

الوسائل البديلة لفض المنازعات وتأثيرها على المحاكم التجارية السعودية

المستشار الدكتور
ابو العلا احمد احمد عارف



الناشر
نور اليقين
للنشر والتوزيع
2022

المستشار الدكتور / ابو العلا احمد احمد عارف

الوسائل البديلة لفض المنازعات وتأثيرها على المحاكم التجارية السعودية

لا أبالغ في القول إنني أتنفس في البحث والعلم، وخصوصاً في مجال التحكيم التجاري الدولي والمحاكم والقضاء ولا توجد أمامي طريقة أخرى غير البحث والإستكشاف والتحليل والتجريب لتحقيق أساليب الابتكار وحل المشكلات ، وأنا معروف بالمستشار المبدع الباحث ، وبالطبع سيساعدني ذلك في تحقيق هذا الهدف ، وسيساعدني ذلك في أن أصبح جزءاً من تحقيق هدفه وإثراء مساهمته العلمية علي الساحة المحلية والدولية .

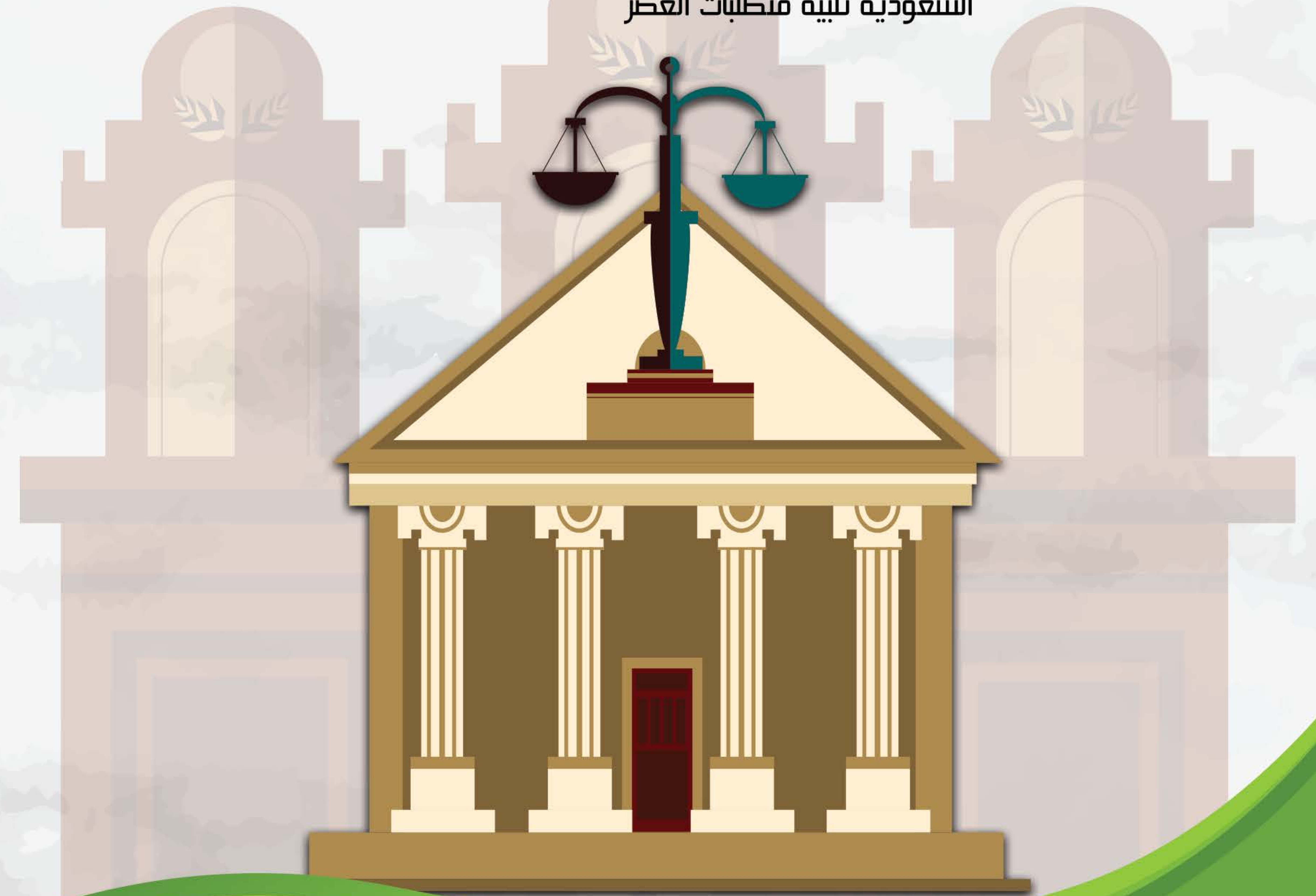
أصبح التحكيم الدولي بشكل عام من أفضل وأهم الوسائل البديلة لفض المنازعات بين المتنازعين ، ويعتد التحكيم الدولي من أهم الوسائل البديلة لحل النزاعات بشكل عام وأما بشكل خاص فقد أصبح التحكيم الدولي في فض المنازعات المتعلقة بالإتفاقيات التجارية من الوسائل البديلة الأفضل والأسرع

كما تعتبر الوسائل البديلة في فض المنازعات التجارية من الوسائل الحميدة والفعالة لحل المنازعات التي قد تنشأ بين المتنازعين من الشركات والمؤسسات والأفراد في كل التعاملات التجارية ، وتشكل منهجاً بديلاً مؤثراً تأثيراً إيجابياً ، وهو البديل الأمثل بدلاً من القضاء وبدلاً عن الطرق الرسمية التي تقوم بفض المنازعات التجارية

وقد تم شرح المقصود من الوسائل البديلة في فض المنازعات في هذا البحث وهي الآليات والأساليب التي يلجأ إليها جميع الأطراف المتنازعة بهدف الوصول إلى حل أي خلاف ينشأ بين الأطراف بدون التعرض لأي جهة قضائية ، وقد أوضحت الوسائل البديلة لفض المنازعات عن المحاكم التجارية السعودية تلبية متطلبات العصر



الدكتور
ابو العلا احمد احمد عارف



الوسائل البديلة لفض المنازعات وتأثيرها على المحاكم التجارية السعودية

المؤلف

أبو العلا أحمد أحمد عارف

الإهداء

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وصل الله على صاحب الشفاعة سيدنا محمد النبي الكريم وعلى آله وصحبه
أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

إلى من أحمل اسمهم بكل فخر

إلى من افتقدتهم منذ الصغر

إلى من أودعوني لله أهديهم هذا البحث

إهداء إلى روح أمي وأبي الزكية الطاهرة " رحمهما الله "

إهداء إلى روح معلمي السيد / عبد العزيز إبراهيم عبد العزيز الجماز "

الروح الزكية الطاهرة " رحمه الله " .. وإخوانه وأبنائه.

إلى زوجتي الغالية ورفيقة دربي وقرة عيني وسندي في الحياة.

إلى أبنائي الأعزاء (أحمد / علا / إسراء / ولاء) - رعاهم الله.

إلى توأمي أخي وشقيقي / عبد الفتاح أحمد عارف — حفظه الله ورعاه

أهديكم بحثي العلمي في " الوسائل البديلة لفض المنازعات وتأثيرها على

المحاكم التجارية السعودية "

أرجو أن يكون بحثنا هذا خالصاً لوجه الله وأن تكون فيه الفائدة، وأن يغفر

الله لنا زلاتنا ويثيبنا على ما وفقنا إليه ويعلمنا ويكتبنا مع طلبة العلم اتباعاً

لسنة نبيه الكريم. عليه أفضل الصلاة والسلام.

الباحث / أبو العلا أحمد أحمد عارف

جدول المحتويات

4.....	الفصل الأول.....
4.....	الإطار العام للدراسة.....
5.....	المقدمة:.....
5.....	مشكلة الدراسة:.....
6.....	أهداف الدراسة:.....
6.....	الأهمية البحثية:.....
7.....	منهجية الدراسة:.....
8.....	الفصل الثاني.....
8.....	الدراسات السابقة.....
9.....	مراجعة الأدبيات السابقة:.....
23	الفصل الثالث.....
23	الإطار النظري
24	تعريف الوسائل البديلة لحل المنازعات:
26	النشأة التاريخية للوسائل البديلة:
28	أهمية الوسائل البديلة:
28	مميزات الوسائل البديلة لحل المنازعات:
29	أنواع الوسائل البديلة لحل المنازعات التجارية:
30	التوفيق.....
35	الصلح:.....
39	الوساطة:.....
44	التحكيم.....
58	الفصل الرابع.....

58	 منهجية الدراسة وتحليل النتائج
59	 المنهجية
59	 المنهج الوصفي:
60	 أدوات جمع البيانات:
61	 تحليل النتائج
61	 التحكيم في النظام للتجاري السعودي
68	 الفصل الخامس
68	 النتائج والتوصيات
69	 النتائج
71	 التوصيات
72	 قائمة المراجع:

الفصل الأول الإطار العام للدراسة

المقدمة:

مع التطور المستمر في مجال التجارة وما ساهمت فيه التكنولوجيا ومتطلبات العصر من خلق شركات عابرة للقارات، وخلق كيانات اقتصادية ضخمة ومتوغلة في أغلب دول العالم، سواء الدول المتقدمة أو الدول النامية، مع كل هذا وبطبيعة الحال قد تنشأ خلافات ومنازعات نتيجة لهذه الأعمال العنكبوتية، ونتيجة للطبيعة المميزة للتجارة وما تحتاجه من سرعة وسرية وأحياناً التخصصية في حل المنازعات والتي لا يوفرها القضاء الوطني -السبيل التقليدي لحل المنازعات- أصبح من الضروري الاتجاه إلى وسائل بديلة ذات طبيعة خاصة تضمن لأطراف النزاع الوصول لحل عادل وفعال.

الطرق البديلة لحل المنازعات التجارية ليست آلية جديدة، وإنما هي قديمة، وكانت موجودة وفعالة، لكن الجديد هو ضرورتها في وقت يحتاج إليها الجميع على مختلف المستويات والمجالات، وهذه الضرورة أفرزتها المشكلة التي يواجهها القضاء منذ زمن في مختلف الأنظمة القضائية عبر العالم، وتتجلى تلك المشكلة في تراكم أعداد مرتفعة من القضايا وذلك بسبب التأخير في إصدار الأحكام والبطء في حسم المنازعات. (الوسائل البديلة- السعيد سعد دهام)

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

مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة الدراسة في بحث مدى فعالية الوسائل البديلة في تسوية المنازعات التجارية "الوساطة التوفيق التحكيم الصلح" في القانون التجاري السعودي، حيث أننا ومع البحث في القانون التجاري السعودي وجدنا أنه لا يحتوي على نصوص تشريعية خاصة بالوسائل البديلة كالوساطة والتوفيق والصلح، بل عدة قوانين خاصة بالتحكيم تحتاج للتجديد.

ومن هنا تظهر عدة أسئلة:

ما هي الوسائل البديلة لحل المنازعات التجارية؟

ما الذي يميز الوسائل البديلة لحل المنازعات التجارية عن الوسائل التقليدية -
القضاء الوطني-؟

ما مدى فعالية الوسائل البديلة في حل المنازعات التجارية؟

كيف وردت الوسائل البديلة في القانون التجاري السعودي؟

أهداف الدراسة:

- التعرف على الوسائل البديلة لحل المنازعات، نشأتها، وسبب بروزها على
الساحة.

- توضيح الفارق بين الوسائل البديلة لحل المنازعات، من حيث التعريف
والشروط والإجراءات.

-توضيح مدى فاعلية هذه الوسائل في حل المنازعات.

- مدى تأثير الوسائل البديلة على المحاكم التجارية السعودية.

الأهمية البحثية:

- ترغب جميع الدول في خلق بيئة خصبة للاستثمار الأجنبي على أرضها،
نظرا لما يشكله الاقتصاد من عامل رئيسي لتقدم الدول، ولكن المستثمر الأجنبي
الذي يجد نفسه مضطرا للخضوع للأحكام الوطنية والقانون الوطني في حالة
نشوء أي نزاع، سوف يتردد قبل أن يضع استثمارته، مما يعني خسارة اقتصادية
للدولة.

وهنا تكمن أهمية الدراسة من خلال التأكيد على مدى فعالية الوسائل البديلة في
حل المنازعات التجارية، وما تضمنه من سرعة وخصوصية والخروج بحل
يرضي جميع الأطراف واستمرار الأعمال على عكس ما قد ينتج من عرض
النزاع على القضاء التقليدي.

ولهذه الأسباب أيضاً تظهر الضرورة لتضمين الوسائل المختلفة لحل المنازعات
في القانون التجاري السعودي ولا يتوقف الأمر على مجموعة من النصوص-
القوانين الخاصة بالتحكيم.

منهجية الدراسة:

تم الاعتماد في هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي، حيث نقوم باستعراض نشأة لنظام الوسائل البديلة لحل المنازعات التجارية، من ثم استعراض القوانين والأنظمة التي تعرضت لها، وعرض النتائج وأهم ما توصل إليه.

الفصل الثاني

الدراسات السابقة

مراجعة الأدبيات السابقة:

اجتمعت الأدبيات الآتية على أهمية الوسائل البديلة في حل المنازعات التجارية، كما أكدت جميعها على أن هذه الوسائل هي الأنسب لطبيعة المنازعات الاقتصادية.

1- دراسة (السعيد، 2017) بعنوان "الوسائل البديلة لحل منازعات التجارة الدولية: الوساطة - التوفيق- التحكيم"

يتناول الباحث في هذه الدراسة موضوع الوسائل البديلة لحل منازعات التجارة الدولية، حيث يرى أن أهمية هذه الدراسة تتمحور حول ما تقدمه هذه الوسائل من مزايا وخصائص حيث تتسم بعنصر الرضائية وسلطان الإرادة بين أطرافها منذ الدخول في العملية، كما أنها تحقق السرعة والمرونة التي يطمح لها الأطراف أثناء حل النزاع، كما أنها توفر المصاريف، وتضمن استمرار العلاقة الودية بين الأطراف بعد حل النزاع، وكل هذا بالتأكيد يساعد على تشجيع الاستثمار الأجنبي وهو ما تسعى إليه الدول.

وتكمن مشكلة هذه الدراسة في مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات (الوساطة - التوفيق - التحكيم) في حل منازعات التجارة الدولية في التشريع الكويتي، حيث أن القانون الكويتي يخلو من أي قانون خاص يعالج الوساطة والتوفيق، ونصوص التحكيم ترد في قانون المرافعات المدنية والتجارية، وهو قانون قديم يحتاج للعديد من التعديلات والتحديثات ليتماشى مع الطبيعة الحالية المتسعبة للأعمال التجارية.

يعتمد الباحث في هذه الدراسة على المنهج الوصفي والتحليلي المقارن، حيث يقوم بعرض النصوص القانونية ذات الصلة في التشريعين الكويتي والأردني، وتحليلها والمقارنة بينها واستعراض آراء الفقهاء.

قسم الباحث الدراسة إلى فصلين بالإضافة إلى الإطار النظري، حيث يتناول الفصل التمهيدي التعرف على مفهوم الوسائل البديلة، فيستعرض معنى الوسائل البديلة ونشأتها من ثم ينتقل إلى أهمية وخصائص هذه الوسيلة.

وفي الفصل الأول يتناول الباحث التوفيق والوساطة، حيث يبدأ بتناول الوساطة ويستعرض المقصود بها وأنواعها والآثار المترتبة عليها، ثم ينتقل إلى التوفيق ونجده يسير على ذات النهج، فيستعرض مفهوم التوفيق وأنواعه وتطبيقاته والآثار المترتبة عليه.

وفي الفصل الثاني ينتقل الباحث للحديث حول دور التحكيم الدولي في تسوية منازعات التجارة الدولية، فيتناول ماهية وتعريف التحكيم وأنواعه والتمييز بينه وبين غيره من الوسائل البديلة لحل المنازعات التجارية، ويتناول اتفاق التحكيم وشروطه والآثار المترتبة عليه، ولا يغفل الباحث الحديث حول دور التحكيم الإلكتروني في تسوية منازعات التجارة الدولية، والفرق ما بين التحكيم العادي والتحكيم الإلكتروني.

وفي نهاية الدراسة يتوصل الباحث إلى أن نجاح هذه الوسائل في أداء مهمتها إنما يتوقف في المقام الأول على أطراف النزاع، وإذا ما تم العمل بهذه الوسائل فسوف تحقق الكثير من المنافع لأطراف النزاع.

كما يوصي الباحث بضرورة تبني المشرع الكويتي وسيلتي الوساطة والتوفيق كسبل لحل المنازعات التجارية، وإدراج قوانين وأحكام خاصة بهما، هذا بالإضافة إلى ضرورة سن قانون جديد للتحكيم يتماشى مع المتطلبات الحديثة للأعمال التجارية.

2- دراسة (حليمة، 2014) بعنوان "التحكيم التجاري الدولي"

مع الأهمية المتزايدة للتحكيم كوسيلة لحل المنازعات التجارية، ولجوء الدول القوية اقتصاديًا له هروبًا من التشريعات الوطنية، حيث أضحت من النادر وجود عقد تجاري دولي يخلو من شرط التحكيم، أصبح واجبًا على الباحثين دراسة كافة آليات التحكيم التجاري الدولي من أجل سد الثغرات في قوانينهم الوطنية، وكذلك وضع تفسيرات لكل ما يشوب أحكام التحكيم التجاري الدولي لدى هذه الدول، وذلك للعمل على تفعيله، بدلًا من التراجع والتردد والتخوف من تطبيقه.

