جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

التسوية الودية لمنازعات التجارة الدولية

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر تخصص إدارة أعمال

إعداد الطالبة:

- هوادف حدة
- حمدي فاطمة

تحت إشراف الأستاذة:

د. تومي هجيرة

أمام اللجنة المشكلة من:

1- د.بوحية وسيلة رئيسة.

2- د.تومي هجيرة مقررة.

3-د.شوشي أسماء عضوة.

السنة الجامعية 2014-2015

شكر وعرفان

الحمد لله سبحانه وتعالى له عظيم الشكر والامتنان الذي آتانا من العلم ما لم نكن نعلم.

نتقدم بجزيل الشكر وبأسمى عبارات التقدير والاحترام للأستاذة المشرفة: د تومي هجيرة، التي تكرمت علينا بقبولها الإشراف على مذكرتنا، كما أنها لم تبخل علينا بنصائحها وتوجيهاتها السديدة طيلة تحضيرنا لهذه المذكرة.

فجزاها الله خيراً

كما نتوجه كذلك بجزيل الشكر الى الأستاذ الكريم: كليل بن يوسف، أستاذ بكلية الحقوق جامعة الجيلالي بونعامة بخميس مليانة الذي لم يتردد بمساعدتنا بهذا العمل.

كما نتقدم بخالص الشكر الى كل من ساهم في اعداد هدا البحث من قريب أو من بعيد.

إهداء

إلى والديا الكريمين أطال الله في عمرهما

إلى زوجي يسر الله خطاه

إلى كل من ساعدني في مشواري الدراسي من قريب او بعيد

إلى صديقتي فاطمة

إلى وطني الحبيب الجزائر

إلى فلسطين

هوادف حدة

إهداء

أهدي هذا العمل إلى من قال فيهما المولى عز وجل " واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا " الوالدين الكريمين حفظهما الله ورعاهما، وإلى جدتي أم الخير أطال الله في عمرها، وإلى إخوتي وأخواتي من صغيرهم إلى كبيرهم وإلى كتاكيت المنزل أميرة، فتيحة، وملاك، وعبد المالك، ووليد وخير الدين، وإلى روح خالي رحمه الله، وإلى أنيسة غربتي صديقتي حدة وإلى كل زميلاتي داخل أو خارج الدراسة وإلى كل من يحبه قلبي ولم تسعه صفحتي من قريب أو من بعيد.

فاطمة حمدي

الفهرس

الفصل الأول: مفهوم الوسائل الودية لحل المنازعات التجارية الدولية: 20

المبحث الأول: تعريف الوسائل الودية.....21

المطلب الأول: نشأة الوسائل الودية ومراحل تطورها 21

المطلب الثاني: معنى الوسائل الودية.....26

المطلب الثالث: أنواع الوسائل الودية.....29

المبحث الثاني: مصادر ومميزات الوسائل الودية لحل النزاعات التجارية.....31

المطلب الأول: مصادر الوسائل الودية.....31

الفرع الأول: التشريعات الحديثة.....31

الفرع الثاني: أنظمة التحكيم الدولية 33

الفرع الثالث: الاتفاقات الخاصة.....36

المطلب الثاني: خصائص ومميزات الوسائل الودية 36

الفرع الأول: خصائص الوسائل الودية 36

الفرع الثاني: مميزات الوسائل الودية 40

المطلب الثالث: الوسائل الودية وعلاقتها بالقضاء.....44

الفصل الثاني: وسائل التسوية الودية لمنازعات التجارة الدولية:.....51

المبحث الأول: المفاوضات 52

المطلب الأول: مفهوم التفاوض وعناصره.....53

الفرع الأول: مفهوم التفاوض.....53

الفرع الثاني: عناصر التفاوض الرئيسية.....53

المطلب الثاني: خطوات وخصائص التفاوض 54
الفرع الاول: خطوات التفاوض..... 54
الفرع الثاني: خصائص عملية التفاوض..... 56
المطلب الثالث: المشاورات في منظمة التجارة الدولية..... 57
المبحث الثاني: التوفيق الوساطة والصلح التجاري الدولي 61
المطلب الأول: التوفيق..... 61
المطلب الثاني: الوساطة..... 65
المطلب الثالث: الصلح..... 67
المطلب الرابع: توفيق والوساطة والصلح في إطار منظمة التجارة العالمية 73
المبحث الثالث : التحكيم التجاري..... 75
المطلب الأول: ماهية التحكيم التجاري الدولي..... 76
الفرع الأول: تعريف التحكيم التجاري الدولي..... 76
الفرع الثاني: أنواع التحكيم وتميزه عن غيره من الوسائل لحل النزاعات التجارية الدولية..... 81
الفرع الثالث: تمييز التحكيم التجاري الدولي عن غيره من الوسائل لحل النزاعات التجاري الدولية..... 85
المطلب الثاني: الأساس القانوني للتحكيم التجاري الدولي 87
الفرع الأول: اساسه في الاتفاقيات الدولية المتصلة بالتحكيم التجاري الدولي 88
الفرع الثاني: أساسه في الاتفاقيات الاقليمية والتشريعات الوطنية 91
الفرع الثالث: أساسه في التشريعات الوطنية 94

المطلب الثالث: شروط اتفاق التحكيم وآثــاره.....96

الفرع الأول: شروط صحة اتفاق التحكيم.....96

الفرع الثاني: آثار اتفــاق التحكيم 106

خاتمة:.....110

الملاحق: 115

المراجع:..... 131

مقدمة

مقدمة:

تعتبر مسألة تحسين الظروف الاقتصادية من أهم وسائل تحقيق السلم الدولي مثلها في ذلك تحسين ظروف معيشة الأفراد الذي يمثل حجم الزاوية في الاستقرار الداخلي للدول، وتحسين الظروف الاقتصادية للدول يقتضي مجموعة من القواعد العادلة للتجارة الدولية، وذلك نظرا لما تتميز به التجارية الخارجية الركيزة الاساسية التي يعتمد عليها التطور الاقتصادي لأي بلد من البلدان حيث تمثل تبادل السلع و الخدمات بين الدول التي تتوافر فيها و الدول التي تفتقر إليها أي أنه هناك دول مصدرة و أخرى مستوردة، كما تعرف بأنها فرع من فروع علم الاقتصاد و الذي يهتم بدراسة الصفقات الاقتصادية الجارية عبر الحدود الوطنية و نظرا لما تتميز به التجارة الدولية بأنها عابرة للحدود فهذا يعني أن هناك اختلاف في القوانين في حالة اللجوء إلى القضاء إذا وجد نزاع لكن هذه الطريقة ونظرا لما تتميز به من سلبيات كالتأخير في الإجراءات وكثرة التكاليف...إلخ.

كان لابد من اللجوء إلى وسائل بديلة تحقق أقصى حد ودرجة من الفاعلية وهذا ما قد اصطلح عليه فقهاء القانون إلى صرورة البحث ووجود وسائل وطرق ودية لتسوية المنازعات التجارية الدولية.

وقد اكتسب موضوع الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية اهتماما كبيرا خاصة في مختلف الدراسات الحقوقية الحديثة، فعلى المستوى الدولي تم إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية المتعلقة بمبدأ القول بان حل الخلافات و النزاعات بالطرق السليمة فقد جسدت معاهدتا لاهاي لعام 1899 و1907 بمبدأ التسوية السليمة للمنازعات فنصتا على التوقيف والتحكيم، بالإضافة إلى اتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم و كذا الهيئات التحكيمية كما وضعت لجنة الأمم المتحدة قانونا نموذجيا للتحكيم التجاري الدولي في 21 جوان 1985 أما على المستوى الداخلي فقد تطرقت تشريعات الدول و أصدرت تعديلات على قوانينها منها الجزائر التي ثبتت أحكام جديدة تخص مجال حل المنازعات التابعة عن العلاقات التجارية الدولية و ذلك من خلال تعديل قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 وأصدر المرسوم التشريعي رقم 93-09 المتعلق به وهذا نظرا للتحولات الاقتصادية والتجارية وتوجه الجزائر

نحو اقتصاد السوق الأمر الذي جعلها تغير الكثير من مواقفها الرسمية وذلك بنصوص صريحة منصوص عليها في القانون، فنجد قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008خص في الكتاب الخامس بعنوان في الطرق البديلة لحل النزاعات في الباب الأول في الصلح و الوساطة والباب الثاني في التحكيم كذلك تغير موقف الجزائر من الوسائل البديلة. وذلك بعدما كانت تعطي التخصص للمحاكم الوطنية لحل النزاع أصبحت تسمح اليوم باللجوء إلى الوسائل البديلة بنصوص صريحة، وهذا نظرا للضغوط والحتمية التجارية الدولية التي فرضت على الجزائر خاصة وأنها على مشارف الانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة، وكذا إبرام عقود تجارية متوقف على شرط التسوية الودية الذي تمليه المؤسسات الاجنبية، فالمستثمر الأجنبي يتردد كثيرا في المجازفة باستثماراته إذا لم يكن مسموحا له بوضع شرط حل النزاع بإحدى الطرق الودية لمواجهة ما قد يثور من خلافات وهذا من اجل زرع الطمأنينة وتشجيعهم على استثمار الأموال وذلك من خلال الإفلات من القوانين الداخلية الأمرة تلجأ إلى الاتفاق المسبق على عرض النزاع أمام إحدى الوسائل الدبلوماسية.

كما أن عملية تسوية النزاعات تلعب دورا مركزيا في تحقيق الأهداف الاقتصادية المتمثلة في الثقافية، فلا وجود لتنظيم اقتصادي دولي قائم على أصول وقواعد أن يعمل بنجاح دون وسائل فاعلة لحل النزاع.

ومنه تكمن أهمية الموضوع من خلال التسليم بمدى فاعلية هذه الوسائل في المعاملات التجارية، حيث أنه عندما يقع نزاع فإن مطلب كل الفرقاء هو حل النزاع بأقصر الطرق وأكثرها ايجابية، وبأقل جهد ووقت وكلفة ممكنة واسرع وأكثر سرية حفاظا على سمعتهم بالإضافة إلى أنه أصبح في الوقت الراهن وما نلاحظه أنه لا يوجد عقد من عقود التجارة الدولية لا يخلوا من شرط تعيين الجهة المعنية بحل النزاع في حالة وجود خلاف وذلك من خلال تحديد شرط التحكيم أو المشاورات أو الوساطة أو التوفيق أو المساعي الحميدة، كذلك نجد أن هذه الوسائل البديلة قد حظيت باهتمام كبير في الفقه الغربي وحتى العربي لكن ليس بنفس القدر من الاهتمام وربما هذا راجع إلى نتهاج هذه الدول حديثا لهذه الوسائل

ولذلك جاءت دراستنا لهذا الموضوع من اجل فهم اساليب ودوافع ذلك

وقد كان وراء اختيارنا لهذا الموضوع سببين:

المبرر الاول: يتعلق بدور الهام الذي تكرسه الوسائل الودية كحل للنزاعات التجارية الدولية في الوقت الحاضر

المبرر الثاني: يتعلق بضرورة وجود وسائل بديلة ودية غير القضاء لحل النزاعات التجارية بين الافراد وشركات او اي معاملة تجارية، وذلك بواسطة شخص ثالث نزيه وحيادي اي تحقيق العدالة المنشودة دون اللجوء الى القضاء.

ولدراسة هذا الموضوع استخدمنا المنهج التحليلي وذلك من خلال تحديد المفاهيم والتعاريف المتعلقة بالوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية الدولية، وذلك من خلال جمع المعلومات والبيانات دقيقة عنها والتعبير عنها كذلك بوضوح وبيان خصائصه ومدى نجاحتها، وكذلك تحليل مختلف القوانين الدولية والقواعد الوضعية الأخرى وذلك كون هذه الدراسة لا يمكن أن تقتصر على نظام قانوني معين لذلك وجب الاستعانة بخبرة القوانين الوضعية والاسترشاد بأهم القوانين الأجنبية التي تناولت هذا الموضوع

وقد اكتنفت هذه الدراسة العديد من الصعوبات وذلك لقلة المراجع التي عالجت موضوع الحلول البديلة لحل النزاعات التجارية الدولية شيء من التفصيل لا سيما العربية منها.

ومن هذا يطرح موضوع بحثنا عدة اشكاليات تحتاج إلى البحث والإجابة عنها، وذلك من خلال البحث والتعرف عن وسائل التسوية الدوية للمنازعات التجارية الدولية وعليه:

ما المقصود بالنزاع التجاري الدولي؟

وفيما تتمثل وسائل وطرق التسوية الودية للمنازعات التجارية الدولية؟

ولكي نجيب على هذه التساؤلات في موضوع بحثنا هذا ارتأينا تقسيمه إلى فصلين وهما:

الفصل الأول مفهوم الوسائل البديلة لحل المنازعات التجارية.

الفصل الثاني الوسائل الودية لحل المنازعات التجارية.

الفصل الأول

مفهوم الوسائل الودية لحل المنازعات التجارية الدولية

الفصل الأول: مفهوم الوسائل الودية لحل المنازعات التجارية الدولية:

أصبح اللجوء للوسائل الودية لحل النزاعات في وقتنا الحالي أمرا ملحا، وذلك لتلبية متطلبات الأعمال الحديثة، والتي لم تعد المحاكم قادرة على التصدي لها بشكل منفرد، فمع التطور المستمر في التجارة والخدمات، وما نتج عن ذلك من تعقيد في المعاملات، وحاجة إلى السرعة والفعالية في بث الخلافات وتخصيصها من قبل من ينظر بهذه الخلافات أو يشهد في حالها، نشأت الحاجة لوجود آليات قانونية يمكن للأطراف من خلالها حل خلافاتهم بشكل سريع، وعادل وفعال، مع منحهم مرونة وحرية لا تتوفر عادة في المحاكم.

وقد عرفت الوسائل الودية كل النزاعات اهتماما متزايدا، على صعيد مختلف الأنظمة القانونية والقضائية، وذلك لما توفره هذه الأخيرة من مرونة وسرعة في البث والحفاظ على السرعة والسرية وما تضمنه من مشاركة الاطراف في ايجاد الحول لمنازعاتهم.

ونظرا لما تحتله الوسائل الودية لحل النزاعات اهتمام متزايدا ومكانة بارزة في الفكر القانوني والاقتصادي على المستوى العالمي، وما شهده العالم منذ نصف قرن ويزيد من حركة فقهية وتشريعية لتنظيم الوسائل الودية وما تمثله في الحاضر من فعل مؤثر على صعيد التقاضي كان من الطبيعي أن تعمل الدول جاهدة في اجاد إطار ملائم يضمن لهذه الوسائل تقنيتها ثم تطبيقها لتكون بذلك أداة فعالة لتحقيق وتثبيت العدالة وصيانة الحقوق

وعليه سنتناول في المبحث الاول تعريف الوسائل الودية

والمبحث الثاني مصادر ومميزات الوسائل الودية لحل النزاعات التجارية الدولية

المبحث الأول: تعريف الوسائل الودية

ان التطور المستمر الذي شهده قطاعي التجارة والخدمات ومنتج عنهما من معاملات عديدة ومعقدة تكون سببا في غالب الاحيان في نشأة نزاعات بين الاطراف، وفي ظل عدم قدرت المحاكم على مواكبة النسق التصاعدي لهذه النزاعات بحلها بسرعة وفعالية اصبح اللجوء الى الوسائل الودية لحسم النزاعات كآلية قانونية امرا ضروريا.

المطلب الأول: نشأة الوسائل الودية ومراحل تطورها

إذا كان التحكيم وجد مع وجود البشرية، فهو إحدى الوسائل الودية لحل النزاعات وهذا زمانه، وبحق هذا هو عصر التحكيم[1]

ولكنه لا يلبي جميع مطالب أطراف النزاعات، فهو أسلوب شبه قضائي ، ويفرض حلوله على الاطراف في نهاية الدعوى، وينشئ قانون يلزم المتنازعين كما بينا سابق، هذا من جهة، ومن جهة اخرى وفي ظل التطور الحاصل في عالم التجارة وسرعة وسهولة الاتصالات وثورة التكنولوجيا وفي ظل التطور الاقتصادي وتكاثر وتشعب العلاقات التجارية وضخامة العقود التجارية الداخلية والدولية خصوصا، نرى أن التحكيم بدا يتراجع في تلبية جميع مطالب المتنازعين، للك بدا المتنازعون بالبحث عن وسائل أخرى لحل خلافاتهم خصوصا في العقود الأخيرة من القرن المنصرم، ولكن من الخطأ التشبث بحداثة هذه الوسائل، ولو بحثنا وتمعنا في الجانب التاريخي والاجتماعي لهذه الوسائل لوجدنا أنها كانت موجودة منذ القدم، ولكن اغلبية الفقهاء تناولوها باهتمام وجعلوها موضوع الساعة.

إن هذه الوسائل كانت موجودة وهي اصلا منبثقة من قانون الشعوب ولها علاقة وطيدة ووثيقة بالثقافة والتقاليد والعادات الاجتماعية والروابط التجارية لكل بلد، حيث أن العديد من الشعوب الأسيوية والإفريقية كانت تلجا إلى هذه الوسائل بصورة ودية وصامتة

---

[1] B. Oppett, Les modes alternatifs des règlement des différends de la vie économique, chronique justices, 1995, P 55.

قبل اللجوء إلى التحكيم أو القضاء[1]، وخير دليل على قدم هذه الوسائل هي الأقوال المأثورة والشعبية التي كانت تتداولها الشعوب القديمة وفي أماكن مختلفة، وعبر قرون طويلة حتى يومنا هذا، بل انها موجودة في الإنجيل والتوراة وحتى في القرآن الكريم، فالآية الشريفة التي تحث المتنازعين على الإبراء الطوعي من الدين أو إعطاء مهلة نظرا لسوء وضع المدين تعتبر وسيلة من وسائل حل النزاعات وذلك باسم التسامح الديني والإسلامي، حيث يتدخل طرف ثالث مصلح أو وسيط فيطلب من الدائن المتنازل عن دينه مراعات لوضع المدين المعسر، حيث جاء في الآية الشريفة: **(وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُواْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ)** [2] أي بمعنى إذا كان المدين معسرا فعليكم أن تمهلوه إلى وقت يسير، وغذا تجاوزتهم كما لكم عنده فهو أكرم وافضل إن كنتم تعلمون ما لذلك من أجر عظيم.

كما أشرنا فإن الشعوب الأسيوية القديمة كانت ولا تزال تلجا إلى هذه الوسائل في يومنا هذا ففي الحضارة الصينية مثلا يعتبر أن اللجوء إلى المحاكم عامل يزعزع النظام العام ويخل بالروابط الاجتماعية والتعامل التجاري لديهم مقولة معروفة وهي أن دعوى رابحة تكلف نقودا أو خسارة نقودا "procès gagne argent" وذلك لأنهم يعتبرون أن اللجوء إلى المحاكم سوف يكلفهم مصاريف واتعاب ورسوم اضافية أن اللجوء إلى المحاكم سوف يكلفهم مصاريف واتعاب ورسوم اضافية، بالإضافة إلى أنها تؤدي إلى الإخلال بالروابط الاجتماعية والتجارية في الحضارة اليابانية وجدت هذه الوسائل وعلى نطاق واسع في العلاقات الاجتماعية والتجارية حيث يعتبر الغالبية العظمى من الشهب الياباني أن التسويات القضائية أمر غير مرغوب فيه ويجب الابتعاد عنها كلما أمكن، ويعتبرون أن ملاحقة شخص امام المحكمة حتى في القضايا المدنية أمر معيب، ومفهوم العيب بشكل حجر الزاوية في نظام الحضارة اليابانية ومصدره يعود إلى المبادئ الاخلاقية الموروثة عن الديانة الكنفشيانية وتقليديا يفضل الشعب الياباني الطرق غير القضائية وغير الرسمية في حل خلافاهم، ولا

---

[1] J. El Hakim, Les modes alternatifs des règlement des conftits dans les droit des contrats, R.I.D.C, 1997, P 351.

[2] سورة البقرة، الآية 280.

يحبذون التسوية العلنية، ويعتقدون أن الخلافات يجب أن لا تنشا، وأن نشأت يجب أن تحل بالتفاهم المتبادل والتسوية الودية[1]

وعرفت الشعوب والقبائل العربية هذه الوسائل، فالمحكمة لديهم كانت تحث المتنازعين على تجنب اللجوء إلى المحاكم، وخير دليل على ذلك الأقوال والأمثال الشعبية فيقال "صلح خسران أفضل من دعوى رابحة" أو "صلح مجحف خير من دعوى رابحة"، وهذا ما هو متداول حتى يومنا هذا فيحاولن حل خلافاتهم بأنفسهم أو عن طريق شخص آخر كشيخ القبيلة أو بواسطة شخص ذي سمعة طيبة يحاول أن يتوسط ويصلح المتنازعين ويجنبهم اللجوء إلى المحاكم.

وفي لبنان الحكمة الشعبية كانت تدعوا الأشخاص إلى تجنب اللجوء إلى المحاكم وذلك لقناعتهم لما يتمخض عن اللجوء إلى المحاكم من هدر للوقت والمال إضافة إلى الإخلال بالروابط الاجتماعية والأسرية، وخير دليل على ذلك المقولة الشعبية التي يتداولها الناس في الأرياف " رحنا عالمحكمة لنجيب الديك قمنا بعنا بقرة "[2].

وفي هذا السياق هناك أقوال مأثورة تصب في ذات الهدف كالملح سيد الأحكام، مما يعني مبدأ الصلح والتصالح يأتي على رأس قائمة حل النزاعات أين ما كانت طبيعتها.

وفي إفريقيا وتحديدا في السنغال يوجد عندهم وسيلة تعرف بـ Palabra وهي قريبة من الوساطة والمصالحة والتوفيق واعتادوا اللجوء إلى هذه الوسيلة في حل نزاعاتهم التجارية والمدنية أيضا في حال تعذر الوصول إلى حل يرضي المتنازعين يلجؤون إلى القضاء أو التحكيم.

ومن خلال ما تقدم نرى أن هذه الوسائل وجدت مع وجود الخلافات التي كانت تنشأ لدى مختلف الشعوب والقبائل وهي أصلا منبثقة من عاداتهم وتقاليدهم واعتادوا أن يلجؤوا ويجدوا حلولا ودية وهادئة وغير معلنة بغية حفظ علاقاتهم وترابطهم الاجتماعي وذلك بعيدا

---

[1] J. El Hakim, Op.Cit, P 352.

[2] د. عبد جميل غصوب، الصلح القضائي في القانون اللبناني، مجلة العدل، الجزءان الثالث والرابع، سنة 2004، ص 253.

عن المحاكم وتطبيق النصوص القانونية، وذلك لقناعتهم بأن اللجوء إلى المحاكم ما هو إلا هدرا للوقت والمال وإخلال بالروابط الاجتماعية والتجارية.

وما نراه اليوم خاصة في ظل التطور الحاصل في عالم التجارة والأعمال وازدياد العلاقات الاقتصادية والتجارية وتكاثر العقود وتشابكها بشكل كبير بحيث أخذت تتخطى الحدود الدولية بعد أن أصبح العالم سبه قرية كونية في ظل موجة التحرر والعولمة والخصخصة، وما نتج عن ذلك من منافسة شديدة في عالم التجارة المحلية والدولية خصوصا الأمر الذي دفع التجار ورجال الأعمال وأصحاب المشاريع والشركات الكبيرة للبحث عن سبل أخرى لحل نزاعاتهم بعيدا عن قضاء الدولة والتحكيم وتوفر لهم الوقت والجهد والمال وتحافظ على سرية نزاعاتهم بشكل أفضل وأيسر والتخلص من الشكليات والإعراض عن المناقشات القانونية والإجرائية الصرفة، كالمجادلة في تنازع القوانين والاختصاص والابتعاد عن جو المحاكم المكتظة بالدعاوى إضافة إلى ذلك تجنب اللجوء إلى هيئات التحكيم كلما أمكن[1] ذلك، لأنها باتت هي أيضا مكلفة ومرهقة ولا تحقق دائما تطلعات المتنازعين الذين يرغبون الوصول إلى حقهم بأفضل الوسائل، ومن جهة أخرى فإن التجار ورجال الأعمال وأصحاب المشاريع والشركات الكبرى هم أناس غير قانونيين وما يهمهم وما يفكرون به هو كم من الوقت والجهد والمال سوف يستغرق الدعوى وسيل حل نزاعتهم، فهم ينظرون ويفكرون بوجهة نظر مالية حيث تولدت لديهم القناعة بأن المنازعات القضائية هي بحد ذاتها شر، فبدأوا يفكرون بحل نزاعاتهم بطرق ووسائل غير قضائية وغير تحكيمية توفيرا للوقت والمال والجهد الذي يبذلونه فيما لو لجأوا إلى القضاء أو التحكيم، وتولدت لديهم القناعة بأنه بإمكانهم إيجاد حلول أكثر فعالية ومناسبة وملائمة وتضمن استمرار علاقاتهم التجارية وذلك لأن المنازعات قد تحل قضائيا ولكن المشكلة تبقى عالقة وتعيق علاقاتهم المستقبلية، لذا لجأوا إلى هذه الوسائل معتمدين على الخبرة التي اكتسبوها في أعمالهم ونشاطاتهم مع قدر من الحكمة بعدما استنتجوا أن الخلافات يمكن حلها بدون اللجوء إلى المحاكم لذى نرى انتشار وشيوع هذه الوسائل في الولايات المتحدة الأمريكية

---

[1] J. El Hakim, Op.cit, P 350.

وكندا وأوروبا وشرق آسيا وأستراليا وبقية الدول المتقدمة صناعيا والمزدهرة اقتصاديا كاليابان وكوريا الجنوبية والصين، خصوصا أن اللجوء إلى المحاكم في هذه الدول يعتبر من المظاهر والمثل الديمقراطية العليا لديهم ففي الآونة الأخيرة وتحديدا في السبعينات من القرن المنصرم نرى أن هذه الدول التي تم ذكرها أعلاه بدأت تشجع اللجوء إلى هذه الوسائل وأخذ الاهتمام بتزايد شيوعها واللجوء إليها، وتوفير الجو المناسب لانتشارها فمثلا بدأت الوساطة تأخذ حيزا واسعا في حل الخلافات التجارية والتقارير والدراسات التي قدمت في هذا المجال خلصت إلى أنه على المحاكم أن تدفع وتشجع باتجاه الحل ما قبل المحكمة وذلك باعتماده هذه الوسائل[1].

أما المشرع الجزائري ضبط بدائل الخصومة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تسهم بلا شك في ترقية ثقافة التصالح بين المتخاصمين من خلال تسهيل الإجراءات وتجاوز التعقيدات الإجرائية، لذلك فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية تضمن من بين أقسامه الموزعة على 1065 مادة، قسما كاملا للطرق الودية في حل النزاعات وذلك عن طريق الصلح، الوساطة والتحكيم، بدءا من المادة 990 إلى 1005، كما صدر المرسوم التنفيذي على رقم: 09-100 المؤرخ في 2009/03/10 الذي يحدد كيفيات تقصي الوسطاء القضائيين [2].

ومسايرة للقوانين الحديثة وما للمجتمع الجزائري من قيم وأخلاق وتراث والتي تجعل المواطن عندنا يجنح إلى الصلح الذي هو سلوك متجذر في المجتمع الجزائري والذي هو أيضا محبب للنفس البشرية التي ترفض الإملاء وأساليب القوة من السلطة العامة بما فيها القضاء، وكذا قبول الوسيط الذي يرى فيه المتقاضي الإجراءات البسيطة التي تضمن السرية والحياد من خلال وسيط قضائي نزيه ومحايد لتقريب وجهات النظر بين الفرقاء من الخصوم

---

[1]Lo.A Mistelis, A.D.R in England and Wales, clive M shmitlhoff senior lecturer in international commercial law, school of international Arbitration centere for, commercial law studis Qeen Mary, University of london, 2000, P 4.

[2] قانون رقم 09-100، مؤرخ في 009/03/10 يتضمن كيفية تعيين الوسيط القضائي، ج.ر عدد 16، لسنة 20091.

وصولا إلى حل ينال رضائهم التام، مما يبرر سعي كل منهما إلى تنفيذ الحكم الذي ساهما هما معا في إعداده، وكذا التحكيم في المجالات المخصصة له.

وكملاحظة أولى حول الموضوع والتي يمكن إبرازها هو العنوان الذي استعمله المشرع الجزائري " الطرق الودية لحل النزاع " فيفهم من خلال ذلك أن المشرع الجزائري يقصد من وراء ذلك وجود طريق أصلي وطريق بديل فإذا كان الطريق الأصلي يتمثل في القضاء فإن الطريق البديل يتمثل في الصلح والوساطة والتحكيم غير اننا نلاحظ أن كل من الصلح والوساطة يجريان تحت رقابة القاضي.

المطلب الثاني: معنى الوسائل الودية:

يختلف مفهوم العدالة من بلد إلى آخر، بمعنى أن وظيفة القضاء ونزعته وتنظيمه ليست واحدة في جميع بلدان العالم، فوظيفة القاضي تختلف نسبيا من بلد إلى آخر، لذا فقد ظهرت هذه الوسائل كل النزاعات وأخذت مكانها عن طريق مواجهة مع القضاء التقليدي[1] خصوصا في الدول المتقدمة صناعيا والمزدهرة اقتصاديا، ذلك لأن الأسلوب القضائي في هذه الدول يتصف بالاهتمام المتزايد بدقائق القانون وكثرة الشكليات والصعوبات والتعقيدات الناتجة عنها مما جعله بطيئا للغاية عن منال وطموح الذين يرغبون الوصول إلى حقوقهم بأقرب وقت ممكن وبأقل جهد وتكلفة مع الحفاظ على سرية خلافاتهم واستمرار نشاطهم وحفظ علاقاتهم التجارية.

فظهرت هذه الوسائل بأسماء مختلفة ومتنوعة لا تخلوا من الغرابة وغير واضحة المعالم أحيانا ولا يمكن تعريفها بشكل دقيق، وقد أطلق عليها الفقه تسميات متعددة بحيث أصبحت تفوق الثمانين إسما [2]، وعلى سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، فاعتبرها البعض بأنها قضاء غير رسمي Justice informelle، قضاء اتفاقي Justice

---

(1) G. Cornu, Les modes alternatifs des règlement de Reglement des conftits, R.I.D.C, 1997, NO 2, P 316.

(2) J. El Hakim, Les modes alternatifs des règlement des conftits dans les droit des contrats, R.I.D.C, 1997, P 350.

convenue، قضاء ودي Justice amiable، والبعض اعتبرها عدالة غير رسمية، عدالة فعالة [1].

ولكن التسمية الأكثر استعمالا وشيوعا في اللغة الإنجليزية والمختصرة A.D.R والتي تدل على مختصر Alternative Disqute Résolution وفي اللغة الفرنسية تعرف بالـ M.A.R.C وهي مختصر لـ Modes Alternatifs de Règlement des Conflits وتعرف أيضا بـ SORREL كما هو الدارج والمستعمل في كندا وهي اختصارا لـ Solutions de Rechage au Règlement Litiges، 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 نزاعاتهم بعيدا عن القضاء الكلاسيكي، وذلك كسبا للوقت والمال لديمومة روابطهم التجارية وحل نزاعاتهم بشكل غير معلن.

فقد جاء تعريف هذه الوسائل لدى بعض الفقهاء متقاربا إلى حد ما، فقد عرفها الأستاذ Lokes Amistelis بأنها " مجموعة من الإجراءات التي تشكل بديلا عن المحاكم في حسم النزاعات وغاليا ما تستوجب تدخل شخص ثالث نزيه وحيادي "[2].

وعرفها الأستاذ Jarrosson بأنها " مجموعة غير محددة من الإجراءات لحل النزاعات، بحيث تتم في أغلب الأحيان بواسطة تدخل شخص ثالث بهدف إيجاد حل غير قضائي لهذه النزاعات"[3].

---

(1) G. Cornu, OP.Cit, P 313.

(2)Lo.A Mistelis, A.D.R in England and Wales, clive M shmitlhoff senior lecturer in international commercial law, school of international Arbitration centere for, commercial law studis Qeen Mary, University of london, 2000, P 3.

(3) Ch. Jarrosson, Les modes alternatife des règlement des conftits, cours D.E.S.S Filière Franco phone U.L, 2001-2002, P 2.

