ARAB ASSOCIATION
FOR INTERNATIONAL ARBITRATION
75, RUE DE LOURMEL
75015 PARIS
TEL. : 45 50 31 87
FAX : 45 50 34 20
THE CHAIRMAN

الهيئة العربية
للتحكيم الدولي
٧٥ شارع لورميل
٧٥٠١٥ باريس
تلفون : ٤٥٥٠٣١٨٧
فاكس : ٤٥٥٠٣٤٢٠
الرئيس

مؤتمر التحكيم الدولي
والوسائل السلمية الأخرى لحسم المنازعات
في قضايا الانشاءات الدولية
٨ الى ١٢ أبريل ١٩٩٧

ينظمه : مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي

تطور وسائل حسم المنازعات
في قضايا الانشاءات الدولية

الدكتور عبد الحميد الاحدب
رئيس الهيئة العربية للتحكيم الدولي
محام لدى محكمتي استئناف باريس وبيروت

خلافاً لما يقال فان عهد المشاريع الكبرى لم يولِ. بالطبع هناك أزمة سيولة دولية كبيرة في بعض البلدان الافريقية وأميركا اللاتينية، وصغيرة في بعض الدول النفطية ... وهناك أيضاً أزمة اقتصادية تضرب الدول الصناعية وتبطىء سير وانطلاقة بعض المشاريع ولكن حاجات العالم المعاصر الى التجهيز تبقى كبيرة جداً وإشباعها يبقى عملية ضخمة يقتضي جمع طاقات هائلة بشرية ومالية ... مما يجعل مشاريع الانشاءات الدولية في الغالب، مشاريع ضخمة تحتاج الى عمليات دولية في غاية الكبر والاهمية.

من الطرق والاوتوستـرادات الى الجسور الى طرق مواصلات السكك الحديدية الى المطارات الى السدود المائية الى المشاريع النهرية الخ ... مشاريع انشائية سواء كانت مكملة بمشاريع صناعية وكهربائية أم كانت منفردة فانها أصبحت تشكل عاملاً اقتصادياً ومالياً هاماً في حركة التجارة والتوظيف الدوليين.

واذا كان القضاء هو الوسيلة الأساسية لحل منازعات هذه المشاريع ... ولكن مع تطور ظروف التجارة والاستثمار الداخلي والدولي أخذت تنشأ الى جانب القضاء وسائل أخرى لحسم هذه المنازعات !

بدأ التحكيم في التاريخ وسيلة بديلة لحسم المنازعات ولكن المفهوم القديم للتحكيم كان أقرب للمصالحة والتوفيق منه كوسيلة لحسم المنازعات ... ثم تطور التحكيم على الصعيد الداخلي ليصبح وسيلة بديلة لحسم المنازعات الداخلية اذا اختار الطرفان نزع اختصاص المحاكم القضائية وايلاء التحكيم سلطة البت بالنزاع. ولكن التحكيم الدولي تطور باجراءات المحاكمة فيه التي اقتربت كثيراً من اجراءات المحاكمات القضائية ثم بشكلياته التي قربته أكثر من المحاكم القضائية ثم جاءت المعاهدات الدولية لتحصنه وتحصن أحكامه ... بحيث لم يعد من المبالغة القول بأن التحكيم الدولي لم يعد وسيلة بديلة لحسم منازعات التجارة الدولية بل أصبح أو يكاد يصبح الوسيلة الأساسية لحسم منازعات التجارة الدولية.

واذا كان التحكيم قد أصبح الوسيلة الأولى لحسم منازعات التجارة الدولية فانه في قطاعات التجارة الدولية قد أصبح جزءاً من عقود الانشاءات، عليه يقوم توازن هذه العقود وفقاً لاجراءات خاصة بمشاريع الانشاءات ...

ثم أخذت وسيلة حسم المنازعات في عقد الانشاءات تتطور والتحكيم ذاته يتطور دوره وآليته والانشاءات تسير عادة في خطى عقود الفيديك ... حتى ان كثيراً من دول العالم ولا سيما الدول العربية قد جعلت من شروط الفيديك نصوصاً قانونية ترعى المشاريع الانشائية ...

ويمكن القول ان تطوراً قد طرأ منذ عشرين سنة بحيث ان التحكيم أصبح جزءاً من عقود الانشاءات الدولية وفقاً لآلية تحكيمية خاصة.

ويستمر التطور الذي جعل التحكيم وسيلة بديلة في التحكيم الداخلي ووسيلة أساسية في التحكيم الدولي، يستمر هذا التطور داخل التحكيم ذاته ثم من التحكيم الى وسائل أخرى بديلة لحسم المنازعات غير التحكيم وغير القضاء ...

واذا كان التحكيم ما يزال هو أساس فصل المنازعات في عقود الانشاءات الا ان الوسائل البديلة لحسم المنازعات ADR (Alternative Dispute Resolutions) التي تقوم على أساس التوفيق والوساطة أخذت تتقدم بعض الشيء ... صحيح ان التحكيم ما يزال في البلاد العربية هو سيد الاحكام في عقود الانشاءات وان الوسائل البديلة التي تقوم على أساس التوفيق والوساطة .A.D.R ما زالت بعيدة، في الولايات المتحدة، ولكنها آخذة في التقدم الينا.

سنعرض اذاً أولاً للتحكيم كوسيلة أساسية لحسم المنازعات في قضايا الانشاءات الدولية وكيف تتطور هذه الوسيلة ثم نعرض بعد ذلك للوسائل البديلة ADR التي تقوم على أساس التوفيق والوساطة.

أولاً : التحكيم في حسم المنازعات في قضايا الانشاءات الدولية.

