche, il a été jugé de manière *a priori* assez surprenante que les parties ne peuvent pas soumettre leur litige à un arbitre, une fois constaté l'échec d'une procédure de médiation, lorsque celle-ci a elle-même été précédée d'une tentative infructueuse de conciliation[78]. Pour justifier cette solution, la Cour supérieure d'arbitrage s'est fondée sur l'article L.2522-6 du Code du travail, dont les dispositions n'admettraient un système légal de règlement pacifique qu'à deux étages, l'échec de la tentative de conciliation n'ayant vocation à être suivi, au choix des parties, que par la mise en place d'une procédure soit de médiation, soit d'arbitrage. Ceci à moins que les parties à une convention collective aient prévu, comme la loi le leur permet, que leurs différends seront successivement soumis, en cas d'échec persistant, à une procédure de conciliation, puis de médiation et le cas échéant d'arbitrage.

B.- Diversité n'est pas désordre

69. Des auteurs relevaient précédemment avec justesse que « le processus de résolution amiable des différends aura toujours pour base un socle de règles identiques, quelle que soit initialement la cause du recours à ce processus amiable »[79]. Des propos similaires pourraient certainement être tenus à l'endroit des modes alternatifs de règlement des litiges à caractère juridictionnel, comme l'arbitrage. Là encore, quelque soit le

[78] C.sup.arb.19 janv.1978, Dr.soc.1978.222, concl.M. Morisot. La Cour supérieure d'arbitrage, à laquelle se rapporte l'article L.2524-6 du Code du travail, a compétence pour connaître des recours pour excès de pouvoir dirigés à l'encontre des sentences arbitrales tranchant des conflits collectifs du travail. Elle se compose du vice-président du Conseil d'Etat ou d'un président de section du Conseil d'Etat, qui la préside, de quatre conseillers d'Etat et de quatre hauts magistrats de l'ordre judiciaire.

[79] M. Douchy-Oudot et J. Joly-Hurard, Rép. p ;.civ.Dalloz, préc., loc. cit., n°82, p13.

domaine de son intervention, au-delà des quelques particularités pouvant l'affecter, l'arbitrage demeurera régi par les articles 1442 et suivants du Code civil, s'il présente un caractère interne, et par les articles 1504 et suivants du même Code, s'il revêt une dimension internationale au sens de l'article 1504[80]. Ainsi, au-delà des spécificités susceptibles de marquer le régime juridique de tel ou tel M.A.R.C., pour des raisons propres à la matière dans laquelle naît le conflit, se dégage incontestablement une sorte de tronc commun, composé de principes généraux et directeurs, qui, malgré l'absence d'uniformité des M.A.R.C., confère une unité à l'encadrement de ces modes, et permet de la sorte que l'avancée demeure ordonnée. L'exemple du règlement extrajudiciaire des litiges de consommation (REL), tout récemment promus par la directive n°2013/11/UE du 21 mai 2013, illustre parfaitement cette affirmation. En cette matière, comme en toutes celles qui touchent aux modes de règlement amiable des litiges, l'encadrement juridique s'est soucié d'assurer que la procédure de règlement extrajudiciaire obéira à des principes directeurs qu'il convient ici de rappeler brièvement, ne serait-ce que pour mieux se convaincre du caractère ordonné des M.A.R.C.

70. En premier lieu, ces principes directeurs touchent à la procédure de règlement extrajudiciaire, qui doit obéir à des orientations aujourd'hui communes à l'ensemble des M.A.R.C. Parmi les qualités attendues de ce genre de procédure, et que les diverses réglementations cherchent à garantir, figure certainement la transparence, c'est-à-dire son caractère suffisamment accessible à l'aide d'une information suffisante sur les moyens d'y avoir recours, mais aussi sur les caractéristiques et le coût de la procédure.

71. Mais il y a aussi la souplesse, ne serait-ce que parce que cette forme de justice se veut collaborative ou participative, et qu'elle doit demeurer grandement la chose des parties. Ce qui

[80] « Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international ».

débouche sur la liberté des parties. Liberté d'y recourir, au besoin en retirant le procès qui les oppose du rôle de la juridiction saisie[81], mais aussi liberté d'y mettre fin en cas d'échec de la discussion. Le souci de l'efficacité, la volonté de préserver en toutes circonstances le caractère contradictoire, gage de la confiance des parties, doivent guider à chaque instant les pas du conciliateur ou du médiateur, de même d'ailleurs que le respect de la légalité, spécialement dans les matières sensibles car fortement teintées d'ordre public.

72. Enfin, que dire de la confidentialité de la procédure, si ce n'est qu'elle irradie la règlementation de l'ensemble des M.A.R.C. ? L'article 21-3 de la loi n°95-125 du 8 février 1995, dans la version que lui a donnée l'ordonnance du 16 novembre 2011, qui figure dans le titre consacré à la conciliation et à la médiation judiciaire, énonce en son alinéa 1 que sauf accord des parties, la médiation, terme qui inclut également la conciliation dès lors qu'elle n'est pas menée par le juge chargé de trancher le litige, « est soumise au principe de confidentialité ». Ainsi qu'il a été souligné[82], ce principe apparaît essentiel pour le succès de la médiation, ce qui explique qu'il innerve l'ensemble du processus de médiation et s'impose à l'ensemble des personnes qui y participent. En son absence en effet, les parties seraient en droit de craindre que les déclarations faites devant le médiateur, ou que les constatations recueillies par celui-ci puissent être divulguées à des tiers ou utilisées dans une procédure judiciaire ou arbitrale ultérieure. Le principe semble ainsi inhérent à toute procédure de règlement alternatif d'un litige, et concerne

[81] Faculté offerte par le décret n°98-1231 du 28 décembre 1998, qui a mis en place le retrait du rôle, reprenant une solution prétorienne consacrée par la Cour de cassation dans son arrêt d'Assemblée plénière du 24 nov.1989 : Bull. Ass.plén., n°3, p5 ; JCP 1990, éd.G.II.21407, obs. Cadiet ; RTDciv.1990.145., obs. Perrot.

[82] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale.

également la procédure participative, de création récente[83]. Néanmoins, il n'est pas doté d'une force absolue, et se voit assorti d'exceptions. Celles-ci, outre l'accord contraire des parties prévu par le premier alinéa de l'article 21-3 de la loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, se voient précisées aux troisième, quatrième et cinquième alinéas de cet article.

73.En second lieu, toujours en lien avec la procédure de règlement amiable, mais aussi avec la procédure de règlement alternatif à caractère juridictionnel, comme en matière d'arbitrage, s'est-on préoccupé d'une manière générale que le tiers devant aider les parties à trouver la voie alternative possède effectivement les qualités nécessaires à l'accomplissement de sa fonction, à savoir la compétence, l'indépendance et l'impartialité. Qu'il soit arbitre, conciliateur, médiateur ou demain entité de REL, le tiers chargé de rapprocher les parties, de proposer la solution, ou de l'imposer, se voit doté d'un statut qui varie certes selon le type de M.A.R.C. concerné, mais obéit globalement aux mêmes principes quelque soit la procédure en cause en termes de conditions de moralité, de capacité et d'aptitude à remplir convenablement sa mission. De la même façon, pèsent sur le conciliateur, le médiateur, l'arbitre ou l'avocat assistant les parties dans le contexte d'une procédure participative des obligations lui imposant de remplir sa mission dans le délai qui lui est imparti, ceci avec loyauté et bonne foi. Quant à ses pouvoirs et moyens d'action, qui là encore donnent lieu à un encadrement juridique, lui interdisant par exemple lorsqu'il est médiateur d'ordonner des mesures d'instruction[84], force est de reconnaître que, d'une manière générale, la règlementation des M.A.R.C., confère au tiers une assez grande liberté de

[83] Convention créée rappelons le par la loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010 par les articles 2062 à 2068 du Code civil, et qu'a complétée son décret d'application du 20 janvier 2012 dans le nouveau Livre V du Code de procédure civile (art.1528 et s. CPC)..
[84] Article 131-8 du Code de procédure civile.

manœuvre, ainsi que des pouvoirs d'initiative importants[85]. Sur ce point également, l'avancée des M.A.R.C., s'opère incontestablement de façon ordonnée, l'évolution traduisant d'ailleurs un accroissement des pouvoirs du tiers « en charge » de la procédure de règlement alternatif.

74. En troisième lieu, autre principe commun à l'ensemble des procédures de règlement amiable des litiges, les délais de procédure se voient suspendus lorsque les parties décident de recourir à un mode de résolution amiable de leur différend. Selon l'article 8,1°) de la directive 2008 :52/CE du 24 mai 2008, les Etats doivent veiller à ce qu'une procédure judiciaire puisse toujours être intentée après un processus de médiation. La raison de ce principe cardinal en matière de M.A.R.C., va de soi : afin de donner aux parties une vraie chance de trouver une issue amiable à leur conflit, encore faut-il qu'elles aient l'assurance de ne pas être privées d'un recours en justice en cas d'échec[86]. C'est donc de manière parfaitement logique que l'article 2238 du Code civil, issu de la réforme de la prescription opérée par la loi n°2008-561 du 17 juin 2008, énonce que la prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d'un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d'accord, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation. La loi n°2010-1609 du 22 décembre 2010, créant la convention de procédure de participative, a complété l'article 2238, qui prévoit désormais que « la prescription est également suspendue à compter de la conclusion d'une convention de procédure participative ». Indiquons encore que, pour ne pas pénaliser les parties ayant décidé d'avoir recours à un mode de règlement amiable de leur différend, le deuxième alinéa de l'article 2238 a prévu que le

[85] Par exemple, le médiateur peut entendre les tiers qui y consentent, avec l'accord des parties. De même, le médiateur n'est pas, à la différence du juge, limité aux prétentions des parties. Il peut rechercher des éléments de fait *ultra petita* et amener les parties sur un terrain différend de l'objet initial qui lui a été soumis. Sur ce point, voir M. Douchy-Oudot et J. Joly-Hourard, Rép. préc. V° Médiation et conciliation, n°122.

[86] S. Bernheim-Desvaux, Juriscl. préc. Conc. Conso., Fasc. 1230, Résolution extrajudiciaire des litiges de consommation, n°80.

délai de prescription recommence à courir, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois, à compter de la date à laquelle soit l'une des parties ou les deux, soit le médiateur ou le conciliateur déclarent que la médiation ou la conciliation est terminée. Il en va de même à compter du terme de la convention de procédure participative, pour une durée qui ne peut être inférieure à six mois. Pour conclure sur ce point, doit être indiqué l'existence d'un mécanisme similaire en présence d'une médiation portant sur un litige qui intéresse une personne publique[87]

75. Enfin, quatrième manifestation de principes communs innervant l'ensemble des M.A.R.C., une règlementation précise encadre aujourd'hui l'issue des procédures alternatives de règlement des litiges. Le régime de la sentence arbitrale, de son exécution forcée ainsi que des voies de recours susceptibles de la frapper est depuis longtemps largement codifié, tant en matière d'arbitrage interne[88] que d'arbitrage international[89]. Quant aux modes de règlement amiable, tels que la conciliation, la médiation, la transaction ou bien encore la convention de procédure participative, leur issue favorable peut déboucher sur deux situations.

76. Soit les parties passent un accord entérinant la fin du différend par leur consentement mutuel. En ce cas, on est en présence d'une simple convention, soumise au droit commun des obligations, et dont l'autorité sera celle reconnue à tout contrat. Sauf à ce que la conciliation des parties comporte des concessions réciproques, auquel cas devra s'appliquer le régime propre aux transactions.

77. Soit les parties vont recourir à une procédure tendant à faire constater par le juge leur accord dans le but de lui conférer une force exécutoire.

[87] Nouvel article 2-1 de la loi n°68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics, dans la rédaction que lui a donné l'ordonnance du n°2011-1540 du 16 novembre 2011.
[88] Art. 1478 et s. du Code de procédure civile
[89] Art. 1509 et s. du Code de procédure civile

Plusieurs procédures existent traditionnellement, et empruntent la forme soit d'un jugement de donné acte ou procès-verbal de conciliation, soit plus rarement la forme d'un jugement d'expédient[90]. Au fil de l'avancée des M.A.R.C., et spécialement depuis la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions, et à la procédure civile, pénale et administrative, a été organisée une procédure par laquelle les parties, qui parviennent à se concilier en cours d'instance, peuvent demander au juge d'homologuer leur accord (art.131 CPC pour la conciliation ; art.131-12 pour la médiation). La transaction a suivi ce mouvement grâce au décret n°98-1231 du 28 décembre 1998, introduisant dans le Code de procédure civile un article 1441-4 qui énonce que « le président du tribunal de grande instance, saisi sur requête par une partie à la transaction, confère force exécutoire à l'acte qui lui est présenté ». La faculté pour le juge de constater l'accord des parties s'étend ainsi au-delà des seules conciliations intervenues dans le cadre d'une instance judiciaire.

78. Mais l'avancée ne s'est pas arrêtée là. Suite au décret n°2012-66 du 20 janvier 2012, l'homologation demandée au juge dans le cadre des règlements amiables, en dehors de toute instance, est devenu un principe autonome. En effet, en vertu des articles 1565 et suivants du Code de procédure civile, traitant des dispositions communes aux différents modes de résolution amiable des différends, l'accord auquel sont parvenues les parties à une médiation conventionnelle, une conciliation conventionnelle ou une convention de procédure participative peut être soumis, aux fins de le rendre exécutoire, à l'homologation du juge compétent pour connaître du contentieux dans la matière considérée. Et l'article 1568 étend ces dispositions à la transaction conclue sans qu'il ait été recouru à une médiation, une conciliation ou une convention de procédure participative. En clair, le recours au juge aux fins d'homologation de l'accord issu d'une procédure de règlement amiable des différends, quelle qu'elle soit, se voit

[90] Sur le jugement de donné-acte, le jugement d'expédient, leurs ressemblances et différences, voir.

doté d'un régime propre et unifié. Si l'on ajoute à cela que la procédure de conciliation de droit commun est visée par les articles du Code du travail relatifs à la conciliation en matière de conflits collectifs du travail, on mesure combien est réelle l'image d'une avancée des M.A.R.C., qui, en dépit d'indéniables particularismes, traduit une démarche de plus en plus ordonnée.

Conclusion :

79. A la question de savoir si l'avancée des M.A.R.C se réalise de façon ordonnée ou désordonnée, la présente communication a entendu prendre résolument parti en faveur d'une avancée ordonnée. Plus encore, sans doute de façon quelque peu audacieuse, le propos est-il allé plus loin en suggérant la mise en place des bases d'une théorie générale des M.A.R.C. La question se pose alors naturellement de savoir si cette incontestable avancée des M.A.R.C., devrait se poursuivre avec le rythme et l'ampleur que les dix dernières années lui ont imprimés. Il faut sans doute distinguer. De l'horizon communautaire continueront certainement à poindre des normes nouvelles relatives aux M.A.R.C. La raison en est que encore pour une longue période sans doute, il s'agira d'harmoniser les droits de Etats membres de l'Union européenne, afin d'y retrouver des modes de règlement alternatifs similaires, soumis à un *corpus* juridique identique. A l'échelon national, en revanche, existent des raisons de croire à un ralentissement de cette avancée, tout d'abord en termes de conquête, dès lors que la plupart des domaines juridiques sont aujourd'hui investis par les M.A.R.C. Seules subsistent quelques incertitudes qu'il reviendra au législateur ou à la jurisprudence de lever dans les temps à venir. Par exemple le régime du règlement amiable pour les différends nés à l'occasion du contrat de travail, qui est entouré par bien des incertitudes depuis l'instauration du Livre V dans le Code de procédure civile par le décret n°2012-66 du 20 janvier 2012[91].

[91] Voir sur ce point les intéressants développements de F. Rongeat-Oudin, dans son article précité : « Le règlement amiable des différends est en bonne marche », JCP 2012, éd.G, n°7, 157.

La convention de procédure participative se voit proscrite en ce domaine, tandis que le sort de la médiation conventionnelle suscite de nombreuses interrogations portant jusque sur son admissibilité dans les différends s'élevant à l'occasion du contrat de travail. Pour le reste, les frontières de l'empire des M.A.R.C., devraient certainement connaître une certaine stabilité.

80. Mais le ralentissement devrait également toucher l'avancée dans sa dimension normative et organisationnelle. Aujourd'hui, a-t-il été vu, les M.A.R.C., ont acquis une organisation ainsi qu'une règlementation précise et bien structurée, s'articulant autour de principes directeurs. Or, il ne faudrait pas que l'avancée des M.A.R.C., devienne synonyme de trop d'ordre. Il y aurait en effet à craindre que « trop d'ordre », c'est-à-dire la multiplication des règles de procédure amiable, rende ce mode de règlement moins attractif pour les parties à un litige car plus contraignant et finalement empreint de lourdeur [92]? Ce qui les en détournerait et les ramènerait dans le giron du procès classique. Sans doute d'ailleurs doit-on voir dans cette nécessité de souplesse et de liberté l'une des composantes de la théorie générale des M.A.R.C. Au nom de ce qui fait la spécificité et l'attrait de ces modes de règlement des litiges, l'encadrement juridique ne saurait dépasser une certaine mesure. Or, ainsi que le révèle l'Histoire, les grands conquérants n'ont pas toujours su stopper leur avancée lorsqu'il l'aurait fallu. Gageons que les généraux de l'armée des M.A.R.C., sauront s'en souvenir.

[92] Sur cette question, voir C. Aubert de Vincelles : Promotion et harmonisation des modes alternatifs de règlement des litiges de consommation, RDC 2012, p.465 ; S. Bernheim-Desvaux : Litiges de concommation : règlement extrajudiciaire et règlement en ligne, JCP 2013, éd. E, 1402, cités par S. Bernheim-Desvaux in Juriscl. Concurrence Consommation préc., Fasc.1230, n°94.

LES MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DES CONFLITS
"Un procédé séduisant, mais d'une efficacité incertaine"

Mohamed Amal MOURJI, Professeur
Université Hassen II- Casablanca

Le fondement culturel de la justice en occident est plus juridique et conflictuel que consensuel et ne semble pas correspondre aussi aisément aux conceptions dominantes qui fondent les modes alternatifs de justice.

Cela traduit peut-être la raison pour laquelle dans les sociétés judiciarisées, la notion de mode alternatif de règlement des conflits demeure fondamentalement vague et difficile à appréhender pour le juriste occidental contraint de procéder à une synthèse des distinctions pour classer, catégoriser ces différentes techniques le plus souvent de façon artificielle.

En revanche dans les sociétés orientales, maghrébines notamment, très imprégnées de la culture musulmane, les conflits sont perçus comme des problèmes de communication et les litiges comme de simples différends relationnels et affectifs qui peuvent être résolus par le consensuel.

De cette approche, il ressort pourtant que le droit positif français comme marocain incite au développement des modes alternatifs de règlement des conflits.

La réflexion que je propose de présenter sera nécessairement plus théorique et doctrinale et portera sur trois points dominants.

Si les modes alternatifs de règlement des conflits ne s'inscrivent pas dans la logique des sociétés judiciarisées et notamment dans la culture juridique française (I), ces techniques sont aujourd'hui consacrées par le droit positif (II), mais, le développement actuel de ces procédés aussi "séduisants qu'ils peuvent paraître reste d'une efficacité incertaine" (III).

I. - Les modes alternatifs de règlement des conflits et le fondement culturel des sociétés judiciarisées.

Les modes alternatifs de règlement des conflits évoquent pour le juriste occidental l'image utopique d'un monde qui tourne autour de l'idéologie de l'entendement. Plus rationnel et plus pragmatique, pour le juriste occidental les modes alternatifs de règlement des conflits ne prennent pas en considération le caractère fondamentalement conflictuel de l'humanité et ne prennent pas suffisamment en compte la réalité des inégalités des pouvoirs dans la société.

Par ailleurs, ne voir dans les procédures judiciaires que la forme contentieuse aux coûts exorbitants, et dans les MARC une incitation à la responsabilité civile des parties, revient à réduire les conflits en de simples problèmes de communication et les revendications de droits en de simples différends pouvant être résolus sur la seule base de la seule bonne foi des parties.

En revanche, pour le juriste oriental, moins pragmatique, il faut et il suffit que les principes justes soient clairement établis pour que les faits s'adaptent naturellement à la Shariaa.

En d'autres termes, le litige peut être résolu par le simple recours à un médiateur qui fait appel à la bonne foi des parties, c'est à dire à leur foi en dieu.

Cet optimisme se dédouble d'un idéalisme un peu naïf par référence, à une culture née de la gestuelle de Mohamed qsl, qui bien avant la prophétie était qualifiée de "AMINE" par sa communauté (l'arbitre de confiance) pour trancher les litiges.[1]

Cette idéologie fondée sur un principe qui suppose que les parties en conflit croient aux mêmes valeurs religieuses (la crainte de Dieu) pour résoudre le litige, ne correspond pas à la culture juridique occidentale qui voit dans le conflit, une revendication, une opposition, et une controverse dans la revendication de droits.

[1] On rapporte que Mohamed qsl procède à l'examen matériel des faits pour trancher le litige et se préoccupe peu de la bonne foi que chacune des parties invoque.

En somme, si l'on admet comme définition du droit l'ensemble des valeurs et croyances d'une société donnée en des normes démocratiquement consenties, la philosophie liée aux MARC va à l'encontre de la vision occidentale du droit.

Ce qui caractérise la civilisation occidentale c'est cette croyance dans le droit comme un instrument privilégié de régulation de l'organisation politique et sociale.

D'une part, la société convient de subordonner le principe de légitimité de l'Etat au respect de la légalité, d'autre part, l'égalité des sujets de droit devient la condition de l'existence même d'État de droit. Celui-ci implique en effet que tout individu, toute organisation, puissent contester l'application d'une norme juridique, dès lors que celle-ci n'est pas conforme à une norme supérieure.

Partant du principe que l'idéal démocratique est une valeur universelle, le droit est le résultat d'un compromis entre les principes d'égalité, de légalité et de liberté. Les relations entre ces données constituent le centre du débat complexe qui anime la vie démocratique, lequel est conflictuel et problématique par essence même.

Conscientes que cet idéal n'est que partiellement réalisé, les sociétés occidentales s'efforcent de le réaliser progressivement en bannissant l'idée d'anarchie et d'arbitraire qui répudierait l'idée de droit. *"Ubisocietas, ibi Just" (Là où il y a société il y a du droit),* cet adage traduit bien l'idée que le vouloir vivre ensemble en démocratie ne peut se concevoir que dans une société fondée sur le droit.

Cependant on ne saurait éluder que le développement des MARC s'inscrit dans la logique d'un nouveau modèle de régulation de l'organisation politique et sociale à la fois plus décentralisé mais plus déjudiciarisé.

Depuis une trentaine d'années, ce modèle trouve son expression dans le développement de la négociation et les techniques de justice négociée qui font l'objet d'un intérêt très remarqué parmi les juristes.[2]

Cette mutation des règles de fonctionnement des sociétés s'inscrit dans le refus du centralisme et de l'autoritarisme. Cette tendance à privilégier les procédures qui font appel au consentement des destinataires de la décision à prendre, se vérifie aussi en droit administratif où l'on cherche à privilégier les procédures qui font appel à l'assentiment des parties destinataires de la décision.

On assiste en effet, au lendemain de la seconde guerre mondiale, à une mutation dans l'activité administrative par le développement de méthodes négociées et conventionnelles par préférence aux procédés de réglementation et d'action unilatérale étatique, notamment dans le domaine économique et social.[3]

Si l'avènement de société fraternelle, vivant sans droit reste une utopie[4], on peut envisager qu'un système d'arbitrage peut réaliser une justice, aussi performante que celle offerte par le droit.[5]

Mais il reste que la conception dominante, du *rule of law, du Rechtstaat*, de la suprématie du droit demeure la culture commune des sociétés occidentales fondée sur la suprématie du droit.

Les modes alternatifs de règlement des conflits supposent l'intervention d''une tierce personne, un arbitre à qui les parties

[2] Chalvin, D., "L'Entreprise négociatrice, Paris ; Dunod, 1978.

[3] Cf., André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, Traité des contrats administratifs, T.1, 2e Edition., " Contrat et acte unilatéral", "La distinction de l'acte unilatéral et de l'acte plurilatéral", "La distinction de l'accord donné à un acte unilatéral et du contrat", p. 53 et suiv.

[4] Saint Paul et Saint Augustin jusqu'au XIIIe siècle ou depuis l'idée fut répudiée par Saint Thomas d'Aquin.

[5] Cf. : "Arbitrage et droit comparé", R.I.D.C., 1959, p.5.

en conflit lui assigne la mission de régler leur différend. Avec la justice étatique, avec le magistrat public, l'Etat met à la disposition des citoyens un arbitre impartial[6] .

Le terme d'arbitrage décrit au mieux la place et le rôle du juge ; il renvoie à l'idée d'une justice biblique, une justice qui provient de la sagesse d'un homme tel Salomon dans son célèbre jugement d'une justice qui procède de l'esprit d'équité plus que de la norme juridique au sens strict.

A partir de cette approche globale de la justice, il convient à présent, de tenter de définir ce que l'on peut entendre par justice alternative. Pour cela, on s'attachera à distinguer différentes techniques pour dégager le concept de justice donnée par le juge judiciaire ou administratif français, Techniques qui ont donné naissance à des notions juridiques à contenue variable telle que arbitrage, médiation ou conciliation. Des techniques consacrées aujourd'hui par le droit positif.

II. Les techniques consacrées aujourd'hui par le droit positif

L'ambiguïté du concept qui entoure la notion de mode alternatif de règlement des conflits est telle que la difficulté première qui vient à l'esprit est de distinguer les différentes alternatives possibles à la justice étatique. La distinction permet de prendre en considération la diversité des approches, des considérations étatiques entre les procédures judiciaires contentieuses et extrajudiciaires, autrement dit, entre les procédures formelles et informelles, juridictionnelles et non juridictionnels.

Si on part du principe que les Marc sont des procédés extrajudiciaires, la question fondamentale est de savoir quelle

[6] Portalis, un des rédacteurs du Code civil français de 1804, utilise le mot arbitrage pour identifier ce que doit être le rôle du juge, dans les matières où le législateur ne saurait tout régler et tout prévoir: "une foule de choses est nécessairement abandonnée à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes, à l'arbitrage des juges". Avec le magistrat public, l'Etat offre aux citoyens, "un arbitre éclairé et impartial". "Discours préliminaire au Code civil, in Motifs et discours prononcés lors de la présentation du Code civil par les divers orateurs du Conseil d'Etat et du Tribunal de Paris; Firmin Dido, 1886, T. 1, p. 125.

est la portée de la décision issue de ce processus institutionnel de résolution des conflits, étant entendu, que partant de cette définition, les instances extrajudiciaires de règlement des conflits apparaîtraient comme les seules alternatives à la justice étatique.

Mais si l'on se réfère à la définition anglo-américaine des *Alternatives Dispute Resolution (A.D.R).;* le critère déterminant de définition réside fondamentalement dans l'absence de formalisme.

En conséquence, on peut inclure sous ce concept toute une série de procédures dites informelles mises en œuvre au sein des instances judiciaires. Par conséquent si les modes alternatifs de règlement des conflits peuvent être assimilés eux aussi à des procédures non-juridictionnelles, cela revient à faire du processus décisionnel un des éléments déterminant pour distinguer les procédures alternatives à la justice, des procédures juridictionnelles de règlement des conflits.

Avec ces modes alternatifs de résolution des conflits le juge judicaire n'a plus le monopole ni pour trancher les litiges ni pour rendre la justice.

Mais retenons cependant que la légitimité du recours à cette justice alternative repose sur la volonté des parties, étant entendu que les protagonistes sont liés par des clauses de conciliation, de médiation ou des conventions d'arbitrage.

§ 1. - Clause de conciliation et de médiation

Les clauses de conciliation et de médiation sont censés présenter l'avantage de désencombrer les tribunaux étatiques, permettre plus de souplesse, de rapidité, voire peu de médiatisation.

Comme on l'a évoqué plus haut, ceux-ci sont des processus à caractère informel par lesquels les parties avec l'intermédiaire d'un tiers, visent à rapprocher leur point de vue pour tenter de parvenir à un compromis pour résoudre leurs différends. Ces

clauses procèdent d'une volonté de dialogue, de négociation ; elles sont supposées contribuer à atténuer les tensions, en favorisant une justice humainement consentie issue de la bonne foi et de la volonté des parties.

Conciliation et médiation se distinguent par le formalisme des moyens mis en œuvre pour parvenir à un accord. Mais les deux procédures produisent des effets importants consacrés par le droit positif

Chacune des deux notions présente des particularités (A), avec des effets de plus en plus consacrés par le droit positif (b).

A. - Les particularités propres à la conciliation et la médiation

1. La conciliation

Les conciliations sont considérées comme le mode le plus informel. Elles sont le résultat d'une négociation qui se manifeste par lettres, acquiescement tacite, avec ou sans l'intervention d'un tiers.

Il arrive que le formalisme se matérialise par l'appel à un tiers, dont la seule présence et les conseils qu'il prodigue conduisent les parties à se concilier. La clause qui a prévu l'intervention du tiers peut expressément déterminer les modalités de désignation d'un ou plusieurs conciliateurs, ainsi que les questions procédurales telle la présence d'un avocat. Enfin au niveau de la décision, la clause peut prévoir que la réalisation de l'accord donne lieu à la rédaction et la signature d'un procès-verbal de conciliation.

Ces clauses de conciliation sont souvent formalisées par des règlements intérieurs d'organisme représentatif d'association de consommateurs ou de locataires par exemple. Elles sont en général extrajudiciaire, mais d'autres peuvent être judiciaires.

2. La médiation

Les médiations contrairement aux conciliations sont plus formelles, le tiers joue un rôle actif dans son intervention. Il va

amener les protagonistes à exposer leurs revendications respectives et discuter de leurs différends. Son rôle est primordiale, il rétablit la communication entre les parties en les aidant à rechercher ensemble les solutions possibles et acceptables pour résoudre leurs différends en élaborant un projet de médiation comportant des recommandations aux parties.

Ceci étant, comme dans la conciliation le médiateur ne fait qu'assister les parties dans la recherche d'un compromis pour une solution ; il ne dispose d'aucun pouvoir pour trancher le différend ou imposer sa décision aux parties.

On répertorie diverses formes de médiation en fonction de leur degré de formalisme.

Certaines médiations sont consacrées par des textes législatifs ou conventionnels et organisent les modalités de désignation des médiateurs ainsi que les modalités du déroulement de la médiation. On peut considérer dans cette hypothèse qu'elles s'apparentent à de véritables procédures judiciaires. Sur le plan décisionnel, elles aboutissent à l'élaboration d'un accord de médiation ou à une transaction.

Mais certaines médiations sont judiciaires. Elles constituent les types de médiations formelles parfaites, c'est le cas en droit de la famille en France et au Maroc.

Schématiquement on peut résumer conciliation et médiation en des termes simples: le conciliateur a pour mission d'inciter les parties à communiquer entre elles pour se rapprocher, alors que le médiateur doit proposer une solution que les parties sont libres d'accepter ou de refuser.

Mais au fond, la distinction reste fragile et artificielle, car elle reste fondamentalement tributaire de la personnalité du conciliateur ou médiateur et fondamentalement dépendante de la bonne ou mauvaise volonté des parties concernées.

Cette idée se vérifie au regard des effets juridiques de la conciliation et de la médiation.

B.- La portée des effets juridiques de la conciliation et de la médiation

Le droit positif consacre de plus en plus des effets juridiques à ces types d'accords de conciliation (1) et de médiation (2) et cette dernière connaît aussi une application en droit administratif (3).

1. Les effets juridiques de la clause de conciliation

Les parties à une clause de conciliation s'engagent à négocier un règlement amiable ou une transaction préalablement à la saisine du juge[7].

Si la stipulation correspond à une obligation de négocier pour les parties, en revanche les parties ne sont nullement obligées de conclure un accord (*Ce qui la distingue de la conciliation ou de la médiation judiciaire prévue aux articles 127 et s du Nouveau Code de procédure civile).*

[7] La transaction est un contrat nommé prévu par l'article 2044 à 2058 C.civ. "Est un contrat par lequel les parties traitant sur un droit litigieux terminent une contestation à naître au moyen de concessions ou de sacrifice réciproques". Sa validité juridique est issue de la force obligatoire du contrat, ce qui la différencie de l'arbitrage qui est un acte juridictionnel. La différence porte sur la nature du pouvoir du tiers intervenant, ce qui est commun, c'est l'existence d'une situation litigieuse. L'article 2045 du C. civil impose que les parties aient la libre disposition de leurs droits et un écrit. En droit marocain Dans le vocabulaire du commerce, la «transaction» est un mot souvent présenté comme équivalent à "négociation".
En droit civil, le mot revêt un sens plus étroit. Il désigne la convention par laquelle chacune des parties, décide d'abandonner, tout ou partie de ses prétentions pour mettre fin au différend qui l'oppose à l'autre. C'est cette définition que retient le Dahir des Obligations et Contrats dans son article 1098 en disposant que : « La transaction est un contrat par lequel les parties terminent ou préviennent une contestation moyennent la renonciation de chacune d'elles à une partie de ses prétentions réciproques, ou la cession qu'elle fait d'une valeur ou d'un droit à l'autre partie ». La transaction est classée dans la rubrique des modes extra-juridictionnels de règlements des conflits. Elle est réglementée par le titre neuvième (de l'article 1098 à 1116) du dahir du 12 Août 1913 (9 ramadan 1331) formant Dahir des Obligations et des Contrats. La transaction doit être entendue strictement (on ne peut transiger sur une question d'Etat, d'ordre public, sur les droits personnels qui ne font pas objet de commerce et tout ce qui ne peut-être l'objet d'un contrat commutatif entre musulmans), et, quel qu'en soient les termes, elle ne s'applique qu'aux contestations ou aux droits qui en ont été l'objet. La transaction est une pratique précieuse et on la retrouve assez fréquemment sur le terrain du droit des affaires ; mais seules les grandes firmes y ont recours car les particuliers craignent, par ignorance, la perte de leurs droits et/ou un avantage quelconque.

Cependant en cas d'échec de la procédure de médiation ou de conciliation et s'il y a un litige, les parties pourront recourir au juge étatique qui tranchera.

Quelles sont les conséquences de l'inexécution d'une clause de conciliation?

Dans l'arrêt Petites affiches, du 14 février 2003, la Chambre mixte de la Cour de cassation a estiméque " *la seule stipulation d'une clause de conciliation avait pour effet de rendre irrecevable l'action en justice intentée directement devant les tribunaux judiciaires sans passer par le préalable de la conciliation".*[8]

Cette décision met un terme à la controverse jurisprudentielle antérieure. La 1e Chambre civile avait considéré que *"l'inobservation de la clause de conciliation n'était pas une fin de non-recevoir à l'action en justice, "ce qui impliquait que ce préalable n'était pas obligatoire"* d'autant plus que cette clause n'était assortie d'aucune sanction.

Cette décision semble critiquable en ce qu'elle va à l'encontre du principe de la force obligatoire du contrat consacré à l'article 1134 du C. civil, transformant ainsi la clause de conciliation en un pur engagement moral !

Mais d'autres juridictions ont veillé à maintenir le respect du principe que" *lorsqu'une clause stipule un préalable de conciliation, l'action en justice directement intentée auprès des tribunaux étatiques est irrecevable".*

En définitif, la Chambre mixte a tranché fermement en affirmant clairement sur le fondement de l'article 122 et 124 du nouveau Code de procédure civile que " *les fins de non-recevoir ne peuvent être limitativement énumérées; qu'est licite la clause d'un contrat instituant une procédure de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge, dont la mise en œuvre suspend jusqu'à son issue le cours de la prescription, et constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent"*[9].

[8] (Cass. ch Mixe, 14 février. 2003, Petites Affiches, n°51; 12 mars 2003, p. 13 et s., note L. Berheim, "Conséquence de l'inexécution d'une clause de conciliation: la fin des incertitudes".
[9] ibidem.

On retiendra que la haute Cour pose deux types d'obligations résultant des effets de la clause de conciliation.

- Le premier type d'obligation comporte:

- d'une part lors de la survenance du litige, l'obligation de ne pas saisir le juge (une obligation de ne pas faire);

- d'autre part, une obligation de faire, c'est à dire mettre en place le processus de négociation en conséquence une obligation de résultat;

- Le second type d'obligation est l'obligation de négocier de bonne foi, qui est une obligation de moyen.

Mais, l'obligation de résultat implique t- elle une exécution forcée malgré les dispositions de l'article 1142 du C. civil ?

Retenons par ailleurs, qu'il résulte de la décision de la Cour de cassation que " *la nullité du contrat contenant la clause de conciliation n'entache pas l'efficacité de la clause elle-même.* Un raisonnement similaire est adopté par la Cour de cassation en ce qui concerne l'autonomie de la clause compromissoire (arbitrage).

L'efficacité de cette nouvelle catégorie de contrats relatifs à la résolution des différends semble être dotée d'une force obligatoire plus ferme que les autres contrats. Ce type de contrat produit des effets contractuels dotés d'une exécution forcée avec une fin de non-recevoir d'origine contractuelle. Voici un type d'accord que le droit positif semble vouloir encourager et développer.

2. La médiation

On examinera deux types de médiation, l'une propre au droit privé l'autre au droit administratif

a) La médiation en droit privé

Les procédures de saisine du médiateur sont variées. Les parties peuvent convenir d'une requête commune pour choisir

le médiateur. Celui-ci examine le dossier séparément avec chacune des parties, puis les réunit en qualité de modérateur pour débattre ensemble et tenter de dégager un accord.

- Rappelons à titre d'exemple, le centre de médiation et d'arbitrage de Paris créé par la Chambre de commerce internationale de Paris, le Tribunal de commerce et le Barreau de Paris, qui peut être saisi par l'une des parties.

C'est le centre qui prend l'initiative de prendre contact avec l'autre partie et si cette dernière accepte le principe d'une médiation, alors le processus peut être mis en œuvre.

Par ailleurs, rien ne s'oppose à la désignation immédiate d'un médiateur qui peut alors inviter l'autre partie qui peut se faire assister d'un avocat.

La médiation apparaît donc comme une procédure intermédiaire entre la conciliation et l'arbitrage, car elle suppose et implique nécessairement la décision d'une tierce personne mais qui ne dispose d'aucun pourvoir juridictionnel, en d'autres termes d'aucun pouvoir pour trancher le litige.

On remarquera que la médiation vacille entre la conciliation et l'arbitrage. Mais on retiendra aussi que si le procédé de la médiation est séduisant, l'efficacité est incertaine quand à la résolution du différend, comme pour la conciliation.

b) - La médiation en droit administratif

L'institution du Médiateur au Maroc et en France " mérite d'être présentée.

1°)-On rapporte qu'historiquement la protection des droits et le redressement des iniquités ont été pris en considération par les gouvernants, depuis les Califes et notamment Omar Ibn Al Khattab.

Au Maroc, les Sultans ont mis en place des institutions chargées de redresser les torts et les préjudices occasionnés par

des dysfonctionnements de l'administratifs ou par les abus de l'administration.

Ces institutions portaient des appellations diverses, tantôt Wilayat Al Madhalim, exercée par le Sultan Moulay Ismail qui réservait la journée du mardi pour traiter des doléances des citoyens ; tantôt Vizir des chikayates sous le le règne My Hassan 1remier en 1873 ; puis "bureau de recherche et d'orientation; relevant du Palais Royal depuis 1956" ; diwan Al Madhalim, (dahir du 9 décembre 2001 créant l'institution). Cette dernière institution s'inscrit dans une vielle culture makhzanienne qui sert plus à servir l'aura du monarque que l'intérêt de l'administré en bute à un système bureaucratique.

L'institution du Médiateur du Royaume du Maroc, créé par le dahir du 17 mars 2011, s'inspire des "Ombusman" existant dans de nombreux pays du Nord de L'Europe, du Médiateur de la République française, du Commissaire parlementaire anglais.

On peut lire dans l'exposé des motifs " Veillant à moderniser le Diwan Al Madhalim, en transformant en institution nationale *indépendante et spécialisée*, dénommée "Institution du Médiateur".....[10]

Le Médiateur est nommé par dahir pour une période de cinq ans, renouvelable une seule fois. Il est choisi parmi les personnalités reconnues pour leur probité, leur compétence, leur impartialité et leur attachement aux règles de la primauté du droit et aux principes de la justice et de l'équité (art. 2).

Le caractère de son indépendance se caractérise par sa soustraction aux pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire (exposé des motifs).

Il a pour mission de dénoncer l'illégalité des actes administratifs ou contraires aux principes de justice et d'équité

[10] Le Médiateur soumet au Roi un rapport annuel sur le bilan d'activité et les perspectives d'action de l'Institution.....Le rapport est publié au Bulletin officiel.... (art. 37).

(Section 1. art.5)[11] ou l'inefficacité de l'administration (art. 1). En somme, son intervention en médiation requiert l'existence d'un litige non résolu avec l'administration. Par différend on entend un problème concret que rencontre une personne physique ou morale agissant à titre individuel ou collectif, quelle que soit sa nationalité dans ses rapports avec les administrations publiques, les collectivités locales et tous autres entreprises et organismes dotées de prérogatives de puissance publique.....

Le dahir précise " Ne peuvent être instruites par le Médiateur ou par les médiateurs régionaux les doléances visant la révision d'une décision de justice irrévocable; les plaintes concernant des questions pour lesquelles la justice a été saisie en vue de prendre les mesures ou de rendre les décisions qui s'imposent; les questions relevant de la compétence du Conseil national des droits de l'Homme".

"S'il apparaît au Médiateur ou aux médiateurs régionaux que la plainte ou la doléance dont ils sont saisis relève de la compétence du Conseil national des droits de l'Homme et ne concerne pas les rapports entre l'administration et les usagers, ils les transmettent immédiatement au président dudit Conseil ou aux présidents des commissions régionales qui en relèvent, selon le cas. Ils en informent les plaignants ou les requérants concernés"(art. 6).

Par ailleurs, "Le Médiateur peut adresser à l'autorité judiciaire compétente une recommandation afin de faire bénéficier, conformément aux procédures prévues par la législation en vigueur, les plaignants qui se trouvent dans une situation matérielle difficile, notamment les veuves, les femmes divorcées, les orphelins, les personnes handicapées et toutes les

[11] Aux termes de l' a article 5 : Le Médiateur est chargé d'instruire, soit de sa propre initiative conformément aux modalités fixées dans le règlement intérieur de l'Institution, soit sur plaintes ou doléances dont il est saisi, les cas qui porteraient préjudice à des personnes physiques ou morales, marocaines ou étrangères en raison de tout acte de l'administration, qu'il soit une décision implicite ou explicite, une action ou une activité, considéré contraire à la loi, notamment lorsqu'il est entaché d'excès ou d'abus de pouvoir, ou contraire aux principes de justice et d'équité.

catégories de personnes en situation de précarité, de l'assistance judiciaire lorsque les plaignants concernés envisagent de recourir aux juridictions Dahir n° 1-11-25 du 17 Mars 2011 portant création de l'Institution du Médiateur" (art.7).

Enfin "Le recours à l'Institution du Médiateur n'a pas pour effet d'interrompre ou de suspendre les délais de prescription ou de recours prévus par la loi" (art.8).

- En ce qui concerne la procédure de saisine du médiateur

"Les plaintes et les doléances sont adressées au Médiateur ou aux médiateurs régionaux, directement par le plaignant ou par l'intermédiaire de son représentant mandaté à cet effet".

"Pour être recevables, les plaintes et les doléances doivent être écrites et lorsqu'il est impossible de les présenter par écrit, le plaignant ou le requérant peuvent les formuler oralement. Dans ce cas, elles doivent être consignées et enregistrées par les services compétents de l'Institution du Médiateur. Il en est délivré copie à l'intéressé. Elles doivent être signées par le requérant en personne ou par son représentant mandaté à cet effet et être assorties des preuves et des pièces justificatives, lorsque le plaignant ou le requérant en dispose et indiquer les démarches effectuées par le plaignant ou le requérant auprès de l'administration concernée afin d'obtenir satisfaction, le cas échéant" (art 9).

"Les membres du parlement, les chefs des administrations et les présidents du Conseil national des droits de l'Homme, de la commission nationale de contrôle de la protection des données à caractère personnel, de la Haute autorité de la communication audio-visuelle, de l'Instance centrale de prévention de la corruption, du conseil de la concurrence, des autres institutions ou organismes et des associations légalement constituées et fonctionnant conformément à leurs statuts, peuvent saisir l'Institution du Médiateur des plaintes dont ils

sont destinataires et qui ne relèvent pas de leur compétence mais de celle de cette Institution" (art.10).

"Le Médiateur, ses délégués spéciaux et les médiateurs régionaux prêtent, dans la limite de leurs attributions aux plaignants dans une situation matérielle difficile ou dans une situation de handicap, toute sorte d'assistance juridique et administrative à même de leur permettre de présenter leurs plaintes ou doléances visant à faire cesser le préjudice qu'ils subissent en raison de tout acte de l'administration, qu'il soit une décision implicite ou explicite, une action ou une activité, considéré Dahir n 1-11-25 du 17 Mars 2011 portant création de l'Institution du Médiateur" (art.11).

"Lorsqu'il s'avère au Médiateur que la plainte dont il est saisi, est juridiquement fondée, tend à défendre un intérêt légitime ou vise à remédier à un préjudice causé par un acte contraire à la loi, notamment lorsqu'il est entaché d'excès ou d'abus de pouvoir, ou contraire aux principes de justice et d'équité, il entreprend toute démarche et prend les contacts nécessaires avec l'administration concernée afin de l'inciter à satisfaire la requête du plaignant, et ce, dans le strict respect des règles de la primauté du droit" (art.12).

"Le Médiateur est habilité, dans la limite de ses attributions, à mener des enquêtes et des investigations pour s'assurer de la véracité des faits portés à sa connaissance et de l'étendue du préjudice causé au plaignant ou au requérant et à procéder à la qualification juridique de la nature dudit préjudice. Il peut, en outre, provoquer les explications des autorités concernées sur les faits objet de la plainte ou de la doléance et se faire communiquer les éclaircissements nécessaires, les documents et les informations y afférents (art.13).

"Lorsque le Médiateur s'assure, après enquête et investigation sur les plaintes et les doléances dont il est saisi, de la véracité des faits y rapportés et de la réalité du préjudice porté au plaignant ou au requérant, il présente à l'administration concernée les

conclusions de ses investigations, en toute impartialité et indépendance et selon les règles de la primauté du droit et les principes de justice et d'équité. A cet effet, il peut adresser ses recommandations, propositions et observations à l'administration concernée qui doit prendre, dans un délai de 30 jours prorogeable d'une durée supplémentaire qu'il fixe, les mesures nécessaires pour l'examen des affaires dont il les a saisi et l'informer, par écrit, des décisions ou des mesures qu'elle a prises relativement à ses recommandations et propositions". (art. 14).

"Lorsque le Médiateur est convaincu de par ses enquêtes et ses investigations, que l'application stricte d'une règle de droit est susceptible de créer des situations inéquitables ou préjudiciables aux usagers, il peut proposer au Premier ministre de prendre toute mesure ou démarche en vue de trouver une solution juste et équitable au cas posé et lui proposer l'amendement de la règle de droit" (art. 15).

"Lorsqu'il s'avère suite aux enquêtes et investigations menées qu'une faute ou une conduite personnelle d'un fonctionnaire ou agent sont à l'origine de la doléance ou de la plainte, le Médiateur Dahir n 1-11-25 du 17 Mars 2011 portant création de l'Institution du Médiateur transmet ses observations et ses conclusions au chef de l'administration concernée afin de prendre les mesures appropriées et lui demande de l'informer des décisions qu'il a prises à ce sujet".
"Il peut également recommander à l'administration concernée d'engager la procédure disciplinaire ou, s'il y a échec, de transmettre le dossier au ministère public afin de prendre les mesures prévues par la loi". (art.16).

En ce qui concerne la médiation et la conciliation entre l'administration et les usagers

"Le Médiateur procède, de sa propre initiative ou sur demande de règlement de différend présentée par l'administration ou le plaignant, à toute médiation et conciliation en vue de rechercher des solutions équitables et équilibrées au différend entre les parties

à même de remédier au préjudice causé au plaignant du fait de l'administration, et ce, par référence aux règles de la primauté du droit et aux principes de justice et d'équité" (art.17).

"A l'effet d'entreprendre les démarches de médiation et de conciliation prévues à l'article précédent, le Médiateur soit procède à l'audition des parties et examine l'ensemble des preuves, des documents et des données qui lui sont fournis à l'appui de la plainte dont il est saisi, soit se base sur la demande que lui présente l'administration ou le plaignant.

Le Médiateur peut, en conséquence, faire aux parties toute proposition qu'il juge appropriée en vue d'aboutir à une solution équitable et équilibrée au différend dont il est saisi.

Les solutions retenues, résultat des démarches de médiation et de conciliation entreprises par le Médiateur, sont consignées dans un procès-verbal officiel signé par les parties.

Ces solutions retenues ne peuvent, en aucun cas, être opposables par les tiers ou à leur encontre (art.18).

- En somme le Médiateur marocain dispose d'une part, d'un pouvoir discrétionnaire pour accepter ou refuser sa médiation et d'autrepart, il ne dispose d'aucun pouvoir de contrainte à l'égard des administrations et services publics dans les litiges dont il est saisi. Certes la loi lui a donné un pouvoir d'enquête et d'injonction auprès des administrations concernées, mais il ne dispose pas de pouvoir de sanction, il peut seulement faire des recommandations pour amener les parties à une solution équitable.

Mais quel est le régime juridique de ses actes ? La jurisprudence marocaine ne s'est pas encore prononcée sur la question, en revanche le Conseil d'Etat a tranché.

2. Le remplacement du Médiateur de la République française par le Défenseur des droits

L'institution du Médiateur est créée par la loi du 3 janvier 1973, complétée par la loi du 24 décembre 1976, du 13 janvier 1989, du 6 février 1992, du 12 avril 2000 et du 23 juillet 2008 (remplaçant le Médiateur de la République par le défenseur des droits).

Inspirée de l'Ombudsman scandinave, l'institution du Défenseur des droits est une autorité constitutionnelle indépendante instituée par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et par la loi organique du 29 mars 2011. Elle regroupe les missions du Médiateur de la République, du Défenseur des enfants, de la Haute Autorité de lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité et de la Commission Nationale de Déontologie de la Sécurité.

Le défenseur des droits est nommé par le Président de la République, par décret pris en Conseil des ministres pour un mandat de 6 ans non renouvelable et non révocable. Sa nomination est soumise au vote de l'Assemblée nationale et du Sénat. Ce mode de nomination garantit son indépendance. Il ne peut être mis fin à ses fonctions que sur sa demande ou en cas d'empêchement constaté par un collège composé des chefs des trois plus hautes juridictions françaises. Il ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé pour ses opinions ou ses actes liés à l'exercice de ses attributions et il ne reçoit aucune instruction d'aucune autorité, d'une personne, ou d'un groupe de pression. Ses missions ne sont pas cumulables avec un mandat électif, une autre fonction publique ou une activité professionnelle.

Le défenseur des droits remplit quatre missions : défendre les droits et libertés individuelles dans le cadre des relations avec les administrations ; défendre et promouvoir l'intérêt supérieur et les droits de l'enfant consacrés par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par

la France ; lutter contre les discriminations directes ou indirectes, prohibes par la loi ou par un engagement international ainsi que de promouvoir l'égalité ; veiller au respect de la déontologie par les personnes exerçant des activités de sécurité.

Il peut être saisi par toute personne s'estimant lésée par le fonctionnement d'une administration ou service public, ou victime de discrimination directe ou indirecte, que l'auteur soit une personne privée ou publique, étant victime ou témoin de faits constituant un manquement à la déontologie par des personnes exerçant des activités de sécurité, ou considérant que les droits fondamentaux d'un enfant ne sont pas respectés, ou qu'une situation met en cause son intérêt.

Il peut demander des explications à toute personne physique ou morale mise en cause devant lui ; celles-ci peuvent se faire assister du conseil de leur choix et peut les mettre en demeure de lui répondre si celle-ci n'est pas suivit d'effet, il peut saisir le juge des référés d'une demande motivée aux fins d'ordonner toute mesure que ce dernier jugera utile.

Lorsqu'il est saisi ou se saisi d'office de faits donnant lieu à une enquête préliminaire ou de flagrance ou pour lesquels une information judiciaire est ouverte ou des poursuites judiciaires sont en cours, il doit recueillir l'accord préalable des juridictions saisies ou du procureur. Enfin, s'il en fait la demande, les ministres donnent instruction aux corps de contrôle d'accomplir, dans le cadre de leur compétence, toutes vérifications ou enquêtes. Ils l'informent des suites données à ces demandes.[12]

En ce qui concerne le règlement des réclamations, le défenseur des droits ne dispose pas de pouvoir de contrainte à l'égard des administrations et des services publics impliqués dans les litiges dont il est saisi. Il agit donc par la persuasion en nouant avec le service concerné un dialogue dans le cadre

[12] Il peut demander au vice-président du Conseil d'Etat ou au premier président de la Cour des comptes de faire procéder à toute étude ;

duquel il peut formuler une recommandation en équité, qui consiste à demander à l'organisme concerné de déroger, à titre exceptionnel, au droit en vigueur pour régler le problème, étant entendu, que la solution proposée ne créera pas de précédant invocable.

En somme, après examen de la situation litigieuse, il peut privilégier un règlement à l'amiable en formulant des recommandations ou, s'il estime qu'une faute a été commise, solliciter l'engagement des poursuites disciplinaires auprès de l'autorité compétente. Il peut enfin présenter des observations devant les juridictions judiciaires et administratives à l'appui d'un réclamant.

- Si le défenseur des droits peut être saisi par toute personne s'estimant lésée ou victime, il peut également se saisir d'office, mais il décide lui-même de donner suite ou non à la saisie. Quel est donc le régime juridique de ses actes ?

Le débat doctrinal sur la nature réelle du « Médiateur » aujourd'hui du défenseur des droits ne sera sans doute pas épuisé et restera un beau sujet de méditation.

Le Médiateur institué en 1973, le Défenseur des droits en 2011 se présente comme un ultime recours, mis à la portée de tous pour la défense de la légalité méconnue, une sorte de super-juge de l'excès de pouvoir, appréciant en équité, substituant l'éthique à la légalité, le bons sens, voire la morale au droit positif.

Mais, il se trouve un plaideur pour considérer que le rejet de sa requête par le Médiateur constitue une décision administrative susceptible de recours pour excès de pouvoir. Le Conseil d'Etat dans son arrêt Retail, du 10 juillet 1981, avec beaucoup d'élégance refuse d'entrer dans son jeu. Et c'est bien relève le Doyen J.M. Auby dans sa note (R.D.P. 1981. p. 1687).

Si la consécration constitutionnelle d'un genre nouveau de l'institution du Défenseur du droit a fait l'objet de critique en raison de l'immense variété de ses attributions, on peut espérer que la constitutionnalisation de son existence donne à ses décisions une autorité lui permettant de protéger efficacement les droits des citoyens tout en lui garantissant son indépendance. Le prix de cette indépendance c'est aussi maintenir la jurisprudence Retail.

- En droit administratif, comme en droit privé, la médiation se présente comme une procédure intermédiaire entre la conciliation et l'arbitrage, car elle implique nécessairement la décision d'une tierce personne qui ne dispose pas de pouvoir juridictionnel, c'est-à-dire du pouvoir de trancher le litige.

§. 2 L'arbitrage

L'arbitrage peut être présenté comme un procédé plus formel de justice alternative (A) ce qui le distingue des autres modes tant en qui concerne sa mise en œuvre, sa procédure et ses effets (B).

A. – Un procédé plus formel de justice alternative

Th. Clay rapporte que « l'arbitrage est une vielle institution qui remonte à la Grèce athénienne et la Rome de Constantin et qu'en France, dès le moyen âge, l'arbitrage est institué en cas d'inertie de la justice étatique ; lorsque les parties soumettent leurs différends à des juridictions ecclésiastiques considérées comme juridictions arbitrales »[13].

On retrouve un certain nombre d'articles, dans le code de procédure civile de 1807, consacré à l'arbitrage qui permettaient de porter un procès déjà encours devant un arbitre. De nos jours l'arbitrage connaît un succès, notamment en matière commerciale et de conflits collectifs de travail.

[13] « L'arbitrage », préf. De Ph. Fouchard, Dalloz, collection Nouvelles bibliothèque des thèses, 2001 ; Voie aussi, Ch. Jarrosson, « La notion d'arbitrage » ,préf. de Oppetit, L.G.D.J., collection Bibliothèque de droit privé, T. 198, 1987.

B. – Mise en œuvre et effets de la procédure d'arbitrage

Les articles 1442 et 191 du nouveau code de procédure civile français et les articles 306 à 327 du code de procédure civile marocain[14] règlementent l'arbitrage en précisant la nature de la mission de l'arbitre (1), les conditions de recours à l'arbitrage (2) et les effets des clauses compromissoires (3) et l'autorité de la sentence arbitrale (4) ;

1. – Mission de l'arbitre

Sur la base d'une convention d'arbitrage, l'arbitre tranche un litige et sa décision engage les parties. Sous cet angle, l'arbitrage est perçu comme un mode juridictionnel de règlement des litiges entre les deux prétentions antagonistes. Mais la nature de la mission de l'arbitre (a) traduit aussi la limite de ses pouvoirs (b).

a) – la nature de la mission de l'arbitre

L'arbitre a une mission juridictionnelle. L'arbitre est juge, similaire à une juridiction étatique, la seule différence est l'origine de sa mission. Mais sa mission résulte de la volonté des parties ou de la loi ; on admet que l'arbitre dise le droit, il a la *Jurisdictio.*

L'article 144 et suivant du code de procédure civile français, et 306 et suivant du code de procédure civile marocain, utilisent l'expression de «tribunal arbitral ».

Toutefois de par son origine c'est une justice privée en raison de la possibilité donnée aux parties de choisir leur juge et de fixer par voie contractuelle dans les limites autorisées par la loi la mission impartie à l'arbitre. On perçoit ici une nature hybride de l'institution d'arbitrage qui conjugue à la fois une convention et un jugement. En somme, l'arbitre est un juge privé qui ne statut pas au nom de l'Etat.

[14]Dahir n° 1-07-169 du 30 novembre 2007 portant promulgation de la loi n° 08-05. Ce texte abroge et remplace le chapitre VIII du titre V du Code de procédure civile relatif à l'arbitrage. Une partie relative à la médiation conventionnelle …

b).- Des pouvoirs limités en raison de sa nature conventionnelle

Si l'arbitre dispose par exemple du pouvoir de condamner une partie à une astreinte journalière qui s'ajoute à la condamnation principale non exécutée dans les prescrits par le tribunal arbitral, l'arbitre ne dispose pas du pouvoir de rendre la sentence exécutoire, ce qui justifie l'exequatur c'est-à-dire l'apposition sur la sentence arbitrale la sentence du juge étatique qui est seul titulaire de *l'imperium.*

Mais on observe que le droit positif élargit le champ de la mission de l'arbitre quand aux conditions du recours à l'arbitrage, aux effets de la clause compromissoire et de l'autorité de la sentence arbitrale.

2. – Les conditions d'ouverture du recours à l'arbitrage

La convention d'arbitrage traduit la volonté et l'engagement des parties de faire trancher un litige par un tribunal arbitral. C'est donc le droit commun des contrats qui s'applique avec quelques particularités qui tiennent d'une part, aux matières pouvant faire l'objet d'arbitrage, et d'autre part, la capacité de compromettre.

Ces conditions sont organisées par les articles 2059 et 2060 du Code civil français et des articles 308,309 et 310 du Code de procédure civile marocain qui disposent que le litige doit porter sur des droits disponibles (a) et sur une matière qui ne touche pas l'ordre public (b).

a) – En ce qui concerne les droits disponibles, on entendra selon la distinction doctrinale entre l'indisponibilité absolue et l'indisponibilité relative[15], en d'autres termes entre les droits patrimoniaux que constituent le patrimoine de la personne et qui se réfère à une valeur pécuniaire et des droits qui n'entrent pas dans le patrimoine, mais dont la violation peut donner lieu à une condamnation pécuniaire (Droit à l'honneur).

[15] Lagarde.

b) – En ce qui concerne l'ordre public

Au Maroc, «Les litiges relatifs aux actes unilatéraux de l'Etat, des collectivités locales ou autres organismes dotés de prérogatives de puissance publique ne peuvent faire l'objet d'arbitrage ». « Toutefois, les contestations pécuniaires qui en résultent peuvent faire l'objet d'un compromis d'arbitrage à l'exception de celles concernant l'application d'une loi fiscale »[16].

En France la doctrine s'interroge si « l'article 2060 du Code civil, relatif à l'arbitrabilité visait l'ordre public dans sa globalité ou seulement dans l'une de ces catégories » Monsieur Jarroson souligne dans sa note de l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris « que la jurisprudence a fini par admettre que ce n'est pas parce qu'une question était d'ordre public qu'elle était nécessairement non susceptible d'arbitrage.»[17] .

3. - Effets de la clause compromissoire

a)En droit marocain, L'expression « convention d'arbitrage » recouvre deux types d'accords : le « compromis d'arbitrage » et la « clause compromissoire».

En effet, selon les termes de l'article 307 du nouveau code de procédure civile : « La convention d'arbitrage est l'engagement des parties de recourir à l'arbitrage pour régler un litige né ou susceptible de naître concernant un rapport de droit déterminé, de nature contractuelle ou non contractuelle.

La convention d'arbitrage revêt la forme d'un compromis d'arbitrage ou d'une clause d'arbitrage ».

Le compromis est donc, par hypothèse, conclu après la naissance du litige et en considération de celui-ci.

---

[16] «Nonobstant les dispositions du 2e alinéa de l'article 317 ci-dessous, les litiges relatifs aux contrats conclus par l'Etat ou les collectivités locales peuvent faire l'objet d'une convention d'arbitrage dans le respect des dispositions relatives au contrôle ou à la tutelle prévus par la législation ou la réglementation en vigueur sur les actes concernés. La compétence pour statuer sur la demande de l'exequatur de la sentence arbitrale rendue dans le cadre du présent article revient à la juridiction administrative dans le ressort de laquelle la sentence sera exécutée ou au tribunal administratif de Rabat, lorsque la sentence arbitrale concerne l'ensemble du territoire national. (Article 310).

[17] C.A. Paris, 19 mai 1993, Rev.arb. 1993, p. 645.

Alors que la clause compromissoire est incluse dans un contrat principal et les parties s'engagent dans l'hypothèse d'un litige à le soumettre à l'arbitrage. Le législateur marocain ne l'autorise qu'en matière commerciale.

La clause compromissoire joue très souvent un rôle préventif. Elle est de nature à dissuader les cocontractants en cours d'exécution, de ne pas respecter ses termes. Elle incite par sa seule existence, la recherche de solutions amiables aux difficultés qu'ils peuvent rencontrez au cours de l'exécution du contrat.

- **En France**, l'article 1442 du Code civil présente la clause compromissoire comme liée à un litige éventuel c'est-à-dire qui n'est pas encore né entre les parties.[18] En d'autres termes, les parties conviennent de soustraire leur différend futur au juge étatique. La clause compromissoire ne lie que les signataires et ne saurait être opposable aux tiers.

La clause compromissoire n'était envisageable qu'entre commerçants. Mais depuis la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, la clause compromissoire est permise dans tous les contrats conclus « en raison d'une activité professionnelle » (art. 2061 C.civ). Contrairement au législateur marocain, le législateur français étend son champ d'application.

Il faut ajouter, que la jurisprudence française reconnait l'autonomie de la clause compromissoire en droit interne comme un principe acquis en matière internationale[19]. Cette jurisprudence fut confirmée par les arrêts de la deuxième chambre civile et de la chambre de commerce de la Cour de cassation les 4 et 9 avril 2002.

[18] Alors que le compromis est un contrat conclu postérieurement au litige, par lequel les parties conviennent de soumettre leur différent à l'arbitrage.

[19] 1e Civ. 7 mars 1963

Une question d'importance ; y a-t-il un lien entre la clause compromissoire et le contrat principal ?

Si pendant longtemps, le destin de la clause compromissoire était lié à celui du contrat principal la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a tranché la question. Dans cette affaire, la clause d'arbitrage était insérée dans un contrat de sous-traitance dont la validité était contestée ; la haute juridiction a estimé à juste raison que « la clause compromissoire présentant, par rapport à la convention principale dans laquelle elle s'insère, *une autonomie juridique* qu'elle exclut qu'elle puisse être affectée par l'inefficacité de cet acte ». L'arrêt retient à bon droit, que « l'éventuelle nullité du contrat de sous-traitance reste sans incidence sur la validité de la clause compromissoire ».

Le législateur français comme la jurisprudence expriment la volonté de donner à l'arbitrage interne une efficacité, mais en réalité, l'autorité de la sentence arbitrale demeure limitée.

4. – L'autorité restreinte de la sentence arbitrale

Comme on l'a évoqué plus haut, la nature hybride de l'institution d'arbitrage qui conjugue à la fois une convention et un jugement suppose nécessairement des procédures spécifiques qui doivent cependant respecter les principes directeurs qui régissent tout procès.

Une fois la sentence prononcée, l'arbitre est dessaisi[20]. Logiquement la sentence fera **l'objet d'une exécution amiable, mais elle reste dénuée de la force exécutoire. Pour lui donner** cette force, il lui faudra une ordonnance d'exequatur demandée sur requête, au tribunal de grande instance, dans le ressort duquel la sentence a été prononcée.[21]

[20] La sentence ne produit pas d'effet à l'égard des tiers à l'instance arbitrale, sauf s'ils bénéficient d'une stipulation pour autrui sur la base d'un contrat liant les parties à l'instance.
[21] Il existe à l'égard de la sentence ou de l'ordonnance intervenu sur l'exequatur, des voies de recours ordinaire sous forme d'appel et voies extraordinaires sous forme d'une tierce opposition, de recours en révision ou d'un pourvoi en cassation.

A titre de conclusion on peut dire que l'évolution actuelle de la procédure d'arbitrage semble s'orienter vers un rapprochement des justices arbitrales et étatiques, mais elles restent fondamentalement différentes quant à l'étendue de leurs pouvoirs.

On relèvera aussi, que si le droit positif français et marocain favorise le développement des modes alternatifs de règlement des conflits, il contrôle les conditions de leur mise en œuvre et leurs effets pour éviter que le monde des affaires ne fuit vers une justice non étatique.

III. – Les revers des prouesses des modes alternatifs de règlement des conflits

La fugue du monde de la finance vers les modes alternatifs moins formalistes et plus conventionnels, s'expliquerait par les avantages que leur offre cette justice privée. Des procédures souples et rapides, mais surtout une justice rendue par des pairs supposés être plus experts et mieux informés, de l'environnement complexe de la mondialisation de l'économie, de la finance et du commerce international, que ne peut l'être le juge étatique.

Mais cette image idyllique des MARC comporte aussi ses revers. D'une part, leur domaine d'application est réduit au droit commercial et le droit social, d'autre part, l'actualité nous enseigne que l'arbitrage par exemple fait l'objet de procédures de plus en plus formelles et de plus en plus techniques. L'arbitrage, n'est plus cette image simpliste, d'une justice souple, rapide, peu couteuse pour régler un litige. Le formalisme s'explique aussi par le droit de regard que l'Etat veut garder pour assurer la cohésion économique et sociale de la nation.

Présenté comme un procédé qui instaure la confiance entre les parties, l'arbitrage semble perdre cette substance face à la compétition économique à laquelle se livrent les parties. L'actualité nous enseigne aussi, que de plus en plus les protagonistes s'opposent et en viennent à contester la sentence

arbitrale devant les juridictions étatiques, ou que la sentence arbitrale a été faussée par le jeu des influences[22].

La prouesse des MARC est donc à nuancer avec prudence. L'arbitrage, la médiation ne remplacent pas la justice étatique. Si ces deux justices coexistent, peuvent coopérer comme dans l'hypothèse où un juge étatique intervient dans un arbitrage en tant que troisième arbitre.

En somme les Marc n'existent que par la volonté des parties ; lorsque celle-ci fait défaut, c'est qu'il n'y a plus d'accord et les parties se retrouvent condamnées de recourir au juge étatique. La suprématie de la justice étatique reste fondamentalement le fondement de tout Etat de droit.

Ces réflexions manquent de précisions, je laisse au privatiste le privilège et le soin de combler les lacunes et de rectifier les propos énoncés.

[22] Soupçonnés de liens faussant l'arbitrage Adidas-Crédit Lyonnais en 2008, l'avocat de Bernard Tapie, Me Maurice Lantourne, et le juge-arbitre Pierre Estoup ont été placés en garde à vue mardi 28 mai. L'Express a révélé en exclusivité les derniers éléments de l'enquête judiciaire autour du tribunal arbitral privé.

La directrice générale du FMI a été auditionnée une seconde fois par la Cour de Justice de la République, le 31 janvier, sur son rôle dans l'arbitrage en faveur de Bernard Tapie.

L'APPARITION DE L'ARBITRAGE COMME MODE ALTERNATIF DE REGLEMENT DES DIFFERENDS

Par André CABANIS et Olivier Devaux,
Professeurs à l'Université Toulouse 1 Capitole

La tendance actuelle est au *Law Shopping*. Comme pour n'importe quel produit, l'on fait ses courses dans ces magasins du droit que constituent les cabinets de consultants. Voici longtemps que l'internationalisation des rapports commerciaux permet de choisir, entre plusieurs systèmes juridiques correspondant aux nationalités des contractants, celui que l'on entend privilégier. Par la suite, l'on en vient à se convaincre qu'il appartient aux parties, du moins lorsqu'il s'agit d'opérations importantes, de choisir le lieu juridique d'implantation des structures chargées de l'exécution des transactions, le droit qui sera applicable, notamment fiscal et social, le cas échéant les instances qui jugeront les éventuels litiges[1]. C'est ici que l'arbitrage triomphe car, à choisir son tribunal, autant choisir les juges eux-mêmes, la procédure, les normes applicables…

Par rapport aux valeurs traditionnellement enseignées dans les Facultés de droit françaises, c'est une sorte de révolution. Même si, en matière de contrat de droit privé, le principe de la liberté des parties est ancien, même si notre code civil proclamait déjà que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » (art. 1134), l'idée

[1] On connaît en effet depuis longtemps ces clauses dans les contrats commerciaux avec, notamment, élection du tribunal compétent en cas de litiges. Le phénomène affecte désormais de façon systématique les moyens de transport au service du commerce avec des nationalités différentes pour le navire, la compagnie maritime, les marchandises, le capitaine, l'équipage… Le phénomène atteint les entreprises de production, ainsi de Fiat Chrysler Automobiles qui début 2014, réorganise le vieux groupe de Turin avec un siège fiscal à Londres, un siège légal aux Pays-Bas et des titres cotés à New York et Milan.

d'une autorité publique tutélaire dominait l'ensemble du dispositif. Le vieux cours d'histoire du droit en première année de licence présentait la montée en puissance de l'Etat monarchique, donc de la justice du roi, comme une forme de marche triomphale et providentielle, au service de la raison et de la défense de l'intérêt général. A partir du XIX^{e} siècle, les enseignements de droit public exaltent la puissance publique présentée comme la garantie du bon fonctionnement du service public. Chacun demeure soumis à son droit national et la délocalisation juridique revêt un caractère improbable. Les choses ont bien changé et l'on en arrive même à une sorte de droit *off shore*, purement conventionnel, libéré de toute attache territoriale, imposé notamment dans le cadre des procédures d'arbitrage. Si l'étude de l'histoire des modes de règlement des différends montre que l'appel à l'arbitrage remonte très loin dans le passé et revêt un caractère général (I), il est apparu assez tôt qu'il est des branches du droit où cette procédure connaît un développement plus rapide (**II**).

I - L'histoire des modes de règlement des différends et l'appel à l'arbitrage

Partout, à toutes les époques, l'appel à l'arbitrage s'appuie sur la tendance assez naturelle à vouloir se choisir ses juges. Il est par ailleurs des motivations spécifiques à certaines périodes : sous l'Antiquité, spécialement en droit romain, les étrangers, les pérégrins qui ne bénéficient pas du *jus civile* trouvent dans l'arbitrage une solution adaptée au règlement de leurs différends avec les citoyens romains (***A***) ; au Moyen Age, c'est l'éclipse de l'Etat et de ses tribunaux qui conduit souvent à privilégier l'arbitrage (***B***).

A – L'arbitrage sous l'Antiquité

Dans les sociétés pré-étatiques, on a parfois de la difficulté à distinguer le juge de l'arbitre. Ainsi, dans le très ancien droit romain et comme l'indique la loi des XII Tables, le terme *arbiter* a le sens de « juge privé ». Etymologiquement, le terme latin *arbiter* est né de l'association de *ad* et *baetere*, qui signifie « se rendre sur place » (pour examiner, expertiser, entendre les parties). Le mot latin vient lui-même de l'ombrien *arputrati* qui signifie « juge »[2]. Les deux mots étaient donc rapprochés, ce que l'on retrouve d'ailleurs en droit musulman : l'arbitrage est le *hakam*, terme pas très éloigné de *hakem*, qui signifie juge[3]. Il en reste, de nos jours que l'arbitre est distinct des conciliateurs, des médiateurs, des experts, qui ne disposent d'aucun pouvoir juridictionnel. Pour autant le Code civil continue, au début du XIX[e] siècle, de commettre quelque confusion, comme dans le cadre de l'article 1592 du Code civil à propos de la fixation du prix de vente par un tiers[4]. Pourtant, en principe, avec l'apparition de la notion de souveraineté de l'Etat, la distinction semble simple : le juge bénéficie de l'autorité étatique et du monopole de la violence légitime pour reprendre les définitions classiques. L'arbitre n'en bénéficie pas.

Auparavant, la distinction est d'autant moins claire que, souvent, ce sont les deux parties qui viennent, d'un commun accord, demander au roi, au prince, au pontife de trancher leur conflit. On a l'impression d'être dans une forme d'arbitrage

---

[2] Article « Arbitre » par Thomas Clay, dans *Dictionnaire de la justice* (dir. Loïc Cadiet), PUF, 2004, p. 59. Il trouve déjà des traces de l'arbitrage chez les Assyriens de la fin du III[e] millénaire AC. Moins précoces, Dominique Bureau et Charles Jarrosson (article « Arbitrage » dans *Dictionnaire de la culture juridique* (dir. Denis Alland et Stéphane Rials), Paris 2003, remontent aux poèmes homériques du VIII[e] siècle AC (p. 16).

[3] « Les problèmes propres à l'arbitrage euro-arabe proviennent tant de l'ignorance mutuelle du régime économique, social et juridique des deux parties [que] de l'opposition de leurs intérêts fondamentaux et, dans le cas d'une entité de secteur public, du poids inévitable de la souveraineté étatique » (Jacques El-Hakim, *Perception européenne de l'arbitrage dans les pays arabes*, Damas 2011, p. 3).

[4] Art. 1591 : « Le prix de la vente est déterminée et désignée par les parties » ; art. 1592 : « Il peut cependant être laissé à l'arbitrage d'un tiers […] ».

surtout lorsque la personnalité ainsi sollicitée cherche une solution en équité, apte à satisfaire les deux parties. Il est vrai que l'on a également tendance à confondre arbitrage et solution de compromis, ce qui n'est pas forcément le cas, au moins explicitement. Ainsi, la décision de Salomon à l'égard des deux femmes qui se disputent un enfant vivant et un enfant mort et qui propose de tuer le survivant pour mettre tout le monde d'accord, paraît être une forme d'arbitrage. On peut en douter et pas seulement parce qu'il affecte finalement l'enfant à celle qui a plaidé pour sa survie mais surtout parce qu'il avait donné l'ordre à un soldat de couper l'enfant en deux : Salomon bénéficie donc de la force exécutoire ce qui est justement ce qui manque à l'arbitrage.

Pour autant l'arbitrage n'est pas entièrement désarmé. Il bénéficie de son prestige spécifique. A l'époque, les institutions qui annoncent notre justice moderne se veulent souvent fondées sur des valeurs religieuses, mystérieuses et qui s'imposent d'autant mieux que leur origine est plus ou moins magique. Aux temps les plus archaïques, le juge officiel est souvent assimilé à un grand prêtre, ou, de façon moins valorisante, à un sorcier. D'ailleurs, le pouvoir politique lui-même a souvent une valeur religieuse qui en fonde la légitimité lorsque l'argument de force ne suffit plus ou lorsqu'il s'appuie sur un environnement militaire et policier limité. Le droit est également présenté comme fondé sur des valeurs religieuses, résultat d'une révélation divine transmise par un prophète récitant ce que lui dicte la divinité.

L'autorité des magistrats s'appuie également sur le secret. Dans nombre de cultures primitives, l'on ne procède que tardivement à la rédaction des lois applicables : les prêtres-juges tranchent les litiges en fonction de normes qu'ils sont les seuls à

connaître ce qui augmente naturellement leur marge de manœuvre mais qui prive les justiciables de toute sécurité juridique puisqu'ils ne savent pas à l'avance les règles qui leur sont applicables. Ce sera donc une conquête importante, parfois précédée de violents mouvements revendicatifs, que d'obtenir la rédaction et la publication du droit. L'exemple le plus utopique est fourni par Rome, lorsque la plèbe se révolte notamment pour obtenir que la loi soit connue de tous, ce qui lui permet d'obtenir la mise en place d'une commission qui promulgue la loi des XII Tables en 450 AC, base du droit romain. La nécessité d'une commission prouve au passage que les prêtres jugeaient sans textes précis déjà mis en forme puisqu'il fallut procéder à ce travail de rédaction.

On pourrait penser que, de nos jours, ces origines magiques ont complètement disparu. En fait notre droit demeure marqué par ses origines religieuses En principe, dans nos systèmes démocratiques, la loi puise sa légitimité sur son mode d'élaboration, confiée aux élus du peuple. On sait l'importance de la législation dans les systèmes juridiques de type romano-germanique, les magistrats nommés par l'exécutif devant théoriquement se borner à appliquer les textes promulgués. L'on songe à la formule de Montesquieu sur le juge « bouche de la loi », ce qui tend à le réduire à une fonction purement mécanique, effectuée par un « être inanimé »[5]. En revanche, dans les pays de tradition anglo-saxonne, c'est la jurisprudence plus que les prescriptions votées par les assemblées qui régit les rapports sociaux. Du moins peut-on argumenter qu'au moins aux Etats-Unis, les juges sont souvent élus, ce qui d'un certain point de vue réintroduit le peuple dans les procédures

[5] *L'Esprit des lois*, livre 11, chap. 6 : « les juges de la nation ne sont, comme nous l'avions dit, que la bouche qui prononce la parole de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur ».

d'élaboration du droit. En tout cas, dans cette tradition, la loi – c'est-à-dire le droit- s'impose de façon absolue. Le fait qu'elle paraisse injuste, y compris à une forte proportion de la population, ne dispense pas de l'appliquer. La contester, c'est remettre en cause les fondements de la société. L'aspect religieux, voire magique, n'est donc pas loin et se mêle à la volonté de rationalisation.

Cette dimension est, d'un certain point de vue, également évoquée par l'apparat qui entoure la justice, évoquant cette origine religieuse. On a volontiers et de façon un peu prosaïque, tendance à attribuer à cet apparat une fonction d'intimidation : par des palais monumentaux, par des salles d'audience spectaculaires, par des systèmes d'estrades et de toges, par une procédure largement incompréhensible, il s'agirait d'impressionner les parties et le public et d'entourer les décisions de justice d'un mystère qui rend plus difficile sa contestation. Le justiciable se trouve contraint de s'appuyer sur un avocat -autre initié- qui n'est pas seulement là pour prendre en main les intérêts de son client mais qui sert aussi à décrypter les règles applicables dans un système qui paraît complètement opaque à ceux qui n'ont pas bénéficié de cette initiation. Il se trouve même des auteurs cyniques pour soutenir que ce caractère incompréhensible, ces termes techniques ou archaïques sont soigneusement maintenus pour conserver aux auxiliaires de justice leur caractère indispensable, donc leur clientèle.

Par opposition à un droit d'origine religieuse, mystérieux, élaboré souvent hors de tout argument de raison, l'arbitrage prétend au contraire se caractériser par son caractère rationnel et raisonnable. On choisit l'arbitre non pour son autorité puisée dans des forces extraterrestres mais pour sa sagesse, pour sa modération, pour sa capacité à écouter et à comprendre, pour la

confiance que l'on met dans son sens de l'équité, en principe hors de tout rapport de forces, hors de tout intérêt personnel, hors de toute considération idéologique ou d'autorité [6]. D'ailleurs dans ces périodes lointaines, tous les ouvrages à destination des juges, sans remettre en cause l'origine religieuse de leur pouvoir, les incitent à ne pas se prononcer de façon hâtive ou capricieuse, à partir d'une première impression, mais de manifester les qualités de modération, d'écoute, de sagesse que l'on prête spontanément à l'arbitre[7].

Sous l'Antiquité, c'est avec les systèmes juridiques grecs et romains que l'arbitrage prend sa forme organisée et reconnue par le droit positif. Au VI[e] siècle avant Jésus Christ, le législateur athénien Solon reconnaît à l'arbitrage une valeur quasi officielle : « Si les citoyens veulent choisir un arbitre pour résoudre les différends qui se seront élevés entre eux à propos de leurs intérêts particuliers, qu'ils prennent celui qu'ils voudront d'un commun accord ; qu'après l'avoir pris, ils s'en tiennent à ce qu'il aura décidé ; qu'ils n'aillent point à un autre tribunal ; que la sentence de l'arbitre soit un arrêt irrévocable »[8]. Les légistes romains pour leur part, insistent sur les qualités que l'on doit attendre de l'arbitre et les rassemblent sous un adjectif unique,

[6] Est révélatrice des motivations de ceux qui font appel à l'arbitrage la formule figurant dans un traité du droit post-bizantin du XVII[e] siècle (le *Bactèria Archiéréôn* ou *Bâton des Prélats*). Dans le chapitre 21 intitulé « À propos des arbitres désignés par deux contestants pour qu'ils les jugent », figure le développement suivant : « L'arbitre est choisi comme suit : moi et toi, nous avons besoin d'un jugement et nous n'aimons ni le jugement du métropolite (archevêque), ni celui du juge civil (magistrat), ni celui du roi, ou celui du patriarche, nous décidons alors qu'un de nos pairs nous juge. Et nous en chargeons un homme, nous lui disons « nous avons cette affaire, et nous ferons ce que tu nous diras de faire ». Il est arbitre et suivant le canon 91 du Synode de Carthagène, toute décision prise par l'arbitre, qu'elle soit juste ou non, ne peut être changée par personne, pas même par le patriarche ou le roi » (Efi Basdra, « L'institution de l'arbitrage dans le droit de l'ère post-bizantine. Le cas de l'île de Paxi », dans *Etudes balkaniques*, 2003, 10).

[7] Pour élargir notre propos à d'autres cultures qu'occidentales et à d'autres religions que celles du livre, nous pouvons évoquer le *Dharmasatra*, texte introductif aux anciennes lois du Siam révisées en 1805 par le roi Rama 1[er] et imposant au juge royal douze règles réparties par groupe de trois : la triple attitude attentive, le triple attitude imposante, la triple interrogation légitime et la triple approche du litige (Thapanan NIPITHAKUL, *Les sources du droit et du pouvoir politique au travers des anciens textes thaïlandais*, Toulouse, 2007, p . 153).

[8] Article « arbitre » dans *Dictionnaire de la justice*, ouvr. cité, p. 58.

donc difficile à traduire. C'est ainsi qu'au second siècle avant J.C., Caton l'ancien, dans son traité *Sur l'agriculture* renvoie, pour plusieurs sortes de litiges[9] à *l'arbitratus boni viri.* Il s'agit, en cas de contrats passés sans respecter les formalités compliquées prévues par le droit traditionnel, donc en cas de contrats non sanctionnés par la justice publique, de prévoir une solution par un accord intervenant entre des parties de bonne foi, en remettant la solution d'un problème éventuel à l'arbitrage d'un *bonus vir*, que les traducteurs qualifieront d'honnête homme ou d'homme de bien[10].

Un juriste éminent comme Cicéron déploie, pour définir les vertus à attendre d'un *bonus vir*, des efforts d'autant plus grands qu'il les considère inséparables des qualités du bon orateur[11]. C'est apparemment dans ces conditions que naîtra l'action civile de bonne foi qui permet de faire exécuter par la justice les contrats conclus hors des formalités traditionnelles. La formule se retrouve dans le *Digeste* qui prévoit, à propos d'une terre qui doit être rapportée à une succession, que le prix en sera fixé par un arbitre présenté comme un *bonus vir*[12]. C'est d'ailleurs tout un livre du *Digeste* qui est intitulé « De receptis qui arbitrium receperunt »[13]. Les hésitations de la terminologie française pour traduire tout ce qu'exprime cette expression de *bonus vir* montrent les obstacles rencontrés lorsqu'il s'agit d'énumérer les qualités de l'arbitre. Du moins les exemples donnés par le *Digeste* permettent-ils de comprendre le fonctionnement de

[9] Ces litiges justiciables de l'appel à un arbitre sont évoqués dans les chapitres 144 (récolte d'olives), 145 (fabrication de l'huile) et 149 (location d'un pâturage).

[10] Raymond Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. II, Paris 1940, p. 172.

[11] C'est la formule célèbre que Cicéron prête à Caton : « vir bonus dicendi peritus » (*Institutio Oratoria*, livre 12).

[12] « Pretio facto viri boni arbitratu ».

[13] *Digeste*, livre 4, titre 8 : « De receptis qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant » (« Que ceux qui ont accepté le compromis qui les nomment arbitres soient forcés de prononcer leur sentence ». Première disposition : « Le compromis par lequel les parties se nomment un juge a beaucoup de ressemblance avec les jugements […] ».

l'institution. En principe, en cas de vente d'un esclave, il ne doit pas y avoir de problème : la somme est immédiatement versée et l'esclave livré. Si, pour une raison ou une autre, un délai non prévu intervient et que l'esclave ne peut être remis tout de suite, le vendeur doit continuer à l'entretenir pendant un certain temps. C'est alors que les parties de bonne foi sont invitées à désigner un arbitre pour fixer l'indemnité due au vendeur pour les frais engagés[14].

A Rome, malgré les qualités que la doctrine reconnaît à l'arbitre, il n'en reste pas moins que l'exécution de la sentence arbitrale pose des problèmes spécifiques. Une vision classique conduit à expliquer que l'appel à un arbitre par des contractants de bonne foi mais confrontés à un problème et désireux d'en sortir, ne peut fonctionner efficacement que dans une société solidaire où chacun accepte d'exécuter ses obligations en toute honnêteté. A défaut, il faut prévoir les mécanismes juridiques garantissant le respect de la décision de l'arbitre. A l'époque du droit classique, un des moyens utilement mis en œuvre consiste à remettre à l'arbitre un objet de valeur ou une somme d'argent qu'il ne restituera que si sa sentence est appliquée. Symétriquement, s'il apparaît que l'arbitre a tranché de façon manifestement inéquitable au détriment de l'une des parties, cette dernière pourra utiliser la procédure applicable en cas de lésion[15]. Au Bas Empire, la législation impériale décide d'abord que la décision arbitrale s'impose lorsqu'il a eu serment de la part des parties[16], puis lorsque ces derniers ont donné leur accord écrit ou, du moins, n'ont pas déposé un recours dans un délai de dix jours[17].

[14] *Digeste,* livre 19, titre 1, fr. 38-1.

[15] Digeste, livre 17, titre 2, fr. 78 à 80, se référant à Proculus et à Paul : « In proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse ».

[16] Codex, livre 2, titre 54-1.

[17] Codex, livre 2, titre 56 « De Receptis Arbitris ».

B – L'arbitrage au Moyen Age

Avec la chute de l'Empire romain, l'arbitrage ne perd rien de son importance. Au contraire. L'éclipse de l'Etat et donc de ses juges, l'affirmation d'une autorité seigneuriale dont on n'est pas assuré de la parfaite objectivité conduisent les parties à rechercher plus que jamais des formes alternatives de règlement des différends. Au surplus, dans de nombreux cas, les tribunaux permanents sont caractérisés par des rivalités qui rendent très compliqué de savoir lequel est compétent, ce qui fragilise l'autorité de leurs décisions. Pour s'en tenir à un exemple qui reflète une situation assez générale : dans la ville de Troyes, aux XII^e^ et XIII^e^ siècles, ce ne sont pas moins de dix justices seigneuriales qui concurrencent la justice comtale. S'y ajoutent, à peu près partout, les prétentions concurrentes des justices municipales et ecclésiastiques. On comprend alors la propension, dans cette ville notamment, à faire appel à l'arbitrage, plus rapide et moins coûteux[18]. Le compromis signé par les parties, précisant les noms des arbitres, les contraintes que chacun s'impose et les garanties d'exécution de la sentence, concernent aussi bien des questions de droit civil et criminel que féodal et ecclésiastique[19]. Les légistes s'efforcent d'organiser ce mode de règlement des différends. Ainsi, à la fin du XIII^e^ siècle, Philippe de Beaumanoir, auteur des *Coutumes de Beauvaisis*, consacre-t-il tout un chapitre de son traité aux arbitres et à l'arbitrage[20].

Avec l'apparition des Etats-nations, à partir du XVI^e^ siècle, l'autorité publique se fait plus sourcilleuse sur son droit à prétendre à une forme de monopole de la justice. L'affirmation

[18] Yves Jeanclos, *L'arbitrage en Bourgogne et en Champagne du XII^e^ au XV^e^ siècle*, Dijon 1977, p. 13-15.
[19] *Id*., p. 25-56-69 et 172.
[20] Philippe de Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, éd. Salmon, t. 2, Paris 1900, p. 154 à 170. Il s'agit du chapitre 41 : « Des arbitres et du pouvoir qu'ils ont, et lesquels arbitres valent et lesquels non et comment arbitrage faut et dans quel cas on peut se mettre en arbitrage ».

de la justice royale constitue l'un des domaines privilégiés où s'exerce la volonté d'affirmer l'autorité du monarque et, bientôt, l'unité nationale. La détermination des agents royaux à s'opposer aux prétentions des villes, des corporations, des seigneurs et de l'Eglise, et de s'approprier cette compétence exclusive de juger est d'autant plus forte et les encouragements de l'autorité centrale pour qu'ils s'y consacrent, sont d'autant plus pressants, qu'il s'y attache des enjeux financiers avec la perception des droits de justice. Par la suite, et sous l'influence du siècle des Lumières, l'on assiste à une exaltation de la loi présentée comme bénéficiant d'une double légitimité, celle que donne sa soi-disant conformité aux prescriptions de la nature et celle qui découle de son origine en principe populaire, expression de la volonté générale[21]. Dans les nouveaux Etats-nations, attachés à leur unité et à la compétence exclusive du juge public, légitimés par l'installation progressive des valeurs démocratiques, l'arbitrage perd une partie de sa place dans le débat juridique. Simultanément, la suspicion à l'égard de la justice officielle s'est estompée dans nos sociétés modernes et l'on éprouve moins le désir de choisir ses juges.

La méfiance ne disparaît jamais tout à fait. Le vieux proverbe, tiré de la sagesse des nations, selon lequel un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès, garde en tout temps toute sa force de conviction. La médiation et la conciliation suffisent le plus souvent pour éviter d'avoir recours aux tribunaux. L'arbitrage conserve sa place spontanée, notamment dans les pays en développement. Dans ces espaces, des populations imprégnées de valeurs traditionnelles continuent de se méfier des magistrats publics. Il existe donc des arbitres

[21] A noter que Rousseau veut le moins de lois possibles et les plus conformes aux mœurs : « Ce qui rend la Constitution d'un Etat véritablement solide et durable, c'est quand les convenances sont tellement observées que les rapports naturels et les lois tombent toujours de concert sur les mêmes points » (*Le Contrat social*, chap. 2-11).

implicites mais reconnus par la majorité de la population et qui fondent leur autorité sur la sagesse de leurs décisions. Ils y sont d'autant plus attentifs que leur légitimité en dépend. Une décision ressentie comme trop évidemment inéquitable, *a fortiori* motivée par la corruption ou la crainte, risquerait de leur valoir de perdre leur prestige.

Ces arbitres fonctionnent en réseau, au niveau de la famille, du quartier, du village, de la profession, parfois de l'ethnie, de la caste ou de la tribu. Ils s'appuient sur un ensemble d'auxiliaires, d'hommes de confiance, de rabatteurs qui orientent vers eux tous ceux qui, par leurs différends, pourraient perturber la communauté et qui appuient la bonne exécution de leurs décisions par un système de persuasion, de pression, parfois de menace d'ostracisme à l'encontre de celui qui, ayant sollicité un arbitrage, ne s'y soumettrait pas. Leur intervention est plus ou moins gratuite même si leur position leur vaut un certain nombre d'avantages et de cadeaux mais en principe hors de toute instance précise. On cherche simplement à s'attirer leurs bonnes grâces pour le cas où l'on aurait affaire à eux.

A l'inverse, on évite de s'adresser au juge officiel. On ne lui fait pas confiance. On le soupçonne de ne pas comprendre la situation des justiciables et d'être vulnérable aux pressions venant des autorités publiques et des nouvelles classes dirigeantes. Il applique une législation soi-disant moderne, souvent calquée sur des modèles occidentaux et dans laquelle les populations ne se reconnaissent pas. Qu'il s'agisse de mariage, d'héritage, de propriété foncière, de baux ruraux… l'on se méfie de ces magistrats que l'on pressent d'autant loin des problèmes quotidiens de la population qu'ils ont été formés dans des Facultés de droit accusées de véhiculer des normes cosmopolites. Dans ces sociétés traditionnelles, pour un particulier, porter une affaire devant un tribunal d'Etat, c'est

presque une insulte à l'encontre de celui avec lequel l'on n'est pas d'accord. C'est exclure toute possibilité de faire trancher le conflit par son juge naturel. C'est aussi insulter la communauté à laquelle on appartient en ne la croyant pas capable de résoudre ses problèmes internes. C'est douter de la compétence et de l'objectivité des arbitres qu'elle est spontanément capable de fournir. Une forte pression sociale s'exerce pour commencer par s'adresser à eux. Celui qui va devant un magistrat est soupçonné de bénéficier d'appuis inavouables. On a tendance à l'accuser de n'être pas assuré de son bon droit puisqu'il ne va pas devant ses arbitres naturels, ceux dont tous reconnaissent l'autorité.

II - L'appel différencié à l'arbitrage selon les branches du droit

Si l'on cherche les branches du droit où l'arbitrage s'épanouit le mieux, c'est sans nul doute le droit international et plus précisément le droit international public (***A***) qu'il faut d'abord scruter. Cela se comprend : avant le XX^{e} siècle et l'apparition des premiers tribunaux internationaux, il n'y a guère en cas d'échec de la diplomatie, que l'arbitrage qui permette d'éviter la guerre. Le droit des affaires (***B***) constitue un autre domaine de prédilection.

A - Droit international

Sans trop le dire puisqu'il se veut consensuel et accommodant, destiné à rassurer sans offenser personne, l'arbitrage est inséparable d'une certaine mise en cause de l'autorité de l'Etat, de ses militaires, de ses diplomates, de ses juges et de ses lois. On le voit bien si l'on se place dans une perspective historique à long terme. Dans le passé, les deux époques de prédilection pour l'arbitrage international sont l'Antiquité grecque et le Moyen Age européen. La première période correspond à une société internationale composée de cités, n'ayant pas encore une

claire conscience de la notion de souveraineté, privilégiant pour la plupart d'entre elles leurs intérêts économiques et commerciaux, donc prêtes à mettre en œuvre des compromis adaptés pour éviter des conflits ruineux. C'est donc l'espace raffiné que constitue le monde hellénique antique qui fournit les exemples les plus systématiques de mise en œuvre de l'arbitrage, surtout dans les rapports inter cités. Ce mode de règlement des différends est à peu près systématiquement prévu dans les lois qui organisent les diverses ligues et confédérations qui structurent de façon plus ou moins durable cet univers fragile. Il en va ainsi de la Confédération béotienne autour de Thèbes, de la seconde Ligue athénienne, de la Ligue de Corinthe constituée par Philippe de Macédoine…

Dans l'ensemble et sauf si l'un des membres est déterminé à en découdre, ces procédures de règlements des conflits par l'intervention de tiers fonctionnent assez bien. On les retrouve, plus improvisées, lorsque des menaces de guerre apparaissent entre des cités que ne lie aucune solidarité préétablie. Entre Sparte et Athènes, les traités de 446 et de 421 comportent un engagement à soumettre leurs différends à l'arbitrage. En cinq cents ans, jusqu'au IVe siècle AC, ce sont rien moins que 110 arbitrages qui ont été organisés, ce qui conduit à conclure que l'arbitrage international est « strictement une création des Grecs »[22]. Les questions qui se posent à l'époque et que s'efforcent de régler les conventions qui organisent l'arbitrage sont celles que l'on retrouvera, par la suite, à peu près toujours : détermination de l'autorité chargée de prononcer la décision, qu'il s'agisse d'une personnalité reconnue par chacune des parties ou d'un organe collégial, normalement paritaire ; fixation de la procédure à respecter et jusqu'à la rédaction de la

[22] Patrick Daillier, Mathias Forteau et Alain Pellet, *Droit international public*, Paris 2009, p. 55.

décision ; enfin et surtout loi applicable, c'est-à-dire soit le traité constitutif, soit à défaut, les « usages communs des ancêtres ».[23]

La domination romaine sur tout le Bassin méditerranéen met fin à ces tendances conciliatrices, à cette acceptation de s'en remettre à des personnalités de toute confiance pour régler les conflits. Avec ses légions, Rome n'a pas besoin de telles procédures. On se souvient des conditions de déclenchement de la seconde guerre punique : Quintus Fabius Maximus, envoyé en 219 en ambassade auprès des Cartaginois se borne à répondre aux longues explications qui lui sont présentées sur les tensions entre les deux peuples à propos de la ville de Sagnonte en Espagne, que, dans le pli de sa toge, il apporte la paix ou la guerre, au choix de ses interlocuteurs.[24]. On peut rêver de procédures diplomatiques plus sophistiquées et moins hasardeuses, et qui laissent plus de place à l'apaisement des tensions.

La seconde période d'appel important à l'arbitrage international se situe donc au Moyen Age, caractérisée par une éclipse de l'autorité de l'Etat. Dans des sociétés de type féodal, éclatées entre une multitude de seigneuries, fondées sur des rapports vassaliques où la fidélité mutuelle est censée jouer un rôle décisif, avec une grande révérence à l'égard des autorités morales et d'abord religieuses, l'arbitrage trouve tout naturellement sa place, tant dans les rapports entre institutions publiques qu'entre personnes privées. Parmi les personnalités

[23] M.N. Tod, *International Arbitration among the Greeks*, Oxford 1913 ; A. Raeder, *L'arbitrage international chez les Héllènes*, Kristiania 1912 synthétisés par Dominique Gaurier, *Histoire du droit international. Auteurs, doctrines et développement de l'Antiquité à l'aube de la période contemporaine*, Presses universitaires de Rennes, 2005, p. 62.

[24] Tite Live, *Histoire romaine*, livre XXI, chap. III, 18 : Ces derniers lui ayant demandé de choisir, il opte pour la guerre. Tite Live commente sobrement : « La franchise de cette question et de cette déclaration de guerre parut plus conforme à la dignité du peuple romain qu'une discussion juridique […] » (19).

prestigieuses auxquelles chacun reconnaît toutes les qualités pour jouer le rôle d'arbitres incontestés, figure évidemment Louis IX, archétype du prince chrétien, cumulant donc les deux titres les plus utiles pour se voir reconnaître un rôle décisif dans le règlement des conflits. Son destin est si exemplaire que l'on a peine à distinguer la vérité de l'hagiographie[25]. Déjà, tout jeune, il intervient, contre la volonté de sa mère, pour pousser à la réconciliation de la royauté avec l'Université de Paris lors de la grande grève de 1229-1231[26]. En 1255, il règle une querelle intervenue à l'Université de Paris entre maitres séculiers et maitres réguliers mendiants[27]. L'année suivante, le 24 septembre 1256, c'est « l'arbitrage de Péronne » par lequel il arbitre le conflit lié à la succession du riche comté de Flandre, de surcroît stratégiquement situé aux confins du royaume et de l'Empire[28].

On a l'impression que, d'une intervention à l'autre, son champ d'action s'élargit. Son renom d'« apaiseur » est si grand qu'au concile de Lyon en 1244-1245, l'Empereur Frédéric II en conflit avec le pape Innocent IV, propose l'arbitrage du roi de France qui « prud'homme était ». Il fait ainsi figure d'arbitre de la chrétienté[29]. Cette position est confirmée par le traité de Corbeil qui, signé le 11 mai 1258, met fin à la rivalité entre le royaume de France et le royaume d'Aragon à partir d'une double et symétrique renonciation : Louis IX abandonne ses prétentions sur la Catalogne et Jacques I^{er} certaines des siennes en Languedoc. Le traité est le fruit du travail de deux arbitres ecclésiastiques, un Français et un Catalan, désignés par les deux

[25] Nous nous fondons, dans les lignes qui suivent sur l'incontestable biographie de Jacques Le Goff, *Saint Louis*, Gallimard (NRF), Paris 1996.
[26] *Id*., p. 593.
[27] *Id*., p. 447-448 et 593.
[28] *Id*., p. 252-255.
[29] *Id*., p. 650.

rois qui acceptent leurs propositions[30]… Le rôle de ce roi de France est si exceptionnel que l'on ne peut considérer ses interventions dans les arbitrages internationaux du XIIIe siècle comme vraiment représentatif de cette procédure. Du moins, par l'exemple qu'il propose, fournit-il un modèle utile pour des arbitres moins flamboyants.

Au Moyen Age, il n'est guère que le pape, qui soit sollicité pour des enjeux comparables. La plus célèbre des interventions de ce dernier type débouche sur le traité de Tordecillas de 1494 par lequel il est décidé entre l'Espagne et le Portugal une délimitation de leurs zones de conquêtes fixées à 100 puis à 370 lieues à l'ouest des îles du Cap-Vert. Cet accord a moins laissé de souvenir par l'intervention des papes Alexandre VI, puis Jules II, que par l'insolence de deux nations qui prétendent pouvoir se partager l'Amérique et l'Afrique et par ses conséquences inattendues aux yeux de beaucoup, puisque, du fait des aléas de la géographie, le Portugal se retrouve possesseur du Brésil. A noter que, si de nos jours, les arbitrages des monarques européens et de la papauté sont moins fréquents, il s'en trouve encore quelques exemples, ainsi en 1931 l'arbitrage du roi d'Italie entre la France et le Mexique à propos de la possession de l'ilot de Clipperton[31] ou, en 1966, l'arbitrage d'Elisabeth 2 dans un conflit frontalier entre Argentine et Chili. De même en 1984, entre le Chili et l'Argentine, à la suite d'un arbitrage non respectée par cette dernière à propos de l'affaire du canal de Beagle, il y a une intervention réussie du pape Jean-Paul II, ce qui prend d'ailleurs la forme d'une médiation plus que d'un arbitrage[32].

[30] *Id.*, p. 255-256.
[31] Marc Perrin de Brichambaut, Jean-François Dobelle et Frédérique Coulée, *Leçons de droit international*, Paris 2011, p. 386.
[32] *Id.*, p. 389.

En fait, après le Moyen Age et le tout début des temps modernes, l'on constate une longue éclipse de l'arbitrage. La doctrine internationaliste s'accorde à constater qu'« avec l'apparition des Etats modernes, l'arbitrage s'est raréfié : jaloux de leur jeune souveraineté, les nouveaux Etats n'acceptèrent pas de se soumettre au jugement d'un tiers. »[33] Se référant à Emer de Vattel[34] qui écrit au milieu du XVIII[e] siècle, ils soulignent que cette technique de règlement des différends n'est plus utilisée que pour des conflits mineurs. La notion d'équilibre européen, fondé sur des liens de parenté par le sang et d'alliances matrimoniales compliquées mais denses, aurait pu déboucher sur l'affirmation de personnalités fortes capables d'être reconnues par tous comme aptes à régler les différends. En fait, comme dans une famille divisée, chacun veut s'imposer et les conflits armés se succèdent sans que nul puisse imaginer de luttes à mort mais sans parvenir non plus à un accord durable. « Cette mise en veille de l'arbitrage s'est prolongée jusqu'à la fin du XVIIIe siècle »[35]. C'est donc, à la jointure des temps modernes et de l'époque contemporaine, que s'impose un moment décisif pour la mise en place durable des modes d'organisation de l'arbitrage : « Très ancienne, la technique arbitrale n'a pris des traits encore reconnaissables dans le droit actuel qu'à la fin du XVIIIe siècle et ne s'est affirmée sous sa forme contemporaine que près d'un siècle plus tard »[36].

Si les auteurs sont à peu près d'accord sur la période de *résurrection*[37] de l'arbitrage international et de sa configuration moderne, ils se divisent en revanche sur le texte fondateur. Du

[33] Patrick Daillier *et al*., ouvr. cité, p. 964.
[34] Emer de Vattel, *Le droit des gens. Principes de la loi naturelle, appliquée à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Londres [Neuchâtel] 1758.
[35] *Ibid*.
[36] Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public,* Paris 1912, p. 572-573.
[37] Patrick Dailler *et al*., ouvr. cité, p. 84.

moins reconnaissent-ils que c'est entre la Grande-Bretagne et les Etats-Unis qu'est conclu le texte décisif de ce point de vue, ce qu'ils attribuent à l'empirisme anglo-saxon et à la volonté des deux pays de ne plus connaître de combats ruineux et sanglant comme ceux dont la guerre d'indépendance a été le théâtre. Pour certains, le premier accord à prendre compte au titre de l'arbitrage international est le traité de Londres de 1795. Le président de la Cour suprême US, John Jay, joue un rôle important au point qu'on donne souvent son nom à cette entente qui s'efforce notamment de régler les problèmes des particuliers victimes de la guerre d'indépendance, ainsi des Américains dont les navires, les marchandises, les esclaves avaient été confisqués par les Anglais, ou encore des Anglais habitant l'Amérique mais restés loyaux à la métropole et donc victimes de mesures de représailles.

Le système imaginé alors consiste en la mise en place de commission mixtes composées de deux ou quatre arbitres désignés par les parties et d'un sur arbitre désigné d'un commun accord ou tiré au sort, étant entendu que tous doivent être Anglais ou Américains[38]. Si le système prouve son efficacité puisqu'il fonctionne jusqu'en 1831, nombre d'auteurs considèrent que ses décisions constituent plutôt des compromis que des arbitrages [39] ou parlent aussi d'arbitrage « diplomatique » avec décision transactionnelle plus que juridique [40]. Le problème tient à ce que les gouvernements attendent des soi-disant juges qu'ils ont désignés, qu'ils se considèrent d'abord comme les défenseurs des intérêts de leur pays d'origine. De ce point de vue, une étape importante est accomplie avec un traité du 1839 conclu entre les Etats-Unis et le

[38] Jean Combacau et Serge Sur, ouvr. cité, p. 577.
[39] *Ibid*.
[40] Patrick Daillier *et al*., ouvr. cité, p. 964.

Mexique et qui décide que le sur arbitre sera désigné par les arbitres[41].

Finalement, le premier arbitrage au sens étroit ou encore celui qui marque le début de « l'arbitrage moderne »[42] est celui qui clôt l'affaire de l'Alabama en 1872. Au lendemain de la guerre de Sécession, les USA reprochaient à GB d'avoir laissé se ravitailler chez eux le navire sudiste Alabama. Le traité de Washington de 1871 prévoit un arbitrage avec cinq arbitres dont trois d'une autre nationalité que celle des parties. Il précise également le droit applicable. Finalement, les arbitres décident d'une indemnité au profit des USA. A partir de là les arbitrages vont se multiplier. Ainsi en 1893, à propos des pêcheries de phoques de la mer de Behring entre les USA qui viennent d'acheter l'Alaska et la Grande-Bretagne qui représente le Canada. Cette procédure est destinée à faire jurisprudence puisque les arbitres, avec l'accord des parties, font œuvre législative en organisant cette pêche pour l'avenir, en imposant des zones de protection, des dates de pêche et l'usage de certains instruments. Finalement, ce sont les conventions de La Haye de 1899 et de 1907 qui réglementent l'arbitrage et créent la Cour permanente d'arbitrage.

B – Le droit des affaires

On a tendance à expliquer que l'arbitrage se développe dans les milieux d'affaires à cause du caractère souvent international de leurs activités ainsi que pour échapper à une justice publique que l'on soupçonne d'ignorance des pratiques professionnelles et de préjugés nationalistes qui la conduit à donner tort à l'étranger. Ces deux considérations se trouvent très tôt dans les coutumes spécifiques que les commerçants se dotent, dès

[41] Jean Combacau et Serge Sur, ouvr. cité, p. 578 : traité du 11 avril 1839.
[42] Brichambaut *et al.*, ouvr. cité, p. 385.

l'Antiquité, en marge du droit spécifique à chaque cité. Les Grecs y font largement appel, notamment à l'appui des échanges qui se développent de façon intensive dans le Bassin méditerranéen. Les Romains reconnaissent également des *leges mercatoriae* consistant en des usages et des principes. C'était un des éléments qui servent de base aux jugements rendus par le préteur pérégrin à l'égard des hommes libres non citoyens puisque ces derniers ne peuvent pas prétendre à l'application du *jus civile* mais seulement du *jus gentium*. On retrouve cette notion de *Lex Mercatoria* au Moyen Age, renforcée par l'absence d'autorité publique incontestable. Elle est fondée sur les pratiques auxquelles se réfèrent les marchands de l'époque tant pour ce qui est du commerce maritime en Méditerranée et dans l'Atlantique, que pour les foires qui prennent une très grande importance à partir du XII^{e} siècle et qui posent des problèmes juridiques considérables, entre professionnels venus de toute l'Europe et méfiants à l'égard des autorités seigneuriales malgré les promesses de protection dont on les accable pour les attirer.

Dans leurs contrats, de tous temps, les commerçants multiplient les clauses compromissoires. Ils choisissent leurs juges et leur droit. Cette *Lex Mercatoria* a survécu à la généralisation des Etats-nations et la doctrine contemporaine y voit « un « droit spontané, développé à partir des usages et coutumes »[43]. La tendance actuelle, liée au développement du commerce international, est de redonner une certaine importance à ce corps de règles, présenté par certains, comme un ordre juridique intermédiaire entre les plans national et international. Les juristes en recherchent des éléments tant dans les contrats que, bien sûr, dans l'arbitrage[44].

[43] Professeur Jacquet (cours du), *Les contrats du commerce international*, rédigé par Martin H. Godel, Institut des hautes études internationales, Genève 2001, p. 10.
[44] Berthold Goldman, « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux », dans *Journal du droit international* 1979, p. 1 et s.

De fait, le développement d'un droit des affaires spécifiques, indépendant des pouvoirs publics nationaux, est inséparable de l'appel systématique à l'arbitrage. Au Moyen Age, ce dernier est largement pratiqué. Il permet de rompre avec des prescriptions locales qui ont tendance à accabler l'étranger, par exemple avec les règles qui, dans certaines coutumes, proclament le « droit de représailles » : il s'agit d'autoriser un créancier qui s'estime lésé par un commerçant venu d'ailleurs et rentré chez lui, de s'approprier les biens d'une personne de même origine que son débiteur supposé. De façon moins brutale, les sentences arbitrales sont rendues par des *jurisperiti*, « hommes de lois spécialisés dans l'arbitrage ou la composition amiable dans le droit des affaires »[45]. La décision est ensuite remise au juge auquel il appartient de la mettre en œuvre sans examen du fond [46]. Les pouvoirs publics ont tendance à encourager l'arbitrage en matière commerciale. L'argument selon lequel les magistrats connaissent mal le droit des affaires n'est pas sans portée. Au surplus, il faut freiner la tendance à encombrer les tribunaux, par des procédures qui pourraient se régler autrement.

En France, à partir du XVI[e] siècle, au terme d'une ordonnance de juin 1510, l'arbitrage devient obligatoire dans diverses matières, notamment commerciales[47]. Apparemment, cette injonction a cependant du mal à être respectée puisqu'elle est reprise dans l'édit de Fontainebleau de 1560[48], puis dans un texte de 1566[49], avant d'être définitivement officialisée dans le

[45] Edouard Richard, *Droit des affaires. Questions actuelles et perspectives historiques*, PUR, Rennes, 2005, p. 51.
[46] Auguste Dumas, *Droit des obligations*, p. 190.
[47] Jean Hilaire, « L'arbitrage dans la période moderne (XVI[e]-XVIII[e] siècle) », *Rev. Arb.* 2002-2, p. 193.
[48] Art. 3 de l'ordonnance du 5 août 1560.
[49] Art. 83 de l'ordonnance de février 1566.

code Michau de 1629[50]. A noter cependant que la justice royale n'est pas complètement dépossédée puisque l'appel de la décision des arbitres, est toujours possible soit devant la Cour présidiale, soit devant le Parlement [51]. Quant aux justices consulaires qui apparaissent progressivement, elles font également appel à l'arbitrage avec le système de « l'arbitre-rapporteur », personnage désigné d'office par les juges-consuls mais qui ne rend qu'un avis que ces derniers sont ou non libres de suivre[52]. La bienveillance de la législation monarchique pour l'arbitrage commercial ne doit pas étonner bien qu'elle se situe à une époque dont nous savons qu'elle se caractérise par la volonté de préserver et d'étendre la compétence des juges royaux : l'administration nationale qui se met en place considère qu'il est des affaires dont il vaut mieux ne pas trop s'occuper mais laisser les protagonistes se mettre d'accord. Il en va ainsi en matière commerciale, de même d'ailleurs que familiale, deux domaines où l'arbitrage est souvent obligatoire.

En fait, c'est surtout pour éviter que des tiers, y compris des magistrats, se mêlent des conflits apparus entre parents que l'arbitrage est imposé par les pouvoirs publics, les litiges entre commerçants étant soumis au même régime en quelque sorte par extension. On le voit bien sous la Révolution qui, par une loi de 1790 et de façon spectaculaire, place cette procédure au sommet de l'organisation judiciaire : « L'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre citoyen, les législateurs ne pourront faire aucune disposition qui tendraient à diminuer soit la faveur, soit l'efficacité des compromis »[53]. Les dispositions suivantes tirent les conséquences

[50] Art. 152 de l'ordonnance du 15 janvier 1629.
[51] E. Richard, ouvr. cité, p. 78.
[52] *Ibid*.
[53] Art. 1[er] de la loi des 16-24 août 1790.

de cet acte de foi en interdisant d'en appeler des sentences arbitrales sauf si les parties se sont réservé cette faculté par une clause de compromission [54]. Pour faire bonne mesure, le législateur ajoute une condition supplémentaire : il faut en outre qu'ait été expressément prévu le tribunal de district compétent pour cet appel[55].

Surtout, cette loi de 1790 ouvre une longue série de textes destinés à imposer l'arbitrage forcée. La méfiance bien connue des révolutionnaires à l'égard des professionnels du droit, qu'il s'agisse des juges ou des auxiliaires de justice, se donne libre court en interdisant aux magistrats de s'immiscer dans toute une série d'affaires délicates [56], au premier chef les conflits familiaux. La loi organise donc des tribunaux arbitraux, obligatoirement compétents pour toutes les contestations entre mari et femme, père et fils, grand-père et petit-fils, frères et sœurs, neveux et oncles[57]… Le système paraît si efficace qu'il est étendu en 1793 aux litiges entre les communes et les propriétaires[58], puis en 1794 aux conflits concernant les donations et les testaments[59]… Ces domaines de compétence paraissent éloignées du droit des affaires. En fait, à partir de l'an 1795, le législateur va commencer à revenir sur ce système d'arbitrages forcés et rendus sans appel dont les inconvénients sont apparus sauf, justement dans le domaine du droit des sociétés. Ainsi deux décrets de 1795 rendent-ils aux tribunaux leur compétence en matière de

[54] Art. 4.

[55] Art. 5.

[56] Cf., tiré de sa thèse, l'article de Carine Jallamion, « Arbitrage forcé et justice d'Etat pendant la Révolution française d'après l'exemple de Montpellier », dans *Annales historiques de la Révolution française*, n° 350, oct.-déc. 2007 : « Justice, nation et ordre public », p. 69-85.

[57] Art. 12 de la loi des 16-24 août 1790.

[58] Art. 3 du décret du 10 juin 1793.

[59] Art. 54 de la loi du 17 nivôse an II.

donations et de testament[60], puis en matière d'appel des décisions des jugements arbitraux[61]. C'est enfin l'abolition pure et simple des arbitrages forcés, à l'exception de celui qui est imposé aux associés pour les contestations qui peuvent s'élever entre eux relativement aux affaires sociales[62]. Cette dernière disposition, conservé par le Code de commerce n'est supprimé qu'en 1856[63], ce qui met fin à l'arbitrage forcé en tout domaine. A la fin du XIX[e] siècle, il est de nouveau question de rendre l'arbitrage obligatoire, cette fois en matière du conflit du travail, au moins en subordonnant l'exercice du droit de grève à une tentative de mise en œuvre de cette procédure : le projet ne passera que très édulcoré[64], présentant l'arbitrage comme une possibilité et ne prévoyant d'autres moyens de pression que la publication des réactions de chaque partie et, le cas échéant, les étapes de la procédure. Le nombre d'arbitrages réussis demeure modeste[65].

De nos jours, toutes sortes de motivations sont invoquées pour expliquer et parfois justifier l'appel à l'arbitrage. L'étude des origines historiques de cette procédure permet du moins d'en mettre plusieurs en évidence. La principale tient, sans doute, au sentiment d'insuffisance des autorités étatiques, à la médiocre confiance qu'on leur porte, aux compétences techniques insuffisantes dont on les soupçonne, aux pressions auxquelles on les croit vulnérables. C'est donc dans les périodes

[60] Décret des 5-12 brumaire an IV.
[61] Décret du 3 vendémiaire an IV.
[62] Loi du 9 ventôse an IV.
[63] Loi du 17 juillet 1856.
[64] Art. 1[er] de la loi du 27 déc. 1892 : « Les patrons, ouvriers et employés entre lesquels s'est produit un différend d'ordre collectif portant sur les conditions du travail, peuvent soumettre les questions qui les divisent à un comité de conciliation, et, à défaut d'entente dans ce comité, à un conseil d'arbitrage […] » (*JO* 28 déc. 1892, p. 6276).
[65] En 1900, par exemple, sur 902 grèves, 51 font l'objet d'un arbitrage dont 21 sont acceptés (Conrad de Fromont de Bouaille, *Conciliation et arbitrage*, Paris 1905, p. 177).

qui précèdent l'apparition des Etats nations ou lorsqu'ils connaissent une éclipse qu'il est systématiquement fait appel à ce mode de règlement des différends, comme sous l'Antiquité ou au Moyen Age. S'y ajoute le souci d'éviter des décisions que l'on craint trop influencées par des préjugés religieux ou politiques qui risquent de compromettre le sens de l'équité qui doit normalement inspirer le juge. Il arrive aussi que la justice d'Etat, lorsqu'elle existe et tend à s'imposer, apparaisse comme une machinerie trop lourde, trop lente, trop solennelle pour satisfaire ceux qui cherchent une solution rapide et dédramatisée, parfois aussi discrète, loin de la publicité des prétoires et du caractère quelquefois imprévisibles de ses sentences. Il est des choses que l'on osera révéler à l'arbitre, mais pas au magistrat.

Il est révélateur que dans un pays de culture juridique aussi ancienne que la France, l'opinion publique demeure réservée à l'égard des tribunaux, à moins que le discours dominant sur l'encombrement des greffes n'explique la volonté d'alléger leur travail. Un sondage réalisé en novembre 2013 auprès d'un échantillon de 3 000 personnes représentatives de la population française[66] révèle qu'entre les deux opinions : « C'est le rôle du juge de trancher en cas de désaccord entre deux personnes, qu'elle [sic] qu'en soit l'importance » et « Dans certains conflits, le juge n'est pas la personne la mieux à même pour trouver la solution », c'est la seconde proposition qui obtient le plus d'adhésions, il est vrai avec une courte majorité : 50 % contre 48 %. Au-delà de la faute d'orthographe dans le libellé de la question qui ne paraît pas avoir troublé grand monde[67], l'interprétation d'un tel résultat demeure difficile dans la

[66] Ministère de la Justice, *Infostat Justice* 125, « L'opinion des Français sur la justice », janvier 2014.
[67] *Id.*, p. 3.

mesure où l'on ne sait, parmi les partisans des modes alternatifs de règlement des conflits, la répartition entre ceux qui considèrent qu'il est des affaires que leur modicité et leur simplicité rendent indignes d'être portées devant les tribunaux et ceux pour qui, à l'inverse, il est des affaires trop importantes et trop complexes pour que l'on ait intérêt à y mêler la justice.

Au surplus, cet appel à d'autres solutions que la magistrature officielle laisse entière la question de l'instance adéquate. De ce point de vue, l'histoire témoigne de ce que l'arbitrage possède de fortes spécificités qui doivent permettre de le distinguer du compromis, de la médiation ou de la conciliation. Il se caractérise le plus souvent par de fortes contraintes. Ce n'est pas le domaine de ces contacts courtois que permettent, sous l'autorité d'une personnalité débonnaire, de rapprocher les points de vue jusqu'à se mettre d'accord. La convention que rend possible l'arbitrage –la clause compromissoire, la mal nommée puisqu'elle ne débouche pas directement sur un compromis au sens courant du terme- prévoit en principe les modes de désignation des arbitres, la procédure qu'ils vont respecter, le système juridique qu'ils vont utiliser, les formes de la sentence, les recours dont elle pourra faire l'objet. Parmi tous les défauts que l'on peut reprocher au système judiciaire, le coût n'est pas celui dont il est le plus facile le plus facile de se libérer. Dans le cas de l'arbitrage, ce n'est pas la considération la plus déterminante.

ARBITRAGE EN DROIT, ARBITRAGE EN ÉQUITÉ: perspectives historiques

Christophe JUHEL
Maître de conférences, Université de Perpignan

L'expression « modes alternatifs de règlement des conflits » en vogue depuis quelques années et reprise dans l'intitulé de ce colloque est trompeuse. Elle procède d'une vision ethno-centrée moderne et plus spécifiquement occidentale et continentale du règlement des conflits. En effet, le qualificatif « alternatif » est employé par référence au mode de règlement des conflits actuellement privilégié par les sociétés modernes, notamment de la famille romano-germanique: la justice étatique. Or, historiquement, les sociétés traditionnelles les plus anciennes ne connaissaient pas de justice publique mais seulement des modes traditionnels et privés de résolution des litiges pacifiques[1] comme la médiation, la conciliation et l'arbitrage, c'est-à-dire ceux que nous désignons « modes alternatifs de règlement des conflits », ou non pacifiques comme la vengeance privée[2]. Ces procédés étaient mis en œuvre par des autorités reconnues comme des chefs de famille[3], de clan ou de village, des prêtres[4] ou sorciers, des proches tels que des parents et amis, ou des pairs exerçant un même type d'activité professionnelle[5]. Ces

[1] Norbert ROULAND, *Anthropologie juridique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1988, pp. 309-310.
[2] *Ibid*., pp. 319-332.
[3] A Rome, la juridiction domestique a laissé des traces très tardives, notamment en matière d'adultère. Le père surprenant sa fille en flagrant délit d'adultère disposa longtemps du droit de la tuer sur-le-champ, un droit toujours refusé au mari. Voir Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2e éd., 2006, n° 26.
[4] Un exemple est fourni par l'arbitrage rabbinique, voir François-Xavier LICARI, « L'arbitrage rabbinique, entre droit talmudique et droit des nations », *Rev. arb.* 2013, n° 1, pp. 57-120.
[5] Notamment dans la catégorie des commerçants ou marchands. A propos des juridictions consulaires grecques antiques, des foires médiévales et de la France moderne, voir Romuald SZRAMKIEWICZ, Histoire du droit des affaires, EJA, coll. « Montchrestien », 1989, n° 23, 117-122, 330-347.

sociétés ne connaissaient pas de « droit »[6] au sens moderne du terme, mais étaient régies par des coutumes ou traditions mêlant les mœurs et la religion. C'est en cela que du point de vue occidental les modes alternatifs de résolution des litiges constituent une double alternative, à la fois à la justice publique et au droit étatique, notamment l'arbitrage qui permet à un simple particulier de trancher un litige au regard de règles et principes juridiques ou non. Il n'en demeure pas moins vrai qu'historiquement l'arbitrage et les autres modes alternatifs de règlement des conflits ont précédé la justice publique et n'ont pas disparu lorsqu'elle s'est développée. D'ailleurs l'arbitrage existe en dehors ou à côté du droit[7] : il peut coexister et s'articuler avec la justice étatique de même qu'avec la vengeance privée. Dans la mesure où, à l'instar des autres modes alternatifs de règlement des conflits, il représente un formidable processus de pacification, il est tantôt utilisé dans les sociétés modernes pour éviter un procès[8], tantôt dans les sociétés traditionnelles pour mettre fin à un cycle de violences ou suppléer à la justice traditionnelle[9].

Toutefois, en dépit de cette antériorité historique, les modes alternatifs de règlement des conflits sont longtemps restés méconnus des Etats occidentaux dont l'avènement correspond, dans les pays de culture juridique romano-germanique, à celui d'un quasi monopole accordé à la justice publique. En France, le culte voué à la loi par les Révolutionnaires, consolidé par la codification napoléonienne et la volonté d'en assurer une application unitaire sur l'ensemble du territoire national à des

[6] Il s'agit ici du « droit rigoureux », tel que le conçoivent Grotius et Pufendorf (voir *infra*) ; c'est-à-dire le droit émanant principalement de normes de contrainte d'origine étatique. Voir Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. Charles EISENMANN, Dalloz, 2e éd., 1962, 496 p.
[7] René DAVID, « Arbitrage et droit comparé », *RIDC*, 1959, p. 14.
[8] Selon l'adage populaire « mieux vaut un mauvais arrangement qu'un bon procès ». Dans les pays de *common law*, la transaction permet encore de mettre fin à un procès pénal.
[9] A l'instar des autres MARC.

hommes désormais libres et égaux en droits a favorisé la construction d'un mythe, celui du monopole de la loi et de la justice étatique érigée en service public, réduisant les autres modes de résolution des litiges à la marginalité, voire la confidentialité, si ce n'est dans le cadre judiciaire[10]. La réalité est pourtant tout autre.

Dès lors, l'engouement récent dont les modes alternatifs de règlement des conflits sont l'objet chez les praticiens, législateurs et universitaires qui découvrent les vertus de ces procédés[11] peut apparaître quelque peu « naïf ». Cependant il s'explique. Ces procédés se sont développés à la faveur de l'accélération de l'internationalisation des échanges, c'est-à-dire de la mondialisation. Depuis les années 1990 ce phénomène, qui touche aussi bien les échanges financiers et mobiliers qu'humains, a conduit des traditions juridiques porteuses de visions différentes de la justice et du droit à entrer en contact, si ce n'est se télescoper, notamment dans le commerce où les hommes d'affaires et praticiens des Etats occidentaux[12] ont les premiers éprouvé les insuffisances des justices étatiques et tenté d'y parer en recourant à des modes privés de résolution des litiges[13]. La candeur du regard porté sur ces procédés par les

[10] A propos de la conciliation devant les juges de paix, voir Roch CARAIL, *Les débuts de la justice de paix à Montpellier (1789-1799)*, Thèse, Droit, Perpignan, 2004, 449 p. ; et *infra* la loi des 16-24 août 1790, notamment dans Carine JALLAMION, *L'arbitrage en matière civile du XVII^e^ au XIX^e^ siècle*, Thèse, Droit, Montpellier I, 2004, 471 p.

[11] Alors que la justice publique est sans cesse discréditée du fait de son incapacité à répondre aux attentes des litigants dans de multiples domaines.

[12] Les travaux relatifs à l'arbitrage commercial international sont aujourd'hui très nombreux. Widad BOULEGHLIMAT, *L'arbitrage commercial international dans les pays arabes et les principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*, Thèse, Droit, Paris II, 2014 ; Alma SIGNORILE, *La sentence arbitrale en droit commercial international*, L'Harmattan, 2013, 151 p. ; Nora EL HOUDAIGUI, *Arbitrage commercial international au Maghreb : droit et pratiques*, L'Harmattan, 2012, 550 p. ; Mostefa TRARI-TANI, *L'arbitrage commercial international : avec référence au droit et à la pratique des pays du Maghreb (Algérie, Lybie, Maroc Mauritanie et Tunisie)*, Bruylant, 2011, 358 p. ; Jean-Baptiste RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ, 1999, 623 p.

[13] Même en droit de la consommation ces procédés se développent à l'initiative des professionnels. Voir Eric CAMOUS, *Règlements non juridictionnels des litiges de la consommation, Contribution critique à l'analyse des modes alternatifs de règlements de conflits*, LGDJ, 2002, 551 p.

juristes français s'explique également par les méthodes d'enseignement du droit en France qui reflètent encore trop souvent une vision plutôt passéiste du droit. Les cours professés dans les facultés de droit, dès la première année, insistent sur le sacrosaint principe de séparation des pouvoirs, proclamé dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789[14], en vertu duquel le législateur adopte des lois dont le pouvoir exécutif assure l'exécution et que le pouvoir judiciaire sanctionne[15]. Les rôles ainsi dévolus aux législateurs et aux juges ne laissent aucune place à d'autres sources de droit ou à d'autres procédés susceptibles de solutionner un litige.

Pourtant, depuis longtemps déjà, anthropologues, comparatistes et historiens du droit refusent d'adhérer à une conception aussi étroite du droit et de la justice. Ils opposent deux types de sociétés au sein desquelles le droit et l'Etat n'occupent pas du tout la même place : d'une part, il existe des sociétés modernes où l'Etat est développé, sécrétant un droit écrit et rigide, toujours plus volumineux dans la mesure où le législateur est très actif et fait évoluer ce droit de plus en plus vite[16], de manière parfois brutale[17], et qu'une structure judiciaire étatique pyramidale met en œuvre ; et d'autre part des sociétés traditionnelles[18] où l'Etat est en retrait parce que des organisations claniques ou tribales, religieuses ou professionnelles, conservent

[14] Son article 16 énonce que « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution ».

[15] Les étudiants découvrent les textes de loi, ceux des volumineux codes que leurs professeurs brandissent et consultent, les règlements qui en permettent l'application, et les décisions de justice qui en révèlent l'effectivité pratique.

[16] Le phénomène d'inflation législative est connu pour l'Empire romain tardif, ce dont témoignent les compilations entreprises au IV^{e} siècle à l'initiative de Théodose II et au VI^{e} siècle sous le contrôle de Justinien. Il est également aujourd'hui patent en France.

[17] Il lui arrive de heurter les mœurs et les convictions de la population ou d'une partie de celle-ci, notamment lorsqu'il intervient en droit de la famille en matière de mariage, de divorce, de filiation...

[18] Ce qualificatif est actuellement préféré à ceux d'« archaïques » ou « primitives » autrefois utilisés mais ayant acquis une connotation péjorative liée aux théories évolutionnistes développées au XIX^{e} siècle par les premiers anthropologues et ethnologues. Voir Norbert ROULAND, *op. cit.*, pp. 55-68.

une place centrale et prépondérante et où le droit se compose de coutumes diverses et orales, évoluant lentement, de manière souple[19], appliquées grâce au contrôle social et à une justice traditionnelle exercée par des institutions coutumières ou la vengeance privée lorsque les membres de plusieurs groupes sont en cause. Cette vision est schématique car ces deux descriptions correspondent à deux modèles extrêmes entre lesquels la plupart des sociétés se situent, présentant un profil mixte, à dominante moderne ou traditionnelle. Il en ressort cependant qu'a priori les sociétés modernes semblent évincer la justice privée de leur organisation.

Pourtant, force est de constater que l'arbitrage est un phénomène universel, pratiqué de tous temps et en tous lieux, et sous des formes très diverses, y compris dans les sociétés modernes, d'où la difficulté pour les juristes de lui trouver une définition claire[20] et unique. Les définitions données par les législateurs modernes ne sont pas satisfaisantes en ce qu'elles n'embrassent pas l'arbitrage dans toute son ampleur. L'arbitrage se présente en effet sous plusieurs formes susceptibles d'être regroupées en deux grandes catégories : la première est constituée par l'arbitrage en droit, qui repose sur l'application

[19] En suivant les mœurs qui évoluent lentement.

[20] En effet, l'arbitrage reste mal distingué des autres MARC que sont la médiation, la conciliation ou la transaction, voire des procédures telles que l'expertise. Cela explique que la plupart des manuels et écrits relatifs à l'arbitrage prennent le soin de préciser les différences existant entre les différents MARC. Cette confusion tient à plusieurs causes. Les MARC sont il est vrai généralement étudiés globalement car ce sont tous des alternatives à la justice publique. De plus, ces procédés sont complémentaires et susceptibles de se combiner. Ainsi les experts peuvent se muer en arbitres lorsque leurs avis diffèrent. C'était le cas en Mésopotamie où en cas de désaccord, les marchands, pouvaient plutôt que de saisir un tribunal public, recourir à des experts pour trancher leur différend. Chacune des parties désignait un expert qui donnait son avis, et en cas de désaccord, ces deux hommes en choisissaient un troisième, tiers arbitre, avec lequel ils formaient un tribunal arbitral tranchant le litige selon les usages et l'équité (Sophie LAFONT, « L'arbitrage en Mésopotamie », *Rev. arb*., 2000, pp. 557-590). Les experts et arbitres peuvent aussi se confondre dès leur désignation, à l'instar des « experts-arbitres » nommés à l'époque moderne pour résoudre les conflits entre marchands (Jean HILAIRE, *op. cit*. p. 223). Ces modes peuvent également se succéder pour parvenir à un dénouement. Ce qui peut parfois être en contradiction avec la rapidité dont les MARC seraient naturellement dotés.

du droit déterminé, la loi choisie par les parties au litige, ou à défaut de choix la loi qui semble la plus appropriée à l'arbitre ; la seconde consiste dans l'arbitrage en équité, qui vise à s'écarter du droit pour lui préférer d'autres critères de décision que l'on regroupe sous le terme « équité ». Ces deux catégories possèdent une foule de variantes dont l'histoire fournit de multiples exemples. Cette variété est inhérente à la nature non juridique de l'arbitrage. Même si le législateur moderne tend parfois à l'encadrer[21] et l'instrumentaliser pour le mettre au service du droit, l'équité continue de l'animer. La dualité de l'arbitrage est donc une constante historique depuis que sous l'Antiquité (I) l'équité, fondant les solutions trouvées par de simples particuliers, ayant vu apparaître le droit mis en œuvre par la justice publique ou par des arbitres ; une concurrence qui a perduré sous l'Ancien Régime (II).

I. L'équité de l'arbitrage antique déjà concurrencée par le droit

Au regard des spécificités propres à chacune d'elle, les deux civilisations antiques inspiratrices du droit occidental, grecque (A) et romaine (B), méritent d'être successivement envisagées.

A. Le règne de l'équité dans l'arbitrage grec

En Grèce, les modes alternatifs de règlements des conflits sont, depuis les temps les plus reculés, très développés car pour un bon citoyen la voie la plus honorable n'est pas la voie judiciaire : il est toujours préférable pour lui de trouver un terrain d'entente, au besoin en faisant des concessions avec son adversaire plutôt que de le traîner en justice. La morale sociale lui impose alors d'épuiser toutes les possibilités de résolution extra-judiciaire du litige. Les premiers recours à l'arbitrage

[21] Christophe JUHEL, *« L'arbitrage commercial international : approche historique d'une pratique aujourd'hui encadrée par la loi »*, colloque « La justice négociée en droit économique », Fès, 13-14 juin 2013.

traditionnels sont perceptibles en Grèce archaïque où des arbitres uniques tranchent es méson, littéralement « au milieu », cherchant la solution qui engendrera des pertes et bénéfices égaux pour les deux parties[22]. De la sorte, une réconciliation doit s'opérer entre les adversaires. Il existe aussi des collèges arbitraux où chaque arbitre doit proposer une solution, et parmi les opinions ainsi formulées est choisie « la plus droite » pour servir de sentence. Il s'agit sans doute de celle tenant compte des intérêts des deux parties et qui ménage au mieux les rapports entre les deux groupes sociaux des litigants[23]. Ainsi, aucune des parties n'est anéantie par la décision arbitrale porteuse d'une solution « équitable ».