لذا فهذه الدراسة تجيب على عدة تساؤلات لتكون منارة لكل راغب في معرفة التحكيم التجاري الدولي، فتجيب على الأسئلة حول مفهوم التحكيم التجاري الدولي وإجراءات سير الخصومة التحكيمية على المستوى الدولي والإقليمي، وكيفية معالجة المشرع الجزائري موضوع التحكيم التجاري الدولي، وطرق تنفيذ الأحكام الصادرة منه والطعن بها.

استخدمت الباحثة في الدراسة منهجي بحث، فاستعملت المنهج الوصفي في تحديد مفهوم التحكيم التجاري الدولي وإيضاح مميزاته وأنواعه والأسس التي يقوم عليها، كما استخدمت المنهج التحليلي لتحليل مختلف أحكام وقواعد التحكيم التجاري الدولي التي نظمها المشرع الجزائري و مختلف القوانين الوضعية الأخرى.

وقد جاءت الدراسة على فصلين، حيث تناولت الباحثة في الفصل الأول مفهوم التحكيم التجاري الدولي، فقامت بتعريف التحكيم التجاري الدولي وأساسه القانوني في المبحث الأول، وفي المبحث الثاني أوضحت الطابع الدولي والتجاري للتحكيم، وأنواعه، والتميز بينه وبين الوسائل الأخرى لفض النزاعات.

وجاء الفصل الثاني حول كيفية سير الخصومة التحكيمية والأحكام الصادرة بشأنها، وتطرق إلى محكمة التحكيم والقانون الواجب التطبيق أثناء سير الخصومة التحكيمية، والأحكام الصادرة عن هيئة التحكيم وطرق الطعن فيها.

في نهاية الدراسة تشير الباحثة إلى أن منح المشرع الجزائري الاختصاص بالتحكيم التجاري الدولي لقضاء الدولة أمراً غير محمود، كونه في الغالب يعمد إلى تطبيق المبادئ القانونية السائدة في دولته على العلاقات الدولية والتي قد لا تتلائم في عديد من الحالات مع طبيعة العلاقات التجارية الدولية.

3- دراسة (داؤد- حمدون، 2017) بعنوان ”التوفيق والصلح كأساليب ودية لتسوية المنازعات التجارية“

يؤكد الباحثان في هذه الدراسة على أهمية الوسائل البديلة في حل المنازعات ويشيرا إلى التوسع في الفترة الأخيرة في اللجوء لها دون الطرق التقليدية لحل المنازعات، لما لها من أهمية ولما تضمنه من استمرار العلاقة الودية بين أطراف النزاع وسرعة البت في النزاع والمرونة والسرية التي تكفلها الوسائل البديلة، وقد خصا الدراسة بالحديث حول التوفيق والصلح، ذلك أن هاتين الوسيلتين لم تنالا القدر اللازم لهما بالبحث القانوني على عكس الوسائل الأخرى كالتحكيم والوساطة.

تتمثل الإشكالية الأساسية التي جاءت هذه الدراسة لمعالجتها في بيان الطبيعة القانونية للقرارات الصادرة من الجهة القائمة بالتسوية الودية بين أطراف المنازعة، سواء كان ذلك عن طريق التوفيق أو الصلح ومدى التزام الأطراف بالقرار الصادر من الموفق أو الصلح كوسيلة ودية لتسوية النزاع.

اعتمد الباحثان في هذه الدراسة على المنهج التحليلي لدراسة المواد القانونية الخاصة بنظامي التوفيق والصلح، وذلك للوصول لأفضل السبل التي تجعل عمليات تسوية المنازعات تتم داخل إطار قانوني منظم يتلاءم مع متطلبات التجارة.

قدم الباحثان الدراسة في مبحثان، حيث تناول المبحث الأول التوفيق فقاما بتعريف التوفيق وأهميته، بالإضافة إلى بيان إجراءات التوفيق وآثاره القانونية، ثم انتقلا في المبحث الثاني للحديث حول الصلح، فقاما بتعريف الصلح وتوضيح أهميته، وسرد إجراءاته والآثار القانونية المترتبة عليه.

في نهاية الدراسة يوصي الباحثان المشرع العراقي بضرورة وضع نصوص قانونية خاصة بالوسائل البديلة لحل المنازعات التجارية لما لها من أهمية في تنشيط التجارة الدولية، ولما قد تتسبب به من تشجيع الاستثمار الأجنبي.

بالإضافة إلى تفعيل نظام الصلح في المحاكم، والتوصية به للخصوم خاصة في المنازعات ذات الطبيعة التجارية.

4- دراسة (الخرز، 2009) بعنوان "التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع" دراسة مقارنة.

مع تطور عملية التحكيم وازدياد أهميتها كحل للمنازعات التجارية الدولية، سعت جميع الدول الراغبة في جذب الاستثمارات الأجنبية داخل أراضيها إلى سن قوانين تحكم عملية التحكيم بمختلف مراحلها، وتعالج التنازع الذي قد يثور بصدد تحكيم تجاري دولي.

ولأن عقود التجارة الدولية عقود تنسم بتعدد الأطراف وغالبًا تعدد جنسياتهم، فدائمًا ما يثور خلاف حول القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري ابتداءً باتفاق التحكيم وموضوعه وإجراءاته والقرار التحكيمي، وما قد يثور بسبب هذه العناصر من خلاف بين الأنظمة القانونية التي تتنازع تطبيقها على النزاع القائم، ومدى تنازل الدولة عن سيادتها في هذا الشأن، وقبولها بتطبيق القانون الذي تشير إليه قاعدة الإسناد، من خلال استعراض القانون الواجب التطبيق وهو إما يكون قانون الإرادة، أو قانون الموطن المشترك، أو قانون بلد إبرام الاتفاق.

هنا تظهر أهمية البحث حيث يساعد في تحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم خلال كافة مراحلها، ليأبى التحكيم الهدف المرجو منه كأسلوب فعال في حل المنازعات التجارية كما توقع الأطراف.

وقد اتبعت الباحثة في الدراسة المنهج الوصفي التحليلي، الذي يقوم على التحليل وربط الأسباب بالنتائج، والمقارنة بين الأنظمة القانونية، حيث تساعد هذه المقارنة في معرفة مزايا القوانين محل المقارنة ومعرفة عيوبهم.

وبالبحث أثناء محاولتها لتوحيد التشريعات في القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي عن طريق المقارنة بين هذه التشريعات قدمت الدراسة في مقدمة تعطي فكرة عامة عن التحكيم التجاري الدولي، وموضوع البحث، وفصلين.

فتناول الفصل الأول القانون المختص بحكم اتفاق التحكيم وموضوعه وتم تقسيمه إلى مبحثين: المبحث الأول تناول اتفاق التحكيم حيث دار حول المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم والقانون الذي يحكمها بالإضافة إلى تشكيل هيئة التحكيم والقانون الذي تخضع له، أما المبحث الثاني فتناول القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع مفصلاً على السلطة التقديرية للمحكم الدولي في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وقانون الإرادة.

وجاء الفصل الثاني متناولاً القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم والقرار التحكيمي، وتم تقسيمه على مبحثين، فتناول المبحث الأول القانون الواجب التطبيق على مسائل الإجراءات، فناقش السلطة التقديرية للمحكم في اختيار القواعد الإجرائية لسير المنازعة مع توضيح النظام العام واختصاص المحكم، وتناول المبحث الثاني القرار التحكيمي، فوضح المسائل المتعلقة بالقرار التحكيمي والقانون الذي يحكمها، بالإضافة إلى تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية.

في نهاية الدراسة تقدم الباحثة عدة توصيات أهمها، ضرورة توحيد التشريعات الواجبة التطبيق على التحكيم التجاري الدولي وذلك من خلال المنظمات والمراكز التحكيمية التي تتبنى حل منازعات التجارة الدولية عن طريق التحكيم وذلك ضمن أسس ومعايير تتوافق وتتسجم مع توقعات الأفراد ومع متطلبات التجارة الدولية وما تحتاجه من مرونة وتيسير في المعاملات التجارية الدولية، بالإضافة إلى عمل آلية للخروج من جمود النصوص التشريعية للانسجام بشكل أكبر مع ما هو مستجد على الصعيد الدولي.

كما توصي الباحثة بخلق قنوات اتصال مع مراكز التحكيم في الدول المجاورة للاستفادة من تجاربها، بالإضافة إلى التوسع في عمل الأبحاث والدراسات المقارنة بين النصوص التشريعية والمعاهدات والاتفاقيات الدولية، ومعرفة إيجابيات وسلبيات كل منهما ومدى ملائمة كل منهما لحل المنازعات التجارية عن طريق التحكيم.

5- دراسة (حسن، 2018) بعنوان ”الوسائل البديلة في تسوية المنازعات التجارية“

تري الباحثة أن مع تصاعد استخدام الوسائل البديلة لحل المنازعات في العقود التجارية، وأنه على الرغم من نشأتها التاريخية الممتدة عبر القرون، إلا أنها بشكلها الحالي ما تزال حديثة نسبيًا يشوبها الغموض، مما يستوجب العمل على إزالة هذا الغموض ووضع تعريفات وقواعد واضحة لها.

وعلى نحو خاص فالباحثة تتحدث عن التشريع السوداني حيث يشوبه القصور، فلم يتناول الأحكام التفصيلية لموضوع الوسائل البديلة لتسوية المنازعات التجارية.

كما أن أحد أكثر المشاكل المثارة حول الوسائل البديلة لحل المنازعات التجارية هو التركيز الدائم من جانب مشرعي القوانين الداخلية على التحكيم مع إغفال الوسائل الأخرى كالتوفيق والوساطة والصلح.

وقد استخدمت الباحثة المنهج الوصفي التحليلي مع الدراسة المقارنة الذي يعتمد على جمع المعلومات من مصادر مختلفة وتحليلها ومقارنتها وإبداء الرأي حولها.

وقد اشتمل البحث على ثلاثة فصول رئيسية جاء الفصل الأول بعنوان: مفهوم الوسائل البديلة في تسوية المنازعات التجارية، وجاء الفصل الثاني بعنوان أنواع الوسائل البديلة في تسوية المنازعات التجارية، وجاء الفصل الثالث بعنوان علاقة الوسائل البديلة في تسوية المنازعات التجارية بمنظمة التجارة الدولية وعلاقة هذه الوسائل بالقضاء وجاءت خاتمة البحث موضحة لأهم النتائج والتوصيات.

وفي نهاية الدراسة توصي الباحثة المشرع السوداني بضرورة نصوص واضحة ومحكمة للوسائل البديلة لتسوية المنازعات، وأن يكون العمل مستنداً على القوانين والقواعد النموذجية المنصوص عليها من لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية ”اليونسترال“.

6- (الفايز، 2018) دراسة ”نظام التحكيم السعودي القديم والجديد“ دراسة مقارنة.

تكمن خصوصية التحكيم باعتباره أداة لتحقيق العدالة تكمن في كونه أداة اتفاقية، فالإتجاه إلى التحكيم رهين بإرادة أطرافه، سواء في اختيار الشخص أو هيئة التحكيم أو القانون الواجب التطبيق على النزاع، لذا نجد دول العالم تهتم بالتحكيم وتعمل على وضع تنظيم قانوني للتحكيم.

وبطبيعة الحال ومع سعي المملكة العربية السعودية لتنمية الأعمال التجارية والنمو الاقتصادي وجذب الاستثمارات الخارجية. أصدرت نظاماً للتحكيم عام 1403هـ ليكون وسيلة فاعلة في الفصل في المنازعات التجارية، ثم أصدرت بعد ذلك نظاماً جديداً للتحكيم في 1433هـ ليكون بديلاً عن النظام السابق.

كما قامت المملكة العربية السعودية بإنشاء المركز السعودي للتحكيم التجاري الذي جاء استجابة لتنمية الأعمال التجارية وحل النزاعات التي قد تنشأ في هذا الخصوص.

وقد جاء نظام التحكيم الجديد متلافياً لجميع الأخطاء والنواقص التي كانت محل نقد دائم بالنظام القديم، وغير مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية، ومتماشياً مع كافة الاتفاقيات والمواثيق الدولية.

وخلال هذه الدراسة يقوم الباحث بعمل مقارنة بين نظام التحكيم القديم الصادر عام 1403هـ، والنظام الجديد الصادر عام 1433هـ، حيث يجد أن أكثر ما تميز به النظام الجديد أنه جاء أكثر تفصيلاً وتوضيحاً لكافة الإجراءات والقواعد الخاصة بعملية التحكيم.

فنظام التحكيم السعودي الجديد قد جاء بفوارق جوهرية وأساسية عن نظام التحكيم القديم وهذه الفوارق جاءت في كل مراحل التحكيم منذ الاتفاق على التحكيم، وصدور الحكم والطعن فيه بدعوى البطلان، وانتهاء بتنفيذ حكم التحكيم.

ومن أهم ما يميّز نظام التحكيم الجديد أنه أعطى مجالاً لحرية الأفراد في الاتفاق على إجراءات التحكيم، ومثلها للهيئة التحكيمية في العمل على إنهاء منازعة التحكيم وأصبح تدخل القضاء رقابي فقط على إجراءات التحكيم، ومن محكمة الاستئناف المختصة على خلاف ما كان عليه العمل في النظام السابق.

وقدم الباحث بحثه خلال 5 مباحث مقتدياً بما جاء به نظام التحكيم السعودي الجديد، لتقف المقارنة عند حدود ما انتهى إليه من مواد وتناول من موضوعات، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: تعريف التحكيم، المبحث الثاني: اتفاق التحكيم، المبحث الثالث: تشكيل هيئة التحكيم، المبحث الرابع: إجراءات التحكيم، المبحث الخامس: دعوى البطلان.

7- دراسة (القحطاني، 2012) بعنوان "التحكيم التجاري في النظام السعودي وأنظمة دول مجلس التعاون الخليجي"

أجازت أغلب دول العالم بما فيها دول مجلس الخليج العربي في تشريعاتها لأطراف النزاع اللجوء إلى التحكيم تيسيراً لهم واختصاراً للوقت وتقادياً لبطء إجراءات المرافعات أمام القضاء العادي.

ف نجد دول مجلس التعاون الخليجي (السعودية – البحرين – الكويت – قطر – الإمارات – عُمان) اهتمت بسن تشريعات للتحكيم في المنازعات التجارية، وقد تباينت هذه التشريعات في بعض أجزائها وتشابهت في معظمها. لذا وفي ظل توجه مجلس التعاون لتوحيد الأنظمة الخليجية فإن الباحث يسعى للإجابة على سؤال "ما أحكام التحكيم التجاري في النظام السعودي مقارنة بأنظمة دول مجلس التعاون الخليجي؟ وذلك عن طريق عمل دراسة مقارنة بين نظام التحكيم التجاري السعودي مع أنظمة التحكيم بدول مجلس التعاون الخليجي.

حيث تهدف هذه الدراسة إلى إبراز أهمية عملية التحكيم التجاري الدولي ودوره في فض المنازعات، وتوضيح سير العملية التحكيمية لدى دول مجلس التعاون الخليجي، بالإضافة إلى معرفة نقاط الاختلاف بين أنظمة التحكيم التجاري داخل دول مجلس التعاون الخليجي.

وقد استخدم الباحث المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن، حيث يرجع إلى نظام التحكيم السعودي وشروحه وأنظمة التحكيم بدول مجلس التعاون الخليجي وشروحها ومن ثم يقوم بتحليل معلوماتها والمقارنة بينها (بين نظام التحكيم

التجاري في المملكة العربية السعودية وأنظمة التحكيم التجارية بدول مجلس التعاون الخليجي الأخرى).

وأثناء محاولة الباحث الإجابة على التساؤلات السابق قام بتقسيم دراسته إلى 5 فصول على النحو التالي:

الفصل الأول للحديث حول مشكلة الدراسة وأبعادها، لينتقل في الفصل الثاني لتعريف التحكيم وتميزه عن غيره من الوسائل البديلة لحل المنازعات التجارية والحديث حول مشروعية التحكيم والحكمة منها، ومزاياه وعيوبه، وفي الفصل الثالث يستعرض أنظمة وقوانين التحكيم في دول التعاون الخليجي.

وفي الفصل الرابع يقوم بالمقارنة بين الأنظمة والقوانين السابق ذكرها من حيث: اتفاق التحكيم وهيئة التحكيم وإجراءات التحكيم وحكم التحكيم، وفي النهاية يستعرض نظام التحكيم الجديد ومقارنته بما سبق.

وفي الفصل الخامس يستعرض ما توصل له من نتائج، والتوصيات المطروحة من قبل الباحث، وقد جأت على النحو التالي:

يوصي الباحث بأن تتبع دول التعاون الخليجية نظام التحكيم السعودي فيما يخص صحة اتفاق التحكيم، وضرورة التمييز بين التحكيم القانوني والتحكيم بالصلح، وينصح بمواكبة تطورات عقود التجارة الدولية وترجمة كل ما يعزز الجانب التنظيمي والقانوني لها.

كما يوصي بضرورة أن يكون المحكم مسلماً، والعمل على سد كافة الثغرات التي تعيق سير إجراءات التحكيم، وفي النهاية يوصي الباحث بعدم قبول مخالفة الأحكام الصادرة لثوابت الدين المجمع عليها، وألا يسري نفاذ تلك الأحكام في البلاد الإسلامية.

