

الحلول البديلة لفض المنازعات بغير الطريق القضائي

”دراسة في إطار قانون التحكيم الجزائري و بعض القوانين العربية“

المستشار: شعبان رأفت عبد اللطيف

مدير ادارة الشؤون القانونية بغرفة التجارة و الصناعة

الشارقة - الامارات العربية المتحدة

مقدمة:

أصبح اللجوء للوسائل لبديلة لحل وتسوية النزاعات في الوقت الحالي إمرأ ملحاً، وذلك لتلبية الأعمال الحديثة، التي لم تعد المحاكم قادرة على التصدي لها بشكل مباشر، نظراً للتطوير المستمر والمطرد في التجارة والخدمات، وما ينتج عن ذلك من تعقيد في المعاملات، والحاجة إلى السرعة والفعالية في تسوية الخلافات من قبل من ينظر بتلك الخلافات أو يساهم في حلها، وقد نشأت الحاجة لوجود الآلية القانونية التي يمكن للأطراف من خلالها حل وتسوية خلافاتهم بشكل سريع وعادل وفعال مع توفير الحرية والمرونة بهذه الآلية والتي لم تتوافر في المحاكم (1).

ونظراً لما تحتله الوسائل البديلة لحل وتسوية النزاعات من أهمية في الفكر القانوني والاقتصادي وتماشياً مع التطورات السريعة التي تشهدها مجتمعات العالم ومنها المجتمع الجزائري (2)، فقد كانت الحاجة ملحة لاستحداث آليات بديلة لحل وتسوية النزاعات لما في ذلك من أهمية في تفعل النصوص القانونية و

التشريعية لمواكبة التحول داخل المجتمع، باعتبار أن نمط سير الدعوى يجب أن يقوم على أصول فقهية وقانونية وفق ما توصلت إليه النظريات الحديثة في كافة مجالات فض النزاعات.

وكان هدف هذه الآليات المستحدثة هو إضافة أنظمة إجرائية تخضع لنظام سير الخصومة القضائية بصفة عامة لما في ذلك من ضمانات لاستقرار المعاملات والتصرفات داخل المجتمع وبما يكفله من رعاية للحقوق المدنية للأفراد والجماعات داخل المجتمع وكذلك بهدف إحداث توافق تام بين الأنظمة القانوني داخل الدولة بما يتفق ويتناسق مع الاتفاقيات والمعاهدات الدولية ذات الصلة.

وبالتالي؛ فإن اعتماد القانون للطرق البديلة لحل وتسوية النزاعات قد جاء ترجمة لمبدأ المساواة أمام القضاء والقانون وتيسير اللجوء إلى مرفق العدالة وتوفير شروط ضمان الحاکمة العادلة (3).

وقد تضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري قسماً كاملاً بين نصوصه حل وتسوية النزاعات (الصلح - الوساطة - التحكيم)، كوسائل بديلة عن القضاء لتسوية النزاعات من المادة 990 حتى المادة 1005. لإضافة لإلى المرسوم التنفيذي رقم 09-100 بتاريخ 10/03/2009 الذي يحدد طريقة تعيين الوسطاء القضائيين (4).

وقد أخذت بالطرق البديلة لتسوية المنازعات كافة القوانين العربية، ومنها جمهورية مصر العربية، ودولة الإمارات العربية المتحدة، وغيرها من الدول.

ونظراً لأهمية الموضوع، فقد تم تقسيمه لمبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: الصلح والوساطة كوسيلة لتسوية المنازعات.

المطلب الأول: الصلح كوسيلة لتسوية المنازعات.

المطلب الثاني: الوساطة كوسيلة لتسوية المنازعات.

المبحث الثاني: التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات.

المطلب الأول: تعرف التحكيم... مزاياه، وعيوبه و الفرق بين

غيره من النظم.

المطلب الثاني: اتفاق التحكيم وصوره وآثاره.

المطلب الثالث: أنواع التحكيم وطبيعته القانونية.

المبحث الأول

الصلح والوساطة كوسيلة لتسوية المنازعات

المطلب الأول

الصلح كوسيلة لتسوية المنازعات

رغبة في المشرع الجزائري في تفعيل الإجراءات القانونية التي تضبط

مسار الدعوى تماشياً والتطورات السريعة التي يشهدها المجتمع الجزائري في

شتى ميادين الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية، وضمن مخطط التنمية الجزائري الشامل لإصلاح العدالة، كان لزاماً على المشرع أن يلجأ إلى استحداث آلات بديلة لحل النزاعات لما في ذلك من أهمية في تفعيل النصوص القانونية و التشريعية بغية مواكبة التحول داخل المجتمع (5).

ومن هذا المنطق فإن مقومات هذا القانون في مجال الطرق البديلة لحل النزاعات القضائية؛ قد جاءت تجسيدا لمبدأ المساواة أمام القضاء والقانون، وتيسير اللجوء إلى مرفق العدالة، وتوفير شروط ضمان المحاكمة العادلة من خلال مبدأ العلنية في المرافعات، والوجاهية في العمل القضائي وتكريس حق الدفاع للجميع والاستفادة من المساعدة القضائية مع كافة شركاء ومساعدتي العدالة، وكذلك من خلال استعمال حق طرق الطعن وعلانية الجلسات والفصل في القضايا في أجل معقول لتفادي البطء في الفصل في القضايا.

وقد نص المشرع الجزائري على اعتماد بدائل الخصومة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تسهم في ترقية ثقافة التصالح بين المتخاصمين من خلال تسهيل الإجراءات وتجاوز التعقيدات الإجرائية.

ونظراً لأهمية الوسائل البديلة في تسوية المنازعات فقد أفرد المشرع الجزائري في الباب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد المواد من (990-1005) والتي تتبنى الإجراءات البديلة لتسوية المنازعات عن طريق الصلح، والوساطة، والتحكيم (6).

كما أصدر المرسوم التنفيذي رقم (09-100) المؤرخ 10/3/2009م، والذي يحدد كيفية تعيين الوسطاء القضائيين(7).
وقد نصت المواد (990،991،992) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على الصلح كوسيلة لتسوية المنازعات من حيث كونه جوازياً يلجأ إليه الخصوم تلقائياً(8).

ماهية الصلح:

لقد أجاز المشرع الجزائري للخصوم وأطراف الدعوى اللجوء لتسوية منازعاتهم بالتصالح بصورة تلقائية وبالإدارة المنفردة دون تدخل من القضاء في حسم وتسوية هذه المنازعة وبالتالي فإن تمت التسوية بين الأطراف صلحاً خارج المحكمة فإن ذلك يعد صلحاً غير قضائياً.

وقد يتم حسم المنازعة بالصلح عن طريق اليمين الحاسمة غير القضائية إذا ما تم إجراؤها خارج مجلس القضاء، أم إذا تم تأديتها بمجلس القضاء فتكون قضائية، وذلك كأن يتفق الطرفان على أن يحلف أحدهما يميناً حاسماً وبالتالي فإن تم حلف اليمين فإنه يتم حسم النزاع.

لكن يشترط لهذه اليمين أن تتوافر لمن يؤديها أهلية الترف وفي من توجه إليه هذه اليمين، بمعنى أن تكون إرادة الطرفين خالية من العيوب التي تطلبها ومتى توافرت هذه الشروط وتم حلف اليمين فيتم بذلك حسم النزاع.

وقد يتفق الأطراف على التصالح ومصادقة ذلك التصالح بموجب محضر صلح أو عقد صلح من قبل القضاء فيعد صلحاً قضائياً.

تعريف الصلح ومشروعيته:

الصلح لغة: هو المصالحة والتصالح، وهو منهي للخصومة ويتميز بإزالة الشقاق والنfar بين الناس (9).
وقد عرفه البعض بأنه إنهاء للخصومة، فتقول صالحه وصلاًحاً إذن صالحه وصافاه، ونقول صالحه على الشيء أي سلك معه مسك المسألة في الاتفاق، وصلح الشيء إذا زال عنه الفساد (10).
الصلح اصطلاحاً: عقد ينتهي به النزاع بين الخصوم ويتم بالتراضي بين طرفيه.

والمصالح: هو شخص المباشر لعقد الصلح.

والمصالح عنه: هو الشيء المتنازع عليه.

المصالح به: هو بدل الصلح (11).

وقد تثبت مشروعية الصلح بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

الصلح قانوناً: عرفت المادة 459 من القانون المدني الجزائري الصلح بقولها: "الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً وذلك بأن يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل" (12).

1/ شروط الصلح:

نظراً لأن الصلح وسيلة من وسائل تسوية النزاعات ونظراً لأهميته، فقد اعتبره الفقهاء عقداً من العقود المسماة، ومن ثم فإنه يخضع للقواعد العامة للعقود والتي تتطلب توافر أركان عامة للعقد وهي (الرضا-المحل-السبب)،

فضلاً وجود مقومات أخرى، وهي وجود نزاع قائم أو محتمل، توافر نية حسم وتسوية النزاع - نزول كل من المتصالحين بالمقابل عن جزء من حقه.

وعقد الصلح من العقود الملزمة للجانبين، فقيه يلتزم كل طرف تجاه الطرف الآخر بالتنازل عن جزء مما يدعيه ولا يتصور قيام عقد الصلح بدون تنازل ويعد الصلح من الإجراءات المبسطة التي تسمح بانقضاء الدعوى المدنية ووضع حد لمسارها ويتم بإرادة طرفيه.

وقد اشترط المشرع الجزائري، وجوب توافر نزاع قائم ومحتمل بمعنى أن يكون النزاع جدياً بين المتخاصمين.

وإذا كان هناك نزاع قائم بين الطرفين أمام الجهات القضائية وأنها الطرفان بالصلح كان الصلح صلحاً قضائياً... لكن الأمر يستلزم التمييز فيما إذا كان جوازياً أم إجبارياً، ويشترط ألا يكون قد صدر حكم نهائي في النزاع، بل يكفي إفراغه في محضر اتفاق فقط (محضر - صلح)، وإلا كنا أمام نزاع متتهى بحكم وليس بصلح (13).

2/ نية حسم النزاع:

ويعني ذلك أن يقصد الطرفان حسم النزاع بينهما، إما بإنهائه إذا كان قائماً، وإما بتوقيه إذا كان محتملاً، أما إذا لم تكن لدى الطرفين نية حسم النزاع فلا يعتبر العقد صلحاً م (459) قانون مدني.

مثال ذلك: أن يتفق الطرفان على استغلال عين معينة بأسلوب وطريقة معينة قبل حسم النزاع معه من قبل المحكمة، فإن هذا الاتفاق لا يعتبر صلحاً لأنه لم يحسم النزاع.

3/ تنازل كل طرف عن جزء من حقه:

اشتراط المشرع الجزائري أن يتنازل كل من المتصالحين بإرادته على وجه التبادل عن جزء من حقه في مواجهة الطرف الآخر فإن تنازل أحد الطرفين عن جزء من حقه أو عن كل ما يدعيه ولم يتنازل الآخر عن شيء مما يدعيه لم يكن هذا صلحاً بل تسليم بحق الطرف الآخر وإقرار به.

لكن في الصلح أيضاً لا يشترط أن يكون التنازل متعادلاً من الجانبين، فقد ينزل أحد الطرفين عن جزء كبير من إدعائه ويتنازل الآخر عن بعض من إدعائه فيعد ذلك صلحاً.

فإذا أقر المدعي عليه بمبلغ الدين كله اتفق مع المدعي حين السداد على أن يدفع له جزءاً بعد أجل معين، وأمهله المدعي فإن إمهال المدعي له يعتبر تركاً منه لجزء من حقه ويعد ذلك صلحاً ويستلزم أن تصادق عليه المحكمة وذلك لتوافق إرادة الطرفين على إنهاء النزاع تماماً (14).

مميزات الصلح عن غيره من النظم

أولاً: الصلح والوساطة:

• يتشابه الصلح والوساطة في أن كل منهما يهدف إلى إنهاء الخصومة بين الطرفين بالطريقة الودية.

- الصلح يمكن أن يتم بين الطرفين فقط لكن الوساطة تتم من قبل شخص ثالث يسمى "الوسيط" لا علاقة له بالنزاع.
- ينتج الصلح حكماً رضائياً بينما الوساطة تنتهي بتقديم حلول في شكل مقترحات وتوصيات للأطراف الذين قد يأخذون بها أو يرفضونها.
- يتم الصلح أمام القاضي في الجلسة، أما الوساطة فتتم في إجراءات سرية ولا يجوز للوسيط إفشاء سرية الوساطة.
- إجراء الصلح أمام القاضي جوازي له أن يعرض الصلح على الطرفان، أما الوساطة فإنها وجوبية على القاضي أن يعرضها على الطرفان وتسمى بالوساطة القضائية.

ثانياً: الصلح والتحكيم:

يتفق الصلح أو التوفيق مع التحكيم في أن كل منهما يستند إلى الإدارة الخاصة ويتفقا أيضاً في أن كل منهما يؤدي إلى حسم النزاع، بمعنى أن الصلح والتحكيم يستندين إلى عقد يبرمه أطراف النزاع بمعنى أن أساس كل منهما هو عمل قانوني فعقد الصلح هو أساس العمل التصالحي وعقد التحكيم هو أساس حكم التحكيم، وبالتالي فإن النظامين (الصلح - والتحكيم) يتأثران بما يصيب العقد من عيوب مبطله، فبطلان عقد الصلح يؤدي إلى بطلان العمل التصالحي، وبطلان اتفاق التحكيم يؤدي إلى بطلان حكم المحكم.

أركان عقد الصلح:

1/ الرضا أو التراضي:

وهذا لا يتم إلا بإيجاب من أحد الطرفين وقبول من الطرف الآخر فتطابق الإيجاب والقبول كاف لتوافر الرضا (15).

أما إذا كان هناك عرض للصلح من جانب أحد الطرفين ولم يقبله قبول من الطرف الآخر فلا يوجد صلح في هذه الحالة، وكذلك أيضاً إذا كان القبول غير مطابق للإيجاب.