يتميز نظام التحكيم في عقود الفيديك التي هي إجمالاً إطار عقود الانشاءات الدولية بأنه يحسم النزاع نهائياً وقد نصت على ذلك المادة ٦٧ من عقد الفيديك . ويتميز هذا التحكيم بعدة خصائص منها :

١) مراجعة المهندس.

أ - تدخل المهندس.

تنص المادة ٦٧ القديمة من عقد الفيديك على انه :

« اذا نشب بين صاحب العمل أو المهندس وبين المقاول أي نزاع أو خلاف أياً كان نوعه فيما يتعلق بالعقد أو تنفيذ الأعمال (سواء أكان ذلك اثناء سير العمل أو بعد انجاز الأعمال أو كان قبل أو بعد انهاء العقد أو التخلي عنه أو الاخلال به) فانه يجب احالته بالدرجة الأولى الى المهندس لكي يفصل فيه. وعلى المهندس بناء على تكليف أي من الفريقين له بعد مرور ٩٠ يوماً على هذا التكليف ان يخطر صاحب العمل والمقاول كتابة بقراره.»

وقد عدلت هذه المادة في الصيغ المتلاحقة للفيديك بحيث أبقت على كلمة نزاع وأسقطت كلمة خلاف. بحيث ان المهندس لا يفصل في إطار المادة ٦٧ أي مطالبة بل ينظر فقط في نزاع وبموجب قرار ...

من هنا فان النزاع، والنزاع وحده، يجب ان يعرض على المهندس أولاً ... والنزاعات تتعلق بتنفيذ أو تفسير رأي اعطاه المهندس أو بتعليمات أعطاها أو بشهادة أو بتقدير وتخمين قام به خلال سير الأعمال. حتى الأمور القانونية المحضة يجب عرضها على المهندس للاستحصال منه على قرار.

ب - <u>المهندس طرف ومحكم.</u>

المهندس يمكن ان يجمع عدة صفات في إطار الفيديك يمكن ان يكون واضع التصاميم وكذلك مدير العمليات وشبه محكم يفصل في المنازعات ... والغريب ان المهندس يمكن ان يكون طرفاً وحكماً بنفس الوقت اذ ان أي تعليمات قد يعطيها قد تكون موضع اعتراض المقاول الذي ليس أمامه سوى الاعتراض عليها أمام المهندس ذاته بقرار يتخذه ... وقد أخذت قواعد تحكيم الفيديك تظهر تطوراً ثورياً ما يزال في بدايته. مثلاً ولتجنب ان يكون المهندس طرفاً وحكماً قضت بعض العقود الانشائية مثل عقد بناء نفق المانش بأن تؤلف لجنة خبراء مصغرة تكون بديلاً عن المهندس ... فيسمي كل طرف خبيراً عنه ويتفق الطرفان على الخبير الثالث في مهلة لا تتعدى ١٩٨٧/٣/٣١. فاذا لم يتفقا عينه بناء على طلب الطرف الأكثر عجلة رئيس محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية.

وقرارات هذه اللجنة يجب ان تتخذ بالاجماع. فاذا لم يتوفر الاجماع يعتبر قرارها كأنه لم يكن ويكون بامكان الأطراف عرض النزاع مباشرة على التحكيم بعد ٩٠ يوماً من الوقت الذي عرضوا النزاع على لجنة الخبراء.

والفكرة من هذا التطور هو ان تكون لجنة الخبراء مؤلفة من ثلاث خبراء مستقلين يتفق عليهم الأطراف فيعطون قراراً بالاجماع بينما ينصرف المهندس الى عمله في ادارة ورشة الأعمال بدون ان يكون محكماً يتخذ قرارت تحكيمية.

ولكن هذا التحول كان موضوع اعتراض شديد من المتعصبين لعقد الفيديك الذين اعتبروا ذلك خروجاً عن المنطق الذي يتبعه الفيديك.

ج - المهل.

ليس هناك مهلة قصوى من أجل عرض النزاع على المهندس. حتى انه يمكن ان يقدم الطلب بعد سنوات من صدور شهادة الانجاز النهائي للأعمال. الحد الوحيد يمكن ان يكون في القانون المطبق على العقد. ولا سيما النصوص العائدة لمرور الزمن على الحق أو على تقديم الدعوى. ولا يعتبر عرض النزاع على المهندس قاطعاً لمرور الزمن لأن المهندس لا يعتبر سلطة قضائية.

د - الشكل.

عرض النزاع يجب ان يشير الى انه يستند الى المادة ٦٧ وفي حال أغفل المقاول الاشارة الى ذلك فان قرار المهندس الذي لا يرضي المقاول لا يكون جسراً للتحكيم. لانه لا يكون قراراً على أساس المادة ٦٧ لا سيما وان المهندس يتخذ خلال سير الأعمال كثيراً من القرارات وليست قابلة للتحكيم سوى تلك التي تستند الى المادة ٦٧.

٢ قرار المهندس.

أ - طبيعة قرار المهندس.

قرار المهندس له طبيعة تعاقدية وليس قضائية. فقرار المهندس معبر الى التحكيم ولكن طرفاً يمكن ان يقتنع به لأنه يرضي مصالحه. فاذا امتنع الطرف الآخر عن التنفيذ فانه يتعامل مع قرار المهندس كما يتعامل مع حكم تحكيمي يعطيه من السلطة القضائية صيغة التنفيذ ويلزم الطرف الآخر بتنفيذه. ولكن هذا الحل في القانون الانكليزي ليس متفقاً عليه في القوانين المدنية ... لان طبيعة قرار المهندس غير معتبرة في القوانين المدنية حكماً تحكيمياً لأن المهندس معين ويتقاضى أتعابه من رب العمل فلا يمكن ان يصدر من هذا الموقع أحكاماً تحكيمية.