8- (الرشود، ب س ن) بعنوان "التحكيم التجاري في المملكة العربية السعودية وتطبيقاته في القضاء".

يرى الباحث أن للاقتصاد محركات "إيجابية" و"سلبية" وليس المقصود بهذه التصنيفات أن المحركات الإيجابية أمور حسنة، والسلبية أمور مذمومة، فالمحركات الإيجابية من وجهة نظره هي التي تسمح بزيادة النمو الاقتصادي

وتحفيز الاستثمار، أما محركات الاقتصاد السلبية فهي الطرق أو السبل التي تضمن الحفاظ على الحقوق في الأطر الاقتصادية العامة بحيث يضمن للمتعاملين في السوق الأمان الكافي لكي يشاركوا في دفع عجلة الاقتصاد وضمان وصول الحقوق لأصحابها، ومن هنا يستسيغ الباحث إطلاق لفظ السلبية على هذا النوع من الدوافع لكونه لا يقدم شيئاً مباشراً في العملية الاقتصادية، مع أنه لا غنى لأي اقتصاد في العالم عن هذا الدافع.

فالمحفزات السلبية بتعبير أدق هي إجراءات التقاضي وكيفية تحصيل الحقوق الناتجة عن الأعمال التجارية، ومن تلك الإجراءات في التقاضي والتي عرفت منذ القدم "التحكيم"، وبطبيعة الحال ومع ازدهار التجارة وتوسعها، ظهرت الحاجة تقنين وضع التحكيم ووضع أسس واضحة لإجراءاته.

وهذا ما سعى له المشرع السعودي، وظهر في إصدار العديد من النصوص والأنظمة التي تنظم عملية التحكيم والجهات المختصة بها.

وهذا ما يوضحه الباحث، فيبدأ بتعريف التحكيم لغة وشرعاً، ثم ينتقل لاستعراض الجهات والأنظمة المختصة بالتحكيم التجاري -ينتهي الباحث عن النظام قبل الأخير الصادر عام 1403هـ - كديوان المظالم ونظام المحكمة التجارية، ونظام الغرف التجارية والصناعية.

في المبحث الأول يستعرض الباحث مشروعية التحكيم بناءً على نصوص من القرآن والسنة وأثر الصحابة، وفي المبحث الثاني ينتقل إلى ما يجوز فيه التحكيم مستعرضاً آراء فقهاء المذاهب الأربعة، فنجدهم اتفقوا على جواز التحكيم في الأموال، وما قصد منه المال وبتعبير أدق فإن: التحكيم التجاري والخاص بالأموال - وكل ما كان فيه من تجارات والبيع والشراء واتفاقيات التوزيع والاستيراد والتصدير والتصنيع وما جرى مجراها- ليس فيه خلاف بين فقهاء المذاهب الأربعة في جوازه.

وفي المبحث الثالث يتناول الباحث التطبيقات القضائية للتحكيم التجاري بالمملكة العربية السعودية.

في النهاية يقدم الباحث توصياته بضروره العمل والتنقيح المستمر لنظام التحكيم السعودي وهو ما تم الأخذ به بالفعل في النظام الجديد الصادر عام

1433هـ والذي جاء متماثلاً مع الاتفاقيات والأنظمة الدولية الخاصة بالتحكيم ومتلافياً للكثير من الأخطاء التي وردت بالنظام السابق له والصادر عام 1403هـ، وينصح القضاة بعدم الاكتفاء باختيار الخصوم الخاص بالمحكمن بل لابد أن يتحروا أهل العدالة والصالح.

9- دراسة (الدخيل، خالد، ب س ن) بعنوان " التحكيم في النظام السعودي على ضوء الفقه الإسلامي "

تزداد أهمية دراسة التحكيم في النظام السعودي نظراً للتطورات الاقتصادية التي تشهدها المملكة، فالكثير من المنازعات التجارية يفصل فيها عن طريق التحكيم.

لذلك يقوم الباحث بطرح تساؤلات حول ماهية ومشروعية التحكيم، مع ابحت مزاياه، والفرق بينه وبين السبل الأخرى لحل المنازعات التجارية، مع توضيح شروط التحكيم والحقوق التي يجوز فيها التحكيم شرعاً، وكيف يمكن تعيين محكم وحالة رده، ثم ينتقل للحديث حول حكم التحكيم ونقضه والاعتراض عليه، وما تطبيقات التحكيم وفقاً للنظام السعودي.

وقد استخدم الباحث المنهج الوصفي الاستقرائي مع التحليل واستخلاص النتائج، وفي الجانب التطبيقي اعتمد على الدراسة التحليلية حيث قام بدراسة عشرة قضايا تحكيمية وتحليل مضمونها، في ضوء الدراسة النظرية.

قدم الباحث دراسته من خلال خمسة فصول، فتناول في الفصل الأول: ماهية التحكيم ومشروعيته والاتفاق عليه ومزاياه، ووضع تفرقة بين التحكيم وبين الوسائل الأخرى لحل المنازعات (التقليدية والبديلة)، والاتفاق على التحكيم في النظام السعودي، وفي الفصل الثاني تناول والحقوق التي يجوز فيها التحكيم في الفقه الإسلامي، والنظام السعودي، والأمور الاتي لا يجوز فيها التحكيم

وفي الفصل الثالث تطرق للحديث حول "المحكم" فتناول شروط المحكم في الفقه والنظام السعودي، تعيين المحكم، وأتعاب المحكم، وتعدد المحكمين، بالإضافة إلى عزل المحكم واعتزاله ورده.

وفي الفصل الرابع تناول حكم التحكيم في النظام السعودي، من حيث: كيفية وميعاد صدوره، وبيانات الحكم، والنطق بالحكم، واثار صدور حكم التحكيم.

وفي الفصل الخامس ينهي الباحث دراسته بالجانب التطبيقي والذي يشتمل على دراسة وتحليل عشر قضايا تحكيمية، وعلى عرض لنماذج تطبيقية لاتفاقيات تم النص فيها على إجراء التحكيم في حالة وجود النزاع.

واشتملت الخاتمة على النتائج والتوصيات.

وقد خرج الباحث بالنتائج التالية: مشروعية التحكيم في الكتاب والسنة، تبين اختلاف الفقهاء في المسائل التي يجوز فيها التحكيم مع اتفاقهم على جوازه في الأموال وذهب المنظم السعودي إلى عدم جوازه في الأمور التي لا يجوز فيها الصلح والمسائل المتعلقة بالنظام العام.

حكم التحكيم في النظام السعودي لا يعد نهائياً ولازماً إلا بعد التصديق عليه من الجهة المختصة أصلاً في النزاع، كما توصل إلى أن نص جمهور الفقهاء أن حكم المحكم إذا كان موافقاً للشرع لا يصح نقضه بمجرد اختلاف الرأي، جواز الاعتراض على حكم الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع والمتعلق بالاعتراض ضد حكم التحكيم أمام جهة قضائية أعلى.

10- دراسة (كريم-جهاد، 2016) بعنوان "القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي".

تزداد أهمية التحكيم التجاري الدولي في المرحلة الحالية المتميزة بازدياد وتيرة التجارة الدولية لاسيما في ظل «العولمة» التي تهدف بالأساس إلى القضاء على كثير من العراقيل الإدارية والقانونية التي تفرضها الدول في قوانينها الداخلية للحد من حرية تبادل السلع والخدمات.

ولأن العقود الدولية غالباً ما تكون بين أطراف مختلفة الجنسيات، تختلف تشريعاتهم الوطنية في طرق معالجة النزاعات التي قد تقوم بصدد معاملاتهم التجارية، لذلك يلجأ الأطراف إلى التحكيم التجاري الدولي لحل خلافاتهم، ولكن في هذه الحال يثور التساؤل حول القانون الواجب التطبيق على مسائل التحكيم التجاري الدولي.

لذا وللإجابة على هذا السؤال يقوم الدارسان بدراسة تنازع القوانين في التحكيم التجاري الدولي والتي لا تقتصر على بيان ما هو القانون الواجب التطبيق على النزاع فحسب، وإنما تهدف إلى الوصول إلى مبادئ مشتركة، لتطبيقها على النزاعات التي تثور بصدد العلاقات التجارية الدولية التي يفصل الخلاف فيها عن طريق التحكيم التجاري الدولي.

واستخدم الباحثان في هذه الدراسة المنهج الوصفي والتحليلي، الذي يقوم على التحليل وربط الأسباب بالنتائج، والمقارنة بين الأنظمة القانونية، حيث تساعد هذه المقارنة في معرفة مزايا القوانين محل المقارنة ومعرفة عيوبهم.

في الفصل الأول من الدراسة يستعرض الباحثان ماهية التحكيم التجاري الدولي، فيقدم تعريفًا شاملاً للتحكيم، والتمييز بينه وبين غيره من وسائل حل المنازعات، بالإضافة إلى توضيح خصوصية التحكيم التجاري الدول، ومعايير دولية التحكيم، ومتى يكون التحكيم تجاريًا، وأنواع التحكيم التجاري الدولي.

وفي الفصل الثاني ينتقل الحديث إلى الإطار القانوني للتحكيم التجاري الدولي، فيستعرض قواعد تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع، فيتناول حالات اتفاق الأطراف على اختيار قانون معين من قبل أطراف النزاع، أو تصدي هيئة التحكيم لاختيار قانون للتطبيق.

الفصل الثالث الإطار النظري

ما كان مناسباً بالأمس، يصبح عائقاً بالغدا!

ربما هذا ما حدث مع القضاء التقليدي والذي كان الوسيلة الأساسية لحل المنازعات، ولكن مع الثورة التجارية بداية القرن الحالي وما ترتب عليها من عقود ممتدة ومتشعبة بين القارات المختلفة، عقود قد تضاهي في قيمتها ميزانية إحدى دول العالم الثالث، ترتب على هذا أن تظهر على السطح وسائل بديلة لحل المنازعات، هذه الوسائل ليست بجديدة بل تمتد جذورها للقدم، ولكن دعت الحاجة لأن تطفو على السطح الآن وتتمركز بقوة كسبيل لحل المنازعات التجارية، مما دفع البعض بالتوقف عن وصفها بالبديلة، بل يمكن اعتبارها وسائل أصيلة لحل المنازعات التجارية.

فأكثر ما يميز هذه الوسائل هي قدرتها على مواكبة كافة التحديثات في العقود والتعاملات، فهذه الوسائل مناسبة للفصل في منازعات التجارة الدولية، وحماية المستهلك، والمنازعات الناشئة في بيئة الإنترنت، والتجارة الإلكترونية، والملكية الفكرية في العصر الرقمي

تعريف الوسائل البديلة لحل المنازعات:

لغويًا:

الوسيلة: وسل معنى وسائل ووسل: كل ما يتحقق به غرض معين، يقابلها غاية، اتخذ كل الوسائل للحصول على مبتغاه.

بديل: جمع أبدال وبدائل صيغة فاعل للمبالغة، قدم مشروعًا بديلًا أي قدم مشروعًا جديدًا.

تسوية: الجمع تسويات مصدر سوى، حل، اتفاق، وسط، سعي إلي تسوية الخلاف بينهما.

اصطلاحاً:

الوسائل البديلة لحل المنازعات (Resolution Dispute Alternative)، هي تلك الوسائل التي يلجأ لها الأطراف بديلاً عن القضاء العادي، في حالة نشوء خلاف بينهم، رغبة في الوصول لحل.

والتسمية الأكثر استعمالاً وشيوعاً في اللغة الإنجليزية والمختصرة هي A.D.R والتي تدل على مختصر ésolutionR Dispute Alternative وفي اللغة الفرنسية تعرف بالـ des èglementde R Alternatifs Modes Conflits وهي مختصر لـ M.A.R.C وتعرف أيضاً بـ SORREL كما هو الدارج والمستعمل في كندا وهي اختصاراً لـ au Rechage de Solutions Litige èglementR، وجميع هذه التسميات تدور حول فكرة واحدة هو البديل أو الخيار Alternative عن النظام القضائي الكلاسيكي أو اللجوء إلى الطرق الودية Amiables التي يختارها المتنازعون لأجل حل منازعاتهم بعيداً عن القضاء الكلاسيكي، وذلك كسباً للوقت والمال لديمومة روابطهم التجارية وحل نزاعاتهم بشكل غير معطن.

وعرفها المركز الاسترالي للتحكيم التجاري (ACICA) بأنها: "العمليات التي تهدف إلى تشجيع المتنازعين بغرض الوصول إلى حل خلافاتهم بأنفسهم، وذلك بواسطة شخص ثالث حيادي لتسهيل عملهم".

وإن كانت عبارة الوسائل البديلة تؤخذ عن الأحرف المختصرة (A.D.R) إلا أن مدلولها لم يعد محصوراً بتعبير البديل أي Alternative بل اعتبر الكثيرون وعلى رأسهم غرفة التجارة الدولية ICC بأن الحرف الأول A يقابل كلمة Amiable بدلاً من Alternative أي بمعنى الوسائل الودية بدلاً من الوسائل البديلة، ومنهم من يفضل استعمال عبارة Additional أي بمعنى الوسائل الإضافية الملائمة أو المناسبة لحل المنازعات، وذلك لترجيح هذه الوسائل لحل المنازعات، بالمقارنة مع القضاء التقليدي والتحكيم.

فمع ازدياد اللجوء إلى هذه الوسائل لحل المنازعات أصبح من غير المنطقي إطلاق وصف "البديلة" عليها، فما توفره من مميزات عدة كالسرعة والمرونة والسرية وقلة التكاليف، دفع العديد من الأطراف إلى اللجوء إليها ابتداءً في حالة نشوء نزاع

جاءت تعريفات الفقه القانوني على النحو التالي:

”مجموعة من الإجراءات التي تشكل بديلاً عن المحاكم في حسم المنازعات، وغالبًا ما تستوجب تدخل شخص آخر“.

وعرفها الأستاذ Amistelis Lokes بأنها: "مجموعة من الإجراءات التي تشكل بديلاً عن المحاكم في حسم النزاعات وغالبًا ما تستوجب تدخل شخص ثالث نزيه وحيادي".

وعرفت بأنها: "مجموعة من الإجراءات تهدف إلى حل النزاع بطريق غير قضائي أو تحكيمي، ولكن ليس بالضرورة تدخل أو مساعدة شخص ثالث محايد يسعى إلى مساعدة الأطراف بغية تسهيل الوصول إلى حل النزاع".

النشأة التاريخية للوسائل البديلة:

وجدت الوسائل البديلة منذ القدم لدى أغلب الشعوب، فالعمل بها لتسوية الخلافات والنزاعات من صميم ثقافة الشعوب وتقاليدهم.

ففي تاريخ الحضارة الصينية اللجوء إلى التقاضي يعتبر أمراً مخلاً بالروابط الاجتماعية، والعلاقات التجارية، وكذلك الحال لدى اليابانيين، فمن ثقافتهم المعتبرة أن استخلاص الحق عبر القضاء أمر معيب، ويعارض المسالمة التي دعت إليها ديانتهم الكنفشيانية.

وفي أفريقيا يسلكون وسيلة ودية تقارب التوفيق والوساطة، يبدوون بها حل نشوء نزاع، فإن لم يمكن تسويته بهذه الوسيلة لجؤوا إلى القضاء.

وعند الرومان في المسائل المدنية كان الأمر متروكاً للتحكيم الخاص، حيث تم إنشاء وظيفة خاصة يتولاها حاكم يسمى ”البريتور“ والذي يقتصر دوره على سماع ادعاءات الخصوم وتسجيلها ثم رفع النزاع إلى المحكم الذي يختاره الخصوم ليفصل في نزاعهم، وكانت قرارات التحكيم تقتقر إلى السلطة والقوة التنفيذية وفي حالة امتناع أحد الخصوم عن تنفيذ قرار التحكيم توقع عليه غرامة أو عقوبة مالية بموجب شرط في اتفاق التحكيم.

وقد عرف العرب قبل الإسلام التحكيم فيما يثور بين الأفراد والقبائل من منازعات وأقضية، وكان يتولى مهمة التحكيم عادة شيخ القبيلة، والذي يعتبر أنبل أفرادها، وأشرفهم نسباً، وكذلك أفراد آخرون غيره ممن يتصفوا بأصالة الرأي وسعة المدارك ورجاحة العقل.

وبعد ظهور الإسلام وقيام الدولة الإسلامية على مبادئ العدل الذي يشمل جميع البشر دون استثناء "إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ".

وكان التحكيم والصلح والوساطة من الوسائل التي يلجأ إليها المتنازعون بقصد الفصل في المنازعات، وقد قررها الشارع الحكيم في غير موضع، قال سبحانه: "وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا"، وهذه الآية تشمل كل الوسائل البديلة لتسوية المنازعات بين الأفراد، إلا أن هناك آيات أخرى في هذا السياق أدل على المعنى، كقوله عز من قائل "مَنْ يَشْفَعْ شَفَاعَةً حَسَنَةً يَكُنْ لَهُ نَصِيبٌ مِّنْهَا^٥ وَمَنْ يَشْفَعْ شَفَاعَةً سَيِّئَةً يَكُنْ لَهُ كِفْلٌ مِّنْهَا^٦ وَكَانَ اللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ مُّقِيتًا^٧، فالشفاعة الحسنة هنا تقابل الوساطة، فكما أن الشفيع يتوسط طلباً للتجاوز عن الذنب، فالوسيط يتوسط لغاية الإصلاح وفض النزاع. (السعيدى، ٢٠١٧)

والوسائل البديلة في تطورها المعاصر؛ متسارعة الخطى، مما حدا بكثير من القوانين في الدول العربية والغربية أن تتبناها كخيار مقدم عن القضاء، بل عمدت غالب الهيئات الدولية والإقليمية لاعتماد أحد هذه البدائل كوسيلة أولى مختارة لفض وتسوية المنازعات خصوصاً في التعاملات الدولية والإقليمية.