2/ المحل والسبب:

محل عقد الصلح هو الحق المتنازع عليه ونزول كل من الطرفين عن جزء من حقه، فإذا اختص أحد الطرفين بالحق كله في مقابل مال أو أداء معين يقدمه الطرف الآخر فإن هذا البديل يدخل في محل الصلح.

• يجب أن يكون محل عقد الصلح موجوداً وممكناً ومعيناً أو قابل للتعيين.

• يجب أن يكون محل عقد الصلح مروعاً وغير مخالف للنظام العام.

• يجب أن يكون سبب الصلح مشروعاً وإلا كان العقد باطلاً.

كما لو كان سبب الصلح هو الإبقاء على صلة الرحم بين الطرفين أو الخشية من أن يخسر هذا الطرف لدعواه أمام المحاكم مثلاً.

المطلب الثاني

الوساطة كوسيلة لحسم المنازعات

أصبحت الوسائل البديلة لحل المنازعات من الوسائل الملائمة للفصل في العديد من المنازعات كما هو الشأن في منازعات التجارة الدولية وحماية

المستهلك، والمنازعات الناشئة عن استخدام الإنترنت، والتجارة الإلكترونية، والملكية الفكرية وغيرها من المنازعات، حتى أصبح يطلق على هذه الوسائل اسم: "الطرق المناسبة لفض المنازعات"

حتى لدرجة أنه قد أصبح اللجوء إلى التحكيم مشروطاً في أغلب الأحيان باللجوء المسبق للوساطة أو التوفيق (16).

وتكمن أهمية الوساطة كوسيلة بديلة لحل المنازعات الدولية بالطرق السلمية لكونها الفكرة البديلة عن الإكراه والعنف الذي ينشأ بين الأطراف المتنازعة، وهي أيضاً تعد الوسيلة البديلة حتى عن القضاء بعيداً عن إجراءاته المطولة وتعقيداته، فالوساطة تعد طريقاً سهلاً وسلساً، وأقل مشقة وتكلفة عن الطرق العادية.

وللأطراف اللجوء إليها لتسوية نزاعاتهم لاسيما التجارية، ونقطة ضعفها هي ذاتها مكمّن قوتها، ألا وهي مرونة هذه الوسيلة وإمكانية اللجوء إليها قبل أو أثناء أو بعد التقاضي، وبما أن الوساطة تجعل لكل الأطراف الحق في التوقف عن الاستمرار فيها في أي وقت، إلا أن هذه النقطة ه مكمّن قوتها لترويج هذه الوسيلة بين أطراف النزاع (ماذا تخسر؟ يمكنك التوقف في أي وقت) (17).

تعريف الوساطة وماهيتها

الوساطة هي: أسلوب من الأساليب البديلة لفض النزاعات التي تقوم على توفير لقاء يجمع الأطراف المتنازعة وإجراء حوار بينهم للتقريب بين

وجهات النظر وتم هذا التقريب بواسطة شخص محايد، وهذا الشخص المحايد يسمى (الوسيط) وذلك بغية التوصل إلى حل ودي بين أطراف النزاع (18).

وتعرف أيضاً بأنها العملية التي تحاول الأطراف المتنازعة من خلالها أن تحل خلافاتها بمساعدة طرف ثالث، يكون مقبولاً منهم، ويسمى (الوسيط)، ومن صفاته أن يكون غير منحاز وحيادي، وذلك لمساعدة الأطراف بطريقة تطوعية للتوصل إلى تسوية للنزاع بينهما.

وقد عرف فقهاء القانون الدولي الوساطة بأنها: (محاولة دولة أو أكثر في فض نزاع قائم بين دولتين أو أكثر عن طريق التفاوض الذي تشترك فيه هي أيضاً مهما كان وساطة حسنة أم سيئة).

فالوساطة هنا يقصد منها النشاط الودي الذي تبذله دولة أو أكثر عن طريق الاتصال بين طرفي النزاع لتقريب وجهات النظر حول الموضوع المتنازع عليه، والدولة التي تقوم بالوساطة إما أن تتدخل من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب أطراف النزاع.

كما يمكن تعريف الوساطة بأنها: أسلوب من أساليب الحلول البديلة لفض النزاعات الدولية التي تقوم على توفير ملتقى للأطراف المتنازعة للاجتماع والحوار وتقريب وجهات النظر بمساعدة شخص محايد، وذلك لمحاولة التوصل إلى حل ودي تقبله أطراف النزاع.

وقد عرفها آخرون بأنها: (إحدى الطرق الفعالة لفض المنازعات بعيداً عن التقاضي، وذلك من خلال إجراءات سرية تكفل الخصوصية لأطراف

النزاع، من خلال استخدام وسائل وفنون مستحدثة في المفاوضات بغية الوصول إلى تسوية ودية للنزاع مرضية لأطرافه).

وقد وضعت اتفاقية لاهاي (1907)، الخاصة بتسوية المنازعات بالطرق السلمية القواعد المتعلقة بالوساطة، وألزمت الدول المتعاقدة للجوء إلى وساطة الدول الصديقة، وأيضاً نصت العديد من المواثيق الدولية العديدة مثل (ميثاق الأمم المتحدة)، والإقليمية مثل (ميثاق جامعة الدول العربية)، و(ميثاق الاتحاد الإفريقي)، بشكل صريح على حل المنازعات الدولية بالطرق السلمية، ونصت على أن الوساطة من بين هذه الطرق، ومن ناحية الواقع العلمي تعد هذه الوسيلة متميزة بتسهيل إجراءات الحوار خاصة في حالة تأزم الأوضاع بين الأطراف بين دولة وأخرى (19). أو بين دولة ومجموعة من الدول، كما كان الحال في قضية لوكيربي الخاصة بالجمهورية الليبية الشقيقة. خاصة فقد كانت تلوح في الأفق أمارات وعلامات الحرب، وتكون مهمة الوسيط في هذه الحالة بذل جهد أكبر لوقف الحرب أ، إطلاق النار إذا حدث (20).

ويقوم الوسيط في هذه الفترة بالاتصالات المباشرة بين الأطراف وتقديم المقترحات والبحث عن مجالات لطرق الأبواب بين الدول من أجل التقارب و الوقاف و العمل على إيجاد الحل العادل بين الأطراف المتنازعة.

ويلاحظ أن الدول في الوقت الراهن أصبحت تميل إلى توسيع نطاق الوساطة و الاعتماد على شخصيات مشهورة وذات مقدرة وكفاءة بدلاً من الدول للقيام بالوساطة.

ونخلص من ذلك إلى أن الوساطة تعد إحدى الطرق الفعالة لفض المنازعات وخاصة التجارية بين الأفراد أو الشركات بعيداً عن التقاضي، وذلك من خلال إجراءات سرية وسريعة تقوم على محاولة تقريب وجهات النظر بين أطراف النزاع من خلال استخدام فنون مستحدثة في المفاوضات بغية الوصول إلى تسوية لفض النزاع تكون مرضية لكافة الأطراف حيث يساهم كل أطراف النزاع بالوصول إلى هذه التسوية (21).

الأمر الذي أصبح معه الوساطة عبارة عن عملية مفاوضات غير ملزمة، يقوم بها طرف ثالث محايد يهدف إلى مساعدة طرفي النزاع للتوصل إلى حل لنزاعهم تحت غطاء من السرية.

وقد أخذت غالبية التشريعات الدولية، ومنها التشريعات الأنجلوسكسونية عامة و الأمريكية على وجه الخصوص بالطرق البديلة لحل النزاعات سواء التجارية بين الشركات والمؤسسات التجارية والاستثمارية أو النزاعات الدولية فيما بين الدول بعضها البعض منذ أمد بعيد.

والمرجع الجزائري شأنه شأن المشرع العربي قد أخذ بهذه الوسائل لحل النزاعات، فنجد أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد قد

ضمن بين نصوصه الواردة على وجه الخصوص بالكتب الخامس منه في المواد من 994 حتى 1005 من القانون على الوساطة كوسيلة لتسوية المنازعات.

والوساطة عكس الصلح، فهي بموجب القانون الجزائي وجوبية على القاضي والزمته القيام بها بالجلسة الأولى، والوساطة جائزة في جمع المواد باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية باعتبار أن لهما إجراءات خاصة بهما. والوساطة لا تجوز في كل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام ويمكن أن تمتد إلى كامل النزاع أو جزء منه (22).

وقد حددت الوساطة بمدة ثلاثة أشهر قابلة للتجديد لنفس المدة لمرة واحدة، وذلك يتم بطلب من الوسيط إذا ما اقتضى عمله، وذلك شرط موافقة الخصوم مع إعطاء سلطة تقديرية للقاضي في التمديد. ويمكن أن تتم الوساطة بواسطة شخص طبيعي أو بواسطة جمعية، وفي حالة إسناد الوساطة إلى جمعية، يقوم رئيسها بتعيين أحد أعضائها بتنفيذ الإجراء باسمها ويخطر القاضي بذلك.

أنواع الوساطة

1 / الوساطة الاتفاقية:

وهذا النوع من الوساطة يقوم طرفا النزاع بالاتفاق على إحالته إلى وسيط يقومون بتسميته بالاتفاق فيما بينهما، وقد أعطى هذا النوع من الوساطة لقاضي الصلح جواز إحالة النزاع للوسيط المتفق عليه من قبل أطراف النزاع (23).

2 / الوساطة الاستشارية:

وهي التي يطلب فيها أطراف النزاع من محام أو قاضي سابق استشارته أولاً في موضوع النزاع، ثم بعد أن يوضح للخصوم مراكزهم القانونية، يطلبون منه أن يتوسط بينهم لحل النزاع ودياً.

3 / الوساطة القضائية:

وهي التي يطلب فيها القضاة من الخصوم اللجوء إلى وسيط ليقوم بتقريب وجهات النظر بينهم، ويحسم النزاع ودياً، هذا النظام معمول به في النظم الأنجلوسكسونية، وغير معروف في النظم التي تأخذ بالنظام اللاتيني، وقد أخذ المشرع الجزائري بالوساطة القضائية ونص على وجوب قيام القاضي بالوساطة وخلال الجلسة الأولى على النحو المقرر بالمواد من 1994 حتى 1005 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري (24).

كما أخذ المشرع المصري أيضاً (25) بنظام التسوية القضائية، ففي الدستور المصري الجديد منح هيئة قضايا الدولة إمكانية تسوية المنازعات الواقعة بين الدولة والأفراد (26). كما أعد المشرع المصري مشروع قانون الوساطة القضائية في المنازعات المدنية والتجارية، والذي يعطي لقاضي سماه المشروع (القاضي الوسيط)، إمكانية تسوية النزاع ودياً، قبل عرضه على قاضي الموضوع إذا فشلت محاولات القاضي الوسيط (27)، وجعل المشرع الوساطة القضائية إلزامية في الدعاوى المقدرة القيمة، التي تتجاوز قيمتها مائة ألف جنيه

مصري، وكذلك في الدعاوى غير مقدرة القيمة... أما في الدعاوى أقل من مائة ألف جنيه فهي وساطة جوازية وليست وجوبية.

مميزات الوساطة

1/ السرعة واختصار الوقت:

نظراً لتطور حركة التجارة والاستثمار فقد بات اللجوء للوسائل البديلة لحل وتسوية المنازعات أمراً طبيعياً وضرورياً، وذلك تفادياً من بطء إجراءات التقاضي، فالعدالة البطيئة هي إنكار للعدالة بصفة عامة لذلك فالوساطة تخدم العدالة إي في سرعة الفصل في المنازعات ولذلك حددها المشرع بمدة ثلاثة أشهر قابلة للتجديد لمدة واحدة بطلب من الوسيط وموافقة الخصوم، وفق نص المادة 996 من القانون الجزائري (28).

2/ المرونة:

تعد المرونة من الأسباب التي أدت إلى لجوء الأطراف إلى الطرق البديلة لحل وتسوية منازعاتهم بعيداً عن تعقيد الإجراءات القانونية بالقوانين وذلك أن الدعاوى التي ترفع أمام القضاء العادي لا بد من التقيد بالإجراءات المتبعة والمفروضة بموجب القوانين أثناء رفع تلك الدعاوى وإلا شابهها البطلان. بينما في الوساطة لا يوجد أي إجراء يترتب على عدم مراعاته البطلان فالوسيط غير ملزم بإتباع إجراءات معينة (29).

3/ السرية:

تضمن الوساطة سرية القضايا والنزاعات غير مقتضيات نظامها الذي يقبل الأطراف الالتزام بها.

وتعد السرية أهم الركائز الأساسية للوسائل البديلة كما في الوساطة، فالوسيط المكلف بالنظر في النزاع، يحظر عليه إفشاء المعلومات التي حصل عليها في جلسات الوساطة لأشخاص آخرين إلا بموافقة المتنازعين، وإلا يتم شطبه من سجل الوسطاء المعتمدين.

4/ تخفيف العبء عن كاهل القضاء:

تساهم الوساطة بشكل كبير في تخفيف العبء عن كاهل القضاء عن طريق حل نزاعات كان يمكن حلها بواسطة القضاء، فالوساطة تعطي حلاً نهائياً للنزاع بما يؤدي إلى عدم عرض هذا النزاع مرة أخرى على القضاء، وبالتالي فإن تطبيقها كوسيلة يؤدي إلى مساعدة القضاء وتخفيف العبء عن كاهله.

5/ قلة التكلفة:

تحدد أتعاب الوسيط أو الوسطاء، ورسوم الوساطة وفقاً للجدول المحدد المعتمد من الوزارة أو الذي يحدده القاضي بدولة الجزائر، وأيضاً وفق الجدول المعتمد عن غرف التجارة والصناعة، كما في دولة الإمارات أو بمراكز التوفيق والتحكيم أيضاً والذي تكون أنظمتها عادة مرفق بها هذا الجدول للرسوم والأتعاب (30).