حاولت الصيغة الرابعة من الفيديك تبديد أمر الفارق بين قرارات المهندس خلال سير الأعمال وقراره المستند الى المادة ٦٧ بحيث يقدم اعتراضاً على قرار المهندس فاذا لم يعجبه القرار فيعود فيطلب قراراً جديداً استناداً الى المادة ٦٧ وبالتالي أصبح الوصول الى طلب القرار ٦٧ ناجماً عن تزاعم سبق ان نشب مع المهندس لرفضه طلباً قدم اليه ولكن اذ ذاك يطلب من المهندس قراراً على أساس المادة ٦٧، وبالتالي فلا يمكن طلب قرار من المهندس على أساس المادة ٦٧ إلا اذا سبق ذلك قرار مرفوض ...

ولكن السؤال يبقى ... ما هو الفارق من حيث الطبيعة القانونية بين قرار المهندس الأول وقراره الثاني المستند الى المادة ٦٧؟

ب - مدى قرار المهندس.

تنص الصيغة السابقة للمادة ٦٧ من الفيديك انه :

« ويكون قرار المهندس في أي نزاع يحال اليه -عدا الأحوال المنصوص عليها فيما يلي- نهائياً وملزماً لصاحب العمل والمقاول حتى اتمام الأعمال. وعلى المقاول ان ينفذ القرار ويستمر في الأعمال بما ينبغي من جهد سواء طلب هو أو صاحب العمل التحكيم سيرد فيما بعد أو لم يطلب. واذا قام المهندس بابلاغ قراره كتابة الى صاحب العمل والمقاول ولم يتقدم أي من الطرفين له بطلب التحكيم خلال ٩٠ يوماً من تسلمهما لقراره فيبقى القرار ملزماً ونهائياً لصاحب العمل والمقاول، واذا لم يبلغ المهندس قراره كتابة خلال ٩٠ يوماً من تكليفه بذلك كما سبقت الاشارة أو اذا كان صاحب العمل أو المقاول غير راض عن القرار فان لأي منهما خلال ٩٠ يوماً من تسلم القرار أو خلال ٩٠ يوماً من انتهاء مدة التسعين يوماً المذكورة في الحالة الأولى (كيفما كانت الحالة) ان يطلب إحالة المسألة أو المسائل محل الخلاف الى التحكيم. »

والصيغة الجديدة أضافت حالة ما اذا كان العقد قد فسخ وجعلت المهلة ٧٠ يوماً بدلاً من تسعين ...

ولكن المهم ان قرار المهندس الذي يجري تبليغه يصبح إلزامياً ونهائياً الا اذا طلب أحد الطرفين ... أي المقاول أو رب العمل التحكيم ضد هذا القرار وذلك بأن يطلب إحالة المسألة أو المسائل محل الخلاف الى التحكيم. ان المقاول أو رب العمل سيكتفي بإرسال رسالة من سطر أو سطرين الى الطرف الآخر مع نسخة الى المهندس تعلن ان قرار المهندس لا يرضي حقوقه وهذه الرسالة هي الحد الفاصل وهي التي تجعل التحكيم مقبولاً شكلاً أو مرفوضاً ...

وكنت محكماً في دعوى تحكيمية لم يقدم فيها رب العمل رسالته التي تعلن عدم قبوله بقرار المهندس وانه يطلب التحكيم. ومع ذلك ذهب رب العمل الى التحكيم وفي المحكمة التحكيمة التي كنت محكماً فيها رددنا طلب تحكيم رب العمل واعتبرنا ان الرسالة التي تعلم المهندس برفض قراره وتطلب التحكيم ليست اجراء شكلياً لا معنى له ... بل هو في غاية الأهمية لأن المهندس حين سيضع الحساب النهائي بعد انتهاء الأعمال فانه يجب ان يأخذ في الحساب ما هو مقبول من قراراته وما هو محال الى التحكيم منها وعلى هذا الأساس سيجري كل الحساب النهائي. وبالتالي فان عدم ابلاغ المهندس برغبة رب العمل إحالة قراره للتحكيم لم تمكنه من وضع حساب نهائي للأعمال يكون مطابقاً للواقع وللمبالغ التي هي خارج أي نزاع أو التي هي موضع نزاع.

ج - <u>المهل.</u>

قرار المهندس يجب ان يصدر وفقاً للصيغة الأخيرة من الفيديك خلال ٨٤ يوماً وكانت في السابق ٩٠ يوماً. والمهندس لديه مهلة ٨٤ يوماً من عرض النزاع عليه لاصدار قراره. فاذا لم يصدر قراره خلال هذه المهلة فانه يعتبر انه قد أصدر ضمناً قراراً بالرفض وتسري المهل الجديدة للتحكيم من هذا الوقت أو من وقت صدور قرار المهندس.

وفي كل الأحوال فان المهندس بعد صدور قراره يرفع يده عن النزاع ولا يعود بمقدوره إدخال أي تعديل عليه ولا حتى بإصدار قرار تعديل ولا قرار جديد.

د - <u>هل المهندس محكم حيادي ؟</u>

يشترط بالمهندس احترام القانون المطبق على العقد في قراره، وأخذ شروط العقد بعين الاعتبار. يجب ان يكون حيادياً وملتزماً واجب الحياد. وكذلك عليه احترام قاعدة وجاهية المحاكمة بحيث يعرض كل مستند يقدمه طرف على الطرف الآخر الذي له الحق بابداء رأي وموقف. والعادة انه عند عرض النزاع على المهندس فان المؤسسة الهندسية تختار أحد كبار المهندسين للنظر في النزاع للقيام بالمهمة شبه التحكيمية.