ويمكن القول بأن أول ظهور للوسائل البديلة لتسوية المنازعات بشكلها الحديث جاءت في اتفاقية لاهاي لعصبة الأمم المتحدة عام ١٩٠٧، حيث وضعت قواعد عامة للوساطة وألزمت بموجبها الدول الموقعة على الاتفاقية اللجوء لها، ثم توالى وضع الأطر والقواعد العامة لهذه الوسائل لحل المنازعات بشكل سلمي، في عدد من المواثيق والاتفاقات الدولية.

أهمية الوسائل البديلة:

تظهر أهمية هذه الوسائل في كونها تشكل مجموعة من الأدوات القانونية لحسم المنازعات بشكل متميز عما تقتضيه المرافعات التقليدية، وتتيح للأطراف فرصة المشاركة في إيجاد الحل للنزاع، وتساهم في إشاعة ثقافة الحوار والسلم الاجتماعي، فهي توفر إطاراً قانونياً يضمن للأطراف الحصول على عدالة في ظروف يمكن الاطمئنان إليها، وذلك بالنظر لما توفره هذه الوسائل من مزايا، وفي ظل هذا المناخ ظهرت الوسائل البديلة لتسوية المنازعات كوسائل مهمة يرغب المتعاملون في الاستثمار والتجارة اللجوء إليها لحسم خلافاتهم الناتجة عن تعاملهم، فلا يكاد يخلو عقد من عقود الاستثمار الدولية من شرط اتفاق يُصار إليه بموجبه إلى اتباع الوسائل البديلة عند حدوث نزاع أو خلاف يتعلق بإنشائه أو تفسيره أو تنفيذه.

ومن جهة أخرى، تبرز أهمية الوسائل البديلة كونها في ذاتها أدوات قانونية يركز عليها، فتأسسها على الاتفاق، وتوافقها مع مبادئ التعاقد العامة، في وجود الأطراف والصيغة المتفق عليها بغض النظر عن كلفتها، سواء كان صلحاً أو توفيقاً أو وساطة، فاعتمادها على إرادة الأطراف هو أساس أهميتها في الحجية والاعتبار، فغالبية شراح النظام يرون أن المصدر الأساسي لهذه الوسائل هو تعاقدية. (السعيد، 2017)

مميزات الوسائل البديلة لحل المنازعات:

1- السرعة في حل المنازعات:

أحد أهم مميزات هذه الوسائل هي السرعة في حل النزاع، حيث يمكن حل المنازعات خلال عدة أسابيع أو شهور، وهو ما يقلل من خسارة الأطراف نتيجة التأخير في فصل النزاع، فتعود الأعمال أدرجها في أسرع وقت، هذا على عكس القضاء التقليدي، والذي قد يضل النزاع قائماً أمام المحاكم لسنوات عديدة دون الفصل في النزاع، مما يعني خسارة مادية ضخمة لأطراف النزاع.

2- السرية:

على عكس مبدأ علنية الجلسات الذي يضمنه القضاء التقليدي، تأتي الوسائل البديلة بمبدأ السرية، فأطراف النزاعات بالتأكيد لا يرغبوا في خروج أسرار عقودهم أو قيمتها للعلنية، فهذه العقود تكون بمبالغ ضخمة وقد تحتوي على أسرار العمل، لذلك تشكل هذه الوسائل ضماناً لهم لحل النزاع دون الإعلان عن أسرار العمل.

3- المرونة:

نظراً لعدم وجود الإجراءات المنصوص عليها بالقوانين والتي ينبغي على القضاء الالتزام بها، فتنتم الوسائل البديلة بالسرعة والمرونة، حيث يمكن لأطراف الاتفاق على كافة الإجراءات والتفاصيل المتبعة في حالة نشوء نزاع.

4- المحافظة على العلاقة الودية بين الأطراف:

تأتي الوسائل البديلة بمحاولة الوصول لحل للنزاع يرضي الأطراف مما يضمن استمرار الأعمال بين الأطراف والعلاقة الودية، أما في القضاء فيخرج الحكم لصالح أحد الأطراف دون الآخر مما قد يعرقل استكمال العمل.

5- تقليل العبء عن قضاء الدولة:

فقد أثبتت تجارب البلدان التي أخذت بهذا النظام بأنها ساهمت بشكل مباشر في تخفيف العبء على المحاكم.

أنواع الوسائل البديلة لحل المنازعات التجارية:

لعل قيمة الوسائل البديلة للأطراف أصحاب النزاع تظهر في تعدد أشكالها وتنوعها، فعلى عكس ما يحدث في القضاء التقليدي، فالأطراف غير ملزمون بشكل معين لحل النزاع بل يمكنهم الاختيار ما بين "التحكيم، التوفيق، الوساطة، المفاوضات، الخبرة.." وغيرهم من سبل حل المنازعات، فيمكنهم الاختيار الأيسر لهم والأنسب لطبيعة النزاع.

وفيما يلي استعراض لبعض الوسائل البديلة لحل المنازعات التجارية.

التوفيق:

التوفيق هو أحد الوسائل الرضائية التي يلجأ لها أطراف النزاع لحل مشاكلهم بشكل ودي، بعيداً عن القضاء والتحكيم، ولعل أهم ما يميز التوفيق هو ضمان استمرار العلاقة الودية الطيبة بين الأطراف، فالتوفيق أساسه محاوله تقريب وجهات نظر الأطراف للوصول لحل يرضي أطراف النزاع -هذا النزاع لا يعتبر قانونياً محضاً وإنما هو مجرد تعارض لمصالح الأطراف-، فلا يكون حل النزاع بتمكين طرف على حساب طرف. (السعيد، 2017)

تعريف التوفيق:

التوفيق في اللغة: مصدر وَفَّقَ، حَاوَلَ التَّوْفِيقَ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ: إِصْلَاحَ ذَاتِ بَيْنِهِمَا.

في القانون الدولي: محاولة إحدى الدول الإصلاخ بين دولتين متنازعتين، في القانون: رفع أو إزالة الخلاف بين مُتنازعين على يد القاضي.

ومنه الموافقة: تقول وافقت فلاناً في موضع كذا أي صادفته، ووافقت فلاناً على أمر كذا أي اتفقنا عليه معاً، ووافقت أي صادفته. ووافقت أمرك أي وفقت فيه، وأنت تفق أمرك كذلك. ويقال: وفقت أمرك تفق، بالكسر فيهما، أي صادفته موافقاً وهو من التوفيق كما يقال رشدك أمرك. والوفق: من الموافقة بين الشئيين كالالتحام.

التوفيق اصطلاحاً:

ويقصد بالتوفيق في إطار القانون الدولي بأنه دور اللجان التي تُشكّل في المعاهدات الدولية بهدف النظر في الخلافات التي يمكن أن تنشأ بين أعضاء تلك الاتفاقية وهذا الدور يتمثل في تقديم مقترحات لحسم الخلافات القائمة بين المتنازعين، بغض النظر عن كون تلك الأطراف المتنازعة ملزمة بالأخذ بتلك المقترحات أو رفضها.

ووفقاً لقانون الأونسيترال النموذجي لتوفيق التجاري الدولي، يعرف التوفيق بأنه: "أي عملية سواء أشير إليها سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل، يطلب فيه الطرفان إلى شخص آخر، أو أشخاص آخرين "الموفق"، مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة، ولا يكون للموفق الصلاحية لفرض حل للنزاع على الطرفين".

وفي الاصطلاح القانوني عرف التوفيق بأنه: "اتفاق الأطراف على محاولة إجراء تسوية ودية عن طريق الموفق أو الموفقين الذين يقع عليهم اختيار الأطراف، على أن يتولى هذا الموفق تحديد مواضع النزاع، ويقدم مقترحاته التي قد تحظى بقبول الأطراف أو لا تلقى منهم قبولاً، فهو لا يصدر قرارات وإنما يقدم مقترحات يظل أمرها معلقاً على قبول الأطراف، فإذا لم تفلح المحاولة، كان باب التقاضي متاحاً لأطراف النزاع".

وعرف أيضاً بأنه: "وسيلة ودية لتسوية المنازعات التي تنشأ بين الأطراف قوامه اختيار أحد الأغيار "الموفق" وصولاً إلى تسوية النزاع عن طريق التقريب بين وجهات النظر المختلفة دون أن يمتد دوره إلى إصدار قرار ملزم لأطراف النزاع".

ومما سبق تتضح خصائص التوفيق على النحو التالي:

١- التوفيق أحد الوسائل الودية الاختيارية لحل المنازعات التي تنشأ بين أطراف لا يرغبوا في اللجوء للوسائل التقليدية أو المنتشرة كالقضاء والتحكيم.

٢- يقوم التوفيق على تدخل شخص - أو عدة أشخاص- لمحاولة تقريب وجهات نظر أطراف النزاع وتقديم المساعدة مع استعراض الوثائق والبيانات الخاصة بالنزاع؛ للوصول لأفضل الحلول للتسوية الودية بما يرتضيه الأطراف وتتوافق معه مصالحهم ويكفل استمرارية العمل، مع التأكيد على أحقية الأطراف في قبول هذه الحلول أو رفضها.

٣- لا يمتلك الموفق سلطة فرض اتفاق أو حل على الأطراف، فدور الموفق هو تقديم قرارات وتوصيات قد يعمل بها أطراف النزاع إذا حققت لهم نقطة الالتقاء التي يرتضونها، وقد لا يعمل بها أطراف النزاع إذا وجدوا أنها لم تحقق الغرض المطلوب منها.

أهمية التوفيق:

يلجأ أطراف النزاع عادة للتوفيق كسبيل لحل النزاع للأسباب الآتية :

١ - السرية والخصوصية:

يكفل التوفيق المحافظة على خصوصية وسرية الأعمال، حيث أن كل ما يقدم من وثائق وبيانات للموفق ليتمكن من الوصول لحل يرضي الطرفين، لا يجوز للأطراف إعادة استخدامها أو الاحتجاج بها -في حالة فشل التوفيق- أمام أي جهة أخرى لحل النزاع كالتحكيم أو القضاء.

٢ - حل النزاع مع المحافظة على العلاقة الودية للأطراف:

فالموفق أثناء تأدية عمله يكون هدفه هو الوصول لاقتراحات وحلول ترضي أطراف النزاع، فلا يخرج أحد الأطراف منتصراً على الآخر -كما يحدث في حالة اللجوء للقضاء لحل النزاع-، وهذا يضمن استمرار العمل القائم والنجاح به وهذا هو الهدف الرئيسي.

٣ - المرونة والحلول الخلاقة:

فالتوفيق لا يتوقف على إجراءات وقوانين مرسومة مسبقاً مما يضمن المرونة، والموفق غالباً ما يكون من أصحاب الخبرة في مجال العمل محل النزاع مما يضمن الخروج بحلول خلاقة وفعالة، على يمكن حدوثه في حالة اللجوء للقضاء.

٤ - السرعة وقلة التكاليف:

من مميزات التوفيق أنه ذو تكلفة أقل من التقاضي والتحكيم، كما أنه يتميز بالسرعة في الإجراءات، مما يضمن عدم التأخر في العمل القائم.

أنواع التوفيق:

التوفيق وفقاً لنوع السلطة الدافعة له:

أ- التوفيق الاختياري: يتم هذا النوع من التوفيق بعيداً عن أي إشراف قضائي أو رقابة، فقرار اللجوء للتوفيق يكون بناءً على الإرادة الحرة لأطراف النزاع، بقصد الوصول إلى حل يرضيه الأطراف عن طريق طرف ثالث - الموفق أو

هيئة التوفيق- يتميز بالحياد والاستقلالية والخبرة، وهي بذلك وسيلة رضائية اختيارية.

ب- التوفيق الإجباري: على الرغم من أن الأصل في التوفيق هو الطبيعة الإرادية الاختيارية، إلا أنه في بعض الحالات قد يحدث خروج عن هذه الطبيعة فنجد المنظم فرض على الأفراد في حالة نشوء منازعات في بعض المجالات اللجوء إلى التوفيق كخطوة إجبارية قبل اللجوء إلى القضاء.

التوفيق وفقاً لزم من الانعقاد:

أ- توفيق سابق للنزاع: ويقصد به اللجوء للتوفيق لحل النزاع القائم بين الأطراف قبل اللجوء إلى القضاء. ويكون الفصل في النزاع بما يتوافق مع أحكام القانون بعيداً عن إجراءات القضاء، وقد سار على هذا النوع كلاً من القانونين الفرنسي والمصري.

ب- توفيق لاحق للنزاع: يقصد به اللجوء للتوفيق بعد عرض النزاع على القضاء، أو أثناء سير الدعوى القضائية. وقد أقر بهذا النوع من التوفيق كلاً من المشرع الفرنسي والمصري -أيضاً-، حيث أسند المشرع الفرنسي مهمة التوفيق إلى القضاء، والذي يمكنه أن يقرر حكم القانون وصولاً إلى تسوية للمنازعة في ضوء موافقة الأطراف.

إجراءات التوفيق:

يبدأ التوفيق باتفاق أطراف النزاع على اللجوء إليه كوسيلة ودية لحل النزاع، وذلك باختيار طرف ثالث لمحاولة تقريب وجهات النظر والوصول لحلول ترضي أطراف النزاع، لضمان استمرار علاقة العمل دون الإضرار بأياً من أطرافه.

المرحلة الأولى: تبدأ إجراءات التوفيق باتفاق أطراف النزاع على اللجوء إلى التوفيق لحل النزاع، وهنا نكون أمام طريقتان، هما:

أ- التوفيق المؤسسي: يتم تنظيم إدارته وإجراءاته بإحدى المؤسسات أو المراكز المتخصصة، والتي غالباً ما تكون إحدى المؤسسات أو المراكز التحكيمية، ومنها على سبيل المثال المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

يجب أن يتضمن طلب التوفيق المقدم من الأطراف وصفاً للخلاف ومطالب الأطراف ، بالإضافة إلى اسم الموفق الذي اختاره الأطراف وتحديد الأتعاب المقررة له.

ب- التوفيق الخاص: يتم تنظيمه وإدارته وفقاً لما يحدده أطراف النزاع أنفسهم من دون مساعدة من أية مؤسسة أخرى، ويستطيع أطراف النزاع الاسترشاد بقانون التوفيق المعتمد من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال 2002).

المرحلة الثانية: تكون بمباشرة الموفق لمهام عمله، حيث يقوم الأطراف بتقديم كل الوثائق والبيانات التي تساعد الموفق على القيام بمهمته، وبناءً عليها ومع مراعاة قواعد العدل والإنصاف يقوم بإبداء المقترحات لأطراف النزاع محاولاً الوصول لحل مرضي لهم.

المرحلة الثالثة: تكون بإصدار الموفق تقرير يتضمن نتائج عمله وما توصله له من اقتراحات لحل النزاع، وهنا نكون أمام أمرين، فإما أن تؤدي إجراءات التوفيق إلى حل النزاع القائم، وعندها يحرر محضراً بما توصل إليه ويوقع عليه الطرفان والموفق تجنباً لحصول نزاع مستقبلي في موضوع النزاع القائم. أو أن يفشل الموفق في حل النزاع، ويبقى النزاع قائماً، وعندها يمكن لأطراف النزاع اللجوء للأساليب الأخرى لحل النزاع كالقضاء أو التحكيم.

الآثار القانونية للتوفيق:

مع انتهاء إجراءات التوفيق يكون الأطراف أمام طريقان، إما أن يوافقوا على ما توصل إليه الموفق ويتحول لاتفاق مكتوب ملزم لأطراف النزاع وواجب النفاذ، وبهذا يكون تحقق الغرض من التوفيق.

أو أن تفشل محاولة الموفق في إيجاد حل للنزاع يرضي الأطراف، وفي هذه الحالة ينبغي على الموفق تحرير محضر يثبت فيه فشل محاولة التوفيق بين أطراف النزاع.

أثناء عملية التوفيق قد يحدث أن لا يرغب أطراف النزاع في الاستمرار بعملية التوفيق، وفي هذه الحالة ينبغي الإعلان عن موقفهم بكل وضوح مع الالتزام بعدم إفشاء أيًا من المعلومات أو الأسرار التي اطلعوا عليها أثناء محاولة التوفيق.

هل التوصيات التي تصدر من الموفق لحسم النزاع القائم بين الأطراف ترقى لمستوى الأحكام القضائية في حسم النزاع؟

للإجابة على هذا السؤال ينبغي علينا أولاً توضيح ما يأتي:

١- يقوم الموفق في طريقه لحل النزاع الثائر بدور توفيق بين أطراف النزاع في محاولة للوصول إلى حل مرضي لجميع الأطراف.

٢- إن صدور قرار التوفيق لا يتسند بالضرورة إلى نص قانوني معين لحل النزاع، إنما يستند بالأساس لحل وسط يرضي أطراف النزاع.