A l'époque classique[24] se développe un arbitrage public[25]. En effet, aux Ve et IVe siècles, l'Etat règlemente et favorise cette institution en l'autorisant avant ou après l'introduction de l'affaire devant le tribunal populaire. Une loi de 403-402 met en place un arbitrage public, confié à des magistrats, soumis à des règles légales quant aux personnes, aux affaires et à la procédure à suivre. Il s'agit en réalité d'une juridiction étatique spécialisée dans quelques catégories d'affaires. L'arbitrage devient obligatoire pour les litiges concernés et les sentences prononcées sont, à la différence de celles des arbitres privés, soumises à la voie de l'appel[26]. Parallèlement, l'arbitrage privé conserve toute sa vitalité. Il est désormais confié à des philoi, c'est-à-dire des « amis » des parties qui créent un climat

[22] Louis GERNET, *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Sirey, 1955, p. 103 et s ; Julie VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, *art. cité*, pp. 9-26.

[23] Julie VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, *art. cité*, pp. 14-16.

[24] L'arbitrage se pratiquera bien après cette époque en Grèce. Voir Daphné PAPADATOU, *La résolution extrajudiciaire de différends privés pendant les époques moyennes et tardives byzantines*, Athènes, 1995, 177 p. ; Efi BASDRA, « L'institution de l'arbitrage dans le droit de l'ère post-byzantine – Le cas l'île de Paxi », *Etudes balkaniques*, 10, 2003, pp. 65-91.

[25] Julie VELISSAROPOULOS-KARAKOSTAS, *art. cité*, p. 18.

[26] *Ibid.*, pp. 18-19.

de confiance, prodiguant des conseils à huis clos et rendant à terme une sentence équitable affectant « de façon plus ou moins égale les intérêts patrimoniaux des deux parties »[27]. En pratique, ils officient au départ comme des conciliateurs ou médiateurs pour tracer une « voie médiane », proposant des concessions mutuelles et offrant des satisfactions réciproques. Et si les parties ne se réconcilient pas, ils se muent alors en « juges » et tranchent l'affaire selon leur propre conviction[28]. D'ailleurs, Aristote synthétise clairement cette différence entre juge et arbitre privé. Pour lui, « l'arbitre se laisse guider par l'équité ; le juge par la loi », ajoutant que « l'arbitrage a été établi afin que l'équité fasse valoir son influence »[29], et « l'équité est cette justice naturelle qui existe indépendamment des lois humaines »[30]. Cette mise en parallèle du droit et de l'équité pour parvenir à la résolution d'un conflit va perdurer à Rome jusqu'à ce que le droit impérial soit imposé avec rigueur au détriment des autres normes de conduite.

B. La mutation de l'arbitrage romain causé par le triomphe du droit impérial

En la matière Rome connaît initialement une évolution proche de celle des cités grecques: séparant d'abord clairement la justice et le droit de l'arbitrage et l'équité, elle voit l'autorité publique intervenir pour encadrer l'arbitrage avant de connaître une différence substantielle avec les cités grecques. Ces dernières n'ont pas vécu l'ultime étape franchie en droit romain tardif où l'empereur Justinien dénature totalement l'arbitrage

[27] *Ibid.*, p. 24.
[28] *Ibid*.
[29] ARISTOTE, *Rhétoriques*, Liv. I, Chap. XIII. Etienne GROS (trad.), *La Rhétorique d'Aristote*, Paris, 1822, p. 187.
[30] *Ibid*., p. 183. Un peu plus loin, il précise que l'équité consiste « à avoir de l'indulgence pour la faiblesse humaine, à ne pas examiner la loi mais le législateur ; à s'attarder à l'esprit plutôt qu'à la lettre de la loi (…) à conserver une parfaite égalité d'âme, lorsqu'on souffre une injustice ; à terminer une contestation plutôt par des moyens de conciliation que par des voies de fait, à se soumettre à la décision des parties , plutôt que de porter l'affaire devant les tribunaux. »

pour bannir l'équité et instaurer un type unique d'arbitrage, l'arbitrage en droit. La première mention du mot arbitrer remonte à la Loi des XII Tables[31]. A cette époque il est utilisé pour désigner plusieurs intervenants en justice, et notamment l'arbitre stricto sensu, celui ayant le « pouvoir d'énoncer une solution définitive, de rendre une décision irrévocable »[32]. Son pouvoir semble alors illimité, sa décision étant inattaquable dans la mesure où elle a été acceptée d'avance par les parties. Le droit romain autorise en outre les parties à recourir à un collège d'arbitres sous réserve de définir les pouvoirs de chacun d'eux, notamment en déterminant si la sentence peut être prononcée à l'unanimité ou à la majorité des voix, et si chacun des arbitres est apte à rendre seul la sentence[33].

En droit classique, sous l'influence des prudents, s'inspirant eux-mêmes des auteurs grecs, sont préférées des solutions rendues en équité, reposant notamment sur la bonne foi[34]. Cicéron et Sénèque vantent les mérites de l'arbitrage[35]. Le premier affirme que « nous allons devant l'arbitre avec l'idée que nous n'aurons pas la totalité de ce que nous voulons, mais que nous ne serons pas entièrement déboutés… ». Le second oppose la liberté de l'arbitre capable de juger selon l'humanitas et la misericordia à l'obligation pour les juges de prendre des décisions conformes à la lex et à la justicia[36]. L'arbitre juge en

[31] Il existait probablement à Rome des coutumes d'arbitrage variées bien avant le V^e siècle avant J.C. Michel HUMBERT, « Arbitrage et jugement à Rome », *Droits et cultures*, n° 28, 1994, pp. 47-63 ; Bruno de LOYNES de FUMICHON et Michel HUMBERT, « L'arbitrage à Rome », *Rev. arb*. 2003, n° 2, pp. 285-348.

[32] Bruno de LOYNES de FUMICHON et Michel HUMBERT, *art. cit*é, p. 290. Ce « pouvoir potestatif » le différencie de l'*arbitrium boni viri* qui ne fait que proposer une solution que les parties peuvent accepter ou refuser. Michel HUMBERT, *art. cité*, pp. 53-54.

[33] Voir Paul au *Digeste*, IV, 8, 32, 13.

[34] Les contrats de bonne foi apparaissent à cette même époque.

[35] Bruno de LOYNES de FUMICHON et Michel HUMBERT, « L'arbitrage à Rome », *Rev. arb*. 2003, n° 2, pp. 285-348.

[36] La traduction française du *Traité des Bienfaits* use des mots bienveillance et compassion pour *humanitas* et *misericordia*. A ses termes, « dans une bonne cause, il y a plus d'avantage à s'en rapporter au juge qu'à un arbitre : le premier est assujetti à des formes qui lui imposent des

équité et n'est pas tenu de se prononcer selon les règles strictes du droit, sauf si les parties le lui imposent. La présomption concernant l'étendue des pouvoirs de l'arbitre joue donc en faveur de l'équité[37], les parties devant expressément mentionner dans leur compromis qu'elles entendent restreindre ce pouvoir à une stricte application du droit si tel est leur souhait. En ce sens, Ulpien affirme aussi qu'il faut s'en tenir à la sentence que l'arbitre prononce, qu'elle soit juste ou injuste ; l'auteur d'un compromis n'ayant qu'à s'en prendre à lui-même…[38] D'ailleurs le préteur saisi d'un appel contre une sentence arbitrale ne vérifie pas comment l'arbitre a tranché, mais seulement s'il a tranché[39]. Cette position ne concerne toutefois que l'arbitrage sur compromis, c'est-à-dire choisi par les parties. Pour d'autres formes d'arbitrage, telles que l'arbitrage du maître et l'arbitrage de l'homme de bien imposé par le maître, la souveraineté de l'arbitre est écartée pour faire triompher l'équité sur l'arbitraire. Ces deux formes d'arbitrage relèvent de relations sociales déséquilibrées qui permettent à un propriétaire foncier d'imposer son arbitrage en tant que dominus ou celui d'un bonus vir à tous ceux qui lui sont soumis en cas de litige. Paul et Proculus témoignent de la nécessité pour ces deux arbitres de se conformer à l'équité sous peine de voir leur sentence annulée par le juge au nom de la bonne foi[40]. En définitive, l'arbitrage en équité ressort renforcé de cette intervention publique et le bonus

limites qu'il ne peut franchir ; la conscience du second, au contraire, est libre, affranchie de toutes entraves : il peut ajouter et retrancher à son gré, et prendre pour base de la sentence, non ce que la loi ou la justice commande, mais les inspirations de la bienveillance et de la compassion ». *Œuvres complètes de Sénèque le philosophe*, tome 4, Paris, 1836, pp. 130-131.

[37] Michel HUMBERT, *art. cité*, p. 56.

[38] On retrouve cette idée en Grèce post-byzantine où la décision prise par un arbitre « qu'elle soit juste ou non, ne peut être changée par personne, pas même par le patriarche ou le roi… ». Voir Efi BASDRA, *art. cité*.

[39] Michel HUMBERT, « Arbitrage et jugement à Rome », *Droits et cultures*, n° 28, 1994, pp. 47-63. Voir en particulier p. 56.

[40] Bruno de LOYNES de FUMICHON et Michel HUMBERT, *art. cité*, pp. 316-318.

vir n'est plus qu'un expert amiable[41]. Seuls les arbitres choisis par les deux parties sur compromis sont désormais souverains.

Ce pouvoir se retrouve en droit byzantin dans les deux premiers recueils composant les compilations de Justinien, le Code et le Digeste, qui reprennent les dispositions impériales et positions doctrinales anciennes offrant beaucoup de liberté à l'arbitre. Ce dernier doit se prononcer sur la base de la « vérité » qui est « le sentiment personnel d'équité de l'arbitre ». L'arbitre doit dire « ce qui lui semble bon ». Il s'agit d'un sentiment personnel, variable selon les régions, les mœurs, les coutumes, les valeurs[42]. Il faut dire qu'à cette époque le droit n'est pas encore unifié, l'empereur laisse donc l'opportunité aux arbitres de trancher en fonction de ce qui leur paraît bon dans le contexte sociétal particulier qui les entoure. Cette position, assez souple, Justinien en change radicalement en 541 lorsqu'il impose que les sentences arbitrales soient désormais en harmonie avec le droit tel qu'il l'a fait codifier[43]. L'empereur, lex animata, veut ainsi imposer son droit, sa volonté. De la sorte il limite le nombre de personnes aptes à l'arbitrage: désormais seuls ceux qui connaissent la loi peuvent prétendre aux fonctions arbitrales. Ce sont les diplômés des écoles de droit où les enseignements sont dorénavant placés sous un strict contrôle de l'Etat et non des hommes de confiance choisis par les parties. De fait, les arbitres sont intégrés dans la hiérarchie judiciaire. Par la même occasion, l'intérêt de l'arbitrage s'en trouve considérablement réduit dans la mesure où il ne peut plus être pratiqué en pure équité. L'arbitrage en droit est donc généralisé sur les territoires dépendants de l'empereur byzantin. Une mutation dont l'ancien droit français n'a connu que quelques rémanences lors des renaissances du droit romain en Europe.

[41] Tel que celui de l'article 1592 du Code civil français.
[42] Daphné PAPADATOU, « L'arbitrage byzantin », *Rev. arb*. 2000, pp. 349-376, en particulier pp. 364-365.
[43] *Ibid*., pp. 365-366.

II. La coexistence des arbitrages dans l'ancien droit français

Au Moyen âge règne un pluralisme juridique favorable à la diversité des formes de l'arbitrage (A); une tendance confirmée à l'époque moderne tant par la doctrine que la pratique (B).

A. Un moyen âge propice à un arbitrage pluriel

L'Europe occidentale n'étant plus sous le joug romain, la généralisation de l'arbitrage en droit n'y a aucun effet. L'arbitrage traditionnel y survit, et ce d'autant mieux que s'établit sur l'ex pars occidentalis de l'empire romain une société de type traditionnel. Cette période de dix siècles[44], âge sombre où auraient successivement sévi la barbarie germanique puis une justice seigneuriale formaliste, irrationnelle et intéressée, est un cadre privilégié de développement de l'arbitrage. Il permet notamment d'éviter une justice instrumentalisée par le pouvoir seigneurial à des fins financières et les épreuves ordaliques qui avec les guerres privées constituent les ultimes étapes des litiges n'ayant pu être résolus par des moyens conciliatoires[45]. Il est bien évident que tous les conflits ne s'achèvent pas dans un bain de sang et qu'il existe nécessairement des mécanismes de conciliation permettant aux adversaires de trouver un terrain d'entente. Les coûts humains et financiers sont autant d'arguments conduisant la noblesse et les marchands ou artisans à recourir à l'arbitrage.

En ces temps de pluralisme juridique où se côtoient les coutumes, le droit romain, le droit canonique et quelques ordonnances royales, l'institution arbitrale est hétérogène. Face

[44] Yves JEANCLOS, *L'arbitrage en Bourgogne et en Champagne du XII^e^ au XV^e^ siècle*, Dijon, 1977 ; « La pratique de l'arbitrage du XII^e^ au XV^e^ siècle : éléments d'analyse », *Rev. arb.* 1999, n° 3, pp. 417-473 ; Jean-François POUDRET, « Deux aspects de l'arbitrage dans les pays romands au Moyen-âge : l'arbitrabilité et le juge arbitre », *Rev. arb.* 1999, n° 1, pp. 3-19 ; Carine JALLAMION, « Arbitrage et pouvoir politique en France du XII^e^ au XIX^e^ siècle », *Rev. arb.* 2005, n° 1, pp. 3-62.

[45] Bruno LEMESLE, *Conflits et justice au Moyen âge*, PUF, 2008, p. 6.

à l'arbitre de droit ou l'arbitre tenu de rendre une sentence conforme aux règles de droit non susceptible d'appel, se trouve l'arbitrateur ou arbitrator qui se prononce en équité, c'est-à-dire selon la raison, suivant « l'art du juste et du bon », cherchant l'équilibre entre les parties. Enfin, il existe l'amiable compositeur ou amicabilis compositor qui connaît de l'appel contre les sentences des arbitrateurs et bénéficie pour cela des mêmes prérogatives qu'eux[46].

Cette différence est formulée par la doctrine savante dès le milieu du XIIIe siècle[47]. Aux alentours de 1271, Guillaume Durand, dans son Miroir judiciaire, affirme que l'arbitre doit se conformer au droit et se soumettre aux règles de la procédure judiciaire tandis que l'arbitrator ou amicabilis compositor n'y est pas astreint, sauf si les parties au litige le lui imposent[48]. Seul l'arbitrateur peut donc trancher en équité et sans nécessairement respecter les formes judiciaires. Le choix du mot désignant le particulier chargé de trancher le litige dans le compromis devient par là crucial. De cette qualification dépend l'étendue de sa liberté dans sa mission mais également la possibilité de former un recours contre sa sentence. Seul l'arbitrator ou amicabilis compositor peut se prononcer en équité sans que sa sentence ne puisse pour autant être attaquée par voie d'appel[49].

---

[46] Yves JEANCLOS, *art. cité*, pp. 438-439 et 455-458. Une terminologie qui subsista au cours de l'époque moderne comme le révèle Jean DOMAT cité par Jean HILAIRE, « L'arbitrage dans la période moderne (XVIe-XVIIIe siècle), *Rev. arb*. 2000, n° 2, p. 198. Voir *infra*, II B.

[47] Serge DAUCHY, « Le recours contre les décisions arbitrales en perspective historique. Aux origines des articles 1481-1491 NCPC », *Rev. arb*., 1999, pp.766-768.

[48] Guillelmus DURANTIS, *Speculum iuris cum Andreae Baldi reliquorumque clarissimorum doctorum visionibus hactenus addisolitis*, Francfort, 1592, pp. 94-129, cité par Serge DAUCHY, *art. cité*, p. 766.

[49] La doctrine n'est pas unanime sur ce point. Bartole est attaché à l'interdiction de l'appel. Il considère toutefois qu'une sentence prononcée par un *arbiter* qui ne respecterait pas les lois, même si elle ne peut pas faire l'objet d'un appel, doit tout simplement être considérée comme nulle et sans effet. Serge DAUCHY, *art. cité*, p. 768.

La doctrine coutumière est quant à elle divisée. Certains coutumiers, reproduisant les dispositions du droit romain tardif, ne font pas la différence entre arbitre et arbitrateur[50], tandis que d'autres reconnaissent l'existence de deux formes d'arbitrages[51]. La distinction la plus fine est réalisée par Jean Boutilier qui, dans le Somme rural, différencie les arbitres, les arbitrateurs et amiables compositeurs ou « appaiseurs ». Selon lui l'« arbitre ne peut et ne doit en la cause à luy submise procéder, ou autrement que par ordre de droict gardé selon qu'il est allégué ou prouvé devant luy ; car nul traicte ny peut ne doit faire non plus que feroit le juge (…) mais tout laisser aller selon la règle de droict » ; l'« arbitrateur si est celuy qui de la cause est chargé à sa conscience, ordre de droict gardé, ou non gardé, et peut les parties appoincter selon que bon luy semble » et enfin l'« amiable compositeur ou appaiseur si est celuy qui du consentement des parties les met en accord »[52].

De leur côté, les actes de la pratique du XIIIe siècle ne sont pas toujours explicites quant aux pouvoirs accordés aux arbitres. A titre d'exemple, en Bourgogne et Champagne, l'usage du terme arbiter doublé de celui d'ordinator laisse à penser que les individus désignés pour remplir cette mission tranchent en droit. Mais l'utilisation à la même époque de la formule tanquam arbiter, arbitrator aut amicabilis compositor qui se répand largement dans ces contrées aux XIVe et XVe siècles permet de comprendre que les parties laissent aux arbitres « le choix des fondements intellectuels de la sentence »[53]. Celle-ci semble laisser à ceux qui bénéficient des trois qualités la possibilité d'agir comme arbitrateur ou amiable compositeur.

[50] Pierre de FONTAINES, *Le conseil à un ami*, Paris, 1846, pp. 181 et s.
[51] Philippe de BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvaisis*, Paris, 1842, t. 2, pp. 164-165.
[52] Louis CHARONDAS LE CARON, *Somme rural, ou le grand coustumier général de practique civil et canon composé par M. Jean Bouteiller*, Paris, 1603, pp. 693-694.
[53] Yves JEANCLOS, *art. cité*, p. 439.

Enfin, certains compromis ignorent même la terminologie romaine et laissent aux arbitres le pouvoir de décider « selon leur volonté »[54]. La seule quête est de permettre le meilleur et plus prompt dénouement possible du différend, que ce soit sur la base du droit ou de l'équité. Pourtant certains compromis imposent aux arbitres d'appliquer une coutume locale pour trancher un litige, en d'autres termes de se référer au droit le plus proche des parties. Le droit romain est au même titre que le droit canonique visé par des clauses de renonciation insérées dans ces compromis. De la sorte, les règles de fond mais surtout les exceptions procédurales et voies de recours d'origine romaine ou coutumière sont expressément écartées pour éviter un retard dans l'exécution de la sentence[55]. Les arbitrateurs et amiables compositeurs sont invités à trouver la solution la plus raisonnable. La sentence doit en ce dernier cas être rendue « au nom de l'équité, c'est-à-dire de la raison, de la conscience et du souci du juste »[56]. Les arbitrateurs font de l'équité une « règle d'action pratique » et le vocabulaire romain, qui jalonne les compromis et sentences, ne doit pas tromper sur la manière dont raisonnent les arbitres. Au surplus, les sentences arbitrales rendues par des juristes et diplômés en droit ne sont généralement pas plus juridiques que celles formulées par des seigneurs dont les connaissances en la matière sont parfois inexistantes. L'arbitrage possède sa propre dynamique[57], distincte du cadre juridique.

[54] *Ibid.*
[55] Les parties renoncent à toute voie dilatoire. *Ibid*., p. 469. La seule voie ouverte aux parties, qui ne met pas en péril la sentence, est le recours en interprétation. Même une sentence reposant sur une cause injuste ne peut être contestée. Selon la doctrine savante, un appel est possible contre les décisions rendues en équité car un arbitre peut se tromper. L'appel est déféré devant un *bonus vir* qui doit vérifier le bien-fondé de la sentence et au besoin la réformer. A l'inverse, les arbitres ayant tranché en droit prononcent des sentences inattaquables en appel car, ayant suivi les règles de droit, ils ne peuvent commettre d'erreur. *Ibid*., p. 470.
[56] *Ibid*., p. 457.
[57] *Ibid*., p. 458.

B. Une consécration presque unanime de la diversité de l'arbitrage à l'époque moderne

Aux XVIIe et XVIIIe siècles, alors qu'une Europe d'Etats-nations voit le jour, l'Ecole du droit naturel met en évidence que la fragmentation du droit positif et des ordres juridictionnels gêne la recherche de solutions aux conflits internationaux et qu'il est nécessaire de recourir à des règles plus générales et à des arbitres « internationaux ». En effet, à la fin du XVIIe siècle, Grotius souligne que les relations internationales sont un domaine de prédilection de l'arbitrage car deux Souverains n'ayant pas de juge commun doivent nécessairement s'en remettre à un tiers pour régler leur différend pacifiquement[58]. Pufendorf fait siennes les idées de Grotius et présente l'arbitrage comme un « parti de douceur » car l'arbitre, juge idéal, doit « sur toutes choses ne rien donner à la faveur, ni à la haine, et prononcer uniquement sur le droit et l'équité »[59]. Le compromis ne peut « rien ajouter à l'obligation où l'arbitre se trouve d'ailleurs par la loi naturelle, de décider selon ce qu'il croit juste et raisonnable »[60]. Il distingue comme Grotius deux types d'arbitrages et répète que pour connaître le rôle exact d'un arbitre, « il faut considérer, s'il a été choisi en qualité de juge, ou si on lui a donné un pouvoir plus étendu, en sorte qu'il soit autorisé à prononcer plutôt selon les maximes de l'équité et de l'humanité, que suivant les loix du droit rigoureux »[61]. Cette équité doit s'entendre comme « un tempérament du droit

[58] Mais, assez curieusement, il précise ensuite qu'en pareille hypothèse en cas de doute sur l'étendue des attributions de l'arbitre, le pouvoir de juger en équité ne se présume pas. L'arbitre est donc tenu de « suivre les mêmes règles que les juges suivent ordinairement ». Hugues GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. Jean BARBEYRAC, Bâle, 1746, t. 2, p. 443.

[59] Samuel VON PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, trad. Jean BARBEYRAC, Bâle, 6e éd., 1750, t. 2, p. 142.

[60] *Ibid*., p. 143.

[61] Hugues GROTIUS, *op. cit.*, p. 443.

rigoureux, selon les maximes de l'humanité, de la charité, de la compassion, et des autres semblables vertus »[62] vu que l'équitable est « tout ce qui est mieux de faire, que de ne pas faire, encore même qu'on n'y soit point obligé par les règles de la justice proprement ainsi nommée »[63].

En France, la doctrine reprend la distinction entre les arbitres tenus par le droit et les arbitrateurs ou amiables compositeurs qui ne le sont pas. Lange énonce clairement que les arbitres sont tenus de respecter « les formalités de justice et l'ordre du droit » tandis que les arbitrateurs et amiables compositeurs « sont ceux qui accommodent les parties et composent leurs différents sommairement sans s'attacher aux règles de droit ni aux formalitez de justice »[64]. Ferrière, dans son Dictionnaire de droit et de pratique consacre un article à l'arbitrateur ou amiable compositeur qui est « élu par les parties pour terminer leur différend à l'amiable, selon l'équité, sans être tenu de garder exactement les formalités de justice, à la rigueur du droit » puis un autre à l'arbitre qui « est appellé arbitre de droit, parce qu'il doit suivre le droit à la rigueur »[65]. A la même époque Jousse tient un discours semblable. Selon lui, « il y a cette différence entre arbitres et amiables compositeurs, que les arbitres sont, à proprement parler, ceux qui étant choisis par les parties pour terminer leurs différends, sont obligés d'observer les formalités et la procédure établies par les ordonnances … au lieu que les amiables compositeurs terminent les différends des parties sans s'arrêter aux règles ni aux formalités de justice, et les décident ex aequo et bono »[66]. Il précise ensuite que les fonctions des arbitres « ne sont pas

[62] Samuel VON PUFENDORF, *op. cit*., p. 144.
[63] Hugues GROTIUS, *op. cit*., p. 444.
[64] François LANGE, *La nouvelle pratique civile, criminelle et bénéficiale ou le nouveau praticien françois réformé selon les nouvelles ordonnances*, 3e éd., Paris, 1687, p. 97.
[65] Claude-Joseph de FERRIERE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, t. 1, Paris, 1771, p. 110.
[66] Daniel JOUSSE, *Traité de l'administration de la justice*, Paris, 1771, t. 2, p. 683. Voir aussi Guy ROUSSEAUD DE LA COMBE, *Recueil de jurisprudence civile des pays de droit écrit et coutumier*, Paris, 4e éd., 1769, v° *Arbitres*, p. 40.

bornées avec la même sévérité que celles des juges; et ils peuvent préférer quelquefois les considérations du bien et de la paix, à l'exactitude de la justice … ils prennent des tempéraments et des moyens pour concilier les parties, tels que les parties les prendroient elles-mêmes si au lieu d'un jugement elles prenoient le parti de transiger »[67]. Abondant dans le même sens Rodier affirme que « si l'on ajoute quelquefois à la qualité d'arbitres celle d'amiables compositeurs, cela ne les autorise plus qu'à tâcher de concilier les parties ex bono et aequo; mais s'ils sont obligés de donner sentence, ils doivent, comme les autres juges, prononcer selon le droit »[68]. Enfin Pigeau, à la veille de la Révolution, ne semble pas s'intéresser outre mesure aux pouvoirs des arbitres[69] mais reconnaît qu'il faut, « pour exercer la fonction d'arbitre, beaucoup de sagesse, de pénétration et de prudence, et surtout un désir sincère de concilier les parties »[70]. Le but de l'arbitre est bel est bien de concilier[71] les parties autant que faire se peut, et non d'appliquer ce que les jusnaturalistes appellent le « droit rigoureux »[72]. La doctrine n'est cependant pas à l'unisson. La seule voix dissonante, et non des moindres, est celle de Domat qui, dans son Droit public, se consacre aux différences existant entre arbitres et juges. Il focalise notamment son attention sur la plus large liberté dont disposent les arbitres « choisis autant pour accommoder que pour juger »[73]. Il qualifie

[67] *Ibid*., p. 698.
[68] Marc-Antoine RODIER, *Questions sur l'ordonnance de Louis XIV du mois d'avril 1667*, Avignon, 1784, p. 425.
[69] Il précise seulement que dans un compromis les parties peuvent prévoir que les arbitres, qu'il appelle des commissaires, « jugeront selon l'équité ». Nicolas PIGEAU, *La procédure civile du Chatelet de Paris et de toutes les juridictions ordinaires du royaume*, t. 1, Paris, 1787, p. 32.
[70] *Ibid*., p. 23.
[71] Il le répète encore lorsqu'il évoque la possibilité pour le juge de renvoyer les parties devant des arbitres. *Ibid*., pp. 247-248.
[72] Voir *supra* Grotius et Pufendorf.
[73] Joseph REMY, *Œuvres complètes de Jean Domat*, t. 3, Paris, 1829, p. 528.

les arbitres de médiateurs et les assimile, sans entrer dans le détail des pouvoirs dont chacun d'eux dispose, à ceux que les ordonnances royales appellent des « arbitres, arbitrateurs et amiables compositeurs »[74]. Ainsi, il se contente de souligner que « leurs fonctions ne sont pas bornées à la même sévérité ni à la même exactitude que celles des juges » et qu'ils peuvent parvenir à une solution que les parties auraient pu trouver par voie de transaction. Les propos de Jean Hilaire sont éclairants sur cette position et lui trouvent deux raisons: d'une part les sources romaines utilisées par Domat selon lesquelles l'arbitre n'est, sauf stipulation expresse dans le compromis, pas tenu par la rigueur du droit et, d'autre part, la pratique qui consiste à qualifier les arbitres à la fois d'arbitre et d'amiable compositeur dans l'acte de compromis[75]. Il est vrai qu'en pratique, comme au Moyen âge, dans les compromis, les parties se prémunissent contre toute incertitude relative à la nature ou à l'étendue des pouvoirs des arbitres en les qualifiant d'arbitres et amiables compositeurs. Les arbitres sont ainsi toujours habilités à clore l'affaire qui leur est soumise par une transaction. Jousse fait le lien entre doctrine et pratique. Après avoir reconnu la différence existant entre la mission des arbitres et celle des amiables compositeurs, il confirme que « dans nos mœurs les arbitres choisis par les parties ne diffèrent point des amiables compositeurs et sont établis pour régler ex bono et aequo les demandes réciproques des parties »[76]. A titre d'exemple, à Montpellier, l'amiable composition est sous-entendue quand bien même les parties utiliseraient seulement le terme « arbitre » dans le compromis. Ces arbitres bénéficient ainsi d'une large marge de manœuvre et peuvent soit se prononcer en équité, soit trancher en respectant la lettre du droit[77].

[74] Ordonnance de juin 1510.
[75] Jean HILAIRE, *art. cité*, p.
[76] Daniel JOUSSE, *op. cit.*, t. 2, p. 683.
[77] Carine JALLAMION, *L'arbitrage en matière civile… op. cit.*, p. 76.

A la veille de la Révolution arbitrage en droit et arbitrage en équité cohabitent encore. Mais le choix n'est pas dicté par la loi ni, sauf stipulation contraire, par le compromis. C'est à l'arbitre lui-même de prendre parti. Une pratique plutôt conforme à la nature première de l'arbitrage car il est aisé d'imaginer qu'en pareille circonstance l'arbitre sera amené à opter pour la solution qui lui semble la plus équitable, qu'elle soit conforme au droit ou non.

Conclusion

Pendant la Révolution française les modes alternatifs de règlement des conflits, et en particulier l'arbitrage, bénéficient d'une remarquable promotion. En effet, même si les Révolutionnaires nourrissent un véritable culte pour la loi, ils se méfient des juges et de leur interprétation de la loi. Cette défiance vis-vis de la magistrature les pousse à institutionnaliser l'arbitrage[78], lui offrant une place de choix dans le nouveau paysage juridique et judiciaire qu'ils dessinent[79]. Grâce à la loi du 16-24 août 1790 sur la nouvelle organisation judiciaire l'arbitrage figure au premier rang des modes de règlements des conflits. L'article 1er de son premier titre présente l'arbitrage comme « le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens » tandis que l'article 2 autorise les particuliers à compromettre « dans tous les cas et toutes les

[78] Jean-Jacques CLERE, « L'arbitrage révolutionnaire : apogée et déclin d'une institution (1790-1806) », *Rev. arb.* 1981, pp. 3-28 ; Carine JALLAMION, « Arbitrage forcé et justice d'Etat pendant la Révolution française d'après l'exemple de Montpellier », *Annales historiques de la Révolution française*, 2007, pp. 69-85 ; Véronique DEMARS-SION, « Une expérience d'arbitrage forcé : les tribunaux de famille révolutionnaires », *RHDFE*, 2005, pp. 385-420 ; Bruno DE LOYNES DE FUMICHON, « La passion de la Révolution française pour l'arbitrage », *Rev. arb.*, 2014, pp. 3-52.

[79] Il est à noter que Jean-Pierre Royer, dans son manuel sur l'Histoire de la justice, aborde pour la première l'arbitrage sous l'ère révolutionnaire tandis que les autres modes non juridictionnels de résolution des conflits que sont la conciliation ou la médiation sont évoqués pour des périodes bien antérieures. Jean-Pierre ROYER, *Histoire de la justice*, PUF, coll. « droit fondamental », 3° éd., 2001, n° 177.

matières ». En cette période de troubles politiques, la logique de conciliation se pérennise en pratique et les arbitres continuent de choisir entre droit et équité au moment de prononcer leur sentence[80], les parties prenant le soin d'écarter l'application stricte du droit et des formes judiciaires, même sous l'empire des codes napoléoniens[81].

[80] Carine JALLAMION, *op. cit*., p. 77 et s.
[81] *Ibid*., p. 395 et s.

L'INTERNATIONALISATION DU DROIT PUBLIC DES AFFAIRES FACE A L'ARBITRAGE INTERNATIONAL
Approche comparée en droit franco-maghrébin

Didier BAISSET,
professeur de droit à Université de Perpignan Via Domitia, doyen de la Faculté internationale de droit comparé des Etats francophones, directeur du Centre francophone de droit comparé et de droit musulman

Indiscutablement la sphère du droit public des affaires se déploie aujourd'hui dans un espace mondialisé, où les rapports entre les opérateurs se nouent en des termes qui différent radicalement de ceux qui posèrent les premiers linéaments de la matière au début du XXe siècle. Cela est en réalité lié aux tendances de fond qui touchent le monde contemporain. C'est donc dans un contexte profondément modifié par la globalisation, que les relations d'échanges internationaux et les litiges auxquels elles peuvent donner lieu s'envisagent désormais. On assiste ainsi, depuis déjà plusieurs décennies, à l'émergence d'un véritable droit public international des affaires. A cet endroit, le cas des marchés publics et des partenariats public-privé internationaux est particulièrement révélateur des mutations profondes qui taraudent la matière au niveau international. En effet, l'internationalisation des échanges économiques s'inscrit dans une réalité qui modifie en profondeur l'organisation des acteurs économiques et opère une vaste mutation des modalités d'intervention de la puissance publique; elle se fait maintenant dans un champ économique à l'échelle supra-nationale. La libéralisation des échanges internationaux a inexorablement

facilité l'accès aux marchés publics nationaux pour des entreprises étrangères. Pour ces dernières, la compétition économique et la croissance passent, de plus en plus, par la conquête de nouveaux marchés qui se conçoivent dorénavant au-delà des frontières de leur pays d'origine.

Dans le même temps, les États et leurs démembrements savent que la réalisation et la mise en service d'une infrastructure de grande ampleur suscitent l'attrait d'entreprises étrangères. Aujourd'hui, on ne compte plus les contrats passés entre entreprises privées et personnes publiques dans une dimension d'extranéité. De la sorte, le secteur public des affaires à dimension internationale est lui aussi devenu, depuis quelques temps, un phénomène de grande envergure, tant au regard de sa fréquence qui ne cesse de croître, que par l'importance des marchés concernés. Mais ces succès ne doivent pas pour autant faire perdre de vue les nombreuses difficultés d'ordre juridique qui concernent ces opérations[1]. Ainsi, un objectif impérieux se

[1] S. BRACONNIER, J.-B. MOREL, A.-E. RUBIO, « Partenariat public-privé internationaux », *Juris Classeur Contrats et Marchés Publics*, Fasc. 64 ; M. AUDIT, *Les conventions transnationales entre personnes publiques*, Paris, LGDJ, Coll. Bibl. Dr. pr. 2002 ; du même auteur « Les marchés publics français comportant un élément d'extranéité », CP-ACCP janv. 2006, n° 51, p. 23-26, ou encore « Les marchés publics internationaux », Liv. XIX, Joly *Contrats internationaux*, 2007 ; M. BAUER, *Le droit public étranger devant le juge du for (Recherches sur un effet du principe de séparation des pouvoirs en Droit international privé)*, thèse de droit, Université de Paris II, 1977 ; C. BETTINGER, *La gestion déléguée des services publics dans le monde. Concession ou BOT*, Coll. L'administration nouvelle, Berger Levrault, 1997 ; P. CALLE, *L'acte public en droit international privé*, Paris, Economica, 2004 ; M. LAAZOUZI, *Les contrats administratifs à caractère international*, Paris, LGDJ, coll. Bibl. Dr. Pr. 2005 ; J.-B. AUBY, « L'internationalisation du droit des contrats publics », *Dr. Adm*., 2003, chron. 14 ; Th. BARRETT et M. TURRO, « Financement du type partenariat public-privé en faveur des infrastructures européennes. Le rôle de la Banque européenne d'investissement », *Financement des infrastructures et des services collectifs, le recours au partenariat public-privé*, Paris, Presse de l'ENPC, 2009 ; S. BRACONNIER, « L'extranéité dans les contrats de partenariat », *Rev. du Trésor*, 2007, p. 241-245 ; S. BRACONNIER et J.-B. MOREL, « Regards sur les partenariats public-privé internationaux », *Contrats-Marchés publ.* 2007, étude III ; F. BRENET, « La qualification juridique d'un contrat conclu par l'Etat français à l'étranger pour le compte d'un autre Etat », *Lexbase Hebdo*, n° 131, 5 nov. 2009 ; S. BRONDEL, « Quand un contrat signé à l'étranger n'est pas un marché public », *AJDA*, 2008, p. 1359 ; F. MELLERAY, « La qualification juridique des contrats conclus à l'étranger par des personnes publiques françaises », *RFD adm.* 2008, p. 1123 ; S. NICINSKI, « La place des contrats de partenariat au sein des contrats administratifs », *Rev. Trésor*, 2007, p. 237-240 ; L. RICHER, « L'internationalité d'un marché public », *CP-ACCP* janv. 2006, n° 51, p. 22.

fait jour : assurer la sécurisation par le droit de ces investissements et plus globalement des opérations économiques, dans le cadre de partenariats hybrides public-privé, difficultés redoublées par la dimension internationale que revêt l'engagement. Inévitablement, en cas de contentieux les problèmes et les enjeux sont alors considérables. Partant, il ne peut s'agir, dans le cadre trop étroit d'un article, de prétendre au traitement exhaustif de ces problématiques complexes, lesquelles d'ailleurs débordent du cadre que s'est assigné ce colloque et les présents actes qui lui font suite, mais plutôt d'envisager, dans une approche comparée, la question de l'arbitrabilité de ces litiges quelque peu singuliers concernant le droit public des affaires international.

A dire vrai, le droit des marchés publics relève, par essence même, des Etats. Ces derniers en ont longtemps contrôlé le régime pour des raisons éminemment politiques : le droit des marchés publics était alors exclusivement national. Il est devenu l'objet de règles internationales telles que, récemment, avec les constructions économiques et normatives supra nationales, l'ouverture des frontières et le développement du commerce mondial. Ainsi, de matière relevant de règles nationales, le droit des marchés publics est, pour certains pays, devenu progressivement l'objet d'une réglementation internationale distincte de la précédente.

Il n'y a alors rien de surprenant à ce que la réglementation de ces marchés publics soit entrée dans le champ de l'accord général du GATT, lequel tend à garantir aux entreprises des Etats signataires, un accès libre et égal de leurs productions mutuelles à leurs territoires respectifs[2]. De leur côté, les

[2] L'accord sur les marchés publics (AMP), qui remonte à 1979 et qui est désormais annexé à l'accord général du GATT, vise à ouvrir les marchés publics, qui sont dans le périmètre de l'accord, en soumettant leur passation à des règles harmonisées de transparence et de concurrence.

partenariats public-privé internationaux, tels que nous les envisageons, entrent dans la catégorie générique des contrats publics internationaux qui, au-delà des éléments premiers d'identification, présentent plusieurs spécificités. Ces contrats publics internationaux sont notamment des contrats qui entretiennent un lien étroit avec la puissance publique et présentent surtout un caractère transnational marqué. Ainsi, pour être considéré comme international et prétendre alors à un arbitrage international, le contrat public initié par une entité publique doit revêtir un certain nombre de caractéristiques (I).

Pour le reste, l'essor de l'arbitrage international est aujourd'hui indéniable. Ce mode alternatif de règlement des conflits connaît un succès jamais démenti et pour lequel il serait superfétatoire, dans un tel ouvrage, d'égrener les vertus. De leur côté, les contrats publics envisagés à l'échelle internationale, par l'importance des enjeux qu'ils représentent et leur actualité grandissante, relancent avec une acuité accrue la question de l'arbitrage des contentieux qui pourraient naître à cette occasion, l'essentiel étant alors de savoir si l'arbitrage est possible. En effet, il est généralement admis que les personnes publiques ne peuvent recourir à l'arbitrage[3], même s'il est vrai que, depuis quelques années, « l'activité normative des pouvoirs publics ne paraît marquée par aucune réticence de principe à l'égard de l'arbitrage de droit public »[4]. Il n'en demeure pas moins que ce mode de règlement des litiges non juridictionnel, par la voie d'une forme de justice privée distincte du système juridictionnel étatique, suscite la méfiance, le présupposé étant que les intérêts des personnes publiques ne sont pas aussi bien protégés par des

[3] Pour le cas français voir notamment J. ANTOINE, « L'arbitrage en droit administratif », *LPA*, 2003, n° 156.

[4] D. LABETOULLE, « Pour un statut de l'arbitrage de droit administratif », *Le droit administratif : permanence et convergences*, *Mélanges en l'honneur de J.-F. Lachaume*, Dalloz, 2007, p. 668.

arbitres privés que par des juridictions « officielles »[5]. Du coup, la question de l'arbitrabilité des litiges nés dans le cadre de marchés publics ou de partenariats public-privé internationaux, devient centrale (II).

I – L'extranéité : élément caractéristique et indispensable à tout arbitrage international. De façon générale, ces opérations internationales sont soumises à deux contraintes principales. D'une part, au regard des obligations de transparence et de lutte contre la corruption : il s'agit là d'un des objectifs premiers des organismes internationaux et notamment de la Banque mondiale. D'autre part, des contraintes sont inhérentes à l'obligation de non-discrimination, à seule fin de favoriser l'accès des marchés aux entreprises étrangères.

Ces nouveaux contrats publics internationaux voient le jour dans un contexte de développement des échanges économiques avec des personnes publiques et les activités qui les sous-tendent émergent quant à elles à l'échelon international. Il en résulte inexorablement, que de plus en plus d'opérations de ce type sont exécutées à l'étranger. Cette internationalisation des partenariats public-privé et des marchés publics notamment, est désormais nettement marquée et a un impact sur le contrat lui-même. Ce contrat de droit public sera donc différent d'un contrat de droit privé et son internationalité se manifestera dès la phase de passation.

Mais, avant même d'aborder la question de l'extranéité, il est d'emblée à relever qu'à propos des partenariats public-privé, une définition fait défaut pour l'ensemble des pays concernés. Au mieux existe-t-il, sur le continent européen notamment, quelques législations nationales qui envisagent de façon spécifique cette

[5] *Lamy Droit Public des Affaires*, 2013, V^e^ partie, n° 6002 « Principe d'interdiction du recours à l'arbitrage ».

notion[6]. Définition qui n'est pas plus présente dans les conventions internationales[7]. Nonobstant ces lacunes, il demeure possible de prendre en compte le fait que les partenariats public-privé internationaux entretiennent un lien étroit avec la puissance publique et présentent obligatoirement un caractère transnational. Ces partenariats entrent dans le champ des contrats publics internationaux, répondant ainsi à leurs différents critères d'identifications, tout en en ayant plusieurs de spécifiques.

Il est ainsi communément admis que ces contrats (PPPI et MP) sont des contrats publics en raison de la présence, en qualité de partie, d'une personne publique. Au-delà de ce critère organique, il est nécessaire qu'un critère matériel soit aussi rempli. En ce sens, il convient que ce contrat soit à la recherche, sur le marché international, d'une réponse à un besoin apprécié comme étant d'intérêt général. Ce dernier critère permet de distinguer le contrat public international du contrat purement commercial[8].

Mais ce contrat ne doit pas être seulement public, il importe également qu'il soit international pour faire, éventuellement, l'objet d'un arbitrage lui-même international. Cette extranéité du contrat peut en premier lieu résulter de la qualité des parties. Si ces dernières n'ont pas la même nationalité, la relation juridique

[6] Tel est le cas par exemple de la Pologne, du Portugal ou bien encore en Amérique du Sud pour le Brésil. En revanche, d'autres Etats ont simplement recours à un ensemble de stipulations contractuelles : Italie, Allemagne, Espagne, Angleterre, France... S. BRACONNIER, J.-B. MOREL, A.-E. RUBIO, « Partenariat public-privé... », *op. cit.*

[7] Il existe simplement quelques références dépourvues de portée impérative, que l'on appelle *soft law* établies par des organismes internationaux sous la forme de guides (ONU et Banque mondiale notamment) ou encore le *Livre vert de la Commission Européenne* sur « les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions », *id. ibid.*

[8] S. BRACONNIER, J.-B. MOREL, A.-E. RUBIO, «Partenariat public-privé internationaux », *Juris Classeur Contrats et Marchés Publics*, Fasc. 647.

envisagée devient, a priori, internationale[9]. Cela peut, par ailleurs, résulter d'un traité international dans le cas de plusieurs États souhaitant se retrouver autour d'un projet transnational commun[10]. Néanmoins, la conclusion d'une convention internationale n'est pas l'unique formule autorisant la coopération inter-étatique. Ainsi des entités juridiques, dotées de la personnalité morale, peuvent aussi être mises en œuvre pour la réalisation de tels projets[11]. L'extranéité peut aussi être le fruit d'un mouvement transfrontalier de biens ou de services. Tel est le cas notamment pour les fournitures, par une société d'équipements militaires, d'électricité, de gaz ou d'un logiciel à un État étranger. Ces mouvements de type transfrontalier sont

[9] Il est à noter cependant que cette question n'est pas toujours évidente, il arrive en effet que le partenaire étranger qui a obtenu le marché mette en œuvre sur place une société nationale afin de réaliser le marché en question, c'est alors la structuration du capital (principalement voire exclusivement étranger) qui vraisemblablement dictera sa qualité internationale. C'est à propos des différends relatifs aux investissements entre États et investisseurs étrangers que fut créé, dans le cadre de la convention de Washington du 18 mars 1965, le Centre international de règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI). Les arbitres de la CIRDI ont été rapidement confrontés à la difficulté liée à cette notion d'investisseur étranger, qui sous-tend leur compétence eu égard à la personne. La question des filiales, consacrées à des investissements locaux particuliers, mais sous contrôle depuis l'étranger, a ainsi été posée, à cet endroit par l'article 25 § 2-b de la convention CIRDI, qui déclare que la notion de « ressortissant d'un autre État contractant » pouvait s'étendre à « toute personne morale qui possède la nationalité de l'État contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente convention, de considérer comme ressortissant d'un autre État contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers ». Au reste, la compétence du CIRDI a été examinée, à ce propos, dans trois affaires importantes : l'affaire *Holidays Inns and Occidental Petroleum Company c/ Maroc* (*Aff. N° ARB/72/1 CIRDI, Pierre Lalive, « The Firts World Bank » arbitration (Holidays Inns v. Morocco) – Some Legal Problem, 1980, 51 Brit. Y.B. Int'l L. 123.* De même, l'affaire : *AMCO et al. C/ Indonésie* et l'affaire *Klöckner et al. C/ Cameroun*. Au final, il est loisible de déroger au critère de la nationalité du siège social dans la mesure où la société contractante avec l'État hôte est contrôlée par les États étrangers. *Id. Ibid.*

[10] Tel fut le cas à propos du tunnel sous la Manche, ou encore à l'occasion de l'accord signé à Madrid le 10 octobre 1995, pour la construction et l'exploitation de la section internationale d'une ligne ferroviaire à grande vitesse entre la France et l'Espagne, de même le projet Transalpine, porté par les États français et italien. C'est enfin le cas du traité de 2004 entre l'Italie et l'Autriche pour la construction du tunnel ferroviaire du Brenner.

[11] Il peut s'agir d'une entité créée sur le fondement d'une convention internationale, sur le fondement d'une convention bilatérale la prévoyant expressément, ou bien encore une entité fondée sur le droit national (en France il s'agira notamment des groupements d'intérêt public, des consortiums ou encore des SEM).

essentiellement des contrats d'État, à savoir des marchés publics internationaux de fournitures et de services[12].

L'extranéité peut aussi être le résultat du lieu d'exécution du contrat en question; étant de même nationalité, les parties à un contrat public international peuvent évoluer dans un environnement international; dès lors le contrat est international si le lieu d'exécution se trouve sur le territoire d'un Etat qui n'est pas celui du pouvoir adjudicateur[13].

Ainsi, il convient que le contrat soit public mais aussi international; plusieurs critères plus ou moins opérants- permettent alors de dégager cette notion. Mais force est de constater que ce critère, pourtant fondamental de l'internationalité, pose souvent quelques problèmes. A ce titre, on relèvera qu'il n'existe pas de définition internationalement admise de l'internationalité dans le domaine de l'arbitrage. Certes, il est loisible de faire référence à celle qui est adoptée par la loi-type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international. L'article 1er de la loi-type définit l'arbitrage international de la sorte : « Un arbitrage est international si : a/ Les parties à une convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des États différents ; ou b/ Un des lieux ci-après est situé hors de l'État dans lequel les parties ont leur établissement : i) Le lieu de l'arbitrage, s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention ; ii) Tout lieu où doit être exécutée une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit ; ou c/ Les parties sont convenues expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays »[14].

---

[12] S.BRACONNIER, J.-B.MOREL, A.-E.BRUBIO, op.cit., n39.
[13] *Ibid.*, n° 40.
[14] *Droit de l'Arbitrage et de la Conciliation en matière civile et commerciale*, Publication de

Cette définition met en œuvre deux critères, l'un organique, lié aux parties, qui est induit par le fait qu'elles ont leur établissement dans des États différents. L'autre critère est lié à l'internationalité du litige lui-même puisque le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit, peut être situé hors de l'État où les parties au contrat ont leur établissement. Enfin, quelque peu par extension, le texte prévoit que le caractère international peut résulter également du choix des parties pour un lieu d'arbitrage situé à l'étranger. Néanmoins, il semble que l'internationalité de l'arbitrage ne devrait pas dépendre de la volonté des parties, mais plutôt de la nature de l'opération économique concernée[15]. Toutefois, un arbitrage par nature interne peut être qualifié en l'espèce d'international par la seule volonté des parties.

Dans les pays du Maghreb[16], les législateurs marocain, algérien, tunisien et mauritanien ont opté pour une conception duale de l'arbitrage, distinguant l'arbitrage interne de l'arbitrage international. Le Code mauritanien pour sa part, reprend dans son intégralité la définition de la loi-type. Quant au Code de l'arbitrage tunisien, il reprend lui aussi l'article de la loi-type de la CNUDCI dans son article 48. Toutefois, l'alinéa 48-d vient préciser qu'un arbitrage est international lorsqu'« il concerne le commerce international ». Cet élément ne résulte pas de la loi-type, mais s'avère être inspiré directement de l'article 1492 du Code de procédure civile français, selon lequel « un arbitrage est

---

la *Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement*, Coll. Texte et Documents, 2006, n° 147, p. 38-39.

[15] A cet endroit la jurisprudence française fait preuve de constance, en effet, la qualification interne ou internationale d'un arbitrage dépend de la nature des relations économiques se trouvant à la source du différend et en aucun cas de la volonté des parties (pour un exemple : 1ère civ., 13 mars 2007, *BICC*, n° 664, 1er juill. 2007).

[16] Au-delà du Maghreb, ce critère instauré et suivi en droit français est adopté dans l'ensemble des pays arabes qui attachent un intérêt à la qualification de l'internationalité : Egypte, Oman, Liban ; N. NAJJAR, *L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international*, LGDJ, Delta, 2007, p. 3.

international lorsqu'il met en cause les intérêts du commerce international ». De son côté, la nouvelle loi marocaine de l'arbitrage[17] envisage, elle aussi, de manière large l'arbitrage international[18] au sein de son article 327-40[19]. Mais elle pose les deux critères d'une façon cumulative, à savoir à la fois les « intérêts du commerce international » et le fait que « l'une des parties au moins a son domicile ou son siège à l'étranger ». A bien y regarder, pour être qualifié d'international, l'arbitrage selon le droit marocain peut comporter un élément d'extranéité qui n'est pas lié à la nationalité des parties, mais plutôt au lieu de leur situation territoriale au sens du droit commercial international ou bien au choix d'un lieu d'arbitrage situé à l'étranger.

Le législateur algérien évoque quant à lui, dans son article 1039 de la loi n° 08-09, les « intérêts économiques d'au moins deux États »[20] pour donner une portée internationale à l'arbitrage. Il est permis ici de relever que cette notion « d'intérêts économiques » semble faire référence au droit

[17] Sur cette question voir entre autres : B. JDAINI, « L'arbitrage commercial interne et international en droit marocain », *REMALD*, mars-avril 2012, n° 103, p. 159 à 164.

[18] Elle reprend à son actif l'article 1er de la loi-type CNUDCI qu'elle précise quelque peu *in fine*.

[19] « Est international au sens de la présente section, l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international, et dont l'une des parties au moins a son domicile ou son siège à l'étranger. Un arbitrage est international si : 1/ Les parties à la convention d'arbitrage ont, au moment de la conclusion de ladite convention, leur établissement dans des Etats différents ; 2/ Un des lieux ci-après est situé hors de l'État dans lequel les parties ont leur établissement : a) le lieu de l'arbitrage, s'il est stipulé dans la convention d'arbitrage ou déterminé en vertu de cette convention ; b) tout lieu où doit être exécuté une partie substantielle des obligations issues de la relation commerciale ou le lieu avec lequel l'objet du différend a le lien le plus étroit ; 3/ Les parties sont convenues expressément que l'objet de la convention d'arbitrage a des liens avec plus d'un pays. Pour l'application des dispositions du 2e alinéa du présent article : a) si une partie a plus d'un établissement, l'établissement à prendre en considération est celui qui a la relation la plus étroite avec la convention d'arbitrage ; b) si une partie n'a pas d'établissement, sa résidence habituelle en tient lieu ».

[20] *Code de procédure civile et administrative*, Chap. VI - Disposition particulière à l'arbitrage commercial international, Sect. 1 - Dispositions générales, Art. 1039 « Ets international au sens du présent code, l'arbitrage qui connait des litiges relatifs à des intérêts économiques d'au moins deux États ».

économique, au droit public et finalement n'est pas sans faire songer à l'interventionnisme étatique à travers l'édiction de règles à caractère impératif, alors que les « intérêts du commerce »[21] relèvent plutôt de la sphère du droit commercial, du droit privé[22]. De ce fait, les intérêts du commerce international ne sont pas exclusivement ceux des opérateurs du commerce international car l'intérêt des États fait partie de l'intérêt du commerce international[23]. La nouvelle définition de l'arbitrage international en Algérie n'a donc retenu qu'un seul critère économique, alors que le décret-législatif n° 93-09 avait par le passé retenu un critère économique et un critère juridique[24].

Les législations maghrébines ont donc opté pour une interprétation plus ou moins large de la notion d'« international »[25] en intégrant dans leur loi respective le second critère fondé sur des éléments juridique ou volontaire. Il est vrai que le droit national applicable laisse également le choix de la qualification « internationale » aux parties en signifiant un lieu d'arbitrage à l'étranger ou en prévoyant l'existence de liens

[21] Voir sur cette question Ph. BOULANGER, « La notion d'intérêt du commerce international », *Revue de l'Arbitrage*, 2005, n° 2, p. 448 et s. ; ou encore X. BOUCOBZA, « La prise en compte des intérêts de l'État dans le commerce international », *Revue de l'Arbitrage*, 2005, n° 2, p. 465 et s.

[22] Nora SEDDIKI-EL HOUDAIGUI, *Arbitrage commercial international au Maghreb – Droit et pratique*, L'Harmattan, 2012, p. 67.

[23] X. BOUCOBZA, *op. cit.*, p. 468.

[24] Cette question a fait débat et de nombreux auteurs se sont exprimés à ce sujet soutenant plusieurs positions (M. ISSAD, « Le décret législatif algérien du 23 avril 1993 relatif à l'arbitrage international », *Revue de l'Arbitrage*, 1993, n° 3, p. 377-400 ; D. BENABDERRAHMANE, « Le nouveau droit algérien de l'arbitrage international », *Cahiers Juridiques et Fiscaux de l'Exportation*, 1993, n° 5, p. 10-20 ; N. E. TERKI, *L'arbitrage commercial international en Algérie*, O.P.U., Algérie, 1999, p. 24 et s.). Pour une vision synthétique de la question voir N. ALLIOUCH-KERBOUA-MEZIANI, *L'arbitrage commercial international en Algérie*, O.P.U., 2010, p. 17 et s.

[25] Il n'est pas inintéressant de relever à propos de la notion d'extranéité qu'il n'y a pas « dans la *charia* de distinction entre un musulman national et un musulman étranger, une relation interne et une relation internationale. L'élément d'extranéité en islam n'est pas fondé sur le concept de nationalité mais sur la religion (...) », N. NAJJAR, *op. cit.*, p. 12.

avec plus d'un pays. Enfin, le différend relevant d'un arbitrage interne peut, par la simple volonté des parties ressortissant d'un même pays, s'envisager dans le cadre d'un arbitrage international, alors même que le litige ne comportait aucun élément d'extranéité.

Cette question de l'internationalité est d'un intérêt pratique essentiel puisqu'en effet dans les droits tunisien, mauritanien et algérien sur l'arbitrage, l'État peut compromettre uniquement dans le cadre d'un arbitrage international, alors que la loi marocaine n'a pas établi cette distinction, la possibilité de compromettre pour un organe public concerne autant l'arbitrage interne que l'arbitrage international[26].

Ainsi, l'internationalité est une condition véritablement sine qua non. Cet aspect est fondamental, d'une part en ce qui concerne une opération liant secteur public et privé qui se veut internationale et d'autre part, au regard d'une éventuelle compromission au niveau d'un arbitrage international. Mais, au-delà de cette première exigence, ces situations internationales posent également, avec une acuité toute particulière, la question de leur arbitrabilité au regard des limitations rationae personae concernant le droit de compromettre.

II – Les limitations rationae personae du droit de compromettre

L'autre question importante, concernant l'arbitrabilité des conflits propres au droit public des affaires internationales porte sur le fait de savoir s'il est toujours envisageable d'organiser par anticipation, de façon contractuelle, les voies et moyens qui

[26] « Pour ce qui est de l'État et de l'arbitrage : la loi n° 08-05 règlemente également le possible recours de l'État, les établissements publics et les collectivités locales à l'arbitrage ; avant la promulgation de ce texte, aucune disposition ne prévoyait le recours à l'arbitrage dans des différends mettant en cause l'État. Actuellement, toute contestation à caractère pécuniaire peut être soumise à l'arbitrage. A signaler juste, que les actes unilatéraux ou relatifs à l'application de la loi fiscale ne sont pas concernés par les nouvelles dispositions », B. JDAINI, *op. cit.*, p. 164.

devraient permettre de solutionner le différend en dehors des voies contentieuses classiques. Évidemment, c'est l'aspect international de ces partenariats qui donne ici une intensité toute spécifique à cette question car effectivement, le fait pour les parties à de tels contrats de pouvoir organiser à l'avance et de façon « privée » les voies de règlement de leur éventuel litige est fondamental.

Dès lors deux issues peuvent se décliner. Il est tout d'abord possible de se tourner vers l'arbitrage institutionnel, lequel implique le recours à une institution permanente d'arbitrage[27]. Ensuite, les parties peuvent opter pour un arbitrage ad hoc, qui nécessite le recours à une institution particulière, dédiée à une affaire donnée et qui va alors mettre en présence les parties et les arbitres. Cette formule est extrêmement souple, les parties choisissent librement leurs arbitres, le lieu, le droit applicable, la procédure. Toutefois, il peut arriver que la mise en œuvre de ce dispositif bloque en raison du refus d'une des parties ou d'un désaccord entre elles[28].

Ainsi, l'arbitrage est en principe le mode alternatif de règlement des litiges, privilégié dans le cadre des contrats internationaux, sous réserve toutefois que le droit national de l'État concerné n'interdise pas le recours à l'arbitrage. Il s'agit là effectivement d'un point névralgique qui tient au fait que l'État souverain apparaît comme une simple partie, ne pouvant revendiquer ses prérogatives de puissance publique face à une convention d'arbitrage dont il est signataire, d'où un certain

[27] Son rôle se limite à administrer et à fournir un minimum d'infrastructure opérationnelle aux arbitrages qui ont lieu sous son autorité. Ces centres d'arbitrage peuvent élaborer leur propre règlement d'arbitrage, néanmoins ces institutions s'imposent toutes l'application de principes communs, S. BRACONNIER, J.-B. MOREL, A.-E. RUBIO, *op. cit.* , Fasc. 647, n° 220.

[28] La Commission des Nations unies pour le droit du commerce international a élaboré en 1976 un règlement d'arbitrage (CNUDCI) afin d'encadrer la procédure d'arbitrage par un recours subsidiaire à un règlement existant.

nombre d'atermoiements et de difficultés. Cependant, les exigences de passation des contrats internationaux ont progressivement obligé l'ensemble des États à revoir leur législation sur ce point[29].

En France, les personnes publiques ne peuvent pas avoir recours à l'arbitrage[30]. C'est l'article 2060 du code civil qui porte cette interdiction, selon laquelle « on ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisés par décret à compromettre »[31].

Néanmoins aujourd'hui dans le droit français, l'arbitrage pour les personnes publiques est expressément prévu dans le domaine des marchés publics en matière de liquidation des dépenses de travaux de fournitures (Code des marchés publics, art. 128). Pour le reste, le recours à l'arbitrage est depuis déjà longtemps organisé spécialement par divers traités internationaux relatifs à des ouvrages transfrontaliers (tunnel du Mont-Blanc, tunnel sous la Manche, ligne ferroviaire à grande vitesse entre la

[29] Nora SEDDIKI-EL HOUDAIGUI, *op. cit.*, p. 226.

[30] « L'arbitrage est probablement inadapté, au moins dans le contexte français, à la solution des litiges liés à l'activité spécifiquement administrative ; en revanche il est suffisamment pratiqué à l'occasion de la mise en œuvre d'activités ou relations à dominante économique ou commerciale (…) », D. LABETOULLE, *op. cit.*, p. 676.

[31] C'est ainsi que le Conseil d'État, dans son avis n° 339710 du 6 mars 1986 sur le projet Eurodisneyland avait d'ailleurs rappelé « qu'il résulte des principes généraux du droit français, confirmés par les dispositions du premier alinéa de l'article 2060 du code civil, que sous réserve des dérogations découlant de dispositions législatives express ou le cas échéant des stipulations de conventions internationales incorporées dans l'ordre juridique interne, les personnes morales de droit public ne peuvent pas se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquels elles sont parties et qui se rattachent à des rapports relevant de l'ordre juridique interne », S. BRACONNIER, J.-B. MOREL, A.-E. RUBIO, *op. cit.*, n° 223.

France et l'Espagne)[32].

La question s'est posée avec tout autant d'insistance dans les pays du Maghreb qui n'échappent pas, loin s'en faut, à l'internationalisation du droit des affaires. Au fond, la question reste toujours la même : savoir si telle ou telle personne publique dispose de la capacité à compromettre. En Algérie, avant 1988, il existait une réelle méfiance vis-à-vis de l'arbitrage international qui se traduisait par une interdiction de compromettre de principe. Laquelle interdiction frappait non seulement les personnes morales publiques mais aussi toutes les entreprises à capital public (entreprises socialistes)[33]. Cette faculté donnée à certains opérateurs publics ne fait aujourd'hui plus de doute et ce, depuis les réformes de 1988[34]; en ce qui concerne les entreprises publiques la consécration ne date véritablement que du décret législatif de 1993. Il est vrai que, s'agissant des entreprises publiques, à la veille des réformes économiques de 1988, le doute persistait quant à la possibilité de compromettre même pour des entreprises publiques en matière internationale[35]. En effet, ce sont les textes du 12 janvier 1988, en particulier le texte portant orientation des entreprises publiques économiques (loi n° 88-01) qui a eu le mérite de clarifier les

[32] Il est à noter que dans le domaine des contrats de partenariat le législateur a autorisé le recours à l'arbitrage. En effet, aux termes de l'article 1414-12, 1 du code général des collectivités territoriales, issu de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariats, « un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives (…) aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage avec application de la loi française ». Cet article paraît autoriser la seule clause compromissoire, laquelle justement tend à stopper tout litige susceptible de naître à moment donné entre les parties ; *ibid.,* n° 224.

[33] M. TRARI TANI, *Droit algérien de l'arbitrage commercial international*, Coll. Droit pratique, Ed. Berti, Alger, 2007, p. 62.

[34] Train de réformes dont la première n° 88-01 portant orientation des EPE accordant aux entreprises publiques ayant une vocation concurrentielle une autonomie de gestion (*JORA* 1988, n° 2), *id. ibid.*, note 140.

[35] Et l'on cite souvent à cette occasion un arrêt de la Cour d'Alger du 20 décembre 1986, qui, pour ce motif, a annulé une sentence C.C.I. du 20 décembre 1985, rendue entre une entreprise algérienne et une entreprise française.

choses, à tout le moins au niveau interne[36]. Après encore quelques avatars[37], le problème s'est posé avec une particulière prégnance dans les années 2000 s'agissant de la soumission des marchés publics à l'arbitrage international. Effectivement, les membres du Conseil d'État algérien avaient estimé que les marchés publics n'étaient pas susceptibles d'être soumis à l'arbitrage international et ce en dépit du fait que le Code des marchés publics algérien laissait entrevoir la possibilité de les soumettre à cet arbitrage[38]. La loi n° 08-09 a mis un terme à ce débat puisqu'en effet les articles 975[39] et 1006[40] se prononcent d'une façon tout à fait claire sur cette question et posent ainsi un cadre légal à l'arbitrabilité en droit public des affaires internationales.

Pour la Tunisie aussi, l'évolution fut lente et teintée d'hésitations. Là encore, un principe général d'interdiction de compromettre frappait initialement l'État et les collectivités publiques, mais il a réduit progressivement[41]. En effet, l'évolution législative mais aussi jurisprudentielle antérieure au code de 1994 a considérablement oblitéré la portée de cette prohibition. Une série de lois spéciales et de conventions internationales ont dérogé au principe de l'interdiction de

[36] Il a ainsi abrogé l'ordonnance sur l'arbitrage obligatoire et il a été admis avec quelques ambiguïtés l'arbitrage volontaire, *ibid.,* p. 63.

[37] Pour plus de détails sur ces épisodes voir *ibid.*, p. 60 à 64.

[38] Décret présidentiel n° 02-250 du 24 juillet 2002 portant code des marchés publics, *J.O.* n° 52 du 28 juillet 2002, modifié et complété (articles 50, 101, 102) ; N. ALLIOUCH-KERBOUA-MEZIANI, *op. cit.*, p. 14.

[39] « Les personnes visées à l'article 800 ci-dessus (l'État, la wilaya, la commune ou un établissement public à caractère administratif) ne peuvent compromettre, sauf dans les cas prévus par les conventions internationales que l'Algérie a ratifiées ainsi qu'en matière de marchés publics ».

[40] « Toute personne peut compromettre sur les droits dont elle a la libre disposition. On ne peut compromettre sur les questions concernant l'ordre public, l'état et la capacité des personnes. Les personnes morales de droit public ne peuvent pas compromettre, sauf dans leurs relations économiques internationales et en matière de marchés publics ».

[41] N. NAJJAR, *op. cit.*, p. 200.

l'arbitrage[42]. Aujourd'hui, dans le code tunisien de l'arbitrage, l'interdiction de compromettre des personnes publiques est toujours clairement exprimée. Cependant, l'article 7 point 5 établit tout de même une distinction nette entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international concernant l'Etat, les établissements publics à caractère administratif et les collectivités locales. Il vient ainsi limiter la portée de cette prohibition en précisant « (…) à l'exception des contestations découlant des rapports internationaux, d'ordre économique, commercial ou financier (...) ». Toutefois, on relèvera que cette disposition (art. 7 point 5) n'a pas mentionné expressément les établissements publics industriels et commerciaux, alors qu'elle n'a pas omis d'évoquer l'établissement public administratif. Cette omission semble signifier que ce type d'établissement n'est donc pas visé par la disposition, ce qui laisse inexorablement planer un doute sur la capacité à compromettre de ces personnes morales publiques[43].

Pour sa part, le code mauritanien pose dans son article 8 le principe et son exception : « on ne peut compromettre (…) dans les contestations concernant l'État, les établissements publics et les collectivités locales, à l'exception des contestations découlant de rapports internationaux d'ordre économique, commercial ou

[42] La jurisprudence a suivi également cette voie, ainsi l'affaire *Entrepose contre Société tunisienne d'électricité et de gaz* (Trib. 1e instance Tunis, 22 mars 1976, *Rev. Arb.,* 1976.263, n. F. Mechri) a inauguré une série de décisions visant à limiter l'interdiction de l'arbitrage dans les contrats impliquant l'Etat et les personnes morales de droit public aux seuls litiges de droit interne. En 1987, le Tribunal de première instance de Tunis jugeait, dans une affaire *Bec frères contre Ministère de l'Equipement* (Trib. 1e instance Tunis, référé, 17 oct. 1987, *Bec frères – GTAF c. État tunisien*) confirmé à la Cour d'appel de Tunis le 1er fév. 1988, *Rev. Arb.,* 1988.732, n. F. Mechri) qu'il « était fondé à nommer un arbitre aux lieu et place de l'État, qui refusait de le faire » au motif que « les dispositions limitant l'aptitude de l'État et des collectivités publiques à compromettre n'étaient pas applicables aux relations internationales » pour lesquelles il ne fallait se référer « qu'aux règles du commerce international, aux traditions et usages en la matière, seuls applicables entre les parties », cité *id. ibid.*

[43] Nora SEDDIKI-EL HOUDAIGUI, *op. cit.*, p. 229-230.

financier ». En rupture avec la loi tunisienne, le texte mauritanien prévoit explicitement tous les établissements publics[44].

De toute évidence, la question du droit à compromettre des personnes publiques est étroitement liée à celle de l'internationalité. Elle se pose avec plus d'insistance aussi bien pour les droits tunisien, mauritanien qu'algérien. Il est vrai que de la qualification "d'international" dépendra l'autorisation ou non à compromettre pour cette catégorie de personnes[45].

A cet endroit, la législation marocaine semble la plus contraignante vis-à-vis des entités publiques. Comme pour les autres pays du Maghreb, le Maroc a fait montre pendant longtemps de réticence concernant l'arbitrage des opérations du commerce impliquant l'État et ses démembrements. C'est finalement une loi nouvelle qui est venue lever l'interdiction faite aux personnes morales de droit public d'avoir recours à l'arbitrage[46]. Si cette question ne fait donc plus vraiment polémique aujourd'hui, il apparaît toutefois que des conditions contraignantes balisent étroitement le droit de compromettre des personnes morales de droit public. C'est l'article 310 du Code de procédure civile marocain, qui énonce, aussitôt après l'interdiction de principe[47], que l'État, les collectivités locales et les organismes dotés de prérogatives de puissance publique peuvent envisager l'arbitrage pour « les contestations pécuniaires qui en résultent (…) à l'exception de celles concernant l'application d'une loi fiscale » et le texte de préciser ensuite « Nonobstant les dispositions du 2e alinéa de l'article 317

[44] *Id. ibid.*
[45] *Id. ibid.*
[46] L'essentiel des débats porte alors sur la possibilité de compromettre d'un établissement public et sur celle de l'opposabilité d'une clause d'arbitrage international à un établissement public marocain à caractère industriel et commercial.
[47] « Les litiges relatifs aux actes unilatéraux de l'État, des collectivités locales ou autres organismes dotés de prérogatives de puissance publique ne peuvent faire l'objet d'arbitrage (...) ».

ci-dessous, les litiges relatifs aux contrats conclus par l'État ou les collectivités locales peuvent faire l'objet d'une convention d'arbitrage dans le respect des dispositions relatives au contrôle ou à la tutelle prévus par la législation ou réglementation en vigueur sur les actes concernés ».

De façon tout à fait concrète, la réglementation édictée par le texte intervient en attribuant compétence à une autorité à seule fin d'apprécier si le recours à l'arbitrage n'est pas contraire à l'intérêt général[48]. Les collectivités locales disposent donc d'une autonomie placée néanmoins sous la réserve des tutelles. Il est donc possible d'avoir recours à l'arbitrage selon les mêmes procédés que pour l'État, cet arbitrage relèvant ainsi du régime propre à l'État. Selon toute vraisemblance, de telles dispositions laissent comprendre que le recours à l'arbitrage a certes été envisagé, mais la démarche est enserrée dans le corset étroit de la protection des intérêts de l'État. De la sorte, les aléas et incertitudes ont vocation à être les plus réduits possibles du fait de ces mécanismes de contrôle. L'État marocain paraît en l'espèce, ne pas complètement renoncer à toute protection du droit public permettant, par là même, la défense des prérogatives de puissance publique[49]. C'est ainsi que la législation marocaine en matière d'arbitrage a estimé que les conventions d'arbitrage devaient systématiquement faire l'objet d'une approbation, selon des procédés internes particuliers[50].

---

[48] Il est prévu une procédure particulière adaptée à la spécificité des personnes en cause. Cette procédure particulière est évoquée par l'article 310 lui même qui fait référence à l'article 317 de la loi de l'arbitrage qui traite de l'exigence d'écrit et de mention obligatoire, telle la désignation des arbitres, qui peut être écartée en faveur de dispositions particulières prévues par une loi spéciale. Cette législation spécifique envisage l'obligation de recourir au droit applicable et aux règles procédurales spéciales, Nora SEDDIKI-EL HOUDAIGUI, *op. cit.*, p. 228.

[49] La loi marocaine a donc distingué l'État et les collectivités locales disposant de prérogatives de puissance publique des entreprises et des établissements publics. Concernant les entreprises publiques marocaines dites également établissement public industriel et commercial, elles sont soumises à un mécanisme de contrôle plus allégé que celui de l'État, *ibid.,* p. 229.

[50] La disposition visée ayant trait aussi bien à l'arbitrage interne qu'international, énonce :

Conclusion

Largement influencé par le phénomène de la mondialisation économique, le droit public des affaires international a pris la forme de contrats publics, intégrant en leur sein un élément d'extranéité.

Les sources de ces partenariats se caractérisent par leur très forte hétérogénéité, tendant toutefois vers un but principal qui demeure l'ouverture à la concurrence, tout en sécurisant juridiquement ces opérations. A cet endroit, l'arbitrage à l'échelle internationale revêt de réels intérêts, mais soulève aussi quelques réticences de la part d'États encore soucieux de préserver leur contrôle, plus ou moins étroit, sur ces opérations supra-nationales.

Il reste néanmoins acquis qu'il existe de réelles avancées de l'arbitrage dans le domaine du droit public des affaires internationales, des avancées certes prudentes, toujours teintées de circonspections, mais qui n'en demeurent pas moins tangibles. L'évolution peut paraître heurtée, quelque peu empirique et dictée par les circonstances et les opportunités, mais on y décèle des convergences et au fond ces progrès vont dans le même sens, celui d'un élargissement, d'une ouverture accrue à l'arbitrabilité. Chaque pays chemine sur cette voie à son rythme, avec ses flux et ses reflux, mais toujours dans le sens

---

« les entreprises publiques soumises au droit des sociétés commerciales peuvent conclure des conventions d'arbitrage dans les formes et conditions déterminées par leur conseil d'administration ou de surveillance ou par leur organe de gestion ». Concernant les établissements publics, le même article de la loi, prévoit que « Nonobstant les dispositions du 2e alinéa de l'article 317 ci-dessous, les établissements publics peuvent conclure des compromis d'arbitrage dans les formes et conditions déterminées par leur conseil d'administration. Les conventions comportant des clauses d'arbitrage font l'objet d'une délibération spéciale du conseil d'administration » (art. 311 de la loi marocaine sur l'arbitrage). C'est donc le conseil de direction de l'entreprise publique ou de l'établissement public qui valide le recours à l'arbitrage et pose les règles à tenir aussi bien dans le cadre d'un compromis que dans celui de la clause d'arbitrage, *Id. ibid.*

d’une arbitrabilité croissante avec en ligne de mire une plus grande cohérence globale, une lisibilité renforcée. Le bon sens pousse dans cette direction, le besoin aussi.

Mais, pour l'heure, il semble difficile d'évoquer une harmonisation internationale en matière d'arbitrabilité de ces partenariats; toutefois malgré les différences et préventions qui subsistent d'un pays du Maghreb à l'autre un processus de normalisation paraît s'amorcer et laisse augurer que cette solution juridique alternative s'imposera à terme.

LA PARTICIPATION A L'ARBITRAGE DES PERSONNES MORALES DE DROIT PUBLIC (L'exemple de l'OHADA)

Alain FENEON
Avocat Honoraire au Barreau de Paris
Arbitre - Médiateur International
Maître de Conférences Sciences Po Paris

1. Dans beaucoup de législations nationales sur l'arbitrage, le principe de la **non-arbitrabilité des litiges impliquant les personnes morales de droit public**, en particulier l'Etat et les collectivités territoriales, est clairement posé, et ce depuis longtemps.

2. Cette position s'explique aisément **dans le système juridique français c**omme dans ceux qui s'en inspirent. La distinction entre la justice des particuliers et celle de l'administration, c'est-à-dire de l'Etat, y est fermement établie.

Ce dualisme juridictionnel s'est construit historiquement à partir du XVIIIème siècle après la Révolution Française. Par les lois des 16-24 août 1790 sur l'Organisation Judiciaire, l'assemblée constituant issue de la Révolution a fait expressément défense aux tribunaux de connaître des affaires administratives.

L'article 13 du Titre II de cette loi dispose : « *Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront à peine de forfaiture troubler de quelques manières que ce soient les opérations des corps administratifs, n'y citer devant eux, les administrateurs en raison de leurs fonctions* ».

3. A la suite de ces lois naîtra au terme d'une évolution sinueuse **la juridiction administrative** à côté des juridictions judiciaires à la faveur de l'institution du Conseil d'Etat par la Constitution de 1799.

Cette logique de la séparation des pouvoirs et donc de la séparation juridictionnelle s'est trouvée dans un premier temps érodée par la distinction **entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international (I),** puis par un mouvement plus profond, dans lequel les pays d'Afrique subsaharienne ne sont montrés particulièrement novateurs, par la **reconnaissance de l'arbitrabilité des litiges entre Etats et entreprises** (II).

I. Une arbitrabilité limitée au commerce international

1.1- L'Arbitrabilité limitée du Droit Français.

4. Beaucoup de législations interdisent encore, au moins en ce qui concerne les matières d'ordre interne, aux personnes morales de droit public de compromettre.

Cette interdiction est absolue en droit français en ce qui concerne l'Etat, les collectivités publiques et les établissements publics administratifs.

5. Quant au droit français, il convient d'observer que les restrictions apportées en droit interne à l'arbitrabilité des litiges concernant l'Etat et les personnes morales de droit public avaient été écartées de longue date en matière internationale.

En premier lieu, la C**our d'Appel de Paris, le 10 avril 1957, dans l'affaire** Myrtoon Steamship avait décidé pour la première fois que « *la prohibition (faite à l'Etat de compromettre) est limitée aux contrats d'ordre interne et sans imbrication pour les conventions ayant un caractère international* » et que « *l'interdiction qui résultait à l'époque de l'article 1400 du Code de procédure civile n'est pas d'ordre public* ».

6. Par la suite, la Cour de Cassation dans un arrêt **San Carlo av**ait repris cette solution en relevant la spécificité des besoins du commerce international et en infirmant que « *La Cour d'Appel*

avait seulement à se prononcer sur le point de savoir si cette prohibition générale édictée dans les contrats internes, devait encore s'appliquer à un contrat international de droit privé, passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce maritime ».

Toutefois, la solution retenue par la Cour de Cassation consistant à se référer à la loi contractuelle avait pour immense inconvénient de conduire à des solutions variables en fonction des espèces.

7. C'est pourquoi, la Cour de Cassation, dans son arrêt **Galakis** du 2 mai 1966 a abandonné cette référence. La Cour de Cassation a ainsi considéré que la prohibition n'était pas applicable à « *un contrat international passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce maritime* » et donc non applicable aux contrats internationaux.

8. Bien que la loi du 5 juillet 1972 ait introduit un nouvel article 2060 du Code civil, prohibant tout arbitrage sur les contestations intéressant les collectivités publiques, les établissements publics, la jurisprudence française a maintenu cette exception en faveur des contrats internationaux et ce même pour les personnes publiques étrangères.

9. Cette question s'est illustrée dans la jurisprudence française par un contentieux opposant la société iranienne NIOC et la société de droit panaméen GATOIL.

Dans son arrêt en date du 17 Décembre 1991, la Cour d'Appel de Paris, saisit d'un recours en annulation contre la sentence arbitrale a considéré que : " *l'ordre public international interdisait à NIOC de se prévaloir des dispositions restrictives de son droit national pour se soustraire à postériori à l'arbitrage convenu entre les parties* ".

10. Cette solution a été confirmée par un autre arrêt rendu le 24 Février 1994 par la Cour d'appel de Paris, dans une affaire opposant le Ministère Tourisme de l'Equipement à une société BEC Frères. Il s'agissait d'un contrat passé par le Ministère tunisien pour la construction d'une route.

La Cour d'appel a jugé que : " La *prohibition pour un Etat de compromettre est limitée aux contrats d'ordre interne, que cette prohibition n'est en conséquence pas d'ordre public international. Que pour valider la clause compromissoire dans un marché, il suffit de constater l'existence d'un contrat international passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages international.*

1.2-L'Arbitrabilité limitée en droit algérien et dans d'autres droits

11. Le législateur algérien a de la même façon admis, à l'occasion de la réforme de l'arbitrage du 25 Avril 1993 que les personnes morales de droit publ**ic peuvent compromettre "dans les relations commerciales internationales ".**

Je renvoie sur ce texte aux excellents commentaires de Monsieur ISSAD à la Revue de l'Arbitrage 1993, n° 377 et à ceux de Messieurs les professeurs BEDJAOUI et MEBROUKINE au JDI 1993, 873.

12. Quoique de façon plus indirecte, le législateur égyptien s'est également rangé à cette solution.

Il est en de même en droit libanais. Le Code de procédure civile admet en son article 809 la possibilité pour l'Etat de compromettre dans les litiges internationaux mais en exclut l'idée en droit interne.

13. Dans d'autres systèmes juridiques en revanche, le pouvoir de compromettre de l'Etat et des personnes morales de droit public est admis mais s**ubordonné à** l'obtention de certaines autorisations préalables.

Il en est ainsi du droit iranien dans l'article 139 de la Constitution qui subordonne la soumission des différends concernant les biens de l'Etat à l'approbation du Conseil des Ministres assorti de la notification au Parlement.

14. La Jurisprudence arbitrale internationale admet également de manière constante **qu'un Etat, ne peut, en matière internationale**, se prévaloir de son propre droit pour échapper à une convention d'arbitrage librement consentie.

Une expression de cette solution s'est notamment exprimée dans une sentence CCI n°1939, dans les termes suivants : *" si certaines législations d'inspiration française ... interdisent à l'Etat ou à une collectivité publique de compromette, il est admis que cette interdiction est sans portée dans les contrats internationaux. En effet, en tant qu'il s'agit là d'une règle d'ordre public, cette interdiction ne peut se situer que dans l'ordre interne"*

et cette sentence d'ajouter : *" Tel est le sens de la jurisprudence française, maintenant bien établie et indiscutée ... l'ordre public international s'opposerait avec force à ce qu'un organe étatique, traitant avec des personnes étrangères puisse passer ouvertement, le sachant et le voulant, une clause d'arbitrage qui met en confiance le cocontractant et puisse ensuite .. se prévaloir de la nullité de sa propre parole. "*

II. La libre arbitrabilité des litiges entre états et entreprises

15. Ce principe de libre arbitrabilité a trouvé son apogée en 1999 par la publication dans les Etats d'Afrique subsaharienne, membres de l'organisation de l'harmonisation du droit des affaires en Afrique **(OHADA)** un Acte Uniforme sur l'arbitrage, dont l'article 2 alinéa 2 est ainsi rédigé : « *Les Etats et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les établissements publics peuvent également être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer*

leurs propres droits pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage ».

16. Cette disposition brise la logique de la séparation juridictionnelle rappelée ci-dessus et procède **à l'unification de tous les contentieux.** Cette référence de l'article 2 alinéa 2 ou « l'établissement public » apparaît comme une amplification de la tendance du droit moderne de l'arbitrage, celle de l'Etat et des autres collectivités publiques à une révolution.

2.1 La participation de l'Etat et des Etablissements publics à l'Arbitrage.

17. La possibilité de participer à l'arbitrage ouverte par l'article 2 alinéa 2 de l'Acte Uniforme OHADA n'est pas une nouveauté en droit de l'arbitrage. Le fait novateur à cet égard vient de ce que l'arbitrage OHADA couvre substantiellement **un champ beaucoup plus étendu qu**e le domaine strict du commerce et de l'industrie.

18. Il est admis en effet, depuis longtemps, qu'en raison de leurs activités les EPIC fonctionnent dans les conditions du droit privé. Ils sont en conséquence soumis aux mêmes règles que les personnes morales de droit privé ainsi que les particuliers.

L'esprit et la logique de la gestion commerciale ne permettent pas qu'il en soit autrement. C'est ainsi qu'en France les Tribunaux de commerce sont compétents à l'égard de ces établissements.

19. Mais qu'en était-il de l'arbitrage ?
Se basant sur le principe ancien suivant lequel la voie de l'arbitrage est fermée aux personnes publiques quelles qu'elles soient, le Conseil d'Etat français avait estimé dans un arrêt d'assemblée de 1957 que ce principe s'appliquait aux EPIC en déclarant illégal un décret autorisant l'arbitrage à la société

nationale des ventes de surplus, qui était, en dépit de sa dénomination un établissement public.

20. Telle était la situation qui s'imposait jusqu'en 1972 au regard des articles 1003 et 83 du Code de procédure civile de 1806 qui régissait la matière.

La question a évolué depuis que l'article 1003 a été abrogé par la loi du 5 juillet 1972 et que l'article 83 a disparu de la nouvelle codification du Code de procédure civile. La loi du 5 juillet 1972, combinée avec la loi du 9 juillet 1975 a introduit en effet un nouvel article 2060 du Code civil dont il ressort ce qui suit : « *On ne peut compromettre… sur les contestations intéressant des collectivités publiques et des établissements publics… . Toutefois des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret…* ».

Ainsi donc les EPIC connaissaient en la matière un régime dérogatoire du droit commun applicable aux personnes morales de droit public ; dérogation contrôlée car soumise à une autorisation réglementaire et expresse. C'était donc une dérogation cas par cas qui était alors appliquée.

21. L'intérêt de l'Acte Uniforme OHADA sur ce point n'est pas seulement d'admettre les EPIC dans le champ de l'arbitrabilité, mais surtout détendre son domaine à toutes les questions du droit des affaires. En effet, au terme de l'article 2 du Traité de l'OHADA : « *Entre dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés, au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et la liquidation judiciaire, le droit de l'arbitrage, le droit du travail, le droit comptable, le droit de la vente… et toutes autres matières que le Conseil des Ministres déciderait à l'unanimité d'y inclure…* ».

On le voit bien, l'EPIC n'a plus sous ce rapport aucun domaine de non arbitrabilité : bien qu'il relève du droit public par son statut juridique il devient totalement assimilable à une entreprise privée.

22. Au surplus, on notera que le droit OHADA ne fait pas de distinction entre l'arbitrage interne et l'arbitrage international.

Cette distinction classique en droit français a été ici totalement abandonnée. La généralisation de la pratique des contrats d'investissement entre Etats et entreprises étrangères dans les pays en développement à compter des années 1970 a généré un **abondant contentieux arbitral** impliquant directement les Etats. C'est ainsi qu'à de nombreuses reprises la responsabilité contractuelle des Etats a été établie et notamment devant les juridictions arbitrales tel le CIRDI, les Etats africains ont souvent été mis à contribution.

23. Assurément, la participation à l'arbitrage de l'Etat et des autres collectivités publiques territoriales et des établissements publics administratifs à l'arbitrage OH**ADA est plus qu'une simple innovation : une authentique révolution dans la pensée juridique de tradition latine,** et plus particulièrement dans la doctrine de l'arbitrage.

24. L'article 2 alinéa 2 de l'Acte Uniforme OHADA constitue à cet effet **un acte de rupture.** Il traduit en effet un paradoxe. En effet, il ne peut s'expliquer que dans un contexte de participation directe accrue de l'Etat et des autres sujets visés à l'activité économique, et plus précisément au monde des affaires.

Certes, ce mouvement va de pair avec la vague de privatisation, engagée en Afrique, sous l'assistance de la Banque Mondiale.

On peut y voir effectivement un mouvement de cause à effet dans la mesure où l'OHADA était fortement soutenue par les institutions internationales et qu'en l'espèce, la possibilité pour l'Etat de compromettre permet ainsi d'inclure des clauses compromissoires dans les contrats de cession d'entreprises et dans les contrats de garantie.

En d'autres termes, l'arbitrabilité des litiges impliquant l'Etat intervient au moment de son désengagement économique et de son démembrement…

25. Si l'article 2 alinéa 2 de l'Acte Uniforme OHADA apparaît sur ce point révolutionnaire, c'est parce qu'il consacre de ce fait non seulement l'arbitrage international relatif entre Etats et entreprises étrangères, mais aussi l'arbitrabilité des différends impliquant toutes les personnes morales de droit public y compris l'Etat dans l'ordre interne des Etats membres de l'OHADA. Par ailleurs, cet article ne subordonne l'arbitrabilité des litiges concernant des personnes morales de droit public à aucune autorisation préalable des instances nationales.

Le texte de l'OHADA paraît à cet égard d'un grand libéralisme comparé par exemple aux dispositions de la Convention Européenne sur l'arbitrage commercial international signée à Genève le 21 avril 1961.

En effet, si à son article 2 consacré à la capacité des personnes morales de droit public de soumettre à l'arbitrage elle reconnaît auxdits personnes « *la faculté de conclure valablement des conventions d'arbitrage (art. 1er), elle ouvre aussitôt une possibilité pour l'Etat de limiter son champ d'arbitrage* ».

26. L'intérêt indéniable de cet article 2 alinéa 2 de l'Acte Uniforme de l'OHADA est donc de régler sans ambiguïté cette question de pouvoir compromettre des personnes publiques. Mieux encore, il donne une base commune dans tous les Etats membres de l'OHADA à « *l'arbitrage entre Etats, entreprises*

d'Etats et entité inter étatique et entreprises étrangères » en s'inspirant à l'évidence dans la formulation de cette règle libérale de la loi suisse (art.177 alinéa 2,Loi fédérale de droit de personnes privées).

2.2 Quid de l'exécution des sentences contre l'Etat ?

27. Cependant, l'Acte Uniforme laisse entier le **problème de l'exécution des sentences** rendues dans un litige impliquant l'Etat ou un de ses démembrements. Il s'agit d'un problème à la fois d'ordre juridique et d'ordre pratique.

28. Sur le plan juridique, la question est de savoir s'il l'on peut soumettre par assimilation l'Etat et les autres personnes morales de droit public à l'exclusion des EPIC, aux voies d'exécution mises en œuvre contre les particuliers.

Rappelons que le Conseil d'Etat français a répondu à cette question par la négative à propos de saisies-arrêts dirigées contre la Société Nationale des Entreprises de Presse (CE, 9 juillet 1951). On relève toutefois une évolution au sens contraire devant les tribunaux judiciaires vis-à-vis des EPIC, les juges estimant qu'ils doivent dans certains cas pouvoir faire l'objet de voies d'exécution (Paris, 1er Chambre, 26 mai 1982, JCP 1982 n° 19 911).

29. Pour l'OHADA, les personnes morales de droit public sont exonérées de l'exécution forcée en application de **l'article 30 de l'Acte Uniforme portan**t réalisation des procédures simplifiées des voies d'exécution ; ces personnes morales peuvent compromettre, être justiciables dans leur justice arbitrale, mais ne sont pas exposées à l'exécution forcée.

Cette solution est à l'évidence critiquable et critiquée, d'autant qu'elle peut conduire à des abus, et des distorsions de concurrence, ainsi que cela été relevé notamment dans l'arrêt de la CCJA, TOGO TELECOM.

30. Il faut par ailleurs rappeler qu'il existe en droit français comme dans les droits des pays africains francophones un certain nombre de prérogatives dont bénéficie l'Etat même dans ses relations contractuelles avec les personnes privées. Peu importe qu'il n'en soit pas investi par le contrat : « *Il les détient en tout état de cause et ne saurait y renoncer régulièrement* ».

31. Ces prérogatives de puissance publique expliquant par exemple que l'Etat contractant puisse décider à tout moment de la résiliation d'un contrat dans **l'intérêt du service, c'est-à-dire à raison de l'intérêt général dont il a la charge et cela même en l'absence de clauses en ce sens du contrat.**

De telles mesures sont-elles susceptibles d'annulation juridictionnelle ? L'instance arbitrale pourra-elle apprécier la validité de telles prérogatives ?

Conclusion

32. La pensée économique dominante imprime une évolution tendant à disqualifier l'Etat de la conduite des affaires. Ce mouvement donne lieu à deux logiques parallèles, voire contradictoires.

D'un côté, l**a volonté d'évacuer l'Etat et les personnes publiques de tout champ de l'activité économique (privatisation, e**tc.…) de l'autre, la tendance à les y **réintroduire par un souci de les banaliser, de leur enlever toutes prérogatives exorbitantes du** droit commun en en faisant des sujets de droit et **un justiciable ordinaire com**parable aux personnes privées.

C'est ce que l'OHADA est en train de réaliser par le biais de l'arbitrage. Saluons cette innovation particulièrement hardie et suivons là dans son application, car elle peut naturellement servir de modèle à d'autres systèmes de droit moins avancés dans ce domaine.

L'ARBITRAGE SOUS COUVERT DES CONVENTIONS D'INVESTISSEMENT UN PHÉNOMÈNE EN EXTENSION

Yakout AKROUNE, Chargée de cours,
Université d'Alger1
Précédente de chambre de tribunal du sport d'Algérie

La multiplication phénoménale des accords de promotion de l'investissement, depuis maintenant plus d'un demi-siècle[1], s'assimile à un véritable raz de marée[2]. Le régime juridique des IDE[3] s'internationalise au moyen des traités bilatéraux (TBI), généralement dénommés "accords de promotion et de protection des investissements" et conventions de non double imposition (CDI) et d'autres accords portant établissement de zones franches[4].

Selon la CNUCED[5] , "l'univers des AII[6] semble en voie de consolidation avec :

[1] Depuis la conclusion, en 1959, du premier accord de promotion et de protection des investissements, le nombre de ces conventions ne cesse de croître : il était de 385 en 1989, il est passé à 2096 en 2001 et il serait, selon la CNUCED, de 3000 environ, en 2007. Il aurait atteint au total le chiffre de **5 939** à la fin de l'année 2009 ("Rapport sur l'investissement dans le monde 2010, Vue d'ensemble ", élaboré par la CNUCED.). Il y aurait, toujours selon cette organisation, approximativement **quatre nouveaux** accords par semaine ! (Ibidem).Pour avoir un aperçu sur le développement de ces accords, on peut se référer aux rapports de la CNUCED, publiés sur les sites suivants : 1-www.unctad.org/wir (tous types d'accords).2-www.unctad.org/iia (accords bilatéraux).

[2] Pour une étude de ce phénomène, voir, Akroune (Y) : *"La protection conventionnelle, facteur d'attractivité des investissements",* in *REMALD, revue marocaine d'administration et de développement,* 2003 n° 42, p.147. **;** Akroune (Y) : *"La promotion de l'investissement étranger par la protection conventionnelle : Les accords bilatéraux",* in, la *lettre juridique* ; Horchani (F) : *"le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation"*, *JDI,* 2004, 2, p.367 ; Schokkaert (J) : *la pratique conventionnelle en matière de protection juridique des investissements internationaux : droit comparé- droit interne- conventions européennes*. Bruxelles, Bruylant, 2006.

[3] Investissement direct étranger.

[4] Accord ALENA entré en application en 1994, accord créant la ZLEA (Zone de Libre Echange des Amériques), traité portant Charte de l'énergie, mis en vigueur en 1998.

[5] Conférence des Nations Unies pour le Commerce Et le Développement.

[6] AII : Accord International sur les Investissements.

a) la multiplication d'accords économiques plurilatéraux de plus vaste portée qui incluent des dispositions relatives à l'investissement ;
b) des efforts pour créer des zones d'investissement au niveau régional (Sud-Sud essentiellement) ;
c) le transfert de compétences pour l'investissement étranger au sein de l'UE"[7].

On observe, relève un auteur[8], une sorte de frénésie, une "véritable euphorie conventionnelle qui se propage à travers le monde à la manière d'une pandémie". En effet, cette dynamique conventionnelle est quasi universelle[9] et les Etats "se livrent (dans ce cadre) à une véritable surenchère dans la séduction"[10] des porteurs de capitaux.

La préoccupation majeure de ces accords est la sauvegarde des intérêts de l'investisseur contre les "abus" de l'Etat d'accueil dont ils tentent de "neutraliser"[11] les prérogatives régaliennes[12],

---

[7] CNUCED : *Rapport sur l'investissement dans le monde 2010, Vue d'ensemble.*

[8] Akroune (Y) : *"La protection conventionnelle, facteur d'attractivité des investissements",* in *REMALD*, revue marocaine d'administration et de développement, 2003 n° 42, p.147, op.cit.

[9] Tous les Etats ont mis en place des réseaux conventionnels destinés à attirer les investisseurs. Les rapports de la CNUCED sur l'investissement l'établissent très clairement. Cette dernière a initié une compilation des traités bilatéraux et multilatéraux d'investissement que l'on peut consulter sur son site internet : www.unctad.org. Le phénomène de modélisation conventionnelle a fait apparaître trois types de traités de promotion de l'investissement : Les modèles, européen, américain (les USA ont adopté en 2004 un nouveau modèle remplaçant celui de 1983) et japonais. Plusieurs commentaires ont été dédiés au nouveau modèle américain ; voir, Abida *(M.) : "Le modèle américain d'accord de protection et d'encouragement des investissements 2004",* Julliard (P.).

[10] Leboulanger (P.) : *"Rapport introductif",* Colloque du comité français de l'arbitrage : *les Etats dans le contentieux économique international, R.A,* 2003, n°3, 620.

[11] Sur cette question, voir Mayer (P.) : *"la neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat", JDI*, 1986, p.5.

[12] Les auteurs de ces manquements peuvent être aussi bien les organes législatifs, exécutifs que judiciaires de l'Etat d'accueil. C'est ainsi que le Gouvernement de la Région de Kaliningrad (fédération de Russie) a introduit, en tant qu'investisseur, une requête contre la République de Lituanie auprès d'un tribunal arbitral constitué sous l'égide de la CIA de la CCI, pour violation de l'accord bilatéral russo-lituanien de promotion de l'investissement, résultant d'une décision d'un tribunal lituanien accordant l'exéquatur à une sentence arbitrale prononcée contre lui. Voir les commentaires de Lemaire (S.) dans la revue de l'arbitrage 2011, n°3 page 695.

par l'interdiction d'un certain nombre de comportements qui leur seraient préjudiciables.

L'Algérie n'est pas restée en marge de ce phénomène puisqu'elle a intégré cette dynamique dans sa stratégie de marketing territorial[13], en densifiant son réseau conventionnel ayant pour objet la promotion de l'investissement[14].

Cette démarche n'a pas été sans effet sur les rapports "Etat d'accueil de l'investissement-investisseurs", ainsi que sur le contentieux[15] auquel donnent fatalement naissance ces relations.

Certaines sentences arbitrales ont, également, engagé la responsabilité de l'Etat pour déni de justice. Voir, sur cette question, les développements consacrés à la sentence arbitrale "the Loewen Group, Inc. et autres contre / Etats-Unis", rendue le 26-6-2003, par un tribunal CIRDI, par Delanoy (L.C), Portwood (T.) *: "la responsabilité de l'Etat pour déni de justice dans l'arbitrage d'investissement", R.A,* 2005, n°3, p.601.

[13]Ainsi, le préambule de l'accord algéro-finlandais "relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements", signé à Alger le 15-1-2005 et ratifié le 11-12-2006 (JORADP n°82 du 17-12-2006, p.5) rappelle que "l'accord sur le traitement à accorder à de tels investissements aura pour effet de **stimuler le flux des capitaux et le développement économique des parties contractantes".**

[14] L'Algérie est actuellement partie à 46 TBI (accords, traités et conventions de promotion et de protection des investissements) et à 32 CDI (Conventions de non double imposition). Elle a, par ailleurs, ratifié, une série de conventions multilatérales promouvant l'investissement, en un laps de temps très court (moins d'une décennie : 1988-1995) : Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales, à laquelle elle a adhérée, le 5-11-1988 ; - Convention de l'Union du Maghreb arabe relative à la promotion et à la garantie des investissements, signée le 23-07-1991 ; - Convention de Ras Lanouf, portant création de la banque maghrébine pour l'investissement et le commerce extérieur, signée les 9 et 10-03-1991 et ratifiée le 13-06-1992 ;- Convention relative aux investissements des capitaux arabes dans les pays arabes, signée le 7-10-1995 et ratifiée le 7-10-1995 ; - Convention portant création de l'agence multilatérale de garantie des investissements (AMGI), ratifiée le 30-10-1995 ; - Convention de Washington portant création du centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etat, ratifiée le 30-10-1995. Voir pour une lecture d'ensemble de ce dispositif conventionnel, Akroune (Y) *:* **1.** */"La protection conventionnelle, facteur d'attractivité des investissements",* in *REMALD*, revue marocaine d'administration et de développement, 2003 n° 42, p.147, op.cit. **2.***/ "La promotion de l'investissement étranger par la protection conventionnelle : Les accords bilatéraux", in, la lettre juridique.* Op.cit.

[15] La configuration du contentieux international en matière d'investissement a évolué de manière remarquable, dès la décennie 1990 qui a enregistré la première saisine du Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI) pour violation d'un accord bilatéral de promotion et de protection des investissements (affaire opposant l'entreprise AAPL au Sri Lanka ; la sentence du Centre a été rendue, le 27 juin

Précisément et comme conséquence directe de ce phénomène conventionnel, une des **mutations majeures** de l'arbitrage international, comme mode de règlement des différends opposant l'Etat aux investisseurs étrangers, est l'essor considérable des **demandes d'arbitrage fondées sur la violation de ces accords**[16].Nous y reviendrons plus en détail.

Communément, le règlement des litiges y est appréhendé à deux niveaux et fait l'objet de deux corps de règles :
1-Un premier dispositif régit les rapports entre les deux Etats signataires ; Il comporte une clause de règlement des différends, résultant de la violation du traité par les Etats, au moyen de la négociation[17] et de l'arbitrage interétatique[18].

1990).Le nombre de demandes fondées sur les TBI, portées devant le CIRDI ou devant d'autres institutions d'arbitrage (CIA de la CCI, par exemple) connaitra, depuis, une augmentation exponentielle, au point de susciter un réel malaise au niveau de certains Etats qui ont souvent le statut de défendeurs dans ces instances. Le nombre des procédures, sans précédent, intentées contre l'Argentine (20 demandes introduites, pour la seule année 2003 !) suite à la crise financière qu'a connu ce pays en 2001, illustre parfaitement ce phénomène. Voir ci-après, la note 16.

[16] Gaillard (E.), qui a consacré plusieurs analyses à ce phénomène, écrivait déjà en 2003 : "le contentieux arbitral qui s'est développé sur **ce fondement est aujourd'hui considérable et ne fait que s'amplifier**". Voir, pour une information chiffrée de la "jurisprudence" rendue dans ce cadre, ses deux publications : 1-*"Chronique des sentences arbitrales du CIRDI", JDI*, 1999, 273. 2-*"l'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements", R.A,* 2003, 853. Cf. note 15 ci-dessus.

[17] Règlement diplomatique, préalable à tout autre recours ; ce n'est qu'en cas d'échec qu'il est fait usage d'autres méthodes, notamment le mode juridictionnel (Cour internationale de justice et arbitrage international). On peut citer, à titre illustratif, l'article 9 de l'accord Algéro-finlandais "relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements", cité ci-dessus, qui dispose : "Les différends entre les parties contractantes relatifs à l'interprétation et à l'application du présent accord sont réglés, dans la mesure du possible, **par voie diplomatique".** La même disposition poursuit : "Si le différend ne peut pas être réglé, dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle de telles négociations ont été requises par l'une ou l'autre des parties contractantes, le différend est soumis, à la demande de l'une ou l'autre partie contractante, à un tribunal arbitral". Les modes de règlement pacifiques des litiges entre Etats sont cités, à titre indicatif, à l'article 33 de la charte des Nations unies. Sur cette question, voir Nguen Quoc Dinh : droit international Public, Paris LGDJ.

[18] L'arbitrage interétatique met en œuvre, pour régler les différends entre les sujets du droit international, les règles du droit international public, dont la convention d'investissement qui le prévoit.

2-Un deuxième corps de règles, plus étoffé, applicable aux relations investisseurs-Etat d'accueil de l'investissement.
Ces accords, participant d'une démarche de sécurisation de l'investissement par l'arbitrage[19], ont mis en place une offre juridictionnelle variée et optionnelle au sein de laquelle ce dernier occupe une place privilégiée (I).

Mais cette offre, destinée normalement à connaître des violations du traité (les "Treaty claims", selon l'expression anglaise), doit s'articuler avec les mécanismes de règlement des litiges contractuels (les "contract claims") prévus dans la convention d'investissement que l'investisseur signe avec l'Etat d'accueil ou une de ses émanations (II).
L'Etat d'accueil se trouve, ainsi, face à un double engagement s'exprimant dans deux supports juridiques différents :
1-L'accord bilatéral de promotion et de protection des investissements, sur la base duquel peut être engagée sa responsabilité internationale,
2-Le contrat d'investissement dont l'irrespect peut entrainer la mise en jeu de sa responsabilité contractuelle.

Cette coexistence de deux engagements distincts a donné naissance à un débat doctrinal[20] alimenté par l'usage que les investisseurs font de la couverture qu'offre le TBI pour les litiges les opposant à l'Etat d'implantation de leur investissement. La

[19] L'arbitrage apparaît comme une des garanties principales revendiquées par les investisseurs ou leur Etat national. Un véritable "droit à l'arbitrage", au titre de garantie, est reconnu aux investisseurs. Voir sur cet aspect, Akroune (Y) : *"Le droit algérien de l'arbitrage, un droit libéral, protecteur de l'investissement", RASJ*, 2 000, 4.

[20] Le secrétariat de la CNUCED a relevé, dans une note (TD/COM.2/62, point 6) présentée au titre du point 4 de l'ordre du jour de la neuvième session de la commission de l'investissement, l'impact des TBI sur le renouvellement de l'approche des litiges liés à l'investissement en écrivant :"Le règlement des différends entre investisseurs et Etats, a suscité un large éventail de questions juridiques et un nombre appréciable d'approches de ces questions. L'enjeu est important aussi bien pour le pays d'accueil que pour les investisseurs étrangers".
Il note, également la multiplication des différends découlant de ces traités (ibidem, point 8).

"jurisprudence"[21] arbitrale produite dans ce cadre a profondément bouleversé la conception traditionnelle de l'arbitrage international.

I- L'offre juridictionnelle des traités d'investissement : une offre optionnelle variée

La plupart des traités conclus par l'Algérie, comportent, à quelques nuances près, une clause type libellée quasiment avec la même formulation qui prévoit habituellement les mécanismes indiqués ci-dessous et qui est ainsi rédigée[22] :

"1.Tout différend résultant directement d'un investissement entre une partie contractante et un investisseur de l'autre partie contractante, doit être réglé **à l'amiable** entre les deux parties au différend.

---

[21] Ce terme doit être manipulé avec prudence, au regard de la controverse suscitée par l'existence ou non d'une "jurisprudence" arbitrale. Deux courants doctrinaux opposés s'affrontent sur ce terrain.

[22] Nous citons, à titre de simple exemple, l'article 8 de l'accord algéro-finlandais "relatif à la promotion et à la protection réciproques des investissements", cité ci-dessus. Hormis le rajout de la clause de bifurcation, on retrouve, des options équivalentes dans l'accord algéro-éthiopien dont l'article 9 dispose : "1. Tout différend relatif aux investissements entre l'une des parties contractantes et un investisseur de l'autre partie contractante sera réglé, autant que possible, à l'amiable entre les parties au différend. 2. Si ce différend n'est pas réglé à l'amiable dans un délai de six (6) mois à partir de la date de présentation par l'une des parties au différend, de la demande de règlement à l'amiable, le différend sera soumis à la demande de l'investisseur concerné, soit à la juridiction compétente de la partie contractante concernée par le différend, soit à l'arbitrage international. Le choix de l'une de ces deux procédures pour le règlement du différend sera obligatoire et définitif. 3. Si le différend est soumis à l'arbitrage international, l'investisseur et la partie contractante concernés par le différend peuvent convenir de soumettre le différend à l'une de ces deux parties : **a)** au centre international pour le règlement des différends relatifs à l'investissement (CIRDI) établi par la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats, ouverte à la signature à Washington le 18 mars 1965, sous réserve que les deux parties contractantes soient membres à cette Convention, ou **b)** à un tribunal arbitral *ad hoc*, sauf si les parties au différend n'en conviennent autrement, qui sera constitué sur la base du règlement d'arbitrage de la commission des Nations Unies pour le droit commercial international (UNCITRAL).4. Le tribunal arbitral règlera le différend conformément aux lois nationales de la partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a été réalisé, aux autres principes et procédures du droit international reconnus et à cet accord, selon le cas. 5. La sentence arbitrale sera définitive et obligatoire aux parties au différend et sera exécutée conformément aux lois nationales de la partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a été réalisé". Il en est de même de l'accord algéro-suisse du 7-10-2002, ratifié le 23-06-2005 (JORADP n°45 du 29-6-2005, p.13 comporte les mêmes mécanismes.

2. Si le différend n'est pas réglé dans un délai de trois mois[23] à compter de la date à laquelle celui-ci a été soulevé, par écrit, le différend peut être soumis, au choix de l'investisseur, soit :

a-**aux juridictions compétentes** de la partie contractante sur le territoire de laquelle l'investissement a été réalisé ou,

b-**à l'arbitrage international :**

i- Au Centre International pour le Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI), institué par la convention sur le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats (….),

ii- A l'arbitrage en vertu des facilités additionnelles du centre à condition que l'une des parties contractantes ait adhéré à la convention (…),

iii-A un tribunal arbitral ad hoc, à moins que les parties aux différends n'en conviennent autrement, constitué conformément au règlement de la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international (CNUDCI)".

Cette disposition, à l'instar de quasiment toutes celles qui sont incluses dans les instruments conventionnels de protection des investissements, comporte, ainsi, une clause de règlement amiable[24], une clause attributive de juridiction (1) aux tribunaux étatiques des parties contractantes et une clause compromissoire (2), qui, à son tour se décline en plusieurs options qui associent l'arbitrage institutionnel à l'arbitrage ad hoc.

Mais l'option est, selon les accords, plus ou moins verrouillée, certains accords, à l'exemple de ceux signés par l'Algérie avec l'Afrique du Sud, la Lybie, l'Ethiopie, le Mali, comportant une clause de bifurcation[25], dite de choix irrévocable bloquant, ainsi,

[23] Le délai n'est pas uniforme et varie entre 3 et 6 mois, dans les conventions conclues par l'Algérie.
[24] Qui n'est pas abordée ici.
[25] Clause par laquelle l'accord impose à l'investisseur un **choix irrévocable** du mode de règlement des litiges qui l'opposeraient à l'Etat d'accueil de son investissement. Ainsi dispose l'article 9, in fine, de l'accord algéro-éthiopien selon lequel : "Le choix de l'une de ces deux procédures pour le règlement du différend sera **obligatoire et définitif**".

toute velléité frauduleuse de "forum shopping in favorem" de la part de l'investisseur qui serait tenté de saisir alternativement ou cumulativement les juridictions qui lui sont proposées.

1-le recours aux juridictions étatiques : une procédure en déclin

La clause attributive de juridiction peut être assimilée, au regard du comportement des entreprises, à une simple pétition de principe, destinée à faciliter la conclusion des TBI. On observe, en effet, à l'examen de la mise en œuvre pratique de ces derniers, une réelle désaffection pour le mode judiciaire de règlement des différends liés à l'investissement, les investisseurs nourrissant une certaine méfiance à l'égard des juges étatiques suspects de partialité.

L'option juridictionnelle des accords d'investissement est, en effet, souvent levée au profit de l'arbitrage y compris dans les cas où le contrat d'investissement comporte une clause attributive de juridiction aux tribunaux de l'Etat hôte de l'investissement[26].

La tendance impulsée par ces accords s'éloigne sérieusement, des préoccupations des années 70, au cours desquelles l'enjeu était de neutraliser la compétence législative des pays d'accueil des investissements, par l'internationalisation du régime juridique des contrats. Aujourd'hui il s'agit d'éviter la compétence judiciaire de ces Etats. La justice privée triomphe et invente de nouvelles voies.

[26] Ainsi, le litige qui a opposé l'Agence nationale des Barrages (ANB), algérienne, au groupement italien L.E.S.I.-DIPENTA, relatif au marché de construction d'un barrage, en Algérie, a été porté devant le CIRDI, alors que le contrat donnait compétence aux juridictions administratives algériennes. Le demandeur a fondé sa requête arbitrale sur la violation de l'accord algéro-italien de promotion et de protection réciproques des investissements du 18 mai 1991.

Par ailleurs, et même si certains Etat essaient, parfois, d'imposer la compétence de leur juridiction[27], ils peuvent se heurter, s'ils en sont signataires, aux prescriptions de l'article 26 de la convention de Washington de 1965, portant création du CIRDI.

Cette disposition institue, en effet une sorte de subsidiarité de la compétence des juges étatiques par rapport à l'arbitrage[28] lorsqu'elle précise que "**le consentement des parties à l'arbitrage** dans le cadre de la présente convention est, sauf stipulation contraire[29], considéré comme impliquant **renonciation à l'exercice de tout autre recours…".**

Les litiges soulevés par les investisseurs portent généralement sur des mesures prises par l'Etat lui-même dans le cadre de l'exercice de ses prérogatives régaliennes (réorientation d'une politique fiscale, législation sur le contrôle des changes, modification ou abrogation d'un dispositif juridique[30]) et que ces derniers considèrent comme une remise en cause des engagements conventionnels de celui-ci.

Ils assimilent certains actes de l'Etat, tels une forte taxation des bénéfices, l'imposition du partenariat[31] avec des investisseurs locaux, la restriction de l'importation de matières premières ou

[27] A l'exemple des pays d'Amérique latine, farouches défenseurs de leur compétence judiciaire nationale pour connaître des litiges les opposant aux investisseurs. Mais la déferlante des arbitrages exercés, depuis quelques années, contre l'Argentine devant le CIRDI témoignent du recul de cette position.

[28] Pourtant la règle de l'épuisement des voies de recours internes avant la saisine d'une juridiction internationale est bien établie dans le droit international général.

[29] Mais il faut préciser que l'Etat peut exiger **expressément,** au moment de l'adhésion à la convention que la recevabilité des demandes d'arbitrage soit soumise à l'épuisement des voies recours internes.

[30] L'exemple frappant de l'Argentine illustre parfaitement la réaction massive des investisseurs étrangers à la décision prise par ce pays de lever la parité peso-dollar, suite à la crise financière que ce paye a connue.

[31] A l'exemple de la règle dite des "49/51%", instituée, en Algérie, par l'article 58 de la loi de finances complémentaire pour 2009.

d'équipements nécessaires à l'investissement, le non transfert du produit de la cession de l'investissement ou des dividendes en résultant, à une forme d'expropriation[32] qui ne dit pas son nom, une expropriation larvée, déguisée[33], une "expropriation rampante", selon une expression qui fait du chemin dans la "jurisprudence" arbitrale.

Il leur paraît peu probable, au regard de la nature de ces mesures, que les juridictions étatiques, notamment celles des pays en développement, jugent en toute indépendance et impartialité et puissent remettre en cause des décisions ayant une tonalité régalienne. Elles seraient, à leur regard, juge et partie. Cette appréhension nourrit leur hostilité à l'égard de la justice étatique.

Par ailleurs, la procédure de l'exequatur[34] à laquelle est soumis le jugement étatique et qui se déroule devant le juge interne[35], seul détenteur de l'impérium[36], prolonge et conforte cette méfiance.

La "jurisprudence" CIRDI est, naturellement, très favorable à l'évitement des tribunaux étatiques[37].

---

[32] Ainsi la décision de l'Argentine d'abandonner, en 2002, la parité de sa monnaie avec le dollar américain a été assimilée à une expropriation et a donné naissance à une avalanche de requêtes arbitrales contre cet Etat. De même dans le litige qui a opposé l'Agence algérienne des Barrages (ANB) au groupement italien L.E.S.I.-DIPENTA, déjà évoqué, il a été soutenu, par ce dernier demandeur à l'arbitrage du CIRDI, que l'arrêt prolongé des travaux de réalisation du barrage, objet du marché, conclu avec l'Agence, représente une expropriation. Voir le texte de la sentence sur le site du CIRDI : http//ICSID.wordbank.org.

[33] Les TBI l'évoquent à travers une formule très élastique qui élargit le pouvoir d'appréciation du juge saisi de la contestation de la mesure prise par l'Etat. Ainsi l'article 6 de l'accord algéro-suisse interdit toute dépossession ou **mesure assimilée "ayant le même caractère ou le même effet",** non justifiée par l'intérêt public.

[34] Procédure judiciaire par laquelle le juge accorde force exécutoire à un jugement étranger ou à une sentence arbitrale (voir les articles 600 et 605 du code de procédure civile et administrative).

[35] Article 605 du code de procédure civile et administrative.

[36] Imperium : *pouvoir de commandement,* in Roland (H.), *lexique juridique des expressions latines*, Paris, LITEC, 2002, p.89.

[37] Qu'on en juge par l'orientation de sa "jurisprudence".

Pour toutes ces raisons, le mode judiciaire de règlement des litiges, prévu dans les TBI, leur parait inadapté et peu approprié aux spécificités des affaires internationales et particulièrement de l'investissement international.

A terme, il finira par disparaître après une entrée en agonie provoquée par l'offensive sans précédent des défenseurs de l'arbitrage promu au rang de "**justice naturelle de l'investissement".**

2- L'offre arbitrale des traités d'investissement : un large éventail

Outre le choix offert aux investisseurs, entre deux modes juridictionnels, public et privé, les TBI leur accordent, de nouveau, dans le cadre du règlement arbitral, option entre recourir à l'arbitrage ad hoc ou saisir le CIRDI, avec le mécanisme supplémentaire[38].

Ainsi, la Cour Internationale d'Arbitrage (la CIA) de la Chambre du Commerce Internationale (la CCI), la Cour d'arbitrage International de Londres (la LCIA), la Chambre du Commerce de Stockholm, le Centre d'arbitrage du Caire, le Centre d'arbitrage de Singapour, peuvent être saisis, sous couvert d'un TBI.

Mais on observe, depuis quelques années, la préférence des investisseurs pour l'arbitrage CIRDI[39].
D'ailleurs et pour cette raison, nos réflexions se baseront, essentiellement, sur la "jurisprudence" CIRDI.

La constitution du tribunal ainsi que la procédure dans l'arbitrage ad hoc peuvent se dérouler, soit conformément au règlement de la CNUDCI, soit selon les modalités choisies par les parties.

[38] Voir les dispositions y relatives de certains accords cités, ci-dessus.
[39] Pour la seule année 2013, il y a eu 57 demandes d'arbitrage introduites devant le CIRDI.

Quelque soit le choix de l'investisseur pour l'une ou l'autre forme d'arbitrage, il doit composer avec l'engagement juridictionnel pris dans le contrat d'investissement qui comporte toujours une clause de règlement des litiges, consistant dans la majorité des cas en une clause compromissoire.

Comment concilier l'arbitrage du TBI avec l'arbitrage du contrat ? Lequel doit avoir préséance. Autant d'interrogations auxquelles a été confronté le CIRDI et dont il sera question ci-après.

II- L'articulation de deux formes d'arbitrage : l'arbitrage contractuel et l'arbitrage d'investissement

Comme il a déjà été relevé ci-dessus, l'investissement se réalise, sur le plan juridique, à travers la conclusion d'un contrat entre l'investisseur étranger et l'Etat d'implantation ou un de ses démembrements (Collectivités locales, entreprise publique, agence nationale en charge du suivi des investissements[40]).

Ces conventions renferment généralement une clause de droit applicable[41] et une autre de règlement des différends nés de son interprétation et/ou de son exécution.

Le contrat dispose donc de son juge qui est tantôt arbitral, tantôt, mais de plus en plus rarement, judiciaire. On parle d'arbitrage contractuel, d'arbitrage classique qui connaît des "contract claims".

Les investissements bénéficient, également, d'une protection conventionnelle au moyen des TBI ou autres accords multilatéraux, dis aussi "traités de couverture" ("umbrella agreement")[42].

[40] A l'exemple de l'ANDI, en Algérie.
[41] La compétence de la loi nationale de l'Etat d'accueil de l'investissement est, généralement retenue.

Par ces outils, l'Etat d'accueil s'engage à accorder à l'investisseur, étranger ressortissant de l'autre Etat partie, un traitement non discriminatoire, juste et équitable, et à s'abstenir de prendre des mesures qui porteraient atteinte à sa sécurité et à sa pérennité.

Toute violation de ces engagements sera sanctionnée au moyen des procédures prévues dans les traités d'investissement et dont il a, déjà, été fait une brève présentation. Le traité dispose, lui également, de son juge.

Celui-ci est, préférentiellement, comme observé ci-dessus, un juge arbitral représenté, généralement par un tribunal mis en place sous l'égide du CIRDI. Il s'agit d'un arbitrage d'investissement qui connaît de ce qu'il est convenu de désigné les "Treaty claims".

C'est cette double juridiction dont peut bénéficier un seul et même investissement, mais surtout l'usage qu'en ont fait les investisseurs qui a bouleversé la pratique arbitrale dans ce domaine (1) et redessiné les contours du droit de l'arbitrage international (2).

Les investisseurs font feu de tout bois et exploitent toutes les possibilités que leur offre ce système dualiste, selon l'expression d'un auteur[43], pour faire condamner l'Etat à réparation.
Ils utilisent, ainsi, l'offre arbitrale des TBI pour régler des litiges contractuels, sans renoncer, pour autant aux mécanismes juridictionnels prévus dans le contrat.

---

[42] La doctrine a abondement décrit ce procédé ; Voir Weil (P.) : *"problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier", RCADI,* 1969, 128, p.95.
[43] Mayer (P.) : *"contract claims" et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements", JDI,* 2009, p.71.

La saisine du juge du traité intervient soit directement, soit après l'échec d'une instance locale (judiciaire ou arbitrale).
Parfois, il intente deux actions parallèles, créant ainsi des situations de litispendance que les Etats font prévaloir mais, souvent sans succès[44].

1-L'extension de la compétence du juge du traité aux "contract claims"

Il sera fait usage dans ce paragraphe, pour désigner le juge du traité, de l'arbitrage CIRDI car l'essentiel des TBI ainsi que la pratique qui en a résulté, lui accordent leur préférence[45].

C'est dans un litige qui a opposé l'entreprise AAPL au Sri Lanka, qu'a été rendue, le 27 juin 1990[46], la première sentence arbitrale fondée sur la violation d'un TBI.

Depuis le contentieux réglé par l'arbitrage CIRDI, sur la base de ces accords, connaît un essor vertigineux[47].
La question récurrente qu'ont eue à trancher les tribunaux CIRDI, avant même l'entame de l'affaire au fond, porte sur leur aptitude, en qualité de juge du traité, à statuer sur "des contract claims".

En effet, les Etats défendeurs attraits par les investisseurs demandeurs, devant ces juridictions pour répondre de leur responsabilité internationale pour violation d'un TBI, contestent systématiquement la compétence de celles-ci, au motif tantôt

[44] Voir la décision du comité ad hoc du CIRDI, du 3-7-2002, prise dans l'affaire Vivendi-Argentine.
[45] La clause de règlement des litiges liés à l'investissement donne au CIRDI soit une compétence exclusive, soit une compétence alternative.
[46] Cette année a connu une augmentation de la cadence de conclusion des TBI : Voir, sur son site, la compilation de ces accords réalisée par la CNUCED, volume de 1990.
[47] Il suffit de consulter le site du CIRDI pour constater l'évolution des demandes introduites annuellement. L'activité du Centre n'a jamais atteint l'intensité qu'il connaît aujourd'hui, avec la multiplication des TBI.

que le litige ne concerne pas un investissement[48], tantôt que les voies de recours internes n'ont pas été exercées, conformément aux stipulations de la convention d'investissement. Il invoque, parfois, lorsque le TBI contient une clause de bifurcation (clause fork in the road), la renonciation de l'investisseur à l'offre juridictionnelle de ce dernier en optant, dans le contrat, pour d'autres modes de règlement des litiges[49].

Les frontières entre ce qui relève du contentieux contractuel et ce qui se rattache au contentieux d'investissement, sont difficiles à tracer lorsque le contrat d'investissement comporte une clause compromissoire CIRDI, faisant double emploi avec ce qui est prévu dans le TBI. Les risques de confusion et de conflit de compétence (tant négatif que positif) augmentent et la tache des arbitres est alors plus délicate.

Mais l'identité des parties ainsi que l'unicité du litige peuvent faciliter le traitement du dossier, même si la question du fondement de la saisine du CIRDI demeure.

Une autre difficulté s'ajoute à celle-ci et résulte du statut du signataire du contrat d'investissement lorsqu'il ne s'agit pas de l'Etat central, partie au TBI, mais d'une entité placée sous sa tutelle[50].

---

[48] Dans l'affaire L.E.S.I.-DIPENTA/ ANB, le gouvernement algérien a contesté la compétence du tribunal CIRDI, au motif que le litige porte sur un marché public international et non sur un investissement.

[49] Le tribunal CIRDI a refusé cet argument dans sa sentence sur la compétence dans l'affaire CMS c/ Argentine.

[50] La majorité des contrats d'investissements est conclue par des entités distinctes de l'Etat, même si leur signature est, parfois, précédée d'un protocole d'accord ou mémorandum d'entente, comportant une présentation générale du projet. Mais la convention de Washington a réglé cette difficulté en précisant que "La compétence du Centre s'étend aux différends d'ordre juridique entre un Etat contractant (ou telle collectivité publique ou tel organisme dépendant de lui qu'il désigne au Centre) et le ressortissant d'un autre Etat contractant qui sont en relation directe avec un investissement et que les parties ont consenti par écrit à soumettre au Centre. Lorsque les parties ont donné leur consentement, aucune d'elles ne peut le retirer unilatéralement".

Sur toutes ces questions, la "jurisprudence" des tribunaux CIRDI n'est pas uniforme même s'il se dessine une tendance vers l'élargissement de leur compétence, pour couvrir, à la fois, "les Treaty claims" et les "contract claims", notamment lorsque une clause parapluie est incluse dans le TBI.

L'indécision des tribunaux CIRDI sur l'étendue de leur compétence peut être illustrée par deux affaires opposant la même entreprise suisse, la SGS, à deux Etats différents : le Pakistan et les Philippines ; les deux réclamations se basaient, à la fois, sur la violation du contrat d'investissement et du TBI liant la Suisse à ces deux Etats.

Alors que dans la sentence rendue entre la SGS et le Pakistan[51], le tribunal a rejeté les "contract claims" pour ne juger que les "Treaty claims", il s'est, par contre, déclaré compétent, dans l'affaire SGS c/Philippines[52], pour connaître de l'entièreté des demandes présentées par la requérante, tant celles qui sont liées au contrat que celles rattachées au TBI.

Toutefois, la majorité des tribunaux arbitraux refuse de statuer sur un litige purement contractuel, auquel n'est pas partie l'Etat central, et renvoie le demandeur à la juridiction visée dans le contrat, notamment lorsqu'il s'agit d'un tribunal étatique[53]. Ils refusent, également, de connaître d'un "contract claims" lorsque celui-ci a déjà, été soumis à la juridiction interne de l'Etat d'accueil.

La doctrine[54] qui s'est saisie de cette nouvelle pratique de l'arbitrage international est assez partagée sur la pertinence

[51] Affaire SGS c/Pakistan du 8-9-2003.
[52] Affaire SGS c/Philippines : sentence sur la compétence du 29-1-2004.
[53] Ainsi en a décidé le tribunal CIRDI dans l'affaire SGS c/Philippines, suscitée.
[54] Voir pour une vision globale de cette problématique : 1- Benhamida (W.) : *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique,* Thèse, Paris II, 2003. 2- Fadlallah (I) *: "la distinction*

juridique de l'extension de la compétence du juge du traité aux litiges contractuels. Elle s'est interrogée sur le bien-fondé de la distinction "Treaty claims" et "contract claims". Certains auteurs[55] fondent la différenciation entre ce qui relève du juge du contrat et ce qui ressortit du juge du traité, sur le **statut du signataire du contrat d'investissement.**

Ainsi, si le signataire de celle-ci est l'Etat partie au TBI, alors le CIRDI, juge du traité, disposerait, selon ces auteurs, d'une compétence générale incluant à la fois, les "contract claims" et les "Treaty claims". D'autant, soutiennent-ils, que la formulation très générale du TBI milite pour l'intégration des deux types de différends, puisqu'elle se réfère à "tout litige"[56], sans distinction.

En revanche, s'il n'y a pas identité des signataires du contrat d'investissement et du TBI, le CIRDI ne devrait statuer que sur les "Treaty claims", à l'exclusion des "contract claims". La compétence du CIRDI est, alors, limitée.

Pour d'autres[57], "un tribunal CIRDI (….) jouit incontestablement d'une compétence qui ne se limite pas aux "Treaty claims". Les rédacteurs de la convention de Washington ont eu en vue, **essentiellement, les litiges nés des rapports contractuels entre l'investisseur et l'Etat ou une de ses émanations".**

Treaty claims-contract claims et la compétence de l'arbitre CIRDI, faisons- nous fausse route" ? In, *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement,* Anthémis, 2006. 3 Lemaire (S.) *"Treaty claims" et "contract claims" : la compétence du CIRDI à l'épreuve de la dualité de l'Etat",* Anthémis, 2006. *"La mystérieuse umbrella clause : interrogations sur l'impact de la clause de respect des engagements sur l'arbitrage en matière d'investissements", R.A,* 2009, n°3, p.479.

[55] Lemaire (S.*) "Treaty claims et contract claims : la compétence du CIRDI à l'épreuve de la dualité de l'Etat", R. A,* 2006, n°1, p.353, op.cit.

[56] Le TBI conclu entre le Maroc et l'Italie est très précis et inclut, expressément, les manquements à un contrat qui lierait l'Etat d'accueil à l'investisseur.

[57] Mayer (P.) : *"«contract claims» et clause juridictionnelle des traités relatifs à la protection des investissements", JDI*, 2009, 1, 71, précisément p.88 (n°21).

Cet auteur affirme, avec force, que "la vérité est que le **CIRDI a été créé pour connaître des "contract claims"** et que la convention de Washington convient mal aux "Treaty claims"[58]. Mais il concède, malgré tout, que les "contract claims" se distinguant radicalement des "Treaty claims", **par leur fondement juridique,** il ne serait pas naturel, ni en tout cas nécessaire, de les soumettre, en même temps que ceux-ci, à un examen unique par un tribunal unique"[59].

Quelque soit l'étendue de la compétence du tribunal du traité, la question des spécificités de l'arbitrage institué par les TBI, comparé à l'arbitrage classique, mérite d'être abordée car elle a bouleversé les mécanismes ainsi que la philosophie de ce mode de règlement des litiges.

2-Les spécificités de l'arbitrage d'investissement

Les particularités[60] de l'arbitrage d'investissement se manifestent à plusieurs niveaux :

2.1-au plan de la nature juridique de cet arbitrage

2.2- au niveau de la procédure arbitrale,

2.3-quant à l'obligation de confidentialité des intervenants à cet arbitrage.

2-1- Nature juridique de l'arbitrage d'investissement

Classiquement l'arbitrage est défini comme une justice privée **contractuelle**[61] : pas d'arbitrage sans consentement des parties, consentement donné dans la convention d'arbitrage. L'autonomie de la volonté de celles-ci le domine totalement.

---

[58] Ibidem.

[59] Ibidem.

[60] Voir : 1-pour une approche synthétique de cette question : Gaillard (E.) : *"l'arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements", R.A,* 2003, 853. 2-Pour une vision plus globale, se reporter à : Benhamida (W.) : *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique,* Thèse, Paris II, 2003. Op.cit.

[61] Racine (J.B.) écrit, dans sa thèse consacrée *à l'arbitrage commercial international et l'ordre public, " L'arbitrage est une justice privée dont le fondement est* ***conventionnel****". p.2.*

Quid de cette donnée fondamentale dans l'arbitrage d'investissement ?

2-1-1-L'expression du consentement à l'arbitrage d'investissement

L'échange de consentements intervient, dans l'arbitrage classique, **simultanément** à l'issue des négociations sur le mode de règlement des litiges susceptibles d'apparaitre en cours d'exécution du contrat.

La clause compromissoire, incluse dans le contrat représente, elle-même **un contrat bilatéral**[62], à part entière[63]. Elle oblige toutes les parties à recourir à l'arbitrage, en cas de litige, non résolu par voie amiable.

Or, dans l'arbitrage d'investissement, (celui des TBI, des traités multilatéraux[64] et de la convention de Washington), ceci représente une de ses particularités, **seul l'Etat d'accueil** s'oblige à l'égard des investisseurs ressortissants de l'autre Etat partie. Il leur fait une offre impersonnelle et générale, non assortie de délai. Il donne son consentement de manière anticipée, à l'adresse des investisseurs, via un accord avec leur Etat national[65].

Il ne peut se dédire, s'affranchir d'un engagement ferme, lors de la survenance du différend, du moment qu'il a pris, selon l'expression d'un auteur[66], "un engagement à blanc" et non une simple promesse de recours à l'arbitrage".

---

[62] Contrat obligeant deux parties, à l'inverse du contrat unilatéral dans lequel seule une partie s'oblige (cas de la donation).

[63] La clause compromissoire, bien que contenue dans un contrat, est indépendante de celui-ci (article 1040 du code algérien de procédure civile et administrative, objet de la loi 25 février 2008).

[64] Traité portant charte de l'énergie, accord de libre échange nord-américain (ALENA),

[65] Il y a une atteinte au principe de l'effet relatif des traités, codifié dans la convention de Vienne, sur le droit des traités, de 1969. Voir les discussions autour de cette problématique dans le numéro spécial que la revue de l'arbitrage a consacré à "l'arbitrage et les tiers", 1988.

[66] Horchani (F) : " *le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation", JDI,* 2004, 2, p.401.

Les bénéficiaires de cette offre, quant à eux, demeurent libres de l'accepter ou de la refuser. Mais, ils peuvent lever l'offre à tout moment.

Leur acceptation est différée jusqu'à l'introduction de la demande d'arbitrage, au moment de la survenance du litige.
Il y a, donc, une dissociation chronologique de l'échange des consentements.

Mais un auteur[67] relève qu' "il n'est pas nécessaire que le consentement (de l'investisseur) soit exprimé en même temps que celui du partenaire étatique, ni consigné dans le même document, ni encore exprimé nécessairement avant la naissance du litige". On a, de ce fait, parlé d'**arbitrage transnational unilatéral**[68], d' "arbitration without privaty"[69], par opposition à l'arbitrage classique qui est, comme on vient de l'indiquer, un arbitrage bilatéral.