ان دور المهندس عند اتخاذه قراره بموجب المادة ٦٧ لا يعود لا خبيراً ولا وكيلاً لرب العمل بل يصبح ملزماً بسماع الطرفين والتدقيق في الوقائع والمعطيات، يفسر العقد ويطبق القانون. ويجب ان يكون قرار المهندس استناداً للمادة ٦٧ معللاً وواضحاً في النتائج والأرقام التي يتوصل اليها.

٢ المرحلة التحكيمية.

تنص الصيغة القديمة من عقد الفيديك على ما يلي :

« وكل خلاف أو نزاع صدر فيه قرار من المهندس ما لم يكتسب صفة القطع ينبغي ان يفصل فيه نهائياً طبقاً لقواعد الصلح والتحكيم الموضوعة بمعرفة غرفة التجارة الدولية بباريس أمام محكم أو أكثر من المحكمين المعنيين بموجب هذه القواعد ... ويكون للمحكم أو للمحكمين المعنيين كامل السلطة في ان يناقشوا ويراجعوا ويعدلوا أي قرار أو رأي أو توجيه أو شهادة أو تقييم صدر عن المهندس. ولا يقتصر أي من الطرفين أمام المحكم أو المحكمين على الادلة أو البيانات التي سبق تقديمها للمهندس عند اتخاذه لقراره هذا ولا يمنع أي قرار اتخذه المهندس طبقاً للمواد السابقة من استدعائه للشهادة وقيامه بها أمام المحكم أو المحكمين حول أي مسألة -أيا كان- متعلقة بالنزاع أو الخلاف المحال الى المحكم أو المحكمين كما سبق ذكره.

ولا يجوز للمحكم أو المحكمين نظر الخلاف الا بعد اتمام الاعمال أو الادعاء باتمامها دون موافقة كتابية بذلك من صاحب العمل والمقاول -ويراعي دائماً : -

(١) جواز اجراء هذه الاحالة الى التحكيم قبل اتمام الاعمال أو الادعاء باتمامها في حالة امتناع المهندس عن اعطاء أي شهادة أو حجة لأي جزء من المبالغ المحتجزة، التي يطالب بها المقاول طبقاً لنص المادة ٦٠، أو بمقتضى ما للمهندس من صلاحية في اصدار شهادة بموجب المادة ٦٣.

(٢) الا يكون اعطاء شهادة انجاز الأعمال بموجب المادة ٤٨ شرطاً مسبقاً لاجراء هذه الاحالة. »

أ - مراجعة التحكيم.

ان عدم احترام موجب عرض النزاع على المهندس أولاً للاستحصال منه على قرار يكون التحكيم موجهاً ضده أو يكون التحكيم بعد ذلك مرحلة شبه «استئنافية» لقرار المهندس، ان عدم احترام هذا الاجراء يفضي لأن تصبح الدعوى التحكيمية غير مقبولة شكلاً ... الا اذا اتفق الأطراف على غير ذلك، باعتبار ان سلطان الارادة هو سلطان في التحكيم. ففي دعوى تحكيمية لدى غرفة التجارة الدولية رقم ٤٨٤٠ سنة ١٩٨٦ قبلت المحكمة التحكيمية دعوى تحكيمية لم يصدر فيها قرار من المهندس في مشروع انشائي يرعاه عقد الفيديك، لأن الأطراف اتفقوا على ذلك !

ولكن الاتفاق لم يكن صريحاً بل كان ضمنياً اذ ان الأطراف تفاوضوا وظهر من المفاوضات ان رب العمل تخلى عن التذرع باجراءات المادة ٦٧ واعتبرت المحكمة انه ليس في الأعراف ما يمنع اتفاق الطرفين على تعديل أصول المادة ٦٧ في حسم المنازعات. وكان النزاع بين طرف لبناني وطرف سعودي واعتبرت المحكمة التحكيمية ان القانون السعودي المطبق يقر حق الطرفين بتعديل أحكام العقد طالما لم يكن التعديل ماساً بالنظام العام.

ب - شروط قبول الدعوى التحكيمية.

ومن أجل صحة قبول الدعوى التحكيمية فانه لا يشترط ان يصدر المهندس قراراً فحسب بل يشترط ان يبلغ الطرف الذي لم يرضِ بقرار المهندس، ان يبلغ المهندس برغبته إحالة النزاع الى التحكيم وذلك ضمن المهل وتحت طائلة سقوط حقه بمراجعة التحكيم. فالمحكم لديه مهلة ٨٤ يوماً (كانت في الصيغة القديمة ٩٠ يوماً) لاصدار قراره .بعد انقضاء هذه المهلة يعتبر ان المهندس قد أصدر قراره برد المطالب. وحينئذ تفتح مهلة ٧٠ يوما أمام الطرف الذي يعتبر ان المهندس قد رفض طلبه أو اذا أصدر المهندس خلال مهلة الـ ٨٤ يوماً قراراً، تبدأ مهلة ٧٠ يوماً من تاريخ تبلغ قرار المهندس اذا صدر أو بانقضاء مهلة الـ ٨٤ يوماً وعدم صدور قراره الذي يعتبر قراراً بالرفض ولا يحتاج الى تبليغ ... من أحد هذين التاريخين تبدأ مهلة ٧٠ يوماً أمام الطرف المتضرر من قرار المهندس من أجل القيام باجراء هام وهو ابلاغ الطرف الآخر المتخاصم بنية اللجوء الى التحكيم وإبلاغ نسخة عن ذلك الى المهندس لأخذ العلم تحت طائلة فقدان الحق بمراجعة التحكيم.

وكانت الصيغة القديمة للفيديك تشترط ان يبلغ الطرف غير الراضي عن قرار المهندس نيته اللجوء الى التحكيم ضمن مهلة ٩٠ يوماً وهذا التبليغ يجب ان يتجه الى المهندس.