6/ تؤدي على استمرار العلاقة الودية بين الطرفين:

توفر الوساطة للطرفين المتخاصمين فرصة للالتقاء ثانية وإزالة الخلاف بينهما عن طريق التوصل لحل يرضي الأطراف بتقريب وجهات النظر من قبل الوسيط والتوصل إلى مصالحة تزيل كل الخلافات وهذا عكس القضاء الذي يفصل في نهاية الدعوى في أغلب الأحيان لصالح طرف ضد الطرف الآخر، مما يولد التشاحن بين الأطراف.

وقد اشترط المشرع الجزائري بالمادة (994) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية شرطاً لإحالة النزاع للوسيط هو قيد وتسجيل الدعوى أمام القضاء، ثم يتولى القاضي بماله من سلطة فرضها القانون عرض وساطته على الأطراف (الوساطة القضائية).

كما حدد المشرع الجزائري أيضاً في المادة (998) من ذات القانون: وكذا المرسوم التنفيذي رقم 09 - 100 كيفية تعيين الوسيط. وتمتد الوساطة لكل النزاع أو جزء منع، وأنه لم يشترط استعراق الوساطة لكل النزاع فمتى كان الموضوع قابلاً للتجزئة يجوز للقاضي الأمر بتعيين وسيط في الشق الذي اتفق عليه الخصوم والجزء المتبقي يتم الاستمرار في التقاضي فيه وفق الإجراءات العادية للخصومة وفق نص المادة (995) من قانون (31).

الشروط الواجب توافرها

في شخص الوسيط

يعتبر شخص الوسيط من أهم وأنجح عناصر الوساطة ورغم أن المشرع لم يحدد تعريفاً للوسيط في قانون إجراءات المدنية وكذلك في المرسوم التنفيذي رقم 09-100 لكنه اكتفى بتحديد شروط له.

فالوسيط هو الشخص من الغير ليس له علاقة بالنزاع ولا بأطراف النزاع لكن تتوافر فيه القدرة على المناقشة مع الأطراف، وهذا يعني أن الوسيط يجب أن يكون شخصاً طبيعياً وقد نصت المادة (997) من قانون الإجراءات المدنية و لإدارية الجزائي على أن تسند الوساطة إلى شخص طبيعي أو إلى جمعية.

وعندما يكون الوسيط المعين جمعية، يقوم رئيسها بتعيين أحد أعضائها لتنفيذ الإجراء باسمها ويخطر القاضي بذلك.

وقد اشترطت المادة (998) من ذات القانون ضرورة أن تتوافر في شخص الوسيط الشروط التالية:

1. ألا يكون قد تعرض إلى عقوبة عن جريمة مخلة بالشرف، وألا يكون ممنوعاً من حقوقه المدنية.

2. أن يكون مؤهلاً للنظر في المنازعة المعروضة عليه.

3. أن يكون محايداً ومستقلاً في ممارسة الوساطة.

بعد عرض القاضي للوساطة وقبول أطراف المنازعة بها يتم صدور أمر يقضي بتعيين وسيط وفق نص المادة (999) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تضمنت وجوب توافر بيانات في أمر التعيين وهي:

1. موافقة أطراف النزاع (الخصوم)

2. تحديد مدة لإتمام الوساطة وهي مدة الثلاثة أشهر على النحو المبين بالمادة (996).

3. أن يكون الأمر بتعيين الوسيط كتابياً وأن يتضمن البيانات السابقة وألا يمس بحقوق الأطراف كونه لا ينفذ إلا بموافقة الخصوم وهو غير قابل للطعن عليه بأي طريق (32).

انتهاء أعمال الوساطة:

يمكن أن تنتهي أعمال الوساطة من طرف القاضي وفق المادة (1002)(33)، ويمكن أن تنتهي من طرف الوسيط وفق المادة (1003) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد(34).

آثار الوساطة:

عندما يتمكن الوسيط من التوصل لاتفاق وتحريره محضراً بذلك ترجع القضية أمام القاضي الذي يتولى بدوره المصادقة على محضر الاتفاق بموجب أمر يكون غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن وهو ما نصت عليه المادة (1004) من القانون (35).

المبحث الثاني

التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات

المطلب الأول

تعريف التحكيم ومزاياه وعيوبه والفرق بينه وبين غيره من النظم.

تعريف التحكيم: التحكيم هو أحد الوسائل الهامة لفض المنازعات فهو النظام الذي بمقتضاه يمكن الفصل في المنازعة بواسطة أفراد عاديين بعيداً عن القضاء.

فالأصل أنه لا يجوز للشخص أن يقتضي حقه بنفسه وإنما يجب التوجه إلى شخص محايد للفصل في النزاع وهذا الشخص المحايد هو القاضي التابع للدولة واستثناءً من هذا الأصل يعترف المشرع بالتحكيم حيث يسمح بأن يكون هذا الشخص المحايد من آحاد الناس يختاره الخصوم عادة (36).

وقد عرفه البعض بأنه "هو الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به" (37).

ويرى أستاذنا الدكتور فتحي والي أن التعريفات الفقهية للتحكيم قد تعددت لكن أفضل تعريف للتحكيم كما يرى هو "أن التحكيم نظام قانوني يتم بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص من الغير يستمدون مهمتهم من اتفاق أطراف النزاع" (38).

وقد عرفته المحكمة الدستورية العليا بمصر بأنه "عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحدونها ليفصل في هذا النزاع بقرار قاطع لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلياً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية" (39).

أما الدكتور محسن شفيق فقد عرف التحكيم بأنه "ضرب من القضاء الخاص يقوم على مبدأ سلطان الإدارة، وقد تطور حتى أصبح من مظاهر العصر الحديث لأهمية الكبرى في المعاملات التجارية(40).

فبمقتضى التحكيم ينزل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم للخصوم. وقد يكون هذا الاتفاق تبعاً لعقد معين يذكر فيه صلبه. ويسمى "شرط التحكيم"، وقد يكون بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم، ويسمى في هذه الحالة "مشاركة التحكيم أو اتفاق التحكيم".

والتحكيم كنظام خاص للتقاضي في المسائل المدنية والتجارية والإدارية يلجأ بمقتضاه أطراف اتفاق التحكيم إلى محكم أو أكثر دون قضاء الدولة أو المحكمة المختصة للفصل فيما يثور بينهم من منازعات تتعلق بمعاملاتهم العقدية أو غير العقدية بحكم ملزم. وهذا المعنى للتحكيم يكاد يجمع عليه الفقه والقضاء والتشريعات العربية والمقارنة. غير أنها قد اختلفت فيما بينها في التعبير عن هذا المعنى، فاستخدم البعض تعبير اتفاق التحكيم لوصف عملية التحكيم. وعبر البعض الآخر عن التحكيم كنظام يتضمن ضمن مراحل المختلفة اتفاق الأطراف على التحكيم. فعرفوا التحكيم بأنه "اتفاق الأطراف على طرح منازعاتهم على محكم أو أكثر دون قضاء الدولة للفصل فيها بحكم ملزم".

ومن هذا المفهوم يتضح أن اتفاق التحكيم هو عقد يتفق بمقتضاه الأطراف على عرض نزاع قد ينشأ بينهما في المستقبل أو نزاع قد ينشأ بالفعل على شخص أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة (41).
فالتحكيم هو طريق اتفاقي من حيث النشأة من حيث تحديد ولاية المحكم وتحديد المنازعات التي تدخل في هذه الولاية وليس للمحكم الفصل في غيرها مما قد ينشأ بين الأطراف من منازعات حتى ولو نشأت عن ذات الرابطة القانونية طالما لم يشملها الاتفاق على التحكيم. أو لم يتفق الأطراف على إحالة المنازعة الجديدة إليه.

مزايا التحكيم وعيوبه

أولاً: مزايا الحكم:

أصبح التحكيم من أهم وسائل تسوية المنازعات التي تنشأ بين الدول بعضها وبعض أو بينها وبين الأفراد أو بين الأفراد بعضهم البعض سواء كانوا من جنسيات متعددة أو من جنسية واحدة وخاصة في مجال التجارة الدولية، وذلك لما يحققه من مزايا لأطراف العلاقة القانونية ونذكر من هذه المزايا مايلي:

1/ السرعة في الإجراءات وتخفيف العبء عن القضاء:

هناك الرغبة من الأطراف في الحصول على حكم سريع يفصل في النزاع ويقبل التنفيذ، فالتحكيم يضمن عادة للخصوم تحقيق هذه الرغبة أكثر من القضاء، فالمحكم يمكن أن يكون متفرغاً تماماً للفصل في النزاع المحكم فيه بينما القاضي مدعو للفصل في منازعات عديدة، وأيضاً الممكن مدعو للقيام بمهتمه

في خلال مهلة محددة يتفق عليها الخصوم وعادة ما تكون قصيرة بينما القاضي لا يتقيد بأي مهلة (42).

ويمكن المحكم أيضاً من إنجاز مهمته التحكيمية خلال هذه المهلة عن طريق اللجوء إلى إجراءات سريعة وبسيطة كونه يكون غالباً من أهل الخبرة في موضوع النزاع، الأمر الذي يمكنه من اختصار الوقت بينما القاضي قد لا يستطيع الفصل في مثل هذا النوع من المنازعات إلا بالاستعانة بخبير متخصص والانتظار حتى انتهاء الخبر من مهمته.

أيضاً يكون قرار التحكيم على درجة تقاضي واحدة بينما التقاضي يكون على درجتين (تعدد درجات التقاضي) (43). وبالتالي فالتحكيم يؤدي إلى تخفيف العبء عن القضاء.

2/ المحافظة على سرية العلاقة بين الطرفين:

الغالب أن يكون أطراف العلاقة حريصين على سريتها حرصاً منها على مصالحهما الماثلة مع الغير أو في مواجهة الغير المنافس، فإذا ما تعلق الأمر مثلاً بتنفيذ متأخر أو معيب، فإن المدعي عليه يعلق أهمية كبيرة على بقاء أمر التأخر أو العيب محجوباً عن منافسيه من ناحية، وعن عملائه من ناحية أخرى، وكذلك الحال إذا تعلق الأمر بدعوى عدم مطابقة محل العقد للمواصفات المتفق عليها (44).

و لا شك فإن اللجوء إلى التحكيم يضمن للخصوم تحقيق هذه الرغبة لأن جلساته تتم عادة في سرية عكس الحال بالنسبة للقضاء الذي تتم جلساته في علانية فضلاً عن أن إصدار الحكم يجب أن يكون دائماً في علانية (45).

3 / المرونة في الإجراءات:

يلتزم القاضي بتطبيق القانون الإجرائي الساري في دولته، أما في التحكيم فإن للأطراف حق الاتفاق على الإجراءات التي يرونها مناسبة لحل ما بينهم من نزاع، وقد يكون نزاعاً بسيطاً لا يتطلب غلا إجراءات بسيطة، كما أنه للأطراف حق الاتفاق على إخضاع التحكيم للإجراءات التي ينص عليها أي قانون إجرائي أو نظام إجرائي لي مركز من مراكز التحكيم وفق ما يرونها مناسباً لهم (46).

4 / الاقتصاد في النفقات:

في الغالب تكون نفقات التحكيم زهيدة، خاصة في حالة التحكيم الحر إذا ما قورنت بتلك التي تستدعيها الخصومة القضائية أمام محاكم الدولة - رسوم قضائية وأتعاب محاماة وخبراء مع الأخذ في الاعتبار طول الوقت في التقاضي أمام المحاكم، وأثر ذلك على التجارة والاستثمار (47).

5 / التحكيم أداة تشجيع للتجارة الدولية:

يعتبر التحكيم أداة تشجيع للتجارة على المستويين الوطني والدولي فهو يمثل أداة للثقة والطمأنينة في مجال المعاملات الدولية، ويشجع التجارة بين الدول فهو يطمئن الأجنبي من مخاوف اللجوء إلى القضاء الوطني وتطبيق

القانون الوطني وطول الإجراءات واعتقاد الأجنبي في انحياز القاضي الوطني إلى مواطنيه أطراف النزاع كما يتلافى عدم معرفة المستثمر الأجنبي والمصدر الأجنبي بالقوانين الوطنية (48).

ثانياً: عيوب التحكيم:

في التحكيم يتحمل الأطراف ابتداءً مصاريف التحكيم معاً وأتعاب المحكمين في حين أنه في التقاضي لا يدفع الأطراف إتعاباً للقاضي، فلا يتحمل المدعي ابتداءً إلا رسوم بسيطة، ولا يحكم بالمصاريف غلا على من يخسر الدعوى بعد انتهاء الخصومة بحكم نهائي.

1. قد تطول الإجراءات في التحكيم عنها في القضاء بسبب عدم قيام أحد الأطراف بتعيين المحكم الذي يتوجب عليه اختياره، أو بسبب عدم اتفاق الطرفين على المحكم الفرد، أو بسبب عدم الاتفاق على رئيس الهيئة، أو بسبب التمسك ببطلان التحكيم (49).

2. لا يجوز توسيع نطاق التحكيم (امتداد شرط التحكيم)، دون رضا ذوي الشأن، في الخصومة أمام القضاء يمكن أن يتسع نطاقها من الناحية الموضوعية من حيث الطلبات فيها ومن الناحية الشخصية من حيث تدخل الغير واختصاصه حتى ولو دون رضاه.

3. حكم التحكيم يعتمد على درجة واحدة، أي انه غير قابل للطعن عليه، عكس القضاء.

التمييز بين التحكيم وغيره من النظم

أولاً: التمييز بين التحكيم والقضاء:

يعرف القضاء بأنه سلطة الفصل بين المتخاصمين وحماية للحقوق العامة بإنزال حكم القانون على الواقعة محل التداعي (50).
أي أن القاضي يستمد سلطانه من الدولة، والقاضي موظف عام له ولاية قضائية دائمة يصدر أحكاماً قضائية ولا يتقاضى أجراً على عمله من الخصوم، وإنما من الدولة، كما أنه ليس للمتقاضين الحق في اختيار القاضي الذي يفصل في النزاع.