3. القرار الصادر من الموفق لحل النزاع وخلافًا للأحكام القضائية غير قابل للطعن ويستند بالأساس للالتزام به على اتفاق الأطراف وقبولهم به.

فوفقًا لما سبق يذهب جانب فقهي إلى القول بصعوبة تحديد الطبيعة القانونية للتوصية الصادرة عن الموفق نظرا لكونها مجرد رؤية خلص إليها بعد دراسة موضوع النزاع فهي غير ملزمة ومقيدة بقبولهم لها. (داؤد-حمدون، 2017)

الصلح:

الصلح أحد الوسائل البديلة لحل المنازعات بشكل ودي بين أطراف النزاع، والتي تتماشى مع الطبيعة التجارية للنزاع والتي تحتاج للسرعة والسرية والخصوصية في التعامل، فيمكن للأطراف حل النزاع بأنفسهم عن طريق الحوار المباشر للوصول لحل مرضي لهم، أو اللجوء لطرف ثالث يحاول التوفيق بين الأطراف والوصول لحل النزاع، إلا أنه ينبغي الإشارة إلى أن الطرف الثالث (المصالح) لا يمكنه إجبار أطراف النزاع على قبول الصلح أو الاستمرار فيه، حيث يقتصر عمله على محاولة تقريب وجهات النظر بين الأطراف للوصول لحل يرضيهم.

تعريف الصلح:

لغويًا: صلح صلاحًا وصلوًا: بمعنى زال عنه الفساد، وصلح الشيء كان نافعًا أو مناسبًا يقال: هذا الشيء يصلح لك.

أصلح في عمله أو أمره: أي أتى بما هو صالح نافع، وأصلح الشيء: أزال فساده، وأصلح بينهما أو ذات بينهما أو ما بينهما: أي أزال ما بينهما من عداوة وشقاق.

صالحه مصالحة وصلاحًا: أي سالمه وصافاه، ويقال: صالحه على الشيء: بمعنى سلك معه مسلك المسالمة في الاتفاق، واصطلاح القوم: زال ما بينهم من خلاف، والصلح إنهاء الخصومة. (سمحان، 2006)

فقهياً:

عرفه القانون المصري في المادة 549 من القانون المدني بأنه: "عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه".

وعرف المشرع العراقي الصلح بأنه: "عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي".

وفي القانون الفرنسي عرف عقد الصلح بأنه: "عقد ينهي الفريقان فيه نزاع قائماً أو محتمل الوقوع".

وقد عرف جانب من الفقه الصلح بأنه عقد يحسم به الطرفان نزاعاً ثار بينهما فعلاً، أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، ويتأتى ذلك بتنازل إرادي من كل طرف عن بعض مطالبه.

خصائص الصلح:

يتميز نظام الصلح بعدة خصائص أهمها:

١- وجود نزاع قائم أو محتمل:

ويعتبر شرطاً أساسياً لوجود الصلح فلا مكان للصلح دون وجود نزاع، لأن الصلح يقطع النزاع والخصومة، وعليه لا بد من وجود عنصر النزاع بين الأطراف لإمكانية المصالحة.

الفرق بين النزاع القائم والمحتمل يكمن في ناحيتين هما، تعارض المصالح وإمكانية المطالبة القضائية، وعليه إذا لم نكن أمام نزاع قائم أو محتمل لا وجود للصلح، فإذا حسم النزاع بالصلح أمام المحكمة كان الصلح قضائياً، أما إذا كان النزاع محتملاً فإن الصلح يكون صلحاً غير قضائي.

٢- أن يوجد تنازل متبادل بين الأطراف عن ادعاءات متقابلة:

وهذا هو جوهر النظام، حيث إذا نزل أحدهم عن شيء مما يدعيه ونزل الآخر عن كل ما يدعيه لم يكن هذا صلحاً وإنما إقرار بحق الخصم. (داود- حمدون، 2017)

أهمية الصلح

تأتي أهمية الصلح كوسيلة بديلة لحل المنازعات على النحو التالي:

١- تخفيف العبء عن الخصوم:

فالإجراءات المتبعة في حالة لجوء الأطراف للقضاء التقليدي لحل النزاع تتسم بالتعقيد وإهدار الوقت والجهد لحين صدور حكم، مما سيسبب أعباء والخسارة لأطراف النزاع.

٢- تخفيف العبء عن القضاء:

في حالة تمكن الأطراف من حل النزاع عن طريق الصلح فهذا يقلل من حجم النزاعات المطروحة أمام القضاء، ويسمح للقضاء بالتفرغ لحل نزاعات أخرى، وفي بعض الأحيان كون الصلح سبيلاً لوضع حد لنزاع قائم بالفعل أمام القضاء، إذا ما تم الصلح قبل البت في الدعوى.

٣- تحقيق العدالة:

يقوم الصلح على تنازل كل طرف من أطراف النزاع عن جزء من حقه للوصول لحل، وهو ما يكون أقرب للعدالة فكل طرف أكثر دراية بحقه الفعلي ووضعه القانون، وهو ما لن يتحقق في حالة عرض النزاع على القضاء التقليدي، فالقاضي يحكم بما يقدم له من أوراق وأدلة وهو ما قد يجيده ويكون جاهزاً له طرفاً دون آخر مما يعني احتمالية عدم صدور حكم عادل وضياع حق أحد الأطراف.

آثار الصلح:

كما وضح من تعريفات الصلح فهو عقد، وبالتالي متى اكتملت شروط انعقاد الصلح الشكلية والموضوعية فإنه ينتج آثاره القانونية والتي تهدف لتحقيق الغاية منه، على النحو التالي:

1- حسم النزاع الذي وقع عليه الصلح:

يعتبر حسم النزاع بين أطراف الخصومة هو الأثر الجوهرى للصلح، بحيث يترتب على هذا الأثر عدم تجديد النزاع وانقضاء الحقوق والادعاءات التي نزل عنها أطراف النزاع نزولاً نهائياً، أي أنه يترتب على حسم النزاع بالصلح أثران: أولهما انقضاء الحقوق والالتزامات التي نزل عنها الطرفين فلا محل لإثارتهما مستقبلاً، أما الثاني فهو تثبيت الحقوق بين أطراف الصلح، أي يستطيع كل طرف من أطراف النزاع التجاري أن يلزم الطرف الآخر بهذا الصلح فيمنعه من تجديد النزاع عن طريق الدفع بالصلح.

2- نسبية الأثر المترتب على الصلح:

الصلح كباقي العقود له أثر نسبي من حيث الأشخاص، أي لا يستفيد منه غير أطرافه، فلا يترتب على الصلح نفع أو ضرر لغير عاقيه. كما يقتصر الأثر المنهى للنزاع في الصلح على النزاع الذي كان محلاً للعقد ولا يمتد إلى نزاع آخر لم يشمل الصلح.

ويقتصر الأثر المنهى للنزاع في الصلح على النزاع محدداً بسببه أي أنه يشترط اتحاد السبب لجواز الدفع بالصلح، فلو ثار نزاع جديد بين طرفي الصلح أنفسهم وكان النزاع متعلقاً بنفس محل عقد الصلح ولكن سبب النزاع يختلف عن سبب النزاع الذي حسم بالصلح، فلا وجه للدفع بالصلح السابق لإنهاء المنازعة.

3- الأثر الكاشف للصلح:

للصلح أثر كاشف بالنسبة الى ما تناوله من حقوق، إذ يقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها من الأشياء التي لم تكن محلاً للنزاع، أما إذا تضمن الصلح بين أطرافه حقوقاً غير متنازع فيها عندئذ يصبح للصلح أثراً منشئاً أو ناقلاً لا كاشفاً. (داود- حمدون، 2017).

الوساطة:

تأتي الوساطة كأحد الوسائل البديلة لحل المنازعات التجارية، والتي تجد قبولاً كبيراً لدى أطراف النزاع ممن يفضلوا اللجوء للوسائل الودية لحل النزاع، فيلجأوا لوسيط محايد وذو خبرة في موضوع النزاع، وقد تبدو الوساطة إلى حدٍّ ما متشابهة مع نظام التوفيق، على أنهما يختلفان في دور الطرف الثالث، فالوسيط لا يجمع أطراف النزاع دائماً في جلسات مشتركة كما يفعل الموفق، بل يجتمع بكل طرف على حدة محاولاً التوصل لتسوية ترضي أطراف النزاع.

تعريف الوساطة:

لغوياً: الوساطة في اللغة مأخوذة من الوسط، وهو ما بين طرفي الشيء، والمعتدل من كل شيء، ومن قوله تعالى: "وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطًا".

ويطلق الوسيط على المتوسط بين المتخاصمين، ويدل على المتوسط بين المتابعين.

اصطلاحاً:

حسب قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الوساطة التجارية الدولية، تعرف الوساطة بأنها:

"أي عملية يطلب فيها الأطراف إلى شخص آخر أو أشخاص آخرين "الوسيط" ساعدها في سعيها للتوصل إلى تسوية ودية للمنازعة القائمة بينها والناشئة عن علاقة تعاقدية أو علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى أو المتصلة بتلك العلاقة. ولا يكون للوسيط صلاحية فرض حل للمنازعة على الأطراف".

وعرفها المجلس القضائي الأردني بأنها:

" عبارة عن عملية مفاوضات غير ملزمة يقوم بها طرف ثالث محايد يهدف إلى مساعدة أطراف النزاع للتوصل إلى حل النزاع القائم بينهم، وذلك من خلال اتباع واستخدام فنون مستحدثة في الحوار لتقريب وجهات النظر وتقييم المراكز القانونية لطرفي النزاع تحت غطاء من السرية".

وعرفها جانب من الفقهاء بأنها:

” العملية التي يحاول الأطراف المتنازعة من خلالها أن يحلو خلافاتهم بمساعدة طرف ثالث مقبول، ويسمى ” الوسيط“، وذلك بهدف؛ وذلك بهدف مساعدة الأطراف بطريقة تطوعية في الوصول لاتفاقية خاصة بهم“.

وبأنها: "أسلوب من أساليب الحلول الودية لفض المنازعات تقوم على توفير ملتقى للأطراف المتنازعة للاجتماع والحوار وتقريب وجهات النظر بمساعدة شخص محايد وذلك لمحاولة التوسط لحل النزاع“.

وكذلك تعرف بأنها: "وسيلة اختيارية يتم اللجوء إليها برغبة الأطراف خلال أي مرحلة من مراحل النزاع ويختارون خلالها إجراءات وأسلوب الوساطة من أجل فهم موضوع النزاع ووضع الحلول المناسبة له، وعكس التحكيم فإن الوساطة لا تكون إلزامية بنتيجتها ولا يمكن إجبار الأطراف بقبول ما يتمخض عن الوساطة كما أن في ذلك تقليل من العبء الملقى على عاتق الجهاز القضائي".

مما سبق يتضح أن الوساطة هي وسيلة ودية لحل المنازعات يقوم فيها أطراف النزاع باختيار طرف ثالث ” وسيط “ محايد ومستقل ونزيه، يقوم بمساعدة أطراف النزاع على حل النزاع بينهم من خلال التفاوض للوصول لاتفاق يلائمهم.

أنواع الوساطة:

تتنوع الوساطة حسب السلطة الدافعة لها:

1- السلطة القضائية:

ألزمت بعض القوانين بهذا النوع من الوساطة، كقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائي، وهناك بعض القوانين التي لم تفرد قانوناً خاصاً بالوساطة القضائية، ولكنها اعتبرت بشكل عام مبدأ الوساطة القضائية التي تتم عن طريق القاضي ضمناً، كالقانون الأردني والكويتي.

وتقوم هذه الوساطة على فكرة حصر أسماء أناس معينين لدى المحاكم الرسمية من ذوي التأصيل والخبرة النظامية، كوسطاء يتم إحالة القضايا البسيطة إليهم لإيجاد حلول بين أطرافها، ويكون أولئك الكوادر النظامية أشخاصاً مدنيين ممن

يعملون في القطاع الخاص، من محامين سابقين تفرغوا لهذا المجال أو قضاة متقاعدين أو خبراء في مختلف الميادين الحقوقية.

فإحالة المحاكم قضية ما من القضايا على أحد أولئك الوسطاء المعتمدين لديها ليتولى الفصل فيها، تسمى ”وساطة قضائية“، ويمكن ملاحظة أن القضية محل نظر الوسيط يفترض أن تكون معروضة على القضاء لتحيلها إلى الوسيط.

وعلى الرغم من أن اللجوء إلى الوساطة القضائية يكون إجبارياً عن طريق القضاء، إلا أن تنفيذ ما توصل إليه اتفاق الوساطة لا يكون إجبارياً، فمن الخصائص الأساسية للوساطة سواء أكانت إجبارية أم اختيارية هو ”رضائية التنفيذ“، عكس ما هو عليه الأمر في الحكم القضائي الذي يقوم على التنفيذ الجبري.

2- الوساطة الاتفاقية:

الوساطة الاتفاقية هي العقد الذي يتفق الأطراف بموجبه على تعيين وسيط يكلف بتسهيل إبرام الصلح لإنهاء نزاع نشأ أو قد ينشأ فيما بعد.

فالوساطة الاتفاقية تستند على سلطة إرادة الطرفين حيث يتم اختيارها كوسيلة لحل النزاع بناءً على رغبة وحرية الأطراف، دون وجود أي نزاع سابق معروض على المحكمة.

ويكون للأطراف حرية اختيار كافة تفاصيل الوساطة من حيث اللغة والمدة والنطاق والمكان، فيقتضى توافق إرادة الطرفين يتوجهان مباشرة إلى الوسيط المتفق عليه إما في عقد سابق أو في عقد لاحق بعد نشوب الخلاف، ليتولى الفصل بينهم في النزاع المعين.

وترتكز الوساطة الاتفاقية على القواعد الموضوعية والإجرائية العامة لموضوع المنازعة، وعلى الأعراف السائدة، وقد تستند على تحديد قواعد مؤسسة معينة من مؤسسات الوساطة.

3- الوساطة القانونية:

تكون الوساطة قانونية إذا وجد نص تشريعي يفيد إحالة الأطراف في فئة معينة من القضايا إلى الوساطة قبل المرور إلى مرحلة التقاضي. فنجد في المادة 34 من قانون الوساطة الأردني النص على أن تكون السلطة الدافعة لإحالة القضية على الوساطة هنا هي سلطة المشرع مباشرة، ولا يقتضي ذلك بالضرورة تعيين الوسيط من قبل المشرع ولا المحاكم. وتتم من خلال تعيين وسيط بناء على اتفاق الأطراف يكلف بموجبه بتسهيل الوصول إلى تسوية ودية تنهي النزاع بين الطرفين بعيداً عن المحاكم. (دهام، 2017)

الأسس التي تقوم عليها الوساطة:

1- السرية:

تتسم الوساطة بالسرية، مما يدفع الأطراف للحديث بالحرية، والاطمئنان على عدم الإعلان عن حجم تعاملاتهم المالية وأسرار الموضوع محل النزاع، والإدلاء بما لديهم أثناء التفاوض.

2- الحيادية:

فالوسيط يقف على مسافة واحدة متساوية بين الأطراف، فلا يكون أحد الأطراف مفضلاً عن الآخر، مما يضمن تحقيق العدالة.

3- الحلول السريعة:

توفر الوساطة -في الغالب- استثمار الوقت، والحصول على حلول سريعة، حيث أن أغلب المنازعات تستغرق تسويتها مدة قصيرة، وهذا يتوقف على مدى احترافية الوسيط وقدراته العلمية والعملية.

4- حرية الانسحاب واللجوء للتقاضي:

فالوسيط لا يستطيع إلزام المتخاصمين بتسوية النزاع بطريق الوساطة، وذلك يتيح لكلا الطرفين حرية اللجوء للقضاء، ولكن يتعين على الوسيط أن يبذل قصارى جهده وأن يستخدم أساليب الاتصال الفعالة، وصولاً إلى تسوية النزاع - كلياً أو جزئياً- حسب ما يقتضيه الحال.

الآثار المترتبة على الوساطة:

1- الوساطة وسيلة ودية يختارها الأطراف بإرادتهم الحرة لحل النزاع: على أنه لا يمكن للوسيط اتخاذ قرار بات في النزاع، فدوره يقتصر على محاولة تقريب وجهات النظر بين الأطراف، وطرح حلول للنزاع. وهذا ينتج عنه نتيجة هامة من الناحية العملية، حيث تكون الاتفاقية الناتجة عن الوساطة قابلة للتنفيذ، فالأطراف هم من توصلوا إليها ولم تفرض عليهم.

2- تخفيف العبء عن المحاكم:

فإنهاء النزاع عن طريق الوساطة، وعدم وصوله إلى القضاء، يمنح القضاء الفرصة للنظر بشأن الدعاوى الأخرى، دون أن يتثقل كاهله.

3- الحفاظ على العلاقة الودية بين أطراف النزاع:

فحل النزاع هو ما يتوصل إليه الأطراف أنفسهم دون أي إجبار من طرف الوسيط، وبالتالي فنتيجة الوساطة هو ما يرتضيه الأطراف وتستمر معه الأعمال والعلاقات الودية.

جدير بالذكر أن الوساطة تنجح في حل حوالي ٧٥٪ إلى ٩٠٪ من الخلافات التي يتفق الأطراف على حلها باستعمال هذه الآلية، فهي الأساس الذي يقوم عليه نظام الوسائل البديلة لحل وفض المنازعات (ADR) في منازعات التجارة الدولية، فهي الوسيلة الأكثر استخداماً في نصف العقود التجارية الدولية الكبيرة مثل عقود الإنشاءات الدولية.