أما في الصيغة الجديدة للفيديك فأصبح موجب التبليغ يجب ان يتم موجهاً الى الطرف الخصم وتبلغ للمهندس نسخة عن هذا الاعلان بالرغبة في اللجوء الى التحكيم الموجه الى الطرف المخاصم لأخذ العلم فقط.

ج - أي نظام تحكيمي يطبق ؟

الصيغ السابقة في الفيديك كانت تحيل كلها الى التحكيم وفقاً لنظام تحكيم غرفة التجارة الدولية. ولكن اعتراضات كثيرة اثيرت حول احتكار تحكيم غرفة التجارة الدولية لعقود الانشاءات، هكذا أحالت المادة ٦٧ في الصيغة الجديدة لعقد الفيديك لاجراءات تحكيم اليونسترال (لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية) وتركت للأطراف ان يحددوا سلطة التسمية.

د - بداية التحكيم .

في الصيغتين الأوليين في الفيديك كانت المادة ٦٧ تلحظ ان التحكيم لا يمكن ان يبدأ الا بعد انجاز الأعمال. وقد عدلت في الصيغة الثالثة من الفيديك التي أجازت بداية التحكيم واجراءاته خلال تنفيذ المشروع الانشائي وكذلك فعلت الصيغة الرابعة من الفيديك.

ه - نطاق المهمة التحكيمية.

في حين ان المهندس له اختصاص شامل من أي نوع كان في المنازعات التي تعرض عليه، فان المحكمين محصورة مهمتهم بالطعن بقرار المهندس ولا يمكنهم تجاوزه الا اذا اتفق الأطراف على غير ذلك.

ليس قرار المهندس هو الذي يكون موضوع التحكيم. ولكن النزاع الذي أنصب عليه قرار المهندس هو موضوع التحكيم. ويكون للمحكمين كامل السلطة في ان يناقشوا أو يراجعوا ويعدلوا أي قرار أو رأي أو توجه أو شهادة أو تقييم صدر عن المهندس. ولا يقتصر أي من الطرفين أمام المحكم أو المحكمين على الأدلة أو البيانات التي سبق تقديمها للمهندس عند اتخاذه قراره. ولا يمنع أي قرار اتخذه المهندس من استدعائه للشهادة وقيامه بها أمام المحكمين حول أي مسألة -أياً كانت- متعلقة بالنزاع المحال الى المحكمين. من هنا فان أكثر التحكيمات تطلب شهادة المهندس .وتنصب استجوابات طويلة على قراراته وعلى أرائه ولكن المهندس حين يمثل أمام المحكمين فانه لا يعود يمثل كشبه محكم بل كمدير للأشغال أو كواضع للتصاميم التي نفذها المقاول.

أما قرارات المهندس التي لم تكن موضع اعتراض ولم يبلغ فيه الطرف الذي لا يرتضيها الطرف الآخر ضمن المهلة برغبته اللجوء الى التحكيم وأبلغ المهندس أيضاً ضمن المهلة على سبيل المعلومية بهذه الرغبة، قرارات المهندس هذه التي لم تراع فيها اجراءات الاعتراض ضمن المهل تصبح مبرمة وغير قابلة للتحكيم.

اذا لم يبلغ لا رب العمل ولا المقاول الطرف الآخر والمهندس بنيته اللجوء بالنزاع الى التحكيم وذلك ضمن المهل التعاقدية المحددة في المادة ٦٧ فيصبح قرار المهندس نهائياً وغير قابل للاعتراض.

ثانياً : الوسيلة البديلة لحسم المنازعات في قضايا الانشاءات .A.D.R.

واذا كان التحكيم قد أصبح وسيلة تقليدية لحسم المنازعات في قضايا الانشاءات الدولية، فانه يجب الملاحظة ان وسيلة بديلة لحسم منازعات في قضايا الانشاءات أخذت تتقدم لتقف الى جانب التحكيم أو تزيحه ... وهذه الوسيلة آتية من الولايات المتحدة وقائمة على التوفيق والوساطة.

واذا كان التوفيق والوساطة بقيا وسيلتين بديلتين لحسم المنازعات، بديلتين عن القضاء وعن التحكيم، الا انهما بقيتا وسيلتين نظريتين ضبابيتين غير عميلتين وبقى القضاء هو الوسيلة الأساسية والتحكيم هو الوسيلة البديلة لحسم المنازعات الى ان كان عام ١٩٧٧ في الولايات المتحدة الأميركية ... كانت الدعوى عالقة أمام القضاء منذ ثلاث سنوات ... ومحامين ومرافعات وخبراء وجلسات ومستندات ونفقات خبرة ونفقات قضائية وأتعاب محامين ... وارهقت الدعوى الطرفين بالوقت والمصاريف ... ثم طرحت فكرة وسيلة بديلة لحسم هذا النزاع ... لماذا لا تؤلف محكمة مصغرة من كل طرف يختار أحد كبار موظفيه ممن له دراية ومعرفة بتفاصيل النزاع ثم يختار الموظفان رئيساً محايداً ؟

وراقت الفكرة للطرفين وأوقفت اجراءات المحاكمة القضائية وعقدت المحكمة المصغرة جلسة ... ليست إلزامية في شيء. واستمرت الجلسة نصف ساعة بعدها أدلى رئيس المحكمة المحايد برأي شفهي لعضوي المحكمة ثم دخل موظفا الطرفين أي عضوي المحكمة الى غرفة جانبية فدخلا في مفاوضة استمرت نصف ساعة وخرجا ليعلنا اتفاقهما وانتهت الدعوى على خير وسلام ووقف نزيف الوقت والنفقات والرسوم والأتعاب ... وكانت ولادة ما سمي في الولايات المتحدة بـ Alternative Dispute Resolution واختصرة وعرفت بـ .A.D.R أي الوسيلة البديلة لحسم النزاع.