بينما التحكيم هو اتفاق ينشأ بمقتضاه نظام إجرائي قضائي مؤقت قاصر على نزاع معين بنطاق محدد يقوم عليه شخص عادي له ولاية قضائية مؤقتة تنتهي بإصدار الحكم المنوط به إصداره.
بمعنى أن المحكم هو الشخص الذي يتولى حسم النزاع الناشئ بين الأطراف بناءً على إرادة هذه الأطراف، ويعني ذلك أن لكل من المحكم والقاضي ولاية الحكم (51).

لكن النظامين يختلفان من حيث:

1. أن التحكيم لا يصح إلا برضاء الطرفين، أما القضاء فلا محل لرضا الأطراف فيه متى ثبتت ولاية القاضي مكانياً وموضوعياً.
2. ولاية المحكم قاصرة على الدعوى المحكم فيها فقط، أما القاضي فله النظر في كل القضايا التي تدخل في اختصاصه وهي أوسع عنها في التحكيم.

3. حكم المحكم قاصر على المحكوم عليه فقط، ولو ثبت بينة، أما حكم القاضي فقد يتعدى المحكوم عليه (52).

4. التحكيم أضيق مجالاً من القضاء فلا يصح إلا فيما يملكه الخصم، أما القضاء فللتقاضي النظر في كل خصومه (53).

5. لا يجوز للمحكم أن يستخلف غيره ليتولى التحكيم نيابة عنه إلا بموافقة الطرفين، لأن الرضا بالتحكيم مرتبط بشخص المحكم، أما القاضي فيجوز له أن يستخلف غيره في نظر القضايا المعروضة.

ثانياً: التمييز بين التحكيم والصلح:

التحكيم مثل الصلح ينشأ عن عقد وبها يتم حسم النزاع والصلح عقد يتأتى بتنازل إرادي من كل طرف عن بعض مطالبه (54).

لكن يختلف النظامان من عدة نواحي وهي:

• أن محل عقد الصلح هو تسوية النزاع القائم بين الطرفين مباشرة بواسطة الطرفين أنفسهم دون تدخل من طرف ثالث، أما محل التحكيم فهو اختيار محكم أو محكمين للفصل في النزاع وعدم عرضه على القضاء التابع للدولة.

• ينتهي التحكيم بحكم ينهي النزاع ملزم للطرفين، وقابل للتنفيذ وفقاً لإجراءات محددة، أما الصلح فينهي النزاع بمجرد التنازل المتبادل ويكون هذا الاتفاق قابلاً للتنفيذ كما تنفذ العقود بصفة عامة (55).

• الصلح يقتضي التنازل المتبادل من الخصوم عن جزء من الحق الموضوعي لحل النزاع، أما في التحكيم فالاتفاق لا يتضمن أي تنازل عن الحق وقد يقضي المحكم بالحق كله لأحد الأطراف فتمتع المحكم بسلطة قضائية تمكنه من الفصل في النزاع بحكم ملزم لأطرافه هو المعيار الحاسم في التمييز بين المحكم والمصالح (56).

ثالثاً: التمييز بين التحكيم والوساطة أو التوفيق:

الوساطة والتوفيق مثل التحكيم كلاهما طريق من طرق تسوية المنازعات والغرض من الوساطة أو التوفيق هو التوصل إلى تسوية ودية للنزاع بين الأطراف عن طريق اختيار موفق محايد يقدم اقتراحاته في النزاع (57)، فالتوفيق والوساطة تنتهي باقتراح من الوسيط لتقريب وجهات النظر بين الطرفين وتحرير محضر يوقعه الطرفين والوسيط ويعد هذا المحضر - عقداً عادياً ليس له آثار الأحكام القضائية ويكون قابلاً للتنفيذ الجبري.

رابعاً: التمييز بين التحكيم والوكالة:

الوكالة هي عقد يلتزم بمقتضاه الموكل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل، والوكالة تخول الوكيل سلطة النيابة في التصرف عن الموكل دون أن يصدر أحكاماً أو يحل نزاعاً (58).

أما التحكيم فهو اختيار المحكم بواسطة الخصوم ليفصل في نزاع قائم أو محتمل ينتهي بقرار ملزم فالمحكم مكلف بإصدار قرار قانوني (الحكم) وبالتالي، فإن المحكم يختلف عن الوكيل في استقلاله في أداء عمله عن أطراف النزاع، فهو

ليس وكيلاً يدافع عن مصالح من اختاره حيث لا يعمل لحسابه ولا يلتزم بتعليماته لكنه يباشر سلطة العدالة المرنة والخصوصية، كما أن الوكيل إذا تجاوز سلطته فإنه يسأل لوحده عن ذلك ولا يمثل مصالح متعارضة، لذلك فإن المحكم وفق رأي غالبية الفقه المعاصر (59). يعتبر قاضياً وليس وكيلاً، وبالتالي يجب أن يتمتع بالاستقلال اللازم لمباشرة مهمته فهو يحكم بتجرد وطبقاً لما يميله عليه ضميره والقانون ويتنحى إذا استشعر الحرج أو أن شيئاً ما يفقده حيده واستقلاله.

خامساً: التمييز بين التحكيم والخبرة:

يقصد بالخبرة ذلك الإجراء الذي يعهد بمقتضاه القاضي أو المحكم إلى شخص ما مهمة إبداء رأيه في بعض المسائل ذات الطابع الفني الذي يكون على دراية بها دون إلزام القاضي أو المحكم أو الخصوم بهذا الرأي (60). فالخبرة هي المعرفة ببواطن الأمور والخبير هو العالم في علم أو فن معين، ويقدم الخبير رأيه بصدد موضوع معين متى طلب منه ذلك، دون أن يكون لرأيه أي قوة إلزامية لا للقاضي ولا للخصوم، ولا يعدو أن يكون رأيه استشارياً للقاضي أو للمحكم.

ويتميز التحكيم بصفة خاصة عندما يتطلب حل النزاع إلى "خبرات" فنية خاصة أو دراية بالأعراف والعادات الجارية في مجال تجارة، أو صناعة معينة إذ يستجيب حكمه لمقتضيات هذه التجارة أو الصناعة (61).

فالتحكيم يستوجب اختيار محكمين من الخبراء في مجال النزاع المعروض
للتحكيم.

ورغم تشابه المحكم مع الخبير ... إلا أنهما يختلفان من النواحي
الآتية (62):

• أن رأي الخبير استشاري للمحكمة في حين أن رأي المحكم ملزم
لأطراف النزاع.

• لا يشترط أن يعين الخبير بالاسم، أما المحكم فيشترط أن يعين بالاسم
في وثيقة التحكيم.

• الخبرة لا تقتضي وجود شرط أو مشاركة عكس التحكيم الذي يكون
اختيارياً.

• قرار الخبير لا يجوز الطعن فيه مباشرة بعكس قرار المحكم الذي قد
يجوز الطعن فيه في بعض التشريعات.

• الخبير ملزم بتطبيق قواعد الإثبات، أما المحكم فقد لا يلتزم بتطبيق
قواعد القانون كالتحكيم بالصلح.

المطلب الثاني

اتفاق التحكيم

أولاً: تعريف اتفاق التحكيم:

لم يرد تعريف محدد لاتفاق التحكيم في القانون، إلا أنه وفقاً لتعريف
المادة السابعة في فقرتها الأولى من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي

الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية بتاريخ 21 يونيو 1985 م، يقصد باتفاق التحكيم: "اتفاق الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم، جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية" (63).

و على ذلك يمكن تعريف اتفاق التحكيم بأنه: "الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم بشأن نزاع لم يحصر المشرع ولاية نظره فقط للقضاء".

ولما كان المشرع في كل من دولة الإمارات العربية المتحدة، ودولة الجزائر قد نص على حق اللجوء للتحكيم وفق ما قضيت به المادة رقم (1/203) من قانون الإجراءات المدنية الاتحادية لدولة الإمارات، وكذلك المواد أرقام (1006.1007.1008.1011.1012.1013) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لدولة الجزائر (64).

ويعني ذلك أن هذين النصين قد منحا المشروعية لأي اتفاق تحكيمي طالما أن هناك اتفاق بين الأطراف على اللجوء للتحكيم.

ولما كان المقرر طبقاً للقواعد العامة أن ولاية الفصل في المنازعات هي من ولاية القضاء بحسب الأصل فقط، وأن اللجوء للتحكيم لا بد وأن يتم باتفاق الأطراف وإراداتهم المنفردة.

وقد عرف قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 م، اتفاق التحكيم في الباب الثاني منه (65)، وبذلك فإن الاتفاق على التحكيم يأخذ الصور التالية:

1/ صورة شرط التحكيم:

وهي بند يوضع في العقد بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين.

2/ صورة مشاركة التحكيم:

وهي عبارة عن عقد مستقل عن العقد الأصلي وهي تحرر بعد حدوث النزاع ويجب أن يحدد موضوع في هذه المشاركة حتى ولو أقيمت بشأنه دعوى قضائية، وفي هذه الحالة يجب أن تحدد المشكلات التي يشملها اتفاق التحكيم وإلا كان باطلاً.

واتفاق التحكيم سواء كان شرطاً أم مشاركة، فإنه يقوم على أساس مبدأ سلطان الإدارة، الذي يشكل أساس مشروعية التجاء الأطراف إلى التحكيم، ومنه يستمد المحكم سلطته في الفصل في النزاع، ويترتب على عدم وجود الاتفاق المذكور انعدام حكم التحكيم، واعتباره كأن لم يكن، وذلك لانعدام ولاية المحكم في إصداره، كما يقع باطلاً أيضاً الحكم الذي يستند على اتفاق تحكيم اختلت فيه الشروط (باطل)(66).

وعليه، فمناط اختصاص التحكيم هو صحة أو عدم صحة اتفاق التحكيم، فإن كان اتفاق التحكيم صحيحاً فإن القضاء يرفع يده عن البت في المنازعة وينعقد الاختصاص في هذه الحالة لهيئة التحكيم.

أما إذا أختل اتفاق التحكيم، فيسترد القضاء ولايته واختصاصه الأصيل بنظر النزاعات المثارة بين الأفراد بدلاً عن هيئة التحكيم.

وكي يكون اتفاق التحكيم صحيحاً لا بد من توافر شروط موضوعية وشكلية على النحو التالي:

أولاً: الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم:

1/ التراضي في اتفاق التحكيم:

التراضي باعتباره ركن من أركان اتفاق التحكيم مفاده أن تتجه إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم كبديل عن القضاء، وبعبارة أخرى أن اتفاق الشخص الذي يصدر الرضا عنه – سواء كان من أبرم العقد باسمه ولحسابه أو كل من اتجهت إراداته إلى الالتقاء بإدارة أخرى – لاتخاذ التحكيم سبيلاً لتسوية منازعاتها. بعيداً عن قضاء الدولة، ويتحقق بهذا التوافق بين الإرادتين على إحداث هذا الأثر القانوني وهو اللجوء إلى التحكيم (67).

كما يلزم لصحة اتفاق التحكيم تراضي الطرفين بإيجاب وقبول وفقاً للقواعد العامة في هذا الشأن، وأن تكون إدارة الطرفين خالية من عيوب الرضا المنصوص عليها في قانون المعاملات المدنية (68).

فتوافق إدارة الطرفين على اللجوء إلى التحكيم بدلاً من القضاء، في التحكيم الاختياري، هو الأساس الذي يستمد منه التحكيم شرعيته وإلزامه (69).

وتوافق إرادة الطرفين على اللجوء إلى التحكيم قد يكون سابقاً على قيام النزاع وقد يكون لاحقاً عليه، وهو ما نصت عليه المادة السادسة من مشروع القانون الاتحادي الإماراتي في شأن التحكيم في المنازعات التجارية بقولها:

"1- يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أم ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة (31) من هذا القانون، وكذلك المادة (10) فقرة (2) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 م.

2- يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية وفي هذه الحالة يجب أن يُحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم، وإلا كان الاتفاق باطلاً".

فإذا ورد هذا الاتفاق بمناسبة علاقة قانونية وقبل نشوب النزاع سمي "شرط تحكيم"، سواء ورد كبند من بنود العقد أو في اتفاق مستقل يلحق بالعقد الأصلي، فالشرط يواجه نزاعاً لم يقع بعد، وإذا ورد الاتفاق بعد نشوب النزاع سمي "مشاركة تحكيم"، فالمشاركة تفترض عدم سبق الاتفاق على التحكيم بشأن النزاع المطروح، وشرط التحكيم الوارد بالعقد يغني عن توقيع المشاركة عند نشوب النزاع (70).

ويجب أن يكون التعبير عن الإدارة واضح الدلالة في اللجوء إلى التحكيم بديلاً عن القضاء، لأن عدم وضوح العبارة كما لو كانت تمنح الأطراف حق اللجوء إلى القضاء إلى جانب اللجوء إلى التحكيم، ولا يحول دون لجوء الأطراف إلى القضاء، ويضحي ذلك اتفاق التحكيم عديم الجدوى وغير ذي فائدة (71).

2 / الأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم:

أولاً: أهلية الشخص الطبيعي:

حتى يتم إبرام اتفاق التحكيم لابد من توافر أهلية التصرف في ذلك الشخص، حيث لا يصح الاتفاق على التحكيم غلاماً ممن له أهلية التصرف في الحق محل النزاع وقد أكد ذلك المواد (4 / 203) من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات والمادة رقم (11) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م (72).

وتطبيقاً لذلك فلا يجوز الاتفاق على التحكيم من قبل القاصر، وإن تم فإنه يكون قاصراً على إجازة الولي وفي الحدود التي يجوز للقاصر التصرف فيها، أو إجازة القاصر لهذا التصرف بعد بلوغه سن الرشد، باعتبار أن اتفاق التحكيم وهذا ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية باعتبار أن اتفاق التحكيم يرتب التزامات متبادلة في ذمة طرفيه (73).

أما القاصر المأذون له بالتجارة أو الإدارة فإن له أهلية التصرف والتقاضي بشأن التصرفات المأذون له في إبرامها، ومن ثم يكون له سلطة الاتفاق على التحكيم بشأن المنازعات الناشئة عنها (74).