Il y a eu glissement de l'arbitrage bilatéral vers un arbitrage unilatéral. Mais l'Etat, quant à lui, ne peut pas engager une procédure arbitrale à l'encontre d'un investisseur défaillant[70], (sauf sur la base de la clause compromissoire du contrat, lorsqu'elle existe) car ce dernier n'a pas encore exprimé son consentement à être lié par la clause compromissoire du TBI. Il se trouve, ainsi, piégé. Mais, rappelons que le TBI est surtout destiné, comme nous l'évoquions ci-dessus, à protéger l'investisseur contre les manquements de l'Etat d'accueil.

---

[67] Horchani (F) : " *le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation",* op. Cit. p.407.
[68] Un auteur lui a consacré une thèse, il s'agit de Benhamida (W.) : *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique,* Thèse, Paris II, 2003.
[69] Paulsson (J.): *"arbitration without privaty", ICSID* Review, 1995.p.232.
[70] On a observé, dans certaines opérations de privatisation d'entreprises publiques algériennes, assimilées à des investissements, que le repreneur étranger ne réalise pas toujours ses engagements. Il ne peut être poursuivi, sur la base du TBI.

La "jurisprudence" a salué cette facilitation ; ainsi, le tribunal arbitral CIRDI, qui a statué sur le litige opposant Antoine Goetz et consorts et le Burundi, a relevé que "l'exigence fondamentale du consentement des parties, formulée à l'article 25 de la convention du CIRDI, se trouve ainsi revêtir une expression originale, à laquelle on ne pensait guère au moment de l'élaboration de la convention du CIRDI"[71].

2-1-2-La doctrine a, également, relevé le caractère **fortement collectif de cet arbitrage** qui ne s'adresse pas à un partenaire précis mais vise un groupe de personnes non encore identifié, au moment de la conclusion du TBI, sinon par sa nationalité.[72]
L'intuitu personae de la convention d'arbitrage classique a disparu au profit d'un arbitrage impersonnel.

2-1-3-Bien plus, même si aucune offre d'arbitrage n'était faite dans la convention d'investissement, ce qui est, au demeurant, très rare, tout investisseur peut revendiquer le recours à ce procédé, au titre de la clause de la nation la plus favorisée[73], prévue dans l'accord signé par son Etat national. L'investisseur "extirpe" à l'Etat une offre l'arbitrage, que ce dernier a déjà faite un Etat tiers, dans un autre accord.

Il s'agit là, d'une autre spécificité de l'arbitrage d'investissement. La «jurisprudence» arbitrale a, déjà mis en œuvre cette démarche dans l'affaire Maffezini contre l'Espagne, tranchée par un tribunal CIRDI, le 25 janvier 2000.

[71] Voir le texte de la sentence dans ICSID Review, 2000.
[72] La protection organisée dans le TBI, est octroyée aux ressortissants des Etats parties, qu'il s'agisse de personnes physiques ou de personnes morales.
[73] Clause par laquelle une partie à un TBI, s'engage à étendre aux investisseurs de l'autre partie contractante, tout avantage qu'elle viendrait à accorder à d'autres Etats.

2-2- Le recul de l'obligation de confidentialité des acteurs de l'arbitrage d'investissement.

Parmi les avantages, généralement, reconnus à l'arbitrage et qui en expliquerait le succès, son caractère confidentiel est présenté comme un atout majeur[74]. Le caractère public de la justice étatique serait, subséquemment, incompatible avec les besoins de discrétion des relations d'affaires et a induit son évitement par le monde de l'entreprise.

Aussi, tous les intervenants à la procédure d'arbitrage sont tenus, sauf décision contraire des litigants, au strict respect de la confidentialité de toutes informations auxquelles ils auront eues accès ainsi que de la sentence arbitrale.

Or, on observe dans l'arbitrage d'investissement, une gestion plus souple de cette confidentialité.
Le CIRDI, à l'instar de certains Etats[75], s'est engagé dans une démarche de publication de ses sentences[76].

Il rend publics aussi bien les noms des parties que ceux des arbitres ; Ce qui était inhabituel dans l'arbitrage de droit commun.

Le revue de l'arbitrage ainsi que le journal de droit international se sont, également, lancés dans cette démarche.

La facilitation de l'accès aux sentences arbitrales, résultant de leur publication permettra, à terme, l'émergence d'une véritable

[74] Un auteur ira jusqu'à dire que "*le seul avantage indiscutable de l'arbitrage est la discrétion",* in Guyon (Y.) : *l'arbitrage,* Economica, p.9. Fouchard (P.), Gaillard 'E.) et Goldman (B.) insistent aussi sur l'obligation de confidentialité qui pèse sur l'arbitre et affirment, à ce propos, "L'un des principes fondamentaux et des avantages les plus certains, de l'arbitrage international est son caractère confidentiel", in, *traité de l'arbitrage commercial international*, LITEC, 1996, p.629.
[75] Notamment, le Canada et les USA.
[76] Le CIRDI dispose d'un registre public des plaintes qui peut être consulté sur son site internet.

"jurisprudence" arbitrale, qui alimentera la Lex mercatoria, source du droit du commerce international.

La procédure de l'amicus curiae qui sera abordée ci-après, contribuera, par la transparence qu'elle introduit dans l'instance arbitrale, au renforcement de ce processus.

2-3-l'intervention de tiers dans la procédure arbitrale : amicus curiae

La pratique de l'arbitrage d'investissement a permis, parfois, à des tiers d'intervenir dans la procédure arbitrale, à l'exemple de ce qui se pratique devant le juge étatique.

Il s'agit de la procédure de l'amicus curiae[77] (ami de la Cour)[78], dont L'origine historique est à chercher dans la tradition de la Common Law, particulièrement du droit anglais.

Ainsi, certains ONG, activant dans le domaine de l'environnement, de la protection des consommateurs, voire parfois, des organisations syndicales, ont revendiqué le droit d'intervenir dans des procédures arbitrales pour faire entendre leur voix et défendre la cause pour laquelle elles militent. Quelques exemples existent déjà.

Ainsi quatre ordonnances adoptées par des tribunaux constitués sous l'égide du CIRDI ont admis la possibilité de l'intervention de tiers dans une procédure arbitrale.
Il s'agit des ordonnances rendues :

---

[77] Selon le lexique juridique des expressions latines Roland (H.)) "Personnalité appelée en consultation par le juge dans des circonstances extraordinaires et en dehors de tout texte, pour fournir toutes les observations propres à l'éclairer sur des questions de principe ou des points controversés".

[78] Voir pour une présentation globale : Stern (B.) : 1- *"l'entrée de la société civile dans l'arbitrage entre Etats et investisseurs",* R.A, 2002, p.329. 2- *"Un petit pas de plus : l'installation de la société civile dans l'arbitrage CIRDI entre Etat et investisseur", R.A,* 2007, p.3. Grisel (F), Vinuales (J.E) : *"L'amicus curiae dans l'arbitrage d'investissement",* Etudes et Travaux de l'Institut universitaire de hautes études internationales et de développement (IHEI) de Genève.

1- le 19 mai 2005 dans le litige opposant Aguas Argentinas à la République d'Argentine,
2- le 17 mars 2006, dans l'arbitrage Aguas Provinciales contre la République d'Argentine,
3- le 12 février 2007 dans l'affaire Biwater Gauff contre la Tanzanie,
4- et celle du 12 février2007 dans l'affaire Aguas Argentinas. Ces affaires portant sur des concessions de traitement d'eau, présentaient, selon les ONG, un risque pour l'environnement.

Le règlement d'arbitrage CIRDI a été modifié en 2006 pour prendre en considération cette pratique.
Son nouvel l'article 37(2) dispose à cet effet :
"Après consultation des parties, le Tribunal peut permettre à une **personne ou entité qui n'est pas partie au différend** (appelée dans le présent article la "partie non contestante") de déposer une soumission écrite auprès du Tribunal relative à une question qui s'inscrit dans le cadre du différend.

Afin de déterminer s'il autorise une telle soumission, le Tribunal considère, entre autres, dans quelle mesure :

(a) la soumission de la partie non contestante assisterait le Tribunal à trancher une question de fait ou de droit relative à l'instance en y apportant un point de vue, une connaissance ou un éclairage particulier distincts de ceux présentés par les parties au différend ;
(b) la soumission de la partie non contestante porte sur une question qui s'inscrit dans le cadre du différend ;
(c) la partie non contestante porte à l'instance un intérêt significatif.

Le Tribunal s'assure que la soumission de la partie non contestante ne perturbe pas l'instance ou qu'elle n'impose pas

une charge excessive à l'une des parties ou lui cause injustement un préjudice, et que les deux parties ont la faculté de présenter leurs observations sur la soumission de la partie non contestante".

Cette institution connaît un développement sans précédent puisque de nombreuses organisations lui accordent leur faveur, à l'exemple de l'institut UNIDROIT et de l'American Law Institute.

Les principes de "procédure civile transnationale" que ces deux instituts ont adoptés en 2004, font une place de choix à l'amicus curiae, en lui consacrant un chapitre entier.

Conclusion :

L'arbitrage d'investissement a connu une évolution qui écorche, parfois, les principes fondamentaux de l'arbitrage ; Il marque une évolution certaine du droit applicable à ce mode de règlement des litiges.

Mais certains pays, notamment en voie de développement, ont dénoncé le caractère déséquilibré de ces accords[79] mais surtout l'usage qui est fait des mécanismes de règlement des différends qui aboutissent, presque fatalement, à leur condamnation.

Ils appellent à leur révision dans un sens plus protecteur de leurs intérêts.

Evoquant le chapitre 11 du traité de l'ALENA, Horchani (F.)[80] note que ce dernier "est de manière générale, davantage imprégné des préoccupations de l'investisseur étranger que du

[79] Horchani (F.), relève, à juste titre que "Au nom de la protection de l'investissement international, l'Etat est en position d'infériorité….", in *"le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation", J.D.I,* 2004, 2, op. cit. p.411.
[80] Ibidem, p.416.

développement, de la souveraineté de l'Etat ou de l'intérêt général".

Le rapport de la CNUCED sur "l'investissement dans le monde 2010"[81] affirme, sur la base des statistiques que gère cet organe subsidiaire de l'ONU, que "certains pays en développement se détournent des procédures d'arbitrage international, en dénonçant la convention du CIRDI ou en se tournant vers d'autres mécanismes de prévention et de règlement des différends".

[81] Op.cit.

Bibliographie

Akroune (Y.) /
La protection conventionnelle, facteur d'attractivité des investissements, in REMALD, revue marocaine d'administration et de développement, 2003 n° 42, p.147.

Benhamida (W.) /
L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique, Thèse, Paris II, 2003.
L'arbitrage Etat-investisseur étranger : regards sur les traités et projets récents, JDI 2004, 2, p.419.

Fadlallah (I) /
La distinction "Treaty claims"-"contract claims" et la compétence de l'arbitre CIRDI, faisons-nous fausse route ? In, Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement, Anthémis, 2006.

Horchani (F) /
1- le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation, JDI, 2004, 2, p.367.
2-Différends Etat-investisseurs et accords internationaux sur l'investissement, CNUDCI, 2005.
3-la prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements, JDI, 2008, p.999.

Leben (CH.) (dir.) /
Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement, Anthémis, 2006.

Lemaire (S.) /
"Treaty claims" et "contract claims» : la compétence du CIRDI à l'épreuve de la dualité de l'Etat, R.A, 2006, n°1, p.353.

Lemaire (S.) /
La mystérieuse umbrella clause : interrogations sur l'impact de la clause de respect des engagements sur l'arbitrage en matière d'investissements, R.A, 2009, n°3, p.479.

Mayer (P.) /
"contract claims" et clauses juridictionnelles des traités relatifs à la protection des investissements, in JDI, 2009, p.71.

Manciaux (S.) /
Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et ressortissants d'autres Etats, LITEC, 2004.

Pellet (A.) /
Adieu Philippines, remarques sur la distinction entre les réclamations conventionnelles et les réclamations contractuelles dans le droit de l'investissement international, in mélanges offerts à Dominique Carreau et Patrick Juillard, Paris, Pedone, 2009.

Racine (J.B) /
Note sous jugement du TGI de Pais 22-01-2010, R.A2010, n°3, p.572.

Salem (M.) /
Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers, JDI 1986.

Schokkaert (J) /
La pratique conventionnelle en matière de protection juridique des investissements internationaux : droit comparé- droit interne- conventions européennes. Bruxelles Bruylant 2006.

Terki (N.E.) /
La protection conventionnelle de l'investissement étranger en Algérie, RASJEP, 2001, n°2.

L'INSTITUTIONNALISATION DE L'ARBITRAGE EN MATIRE DE SPORT

Farid BENBELKACEM, Chargé de cours
Université d'Alger 1

Introduction

En règle générale, le règlement des litiges ou des différends est dévolu à la justice étatique.

Mais le recours à la justice publique pose dans le monde des problèmes, notamment au niveau de sa lenteur et de sa lourdeur, du fait du nombre important d'affaires à traiter, de l'absence de confidentialité et même au niveau de la qualité des décisions rendues, eu égard à la complexité des cas à résoudre.

C'est pourquoi, les modes alternatifs de règlement des différends se sont imposés dans le domaine commercial et sportif à travers la conciliation, la médiation et l'arbitrage.

Nous envisagerons, ici, uniquement l'arbitrage sportif.

Au début des années quatre-vingt, l'augmentation du contentieux international en matière sportive, ainsi que l'absence d'autorités indépendantes, spécialisées dans le règlement des litiges de nature sportive et habilitées à rendre des décisions contraignantes, ont incité les plus hautes instances sportives à se pencher sur la question de la résolution des litiges.

L'arbitrage sportif international est de naissance récente et l'idée de sa création est reconnue à l'ancien Président du Comité International Olympique (feu Juan SAMARANCH) et concrétisée par l'ancien juge de la Cour Internationale de Justice (feu Kéba MBAYE), qui a avec un Groupe de travail préparer, les statuts du Tribunal Arbitral du Sport.

En Algérie, l'arbitrage sportif institutionnel remonte à l'année 1999.

Pour mieux comprendre la spécificité de l'arbitrage en matière sportive, nous envisagerons successivement ce qu'est l'arbitrage institutionnel international à travers l'existence du **Tribunal Arbitral du Sport (TAS),** puis nous aborderons ce qu'est l'arbitrage institutionnel en Algérie, à travers le **Tribunal Arbitral de Règlement des Litiges Sportifs (TARLS)**, tout en faisant des comparaisons avec l'arbitrage commercial institutionnel international et national.

I – L'arbitrage institutionnel international en matière du sport

1. La naissance du Tribunal Arbitral du Sport (TAS)

i : La création du TAS

Le Comité International Olympique (CIO) a, en 1983, entériné les statuts du TAS, entrés en vigueur le 30 juin 1984 avec un règlement de procédure.

Le TAS était composé de 60 membres désignés conjointement (à raison de 15 membres) par le CIO, les Fédérations Internationales (FI), les Comités Nationaux Olympiques (CNO) et le Président du CIO.

Les frais de fonctionnement du TAS étaient à la charge du CIO, d'où se posait nécessairement la question de son indépendance, ce qui a été le même cas de figure pour le Tribunal Algérien de Règlement des Litiges Sportifs.

Il est à préciser que les statuts du TAS ne pouvaient être modifiés que par le CIO sur proposition de sa Commission exécutive.

ii : L'ancienne procédure du TAS

Le Statut et le Règlement du TAS ne prévoyaient qu'une seule procédure contentieuse, quelque soit la nature du litige.

La demande d'arbitrage déposée en application d'une convention d'arbitrage, était examinée par une « Formation des Requêtes », se prononçant sur la recevabilité de la demande, sous réserve de la décision définitive de la « Formation Arbitrale », appelée à connaître du litige, le cas échéant. Les parties demeuraient libres de poursuivre leur action, nonobstant la décision de rejet rendue par la « Formation des Requêtes ».

Cela rappelle l'étude « prima facie », dans l'arbitrage commercial.

La procédure pouvait ensuite débuter par une tentative de conciliation, sur proposition des parties ou à l'initiative du Président du TAS., si celui-ci estimait que le litige était susceptible de faire l'objet d'une conciliation.
En cas d'échec, la procédure d'arbitrage était mise en jeu.

iii : L'évolution de la procédure du TAS

En 1994, le TAS a publié un Guide de l'arbitrage comprenant plusieurs exemples de clauses d'arbitrage. Parmi ces exemples figuraient une clause d'arbitrage à insérer dans les statuts ou règlements de fédérations ou associations sportives :

« *Tout litige découlant des présents Statut et Règlement de la Fédération X et qui ne pourrait être réglé à l'amiable, sera tranché définitivement par un tribunal constitué de conformément au Statut et Règlement du Tribunal Arbitral du Sport, à l'exclusion de tout recours à des tribunaux ordinaires. Les parties s'engagent à se conformer à aux dits Statuts et Règlements et à se soumettre de bonne foi à la sentence qui sera rendue et à ne pas entraver son exécution* ».

Cette clause préfigurait déjà la procédure d'appel.

Ici, apparaissent deux notions importantes dans l'arbitrage en général, la bonne foi et l'exécution volontaire des décisions arbitrales. On en appelle également à l'esprit sportif.

La Fédération Equestre Internationale (FEI), fut la première association à adopter cette clause et bien d'autres fédérations.

iv : La reconnaissance du TAS par le Tribunal fédéral suisse

a) C'est à l'occasion d'une sentence arbitrale rendue par le TAS, que celui-ci a acquis sa notoriété.

En 1992, un cavalier du nom d'Elmar GUNDEL a déposé une demande d'arbitrage au TAS, en se fondant sur la clause d'arbitrage insérée dans les statuts de la Fédération Equestre Internationale, pour contester une décision rendue par cette dernière.

Il s'agissait en l'espèce, d'un cas de dopage de cheval, qui a sanctionné le cavalier d'une disqualification, d'une suspension et d'une amende.

La sentence arbitrale rendue le 15 octobre 1992, donnait partiellement raison au cavalier.

Celui – ci a introduit un recours de droit public, auprès du Tribunal fédéral suisse, reprochant la validité de la sentence, rendue selon lui, par un tribunal qui ne remplissait pas les conditions d'impartialité et d'indépendance requises pour être considéré comme un véritable tribunal arbitral.

Le Tribunal fédéral suisse a rendu un arrêt en date du 15 mars 1993 dont lequel il a reconnu au TAS la qualité de véritable tribunal arbitral.

Cette juridiction a relevé que le TAS n'était pas un organe de la FEI, qu'il ne recevait pas d'instruction de celle-ci et conservait une autonomie suffisante par la mise à disposition de trois arbitres sur la liste des arbitres du TAS.

Mais cette décision est très importante car elle a relevé les nombreux liens existant entre le TAS et le CIO, notamment en ce

qui concerne la totalité de son financement, la compétence du CIO pour modifier le Statut du TAS et la compétence du CIO et de son Président pour désigner les membres du TAS.

L'arrêt ajoute que ces liens auraient été susceptibles de remettre sérieusement en cause l'indépendance du TAS pour le cas où le CIO, aurait été partie à une procédure devant lui.

Il fallait, dès lors, accroître l'indépendance du TAS à l'égard du CIO, tant au niveau organisationnel que financier.

C'est pourquoi le Statut et le Règlement du TAS subirent une refonte complète pour lui permettre de devenir indépendant du CIO qui l'avait parrainé depuis sa création.

Cela s'est concrétisé par une nouvelle approche et la création de nouvelles structures.

C'est le 27 mai 2003, que le Tribunal fédéral suisse a procédé à l'examen détaillé de l'indépendance du TAS, à l'occasion de l'affaire des skieuses russes Larissa Lazutina et Olga Danilova, contre une sentence du TAS les disqualifiant d'une épreuve des Jeux Olympiques d'hiver de Salt Lake City.

Il a conclu que le TAS n'était pas inféodé au CIO, qu'il était suffisamment indépendant et que ses décisions sont considérées comme de véritables sentences, assimilables aux jugements d'un tribunal étatique.

Ajoutant :
« *Il n'est pas certain que d'autres solutions existent qui soient susceptibles de remplacer l'institution à même de résoudre rapidement et de manières peu coûteuses, des litiges internationaux dans le domaine du sport* ».

Contrairement à l'avis du Tribunal fédéral suisse, les parties africaines et notamment algériennes considèrent que les coûts

de l'arbitrage sont trop élevés et qu'elles renoncent à saisir le TAS, délaissant ainsi leurs droits de saisine.

v : Les nouvelles structures du TAS ou la « Convention de Paris »

Les nouvelles structures ont été créées le 22 juin 1994 à Paris, par la signature de la « Convention relative à la constitution du « **CONSEIL INTERNATIONAL DE L'ARBITRAGE EN MATIERE DU SPORT** dite « Convention de Paris ».

- La « Convention de Paris » a été signée par les plus hautes autorités représentant le monde du sport, soit les Présidents du CIO, de l'Association des Fédérations Internationales Olympiques de sports d'été (ASOIF), de l'Association des Fédérations Internationales Olympiques de sports d'hiver (AIWF), et de l'Association des Comités Nationaux Olympiques (ACNO).

Le préambule énonce :

« *dans le but de faciliter la résolution des litiges dans le domaine du sport, il a été créé une institution d'arbitrage dénommée « Tribunal Arbitral du Sport (TAS), et que , dans le but d'assurer la sauvegarde des droits des parties devant le TAS ainsi que l'entière indépendance de cette institution, les parties ont décidé d'un commun accord de créer une Fondation pour l'arbitrage international en matière de sport, désignée par* « Conseil International de l'arbitrage en matière de Sport (CIAS), sous l'égide duquel sera désormais placé le TAS ».

- Le « **Conseil International de l'Arbitrage en matière du Sport** » **(CIAS**).

1. Constitution

Il est constitué de 20 membres devant être des juristes de haut niveau ayant des connaissances de l'arbitrage et du droit du sport.

Leur désignation se fait de la manière suivante :

. Quatre membres au titre des Fédérations Internationales, à savoir trois par les Fédérations Internationales Olympiques des sports d'été et un par les Fédérations Internationales Olympiques des sports d'hiver, choisis en leur sein ou en dehors ;

. Quatre membres au titre de l'Association des Comités Nationaux Olympiques, choisis en son sein ou en dehors ;

. Quatre membres au titre du Comité International Olympique, choisis en son sein ou en dehors ;

. Quatre membres sont désignés par les douze membres du CIAS figurant ci- dessus, après des consultations appropriées, en vue de sauvegarder les intérêts des athlètes ;

. Quatre membres sont désignés par les seize membres du CIAS figurant ci- dessus et choisis parmi des personnalités indépendantes des organismes désignant les autres membres du CIAS.

Ils doivent signer au moment de leur désignation une déclaration à exercer leurs fonctions à titre personnel, en toute objectivité et en toute indépendance et sont tenus par l'obligation de confidentialité.
Leur mandat est de quatre ans, renouvelable.

Ils ne peuvent figurer sur la liste des arbitres du TAS, ni agir comme conseil d'une des parties dans une procédure devant le TAS.

2. Attributions
Le CIAS a, notamment, pour mission de sauvegarder l'indépendance du TAS et les droits des parties.

- Il adopte et modifie le Règlement de procédure dénommé le « Code » ;

- Il élit en son sein le Président et deux Vice-présidents le Président de la Chambre d'arbitrage ordinaire et le Président de la Chambre arbitrale d'appel et les suppléants ;
- Il désigne les arbitres et les médiateurs;`
- Il est chargé de la récusation et de la révocation des arbitres ;
- Il assure l'administration et le financement du TAS ;
- Il nomme le Secrétaire général du TAS et le révoque sur proposition du Président;
- Il exerce la surveillance sur les activités du Greffe ;
- Il crée, s'il le juge opportun, un fonds d'assistance aux personnes physiques dépourvues de moyens financiers.

Il est à souligner que le Président du CIAS est également Président du TAS.

- **Le Tribunal Arbitral du Sport**

1. Organisation

Le TAS est composé de deux chambres arbitrales, la Chambre d'arbitrage ordinaire et la Chambre arbitrale d'appel.

i : La Chambre d'arbitrage ordinaire :

Elle constitue des Formations ayant pour mission de résoudre les litiges soumis à la procédure ordinaire et exerce, par l'intermédiaire de son Président ou de son suppléant, toutes les fonctions relatives au bon déroulement de la procédure prévue par le « Code ».

ii: La Chambre arbitrage d'appel :

Elle constitue des Formations ayant pour mission de résoudre les litiges concernant la procédure des décisions des fédérations, associations ou autres organismes sportifs, dans la mesure où les statuts et règlements ou une convention particulière le prévoient.

Elle exerce, par l'intermédiaire de son Président ou de son suppléant, toutes les fonctions relatives au bon déroulement de la procédure prévue par le « Code ».

iii : Le Greffe :

Il est chargé de la distribution des arbitrages aux deux chambres en fonction de leur nature.

iv : Autres structures : les bureaux décentralisés et les chambres ad hoc

a) les bureaux décentralisés

Le CIAS a créé, en 1996, deux bureaux décentralisés permanents un à Sydney (Australie) et à Denver (USA). Ce dernier a été transféré, en 1999, de Denver à New York.

Ces bureaux sont rattachés au Greffe du TAS et sont compétents pour recevoir et notifier tous actes de procédure.

b) Les Chambres ad hoc

En 1996, le CIAS a, également, créé une Chambres ad hoc du TAS, avec pour mission de trancher de manière définitive et dans un délai d 24 heures les litiges survenant pendant les Jeux Olympiques d'Atlanta.

Elle a utilisé une procédure spéciale, flexible et gratuite.

Depuis lors, des Chambres ad hoc du TAS ont été créées à l'occasion des Jeux Olympiques d'été ou d'hiver, en 1998, pour les Jeux du Commonwealth, en 2000, pour le Championnat d'Europe de Foot – Ball, organisé par la Fédération Européenne de Foot – Ball (UEFA) et en 2006 pour la Coupe du Monde de Foot – Ball, organisée par la Fédération Internationale de Foot – Ball (FIFA).

2. Les missions du Tribunal Arbitral du Sport

Il met en œuvre des Formations qui ont pour mission de procurer, par la voie de l'arbitrage et/ou de la médiation, la solution des litiges survenant dans le domaine du sport conformément au « Code ».

Il veille à la constitution des Formations et au bon déroulement des procédures.

Il met à la disposition des parties l'infrastructure nécessaire.

Il a, à sa disposition, une liste de minimum 150 arbitres et de 50 médiateurs désignés par le CIAS, pour une période de quatre années, renouvelable, selon les critères décrits ci – dessus.

Le nombre des arbitres est d'environ 300.

Ils sont nommés sur proposition du CIO, des Fédérations Internationales et des CNO et peuvent siéger dans l'une ou l'autre Chambre du TAS.

Ils sont tenus à l'obligation de confidentialité et ne doivent pas divulguer à des tiers, des faits ou autres informations ayant trait à des procédures du TAS.

Il est affirmé que le CIAS veille, autant que possible, à une représentation équitable des continents et des différentes cultures juridiques.

Cependant, il semblerait que la réalité soit tout autre, réservant un large contingent aux européens et aux anglo - saxons.

3. La procédure actuelle ou le Règlement de procédure dit le « Code »

- Le « Code » depuis 1994 a connu deux modifications et la version actuelle est entrée en application le 1er janvier 2010.

D'une manière très générale, un litige ne peut être soumis au TAS, que s'il existe entre les parties une convention d'arbitrage en faveur du TAS.

En effet, l'article R27 stipule :
« *Le présent Règlement de procédure s'applique lorsque les parties sont convenues de soumettre au TAS un litige relatif au sport. Un tel litige peut résulter d'une clause arbitrale insérée dans un contrat ou un règlement, ou d'une convention d'arbitrage ultérieure (procédure d'arbitrage ordinaire, ou avoir trait à l'appel d'une décision rendue par une fédération, une association ou un autre organisme sportif lorsque les statuts ou règlements de cet organisme ou une convention particulière prévoient l'appel au TAS (procédure arbitrale d'appel).*

Ces litiges peuvent porter sur des questions de principe relatives au sport ou sur des intérêts pécuniaires ou autres mis en jeu à l'occasion de la pratique ou du développement du sport et, d'une façon générale, de toute activité relative au sport ».

Il est à noter que le TAS ne s'est jamais déclaré incompétent en raison de la nature non sportive du litige.

Deux types de litiges sont donc soumis à la compétence du TAS, les litiges de nature commerciale et les litiges de nature disciplinaire.

i. Les litiges de nature commerciale :

Ils regroupent :

- les litiges portant sur l'exécution de contrats, par exemple dans le domaine du sponsoring, de la vente des droits de télévision, de l'organisation de manifestations sportives, des transferts de joueurs, et des relations entre joueurs ou entraîneurs et/ou clubs et agents ;
- les litiges portant sur les questions de responsabilité civile (accident d'un athlète).

ii. Les litiges de nature disciplinaire :

On retrouve les affaires de dopage, de violence sur un terrain, injures envers arbitres ou mauvais comportement vis à vis des supporters.

- Lés éléments essentiels et les principes fondamentaux du « Code » :

a) Le siège du TAS et des Formations arbitrales est à Lausanne.

Cependant, si les circonstances le justifient, le président de la Formation ou le Président de la Chambre concernée, peut décider après consultation des parties, qu'une audience se tiendra dans un autre lieu et en fixe les modalités (R28).

b) La langue :

Les langues de travail du TAS sont le français et l'anglais.

A défaut d'accord des parties, le Président de la Formation ou, s'il n'est pas encore nommé, le Président de la Chambre concernée choisit, au début de la procédure, une de ces deux langues comme langue de l'arbitrage, en tenant compte de l'ensemble des circonstances qu'il juge pertinentes.

Les parties peuvent demander qu'une autre langue soit choisie, sous réserve de l'accord de la Formation et du Greffe.

c) Représentation :

Les parties peuvent se faire représenter par des personnes de leur choix.

d) Indépendance et qualification des arbitres :

Tout arbitre doit être et demeurer indépendant des parties est à l'obligation de révéler immédiatement toute circonstance susceptible de compromettre son indépendance à l'égard des parties ou de l'une d'entre elles.

Il doit figurer sur la liste des arbitres du CIAS et avoir la disponibilité nécessaire.

e) **Récusation** :

Un arbitre peut être récusé lorsque les circonstances permettent de douter légitimement de son indépendance.

La récusation est de la compétence exclusive du Bureau du CIAS qui peut décider de le renvoyer au CIAS.

Le Bureau du CIAS ou le CIAS tranche, sur requête motivée d'une partie, après avoir invité les parties et l'arbitre à donnez leur point de vue par écrit.

f) **Révocation** :

Tout arbitre peut être révoqué par le CIAS s'il refuse ou s'il est empêché d'exercer ses fonctions ou s'il ne remplit ses fonctions conformément au « Code ».

g) Mesures provisionnelles et conservatoires :

Aucune partie ne peut requérir des mesures provisionnelles et conservatoires avant la soumission au TAS de la requête d'arbitrage ou de la déclaration d'appel, laquelle présuppose l'épuisement des voies de droit interne.

Le Président de la Chambre concernée, avant la transmission du dossier à la Formation, puis la Formation peuvent, sur requête d'une des parties, ordonner des mesures provisionnelles et conservatoires.

Par la soumission au « Code » d'un litige relevant de la procédure arbitrale d'appel, les parties renoncent à requérir de telles mesures de la part des autorités étatiques.

Il est statué, en cas de saisine, sur simple ordonnance.

La renonciation ne s'applique pas pour les litiges relevant de la procédure arbitrale ordinaire.

Les mesures provisionnelles et conservatoires peuvent être subordonnées à la fourniture de sûretés.

h) Le droit applicable :

Les Formations arbitrales n'appliquent pas automatiquement le droit suisse.

Dans les procédures d'appel, elles appliquent le droit choisi par les parties (qu'il s'agisse d'un droit national spécifique ou de règles générales d'une fédération sportive) ou, en l'absence d'un tel choix, le droit du pays dans lequel la fédération ou l'association qui a rendu la décision attaquée est domiciliée, voire selon les règles du droit dont la Formation estime l'application appropriée.

Dans les affaires ordinaires, les Formations arbitrales appliquent le droit choisi par les parties et seulement en l'absence d'un tel choix, le droit suisse peut être appliqué.

i) La portée d'une sentence rendue par le TAS :

Une sentence rendue par le TAS est définitive et obligatoire pour les parties à compter de sa notification.

Elle peut être exécutée conformément à la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères.

Certaines Fédérations Internationales adoptent des mesures disciplinaires et prévoient des sanctions à l'encontre de leurs membres qui ne respecteraient pas une sentence du TAS.

j) Les recours contre une sentence rendue par le TAS :

Une voie de recours au Tribunal fédéral suisse est ouverte pour des motifs limités (absence de compétence, violation des

règles élémentaires de procédure, absence du contradictoire, incompatibilité avec l'ordre public).

Ce recours est fondé sur l'article 190 de la Loi suisse sur le droit international privé de 1987. Cette disposition s'applique à toutes les sentences redues par tous les tribunaux arbitraux ayant leur siège en Suisse.

Il s'agit d'une mesure générale destinée à garantir un certain degré de contrôle judicaire sur toutes les institutions d'arbitrage ayant leur siège en Suisse.

II – L'arbitrage institutionnel en matière du sport en Algérie

1. Historique

a) Création

C'est au cours de l'année 1998, que les responsables du Comité Olympique Algérien (COA), sous la Présidence de Monsieur Mustapha Larfaoui, ont demandé à la Commission juridique du COA de proposer un projet de création d'une juridiction arbitrale en matière du sport.

Cette Commission a été élargie à d'autres personnes ayant une expertise en ce domaine.

La Commission a proposé la création d'un tribunal arbitral dénommé le Tribunal Arbitral des Sports (TAS).

Le 20 mai 1999, l'Assemblée Générale du COA, au cours de sa session ordinaire, a adopté la création du TAS.

Le 27 juin l999, Le Bureau Exécutif du COA a entériné la décision de l'Assemblée Générale.

Le 12 juillet 1999, le Président du COA, Monsieur Mustapha Larfaoui, a signé la décision de création du TAS1, qualifié de juridiction exclusive, ayant pour mission d'assurer le règlement des litiges en matière du sport et des activités sportives.

b) Missions et organisation

L'article 3 précise que le TAS est une juridiction indépendante et autonome, au service du mouvement olympique national et sportif national.

Le choix des Membres du TAS, au nombre de huit, se fait parmi les personnalités membres ou proches du Mouvement Sportif National, représentatives et notoirement reconnues pour leurs compétences en matière juridique et leurs connaissances des problèmes propres à l'activité sportive.

Ces personnalités sont désignées par le président du COA, après consultation du Bureau Exécutif, pour un mandat de quatre ans.

Les membres du TAS ne peuvent figurer sur la liste des arbitres.

Ils exercent les fonctions suivantes :

- Adopter et modifier le code de l'arbitrage, le règlement de procédure et le règlement intérieur ;
- Adopter et modifier le code l'éthique sportive ;
- Désigner les arbitres.
  Les arbitres sont proposés par les fédérations et institutions affiliées au COA et choisis pour leurs compétences en matière de droit et leurs connaissances des mécanismes et procédures du mouvement sportif national et international.
- Assurer l'administration et la gestion financière du TAS ;
- Veiller à l'indépendance et à l'autonomie du TAS et prendre toutes mesures qu'ils jugent propres à assurer la protection des droits des parties et en particulier, à garantir au mieux, l'indépendance des arbitres et à favoriser le règlement des litiges relatifs au sport par la voie de l'arbitrage (article 6).

Organisation :
Le TAS élit en son sein:
. Un Président ;
. Un Vice-Président,
.Le Président de la Chambre d'arbitrage ordinaire et un suppléant ;
.Le Président de la Chambre d'arbitrage d'appel et un suppléant ;
. Deux assesseurs.

Le Président représente le TAS dans tous les actes de la vie civile, il rend compte de ses activités au Président du COA et présente un rapport annuel à l'Assemblée Générale du COA (article 7).

Cette disposition est en contradiction avec l'indépendance et l'autonomie du TAS et rappelle la situation du TAS international à ses débuts et sera dans la pratique une source de problèmes qui seront développés ultérieurement.
Le TAS comprend deux Chambres arbitrales :

- ✓ La Chambre d'arbitrage ordinaire ;
- ✓ La Chambre d'arbitrage d'appel.

Elles sont placées sous la responsabilité d'un Président de chambre et leur fonctionnement et leurs compétences sont renvoyés au Règlement d'arbitrage.

Un Greffe placé sous la responsabilité du Président.

Les moyens de fonctionnement du TAS sont assurés par le COA dans le respect de l'autonomie et de l'indépendance du TAS (article 9).

La pratique démontrera que cette disposition gênera énormément l'activité et le développement du TAS.

En effet, un budget est arrêté chaque année par le Président du TAS et délibéré par le COA, mais il n'a jamais été mis à la disposition du TAS.

Il est à noter, que contrairement au projet de création, la décision de création du TAS n'a pas repris la proposition de création du Conseil qui devait administrer et contrôler le TAS.

Ce Conseil devait être composé de membres désignés par le COA sur proposition de son Président, pour un mandat de quatre ans renouvelable et choisis parmi des personnes compétentes en matière de sport et ayant une connaissance de la famille sportive nationale.

Le Conseil devait élire en son sein les membres du TAS et aurait eu pour missions celles dévolues au TAS, tel que créé par la décision du 12 juillet 1999.
Le Président du Conseil est également le Président du TAS.
Cela rappelle l'organisation et le fonctionnement du CIAS.

2. L'évolution du TAS

Pour éviter des confusions de dénomination entre le TAS de Lausanne et celui d'Algérie, il a été ajouté au mot TAS Algérie pour devenir « TASA ».

Le premier TASA, constitué de huit personnes, devait élaborer un Règlement d'arbitrage, ce qu'il ne put faire; il a connu des problèmes de fonctionnement, ce qui l'a conduit à dresser un procès-verbal de carence, en date du 24 juin 2001, suivi d'une démission collective de ses membres.

Une nouvelle composition est intervenue par décision du 5 novembre 2001 n° 1228/COA//SG/01, qui a adopté le Règlement d'arbitrage et fixé le barème des droits de saisine.

3. Le changement de dénomination

Le CIO ayant contesté la dénomination du TASA au motif que la dénomination « Tribunal Arbitral du Sport » est protégée, il a proposé au COA la dénomination « Commission d'arbitrage du sport algérien ».

Il a également proposé la modification des statuts du COA, pour instituer le TAS de Lausanne comme autorité de dernière instance pour les litiges non résolus par l'instance arbitrale algérienne.

Cette proposition a été faite dans la mesure où le CIO avait projeté de créer un bureau décentralisé du TAS pour l'Afrique.

Dès lors le TASA est devenu « La Commission d'arbitrage du Sport Algérien » « CASA ».

Le choix de cette dénomination ayant été contesté, il en a été proposé une autre, à savoir **« Le Tribunal Algérien de Règlement des Litiges Sportifs », « TARLS »,** par décision du 18 mars 2004 de l'assemblée Générale du COA.

Cette dénomination devient enfin « **Le Tribunal Arbitral de Règlement des Litiges Sportifs »** en application de la loi 04/10 du 14 août 2004, relative à l'éducation physique et aux sports.

1. Les anciennes dispositions sur l'arbitrage en matière du sport introduites par la loi 04/10 du 14 août 2004, relative à l'éducation physique et aux sports.

Deux dispositions vont conforter l'arbitrage en matière de sport.

- **L'article 55,** énonce notamment :

Le Comité Olympique est chargé de … « - *rechercher les voies et les moyens de la réconciliation, à la demande des parties concernées, à l'occasion des conflits éventuels opposant les adhérents, les clubs,*

ligues et fédérations sportives nationales par référence aux usages du comité international olympique »…..

Le terme « réconciliation » utilisé n'est pas neutre à mon avis, car à l'époque, l'Algérie était engagée au niveau politique dans la Réconciliation Nationale suite aux événements de 1990.

Le principe était donc posé.

- **L'article 56**, stipule :

« *Le comité national olympique crée une commission arbitrale pour le règlement des conflits prévus à l'article 55.*

Le comité national olympique désigne les membres de la commission arbitrale parmi les experts en la matière et définit les règles de sa saisine, de son organisation et de son fonctionnement.

Les fédérations sportives nationales sont tenues d'inscrire dans leurs statuts une clause compromissoire liée à la saisine de la commission d'arbitrage en cas de conflits éventuels ».

Il est à noter que le COA a précédé la loi et que celle - ci n'a fait que consolider et conforter la création du tribunal arbitral par le COA.

2. La modification du statut du Tribunal Algérien de Règlement des Litiges Sportifs »

i : Par décision du COA du 30 mai 2006, n° 501/COA/06, la structure du tribunal arbitral a été modifiée comme suit :

. Un Président ;

. Un Vice-Président ;

. Un Secrétaire Général ;

. Un Président de la Chambre d'appel et un Assesseur ;

. Un Président de la Chambre ordinaire et un Assesseur ;

. Un Greffe

Il est à remarquer, que cette décision a visé la loi du 14 août 2004.

Suite à cette restructuration, qui a vu le nombre des membres réduit à sept (7), le COA a procédé à la désignation des nouveaux membres en date du 19 juin 2006.

L'étude de cette composition démontre, que le COA a violé le principe de l'indépendance et de l'autonomie en désignant des personnalités ayant des fonctions de responsabilité dans le domaine des activités sportives et membres du COA.

En effet, l'article 3 de la décision de création énonce que :
« **Le TAS constitue une juridiction exclusive, indépendante et autonome…..** ».

Le COA devient ainsi juge et partie, ce qui est incompatible en matière d'arbitrage quelque soit sa nature.

ii : Une autre décision datée du 14 juin 2007, n° 72/COA/Pdt/07, apporte des aménagements mineurs à la décision de création, en confirmant la nouvelle dénomination du tribunal en Tribunal Algérien de Règlement des Litiges Sportifs par abréviation : « **Tribunal des Sports** ».

iii : Une autre décision portant la même date et le n° 573, reprend les dispositions de la décision de création en y ajoutant les aménagements de la précédente décision.

Cela est parfaitement étrange et inexplicable, sauf à vouloir intégrer la rémunération des membres du tribunal.

3. Les principales dispositions du Règlement d'Arbitrage

i : Les Formations arbitrales

Les Formations arbitrales devaient être constituées sur la base de la liste des arbitres arrêtées par le Tribunal.

Pour confectionner cette liste, il a été fait appel aux fédérations sportives nationales pour proposer, chacune d'entre elles, une liste de cinq (5) arbitres et de deux experts.

Le Règlement d'arbitrage a prévu et anticipé le défaut de constitution de la liste des arbitres, par la disposition de **l'article 31,** qui stipule :
« A titre exceptionnel et transitoire en attendant la mise en place des instruments nécessaires au fonctionnement des formations arbitrales, les litiges déférés au tribunal sont réglés par ce dernier, en formation restreinte ou en formation plénière selon la nature des litiges».

Cependant, à ce jour, cette liste n'a pas vu le jour du fait que trois fédérations seulement on répondu à l'appel, en proposant moins de cinq arbitres.

Dans la grande majorité, les fédérations ont été incapables de produire leur liste d'arbitres et le Tribunal continue à appliquer l'article 31, ce qui fait que cette période transitoire est toujours d'actualité.

Il est à noter que **l'article 33** a prévu, également :
« *En cas de circonstances exceptionnelles, dûment établies par le tribunal, ne permettant pas de mettre en œuvre les procédures prévues par le Règlement d'arbitrage, le Tribunal statue, en formation plénière sur le litige* ».

Dans la pratique le Tribunal a fonctionné soit en formation restreinte soit en formation plénière.

ii : La langue

Le Règlement d'Arbitrage actuel a prévu l'utilisation de trois langues, l'arabe, le français et l'anglais.

Le précédent Règlement n'avait prévu que les deux langues officielles du CIO à savoir le français et l'anglais.

iii : Les principes d'impartialité et d'indépendance des arbitres sont consacrés

L'article 9 du Règlement d'arbitrage, stipule :

«*Chaque arbitre doit être impartial et indépendant des parties en cause. Chaque arbitre doit, avant d'accepter sa nomination ou sa confirmation, faire connaître aux parties et au tribunal tout fait ou circonstance qui pourraient faire douter de son impartialité ou de son indépendance.*

L'arbitre doit, immédiatement porter à la connaissance des parties et du Tribunal, tout fait ou circonstance de même nature intervenu au cours de la procédure arbitrale.

Aucune partie, ni quiconque agissant en son nom, ne doit avoir de communication "ex parte" avec un arbitre sur des questions de fond touchant à l'arbitrage, à moins d'une décision contraire de la formation arbitrale, motivée par les nécessités de l'instruction ».

Cette disposition est un grand classique de l'arbitrage commercial.

Il est à préciser que les arbitres doivent être qualifiés.
A cet effet, le Tribunal a la possibilité d'évaluer la qualification de l'arbitre avant sa confirmation.

Les parties ont la possibilité de choisir leur arbitre sur la liste délibérée par le Tribunal.

Dans la pratique cela n'a jamais eu lieu du fait du défaut de constitution de la liste des arbitres.

Par ailleurs, jamais une partie n'a sollicité ou exigé la désignation d'un arbitre, à ce jour.

La Fédération Algérienne de Foot Ball, en 2010, a voulu contester la compétence du Tribunal sur la base de la circulaire n° 1010, du 20 décembre 2005, de la Fédération Internationale de Foot Ball.

Cette circulaire, a défini les critères que devaient remplir un tribunal arbitral pour avoir le droit de trancher les litiges relatifs à cette discipline sportive.

Les principes retenus par la FIFA sont :

- la parité lors de la constitution du tribunal arbitral ;
- Indépendance et impartialité ;
- Droit a être entendu ;
- Droit au contradictoire ;
- Principe de traitement à égalité.

La FAF a du reconnaître que tous ces principes étaient consacrés par le Règlement de procédure du TARLS et a été contrainte de se soumettre au TARLS, ce qui était une victoire pour le tribunal, vu la puissance en Algérie de cette fédération, car le Foot Ball est toujours le sport roi et bien protégé au niveau politique.

Le tribunal a démontré également toute sa légitimité et sa crédibilité.

Il est cependant important de faire remarquer que l'alinéa 2 de l'article 106 de la loi 13/05 du 23 juillet 2013 relative à l'organisation et au développement des activités physiques et sportives, stipule que :

« ***Le Tribunal Arbitral de Règlement des Litiges Sportifs et ses membres sont indépendants de toutes structures d'organisation et d'animation sportives ou de leurs membres ».***

Dès lors, le COA doit se conformer impérativement à cette disposition légale qui a une portée internationale.

La nouvelle loi a donc confirmé et consacré l'existence du Tribunal ce qui est une excellente chose.

vi : La clause arbitrale

Dès la création du Tribunal, en 1999, le COA a exigé du mouvement sportif national d'insérer une clause d'arbitrage dans les statuts et que les athlètes y adhéraient automatiquement.

- L'intervention du COA

L'article 39, des statuts du COA énonce :

« *Les membres du COA, les fédérations sportives et institutions affiliées au COA reconnaissent la compétence exclusive de la Commission d'Arbitrage du Sport Algérien.*

Tout appel d'un membre du COA, contre une décision rendue en dernière instance par la Commission d'Arbitrage du Sport Algérien, qui tranchera le litige suivant le code de l'arbitrage en matière de sport. Le délai d'appel est de vingt et un jours dès réception de la décision faisant objet de l'appel.

Le Tribunal Arbitral du Sport de Lausanne est institué comme autorité de dernière instance pour les litiges non résolus par la Commission d'Arbitrage du Sport Algérien ».

C'est dans ce cadre, que le TAS de Lausanne s'est déclaré compétent dans le litige ayant opposé la FAF et le Club de Foot Ball de Kouba, à l'issue du match RC Kouba – USM El Harrach, car le TARLS a pris une décision très critiquable.

En effet, dans ce litige qui lui a été soumis en procédure d'urgence, le Tribunal s'est déclaré incompétent en l'état, ce qui en droit et dans la pratique est inconcevable pour une procédure de référé.

Des raisons d'ordre subjectif ont été à l'origine de cette malencontreuse sentence arbitrale et notamment la peur de la réaction des supporters du RC Kouba ou de USM El Harrach.

Par contre l*e* Tribunal Arbitral du Sport de Lausanne était parfaitement compétent, dans le dossier ayant opposé Mademoiselle Boulmerka Hassiba contre le COA relatif à la contestation des élections du COA.

En effet, celle-ci ayant saisi le TARLS, le Secrétaire général du Tribunal lui a délivré un document indiquant que le Tribunal ne pouvait juger son affaire.

Cela demeure inexplicable du fait que tout simplement le Tribunal ne pouvait se réunir car son Président était démissionnaire et le COA était en plein renouvellement de ses structures, après avoir connu une grave crise interne ayant nécessité l'intervention du CIO.
Cela a permis au TAS de juger l'affaire.

- Les dispositions législatives

. L'alinéa 3 de l'article 56, de la loi 04/10 du 14 août 2004 relative à l'éducation physique et aux sports (abrogé), a fait obligation aux fédérations sportives nationales d'inscrire dans leurs statuts une clause compromissoire liée à la saisine de la commission d'arbitrage en cas de conflits éventuels (cf. supra).

Tout le mouvement sportif a appliqué les dispositions statutaires du COA et les dispositions légales.

. Le dernier alinéa de l'article 106 de la loi 13/05 du 23 juillet 2013 relative à l'organisation et au développement des activités physiques et sportives, a repris la même disposition.

vii : La confirmation des arbitres

Les arbitres désignés par les parties ne peuvent entamer leur mission qu'après leur confirmation par le président de la Chambre concernée.

viii : La récusation des arbitres

Un arbitre peut être récusé par une partie s'il s'avère des faits de nature à faire douter sérieusement de son impartialité, de son indépendance ou de sa qualification.

Une partie ne peut récuser un arbitre à la nomination de laquelle elle a procédé, que pour une cause dont elle n'a eu connaissance après sa nomination.

ix : La révocation des arbitres

Un arbitre peut être révoqué par le Président du Tribunal sur proposition du Président de la Chambre concernée.

x : La sentence arbitrale

La sentence est écrite et motivée.

Le Tribunal peut rendre des sentences préliminaires, provisoires, partielles, additionnelles, rectificatives ou interprétatives.

Le délai pour rendre une sentence est de trois mois maximum.

Si les parties ont décidé, en cours de procédure, de mettre fin au litige, la formation arbitrale constate leur accord dans une sentence « accord parties ».

La sentence est adoptée à la majorité en cas de formation de trois arbitres.

Le projet de sentence est soumis au Président de la Chambre concernée, qui l'approuve en la forme.

xi : Exécution des sentences arbitrales

La sentence arbitrale jouit de l'autorité de la chose jugée.

Les parties doivent l'exécuter sans délai et de bonne foi.

La loi n'a rien prévu quant l'exécution des sentences arbitrales en matière du sport.

C'est pourquoi, pour pallier ce vide juridique, les sentences font référence à l'article 1035 du Code de procédure civile et administrative qui stipule :

« *La sentence arbitrale, finale, partielle ou préparatoire est rendue exécutoire par ordonnance du président du tribunal dans le ressort duquel elle a été rendue…..*

Les parties peuvent faire appel de l'ordonnance de refus d'exécution, dans un délai de 15 jours à compter du refus, devant la Cour ».

C'est la pratique initiée par le TARLS qui a bien fonctionné.

Il est à noter que dans le cadre des discussions du projet de la nouvelle loi sur les activités sportives, il avait été proposé par le Président du TARLS d'introduire, une disposition à cet effet, mais cela n'a pas été retenu, sans explication.

xii : Les coûts

Ils sont minimes par rapport au TAS, ce qui rend accessible la saisine du TARLS, à la famille sportive.

Conclusion

L'arbitrage en matière sportive au plan international connaît un très grand engouement et les 300 affaires traitées annuellement le démontrent.

Certes, il n'y a aucune comparaison à faire avec le nombre traité par la Chambre de Commerce International.

Par contre, au niveau de l'Algérie l'arbitrage commercial institutionnel n'arrive pas à décoller.

Cependant, l'arbitrage en matière de sport traite environ une centaine de dossiers par année.

Ce chiffre ira en diminuant à l'avenir, du fait de la réduction des litiges relatifs aux affaires liées aux contrats des joueurs de Foot Ball.

En effet, la FIFA et la FAF ont prévu des mesures draconiennes pour éviter ce genre de problèmes.

LE DEFENSEUR DES DROITS : le nouveau médiateur miracle (?)

Anne TRESCASES
Maître de conférences, Université Nice Sophia-Antipolis, GREDEG-CREDECO, UMR 7321

1.−Avant de présenter l'institution qu'est le Défenseur des droits et de faire un point sur cette création originale issue de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008[1], il convient tout d'abord de rendre hommage à son premier titulaire, Monsieur Dominique Baudis, aujourd'hui décédé et dont le travail a unanimement été salué. En effet, cette institution relativement récente a pu s'affirmer dans le paysage français en raison de la légitimité en matière de garantie des libertés et de l'expérience de l'administration de cet homme qui a su incarner cette autorité administrative indépendante unipersonnelle, tout en déjouant les pièges du pouvoir personnel.

2.−La création du Défenseur des droits s'inscrit dans le processus très en vogue de déjudiciarisation, phénomène qui ne peut paradoxalement être envisagé que dans des Etats de droit. Le Défenseur des droits, qui n'est pas une spécificité française[2], pose donc inévitablement la question de la place du juge dans le règlement des litiges et immédiatement, une précision s'impose : les juges, qu'ils soient administratifs ou judiciaires, sont incontestablement les premiers défenseurs des droits. Il n'a jamais été question de remettre en cause leur efficacité avec la création de cette nouvelle institution, mais seulement d'améliorer autrement l'efficacité d'un système déjà garant de la protection et de la

[1] La loi n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions portant révision de la Constitution de la V^{ème} République a notamment mis en place un Défenseur des droits à l'article 71-1 de la Constitution.
[2] À l'image du *Defensor del Pueblo* espagnol, du *Provedor de justiçia* portugais ou des *Ombudsmän* scandinaves.

promotion des droits. À ce titre, le Défenseur des droits doit être envisagé classiquement comme un organe alternatif de règlement des conflits, puisqu'il vient renforcer les possibilités de recours non juridictionnels, mises à la disposition du citoyen pour assurer la défense de ses droits et libertés dans les litiges l'opposant principalement aux administrations et aux services publics.

3.–L'engagement des administrations et des services publics dans des démarches de règlement alternatif des conflits est le fruit d'une longue histoire. Pendant près de quarante ans, le Médiateur de la République, autorité administrative indépendante, est en effet intervenu gracieusement, à la demande des usagers pour ces derniers aider à régler leurs différends avec l'administration et les services publics[3]. La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 a élevé l'institution dans l'ordre juridique avec son insertion dans la Constitution. Le Défenseur des droits a notamment été investi des missions et des moyens d'action du Médiateur de la République. Il est ainsi chargé d'améliorer les relations entre le citoyen, l'administration et les organismes chargés d'un service public[4], spécialement par la voie de la médiation. Le Défenseur des droits est devenu la première institution à s'inscrire dans le paysage juridique et dans le domaine de la médiation. L'inscription du Défenseur des droits dans le marbre constitutionnel témoigne sans nul doute de la volonté de pérenniser et de légitimer cette institution[5] qui n'a rien de

[3] En France, le Médiateur de la République a été créé en 1973. En Algérie, un Médiateur de la République a vu le jour par décret présidentiel du 23 mars 1996 pour être ensuite supprimé dès 1999.

[4] Sont ainsi concernés les hôpitaux publics, les caisses d'allocations familiales, les caisses primaires de l'assurance maladie, le régime social des indépendants, Pôle emploi, les fournisseurs d'énergie, les gestionnaires de transports publics, les ministères, les consulats, les préfectures, les communes et les conseils généraux et régionaux.

[5] La consécration constitutionnelle poursuit un but de pérennisation. Légitimé, le Défenseur des droits devient indépendant des conjonctures économiques et des changements législatifs.

miraculeuse, mais dont l'efficacité mérite cependant d'être soulignée. Les lois organique n° 2011-333 et ordinaire n° 2011-334 du 29 mars 2011, sont venues finaliser l'architecture de cet « *ombudsman à la française* »[6], en précisant le statut, les missions et les pouvoirs de ce « *super médiateur* ».

4.−Le Défenseur des droits a la responsabilité de défendre, de protéger les droits et libertés des citoyens. Il regroupe à ce titre quatre autorités administratives indépendantes qui coexistaient depuis plus ou moins longtemps dans notre paysage : le Médiateur de la République[7], le Défenseur des enfants[8], la Commission Nationale de Déontologie de la Sécurité (CNDS)[9] et enfin la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité (HALDE)[10]. De manière classique, le Défenseur des droits dispose d'une capacité d'action sur la protection des droits. À ce titre, il est tenu de traiter toutes les réclamations dont il a été saisi[11], y compris celles qui se révèlent injustifiées[12]. De manière plus originale, conformément à l'article 34 de la loi organique, il se voit également confier un rôle dans le domaine de la promotion des droits et de l'égalité[13], où il joue parfaitement son rôle de tiers de confiance. Dans ce cadre, il peut agir de manière préventive afin de mettre fin à des dysfonctionnements en s'attaquant, par exemple, à la cause qui peut tout aussi bien être un règlement, un arrêté ministériel, un décret ou une loi dont l'interprétation est sujet à débat. Il

[6] Le concept d'*ombudsman* signifie littéralement en suédois porte-parole des griefs ou homme de doléances. V. la définition de l'Institut International de l'Ombudsman : http://www.theoi.org/fr/l-iio/sur-l-iio.
[7] Le Médiateur de la République a été consacré en France par la loi n° 1973-6 du 3 janvier 1973.
[8] Loi n° 2000-196 du 6 mars 2000.
[9] Loi n° 2000-494 du 6 juin 2000.
[10] Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004.
[11] Chaque demande doit donner lieu à une lettre personnalisée.
[12] Le Médiateur de la République, pour sa part, n'était pas tenu de répondre aux réclamations injustifiées.
[13] Cette faculté est prévue à l'article 34 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011.

possède également le pouvoir de dialoguer avec les acteurs de la société civile afin de faire évoluer les pratiques pour davantage d'égalité et moins de discriminations[14]. Il peut encore faire des propositions de réformes législatives ou réglementaires qu'il soumet ensuite aux autorités compétentes[15].

5.–Le Défenseur des droits doit ainsi couvrir, assurer, assumer quatre missions lourdes et bien distinctes. L'opération de regroupement de ces quatre autorités avait notamment pour objectif de donner plus de simplicité pour l'accès aux droits et également davantage d'efficacité dans la défense de ces droits. Elle a cependant été vivement discutée[16], notamment en ce qu'elle serait susceptible de porter atteinte à l'autonomie de certaines institutions et à leur efficacité. La création du Défenseur des droits s'est donc accompagnée de profondes interrogations. Présenté par certains comme un recul de la protection des droits, le Défenseur des droits a, au contraire, montré au cours des trois années qui viennent de s'écouler qu'il disposait d'une capacité d'intervention dans le règlement des litiges par la voie non contentieuse, aussi bien dans les réclamations qui trouvaient leur origine dans des dysfonctionnements, que dans celles provoquées par une faute. Ainsi, le règlement amiable est-il toujours privilégié dans le domaine des dysfonctionnements (I), mais il est également désormais recherché, lorsque cela est possible, dans les réclamations relevant du domaine de la faute (II).

[14] Il peut ainsi par exemple traiter des mauvais comportements qui s'installent progressivement dans certains secteurs de la société comme dans le domaine de l'accès à l'emploi ou au logement.

[15] L'article 32 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 lui permet de faire des propositions de modifications législatives ou réglementaires.

[16] Sur les nombreux débats qui ont précédé sa constitution, v. O. Renaudie, La genèse complexe du Défenseur des droits, RFAP, n° 139, ENA, 2011, p. 397.

I. Le reglement amiable privilegie par le defenseur des droits dans les reclamations relevant du domaine des dysfonctionnements

6.−Le brouillage sémantique concernant l'appellation du Défenseur des droits[17] a pu un temps contribuer à penser que sa mission de règlement amiable des litiges pourrait être réduite au profit d'autres compétences[18]. Si des craintes légitimes ont pu être formulées sur cette question (A), l'esprit de la compétence de l'ancien Médiateur de la République semble avoir été maintenu, voire même renforcé avec la création du Défenseur des droits qui s'est vu conférer des pouvoirs accrus dans l'optique de privilégier un règlement par la voie non contentieuse (B).

A. La dissipation des craintes formulées concernant un recul du règlement amiable

7.−En dépit des différentes réserves qui ont pu être formulées lors de sa création, le Défenseur des droits a été créé pour favoriser, dans les différents domaines qui lui ont été confiés, la mise en place de solutions rapides et pragmatiques, destinées à prévenir un règlement par la voie contentieuse. Le rapprochement d'entités précédemment distinctes (1), comme la possibilité pour le Défenseur des droits de disposer de pouvoirs quasi-juridictionnels, n'ont donc pas altéré sa mission première qui est d'éviter le recours contentieux (2).

[17] Du « Défenseur du peuple », proposé par le groupe socialiste quelques jours après l'envoi de la lettre de mission présidentielle, en passant par le « Défenseur des droits fondamentaux » rebaptisé par le Comité Balladur au « Défenseur des citoyens » inscrit dans l'avant-projet de loi constitutionnelle, c'est finalement l'appellation plus neutre de « Défenseur des droits » qui a été retenue.

[18] La mission de médiation du Défenseur des droits est d'ailleurs clairement consacrée à l'article 26 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011.

1. La levée des réticences liées au rapprochement des quatre entités

8.−Ceux qui voyaient dans le Défenseur des droits un recul de l'Etat de droit, notamment en raison de son rattachement au pouvoir exécutif et de la perte d'autonomie de certaines institutions de protections des droits, se sont farouchement élevés contre la création de cette autorité constitutionnelle indépendante[19]. La rationalisation des différentes institutions de défense et de protection des droits et libertés a pu légitimement faire craindre une perte d'efficacité de l'action de chacune de ces entités et a suscité, plus particulièrement, des interrogations concernant la nouvelle place de la médiation, qui recouvre à la fois un champ plus vaste et plus flou sur les domaines concernant les discriminations, la déontologie en matière de sécurité et les droits de l'enfant.

9.−Pourtant, l'organisation institutionnelle qui a été adoptée a, semble-t-il permis de sauvegarder les acquis des institutions précédentes. La dilution des compétences n'a pas soulevé de difficulté. Au contraire, elle semble même avoir favorisé l'accès au droit puisque ce rapprochement a pu supprimer les difficultés de concurrence entre deux, voire trois autorités. Dès l'arrivée du Défenseur des droits en 2011, l'intérêt du rapprochement des quatre entités qu'il incarne a pu être mesuré avec l'affaire d'un jeune enfant en fauteuil roulant, dont les parents rencontraient d'importantes difficultés pour l'inscrire dans un établissement d'enseignement. Dans le système antérieur, la famille aurait pu s'adresser au Défenseur des enfants, lequel aurait alors certainement examiné la situation à la lumière de la convention des droits de l'enfant ou encore à la HALDE puisque l'enfant souffrait d'un handicap et se trouvait par conséquent dans une

[19] Cette qualification a été consacrée par le conseil constitutionnel dans sa décision n° 2011-626 du 29 mars 2011.

situation de discrimination. Le Médiateur de la République était lui aussi susceptible de voir sa compétence retenue puisque la difficulté portait sur un différend entre des administrés et l'administration de l'Education Nationale. Depuis le 22 juin 2011, date de la prise de fonction du premier Défenseur des droits en France, la question ne se pose plus. Seul le Défenseur des droits est compétent, à charge pour lui de déterminer ensuite quels seront les leviers à employer : dans notre exemple, ceux de la médiation, de la convention internationale des droits de l'enfant ou encore les textes luttant contre la discrimination. C'est donc au Défenseur des droits qu'il revient la lourde tâche de faire ce choix, pour obtenir le résultat le plus optimal pour le réclamant.

10.–La transversalité très vivement décriée permet donc, en pratique, d'éviter que la requête d'un requérant soit écartée au motif que l'autorité administrative indépendante saisie par une question transversale ne puisse pas la traiter seule et donc soit tenue de la rejeter purement et simplement ou de la traiter sous un angle trop étroit, donc peu efficace. Le guichet unique offert par le Défenseur des droits supprime cette difficulté puisque le choix du pôle se fait désormais en interne. C'est dans cette idée que le Défenseur des droits a encore mis en place un pôle santé chargé de développer une vision commune avec l'ensemble des services susceptibles d'être intéressés par son expertise : droits de l'enfant, déontologie de la sécurité, discrimination en raison de l'état de santé ou du handicap.

2. L'éloignement des réticences liées aux attributions quasi-juridictionnelles du Défenseur des droits

11.–Le Défenseur des droits dispose d'un éventail de moyens très large pour procéder au traitement des réclamations qui lui sont soumises. Il est désormais doté d'attributions quasi-

juridictionnelles, tels que le pouvoir d'injonction et la publication d'un rapport spécial à titre de sanction, la possibilité d'enclencher des poursuites disciplinaires[20], de présenter des observations en justice et de transmettre le dossier au parquet. Parmi les nouvelles possibilités qui lui sont offertes, le Défenseur des droits a donc notamment la faculté d'intervenir dans des actions de caractère contentieux[21]. Après enquête, il peut ainsi formuler des observations dans toutes les procédures, devant les juridictions civiles, pénales ou administratives[22], à la demande du parquet, de l'une des parties ou même spontanément, lorsque la situation semble l'exiger. La crainte affichée par certains observateurs, était que ce recours à l'action contentieuse soit désormais privilégié par rapport à la médiation et, plus largement, à la recherche de solutions amiables. Cette crainte doit être cependant relativisée étant donné le nombre d'observations relativement faible, présentées par le Défenseur des droits les deux premières années de son mandat[23].

12.–En pratique, le recours à l'action contentieuse est loin de s'être substitué aux modes alternatifs de règlement des conflits puisque l'essentiel des règlements trouvés pour les 90 000 réclamations en moyenne, est traité par le biais de procédures amiables et, plus particulièrement, de procédures de médiation. Les demandes de médiation sont par ailleurs restées stables, démontrant que le Défenseur des droits s'est parfaitement installé dans le paysage institutionnel français, sans porter atteinte à la mission de règlement amiable des litiges qui lui a été notamment confiée. De manière plus globale, il convient de ne

[20] Cette faculté est prévue à l'article 29 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011.
[21] Cette possibilité est prévue à l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011.
[22] Seule la HALDE pouvait jusqu'alors disposer de cette faculté. L'action des trois autres autorités, dont le Médiateur de la République, s'arrêtait donc à la porte des tribunaux.
[23] En 2011, 62 observations ont été formulées par le Défenseur des droits toutes juridictions confondues. En 2012, le chiffre a été porté à 90. Le rapport d'activité 2013 n'est quant à lui pas publié au jour de la rédaction de cette publication.

pas craindre le renforcement des liens qui peut être constaté entre le Défenseur des droits et le pouvoir juridictionnel. Cette coopération renforcée ne traduit pas un empiètement des compétences du Défenseur des droits sur celles du juge, mais simplement une amélioration du système.

13.−Ainsi, ni le recours à l'action contentieuse, ni le rapprochement des quatre autorités ne constituent un recul pour le règlement amiable des litiges qui a su conserver une place privilégiée dans notre Etat de droit, avec la consécration constitutionnelle du Défenseur des droits. Les prérogatives conférées au Défenseur des droits par les lois organiques et ordinaires de 2011 et notamment, les nouveaux pouvoirs qui lui sont donnés, tendent à favoriser le règlement alternatif des conflits.

B. Le règlement amiable des litiges favorisé par les pouvoirs détenus par le Défenseur des droits

14.−L'accès au droit est non seulement plus simple mais aussi plus large. La saisine du Défenseur des droits est en effet simplifiée avec la suppression de tous les intermédiaires[24]. Précédemment, la saisine directe du Médiateur de la République était impossible, même si les derniers Médiateurs en fonction avaient pris quelques libertés avec le texte initial. Ainsi, toute personne qui voulait saisir le Médiateur de la République devait donc normalement passer par le filtre parlementaire. La saisine gratuite et directe du Défenseur des droits, prévue par l'article 5 de la loi organique est sur ce terrain une belle avancée puisque celui-ci peut être directement saisi par courrier, mail ou encore

[24] Cette saisine directe en matière de médiation existe également dans les autres domaines qui relèvent des attributions du Défenseur des droits. Ainsi, précédemment, lorsqu'une personne s'estimait victime d'un abus de la part d'un policier ou d'un gendarme, elle devait obligatoirement passer par un député ou par un sénateur pour saisir la Commission de déontologie et de la sécurité. Désormais, toute personne victime ou même témoin d'un manquement éventuel à la déontologie peut s'adresser directement au Défenseur des droits.

suite à une rencontre avec l'un de ses délégués[25], par toute personne physique ou morale s'estimant lésée par le fonctionnement d'une administration, d'un service public ou d'un organisme investi d'une mission de service public, sans oublier sa nouvelle faculté d'auto saisine. Il est intéressant de relever que le Défenseur des droits peut en effet se saisir en toutes circonstances d'un cas qui entre dans le champ de ses compétences conformément à l'article 5[26]. Toutefois, si la personne concernée ou ses ayants droit est identifiée, elle doit être avertie et reste toujours libre de refuser l'intervention du Défenseur des droits, sauf lorsqu'est en cause l'intérêt supérieur d'un enfant.

15.–Il ne fait pas de doute que les garanties d'indépendance accrues militent aussi en faveur de la saisine de ce tiers indépendant et impartial qu'est le Défenseur des droits.[27]. En

[25] Les 90 000 réclamations en moyenne qui sont adressées chaque année au Défenseur des droits supposent que le Défenseur des droits soit assisté. Il est ainsi entouré d'un collège consultatif et d'un adjoint pour chacune de ses missions, sauf en matière de médiation. La spécificité de la matière veut qu'il travaille seul assisté d'un délégué général à la médiation. Le Défenseur des droits est encore entouré d'adjoints pour exercer ses missions mais aussi de délégués territoriaux bénévoles qui assurent régulièrement des permanences dans les mairies, les centres départementaux d'accès au droit ou les locaux associatifs entre autres. Le maintien d'un réseau territorial de proximité confère une dimension humaine à la médiation. En pratique, le Défenseur des droits est assisté de l'ensemble des collaborateurs et des agents qui travaillaient dans les quatre entités qui ont été regroupées. La mutualisation des moyens n'a pas entrainé une réduction des effectifs. Le choix a été fait de reprendre tous les emplois des quatre anciennes institutions pour éviter les problèmes liés à la perte de mémoire ou d'expérience. Il ne faut pas se cacher que ce choix a également largement permis d'atténuer les critiques liées à la mise en place de ce Défenseur des droits…

[26] Au tout début de son mandat, le Défenseur des droits s'est par exemple saisi d'office de la situation rencontrée par un groupe de voyageurs sourds et malentendants, empêchés d'embarquer à bord d'un vol de la compagnie Air Méditerranée à cause de leur handicap.

[27] La procédure de désignation du Défenseur des droits a mis fin à la polémique liée à la procédure de nomination du Médiateur de la République par décret délibéré en Conseil des ministres. Le Défenseur des droits est quant à lui nommé par le Président de la République pour un mandat de six ans non renouvelable, après application de la procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13. Selon cet article, le Président doit recueillir l'avis de la commission permanente de chaque assemblée. Mais cet avis n'est contraignant que s'il est négatif et s'il rassemble 3/5ème des suffrages exprimés des deux Assemblées, ce qui laisse en pratique peu de marge au Parlement.

dehors de sa procédure de désignation, les immunités dont il bénéficie et les incompatibilités fixées par la loi organique auxquelles il est soumis renforcent son statut, mais aussi garantissent un travail sans entrave.

16.−Le Défenseur des droits est donc un moyen supplémentaire donné aux citoyens pour faire respecter leurs droits et leur liberté de manière alternative. Cette institution offre un accès au droit plus simple, mais aussi plus large en donnant au Défenseur des droits des moyens juridiques supérieurs à ceux dont disposaient les institutions précédentes. Il continue de conserver les nombreux attributs des autorités dont il est le résultat de la fusion, mais il dispose aussi de pouvoirs accrus en matière d'investigation (1) et de contrainte (2), renforçant ainsi l'efficacité des missions de règlement amiable des conflits qui lui sont confiées.

1. L'efficacité des règlements amiables renforcée par les pouvoirs accrus du Défenseur des droits en matière d'investigation

17.−C'est une unification vers le haut que l'on peut constater en regardant les pouvoirs d'investigation importants et étendus qui lui ont été conférés par la loi organique. Comme le Médiateur de la République, le Défenseur des droits détient des pouvoirs généraux d'information classiques qui lui sont conférés par l'article 20[28]. Il peut ainsi demander des explications à toutes les personnes physiques ou morales mises en cause, mais aussi solliciter la communication de toutes pièces utiles, sans que le caractère secret ou confidentiel des dites pièces puisse lui être opposé, dans la limite cependant des questions relevant notamment de la défense nationale, de la sûreté de l'Etat ou encore de la politique extérieure[29].

[28] Il dispose d'un droit à la communication d'informations et de documents comme le Médiateur de la République en son temps.
[29] Seule la CNDS bénéficiait de telles prérogatives avant la fusion.

18.–Le Défenseur des droits dispose également de pouvoirs d'enquêtes. Conformément à l'article 18, il peut convoquer des personnes pour des auditions et celles-ci ne sont pas en mesure de s'y soustraire. Elles ont cependant la possibilité de se faire assister par le conseil de leur choix. L'article 21 prévoit encore que Défenseur des droits peut mettre en demeure une personne de lui donner des explications ou de faire quelque chose. Selon l'article 22, le Défenseur des droits peut enfin, avec ses agents, procéder à des vérifications inopinées sur place, dans les locaux administratifs ou privés ou dans les moyens de transport accessibles au public des personnes mises en cause, sous le contrôle du juge lorsque cela se révèle nécessaire.

2. L'efficacité des règlements amiables renforcée par les pouvoirs de contrainte du Défenseur des droits

19.–À l'instar de ce qui existait avec le Médiateur de la République, la saisine du Défenseur des droits n'interrompt ou ne suspend pas les délais de prescription des actions civile, administrative ou pénale, sauf en cas de transaction. La résolution amiable des litiges par le Défenseur des droits qui est encouragée par la loi organique n'est pas uniforme. En revanche, quelle que soit la forme choisie, elle suppose naturellement l'accord de l'ensemble des parties en présence.

20.–Le règlement de la plupart des différends s'opère de manière informelle, le plus souvent par l'intermédiaire des nombreux délégués qui assistent le Défenseur des droits, lesquels échangent des lettres sans formalisme particulier avec l'administration en cause, ce qui met fin le plus souvent à la difficulté de manière rapide et définitive.

21.–Lorsque la voie de la recommandation est empruntée, elle peut prendre différentes formes. Lorsqu'elle est possible, le Défenseur des droits formule une recommandation en vue d'un

règlement en droit. Elle suppose cependant une réponse juridique clairement identifiée, ce qui ne va pas toujours de soi. La compétence en équité, qui faisait la spécificité du Médiateur par rapport au juge, est également prévue à l'article 25 alinéa 2[30]. Ainsi, le Défenseur des droits peut-il aussi, dans tous les domaines où il est désormais compétent, expérimenter la recommandation en vue d'un règlement en équité. Que la recommandation soit prononcée en droit ou en équité, le Défenseur des droits dispose désormais d'un droit de suite. Ce pouvoir d'action lui permet ainsi, en l'absence de réaction aux recommandations transmises aux personnes en cause, d'exercer un pouvoir d'injonction qui prend la forme d'un ordre exprès et solennel de se mettre en conformité, dans un délai qu'il fixe avec le contenu de la recommandation. S'il n'est pas donné suite à l'injonction[31], le Défenseur des droits établit et rend un rapport spécial publié au journal officiel tel que le prévoit l'article 25 alinéa 5[32].

22.–Toujours dans le cadre de la résolution amiable, le Défenseur des droits peut encore privilégier d'autres voies. L'article 26 l'autorise désormais à recommander une résolution amiable[33], l'article 28 lui permet encore de transiger en matière civile, administrative ou pénale en infligeant des amendes de 3 000 à 15 000 euros dans des cas précis de discrimination sanctionnés par le Code pénal et le Code du travail[34], ou en exigeant un affichage.

[30] La HALDE et la CNDS ne pouvaient pas prononcer de recommandations en équité.
[31] En apparence, ce pouvoir d'injonction rapproche le Défenseur des droits d'un juge.
[32] Le Médiateur de la République pouvait publier un rapport mais uniquement dans l'hypothèse d'une inexécution d'une décision de justice.
[33] Cette faculté était réservée à la HALDE avant la réforme.
[34] Dans le cadre d'une transaction dont il fixe les termes, le Défenseur des droits doit enfin la faire homologuer par le Procureur de la République.

23.−La loi ordinaire « encourage » également à sa manière le règlement amiable des litiges en renforçant les sanctions possibles en cas de refus de collaboration avec le Défenseur des droits. L'article 12 punit ainsi d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende le fait de ne pas répondre aux convocations du Défenseur des droits, ou de ne pas lui communiquer les informations et pièces utiles à l'exercice de sa mission, ou de l'empêcher d'accéder à des locaux administratifs ou privés dans des conditions contraires à la loi organique. En présence d'un délit d'entrave, les peines complémentaires sont en outre toujours susceptibles d'être prononcées, telles que la privation des droits civiques, civils et de famille. Cet arsenal législatif ne peut qu'inciter les parties à trouver une solution amiable…

24.−Au terme de trois ans d'existence, il semble difficile de continuer de parler du Défenseur des droits comme d'un « ovni constitutionnel »[35]. Une fois dépassées les craintes attachées à la mise en place de toute institution nouvelle, le Défenseur des droits a su imposer sa légitimité dans le domaine des réclamations relevant des dysfonctionnements, en continuant à favoriser l'utilisation du règlement amiable des litiges. Sa quête de solutions alternatives va même plus loin, puisqu'il cherche également à développer le règlement amiable dans les nouveaux domaines qui précédemment relevaient exclusivement des domaines contentieux.

II. Le réglement amiable recherché par le défenseur des droits dans les réclamations relevant du domaine de la faute

25.−Les réclamations relevant d'un manquement grave étaient classiquement traitées par les juridictions judiciaires ou administratives compétentes. Désormais, même en présence

[35] C. Teitgen-Colly, « Le défenseur des droits : un ovni dans le ciel constitutionnel », LPA 19 décembre 2008, n° 254, p. 125.

d'une faute constitutive d'un délit, le Défenseur des droits peut aussi chercher à privilégier un règlement amiable, jouant ainsi parfaitement le rôle de tiers de confiance. Tel est déjà le cas en matière de discrimination et rien ne semble exclure que l'on puisse rapidement l'étendre à d'autres domaines qui relèvent de son champ de compétence étendu (A). Et lorsqu'il revient à l'autorité administrative ou judiciaire de trancher le conflit au final, le Défenseur des droits possède encore quelques prérogatives (B).

A. Le développement du règlement amiable dans le domaine de la lutte contre les discriminations

26.−Alors que le spectre d'un recul du règlement amiable s'éloigne, un élargissement de son champ d'application peut même être constaté. Précédemment, le règlement amiable ne se concevait que dans le seul domaine des relations entre les citoyens et les administrations ou les services publics. Désormais, il est susceptible d'intervenir dans d'autres domaines comme celui de la lutte contre les discriminations (1) et rien n'exclut qu'il puisse, dans l'avenir, s'étendre à tous les autres domaines que le Défenseur des droits a désormais la lourde charge de protéger (2).

1. Le règlement amiable encouragé par le Défenseur des droits en matière de discrimination

27.−La loi organique du 29 mars 2011 autorise le Défenseur des droits à transiger en matière de discrimination. En cas de discrimination n'ayant pas donné lieu à la mise en action de l'action publique, le texte prévoit en effet qu'il peut conclure une transaction prévoyant le versement d'une amende de 3 000 euros maximum pour une personne physique et de 15 000 euros pour une personne morale ou encore l'indemnisation de la victime.

Cette amende peut être assortie de l'affichage d'un communiqué ou encore de l'obligation de publier la décision au sein de l'entreprise ou de l'administration.

28.–Le Défenseur des droits s'est emparé très rapidement des nouveaux outils offerts par le constituant de 2008 et le législateur de 2011, notamment dans le domaine de la lutte contre les discriminations comme en témoignent les deux affaires suivantes.

La première, la plus ancienne, concernait un couple de personnes âgées, victime d'une discrimination au logement liée à l'âge. Parallèlement à la saisine du tribunal compétent, puisque la discrimination est un délit sanctionné par la loi, le couple a décidé de saisir le Défenseur des droits pour l'informer du refus rencontré pour louer un logement d'habitation en raison de leur âge. L'affaire a finalement été réglée par un accord et une transaction financière à laquelle le Défenseur des droits a participé. Cette solution s'est révélée intéressante pour l'ensemble des parties en présence. En effet, en percevant la somme de 25 000 euros dans l'exemple relaté, le couple a considéré qu'il était rétabli dans ses droits et il n'a donc pas poursuivi l'action engagée devant les tribunaux. Le bailleur a, pour sa part, évité un long procès coûteux et surtout public, au terme duquel il aurait de toute façon été condamné pour discrimination au logement liée à l'âge.

Dans une autre affaire, plus récente puisqu'elle date de mars 2014, le Défenseur des droits n'a même pas eu à intervenir directement dans le différend qui opposait un élève avec son établissement d'enseignement. Dans ce litige, le Défenseur des droits a en effet été saisi, mais il n'a pas participé directement à la médiation. La difficulté concernait un élève, scolarisé dans une classe de seconde, lequel s'était vu refuser la possibilité de

participer à un voyage scolaire en Pologne en raison de son handicap (il est sourd). La maman du jeune homme avait souhaité porter plainte pour discrimination en raison du handicap. Elle avait parallèlement contacté le délégué du Défenseur des droits qui était par ailleurs déjà informé par une journaliste de la situation. La rencontre organisée hors de la présence du délégué entre l'Institut pour Sourds du département et le lycée a finalement permis de dégager une solution amiable et d'offrir à ce jeune lycéen la possibilité de participer à ce voyage scolaire.

Ces deux illustrations témoignent de l'élargissement du champ de compétence du Défenseur des droits, lequel sort du seul domaine des relations entre le citoyen et les services publics. Si la compétence du Défenseur des droits n'a pas été étendue aux rapports entre les administrations et leurs agents, ni aux différends susceptibles de s'élever entre les différentes personnes publiques et organismes, rien ne semble en revanche s'opposer à ce que sa mission de règlement amiable des litiges puisse s'étendre à d'autres domaines relevant désormais de sa compétence.

2. Le développement probable du règlement amiable dans les autres domaines relevant du champ de compétence du Défenseur des droits

29.–La pratique confirmera si le champ d'action du Défenseur des droits, déjà beaucoup plus large que celui du Médiateur de la République, auquel il s'est substitué, s'étendra au-delà du domaine des discriminations.

A priori, la lettre de l'article 26 au terme de laquelle le Défenseur des droits est compétent pour les réclamations concernant le fonctionnement de l'Etat, des collectivités publiques territoriales, des établissements publics et de tout

organisme investi d'une mission de service public, dans leur relation avec les administrés, ne semble pas s'y opposer en parlant de relations avec les administrations et non pas de fonctionnement des services publics.

Dans l'avenir, le Défenseur des droits pourra donc probablement être saisi en cas de violation des droits et libertés résultant d'un usage disproportionné des moyens employés par la police administrative. Dans le cadre d'une unification des pouvoirs du Défenseur des droits, la médiation a d'ailleurs déjà été étendue à la mission « Déontologie et Sécurité ».

B. L'engagement du Défenseur des droits en l'absence de règlement amiable

30.–Même lorsque la voie contentieuse est privilégiée, le Défenseur des droits conserve un rôle à jouer. Il peut en effet favoriser l'accès au droit de l'auteur de la réclamation relevant de la faute ou du manquement grave (1), intervenir devant l'autorité disciplinaire (2) ou encore formuler des observations devant le juge (3).

1. L'assistance juridictionnelle

31.–Lorsque la voie contentieuse est envisagée, le Défenseur des droits peut participer au règlement du litige mais, de manière plus indirecte cette fois. Il est ainsi à même de favoriser l'accès au droit du réclamant en exerçant, par exemple, une mission d'assistance pré-juridictionnelle. Dans cette optique, le Défenseur des droits peut ainsi aider le plaignant à constituer son dossier contentieux, voire même le conseiller sur la procédure contentieuse qui lui semble la plus adaptée à son problème.

2. L'intervention devant l'autorité disciplinaire

32.−Le Défenseur des droits conserve encore la particularité de saisir l'autorité investie du pouvoir d'engager des poursuites disciplinaires, comme c'était le cas du Médiateur de la République qu'il est venu remplacer. Dans le champ très large de compétence qui lui est confié, le Défenseur des droits peut donc saisir l'autorité disciplinaire pour lui demander de diligenter des poursuites contre un fonctionnaire qui aurait commis un manquement caractérisé. Il peut également recommander à l'administration de prendre des sanctions contre une personne physique ou morale, publique ou privée soumise à autorisation ou agrément administratifs et qui serait à l'origine d'une discrimination. À défaut de réaction de l'administration saisie, le Défenseur des droits rédige un rapport spécial qui sera rendu public.

3. Les observations devant les juridictions

33.−Dans tous ses domaines de compétences, il convient enfin de rappeler que parmi les liens qu'il entretient avec le pouvoir juridictionnel, le Défenseur des droits peut faire valoir ses observations devant les juridictions civiles, administratives ou pénales même si, en pratique, il use cependant peu de cette faculté.

34.−Au final, la création du Défenseur des droits ne constitue pas une solution miraculeuse, mais elle reste un bon outil de renforcement des possibilités de recours non juridictionnels. En raison de la forte personnalisation de la fonction, le devenir de l'institution dépendra aussi de la nouvelle figure qui incarnera le Défenseur des droits et qui sera prochainement nommé par le Président de la République pour succéder à Monsieur Dominique Baudis. Il convient donc d'espérer que le choix se portera sur un homme (ou une femme) indépendant et consensuel dont la

préoccupation sera de réduire la vulnérabilité de l'usager et de créer du lien social, en s'appropriant pleinement l'organisation fixée par le constituant et le législateur, pour continuer à privilégier les possibilités de recours non juridictionnels.

MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DES CONFLITS EN MATIERE DE SANTE (RESPONSABILITE MEDICALE)

Emmanuel TERRIER, Maître de conférences
Université de Montpellier I

Depuis plusieurs décennies les rapports qu'entretiennent soignants et patients ont considérablement évolué. Tant que durait la relation paternaliste, « quasi mystique » même[1], les unissant aux soignants, les patients étaient réticents à mettre en cause l'art médical, ce que les juges, eux-mêmes considéraient comme un bienfait pour l'Humanité[2] et se refusaient de rechercher la responsabilité des praticiens. Le médecin était tenu de soigner non bien évidemment de guérir, comme le rappelle la Cour de cassation dans son célèbre arrêt « Mercier » du 20 mai 1936[3] , la responsabilité était donc limitée dans son cadre et dans son exercice. Ignorant, mais de plus en plus consommateur de soins, face à un médecin de plus en plus savant, qui recourt plus fréquemment encore à la têknè la plus complexe, la patient n'entend plus supporter le risque médical ; il envisage de contester le technicien dont le praticien de santé, de remettre en question la science même dans l'acte de soins, et ne comprend plus l'insuffisance, l'aléa ou le simple risque. Ajoutons à cette évolution sociologique un phénomène, largement étudié d'une victimophilie[4] du droit français, saupoudré d'une dose importante de ''scandales médiadico-sanitaires'' et l'on assiste à la recette la plus efficace d'une poussée constatée du droit de

[1] E. Terrier, *Déontologie médicale et droit*, LEH, coll. « Thèses », 2003, n° 80 s.
[2] V. les conclusions de M. le Procureur du Roi Dupin, sous Cass. Req. 18 juin 1835, S. 1835, I, 26, p. 401. D. 1835, 1, p. 300, concl. Dupin.
[3] Cass. Civ., 20 mai 1936, *Mercier*, DP 1936, 1, 88, rapp. Josserand, concl. Matter, note E. P. ; Gaz. Pal. 1936, 2, 41 ; S. 1937, 1, 321, note Breton.
[4] R. Girard, *La violence et le sacré*, Hachette-Pluriel, Paris, 1998 p.165.

la responsabilité médicale. Le but inavoué mais à peine caché demeure, probablement, la recherche de l'indemnisation[5].

Fondée à l'origine sur une responsabilité de droit commun classique, la responsabilité médicale, a connu une évolution spécifique, tenant tant à son domaine qu'à sa mise en œuvre. Le droit français de la réparation, originellement contractuel est devenu particulièrement complexe aussi bien pour les patients victimes d'accidents médicaux que pour les professionnels de santé. Le système s'est éclaté au risque de devenir particulièrement peu lisible, du fait, notamment, de la dichotomie de notre système de santé, partagé entre médecine libérale et hospitalisation publique. De fait, les compétences juridictionnelles se sont trouvées partagées entre les tribunaux de l'ordre judiciaire et ceux de l'ordre administratif[6].

C'est dans ce contexte particulier, tout empreint de la volonté non plus de réparer mais de bien d'indemniser que fut envisagé le développement des Modes Alternatifs de Règlement des Conflits (MARC), en recourant à divers mécanismes juridiques tels que la conciliation, la médiation, la transaction,… mais encore toutes les techniques de règlement amiable des litiges. Le recours à l'arbitrage peut être favorisé par l'insertion d'une clause compromissoire dans le contrat initial, laquelle prévoit que les litiges à naître seront soumis à une procédure arbitrale. Le recours à l'arbitrage peut, par ailleurs, être initié une fois le litige né, par la conclusion d'un compromis.

Il convient toutefois de nuancer ce constat, à propos de la clause compromissoire telle qu'elle est définie à l'article 1442 du Code de procédure civile comme étant : « la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à

[5] P. Jourdain, *Le droit à l'indemnisation du patient*, RGDM 2004, numéro spécial, droit des malades et qualité du système de santé, p. 55 s.
[6] A. Laude, D. Tabuteau, B. Mathieu, *Droit de la santé*, P.U.F, 2012, n° 392 s.

l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat ». Le recours à l'arbitrage demeure assez rare. En effet, rares sont les contrats de soins formalisés et bien que les modifications apportées par la loi du 15 mai 2001[7], valident aux termes de l'article 2061 du code civil, la clause compromissoire dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle, y compris sanitaires. Cependant, l'utilisation de la clause compromissoire dans les relations patient/praticien ou établissement ne semble pas la plus aisée.

En revanche, l'utilisation du compromis d'arbitrage semble, plus envisageable. Selon l'article 1447 du Code de procédure civile, le compromis est : « la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui -ci à l'arbitrage d'une ou plusieurs personnes ».

Certes, l'on rappellera que le compromis est soumis au respect de plusieurs conditions de forme. Il doit être, tout d'abord, constaté par écrit; déterminer ensuite, l'objet du litige soumis à arbitrage; et désigner enfin, le ou les arbitres, ou prévoir les modalités de leur désignation.

Si la question s'est originellement posée quant à l'utilisation du compromis pour la résolution des litiges ayant leur origine dans une activité médicale, la Cour de cassation s'est prononcée favorablement en 1999[8]. Il semble cependant, que ce mécanisme ne soit valable que dans les rapports de médecine libérale ou d'hospitalisation privée. En effet, les relations qu'entretiennent les patients avec les établissements publics hospitaliers sont par nature considérées comme exclusives de toute nature contractuelle. Le patient est un usager soumis à un statut relevant du cadre administratif pour lequel le recours au compromis d'arbitrage ne semble pas réalisable.

[7] Loi n° 2001-420, relative aux nouvelles régulations économiques.
[8] Cass. 2ème civ. , 24 juin 1999, Bull.1999 II N° 123 p. 87.

Toutefois, les pouvoirs publics conscients de l'intérêt de la matière décidèrent d'encourager le recours aux MARC, tout en les encadrant afin d'éviter que la souplesse de ces procédures ne nuisent aux justiciables. Cette volonté politique a donc été concrétisée avec l'intervention de la loi n° 2002-303 du 4 Mars 2002 relative aux droits des patients et à la qualité du système de santé.

Cette loi a, en effet, institutionnalisé le règlement amiable des conflits en matière médicale en consacrant une procédure de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, affections iatrogènes et infections nosocomiales au travers des dispositions de l'article L 1142-1 et s. du Code de la Santé Publique. Le texte s'organise en deux parties. La première rappelle le cadre général de la responsabilité civile médicale, qu'elle conditionne à la faute, et laisse entendre qu'elle seule relève du cadre contentieux classique.

I. - Hors le cas où leur responsabilité est encourue en raison d'un défaut d'un produit de santé, les professionnels de santé mentionnés à la quatrième partie du présent code, ainsi que tout établissement, service ou organisme dans lesquels sont réalisés des actes individuels de prévention, de diagnostic ou de soins ne sont responsables des conséquences dommageables d'actes de prévention, de diagnostic ou de soins qu'en cas de faute.

Les établissements, services et organismes susmentionnés sont responsables des dommages résultant d'infections nosocomiales, sauf s'ils rapportent la preuve d'une cause étrangère.

La seconde partie de ce texte innove réellement en institutionnalisant le recours au mode alternatif de règlement des litiges, qui demeurent la voie principale hors du cadre de la responsabilité précédemment évoqué :

II. -Lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme mentionné au I ou d'un producteur de produits n'est pas engagée, un accident médical, une affection iatrogène ou une infection nosocomiale ouvre droit à la réparation des préjudices du patient, et, en cas de décès, de ses ayants droit au titre de la solidarité nationale, lorsqu'ils sont directement imputables à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins et qu'ils ont eu pour le patient des conséquences anormales au regard de son état de santé comme de l'évolution prévisible de celui-ci et présentent un caractère de gravité, fixé par décret, apprécié au regard de la perte de capacités fonctionnelles et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant notamment compte du taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique, de la durée de l'arrêt temporaire des activités professionnelles ou de celle du déficit fonctionnel temporaire.

Ouvre droit à réparation des préjudices au titre de la solidarité nationale un taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique ou psychique supérieur à un pourcentage d'un barème spécifique fixé par décret ; ce pourcentage, au plus égal à 25 %, est déterminé par ledit décret.

Les conséquences de ce texte sont doubles : la première est que la règle énoncée, laisse supposer aujourd'hui la disparition du contrat médical[9], et que c'est en vertu de la loi que le médecin voit désormais sa responsabilité engagée[10]. La seconde est relever que seule la responsabilité pour faute relève encore d'un champ par principe contentieux, le recours à un schéma d'indemnisation alternatif du conflit étant la règle lorsqu'il y a un alea à l'origine du dommage sanitaire.

[9] M. Girer, *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins*, Les Etudes hospitalières, coll. Thèses, n° 18, Bordeaux, 2008.
[10] Ph. Malaurie, *La responsabilité civile médicale*, Defrénois, 15 décembre 2002, n° 23, Doctrine n° 37632, p. 1516-1526.

Les MARC se révèlent, donc, non seulement y parfaitement conciliables à la matière médicale mais deviennent véritablement un principe dans l'instauration, par la loi, de la réparation du risque sanitaire[11]. Le principe mis en place par le législateur en 2002 vise spécifiquement à modifier la perception du droit de la réparation en matière de santé (I). C'est la raison pour laquelle il a fait preuve d'une véritable institutionnalisation (II).

I. Le principe des MARC dans le droit de la santé

L'arsenal juridique mis en place par la loi du 4 mars pour parvenir à remplir l'objectif visé est complexe. C'est une véritable ''révolution culturelle'' qui est accomplie en matière de responsabilité médicale. Pour autant, cette révolution (B), n'a pas été spontanée puisque le droit sanitaire avait connu des prémisses (A) d'instauration de règlements des litiges à l'amiable.

A. Les prémisses des MARC dans le droit de la santé

Dés 1981 une première tentative, réglementaire, avait envisagé la création de conciliateurs médicaux dans certains établissements de santé. Cette expérience tourna court puisque le décret de 1981 fut annulé par le Conseil d'Etat, le 31 mai 1989, en raison du manque de garanties de respect du secret médical et de la vie privée[12]. Des initiatives isolées se succédèrent alors, ainsi dès 1983 les hospices civils de la ville de Lyon mirent en place une commission d'information des usagers, en 1989, l'Assistance Publique des Hôpitaux de Paris et un certain nombres de centres hospitaliers universitaires mirent en place un "conciliateur médical" au sein de leurs établissements.

[11] Y.Lambert-Faivre, *La loi n°2002-203 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, D. 2002, chr., p. 1295.

[12] C.E. 31 mai 1989, Rec. n° 35296.

Au cours des années 1990, de nouveaux textes incitèrent à la mise en place de procédures de médiation. Cette volonté trouve sa source dans les souhaits de l'Organisation Mondiale de la Santé dont la déclaration de 1994[13] sur la promotion des droits des patients en Europe préconise la mise en place de mécanismes indépendants, institutionnalisés ou non, permettant aisément aux patients de déposer des plaintes, de soumettre leur demande à une médiation ...

Le droit de la santé français s'est fait l'écho de cette déclaration par la circulaire du 6 mai 1995, instaurant la Charte du patient hospitalisé[14], le ministère de la santé a incité, particulièrement dans son article 10, les directeurs d'établissements à mettre en place une fonction de médiation entre les établissements et les patients.

C'est avec les ordonnances du 24 avril 1996[15] dites « Juppé », portant réforme de l'hospitalisation, que le mécanisme d'institutionnalisation des modes alternatifs va véritablement débuter. Dans leur lignée, le décret n° 98-1001 du 2 novembre 1998 et la circulaire n° 99-317 du 1er juin 1999 ont prévu la création d'une commission de conciliation chargée au sein d'un établissement d'assister et d'orienter toute personne qui s'estime victime d'un préjudice du fait de l'activité de l'établissement, et de l'informer sur les voies de conciliation et de recours gracieux ou juridictionnels dont elle dispose[16]. Poursuivant l'œuvre déjà entreprise, la loi du 4 mars 2002[17] procède à une réforme des procédures de règlement amiable et de conciliation des litiges au

[13] Préambule à la Constitution de l'Organisation mondiale de la Santé, tel qu'adopté par la Conférence internationale sur la Santé, New York, 19-22 juin 1946; signé le 22 juillet 1946 par les représentants de 61 Etats. 1946; (Actes officiels de l'Organisation mondiale de la Santé, n°.2, p. 100) et entré en vigueur le 7 avril 1948.
[14] Circulaire ministérielle n° 95-22 du 6 mai 1995, portant charte du patient hospitalisé.
[15] Ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996.
[16] Article 1112-3 CSP dans sa rédaction initiale.
[17] L. n° 2002-303 du 4 mars 2002, préc.

niveau des établissements de santé, en modifiant dans son article 16 les dispositions issues de l'ordonnance du 24 avril 1996 portant réforme de l'hospitalisation publique et privée relatives à la Commission de Conciliation[18] et en insérant l'article L 1112-3 dans le Code de la santé publique aux termes duquel : « Dans chaque établissement de santé, une commission des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge a pour mission de veiller au respect des droits des usagers et de contribuer à l'amélioration de la qualité de l'accueil des personnes malades et de leurs proches et de la prise en charge. Cette commission facilite les démarches de ces personnes et veille à ce qu'elles puissent, le cas échéant, exprimer leurs griefs auprès des responsables de l'établissement, entendre les explications de ceux-ci et être informées des suites de leurs demandes ». Le décret du 2 mars 2005 [19] est venu préciser la composition, le fonctionnement et les missions de cette institution qui de fait, et comme cela fut remarqué, s'est substitué aux commissions de conciliation initiales[20].

C'est par principe à ces commissions qu'appartiennent au sein de chaque établissement la faculté de pouvoir, en interne, tenter de concilier de manière précontentieuse, les différends venant à naître entre patients et professionnels de santé[21]. Mais la loi sur les droits des malades dite « Kouchner » du 4 mars 2002 a modifié totalement le principe du règlement du conflit sanitaire.

---

[18] V. E. Gherardi, *« La commission des relations avec les usagers et de la qualité de la prise en charge dans la loi du 04/03/2002* », R.D. Sanit. Soc. 2002, 686.

[19] Décret n°2005-213 du 02 mars 2005 relatif à la Commission des Relations des Usagers et de la Qualité de la Prise en Charge et modifiant le Code de la Santé Publique (partie réglementaire), JO n°53 du 04 /03/2005, p. 3770.

[20] V. F. Vialla, O. Smallwood, *Modes alternatifs de règlement des conflits en matière médicale*, Revue Générale de Droit Médical. 2004, p. 165 s.

[21] V. E.Gherardi, chron. prec., p. 686

B. La « révolution » de la loi du 4 mars 2002

Comme il fut évoqué, le principe est énoncé dans le nouveau texte régissant la responsabilité civile médicale : l'article L. 1142-1 I et II du Code de la santé publique. Le texte prévoit, en effet, qu'à côté de la responsabilité pour faute des professionnels et établissements (I. du texte - à laquelle sont ajoutés des hypothèses de responsabilité particulière fondée sur une faute présumée en matière d'infection nosocomiale et pour les produits de santé…), une couverture de l'aléa thérapeutique est mise en place sur un mécanisme qui demeure une faculté pour la personne qui s'estime victime d'un préjudice sanitaire. Si la loi énonce que la personne peut[22] saisir la commission, on constate en pratique que l'action par le mode alternatif mis en place est désormais quasi systématique. En effet, l'indemnisation des patients victimes est mise en place sur le modèle d'un fonds de garantie, assuré par le nouvel Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux (ONIAM) lequel est chargé de couvrir les accidents non fautifs, tandis que le recours aux assurances est prescrit pour les accidents fautifs. Le système est assorti d'une obligation d'assurance pour les professionnels, créée afin de garantir une parfaite couverture pour les patients.

L'ONIAM[23] tel qu'il est institué a pour but de prendre en charge l'indemnisation des victimes reconnues comme telles, au titre de la solidarité nationale. Il s'agit d'un établissement public à caractère administratif, placé sous la tutelle du ministre chargé de la santé essentiellement financé par les caisses de sécurité sociale[24]. Il a donc une double mission, participer à la mise en place des commissions de conciliation et d'indemnisation et d'indemniser les victimes d'aléa entrant dans le champ de la loi

[22] Art. L. 1142-7 CSP.
[23] L.1142-7 CSP et R 795-1, décret du 29 avril 2002.
[24] D. Porra, *Les mécanismes d'indemnisation des victimes d'accidents de soins,* Th. Dactyl. Montpellier, 2013, p. 206 s.

(à savoir le cadre des aléas thérapeutiques tels que compris dans la loi du 4 mars 2002, auquel la loi[25] a ultérieurement ajouté les victimes des vaccinations obligatoires et les patients victimes d'un traitement néfaste à l'hormone de croissance extractive).

Le champ d'action se veut donc résolument nouveau, et en théorie, du moins, foncièrement favorable à la prise en charge de la victime. Sa mise en œuvre pratique, nous amène toutefois à nuancer ce premier constat.

II. La mise en œuvre des MARC dans le droit de la santé

La loi met en place un recours ''systématisé'', bien que non obligatoire, au règlement non contentieux des litiges.

C'est par la création et le recours à des commissions interrégionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et infections nosocomiales (CCI-AM-) que le législateur entend promouvoir, entre patient et professionnels de santé, les démarches extrajudiciaires de solution de leurs litiges.

S'il convient d'observer rapidement leur organisation et leur mission, c'est surtout à travers la procédure d'action que l'on observe tout à la fois l'intérêt et les failles du système.

A. L'organisation des Commissions de conciliation et d'indemnisation

Les Commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux des affections iatrogènes et des infections nosocomiales ont été créées par un décret du 3 mai 2002[26] en application des articles L. 1142-6 et L. 1143-1 du code de la santé publique. La loi permet désormais la constitution de Commissions inter régionales amenant ainsi à user plutôt de l'acronyme

[25] Loi n°2002-1577, du 30 décembre 2002.
[26] D. n° 2002-886, du 3 mai 2002, relatif aux commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux.

« CCI » que celui de « CRCI » précédemment utilisé[27] quoi que, de fait, leur organisation n'en ait pas véritablement été modifiée. Les Commissions sont composées de 20 membres (outre le président) représentant les usagers, les professionnels de santé, les établissements de santé, les assureurs et l'ONIAM, ainsi que de personnalités qualifiées. Elles sont présidées par un magistrat de l'ordre administratif ou de l'ordre judiciaire, lesquels sont assistés de collaborateurs juristes et administratifs qui forment le secrétariat de la Commission. Les moyens permanents des Commissions, notamment les présidents et leur secrétariat, sont regroupés sur quatre pôles inter régionaux : Bagnolet, pour les régions Ile-de-France, Centre, Pays de la Loire, Bretagne, Basse-Normandie , Haute-Normandie, Picardie, Nord-Pas-de-Calais, La Réunion, Guyane ; Lyon, pour les régions Bourgogne, Rhône-Alpes, Provence-Alpes-Côte d'Azur, Languedoc-Roussillon, Auvergne, Corse ; Bordeaux, pour les régions Aquitaine, Midi-Pyrénées, Limousin, Poitou-Charentes ; et enfin Nancy pour les régions Lorraine, Alsace, Champagne-Ardenne, Franche-Comté.

Les réunions des Commissions se tiennent généralement dans les directions des Agences régionales de santé. Amenant généralement les présidents et leurs collaborateurs à se rendre dans les régions où siègent les commissions.

Le rôle des commissions est double, à savoir : non seulement tenter, avant tout de concilier la personne qui se présente comme victime, mais aussi de faciliter l'indemnisation de la victime.

[27] Décret n°2012-298 du 2 mars 2012 modifiant le dispositif de règlement amiable des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales, JO n°0054 du 3 mars 2012.

1/ Favoriser la résolution des conflits par la conciliation.

Les CCI ont, avant tout, un important rôle de conciliation pour les fautes médicales ou les accidents médicaux ne réunissant pas les critères exigés par la loi. Les modalités de la procédure de conciliation sont prévues des articles R.1142-19 à R.1142- 23 du Code de la santé publique. Cette conciliation est en général confiée à un des membres de la commission ou à un ou plusieurs médiateurs indépendants qui, en raison de leurs qualifications et de leur expérience, présentent des garanties de compétence et d'indépendance. La procédure de demande de conciliation est simple puisqu'elle peut se faire par simple courrier recommandé et n'est soumise à aucune condition de fond. En effet, l'objectif du législateur est d'encourager le traitement non contentieux des accidents médicaux, dans l'esprit des anciennes Commissions de conciliation installées dans les établissements de santé. Toutefois en dépit des fortes aspirations du législateur, le bilan est, à ce jour, mitigé, ces mesures de conciliation de la commission ne connaissant pas le succès escompté, comme l'attestent les rapports de la Commission nationale des accidents médicaux[28]. C'est par conséquent, à travers sa seconde mission d'indemnisation que la CCI joue pleinement son rôle.

2/ L'indemnisation par une procédure autonome.

L'instauration des commissions de conciliation et d'indemnisation par la loi du 4 mars 2002 visait avant tout l'indemnisation des victimes d'accidents médicaux les plus graves et dont l'impossibilité d'imputer le préjudice à un fait fautif, rendait par principe impossible une indemnisation contentieuse. C'est la raison pour laquelle, le législateur a

[28] Commission nationale des accidents médicaux (CNAMed), Rapport au Parlement et au Gouvernement, 2011-2012. http://www.sante.gouv.fr/commission-nationale-des-accidents-medicaux-cnamed; Ce rapport fait état de 287 cas en 2012, de 271 cas en 2011, 245 en 2010, 215 en 2009, 222 en 2008.

souhaité prendre en charge, au titre de la solidarité nationale l'indemnisation des personnes victimes d'un accident, d'une affection iatrogène ou d'une infection nosocomiale liée à un cas fortuit. L'ambition, fort noble est double puisqu'elle tend non seulement à se placer, dans un élan louable de solidarité, du point de vue de la victime, mais encore, et par là, d'éviter une recherche systématique de la faute médicale au risque de devoir trouver les obligations de résultat dissimulées dans les actions des praticiens de santé.

La solidarité trouvant néanmoins ses limites dans le coût national que constitue cet effort d'indemnisation, le législateur a souhaité le limiter aux préjudices les plus graves, à savoir ceux qui devaient présenter un degré de gravité supérieur à un seuil fixé par le décret du 4 avril 2003, et dont la loi prévoyait qu'il devait être au plus égal à 25 % de préjudice physique permanent.

L'intérêt d'une telle prise en charge tient à sa généralité. Qu'il y ait faute ou non, toutes les victimes d'un accident médical grave ayant pour origine un acte de prévention, un acte de diagnostic ou un acte thérapeutique, peuvent bénéficier de ce dispositif à condition que l'acte en question ait été réalisé à compter du 5 septembre 2001. Pour cela le législateur met en place un mécanisme processuel spécifique dont la CCI est le centre.

B. La procédure

La saisine de la CCI est aussi large que possible puisqu'elle est ouverte à toute personne s'estimant victime d'un dommage imputable à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins, ou, le cas échéant, par son représentant légal, elle peut

également être saisie par les ayants droit d'une personne décédée[29].

Il n'y a quasiment pas de conditions de forme à cette action : sur le modèle de l'action disciplinaire, aucun formalisme spécifique n'est nécessaire. Dans le même esprit, pour inciter les patients à recourir au règlement amiable mis en place, la saisine de la commission suspend les délais de prescription et de recours contentieux, de sorte que le patient peut saisir en premier lieu la commission régionale sans obérer ses chances de mener, ultérieurement une action contentieuse.

Toutefois, des conditions de fond concernant le dommage sont exigées par le texte. Tout d'abord, la loi précise par les articles L 1142-4 et L1142-7 du CSP que le dommage doit être directement imputable à une activité de prévention, de diagnostic ou de soins. Il est, donc, nécessaire d'établir l'existence d'un lien de causalité directe entre l'acte de soin et l'accident médical. Ensuite, la loi exige, que le dommage présente un caractère anormal au regard de l'état de santé du patient et de l'évolution prévisible de celui-ci, ce qui finalement apparaît comme étant la définition même de l'aléa thérapeutique. Enfin, la loi précise que le préjudice doit remplir des critères de gravité[30] , apprécié par les experts au regard de la perte de capacité fonctionnelle et des conséquences sur la vie privée et professionnelle mesurées en tenant compte du taux d'incapacité permanente ou de la durée de l'incapacité temporaire de travail. Posée initialement par la loi la question de la gravité du dommage a été précisée par le décret du 4 avril 200331 dont l'article 1er[32] énonce alternativement une série de détermination.

[29] Art. L.1142-7 CSP, R 795-49 CSP, décret du 3 mai 2002 préc.
[30] Art. L1142-1 et 1142-8 CSP.
[31] D. n°2002-314 du 4 avril 2003.
[32] Art. D. 1142-1 CSP.

Le premier critère est un seuil d'incapacité physique désormais évalué en déficit fonctionnel permanent fixé à 24 %.

Mais pour pallier l'insuffisance de ce seul critère, la loi énonce la référence à un préjudicie ayant entraîné, pendant une durée au moins égale à six mois consécutifs ou à six mois non consécutifs sur une période de douze mois, un arrêt temporaire des activités professionnelles ou des gênes temporaires constitutives d'un déficit fonctionnel temporaire supérieur ou égal à un taux de 50 %. Le texte poursuit qu'à titre exceptionnel, le caractère de gravité peut être reconnu :

1° Lorsque la victime est déclarée définitivement inapte à exercer l'activité professionnelle qu'elle exerçait avant la survenue de l'accident médical, de l'affection iatrogène ou de l'infection nosocomiale ;

2° Ou lorsque l'accident médical, l'affection iatrogène ou l'infection nosocomiale occasionne des troubles particulièrement graves, y compris d'ordre économique, dans ses conditions d'existence.

Quel que soit le mode d'évaluation choisi, l'on ne peut que constater qu'il s'agit là de seuils particulièrement élevés qui ne correspondent qu'aux préjudices les plus graves et par conséquent les plus exceptionnels que l'on peut rencontrer. Le caractère particulièrement élevé des critères ainsi établi a d'ailleurs été largement évoqué par la doctrine[33] qui considère que cela correspond environ à 3% de l'ensemble des dommages personnels, toutes catégories confondues. Il s'avère donc très limitatif dans l'accès des victimes au processus de règlement amiable. C'est la raison pour laquelle le caractère très haut du

[33] V. dès 2002, l'analyse critique de Mme. Lambert-Faivre, in , *La loi n°2002-203 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé* , chron. Préc.

seuil de recevabilité a été critiqué, et remis récemment en question[34].

C'est dans l'hypothèse où ces conditions sont admises, après une expertise qui doit intervenir dans les 6 mois de la saisine, que la CCI s'estime compétente. L'intérêt véritable du système imaginé par le législateur se révèle alors.

La position de la commission débute par une alternative : l'existence d'une responsabilité ou pas. Lorsque l'avis rendu constate une responsabilité pour faute ou une responsabilité sans faute d'un professionnel ou un établissement de santé, la procédure retrouve son caractère transactionnel. En effet, la commission se tourne vers l'assureur du professionnel responsable lequel doit faire une offre d'indemnisation dans les quatre mois suivant la réception de l'avis[35]. La victime peut accepter l'offre d'indemnisation, et la proposition vaudra alors transaction au sens le plus strict et éteindra tout contentieux sur cette question[36]. Néanmoins, après avoir indemnisé la victime, l'assureur peut contester l'avis de la CCI devant la juridiction compétente s'il estime que l'accident n'engageait pas la responsabilité de son client. Ce recours subrogatoire est alors mené soit contre le tiers estimé responsable (autre professionnel ou établissement) soit contre l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux. Pour autant, l'action contentieuse n'a pas, dans cette hypothèse, vocation à opposer patient et professionnel de santé. Il convient de préciser que lorsque l'assureur garde le silence, qu'il refuse explicitement de faire une offre ou que son offre est manifestement insuffisante, il s'expose à une sanction judiciaire, puisque le juge peut le

[34] A.M Cerritti, L.Albertini , *Bilan et proposition de réforme de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, Rapport remis à M le Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Santé, le 24 février 2011, http://www.sante.gouv.fr/

[35] Art. L. 1142-14 CSP.

[36] Cf art. 2044 C.civ.

condamner à verser à l'Office d'indemnisation une somme au plus égale à 15 % de l'indemnité qu'il alloue.

A l'inverse, lorsque la CCI estime dans son avis que le dommage est indemnisable au titre de la solidarité nationale[37] elle émet un avis qu'elle transmet à l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, (ONIAM) qui doit alors faire une offre d'indemnisation dans les quatre mois suivant la réception de l'avis. Si elle est acceptée cette proposition vaut, là encore, transaction[38]. Cette procédure amiable, qui semble fort favorable aux victimes, n'est pourtant pas sans inconvénients.

C. Bilan et difficultés liées à la procédure devant les CCI

Il faut avant tout rappeler que cette procédure amiable est facultative, la victime pouvant préférer une action contentieuse immédiate. Aussi peut-on constater que les patients tentent généralement de cumuler les deux modes de règlement de leur litige, afin de ne pas ''perdre de temps'' dans l'hypothèse où la CCI ne pourra être compétente. Ce cas se présente fréquemment en raison notamment du seuil élevé de gravité du dommage exigé par la loi du 4 mars. Et c'est là finalement la principale faiblesse de l'ambition du mécanisme bienveillant mis en place en 2002, car si le mode amiable de règlement des conflits médicaux est généreux dans son esprit, il n'est moins dans la mise en œuvre, spécifiquement en raison du coût d'une indemnisation qui serait par trop facilitée.

Par ailleurs, si la loi du 4 mars 2002 tente de faire disparaître une grande part du contentieux sanitaire français, le mécanisme, qui n'est qu'alternatif, constitue une avancée timide qui ne saurait satisfaire ceux qui considèrent que le contentieux en la matière ne peut être dépassionné. On peut toutefois espérer que

[37] L. 1142-17 CSP.
[38] *Ibid.*

la ''déjuridicisation'' devrait permettre aux relations praticiens-patients de retrouver une raisonnable sérénité.

Dans cette recherche de règlement non contentieux la tâche accomplie par le législateur de 2002 a donc le mérite d'exister, mais elle ne doit cependant pas faire oublier que par delà son intérêt, un certain nombre de difficultés persistes notamment quant au respect des règles processuelles. C'est tout particulièrement le cas avec le problème des voies de recours tant à l'encontre des avis émis par les CCI qu'à l'égard des décisions d'indemnisation proposées par l'ONIAM ; la question d'un recours face à l'avis de la commission a rapidement été soulevée par la doctrine[39].

Très tôt les juridictions ont précisé que les CCI n'émettaient qu'un avis et que seul l'ONIAM était compétent pour faire une offre d'indemnisation aux victimes ayant valeur de transaction. L'office, au demeurant, n'est jamais tenu de suivre l'avis de la commission que celui-ci soit favorable ou non à la demande de la personne[40]. L'ONIAM n'est donc pas lié par cet avis dont on ne peut pas toutefois explicitement déduire qu'il ne fait pas grief. En effet, une décision du 12 septembre 2005 rendue par le T. A de Bastia, a pu considérer que si cet avis « ne constitue pas une décision juridictionnelle à l'encontre de laquelle des avis de recours pourraient être suivis devant une juridiction d'appel ou de cassation » il s'agit d'une « décision administrative prise pour le compte d'un établissement public dont le tribunal administratif est compétent en premier ressort »[41] Le Conseil

[39] M. Cadeau et G. Mémeteau, *Les avis des commissions régionales de conciliation et d'indemnisation,* RGDM 2004, n°13, p. 331 ; A. Maury, *Nature juridique des avis rendus par les commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux*, ADJA 2005 p. 2187.

[40] T.A. Versailles, réf. 28 juillet 2005, D. 2005, 2364 note Thouvenin ; CAA Versailles, 12 janvier 2006, D. 2006, 2140 note Thouvenin.

[41] TA Bastia, 12 septembre 2005, « Sachot » : ADJA 2005, p.2187,concl. A. Maury ; RGDM

d'Etat, appelé à évoquer la question[42], n'a pas conféré de caractère juridictionnel aux commissions de conciliation : en les qualifiant de « commissions administratives », il a, au contraire, avalisé la position de l'ONIAM telle qu'elle avait pu être soutenue initialement par son président[43] . De fait cela amène à ne pouvoir envisager une action devant le juge pour excès de pouvoir que dans la situation où la CCI refuserait d'émettre un avis sur une éventuelle indemnisation. Ceci ira alors dans le sens de l'article L. 1142-8, al. 3 du Code de la santé publique, lequel limite, de la même manière, la possibilité de contester l'avis d'une commission « qu'à l'occasion de l'action en indemnisation introduite devant la juridiction compétente par la victime, ou des actions subrogatoires prévues aux articles L. 1142-14, L. 1142-15 et L. 1142-17 », cette disposition ne saurait viser autre chose que l'avis de la commission optant pour l'indemnisation de la victime mentionné au premier alinéa du même article. Nous sommes donc confrontés ici à un problème majeur à ce jour non résolu et qui laisse planer bien des incertitudes.

2005 ,n°17 p. 355, obs.A.Leca ; D. 2006, p. 695, obs J.Penneau ; Droit&Santé 2006, p. 26, obs. F. Vialla ; RDSS 2006, p. 68, note F.Blanco; JCP Ed. G, 2006 II, 10047,note F. Vialla ; JCP Ed. A, 2006, 1116, note C. Paillaud-Cormier.. V aussi F.Vialla, *Recours contre les actes des CRCI : du Rfifi à la CRCI,* Revue Droit&Santé, n° 9 janvier 2006, p. 26.

[42] CE, Avis, 10 octobre 2007, « Sachot », n° 306590.

[43] C. Huriet, *Règlement amiable des conséquences des risques sanitaires : mise en place de nouvelles instances* : *Gaz. Pal*., 15-17 déc. 2002, p. 49.

LE MEDIATEUR DE LA REPUBLIQUE : L'expérience algérienne de 1996 à 1999

Souad GHAOUTI
Professeur, Université d'Alger1

Je voudrais avant toute chose remercier les organisateurs de ce colloque pour nous avoir ouvert pendant ces deux journées, un espace de réflexion commune, élargie au droit comparé français et marocain, mais également réflexion étendue à l'anthropologie du droit, domaine très rarement abordé dans notre Faculté .

C'est ainsi que la communication de Monsieur Nouh Abdellah[1] portant sur les institutions coutumières de la Kabylie et du M'Zab, et celle de Monsieur Zendri Abdennebi[2] relative aux modes traditionnels de règlement des conflits chez les Touaregs ont véritablement enrichi nos connaissances spatiales et sociétales.

En second lieu, je les remercie pour avoir su si astucieusement programmer la communication de Madame Anne Trescases[3] présentant le Défenseur français des droits tel qu'il a été instauré[4] dans la dernière révision de la constitution française de juillet 2008, communication précédent l'expérience algérienne facilitant de la sorte à nos doctorants ici présents **l'approche comparative immédiate**.

L'expérience algérienne de la Médiature de la République s'est caractérisée par deux singularités :

[1] Université de Tizi-Ouzou.
[2] Centre universitaire de Tamanrasset.
[3] Université de Nice.
[4] Article 71-1 de la Constitution française.

-tout d'abord par son **extrême brièveté** : à peine trois ans de durée de vie et de façon très paradoxale par son **extrême densité.**

Cette dernière caractéristique démontre que pour cette institution, se sont« miraculeusement » produites à un moment donné une **convergence et une adéquation** entre une forte **demande sociale** exprimée jusqu'alors de façon lancinante sous divers aspects, parfois même de manière violente comme cela fut le cas en octobre 1988 où le citoyen administré algérien rejetait les abus et déviances flagrantes de l'Administration sous le terme générique de Hogra[5],donc alchimie entre demande sociale et offre du gouvernant à construire un Etat de droit ; la médiature s'est imposée tout naturellement comme l'institution idoine destinée à rétablir à améliorer et pourquoi pas optimiser la relation citoyen /administration fort détériorée .

I- Mise en place de la Médiature

C'est un décret présidentiel du 23 mars 1996[6] qui institue pour la première fois le Médiateur de la République suivi immédiatement par un second décret présidentiel portant nomination du premier Médiateur de la République[7] en la personne de Monsieur Abdesslam Habachi.

Cette instauration officielle a été en fait annoncée par quatre étapes préalables :

1-l'installation d'un médiateur local, à partir de 1986, nommé par arrêté au niveau de la wilaya, intégré au sein du Cabinet du wali et chargé de recevoir les doléances des citoyens locaux.
2-Comme second préalable, nous avons le fameux décret du 4/07/1998, premier texte juridique organisant les relations entre

[5] Terme intraduisible du fait qu'il peut signifier à la fois mépris, rejet, non-écoute, négligence.
[6] Décret présidentiel n°96-113 du 23 mars 1996.J.ORA, 1996 - n°20.
[7] Décret présidentiel n°96-114 du 23mars 1996-J.O.R.A, 1996- n°20.

l'administration et les administrés[8] suivi de trois arrêtés d'application émanant du Ministre de l'Intérieur traitant la correspondance entre services locaux et citoyens, le second améliorant les conditions de réception, d'information et d'orientation, le troisième rationalisant les conditions d'obtention des certificats d'hébergement et de résidence[9].

Monsieur Cherif Bennadji a considéré le décret du 4/07/1998 comme un des textes les plus importants de la législation algérienne, car traitant pour la première fois et du reste unique de la relation administrés /administration[10]. Certes, cette attention et préoccupation exprimées dans un texte juridique sont tout à fait louables, marquant il est vrai une volonté manifeste de réduire les « souffrances » du citoyen[11] mais demeurent lettre morte du fait des ambitions utopiques pour ne pas dire irréalisables contenues dans ledit décret.

3- Le troisième préalable se situe dans le texte de la plate-forme portant consensus national sur la période transitoire[12]. Cette plateforme mise en place pour gérer la période transitoire[13], considérée comme une véritable « prothèse afin d'assister artificiellement la constitution de 1989 »[14] a été en fait annonciatrice de toutes les réformes qui ont été entreprises dès le retour à la légitimité politique et juridique , à savoir l'élection

[8] Décret n° 88-131 du 4 juillet 1988-J.O.R.A 1988-n°27.
[9] Les trois arrêtés cités sont publiés au J.O.R.A 1988-n°39.
[10] Voir son article : « Les rapports entre l'administration et les administrés en droit algérien : l'impérative codification » in revue IDARA-Alger-volume 10-n°1-2000.
[11] Il est utile de rappeler que ce texte a été publié en juillet 1988, dans une conjoncture d'ébullition, précédant les émeutes du 5 octobre 1988, serait-ce une mesure d'apaisement.
[12] Plate-forme publiée dans le décret présidentiel n°94-40 du 29 janvier 1994 –J.O.R.A 1994 -n°06.
[13] Voir à ce propos les développements fort détaillés de Monsieur Boussoumah(M) dans son ouvrage « La parenthèse des pouvoirs publics constitutionnels de 1992 à 1998 » -O.P.U, 2005, p.101et s.
[14] Le terme prothèse a été utilisé par Monsieur Boussoumah (M) dans son article : « La situation de la constitution de 1989 entre le 11 janvier 1992 et le 16 novembre 1995 » publié dans la revue IDARA-volume 10, n°2-2000, p.86.

au suffrage universel direct de Liamine Zeroual à la Présidence de la République ; véritable vivier des changements ultérieurs entrepris , pont entre la constitution de 1989 et celle de 1996 , la plate-forme a réuni tous les ingrédients nécessaires à une réforme de l'Etat au sein du titre dédié aux objectifs politiques. C'est ainsi que la réforme de l'administration est expressément inscrite comme principal objectif juste après la restauration de la paix civile. Le médiateur de la République est implicitement prévu comme instrument pouvant contribuer à l'essor de la société en répondant **aux besoins des usagerset de l'équité**[15] afin de parvenir au respect en toutes circonstances de la neutralité de l'administration en **moralisant** la vie publique et en renforçant les fonctions de contrôle.

4- Le quatrième préalable et dernière étape se situe au moment des élections présidentielles de 1995. C'est le candidat Liamine Zeroual qui va prendre en charge le système de la médiature en en faisant un thème fort et récurrent dans son programme de campagne électorale.

Elu en novembre 1995, le nouveau président mettra à peine quatre mois pour décréter l'instauration du Premier Médiateur de la République algérienne en publiant en date du 23 mars 1996 les deux décrets présidentiels déjà mentionnés plus haut.

Une précision s'avère utile quant au choix de Monsieur Habbachi Abdesslam; ce dernier, militant de la Révolution algérienne, venait juste d'achever sa mission comme Président de la Commission Nationale Indépendance de suivi des élections présidentielles (C.N.I.S.E.P).

La médiature de la République a fonctionné de façon régulière et très soutenue jusqu'au 2 aout 1999, date d'abrogation

[15] Selon la formule du paragraphe 7 des objectifs politiques.

par décret présidentiel n° 99-170[16] du nouveau Président de la République Abdelaziz Bouteflika élu en avril 1999, soit cinq mois après ; simple coïncidence des dates ou bien peut-on à partir de ce cas élargir la réflexion à l'instabilité des institutions publiques au travers de la relation homme/ institution, travail d'investigation à priori passionnant.

Après avoir évoqué la conjoncture et les étapes de mise en place du Médiateur algérien de la République, il convient d'analyser le travail accompli par ladite institution durant trois années et demi.

La lecture des trois bilans annuels du Médiateur et notamment du premier 1996-1997 met en nette évidence d'une part , un **engouement immédiat et massif** des administrés algériens et d'autre part **l'efficace travail** de conciliation et de résolution des litiges accompli durant les trois seules années d'activité .

II- Adhésion du citoyen au système de la Médiature de la République

Dès la première année, 36 637 requêtes sont parvenues au Médiateur. Comment expliquer cet afflux ?

-C'est le fait que la Médiature soit située comme recours complémentaire, comme nouveau recours additionnel, comme **recours ultime**, ouvert au citoyen, une fois toutes les autres voies de recours épuisées.

C'est par conséquent perçu comme une nouvelle chance, que le Médiateur aura à recueillir la masse importante des requêtes formulées, d'autant plus qu'il va parfois étendre la recevabilité jusqu'aux associations, bien que l'alinéa deux de

[16] In J.O.R.A 1999 -n°52.

l'article trois du décret présidentiel n° 96-113 ne vise que les personnes physiques[17].

-C'est également et surtout l'extrême souplesse de la procédure qui séduit le citoyen, lassé par la longueur et la complexité des procédures administratives et contentieuses. La lourdeur du formalisme habituel est ici absente : une plainte directe par simple requête écrite, sans plus.

La saisine n'est limitée ni par des conditions de délai, ni par un filtre quelconque, tel le filtre parlementaire prévu pour le Médiateur français de la République[18] .

-C'est en fait la perception par le citoyen de la nature tout à fait différente de cette médiature qui lui donne beaucoup d'espoir, c'est la perception d'une **rationalité spécifique** qui va guider la résolution du litige , logique fondamentalement différente de celle qui imprègne le procès juridictionnel ayant pour seule référence, pour seul socle, le texte de loi pur et dur.

Logique de négociation, logique d'équité, logique sociétale et non plus exclusivement étatique, bref vers une humanisation du litige[19]. Mais cette perception amènera souvent le citoyen à croire que le Médiateur de la République est l'institution miracle qui lui résoudra tous ses maux même ceux qui ne concernent pas sa relation avec l'administration, une sorte d'assistance sociale nationale.

---

[17] « Dans ce cadre, le médiateur de la République est saisi par toute personne physique qui, ayant épuisé tous les recours, s'estime lésée par un dysfonctionnement d'un service public ».

[18] Tout comme la procédure de saisine prévue pour le Médiateur européen, selon l'article 138 D du traité instituant la Communauté européenne. Le formulaire type mis à la disposition des citoyens de l'union à l'attention du Médiateur européen est d'une simplicité, d'une clarté et d'une brièveté miraculeuses. –Idem pour le médiateur tunisien, voir à ce propos l''article de Monsieur Tarchouna Lotfi : « La Médiation dans le champ administratif » in Actualités juridiques tunisiennes, 1995, n°9 p35 et s.

[19] Voir à ce propos, la conférence prononcée par Jacques Pelletier, Médiateur de la République, le 26 novembre 1992 à Aix –En –Provence à l'Université d'Aix-Marseille, notamment la première partie consacrée à la création du Médiateur de la République.

Ce qui a séduit surtout le citoyen est la brièveté des délais, **environ cinq mois** comme moyenne de temps nécessaire pour qu'un dossier soit traité:

- De 20 à 40 jours pour l'acheminement du courrier,
-De 15 à 25 jours pour le traitement proprement dit,
-De 30 à 60 jours pour les réponses des institutions saisies,
-De 15 à 25 jours pour les réponses aux citoyens ; au total de 80 à 150 jours, soit un délai maximal de cinq mois, sachant que l'audience, forme directe de communication demeure le moyen le plus efficace et le plus rapide.

Pour la seule année 1996-1997, le nombre total des audiences a été de 30 508 dont 28 966 accordées par les délégués de wilaya, 569 par le Médiateur lui-même, 207 par le Chef de Cabinet et 786 par les conseillers.

Les avantages de l'audience comme espace de libre expression sont ainsi manifestes au niveau de la wilaya de Sétif ou les services de la Médiature ont reçu 186 citoyens en l'espace de cinq jours. Cette fréquence, dès les premières années d'existence, a été également constatée pour le Médiateur français; Monsieur Jacques Pelletier[20] relève 1659 requêtes pour 1974, puis le triple dès la seconde année soit 3150 pour atteindre les 30000 requêtes en 1991.

Monsieur Michel Gentot écrit à ce propos: " de toutes les autorités indépendantes, le Médiateur est certainement l'institution qui traite le plus de dossiers"[21].

Selon le premier rapport[22] du Médiateur algérien pour l'année 1996-1997 le chiffre global est le suivant: sur 36 637 requêtes parvenues, 25 785 ont été traitées après tri selon les

[20] « Vingt ans de médiation à la française » in R.F.A.P, 1992, n°61 -p.59 et s.
[21] In Les autorités administratives indépendantes, Editions Mont cherestien, 1991, p.145.
[22] Rapport non publié.

critères de recevabilité et **4 907** ont abouti à la résolution du conflit et clôture du dossier.

La lecture du tableau global des requêtes de toutes les wilayas permet surtout de classifier les thèmes et de répertorier les domaines ou naissent le plus de conflits C'est bien entendu l'épineux problème du **logement** qui arrive en premier avec 21 120 requêtes dont 15 564 traitées dont 1566 dossiers clos. Le graphique inclus dans le rapport annuel précise les éléments suivants contenus dans la rubrique logement :

18 321 demandes de logement,
1 314 cas d'expulsion et demande de recasement,
1 037 cas de régularisation,
168 cas relatifs au permis de construire,
70 cas relatifs à l'achat et aux coopératives.

La seconde préoccupation des citoyens se situe dans les **Affaires socio-professionnelles** (demande d'emploi, régularisation, conflits individuels et conflits collectifs) 5 303 requêtes parvenues dont 3 286 traitées dont 1 070 dossiers clos.

La troisième rubrique également importante est celle des **affaires sociales**, regroupant pension, reconnaissance d'ancien - moudjahid, sécurité sociale, aide et assistance. Pour 3 685 requêtes, 2 335 traitées dont 619 dossiers clos.

Le quatrième domaine est celui du **foncier** (demande de terrain, expropriation, occupation). Pour 3 549 requêtes parvenues, 2 314 on été traitées dont 533 dossier clos.

Les affaires judiciaires représentent la cinquième rubrique (inexécution de décision, problèmes liés à l'état civil, affaires pendantes et lenteurs). 1 964 requêtes initiales dont 1 449 traités dont 710 dossiers clos.

Le **développement local** arrive à la sixième position (raccordement eau, électricité, gaz et infrastructures) avec 659 requêtes enregistrées dont 615 traitées dont 341 dossiers clos.

Enfin l'investissement semble en 1996, aux tous débuts de l'option franche de l'Algérie pour l'économie libérale ne pas présenter un intérêt particulier et arrive en septième et dernier lieu des rubriques. Il n'attire que 357 requêtes dont 222 traitées dont 68 clos.

- Tableau récapitulatif

	Thèmes	**Requêtes parvenues**	**Requêtes traitées**	**Requêtes irrecevables**	**Dossiers clos**	**%**
1	Logement	21 120	15 564	656	1 566	7.41%
2	Affaires socio-professionnelles	5 303	3 286	2 017	1 070	20.18%
3	Affaires sociales	3 685	2 335	1 350	619	16.80 %
4	Foncier	3 549	2 314	1 235	533	15.02 %
5	Affaires judiciaires	1 964	1 449	515	710	36.15%
6	Développement local	659	615	44	341	51.75%
7	Investissement	357	222	135	68	19.05%

L'analyse du tableau récapitulatif met en évidence la relation inversement proportionnelle entre le nombre des requêtes initiales et le nombre des dossiers clos, c'est ainsi que

moins le chiffre des requêtes parvenues est élevé, plus grand est le chiffre des dossiers résolus.

L'exemple de la rubrique développement local est frappant : peu de cas d'irrecevabilité : 44 sur 659 et presque la moitié des cas ont été réglés soit 341 dossiers clos sur 659.
De même pour les affaires judiciaires, on constate peu de rejets et la résolution de plus du quart des litiges.

Qu'en est-il à présent de l'attitude des différents ministères à l'égard du Médiateur, y –a-t-il eu dialogue ? Y'a-t-il eu disponibilité ? Y'a-t-il eu refus de coopérer ?

Le rapport annuel 1996-197 publie le constat suivant : près de 600 requêtes ont été adressées aux ministères avec 42% de réponses de leur part.

