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.

المنارة للاستشارات

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.

المنارة للاستشارات

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.

المنارة للاستشارات

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.

المنارة للاستشارات

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.

المنارة للاستشارات

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.

المنارة للاستشارات

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.

المنارة للاستشارات

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.

المنارة للاستشارات

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

المنارة للاستشارات

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.

المنارة للاستشارات

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.

المنارة للاستشارات

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.

المنارة للاستشارات

وبهذا الرأي الذي استقر عليه القضاء المصري يكون قد ثمّن جهد القاضي في محاولته 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، فقد يتفق الخصمان على الصلح بعيدا عن القاضي ثم يتقدمان باتفاقهما هذا إلى القاضي للمصادقة عليه، وهي حالة لم يفرد لها المشرع الجزائري نصا خاصا مثلما فعل المشرع الفرنسي في نص المادة 129[27] التي تنص على أن الخصوم يمكنهم دائما ان يطلبوا من القاضي معاينة صلحهم، وهذا المعنى يكون قد ورد في نص المادة 990 من عبارة التصالح تلقائيا أو بسعي من القاضي، فإذا تم التصالح تلقائيا بين الخصوم خارج إدارة القاضي وأحضر الطرفان اتفاقهما على الصلح فإن القاضي يعيد تحرير محضر بهذا الصلح بالشكل الذي يراه مناسبا ، فالقانون ينص على التوقيع على محضر الصلح وليس المصادقة على اتفاق الصلح.

ولئن كان الحكم الذي يقضي بإلحاق عقد الصلح بمحضر الجلسة وإثبات محتواه فيه فإنه لا يحوز أية حجية بمعزل عن المحضر، والقاضي وهو يصادق على محضر الصلح لا يكون قائما بوظيفة قضائية بل أن مهمته إثبات ما حصل أمامه من اتفاق وتوثيقه بمقتضى سلطته الولائية وليس بمقتضى سلطته 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 يعطي للخصوم أكثر مما يعطونه لأنفسهم ولكنه في ذات الوقت مرتبط بخصومة يجب أن تكون مستوفية للشروط القانونية المتعلقة بالأشكال والقبول وهذا هو السبب الذي جعل الفقه الفرنسي يتقدم القضاء باعتبار محضر

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

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

المنارة للاستشارات

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.

المنارة للاستشارات

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

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

المنارة للاستشارات