أما الأستاذ Marriott و Brown[1] فقد عرفاها بأنها " مجموعة من الإجراءات تهدف إلى حل النزاع بطريق غير قضائي أو غير تحكيمي ولكن ليس بالضرورة تقتضي تدخل أو مساعدة من شخص ثالث محايد يسعى إلى مساعدة الأطراف بغية تسهيل الوصول إلى حل النزاع"[2].

فقد عرف المركز التجاري لحل النزاعات في أستراليا (ACDC) هذه الوسائل بأنها " العمليات التي تهدف إلى تشجيع المتنازعين بغرض الوصول إلى حل خلافاتهم بأنفسهم، وذلك بواسطة شخص ثالث حيادي لتسهيل عملهم".

فكلمة البديل Alternative استعملت في معنى حرية اختيار الطرق غير القضائية وهذه الوسائل هي وسائل إضافية أو ودية وذلك لإعطاء مجال أوسع للمتنازعين على الاتفاق باللجوء غليها في أي مرحلة من مراحل النزاع، وإن كانت عبارة الوسائل الودية تؤخذ عن الأحرف المختصرة (A.D.R) إلا أن مدلولها لم يعد محصورا بتعبير الودية أي Alternative بل اعتبر الكثيرون وعلى رأسهم غرفة التجارة الدولية ICC بأن الحرف الأول A يقابل كلمة Amiable بدلا من Alternative أي بمعنى الوسائل الودية بدلا من الوسائل الودية، ومنهم من يفضل استعمال عبارة Additional أي بمعنى الوسائل الإضافية الملائمة أو المناسبة لحل النزاعات، وذلك لترجيح هذه الوسائل لحل النزاعات، بالمقارنة مع القضاء التقليدي والتحكيم[3].

وأيا كانت هذه التسميات فإن الجوهر يبقى واحدا وهو الحل الودي بين المتنازعين بعيدا عن التعقيدات والإجراءات الرسمية والشكليات المعقدة، وذلك بنية التوسط أو التفاوض

---

[1] H. Broun et A. Marriott, A.D.R principales and pracipales and practice, sweet & Maxwell, ed London, 1993, P 9.

[2] (A.D.R) May be defines as arrange of procedures which serves as Alternatives to the Adjudicaton procedures of litigation and Arbitration for the resolution of disputes generally but not necessarity involring the intercession and assistan of a neutral thid party who helps to facititate such Reçolation.

[3] د. سامي سركيس، ندوة المحامين للألفية الجديدة، إتحاد المحامون العرب، سورية، دمشق، 2003، ص 30.

أو التوفيق بواسطة جهة حيادية مستقلة ونزيهة بهدف الوصول إلى حل نهائي يرضي الأطراف وتأمين مصالحهم وتوطيد علاقاتهم بصورة إيجابية وأكثر جدوى.

المطلب الثالث: أنواع الوسائل الودية:

تعديد مختلف أنواع الوسائل الودية إلى أقسام متعددة تختلف تبعا لأساس التقسيم A.D.R تنقسم طرق فض المنازعات الملائمة أو الودية من قبل طرف ثالث في interrention، ولعل أفضل تقسيم لها هو تقسيمها من حيث درجة التدخل النزاع، ووفق هذا التقسيم تنقسم هذه الطرق إلى:

الفرع الاول: المفاوضات Négociation:

المفاوضات أو التفاوض هو آلية النزاع قائم على الحوار المباشر بين الطرفين المتنازعين سعيا لحل الخلاف، ولا يحتاج التفاوض إلى أي طرف ثالث، بل يعتمد على الحوار بين الطرفين مباشرة، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من تمثيل المتنازعين بواسطة محامين أو وكلاء لهم، إذ لا يغير ذلك من طبيعة التفاوض مادام الوكلاء يملكون سلطة اتخاذ القرار عن موكليهم.

الفرع الثاني: الوساطة Médiation:

وهي مرحلة متقدمة من التفاوض تتم بمشاركة طرف ثالث (وسيط)، يعمل على تسهيل الحوار بين الطرفين المتنازعين ومساعدتهما على التوصل لتسوية، إذن فهي آلية تقوم على أساس تدخل شخص ثالث محايد في المفاوضات [1] بين الطرفين وتسهيل التواصل بينهما وبالتالي مساعدتهما على إيجاد تسوية مناسبة لحكم النزاع.

---

[1] د. سامي سركيس، المرجع السابق، ص 35.

الفرع الثالث: التحكيم:

بات التحكيم في الوقت الحاضر الوسيلة الأكثر انتشار لحسم المنازعات التجارية ويعتبر التحكيم نوعا من القضاء الخاص، فهو وسيلة بديلة عن قضاء الدولة يقوم فيه أطراف النزاع بمحض إرادتهما على اللجوء إلى التحكيم ما قد يثور من خلاف أو نزاع في المستقبل بمقتضى قرار له قيمة قضائية.

ولذلك يمكن تعريف التحكيم بأنه: وسيلة يختارها الأطراف لفض المنازعات الناشئة بينهم عن طريق طرح النزاع للبث فيه بقرار ملزم لهم من قبل شخص أو أشخاص يعينونهم بالاتفاق ويسمون ويمكن للأطراف الاتفاق على اللجوء للتحكيم عند بدء العلاقة بينهم وقبل حصول نزاع، كأن يوردوا بندا في عقدهم يشير إلى موافقتهم على إحالة أي خلاف ينشأ بينهم للتحكيم شرط التحكيم، كما يمكن لهم إبرام اتفاقية تحكيم بعد نشوء الخلاف يبينوا فيها تفاصيل الخلاف وموافقتهم على إحالته للتحكيم (مشارطة التحكيم) ويسمى أحيانا وثيقة التحكيم الخاصة ولم يعد خافيا أن التحكيم قد أضحى طريقة مألوفة ومرغوبة لفض المنازعات والتي تنشأ في الغالب عن علاقة تعاقدية وذلك عوضا عن اللجوء إلى القضاء، بل أصبح التحكيم أكثر ضرورة في مجال علاقات التجارة الدولية لأن كلا طرفي هذه العلاقة لا يرغب عادة الخضوع لقضاة محاكم الطرف الآخر وعلى خلاف الوساطة والتقييم الحيادي المبكر، يعتبر التحكيم من حيث نتيجة ملزما، بحيث يملك الذي لا يملك هذه السلطة، كما أن التحكيم متى اتفق عليه (قبل نشوء النزاع أو بعده) يصبح ملزما، ويتوجب على الأطراف السير به حتى نهاية إجراءاته وإصدار القرار المنهي للخصومة من خلاله ويعتبر حكم التحكيم ملزما ويستوي مع القرار الصادر عن المحكمة إذا ما تم تذييله بالصيغة التنفيذية.

المبحث الثاني: مصادر ومميزات الوسائل الودية لحل النزاعات التجارية:

سنتطرق لدراسة هذا المبحث في المطلب الاول مصادر الوسائل الودية وفي المطلب الثاني مميزات الوسائل الودية.

المطلب الأول: مصادر الوسائل الودية:

نظرا لارتفاع حجم المبادلات التجارية وتشبعها باستمرار وتسارع عقد الاتفاقات في الحقول التجارية والاقتصادية لاسيما الدولية منها، ازدادت المنازعات التجارية تبعا لذلك الأمر الذي أفضى إلى الاهتمام بهذه الوسائل خصوصا لدى رجال الفقه والباحثين في المجال القانوني وتناولها بجدية وجعلوا منها موضوع الساعة في الوقت الحاصر[1] الأمر الذي أدى إلى الأخذ بها لدى بعض التشريعات الحديثة وكذلك تبنيها العديد من مراكز التحكيم الدولية وعلى رأسها غرفة التجارة الدولية، وكذلك المتنازعين بأنفسهم وبموجب اتفاقيات خاصة يتم من خلالها اللجوء إلى هذه الوسائل.

الفرع الأول: التشريعات الحديثة:

لقد أصبحت الوسائل الودية لحسم النزاعات التجارية وعلى رأسها الوساطة، جزءا من الأنظمة القانونية الحديثة، فعلى سبيل المثال أنشئت الوساطة في الولايات المتحدة الأمريكية بموجب النظام الفيدرالي للوساطة والمصالحة وذلك عام 1947 وطبقت في العديد من ولايتها وباتت وسيلة فعالة يتم اللجوء إليها في الكثير من النزاعات التجارية، وكذلك هو الحال في فرنسا حيث طبقت الوساطة والمصالحة بموجب قانون 125/95 لعام 1995 ونصت المادة 21 من قانون أصول المحاكمات الفرنسي على ذلك، حيث يتم اللجوء إلى هذه الوسائل في المنازعات التجارية[2]، وفي بريطانيا ظهرت مؤخرا بدائل للنظام القانوني فقد برزت تعديلات

---

[1] H. Broun & A. Marriott, A.D.R principales and practice, and see. K. mackie. Damille. W.march.T.Allen." the A.P.R Practice Guid " Commercial Dispute Resolutions – econdedition Butter Worths 2000.P18.

[2] Jihdd Akl. Caroline, sur la nécessité de prevoir, la concitiation etlamediation judicaires en droit positif libanaits, Al Adel, 2004, P 124.

هامة في هذا المجال وأهمها كان "التدخل في القضاء" Access to Justice إذ بدأت المحاكم التجارية تحث المتنازعين على اللجوء لهذه الوسائل قبل اللجوء إلى القضاء والتحكيم، فبموجب النظام القانوني الإنجليزي لعام 1996 أصبحت الوساطة تأخذ حيزا واسعا في حسم المنازعات التجارية كذلك هو الحال بالنسبة للخبرة[1] حيث أخذ القانون المذكور بشرعية بنود الخبرة كأسلوب بديل لحل النزاعات التجارية واعطائها الفعالية التامة شريطة أن يكون البند واضحا ولا يشوبه أي غموض كما اصبح الـ Adjudication جزءا من هذا القانون كما تم الإشارة غليه سابقا وفي بلجيكا فقد لحظ قانون 1991 باللجوء إلى الوساطة خاصة في مجال النزاعات الناشئة بين المصارف وعملائه وفي مجال البورصة والتأمين أيضا حيث حدد القانون المذكور إجراءات وشروط اللجوء إلى الوساطة بهدف حسم المنازعات التي تحصل بين المتنازعين[2].

وكما تبين فإن هذه الوسائل بدأت تأخذ طريقها في العديد من التشريعات الحديثة لاسيما في الدول المتطورة إلا انها لم تجد طريقها في العديد من دول العالم الثالث فالأنظمة القانونية في هذه الدول اكتفت بالتحكيم كوسيلة بديلة، ومنها لبنان فقد نص القانون اللبناني على طرق حصرية كخصم النزاعات فحق المتنازعين باللجوء إلى القضاء مكرس بالدستور وفق المادة 07، وقد حددت المادة 762 باعتبار إن التحكيم طريق بديل يمكن للمتنازعين اللجوء إليه احسم النزاعات التجارية والمدنية، وكذلك هو الحال في القانون الإيراني فقد حصر حق المتنازعين باللجوء إلى القضاء والتحكيم كوسيلة بديلة لحسم النزاعات التجارية، إلا أن المشرع الإيراني ونظرا لكثرة الدعاوى وللتخفيف من العبء على المحاكم خطى خطوة مهمة مؤخرا في هذا المجال حيث أصدر بتاريخ 2002/8/27 قانون رقم 189 تم بموجبه إنشاء مجالس لحل الخلافات البسيطة وعلى الصعيد الداخلي وتعرف باسم " شوراي حل اختلاف" حيث تم اللجوء إلى هذه المجالس والذي باتت منتشرة في جميع المحافظات والمدن، بغية حل جميع الخلافات ولاسيما منها التجارية قبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم،

---

(1) Lo.A. Mistelis, A.D. in England and Wales,Op.cit, P 4.

(2) J. El Hakim, Op.cit, P 352.

ويتم حل النزاع بواسطة أشخاص ذوي خبرة وسمعة طيبة وبمشاركة المتنازعين أنفسهم وذلك عن طريق الوساطة والتوفيق، حيث لا يتبع فيها اصول المحاكمات وإجراءاتها مبسطة وسهلة ولا تخضع إلى شكليات معقدة وتهدف إلى الوصول إلى حل يرضي المتنازعين وفي حال تعذر الوصول إلى حل يتم اللجوء إلى القضاء أو التحكيم.

الفرع الثاني: أنظمة التحكيم الدولية:

حرصت العديد من انظمة التحكيم الدولية لتبني هذه الوسائل ووضعت نظاما للتسوية الودية إلى جانب نظام التحكيم الذي تعتمده، أو جمعت في نظام واحد الإجراءات المطبقة على كل من التسوية الودية والتحكيم، فإذا تبنى المتنازعين النظام المذكور خضعوا لأحكامه، فقد أخذت كل من المصالحة والتوفيق مكانا بارزا في العديد من مراكز التحكيم الدولية والإقليمية، على سبيل المثال اهتمت غرفة التجارة الدولية بالتوفيق والمصالحة بصورة متوازنة لاهتمامها بنظام التحكيم، وقد كانت قواعد الصلح والتوفيق تصدر عنها مجتمعة مع قواعد التحكيم بدءا من عام 1923، وفي عام 1988 وضعت نظام المصالحة الاختيارية، وكان لها بالغ الأثر في المنازعات الدولية خصوصا في نشر وتعميم التوفيق والمصالحة كوسيلة بديلة لحسم النزاعات وديا، وفي ظل التطور الهائل في عالم التجارة والأعمال، كثرت وتنوعت المنازعات التجارية خصوصا الدولية منها، فعمدت غرفة التجارة الدولية إلى وضع قواعد مستقلة عن نظام المصالحة والتحكيم، سميت بالقواعد الودية لحل النزاعات (A.D.R Rules)[1] وذلك بتاريخ 2001/7/1 ويمكن للمتنازعين اللجوء إلى هذه القواعد والحلول في سبيل إيجاد آلية أو صيغة لإنهاء نزاعهم وديا، قبل اللجوء إلى التحكيم أو القضاء سواء كان النزاع محليا أو دوليا[2]، وكذلك تبني المركز التجاري لحل النزاعات في أستراليا (A.C.D.C)[3]، هذه القواعد ووضع أحكاما وإجراءات شبيهة بما هو عليه الحال في غرفة

---

(1) ADRUILES : of the international chamber of commerce.

(2) Tavassoli, manoochehr an overview of alternative dispute resolution in the ICC New Rules law reveiew an Academic and promotive journal an international law vol 26-27 Iran Thran, 2002, P 367.

(3) (A.C.D.C) Australia Commercial Disputes Center.

التجارة الدولية (ADRAA)[1] تشجع المتنازعين على اللجوء إليها قبل التحكيم وحل النزاع بطريقة ودية كسبا للوقت والنفقات وحرصا على استمرار علاقاتهم التجارية وكذلك وضعت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولة UNICITRAL قواعد للتوفيق كان لها وقع في المنازعات الدولية وكان لها دور وأثر في نشر التوفيق كوسيلة بديلة لحل النزاعات التجارية.

وكذلك البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول الأخرى (ICSID)[2] وضعت وسائل لحسم المنازعات بطريقة ودية، وذلك في المواد 28 إلى 35 من هذه الاتفاقية.

أما على الصعيد العربي الإقليمي فقد تقدمت مصر على بقية الدول العربية في هذا المجال، حيث وضع مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، قواعدا للوساطة والتوفيق والخبرة الفنية وبدأ العمل بها منذ عام 1990 تحت عنوان مركز الوساطة والمصالحة، وأنشئ المركز كفرع من فروع مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم ليتولى إدارة الوساطة وغيرها من الوسائل الودية الأخيرة لحسم منازعات التجارة والاستثمار[3].

وكذلك وضعت المؤسسة العربية لضمان الاستثمار مفاوضات الوساطة والتوفيق كوسيلة بديلة لحسم النزاع في المواد 2 و3 من الاتفاقية المذكورة أعلاه حيث يلجأ إليها المتنازعون لحل النزاع قبل اللجوء إلى التحكيم.

وتبنت الهيئة الأمريكية للتحكيم (A.A.A) قواعدا للوساطة [4] (CAMCA) والمحاكم المصغرة (A.A.A Mini-Trial) في عام 1996 حيث يلجأ إليها المتنازعون في حل خلافاتهم التجارية.

---

[1] (A.D.R.A.A) Alternative Dispute Resolution Assocition of Australia.

[2] (ICSID) the International Center for Settement of Investment Disputes.

[3] د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 628.

[4] (CAMCA) Commercial Arbitration and Médiation Center for the American.

وكذلك تبني المركز التجاري في سويسرا قواعدا وأحكاما للمنازعات التجارية يلجأ إليها في حسم خلافاتهم التجارية أم الوساطة فقد أخذ بها كثير من المراكز التحكيم الدولية كمركز لحل الخلافات في لندن (CEDR)[1] وقد تبنى الكثير من مراكز التحكيم الدولية الوساطة كوسيلة بديلة قبل التحكيم يلجأ إليها المتنازعون لحل خلافاتهم ففي كندا تعتبر الوساطة هي الوسيلة الودية التي لا تضاهى في حل الخلافات التجارية وتبنيها معظم الدول مثل مونتريال وتورنتو وغيرها.

ففي مونتريال التي تعتبر الرائد في هذا المضمار تبنت غرفة التجارة فيها الوساطة وأصبحت تدرس في جامعة مونتريال كما شاع استعمال الوساطة كوسيلة بديلة وتبنتها شركات خاصة مهمتها هو حل النزاعات التجارية ويشرف على هذه الشركات أساتذة ومحامين ومن قدامى القضاة.

وفي دول آسيا كالصين واليابان وهونغ كونغ وكوريا الشمالية تبنت مراكز التحكيم الوساطة كوسيلة بديلة لحل النزاعات التجارية[2]، وكذلك تبنت المنظمة العالمية لحماية الملكية الفكرية (WIPO)[3] الوساطة كوسيلة بديلة لحل الخلافات التجارية ووضعت نظاما وأحكاما لها، إذ بدأ العمل به في الأول من تشرين الأول عام 1994 أما دول الاتحاد الأوربي فقد تقدمت في عام 2004 بتوجيه اقتراح للبرلمان الأوربي يتعلق ببعض جوانب الوساطة في المواد المدنية والتجارية[4]، أما الدول العربية وباستثناء مصر كما أشرنا سابقا، لم يأخذ لبنان وبقية الدول العربية بهذه الوسائل البديل لحسم النزاعات التجارية، فعلى سبيل المثال اعتمدت غرفة التجارة والصناعة في بيروت نظام المصالحة كوسيلة بديلة يمكن اللجوء إليها قبل التحكيم في حسم النزاعات التجارية.

---

(1) (CEDR)Center for Dispute Resolutin in London.

(2) J. Mackie Karl, A Hand Book of dispute resolution AD.R .., Op.cit, P 221.

(3) (WIPO) Word Intelleagule Property Organiziation.

(4) د. نايلة قمر عبيد، ورقة بعنوان عمل حول مشروع القانون العربي الموحد للتوفيق والمصالحة، بيروت في 2006/02/28، غير منشور.

إما إيران فإن غرفة التجارة والصناعة في طهران لم تأخذ أيضا بهذه الوسيلة الودية، سواء على المستوى الداخلي أو الدولي بل اكتفت بالتحكيم كوسيلة بديلة عن القضاء في التحكيم الداخلي وضمن شروط.

الفرع الثالث: الاتفاقات الخاصة:

إلى جانب التشريعات الحديثة ومراكز التحكيم الدولية والمحلية التي تشكل المصدر الأساسي لقواعد حسم النزاعات التجارية لاسيما منها الوساطة والتوفيق هناك مصادر أخرى تنبثق منها قواعد من خلالها تحل المنازعات التجارية كالاتفاقيات الخاصة والتي لا تقل أهمية عن غيرها سيما من حيث انتشارها واستعمالها، فقد تلجأ الأطراف المتنازعة إلى إبرام اتفاق خاص بغية تسوية النزاعات التجارية بينهما وديا دون اللجوء إلى مراكز الوسائل الودية لحل النزاعات أو إلى مؤسسات التحكيم أو إلى القضاء المحلي، فقد يلجأ الأطراف إلى إدراج بند في العقد الأساسي قبل نشوء النزاع، يهدف إلى تسوية نزاعاتهم المستقبلية فيما إذا حصلت، وذلك بواسطة خبير أو وسيط يتم الاتفاق على دوره ومهامه وتعيين أتعابه[1].

المطلب الثاني خصائص ومميزات الوسائل الودية :

للحديث عن الوسائل الودية كان لابد من التطرق اى خصائص الوسائل الودية في الفرع الاول ومميزاتها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: خصائص الوسائل الودية:

تتمثل خصائص الوسائل الودية في:

أولا: خضوعها لمبدأ الحرية التعاقدية:

يؤسس القانون اللبناني والمقارن نظرية العقد على مبدأ سلطان الإرادة Autonomie de la Volonté وهذا المبدأ يحكم العقد في جميع مراحله، سواء في مرحلة إنشائه أو في مرحلة تنفيذية، وفي مرحلة إنشاء العقد يتخذ مبدأ سلطان الإرادة ثلاثة أشكال مبدأ الرضائية في العقود يعني ذلك أن وجود الرضى شرط ضروري وكاف لإنشاء العقود[2]،ومبدأ حرية

---

[1] J. El.Hakim, Op.cit, P 353.

[2] تنص المادة 176 من قانون الموجبات والعقود في العناصر الأساسية للعقود أو شروط صحتها على ما يلي: "أن الرضى المتعاقدين هو الصلب والركن لكل عقد بل لكل اتفاق على وجه عام".

التعاقد أو عدمها ويعني ذلك أن لكل إنسان الحرية في أن يتعاقد متى شاء ومع من يشاء وهذه الحرية لا تسقط بمرور الزمن،وأن مبدأ الحرية التعاقدية ويعني حرية التعاقد أن يدرج في العقد ما يشاء من شروط وبنود شريطة عدم مخالفتها للنظام العام والآداب العامة وهذه الحرية تشمل مضمون العقد.

وفي مرحلة تنفيذ العقد ينشئ العقد أثرين، أولا مبدأ إلزامية العقود ويعني ذلك أن العقد شريعة المتعاقدين وأن المتعاقد ألزم نفسه بشريعة أنشأها بإرادته، وثانيا، مبدأ نسبية العقود بمعنى لا يمكن أن نجعل شخصا ثالثا غريبا عن العقد، فالمشرع لا يتدخل في علاقات الفرقاء ليحل محلهم فهم يحددون موضوع العلاقات التي يريدون الالتزام بها إذا ما حددوها ووافقوا عليها والتزموا بها، وذلك لأن العقود المنشأة على الوجه القانوني تلزم المتعاقدين، ويجب تفهم وتفسر وتنفذ وفقا لحسن النية والانصاف والعرف[1] والمقصود بالإرادة هي الإرادة الحرة التي لا تعتريها عيوب كالغين والإكراه وغيرها من عيوب الرضى التي قد تعتري العقد أي يجب أن تكون الإرادة حرة، فالإنسان يحدد حريته بالمدى الذي يشاء شريطة عدم التعدي على حقوق الغير، فالقاعدة الأفضل هي التي تنشأ عن الاتفاق الحر الذي يصدر عن أشخاص أحرار إذ تكون عندها قاعدة موضوعة ممن أرادوا الالتزام بها وأعطوها الصيغة التي تتلاءم مع الغرض المعول عليه منها، فتتحقق بها العدالة وتتوفر معها على الصعيد الاقتصادي الوسيلة الفعلية لتأمين الصالح المشترك، وكما يقول الفقيه Kant أن من التزم بشيء وكان حرا في التزامه لم يظلم نفسه، لأن الإنسان السوي والحر لا يظلم نفسه ولا يلتزم إلا بما يجده نافعا وصحيحا وعادلا[2].

---

[1] المادة 221 من قانون الموجبات والعقود بخصوص العقود.

[2] د. عاطف النقيب، نظرية العقد، منشورات عويدات، بيروت، الطبعة الأولى، ص 48، وكذلك يراجع في هذا الشأن: جوج سيوني، النظرية العامة للموجبات والعقود، الطبعة الثاني، بيروت، الجزء الأول، 1994، ص 27 وما بعدها.

وبالعودة إلى الوسائل الودية فإن أغلب الفقهاء يرون أن هذه الوسائل هي بالأساس ذات مصدر تعاقدي وهي موجودة في الإجراءات المتعارف عليها والشائعة في قانون العقود وفي النتيجة هي ذات طبيعة تعاقدية[1].

فإن اللجوء إلى هذه الوسائل أساسه حرية الإرادة، فالإرادة الفردية للأطراف تلزم نفسها دون تدخل القضاء، لذى نرى أن الطبيعة التعاقدية للوسائل الودية هي الراجحة في تكييف طبيعتها سواء في علاقة الأطراف فيما بينهم أو مع الغير الذي يمثل الطرف الثالث المكلف بحل النزاع المعروض أمامه سواء كان وسيطا أو مصلحا أو موفقا، وبدون شك أن علاقة الأطراف بالغير فيما يتعلق بالوسائل الودية الاتفاقية هي أساسا ذات طبيعة تعاقدية، فإن احترام سلطان الإرادة ضروري إن من جهة القبول باللجوء إلى هذه الوسائل وتنفيذها أو من جهة القبول بنتائجها، فاللجوء إلى هذه الوسائل وتنفيذها وإن في أرض الواقع أعمال قانونية تتطلب التقاء الإدارتين: الإيجاب والقبول، وهكذا فإن وجود الغير أو اختياره سواء كانت لوسيطا أو مصلحا هو بمثابة الإيجاب، وفي الغالب العام أن طالبي الوساطة يحضرون معا ويتفقون على تحديد مهمة الوسيط لحل النزاع بعد تعينه من قبلهم وقد يتم تعيين الوسيط لحل النزاع من قبل طرف واحد وبكلتا الحالتين فإن الطرف الثالث له كامل الحرية في قبول هذه الالتزامات أو رفضها وهذه الإمكانية في الرفض بأن يكون وسيطا في حل النزاع بشكل إحدى الخصائص المهمة التي تميز عمل القاضي عن عمل الوسيط أو المصلح، ولا يمكن إكراه الوسيط أو المصلح على قبول هذه المهمة بحل النزاع وكل إكراه من هذا النوع يفسد طبيعة الوساطة أو المصالحة ويؤثر سلبا على نتائجها[2]

ويتمتع الوسيط بحرية واسعة لدراسة النزاع المعروض أمامه وإطلاع المتنازعين على تفاصيله والتقريب بينهم واقناعهم بمزايا الحلول التي يقترحها فإذا وافقوا عليها يقوم الوسيط أحيانا بمساعدة المتنازعين في وضع صيغة المصالحة التي يعدها المستشارون فالوسيط كما

---

(1) G. Cornu, Op.cit, P 316, INAJJAR, Opcit, P 24.

(2) J.Elhakim op cit , p 347.

أشرنا سابقا ليس له سلطة إصدار القرارات عموما بل أن سلطته تتجسد في خلق الثقة لدى المتنازعين وتسهيل الاتصالات فيما بينهم بهدف الوصول إلى حل ودي ينهي النزاع[1]

ويفترض هذه الوسائل بغية نجاحها توافر حسن النية لدى أصحاب العلاقة أي المتنازعين أنفسهم في الوصول إلى حلول سريعة ومرضية، ويتجسد ذلك بالمشاركة فعلا فإذا امتنع أحدهما انتهى المسعى للتوافق والتصالح، وهذا خلاف ما يجري في التحكيم، حتى لا يؤدي امتناع أحد المتنازعين عن المشاركة إلى وقف الاجراءات ولا يحول دون صدور قدر تحكيمي.

ثانيا: قلة الشكليات

من خصائص هذه الوسائل هو قلة الشكليات والإجراءات المطولة والمعقدة كما هو الحال عليه في القضاء التقليدي والتحكيم، حيث أن إجراءات هذه الوسائل مبسطة، ومرنة وطوعية وتوافقية على اعتبار أنها معدة أصلا لفتح الباب أماما المتنازعين للسعي وبحسن نية إلى تحقيق حلول ملائمة وفعالة لجهة حل النزاع وديا وحفظ مصالحهم واستمرار نشاطهم

فالإطار غير الرسمي لهذه الوسائل وقلة الشكليات يشكل الميزة الأساسية من الوسائل مقارنة مع التحكيم والقضاء، فعلى مستوى الوساطة وغيرها من الوسائل الودية فالمبدأ هو استبعاد اي شرط شكلي، فمجرد اللجوء إلى هذه الوسائل يحقق مكاسب لكلا المتنازعين لأنه في النهاية لا يوجد طرف رابح وآخر خاسر، والحل الذي تقدمه هذه الوسائل لا تخضع لتطبيق الإجراءات القانونية والقواعد التشريعية الأخرى، مما يعزز دور وفعالية هذه الوسائل في حسم النزاعات فالحل الودي الي يقترحه الشخص الثالث سواء كان وسيطا أو مصلحا، بشكل مخرجا مقبولا أكثر مما هو مفروضا بقوة القضاء التقليدي أو التحكيم

ثالثا: مبدأ الوجاهية

إضافة كما ذكر فإن هذه الوسائل قد تفترض العمل بمبدأ الوجاهية كما هو الحال في التحكيم والقضاء، فالمحكومون والقضاة ملزمون باحترام حقوق الاطراف في الدفاع، وهذا

---

[1] G. Gornu op cir, p 315

المبدأ مكرس في القانون اللبناني، وبقية القوانين المقارنة ويعتبر اساس الدعوى القضائية والتحكيمية[1].

ففي الوسائل الودية لا تستوجب على الوسيط أو الموقف.. دعوة الطرفين المتنازعين للاجتماع معا ولا يجوز احاطة أحد المتنازعين علما بما سمعه واستمله من الآخر بدون موافقة هذا الاخير، كما لا يفترض أن يكون اجتماع الوسيط أو من يحل محله مواجهة الاطراف أو حتى بالطرفين المتنازعين بل قد تتم الاتصالات والاجتماعات بالهاتف أو الفيديو أو بالتواصل بأي وسيلة، وتمارس هذه الوسائل حتى عند تعدد الاطراف وهو متعذر في التحكيم بالنسبة للطرف الذي لم ينضم إلى اتفاقية التحكيم، إضافة إلى ما تقدم فإن هذه الوسائل تقوم على التراضي بينما التحكيم يبدأ بالتراضي ولكنه بعد توقيع العقد لا يعود للتراضي دور فيه بل يأخذ التحكيم مجراه وفقا لإجراءات إلزامية في حين أن ليس لهذه الوسائل وجه إلزامي

وطالما أن هذه الوسائل طوعية واختيارية، فهي تنتهي في اي وقت سواء من قبل الوسيط أو أي طرف ثالث أو حتى من قبل المتنازعين أنفسهم وإذا حددت لها مدة زمنية، فإنها تنتهي بانتهاء هذه المدة ما لم يتفق على تمديدها فقلة الشكليات ومرونة اجراءات الوسائل الودية في تحديد المهل والمكان وعدم ارتباطها اجمالا بشكليات محمة واصول محكمات، يعزز من مكانه وفعالية هذه الوسائل فقد أصبحت عوامل اساسية في تأثيرها على حل النزاعات وايجاد حلول ذات طبيعة توافقية ودية، مما جعل منها بدائل إضافية ومناسبة في سبيل الوصول إلى نتائج ايجابية بالنسبة للمتنازعين، وهذا الأمر أدى إلى تفوق هذه الحلول على الوسائل الأساسية التقليدية وباتت تتمتع بميزات أخرى.

الفرع الثاني: مميزات الوسائل الودية:

ثمة مميزات وخصائص تتمتع بها هذه الوسائل جعلتها متقدمة على الوسائل الأساسية كلى الخلافات التجارية لا سيما القضاء، وهذه المميزات باتت مقبولة وفعالة في حسم

[1] د. عبد الحميد الاحدب، موسوعة التحكيم الجزائي، الجزء الثاني، سنة 1998، دار المعارف، بيروت، ص 49.