وتطورت هذه الوسيلة وتركزت وأخذت عدة أشكال وانتشرت في الولايات المتحدة الأميركية انتشاراً كبيراً، لا سيما وان التحكيم في الولايات المتحدة لم يعرف التقدم الذي وصله في أوروبا لأن الأميركيين ما زالوا يجلون المؤسسة القضائية ولم يسلموا بسهولة بعد بالتحكيم كوسيلة بديلة لحسم المنازعات كما فعلت أوروبا التي بقي اجلالها للقضاء على حاله بل تطوع القضاء للأخذ بيد التحكيم للنهوض ولعب دوره كوسيلة بديلة لحسم المنازعات تخفف عن القضاء كثيراً من الاعباء وتبقى في كل حال تحت رقابته بعد صدور الحكم ...

الولايات المتحدة ... بقيت على حذرها من التحكيم ولم يكن التحكيم أصبح بعد وسيلة بديلة سلم بها لحسم المنازعات، فكان الجو مهيأ لأن تصبح الوساطة وسيلة بديلة لحسم المنازعات بطريقة ودية.

الوساطة كوسيلة بديلة لحل المنازعات في الولايات المتحدة تأتي بجديدين أولا اختصار الوقت فأطول وساطة تستمر من شهر الى ستة أشهر بينما الدعوى أمام القضاء تبقى سنوات طويلة ... وثانياً فيها عصر هائل للنفقات ... فاذا كانت الدعوى مرهقة وثقيلة بالوقت والمصاريف فان الوساطة كوسيلة بديلة لحسم المنازعات خفيفة الظل !

ولكن صوت المحامين يرتفع أمام الشكوى من نفقات الدعوى القضائية وطول مدتها ... صوتهم يقول : تقولون لنا ان نفعل المستحيل ان الحقوق المتنازع عليها خطيرة فلا تتركوا شاردة أو واردة الا وأدلوا بها . يقولون نجلس عشرات الساعات في الأرشيف نفند كل ورقة كل مستند كل عقد كل رسالة وننقب ونبحث وندقق وكل ما نجده مقيداً نبرزه أمام المحكمة ونستجوب الشهود ونطلب الخبراء ... ألستم انتم أصحاب الحقوق الذين يطلبون منا ان نفعل المستحيل ؟ اننا نلبي طلبكم ونفعل ما تريدون لتوفير أكثر الفرص أمام نجاح حقوقكم ... لا نبحث عن السهل بل عن الصعب من أجلكم وانتم تشتكون من طول مدة الدعوى ومن انها مرهقة ؟ وانتم تقولون لنا دائماً : افعلوا المستحيل لحماية حقوقنا ... وهكذا نفعل !

في هذا المناخ أطلت الوساطة كوسيلة بديلة لحسم المنازعات ADR وأطلت لتحقق غرضين : اختصار الوقت وعصر النفقات ... وشهدت الوساطة ازدهاراً لم يكن منتظراً ولا متوقعاً وتقبلتها أوساط النزاعات القضائية وأقبلت عليها بجدية واهتمام حتى قدرت نسبة الحالات التي اسفرت عن مصالحة بفضل الوساطة كوسيلة بديلة لحسم المنازعات بطريقة ودية ADR ، قدرت بنسبة ٨٠ ٪ في الولايات المتحدة و ٣٧ ٪ في بلدان الشرق الأقصى. وتقدمت في الصين وكندا واستراليا ولكن دول القوانين المدنية الأوربية بقيت حذرة ولم تقبل عن هذه الوسيلة البديلة لحسم المنازعات بطريقة الوساطة فمحكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية في باريس تلقت سنة ١٩٩٠، ثماني (٨) طلبات لحل النزاع بالصلح كوسيلة بديلة لحسم النزاع بطريقة ودية في حين انها تلقت ٣٦٥ طلب تحكيم.

فما هي هذه الوسيلة البديلة لحل النزاع عن طريق الوساطة ADR التي ولدت في الولايات المتحدة الأميركية ؟

تتلخص هذه الوسيلة بأنها سريعة الحركة قليلة النفقات مرنة يعين بمقتضاها وسيط حيادي ليعطي رأياً معللاً غير الزامي في النزاع وذلك بعد سماع الطرفين تلبية لمهمة محددة وفقاً لاجراءات تحترم المساوات والعدل بين الطرفين المتنازعين وتهدف الى تحضير مصالحة وتقوم اجراءاتها على ان يقدم كل طرف أفضل عرض لحسم النزاع بشكل سري الى الشخص الثالث الحيادي الذي ليس حقوقياً حتماً ... فاذا وجد هذا الوسيط الحيادي ان العروض قابلة للمعالجة سار في عملية التقريب بين العرضين بالمفاوضات وعمل على خلق مناخ يؤدي في مصالحة.

وقد أخذت هذه الوسيلة ADRعدة أشكال نعرضها فيما يلي :

١) <u>المحكمة المصغرة.</u>

كانت جمعية التحكيم الأميركية هي أول من طبق هذا النظام وقلدتها غرفة تجارة زوريخ وهذا الشكل مثله مثل غيره من الوسائل البديلة لحل المنازعات يهدف الى حل النزاع بسرعة وبأقل قدر من التعقيدات والتكاليف.

