3. الفصل الثالث

المنازعات في صناعة التشييد

1.3 المعنى الحديث للمنازعة :

بالرغم من الدراسات الكبيرة لموضوع النزاع فإنه لا يوجد تعريف عالمي معتمد لمعنى النزاع، فحتى القانون النموذجي للتحكيم (الأونسيترال - UNCITRAL) الذي تم وضعه من قبل هيئة الأمم المتحدة، والذي يعتبر أحد الأسس الهامة لقوانين التحكيم على مستوى العالم لم يحدد معنى للنزاع بين نصوصه، كما أن المراجع التي تبحث موضوع تعريف النزاع قليلة ونادرة ، فمثلاً متى يمكننا ان نعتبر ما يحدث بين المقاول و الاستشاري نزاعاً بالمعنى الدقيق ؟؟ و هل يتم اللجوء للتحكيم لفض جميع انواع النزاعات او انه يمكن اللجوء الى المحاكم (رغم وجود شرط التحكيم في العقد) باعتباره ليس نزاعاً حقيقياً اذا لم يكن محوره الكميات او الفنيات ؟؟ .

النزاع (بشكل عام): " هو خصومة تنشأ عادة عن اختلاف المصالح في موضوع معين وليس بالضرورة أن يحل النزاع عن طريق القضاء " ، أما بالنسبة لمعنى النزاع في المشاريع الهندسية فيجب تحديده بدقة أكبر كي نتمكن من فهمه وتحديد طريقة الحل بما يتماشى مع العقد المبرم بين الأطراف، ونظراً لتنوع عقود المشاريع الهندسية نتيجة لتنوعها كمشاريع، فإننا يمكننا القول أن الدراسات الحديثة قد أوضحت معناً حديثاً لكيفية نشوء النزاع وهو الذي " ينشأ بشكل عام إذا قام أي طرف بإرسال خطاب إلى الطرف الآخر ولم يقم الطرف الآخر بالرد عليه أو كان رده سلبياً، فإن هذا يعتبر نزاعاً بالمعنى الفني " ، وحل هذا النزاع يتم حسب بنود العقد إذ أنه قد نجد طريقة الحل عن طريق هيئة حل النزاعات أو عن طريق القضاء (عن طريق المحكمة) أوعن طريق التحكيم وكل ذلك يتم تحديده حسب بنود العقد الذي نشأ هذا النزاع تحت ظله .(شرف الدين ٢٠٠٥م)

2.3 طبيعة المنازعات الهندسية :

1.2.3 النزاع بين الأطراف :

- **النزاع العقدي :**

هو النزاع الذي ينشأ بشأن تفسير بنود العقد ، إن هذا النوع من النزاعات غالباً ما يتواجد عند وجود سرعة في إنجاز عقود تكون غالباً غير مستوفية للشروط وذلك نتيجة للسرعة لإنجاز عمل معين فتكون غامضة في بعض نصوصها ويحدث فيما بعد إختلاف في

فهم معنى هذه النصوص، أو قد نجدها أحياناً في العقود الكبيرة التي تحوي بنوداً كثيرة قد يتعارض أحدها مع الآخر.

هذه النزاعات تحتاج إلى قانونيون لتفسيرها ومن ثم يقوم الفنيون بدراسة هذه التفاسير وإعطاء الرأي الفني بشأنها بما يتماشى مع العرف المتبع و كيفية تنفيذ الأعمال المختلف بشأنها، ومن ثمّ يتم رفع المطالبة إلى الطرف الآخر.

كذلك نجد في كثير من العقود أن عبارات المطالبات الخاصة بالمقاول تكون صعبة التحقيق حيث يتعين على المقاول عادة تقديمها في خلال وقت قصير و يعتبر عقد الإتحاد الدولي للمهندسين الإستشاريين - الفيديك - كأحد الأمثلة على ذلك، حيث نجد تحديدات للمدد في عقد الفيديك لتقديم المطالبات وهذه المدد تعتبر قصيرة نسبياً بالنسبة للمقاول الذي يتعين عليه تعيين كادر خاص به لمواجهة هذه الحالات، لأنه إذا فشل في تقديم المطالبة خلال الفترة الممنوحة له فإنه يفقد حقه في المطالبة بسبب عدم تقديمها ضمن الوقت.