النزاعات إن كان ذلك من حيث السعة وقلة التكاليف أو من حيث السرية التي تحيط بكافة إجراءاتها

أولا: السرعة في حل النزاعات

باتت الشرعة تشكل سمة من سمات العصر الحديث ولا شك ان العدالة البطيئة هي إنكار للعدالة justice délaye is justice denid وحيث أن السرعة تعد من دعائم العمل التجاري، لا بل من المقومات الأساسية سواء نمن حيث التعامل أو من حيث النزاعات، وذلك لأن التأخير في حسم النزاعات يذهب بحقوق المنازعين أدراج الرياح ويفوت عليهم فرصة لا تعوض في التعامل لا سيما إذا تم حسم منازعاتهم بعد أمد طويل تتوالى فيه المتغيرات الاقتصادية وتنخفض فيه القوة الشرائية للنقود، فالعلاقات والمعاملات التجارية قائمة على الأسعار والأسعار تتغير من لحظة إلى أخرى في ظل الظروف الراهنة وما كان يرمي إليه التاجر أو الشركة التجارية من ربح قد ينقلب إلى خسارة مع تقلب الأسعار سيما إن تعلق الامر بالعملات والسندات فالوقت لدى رجال الأعمال وأصحاب المشاريع والشركات الكبرى بمثابة المال money time is وعليه لابد من إيجاد حلول فعالة وسريعة بغية حل نزاعاتهم خصوصا بعد ظهور العولمة وانفتاح الأسواق العالمية على بعضها بحيث أصبح العالم شبه قرية كونية وصار بالإمكان في لحظات أن تختصر العالم خصوصا بعد مجموع التجارة الإلكترونية، وإزاء هذا التطور المذهل في العالم التجاري بدا البحث فيجاد حلول سريعة وأكثر فعالية تواكب التطور الحاصل في ظل المتغيرات والتطورات، فجاءت هذه الوسائل لتحل محال القضاء فكثير من بلدان العالم يتأخر فيها حسم النزاعات أمام القضاء ويستغرق سنوات طويلة يتكبد فيها المتنازعون نفقات باهظة نتيجة هذا التأخير الحاصل وهذا هو الحال والذي بات مقرونا ببطء القضاء، فقد راينا هناك كثيرا من القرارات يستغرق صدورها سنينا طويلة كما أشرنا، فجاءت هذه الحلول مواكبة وموازية لعجلة التطور الحاصل في التعامل التجاري، لتقدم نموذجا أخر لحسم النزاعات وبديل أكثر جدوى ومناسبا في ايجاد صيغة توافقية وحلول عملية بغية انهاء النزاع الحاصل بأسرع وقت، فأطول وساطة لا

تستغرق مدة تتراوح بين ثلاثة أشهر حتى ستة أشهر[1] وأما بقية الوسائل الودية قد لا تستغرق حتى ثلاثة أشهر في حسم النزاع ويعزي ذلك بمرونة وبساطة هذه الوسائل وغياب الشكليات فيها على عكس ما نراه في القضاء ولطلك هذه الوسائل الودية مفضلة لا سيما في العقود ذات الأجل الطويل كما هو الحال في عقود الأشغال الدولية التي يستمر تنفيذ العقد فيها لمدة طويلة.

ثانيا: قلة التكاليف في حل النزاعات

من الانتقادات التي وجهت إلى القضاء في الآونة الأخيرة، هي الكلفة الباهظة التي بتطلبها من حيث النفقات الإدارية وأتعاب الذين بدأوا يتقاضون أتعابا خيالية ومرتفعة نتيجة القيام بعملهم في حسم النزاع في حين أن الميزة الأساسية التي تتمتع بها هذه الوسائل الودية إضافة إلى مرونتها وغياب الشكليات فيها، هو قلة التكاليف مقارنة مع الوسائل التقليدية الأخرى.

وعلى سبيل المثال تبدأ الرسوم الإدارية في فرغة التجارة الدولية (ICC) من 2500 دولار أمريكي، حيث تعتمد الأتعاب على مقدار النزاع وفي بعض الحالات الاستثنائية قد لا تلزم غرفة التجارة الدولية بالأرقام المنشورة وذلك حسب التعقيد في القضايا موضوع النزاع وأيضا بحسب مدة الإجراءات أو مقدار الوقت الذي استهلكه ونبدأ هذه الرسوم كما اشرنا سابقا من 2500 دولار أمريكي لكل القضايا التي تبلغ قيمتها 50000 دولار أمريكي، وما دون أما القضايا التي يكون فيها النزاع بشان أموال أكثر فتتفاوت الرسوم وفقا لذلك فمثلا في القضايا التي تصل قيمتها إلى 05 مليون دولار أمريكي تتراوح الرسوم من بين 750.32 دولار أميركي إلى 600.114 دولار أمريكي[2]

في حين نرى أن الرسوم الإدارية وأتعاب الوسيط المكلف بحل النزاع تبدأ من 1500 دولار أمريكي، وتزداد هذه التكاليف حسب القضايا موضوع النزاع ومدة الإجراءات ومقدار

---

[1] د. عبد الحميد الاحدب، موسوعة التحكيم الجزائي، الجزء الثاني، المرجع السابق ص 25.

[2] Peter Turner :' résolution of nternation disputes', p 30.

الوقت المستغرق في سحم النزاع بحيث لا تتجاوز نبلغ000010 دولار أمريكي[1] فهناك فرق واضح من حيث قلة التكاليف بين هذه الوسائل والوسائل التقليدية الأخرى، هذا العامل شجع المتنازعين إلى اللجوء لهذه الوسائل، ويرى البعض عكس ذلك، لأنه إلى جانب القضاء والذي يطلق عليه جانب العدالة الخاصة للأغنياء، يوجد عدالة خاصة أيضا بالفقراء وتتمثل في الوسائل الودية وذلك نظرا لقلة تكاليفها ومرونة وبساطة إجرائها.

ثالثا: سرية إجراءات الوسائل الودية.

من الخصائص المميزة لقضاء الدولة وما يعرف بمبدأ علنية الجلسات التي تعتبر من الضمانات الأساسية للتقافي. وهذه الميزة التي يتميز بها قضاء تقليدي تعد أحد أسباب عزوف الفقراء والشركات التجارية التي تحرص على سمعتها عن اللجوء إلى قضاء الدولة، واختيارهم التحكيم كوسيلة بديلة لحسم النزاعات الناشئة عن العلاقات التجارية والدولي، وسبب ذلك هو ما يتميز به التحكيم من سرية فعلى خلاف قضاء الدولة الذي تعد العلانية به من أحد خصائصه المميزة وتعد السرية ميزة خاصة ينفرد بها قضاء التحكيم عن قضاء الدولة، فمبدأ سرية جلسات التحكيم من الأمور اللصيقة بهذا النظام، وتنفرد غالبية أنظمة التحكيم الدولية نصوصا خاصة تقتضي هذه السرية وتحض عليها[2] .فمبدأ السرية يعد أحد أهم الركائز ال\اساسية في الوسائل الودية [3] فالمتعاملون على صعيد التجارة وخصوصا الدولية منها يرحبون بعدم معرفة النزاعات الناشئة بينهم وأسبابها ودوافعها، نظرا لما قد تؤدي إليه هذه الوسائل المعرفة من المساس بالمراكز المالية أو الاقتصادية لهؤلاء المتعاملين فمبدأ العلانية الذي يحيط بالقضاء العادي والذي يشكل ضمانة من ضمانات العدالة قد ينقلب عليهم إذ من شأنه إذاعة أسرار صناعية أو اتفاقات خاصة يحرصون على ابقائها سرا مكتوما، وكم من تاجر أو شركة عالمية يفضلون خسارة دعواهم على كشف اسرار تجارتهم

---

[1] أنظر، المادة الرابعة من قواعد الحلول الودية لحل النزاعات لدى غرفة التجارة الدولية لعام july 2001 في الملحق

[2] فعلى سبيل المثال تنص المادة 26 فقرة 07 من نظام الغرفة التجارية الدولية على مبدأ سرية جلسات التحكيم. وكذلك المادة 34 من نظام الهيئة الأمريكية للتحكيم نصت على ذلك أيضا المواد 73 إلى 76 من نظام المنظمة العالمية لحماية حقوق الملكية الفكرية (WIDO)

[3] CH.BROWN.LAMARRIOTT op cit p 338/339

أو صناعتهم التي تمثل في نظرهم قيمة أعلى من قيمة الحق الذي يناضلون من أجله في الدعوى، وذلك لأن موضوع المنازعة القضائية والإعلان وتشره قد يؤدي إلى فشل المشروع التجاري برمته مما يؤدي إلى اضرار في حين أن السرية المطلقة فإنها تحيط بكافة جوانب وإجراءات الوسائل الودية، حيث أن الشخص المكلف بحل النزاع سواء كان وسيطا أو مفاوضا، أو له اي صفة اخرى يحظر عليه أخذ محاضر جلسات للوساطة مهما كان نوعها وأينما وجدت[1] وعليه أن يلتزم بالسرية، المطلقة وأن لا يفشي المعلومات التي يحمل عليها في جلسات الوساطة لأشخاص آخرين إلى موافقة المتنازعين

وخلاصة مما تقدم فثمة خصائص مشتركة، تجمع بين اجراءات هذه الوسائل، فهي من ناحية أولى تتسم جميعا بالطبيعة الرضائية، فلا يمكن إلزام أحد المتنازعين باللجوء إليها أو إلزامه بقرارتها ما لم يرتضي ذلك بداية، وقد يتفق المتنازعون على ان يكون اللجوء إلى هذه الوسائل شرط مسبق قبل اللجوء إلى حسم النزاع في تنفيذ العقد ودون المساس بحقوق المتنازعين والعلاقة الودية بينهم طوال تنفيذ العقد.

ومن ناحية ثالثة قد تستخدم هذه الوسائل الودية، ليس فقط بهدف حسم النزاع قبل اللجوء إلى القضاء بل قد يستخدمها المتنازعون من الناحية الاستراتيجية كوسيلة التقييم موفقهم القانوني في حال اللجوء إلى التحكيم، فقرارات الوسيط أو المواقف قد يعطي انطباعا أو إشارة عما يحكم به المحكمون إذا ما تم إحالة النزاع إلى التحكيم.

المطلب الثالث: الوسائل الودية وعلاقتها بالقضاء

إن تطوير الوسائل الودية لتسوية النزاعات هو أكثر من تطوير في اسلوب، إنه يظهر في الواقع الحاجة إلى تغيير عميق في النظام القضائي المعاصر ينقلنا هذا التغيير من القانون المفروض إلى القانون القابل للمفاوضة، وهذا يعتبر نهاية للدولة صاحبة النفوذ القوي التي تكون فيها القوانين والأنظمة الوسائل الوحيدة والمفضلة لتسوية النزاعات فنحن أصبحنا نقيس في عالم يعطي أهمية كبرى للعقد.

---

[1] أنظر المادة 07 من قواعد الحلول الودية لحل النزاعات التجارية في مركز التجارة الدولية في الملحق.

وهذه إشارة بأن القانون موجود خارج الدولة وبهذه الطريقة نكون قد انتقلنا من عدالة صارمة غلى عدالة أكثر ليونة، وذلك عن طريق تفعيل تطبيق أساليب الحلول الجدلية باتخاذ مجموعة من الإجراءات.

تقنين نظام الوسائل الودية في نصوص واضحة ومفصلة خالية من الغموض وغير قابلة لعدة تأويلات نشر وترسيخ ثقافة هذا النظام نظريا وممارسة مهنة الوساطة إيجاد مؤسسات أو أشخاص أكفاء ومؤهلين للقيام بهذا النظام اقتناع الأطراف بجدواه.

المساهمة في إنعاش الوسائل الودية لفض المنازعات المساهمة في خلق جو من الثقة والاطمئنان الملائم لتحريات الادخار الوطني وجلب الاستثمار الأجنبي عن طريق فض المنازعات بالوساطة والتحكيم.

المساهمة في مسيرة بناء التنمية الشاملة والجهوية والحكامة الجيدة عبر إنعاش الوسائل الودية لفض النزاعات.

نسج علاقات عمل وشراكة بين الجامعيين ورجال الأعمال والمستثمرين وأسرة القضاء.

يتطلب إنجاح هذا النظام تحقيق مجموعة من الضمانات منها:

- ضمان النزاهة الذي يتطلب احترام موافقة الأطراف المتنازعة
- ضمان السرية
- ضمان الحياء واستقلالية الوسيط
- ضمان أشكال الاتفاق

ويلقي نظام الوسائل الودية لحل المنازعات هجوما يبلغ حد العنف أحيانا وخاصة في الدول النامية، فيرى البعض أن الوسائل الودية (بمفهومها التقليدي) وإن كانت أسبق في الظهور من القضاء، فإن مرجع ذلك يتمثل في تأخر ظهور الدولة بسلطتها الثلاث، فالقضاء

هو سلطة من سلطات الدولة تحقق من خلالها وظيفة إقامة العدالة وهي وظيفة لا يصح أن يترك أمرها للأفراد، والإساءات الفوضى وضاعت حقوق الضعفاء.

فنظام الوسائل الودية إذا كان ضروريا فهو شر لابد منه لذلك يجب أن يظل له طابع الاستثناء، فكل القواعد والأحكام التي يكرسها نظام الوسائل الودية هي من صنع الدول المتقدمة، بل أسهمت وتسهم في تكوين أبياتها الشركات المتعددة الجنسيات ولا يحكمها في ذلك إلا تحقيق مصالحها اعتداد بمصالح الدول النامية، فنظام الوسائل الودية هو آلية من آليات النظام العالي الجديد[1].

يستخدمها لضمان ريادة وزعامة دول الشمال المتقدم وبقاء تخلف وتبعية الجنوب المتخلف، فالمقصود بهذا النظام هو منع القضاء الوطني من النظر في المنازعات فهو بمثابة "طوق النجاة" الذي يمكن الشركات العالمية من بسط سيطرتها وتحضين نفسها ضد نزاعات القاضي الوطني وتشدد القوانين في دول العالم الثالث.

أضف إلى ذلك يرى هذا الاتجاه أن فكرة ايجاد عدالة التهدئة والتسكين التي تجند الحوار بناء على الوساطة ليست فكرة مقبولة دائما، وتعطي الانطباع بأن الوسائل الودية لتسوية النزاعات تساهم في خلق نوعين من العدالة، وهما العدالة المنتقمة والعدالة التقليدية.

لكن هذا الرأي لا يخلو من المبالغة، فالنظرة الموضوعية تكشف عن بطء إجراءات الثقافي وتعدد درجاته وارتفاع تكاليفه في الدول المتقدمة بوجه خاص، يجعل الوسائل الودية أكثر ملاءمة، فالقضاء بنوء كامله بعدد من القضايا التي تطرح عليه وفتح باب الوسائل الودية يسهم في حل المشكلة على الصعيد الوطني خاصة مع توقع ازدياد الوعي بهذا النظام ومزاياه التي تكمن في الآتي:

---

[1] د. أحمد أنور ناجي، دكتور في الحقوق، الوسائل الودية لحل المنازعات.

تقليل عدد الدعاوى التي تحال على القضاء:

فقد أثبتت تجارب البلدان التي أخذت بهذا النظام بأنها ساهمت بشكل مباش في تخفيف العبء على المحاكم[1].

محدودية التكاليف واستغلال الوقت:

تؤدي الوسائل الودية لتوفير الوقت والجهد والنفقات على الخصوم ووكلائهم من خلال إنهاء الدعاوى في مراحلها الاولى، فالوصول إلى حل خارج القضاء يكون من دون شك أسرع وأوفر

خلق بيئة استثمارية جاذبة:

يمثل نظام الوسائل الودية ضمانا له مفعول أكثر من قرار المحكمة، لأنها تكون مبنية على الواقع الحقيقي للأحداث، بينما يشوه هذا الواقع عندما يعرض أمام القاضي، لذا يمكننا القول بأن هذا النظام أقرب إلى الواقع من القضاء.

الخصوصية:

يكفل هذا النظام محافظة طرفي النزاع على خصوصية النزاع القائم بينهما وذلك بغية خلق روابط جيدة بين الاشخاص أو المؤسسات.

تحقيق مكاسب مشتركة لطرفي النزاع:

فالتسوية النهائية لهذا النظام (خاصة الوساطة) قائمة على حل مرض لطرفي النزاع.

المرونة:

نقسم إجراءات هذا النظام بالمرونة لعدم وجود إجراءات وقواعد مرسومة محددة.

---

[1] د. عبد جميل غصوب، المرجع السابق، ص 258.

على العلاقات الدوية بين الخصوم:

تبقى العلاقات الودية بين الخصوم قائمة في الوساطة يعكس الخصومة القضائية التي تؤدي في الغالب إلى قطع مثل تلك العلاقات.

توفير ملتقى الاطراف النزاع قبل بدء المحاكمة:

تساعد جلسات الوساطة على توفير ملتقى أخير بين الخصوم قد يساهم في حل النزاع.

الحلول الخلاقة التي يمكن التوصل إليها:

تساعد جلسات نظام الوسائل الودية على تجاوز العقبات وتوفير الحلول الخلاقة والإبداعية لحل النزاع فلقد عرفت الوساطة أفكار جديدة لحل الخلافات العائلية تعطي فيه الأولية لإعداد مشترك للقرارات الضرورية في إعادة تنظيم الأسرة أكثر من الاهتمام بالمطالبة بالحقوق الفردية.

تنفيذ اتفاقية التسوية رضائية:

لما كانت اتفاقية التسوية في الوساطة من صنع أطراف النزاع فإن تنفيذها على الأغلب سيتم برضائهم بعكس حكم القضاء الذي يتم تنفيذه جبرا

هكذا قمنا باستعراض أهم مزايا وأهداف نظام الوسائل الودية حل المنازعات مما يطرح التساؤل عن العلاقة القائمة بين هذه النظم والقضاء

الأصل أن نظام الوسائل الودية يعلب دورا مكملا للقضاء على صعيد تخفيف حجم العبء الملقى على كاهل القضاء، فهو يسير معه جنبا إلى جنب في تحقيق العدالة، إلا أن دور القضاء في الحقيقة يختلف بحسب هل نحن أمام التدعيم أم الوساطة وهو ما يقتضي منا بيان هذا الدور في كلا الأمرين

فبخصوص التحكيم يلعب القضاء دور المساند لخصومة التحكيم فحتى يؤدي دوره المنشود كطريق استثنائي أو بديل للقضاء في الفصل في المنازعات، وحتى نتحقق فاعليته

فإن الأمر يقتضي تدخل قضاء الدولة بماله من سلطة عامة يستطيع عن طريقه اجبار الخصوم على تنفيذ قارات وأحكام المحكمين

لذلك كان من اللازم أن يتدخل القضاء في مجال التحكيم للمساعدة ولإعطاء الصفة الإلزامية لقراراته وأحكامه، فالقضاء دور مساند لخصومة التحكيم منذ بدء إجراءات التحكيم حيث يتدخل القضاء في تشكيل هيئة الحكم حيث نصت المادة 309 في فقرتها الثالثة من ق.م.م على أنه "إذا تعذر تعيين المحكمين أو لم يعينوا مقدما ورفضت أحد الأطراف عند القيام منازعة إجراء هذا التعيين من جانبه أمكن للطرف الآخر أن يقدم مقالا إلى رئيس المحكمة الذي سيعطي لحكم المحكمين القوة التنفيذية لتعيين المحكمين بأمر غير قابل للطعن.

وبذلك ينعقد الاختصاص بتعيين المحكم في هذه الحالة لرئيس المحكمة، ولا يتصدى هذا الأخير للتعيين من تلقاء نفسه.

ولكن يجب أن يتقدم أد طرفي التحكيم يطلب إليه لتعيينه لكن ما ينبغي التنبيه إليه أن رئيس المحكمة وهو يبث في الطلب المقدم إليه يبث فيه في إطار الأوامر المبنية على الطلب طبقا للفصل 48 من ق.م.م وليس في إطار القضاء الاستعجالي طبقا للفصل 149 من ق.م.م .

كذلك يمتد تدخل القضاء أثناء خصومة التحكيم حيث تقضي طبيعة النزاع المطروح على التحكيم اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية، وفي هذا العدد يجمع الفقه المغربي على اختصاص المحكمة التحكمية لا يؤثر على وظيفة قضاء المستعجلات لوجود دواعي عملية ناتجة عن حالة الاستعجال تبر الابقاء على اختصاص قاضي المستعجلات سيما وأن أوامره لا تمس الجوهر ولا تكتسب بالتالي اية حجية أمام محكمة التحكيم.

وعلى مستوى القضاء المغربي، فإنه ساير التشريعات المقارنة، وكان موقفه أكثر وضوحا في قضية القرض العقاري والسياحي ضد شركة هولنداي اين، إذا أصدرت محكمة الاستئناف بالدار البيضاء قرار قضى باختصاص قاضي المستعجلات في إصدار أمر يقضي بمواصلة أعمال البناء، وعليه نجد معظم التشريعات ولوائح التحكيم في محاولة منها

للعثور على أفضل السبل لإيجاد التعاون بين القاضي والمحكم تعطي لطفي التحكيم حق اللجوء إلى القضاء الوطني لاتخاذ إجراءات وقتية دون أن يكون هذا الاختصاص قاصرا على القضاء وحده.

كذلك يعتد دور القضاء إلى ما بعد صدور حكم التحكيم، فالأحكام التحكيم لا تكتسب بذاتها القوة التنفيذية، والتي تخولها الحصول على الحماية القضائية بواسطة التنفيذ الجبري إذ أنها لا تعد سندات تنفيذية، فالقوة التنفيذية لا تخلق حكم التحكيم إلا بصدور أمر خاص من جهة القضاء المختص يسمى الصيغة التنفيذية.

فتذيل الحكم بالصيغة التنفيذية يمثل اعترافا من قضاء الدولة بصلاحية الحكم وإمكانية تنفيذه جبرا بكافة الوسائل التي يتيحها القانون، وفي هذا الإطار ينحصر دور القضاء في التأكد من توفر الشروط اللازمة لتنفيذها، دون تدخل في موضوعها، فلا يملك القاضي التحقق من عدالة هذه الأحكام أو صحة قضائها في الموضوع لأنه لا يعد هيئة استئنافية في هذا الصدد، إلا أنه رغم ذلك يضل للقضاء دور كبير في مراقبة أحكام التحكيم للتثبت من صحة إجراءاتها وإمكانية تنفيذها دون أن يتعارض ذلك مع احكام قطعية سابقة أو يخالف النظام العام في البلد المطلوب التنفيذ فيه.

أما بخصوص الوساطة فالقضاء يعلب دور الفاعل الأصلي والمحرك الاساسي لتحقيق العدالة المتفاوض عليها، والتي أصبحت مصدرا لشرعية في القضاء بشكل عام.

فقد تبيين للمؤسسة القضائية بأن أسلوب العمل القضائي التقليدي لا يتيح لها الاستجابة لبعض القضايا عن كتب، بينما الوساطة نستطيع ذلك مما يجعلها تقوم بدور رئيسي لحلول المتفاوض عليها، وما أن العدالة تهدف فعليا إلى تأمين السلام الاجتماعي وإعادة بناء الروابط والعلاقات الاجتماعية، وهذا ما يسمى بالعدالة الودية وهنا تحل الوساطة والوسائل المتعلقة بها مكان القانون الجاهز وتعمل على وضع قانون "على القياس" لكل حالة بمفردها، وهو ما يجعل القضاء يقوم بدور رئيسي في إيجاد الحلول الودية، وإن كان البعض يعتقد بأن القضاة عند تطبيق الوسائل الودية يفقدون سلطاتهم التي تمثل في اتخاذ القرار ويعتبر الكثيرون بأن الحل القابل للتفاوض خارج الدعوى سينزع قواعد عملهم في القضاء.

الفصل الثانـي

وسائل التسوية الودية لمنازعات التجارة الدولية

الفصل الثاني: وسائل التسوية الودية لمنازعات التجارة الدولية:

من المعلوم أنه قد تنشأ عن العلاقات التجارية الدولية منازعات بين الأطراف العلاقة التعاقدية بسبب أو لآخر في طور سريانها أو خلال تنفيذها، وما يتبع ذلك من إشكالات، ومن ثم كان لا بد من البحث عن آليات ودية غير اللجوء إلى القضاء لحل أو إنهاء النزاع القائم بين الطرفين وذلك من خلال اللجوء إلى التحكيم أو الوسائل الأخرى المتمثلة في المساعي الحميدة والتي تشمل المشاورات والوساطة والصلح بالإضافة إلى التوفيق وهذا ما سنتطرق إليه في هذا الفصل بعنوان وسائل التسوية الودية لمنازعات التجارية الدولية ففي المبحث الاول المفاوضات والمبحث الثاني التوفيق والوساطة والصلح التجاري الدولي اما المبحث الثالث التحكيم التجاري الدولي.

المبحث الأول: المفاوضات

المفاوضات هي إجراء يتمثل في قيام الأطراف المتنازعة بدراسة مشتركة لطبيعة النزاع، وتبادل وجهات النظر بشأنه بهدف الوصول إلى تسوية مناسبة له.

وتقدم المشاورات عدة امتيازات، فمن جهة تعتبر المشاورات الوسيلة الأكر سرعة لحل الخلافات فهي تتدخل في مرحلة لا زال فيها النزاع التجاري لم يبلور بعد نهائيا وهذا يستجيب تماماً مع خصوصيات طبيعة النزاعات التجارية ومن جهة ثانية تعتبر المشاورات الوسيلة الأكثر قبولاً وتفضيلاً من طرف الحكومات، فهي تشمل الأسلوب الوحيد لحل النزاع الذي لا يتضمن تدخلاً للغير مما يوفر للدول المحكوم بها حبس المحافظة على سيادة القدرة على التحكم في مجريات حل النزاع.

كما أن الطابع السري الذي تحاط به المشاورات يسمح بإبقاء الرأي العام بعيداً عن تفاصيل النزاع [1].

([1]) د. إبراهيم بن فرج، فض النزاعات في إطار منظمة التجارة العالمية، مقال منشور في المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، سلسلة مواضيع الساعة ، عدد 41-2003، ص130.

المطلب الأول: مفهوم التفاوض وعناصره

سنتطرق في المطلب الى فرع الاول بعنوان مفهوم التفاوض والفرع الثاني يحمل عنوان عناصر التفاوض الرئيسية

الفرع الأول: مفهوم التفاوض:

التفاوض هو موقف تعبيري حركي قائم بين طرفين أو أكثر حول قضية من القضايا يتم من خلاله عرض وتبادل وتقريب ومواءمة وتكييف وجهات النظر واستخدام كافة أساليب الإقناع للحفاظ على المصالح القائمة، أو للحصول على منفعة جديدة بإجبار الخصم على القيام بعمل معين، أو الامتناع عن عمل معين في إطار علاقة الارتباط بين أطراف العملية التفاوضية تجاه أنفسهم أو اتجاه الغير.

الفرع الثاني: عناصر التفاوض الرئيسية:

وتتمثل عناصر التفاوض الرئيسية في:

أولاُ: الموقف التفاوضي:

يعد التفاوض موقف ديناميكي أي حركي يقوم على الحركة والفعل ورد الفعل إيجاباً وسلباً وتأثيراً أو تأثراُ، والتفاوض موقف مرن يتطلب قدرات هائلة للتكيف السريع والمستمر وللموائمة الكاملة مع التغيرات المحيطة بالعملية التفاوضية.

ثانياً: أطراف التفاوض:

يتم التفاوض بالعادة بين طرفين، وقد يتسع نطاقه ليشغل أكثر من طرفين نظراً لتشارك المصالح وتعارضها بين الأطراف المتفاوضة، ومن هنا فإن أطراف التفاوض يمكن تقسيمها أيضاً إلى أطراف مباشرة، وهي الأطراف التي تجلس فعلاً إلى مائدة التشاورات وتباشر عملية التفاوض، وإلى أطراف غير مباشرة وهي الأطراف التي تشكل قوى ضاغطة لاعتبارات المصلحة أو التي لها علاقة قريبة أو بعيدة بعملية التفاوض[1].

([1]) د. إبراهيم بن فرج، نفس المرجع السابق، ص132.

ثالثا: موضوع التفاوض:

لا بد أن يدور حول موضع معين يمثل محور العملية التفاوضية وميدانها الذي يتبارز فيه المتفاوضون، وقد تكون القضية، قضية إنسانية عامة، أو قضية شخصية خاصة وتكون قضية اجتماعية، أو اقتصادية أو سياسية أو أخلاقية أو تجارية.. إلى آخره، ومن خلال القضية المتفاوض من شأنها يتحدد الهدف التفاوضي، وكذا غرض كل مرحلة من مراحل التفاوض، بل والنقاط والأجزاء والعناصر التي يتعين تناولها في كل مرحلة من المراحل والتكتيكات والأدوات والاستراتيجيات المتعين استخدامها في كل مرحلة من المراحل.

رابعا: الهدف التفاوضي:

لا تتم أي عملية تفاوض بدون هدف أساسي تسعى إلى تحقيقية أو الوصول إليه وتوضع من أجل الخطط والسياسات فبناءً على الهدف التفاوضي يتم قياس مدى تقدم الجهود التفاوضية في جلسات التفاوض وتعمل الحسابات الدقيقة، وتجري التحليلات العميقة لكل خطوة.

المطلب الثاني: خطوات وخصائص التفاوض:

التفاوض بصفته وسيلة من الوسائل الودية لحل النزاعات التجارية الدولية فقد يتطلب هذا مجموعة من الخطوات و الخصائص الواجب توافرها.

الفرع الاول: خطوات التفاوض:

لكي يحقق التفاوض مبتغاه لابد من المرور بمجموعة من خطوات والمراحل:

الخطوة الأولى: تحديد وتشخيص القضية التفاوضية:

وهي أول خطوات العملية التفاوضية حيث يتعين معرفة وتحديد وتشخيص القضية المتفاوض بشأنها ومعرفة كافة عناصرها وعواملها المتغيرة ومرتكزاتها الثابتة، وتحديد كل[1]

([1]) د. إبراهيم بن فرج، نفس المرجع السابق، ص133.

طرف من أطراف القضية والذين سيتم التفاوض معهم، وتحديد الموقف التفاوضي بدقة لكل طرف من أطراف التفاوض ومعرفة ماذا يرغب أو يهدف من التفاوض.

الخطوة الثانية: تهيئة المناخ للتفاوض:

إن هذه الخطوة هي خطوة مستمرة وممتدة تشمل وتغطي كافة الفترات الأخرى التي يتم الاتفاق النهائي عليها وجني المكاسب الناجمة عن عملية التفاوض.

وفي هذه المرحلة يحاول كل من الطرفين المتفاوضين خلق جو من التجاوب والتفاهم مع الطرف الآخر بهدف تكوين انطباع مبدئي عنه واكتشاف الاستراتيجية التي سوف يسري على مداها في المفاوضات وردود أفعاله أمام مبادراتنا وجهودنا التفاوضية.

الخطوة الثالثة: قبول الخصم للتفاوض:

وهي عملية أساسية من عمليات وخطوات التفاوض لقبول الجلوس إلى مائدة المفاوضات، ومن ثم تنجح المفاوضات او تكون أكثر سيراً خاصة مع اقتناع الطرف الآخر أن التفاوض هو الطريق الوحيد.

الخطوة الرابعة: التمهيد لعملية التفاوض الفعلية والإعداد لها تنفيذياً:

وتشمل الخطوات التالية:

- اختيار أعضاء فريق التفاوض إعدادهم وتدريبهم للتفاوض.
- وضع الاستراتيجيات التفاوضية واختيار السياسات التفاوضية المناسبة لكل مرحلة من مراحل التفاوض.
- التفاوض على أجندة المفاوضات، وما تتضمنه من موضوعات أو نقاط أو عناصر سيتم التفاوض بشأنها واولويات تناول كل منها بالتفاوض.
- اختيار مكان التفاوض وتسهيل كافة التسهيلات الخاص به[1].

([1]) د. إبراهيم بن فرج، نفس المرجع السابق، ص136

الخطوة الخامسة: بدء جلسات التفاوض الفعلية.

الخطوة السادسة: الوصول إلى اتفاق ختامي وتوقيعه.

الفرع الثاني: خصائص عملية التفاوض:

1- التفاوض عملية تتكون من عدة مراحل:

- تشخيص القضية وتحديدها (القضية محور التفاوض).
- تهيئة مناخ التفاوض.
- قبول الأطراف المتنازعة للتفاوض.
- بدا عملية التفاوض.
- التوصل إلى اتفاق.
- تقم ومتابعة النتائج.

2- المفاوضات عملية تبادلية:

- مبدأ الأخذ والعطاء.
- التنازل والمقابل.
- ربح/ ربح.
- ربح/ خسارة.