ويتلخص في ان النزاع يحال الى هيئة مكونة من رئيس محايد وعضوين يختار كل من الطرفين المتنازعين واحد منهما من بين كبار موظفيه في مستويات الادارة العليا وممن لهم دراية بتفاصيل النزاع ويتولى العضوين اختيار الرئيس وان لم يتفقا عليه يعينه مرجع يكون متفقاً عليه سلفاً. يلتقي الطرفان للاتفاق على قواعد لاجراءات المحاكمة تختصر الى أقل درجة ممكنة وهكذا يتحدد عدد المستندات التي ستقدم والمهل لتبادل اللوائح. بعد جلسة المرافعة التي يجب ان لا تتجاوز اليومين يجتمع الموظفين عضوي المحكمة للتفاوض واذا طلب من الشخص الثالث الحيادي المشاركة في الاجتماع فانه يعطي رأياً ولكنه يجب ان يبقى شفهياً ... وتستمر المفاوضات بين عضوي المحكمة بغية الوصول الى مصالحة ولكن هذه المفاوضات تبقى سرية لا يمكن كشفها اذا فشلت المفاوضات في الوصول الى صلح وذهب الطرفان الى المحكمة القضائية واذا كانت المفاوضات مشمولة بالسرية فان المستندات والاثباتات واللوائح المقدمة خلال المحاكمة المصغرة ليست كذلك، بل يمكن اعادة تقديمها الى المحكمة القضائية اذا فشل حل النزاع وسارت الأمور الى دعوى قضائية.

٢) وساطة ميتشيفان أو المطرقة المخملية.

أمام تراكم الدعاوى على محكمة ميتشيفان وجدت مخرجاً يخفف من الاعباء ويفتح باب وسيلة بديلة لحسم المنازعات عن طريق الوساطة ADR اذ وضعت محكمة ميتشيفان ذاتها اجراءات قضائية يلزم أطراف أي نزاع باتباعها قبل عرض النزاع على المحكمة.

وضعت المحكمة لائحة بعدد من الحقوقيين كوسطاء وقبل ان تبدأ اجراءات أي محاكمة يختار كل طرف وسيطاً من الاسماء الواردة على لائحة الوسطاء ويسمي الوسيطان وسيطاً ثالثاً من اللائحة. ويعين حكم محكمة ميتشيفان جلسة وساطة ويبلغها للطرفان وللوسطاء. وقبل عشرة أيام من الجلسة يقدم كل طرف لائحة مختصة بادعاءاته مدعمة بالحجج القانونية وتسرد الوقائع كل ذلك باختصار شديد.

ويوم الجلسة يحق لمحاميا الطرفين ان يترافعا ولكن باختصار والجلسة يجب ان لا تتعدى الساعة من الوقت. يقدم الوسطاء تقريرهم خلال الأيام العشرة اللاحقة لجلسة المرافعة. وللطرفين مهلة ٢٠ يوماً من تاريخ تبلغهم لقرار الوسطاء قبوله أو رفضه ... واذا لم يجيبوا اعتبر ذلك موافقة وقبولاً. اذا قبل قرار الوسطاء صدر حكم من محكمة ميتشيفان بتثبيته واذا رُفض من أي من الطرفين تستأنف الدعوى سيرها العادي أمام المحكمة ويوضع قرار الوسطاء في مغلف يختم بالشمع الأحمر ولا يفتح إلا بعد صدور الحكم.

عند صدور الحكم يفتح الملف المختوم بالشمع الأحمر ويقارن الحكم بقرار الوسطاء. فاذا كان الحكم قد أعطى أكثر مما قرر الوسطاء بـ١٠ ٪ فان المدعى عليه هو الذي يتحمل نفقات ورسوم الدعوى واذا قررت المحكمة للمدعى أقل بـ ١٠ ٪ مما قرر الوسطاء يتحمل كل فريق نصيبه من النفقات القضائية.

٣) الوسيط المحكم (Mid-Arb.).

يقوم الوسيط الذي يختاره الطرفان أو يعينه مرجع بدور الوسيط فاذا فشل تابع طريقه كمحكم يفصل في النزاع. ويكون هذا الشكل من الوسائل البديلة لحسم المنازعات قد اعتمد مبدأ غير مقبول بوجه عام وهو ان يتولى الوسيط التحكيم فيما قام به من وساطة.

ويكون هذا الشكل من الوسائل البديلة قد أعطى الوسيط سلطة الزامية تؤول اليه بمجرد فشل الوساطة.

٤) **«استئجار» قاضٍ.**

وتبدو التسمية غريبة ولكن هذا الشكل أخذ هذا الاسم في الولايات المتحدة وهو في الحقيقة تكليف قاضٍ الفصل في النزاع.

وقد بدأ هذا النظام من ولايتي كاليفورنيا ونيويورك الأمريكيتين، وبموجبه يتقدم الأطراف بطلب الى المحكمة لتعيين محكم يكون عادة قاضي متقاعد ينظر النزاع بصورة غير رسمية ويصدر فيه حكماً تلتزم المحاكم بتنفيذه اذا وجدته مناسباً، ولا يبدو ان هذا النظام قد طبق في أي بلاد أخرى غير الولايات المتحدة الأمريكية، كما انه قد يتعارض مع كثير من النظم التشريعية وقواعد القضاء في العديد من الأنظمة القانونية في العالم.

٥) **التحكيم وفقاً لآخر عرض.**

هذه الوسيلة البديلة لحل النزاع ليست مبنية على الوساطة بل على التحكيم ولكن المحكمة التحكيمية ليست حرة في بت النزاع بل هي مخيرة في تبني أي مطلب من مطالب طرفي النزاع كما هو بدون زيادة أو نقصان.

والفكرة من هذه الطريقة هي اجبار الطرفين على تخفيض مطالبهما لان طلباً مبالغاً به سيفضي لأن تتبنى المحكمة التحكيمية الطلب الآخر كما هو وترد الطلب المبالغ به.

ولأن المحكمة التحكيمية لا تملك سوى حرية اختيار أحد المطلبين كما هو فقد سميت هذه الطريقة «بالبيسبول» لأنها شبيهة بلعبة البيسبول الأميركية.