ويعني ذلك أن الأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم هي بحسب الأصل الأهلية الكاملة، أي بلوغ سن الرشد، إحدى وعشرين سنة قمرية، أما تصرف القاصر سواء كان مأذوناً له أم لا فإنها تخضع للقواعد العامة.

إما ما يتعلق بأهلية الأجنبي فتستند إلى قانون جنسيته، ويرجع بشأن مدى توافر أهلية الأجنبي من عدمها وقت إبرام اتفاق التحكيم إلى قانون جنسيته (75).

ثانياً: أهلية الشخص الاعتباري:

الأشخاص الاعتبارية الخاصة: ويقصد بها الشركة... فهل تكفي صفة الممثل القانوني للشركة لإبرام اتفاق التحكيم أم أن ذلك يستلزم نص خاص في عقد الشراكة أو في نظامها الأساسي أو على الأقل أن يفوض في ذلك صراحة من مجلس إدارة الشركة.

وقد ذهبت محكمة استئناف القاهرة ومركز القاهرة الإقليمي إلى القول بأنه (من المسلم به أن الشريك المتضامن المدير في شركة الأشخاص له سلطة واسعة في التصرف في أموال الشركة، ولهذا فإن له أن يبرم اتفاق تحكيم نيابة عن الشركة، ولو لم يفوض في ذلك صراحة، وليس للشريك الموصى أو للمدير غير الشريك المتضامن هذه السلطة، وبالنسبة للشركات المساهمة أو ذات المسؤولية المحدودة، يكون لرئيس مجلس إدارة الشركة المساهمة أو العضو المنتدب للشركة المساهمة أو المدير العام للشركة ذات المسؤولية المحدودة الذي يدير الشركة سلطة كاملة في الإدارة وفي التصرف في أموال الشركة في حدود تحقيق أغراض الشركة، وقد جرى قضاء محكمة استئناف باريس على أن له بموجب هذه السلطة أن يبرم اتفاق تحكيم دون حاجة إلى تفويض خاص بذلك، وذلك على أساس أن التحكيم يعتبر عملاً من الأعمال الجارية للشركة، إذا هو تكملة

ضرورية للعقود التي تبرمها الشركة لمباشرة نشاطها... وكذلك كله ما لم يرد نص في نظام الشركة أو في عقدها يسلبه هذه السلطة أو يقيدها، ونفس الأمر بالنسبة للمثل القانوني لأي شخص اعتباري إذا كانت له سلطة إبرام العقود نيابة عنه).

أما المؤسسة الفردية، فقد ذهبت محكمة التمييز بدبي في حكم حديث لها أن تفويض مدير المؤسسة في إدارتها من قبل مالك المؤسسة الطاعنة لا يعني أن يدخل في هذه الإدارة الاتفاق على التحكيم، بل يلزم لذلك تفويض خاص من صاحب المؤسسة أو إجازة لهذا التصرف، فإن أهمل الحكم ذلك، واعتبر أن تفويض في الإدارة يشمل التفويض في إبرام اتفاق التحكيم فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه القصور في التسبب مما يتعين نقضه (76).

أما بالنسبة للأشخاص الاعتبارية الأجنبية:

فإن المستقر عليه قانوناً أنه يسري عليها قانون الدولة الأجنبية التي اتخذت منها مركز رئيس لإدارتها.

3 / محل اتفاق التحكيم:

الأصل أن القضاء هو المختص بالبت في كافة النزاعات بالنظر لكونه صاحب الولاية العامة في تحقيق الحماية للحقوق والمراكز القانونية، لذا؛ يبقى اللجوء إلى التحكيم كوسيلة بديلة عنه، بمثابة استثناء من الأصل، يتعين اللجوء إليه أن يكون الحق محل النزاع مما يقبل الصلح...

ويقصد بمحل اتفاق التحكيم، تلك المنازعة التي يراد حسمها عن طريق التحكيم، والتي يجب أن تقبل التسوية بواسطته، والذي يرتبط وجوده بوجودها، غير أن المنازعة التي تكون محلاً لاتفاق التحكيم، قد توجد مستقلاً في شرط التحكيم، وقد تكون موجودة حالياً في عقد التحكيم، الذي تم إبرامه بسبب نزاع قائم بالفعل (77).

وطالما أن اتفاق التحكيم، هو عقد كسائر العقود، فإن محله يجب أن تتوافر فيه الشروط العامة المطلوبة في محل الالتزامات التعاقدية بوجه عام، حيث أن يكون محل اتفاق التحكيم، موجوداً وممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون مشروعاً.

وإضافة إلى الشروط السابقة لابد وأن ينصب محل اتفاق التحكيم على نزاع مالي في إطار القانون الخاص بين طرفي العلاقة القانونية، وأن يكون الحق المتنازع بشأنه مما يقبل الصلح، وقد اتفقت كافة التشريعات على عدم جواز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح لأنها لا تصلح لأن تكون محلاً للتحكيم كونها تمس النظام العام (78)، كالمسائل الجنائية فلا تصلح أن تكون محلاً للتحكيم لتحديد المسؤولية الجنائية بشأنها أو نفيها، وتلك المتعلقة بالأحوال الشخصية أيضاً (79).

وتستخلص مما سبق أنه لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي، أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح (80).

فالحق لا يكون محلاً للتحكيم إذا كان مما لا تجوز المصالحة عليه، وعله إخراج المنازعات التي لا يجوز الصلح فيها من نطاق التحكيم هي رغبة المشرع في بسط ولاية القضاء العام في الدولة على هذه المنازعات، وهو ما يقتضي منع اللجوء إلى نظام التحكيم للفصل فيها (81)، ومنها أيضاً مسائل الأحوال الشخصية والمسائل الجنائية والمنازعات التي تتصل بأموال تمنع الأنظمة القانونية التعامل فيها كالتمتع بالمواد المخدرة أو الأسلحة، وغيرها، وكذلك تلك المتعلقة والناشئة بالمرهانات والقمار وممارسة الدعارة، وكذلك الأمور المستعجلة في المنازعة الموضوعية المتفق على الفصل فيها عن طريق التحكيم سواء كان النزاع موضوع الاتفاق معروضاً بالفعل على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم للفصل فيه، أم لم يكن قد عرض عليها بعد (82).

وبالتالي؛ فإن محل التحكيم يجب أن يكون نزاعاً بين الطرفين سواء كان هذا النزاع قائماً، ويسمى بمشارطة التحكيم، أو محتملاً ويسمى بشرط التحكيم، ويجب أن يحدد النزاع في وثيقة التحكيم وفق نص المادة 203/3 من قانون الإجراءات المدنية الاتحادية لدولة الإمارات (83).

السبب في اتفاق التحكيم

حتى تكتمل أركان اتفاق التحكيم يجب أن يتوافر ركن السبب أي سبب لجوء الأطراف إلى التحكيم، وأن يكون هذا السبب مشروعاً فإذا كان السبب غير مشروع فلا وجود لاتفاق التحكيم، كما لو قصد من اتفاق التحكيم

التهرب من أحكام القانون الذي كان سيتعين تطبيقه لو طرح النزاع على القضاء (84).

ثانياً: الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم:

1/ الكتابة:

يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً حيث لا يعتد بالاتفاق الشفوي وهذا هو ما استقرت عليه كافة التشريعات الوطنية والدولية، ونظراً لتعاضد الدور الذي يلعبه التحكيم في تسوية المنازعات وخاصة المنازعات التجارية والاستثمارية الدولية، فإنه لا بد أن يكون هذا الاتفاق وليد إرادة حرة وصادقة من الأطراف، إذا لا يمكن التمسك به إلا باتفاق صريح سواء أدرج كشرط من شروط العقد أو تم الاتفاق عليه بصورة مستقلة.

والاتفاق على التحكيم يتخذ شكلاً معيناً، فلا يكفي كما تذهب بعض التشريعات الغربية التراضي للقول بوجوده وصحته، وإنما تلزم الكتابة لصحة هذا الاتفاق (85).

وقد تضمنت التشريعات العربية والدولية النص على الكتابة فنجد أن القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 (86)، وقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري (87)، وقانون الإجراءات المدنية الاتحادية لدولة الإمارات (88)، وقانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بصيغته التي اعتمدها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة 1985

وما أدخل عليها من تعديلات عام 2006 وذلك على النحو المبين بالمادة السابعة الفقرة الثانية من القانون (89)، وكذلك اتفاقية نيويورك 1958 (90).

آثار اتفاق التحكيم

يترتب على اتفاق التحكيم أثرين هامين هما:

1/ الأثر الإيجابي: هو أن يكون لكل من الطرفين وخلفهما العام حق اللجوء إلى التحكيم فقط لنظر المنازعات التي تنشأ عن ذلك الاتفاق، ويظل الأمر كذلك حتى لو انقضى الحق الموضوعي محل التحكيم بوفاة السلف وذلك تطبيقاً لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم (91).

2/ الأثر السلبي: هو أنه يمتنع على الطرفين أو خلفهما العام حق اللجوء إلى قضاء الدولة لنظر النزاع محل التحكيم وهو ما يسمى بالأثر السلبي، وهذا الأثر يترتب بمجرد إبرام اتفاق التحكيم (92).

ومع ذلك إذا كان اتفاق التحكيم موجود ورغم أنه يسلب الاختصاص بنظر النزاع من قضاء الدولة إلا أنه في الوقت نفسه لا يسلب الحق الشخصي للأطراف من اللجوء إلى القضاء الدولة (93).

المطلب الثالث

أنواع التحكيم

أولاً: التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي:

التحكيم الداخلي: هو الذي يتعلق بعلاقات وطنية داخلية في جميع عناصرها الذاتية موضوعات وأطرافاً وسبباً ويكون التحكيم دولياً إذا كان

موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية أي أن المعيار المتخذ لهذا التقسيم هو موضوع النزاع فإن كان التحكيم يتعلق بعلاقة وطنية يكون داخلياً (94).

أما إذا كان موضوعه يتعلق بمصالح التجارة الدولية فيكون دولياً (95)، ولا يشترط المشرع شروطاً أخرى لدولة التحكيم (96).

ويعني ذلك أن مكان التحكيم ليس له أهمية فالتحكيم يكون دولياً لمجرد تعلق الرابطة القانونية محل النزاع بالتجارة الدولية سواء تم داخل الدولة أو خارجها (97).

ويكون التحكيم دولياً إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية في الأحوال الآتية:

أولاً: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرف التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم، إذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.

ثانياً: إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى المنظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها.

ثالثاً: إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

رابعاً: إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكل أحد الأماكن التالية واقعاً خارج هذه الدولة.

(أ) مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.

(ب) مكان تنفيذ جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين.

(ت) المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع (98).

ثانياً: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري:

الأصل في التحكيم أنه اختياري يقوم على إرادة الأطراف وهذا الأصل المعمول به في معظم القوانين.

ففي دولة الإمارات كان التحكيم إجبارياً في النزاعات الناشئة عن تداول الأوراق المالية والسلع بشأن هيئة وسوق الإمارات للأوراق المالية والسلع، إلا أنه قد صدر القرار رقم (35/ر) لسنة 2008 وقد جعل الفصل في المنازعات الناشئة عن تداول الأوراق المالية والسلع عن طريق التحكيم باختيار الأطراف وليس جبراً، كما كان الحال عليه في قرار الهيئة رقم (1) لسنة 2001 بشأن نظام التحكيم والتي كانت تجعل الفصل في المنازعات الناشئة عن أحكام القانون سالف الإشارة فيما بين المتعاملين في مجال الأوراق المالية والسلع عن طريق التحكيم دون غيره، وكانت تعتبر التعامل في السوق إقراراً بقبول

التحكيم والتزاماً بتنفيذ حكم المحكم وتنازلاً عن طريق الطعن فيه عدا الحالات المنصوص عليها في القانون السالف (99).

وفي مصر قد استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا على عدم دستورية النص التشريعي الذي يفرض التحكيم إجباراً على الخصوم (100).

ورغم ذلك فقد استقر قضاء الرأي على دستورية التحكيم الإجمالي في بعض الحالات الأخرى كما هو الشأن في التحكيم الإجمالي المنظم بالقانون رقم 97 لسنة 1983 الخاص بهيئات القطاع العام وشركاته بجمهورية مصر العربية، قد حكم بدستوريته لعدم تعارضه حيث قضى بأن "الأصل العام في التحكيم أن يكون وليد اتفاق الخصوم على اللجوء إليه إلا أنه ليس هناك ما يحول والخروج على الأصل العام إذا قامت أوضاع خاصة بخصوم محددين وفي شأن منازعات معينة لها طبيعتها المغايرة لطبيعة المنازعات العادية مادام أن الالتزام بالمبادئ الأساسية للتقاضي كان نهج المشرع عندما وضع تنظيمًا تشريعيًا بالتحكيم (101).

ثالثاً: التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي:

التحكيم الحر:

هو التحكيم الذي تنعقد فيه هيئة التحكيم لحسم نزاع محدد أي حالات فردية فيه يقوم أطراف النزاع بتنظيم عملية التحكيم منذ بدايتها حتى نهايتها بصدر حكم التحكيم بمعنى أن الطرفين يتولان إبرام اتفاق التحكيم قبل نشوء النزاع أو بعده ويختاران أعضاء هيئة التحكيم ويحددان زمانه ومكانه ولغته

والقواعد الإجرائية التي تحكم خصومه التحكيم والقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع وذلك كله دون الخضوع لإشراف مركز دائم أو مؤسسة دائمة للتحكيم، وفيه تتم العملية التحكيمية بالاستناد لما اتفق عليه الطرفان من قواعد إجرائية إن وجدت، وإلا فإن القانون المطبق على إجراءات التحكيم هو غالباً ما يكون قانون مكان التحكيم (102).