- **النزاع العملي :**

هو النزاع الذي ينشأ أثناء تنفيذ الأعمال ،هذا النوع من النزاعات يبدأ فنياً و غالباً مايتعلق في نهايته بمطالبات مالية ناتجة عن أمور حدثت أثناء التنفيذ مثل:

- التأخير في التنفيذ.
- الخلافات في تفسير المواصفات.
- الخلافات في شأن تعيين مقاولي الباطن.
- الخلافات بشأن تمديد فترة المشروع.
- الخلافات بشأن تأخر المالك (والمهندس الإستشاري) في تأدية إلتزاماته
- تسليم الموقع للمقاول.
- إستخراج التراخيص لكامل الأعمال.
- إحضار المواد التي إلتزم المالك بها.
- إنجاز المخططات الأصلية والمعدلة.
- التأخر في إعطاء الموافقات والردود على طلبات المقاول.

وغير ذلك من النزاعات التي تحدث أثناء التنفيذ ، ويجب الإنتباه هنا إلى أنه يتوجب على المقاول إعلام المهندس الإستشاري (و/أو المالك) بالحوادث التي أدت إلى تقديمه المطالبة

والتي تحولت إلى نزاع فيما بعد بسبب عدم موافقة الإستشاري (و/أو المالك) على مطالبات المقاول، والإنتباه إلى أن تقديم المطالبات يجب أن يتم ضمن المهل المحددة بالعقد، وإذا كانت الأسباب ذات أثر مستمر، فإنه يتم إعلام الإستشاري في بداية حدوث المشكلة ويفضل إرسال عدة كتب تأكيد مع إستمرار وجود المشكلة.

- **النزاع المالي :**

هو النزاع الذي ينشأ بشأن التعويضات المالية ، مع أن أغلب النزاعات ترمي في نهايتها إلى الحصول على مكاسب أو مطالبات مالية، إلا أن الفرق يكمن في أن النزاع المالي الصرف لا يكون فيه خطأ فني وإنما يعتمد أساساً على إرتكاب مخالفات عقدية من قبل أحد الطرفين تسبب أضراراً للطرف الآخر الذي بدوره يطالب الطرف الآخر بتعويضه عن هذه الأضرار، وفيما يلي نذكربعض الأمثلة على ذلك:

- مطالبة المقاول بزيادات الأسعار التي حصلت أثناء توقيف المشروع من قبل المالك.
- مطالبات المقاول بالمصاريف الموقعية الناتجة عن فترة توقف المشروع بسبب المالك.
- مطالبات المقاول بمصاريف الإدارة المركزية والموقعية وفوات الربح نتيجة تمديد فترة المشروع بسبب المالك.

- **النزاع على الملكية الفكرية للمخططات :**

يعتبر النزاع على الملكية الفكرية للمخططات من النزاعات الخطيرة لأنها نزاعات جنائية وليست مدنية وبالتالي عقوبتها الحبس وليس فقط التعويضات المالية، كما أنها نزاعات غير واضحة المعالم وذلك لأن القوانين الناظمة لحماية الملكية الفكرية بصورة عامة وفي أغلب الدول تكون غامضة بالنسبة للملكية الفكرية للمخططات، خصوصاً وأنه لا يرد عادة تعريفاً فنياً دقيقاً لكلمة (المخططات) في القوانين مما يؤدي إلى اللبس بين مخططات الفكرة المعمارية، والمخططات المطّورة، والمخططات النهائية بغرض المناقصة، والمخططات الحاصلة على موافقة البلدية، مما يؤدي إلى تضارب التفسيرات عن ماهية المخططات المشمولة بالحماية القانونية .