* * * * * * ***

* * * * * *

الوسيلة البديلة لحل المنازعات عن طريق الوساطة ADR التي انتشرت في الولايات المتحدة أولاً ثم عمت اليابان وكندا واستراليا وتتقدم في سويسرا تتميز في انها توجد وسيطاً يحرك المفاوضات ويخلق مناخاً لتسوية حبية. من هنا أهمية شخصية الوسيط الذي يتوقف نجاح أو فشل المفاوضات عليه فهو مفتاح هذه الوسيلة البديلة ADR. وفي البلدان التي انتشرت فيها هذه الوسيلة البديلة لحسم المنازعات بالطريقة الحبية فان دورها يبدو عصرياً والاقبال عليها يؤكد انها تأتي تلبية لحاجة لدى عقلية اجتماعية وثقافية معينة ... هي من هذه الزاوية تلعب دوراً هاماً في حل المنازعات بطريقة عصرية يشبهها البعض في الولايات المتحدة بأنها السيارة في حين ان الوسائل الأخرى هي العربة والحصان ... ولا ريب ان في ذلك مبالغة خاصة وان هذه الوسيلة البديلة قد نجحت كثيراً في مجتمعات معينة ولم تحقق أي نجاح بعد في مجتمعات أخرى كالدول الأوربية التي تكتفي بالتحكيم كوسيلة عصرية وسريعة وبديلة عن القضاء لحسم المنازعات.

وفي مطلق الأحوال فان هذه الوسيلة القائمة على الوساطة قد لا تصلح في بعض النزاعات. على سبيل المثال :

١) المنازعات التي تتطلب تفسيراً لمادة في العقد أو القانون وعلى هذا التفسير تقوم الحقوق والموجبات. وليس بامكان هذه الوسيلة اعطاء تفسير فالتفسير تعطيه محكمة قضائية أو محكمة تحكيمية ولا تعطيه مصالحة.

٢) ربما كانت هذه الوسيلة فعالة وعملية اذا كان الوسيط من جنسية وثقافة أطراف النزاع أما اذا كان من ثقافة وجنسية وعقلية مختلفة فمن المشكوك فيه ان يكون بينه وبينهم لغة مشتركة ...

٣) هناك حالات فيها طرف محق بالكامل وطرف مخل بالكامل كما لو كان النزاع بين دائن ثابت حقه في الدين ومدين لا يدفع ... فاتفاق المصالحة الذي يأتي بعد الوساطة فيه ظلم واعطاء حق لمن ليس له حق، وحرمان من له حق من جزء أكيد من حقه هو الظلم بعينه.

٤) ان نجاح هذه الوسيلة البديلة ليس متوقفاً على شخصية الوسيط فحسب بل على العلاقة بين الطرفين أيضاً. فاذا كانت العلاقة بين الطرفين المتنازعين مستمرة أو لهما مصلحة في استمرارها فان هذا ضمان لنجاح الوساطة. أما اذا انقطعت العلاقة بين الطرفين ولم يعد لأحدهما مصلحة مع الآخر فأي ضمان لنجاح الوساطة ؟

٥) هناك نوع من المنازعات يضع الخلاف فيه على المحك مبالغ هائلة ومصالح ضخمة بحيث لا تعود قلة أو كثرة التكاليف والنفقات القضائية تعني شيئاً ولا كذلك يعود الوقت وسرعة البت بالنزاع يعنيان شيئاً أمام المصالح الكبيرة التي هي على المحك.

٦) كذلك لا تصلح هذه الوسيلة في الحالات التي يحتاج فيها طرف الى حكم يحسم النزاع لا يكون على شكل مصالحة لظروف خاصة به وكثيراً ما يتجنب فريق المصالحات المربحة ويفضل عليها أحكاماً خاسرة لانها تلائم أكثر أوضاعه فالمصالحة تثير أحياناً شبهات بينما لا يمكن لحكم يحسم النزاع ان يثير أي شبهة.

٧) يمكن للطرف سيء النية ان يستعمل هذه الوسيلة أداة للتسويف ولكسب الوقت ولاصطياد حجج واثباتات الطرف الآخر تحضيراً لدعواه القضائية.

٨) ان ربط هذه الوسيلة البديلة ADR بالطبيعة القانونية للدعوى القضائية أو التحكيمية مصطنع جداً لان قواعد كحق الدفاع ووجاهية المحاكمة والنظام العام الخ ... لا وجود لها في هذه الوسيلة مع انها أساس الدعوى القضائية أو التحكيمية.

٩) وربط هذه الوسيلة البديلة ADR بالتحكيم مصطنع أيضاً لأن طبيعة أحدهما مختلفة عن الآخر فهذه الوسيلة تقوم على التراضي بينما التحكيم يبدأ تراضياً ولكنه بعد توقيع العقد لا يعود للتراضي دور فيه بل يأخذ التحكيم مجراه وفقاً لاجراءات الزامية في حين ان ليس في الوساطة شيء الزامي.

ويبقى ان هذه الوسيلة التي طعمت بالتحكيم في شكل «الوسيط المحكم» ربما شقت طريقها بنجاح كبير في الخلافات الكبرى مثل النزاع في نفق المانش التي يكون لشخصية الوسيط الذي يمكن ان يتحول الى محكم دور هام في اطفاء اخلاف ومنعه من التطور الى نزاع بين طرفين يحتاج كل منهما للآخر ومحكوم عليهما ان يبقيا مع بعضهما متعاونين.

وشخصية الوسيط كرئيس المحكمة الدستورية الفرنسية بادنتير تمكنه من ان يكون وسيطاً وفي يده العصا ليجبر الطرفين على الاقبال على المصالحة.