3-المفاوضات علاقة اختيارية.

- توفر الرغبة في التفاوض[1].

4-المفاوضات عملية محاطة بالقيود والمحفزات:

([1]) د. إبراهيم بن فرج، نفس المرجع السابق، ص137

- قيود قانونية.
- ضغط نفسي.

5-هناك قدر من الصراع والنزاع:

- صراع الموارد.
- صراع الوسائل.
- صراع القيم.

6-تقوم نتائج المفاوضات على عدم التأكد.

المطلب الثالث: المشاورات في منظمة التجارة الدولية:

نظمت المادة الرابعة من وثيقة التفاهم كيفية تسوية المنازعات التجارية بموجب هذه الوسيلة في إطار منظمة التجارة الدولية على ما يلي:

" تؤكد الأعضاء تصميمها على تقرير وتحسين فعالية إجراءات التشاور التي تتبعها ".

حيث أكد الأعضاء في الفقرة الأولى من هذه المادة على تصميمهم على تعزيز وتحسين فعالية إجراءات التشاور التي يجب إتباعها فيما بينهم وفي هذا الصدد فإنه من المتعين على كل دولة عضو أن تبدي اهتمام ملحوظاً وتتيح الفرص الملائمة للتشاور مع غيرها من الدول الأعضاء في حالة تلقيها طلباً أو شكوى بالتضرر من أي إجراء أو تدبير تكون قد قامة باتخاذه على أرضها ويكون من شأنه التأثير في التنفيذ أو تطبيق أي اتفاقية تجارية من الاتفاقات المشمولة ولأن التشاور لا يخرج عن كونه إجراء دبلوماسياً يتمثل فيطلب تبادل وجهات النظر بين الدول المعنية لذا فإنه وسيلة سريعة يمكن أن تحقق نتائج ملموسة لإزالة أسباب الشكوى وقد وضعه وثيقة التفاهم كإجراء أولى وضروري قبل[1]

(1) د. إبراهيم بن فرج، نفس المرجع السابق، ص141

الانتقال الى المراحل الأخرى لتسوية المنازعات كما أحاطته وثيقة التفاهم بمجموعة من الظمآنات والضوابط تسهم في فعاليته وتقوي من دورة في إنهاء الخلاف مثل :

1. التزام الدولة مقدمة طلب التشاور بإخطار جهاز تسوية المنازعات وكذا المجالس واللجان ذات الصلة موضحة فيه كافة الأمور كتابةً المتعلقة بالإجراء الذي تتظلم منه.

2. يتعين الاستجابة للتشاور خلال مدة لا تتجاوز عشرة أيام من تاريخ تسلم الطلب كما يتعين بدأ التشاور بحسن النية خلال فترة لا تتجاوز ثلاثون يوماً من يوم تسلم الطلب والعمل على حل مرضي للطرفين[1].

3. في حالة عدم التوصل لحل مرضي خلال الستين يوم من تاريخ تقديم الطلب أو إذا أعلن الطرفان المتشاوران معاً إن المشاورات قد أخفقت في تسوية النزاع خلال هذه الفترة يجوز للطرف الشاكي أن يطلب تشكيل لجنة تحكيم لعرض النزاع عليها.

4. يجوز للأعضاء في الحالات المستعجلة بما فيها تلك المتعلقة بالسلع سريعة التلف أن تدخل في مشاورات خلال مدة لا تزيد عن عشرة أيام من تاريخ تسلم الطلب وإذا أخفقت المشاورات في حل النزاع خلال فترة عشرين يوماً بعد تسلم الطلب جاز للطرف الشاكي أن يطلب إنشاء لجنة التحكيم.

5. يجوز لأي عضو له مصلة تجارية جوهرية في مشاورات دائرة أن يطلب من الأطراف المتشاورة وجهاز تسوية المنازعات الانضمام إلى تلك المتشاورات وإذا لم يتم قبول طلب الانضمام يكون من حق العضو طالب الانضمام أن يتقدم لطلب مستقل للتشاور.

([1]) عرفت العديد من القضايا طريقها إلى حل مرضي بفضل استمرار المشاورات حتى بعد اللجوء إلى التحكيم، مثال قضية الضرائب على الأرباح العائدة من الأفلام الأجنبية التي رفعتها الولايات المتحدة الأمريكية ضد تركيا وكذلك قضية الدعم المقدم للصادرات من المواد الفلاحة التي أقيمة ضد هنغاريا من طرف كل من الأرجنتين، أستراليا، كند، الولايات المتحدة الأمريكية، نيوزيلاندا، تايلاند.

6. في جميع الأحوال يتعين ان تكون المفاوضات سرية.

7. يتعين ان تأخذ الأطراف المتشاورة في اعتبارها المصالح التجارية ذات الأهلية للدول النامية الأعضاء خلال التشاور.

ولقد نصت المادة 04 الفقرة 2 من مذكرة التفاهم الخاصة بتسوية المنازعات في أطار منظمة التجارة الدولية بقولها:

" يتعهد كل عضو بالنظر بعين العطف إلى أية طلبات يقدمها الطرف الآخر فيما يتعلق بإجراءات متخذة في أراضي ذلك العضو بشأن تطبيق أي اتفاق مشمول، وأن يوفر الفرصة الكافية للتشاور بشأنها "

هذا يقوم واجب التحفظ على فكرة وظيفية، هي إعطاء تنبيه إلى الدولة العضو المدعاة عليها، بإن الدولة طالبة التشاور ستقوم باتخاذ إجراءات طلب تسوية عن طريق فريق التحكيم في خلال فترة معينة، إذا لم تفلح المشاورات في الوصول إلى تسوية مناسبة ومع ذلك فليس هناك التزام على فريق التحكيم بألا يحكم في المسألة إلا إذا تم استنفاذ الوسائل السلمية لتسوية النزاع ونصت الفقرة الثالثة من المادة الرابعة من القواعد سالفة الذكر على أنه:

" إذا قدم طلب المشاورات عملاً باتفاق مشمول، يجب على العضو الذي يقدم إليه الطلب، مالم يجري اتفاق متبادل على عكس ذلك، أن يجيب على الطلب في غضون عشرة أيام من تاريخ تسلمه وأن يدخل بحسن النية في مشاورات ضمن فترة لا تتجاوز ثلاثون يوماً بعد تسلم الطلب، بهدف التوصل إلى حل مرض للطرفين، وإذا لم يرسل العضو رداً في غضون عشرة أيام من تسلم الطلب، أول لم يدخل في مشاورات ضمن فترة لا تتجاوز عشرة أيام بعد تسلم الطلب، حق للعضو الذي طلب المشاورات أن ينتقل مباشرة إلى طلب إنشاء فريق لحسم النزاع "

وعلى العضو الطالب للمشاورات أن يغطي الجهاز والمجالس واللجان ذات الصلة يطلب المشاورات بطلبه المشاورات وتقدم طلبات عقد المشاورات كتابة وتدرج الأسباب الداعية للطلب بما فيها تحديد الإجراءات المتعرض عليها مع ذكر الأساس القانوني للشكوى (المادة 04 الفقرة 04).

كما أن الفقرة 05 من ذات المادة والمذكرة تقضي أنه: " يجب على الأعضاء أن تسعى خلال رسائل المفاوضات وفق الأحكام اتفاق مشمول إلى تسوية مرضية للمسألة، قبل اللجوء إلى أي إجراء آخر ينص هذا التفاهم "•

هذا ويرى البعض أن المشاورات تعتبر خطوة مبدأيه هامة لإنهاء النزاع، حيث أنها تتيح للعضوين المتنازعين الفرصة لإعادة التهيؤ للخطوة التالية للتسوية[1].

أي يجب على الأعضاء أن يسعوا خلال سير المفاوضات إلى تسوية مرضية للنزاع، قبل اللجوء إلى أي أجراء آخر.

ونصت الفقرة 6 من ذات المادة والمذكرة على انه: " تكون المفاوضات سرية وينبغي ألا تخل بحقوق أي عضو في أي إجراءات لاحقة ... "

إذا ما تعنيه هذه الفقرة هو أن جميع الوثائق المستخدمة خلال أو اثناء عملية التشاور كالأسئلة والإجابات المتبادلة بين طرفي التشاور، لا تصبح جزءاً من الوثائق الرسمية لمنظمة التجارة العالمية، ولا يحصل تعميم لها على الدول الأعضاء غير الأطراف في عملية التشاور.

هذا والسرية الواردة في هذه الفقرة تتناسب وطبيعة مرحلة التشاور التي يخوضها الطرفان المتنازعان، والتي يكون الهدف الأساسي منها هو السماح للطرفين بتوضيح المسائل موضوع النزاع، ومحاولة حلها بغير طريق إنشاء فريق التحكيم وإذا أخفقت المشاورات في

(1) mouloud yahia- bacha le reglement des differends dans le cadre de l'organization mondiale du commerce revue tunisiennne de droit centre du publication universitaire tunis, 1998, p174.

تسوية نزاع ما في غضون 60 يوما بعد تاريخ تسلم الطلب إجراء المشاورات، جاز للطرف الشاكي أن يطلب إنشاء فريق لحسم النزاع.

ويجوز للطرف الشاكي أن يطل تشكيل فريق قبل انقضاء 60 يوماً إذا ما اعتبر الطرفان المتشاوران معاً أن المشاورات قد أخفقت في تسوية النزاع (المادة 04 الفقر 07).

ويجوز للأعضاء في الحالات المستعجلة، بما فيها تلك المتعلقة بالسلع سريعة التلف ان يدخلوا في مشاورات في غضون مالا يزيد عن 10 أيام من تاريخ تسلم الطلب، وإذا أخفقت المشاورات في حل النزاع خلال 20 يوماً بعد تسلم الطلب جاز للطرف الشاكي أن يطلب إنشاء فريق (المادة 04 فقرة 08).

والملاحظ أن مرحلة المفاوضات تستمر حتى بعد إنشاء مجالس التحكيم وإلى حين إعداد تقرير حول النزاع.

إضافة إلى طلب عقد المشاورات يمكن للأطراف المتنازعة أن تختار وسائل بديلة لتسوية النزاعات كالتوفيق والوساطة والصلح.

المبحث الثالث: التوفيق الوساطة والصلح التجاري الدولي:

المطلب الأول: التوفيق

إن التوفيق التجاري الدولي ذات أهمية كبيرة في عملية تسوية منازعات التجارة الدولية خاصة وأن أطراف هذه التجارة علاقتهم متشابكة ومستمرة وفي تزايد مضطرد يوميا تلو الأخر، وهو ما يساعد على تحقيق تقدم ملحوظ في الدور الذي تساهم به في تسوية تلك المنازعات الأمر الذي بدوره يؤثر على تنمية وتطور حكة التجارة الدولية من خلال المحافظة على العلاقات الودية بين أطرافها، ويساعد على زيادة أوامر الود واستمرار العلاقات والمحافظة على روح التعاون والتكامل بينهم.

على الرغم من تكريس الاتفاقيات الدولية لهذه الوسيلة من سبل تسوية المنازعات، إلا أنها لم تتصدى لوضع تعريف لها، فلقد اكتفت هذه المعاهدات بتبيان وسائل تسوية

المنازعات الدولية، سواء أكانت ويدية[1] أم قضائية، ثم أغلقت أو تجنبت وضع تعريف للأولى تاركة عبء الأمر على الفقه.

وعلى هذا الأساس يمكن تعريف التوفيق التجاري بأنه طريق ودي لتسوية المنازعات التي تنشأ بين الأطراف قوامه اختيار أحد الأطراف للقيام بالتوفيق (الموفق) وصولا إلى حل للنزاع عن طريق التقريب بين وجهات النظر المختلفة دون أن يمتد دوره إلى اقتراح حل يرتضيانه.

ويمكن تعريفه بأنه نوع آخر من الوسائل الودية لحسم النزاعات التجارية ويتم بواسطة شخص ثالث حيادي ونزيه، يحاول أن يقرب أطراف النزاع ويقترح اتفاق صلحي بينهم، ويطلق هذا الشخص اسم الموفق وتكون قراراته غير ملزمة ولا يكون تنفيذها جبرا، ففي واقع الأمر مفاده أن الموفق اقتراحات لأطراف النزاع في نهاية عمله.

أولا: طريق ودي لتسوية المنازعات:

بوضع التعريف السابق القاسم المشترك المميز للتوفيق يكون طريق ودي لتسوية ما يثور بين الأطراف من منازعات وما يعوق علاقاتهم من مشاكل تحول دون تمام تنفيذها أو استمرارها، فالتوفيق لا يعد على خلاف التحكيم، وسيلة قضائية يرتكن إليها لحسم ما يثور بين الأطراف من منازعات، وإنما أحد الوسائل التي يضع فيها القرار من خلال لأطراف أو برضائهم، فإن كان التوفيق يهدف شأنه في ذلك شأن كافة الوسائل الحديثة في تسوية المنازعات الناشئة بين الأطراف فإنه يتميز بكونه طريقا وديا لفضها، ولعل هذه السمة هي التي تجعل من تلك الوسيلة، بمناه عن رقابة القضاء.

فما يقوم به الموقف لا يخضع لرقابة القضاء بصفة عامة[2].

---

[1]والتوفيق بالمعنى الذي نقصده هو التوفيق غير القضائي esctre judiciaire أي ذلك الذي يتحقق في غياب القاضي.

[2] وذلك على عكس التوفيق القضائي، إذ يخضع ما يقوم به، الموفق لرقابة القضاء.

ثانيا: طريق اختياري:

كما يبرز التعريف أيضا الطابع الاختياري للتوفيق التجاري الدولي فهذه الوسيلة تعتمد بصورة أساسية على إرادة الأطراف سواء تمخض التعبير عن الرضا بقبول هذا الطريق، أو في المشاركة الجادة أم في التنازل عن بعض الطلبات أملا في الوصول إلى حل يلبي الرغبات ويخصص الآمال المرجوة عند قيام العلاقة موضوع النزاع، فسلوك سبيل التوفيق ينبع عن إرادة ورغبة الأطراف ومن ثم فإنه لا يمكن فرض هذا السبيل أو إملاءه عليهم[1] فاللجوء إليه يعتمد بصورة كبيرة قبوله واتجاه إرادة الأطراف إلى سلوكه، يستوي بعد ذلك الوقت الذي يختار فيه، أي سواء أكان هذا الوقت قبل نشأة النزاع أو بعده، قبل خوض طريق التحكيم أو بعده.

فالتوفيق ينشأ نتيجة لاتفاق الأطراف على تدخل شخص من الغير لتسوية النزاع، فعلى الرغم من تنظيم قواعد للتسوية الودية إلا أن سلوك هذا الطريق يعتمد على رغبة الأطراف في ولوجه وتجمع هذه الصفة كافة الوسائل الحديثة لتسوية المنازعات، فإن كان التوفيق يبدأ بطلب من احد الأطراف من عدمه، فإن التحكيم يجد مصدره في اتفاق الأطراف الذي يستمد منه المحكم سلطاته... وتبدأ هذه السمة الاختيارية بوضوح في الوقت الذي يمكن الاتفاق فيه على اللجوء إليها، فكلما يكون الاتفاق سابقا على نشأة النزاع يجوز أن يكون تاليا له، ولو كانت قد أقيمت بشأنه دعوى قضائية أو تحكيمية، فبدأ إجراءات التوفيق إما يكون بناءً على مبادرة أحد الطرفين بعد نشأة النزاع وإما امتثالا لاتفاق متبادل بين

---

[1] هذه الصفة تبرزها بوضوح المادة 5 فقرة 1 من مذكرة التفاهم بنصها على أن "المساعي الحميدة والتوفيق والوساطة تتخذ طواعية إذا وافق على ذلك طرف النزاع" ولا يغير هذا الطابع الاختياري لتلك السبيل ما تنص عليه المادة الخامسة فقرة السادسة من مذكرة التفاهم من انه يجوز للمدير العام لمنظمة التجارة العالمية لحكم وظيفته أن يعرض هذه الوسائل السليمة بهدف مساعدة الأعضاء على تسوية منازعاتهم، إذ لا يعني هذا النص أن الأطراف المتنازعة عليها الانصياع لعرض المدير العام للمنظمة (راجع د/ محمد حيسام لطفي، تنفيذ الحماية القانونية وتسوية المنازعات طبقا لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية تربيس) من منشورات المنظمة العالمية للملكية الفكرية 1997، ص 8.

الطرفين قبل نشأته[1]، فالاتفاق على اللجوء إلى التوفيق قد يكون في وقت سابق على رفع الدعوى أو أثناء نظرا لنزاع.

وإن كان البعض يفضل اللجوء إليه في المرحلة الثانية (أثناء نظر الدعوى)، إذ في هذه الأخيرة يكون من السهولة بمكان الوصول بالأطراف إلى حل يرضيانه فكلما تطور النزاع كلما بدأ أكثر وضوحا أمام الأطراف مما يمكنهم من تقدير الأمور بصورة محددة والمعرفة على وجه دقيق لمدى احتمالات تحقيقه للأهداف التي يرجون الوصول إليها.

وهو الأمر الذي منح الأطراف فرصا جيدة وملائمة لإجراء التوفيق بينهم يضاف إلى ذلك أن إجراء التوفيق في مرحلة سابقة على رفع الدعوى يمثل مضيعة للوقت إذ لا مفر في حالة الفشل أو عدم قبول التسوية من لجوء الأطراف إلى الدعوى القضائية أو التحكيمية لتسوية هذا النزاع.

مع هذا نرى مع البعض وبحق أن هذه الوسيلة الودية لا تحقق الهدف الذي تصبوا إليه إلا بتحبيذ اللجوء إليها قبل نظر النزاع، ففي هذا الوقت فقط تتحقق النتائج التي ترمي إليها، طالما أنه يمكن للأطراف التوصل إلى حلول ملائمة لمنازعاتهم دون تأثير على علاقاتهم في المستقبل، والتي يؤثر عليها بلا شك بدء المنازعة بينهم فإذا كان الأطراف ينظرون إلى الأمام عند اختيارهم للتوفيق فإنه من الضروري مساعدتهم على المحافظة على استمرار العلاقات بينهم، بل وزيادتها وهو الأمر الذي لن يتحقق إلا بسلوك قبل نظر النزاع أمام المسارات الأخرى، وذلك على عكس الحال عند اللجوء إلى التحكيم أو القضاء، إذ يسلك الأطراف هذه الطريق أو ذلك وهم ينظرون إلى الخلف، لما يؤدي إليه كل منهما من إنهاء للعلاقات وقطع لأوامر التعاون بينهم يضاف إلى ذلك أن عملية التوفيق لا تستغرق وقتا طويلا وبالتالي فإن نجاحها يغني الأطراف عن اللجوء إلى السبل الأخرى وما تتصف به من بطء وتعقيد ونفقات باهظة.

---

[1]د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية 1984، ص 488، د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري، منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة الخامسة، 1988، ص 21.

فبدء عملية التوفيق قبل خوض سبيل المنازعة بما يحمله من تكلفة ومشقة يعد أمرا ضروريا حتى ولو باءت عملية التسوية الودية في النهاية بالفشل، نظرا الاتفاق ذلك مع الفلسفة التي من أجلها شرع هذا السبيل وانسجامه مع الكيفية التي تتم من خلالها عملية التسوية بين الأطراف.

المطلب الثاني الوساطة:

تعتبر الوساطة الأساس الذي يقوم عليه نظام الطرق الودية، فهي المحرك والسبل لإيجاد حل توافقي بين المتنازعين وأصبحت تبدو الوجه أو الصورة الأنسب للقضاء والعدالة، إذ يكون القرار فيها من صنع الأطراف ويقتصر دور الوسيط في المساعدة على تحديد النزاع وإزالة العقبات وتقريب وجهات النظر.

الوساطة لغة:

ويقصد بالوساطة في اللغة أنها مأخوذة من الوسط وهو ما بين طرفي الشيء

والمعتدل من كل شيء ومن قوله تعلى: {وَكَذَلِكَ جَعَلْنَاكُمْ أُمَّةً وَسَطاً} "[1]

وفي القاموس الوسيط هو المتوسط بين المتخاصمين والوساطة بهذا المعنى قد تظهر في عدة مجالات كالسياسة والتجارة وغيرها.

الوساطة فقها:

عرفت الوساطة على أنها "أسلوب من أساليب الحلول الودية لفض النزاعات تقوم على توفير ملتقى للأطراف المتنازعة للاجتماع والحوار وتقريب وجهات النظر بمساعدة شخص محايد وذلك لمحاولة التوسط لحل النزاع"

ويمكن تعريف الوساطة بأنها: "عبارة عن عملية مفاوضات غير ملزمة يقوم بها طرف ثالث محايد يهدف إلى مساعدة أطراف النزاع للتوصل إلى حل النزاع القائم بينهم

([1]) (سورة البقرة الآية 143).

وذلك من خلال إتباع واستخدام فنون مستحدثة في الحوار لتقريب وجهات النظر وتقييم المراكز القانونية لطرفي النزاع تحت غطاء السرية"[1].

ويمكن تعريف الوساطة التجارية بأنها عقد على عوض معلوم للوسيط مقابل عمل بحرية بين طرفين لأنيابه عن أحدهما[2].

وتعرف كذلك بأنها وسيلة اختيارية يتم اللجوء إليها برغبة الأطراف خلال أي مرحلة من مراحل النزاع ويختارون خلالها إجراءات وأسلوب الوساطة من اجل 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 المثقل بالدعاوي[3].

أما المشرع الجزائري فعند سنه لقواعد الوساطة لم يقدم تعريفا لها وإنما ترك أمر تعريفها للفقه وعليه يمكن تعريفها على أنها: "وسيلة لحل النزاعات من خلال تدخل شخص خالص نزيه وحيادي ومستقل يزيل الخلاف القائم، وذلك باقتراح حلول عملية منطقية تقرب وجهات نظر المتنازعين بهدف إيجاد صيغته توافقية وبدون أن يفرض عليها حلا أو يصدر قرارا ملزما"[4].

كمل يمكن تعريفها أيضا على أنها: "إحدى الطرق الفعالة لفض النزاعات بعيدا عن عملية التقاضي وذلك من خلال إجراءات سرية تكفل الخصوصية بين أطراف النزاع من

---

[1] أنظر د.أنور محمد صدقي، المساعدة والدكتور بشير سعد زغلول الوساطة في انهاء الخصومة الجنائية "دراسة تحليلية نقدية" مجلة الشريعة والقانون، العدد الأربعون، أكتوبر، 2009، ص 294 وما بعدها.

[2] د.عبد الرحمن بن صالح الأطرم، الوساطة التجارية في العاملات المالية، مركز الدراسات والإعلام دار شبيليا، ص 43.

[3] المحامي الدكتور عمر مشهور، حديثة الجازي، الوساطة كوسيلة لتسوية منازعات الملكية الفكرية، "ندوة بعنوان الوساطة كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات" 28 كانون أول 2004، جامعة اليرموك اربد المملكة الأردنية الهاشمية، ص 03.

[4] د.بن حمري الهادي، الطابع القانوني لنظام الوساطة كبديلة لفض النزاعات على ضوء أحكام قانون الاجراءات المدنية والإدارية، محاضرة ألقيت بمجلس قضاء المسيلة، الجزائر، 2009/04/23، ص 4.

خلال استخدام وسائل وفنون مستحدثة في المفاوضات بغية الوصول إلى تسوية ودية مرضية لجميع الأطراف".

كما تعرف أيضا أنها: "تقنية إجرائية لحل النزاعات يستطيع من خلالها طرف محايد ومستقل ونزيه يدعى الوسيط مساعدة الخصوم على حل مشاكلهم عبر الحلول والتفاوض للوصول إلى اتفاق بلائمهم".

المطلب الثالث: الصلح:

قد يتطلب حسم نزاع معين أو خصومة كثيرا من التعقيدات من حيث الإجراءات التي تتطلبها الدعوى وقد يستغرق ذلك وقتا وتكاليف باهظة لإنهاء تلك الخصومة.

كما قد يشوق الخصوم نزاعا بإنهائه صلحا ينتج عنه تخفيف العبء بينهم وربح الوقت والتكاليف وتعقد الإجراءات.

ولئن مختلف التشريعات قد أجازت للخصوم والأطراف اللجوء إلى التصالح تلقائيا بإرادتهم المنفردة دون تدخل القضاء في حسم منازعاتهم أو خصوماتهم فإن ذلك يعد صلحا غير قضائيا أي تم خارج دائرة القضاء ومن دون فرضه عليهم من حيث كونه اختياري جوازي ومن نتائجه حسم النزاع نهائيا.

ولتعريف الصلح يجب أن نتناول تعريفه لغة وفقها وكذا التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري.

أولا: الصلح لغة

هو إنهاء الخصومة فنقول صالحه وصلاحا إذن صلاحه وصافاه ونقول صالحه على الشيء أي سلك معه مسلك المسالمة في الاتفاق، وصلح الشيء إذا زال عنه الفساد[1]

الصلح في الشريعة الإسلامية لقد عرف الصلح من طرف فقهاء الشريعة بما يلي:

---

[1]د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الخامس، المجلد الثاني، دار احياء التراث العربي، بيروت، ص 509.

في الفقه المالكي: هو انتقال حق أو دعوى لرفع نزاع أو خرق وقعه

في الفقه الشافعي: هو الذي تتقطع به خصومة المتخاصمين

في الفقه الحنبلي: هو معاقدة يتوصل إلى موافقة بين مختلفين

في الفقه الحنفي: هو عقد يرتفع به التشاجر والتنازل بين الخصوم وهما منشأ الفساد والفتن[1].

ثانيا: الصلح فقها

عرفه الدكتور أحسن بوسقيعة "عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو محتملا، وذلك من خلال التنازل المتبادل"[2].

وعرفته الأستاذة ابتسام الفرام في مؤلفاتها "المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري بان الصلح (المصالحة) عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو محتملا وذلك من خلال التنازل المتبادل".

وعرفه القانون المصري في المادة 549 من القانون المدني[3] بأنه: "عقد يحسم به الفريقان النزاع القائم بينهما أو يمنعان حصوله بالتساهل المتبادل".

وقد عرف القانون الفرنسي عقد الصلح بأنه "عقد ينهي الفريقان فيه نزاع قائما أو محتمل الوقوع"[4]

---

[1] د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء الخامس، دار الفكر، دمشق، ص 295.

[2] د. أحسن بوسيقة، المنازعات الجمركية في ضوء الفقه واجتهاد القضاء والجدي في قانون الجمارك، دار الحكمة، الجزائر، 1998، ص 229.

[3] د. فضيل العيش، الصلح في المنازعات الإدارية وفي القوانين الأخرى، منشورات بغدادي، الجزائر، ص 33.

[4] أنظر د. فضيل العيش.

الصلح في التشريع الجزائري:

عرف المشرع الجزائري الصلح في المادة 459 من القانون المدني يقولها أن الصلح: "فقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقان به نزاعا محتما وذلك بأن يتنازل كل طرف منهما على وجه التبادل عن حقه[1].

كما جعله جوازياً في بعض المسائل المالية المتعلقة بالحالة الشخصية وبعدم جوازه أصلا في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية[2].

ثالثا شروط الصلح:

لما كان الصلح وسيلة من الوسائل المنهية للنزاع ومن ثم فإنه يخضع للقواعد العامة المألوفة التي تطبق على العقود وأن أركان العقد العامة وهي الرضا المحل والسبب فضلا عن مقومات أخرى ثلاث وهي: وجود ميزان قائم أو محتمل، نية حسم النزاع ونزول كل من المتصالحين على وجه التقابل عن جزء من حقه، بمعنى أن الصلح هو قطع الخصومة وإنهائها وديا، بناءا على إرادة المتخاصمين.

وجود نزاع قائم أو محتمل:

بمعنى أن يكون النزاع بين متخاصمين جدي وليس هزلي.

وإذا كان هناك نزاع قائم مطروح أمام الجهات القضائية وأنهاه الطرفان بالصلح كان الصلح هذا قضائيا مع وجوب التمييز فيما إذا كان جوازيا أو إجباريا من حيث المجال الذي ورد فيه، ويشترط على ألا يكون قد سدر حكم نهائي في النزاع بل يكفي تكريسه في محضر اتفاق فقط وإلا انتهى النزاع بالحكم وليس بالصلح.

---

[1] قرار المحكمة العليا لغرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم 103637 مؤرخ في 1994/04/19 الاجتهاد القضائي، لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص لسنة 2001، ص 94.

[2] المادة (461) ق.م.ج.

وليس من الضروري أن يكون ثمة نزاع مطروح على القضاء فيكفي أن يكون محتمل الوقوع بين طرفين فيكون الصلح لتوقي هذا النزاع ويكون في هذا الصلح غير قضائي أي اتفاقي ودي جوازي وذلك لتجنب طول وعناء التقاضي[1].

نية حسم النزاع:

بمعنى أن يقصد الطرفان حسم النزاع بينهما إما بإنهائه إذا كان قائما وإما بتوخيه إذا كان محتملا، أما إذا لم تكن لدى الطرفين نية حسم النزاع وقد تأتي الصلح على بعض الأجزاء المتنازع عنها ولا يشمل جميع المسائل كأن يحسم المتخاصمين جزءا من الخصومة ويترك الباقي إلى القضاء لإنهاء النزاع لتتولى المحكمة البث فيه.

تنازل كل طرف عن جزء من حقه:

أي نزول إرادة كل من المتصالحين على وجه التبادل عن الحق في مواجهة الآخر، فإن نزل أحدهما عن كل ما يدعبه على الحق ولم يتنازل الآخر عن شيء مما يدعيه لم يكن هذا صلحا، وإنما تسليم بحق الخصم كما لا يشترط أن يكون التنازل متعادلا من الجانبين فقد ينزل أحدهما عن جزء كبير ويتنازل الآخر عن بعض، فإن ذلك يكون صلحا.

وعلى هذا الأساس فإن تنازل كل من المتنازعين إراديا فإن ذلك يعتبر تصالحا يؤدي إلى إنهاء النزاع بين الطرفين[2].

كما كرس قانون المنافسة والممارسات التجارية شروطا للمصالحة حيث أنه لا يمكن أن تتحقق تسوية النزاع وديا بالمصالحة إلا إذا توفرت فيها شروط.

ألا يكون مرتكب المخالفة في حالة العود، وأن لا تكون الغرامة المقررة قانونا للمخالفة تزيد عن ثلاثة ملايين دينار وأن تكون الجهة التي أبرمت المصالحة مختصة، حيث يختص

---

[1] د. الأنصاري حسن النداني، الصلح القضائي، دور المحكمة في الصلح والتوفيق بين الخصوم، دراسة تأصيلية وتحليلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 60.

[2] د. الأنصاري حسن النداني، المرجع السابق، ص 65.

المدير الولائي المكلف بالتجارة بإجراء المصالحة، إذا كانت المخالفة في حدود غرامة تقل أو تساوي مليون دينار، استنادا إلى المحضر المعد من طرف الموظفين المؤهلين.

ويكون الوزير المكلف بالتجارة مختصا بإجراء المصالحة إذا كانت المخالفة المسجلة في حدود غرامة تفوق مليون دينار، وتقل عن ثلاثة ملايين دينار أما إذا كانت المخالفة معاقبا عليها بغرامة تساوي ثلاثة ملايين دينار فقد سكت المشرع عما يملك الاختصاص بإجراء المصالحة مما يعد في رأينا فراغا قانونيا يجب سده[1].

الفرع الثالث تميز الصلح عن غيره من النظم المشابهة:

إذا كان غاية الصلح هو فض النزاع بصفة ودية فإنه يتقارب مع جملة من التصرفات القانونية والتحكيم والوساطة، سنتطرق إلى تميزه عن غيره من النظم المشابهة له بغرض رفع الغموض واللبس.

تمييز الصلح الوجودي عن الصلح الاختياري:

الصلح القضائي وجوبي يأمر به القاضي من تلقاء نفسه كما نصت عليه المادة 439 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وليس للخصوم حق استبعاده لكونه مفروض قانونا، ويكون مصادقا عليه من طرف المحكمة ويختلف الصلح القضائي عن غير القضائي في مسائل كثيرة من حيث نطاقه وأركانه وشروط صحته ومن حيث إثباته وأثاره وكذا من حيث طرق الطعن فيه.