2.2.3 النزاع بين أحد الأطراف والمحكم أو هيئة التحكيم:

لا يقصد بالنزاع هنا الخلاف في الرأي مع المحكم على إتخاذ إجراء معين، أو على تطبيق مبدأ معين ولكن يقصد به النزاع الذي يؤدي إلى رد المحكم أو هيئة التحكيم (إذا توفرت أسباب الرد)، ونلاحظ أن الكثيرمن القوانين في العالم تحصر حالات إمكانية رد المحكمين وتجعلها غالباً هي نفسها الحالات التي يمكن أن يرد القضاة حسبها، وعليه فإنه لا يمكن رد المحكمين بطريقة عشوائية وإنما تتم حسب الحالات الحصرية المنصوص عنها في القوانين.

3.2.3 النزاع المتعلق بسلامة حكم التحكيم:

إن النزاع المتعلق بسلامة حكم التحكيم يعني أن أحد الأطراف قد وجد ثغرة في الإجراءات التي اتبعها المحكم، مثل تجاوز الفترة المحددة لإصدار الحكم، أو مخالفة النظام العام، أو عدم المساواة في معاملة الأطراف, أو غير ذلك، ويقوم محامي هذا الطرف باتخاذ الإجراءات المضادة من أجل إلغاء حكم التحكيم وإيقاف تنفيذه نتيجة عدم سلامة إجراءاته.

3.3 طرق فض النزاعات:

تعد صناعة البناء والتشييد بطبيعتها المعقدة من الصناعات التى تثيرجدلاً كبيراً من الناحية القانونية ،وذلك لما يطرأ عليها من ظروف التنفيذ والتغييرات والتعديلات التي تواكب سير المشروع فإنه من الطبيعي أن تنشأ الخلافات والمطالبات بين أطراف التعاقد والتي لا تغطيها صياغة الشروط والمواصفات والعقد بشكل واضح يحدد إلتزامات ومسؤوليات أطراف التعاقد، مما يجعل تسوية تلك الخلافات والنزاعات أمرا صعبا نظراً لإختلاف أهداف أطراف التعاقد.(سامي2011م)

تعد النزاعات والخلافات سمة أساسيةوقدراً لا مفر منه في أغلب الأحيان ومن هنا ظهرت أهمية وجود أدوات و وسائل مساندة للقضاء الشرعي والإداري والتجاري لتقديم الخبرة الفنية لمساعدة هيئة القضاء في تقديم المشورة والرأي الفني الذي يوضح التفاصيل الفنية التي تساعد القاضي على الفصل في النزاع.

1.3.3 هنالك عدة وسائل لفض المنازعات منها :

I. التسوية الودية.

II. الفض عن طريق التحكيم.

III. الفض عن طريق القضاء.

غالباً ما يتم حل المنازعات الهندسية بطرق ودية (الوساطة - التوفيق - الصلح) ، ولكن نسبة لضعف وسائل حل المنازعات بالطرق السلمية و فشلها في فض النزاع وغياب مجالس فض المنازعات في العقود الإنشائية والقصور الواضح في نشر ثقافة التحكيم واليات فض المنازعات الهندسية وسط قطاع التشييد والمهندسيين بصورة خاصة فإن اللجوء إلى الجهات القضائية أو الجهات الهندسية لتحكيم تلك الخلافات هوالخيارالمتاح لإتخاذ القرارات التي تعطي لكل طرف حقه.

2.3.3 بدائل فض المنازعات في العقود الهندسية :

هى عبارة عن وسائل تستخدم لحل المنازعات دون اللجوء للمحاكم منها :

- **الوساطة:**

تعتبر الوساطة الوسيلة الاكثر شيوعا في حسم النزاعات التجارية لاسيما في العقود التجارية الدولية مثل عقود الانشاءات الهندسية المعروفة باسم الفيديك FIDIC، و تعرف الوساطة على أنها اللجوء إلي شخص مستقل (وسيط) نزيه وحيادي يستمعل خلاصة الخلاف ثم يقابل كل طرف مستقلا ويتنقل بين الطرفين لإقناعهما بتليين الموقف والتركيز على المصلحة الحقيقية لكل منهما بدلا من التركيز على ما يعتقده كل طرف أنه حقه التعاقدي أو القانوني و تقريب وجهات نظر المتنازعين بهدف ايجاد صيغة توافقية وبدون ان يفرض حلا" عليهم أو يصدر قرارا" ملزما" ، وهنا يكمن جوهر الخلاف بين الوساطة والتحكيم، فالمحكم يصدر قرارا نهائيا وملزما ويخضع المتنازعون لتنفيذه، في حين ان الوسيط لا يملك سلطة اصدار قرار بل ان سلطته ان وجدت فهي سلطة ادبية وتتجسد في حث االمتنازعين على قبول اقتراحاته وتوصياته والتي تشكل مدخلا لتسوية النزاع القائم.