التحكيم:

التحكيم أحد أهم وسائل حل المنازعات خاصة التجارية منها، فما يوفره من مميزات كسرعة الفصل في النزاع وتوفير الوقت والجهد والسرية وبالتأكيد حرية أطراف النزاع في اختيار المحكمين، مما يضمن لهم اختيار الأكثر خبرة وثقة، دفع الشركات والمؤسسات إلى اللجوء للتحكيم لحسم الخلافات التي تتعلق بتفسير العقد أو تنفيذه.

يعود أصل كلمة التحكيم إلى العصر الروماني، حيث كان هناك شكلان أو نوعان من التحكيم. شكل أول كان فيه المحكم (Arbiter) يُكلف بنظر الطعون أو التظلمات المقدمة في بعض الأحكام الصادرة في مختلف المنازعات، ولا تكون الأحكام التي يصدرها إجبارية.

و شكل ثاني كان فيه المحكم (Arbitrator) مكلّفًا باتخاذ بعض المواقف أو بعض الإجراءات في بعض العقود التي بقيت غير نهائية أو غير كاملة. وبهذه الصفة عُرف المُحكم وكلف بالمهام التي تُسند إليه لنظر المنازعات التي تُعرض عليه للبت فيها.

للتحكيم التجاري جذور تاريخية في تسوية المنازعات التقليدية والذي كان يتم بمعرفة زعيم القبيلة أو أمير المقاطعة، وعلى أي حال ما زال هذا النوع من التحكيم غير الرسمي متواجد في كثير من الدول بأشكال مختلفة، وهناك اعتقاد بأن التحكيم قد تأسس تاريخيًا بشكل جيد، واستجاب عبر القرون للتغيرات في التجارة والأعراف والتكنولوجيا والعرف السائد في الحقل القانوني.

وقد ظهر التحكيم التجاري الدولي أول مرة في نزاع بين الشركة العالمية لقناة السويس مع نائب ملك مصر حيث تم الاتفاق على عرض النزاع على التحكيم هذا النزاع انتهى بصور مقرر تحكيمي من طرف نابليون الثالث في أبريل 1864م.

اهتمت الدول الغربية والعربية على السواء بالتحكيم كوسيلة فعالة للفصل في منازعات التجارة الداخلية والدولية، فمنها من خصص له قوانين مستقلة مثل مصر التي أصدرت قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، وفي فلسطين قانون

التحكيم رقم 3 لسنة 2000م، ومنها من خصص له باباً مستقلاً في تشريعاتها المنظمة للتقاضي مثل قانون دولة الإمارات العربية المتحدة والقانون الفرنسي. كما اهتمت الدول بالتصديق على الاتفاقيات الدولية في شأن التحكيم ولعل أهمها اتفاقية نيويورك عام 1958م بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، ووضعت لجنة القانون التجاري الدولي بالأمم المتحدة قواعد خاصة بالتحكيم ونموذجاً لقانون التحكيم عام 1985م "اليونسترال" يمكن للدول الاهتداء بأحكامه وقواعده عند إصدارها قوانين منظمة للتحكيم.

كما نصت على التحكيم كوسيلة أساسية لحل مختلف المنازعات الناشئة في إطار منظمة التجارة العالمية، لتحرير التجارة العالمية، اتفاقية إنشاء هذه المنظمة والاتفاقيات الملحق بها في 15 أبريل عام 1994م.

مفهوم التحكيم:

التحكيم لغوياً: التحكيم في اللغة مصدر حكمه في الشيء والأمر تحكيمياً، وأمره أن يحكم فاحتكم، أي جعله حكماً، ومُحكماً، ومنه احتكم الخصمان إلى الحاكم: رفعاً خصومتها إليه، وحكمت الرجل: فوضت الحكم إليه، ويأتي الحكم والقضاء بمعنى واحد، لأن فيهما المنع من الظلم أو المنع من التصرف.

التعريف الاصطلاحي: تعددت تعريفات الفقهاء للتحكيم، فعرفته مجلة الأحكام الدولية بقولها:

” التحكيم عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكماً برضاها لفصل خصومتها ودعواهما“. (الزحيلي، 2011)

وعرف أيضاً بأنه: ” نظام خاص للتقاضي ينظمه القانون، يسمح بمقتضاه للخصوم في منازعات معينة بأن يتفقوا على إخراج منازعة قائمة أو مستقبلية على ولاية القضاء العام في الدولة، وذلك لتحل هذه المنازعة بواسطة شخص أو أشخاص عاديين يختارهم الخصوم، ويستندون إليهم للفصل في النزاع. (علي سعيدة، 2014)

والتحكيم في الشريعة الإسلامية، يُعبر عن اختيار خصمين شخصاً أو أكثر من الرعية، ويكون غير قاضياً أهلاً لما يصلح للقضاء للحكم بينهما برضاها فيما تنازعا فيه ويستطيع أن يطبق حكم الشرع.

وفقاً للتشريعات الوطنية:

وفقاً لمادة 4 من القانون المصري رقم 27 لعام 1994 يعرف التحكيم على أنه: ينصرف لفظ ”التحكيم“ في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم، بمقتضى اتفاق الطرفين، منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك.

وعرفه المشرع المغربي في قانون رقم 08-05، بأنه:

”يراد بالتحكيم حل نزاع من لدن هيئة تحكيمية تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على اتفاق التحكيم“.

وعرفه القانون الفرنسي بأنه:

”إجراء خاص لتسوية بعض أنواع الخصومات من خلال هيئة التحكيم، يعهد إليها الأطراف بمهمة القضاء بمقتضى اتفاق التحكيم“.

ونجد أن المشرع الأردني لم يتطرق إلى تعريف التحكيم في قانون التحكيم الجديد لسنة ٢٠٠١، لكن ورد تعريف التحكيم في القانون القديم رقم ١٨ لسنة ١٩٥٣، حيث نصت المادة الثانية منه على:

”وتعني عبارة (اتفاق التحكيم) الاتفاق الخطي المتضمن إحالة الخلافات القائمة أو المقبلة على التحكيم سواء أكان اسم المحكم أو المحكمين مذكوراً في الاتفاق أم لم يكن. (العبادي، 2007)

التحكيم وفقاً لاتفاقية لاهاي للتسوية السلمية للمنازعات الدولية:

وفقاً للمادة 37 من اتفاقية لاهاي للتسوية السلمية للمنازعات الدولية التي توصل إليها مؤتمر السلام الدولي الثاني الذي عقد في لاهاي عام 1907، فموضوع التحكيم الدولي هو تسوية المنازعات بين الدول بواسطة قضاة من اختيارهما وعلى أساس احترام القانون وأن اللجوء إلى التحكيم ينطوي على تعهد بالخضوع بحسن نية للحكم.

تعريف الفقهاء:

عرف الأستاذ الفرنسي Motulsky التحكيم بأنه: الحكم في منازعة بواسطة أشخاص يتم اختيارهم، كأصل عام بواسطة أشخاص آخرين وذلك بموجب اتفاق.

وعرفته الدكتورة حفيظة السيد الحداد بأنه: "نظام خاص للتقاضي ينشأ من الاتفاق بين الأطراف المعنية على العهدة إلى شخص أو أشخاص من الغير بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي".

من التعريفات السابقة يتضح أن أبرز مميزات التحكيم تتمثل في:

- 1- أسلوب لتسوية المنازعات عن طريق قضاة / محكمين يتم اختيارهم بواسطة أطراف النزاع.
- 2- تتم تسوية المنازعات على أساس حكم القانون.
- 3- الحكم الصادر من المحكمين يكون ملزماً لأطراف النزاع.

متى يكون التحكيم تجارياً؟

وفقاً لما جاء في القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، بالمادة الأولى -التي تحتوي على هامش خاص- تعريفاً واسعاً للتحكيم التجاري الدولي:

"بحيث يشمل العلاقات التجارية التعاقدية وغير التعاقدية دون الاقتصر عليها لتشمل كل معاملة تجارية متعلقة بتوريد أو تبادل البضائع والخدمات، وكذا اتفاقات التوزيع والتمثيل التجاري والتحصيل أو شراء أو خصم الديوم واعتماد التأجير، وتشديد المصانع والخدمات الاستشارية والأعمال الهندسية والتراخيص والاستثمارات والتمويل والمعاملات المصرفية والتأمين واتفاقات الاستغلال أو الامتيازات والمشروعات المشتركة وأشكال التعاون الصناعي والتجاري الأخرى ونقل البضائع والمسافرين جواً أو بحراً أو براً أو بالسكك الحديدية أو الطرق".

ووفقاً للمادة 2 من القانون المصري رقم 27 لعام 1994 من التشريع المصري: "يكون التحكيم تجارياً في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي عقدي كانت أو غير عقدية ويشمل ذلك على سبيل المثال توريد السلع أو الخدمات والوكالات التجارية وعقود التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية ومنح التراخيص الصناعية والسياحية وغيرها ونقل التكنولوجيا والاستثمار وعقود التنمية وعمليات البنوك والتأمين والنقل وعمليات تنقيب واستخراج الثروات الطبيعية وتوريد الطاقة ومد أنابيب الغاز أو النفط وشق الطرق والأنفاق واستصلاح الأراضي الزراعية وحماية البيئة وإقامة المفاعلات النووية".

من التعريفات السابقة نجد أن التحكيم التجاري الدولي لا يتوقف على الأمور التجارية العادية كما هي في القوانين التجارية، ولكنه يتوسع ليشمل كل العمليات ذات الطابع الاقتصادي.

التفرقة بين التحكيم وغيره من وسائل حل المنازعات:

التحكيم والقضاء:

يتفق كلاً من القضاء والتحكيم في أنهما أصحاب طابع قضائي سواء دائم بالنسبة للقضاء أو مؤقت بالنسبة للتحكيم، ولكنهما يختلفان في طبيعة المهمة والقواعد العامة والإجراءات التي تحكم كلاً منهما. أبرز الاختلافات بين التحكيم والقضاء:

- 1- القاضي معين من قبل الدولة، والمحكم يعين من طرفي الخصومة أو من القاضي، وبالتالي فلا يمكن لأطراف النزاع عزل القاضي، ولكن يمكن لأطراف النزاع عزل المحكم في أي وقت قبل إصرار حكمه في النزاع.
- 2- حكم القاضي يطبق على الكافة وله ولاية عامة ومطلقة على الدعوى، وحكم المحكم خاص على طرفي الخصومة ومقتصر على محل النزاع.
- 3- لا يشترط في اللجوء القضاء توافر رضا الخصوم، على العكس فالتحكيم يعتمد على التراضي بين الطرفين ورغبتهما في اللجوء للتحكيم.

4- يلتزم القاضي بالقوانين والأنظمة في المرافعات، أم المحكم فيراعي بعضها ويكون للأطراف الحق في اختيار المكان والزمان والإجراءات.

التحكيم والتوفيق:

للتفرقة بين التحكيم والتوفيق أهمية بالغة تكمن في تحديد نطاق تطبيقهما، وتوضيح النتائج القانونية المترتبة على القرار المتخذ في كلاً منهما.

حيث يتمتع التوفيق كوسيلة بديلة لحل المنازعات بين الأطراف بنطاق أوسع كأصل عام مما يتمتع به التحكيم.

أما عن الحكم الصادر: فالحكم الصادر من المحكم يكون ملزماً لأطراف النزاع وله حجية الأمر المقضي منذ صوره، أما التوفيق فهو وسيلة لتقريب وجهات النظر بين الأطراف ومحاولة للوصول لحل مرضي للطرفان، وبالتالي فالقرار الصادر من الموفق لا يتمتع بأي حجية ولا يعتبر ملزماً إلا في حالة قبل الأطراف به وتم التوقيع عليه.

التحكيم والخبرة:

قد يكون اللجوء للخبير في نزاع ما لإبداء رأي فني في أمر من الأمور التي لا يمكن للمحكم تكوين الرأي الصحيح فيها، وبالتالي فرأي الخبير لا يكون ملزماً، فهو لا يفصل في النزاع ولكنه يكون معين لمن يفصل في النزاع.

ومع ذلك فإن القانون لا يشترط أن يكون المحكم من المشتغلين بالقانون، بل يمكن أن يكون من التخصصيين أو من ذوي الخبرة في مجال النشاط الذي يتصل بالنزاع، لذلك قد يلجأ الخصوم إلى الخبير ليكون محكماً وخبيراً في الوقت ذاته قاصدين أن يفصل في النزاع مستعيناً بخبرته.

التحكيم والصلح:

نجد أن أوجه الشبه بين التحكيم والصلح يتمثل في أن كلاً منهما يجد أصله في اتفاق يعبر عن رغبة أطرافه في حل النزاع بعيداً عن قضاء الدولة، وأن كلاً منهما يؤدي دوره بمناسبة وجود منازعة وقعت أو ستنشأ في المستقبل.

كما يشترك التحكيم والصلح في كونهما بديلين عن القضاء العام صاحب الاختصاص في نطاق معين.

على أنه يتضح الاختلاف بين الصلح والتحكيم على النحو التالي:

1- ينخرط أطراف النزاع في المفاوضات والمناقشات الخاصة بالصلح، فالقرار يكون نتيجة لهذه النقاشات وقد يستعينوا بطرف ثالث "المصلح" لتقريب وجهات النظر بينهم، أما في التحكيم فيقوم الأطراف باختيار هيئة المحكمين وإعطائهم سلطة الفصل في النزاع.

2- يقوم الصلح على رغبة الأطراف في الوصول لحل للنزاع عن طريق تقديم كل طرف تنازلات عن جزء من حقه للخروج بقرار يرضي الأطراف لحل النزاع، أم في التحكيم فالأطراف تفوض المحكم لإصدار حكم عادل في النزاع دون التنازل عن أي من حقوقهم.

3- أحد أهم الفروق بين التحكيم وغيره من الوسائل البديلة لحل المنازعات، هو أن التحكيم ينتهي بحكم حاسم للنزاع قابلاً للتنفيذ بمجرد صدور أمر التنفيذ، أما القرار الصادر من الصلح يظل غير ملزم للأطراف ما لما يتضياه ويحرر في عقد رسمي - على سبيل المثال-. (جاويد، 2014)

اتفاق التحكيم:

أعطت كافة التشريعات والاتفاقيات الدولية للأطراف حرية وضع القواعد القانونية لإجراءات التحكيم التجاري الدولي، سواء كان ذلك باستخلاص القواعد الإجرائية من قانون دولة معينة أو مزج عدد من قوانين الدول المختلفة، أو بناءً على ابتكارهم الشخصي.

ويكون هذا الاتفاق وارداً في اتفاق التحكيم أثناء إبرام العقد أو في وثيقة لاحقة للعقد.

المقصود باتفاق التحكيم:

وفقاً للمادة السابعة من قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، فاتفاق التحكيم هو: "اتفاق بين 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 ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل".

ونص القانون المصري في المادة العاشرة من قانون رقم 27 لسنة 1994 على أن اتفاق التحكيم هو:

”اتفاق الطرفين على اللجوء لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أم غير عقدية“.

وحسب اتفاقية عمان العربية للتحكيم، نصت المادة الأولى منها على أن: ”اتفاق التحكيم هو اتفاق الأطراف كتابة على اللجوء إلى التحكيم سواء قبل نشوء النزاع أو بعده“.

ويأخذ اتفاق التحكيم التجاري شكلين، فهو إما اتفاق لاحق لقيام النزاع، والشكل الآخر لا ينتظر فيه الأطراف نشوب النزاع وإنما يتم النص في العقد أو في اتفاق لاحق للعقد على أن يكون التحكيم هو وسيلة تسوية المنازعات بينهم، فمعظم التشريعات الوطنية تجيز الاتفاق للصورتين انفتي الذكر. (الخرار، 2009)

شكل اتفاق التحكيم:

في حالة الاتفاق على التحكيم في وقت إبرام العقد الأصلي سواء كان مستقلاً بذاته أو كان أحد بنود العقد الأصلي فيطلق عليه ”شرط التحكيم“ بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ مستقبلاً بين الطرفين. وفي هذه الحالة يشترط المشرع أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى.

أما إذا اتفق على التحكيم وكان لاحقاً للعقد الأصلي فيطلق عليه ”مشارطة التحكيم“ وهذا الأخير يقصد به أنه يتم الاتفاق على التحكيم بعد وقوع النزاع فعلاً.

وعليه فسواء اتخذ اتفاق التحكيم شكل ”شرط التحكيم“ أو ”مشارطة التحكيم“ فهما يرتبان ذات الآثار القانونية لاتفاق التحكيم، طالما استوفيا شروط صحته.

شروط صحة اتفاق التحكيم:

مما سبق من تعريفات لاتفاق التحكيم يتضح أنه عقد يتم بين طرفين، وبالتالي فالصحة وليترتب عليه كافة آثاره؛ فيستلزم توافر كافة شروط صحة العقود من حيث:

1- الكتابة:

تنص المادة 2 من اتفاقية نيويورك لعام 1958م على أنه: "1- تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يتعهد الأطراف بمقتضاه أن يخضعوا للتحكيم كافة أو أية علاقات نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم.

2- وتعبير اتفاق مكتوب يشمل شرط التحكيم الوارد في عقد أو اتفاق تحكيم موقع عليه من الأطراف أو متضمن في تبادل للخطابات أو البرقيات".