أ/ فمن حيث نطاقه فالصلح غير القضائي لا يتسع إلا للاتفاقات التي يتنازل فيها كل طرف عن جزء من حقه والتي نص القانون على جوازه فيها.

أما الصلح القضائي فإنه يتسع لكافة الاتفاقات التي تحسم النزاع سواء تضمن الاتفاق تنازل متبادل عن الحقوق أم كان التنازل من جانب واحد لكون الصلح مفروضا قانونا.

---

[1] د. محمد الشريف كثو، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا للأمر 03-03 والقانون 04-02، منشورات بغدادي، ص 130.

ب/ أما بالنسبة لشروط الصحة، فإنه وإن كان يشترط لصحة الصلح القضائي والصلح غير القضائي أن تتوافر في الطرفين أهلية التصرف، كما يشترط خلو إرادتهما من العيوب التي تبطلها إلا أن الصلح القضائي يتطلب شروط أخرى لصحته منها حضور الطرفين أمام المحكمة وإقرارهما بالتصالح وتوقيعهما على محضر التصالح كما يشترط تأشير وتصديق القاضي على هذا المحضر[1] فإذا رفض أحدهم التوقيع على محضر الصلح أو لم يم القاضي بالتصديق عليه فإنه يعتبر باطلا باعتباره صلحا قضائيا.

ج/ أما من حيث الإثبات فإن الصلح غير القضائي يجب إثباته بالكتابة أما الصلح القضائي فإن الكتابة ضرورية لصحته واكتسابه الصفة القضائية[2].

وإذا تخلفت الكتابة فلا يجوز إثبات حصول الصلح القضائي بأي دليل آخر غير محضر الصلح أو الحكم المثبت للصلح، فلا يجوز إثباته إلا بالإقرار أو بشهادة شهود أو النية أو القرائن[3].

أما النسبة لأثار كل منهما يرتب أثار تختلف عن الصلح غير القضائي ذلك لاختلاف طبيعتهم، فصلح القضائي يعتبر من أعمال القضاء[4] أما الصلح غير القضائي فهو عمل الأطراف فقط.

تمييز الصلح عن التحكيم:

يتفق العمل التصالحي أو التوفيقي عن التحكيم في أن كل منهما يستند إلى الإرادات الخاصة، كما يتفقا في أن كل منهما يؤدي إلى حسم النزاع فكل من الصلح والتحكيم يستند على عقد يبرمه أطراف النزاع، فأساس كل منهما تصرف قانوني، فعقد الصلح هو أساس

---

[1] المادتين (443-448) ق.إ.م.إ.

[3] د. فضيل العيش، الصلح في المنازعات الإدارية وفي القوانين الأخرى، منشورات بغدادي، الجزائر، ص 54و55.

[4] قرار المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، ملف رقم 560 20 مؤرخ في 998//7، مجلة قضائية، العدد 2 لسنة 2000، ص 180، الذي ينص على مبدأ قضائي: "قسمة- صلح- الحكم بالمصادقة على الصلح غير قابل للاستئناف".

العمل التصالحي وعقد التحكيم هو أساس حكم المحكم، ولذلك فإن كل من العمل التصالحي وحكم المحكم يتأثر بما يصيب العقد من عيوب، فبطلان عقد الصلح يأدي غلى بطلان العمل التصالحي، وبطلان اتفاق التحكيم يأدي إلى بطلان حكم المحكم وانعدامه[1].

في الصلح يتنازل الطرفان عن كل أو جزء من الحق أما في التحكيم فلا يقتضي بالضرورة بذلك.

في التحكيم يكون احترام تام لمبادئ العقد فالعقد شريعة المتعاقدين ويكون هذا الاحترام مفروض ليس على المتعاقدين فحسب ولكن يمتد حتى للقضاء في حين أن الصلح أكثر مرونة لأنه يعتمد على النظم مبادئ العدالة[2].

تناول المشرع الجزائري التحكيم الداخلي بنصوص المواد من 1006 إلى 1030 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، سواء تعلق بالأشخاص الطبيعة أو المعنوية الخاصة مثل الشركات الوطنية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي والتجاري.

المطلب الرابع: توفيق والوساطة والصلح في إطار منظمة التجارة العالمية:

نصت المادة 05 من مذكرة التفاهم الخاصة بتسوية المنازعات حيث جاء في الفقرة الأولى منها على انه " المساعي الحميدة، التوفيق والوساطة إجراءات تتخذ طواعياً إذا وافق على ذلك طرف النزاع "

ويتضح لنا أن اللجوء لهذه الطرق هو أمر إرادي راجع لإرادة أطراف النزاع.

وقد نصة الفقرة 06 من المادة 05، على أنه " يجوز للمدير العام لمنظمة التجارة العالمية بحكم وظيفته أن يعرض المساعي الحميدة أو التوفيق أو الوساطة بهدف مساعدة الأعضاء على تسوية المنازعات، إلا أن هذا لا يعني أن الأعضاء المتنازعين عليهم

---

[1] د. فضيل العيش، المرجع السابق، ص 56.

[2] بن صاولة شفيقة، الصلح في المادة الإدارية، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2008، ص 46.

الانصياع لعرض المدير العام للمنظمة بل أن المساعي الحميدة والتوفيق والوساطة تبقى دائماً أمر اختياري".

كما أن اللجوء لهذه الوسيلة حسب المادة 05 الفقرة 03 من مذكرة التفاهم الخاصة بتسوية المنازعات، لا يخضع لأنه قيود ومواعيد بحيث يكون لأي طرف من أطراف النزاع اللجوء إليه في أي وقت، كما يجوز البدء فيه في أي وقت وإنهاؤها في أي حال يكون عليه النزاع، ولا يمنع إنهاء هذ الوسيلة حق الطرف الشاكي في اتخاذ إجراءات طلب إنشاء فريق التحكيم.

ونشير إلى يجوز حسب المادة 05 الفقرة 05 مذكرة التفاهم الخاصة بتسوية المنازعات مواصلة إجراءات المساعي الحميدة أو التوفيق أو الوساطة في نفس الوقت الذي تجري فيه إجراءات فريق التحكيم إذا وافق أطراف النزاع على ذلك.

أما في حالة البدء في التشاور في هذا الأمر يختلف، بحيث نجد أن الفقرة 04 من المادة 05 من المذكرة تنص على أنه : " عند الشروع في المساعي الحميدة أو التوفيق أو الوساطة في غضون 60 يوماً بعد تاريخ تسلم الطلب – طلب عقد المشاورات– قبل ان يطلب إنشاء فريق التحكيم، ويجوز للطرف الشاكي أن يطلب إنشاء فريق التحكيم خلال 60 يوماً إذا اعتبر طرفا النزاع معاً أن المساعي الحميدة أو التوفيق أو الوساطة قد أخفقت في تسوية النزاع "، وهذا يعني أن الطرف الشاكي إذا أراد التقدم بطلب إنشاء فريق التحكيم قبل مرور المدة المذكورة كان عليه حصول على موافقة الوضع المشكو منه في حقه في حالة فشل هذه الوسائل السلمية لتسوية النزاع.

نشير إلى جهاز حل المنازعات لدى منظمة التجارة العالمية قد لقي نجاحاً أكيداً إذا ما قمنا بتقييم كمي فمنذ دخول مذكرة التفاهم حيز التنفيذ في 1995/01/01 إلى غاية 1995/05/18 سجل جهاز حل المنازعات 133 طلب.

إن المصالحة أو الصلح والذي يعد أحد الطرق الودية لفض المنازعات الناشئة عن العقد، يقوم به شخص يسمى الوسيط المصالح، دوره تقديم الاقتراحات لحل هذه النزاع بناءً على ما يكونه من قناعة خاصة، محاولة منه لتقريب وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة، وما يلاحظ أن الاقتراحات التي يقدمها هذا الأخير غير ملزمة للأطراف المتنازعة، ومحاولة الصلح تنتهي باتفاق الأطراف وتوقيعهم على اقتراح الوسيط المصالح، وفي حالة مالم يتفق الأطراف فيقوم الوسيط المصالح بتحرير محضر يذكر فيه أن محاولة الصلح فشلت دون ذكر الأسباب، وقد تنتهي محاولة الصلح بإعلام المصالح من قبل أحد الأطراف (او الأطراف معاً) بعدم الاستمرار في محاولة الصلح.

عقد الصلح الذي ينهي به الأطراف نزاعاً قائماً أو يتوقعان به نزاعاً محتملاً يختلف عن التحكيم الذي ينتهي بحكم، فضلاً عن ذلك إنه ليس شرط في التحكيم أن يتنازل الأطراف عن حقوقهم كما أن الأسباب التي تدفع بالأطراف إلى اللجوء إلى كل من الوسيلتين ليست واحدة، ففي حين أنه يمكن الطعن في الحكم الصادر عن هيئة المحكمين وإلغائه لعيب في الشكل أو في الموضوع، ولا يمكن الطعن في الصلح بسبب الغلط في القانون، كما أن الصلح ينهي النزاعات التي يتناولها ويترتب عليها إسقاط الحقوق والادعاءات التي تنازل عنها احد الأطراف بصفة نهائية، إلى أن الحال ليست كذلك بالنسبة للتحكيم[1].

المبحث الثالث: التحكيم التجاري:

إن التحكيم وسيلة قديمة لحل منازعات بين الأفراد وهو مسألة معترف بها سواء على مستوى قانون الدولي العام أو القانون الدولي خاص او قواعد القانون الوطني.

وكقاعدة عامة فإن يجوز للأطراف المشاركة اللجوء إلى التحكيم سواء كان المتنازعان أفراد طبيعية أو هيئات معنوية.

ويجب أن نشير إلى أنّ التحكيم وسيلة قضائية بمعنى أنه ليس لأي طرف أن يسير طرفا آخر إلى اللجوء إلى التحكيم ويتم الاتفاق بين الأطراف سواء فصل نشوء المنازعة أو

(1) د. هجيرة تومي، عقد المبيعات الدولية، مذكرة ماجستير قانون الأعمال، جامعة البليدة، 2006 .

بعد نشوئها كأن ينص في بنود العقد أو الاتفاقية أنه في حالة وقوع منازعة فإنها تحل بواسطة التحكيم.

وطالما حصل الاتفاق المسبق أو المعاصر لوقوع المنازعة فإنّ التحكيم يصبح ملزما للطرفين.

والواقع أنّ اللجوء إلى التحكيم وسيلة كل المنازعات العلاقة التجارية الدولية.

المطلب الأول: ماهية التحكيم التجاري الدولي:

لقد أصبح اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي في الوقت الحاضر الوسيلة أو الطريقة الشائعة لفض المنازعات، حيث انشأت فيها هيئات ومراكز عديدة للتحكيم على الصعيدين الوطني والدولي.

وقد ساهمت المنظمات الدولية والمؤسسات المعنية بالتحكيم بوضع قواعد خاصة بالإجراءات التي تتبع في سير عملية التحكيم، كما أصدرت دول عديدة قوانين حديثة تعالج مسائل التحكيم الدولي، بعد ان كانت قوانينها، تقتصر على معالجة قضايا التحكيم الداخلي.[1]

والذي تبلورت قواعده وإجراءاته بشكل نسبيا كما يلاحظ في الوقت الحالي، لذا سنحاول في المطلب الأول تعريف التحكيم التجاري الدولي وفي المطلب الثاني الاساس القانوني للتحكيم التجاري الدولي.

الفرع الأول: تعريف التحكيم التجاري الدولي:

من حيث المبدأ لا يجوز للشخص أن يقتضي حقه بنفسه بل يتوجب عليه التوجه إلى القضاء واستثناء على هذا المبدأ يعترف المشرع ايضا بالتحكيم كوسيلة بديلة كل النزاعات أي أنه يمكن القول بأنه إلى جانب العدالة العامة public justice يوجد عدالة خاصة justice.

---

[1]– أنظر، د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 6.

ويقصد بالتحكيم هو اختيار المتنازعين لقاضيهم [1].

لقد تعددت تعاريف التحكيم التجاري الدولي:

أولا: التعريف اللغوي:

1.التحكيم في اللغة العربية: فهو مشتق من (حَكَمَ) بالأمر حُكماً: أي قضى، يقال: حكم له، وحكم عليه، وحكم بينهم ، وحَكَمَ فلاناً : منعه عمّا يريد وردّه، و(حَكَّمَ) فلاناً في الشيء والأمر : جعله حكماً[2]، قال تعالى : "فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤمِنُونَ حَتَّى يُحَكِمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ... "[3] و(احتَكَمَ) الخصمان إلى الحاكم: رفعا خصومتهما إليه، و(تَحاكَما) : احتكما و(تَحَكَّمَ) في الأمر: احتكم، و(الحَكَمُ): من أسماء الله تعالى، و(الحَكَمُ) الحاكم، قال تعالى: "أَفَغَيْرَ اَللهِ أَبْتَغِي حَكَماً... "[4]، و(الحَكَمُ) من يُختار للفصل بين المتنازعين، قال تعالى: "وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَينِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا..."[5].

2.أما في اللغة الفرنسية: فان كلمة التحكيم(Arbitrage) هي من فعل حكم (Arbitrer) وهي من الأصل اللاتيني مشتقة من كلمة (Arbitrare) وتعني التدخل، والحكم بصفته حكم والتحكيم في خلاف، أو نزاع والفصل فيه ومن ثم فانه يعني تسوية الخلاف، أو الحكم التحكيمي صادر من شخص، أو أكثر الذي قرر أطراف النزاع اللجوء اليه لحسمه[6].

---

[1]– راجع، د. علاء آباريان، الوسائل الودية لحل النزاعات التجارية "دراسة مقارنة"، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008، ص 23.

([2]) أنظر: ابن منظور، لسان العرب المحيط، المجلد الأول، بيروت، دار لسان العرب، دون تاريخ نشر، ص688–689 . المعجم الوسيط، أخرجه إبراهيم مصطفى وآخرون، ج1، القاهرة، مطبعة مصر، 1960، ص189

([3]) سورة النساء ، الآية (65).

([4]) سورة الأنعام ، الآية (114).

([5]) سورة النساء ، الآية (35).

([6]) International court of arbitration, rules for a pre-arbitral referee procedure, paris, ICC publication, 2008, p11.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي والفقهي:

فالتحكيم هو نظام العدالة الخاص، وبفضله بأخذ اختصاص حل النزاعات من قضاء الدولة ويوكل إلى اشخاص معروفين بحيادهم واستقلالهم ونزاهتهم.

يعرف البعض التحكيم بأنه: "النظام الذي بمقتضاه يخول أطراف النزاع مهمة الفصل فيه إلى محكمين يعينونهم بمحض مشيئتهم"[1]

كما يعرف التحكيم بأنه الطريقة التي تختارها الاطراف لفض المنازعات التي تنشا عن العقد عن طريق طرح النزاع، والبحث فيه أمام شخص أو أكثر يطلق عليهم اسم "المحكم أو المحكمين" دون اللجوء إلى القضاء [2].

كما يعرف التحكيم بأنه أحد وسائل حل نزاعات التجارة الدولية الودية، التي تقوم على اتفاق ما بين فرقين أو أكثر على تسوية منازعاتهم بالإحالة إلى التحكيم، كما يقصد به اتفاق أطراف العقود التجارية على إحالة النزاع إلى شخص واحد أو عدد من الأشخاص ليقوموا بإيجاد حل لهذا النزاع، يلزم أطرافه جميعا ويمكن اعتباره اتفاق، أي عقد ما بين فريقين أو أكثر على حل منازعاتهم التجارية خلال مدة معينة يحددونها سلفا ومن خلال إجراءات يختارونها وقانون يرتضون تطبيقه حتى يصدر حكما يلتزمون به[3]

كما أن تعريف التحكيم في الاصطلاح الفقهي فهو توليه الخصمين حاكما يحكم بينهما وقد يصار إلى التحكيم لفض نزاع معين أو لفض جميع المنازعات الناشئة عن العقد وهذا ما نصت عليه المادة 251 من قانون المرافقات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ من تنفيذ عقد معين، وعلى هذا الأساس فقد يرد في عقد معين شرط يصار موجبه إلى التحكيم لفض المنازعات التي تنشأ مستقبلا أو لفض نزاع قد يحدث في قضية معينة شرط يصار بموجبه إلى فض النزاع الذي يتعلق بتحديد نوع البضاعة إلى

---

[1]– راجع، د. حسن المصري التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، 2006، ص 03.

[2]– انظر: د. فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 13.

[3]– راجع، د. عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية (النظرية المعاصرة)، الطبعة الثانية، دار هومه، 2009، ص 273.

التحكيم ففي هذه الحالة يقال أن هناك شرطا للتحكيم clause compromlssoire مذكور في العقد[1].

ولقد عرف الأستاذ Jean Robert التحكيم بأنه: "يقصد بالتحكيم تحقيق العدالة الخاصة، وهي إليه وفقا لما يتم سلب المنازعات من الخضوع لولاية القضاء العام لكي يتم الفصل فيها بواسطة أفراد عهد إليهم بهذه المهمة في واقعة الحال[2].

ثالثا: التعريف القانوني

تعريفه وفق القانون الفرنسي:

تعرف المادة 492 من قانون المرافعات المدينة الجدية الفرنسي التحكيم التجاري الدولي بأنه: "يكون التحكيم التجاري دوليا عندما يكون موضوعه ذا علاقة بمصالح التجارة الدولية[3].

كما عالج المشرع اللبناني موضوع التحكيم كغيره من التشريعات المقارنة وجاءت أحكامه في قانون أصول المحاكمات المدنية لعام 1983 متبنيا الكثير من نصوص التحكيم الدولي الفرنسي وقليلا من نصوص التحكيم الداخلي الفرسي وأفراد له بابا وجاءت مواده من المواد 762 إلى 821 من القانون المذكور ولكنه لم يعرفه كغيره من بعض التشريعات المقارنة وميز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، أما المشرع الإيراني تناول موضوع التحكيم في قانون أصول المحاكمات المدنية الصادر عام 1950 وجاءت مواده من المادة 632 إلى المادة 680 واصدر بتاريخ 1997/09/07 قانون التحكيم التجاري الدولي مقتبسا معظم احكامه من القانون النموذجي الذي أعدته الامم المتحدة لعام 1985 والمعروف بـ uncitral وقد جاء تعريف التحكيم في الفقرة (أ) من الفصل الاول من القانون الجديد لعام 1997 حيث نصت على أن التحكيم "هو عبارة عن حل النزاع بين المتنازعين خارج نطاق

---

[1]– أنظر: د. فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 14.

[2]– راجع، أ.د حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية، 2004، ص 42.

[3]– راجع، أ. د، طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، طبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1429هـ–2008م، ص 227.

المحكمة وذلك بواسطة شخص أو اشخاص طبيعيين أو معنويين على أن يتم اختيارهم بالتراضي أو بالتعيين"[1].

كما نجد أن القانون المصري رقم 27 سنة 1994 على الرغم أنه استوحى من القانون النموذجي للتحكيم حيث نجد أنه تعرض لتحديد المقصود بالتحكيم حيث نصت المادة الرابعة الفقرة الاولى من قانون التحكيم المصري على أنه "يتصرف لفظ التحكيم إلى حكم هذا القانون غلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين مؤسسة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك[2].

كما أن المشرع الجزائري لم يعطي تعريف دقيق وواضح من طرف المشرع الجزائري رغم أنه تناول مختلف أحكام التحكيم التجاري الدولي من خلال المواد المدرجة ضمن المرسوم التشريعي 93-09[3] ولا حتى في القانون الجديد 08-09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية[4] الذي نظم في المشرع الجزائري التحكيم بنوعيه الداخلي والدولي.

وقد عرفته المادة 458 من قانون الإجراءات المدينة للتحكيم الدولي بأنه يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل التحكيم الذي يختص النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية، والذي

---

[1]- أنظر، د. علاء آباريان، المرجع السابق، ص 24-25.

[2]- من المعروف أن القانون المصري للتحكيم مستوحى من القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وهذا الاخير في صيغة المعتمدة في 21 يونيو سنة 1985 لم يضع تعريفا للتحكيم بشكل مباشر إذ اكتفت المادة الثانية فقرة (أ) من قانون النموذجي بذكر أن لفظ التحكيم يقصد به كل تحكيم سواء تم تنظيمه من خلال مؤسسة تحكيمية دائمة أم لا وتعريف التحكيم على نحو المتقدم يعد تعريفا لتحديد أنواع التحكيم وليس بتعريف التحكيم ذاته.

[3]- المرسوم التشريعي 93-09 المؤرخ في 03 ذي القعدة عام 1413 الموافق لـ 25 أفريل 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 يونيو والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، جريدة رسيمة العدد 127 الموافق لـ 27 أفريل 1993، ص 58.

[4]- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة الرسمية العدد 21 سنة 2008.

يكون مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج فيكون إذن معيار التحكيم الدولي هو مقر أو موطن المحكم الذي يكون في الخارج.

الفرع الثاني: أنواع التحكيم وتميزه عن غيره من الوسائل لحل النزاعات التجارية الدولية:

نظرا لازدياد الطلب لحل النزاعات التجارية عن طريق التحكيم ولأنه ضرورة ملحة كان لابد من تحديد انواعه ومميزاته وابراز اوجه التفرقة بينه وبين هذه الوسائل سنتطرق اليها من خلال هذا الفرع

أنواع التحكيم: تتعدد أنواع التحكيم تبعا للمعيار معتمد في تفرقه بينهما، فمن حيث طبيعة التحكيم، من حيث مدى وجود مؤسسة تحكيمية ومن حيث سلطة المحكم في تطبيق القانون وكذا من حيث عدد محكمين ومن حيث الاتفاق ذاته:

أولا: من حيث طبيعة التحكيم

ينقسم إلى تحكيم داخلي أو وطني وتحكيم دولي

فالتحكيم يكون دوليا لمجرد تعلق الرابطة القانونية محل النزاع بالتجارة الدولية وأيضا فإن جنسية الأطراف ليست ذات شأن وقد أخذت بهذا بمعيار مصالح التجارة الدولية وذلك من خلال اتفاقية الاوربية خاصة بالتحكيم الدولي لعام 1961 في المادة الأولى منها.

وكذلك اتفاقية واشنطن لعام 1965 والمتعلق بتسوية النزاعات الخاصة بالاستشارات ذات الطبيعة الدولية[1].

وبمفهوم المخالفة يمكن القول بأن التحكيم الداخلي هو الذي لا يتعلق بمصالح دولة معينة سواء من حيث مواطن الفريقين أو مركز عملهما أو مكان إبرام العقد وتنفيذه وحدوث آثاره أو قانون المطبق عليه أي أنه يتعلق بعلاقة وطنية فقد أجاز المشرع جزائري اللجوء إلى التحكيم في كل حق يملك صاحبه مطلق التصرف فيه باستثناء ما ورد حصر في المادة

[1]– أنظر، د.علاء آباريان، المرجع السابق، ص 28.

442 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على ما يلي: "يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق تصرف ولا يجوز التحكيم... التجارية الدولية"[1].

ثانيا: من حيث التنظيم:

ينقسم التحكيم مت حيث مدى وجود مؤسسة تدبره إلى تحكيم حر ومؤسساتي.

أ-**التحكيم الحر:** النزاع الحر هو الذي يتم تحت إدارة واشراف أطراف النزاع فيتم اختيار المحكم أو محكين من طرفهم ويتولون في الوقت نفسه تحديد الإجراءات والقواعد تطبق فيه دون إشراف من مؤسسة تحكيم وغالبا ما يخضع إشراف مؤسسة تحكيم وغالبا ما يخضع هذا النوع من التحكيم لقواعد يونسترال للتحكيم[2]

ب-التحكيم مؤسساتي: فهو الذي يتم تحت إشراف مؤسسة دولية مختصة بالتحكيم

وتقتصر مهمتها على وضع قوائم بأسماء المحكمين، لكي يتولى المتنازعون بأنفسهم اختيار من يريدون القيام بالمهمة وتوجد حاليا عدة مؤسسات وهيئات تحكيم كمركز تحكيم غرفة تجارة باريس ومركز تحكيم مجلس التعاون الخليجي[3]

ثالثا: التحكيم العادي او المطلق

وهو مدى تقيد المحكم بالقواعد القانونية، فعندما يكون المحكم ملزما بحسم النزاع وفقا لقواعد القانون فإن التحكيم يكون عاديا ويعرف التحكيم بالقانون أيضا.

أما عندما يعفى المحكم من تطبيق هذه القواعد ويحكم بمقتضى قواعد العدالة وانصاف، فإن التحكيم يكون مطلقا وهو ما يعرف أيضا بالتحكيم بالصلح في بعض البلدان العربية.

---

[1] – راجع، د. فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 98.

[2]– أنظر، محمد شهاب، أساسيات التحكيم التجاري الدولي "والقوانين والاتفاقيات المنظمة للتحكيم عربيا وعالميا"، الطبعة الاولى، الناشر مكتبة الوفاء القانونية، 2009، ص 16.

[3]– أنظر، أ. د حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 90.

في القانون المصري مادة 4/39 من قانون التحكيم والفرنسية المواد 1474 و1479 من قانون مرافعات الفرنسي ونص المعاهدات الدولية في المادة 420 من معاهدة واشنطن.

والأصل هو التحكيم العادي أما التحكيم المطلق فهو استثناء[1]

رابعا: من حيث الاتفاق ذاته

ينقسه إلى:

- تحكيم منصوص عليه فيما يسمى بشرط التحكيم: ويقصد به الشرط الذي يرد في العقد بإحالة المنازعات المستقبلة وهو الغالب في الحياة العملية كما لا يمنع أن يرد شرط التحكيم في اتفاق مستقل أو بعد العقد الأصلي مثال العقد الأصلي الخالي من شرط التحكيم، وعقد آخر خاص بتسوية المنازعات عن طريق التحكيم
- تحكيم غير منصوص عليه فيما يسمى بمشارطة التحكيم: ويقصد به الاتفاق الذي يبرمه طرفا العقد الأصلي بعد وقوع النزاع الخاص بذبك العقد، والفرق بين الامرين هو الأول يتعلق بنزاع مستقبلي غير محدد أما الثاني يتعلق بنزاع وقع فعلا وأصبح محددا واضحا، فأهمية التفرقة يبرز في شكل خاص أن بعض القوانين الوطنية تتطلب في مشاركة التحكيم، تحديد طبيعة النزاع الذي وقع فعلا تحت طائلة بطلان الاتفاق، بخلاف شرط التحكيم.

كذلك يوجد نوع آخر من التحكيم يسمى التحكيم بالمستندات كما ظهر في السنوات الأخيرة التحكيم الإلكتروني باستخدام الأنترنت أو الفاكس أو التلفون او أي وسيلة إلكترونية أخرى. [2]

---

[1]– أنظر، أ. د حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، 92.

[2]– راجع، محمد شهاب، المرجع السابق، ص 17.

خامسا: التحكيم الإلكتروني

عرف التحكيم بأنه آلية أو وسيلة لفض المنازعات بطريقة بديلة عن القضاء، بحيث يتفق أطراف العلاقة التجارية على تسوية ما يثار من منازعات، أو سوف يثور فيها بعد تعيين أشخاص يحكمون فيما بينهم ويفصلون في النزاع بحكم يلزم لكليهما وهم بهذا المعنى وسيلة بديلة لحل منازعات في علاقات تعاقدية داخلية أو دولية تجارية ومدنية.

ويعرف التحكيم بأنه اتفاق أطراف علاقة قانونية، عقدية أو غير عقدية على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل، أو التي يحتمل أن نثور عن طريق اشخاص يتم اختيارهم كمحكمين، ويتولى الاطراف تحديد الاشخاص المحكمين، أو أن يعهد والهيئة أو مركز تحكيمي ليتولى تنظيم عملية التحكيم وفقا للقواعد واللوائح الخاصة بهذه الهيئات أو المراكز.

إذا كانت العقود التي تتم في إطار تلك العلاقة في مجال التجارة الإلكترونية تختلف عن العقود التي تتعلق في ظل التجارة الإلكترونية، فكان لزما البحث عن التحكيم يتفق مع الصيغة الإلكترونية لتلك العقود التي يثور النزاع بشأنها.

ويتضافر الجهود الوطنية والدولية، أمكن التعريف بالتحكيم الإلكتروني بأنه ذلك التحكيم الذي يتفق بموجبه الأطراف على إخضاع منازعاتهم الناشئة عن صفقات أبرمت في الغالب الأعم بوسائل إلكترونية إلى شخص خالص يفصل فيها بموجب سلطة مستندة من اتفاق اطراق النزاع، وباستخدام وسائل اتصال حديثة تختلف عن الوسائل التقاليدية المستخدمة في التحكيم التقليدي وبذلك يكون التحكيم إلكترونيا لاستخدام وسيلة إلكترونية عند إبرام اتفاق التحكيم أو أثناء سريان الخصومة[1].

[1]– راجع، د. هيثم عبد الرحمن البغلي، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية المنازعات التجارية الدولية، الطبعة الأولى، دار العلوم نشر وتوزيع، 2013، ص 61.

الفرع الثاني: تمييز التحكيم التجاري الدولي عن غيره من الوسائل لحل النزاعات التجاري الدولية:

أولا: تمييز الوساطة وتوفيق والتحكيم:

برغم اتفاق التوفيق والوساطة مع التحكيم من حيث اعتبارهم وسائل من وسائل حل المنازعات ذات الطابع التجاري الدولي فإن ذلك أن لا يجب أن يؤدي إلى الخلط بينهم فالتوفيق والوساطة نظام إرادي محض ابتداء وانتهاء، إذ يبدأ بطلب التوفيق وساطة الذي يحظى برضاء الطرفين وينتهي بتسوية ودية تتم برضائهما ايضا ومن ثم فهو يختلف عن التحكيم لأنه حتى لو كان اختيارا وليس إجباريا، وحتى لو بدا رضائنا باتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم فإنه ينتهي بحكم يصدر من الغير، هيئة التحكيم وينفذ جبرا عند المحكوم عليه متى اشتمل على الأمر بالتنفيذ الذي يوده بالقوة التنفيذية كما أنه لا يكون للجنة التوفيق راي ملزم لأطراف النزاع، وبالتالي قد لا ينتهي التوفيق إلى إنهائه في كل الاحوال، فإن حكم التحكيم يكون ملزما للخصوم ومنهجا للنزاع[1].

أي أن الحكم الصادر عن المحك يتمز بحجية الأمر المقضي فيه منذ صدوره بينما العكس في القرار الصادر عن انتهاء لا يتمتع بأي حجية وذلك رغم أن كل من المحكم والوسيط وموفق مفاوض منوط به حسم النزاع إذ يظل الفارق الاساسي هو أن لمحكم ملزم، أما ما صدر عن وسيط ومفاوض هو مجرد حل للمسألة المعروضة والذي لا يعد ملزما لهما إلا إذا قبلوه بالتالي فهما آليتين مستقلين كل منها من الأخرى[2].

ثانيا: التفرقة بين التحكيم والصلح

التحكيم والصلح آليتان تهدفان إلى الحكم النزاع بين الاطراف بعيدا عن اللجوء إلى القضاء الدولة، ولا يتفق التحكيم والصلح من هذه الزاوية فقط بل إن كل من التحكيم كنظام

1- أنظر. د حسني المصري، المرجع السابق، ص 54

2- أنظر، أ.د حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 82.

قضائي والصلح كآلية لطعن النزاع يحد كل منهما مصدره في اتفاق الاطراف على الفصل في المنازعة القائمة بينهما.

فعلى الرغم من الأساس الاتفاقي الذي يجمع بين كل من لتحكيم والصلح إلا أن محل اتفاق التحكيم يختلف عن محل الاتفاق في عقد الصلح فمحل الاتفاق التحكيم هو الالتزام بعد طرح النزاع على القضاء والعهدة إلى شخص من الغير للفصل فيه، بينما محل عقد الصلح هو حسم النزاع مباشرة بين الطرفين بأن ينزل كل منهما عن بعض ما يدعيه نزولا يكتفي به الطرف الآخر.

فالعنصر الأساسي للتفرقة بين التحكيم والصلح هو أنه على الرغم من المصدر الاتفاقي لكل من التحكيم والصلح فإن التحكيم يتميز عن الصلح بأنه بينما يظل الصلح أسيرا لفكرة العقد فإن التحكيم يتميز بما يتمتع به المحكم من مزايا القضاء لذلك فإن النزاع لا ينتهي بمجرد إبرام الاتفاق على التحكيم وإنما بإنهاء المحكم لمهمته و إصدار حكما فيها وهذا يتمتع بالحجية.