- **التوفيق :**

التوفيق وسيلة من وسائل فض المنازعات ،يقوم المتنازعان بإختيار موفق أو أكثر لفض النزاع ،ويقوم الموفق بدور تقريب وجهات النظر بين الطرفين من خلال الإجتماعات والإستماع لشهودهما والإطلاع على مستنداتهما إلا أن رأي و قرارالموفق لا يكون ملزما إلا برضى الطرفين ولا يمكن تنفيذها جبرا" ، و الفرق بين الوسيط و الموفق هو أن الوسيط يعمل بغية ايجاد النقاط

الاكثر تقديرا ويقارنها مع النقاط الاكثر اهمية ويحاول مقارنتها بغرض الوصول الى حل يرضى المتنازعين ، اما الموفق فبعد ان يقابل اطراف النزاع يحاول ان يقترح بنفسه اتفاق صلح يمكن ان يكون مخرج سليم للنزاع ،و يتسم التوفيق بالبساطة والسرعة و السرية وقلة التكلفة و صحة والإجراءات.

- **الصلح :**

هو عقد به يحسم المتنازعان نزلعاً قائماً أو محتملاً يترك بموجبه أي منهما جزءا من إدعاءاته لإرضاء الآخر ،والصلح قد يكون عند عرض النزاع أمام المحكمة أو أمام المحكمين و يتم تسجيل إتفاق الصلح و إصداره كحكم ،ففي هذه الحالة يكون القرارملزماً .

- **المحكمة المصغرة:**

هي توفيق مقنن حيث يتكون من ثلاثة أفراد يختار كل طرف ممثل حيث يظهر ان للاطراف نقاط القوة والضعف في قضيتهما ويركزان على المخاطر المحتملة للجوء إلي القضاء و يكون الطرف الثالث محايد ويفضل أن يكون من القضاة المتقاعدين أو محامي ذو خبرة كبيرة ، و تبدأ بجلسات إستماع لمدة يومأ ويومين تسمى جلسات تبادل المعلومات وذلك بعد تبادل و تقديم المستندات و بعد ذلك تتم المفاوضات بين ممثلي طرفي الخصومة وقد تكون بتدخل الطرف الثالث للوصول إلي تسوية ، واذا لم يصل الطرفان إلي تسوية فإنهما يمكن أن يطالبا من الطرف الثالث المحايد أن يصدر رأياً غير ملزما عن النتيجة المحتملة من الذهاب للتقاضي في المحكمة مما يؤدي إلي تسوية النزاع .

- **الوساطة ثم التحكيم:**

في هذه الحالة يتفق طرفا النزاع على أنه في حالة فشل الوسيط في الوصول إلي إتفاق تسوية يتحول الوسيط إلي محكم وحيد.

- **الإتفاق بواسطة المستمع المحايد:**

هو تحوير لفكرة الوساطة وفيها يتقدم كل طرف في النزاع بأحسن عرض منه للتسوية للطرف الثالث المحايد ، مما يمكنه من التوسط بموافقة الطرفين لرأب الفرق بين العرضين .

- **الوساطة و تحكيم آخرعرض :**

هو دمج بين الوساطة مع تحكيم آخر عرض لتكون المطالبات في حدود المعقول.

❖ **المحكمة المصغرة بمحلفين:**

يكون أصحاب القرار هم مجموعة من المحلفين يختارهم الأطراف بحضور الطرفين الممثلين للخصوم والطرف المحايد .