Les ministères les plus coopératifs sont celui de la justice et des anciens moudjahidines qui totalisent à eux deux plus de 30% des doléances avec un taux de réponse de 53% pour le premier et de 29 % pour le second. Par contre les secteurs de la santé et des affaires sociales ont un taux de réponse très faible. Les ministères avares en réponse sont : le Ministère de l'économie, de la santé avec **zéro** réponse, ceux qui ont daigné notifier **une seule réponse** sont : Le Ministère du Travail 1 réponse sur 16 saisines, le Ministère du Commerce, celui des petites et moyennes entreprises, celui du tourisme ainsi que le Secrétariat général à la Présidence.

Les ministères les plus performants sont classés dans le rapport annuel de la façon suivante :

1/Ministère des Moudjahidines : 22 dossiers clos sur 113 saisines,
2/Ministère de la Justice: 38 dossiers clos sur 111 saisines,
3/Ministère de la Culture et Communication : 22 dossiers clos sur 78 saisines,

4/Ministère de l'Education : 20 dossiers clos sur 56 saisines,
5/Ministère de l'Intérieur : 17 dossiers clos sur 41 saisines.

Les résultats de la première année de mise en application de la Médiature en Algérie sont plus que probants : écoute, prise en charge des doléances, aide au citoyen victime d'un dysfonctionnement des services publics, dans son dialogue avec l'administration pour que la loi et le règlement soient respectés[23], et efficacité des démarches et action du Médiateur. Mais l'apport le plus appréciable pour le citoyen est la faculté offerte au Médiateur de proposer à l'administration, sous des conditions fort limitatives bien entendu, de résoudre des litiges à la lumière de l'équité quand la règle de droit ne peut atteindre une solution acceptable[24]. C'est semble-t-il cette particularité de « suspendre » en quelque sorte la loi, le règlement ou la décision de justice lorsque les conséquences seraient inéquitables, qui séduit le citoyen et le fait d'adhérer pleinement à ce nouveau canal de recours.

Cependant l'analyse du décret présidentiel d'institution du Médiateur algérien met en exergue des ambiguïtés et des lacunes relevées par le Médiateur lui-même dans son premier rapport soumis au Président de la République.

III -Ambiguïtés, insuffisances et lacunes

1/Quant à son traitement normatif, sachant que la Constitution de 1989 qui était en vigueur lors de la publication du décret présidentiel n° 96-113 du 23 mars 1996 contenait les fondements potentiels[25] pour le traitement du Médiateur de la République par un texte de loi . Il est légitime de se demander pour quels

[23] Voir dans ce sens L. Aslaoui : « Le médiateur de la République clé de l'innovation sociale » in annuaire NEGRES Edition CNES ANEP-Alger 1997 ainsi que R. Khelouffi « Le médiateur de la République » in revue IDARA Alger 1998, vol 8, n°1.
[24] Voir à P. Legatte : « Le principe d'équité »-Presses de la Renaissance ,1992.
[25] L'alinéa 1 de l'article 115.

motifs le gouvernant a préféré confiner cette nouvelle institution dans le cadre du pouvoir réglementaire autonome ?

D'autant plus que la plate-forme portant consensus national, mentionnée plus haut a été, en 1994, un socle normatif qui pouvait tout naturellement et logiquement fonder le traitement du Médiateur par un texte de valeur législative. Tous les Etats alentour ont promu l'institution du Médiateur au rang des matières régies par une loi organique.

En effet la constitutionnalisation de la Médiature s'impose désormais comme trait d'évolution et de garantie des droits du citoyen. La constitution française, en son article 71-1 (après 35 ans d'existence[26]), la constitution marocaine en son article 162[27] ont récemment procédé à l'intégration du Médiateur dans le corps de la constitution se mettant de la sorte en adéquation avec le standard universel.

Il est intéressant de constater que la toute nouvelle constitution tunisienne datant de février 2014, bien que situant le citoyen au cœur de tout le système juridique et politique tunisien, ne prévoit pas de médiateur, préférant concentrer la protection de tous les droits et toutes les libertés au niveau d'une instance unique : l'instance des droits de l'homme prévue dans l'article 128. En sus d'un traitement normatif non valorisant, le Médiateur de la République tel que conçu dans le décret présidentiel précité devra également supporter l'imprécision de sa nature juridique.

2/Ambiguïté quant à la nature juridique de l'institution
Est-il une autorité administrative ? Est-il une autorité

[26] En effet, bien que traité par une loi organique, le médiateur français est demeuré en dehors du texte constitutionnel .C'est la loi constitutionnelle du juillet 2008 qui l'a intégré mais sous une nouvelle appellation : « Le Défenseur des droits ».
[27] Peut être autre chose qu'une autorité administrative ? soutenait J.P Costa un A.J.D.A,1987, p.341.

indépendante ? Le décret présidentiel est totalement muet sur la question : il se contente de manière très laconique de le définir de façon négative : l'article 3 énonce de façon évasive que « Le médiateur de la République est une **instancede recours non juridictionnelle .. »**

Le terme « instance » choisi est révélateur de la volonté de ne pas enserrer le médiateur dans la catégorie des autorités administratives , indépendantes soient-elles .La polémique qui a alimenté la naissance du Médiateur français entre tenants de la nature administrative[28] et défenseurs de la pleine indépendance tel M.Legatte n'a été tranchée que par la loi du 13/01/1989 qui est venue préciser de façon péremptoire dans son article 69 que le Médiateur de la République est bien une autorité indépendante.

Il est clair que le Médiateur algérien en l'absence d'un texte précis est beaucoup plus assimilé à une **institution sui generis**, ni administrative ni juridictionnelle, le Médiateur ne pouvant apparaitre comme juge et partie.

Qu'en est-il du statut juridique du Médiateur ?

3 / Insuffisantes garanties octroyées au Médiateur quant à son statut juridique.

Le premier article du décret présidentiel n° 96-113 donne le ton en situant le Médiateur à partir du Président de la République, « **placé auprès** de ce dernier ». En outre larticle 12 confère au Président de la République l'entière liberté de nomination et de révocation.

La durée du mandat n'est guère précisée, contrairement à la loi française qui prévoit un mandat de 6 ans non renouvelable.

[28] In mélanges offerts à Marcep Waline,Tome II,1974 L.G.D.J.

En écartant le modèle d'une instance collégiale, le choix de la personne devant assumer la tache de Médiateur est d'une importance première, du fait que ce dernier devra réunir : compétence, pondération, sens de la négociation, sagesse, sens de la communication avec les citoyens et surtout opiniâtreté dans les démarches et saisine de l'administration.

Autre lacune relative au statut juridique est le mutisme total du texte concernant la protection du Médiateur. Aucune disposition prévoyant une quelconque immunité à l'exemple de celle dont bénéficie le juge n'est inscrite.

Mise à part la relation directe et exclusive fixée avec le Président de la République par le biais du bilan annuel transmis à ce dernier, les relations avec les autres pouvoirs ne sont pas précisées, notamment avec le Parlement.

L'article 8 du décret présidentiel en son alinéa 2 prévoit que le rapport est accompagné des appréciations sur la qualité des prestations des services publics ainsi que des propositions et recommandations pour en améliorer le fonctionnement. Après avoir eu un aperçu sur son traitement normatif non valorisé sur sa nature juridique ambiguë, sur son statut juridique minimal, nous allons constater un grand paradoxe : l'immensité du domaine offert au Médiateur de la République.

4 / Immensité du domaine d'intervention

Le médiateur est doté d'attributions de suivi et de **surveillance générale** afin de lui permettre d'apprécier la qualité de la relation administration /citoyen .C'est par conséquent la reconnaissance d'un rôle général **d'évaluateur**.

Le médiateur contribue à la protection des droits et libertés des citoyens, en tant qu'instance de recours .Le médiateur participe à la régularité du fonctionnement des institutions et

administrations publiques. Le médiateur est un correcteur des dysfonctionnements des services publics.

N'est ce pas là, la concentration à titre complémentaire de toutes les attributions de contrôle dévolues tant à l'administration qu'au juge. Cet espace est-il concurrentiel ou successif ? R.Pierot analyse ce paradoxe que rencontre également le médiateur français dans son article intitulé : « le médiateur : rival ou allié du juge administratif ? »
Les seules exceptions au domaine de compétence sont : les recours entre les services publics et leurs agents (article 4 du décret n° 96-113), les domaines liés à la sureté de l'Etat, à la défense nationale et à la politique extérieure (article 5 alinéa 4)
Quels sont les moyens mis à la disposition du Médiateur ?
L'article 7 prévoit que pour l'exercice de ses attributions et la réalisation de ses missions, le médiateur de la République est doté de moyens humains et matériels, sans plus.

Il peut saisir toute administration ou institution apte à lui apporter une aide utile. Il peut se faire communiquer tout document ou dossier.

Cependant, en dépit du caractère quasi-obligatoire des réponses apportées par le service public saisi, aucun délai n'est imposé, aucune sanction n'est prévue, telle la publicité donnée à cette attitude négative dans un rapport spécial publié au Journal officiel.

La seule issue en cas de réponse non satisfaisante demeure la saisine du Président de la République lui-même, prévue à l'article 11 dudit décret présidentiel. Cette solution apporte deux remarques : elle met en avant les limites des capacités du Médiateur à résoudre directement les dossiers soumis et surtout elle ne fait que transférer et centraliser le lourd poids des doléances vers le Président de la République. Le décret présidentiel n° 96-113

a été abrogé par le décret présidentiel n° 99-170 du 2 aout 1999 (J.O.R.A 1999 n° 52). En 2001, le décret présidentiel 01-71 en date du 25 mars 2001 crée la Commission Nationale Consultative de promotion et de protection des droits de l'homme et lui transfère les missions de la Médiature au niveau d'une soumission. L'article 6 dudit décret énonce expressément que la Commission est chargée … « d'assurer des activités de médiation dans le cadre de son mandat pour améliorer les relations entre les administrations publiques et les citoyens » (J.O.R.A 2001 n°18).

Ce transfert demeure maintenu et confirmé à ce jour dans le décret présidentiel n°09-263 du 30 aout 2009, décret d'application de l'**ordonnance** n°09-04 du 27 aout 2009 relative à la Commission Nationale Consultative de promotion et de protection des droits de l'Homme (J.O.R.A 2009 n°49).

Il est également important de constater que nulle part dans son rapport achevé en 2001, la Commission Nationale de Réforme des Structures et des Missions de l'Etat, mise en place en 2000, ne propose expressément le retour au modèle du médiateur de la République. Bien qu'évoquant un **renouveau de l'Etat au service des citoyens** et de la République, bien que soulignant dans ses objectifs un Etat au service des droits et libertés des citoyens, bien qu'achevant le rapport par un titre VI très prometteur : « le citoyen, finalité de la réforme de l'Etat », le texte du rapport inclut les propositions principales suivantes, fort appréciables mais s'éloignant d'une reprise du décret présidentiel du 23 mars 1996, à savoir **l'élaboration d'une Charte** régissant les relations entre l'administration et les citoyens, charte qui serait incluse dans une Loi-programme, ainsi que la **création d'un organe permanent d'observation**, d'analyse, d'évaluation et d'intervention. Cet organe pourrait être dénommé soit Délégation Générale aux relations entre

Administration et citoyen, soit Haut Commissariat, soit Observatoire des relations entre administration et citoyens.

Conclusion

Les chiffres que nous venons de relever, l'adhésion du citoyen, l'efficacité tant au niveau de la brièveté des délais que des résultats obtenus imposent plus que jamais le retour de cette institution.

Nécessité de ressusciter le Médiateur de la République , ou plutôt de le **réinventer** en le constitutionnalisant, en prévoyant son traitement normatif par une loi organique, en levant l'ambigüité sur sa nature juridique , en stabilisant son statut juridique , en confortant son indépendance , en organisant les délégations du Médiateur au niveau de toutes les wilayas , en étendant sa relation aux autres pouvoirs publics par la publicité de son rapport annuel, transmis au Parlement de façon régulière.

La révision de la constitution algérienne étant actuellement en chantier, il est opportun et même impérieux d'y inclure la Médiateur de la République au titre des institutions publiques indépendantes comme **remède sociétal** afin de ne pas décevoir, ne pas frustrer un citoyen en attente d'amélioration de sa relation avec l'administration, avec l'ensemble des institutions publiques.

Dans l'esprit d'une révision constitutionnelle consensuelle, de nature à contribuer au renforcement de l'entente nationale, dans le but d'une véritable refonte de la **loi fondamentale**, l'institution de la Médiature de la République serait l'instrument idoine pour :

-restaurer la relation de confiance entre citoyen et gouvernant en situant le premier comme pôle central d'intérêt dans le texte juridique suprême de l'Etat algérien.
-et pour opérer l'adéquation incontournable avec les acquis et les normes universels.

DES COMITES DE REGLEMENT AMIABLE… AU MEDIATEUR DES MARCHES PUBLICS

Chérif BENNADJI
Professeur à la faculté de droit d'Alger

Cinq années à peine après son accession à l'indépendance, soit en 1967, l'Algérie se dote d'un code des marchés publics.
On se situe alors à une époque où, à la suite d'une première réforme de la justice et de l'adoption en 1966 du premier code de procédure civile, la justice administrative était réduite à sa plus simple expression puisque pour tout le vaste territoire algérien, il n'y avait que trois juridictions administratives de première instance incarnées par les chambres administratives des cours d'Alger, d'Oran et de Constantine.[1]

L'on comprend, dans ces conditions, que le législateur algérien se soit empressé de reconduire par l'ordonnance portant code des marchés publics, le dispositif de règlement amiable des litiges afférents aux marchés qui avait été hérité du système français.

En France[2], le premier comité de règlement amiable des litiges afférents aux marchés de travaux et de fournitures est mis en place en 1907 au ministère des travaux publics. Trois années après, soit en 1910, un deuxième comité sera créé au ministère de la guerre pour connaitre des litiges relatifs aux seuls marchés de travaux à l'exclusion des marchés de fournitures. Un troisième comité sera créé également en 1910 auprès du ministère en charge des colonies. A la veille de la première

[1] Mahiou (Ahmed) .le contentieux administratif en Algérie. Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques volume IX, n°03, septembre 1972, notamment pp 590-591.
[2] Degré(Claude), les comités consultatifs de règlement amiables des marchés, Thèse, Paris II, 1982.

guerre mondiale, le ministère de la marine et celui en charge de l'intérieur seront, à leur tour, dotés de comités similaires.

Ces comités vont fonctionner tant bien que mal entre les deux guerres. Mais à partir de 1941, l'on note la suppression ou le gel de bon nombre d'entre eux.

L'idée sera cependant relancée à partir de 1949 sur la base de vœux émanant du conseil d'Etat français et débouchera sur l'importante réforme de 1953 consacrée par le décret 53-405 relatif au règlement des marchés de l'Etat et des établissements publics nationaux non soumis aux lois et usages de commerce.[3]

Dans l'Algérie coloniale, le premier comité de règlement des litiges afférents aux marchés publics a été institué auprès du gouvernement général par arrêté du gouverneur en date du 18 mai 1917.Il aurait fonctionné jusqu'au 11 janvier 1941, date à laquelle il a été supprimé.

Au lendemain de l'indépendance de l'Algérie en 1962, ce décret 53-405 sera reconduit [4] jusqu'à son abrogation expresse par l'article 165 du code des marchés publics de 1967.il en sera de même pour l'arrêté du 17 aout 1957 instituant un comité de

[3] Ce décret avait également pour objet l'amélioration du financement administratif des marchés ainsi que la simplification et l'allègement du régime des garanties.
Après la redynamisation de ces comités à partir de 1953,on mettra sur pied, toujours au niveau du gouvernement général de l'Algérie, deux comités consultatifs, l'un auprès de la direction des travaux publics et des transports(arrêté du 17 aout 1957), l'autre auprès de la direction de l'hydraulique et de l'équipement rural (arrêté du 18 novembre 1957).Ces deux comités ont été créés en vertu du décret 57-24 du 8 janvier 1957 rendant applicable à l'Algérie le décret 53-405 du 11 mai 1953 sus évoqué qui avait rétabli et généralisé ces organes en France métropolitaine.

[4] C'est ainsi que le cahier des clauses administratives générales (CCAG) applicable aux marchés de travaux du ministère de la reconstruction, des travaux publics et des transports approuvé par arrêté ministériel du21novembre 1964 (journal officiel n 101 du 11 décembre 1964 pp 1289-1302) fait application du décret 53-405 en ces termes : «L'entrepreneur peut à tout moment demander directement au ministre qui statue dans les conditions fixées par l'article 56 1er alinéa du décret 53-405 du 11 mai 1953 que les litiges et différends nés à l'occasion du marché soient soumis à l'avis du comité consultatif de règlement amiable » (article 52) .

règlement amiable des marchés des travaux et des fournitures qui fut théoriquement en vigueur jusqu'à son abrogation expresse par le même article 165 code des marchés de 1967.Néanmoins ce code reprendra l'idée centrale et la consacrera dans son titre VI intitulé « règlement amiable des contestations ».

Ci-après nous nous proposons d'examiner, en premier lieu ,ce dispositif initial ou originel, celui de 1967.Après quoi nous rendrons compte de l'évolution et des modifications ayant affecté ce dispositif avant sa suppression en 2002.Enfin, nous évoquerons le projet de création d'un médiateur des marchés publics.

I- Le dispositif initial du code des marchés de 1967.

Le code des marchés publics de 1967 comporte un titre VI consacré au règlement amiable des contestations et composé à peine de neuf articles (152 à 160).

Aux termes de l'article 152, pierre angulaire du dispositif, « il est constitué par arrêté, dans chaque département ministériel, un comité consultatif qui a pour mission de rechercher dans les contestations relatives aux marchés publics, des éléments équitables susceptibles d'être adoptés en vue d'une solution amiable. La procédure devant ce comité est un préalable obligatoire à toute action contentieuse ».

Cette importante disposition appelle de nombreuses observations. Eu égard au temps qui nous est imparti, nous nous contenterons d'en présenter trois, essentielles à nos yeux.

A-Un dispositif limité au seul niveau central

En premier lieu, ce texte pose le principe de la création d'un comité consultatif au niveau de chacun des départements ministériels dont le nombre moyen avoisine la trentaine. Ainsi,

seuls les marchés de l'Etat, à l'exclusion de ceux des collectivités locales et des établissements publics, sont concernés par cette procédure. Cette exclusion est pour le moins curieuse et, a priori injustifiée dès lors que le code algérien des marchés publics de 1967, fortement inspiré du code français de 1964, avait pour finalité et pour ambition d'unifier d'avantage encore le régime juridique de l'ensemble des types de marchés des personnes morales administratives.

Nonobstant cette application aux seuls départements ministériels, dans la pratique, tous les ministères n'ont pas été dotés de cet organe. Nos recherches à partir du journal officiel, qui gagneraient à être complétées par des investigations dans les bulletins officiels des ministères lorsqu'ils existent et qu'ils sont accessibles, nous autorisent à affirmer que, dans le sillage du code des marchés de 1967, seuls six comités consultatifs ont été créés :travaux publics et construction en 1967 [5]; information et culture en 1970[6] ; enseignement supérieur en 1971[7]; ministère de l'intérieur en 1972[8], ministère de l'habitat en 1981[9] et ministère des enseignements primaire et secondaire [10].

[5] Arrêté du 19 décembre 1967(journal officiel n° 4 du 12 janvier 1968, p.30) modifié par arrêté du 22 mars 1971(journal officiel n° 51du 22 juin 1971, p.693) et par arrêté du 31 décembre 1972(bulletin du ministère des travaux publics, ns° 4,5 et 6, 1972, pp 188).

[6] Arrêté du19 mars 1970(journal officiel n°36 du21 avril 1970, p.422).

[7] Arrêté du 23 février 1971(journal officiel n°28 du 6 avril 1971) modifié en 1986(bulletin officiel du ministère de l'enseignement supérieur, 1986, semestre 2, p.77.) puis abrogé et remplacé par l'arrêté du 1er février 1989(journal officiel n°23 du7 juin 1989, pp.536-537).

[8] Arrêté du 15 juin 1972(journal officiel n°57 du 18 juillet 1972, p. 693) abrogé et remplacé par l'arrêté du 2 mai 1987(journal officiel n° 21 du 20 mai 1987, p.537).

[9] Arrêté n° 370 du 19 aout 1981 modifié successivement par l'arrêté n° 564 du 31 juillet 1982, l'arrêté n° 403 du 17 décembre 1984 et l'arrêté n° 287 du 4 novembre 1985.

[10] L'existence du comité de ce ministère est inférée des termes de l'arrêt de la chambre administrative de la cour suprême n°34 du 13 mai 1978, société SAFEC. c/ ministre des enseignements primaire et secondaire.

B- Un dispositif exclusivement dédié au contentieux de l'exécution

En second lieu, si le champ d'intervention de ces comités porte sur « les contestations relatives aux marchés publics », il ne faudrait pas se méprendre du fait de la généralité des termes ainsi employés. Ces comités ne devaient et n'eurent à connaitre que des litiges afférents à l'exécution des marchés publics. En 1967 et pendant de très nombreuses années encore, le droit algérien des marchés publics ignorera purement et simplement le contentieux dit de la formation de ce type de contrats. A l'appui de cette interprétation restrictive, un argument de texte tiré de l'article 155 du code de 1967qui dispose que c'est le titulaire (mais également les sous-traitants et sous commandiers) qui diligente la procédure au moyen d'une proposition adressée au ministre.la notion de titulaire du marché révèle clairement que le marché a été attribué, qu'il a été conclu et surtout qu'il est définitif, consécutivement à la formalité substantielle qu'est l'approbation. [11]

C- La demande de saisine du comité, forme de recours administratif préalable obligatoire.

La troisième observation importante porte sur le deuxième alinéa se l'article 152 du code qui dispose que « la procédure devant ce comité est un préalable obligatoire à toute action contentieuse ».

Dans un arrêt de principe[12] du 13 mai 1978,société SAFEC contre ministre des enseignements primaire et secondaire, la

[11] Aux termes de l'article 11 du code des marchés de 1967 « les marchés ne sont valables et définitifs qu'après l'approbation par l'autorité compétente » .cette disposition est reprise systématiquement dans tous les codes des marchés qui se sont succédés à ce jour. L'approbation est ainsi la formalité essentielle qui sépare la phase de la formation (ou de conclusion définitive du contrat) de la phase de l'exécution.

[12] Arrêt non publié. Voir cependant notre étude « remarques sur l'activité de la chambre administrative de la cour suprême au cours de l'année 1978. » revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, volume XVII, n° 1, mars 1980, notamment pp.41-42.

chambre administrative de la cour suprême, qui était ,faut-il le souligner, la plus haute juridiction administrative avant la création du conseil d'Etat, a été amenée à juger que : « la réclamation faite …en application de l'article 152 de l'ordonnance 67-90 du 17 juin 1967 constitue un substitut au recours prévu par l'article 169 bis du code de procédure civile. »

Pour bien saisir la portée de cette décision, il importe de rappeler que les auteurs du code de procédure civile de 1966 qui voulaient, à la fois, protéger l'administration publique naissante et prévenir l'encombrement du rôle de l'unique juridiction administrative(en l'occurrence la chambre administrative de la cour suprême) en charge du contentieux de l'annulation, avaient rendu obligatoire le recours administratif préalable. En septembre 1969, à la faveur d'une modification du code de procédure civile, un article 169bis sera introduit pour étendre cette règle du recours administratif préalable au contentieux de pleine juridiction qui relevait des chambres administratives des cours.

Dans cette affaire objet de la décision du 13 mai 1978, la société SAFEC ayant honoré ses obligations découlant d'un marché public passé avec le ministre des enseignements primaire et secondaire demanda à celui-ci la main levée du cautionnement qu'elle avait constitué auprès de la caisse des dépôts et consignations. Devant le refus du ministre et, invoquant l'article 152 du code des marchés publics, elle proposa la saisine du comité consultatif en vue de trouver une solution amiable.sa proposition n'ayant pas été suivie d'effet, elle intenta un recours auprès de la chambre administrative de la cour d'Alger qui la débouta « au motif essentiel que le recours contentieux, n'ayant pas été précédé d'un recours préalable, sa demande de saisine du comité consultatif ne pouvait l'en

dispenser ».L'arrêt de la cour ayant été frappé d'appel auprès de la chambre administrative de la cour suprême, celle-ci était confrontée à un délicat problème d'interprétation et de mise en cohérence des dispositions de l'article 152 du code des marchés publics et de l'article 169bis du code de procédure civile. La cour suprême se devait de répondre à la question de savoir si la saisine(ou plus précisément, la simple demande de saisine) du comité consultatif devant qui « la procédure…est un préalable obligatoire à toute action contentieuse » dispensait ou non, du recours administratif préalable prévu par l'article 169 bis du code de procédure civile.

Après avoir rappelé les circonstances de l'affaire, la juridiction administrative déclare : « attendu… qu'en l'espèce, le refus implicite du ministre d'autoriser le comité consultatif institué dans son département ministériel de trouver un terrain d'entente, ouvrait donc à l'appelante le droit de saisir directement la juridiction administrative de plein contentieux, compte tenu de ce que l'intervention obligatoire de ce comité constitue une garantie essentielle accordée aux justiciables leur permettant de déroger à toute autre réclamation ou recours gracieux pour intenter l'action contentieuse. »
Censurant la décision des premiers juges, la cour suprême énonce dans le dispositif de l'arrêt que « **la réclamation faite par la société requérante en application de l'article 152 de l'ordonnance n° 67-90 du 16 juin 1967, constitue un substitut au recours prévu par l'article 169 bis du code de procédure civile.** »

Avec le recul du temps, cette dernière formule apparaît comme critiquable car historiquement, le dispositif de l'article 152 du code des marchés est antérieur à celui introduit à la faveur de l'article 169 bis du code de procédure civile. Il ne peut donc en être un substitut.

Néanmoins par cette importante décision, la cour suprême a bien marqué que le code des marchés en tant que texte spécial devait prévaloir sur le texte général qu'est le code de procédure civile.

Par cette interprétation, la haute juridiction administrative aura contribué à donner une meilleure assise voire une plus grande légitimité à cette procédure impliquant les comités de règlement amiable.

Du reste, ce dispositif sera maintenu en 1982 après l'abrogation du code des marchés publics de 1967.

II- Le dispositif après l'abrogation du code des marchés publics de 1967 :

Pour des raisons de commodité et de clarté, trois moments forts seront retenus ci-après, chacun d'entre eux correspondant à l'un des trois codes des marchés publics qui se sont succédés de 1982 à 2002.

A- La reconduction du dispositif en 1982 et l'extension du champ de compétences des comités :

Le code des marchés publics porté par l'ordonnance n° 67-90 du 17 juin 1967 sera abrogé est remplacé par le décret n° 82-145 du 10 avril 1982 portant réglementation des marchés de l'opérateur public.

Mais ce dernier texte maintiendra en vigueur le titre VI du code de 1967 consacré au règlement amiable des contestations et composé des articles 152 à 160.

Mieux encore, le décret n° 82-145 du 10 avril 1982 fera du recours au règlement amiable une obligation à la charge de l'opérateur public. Pour rappel, dans le code des marchés de 1967 l'obligation de recourir à cette procédure incombait au

cocontractant de l'administration centrale. Celle-ci disposait d'un large pouvoir d'appréciation pour soumettre ou non, au comité de règlement amiable, la contestation formulée par l'entrepreneur ou le fournisseur.

À la faveur du décret n° 82-145, le législateur introduit sur ce point un équilibre dans les obligations entre administration (opérateur public) et cocontractant. C'est ainsi qu'aux termes de l'alinéa 2 de l'article 104, « l'opérateur public doit… rechercher une solution amiable aux litiges nés de l'exécution de ses marchés chaque fois que cette solution permet :
- de retrouver un équilibre des charges incombant à chacune des parties ;
-d'aboutir à une réalisation plus rapide de l'objet du marché. ;
-d'obtenir un règlement définitif plus rapide et moins onéreux. »
Le non-respect de cette obligation légale, par l'opérateur public, est donc constitutif d'une faute pouvant engager sa responsabilité.

En outre, dans le sillage du nouveau code des marchés de 1982, l'on a pu relever une tendance à l'extension du champ de compétence des comités de règlement amiable. Deux exemples illustrent cette tendance.

Le premier est tiré de l'arrêté du 2 mai 1987 portant constitution du comité consultatif de règlement amiable des contestations relatives aux marchés passés par le ministère de l'intérieur et des collectivités locales. Abrogeant l'arrêté du 15 juin 1972 qui limitait la compétence du comité aux marchés passés par les seuls services du ministère, l'arrêté du 2 mai 1987 énonce sans ambages que le comité de règlement amiable connaîtra désormais « des marchés passés par les services centraux et par les collectivités et organismes sous tutelle ».

A la lecture de cette disposition, l'on peut néanmoins et légitimement s'interroger sur l'efficience d'une telle procédure lorsque l'on sait que le ministère de l'intérieur est l'un des plus importants départements et que le nombre de collectivités locales et d'établissements publics sous sa tutelle est considérable.

Dans la pratique, il semblerait que le comité de règlement amiable du ministère de l'intérieur n'ait pas eu l'exclusivité pour connaître des contestations des marchés des collectivités locales. En témoignent les travaux du comité consultatif de règlement amiable créé auprès du ministère de l'habitat et auxquels nous avons pu accéder.[13] Créé par arrêté n° 370 du 19 août 1981, ce dernier comité a été saisi en 1984 et 1985 suite aux procédures diligentées par de nombreux entrepreneurs privés nationaux et quelques étrangers[14] à propos de difficultés rencontrées dans l'exécution financière des marchés publics locaux de construction de logements. C'est assez dire que la compétence des comités ministériels de règlement amiable, s'agissant des marchés des collectivités locales (wilayas-communes) était probablement déterminée par l'objet du marché. Si cette répartition des compétences exigeait une exacte qualification des marchés, elle avait le mérite de soumettre les contestations à des personnes censées être idoines.

Le second exemple illustrant cette extension est constitué par l'arrêté du 13 août 1991 portant constitution d'un comité consultatif de règlement amiable des contestations relatives aux

[13] Ce comité avait à sa tête feu Abdelhamid Djennadi qui présidait alors la chambre administrative de la cour suprême avec une compétence reconnue et appréciée. C'est ce haut magistrat qui mit à notre disposition un lot d'avis couvrant la période 1984-1985.

[14] Bien qu'ils n'aient pas de représentants au sein des comités consultatifs au titre des organismes professionnels, les cocontractants étrangers étaient également tenus, comme leurs homologues Algériens, de soumettre une proposition de saisine du comité de règlement amiable.

marchés publics passés par le ministère de la jeunesse et des sports et par les établissements publics à caractère administratif placés sous sa tutelle.[15] On soulignera cependant que le principe de l'extension du champ de compétence de ce comité ne touche ni les EPIC (établissements publics à caractère industriel et commercial) ni même les services extérieurs du ministère. Ces derniers seront cependant affectés par la réforme introduite en novembre 1991.

B- Le code de 1991 : vers la généralisation des comités de règlement amiable

En effet un troisième code des marchés publics sera promulgué par décret exécutif n° 91-434 du 9 novembre 1991. Abrogeant le décret 82-145 du 10 avril 1982 qui constitue le second code des marchés, le décret exécutif n° 91-434 affectera également les dispositions du premier code des marchés qui avaient été maintenus en vigueur en 1982.

S'agissant des dispositions relatives au règlement amiable des contestations contenues dans le code de 1967 et constituées des articles 152 à 160, l'article 155 du troisième code des marchés (le décret exécutif 91-434) abroge les articles 152 à 154 et maintient en vigueur les articles 155 à 160. L'abrogation des articles 152 à 154 du code de 1967 qui ont trait à la constitution et à la composition du comité de règlement amiable qui devaient être créés exclusivement au niveau ministériel est la conséquence de la consécration, dans le code de 1991, d'une importante disposition, l'article 101, dont il faut impérativement reproduire les termes : « il est institué auprès du ministre, du wali et du président d'APC, un comité consultatif qui a pour mission de rechercher dans les contestations relatives aux

[15] Publié au journal officiel n° 45 du 2 octobre 1991, pp.1461-1462.

marchés publics, les éléments équitables susceptibles d'être adoptés en vue d'un règlement amiable.

La composition et le fonctionnement de ce comité, sont fixés selon le cas, par décision du ministre, du Wali et du président d'APC.

Le comité doit donner son avis dans un délai maximum de trois (03) mois, à compter de la date de la notification aux titulaires du marché de la décision du ministre, du wali ou du président d'APC de saisir le comité.
Les deux parties au litige doivent se prononcer par écrit sur l'acceptation ou la non-acceptation de l'avis émis dans le délai d'un mois.

En cas d'accord des deux parties, cet avis s'impose à elles et aux services concernés ».

En vertu du premier paragraphe de cet article 101, la constitution de comités de règlement amiable n'est plus réduite aux seuls ministères.

Désormais des comités analogues devraient être créés au niveau de chacune des 48 wilayas (départements) et des 1541 communes portant le nombre global théorique à près de 1620 comités.

Cette généralisation s'est également accompagnée d'une importante modification dans la composition de ces organes. À l'origine, en vertu des articles 153 et 154 du code de 1967 qui furent abrogés en 1991, chaque comité était présidé par un magistrat. En laissant aux ministres, aux préfets et aux maires, le soin de décider de la composition et du fonctionnement de leurs comités respectifs, le législateur semble suggérer l'exclusion des magistrats.

Pour rappel, dans l'organisation originelle héritée du système français, les magistrats étaient des éléments essentiels du comité de règlement amiable puisqu'ils en étaient des présidents de droit. Avec la réforme de 1991, l'administration fait un pas dans le sens d'une maîtrise totale, par ses soins, de tous les comités de règlement amiable.

Suite à l'exclusion des magistrats de la présidence de ces comités de règlement amiable, il est permis de s'interroger à propos des incidences objectives sur la méthodologie et le mode de fonctionnement de ces organes. On peut raisonnablement supputer que la présence des juges à la tête de ces comité aura eu pour effet de judiciariser[16] en quelque sorte leur fonctionnement et surtout, de privilégier des solutions fondées sur le droit. À l'inverse, l'exclusion des juges devrait, objectivement, avoir eu comme résultat, de renforcer davantage encore la démarche fondée sur le principe de l'équité.[17] Il n'est pas sans intérêt de souligner avec force que depuis leur création, les comités de règlement amiable ont toujours eu pour mission de « rechercher… les éléments équitables susceptibles d'être adoptées » pour résoudre les différends.

C'est là, on l'aura compris une hypothèse de travail qui aurait gagné à être vérifiée par une enquête approfondie fondée sur l'analyse des avis émis par ces comités après la réforme de 1991.

---

[16] A titre comparatif avec le système français auquel l'Algérie a emprunté le dispositif, « si le comité consultatif n'est pas une juridiction administrative, la procédure suivie présente certaines caractéristiques de la procédure juridictionnelle administrative ».De Laubadère, Moderne et Délvolvé.-Traité des contrats administratifs, tome 2,2 eme édition, L.G.D.J., 1984, p.941.Bréchon-Moulenes parle « d'une procédure très juridictionnalisée ».La réforme des comités consultatifs de règlement amiables des marchés .AJDA, Juin 1981, n°6, p 306.

[17] Sur la notion en droit algérien voir Bencheneb Ali. Une introduction générale à la règle de droit en Algérie, éditions AJED, Alger, 2013, pp 80-83.
Du même auteur : Le droit algérien des contrats. Données fondamentales, éditions AJED, Alger, 2011, p 225.

Quoi qu'il en soit, suite à l'exclusion des magistrats, ces comités de règlement amiable seraient ainsi transformés sinon en institutions paritaires[18], du moins en comités mixtes associant exclusivement des représentants de l'administration publique concernée et des membres des organismes professionnels [19] voire des représentants de l'entrepreneur, partie au litige. [20]

De la sorte, ces comités sont érigés en cadre de négociations entre les parties contractantes. Cette négociation est sanctionnée juridiquement par un avis qui, en réalité n'en est pas un.
Dans la formulation initiale du dernier alinéa de l'article 101 du code des marchés de 1991, il était précisé qu'« en cas d'accord des deux parties, cet avis s'impose à elles et aux services concernés ».

---

[18] Les représentants des organismes professionnels ont toujours été minoritaires par rapport aux représentants de l'administration.

[19] S'agissant des organismes professionnels évoqués dans l'article 153 du code de 1967 sans autre précision, il est possible de les identifier à partir des rares textes afférents à la constitution des quelques comités de règlement amiable. Le premier organisme cité est le syndicat professionnel d'employeurs dénommé « union algérienne des syndicats professionnels des travaux publics et du bâtiment » (UNALBA) qui sera dissous en vertu de l'article 18 de l'ordonnance n° 74-51 du 25 avril 1974 portant création et statuts du centre national d'études et d'animation de l'entreprise de travaux (CNAT) (publiée au journal officiel n° 35 du 30 avril 1974 notamment page 386). Le second organisme, et c'est là une curiosité, est le syndicat des travailleurs dans le régime du parti unique, en l'occurrence, l'UGTA (union générale des travailleurs algériens). Avec le recul du temps, on peut se demander à quelle logique répond un tel choix. Plus tard, l'on fera appel au président (ou à son représentant) de la chambre nationale de commerce ainsi qu'aux représentants de l'union des architectes algériens ou à l'union nationale des ingénieurs, architectes et scientifiques algériens. Durant toute la période dite du parti unique, les organismes professionnels étaient des organisations dites de masse, satellites du dit parti dont l'idéologie populiste n'accordait aucune légitimité aux intérêts particuliers, ce qui interdisait toute forme d'organisation autonome de ces intérêts .L'existence de représentants de ce type d'organismes professionnels au sein du comité de règlement amiable ne pouvait donc constituer une garantie pour les entrepreneurs et fournisseurs cocontractants de l'administration.

[20] De la sorte, le comité de règlement amiable qui, dans l'esprit du texte originel (1967) était nécessairement une institution permanente, serait devenu, à la faveur de la réforme de 1991, une institution ad hoc dont la composition était susceptible d'être modifiée d'un litige à un autre. C'est ce qui expliquerait la liberté donnée par le code de 1991 aux ministres, aux walis et même aux maires pour décider de la composition de leurs comités respectifs.

En 1996, cet alinéa a été modifié en ces termes : « en cas d'accord des deux parties, cet avis doit faire l'objet d'un document contractuel et devient exécutoire nonobstant l'absence de visa de l'organe de contrôle externe a priori ».

Ainsi donc, formellement, l'acte émanant du comité de règlement amiable est toujours un avis mais d'un type sui generis dès lors qu'il devra constituer la matière ou l'objet d'une véritable convention[21] et qu'il est doté d'une force exécutoire le rendant opposable notamment à l'égard des redoutables commissions de contrôle externe qui disposaient d'un véritable pouvoir de décision formalisé par un visa.

L'avis du comité de règlement amiable qui sera formalisé dans un document contractuel [22] constitue dès lors un véritable passer outre au visa de la commission des marchés.

Pour saisir la réelle portée juridique de cet avis, il faut rappeler que le code des marchés de 1991, notamment en son article 143, disposait que la commission des marchés est un centre de décision en matière de contrôle des marchés relevant de sa compétence et qu'à ce titre, elle devait délivrer un visa dans le cadre de la mise en vigueur du marché.

A la lumière de ces considérations il est permis de s'interroger sur la nature véritable de ces organes : sont-ils encore des comités consultatifs ? N'ont-ils pas été érigés subrepticement en organes de décision ?

Dans l'état actuel de nos sources d'information nous nous contenterons d'énoncer ces questions.

---

[21] Il est permis de s'interroger si ce document contractuel ne participe pas de la catégorie juridique des avenants prévus et réglementés par les articles 88 à 91 du décret exécutif 91-434 du 9 novembre 1991. C'est également la conclusion à laquelle est parvenu Noureddine lateb dans son article sur « les aspects nouveaux du règlement amiable des litiges dans les marchés publics (décret exécutif 91-434) » in la lettre juridique, n 35, mars 1996, pp. 14-16.

[22] L'on serait ainsi en présence d'une transaction au sens de l'article 459 du code civil algérien qui dispose que « la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation ou préviennent une contestation à naitre et ce, au moyen de concessions réciproques ».

Au total, la réforme de 1991 apparaît comme importante dans l'histoire de ces comités. Avec le décret exécutif n° 91-434, devait s'ouvrit une période faste pour ce dispositif. Le développement prodigieux du nombre de ces comités et la portée juridique de leurs actes auront eu de sérieuses incidences sur la nature et le fonctionnement de ces organes.
Pourtant et curieusement, le législateur algérien mettra fin à cette expérience en 2002 à la faveur de l'édiction du quatrième code des marchés publics.

C- Le code de 2002 et la suppression des comités de règlement amiable :

Aux termes de l'article 153 du décret présidentiel n° 02-250 du 24 juillet 2002 portant réglementation des marchés publics, «les dispositions de l'ordonnance n° 67-90 du 17 juin 1967, portant code des marchés publics et du décret exécutif n° 91-434 du 9 novembre 1991 portant réglementation des marchés publics modifiés et complétés sont abrogés ».

Ainsi donc les articles 152 à 160 qui constituaient le titre VI du code des marchés publics de 1967 et qui étaient dédiés au règlement amiable des contestations sont supprimés et ce, après avoir été prorogés à deux reprises, d'abord en 1982, puis en 1991.

Qui plus est, les dispositions du code de 1991 qui avaient pourtant inauguré une période qui devait être faste pour les comités consultatifs de règlement amiable sont également abrogées.

Pourtant dans le nouveau code des marchés publics, celui de 2002, l'option pour le recours systématique et obligatoire à une recherche de solutions amiables aux litiges nés de l'exécution des marchés est réitérée et consacrée dans l'article 102.

L'on découvre donc une situation quelque peu inédite : l'existence d'une obligation légale à la charge de l'administration publique de rechercher une solution amiable sans pour autant disposer d'un organe idoine ou d'un cadre précis.

C'est assez dire que l'on est, à partir de 2002, face à un dispositif de règlement amiable qui n'en est pas un. Dit autrement c'est un dispositif de règlement amiable sans les comités dédiés à cette fin.

Ce faisant les rédacteurs du code de 2002 donnent à l'administration publique une totale liberté dans le choix des modalités de recherche de solutions amiables.
Ainsi, tout se serait passé comme si, après avoir éliminé les magistrats de ce dispositif en 1991, l'administration publique (initiatrice et auteur du nouveau code) faisait, en 2002, un pas supplémentaire et décisif dans sa maîtrise totale des mécanismes tendant au règlement amiable.

La seule contrainte qui persiste à la faveur de cette réforme de 2002 est l'obligation juridique à la charge de l'administration[23] maître d'ouvrage de rechercher, dans tous les litiges afférents à l'exécution de ses marchés publics, une solution amiable.

Le non-respect de cette obligation édictée par l'article 102 du décret présidentiel 02-250 du 24 juillet 2002 est constitutif d'une faute susceptible d'entraîner la responsabilité de l'administration concernée.

Quoi qu'il en soit l'option ainsi retenue par le législateur en 2002 sera reconduite dans le cinquième et dernier code des

[23] A l'inverse, le cocontractant de l'administration n'est plus tenu de diligenter la procédure tendant au règlement amiable. Tout au plus, le code des marchés de 2002 en son article 102 lui offre-t-il la possibilité ou la faculté d'introduire, avant toute action en justice un recours auprès de la seule commission nationale des marchés. Depuis 2012, ce recours peut être porté devant l'une des commissions sectorielles des marchés des ministères.

marchés publics, celui du 7 octobre 2010 modifié le 18 janvier 2012 et le 13 janvier 2013.

Il reste que dans la pratique, les cocontractants de l'administration, et notamment les étrangers, n'ont pas toujours une bonne lisibilité de ce dispositif de règlement amiable. Cette situation de grande difficulté pour les partenaires étrangers résulte essentiellement du fait que l'administration maître d'ouvrage fait systématiquement référence dans ses marchés de travaux et autres contrats programmes au cahier des clauses administratives générales des marchés de travaux de 1964 plus connu sous la dénomination «CCAG 1964 » .

Or, ce cahier des charges qui est en vigueur à ce jour et n'a pas été actualisé, comporte lui également un titre V (article 50 à 53) dédié au règlement des contestations. Dans ce dispositif, l'article 52-2 prévoit que l'entrepreneur a la possibilité de demander au ministre de soumettre les litiges et différends nés à l'occasion de l'exécution de marchés au comité consultatif de règlement amiable

Depuis 1978, suite à l'arrêt SAFEC c/ ministre des enseignements primaire et secondaire, la demande de saisine du comité de règlement amiable n'est plus une simple faculté à la disposition de l'entrepreneur mais un véritable recours administratif préalable obligatoire.

Aussi, les partenaires étrangers qui n'ont pas une connaissance fine des subtilités mais également des incohérences du droit algérien des marchés publics, sont-ils systématiquement confrontés au problème de l'articulation du code des marchés en vigueur et du CCAG de 1964 notamment dans son article 52-2 qui fait référence expresse à la procédure devant le comité de règlement amiable.

Sur le plan strictement juridique bon nombre de dispositions et de clauses du CCAG 1964 ont été abrogées, le plus souvent implicitement. Aussi en continuant à s'en prévaloir et à l'imposer dans son intégralité, l'administration publique algérienne crée des situations inextricables, met inutilement les cocontractants dans des difficultés supplémentaires et surtout, donne une piètre idée du système juridique algérien, au mépris de la hiérarchie des normes.

En guise de conclusion : vers l'institution d'un médiateur des marchés publics.

Ainsi donc, depuis juillet 2002, soit depuis plus d'une décennie, les administrations algériennes ne disposent plus de comités de règlement amiable pour les aider à résoudre les différends relatifs à l'exécution de leurs marchés publics. Pourtant, dans le code des marchés publics actuellement en vigueur, les administrations, maîtres d'ouvrage, ont l'obligation de rechercher systématiquement une solution amiable à ces litiges.

La disparition de ces organes et du dispositif qui les sous-tend pourrait également s'analyser comme la suppression d'une garantie instituée au profit des cocontractants de l'administration.

La suppression de cette interface semble avoir participé à la détérioration de la qualité des relations entre les administrations maîtres d'ouvrage et les entrepreneurs qui se retrouvent le plus souvent dans un face-à-face [24].

Aussi et au titre de l'amélioration de ces relations qui s'inscrivent dans celle plus générale du climat des affaires[25],

[24] Il est permis de se demander si de telles situations ne sont pas dangereuses dans la mesure où elles pourraient être à l'origine de cas de corruption ?

[25] Au classement international du doing business l'Algérie a toujours eu une place peu honorable .Après avoir rejeté ce classement, le gouvernement algérien a décidé de s'y soumettre. Aussi s'est-il doté en date du 10 mars 2013 d'un « comité algérien doing business » qui remit un rapport en mai 2013.

Dans ce sillage le gouvernement a élaboré une batterie de mesures pour l'amélioration de l'environnement de l'entreprise et de l'investissement.

Le premier ministre a donné des instructions pour instituer un médiateur des marchés publics. Cette initiative résulte d'une importante instruction n°258/PM du 7 août 2013 ayant pour objet la « relance de l'investissement et l'amélioration immédiate de l'environnement de l'entreprise et de l'investisseur ». Dans cette circulaire adressée à pas moins de 16 ministres, celui en charge des finances est instruit en vue « **d'instituer à son niveau un médiateur des marchés publics dont les missions et les prérogatives sont définies par décret exécutif ».**
Il reste qu'à ce jour, ce texte ne semble pas avoir été élaboré. Toutes nos démarches auprès du ministère des finances et du secrétariat général du gouvernement ont été vaines.

Mais l'idée n'est pas pour autant abandonnée. En témoignent les propositions, même si elles peuvent paraître curieuses, formulées par le syndicat officiel des travailleurs, UGTA, dans le cadre de la préparation des travaux de la tripartite (gouvernement-patronat- UGTA) qui devait adopter, en date du 23 février 2014, «le pacte économique et social de croissance ».

C'est ainsi qu'au titre de la simplification et de l'amélioration de la relation des entreprises avec l'administration, l'UGTA proposa « d'instituer un médiateur des marchés publics ». Explicitant cette proposition, le syndicat souligne : « Aujourd'hui les entreprises algériennes rencontrent des difficultés relatives à la commande publique ; celle-ci doit bénéficier d'un environnement favorable au développement de leur activité, la mission du médiateur est de les aider en leur offrant des recours en

médiation individuelle ou collective, un dispositif gratuit et totalement confidentiel ».[26]

Gageons que s'il venait à être adopté en Algérie, ce dispositif s'inspirerait grandement de celui adopté en France en décembre 2012. Dès lors, le règlement amiable ne devrait plus être limité au contentieux de l'exécution des marchés publics. Le médiateur des marchés publics étant également une institution de facilitations des relations entre les secteurs administratifs et privé, son champ de compétence devrait s'étendre à toute la phase de la formation des marchés publics.

[26] Tripartite. Les propositions de l'UGTA. La tribune du 23 février 2014, p.4.

LA CONCILIATION ET LA MEDIATION EN DROIT DES AFFAIRES INTERNATIONALES

Ali BENCHENEB
Professeur émérite à l'université de Bourgogne
Ancien Recteur d'académie

1. Le terme de droit des affaires internationales est retenu dans cette communication pour des raisons de stricte commodité. Il couvre aussi bien des actes relevant du commerce international comme l'est la vente ou la prestation de services que des opérations qualifiées d'investissement international par les textes pertinents, accords de protection des investissements et /ou législations nationales.

2. Toute opération économique transfrontière est susceptible de déboucher sur un contentieux. Compte tenu des incertitudes qui pèsent sur la détermination de la compétence juridictionnelle internationale directe et de celles inhérentes au contentieux de l'exequatur des jugements étrangers, le mieux est donc de prévoir le mode de règlement des différends par une clause appropriée pour le cas où surviendrait un litige durable entre les parties à un contrat donné.

3. C'est ce pourquoi on enseigne dans les bonnes facultés voire dans les écoles professionnelles de formation des avocats que lorsque la négociation d'un contrat à portée économique doté d'un caractère international porte sur le règlement des litiges, il y a lieu de négocier avec attention le contenu d'une clause attributive de juridiction ou d'une convention d'arbitrage.

Le caractère sérieux de cette négociation et, par contrecoup, la qualité rédactionnelle de la clause de règlement des litiges donnent d'ailleurs plus de crédit au principe de la force obligatoire des conventions.

4. Il en est de même en matière d'investissement international lorsque l'opération donne lieu à un contrat international conclu entre l'Etat d'accueil et l'investisseur.

Lorsque ce n'est pas le cas, la prévisibilité du mode de règlement des litiges relatifs à l'investissement est recherchée par une consultation du droit applicable, les accords interétatiques de protection des investissements et, à défaut, les législations nationales offrant des solutions plutôt appropriées du type arbitrage CIRDI ou CNUDCI, en général au choix de l'investisseur.

5. Encore que sur ce point la statistique soit impossible, tout indique que depuis au moins la seconde moitié du vingtième siècle, l'arbitrage ad hoc ou institutionnel a connu une certaine faveur auprès des entreprises et que les Etats en ont pris acte, progressivement et à des degrés différenciés.

Il est tout aussi vrai que le droit de la compétence juridictionnelle internationale s'est considérablement étoffé soit par le biais de codifications nationales comme on peut l'observer pour la Suisse[1] ou la Tunisie[2] soit sous couvert d'activités unificatrices dans le droit des espaces régionaux, exemple pris de l'Union européenne[3].

6. Il est juste également de relever qu'une idéologie de l'arbitrage s'est développée[4]. Elle a mis en avant ses moindres couts, sa rapidité, la qualité des sentences au regard de la complexité des dossiers litigieux, voire la confidentialité de

[1] Loi fédérale sur le dip du 18 décembre 1987, modifiée, articles 2 à 10.
[2] Loi 98-97 du 27 novembre 1998 portant code de dip, articles 3 à 10.
[3] Règlement 44-2001 du Conseil du 22 janvier 2000, modifié, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions de justice en matière civile et commerciale.
[4] On en trouve trace particulièrement dans l'ouvrage de R. DAVID, l'arbitrage commercial international, Economica, 1982. La littérature contemporaine est plus nuancée comme le montrent en dernière date C. SERAGLINI et J. ORTSHEIDT, Droit de l'arbitrage interne et international, Montchrestien, 2013.

l'arbitrage, le tout sans démonstration aucune, sauf peut-être sur le dernier point mais qui mériterait des conclusions plus subtiles dès lors que les publications à caractère promotionnel masquent de plus en plus la littérature juridique de portée purement scientifique.

7. Or en matière d'arbitrage comme du reste en toutes autres matières, toute idéologie occulte ses excès[5] et les opérateurs économiques sont les mieux placés pour le savoir. En dernière analyse, ce sont les acteurs économiques qui, directement ou indirectement, apprécient les coûts[6] et la durée réels des procédures.

C'est encore eux plus que la doctrine qui apprécient la qualité effective des sentences arbitrales comme des jugements, quand ce ne serait pas eux qui organiseraient une circulation de l'information verrouillant ou mettant à mal la confidentialité des procédures et les résultats de ces dernières.

8. L'arbitrage n'est donc pas la solution miracle pour le règlement des litiges internationaux, même si les mécanismes qu'il offre sont de plus en plus sophistiqués et, lorsqu'ils sont maîtrisés, constituent globalement la moins mauvaise des solutions pour le contentieux des affaires internationales au

[5] En témoignent par exemple, d'une part la critique des sentences rendues sous les auspices du CIRDI dont le rapport de la CNUCED sur « l'investissement dans le monde 2013 » se fait l'écho. Cf. « Vue d'ensemble » du rapport page 20 où il est question de « failles systémiques », de « promouvoir d'autres modalités de règlement des différends » et, entres autres, d' »instituer un mécanisme d'appel », d'autre part la dénonciation de la convention de Washington par quelques Etats : cf. J. CAZALA, la dénonciation de la convention de Washington établissant le CIRDI, AFDI, 2012, p. 551.

[6] Sur l'importance prise par les couts dans l'arbitrage et pour une approche juridique de l'évolution du sujet, cf. DUCLERQ, les « nouveaux » couts dans l'arbitrage international, Cah. arb. 2013-4, p899.

regard des risques toujours existant de chauvinisme de l'ensemble des juridictions nationales[7].

L'arbitrage est d'autant moins une panacée que le vieux dicton selon lequel un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès est toujours d'actualité : l'aléa judiciaire n'est jamais maîtrisable, les couts d'une procédure le sont difficilement et bien entendu, il peut y avoir des mauvais procès.

De plus, pour les opérateurs du commerce international, des arrangements à priori discutables sur le plan juridique peuvent s'avérer économiquement profitables, en termes de poursuite des relations contractuelles ou de réalisation d'un investissement mais aussi de notoriété et, par conséquent, de préservation de parts de marché voire de gain de nouveaux marchés.

Autrement dit, si un accord transactionnel permet de préserver un courant d'affaires, il permet de préserver l'entreprise qui l'accepte.

9. Or il se trouve que le droit contemporain a de plus en plus tendance à se réapproprier ce dicton et d'ailleurs la doctrine se montre plus qu'attentive au phénomène[8].

On peut également constater que le droit algérien ne fait pas exception à ce mouvement, semble- t-il mondial, quelle que soit par ailleurs la perfectibilité des règles mises en place dans le

[7] Il résulte d'une enquête conduite en 2009 que parmi les modes alternatifs de règlement des conflits les plus utilisés en France, l'arbitrage l'est dans 48% des cas et la médiation dans 39% des cas. Cf. AAA et FIDL, Management optimisé des litiges, 2013, p.15.

[8] Dans une littérature devenue abondante et qui parfois laisse à désirer, on relèvera dans la littérature récente les articles suivants J. CL. MAGENDIE, la médiation, Dalloz, 2009, p.2600 ; N. DION, les forces de la médiation, variations libres, in La force normative : naissance d'un concept, Bruylant, 2009 , p.707 et Ch. JARROSSON, l'intérêt de la médiation pour la résolution des litiges entre entreprises, Mélanges en l'honneur de Ph. MERLE, Dalloz, 2012, p.365. cf. également sous la direction de F. OSMAN, l'ouvrage collectif, la médiation en matière civile et commerciale, Bruylant, 2012.

cadre du Code de procédure civile et administrative de 2008 et l'indigence de ses mesures d'accompagnement[9].

Comme pour confirmer l'attention de l'Etat au phénomène d'évitement du juge, étatique ou arbitral, on peut ainsi relever en matière d'hydrocarbures la mise en place d'un service de conciliation auprès de l'Agence de Régulation des Hydrocarbures (ARH) chargé d'examiner les différends pouvant résulter de l'application de la réglementation pertinente[10].

10. Il en est de même en droit des affaires internationales. On y réserve en effet de plus en plus de place à la conciliation et à la médiation, plus généralement à ce que l'on regroupe sous le concept de modes alternatifs de règlement des différends (MARD) ou d'alternative dispute résolution (ADR).

Pour l'essentiel, il s'agit de favoriser le règlement extrajudiciaire des différends, soit en cherchant à les prévenir, surtout par la négociation entre les parties, éventuellement avec l'assistance d'un tiers, exemple pris des « dispute boards »[11], soit en recherchant leur traitement par évitement du juge ou de l'arbitre autant que faire se peut grâce à une procédure plus ou moins formalisée comme l'est celle de la conciliation ou de la médiation.

Je me propose ici d'en dresser un constat qui, pour incomplet qu'il puisse paraitre, se veut en tous cas significatif d'une tendance globale avant d'évoquer l'enchevêtrement des modes de règlement des litiges qui peut en résulter.

---

[9] Pour une lecture critique du droit algérien en la matière, mon article : « La promotion de la médiation judiciaire en Algérie », Revue de la recherche juridique, 2014, n°2 (à paraître).

[10] Cf. article 13 de la loi du 28 avril 2005, modifiée.

[11] Il s'agit d'un collège d'experts mis en place dès l'entrée en vigueur d'un contrat portant sur la réalisation de grands travaux et chargé de désamorcer les litiges survenant en cours d'exécution par des propositions faites aux parties sur la base de la propre analyse des experts de la situation litigieuse et de ses causes. Cf. K. KESSEDJIAN, Droit du commerce international, PUF, Thémis, 2013, n°946-953.

I. Le constat

11. La recherche d'une solution à un différend relatif à une opération économique internationale peut emprunter plusieurs voies, entre autres la négociation directe entre les parties ou la recherche d'un règlement amiable par sollicitation de mécanismes comme celui de la conciliation ou de la médiation qui font intervenir un tiers.

Si en droit interne et notamment en droit algérien une différence est faite entre conciliation et médiation[12], elle tend à s'estomper en matière internationale où l'approche se veut moins organique, autant dire plus fonctionnelle[13].

En effet, le tiers, qualifié de conciliateur ou de médiateur, est toujours pressenti pour rapprocher les parties, plus précisément leurs positions sur un ou des points litigieux en perspective d'un accord. Or qu'il s'agisse du droit applicable aux investissements ou de celui qui concerne les opérations strictement commerciales, le traitement des litiges par évitement du recours au juge ou à l'arbitre n'est pas passé sous silence.

Un certain nombre de repères permettent de s'en convaincre.

A. En matière d'investissements internationaux

12. La convention de Washington du 18 mars 1965 pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats n'est pas exclusivement dédiée à l'arbitrage, contrairement à ce que l'on peut croire et même parfois écrire.

---

[12] Sur cette différence, cf. Introduction générale à la règle de droit en Algérie, EUD et AJED éditions, 2012, n° 257 et 258.

[13] Une illustration particulièrement topique de l'assimilation des deux notions se trouve dans l'article 1.3 de la loi type du 2' juin 2002 sur la conciliation internationale élaborée par la CNUDCI. (Rev. Arb. 2004, p.143).

On peut déjà en effet constater que dans son préambule les Etats contractants[14] attachent « une importance particulière à la création de mécanismes pour la conciliation et l'arbitrage internationaux… »[15]. En conséquence, l'institution du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI/ICSID) par la convention de 1965 a pour objet « d'offrir des moyens de conciliation et d'arbitrage pour régler les différends relatifs aux investissements ».

13. C'est cet objectif autant que la mise en œuvre des articles 28 à 35 de la convention qui expliquent l'adoption dès 1967 par le Conseil administratif du CIRDI d'un règlement de procédure relatif à l'introduction des instances de conciliation et d'arbitrage mais aussi l'adoption d'un règlement de procédure relatif aux instances de conciliation ainsi que d'un règlement d'arbitrage[16].

Ce même objectif explique la mise au point de listes indicatives et actualisées de conciliateurs et d'arbitres sur proposition des Etats membres ainsi que l'énoncé de critères de qualification pour les conciliateurs et les arbitres susceptibles d'être désignés[17].

14. Ce qui est remarquable dans la convention de Washington, c'est aussi un certain nombre de dispositions communes à l'arbitrage et à la conciliation comme celles qui portent sur la

[14] Ay 1er novembre 2013, 150 Etats (dont l'Algérie en février 1996) avaient déposé leurs instruments de ratification.

[15] L'idée a d'ailleurs été reprise dans la convention relative au règlement des litiges en matière d'investissement entre les Etats hôtes d'investissements arabes et les ressortissants d'autres Etats arabes du 10 juin 1974. L'article 3 de ce texte fait de la conciliation un préalable au recours à l'arbitrage et protège la phase de conciliation en organisant une étanchéité entre les deux modes de règlement des litiges. Pour un commentaire de ce texte, cf. J.F. RYCX, « l'accord sur le règlement des litiges entre Etats hôtes d'investissement arabes et ressortissants des autres Etats arabes et ses perspectives », Rev. Arb. 1981, p.259 et suiv.

[16] Dans la suite des développements il sera tenu compte des amendements apportés à ces règlements en 2002.

[17] Cf. article 14 de la convention.

récusation et le remplacement des arbitres ou des conciliateurs[18], celles qui portent sur les frais de procédure[19] voire sur le lieu de leur déroulement[20].

Tout se passe donc comme si la convention de Washington ne marquait aucune préférence qualitative entre conciliation et arbitrage, entre règlement des litiges convenu ou imposé et, par conséquent, affichait une neutralité quant au choix du mode de règlement des litiges[21].

15. Les accords conclus par les Etats, notamment les accords bilatéraux de protection des investissements[22], confirment leur volonté de voir les différends relatifs aux investissements internationaux survenant entre un investisseur et l'Etat d'accueil, se régler à l'amiable[23]. Il en est ainsi en particulier des accords conclus par l'Algérie.

16. Premier exemple, l'accord algéro français du 13 janvier 1993[24] prévoit en son article 8 que « *Tout différend relatif aux investissements entre une des parties contractantes et un national ou une société de l'autre partie contractante est autant que possible réglé à l'amiable entre les deux parties concernées* ».

Si l'on veut mesurer l'intensité des volontés étatiques à partir de ce texte, trois remarques peuvent être faites.

---

[18] Article 56 à 58 de la convention.

[19] Article 59 à 61 de la convention.

[20] Article 62 et 63 de la convention.

[21] On en a confirmation à l'examen de l'article 21 du règlement d'arbitrage qui prévoit que la conférence préliminaire visant à déterminer l'objet précis du différend peut être utilisée en vue de « parvenir à un règlement amiable ».

[22] Il peut en être de même pour les accords multilatéraux. Pour un exemple, cf. l'article 25 de la convention unifiée pour l'investissement des capitaux arabes dans les pays arabes de 1982, convention ratifiée par l'Algérie (DP n°95-306 du 7 octobre 1995). Dans ce texte, la recherche de la conciliation est un choix à effectuer après la naissance du litige et non pas vraiment un préalable.

[23] Dans le même sens, W. BENHAMIDA, Litiges relatifs aux investissements internationaux et modes alternatifs de règlement des différends : un nouveau champ d'exploration, in la médiation en matière civile et commerciale, Bruylant, 2012.

[24] Ratifié par DP n° 94-01 du 2 janvier 1994, JORA n°1.

D'abord, ce traité révèle que la recherche de l'accord amiable doit durer six (6) mois à partir du moment où le différend est soulevé par l'une des parties et que cette recherche constitue un préalable à la saisine du juge, étatique ou arbitral, sans réserver l'hypothèse d'une négociation qui serait inutile, preuve s'il en est d'une écriture au mobile plus diplomatique que juridique.

En second lieu, le texte envisage plutôt une tentative de traitement du litige qui serait le fait des parties elles-mêmes et non pas, de façon plus large comme on peut le relever dans les accords de protection conclus par les USA, le traitement amiable du litige pouvant intervenir entre les seules parties ou avec le concours d'un tiers[25]. Mais dans la mesure où il n'exclue aucun autre mode alternatif, rien n'empêche les parties plutôt que de négocier directement de s'en remettre à un tiers, conciliateur ou médiateur, avec recours ou non aux services d'une institution comme le CIRDI.

En troisième lieu, il apparait que le texte de cet accord comporte une lacune importante car il fait l'impasse sur les conséquences du non-respect de l'obligation de rechercher un arrangement en cas de litige persistant.

Cette occultation de la sanction laisse au juge ou à l'arbitre qui serait saisi de la violation d'une telle obligation, la liberté soit de ne pas la sanctionner au constat qu'à l'impossible nul n'est tenu[26] soit de la sanctionner par une indemnité, soit par l'irrecevabilité en l'état d'une demande d'arbitrage conduisant le tribunal arbitral à surseoir à statuer pour que l'investisseur se

[25] Article 23 de l'accord type.

[26] Pour une illustration récente, CIRDI n°ARB/08/9, décision sur la compétence du 8 février 2013 §. 577-628, affaire Giordano Alpi c/Argentine. En l'espèce une loi interdisait toute négociation de la dette argentine pour donner plus de force à l'offre d'échange de dette émanant de cet Etat.

conforme à l'obligation de négocier[27] ou même, pour sévère qu'elle puisse paraître, par une incompétence de la juridiction saisie[28].

17. Le second exemple est tiré du plus récent accord que l'Algérie a ratifié, à savoir l'accord algéro serbe du 13 février 2012[29].

On retrouve dans son article 9 la même idée selon laquelle la recherche d'un accord amiable pendant six (6) mois[30] constitue un préalable à la saisine du juge ou de l'arbitre mais aussi les mêmes lacunes, comme pour confirmer l'idée selon laquelle lorsqu'on conclut un accord, fut ce entre Etats, l'effet euphorisant de sa signature est tel que l'on ne se soucie pas concrètement des conséquences de son non-respect et pas davantage de la possibilité de s'adresser à une institution spécialisée pour la mise en place d'une procédure de conciliation[31].

18. Au-delà de ces exemples, un examen plus poussé des accords de protection des investissements pourrait montrer que le préalable de la négociation avant saisine d'une juridiction arbitrale tend à se généraliser, au point que l'International Bar Association (IBA), au constat de l'augmentation significative ces dernières années du contentieux international relatif aux investissements internationaux, n'a pas hésité à travailler à la mise au point en 2012 d'un règlement de médiation pour les différends entre investisseur et Etat d'accueil [32].

---

[27] En ce sens : CIRDI, arb/04/02, §. 5 de l'ordonnance rendue dans l'affaire Western c/UKRAINE

[28] Le préalable de la négociation est parfois ignoré par le tribunal arbitral comme on le constate dans la décision suivante du 9 septembre 2008: CIRDI Arb/06/11 ; Occidental Petroleum c/ EQUATEUR.

[29] Ratifié par DP n°13-334 du 30 septembre 2013, JORA n°49.

[30] D'un accord à l'autre ce délai est variable. Ainsi il est fixé à 3 mois dans l'accord algéro hollandais du 20 mars 2007 (ratifié par DP n°07-378 du 1er décembre 2007, JORA n°78) et dans l'accord algéro finlandais du 13 janvier 2005 (ratifié par DP n°06-449 du 11 décembre 2006, JORA n°82).

[31] Sans exclure formellement la négociation entre les parties, d'autres textes comme l'accord algéro indonésien du 21 mars 2000 envisagent la consultation diplomatique (cf. article 8 de l'accord ratifié par DP 2002-226 du 22 juin 2006).

[32] Cf. A. JOUBIN-BRET, Les nouvelles règles IBA de médiation entre investisseurs et Etats: un outil au service du règlement des différends investisseur-Etat, Cah. Arb. 2013, p.211.

19. Même des législations nationales peuvent inciter à la recherche d'un arrangement amiable en matière de litiges relatifs à un investissement. Par exemple, selon la législation jordanienne de 1995 modifiée en 2000, les litiges portant sur un investissement qui opposent un investisseur étranger à une agence gouvernementale jordanienne doivent être réglés autant que possible à l'amiable.

A défaut d'un accord dans un délai n'excédant pas six mois, chaque partie peut saisir le juge ou le CIRDI[33].

20. La loi algérienne n'est pas aussi incitative que son homologue jordanien. Ainsi, l'article 17 de l'ordonnance n°01-03 du 20 aout 2001[34] réserve seulement l'hypothèse de conventions internationales prévoyant la conciliation et l'arbitrage, ce qui laisse à penser qu'au moins sur ce point il existe des marges de progrès pour ce pan du droit.

Mais le droit spécial de l'investissement parait moins en retrait et pour tout dire de facture plus moderniste que ne l'est l'ordonnance du 20 aout 2001. Lorsqu'en effet, on examine la législation plus récente relative aux hydrocarbures[35], on constate que les différends nés par suite d'un contrat de recherche et d'exploitation d'hydrocarbures entre l'agence de valorisation des hydrocarbures et la partie contractante (autre que Sonatrach) doivent faire l'objet d'une conciliation préalable à un arbitrage « dans les conditions convenues au contrat ». L'approche est la même dans le cadre de la récente loi minière[36].

Il y a donc bien pour ces matières volonté législative de réduire au maximum le traitement juridictionnel des différends.

[33] Cf. Jordan Investment Board: Investment promotion law.
[34] JORA n°47. Sur ce point précis, ce texte n'a fait l'objet d'aucune modification.
[35] Article 58 de la loi n°05-07 du 28 avril 2005 telle que modifiée par la loi n°13-01 du 20 février 2013, JORA n°11.
[36] Article 71 de la loi n°74-05 du 24 février 2014, JORA n°18

Et cette volonté doit être de nature à pousser les rédacteurs de cette catégorie de contrat à une grande vigilance quant au contenu de la clause de conciliation/médiation.

B. En matière de commerce international

21. La question des modes alternatifs de règlement des différends ne se pose pas dans les mêmes termes qu'en matière d'investissement.

Dès lors en effet que ce qui est en cause concerne la recherche d'une solution amiable et que les droits nationaux ne s'y opposent pas, le recours à la médiation ou à la conciliation internationale est tout simplement concevable, argument pris du principe de la liberté contractuelle.

Il reste que la sollicitation du droit applicable au contrat litigieux est ici inévitable. En effet, la qualification juridique de l'accord qui, le cas échéant, met fin au différend à la suite d'une procédure amiable, conduit à en faire un contrat de transaction. Elle oblige par conséquent les parties à respecter les dispositions impératives du droit pertinent en matière de transaction pour prévenir le risque d'annulation de l'accord transactionnel.

22. En voici une illustration. Lorsque le contrat litigieux est régi par le droit algérien et si à la suite d'un litige les parties ont convenu de le régler à l'amiable, elles le peuvent, abstraction faite de toute référence à une règlementation particulière comme celle qui prévaut en matière de marchés publics[37], puisque le code civil consacre la légalité du contrat de transaction.

Pour cette raison, dès lors que les parties contractantes s'entendent sur une transaction, elles se doivent de respecter les prescriptions impératives inscrites dans les articles 460 (capacité

[37] Sur ce point, cf. la communication de C. BENNADJI, « Des comités de règlement amiable au médiateur des marchés publics ».

de disposer) et 461 (interdiction de transactions contraires à l'ordre public) du code civil.

Ce libéralisme qui n'est pas spécifique au droit algérien explique au moins deux phénomènes : d'une part une certaine fréquence des clauses de règlement amiable dans les contrats internationaux parmi les plus récents ; d'autre part, l'importance de plus en plus grande accordée par des organisations compétentes, comme la CCI, aux modes alternatifs de règlement des litiges.

23. Dans un contrat international, alors même que la clause de règlement des différends ne prévoit pas de recours à un mode alternatif, rien n'empêche les parties contractantes lors de la naissance d'un litige de convenir de son règlement amiable soit par négociation directe soit en sollicitant un tiers, par exemple un expert ou un médiateur, pour éviter autant que faire se peut, la saisine du juge étatique ou arbitral.

L'observation de contrats internationaux plutôt récents montre cependant un développement des clauses de règlement amiable.

Le plus souvent ces stipulations ne font que poser le principe du recours à la voie amiable, sans autre précision, certaines d'entre elles prescrivant un délai pour ce faire.

Tout aussi souvent d'ailleurs, ce délai n'est que d'un mois à compter de la notification de l'existence de points litigieux à résoudre, du moins lorsque des juristes se sont préoccupés de définir le point de départ du délai. Un tel délai peut paraître trop court pour envisager autre chose qu'une négociation directe dans le cadre d'un litige sans grande complexité, comme par exemple lorsqu'il s'agit de l'application d'une clause pénale pour un retard de livraison.

En revanche, il peut s'avérer insuffisant pour réduire les tensions existant entre les cocontractants lorsque les postes litigieux se sont accumulés dans le temps, analyser finement les risques judiciaires et apprécier les couts probables d'un contentieux, le cas échéant pour obtenir l'autorisation de négocier un accord amiable et de transiger.

Ces observations valent d'ailleurs autant pour les contrats conclus par de grandes entreprises dans lesquelles le processus de décision est complexe que pour ceux qui sont conclus par une administration ou un établissement public soumis à un fonctionnement bureaucratique.

24. Quoi qu'il en soit, la conciliation ou médiation n'est pas conçue seulement comme un mode alternatif préalable à la saisine de la juridiction arbitrale ou étatique.

En effet, l'échec d'une procédure alternative suivi d'un recours juridictionnel ne saurait évincer définitivement la possibilité de solder un litige existant par voie amiable, en sorte qu'il convient de s'interroger sur l'enchevêtrement des procédures.

II. L'enchevêtrement des procédures

25. La saisine d'un juge ou d'un arbitre par suite de l'échec d'une procédure amiable laisse intacte la possibilité pour les parties de rechercher pendant une procédure juridictionnelle une solution amiable par recours à la médiation ou à la conciliation.

Tout bien considéré, la durée de la phase préalable à la saisine du juge ou de l'arbitre peut, surtout lorsqu'on procède par négociation directe, ne pas suffire pour dépassionner le débat relatif au litige surtout lorsqu'on procède par négociation

directe, mieux apprécier ses données juridiques et sa portée économique réelle.

Cette possibilité de mettre en place une procédure de conciliation ou de médiation, alors que le différend a pris une coloration contentieuse devant le juge ou l'arbitre, mérite vérification parce qu'elle est de nature à donner plus d'importance sinon d'effectivité à ces modes alternatifs de règlement des litiges.

Cette investigation sera conduite avant que ne soit envisagé son impact sur une procédure contentieuse existante.

A. Possibilité de recourir à la médiation

26. La vérification à laquelle on procède ici n'a pas à l'évidence une portée exhaustive. On se limitera ici seulement au point de savoir si elle est prise en charge en matière de contentieux de l'investissement international dévolu au CIRDI puis en matière de contentieux du commerce international porté à la connaissance d'une institution arbitrale.

27. La convention de Washington de 1965 ne comporte aucune stipulation significative de la possibilité pour les parties d'envisager une procédure de conciliation alors qu'un arbitrage les concernant est en cours.

Il en est de même en général des accords bilatéraux de promotion et de protection des investissements. Du reste, ces textes expriment une plus grande préoccupation aux questions substantielles qu'aux possibles aspects contentieux de cette activité économique et pour tout dire révèlent une incurie de leurs rédacteurs pour les questions de procédure.

Tout se passe comme si l'important réside dans la seule recherche d'un accord amiable avant la saisine par l'investisseur de la juridiction compétente, le mode de cette recherche étant indifférent aux auteurs de ces conventions.

Mais il est évident que ces accords internationaux n'interdisent en aucune façon le recours à une conciliation alors qu'une procédure d'arbitrage est en cours. De plus, on l'a vu, la mise en œuvre de la convention de Washington conduit nécessairement à l'application des règlements de procédure précités.

Or comme pour confirmer le fait que le recours à l'arbitrage n'exclue pas la recherche d'une solution amiable avant qu'une sentence ne soit rendue, le règlement d'arbitrage du CIRDI envisage l'effet d'un accord des parties sur une procédure arbitrale en cours. Il prescrit en effet qu'une ordonnance prenant note de la fin de l'instance soit prise par le tribunal arbitral mais aussi la possibilité d'incorporer les termes de la transaction dans la sentence[38].

Il est vrai qu'en vertu de l'article 20 de ce règlement, le tribunal arbitral est tenu par l'accord des parties sur la procédure à suivre si bien qu'on voit mal un tribunal arbitral refuser de prendre une ordonnance de procédure destinée à permettre la mise en place d'une phase de conciliation alors qu'une procédure arbitrale est déjà pendante.

28. En dehors du contentieux régi par la convention de Washington et donc singulièrement en matière de commerce international, la possibilité de recourir à un arrangement amiable pendant une procédure arbitrale voire pendant une procédure introduite devant un juge étatique n'est guère contestable.

Devant un juge, les parties peuvent toujours demander une suspension d'instance[39] suivie d'une reprise d'instance en cas

[38] Cf. article 43 du règlement :

[39] Cf. par exemple articles 213 et 214 du code algérien de procédure civile et administrative, cette dernière disposition prévoyant une ordonnance de sursis à statuer « à la demande des parties ».

d'échec de la tentative d'arrangement amiable ou un désistement d'instance[40] en cas de transaction, parfois même l'homologation de l'accord transactionnel.

Il en est de même devant une juridiction arbitrale, d'autant que l'arbitrage est fondé sur la seule volonté des parties. Les arbitres ne doivent pas contrevenir à cette volonté commune, sauf à s'exposer au risque d'annulation de leur sentence.

29. Il faut aller plus loin et se demander si l'hypothèse d'une procédure de conciliation ou de médiation est prise en charge par les règlements pertinents des institutions compétentes en matière d'arbitrage international. On se limitera ici aux prescriptions émanant de la CNUDCI et de la CCI.

30. Le règlement d'arbitrage de la CNUDCI, pourtant révisé en 2010, pour « *tenir compte des changements survenus au cours des trente dernières années dans la pratique de l'arbitrage* »[41] ne va pas au-delà de ce que l'on vient de relever à propos du CIRDI.

Son article 36 envisage seulement l'hypothèse d'un arrangement amiable « avant que la sentence ne soit rendue », hypothèse qui doit conduire le tribunal arbitral soit à une ordonnance de clôture de la procédure soit à une sentence d'accord des parties lorsque tel est le souhait des parties.

Quant à l'article 16 de son règlement de conciliation, non modifié depuis 1980, il reste marqué par l'idée que les procédures de règlement amiable constituent seulement un préalable au traitement juridictionnel du différend puisqu'il se borne à interdire aux parties à une procédure de conciliation d' «entamer » une procédure arbitrale ou judiciaire relative au litige soumis à une phase de conciliation[42].

[40] Cf. par exemple articles 231 à 223 du même code.
[41] Résolution de l'AG de de l'ONU du 6 décembre 2010 recommandant l'utilisation du règlement révisé.
[42] Sous réserve de demandes de mesures provisoires visant à préserver des droits.

31. Le règlement d'arbitrage de la CCI dont il va être désormais question est celui en vigueur depuis le 1er janvier 2012[43].

Comme l'ancien règlement, ce texte confirme d'abord la possibilité d'une sentence d'accord des parties par suite d'un règlement amiable du différend[44].

De fait, il n'est pas rare qu'après la constitution d'un tribunal arbitral ou même pendant cette étape qui en pratique est loin d'être instantanée, une demande de suspension de la procédure soit introduite et dès lors qu'il y soit donné suite lorsqu'elle est le fait des deux parties au litige.

Cela dit et alors même que la spécialisation affichée de la CCI en matière de contentieux est depuis 1923 l'arbitrage, celle-ci n'a pas hésité à adopter en 2001 un règlement ADR accompagné de deux clauses types destinés à assurer la promotion des modes alternatifs de règlement des différends.

Une première clause faisait du recours au mode alternatif une simple faculté à charge pour les parties d'en user ou non alors que la seconde obligeait les parties à envisager d'en faire une première étape en vue du règlement du différend.

32. Il se trouve que la politique de la CCI connaît une évolution remarquable dès lors que l'on prend connaissance de son règlement de « médiation » en vigueur depuis janvier 2014. Ce texte[45] est manifestement destiné à répondre à une demande croissante des opérateurs[46] en matière de traitement des contentieux et il remplace le règlement ADR de 2001[47].

---

[43] Pour une présentation du nouveau règlement, cf. P. MAYER et E. SILVA ROMERO, Rev. Arb. 2011, p. 897 et s.
[44] Article 32 du règlement d'arbitrage.
[45] Reproduit avec une introduction, les clauses types et une note d'orientation in Bul. ICC 2013, vol.24, n°2, pp.1-24.
[46] Supra note 7.
[47] Sauf opposition d'une des parties, argument pris de l'article 10.1 du règlement de médiation.

On s'en convainc déjà lorsqu'on constate que si l'arbitrage CCI continue à être administré par la Cour internationale d'arbitrage, la médiation l'est par un autre centre spécialisé, le Centre international d'ADR.

On le constate encore plus lorsqu'on relève que les clauses types que propose la CCI sont plus nombreuses que par le passé et qu'elles vont dans le sens de la promotion de la médiation.

Outre la reprise de la clause qui fait de la médiation une simple faculté et de celle qui invite les parties à envisager avant toutes procédures le recours à une médiation, il faut prendre acte des innovations introduites à l'occasion de cette réforme.

En effet, deux nouvelles clauses types viennent d'être introduites qui permettent de faire de la médiation CCI une procédure obligatoire : la première n'interdit pas l'introduction parallèle d'une demande d'arbitrage pendant la phase de médiation lorsque la seconde ne permet l'introduction d'une demande d'arbitrage qu'après l'expiration d'un délai de 45 jours suivant la demande de médiation. En vérité, ce règlement de médiation va plus loin.

33. En effet il n'est pas applicable seulement lorsque les parties ont dans leur contrat prévu le recours à la médiation CCI, même si l'on peut aisément constater que la pratique de clauses de médiation voire celle de compromis de médiation tend à se développer.

Un accord des parties peut toujours intervenir après naissance du litige pour envisager de le régler par la médiation.

De plus, à défaut d'un tel accord, une partie peut toujours faire une offre de médiation par le truchement du Centre international ADR à charge pour ce dernier de tenter de recueillir l'acceptation de l'autre partie pour une procédure de médiation[48].

[48] Article 2 du règlement de médiation.

B. Impact d'une procédure de médiation sur une procédure existante

34. Les conséquences d'une procédure de conciliation ou de médiation sur un contentieux en cours sont évidemment sensibles lorsque celle-ci se solde par un accord. Les relations sont pacifiées au point qu'elles peuvent reprendre, situation qui est particulièrement appréciable lorsqu'elles ont été conçues pour une longue durée et/ou si les prestations contractuelles initialement prévues n'ont pas été entièrement exécutées.

En même temps, l'accord met un terme au contentieux existant voire à une partie de celui-ci car on ne peut exclure un accord partiel qui réduit le périmètre du contentieux et permet aussi de réduire les couts du litige.

L'exécution d'un accord transactionnel est également moins délicate que celle d'une décision à caractère juridictionnel, du moins lorsque les parties restent guidées par le principe de bonne foi.

35. Mais les conséquences voire les risques d'une procédure de règlement amiable se mesurent d'abord sur la procédure juridictionnelle introduite dès son déclenchement.

Il importe en effet d'une part de savoir si la procédure juridictionnelle est neutralisée par l'effet d'une procédure de règlement amiable et d'autre part de mesurer l'effet de cette dernière en cas d'échec de cette procédure.

36. La consultation des textes pris en application de la convention de Washington laisse le lecteur quelque peu sur sa faim.

Le règlement de conciliation n'évoque à aucun endroit le sort d'une procédure d'arbitrage lorsque les parties entendent recourir à la voie amiable, laissant ainsi les parties libres de

s'entendre sur une demande conjointe de suspension d'instance en application du règlement d'arbitrage.

Il en est de même lorsqu'on consulte les règlements adoptés par la CNUDCI.

37. Les textes adoptés sous l'égide de la CCI, pourtant de facture plus récente, restent tout aussi discrets.

C'est à peine si la « note d'orientation » sur la médiation préparée pour accompagner le nouveau règlement dont il vient d'être question fait état de l'utilité de suspendre la procédure au motif que « cela permet aux parties de se concentrer sur la médiation sans être distraites par la nécessité d'accomplir des démarches dans le cadre de l'arbitrage et d'en encourir le cout »[49]. Mais elle indique que les parties sont libres d'en décider.

On pourrait donc craindre, compte tenu de la finalité de la médiation, qu'une procédure de médiation au cours de laquelle les parties qui envisagent une solution amiable à leur différend ne campent pas sur leurs positions juridiques et qu'ellepuisse nuire à l'une des parties au procès arbitral en cas d'échec de la procédure de recherche d'un arrangement amiable.

Il n'en est rien à partir du moment où au moins deux garde fous sont mis en place.

38. D'une part en effet, il existe une incompatibilité entre les fonctions de conciliateur ou de médiateur et celles d'arbitre pour un même litige. L'impartialité de l'arbitre peut en effet être remise en cause par la connaissance qu'il a eue du comportement des parties lors de la phase de conciliation. Par conséquent, un conciliateur qui serait désigné pour être arbitre

[49] Cf. §. 29 de la note.

devrait refuser cette mission pour ne pas encourir le risque d'une récusation.

Pour autant, les règlements pris en application de la convention de Washington restent muets sur cette question, l'impartialité étant recherchée essentiellement à travers la nationalité des arbitres.

En revanche le règlement CNUDCI sur la conciliation ne se fait pas faute d'établir une étanchéité entre les fonctions de conciliateur et celles de l'arbitre.

En vertu de son article 19 : « *Les parties et le conciliateur s'engagent à ce que le conciliateur ne remplisse pas les fonctions d'arbitre, de représentant ou de conseil d'une partie dans une procédure arbitrale ou juridictionnelle relative au litige qui fait l'objet de la procédure de conciliation. Les parties s'engagent également à ne pas citer le conciliateur comme témoin dans une telle procédure* ».

Quant au règlement de médiation de la CCI, c'est indirectement que l'on peut déduire une incompatibilité entre les fonctions de conciliateur et d'arbitre relativement à un même dossier.

Il résulte en effet de l'article 9.2 (d) du nouveau règlement de médiation une interdiction de faire état dans une procédure judiciaire ou arbitrale « *des opinions exprimées ou de proposition faite par le médiateur au cours de la procédure* ». Cette interdiction paraît suffisante pour interdire au médiateur d'accepter d'être nommé comme arbitre dans un dossier dont il a été saisi es-qualité.

39. D'autre part, dans la mesure où la médiation conduit les parties à envisager des renonciations dans la perspective d'un accord transactionnel, il importe de s'assurer de la confidentialité de cette procédure si elle devait se solder par un échec.

L'absence d'impact de la médiation sur la procédure contentieuse permet de garantir l'absence de préjugé de l'arbitre, autrement dit de garantir son impartialité.

Le règlement de conciliation pris en application de la convention de Washington subordonne à l'accord des parties la communication dans le cadre d'une autre instance des « opinions exprimées, déclarations ou les offres de règlement faites au cours de l'instance devant la Commission » de conciliation mais aussi les recommandations de cette dernière ainsi que son procès-verbal[50].

On retrouve la même organisation de l'étanchéité entre les procédures amiables et contentieuses dans l'article 14 du règlement CNUDCI qui oblige les parties mais aussi le conciliateur à une confidentialité absolue.

Enfin, le fait pour les parties de se soumettre au règlement de médiation de la CCI les oblige à respecter l'article 9.2 que l'on vient d'évoquer et qui prévoit, sauf obligation légale ou accord des parties, l'interdiction de produire dans le cadre d'une autre procédure, des documents, déclarations, communications, opinions, suggestions, aveux et autres indications pouvant suggérer une acceptation des termes d'un projet d'accord par l'une des parties ainsi que les opinions ou propositions émanant du médiateur.

40. La mise en place de ces garanties protège ainsi la phase de médiation et même peut l'encourager, sans menacer le recours à l'arbitrage, s'il y a lieu.

[50] Cf. article 32.2 du règlement de conciliation.

MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DES CONFLITS (MARC) ET PROPRIETE INTELLECTUELLE
(Point de vue de droit français)

Christian LE STANC
Professeur à la Faculté de droit de Montpellier
Arbitre NAF et OMPI

.-. On entend traditionnellement par « Propriété intellectuelle » les droits sur des objets incorporels particuliers que sont essentiellement :

*Le droit d'auteur portant sur des œuvres (ou les droits voisins du droit d'auteur : interprétations artistiques, productions de phonogrammes ou vidéogrammes, droit des entreprises de communication audiovisuelles, droits des producteurs de bases de données) ;

*Le droit des dessins et modèles ;

*Le droit de brevet portant sur une invention ;

*Le droit sur les signes distinctifs (marques, appellations d'origine), à quoi s'ajoutent par commodité les questions de noms commerciaux, d'enseignes, de dénominations sociales, à présent de noms de domaines, et plus largement de concurrence déloyale.

.-. Les conflits relatifs à ces droits peuvent être réglés en dehors du mode normal que représente le traitement judiciaire, nommés « modes alternatifs de règlement des conflits ».

Ces modes alternatifs de règlement des conflits de propriété intellectuelle connaissent quelques particularités.

Les parties peuvent, en effet, mettre un terme elles-mêmes à leur différend sans l'intervention de quiconque (arrangement amiable débouchant sur une transaction).

Mais les parties peuvent solliciter l'intervention d'un tiers (qui n'est pas le juge étatique). Il n'est pas rare que dans le domaine de la propriété intellectuelle le tiers soit sollicité, avec un pouvoir de contrainte décroissant,

tantôt pour imposer une solution au conflit (Arbitrage et propriété intellectuelle : I) ;

tantôt pour simplement proposer une solution[1] dans le cadre de procédures de conciliation spécifiquement organisées pour les conflits concernant des noms de domaines (Conciliation et conflits de noms de domaine : II) ou les conflits concernant des inventions d'employés (Conciliation et conflits d'inventions d'employés : III).

Tantôt, enfin, il arrive que le recours au tiers se borne simplement, non pas à proposer une solution que les parties sont libres d'accepter ou non, mais à accompagner les parties dans la recherche d'une solution négociée au conflit[2] (Médiation et propriété intellectuelle : IV)[3].

I. - Arbitrage et propriété intellectuelle

L'arbitrage est une démarche alternative à la procédure judiciaire en ce que le tiers - parce que les parties en ont ainsi

[1] C'est le sens que nous donnons au terme « conciliation ». Le mot vient du latin de « cieo », mettre en mouvement, et « cum » « ceio », réunir.

[2] C'est le sens que nous donnons au terme « médiation ». Du latin « medius » qui est au centre (Méditerranée : mer au milieu des terres).

[3] Nous sommes conscient de ce que la distinction conciliation – médiation est quelque peu artificielle. Elle est d'ailleurs discutée. Certains prennent les termes pour synonymes. D'autres, comme nous, les distinguent et nous pensons que le « conciliateur » propose une solution qui pourrait avoir l'assentiment des parties, sauf contestation, tandis que le « médiateur » n'a pour rôle que de tenter de rapprocher les parties, d'être un « intermediaire »,« facilitateur » de tentative des solution.

décidé -, est investi du pouvoir de trancher un différend, tiers qui n'est pas un juge dans le cadre d'une procédure étatique.

Naguère en France, on ne savait pas trop, sauf en matière de brevets et de marques, si les litiges de propriété intellectuelle en général étaient ou non arbitrables[4]. Une loi du 17 mai 2011[5] prévoit désormais que les actions civiles et les demandes concernant cette matière, y compris lorsqu'elles portent sur une question connexe de concurrence déloyale, sont portées devant (certains) tribunaux de grande instance, ce qui ne fait « pas obstacle au recours à l'arbitrage dans les conditions prévues aux articles 2059 et 2060 du Code civil ». Sous ces réserves sont donc clairement et expressément arbitrables, outre une fois encore les litiges portant sur les brevets et les marques, le droit d'auteur, les dessins et modèles, les obtentions végétales, et les indications géographiques.

Demeurent néanmoins de nombreuses incertitudes.

Sans doute en droit interne la clause compromissoire entre auteur, personne a priori non commerçante, et un exploitant commerçant serait valable, si l'auteur a conclu dans le cadre d'une activité professionnelle (art 2061 du Code civil).

Sans doute un compromis peut être valablement passé pour arbitrer au civil des questions de contrefaçon.

Sans doute une clause compromissoire ou un compromis, rédigés de manière large, pourrait permettre valablement d'arbitrer, outre des questions purement contractuelles, les manquements délictuels concernant la méconnaissance par un licencié de ses obligations de ne pas exploiter au-delà d'un

[4] V. pour une réponse négative en matière d'obtention végétale : Cass. Com. , 1er févr. 2001 : Propr. industr. 2002,comm. 74, note J. Schmidt-Szalewski.
[5] Dite de simplification du droit.

certain temps, dans certains territoires, et/ou d'une certaine manière. Ces dépassements contractuels ayant assurément un caractère délictuel.

On s'est, en revanche, demandé si pouvait être arbitrée la question de la validité ou de l'invalidité d'un droit (nullité, déchéance) et de son effet. Il semblait acquis que l'arbitre, en toutes hypothèses, ne pouvait pas, par exemple, décider de la nullité d'un brevet, la matière concernant l'ordre public. La Cour d'appel de Paris, en 2008, à l'occasion d'un recours en annulation de sentence, a nuancé le propos dans l'arrêt Liv Hidravlika[6] en jugeant que « la question de la validité du brevet débattue de manière incidente à l'occasion d'un litige de nature contractuelle peut (…) lui être soumise [à l'arbitre], (…) qu'elle n'a d'effets qu'à l'égard des parties …) ». Il semble qu'il en serait de même pour un débat de marques, voire de droit d'auteur, tant qu'il ne s'agirait pas d'opposer au tiers l'invalidité du droit (la possibilité pour les tiers de tirer les conséquences d'une invalidité reconnue par l'arbitre).

On sait, par ailleurs, que les parties peuvent décider pour ce faire de mettre en place un arbitrage ad hoc ou recourir à un arbitrage institutionnel : par exemple : Association Française d'Arbitrage (AFA), Centre d'Arbitrage des Techniques Avancées (ATA), Centres créés sans grand succès par certains ordres d'avocats de grandes villes ; ou bien Cour d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale(CCI) ou Centre spécialisé de l'Office Mondial de la Propriété Intellectuelle (OMPI), généralement pour des arbitrages internationaux.

[6] CA Paris, 28 février 2008, n° 05/10577 : Petites affiches, 3 oct. 2008, n° 199, 3, note L. Benabou.

II.- Conciliation et conflits de noms de domaine

Le nom de domaine est le nom qui, associé à une adresse internet, permet aux internautes d'identifier un site pour y accéder. Le nom de domaine est constitué d'un préfixe technique (http://), d'un radical (marque, nom d'une personne ou d'une entité : ex. : « univ-mtp1 » [Université de Montpellier 1] dit nom de domaine de second niveau ; et d'un suffixe (Top Level Domain -TLD), générique et international (gTLD : .com ; .net ;.org et à présent .biz ; .asia ; .museum ; .name ; .travel…) ou national ou géographique (country code :ccTLD : .dz ; .fr). Ces extensions se sont multipliées.

Ce nom de domaine est un identifiant, sorte de signe distinctif qui s'acquiert auprès d'une unité d'enregistrement (sous la houlette d'un organisme international ICANN, déléguant elle-même à un organisme national, en France l'AFNIC) selon la règle du premier arrivé, premier et seul servi.

Cette situation a engendré des pratiques de « *cybersquatting* » : des tiers ont déposé des marques à titre de nom de domaine pour ensuite monnayer leur enregistrement auprès du véritable titulaire de la marque (ex : SFR.com). Pareillement, des tiers peuvent enregistrer la marque à titre de nom de domaine en en modifiant légèrement l'orthographe pour perturber le véritable titulaire en redirigeant l'internaute, par exemple, vers un site concurrent (« *typosquatting* » ex. : « creditmituel.com » alors qu'existe on le sait une banque « Crédit Mutuel »).

Les litiges sur cette matière peuvent évidemment être réglés au contentieux judiciaire, mais il a paru assez tôt opportun de mettre en place des procédures alternatives simples, rapides et peu coûteuses. Ainsi, depuis 1999, il est acquis que le contrat conclu entre celui qui enregistre un nom de domaine en TLD et

l'unité d'enregistrement implique que le désormais titulaire du nom de domaine accepte de se voir imposer une procédure alternative si un tiers conteste la réservation du nom en cause.

Cette procédure, électronique, conduite dans la langue du contrat d'enregistrement, se nomme, pour les litiges sur les noms de gTLD (.com etc.) « Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (UDRP) », procédure dématérialisée débutant par une plainte menée devant un centre comme celui existant auprès de l'OMPI, du NAF (National Arbitration Forum) etc.

Le demandeur, pour avoir gain de cause, doit prouver cumulativement que :

i. Son nom de domaine est identique ou semblable au point de prêter à confusion, à une marque de produits ou de services sur laquelle le requérant a des droits.
ii. Il n'a aucun droit sur le nom de domaine ni aucun intérêt légitime qui s'y attache[7].
iii. Son nom de domaine a été enregistré et est utilisé de mauvaise foi[8].

L'expert au vu du dossier du demandeur et de l'éventuelle réponse argumentée du défendeur n'a que la possibilité de ne pas faire droit à la demande, ou bien d'ordonner à l'unité d'enregistrement que le nom de domaine litigieux soit transféré au demandeur, ou bien encore - ce qui est rare- d'annuler le

[7] Intérêt légitime : par ex à propos du nom « surcouf.com » que voulait se faire transférer la sté Surcouf Informatique. L'auteur de l'enregistrement a pu établir qu'il était un descendant du corsaire « Surcouf » et comptait utiliser le nom de domaine pour des recherches sous-marines d'épaves.
[8] Enregistrement : si la marque est notoire ex « Bateaux-mouche.com » enregistrée pour une activité de location de canots aux Antilles ; ou enregistrement et utilisation pour détourner les internautes de la marque : exemple : site parking dirigeant vers un site de marque concurrente ; ou bien encore pour monnayer la rétrocession du nom au titulaire de la marque : exemple : « Troisgros.com » contre un repas gratuit à vie chaque année. Pour rediriger vers des sites pornographiques pour avilir la marque initiale ; etc.

nom de domaine. L'expert ne peut pas allouer de dommages intérêts ni ordonner des paiements de sommes au titre des frais de procédure.

Il existe une procédure semblable concernant les noms en « .eu », dite « procédure ADR » (alternative dispute resolution). Elle a été créée par un Règlement de la Commission européenne de 2004[9] . Cette procédure est gérée par la Czech Arbitration Court.

Il existe également une procédure dite « Syreli » (Système de résolution des litiges), semblable, pour les différends concernant les noms en « .fr » ou « .re » (La Réunion), en vigueur depuis fin 2011[10].

Dans tous ces cas la décision rendue devient exécutoire à l'issue d'un délai court, sauf si dans ce délai, l'une des parties à saisi le juge judiciaire compétent. L'expérience montre que cette saisine du juge n'est pas fréquente.

III.- Conciliation et inventions d'employés

En matière de brevet, il y a, en droit français comme dans bien d'autres pays, un régime légal plancher qui décide que, sauf dispositions plus favorables au salarié, le régime de l'invention d'employé se présente de la sorte.

L'invention brevetable faite par l'employé appartient à l'employeur si le salarié était contractuellement et explicitement investi d'une mission inventive (invention de mission). En contrepartie dans ce cas, le salarié a droit à une rémunération complémentaire. Les autres inventions du salarié lui appartiennent. Cependant si l'invention est hors mission, mais

[9] Règlement n° 874/2004 Commission CE du 28 avril 2004.
[10] M.E. Haas, La procédure Syréli : Propr. industr. 2012, Etude 3.

en relation avec l'exécution du contrat de travail, l'employeur a le droit de se faire attribuer les droits sur le brevet, en contrepartie du paiement d'un juste prix.

Pour la mise en œuvre de ce mécanisme, l'employé doit informer l'employeur de la réalisation de l'invention et proposer un classement (invention de mission, invention attribuable, ou invention libre). Si les parties ne s'entendent pas sur le classement et/ou sur le montant de la rémunération complémentaire ou du juste prix, le contentieux est de la compétence exclusive du tribunal de grande instance de Paris.

Toutefois, la loi a prévu que plutôt que d'avoir recours au tribunal, les parties ou l'une d'entre elles, ont la possibilité de saisir une commission de conciliation, paritaire employeur-employé, dite CNIS (Commission Nationale des Inventions de Salariés), présidée par un magistrat et siégeant auprès de l'INPI, Office français de la propriété industrielle[11]. Procédure simple, rapide (la commission doit se prononcer dans les six mois de sa saisine), gratuite et peu formaliste. La procédure est contradictoire. Si la commission parvient à mettre les parties d'accord, elle dresse un procès-verbal de conciliation valant transaction. Dans le cas contraire, elle rend une « proposition de conciliation » qui est notifiée aux parties. La proposition vaut accord, sauf si l'une ou l'autre des parties saisit le tribunal dans le mois de la notification de la proposition. Cette saisine n'est pas un appel. La commission ne transmet aucun élément au tribunal.

[11] Le tribunal a pu être saisi avant la saisine de la CNIS, ou pendant que la procédure était pendante devant la CNIS. Dans ces deux cas, le tribunal doit surseoir à statuer jusqu'à l'expiration du délai qu'avait la CNIS pour émettre sa proposition ou jusqu'à la date de la proposition si ce délai est plus court.

IV.- Médiation et propriété intellectuelle.

Dans le cadre d'un contentieux judiciaire, dans la plupart des cas, le juge peut proposer aux parties qu'un tiers soit désigné afin de les entendre « et de pouvoir confronter leurs points de vue pour permettre de trouver une solution au conflit » (Art. 131-1 CPC). Cela vaut pour les différends de propriété intellectuelle. Hors du cadre d'un contentieux judiciaire, les parties peuvent également contacter un médiateur contractuellement désigné, et en quelque sorte ad hoc, pour les aider à trouver un accord.

Mais il existe de nombreuses formules institutionnalisées auxquelles les parties peuvent avoir recours contractuellement : des formules classiques de médiation telles celles proposées par le Centre de Médiation de l'OMPI ; d'autres, plus modernes de « recommandation» en ligne[12] organisées par un Centre de médiation (CMAP fonctionnant auprès de la Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris), procédure amiable dans laquelle un « tiers aviseur » désigné par le Centre recommande une solution non contraignante dont les parties feront ce qu'elles voudront. Ce Centre se donne la possibilité, spécifiquement, s'il est saisi d'un différend relatif à des noms de domaine en .fr ou .re d'émettre une recommandation, là encore non contraignante.

Conclusion

On constate que ces modes alternatifs de règlement de conflits en matière de propriété intellectuelle sont diversement contraignants, selon ce que les colitigants auront préalablement voulu.

[12] « Non présentielles » comme on dit dans la pédagogie moderne.

On relève que ces modes alternatifs dans notre matière sont très nombreux et divers, passablement compliqués, bien que normalement destinés à simplifier le traitement d'un conflit.

Ces modes cependant ont ici, comme dans les autres domaines, les avantages connus de la rapidité. Ils sont normalement peu onéreux (sauf l'arbitrage). Les procédures sont sans doute plus discrètes et feutrées. Il est probablement plus facile psychologiquement de débattre devant la Commission des inventions de salariés que devant le tribunal, spécialement si le salarié est encore en fonction dans l'entreprise.

Mais plus que dans les autres domaines ces modes alternatifs présentent des intérêts notables. Par exemple, précisément pour ces questions d'inventions de salariés, la matière sera sans doute mieux appréhendée par les deux professionnels de la commission paritaire : salariés, employeurs, rompus aux questions de brevet et leurs implications économiques que par les juges de droit commun.

Par exemple, et plus généralement, la compétence technique d'un arbitre ou d'un médiateur choisi sera opportune en cas de litige sur une licence de brevet d'invention ou de logiciel.

Par exemple encore, s'agissant de noms de domaine, spécialement en « .com », une décision d' UDRP ordonnant le transfert d'un nom au demandeur sera exécutée directement par l'unité d'enregistrement du nom litigieux, tandis qu'une décision judiciaire de même sens pourrait se heurter à des difficultés d'exécution par l'unité d'enregistrement.

De surcroît, un jugement qui ordonnerait le transfert devrait obtenir un exequatur pour être exécuté à l'étranger.

LES REGLEMENTS AMIABLES DES LITIGES ENTRE EPOUX

Rémy CABRILLAC, Professeur, Faculté de droit et de science politique de Montpellier

« L'idée du droit, née des échanges, est profondément étrangère à la société conjugale ; il n'y entre que comme le médecin ; et chacun sait que l'idée de la maladie n'est pas bonne pour la santé »[1], comme le relevait le philosophe Alain.

Les couples unis n'ont pas besoin de droit, l'harmonie conjugale tient le droit à l'écart de la famille.

Mais à l'inverse, le droit envahit les relations d'un couple qui se déchire. D'abord parce que les questions pratiques qui se posent se multiplient: Qui va garder le logement familial en cas de séparation ? Comment vont être partagés les biens acquis ensemble ? A qui va être confiée l'autorité parentale sur les enfants ? sont quelques unes des plus fréquentes qui peuvent se poser en pratique. De plus, la littérature a bien montré que l'amour le plus fort peut facilement se transformer en haine la plus violente et les litiges familiaux constituent souvent les plus acharnés.

Longtemps, les conflits familiaux sont restés l'apanage du seul juge. En vertu du principe d'indisponibilité de l'état des personnes, la volonté des intéressés ne pouvait avoir de prise sur le litige que seul le juge pouvait trancher. L'intervention croissante du juge dans les conflits de couple a pu être relevée avec humour par certains auteurs qui parlent de « ménage à trois, le mari, la femme et le juge »[2]. Ce rôle de plus en plus

[1] Propos (Le couple humain), La Pleiade, t. 1 p. 601.

[2] Malaurie et Aynés, *Les régimes matrimoniaux*, Defrénois, 7 ème éd., 2013, n° 18.

important a été facilité par l'instauration d'un juge aux affaires familiales au sein des tribunaux de grande instance en vertu d'une loi du 8 janvier 1993. Ses attributions n'ont cessé de se développer par la suite, ne serait-ce qu'à travers les notions-cadre comme l'intérêt de la famille ou l'intérêt de l'enfant que la loi a multiplié en matière familiale. Le juge aux affaires familiales constitue ainsi le pilier central de tout litige familial.

Pourtant, depuis une vingtaine d'années le rôle de la volonté dans le droit des personnes et de la famille s'est affirmé sous l'influence de plusieurs facteurs.

Le premier réside dans un recul de l'impératif dans les relations familiales, un affaiblissement du principe d'indisponibilité de l'état des personnes, un passage du statut au contrat [3], écho de la célèbre loi d'évolution de Sumner Maine [4].

Le second est le rôle croissant des droits subjectifs, de l'individualisme, qui se traduit par une subjectivisation du droit familial et tend à faire de la famille une « collection de droits subjectifs établis sur la tête de chacun de ses membres »[5], reconnaissant un rôle important à la volonté individuelle dans le droit des relations de couple.

Enfin, troisième facteur, le vent de liberté qui a soufflé en droit de la famille à partir des années 1970 a apporté un pluralisme législatif cher au doyen Carbonnier. Le rôle de la loi est désormais moins d'interdire que de proposer. « A chacun sa famille, à chacun son droit » [6]: en permettant à chacun de choisir

[3] P. Catala, « La métamorphose du droit de la famille », in *Le Code civil, 1804-2004, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 341.

[4] H. S. Maine, *Ancient law*, Londres, 1861: « On peut dire que le mouvement des sociétés progressistes (ou dynamiques) par rapport aux sociétés statiques, a été jusqu'ici un mouvement du statut au contrat » (p. 170).

[5] G. Cornu, *Droit civil*, *La famille*, Montchrestien, 9 ème éd., 2006, n° 7 bis.

[6] J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Defrénois, 2ème éd., 1995, p. 181.

le modèle de couple qui lui convient le mieux, le droit accroît le rôle de la volonté concertée des membres de la famille. Comme l'observait le doyen Cornu, « L'accroissement du pouvoir des volontés individuelles dans le droit de la famille est une marque essentielle de l'infléchissement de ce droit. » [7].

On a ainsi parlé de contractualisation des relations de famille, phénomène déjà constaté et étudié dans son ensemble [8]..

Cette contractualisation des relations familiales a permis aux époux de pouvoir plus facilement prévoir à l'avance comment régler un éventuel litige. La liberté des conventions matrimoniales a toujours constitué un principe cardinal du droit des régimes matrimoniaux. Les époux sont libres de choisir par contrat de mariage le régime matrimonial qui leur convient le mieux et ce n'est qu'à défaut que s'applique le régime matrimonial légal.

Cette liberté accrue peut désormais permettre aux notaires de conseiller à leurs clients des stipulations dans leur contrat de mariage organisant les conséquences financières d'un divorce. Le phénomène est encore timide. Les statistiques démontrent que la fréquence des contrats de mariage a tendance à stagner [9] : pour s'en tenir à l'évolution récente, si dans les années qui précédèrent la réforme de 1965, environ 25% des Français y recouraient, ils n'étaient plus que 18% à la suite de cette réforme[10], ce chiffre tendant à se stabiliser [11].

---

[7] G. Cornu, op. cit., n° 7.

[8] X. Labbée, *Les rapports dans le couple sont-ils contractuels ?,* PUL, 1996; *La contractualisation de la famille*, (dir. D. Fenouillet et P. de Vareilles-Sommières), Economica, 2001; F. Deukeuwer-Defossez, « La contractualisation de la famille, entre leurre et instrumentalisation »., in *Approche critique de la contractualisation*, cité, p. 167. Sur la contractualisation des libéralités et successions, cf. *Les successions*, Trav. Assoc. Henri Capitantt. LX, 2010, Bruylant, spéc. les contributions sur Successions et contrats, p. 221 et s.

[9] R. Cabrillac, *Les régimes matrimoniaux*, Montchrestien, 8 ème éd., 2013, n° 314.

[10] M.-P. Champenois-Marmier et M. Faucheux, *Le mariage et l'argent*, PUF, 1981.

[11] Un sondage réalisé en 1997 montre que 17% des personnes mariées ont fait un contrat de mariage (Droit et patrimoine, janv. 1997, p. 12).

Mais il pourrait se développer sous l'influence du droit anglo-saxon. Ainsi les nuptial agreements, par lesquels les époux envisagent les conséquences de leur union et de son éventuelle dissolution[12], commencent à se développer en France[13]. Comme le suggère un notaire, « il faut faire preuve d'un peu plus d'audace et offrir enfin aux futurs époux des réponses plus précises aux questions qu'ils se poseront sans doute un jour » [14].

Au delà de cet essor des conventions matrimoniales visant à désamorcer d'éventuels conflits futurs entre époux, le droit intervient pour inciter les époux à régler à l'amiable leur divorce. La raison de cet encouragement au règlement amiable de ce type de litige est prosaïque. Les procès en divorce constituent un contentieux abondant, souvent répétitif. Les statistiques montrent en ce sens que 60 % de l'activité des tribunaux de grande instance intéresse le droit de la famille [15]. Soustraire ces litiges à la justice étatique permettrait de désencombrer les tribunaux et par là même de réduire les dépenses publiques.

C'est ainsi que se développe le règlement amiable des litiges entre époux avant l'instance en divorce (I) et pendant l'instance en divorce (II).

---

[12] C. Butruille-Cardew, « Les contrats nuptiaux internationaux », *RLDC* 2012, n°,01, p. 75; M. Bataillard-Samuel, « La pratique des accords prénuptiaux outre-Manche », *RLDC* 2012, n° 91, p. 81. Ad. F. Laroche-Gisserot, « Organiser son divorce en se mariant: l'exemple des pays de Common Law », in *Mélanges G. Champenois*, Lextenso, 2012, p. 485 et s.

[13] C. Bitbol, « Comment aménager son contrat de mariage pour éviter un conflit lors d'un divorce », *RLDC* 2012, n° 91, p. 71.

[14] A. Depondt, « Pour un renouveau des contrats de mariage », Gaz. Pal. 16/17 mars 2012, p. 15.

[15] CF. Malaurie, La famille, Defrénois, 4 ème éd., 2011, n° 41. Ad.: Collectif des onze, *Au tribunal des couples*, O. Jacob, 2013.

I) L'essor du règlement amiable des litiges entre époux avant l'instance en divorce :

La volonté des époux est sollicitée pour mettre fin à leurs différends avant même le début de l'instance. Si de nombreux mécanismes existent pour favoriser cette recherche d'accords [16], il faut observer de manière préliminaire que malgré leur vocation plus générale que le seul règlement des conflits entre époux, leur application en ce domaine pourra se révéler particulièrement pertinente.

L'évolution des règles applicables à deux d'entre eux nous semblent emblématique, la convention de procédure participative et la conciliation.

Une loi du 22 décembre 2010 a introduit la convention de procédure participative dans notre Code civil (art. 2062 et s.), relayée par un décret du 20 janvier 2012 qui introduit cette convention dans le Code de procédure civile (art. 1542 et s.).

Comme le prévoit l'article 2062 du Code civil, « La convention de procédure participative est une convention par laquelle les parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre s'engagent à oeuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution de leur différend. ».

Cette convention doit à peine de nullité être rédigée par écrit et comporter son terme, puisqu'elle est prévue pour une durée déterminée (art. 2062 al. 2 C.civ.), l'objet du différend et les pièces et informations nécessaires à la résolution de ce différend (art. 2063 C.civ.).

[16] Cf. par exemple E. Mulon, « Etat des lieux des modes amiables de règlement des conflits en matière familiale », *Gaz. Pal.* 5 fév. 2011, p. 8 et s., Etude 14709.

Toute personne peut en principe recourir à une convention de procédure participative, pour tout litige, sauf ceux concernant un contrat de travail (art. 2064 C.civ.). Si ces dispositions ont ainsi une portée très générale, les litiges entre époux, qu'ils portent sur des questions patrimoniales ou extrapatrimoniales, sont directement concernées par la convention de procédure participative. L'innovation est d'autant plus marquante en la matière que le recours à l'arbitrage est prohibé sur les questions relatives à l'état et à la capacité des personnes, au divorce et à la séparation de corps. L'article 2067 du Code civil dispose en particulier que « la convention de procédure participative peut être conclue par des époux en vue de rechercher une solution contractuelle en matière de divorce et de séparation de corps ». Comme le remarquent justement des auteurs faisant autorité, « on constate ici l'assouplissement de certaines barrières traditionnelles et le développement du contractualisme en matière familiale » [17].

Tant qu'elle est en cours, la convention de procédure participative rend irrecevable tout recours au juge pour qu'il statue sur le litige. Un époux ne pourra saisir le juge qu'en cas d'inexécution de la convention (art. 2065 al. 1er). La convention de procédure participative ne permet l'intervention du juge qu'en cas d'urgence, pour prendre des mesures provisoires (art. 2065 al. 2 C.civ.).

Lorsqu'au terme de la convention de procédure participative, les époux sont parvenus à un accord réglant tout ou partie de leur différend, ils peuvent soumettre cet accord au juge pour homologation (art. 2066 al. 1 C.civ.).

[17] F. Terré et D. Fenouillet, *Droit de la famille*, Dalloz, 8 ème éd., 2011, n° 16.

L'essor du règlement amiable des litiges entre époux trouve également une illustration topique dans le développement et les mutations de la conciliation.

La conciliation, dont les origines dans notre droit processuel remontent à la période du droit intermédiaire, a vu son rôle renforcé et transformé par la réforme du divorce opérée par la loi du 26 mai 2004.

Selon l'article 252 du Code civil, « Une tentative de conciliation est obligatoire avant l'instance judiciaire » : la conciliation est donc désormais obligatoire avant l'instance dans tous les types de divorce.

Mais surtout, l'objet de la conciliation a changé. Dans le système mis en place par la loi de 1975, la conciliation avait essentiellement pour rôle de faire réfléchir les époux sur le principe même du divorce, les inciter à renoncer au divorce. Désormais, « le juge cherche à concilier les époux tant sur le principe du divorce que ses conséquences » (art. 252 al. 2 C.civ.).

Dans cette logique, lorsque le juge constate que le demandeur maintient sa demande en divorce, il n'abandonne pas toute conciliation et incite les époux à régler les conséquences du divorce à l'amiable en présentant à l'audience de jugement un projet de règlement des effets du divorce (art. 252-3 C.civ.). La conciliation permet donc désormais à la volonté concordante des époux d'aménager les conséquences, en particulier patrimoniales, de leur séparation plutôt que de se les voir imposées par le juge.

Ce rôle important du règlement amiable du divorce par les époux se prolonge en cours d'instance.

II) L'essor du règlement amiable des litiges entre époux lors de l'instance

Très souvent, les époux en instance de divorce souhaitent organiser au plus tôt leurs nouvelles relations pécuniaires. Pendant longtemps, ils n'ont pu le faire sous peine de heurter le principe d'immutabilité des conventions matrimoniales. Cette prohibition s'appliquait si les époux voulaient réaliser une liquidation globale de leur régime matrimonial ou même s'accorder pour régler le sort d'un bien déterminé. Lex ex-époux ne retrouvaient leur liberté contractuelle qu'après la dissolution définitive de leur mariage.

La loi du 11 juillet 1975 a innové en permettant un règlement anticipé des conséquences du divorce et la réforme du 26 mai 2004 est allée encore plus loin.

En cas de divorce sur demande conjointe, le prononcé du divorce est subordonné à la présentation par les époux d'une convention définitive qui en règle les conséquences (art. 230 C.civ.). Dans ce type de divorce, le règlement amiable par les époux est donc déterminant, le juge se contentant d'homologuer leur accord.

Dans les autres cas de divorce, la loi du 26 mai 2004 a voulu favoriser le règlement anticipé des conséquences patrimoniales du divorce. Le règlement conventionnel de la liquidation des relations patrimoniales entre époux est érigé en principe, l'intervention du juge paraissant désormais subsidiaire, comme en témoigne la formulation de l'article 267 du Code civil : « A défaut d'un règlement conventionnel par les époux, le juge, en prononçant le divorce, ordonne la liquidation et le partage de leurs intérêts patrimoniaux ».

L'article 265-2 du Code civil, applicable à tous les époux quel que soit leur régime matrimonial, prévoit que « les époux peuvent, pendant l'instance en divorce, passer toutes conventions pour la liquidation et le partage de leur régime matrimonial ». Ce texte constitue l'application d'un principe plus général qui permet aux époux de soumettre à l'homologation du juge les conventions réglant tout ou partie du divorce (art. 268 C.civ.).

L'essor du règlement amiable des litiges entre époux démontre le prodigieux développement des modes alternatifs de règlement des litiges dans une matière, le divorce, longtemps restée le domaine réservé du juge.

Le juge est-il pour autant amené à disparaître du divorce ? Les controverses soulevées lorsqu'est périodiquement proposé le divorce sans juge, c'est à dire le règlement du divorce par consentement mutuel sans intervention judiciaire, montre que les mentalités n'évoluent que progressivement. L'intervention du juge et celles des époux nous semblent non pas contradictoires mais complémentaires. En particulier, le juge doit conserver un rôle important pour protéger un des époux qui serait en situation de faiblesse par rapport à l'autre.

LES MODES ALTERNATIFS DE PRÉVENTION ET DE RÈGLEMENT DES CONFLITS COLLECTIFS DE TRAVAIL

Essai de Droit du Travail comparé : Algérie, Belgique, France, Maroc, Tunisie

Alain DEPPE, Professeur
Université Hassen II- Casablanca

"La paix n'est qu'un résultat qui consiste essentiellement à ne plus avoir de guerre et à ne plus avoir à la préparer. C'est tout l'organisme social, politique et économique qu'il s'agit d'organiser de manière à mettre un terme aux jalousies, aux inégalités, aux compétitions, aux misères matérielles et morales, aux détournement par quelques-uns des richesses de toute nature, au colonialisme accapareur, aux concurrences déloyales de pays à pays, à l'agiotage financier et aux dévaluations monétaires, etc., etc., etc. Je pense, par cette énumération, réduite à un minimum, vous avoir persuadé de la complexité des problèmes à résoudre et qui devraient être résolus dans un délai aussi bref que possible." Lettre d'Henri La Fontaine 1854-1943, Homme politique belge, Lauréat du Prix Nobel de la Paix (1913) à Henri Golay, 20 juin 1939.

Cette contribution comporte, après un rapide survol des instruments internationaux, une synthèse des dispositifs de prévention et de règlement des conflits collectifs professionnels dans cinq pays, l'Algérie, la Belgique, la France, le Maroc et la Tunisie, un essai d'interprétation en Droit du Travail comparé et une réflexion exploratoire sur les perspectives d'évolution des législations dans l'Europe des vingt-huit (cas des entreprises transnationales) et dans les pays du Maghreb.

Le Droit International

Qui se doutait, à Genève, en juin 1951, parmi les représentants des Etats, des syndicats de salariés et des organisations d'employeurs,

que la recommandation adoptée lors de la trente-quatrième session de la Conférence générale de l'Organisation Internationale du Travail, susciterait, quelque soixante années plus tard, autant de questions, de débats, d'interprétations ?

Cinquième point de l'ordre du jour, cette recommandation (n°92), dénommée 'Recommandation sur la conciliation et l'arbitrage volontaire, 1951', adoptée le 29 juin 1951, constitue l'essence même des dispositifs légaux mis au point dans les pays membres de l'Organisation internationale. Relevons que les conférenciers de l'époque proposaient, dans les préalables de la recommandation, une mise en œuvre par "les parties intéressées" ou par "les autorités publiques" en suivant la méthode la plus appropriée aux conditions nationales. Le contenu de la recommandation s'articule sur deux points, la conciliation volontaire et l'arbitrage volontaire, assortis d'une 'disposition générale' limitant leur interprétation : aucune disposition du texte international ne pourra être interprété comme limitant d'une manière quelconque le droit de grève (article 7). Il n'est pas sans intérêt pour la suite de reprendre les termes exacts de la Recommandation fondatrice.

La conciliation volontaire

"Des organismes de conciliation volontaires adaptés aux conditions nationales devraient être établis en vue de contribuer à la prévention et au règlement des conflits du travail entre employeurs et travailleurs" (article 1). "Tout organisme de conciliation volontaire établi sur une base mixte devrait comprendre une représentation égale des employeurs et des travailleurs" (article 2). "La procédure devrait être gratuite et expéditive : tout délai qui serait prescrit par la législation nationale devrait être fixé d'avance et réduit à un minimum. Des dispositions devraient être prises pour que la procédure puisse

être engagée, soit à l'initiative de l'une des parties au conflit, soit d'office par l'organisme de conciliation volontaire" (article 3). "Si un conflit a été soumis à une procédure de conciliation avec le consentement de toutes les parties intéressées, celles-ci devraient être encouragées à s'abstenir de grèves et de lock-out pendant que la conciliation est en cours" (article 4). "Tous accords auxquels aboutissent les parties, soit au cours de la procédure, soit au terme de celle-ci, devraient être rédigés par écrit et être assimilés à des conventions normalement conclues" (article 5).

La Tripartite internationale fixait ainsi, dès 1951, les principes qui seront transcrits dans les législations nationales selon des modalités appropriées : les objectifs poursuivis (la préservation de la paix sociale et le règlement pacifique des contentieux sociaux), la parité au sein des instances de conciliation, la gratuité et la rapidité des procédures (le terme "expéditif" est sans aucun doute excessif), le caractère 'volontariste' des démarches entreprises, le formalisme des accords (ou des désaccords) et l'encouragement de l'abstention du recours à la grève ou au lock-out.

La voie choisie par l'OIT (une recommandation et non une convention) est révélatrice : si la plupart des droits nationaux de l'époque s'efforçaient de proposer des procédures pour parvenir au règlement des conflits collectifs du travail, des différences, voire des divergences sensibles, étaient constatées dans l'aménagement technique des 'moyens' mis en place. Le rapport du Bureau International du Travail présenté lors de la 31ème session de la Conférence internationale du Travail en 1948 n'a pas dissimulé les difficultés d'élaborer des principes internationaux susceptibles d'être adoptés par les représentations des pays membres : "A l'heure actuelle, la plupart des systèmes nationaux oscillent entre les deux pôles des systèmes volontaires qui se bornent à offrir aux parties une procédure officielle de

réglementation quand les négociations collectives ont échoué, et les systèmes obligatoires, qui tendent à imposer aux parties une réglementation tenant lieu d'accord. En présence d'une telle situation de fait, il sera sans doute difficile de se mettre d'accord sur une réglementation uniforme, qui puisse s'appliquer à tous les pays". Et le rapport du BIT de suggérer la renonciation à une proposition de convention pour une raison de principe et une raison de fait : "Raison de principe: l'adoption d'une convention sur le seul problème de la conciliation et de l'arbitrage volontaires impliquerait, en fait, un choix entre les deux systèmes en présence, qui lierait dans l'avenir les gouvernements. Raison de fait : les modalités de réglementation nationale concernant tant l'institution que le fonctionnement et la procédure des systèmes de conciliation et d'arbitrage sont naturellement calquées sur les exigences propres aux pays et varient, partant, profondément d'un Etat à l'autre. Il serait dès lors difficile de prendre des règles suffisamment uniformes et précises pour trouver place dans une convention" (P. Durand, p. 634).

Le recours à une recommandation, préférée donc à une convention internationale, tout en ne constituant que des exigences 'générales' minimums, offre corrélativement un avantage considérable, à savoir, la possibilité offerte aux législateurs nationaux de prévoir des systèmes "en phase" avec les caractéristiques propres des Etats quant à leur histoire, leurs coutumes, leur culture ou encore, les spécificités de leur tissu socio-économique.

L'arbitrage volontaire

"Si un conflit a été soumis pour règlement final à l'arbitrage avec le consentement de toutes les parties intéressées, celles-ci devraient, tant que la procédure d'arbitrage est en cours, être encouragées à s'abstenir de grèves et de lock-out et à accepter le

décision arbitrale" (article 6).

Comme on peut l'observer, la plus large liberté est donnée aux pays membres pour 's'approprier' l'arbitrage dans le cadre d'un conflit du travail, seuls le consentement des parties, la non interruption des activités (tout comme l'article 4 le prévoit pour la conciliation) et l'acceptation de la décision d'arbitrage sont recommandés.

En adoptant la Recommandation n°92, la Conférence générale de l'OIT se place dans la droite ligne d'une des Conventions parmi les plus connues et les plus largement ratifiées par les Etats membres, la Convention n°98 sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949. Cette Convention cadre prescrit aux Etats d'encourager les systèmes de négociation volontaires pour réglementer les conditions d'emploi par le biais des conventions collectives. Cette dernière convention constitue elle-même une suite logique à la Convention n°87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948.

C'est dire combien les modalités de régulation des tensions sociales et des conflits collectifs ouverts ou non s'inscrivent dans un long et laborieux travail de réflexion et de rédaction. A la façon des poupées russes, les textes internationaux s'imbriquent les uns dans les autres pour constituer un ensemble cohérent et indissociable. Ce système singulier de relations professionnelles repose sur une complète autonomie des parties qui négocient librement et volontairement et qui s'astreignent à résoudre elles-mêmes leurs différends par la concertation et la négociation tout en conservant la possibilité de lancer une action collective comme la grève, sous forme de menace ou en y recourant effectivement.

La revue des instruments internationaux ne peut être complète sans mentionner deux autres textes, plus récents, qui apportent des indications précises sur la manière de promouvoir la mise en œuvre de la Convention n°98, la Convention n°154 sur la négociation collective, 1981 et la Recommandation n°163 qui l'accompagne et l'explicite. Retenons simplement que la Convention n°154 de l'OIT met l'accent sur les objectifs poursuivis en favorisant la négociation collective, objectifs qui se réfèrent principalement à l'universalité et à la nécessaire extension progressive des procédures de règlement des conflits. Ainsi, la salutaire extension de la négociation collective à tous les employeurs, à toutes les catégories de travailleurs, à toutes les matières se rapportant aux conditions de travail et, pour ce qui nous préoccupe, à la conception et au fonctionnement harmonieux et effectif d'organes de règlement des conflits collectifs du travail. En d'autres mots, des procédures et des organes conçus pour encourager les parties à trouver elles-mêmes une solution aux différends et conflits qui les opposent.

Soulignons, au terme de ce très rapide survol des dispositions internationales, que cette contribution se rapporte aux conflits collectifs du travail dans le secteur privé et dans le secteur public économique, les contours de ce dernier périmètre variant d'un état à un autre.

Le 'Modèle belge' de conciliation sociale

De longue date, le législateur belge a privilégié la conciliation volontaire de préférence à toute autre formule, dont celle de la conciliation obligatoire ou encore celle de l'arbitrage pour le règlement à l'amiable des conflits collectifs du travail. Le volontariat est ainsi "la" règle et il n'existe en Belgique aucun moyen légal de contraindre un employeur ou une organisation de travailleurs à se présenter devant l'instance de conciliation compétente.

Que ce soit dans une entreprise ou au niveau du secteur d'activité, il revient aux commissions paritaires de concilier les points de vues, d'apaiser les antagonismes et donc de prévenir les conflits ou de les régler. Mais n'anticipons pas.

Le droit du travail puisant systématiquement sa substance dans l'histoire sociale, quelques faits marquants méritent d'être retenus. Nous nous limiterons, bien entendu à l'essentiel.

Dans le dernier quart du XIXème siècle, la Belgique s'est révélé être, avec le Royaume Uni, la France et l'Empire Germanique, un des premiers pays industrialisés du monde occidental. A cette époque, les syndicats de travailleurs sont interdits, la protection sociale des salariés inexistante et les mouvements de grève violemment réprimés.

Des Conseils de l'industrie et du travail ont bien été instaurés par les autorités dans certains secteurs d'activité en vue d'établir des contacts entre employeurs et travailleurs et, le cas échéant, de concilier leurs positions en cas de conflit collectif, mais sans le moindre résultat probant. La crédibilité de ces organes de conciliation est continuellement contestée en raison d'un mode de désignation suspect de leurs membres. Les mouvements sociaux de type insurrectionnel se sont multipliés dans l'ensemble du pays jusqu'à la survenance de la Première Guerre Mondiale.

C'est au lendemain de ce conflit planétaire, il y a donc près d'un siècle, que les premiers acteurs de la conciliation sociale firent leur apparition en Belgique : le 4 mars 1919, dans une circulaire, le Ministre du Travail confie aux inspecteurs du travail une mission de conciliation en cas de conflit ou de menace de conflit et, dans l'immédiat après-guerre également, les premières commissions paritaires – dépourvues de statut

légal – sont installées et développent peu à peu des actions conciliatrices. Les intervenants du XXIème siècle sont identifiés mais la gestation du système sera longue.

Par un arrêté-loi du 9 juin 1945, un mois à peine après la fin de la deuxième confrontation armée mondiale, les commissions paritaires sont reconstituées, se multiplient et jouent leur rôle de concertation, de négociation et de conciliation d'une manière permanente dans les principaux secteurs de l'activité économique du pays. De leur côté, les inspecteurs du travail continuent à intervenir comme médiateurs, conjointement à l'accomplissement de leurs missions de contrôle de l'application de la législation sociale, de plus en plus dense et complexe.

En 1947, le Ministre du Travail décide toutefois de détacher deux fonctionnaires de l'inspection du travail. Ces deux premiers conciliateurs sociaux sont affectés à la résolution des conflits collectifs les plus importants. En 1964, ils sont six et reçoivent un statut spécifique. Dernière étape majeure : un arrêté royal du 23 juillet 1969 crée un service des relations collectives du travail au sein du ministère avec un cadre du personnel et un statut particulier.

Ce service, devenu 'Direction générale des Relations Collectives de Travail', se compose actuellement de deux divisions, une première qui se consacre à la conciliation sociale avec un corps de conciliateurs sociaux d'une vingtaine d'agents (dont certains sont affectés à la conciliation dans le secteur public) et, une deuxième qui s'attache à la concertation sectorielle (subdivisée en cinq directions) regroupant quelque quarante conseillers.

Dans les faits, le 'modèle belge' de règlement amiable des conflits collectifs du travail ne s'écarte pas des standards et principes généraux énoncés dans les conventions de l'OIT.

Ainsi, en cas de conflit, les démarches qui sont proposées aux parties connaissent seulement une force incitative à l'instar des prescriptions des instruments internationaux. Ainsi, les commissions paritaires et sous-commissions paritaires – quelque deux cents, ont, pour la plupart, consigné dans leur règlement intérieur ou dans une convention une clause qui invite les parties à saisir le bureau de conciliation dans un délai non déterminé mais, en tous les cas, en principe, avant l'échéance d'un préavis de grève. Cette recommandation est d'ordinaire strictement observée par les parties et a la force d'un usage ancien en Droit collectif du Travail en Belgique.

Privilégier la conciliation volontaire ne signifie cependant pas que le juge n'intervienne pas. Il jouera pleinement son rôle en cas de contestation personnalisée relative à une disposition normative individuelle comme par exemple une clause salariale figurant dans une collective de travail. La justice est par ailleurs mobilisée en cas de non respect d'un droit civil comme le droit de propriété lors de l'occupation de locaux ou s'il y a entrave à la liberté de travail ou de la circulation par le personnel en grève.

Si les acteurs de la conciliation sociale sont identifiés, il convient d'examiner de plus près les modalités de fonctionnement des organes mis en place.

Le cadre légal et les organes institutionnels

Le socle légal sur lequel s'organise le système belge de concertation professionnelle et de conciliation sociale est la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires.

Tandis que le chapitre 1er de la loi est consacré aux conventions collectives de travail (articles 5 à 34), le chapitre 2

est réservé à l'institution et aux compétences des commissions paritaires (articles 35 à 38), à leur composition (articles 39 à 46) et à leur fonctionnement (articles 47 à 50).

Parmi les missions dévolues aux commissions paritaires et aux sous-commissions paritaires, figurent l'élaboration des conventions collectives de travail ainsi que la prévention ou la conciliation de tout litige entre employeurs et travailleurs.

Sur un plan juridique, les commissions paritaires et sous-commissions paritaires sont des organes de droit public ayant le caractère d'autorités administratives pour ce qui concerne certaines de leurs attributions. A l'heure actuelle, plus de 6.000 mandats sont occupés par près de 3.500 représentants des organisations patronales et des syndicats de salariés. Il s'agit, la plupart du temps de délégués patronaux et syndicaux (les "permanents") issus des diverses structures sectorielles. Quant au champ d'application de la loi, il s'étend à l'ensemble du secteur privé auquel il faut ajouter un certain nombre d'entreprises publiques. Notons encore que de "grandes" commissions paritaires peuvent concerner jusqu'à plusieurs centaines ou dizaines de milliers de travailleurs et jusque 5.000 employeurs. D'aucunes ne comptent que quelques milliers de salariés et quelques centaines d'employeurs.

Le bureau de conciliation

Conjointement aux concertations et aux négociations en vue d'élaborer des conventions collectives de travail pour leurs secteurs d'activités respectifs et dont les contenus concernent tous les registres de la vie professionnelle, sur un plan individuel et au niveau collectif, les commissions paritaires et sous-commissions paritaires jouent un rôle très important en cas de survenance d'un conflit entre employeurs et travailleurs, que celui-ci soit latent ou déclaré et qu'il s'agisse d'une entreprise ou

qu'il touche l'ensemble d'un secteur économique.

En application de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires, un arrêté royal du 6 novembre 1969 a déterminé les modalités générales de fonctionnement des commissions paritaires et sous-commissions paritaires.

Le chapitre 3 de cet arrêté est consacré aux missions de conciliation des organes paritaires.