يكون قابلا لتنفيذ جبري بمجرد الحصول على امر بالتنفيذ وذلك على خلاف عقد الصلح الذي ينتهي النزاع بمجرد إبرامه وهذا الاتفاق لا يكون قابلا لتنفيذ بذاته مالم يتم في صورة عقد رسمي أو يتم أمام المحكمة التي يكون نزاع قد طرح عليها قبل التوصل على الصلح[1].

ثالثا: التمييز بين التحكيم والقضاء على مستوى الدولي

بعد التحكيم على المستوى الدولي كوسيلة لتسوية قضائية وذلك على أساس اعتبارات التالية:

- من حيث المبدأ يقوم التحكيم والقضاء بتأدية ذات الوظيفة، فكلاهما موضوعه تسوية الخلافات بين الأطراف المتنازعة على أساس هذا القانون أن الاحكما التي يصدرها القاضي والمحكم هي أحكام ملزمة ونهائية كمبدأ عام.

[1]– أ.د حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 86-87.

- قد يقال إن التحكيم الدولي يستمد صفته ذاتية من ونه إرادي مؤسس على رضاء سابق وهو من الدول التي لجات إليه لكنه دور اطراف يتضح أكثر في التحكيم عنه في القضاء اختيار لمحكمين وتحديد القانون الواجب التطبيق والإجراءات.

على خلاف الوضع أمام القضاء المنظم مثل محكمة العدل الدولية فإن اختيار المباشر للمحكمين من جانب الأطراف مناظر إلى حد كبير لقبول المثول أمام مثل هذه المحكمة المنظمة.

وخلاصة القول إذا كان مفهوم "القضاء" يتضمن حقيقة سلطة مفروضة على المتقاضين فإنه يجب استبعاده من مجال القانون مفروضة على المتقاضين فإنه يجب استبعاده من مجال القانون الدولي إذ يتحقق كل قضاء في حقيقته في المجتمع الدولي إلى ارضاء المتقاضين كقاعدة عامة.

يمكن ان تقرر أن التحكيم في مفهومه العتيق لا يتميز عن القضاء في معناه المألوف سوى بالنظر أنه يتحقق بواسطة محكمة خاصة بينما القضاء قضاء دائم ومنظم في ذات الاتجاه راي البعض خلال مناقشات مجمع القانون الدولي الموضوع عام 1972 أن التحكيم في معنى اتفاقية لاهاي 1907 أي التحكيم في معناه الضيق يتحقق إما بواسطة محكمة عرفية وإما بواسطة محكمة عدل دولية دائمة فينظر البعض الآخر إلى محكمة العدل الدولية على أنها محكمة تحكيم دائمة بالمعنى الحقيقي للكلمة (الكتاب السنوي لجمع القانون الدولي 1927- الجزء الثاني مجلد 33ص 820) وفي الأخير التحكيم التجاري الدولي له طابع خاص به الذي يتميز به عن سائر الوسائل الأخرى لحل النزاعات التجارية الدولية[1].

المطلب الثاني: الأساس القانوني للتحكيم التجاري الدولي:

سنتناول من خلال هذا المطلب مختلف الاتفاقيات الدولية والإقليمية والتشريعات الوطنية التي عالجت موضوع التحكيم التجاري الدولي وهذا ما سوف نوضحه في الفروع الاتية:

[1]- راجع، د. إبراهيم محمد العناني، اللجوء إلى التحكيم الدولي (العام الخاص تجاري)، طبعة الثانية، دار النهضة العربية 23 عبد الخالق ثروت، 2006، ص 21-22.

الفرع الأول: اساسه في الاتفاقيات الدولية المتصلة بالتحكيم التجاري الدولي:

أولا: اتفاقية نيويورك عام 1958

وهي الاتفاقية الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الاجنبية والتي أقرها مؤتمر الأمم المتحدة الخاص بالتحكيم الدولي المنعقد في نيويورك في الفترة 20 مايو – 10 يونيو عام 1958 وهي تنص على تطبيق الاتفاقية للاعتراف وتنفيذ

أحكام المحكمين والأحكام الصادرة من هيئات تحكيم دائمة يحتكم إليها الافراد والمؤسسات، حيث تطبق على أحكام محكمين والتي لا تعتبر وطنية في الدولة المطلوبة غليها الاعتراف أو تنفيذ هذه الأحكام، وذلك في الدول الموقعة عليها حينئذ 62 دولة وكانت الدول العربية الموقعة مصر والأردن والكويت والمغرب وتونس وقد أودعت الاتفاقية خصوصها الرسمية ذات 16 مادة باللغات الانجليزية والصينية والإسبانية والفرنسية والروسية في محفوظات الأمم المتحدة وأرسل سكرتيرها العام صور من هذه الاتفاقية مطابقة للأصل إلى الدول الموقعة.

ثانيا: اتفاقية واشنطن عام 1972

وهي اتفاقية دولية خاصة بتسوية النزاعات الناشئة من الاستثمارية الدول ورعايا الدول الأخرى والموقعة في واشنطن في 11-02-1972 التي أقرت فيها التحكيم التجاري الدولي والتي نصت في مادتها الاولى بالباب الأول.

1- يتم إنشاء المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار والتحكيم لفض المنازعات الخاصة بالاستثمار بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول المتعاقدة ورعايا الدول المتعاقدة الاخرى طبقا للأحكام هذه الاتفاقية، وفي المادة الثانية نص على (سوف يكون مقر المجلس الإداري والذي يصدر بأغلبية ثلث الأعضاء)، وفي المادة الثالثة من الباب الاول (وسف يكون للمركز مجلس إداري وسكرتارية كما يشكل هيئة توفيق وهيئة أخرى للتحكيم، غير أن اتفاقية واشنطن تنص على ان حكم المحكمين يكون ملزما لأطراف ولا يمكن أن يستأنف أو يستعيد إلا ما ذكرته المعاهدة نفسها، غير أن الاتفاقية لم تنتقص من حق الدول المتعاقدة في الدفع بعدم التنفيذ على اساس اعتبارات السيادة.

ثالثا: قواعد التحكيم الخاص بلجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونسترال 1976

وقد أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 15-12-1976 وهو المعمول به في مركز القاهرة الإقليمي التحكيم الدولي وهو أيضا مقر مؤقت للمركز العرب للتحكيم التجاري وقد نصت المادة الاولى من اليوستترال uncestral على ما يتفق الطرفان عقد ما كتابة على أن تحال المنازعات التي تتعلق بذلك العقد إلى التحكيم وفقا لقواعد اليوسنترال للتحكيم، فإن للتحكيم، فإن تلك المنازعات ستسوي وفقا لهذه القواعد مع مراعات تعديلات التي قد يتفق الطرفان عليها كتابة نحكم هذه القواعد التحكيم، إلا إذا كان اي منها يتعارض مع النص في القانون الواجب التطبيق على التحكيم والذي لا يمكن للطرفين مخالفته، فعندئذ يغلب النص.

رابعا: القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي عام 1985 (1985/06/30)

وقد اعتمدت صيغة لجنة الامم للقانون التجاري الدولي في 1985/06/30 يقول أبو العينين في مجلة الحكيم العربي أكتوبر 2000: وقد كانت الخطوات الرئيسية على المستوى الدولي للاعتراف بالتحكيم التجاري الدولي ودعمه هي بروتوكول جينيف 1923 تلتها الخطوة الثانية بإبرام اتفاقية جينيف عام 1927 وقد أعاقت الحرب العالمية الثانية المبادرات للتطوير اتفاقي جنيف، وعندما أسست الأمم المتحدة وسمحت الفرصة الميلاد اتفاقية نيويورك للاعتراف بالأحكام التحكيمية الأجنبية وتنفيذها عام 1958 وتبع ذلك بإصدار قواعد لجنة الامم المتحدة لقانون التجارة الدولي "اليوستترال" للتحكيم التجاري الدولي لعام 1976 وقانون التحكيم النموذجي عام 1985، اللذان يعدان من أهم الخطوات لتحديث وتطوير وتوحد قواعد حل المنازعات على المستوى العالم.

ترجع نشأة القانون النموذجي إلى طلب اللجنة الاستشارية القانونية الإفريقية الأسيوية عام 1977 للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي "اليوسنترال" إلى إعادة النظر في القواعد اتفاقية نيويورك لعام 1958 وقد اقترحت اللجنة المذكورة تعديل اتفاقية نيويورك بحيث تتنازل مسائل اضافية مثل الرقابة القضائية على سير العدالة ومحاكمة العادلة وحصانات

الدولة وبعد أن بدأت السكرتارية لجنة الأمم المتحدة القانون التجاري الدولي "اليوستترال" دراسة الموضوع وجدت أن الامر يحتاج إلى وضع قانون نموذجي شامل للتحكيم التجاري الدولي.

الأهداف التي تبناها القانون النموذجي تتلخص في:

1- قيام التحكيم التجاري على مبدا سلطان الإدارة والحد من دور المحاكم

2- وضع قواعد إلزامية تكفي العدالة وضمانات الدفاع

3- وضع إطار الإدارة التحكيم التجاري بحيث يكون من الممكن استكمال التحكيم حتى إذا لم تستطيع الاطراف الاتفاق على المسائل الإجرائية حتى لا تستطيع أي طرف عرقلة الإجراءات.

4- وضع بعض القواعد الاضافية التي تساعد على تنفيذ أحكام التحكيم

5- جولة لأورجواي الوثيقة الختامية في 15-04-1994 بالمغرب وقد أصبحت جولات الأرجواي والتي نظمتها منظمة الجات الاتفاقية العامة للتجارة والتعريفات بعد جولتها الختامية في منظمة التجارة العالمية وفيها نصت على إنشاء جهاز لتسوية المنازعات المنشأة حسب الاتفاقية له سلطة إنشاء فرق التحكيم وسمي dispute settement body (DSB) وغير أن من النصوص الهامة في جولة أرجواي الأخيرة في مراكش النص التالي: يجب أن تتوافق جميع الحلول المسائل التي تطرح رسميا المنازعات في الاتفاقيات" كما أن صلاح عبد البديع شلبي ذكر في كتابه "العضوية في منظمة التجارة العالمية وتنفيذ الاتفاقيات التجارية الدولية" أن أحد النصوص التي لا يجب إغفالها نص يعمل كل عضو على مطابقة قوانينه ولوائحه وإجراءاته الإدارية مع التزاماته المنصوص عليها في الاتفاقيات الملحقة غير أنه يجب ملاحظة أنه في نص آخر اتفاقية من اتفاقات التجارة متعددة الأطراف التي تضمنها الملاحق الأول الاتفاقية في الوثيقة الختامية النتائج جولة الأرجواي ملحق 2 ولم يذكر غير كلمة مذكرة تفاهم.

وهي وثيقة تتفاهم بشان قواعد وإجراءات التي تحكم تسوية المنازعات لتكون آلية متكاملة لضمن المنازعات[1].

الفرع الثاني: أساسه في الاتفاقيات الاقليمية والتشريعات الوطنية:

بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية نجد أيضا اتفاقيات اقليمية أقرت بالتحكيم منها حيث أنه هناك اتفاقيات عديدة عقدت على المستوى الإقليمي منها ما تم بين دول أمريكا اللاتينية ومنها ما تم بين الدول الأوربية والخاصة بالقانون الموحد للتحكيم، والتي أعدها المجلس الاوربي عام 1966 كذلك هناك اتفاقية موسكو لعام 1972 الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن علاقة التعاون الاقتصادي المتبادل "comicon"

أما بالنسبة لوطن العربي هناك اتفاقيات عديدة نصت على اتخاذ التحكيم وسيلة لحل الخلافات التي تنشأ بين الدول المتعاقدة أو بين مواطن تلك الدول.

أولا: اتفاقية موسكو لعام 1972

عقدت في 26 مارس 1972 بين دول مجلس التعاضد الاقتصادي المتبادل واصبحت نافذة وسارية المفعول منذ 03 آب 1973، وتختلف هذه الاتفاقية عن الاتفاقيات الدولية التي سبق ذكرها فهي لا تعالج مسائل الاتفاق الخاص بالتحكيم أو صحته أو تنفيذ حكم التحكيم وإنما تقرر تحكيما إجباريا لجميع المنازعات التي يمكن أن تنشا عن العلاقات الخاصة بالتعاون بين الدول الأعضاء في الكوميكون[2]، وعليه يجب عرض جميع هذه المنازعات على التحكيم وعدم اللجوء إلى المحاكم بمعنى أساس التحكيم هنا ليس الاتفاق أو الشرط في العقد وغنما نصوص الاتفاقية، وقد وضعت عام 1974 قواعد موحدة لإجراءات التحكيم في جميع هيئات التحكيم في بلدان مجلس التعاضد الاقتصادي.

علما أن هذه الشروط قد تم تعديلها عدة مرات وآخرها كان قبل اللجنة التنفيذية للمجلس في 18 كانون الثاني عام 1979 كما نصت المادة "03"

---

[1]– أنظر، د.محمد شهاب، المرجع السابق، ص 39 ومابعدها

[2]– الكوميكون: هي كلمة مختصرة شائعة في اللغة الانجليزية ويسمى بالفرنسية conseil d'assistance économique mutueel

من هذه الشروط على أن جميع الخلافات التي تنشأ عن الاتفاق يجب عرضها على هيئة التحكيم في غرفة تجارة بلد المدعى عليه، أو في بلد ثالث مشارك في الاتفاقية الخاصة بحسم النزاعات بالتحكيم في قضايا القانون المدني التي تنشأ عن العلاقات الاقتصادية والعلمية والتعاون في 26 مارس 1972 (اتفاقية موسكو) ويبدوا أن عدد القضايا التي تحال سنويا لتسويتها بطرق التحكيم تزيد على 200 قضية.[1]

ثانيا: اتفاقية تنفيذ الأحكام لجامعة الدول العربية لعام 1952

لقد وافق على هذه الاتفاقية مجلس الجامعة العربية في دورته السادسة عشر بتاريخ 14 أيلول 1952 وتجد الإشارة إلى أن هذه الاتفاقية[2] تتسم بطابعه الإقليمي ولا مجال لدولة غير عربية للانضمام إليها ومن أهم الأحكام التي جاءت بها هذه الاتفاقية.

تعالج هذه الاتفاقية مسألة تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في إحدى الدول العربية كما تعالج أحكام التحكيم الصادرة في إحدى الدول العربية ويراد تنفيذها في دولة عربية أخرى من الدول المنظمة إلى الاتفاقية[3]. وأخيرا نلاحظ أن هذه الاتفاقية في تنفيذ الأحكام التي وضعتها عام 1952 فيها تشابه كبير مع نصوص اتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية.

ثالثا: الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لعام 1980

لقد تم التوقيع على هذه الاتفاقية في عمان بتاريخ 27 تشرين الثاني عام 1980 وأصبحت نافذة المفعول منذ السابع من أيلول 1981 وانضمت إليها جميع الدول عدا مصر وعمان والجزائر، وقد نصت في المادة 25 من الاتفاقية حيث بينت ثلاث طرق لحسم النزاع

---

[1]– راجع، د. فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 68–69.

[2]– الدول العربية التي صادقت على هذه الاتفاقية هي: العراق، الأردن، لبنان، سوريا، مصر، اليمن، ليبيا، المملكة العربية السعودية والإمارات العربية المتحدة، ونص الاتفاقية منشور في الوقائع العراقية عدد 3802 في 1956/06/6.

[3]– أنظر، د. فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 70–74.

من قبل الأطراف وهي" تتم تسوية المنازعات الناشئة عن تطبيق هذه الاتفاقية عن طريق التوفيق أو التحكيم أو اللجوء إلى محكمة الاستثمار العربية ".

رابعا: اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي لعام 1983

لقد تم التوقيع عليها من قبل 21 دولة عربية وأصبحت نافذة المفعول في 1985 وتعتبر هذه الاتفاقية أحدث اتفاقية في نطاق جامعة الدول العربية، كما تعالج بشكل رئيسي الأمور المتعلقة بالأحكام والإنابة القضائية والمساعدة وإعلان الوثائق القضائية وغير القضائية وتبليغها وتسليم المتهمين والمحكومين ومنها أمور أخرى تتعلق بالقضايا المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والجزائية كما أفردت في مادتها 37 الأمور التي تتعلق بأحكام التحكيم وأطلقت على ذلك مصطلح أحكام المحكمين.[1]

خامسا: الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987

انعقدت في عمان في 14/11/ نيسان 1987 وهي أول اتفاقية عربية تعني بشؤون التحكيم التجاري وتنص على إنشاء مركز للتحكيم على صعيد الوطن العربي كما أنها جاءت لشعور الدول العربية المتزايد بضرورة قبول التحكيم كوسيلة فعالة لفض المنازعات التجارية، وقد جاء في المادة الثانية للاتفاقية أن نطاق تطبيقها يقع فقط على المنازعات التجارية الدولية وفي المادة الثالثة كيفية اللجوء إلى التحكيم الفقرة الأولى نصت على أنه " يتم الخضوع للتحكيم بإحدى طريقتين: الأولى بإدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة بين ذوي العلاقة، والثانية باتفاق لاحق على نشوء النزاع " وهي ما يشترط أو يعبر عنها التحكيم.[2]

---

[1]– راجع، د. فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 80.

[2]– راجع، مرجع نفسه.

الفرع الثالث: أساسه في التشريعات الوطنية:

لقد عني كلا من القانون الفرنسي والمصري بوضع قواعد خاصة بالتحكيم التجاري الدولي، إلى جانب القواعد الخاصة بالتحكيم الوطني البحث.[1]

في القانون الفرنسي:

لقد عالجت الفصول الأولى من الكتاب من قانون المرافعات الفرنسي الجديد لعام 1980 التحكيم الداخلي L'arbitrage interne ونظمت بصفة خاصة تنفيذ أحكام فرنسية Sentences françaises، أما بالنسبة للفصل السادس المضاف بمرسوم عام 1981 قد عالج الاعتراف بأحكام التحكيم غير الفرنسية Sentences non françaises وتنفيذها في فرنسا ويقصد بأحكام التحكيم غير الفرنسية طائفتان من الأحكام هما أحكام التحكيم الصادرة في نطاق التحكيم الدولي arbitrage international أيا كان المكان الذي جرت فيه إجراءات التحكيم وأحكام التحكيم الصادرة في خارج فرنسا a l'étranger سواء صدرت في نطاق التحكيم الدولي المذكور أو صدرت وفقا لقانون أجنبي un droit étranger .[2]

في القانون المصري:

نصت المادة 55 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 على أنه تجوز أحكام المحكمين الصادرة طبقا لهذا القانون حجية الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ بمراعات الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون.

ويقصد بأحكام التحكيم المنصوص عليها في هذه المادة التحكيم الوطني تجاريا كان أو مدنيا، كما يقصد بها أحكام التحكيم التجاري الدولي الصادر طبقا للقانون المذكور وهو ما

---

[1]– فضلا على قواعد التحكيم الفرنسية الوطني البحث المقررة في قانون المرافعات الفرنسي الجديد الصادر في 12 مايو 1980 عالج المشرع الفرنسي التحكيم التجاري الدولي في المرسوم الصادر في 12 مايو 1981 وفي مصر عالج القانون رقم 27 لسنة 1994 التحكيم التجاري الدولي إلى جانب التحكيم الوطني البحث تجاريا كان أو مدنيا وذلك فضلا على إبقاء المشرع المصري على العمل بالمواد 296–3000 من قانون المرافعات المصدر رقم 13 لسنة 1928 بشأن تنفيذ الأحكام والأوامر وأحكام التحكيم الأجنبية التي لا تصدر وفقا للقانون رقم 27 لسنة 1994.

[2]– راجع، د. حسن المصري، المرجع السابق، ص 540.

يعني اعتراف المشرع المصري بهذه الطائفة الأخيرة من الأحكام وأجازته تنفيذها في مصر طبقا للشروط المقررة في هذا القانون.

في القانون الجزائري:

بالنسبة للقانون الجزائري التحكيم التجاري الدولي المؤسس من خلال المرسوم التشريعي 93-09 حيث رفضت الجزائر طيلة 30 سنة مضت الخضوع للتحكيم التجاري الدولي حيث تم تقنين التحكيم التجاري الدولي في قانون الإجراءات المدنية الجزائري لأول مرة صراحة وبوضوح، إن المرسوم التشريعي 93-09 هو قانون عام يسمح للأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام أن تطلب التحكيم في علاقاتها التجارية الدولية.

وبصدور القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاء بأحكام جديدة عالج فيها التحكيم بنوعية الداخلي والدولي في الباب الثاني بعنوان " في التحكيم" من الكتاب الخامس المعنون " الطرق الودية لحل النزاع"، في المواد من 1006 إلى 1061 أي في 55 مادة حيث تناول التحكيم الداخلي في خمس فصول من المواد 1006 إلى 1038 كما تناول في الفصل السادس التحكيم التجاري الدولي.[1]

كما نصت اتفاقية نيويورك 1957 بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها بحيث تشكل هيئة التحكيم وتكون غير مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو القانون الدولة التي تم فيها التحكيم عند عدم وجود هذا الاتفاق.[2]

وتظهر أهمية قانون الدولة التي يجرى فيها التحكيم على أنه في غالب الأحيان ما يتضمن الإجراء الواجب إتباعه عند تعذر اتفاق الطرفين على تعيين المحكمين الذي تتكون كنهم هيئة التحكيم.

---

[1]- أنظر، د. عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، 2004، ص 21-25.

[2]- المرجع نفسه.

المطلب الثالث: شروط اتفـاق التحكيـم وآثـــــاره:

اللجوء للتحكيم يجب أن يكون اتفاقا بين أطراف المعاملة أو العقد في حالة نشوب نزاع بينهما لكن هذا الاتفاق يخضع لشروط وهاته الأخيرة يترتب عنها آثار وهو ما سنتطرق إليه في الفرعين القادمين.

الفرع الأول: شروط صحة اتفاق التحكيم:

إن شروط اتفاق التحكيم بدورها تنقسم إلى قسمين شكلية وموضوعية.

أولاً: الشروط الموضوعية:

تتمثل هذه الشروط في ضرورة توافر التراضي الصحيح وأن يرد هذا التراضي على محل ممكن ومشروع، وأن يستند إلى سبب مشروع. ونعرض لأركان الاتفاق تباعا:

أ- التراضي :

ويعني تطابق إرادتين واتجاههما إلى ترتيب آثار قانونية تبعا لمضمون ما اتفقا عليه، فلا بد من إيجاب وقبول يتلاقيان على اختيار التحكيم اختيارا حرا كوسيلة لحسم المنازعات التي تثور بشأن العلاقة الأصلية وإذا تعلق الأمر بشرط التحكيم، سيكون مدار الأمر على التحقق من تطابق إرادة الأطراف بشأن شرط التحكيم كأحد شروط العقد، أما إذا تعلق الأمر بمشارطة، فسيكون التحكيم هو محل هذا الاتفاق، وليس مجرد بند أو شرط في العقد أو العلاقة القانونية الأصلية[1] ويلزم أن تتوفر الأهلية لدى الأطراف وهي أهلية التصرف في الحق، حيث كما يصح للأشخاص الطبيعيين الاتفاق على التحكيم، كذلك يصح للأشخاص الاعتبارية كالشركات مدنية أو تجارية عامة أو خاصة أو الهيئات أو المؤسسات العامة[2] ويجدر التنبيه إلى أن اتفاق التحكيم – شرطا أو مشارطة قد يخضع لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم الاتفاق الأصلي، ولذا يكون المرجع في توفر

([1]) د. عليوش قربوع، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ص23.

([2]) د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية، منشأة المعارف الإسكندرية، ص61.

التراضي وصحته وخلوه من العيوب كالغلط والتدليس أو الإكراه للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم وإذا كان الاتفاق بشأن التحكيم يدخل في نطاق نصوص اتفاقية نيويورك، فالتراضي يخضع أيضا لقانون الإدارة وإلا خضع لقانون البلد الذي يصدر فيه حكم التحكيم[1] و الأولوية في حالة تعارض لأحكام الاتفاقية بحكم نص المادة الأولى. كما قد يتعلق الأمر بقدرة أو صلاحية أشخاص القانون العام لإبرام اتفاقات تحكيم أو إبرام عقود تتضمن شرط التحكيم، حيث تنص المادة (2060) مدني من القانون الفرنسي على حظر التحكيم بشأن المنازعات التي تتعلق بالجماعات العامة والمؤسسات العامة وكل ما يتعلق بالنظام العام، ولم يستثنى سوى المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري فأتاح لها إمكانية الاتفاق على التحكيم بشرط صدور مرسوم يسمح لها بذلك، أما إذا تعلق الأمر بعلاقة الأشخاص العامة بشركات أجنبية فقد ورد استثناء على الحظر بمقتضى المادة التاسع من القانون الصادر في1986.08.19 ومؤدى هدا الاستثناء السماح للأشخاص بإدراج شرط التحكيم في عقودها مع الشركات الأجنبية إذا تعلق الأمر بمشروعات قومية.

– كما ذهب المشرع الجزائري في المادة (1006) الفقرة الأخيرة إلى القول إنه "لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

([1]) – توفر التراضي وما يرد عنه من محل وسبب مشروعين يخضع كل ذلك للقانون المصري إذا قانون الإرادة، أو قانون المشترك وقانون مكان إبرام الاتفاق، وذلك إعمالاً لنص المادة 19/1مدني، والمؤدي ذلك أن التحكيم الذي يجري في مصر، قد يكون ثمرة اتفاق لا يخضع للقانون المصري، والعكس صحيح.

" لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا لشخص طبيعي أو اعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه " المادة (11) من القانون الجديد المصري.

ب- قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم: (محل التحكيم):

المعيار الذي يحسم الأمر هنا هو هل حدث إخلال بالنظام العام أم لا؟، فقد نصت نصوص اتفاقية نيويورك على حق الدولة في منع تنفيذ حكم التحكيم إذا كان تنفيذه يؤدي إلى المساس بالنظام العام، وهو ما يتوفر في حالات مخالفة الاختصاص لدى المشرع المصري، إذا أدت إلى صدور أحكام تصطدم بالقوانين التي تحمي المصالح الأساسية في الدولة سياسة كانت أو اقتصادية أو اجتماعية[1].

ج- السبب:

إن اتفاق الأطراف على التحكيم يجد سببه في إرادة الأطراف استبعاد طرح النزاع على القضاء وتفويض الأمر للمحكمين، وهذا سبب مشروع دائما، ولا تتصور عدم مشروعيته إلا إذا ثبت أن المقصود بالتحكيم التهرب من أحكام القانون الذي سيتعين تطبيقه لو طرح النزاع على القضاء نظرا لما يتضمنه هذا القانون من قيود أو التزامات يراد التحلل منها[2]، و بالتالي نكون أمام حالة من الغش نحو القانون فيكون التحكيم وسيلة غير مشروعة يراد بها الاستفادة من حرية الأطراف وحرية المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق، ولا يختلط السبب غير المشروع بالمحل غير الممكن أو غير المشروع، فالأول يقتضي البحث عن إجابة السؤال لماذا لجأ الأطراف للتحكم ؟ أما الثاني فيتعلق بتحديد الموضوع المراد تسويته بطريق التحكيم وهل هو ممكن ومشروع أم لا؟

ثانياً: الشروط الشكلية:

ذهب المشرع الجزائري في المادة (1008) في فقرتها الأولى أنه " يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها." كما بينت المادة (1040) ذلك أكثر حيث قالت أنه " يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة

([1]) د. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، القاهرة، 1981، ص87.

([2]) د. هاني سري الدين، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربي، 2005، ص 78.

البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة" حيث يجب في جميع الأحوال التوقيع على اتفاق التحكيم شرطا كان أو مشارطة ولكن لا يلزم أن يوقع الأطراف توقيعا خاصا بجوار حكم التحكيم إذا ورد بندا من بنود العقد الأصلي، ويكفي التوقيع على العقد، إذ ينصرف هذا التوقيع إلى كافة بنود العقد كما تتحقق الكتابة وفقا لنص القانون، إذا ورد شرط التحكيم في رسائل أو برقيات متبادلة بين الطرفين، ويمتد ذلك إلى كل وسائل الاتصال المكتوبة ولكن يجب تحقق تبادل الإيجاب والقبول بشأن التحكيم[1] ويعتبر شرط متحققا، إذا تم النص في العقد الأصلي على الإحالة على وثيقة تتضمن شرط تحكيم كالإحالة على عقد نموذجي في مجال النقل البحري أو بيع البضائع أو عقد تشييد[2] ولكن لا يلزم أن تتضمن الإحالة ما يفيد " اعتبار شرط التحكيم " الذي تتضمنه هذه الوثيقة جزءا من العقد الأصلي حيث الإحالة التي قد يتضح منها عدم دراية أو علم أحد الأطراف بوجود شرط التحكيم ينتفي فيها إمكانية القول بوجود اتفاق وتراضي مكتوب على شرط التحكيم ينفي فيها إمكانية القول بوود اتفاق وتراضي مكتوب على شرط التحكيم[3]

يستلزم القانون الفرنسي الكتابة كشط لوجود شرط تحكيم وإلا كان باطلا، ولكن يستوي أن ترد كتابة شرط التحكيم في العقد الأصلي أو في وثيقة يحيل إليها هذا العقد. أما بالنسبة لمشارطة التحكيم في العقد الأصلي فالكتابة شرط لإثباتها وليس لوجودها، ولذلك يمكن إثباتها بمحضر يوقعه المحكم والأطراف (المادة 1949مرافعات فرنسي) وعادة يتضمن شرط

([1]) د. سميحة القليوبي، التحكيم التجاري، دار النهضة العربية، 2009، ص 56.

([2]) ومثال ذلك الإحالة على أخذ نماذج عقود البيئة الدولية لتجارة الحقوق بلندن أو نماذج سوق البضائع هامبرغ أو نماذج عقود وشروط عامة التي يضعها الاتحاد الدولي للمهندسين الاستثماريين أو نماذج عقود النقل البحري او الجوي أو عقود التأمين.

([3]) تنص المادة 1443 فرنسي على إمكان تحقق الكتابة بالإحالة على وثيقة تتضمن شرط التحكيم.

نصة المادة الخامسة من قواعد اليونيسترال على ترك تحديد عدد المحكمين لإدارة الأطراف، فإذا لم يكن هناك اتفاق خلال 15يوماً من تلقي المدعي عليه إعلان التحكيم على أن يكون المحكم واحد فيتم تشكيل محكمة التحكيم من ثلاث محكمين وهو نفس ما ذهب المركز الإقليمي بالقاهرة الذي يجري التحكم فيه وفقاً لهذه القواعد مضيفا فقرة تستلزم أن يكون العدد وتراً وإذا بطل التحكيم.

التحكيم الإشارة إلى جريان التحكيم وفقا لقانون معين مع تحديد عدد المحكمين وكيفية اختيارهم ومواجهة احتمالات تعذر تنفيذ ما تم الاتفاق عليه.

تشكيل هيئة التحكيم:

أ-حرية الأطراف والعون القضائي في عملية اختيار المحكمين:

- تنص المادة (1008) على وجوب تضمن شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين، أو تحديد كيفيات تعيينهم حتى يكون هناك اتفاق أولي على هذه الهيئة المكلفة بالتحكيم، وكذا اتفاق الأطراف فيما بعد وبمحض إرادتهم على تشكيل هذه الهيئة وفقا لحريتهم حيث يمكن أن تتكون من شخص أو عدة أشخاص، وهنا يتدخل المشرع بنص أمر في نص المادة (1017)"تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي" وهو نفس ما ذهب إليه المشرع المصري وعالجه المشرع الفرنسي صراحة، فنصت المادة (1454)مرافعات على أنه في حالة تحديد عدد زوجي، فلمحكمة التحكيم أن تختار محكما، سواء اتفق الأطراف على ذلك، أو يتولى الآمر المحكمون الذين تم اختيارهم، وإذا اختلفوا فيتولى ذلك رئيس المحكمة الابتدائية أما بالنسبة للمشرع الجزائري في هاته النقطة فإنه في حالة صعوبة تعيين المحكمين تنص المادة (1009)على أنه: "إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم، بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه."