❖ **مجلس فض المنازعات :**

هو مجلس من الخبراء تحال إليه النزاعات ويكون مذكوراً مسبقا في العقود إلزمية اللجوء لهذا المجلس قبل الذهاب إلي التحكيم أو المحكمة .

3.3.3 محاسن الوسائل البديلة لحل المنازعات :

- السرعة .
- اختيار الخبراء المحايدين .
- الاجراءات غير الرسمية .
- المرونة .
- الخصوصية .
- التوفير الإقتصادي .
- تعطى لأطراف النزاع القدرة على التحكم بالتسوية .

4.3.3 التحكيم :

يشكل التحكيم وسيلة أساسية لفض المنازعات ذات الطابع المدني و لذلك فإن معظم العقود النموذجية الشائعة الإستعمال تتضمن شرطاً تحكيمياً لحل و حسم المنازعات، و هناك اتجاه في الآونة الأخيرة الى إلزام أطراف العقد قبل إحالة النزاع للتحكيم باللجوء الى الوسائل البديلة لحسم المنازعات .

التحكيم بصفه عامه هو اتفاق أطراف علاقة قانونيه معينه عقديه أو غير عقديه علي أن يتم الفصل في المنازعة المثارة فيما بينهم أو سوف تثار فيما بينهم عن طريق محكمين يتم اختيارهم من الأطراف للفصل في النزاع بحكم ملزم للطرفين ،وهو بذلك وسيله بديله للقضاء لحل المنازعات

الناشئة عن علاقة تعاقديه أو غير تعاقديه دوليه كانت أو داخليه محليه , وتجري إجراءاته وتنفذ أحكامه بالإجراءات المنصوص عليها بقانون التحكيم مع الاستعانة بالقضاء الوطني .

وهو نظام لتسوية النزاعات يرتكز على اتفاق بمقتضاه يعهد الى شخص او اشخاص لا ينتمون الى القضاء العادي مهمة الفصل في هذه النزاعات ، ويطلق على هؤلاء الاشخاص وصف المحكمين ، ويكون من شأن اللجوء الى التحكيم استبعاد اختصاص المحاكم العادية للنظر في النزاع عن طريق التوسيع الاتفاقي للاختصاص، وبذلك يستطيع التحكيم ان يتكيف مع متطلبات التطور الاقتصادي ويتسم بطابع التجدد المستمر.(إبراهيم ٢٠١٠م)

اذن فالمقصود بالتحكيم هو انشاء عدالة خاصة يتم عن طريقها سلب النزاعات من يد القضاء لتحل عن طريق محكمين مخولين بمهمة الحكم، فجوهره كائن في تلك السلطة التي تمنح المحكم الفصل في النزاع بقرار ملزم بحيث يكون التحكيم ضربا من القضاء والمحكم قاضيا خاصا" مهمته حسم القضايا بقرار ملزم .

4.3 التحكيم كآلية لفض المنازعات :

مع تنامي حجم الأعمال الهندسية في العقود الماضية وبروز أنماط جديدة من الخلافات و المنازعات يحتاج أطراف العقد(المالك، المهندس، المقاول، العاملين في إدارة العقود و المسؤولين عن حل منازعات العقود) الى التوعية التحكيمية و صقل الخبرات العملية فالتحكيم كنظام لتسوية النزاعات لم يعد مقصورا على الفصل في خلافات اطراف العقود الداخلية ، بل تعداه الى منازعات اطراف العقود الدولية سواء كانت هذه المنازعات بين الدولة من جانب والافراد من جانب اخر او بين الافراد بعضهم مع بعض.

إن اللجوء إلى التحكيم الهندسي كوسيلة للفصل في النزاعات وإجراء التسويات الودية أصبح منتشرا أكثر في هذه المرحلة لما للتحكيم من مزايا متعددة أهمها:

- إتفاق الأطراف على جهة التحكيم.
- سرعة دراسة النزاع وإتخاذ القرار.
- قلة التكاليف مقارنة باللجوء للقضاء واستخدام المحامين.
- حفظ علاقة ودية بين أطراف التعاقد بالبعد عن الاجراءات الرسمية للتقاضي.
- تخصص جهة التحكيم وخبرتها في مجال النزاع.