Ainsi, "la commission peut créer en son sein un bureau de conciliation pour prévenir ou concilier tout litige entre employeurs et travailleurs.

La composition du bureau de conciliation est décrite à l'article 20 : outre un président qui n'est autre, en principe, que le président de la commission paritaire (fonctionnaire, conciliateur social appartenant à la Direction générale des Relations Collectives du Travail du Ministère), on y trouve "un secrétaire et des membres désignés pour moitié parmi les membres représentant les organisations d'employeurs et pour moitié, parmi les membres représentant les organisations des travailleurs. Ces membres sont désignés selon des modalités déterminées par le règlement d'ordre intérieur de la commission et, à défaut de cela, dans une convention collective de travail".

Dans la pratique, ce sont en général les membres les plus anciens des commissions qui sont désignés pour composer le bureau de conciliation.

L'arrêté royal du 6 novembre 1969 prescrit que "en cas de conflit ou de menace de conflit, le président (qui, il convient d'insister sur ce point, est un conciliateur social et donc agent de l'Etat) est saisi du différent à l'initiative de la partie la plus diligente" (article 21). C'est aussi au président que revient

l'initiative de convoquer le bureau de conciliation, mais il peut aussi décider de le réunir si une organisation représentée au sein de la commission le sollicite. Sauf disposition contraire dans le règlement d'ordre intérieur ou dans une convention collective de travail, le bureau de conciliation doit être, en ce cas, réuni dans les sept jours suivant la demande de l'organisation (article 22). Dernière précision : l'article 23 de l'arrêté prévoit qu'il "est dressé un procès-verbal pour toute réunion de conciliation". Les actes résultant de la conciliation font quant à eux "l'objet de documents séparés qui sont annexés au procès-verbal".

Les membres du bureau de conciliation de la commission paritaire s'efforceront de concevoir un arrangement et de trouver une issue au différend entre les parties et formuleront une recommandation. Ces membres qui, nous insistons sur ce fait, sont les représentants permanents des employeurs et des travailleurs désignés par leurs pairs, connus et "reconnus" dans leurs secteurs d'activité respectifs. Leur 'autorité morale' s'avère souvent décisive dans la résolution des contentieux qui leur sont soumis.

Le président de la commission paritaire, la plupart du temps, conciliateur social du Service Public Fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale, intervient en cas de difficulté ou d'échec du bureau de conciliation. Soulignons aussi que l'une des spécificités du système belge de conciliation des conflits du travail est de favoriser l'instauration de concertations paritaires dans des situations qui ne sont pas seulement contentieuses. A côté des conflits 'ouverts' et de leur résolution pacifique, beaucoup de conflits latents, non déclarés, sont dissipés grâce à l'intervention des bureaux de conciliation des commissions paritaires. Ce travail "dans l'ombre", à l'abri des projecteurs est sans aucun doute une des caractéristiques principales des

pratiques belges de concertation sociale. Les membres des bureaux de conciliation et des commissions paritaires se connaissent parfaitement se côtoient donc très régulièrement. En moyenne, environ cinq cents réunions de conciliation – dont les deux-tiers sont des réunions préalables - sont organisées chaque année. Parallèlement, quelque huit cents réunions plénières des commissions paritaires se tiennent annuellement, sans compter les séances d'éventuels groupes de travail.

En définitive, en Belgique, le système de conciliation préalable consiste pour les parties à solliciter une réunion du bureau de conciliation paritaire en vue d'apporter une solution à une tension, à un conflit latent, à une contestation intestine dans une entreprise ou une branche d'activité. Ainsi, par exemple, un chef d'entreprise, un délégué syndical ou encore le président d'une commission paritaire ont la possibilité de faire appel au bureau de conciliation compétent alors qu'un conflit n'est pas déclaré et que l'on ne constate qu'une menace de litige ou d'action ou une simple divergence de vue quant à l'interprétation d'une clause d'une convention collective de travail. Depuis leur création, les bureaux de conciliation ont d'ailleurs traité des conflits de toute nature, leur champ de compétence étant singulièrement vaste : "(…) prévenir ou concilier tout litige entre employeurs et travailleurs." (Loi du 5 décembre 1968). Aussi bien donc les conflits juridiques qui portent sur la violation d'un droit ou d'une obligation, que les conflits d'intérêt qui naissent d'un différend portant sur l'établissement de nouveaux droits et obligations et qui sont, le plus souvent, la conséquence de l'échec d'une négociation collective. Pour être complet au point de vue de la terminologie utilisée, notons que la conciliation qui figure dans la législation belge peut également comporter des phases de médiation, ainsi, lorsqu'un conciliateur social, président d'un bureau de conciliation, intervient de façon plus

active dans les débats en fournissant des suggestions ou des propositions.

Etienne Delattre qui fut Premier Conciliateur social, collaborateur scientifique auprès de l'Université Libre de Bruxelles et de l'Université de Liège, expert et formateur au Bureau International du Travail nous confie des indications précieuses sur son vécu : "Au cours de la réunion du bureau de conciliation, lorsque la phase d'information, d'audition et de questionnement est achevée, les membres de ce bureau se retirent dans un local séparé pour débattre ensemble des problèmes soulevés. Au contraire de l'audition des parties, il n'est dressé aucun procès-verbal des discussions qui se déroulent entre les membres du bureau de conciliation. Leurs débats sont donc confidentiels. Certains ont pu critiquer le caractère secret de ces débats et leur manque de transparence. Cependant, à notre estime, le colloque entre les membres du bureau doit demeurer confidentiel pour des motifs d'efficacité évidents. En effet, même à l'heure où la situation sociale et économique est plus difficile, il existe dans de nombreux bureaux un rapport entre les personnes, fondé sur la courtoisie, le respect mutuel et la confiance. Cela permet d'exprimer dans cette enceinte des réflexions qui ne le seraient jamais autrement. C'est vrai quand l'on aborde de délicates questions psychologiques, telle qu'un rapport de pouvoir tendu entre une délégation syndicale et une direction du personnel ou encore des éléments très confidentiels relatifs à la situation concurrentielle de l'entreprise". Et ce Conciliateur social, fin connaisseur des arcanes des bureaux de conciliation et proche des personnalités des milieux patronaux et syndicaux d'évoquer aussi son attachement au 'modèle belge' dont il fut un acteur érudit : "(…) en dépit d'un climat qui s'est nettement alourdi par rapport à la période des Trente Glorieuses, les bureaux de conciliation belges

ont continué à prouver une efficacité certaine. Il est très rare de constater qu'une réunion de conciliation se termine par un procès-verbal de carence, que le conflit soit déclaré ou non" (E. Delattre, p. 14).

Etienne Delattre nous décrit encore les pratiques internes des conciliations : "Le déroulement des travaux du bureau de conciliation s'organise de la manière la plus souple. Chaque membre peut solliciter une suspension de séance en vue de consulter un groupe de demandeurs qui fait partie ou non de son organisation pour évaluer les chances de compromis ou mieux mesurer la situation du rapport de forces. Dans d'autres cas, les participants syndicaux ou patronaux du bureau se réunissent séparément pour établir ensemble une stratégie de compromis. Il se peut aussi que le conciliateur social, président, fasse une sorte de navette entre les deux groupes pour dégager une synthèse. Cela démontre, à suffisance, l'extrême souplesse et l'adaptabilité des instances belges de médiation. (…) Le bureau de conciliation est, en quelque sorte, un médiateur collectif dont l'avantage est de compter parmi ses membres les chefs de file des organisations patronales et syndicales de la branche d'activité considérée, agissant sous la conduite d'une tierce personne neutre, le conciliateur social, fonctionnaire, président de la commission paritaire" (E. Delattre, p. 16).

La clé de voûte du dispositif de concertation et de conciliation belge : les conciliateurs sociaux, présidents des commissions paritaires

Le rôle déterminant des conciliateurs sociaux, présidents des commissions paritaires a déjà été relevé. La législation nationale consacre d'ailleurs le principe de l'autonomie des présidents vis-à-vis des partenaires sociaux, acteurs de la négociation sociale dans les commissions paritaires et conciliateurs,

voire médiateurs dans les bureaux de conciliation.

Il n'est pas sans intérêt d'examiner leur statut et leurs conditions de travail.

Un arrêté royal du 23 juillet 1969 a créé un Service des Relations Collectives de Travail au sein du Ministère du Travail et a fixé le statut des fonctionnaires qui y sont affectés. Cet arrêté royal, régulièrement modifié a été abrogé et remplacé par l'arrêté royal du 27 octobre 2009 concernant la sélection des titulaires de la fonction de conseiller conciliateur social.

Les missions des conciliateurs sociaux y sont rappelées et les exigences de recrutement clairement fixées.

Les missions des conciliateurs sociaux

"(…) La conciliation sociale recouvre les missions suivantes :

- La prévention des conflits sociaux et le suivi du déclenchement, du déroulement et de la conclusion de tels conflits;
- L'exercice de toutes les missions de conciliation sociale;
- Le maintien du contact permanent avec les organisations professionnelles des employeurs et des travailleurs et avec les inspecteurs et contrôleurs sociaux du Service Public Fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale;
- L'établissement de tout rapport concernant les relations sociales dans une industrie, un secteur d'industrie ou une entreprise déterminée;
- Le cas échéant, la présidence ou vice-présidence de commissions ou sous-commissions paritaires (article 1er).

Le champ d'activité des conciliateurs sociaux et présidents des commissions paritaires est donc très vaste et recouvre une

responsabilité étendue, un partage aussi équitable et pertinent que possible étant réalisé entre les fonctionnaires quant à l'attribution des secteurs socio-économiques. Dans ce partage, il est tenu compte, généralement de leurs expériences professionnelles et de leurs domaines d'intérêt.

La sélection des conciliateurs sociaux

Par dérogation aux règles reprises dans le statut des agents de l'Etat pour ce qui concerne la sélection des agents pour des emplois exigeant un diplôme universitaire, les candidats à la fonction de conseiller conciliateur social doivent prouver une expérience utile de six années dans les matières sociales, dont au moins quatre dans les relations collectives. De même, en dérogation du statut des agents de l'Etat, les candidats porteurs d'un diplôme de l'enseignement secondaire supérieur sont réputés remplir les conditions d'accès (diplôme universitaire) s'ils comptent une expérience de dix années dans les matières sociales dont au moins six dans les négociations collectives (articles 2 et 3).

Retenons donc que les conciliateurs sociaux, présidents des commissions paritaires connaissent une sélection et un recrutement qui se fondent sur une expertise éprouvée des relations sociales et des négociations collectives, cela en dérogation des règles observées pour d'autres engagements d'agents de l'Etat. Il en découle que nombre de ces conciliateurs sociaux sont issus des rangs des organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs.

Comme nous venons de le constater, la Belgique s'est dotée d'un modèle singulier de prévention et de règlement des conflits collectifs du travail. Ce modèle a été élaboré au fil du temps, depuis maintenant une centaine d'années. C'est dire si la construction fut hasardeuse et progressive. Il n'en reste pas

moins que le modèle belge de concertation est considéré comme digne d'intérêt par nombre d'experts internationaux. Ses caractéristiques sont, par exemple, examinées de près par les fonctionnaires européens ainsi que par les représentants des employeurs et des travailleurs, en vue de la mise au point d'une organisation supranationale de prévention et de régulation des conflits collectifs dépassant la cadre d'un seul pays des Vingt-Huit (v. infra).. Le bon sens, l'absence de formalisme trop contraignant, l'expertise et la compétence des intervenants, l'aura dont ils disposent dans leurs cercles d'origine, la discrétion de leurs débats, le respect et la cordialité qui les lient, l'indépendance et l'autonomie complète des conciliateurs sociaux – présidents sont autant de facteurs qui contribuent à la pertinence et au succès du modèle belge.

Qu'il nous soit permis, au terme de l'étude des pratiques belges en matière de conciliation – médiation, d'établir un lien (que d'aucuns considéreront sans doute comme audacieux) avec les institutions coutumières Berbères en Kabylie et au M'Zab. Nous nous inspirons pour ce faire de l'intéressante communication du professeur Abdallah Nouh de l'Université Mouloud Mammeri lors de ce colloque. Le professeur Nouh, après avoir insisté sur le "(…) règlement souple et rapide du litige, dans un cadre intime et discret, avec des garanties de l'exécution du contrat de conciliation sous peine de sanction sociale" décrit comme suit la composition des conseils de conciliation issus de l'organisation tribale et religieuse propre aux traditions Berbères. On y trouve :

- Les Ukkals (sages), des 'anciens' reconnus pour leur sagesse et leurs expériences de vie. Ils jouissent du respect dans leurs communautés de par leurs compétences et leur savoir-faire dans le règlement des litiges ;
- Les Azzabas (au M'Zab) et les cheikhs de Zaouias (en

Kabylie); des religieux qui jouent un rôle important de sensibilisation des parties sur l'importance et les vertus de la conciliation et,

- Les Dummans (les garants) qui sont les représentants des familles, des parties en litige. Ils exercent une influence non négligeable sur les familles et groupes apparentés et se portent garants de l'exécution du contrat de conciliation dont ils sont témoins.

Cette configuration triangulaire n'est-elle pas celle que l'on retrouve dans les bureaux de conciliation belges ? Les représentants des parties qui sont auditionnés ne sont-ils pas, en quelque sorte, des Dummans ? Les conciliateurs sociaux – présidents, des Azzabas ou des Zaouias et les permanents patronaux et syndicaux des bureaux de conciliation, des Ukkals?

Examinons maintenant la situation et les systèmes de prévention et de règlement des conflits collectifs du travail successivement en France, au Maroc, en Algérie et en Tunisie et tentons ensuite un parallélisme avec le dispositif belge. Nous esquisserons dans la dernière partie de cette communication les pistes de réflexion qui sont actuellement débattues dans l'Union Européenne en vue d'adopter une règlementation consensuelle pour régler les conflits collectifs du travail qui concernent plusieurs pays au sein de la Communauté des Vingt-Huit.

Le système français de conciliation, de médiation et d'arbitrage

Le Droit du travail français, d'avantage encore que le Droit du travail belge, s'est construit sur l'antagonisme 'historique' entre les notions de 'capital' et de 'travail salarié'. Tout comme dans les pays qui connaissent une économie de type capitaliste, le Droit du travail français est dominé par l'idée que le salarié, face à l'employeur, se trouve dans une situation d'infériorité

économique et donc dans une position inégalitaire dans les relations de travail. Le contexte socio-juridique y est par ailleurs imprégné par la prééminence des libertés publiques et l'action collective n'est pas considérée autrement qu'une forme d'exercice des libertés individuelles. Ce contexte favorise le recours à la justice et à la médiation de l'Etat au détriment des voies alternatives paritaires bipartites de règlement des conflits collectifs du travail. A des degrés divers, cette réalité a irrigué les préceptes adoptés dans les pays du Maghreb pour faire face aux tensions sociales dans les entreprises et, plus largement, dans les secteurs d'activité. Le Droit du travail français est ainsi devenu, au fil du temps, "la" référence et le point de ralliement des législateurs Marocains, Algériens et Tunisiens (l'observation pourrait d'ailleurs être étendue à la Mauritanie et à la Libye). Droit du travail français, faut-il le rappeler, qui fut effectivement appliqué - certes, avec quelques aménagements et des durées variables dans les trois pays qui nous intéressent en raison de circonstances liées à l'histoire.

Les inspecteurs du travail

Dans la droite ligne des Convention n°81 et n°129 de l'OIT, les inspecteurs du travail ont compétence générale pour veiller à l'application des dispositions du code du travail ainsi que les lois et règlements non codifiés relatifs au régime de travail et pour constater les infractions à ces dispositions (CT, article L. 8112-1).

Si ces missions d'inspection sont accomplies dans une perspective qui se révèle souvent comme étant répressive, le code du travail insiste cependant sur le caractère éminemment préventif de leur mise en œuvre : "(…) l'inspecteur du travail contribue, notamment à la prévention des risques professionnels ainsi qu'à l'amélioration des conditions de travail" (CT, article R.

8112-1) et celui-ci "(…) assure un rôle de conseil et de conciliation en vue de la prévention et du règlement des conflits" (CT, article R. 8112-2).

Pour être complet, ajoutons que dans le cadre de la déconcentration des services de l'Etat, il est prescrit que "(…) le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi : (1°) Met en œuvre au plan régional la politique définie par les pouvoirs publics afin d'améliorer les relations collectives et individuelles et les conditions de travail dans les entreprise. (…) et (4°) Assure le suivi de la négociation collective dans les entreprises et au niveau territorial (…). (CT, article R. 8122-1). Ces missions sont, dans les faits et par délégation, exercées par "(…) le chef de pôle en charge des questions de travail et aux responsables d'unités territoriales chargés des politiques du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et de développement des entreprises" (CT, article R. 8122-2) tandis que sur le terrain, "la section d'inspection du travail est l'échelon territorial d'intervention dans l'entreprise" (CT, article 8122-3).

Une conciliation préalable est aussi envisageable, mais non obligatoire, auprès du préfet territorialement compétent : "Tout conflit collectif du travail est immédiatement notifié par la partie la plus diligente au préfet qui, en liaison avec l'inspecteur du travail compétent, intervient en vue de rechercher une solution amiable" (article R. 2522-1).

La procédure de règlement des conflits collectifs

La procédure de règlement des conflits collectifs du travail figure dans la Deuxième partie (Les relations collectives de travail), Livre V (Les conflits collectifs), Titre II (articles L. 2521-1 à L. 2632-2 du Code du Travail), le titre Ier étant réservé à l'exercice du droit de grève.

Parmi les dispositions préalables de ce Titre II relatif à la procédure de règlement des conflits collectifs, outre le champ d'application de la Section 1, on retrouve une règle de conduite le plus souvent observée : "(…) Les conflits collectifs intervenant entre les salariés et les employeurs (…) font l'objet de négociation soit lorsque les conventions ou accords collectifs applicables comportent des dispositions à cet effet, soit lorsque les parties intéressées en prennent l'initiative" (CT, article L. 2521-2).

Le dispositif français repose sur la conciliation (Chapitre II du Titre II), la médiation (chapitre III) et l'arbitrage (chapitre IV).

La conciliation

Tous les conflits collectifs de travail peuvent être portés devant une commission nationale ou régionale de conciliation "s'ils n'ont pas été soumis, pour une raison quelconque, à une procédure conventionnelle de conciliation" (CT, article 2522-1).

La commission nationale siège au ministère chargé du travail et, est compétente pour connaître des conflits collectifs de travail qui s'étendent à l'ensemble du territoire ou qui concerne plusieurs régions (CT, article 2522-3). Cette même commission peut également être saisie de tout conflit à incidence régionale, départementale ou locale compte tenu de son importance, des circonstances particulières dans lesquelles il s'est produit et du nombre de salariés concernés. Il s'agit donc de conflits dont l'ampleur est 'nationale' en raison de leurs implications sociales et affectives.

Des commissions régionales sont instituées dans chaque direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (v. supra) et "lorsque les conditions locales le justifient, des sections à compétence

départementale ou interdépartementale peuvent être créées au sein de chaque commission régionale (…)" (CT, article R. 2522-5). Ces instances sont tripartites : un président (le Ministre du travail ou le Préfet ou les personnes qu'ils délèguent) ainsi que cinq représentants des employeurs et des salariés désignés pour une période de trois ans sur proposition des organisations d'employeurs et de travailleurs représentatives sur le plan national (CT, articles 2522-8 à 2522-16).

Les procédures de conciliation sont engagées, selon le cas, par l'une des parties, le Ministre du travail ou le Préfet compétent.

En cas de recours à la procédure de conciliation, une requête doit être adressée au président de la commission en y précisant les points sur lesquels porte le désaccord. De même, ces points de désaccord doivent figurer sur la convocation adressée aux membres de la commission, selon le cas, par le ministre ou le préfet concerné (CT, article R. 2522-17). Le président de la commission doit enfin établir un procès-verbal qui constate l'accord, le désaccord total ou partiel à l'issue des réunions. Ce procès-verbal est adressé immédiatement aux membres de la commission (CT, articles L. 2522-5 et R. 2522-21).

La médiation

Une procédure de médiation peut être engagée par le président de la commission de conciliation. Dans ce cas de figure, il invite les parties à désigner un médiateur dans un délai déterminé afin de favoriser le règlement amiable du conflit collectif. Cette éventualité peut également découler d'une demande motivée formulée auprès de lui par l'une des parties concernées (CT, article L. 2523-1). Notons que des listes de médiateurs sont dressées après consultation des organisations

syndicales d'employeurs et de salariés représentatives au niveau national et révisées tous les trois ans (CT, articles L. 2523-3 et R. 2523-3). Le médiateur désigné convoque les parties selon les mêmes formes que celles prévues pour les réunions des commissions de conciliation, tente de concilier les positions en présence et formule des propositions sous forme de recommandation motivée. Il dispose, pour ce faire, d'un délai d'un mois à compter de sa désignation, délai que les parties peuvent convenir de prolonger de commun accord. En principe, le médiateur décline toute intervention dans les conflits de droit (CT, article L. 2523-5). Le médiateur a les plus larges pouvoirs pour remplir sa mission, qu'il s'agisse de s'informer de la situation économique des entreprises ou de la situation des salariés concerné. Il peut, le cas échéant, faire appel à des experts et procéder à des enquêtes et auditions auprès des entreprises et des syndicats (CT, articles R. 2523-11 et R. 2523-12). S'il échoue à concilier les points de vue, le médiateur communique au ministre en charge du travail le texte de la recommandation motivée et signée, l'accompagne d'un rapport sur le différend où sont précisés les rejets exprimés par les parties au conflit.

L'arbitrage

La procédure d'arbitrage est soit prévue par une convention ou un accord collectif de travail ou résulte d'une décision commune des parties intéressées de soumettre à l'arbitrage des conflits qui subsistent à l'issue d'une procédure de conciliation ou de médiation (CT, articles L. 2524-1 et L. 2524-2).

Le champ de compétence de l'arbitre est strictement limité : il ne peut statuer sur d'autres objets que ceux qui sont déterminés par le procès-verbal de non-conciliation ou par la proposition du médiateur ou ceux qui, résultant d'évènements

postérieurs à ce procès-verbal, sont la conséquence du conflit en cours. L'arbitre est choisi selon les clauses d'un accord collectif de travail ou est désigné d'un commun accord entre les parties si le choix de l'arbitrage survient. L'arbitre statue en droit lorsqu'il s'agit d'interprétation et d'exécution de textes légaux, réglementaires ou conventionnels et en équité sur les autres conflits (CT, articles L. 2524-1 à L. 2524-4). Les accords ou sentences arbitrales ont les mêmes effets que les conventions et accords collectifs de travail (CT, articles L. 2524-5 et L. 2524-6).

Les articles L. 2525-1 et 2, R. 2525-1 et 2 prévoient des dispositions pénales en cas de non comparution devant la commission de conciliation, devant le médiateur ou encore si l'employeur néglige d'exécuter les décisions reprises dans un accord ou une sentence.

Un observateur attentif de la réalité sociale française a un avis sans appel, mais semble-t-il réaliste sur l'utilisation et le succès du système de médiation et d'arbitrage dans le cadre des conflits collectifs du travail : "(…) Plusieurs procédures légales permettent de rechercher une solution aux conflits du travail, mais elles sont rarement utilisées. La sortie du conflit est en règle générale trouvée par les acteurs eux-mêmes, parfois avec l'aide de l'inspection du travail. (…)" L'arbitrage, quant à lui, "(…) il est aujourd'hui tombé en désuétude" (M. Miné, p. 649).

Le Maroc

Entrée en vigueur le 6 novembre 2004, la loi n°65.99 relative au code du travail institue par ses articles 549 à 585 des procédures de règlement des conflits collectifs du travail par la conciliation et l'arbitrage.

Ces procédures, reprises dans le Livre VI du code du travail "ne font pas obstacle à l'application de procédures de

conciliation ou d'arbitrage fixées par une convention collective de travail ou des statuts particuliers" (CT, Chapitre V, Dispositions diverses, article 582).

La conciliation préalable

Dans le cas où le différend risque de dégénérer en un conflit collectif, il est procédé immédiatement à une tentative de conciliation, soit à l'initiative de la partie la plus diligente qui présente alors une requête où elle précise les points du différend, soit à l'initiative de l'agent chargé de l'inspection du travail compétent si le conflit ne concerne qu'une seule entreprise, soit encore à l'initiative du délégué chargé du travail auprès de la préfecture ou de la province si le conflit concerne plus d'une entreprise (CT, articles 552 et 553). A l'issue des séances de conciliation, un procès-verbal est rédigé par le fonctionnaire concerné. Ce procès-verbal consigne, selon le cas, un accord total partiel une non conciliation ou encore la non comparution des parties (CT, article 555).

La commission provinciale d'enquête et de conciliation

Si la tentative de conciliation préalable n'aboutit pas à un accord, le fonctionnaire concerné ou l'une des parties prend l'initiative de soumettre le différend à la commission provinciale d'enquête et de conciliation (CT, article 556).

Le président de la commission, gouverneur de la préfecture ou de la province, convoque les parties dans un délai qui ne peut, en principe, dépasser quarante-huit heures. La commission est composée à égalité de représentants de l'administration, des organisations professionnelles d'employeurs et des organisations syndicales les plus représentatives et dispose d'un délai de six jours pour tenter de régler le conflit collectif de travail. Sur un plan formel, les parties ont la possibilité de présenter un mémoire écrit tandis que la commission peut se faire assister d'experts si

elle le juge opportun. Un procès-verbal est dressé à l'issue des séances de conciliation (CT, articles 557 à 563).

La commission nationale d'enquête et de conciliation

Si les négociations au sein de l'instance provinciale ne permettent pas d'aboutir à un accord, le conflit est soumis dans un délai de trois jours à la commission nationale d'enquête et de conciliation présidée par le ministre chargé du travail ou son représentant (CT, article 563). La composition de la commission nationale a les mêmes caractéristiques que les commissions provinciales.

L'arbitrage

Les commissions provinciales et nationale d'enquête et de conciliation ont la possibilité, en cas de désaccord persistant, de soumettre le différend à la procédure de l'arbitrage, après accord des parties concernées. Dans ce cas, le dossier ainsi que le procès-verbal des séances de conciliation sont transmis dans les quarante-huit heures à l'arbitre (CT, article 567). Celui-ci est choisi de commun accord par les parties sur une liste établie par le ministre chargé du travail sur base de propositions des organisations patronales et des organisations syndicales de salariés les plus représentatives. La liste dont question est renouvelée tous les trois ans (CT, article 568). L'arbitre dispose des mêmes pouvoirs et prérogatives que les présidents des commissions d'enquête et de conciliation (CT, articles 570 et 571). L'arbitre dispose d'un délai de quatre jours à compter de la première comparution des parties pour prendre sa décision qu'il communique à celles-ci dans les vingt-quatre heures du prononcé.

Un recours pour excès de pouvoir ou violation de la loi peut être formé contre les décisions d'arbitrage devant la chambre sociale de la Cour Suprême (CT, articles 575 à 577). Cette

chambre sociale est alors constituée en chambre d'arbitrage (CT, article 576) et se prononce dans un délai de trente jours maximum (CT, article 578). En cas de cassation de tout ou partie de la décision d'arbitrage, un nouvel arbitre est désigné (CT, article 579). Si un recours est formé contre la décision de ce nouvel arbitre, la chambre d'arbitrage prononce dans les trente jours suivant l'arrêt de cassation un arrêt d'arbitrage non susceptible de recours (CT, articles 580 et 581). Et le code du travail de préciser enfin que les accords de conciliation et décisions d'arbitrage ont force exécutoire conformément au code de procédure civile (article 581) et que les infractions aux dispositions de la loi, comme la non comparution dans les phases de conciliation ou d'arbitrage ou encore la non communication de documents demandés à l'audience, sont punies d'amendes de différents montants (articles 583 à 585).

Le Conseil Economique, Social et Environnemental (CESE) du Maroc s'est livré à une analyse approfondie du système de conciliation, de médiation et d'arbitrage des conflits collectifs du travail dans le pays et a publié rapport-bilan peu complaisant en 2012. Après avoir relevé le risque d'abus de pouvoir et de non-respect du secret professionnel dans le chef des présidents des commissions provinciale d'enquête et de conciliation, le CESE déplore que l'engagement de la procédure de conciliation au premier niveau, comme dans les étapes ultérieures, soit décidé par voie administrative sans nécessiter l'accord des parties en conflit. Et le CESE d'ajouter à leur propos : "Celles-ci sont sommées de s'y plier même de mauvaise foi. Les problèmes inhérents à leur représentation ('représentativité'), à la qualification du conflit et aux conflits d'intérêt représentent d'autres risques dans le déroulement de ces procédures. Tous ces facteurs ne favorisent pas le climat de confiance et de neutralité indispensable à toute tentative de conciliation tandis que le recours à la

moindre coercition demeure suspendu aux contraintes des délais, de la preuve et des procédures judiciaires" (Rapport CESE, p. 35).

Quant au fonctionnement et à l'efficacité des commissions provinciales et de la commission nationale d'enquête et de conciliation, le bilan de la CESE est sans appel : Ce bilan de l'action des commissions "témoigne de son faible impact sur l'ampleur des conflits. En 2011, une dizaine seulement de conflits ont été résolus par les commissions provinciales sur un total de 31 qu'elles ont traité. Pour sa part, la commission nationale qui a eu à connaître 39 conflits, n'est parvenue à en résoudre que 19. A titre de comparaison, les statistiques fournies par le ministère de l'Emploi font état de 478 grèves recensées au courant de la même année" (Rapport CESE, p. 50).

Les commissions provinciales ne semblent pas opérationnelles dans plusieurs provinces, "de nombreux gouverneurs et walis s'abstiennent de les convoquer malgré leur saisine par l'administration chargée de l'emploi" (les inspecteurs du travail en général), ajoute aussi le CESE (Rapport CESE, p. 50).

Toujours selon le CESE, les principales entraves au bon fonctionnement des commissions seraient :

- "Le manque d'initiative de la part de certains gouverneurs, rebutés par l'ampleur des conflits et contraints à présider eux-mêmes les commissions dans les délais fixés ;
- "La faible qualification des membres et leurs différends ;
- "Le manque d'outils de travail : guide, directives, etc. ;
- "La désignation par les entreprises concernées de mandataires dépourvus de pouvoir de décision ;
- "Les faibles capacités de gestion dans certaines entreprises ;
- "Le refus des protagonistes d'accepter des concessions ;

- "La réticence à recourir aux prérogatives légales pour contraindre l'entreprise à se conformer à la loi ;
- "La faible coopération de l'organe judiciaire en cas d'entrave à la liberté syndicale et aux autres droits" (Rapport CESE, p. 50).

Le Conseil n'est pas plus tendre à l'égard de la procédure d'arbitrage et soulève d'autres interrogations : "L'obligation faite à l'arbitre de statuer conformément aux règles de droit pousse à s'interroger sur l'incapacité de l'administration chargée de l'emploi et, des commissions de conciliation, à faire respecter la législation lorsqu'il s'agit d'une simple transgression de la loi en vigueur. Quant aux conflits qui ne revêtent pas un caractère juridique, ils se rapportent généralement à une revendication économique et se prêtent mal à des solutions selon les principes d'équité, dans la mesure où l'entreprise doit faire face à des engagements et à des défis économiques qu'il est difficile d'évaluer dans des délais aussi courts. En vérité, un tel modèle de résolution des différends est cohérent lorsqu'il repose intégralement sur des procédures obligatoires, ce qui n'est pas envisageable dans le cadre de l'économie de marché et du droit d'organisation de la négociation collective. A partir du moment où l'on reconnait aux parties la liberté de poursuivre ou non la procédure d'arbitrage, il est assurément plus efficace de construire le système intégralement sur les bases de solutions alternatives consensuelles. A l'origine, le législateur marocain a retenu cette architecture institutionnelle pour contrer le déclenchement des grèves et écourter leur durée. Mais, lorsqu'il a dû se résoudre à abandonner l'arbitrage obligatoire, il l'a privé de sa cohérence compte tenu également de la liberté totale d'exercice du droit de grève" (Rapport CESE, p. 36).

L'Algérie

La loi n° 90-02 du 6 février 1990 modifiée par la loi n° 91-27 du 21 décembre 1991 et l'ordonnance n° 2006-03 du 15 juillet 2006 règle la matière qui nous intéresse. Cette loi est relative à la prévention et au règlement des conflits collectifs de travail (Titre II) mais aussi à l'exercice du droit de grève (Titre III). Elle comporte des dispositions applicables aux "organismes employeurs autres que les institutions et administrations publiques" (Chapitre I du Titre II) et d'autres qui sont réservées à ces institutions et administrations publiques (Chapitre II du Titre II et Chapitres II et III du Titre III relatifs respectivement aux limitations à l'exercice du droit de grève et à la réquisition et aux interdictions aux recours à la grève.

La prévention des conflits dans l'entreprise

La situation des relations socioprofessionnelles et les conditions générales de travail sont examinées à l'occasion de réunions périodiques auxquelles participent les employeurs et les représentants syndicaux ou élus des travailleurs (article 4). Les modalités d'application dont la périodicité des séances sont fixées par voie conventionnelle et, en cas de différend, l'employeur et les représentants des travailleurs engagent des procédures de conciliation prévues par les conventions et accords collectifs (article 5).

En cas d'échec de ces conciliations dans l'enceinte de l'entreprise, les conciliations deviennent 'externes' et l'inspection du travail territorialement compétente est saisie (article 5).

La conciliation sous l'égide de l'inspection du travail

L'inspection du travail territorialement compétente, saisie du différend par l'employeur ou les représentants des travailleurs procède à une tentative de conciliation en convoquant les parties dans un délai qui ne peut excéder les quatre jours qui suivent la

saisine. Les parties ne peuvent se dérober aux auditions organisées par l'inspecteur du travail qui rédige dans les huit jours à compter de la première audience un procès-verbal où sont consignés les points d'accord et éventuellement de désaccord. Dès le dépôt au greffe du tribunal territorialement compétent, les accords deviennent exécutoires (articles 6 à 9).

Il convient de constater qu'aucune règle ne précise la mission exacte de l'inspecteur du travail ni les modalités pratiques de la conciliation (contribution éventuelle d'expert, droits dévolus à l'inspecteur du travail pour entreprendre des investigations dans l'entreprise ou solliciter des éléments documentaires, etc.).

En cas d'échec, les parties peuvent recourir à la médiation ou à l'arbitrage.

La médiation

Par le recours à la médiation, les parties s'accordent pour désigner une personne tierce, le médiateur, à qui elles confient la mission de leur proposer un règlement amiable à leur différend. A sa demande, le médiateur qui est tenu à un strict secret professionnel, peut se faire assister par l'inspection du travail territorialement compétente. Dans un délai qui est déterminé par les parties au conflit, le médiateur transmet à cette même inspection du travail une recommandation motivée portant des propositions en vue du règlement du différend soumis à son examen. Les effets de la recommandation du médiateur ne sont pas précisés, notamment en ce qui concerne son exécution (articles 10 à 12).

L'arbitrage

Les parties peuvent convenir de soumettre leur différend à l'arbitrage et, dans les trente jours de la désignation de l'arbitre,

une sentence arbitrale est rendue et s'impose aux parties qui sont tenues d'en assurer l'exécution (article 13).

Quant à la commission nationale d'arbitrage, sa compétence est définie à l'article 49 de la loi. Singularité algérienne, cette commission nationale n'est saisie que pour les différends collectifs de travail qui concernent les personnels auxquels le recours à la grève est interdit, essentiellement des services relevant du secteur public administratif (secteur dont la situation n'est pas examinée dans cette communication).

De façon unanime, les témoins et acteurs de la scène sociale algérienne s'accordent pour estimer que les instruments de médiation et d'arbitrage sont très peu exploités et, s'ils sont mobilisés, il s'agit alors de pratiques purement formelles constatées avant le déclenchement de mouvements de grève.

Le Pacte National Economique et Social de Croissance

Les signataires du Pacte National Economique et Social de Croissance le 23 février 2014 ne sont pas restés indifférents à l'indispensable paix sociale et à l'impérieuse nécessité de favoriser le dialogue social à tous les niveaux de pouvoir en Algérie. Ils reprenaient ainsi certains des engagements déjà adoptés par la 'Tripartite' les 30 septembre et 1er octobre 2006.

Ainsi, à titre indicatif,

- Dans le chapitre relatif aux "Fondements et principes du Pacte" : "(…) Il (le Pacte) vise à renforcer le dialogue par l'institutionnalisation des cadres et mécanismes adéquats de concertation et d'échange entre les partenaires sociaux (…) (point 11) ;
- "Les parties au Pacte se mobilisent pour instaurer un climat social serein et stable, établir un cadre consensuel basé sur des engagements mutuels et une démarche

participative, élargie à toutes les parties, pour impulser durablement la croissance" (point 20) ;

- Parmi les "Engagements des Pouvoirs Publics" : "Promouvoir des cadres de concertation et de partenariat interprofessionnels appropriés au niveau des secteurs d'activité, notamment des filières industrielles" (point 37) et, pour ce qui nous intéresse plus spécialement dans cette communication :
- Dans les "Engagements des salariés 'via' l'UGTA : "Participer à la stabilité sociale indispensable à toute politique de développement, par le recours au dialogue, à la concertation, l'arbitrage et la pratique de la médiation et ce, dans un souci de prévention des différends collectifs et de contribution à leur règlement, à tous les niveaux" (point 68).

La Tunisie

Les procédures de règlement des conflits collectifs du travail sont reprises dans le Livre VII, Chapitre 13, articles 376 à 389 du code du travail tunisien.

La conciliation dans l'entreprise

Comme nous l'avons déjà observé dans d'autres occurrences géographiques, les différents entre les employeurs et les travailleurs doivent, dans un premier temps, être examinés par la commission consultative d'entreprise (CT, article 376).

La conciliation auprès de l'inspection du travail ou du bureau régional de conciliation

En cas de désaccord persistant, le différend est porté par la partie la plus diligente auprès du bureau régional de conciliation ou, à défaut, à l'inspection du travail qui procèdent, l'un et l'autre, au recueil des données se rapportant à l'objet du

différend. Il faut souligner que cette procédure est obligatoire dès le dépôt d'un préavis de grève ou de lock-out (CT, article 376 bis). Le bureau régional de conciliation dont il est question est présidé par le gouverneur de la région ou son représentant. Il est assisté par le chef du bureau régional de conciliation ou le responsable territorial de l'inspection du travail. L'instance régionale comprend également, en principe, deux représentants des syndicats de travailleurs (dont un 'central') et deux représentants des employeurs (dont un 'central').

La commission centrale de conciliation

Au cas où le conflit collectif de travail s'étend sur deux ou d'avantage de provinces ou concerne l'ensemble du territoire, la partie la plus diligente porte le différend auprès de la commission centrale de conciliation présidée par le ministre des affaires sociales ou son représentant. Les syndicats de travailleurs et les organisations d'employeurs se partagent les huit mandats de membres de ladite commission (CT, article 378).

Les commissions régionales et la commission nationale disposent de pouvoirs étendus pour entreprendre des investigations : remise obligatoire de documents, auditions, avis d'experts, etc. Ces commissions doivent conclure un accord dans un délai de huit jours ou, le cas échéant, constater un désaccord.

L'arbitrage

Les organes mis en place par un décret (n° 95-539 du 1er avril 1995) sont les conseils régionaux d'arbitrage et un conseil central d'arbitrage. Ils sont composés d'un président nommés par décret et de deux arbitres, l'un désigné par la partie patronale et l'autre par le syndicat de salariés concerné (CT, article 384 bis).

Après enregistrement du dossier relatif au différend (dans les quarante-huit heures); l'instruction se déroule de façon similaire à celle décrite pour les commissions de conciliation. Les sentences arbitrales, rendues à la majorité des voix, sont rendues dans un délai de dix jours, est exécutoire dès communication aux parties et ne peut faire l'objet de recours.

Les MARC et les conflits collectifs du travail transnationaux dans l'Union européenne : situation et perspectives

L'internationalisation des échanges commerciaux et des structures industrielles ont engendré l'établissement d'un dialogue social européen qui s'affirme et se construit progressivement depuis ses premiers pas dans la Communauté européenne du charbon et de l'acier de 1951. L'Union européenne y reconnaît un des piliers du modèle social européen ainsi qu'un "outil de résilience et de cohésion sociale". Le dialogue social interprofessionnel et le dialogue social sectoriel sont d'ailleurs en plein développement depuis le début du XXIème siècle.

La dimension de négociation du dialogue a été singulièrement confortée depuis le processus dit de Val Duchesse (auquel ont participé les représentants des organisations nationales affiliées aux partenaires sociaux européens) initié en janvier 1985 par Jacques Delors, à cette époque président de la Commission. Il en est résulté le protocole social annexé au traité de Maastricht en 1993 et une intégration dans les traités en 1997 (articles 154 et 155).

Une communication de la Commission, "Adapter et promouvoir le dialogue social communautaire" du 20 mai 1998 (COM 1998-322) et une décision annexée (98/500/CE) mettent en place ces dispositions. La décision dont question institue des comités de dialogue social sectoriels paritaires (une quarantaine actuellement) ou se nouent des relations de confiance et qui sont

autant d'espaces d'échange, d'information mutuelle, de consultation et de négociation. Ces comités ont adopté nombre de textes plus ou moins contraignants constituant des accords destinés à être mis en œuvre soit par des directives européennes (qui rendent les accords juridiquement applicables dès leur transcription en droit national – "effet erga omnes") soit par les procédures nationales habituelles. Des accords autonomes sont aussi négociés et signés. Ils engagent alors uniquement les signataires et leurs affiliés ("effet relatif"). Il faut souligner par ailleurs que les membres des comités ont une expérience spécifique et éprouvée de leurs secteurs respectifs et de la réalité du terrain. Quant aux méthodes de travail et aux modalités de réunion, elles sont très variables d'un secteur à un autre. L'objectif de la Commission est de favoriser, par ces structures de contact paritaires, l'établissement de relations de confiance et de collaboration entre les organisations d'employeurs et les syndicats de salariés émanant des pays de l'Union européenne.

Conjointement à ces accords sectoriels et outre quelques accords interprofessionnels (quelque 500 à l'heure actuelle pour les deux niveaux de négociation), des accords d'entreprises internationaux (AET) sont également conclus par les comités d'entreprise européens (fin 2012, 224 accords étaient recensés dans 114 entreprises et concernaient plus de 10 millions de travailleurs). Nonobstant le fait que les comités d'entreprises européens (CEE) ne disposent pas de pouvoir de négociation selon la directive 94/45 du Conseil du 22 septembre 1994, la réalité laisse apparaître une multiplication de conventions et d'accord signés dans l'enceinte des CEE.

Dans semblables occurrences, les rapports d'experts pointent régulièrement du doigt la complexité de la prévention et de la résolution de conflits du travail susceptibles de résulter

des négociations sociales ou de l'interprétation et de l'application des accords.

Les accords internationaux / transnationaux contenant des dispositions de conciliation (par exemple) sont très peu nombreux et, lorsqu'elles sont prévues, elles sont vagues et sans précisions sur les procédures à suivre. Les dispositifs de résolution de conflits apparaissent le plus régulièrement dans des accords en matière d'anticipation ou de restructuration élaborés par les CEE. C'est notamment le cas de l'accord Arcelor Mittal qui prévoit la création d'un comité de conciliation composé de représentants des deux parties signataires. Cette instance paritaire a pour mission de concilier les protagonistes en cas de litige résultant de l'interprétation ou de la mise en œuvre dudit accord. Avant de soumettre le différend au comité de concertation européen, la direction de l'entreprise et les organisations syndicales doivent toutefois respecter l'obligation de le soumettre au 'comité de suivi' national conformément aux pratiques et traditions nationales.

Cet aperçu de la situation de la concertation sociale et des négociations professionnelles dans l'Union européenne, malgré leur développement considérable se situent dans un environnement juridique aléatoire et, disent d'aucuns, précaire et incertain. La Commission européenne s'intéresse cependant de plus en plus aux méthodes alternatives de résolution de conflits et l'éventualité d'un dispositif de dispositif de médiation européen fait l'objet d'enquêtes et de travaux d'étude depuis une quinzaine d'années.

L'internationalisation croissante des entreprises et la mondialisation sont sans aucun doute des facteurs qui soulignent l'intérêt voire l'urgence de la création d'une

'médiation sociale' européenne pour résoudre les conflits sociaux transnationaux, quelque soient les niveaux d'élaboration des normes soumises à la négociation ou à l'interprétation des partenaires sociaux et même s'il ne semble pas, à ce jour, qu'une instance de résolution de conflits extrajudiciaire ait été saisie d'un contentieux de ce type. Le développement et la diffusion des accords transnationaux risquent néanmoins d'induire des litiges à brève ou moyenne échéance.

En 2012, la Commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen (rapport 2012/2292 sur les négociations collectives transfrontalières et le dialogue social transnational) s'est d'ailleurs déclarée favorable au principe de la médiation et a examiné la possibilité de mettre en place un organisme européen de règlement extra-judicaire des conflits du travail ainsi qu'une juridiction européenne du travail autonome (comme nous l'avons déjà signalé aussi, l'idée de 'médiateurs sociaux européens' ne semble pas abandonnée). Pour ce qui concerne la médiation dans des affaires relatives au travail, les principes retenus dans la directive du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale (2008/52/CE) pourraient sans aucun doute être mobilisés, notamment pour ce qui concerne les objectifs poursuivis, le rôle et le statut des médiateurs.

Pour conclure …

Force est de constater que l'on se trouve en présence de deux 'modèles' de prévention et de règlement amiable des conflits collectifs du travail ou, à tout le moins face à deux approches qui, l'une et l'autre traduisent et organisent en droit interne les principes énoncés par l'Organisation Internationale du Travail. Force est également d'observer que quatre des pays examinés présentent des similitudes évidentes, la Belgique se

distinguant assez nettement par ses procédures et ses pratiques.

Le "système français" (adopté et adapté aussi par l'Algérie, le Maroc et la Tunisie) met en avant une panoplie complète de procédures légales, de la conciliation à la médiation et à l'arbitrage. Le caractère obligatoire du recours à ces procédures est interprété de manière variable par les quatre pays. Ces procédures sont précédées systématiquement par des conciliations en entreprise ou auprès de l'inspection du travail, conciliations plus ou moins formelles qui sont encouragées sinon obligatoires. La tutelle administrative de l'Etat (inspecteurs du travail, préfets, gouverneurs de provinces, ministres) est affirmée et active. La préoccupation première, au-delà du règlement pacifique du conflit, est la préservation de la paix sociale et le maintien de l'ordre public. La contribution des partenaires sociaux, tout en n'étant symbolique', n'en reste pas moins 'réactive' voire même 'passive' dans certaines circonstances.

Le "système belge" (pour ne pas parler du "modèle social belge" comme régulièrement évoqué dans d'autres pays européens) qui repose sur une responsabilisation accentuée des partenaires sociaux au niveau des secteurs économiques. Des acteurs sociaux qui se concertent et négocient de façon quasi permanente et accèdent au statut de 'législateurs' lorsqu'ils concluent des conventions collectives de travail au sein des commissions paritaires ou des sous-commissions paritaires. Ces mêmes partenaires sociaux (ou plus exactement, certains d'entre eux) deviennent collégialement 'conciliateurs' lorsqu'ils sont appelés à connaître et à résoudre des contentieux sociaux intestins ou encore des conflits latents ou ouverts entre employeurs et travailleurs. La participation des autorités administratives qui assurent une assistance logistique à

l'ensemble, est réalisée par un corps spécifique de fonctionnaires constitué de conciliateurs sociaux indépendants et impartiaux qui assurent la présidence des bureaux de conciliation, émanation directe des commissions et sous-commissions paritaires. De présidents de séance, si les circonstances l'exigent, les conseillers conciliateurs sociaux se transforment en médiateurs experts de par leurs compétences théoriques (la législation sociale 'générale' et les dispositions particulières des secteurs socio-professionnels qui leur sont attribués), leur expertise dans la résolution de conflits collectifs du travail et leur connaissance éprouvée des partenaires sociaux.

Notre propos n'est pas, bien entendu de vanter les vertus d'un système et d'entamer une critique stérile d'un autre, d'autres forums d'avantage appropriés pour entreprendre une évaluation juridique, voire politique, des législations et des pratiques nationales en matière de prévention et de résolution pacifique de litiges résultant du travail.

Un bel exemple nous en est d'ailleurs donné par l'excellent rapport produit par le Conseil Economique, Social et Environnemental du Royaume Maroc en 2012.

Selon le Professeur Guerraoui de l'Université Mohammed V Agdal Rabat, l'apparition et la montée en puissance, dans le Maghreb, de mouvements spontanés de contestation et d'indignation "(…) révèle pour les organisations syndicales, comme tous les acteurs de forces vives du Maghreb, le besoin de construire des édifices institutionnels permettant de renforcer les bonnes pratiques de la démocratie participative à tous les niveaux de la gouvernance de l'économie et de la société de la région. Elle révèle, de ce fait, le besoin de promouvoir des espaces de médiation qui favorisent l'écoute, le débat responsable, sérieux, apaisé, producteur de sens et constructif

entre les partenaires économiques et sociaux et au sein de la société. Ces espaces de médiation, tout en contribuant au rapprochement des points de vues, favorisent la réalisation de convergences entre tous les acteurs et forces vives des pays de la région autour de grandes réformes économiques et sociales indispensables (…)" (L'Economiste, 30 avril 2014, p. 39). Il revient aux partenaires sociaux des économies émergentes de rechercher les voies originales les plus favorables pour assurer la paix sociale dans les entreprises et secteurs économiques où ils sont associés. En respectant les lignes directrices de l'Organisation Internationale du Travail et en s'inspirant d'autres expériences, certes, mais encore et surtout en mettant au point des procédures propres, appropriées à leur contexte socio-économique, à leur histoire et à leur culture.

Paul Durant, dans une communication ancienne (1958) sur "La conciliation et la médiation des conflits collectifs du travail" se faisait précurseur : "Les grèves et les lock-out posent (…) des problèmes graves sur le plan politique. Ils sont souvent l'occasion d'infractions pénales commises contre les personnes ou contre les biens. Dans la société contemporaine, ils opposent souvent l'autorité publique et les milieux du travail. Son intervention dans la vie économique peut conduire l'Etat à fixer les conditions de travail; les revendications des grévistes sont alors, moins dirigées contre l'employeur que contre la puissance publique. Les intérêts de l'Etat sont encore plus directement engagés lorsqu'une activité économique est exercée par des personnes morales de droit public; cette situation a été rendue fréquente par la politique contemporaine de nationalisations. Enfin, lorsque se produisent des conflits étendus et, même des tentatives de grève générale, la désorganisation de l'économie est si profonde, elle retentit à un tel point sur le fonctionnement des services publics que la vie même de l'Etat peut être

compromise" (P. Durant, p. 579).

En définitive et avec en ligne de mire la préservation de la paix sociale si nécessaire au développement harmonieux des économies spécialement dans les pays émergents, il apparait qu'un certain nombre de préalables, de valeurs et de principes favorisent les modes alternatifs de régulation des conflits collectifs du travail. Ainsi, et sans prétendre à l'exhaustivité:

- La responsabilisation, la professionnalisation et l'autonomie d'action des acteurs patronaux et syndicaux à tous les niveaux de concertation et de décision, ce qui postule la promotion des relations sociales et des négociations paritaires en vue de conclure des conventions collectives de travail nationales mais aussi dans tous les secteurs d'activité et dans les entreprises ;
- L'indépendance réelle des représentants du patronat et des salariés dont les compétences sont en permanence confortées par la formation continue dans les matières juridiques, économiques et sociales (relevons à cet égard les allocations budgétaires très importantes que la Commission européenne consacre à la formation et au fonctionnement des organisations sociales des pays nouveaux membres de la Communauté) ;
- La mobilisation des services administratifs de l'Etat avec pour seule ambition d'apporter une assistance aux travaux des instances de concertation, de conciliation et/ou de médiation dont le dynamisme et l'efficacité dépend des seuls partenaires sociaux ;
- La constitution d'un corps spécialisé de conciliateurs / médiateurs sociaux indépendants au sein de l'administration chargée du travail et des relations professionnelles ;
- L'existence de structures paritaires de contact dans tous les secteurs d'activité, structures aussi bien destinées à la

négociation collective qu'au règlement des conflits entre employeurs et salariés ;

- Le caractère totalement facultatif des procédures légales de règlement alternatif des conflits sociaux (et dès lors, par exemple, l'absence de sanctions en cas de non comparution devant une instance quelconque) ;
- Au fil du temps, la consécration de relations empreintes de confiance et de respect mutuel entre tous les partenaires associés à la négociation collective et au règlement des conflits sociaux et,
- L'abandon de l'arbitrage, MARC qui s'est révélé inapproprié dans le cadre actuel de règlement des différends collectifs du travail.

Puisse cette brève communication susciter d'autres réflexions, d'autres débats et des travaux de recherche sur les systèmes les mieux adaptés et les plus efficaces de régulation des conflits collectifs du travail dans les pays du Maghreb et ailleurs.

La recherche de la paix sociale est complexe, souvent contrariée, jamais aboutie et constitue une tâche éprouvante mais aussi enthousiasmante pour les partenaires sociaux et les responsables politiques. Cette recherche est ardue et tributaire des circonstances et des aléas de l'histoire. Chacun aura "sa" vérité … qui sera, par définition, éphémère et aléatoire car cette vérité est 'unique'.

"Combien de vérité supporte, combien de vérité ose un esprit? C'est ce qui est devenu pour moi, de plus en plus, la véritable mesure des valeurs. L'erreur (la foi en l'idéal) n'est pas de l'aveuglement, l'erreur est de la lâcheté … Chaque conquête, chaque pas en avant dans la connaissance découle du courage, de la dureté envers soi, de la propreté envers soi." Sigmund Freud

Eléments bibliographiques

- A. Boudarhain, Le Droit du Travail au Maroc, Tome II, La Société d'Edition et de Diffusion Al Madariss, 2ème édition, 2010, pages 556 à 641.
- V. Collard, La résolution des conflits en matière de négociation collective transnationale – Quel rôle pour la médiation ?, mémoire de fin d'études, Institut de Formation à la Médiation et à la Négociation, Institut Catholique de Paris, 2013.
- Coll. B. Lardy-Pélissier, J. Pélissier, A. Roset, L. Tholy, Le Nouveau Code du Travail Annoté, 32ème édition, Groupe Revue Fiduciaire, Paris, 2012.
- Coll., Henri La Fontaine, Prix Nobel de la Paix, Un belge épris de justice, Editions Racine, Bruxelles, 2012.
- Commission européenne, Document de travail des Services de la Commission sur le fonctionnement et le potentiel du dialogue social sectoriel européen (SEC 2010-964, final), 2010.
- Conseil Economique et Social, Prévention et résolution amiable des conflits collectifs du travail, Rapport au CESE, auto-saisine n°6/2012, Rabat, 2012.
- E. Delattre, La procédure de médiation et de conciliation sociale en Belgique, Ministère fédéral de l'Emploi, du Travail et de la Concertation sociale du royaume de Belgique, 2004.
- P. Durand, La conciliation et la médiation des conflits collectifs du travail, in 'Techniques de médiation et de conciliation', Bulletin international des sciences sociales, vol.X, n°4, 1958, p. 578 à 641.

- M. Miné, Le Droit du Travail en pratique, 24ème édition, Eyrolles, Paris, 2012.
- A. Nouh, Les institutions coutumières en Kabylie et au M'Zab, une voie de médiation rapide et efficace pour le règlement des litiges par conciliation, communication lors du Colloque International 'Les modes alternatifs de règlement des conflits', 6 et 7 mai 2014, Université d'Alger 1 Benyoucef Benkhedda.
- Union Générale des Travailleurs Algériens – UGTA, Secrétariat Général, Conclusions des Groupes de travail endossées par la 16ème Tripartite, 23 février 2014.

DE L'IMPORTANCE DU CHOIX DE L'ARBITRE

Dalila ZENNAKI
Professeur, Université d'Oran

L'arbitrage est devenu l'un des principaux mécanismes[1] de la résolution des litiges notamment du commerce international[2], « l'arbitre est devenu le juge exclusif, voire naturel, du commerce international »[3]. La question qui se pose au début de chaque arbitrage et qui est primordiale est : quel arbitre choisir ? A cet effet un adage rappelle « tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage ». Aussi le choix des arbitres et les qualités requises de celui-ci sont-elles primordiales quant à l'issue du règlement du différend, c'est sur l'arbitre que se concentrent l'attention et les espoirs des parties.

En effet, la question des qualités requises des arbitres était quelque peu négligée par le passé du fait que l'arbitrage était du ressort des académiciens . Ainsi donc, dans la mesure où ces qualités semblaient évidentes, les questions essentielles étaient plutôt relatives à la reconnaissance de la légitimité de l'arbitrage et aux avantages de celui-ci par rapport à la procédure judiciaire étatique. Actuellement, les qualités de l'arbitre constituent les préoccupations essentielles des parties au litige et même des institutions arbitrales[4].

---

[1] Même si les entreprises préfèrent recourir à l'arbitrage, il ne s'agit pas de l'unique instrument de règlement des litiges puisque les entreprises hésitent sur le choix du système le plus approprié au règlement de leur différend, lequel choix varie en fonction des circonstances.

[2] Les clauses compromissoires sont présentes dans la majorité des contrats internationaux du commerce.

[3] L'arbitrage international est-il encore véritablement un mode alternatif de règlement des différends ?, RTD com, avril-juin 2012, n°2, p 228.

[4] D.P. Fernandez Arroyo, Les qualités des arbitres, in Cahiers de droit de l'entreprise, n°4, Juillet 2012, p 19.

Aussi, les principales qualités requises de l'arbitre font actuellement l'objet de règles dans les différentes réglementations, qu'elles soient nationales ou internationales. D'une façon générale ces différentes règles se ressemblent mais leur mises en œuvre n'est pas toujours aisée, puisque faisant l'objet d'appréciations multiples qui peuvent diverger.

Ces qualités requises des arbitres sont principalement relatives à leur conduite, c'est-à-dire leur crédibilité appréciée en fonction de la confiance que leur accordent les institutions arbitrales à l'origine de leur nomination comme arbitres ainsi que de la confiance que leur manifestent les parties au différend soumis à l'arbitrage. Cette confiance semble à priori être le point central quant au choix de l'arbitre.

Le recours à l'arbitrage est en principe toujours volontaire[5], d'où le principe de la liberté des parties quant à leur désignation. Pourtant, le choix des arbitres n'est pas toujours aisé, étant donné le nombre grandissant des arbitres et la diversité de leurs spécialités d'une part, et le recours croissant à l'arbitrage d'autre part.

Aussi notre travail s'articule autour de deux questions : la liberté des parties quant à la désignation des arbitres et l'importance des qualités de l'arbitre lors de cette désignation, qualités qui jouent un rôle fondamental quant à la consolidation de la légitimité de l'arbitrage.

I- La liberté de choix de l'arbitre par les parties

Si d'une façon générale, les parties ont la liberté de désigner leurs arbitres, il arrive que cette désignation souffre de difficultés d'où l'intervention soit des tribunaux étatiques, soit des centres d'arbitrage.

[5] Ce qui n'est pas le cas en matière de règlement des litiges par les tribunaux étatiques où les justiciables ne choisissent pas les juges qui examinent leur affaire.

La liberté des parties dans la désignation de leurs arbitres est consacrée aussi bien par le droit des états que par le droit conventionnel ou les règlements d'arbitrage.

Toutefois cette liberté de choix des parties n'est pas illimitée ; des limites y sont apportées soit par les droits nationaux eux-mêmes, soit par la pratique arbitrale.

Il arrive que la désignation des arbitres fasse l'objet de difficultés, et dans ces hypothèses elle peut échapper aux parties pour être soumise soit aux tribunaux nationaux comme cela est prévu dans les codes algérien, marocain et tunisien, soit aux centres d'arbitrage .

Aussi cette partie s'articulera autour de deux questions : d'une part la liberté de principe des parties quant au choix de leurs arbitres et d'autre part les limites à cette liberté.

A- La liberté de principe des parties quant a la désignation de l'arbitre

Le libre choix des parties de leur arbitre est consacré aussi bien par les droits étatiques que par le droit conventionnel et les règlements d'arbitrage

1 -La liberté de la désignation de l'arbitre dans les droits étatiques

Tous les systèmes juridiques étatiques consacrent la priorité de la liberté des parties quant à la désignation de leur arbitre[6], spécialement en matière d'arbitrage interne.

Concernant les droits étatiques, cette autonomie des parties est explicitement consacrée dans les pays du Maghreb, telle que l'article 1041 du Code de procédure civile et administrative

[6] Articles 1006 al 1,1007 et 1011 du Code de procédure civile et administrative (CPCA) ; article 327-2 du Code de procédure civile marocain.

algérien ou l'article 327-41 alinéa 1 du code de procédure civile marocain ou enfin l'article 52 du Code d'arbitrage tunisien.

Cette volonté des parties est également règlementée en matière d'arbitrage international par des dispositions spécifiques[7].

a. En matière d'arbitrage interne

Le législateur algérien distingue, en matière d'arbitrage interne, la clause compromissoire[8] et le compromis[9]. En dehors de leur principale distinction, qui est le moment où elles interviennent dans le rapport des parties, il n'y a pas en matière de désignation des arbitres, d'intérêt à leur distinction, d'ailleurs en droit français il est fait référence à la convention d'arbitrage depuis le décret 2011 du 3/1/2011[10], et cela que ce soit pour un litige éventuel ou un litige déjà né. Il convient de signaler que le premier chapitre du Code de procédure civile et administrative algérien est intitulé « Des conventions d'arbitrage », mais le législateur ne donne aucune définition de ce qu'il entend par convention d'arbitrage.

En effet que ce soit pour la clause compromissoire ou pour le compromis, il n'est pas impérativement imposé aux parties la désignation de leur arbitre. Les parties peuvent se suffire de prévoir seulement les modalités de leur désignation. Le choix est donc ouvert aux parties de désigner soit immédiatement dans la clause compromissoire ou dans le compromis, le ou les arbitres, ou de prévoir uniquement les modalités de leur désignation.

---

[7] M. Trari-Tani, l'arbitrage commercial international, p 133, éd Bruyant, 2011.
[8] Article 1007 du CPCA.
[9] Article 1011 du CPCA.
[10] Article 1442 du CPC en droit interne et article 1507 du CPC en droit international.

En matière de clause compromissoire, la non exigence des noms des arbitres est logique, puisqu'aucun litige n'oppose encore les parties et qu'elles ignorent l'éventualité de celui-ci de même que la date de sa survenance ou de sa nature. Elles ne peuvent en toute logique se hasarder à désigner nominalement le ou les arbitres[11].

A travers les dispositions des articles 1008 al 2 et 1012 al 2 du CPCA apparaît la volonté du législateur algérien de consacrer le caractère contractualiste de l'arbitrage. Se pose la question du contenu, des modalités de cette désignation à insérer dans la clause compromissoire ou dans le compromis. Le législateur algérien ne s'est pas attardé sur cette question, aussi ces modalités peuvent elles être aussi variées que les circonstances de l'espèce.

Il est à noter que l'article 1009 al 1 du CPCA fait référence aussi bien aux difficultés dues au fait des parties qu'aux difficultés dans la mise en œuvre des modalités de désignation des arbitres.

Le législateur algérien ne prévoit pas le cas où les modalités de désignation des arbitres antérieurement prévues par la clause compromissoire seraient modifiées avant la survenance du litige. Ici, la logique voudrait que les parties, d'un commun accord, procèdent à un complément de leur convention, comme elles peuvent faire procéder à leur désignation par requête conjointe au président du tribunal.

Le président du tribunal doit dans l'exercice de sa mission, se limiter à la convention des parties, par exemple si la clause compromissoire prévoit sa compétence pour la désignation du troisième arbitre, il ne peut pas nommer l'arbitre choisi par les parties conformément à l'article 1009 alinéa 1 du CPCA.

[11] J.Robert, L'arbitrage-droit interne, droit international privé, p 66 et s, Dalloz, 6ème éd.

Dans le cas où la clause compromissoire serait nulle ou insuffisante, le président du tribunal « le constate et déclare n'y avoir pas lieu à désigner » (article 1009 al 2 du CPCA).

En ce qui concerne la nullité de la clause, il s'agit seulement de la constatation de cette nullité, le juge n'ayant pas à juger la clause ; il ne peut procéder à aucun examen de fond et doit se contenter d'une « constatation », qui ne doit pas empiéter sur les prérogatives de l'arbitre, lequel est investi du pouvoir d'apprécier la validité de son investiture.

Quant à l'insuffisance de la clause compromissoire, elle ne permet pas au juge de désigner le ou les arbitres pour la constitution du tribunal arbitral.

L'insuffisance de la clause compromissoire peut revêtir différents aspects, il en est ainsi par exemple lorsque cette clause n'a aucun rapport avec la convention principale.

En matière de désignation de l'arbitre dans le compromis, l'article 1012 al 1 du CPCA semble à priori plus rigoureux quand il fait état de l'exigence dans le compromis du nom des arbitres. Mais la rigueur de cet article est tempérée par la validité du compromis portant uniquement l'indication des modalités de désignation des arbitres.

Cette souplesse du droit algérien à l'égard de la désignation de l'arbitre est intéressante dans la mesure où les parties jouissent d'une certaine liberté dans ce domaine. Le législateur algérien se montre quand même plus libéral que nombre de législations arabes. Il se rapproche du droit marocain[12] en la matière où la désignation de l'arbitre ou des arbitres est exigée sous peine de nullité. Le code tunisien est beaucoup plus restrictif de cette liberté, même s'il accorde implicitement la

[12] Article 317§2 du Code de procédure civile marocain.

primauté à la convention des parties, il opte pour l'application de la réglementation tunisienne pour tout litige où la loi tunisienne a été choisie par les parties ou le tribunal arbitral et pour les arbitrages dont le siège se situe en Tunisie (article 47.2)

Toutefois, contrairement à la désignation de l'arbitre dans la clause compromissoire qui peut être qualifiée de désignation contractuelle, l'intervention du judiciaire n'apparait que sporadiquement (difficultés des parties dans le choix des modalités de désignation), pour la désignation de l'arbitre. Dans le compromis, l'intervention du judiciaire est plus palpable puisque lorsque l'arbitre n'accepte pas sa mission, ce ne sont pas les parties qui désignent un nouvel arbitre; cette mission revient au président du tribunal compétent statuant par ordonnance (article 1012 al 3 du CPCA).

b. La désignation de l'arbitre en matière d'arbitrage international

Le code de procédure civile et administrative algérien définit l'arbitrage international d'une manière surprenante: « est international l'arbitrage qui connait des litiges relatifs à des interets économiques d'au moins deux états » (article 1039). Cette définition laisse supposer que l'arbitrage international est relatif à des rapports d'ordre étatique et relèverait donc du droit public, ce qui n'est pas réellement le cas puisque les opérateurs économiques privés algériens participent de plus en plus aux opérations du commerce international. D'ailleurs il est à relever dans cette définition « la notion intérêts économiques », ce qui met en évidence le caractère économique de l'arbitrage international. Peut être que par cette définition malencontreuse de l'article 1039, le législateur voulait seulement préciser qu'était international l'arbitrage qui se traite économiquement dans plusieurs pays. Il a opté ici pour des critères objectifs, la volonté des parties dans la qualification internationale de l'arbitrage

n'ayant aucun effet. Toujours est-il que cette définition est maladroite et doit être revue en y incluant les rapports privés commerciaux des opérateurs économiques.

Selon l'article 1041 al 1 du CPCA algérien, la désignation des arbitres peut se faire dans la convention d'arbitrage ou intervenir d'une façon distincte de cette convention. Cet article énonce à cet effet que « les parties peuvent…désigner le ou les arbitres… ». Il édicte également que la désignation peut se faire: « par référence à un règlement d'arbitrage ». Aussi ce règlement devient il la convention d'arbitrage elle-même et les modalités qu'il prévoit seront celles dont les parties ont indirectement convenu.

En matière d'arbitrage international, la convention d'arbitrage peut se rapporter soit a un litige futur, soit à un litige présent, il n'ya pas ici de distinction, contrairement à ce qui existe en matière d'arbitrage interne

2 - La liberté de désignation de l'arbitre dans l'arbitrage conventionnel et dans les règlements institutionnels

En matière d'arbitrage conventionnel, cette autonomie des parties dans la désignation des arbitres est également consacrée, même si ce n'est pas de façon aussi explicite que dans les droits nationaux. Elle se retrouve notamment dans la convention de New York (article V §1), la convention de Washington (articles 37 et 40), la convention de Nouakchott (articles 12 et 13).

Il en va de même dans les règlements d'arbitrage, dont le règlement de la CCI ou le règlement euro-arabe.

Le règlement euro-arabe opte pour la règle de la liberté des parties quant à la désignation de l'arbitre (article 21).

Quant au règlement de la CCI, il opte pour la règle de l'autonomie des parties dans la désignation de l'arbitre de façon explicite (articles 7 à 12) ;

Enfin le règlement de conciliation et d'arbitrage de Tunis pose la règle de la primauté de la liberté de choix des parties et ce n'est qu'en cas de défaillance de ces dernières que le Conseil scientifique de conciliation et d'arbitrage se mêle de cette désignation.

B- Les limites a la libre désignation de l'arbitre par les parties

La limitation de la liberté de choix des parties n'est pas toujours néfaste, elle permet de garantir une certaine sécurité à l'arbitrage.

Certaines limitations à la désignation de l'arbitre portent une atteinte directe à la liberté des parties alors que d'autres ont un rapport avec la sécurité qui doit caractériser l'arbitrage.

Les parties peuvent se contenter de prévoir qu'en cas de défaut d'accord des parties sur la désignation des arbitres, ou en cas de difficulté dans la mise en œuvre des modalités de leur désignation, ceux-ci seront désignés par une juridiction déterminée, conformément à ce qui est prévu dans l'article 1009 du CPCA. La désignation de l'arbitre peut également être le fait d'un tiers lorsque des difficultés surviennent dans la désignation ou en cas de défaut de désignation[13].

Ce tiers est selon le droit algérien soit le président du tribunal du lieu de l'arbitrage lorsque l'arbitrage se situe en Algérie, soit le président du tribunal d'Alger quant l'arbitrage « se situe à l'étranger et à l'égard duquel les parties ont prévu l'application des règles de procédure en vigueur en Algérie ». Si la juridiction compétente n'est pas désignée, le tribunal compétent est celui du lieu de conclusion ou d'exécution du contrat (article 1042 du CPCA algérien). Cet article n'est pas clair. Peut être que le législateur voulait donner une solution

[13] Article 1041 du CPCA.

dans l'hypothèse où les parties n'auraient pas désigné le siège de l'arbitrage, et dans cette hypothèse, ce sera le lieu de conclusion ou d'exécution de la convention d'arbitrage.

Cette intervention du président du tribunal est complémentaire aux dispositions strictement contractuelles des articles 1008 al 2 et 1012 al 2 du CPCA et a pour objet de faciliter aux parties la résolution de leurs difficultés, car les dispositions contractuelles, aussi précises soient elles, ne peuvent pas toujours tout prévoir. Il n'a pas été prévu d'appel, ni de pourvoi contre l'ordonnance du président du tribunal étatique.

C'est le caractère international de cet arbitrage qui peut avoir lieu à l'étranger qui rend difficile l'application prévue pour la désignation des arbitres en droit interne.

Même si la plupart des pays arabes reconnaissent le libre choix des parties quant à la désignation de leur arbitre, certains droits arabes ne sont pas favorables à cette prérogative reconnaissant aux parties la liberté de choisir leur arbitre.

La réticence de certains pays arabes quant à la désignation de l'arbitre par le biais de l'établissement de règles spécifiques, peut s'expliquer notamment par les « célèbres » « sentences pétrolières » rendues contre l'Arabie Saoudite et contre la Libye. En Arabie Saoudite cette hostilité quant à la désignation des arbitres remonte aux sentences en matière pétrolière rendues dans les années soixante et qui condamnaient l'Arabie Saoudite et éloignaient l'application de la charia, dont l'affaire Aramco[14] rendue en 1958. Il en va de même pour la Libye avec les sentences pétrolières rendues entre 1973 et 1977[15] et qui

[14] Battifol et Lagarde, La sentence Aramco et le droit international privé, Rev crit D.I.P, 1964, 647.

[15] BP Exploration c. Gvt. R.A Lybie, 1973, Rev. Arb. 1980, n°1, p 132 et s ; Liamco c. Gvt R A Libye en 1977, Rev. Arb., 1980, 117 et s.

excluaient l'application du droit libyen au profit d'un principe général de droit, prétextant de l'insuffisance des droits arabes. Ces sentences ont entraînés de la part de nombreux pays arabes, une hostilité à l'arbitrage international et par conséquent ont procédé à une limitation de la liberté de désignation des arbitres en rapport avec leur nationalité.

Même si l'avènement des réformes législatives dans les pays arabes a fait évoluer la vision des arbitres internationaux quant à l'application des droits arabes, la question du choix de l'arbitre revêt toujours son importance à l'heure de la «commercialisation »[16] de l'arbitrage international. Il est en effet dommage de constater que certains arbitres adoptent souvent des positions éloignées de toutes préoccupations scientifiques alors que l'arbitre, surtout en matière d'arbitrage international bénéficie de plus en plus d'indépendance par rapport aux juges. Aussi le choix de l'arbitre reste-t-il essentiel et ceci, que les parties recourent à l'arbitrage institutionnel avec la création tant décriée de tels nouveaux centres ou nouvelles institutions d'arbitrages[17], ou à l'arbitrage ad hoc où certains arbitres méconnaissent toute déontologie[18].

C'est ainsi que le droit Saoudien soumet à l'homologation judiciaire le choix des arbitres fait par les parties. La juridiction chargée de l'homologation peut même refuser le choix des arbitres désignés par les parties et contraindre ces dernières à en désigner d'autres. Il y a une remise en cause de l'autonomie de la volonté des parties par cette procédure de l'homologation ; le système Saoudien remet en cause l'autonomie de l'arbitrage par

[16] P Lalive, Sur une « commercialisation » de l'arbitrage international, Liber Amicorum Claude Reynaud, autour de l'arbitrage, p 167 et s, Litec 2004.
[17] P Lalive, op., cit., p 169.
[18] Idem.

rapport aux juridictions étatiques, il est donc inadapté à la résolution des différends internationaux.

La procédure d'homologation du document arbitral est en effet également étendue à toutes les conventions d'arbitrage internationales qui ont un rapport avec l'Arabie Saoudite, même celles qui s'exécutent à l'étranger. De cette façon le droit saoudien viole les dispositions de l'article V-I-d de la convention de New York qui met l'accent sur la priorité à accorder à la convention d'arbitrage des parties, pourtant l'Arabie Saoudite a adhérer à cette convention de New York[19].

La loi koweitienne n° 11 de 1995 relative à l'arbitrage judiciaire en matière civile et commerciale a créé au siège de la cour d'appel un ou plusieurs conseils d'arbitrages composés de trois magistrats et de deux arbitres. Les trois arbitres magistrats sont désignés par le conseil supérieur de la magistrature et les deux arbitres choisis par les parties. Plus grave encore, la présidence du conseil d'arbitrage est attribuée au juge ayant le plus d'ancienneté dans la magistrature. Il y a donc dans cette composition une majorité de magistrats qui vont peser de tout leur poids lors du délibéré alors que les deux arbitres nommés par les parties n'ont plus qu'un rôle consultatif. Il est à noter qu'aussi bien l'arbitrage international que l'arbitrage interne sont soumis à cette composante.

Parmi les autres moyens susceptibles de limiter le libre choix des parties il y a la condition de l'exigence que l'arbitre soit une personne physique. C'est ainsi que le code d'arbitrage tunisien dans son article 10 alinéa 1 fait état de cette condition aussi bien en matière d'arbitrage interne qu'international. L'alinéa 2 de ce même article précise que si la convention d'arbitrage a désigné une personne morale sa mission se limite à

[19] Cette adhésion a eu lieu en 1994.

désigner le tribunal arbitral et que si l'arbitre désigné par la personne morale est un agent de l'état, il doit obtenir l'autorisation de l'autorité compétente. De plus, il pose comme principe la règle supplétive du nombre impair des arbitres (article 51.1 du CTA) sauf convention contraire. Mais là aussi le code tunisien restreint l'autonomie des parties dans l'hypothèse où elles désignent chacune son arbitre car le président sera désigné par ces deux arbitres et non pas par les parties.

Le droit algérien parait beaucoup plus libéral puisque les parties peuvent désigner le ou les arbitres ou prévoir les modalités de leur désignation. De plus, les parties peuvent soumettre leurs différends à une personne morale et ceci aussi bien en matière d'arbitrage interne conformément à l'article 1014 al 2 du CPCA qui, permet expressément la désignation d'une personne morale comme arbitre en matière d'arbitrage interne, qu'en matière d'arbitrage international puisqu' aucun texte relatif à l'arbitrage international ne fait état de la question ; aucune limitation n'étant apportée à la nature de la personne de l'arbitre, celui-ci peut aussi bien être une personne physique qu'une personne morale. Dans le cas ou elle serait une personne morale, il appartient à cette dernière de désigner un ou plusieurs de ses membres en qualité d'arbitre (article 1014).

Il en va différemment en droit marocain qui exige que « la mission d'arbitrage ne peut être confiée qu'à une personne physique… » (Article 320 al 1 du Code de procédure civile). Il rejoint le code tunisien puisque l'alinéa 2 de ce même article 320 dispose qu'en cas de désignation d'une personne morale « celle-ci ne dispose que du pouvoir d'organiser et d'assurer le bon déroulement de l'arbitrage ». De plus l'article 321 nouveau, en matière d'arbitrage interne, oblige les personnes physiques qui exercent habituellement ou de façon permanente des

missions d'arbitre, de faire une déclaration au procureur général près la cour d'appel qui les inscrits sur une liste.

Le droit libanais adopte la même solution que le droit algérien pour l'arbitrage international, mais des restrictions sont apportées en matière d'arbitrage interne puisque l'article 768 du CPC libanais dispose : « la mission d'arbitre ne peut être confiée qu'à une personne physique et si la convention d'arbitrage désigne une personne morale, la mission de celle-ci sera limitée à l'organisation de l'arbitrage ». Il apparaît que le code de procédure civile et administrative algérien est le plus respectueux de la liberté des parties en ce domaine puisqu' en cas de désignation par les parties d'une personne morale, celle-ci choisit les arbitres parmi ses membres.

Les lois libyennes, syriennes et saoudiennes sont muettes sur la question de savoir si une personne morale peut être désignée comme arbitre.

Une autre limitation à la liberté des parties existe encore, celle-ci en rapport avec le nombre des arbitres. En effet, souvent en matière d'arbitrage, est imposé un nombre impair d'arbitres et ceci dans le souci de pouvoir départager deux arbitres dont les avis ne concordent pas.

Pourtant en matière d'arbitrage international, certaines législations accordent aux parties la liberté du nombre des arbitres, allant ainsi dans le sens de la loi type de la CNUDCI[20], comme c'est le cas par exemple en droit libanais (article 810 CPC). Au contraire le droit algérien, dans l'article 1017 du CPCA impose un nombre impair d'arbitres, dans l'arbitrage interne, à l'instar des droits syrien, égyptien et jordanien.

[20] Le règlement de la CCI va dans le même sens (art 7 à 12).

Par contre en matière d'arbitrage international il n'y a pas de limitation dans le Code de procédure civile et administrative algérien à la liberté des parties quant au nombre des arbitres ; l'article 1041 étant rédigé de façon très large et aucune allusion n'y est faite sur la question du nombre impair des arbitres. Ici le législateur n'a pas envisagé de solution dans l'hypothèse où les parties choisissent un nombre pair d'arbitres. Comment résoudre le problème en présence d'une telle situation ? Une disposition législative est nécessaire ici.

Quant au droit marocain, le nombre des arbitres est réglé différemment en matière d'arbitrage ad hoc et d'arbitrage institutionnel. En effet même si l'alinéa 1 de l'article 327-2 du CPC marocain semble à priori prêter à équivoque quand il dispose que « …les parties sont libres de fixer les modalités de désignation et le nombre… » (des arbitres), cette équivoque est levée par l'article 327-4 al 1 du même code en matière d'arbitrage ad hoc où est exigé un nombre impair. Par contre la condition de l'imparité n'existe pas en matière d'arbitrage institutionnel (art 327-4 al 2 du CPC).

Les conventions de Nouakchott (art 13) et de Washington (art 37) posent comme principe l'imparité, mais les parties peuvent opter pour un arbitre unique, contrairement au règlement algéro-français qui exige un collège de trois arbitres. En effet, paradoxalement le règlement Algéro-français opte pour un collège de trois arbitres ; il y a ici une certaine limite à cette liberté. De même que la désignation du troisième arbitre ne se fait pas librement, ce règlement prévoyant que le président du tribunal arbitral sera tiré au sort par les co-arbitres sur une liste de dix arbitres dont la compétence et l'impartialité auraient été reconnues par les deux co-arbitres. Les dix arbitres de la liste ne devant avoir ni la nationalité algérienne ni la nationalité

française. Cette intransigeance du règlement sur l'imparité pourrait trouver son explication dans la méfiance qu'avait l'état algérien à cette époque à l'égard de l'arbitre unique.

II- Les qualités requises pour le choix de l'arbitre

L'arbitre statue en dernier recours et de fait sa responsabilité est grande d'où la justification des qualités qu'il doit cumuler pour mener efficacement la procédure arbitrale. Malgré cela, il est constaté de plus en plus de contestations lors de la désignation des arbitres, contestations portant essentiellement sur des conflits d'intérêts, ce qui met en danger la confiance à l'égard de l'activité arbitrale.

Le choix de l'arbitre se fait sur la base de différents critères dont les uns sont objectifs et les autres subjectifs. Ces critères varient en fonction de l'attente des parties.

A- Les qualités objectives de l'arbitre

1 -La spécialité de l arbitre

L'arbitre doit, de préférence, être un juriste (professeur de droit, avocat, conseil juridique, juge à la retraite…). Dans les litiges où l'importance des questions à résoudre est d'ordre technique, rien n'empêche la désignation d'un arbitre spécialisé dans le domaine comme un ingénieur ou autre. Mais il est préférable que l'arbitre soit un juriste, car pour les questions techniques il peut recourir à des experts du domaine concerné par le différend.

2. La nationalité de l'arbitre

C'est un critère qui a son importance dans le choix de l'arbitre surtout en matière d'arbitrage lié aux intérêts du commerce international.

Les parties peuvent désigner des arbitres de la nationalité qu'elles veulent, mais généralement une partie nomme un co-

arbitre de la même nationalité qu'elle, pensant qu'il serait plus attentif à ses préoccupations.

A cet effet il est souvent mentionné qu'il est préférable de nommer un arbitre de nationalité différente de celles des parties. Dans le même sens l'article 6-4 du règlement de la CNUDCI suggère la nomination par l'autorité de nomination d'un arbitre de nationalité différente de celle des parties.

Certains règlements institutionnels arabes vont dans ce sens ; c'est ainsi que l'article 2-1 de la chambre de commerce et d'industrie de Beyrouth dispose : « la cour d'arbitrage… nomme ou confirme les arbitres… en tenant compte de leurs nationalités, de leurs appartenances ou de leurs résidences par rapport aux pays auxquels ressortissent les parties ou leurs arbitres ».

L'article 11 de la charte du centre du CCG fait état d'une liste d'arbitres au niveau du centre, préparée par les chambres de commerce et industrie des états membres du conseil et les parties peuvent choisir leurs arbitres sur cette liste ou en dehors de celle-ci.

Le législateur algérien, dans le nouveau code de procédure civile et administrative ne fait plus mention de la limitation relative à la nationalité de l'arbitre, alors que, comme cela a déjà été relevé précédemment, pour le règlement algéro-français au contraire, les arbitres composant le tribunal arbitral ne doivent être ni de nationalité algérienne, ni de nationalité française. Ie code de procédure civile marocain adopte la même attitude que le code de procédure civile et administrative algérienne.

Le règlement de la CCI permet aux parties de choisir des co arbitres de même nationalité qu'elles. Toutefois, pour le président du tribunal arbitral et pour l'arbitre unique il impose

qu'il soit de nationalité différente de celle des parties au litige (article 13.5), ceci permettant d'assurer une neutralité de ces arbitres. Cette règle est toutefois atténuée en permettant aux parties de choisir l'arbitre unique ou le président du tribunal arbitral de la même nationalité que celle de l'une des parties « si les circonstances le justifient et qu'aucune partie ne s'y oppose… »

3. La langue de l'arbitrage

Il est préférable que l'arbitre maitrise la langue de l'arbitrage. Cela n'est pas uniquement vrai en matière d'arbitrage international mais aussi en matière d'arbitrage interne, lorsque le dossier à traiter comprend des documents rédigés dans une autre langue ; la traduction ne reflétant pas souvent le document original. Le code de procédure civile et administrative algérien ne fait nullement mention de la langue de la procédure arbitrale. Une telle question est pourtant importante dans l'arbitrage international. Aussi il aurait été judicieux d'insérer une disposition relative aux solutions dans l'hypothèse où les parties ne se seraient pas entendues sur le choix de la langue de la procédure. A cet effet plusieurs solutions pourraient être envisagées tels la langue du contrat, ou le choix de la langue du tribunal arbitral en tenant compte de certains paramètres.

En matière d'arbitrage institutionnel, le règlement d'arbitrage de la CCI (article 16) de même que la loi type de la CNUDCI (article 22 de la loi type) font état de cette situation en prévoyant que le tribunal arbitral déterminera la langue de la procédure.

4. Le droit applicable

La connaissance du droit applicable à l'arbitrage est souhaitable, l'arbitre devant au moins connaitre le fonctionnement des deux systèmes de droit les plus connus. Quand aux usages du commerce international, leur connaissance est essentielle par les arbitres, étant donné la multiplication de leur application dans les litiges du commerce international

5. La compétence et l'expérience

Il est important que l'arbitre connaisse les procédures d'arbitrage, d'autant plus qu'elles sont de plus en plus complexes.

Nombre de règlements d'arbitrage mettent l'accent sur la compétence de l'arbitre. Ainsi l'article 13.1 du règlement de la CCI prévoit : « lors de la nomination ou confirmation d'un arbitre la cour tient compte de la disponibilité et de l'aptitude de l'arbitre à conduire l'arbitrage conformément au présent règlement… » De même l'article 5.5 du règlement LCIA dispose que « lors de la désignation des arbitres, une attention toute particulière est portée à la nature de la transaction, la nature et les circonstances du différend… ». Aussi d'une façon générale, la désignation par les institutions arbitrales participe en principe à garantir la compétence et l'indépendance des arbitres.

L'expérience de l'arbitre est encore plus nécessaire dans l'arbitrage ad 'hoc que dans l'arbitrage institutionnel puisque, dans ce dernier cas, le centre d'arbitrage peut intervenir pour résoudre les difficultés qui pourraient survenir. C'est particulièrement pour le président du tribunal arbitral que l'expérience est primordiale dans la mesure où elle permet de résoudre facilement les incidents de procédure.

Certains pays mettent l'accent sur l'expérience de l'arbitre. Il en est ainsi de la loi tunisienne qui exige dans son article 10 que

l'arbitre soit « compétent ». La question qui se pose est comment juger de la compétence de l'arbitre et sur quels critères ?

L'article 4 du décret règlementaire de 1985 de l'Arabie Saoudite dispose que l'arbitre doit être expérimenté, de bonnes mœurs et jouir de la pleine capacité. Là aussi comment apprécier l'expérience de l'arbitre. S'agit-il de son expérience en tant qu'arbitre ou d'autres expériences acquises en tant que praticien, conseil, etc. Qui peut également apprécier l'expérience et la compétence de l'arbitre ? L'appréciation doit-elle relever des autres arbitres qu'il a côtoyés lors de précédents arbitrages ? C'est vrai que les co-arbitres seraient enclins à désigner un président avec lequel ils ont eu des affinités lors de litiges antérieurs; mais là se pose alors le délicat problème de l'obligation de révélation des liens existants entre les arbitres constituant un même tribunal arbitral.

L'article 1044 du CPCA traite de la compétence du tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence, mais rien n'est dit sur quoi repose la légitimité du tribunal arbitral de statuer sur sa propre compétence. La solution se justifie certes par le caractère détachable de la clause d'arbitrage par rapport au contrat qui la prévoit et la partie qui conteste cette compétence, doit quand même s'en remettre, d'abord à l'arbitre pour pouvoir par la suite contester sa compétence. Toutefois rien n'est prévu quant au contrôle de la décision de l'arbitre sur sa compétence, qu'il se soit déclaré compétent ou incompétent. Là aussi il aurait été nécessaire que le législateur soit plus explicite.

6 L'égalité de traitement des parties

Il n'y a pas de dispositions dans le code de procédure civile et administrative algérien relative au principe de l'égalité de traitement des parties en matière de conduite de la procédure arbitrale. Pourtant la crédibilité de l'arbitre repose sur le respect

de ce principe qui touche les intérêts fondamentaux des parties. Certes ce principe transparait à travers certains articles du texte algérien sur l'arbitrage (article …) mais étant donné son importance, une disposition particulière devrait lui être consacrée

B- Les qualités subjectives de l'arbitre

Il s'agit de l'indépendance et de l'impartialité de l'arbitre et corrélativement de son obligation de révélation ainsi que de la disponibilité de l'arbitre

1. Indépendance et impartialité

Ces deux conditions sont complémentaires tout en étant distinctes. L'indépendance de l'arbitre signifie que celui-ci n'entretient aucune relation avec l'une des parties au litige soumis à l'arbitrage, donc l'indépendance s'exprime par rapport aux parties. Quant à l'impartialité, elle signifie que l'arbitre n'a pas d'idée préconçue au sujet du litige qui lui est soumis. Donc contrairement à l'indépendance qui est une notion plutôt objective et qui s'apprécie par rapport aux parties, l'impartialité est une notion plus subjective et s'apprécie par rapport à la matière de l'arbitrage. C'est pourquoi l'indépendance peut facilement être décelée, l'impartialité est plus difficile à apprécier étant donné son caractère subjectif. Toutefois, l'indépendance participe à l'appréciation de l'impartialité même si la partialité peut exister en dehors de toute dépendance.

L'indépendance de l'arbitre est le corollaire de son pouvoir juridictionnel, sa sentence étant un acte juridictionnel. La jurisprudence française a souligné à cet effet que l'indépendance d'esprit est indispensable à l'exercice du pouvoir juridictionnel, quelle qu'en soit la source, qu'elle est l'une des qualités essentielles des arbitres »[21]. Elle estime que l'indépendance et

[21] Cass. Civ. 2ème, 13/4/1972, Rev, Arb, 1975, 235.

l'impartialité sont de « l'essence même de la fonction arbitrale »[22]

Ces deux qualités sont certes indispensables à toutes les fonctions juridictionnelles, mais elles prennent une dimension particulière en matière d'arbitrage où les arbitres sont tenus de révéler toutes les situations de nature à porter atteinte à leur indépendance et à leur impartialité alors que pour le juge étatique ces qualités n'ont pas à être démontrées, elles sont sensées exister[23].

Ces deux qualités sont d'autant plus importantes que l'annulation de la sentence arbitrale qui intervient essentiellement à la suite d'un contrôle de l'indépendance et de l'impartialité emporte de lourdes conséquences ; elle efface une procédure privée qui peut avoir couté beaucoup d'argent et de temps[24], c'est pourquoi nombre de législations étatiques et de règlement d'arbitrage y font référence.

a. Dans les lois étatiques

De nombreuses lois étatiques se sont inspirées de la loi type de la CNUDCI dont elles reprennent l'article 12-2 selon lequel un arbitre ne peut être récusé que s'il y a des doutes légitimes concernant son impartialité ou son indépendance. C'est ainsi que le code tunisien de l'arbitrage fait état de ces deux obligations dans son article 10 al 1 in fine dans les dispositions communes. Ces deux obligations sont reprises par le code tunisien de l'arbitrage aussi bien en matière d'arbitrage interne[25] qu'en matière d'arbitrage international[26].

---

[22] Cass civ 1er, 16/3/1999, D. 1999 jp p. 497.

[23] J-A Diaz, Indépendance, neutralité et professionnalisme des arbitres, cahiers de droit de l'entreprise, n°4, Juillet-Aout 2012 p 29.

[24] A cet effet la cci a publié les techniques pour maitriser le temps et le cout de l'arbitrage, publication CCI n° 482.

[25] Article 22 du Code tunisien de l'arbitrage.

[26] Article 57-2 du Code tunisien d'arbitrage.

De même la loi égyptienne qui s'est inspirée également de la loi type de la CNUDCI fait état « de doutes sérieux »[27] sur l'arbitre et non de doutes légitimes comme dans la loi type de la CNUDCI. Allant dans le même sens puisque s'inspirant elle aussi de la loi type de la CNUDCI, la loi jordanienne fait état de l'existence « des doutes » quant à l'indépendance ou à l'impartialité de l'arbitre.

Ces exigences, même si elles limitent la liberté des parties sont légitimes, l'arbitre ne devant avoir aucun intérêt avec les parties.

En droit algérien, l'article 1016-3eme du CPCA est plus explicite quant il dispose que l'arbitre peut être récusé « lorsque les circonstances permettent de douter légitimement de son indépendance, notamment en raison de l'existence, directe ou par personne interposée, d'intérêts, de liens économiques ou familiaux avec une partie ». Mais la partie qui a désigné l'arbitre ne peut le récuser que si elle a eu connaissance de la cause de récusation après cette désignation (article 1016 al 2 du CPCA algérien), ce qui est d'ailleurs logique, en plus d'éviter les tactiques dilatoires[28].

En matière de récusation en droit algérien, ce sont les parties qui règlent la procédure de récusation par le recours à une institution d'arbitrage ou à une autorité de nomination. A défaut c'est le juge qui statue par ordonnance à la requête de la partie la plus diligente, sans possibilité de recours.

b. Dans les règlements d'arbitrage institutionnels

Ces obligations existent dans différends règlements d'institutions arbitrales, tel le règlement d'arbitrage de la CCI (article 11.1), le règlement d'arbitrage LCIA (article 5 (2)).

---

[27] Article 18 de la loi égyptienne.

[28] Dans le même sens la jurisprudence arbitrale de la Chambre de commerce euro-arabe.

De même les lignes directrices de l'IBA posent comme principe général que « chaque arbitre doit être impartial et indépendant des parties au moment où il accepte sa nomination en tant qu'arbitre et doit le rester tout au long de l'instance arbitrale jusqu'à la sentence finale ou jusqu'à ce qu'il y soit autrement mis fin ».

L'article 10-1 du règlement de la CNUDCI exige pour la récusation de l'arbitre qu'il y ait « des circonstances de nature à soulever des doutes sérieux » sur l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre.

De même l'article 2-7 alinéa 1er du règlement de la chambre de commerce et d'industrie de Beyrouth relève que l'arbitre doit être « indépendant des parties ».

Ces deux obligations se retrouvent également dans l'article 11 de la charte du centre d'arbitrage commercial du CCG qui fait état de « l'esprit indépendant » de l'arbitre.

Par contre, d'autres législations arabes calquent les motifs de récusation des arbitres sur ceux de la récusation ou de l'empêchement du juge étatique. Il en est ainsi de celles qui ont pour but d'éviter que l'arbitre ait un lien de parenté direct ou par alliance avec l'une des parties[29], ou qu'il ait un intérêt direct ou indirect dans le litige qui oppose les deux parties à l'arbitrage[30] ou qu'il soit lié par un lien de subordination à l'une des parties au différend[31], ou qu'il ait déjà connu de l'affaire en tant qu'arbitre, ou expert, ou témoin[32] etc.

---

[29] Article 267-2 du CPC Libyen ; article 323, 3ème du CPC marocain, article 173-b du CPC syrien .

[30] Article 267-1 du CPC libyen ; article 323-2 du CPC marocain, article 174-a du CPC syrien.

[31] Article 267-5 du CPC libyen, article 323, 8ème du CPC marocain.

[32] Article 267-4 du CPC libyen ; article 323, 6ème du CPC marocain article 174-a du CPC syrien.

Enfin, plus restrictive encore, d'autres législations, non seulement calquent les motifs de récusation des arbitres sur les motifs de récusation et d'empêchement du juge, mais en plus soumettent l'appréciation de ces motifs à la charia : c'est le cas de l'Arabie Saoudite et du Qatar.

2. L'obligation de révélation

Elle consiste à obliger tout arbitre avant même de procéder à sa mission, de faire connaître aux parties, tout fait de nature à susciter des doutes dans leur esprit et ceci afin de leur permettre de concrétiser sa désignation en connaissance de cause. Cette obligation ne concerne pas seulement les liens qui existent ou qui ont existé entre l'arbitre et une des parties, mais également les liens susceptibles d'exister entre l'arbitre et les conseils des parties[33]. Cette obligation de révélation devrait être complète afin de permettre d'identifier les conflits d'intérêt et de les prévenir pour ne pas remettre en cause la constitution du tribunal arbitral[34]. Aussi, pour éviter tout risque de récusation et pour atténuer le risque d'utilisation de techniques dilatoires[35], les déclarations des arbitres faites en début et en cours d'arbitrage sont essentielles, voire obligatoires. Selon Ph Fouchard, cette obligation est « un principe fondamental de l'arbitrage institutionnel »[36].

a. L'obligation de révélation dans les lois étatiques

Cette obligation est consacrée par de nombreuses législations nationales, mais elle n'y a pas la même portée.

---

[33] Cela peut être dégagé implicitement des dispositions de l'article 1016-3 du CPC algérien quand il dispose : « …existence, directe ou par personne interposée, d'intérêts, de liens économiques… ».

[34] I. Torterola, Les conflits d'intérêts des arbitres et avocats, cahier de droit de l'entreprise, n° 4, Juillet Aout 2012, p 44.

[35] Affaire Sheikh Mahfouz, Rev. Arb., 1996, p 66, dans laquelle la déclaration d'impartialité par laquelle l'arbitre reconnait avoir rencontré le représentant d'une partie a permis de rejeter la demande de récusation dilatoire du Sheikh.

[36] Ph Fouchard, Le statut de l'arbitre dans la jurisprudence française, Rev. Arb. 1996, p 347.

Le code tunisien de l'arbitrage lui donne une grande portée dans l'article 57-1 puisqu'elle n'est pas limitée à un moment donné de la mission de l'arbitre.

En droit algérien cette obligation est consacrée par l'article 1015 al 2 du CPCA qui dispose « l'arbitre qui se sait récusable doit en informer les parties et ne peut accepter sa mission qu'avec leur accord ». L'absence de révélation constitue une violation des droits de la défense et peut entrainer la nullité de la sentence arbitrale.

Il apparaît que cette disposition de l'alinéa 2 de l'article 1015 du CPCA limite dans le temps l'obligation de révélation de l'arbitre ; elle laisse entendre que l'obligation de révélation est limitée au seul moment où l'arbitre accepte sa mission. D'ailleurs l'alinéa 1 de cet article permet de confirmer cette solution puisqu'il prévoit que « la constitution du tribunal arbitral n'est parfaite que si le ou les arbitres acceptent la mission qui leur est confiée ». Donc l'arbitre doit exécuter son obligation de révélation avant même l'enclenchement de la procédure arbitrale, c'es-à-dire avant même l'acceptation de sa mission. Certes cette obligation de révélation avant le déclenchement de la procédure arbitrale est primordiale, mais il n'en demeure pas moins que la disposition de l'article 1015 alinéa 2 est critiquable, puisque, entre le moment de l'acceptation par l'arbitre de sa mission et le moment où est rendue sa sentence, peuvent survenir des évènements de nature à entacher son indépendance et son impartialité. Heureusement que cette limitation dans le temps de l'obligation de révélation est quelque peu tempérée par les dispositions de l'article 1016 al 2 du CPCA qui dispose qu' « une partie ne peut récuser un arbitre qu'elle a désigné ou qu'elle a contribué à désigner que pour une cause dont elle a eu connaissance après cette

désignation ». Certes cette disposition n'est pas relative à l'obligation de révélation de l'arbitre, mais elle permet sa récusation pour des motifs non limitativement énumérés par l'alinéa 1-3 de l'article 1016 du CPCA et parmi lesquels l'obligation de révélation peut trouver un terrain fertile à sa mise en œuvre. Toutefois cette disposition ne couvre pas toutes les insuffisances du texte de l'article 1015 dans la mesure où les parties peuvent ne jamais prendre connaissance de faits survenus postérieurement à l'acceptation par l'arbitre de sa mission et qui seraient de nature à susciter des doutes quant à son indépendance et à son impartialité. De même que la disposition de l'article 1015 alinéa 2 du CPC algérien semble laisser le choix à l'arbitre de déterminer ce qui lui semble être de nature à se faire récuser. Il appartient au législateur et non à l'arbitre de déterminer ce qui est de nature à affecter son indépendance ou son impartialité. Il aurait été judicieux que le texte précisât que l'arbitre devrait déclarer l'ensemble des circonstances qui pourraient entrainer une suspicion quant à son indépendance et neutralité. Il faut apprécier de façon extensive son obligation de révélation c'est-à-dire que même l'existence de liens indirects avec une des parties doit être révélée, de manière à permettre à l'autre partie d'exercer son droit de récusation. Mieux encore, il serait préférable d'aller plus loin encore et de proposer que les arbitres doivent aussi révéler les liens qui existent entre eux quand ils composent le même tribunal arbitral. En effet de tels liens pourraient entacher la sentence arbitrale de subjectivité dans l'hypothèse où un arbitre voudrait ménager un autre au nom des liens existants entre eux.

Il est à noter que l'ancien article 1452 du CPC français allait dans le même sens que l'article 1015 alinéa 2 du CPCA algérien, mais la jurisprudence a remédié à sa limitation quant à l'obligation de révélation en décidant que cette obligation ne se

limitait pas au seul moment de la désignation de l'arbitre mais existe durant toute la mission de celui ci[37]. Toutefois la législation française en la matière a évolué avec le décret du 13/01/2011, l'article 1456 alinéa 2 du CPC français dispose : « il appartient à l'arbitre, avant d'accepter sa mission de révéler toutes les circonstances susceptibles d'affecter son indépendance ou son impartialité. Il lui est fait également obligation de révéler sans délais toute circonstance de même nature qui pourrait naitre après l'acceptation de sa mission ». Il est ainsi exigé une permanence de l'indépendance et de l'impartialité ainsi qu'une obligation de promptitude de l'arbitre qui doit révéler « sans délais » toute circonstance affectant son indépendance ou impartialité.

Ces règles relatives à l'obligation de révélation des arbitres sont nécessaires à la consolidation de la confiance des parties qui est le socle sur lequel repose la procédure arbitrale.
Le législateur marocain quant à lui a prévu au sujet de l'obligation de révélation, que l'arbitre doit l'exécuter au moment où il accepte sa mission (article 327-6 al 2). Donc là aussi cette obligation est limitée dans le temps, ce qui est dommage pour la protection des parties.

b. l'obligation de révélation dans les règlements d'arbitrage

Différends règlements d'arbitrage font mention de l'obligation de révélation de l'arbitre. Ainsi l'article 11 alinéa 2 du règlement d'arbitrage de la CCI de 2012 oblige l'arbitre à signer une déclaration d'indépendance et d'impartialité. De même l'International Bar Association (IBA) établit les lignes directives sur les conflits d'intérêts. Il en va de même du règlement d'arbitrage de la LCIA (article 5.2 et 5.3) et du règlement de la CNUDCI de 2010 (article 11)

[37] C A Paris, 2 juillet 1992, Rev. Arb., 1996 p 411.

Les règlements d'arbitrage vont en général dans le sens de l'article 9 du règlement de la CNUDCI qui ne limite pas dans le temps l'obligation de révélation. C'est ainsi que le règlement du centre régional du Caire pour l'arbitrage commercial international adopte la même solution, de même que le règlement de la chambre de commerce et d'industrie de Beyrouth.

Toutefois, il a été reproché aux règlements d'arbitrage institutionnels le manque de précision de la déclaration de révélation. A cet effet il a été noté : « Aujourd'hui encore, la déclaration d'impartialité et d'indépendance ne cesse d'être dépourvue de détails, ce qui ne peut que difficilement servir aux parties pour exercer de manière opportune la contestation à la constitution du tribunal arbitral[38] »

3. L'obligation de disponibilité[39]

La durée de l'arbitrage est une des principales préoccupations des parties en matière de litiges commerciaux. La disponibilité de l'arbitre permet dès le départ de procéder rapidement à la réunion du tribunal arbitral ; c'est dans ce sens que l'article 1464 alinéa 3 du CPC français impose aux arbitres et aux parties d'agir « avec célérité », ce qui participe à la disponibilité de l'arbitre.

De surcroit la disponibilité garantie des délais adaptés pour la reddition des sentences. Elle se justifie car c'est un facteur d'efficacité de l'arbitrage.

La disponibilité de l'arbitre est à tel point importante qu'elle est relevée dans la déclaration d'indépendance et d'impartialité des différends règlements d'arbitrage comme préalable à la désignation des arbitres. C'est dans ce sens que le règlement

[38] I. Torterola, op., cit., p 42.

[39] La disponibilité est une condition difficile à remplir par les juges étatiques.

d'arbitrage de la CNUDCI de 2010conseille aux parties d'inclure dans la déclaration la mention suivante « Je confirme sur la, base des informations dont je dispose actuellement, que je peux consacrer le temps nécessaire pour conduire le présent arbitrage de manière diligente et efficace dans les délais fixés par le règlement ». Il en va de même du règlement d'arbitrage de la CCI dont l'article 11 prévoit une déclaration de disponibilité établie par l'arbitre avant sa désignation ou sa confirmation par le CCI ; dans le formulaire remis aux arbitres, ceux-ci doivent mentionner le nombre d'arbitrages en cours qu'ils ont à traiter en qualité d'arbitres ou de conseils ainsi que les autres activités qui peuvent gêner leur disponibilité.

En matière d'arbitrage interne rien n'a été prévu dans ce sens, mais rien n'empêche les parties d'exiger de l'arbitre qu'elles veulent choisir, de confirmer sa disponibilité avant de le nommer.

4. De quelques qualités exigées ou non par certaines législations

Ces qualités ne semblent pas primordiales quant à la désignation de l'arbitre et particulièrement en matière d'arbitrage international. A cet effet la loi yéménite exige en plus que l'arbitre soit « juste » (article 6-2). Se pose ici la question comment juger qu'un arbitre est juste et sur quels critères.

D'autres législations imposent à la liberté des parties des limitations encore plus contraignantes notamment en droit saoudien où l'article 3 du décret règlementaire de 1985 impose que l'arbitre soit un ressortissant du pays ou un étranger musulman[40], choisi parmi les membres des professions libérales

[40] Ce n'est qu'à partir du décret royal sur l'arbitrage de 1983 et son décret d'application de 1985 qu'a été assouplie l'autorisation de recourir à l'arbitrage. Pour de plus amples développement voir, Nathalie Nejjar, L'arbitrage dans les pays arabes face aux exigences du commerce international, LGDJ, 2004, p 81 et s et p 189 et s.

ou parmi les fonctionnaires de l'état ou parmi d'autres individus. Ce décret impose en plus, en cas de pluralité d'arbitres, que le président connaisse les règles de la charia, les lois commerciales et les usages et coutumes en vigueur en Arabie Saoudite. Il apparaît que l'exigence de toutes ces conditions est inadaptée à l'arbitrage international où le fondement de la mission de l'arbitre réside dans la convention d'arbitrage.

De plus l'exigence de la religion musulmane n'a pas de sens dans les litiges à caractère technique et les litiges qui n'ont aucun lien avec la religion.

Quant aux connaissances des usages et coutumes en vigueur en Arabie Saoudite ainsi que de la connaissance de la charia par le président du tribunal arbitral, se pose le problème de l'évaluation de cette connaissance de l'arbitre. Il en va de même pour les qualités de bonne vie.

L'exigence de toutes ces conditions est de nature à dénaturer l'arbitrage comme elle peut être un moyen pour une partie malhonnête de contester facilement la désignation de l'arbitre lors de la procédure d'homologation.

En plus des qualités requises par les lois et règlements d'arbitrage, le bon déroulement de la procédure arbitrale nécessite d'autres capacités de l'arbitre, qui paraissent plus utiles au bon déroulement de la procédure, comme son pouvoir de persuasion par exemple, lequel est surtout appréhendé dans ses relations avec les parties et qui est également primordial pour convaincre un co arbitre au moment des délibérations.

En conclusion, la possibilité pour les parties de choisir l'arbitre est un élément primordial du recours à l'arbitrage et pourquoi pas l'élément le plus important du processus arbitral.

Toutefois, en mettant trop en avant le respect du principe de l'autonomie de la volonté, le législateur algérien tend à négliger d'établir quelques règles supplétives, ou impératives s'il le faut, pour pallier au silence des parties. Presque toute la procédure est laissée à la volonté des parties, à part quelques détails tel le nombre d'arbitres par exemple. Cette liberté accordée aux parties et aux arbitres peut à la rigueur être acceptée dans l'arbitrage institutionnel où existe un cadre procédural mais pas dans l'arbitrage ad hoc. En cas de silence des parties, l'absence de dispositions légales ne permet pas toujours de trouver des solutions adéquates pour résoudre les difficultés. Une telle situation peut paradoxalement mener, en matière d'arbitrage ad hoc particulièrement, à une intervention fréquente des juridictions étatiques aux différends stades de la procédure arbitrale, ce qui ne se concilie pas avec la logique de l'arbitrage, hostile à la « judiciarisation ».

جامعـــة الجـــزائر1

نيـــابة مديرية الجامعة للتكـــوين العـــالي في ما بعد التـــدرج
والتأهيـــل الجامعي والبحـــث العلمي

حوليـــات

الطرق البديلة
لحل النزاعات

ملتقى دولي

الجزائر 06 &07 ماي 2014



سلسلة خاصة بالملتقيات والندوات **العدد:** 2014/03

حوليات جامعة الجزائر1

الطـــــرق البديلـــة لحل النزاعات

تحت اشراف:

الأستاذ الدكتور حميد بن شنيتي

و الأستاذ الدكتور علي فيلالي، جامعة الجزائر1

إخراج: بلوحشي شهيناز

ملتقى دولي

الجزائر 06 & 07 ماي 2014

اللجنــة العلميــة

الرقم	الاسـم واللقب	الرتبة	الجـــامعة
01	علـــي فيـــلالي	أستـــــاذ	جامعة الجزائر 1
02	حميد بن شنيتي	أستـــــاذ	جامعة الجزائر 1
03	سليمان محمدي	أستـــــاذ	جامعة الجزائر 1
04	محمـــد بشيـــر	أستـــــاذ	جامعة الجزائر 1

لجنــة التنظيم

الرقم	الاسـم واللقب	الرتبـة	الجـــامعة
01	سليمان محمدي	أستـــــاذ	جامعة الجزائر 1
02	يمينـة حوحـــو	أستاذة محاضرة	جامعة الجزائر 1
03	مليكـة دريـــاد	أستاذة محاضرة	جامعة الجزائر 1
04	معمـر بلحسـن	أستـاذ مســاعد	جامعة الجزائر 1
05	رضـــا جبـاري	مكلف بالدروس	جامعة الجزائر 1
06	رشيـد لـوراري	مكلف بالدروس	جامعة الجزائر 1

الأمانة التقنية

الرقم	الاسم واللقب	الرتبـة	الجـــامعة
01	غنيمـة لحلو خيـار	أستـــــاذة	جامعة الجزائر 1
02	لويـــزة حنيفـــي	أستـــــاذة	جامعة الجزائر 1
03	سليمـــة واعـــراب	أستاذة محاضرة	جامعة الجزائر 1
04	محمـــــد ريـــش	أستـاذ محـاضر	جامعة الجزائر 1
05	عثمـــان دشيشـــة	مكلف بالدروس	جامعة الجزائر 1
06	أحمـــد بـوعليـــلي	مكلف بالدروس	جامعة الجزائر 1
07	رشيـــد لـــوراري	مكلف بالدروس	جامعة الجزائر 1
08	فريدة مصطفى قارة	مكلفة بالدروس	جامعة الجزائر 1

الفهـــرس

الكلمــة الترحيبية..... 3

عبد الله نوح

المؤسسات العرفية بمنطقتي القبائل ووادي ميزاب: طريقة أصيلة، بديلة وفعالة لحل النزاعات بواسطة الصلح..... 7

زندري عبد النبي

السلطة التقليدية وآليات الضبط الإجتماعي عند مجتمع إموهاغ (التوارق)..... 42

بشير محمد

الطرق البديلة لحل النزاعات في قانون الاجراءات المدنية والادارية..... 55

بودريعات محمد

الطبيعة القانونية لدور القاضي في الصلح..... 89

خلفي عبد الرحمان

دور العقوبة البديلة في التقليص من تنامي معدل الجريمة (دراسة في البدائل المطروحة في التشريع الجزائري) 104

فيلالي علي

التسوية غير القضائية لمنازعات الضمان الاجتماعي: نتائج مقنة 126

أحمية سليمان

الآليات المهنية الاتفاقية لتسوية نزاعات العمل الجماعية، بين الإطار القانوني والواقع العملي..... 158

حسن عز الدين دياب

الــصــلــح وسيلة لفض النزاعات..... 205

فريجة حسين

أثر التحكيم في عقود الإستثمار الدولي 246

بن حملة سامي

دور الطرق البديلة في تسوية نزاعات العمل الجماعيــة..... 269

الكلـــمة الافتتاحيــة للملتقـــى

الأستاذ الدكتور حميد بن شنيتي

نائب رئيس الجامعة، المكلف بالتكوين العالي والتأهيل الجامعي والبحث العلمي

السلام عليكم

أما بعد،

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

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

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

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

1- سير مرفق العدالة العمومية

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

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

2- إشراك المحكومين في تنظيم المجتمع

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

3- المجتمعات التقليدية منبع للطرق البديلة

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

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

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

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

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

4- مقتضيات القانون الدولي

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

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

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

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

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

الدكتور: عبد الله نـوح
جامعة تيزي وزو

مقـدمة

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

وقد أثار انتباهنا اللجوء الكبير للأفراد إلى وساطة المؤسسات العرفية[1] لحل النزاعات بالصلح في إطار القضاء العرفي التقليدي الذي يعد شكلا من أشكال التعددية القضائية والقانونية في المجتمعات الأمازيغية المعاصرة، بسبب الاختلالات التي تعرقل الأداء الحسن لقضاء الدولة من جهة، وللامتيازات التي يوفرها قضاء الصلح العرفي من جهة أخرى. وتكتسي هذه الطريقة أهمية بالغة من حيث كونها طريقة منبثقة من بنية المجتمع وثقافته وتساهم في تحقيق

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

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

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

نحاول في هذه المداخلة، انطلاقا من الواقع المعيش، استبيان دور مجالس الصلح المنبثقة من المؤسسات العرفية بمنطقتي القبائل ووادي ميزاب في حل النزاعات بين الأفراد بشكل فعال وسريع عن طريق الوساطة وآلية المصالحة. وذلك وفق مقاربة انتربولوجية قانونية[3] تتجاوز تفسير القانون عن طريق القانون المكتوب الصادر عن الدولة وفق المنظور الوضعي الشكلي، إلى رؤية شاملة للظاهرة القانونية في مفهومها الواسع والمتعدد، بأن نبحث القانون من خلال التمثيلات والخطابات والتطبيقات القانونية للمجتمع في حياته العملية.[4]

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

---

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

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

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

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

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

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

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

المطلب الأول: مجالات قضاء الصلح العرفي

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

الفرع الأول: قضايا الأحوال الشخصية والقضايا المدنية والتجارية

تساهم المؤسسات العرفية في تسوية أغلب النزاعات المتعلقة بالأحوال الشخصية بواسطة الصلح[5] لاسيما نزاعات الطلاق والميراث التي تتميز بالطابع السري في ثقافة المجتمع مع الأخذ بعين الاعتبار بعض قواعد القانون العرفي المنظمة للموضوع التي مازالت سارية المفعول. إذ بعد التوصل إلى اتفاق بالتراضي حول الطلاق وحيثياته يتم إعطاء الصيغة الشكلية لهذا الاتفاق بواسطة حكم لدى القضاء الرسمي. ونفس

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

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

كما تتوسط مجالس الصلح العرفية في الكثير من الحالات لحل النزاعات العقارية بالاستعانة بقواعد القانون العرفي السارية المفعول. وقد يلجا القضاء الدولاني في هذه المسائل إلى الاستعانة بالخبراء التقليديين العارفين بالقانون العرفي في إطار الخبرة القضائية[6]، وقد يقع الاتفاق بالتراضي على معالم الحدود بمساعدة العقال والمجلس القروي، وبإشراف الخبير الذي يحرر محضراً مفصلا في ذلك يوقع عليه الأطراف، فيحيلوا ذلك للقاضي ليثبته بحكم. وفي النزاعات التجارية والمالية تتولى المجالس القضائية العرفية غالبا الوساطة لتحقيق الصلح والتفاهم بين المتنازعين. ويتجسد ذلك خصوصا في النزاعات حول التسيير التجاري والمالي للمشاريع والمؤسسات التجارية العائلية التي أصبحت تشكل نسبة معتبرة من المؤسسات الصغيرة والمتوسطة[7]، و غالبا ما تضمن المجالس العائلية ديون أبنائها وتوفيها للدائن على أن يستردوها منه بالتقسيط. وفي الغالب يكون حضور الخبراء، كالمحاسبين ضروريا لفهم النزاع والسعي لتحقيق الصلح بين المتخاصمين.

الفرع الثاني: الجرائم الجزائية البسيطة المرتكبة ضد الأشخاص

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

---

[6] بموجب المرسوم التنفيذي الصادر في 10أكتوبر1995 المتعلق بشروط تسجيل الخبراء وواجباتهم وحقوقهم اشترطت المادة 6 منه أن يكون الخبير متحصلا على شهادة جامعية في التخصص. غير أن التعليم الجامعي لا يضمن في الحقيقة أي تكوين في القانون العرفي لهؤلاء، مما جعل القضاة في ولاية غرداية يلجؤون في النزاعات المتعلقة بالعمران والمياه إلى تعيين الخبراء التقليديين "لاومنا" العارفين للقانون العرفي للعمران وتسيير المياه ،بينما يلجا بمنطقة القبائل إلى الاستعانة بأعضاء المجالس القروية (امغارن) لتثبيت الملكية الأرضية وحل النزاعات العقارية المتعلقة بتحديد معالم الحدود.

[7] حسب الباحث بوعلام عليوات باحث من جامعة نيس صوفيا انتيبوليس، بلغت نسبة المؤسسات الاقتصادية العائلية في الجزائر حوالي95 % من جملة المؤسسات الصغيرة والمتوسطة اغلبها مؤسسات صغيرة جدا. انظر:

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

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

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

المطلب الثاني: أسباب لجوء المتقاضين إلى الوساطة العرفية لتحقيق الصلح

إن سبب اللجوء المتزايد للأفراد المتنازعين بمنطقتي القبائل ووادي مزاب إلى وساطة المؤسسات العرفية كما لاحظناه، يرجع إلى

---

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

[9] بالطبع ينحصر الأمر في مسائل الضبط البسيطة simples polices، إذ لم يعد للمؤسسات العرفية أي تدخل فيما يخص الجنايات المعاقب عليها بموجب قانون العقوبات منذ أواخر القرن19 عندما تم سحب الاختصاص القضائي في جرائم القتل من يد المجالس العرفية القضائية بالمنطقتين بعد بسط الإدارة الاستعمارية. والملاحظ أن "الدية" المعروفة في الشريعة الإسلامية كقصاص على جريمة القتل تعد مرفوضة في نظام الثأر القبائلي حتى اليوم لأنها تعتبر بمثابة "أكل دم الضحية" أي "رشوة" مقابل سكوتها عن حقها. انظر :
HANOTEAU et LETOURNEU, *La Kabylie et les coutumes kabyles*, Editions BOUCHEN, tome II, p209.

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

الفرع الأول: نقائص القضاء الدولاني

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

أولا: النقائص والتعقيدات البيروقراطية

يعاني قضاء الدولة نقائص مزمنة كثيرة بالإضافة إلى الإجراءات البيروقراطية، مما يجعل عملية التقاضي أمامه مسارا شاقا وطويلا ينفر المتقاضين ويجعلهم يبحثون عن بدائل أخرى، لعل أهمها:

- كثرة القضايا وتكدسها مما يجعل القضاة يعملون تحت الضغط وتنقص بالتالي قدرتهم على المعالجة السليمة والمتأنية للقضايا.[10]
- النقائص اللوجستية لاسيما قلة المحاكم وبعدها عن أغلب القرى بالنسبة لمنطقة القبائل والصحراء، ومتاعب التنقل إلى مقار المجالس القضائية.
- تعقد إجراءات التقاضي وكثرتها مثل إجراءات التحقيق والتبليغ والاختصاص وسير الجلسات والطعن، وإجراءات إحضار الشهود وترجمة الوثائق، وإجراء الخبرة، الخ[11]. ويؤدي ذلك غالبا إلى

---

[10] حسب الإحصائيات التي كشف عنها القاضي عبد السلام ذيب رئيس الغرفة التجارية والبحرية لدى المحكمة العليا خلال مداخلته بعنوان "المحكمة العليا في كلمات وأرقام" والتي ألقاها في الندوة العلمية التي نظمتها المحكمة العليا، بمناسبة إحياء الذكرى الـ50 لتأسيسها؛ فانه تم تسجيل 77046طعن لدى المحكمة العليا خلال سنة 2013، وهو عدد من القضايا لم يتم تسجيله خلال 25 سنة (1964-1988). انظر: محمد فاتح عثماني، '' *في ظل غياب الوساطة القضائية وتراجع دور ''الجماعة'' التقاضي في الجزائر..رحلة بلا نهاية في المحاكم*''، جريدة الخبر، الجمعة 09 ماي 2014. النسخة الالكترونية.

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

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

- أدى طول الإجراءات وتعقدها وضرورة اكتمال الإجراءات للفصل في القضايا، إضافة إلى طرق الطعن والتأجيلات، إلى طول الفصل في النزاعات، لاسيما في القضايا الجزائية والعقارية والتجارية.
- العائق اللغوي الذي بات عاملا ينفر المتقاضين من القضاء الدولاني بمنطقة القبائل، ويجعل منه جهازا غريبا عن ثقافة المجتمع[12].

ثانيا: العلنية الفاضحة

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

ثالثا: التطبيق الجامد للقانون دون الاعتداد بالبعد التصالحي

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

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

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

وإن كان تحقيق الصلح هو الواجب الذي يسعى الوسطاء من كبار العائلة ورجال الدين إلى تحقيقه، فإنه لا يمثل في قضاء الدولة إلا إجراء استثنائيا وتكميليا. فباستثناء ميدان الطلاق الذي أوجب فيه المشرع الجزائري بموجب المادة 49 من قانون الأسرة، على القاضي عدم إثبات الطلاق إلا بعد محاولات إجراء الصلح، فإن الصلح يبقى إجراء هامشيا، إذ يلاحظ أن التعديل الجديد لقانون الإجراءات المدنية والإدارية نص على طريقة الوساطة والصلح[13] في المواد المدنية والإدارية، لكنه أبقى ذلك كطريقة جوازيه واختيارية يلجا إليها القاضي إن أراد، كما تم إخضاع طريقة الصلح القضائي في كلتا الحالتين للتعقيدات الإجرائية الشكلية التي تميز القضاء الدولاني.

رابعا: مشاكل التنفيذ والآثار الاجتماعية السلبية للتنفيذ الجبري

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

المطلب الثاني: مزايا قضاء الصلح العرفي

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

[13] المواد 990 إلى 1005 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

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

أولا: السرعة والبساطة و المجانية

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

ثانيا: السرية والحميمية

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

---

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

ثالثا: البعد التصالحي والاجتماعي لتسوية النزاع

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

رابعا: ضمان التنفيذ وفعاليته

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

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

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

عيوب القضاء الـــــدولاني	مزايا القضاء العـــــــرفي
التعقيـــدات البيـــروقـراطيـة والمصاريف القضائية	السرعة والبساطة والمجانية
العلـــــــنية الفاضحة (البهدلة)	السرية والحميمية
الجمود في تطبيق القانون بعيدا عن البعد التصالحي	البعد التصالحي والاجتماعي لتسوية النزاع
مشاكل التنفيذ والآثار السلبية للتنفيذ الجبري على العلاقات الاجتماعية بين الأفراد.	ضمان التنفيذ وفعاليته وإرجاع لحمة الأخوة والوئام والانسجام الاجتماعي.

المبحث الثالث: مجالس الصلح العرفية

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

المطلب الأول: بنية النظام القبلي-الديني بالمنطقتين[15]

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

[15] حول هيكلة هذه النظم وتطورها التاريخي في ظل الدولة الاستعمارية وبعد الاستقلال انظر: عبد الله نوح، المؤسسات العرفية بمنطقتي القبائل ووادي مزاب ومساهمتها في المرافق العامة. مقاربة انتربولوجية قانونية. دكتوراه في القانون العام، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر 2010، ص60 إلى 87.

الفرع الأول: المؤسسات القبلية

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

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

---

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

Emile DURKHEIM, *De la division du travail social,* (1893), paris, PUF, 1973, pp.149-176.
Michel CAMAU, *Pouvoir et institutions au Maghreb,* Horizon maghrébine, Cérès Production, Tunis, 1978, p. 174.

وحول النظام الانقسامي في المجتمعات الامازيغية انظر:

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

[17] غالبا ما يكون ذلك بأداة الانتساب ''آث'' مثل آث اراثن، آث واسيف، او باسم الجمع مثل امكيرن، اعكورن، الخ.

مجلس تمثيلي يسمى " *ثاجمعث ن لعرش*"(مجلس العرش). قد تتجمع عدة قبائل في شكل كونفدرالية قبلية مؤقتة تسمى" *ثاقبيلت*"[18].

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

الفرع الثاني: المؤسسات الدينية

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

أولا: نظام حلقة العزابة (اعزابن)بوادي ميزاب

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

---

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

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

مدينة مزابية باعتبارها تجسيدا للإمامة الإباضية. وقد نشأ نظام العزابة نتيجة لاجتهادات وجهود علماء ومشائخ الإباضية في بداية القرن الحادي عشر، من أجل إحياء نظام الحكم الرستمي في شكل جديد. فبعد أن كانت مجرد حلقة للتعليم الديني والاعتزال الروحي(القرن10 -11) تحولت بعد نشأة المدن المزابية واستقرارها بالمسجد (القرن 12) إلى هيئة سلطوية تقوم بوظيفة اجتماعية هامة تتمثل في التوجيه والإرشاد العام وتحقيق الصلح لحفظ التضامن والتكافل في المجتمع، وتنظيم العادات والتقاليد بواسطة الفتاوي والقوانين العرفية بالاشتراك مع مجلس الأعيان الممثل لعشائر المدينة.

ويساعد اعزابن هيئة تمسردين[20]، وتضم النساء المتفوقات في علوم الدين، و مهمتها الأساسية هي تنفيذ قرارات العزابة في المجتمع النسوي والتكفل بالشؤون الاجتماعية للمرأة المزابية، والتعليم الديني للفتيات وغسل الموتى من النساء. كما يوجد مجلس لعزابة وادي مزاب يتشكل من ممثلي العزابة للمدن المزابية السبعة ويسمى مجلس الشيخ آمي سعيد[21] ويرأسه "شيخ وادي ميزاب"، وينعقد غالبا بمقبرة الشيخ آمي سعيد الجربي بمدينة غرداية. ومن مهامه إضافة إلى توحيد الفتوى بين حلقات العزابة للمدن المزابية السبع، تسوية الخلافات التي تنشأ بين المدن المزابية أو الأعراش مدن مختلفة.

ثانيا: نظام الزوايا (ثمعمرين) بمنطقة القبائل

نشأت الزوايا " ثمعمرين" في إطار الحركة الصوفية التي عرفها شمال إفريقيا، منذ نهاية القرن 13 وبداية القرن 14، ثم كقلاع للمقاومة الثقافية والدينية للغزو الاسباني ومن بعده الاحتلال الفرنسي[22]، ثم ما لبث أغلبها أن تحول إلى مراكز للتعليم الديني، لتقوم بالوظيفة الدينية وتلعب دور الوساطة لتحقيق الصلح بين الجماعات القرابية المتنافسة. ويمكن أن نميز بين ثلاثة أنواع من

---

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

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

[22] صلاح مؤيد العقبي، **الطرق الصوفية والزوايا بالجزائر، تاريخها ونشأتها**، دار البرق، بيروت، 2002 ، ص 302 محمد نسيب، **زوايا العلم والقرءان بالجزائر**، دار الفكر الجزائر، 1989، ص31، 25.

الزوايا بمنطقة القبائل، هي: زوايا المشايخ: وهي زوايا عائلية ترتبط بشيخ معين، بحيث ينتقل منصب الشيخ بالطريقة الوراثية؛ وزوايا المرابطين (ثمعمرين ن امرابضن) وهي ملكية جماعية للعائلات المرابطية من أحفاد مؤسس الزاوية، أو للقرية أو العرش الذي يحتويه، ويشمل هذا النوع أغلب الزوايا بمنطقة القبائل، ويدير هذه الزوايا مجلس عائلي تمثيلي يتشكل من ممثلي الجماعات القرابية المنتمية إلى شيخ الزاوية؛ وأخيرا زوايا الطلبة[23]: وهي زوايا تعليمية يسيرها الطلبة وهي قليلة جدا في منطقة القبائل.

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

المطلب الثاني: تشكيل مجالس الصلح العرفية

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

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

---

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

[24] د. احمد وهبان، **التخلف السياسي وغايات التنمية السياسية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2000، ص33.

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

الفرع الأول : الضمان(امقرانن)

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

الفرع الثاني: الحكماء أو العقال (لعقال)

يمثل "لعقال" في المجتمع القبائلي والمزابي صفوة من الرجال القلائل[26] الذين يجسدون كل قيم الحكمة والخير والاستقامة التي يؤمن بها المجتمع ويعتبرها المثل الأعلى في التمثيل الجمعي. و"لعاقل" هو أعلى مركز من المراكز الاجتماعية التي قد يصل إليها الفرد طبقا لسلم الارتقاء الاجتماعي، بعد أن يثبت ولمدة طويلة في مناسبات اجتماعية

---

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

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

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

عديدة، تمتعه بجملة من القدرات والصفات الأخلاقية العالية يمكن إجمالها في تسمية "المصداقية الاجتماعية"، وهي الاحترام والتقدير الاجتماعي الذي يولد سلطة معنوية[27] على الأفراد. هذه السلطة لا تختلف تأثيرا في الحقيقة عن السلطة العامة التي ترتكز على القوة المادية.

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

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

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

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

---

[27] السلطة المعنوية هي: سلطة لا تقوم على أسس مادية وإنما ترتكز على مقومات معنوية يتمتع بها الشخص وتولد التقدير والاحترام لدى الأفراد الآخرين تجاهه. انظر مفهوم السلطة المعنوية:
Loic CADIET (S.Dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 1ère édition, paris, 2004, p. 850.

[28] أنظر:
Azzedine KINZI, *Tajmaɛt du village LQelɛa des At Yemmel : Etude des structures et des fonctions*, S.Dir. Mme Fanny COLONA, Mémoire de Magister en civilisation Amazigh, Institut de langue et culture Amazigh, Université Mouloud Mammeri, Tizi-Ouzou, 1998, t.2, pp. 388 et s.
ويوجد على مستوى قبيلة آت يمال مجلس يضم أهل الخير القرى، يمكن أن نشبهه بالمجلس الكونفدرالي العرفي بوادي مزاب، وقد كان يجتمع في القديم في حالة الأزمات الخطيرة مثل جرائم القتل. كما قد يجتمع أهل الخير لعدة أعراش مثل آت يمال وآت واغليس في نفس الحالات. وفي الوقت الحاضر قد يجتمع أهل الخير ما بين القرى أو مابين الأعراش بهذه المنطقة لتغيير القوانين العرفية المشتركة، انظر: *Idem* p 389.

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

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

المطلب الثالث: رجال الدين

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

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

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

والملاحظ أن دور رجال الدين هو تزكية المصالحة لرأب الصدع وتحقيق وحدة الجماعة أكثر مما هو التطبيق الصارم للقواعد الدينية. ونظرا لما يتمتعون به من سلطة رمزية قوية،[31] فانه غالبا مايلين تعنت المتخـاصمين بفضل خطـابهم. كما يشكل حضـورهم كشهـود إحدى ضمانات تنفيذ الصلح.

المبحث الخامس: قواعد الصلح العرفي وإجراءاته وتقنياته وضمانات تطبيقه

تكتسي عمليـة الوسـاطة وإجـراءاتها التي تقـوم بهـا المؤسسـات العرفيـة أهمية قصـوى من حيث إنها تجسد التمثيل الجمعي للمجتمع الامازيغي لقضاء الصلح. ويتم من خلال هذه العملية تحـريك النظام القيمـي السـائد في المجتمـع لاسيمـا قيـم الحكمة والتعقل والأخوة، والتفـاوض والتنـازل المشتـرك للمتنـازعين عن جـزء من مطالبهم. وبالرغم من أن النظام القضائي العرفي الأمـازيغي لم يبق كما كان سائدا حتى أواسط القرن 19، كما نقله لنا الباحثان هانوتو وليتورتور بالنسبة لمنطقة القبـائل، عندما كان يشكل نظاما كـاملا قائما بذاته ومتميزا بهيئاته وإجراءاته وقوانينه المطبقة، إلا أن العديد من قواعده وآلياته مازالت سائدة حتى اليوم.

---

[30] وعرف في التاريخ المزابي عدة مشائخ اشتهروا بالفصل في الخصومات بين الناس والعشائر والعائلات، مثل الشيخ امحمد بن الحاج يوسف اطفيش(1821 -1914) شيخ بني يزڤن، والشيخ ابراهيم بن عمر بيوض(1899-1981) شيخ مدينة ڤرارة ورائد الحركة الإصلاحية؛ والشيخ عبد الرحمان بكلي (1901-1986) بمدينة تادجنينت، الخ.

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

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

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

المطلب الأول: القواعد والقيم التي يرتكز عليها حل النزاع بالصلح

تخضع جلسات الصلح سواء تلك التي يديرها رجال الدين من العزابة وشيوخ الزوايا، أو تلك التي يسيرها ممثلو الجماعات القرابية في إطار العشيرة وآذروم والعرش، إلى جملة من المبادئ الأخلاقية والقانونية المتعارف عليها منذ القدم وتعمل على ضمان نجاح عملية الصلح. لعل أهم هذه القيم والقواعد ما يلي:

الفرع الأول: عدم البدء بالقضاء الدولاني والتدرج في عرض النزاع

أولا: عدم البدء بالقضاء الدولاني

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

ثانيا: التدرج في عرض النزاع

ومفـاده أن حل النـزاعات التي تنشـأ بين أفـراد الجمـاعة يجب أن يحترم التدرج الهيكلي للمؤسسـات القرابية التمثيلية ابتـداء من الوحـدة القاعـدية وهي العـائلة الموسعة وانتهاء بالعـرش، ولا يمكـن عرضه على الهيئة العليا إلا بعد أن تفشل الهيئة القرابية الأدنى في حله. ففي منطقة القبـائل يجب حل النـزاع أولا في إطار المجلس العائلي لاذروم (العائلة) الموسعة، وان فشل في ذلك يحول النـزاع إلى ثاجمعت (المجلس القروي)، وان لم يستطع حله، فللمتنازعين اللجوء إلى القضاء الدولاني، كما يمكن عرض النزاع على مجلس العرش (القبيلة) إذا كان المتنـازعون ينتمـون إلى قرى مختلفة. وتسـود نفس القاعدة في وادي مـزاب، إذ يجب عرض أي نزاع ابتداء على المجلس العائلي لتادرت(العائلة الموسعة)، فان لم يحل أو كان النـزاع بين شخصيـن ينتميـان إلى عائلتين موسعتيـن مختلفتيـن، فيتـم عـرض النـزاع على مجلس العشيـرة، وان لم يسو النزاع أو كان الأمر يتعلق بشخصين ينتميان إلى عشيرتين من نفس العرش أحيل النزاع إلى مجلس العرش. أما إذا فشلت كل هذه المجالس في حل النزاع أو إذا تعلق الأمر بنزاع مستفحل بين عشائر كهيئات لاسيما حـول المسـائل العقارية فان مجلس امقرانن (مجلس الأعيان) الذي يحكـم المدينة المـزابية، والذي يمثـل فيه العـزابة، هـو الذي يتدخل بكل ثقله ليتـولى مهمة الوسـاطة للوصـول إلى حل النـزاع بالصلح مهمـا كلف ذلك من الوقت، حماية للاستقـرار في المدينة. وفي حـالة فشل مجلس أعيـان المدينة في حل النـزاع، فقـد تلتمس العشائر وساطة أحد مشايخ الاباضية التابعين لمدينة مزابية أخرى.