- ويلزم أن يكون المحكم متمتعا بالأهلية، وألا يعرض له عارض يؤدي إلى الحجر عليه وألا يكون محروما من حقوقه المدينة للحكم عليه في جناية أو جنحة مخلة بالشرف أو شهر إفلاسه طالما لم يسترد اعتباره وهو ما ذهبت إليه المادة (1014) حيث تقول "لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي، إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية". كما أنه يتحتم على المحكم إعلان قبوله القيام بالمهمة المسندة إليها حيث ظهر هذا في المادة (1015) إذ "لا

يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا، إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم."

– كما نظم القانون الأحكام الخاصة برد المحكمين إذا قامت ظروف تثير شكوكهم وهو ما ذهبت في تفصيله المادة (1016): "يجوز رد المحكم في الحالات الآتية:

1– عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف.

2– عندما يوجد سب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف.

3– عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه، أو شارك في تعينه، إلا لسبب علم بعد التعيين". فمن خلال هاته النقطة الأخيرة يتبين أنه منعا للتلاعب حظر على أي طرف، طلب رد المحكم الذي اختاره بنفسه إلا إذا أثبت وجود أسباب طرأت بعد تعيينه كما تبلغ محكمة التحكيم والطرف الآخر دون تأخير بسب الرد، وفي حالة النزاع إذا لم يتضمن نظام التحكيم كيفيات تسويته ولم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناءً على طلب من يهمه التعجيل. وهذا الأمر غير قابل لأي طعن وهو ما تضمنته المادة الأخيرة الذكر.

أما في حالة عزل أو استبدال المحكمين إلى جانب صعوبة التعيين فإنه يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل حسب المادة (1041) القيام بما يأتي:

1– رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا

كان التحكيم يجري في الجزائر.

2– رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر

ب . تشكيل هيئة التحكيم في ظل قواعد اليونسترال والقانون النموذجي:

تكتسب قواعد اليونسترال أهمية خاصة نظرا لما تتمتع به من قبول عالمي سواء في دول العالم الصناعي المتقدمة أو الدول النامية.

إذا اتفق الأطراف على تعيين محكم فرد، فلكل منهما أن يقترح على الآخر أسماء عدة أشخاص أو عدة مؤسسات أو هيئات تتولى سلطة تعيين المحكم الفرد. وإذا تعذر اتفاق الأطراف ولم يتم تحديد هيئة تتولى تعيين المحكم، أو رفضت هذه الهيئة إجراء هذا التعيين خلال الستين يوما التالية للطلب المقدم إليها من أحد الأطراف، فلكل طرف الحق في تقديم طلب السكرتير العام لمحكمة التحكيم الدائمة بلاهاي لتحديد الجهة التي تتولى التعيين ويتم هذا التعيين وفقا لنظام القوائم المتطابقة التي ترسل للأطراف والمتضمنة على الأقل لثلاثة أسماء، ووفقا للقواعد التي تضمنتها المادة السادسة إلا إذا اتفق الأطراف على استبعاد هذه القواعد، أو رأت الجهة المنوط بها أمر تعيين المحكم الفرد، استخدام سلطتها التقديرية دون التقييد بهذه القواعد[1] أما إذا كان التشكيل ثلاثيا، فوفقا لنص المادة السابعة، يختار كل طرف محكما، ويتولى المحكمان المختاران، اختيار الثالث الذي يتولى رئاسة محكمة التحكيم. وإذا تقاعس طرف، فتتولى الجهة المتفق عليها أو التي تم تحديدها على النحو السابق ذكره في حالة الحكم الفرد، تعيين الحكم الثالث، وتتبع القواعد نفسها في حالة فشل الحكمين المختارين من الأطراف في اختيار المحكم الثالث، (المادة السابعة).

ج . تشكيل هيئة التحكيم وفقا لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس:

عالج نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية تشكيل محكمة التحكيم في المواد (7 .12)، أما اصطلاح المحكمة الدولية فهو خاص بجهاز تحكيم غرفة التجارة الدولية و التي لا تتولى الفصل في المنازعات، و إنما تختص بتشكيل محكمة التحكيم، فهي التي تعين و تثبت المحكمين اذا لم يتفق الأطراف على طريقة اختيار المحكمين و تراعي

([1]) د.سميحة قليوبي، ضوابط التحكيم التجاري، مقال منشور، لمجلة قانون والاقتصاد 1987، العدد 3، ص 72.

المحكمة جنسية المحكمين و محال إقامتهم أو غير ذلك من العلاقات مع دول الأطراف أو المحكمين الآخرين. ويجوز أن لا يكون فردا أو أن يكون التشكيل ثلاثيا، فادا كان واحدا و اختاره الأطراف فتقوم المحكمة بتثبيته أي إقرار اتفاق الأطراف، أما اذا لم يتفق الأطراف فتتصدى المحكمة لتعيينه بعد مضي ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الطرف الآخر بطلب التحكيم[1] واذا كان التشكيل ثلاثيا ،فالأصل . كما هو الحال في قواعد اليونسترال وأيضا في القانون المصري . يتولى كل طرف اختيار محكم، سواء في طلب التحكيم أو الرد عليه، وتتولى المحكمة تثبيته .

أما المحكم الثالث فإما أن يختاره المحكمان، وأما تتولى دلك المحكمة ابتداءً في حالة فشل المحكمين في اختيار الثالث الذي يتولى رئاسة المحكمة وإذا خلا اتفاق الأطراف من تحديد عدد المحكمين، تعين المحكمة محكما واحدا، إلا إذا وجدت ما يقتضي محكمين، فيكون للأطراف مهلة ثلاثين يوما ليتولى كل منهم تعيين محكم.

وإذا تعدد المدعون والمدعى عليهم، فيعين المدعون بالتضامن محكما وكذلك المدعي عليهم إذا كانت الهيئة ثلاثية، واذا تعذر دلك تولت محكمة التحكيم بالغرفة تعيين المحكمين وفقا للقواعد السابقة (المادة 10).

د . تشكيل هيئة التحكيم وفقا لنظام محكمة لندن للتحكيم الدولي:

تعالج قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي، تشكيل "محكمة التحكيم"، سواء من محكم واحد أو عدة محكمين وقد يحدد مقدم طلب التحكيم اسم محكمة في طلبه الذي يوجهه إلى مسجل المحكمة و يقوم المدعي عليه بتسمية محكمه في رده ادا شاء، ويعتبر متنازلا عن حقه في هده التسمية ادا كان اتفاق التحكيم ينص على تولي كل طرف ترشيح محكمه و خلال رده تحديد المحكم (مادة1و 2من قواعد محكمة لندن).

([1]) د.محمد شكري سرور، قواعد إجراءات التحكيم وفقاً لنظام غرفة التجارة الدولي، مجلة الحقوق الكويت العدد 01 و 2 مارس 1993، ص59.

وتتولى المحكمة وحدها تعيين المحكمين ويصدر قرار التعيين باسم المحكمة، التي يتولى رئيسه أو أحد نوابه إصدار هدا القرار. وتعتد المحكمة عند اتخاذ قرار التعيين باتفاق الأطراف بشأن طريقة أو معيار الاختيار.

هـ . تشكيل محكمة التحكيم في ظل نصوص اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى:

أنشئ المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (C–I–R–D–I) بمقتضى اتفاقية واشنطن التي تعالج تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار والتي قد تنشا بين دولة ورعايا دولة أخرى موقعة على الاتفاقية. وتنظم قواعد المركز وسائل تسوية الخلافات بطريقة التوفيق أو التحكيم[1].

يتولى إدارة المركز مجلس إدارة برئاسة رئيس البنك الدولي للتعمير والتنمية(B–I–R–D) كما توجد سكرتارية تشمل سكرتارية عامة وسكرتير أو عدة سكرتيرين عامين ومساعدين فضلا عن جهاز العاملين. ويتم تقديم طلب التحكيم إلى السكرتارية العامة لتقرر تسجيل الطلب أو رفضه إذا تبين عدم دخول النزاع في اختصاص المركز فادا تم تسجيل الطلب يتم تشكيل محكمة التحكيم من محكم واحد أو عدد فردي في حالة التعدد و يتولى دلك الأطراف وفقا لاتفاقهم [2]، و إلا كان العدد ثلاثة، يختار كل طرف محكما، ويتولى الأطراف اختيار الثالث الذي يتولى الرئاسة، فالأمر لا يتولاه المحكمان المختاران كما هو الحال في قواعد اليونسترال والقانون النموذجي الذي يتبناه المشرع المصري كما رأينا.

واذا لم يتم تشكيل محكمة التحكيم على النحو السابق خلال التسعين يوما التالية لإعلان تسجيل الطلب لدى السكرتارية العامة أو الميعاد المتفق عليه بين الأطراف، فيتولى رئيس البنك الدولي باعتباره رئيس مجلس إدارة المركز بناءً على طلب أحد الأطراف ، و بعد

([1]) د. هاني سر الدين، التحكيم في عقود البناء والتشغيل، دار النهضة العربية 2005، ص67.

([2]) د.هاني سر الدين، المرجع السايق، ص67.

التشاور مع الأطراف ادا أمكن تعيين المحكم أو المحكمين الدين لم يتم تعيينهم على أن لا يكونوا من جنسية الدولة الطرف في النزاع أو جنسية الدولة التي ينتمي إليها الطرف الثاني ويلزم أن تكون أغلبية المحكمين من جنسية مختلفة عن جنسية أطراف النزاع (الدولة و رعية دولة أخرى) إلا اذا اتفق الأطراف على تعيين محكم واحد أو تعيين محكم بواسطة كل طرف من أطراف النزاع.

التراضي وما يرد عنه من محل وسبب مشروعين يخضع كل ذلك للقانون المصري إذا كان قانون الإرادة أو قانون الموطن المشترك وقانون مكان إبرام الإنفاق، وذلك إعمالا لنص المادة 1/19 مدني، ومؤدى ذلك أن التحكيم الذي يجري في مصر قد يكون ثمرة إنفاق لا يخض للقانون المصري، والعكس صحيح.

"لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه " المادة (11) من القانون الجديد المصري.

المادة 1443 فرنسي على إمكان تحقق الكتابة بالإحالة على وثيقة تتضمن شرط التحكيم.

– نصت المادة الخامسة من قواعد اليونسترال على ترك تحديد عدد المحكمين لإدارة الأطراف، فإذا لم يكن هناك اتفاق خلال 15 يوما من تلقي المدعي عليه إعلان التحكيم على أن يكون المحكم " واحدا" فيتم تشكيل محكمة التحكيم من ثلاثة محكمين وهو نفس ما دهب إليه المركز الإقليمي بالقاهرة، الذي يجري التحكم فيه وفقا لهذه القواعد مضيفا فقرة تستلزم أن يكون العدد وترا وإلا بطل التحكيم.

الفرع الثاني: آثار اتفـــاق التحكيم

كما أشرنا سابقا فإن لاتفاق التحكيم أثار نستعرضها فيما يأتي.

أولاً: الأثر المانع لاتفاق التحكيم

يقدم القانون الفرنسي أحكاما مشابهة بخصوص تحديد آثار اتفاق التحكيم، فتنص المادة (1458) على أنه ادا رفع أمام قضاء الدولة نزاع اتصلت به محكمة تحكيم بمقتضى اتفاق تحكيم، فيجب على هدا القضاء إعلان عدم اختصاصه أما إذا كان النزاع لم يتصل بعد بهيئة التحكيم فعلى القضاء إعلان عدم اختصاصه طالما أن اتفاق التحكيم ليس واضحا بطلانه.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فيقول انه ليس من اختصاص القاضي الفصل في النزاعات التي اتفق فيها على التحكيم كما أشارت المادة 1045 "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، ادا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن يثار من أحد الأطراف ". على أن يكون موضوع النزاع من اختصاصها أي محكمة التحكيم فادا لم يكن كذلك فيجب الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع وهو ما بينته المادة 1044 "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع.

تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا ادا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع."

أما فيما يخص المشرع المصري فهو أكثر دقة من نظيره الفرنسي لأن اتفاق التحكيم عنده لا ينزع اختصاص القاضي و إنما يحجبه في نظر النزاع، ويلاحظ أن تم فارقا هاما بين القانون المصري والفرنسي اذ لا يفرق القانون المصري بين حالة رفع الدعوى أمام القضاء بعد أو قبل اتصال هيئة التحكيم بالنزاع موضوع اتفاق التحكيم ففي الحالتين يتحتم الحكم بعد قبول الدعوى أما القانون الفرنسي و اذا كان يحتم الحكم بعدم الاختصاص في

حالة رفع الدعوى بعد اتصال هيئة التحكيم بالنزاع فانه يخول القاضي إمكانية عدم الحكم بعدم الاختصاص و التصدي للموضوع ،اذا تبين له البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم كحالة خلو شرط التحكيم من تسمية المحكمين أو بيان أسلوب اختيارهم أو خلو المشارطة من تحديد موضوع النزاع.

ثانياً: العلاقة بين اتفاق التحكيم، والعلاقة بين الأطراف (مبدأ استقلالية شرط التحكيم):

يثور التساؤل عن مصير شرط التحكيم الذي تضمنه العقد الأصلي، ادا تعرض هذا العقد لسبب أدى إلى بطلانه أو فسخه أو إنهائه. فالمتصور منطقيا أن العقد إذا تعرض لأحد هده العوارض. فانه يزول بكل ما تضمنه وبالتالي ينتهي أثر شرط التحكيم بالتبعية ولكن تطور قضاء وفقه التحكيم خاصة التحكيم التجاري الدولي انتهى إلى عكس دلك، اذ كرس مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، فلا يؤدي بطلان أو فسخ أو إنهاء هدا العقد إلى التأثير على شرط التحكيم. فالشرط يظل صحيحا، طالما استكمل شروط صحته الخاصة به. وكما أشرنا آنفا قد يخضع هدا الشرط لقانون مختلف عن القانون الذي يخضع له موضوع العقد الأصلي، لدلك من المتصور أن يستوفي الشرط شروط صحته رغم ما أصاب العقد الأصلي من عوارض. وترتيبا على دلك ينتج الشرط أثره ،ويكون للمحكمين سلطة النظر في أي منازعات تنشأ عن فسخ أو إنهاء العقد الأصلي ولم يتضمن القانون الفرنسي نصا صريحا يكرس استقلالية شرط التحكيم و لكنه كرس في المادة (1466) مبدأ الاختصاص ويستند الفقه إلى هدا النص للقول بأنه يؤدي إلى تقرير مبدأ استقلالية شرط التحكيم من الناحية العملية إذ طالما أن المحكم له سلطة البت في بطلان أو صحة العقد الأصلي، بمقتضى اتفاق التحكيم، فان هذا يعني أن هدا الاتفاق . أي اتفاق التحكيم . بوصفه اتفاقا على الإجراءات، يكون ممكنا نزعه أو فصله عن العقد الأصلي، و بالتالي يكون متمتعا بالاستقلالية . و الواقع أننا نجد صعوبة إلى حد ما في الربط بين مبدأ الاختصاص بالاختصاص ومبدأ الاستقلالية، و الأكثر قبولا القول بأن مبدأ الاستقلالية يعد من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام التحكيم سواء على الصعيد الوطني أو الدولي، قد كرسه

القضاء الفرنسي بصدد التحكيم التجاري الدولي على نحو قاطع و متواتر مما يصلح أساسا للقول بوجوده أيضا في التحكيم الداخلي بدلا من محاولة التعسف في تفسير النصوص وتحميلها ما لا تحتمله[1].

ثالثاً: نطاق الأثر الملزم لاتفاق التحكيم من حيث الأشخاص:

إن مبدأ نسبية الاتفاقات، يؤدي إلى القول بأن اتفاق التحكيم لا تمتد آثاره إلى أشخاص لم يوقعوا على الاتفاق سواء بأنفسهم أو عن طريق ممثل لهم، أي أطراف الاتفاق ولكن هناك حالات عملية قد تدق أحيانا، فضلا عن أن فكرة "الطرف " لا تعني فقط "الشخص الموقع" على الاتفاق، وإنما تشمل أيضا خلفه العام أو الخاص.

"كالوارث الذي أبرم مورثه عقدا تضمن شرط تحكيم أو في حوالة العقود، إذ ترد الحوالة على الشرط المنصوص عليه في العقد ".

ولكن هل يمتد التحكيم للغير عن طريق نصوص المرافعات كإدخال الغير في الدعوى؟ لا شك أن الطابع "العقدي" للتحكيم يحول دون ذلك. ولكن لا يعتبر غيرا الشريك أو المدين المتضامن. فلو تعدد الشركاء أو المدينون المتضامنون، وأبرم أحدهم عقدا أو تضمن عقد القرض في حالة المدينين المتضامنين شرط التحكيم، فان الشرط يمتد أثره للجميع، إيجابا وسلبا، أي يستطيع كل منهم التمسك باتفاق التحكيم، كما يستطيع الطرف الآخر الاحتجاج بهذا الاتفاق في مواجهة أي منهم. ويسري هدا في حالة شركات الأشخاص حيث لا تحجب الشخصية المعنوية حجبا كاملا أشخاص الشركاء ،ويسري من باب أولى في المحاصة، حيث لا توجد أصلا شخصية معنوية، فادا أبرم أحد المحا صين عقدا تضمن شرط تحكيم، فان لشركائه التمسك بالشرط، و للطرف الأخر في العقد للاحتجاج بالشرط على الجميع، ودلك اذا كانت إدارة المحاصة جماعية تستلزم حضور الجميع و أخذًا بالمنطق

([1]) حسن المشرع المصري الجدل في الفقه في القانون الجديد، فنصة المادة23 على ان "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقراً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو انهائه أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته ".

نفسه يمتد اتفاق التحكيم ليشمل جميع مشروعات المؤسسات لمشروع أو فرع مشترك إدا أبرم هدا الفرع عقداً تضمن شرط تحكيم ولكن إدا وقع طرفان اتفاق تحكيم، وكان أحدهما مؤسسة عامة، فقام الوزير باعتماد العقد الأصلي المتضمن لشرط التحكيم، فهدا التوقيع لا يجعل الدولة طرفاً في اتفاق التحكيم، لأن توقيع " الوزير " كان مباشرة لسلطاته الولائية و ليس توقيعاً بصفته طرفاً وهدا ما دهب إليه القضاء الفرنسي في قضية هضبة الأهرام[1] ، وإن انتهى التحكيم أمام المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار سابق الإشارة إليه إلى العكس.

ويتضح في كثير من الحالات أن تحديد " الأطراف " الذين يملكون التمسك باتفاق التحكيم، ويمكن الاحتجاج عليهم به، يتوقف على الفحص الدقيق للعقد و الملابسات المحيطة به خاصة وأن الأمر في العقود الدولية، يؤدي في العديد من الحالات إلى استعانة الأطراف الأصليين بمقاولين من الباطن أو بشركات يتم تأسيسها، أو إنشاء فروع مشتركة لمباشرة تنفيذ العقد أو العقود المتتابعة التي قد ينم إبرامها أو حالة تجديد العقود بتغيير الدائن أو المدين أو محل الالتزام، في كافة هذه الصور يمتد شرط التحكيم ويتسع نطاقه ليصبح كالمظلة التي تحيط بالعلاقات التي تنشأ تحت الاتفاق الأصلي ويتسع بذلك مفهوم "الأطراف " المشرع المصري الجدل في الفقه في القانون الجديد، فنصت المادة (23)على أن "يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، اذا كان هذا الشرط صحيحا في دانه ."

(1) نقض الفرنسي 1984/07/12 في النزاع المعروف بخصوص الاستغلال السياحي لمنطقة هضبة الهرم.

خاتمة

خاتمة:

تناول الدراسة فيما تقدم موضوع الوسائل التسوية الودية للمنازعات التجارية الدولية، فقد تبين من هذه الدراسة أن عملية تسوية النزاعات تلعب دورا أساسيا في تحقيق الأهداف الاقتصادية للدول ككل، ولهذه الغاية سعت الدول إلى وضع آليات التي تتكفل بفض النزاعات التي قد تثور بين الأفراد أو الشركات أو أي معاملة تجارية وذلك نتيجة التطور الهائل في العلاقات الاقتصادية المبنية على أساس العقود التجارية العابرة للحدود، أدى إلى تنازع القوانين وذلك نظرا لاختلاف القوانين الداخلية بين الدول، والأحكام والمبادئ الخاصة بها وكذا انعدام وجود قضاء دولي مختص، بنظر النزاعات التي تنشأ بين المتعاملين في التجارة الدولية ولتخفيف العبء على القضاء لحل النزاعات أدى إلى ظهور وسائل ودية كوسائل ناجعة وطريق بديل عن القضاء، وذلك لما تتميز به من امتيازات كتبسيط في إجراءات الفصل في النزاع والتحرر من الشكليات مما يؤدي إلى الفصل في النزاع بأقصى سرعة ممكنة وفي سرية تامة فهذه المزايا تعزز التجارة على نطاق واسع وذلك لأنها تستجيب لرغبة الأطراف المتعاقدة في حل نزاعاتهم.

ولتسوية المنازعات التي تنشأ في إطار التجارة الدولية فقد بينا الوسائل الودية الخاصة بحل المنازعات والتي تنشأ بإرادة الأطراف وتستعمل الوسائل الدبلوماسية لتسوية منازعاتهم وتتجلى أنواع وطرق التسوية الودية في التوفيق والمشاورات والوساطة والمعالجة والتحكيم وهي من الوسائل غير الملزمة على عكس القضاء الذي تكون قراراته وأحكامه ملزمة بالإضافة إلى تنازع القوانين، وقد أثبتت الوسائل الودية لحل النزاعات التجارية قدرتها على حل النزاعات الدولية الناشئة عن علاقة تجارية وكذا استقلاله على المستوى الدولي والداخلي عن قضاء الدولة بالإضافة إلى حرية وسلطة الأطراف في اختيار الوسيلة للفصل في النزاع.

كما أن الوسائل الودية ترمي إلى إشاعة جو من الثقة ليس فقط على مستوى طرفي العلاقة في العملية التجارية ولكن أيضا على مسار العلاقات الدولية بين الدول مما يدعم تطوير الاقتصاد الدولي وتشجيع الاستثمار.

وبالتالي فإن القوانين الدولية قد ساهمت في الاعتراف لأطراف العلاقة التجارية بحل نزاعاتهم أو الخلافات التي تنشأ بينهم بحلها بدون اللجوء إلى القضاء.

وعلى المستوى الداخلي ومنها الجزائر ومن خلال التحليل والتطرق إلى الأحكام التي جاء بها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية الإدارية الجديد 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 حيث جاءت مسايرة للقوانين الأجنبية الدولية والوطنية.

بالإضافة إلى أن منح الاختصاص للقضاء التابع للدولة أمرا غير مرغوب فيه وغير ملائم، كونه في غالب الأحيان يعمد إلى تطبيق المبادئ القانونية السائدة في دولته على العلاقات الدولية والتي قد لا تتلاءم في عديد من الأحيان مع طبيعة العلاقات التجارية الدولية.

فالوسائل الودية لحل النزاعات التجارية الدولية تتلاءم وتناسب كل من البلدان النامية والمتقدمة على حد سواء خاصة إذا كان فريق التسوية الودية الذين اختارهم الأطراف المتعاقدة على قدر من الخبرة والكفاءة عند إبرام هذه العقود، وأن يستعينوا برجل القانون المتخصص عند تحرير العقد، وعلى المعنيين بإبرام هذه العقود مراعات الإجراءات والأشكال التي وجب القانون الداخلي إتباعها عند إبرام هذه العقود.

وعلى الأطراف المتعاقدة أن تحترم تعهداتها والتزاماتها التعاقدية وألا تعتمد أساليب المماطلة والتسويق، فإن هذه الأساليب تفقد الدولة مصداقيتها في تعاملها مع الشركات الأجنبية المستثمرة وأن تجعل من قرارات وأحكام الوسائل الودية لحل النزاعات التجارية الدولية موضع التنفيذ.

كما أن تبني نظام الطرق الودية اليوم ضمن المنظومة القانونية لأي دولة، أصبح ضرورة ملحة تفرضها المشاكل التي يعاني منها القضاء الرسمي، وما يفرضه من تعقيدات وشكليات تشكل هدرا للوقت والمال والجهد، في حين أن هذه الطرق الحديثة تعود فاعليتها بالأساس إلى بساطتها ومرونتها، وهو ما يكفل تطبيقها تبعا لظروف كل قضية، بما ينهي النزاع دون قطع للروابط.

من الضروري أن نجمع بعض النتائج الهامة التي انطوت عليها هذه الرسالة والتي برزت من خلال دراسة موضوع التسوية الودية للمنازعات التجارية الدولية وذلك من خلال:

أنه لا يمكن الحديث عن الطرق الودية دون ربطها بالمشاكل التي تعانيها المؤسسة القضائية، وذلك بالنظر إلى كلفة التقاضي المرهقة وتعقيد الإجراءات، وثقل العمل القضائي لهذا أصبح ركوب قاطرة الطرق الودية مطلبا ملحا وممكنا لتلاقي تراكم القضايا بالمحاكم.

إن الطرق الودية هي ظاهرة تدخل في نطاق الحركة العامة للتطور الاقتصادي فأصبحت مظهرا من مظاهر تطوير العلاقات التجارية توفير دعما ضروريا للثقة التي يتوجب أن تسود العلاقات فيما بينهم وبين جهازهم القضائي من جهة أخرى.

رغم ما تحققه الوسائل الودية بين الأطراف من ربح للوقت وسرعة في إنهاء الخلاف والتقليل من التكاليف، واختصار للجهد وتخفيف العبء على قضاة الموضوع فإنه يحقق ما هو أسمى من ذلك وهو استمرار العلاقة والروابط بين الطرفين، الأمر الذي لا يحصل في الكثير من الأحيان عند السير في إجراءات التقاضي إلى نهايتها وانتصار المحكمة لأحد الخصوم أو إدانة أحد الأطراف، إذ غالبا ما تخلف هذه الأحكام أضرارا تمس مصالح أحد الطرفين المتنازعين كما أنها قد لا تأخذ بعين الاعتبار مصالحهما الكاملة بل إن بعض الأحكام قد تخلق جروحا لا تندمل في نفسية الطرف المدان أو الخاسر للدعوى.

إلا أن مكانة الوسائل الودية لتسوية النزاعات في الوقت الراهن تظل محدودة جدا في منظومة عدالتنا لعدة اعتبارات وهي:

- حداثة الإطار القانوني المنظم لها.
- أن اللجوء إليها متوقف على اتفاق إرادة الأطراف.

يعتمد نجاح هذه الطرق في المقام الأول على الغير (الوسيط، أو الشخص الثالث المكلف بحل النزاع)، لذا يجب أن يتمتع هذا الغير باختصاصه وكفاءته واستقلاله وحياده.

ومن هنا أضحت العدالة المبنية على أساس الاتفاق أكثر ايجابية لأنها تأخذ في الاعتبار مصالح الطرفين وتنهي النزاع بلا غالب ولا مغلوب، وبذلك فهي تساهم في نهاية المطاف النماء الاقتصادي.

كما أن العلاقة بين النظام الطرق الودية والقضاء لا يجب أن تكون إلا علاقة تكامل وتجانس ذلك أن كل منهما يهدف إلى فض للنزاعات وإحقاق الحق، ولو أنهما يعتمدون أساليب وأصول مختلفة إلا أن المبادئ الأساسية التي ينطلقان منها واحدة.

الملاحق

الملاحق:

نماذج من المنازعات التي عرضت على جهاز تسوية المنازعات (DSB)، وما نصت في شأنها (منظمة التجارة العالمية).

أ-في مجال اتفاق (*GATT* 1994)

شكوى الهند وماليزيا وباكستان وتايلاند ضد الولايات المتحدة الامريكية في شأن حظر استراد الربيان:

- تاريخ 08 أكتوبر سنة 1996 تقدمت الهند وماليزيا وباكستان وتايلاند بشكوى ضد الولايات المتحدة زعمت فيها أن حظر تلك الدولة الاستيراد الربيان من هذه الدول تطبيق للقانون العام الامريكي، مخالف للمواد 1-6-9 من اتفاق GATT 1994، كما أن هذا الحظر يحرمها ويعوقها عن جني الفوائد الناتجة عن هذه التجارة.
- أصدر فريق الخبراء تقريره لمصلحة الدول الشاكية على سند من أن إجراءات الولايات المتحدة الأمريكية لاستيراد الربيان مخالفة للمادتين 1-6 من اتفقGATT 1994 ولا يمكن تبريها على هدى من حكام المادة 10 من ذات الاتفاق.
- استأنفت الولايات المتحدة قرار فريق الخبراء في 13 يوليو سنة 1998 إلا أن جهاز الاستئناف أيد ما توصل إليه فريق الخبراء.

تبنى جهاز تسوية المنازعات(DSB) قرار جهاز الاستئناف بتاريخ 12 أكتوبر 1998 [1]

[1] د. محمد مأمون عبد الفتاح: الجانب التطبيقي لتسوية المنازعات بحث مقدم إلى مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية في اتفاقات التجارة العالمية (المشهورة باتفاقات الجات)، مركز الدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 14-15 ديسمبر 1997، ص 369-370.

شكوى فنزويلا والبرازيل ضد الولايات المتحدة الامريكية في شأن الجازولين المستورد:

بتاريخ 23-01-1995 تقدمت فنزويلا بشكوى ضد الولايات المتحدة وانضمت إليها البرازيل، وقد زعمت الدوليتان أن الولايات المتحدة تطبق إجراءات أكثر صرامة فيما يتعلق بالخواص الكيماوية للجازولين المستورد عن تلك التي تطبق على الجازولين المصفى محليا الأمر الذي يخالف مبدا المعاملة الوطنية ولا يمكن تبريره استنادا لقواعد WOTالمتعلقة بإجراءات المحافظة على الصحة والبيئة.

أصدر فريق الخبراء تقريره لصالح الدولتان الشاكيتان.

أبد جهاز استئناف ما ورد بتقرير فريق الخبراء.

تبنى جهاز المنازعات تقرير الخبراء وتقرير جهاز الاستئناف.

وافقت الولايات المتحدة على تعديل قانونها، وبتاريخ 26-08-1997 أخطرت جهاز تسوية المنازعات بإجرائها التعديل بإزالة التفرقة في المعاملة بين الجازولين المستورد والمصفى محليا.

ب-في مجال اتفاقية(*TRIPS*):

شكوى الاتحاد الأوربي ضد كندا في شأن قانون براءات الاختراع:

تضمن قانون البراءات الكندي نصا يحيز للغير تصنيع المنتج موضوع البراءة قبل انتهاء مدة الحماية(20 سنة) بفترة محددة قدرها ستة أشهر وذلك بغرض الحصول على ترخيص بتسويقه، او بغرض تخزينه استعدادا لطرحه للبيع بمجرد انتهاء مدة الحماية.

آثار هذا النص اعتراض الاتحاد الأوربي فتقدم بشكوى إلى جهاز تسوية المنازعات (DSB) طالبا عقد مشاورات مع الحكومة الكندية على سند من أن هذا النص يتعارض مع المواد 1/27، 28، 33 **TRIPS**إذ يقلص مدة الحماية لأقل من 20 سنة.

شكوى الاتحاد الأوربي ضد كندا في 19 ديسمبر 1997:

عقدت المشاورات ولم تسفر عن تسوية للنزاع، وعلى ذلك فقد طلب الاتحاد الاوربي تشكيل فريق تحكيم[1]

نظر فريق التحكيم النزاع وانتهى في تقريره إلى الآتي:

أن الاستثناء (تصنيع المنتج قبل مدة البراءة بفرض الحصول على ترخيص بالتسويق لا يتناقض مع المادة 1/27 **TRIPS**فهو جائز طبقا للمادة 30 ولا يخالف المادة 1/28 على سند من أن الحكمة من هذا الاستثناء أتاحه الفرصة للمنافسين لاستعمال الاختراع وتصنيع المنتج المشمول بالحماية خلال فترة سريانها بدون ترخيص من مالك البراءة بغرض تقديم بيانات من المنتج للحصول على ترخيص لتسويقه الأمر الذي يمكنهم من تصنيع المنتج وطرحه في السوق عقب انتهاء مدة الحماية مباشرة.