كما تنص المادة 12 من القانون المصري رقم 27 لسنة 1994:

” يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً“

مما سبق يتضح أن الكتابة تعتبر ركن انعقاد يستلزم توافره لصحة اتفاق التحكيم، مع التوسع في نوع الكتابة، حيث يعتد بكل سبل الكتابة سواء التقليدية كأن يكون في ورقة موقعة من الطرفين أو تضمنه رسائل متبادلة أو برقيات، أو وسائل حديثة كالفاكس أو الرسائل الإلكترونية.

2- الرضا

ليتحقق التراضي في اتفاق التحكيم، يشترط تطابق إرادة أطراف التحكيم على إحداث الآثار المترتبة على هذا لاتفاق من اختيار التحكيم بشكل حر دون إكراه أو تدليس أو استغلال كوسيلة لحل المنازعات التي تنشأ بخصوص العقد.

وقد يكون التعبير عن الرضا صريحاً واضحاً لا يشوبه الغموض، وقد يكون ضمناً كما لو اعتاد الأطراف على إدراج التحكيم كوسيلة لفض المنازعات بينهم في نوع معين من العقد وغفلوا عن إدراجه في عقد من نفس النوع، أو أغفلوا عن إدراجه في تجديد العقد، ما لم يتضح تعدهما إسقاط هذا الشرط لعدم رغبتهما في تجديد العقد.

3- أن يرد التحكيم على مسائل يجوز فيها التحكيم (مشروعية التحكيم):

يجب أن يكون موضوع النزاع الذي تم الاتفاق على الالتجاء للتحكيم لفضه، من المسائل التي يجوز التحكيم فيها ولا كان الاتفاق باطلاً، فلا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح.

فلا يجوز التحكيم في منازعات الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والنسب، ولكن يجوز التحكيم في الأمور المالية المترتبة عليه.

كما لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام كالجرائم، ولكن يجوز التحكيم في التعويض المترتب على هذه الجرائم.

ويجب التأكيد على ضرورة مشروعية النزاع محل التحكيم، فلا يجوز مثلاً التحكيم في نزاع محلة الاتجار بالممنوعات أو دين قمار.

4- الأهلية:

من الشروط الأساسية لصحة اتفاق التحكيم توافر الأهلية القانونية للأطراف، والمقصود بالأهلية هنا أهلية التصرف وليس أهلية الوجوب فقط.

فلا يمكن الاتفاق على التحكيم إلا من قبل شخص طبيعي أو اعتباري يمتلك حرية التعاقد والتصرف على السواء.

في شأن أهلية الشخص المعنوي:

يجب أن يوقع اتفاق التحكيم من الممثل القانوني لهذا الشخص أو الشخص الصادر له هذا الحق من السلطة المختصة للشخص المعنوي.

في شأن أهلية الدولة والأشخاص الاعتبارية:

رأى الفقه بعد تردد كبير إجازة أهلية الدولة وأشخاصها الاعتبارية العامة لإبرام اتفاق التحكيم، حيث كثرت العقود التي تبرمها هذه الأشخاص الاعتبارية العامة والمتعلقة بالمجال الاقتصادي.

في شأن أهلية الشخص الطبيعي:

صحة اتفاق التحكيم تتوقف على أهلية الأطراف وفقاً لقوانين الدولة التي ينتمون إليها مع مراعاة أن اتفاق التحكيم عقد مدني سواء كان النزاع موضوع التحكيم مدنياً أو تجارياً. فلا يجوز لعديم الأهلية إبرام اتفاق التحكيم.

القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم:

يستند اتفاق التحكيم إلى قانون يحكمه، وتعيين القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم يقوم إما على على قانون إرادة الأطراف أو أساس قانون محل التحكيم.

قانون إرادة الأطراف:

اتفقت معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية على حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

فوفقاً لما جاء به القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مادة 19 على:

”مع مراعاة أحكام هذا القانون يكون للطرفين حرية الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها عند السير في التحكيم“.

وتنص المادة 19 من القانون المدني المصري على أن:

”1- يسري على الإلتزامات التعاقدية، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد. هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه“.

وبناءً على ما سبق، فإنه طبقاً للأساس القانوني لقانون الإرادة، للأطراف حرية اختيار القانون الذي ينظم اتفاق التحكيم حتى ولو لم تكن هناك صلة بين القانون المتفق عليه وبين القانون الذي ينظم العلاقة القانونية محل النزاع.

وتجدر الإشارة إلى أن المقصود في مجال قانون الإرادة هو الإرادة الصريحة الواضحة وليست الإرادة الضمنية، حيث يترتب حتماً على عدم وجود الإرادة الصريحة تطبيق قانون محل التحكيم كما سبق القول.

قانون مكان التحكيم:

يقصد بقانون مكان التحكيم قانون الدولة التي تم فيها الاتفاق على التحكيم أو قانون الدولة التي تتم فيها إجراءات التحكيم أو تنفيذ الاتفاق على التحكيم. وينبغي التأكيد على أن قانون مكان التحكيم هو أساس احتياطي في حالة غياب قانون إرادة الأطراف.

الآثار القانونية لاتفاقية التحكيم:

إذا أبرم اتفاق التحكيم وفقاً للشروط السابق توضيحها، ترتب عليه الآثار القانونية التالية:

- 1- الأثر السلبي لاتفاق التحكيم: يترتب على اتفاق التحكيم الصحيح امتناع القضاء العادي عن نظر النزاع موضوع التحكيم، طالما وجد اتفاق التحكيم وتمسك به أحد أطراف النزاع.
- 2- قبول أطراف النزاع لقرار التحكيم النهائي الصادر من المحكم، فلا يجوز لأحد الأطراف رفض القرار، ورفع الدعوى من جديد أمام القضاء العادي.

مزايا التحكيم

يوفر التحكيم العديد من المزايا التي تدفع الأطراف للجوء له بدلاً من القضاء الوطني بشكل متزايد، تتمثل في:

1- السرية:

لا يطلع على تفاصيل وبيانات ووثائق الموضوع محل النزاع سوى المحكمون المختارون من قبل أطراف النزاع، والمحامون المدافعون عن الطرفين، مما يضمن المحافظة على سرية الأعمال القائمة بين طرفي النزاع.

هذا على عكس ما يحدث أمام القضاء العادي، حيث تكون الإجراءات علنية، مما يعني خروج أسرار المعاملات وقيمتها وتفاصيلها للعلن مما قد يسبب الأضرار لأطراف النزاع، خاصة في مجال التجارة الدولية والتي تتسم قيمة عقودها بالضخامة، لذا يحرص الأطراف على الالتجاء للتحكيم لضمان الفصل في النزاع بسرية وخصوصية.

2- السرعة في حسم النزاع

التحكيم يوفر الوقت فنجد بعض قضايا التحكيم تنتهي خلال بضعة أسابيع أو شهور بقرار نهائي وملزم.

يتم التحكيم عادة دون الالتزام بإجراءات التقاضي مما يجعله أسرع في الوصول لحكم بشأن النزاع وهو بالتأكيد ما يرغب به أطراف النزاع.

كما أن المحكمين على الأغلب ما يكونوا متفرغين للنزاع على العكس من القاضي في القضاء الوطني، الذي ينظر الكثير من القضايا يومياً، كما أن المحكم يكون ملتزماً بإصدار حكمه خلال مدة معينة يحددها أطراف النزاع.

3- قلة المال المهدر:

نظراً لما يضمنه التحكيم من سرعة في فصل النزاع فإنه يضمن لأطراف النزاع إصدار الحكم في وقت قصير، مما يقلل من أي خسارة مادية قد يتعرض لها الأطراف إذا ما تم عرض النزاع على القضاء الوطني.

كما أن إجراءات التقاضي الوطني بدرجاته المختلفة وما يتطلبه من مصاريف للرسوم وأتعاب المحامين، تعني المزيد من الخسارة المالية للأطراف، وهو ما لا يحدث في التحكيم.

4- الحفاظ على العلاقة بين الطرفين:

التحكيم يحافظ على العلاقات بين الأطراف، فهو ليس طريقاً هجومياً عنيفاً وإنما هو أقرب إلى التفاهم بين الطرفين، فكل من الطرفين يعتقد أن فهمه إلى العقد هو الفهم الصحيح أو أن تصرفه في تنفيذ العقد سليم، ولذلك يتفق مع الطرف الآخر على عرض موقف كل منهما على المحكم أو المحكمين المختارين بواسطتهم، وبعد الفصل في الموضوع تستمر العلاقات غالباً بين الطرفين على الأساس الذي قرره التحكيم.

بينما الملاحظ أن المنازعات المعروضة على القضاء العادي قد يستعمل فيها كل من الطرفين أساليب الكيد للطرف الآخر وتنتهي المسألة إلى حد اللجوء للعلاقات بينهما ولذلك يقول البعض أن الأطراف يدخلون إلى القضاء العادي وهم ينظرون إلى الوراء بينما يدخلون إلى التحكيم وهم ينظرون إلى الأمام.
(جاويد، 2014)

5- المرونة والبساطة في الإجراءات:

لا يتقيد التحكيم بإجراءات التقاضي العادي كالمواعيد والتبليغات وإدارة الجلسات وغيرهم من الإجراءات الشكلية التي تعيق عملية الفصل في النزاع، فالتحكيم يتجاوز هذه الإجراءات كلها، فالتحكيم يهدف لسرعة الفصل في النزاع بأيسر السبل وأكثرها إرضاءً للأطراف.

عيوب التحكيم:

على الرغم من المميزات السابقة للتحكيم والتي تدفع الأطراف للجوء له لحل المنازعات، إلا إنه لا يخلو من العيوب.

1- كثرة المصاريف:

تذهب بعض الآراء إلى أن التحكيم يكلف الأطراف مصاريفاً أكثر من القضاء العادي، ففي التحكيم يتكفل أطراف النزاع بدفع أتعاب المحكمين والمحامين بالإضافة إلى الرسوم الإدارية، ولكن في القضاء العادي تلتزم الدولة بدفع رواتب القضاة ولا يتكلف رافع الدعوى سوى الرسوم الإدارية.

2- من آليات الدول المتقدمة اقتصادياً:

لأن الدول المتقدمة اقتصادياً هي التي تعتمد عليه وتعتبره وسيلة لضمان ريادتها فالتحكيم المقصود به منع القضاء الوطني في الدول النامية من نظر منازعات عقود الاستثمار حتى لا يتعرض المستثمر الأجنبي والشركات العملاقة لتطبيق القوانين الوطنية عليها، وكذلك فرض الكثير من الشروط المجحفة بحقوق الطرف الضعيف لصالح الطرف الأقوى وأيضاً فرض القوانين التي يراها وتساهم فيها الدول المتقدمة. (جاويد، 2014)

3- عدم تنفيذ حكم التحكيم:

بعد صدور حكم التحكيم تظهر الصعوبة في تنفيذ حكم التحكيم، فالطرف الصادر الحكم لصالحه يهتم أكثر لتنفيذ الحكم، مما يضطره إلى اللجوء للقضاء العادي لتنفيذ الحكم، أي يضطر للجوء لما هرب منه في البداية، وقد تظهر مشكلة أخرى وهي عدم توافر الشروط القانونية لتنفيذ حكم التحكيم مما يعني العودة لنقطة البداية.

الفصل الرابع

منهجية الدراسة وتحليل النتائج

المنهجية

رغبة في تجميع كافة البيانات المتعلقة بالدراسة ومن ثم تحليلها والربط بينها للخروج بأفضل النتائج، تم استخدام المنهج الوصفي الذي يقوم على تجميع البيانات من المصادر المختلفة والعمل على تحليلها تحليلًا دقيقًا وصولًا للنتائج.

المنهج الوصفي:

يعرف المنهج الوصفي بأنه إنه المنهج الذي يهتم بدراسة الظواهر كما هي موجودة في الواقع، إضافة إلى أنه يهتم بوصف الظاهرة وصفًا دقيقًا، ويعبر عنها من ناحيتين.

الأولى: كيفيًا وذلك بوصفها وتوضيح خصائصها، والثانية: كميًا من خلال إعطائها وصفًا رقميًا يوضح مقدار هذه الظاهرة الموصوفة، أو نسبة ارتباطها مع الظواهر الأخرى.

من التعريف السابق يتضح أن أهم ما يهدف إليه المنهج الوصفي هو جمع الحقائق والبيانات عن ظاهرة أو موقف معين، ولا يقف الأمر عند محاولة جمع البيانات بل يمتد ليشمل محاولة التشخيص والتحليل والربط والتفسير لهذه البيانات وتصنيفها وقياسها وبيان نوعية العلاقة بين متغيراتها وأسبابها واتجاهاتها واستخلاص النتائج منها وما إلى ذلك من جوانب تدور حول سبر أغوار مشكلة أو ظاهرة معينة والتعرف على حقيقتها في أرض الواقع، ثم الوصول إلى تعميمات بشأن الموقف أو الظاهرة موضوع الدراسة.

وينبغي الإشارة إلى أنه يشيع استخدام هذا المنهج في الدراسات التي تصف وتفسر الوضع الراهن أو ما هو كائن في أرض الواقع للظاهرة، وكذلك في الدراسات التي تهتم بتكوين الفرضيات واختبارها.

كما يعد هذا النوع من البحوث ذو أهمية خاصة في مجال الدراسات الإنسانية، لاسيما أنه يستخدم للكشف عن آراء الناس ومعتقداتهم واتجاهاتهم إزاء موقف معين، كما يستخدم أيضًا للوقوف على قضية محددة تتعلق بجماعة أو فئة معينة.

أدوات جمع البيانات:

تعرف أدوات الدراسة في البحث العلمي بأنها: "الطرق التي يتم من خلالها جمع المعلومات والبيانات المتعلقة بالبحث، والتي تساعد في دراسة وتحليل مشكلة البحث، وبعد ذلك التوصل إلى النتائج.

وتختلف الأدوات المستخدمة في الدراسة باختلاف طبيعة البحث والمنهج المتبع، وفي هذه الدراسة تم الاعتماد على:

المصادر الثانوية: تعتمد على تجميع البيانات من الكتب والدراسات السابقة والأبحاث ومواقع الإنترنت والمجلات العلمية المتعلقة بموضوع البحث.

تحليل النتائج

التحكيم في النظام للتجاري السعودي

إن قيام الدولة السعودية على أساس من العقيدة الصحيحة والشرعية الإسلامية جعل منها دولةً مهينةً لأن تكون متجددة بتجدد الزمان انطلاقاً من صلاحية المعين الذي تغترف منه لكل زمان ومكان.

وعلى ذلك يعتبر التحكيم في المملكة العربية السعودية امتداداً واقعياً لما كان موجوداً من تحكيم في الجزيرة العربية قبل الإسلام، أقره الإسلام بعد ذلك، وحتى ظهور البترول أدرك القائمون على أمر البلاد السعودية حاجة الواقع لتنظيم العملية التحكيمية التي كان يلجأ إليها الغالبية من الناس فقاموا بوضع نظام التحكيم السعودي والذي تمثل أول ظهوره في عدة نصوص وردت ضمن نظام المحكمة التجارية الصادر بالأمر السامي رقم 32 عام 1350هـ. (القحطاني، 2014)

وقد عرفت المملكة التحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاعات لأول مرة عندما تم إدراج شرط التحكيم في اتفاقية امتياز التنقيب عن نفط الأحساء الممنوح للشركة الشرقية والنقابة العامة المحدودة التابعة للبريطاني فرانك هولمز في عام 1341هـ.

كما أدرج شرط التحكيم في عقود النفط الأخرى الموقعة مع شركات البترول المختلفة، كعقد الامتياز الممنوح لشركة ستاندرد أويل أف كاليفورنيا في عام 1351هـ، وكذلك العقد المبرم مع الشركة اليابانية للبترول في عام 1375هـ.

التطور التاريخي لنظام التحكيم السعودي:

1- صدر النظام التجاري ونظام المحكمة التجارية بالمملكة العربية السعودية بالمرسوم الملكي رقم م/32 وتاريخ 1350/1/15هـ، وقد شمل هذا النظام التعريف بالتجار والأعمال التجارية والضرائب التي تؤخذ من التجار وحركة السفن التجارية وكل ما يتعلق بالأمر التجاري، كما شمل اختصاصات المحكمة التجارية.

وقد أفرد للتحكيم المواد من (493-497) من نظام المحكمة التجارية، نظمت هذه المواد التحكيمية بصورة شاملة ومختصرة وتواكب ما نصت عليه قوانين التحكيم في أغلب الدول في ذلك الوقت، وقد تناولت اتفاق التحكيم وتشكيل هيئة التحكيم ومدة التحكيم والطعن على حكم التحكيم.

2- صدر نظام العمل والعمال بالمرسوم الملكي رقم م/21 لعام 1389هـ، حيث أقرت المادة 183 التحكيم في المنازعات العمالية وجعلته سبيلاً يرجع إليه المتنازعون للفصل فيما قد يقع بينهم من مشاكل عمالية.

3- مع التطور السريع في الأعمال التجارية كان لزاماً وضع نظام جديد يتماشى مع متطلبات الأعمال، وتلبية لهذه الحاجة صدر أو تنظيم للتحكيم والذي تضمن نظام العرف التجارية الصناعية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/6 عام 1400هـ، ثم صدرت لائحته التنفيذية بموجب قرار وزير التجارة رقم 1871 عام 1401هـ.