أما التحكيم المؤسسي:

ففيه يتفق الطرفان على أن يتم التحكيم في إطار مركز دائم للتحكيم أو مؤسسة تحكيمية دائمة سواء كانت وطنية أو دولية فيتم التحكيم وفقاً لنظام هذا المركز وإجراءاته (103).

وللتحكيم المؤسسي مزايا عديدة فمن ناحية، يوجد بهذه المراكز أو المؤسسات قائم بأسماء المحكمين المتخصصين في مختلف المنازعات ومن ناحية أخرى يوجد لديها لوائح إجرائية للتحكيم، وتقدم خدمات إدارية لعملية التحكيم كالسكرتارية وأعمال الترجمة وغير ذلك، وبالنتيجة تتولى القيام بالإدارة اللوجستية لعملية التحكيم (104).

ومن أهم مراكز التحكيم الدولية:

1. المركز الدولي لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار بواشنطن (ICSID).

2. محكمة التحكيم لغرفة التجارة الدولية في باريس (ICC).

3. مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

4. محكمة لندن للتحكيم الدولي (LCIA).
 5. مركز دبي للتحكيم الدولي (DIAC).
 6. المجلس الهندي للتحكيم (ICA).
 7. جمعية التحكيم الأمريكية (A.A.A).
 8. التحكيم التجاري الدولي لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية.
 9. جمعية اليابان للتحكيم التجاري (JCAA).
 10. التحكيم والوساطة التابع للمنظمة الدولية للملكية الفكرية
بجنيف (WIPO).
 11. مركز الوساطة والتحكيم بالجزائر التابع للغرفة التجارية العربية
الفرنسية.
- ولكل مركز من هذه المراكز لائحة تحكيم تتضمن القواعد الإجرائية
التي يجب اتباعها في التحكيم الذي يتم بالمركز (105).
- رابعاً: التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح (أو التحكيم العادي
والتحكيم المطلق):
- يقصد بالتحكيم بالقانون أو التحكيم العادي: التحكيم الذي تلتزم فيه
هيئة التحكيم بالفصل في النزاع وفقاً لقواعد القانون الموضوعي أو الإجرائي
الذي يتم تحديده من قبل الأطراف أو من قبل هيئة التحكيم ذاتها عند سكوت
الأطراف.

أما التحكيم بالصلح أو المطلق: فيقصد به التحكيم الذي لا يتقيد فيه المحكمون بقواعد القانون الموضوعي عند الفصل في النزاع حيث يمكن الفصل فيه وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف ولو أدى ذلك إلى استبعاد قواعد القانون واجبة التطبيق (106).

والأصل أن التحكيم يتم تطبيقاً لقواعد القانون بيتما التحكيم بالصلح هو الاستثناء ويترتب على ذلك وجوب النص عليه في الاتفاق صراحة ويفسر الاتفاق عليه تفسيراً ضيقاً.

الطبيعة القانونية للتحكيم

أولاً: موقف الفقه:

ثار جدل في الفقه حول الطبيعة القانونية للتحكيم التجاري وقراراته فمنهم من قال أن التحكيم طبيعة تعاقدية إرادية، ومن قال إنه طبيعة قضائية والبعض الآخر أخذ موقفاً وسطاً بتبني حل توفيقى مقتضاه اعتبار نظام التحكيم مزيجاً بن العنصرين معاً، وبالتالي فإنه يتسم بطبيعة مختلطة أو مزدوجة. ويرى أنصار النظرة التعاقدية للتحكيم أن أساسه هو اتفاق أطراف الخصومة سواء بإدراج شرط بذلك في العقد، أو باتفاق خاص مستقل، ويستمد قرار التحكيم قوته التنفيذية من هذا الاتفاق الخاص ويكون أساس عدم قابلية قرارات التحكيم للطعن هو توافقها مع إرادة الأطراف باللجوء للتحكيم (107).

ويرى أنصار نظرة الطبيعة القضائية للتحكيم إلى أن خطأ النظرة التعاقدية أساسه اعتبار إقامة العدل احتكاراً للدولة، بينما الأفراد من حقهم اختيار القاضي الذي يفصل بينهم. بينما يرى جانب ثالث من الفقه أن كلاً من النظريتين ترتكب نفس الخطأ، وهو محاولة إخفاء تكييف قانوني واحد للتحكيم، بينما هو في الحقيقة نظام مختلط يبدأ باتفاق ثم يمر بمرحلة إجراءات وينتهي بعمل له طبيعة قضائية، فالتجارة الدولية التي تقتضي اختيارية التحكيم الذي يؤدي في النهاية إلى حكم مستقل بذاته دون حاجة إلى دعوى أمام قضاء الدولة (108).

ثانياً: أهمية تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم:

تظهر أهمية تحديد طبيعة نظم التحكيم بالنظر إلى النتائج التي تترتب على هذه الطبيعة وأهم هذه النتائج هو بحث القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وكذلك وبصفة خاصة ما يتعلق بقرار التحكيم وعند اللجوء لتنفيذه.

فالذين يرون في التحكيم أنه نظام من طبيعة تعاقدية، ينتصرون لقانون الإرادة ليحكم موضوع النزاع ويعتبرون قرار التحكيم مجرد اتفاق، ومن ثم لا يخضع للتدرج القضائي الذي يعرفه الحكم.

وأما الذين يصبغون على التحكيم الطبيعة القضائية فيفصل عندهم قانون محل التحكيم لحكم النزاع ويرون في قرار التحكيم "حكماً" يقترب تماماً من الحكم القضائي، أي إذا اعتبر قرار التحكيم حكماً كان قابلاً للتنفيذ بذاته ولا

يحتاج الأمر فيه إلا إجراء يتمثل في مجرد طلب يقدم إلى رئيس المحكمة أو إلى قاضي التنفيذ أو لأي جهة أخرى قد تكون إدارية وذلك للأمر بوضع الصيغة التنفيذية على الحكم.

وأما من وقفوا موقفاً وسطاً أو توفيقياً فإنهم يرون في التحكيم نظاماً مختلطاً مزدوجاً ويرون في قرار التحكيم حكماً ذا شكل تعاقدية.

فالتحكيم تتعاقب عليه صفتان (تعاقدية وقضائية):

الصفة التعاقدية: حيث تبدو واضحة في اختيار الخصوم لقضاء التحكيم كوسيلة لفض نزاعاتهم بعيداً عن القضاء، وكذلك اختيارهم للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات وعلى موضوع النزاع غير أنه يمكن أن تتغير الطبيعة التعاقدية هذه بالطبيعة القضائية عن طريق تدخل قضاء الدولة عندما يلجأ الأطراف لإصباح حكم التحكيم بالصيغة التنفيذية عن طريق الأحكام الأجنبية التي لا تحوز على أمر التنفيذ في الدولة التي صدر فيها أمر التنفيذ إذا بهذا الأمر يتحول التحكيم إلى عمل قضائي.

وطبقاً للنظرية الوسيطة أو التوفيقية فإن هذه القرارات وإن اعتبرت "عقد" قبل أمر التنفيذ إلا أنها تصبح بهذا الأمر بمثابة الحكم القضائي، ومن ثم تخضع بالضرورة عند تنفيذها لقواعد تنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية.

والله من وراء القصد

الهوامش

1. ندوة "الحلول البديلة لتسوية المنازعات". شعبان رافت عبد الطيف، البرنامج الثالث لإعداد المحكمين، مركز الشارقة للتحكيم، مايو 2011 م.
2. أ. عروى محمد، رسالة نيل درجة الماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، بن عكنون، يونيو 2012 م.
3. أ. عروى محمد - المرجع السابق.

الحلول البديلة لفض المنازعات بغير الطريق القضائي

4. قانون رقم 09-100 بتاريخ 2009/3/10، المتضمن طريقة تعيين الوسطاء القضائيين، الجريدة الرسمية، عدد 16 لسنة 2009، الجزائر.
5. أ. عروى عبد الكريم- الطرق البديلة في حل النزاعات القضائية، "الصلح و الوساطة القضائية"، طبقاً لقانون الإجراءات المدنية الإدارية – دراسة لنيل درجة الماجستير فرع العقود والمسؤولية- جامعة الجزائر – كلية الحقوق – بن عكنون-2012/6/30م.
6. قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد، المواد من (990-1005)، والتي تنبئ الوسائل البديلة (الصلح –الوساطة- التحكيم)، كوسيلة لتسوية المنازعات.
7. المرسوم التنفيذي بقانون رقم 09-100 مؤرخ في 2009/3/10 م، والذي يتضمن كيفية تعيين الوسيط القضائي، منشور بالجريدة الرسمية- عدد 16 لسنة 2009.
8. المواد من (992-990) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي تعتمد الصلح كوسيلة لتسوية المنازعات.
9. أ. عروى عبد الكريم- مرجع سابق، ص 10، وما بعدها.
10. أ.د. عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني- الجزء الخامس- المجلد الثاني- دار إحياء التراث العربي- بيروت- ص 509.
11. تعريف الصلح ومشروعيته والأدلة على ذلك - الموسوعة الفقهية الكويتية لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت.
12. قرار المحكمة العليا الجزائرية "غرفة الأحوال الشخصية"، ملف رقم 103637 مؤرخ 1994/4/19 – الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية – عدد خاص لسنة 2001، ص 94، والذي ينص على مبدأ "طلاق بالتراضي – صلح عدم جواز استئنافه".
13. فضل العيش – الصلح في المنازعات أدارية وفي القوانين الأخرى – منشورات بغدادية – الجزائر، د. ن، ص 38.
14. د. الأنصاري حسن النيداني – الصلح القضائي – دور المحكمة في الصلح والتوفيق بين الخصوم – دراسة تأصيلية وتحليلية – دار الجامعة الجديدة – الإسكندرية 2009، ص 65 وما بعدها.
15. د. الأنصاري حسن النيداني – المرجع السابق، ص 73.
16. هكذا أقرت منظمة التجارة العالمية آلية لفض المنازعات التي قد تحدث بين الدول أن تعتمد على مبدأ المصالحة الدولية كآلية أساسية ينبغي اللجوء إليها أولاً، ولا يتم اللجوء إلى التحكيم غلا بعد إخفاق المشاورات، كذلك أقرت المادة (67) من الشروط العامة للاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين المعروف باسم (FIDC)، حيث تنص على اللجوء إلى الوساطة قبل اتخاذ طرق التحكيم.
17. د. طارق حمود آل إبراهيم – دور الوساطة في حل المنازعات التجارية – ورقة عمل بنود "دور الوسائل البديلة لتسوية المنازعات"، مركز الشارقة للتحكيم التجاري الدولي- فبراير 2014م.
18. شعبان رأفت عبد الطيف – دور الوسائل البديلة في تسوية المنازعات، ورقة عمل مقدمة بنود "تسوية المنازعات التجارية عبر الوساطة"، غرفة تجارة وصناعة الشارقة، 2013م.
19. قواعد الوساطة باتفاقية لاهاي 1907، الخاصة بتسوية المنازعات بالطرق السلمية، ومدى إلزام الدول الموقعة على الاتفاقية باللجوء إلى وساطة الدول الصديقة حال حدوث نزاع بينهما.
20. أ. سمر أبوركبة – الوساطة لحل المنازعات الدولية- دنيا الراعي – دراسة حالة "لوكيربي" 2011/6/1م.
21. القاضي محمد عدلي الناصر والقاضي عبد الله، برجس أبو الغنم – محكمة بداية عمان- الأردن – ملخص حول نظام الوساطة كأحد الحلول البديلة لفض المنازعات " على ضوء المشاركة في الدورة التدريبية بولاية كاليفورنيا الأمريكية "، الفترة من 13-25 أكتوبر 2003 م.
22. المواد من 1994 حتى 1005 من ذات القانون، والتي تتحدث عن الوساطة كوسيلة وجوبية لتسوية النزاعات بالقانون الجزائري.
23. د . مجدي كمال الصراف – دور الوساطة والتوفيق والتحكيم في تسوية المنازعات – ورقة عمل مقدمة بالدبلوم الدولي في التحكيم – النظم من مركز الشارقة للتحكيم التجاري الدولي والمركز الدولي للوساطة والتحكيم، والأكاديمية الدولية للعلوم القانونية بكندا – الشارقة 20-21 أبريل 2014م.
24. قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري – المواد (1005-1994).
25. د.معتر عفيف – دور الوساطة في تسوية المنازعات – ورقة عمل مقدمة لمؤتمر الشارقة الدول الأول حول " دور التحكيم التجاري في تحقيق التنمية المستدامة " الشارقة، 25 مارس، 2013م.
26. تنص المادة 179 من دستور مصر الجديد 2013، على أن "هيئة قضايا الدولة هيئة مستقلة، تتولى الادعاء العام المدني والنيابة القانونية عن الدولة في المنازعات، والرقابة الفنية على إدارات الشؤون القانونية في الجهاز الإداري للدولة، وتختص بإعداد العقود، وتسوية المنازعات، التي تكون الدولة طرفاً فيها".
27. تنص المادة الأولى من مشروع القانون على أن : "أ. الوساطة : هي الوسيلة التي يلجأ فيها الأطراف إلى طرف محايد من الغير (الوسيط)، لمساعدتهم في سعيهم إلى التوصل لتسوية ودية للنزاع الناشئ بينهم عن علاقة قانونية

الحلول البديلة لفض المنازعات بغير الطريق القضائي

تعاقدية أو غير تعاقدية، من خلال تشجيعهم على التواصل بهدف تمكينهم من حله، دون أن يكون للوسيط صلاحية فرض أو اقتراح حل معين للنزاع.

ب. الوساطة الاتفاقية: هي الوساطة التي تتم باتفاق الأطراف قبل رفع الدعوى القضائية أو التحكيمية، أو أثناء نظرها سواء أثير إليها بتعبير الوساطة أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل، والتي يتفق الأطراف فيها على تسوية النزاع القائم بينهم من خلال الإجراءات التي يقوم بها الوسيط المقيد بجدول الوطاء سواء أكان شخصاً معنوياً أم اعتبارياً، أو قاضي إدارة الوساطة بعد رفع الدعوى القضائية، وذلك بحسب الأحوال.