1.4.3 طبيعة التحكيم :

التحكيم في طبيعته ذو طبيعة عقديه إذ يتفق طرفي النزاع علي اللجوء إليه بإراديتهما مع تحديد مده التحكيم , الإجراءات القانون الواجب التطبيق , سداد الأتعاب الخاصة بالمحكمين المختارين وأخيرا الالتزام بما يصدر من هيئه التحكيم من أحكام .

التحكيم لغة يعني التفويض في الحكم ، يقال حكمه في الأمر أي أمره أن يحكم ،و حكموه بينهم أي أمروه أن يحكم بينهم ، إصطلاحا عرفه الفقهاء بعدة تعريفات منها :تولية الخصمينحاكماً يحكم بينهما ومنها أيضا : هو إختيار الخصمين شخصا أو أكثر غير قاض للحكم بينهما في المنازعة ويطبق حكم الشرع(كما جاء تعريفه في المادة 1790 من مجلة الأحكام العدلية بالآتي): التحكيم هو الإتفاق على إحالة ما ينشأ بين الافراد من نزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة أي نزاع قائم بينهم بالفعل على واحد أو أكثر من الافراد يسمون محكمين ليفصلوا في النزاع المذكور بدلا من أن يفصل فيها لقضاء المختص وعليه فإن التحكيم هو عملية موضوعة في إطار قانوني لحل المنازعات الرسمية وتقوم بها لجنة من المحكمين يتم الإتفاق عليها بواسطة أطراف النزاع ، على ان يتمتع المحكمون بالخبرة الكافية بالإضافة إلي الحيادية والنزاهة .

في السودان للتحكيم تاريخ طويل في فض المنازعات بطريقة غير منظمة إلي أن تم تقنينه ضمن مواد قانون القضاء المدني وقانون الاجرءات المدينةوأخيراً قانونا منفصلا هو قانون التحكيم لسنة 2016م ،بجانب هذا القانون هنالك قواعد وضعتها بعض الإتحادات والغرف التجارية مثل قواعد التحكيم الخاصة بالغرفة التجارية لسنة 1930م وقواعد التحكيم والتوفيق الخاصة بإتحاد أصحاب العمل لسنة 1996م وقواعد التحكيم الخاصة بالمجلس الهندسي لسنة 2005م وهنالك لائحة التحكيم بين أجهزة الدولة لسنة 1981م وهي صادرة من وازرة العدل ،أضف إلي ذلك هنالك لائحة التحكيم الخاصة بمركز الخرطوم للتحكيم ولائحة المركز العربي للتحكيم .

2.4.3 أنواع التحكيم :

❖ **ينقسم التحكيم من حيث حرية الارادة إلي نوعين:**

- تحكيم إختياري: وهو الذي يتم بناء على رغبة الطرفين بحل النازع القائم بينهما أو الذي سينشأ في المستقبل عن طريق التحكيم.

- تحكيم إجباري: وهو الذي يكون بموجب قانون أو قواعد تجبر طرفي النزاع على حله عن طريق التحكيم بطريقة معينة.

❖ **كما ينقسم التحكيم من حيث المحل إلي ثلاثة أنواع :**

- تحكيم داخلي :

وهو الذي يكون بين متنازعين ينتميان لدولة واحدة بشأن تعامل تم أو نزاع قام داخل نفس الدولة وتم تعيين محكمين من نفس الدولة.

- تحكيم أجنبي :

وهو الذي يكون بين متنازعين ينتمى ان لدولتين مختلفتين أو إبرام العقد تم في دولة ويتم تنفيذه في دولة أخرى .

- تحكيم دولي :

وهو الذي يتعلق بالمنازعات التي تنشأ بين الدول في مسائل الحدود والبيئة والسيادة والبحار وغيرها.

❖ **أيضا ينقسم التحكيموفقاً لارادة الطرفين إلي :**

- تحكيم حر .
- تحكيم مؤسسي .