الفرع الثاني: حياد الوسيط ومكان الوساطة

وهي من المبادئ القديمة المتعـارف عليها في الثقافة القـانونية للمجتمع الامازيغي لحـل النـزاعات طبقـا للقـانون العـرفي السـائد بالمنطقتيـن. والحكمة من ذلك أن لا يستقوي أحد الأطراف على الآخر:

-**حيـاد الوسيط :** في حـالة لجـوء المتخـاصمين إلى شخص واحد فيجب أن يكون محايدا، ممن يتمتع بقوة معنوية وروحية وكـارزماتية، ولا يشك في

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

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

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

---

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

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

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

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

المطلب الثاني: إجراءات تحقيق الصلح وتقنياته

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

الفرع الأول: السماع للخصوم ومحاولة إحقاق الحق

يقضي العرف بوادي مزاب أن الخصم يجب عليه الالتجاء إلى رئيس جماعته الذي يتصل بدوره برئيس جماعة الخصم الآخر لمحاولة تسوية النزاع. فبعد استدعاء الأطراف المتنازعة[35] تفتتح جلسة الصلح

---

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

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

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

أولا: السماع للأطراف المتنازعة

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

ثانيا: محاولة إحقاق الحق

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

الفرع الثاني: تقنيات إقناع الأطراف بالصلح وفقا للقيم الاجتماعية والدينية

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

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

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

أولا: توظيف الحكمة الشعبية وقيم الرجولة السائدة في المجتمع

يقوم الوسطاء باستدعاء القيم السائدة لاسيما مفهوم الرجولة tirrugza المرتبط بالوفاء بالعهود وحث الأطراف على التحلي بقيم الرجل الصالح الذي يتنازل عن حقه من أجل الصلح والسلام رغم قدرته على انتزاع حقه بقوة القانون، ففي الثقافة القانونية الأمازيغية فإن الشخص الذي يتميز بالرجولة هو الذي يتنازل عن حقه من أجل الصلح رغم قدرته على انتزاعه. وتلعب الكلمة دورا قويا في الإقناع[36]، ومن العبارات المتداولة باللغة الامازيغية القبائلية:

-"شيء من عندك وشيء من عنده" « cwit s ghur-k, cwit s ghur-s » (تنازل عن جزء من حقك ويتنازل هو عن جزء من حقه).

- "معك الحق، لكنك مخطئ شيئا ما"

« tesɛid lhleq lameɛna tghelted cituh »

---

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

وقد اشتهرالشاعر الشيخ محند أو لحوسين في أواخر القرن19، انه كان ملجئا للمتخاصمين لحل مختلف أنواع النزاعات بمنطقة القبائل، سواء كانت بين الأشخاص أو القرى و المداشر والاعراش. انظر:

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

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

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

- ✓ الرجل الصالح يسمى "ufhim" أو " u<u>h</u>diq/ame<u>h</u>duq" يجسد قيم الخير، وهو الخصم الذي يقبل بالتضحية وبالتنازل عن جزء من حقه للخصم الآخر(الرجل الشرير) بهدف تحقيق الصلح وإنهاء النزاع.
- ✓ الرجل الشرير يسمى "uzlig" أو "ungif" أو "amehboul " أو "uctim"، هو الخصم الذي يتعنت في مطالبته بالحق المتنازع عليه ويرفض أي تنازل للطرف الآخر. ويمثل الرجل المذموم الذي يجسد قيم الشر المنبوذة في المجتمع.

والقاعدة في حل النزاعات وفقا لتصور الحكمة الشعبية الأمازيغية هي أن ننزع الحق من الرجل الصالح ونعطيه للرجل الشرير، ليس لأنه صاحب الحق وإنما تضحية من الرجل الصالح بحقه من أجل تحقيق الصلح وإرجاع لحمة الأخوة لحماية استقرار الجماعة. إذ ينبغي على الرجل الصالح في التمثيل الجمعي حتى يحافظ على شرفه[37] أن لا يخاصم ولا ينازع الرجل الشرير، فإذا نازعه واستجاب لاستفزازاته أصبح في رأي الجماعة هو أيضا شريراً وتعرض إلى "البهدلة"(الاهانة) طالما

---

[37] في دراسته الهامة حول مفهوم الشرف عند القبائل الامازيغ يحلل السوسيولوجي الفرنسي بيار بورديو بشكل مستفيض طريقة حل النزاعات وعلاقتها بالشرف ويبين كيف أن التنازل من اجل تحقيق الصلح هو عينه حماية للشرف وان الجدال والخصام هو "بهدلة" (فضيحة) تناقض مفهوم الشرف، وان الرجل الصالح إذا نزل إلى مرتبة الشرير وخاصمه ونازعه وتصرف مثله يعرض نفسه إلى "البهدلة" وأصبح هو أيضا شرير. ويقول في هذا الصدد:

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

انظر:

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

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

- إذا كان النزاع بين رجلين صالحين، فإن التنازل يكون متبادلا من طرف كل منهما عن جزء من حقه للوصول إلى اتفاق وسطي يرضيهما.
- إذا كان النزاع بين رجل صالح والآخر شرير، فان التنازل يكون من طرف الرجل الصالح كتضحية منه لحل الخلاف وتحقيق الصلح.
- إذا كان النزاع بين رجلين شريرين يرفض كلاهما أي تنازل عن مطالبه ويتعنت في مواقفه، فهنا يستحيل تسويته بالمصالحة، فلا يكون أمامهما سوى اللجوء إلى القضاء الدولاني.

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

---

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

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

[39] تشكل قصة الشيخ محند اولحوسين سابقة قانونية هامة في الثقافة القبائلية لكونها تنقل لنا التصور الفلسفي للمجتمع التقليدي الامازيغي لعدالة الصلح. إذ يحكى أن قاضي الصلح بالمحكمة الفرنسية بلاربعا ناث اراثن في أواخر القرن19 وصله خبر نجاح الشيخ في حل الكثير من النزاعات بين الأفراد والجماعات الذين يأتون إليه من مختلف الجهات، فطلب ملاقاة الشيخ فالتقى به وسأله فيما يكمن سر هذا النجاح، فأجابه الشيخ :« *إذا جاءني خصمان صالحان* (ufhimen) *سأفهمهما أين هو الحق، أما إذا كان احد الخصمين صالحا* (ufhim) *والآخر شريرا* (uzlig) *انزع (الحق) من الصالح وأعطيه للشرير* »ثم سأله القاضي: «*وان جاءك خصمان كلاهما شريران* »فأجابه الشيخ : « حينها سأبعثهما إليك(قضاء الدولة)». انظر: Abdennour ABDESSELEM , *Chikh Mohand oulhoucin kabyle*, Imprimerie HASNAOUI M, Avril 2005, *amoussnaw ou la renaissance de la pensée* p.139.

[40] Azeddin KINZI, *Tajmaât du village Lqelɛa*, Tome 2, p.399.

ثانيا: استدعاء ضمائر المتنازعين وإيمانهم الديني

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

ثالثا: تذكير المتنازعين بصعوبة حل النزاع في القضاء الدولاني

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

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

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

---

[41] انظر: (الشيخ القطب) امحمد بن يوسف آطفيش، **شرح كتاب النيل وشفاء العليل، باب في الصلح**، الجزء13، سلطنة عمان، وزارة التراث القومي والثقافة، 1989، ص.299 وما بعدها.

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

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

المطلب الثاني: ضمانات تنفيذ عقد الصلح

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

الفرع الأول: الضمانات الاجتماعية والأخلاقية

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

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

أولا: الكلمة والعهد

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

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

---

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

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

ثانيا: دعوة السوء

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

الفرع الرابع: الكتابة والتوثيق كضمانة شكلية

قد ينعقد اتفاق الصلح بوساطة المؤسسات العرفية قبل وصول النزاع إلى القضاء الدولاني، سواء تعلق الأمر بالقضايا المدنية أو الجنائية البسيطة، وهنا يزال النزاع مع ظهوره؛ وقد يتم الصلح بين المتنازعين بوساطة المؤسسات العرفية بعد تأسيس الدعوى وقبل الفصل فيها لاسيما في المسائل المدنية، فيتم التنازل عن الخصومة وتركها في القانون الدولاني طبقا لقانون الإجراءات المدنية[44]، وذلك بموجب عريضة ترك الخصومة. [45]

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

---

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

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

[45] حسين بوشينة، نبيل صقر، **الدليل العملي في المواد المدنية**، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007، ص157.

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

الخاتـــمـــة

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

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

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

غير أن التحولات الفكرية الاجتماعية والقانونية لاسيما في المناطق الحضرية الكبرى والمدن أدت إلى ضعف السلطة القبلية والدينية وانهيار المنظومة القيمية التقليدية لدى الفئات الشبابية، أفقد بعض آليات الصلح العرفي فعاليتها لاسيما الضمانات الاجتماعية والأخلاقية، مما بات من الضروري اعتماد الكتابة التوثيقية لعقد الصلح العرفي وعدم الاكتفاء بالشهود. لأن في عدم توثيق عقد الصلح[48]- كما هو متعامل به في بعض المناطق حتى اليوم - العديد من المخاطر،لاسيما إمكانية التحلل من الالتزامات المتفق عليها من احد الأطراف ممن لا تؤثر فيه سلطة رجال الدين ولا يؤمنون بالبركة ودعوة السوء. وفي هذه الحالة يتعرض الوسطاء لضغوط نفسية كبيرة، بسبب المس بمصداقيتهم واهتزاز مكانتهم الاجتماعية.

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

---

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

[47] نفس المرجع، ص.132.

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

ففي المجال المدني ينبغي الاعتـراف للقضاء العرفي بمهامه لتسوية النزاعـات المدنية والتجـارية البسيطة كنظام من نظم القضاء الجواري justice de proximité كمـا هو سـائد في فـرنسا[49]. مع الحفـاظ على استقلاليته كقضـاء مـوازٍ خاضع للقانون العرفي وعدم تقييده بإجراءات القضاء الدولاني البيروقراطية. وفي المجال الجزائي ينبغي على المشرع الجـزائـري أن يكـرس وظيفة المـؤسسات العـرفية في حـل النـزاعات البسيطة ذات الطـابع الجـزائي والتي تشكل مخـالفات وجنـح بسيطة بواسطة الصلح بين المعتدي والمعتـدى عليه، بشرط أن لا يدمج عمل هذه المؤسسـات في النظام القضـائي الدولاني تفـاديا للبيروقراطية والتعقيد،وإنما اعتبارها كنظام مستقـل من أنظمة المجتمـع المدني التي تسـاهم في حل النزاعات الجزائية بالصلح، مثلها مثـل الوسـاطة الجنائية *médiation pénale* ،[50] التي أصبحت في فرنسا أسلوبا فعالا في إنهاء النـزاعات تشـارك فيه جمعيـات المجتمـع المـدني[51]. وتبعا لذلك ينبغي التخلي عن مبدأ شرعية المتابعة *principe de légalité des poursuites* الذي تبناه المشرع الجزائري بموجب نص المـادة 2 فقرة2 والمادة6 من قانون الإجراءات الجزائية. ولفسـح المجـال أمام المؤسسات العرفية ومنظمات المجتمع المدني للسعي لحـل النزاعات الجزائية البسيطة ينبغي توسيـع وتقـوية السلطة التقديرية للنيابة

---

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

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

[51] Philippe BOULISSET, *Guide de la médiation*, éditions Edilaix, Aix-en-Provence, 2006, pp. 133 et s, et 187.
Maurice MOULIN, *Guide pratique de la conciliation et de la médiation, modes de règlement de conflits,* Editions DE VECCHI, paris, 2003, pp. 124 et s.

العامة لتقرير مدى ملاءمة المتابعة *opportunité de poursuite* مثلما هو الحال في عدة بلدان كفرنسا ومصر[52]. لان التطبيق الصارم لمبدأ شرعية المتابعة يعرقل عمل المؤسسات العرفية في إخماد النزاعات، ويثقل كاهل القضاء الدولاني بالقضايا البسيطة التي يمكن حلها في إطار النظم العرفية بما يخدم الأمن والاستقرار الاجتماعي. ذلك لان إدخال النزاع –لاسيما النزاعات البسيطة- في القضاء الدولاني رغم التصالح بين الخصمين وصفح المعتدى عليه على المعتدي، سينمي العداوة والتشاحن والبغضاء بينهما مجددا.

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

[52]كرس المشرع الجزائري نظام الملائمة بموجب نص الفقرة 5 من المادة37 من قانون الإجراءات الجزائية واستثنى منه مواد الجنايات التي يجب مباشرة التحقيق فيها، بموجب نص المادة66 من نفس القانون. انظر : د.علي شملال، السلطة التقديرية للنيابة العامة في الدعوى العمومية. دراسة مقارنة، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2009، ص.44،45.

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

السلطة التقليدية وآليات الضبط الاجتماعي عند مجتمع إموهاغ[1] (التوارق)

الأستاذ: زندري عبد النبي
المركز الجامعي تامنغست

تقديم

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

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

كلمات مفاتيح

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

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

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

•القانون العُرفي

مجمـوعة من القـوانين يصـدرها القضـاة وفْقًا لعادات المجتمع وأعرافه وقرارات المحاكم السـابقة واجتهـاداتها. وهي تشكـل جزءاً أساسيًا من النظام القـانوني لكثيـر من الدول الناطقـة بالإنجليـزية ومنها: إنجلتـرا، وأستراليا، وكنـدا، ونيوزيلندا، والولايات المتحـدة الأمريكية. ويشمل هذا القانون أموراً كالعقـود، وحيـازة الممتلكـات ودفع مستحقات الإصابات الشخصية.

يُنظَر إلى القانون العرفي عادة في مقابل القـانون المدني؛ وهو مجموعة من الأحكام التي تجيزها الهيئة التشـريعية. ووفق القـانون المدني، يقـوم القاضي بالنظر في القضية باتباع الأحكام المنصـوص عليها كتابة وليس قرارات المحكمة السابقة.

يختلف القـانون العـرفي عمـا عـرف في إنجلتـرا بإسم قـانون الإنصـاف؛ وهي مجمـوعة من المعـايير طُوِّرت لتسمـح بمـزيد مـن المرُونة في قرارات المحْكمة. فخلال القرون الوسطى أنشأت إنجلترا محاكم العدالة لتنظر في القضايا التي تتعامل معها محاكم القانون العـرفي بصـورة حـازمة قـاسية. وكان قاضي القضـاة يترأس هذه المحكمة التي سُمِّيت باسم المحكمة العليا. وكـانت محاكم الإنصاف تنظر في القضايا في ضوء المبـادئ الفضفاضة للعدل والمنطق أكثر من لجوئها إلى المعايير الصارمة للقانون العرفي.

طـوّرت الدول التـي تستخـدم نظام القـانـون العـرفي الأحكـام الأساسية للقانـون بطريقتها الخـاصة؛ وذلك اعتمـاداً على احتياجات مجتمعاتها وعاداتها. وتعتمد الأنظمة التشـريعية في البلـدان النّـامية على القانون التشريعي في العمل والتجارة وحقوق الإنسان والحريات العامة. إلا أن أي قانون يُجاز يظل خاضعاً لتأويل القضاة والمحاكم؛ وبذا يظل القانون العرفي باقياً[2].

[2] الموسوعة العربية العلمية www.intaaj.net

•القانون المدني

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

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

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

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

•دلالات الرشد عند مجتمع إموهاغ

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

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

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

- المرحلة العمرية التي يصل إليها الفرد لكي يصبح الفرد من حقه ارتداء اللثام. وهي مرحلة البلوغ او الرشد وبذالك يكون الفرد مسؤولاً عن كل تصرفاته وهو محسوب في مجالس الرجال.
- الطقوس المصاحبة لعملية ارتداء اللثام . والتي نذكر منها :

1 . سهولة التخفي أثناء الحروب وعند القيام بعمليات الغزو على القبائل الأخرى وعلى القوافل.

2 . إخفاء الجروح الناتجة عن الحروب التي يخوضها إموهاغ حتى لا تحتقره زوجته عند العودة، وبالتالي فلن تعزف له موسيقى الحان امزاد [3].

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

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

- **الأنظمة الاجتماعية لمجتمع إموهاغ**

أ)- النظام الاجتماعي

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

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

إن الانتماء إلى قبيلة معينة تحـدد المكانة التي يستحقها الفـرد بين الآخـرين، وكذلك الدور الذي سيلعبه، والوظائف التي سيقـوم بها في إطار الجماعة. هذا يعني أن المكانة الاجتماعية للفرد تحددها القبيلـة التي ينتمـي إليها، بمعنى إن الفرد في المجتمع يمثل قبيلة. ويعمـل بإسمها كما يعيش صـورتها الاجتمـاعية الأخـلاقية، وكـذا الاقتصادية فهي الإطـار المـادي والمعنـوي الذي ينطلق منه الشخص، فمثلا عندما يعرفك شخص بنفسه فانه يذكر اسمه ثم اسم أبيه ثم اسم قبيلته، أي إن الانتماء إلا أي قبيلة هو الذي يحدد شخصية الفرد ومكانته، هذا الانتماء يبين لنا الانتمـاء إلى عصبية قبلية معينة، كما أن الانتماء إلى قبيلة ما عبارة عن امن لجميع أفرادها خاصة الضعفاء، كالشيوخ والعجزة والأرامل واليتامى. إذ لا بد أن يكون هنـاك دائما من يقوم برعـايتهم وحمـايتهم لان شـروط الحيـاة الصعبة أدت إلى ضرورة حياة جمـاعية، والى التعـاون وهذا التنظيم الجمـاعي كـان لازما لبقاء الجماعة والتعاون روح المجتمع وضرورة اجتماعية .

ب)-النظام السياسي

ما من شـك أن لكـل مجتمع من المجتمعـات الإنسـانية، إلا وله تنظيـم يسيـره، ويتحكـم في سيـر حيـاته، وذلك من خـلال بسـط مجمـوعة من قـوانين تضبطـه وتتحكـم في زمـام الأمـور لتحقيـق الاستقـرار، فمجتمع إموهاغ كبـاقي مجتمعـات المعمـورة له نظامه السياسي والاجتماعي الذي يتحكم فيه .

إن النظام التقليدي عند ايموهاغ يعتبر نظاما كنفدراليا يقوم على تجمـع قبلي على شكل بنية هرمية رئيسها "أمنـوكـال" رئيس الكونفدرالية وقاعدتها المحكومين، وذلك مرورا بمساعدي أمنوكال، وهم رؤساء قبائل إمغارن، فكلمة أمنوكال مركبة من كلمتين وهما (مسيس) وتعني السيد أو المالك، وكلمة (أكال) والتي تعني الأرض أو البـلـد. إذا هـو مالـك أو سيـد البلـد أو الأرض، الـذي يمثـل الكونفـدرالية، وهنا نجد أن السلطة الكونفـدرالية مرتبطة بالأرض،

التي تسيطر عليها الكونفـدرالية، والتي تتحكم في تسييـرها وتدافع عنها.

إن تنصيب أمنوكـال أو اختياره يتم بإتفاق رؤساء القبائل التي تتواجد في التجمـع الكنفـدرالي. وذلك بإختيـار القبيلة النبيلة، أو بصفة أوضح يختار أمنوكـال من بين الوارثين الذكـور عن طريق الخط الاموي للمجموعة) ضمن العصبية السـائدة المعترف لها بحق الحكم : أور اغن في آجر. كيل أغلا في أهقار .

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

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

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

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

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

ولأمنوكال صلاحيات عدة منها سياسية واقتصـادية واجتماعية وقضائية، نقوم بتقديمها بإيجاز كالأتي : (حسب الطـرح الذي قدمه مرموري حسن):

1)- الصلاحيات السياسية

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

2)- الصلاحيات الاقتصادية:

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

يتلقى أمنوكال أيضا هدايا الماشية التي تشكل احتياطي عمومي، له الحق في الانتفاع بها كما يمكنه أيضا أن يساعد بها الفقراء عند التماسهم، كإعارة النوق أو الماعز الحبلى.
ويتلقى شخصيا:
- الأرباح الممنوحة لنسبة القريب من حصة تمازلاغت
- هدايا عديدة نقدية وعينية، والتي ترفق في بعض الأحيان بالمداخل المذكورة والممنوحة من طرف الأجانب أو من المنتمين إلى كتلته أو من أي شخص آخر يلتمس مساعدته أو العفو لسبب أو لأخر.

3)- الصلاحيات القضائية والاجتماعية

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

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

- مجلس الشيوخ والأعيان

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

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

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

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

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

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

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

1)- **القضايا السياسية:** التشاور حول مستجدات الوضع واتخاذ القرارات المناسبة إزاءها، كإعلان الحرب أو قرار السلم والأمان، أو الاتفاق على المعاهدات. وتفويض أمنوكال لتمثيل الكونفدرالية في (ميعاد) خارجي.

2)- **القضايا الاقتصادية:** تتمثل في مناقشة أمور الجباية وتحصيلها وتقسيمها، نشاط تجارة القوافل وحقوق النقل والمرور والحماية، وتحديد مناطق الرعي والترحال، وتنظيم أوقات غلقها أو فتحها كي تستغل بشكل أحسن.

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

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

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

حيث نجد ان أمنوكال هو عصبون الحركة القضائية في الكونفدرالية حيث يساعده مجلس الشيوخ لكن ما لا يجب ان نهمله، ألا وهو ان لرجال الدين دور كبير في القضاء التقليدي العرفي عند إموهاغ حيث لا يكاد يكون أمغار (شيخ قبيلة) أطالب (فقيه او معلم قران) يعود إليه في فض النزاعات التي تحدث بين أفراد قبيلته. أما إذا كانت هناك نزاعات بين أفراد قبيلتين مختلفتين فيكون حلها بتدخل شيخي القبيلتين، وان صعب الحل ترفع المشكلة الى مجلس الشيوخ، الذي يرأسه أمنوكال. فاغلب مصادر التشريع العرفي عند إموهاغ هو الشريعة الإسلامية حيث يمثل ألفقي[4] راعياً لها .

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

- **اثر النظام الاجتماعي عند إموهاغ على القانون العرفي**

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

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

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

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

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

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

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

الطرق البديلة لحل النزاعات في قانون الاجراءات المدنية والادارية

الأستاذ الدكتور: بشير محمد
جامعة الجزائر1

مقدمة

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

فبرز كل من الصلح، الوساطة وبدرجة أقل التحكيم[1] كبدائل للخصومة القضائية، باجراءات وخلفيات مغايرة لتلك التي تحكم هذه الاخيرة، توفر على كل من اختارها ما كان يتطلبه الفصل فيها من وقت طويل ومال طائل واجراءات معقدة، وتخلق في نفسه، بسبب مشاركته فيها، الشعور بعدالة الحل المتوصل اليه بواسطتها.

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

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

أما التحكيم فيقوم على اختيار الاطراف، قبل نشوب النزاع أو خلاله، لحكم يتولى الفصل فيه وفق قواعد أكثر تناسبا وسرعة وفعالية وأقل تعقيدا من تلك التي تحكم الخصومة القضائية. فمهمة الحكم هي الفصل في النزاع من الناحية القانونية بحكم وليس تقديم مجرد اقتراحات يطلب من الاطراف الاتفاق حولها كما هو عليه الحال بالنسبة للوسيط[2] .

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

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

---

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

[3] سورة النساء ـ الاية 34.

[4] سورة النساء ـ الاية 127.

ضبط المشرع في قانون الاجـراءات المـدنية والاداريـة القواعد العامة للطرق البديلة لحل النزاعات واحتفظ فيها، بالرغم من ذلك، للقاضي بدور اساسي، يقوم به بمناسبتها وخاصة عندما يتعلق بالصلح والوساطة، سواء في السعي اليها أوالاشـراف عليها، الى غاية التـأشير والمصـادقة على محـاضرها، وهذا ما يميـزها عن نظيـرتها التي تتم خارج القضاء.

وإن البحث في الطـرق البـديلة في قـانون الاجـراءات المـدنية والادارية يفرض تحديد مكانتها في هذا القـانون ببيان مـدى تكريس المشـرع لها فيه وتوضيـح مميزاتها التي ترشحها لاحتـلال مركـز الصـدارة كحـلول تفـرض على المتقـاضين اختيـارها والتخلي عن الخصومة القضائية بالرغم من الحدود التي وضعها لذلك.

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

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

لا يمكـن أن تشكـل فكـرة تخفيف العبء عن الجهـات القضـائية خلفية المشرع الوحيدة في اعتمـاد طـرق بديـلة لحـل النزاعـات في قانون الاجـراءات المدنية والادارية، اذ هنـاك خلفية اخرى قد تفوقها أهمية وهي فسـح المجـال امام المتقاضين للتكـفل بنـزاعاتهم، سواء مباشرة اوعن طريق طرف ثالث يختارونه او يعينه القضاء لهم، الامر الذي يساعد على التوصل الى حل يرضون به ويطمئنون له.

ان الطرق البديلة تؤدي الى تفادي التعقيدات الاجرائية المرتبطة بالخصـومة القضائية، تخفيض تكاليفها المـالية، تفـادي المـواجهـات

العنيفة بين الاطراف اثناءها والمحافظة مستقبلا على العلاقة الموجودة بينهم[5].

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

المطلب الاول ـ تعدد الطرق البديلة في قانون الاجراءات المدنية والادارية

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

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

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

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

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

الفرع الاول : الصلح في قانون الاجراءات المدنية والادارية

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

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

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

أولا -القواعد العامة للصلح في قانون الاجراءات المدنية والادارية

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

احتفظ قانون الاجراءات المدنية والادارية بنفس هذه المقتضيات في المادة الرابعة منه، الا انه تناول إجـراء الصلح هذه المـرة ضمـن الاحكـام التمهيدية، وكـرسه مع المبادئ الاجـرائية العـامة، للاهمية التي صار يكتسيها كحل بديل للنزاعات بين الافراد.

عالج المشـرع في قانون الاجـراءات المدنية والاداريـة القـواعد الاجرائية العـامة للصلح كطريق بديل تخضع لها النزاعات التي اجاز حلها بهذا الطـريق، في أربـع مـواد هي المواد 990، 991، 992 و993 وردت في الفصـل الاول من الباب الاول من الكتاب الخامس، يمكن ان تستخلص منها اهم خصائصه واجراءاته.

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

لكن يبدو من المواد من 990 الى 993 السالفة الذكر، أنها، وان أكدت مبدأ الصلح المنصوص عليه في القانون المدني حسب ماجاء في مذكرة عرض اسبـاب المادة 990 [6]، الا أن الصلح الذي عنيت به يحمل مدلولا أضيق، إذ يقتصر على ذلك الذي يتم اثنـاء الخصـومة القضـائية. وانطلاقا من ذلك، فان القـواعد الاجرائية التي تنـاولتها المواد السابقة مرتبطة بالطبيعة القضـائية لهذا الصلح، باعتبـاره يتم في مراحل الخصـومة القضـائية، تلقائيا بين الاطـراف او بسعـي من القـاضي، ويثبت في محضر يوقع من الاطراف، من القاضي ومن امين الضبط ويـودع كتابة ضبط الجهة القضائية ليتمتع بعد ذلك بصفة السند التنفيذي.

وضحت المادة 990 السـالفة الذكـر الطابع الجـوازي لمحاولة الصلح، اذ تركـت فيه خيـار إتمـامه لطـرفي النـزاع بمبادرة منهما

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

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

والطابع الجوازي للصلح لايقتصر على هذا الطريق في المواد المدنية فقط، بل وفي المواد الادارية كذلك، طبقا لاحكام المادتين 971 و972 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، إذ اجازت المادة الاخيرة للخصوم ولرئيس التشكيلة القضائية المبادرة لاجراء الصلح، مؤكدة صراحة على عدم السماح له بذلك الا بعد موافقة الخصوم.

وتناول المشرع الصلح كسبب من اسباب انقضاء الخصومة تبعا لانقضاء الدعوى في المادة 220 من قانون الاجراءات المدنية والادارية بمفهوم عام يشمل في نظرنا كل من الصلح الذي يتم بين الاطراف او بسعي من القاضي وحتى الصلح الذي يتم عن طريق الوسيط الذي يعينه القاضي لهذا الغرض[7].

تلزم المادة 386 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد عند انقضاء الخصومة باتفاق الاطراف القاضي بمنح الصيغة التنفيذية للاتفاق حتى وان لم يتم امامه[8].

ثانيا ـ أنظمة إجرائية خاصة بالصلح في قانون الاجراءات المدنية والادارية

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

---

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

[8] J. Héron – Droit judiciaire privé –2e édition – Montchrestien – 2002 – p 894.

1 ـ إجراء الصلح في قضايا الطلاق

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

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

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

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

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

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

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

الجلسة المحددة للصلح بدون عذر رغم تبليغه شخصيا، يحرر القاضي محضرا بذلك[9].

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

2 ـ نظام الطلاق بالتراضي

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

ويقترب نظام الطلاق بالتراضي بالانظمة البديلة لحل النزاعات، اذ يتميز بكل ما تتميز به هذه الطرق من خصائص، بالرغم من ان الزوجين يتفقان قبل الالتجاء الى القضاء على فك رابطتهما الزوجية عن طريق التراضي كما يتفقان على كل الجوانب المادية المترتبة عليه بتقديم طلب مشترك في شكل عريضة وحيدة موقعة منهما[10].

يتمتع طرفا النزاع في هذه الحالة بكل الامتيازات التي يتمتع بها من يسلك الطريق البديل لحل نزاعه وخاصة السرعة في نظره إذ يتم اخطارهما حالا بعد تسجيل عريضتهما من طرف امين الضبط بتاريخ الجلسة، فيحاول القاضي مصالحتهما فيها، ويتأكد مأن رضائهما واتفاقهما [11].

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

---

[9] المادتان 441 و442 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

[10] المادتان 427 و428 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

[11] المادة 430 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

كانت تتعارض مع مصلحة الاولاد او النظام العام، ثم يثبت ارادة الزوجين بحكم يتضمن المصادقة على الاتفاق النهائي ويصرح بالطلاق[12].

3 ـ الصلح في نزاعات العمل

ورد إجراء المصالحة في اماكن مختلفة من تشريعات العمل، اذ نص عليه المشرع في القانون 02/90 المؤرخ في 06 فبراير 1990 المتعلق بالوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الاضراب، كإجراء يمكن الالتجاء اليه لحل الخلاف الجماعي في العمل قبل الالتجاء الى الوساطة ثم التحكيم [13].

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

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

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

---

[12] المادة 431 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

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

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

هذا النوع من الصلح لا يلعب القاضي رئيس القسم الاجتماعي اي دور في تحقيقه، إذ يتم خارج الخصومة القضائية، غير انه يمكن له أن يتدخل، طبقا لاحكام المادة 22 من القانون 04/90 السالف الذكر، بمناسبة تطبيق او تفسير كل اتفاق مبرم في اطار الاجراءات الخاصة بالمصالحة امام مكتب المصالحة، كما يمكن له ان يتدخل طبقا للمادة 34 من نفس القانون للامر في اول جلسة بالتنفيذ المعجل لمحضر المصالحة مع تحرير غرامة تهديدية يومية لاتقل عن 25/ من الراتب الشهري، في حالة عدم تنفيذ الاتفاق من قبل احد الاطراف، وقد أكد المشرع هذه المقتضيات في المادتين 508 و509 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

الفرع الثاني ـ الوساطة في قانون الاجراءات المدنية والادارية

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

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

فالوساطة تختلف من هذه الزاوية عن الصلح باعتبار ان الصلح كقاعدة عامة اجراء اختياري بالنسبة للقاضي، اذ أجازت له المادتان الرابعة والمادة990 من قانون الاجراءات المدنية والادارية مصالحة الخصوم في اية مرحلة كانت عليها الدعوى، كما تختلف عن اجراء تعيين الحكمين في شؤون الاسرة التي اسندت المادة 446 من قانون الاجراءات المدنية والادارية سلطة تعيينهما بصفة اختيارية للقاضي، ولو ان الاجراء لايختلف في موضوعه عن اجراء الوساطة.

لكن، وحتى وان كان عرض اجراء الوساطة اجباريا من القاضي على طرفي النزاع، فإن اعماله مرهون بقبولهما بذلك، فلا يعين القاضي وسيطا طبقا لاحكام المادة 994 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الا في حالة قبول الخصوم لهذا الاجراء لحل نزاعهما[14].

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

الفرع الثاني ـ التحكيم في قانون الاجراءات المدنية والادارية

تناول المشرع في قانون الاجراءات المدنية والادارية القواعد العامة الاجرائية للتحكيم كطريق بديل يلتجئ اليه الاطراف لحل نزاعهم[14]، كما تطرق في المادة 446 من هذا القانون لاجراء تعيين حكمين في قضايا الطلاق .

---

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

1ـ القواعد العامة للتحكيم في قانون الاجراءات المدنية والادارية

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

والتحكيم طريق بديل يتم اختياره من الاطراف لحل نزاعاتهم، فأجاز المشرع في قانون الاجراءات المدنية والادارية لكل شخص اللجوء اليه في نزاع يخص الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، مستثنيا من ذلك المسائل المتعلقة بالنظام العام وبحالة الاشخاص واهليتهم ولم يسمح للاشخاص المعنوية العامة اللجوء اليه ماعدا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الاقتصادية الدولية التي صادقت عليها الجزائر او في اطار الصفقات العمومية[15].

والتحكيم قد يكون داخليا ويتم استنادا على شرط التحكيم الذي يتضمنه العقد المبرم بين الطرفين، يعرضان بمقتضاه النزاعات التي تثار حول الحقوق التي اجاز المشرع عرضها على التحكيم، كما يمكن اللجوء اليه بالاستناد على اتفاق التحكيم وهو الاتفاق الكتابي الذي يقبل الاطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم[16].

أما التحكيم الدولي فهو الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الاقل ويتم الالتجاء اليه استنادا على اتفاقية التحكيم المبرمة بين الاطراف كتابة أو باية وسيلة اتصال اخرى تجيز الاثبات بالكتابة والتي تستجيب للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الاطراف على اختياره او القانون المنظم لموضوع النزاع او القانون الذي يراه المحكم ملائما[17].

---

[15] المادتان 1006 و975 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

[16] المادتان 1007 و1011 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

[17] المادة 1039 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

ويختلف التحكيم في قانون الاجراءات المدنية والادارية عن الطريقين البديلين لحل النزاعات، باعتبار ان الاطراف لايشاركون في القرار المتخذ فيه، اذ يقتصر دورهم على اختيار حكم او جهة تحكيم يسندون لها مهمة نظر النزاع القائم بينهم حسب الاجال والاوضاع المقررة امام الجهات القضائية، ما لم يتفقوا على خلاف ذلك، والفصل فيه عن طريق حكم يخضع لاغلب مقومات الحكم القضائي سواء تعلق الامر بالحجية او بطرق الطعن[18].

يمكن ان يتجه طرفا النزاع الى التحكيم وخصومتهما قائمة امام القضاء، ففرض قانون الاجراءات المدنية والادارية في هذه الحالة توقيف اجراءات الخصومة القضائية لفتح المجال لطرفي النزاع لطرح نزاعهم على المحكم الذين اختاراه[19].

ويحتاج حكم التحكيم لتنفيذه الى امر من رئيس المحكمة التي صدر في اختصاصها، يقبل بدوره الاستئناف امام المجلس القضائي[20]، خلافا لمحضري الصلح او الاتفاق اللذين ينهي بهما طرفي النزاع عملية الصلح والوساطة الذي تمت بينهما ويجسدان ما توصلا اليه فيه واللذين لا يقبلان أي طعن.

2 ـ نظام التحكيم في شؤون الاسرة

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

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

---

[18] المواد 1019 ، 1031 .....1034.

[19] المادة 1013 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

[20] المادة 1035 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

اذا تم الصلح من طرف الحكمين في اطار المادة 446 السالفة الذكر، يثبت ذلك في محضر، يصادق عليه القاضي بموجب أمر غير قابل لاي طعن، ويجوز له انهاء مهام الحكمين تلقائيا اذا تبينت له صعوبة تنفيذ المهمة، وفي هذه الحالة يعيد القضية الى الجلسة وتستمر الخصومة .

ويختلف إجراء الالتجاء الى حكمين عن غيره من الاجراءات التي تحكم بقية الطرق البديلة، فيختلف عن الوساطة، اذ لايقع على القاضي أي التزام قانوني بعرضه على الاطراف ويتفق معه لكونه يحتاج الى المصادقة من طرفه على محضر الصلح، كما يختلف عن الصلح بانه لايحتاج الى موافقة الاطراف ولا ينتهي الى محضر يودع كتابة ضبط المحكمة ليتمتع بصفة السند التنفيذي، ويختلف عن التحكيم، لكون الالتجاء اليه يتم من طرف القاضي عكس التحكيم الذي يختار الاطراف سلوكه.

المطلب الثاني ـ خصائص الطرق البديلة في قانون الاجراءات المدنية والادارية

تنفرد الاجراءات البديلة لحل النزاعات المنصوص عليها في قانون الاجراءات المدنية والادارية بمجموعة من الخصائص يجتمع حولها كل من الصلح والوساطة وبدرجة أقل التحكيم لاستناده على خلفيات مغايرة لتلك التي يستند عليها الطريقان الاخران .

الفرع الاول ـ الطرق البديلة : اختيار بمناسبة الخصومة القضائية

الطرق البديلة في قانون الاجراءات المدنية والادارية هي طرق تعويضية للخصومة القضائية، يتم سلوكها من الاطراف بعد رفع نزاعهم امام القضاء، ويترتب على اختيارهم لها تخليهم عن إجراءات الخصومة القضائية وتؤدي عند نجاحها الى انقضاء هذه الاخيرة وتفرض العودة اليها عند فشلها. لكن هذا الكلام قد لايصدق في كل الحالات على التحكيم، خاصة اذا لم يتم بمناسبة خصومة قضائية.

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

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

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

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

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

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

ان المواد من 990 الى 993 السالفة الذكر تقابل المواد 127، 128، 130 و131 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد واقتصرت على الصلح الذي يتم بمناسبة الخصومة القضائية، فلم يتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية نصا مماثلا للمادة 129 من القانون الاخير الذي تناول الصلح الذي يتم خارج الخصومة القضائية ويطلب أطرافه من القاضي الاشهاد لهم به[21].

وقد فرضت المادة 384 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد على القاضي، في هذا الاطار منح الصيغة التنفيذية للاجراء الذي يعاين اتفاق الاطراف سواء تم أمامه أو ابرم في غيابه، وهي المادة التي لانجد ما يقابل شطرها الاخير في المادة 220 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري[22].

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

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

---

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

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

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

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

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

الفرع الثاني ـ الطرق البديلة: حل اتفاقي برعاية القضاء

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

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

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

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

لكن، وحتى وان كان عرض اجراء الوساطة اجباريا من القاضي على طرفي النزاع، فإن اعماله مرهون بقبولهما بذلك، فلا يعين القاضي وسيطا الا في حالة قبول الخصوم لهذا الاجراء لحل نزاعهما.

ونفس الاحكام نجدها سائدة بالنسبة للتحكيم، اذ لايمكن اللجوء اليه الا باتفاق اطراف النزاع استنادا على شرط التحكيم، اتفاق التحكيم او اتفاقية التحكيم.

الفرع الثالث ـ الطرق البديلة : أولوية للحل الاتفاقي

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

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

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

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

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

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

وتنقضي الدعوى وبالتبعية الخصومة القضائية اذا كانت قائمة، بعد تصالح الاطراف حول الحق موضوع النزاع وتحرير محضر صلح بذلك [23]، ونفس الكلام يصدق في الحالة التي يتمكن فيها الوسيط

[23] المواد من 970 الى977 من قانون الاجراءات المدنية والادارية .

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

الفرع الرابع ـ الطرق البديلة: اختصار للخصومة القضائية

تعد بساطة اجراءات الطرق البديلة من اهم مايميزها عن غيرها من الطرق المقررة لحل النزاعات، واهم المبررات التي تفسر التجاء الخصوم اليها بدلا من الانفاق من الوقت والمال لبلوغ حل قضائي في اطار الخصومة القضائية قد لايرضي احد الطرفين او لا يرضيهما معا[24].

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

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

---

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

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

اما بالنسبة للخصومة التحكيمية فتخضع للاجال والاوضاع المقررة امام الجهات القضائية ما لم يتفق الاطراف على خلاف ذلك ويمكن ان تضبط في اتفاقية التحكيم الاجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة او استنادا على نظام التحكيم كما يمكن اخضاع هذه الاجراءات الى قانون الاجراءات الذي يحدده الاطراف[25].

ويدخل ضبط اجال نظر الطرق البديلة في اطار فكرة اختصار الاجراءات المقرر لها[26]، فيجب الا تتجاوز في الوساطة 03 أشهر، يمكن تجديدها عند الاقتضاء بطلب من الوسيط وموافقة الخصوم، وفي التحكيم 04 أشهر عند عدم تحديد اجل لانهاء اتفاق التحكيم وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بانهاء مهامهم في مدة 4 اشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم او من تاريخ أخطار محكمة التحكيم، غير انه يمكن تمديد هذا الاجل بموافقة الاطراف او وفق نظام التحكيم من طرف رئيس المحكمة في حالة عدم موافقة الاطراف.

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

---

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

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

فيتـأكد هذا الاخيـر من رضـائهما ويحـاول الصلح بينهمـا اذا كان ممكنا، ثم ينظر في الاتفاق الذي تم بينهما ويصدر حكما بالمصـادقة عليه ويصرح بالطلاق، فيتجنبان بذلك اجراءات التكليـف بالحضـور واجراءات الصلـح في جلسـات متعددة، ثم ينظـر في الاتفاق الذي تم بينهما ويصـدر حكما بالمصادقة عليه ويصـرح بالطـلاق، فيتجنبـان بذلك اجراءات التكليف بالحضـور وحتى اجراءات الصلح في جلسات متعددة واخيرا اجراءات الخصومة القضائية المعقدة.

المبحث الثاني ـ الطرق البديلة وحدود التخلي عن حلول الخصومة القضائية

ان الطـريق البـديل في قانون الاجـراءات المدنيـة والادارية هو طريق تم اختياره بمناسبة خصومة قضائية، اللهم الا اذا تعلـق الامـر بالتحكيم الذي يلتجأ اليه كقاعدة عامة خارجها، بالرغم من خضوعه هو كذلك لبعض المقتضيات الاجرائية للخصومة القضائية او تلك التي يختارها الاطراف.

تشكـل الطـرق البديلة بدائـل للخصـومة القضـائية بإجـراءاتها البسيطة وبدائل للحلول القانونية المكرسة في القوانين الموضـوعية، لكن هذا الكـلام يجب ألا يؤخذ على اطلاقه، باعتبـار ان هذه الطـرق يجب ان تحترم من الناحية الاجرائية ما فرضه المشرع من اجـراءات عند سلوكها، سـواء تعلقت بها او بالاجـراءات الاسـاسية للخصـومة القضائية نفسها، زيادة على المقتضيات الموضوعية التي يجب ان تتم في اطارها.

المطلب الاول ـ الحدود الاجرائية المرتبطة بالخصومة القضائية

القاعدة العامة ان الغاية من تفضيل سلـوك الطرق البديلة لحـل النزاعات بدلا من الطريق العادي الذي توفره الخصومة القضائية، هو الابتعاد عن اجراءات هذه الاخيرة بما تمثله من اعباء على المتقـاضي، زيـادة علـى فكـرة مشـاركته في الحـل الذي يتوصـل اليه في اطار الطريق البديل.

الفرع الاول ـ حدود تخلي طرفي النزاع عن إجراءات الخصومة القضائية

اذا كانت الطرق البديلة تقوم على فكرة تجاوزالاطراف للقواعد الاجرائية للخصومة القضائية، فان هذا التجاوز لايمكن ان يكون كليا، اذ يجب ان يأخذ بعين الاعتبار القواعد الاجرائية المتعلقة بالنظام العام[27].

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

أولا ـ الاختصاص بنظر النزاع

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

[28] المواد 1032 الى 1035 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

[29] المواد 970 الى 977 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

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

ثانيا ـ اجراءات قبول الطلب وصحة رفعه

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

اضافة لشرط الصفة الذي يرتبط في اغلب الحالات بشرط المصلحة عندما تكون شخصية ومباشرة، فان المشرع فرض لصحة الاجراء من حيث موضوعه، ان يكون صادرا ممن تتوفر فيه أهلية التقاضي، والا اثار القاضي تلقائيا هذه المخالفة التي تمس صحة الاجراء من حيث موضوعه[30].

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

[30] المادتان 64 و65 من قانون الاجراءات المدنية والادارية .

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

الفرع الثاني ـ حدود تخلي القاضي عن اجراءات الخصومة القضائية

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

اولا ـ دور القاضي في الصلح

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

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

وقد أسندت المادة 431 من قانون الاجـراءات المـدنية والادارية التي تناولت دور القاضي في اجراءات الطلاق بالتراضي للقاضي دورا اساسيا فيه، اذ فرضت عليه التاكد في التاريخ المحدد للحضـور من قبـول العـريضة والاستمـاع الى الزوجين على انفـراد ثم مجتمعين والتأكد من رضائهما، والقيام بمحاولة مصـالحتهما اذا كـان ذلك ممكنا، ثم يثبت ارادة الزوجين باصدار حكم يتضمـن المصـادقة على الاتفاق ويصرح بالطلاق، هذا كله بعد مراقبة موضوع الاتفـاق من زاوية مدى مخالفته لمصلحة الاولاد وللنظام العام.

ثانيا ـ دور القاضي في الوساطة

لايمكن للقاضي أن يخالف، بمناسبة عرض الوساطة على الاطراف وفي اطارهـا، الضـوابط الاجـرائية العـامة التي تحكم الدعـوى، مـن اختصاص وشروط قبول والضوابط الاجرائية التي حددها المشرع له عنـد الالتجـاء الى هذا الطـريق البديل، كما لايمكـن له ان يتجـاوز الحدود الموضـوعية التي رسمهـا المشـرع بمقتضـى المادة 994 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

فيلتـزم القـاضي بتعيين الوسيـط من الاشخـاص المعتـرف لهم بحسن السلوك والاستقامة، ولا يتـرتب على الحكـم بالوسـاطة طبقـا للمادة 995 من قانون الاجراءات المدنية والادارية تخلي القاضي عن القضية اذ يبقى يراقب سيرها ويتخـذ، ان اقتضـى الامر لذلـك، كل التدابير التي يرى ضرورتها لتسهيل مهمة الوسيط.

ويجـب على الوسيط في هذا الاطار إخطارالقـاضي بكل صعـوبة تعتـرض مهمته، ويمكـن لهذا الاخير انهـاءها في اي وقت بطلـب من الوسيط اومن الخصوم، أو تلقائيا عندما يتبين له استحـالة مواصلتها، وفي جميع الحالات ترجع القضية للجلسة ويستدعى الوسيط والخصوم اليها عن طريق امين الضبط.

ويجب عليه، عنـد انتهاء مهمته، إخبار القاضي كتابيا بما توصل اليه الخصـوم من اتفـاق او عـدمه، لتـرجع القضية اليه في التـاريخ

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

ثالثا ـ دور القاضي في الخصومة التحكيمية

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

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

وينظر القاضي في الطعون المختلفة التي اجازها المشرع ضد احكام التحكيم، ويتعلق الامر باعتراض الغير الخارج عن الخصومة، الاستئناف والطعن بالنقض، كما ينظر في قابليتها للتنفيذ[31].

المطلب الثاني ـ الحدود الخاصة بالطلب بموضوع النزاع

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

الفرع الاول ـ الحدود المتعلقة بالنظام العام

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

[31] المواد 1032 إلى 1035 من قانون الاجراءات المدنية والادارية .

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

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

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

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

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

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

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

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

الفرع الثاني ـ الحدود المتعلقة بحالة الاشخاص وأهليتهم

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

فلا يجوز الاتفاق على تعديل احكام الحالة الشخصية للانسان وأهليته، فلا يجوز لمن كان غير اهل ان يصالح غيره على انه اهل او النزول عن اهليته اذا كان اهلا او تعديل احكامها كما لايجوز التصالح على البنوة باثباتها او نفيها او على صحة الزواج او بطلانه. لكن يجوز التصالح حول الحقوق المالية المترتبة على الحالة الشخصية كمؤخر الصداق او نفقة العدة كما يجوز للقاصر بعد بلوغه سن الرشد ان يصالح من تعاقد معه على اجازة العقد بشروط معينة[32].

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

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

---

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

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

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

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

الفرع الرابع ـ الحدود الخاصة بالوساطة بالنسبة للقضايا العمالية

استثنت المادة 994 من قانون الاجراءات المدنية والادارية القضايا العمالية من مجال الوساطة مستعملة مصطلح يحمل مدلولا عاما شاملا لكل نزاعات العمل دون استثناء.

وان تبرير استثناء عرض الوساطة في مجال علاقات العمل يرجع حسب البعض الى احتواء التشريع الخاص بها ما يتكفل بهذا الطريق البديل لحل النزاعات[33] فيستنفذ هذا النوع من النزاع من هذه الزاوية وحسب رأينا، الحاجة الى مثل هذين الطريقين البديلين، بعد سلوكهما قبل اللجوء الى القضاء اذ عادة ما لاتطرح على القاضي الا بعد استنفاذ اجراءات الصلح تارة والوساطة تارة أخرى او الاجراءين معا.

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

الفرع الخامس ـ الحدود الخاصة بالتحكيم بالنسبة للاشخاص المعنوية العامة

حدد المشرع في قانون الاجراءات المدنية والادارية للاشخاص المعنوية العامة مجالات النشاط التي يمكن لها الالتجاء بمناسبتها الى التحكيم وهي علاقاتها الاقتصادية الدولية والصفقات العمومية، فاستثنى المشرع من ذلك بقية النشاطات التي تقوم بها هذه الجهات، وهي نشاطات مقررة من جهة لاشباع الحاجيات العامة للمواطنين، وتتمتع من جهة أخرى عند أدائها بامتيازات السلطة العامة.

إن الفصل في النزاعات التي قد تثور حول هذه النشاطات بالنظر الى الاهداف المرسومة لها والوسائل والامتيازات المقررة للجهات الادارية لتحقيقها لا يجدي معه في نظرنا الالتجاء الى التحكيم لحل النزاعات التي تثور حولها / ويبقى القضاء الاداري الاطار الامثل لذلك.

خاتمة

من أهم مستجدات قانون الاجراءات المدنية والادارية تكريسه للقواعد الاجرائية العامة التي تحكم كل من الصلح والوساطة ومراجعته لاحكام التحكيم، فأصبحت هذه الطرق بذلك تحتل مكانة هامة كسبل لحل النزاعات، بالرغم من انها لاتخص كقاعدة عامة سوى النزاعات التي تطرح امام القضاء.

اقتصر المشرع في قانون الاجراءات المدنية والادارية، كقاعدة عامة على الطرق البديلة كحلول للنزاعات المطروحة امام القضاء، اذ لم يتناول هذه الطرق خارج الخصومة القضائية وخارج القضاء وابقى على الضوابط التي لايجوز للاطراف مخالفتها فيها سواء تعلقت بالاختصاص بالقبول، بالحدود الموضوعية من نظام عام وحالة الاشخاص.

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

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

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

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

الطبيعة القانونية لدور القاضي في الصلح

الدكتور: بودريعات محمد، أستاذ محاضر
جامعة الجزائر1

المقدمة

إن البحث في الطرق البديلة للتقاضي بصفة عامة قد عرف تطورا وأصبح يتجه نحو ايجاد نظرية قانونية للطرق البديلة[1]. فعنوان هذه المحاضرة يصب في هذا البحث عن هذه النظرية، فعندما نبحث عن الطبيعة القانونية لدور القاضي في الصلح فإننا نخرج الفكرة من حالة اللبس والغموض إلى حالة الوضوح والنظام، فالصلح في أصله يحمل معنى أخلاقيا لما فيه من النصح وغياب فكرة الإلزام والجبر، ولكن يعد دخول الصلح في قانون الإجراءات المدنية كطريق بديل أصبح لابد أن نجد له نظرية حتى نميزه عن العمل القضائي والعمل الولائي والعمل التوثيقي ونصل به إلى نظرية تجعله ذا طبيعة متميزة. وهذا ما نقصده من قولنا – إخراج الفكرة من حالة اللبس إلى حالة الوضوح- ولقد ظهرت في فقه قانون الإجراءات المدنية تعابير العدالة التعاقدية justice contractuelle والعدالة التفاوضيةjustice négociée والعدالة الخاصة justice privée، وهي مصطلحات لا يزال يسودها الإبهام والغموض غير أنها تطرح تصورا كبيرا ومعالمه تتضح أكثر فأكثر.

أساس هذه التعابير يكون قد حددها الأستاذ L. Cadiet الذي يرى أن كلا من العقد والخصومة لا يلغي أحدهما الآخر، حيث أن اللّجوء إلى القضاء لا يلغي العقد والعقد لا يلغي اللّجوء إلى القضاء، وبالتالي فإن المجتمع هو في حاجة إلى استعمالهما معا[2].

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

---

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

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

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

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

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

وتبيّن أن الخبراء في أحيان كثيرة يضغطون على المتقاضين لقبول الصلح المقترح منهم فيرضخ المتقاضي خشية أن يكون تقرير الخبرة في غير صالحه، ولذلك تدخّل المشرع الفرنسي بنص صريح ومنع على القاضي إسناد مهمة الصلح للخبير[3]. وتبعه المشرع الجزائري بنص المادة 125 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أن الخبرة تهدف إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي.

ولقد رحّب الفقه الفرنسي بهذا النص واعتبره نهاية جيدة لممارسة قضائية كانت مطبقة، غير ان المشرع لم يغيب الفكرة تماما بل أعاد صياغتها بشكل آخر عن طريق إقراره للوساطة كطريق بديل للتقاضي، بل إن البعض يرى أن الوساطة هي إصلاح لنظام الصلح une réforme de conciliation[4].

---

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

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

وما يزال الفقه الفرنسي أكثر اندفاعا نحو العدالة الرضائية أو التعاقدية فهو يدعو إلى تجديد صورة العدالة في أذهان الناس على أنها ليست ساحة للمواجهة فقط بل يجب أن تكون كذلك ساحة للمناقشة والمفاوضات والمصالحة[5].

أما قوانين الإجراءات فقد أعطت أهمية كبيرة للصلح بين الخصوم معلقة آمالا كبيرة على التخفيف من عبء القضايا على القضاة، غير أن هذه الآمال لم تتحقق بالحجم المراد[6]، وأدى ذلك إلى إعطاء القاضي سلطة تقديرية في إجراء الصلح بين الأطراف، وقد جاء في المادة 04 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه يمكن للقاضي إجراء صلح بين الأطراف أثناء سير الخصومة في أية مادة كانت، وفي المواد من 990 إلى 993 نص على إجراءات الصلح تحت تسمية الطرق البديلة لحل النزاعات.

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

إذا كان الموثق يتلقى العقود بين الأفراد ليضفي عليها الصبغة الرسمية فإن القاضي يتلقى الخصومات بين الأشخاص وينهيها بحكم أو بعقد صلح، فالصلح سواء أكان جوازيا أو وجوبيا فإنه عقد. إذ تعرّف المادة 459 من القانون المدني الصلح بأنه عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أويتوقيان به نزاعا محتملا وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه[7].

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

---

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

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

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

ولقد استعمل المشرع المصري في المادة 549 من القانون المدني عبارة التنازل عن جزء من إدعاءاته، وليس التنازل عن حقه كما جاء في نص المادة 459 من القانون المدني الجزائري. فالحق أمام القضاء لا يبدأ حقا وإنما يبدأ إدعاء، فإذا حكم القاضي بأن هذا الإدعاء مؤسس تحول إلى حق[8].

فنص المشرع المصري يستجيب أكثر لمقتضيات الصلح من حيث أنه ركّز على أن الصلح ينصب على جزء من الإدعاءات ، أمّا التنازل عن الحق فلا يبقي مجالا للصلح[9].

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

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

---

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

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

المطلب الأول: الشروط المتعلقة بأطراف الصلح

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

الفرع الأول: أهلية المتصالحين

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

فالمشرع المصري نظمها بقانون يسمى قانون الولاية على المال[10]، أما المشرع الجزائري فقد نظم الأحكام الإجرائية للولاية على أموال القاصر في المواد من 464 إلى 480 من قانون الإجراءات المدنية، ويستخلص من هذه المواد أن القاضي يراقب الولاية على القاصر من تلقاء نفسه أو بناء على طلب من الغير، كما أنه يأمر باتخاذ التدابير المؤقتة قبل الفصل في الموضوع أو قبل إجراءات الصلح التي يراها مناسبة لحماية مصالح القاصر[11].

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

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

---

[10] عاشور مبروك، المرجع السابق، ص 119.

[11] انظر نص المادتين 466 و467 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المؤرخ في 29 أكتوبر 2013 تنص على أنه يجوز للمحامي القيام بكل إجراء يتعلق بالتنازل أو الإعتراف[12]، على خلاف المشرع المصري الذي اشترط في الصلح والتنازل عن الخصومة أهلية خاصة أو توكيلا من الخصم لمحاميه بهذا الموضوع[13] لأن هذا التنازل قد يهدر الحق المدعى به فلا يجوز المطالبة به مرة أخرى، فالتعبير عن القبول بالصلح يجب أن يكون صريحا وبدون لبس. هذا المعنى بهذا اللفظ اشترطته المادة 240 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في نصها على القبول بالطلبات وبالحكم، فمن باب أولى أن يكون الأمر في الصلح كذلك.

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

الفرع الثاني: سلامة الإرادة من العيوب

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

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

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

---

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

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

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

المطلب الثاني: الشروط المتعلقة بموضوع الصلح

إن موضوع الصلح أيا كان يجب أن تتوافر فيه الشروط التي يجب توافرها في المحل بوجه عام فيجب أن يكون موجودا، معينا أو قابلا للتعيين ومشروعا. والقاضي عند تحريره لمحضر الصلح لا يكون مجرد كاتب يتلقّى إرادة الطرفين فلابد أن يتأكد من توافر الصفة لديهم وأن هذا الصلح لا يصطدم مع النظام العام[14]، أما الصلح الذي توصل إليه الطرفان إذا كان سيختلف عن الحكم الذي كان سيصل إليه القاضي أو أنه لا يحقق العدل بين الطرفين، فإن ذلك لا يؤثر على صحة الصلح في شيء لأن مهمة القاضي ليست هي قول كلمة القانون وإنما هي الإشهاد للطرفين بتلاقي إرادتهما، ومن المسائل التي لا يجوز التصالح بشأنها ما يلي:

أ-المسائل المتعلقة بالحالة

لا يجوز للخصمين أن يتصالحا على البنوة أو الأبوة بالنفي أو الإثبات أو على صحة زواج أو بطلانه[15] أو عن الإقرار بالجنسية أو نفيها، غير أنه يجوز التصالح على الحقوق المالية المتولدة عن حالة الأشخاص كالتنازل عن الحق في التركة أو التنازل عن قيمة النفقة لمدة معينة دون التنازل عن صفة الوارث أو عن الحق في النفقة.

ب-المسائل المتعلقة بالنظام العام

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

---

[14] Emmanuel Blanc, op cit. P 136.

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

التي وإن لم تكن مطابقة لقواعد العدل والإنصاف فإنها يجب أن تكون غير مخالفة للنظام العام فلا يجوز الاتفاق على الفوائد الربوية أو الربح المركب[16]، وبالتالي فلا يجوز التصالح عليها ويكون على القاضي رد الخصمين المتصالحين إلى الحد الأقصى المسموح به قانونا و إلا اعتبر الصلح باطلا لمخالفته للنظام العام.

وإذا أثار طرفا الصلح جريمة يكون أحدهما قد ارتكبها في حق الآخر، فإن قاضي الصلح يوجههما إلى التصالح على الحقوق المالية التي نشأت من جرّاء هذه الجريمة فقط، كما أن الصلح بين العامل ورب العمل إذا تضمن مساسا بالحقوق التي تتضمنها قوانين العمل يعتبر باطلا لمخالفته النظام العام[17].

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

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

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

---

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

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

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

المبحث الثاني: دور القاضي في توثيق الصلح

لقد نصت المادتان 991 و992 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على الشروط الإجرائية للصلح باقتضاب شديد، فالمادة 991 تركت للقاضي حرية اختيار المكان والوقت الذين يراهما مناسبين للصلح، أما المادة 992 فقد نصت على توقيع محضر الصلح من الخصوم والقاضي وأمين الضبط، ونستعرض فيمايلي الشروط الإجرائية للصلح.

المطلب الأول: شرط الخصومة وحضور جميع الأطراف

ونتناول ذلك في فرعين:

الفرع الأول: شرط الخصومة المطروحة على القضاء

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

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

انقضاء الخصومة لا يمتد ليشمل الجزْء الذي تم التصالح بشأنه، وإنما يبقى محصورا في الجزء الذي لم يتم الصلح بشأنه[18].

وتساءل الفقه كذلك حول تدخل الغير في الخصومة هل يوقف الصلح أو يجعله غير ذي أثر على هذا الغير، واستقر الرأي على أن التدخل الاختصامي يفرض على المحكمة أن لا تقبل الصلح إلا بعد الفصل في موضوع التدخل[19]، وفي جميع الأحوال فإن للغير الذي أضر الصلح بحقوقه أن يرفع دعوى أصلية ببطلانه إذا فاته الإعتراض على الصلح، هذه الدعوى تكون دعوى أصلية بالبطلان وليست اعتراض الغير الخارج عن الخصومة التي لا تكون إلا في الأحكام وليس في محاضر الصلح، وهذا يقودنا إلى تساؤل آخر لا يقل أهمية من التساؤلين السّابقين وهو الطبيعة القانونية لمحضر الصلح.

فالصلح الذي يتم أمام القضاء هو عقد وليس حكما ويتم في شكل محضر وليس في شكل حكم، وبالتالي فإنه يدخل ضمن الأعمال الولائية للقاضي وليس ضمن الأعمال القضائية[20]، ويترتب على ذلك أن إلغاء محضر الصلح أو إبطاله لا يتم عن طريق الطعن فيه بواسطة طرق الطعن العادية أو غير العادية، وإنما يتم بواسطة دعوى أصلية أمام الدرجة الأولى المختصة طبقا للقواعد العامة[21]، ويبنى الإدعاء بإبطال الصلح على الأسباب القانونية التي تبطل بها العقود، بل أن الصلح يمّكن لأحد أطرافه أن يطلب فسخه إذا لم يقم أحد المتصالحين بالوفاء بالتزاماته التي فرضها عليه محضر الصلح ويفسر من طرف قاضي الموضوع كباقي العقود[22].

الفرع الثاني: شرط حضور جميع الأطراف أمام القاضي

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

---

[18] د. عاشور مبروك، المرجع السابق، ص 134.
[19] د. أحمد مليجي، المرجع السابق، ص 292.
[20] أحمد محمد عبد الصادق، المرجع القضائي في قانون المرافعات، الجزء الثاني، 2008، ص 823.
[21] د. أحمد مليجي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 283.
[22] أحمد مليجي، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص 290.

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

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

فالصلح القضائي الذي يقوم به القاضي مماثلا للعمل التوثيقي الذي يقوم به الموثق من حيث ضرورة حضور الأطراف أمامه و موافقتهم على ما تم تدوينه في المحضر وإمضائهم على ما هو مدون فيه[23].

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

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

المطلب الثاني: الشروط الشكلية لمحضر الصلح

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

الفرع الأول: تحرير المحضر في شكل حكم

لقد سبق القول أن محضر الصلح لا يعتبر حكما ولذلك اشترط القانون توقيع أطراف الصلح على المحضر أولا قبل توقيع القاضي ثم أمين الضبط[24]، و يقصد بالقاضي هنا تشكيلة المحكمة، فإن كانت تشكيلة جماعية استوجب ذلك توقيع جميع أعضائها وإلا وقع باطلا، ولقد أجاز المشرع الفرنسي لقاض واحد التوقيع على محضر الصلح في بعض الحالات[25].

وإذا كان محضر الصلح ليس عملا قضائيا وإنما هو عمل ولائي فإن القانون لم يحدّد شكلا معينا لمحضر الصلح ولا يوجد ما يمنع تحريره في شكل حكم، غير أن مضمون هذا الحكم يقتصر على إثبات ما تم التصالح عليه من طرف الخصوم ولا يشمل رأي القاضي ولا يعلّل لأنه لا يخضع لرقابة قضائية أعلى.

وقد يتم توقيع محضر الصلح من طرف ويمتنع الطرف الآخر عن توقيعه أو يُعلن صراحة عن عدوله عن هذا الصلح، ففي هذه الحالة فإن القاضي لا يوقع على المحضر ولا ينهي النزاع عن طريق الصلح، وإنما يكون له أن يعتبر هذا المحضر غير الموقع عليه من طرف أحد الخصوم بمثابة سند في الدعوى يجوز الإستناد عليه في الحكم الذي سيصدر، وهو ما استقر عليه القضاء المصري[26].

---

[24] أنظر المادة 992 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

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

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

وبهـذا الرأي الذي استقر عليه القضـاء المصـري يكون قد ثمّن جهد القاضـي في محـاولته للصلح والتي توجت بصلح عدل عنه أحد أطرافه ولم يترك جهد القاضي يذهب سدى.

الفرع الثاني: صياغة الإتفاق في شكل محضر

إن الاتفاق بين الخصوم على الصلح ليس هو ذاته محضر الصلح، فقـد يتفـق الخصمـان على الصلح بعيـدا عـن القـاضي تم يتقـدمان باتفـاقهما هـذا إلى القاضي للمصـادقة عليه، وهي حالة لم يفـرد لها المشرع الجزائري نصـا خاصا مثلما فعل المشـرع الفـرنسي في نص المادة 129[27] التي تنص على أن الخصـوم يمكنهم دائما ان يطلبوا من القاضي معـاينة صلحهم، وهذا المعنى يكون قد ورد في نـص المـادة 990 من عبارة التصالح تلقائيا أو بسعي من القاضي، فإذا تم التصالح تلقائيا بين الخصوم خارج إدارة القـاضي وأحضر الطـرفان اتفـاقهما على الصلح فإن القاضي يعيد تحرير محضر بهذا الصلح بالشكل الذي يراه مناسبا ، فالقـانون ينص على التـوقيع على محضر الصلح وليس المصادقة على اتفاق الصلح.

ولئـن كـان الحكم الذي يقضـي بإلحـاق عقـد الصلح بمحضـر الجلسـة وإثبـات محتـواه فيه فـإنه لا يحـوز أية حجية بمعـزل عن المحضر، والقـاضي وهو يصـادق على محضـر الصلح لا يكون قـائما بوظيفة قضائية بل أن مهمته إثبات ما حصل أمامه من اتفاق وتوثيقه بمقتضى سلطته الولائية وليس بمقتضى سلطته القضائية[28].

بقي أن نقول أن جانبا من الفقه الفرنسي يرى أن محضر الصلح هو عمل قضائي un acte judiciaire لتمييزه عن الحكم القضائي la décision judicaire فالقاضي في الصلح لا يعطـي للخصـوم أكثـر مما يعطونه لأنفسهم ولكنه في ذات الوقت مرتبط بخصومة يجب أن تكون مستوفية للشروط القانونية المتعلقة بالأشكـال والقبـول وهذا هو السبب الذي جعـل الفقه الفرنسي يتقدم القضـاء باعتبـار محضر

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

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

الصلح عملا ولائيا مسألة تجاوزها الزمن في حين أن محكمة النقض الفرنسية ما تزال تعتبر هذه الأعمال من أعمال الإدارة القضائية[29].

الخاتمة

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

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

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

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

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

ولكي يكون القـاضي فاعلا ومنتجـا للصلح لا بد أن ينخرط في نظام آخر للعدالة هو العدالة التعاقدية أو العدالة التفـاوضية، ويجب أن يتجه الفكر القانوني الإجـرائي إلى تأسيـس صورة أخرى لعـدالة أخرى هي العدالة التعاقدية أو الرضائية.

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

الدكتور: عبد الرحمان خلفي
جامعة بجاية

تقديم

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

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

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

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

في صـورته التقليدية، لحسـاب أنظمة أخرى عقابية ـ جديدة ـ تحل محلها، بحيث تؤدي أغراضها بعيدا عن مساوئها.

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

ونتج عن هذه الإشكالية جملة من الأسئلة تمثلت فيما يلي؛

- هل نجحت العقوبة في شكلها التقليـدي الحـالي في تقليص مستوى الجريمة وفي إنصاف حقوق الضحايا من الجريمة؟
- ما هي بدائل العقوبة المتاحة على المستوى الوطني، وهل لها تأثير ـ على قلتها ـ في امتصاص معدل الجريمة؟
- وهل يمكن إدراج بدائل أخرى اقتباسا من التشريعات الغربية؟

وهي الإشكالية مع جملة الأسئلة المطروحة نحاول الإجابة عنها من خلال التطرق إلى بدائل العقوبة المتاحة في إطار السيـاسة الجنائية بالجزائر، وأسباب فشلها في إنقاص معدل الجـريمة، وسبل ترشيـدها على النحو الذي يضمن تقليص العقوبة. مستأنسين في ذلك بالمنهج الاستقرائي في أداة من أدواته وهو التحليل بغرض تمحيص وتدقيـق النصوص ذات الصلة، مع جعل مقاربة بينها وبين الأحكام المقارنة في بعض النصوص الأجنبية.

المبحث الأول: بدائل العقـوبة المتاحة في إطار السيـاسة الجنائية بالجزائر

الحديث عن بدائل العقوبة يقودنا بشكـل تلقائي إلى التطـرق إلى الغرامة الجزائية، والتدابير الاحترازية، والعقوبات التكميلية، وكـذلك العقوبة موقوفة النفاذ، وما تم إدراجه سنة 2009 حول عقوبة العمـل للنفع العام، كما يمكن التطرق إلى تلك البـدائل الواردة في قـانون تنظيم السجـون مما أصطلـح عليه بنظام الحـرية النصفية والإفـراج المشروط. وكلها أنظمة تصلح أنت تكون بدائل لعقوبة الحبـس قصير

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

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

المطلب الأول: نظام وقف التنفيذ البسيط

لاشك أنه عن طريق تنفيذ العقوبة يمكن تأهيل المحكوم عليه وإصلاحه ليعود إلى مجتمعه مواطنا صالحا ينتفع به وطنه، كما أن العدالة تقتضي توقيع الجزاء على مقترف الجريمة حتى يتم إصلاح الخلل الذي أوقعه الجاني داخل المجتمع. لكن لا يصلح هذا الوضع مع جميع الجناة، لأن هناك فئة يكفيها التهديد والتخويف بالعقاب دون الحاجة إلى توقيعه فعلا، ومن ذلك استعمال نظام وقف تنفيذ العقوبة الذي يعد أحد أهم وسائل الحد من العقاب، وصورة من صور التفريد العقابي[1].

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

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

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

الفرع الأول: ماهية وقف التنفيذ البسيط للعقوبة

يعد نظام وقف التنفيذ أحد مظاهر التفريد العقابيي؛ فهو عنصر من عناصر تقدير العقوبة لأن وزن العقوبة لا يكون بنوعها ومقدارها فحسب، بل أيضا بتنفيذها أو عدم تنفيذها[2]، ولعل عدم تنفيذ العقوبة هو سبيل آخر يتم من خلاله إصلاح الجاني وتشجيعه من أجل عدم العودة إلى مستنقع الجريمة.

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

وتجدر الإشارة وأن نظام وقف التنفيذ يفترض ثبوت ارتكاب الجريمة مع توافر كافة أركانها ونسبة المسؤولية الجنائية، مع استحقاق مرتكبها للعقوبة. ولكن رأى المشرع وفي حدود معينة وباستعمال السلطة التقديرية التي تم منحها للقاضي أن يتم إعفاء المحكوم عليه من تطبيق العقوبة خلال فترة محددة تكون بمثابة اختبار للمحكوم عليه، أي يكون هذا الأخير غير محمل بأي التزام إيجابي أو سلبي يفرض عليه[4].

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

---

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

[3] عمر سالم، المرجع السابق، ص 9.

[4] المرجع نفسه، ص 10.

مزايا كلا منهما[5]، وهو بالفعل ما فعلته الكثير من التشريعات المقارنة مثل التشريع الفرنسي.

الفرع الثاني: مبررات نظام وقف التنفيذ البسيط

قد يتورط بعض الجناة في جريمة ما على الرغم من ماضيهم الحسن، وظروفهم التي تدعوا إلى الثقة بهم في كونهم لن يعودوا إلى هذا الإجرام، مثل هؤلاء قد يكون من المصلحة عدم توقيع العقاب عليهم لتجنيبهم وسط السجون الفاسد[6].

كما يعد نظام وقف التنفيذ بديلا مناسبا يمكن أن يحقق وظيفة العقوبة في تحقيق الردع وكذلك المنع؛ وتتمثل وظيفة الردع عن طريق التهديد بتوقيع العقوبة التي ينطق بها القاضي بعد ثبوت المسؤولية، وتتمثل وظيفة المنع في تجنيب المحكوم عليه ارتكاب الجرائم في المستقبل خوفا من التنفيذ الفعلي للعقوبة المحكوم بها[7].

والرأي الغالب في الفقه يميل مع جعل نظام وقف التنفيذ يهدف بصفة أساسية إلى تجنيب مساوئ العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة؛ ذلك أن هذه العقوبة بالنظر إلى قصر مدتها فإنها تمنع مديرية السجون من إخضاع المحكوم عليه لبرامج التأهيل والإصلاح، وبالتالي لا تأثير إيجابي على شخصيته، بل على العكس ستجعله يختلط بالمساجين الذين سيفسدون أخلاقه. كما أن هذه العقوبة تفقد المحكوم عليه تدريجيا الرهبة من السجن. بل إن عقوبة الحبس قصيرة المدة تؤدي إلى زيادة عدد المحكوم عليهم، وتكدسهم في المؤسسات العقابية، وإلى ارتباك الأجهزة العقابية في تطبيق برامج الإصلاح والتهذيب، ناهيك على الآثار السلبية للأسرة وعلى الجانب الاجتماعي والاقتصادي للمحكوم عليه[8].

---

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

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

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

[8] عمر سالم، المرجع السابق، ص19، 20.

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

الفرع الثالث: تقييم نظام وقف التنفيذ

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

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

وإن تجزئة عقوبة الحبس تتناقض تماما مع روح نظام وقف التنفيذ الذي يهدف إلى تفادي العقوبة السالبة للحرية قصيرة المدة، فمن غير المعقول القول بأن نظام وقف التنفيذ يسعى إلى تجنب العقوبات السالبة للحرية قصير المدة، وفي وصف آخر يتم تجزئة عقوبة الحبس، وهو ما يقود إلى مضاعفة المساوئ المترتبة على العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة لا تجنبها[9].

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

[9] عمر سالم، المرجع السابق، ص 21.

ثلاثة منها نافذة و9 أشهر غير نافذة، وبهذه الطريقة يمكن التأثير على المحكوم عليه عن طريق التهديد بتنفيذ الأشهر الباقية إذا لم تنقضي فترة الاختبار بنجاح[10].

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

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

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

المطلب الثاني: نظام عقوبة العمل للنفع العام

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

[10] عمر سالم، المرجع السابق، ص 24.

استحدثها الفكر العقابي الحديث[11]، إذ تعتبر بديل للعقوبة؛ وذلك يعني أنه تدبير أُستحدث لمواجهة أزمة خانقة تعاني منها إحدى الأنظمة العقابية التي تبنتها التشريعات في سعيها لمكافحة الجريمة ألا وهو نظام الحبس قصير المدة، كما يعتبر أيضا عقوبة بديلة لأنها تحمل كل الخصائص الكلاسيكية للعقوبة، وهي تهدف إلى تحقيق الأغراض الحديثة للعقوبة، مما سهّل التأقلم السريع للمجتمعات مع هذا النظام، باعتباره صورة متقدّمة لتحقيق التوازن بين حق المجتمع في الأمن والاستقرار وحق الفرد في الحفاظ على حريته.

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

الفرع الأول: مفهوم عقوبة العمل للنفع العام

فلمّا أصبحت أنظمة التفريد العقابي الحديث ترتكز على إتاحة فرصة الاتصال بين القاضي الجزائي والمجرم للوقوف على أحواله وظروف إجرامه، تبع ذلك توسيع حرية القاضي في اختيار التدبير المناسب من خلال أنظمة أخرى إبدالية، تتيح للقاضي إمكانية إحلال عقوبة من نوع معيّن محلّ عقوبة من نوع آخر بواسطة القضاء عند النطق بالعقوبة، كما هو الحال بالنسبة لعقوبة العمل للنفع العام[12].

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

---

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

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

لصالح المجتمع في إحدى المؤسسات العامة، وذلك بعد موافقته ولمدة تقررها المحكمة في إطار الحدود المرسومة قانونا"[13].

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

كما يشترط أيضا أن يتناسب هذا العمل مع القدرات الجسدية والنفسية والمهنية للمحكوم عليه، فإذا كان قاصرا يجب أن تكون الأعمال التي تعرض عليه أعمال خفيفة تساهم في تهذيبه وتدريبه على العمل فقط، أما إذا كان بالغا يجب أن يكون العمل المعروض عليه يرتبط بمجاله المهني على الأقل[14].

الفرع الثاني: غاية نظام العمل للنفع العام

تجمع العقوبة في العصر الحديث بين غرضين أساسيين هما الردع والإصلاح[15]، فالأول يعني الوقوف إلى جانب المجتمع من أجل جبر الضرر الذي أصابه من جرّاء الجريمة بما يتضمّنه من إرضاء للشعور بالعدالة، والثاني يعني الوقوف إلى جانب الجاني باعتبار أن العقوبة ليست انتقام وإنّما تعبّر عن تضامن المجتمع مع الجاني من أجل القضاء على مرض الجريمة بكلّ أساليب الإصلاح والتأهيل، فهل يتحقق ذلك في عقوبة العمل للنفع العام؟

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

---

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

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

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

الردع العام، فذلك راجع لتكليفها المحكوم عليه وإلزامه بأداء عمل في أوقات لا يجوز له مخالفتها، وهو ما يشكّل تقييدا لحريته[16].

أما من جهة الردع الخاص فالأمر واضح، عندما ينصبّ الألم على الجهد الذي يُلزم المحكوم عليه ببذله لمدة قد تطول وتصل إلى 600 ساعة دون أن يتحصّل على مقابل، وهو ما يؤثّر على حقّه في العمل من أجل الكسب، فهي تشبه عقوبة الغرامة لأنها تمس الحقوق المالية، إلا أن هذه الأخيرة تقتضي انتزاع مبلغ نقدي بما فيه من انتقاص من الذمة المالية، أما في عقوبة العمل للنفع العام تعني استغلال قدرات المحكوم عليه وخبراته لإنجاز أعمال تفيد الجماعة دون أداء مقابل هذا التوظيف، وذلك ردّا على إخلال المحكوم عليه بنظام المجتمع، وهو ما يحقق عدالة العمل للنفع العام، بحيث يعدّ تعويضا للجماعة فيستفيد منه كل أفرادها دون أن تدفع مقابلا له[17]، وحسن أداء المحكوم عليه لهذا العمل يعتبر دليل على شعوره بتحمّل مسؤوليته وندمه لارتكاب الجريمة.

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

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

---

[16] صفاء أوتاني، المرجع السابق، ص432.

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

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

كما أن عملية التأهيل تظهر في حفاظ هذه العقوبة على استقرار العلاقات الاجتماعية والأسرية للمحكوم عليه وكذا استقرار حياته الوظيفية بشكل يتفادى كل مساوئ الانعزال والإنفراد الذي يقتضيه الوضع في المؤسسة العقابية[18].

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

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

[18] Ibid.

الفرع الثالث: تقييم عقوبة العمل للنفع العام

اتجهت التشريعات العقابية الحديثة إلى انتهاج سياسة تحول دون اللجوء إلى تنفيذ عقوبة الحبس أحيانا أو عدم النطق بها أحيانا أخرى، ويعتبر قيام المشرع بتوسيع نطاق التفريد القضائي للعقوبة بإضافة نظام العمل للنفع العام قفزة نوعية نحو توجيه النظام العقابي نحو حماية حقوق الإنسان، وتفعيل أغراض العقوبة بشكل يعود بالفائدة على المجتمع، وفي نفس الوقت تحقيق الحماية للفرد عن طريق تسهيل إعادة تكيفه في المجتمع إذا ما أخلّ بنظامه دون تكاليف، ولا أدلّ بنجاح عقوبة العمل للنفع العام في تأدية أغراض العقوبة بمفهومها الحديث إلاّ بالإحصائيات التي تنشر هنا وهناك حول التطبيق الواسع لهذه العقوبة، فقد ورد في الإحصائيات السنوية الجنائية الصادرة عن المجلس الأوروبي في سنة 2002 حول تطوّر تطبيق عقوبة العمل للنفع العام، أنه في سنة 1999 طبّقت هذه العقوبة بنسبة 21% في جمهورية الشيك، و32% في فنلندا، و28% في فرنسا، و65% في هولندا، و62% في بلاد الغال وإنكلترا، أما في الجزائر ورغم حداثة العقوبة إلا أنه في تصريح للمدير العام لإدارة السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين أفصح عن حوالي 1500 حالة لتطبيق العقوبة البديلة على المحكوم عليهم و1000 حالة أخرى في طور التطبيق منذ البدء في تطبيق نظام إعادة الإدماج وعقوبة العمل للنفع العام خلال سنة[19].

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

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

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

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

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

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

المبحث الثاني: أسباب فشل سياسة بدائل العقوبة وأساليب ترشيدها

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

المطلب الأول: مدى كفاية الأنظمة البديلة المطبقة في الجزائر

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

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

الفرع الأول: حول طبيعة الأنظمة البديلة

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

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

كثيـر من الجـرائم، وحتى متهمين مسبـوقين إذا تبين أن الجـريمة ليست ذات خطورة.

ومن جهة أخرى؛ عندما نتحدث عن البدائل المنصـوص عنها في قانون السجـون، فهي في الحقيقة ليست بدائل للعقـوبة، بل هي بدائل لتنفيـذ العقـوبة أو جـزء منها، لأنها لا تكـون إلا للأحكـام النهـائية الجاهزة للتنفيذ أو التي شرع في تنفيذها أو التي استنفذ فيها المحكوم عليه جزء كبير من المحكومية، بينما بدائل العقـوبة، بعضها يُعرض على المتهم من طرف قاضـي الحكم ليوافق عليها أو يمتنع عن ذلك خلال النطق بالعقوبة، وهو ما يلزم أن يكـون المتهم حاضرا عند النطق بالحكـم، وبعضهـا يتم الاستفـادة منه لقيـام ظـروف التخفيف، وفي الحالتين يمكن أن يتم إلغاء الحكم من طرف المجلس لأن الحكم ليس نهائيا.

ورغـم ذلـك تبقى الحـرية النصفية والإفـراج المشـروط لهما أهميتهما بالنسبة للمحكوم عليه والمجتمع، وحتى الدولة، فهي تساعد على عودته إلى أفراد أسرته، وإلى عمله، وتساعد على التئـام الأسـرة من جديد بدلا من تفككها، مما يؤثر نفعا على المجتمع، كما يسـاهم في التقليص من نفقات الدولة.

الفرع الثاني: الدور السلبي للفاعلين في السياسة الجنائية

ونقصـد بالفاعلين في السيـاسة الجنائية المشـرع والقضـاء ثم المؤسسات العقـابية، وللأسف يشتـرك هؤلاء في تعزيز وظيفة الردع للعقوبة على حساب الغاية المتوخاة في الإصلاح والتأهيل، ونحاول أن نبرز هذه النقاط في العناصر التالية؛

أولا: تركيز دور العقوبة في الجانب الردعي دون الإصلاحي

إن الدارس للعقوبة في النظام العقابي الجزائري يلاحظ أمرين؛

1/ أن التشريع الجنائي العقابي يرتكز أساسا على أن العقوبة هي أداة ردع، وهذا يتجلى في نصوص التجريم والعقـاب، وفي ذهنية كل قاض مهما كان دوره في جهاز القضاء من السيـد وكيل الجمهورية

الذي امتنع عن دوره كخصم شريف، إلى السيد قاضي التحقيق الذي انحاز لالتماسات النيابة بدلا أن يكون محايدا، إلى السيد قاضي الحكم الذي أصبح يبني حكمه على الشك والتخمين بدلا من الجزم واليقين. وكلها أجهزة تنظر إلى العقوبة في دورها الردعي وليس الإصلاحي، فالمسألة واضحة في أنها مشكلة ذهنية في اتجاه معين[20].

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

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

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

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

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

العقوبة عند تطبيقها هو إصلاحي ووقائي من إعادة ارتكاب الجريمة[21].

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

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

ثانيا: إخفاق المؤسسات العقابية في الإصلاح والتأهيل

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

[21] سعدي حيدرة، المداخلة السابقة.

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

المطلب الثاني: ضرورة ترشيد السياسة الجنائية

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

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

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

الأفـراد، وجرائم الجـروح العمـدية وغير العمـدية، ونرفع من سقف الحبس المقنن إلى 5 سنوات بدلا من 3، والعقوبة المحكوم بها إلى 4 بدلا من سنة واحدة.

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

ونفـس الشـيء بالنسبة للمتـابعة الاجتمـاعية والقضـائية؛ فهـي كذلـك تقبـل التطبيـق، على أن تُهيأ كل الظروف لنجـاحها؛ أهمها إعداد العدة المتمثلة في كثرة القضاة، وتكـوينهم خصيصا لمثل هذه الأمـور بالإضـافة إلى تكوينهم المعتاد في المـدرسة العليـا للقضـاء، وتهيئة المحكوم عليه لمثل هذا النـوع من العقوبة، بأن يكون له تدريب شبيه بالتربص حول المـواطنة، تـزرع فيه كل أخلاقيـات المجتمـع الحديث والمتمدن، يتربى فيه على عدم إيذاء الآخرين، ولابد في هذه الحالة من الاستعـانة من نفسـانيين، ورجال الدين، لما لهم من قدرة على فهم بواطـن المتهم وعلى التأثير على سلوكاتهم مستقبلا، كما يتعيـن إشـراك المجتمـع المـدني في ذلـك، فهو صـاحب الفضل في احتواء أفراد المجتمـع من الرذيلة، وكـذا في إعـادتهم إلى حظيـرة المجتمع.

كمـا وأن بعـض الأمـور لها غايـات نبيلة مثل إشراك المساجد ودعوتهم إلى العمل الميـداني بدلا من قوقعتهم داخل المسـاجد مثلما هو الحال مع تهميش دور الكنيسة في تهـذيب النـاس في المجتمعـات الغربيـة، فالعمـل على الرفع من روحـانيات النـاس فيه من المـزايا والمنافع لهؤلاء ولمجتمعهم ما يسد عطش رجالات الفقـه الجنائيين، ويغني الدولة عن السؤال في دكاكين التشريعات الغربية.

أما نظام الرقابة الالكترونية؛ فهو نظام بعيد المنال، وصعب التطبيق على مجتمع لازال يفتقد إلى مقومات التكنلوجيا، التي يجب أن تكون متوفرة في القائمين على تطبيق هذا النظام، وحتى وإن كان هذا النظام يصلح إلى حد ما في بعض الولايات ـ وهي قليلة ـ فلا يصلح في أغلبها، نظرا للتفاوت الشاسع في المستوى الثقافي والعلمي بين الولايات، كما أن الدولة ليست في حاجة إلى المزيد من النفقات لان هذه التكنلوجيا لا تقدم مجانا من طرف أصحاب براءاتها، هذا ناهيك على فشلها حتى في الدول التي اخترعتها[22].

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

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

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

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

خاتمة

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

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

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

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

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

فكـرة أن دور القضـاء يجب أن يحرص على التـأهيل والإصـلاح قبل الردع، وأن بقـاء المتهم إذا لم يكن خطيرا خـارج الحبـس بـدلا من اختلاطه بالسجناء والاحتكاك بهم.

ثالثا: على مستوى المؤسسة العقـابية؛ جعل المؤسسة بيئة للتأهيل وليس للإفساد، وتبعا لذلـك يجب التوصل إلى فصل الجناة متعـودي الإجرام عن الجناة المبتدئين، وتحفيزهم على الاستفـادة من الإفـراج المشروط، والحـرية النصفية بالتقليص من الشـروط، و لم لا كـما يتم في المملكة الهاشمية الأردنية وهو تحفيـظ القـرآن الكـريم لكل من يريد التقليص من مدة العقـوبة، و هذا الحفظ له دور كبير في تهذيب السجناء واستقامتهم.

أما إذا كانت البيئة مواتية لتطبيـق النظام الجنـائي الإسـلامي في الجـزائر ـ ونحسبها مبدئيا كذلك ـ فنقول أن المجتمع مسلم بامتياز حتى أن الطائفية غير موجودة فيه، ومتحفظ في أغلب مناطقه، ويعيش على العادات والتقاليد في الكثيـر من الولايات، فالظروف مواتية لاشك في ذلك. ولو أذيع في الناس أن من يسرق ابتداء من أول جانفي 2015 سيكون مصيره قطـع اليد ستنتهي حتمـا السرقة، أو على الأقل ستنقص إلى حد كبير، وأن من يزني يكون مصيره الجلد والرجم إذا كان زاني محصن، ستنتهي الفاحشة، وأن من يرهب الناس مثل العصـابات ـ مثلما نعرفه نحن بتكوين جمعية أشرار والإرهاب ـ سيكون مصيره القطع من خلاف، سينتهي الإرهاب، وأن يذاع في الناس كـذلك أن هـذه الجـرائم من الحـدود أي لا مجـال فيها للصفـح، أكيد سننتهي إلى مجتمع آمن، لأن فيه العودة إلى الفطرة الإنسانية.

"فالنظام الجنائي الإسلامي وإن ظهر أن في بعضه شدة وصرامة، فهو بعيد كل البعد أن يكون تعذيبا للمجرم، لأن الشريعة الإسلامية في جميع أحكامها تتسم بطابع الرحمة بالناس جميعا، ولكنها الرحمة الحازمة التي لا تتصـف بالضعف، وتضمن حمـاية لمصلحة المجـرم والمجتمع، لا مجرد التخفـيف عنه والتـرفق به، فهي تبتغـي الخـير الحقيقي الآجل، ولا تتوقف عند الخير العارض العاجل". ناهيك على أن العقـوبات الواردة فيه هي عقـوبات هـادفة، أي لها أغـراضها التي تستمد منها علتها ومبرر شرعيتها.

التسوية غير القضائيـــة لمنازعـــات الضمـــــان الاجتمـــــاعي: نتائـــج مقنعـــــة

الأستاذ الدكتور: علي فيلالي
جامعة الجزائر1

تتميز منازعات الضمان الاجتماعي بخاصيتين هما: عدم المساواة بين طرفي النزاع من جهة والطابع المعيشي لموضوع النزاع من جهة ثانية. تكون نزاعات الضمـان الاجتمـاعي-عادة- بين مؤمن اجتماعي لا يملك سـوى قدرته على العمـل من جهة وهيئات الضمان الاجتماعي، باعتبـارها هيئات عمومية تتـولى تسيير منظومة الضمـان الاجتماعي من خـلال جمـع الاشتـراكات ودفـع الآداءات المستحقـة للمـؤمنين الاجتماعيين من جهة أخرى. أما بالنسبة لموضـوع النزاع فهو متنوع ومتفاوت، يتراوح بين طلب تعويض لمصـاريف العـلاج، قد تتمثل في مجرد تعويض مصاريف أدوية متدنية السعر، وبين طلب الاستفادة من معـاش التقـاعد أو منحة البطـالة أو ريـع نتيجـة توقـف المـؤمن الاجتمـاعي عن العمـل بسبـب بلـوغه سـن التقـاعد أو توقـف نشاط المؤسسة لأسباب اقتصادية أو لتعرضه لمرض أو حادث عمل، فتكـون هذه التعويضات النقـدية بمثابة دخل بديل يعوض الأجير عن ضيـاع أجرته. ولاشك - عندئذ - أن اعتماد إجراءات التقاضي العادية ستكون حتما - بالنظر إلى الوضـع الاقتـصادي للمـؤمن الاجتمـاعي وللطابع المعيشي لطلباته من جهة وتكـاليف العدالة (آجـال ومصـاريف) من جهة أخرى - عقبة يصعب تجاوزها، وقد تعد حالة من حـالات إنكـار العدالة.

والحقيقة أن المشـرع لم يتجـاهل وضـع هـذه الشـريحة من المتقـاضين، فاتخـذ جملة من الإجـراءات تسمح لهم باللجـوء – عند الحـاجة – إلى العـدالة، لاسيما وأن حق التقاضي مكفول دسـتوريا[1].

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

واستحدث في هذا الإطار قسم اجتماعي في كل محكمة، يتشكل من قاض رئيسا ومساعدين، من بين اختصاصاته الفصل في منازعات الضمان الاجتماعي. وتقليصا لآجال الدعوى القضائية تقضي المادة 505 ق إ م إ[2]:" تحدد أول جلسة في أجل أقصاه خمسة عشر(15) يوما من تاريخ رفع الدعوى... يجب على القاضي أن يفصل فيها في أقرب الآجال .". وأما بالنسبة للتكاليف المالية، فإن العامل الذي يتعرض لحادث عمل أو مرض مهني[3] يستفيد بقوة القانون من المساعدة القضائية، كما تم تخفيض الرسوم القضائية بالنسبة للمنازعات المعروضة أمام القسم الاجتماعي.

ولم يكتف المشرع بهذه التسهيلات التي تجعل العدالة في متناول مستعملي مرفق الضمان الاجتماعي، بل سارع إلى إصدار تشريع خاص بمنازعات الضمان الاجتماعي بموجب القانون رقم 08-08[4]. ويتبين من الاطلاع الأول على هذا النص أن منازعات الضمان الاجتماعي ثلاثة أصناف: المنازعات العامة، والمنازعات الطبية، والمنازعات التقنية ذات الطابع الطبي، غير أن هذا الصنف الأخير من المنازعات لا يهمنا كونه يتعلق بالخلافات التي تنشأ بين هيئات الضمان الاجتماعي ومقدمي العلاج من أطباء وصيادلة وغيرهم.

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

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

---

[2] قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

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

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

المدنية والإدارية الجديد الصادر في نفس السنة (1988)[5]. وقد يكون البحث في هذه المسألة مجرد مغامرة، لأن المتعارف عليه أن المجال التقليدي والطبيعي للطعن المسبق هو القانون الإداري وهو تظلم يقدم للإدارة من قبل المعني بالقرار المتظلم منه قبل اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة[6]، وأن الخبرة هي إجراء من إجراءات التحقيق يستعين به القاضي قصد توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية[7]. ومن الثابت والواضح – عندئذ - أن غرضهما يختلف كل الاختلاف عن الطرق البديلة لحل النزاعات التي أوجدت خصيصا لحل النزاعات خارج مرفق العدالة، أي بدون تدخل القاضي.

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

---

[5] عنون المشرع الكتاب الخامس من ق إ م إ " في الطرق البديلة لحل النزاعات".

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

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

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

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

المبحث الأول: إجراء الطعن المسبق في المنازعات العامة

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

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

المطلب الأول- الطعن المسبق: شرط لقبول الدعوى القضائية

تنص المادة 4 من القانون رقم 08-08:" ترفع الخلافات المتعلقة بالمنازعات العامة إجباريا أمام لجنة الطعن المسبق، قبل أي طعن أمام الجهات القضائية."، وتنص المادة الخامسة: " يرفع الطعن المسبق ...ابتدائيا أمام اللجنة المحلية المؤهلة للطعن المسبق...."، وفي ضوء هذه الأحكام نتساءل عن الطبيعة القانونية للطعن المسبق؟ ونذكر في هذا الشأن أن إجراء الطعن المسبق هو موروث عن النص القديم في مجال منازعات الضمان الاجتماعي أي القانون رقم 83-15، مع العلم أنه إلى غاية صدور القانون رقم 88-01[8] الذي اصبحت بموجب مادته 49 "هيئات عمومية ذات تسيير خاص " تخضع بموجب الفقرة الثانية من المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 92-07:"...في علاقاتها مع الآخرين للتشريع التجاري والتنظيمات السارية المفعول

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

ولأحكام هذا المرسوم"[9] فهي من أشخاص القانون الخاص، كانت صناديق الضمان الاجتماعي تعد مؤسسات عمومية إدارية تخضع للقانون الإداري EPA [10]. ونتيجة هذا التحول في النظام القانوني لهيئات الضمان الاجتماعي لا يمكن تكييف الطعن المسبق على أنه تظلم إداري لاسيما بالنظر إلى أحكام المادة 800 من ق إ م إ التي تنص:" المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية... تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية، أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها."، والمادة 830 التي تنص:" يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري، تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار في الأجل المنصوص عليه في المادة 829 أعلاه...."

ويظهر من القواعد التي تنظم الطعن المسبق أنه شرط لقبول الدعوى، فهو قيد على حق التقاضي (ف1)، لاسيما وأن سريان ميعاد اللجوء إلى الجهة القضائية يكون من تاريخ الطعن المسبق (ف 2).

الفرع الأول: الطعن المسبق- قيد على الحق في التقاضي

إنه من المعروف والمعمول به في كل تشريعات مختلف البلدان أن مباشرة الدعوى القضائية يتطلب استيفاء شروط وإجراءات معينة ضمانا لعدالة الخصومة. ومن بين شروط رفع الدعوى بعضها يسري على كل الدعاوى وتسمى بالشروط العامة، كشرطي الصفة والمصلحة[11]، وبعضها الآخر ينصرف إلى بعض الدعاوى فقط، وتسمى بالشروط الخاصة. وقد ترد هذه الشروط الخاصة كاستثناءات في قانون الإجراءات المدنية، وقد تقرر بموجب نص خاص. وتتمثل -عادة - هذه الشروط الخاصة بقبول الدعوى القضائية

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

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

[11] راجع المادة 13 ق إ م إ.

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

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

وهذا ما خلصت إليه المحكمة العليا حيث جاء في أحد قراراتها: " حيث أن المطالبة بالمنح العائلية تعتبر من النزاعات العامة **تخضع وجوبا قبل اللجوء إلى الجهة القضائية لإجراءات الطعن المسبق** المنصوص عليها بالمواد 3، 6، 9 ، 10 و14 من نفس القانون كان حينئذ على المطعون ضده مباشرة إجراءات الخبرة فيما يخص العطل المرضية أمام لجنة العجز وإجراءات الطعن المسبق لان الإجراءين المختلفين...."[13]. ووصفت المحكمة العليا الطعن المسبق بالإجراء القانوني الجوهري حيث جاء في احد قراراتها : "...وطالما

---

[12] راجع المادة 67 ق إ م إ.

[13] الغرفة الاجتماعية، المحكمة العليا ملف رقم 506684 بتاريخ 2009/05/06، مجلة المحكمة العليا (م م ع)، 2009. 1. 426.

أن المادتين 06 و10 من قانون 83-15 المذكور تستوجب أن ترفع الاعتراضات التي تتعلق بطبيعتها بالمنازعات العامة إلى لجان الطعن المسبق قبل اللجوء إلى الجهات القضائية المختصة، و بالتالي كان على قضاة القرار المطعون فيه الوقوف على هذا الإجراء القانوني الجوهري، ولما لم يعنوا بذلك ولم يناقشوا دفاع الطاعن القانوني فإنهم بقضائهم كما فعلوا شابوا قرارهم بالقصور في التسبيب ومخالفة القانون مما يعرض قرارهم للنقض والإبطال...."[14].

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

الفرع الثاني – ارتباط أجال رفع الدعوى بالطعن المسبق

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

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

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

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

- أجل ستين يوما ابتـداء من تاريخ استلام العريضة من طرف اللجنة الوطنيـة المؤهلة للطعـن المسبـق. ولاشـك في هذه الحالة أيضا أن المعني قد تقـدم بطعـن مسبـق على مستـوى اللجنة الولائية للطعن المسبق، ولم يستجاب له كما سبـق شـرحه، فتقـدم بطعـن ثانٍ على مستوى اللجنة الوطنية المـؤهلة للطعن المسبق، غير أنه لم يتلق رداً منها.

ويبـدو واضحـا في كلتا الحالتين أن إجراء الطعـن المسبق هو فعـلا شـرط لقبـول الدعـوى القضـائية وهو بمثـابة قيد على حق التقاضي لمستعملي مرفق الضمـان الاجتمـاعي، غير أن الوقـوف عند هذه النتيجة الأولية متناقض مع رغبة المشرع في حماية المتقـاضي الضعيف وقد سبقت الإشارة إلى ذلك. ولكن عند التدقيـق في أحكـام المادتين 11 و15 من قانون رقم 08-08 يتبين أن العطـن أمام اللجنة الوطنيـة المؤهلة للطعـن المسبـق يكـون في قـرار اللجنـة المحلية المؤهلة للطعـن المسبق، ويكون الطعن أمام الجهة القضائية في قرار اللجنة الوطنية المؤهلة للطعن المسبق، وكأن اللجان المؤهلة للطعن المسبـق هي لجـان تسـوية منـازعات الضمان الاجتماعي، بحيث يمثل إجراء الطعن المسبق فرصة لتسوية الخلافات.

المطلب الثاني- الطعن المسبق: فرصة حقيقية لتسوية النزاعات

كان إجـراء الطعن المسبق في ظل القانون القديم - أي القانون رقم 83-15 وفي ظل النظام القانوني السابق لهيئات الضمان الاجتماعي قريبا جدا من حيث غايته إلى التظلم الإداري إلا أنه عـرف بعد ذلك تطورا ملحوظا[15] لاسيما بعد ما أصبحت لجـان الطعـن هيئـات إدارية مستقلة تبت في الطعون المقدمة من المؤمنين الاجتماعيين والمكلفين

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

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

الفرع الأول – لجان الطعن المسبق: هيئات إدارية تفصل في الطعون

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

1- لجان الطعن المسبقة: هيئة إدارية مستقلة

تظهر استقلالية لجان الطعن المسبق من خلال كيفية إنشائها، وتشكيلتها وكذا طريقة تعيين أعضائها.

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

تتشكل اللجان المحلية للطعن المسبق من: "...ممثل عن العمال الأجراء،- ممثل عن المستخدمين، - ممثل عن هيئة الضمان الاجتماعي، -طبيب... يحدد عدد أعضاء هذه اللجان وتنظيمها وسيرها عن طريق التنظيم."[16]، بينما تتشكل اللجان الوطنية للطعن المسبق من : ممثل عن الوزير المكلف بالضمان الاجتماعي رئيسا، وثلاثة ممثلين عن مجلس الإدارة[17]، وممثل عن هيئة الضمان الاجتماعي المعنية[18].

---

[16] الفقرة 2 و3 من المادة السادسة من القانون رقم 08-08.

[17] يتكون مجلس الإدارة من الشركاء الاجتماعيين (أرباب العمل والعمال).

تتشكل هذه للجـان المحلية والوطنية من مختلف شركاء قطاع الضمان الاجتماعي (العمال والمستخدمين)، فهي لجـان إدارية مستقلة عن هيئات الضمان الاجتماعي. ولا يمثل أعضاء هذه اللجـان بأي حال هيئات الضمان الاجتماعي، بل يمثلون الشركاء الاجتماعيين لمنظومة الضمان الاجتماعي، فيمثلـون المستفيـدين من الضمـان الاجتماعي أي المؤمنين الاجتماعيين من جهة والممولين له من مستخدمين والعمال غير الأجـراء من جهة أخـرى. وليس لهيئـات الضمان الاجتمـاعي أي سلطة أيا كانت على أعضاء اللجـان ولا صلاحيـات تجـاه هذه الجان سـوى توفيـر لها الوسـائل المـادية (الأمـانة، المكـاتب، التمـويل...) لتمكينها من تأدية مهـامها في أحسن الظـروف. وتعمـل هذه اللجـان تحت وصاية الوزارة المكلفة بالضمان الاجتماعي.

وتتجسـد استقلالية لجـان الطعن المسبق أيضا من خلال طريقة تعيين أعضائها، فتتم بمـوجب قرار وزاري صـادر عن الوزير المكلف بالضمان الاجتماعي، طبقا للمادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 08-416 والمـادة 4 من المرسـوم التنفيـذي رقـم 08-417. ويعيـن الأعضـاء باقتراح من المنظمات النقابية للعمال والمنظمات النقابية للمستخدمين الأكثـر تمثيـلا على مستـوى الولاية أو المستـوى الوطني، بحسـب طبيعـة اللجنة المعنية – محلية أو وطنية– لمدة ثلاث سنـوات قابلة للتجديد.

2- صلاحيات لجان الطعن المسبق

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

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

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

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

- في الطعـون المرفـوعة مـن قبل المـؤمنين الاجتمـاعيين ضـد قرارات هيئة الضمان الاجتماعي،
- في الاعتـراضات عن الزيـادات والغـرامات المقـدمة من طـرف المكلفيـن.

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

وتتولى اللجنة الوطنية المؤهلة للطعن المسبق بمـوجب المـادة 11 من القانون رقم 08-08 البت:

- في الطعون المرفوعة ضد قرارات لجـان الطعـن المحلية، على أن تكون قرارات اللجنة الوطنية قابلة هي بدورها للطعن أمام الجهات القضـائيـة المختصـة، باستثنـاء الاعتـراضـات المتعلقـة بالـزيـادات والغرامات التي تفـوق مبلغ 10.000.000دج والتي يفصـل فيها بصفة ابتدائية ونهائية. وعلى غرار اللجان المحلية، تبت اللجان الوطنية في الجانب الشكلي ثم في الجانب الموضوعي.

تبين من هذه المهام أن لجان الطعـن المسبق تتولى مهام مشابهة لمهام الجهات القضائية، فلها أن تفصل في الطعون المقدمة من طرف مستعملي مرفـق الضمـان الاجتمـاعي، ولها أن تفصـل في أول وآخر درجة في الاعتراضـات المتعلقة بالزيـادات والغرامـات التي يتحمـلها المكلفين نتيجة إخلالهم بواجباتهم نحو الضمان الاجتمـاعي. وتتمتع لجان الطعـن المسبـق في هذا الشـأن بسلطة تقـديرية ولها أن تعفي

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

الفرع الثاني – الطعن القضائي حالة استثنائية

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

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

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

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

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

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

وتلقت لجنة الطعن المسبق الوطنية لدى صندوق الضمان الاجتماعي للعمال الأجراء، الفاصلة في الاستئنافات المقدمة ضد قرارات اللجان المحلية، 1770 طعنا بعنوان سنة 2012، في حين تلقت لجان الطعن المحلية بعنوان نفس السنة 26.653 طعنا من المؤمنين الاجتماعيين والمكلفين، والملاحظ – عندئذ- أنه لم يصل إلى اللجنة الوطنية للطعن المسبق سوى 6 % من مجمل الطعون المقدمة. ومن بين 1770 طعنا المسجلة على مستوى اللجنة الوطنية للطعن المسبق تم قبول 611 منها، ومن ثم لم يبق من الطعون المحتمل عرضها على الجهات القضائية حوالي ألف طعن، أي قرابة 4% من مجل الطعون المسجلة على مستوى اللجان المحلية للطعن المسبق (جدول رقم3)[19].

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

ولا يسعنا في ضوء هذه الاحصائيات[20] إلا أن ننوه بأهمية إجراء الطعن المسبق في حل منازعات الضمان الاجتماعي المتعلقة بالمنازعات العامة. ونبحث فيما يلي عما إذا كان الأمر على نفس النحو بالنسبة للمنازعات الطبية.

---

[19] الملاحظ أننا لم نتبع نفس الطريقة في عرض الاحصائيات وذلك بسبب اختلاف مصادرها.

[20] يوجد إلى جانب الصدقين المذكورين، الصندوق الوطني للمعاشات والصندوق الوطني للبطالة، إلا أننا لم نتمكن من الحصول على احصائيات بشأن نشاطات لجان العطن المسبق لدى هذين الصندوقين، مع العلم أن أغلبية الطعون المسبقة تتعلق بالتأمينات الاجتماعية المتعلقة بالتأمين على المرض، والتأمين على الولادة، والتأمين على العجز والتأمين على حوادث العمل والأمراض المهنية، ومثل هذه التأمينات هي من صلاحيات الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية للعمال الأجراء والصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية لغير الأجراء.

المبحث الثاني – المنازعات الطبية

تشكل المنازعات الطبية النوع الثاني من منازعات الضمان الاجتماعي، وقد عرفها المشرع على أنها :"...الخلافات المتعلقة بالحالة الصحية للمستفيدين من الضمان الاجتماعي، لاسيما المرض والقدرة على العمل والحالة الصحية للمريض والتشخيص والعلاج وكذا كل الوصفات الطبية الأخرى ." . يتبين من هذا التعريف أن النزاع لا يتعلق بالجانب القانوني، بل يعني حالة واقع، كاختلاف المؤمن الاجتماعي مع مصالح الضمان الاجتماعي حول حالته الصحية. ومن المعروف في مثل هذه الحالات - أي المسائل الفنية - أنه لا بد من الاستعانة برأي فني، أي رأي خبير، وهو الأمر الذي جعل المشرع يعتمد في حل هذه النزاعات وسيلتين بحسب طبيعة النزاع وهما : الخبرة الطبية (م 1) والطعن أمام لجنة العجز (م2).

المطلب الأول- الخبرة الطبية : تحكيم طبي

تعتبر الخبرة من التدابير التي يستعين بها القاضي في حل النزاعات ذات الطابع الفني، غير أنه من المعروف أيضا أن رأي الخبير لا يلزم القاضي، ومن ثم فالخبرة لا يمكن أن تكون وسيلة لحل النزاعات. ولكن هذا لا يمنع في إطار التسوية الودية للنزاعات أن يحتكم المتخاصمين إلى خبير لاسيما إذا كان النزاع ذا طابع فني. ويظهر أن المشرع اختار هذا الحل بالنسبة لبعض النزاعات الطبية ولو أن الأمر يتعلق بحقوق غير قابلة للتصرف. فالخبرة الطبية كطريق لحل النزاعات الطبية هي في حقيقة الأمر تحكيم طبي، كون الخبير يتم تعيينه بموجب اتفاق المتخاصمين (ف1)، وتكون نتائج الخبرة ملزمة لهما (ف2).

الفرع الأول- اتفاق الطرفين : أساس الخبرة الطبية

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

1- تعيين الطبيب الخبير بالاتفاق

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

تقوم – عمليا – هيئة الضمان الاجتماعي باقتراح على المؤمن الاجتماعي ثلاثة أطباء خبراء على الأقل من ضمن قائمة الخبراء[21]، وإلا أصبحت ملزمة برأي الطبيب المعالج[22]. ونذكر في هذا الشأن أن سبب النزاع المراد حله عن طريق الخبرة هو الاختلاف الحاصل بين رأي الطبيب المعالج ورأي الطبيب المستشار لدى هيئة الضمان الاجتماعي. ويتعين – بالمقابل – على المؤمن الاجتماعي رفض أو قبول اقتراح الضمان الاجتماعي في أجل 8 أيام وذلك تحت طائلة سقوط الحق في الاختيار الاتفاقي للطبيب الخبير، فتنفرد هيئة الضمان الاجتماعي بتعيين الطبيب الخبير. وفي حالة رفض الأطباء الخبراء المقترحون، وما لم يحصل اتفاق بين الطرفين تتولى هيئة الضمان الاجتماعي تعيين الطبيب الخبير في أجل أقصاه ثلاثون يوما من تاريخ إيداع طلب الخبرة على أن لا يكون الطبيب الخبير المعين من أولئك الذين سبق اقتراحهم.

---

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

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

وتشبه إجـراءات تعيـين الطبيـب الخبيـر هـذه إلى حـد كبيـر الإجـراءات المتبعة في تعيـين المحكـم في إطار التحكيـم، علمـا وأن الاتفاق يشمل أيضا تحديد مهمة الطبيب الخبير.

2- تحديد مهمة الطبيب الخبير

تستخلص مهمة الطبيب الخبير من الاتفاق الضمني بين الطـرفين، فتحدد على ضوء مختلف الوثائق المحررة والمقدمة من قبل الأطراف والمتمثلة في قرار هيئة الضمـان الاجتمـاعي المعتـرض عليه، وطلب الخبرة المقدم من قبل المؤمن الاجتمـاعي والمـرفق بتقرير الطبيب المعـالج. وللتذكير تلزم هيئة الضمـان الاجتمـاعي بمـوجب أحكـام المادة 25 من القانون السالف الذكـر :"... بتقديم ملف إلى الطبيب الخبيـر يتضمن:- رأي الطبيب المعـالج، - رأي الطبيب المستشـار، - ملخص المسائل موضوع الخلاف، - مهمة طبيب الخبير.". ولا شك أن هذه الوثائق تمكن الخبير من تحديد بدقة موضوع الخلاف القائم بين الطرفين وكذا وجهة نظر كل منهما.

الفرع الثاني – إلزامية نتائج الخبرة

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

ولا تكون نتائج الخبرة الطبية ملزمة للأطراف فحسب، بل تعتبر أيضا نهـائية، بمعنى أنها غير قابلة للطعن أمام الجهـات القضـائية أو أي جهة أخـرى[23]. ولقـد استثنت الفقـرة الثـالثة من المـادة 19 من القانون السالف الذكر حالة واحدة تسمـح باللجـوء إلى المحكمة ألا

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

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

وعلى خلاف القانون السابق الذي كان يسمح بالطعن في الخبرة الطبية أمام الجهات القضائية حالة مخالفة الجانب الإجرائي[24]، فإن القانون الحالي ورغم فرضه إجراءات معينة يتعين احترامها في إطار الخبرة الطبية وذلك بغرض المحافظة على حقوق الأطراف ولاسيما حقوق المؤمن الاجتماعي، فإنه لا يسمح لأي من الطرفين بالطعن في نتائج الخبرة أمام الجهات القضائية. والحاصل – عندئذ- أن الخبرة الطبية تعد تحكيما طبيا ومن ثم يمكن إلحاقها بالطرق البديلة لحل النزاعات. ويبقى أن البعض الآخر من الخلافات الطبية لاسيما تلك المتعلقة بحالات العجز تخضع لإجراء آخر ألا وهو الطعن أمام لجنة العجز.

المطلب الثاني – الطعن أمام لجنة العجز: إجراءات متميزة

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

[24] راجع المادة 25 من القانون رقم 83-15.

يترتب عنه منح ريع...، - قبول العجـز، وكذا درجة ومراجعة حالة العجز في إطار التأمينات الاجتماعية...."، ويكون إخطار هذه اللجنة من قبـل المؤمـن الاجتمـاعي الذي ينـازع في قـرار هيئـة الضمـان الاجتماعي بشـأن حالة عجـزه وجوبيا[25]، وتذكـرنا هـذه الإجـراءات بالطعن المسبـق ولجـان الطعن المسبق، غير أنه بالنظر إلى الأحكام التي تدير المسـائل المتعلقة بحالة العجـز، يتبين أن الطعـن المقدم للجنة العجـز لا يمكـن اعتباره بمثابة طعن مسبق (ف1)، وهو الأمـر الذي سينعكس حتما على تحديد الجهة القضائية المختصة التي يرفع إليها الطعن القضائي (ف2).

الفرع الأول – إخطار لجنة العجز: ليس بطعن مسبق

يتعين على لجنة العجز بموجب القـانون رقم 08-08 أن تبت في الاعتـراضات (1) على أنه يمكن بعد ذلك وعنـد الحـاجة الطعـن في قراراتها أمام الجهة القضائية المختصة (2).

1- لجنة العجز: هيئة للفصل في حالة العجز

إنه من الثابت أن لجنة العجـز هي لجنة إدارية على غرار لجنة الطعن المسبق، وقد أنشئت بموجب المادة 30 من القانون رقم 08-08، على أن يكون أغلب أعضائها أطباء. وقد تم بموجب المـادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 09-73[26] تحديد تشكيلها على النحو التالي : - ممثـل الوالي رئيسـا، - طبيبـان خبيـران يقتـرحهما مدير الصحة والسكان للولاية، - طبيبان مستشـاران أحدهما ينتمي إلى الصنـدوق الوطني للتـأمينات الاجتمـاعية للعمـال الأجـراء والآخـر ينتمي إلى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لغير الأجراء – ممثل عن العمال

---

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

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

الأجراء باقتراح من النقابة العمالية الأكثر تمثيلا – وممثل عن العمال غير الأجراء باقتراح من المنظمة النقابية للمستخدمين الأكثر تمثيلا.

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

1.1- واجب لجنة العجز بالفصل في الاعتراضات

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

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

2.1-تأهيل لجنة العجز للقيام بالتحقيق

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

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

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

2- قرار لجنة العجز أساس الطعن القضائي

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

[27] المادة 32 من القانون رقم 88-88.

كـون الطعـن أمام لجنة العجز لا يعتبـر من قبيل الطعـون المسبقة كما سبق بيانه، بل هو إجراء لحل النزاع.

ولقد أعطى المشرع أهمية بالغة لإجراء تبليغ قرارات لجنة العجز، إذ يجب أن تبلغ وجوبا خلال عشـرين يوما من يوم صدور القـرار، على أن يتم ذلك التبليغ بواسطة رسالة مضمونة مع إشعـار بالوصول أو بواسطة عون مراقبة معتمد للضمان الاجتماعي مع محضر تسليم[28].

وأما عن الدفوع المستند إليها في الطعـن القضـائي ضد قرارات لجنة العجـز فهي - على العمـوم- نوعـان، فقد يدفع الطاعن بسـوء تقدير الوقائع منها على سبيل المثـال جبر الإصـابة من عدمها. وقد يستنـد الطاعـن إلى سـوء أو خطأ في تطبيق القـانون، منها مخـالفة إجراءات جوهرية، أو عـدم تسبيب القـرار ...إلخ[29]. ونذكـر في هذا الشـأن أن تقـدير الوقائع يخضع – عادة- لتقديرات قضاة الموضـوع، في حين تكون المسائل المتعلقة بتطبيق القانون من اختصـاص قضاة القانون. وفي ضوء هذه الاعتبارات وكذا مبتغى الطعن القضائي، فإنه يرفع بحسب الحالة أمام الجهات القضـائية الفاصلة في الموضوع، أو أمام المحكمة العليا.

الفرع الثاني – المقصود بالجهة القضائية المختصة

لقـد أثارت تشكيلة لجنـة العجـز والصلاحيـات التي تتمتـع بها وكذا الطابـع الفني للنـزاعات التي تفصل فيها تساؤلات عديدة بشأن الغاية من الطعن القضائي؟ فقد يكون الغرض من الطعن القضائي هو تمكين قضاة القانون من مراقبة تطبيق القانون من قبل لجنة العجـز، وفي هذه الحالة يرفـع الطعـن القضائي بواسطة طعن بالنقض أمـام المحكمة العليا. وهذا هو الحل الذي أخذ به التشريع القديم (1). غير أن الاجتهاد القضائي لم يتمسك بهذا الحـل بعد إصدار القانـون رقم 08-08، بل يرى أن الطعـن القضـائي يرفع أمـام القسـم الاجتمـاعي للمحكمة وذلك من قبل كل مؤمن اجتماعي تم رفض طعنه من قبل

[28] المادة 34 من القانون رقم 88-88.

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

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

1-الطعن القضائي: طعن بالنقض أمام المحكمة العليا

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

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

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

وإنه في ضوء هذه الاعتبارات كان التشريع القديم أي القانون رقم 83-15، يقضي وبصفة واضحة في مادته 37 بما يلي:" يجوز الاعتراض على قرارات اللجان المختصة بحالات العجز بالطعن لدى المجلس الأعلى للقضاء طبقا للقانون ". ويتمثل الطعن القضائي -عندئذ - في الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، التي لا تنشغل كما هو معروف إلا بالجانب المتعلق بتطبيق القانون، فتراقب التطبيق السليم للقانون من عدمه من قبل قضاة الموضوع. والغرض من الطعن القضائي في مجال حالات العجز ليس بإعادة النظر في النزاع برمته، بل يقتصر على مراقبة التطبيق الصحيح للقانون من عدمه من قبل لجنة العجز. وبعبارة أخرى يكون الجانب الموضوعي من اختصاص لجنة العجز، ولها في ذلك سلطة تقديرية، بينما تتولى المحكمة العليا في إطار الطعن القضائي المنصوص ضد قرارات لجنة العجز بمراقبة التطبيق السليم للقانون فقط[30]. وتراقب في هذا الإطار على وجه الخصوص احترام الإجراءات الجوهرية على غرار الشكليات المختلفة والتي سبقت الإشارة إليها. ويكون هذا التصور للطعن القضائي في مجال حالات العجز هو أساس الشكليات المختلفة المحيطة بالطعن أمام لجنة العجز.

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

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

الجهات القضائية المختصة ."[31]. ونرى في شأن هذه المادة أن تعديل المادة 37 يعني حتما ومنطقيا أن يكون للصياغة الجديدة تفسيرا جديدا للمقصود بالجهة القضائية، وإلا استحال تبرير التعديل الذي قام به المشرع، لاسيما وأنه استبدل صياغة واضحة بأخرى أقل وضوحا. واعتبر قضاة القانون في القرار الصادر عن الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا في الملف رقم 571251 بتاريخ 2010/01/07[32]، أنه لما كانت لجان العجز يرأسها قاضي برتبة مستشار لدى المجلس، مما يجعل منها هيئة شبه قضائية في صنف غرفة من غرف المجالس القضائية، فإن القرارات الصادرة عنها لا يمكن إعادة النظر فيها من قبل قاضي المحكمة، بل يمكن الطعن فيها - عند الحاجة – بالنقض أمام المحكمة العليا. ويستنتج من هذا القرار أن تحديد الجهة القضائية المختصة للنظر في الطعون ضد قرارات لجنة العجز متوقف على وجود قاضي من عدمه ضمن تشكيلة لجنة العجز. ولقد ترتب - فعلا- على إعادة تشكيلة لجنة العجز التي أصبح يترأسها ممثل الوالي، تراجعا للاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، حيث لا يمكن للمؤمن الاجتماعي بعد صدور قانون رقم 08-08 الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، بل يتعين عليه إخطار القسم الاجتماعي للمحكمة.

2- الطعن القضائي : دعوى قضائية أمام القسم الاجتماعي للمحكمة

تعلقت التعديلات الرئيسية التي وردت في القانون رقم 08-08 بتشكيلة لجان العجز، فبينما حدد النص القديم أي القانون رقم 83-15 في مادته 32 تشكيلة لجنة العجز، أحالت المادة 30 من القانون الجديد كيفيات تشكيل اللجنة وتنظيمها وسيرها على التنظيم، وقد صدر في هذا الشأن المرسوم التنفيذي رقم 09-73. ومن أهم

[31] ج ر، 1999، عدد 80، ص 3.

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

المسائل اللافتة للانتباه غياب القضاة من التشكيلة الجديدة للجنة من جهة وإسناد رئاستها إلى ممثل الوالي من جهة أخرى.

لا شك في أن التشكيلة الجديدة للجنة تتلاءم تماما مع ما يتطلبه حل مثل هذه النزاعات من الاختصاص، فطالما تتعلق الخلافات بمسائل فنية فإن حلها يقتضي الاحتكام إلى أخصائيين كالأطباء بدل من قضاة. غير أن استبعاد القضاة من رئاسة اللجنة وحتى من بين أعضائها لم يتقبله قضاة الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا. وقد جاء في القرار الصادر بتاريخ 3 مارس 2011 عن هذه الغرفة مايلي:"حيث و أنه و لئن الاجتهاد القضائي للغرفة الاجتماعية فيما يخص أحكام المادة 37 من القانون 83-15 المعدلة بالمادة 14 من القانون 99-10 اعتبرت أن الطعن في قرارات لجنة العجز الولائية يكون أمام المحكمة العليا مؤسسة اجتهادها على أساس أن اللجنة الولائية للعجز يترأسها قاضي برتبة مستشار واعتمادا على التغيير الذي جاء في المرسوم 09-73 والذي أعاد تشكيلة هذه اللجنة واسند رئاستها إلى ممثل الولي، وعليه تكون قرارات اللجان الولائية بعد صدور القانون والمرسوم المذكورين أعلاه قابلة للطعن فيها أمام الأقسام الاجتماعية".

ويبدو لنا أن هذا الحل الجديد الذي انتهت إليه الغرفة الاجتماعية للمحكمة العليا لا يخلو من الانتقادات في جوانب عدة. فانطلاقا من خصائص منازعات الضمان الاجتماعي، لاسيما الوضعية الاقتصادية والاجتماعية للمؤمن الاجتماعي، فإنه من غير العدل إلزامهم باتباع مثل هذه الإجراءات الطويلة المعقدة. إن إلزام هذه الشريحة من المتقاضين انتظار القرار الصادر عن لجنة العجز حتى يتمكنوا من إخطار القسم الاجتماعي للمحكمة يعنى حتما بالنظر إلى وضعيتهم أن العدالة لم تصبح في متناولهم. ولا شك في أن هذا الأمر مناقض تماما للأغراض المسطرة من قبل المشرع عند استحداثه قانون خاص بمنازعات الضمان الاجتماعي هذا من جهة. وسجلنا من جهة أخرى أن التغيير السريع للحالة الصحية للمؤمن الاجتماعي يتطلب بعض السرعة في الإجراءات، في حين أن الحل التي انتهت إليه المحكمة

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

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

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

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

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

مـــلحـــــق

لجان الطعن المسبق الولائيــة لــدى صــندوق الضــمان الاجتمــاعي للعمال الأجراء

الجدول رقم 1- الطعون المقدمة من قبل المكلفين

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

الجدول رقم 2- الطعون المقدمة من قبل المؤمنين الاجتماعيين

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

الجدول رقم 3 - لجنة الطعن المسبق الوطنية

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

الجدول رقم 4 – احصائيات لجان الطعن المسبق

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

الجدول رقم 5- لجان العجز للصندوق العمل الاجراء

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

الجدول رقم 6 - لجان العجز للصندوق الوطني للعمال غير الأجراء

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

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

الأستاذ الدكتور: أحمية سليمان
جامعة الجزائر 1

تمهيد

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

[5] راجع المادة 16 ف 1 من القانون السالف الذكر.

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

الفرع الأول: الإجراءات الوقائية من النزاعات الجماعية في العمل

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

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

1 ـ 1 ـ التفاوض الجماعي المباشر

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

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

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

---

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

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

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

1 ـ 2 ـ اللجان المشتركة

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

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

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

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

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

الفرع الثاني: الإجراءات العلاجية

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

2 ـ 1 ـ المصالحة La Conciliation

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

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

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

[8] راجع H. Sinay، المرجع السابق، ص 3 فقرة 31 وما بعدها.

مفتش العمل الذي يقوم "... وجوبا بمحاولة المصالحة بين المستخدم وممثلي العمال". حيث "... يستدعي مفتش العمل المعين طرفي الخلاف الجماعي في العمل إلى جلسة أولى للمصالحة خلال الأيام الأربعة (4) الموالية للإخطار، قصد تسجيل موقف كل طرف في كل مسألة من المسائل المتنازع فيها." و "يجب على طرفي الخلاف الجماعي في العمل أن يحضروا جلسات المصالحة التي ينظمها مفتش العمل."[9]

ويفهم من النصوص السابقة، أن المشرع الجزائري قد جعل المصالحة القانونية أو الإلزامية، عند بروز أي نزاع جماعي في العمل، من اختصاص مفتش العمل، على خلاف القانون الفرنسي الذي يوكل هذه المهمة إلى لجنة ثلاثية التشكيل، يختلف نطاق عملها حسب درجة وأهمية النزاع الذي تكلف بتسويته، حيث أنها قد تكون لجنة محلية أو جهوية أو وطنية، كما نظم المشرع الفرنسي مسألة تشكيل لجان المصالحة، ونطاق تدخلها بصفة قانونية، إلى جانب تنظيمه للإجراءات المتبعة في عرض النزاع على هذه اللجان، والتي يلعب فيها مفتش العمل، دور التسوية الودية فقط، وعند فشله فإنه يمكن إما للطرف الأكثر استعجالا، أو لوزير العمل، أو مدير العمل على المستوى المحلي، أو مدير اليد العاملة، أن يخطر اللجنة المختصة بواسطة عريضة مكتوبة على ورق عادي، ليعرض عليها كل جوانب النزاع، موضوعه، وسببه، وأهدافه... الخ.[10]

أما فيما يتعلق بنتائج المصالحة، سواء في أسلوبها الأول أو الثاني، فإنها لا تخرج عن الاحتمالات الثلاثة التالية:

---

[9] راجع المادتين 6 و7 من القانون 90-20 المؤرخ في 6\2\90 . المرجع السابق. تشير إحصائيات وزارة العمل في هذا الشأن، لسنة 1997، أن مصالح مفتشيات العمل قد تلقت خلال هذه السنة حوالي 206 نزاع، منها 94 نزاع خاص بمؤسسات عمومية اقتصادية أي بنسبة 45,6 % وحوالي 70 نزاع خاص بمؤسسات اقتصادية محلية، بينما كان نصيب القطاع الخاص 28 نزاع فقط. وكانت نتائج عمل مصالح مفتشيات العمل أنها تمكنت من تسوية 162 نزاع أي بنسبة 78%. في حين كانت نتائج سنة 1996 و1995 أقل من هذا، إذ تمكنت هذه المصالح من تسوية 147 نزاع من أصل 372. وفي سنة 1995 تمكنت من تسوية 145 من أصل 527. (تقرير وزارة العمل لسنة 1997. وثيقة غير منشورة).

[10] - راجع هيلان، المرجع السابق، ص 3 فقرة 37 و38.

أ ـ إما أن تتوصل لجنة المصالحة إلى حل أو تسوية النزاع بصفة كلية، وفي هذه الحالة، تشكل هذه التسوية التي تأتي كتتويج لتشاور وتفاوض الأطراف سواء في إطار لجنة المصالحة الاتفاقية، أو بواسطة مفتش العمل، أو في إطار اللجنة الثلاثية المعمول بها في القانون الفرنسي. (والمشكلة من ممثلي صاحب أو أصحاب العمل، وممثلي السلطة العامة) نتيجة التنازلات التي يستوجب على كل طرف تقديمها، عبارة عن اتفاق يلحق بالاتفاقية السابقة، ويخضع لنفس الشروط الشكلية التي تخضع لها الاتفاقية، لاسيما شرط التسجيل والإيداع، إذ يعتبر الحل الذي يتوصل إليه الطرفان في المصالحة بمثابة تعديل لأحد بنود الاتفاقية، سواء تعلق الأمر بأحد الحقوق أو الالتزامات أو تعلق الأمر بتفسير معين لأحد بنودها أو أحكامها.

وفي هذا الشأن، تنص المادة 8 المعدلة من القانون المتعلق بتسوية النزاعات الجماعية، بأنه: "عند انقضاء مدة إجراء المصالحة التي لا يمكن أن تتجاوز ثمانية (8) أيام ابتداء من تاريخ الجلسة الأولى، يعد مفتش العمل محضرا يوقعه الطرفان، ويدون فيه المسائل المتفق عليها، كما يدون المسائل التي يستمر الخلاف الجماعي في العمل قائما في شأنها، إن وجدت، وتصبح المسائل التي اتفق عليها الطرفان نافذة من اليوم الذي يودعها الطرف الأكثر استعجالا لدى كتابة الضبط بالمحكمة المختصة إقليميا".[11]

ب ـ إما أن تتوصل اللجنة إلى تسوية جزئية للنزاع وفي هذه الحالة، كما تشير إليه المادة المشار إليها أعلاه، فإن محضر المصالحة الجزئية، يجب أن يحدد المسائل التي لم يحصل بشأنها الاتفاق بين الطرفين، حيث يمكن لهما إما عرضها على الوساطة، وإما على التحكيم.

ج ـ حالة فشل أجزاء المصالحة، كذلك الأمر، يحرر محضر بعدم المصالحة، من قبل لجنة المصالحة، أو مفتش العمل، حسب كل حالة،

[11] راجع التعديل الوارد على القانون 90-02 بمقتضى القانون 91-27 المؤرخ في 1991/12/21 ج.ر. عدد 68 المؤرخة في 1991/12/27، ص 2652.

وعندها ـ كما أشرنا إلى ذلك من قبل ـ يمكن لأطراف النزاع، إما اللجوء إلى الوساطة، وإما إلى التحكيم، حسبما تنص عليه أحكام الاتفاقية الجماعية، أو أحكام القانون المتعلق بتسوية النزاعات الجماعية.

2 ـ 2 ـ الوساطة La Médiation

يرجع تاريخ بداية العمل بنظام الوساطة إلى عهد قريب نسبيا، بالمقارنة إلى الأساليب الأخرى، حيث استعملت في البداية في إطار ضيق ومحدود، كإجراء لتسوية النزاعات التي تقوم في مجال الأجور عند التفاوض أو تعديل الاتفاقيات الجماعية، وذلك بمقتضى قانون 5 ماي 1955، ليوسع العمل بها فيما بعد لتشمل بقية الخلافات الأخرى، وذلك بمقتضى قانون 26 جويلية 1957.[12] لتصبح بعد هذا التاريخ إحدى الإجراءات الاختيارية تارة والإجبارية تارة أخرى التي يجب اللجوء إليها كلما كان هناك نزاع جماعي في العمل، إلى جانب الإجراءات الأخرى.

ويقصد بالوساطة، احتكام أطراف النزاع إلى شخص محايد لا علاقة له بهما، حيث يقدمان له كل المعلومات والمعطيات المتعلقة بالخلاف، والملابسات التي تحيط به، ثم يتركان له السلطة التقديرية الكاملة في إيجاد الحل أو الحلول المناسبة له، على أن تقدم هذه الحلول في شكل اقتراحات أو توصيات للأطراف الذين قد يأخذون بها أو يرفضونها، ذلك أن الوسيط ليس له أية سلطة قانونية أو تنظيمية أو عقدية على أطراف النزاع. وفي هذا الشأن تنص المادة 10 من قانون تسوية النزاعات الجماعية، بأن: "الوساطة هي إجراء يتفق بموجبه طرفا الخلاف الجماعي في العمل، على إسناد مهمة اقتراح تسوية ودية للنزاع إلى شخص من الغير يدعى الوسيط ويشتركان في تعيينه". كما تضيف المادة 11 الموالية على أن:

---

[12] يحمل القانون الأول رقم 55-478 المؤرخ في 5 ماي 1955. أما القانون الثاني الذي وسع من دائرة تطبيق إجراء الوساطة، فيحمل رقم 57-833، مؤرخ في 26 جويلية1957.
لمزيد من المعلومات، راجع هيلان سيناي، المرجع السابق، ص 2 فقرة 9. وص 5 فقرة 65 وما بعدها.

"يتلقى الوسيط من الطرفين جميع المعلومات المفيدة للقيام بمهامه، ويتعين عليه أن يتقيد بالسر المهني إزاء الغير في كل المعلومات التي يكون قد اطلع عليها أثناء قيامه بمهمته".