الغرف التجارية والصناعية:

نصت المادة الأولى من المرسوم الملكي م/6 عام 1400هـ على أنها هيئة لا تستهدف الربح وتمثل في دائرة اختصاصها المصالح التجارية والصناعية لدى السلطات العامة وتعمل على حمايتها وتطويرها.

ومن ضمن اختصاصاتها ما نصت عليه المادة الخامسة بأن لها فض النزاعات التجارية والصناعية بطريق التحكيم إذا اتفق أطراف النزاع على إحالتها إليها.

للغرف التجارية والصناعية دور مهم في عملية التحكيم التجارية، حيث يتوفر لديها قائمة بأسماء المحكمين الذين يختارهم الخصوم للقيام بمهمة التحكيم، كما

أن كاتبًا مختصًا بالغرف التجارية يتولى القيام بمهمة البلاغات وكتابة المحاضر، ويتم انعقاد جلسات التحكيم فيها.

فدورها مساعد ومكمل للجهة المختصة في عملية التحكيم التجاري، كما أن الخصوم قد يتراضون على التحكيم لديها حسب نص المادة ٥ من نظام الغرف التجارية دون الرجوع للجهة القضائية ويكون ذلك رضائياً.

4- في تطور آخر وسريع لمجاراة التوسع التجاري والتقدم للملكة العربية السعودية، صدر نظام التحكيم السعودي بالمرسوم الملكي رقم م/٤٦ عام ١٤٠٣هـ، ثم صدرت لائحته التنفيذية والتي وافق عليها رئيس مجلس الوزراء بخطابة رقم ٢٠٢١/٧ م بتاريخ ١٤٠٥هـ.

وقد اشتمل هذا النظام على ٢٥ مادة، ثم صدرت لائحته التنفيذية في أربعة أبواب اشتملت على ثمان وأربعين مادة تفسيرية وتوضيحية لما جاء في نظام التحكيم.

5- ومواكبة لمتغيرات التنمية الاقتصادية والرؤية الحديثة في المملكة السعودية صدر نظاماً جديداً للتحكيم بمرسوم ملكي رقم م/34 عام 1433هـ، ليصبح بديلاً للنظام السابق، وقد جاء هذا النظام مواكباً للتطورات الاقتصادية والتنموية التي تشهدها المملكة، ومتماشياً مع قانون الأونستيرال للتحكيم التجاري الدولي، وغير مخالف لأحكام الشريعة.

ونظام التحكيم السعودي الجديد جاء بفوارق جوهرية عن نظام التحكيم السابق له، حيث جاء أكثر بياناً وتفصيلاً لكل مراحل التحكيم بداية من الاتفاق على التحكيم وتعيين هيئة التحكيم والاتفاق على الإجراءات الواجبة التطبيق في عملية التحكيم، وصدر الحكم والطعن فيه بدعوى البطلان، انتهاءً بتنفيذ حكم التحكيم.

نظام التحكيم السعودي الصادر بمرسوم ملكي رقم م/34 لعام 1433هـ:

جاء هذا النظام شاملاً ومفصلاً لكل ما يخص التحكيم ومتلافياً لكافة الأخطاء السابقة الواردة في ما صدر قبله من أنظمة، فعلي سبيل المثال لم تتطرق الأنظمة السابقة لتعريف التحكيم وهو ما تم التعامل معه في المادة الأولى من هذا النظام، حيث عرفه المنظم بأنه: "اتفاق بين طرفين أو أكثر على أن يحيلوا للتحكيم جميع أو بعض المنازعات التي تنشأ بينهما في شأن علاقة نظامية محددة، تعاقدية كانت أو غير تعاقدية سواء كان التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في العقد أو في صورة مشاركة تحكيم مستقلة".

اتفاق التحكيم:

جاء الحديث عن اتفاق التحكيم في النظام السابق بشكل مقتضب جداً، فنص في مادته الأولى على: "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين قائم، كما يجوز الاتفاق مسبقاً على التحكيم في أي نزاع يقوم نتيجة لتنفيذ عقد معين".

أم في النظام الجديد ففي المادة التاسعة أوضح المنظم عدة مسائل في موضوع اتفاق التحكيم، فتوسع في إيضاحه لما له من أهمية، ومما ذكر:

١- وفقاً للفقرتين (1،2) من المادة التاسعة يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع، سواء أكان مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين، كما يجوز أن يكون لاحقاً لحدوث النزاع، وإن كانت أقيمت بشأنه دعوى أمام المحكمة المختصة، وينب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم، وإلا كان باطلاً.

٢- نصت الفقرة (4) من المادة التاسعة على: "ويعد اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر صادر من أطراف التحكيم أو إذا تضمنه ما تبادلاه الخصوم من رسائل موثوقة أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال الإلكترونية أو المكتوبة".

مما سبق يتضح اشتراط المنظم لأن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، ولكنه توسع في شكل الكتابة حيث شمل المحررات الإلكترونية تماشياً مع متطلبات العصر الحديث..

تشكيل هيئة التحكيم:

عرف نظام التحكيم في مادته الأولى هيئة التحكيم على النحو التالي: "هي: المحكم الفرد أو الفريق من المحكمين، والذي يفصل في النزاع المحال للتحكيم". وفي المادة الرابعة عشر اشترط المنظم في المحكم إذا كان فرداً أن يكون حاصلاً على الأقل على شهادة جامعية في العلوم الشرعية أو الأنظمة، أو إذا كانوا أكثر من فرد يشترط أن يتوفر هذا الشرط في رئيس الهيئة التحكيمية.

وفيما يخص تعيين المحكمين وعزلهم، فالأمر متوقف لحرية الخصوم في اختيار المحكمين، وفي حالة اختلاف الخصوم حول تعيين المحكمين أو عزلهم أو ردهم يتم اللجوء إلى الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع، فقد جعل المنظم الجهة المختصة بنظر النزاع جهة احتياطية يلجأ إليها الخصوم في حالة وجود نزاع.

إجراءات التحكيم:

وفقاً لنظام التحكيم القديم تبدأ إجراءات التحكيم باعتماد وثيقة التحكيم لدى الجهة المختصة بنظر النزاع، ويتم إجراءات التبليغ والإخطار بمعرفة كاتب الجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع، عن طريق الجهات الرسمية أو المراسلات، وسواء كان هذا بإرادة أطراف النزاع أو بمبادرة من المحكمين.

واشترط أن تكون إجراءات التحكيم باللغة العربية، ولم يتطرق إلى إمكانية اختيار أطراف النزاع للمكان الذي يجري فيه التحكيم، فجرت العادة على أن يعقد التحكيم في المكان الذي ينعقد فيه الاختصاص للجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع.

أم في النظام الجديد نجد المنظم أعطى لأطراف النزاع الحرية في اختيار الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم، فيمكنهم اختيار أيًا من الإجراءات متبعة في أي منظمة أو هيئة أو مركز تحكيم في المملكة السعودية أو خارجها، شرط عدم مخالفتها للشريعة الإسلامية.

وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على الإجراءات، فيمكن لهيئة التحكيم اختيار ما تراه مناسباً من الإجراءات شرط عدم مخالفة الشريعة الإسلامية، وتبدأ

إجراءات التحكيم في اليوم الذي يستلم فيه أحد طرفي التحكيم طلب التحكيم من الطرف الآخر، ما لما يتفق على غير ذلك، ومما استحدثه النظام الجديد إمكانية الاتفاق على إجراءات التحكيم بأي لغة يختارها أطراف النزاع.

كما منح المنظم الأطراف حرية اختيار مكان إجراء التحكيم سواء خارج المملك السعودية أو داخلها، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف يرجع الأمر إلى هيئة التحكيم فتختار الأنسب لظروف الدعوى.

صدر قرار التحكيم:

يصدر قرار التحكيم بناءً على الأغلبية، وينطق رئيس هيئة التحكيم بقرار التحكيم في الجلسة المحددة، ويحرر العقد مشتملاً على أسماء أعضاء الهيئة التي أصدرته وتاريخ ومكان الإصدار وبيانات المحكّمين والدفع ونص القرار وأي بيانات أخرى ينبغي أن يشملها القرار.

ومما استحدثه النظام الجديد:

1- أنه في حالة عدم القدرة على وصول القرار بأغلبية الأعضاء، يمكن لهيئة التحكيم اختيار محكم مرجح وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ عدم الوصول لقرار بالأغلبية، وفي حالة تخلف هيئة التحكيم عن تعيين محكم مرجح، ينعقد الاختصاص للجهة المختصة أصلاً بنظر النزاع.

2- وفي المادة 39 أتاح المنظم لهيئة التحكيم إصدار أحكام وقتية أو في جزء من الطلبات وذلك قبل إصدار الحكم النهائي في الخصومة، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك.

3- وجاء في المادة 42 ضرورة أن يشتمل قرار التحكيم على تحديد أتعاب المحكّمين، ونفقات التحكيم، وما يتحمله كل طرف من هذه النفقات.

4- وجاء في نص المادة ٤١ في فقرتها الثانية: ” لا تنتهي إجراءات التحكيم بموت أحد طرفي التحكيم، أو فقد أهليته، ما لم يتفق من له صفة في النزاع من الطرف الآخر على انتهائه“.

التحكيم الدولي في النظام السعودي:

كان من أهم عيوب النظام القديم وأكثر ما توجه له من انتقادات أنه لم يذكر التحكيم الدولي، فلم ينص على إمكانية لجوء أطراف النزاع للتحكيم خارج المملكة السعودية، وهو ما صحح في النظام الجديد، حيث ورد في المادة الثالثة: ”يكون التحكيم دوليًا في حكم هذا النظام إذا كان موضوعه نزاعًا يتعلق بالتجارة الدولية، وذلك في الأحوال التالية:

١- إذا كان المركز الرئيسي للأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في أكثر من دولة وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطًا بموضوع النزاع، وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم أو كلاهما مركز أعمال محدد فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.

٢- إذا كان المركز الرئيس للأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في الدولة نفسها وقت إبرام اتفاق التحكيم، وكان أحد الأماكن الآتية بيانها واقعًا خارج هذه الدولة:

أ- مكان إجراء التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم، أو أشار إلى كيفية تعيينه.

ب- مكان تنفيذ جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة من العلاقة التجارية بين الطرفين.

ج- المكان الأكثر ارتباطًا بموضوع النزاع.

٣- إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة، أو هيئة تحكيم دائمة، أو مركز للتحكيم يوجد مقره خارج المملكة.

٤- إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة.

الفصل الخامس

النتائج والتوصيات

النتائج

- 1- على الرغم من النشأة التاريخية للوسائل البديلة لحل المنازعات بكافة أنواعها، إلا أنه يمكننا القول بأنها بشكلها الحديث هي وليدة الحاجة الاقتصادية والرغبة في التطور وجذب الاستثمارات، فما توفره من مميزات كالسرعة والمرونة واستمرار العلاقة الطيبة بين أطراف النزاع مما يضمن استمرار الأعمال التجارية، على عكس ما ينتج من طرح النزاع أمام السبل التقليدية لحل المنازعات -القضاء الوطني-.
- 2- لا يوجد تنافس بين الوسائل البديلة لحل المنازعات والقضاء التقليدي، حيث أن الوسائل البديلة مكملة لنظام العدالة، فهي وسيلة لتحقيق العدالة ولدتها احتياجات البشر.
- 3- تستند الوسائل البديلة في مشروعيتها على إرادة الأطراف، فالجوء لها يكون باتفاق الطرفين سواء سبق هذا الاتفاق نشوء النزاع أو تلاه.
- 4- على الرغم من عدم اكتمال الكثير من القوانين المنظمة للتحكيم وإغفالها عن تنظيم بعض الأمور الخاصة به، إلا أنه يظل وضع التحكيم في قوانين وأنظمة الدول العربية أفضل من غيره من وسائل حل المنازعات البديلة الأخرى، حيث نجد المشرع العربي قد أغفل عن وضع نصوص قانونية منظمة للوسائل الأخرى في كثير من الحالات، فعلي سبيل المثال:
- نجد المشرع الكويتي لم يضع قوانين خاصة منظمة لوسيلتي الوساطة والتوفيق على الرغم من أهميتهما وتماشيهما مع رغبة دولة الكويت في النمو الاقتصادي وزيادة للاستثمار.
- سن القانون الأردني قانوناً خاصاً لكلاً من التحكيم والوساطة، ولكنه أغفل التعامل بالمثل مع التوفيق.
- 5- يتميز التحكيم عن غيره من الوسائل البديلة أنه متى صدر حكم التحكيم يعتبر نهائياً، على عكس غيره من الوسائل البديلة التي لا يعتبر القرار أو التوصية الصادر منها إلا إذا وافق عليها أطراف النزاع.

6- بذل المشرع السعودي جهداً حميداً في نظام التحكيم الأخير الصادر بمرسوم رقم م/٣٤ لعام ١٤٣٣هـ، حيث عمل على أوجه النظام السابق له الصادر بمرسوم رقم م/٤٦ لعام ١٤٠٣هـ، كما أنه جاء متماشياً مع القوانين والاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم.

التوصيات

- 1- تمثل الوسائل البديلة لحل المنازعات التجارية وسائل فعالة وسريعة لحل المنازعات التجارية بناءً على اختيار أطراف النزاع، وقد تزايد استخدامها كثيراً، حيث أصبح يندر خلو عقود التجارة الدولية منها، وبالتالي أصبح من غير المنطقي إطلاق لفظ "بديلة" عليها، ومن الممكن إطلاق لفظ -على سبيل المثال- رضائية، حيث أن جوهرها هو اختيار الأطراف لها لحل النزاع بينهما.
- 2- مع ازدياد أهمية الوسائل البديلة لحل المنازعات التجارية، من الضروري على مشرعي قوانين الدول العربية، سن قوانين خاصة لكل نوع من أنواع السبل البديلة، وعدم الاكتفاء بنوع واحد مع إغفال الباقي، ليتمكن الأطراف من اختيار الأنسب لهم.
- 3- على الرغم من خروج نظام التحكيم السعودي الجديد بشكل متوافق مع الاتفاقيات الدولية، ومتلافياً لكثير من النواقص في القانون السابق عليه، إلا أن المشرع لم يتعرض بشكل واضح لموضوع القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم أو الاستثناءات الواردة عليه، لذلك توصي الدراسة بالعمل على توضيح القانون الواجب التطبيق.

قائمة المراجع

المراجع العربية:

- أبو زيد، د.سراج محمد (2000)، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، مصر.
- التحيوي، د. محمود السيد (2007)، الصلح والتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي.
- الحداد، د. حفيظة السيد (2004)، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي.
- حليلة، نورة (2014)، التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماستر، جامعة خميس مليانة.
- الخراز، إلهام عزام (2009)، التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج - التنازع، دراسة مقارنة، ماجستير، جامعة النجاح الوطنية.
- د.فوزي محمد سامي (2010)، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن.
- داؤد، م.د. أيسر عصام- حمدون، م.د. ريان هشام (2017)، التوفيق والصلح كأساليب ودية لتسوية المنازعات التجارية، مجلة جامعة تكريت للحقوق.
- الدخيل، عبد العزيز (2004)، التحكيم في النظام السعودي على ضوء الفقه السعودي، بحث مقدم استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في العدالة الجنائية تخصص التشريع الجنائي الإسلامي.
- الرشود، خالد بن سعود بن عبد الله (2004)، التحكيم التجاري في المملكة العربية السعودية وتطبيقاته في القضاء، مجلة العدل، العدد 19.
- السعيد، سعد دهم (2017)، الوسائل البديلة لحل منازعات التجارة الدولية: الوساطة - التوفيق - التحكيم، ماجستير، جامعة آل البيت.

- الصرايرة، د.منصور (2012)، الوساطة بين النص القانوني والتطبيق العملي، مجلة جامعة عدن، العدد 9.
- عثمان، سارية النور (2018)، الوسائل البديلة في تسوية المنازعات التجارية، ماجستير، جامعة النيلين.
- الفايز، عبد الله (2018)، نظام التحكيم السعودي القديم والجديد، دراسة مقارنة، بحث مقدم إلى هيئة محكمي الأكاديمية الدولية للوساطة والتحكيم.
- فريج، د.سامي محمد (2001)، تسوية النزاعات (الحل بالتفاوض والوساطة - الحسم بالتحكيم والتقاضي - أعمال الخبرة - حساب الأضرار عن التأخير وتغييرات العقد - الصلح)، دار النشر للجامعات، مصر.
- القاضي، د.خالد محمد (2002)، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة، دار الشروق، مصر.
- القحطاني، سعد بن محمد شايح (2012)، التحكيم التجاري في النظام السعودي وأنظمة دول مجلس التعاون الخليجي، دراسة تأصيلية مقارنة، ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية.
- القليوبي، د.سميحة (2012)، الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994، دار النهضة العربية، مصر.
- كاظم، حسن علي (2013)، الوسائل البديلة لحل النزاع وأثرها على التجارة الدولية، مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون جامعة كربلاء.
- كريم، رمضان - جهاد، سايح (2016)، القانون الواجب التطبيق على التحكيم التجاري الدولي، ماستر، جامعة ألكلي محمد أولحاد -البويرة.
- ناجي، د.أحمد أنور (2014)، مدى فاعلية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء، ورقة بحثية منشورة في مجلة القانون والأعمال "المغرب" عدد 11.