3.4.3 أسباب اللجوء إلي التحكيم :

- تأتي في مقدمه الأسباب رغبه الأطراف في تفادي طرح منازعتهم علي القضاء وما تتسم به من بطء وتعقيد واستطالة أمد النزاع .
- رغبه الأطراف في تسويه النزاع في إطار من الود بعيدا عن اتخاذ صفه الخصومة واللدد بها والإبقاء علي استمرار العلاقات التجارية .
- اللجوء إلي التحكيم يوفر الفصل في المنازعة في إطار من الخبرة الفنية حيث يكون المحكم المختار مؤهلا فنيا للفصل بها ، إذ تكون المنازعة هندسيه ،أو طبية ،أو محاسبي فيتم اختيار المحكم الفني للفصل في طبيعة تلك المنازعة مما يجعله مؤهلا لفهم وإدراك النزاع دون الحاجة للجوء في الغالب إلي الخبرة الفنية المتخصصة .

- حرص طرفي العقد التجاري علي سريه العقود المثار بشأنها المنازعات خاصة في العقود التي تتضمن أسرار مهنيه كعقود التقنية أو استغلال براءات الاختراع والأسرار الصناعية .

4.4.3 شرط التحكيم :

أي نزاع ينشأ من هذا العقد ويتعذر الإتفاق علي تسويته وديا يحال إلى التحكيم ،ويقوم طالب التحكيم بإخطار الطرف الآخر بطلبه واسم محكمه وموضوع النزاع ،وعلى الطرف الآخر إختيار محكمه في خلال خمسة عشر يوماً من إخطاره بطلب التحكيم ، ويعين المحكمان المختاران من الطرفين في خلال خمسة عشريوماً من تعيين الثاني منهما محكما مرجحا تكون له رئاسة هيئة التحكيم فإذا لم يتم إختيار أي من المحكمين في الموعد المحدد كان لأي منهما الحق فى اللجوء للمحكمة المختصة لتعيينه وتعقد جلسات التحكيم في المقر الذي تحدده هيئة التحكيم ،ويجري التحكيم باللغة العربية مالم ينص العقد على غير ذلك ،ويكون المحكمون مفوضين بالصلح وعند فشلهم فى ذلك يتم اللجوء للتحكيم .(إبراهيم ٢٠١٠م)

5.4.3 مشارطه التحكيم :

مشارطة التحكيم هي إتفاق يتم التوقيع عليه بين المتنازعين، بعد قيام النزاع بعكس شرط التحكيم الذي يكون ضمن بنود العقد .

هذه المشارطة تبرم بين الطرفين في حالات ثلاث :

- **الحالة الأولي** :عند ورود شرط تحكيم بالعقد بصورة مختصرة .
- **الحالة الثانية** : عند وجود نزاع بين الطرفين بشأن معاملة ما ولم يكن بموجب عقد غير متضمن لشرط تحكيم .
- **الحالة الثالثة** : وجود نزاع بين الطرفين تنظره المحكمة واتفقا على اللجوء للتحكيم .

في كل هذه الحالات لابد من صياغة مشارطة التحكيم والتوقيع عليها بين المتنازعين تتحدد فيها عدة مسائل لأن هذه المشارطة بمثابة خارطة طريق منها :

1. تاريخ ومكان إبرام المشارطة .
2. اسم المحكم أو المحكمين .

3. أتعاب المحكم أو المحكمين ومصروفات التحكيم .
4. القانون الواجب التطبيق علي الاجراءات وعلي موضوع النزاع .
5. اللغة ومكان إجراءت التحكيم .
6. مدة إصدار القرار وسلطة تمديدها .
7. محكمة التنفيذ .

إن التوقيع علي مشارطة التحكيم بعد صياغتها بواسطة المحكم أو المحكمين أو بواسطة المتنازعين يعد من عقبات التحكيم سواء أكان علي المستوي المحلي أو الدولي ذلك أن المحتكم ضده في أغلب الأحوال قد يرفض أو يتلكأ عن التوقيع علي المشارطة بحجة عدم مقدرته علي دفع الأتعاب المقترحة بواسطة الهيئة ،أو بحجة اللغة أو المكان أو مدة الفصل في النزاع ،وقد يكون في بعضها محقا وموضوعيا لكن في بعضها الآخر قد يكون غير ذلك ويهدف في الأساس إلي كسب الوقت أو إفشال عملية التحكيم برمتها إن إستطاع إلي ذلك سبيلا .