ويتضح من أحكام المادتين السابقتين، وكذلك الحال في أحكام القانون الفرنسي، بأن الوسيط يتمتع بصلاحيات واسعة في قيامه بمهمة البحث عن حل للنزاع المعروض عليه، حيث يمكنه الاطلاع على كافة المعلومات الاقتصادية والاجتماعية والمهنية، وكل موضوع أو وثيقة يمكنها أن تساعده في فهم النزاع أو في إيجاد الحل المناسب له، هذه الصلاحيات التي يبرر تقييده بالمحافظة على السر المهني بالنسبة لكل ما يطلع عليه من معلومات.

ومع كل هذا فإن كل ما يمكنه القيام به لتسوية النزاع، هو مجرد اقتراح أو توصية يقدمها للأطراف الذين يحتفظون بحق الأخذ بها أو رفضها، حيث أنه ليس هناك ما يثبت أو يدل على واجب الالتزام بما يعرضه أو يقرره الوسيط من حلول للنزاعات التي تعرض عليه، حيث تنص المادة 12 من القانون السالف الذكر على أنه: "يعرض الوسيط على الطرفين، خلال الأجل الذي يحددانه، اقتراحات لتسوية النزاع المعروض عليه في شكل توصية معللة، ويرسل نسخة من التوصية المذكورة إلى مفتشية العمل المختصة إقليميا". هذه التوصية التي لا يمكن أن تأخذ الطابع التنفيذي الإلزامي إلا إذا اتفق الطرفين على ذلك.

ونسجل هنا الغموض الذي يكتنف التشريع الجزائري في هذا المجال، فعلى خلاف المشرع الفرنسي الذي نظم إجراء الوساطة بالشكل الذي يتناول كل الجوانب الإجرائية والتنظيمية والآثار المترتبة على نتائج عمل الوسيط، وتحديد المهلة التي تترك للأطراف لكي يعلنوا على قبولهم أو رفضهم لاقتراح الوسيط، وما إلى ذلك من الأحكام التنظيمية الأخرى.[13] فإن القانون الجزائري

[13] راجع المادة L524-4 من قانون العمل الفرنسي، المرجع السابق، ص 354 وما بعدها.

جاء خاليا من أية إشارة للجوانب التنظيمية الخاصة بكيفيات تنفيذ الاقتراحات والتوصيات التي يقترحها الوسيط، والإجراءات التي يتم بها قبول أو رفض الأطراف لهذه التوصيات، وما هي الحلول التي يجب اللجوء إليها في حالة قبولها من قبل أحد الأطراف ورفضها من الطرف الآخر، إلى غير ذلك من الإشكالات التي قد تطرح في المجال العملي والإجرائي. خاصة وان الاتفاقيات الجماعية عادة ما لا تتضمن تدابير تنظيمية في هذا المجال.[14]

2 ـ 3 ـ التحكيم L'Arbitrage

لقد سبق أن أشرنا إلى أنه في حالة فشل الإجراءات الوقائية في تسوية النزاع الجماعي، يمكن للأطراف المتنازعة أن يلجأوا إما إلى أسلوب الوساطة على النحو الذي سبق بيانه، أو إلى التحكيم، حيث أن

---

[14] وأمام هذا الغموض وقصور تنظيم الوساطة في القانون الجزائري، وعملاً على وضع نظام متكامل لهذه الآلية المهنية في تسوية نزاعات العمل الجماعية، فإني أقترح أن يعاد النظر في أحكام الوساطة بما يجعلها أكثر فاعلية، وذلك بإدراج الأحكام التالية ضمن قانون تنظيم تسوية منازعات العمل.

المادة 1: الوساطة هي إجراء يتفق، بموجبه، طرفا الخلاف الجماعي في العمل على إسناد مهمة اقتراح تسوية ودية للنزاع إلى شخص من الغير يدعى الوسيط يتم تعيينه باتفاق مشترك بينهما.

المادة 2: في حالة الاتفاق حول تعيين الوسيط، يقدم مفتش العمل بالاتفاق مع الطرفين، الملف المتعلق بالخلاف الجماعي مفروقا بمحضر عدم الصلح. يمكن للوسيط أن يطلب من الطرفين تسليمه جميع الوثائق والمعلومات المفيدة للقيام بمهمته. كما يمكن له القيام بكافة التحقيقات الاقتصادية والاجتماعية الخاصة بالوضعية المالية والإحصائية والمحاسبية والإدارية للمؤسسة، التي من شأنها أن تفيده في معالجة الخلاف. مع كل من إدارة المؤسسة المستخدمة، أو النقابة الممثلة للعمال، وله كذلك اللجوء إلى خبرة أي شخص أجنبي عن المؤسسة لمساعدته في تسوية الخلاف. وتساعد الوسيط، في مجال تشريع العمل، بناء على طلبه، مفتشية العمل المتخصصة إقليميا. يلتزم الوسيط بواجب التقيد بالسر المهني إزاء الغير بالنسبة لكافة المعلومات التي يكون قد اطلع عليها أثناء قيامه بمهمته.

المادة 3: في حالة عدم اتفاق الطرفين حول تعيين الوسيط، يعين تلقائيا وسيطا لطرفي الخلاف من طرف الوزير الوصي عن القطاع، أو الوالي، أو رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني.

المادة...: يعرض الوسيط على الطرفين، خلال الثلاثين (30) يوماً على الأكثر من استلامه للملف، اقتراحاته لتسوية النزاع المعروض عليه في شكل توصية معللة. يمكن تمديد هذا الأجل، بخمسة عشر(15)يوما على الأكثر، بطلب من الوسيط، وبموافقة الطرفين.

المادة 4: يتعين على الطرفين ابتداء من تاريخ استلام اقتراح تسوية النزاع، إبلاغ الوسيط بقبول، أو برفض الاقتراح، في أجل خمسة (5) أيام بموجب رسالة مضمونة الوصول مع إشعار بالاستلام. ويكون هذا الرفض معللا مع إعلام مفتش العمل المختص إقليميا. ويلتزم الطرفان بمحتوى اقتراح الوسيط في حالة الموافقة عليه. يقدم الوسيط في أجل ثلاثة(3) أيام، تقريرا مفصلا يتضمن نتائج مهمته، إلى مفتش العمل المختص إقليميا. بواسطة رسالة مضمونة الوصول.

المادة 5: يستفيد الوسطاء من تعويض تحدد قيمته و كيفيات منحه عن طريق التنظيم.

المادة 6: يتم اختيار الوسطاء من بين الشخصيات المعروفة بكفاءتها في المجال القانوني والاقتصادي والاجتماعي وسمعتها وسلطتها المعنوية. لا يجب أن تكون للوسطاء مصالح مباشرة أو غير مباشرة مع طرفي الخلاف الجماعي.

المادة 7: من أجل تسهيل لجوء أطراف الخلاف الجماعي إلى الوساطة، يحدد الوزير المكلف بالعمل بموجب قرار قائمة وسطاء بعد استشارة التنظيمات النقابية التمثيلية على المستويين القطاعي والوطني. ترسل القائمة إلى الوزراء، والولاة، ورؤساء المجالس الشعبية البلدية وإلى مفتشيات العمل، وتعلق نسخة منها في المحكمة الفاصلة في المسائل الاجتماعية المختصة إقليمياً. يتم مراجعة هذه القائمة عند الاقتضاء، كل سنتين بنفس الطريقة.

مبـدأ الاختيـار بين الأسلـوبين، من المبـادئ المسلـم بها في مختلف التشريعات المقارنة، وهـو ما نصـت عليه المـادة 9 ف 2 من القـانون المتعـلق بتسـوية النزاعات الجمـاعية، التي تقضـي بأنه: "وفي هـذه الحالة ـ أي حالة فشل المصـالحة ـ يمكن للطـرفين أن يتفـقا على اللجـوء إلى الوسـاطة أو التحكيـم، كمـا تنـص عليهما أحكـام هذا القانون".

وبالرجوع إلى أحكام هذا القانـون الذي لم يخصص سـوى مادة وحيدة فيما يتعلق بالتحكيم. وهي المادة 13 التي تنص على أنه:" في حالة اتفاق الطرفين على عرض خلافهما على التحكيـم، تطبق المـواد من 442 إلى 454 من قانون الإجراءات المـدنية، مع مراعـاة الأحـكام الخاصة في هذا القانون."هذه المواد التي تم استبدالها بالمواد 1006 إلى 1038 مـن القـانـون 08 ـ 09 المـؤرخ فـي 25 فيفـري 2008 المتضمن قانـون الإجـراءات المـدنية والإدارية الجـديد.[15] الأمـر الـذي يستلزم تعديل نص المادة 13 من القانون 90 ـ 02 المتعلق بالوقـاية من نزاعات العمل الجماعية وتسـويتها وممـارسة حق الإضـراب. بما يتناسب والأحكام الجديدة المنظمة لإجراء التحكيم. أو اعتماد تنظيم خاص بالتحكيم في مجال القانون الاتفاقي الاجتماعي بصفة عامة،[16] بما فيها نزاعات العمـل الجماعية. أو إحـالة مسالة تنظيم هذا المـوضوع لأطراف التفاوض الجماعي، على غرار أحكام القانون الفرنسي.[17]

ونظرا لأهميـة هذا الإجـراء العلاجـي فـي تسـوية المنـازعـات الجمـاعية في العمـل، فإننا سنحـاول دراسته بنـوع من التفصيل، من

---

[15] ج.ر. عدد 21 لسنة 2008 والذي دخل حيز التنفيذ بعد سنة من نشره في الجريدة الرسمية، (المادة 1062منه) أي في نهاية أفريل 2009.

[16] ونقصد بذلك وضع منظومة تحكيم متكاملة تختص بالنظر في النزاعات والخلافات المتعلقة بالتفاوض الجماعي حول إبرام الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية، وتفسيرها، وتسوية النزاعات الناتجة عن تنازع أحكام هذه الاتفاقيات، وغيرها من الإشكالات التي يطرحها القانون الاتفاقي في مجال قانون علاقات العمل بصفة خاصة، وقانون العمل بصفة عامة. أو على الأقل نظام تحكيم خاص بنزاعات العمل الجماعية على غرار ما هو معمول به في مختلف القوانين المقارنة: المواد 182 وما بعدها من قانون العمل المصري الجديد، 2003 مرجع سابق . ص97. والمواد 567 وما بعدها من مدونة الشغل المغربية، مرجع سابق. ص219. والمواد 381 وما بعدها من مجلة الشغل التونسية، مرجع سابق. ص122. للمزيد من الاطلاع على موضوع التحكيم، يراجع د. عبد القادر الطورة، قواعد التحكيم في منازعات العمل الجماعية. دراسة مقارنة.المطبعة الفنية الحديثة. مجهولة البلد.

[17] المادة 1 - L 525 وما بعدها إلى المادة 4 - L 525 من تقنين العمل الفرنسي، المرجع السابق. ص769.

خلال التركيز على المحاور والمواضيع التالية، كيفيات تعيين المحكمين، وصلاحياتهم، وإجراءات التحكيم، وتنفيذ قرارات المحكمين، وهذا على ضوء ما تقضي به القوانين الوطنية وبعض القوانين المقارنة.

2 ـ 3 ـ 1 ـ كيفيات تعيين هيئات التحكيم

مبدئيا وكقاعدة عامة، في الكثير من النظم القانونية، فإن الأطراف المتنازعة تتمتع بحرية كاملة في تعيين المحكمين، سواء أثناء إبرام الاتفاقية الجماعية، حيث تحدد قائمة مسبقة بأسماء المحكمين الذين يمكن اللجوء إليهم عند وقوع أي نزاع في العمل، أو يتم التعيين كلما تطلب الأمر ذلك، وهو ما يعرف بالإجراء الاتفاقي أوالتعاقدي والذي يأخذ به القانون الفرنسي،[18] وكذلك القانون الجزائري فيما يخص الأعمال التجارية فقط بالنسبة للتعيين المسبق للمحكمين.[19] والاتفاق المسبق على اللجوء إلى التحكيم في النزاعات الخاصة بتنفيذ مختلف العقود الأخرى، بما فيها اتفاقيات العمل الجماعية باعتبارها عقود مثل العقود الأخرى.[20]

إلا أن إحالة المشرع الجزائري لكيفيات وإجراءات تعيين هيئات التحكيم إلى قواعد وأحكام قانون الإجراءات المدنية ليس إجراءا سليما في رأينا، ذلك أن التحكيم المنصوص عليه في هذا القانون يتعلق بصفة أساسية بالتحكيم التجاري والاقتصادي، أي التحكيم الخاص بالعقود التجارية بين المؤسسات الاقتصادية في علاقاتها فيما بينها، وهو ما تعكسه بصورة واضحة أحكام المادة 442 من قانون الإجراءات

---

[18] راجع المادتين 1-525 L و 2- 525 L من قانون العمل الفرنسي. المرجع السابق، ص 355 و356.

[19] راجع المادة 444 ف 3 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري. والمادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد. ج.ر. عدد 21 السالفة الذكر.

[20] تنص المادة 444 ف 2 من القانون السابق على أنه : "يجوز للمتعاقدين أن يتفقوا في كل عقد على عرض المنازعات التي قد تنشأ عند التنفيذ على المحكمين" وهو الإجراء الذي أخذت به أغلب الاتفاقيات الجماعية." والتي عوضتها المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد. ج.ر. عدد 21 السالفة الذكر.

المدنية، ولاسيما الفقرتين 4 و5 منها.[21] والتي لا تتناسب مع طبيعة المنازعات الجماعية، لكونها تتعلق بنزاع بين مؤسستين مختلفتين، لكل منها كيانها المستقل، ومصالح مالية وتجارية مختلفة، بينما النزاع الجماعي يتعلق بمؤسسة واحدة، أو عدة مؤسسات، ويكون أطرافه كل من إدارة المؤسسة من جهة، والنقابة أو النقابات الممثلة للعمال من جهة ثانية. وهو ما يجعل المادة 442 مكرر من ق.أ.م. أمرا غير ممكن نصا ومعنا.[22]

وهكذا يتبين لنا، أن تعيين الحكام وفقا لنص المادتين المذكورتين سابقا، بالنسبة لمنازعات العمل الجماعية، أمرا ليس ممكنا إلا على سبيل القياس فقط. بمعنى أن نعتبر إدارة المؤسسة أو صاحب العمل، من جهة، والنقابة الممثلة للعمال من جهة ثانية، هيئات مستقلة عن بعضها البعض. وفي هذه الحالة، يمكن القول بأن كيفية تعيين الحكام تتم بأن يعين كل طرف من الطرفين أو من الأطراف، حكما من طرفه. على أن يقوم الحكمان أو الحكام المعينين باختيار أو تعين حكما مرجحا من بينهم، وفي حالة عدم اتفاق الحكام أو الحكمان على تعيين الحكم المرجح، فإنه يمكن اللجوء إلى تعيينه من قبل رئيس المحكمة المختصة إقليمياً، وفقاً لنص المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

ونسجل هنا، أن القانون لم يحدد الطرف الذي عليه تقديم هذه العريضة، إذ أنه إذا كانت الحالة الأولى، أي عدم تعيين محكمين من الطرفين لا تطرح أي إشكال في منازعات العمل الجماعية، إذ

---

[21] تنص الفقرتين المشار إليهما، على ما يلي: "وبالنسبة لعلاقات الشركات والمؤسسات العمومية فيما بينها، فإنه يجوز لها أن تطلب التحكيم في النزاعات المتعلقة بحقوقها المالية الناجمة عن تنفيذ تعاقدات التوريدات أو الأشغال أو الخدمات؛ كما يجوز للشركات الوطنية والمؤسسات العمومية الأخرى، أن تجري المصالحة فيما بينها في نطاق علاقتهما".

[22] تنص المادة على أنه: "عندما تتعلق هذه النزاعات بشركتين وطنيتين أو أكثر، أو مؤسسات عمومية تابعة لسلطة الوصاية نفسها، فتتولى هذه الأخيرة التحكيم فيها. وعندما تتعلق النزاعات بشركتين وطنيتين أو أكثر أو مؤسسات عمومية تابعة لسلطات وصاية مختلفة، فتعين كل من هذه الشركات أو المؤسسات حكما عنها. ويتفق الحكمان المختاران بهذا الشكل، على تعيين حكم مرجح. وإن لم يتفق المحكمان على اختيار الحكم المرجح، يرفع الأمر إلى الرئيس الأول للمحكمة العليا، الذي يعين الحكم المرجح في مهلة لا تتجاوز شهر واحد. فيحدد الحكم المرجح تاريخ اجتماع المحكمين ومكتمه وفي الحالتين المنصوص عليها في الفقرتين 2 و3 من هذه المادة، يختار المحكمان والحكم المرجح من بين أعوان الدولة، ويصدرون القرار التحكيمي بأغلبية الآراء المدلى بها".

يفهم في هذه الحالة بصفة آلية وضمنية أن إرادة الأطـراف قد ذهبت إلى اختيار أسلوب آخر لتسـوية النـزاع غير التحكيم، مثل الوسـاطة، مثلما تنص عليه أحكام قانون تسـوية المنازعات الجمـاعية. وبالتالي فإن نص هذه المادة لا يعتد به في حالة النزاعات الجماعية هذه.

فإن الحالة الثـانية، أي رفض أحد الأطـراف تعييـن محكـم، فإن التفسير المنطقي والموضوعي، يفترض أن الطرف الذي عليه تقـديم العريضة هو الطرف الآخر، وهنا يثـور السـؤال حول مـدى إلـزامية أحكام وقرارات التحكيم التي تصدر لصـالح أو ضـد الطرف الرافـض لهذا الإجراء؟ خاصة ونحن نعلم أن الأصـل في التحكيم في النـزاعات الجماعية للعمـل، هو إجـراء اختيـاري، وأن القـانون المنظم له فيما يخص هذه المنازعات لم ينص على خلاف ذلك.

إن عدم ملاءمة أحكام قانون الإجراءات المدنية القديم لم يتوقف عند هذا الحد، بل إن مضمون مادته 444 التي تنص على أنه: "يحصل الاتفـاق على التحكـيم أمـام المحكمين الذين يختـارونهم الخصـوم، ويثبت الاتفاق إما في محضر أو في عقـد رسمي أو عرفي". كان ما يفيد أن تعيين واختيار الحكام أو المحكميـن من قبـل الأطـراف، يتم قبـل الاتفـاق على التحكيـم، وهذا أمـر منـاقـض لعـرف ومتطلبات النزاعات الجماعية التي يتم فيها الاتفاق على اللجـوء إلى التحكيم أو الوساطة مباشرة بعد فشل المصالحة، كمـا تنص على ذلك المادة 9 من قانـون تسـوية المنـازعات الجمـاعية، كما يحـدث الاتفـاق على اللجوء إلى التحكيم في أغلب الحالات عند إبرام الاتفـاقية الجمـاعية، من جهـة، وهو ما تم تداركـه بمقتضـى المـادة 1008 إلى 1010من ق.إ.م.إ. الجديد التي سبق أن تعرضنا إليها.

وهكـذا، ومن خـلال كل ما سبـق، يتضـح لنا، أن أحكـام قانـون الإجراءات المدنية السـابق، فيما يتعلق بكيفيـات تعيين المحكمين، لم تكن تتنـاسب مع طبيعة ومتطلبـات النزاعات الجماعية للعمل، وكان من الأنسب للمشرع ـ في رأينا ـ أن يعتمد نفـس الأسلـوب والصيغة البسيطة والمـرنة التي اعتمـدها في المـواد 10 إلى 12 مـن القـانـون

90-02 المتعلقة بالوساطة، ومراعاة الفارق بين مهمة الوسيط ومهمة المحكم أو المحكمين، مع إضافة مادة رابعة يكون مضمونها نص الفقرة الثانية من المادة 13 من القانون. على أن يشكل كل ذلك محتوى القسم الرابع الذي خصص للتحكيم.

ونظرا لأهمية التحكيم كآلية لتسوية النزاعات الجماعية في العمل، ودور القانون الاتفاقي في صلاحية المبادرة التنظيمية الذي يمكن أن يحيله القانون لأطراف النزاعات الجماعية، هذا الدور الذي يبدو أن المشرع الجزائري قد حجبه بصفة كلية عن القانون الاتفاقي، على خلاف ما هو معمول به في العديد من النظم المقارنة الأخرى، وهو ما يمكن استخلاصه من أسلوب الإحالة إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية المشار إليها سابقاً، الذي أعتمده، رغم الطابع الاتفاقي لكل ما يتعلق بالتحكيم بدأً بحرية اللجوء إلى التحكيم من عدمه، إلى الحرية في تعيين هيئة التحكيم، وكذا في تحديد مهامها، وصولاً إلى إضفاء القوة أو الطابع الإلزامي لقراراته.

فمن حيث حرية اللجوء إلى التحكيم، وتعيين أعضاء هيئته، وتحديد مهامها: فقد رأينا كيف أن المشرع الجزائري ذهب في اتجاه مخالف لما ذهبت إليه مختلف النظم القانونية المقارنة، التي تعترف لأطراف التفاوض عن طريق الاتفاقيات والاتفاقات كقاعدة عامة، بحرية كاملة في قبول اللجوء إلى التحكيم، أو رفضه بمقتضى الاتفاقات والعقود التي تربطهم، قبل أن يتراجع عن ذلك بمقتضى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد،[23] مما يعني أنه لا يمكن فرض شرط التحكيم على الأطراف إذا لم يتفقوا عليه مسبقاً، وهو ما يفسر تضمين الاتفاقيات الجماعية قواعد اتفاقية مقتضبة تحيل من خلالها النزاعات الجماعية التي لم تجد لها حلاً عبر المصالحة والوساطة، إلى إجراء التحكيم رغم أن للأطراف الحرية في ذلك،

[23] تنص عليه المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد المشار إليه سابقاً، على أنه:" يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية، أو في الوثيقة التي تستند إليها.
يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين، أو تحديدي كيفيات تعيينهم."

وفق ما ينص عليه القانون. وكذلك الأمر بالنسبة للكيفيات في تعيين المحكمين، سواء أثناء إبرام الاتفاقية الجماعية، حيث تحدد قائمة مسبقة بأسماء المحكمين الذين يمكن اللجوء إليهم عند وقوع أي نزاع في العمل،[24] أو يتم التعيين كلما تطلب الأمر ذلك، وهو ما يعرف بالإجراء الاتفاقي، والذي يأخذ به القانون الفرنسي.[25] والاتفاق المسبق على اللجوء إلى التحكيم في النزاعات الخاصة بتنفيذ مختلف العقود الأخرى، بما فيها اتفاقيات العمل الجماعية باعتبارها عقود مثل العقود الأخرى.[26]

ونلاحظ هنا أن المشرع الجزائري لم يساير النهج الليبرالي الذي اعتمده في صياغة قواعد قوانين العمل الجديدة، حيث كان الأجدر به أن يترك مسألة تحديد كيفيات تعيين هيئة التحكيم للقانون الاتفاقي، كما فعل بالنسبة لمختلف المجالات الواردة في المادة 120 من قانون علاقات العمل، بدلاً من إحالتها إلى المواد 442 مكرر وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية،[27] ولاسيما الفقرتين 4 و5 منها.[28] التي لا تتناسب مع طبيعة المنازعات الجماعية، لكونها تتعلق بنزاع بين مؤسستين مختلفتين، لكل منها كيانها المستقل، ومصالح مالية وتجارية مختلفة، بينما النزاع الجماعي يتعلق بمؤسسة واحدة، أو عدة مؤسسات، ويكون أطرافه كل من إدارة المؤسسة من جهة، والنقابة أو النقابات الممثلة للعمال من جهة ثانية. وهي مادة لا تتناسب من حيث إجراءاتها وشروطها حتى مع مجال التحكيم الذي وجدت من أجله، هذا الواقع الذي عقد ممارسة أسلوب التحكيم في الميدان العملي، الأمر الذي أدى إلى إلغاء هذه

---

[24] وهو أمر نادر الحدوث في غياب قوائم استدلالية تتضمن قائمة بأسماء الأشخاص أو الهيئات التي يمكن أن يتم الاختيار منها.

[25] راجع المادتين L525-1 و L525-2 من قانون العمل الفرنسي. المرجع السابق، ص 355 و 356.

[26] تنص المادة 444 ف 2 من القانون السابق على أنه :"يجوز للمتعاقدين أن يتفقوا في كل عقد على عرض المنازعات التي قد تنشأ عند التنفيذ على المحكمين" وهو الإجراء الذي أخذت به أغلب الاتفاقيات الجماعية." ينظر كذلك أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الخاصة باتفاقات التحكيم ، لاسيما المواد 1011 إلى 1013.

[27] التي تقابلها المواد 1006 وما بعدهاإلى المادة 1038من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد الخاصة باتفاقات التحكيم. ج.ر. عدد 21 لسنة 2008. المشار اليها سابقاً.

[28] تنص الفقرتين المشار إليهما، على ما يلي: "وبالنسبة لعلاقات الشركات والمؤسسات العمومية فيما بينها، فإنه يجوز لها أن تطلب التحكيم في النزاعات المتعلقة بحقوقها المالية الناجمة عن تنفيذ تعاقدات التوريدات أو الأشغال أو الخدمات؛ كما يجوز للشركات الوطنية والمؤسسات العمومية الأخرى، أن تجري المصالحة فيما بينها في نطاق علاقتهما."

المادة سنة 1993 ليحرر الأطـراف من التعقيـدات التي فرضتـها هذه المواد. إلا أن هذا التعديل الذي وقع في قانون الإجـراءات المدنية لم يتبعه تعديل في مواد قانون تسوية منازعات العمل الجماعية.

ولا تتوقف نقـائص القانون الجـزائري في مجـال تعييـن هيئة التحكيـم فقط، بـل أن الفـراغ والغمـوض المـلاحـظ فيـما يتعـلق بالصلاحيات والسلطات المخولة للجان وهيئات التحكيم، وبيان نوعية أو طبيعة النزاعات التي تتكفل بتسويتها، هو أكبر وأعقد، الأمر الذي جعل أطراف القانون الاتفاقي يعتمدون التفسير المنطقي للأشياء، أي أن الأصل في الأشياء الإباحة، وهو ما يعطي لهيئات التحكيم صلاحيات واسعة ومطلقـة في اعتمـاد كل السبـل والوسـائل الضـرورية التي تمكنها من الوصول إلى إصدار حكمـها وفق قواعـد القـانون، ومبادئ العدالة والإنصاف.[29]

وبصفة عامة، وبغض النظر عن طبيعة ومحتوى النزاع فإن هيئة التحكيم تطبق كافة القـوانين والنظم المعمـول بها،[30] وقيـاسا على صلاحيات وسلطات الوسيـط التي سبـق الإشـارة إليها، والمقررة في قانون العمـل، فـإن لهيئة التحكيم كـافة الصـلاحيـات والإمكـانيـات

---

[29] وبالرجوع إلى بعض القوانين المقارنة، لاسيما تلك التي لها تجارب طويلة في مجال الأخذ بنظام التحكيم، كالتشريع الفرنسي الذي يعود فيه تاريخ التحكيم في منازعات العمل الجماعية إلى سنة 1936، حيث بدأ العمل بالتحكيم الإجباري، ليؤخذ فيما بعد في سنة 1938 بنظام التحكيم الاختياري. الذي أدخلت عليه منذ ذلك التاريخ وإلى الآن عدة تعديلات وتتميمات لاسيما في سنة 1982.
فإننا نجدها تفرق بين عدة أنواع من النزاعات الجماعية من حيث مضامينها وطبيعتها، مما يؤثر ضيقا واتساعا على صلاحيات هيئات التحكيم:
ـ فالمنازعات المتعلقة بتفسير وتنفيذ القوانين والنظم والاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية، أو ما يسمى بالمنازعات القانونية تفصل فيها هيئات التحكيم وفق أحكام القوانين والنظم المعمول بها، وكذلك وفق البنود والأحكام المقررة في الاتفاقات والاتفاقيات لحل النزاع، أو التي تحكم الأطراف المتنازعة.
ـ ونفس الشيء بالنسبة للمنازعات ذات الطابع الاقتصادي أي تلك المتعلقة بالأجور والتعويضات والحوافز، التي تعتمد فيها هيئات التحكيم بالدرجة الأولى على القوانين والنظم والاتفاقيات أو الاتفاقات المعمول بها، إلى جانب العقود الفردية للعمل والأعراف والعادات المهنية، في حالة عدم وجود أو عدم كفاية القواعد المحددة الخاصة بالموضوع محل النزاع.
ـ أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالمفاوضات الخاصة بإبرام ومراجعة الاتفاقيات الجماعية، فإن لهيئات التحكيم نوع من الصلاحيات الواسعة وغير المحددة، حيث يمكنها اعتماد كافة الوسائل والطرق القانونية والمهنية التي تمكنها من الوصول إلى قرار من شأنه إنهاء وتسوية النزاع القائم بين الطرفين.
أما في النظام الجزائري، فإن كل ما يمكن الإشارة إليه في هذا الشأن، هو ما تضمنته المادتين 17 و 18 من المرسوم التنفيذي المنظم للجنة الوطنية للتحكيم.(ج.ر. عدد1 لسنة 1991) حيث تنص الأولى على وجوب سماع اللجنة لممثلي العمال وأصحاب العمل الأطراف في النزاع. بينما تنص الثانية على إمكانية استعانة اللجنة بخبرة أي شخص أجنبي ترى أنه يفيدها في أعمالها، إلى جانب إمكانية القيام بكل التحقيقات والتحريات التي تراها ضرورية لتوضيح ملابسات القضية.

[30] راجع المادة 451 من ق.إ.م.

اللازمة التي تمكنها من الحصول على كافة المعلومات المفيدة، وفحص كافة التقارير والمحاضر والآراء والمواقف التي يبادر بها أو يقدمها كل طرف من أطراف النزاع. وعند الضرورة يمكنها الاستماع إلى الشهود وكل من يمكنه أن يفيد في توضيح معطيات وملابسات النزاع، وتعيين خبراء لبحث وتحليل كل المعطيات والوضعيات المالية والقانونية والمهنية. وغيرها من المسائل العلمية والعملية الأخرى التي تمكنها من الاطلاع الجيد والشامل على خلفيات ومكونات وملابسات النزاع.

أما من حيث إضفاء الطابع الإلزامي لقراراته: الأصل أن اتفاقات التحكيم تستمد قوتها الإلزامية من اتفاق التحكيم الذي يبرمه أطراف النزاع، أي من الإرادة المشتركة لأطراف النزاع. على أساس أن هيئة التحكيم ليست هيئة قضائية أو إدارية تتمتع بالسلطة العمومية، الأمر الذي يكسب قراراتها القوة الإلزامية لما تتمتع به من صفة القوة العمومية. من جهة. وبحكم أن هيئة التحكيم تخضع في تكوينها وتحديد صلاحياتها إلى إرادة أطراف اتفاق التحكيم الذي يبرمه أطراف النزاع بكل حرية واستقلالية، من جهة ثانية، وهو ما يبرر وصفه بالتحكيم الاختياري.[31] إلا أن هذا المبدأ وإن كان يتماشى مع منطق الأشياء، ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، لاسيما عندما يتعلق الأمر بالقبول المسبق بقرارات التحكيم. كثيراً ما يتعارض مع إرادة المشرع التي قد تذهب إلى منح اتفاقيات أو قرارات التحكيم قوة إلزامية، قضائية،[32] أو قانونية.[33] وتجعلها ملزمة للأطراف بمجرد صدورها. وهو ما أعتمده المشرع الجزائري بنص المادة 13 ف2 التي تقضي بأن: "يصدر قرار التحكيم النهائي خلال الثلاثين يوماً الموالية لتعيين الحكام، وهذا القرار يفرض نفسه على الطرفين الذين يلزمان

---

[31] على العكس من قرارات التحكيم الإجباري التي تستمد قوتها الإلزامية من طبيعة نظام التحكيم الذي تصدر عنه، والسلطة العامة التي تتمتع بها هيئة التحكيم التي أصدرته. يراجع على سبيل المثال في هذا الشأن، النظام الخاص باللجنة الوطنية للتحكيم الصادر بمقتضى المرسوم التنفيذي 90 ـ 418 المؤرخ في 22 ديسمبر 1990 المتعلق بتشكيل اللجنة الوطنية للتحكيم ...وتنظيمها وعملها. ج.ر. عدد 1 لسنة 1991. لاسيما المادة 21 منه.

[32] كما تنص على ذلك المادة 452 من قانون الإجراءات المدنية.والمادة 1035من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

[33] كما تنص على ذلك المادة 13من القانون 90 ـ 02 المتعلق بتسوية نزاعات العمل الجماعية، السالف الذكر.

بتنفيذه." وهو غير قابل للطعن أو المراجعة العادية وغير العادية. مما يفيد بأن قرارات التحكيم في منازعات العمل الجماعية تكون قابلة للتنفيذ بمجرد النطق بها، دون حاجة إلى أمر أو حكم من المحكمة المختصة. لكن ما معنى إلزام الطرفين بالتنفيذ؟

إن الجواب على التساؤل تكمن في أن الأثر الآلي لقرار التحكيم يسري على أطراف النزاع سواء أكان موضوعه يتعلق بتفسير بند من بنود الاتفاقية، أو يتعلق بتنفيذه، أو إبطال بند من بنود الاتفاقية، أو إلغائه، أو يتعلق بتنظيم مسألة ما من المسائل التي تتضمنها الاتفاقية. كما يسري على عقود العمل الفردية الخاضعة للاتفاقية الجماعية التي كانت محل النزاع، حاضراً ومستقبلاً.

فبالنسبة لقرارات التفسير، والتي عادة ما تتضمن تفسيراً عاماً ومجرداً لقواعد اتفاقية أو قانونية معينة قائمة، فإن هذه القواعد التفسيرية التي تضمنها القرار تسري على علاقة الطرفين، باعتباره يأخذ حكم القواعد المفسرة ضمن النطاق الشخصي للنزاع المعروض، وما على الطرفين إلا أن يسيروا على أساس هذه القواعد التفسيرية.

أما فيما يتعلق بقواعد الإلغاء والإبطال، فإنها تتعلق عادة بإلغاء أو إبطال قواعد اتفاقية مهنية قائمة، بمناسبة إعادة النظر في مضمونها عند فحص النزاع، وبالتالي تصبح لاغيه، أو باطلة حسب الحالة، ابتداء من التاريخ المحدد للإلغاء أو للبطلان، وبالتالي تتوقف آثارها من ذلك التاريخ بالنسبة للمخاطبين بها لتحل محلها القواعد الجديدة في حالة الإلغاء، أو تصبح كأنها لم تكن بالنسبة لحالة البطلان. وليس بأثر رجعي.[34]

وفيما يتعلق بأثره على عقود العمل الفردية، فإنه انطلاقا من كون قرار التحكيم جزءاً لا يتجزأ من الاتفاقية باعتباره أداة تعديل لبعض أحكام هذه الأخيرة، فإنه يسري على عقود العمل الفردية

[34] ينظر في هذا الشأن:د. عبد القادر الطورة، المرجع السابق. ص 426 وما بعدها.

الحالية الخاضعة للاتفاقية، والعقود المستقبلية، وكذا العقود المنتهية وقت حدوث التعديل عن طريق قرار التحكيم.[35]

يتبن من كل ما سبق، أن القانون الجزائري قد قيد إلى حد بعيد حرية أطراف علاقة العمل الجماعية في تنظيم إجراء التحكيم، ولم يترك لهم سوى حرية الاختيار في اللجوء إليه من عدمه. وبالتالي فهو تنظيم يفتقر إلى آليات التكيف مع خصوصيات طبيعة ومتطلبات النزاعات الجماعية في العمل، الأمر الذي يقتضي في رأينا إعادة النظر في تنظيمه بصفة كلية وجذرية بإقامة نظام قانون متكامل مندمج في القوانين المنظمة لكيفيات الوقاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها.[36]

---

[35] المرجع السابق. ص 426 وما بعدها.

[36] ولذلك نقترح أن يتم تعديل هذه المنظومة القانونية على النحو التالي:

المادة1: في حالة استمرار الخلاف الجماعي في العمل، بعد فشل المصالحة، أو الوساطة. يمكن للاتفاقيات والاتفاقات الجماعية أن تتضمن أحكاماً اتفاقية لتنظيم اللجوء إلى التحكيم، وضبط قائمة بأسماء الحكام الذين يمكن اللجوء إليهم في حالة فشل المصالحة أو الوساطة بينهما. وفي حالة عدم وجود أحكام اتفاقية حول التحكيم، يتم تعيين هيئة التحكيم عن طريق اتفاق مشترك بين الطرفين، إما بتعيين حكماً واحداً، أو أن يعين كل منهما حكماً من طرفه. وفي الحالة الثانية يتفق الحكمان على تعيين حكماً مرجحاً بينهما في حالة تساوى الأصوات.

المادة2: في حالة رفض أحد الطرفين الاتفاق على تعيين الحكم، أو رفض تعيين حكماً من طرفه، يمكن للطرف المستعجل، أن يلتمس من المحكمة الفاصلة في المسائل الاجتماعية المختصة إقليمياً، عن طريق عريضة دعوى استعجاليه، المطالبة بإلزامه بالاتفاق على تعيين الحكم، على تعيين حكماً من طرفه. يكون الحكم الصادر في هذه الحالة قابل للتنفيذ المعجل.

المادة3: في حالة الاتفاق حول تعيين الحكم، أو هيئة التحكيم، يقدم مفتش العمل، أو الوسيط، بالاتفاق مع الطرفين، الملف المتعلق بالخلاف الجماعي مرفوقا بمحضر عدم الصلح. أو مشروع اتفاق الوساطة الذي رفضه الأطراف. يستدعي الحكم أو هيئة التحكيم أطراف النزاع لعرض دفعوهما الشفوية أو الكتابية، وتقديم كافة الوثائق والمستندات التي تدعم هذه الدفوع. يمكن للحكم، أو لهيئة التحكيم، أن تطلب من الطرفين تسليمها جميع الوثائق والمعلومات المفيدة للقيام بمهمتها. كما يمكنها القيام بكافة التحقيقات الاقتصادية والاجتماعية الخاصة بالوضعيات المالية والإحصائية والمحاسبية والإدارية للمؤسسة، التي من شأنها أن تفيدها في معالجة الخلاف المعروض عليها. وذلك لدى كل من إدارة المؤسسة المستخدمة، أو النقابة الممثلة للعمال، ولها كذلك الاستعانة بخبرة أي شخص أو هيئة أجنبية عن المؤسسة لمساعدتها في تسوية الخلاف. وتساعد الحكم، أو هيئة التحكيم، في مجال تشريع العمل، بناء على طلبه، مفتشية العمل المتخصصة إقليميا. يلتزم الحكم، أو هيئة التحكيم بواجب التقيد بالسر المهني إزاء الغير بالنسبة لكافة المعلومات التي يكون قد اطلع عليها أثناء قيامه بمهمته. باستثناء الحالات التي يفرضها القانون.

المادة4: ينظر الحكم، أو هيئة التحكيم المعينة وفقاً لأحكام المادتين 1 و2 أعلاه، في المسائل والخلافات التي وردت في محضر عدم المصالحة، أو مشروع اقتراح الوساطة، أو المعطيات التي وقعت بعد ذلك فقط. إلا إذا كلفها الأطراف بغير ذلك. إلا أنه، خلافاً لأحكام الفقرة السابقة، يمكن للحكم، أو هيئة التحكيم المعينة من الطرفين، بحكم القانون النظر في الخلافات القائمة بين الطرفين حول: 1) تفسير، أو تنفيذ الأحكام القانونية، أو الاتفاقية الواردة في الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية التي ابرمها الطرفين، أو انضما إليها السارية المفعول. 2) النزاعات المتعلقة بالتفاوض حول الأجور، والامتيازات المالية المقررة للعمال بمقتضى القانون، أو الاتفاقيات والاتفاقيات الجماعية التي ابرمها الطرفين، أو انضما إليها السارية المفعول. 3) النزاعات المتعلقة بالتفاوض حول شروط العمل التي لم يتم تنظيمها بمقتضى القانون أو الاتفاقيات والاتفاقيات الجماعية التي أبرمها الطرفين، أو انضما إليها السارية المفعول. 4) النزاعات المتعلقة بالتفاوض حول مراجعة وتعديل الاتفاقيات والاتفاقات الموقعة بين الطرفين. 5) النزاعات المتعلقة بالتفاوض حول مضمون الاتفاقات المتعلقة بالتسريح لأسباب اقتصادية، الموقعة بين الطرفين.

2 ـ 3 ـ 2 ـ صلاحيات ومهام المحكمين

لم تتضمن القوانين الجزائرية أية إشارة إلى الصلاحيات والسلطات المخولة للجان وهيئات التحكيم، ولا إلى نوع النزاعات التي تتكفل بتسويتها، وهو ما يمكن تفسيره، بأن لهيئات التحكيم صلاحيات واسعة ومطلقة في اعتماد كل السبل والوسائل الضرورية التي تمكنها من الوصول إلى إصدار حكمها وفق قواعد القانون، ومبادئ العدالة والإنصاف.

وبالرجوع إلى بعض القوانين المقارنة، لاسيما تلك التي لها تجارب طويلة في مجال الأخذ بنظام التحكيم، كالتشريع الفرنسي الذي يعود فيه تاريخ التحكيم في منازعات العمل الجماعية إلى سنة 1936، حيث بدأ العمل بالتحكيم الإجباري، ليؤخذ فيما بعد في سنة 1938 بنظام التحكيم الاختياري. الذي أدخلت عليه منذ ذلك التاريخ عدة تعديلات وتتميمات يرجع آخرها إلى سنة 1982.[37] فإننا نجدها تفرق بين عدة أنواع من النزاعات الجماعية من حيث مضامينها وطبيعتها، مما يؤثر ضيقا واتساعا على صلاحيات هيئات التحكيم:

المادة 5: يعرض الحكم، أو هيئة التحكيم المعينة وفقاً لأحكام المادتين 1و 2 أعلاه، على الطرفين، خلال أجل ثلاثين (30) على الأكثر من استلامه الملف، رأيه لتسوية النزاع المعروض عليه في شكل قرار معلل. يمكن تمديد مهلة التحكيم عند الحاجة، بخمسة عشر(15)يوما على الأكثر، بطلب من الحكم، أو هيئة التحكيم، وبموافقة الطرفين.

المادة6: يفرض قرار التحكيم نفسه على الطرفين الذين يلزمان بتنفيذه، بعد استكمال إجراءات تسجيله لدى مفتشية العمل، وإيداع نسخة منه لدى كتابة ضبط المحكمة الفاصلة في المسائل الاجتماعية المختصة إقليميا، من قبل الطرف المستعجل.

المادة7: يمكن لكل من الطرفين، الطعن في قرار التحكيم أمام اللجنة الوطنية للتحكيم، الواردة في المادة.. من هذا القانون، في الحالات التالية: 1 ـ إذا لم يكن قرار التحكيم معللا، أو خالف أحكام قانونية أو اتفاقية سارية المفعول. 2 ـ إذا ثبت أن القرار منحاز إلى مصلحة أحد الطرفين. 3 ـ إذا ثبت أن للحكم مصلحة خاصة، أو علاقة قرابة، مع احد الطرفين المتنازعين. 4 ـ إذا تضمن مسائل لم ترد في محضر عدم المصالحة، أو اقتراح الوساطة، أو أهمل معالجة أحد القضايا أو المسائل الواردة فيها، أو عالج مسائل لم تكن محل طلب خاص من الطرفين، ما عدا تلك الواردة في المادة 4 أعلاه. 5 ـ إذا صدر القرار بعد المدة المحددة للتحكيم بما فيها المدة الإضافية.

المادة8: من أجل تسهيل لجوء أطراف الخلاف الجماعي إلى التحكيم، يحدد الوزير المكلف بالعمل بموجب قرار قائمة الحكام بعد استشارة التنظيمات النقابية التمثيلية على المستويين القطاعي والوطني. ترسل القائمة إلى الوزراء، والولاة، ورؤساء المجالس الشعبية البلدية وإلى مفتشيات العمل، وتعلق نسخة منها في المحكمة الفاصلة في المسائل الاجتماعية المختصة إقليمياً. يتم مراجعة هذه القائمة عند الاقتضاء، كل سنتين بنفس الطريقة.

المادة9: يتم اختيار الحكام من بين الشخصيات المعروفة بكفاءتها في المجال القانوني والاقتصادي والاجتماعي وسمعتها وسلطتها المعنوية. لا يجب أن تكون للحكام مصالح مباشرة أو غير مباشرة مع طرفي الخلاف الجماعي.

المادة10: يستفيد الحكام من تعويض تحدد قيمته وكيفيات منحه عن طريق التنظيم.

[37] راجع كامرلينك، المرجع السابق، ص 991. ود. محمود جمال الدين زكي، مرجع سابق، ص 836 وما بعدها.

- فالمنازعات المتعلقة بتفسير وتنفيذ القوانين والنظم والاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية، أو ما يسمى بالمنازعات القانونية تفصل فيها هيئات التحكيم وفق أحكام القوانين والنظم المعمول بها، وكذلك وفق البنود والأحكام المقررة في الاتفاقات والاتفاقيات لحل النزاع، أو التي تحكم الأطراف المتنازعة.

ـ ونفس الشيء بالنسبة للمنازعات ذات الطابع الاقتصادي أي تلك المتعلقة بالأجور والتعويضات والحوافز، التي تعتمد فيها هيئات التحكيم بالدرجة الأولى على القوانين والنظم والاتفاقيات أو الاتفاقات المعمول بها، إلى جانب العقود الفردية للعمل والأعراف والعادات المهنية، في حالة عدم وجود أو عدم كفاية القواعد المحددة الخاصة بالموضوع محل النزاع.

ـ أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالمفاوضات الخاصة بإبرام ومراجعة الاتفاقيات الجماعية، فإن لهيئات التحكيم نوع من الصلاحيات الواسعة وغير المحددة، حيث يمكنها اعتماد كافة الوسائل والطرق القانونية والمهنية التي تمكنها من الوصول إلى قرار من شأنه إنهاء وتسوية النزاع القائم بين الطرفين.

أما في النظام الجزائري، فإن كل ما يمكن الإشارة إليه في هذا الشأن، هو ما تضمنته المادتين 17 و18 من المرسوم التنفيذي المنظم للجنة الوطنية للتحكيم،[38] حيث تنص الأولى على وجوب سماع اللجنة لممثلي العمال وأصحاب العمل الأطراف في النزاع. بينما تنص الثانية على إمكانية استعانة اللجنة بخبرة أي شخص أجنبي ترى أنه يفيدها في أعمالها، إلى جانب إمكانية القيام بكل التحقيقات والتحريات التي تراها ضرورية لتوضيح ملابسات القضية.

وبصفة عامة، وبغض النظر عن طبيعة ومحتوى النزاع فإن هيئة التحكيم تطبق كافة القوانين والنظم المعمول بها،[39] وقياسا على

[38] الجريدة الرسمية عدد 1 المؤرخة في 2 جانفي 1991، ص 11 وما بعدها.
[39] راجع المادة 451 من ق.إ.م.

صلاحيات وسلطات الوسيط التي سبق الإشارة إليها، والمقررة في قانون العمل، فإن لهيئة التحكيم كافة الصلاحيات والإمكانيات اللازمة التي تمكنها من الحصول على كافة المعلومات المفيدة، وفحص كافة التقارير والمحاضر والآراء والمواقف التي يدعي بها أو يقدمها كل طرف من أطراف النزاع. وعند الضرورة يمكنها الاستماع إلى الشهود وكل من يمكنه أن يفيد في توضيح معطيات وملابسات النزاع، وتعيين خبراء لبحث وتحليل كل المعطيات والوضعيات المالية والقانونية والمهنية. وغيرها من المسائل العلمية والعملية الأخرى التي تمكنها من الاطلاع الجيد والشامل على خلفيات ومكونات وملابسات النزاع.

2 ـ 3 ـ 3 ـ إجراءات التحكيم، وتنفيذ الأحكام.

بعد تعيين المحكم، أو الهيئة التحكيمية، تقدم لها كافة الوثائق والمعلومات والمحاضر الخاصة بمختلف مراحل النزاع، ومختلف جوانبه وخلفياته وإشكالياته، وفق ما تقرره أحكام المادة 446 من قانون الإجراءات المدنية. حيث يتقدم أمامها كل طرف من أطراف النزاع، إما بصفة شخصية أو بواسطة وكيل عنه، بعد استدعاء يوجه لهم من قبل هيئة التحكيم، وفي حالة تخلف أحد الأطراف عن الحضور، أو عن تقديم الوثائق والمعلومات اللازمة، يمكنها أن توقع عليه كل الجزاءات المقررة في القوانين والنظم المعمول بها، كما يمكنها أن تصدر قرارها على صورة ما قدم لها في الموعد المحدد لتقديم العرائض والمستندات كما هو منصوص عليه في المواد 1020 إلى 1024 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

أما بالنسبة للمواعيد، ومختلف الأوضاع الأخرى للتحكيم، فإنها تخضع كذلك للمواعيد والأوضاع المقررة للتقاضي أمام المحاكم ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك. كما أن إجراءات التحقيق والبحث وتحرير المحاضر والتقارير، يشارك في إعدادها مبدئيا كافة أعضاء الهيئة التحكيمية، إلا إذا اتفقوا فيما بينهم على أن يقوم بهذه المهمة واحد عنهم، أو أن يحدد اتفاق التحكيم أحد الأعضاء للقيام بذلك.

أما فيما يخص إصدار القرارات التحكيمية، فإن هيئة التحكيم، أو المحكم، بعد أن تجمع لديها كافة المعطيات، تتخذ قرارها في مدة أقصاها ثلاثون (30) يوما من تاريخ تعيينها، وفق نص المادة 13 من القانون 90-02 المتعلق بتسوية النزاعات الجماعية في العمل المشار إليه سابقا، وهو القرار غير القابل للتنفيذ إلا بأمر صادر عن رئيس الجهة القضائية المختصة موضوعيا وإقليميا بالنزاع، حيث يحفظ أصل القرار في كتابة ضبط المحكمة، وتمنح نسخ تنفيذية للأطراف قصد إتمام عملية التنفيذ.[40] مع الإشارة أن قرارات التحكيم مثل الأحكام القضائية من حيث وجوب تسبيبها وتعليله، إلا أنها تختلف عنها في كونها لا يمكن الاحتجاج بها نحو الغير.[41]

إلا أن هذه القاعدة العامة الواردة في قانون الإجراءات المدنية، قد خالفتها قواعد وأحكام القانون الخاص بتسوية النزاعات الجماعية السالف الذكر، بنصها في الفقرة الثانية من المادة 13، بأن : "قرار التحكيم يفرض نفسه على الطرفين الذين يلتزمان بتنفيذه."[42] وهو ما يفيد بأن قرارات التحكيم في منازعات العمل الجماعية تكون قابلة للتنفيذ بمجرد النطق بها، دون حاجة إلى أمر أو حكم من المحكمة المختصة. وهو النظام المعمول به في هذا المجال، حيث أن القاعدة السابقة، قد استبعدت من مجال التطبيق على النزاعات الجماعية، بنص قانون تسوية النزاعات الجماعية، على ضرورة "مراعاة الأحكام الخاصة في هذا القانون"، وخلافاً للقانون السابق الذي استبعد إمكانية استئناف القرارات التحكيمية،[43] فقد أباح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد إمكانية الطعن في هذه الأحكام عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام المحكمة المختصة قبل عرض النزاع على التحكيم.[44] وكذلك الطعن فيها عن طريق الاستئناف في أجل شهر

---

[40] راجع المادتين 1036 و1037 من ق.إ.م.إ.

[41] راجع المواد 1035 إلى 1038 من نفس القانون.

[42] وهو ما نصت عليه المادة 1031 من ق.إ.م.إ. الجديد:" تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه."

[43] وذلك من خلال استبعاد تطبيق أحكام قانون الإجراءات المدنية الخاصة باستئناف قرارات التحكيم والواردة في المادة 454 وما بعدها، من مجال التطبيق بالنسبة للنزاعات الجماعية، من جهة، وأيضا بالنص الصريح على أن قرار التحكيم يفرض نفسه على الطرفين الذين يلتزمان بتنفيذه، من جهة أخرى.

[44] المادة 1032 الفقرة 2. من ق.إ.م.إ. الجديد.

من تاريخ النطق بها أمام المجلس القضائي المختص إقليمياً ما لم يكن الأطراف قد تنازلوا عن حق الاستئناف في اتفاقية التحكيم.[45]

وأخيرا، يمكن القـول أن القوانين والنظم المعمول بها حاليا في مجـال تنظيم وسير نظام التحكيم في النزاعـات الجماعية في العمل، تتميز بعـدم الوضـوح، وتطـرح العـديد من الاشكـالات، من النـاحية التنظيمية والعملية، الأمر الذي كثيرا ما يؤدي إلى نفور المتنازعين من اللجوء إلى التحكيم، أو يضطرون إلى وضع قواعد وأحكام اتفاقية خاصة بكيفيـات اللجـوء إلى التحكيم. هذا الواقع الذي يدعم الفكـرة التي سبـق أن أشـرنا إليها، والمتمثلة في ضـرورة إعـادة النظـر في الأحكام القانونية المنظمة للتحكيم الخاص بالنزاعات الجماعية، وفـق الاقتراحات التي عرضناها فيما سبق، من أجل وضع هيـاكل وأجهـزة تحكيم دائمة ومستقرة، محددة الصلاحيات، واضحة الإجراءات، فعـالة التصـدي لمختلف المنـازعات الجمـاعية التي يمكـن أن تثـور في أي قطاع من القطاعات، مهما كانت أسبابها وأهدافها.

الفرع الثالث: تسوية النزاعات الجماعية في المؤسسات والهيئات الإدارية العمومية

إن اختلاف الأسس والمبادئ التنظيمية التي تقـوم عليها العلاقات المهنية الفردية والجماعية في المؤسسـات والهيئـات الإدارية، القائمة على أساس الرابطة القـانونية والتنظيمية بين العمـال ـ الموظفين ـ والإدارات المستخدمة، حيث تحدد كـافة الأحكـام والمسـائل المهنية والمالية والاجتماعية، الفـردية منها والجمـاعية، بمقتضى النصـوص القانونية والتنظيمية العامة أو الخـاصة، والقوانين الأساسية الخاصة بفئة معينة من الفئات العمـالية أو قطاع معين من قطاعـات النشـاط الإداري. والتي تضعها الجهات المخولة دستوريا صلاحية إصـدار مثل هذه القوانين والنظم. عكس الطابع التعاقدي الذي تقـوم عليه العلاقات بين العمال وأصحاب العمل، والتي تحدد وفقه كافة المسائل المهنية وغيـرها الفـردية منها والجمـاعية، بمقتضى الاتفـاقيات والاتفـاقات

[45] تنص المادة 1033 من ق.إ.م.إ. الجديد. بأنه: " يرفع الاستئناف في أحكام التحكيم في أجل شهر واحد (1) من تاريخ النطق بها، أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم، ما لم يتنازل الأطراف عن حق الاستئناف في اتفاقية التحكيم."

الجماعية التي تبرم بين النقابات العمالية وأصحاب العمل، أو التنظيمات النقابية التمثيلية لهم. هذا الاختلاف في الأساس والمبدأ، يؤدي إلى اختلاف الأدوات والأساليب والإجراءات المعتمدة في تسوية النزاعات الجماعية التي تقوم بين جماعة العمال، أو التنظيمات النقابية الممثلة لهم، من جهة. والمؤسسات أو الهيئات الإدارية المستخدمة من جهة أخرى.

وبالرغم من أن موضوع العلاقات المهنية الخاضعة لقوانين وأنظمة الوظيفة العمومية، تخرج نسبيا عن مجال دراسة العلاقات المهنية الخاضعة لقانون العمل، إلا أننا ارتأينا أن نخصص جزءا من دراستنا هذه، لبحث وعرض طرق وأساليب تسوية النزاعات الجماعية الخاضعة لنظام الوظيفة العمومية، وذلك تماشيا مع النصوص القانونية المعمول بها في هذا المجال، والتي خصصت بدورها حيزا هاما لتنظيم كيفيات تسوية النزاعات الجماعية في قطاع الإدارات العمومية.[46]

وبالرجوع إلى أحكام هذا القانون، والأحكام الخاصة بتسوية هذا النوع من النزاعات، فإننا نجدها تتضمن أنواعًا من الإجراءات، ابتداء من التظلم، إلى المصالحة، إلى التحكيم، بدون أن نأخذ بعين الاعتبار الاحتياطات الوقائية التي يجب على كل من ممثلي العمال، والإدارات المستخدمة، العمل على توفيرها والعمل بها، والمتمثلة على الخصوص في استمرار التشاور بينهما بصورة دائمة ومنظمة، وفقا لنص المادة 15 من القانون 90-02 السالف الذكر، التي تنص على أن: "تدرس وضعية العلاقات الاجتماعية والمهنية داخل المؤسسات والإدارات العمومية في اجتماعات دورية بين ممثلي العمال والممثلين المخولين في المؤسسات والإدارات العمومية المهنية".

[46] راجع المواد 14 إلى 23، و49 إلى 52 من القانون 90-02 السالف الذكر.

3 ـ 1 ـ نظام التظلم

إن العمل على الوقاية من النزاعات الجماعية عن طريق الاجتماعات والمشاورات الدورية، بين ممثلي العمال، وممثلي الإدارات العمومية، لا يكلل دائما بالنجاح، إذ كثيراً ما تفشل هذه المشاورات المباشرة، والاجتماعات الدورية في إيجاد الحلول المناسبة لكافة الخلافات التي تثور بين الطرفين.

ولمواجهة هذه الاحتمالات، فقد اعتمد المشرع الجزائري نظام التظلم الإداري الجماعي الذي تناولته المادة 16 من نفس القانون التي تنص على أنه، في حالة ما: "إذا اختلف الطرفان في كل المسائل المدروسة أو في بعضها، يرفع ممثلو العمال المسائل المستمر فيها الخلاف إلى:

ـ السلطات الإدارية المختصة في مستوى البلدية، أو الولاية، التي تنتمي إليها المؤسسة الإدارية المعنية.

ـ الوزراء أو ممثليهم المخولين، إذا كانت المؤسسات أو الإدارات المعنية تدخل في نطاق اختصاصاتهم، أو إذا كان الخلاف الجماعي في العمل يكتسي طابعا جهويا أو وطنيا".

يتضح من هذا الإجراء، أنه يهدف إلى تسوية النزاع عن طريق سحب أو تعديل أو إلغاء القرار أو الإجراء سبب النزاع، أو قيام الإدارة بتحقيق وتنفيذ تصرف ما، أو اتخاذ قرار ما، يشكل عدم القيام به سببا للنزاع. أو أي هدف آخر من شأنه أن يؤدي إلى إجهاض الخلاف قبل استفحاله، وخروجه عن إمكانية التسوية الودية.

3 ـ 2 ـ نظام المصالحة

إلا أن هذه الوسيلة ـ التظلم ـ كثيرا ما تعجز عن تحقيق هدفها السالف الذكر. الأمر الذي يستدعي تدخل أجهزة، وجهات أخرى للتكفل بإيجاد حل أو تسوية مناسبة للنزاع الجماعي، وفق ما تفرضه طبيعة العلاقة المهنية الجماعية للعمال، والإدارة المستخدمة، حيث وضع المشرع نتيجة لهذه الطبيعة، مستوين للمصالحة، على خلاف ما هو معمول به في النزاعات الجماعية في القطاعات الخاضعة لقانون

العمل، يمكن أن نصطلح على المستوى الأول، بالمصالحة الرسمية، نظرا لكونها تتم بإشراف الجهات الرئاسية لأطراف النزاع، أي الوالي، أو الوزير. أما المستوى الثاني، الذي وصفناه بالمصالحة العادية، فتتم فيه المصالحة بإشراف مجلس الوظيفة العمومية المتساوي الأعضاء، الذي تتلخص مهمته الأساسية في المصالحة بين أطراف النزاعات الجماعية. وهما المستويين اللذين سوف نستعرض كيفيات تنظيمهما وعملهما على النحو التالي:

3 ـ 2 ـ 1 ـ المصالحة الرسمية، (أو الوساطة)

وتتم هذه المصالحة، في شكل وساطة، تحت إشراف السلطات الرئاسية السلمية Hiérarchique التي تستدعي الأطراف المتنازعة لجلسة مصالحة ودية بين الطرفين، وفق ما تقتضي به المادة 17 من القانون 90-02 السالف الذكر، التي تنص على أنه: "في حالة عدم تسوية جميع المسائل المقصودة بالطعن المنصوص عليها في المادة السابقة، تستدعي خلال الثمانية (8) أيام الموالية لإخطارها، السلطة السلمية العليا المباشرة، طرفي الخلاف الجماعي في العمل، إلى اجتماع للمصالحة بحضور ممثلي السلطة المكلفة بالوظيفة العمومية، ومفتشية العمل المختصة إقليميا". وهو النص الذي يوحي بأن السلطة السلمية العليا، لا تتدخل باعتبارها سلطة رئاسية لتفرض تسوية معينة للنزاع وإنما تتدخل كوسيط بين الطرفين، إلى جانب إدارة الوظيفة العمومية، ومفتشية العمل، للتقريب بين وجهات نظر المتنازعين حول المسائل المختلف حولها، والتي قد تتعلق إما بتطبيق أو بتفسير نص قانوني أو تنظيمي، حيث يكون تدخل السلطة السلمية في الحالة الأولى، بصفة مباشرة، بينما تتدخل في الحالة الثانية بصفة غير مباشرة.

فبالنسبة للحالة الأولى، تنص المادة 18 من القانون 90-02 المتعلق بتسوية النزاعات الجماعية، السالف الذكر، على أنه: "إذا تبين خلال اجتماع المصالحة، أن الخلاف يتعلق بعدم تطبيق التزام قانوني أو تنظيمي، تسهر السلطة السلمية العليا المباشرة التي أخطرت،

على ضمان تطبيق ذلك الالتزام، في أجل لا يتعدى الثلاثين (30) يوما من تاريخ الإخطار". أو بمعنى آخر، إن هذه السلطة في هذه الحالة، تمثل الضمان المعنوي والعملي لجدية التسوية التي يمكن التوصل إليها وإلزامية تطبيقها وتنفيذها، وذلك من خلال الأوامر والتعليمات الرئاسية التي يمكن أن تصدرها للجهات المعنية، والملزمة بتطبيق النصوص القانونية أو التنفيذية محل النزاع. ونعتقد أن مثل هذه الحالة قليلا ما تقع في الميدان العلمي.

أما الحالة الثانية، فقد تضمنتها المادة 19 من القانون السالف الذكر، التي تنص على أنه:"إذا تبين خلال اجتماع المصالحة أن نقاط الخلاف الجماعي في العمل، تتعلق بتأويل الأحكام القانونية أو التنظيمية المعمول بها، تخطر السلطة السلمية العليا المذكورة في المادة 16 أعلاه، السلطة المكلفة بالوظيفة العمومية، حسب الأشكال المنصوص عليها أدناه، قصد عرض نقاط الخلاف على مجلس الوظيفة العمومية المتساوي الأعضاء، المنصوص عليه في المواد 21 إلى 23 أدناه."ويرجع اعتماد هذا الأسلوب في تسوية هذا النوع من النزاعات التي تشكل النسبة الغالبة في النزاعات الجماعية في الإدارات والمؤسسات العمومية، إلى طبيعة سبب النزاع، الذي يأخذ إحدى الصورتين التاليتين:

ـ الصورة الأولى: النزاع حول تفسير أو تأويل نص قانوني أو تنظيمي معين، حيث يتشبث كل طرف بتفسير أو تأويل معين قد يتناقض مع التفسير الذي يراه الطرف الثاني. وهنا يحتاج البحث عن تفسير يوفق بين الطرفين، وهي المهمة المسندة إلى إدارة الوظيفة العمومية، باعتبارها المرجع الرسمي لكل خلاف حول تفسير أو تطبيق هذه النصوص، لإيجاد تفسير موحد ومرجعي للنص المعني.

ـ أما الصورة الثانية: فهي تلك التي يكون سبب النزاع فيها مسألة لم يتم الحسم فيها، أو موضوع لم يتم تنظيمه وتحديده بشكل واضح في النصوص القانونية والتنظيمية المعمول بها، نظرا إما

لطابعها العملي أو التقني، أو لكونها من المستجدات، أو لظروف معينة لاحقة على النصوص المعمول بها، أو ما إلى ذلك من الأسباب الأخرى.

وفي هذه الحالة، يتطلب الأمر عرض مقترحات خاصة للتكفل بإيجاد إطار خاص (قانوني أو تنظمي) لتنظيم المسألة أو الموضوع محل النزاع، على سبيل الاستشارة والمساعدة على تسوية النزاع، إلى الجهات المختصة بذلك، والتي عليها إيجاد تسوية تستجيب للمتطلبات العملية والميدانية، وفق ما سوف نستعرضه عند بحث موضوع المصالحة العادية فيما بعد. ذلك أن الأمر هنا يتطلب، إما تعديل النص القانوني أو التنظيمي، أو تكملته وتتميمه بنص أو أحكام جديدة. أو إصدار إجراءات تنظيمية أو تطبيقية جديدة أو تعديل أو تتميم النصوص الموجودة، أو ما إلى ذلك من الإجراءات المختلفة الأخرى.

ونلاحظ هنا، أن هذه الصورة، هي الحالة الوحيدة التي تقترب إلى حد بعيد من النزاعات الجماعية الخاضعة لقانون العمل، التي يكون هدفها تغيير أو تعديل النصوص أو الاتفاقيات المعمول بها، بنصوص واتفاقيات جديدة أكثر ملائمة للأوضاع المستجدة كما رأينا عند التعرض لتعريف النزاعات الجماعية.

3 ـ 2 ـ 2 ـ المصالحة العادية

وكما هو الحال بالنسبة للإجراءات السابقة، فقد تعجز الوساطة أو المصالحة التي تشرف عليها السلطات الرسمية الرئاسية، عن إيجاد حل تسوية للنزاع لاسيما في بعض الحالات، مثل الصورة الثانية التي سبق التعرض إليها.

لهذا أوجب المشرع إحالة مثل هذه الحالات على هيئة متساوية الأعضاء، تعرف تحت اسم "مجلس الوظيفة العمومية المتساوي الأعضاء" الذي أحدث بمقتضى المادة 21 من القانون 90-02 المشار إليه سابقا. والذي رسمت له مهمتين رئيسيتين هما:

ـ إجراء المصالحة في مجال الخلافات الجماعية في العمل داخل المؤسسات والإدارات العمومية.

ـ إبداء رأيه في النصوص التشريعية والتنظيمية التي تخضع لها علاقات العمل في المؤسسات والإدارات العمومية.[47]

ومن أجل الإحاطة بمختلف جوانب هذا المستوى من المصالحة، فإننا سوف نركز على ثلاثة محاور أساسية هي:

أ ـ تشكيل وتنظيم المجلس

يتكون مجلس الوظيفة العمومية المتساوي الأعضاء، كما يدل عليه وصفه، من عدد متساوي من الأعضاء الممثلين للإدارة، والأعضاء الممثلين للموظفين. حيث أنه وطبقا لنص المادة 23 من القانون السالف الذكر، صدر المرسوم التنفيذي رقم 90-416 المؤرخ في 22 ديسمبر 1990، المتضمن تشكيل وتنظيم وعمل مجلس الوظيفة العمومية المتساوي الأعضاء،[48] الذي ينص في مادته 2 على أن: "يتكون مجلس الوظيفة العمومية المتساوي الأعضاء، من ثمانية (8) أعضاء. أربعة (4) أعضاء يمثلون الإدارة وأربعة (4) أعضاء يمثلون العمال". على أن يكون لكل صنف من هؤلاء الممثلين الرسميين، عدد مماثل من الممثلين الاحتياطيين. وعلى أن يشارك هؤلاء الأخيرين في اجتماعات المجلس إلا في حالة غياب الأعضاء الرسميين.(المادة 5).

أما بالنسبة لكيفية اختيار هؤلاء الأعضاء، فقد حددت المادة 3 من المرسوم السالف الذكر، صفة ممثلي الإدارة، الذين حصرتهم على سبيل التحديد في: المدير العام للوظيفة العمومية. وممثل عن كل من: الوزير المكلف بالعمل، الوزير المكلف بالمالية، والوزير المكلف بالداخلية. فيما تتكفل التنظيمات النقابية الأكثر تمثيلا في قطاع الإدارة العمومية على المستوى الوطني بتعيين الأعضاء الممثلين للعمال. (المادة 4 من المرسوم التنفيذي). ويتم تعيين هؤلاء الأعضاء بقرار صادر عن السلطة المكلفة بالوظيفة العمومية، لمدة ثلاثة (3)

---

[47] انظر المادة 22 من القانون 90-02 المؤرخ في 6 فيفري 1990.

[48] الجريدة الرسمية عدد 1 المؤرخة في 2 جانفي 1991. ص 7 وما بعدها.

سنوات قابلة للتجديد. (المادة 6). أي من طرف رئاسة الحكومة، باعتبارها السلطة المكلفة بالوظيفة العمومية في الوقت الحالي.

وكنتيجة لتبعية إدارة الوظيفة العمومية، لجهة إدارية معينة، هي في الوقت الحالي، رئاسة الحكومة، فإن هذا المجلس يوضع تحت وصاية وإشراف هذه السلطة، يرأسه المدير العام للوظيفة العمومية. (المادة 8)، وهو مزود بهيئة تقنية، تكلف بتحضير أعماله واجتماعاته، وتتلقى كل الوثائق والتقارير الموجهة إليه (المادة 9).

ب ـ إجراءات المصالحة

إن تنظيم مجلس الوظيفة العمومية في شكل هيئة دائمة ومستقرة، جعل اللجوء إليه لإجراء المصالحة بين المتنازعين، مقيد بعدة إجراءات أولية شكلية ثابتة، حدد البعض منها بمقتضى القانون، بينما حدد البعض الآخر بمقتضى التنظيم.

ففي حالة فشل المصالحة الرسمية، للأسباب الواردة في المادة 19 من القانون 90-02 السالف الذكر، وكما بينا ذلك في ما سبق، تقوم الجهة الرئاسية العليا، أي رئيس البلدية، أو الوالي، أو الوزير، بإخطار السلطة المكلفة بالوظيفة العمومية، ويتم هذا من الناحية العملية بإخطار المدير العام للوظيفة العمومية، باعتباره مفوضا من قبل رئيس الحكومة في اتخاذ كافة الإجراءات، والقيام بكل الأعمال والتصرفات والقرارات التي يخولها القانون أو التنظيم لإدارة الوظيفة العمومية، وكذلك باعتباره رئيس المجلس المتساوي الأعضاء. وذلك بواسطة محضر عدم المصالحة الذي تعده هذه الجهة الرئاسية، والذي يوقعه الأطراف، والمتضمن للنقاط المتفق عليها، والأخرى الباقي الخلاف قائما حولها، مع اقتراح الحلول التي تراها مناسبة لتسوية النقاط الأخيرة.(المادة 20 من القانون 90-02).

ومعنى هذا، أن الخلاف لا يرفع إلى المجلس من قبل الأطراف المتنازعة مباشرة، كما هو الحال في النزاعات الخاضعة لقانون العمل، كما بينا ذلك من قبل. وإنما من قبل السلطات الرئاسية الوصية.

وبمجرد إخطار المجلس بالنزاع، يقوم رئيسه باستدعاء أعضائه للاجتماع للنظر في النزاع الذي رفع إليه، وذلك في مدة لا تتجاوز الأربعة (4) أيام، (المادة 13 من المرسوم السالف الذكر). على أن يتضمن الاستدعاء الموجه لكل عضو من أعضاء المجلس، على ملخص للنزاع المعروض للتسوية، ونسخة من المحضر الذي أعدته السلطة السلمية العليا للأطراف المتنازعة، والاقتراحات التي عرضتها هذه السلطة، (المادة 14). بالإضافة إلى استدعاء الأطراف المتنازعة التي يستوجب عليها المشاركة في اجتماعات المجلس عند نظره في النزاع القائم بينهما (المادة 15). وعند بداية الاجتماع، يعين رئيس المجلس مقررا من بين أعضائه لكل قضية، حيث يقوم هذا الأخير بإعداد تقرير كامل حول معطيات وملابسات النزاع، انطلاقا من الملفات والمستندات والتقارير والمحاضر التي تجمعها وتوثقها الأمانة التقنية، والمرسلة إليها من المؤسسات والإدارات العمومية وممثلي العمال. (المادة 16 من المرسوم السالف الذكر).

ومن أجل الإطلاع والتحقق من كافة الجوانب المتعلقة بالنزاع المعروض عليها، يستوجب على المجلس، أن يستمع ـ قانونا- على الأقل إلى ثلاثة ممثلين لأكثر التنظيمات النقابية تمثيلا لعمال المؤسسات والإدارات العمومية المعنية. وثلاثة ممثلين عن المؤسسات والإدارات العمومية المعنية. (المادة 12 من المرسوم المشار إليه).

بعد إتمام الإجراءات الأولية، يشرع المجلس في عملية المصالحة، بعد لاستماع إلى التقرير الذي يعده ويقدمه المقرر المعين للقضية، وإلى عرض وجهات نظر كل طرف من أطراف النزاع، وأحيانا، وعند الحاجة، يمكن للرئيس أن يستدعي أي شخص أجنبي عن المجلس، وعن الأطراف للاستعانة بخبرته أو معرفته، والاستماع إلى رأيه، إذا كان ذلك يساعد المجلس في إيجاد تسوية للنزاع المعروض عليه، (المادة 17 من المرسوم المشار إليه). ويمكن تشبيه هذه العملية بمرحلة المرافعة أمام المحكمة، حيث تستمع المحكمة إلى قرار الإحالة، وأقوال المتهمين، ودفاعهم، ورأي الخبراء في الموضوع.

وبعد إتمام هذه ـ المرافعة ـ يصدر المجلس ـ حكمه ـ أي يعلن رأيه أو قراره بعد المداولة في خلال ثمانية (8) أيام ابتداء من تاريخ اجتماعه الأول (المادة 17 ف 2).

ج ـ نتائج المصالحة

هناك نتيجتين يمكن أن تسفر عن إحداها إجراءات المصالحة عن طريق مجلس الوظيفة العمومية.

النتيجة الأولى: هي التوصل لاتفاق بين الطرفين حول تسوية كلية أو جزئية للنزاع، حيث تنص المادة 18 من المرسوم السالف الذكر، بأنه: "إذا حصل اتفاق أمام مجلس الوظيفة العمومية المتساوي الأعضاء، يحرر محضر ويبلغه الرئيس في الحين للأطراف المعنية. ويكون الاتفاق المبرم بهذا الشكل بين الأطراف قابلا للتنفيذ عند تاريخ تبليغه. "على أن يوقع هذا المحضر من طرف الرئيس وكل من الطرفين (سواء كان الاتفاق على كل جوانب النزاع أو جزء منه فقط. (المادة 20 من المرسوم).

النتيجة الثانية: هي عدم التوصل إلى تسوية كاملة للنزاع، أو إلى تسوية جزئية له. وهي الحالة التي عالجتها المادة 19 من المرسوم السالف الذكر، والتي تنص على أنه: "إذا لم تفلح المصالحة بشأن النزاع كله، أو جزء منه. يبادر فورا إلى تحرير محضر عدم المصالحة، يبين فيه بوضوح، ما تم الاتفاق بشأنه من نقاط، وما لا يزال الخلاف مستمرا بشأنه، من نقاط أخرى، ويرسل إلى أطراف النزاع". طبعا بعد توقيعه من طرف الرئيس، وممثلي الأطراف المتنازعة.

وهنا يجب أن نسجل عدة ملاحظات، تتمثل في بعض الإشكاليات التي تفرزها أحكام المواد 17 ف2، 18 و19 من المرسوم المشار إليه سابقا، والتي تعالج النتائج التي تسفر عنها المصالحة.

أول إشكال تطرحه أحكام المواد السابقة، يتعلق بجدوى وجود الفقرة الثانية من المادة 17، التي يستنتج منها، أن مجلس الوظيفة

العمومية، يتداول في غياب الأطراف المتنازعة، في بعض الحالات، وهو أمر يصعب فهمه وتصوره. خاصة إذا علمنا أن مهمة المجلس هي المصالحة بين الأطراف المتنازعة، وليس لجنة التحكيم. الأمر الذي يحصر مهمته في محاولة التوفيق بين آراء ومواقف الطرفين المتنازعين، والسعي إلى تقديم اقتراحات منصفة وعادلة تقرب مواقفهما المتباينة. وهو ما يفترض ـ عمليا ومنطقيا ـ أن يحدث بحضور الأطراف المعنية بالنزاع في اجتماع المصالحة. فإما أن ينجح المجلس في هذه المهمة، ويتم الاتفاق بين المتنازعين على تسوية معينة للنزاع، وإما يفشل في مهمته، وهنا نتساءل عما إذا يقصد بنص الفقرة الثانية من المادة 17 من المرسوم المذكورة سابقا ؟

وإذا افترضنا ـ جوازا ـ أنه يمكن للمجلس أن يتداول في النزاع، على أن يصدر حكمه في خلال الثمانية (8) أيام. فماهي ضمانات قبول الأطراف بهذا الحكم؟ وما يرغمهم على ذلك؟ وماهو تاريخ بداية سريانه إذا قبلوا به؟ وهل يعتبر اتفاق صلح، ولو أنه لم يتم بحضور الأطراف المتنازعة، ولم يتم توقيعهم له، أم حكم صلح؟ وفي هذه الحالة، ما هو مصدر صلاحية المجلس في إصدار هذه الأحكام؟ وماهي قوتها الإلزامية بالنسبة للأطراف المتنازعة؟ هذه الأسئلة كلها لا نجد لها أي جواب في النص المنظم لعمل مجلس الوظيفة العمومية المتساوي الأعضاء. مما يؤكد أنها كلها تصب في اتجاه واحد، هو عدم جدوى مثل هذا الإجراء، وعدم تلائمه مع منطق وهدف إجراء المصالحة أصلا. إذ أن مجلس الوظيفة العمومية هذا ليس لجنة أو هيئة تحكيم، وليس هيئة قضائية كذلك، وإنما هو مجرد وسيط مهمته الرئيسية تقريب وجهات النظر والمواقف المتباينة بين الأطراف المتنازعة، ومساعداتهم على التوصل إلى اتفاق لتسوية النزاع القائم بينهم، وفق ما يحقق مصالحهم وأهدافهم، مع احترام وضمان مصالح كل طرف منهم.

الإشكال الثاني، تثيره الفقرة الثانية من المادة 18 من نفس النص، التي تقيد تنفيذ اتفاق المصالحة بتاريخ تبليغه إلى الأطراف. فإذا كان الاتفاق يتم بين الطرفين، أي بحضورهما ـ وهو ما يجب أن يكون ـ وهما مطالبين بالتوقيع عليه، وهو ما يمثل دليلا كافيا على إعلان إرادتهما الصريحة في الالتزام بأحكامه ومضمونه، فأي تبليغ يبقى بعد هذا؟ خاصة وأن المادة 15 من نفس النص تلزم الأطراف بالحضور، أي أن هذا الأخير، يعتبر واجب قانوني. لذلك نرى أنه من منطق الأمور، أن تعاد صياغة المادة 18 السالفة الذكر، على النحو الذي يجعلها تتناسب مع المهمة الموكلة للمجلس، كأن تكون صياغتها على النحو التالي: "إذا حصل أمام المجلس، اتفاق حول التسوية الكلية للنزاع، يحرر الرئيس محضرا بذلك في الحين، يوقع من قبل أعضاء المجلس، وطرفي النزاع، ويكون نافذا من تاريخ توقيعه".

الإشكال الثالث، تثيره صياغة المادة 19 من نفس المرسوم، وذلك من زاويتين: الأولى، فيما يتعلق بحالة وقوع اتفاق حول التسوية الجزئية للنزاع. هل يمكن تنفيذ ما اتفق عليه في الحال؟ أم يجب انتظار التسوية الكاملة للنزاع؟ خاصة إذا كان الجانب أو الجوانب المتفق حولها ليست مرتبطة عضويا أو شرطيا بالجوانب التي لا يزال الخلاف قائما حولها.

والثانية، حول الإجراءات التي يستوجب على أطراف النزاع إتباعها في حالة فشل المصالحة كليا أو جزئيا، حيث أن هذه المادة لا توضح هذه المسألة، ولا تبين ما هو الحل أو الإجراء الذي يستوجب القيام به في هذه الحالة. إذ كان الأصح أن تنص هذه المادة على تبليغ المحضر ـ محضر عدم الصلح ـ إلى السلطات الرئاسية العليا، الوصية على أطراف النزاع، وليس لأطراف النزاع أنفسهم، باعتبار أنهم قد وقعوا المحضر، وبالتالي لا داعي لإبلاغهم، حيث يفترض فيهم العلم بفشل المصالحة باعتبار أنهم هم الذين قاموا بالتفاوض من أجل الوصول إلى الاتفاق.

أما السبب في وجوب تبليغ السلطات الرئاسية العليا، فيعود، أولا، لكونها هي التي رفعت النزاع إلى المجلس، وبالتالي من المنطق والضرورة أن تطلع على نتائج ما توصل إليه المجلس بشأن بحثه للنزاع، سواء توصل إلى تسوية كلية أو جزئية للنزاع أو فشل في ذلك، كليا أو جزئيا. وثانيا، لكونها هي المخولة قانون بصلاحية عرض النزاعات الجماعية في حالة فشل إجراءات المصالحة بشأنها، على اللجنة الوطنية للتحكيم، كما سنبين ذلك فيما بعد.

انطلاقا من كل الاشكالات والتساؤلات التي يطرحها التنظيم الحالي، والأوضاع الغامضة التي تثيرها صياغة النصوص الحالية، فإننا نتمنى أن تأخذ السلطات التنظيمية المختصة، هذه المسائل بعين الاعتبار، وأن تبحث في إعادة صياغة هذه النصوص بما لا يتلاءم ومهمة المصالحة الموكلة إلى مجلس الوظيفة العمومية وذلك من أجل إعطاء ديناميكية وفعالية لعمله ومساهمته في القضاء على العديد من النزاعات الجماعية التي تقع، أو قد تقع في المؤسسات والهيئات الإدارية العمومية.

ذلك أن تحديد الإجراء الموالي، بعد فشل المجلس في تسوية النزاع، أمر غامض في التنظيم الحالي، ولا يمكن الاستناد بشأنه للقواعد العامة، في هذا المجال. حيث أنه، إذا رجعنا إلى المبدأ العام الوارد في القانون 90-02 المؤرخ في 6 فيفري 1990، المتعلق بتسوية النزاعات الجماعية، وممارسة حق الإضراب، والذي تنص عليه المادة 24 منه. فإن فشل المصالحة، يؤدي مباشرة إلى شرعية قيام العمال بممارسة حق الإضراب، وفق الشروط والإجراءات المحددة في هذا القانون، والتي سنعود لبحثها في القسم الفرعي الثاني من هذا المؤلف. ونعني بذلك أن عمال المؤسسات والهيئات الإدارية المعنية يمكنهم بمجرد فشل المجلس في تسوية نزاعهم، بإعلان إرادتهم وقرارهم في ممارسة حق الإضراب، وهنا لا يمكن عرض النزاع على

اللجنة الوطنية للتحكيم "إلا إذا اقتضت ضرورات اقتصادية واجتماعية قاهرة".[49]

ولما كان حق الإضراب في هذا القطاع ـ بصفة خاصة ـ تتحكم فيه عدة اعتبارات وقيود، تصل إلى حد منع بعض الفئات من الموظفين من التمتع بهذا الحق بحكم القانون.[50]

فإن الاختصاص بتسوية النزاعات الجماعية الخاصة بهذه الفئة يرجع بصفة مباشرة إلى اللجنة الوطنية للتحكيم، وبالتالي لا يشكل هذا النوع من المنازعات في الحقيقة والواقع أي إشكال. على خلاف النزاعات التي تثور بين بقية الفئات من الموظفين في مختلف القطاعات والمؤسسات الإدارية. والتي تؤول مباشرة إلى الإضراب وفقا للقاعدة العامة التي ينص عليها القانون كما سبق ذكرها. وإن تكليف اللجنة الوطنية للتحكيم بها، قد جاء على سبيل الاستثناء، أي عندما تفرض بعض الضرورات أو الظروف الاقتصادية والاجتماعية القاهرة ذلك.

3 ـ 3 ـ نظام التحكيم

يتميز التحكيم المعمول به في مثل هذه المنازعات بالطابع الإجباري من حيث الشكل والمضمون على خلاف المبدأ العام لنظام التحكيم في المنازعات الجماعية في القطاعات الخاضعة لقانون العمل، كما بينا ذلك من قبل.

وللإطلاع على مختلف جوانب هذا النوع من التحكيم، سوف نركز دراستنا هذه على ثلاثة محاور أساسية، هي: تكوين وتشكيل هيئة التحكيم. وإجراءات التحكيم. وأخيرا تنفيذ قرارات لجنة التحكيم.

---

[49] انظر المادة 48 من القانون 90-02 المؤرخ في 1990/2/6، مرجع سابق.

[50] انظر المادة 43 من القانون السالف الذكر. مرجع سابق.

وقبل التطرق إلى بحث هذه المحاور، يجدر بنا، أن نشير إلى أن هذا النوع الخاص من التحكيم، قد تم استحداثه بمقتضى القانون 90-02 المؤرخ في 6 فيفري 1990، المشار إليه سابقا، حيث تناول الباب الخامس من هذا القانون اختصاصات وصلاحيات اللجنة الوطنية للتحكيم، كهيئة تحكيم خاصة بالفصل في المنازعات الجماعية التي تنشأ في المؤسسات والإدارات العمومية، دون أن يمتد هذا الاختصاص لمنازعات القطاعات الأخرى. بينما ترك مهمة تحديد تشكيلها وتنظيمها وإجراءات عملها للنصوص التنظيمية.

3 ـ 3 ـ1ـ تشكيل وتنظيم اللجنة الوطنية للتحكيم

لا يختلف تشكيل هذه اللجنة كثيرا عن تشكيلة مجلس الوظيفة العمومية، من حيث ثنائية التمثيل، إذ تنص المادة 51 من القانون 90-02 السالف الذكر، على أن: "يرأس اللجنة الوطنية للتحكيم قاض من المحكمة العليا، وتتكون من عدد يتساوى فيه عدد الممثلين الذين تعينهم الدولة وعدد ممثلي العمال." في حين أحالت الفقرة الثانية منها، تحديد عددهم، وكيفيات تعيينهم، إلى جانب كيفيات تنظيم وسير اللجنة إلى نص تنظيمي لاحق.

وتطبيقا لهذه الفقرة، صدر المرسوم التنفيذي رقم 90-418 المؤرخ في 22 ديسمبر 1990.[51] محددا لعدد أعضاء هذه اللجنة بأربعة عشر (14) عضوا دائما. منهم أربعة (4) ممثلين تعينهم الدولة، وخمسة(5) ممثلين للعمال. وخمسة ممثلين للمستخدمين ـ أي المؤسسات والهيئات الإدارية المشغلة ـ منهم ممثل السلطة المكلفة بالوظيفة العمومية.[52] وقد حدد هذا المرسوم التنفيذي كذلك، صفة الأعضاء الممثلين للدولة فحصرهم في ممثلي الوزراء المكلفين بـ العمل، العدل، المالية، والداخلية، فقط.[53] إلى جانب ممثل السلطة المكلفة بالوظيفة العمومية.

---

[51] الجريدة الرسمية رقم 1 المؤرخة في 2 جانفي 1991، ص 9 وما بعدها.

[52] راجع المادة الثانية من المرسوم السالف الذكر.

[53] راجع المادة 3 من المرسوم السالف الذكر.

أما ممثلي العمال ـ أي الموظفين ـ فيتم اختيارهم وتعيينهم من قبل التنظيمات النقابية الأكثر تمثيلا للعمال على المستوى الوطني،[54] على أن تضم كل فئة من الممثلين الدائمين، عدد مماثل من الأعضاء الاحتياطيين. على أن لا يحضر هؤلاء الإحتياطيون اجتماعات اللجنة إلا في حالة غياب الأعضاء الدائمين.[55] ويتم تعيين الجميع ـ أي كل الفئات المشكلة للجنة ـ بأمر من الرئيس الأول للمحكمة العليا، لمدة ثلاثة سنوات قابلة للتجديد.[56]

أما من حيث تنظيم اللجنة، فإنها باعتبارها هيئة دائمة، فإن مقرها الرئيسي والرسمي، هو مقر المحكمة العليا.[57] ولها أمانة تقنية مهمتها، تلقي الطلبات الافتتاحية للدعاوى أمام اللجنة، وتحضير اجتماعاتها، وتوفير التحضيرات والإجراءات والنظم المادية لهذه الاجتماعات.[58] على أن تعد اللجنة نظامها الداخلي مباشرة بعد تكوينها.[59]

3 ـ 3 ـ 2 ـ إجراءات سير دعوى التحكيم أمام اللجنة

يمكن تصنيف إجراءات رفع الدعوى أمام اللجنة الوطنية للتحكيم، إلى إجراءات عامة، يسري بها العمل في كل القضايا، وإجراءات خاصة حسب نوعية ومضمون كل قضية.

وتتلخص الإجراءات الأولى، في أنه في كل الحالات ومهما كانت الأسباب التي أدت إلى عرض النزاع على اللجنة، فإن هذا العرض يجب أن يتم بمقتضى عريضة مكتوبة، توجه أو تودع لدى الأمانة التقنية للجنة. تبين فيها مختلف المواقف التي يقفها أطراف النزاع، كما يجب أن تكون هذه العريضة مصحوبة بتقرير أو

---

[54] راجع المادة 4 من المرسوم السالف الذكر.

[55] راجع المادة 5 من نفس المرسوم . مع ملاحظة أن الاستخلاف يتم بنفس الشروط التي يتم بها تعيين العضو الدائم. (م: 3، 4، 6).

[56] راجع المادة 6 من المرسوم السالف الذكر.

[57] راجع المادة 8 من المرسوم السالف الذكر.

[58] راجع المادة 9 من المرسوم السالف الذكر.

[59] راجع المادة 10 من المرسوم السالف الذكر.

مذكرة، توضح فيها إما الضرورة القصوى الاقتصادية أو الاجتماعية التي تبرر عرض النزاع على هذه اللجنة، أو مدى ملاءمة عرض النزاع على اللجنة.[60] بالإضافة إلى محضر عدم المصالحة، الذي يعده مجلس الوظيفة العمومية، المتساوي الأعضاء.

ولدراسة الدعوى، بصفة معمقة وجدية يعين الرئيس ـ رئيس اللجنة ـ لكل قضية مقررا خاصا، خلال الثلاثة أيام التي تلي وضع العريضة الافتتاحية الخاصة بها، حيث يتلقى المقرر المعين كافة المعلومات والوثائق والتقارير التي لها علاقة بالنزاع المعروض على اللجنة، والتي ترسل إليه من الأطراف إما بصفة تلقائية، أو بطلب منه.

بعد هذا، تجتمع اللجنة بدعوة من رئيسها في غضون الخمسة عشر يوما التي تلي إيداع العريضة الافتتاحية للدعوى. وبعد أن تستمع إلى تقرير عرض المقرر المكلف بالقضية، وممثلي أطراف النزاع، وعند الضرورة إلى أي شخص يمكنه أن يفيدها في أعمالها، تشرع في دراسة القضية، من مختلف جوانبها، وعند الضرورة يمكنها القيام بأي تحقيق أو بحث أو تحريات تراها ضرورية للتوصل إلى فهم جيد لملابسات النزاع، وتكوين قناعة تامة بمختلف المعطيات التي تتحكم فيه من مختلف الجوانب القانونية والاقتصادية والاجتماعية.[61] كما يمكنها أن تتلقى في هذا الإطار، "جميع المعلومات التي لها صلة بالخلافات الجماعية في العمل، وكذا أية وثيقة أعدت في إطار إجراء المصالحة والوساطة.[62]

أما الإجراءات الخاصة، فنقصد بها تلك الفوارق التي تميز النزاعات الخاصة بفئة العمال الممنوعين من ممارسة حق الإضراب، كما تنص عليه المادة 43 و44 من القانون 90-02 السالف الذكر. وتلك التي تضطر السلطات الإدارية العليا عند استمرار الإضراب بعد

---

[60] راجع المادة 11 من المرسوم اسالف الذكر.

[61] راجع المواد من 12 إلى 18 من المرسوم السالف الذكر.

[62] راجع المادة 50 ف الأخيرة من القانون 90-02 السالف الذكر.

فشل المصالحة أو الوساطة، إلى عرضها على هذه اللجنة، كما تنص على ذلك المادة 48 من القانون السالف الذكر.

حيث أنه، إذا كانت النزاعات الخاصة بالعمال الممنوعين من ممارسة حق الإضراب تنظر فيها اللجنة بصفة مباشرة، إما بمجرد قيامها، أو بعد فشل المحاولات الودية لتسويتها، دون أن يكون لها السلطة التقديرية في رفض التصدي لها. فإن الثاني من المنازعات الخاصة بالفئات الأخرى، والتي يتم عرضها على اللجنة تطبيقا لأحكام المادة 48 من القانون السالف الذكر. يمكن للجنة أن ترفض النظر فيها إذا لم تقتنع بالمبررات التي تقدمها الجهة التي تقدمت بالطلب، حيث تنص في هذا الشأن، المادة 14 من المرسوم السالف الذكر، على أنه عندما تعرض المنازعة على أساس المادة 48 السالفة الذكر، "... يدرس المقرر مدى جواز قبولها بالقياس إلى الدواعي التي تستند إليها السلطة العمومية صاحبة العريضة، وعند الاقتضاء بعد سماع ممثلي العمال، أو مستخدمهم" وتؤكد المادة 16 الموالية، هذه السلطة التقديرية للجنة في قبول أو رفض الدعوى، بنصها، على أنه: "تقرر اللجنة الوطنية للتحكيم التي ترفع إليها الدعوى تطبيقا للمادة 48 من القانون 90-02 حول جواز قابلية عريضة السلطة العمومية، قبل أية مناقشة لمحتواها." ومعنى هذا أن اللجنة هي وحدها التي تملك سلطة التقرير فيما إذا كانت قضية أو نزاع ما قابل لعرضه على التحكيم الذي تختص به هذه اللجنة، أم لا. وبالتالي هي الوحيدة التي تملك السلطة التقديرية لتقدير مدى جدية وأهمية "الضرورات الاقتصادية والاجتماعية القاهرة" الواردة في المادة 48 المشار إليها، والتي تشكل السبب الأساسي والوحيد ـ حسب هذا النص ـ لعرض مثل هذه النزاعات على الجنة.

3 ـ 3 ـ 3 ـ كيفيات إصدار قرارات التحكيم وتنفيذها

تنص المادة 19 من المرسوم المنظم للجنة الوطنية للتحكيم، المشار إليه سابقا، على أن: "تقرر اللجنة الوطنية للتحكيم عن طريق إصدار حكم معلل، يتخذ بأغلبية الأعضاء الحاضرين، وفي حالة تعادل

الأصوات، يكون صوت الرئيس مرجحا" ولا يكون هذا الحكم قابلا للتنفيذ إلا بمقتضى أمر صادر عن الرئيس الأول للمحكمة العليا، يصدره خلال الثلاثة أيام التالية لصدور الحكم.[63] ويبلغ هذا الأخير من قبل رئيس اللجنة إلى الأطراف المعنية به.

ونلاحظ من خلال هذه النصوص، أن قرار التحكيم العادي (أي الاختياري) الذي "يفرض نفسه " على الأطراف المعنية بمجرد صدوره، ولا يحتاج لأمر من الجهة القضائية لنفاذه.64 مما يعني أن هذا الحكم غير قابل للاستئناف، وهو بذلك يعتبر حكما نهائيا ملزما للأطراف المعنية به، شأنه في ذلك شأن أي حكم نهائي صادر عن الجهات القضائية العادية.

الخلاصة

إن الخلاصة التي يمكن أن نخرج بها بعد استعراض مختلف الآليات المهنية الوقائية والعلاجية التي أعتمدها المشرع الجزائري، في سياق تكييف القوانين الإجتماعية بما تستلزمه طبيعة النظام الليبرالي، هي أن القانون الجزائري قد سار في وضع هذه الآليات بسرعة كبيرة لم تتمكن المؤسسات ولا النقابات مواكبتها، الأمر الذي نتج عنه عدم تكيف هذه الإجراءات والآليات المختلفة مع الواقع العملي الذي يتسم بنوع من الجمود وعدم المبادرة بحكم ان اغلب المؤسسات عاشت لمدة طويلة في ضل نظام التسيير الإداري لمختلف جوانب الحياة الاقتصادية والاجتماعية.

هذه الخلاصة التي تعني أن المؤسسة الجزائرية وإن كانت تملك اليوم قوانين تشجعها على التحكم في مصيرها، وصنع قوانينها ونظمها الاقتصادية والاجتماعية، إلاّ أنها لم تتمكن بعد رغم المدة الزمنية الطويلة نسبياً من التغلب على عقلية التسيير الإداري الذي عاشت في ظله لمدة طويلة. وهو ما تشهد عليه مضامين اغلب

---

[63] راجع المادة 52 من القانون 90-02 المشار إليه سابقا، والمادة 21 من المرسوم 09-418 السالف الذكر.

[64] راجع المادة 13 من القانون السالف الذكر.

الاتفاقيات الجماعية في مختلف المؤسسات الكبرى والمتوسطة التي لم تتجاوز في اغلب الأحيان تكرار ما تضمنته القوانين المنظمة لعلاقات العمل، أو لتسوية النزاعات الفردية والجماعية.

كما أن اغلب الآليات التي أقرها المشرع الجزائري للمؤسسات فيما يتعلق بسوية النزاعات الجماعية خاصة، يبدوا عليها نوع من عدم التكيف مع طبيعة وخصوصية هذه النزاعات، ولا سيما نظام التحكيم الذي نعتقد انه من الاستحالة بمكان تطبيق أحكام قانون الإجراءات المدنية الحالية على النزاعات الجماعية، بسبب عدم ملاءمته مع طبيعة وخصوصية هذا النوع من النزاعات وذلك للأسباب التي سبق بيانها، الأمر الذي يفسر ندرة اللجوء إليه من قبل المتعاملين الاقتصاديين والاجتماعيين، وبالتالي ندرة تطبيقاته في الميدان العملي.

الـصـلـح وسيلة لفض النزاعات

الدكتور: حسن عز الدين دياب
كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المنار تونس

الـمقـدمـة

إن الحيـاة الاجتماعية ليست تجـانسا وانسجاما بل هي كـذلك صراع واختلاف في المصالح والأهداف لذلك ظهر الخـلاف والنـزاع داخل المجموعة البشرية فكـان لزاما على الإنسـان التفكير في حلول للنزاعات بما يضمن تواصل الحياة المشتركة ويصون حقـوق الأفراد والمجمـوعة وحتى لا تتحـول الخصـومات إلى صـراع دمـوي يخلف الحقد والضغينة ولعل من أفضـل هذه الحلـول هو فصل الخصـومات بطـرق سلمية ورضائيـة قبل اللجوء إلى فصلها بطـرق قانـونية، قد يفرض تطبيقها على الأفراد جبرًا.

واعتبر بعض شراح القـانون أنه يمكن إدراج مهمة الصلح ضمـن البعد الاجتمـاعي الذي يجب أن تضطلع به المؤسسة القضـائية[1]. فإذا كان دائما من المحمود إحسان تطبيق القانون النزاعات، فإن التوصـل إلى وقف النزاعات وتلافي استمرارها يكون له آثار أفضـل على السلم الاجتماعية والعلاقات الإنسانية عموما إلى جانب أن الاتفـاق الصلحـي في صـورة التوصـل إليه يشكـل علاجـا أسـرع وأنجـع مـن الطـرق القانونية الكلاسيكية الأخرى للقضاء على الخلاف القائم بين الأطراف في النزاع[2].

إن دراسة الصلـح لفـض النزاعـات وتدعيمـه في العمل القضائي تقتضي منا في إطار هذه المقدمة محـاولة تعـريفه وضبط مفهـومه خاصـة في ظل وجـود العديد من المصطلحات المشـابهة كالتحكيـم والوساطة. والصلح لغة كما يعرفه ابن منظور من صلح، الصلاح ضد

[1]Proner Dominique, Le juge d'instance dans la société française, Economica, 1993, op.cit, p. 34 et s.

[2] Pierre Estaip, La conciliation judiciaire, avantage obstacles et perspectives, GP, 24 juin 1989, p. 300.

الفساد يصلح صلاحا وصلوحا .. والإصلاح : نقيض الفساد والصلح : تصالح القوم بينهم والصلح : السلم وقد اصطلحوا وصالحوا وتصالحوا .. والصلح بكسر الصاد : مصدر للمصالحة والعرب تؤنثها والاسم والصلح يذكر ويؤنث[3].

أما الصلح فقد نظمه المشرع التونسي في مرحلة أولى كعقد من العقود المسماة ضمن مجلة الالتزامات والعقود من الفصل 1458 إلى الفصل 1477 من المجلة المذكورة.

وقد عرف الفصل 1458 م.ا.ع الصلح بأنه "... عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة ويكون ذلك بتنازل كل من المتصالحين عن شيء من مطالبة أو بتسليم شيء من المال أو الحق. فالصلح عقد يتم بتوافق إرادة الطرفين الحرة بأن يتنازل كل منهما عن شيء من الحق حسما للنزاع القائم بينهما وبذلك أقر المشرع التونسي الصلح كوسيلة لفض النزاعات يمكن للأطراف إعمالها بمطلق إرادتهم ما لم تكن فيه مخالفة للنظام العام والأخلاق الحميدة.

كما يمكن لطرف أجنبي في النزاع أن يدعو الأطراف للصلح دون إجبارهم عليه وهذا ما يعرف بالمصالحة (conciliation) ويكون عادة هذا الطرف الأجنبي هو القاضي الذي يبذل كل جهده لإقامة الصلح بين الأطراف. والصلح ليس تجديد في العمل القضائي، بل قديم قدم الوظيفة القضائية.

فالصلح هو الأسلوب الطبيعي لفض النزاعات[4] ذلك أن القاضي له الخيار من أعمال الصلح بين الأطراف المتنازعة "فقد كان البربر الأمازيغ يحتكمون إلى ما يعرف بقضاء الجماعة وهو قضاء يعتمد في المنازعات على تحكيم رؤساء القبائل وعلية القوم ويقوم أساسا على

---

[3] ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثاني، ت.ث، ج.ح دار الصادر للطباعة والنشر، ص. 516 و 517 نلاحظ أن ابن منظور لا يفرق بين الصلح والمصالحة.

يعرفه الفصل 1458 م.ا.ع كمايلي "الصلح عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة ويكون ذلك بتنازل كل من المتصالحين عن شيء من مطالبة أو بتسليم شيء من المال أو الحق.

L'article 2044 du code civil dispose : « La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître ».

[4] فاطمة الزهراء بن محمود، عدد خاص بمناسبة افتتاح السنة القضائية 1993 – 1994، م.ق.ت، 1994، ص. 31.

تطبيق قواعد العرف والعادات المألوفة لديهم في مختلف المعاملات وخاصة التجارية كذلك الشأن عند القرطاجيين. أما لدى الرومان فكانوا يعتمدون على الصلح كأسلوب أكثر نجاعة لفض النزاعات لديهم[5].

ولقد كرست الشريعة الإسلامية الصلح كوسيلة لفض النزاعات يعتمدها الأطراف والقاضي ذلك أن "الصلح خير"[6] أقره الرسول صلى الله عليه وسلم بقوله أن "الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحاً حرم حلالا أو أحل حراما"[7].

وقد كرّسه الخلفاء من بعده فقد قال عمر بن عمر الخطاب رضي الله عنه "ردوا الخصوم، حتى يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث بينهم الضغائن"[8] وسأل قضاة الإسلام على اعتماد الصلح في عملهم كلما استشكل الأمر ولم يتبينوا أوجه الفصل فيه.

أما المشرع التونسي فقد نظم الصلح باعتباره عقد من العقود المسماة كما يحسم النزاع وذلك بدعوة الأطراف إليه والسعي لإقناعهم بإنهاء الخصومة بالطرق السلمية بالإتفاق على حل يرضي الأطراف ويحفظ لكل واحد منهم حقه بعيدا عن فصل القضاء وما يخلفه من ضغائن. وقد تضمن التشريع التونسي عديد الحالات التي اعتبر فيها الصلح كإجراء اختياري يمكن للقاضي اللجوء إليه قبل فصل النزاع قضائيا من ذلك ما جاء بالفصل 40 جديد م.م.م.ت المنقح بمقتضى القانون 43 لسنة 1995 المؤرخ في 02 ماي 1995.

ولقد اعتبر المشرع التونسي الصلح في بعض الحالات إجراءً وجوبيا يقوم به القاضي قبل الفصل في النزاع قضائيا (واعتبر الصلح إجراءا واجبا محمولا على القاضي) وهو توجه عام في السياسة التشريعية الحديثة بالبلاد التونسية.

---

[5] فاطمة الزهراء بن محمود، مرجع سابق، ص 31.

[6] سورة النساء، الآية، 128.

[7] علي كحلون، الصلح في المادة المدنية، م.ق.ت، جويلية 1998، ص. 102.

[8] فاطمة الزهراء بن محمود، مرجع سابق، ص. 32.

الفصل 40 م.م.م.ت جديد ينص "ولرئيس الدائرة التجارية تكليف أحد أعضائها لمحاولة الصلح بين الأطراف، كما يجوز للأطراف أن يطلبوا من الدائرة من أي طور من أطوار القضية في النزاع طبق مبادئ العدل والإنصاف.

شملت تقنية الصلح العديد من مجالات التقاضي من ذلك المجال الاجتماعي، فلقد اعتبر الصلح إجراء وجوبيا أمام قاضي الأسرة في دعاوى الطلاق.

أما في النزاعات الشغلية فلقد أوجب المشرع على دائرة الشغل صلب أحكام الفصل 207 جديد إجراء محاولة صلحية بين الأطراف قبل الفصل في النزاع قضائيا وقد اعتبر فقه القضاء التونسي إجراء المحاولة الصلحية في النزاعات الشغلية إجراء وجوبيا ينتج عن عدم القيام به بطلان الحكم لعدم مراعاته إجراء أساسيا. وقد تدعم هذا التوجه التشريعي بأن أوجب المشرع التونسي الصلح كإجراء وجوبي فلقد اعتبره إجراء عاما يضطلع به قاضي الناحية وذلك بالفصل 38 مكرر م.م.م.ت والمنقح بموجب القانون عدد 59 لسنة 1994 المؤرخ في 23 ماي 1994 والذي جاء فيه أنه "يبذل قاضي الناحية ما في وسعه للصلح بين الأطراف".

والصلح رغم أنه إجراء مألوف أمام قاضي الناحية، غير أن القانون التونسي لم ينظمه باستثناء صورة العقلة على الأجور والمرتبات المنظمة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية لكن جاء القانون عدد 59 لسنة 1994 ليكرس الصلح أمام قاضي الناحية ويجعل أساسا قانونيا بمقتضى الفصول 38 مكرر و44 و45 جديد م.م.م.ت ذلك أن الفصل 38 وضع على عاتق قاضي الناحية إجراء محاولة الصلح بين الأطراف يبذل فيها ما بوسعه لإقناعهم بالصلح حسما للنزاع القائم بينهم والصلح أمام قاضي الناحية كذلك هو ما يتوصل إليه الأطراف من اتفاق في حال نجاح المحاولة الصلحية المجراة من قبله فالصلح إذن هو إجراء وموضوع.

وتعتبر مؤسسة قاضي الناحية مؤسسة عريقة في التنظيم القضائي التونسي عرفت العديد من التطورات من خلال التنقيحات المتتالية للقوانين المنظمة لها مواكبة للتطورات الاقتصادية والاجتماعية، وأحدث هذه التنقيحات ما جاء به القانون عدد 59 لسنة 1994 المؤرخ في 23 ماي 1994 الذي رفع في مرجع نظر قاضي

الناحية في المادة المدنية في خصوص الدعاوى المقدرة بما جعله ينظر فيها إلى حدود مبلغ سبعة آلاف دينار بعد أن كان نظره في حدود الدعاوى التي يكون مقدار الطلب فيها لا يتجاوز ثلاثة آلاف دينار (الفصل 39 م.م.م.ت بعد تنقيح 23 ماي 1994).

إن الترفيع في مرجع النظر الحكمي لقاضي الناحية إلى سبعة آلاف دينار فيه توسيع في مجال الصلح أمامه. أما المجلة المدنية الفرنسية فقد عرفت الصلح la transaction بأنه العقد الذي ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا[9].

ولقد عرف الفقيه الفرنسي Pierre Couvrat المصالحة بأنها تلك التسوية التي يتوصل إليها الطرفان عن طريق أجنبي عن النزاع[10].

وتعتبر المصالحة في بعض القوانين المقارنة كالقانون الفرنسي خاصة من المهام الرئيسية التي يضطلع بها القاضي إلى جانب مهمة فض النزاع بإصدار حكم في الموضوع فلقد اقتضى الفصل 21 جديد من قانون المرافعات الفرنسي أنه "يدخل في وظيفة القاضي المصالحة بين الطرفين"[11]. وللصلح أمام قاضي الناحية أهمية نظرية وعملية. وتتجلى الأهمية النظرية من خلال اهتمام المشرع به فقد كان إجراء الصلح شبه منعدم في قواعد الإجراءات المتبعة أمام قاضي الناحية باستثناء حالة العقلة التوقيفية على الأجور والمرتبات التي نص عليها الفصل 362 م.م.م.ت وحالة المصادقة على الصلح المتعلقة بالتعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية والتي جاء بها القانون عدد 28 لسنة 1990 المؤرخ في 1994/02/21.

---

[9] L'article 2044 du code civil dispose « la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou prennent une contestation à naître ».

[10] Pierre Courat, « Conciliation », in Jurisclasseur procédure civiles, fascicule 10, édition, 1986, p. 6.

[11] L'article 21 nouveau du code de procédure civile française dispose « Il entre dans la mission du juge de concilier les parties ».

لقد أصبح الصلح بموجب قانون 23 ماي 1994 مبدأ إجرائيا عاما أمام قاضي الناحية مثيرا للعديد من الإشكاليات على مستوى التطبيق القضائي لغموض النصوص القانونية المنظمة له.

ولقد سعى فقه القضاء التونسي إلى إيضاح بعضها في حين بقي البعض الآخر يثير إشكاليات بدون حل لعدم توفر فرصة عرضها على محكمة القانون.

فإلى أي حد يمكن اعتبار الصلح في النظام القانوني والقضائي التونسي طريقة أصيلة لحسم النزاعات وما هو مدى نجاعة الصلح كوسيلة لفض النزاعات ؟ أي بصفة أخرى إلى أي حد يساهم الصلح في حسم النزاعات وإنهائها بصفة باتة ؟

للإجابة عن كل هذه الإشكاليات القانونية سوف نحاول معالجتها من خلال دراسة الصلح الوجوبي أي ذلك الذي أوجبه المشرع وأقره كطور من أطوار التقاضي (المبحث الأول) ثم من خلال التعرض إلى الصلح الاختياري أي ذلك الذي جعله المشرع بسعي من القاضي أو المتقاضي (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الصلح إجراء وجوبي

إن تكريس الصلح أمام قاضي الناحية يندرج ضمن البعد الاجتماعي للمؤسسة القضائية من خلال سعيها لحسم النزاع وتلافي استمراره عن طريق المساهمة في إبرام الصلح بين الأطراف المتنازعة لما يمثله الصلح من علاج للخلافات التي تكتسي صبغة اجتماعية أو اقتصادية. وعلى هذا الأساس أقر المشرع التونسي الصلح كإجراء وجوبي لفض النزاعات في مجالين هما المجال الاجتماعي (الفقرة الأولى) ومجال المعاملات (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: وجوبية الصلح في المجال الاجتماعي

كرس المشرع التونسي الصلح كعمل قضائي أساسا في المجال الاجتماعي[12] فجعله إجراءا وجوبيا وطورا من أطوار سير القضية في

[12] فاطمة الزهراء بن محمود، مرجع سابق، ص. 9.

النزاعات الأسرية (أ) والنزاعات الشغلية (ب) وفي قضايا التعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية (ج).

أ- النزاعات الأسرية

عرفت محكمة التعقيب التونسية الصلح في مادة الأحوال الشخصية في قرارها التعقيبي المدني عدد 17646 المؤرخ في 1988/2/12 بأنه "وليد رغبة الطرفين المشتركة في وضع حد نهائي للنزاع واستئناف المعاشرة على الأسس التي ضبطها عقد الصلح الذي يعتبر ماضيا في حقها ويتضمن في حكم الطلاق"[13].

ويتضح من خلال هذا التعريف أن الصلح في النزاعات الأسرية وخاصة الطلاق وأن كان ينبع من إرادة الطرفين ورغبتهما الحقيقية في الرجوع من جديد إلى الحياة الزوجية إلا أن دور القاضي في إيقاع الصلح بينهما يبقى هاما ورئيسيا وذلك لما له من تأثير معنوي على نفسية الطرفين[14].

وعلى هذا الأساس فإن أغلب القوانين المقارنة قد جعلت من الصلح طورا أوليا في مادة النزاعات الزوجية قبل ان تقضي المحكمة بإيقاع الطلاق بين الطرفين من ذلك ما أقره الفصل 251 من المجلة المدنية الفرنسية من أن المصالحة وجوبية قبل أن تتعهد محكمة الطلاق بالقضية[15].

ولقد أوجب القانون التونسي على القاضي السعي لإصلاح ذات البين بين الزوجين قبل حكم الطلاق فقد نص الفصل 32 جديد م.أ.ش "يختار رئيس المحكمة قاضي الأسرة بين وكلائه ولا يحكم بالطلاق إلا بعد أن يبذل قاضي الأسرة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين ويعجز عن ذلك (...) وعند وجود ابن قاصر أو أكثر تكرر الجلسة الصلحية ثلاث

---

[13] نشرية محكمة التعقيب، القسم الجزائي عدد 1 لسنة 1988، ص. 18.

[14] عبد الفتاح الزراتي، المحاولة الصلحية، محاضرة ألقيت في إطار الملتقى الذي نظمه المعهد الأعلى للقضاء يومي 2 و3 مارس 1992 حول الخلافات الزوجية أمام القضاء".

[15] L'article 251 du code civil français dispose : « quand le divorce est demandé pour rupture de la vie commune ou pour faite une tentative de conciliation est obligatoire avant l'instance judiciaire. Elle peut être renouvelée pendant l'instance. Quand le divorce est demandé par consentement mutuel des époux une conciliation peut être tentée en cours d'instance suivant les règles de procédures propres à ce cas de divorce ».

مرات على أن تعقد الواحدة منها 30 يوما بعد سابقتها على الأقل ويبذل خلالها القاضي مزيدا من الجهد للتوصل إلى الصلح ويستعين بمن يراه في ذلك"[16].

وتطرح المصالحة في مادة الطلاق العديد من الإشكالات سواء على مستوى نظامها القانوني (1) أو على مستوى نجاعتها في فض الخلافات الزوجية بين الطرفين (2).

1- النظام القانوني للمحاولة الصلحية

تعتبر المحاولة الصلحية في مادة الطلاق إجراءا وجوبيا ومسبقا قبل أن تمر القضية بالطور الحكمي وقد خصها المشرع التونسي بنظام إجرائي متميز.

*** المحاولة الصلحية إجراء وجوبي ومسبق**

اقتضت الفقرة الثانية من الفصل 32 جديد من مجلة الأحوال الشخصية أنه "لا يحكم بالطلاق إلا بعد أن يبذل القاضي جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين ويعجز عن ذلك".

يتضح من خلال هذا النص أن المحاولة الصلحية في مادة الطلاق أجوبها المشرع كإجراء أولي يتحتم على قاضي الأسرة القيام به قبل البت في الأصل.

ولقد ذكرت محكمة التعقيب في العديد من قراراتها بضرورة إجراء المصالحة بين الزوجين المتنازعين قبل إحالة الملف على المحكمة للبت في أصل النزاع. ففي قرارها المؤرخ في 1974/1/22 تحت عدد 9700 اعتبرت محكمة القانون أنه لا شك أن محاولة الصلح أمر واجب قبل البت في قضية الطلاق لكن إذا تخلف أحد الخصمين عن الحضور كان للمحكمة أن تتجاوز هذه المحاولة وتقضي في الأصل"[17].

---

[16] حول الجديد في مجلة الأحوال الشخصية أنظر أعمال الملتقى الذي نظمه المعهد الأعلى للقضاء حول التنقيحات الجديدة لمجلة الأحوال الشخصية يومي 7 و8 جانفي 1994 بتونس.

[17] النشرية، القسم المدني 2 لسنة 1974، ص. 13 وفي نفس الاتجاه القرار التعقيبي المدني عدد 6078 مؤرخ في 1981/11/16، ن. 1981 القسم المدني ج 4، ص. 124.

*** إجراءات سير المحاولة الصلحية**

لقد أفرد المشرع التونسي صلب الفصل 32 جديد م.ا.ش بمقتضى التنقيح الجديد لمجلة الأحوال الشخصية المؤرخ في 1993/07/12 المحاولة الصلحية في مادة الطلاق بنظام إجرائي متميز وذلك بأن أوكل مهمة إجراء المحاولة الصلحية إلى قاضي الأسرة إذ جاء صلب فقرته الأولى أنه "يختار رئيس المحكمة قاضي الأسرة من بين وكلائه".

ويطرح هذا الفصل العديد من الإشكالات التي تتعلق أساسا بالدور الذي يضطلع به قاضي الأسرة في إطار إجراء المحاولة الصلحية بين الطرفين. ويتمثل دور قاضي الأسرة حسبما نص على ذلك الفصل 32 جديد من م.ا.ش في السعي إلى الإصلاح بين الزوجين وفي اتخاذ القرارات الوقتية إن عجز عن ذلك إذ جاء في فقرته الأولى من مجلة الأحوال الشخصية ينص على أنه "لا يحكم بالطلاق إلا بعد أن يبذل قاضي الأسرة جهدا في محاولة الصلح بين الزوجين ويعجز عن ذلك. والمراد من بذل الجهد هو وضع اليد على مواضع الخلافات التي أدت إلى طلب الطلاق ومحاولة الحد منها لأن الصلح في نهاية الأمر يبقى وليد إرادة الطرفين المشتركة وفي وضع حد نهائي للنزاع واستئناف المعاشرة على الأسس التي ضبطها عند الصلح والذي يعتبر ماضيا في حقها ويتضمن في حكم الطلاق. كما ذهبت إلى ذلك محكمة التعقيب في قرارها عدد 17646 المؤرخ في 1988/02/02[18].

وفي صورة عجز قاضي الأسرة على محاولة الصلح بين الزوجين فإنه يتخذ القرارات الفورية بخصوص فروع الطلاق كالنفقة وسكنى الزوجين والحضانة وزيارة المحضون وتجدر الملاحظة إلى أن هذه القرارات الفورية التي يتخذها قاضي الأسرة تنفذ على المسودة وتكون غير قابلة للاستئناف أو التعقيب ولكنها قابلة للمراجعة ما لم يصدر حكم في الأصل[19].

---

[18] النشرية، القسم الجزائي، عدد 1 لسنة 1988، ص. 18.

[19] تكرار المحاولة الصلحية تصبح بدون جدوى إذا لم يستعن قاضي الأسرة بطرف يساعده على إيجاد تسوية صلحية بين الزوجين. صعوبة إيجاد تسوية صلحية للنزاع القائم بين الزوجين خاصة إذا استفحل الخلاف بينهما.

إلى جانب تخصيص قاضي الأسرة لإجراء المحاولة الصلحية بين الزوجين المتنازعين تميز التنقيح الجديد لمجلة الأحوال الشخصية بوجوب تكرار محاولة الصلح ثلاث مرات وذلك رغبة من المشرع في إعطاء مزيد من الوقت سواء بالنسبة للقاضي لمزيد بذل الجهد في محاولة الصلح بين الزوجين أو بالنسبة لطرفي النزاع حتى يراجع كل طرف مواقفه ويعدل عن تمسكه بمبدأ الطلاق.

غير أن مبدأ وجوب تكرار المحاولة الصلحية قد وردت عليه بعض الاستثناءات إذ يستنتج من خلال قراءة عكسية للفقرة الرابعة من الفصل 32 جديد من م.ا.ش أي في صورة عدم وجود قاصر ففي هذه الحالة يكتفي قاضي الأسرة بإجراء جلسة صلحية واحدة دون تكرارها. أما الاستثناء الثاني والذي يستخلص من خلال الفقرة الأخيرة من الفصل 32 جديد م.ا.ش إذ خول المشرع لقاضي الأسرة اختصار الإجراءات في حالات الطلاق بالتراضي ما لم يؤثر ذلك على مصلحة الأبناء ذلك أن تمسك الزوجين بمبدأ الطلاق بالتراضي واتفاقهما على ذلك يجعل من تكرار المحاولة الصلحية فاقدة لجدواها.

*** مدى أهمية المحاولة الصلحية**

إن المحاولة الصلحية في مادة الطلاق ليست مجرد إجراء شكلي يقوم به قاضي الأسرة، بل هي طريقة لإنهاء الخلافات واستئناف المعاشرة بين الزوجين على أسس يتم ضبطها صلب محضر الجلسة الصلحية إلا أننا على مستوى التطبيق القضائي نلاحظ وجود عدد ضعيف للنزاعات التي يتم فصلها بالصلح والوفاق بين الطرفين ويعزى ذلك إلى عدة أسباب أهمها كثرة الملفات المعروضة أمام قاضي الأسرة الأمر الذي يجعله لا يخصص الوقت الكافي لبذل الجهد في محاولة الصلح بين الطرفين.

تكرار المحاولة الصلحية تصبح بدون جدوى إذا لم يستعن قاضي الأسرة بطرف يساعده على إيجاد تسوية صلحية بين الزوجين.

صعوبة إيجاد تسوية صلحية للنزاع القائم بين الزوجين خاصة إذا استفحل الخلاف بينهما.

ب- النزاعات الشغلية

تخضع النزاعات الشغلية إلى إجراء المصالحة كإجراء أولي ومسبق قبل أن يتعهد بها القضاء.

وقد أقر المشرع في هذا الإطار شكلين للمصالحة: المصالحة في مجال نزاعات الشغل الفردية والمصالحة في مجال نزاعات الشغل الجماعية.

1 - نزاعات الشغل الفردية

تكتسي المحاولة الصلحية في مادة النزاع الشغلى طابعا وجوبيا وقد أقر المشرع التونسي المصالحة بين الأجير ومؤجره على مستويين : على مستوى دائرة الشغل وعلى مستوى هياكل قضائية. فعلى مستوى دائرة الشغل، اقتضى الفصل 207 جديد م.ا.ش أنه "يجب على دائرة الشغل قبل الحكم في القضية أن تجري محاولة الصلح بين الأطراف في حجرة الشورى مع التنصيص على ذلك في الحكم وإلا اعتبر باطلا ولا يمكن تأخير القضية أكثر من مرتين للتصالح على أن لا يتجاوز التأخير 15 يوما في كل مرة".

جلي من خلال صيغة الفصل 207 جديد أن نستنتج أن المشرع التونسي أوجب على دائرة الشغل أن تجري بين الأطراف وقبل الحكم في القضية محاولة الصلح في حجرة الشورى. كما ورد بالقرار التعقيبي أن المحاولة الصلحية بين الأجير والمستأجر واجبة في مادة الشغل طبق الفصل 207 م.ا.ش وبدونها يكون الحكم خارقا للقانون ويستوجب النقض[20].

[20] قرار تعقيبي مدني عدد 7382 الصادر عن محكمة التعقيب بتاريخ 1983/02/21، ن.م.ت، ق.م، عدد 1 لسنة 1984، ص. 11.

فإجراء المحاولة الصلحية يعتبر أمرا حتميا وعدم القيام به يوجب بطلان الحكم لأنها تعتبر من الإجراءات الجوهرية ومن المسائل المتعلقة بالنظام العام[21]. ويترتب على إقرار وجوبية الصلح في مادة النزاعات الشغلية العديد من الآثار القانونية أهمها:
أن الحكم المطعون فيه لعدم تنصيصه على إجراء المحاولة الصلحية يكون قد خرق حقا من حقوق الدفاع باعتباره إجراء يمس النظام العام[22].

لا يمكن للخصوم الاتفاق مسبقا على تجاوز إجراء المحاولة الصلحية كما أن القاضي لا يمكنه أن يعدل عن القيام بهذا الإجراء. يمكن للمحكمة أن تثير إجراء المحاولة الصلحية من عدمه من تلقاء نفسها وفي أي طور من أطوار التقاضي كما يمكن إثارتها لأول مرة أمام محكمة التعقيب.

كما ضبط الفصل 207 جديد م.ا.ش نظام إجراء المحاولة الصلحية ذلك أنها تجرى بحجرة الشورى وليس بجلسة القضاء وذلك رغبة من المشرع التونسي صلب الفصل المذكور سالفا إمكانية إعادة إجراء المحاولة الصلحية أكثر من مرة لكنه أوجب أن لا يقع تأخير القضية أكثر من مرتين على أن لا يتجاوز التأخير 15 يوما في كل مرة وذلك حتى لا يقع إطالة نشر النزاع بين الطرفين ونظرا لما تتطلبه مثل هذه النزاعات من سرعة الفصل لصبغتها المعاشية المتأكدة[23].

إن المحاولة الصلحية التي تجريها دائرة الشغل قد تستوعب كامل موضوع الدعوى أو تتعلق ببعض فروعها ولقد أوجب المشرع على رئيس دائرة الشغل أن يفصل فروع الدعوى المعترف بصحتها

---

[21] قرار تعقيبي مدني عدد 2876 مؤرخ في 7 ديسمبر 1978 "حيث أن هذا الإجراء الذي نص على وجوب مراعاة ورتب على مخالفته البطلان من الإجراءات الجوهرية التي يقوم عليها نظام التقاضي في القضايا الشغلية لاعتبارات تتعلق بطبيعتها الخاصة، فإنه يغدو والحال تلك من المسائل المتعلقة بالنظام العام".

[22] قرار تعقيبي مدني عدد 26933 مؤرخ في 25 جوان 1990. غير منشور.

[23] إن الاتجاه الذي تبناه المشرع سنة 1994 صلب الفصل 207 جديد م.ا.ش قد أقره المشرع الفرنسي الذي مكن مكتب المصالحة من إعادة المحاولة الصلحية إذا تغيب المدعي وقدم في الأجل القانوني سببا شرعيا لعدم حضوره.

عن الفروع المتنازع في شأنها ذلك أن محكمة الموضوع سوف لن تتعهد بما وقع الاتفاق عليه.

وسواء وقع الصلح في الكل أو بعض فروع الدعوى فإنه يترتب عليه بعض الآثار: إنقضاء الحقوق والإدعاءات التي تنازل عنها كل من الطرفين فلا مجال لإثارتها من جديد[24].

ثبوت الحقوق التي تضمنتها إدعاءات الأطراف للطرف المتنازع له فيصبح هذا الأخير مستحقا للحقوق التي أقر له بها خصمه[25]. وتجدر الإشارة إلى كون المشرع التونسي أحاط المحاولة الصلاحية في مادة النزاعات الشغلية بالعديد من القوانين رغبة منه في فض النزاعات بالصلح تحقيقا لتماسك العلاقات الشغلية وعدم تأثر المؤسسة اجتماعيا واقتصاديا بالخلافات التي قد تطرأ بين الأجير ومؤجره ولكن رغم ذلك فعلى مستوى التطبيق القضائي نلاحظ أن نسبة القضايا الشغلية التي تنتهي بوقوع الصلح بين الطرفين ليست بحجم أهمية الصلح ويعزى ذلك أساسا لكثرة الملفات المعروضة على دائرة الشغل وقلة الإطار القضائي الكافي للنظر في الدعاوى الشغلية في طورها الصلحي فضلا عن عدم وجود قاضي مختص ومتفرغ لإجراء المحاولة الصلحية. كما أن أطراف النزاع قلما يحضروا بالجلسة الصلحية الأمر الذي يحكم على محاولة الصلح بالفشل.

أما على مستوى الهياكل غير القضائية، فقد خول المشرع التونسي لبعض الهياكل التصالحية القيام بالمحاولة الصلحية مسبقا قبل أن تتعهد دائرة الشغل بالقضية وتتمثل هذه الهياكل غير القضائية في تفقدية الشغل. التي تنصب جلسة تصالحية بين الأجير

---

[24] قرار تعقيبي مدني مؤرخ في 30 جوان 1960 : الصلح المبرم بين الأجير والمؤجر والقاضي بأنها وضعت حدا نهائيا لكل الخلافات يعد تنازلا كل منهما على شيء من حقوقه يعتبر حاسما لكافة النزاعات بينهما". رياض المعالج، دائرة الشغل، مذكرة للتخرج من المعهد الأعلى للقضاء، 1993، ص. 86.

[25] رياض المعالج، مرجع سابق، ص. 86.

ومؤجره طبقا لأحكام الفصل 21 م.ش[26] وكذلك في السلطة البحرية في مادة الشغل البحري التي تقوم بفصل النزاعات القائمة بين المجهزين والبحريين بطريق الصلح قبل أن يتم عرضها على دائرة الشغل طبقا لأحكام الفصل 158 م.ش[27].

2. الصلح في نزاعات الشغل الجماعية

تخضع نزاعات الشغل الجماعية (الإضراب والصد عن العمل) إلى إجراءات مسبقة يتحتم القيام بها لتفادي هذه المنازعات من جهة ولإعطائها الصبغة الشرعية من جهة ثانية إذا لم يقع التوصل إلى حل لتلافيها.

لقد نص الفصل 376 جديد من مجلة الشغل على أنه "يتعين عرض كل صعوبة تنشأ بين المؤجر والعملة من شأنها أن تثير نزاع شغل جماعي على اللجنة الاستشارية للمؤسسة قصد إيجاد حلول ترضي طرفي النزاع وإذا لم يتم فض الخلاف داخل المؤسسة يقع عرضه وجوبا من قبل أكثر الطرفين حرصا على المكتب الجهوي للتصالح وعند التعذر على تفقدية الشغل المختصة ترابيا".

إن عرض النزاع الجماعي على المكتب الجهوي للتصالح أو تفقدية الشغل يمكن من إجراء رقابة مسبقة على شرعية هذا النزاع وإيجاد تسوية صلحية له وذلك لما لمثل هذه النزاعات من تأثير خطير على سير المؤسسة وتهديد مباشر لنسف العلاقات الاجتماعية التي يقع ضبطها وتبيان كل طرف وواجباته صلب الاتفاقيات المشتركة.

ويتولى المكتب الجهوي للتصالح وعند التعذر تفقدية الشغل المختصة ترابيا بعد جمع المعطيات عرض موضوع النزاع على اللجنة الجهوية للتصالح ويرأس هذه اللجنة وإلى الجهة أو ممثله بمساعدة رئيس المكتب الجهوي للتصالح وعند التعذر رئيس تفقدية

---

[26] الفصل 21 م.ش اقتضى أنه "على كل مؤجر يؤيد أن يطرد أو يوقف عن العمل لأسباب اقتصادية أو فنية لبعض من عملته القارين أو كاملهم أن يعلم بذلك من قبل تفقدية الشغل التي يتحتم عليها محاولة الصلح بين الطرفين.

[27] الفصل 158 م.ش. "وتنظر محكمة العرف بعد إخفاق محاولة الصلح في النزاعات المشار إليها بالفصل 151".

الشغل المختصة ترابيا وهي تضم علاوة على ذلك : ممثلين إثنين عن نقابات العملة المعينة أحدهما يمثل المنطقة النقابية المركزية وفي صورة ما إذا تعلق النزاع بمنشأة عمومية فإن ممثل المنظمة النقابية المركزية يقع تعويضه بممثل عن الوزارة التي تتولى الإشراف على المنشأة"[28].

وفي صورة ما إذا كان الإضراب أو الصد عن العمل يمتد إلى ولايتين فأكثر فإن التنبيه المسبق يوجه من قبل الطرف المعني إلى الطرف الآخر وإلى المكتب المركزي للتصالح وعند التعذر الإدارة العامة لتفقدية الشغل[29] ويجب على اللجنة الجهوية أو اللجنة المركزية للتصالح أن تقترح حلا للنزاع في أجل أقصاه 8 أيام من تاريخ سريان مفعول التنبيه.

إن تعذر أي حل صلحي للنزاع الجماعي من طرف اللجنة الجهوية أو اللجنة للتصالح لا يفيد حتما إقرار الإضراب أو الصد عن العمل بل يعني ذلك مرور النزاع بطور ثان هو التحكيم.

ومن الناحية العملية فإننا نلاحظ من خلال بعض الإحصائيات أن تدخل تفقدية الشغل لإنهاء النزاع الجماعي للعمل يتسم بالفاعلية والنجاعة. ففي خلال سنة 1993 وقع تسجيل 116 خلاف جماعي بولاية صفاقس (مقابل 84 خلال سنة 1992) وقد أمكن لتفقدية الشغل بالجهة تفادي 54 نزاع جماعي. كما وردت على قسم تفقدية الشغل 70 برقية إعلام بالإضراب خلال سنة 1993 وقد أمكن خلال اجتماعات اللجنة الجهوية للتصالح وعلى إثر المساعي الصلحية التي قامت بها المصلحة تسوية 54 منها (بنسبة 77 بالمائة) وإيجاد الحلول الملائمة للمشاكل المطروقة وتفادي انعكاساتها السلبية على المناخ الاجتماعي والعلاقات المهنية داخل المؤسسات المعنية.

---

[28] الفصل 377 جديد م.ش.

[29] الفصل 378 جديد م.ش.

ج- إجراء الصلح في قضايا التعويض عن حوادث الشغل والأمراض المهنية

لقد تعود الدارسون لمسألة الصلح أمام قاضي الناحية إدراج هذه الدعوى ضمن الاختصاص الصلحي لقاضي الناحية كإجراء عام يقوم به عند النظر في هذا النزاع وغيره رغم أن المتأمل في هذه الدعاوى يلاحظ غياب الدور الصلحي الفاعل لقاضي الناحية فهو مبدئيا لا يكون مطالبا قانونا ببذل ما في وسعه للصلح بين أطراف التداعي بل يقتصر دوره على المصادقة على بعض الاتفاقات والتحلية بالصيغة التنفيذية في غيرها وقد كانت النزاعات المتعلقة بحوادث الشغل والأمراض المهنية منظمة بالقانون عدد 73 لسنة 1957 المؤرخ 11 ديسمبر 1957 ويتمثل دور قاضي الناحية في إطار هذا القانون من تلقي الإعلامات بحوادث الشغل والقيام بالأبحاث اللازمة وعند استكمالها يحيل الملف للمحكمة الابتدائية للبت في الدعوى.

وقد كان الفصل 65 من قانون حوادث الشغل والأمراض المهنية ينص على المحاولة الصلحية باعتبارها إجراء وجوبيا وطورا من أطوار التقاضي يقوم به رئيس المحكمة الابتدائية إثر تلقيه الملف المحال من قبل قاضي الناحية وقبل أن تنظر فيه المحكمة الابتدائية بتركيبتها الجماعية، إذ جاء بالفصل المذكور "أنه لرئيس المحكمة إذا رضي الطرفان الإذن بإجراء اختبار قصد إثبات العناصر الفعلية المكونة للحق في التعويض وعندئذ يستدعي الطرفين للحضور ثانية في أجل لا يتجاوز الثلاثين يوما من تاريخ حضورهما الأول على أن تقدم ملحوظات الخبير خلال تلك الفترة فإن لم يدل الخبير بتقريره فينبغي رغم ذلك السعي في إبرام الصلح وفي حالة عدم إبرامه يحال الطرفان على التقاضي لدى المحكمة الابتدائية".