ج. الوساطة القضائية: هي الوساطة التي يجريها القاضي المنتدب بإدارة الوساطة بعد رفع الدعوى القضائية وقبل نظرها وفقاً لأحكام هذا القانون.

د. الوسيط الخاص: هو الشخص الطبيعي أو الاعتباري المقيد بجدول الوطاء، القائم بإجراءات الوساطة الاتفاقية.

هـ. الوسيط القضائي: هو القاضي المنتدب بإدارة الوساطة القضائية القائم بأعمال الوساطة القضائية، أو الاتفاقية أثناء نظر الدعوى القضائية، وفقاً لأحكام هذا القانون.

و. إدارة الوساطة القضائية: هي الإدارة المنشأة بمقر كل محكمة ابتدائية أو اقتصادية، والتي تشكل برئاسة قاض من قضاة محكمة الاستئناف على الأقل وعدد من القضاة يسمون (قضاة الوساطة) يختارهم رئيس المحكمة الابتدائية أو رئيس المحكمة الاقتصادية بحسب الأحوال، بعد موافقة الجمعية العمومية لمدة عام قابلة للتجديد، ويختار رئيس المحكمة من بين موظفيها العدد اللازم لهذه الإدارة.

ز. اتفاق الوساطة: هو المحرر المكتوب الذي يتفق فيه أطراف أو إذا تضمنه ما تبادله من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال التي لها حجية في الإثبات.

ح. اتفاق التسوية: هو المحور الذي يسفر عن إجراءات الوساطة القائم بها الوسيط وفق أحكام هذا القانون، والذي تنتهي به المنازعة الناشئة عن أطراف العلاقة القانونية عقدية كانت أو غير عقدية.

28. المادة (996) – قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد، والتي تنص على أنه لا يمكن أن تتجاوز مدة الوساطة ثلاثة (3) أشهر.

ويمكن تجديدها لنفس المدة مرة واحدة بطلب من الوسيط عند الاقتضاء، بعد موافقة الخصوم.

29. د. مجدي كمال الصراف – المرجع السابق.

30. شعبان رأفت عبد اللطيف – المرجع السابق.

31. المادة (995) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وتنص على " تمتد الوساطة إلى كل النزاع أو جزء منه "لا يترتب على الوساطة تخلي القاضي عن القضية، ويمكنه اتخاذ أي تدبير يراه ضرورياً في أي وقت.

32. د. ديب عبد السلام – الوساطة في قانون الإجراءات المدنية الجديد - مجلة المحكمة العليا- عدد خاص حول الطرق البديلة لحل النزاعات (الوساطة والصلح والتحكيم)، الجزء الثاني، قسم الوثائق – الجزائر 2009، ص 547 وما بعدها.

33. المادة (1002) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على أن "يمكن للقاضي إنهاء الوساطة تلقائياً عندما يثبت له استحالة السير الحسن لها وفي جميع الحالات ترجع القضية إلى جلسة، ويستدعي الوسيط والخصوم إليها عن طريق أمين الضبط.

34. المادة (1003) من ذات القانون وتنص على أن " عند إنهاء الوسيط لمهمته، يخطر القاضي كتابياً بما توصل إليه الخصوم من اتفاق أو عدمه.

وفي حالة الاتفاق أمام القاضي في التاريخ المحدد لها مسبقاً.

ترجع القضية أمام القاضي في التاريخ المحدد لها مسبقاً.

35. المادة (1004) من ذات القانون وتنص على أن " يقوم القاضي بالمصادقة على محضر الاتفاق بموجب أمر غير قابل لي طعن، ويعد محضر الاتفاق سنداً تنفيذياً.

36. د. أحمد خليل – قواعد التحكيم – دراسة متعمقة في طرق الطعن في القرار التحكيمي الصادر ف تحكيم داخلي – منشورات الحلبي الحقوقية – 2003، ص (9).

37. د. أحمد أبو الوفا – عقد التحكيم وإجراءاته – مصر – الإسكندرية، منشأة المعارف 1974، ص 15.

38. د. فتحي والي – قانون التحكيم في النظرية والتطبيق – الطبعة الأولى 2007، منشأة المعارف – الإسكندرية، ص 13.

39. حكم المحكمة الدستورية العليا بجمهورية مصر العربية، في القضية رقم 380 لسنة 3 ق- دستورية – جلسة 2003/05/11م.

40. د. عبد المنعم دسوقي – التحكيم التجاري الدولي والداخلي – مصر – مكتبة مدبولي – القاهرة، سنة 1995، ص 5.

41. د. أحمد أبو الوفا – المرجع السابق.

42. د. أحمد خليل – المرجع السابق، ص (10).

43. د. مصطفى الجمال، ود. عاكشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولة والداخلية، الطبعة الأولى 1988، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، بند 14.

44. د. مصطفى الجمال، ود. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، بند 46، أثناء الإشارة إلى هريرت ستامب، ود. محسن شفيق.
45. د. أحمد خليل - المرجع السابق.
46. د. فتحي والي - المرجع السابق، ص 15.
47. شعبان رافت عبد اللطيف - دور التحكيم في تسوية المنازعات - ورقة عمل - البرنامج الثالث لإعداد المحكمين - مركز الشارقة للتحكيم التجاري الدولي - مايو 2012م.
48. د. أبوزيد رضوان - قانون التجارة الدولية - مقالة مجلة التحكيم العربي - العدد الأول ص 24، وينظر في أهمية التحكيم التجاري الدولي في ظل تطور التكنولوجيا والتعاون الدولي، مما أدى إلى صعوبات في حل المنازعات في العلاقات التجارية ذات العنصر الأجنبي.
- أيضاً د. محمد أحمد المخلافي - مجلة التحكيم العربي - العدد الثاني، ص 106-107.
- وفي أهميته بالنسبة للاستثمارات الأجنبية - نفس المقال، ص 108 - 110.
- وفي تأثير العولمة على التحكيم في المنازعات الدولية في نطاق التحكيم البحري الدولي - د. نادر محمد إبراهيم - مجلة التحكيم العربي - العدد الرابع ص 61، وما بعدها.
49. د. فتحي والي - المرجع السابق، ص 16.
50. د. محمد الذخيلي - القضاء في الإسلام - بحث منشور بمجلة البحوث الفقهية المعاصرة - المملكة العربية السعودية - العدد 31، السنة الثالثة، جمادى الآخر 1417 هـ - ديسمبر 1996م، ص 101.
- ود. أحمد السيد صاوي - الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية - دار النهضة العربية - القاهرة 2005م، ص 38.
51. زين الدين ابن نجيم - البحر الرائق - شرح كنز الرقائق - نسخة مكتبة الفقه وأصوله - برنامج الكتروني قرص مر - دار التراث، الإصدار 1، 5-7/24.
52. د. ماهر محمد حامد - النظام القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي - دار الكتب القانونية، ص 26 وما بعدها.
53. انظر قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، رقم 9/ 918.
54. د. ماهر محمد حامد - المرجع السابق.
55. د. محمود مختار بري - التحكيم التجاري الدولي 1999 - الطبعة الثانية، ص 21.
56. د. أحمد حسان مطاوع - التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة القاهرة، 1998، ص 26.
57. د. محمد إبراهيم موسى - التوفيق التجاري الدولي، وتغيير النظرة السائدة حول سبل تسوية المنازعات الدولية - دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية 2005، ص 22، وما بعدها.
58. المادة رقم (699) من القانون المدني المصري تقابلها المادة رقم (698) من القانون المدني الكويتي والتي تنص على أن "الوكالة عقد يقيم به الموكل شخصاً آخر مقام نفسه في مباشرة تصرف قانوني".
59. د. مصطفى الجمال، د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 31.
- ود. أحمد عبد الكريم سلامة - التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية - دار النهضة العربية - القاهرة 2006م، ص 399.
60. د. سيد أحمد محمود - مفهوم التحكيم طبقاً لقانون التحكيم المصري، وقانون المرافعات الكويتي، بدون ناشر، 2006م، ص 23-24.
- ود. محمود مختار بري - المرجع السابق، ص 21، وما بعدها.
- ود. محمود السيد عمر التحيوي - التحكيم والخبرة في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2002م، ص 22 وما بعدها.
61. د. وجدي راغب - هل التحكيم نوع من القضاء - مجلة الحقوق - جامعة الكويت، السنة 17، العددان الأول والثاني، مارس / يونيو 1993م.
62. د. عزمي عبد الفتاح عطية - قانون التحكيم الكويتي - مطبوعات جامعة الكويت، 1990 ص 15 وما بعدها.
63. أ.د. الشهابي إبراهيم الشرقاوي - اتفاق التحكيم في ضوء أحكام القضاء الإماراتي ومشروع القانون الاتحادي الإماراتي في شأن التحكيم في المنازعات التجارية - سلسلة الدراسات القانونية و القضائية - معهد دبي القضائي - ص 11، وما بعدها.
- ومشار إليه في د. أحمد بركات مصطفى - أهمية ودور التحكيم في حل المنازعات - بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السابع للجمعية العلمية لكليات الحقوق العربية - المغرب 2007م، ص 276، مشيراً إلى تعريف د. أحمد أبو الوفا في مؤلفه: "إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية"، وأيضاً د. أشرف عبد العليم الرفاعي - التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية - دار الكتب القانونية 2006، ص 199.

64. المادة رقم (1/203) من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات والتي تنص على أن "يجوز للمتعاقدین بصفة عامة أن يشترطوا في العقد الأساسي أو باتفاق لاحق عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكمة أو أكثر، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بشروط خاصة".
- والمادة (1007) من ذات القانون تنص على أن "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".
- والمادة (1008) من ذات القانون "يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها".
- والمادة (10011) من ذات القانون " اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم".
- والمادة (10012) من ذات القانون " يحصل الاتفاق على التحكيم كتابياً" يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم".
- والمادة (10013) من ذات القانون "يجوز لأطراف الاتفاق على التحكيم، حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية".
65. المادة رقم (10) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، والتي تنص على أن:
1. " اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على اللجوء لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية.
2. يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء كان مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة (30) من هذا القانون، كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق في المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان اتفاقاً باطلاً.
3. يعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من هذا العقد.
66. شعبان رأفت عبد اللطيف – دور التحكيم في تسوية المنازعات – ورقة مقدمة بورشة عمل – مركز الشارقة للتحكيم التجاري الدولي – أبريل 2014م.
67. د. نبيل إسماعيل عمر – التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية – دار الجامعة الجديدة – الإسكندرية 2005م، ص 37، الطبعة الثانية.
68. للمزيد حول ركن التراضي في العقود وفقاً للقواعد العامة، انظر: د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، منشأة المعارف 2004م، ج 1، نظرية الالتزام بوجه عام، ص 142، وما بعدها – د. عبد الناصر العطار، مصادر الالتزام، مؤسسة البستاني للطباعة (دون تاريخ أو رقم الطبعة)، ص 19 وما بعدها، د. عبد الودود يحيى الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، (دون تاريخ أو رقم الطبعة)، ص 30 وما بعدها، د. أحمد شوقي عبد الرحمان، النظرية العامة للالتزام 2007، ص 32 وما بعدها – د. علي نجيدة، النظرية العامة للالتزام وفقاً لقانون المعاملات المدنية وأحكام الشريعة الإسلامية، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى 1994/1993، ص 66 وما بعدها، د. محمد إبراهيم دسوقي، القانون المدني: الالتزامات 2001/2000، ص 20 وما بعدها. د. الشهابي إبراهيم الشرقاوي، مصادر الالتزام الإدارية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، الطبعة الأولى 2008، إثراء للنشر والتوزيع، ص 65 وما بعدها.
69. راجع: د. فتحي والي "قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى 2008، منشأة المعارف، ص 83، وما بعدها. د. أحمد بركات مصطفى، أهمية ودور التحكيم في حل المنازعات بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السابع للجمعية العلمية لكليات الحقوق العربية، المغرب 2007، ص 271، د. سامي عبد الباقي أبو الصالح، التحكيم التجاري الإلكتروني، مرجع سابق، ص 119، ومشار إليه في أ.د. الشهابي إبراهيم الشرقاوي – مرجع سابق، ص 17.
70. د. أحمد محمد عبد الصادق – المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، الطبعة الأولى، 2008، ص 32 وما بعدها.
71. أ.د. الشهابي إبراهيم الشرقاوي – المرجع السابق – ص 20.
72. المادة (4/203) من قانون الإجراءات المدنية الاتحادي لدولة الإمارات، وتنص على أن " ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ولا يصح الاتفاق على التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في الحق محل النزاع".
- والمادة (11) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 م، والتي تنص على أن " لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح".
73. المادة (2/159) معاملات مدنية – وقضت محكمة تمييز دبي في هذا الصدد بأن " النص في المادة 216 من قانون الإجراءات المدنية يدل على الرقابة القضائية على حكم المحكمين عند النظر في طلب المصادقة على حكمهم،

الحلول البديلة لفض المنازعات بغير الطريق القضائي

وذلك باستيفائه كافة مقوماته الشكلية وأن من صدر منها الاتفاق على التحكيم له أهلية كاملة غير منقوصة بأي عارض من عوارضها التي قد تعيب الشخص في تقديره وتدبيره كالسفه أو الغفلة باعتبار أن الاتفاق على التحكيم يدور بين النفع والضرر ويعني التنازل عن اللجوء إلى القضاء". الطعان رقما 460 و 461 لسنة 1998، "حقوق" جلسة 1999/3/13.

74. د. فتحي والي - قانون التحكيم - النظرية والتطبيق ص 109، ود. مصطفى محمد الجمل، ود. عكاشة عبد العال، بند 280، ص 413.

75. د. أحمد محمد عبد الصادق - المرجع السابق ص 195، ود. محمود بريري - المرجع السابق، ص 45، ومشار إليه في حكم محكمة النقض المصرية، جلسة 1996/3/27، مجموعة الأحكام س 47 ج 1، قاعدة رقم 107 ص 55. ومشار إليه في أ. د. الشهابي الشراقي - المرجع السابق، ص 25.