أما الاستثناء الثاني (التخزين استعداد للطرح بمجرد انتهاء مدة البراءة) فقد انتهى الفريق إلى أن هذا الاستثناء يتعارض مع المادة TRIPS1/28 ومن ثم فهو استثناء واسع يخالف حكم المادة (TRIPS 30) فيما تجيزه من استثناءات محدودة.

اعتقد جهاز تسوية المنازعات تقرير فريق التحكيم في أفريل سنة 2000.

طلبت كندا أعمالا لحكم المادة 3/21 من نظام تسوية المنازعات(DSU) من الجهاز مدة معقولة لتنفيذ للتوصيات إلا أن الاطراف اختلفوا على معقولية المدة وعلى ذلك فقد طلب الاتحاد الاوربي حل الخلاف عن طريق التحكيم.

انتهى حكم التحكيم إلى ان المدة المعقولة هي (ستة اشهر) تبدأ من تاريخ اعتماد تقرير فريق التحكيم ومن ثم فهي تنتهي في أكتوبر سنة 2000.

أحاطت كندا الجهاز والأعضاء فيع أكتوبر سنة 2000 بتنفيذها للتوصيات الا/ر الذي يعني تعديلها لقانون براءات الاختراع[1].

---

[1] د. أحمد جامع، اتفاقات التجارة العلمية، مرجع سابق، ص 1418-1460.

قضية تحكيم بحري:

حكم نهائي في 1995/07/25:

المحكمون: ثلاثة محكمين مصريين

الأطراف: الشركة المحتكمة: شركة تجارية افريقية

مقر التحكيم: مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي- فرع التحكيم البحري بالإسكندرية

المسائل المثارة: التعويض عن خسائر في عمليات تفريغ ذرة صفراء

لغة التحكيم: العربية والانجليزية

القانون الواجب التطبيق: خلاف حول قانون التجارة البحري المصري أو معاهدة بروكسل

المبادئ القانونية:

توجب المادة 3 من اتفاقية بروكسل على الناقل بذل العناية الكافية والمناسبة أثناء تحميل وتداول تستيف وحمل وحفظ وتفريغ البضاعة، ويتحمل الناقل هذه المسؤوليات عن نفسه وعن موظفيه وعماله، وبناء على ذلك لا يستطيع الناقل التخلص من هذه المسؤوليات[2].

---

[1] د. محمد مأمون عبد الفتاح: الجانب التطبيقي لتسوية المنازعات بحث مقدم إلى مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية في اتفاقات التجارة العالمية (المشهورة باتفاقات الجات)، مركز الدراسات القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 14-15 ديسمبر 1997، ص 369-370.

[2] د. محمد أبو العينين، احكام مركز القاهرة، الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي (1984-2000)، ط1، ص 320.

الوقائع:

وجه المتحكم طلبا بالتحكيم إلى المحكم ضده مطالبا الحكم لصاحبه بمبلغ ....دولار أمريكي يدفعها المحتكم ضده تعويضا عن الخسائر التي تحملها المحتكم من جراء عدم تنفيذ المحتكم ضده للالتزامه بالتحميل والشحن والتفريغ الجيد للبضاعة التي تم تسليم جزء منها تالفا مع عدم تسليم جزء الآخر منها نهائيا.

كما طلب المحتكم للحكم بتعويضه عن مصروفات التحكيم بالإضافة إلى الفوائد القانونية عن أي مبالغ يتم الحكم بها بدءا من تاريخ تقديم طلب التحكيم وحتى تاريخ الدفع.

وافق الطرفان في الجلسة المعقودة بمقر مركز الاسكندرية للتحكيم البحري الدولي على ما يأتي:

1- الموافقة على تشكيل هيئة التحكيم وأنه ليس هناك أي اعتراض ضد أي من أعضائها.

2- اللغات التي ستتم بها إجراءات التحكيم هي العربية والإنجليزية.

3- الموافقة على تطبيق القانون المصري الجديد للتحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادرة بالقانون رقم 27 بسنة 1994.

تضمنت سندات الشحن اتفاقا على التحكيم يتم بمقتضاه تسوية أي نزاع خاص بالشحن أو تسليم البضاعة عن طريق التحكيم.

وقال المحتكم شرحا بدعواه أن المحتكم ضده قام بشحن كمية...طن متري من الذرة الصفراء على متن سفينة أمريكية لشحنها إلى ميناء إفريقي، وقد تم تحرير عدد 6 سندات شحن وتوقيعها نيابة عن ربان السفينة.

وقد أضاف المحتكم بأنه قد أثبت بما لا يدع مجالا للشك أن البضاعة لم يتم تسلميها إليه على نحو مات سلمها للمحتكم ضده وأن البضاعة قد اصبها تلف عند التفريغ، وأنه طبقا لقنون التجارة البحرية المصري رقم 8 لسنة 1990 وهو القانون الواجب التطبيق على واقعة الدعوى، يعد المحتكم ضده مسؤولا كناقل للبضاعة عن التحميل والتنظيم والنقل

والتفريغ الجيد للبضاعة، كما يعد مسؤولا عن أي خسار أو تلف تلحق بالبضاعة بين عمليتي الشحن والتفريغ.

وحيث ان المحتكم أضاف أنه بين عمليتي الشحن والتفريع تحول جزء من الذرى الصفراء إلى غبار أو أن نسبة مئوية ملحوظة من حبوب الذرى الصفراء وجدت مهمشة وبالإضافة إلى ذلك لم يتم على الاطلاق تسليم جزء هام من الشحنة كما أنه لا علم للمحتكم عن السبب الذي أدى إلى خفض رتبة جودة البضاعة بين عملية الشحن والتفريغ، والتي من المحتمل ان تكون قد حدثت في أي مرحلة من مراحل الرحلة، وأضاف المحتكم انه لا يمكن بأي حال من الاحوال إنكار تسبب المحتكم ضده في فقد جزء من الشحنة أثناء التفريغ لسقوطها على رصيف الميناء أو لسقوطها بين السفينة والرصيف أو لتطايرها إلى البحر بسبب الرياح وأضاف أن هذه الخسار قد تفاقمت بسبب تسبب المحتكم ضده في تلف الشحنة ابتداء وأن كل هذه الخسار كان من الممكن تجنبها إذا ما التزم المحتكم ضده بالإجراءات الصحيحة في شحن وتستيف ونقل وتفريغ البضاعة[1].

ولذلك يعد المحتكم ضده مسؤولا بصورة قبل المحتكم عن جميع الخسائر والمصروفات والتي نتجت عن إخلالها بالمسؤوليات الموكلة عليه.

وحيث أنه بالنسبة لحجم الخسائر المتعلقة بعدم تسليم البضائع سالفة الذكر فقد ذكر المحتكم أن هذا لا يحتاج لمزيد من التوضيح باعتباره النتيجة المباشرة لما تسبب فيه المحتكم ضده من تلف للبضائع.

وفيما يتعلق بعناصر الخسائر الأخرى فإنها كان من الممكن أن تتزايد لولا الإجراءات التي اتبعها المدعي لتقليل حجم الخسائر مثل تخفيض أسعار البضائع ومحاولة تنقية وإنقاذ البضاعة، وأضاف المحتكم أنه قد اتخذ جميع الإجراءات الازمة لتقليل الخسائر والتي كان من الممكن للمحتكم ضده التنبؤ بها على أساس معرفته بأن هذه البضاعة سوف يتم بيعها في السوق المحلية وانتهى إلى القول بأنه كان لزاما على المحتكم ضده تسليم البضاعة بحالة

---

[1] د. محمد أبو العينين، نفس المرجع السابق، ص 321-322.

جيدة كما تسلمها هو خاصة وأن جميع سندات الشحن قد تم ختمها بخاتم "نظيفة على السفينة" بما يعنيه ذلك من أن الذرة الصفراء قد تم تحميلها على متن السفينة في حالة جيدة.

وقد ترتب على إخلال المحتكم ضده بالتزامه بتسليم البضاعة في حالة جيدة وسليمة ما يأتي:

1-فيما يتعلق بالكمية الاجمالية البالغة...طن متري، وجهت مطالبات من العملاء المحليين، ومن أجل تجنب رفض البضاعة ومن المنطلق واجبه نحو تخفيف الخسائر تم السماح بإجراء خصومات على البضاعة الأقل جودة[1].

2-تم رفض كمية إجمالية تبلغ ... طن متري من قبل المشترين المحليين بسبب النسبة المئوية العالية لحبوب الذرة الصفراء واحتوائها على الغبار وقد تم اتخاذ الخطوات التالية فيما يتعلق بهذه الكمية:

- تم غربلة الذرة بواسطة ثلاث ماكينات غربلة في خلال عشرة أيام وقد تم توظيف عملة إضافية للقيام بهذا العمل
- تبلغ القيمة الإيجارية لكل ماكينة ... دولار يوميا كما تبلغ تكلفة العمالة ... دولار يوميا وبقيمة اجمالية ... دولار أمريكي يوميا
- تم إنفاق مصاريف تخرين إضافية خلال عملية الغربلة
- تم تأجير مساحات إضافية للتخزين بلغت ... $م^2$ بقيمة إيجاريه إجمالية ... دولار أمريكي
- استجوب التداول المزدوج للبضاعة التالفة استخدام حاملتي ورافعتين خلال 18 يوم برسوم بلغت ... دولار أمريكي بما في ذلك تكلفة العمالة.

[1] د. محمد أبو العينين، نفس المرجع السابق، ص 322-323.

3- نتج عن عمليات الغربلة كمية إجمالية بلغت 460 و 200 طن متري من متبقيات الذرة ومن تراب الذرة والتي أمكن فقط بيعها كشحنة تم إنقاضها، مع تخفيض واضح في السعر الثابت بلغ ... دولار للطن المتري[1].

كما أن الجزء الجيد المتبقي بعد عملية الغربلة وهو... طن متري أمكن بيعها بسعر ... دولار فقط للطن المتري والباقي البالغ ... طن متري أمكن بيعها بسعر بـ ... دولار للطن المتري الأمر الذي شكل خسارة إجمالية تبلغ ... دولار أمريكي.

4- اضطر المحتكم إلى تعيين مفتشين للفحص مما تسبب بتكلفة إضافية بلغت ... دولار أمريكي.

5- خلال عمليات التفريغ لم يتم تسليم الذرة كلها إلى المحتكم وتم فقط تسليمه كمية نهائية بلغت ... طن متري الأمر الذي يمثل قصورا في الكمية بلغ ... طن متري مقارنا بالكمية المذكورة في بوالص الشحن.

ولهذا يطالب المحتكم هيئة التحكيم بأن تصدر حكما بإلزام المحتكم ضده:

أ- بسداد مبلغ ... دولار أمريكي.

ب- الحكم بإلزام المحتكم ضده بسداد:

* مصروفات التحكيم بالكامل.

* إجمالي الفوائد القانونية من تاريخ رفع الدعوى وحتى تاريخ الوفاء بالمدفوعات.

ج- الحكم بإلزام المحتكم ضده بسداد أي مصروفات أخرى تنشأ عن هذا التحكيم.

وقد أودع المحتكم ضده مذكرة تضمنت دفعا لعدم وجود اتفاق للتحكيم وذلك لتوقيع على المشارطة كوكيل عن مالك السفينة[2].

---

[1] د. محمد أبو العينين، نفس المرجع السابق، ص 323-324.

[2] د. محمد أبو العينين، نفس المرجع السابق، ص 324.

وبناء على ذلك، دفع المحتكم ضده بعدم اختصاص هيئة التحكيم بالنظر في النزاع الماثل.

وفيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ذكر المحتكم ضده بأنه اتفاقيه بروكسل هي القانون الواجب التطبيق، وأضاف أن القانون التجارة البحرية المصري رقم 8 لسنة 1990 يطبق فقط على القضايا المحلية.

تم دفع المحتكم ضده بأن المحتكم لم يقدم طلبه في الوقت المحدد بمقتضى اتفاقية بروكسل، فقد تم تسليم البضاعة في ... وبدأت اجراءات التحكيم... أي بعد مرور أكثر من عام من تاريخ تسليم البضاعة.

واضاف أن من الاجل لم يصدر عن المحتكم ضده أو بناء على موافقته او تفويضه.

وفيما يتعلق بالادعاء الخاص بالخسائر الناتجة عن تلف ونقص البضاعة، ذكر المحتكم ضده أن تلف البضاعة ونقصها يرجع إلى أنها كانت رديئة الصنف عند تسليمها على السفينة، كما أن جانبا من التلف يرجع إلى سوء عملية التفريغ التي تولاها المحتكم، كما أن نقص المدعى به في البضاعة مبالغ فيه إلى حد كبير إذ أن نسبة 2% يجب أن تستنزل من وزن الشحنة وفقا للأعراف المستقرة في مجال النقل البحري للبضائع.

طلب المحتكم ضده بالحكم بعدم الاختصاص أو الحكم بسقوط الحق في رفع الدعوى لانتهاء الوقت المحدد للالتجاء إلى التحكيم او برفض الدعوى.

فإذا ما تم رفض أي من الطلبات الثلاثة المذكورة عالي، فإن مسؤولية المحتكم ضده يجب أن لا تزيد عن ... دولار أمريكي نتيجة نقص البضاعة بعد استبعاد 2% وفقا للمعتاد في مثل هذه الحالات[1].

وبمراجعة المشارطة المقدمة من المحتكم لاحظة هيئة التحكيم أن المحتكم ضده ذكر اسمه وصفته كمالك في المكان المحدد في المستند للطرف المسؤول عن نقل البضاعة، وإن كان قد وقع " كوكيل فقط".

---

[1] د. محمد أبو العينين، نفس المرجع السابق، ص 324-325.

وقد لاحظة هيئة التحكيم عدم ذكر اسم الأصيل أو الموكل.

وغنى عن البيان أنه من الثوابت القانونية المقررة أنه يجب على الوكيل ذكر اسم الأصيل أو الشخص الذي يوقع عنه وذلك من أجل انصراف أثر العقد إليه، وعلى هذا الأساس كان طبيعيا أن تطبع عبارة على مستندات الشحن تمثل تذكرة للأطراف الذين يحررون نموذج المشارطة بضرورة الكشف عن أسماء الأصلاء تقع هذه الجملة مباشرة تحت المكان المخصص للتوقيع وبيانها كالتالي: " كوكيل بموجب تفويض برقي من ... ".

وفي الحالات التي يدعي فيها أحد أطراف العقد بأنه وكيل دون أن يفصح عن اسم الأصيل الذي تنصرف إليه أثار العقد فإن الطرف الموقع على العقد يصبح طرفا أصيلا في العقد ينصرف إليه كامل أثاره.

وبالإضافة إلى هذا فإن المحتكم ضده قام بدور الأصيل أيضا بعد توقيع المشارطة إذ قام بسداد نفقات الرحلة دون القيام بالإفصاح عن قيامه بذلك على أساس أنه وكيل عن أصيل معين[1].

وعلى ذلك فإن محصلة ما تقدم أن هيئة التحكيم قد وجدت أن المحتكم ضده يعد الطرف المسؤول عن نقل البضاعة فلا يعد المالك القانوني للسفينة مسؤول بصفة دائمة عن الشحن، فالمجهزون يكونون مسؤولين عن الشحن إذا ما قاموا بدور الطرف الرئيسي ووقعوا على المشارطة دون الافصاح علن أسماء الأصلاء الذين يعملون لحسابهم.

وحيث إن هيئة التحكيم تلاحظ أن سندات الشحن على أن الطرفين قد وافقا على تسوية منازعاتهم عن طريق التحكيم، ثم فيما بعد وافق الطرفان أيضا أثناء جلسة المرافعة على تعديل شرط التحكيم فيما يتعلق باختيار المحكمين ومكان التحكيم والقانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم.

من حيث أن المحتكم طال بتطبيق قانون التجارة البحرية المصري رقم 8 لسنة 1990.

---

[1] د. محمد أبو العينين، نفس المرجع السابق، ص 325-326.

وحيث أن هيئة التحكيم قد ارتأت أن اتفاقية بروكسل مازالت نافذة في مصر بسبب وجود شرائط تطبيقها وايضا بسبب عدم نفاذ قواعد هومبورغ في مصر حتى الآن.

ويعد القانون رقم 8 لسنة 990 المشار إليه هو القانون الواجب التطبيق في مصر على القضايا المحلية بينما تظل اتفاقية بروكسل القانون الخاص المطبق على القضايا الدولية وفقا للمادة 151من الدستور المصري والذي ينص على أن الاتفاقيات الدولية التي تتم الموافقة عليها وفقا لأحكام الدستور تكون لها قوة القانون إذا تم نشرها في الجريدة الرسمية.

وبناء على ذلك تعتبر اتفاقية بروكسل هي القانون الواجب التطبيق على موضوع الدعوى المماثلة[1].

من حيث أن المحتكم ضده دفع بأن المحتكم قد رفع دعواه التحكيمية بعد مرور مدة تتجاوز سنة من تاريخ تسليم الشحنة وبناء على هذا ف تسليم الشحنة وبناء على هذا فإنه يتعين الحكم بسقوط الحق في رفع الدعوى طبقا للمادة 3 من اتفاقية بروكسل لرفعا بعد مرور أكثر من سنة من تاريخ تسليم البضاعة، وبالإضافة إلى ذلك ذكر المحتكم ضده أن مد أجل رفع الدعوى لم يتم بناء على موافقته، بل بالنيابة عن الشركة مالكة السفينة، وبناء على ذلك فإن هذا الامتداد لا يسري في حقه ومن يتعين الحكم بسقوط الدعوى.

وحيث أن هيئة التحكيم ترى أن المحتكم وجده طلبه بمد الأجل خلال وكيله جمعية ملاك البواخر للتأمين التعاوني بلندن ولما كان من المقرر أن طلبات مد الاجل ينبغي أن توجه إلى المنظمة المذكورة مستوفاة وبشكل تام بما يتطلبه ذلك من الافصاح على أسماء الاطراف النزاع وتقديم نسخ من المشارطات وبوالص الشحن، فإنها يبدوا واضحا أن المنظمة التي وجها إليها الطلب والتي تتمتع بخبرة دولية كبيرة لا يمكن لها أن تتحمل مسؤولية هذا الإجراء الهام الخاص بمد الوقت دون ان تحصل على موافقة من الشركة المحتكم ضدها بشأن هذا الطلب.

---

[1] د. محمد أبو العينين، نفس المرجع السابق، ص 326-327.

وحيث إنه يبين من المستندات المقدمة من المحتكم أن هناك خطابا موجها من المحتكم ضده إلى المؤسسة السالفة الذكر المؤرخ ... تمت فيه الاشارة إلى هذا النزاع، هذا بالإضافة إلى أن هناك مستند أخر مقدم من المحتكم ضده أيضا مؤرخ... موجه من إلى المؤسسة المذكورة يشير إلى نفس الموضوع وقد تم ارسال صورة منه إلى المحتكم ضده[1].

وحيث أنه قد تبين هيئة التحكيم أن المنظمة المشار إليها كانت على علم تام بالنزاع واطرافه وذلك قبل حلول الوقت الذي تم فيه توجيه اخطار التحكيم إلى المحتكم ضده، وإذا كانت المؤسسة المذكورة قد ذكرت فيما بعد في خطابها المؤرخ ... وصولها على تصديق من المالك القانوني للسفينة فيما يتعلق بمد الأجل فإن ذلك لا يعني التفويض بمد الأجل من قبل المحتكم ضده المعروف للمؤسسة المذكورة منذ البداية باعتبار الطرف الذي وقع النزاع بينه وبين المحتكم.

ومن حيث أن الفقرات الواردة في المادة 3 من اتفاقية بروكسل توجب الناقل بذل العناية الكافية والمناسبة أثناء تحميل وتداول وتستيف وحمل وحفظ وتفريغ البضاعة، ويحتمل الناقل هذه المسئوليات عن نفسه وعن موظفيه وعماله، وبناءا على ذلك لا يستطيع الناقل التخلص من هذه المسئوليات.

وقد تم إثبات أن الشحنة في حالة جيدة على ظهر السفينة ولكنها سلمت تالفة جزئيا مع نقص ملحوظ يتحمل الناقل مسئوليته.

وفيما يلي تقييم التعويضات المدعمة بالمستندات المقدمة من المحتكم والتي لم يتم دحضها من قبل المحتكم ضده:....

وتأخذ الهيئة بهذه التقديرات وتقضي بإلزام المحتكم ضده بها.

وحيث أنه بالنسبة للنقص في كمية البضاعة والتني ذكر المحتكم أنها بلغت ... طن كتري فإن هيئة التحكيم تقرر أنه يجب استبعاد نسبة 2% من وزن البضاعة وفقا للأعراف

---

[1] د. محمد أبو العينين، نفس المرجع السابق، ص 327-328.

السائدة في النقل البحري للبضائع، منها 1% نسبة مقبولة لجفاف الحبوب المنقولة بحرا و 1% أخرى نسبة مقبولة نتيجة لتفريغ الحبوب بواسطة الشفاطات[1].

وبعد استبعاد النسبة المذكورة يكون النقص الذي يتحمل المحتكم ضده مسئوليته هو ... طن متري.

وحيث أنه إذا ما تم تقييم هذه الكمية بمبلغ ... دولار للطن المتري فإن القيمة الإجمالية التي يلتزم بها المحتكم ضده لفقد البضاعة هي ... دولار أمريكي.

وبناء على ذلك فإن القيمة الإجمالية التي يلتزم بها المحتكم ضده وفقا لما تقدم تكون:...

ويضاف إلى هذا المبلغ نسبة 3% فوائد بدءا من ... حتى تاريخ الوفاء.

وحيث أنه بالنسبة إلى مصروفات التحكيم وبسبب عدم الحكم للمدعى بكل طلباته فإن هيئة التحكيم تحكم بتقسيم مصروفات التحكيم البالغة ... دولار أمريكي مناصفة بين طرفي النزاع[2].

نموذج لصياغة التحكيم: (شروط التحكيم النموذجي للبونسترال):

" كل نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو تتعلق ربه بمخالفة أحكامه أو فصخه أو بطلانه يسوى بطريقة التحكيم رفقا لقواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي".

ملحوظة:

قد يرغب الطرفان في إضافة البيانات التالية:

أ- تكون سلطة التعيين.... (اسم منظمة أو شخص)

ب- يكون عدد المحكمين.... (محكم واحد أو ثلاثة)

---

[1] د. محمد أبو العينين، نفس المرجع السابق، ص 328-329.

[2] د. محمد أبو العينين، نفس المرجع السابق، ص 329-330.

ج- يكون مكان التحكيم (مدينة أو بلد)

د- تكون اللغة (أو اللغات) التي تستخدم في إجراءات التحكيم،

هـ- يكون عدد ووسائل تعيين المحكمين في حالات التحكيم متعددة الأطراف...،

وإذا لم يتفق الاطراف على ذلك تسري القواعد المعدلة من مركز القاهرة ويقوم المركز وفقا للمادة 8 مكرر بتعيين المحكمين جميعا ويحدد من بينهم من يراس هيئات التحكيم[1].

[1] د. محمد أبو العينين، احكام مركز القاهرة، الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي (1984-2000)، ط1، 2002، ص 353.

المراجع

قائمة المراجع

أولا:المراجع بالعربية

1 - الكتب:

1- د أحسن بوسقيعة ،المنازعات الجمركية في ضوء الفقه واجتهادات القضاء في قانون الجمارك ،دار الحكمة ،الجزائر ،1998

2- د أبو زيد رضوان ،الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ،القاهرة 1981

3- د ابراهيم محمد العناني ،اللجوء الى التحكيم الدولي "العام الخاص التجاري"،الطبعة الثانية ،دار النهضة العربية ،2006

4 - أ أنور محمد صدقي ،المساعدة والدكتور ،بشير زغلول ،الوساطة في انهاء الخصومة الجنائية "دراسة تحليلية نقدية "مجلة الشريعة والقانون ،العدد الأربعون ،أكتوبر 1988

5 - أ الأنصاري حسن النداني ،الصلح القضائي،دور المحكمة في الصلح والتوفيق بين الخصوم ،دراسة تأصيلية وتحليلية ،دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية 2009

6- أ بن حمري الهادي،الطابع القانوني لنظام الوساطة كبديل لفض النزاعات على ضوء أحكام قانون الاجراءات المدنية والإدارية محاضرة ألقيت بمجلس قضاء المسيلة ، الجزائر ،04/23 / 9 200

7 - أ بن صاولة شفيقة ، الصلح في المادة الادارية ،دار هومه ، الجزائر، الطبعة الثانية ،2008

8 - د حيسام لطفي ،تنفيذ الحماية القانونية و تسوية المنازعات طبقا لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية تريبس "من منشورات المنظمة العالمية للملكية الفكرية 1997

9- د سامية راشد ،التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة،اتفاق التحكيم ،دار النهضة العربية ،1984 ،د أحمد أبو الوفا التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري منشأة المعارف الاسكندرية ،الطبعة الخامسة 1988

10- د سميحة القليوبي ،التحكيم التجاري الدولي ،دار النهضة العربية 2009 .

11- د حفيظة السيد الحداد ،الموجز في النظرية في التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الأولى ،منشورات الحلبي الحقوقية ،2004.

12- أعاطف النقيب ، نظرية العقد ، منشورات عويدات ، بيروت ، الطبعة الأولى،وكذلك يراجع في هدا الشأن جورج سيوني،النظرية العامة للموجبات والعقود،الطبعة الثانية ،بيروت ، الجزء الأول .

13- أ عبد الحميد الأحدب ،موسوعة التحكيم الجزائي،الجزء الثاني،سنة 1998، دار المعارف بيروت .

14- أ عبد الرحمان بن صالح الأطرم،الوساطة التجارية في المعاملات المالية،

مركز الدراسات والإعلام دار شبيليا .

15- أ عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني ،الجزء الخامس،

المجلد الثاني،دار احياء التراث العربي،بيروت .

16- أ عبد جميل غصوب ،الصلح القضائي في القانون اللبناني ،مجلة العدل،الجزءان الثالث والرابع ،سنة 2004.

17- أ علاء أبا ريان الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية "دراسة مقارنة"الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008

18- د عمر سعد الله،قانون التجارة الدولية"النظرية المعاصرة"،الطبعة الثانية، دار هومه ،2009

19- أ عليوش قربوع كمال،التحكيم التجاري الدولي في الجزائر،الطبعة الثانية ،ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية،بن عكنون،الجزائر

20- أ فضيل العيش ،الصلح في المنازعات الادارية وفي القوانين الأخرى، منشورات بغدادي،الجزائر

21- د فوزي محمد سامي،التحكيم التجاري الدولي"دراسة مقارنة لاحكام التحكيم التجاري الدولي،الطبعة الأولى ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن2008

22- أ محمد عبد المجيد اسماعيل،عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،2003

23- د محمد حيسام لطفي،تنيد الحماية القانونية و تسوية المنازعات طبقا لاتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية تريبس"،من منشورات المنظمة العالمية للملكية الفكرية 1997

24- د محمد الشريف كتو ، قانون المنافسة والممارسات التجارية وفقا لأمر 03-03 والقانون 04-02 منشورات بغدادي

25- أ محمد شيهاب ، أساسيات التحكيم التجاري الدولي ،" والقوانين والاتفاقيات المنظمة للتحكيم عربيا وعالميا"،الطبعة الأولى،الناشر مكتبة الوفاء القانونية2009

26- د محمد شكري سرور ،قواعد اجراءات التحكيم وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية ،مجلة الحقوق ،الكويت ،العدد 01و02 مارس 1993

27- أ محمد مأمون عبد الفتاح ،الجانب التطبيقي لتسوية المنازعات بحث مقدم الى مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية في اتفاقات التجارة العالمية المشهور باتفاقات الجات "مركز الدراسات القانونية والاقتصادية،كلية الحقوق ،جامعة عين الشمس ،القاهرة ،14-15 ديسمبر 1997

28 - أ محمد العينين ، أحكام مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي"1984-2000"الطبعة الأولى .

29 - د شكري سرور ،قواعد اجراءات التحكيم وفقا لنظام غرفة التجارة ألدولية مجلة الحقوق ، الكويت العدد 01و02 مارس 1993

30- دهيثم عبد الرحمان البغلي، التحكيم الالكتروني كوسيلة المنازعات التجارية الدولية ،الطبعة الأولى ،دار العلوم للنشر والتوزيع ،2013

31 ـد هاني سر الدين ، التحكيم في عقود البناء و التشغيل ، دار النهضة ألعربية،2009

2ـ الرسائل الجامعية:

1 ـ د تومي هجيرة ،عقد المبيعات الدولية ،مذكرة ماجستير ،قانون أعمال ،جامعة البليدة ،2006 .

3 ـ القوانين و القرارات:

1ـ قانون رقم 09-100 مؤرخ في 2009/30/10 يتضمن كيفية تعيين الوسيط القضائي ، الجريدة الرسمية ، عدد16 لسنة 2009

2ـ القانون رقم 08 -09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية ،لسنة 2008

3 ـ المرسوم التشريعي 93-09 المؤرخ في 30 ذي القعدة عام 1413 الموافق ل 25 أفريل 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 يونيو والمتضمن قانون الاجراءات المدنية ،جريدة رسمية العدد127 الموافق ل 27 أفريل 1993

4 ـ قرار المحكمة العليا لغرفة الأحوال الشخصية ،ملف رقم 103637 المؤرخ في 19/ 08 / 1994 الاجتهاد القضائي ،لغرفة الأحوال الشخصية ،عدد خاص لسنة 2001

5ـ قرار المحكمة العليا ،غرفة الأحوال الشخصية و المواريث ،ملف رقم 20560 المؤرخ في 08/07 / 1999 ،مجلة قضائية ،العدد الثاني لسنة 2000

6ـ قواعد الحلول البديلة لحل النزاعات لدى غرفة التجارة الدولية لعام 2001 جويلية في الملحق

ثانيا: المقالات :

1ـ أ ابراهيم بن فرج ،فض النزاعات في اطار منظمة التجارة العالمية ،مقال منشور في المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية ،سلسلة مواضيع الساعة ،عدد41 ،2003 .

2- أ سامي سرسكس، ندوة المحامين للأليفة الجديدة ،اتحاد المحامون العرب ،سورية دمشق 2003،

3 - د سميحة القليوبي ،ضوابط التحكيم التجاري ،مقال منشور لمجلة قانون والاقتصاد 1987، ،العدد 3

4- المحامي الدكتور عمر مشهور ،حديثة الجازي ،الوساطة كوسيلة لتسوية المنازعات الملكية الفكرية ،ندوة بعنوان :الوساطة كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات ،28 كانون الأول 2004 ،جامعة اليرموك أريد المملكة الأردنية الهاشمية

5- أ نايلة قمر عبيد ،ورقة عمل حول مشروع القانون العربي الموحد للتوفيق والمصالحة ،بيروت في 28

ثانيا :المراجع باللغة الأجنبية:

1- Brown {H} et Marriott {A}.A.D.R: Principales and practice "Sweet & Maxwell , ed، London 1993.

2- Cornu, " les modes alternatifs de reglement des conflits " R. I. D. C . 1997 no 2.

3 - {C A M A }Commercial aribition and medion centrer for the american.

4– EL -Hakim, "les modes alternatifs des règlement des conflits en droit des contrats « R I D C …1997.no 2 .

5- Jarrsson { CH}" les mode alternatifs de règlement des conflits؛ cours D .E .S. S. filiere fronco plione، u.l 2001-2002.

6- Jihad akl caroline، "sur la nécessité de prévoir ,la conciliation et la mediation judiciaresen droit positif libanais " AL Adel ، . 2004

7- LO A Mistelis :A D R in Englande and wales، clive M schmitthoff Senior lectuer in interational commercial law ,school of international arbitrale centere for commercial law studies Qeen mary ،university of London,2000.

8- Makie -karl "a hande book of dispute Resolution A D R in action alternative .

9- Mouloud yahia,Bacha le règlement des différends dans le cadre de organisation modiale du commerce revue tinisinne de droit du publication universitaire Tunis 1998 .

10 - OPPet { B} les modes altrnatifs règlement des differends de la vie economique « chronique justices، 1995no 2 .
11- {A D R uiles } of the international chambre of commerce .

12 -{ I C S D } the international center ، for settement of investment disputes .