من ذلك أوكل المشرع لرئيس المحكمة الابتدائية مهمة السعي في إبرام الصلح قبل تعهد المحكمة بتركيبتها الجماعية في حالة فشل المحاولة الصلحية "وتأسيسا على ذلك فإن عدم القيام

بالمحاولة الصلحية يشكل خرقا للقانون ويوجب نقض الحكم الذي لم ينص على إجرائها.

فقد جاء قرار تعقيبي مدني عدد 6050 مؤرخ في 19 ماي 1969 أن "المبدأ المستمد من الفصلين 16-19 من قانون فواجع الشغل يقتضي وجوب إتمام الإجراءات الصلحية قبل القيام بالمطالبة لدى محكمة الموضوع وتفريعا على ذلك إذا رأت المحكمة الإحالة المطعون في قرارها أن الإجراءات الصلحية تمت بتسجيل طالب التعويض مطلبه العرضي لدى القاضي المتعهد بإجراء محاولة التوفيق في مطلب التخفيض الذي تقدمت به الشركة يكون قرارها غير قابل للطعن".

وبمقتضى القانون عدد 28 لسنة 1994 المؤرخ في 21 فيفري 1994 نقح قانون 11 ديسمبر1957، ليفرد المشرع قاضي الناحية بالاختصاص بالنظر في دعاوى التعويض عن الأضرار الحاصلة بسبب حوادث الشغل والأمراض المهنية توحيدا لجهة الاختصاص وتبسيطا للإجراءات نظرا لحساسية الموضوع وصبغته الاجتماعية.

غير أن هذا القانون الجديد لم يتضمن التنصيص على إجراء محاولة صلحية بين الأطراف بل مكنهم من الاتفاق بينهم في إطار تسوية رضائية تقوم بين المنتفع بالتعويض والصندوق القومي للضمان الاجتماعي الذي عوض شركات التأمين وحصر دور قاضي الناحية في المصادقة على هذه التسوية. فهل تخلى المشرع التونسي على المحاولة الصلحية أمام قاضي الناحية في هذا الموضوع والحال أن اتجاهه تعميم الطابع الصلحي لمؤسسة قاضي الناحية خاصة وأنه وبعد مدة قصيرة اعتبر الصلح إجراء وجوبيا عاما أمام قاضي الناحية؟

وهل ينطبق الفصل 38 مكرر من م.م.م.ت على قضايا التعويض عن الأضرار الناتجة عن حوادث الشغل والأمراض المهنية ؟

ثم هل أن المحاولة الصلحية كإجراء عام أمام قاضي الناحية تنسحب على جميع اختصاص قاضي الناحية بما فيه صور الاختصاص الخاصة؟ من المتجه اعتبار الإجراء الصلحي وجوبيا في هذه المادة في حالة عدم توصل الأطراف إيجاد تسوية رضائية فيما بينهم.

ولئن اكتفى قانون 1994/2/21 بإقرار دور المصادقة على الاتفاقات لقاضي الناحية فقد وسع في مجال اختصاص قاضي الناحية في إطار الاتفاقات الصلحية التي يكون فيها المتضرر قاصرا إذ أنه عند وجود قاصر: لا يكون الاتفاق ماضيا إلا بعد أن يصادق عليه قاضي الناحية المختص تكون المصادقة بكتابة عبارة "نصادق عليه ونأذن بتنفيذه" متبوعة باسم المحكمة وتاريخ المصادقة وإمضاء القاضي.

بمجرد حصول المصادقة يكتسب كتب الاتفاق قوة السند التنفيذي ويصبح قابلا للتنفيذ الجبري عند الاقتضاء" [30].

فالصلح المبرم لا يكون صحيحا إلا إذا صادق عليه قاضي الناحية غير أن قاضي الناحية "لا يملك سوى قبول المصادقة أو رفضها وفقا لما تقتضيه مصلحة القاصر في الاتفاق الصلحي، ولا يمكنه بحال أن يتدخل أو يغير في محتوى الاتفاق استنادا للمصلحة المذكورة"[31].

وإلى جانب مصادقة قاضي الناحية على الاتفاق المبرم إثر التسوية الرضائية التي يكون فيها قاصرا أوجب الفصل 73 من قانون 1994/2/21 كذلك عرض الاتفاق الصلحي على قاضي الناحية للإذن بتنفيذه فالأطراف مجبرون على عرض الاتفاق على قاضي الناحية الذي يمكنه أن يرفض الإذن بالتنفيذ بشرط التعليل وهي فرصة تمنح له ليمارس من خلالها "رقابة قانونية على تكوين الاتفاق الصلحي المبرم بين الأطراف، من حيث احترامهم لجميع الشروط والصيغ الواجب توفرها في الصلح لكي يأذن بتنفيذه. رغم أن قرار قاضي الناحية في هذه الصورة لا يأخذ من الناحية الشكلية أي شكل من أشكال العمل القضائي خلافا للصور السابقة المتعلقة بالصلح المبرم في مجلسه" وبسعي منه فهل تندرج المصادقة والتحلية بالصبغة التنفيذية ضمن المحاولة الصلحية التي يساهم من خلالها قاضي الناحية في صياغة الاتفاق الصلحي ؟ أعطى المشرع لقاضي الناحية سلطة المصادقة على الاتفاق الحاصل في إطار التسوية الرضائية والتي يكون فيها المتضرر قاصرا

[30] التفقدية العامة لوزارة العدل 2001، ص. 10.

[31] محمد ماهر ثابت، مرجع سابق، ص. 141.

وكذلك تحليه ببقية الاتفاقات بالصبغة التنفيذية وإمكانية رفضه وذلك بشرط التعليل وهذه الإمكانية تجعل له دورا هاما في الصلح المتوصل إليه إذ من خلال دوره في حماية القاصر المتضرر ومراقبته للصلح يشارك فيه وإن كان لا يبادر بالدعوة إليه أي أنه ولئن لم يعد من مسؤوليته إجراء محاولة الصلح فإنه يساهم فيه بالمصادقة أو الرفض بما يقتضي اقتناعه بصحة الاتفاق ومطابقته للقانون والنظام العام ومصلحة المتضرر وبذلك يكون المشرع قد حافظ على الدور الصلحي لقاضي الناحية كإجراء عام.

الفقرة الثانية : وجوبية الصلح في مجال المعاملات

أقر المشرع التونسي الصلح كإجراء وجوبي في المجال الاجتماعي إلا أنه لم يهمله في مجال المعاملات وجعله وجوبيا خاصة في مادة العقل على الأجور (أ) وفي مادة المسح العقاري (ب).

أ- إجراء الصلح في قضايا العقل التوقيفية على الأجور والمرتبات

لئن لم تتضمن مجلة المرافعات المدنية والتجارية قبل صدور القانون عدد 59 لسنة 1994 المؤرخ في 23 ماي 1994 نصا قانونيا عاما يوجب إجراء الصلح أمام قاضي الناحية، فإنه أوجب إجراء المحاولة الصلحية في قضايا العقل التوقيفية على المرتبات والأجور وإحالتها وذلك صلب الفصل 632 م.م.م.ت الذي نص على ما يلي: "العقل التوقيفية المسلطة على الأجور المشار إليها بالفصلين 353 و356 مهما كان مقدارها لا يمكن أجراؤها ولو كان بيد الدائن سند إلا بعد محاولة توفيق أمام حاكم الناحية بمحل إقامة المدين".

فهذه الصورة للصلح كإجراء وجوبي أمام قاضي الناحية يجريه قبل الإذن بإجراء العقلة التوقيفية على الأجور والمرتبات سبقت إقرار إجراء الصلح كمبدأ إجرائي عام أمام قاضي الناحية، وإقرار الصلح في هذه الصورة جاء حماية لفئة اجتماعية تمثل نسبة هامة في المجتمع ويمثل لها المرتب والأجر المورد الأساسي للرزق وهذا وإن دل على شيء فهو يدل على الثقة التي يتمتع بها قاضي الناحية من قبل المشرع التونسي لينصبه ضامنا لتحقيق أهداف المشرع في حماية الموظف المدين من المساس التعسفي بأجره.

وفي هذا الإطار "يرى القاضي السيد بشير زركونة أن "الهدف من إجراء الجلسة الصلحية هو عدم المس بالموظف أو الأجير في معنوياته الشخصية وكأن المشرع بذلك أراد أن يضفي صبغة التستر على المدين باعتباره ينتمي إلى طبقة معينة من المجتمع لما للإذن بالعقلة من قسوة على النفس".

إن إقرار وجوبية الجلسة الصلحية هو محاولة من المشرع التوفيق بين غايتين هامتين وهما خلاص الدائن من جهة وضمان تواصل حصول الأجير على أجره باعتباره مصدر رزقه الأساسي، فكان أن أقر المشرع التونسي المحاولة التوفيقية كإجراء أساسي في دعاوى العقلة التوقيفية على الأجر لتأسيس حوار بين الدائن والمدين وبدعوة وتوجيه من قاضي الناحية بغاية الوصول إلى صيغة يتحصل الدائن من خلالها على خلاص دينه ويحافظ المدين على تواصل النمط العادي لعيشه لما في ذلك من أهمية اجتماعية واقتصادية. اجتماعية من خلال المحافظة على صورة المدين تجاه الغير لما للعقلة على الأجر من آثار سلبية على سمعته، كذلك لما لها من تأثير على مستوى عيشه خاصة بالنسبة للأجور المتوسطة والبسيطة وباعتبار أن آثار عقلة الأجور تتجاوز عادة الأجير المدين لتشمل أفراد أسرته المشمولين بنفقته وتشمل المدين كعنصر في الدورة الاقتصادية باعتباره مستهلكا كما تشمل الدائن باعتباره مستهلكا أو منتجا أو تاجر له التزامات محددة بآجال تربطه بالمتعاملين معه سواء كدائن أو كمدين ولهذه الأسباب اعتبر المشرع التونسية محاولة التوفيق بين الدائن والمدين الأجير بمناسبة العقلة التوقيفية إجراء وجوبيا يقوم به قاضي الناحية لصحة إجراءات العقلة التوقيفية على الأجر.

ولقد استنتج الدارسون من ذلك أن إجراء المحاولة الصلحية التي عبر عنها المشرع بمحاولة التوفيق "يشكل مسألة تهم النظام العام وأن عدم التنصيص على القيام بها يعرض العقلة إلى البطلان وأنه يمكن للمحكمة أن تتمسك به من تلقاء نفسها لمساسه بالإجراءات الأساسية".

وبذلك فإن قاضي الناحية يجب عليه قبل الإذن بإجراء العقلة على الأجر القيام بمحاولة صلحية بين الدائن والأجير وذلك بحضور كاتب المحكمة غير أن التنصيص على المحاولة الصلحية في إطار الفصل 362 م.م.م.ت الذي جاء غامضا نسبيا، إذ أنه لم يحدد محتوى هذه المحاولة الصلحية ولا مقدار الجهد الذي يبذله قاضي الناحية للوصول إلى الصلح بين الأجير ودائنه، مقارنة بعبارات الفصل 38 مكرر م.م.م.ت الذي رغم غموضه بين محتوى الجهد المبذول من قبل قاضي الناحية المطالب عملا بهذا الفصل بأن يبذل قصارى جهده لإقناع الأطراف بالصلح ولا يكتفي بمجرد عرض الفكرة على الأطراف كإمكانية يمكن اعتمادها في حل النزاع القائم بينهما.

ولغاية إجراء المحاولة الصلحية يستدعي قاضي الناحية المدين (الأجير) بطلب من الدائن للحضور لديه في أجل لا يقل عن ثلاثة أيام.

كما يقوم بإعلام الدائن شفويا حين تقديم مطلب إجراء العقلة بتاريخ "محاولة التوفيق" ومكانها.

وفي صورة عدم حضور المدين وجب على الدائن الذي ليس بيده سند تنفيذي التنبيه على المدين من جديد عن طريق عدل تنفيذ في أجل ثلاثة أيام "قصد محاولة التوفيق"[32].

وإضافة للصيغة الوجوبية لإجراء الصلح في مادة العقلة التوقيفية على الأجور فإن هذا الإجراء هو إجراء أولي ينظر فيه قبل النظر في مطلب الإذن بإجراء العقلة فلا يمكن إجراء العقلة "إلا بعد محاولة توفيق أمام حاكم الناحية".

وبذلك فإن إجراء المحاولة الصلحية إجراء وجوبي وأولي أمام قاضي الناحية في العقل التوقيفية المسلطة على الأجور والمرتبات ولو كان بيد الدائن سند تنفيذي.

---

[32] الفصل 362 م.م.م.ت.

"والغرض من وجوبية الجلسة الصلحية هو التثبت من مدى قدرة المدين للوفاء بالدين بغير تلك الطريقة اعتبارا لأهمية الأجر بالنسبة للمعقول عليه وانعكاس العقلة على غيره"[33].

فعند حضور الدائن الأجير يجري قاضي الناحية المحاولة التوقيفية والتي من خلالها نتبين مدة قدرة الأجير على الوفاء بالتزاماته من خلال البحث عن وسائل أخرى للخلاص غير العقلة على الأجر لما لهذا الإجراء من آثار سلبية على المدين وغيره من الراجعين له بالنفقة كما يمكن أن يدرسها الطرفان برعاية وتوجيه من قاضي الناحية السبل الكفيلة للخلاص من تقسيط الدين أو تأجيل لتاريخ السداد أو تنازل عن البعض أو غيرها من الاتفاقات التي يمكن أن يتوصل إليها الأطراف خلال المحاولة الصلحية بحيث يكون إجراء العقلة على الأجر آخر حل يمكن للطرفين الوصول إليه وفي هذا الإطار يراقب قاضي الناحية اتفاقات الأطراف ويحاول توزيع الدين على أقساط مناسبة لحال الأجير بقدر لا يضر بقدراته المالية ولا يؤثر سلبا على ما اعتاد عليه من الإنفاق كما أن مراقبة القاضي لإجراءات العقلة تمكن من ضمان احترام النسب القانونية الواردة بالفصول 354 وما بعده من م.م.م.ت.

ب- مادة المسح العقاري

إن التسجيل العقاري يرمي عن طريق تطهير الوضعية العقارية من مصادر النزاع والخصام إلى توضيح معالم الملكية وإقرارها، ويهدف إلى تكوين شخصية الملك مع إسناده لصاحب الحق، وتوحيد الرسم وتسجيله بسجل عام يكون مرجعا لجميع ما يطرأ على العقار من الإحالات والتحملات وفي ذلك تحقيق لسلامة المعاملات وضمان لحقوق الناس والدولة فيتم بذلك الاستقرار ويعم الرخاء والازدهار"[34].

---

[33] التفقدية العامة، 2001، ص. 7.

[34] أنظر الرئيس الهادي سعيد، في رياض البحث والقانون، نشر مؤسسات عبد الكريم، 1993، ص. 82.

ولئن كان المسح العقاري لا يثير أي إشكال إذا كانت الوضعية العقارية واضحة والملكية ثابتة فيتم القضاء بتسجيل منطقة المسح إلا أن المسألة قد تتعقد فتطول إجراءات التسجيل عندما يتمسك كل مالك الواقع عقاره بمنطقة المسح بالحوز والتصرف لإثبات حقه أو يستند إلى رسوم مجمدة لم يقع بعد تحيينها. ولتفادي كل هذه الإشكالات وحتى يكون التسجيل العقاري ناجعا فإن القاضي المكلف بالمسح ينتدب الخصوم بقدر الإمكان إلى الصلح، فقد اقتضى الفصل الرابع من المرسوم عدد 3 لسنة 1994 المؤرخ في 1994/02/20 المتعلق بالتسجيل العقاري الإجباري أنه "يعين رئيس المحكمة العقارية بقرار أحد أعضائها رئيسا للجنة المسح الخاصة بكل مشيخة كما يتولى بنفس الطريقة تقسيم تراب المشيخة إلى ما يلزم من المناطق الفرعية بعد درس هذا التراب من طرف مصلحة قيس الأراضي ويعين على رأس كل منطقة منها حاكما مكلفا ويباشر الحاكم المكلف بمساعدة بمحضر الشيخ أو نائبه ومالكين إثنين تحديد القطعة التي عهدت إليه ثم يجري بعد ذلك بالنسبة لكل عقار فيحدد العقار ويطبق الرسوم وشهادات الحوز ويحرر الحالة الاستحقاقية للعقار وينتدب الخصوم بقدر الإمكان إلى الصلح ويدعو زيادة على ذلك المالك المحتمل بكل عقار إلى تقديم تصريح بالملكية مؤرخ وممضى كما يجب ومبين لأصل الحقوق وهوية القائم بالتصريح وحدود العقار والتحملات الموظفة عليه ويجوز في صورة الاشتراك في الملكية أن يصدر التصريح عن أحد الشركاء".

ويكتسي الصلح الذي يجريه القاضي المكلف بالمسح أهمية بالغة سواء بالنسبة لزاعمي الملكية أو القاضي.

المبحث الثاني: الصلح إجراء اختياري

تعرض المشرع إلى شكل آخر من الصلح يتسم بطابعه الاختياري ذلك إما سعيا من القاضي (الفقرة الأولى) أو بإرادة المتقاضي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : الصلح بسعى من القاضي

لا يوجد في القانون التونسي مبدأ عاما يجعل من الصلح عملا من أعمال القاضي الأمر الذي يدعونا إلى التساؤل عن الصلح في الوظيفة القضائية (أ) ومدى سعي القاضي إلى الصلح ودعوته إليه (ب).

أ- الصلح والوظيفة القضائية

لم يتعرض المشرع التونسي صراحة إلى الصلح الاختياري كوسيلة يتخذها القاضي المدني لإنهاء الخصومة وحسم النزاع بين الطرفين وكوظيفة من وظائف القاضي على غرار القانون الفرنسي غير أننا نلاحظ اتجاه نية المشرع نحو إقرار الصلح واعتباره عملا من أعمال قاضي النيابة في النزاع الجزائي.

1- الصلح الاختياري والنزاع المدني

شهد مفهوم النزاع المدني تطورا فبعد أن كان يعرف بكونه "مبارزة يمكن للطرفين فيها تحديد موعد المعركة ولكل واحد منهما الاستفادة من خطأ خصمه"[35] أي أن النزاع المدني يبقى ملكا للأطراف لا دخل للقاضي فيه"[36]. وهو ما كرسه القانون الفرنسي الذي اعتبر صلب الفصل 12 م.م.ف أن القاضي وبعد دراسة ملف القضية وتفحص الأوراق المضمنة به يمكنه أن يعرض على طرفي النزاع إمكانية فض النزاع القائم بينهما حسب قواعد العدل والإنصاف دون النظر إلى الأسس القانونية التي انبنت عليها الدعوى ودون حاجة إلى التعليل وإذا قبل الطرفين عرض الصلح المقدم من طرف القاضي فإن هذا الأخير يحرر مشروع تسوية صلحية للنزاع ويكون الطرفان أمام ثلاثة حلول:

---

[35] Georges André, Du principe de la neutralité du juge dans l'instruction des affaires civiles, thèse Paris, 1910, p. 179.

[36] Rousseau. H, Le but du procès n'est pas plus la découverte de la vérité que le but de la guerre n'est le triomphe du droit, on fiat un procès pour aboutir à la chose jugée. Faire triompher la vérité absolue appartient uniquement à celui qui ... », note sous tribunal de Nice 18/11/1937, Sirey 193, II, p. 16.

إما رفض مشروع الصلح المقترح من طرف القاضي وفي هذه الحالة على المحكمة أن تبت في القضية طبق أوراقها.

أو قبول مشروع الصلح فيتم إنهاء النزاع بالصلح على أساس قواعد الإنصاف والعدل أو رفض المشروع المقترح مع إسناد صفة المحكم للقاضي التي يتولى تحرير مشروع آخر.

وإذا تمت تسوية النزاع بالصلح فإن الطرفان يطلبان من المحكمة تسجيل اتفاقهما صلب الحكم.

وهكذا يتضح أن الصلح في القانون الفرنسي أصبح يندرج في صميم الوظيفة القضائية نظرا للمزايا التي يوفرها بالنسبة لجهاز العدالة كمرفق عمومي للمتقاضي.

وقد انعكست هذه التطورات الجديدة للنزاع المدني على مبادئ قواعد المرافعات والأحكام المنظمة لسير الخصومة، ولعل أبرز المستحدثات التي جاء بها القوانين الوضعية الحديثة ومن بينها القانون التونسي الإجراء المتمثل في تمكين المحكمة من الإذن بإحضار الأطراف شخصيا لسماعهم والتحرير عليهم[37].

وكرس المشرع التونسي هذه الإمكانية صلب الفصل 91 من م.م.م.ت إذ اقتضى نصه "إذا وقع صلح أو مساعدة أثناء أعمال البحث فإن القاضي المقرر يدون ذلك بتقرير مفصل يوقعه الخصوم ويضعون عليه عند التعذر علامة إبهامهم أو ينص على عدم إمكان ذلك ويحيل القضية للمحكمة.

نلاحظ من خلال صيغة هذا الفصل أن المشرع التونسي يقر إمكانية وقوع الصلح أثناء أعمال البحث التي يجريها القاضي المقرر الذي أصبح بموجب التنقيح الأخير لمجلة المرافعات المدنية والتجارية والمؤرخ في غرة سبتمبر 1986 له سلطة القرار[38].

وقد ضبط المشرع التونسي صلب مجلة المرافعات المدنية والتجارية مهام القاضي المقرر ومن أهم هذه الوظائف والتي لها

---

[37] عبد الله الأحمدي، القاضي والإثبات في النزاع المدني، شركة أوربيس للطباعة، 1991، ص. 331.

[38] القانون عدد 87 لسنة 1986 المؤرخ في 1986/09/1 المتعلق بتنقيح مجلة المرافعات المدنية والتجارية، الرائد الرسمي عدد 49 المؤرخ في 9 و 12 سبتمبر 1986.

علاقة بموضوعنا سماع الأطراف شخصيا والتحرير عليهم ذلك أن هذه الوسيلة ترمي إلى تحقيق غايتين:

تمكين المحكمة من الوقوف على حقيقة النزاع إذ أن سماع الأطراف شخصيا ومواجهتهم يمكن القاضي من الاقتراب أكثر إلى حقيقة النزاع.

إن التحام أطراف النزاع يخول القاضي المقرر فض الخلاف بينهما بالصلح، واستنادا إلى هذه الوسيلة التحفظية فإن القاضي المقرر على مستوى المحكمة الابتدائية أو المستشار المقرر على مستوى محكمة الاستئناف غالبا ما يدعو الأطراف إلى الصلح وإنهاء النزاع القائم بينهم وهو ما يمكننا من القول بأن الصلح أضحى من وظائف القاضي المدني وذلك بالرغم من غياب نص قانوني يجعل من الصلح عملا من أعمال القاضي كما هو الحال في القانون الفرنسي.

وانطلاقا من صيغة الفصل 91 جديد م.م.م.ت فإن الصلح أمام القاضي المقرر طبق الفصل 85 جديد م.م.م.ت[39] أو بعد جلسة المرافعة وذلك تنفيذا لحكم تحضيري صادر عن المحكمة ويقضي بالتحرير على الطرفين[40].

واستنادا إلى ما تقدم نلاحظ محدودية القانون التونسي في إقرار إمكانية قيام الصلح بين طرفي التداعي بواسطة القاضي المقرر أثناء أعمال البحث مقارنة ببعض الأنظمة القانونية المقارنة كالقانون الفرنسي ذلك أنه في ظل بعض المبادئ التقليدية كمبدأ حياد القاضي وعدم تدخله في النزاع المدني فإن القاضي نادرا ما يلتجئ للصلح ويعرضه على الطرفين لإنهاء النزاع بينهما هذا فضلا عن كون مؤسسة القاضي المقرر ليست مؤسسة مستقلة ومتفرعة لتهيئة القضية للفصل وإجراء مختلف الأبحاث كسماع الشهود أو التحرير

---

[39] الفصل 85 جديد م.م.م.ت "للمحكمة في القضايا التي لم ترفع للمرافعة أن تؤخرها لجلسة معينة وتحليلها ... القاضي المقرر للبحث فيها وتهيئتها للحكم".

[40] الفصل 86 جديد م.م.م.ت يمكن للمحكمة إذا رأت لزوم إجراء أبحاث معينة من سماع بينات وإجراء توجهات أو اختيارات أو تتبع دعوى الزور أو غير ذلك من الأعمال الكاشفة للحقيقة أن تأذن للقاضي المقرر بإتمامها".

على الطرفين وبالتالي فإنه يعسر على القاضي المقرر إجراء محاولة صلح بين الأطراف.

2. الصلح الاختياري وقاضي النيابة

يعتبر الصلح في المادة الجزائية سببا من أسباب إنقراض الدعوى العمومية طبق أحكام الفصل الرابع من مجلة الإجراءات الجزائية ولقد خص المشرع التونسي بعض الجهات الإدارية (إدارة القمارق، إدارة الضرائب ...) بحق إجراء مصالحة بينها وبين المخالف غير أننا نلاحظ من خلال مشروع قانون تنقيح وإتمام بعض فصول مجلة الإجراءات الجزائية نية المشرع نحو تمكين وكيل الجمهورية من إجراء مصالحة في بعض الجنح والمخالفات إذا توفرت جملة من الشروط.

وقد اقتضت الفقرة الثانية الجديدة من الفصل 30 م.ا.ج أنه "يمكنه أي وكيل الجمهورية من الجنح والمخالفات قبل اتخاذه قراره بشأن الدعوى العمومية ويعد الأطراف أن يقر إجراء مصالحة إذا تبين له أن هذه الوسيلة من شأنها أن تضمن تعويض الضرر الذي لحق المتضرر وأن تضع حدا للاضطراب الذي أحدثته الجريمة وأن تساهم في المادة اندماج مرتكب الجريمة في الحياة الاجتماعية".
ونلاحظ من خلال قراءتنا لهذه الفقرة أن المشرع ضبط مجال المصالحة وحددها في المخالفات والجنح دون الجنايات كما وضع المشرع عدة شروط للصلح تتمثل في :

موافقة الأطراف على إنهاء النزاع وتسويته بالصلح أن تكون هذه الوسيلة من شأنها أن تضمن تعويض الضرر الذي لحق الضحية وأن تضع حدا للاضطراب الذي أحدثته الجريمة وأن يساهم في هذه المادة اندماج مرتكب الجريمة في الحياة الاجتماعية.

إن اتجاه المشرع نحو إقرار الصلح في المادة الجزائية وتمكين النيابة العمومية من إجراء المصالحة بين المتضرر والمتهم يعكس الاتجاه العام الذي يسلكه المشرع التونسي والذي يثمن الصلح ويجعله من ثوابت العمل القضائي سواء في المادة المدنية أو الجزائية.

ب- سعي القاضي في الصلح

بقطع النظر عن الحالات التي أوجب فيها المشرع التونسي إجراء محاولة صلح بين طرفي الخصومة فإنه يمكن للقاضي المدني السعي إلى تسوية النزاع بين الطرفين بالصلح ويمثل هذا الإجراء إجراءا اختياريا يلتجئ إليه القاضي كلما تراءى له ضرورة إنهاء النزاع بالصلح وتجدر الملاحظة على مستوى عمل المحاكم حرص قضاة الأصل على تسوية بعض الخصومات بالصلح حفاظا منهم على بعض العلاقات الاجتماعية والاقتصادية وتطرح في هذا المجال مسألة تحديد النظام القانوني لهذا الصلح وضبط آثاره.

1- مجال الصلح الاختياري

تعتبر دعاوى رفع مضرة ومضار الجوار دعاوى الاستحقاق والأكرية التجارية من أهم المجالات التي سعى فيها القاضي إلى إنهائها بالصلح.

*** دعاوى رفع المضرة ومضار الجوار**

بحرص من القاضي في إطار النزاعات الواقعة بين الجيران وعند إجرائه لبعض أعمال البحث كالتحرير على الطرفين شخصيا والتوجه إلى عين المكان إلى فض مثل هذه النزاعات بالصلح.

ففي قضية عرضت على محكمة الاستئناف بصفاقس تتعلق وقائعها أن المستأنفين المدعى عليهما في الأصل عمدا إلى وضع الفواضل وكمية من اللوح بالمدخل الذي يمر منه الورثة (المستأنف ضدهم) للوصل إلى ملكهم كما تعمد المطلوب الثاني استغلال المدخل الذي استعمله كمحطة لإيداع السيارات مما نتج عنه سدم المدخل إضافة إلى فتح شرفة من الجهة الجوفية كجدار محل سكناهم بحدث منها كشف لهم وبمقتضى حكم تحضيري صادر عن المحكمة توجه السيد المستشار المقرر إلى عين محل النزاع صحبة خبير في البناء فتراكنا طرفي الخصومة إلى الصلح وتم فض النزاع بينهما بهذه الوسيلة[41].

[41] حكم عدد 16776 صادر عن محكمة الاستئناف بصفاقس مؤرخ في 3 نوفمبر 1993، غير منشور.

*** الدعوى الاستحقاقية**

تمثل الدعاوى الاستحقاقية مجالا آخر من المجالات التي يسعى فيها القاضي إلى الصلح ودعوة الأطراف إليه وذلك نظرا لما يتوفر لديه أثناء البحث الاستحقاقي من الوقت الكافي والعناصر المادية والقانونية التي تمكنه من عرض الصلح على الطرفين وإقناعهما إلى الجنوح إليه. كما أن وجود منازعة بين الورثة حول قسمة عقار مثلا يكون دافعا للقاضي المتوجه إلى فض النزاع القائم بينهم بالصلح حفاظا على الروابط الأسرية التي تجمعهم.

*** دعاوى الأكرية التجارية**

إن المحافظة على العلاقات التجارية لا تقل أهمية على العلاقات الأسرية وفي هذا الإطار نلاحظ سعي قاضي الملك التجاري إلى إيجاد تسوية صلحية بين المالك والمتسوغ للمحل في النزاعات المتعلقة بتحديد معينات الكراء وذلك لضمان استقرار الأصل التجاري وتواصل استغلاله.

2- النظام القانوني للصلح

يطرح الصلح الاختياري المجرى بواسطة القاضي العديد من الإشكالات تتعلق بتحديد طبيعة الحكم القاضي بإمضاء الصلح بين الطرفين وضبط آثاره القانونية.

إذ يتم تضمين محضر الصلح والاتفاق بين طرفي الخصومة الواقع أثناء أعمال البحث المجراة بواسطة القاضي المقرر أو الخبير المنتدب صلب حكم تصدره المحكمة بتركيبتها الثلاثية وإذا كانت المحكمة تقضي بطرح القضية لوقوع الصلح بين الطرفين وذلك في الصور والحالات الوجوبية للصلح (في مادة الأحوال الشخصية مثلا) فإنها تقضي بإمضاء الصلح إذا تم تحقيقه بسعي من القاضي أو بمساعدة من الخبير المتوجه.

وقد عرفت محكمة التعقيب التونسية الحكم القاضي بإمضاء الصلح بأنه "مجرد مصادقة من المحكمة على الاتفاق الحاصل بين الخصوم في موضوع القضية وبما أنه لم يبت في الخلاف المنشور

لديه ولذا لم تكن له قوة التنفيذ المسندة للأحكام الحاسمة للخلاف وإنما له قوة العقد الواقع بين الطرفين"[42].

فالحكم الصادر بإمضاء الصلح الواقع بين الطرفين لا يرتقي إلى مرتبة الحكم المكتسي بقوة اتصال القضاء بل يأخذ طبيعة العقد.
كما أن الحكم القاضي بإمضاء الصلح بين الطرفين يحسم الحقوق والدعاوى التي كانت محلا للنزاع بصفة ثابتة بمقتضى اتفاق ممضى من الطرفين.

وتبعا لذلك فإن هذا الحكم لا يقبل الطعن بالاستئناف وإنما يحق لأحد الطرفين أن يقوم بدعوى أصلية لتسجيل نكول الطرف الآخر عن تنفيذ أحد بنود الاتفاق والحكم في القضية وفق ما يقتضيه القانون.

لكن هل أن طلب الحكم بإمضاء الصلح أمام محكمة الدرجة الثانية يترتب عنه الرجوع في الاستئناف ؟ لقد أجابت محكمة القانون عن هذا الإشكال بالنفي واعتبرت صلب قرارها المدني عدد 10619 المؤرخ في 14 ماي 1957 أن "طلب الحكم بإمضاء الصلح ليس معناه الرجوع في الاستئناف لأن هذا الرجوع يقتضي بقاء الحكم الابتدائي قائما بما يخالف ما جاء به الصلح".

كما يطرح إشكال آخر بخصوص مدى إمكانية الغير التداخل في الدعوى ليطعن في الصلح ويرى شراح القانون أن الإجابة عن هذا الإشكال لا تكون إلا بالنفي ويمكن للغير الذي تضررت حقوقه بموجب الصلح أن يقوم بدعوى أصلية لدى محكمة الدرجة الأولى.
إن الصلح بسعي من القاضي يمثل بلا ريب وسيلة هامة تمكن كل مند القاضي والمتقاضي من إنهاء النزاع بأكثر سرعة مع توفير الضمانات الكافية للأطراف الدعوى من حيث محتوى الحكم الصادر في القضية ومن حيث تنفيذه.

---

[42] قرار مدني عدد 7619 مؤرخ في جوان 1955، م.ق.ت، عدد 13، 1990، ص. 769.

ولعل ذلك ما أدى بالمتقاضين إلى توخي هذه الوسيلة من وسائل فصل النزاعات ورغبتهم في إنهائها بالصلح[43].

الفقرة الثانية: الصلح بإرادة المتقاضي

نظرا لمزايا الصلح فقد يلتجئ المتقاضي إليه كوسيلة لفض النزاعات لذلك قد يتخذ الأفراد من عقد الصلح أداة لحل النزاعات القائمة بينهم (أ) كما أن الإدارة وبمناسبة ارتكاب بعض المخالفات مكنها القانون من إنهاء النزاع القائم بينها وبين المخالف بالصلح (ب).

أ - عقد الصلح أداة لفصل النزاعات

لقد عرف الفصل 1458 م.ا.ع الصلح بأنه "عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة ويكون ذلك بتنازل كل من المتصالحين عن شيء من مطالبه أو بتسليم شيء من المال أو الحق".

وجلي من خلال من التعريف أن عقد الصلح إنما أقر لغاية إنهاء النزاع القائم فعلا أو المحتمل الوقوع بين الطرفين وذلك عبر جملة من التنازلات يقدمها كل طرف.

ولتحليل عقد الصلح كوسيلة لفض النزاعات يجب الوقوف على شروطه القانونية والآثار المترتبة عنه. هذه الشروط يمكن تقسيمها إلى شروط تتعلق بذات المتصالحين وأخرى تتعلق بمحتوى عقد الصلح.

*** الشروط المتعلقة بذات المتصالحين**

اقتضى الفصل 1459 م.ا.ع أنه يجب أن يكون المصالح أهلا لأن يفوت بعوض ما وقع في شأنه الصلح وفي صورة وجود قاصر أو عديم الأهلية فإنه عملا بأحكام الفصل 1460 م.ا.ع فإنه لا بد من استصدار إذن خاص من القاضي حتى يتم إبرام الصلح أما في حالة وجود صغير مميز فإن إجازة الولي تكون كافية لانعقاد الصلح هذا بالإضافة إلى ضرورة توفر الشرطين المذكورين بالفصل المذكور.

---

[43] م.ق.ت، عدد 53، سنة 1960، ص. 637.

ويطرح في هذا المجال إشكال يتعلق بمدى إمكانية النيابة في إبرام عقد الصلح، وقد استقر الفقه على ضرورة وجود الوكالة خاصة في الصلح فلا يجوز للمحامي مثلا أن يصالح على حقوق موكله ما لم يكن الصلح منصوص عليه في عقد التوكيل[44]. على أنه إذا كان هنا توكيل عام من أعمال الإدارة جاز أن يشتمل هذا التوكيل الصلح المتعلق بأعمال الإدارة دون غيرها.

كما تجدر الإشارة في هذا السياق إلى أن شركات التأمين عادة ما تضع بندا صلب عقد التأمين يتضمن حق المؤمن بإبرام صلح مع المتضرر دون موافقة من المؤمن له[45].

أما الشرط الثاني المتعلق بذات المتصالحين فهو الرضى وبالتالي فإن عقد الصلح من العقود الرضائية فلا يشترط في تكوينه شكل خاص بل يكفي توافق الإيجاب والقبول ليتم الصلح غير أن سكوت أحد الطرفين في مجلس الصلح لا يعتبر قبولا لأن الحقوق لا تسقط بالاستنتاج والاحتمال واستثناء لمبدأ الرضائية أوجب المشرع التونسي أن يتم تحرير كتب صلح في الصور التي نص عليها الفصل 1466 م.ا.ع "إذا كان في ضمن الصلح ما من شأنه إحداث حقوق على أشياء قابلة للرهن العقاري أو تحويل حقوق على ما ذكر أو تغييرها فلا يكون الصلح إلا كتابة ولا يحتج به كلى الغير إلا إذا وقع تسجيله حسبما تقرر في البيع" والكتابة حسب منطوق هذا الفصل ليست شرط صحة وإنما وسيلة إثبات له ومعارضة تجاه الغير.

غير أنه لا يكفي أن يكون الرضى موجودا بل يجب أن لا يكون معيبا ومشوبا بغلط أو بتدليس أو بإكراه (الفصل 1472 م.ا.ع).

---

[44] نص الفصل 702 من المجلة المدنية المصرية على أنه "لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة ويوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء".

[45] تجدر الإشارة إلى أنه في فرنسا ومنذ سنة 1985 تاريخ صدور قانون Batinder في 05 جويلية 1985 أصبح المؤمن ملن ما يعرض الصلح مع المتضرر ولو لم يحصل توكيل أو تعويض من المؤمن له في إجراء مشترطا في عقد التأمين.

*** الشروط المتعلقة بمحتوى عقد الصلح**

يعتبر عقد الصلح عقدا مدنيا شأنه في ذلك شأن بقية العقود فيتعين أن يكون موضوع الصلح موجودا وممتلكا أو قابلا للتعقيب فيجوز التصالح على الحقوق المستقبلية باستثناء التركات المستقبلية غير أن الفصل 1465 م.ا.ع أجاز صلح الورثة عن الحقوق الراجعة لهم بطريق الإرث بأن يأخذوا أقل من منابهم الشرعي بشترط أن يكونوا على علم بمقدار التركة على أنه لا يجوز الصلح فيما يتعلق بالحقوق الخاصة بذات الإنسان كالحرية والأبوة ... الفصل 1462 م.ا.ع كما أنه "لا يجوز الصلح على النفقة وإنما يجوز في كيفية دفعها أو فيما تأخر دفعه منها، كذلك يجب أن يكون سبب عقد الصلح هو النزاع.

*** الآثار القانونية لعقد الصلح**

لقد ضبط الفصل 1467 م.ا.ع الآثار القانونية لعقد الصلح، إذ أنه يحسم النزاع بصفة نهائية تنقضي به الحقوق والدعاوى التي كانت محلا له. كما أنه أثناء نشر النزاع أمام المحكمة فإنه على هذه الأخيرة التخلي عن الدعوى فتنقضي إما بإمضاء الصلح أو المصادقة عليه غير أن دور المحكمة لا يقتصر في هذه الحالة على مجرد التصديق فقط بل بإمكانها إجراء رقابة على كتب الصلح من الناحية الشكلية والموضوعية كما أن المحكمة المرفوع أمامها كتب الصلح لها سلطة تفسيره وتأويله ويتم تفسير عقد الصلح طبقا لاحتوائه على جملة من التنازلات[46].

*** الكشف عن الحقوق الراجعة للمتصالحين**

بالإضافة إلى ذلك فإنه من آثار المصالحة الكشف عن حقوق المتصالحين ذلك أن الأثر الكاشف للصلح مقصور على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها فإن شمل الصلح حقوقا غير متنازع فيها كان الأثر ناقلا لا كاشفا[47] ويقصد بهذا الأثر أن الحق الذي يخلص

---

[46] قرار تعقيبي مدني عدد 8921 مؤرخ في 23 أفريل 1957، ق.ت عدد 9 و10 لسنة 1960، ص. 148.

[47] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص. 582.

للمتصالح بالصلح يستند إلى مصدره الأول لا إلى الصلح فإذا اشترى شخصان منزلا على الشياع ثم تنازعا على نصيب كل منهما في المنزل وتصالحا على أن يكون كل منهما نصيب معين اعتبر كل منهما مالكا لهذا النصيب لا بعقد الصلح بل بعقد البيع الذي اشتريا به الدار على الشياع واستند بذلك حق كل منهما إلى مصدره الأول لا إلى الصلح[48].

ب - الصلح بإرادة من الإدارة

اقتضى الفصل الرابع في فقرته السادسة من مجلة الإجراءات الجزائية أنه "تنقضي الدعوى العمومية بالصلح إذا نص القانون على ذلك صراحة وتأسيسا على ذلك خول المشرع التونسي لبعض الجهات الإدارية حق إجراء الصلح مع المخالف في بعض الجرائم التي ضبطها المشرع وحددها (1) كما اعتنى بضبط النظام القانوني للصلح الواقع بين الإدارة والمخالف (2).

1- مجال الصلح

يجد الصلح الواقع بإرادة من الإدارة تطبيقه خاصة في المواد التي تكون فيها الدولة طرفا وتحديدا في الجرائم التي يطغى عليها الطابع المالي والاقتصادي.

*** المجال المالي أو النقدي**

أقر المشرع التونسي الصلح في الجرائم التي تكتسي صبغة مالية من ذلك مثلا ما أقره صلب مجلة الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين والضريبة على الشركات بموجب القانون عدد 114 لسنة 1989 المؤرخ في 3 ديسمبر 1989، وأجاز الصلح سواء بالنسبة للأداءات القارة أو غير القارة. ففي مادة الأداءات غير القارة يعتبر الأمر المؤرخ في سنة 1884 النص العام والأساسي الذي تعتمده إدارة الجباية كأساس للتصالح. فقد جاء بالفصلين 131 و132 من الأمر المذكور أنه يمكن للإدارات والمصالح المالية أن تبرم صلحا مع المخالف سواء قبل الحكم أو بعده وفي الحالة الأولى يشمل الصلح

[48] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 583.

العقوبات البدنية والمالية فيفضي إلى الإيقاف الفوري للدعويين المدنية والجزائية وفي الحالة الثانية لا يشمل الصلح إلا العقوبات المالية. ومن بين المخالفات التي يمكن أن يقع في نطاقها صلحا في هذا المجال نذكر الأمر المؤرخ في 1 جوان 1951 المتعلق بمعاليم الأداء على المشاهدة كتنظيم حفل جماهيري دون أداء المعاليم المستوجبة، كما أن مجلة الأداء على القيمة المضافة أخذت بنظام الصلح صلب فصلها الـ 20 أما في مادة الأداءات القارة فقد نص الفصل 95 من مجلة الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين والضريبة على الشركات على أنه "يرخص لإدارة الجباية إجراء صلح فيما يخص المحاضر المتعلقة بالمخالفات التي ترجع لها بالنظر"[49].

أما المجلة القمرقية فقد كرست الصلح في الجرائم الديوانية فاقتضى الفصل 220 منها أنه يرخص لإدارة القمارق أن تصالح الأشخاص الواقع تتبعهم من أجل مخالفة قمرقية. وهذا الإجراء قد أقرته معظم القوانين المقارنة كقانون القمارق المصري صلب فصله 124 والقانون الفرنسي صلب الفصل 350 من المجلة الديوانية، كما أقر فقه القضاء الصلح في هذه المادة.

أما في الجرائم الصرفية فقد أقر المشرع التونسي، صلب القانون عدد 18 سنة 1976 المؤرخ في 21 جانفي 1976 المنقح والمتمم للأمر المؤرخ في 15 أوت 1945، الصلح كوسيلة لفض النزاع في الجرائم الصرفية. فقد نص القانون الأخير على أنه يمكن لوزير المالية أو لممثله المؤهل لهذا الغرض إبرام مصالحة ويمكن إبرام المصالحة قبل حكم نهائي أو بعده.

* المجال الاقتصادي

أخذ المشرع التونسي بنظام المصالحة في الميدان الاقتصادي في مختلف فروعه وذلك سواء بالميدان التجاري أو الصناعي أو بالميدان الفلاحي وحتى في الميدان السياحي.

---

[49] عبد المجيد عبودة، "الصلح في مادة المخالفات الجزائية الواردة بمجلة الضريبة على دخل الأشخاص الطبيعيين والضريبة في الشركات". محاضرة ألقيت خلال ملتقى بكلية الحقوق بتونس حول الجديد في القانون الجزائي الجبائي، وبملتقى الجرائم الجبائية الذي نظمه المعهد الأعلى للقضاء، أيام 17 و18 و19 ديسمبر 1991.

فقد خول المشرع صلب الفصل 59 من القانون عدد 64 لسنة 1991 المتعلق بالمنافسة والأسعار للوزير المكلف بالاقتصاد إمكانية إجراء صلح في المخالفات التي ترجع له معاينتها وتتبعها بمقتضى أحكام القانون المذكور ولا يشمل الصلح إلا المخالفات المتعلقة بأحكام البابين الثاني والثالث من العنوان الرابع من قانون 1991 أي المخالفات المتعلقة بالممارسات الاحتكارية وعدم شفافية الأسعار وتلك المخلة بضبط أسعار المواد والمنتوجات والخدمات غير الخاضعة لنظام حرية الأسعار وتبقى بذلك المخالفات المتعلقة بالممارسات المنافية للمنافسة غير قابلة للصلح وقد نص المشرع صراحة صلب الفصل 59 المذكور على الصبغة العقدية للصلح فهو عبارة عن عقد يتفق بقتضاه طرفي النزاع الإدارة والمخالف على معين الغرامة أو المقابل الذي سيدفعه هذا الأخير لوقف التبعات الجزائية.

ومن القوانين الخاصة التي أخذت بنظام الصلح نذكر القانون عدد 26 لسنة 1965 المتعلق بتنظيم توريد منتوجات النفط وتصديرها وتكريرها وتسلمها من معامل التكرير وخزنها وتوزيعها وذلك بالفصل 15 من هذا القانون الذي نص على أنه ترفع القضايا بطلب من الإدارة التي يمكنها قبل كل تتبع أن تتصالح مع مرتكبي المخالفة[50].

أما في الميدان الفلاحي فقد نص الفصل 131 من مجلة الغابات على أنه "يجوز للإدارة العامة للغابات أن تصالح في الجنح والمخالفات التي ترتكب بالغابات والتي جاءت ببيانها وعقابها هذه المجلة ولا يمكن المصالحة بعد صدور الحكم النهائي إلا في العقوبات المالية والتعويضات المدنية" كما اقتضى الفصل 177 من نفس المجلة أنه يطبق على المخالفات المتعلقة بالصيد البري أحكام الفصل 131 المذكور أعلاه.

[50] أمال بن الأمين، الصلح في المادة الجزائية، رسالة تخرج من المعهد الأعلى للقضاء، 1991.

كما رتب القانون المؤرخ في 03 ديسمبر 1983 المتعلق بالقانون الأساسي للحرفيين عقوبات جزائية تتمثل في خطايا مالية إلا أن هذا القانون قد مكن وزير السياحة والصناعات التقليدية من سلطة تقديرية هامة ذلك لأن لهذا الأخير بمناسبة المحاضر التي تحال عليه الإذن بإجراء صلح أو توجيه ملف إلى المحكمة ذات النظر.

2- النظام القانوني للصلح

يثير النظام القانوني للصلح مع الإدارة العديد من الإشكالات تتعلق أساسا بإجراءات إبرام الصلح وبآثاره القانونية.

* إجراءات إبرام الصلح

تتميز إجراءات الصلح بالتعقيد الناتج أساسا على الطابع الاستثنائي والميدان الضيق لهذه المؤسسة كما تتميز هذه الأخيرة بطابعها الخاص إذ تجمع بين الإجراءات المدنية والجزائية والإدارية أيضا. ولدراسة إجراءات إبرام الصلح لا بد لنا من تحديد أطرافه والشكليات المتبعة بشأنه.

* أطراف الصلح

يتم إبرام الصلح في المخالفات التي نص القانون على فضها بهذه الوسيلة بين الإدارة والمخالف. فبالنسبة للإدارة يبقى إبرام الصلح في جانبها ضمن سلطتها التقديرية المطلقة فهو إمكانية يمكن أن ترى الإدارة عرضها على المخالف الذي لا يمكنه جبرها على إبرامه حتى ولو توفرت كل الشروط الموضوعية. إلا أنه إذا قبلت الإدارة مبدأ الصلح فإنه لا بد لصحته من أن يقع إبرامه من طرف ممثل عن الدولة له الأهلية اللازمة لاتخاذ مثل هذا الإجراء. ونلاحظ من خلال القوانين التي تقر بمبدأ الصلح اعتمادها لنظام المركزية فيما يتعلق بتحديد السلطة المختصة بإبرام الصلح وهو اختيار لا يخلو من العديد من السلبيات لذلك وقع حل هذه الصعوبة على المستوى التطبيقي عن طريق نظام التفويض الإداري إلا أن هذا النظام أيضا يبقى ذا مفعول محدود كما أنه يوسع من صلاحيات الإدارة في فض النزاعات بالصلح فيصبح اللجوء إلى المحاكم الجزائية استثنائيا

ولعل ذلك ما يدفع بعض القوانين إلى الحد من سلطة الإدارة فنقلوا تلك السلطة إلى المؤسسات القضائية وفي هذا المجال نشير إلى القانون الفرنسي المؤرخ في 09 جويلية 1965 المتعلق بالمخالفات الاقتصادية فقد نص هذا القانون على أنه تقع إحالة المحاضر وجوبا إلى وكيل الجمهورية مضمنة باقتراح الإدارة حول مدى إمكانية إجراء الصلح من عدمه في حين يبقى القرار نهائي بيد النيابة العمومية التي يمكنها رفض مبدأ التصالح بين الطرفين وإحالة المتهم المخالف على الجهة الإدارية المختصة وقد اقترح بعض شراح القانون في تونس اعتماد هذا الإجراء وذلك للحد من تعسف الإدارة[51].

أما بالنسبة للمنتفع بالصلح فينبغي ان يكون الفاعل الأصلي للجريمة والمشارك دون بقية الأشخاص الذين يشملهم التتبع الجزائي كما أن المنتفع ينبغي أن يكون أهلا لإبرام الصلح باعتبار أن دفع معين الصلح هو من قبيل التصرفات القانونية.

*** شكليات الصلح**

تختلف شكليات الصلح باختلاف المواد القانونية كما تتميز بالتشعب والتغير وهذا ناتج عن عدم تدخل المشرع لتحديدها وضبطها وأمام هذا الفراغ التشريعي وجدت الإدارة المجال واسعا لضبطها بنفسها عن طريق قرارات وزارية أو مناشير وتراتيب داخلية. وقد اعتبر فقه القضاء هذه الشكليات أمرا ضروريا.

وتتمثل هذه الشكليات عموما في عرض الصلح والتحضير له وتحرير كتبه. فعندما ترتكب المخالفة فإن الإدارة المعنية تعرض الصلح على المخالف إما بطلب من هذا الأخير أو بمحض إرادتها ويمكن أن يتم عرض الصلح مشافهة أو كتابة فمن القوانين ما تشترط أن يقع تحرير مطلب يضمنه المخالف اعترافه بارتكابه للجريمة كما أنه من الضروري توجيه المطلب للسلطة المختصة وأن يكون المطلب مؤرخ وممضي من طرف المخالف. إذا قبلت الإدارة إجراء الصلح من الناحية المبدئية فإنها تقوم بالبحث عن مدى

[51] آمال بن الأمين، مرجع سابق، ص. 23.

خطورة الجريمة وفي مدى حسن نية المخالف وتقدير مبلغ الصلح إلا أن معين الصلح هذا غير خاضع لمطلق سلطة الإدارة إذ لا ينبغي تجاوز المبلغ المحدد من طرف المشرع في شكل الحد الأقصى للخطية وإلا عد ذلك تجاوزا للسلطة. وإذا تم الاتفاق بين الطرفين فإنه يقع تحرير محضر صلح يتضمن إمضاءات الطرفين وبقية الشكليات الضرورية التي تختلف باختلاف المواد.

غير أنه توجد بعض الشكليات الخاصة ببعض المواد فالمجلة الديوانية مثلا تبنت شكليات خاصة كالالتزام بدفع مقابل إيقاف التتبعات وهو إجراء يتمثل في اعتراف المتهم بالجريمة والذي يضمنه بمطلب لإيقاف النزاع إداريا بدون أي تتبع عدلي. وفي هذه الحالة يلتزم بالاعتماد على الضمان المالي يدفع أي مبلغ تقدره الإدارة في نطاق العقوبات المقررة قانونا. ويمكن أن تكون المصالحة في إطار هذا القانون وقتية وهي مجرد مشروع مصالحة وإعداده من طرف سلطة غير مختصة أو نهائية تعدها السلطة المخول لها قانون إبرام الصلح.

*** الآثار القانونية للصلح**

ينتج الصلح المبرم برغبة من الإدارة حسم للنزاع الجزائي العديد من الآثار القانونية سواء في العلاقة بين الإدارة والمخالف أو تجاه الغير.

*** آثار الصلح في العلاقة بين الإدارة والمخالف**

تختلف آثار الصلح في هذا المجال بين صورتين: صورة إبرام صلح قبل صيرورة الحكم الجزائي باتا وصورة إبرام صلح بعد صدور ذلك الحكم.

فإذا تم إبرام صلح قبل صدور حكم بات فإن ذلك الصلح تنقرض به الدعوى العمومية وتمحى به الجريمة وهذا ما أكده فقه القضاء التونسي[52]. إلا أن هذا الأثر لا يكون عاملا إلا إذا نفذ المخالف كل

[52]قرار تعقيبي جزائي عدد 2563 مؤرخ في 27 نوفمبر 1978، النشرية، القسم الجزائي، عدد 1 لسنة 1978، ص. 100.

الشروط الواردة باتفاق الصلح. ويشمل الصلح في هذه الصورة العقوبات المالية والبدنية على حد السواء. وإذا تم الصلح قبل إثارة الدعوى العمومية فإنه ينبغي على ممثل النيابة العمومية الامتناع عن ممارسة الدعوى العمومية أما إذا وقع بعد إثارة هذه الأخيرة فيجب عليه إيقاف التتبع. وإذا كانت القضية لدى قلم التحقيق فإنه على هذا الأخير أن يحرر قراره بالحفظ لانقراض الدعوى العمومية بموجب الصلح وإذا كانت القضية منشورة أمام المحكمة الجزائية تحكم بانقراض الدعوى العمومية أيضا بموجب الصلح وبترك سبيل المتهم إن كان موقوفا. وإذا كانت القضية الجزائية في طورها التعقيبي فإن محكمة التعقيب تقتضي بالنقض بدون إحالة ولا يمكن تبعا لذلك تنفيذ الحكم الابتدائي القاضي بالإدانة ذلك أن الحكم الجزائي في هذه الصورة لا يصبح باتا حسب فقه القضاء التونسي إلا بعد البت فيه من قبل محكمة التعقيب. وإذا تجاهلت محكمة الموضوع الصلح وقضت بالعقاب وأصبح الحكم باتا دون أن يقع إثارة انقراض الدعوى العمومية بموجب الصلح أمام محكمة التعقيب فإن مثل ذلك الحكم يكون قابلا للطعن من طرف وكيل الدولة العام لفائدة القانون دون أن يمس بحقوق الغير المكتسبة[53].

أما إذا لم يقم المخالف بتنفيذ ما ورد بكتب الصلح فإن ذلك يعد سببا لاستئناف التتبعات الجزائية ضده ذلك أن فقه القضاء التونسي يشترط لانقراض الدعوى العمومية أن يتم فعلا تنفيذ بنود الصلح فـ "الحجة المقدمة من طرف المتهم والقاضية بموافقة إدارة القمارق على إبرام الصلح بشروط معينة لا تكفي لقيام الصلح إلا بعد تقديم ما يفيد تسدي معلوم الخطية الصلحية الذي يتوقف عليه إتمام الصلح وصيرورته نهائيا حسب صريح الفصل الثالث من تلك المجلة مما يجعل إدانة المتهم متجهة واقعا وقانونا"[54].

---

[53] أمال بن الأمين، مرجع سابق، ص. 32.

[54] قرار تعقيبي جزائي عدد 744 مؤرخ في 26 فيفري 1977، النشرية، القسم الجزائي، عدد 1، 1977، ص 194.

إن صدور حكم جزائي بات يقلل من أهمية الصلح إذ يضيق ميدانه ليقتصر على العقوبات المالية دون العقوبات السالبة للحرية وهذا ما أقرته أغلب القانونية المتعلقة بهذه المادة.

*** آثار الصلح تجاه الغير**

إن الصلح لا ينتفع به إلا المتهم الذي أجراه مع الإدارة القائمة بالتتبع ولا يشمل غيره من الأشخاص المتهمين معه في القضية والذين لم يتصالحوا مع الإدارة[55]. ذلك أنه من المبادئ القانونية الثابتة أن الصلح عقد لا ينسحب إلا على طرفيه على حد عبارة محكمة التعقيب غير أن القانون التونسي قد أدخل استثناءات على هذا المبدأ ففي المادة الاقتصادية يمكن للمشاركين والمسؤولين مدنيا الانتفاع بالصلح المبرم مع أحد الفاعلين. كما أن فقه القضاء الفرنسي قد أورد بعض الاستثناءات على المبدأ المذكور فاعتبر أن الصلح ينتفع به الغير وذلك إذا كان مرتكب الجريمة متصرف فضولي لفائدة غير يشمله التتبع الجزائي[56] كما أن الصلح ينتفع به الكفيل المسؤول المدني سواء تم الصلح قبل الحكم أو بعده[57].

[55] قرار تعقيبي جزائي عدد 3373 مؤرخ في 26 جوان 1965، النشرية، القسم الجزائي، عدد 1 لسنة 1965.

[56] Req. 3 décembre 1906, Dalloz périodique, 1908, p. 34.

[57] Crim 11/3/1959, Bull.crim, n°167.

أثر التحكيم في عقود الإستثمار الدولي

الدكتـور: حسيـــن فريجـــه
أستاذ محاضر-جامعة المسيلة
مستشار بالمحكمة العليا ومجلس الدولة

مقـدمـــة

إن الاستثمار يتطلب فهم معانيه في ظل ما يسمى بعصر العولمة، فنشـاطات الاسـتثمار الدوليـة المتعلقـة بحركـة رؤوس الأمـوال والبضائع والخدمات والأشخاص عبر الحدود الوطنية لدول مختلفـة، وهذا على عكس الاستثمار الوطني حيث يكون المستثمر علـى معرفـة بالقوانين، فإن المستثمر الأجنبي لا يكون مطلعا بشـكل كامـل علـى هذه القوانين. وعادة مـا يتخـذ الاسـتثمار الأجنبـي شـكل الاسـتثمار المباشر(F.D.I) والذي يعتبر أساس العولمة أو يتخذ شكل الاسـتثمار غير المباشر (Portfolio).

وكثيـرا مـا تثـور نزاعـات الاسـتثمار بـين الـدول المضـيفة والمستثمرين الأجانب مما يتم الالتجاء إلى التحكـيم بوصـفه وسـيلة ودية لفض النزاعات.

وهكذا أصبحت الدول تلجأ إلى إدراج شرط التحكـيم فـي مجـال عقـود الاسـتثمار وفـي غيـاب تشـريعات وطنيـة خاصـة بالاسـتثمار وباستغلال الموارد الطبيعية درج أطـراف عقـود الامتيـاز البتروليـة وعقود الأشغال العامة على قبول شرط التحكيم .

وسنحاول أن نتعرض إلـى العلاقـة التـي تقـوم بـين المسـتثمر الأجنبـي والدولـة المضـيفة، والخصوصـية التـي تتمتـع بهـا عقـود الاستثمار بكونها تبرم بين طرف عـام يتمثـل فـي الدولـة أو إحـدى المؤسسات أو الهيئات العامة التابعة لها، وطرف خاص أجنبي، ومن ثم فإن المشكلة الأساسية التي تـلازم هـذه العقـود تتمثـل فـي كيفيـة التوفيق بين الأهداف العامة التي تسـعى الدولـة المضـيفة لتحقيقهـا والمصالح والأهداف التي ينشدها المستثمر الأجنبي.

يهدف هذا الموضوع إلى توضيح منازعات عقود الاستثمار وعلاقته بالتحكيم كأسلوب لحل المنازعات بحيث أن منازعات الاستثمار الأجنبي تنشأ لأسباب مختلفة، فإن كان مشروع المستثمر الأجنبي يحقق منافع اقتصادية للدولة المضيفة فإنها تحاول الحفاظ على جميع مكاسب المشروع وإذا كان سلبيا بحيث تنشأ تغيرات في النتائج والتقديرات المرجوة من الاستثمار الأجنبي وهنا تثور منازعات نتيجة التغيرات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي قد ينتج عنها تضارب في المصالح تؤدي إلى تدخلات إدارية في الاستثمارات الأمر الذي قد يؤدي بدوره حتما إلى نشوء المنازعات كأن تهدف الدولة إلى حماية البيئة أو مصالحها الاقتصادية وبطبيعة الحال فإن تدخل الإدارة في بعض القطاعات من أجل حماية مصالحها قد يؤدي بدوره حتما إلى نشوء منازعات وقد تفشل الاستثمارات الأجنبية نتيجة وقوع ضغوط خارجية أو اختلافات.

وأمام هذا كله فإنه كان لابد من إيجاد وسائل محايدة وفعالة لتسوية المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود بما يتلاءم مع طبيعتها ومن هذه الوسائل نتناول التحكيم.

أهداف التحكيم في عقود الاستثمار

تعددت الوسائل التي من الممكن أن يلجأ إليها الأطراف في عقود الاستثمار لتسوية منازعاتهم الناشئة عنها فقد ظلت هناك خاصية ثابتة لهذه العقود وهي تتعلق على وجه الدقة بالتحكيم كطريقة مقبولة لحل المنازعات.[1] ويعتبر التحكيم الأسلوب الأمثل لحل المنازعات التي تثيرها العلاقات التي تدخل الدولة طرفا فيها.[2] بحيث

[1] د بشار محمد الأسعد، الفعالية الدولية للتحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية، - دراسة في ضوء أحكام التحكيم والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، منشورات الحلبي الحقوقية – الطبعة الأولى، بيروت 2009 ص10.

[2] أخذ المشرع الجزائري لتحديد دولية التحكيم بمعيارين:1- المعيار الاقتصادي، لأن التحكيم يتعلق بخلافات ناتجة عن عقود الاستثمار في إطار العلاقات بين الدول.2- المعيار القانوني : نص القانون الجزائري في المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بموجب القانون 09/08 بتاريخ 1 أفريل 2008 على أن تتم إتفاقية التحكيم في وثيقة مكتوبة أو أية وسيلة أخرى تجيز الإثبات كالتوقيع الإلكتروني أو الاتصال السريع عن طريق الفاكس، ... إلخ .

أن وجود الدولة في العقد يجعل المستثمر في حاجة إلى ضمانات قضائية لحماية استثماراته ، وعادة ما يرتاح المستثمر إلى قضاء التحكيم الذي أصبح القضاء الطبيعي في هذا المجال .إذ أن التحكيم[3] في منازعات الاستثمار يتسم بخصوصية تميزه عن التحكيم في المنازعات الأخرى.

ولقد ارتأيت أن أتناول هذه الدراسة في المباحث التالية :

المبحث الأول: التحكيم وعقود الاستثمار الدولي

المبحث الثاني: خصائص التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولي

المبحث الثالث: المشاكل التي تواجه التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولي

المبحث الأول : التحكيم وعقود الاستثمار الدولي

يتسم التحكيم في منازعات عقود الاستثمار بخصوصية تميزه عن الوسائل البديلة الأخرى لفض المنازعات كالوساطة والتوفيق. بحيث يمثل ملاذا لحسم المنازعات وذلك بسبب اتفاق الأطراف على مؤسسات التحكيم التي باتت منتشرة وبسبب التخصص الفني والمالي المتوفر لهذه الهيئات مما يجعلها أقدر على فهم مسائل النزاع المعروض عليها والفصل فيها.[4] وخاصة إذا كان الأمر يتعلق بعقود الاستثمار.

وعلى هذا فإنه من الضروري لاستيعاب فكرة التحكيم في منازعات عقود الاستثمار أن نتعرض إلى المبررات التي جعلت منه الوسيلة الطبيعية لحسم المنازعات، وكذلك خصائص التحكيم في

---

[3] التحكيم هو نظام لفض المنازعات ينظمه القانون ويترك لأطراف النزاع الحق في الاتفاق على إخراج منازعاتهم الخاصة والمستقبلية من ولاية قضاء الدولة وطرحها على أشخاص يختارونهم بأنفسهم للفصل في هذه المنازعات بحكم ملزم. وقد اهتمت التشريعات الحديثة بالتحكيم مع تشابك العلاقات الاقتصادية وانتقال رؤوس الأموال والاستثمارات الاقتصادية بين دول العالم، بحيث بات وسيلة مقنعة من وجهة نظر الاستثمار الأجنبي لتسوية وفض منازعاته.

[4] هاني محمد اليولماني، الآليات والوسائل البديلة لحسم منازعات العقود التجارية – مداخلة ورشة العمل الوطنية الثانية لمناقشة مسودة التقرير الوطني الخاص بانفاذ العقود التجارية، واسترداد الديون في الجمهورية اليمنية (صنعاء)، 20 ديسمبر 2009.

تسوية هذه المنازعات، والمشاكل التي يثيرها التحكيم في منازعات عقود الاستثمار.

المطلب الأول: مبررات التحكيم في عقود الاستثمار الدولي

يلعب التحكيم دورا فعالا في فض المنازعات التي تثيرها عقود الاستثمار إلى درجة أن البعض يرى فيه أمرا حتميا.[5] وهو القضاء الطبيعي في هذا المجال.[6] حيث يلجأ الأطراف في عقود الاستثمار إلى التحكيم في حل منازعاتهم، ويعود ذلك إلى أسباب منها ما يتعلق بما يتمتع به التحكيم من مزايا تتناسب مع طبيعة عقود الاستثمار، ومنها ما يتصل بمخاوف المستثمرين الأجانب من اللجوء إلى قضاء الدولة المضيفة للاستثمار، كما يتعلق التحكيم بكونه ضمانة لاجتذاب الاستثمار الأجنبي. وهذا ما سنتعرض له في الفروع التالية:

الفرع الأول: مزايا التحكيم تتماشى مع طبيعة منازعات عقود الاستثمار الدولي

تتميز عقود الاستثمار بطبيعة ناتجة عن أطراف هذه العقود، وهم الدولة من ناحية والمستثمر الأجنبي والعملية موضوع العقد، حيث أن العقد يتعلق بمشروع يكلف أموالا باهضة ويتطلب خبرات عالية، وعلى هذا فإن التحكيم يمثل المجال الخصب لفض المنازعات التي قد تثور في هذا المجال، وتتميز هذه المزايا فيما يلي:

1-سرعة الإجراءات للفصل في النزاع

يتميز التحكيم بمرونة تؤدي إلى توفير الكثير من الوقت، بحيث أن هذه السرعة لا تتوافر في النظم التقليدية التي تتنافى مع سرعة الفصل وبالتالي تبقى الاستثمارات والمبالغ النقدية الكبيرة مجمدة في انتظار صدور حكم القضاء، ومن ثم تكون الخسارة نتيجة

---

[5] د. حفيظة الحداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2001 ص 5.

[6] د. عكاشة محمد عبد العال، الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية، بحث مقدم إلى مؤتمر آفاق وضمانات الاستثمارات العربية – الأوربية في بيروت من 13 – 15 فيفري 2001 – منشور في : (آفاق وضمانات الاستثمارات العربية الأوربية)، إعداد مركز الدراسات العربي – ط 1، 2001 ص 58.

تعطل تلك المبالغ التي تنتظر حتى يتم الفصل في النزاع المتعلق بها.[7]

فالأطراف في عقود الاستثمار تحبذ التحكيم لما يقدمه من سرعة بالفصل في المنازعة المعروضة في زمن معين فقوانين التحكيم تحدد مدة لا يتجاوزها المحكم عند إصداره قراره في النزاع المعروض عليه.[8] كما أن حكم التحكيم يتمتع بحجية الشيء المقضي فيه، مع مراعاة أن الطعن لا يوقف تنفيذ حكم التحكيم كأصل عام.[9] كما أن سرعة تسوية المنازعات هي سمات تتميز بها عقود الاستثمار.[10]

2-سرية التحكيم

من أهم المزايا التي تجذب المحتكمين في عقود الاستثمار الدولية هي سرية الإجراءات، حقيقة أن مبدأ العلانية يعد من أسس التقاضي العادية ومن ضمانات تحقيق العدالة إلا أنها قد تمس بعقود الاستثمار إذا كان من شأنها إذاعة أسرار صناعية أو تكنولوجية أو اتفاقات خاصة يحرصون على إبقائها سرية.[11]

والواقع أن طابع السرية وبخاصة في عقود الاستثمار الدولية مثل عقود التنقيب وعقود الأشغال العامة تقتضي مصالح أطرافها عدم الإعلان عن عقودهم، الأمر الذي يفسر ندرة الأحكام الصادرة والمنشورة مما يعوق الجانب العملي للدراسات النظرية في التحكيم.

3-حرية المحتكمين في ظل التحكيم

المنازعات في مجال عقود الاستثمار الدولية كثيرا ما تثير صعوبات قانونية، الأمر الذي يثير قلق المتعاملين، ولعل في مقدمة

---

[7] Paulsson (J): Arbitration without privity, I C S I D Review- F.I.L.J, Vol 10, N°2, 1995, p 05.

[8] د. إبراهيم أحمد إبراهيم، اختيار طريق التحكيم ومفهومه في إطار " مركز حقوق عين شمس للتحكيم " مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد السابع، جويلية 2001، ص 127، د.خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ،2008 ص 250.

[9] د . حفيظة الحداد، مرجع سابق، 19.

[10] د . مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى، بيروت 2005، ص 43.

[11] د. عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، منشأة المعارف الإسكندرية 1999 ص21، د. خالد ممدوح إبراهيم مرجع سابق ص 252.

هذه الصعوبات تعيين القانون الواجب التطبيق على منازعات هذه العقود والمحكمة المختصة، كما توجد اتفاقيات دولية تعين القانون واجب التطبيق، لذلك فإن التحكيم هو وسيلة مناسبة للخصوم تمكنهم من اختيار مكان التحكيم وزمانه. [12]

4-التحكيم يتطلب تخصصا

التحكيم في مجال عقود الاستثمار الدولية يتطلب معرفة وخبرة قانونية متخصصة لتسوية منازعات الاستثمار، لأن فض هذه المنازعات يتطلب معارف اقتصادية وخبرة تتلاءم مع توسع مجالات الاستثمار الأجنبي، حيث يكون المحكمون يتمتعون بكفاءة علمية وقانونية وخبرة تجعلهم يمتازون بالإحاطة بأعراف وعادات العقود محل النزاع، وكذلك اللغات التي تحرر بها العقود وتجري بها المراسلات بين الأطراف في عقود الاستثمار.

5-حياد وعدالة التحكيم

يمتاز التحكيم بعدم خضوعه لأية جهة رسمية، فضلا عن عدم خضوعه لأي قانون غير الذي يختاره المحتكمون، وهذا بعكس القضاة في المحاكم الذين يجب أن يلتزموا بنصوص القانون الذي يتبعونه.

فالتحكيم أكثر قدرة على تحقيق العدالة وهو الهدف الذي يجب أن يسعى إليه المحكم للوصول إلى حكم عادل.[13] كما أن التحكيم من شأنه أن يحقق عدالة يهدف إليها الأطراف ولعل ما يساعد على ذلك هو أن الأطراف هم الذين يختارون المحكمين.[14] ونوع التحكيم الذي يرغبون في اتباعه سواء أكان تحكيم مؤسسي أو تحكيم حر، تحكيم بالقانون أو تحكيم بالصلح.

---

[12] د. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 20.

[13] د . إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 9.

[14] Boisard (M.A): Settling Foreign Investment Disputes: Unitar Training Programmes on Foreign Economic Relations, UNITAR, Document No 04, Module VIII- Revised, 2001, p 07.

الفرع الثاني: تمسك المستثمر الأجنبي بالتحكيم

بما أن عقود الاستثمار تبرم بين طرفين غير متكافئين هما الدولة والمستثمر الأجنبي فإن قضاء الدولة لا يقبله المستثمر الأجنبي بسبب نظرته إليه أن لا يكون حيادي بصدد نظر النزاع.

لذلك يحرص المستثمر الأجنبي المتعاقد مع الدولة على إدراج شرط التحكيم لحل المنازعات التي تثيرها عقود الاستثمار، خوفا من استعمال الدولة لسيادتها عند نظر المنازعات في المحاكم.

حيث أن ما تتمتع به الدولة من استقلال وسيادة يجعل من الصعوبة الفصل في المنازعات التي تكون طرفا فيها أمام القضاء الوطني دون إهدار الحقوق الخاصة بالمستثمر من أجل تحقيق اعتبارات سياسية واقتصادية لفائدتها على حساب المستثمر الأجنبي.

لذلك يحرص المستثمر الأجنبي على إدراج شرط التحكيم لعدم ثقته بنزاهة وعدالة قضاء الدولة المضيفة. فالقضاء الداخلي للدولة المضيفة وأيا كانت المزايا التي يتمتع بها من استقلال وحياد عن الدولة ذاتها فإنه في نهاية الأمر قضاء غير محايد بالنسبة للمنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها مع متعاقد أجنبي وتكون ناشئة عن عقد متصل بالمصالح الاقتصادية أو الاجتماعية بسيادة الدولة.[15]

لذلك نجد المستثمر الأجنبي حريص على إدراج شرط التحكيم في عقده الاستثماري مع الدولة المضيفة ولو على حساب عدم إتمام العقد.

لكن المشكلة التي تثور أحيانا هو عندما يحكم قضاء الدولة المضيفة بعدم اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تكون الدولة طرفا فيها. [16]ففي فرنسا اشترط المستثمر الأمريكي حتى يمكنه الموافقة

---

[15] يقوم التحكيم على مبدأ سلطان الإرادة، بمعنى أن اللجوء إليه يتم باختيار طرفي النزاع، وبمحض إرادتهما الحرة وغالبا ما يلجأ المستثمر في عقد الاستثمار إلى التحكيم المؤسسي باعتباره يملك إمكانات علمية وفنية ومادية مثل نظام هيئة التحكيم لغرفة التجارة الدولية (ICC) الساري المفعول إبتداء من 1998/1/1 وهيئة التحكيم الأمريكية (A.A.A) أصبح ضير التنفيذ في 1992/5/1 ومحكمة لندن للتحكيم الدولي (أنظر د. مهند أحمد الصانوري، مرجع سابق ص 46 وما بعدها).

[16] د. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 22.

على الاستثمار الذي يجري بضواحي باريس أن تحال المنازعات المتعلقة بهذا الاستثمار إلى التحكيم. غير أن المشكلة التي اعترضت الحكومة الفرنسية هو رأي مجلس الدولة في شأن العقود المرتبطة بمصالح التجارة الدولية هو عدم اللجوء إلى التحكيم في العقود التي تكون الدولة طرفا فيها نزولا على ما يفرضه الحفاظ على السيادة الفرنسية. ورغم تأخر توقيع العقد فإن فرنسا قبلت بشرط التحكيم.[17] كما أن القانون الجزائري نص على أنه:" لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية". [18]

الفرع الثالث: التحكيم وسيلة لتشجيع وحماية الاستثمار الدولي

لكي يثق المستثمر، لابد من توفر حماية كافية لتأمين استثماراته، فرأس المال جبان يحتاج إلى الأمان والمستثمر قلق وخائف ويحتاج إلى طمأنته فتشجيع الاستثمارات الأجنبية يحتاج إلى ضمانات يرتاح معها المستثمر وينزع القلق عن نفسه.[19] ذلك أن عقود الاستثمار الدولية غالبا ما تربط دولة معينة بمستثمر أجنبي لا يثق في قضاء الدولة المتعاقدة، حيث يسهل أن يتأثر القاضي بالدوافع الوطنية التي تخالف مصالح المستثمر، كما أن القوانين في الدول النامية سهلة التعديل والإلغاء وتتسم بعدم الاستقرار.[20]

فتشجيع الاستثمار الأجنبي يحتاج إلى ضمانات لحماية استثماراته، ومن هذه الضمانات قضاء التحكيم الذي من شأنه أن يبدد مخاوف المستثمرين الأجانب ومن هنا يبدو التفاعل والوصل بين التحكيم وتدفقات رؤوس الأموال. فقد صار التحكيم أحد وسائل حماية الاستثمار الأجنبي كضمانة يؤمن ويحمي الاستثمارات.[21] وحرصا من

---

[17] د. عبد الحميد الأحدب : آليات فض النزاعات من خلال الاتفاقيات الاستثمارية العربية الأوروبية، بحث مقدم إلى مؤتمر آفاق وضمانات الاستثمارات العربية – الأوروبية – مركز الدراسات العربي الأوروبي – بيروت 13 – 2001/2/15 منشور ضمن مؤلف (آفاق وضمانات الاستثمارات العربية الأوروبية) إعداد مركز الدراسات العربي – الأوروبي، الطبعة الأولى، 2001، ص 73 .

[18] المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

[19] د. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 23.

[20] هاني محمد البوعاني، مرجع سابق، ص 11.

[21] د. عكاشة محمد عبد العال، الضمانات القانونية لحماية الاستثمارات الأجنبية، مرجع سابق، ص 59 .

الدول، وخاصة منها الدول النامية، على جلب الاستثمارات الأجنبية، فقد أقرت التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار.

وفي هذا الاتجاه فقد جاء قانون الاستثمار في دولة الإمارات العربية المتحدة ليكرس مبدأ التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، حيث نص عليه من المادة 203 إلى 218 من قانون الإجراءات المدنية. كما اعتمد المشرع الجزائري أيضا التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في عقود الاستثمار وعلى هذا الأساس فإن الدول لجأت إلى جذب الاستثمارات الأجنبية وذلك بجواز إلى مبدأ عرض منازعات الاستثمار على جهاز يثق المستثمر في حياده مثل أجهزة التحكيم في إطار ما يقع الاتفاق عليه مع المستثمر أو في إطار الاتفاقيات الدولية.[22]

المبحث الثاني: خصائص التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولي

إن التحكيم في منازعات عقود الاستثمار يتسم بخصوصية تميزه عن التحكيم في سائر المنازعات، نظرا لاختلاف نوعية المشاكل التي يجب على هيئات التحكيم التصدي لها، والتي تتمثل حقيقة أن أحد الأطراف هو شخص عام يتعامل مع شخص خاص وأن موضوع هذه العقود يتمثل في تحقيق التنمية لموارد الدولة المضيفة. لذلك فإنه يتعين في تحكيم منازعات عقود الاستثمار اختيار نوع التحكيم، وكذلك اختيار المحكمين الذي تتوافر فيهم الخبرة الفنية والتكوين للفصل في مثل هذه المنازعات، والمحافظة على سرية إجراءات التحكيم في هذه العقود.

المطلب الأول: التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي

التحكيم وسيلة خاصة لحسم المنازعات تعتمد على اتفاق الأطراف، وأمام هذا الطابع التعاقدي للتحكيم فإنه يمكن للأطراف عند الموافقة على اللجوء إليه لتسوية منازعاتهم الاتفاق على أن يستقلوا في إدارة العملية التحكيمية وهو ما يسمى (التحكيم الخاص)

[22] د . عبد الحميد الأحدب: آليات فض النزاعات من خلال الاتفاقيات الاستثمارية العربية – الأوروبية، مرجع سابق، ص 72.

أو مؤسسة تحكيمية دائمة تتولى إدارة هذه العملية وهو ما يسمى (التحكيم المؤسسي).

وأمام خصوصية منازعات الاستثمار فإن التساؤل الذي يمكن طرحه: هل من الأحسن تسوية منازعات الاستثمار عن طريق اللجوء إلى التحكيم الخاص،[23] أو المؤسسي ؟

الفرع الأول: التحكيم الخاص

ويسمى التحكيم الحر[24] وهذا النوع من التحكيم يحدد فيه أطراف النزاع المواعيد والمهل ويعينون المحكمين ويقومون بعزلهم أو ردهم وتحديد القواعد والإجراءات الخاصة بهم أو الإحالة إلى قواعد تحكيم توضع لأجل هذا الغرض، كما هو الحال في قواعد تحكيم لجنة الأمم المتحدة لعام 1976. [25]

والتحكيم الخاص هو تحكيم أعد لحالة خاصة بذاتها من حيث تشكيل هيئة التحكيم أو من حيث القواعد والإجراءات.[26] وكمثال على اللجوء إلى التحكيم الخاص في اتفاقيات تحكيم منازعات عقود الاستثمار في العقد المبرم بتاريخ 1994/11/18 بين الحكومة اللبنانية وبعض الشركات الفرنسية الخاصة من أجل تنفيذ ما يسمى "الأوتوستراد العربي" من أجل فض هذه المنازعات يكون خاضعا للتحكيم وفقا للشروط، على أن يحصل التحكيم في بيروت باللغة الفرنسية.[27]

وتوجد بعض المؤسسات تذهب بسهولة إلى تحكيم مراكز التحكيم، ولكن بعض المؤسسات الإدارية كالوزارات لا تقبل إلا

---

[23] د . فادر محمد محمد إبراهيم " دراسة حول ماهية وتطبيق الأعراف التجارية الدولية وسوابق التحكيم في إطار واقع التحكيم الاقتصادي الدولي وأهم الأنظمة القانونية المفصلة به "، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2002، ص 50 .

[24] أنظر استخدام هذا المصطلح، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 122.

[25] هذه القواعد منشورة على شبكة الانترنت:http://www.jus.uio.no/lm/un.arbitration.rules.1976/doc.html

[26] د. خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2008، ص 27.

[27] د. محي الدين القيسي، العقود الإدارية وخصائصها وإمكانية التحكيم فيها دعما للاستثمار الدولي في ضوء القانون الجديد في منازعات العقود الإدارية في لبنان، التحكيم العربي في آفاق الألفية الثالثة، سلسلة إصدارات المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، الطبعة الأولى، 2003، ص 104.

التحكيم الذي تساهم في تنظيمه وتشكيل محكمته بحيث يختار محكميه ويختار هو وخصمه المحكم الثالث بحيث إذا لم يتوصل هو وخصمه إلى هذا الخيار يوقف التحكيم. وينظم هو وخصمه إجراءات التحكيم وتتولى المحكمة التحكيمية حل المنازعات في عقود الاستثمار، من هنا فإن تحكيم مراكز التحكيم"Institutional" وتحكيم المحكمة التحكيمية التي ينشئها الأطراف خصيصا لحل النزاع"Adhoc" ويسمى تحكيم الحالات الخاصة كلاهما له مكانته ومنازعاته. ويمكن القول أن تحكيم الحالات الخاصة هو تحكيم على القياس، وتحكيم مراكز التحكيم هو تحكيم جاهز في مقاييسه ومعاييره. [28]

الفرع الثاني: التحكيم المؤسسي "Insitutional Arbitration"

التحكيم المؤسسي[29]أو تحكيم هيئات التحكيم الدائمة، هو أن يختار الأطراف إدارة إجراءات التحكيم وفقا لقواعد تحكيمية معينة بمساعدتها، وتكون أمام تحكيم مؤسسي: متى جرى في ظل منظمة لم تكتف بوضع لائحتها وقواعدها التنظيمية أو وضع دورها ومكاتبها وخدماتها الإدارية تحت تصرف أطراف النزاع بل احتفظت لنفسها باختصاص معين في تطبيق لائحتها المذكورة، ولا يهم أن تكون المنظمة تتناول مهمة النظر في النزاع.[30] ويجب على الأطراف الاتفاق صراحة على المؤسسة التحكيمية التي يتم اللجوء إليها وقد ازداد عدد المؤسسات الدائمة بعد أن أصبح التحكيم من أكثر الوسائل قبولا في حسم منازعات عقود الاستثمار وخاصة بعد إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.[31]

---

[28] أحمد يوسف خلاوي، ورقة عمل مقدمة لورشة العمل التي تنظمها الهيئة العامة للتمليك والاستثمار لمناقشة مواضيع المتعقدة بصالة غرفة التجارة والصناعة بمدينة طرابلس يوم 2009/12/8.

[29] أنظر استخدام هذا المصطلح: د. إبراهيم أحمد إبراهيم، اختيار طريق التحكيم ومفهومه في إطار "مركز حقوق عين شمس للتحكيم " مرجع سابق ص 122.

[30] د . ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية .

[31] تم التوقيع على اتفاقية إنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في 18 مارس 1965 وأصبحت هذه الاتفاقية نافذة بتاريخ 14 أكتوبر 1966.

ومن أمثلة تحكيم منازعات عقود الاستثمار التي تحيل إلى التحكيم المؤسسي، ما نص عليه اتفاق التحكيم الوارد في المادة 21 من عقد امتياز البحث عن البترول المبرم سنة 1987 بين الشركة الألمانية"Deutsch-schactbau" وشركة رأس الخيمة الوطنية للبترول"Rakoil" من أن :" جميع المنازعات التي تنشأ بخصوص تفسير هذه الاتفاقية أو تطبيقها ستتم تسويتها بموجب قواعد التوفيق والتحكيم لغرفة التجارة الدولية وذلك من قبل ثلاثة محكمين يعينون بموجب هذه القواعد.[32]

وقد يتم إحالة النزاعات إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (ICSID) إذا اتفق الأطراف على ذلك. ويظهر بأن القضايا المفصول فيها عن طريق المركز هي أربع قضايا بأطراف عربية هي المغرب ومصر وتونس قد فصلت فيها بعد عرضها على المركز، أما القضايا التي لازالت منظورة أمامه حاليا بأطراف عربية وهي: المغرب ودولة الإمارات ومصر.

إن وضع التحكيم الدولي وتوظيفه في خدمة العلاقات الاقتصادية الدولية لا يجب أن يقتصر على تشجيع الاستثمار الأجنبي، وإنما يجب أن يتم من منظور المصلحة المتبادلة للطرفين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة وهو ما يقتضي الأخذ بعين الاعتبار الطبيعة الخاصة لمنازعات الاستثمار، وأمام التطورات الكبيرة للاستثمار وزيادة المنازعات فقد اتجهت المؤسسات التحكيمية الدائمة إلى تطوير قواعدها لمواكبة التطورات.[33] وقد زادت نسبة اللجوء إلى التحكيم المؤسسي[34]نظرا لما يحققه من مزايا كما يلي:

1- توجد قوائم بأسماء المحكمين لدى مؤسسات التحكيم الدائمة في مختلف التخصصات مما يمكنها من اختيار المحكم المناسب في الوقت المناسب إذا تعلق الأمر بمسألة تحتاج إلى خبرة خاصة.

---

[32] Y.B.Com.Arb.Vol 14, 1989, p 112.

[33] د . محمد أبو العينين، الخصائص المميزة في منازعات البترول والغاز، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي للطاقة (البترول والغاز) ووسائل حسم المنازعات الناتجة عنها 9 –10 مارس 2002 شرم الشيخ ص 3.

[34] د . خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 29.

2- إن التحكيم المؤسسي يلبي التوقعات المشروعة للأطراف في ظل سوابق التحكيم الصادرة تحت سلطة هيئة التحكيم.
3- إن التحكيم المؤسسي يضمن للمحكمين ممارسة اختصاصاتهم ويوفر لهم المساعدة الدائمة التي يحتاجونها، كما يساعد على تنفيذ حكم التحكيم لفائدة من صدر لصالحه.

المطلب الثاني: اختيار المحكمين في منازعات عقود الاستثمار

تتميز عقود الاستثمار الدولية بخصوصية ناتجة عن طبيعة هذه العقود والعملية محل العقد، إذ تثير هذه العقود مشاكل متعددة الأوجه منها القانونية ومنها الفنية لذلك فهي تتطلب في المحكم الذي يفصل في هذه المنازعات مؤهلات عالية.

فقد تتعلق منازعات هذه العقود بالبيئة أو بنقل التكنولوجيا، لذلك فإن هيئة التحكيم تتطلب أن تضم محام أو رجل قانون على دراية بأحكام القانون الدولي العام أو الخاص أو أحكام قانون البيئة أو أحكام عقود خاصة بنقل التكنولوجيا، حيث كثيرا ما يجد المحكم نفسه مطالبا بالبحث في الفروع المختلفة للقانون لتنوع المشاكل التي تثيرها عقود الاستثمار وما تتطلبه من دراية فنية بالغة التعقيد، كأن تتعلق بالنواحي الخاصة باستغلال الحقل أو معدل الإنتاج في عقود البترول. أو بمشاكل هندسية تتعلق بكفاءة المنشآت في عقود الأشغال، أو تقنيات المحاسبة المالية، ومن ثم يكون من اللازم أن تضم هيئة التحكيم خبراء ومهندسين.[35]

كما يجب توافر العنصر القانوني في تشكيل هيئة التحكيم بل من الأفضل أن يترأس هيئة التحكيم أحد رجال القانون حتى يضمن سلامة الإجراءات وسلامة حكم التحكيم من ناحية الإجراءات القانونية.

[35] د . محمد أبو العينين، الطبيعة الخاصة والمتميزة لصناعة التشييد والبناء وأثرها على وسائل حسم المنازعات، مجلة التحكيم العربي، العدد 5 سبتمبر 2002، ص 136.

وعلى هذا فإنه يجب عدم التسرع في وضع الشروط التي يجب توافرها في المحكمين في اتفاق التحكيم قبل قيام المنازعة، لكي يتسنى اختيار المحكمين ذوي الخبرة العالية والدراية الكاملة.

المطلب الثالث: ضرورة الالتزام بسرية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولي

يمثل الحفاظ على سرية إجراءات التحكيم مبدأ جوهريا، فميزة سرية التحكيم تعد عنصرا أساسيا وهذه الميزة هي التي تدفع المستثمرين إلى اختياره كوسيلة لحل المنازعات فالتحكيم يتميز بالسرية.

وتزداد أهمية التحكيم في منازعات عقود الاستثمار، لما يترتب على هذه العقود من آثار سياسية واقتصادية كبيرة تؤثر في مصالح الدول وكذلك الشركات الكبرى القائمة بالاستثمار، نظرا لحساسية المعلومات والوثائق والأسرار المتعلقة بهذه العقود.[36] لذلك نرى أطراف عقود الاستثمار تحاول الحفاظ على سريتها. وأن الالتزام بالسرية يقوم على طبيعة التحكيم باعتباره وسيلة خاصة لحسم المنازعات، وأنه عبارة عن التزام ضمني بين الأطراف، حيث تفرض أخلاقيات التحكيم على المحكم الالتزام بالسرية. ويعتبر عنصر السرية سببا من أهم الأسباب لاختيار المحكمين للتحكيم لتسوية منازعاتهم. وهذا ما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 18 فيفري 1986 بقولها:" يتماشى مع طبيعة التحكيم وإجراءاته ضمان سرية حل المنازعات ذات الطابع الخاص وهو ما يستجيب لأطراف المنازعة".[37]

ويتضح بأن سرية التحكيم تعتبر أمرا هاما في منازعات عقود الاستثمار، وهذا ما ذهبت إليه التشريعات الحديثة وضمنته قوانينها.[38]

---

[36] د . حفيظة الحداد، مرجع سابق، ص 22.

[37] Arrêt Cour d'appel- Paris-, 18/02/1986, Revue Arbitrage, 1986, p 583, note Flecheux.

[38] نصت المادة 1025 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن :"تكون مداولات المحكمين سرية".

المبحث الثالث: المشاكل التي تواجه التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولي

يصادف التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الكثير من المشاكل باعتبار أن أحد أطراف العقد وهو الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة يتمتع بوضع مميز يسعى للحفاظ عليه سواء قبل إجراءات التحقيق أو بعد صدور الحكم إذ أن وجود الدولة كأحد أطراف النزاع يصبغ عملية التحكيم بصبغة خاصة.[39] ويواجه التحكيم عدة مشاكل خاصة عندما تتمسك الدولة بحصانتها سواء في مواجهة القضاء أو في مواجهة حكم التحكيم الصادر في مواجهتها.

وتربط بعض التشريعات إعترافها بالحكم التحكيمي بشرط عدم خرقه للنظام العام الدولي والمقصود بالنظام العام الدولي، ليس النظام العام الوطني الذي لا يتم إلا في الحالات التي يكون فيها التحكيم وطنيا بحتا، وإنما المقصود به هو تلك الصورة المخففة من النظام الذي يتماشى مع مقتضيات المرونة التي تتسم بها التجارة الدولية.[40] سواء تعلق الأمر بالقواعد الموضوعية أو الإجرائية، وبذلك يقع على عاتق الجهة القضائية المكلفة بتنفيذ الحكم فحصه للتأكد من عدم خرق الهيئة التحكيمية قواعد ومبادئ النظام العام الدولي، ومن ثم الإعتراف به والأمر بتنفيذه أو رفض تنفيذه دون الامتداد لمراجعة الحكم.[41]

والدولة تنظر إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات وتفقد فيه حريتها وتقبل بقيود هي متحررة منها.

وسنتعرض في هذا المبحث إلى المشاكل التي قد يثيرها التحكيم في منازعات عقود الاستثمار من خلال المطلبين التاليين.

---

[39] Delaume (G.R), State Contracts and Transnational Arbitration, A.J.I.L, Vol 75, No 04, 1981, p686.

[40] د . حسين فريجه، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010 ، ص 485.

[41] حسين نوارة، تكريس التحكيم التجاري الدولي كضمان للاستثمارات الأجنبية، مداخلة ألقيت بالملتقى الوطني حول :" التحكيم الدولي في الجزائر، أيام 14-15 جوان 2006 جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية – الجزائر – 2006.

المطلب الأول: المشاكل الناتجة عن التحكيم في عقود الاستثمار الدولي

إن الطرف الذي ليس من مصلحته اللجوء إلى التحكيم في منازعات عقود الاستثمار يحاول أن يثير مشاكل حول بنود الاتفاق على التحكيم، عملا على إعاقة هيئة التحكيم أن تصدر حكمها، وتقوم هذه المحاولات في الغالب على التشكيك في صحة اتفاق التحكيم، فهناك بعض الأشخاص يثور بصددهم مدى جواز خضوعهم للتحكيم، وهناك بعض الموضوعات لا يجوز أن تكون محلا للتحكيم.[42]

وقد تستند الدولة أو الحكومة إلى القانون الوطني باعتبار أن القانون لا يعطي للدولة الحق في الدخول في اتفاق التحكيم. أو أن الموضوع محل النزاع لا يمكن النظر فيه أمام التحكيم.

الفرع الأول: عدم قدرة الدولة من اللجوء إلى التحكيم

تلجأ بعض الدول أو الحكومات إلى التخلص من اللجوء إلى التحكيم متذرعة بعدم أهليتها أو عدم توافر القدرة الكافية لها من اللجوء إلى التحكيم في عقود منازعات الاستثمار، مستندة في ذلك إما إلى قانونها الوطني الذي لا يعترف بشرط التحكيم في هذا النوع من العقود، أو أن أحكام القانون الوطني الذي تم تعديله بعد الاتفاق على التحكيم أصبح لا يجيز لجوء الدولة إلى التحكيم في مثل هذه العقود.

أولا: القانون الوطني يحظر على الدولة أو هيئاتها اللجوء إلى التحكيم

توجد لدى العديد من الأنظمة القانونية نصوصا تقيد المنازعات التي تكون الدولة ذاتها أو مؤسسة عامة طرفا فيها من الخضوع للتحكيم إلا إذا وافقت عليه الجهة المختصة.[43] وتجعل الاختصاص

---

[42] د. حسام الدين الأهواني، المسائل القابلة للتحكيم، بحث مقدم إلى الدورة العامة لإعداد المحكم لتي نظمها مركز تحكيم حقوق عين شمس من 15 إلى 20 مارس – 2003، ص 38.

[43] تنص المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه :" عندما يكون التحكيم متعلقا بالدولة، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين عندما يتعلق التحكيم بالولاية أو البلدية، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء على التوالي بمبادرة من الوالي أو من رئيس المجلس الشعبي البلدي عندما يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية ، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من ممثلها القانوني، أو ممثل السلطة الوصية التي يتبعها " .

بنظر المنازعات التي تكون هذه الأشخاص طرفا فيها للقضاء الوطني، وقد أثبت العمل الدولي في عدد غير قليل من إنكار الدولة إلى شرط التحكيم الذي سبق قبوله بحجة عدم جواز التحكيم وفقا لقوانينها الداخلية وهو ما جعل المحاكم وكذلك هيئات التحكيم ترفضه.[44] وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 2 ماي 1966 في قضية"San Carlo" إلى عدم سريان الحظر الوارد في قانون المرافعات الفرنسي على الدولة والوحدات العامة في قبول شرط التحكيم في إطار العلاقات الدولية.[45] كما أكد القضاء الفرنسي أن الحظر الوارد على الدولة ومؤسساتها في قبول شرط التحكيم يعمل به في إطار العلاقات الوطنية البحتة دون العلاقات الدولية.

كما ذهب القضاء الفرنسي بشأن المنازعة بين الشركة الإيطالية "Icori Estero" والشركة الكويتية للتجارة والاستثمار والذي يقضي بصحة شروط التحكيم فيما يتعلق باتفاق التحكيم المتعلق بالنظام العام الدولي وبالتالي يمتنع على الدولة أن تستفيد من أحكام قانونها الوطني للتخلص فيما بعد من اتفاق التحكيم فما دام الاتفاق قد تم في إطار عقد دولي فهو صحيح.[46]

وقد يتمسك الطرف الأجنبي المتعاقد مع الدولة بعدم أهليتها في اللجوء إلى التحكيم وفقا لقانون هذه الدولة.

ولقد تعرضت محكمة استئناف باريس لمثل هذه الحالة في حكمها الصادر في 17 ديسمبر 1991 في القضية المرفوعة من شركة"CATOIL" ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول بطلان حكم التحكيم الصادر لصالح الشركة الإيرانية.[47] وعلى هذا فإن

---

[44] د. هاني صلاح سري الدين ، التحكيم في العقود الإدارية بين الحظر والإجازة ، سلسلة إصدارات المركز اليمني للتوفيق والتحكيم ، الطبعة الأولى، ص 114.

[45] Cass.02/05/1966, Rev, Crim, 1967, p 553, Note Goldman.

[46] Cour d'appel –Paris-, 13/06/1996, Rev.Arb.1997.p 251.Note E.Gaillard.

[47] Cour d'appel –Paris-, 17/12/1991, Rev Arb.1993, p 281, Note Herve Synvet.

حيث جاء حكم استئناف محكمة باريس :" أن العقود الدولية المبرمة لحاجة المعاملات الدولية وطبقا لشروطها ومقتضياتها يعد الاتفاق على التحكيم متمشيا مع النظام العام الدولي الذي يحظر على المشروع العام أن يتمسك

المحكمة لا تعترف بالحظر الوارد على التحكيم في عقود الاستثمار سواء تمسكت به الدولة المضيفة أو المستثمر الأجنبي.

ثانيا: القانون الجديد بعد الاتفاق على التحكيم أصبح لا يجيزه

وهنا يمكن للدولة أن تتهرب من شرط التحكيم في عقود الاستثمار، وتتمسك بأن قانونها الوطني الذي تم تعديله أصبح لا يجيز التحكيم فقد توصلت هيئة التحكيم إلى عدم تأثر اتفاق التحكيم بما يطرأ على قوانين الدولة، فلا يجوز للدولة أو إحدى هيئاتها التخلص من التزاماتها عن طريق تعديل قوانينها الوطنية.[48]

وهكذا يتضح أن الدولة بعد موافقتها على التحكيم في عقود الاستثمار لا يمكنها التهرب منه بحجة أن قانونها الوطني لا يعترف بالتحكيم، باعتبار أن مبدأ استقلالية شرط التحكيم في العلاقات الدولية يجعل اتفاق التحكيم خاضعاً للنظام العام الدولي، ومن مبادئ هذا النظام العام أنه لا يجوز للمشرع الوطني التمسك بأحكام قانونه الوطني للتخلص من اتفاق التحكيم، كما لا يجوز التخلص من اتفاق التحكيم بحجة صدور قانون جديد يبطل التحكيم صدر بعد توقيع عقد الاستثمار. فالقيود التي تصدر تكون مشوبة بالغش بقصد التهرب من مخرط التحكيم لسبب أو لآخر ارتأته الدولة، وقامت بإصدار التعديل لخدمة مصلحتها في الدعاوى القائمة.[49]

وعلى هذا فإن مجرد وجود اتفاق التحكيم يكفي لقابلية النزاع للتحكيم، حتى ولو كان القانون الوطني الذي تم الاتفاق على التحكيم في ظله لا يجيز لجوء الدولة إلى التحكيم في هذا النوع من العقود، أو أن أحكام القانون الذي تم تعديله لا يجيز ذلك، حيث لا يمكن للدولة الاحتجاج بقانونها للتخلص من اتفاقياتها.

بالنصوص المقيدة في قانونه الوطني من أجل التنصل اللاحق من التحكيم المتفق عليه مسبقا بين الأطراف، كذلك فإن الطرف المتعاقد مع هذا المشروع العام لا يمكنه أن يستند في المنازعة القائمة بشأن أهلية وسلطة هذا المشروع العام إلى نصوص القانون الوطني لهذا المشروع ".

[48] Bruno Oppetit: Arbitrage et Contrats d'Etat, L'Arbitrage Framatone et Autres. c/ Atomic Energy Organization of Iran. J.D.I, 1984, p 37.

[49] د . بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 55 .

وقد اتجهت عدة تشريعات إلى الاعتراف صراحة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة لإبرام اتفاقيات التحكيم.[50]

الفرع الثاني: عدم قابلية موضوع النزاع للتحكيم

قد تسعى الدولة لوضع العقبات أمام التحكيم يجعل عدم قابلية موضوع النزاع الناشئ عن عقود الاستثمار للفصل فيه بواسطة المحكمين، باعتبار المنازعة تتعلق بأعمال صادرة عن الدولة بصفتها سلطة عامة سيادية. غير أنه يمكن الرد أن الآثار المالية المترتبة عن عقود الاستثمار تقبل الفصل فيها بواسطة التحكيم، طالما أنه لا توجد قاعدة آمرة في النظام العام الدولي تحظر على الدولة اللجوء إلى التحكيم في عقود الاستثمار. [51]فبدون شك أنه يجوز التحكيم بشأن طلب التعويض عن اتخاذ الدولة لإجراء من إجراءات نزع الملكية للمشروع الاستثماري، إذا تم ذلك وفقا للقانون أو الدستور، فإذا كانت اعتبارات السيادة لا تحول دون تأميم المشروع الاستثماري، فإنها لا تقف عائقا أمام التحكيم بشأن طلب التعويض. [52]

ففي قضية"Framatone" وهيئة الطاقة الإيرانية، تمسكت إيران بعدم خضوع المسائل المتنازع عليها للتحكيم، حيث دفعت بعدم اختصاص محكمة التحكيم، لأن النظر في النزاع سيؤدي بالمحكمة إلى المساس بالسيادة الوطنية الإيرانية غير أن هذا الدفع لم تلتفت إليه المحكمة، واعتبرت أن الآثار المالية في حد ذاتها قابلة للفصل فيها بواسطة التحكيم. [53]

---

[50] نصت المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه :" يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم في علاقاتها الاقتصادية وفي إطار الصفقات العمومية "، كما نص قانون التحكيم في فرنسا الصادر بتاريخ 19 أوت 1986 على أنه يجوز للدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة أن تقبل شرط التحكيم في العقود الدولية المبرمة مع شركات أجنبية ".

[51] د. حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، (تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها)، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2001، ص 89.

[52] د . حسام الدين الأهواني ، المشاكل القابلة للتحكيم، مرجع سابق، ص 56 .

[53] Bruno Oppetit, op-cit, p 38.

وهكذا فإنه لا يحق للدولة المضيفة التنصل من التحكيم في منازعات عقود الاستثمار بحجة عدم قابلية موضوع النزاع للفصل فيه بواسطة التحكيم.

المطلب الثاني: أثر مبدأ سيادة الدولة على اتفاق التحكيم

تستغل الدولة مبدأ السيادة لعرقلة عملية التحكيم، بحيث تلجأ الدولة المضيفة في منازعات الاستثمار إلى سيادتها كدرع واق، وسنتعرض فيما يلي، إلى أثر اتفاق التحكيم الذي تبرمه الدولة على حصانتها القضائية وحصانتها ضد التنفيذ بعد صدور حكم التحكيم.

الفرع الأول: حصانة الدولة القضائية في منازعات عقود الاستثمار الدولي

من المبادئ المستقرة في القانون الدولي العام، أن كل دولة تتمتع بالحصانة القضائية في مواجهة الدول الأجنبية الأمر الذي يعني عدم اختصاص قضاء دولة أجنبية بنظر المنازعات.

غير أن اتفاق التحكيم له طابع خاص يتمثل في أنه يجد أساسه في إرادة الأطراف الحرة، حيث تلجأ الدولة إلى إدراج شرط التحكيم بعقد الاستثمار بإرادتها الحرة، وهنا فإن الدولة ارتضت مبدأ التحكيم وبالتالي فهي تعتبر متنازلة ضمنيا عن حصانتها القضائية إذا قبلت بشرط التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في عقود الاستثمار.[54] وخاصة إذا ما عرفنا بأن المحكم لا يصدر حكمه باسم الدولة، وإنما ينفذ مهمة عهد بها الأطراف إليه وبالتالي لا يمثل التحكيم اعتداءا على سيادة الدولة، كما أن الدولة تدخل في علاقة التحكيم بإرادتها الحرة وبرضاء مسبق منها، كما أن مبدأ تمسك الدولة بحصانتها القضائية لا يتماشى مع مبدأ حسن النية في تنفيذ الدولة لالتزاماتها، ذلك أن قبول الدولة باتفاق التحكيم يفرض عليها تسوية المنازعات التي تنشأ عن عقود الاستثمار أمام التحكيم. ولو أن الدولة أحجمت عن مبدأ التحكيم لكان المستثمر الأجنبي قد نأى بنفسه وخاصة إذا كان يشك في قضاء الدولة وحياده.

---

[54] د . إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 122، القاهرة 1993، ص 101.
د . عصام الدين القصبي، خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية.

فالدولة بقبولها التحكيم تكون قد قبلت بإرادتها الحرة والمطلقة المثول أمام هيئة التحكيم.[55] فالدولة عندما تقبل بالتحكيم إنما تحقق القبول بإجراء خاص بذاته هو التحكيم، ومن ثم فلا أثر له خارج نطاق التحكيم.

الفرع الثاني: الحصانة ضد تنفيذ أحكام التحكيم

اتفاق التحكيم الذي قبلته الدولة في مجال منازعات عقود الاستثمار يجب تنفيذه وبالتالي فإن هذا التنفيذ يمثل تحقيقا لاستقرار المعاملات وتحقيقا لقبول الدولة بشرط التحكيم، وتنفيذ حكم التحكيم لا يمثل اعتداء على حصانة الدولة القضائية وإنما يمثل خطوة كبيرة لضمان تنفيذ أحكام التحكيم، مما يكون له أثر كبير على تطور التحكيم الدولي.

كما يعتبر اتفاق التحكيم الذي تورده الدول في عقودها مع المستثمرين الأجانب يفيد تنازلها عن حصانتها ضد تنفيذ حكم التحكيم.

ففي قضية ترتبط بمسألة الحصانة ضد التنفيذ، ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن دخول الدولة في اتفاق التحكيم يعتبر تنازلا ضمنيا عن حصانتها ضد التنفيذ.

ففي قضية"Creighton" أنّ عقدا قد أبرم بين الشركة المذكورة والحكومة القطرية تقوم بمقتضاه الشركة الأمريكية ببناء مستشفى لحساب دولة قطر. ونشأ نزاع بين الطرفين حول أداء الشركة الأمر الذي دفع بالحكومة القطرية إلى طلب وقف العمل، وقد رفضت الشركة ولجأت إلى التحكيم وفقا لاتفاق التحكيم المبرم بين الطرفين. والذي يقضي أن يتم التحكيم وفقا لقواعد التجارة الدولية، وتم التحكيم بباريس وانتهى الحكم لصالح شركة "Creighton" تحصلت بمقتضاه على تعويض ثمانية ملايين دولار.[56]

---

[55] د . حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 278.

[56] Boivin(R), International Arbitration With States, An Overview of the Risks, J.I.A, Vol, 19 N° 04, 2002, p 296.

وقد أعلنت محكمة النقض الفرنسية أنه: " استنادا إلى توقيع دولة قطر على اتفاق التحكيم الذي نص على الاحتكام إلى قواعد غرفة التجارة الدولية، فإنها بذلك تكون قد تنازلت ضمنيا عن حصانتها ضد التنفيذ هذا هو ما تنص عليه المادة 24 من قواعد غرفة التجارة الدولية والتي تجري على أنه :"

أ)- تكون أحكام التحكيم نهائية، ب)- قبول الأطراف التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية يلزمهم بتنفيذ أي حكم تحكيم دون تأخير، ويعدون بذلك أنهم قد تنازلوا عن كل طرق الطعن الممكن التنازل عنها قانونا". [57]

ويعتبر هذا الحكم أن موافقة الدولة على التحكيم وتنفيذه يمثل خطوة كبيرة نحو تطور التحكيم في منازعات عقود الاستثمار الدولية.

الخاتمة

إن نجاح أسلوب التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار الدولية منوطا بمدى تحقيقه للتوازن المنشود بين حقوق المستثمر الأجنبي وضماناته وبين متطلبات خطط التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة، ومن هنا بات من الضروري تطوير التحكيم الدولي بما يتماشى مع طبيعة عقود الاستثمار وخصوصية ما تفرزه من منازعات. ولا زال البحث قائما لتطوير التحكيم الدولي في مجال منازعات الاستثمار وإيجاد صيغة دولية قادرة على تقنين القواعد الكفيلة بحماية رأس المال الأجنبي وإقامة العدالة المتوازنة التي تتطلع إليها الدول.

إن المرونة التي يقدمها التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار بين الدول المضيفة للاستثمار، والمستثمرين سيبقى آلية ضرورية وفاعلة تحقق المصلحة والفائدة المرتقبة منه.

وسيبقى بالتأكيد الوسيلة المثلى لفض منازعات عقود الاستثمار خصوصا في ظل ما يشهده العالم من تغيرات متتابعة.

---

[57] حكم محكمة النقض الفرنسية، مشار إليه في د. بشار محمد الأسعد، ص 70.

النتائج والتوصيات

1)- يجب على الدول العربية وضع تشريعات واتفاقيات لحماية الاستثمار وجلبه والمحافظة عليه، وتشجيع اللجوء إلى التحكيم كوسيلة مثلى من أجل حماية عقود الاستثمار.

2)- يجب أن ينص في اتفاق التحكيم على القانون واجب التطبيق على منازعات عقود الاستثمار، بعبارات واضحة ودقيقة سواء أكان القانون المختار قانون الدولة المضيفة للاستثمار أو أي قانون آخر، بدلا من ترك هذه المسألة للتعسف أو للتحكم فيها من قبل المحكمين.

3)- أن يتم توضيح سلطات المحتكمين بصورة جلية قبل قيام النزاع، وأن يتم توضيحها بصورة جد دقيقة، حتى لا تجابه المُحكّم أية مصاعب أثناء سير العملية التحكيمية بالإضافة إلى تحديد مكان التحكيم لما له من أهمية في التنفيذ.

4)- يجب على الدولة بعد موافقتها على التحكيم أن لا تتنصل منه بحجة عدم قابلية موضوع النزاع للفصل فيه بواسطة التحكيم أو أن التحكيم يمس بسيادتها.

5)- إن التحكيم علم قائم بذاته، وبالتالي يجب أن يدرس في الجامعات العربية كمادة فرضتها ضرورة العصر كما يجب تشجيع الشركات والمؤسسات الكبرى على ضرورة اللجوء إلى التحكيم وتعميمه والتعريف به وجعله في متناول الجميع.

دور الطرق البديلة في تسوية نزاعات العمل الجماعيــة

الدكتور: بن حملة سامي
أستاذ محاضر أ
كلية الحقوق- جامعة قسنطينة1

مقدمة

لقد أدى الانفتاح الاقتصادي الذي عرفته الجزائر بداية تسعينات القــرن المــاضي إلى ظهــور الكثيــر من نزاعــات العمل الجماعية في الحياة الاقتصــادية بعد تكــريس حرية العمــل والاعتــراف بالحقــوق النقابية لاسيما الحق في الاضراب.

كما سمح صدور قانون العمل سنة 1990 بموجب القــانون رقم 90-11 المعدل والمتمم[1] إلى ظهور الكثير من اتفاقيات العمل الجماعية التي يسعى من خلالها ممثلو العمال والنقابات إلى المطالبة بامتيازات لفائدة فئة العمال أو المطالبة بمراجعة وتعديل النصــوص القانونية والتنظيمية في مجال العمل...إلخ.

غير أن هــذه التحــولات التي عرفتــها الحياة العمــالية أدت إلى ظهور نزاعات جماعية في العمل، مما دفع بالمشــرع إلى وضع أحكام من أجل الوقاية منها وتسويتها بطرق غير قضائية، وهذا ما تجلّى في القانون رقم 90-02 الصادر في 06 فيفري 1990 يتعلق بالوقــاية من النزاعات الجماعية في العمل وتسويتها وممارسة حق الاضراب [2].

وفي هذا الاطار بــرزت الطــرق غير القضــائية كوسائل بديلة لحل مثل هذه النزاعات في الحياة العمالية التي تظهر في: المصالحة والوساطة والتحكيم، إلى جانب المصالحة الإدارية والوساطة الإدارية و كذلك التحكيم الذي يتــم على مستــوى اللجنة الوطنية للتحكيم في النزاعات الجماعية التي تظهر فيها الإدارات والمؤسسات العمومية.

[1] المؤرخ في 26 رمضان عام 1410 الموافق 21 أفريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل، جريدة رسمية، 1990، العدد 17.
[2] جريدة رسمية، 1990، العدد 6.

لذا يطرح التساؤل عن أهمية ودور هذه الطرق البديلة في تسوية نزاعات العمل الجماعية ومدى فعاليتها والإيجابيات التي تأتي بها في ظل الحياة الاقتصادية التي تعرفها الجزائر ؟.

سنحاول أولا توضيح مفهوم النزاع الجماعي في العمل، ثم نتطرق ثانيا لمدى تأثير النزاعات الجماعية على الحياة العمالية والاقتصادية. ثم نتطرق ثالثا إلى بيان آليات تسوية النزاع الجماعي في العمل. وأخيرا نتطرق لإبراز مكانتها وفعاليتها في مواجهة الطرق القضائية.

أولا- مفهوم النزاع الجماعي في العمل

يظهر النزاع الجماعي في العمل بمناسبة الخلافات التي تظهر بين ممثلي فئة من العمال أو نقابتهم وبين صاحب العمل أو نقابته حول المسائل المتعلقة بالحياة المهنية والاجتماعية.

وقد عرّف المشرع النزاع الجماعي في العمل ضمن نص المادة 2 من القانون 90-02 على أنه : "**يعد نزاعا جماعيا في العمل خاضعا لأحكام هذا القانون كل خلاف يتعلق بالعلاقات الاجتماعية والمهنية في علاقة العمل، ولم يجد تسويته بين العمال والمستخدم باعتبارهما طرفين في نطاق احكام المادتين 4 و5 أدناه** ".

تختلف النزاعات الجماعية عن نزاعات العمل الفردية على اعتبار أنها تتسم بالطابع الجماعي ووجود مصلحة مشتركة بين مجموعة من العمال في مواجهة صاحب العمل أو الهيئة المستخدمة خلافا لنزاعات العمل الفردية التي تتميز بالطابع الشخصي لاقتصار النزاع على العامل وصاحب العمل.

كما أن موضوع النزاعات الجماعية تتعلق بمحتوى اتفاقات أو اتفاقيات العمل الجماعية المبرمة بين طرفي النزاع، لذلك غالبا ما يظهر النزاع الجماعي في العمل عند المطالبة بامتيازات لفائدة العمال والمطالبة بتحسين الأوضاع المهنية والاجتماعية: كالمطالبة

برفع الأجـور، المنح، تحسين ظروف العمـل أو المطالبة بتغيير نص قانوني أو تنظيمي وكذلك التمكين من ممارسة الحقوق والحريات النقـابية. غير أنه لا يجب أن لا يتعلـق النـزاع الجمـاعي في العمـل بالخلافات السياسية والإدارية[3].

ومهما يكن، فيجب أن يتعلق النزاع الجماعي في العمل بالأوضاع الاجتمـاعيـة والمهنية لفئـة أو مجمـوعة معينة من العمـال تنتمـي لمؤسسة اقتصـادية أو إدارية أو قطاع اقتصـادي معيـن أو سلك في الوظيف العمـومي، كما يكتسي الطابع الجمـاعي في العمـل الطابع المحلي أو الجهوي وحتى الطابع الوطني.

ثانيا- تأثير النزاعات الجماعية على الحياة العمالية والاقتصادية

تشكل نزاعات العمل الجماعية مساسا باستقـرار الحياة العمالية والاقتصـادية، لذلك تحرص التشـريعات العمالية على وضع آليـات ووسائل للوقـاية منها وتسويتها للحيلولة دون تفاقم هذه الخلافـات وتأثيـراتها السلبية على الحيـاة الاقتصـادية والحيلولة دون ظهـور الاضطرابات التي تعرقل حرية العمل في القطاعات المعنية.

وتتمثـل خطـورة النزاعـات الجمـاعية في حدوث مواجهة بين العمـال والتنظيمات النقـابية وصـاحب العمـل قد تصـل إلى التوقف الجماعي عن العمل عن طريق الإضراب أو غلق محل العمـل في حالة عدم وجود حلول سريعة مما يعرض مصالح العمـال وأصحـاب العمل إلى أضرار و مخاطر[4] .

وفي هذا الإطار يعتبر الإضراب كأهم طريق غير معتاد للتعبير عن النزاع الجماعي[5]، لذلك تحرص التشريعات العمالية والاتفـاقيات

---

[3] عجة الجيلالي، الوجيز في قانون العمل والحماية الاجتماعية، دار الخلدونية، الجزائر، 2005، ص 214.

[4] أحمد سليمان، آليات تسوية منازعات العمل والضمان الاجتماعي في القانون الجزائري د.م.ج. ط3، الجزائر، 2005، ص94.

[5] سيد محمود رمضان، مرجع سابق، ص504.

الجماعية على تفادي بلوغ درجة التعقيد التي قد تتسبب في اللجوء إلى الطرق العنيفة التي تظهر في الإضراب[6].

وهذا ما يفسر إخضاع هذه النزاعات لجملة من الآليات الودية التي تعد بديلة عن الطرق القضائية، سواء ما تعلق بالخلافات الجماعية التي تظهر بين العمال وأصحاب العمل أو بين فئة من الموظفين والإدارات أو المؤسسات العمومية التي أخضعها المشرع الجزائري لأحكام القانون 90-02 ابتداء من المادة 14 منه وما بعدها، والتي أخضعها لآليات بديلة غير قضائية تختلف عن الآليات المعتمدة في تسوية النزاعات الجماعية دون تدخل الدولة.

ثالثا: الطرق البديلة لتسوية النزاعات الجماعية

ميّز المشرع بين النزاعات الجماعية التي يكون طرفها إحدى الإدارات والمؤسسات العمومية وباقي النزاعات الجماعية التي تنشأ في الحياة الاقتصادية.

بحيث أخضع النزاعات الجماعية التي تظهر فيها المؤسسات والإدارات العمومية لآليات خاصة.

وعليه سنتطرق أولا لبيان آليات تسوية النزاعات دون تدخل الدولة ثم نتطرق للآليات الأخرى التي تظهر فيها الدولة كطرف في النزاع.

1.الطرق البديلة لتسوية النزاعات الجماعية دون تدخل المؤسسات والإدارات العمومية

وقد تضمّنها القانون 90-02 والتي تتمثل في ثلاث آليات هي: المصالحة، الوساطة، التحكيم.

[6] أحمد سليمان، نفس المرجع، ص91.

أ- المصالحة la conciliation.

اعتبر المشرع المصالحة كآلية بديلة لتسوية نزاعات العمل الجماعية، وهذا ما نصت عليه المواد:6،7،8،9 من القانون 90-02.

حيث يتمثل هذا الإجراء بتدخل مفتشية العمل المختصة إقليميا كطرف يقوم بالتوفيق بين أطراف النزاع بغية حل المسائل الخلافية سواء بصفة كلية أو جزئية.

فإذا حصل الاتفاق بين الطرفين يعتبر محضر الصلح إلزاميا على الطرفين، كذلك الحال في الاتفاق الجزئي، وهذا ما أكّدت عليه الفقرة 2 من المادة 8 من القانون 90-02.

وفي هذا الإطار تجب الإشارة إلى أن أطراف النزاع الجماعي يلجؤون إلى مفتشية العمل في حالة عدم النص على إجراء المصالحة ضمن اتفاقية العمل الجماعي أو في حالة فشلها، وهذا ما نصت عليه المادة 5 ف 2ق 90-02، لذلك ميّز البعض بين المصالحة القانونية التي تتم على مستوى مفتشية العمل والمصالحة الاتفاقية التي تعتبر كإجراء ودي لحل الخلاف.

فقد تنص بعض الاتفاقيات الجماعية على إنشاء لجان مصالحة متساوية الأعضاء في حالة فشل التفاوض المباشر في تسوية الخلافات الجماعية، بحيث يظهر دور المصالحة الاتفاقية التي يتكفل أطراف النزاع بتحديد إجراءاتها في صلب الاتفاقية الجماعية المبرمة بينهما في إطار لجان دائمة يعهد إليها التفاوض بمناسبة أي نزاع محتمل.

ب- الوساطة la médiation

تعتبر الوساطة كآلية بديلة لحل النزاع الجماعي، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري ضمن نص المادة 10 من القانون 90-02، بحيث يجوز لأطراف النزاع الجماعي الاعتماد على هذه الآلية لتسوية النزاع بعد الاتفاق على اختيار شخص محايد يتولى مهمة تسوية النزاع.

وفي هذا الاطار يقوم الوسيط باقتراح التسوية في شكل حلول و مقترحات و توصيات مُعللة في إطار المادتين 11و 12 من القانون 90-02، بحيث يتمتع الوسيط في إطار مُهمة التسوية بصلاحيات تتمثل في الاطلاع على كافة المعلومات والوثائق الضرورية والمتطلبة لحل النزاع مقابل التزامه بالسر المهني وتقديم حلول التسوية ضمن الأجل المتفق عليه، ليقوم بإعلام مفتشية العمل بذلك.

هذا، ولا تكون التسوية المتوصل اليها في إطار الوساطة ملزمة للطرفين إلا في حالة قبولها، غير أن الغموض يبقى يكتنف التشريع الجزائري لأنه لم يتضمن الإشارة إلى الجوانب التنظيمية الخاصة بكيفيات تنفيذ التوصيات والإجراءات التي حصل بها قبول أو رفض الأطراف لهذه التوصيات والحلول التي يجب اللجوء إليها في حال قبولها من قبل أحد الاطراف ورفضها من الطرف الاخر[7].

ومهما يكن، تبقى الوساطة من بين الوسائل البديلة لتسوية نزاعات العمل الجماعية لاسيما وأن المشرع الجزائري في ظل القانون 90 -02 لم يحصر نطاق تطبيقها خلافا لما كان في السابق.

حيث كانت الوساطة تقتصر على تسوية النزاعات التي تتعلق بالاجور عند التفاوض أو تعديل الاتفاقية الجماعية في ظل القانون 05 ماي 1955 ليتوسع نطاقها ليشمل جميع الخلافات في ظل القانون 26 جويلية1957 [8]. و كذلك خلافا لبعض التشريعات التي حددت موضوع الوساطة في النزاعات المتعلقة بمراجعة أو تعديل الاتفاقيات الجماعية[9].

[7] أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 104، 105.
[8] أحمد سليمان، مرجع نفسه، ص 103.
[9] عجة الجيلالي، مرجع سابق، ص217.

ج- التحكيم l'arbitrage

بالموازاة مع إجراء الوساطة يمكن لأطراف النزاع الجماعي اللجوء إلى التحكيم كآلية بديلة لتسويته في حالة فشل محاولات الصلح مثلما نصت عليه الفقرة 2 من المادة 9 من القانون90-02.

وفي هذا الاطار نصت المادة 13 من القانون90-02 على إمكانية اتفاق الطرفين على اللجوء إلى مُحكم أو هيئة تحكيمية في حالة فشل محاولات المصالحة على مستوى مفتشية العمل أو الوساطة في حالة اللجوء إليها قبل التحكيم، وفي هذه الحالة يعتبر التحكيم اتفاقيا.

وبالمقابل، فقد يتم اللجوء إلى التحكيم مباشرة إذا ما نصت اتفاقية العمل الجماعية على ذلك باعتباره آلية لتسوية الخلافات الجماعية، و هذا ما يسمى بالشرط التحكيمي الذي قد تتضمّنه عقود العمل الجماعية[10]، قبل ظهور النزاع الجماعي.

هذا، وتجب الاشارة إلى أن المشرع الجزائري لا يعتد بوجود النزاع الجماعي إلا في حالة فشل محاولات التفاوض الجماعي ومحاولات المصالحة الاتفاقية أو في حالة عدم وجودها.

هذا، وإذا اتفقا طرفا النزاع على اللجوء إلى التحكيم، فإن هذا الاجراء يخضع لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية المنظمة للتحكيم الداخلي مثلما نصت عليه المواد من 1006 إلى 1038.

وبغض النظر عن نص الفقرة2 من المادة 13 من القانون 90-02 التي ألزمت الهيئة التحكيمية الفصل في النزاع في أجل 30 يوم من تاريخ تعيين الحكام وعلى الطابع الإلزامي للحكم

[10] تطلق بعض التشريعات تسمية عقد العمل الجماعي على اتفاقيات العمل الجماعية وهذا ما اعتمده التشريع الأردني على سبيل المثال، أنظر : سيد محمود رمضان، الوسيط في شرح قانون العمل والضمان الاجتماعي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 500 .

التحكيمي الفاصل في النزاع، فقد أكدّت المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على حيازة الحكم التحكيمي لحجية الشيء المقضي فيه، فضلا عن ما نصت عليه المادة 1035 حول كيفية تنفيده.

وعليه، أصبح التحكيم كآلية بديلة لتسوية نزاعات العمل الجماعية يكتسي طابعا خاصا لما يحتويه من حجية وقوة تنفيذية في حالة الفصل في النزاع.

وعليه، فإن الحكم التحكيمي ينهي النزاع ولا يضع له حدا، فهو يكتسب حجية الشيء المقضي فيه مثل الحكم القضائي، وهذا ما يجعل من التحكيم آلية فعالة في تسوية نزاعات العمل الجماعية.

2- الطرق البديلة لتسوية النزاعات الجماعية في إطار الإدارات و المؤسسات العمومية

أخضع المشرع تسوية النزاعات الجماعية التي تظهر بين فئة الموظفين والمؤسسات الإدارية أو الإدارات[11] للطرق غير القضائية شأنها في ذلك شأن النزاعات الجماعية العمالية، وهذا ما نص عليه القانون 90-02 ابتداء من المادة 14 وما بعدها.

حيث يتم تسوية هذه النزاعات في حالة فشل التفاوض المباشر[12]، عبر إجراء التظلم والمصالحة والوساطة فضلا عن التحكيم لدى اللجنة الوطنية للتحكيم.

أ- التظلم الإداري

وهو إجراء نصت عليه المادة 16 من القانون 90-02، يقوم بموجبه ممثلو فئة الموظفين برفع مسألة خلافهم الجماعي إلى

[11] راجع المادة 14 من القانون رقم 90-02.
[12] راجع المادة 15 من القانون رقم 90-02.

السلطة الإدارية الوصية على الهيئة المستخدمة سواء تعلق الأمر بالبلديات أو الولايات أو الوزارات وكذلك المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

وعليه، تتدخل السلطة الوصية لتسوية النزاع الجماعي بين فئة المستخدمين والهيئة المستخدمة التي تشرف عليها.

ب- المصالحة الإدارية

في حالة عدم تسوية النزاع الجماعي على مستوى السلطة الإدارية الوصية، تقوم هذه الأخيرة بعرض محاولة الصلح على طرفي النزاع مثلما نصت عليه المادة 17 من القانون 90-02 عن طريق استدعاءهما رفقة ممثلي الوظيف العمومي ومفتشية العمل المختصة إقليميا، و هذا إذا تعلق النزاع بعدم تطبيق التزام قانوني أو تنظيمي.

وعليه، تتدخل السلطة الإدارية الوصية في هذه الحالة من أجل التوفيق بين طرفي النزاع والتعهد بتنفيد الالتزام غير المُطبق من قبل الهيئة المستخدمة التابعة لها في أجل 30 يوم.

أما إذا تعلق النزاع باختلاف في تفسير نص قانوني أو تنظيمي أو مسائل أخرى تخرج عن الإطار القانوني أو التنظيمي للهيئة المستخدمة، تقوم السلطة الإدارية الوصية بإخطار السلطة المكلفة بالوظيف العمومي التي تعرض النزاع بدورها على مجلس الوظيف العمومية المتساوي الأعضاء من إعطاء التفسير القانوني موضوع النزاع، و هذا ما نصت عليه المادة 22 من القانون 90-02.

هذا، ولم يُبيّن المشرع الجزائري طبيعة قرارات مجلس الوظيف العمومية المتساوي الأعضاء وكذلك مسألة إلزاميتها.

وفي جميع الحالات، وفي حالة استمرار الخلاف يتم اللجوء إلى إجراء الوساطة.

ج- الوساطة الإدارية

يتم اللجوء إلى إجراء الوساطة في حالة فشل المصالحة الإدارية، وفي هذا الإطار تقوم السلطة الادارية الوصية حسب الحالة بإحالة النزاع على طرف مُحايد كوسيط بين طرفي النزاع تقوم بتعيينه، ليقوم بعدها باقتراح تسويات للنزاع ضمن مُدة زمنية معينة مثلما نصت على ذلك المادة46 من القانون 90-02، على أن يرفع تقريره للجهة التي عينته مع إمكانية نشره في حالة الإضراب لتمكين فئة الموظفين من الإطلاع على التسوية.

وعليه تأتي هذه التسوية كإجراء يشبه إجراء الوساطة بين ممثلي العمال وأصحاب العمل، غير أنها تختلف عنها من حيث الطابع الإداري الذي يغلب عليها، على اعتبار أن الوسيط يتم تعيينه من السلطة الإدارية الوصية (الوزير- الوالي- رئيس المجلس الشعبي البلدي) وليس من قبل طرفي النزاع.

كما تجب الإشارة إلى أن إجراء الوساطة في هذه الحالة يقتصر فقط على حالات الإضراب دون باقي النزاعات الأخرى التي لا ينشأ عنها الإضراب.

د- التحكيم أمام اللجنة الوطنية للتحكيم

إذا تعلق الأمر بالنزاعات الجماعية التي تنتج عنها حالات الإضراب بعد فشل اجراء الوساطة أو تعلق النزاع بفئة الموظفين الممنوعين من الإضراب[13]، مثلما نصت على ذلك المادة 49 من القانون 90-02 فضلا عن المقتضيات والمتطلبات القاهرة التي تفرضها الظروف الاقتصادية والاجتماعية مثلما أشارت إلى ذلك المادة 48 من القانون 90-02.

[13] بينت المادة 43 من القانون رقم 90-02 فئات الموظفين الممنوعين من الاضراب وهم: القضاة، والموظفين المعينين بمرسوم، والموظفين في الخارج، وموظفين الحماية المدنية، وموظفين مصالح الأمن، ومصالح الاشارة الوطنية والجمارك وإدارة السجون.

يتم عرض النزاع أمام اللجنة الوطنية للتحكيم من قبل السلطة الإدارية الوصية (الوزير- الوالي- رئيس المجلس الشعبي البلدي) من أجل الفصل في النزاع الجماعي بصفة نهائية.

وفي هذه الحالة تقوم اللجنة الوطنية للتحكيم بدور الهيئة التحكيمية بعدما تتلقى كافة المعلومات والوثائق التي أعدت في إطار المصالحة والوساطة، لتفصل في النزاع بقرار ملزم على طرفي النزاع مثلما نصت على ذلك المادة 52 من القانون 90-02.

رابعا- مكانة ومزايا الطرق البديلة لتسوية النزاعات الجماعية

تظهر أهمية ومكانة الطرق البديلة لتسوية النزاعات الجماعية التي أتى بها المشرع الجزائري ضمن القانون 90-02 على غرار التشريعات العمالية الحديثة فيما يلي:

- الطابع الودي الذي تتميز به هذه الآليات في تسوية النزاعات الجماعية للعمل خلافا لآليات التسوية القضائية على غرار الصلح القضائي[14] والوساطة القضائية[15].
- التقليل من عرض النزاعات الجماعية للعمل على القضاء الاجتماعي بالرغم من اختصاص هذا الأخير في بعض النزاعات مثلما نصت على ذلك المادة 500 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية.
- تفادي الإشكالات القضائية التي تعرفها الخصومة أمام القضاء سواء فيما يتعلق بالمدة الزمنية للفصل في النزاع، طرق الطعن، إشكالات التنفيذ، النفقات والمصاريف القضائية.
- المرونة التي تتميز بها آليات تسوية النزاعات الجماعية للعمل كونها تخضع لإرادة طرفي النزاع تجعلها محل قبول من قبل طرفي النزاع.

[14] راجع المادة 990 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
[15] راجع المادة 994 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

-التنوع الذي تتميز به آليات تسوية النزاعات الجماعية للعمل مكنتها من الظهور كطرق بديلة لحل هذه النزاعات.
-الفعالية التي تتميز بها والتي تستمدها من اتفاق أطراف النزاع على طريقة تسوية النزاع ومدته كما هو الحال في التحكيم، هذا من جهة.
ومن جهة أخرى الطابع الإداري الذي تتميز به آليات تسوية النزاعات الجماعية بين الموظفين والإدارات أو المؤسسات العمومية لاعتبارات تتعلق بالنظام العام وامتيازات السلطة العامة التي تخضع آليات تسوية نزاعاتها الجماعية لإرادة طرفي النزاع.
-إن الطابع الودي لهذه الآليات والفعالية التي تتميز بها جعلها تلعب دورا أساسيا في حل نزاعات العمل الجماعية والحيلولة دون تفاقمها واستمرارها.

وعليه، فقد أصبحت لهذه الآليات مكانة كبيرة و دور بارز في تسوية النزاعات الجماعية للعمل.

الخاتمة

يتضح مما سبق، مدى أهمية آليات تسوية النزاعات الجماعية في العمل التي أتى بها المشرع الجزائري ضمن القانون 90-02، والمكانة التي أصبحت تحتلها في مواجهة الطرق القضائية المنصوص عليها ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

إن المزايا التي تميّز هذه الآليات والإيجابيات التي تتمتع بها وفعاليتها في تسوية النزاعات الجماعية للعمل جعلتها كطرق بديلة عن الطرق القضائية بالرغم من تجربة الجزائر الحديثة.

حيث تهدف هذه الآليات إلى تفادي تفاقم الخلافات الجماعية وتجنب حالات الإضراب مقابل السعي لتحقيق الاستقرار في الحياة الاجتماعية عموما وعلاقات العمل الجماعية خصوصا بما يحمي

المصالح الاقتصادية لأصحاب العمل والمؤسسات المستخدمة من جهة، ومصالح العمال وحقوقهم المهنية والاجتماعية من جهة ثانية، وهذا ما يضمن المحافظة على حرية العمل في مواجهة الحريات النقابية لاسيما الحق في الاضراب.