76. القضية رقم 681 لسنة 2003 تجاري كلي دبي المستأنفة برقم 584 لسنة 2004 استئناف تجاري، ويأتي موضوع هذه القضية في أن المحكم ضده، قد امتنع عن تنفيذ الحكم فتم إقامة الدعوى ضده، وبجلسه 2004/5/16 حكمت المحكمة بالتصديق على حكم المحكمة موضوع القضية. وبجلسه 2004/11/30 قضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم، وقد تم الطعن على هذا الحكم بالنقض وقد قبلت محكمة النقض الطعن قائلة: " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مدير المؤسسة يعد وكيلاً عن صاحب المؤسسة في القيام بجميع الأعمال اللازمة للإدارة وبالتصرفات التي تدخل في نشاط المؤسسة، إلا أنه ليس له أن يتصرف في حقوق المؤسسة بغير تفويض من مالكيها بذلك أو إجازته لهذا التصرف باتخاذ موقفاً لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود، لما كان ذلك، وكان ثابت من الأوراق أن الاتفاقية مثار النزاع والتي اتفق فيها على إحالة النزاع بشأنها إلى التحكيم موقع عليها من قبل ... مدير المؤسسة الطاعنة، وكذلك وثيقة الاتفاق على التحكيم المؤرخة 2002، وكان الثابت في رخصة المؤسسة الطاعنة أنها مؤسسة فردية وأن المذكور مديرها كما أن الثابت بالتفويض الصادر إليه من ... مالك المؤسسة أنه مخول بالتوقيع على الأوراق والمستندات الرسمية وشبه الرسمية الخاصة ببلديات دولة الإمارات العربية المتحدة، وكافة العقود المبرمة مع الشركات والأشخاص، لما كان ماتقدم وكان الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أن ... مفوض من قبل مالك المؤسسة الطاعنة في إدارتها وأن له بهذه المثابة السلطة الكاملة في إدارتها ويدخل في هذه الإدارة الاتفاق على التحكيم حال أن الاضطلاع بإدارة المؤسسة الفردية بمجرده لا يعطي القائم بها أهلية الاتفاق على التحكيم بغير تفويض خاص بذلك من صاحب المؤسسة أو إجازة لهذا التصرف فإن الحكم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وشابه القصد في التسبب، مما يتعين معه نقضه دون حاجة لبحث باقي أوجه الطعن."

وقد ذهب أستاذنا الدكتور الشهابي الشراقي في تعليقه على ذلك الحكم بقوله أنه " لا نؤيد المحكمة فيما ذهبت إليه من أن الاضطلاع بإدارة المؤسسة الفردية بمجرده لا يعطي القائم بها أهلية الاتفاق على التحكيم بغير تفويض خاص بذلك من صاحب المؤسسة أنه مخول بالتوقيع على الأوراق والمستندات الرسمية وشبه الرسمية الخاصة ببلديات دولة الإمارات العربية المتحدة، وكافة العقود المبرمة مع الشركات والأشخاص."

ولا شك أن تفويضه بإبرام العقود يتضمن تفويضه بإبرام اتفاقات التحكيم بشأنها باعتبارها أمراً ضرورياً بالنسبة لتلك العقود، بل لا نبالغ إذا قلنا: إن إبرام شرط التحكيم في العقود يرتقي إلى مرتبة العرف التجاري الذي تقضيه طبيعة المعاملات التجارية، إن لم يكن قد بلغها بالفعل.

لذلك لا نؤيد محكمة التمييز فيما ذهبت إليه في تلك الواقعة لأنه يناقض المبدأ العام في هذا الشأن وهو ما أقره كما سبق القول مركز القاهرة الإقليمي ومحكمة استئناف القاهرة.

نخلص مما سبق أن تثبت له - بموجب نظام أو عقد الشركة - سلطة إبرام العقود نيابة عن الشركة تثبت له بالتبعية سلطة إبرام اتفاقات التحكيم المتعلقة بتلك العقود التي يملك سلطة إبرامها.

على ذلك فالمصطفى القائم على تصفية الشركة له سلطة إبرام اتفاق تحكيم فيما يبرمه من تصرفات تقتضيها أعمال التصفية.

أما مدير الفرع فليس له سلطة لإبرام اتفاق تحكيم ما لم يكن مفوضاً من السلطة المختصة في الشركة بإبرام العقود استقلاً عن الشركة الأم.

77. ناريمان عبد القدر، " اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994"، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 1996، ص 240.

ومشار إليه د. حمزة حداد - التحكيم في القوانين العربية، ج 1، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2007، ص 147.

78. وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية بأن " تنص المادة 501 من قانون المرافعات في فقرتها الرابعة المقابلة للمادة 11 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994، على أنه " لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ... وفي المادة 551 من القانون المدني على أنه لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام.. فإن مفاد ذلك .. وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أنه لا يجوز التحكيم والصلح المورخ 1984/4/12 - محل الداعي- أنه فصل في مسألة جنائية هي ما اسند إلى شقيق الطاعن الثاني من اتهام بقتل المطعون عليه الأول - منتهياً - إلى ثبوت هذا الاتهام في حقه على ما قاله أنه تبين للمحكمين أن المتهم... (شقيق

الطاعن الثاني) هو القاتل الحقيقي للمجني عليه... (شقيق المطعون عليه الأول)، وأن باقي المتهمين وهم ... فلم يثبت لديهم اشتراكهم في الجريمة، إذا نفى شقيق المجني عليه اشتراكهم فقتله أو اتهمهم لهم، وأنه تأسيساً على ذلك حكما على الطاعنين بدفع عشرين ألف جنيه للمطعون عليه بشرط ألا يرد الاعتداء، بما مؤداه أن التحكيم انصب على جريمة القتل العمد ذاتها واستهدف تحديد المتهم بالقتل وثبوت الاتهام في حقه، وأنها كانت هذه المسألة تتعلق بالنظام العام لا يجوز أن يرد الصلح عليها وبالتالي لا يصح أن تكون موضوعاً لتحكيم مما لازمه بطلان الالتزام الذي تضمنه حكم المحكمين ... " نقض مدني - الطعن رقم 795 لسنة 600 ق - جلسة 1996/5/26، مجموعة الأحكام س 47، وانظر كذلك نقض مدني مصري، الطعن رقم 2475 لسنة 58 ق جلسة 2002/11/10، والطعن رقم 562 لسنة 47 ق جلسة 1980/12/2 مجموعة الأحكام س 31 ص 1989، أشار إليهما: أحمد محمد عبد الصادق، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، مرجع سابق، ص 315 و 203، 38 و 172 على ترتيب. وأيضاً د. أشرف عبد العلم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 315 وما بعدها.

79. للمزيد، أحمد محمد عبد الصادق، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، مرجع سابق، ص 37. ومشار إليه في أ. د. الشهابي الشرقاوي - المرجع السابق، ص 42 وما بعدها.

80. د. محمود السيد عمر التحيوي - المرجع السابق، ص 431.

81. د. فتحي والي - مبادي قانون القضاء المدني - بند 41 ص 717، ود. أحمد أبو الوفا - التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري - الطبعة الخامسة سنة 1988 - بند 29 ص 72، ود. محمود محمد هاشم - اتفاق التحكيم وأثره على سلطة القضاء - بند 46 ص 91، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية - بند 51 ص 145.

82. في بيان أحكام الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية، انظر د. يس محمد يحيى - عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني - دراسة مقارنة 1978 - دار الفكر العربي بالقاهرة - بند 175 ص 369 وما بعدها، ود. يوفيق حسن فرج - الوجيز في أحكام الأحوال الشخصية - ص 183 وما بعدها. ود. أحمد نصر الجندي - الولاية على المال - ص 216 وما بعدها.

83. المادة (3/203) والتي تنص على أن "يجب أن يحدد موضوع النزاع في وثيقة التحكيم أو أثناء نظر الدعوى، ولو كان المحكومون مفوضون بالصلح وإلا كان التحكيم باطلاً".

وفي هذا المعنى د. محمود السيد عمر التحيوي - اتفاق التحكيم - وقواعده وفقاً لقانون التحكيم المصري - دار المطبوعات الجامعية، القاهرة 2001، ص 414.

وانظر أيضاً د. أشرف عبد العليم الرفاعي - المرجع السابق، ص 156 وما بعده، ود. مختار أحمد بريري - المرجع السابق، ص 25، 26، 38 وما بعدها.

84. د. محمود بريري - مرجع سابق، ص 58.

85. أ.د. محمد إبراهيم موسى - التحكيم الإلكتروني - ورقة عمل مقدمة للمؤتمر العلمي السنوي السادس عشر "التحكيم التجاري الدولي - أهم الحلول البديلة لحل النزاعات التجارية" المجلد 3 - ص 1077 - دبي الإمارات العربية المتحدة - 2008.

86. المادة رقم (12) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، والتي تنص على أنه "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً".

87. المادة رقم (1008) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وتنص على "يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها".

88. المادة رقم (3/203) من قانون الإجراءات المدنية الاتحادية لدولة الإمارات، تنص على "ولا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة".

89. المادة رقم (2/7) من قانون الويسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، وتنص على أن "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً".

90. المادة رقم (2/2) من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها لعام 1958 وتنص على أن "يشمل مصطلح اتفاق مكتوب، أي شرط تحكيم يرد في عقد أو في أي اتفاق تحكيم موقع عليه من الطرفين، أو وارد في رسائل أو بريقات متبادلة".

ومشار إليها تفصيلاً في د. الشهابي الشرقاوي - مصادر الالتزام الإدارية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي - ص 40.

91. د. الشهابي الشرقاوي - المرجع السابق، ص 68 وما بعدها، ود. فتحي والي - المرجع السابق - ص 177.

92. د. الشهابي الشرقاوي - المرجع السابق.

93. " المتحكم باتفاقية على التحكيم لا ينزل عن حماية القانون أو حقه في الالتجاء إلى القضاء وإلا فإن المشرع لا يعتد بهذا النزول ولا يفرضه، إذا أن الحق في الالتجاء إلى القضاء هو من الحقوق المقدسة المتعلقة بالنظام العام، وبالتالي فإرادة المحتكم في عقد التحكيم تقتصر على مجرد إحلال المحكم محل المحكمة في نظر النزاع، فالعدالة تفرض على الخصوم سواء بمقتضى المحكمة أو بمقتضى المحكم، ويحسم النزاع بمقتضى حكمها أو حكمه، ويكون في الحالتين قابلاً للتنفيذ الجبري، والمحكم يعمل على استقلال دون تبعية لأحد من أطراف التحكيم مثله في ذلك مثل

- القاضي". الدعوى التحكيمية رقم 173 لسنة 2000، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، جلسة 14 ديسمبر 2000 مجلة التحكيم العربي، العدد الرابع، أغسطس 2001، ص 211.
94. قانون المرافعات الكويتي - المادة (186) والتي تنص على أنه " لا يجوز استئناف حكم التحكيم إلا إذا اتفق الخصوم قبل صدوره على خلاف ذلك".
95. د. أحمد خليل - المرجع السابق ص 17.
96. د. فتحي والي - الوسيط في قانون القضاء المدني - دار النهضة العربية - القاهرة، 2001م، ص 930 وما بعدها، ود. مصطفى الجمال، ود. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، بند 57 وما بعدها.
97. المادة رقم (819) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.
98. المادة رقم (3) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م.
99. قرار مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية والسلع بدولة الإمارات رقم (1) لسنة 2001م، والذي كان يجعل التحكيم إجبارياً في الأمور المتعلقة بالأوراق المالية، وقد عدل هذا القرار بموجب القرار رقم (35/ر) لسنة 2008م، ليصبح التحكيم في هذه المنازعات اختيارياً.
100. القضية رقم 380 لسنة ق دستورية - جلسة 2003/5/11، و 104 لسنة 20 ق دستورية - جلسة 1999/7/3م مصر.
101. القضية رقم 95 لسنة 20 ق دستورية، جلسة 2003/5/11م - مصر.
102. د. حمده أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية - دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - الأردن، ص 139.
103. د. فتحي والي، المرجع السابق، ص 38.
104. شعبان رافت عبد اللطيف، دور التحكيم في تسوية المنازعات - ورقة عمل مقدمة للبرنامج الرابع لإعداد المحكمين - مركز الشارقة للتحكيم التجاري الدولي - يونيو 2013م.
105. المادة (1) من لائحة مركز القاهرة الإقليمي وتنص على أنه " إذا اتفق الطرفان كتابة على إحالة المنازعة المتعلقة بعقد إلى التحكيم وفقاً لقواعد التحكيم بالمركز وجب تسوية المنازعات وفقاً لهذه القواعد مع مراعاة التعديلات التي قد يتفق عليها الطرفان كتابة، وتحكم هذه القواعد التحكيم إلا إذا تعارض بين قاعدة فيها ونص من نصوص القانون الواجب لتطبيق لا تجوز مخالفته فيطبق هذا النص.
- وتنص المادة رقم (15) من لائحة ICC على أن " تخضع الإجراءات لهذه القواعد وعند عدم معالجتها لأمر معين إلى القواعد التي يحددها الأطراف وعند عدم تحقق ذلك فتلك التي تحددها هيئة التحكيم.
106. د. فتحي والي - المرجع السابق، ص 37.
107. د. وجدي راغب - النظرية العامة للعمل القضائي - رسالة دكتوراة - طبعة 1974م، ص 385 وما بعدها.
108. يقول أستاذنا د. محسن شفيق " أن العيب المشترك في النظريتين هو أن كلاً منهما أرادت أن تجرى على التحكيم في مجموعة صفاء واحداً، بينما هو في الحقيقة نظام مختلط باتفاق ثم يسير بإجراء ثم ينتهي بقضاء هو قرار التحكيم، وهذا التحليل هو الذي يقول بع أغلب الفقه الحديث.