6.4.3 مزايا التحكيم :

رغم أن التحكيم نشأ قبل قيام القضاء المنظم واستمر إلي جانبه بل و تم تفضيله في بعض الأحيان باللجوء إليه لفض النزاعات وذلك لمزايا عديدة نذكرمنها:

- **السرعة:**

هذه أول ميزات التحكيم لأن السرعة تتماشى مع الإستثمار بقطاع التشييد على وجه الخصوص ،فإذا نشأ نزاع بشأن معاملة ما يحتاج المستثمر لإستثمار وقته وماله وذلك لا يتم إلا بمعرفة مصدر النزاع في وقت وجيز ،وهذه الميزة يوفرها التحكيم إذ يتم الإتفاق على مدة محددة للفصل في النزاع على عكس المحاكم القضائية ،ليس هنالك مدة محددة للفصل في النزاع ، قد ينتهي أمد النزاع خلال شهر أو خلال عشر سنوات ،لم يكن تماطلا من القاضي أو المحكمة بل الاجراءات المتاحة بموجب قانون الاجراءات قد تكون هي السبب الرئيس ،من جانب آخر فإن القضاة مشغولون بعدة قضايا في اليوم الواحد بعكس التحكيم حيث نجد أن المحكمين في غالب الأحوال مفرغون للفصل في النزاع .

- **المرونة :**

يفضل البعض التحكيم للمرونة من حيث دورهم في إختيار المحكمين وتحديد الموقع والمواعيد حسب رغبتهم بالإضافة لعدم وجود الرهبة التي تكون عادة عند المحاكم .

- **السرية :**

ذلك أن نظر قضايا التحكيم لا يكون إلا بوجود هيئة التحكيم والمحتكمين فحسب عكس المحاكم حيث يكون بالقاعة عدد كبير من المتخاصمين يستمعون لكل القضايا المعروضة أمام القضاء وعلى وجه الخصوص لا يرغب بعض الناس عرض قضاياهم أمام الملأ .

- **الخبرة :**

يلجأ بعض المتنازعين خاصة في قضايا التجارة الدولية والعقود الإنشائية المعقدة إلي التحكيم إعتقادا منهم أن بعض القضاة ليست لديهم الخبرة في النزاع المعروض لكن في التحكيم يقوم المتنازعان بإختيار خبراء في المسائل الفنية.

- **قلة التكاليف المالية :**

في التحكيم يقوم المتنازعون بسداد أتعاب ومصروفات التحكيم مرة واحدة ومدة فصل النزاع معلومة بعكس المحاكم فإن سداد الرسوم القضائية متعددة بجانب أتعاب المحامين ومصروفات الحضور من والي المحكمة ويعقد الأمركثيراً عند إستمرار مدة نظر الدعوى ،إلا أن من يرى بأن أتعاب المحكمين ومصروفات التحكيم مرهقة في بعض الأحيان .

على الرغم من هذه الميزات للتحكيم إلا أن هنالك سلبيات أيضا تتمثل في بعض الأحيان في جهل أعضاء هيئة التحكيم بإجراءات التحكيم أو بالقانون الواجب التطبيق على النزاع ،و كذلك أحيانا سوء سلوك المحكمين ،بالإضافة إلي غموض وقصور إتفاق الاطراف بشأن التحكيم ،و كذلك صعوبة تنفيذ الحكم في بعض الأحيان .

6.4.4 سمات و مواصفات التحكيم الاساسية :

❖ **المبادئ التي يقوم عليها نظام التحكيم**

- سلطان الارادة :

أ. تمتع كل من طرفي الإتفاق بأهلية التعاقد (التصرف وليس فقط الإدارة في المال).

ب. الخلو من عيوب الرضا(غش ، تدليس ، إكراه).

- استقلال التحكيم :

عدم قابلية أحكام التحكيم للطعن (يطعن فيها بالبطلان ولا يطعن فيها بالإستئناف) ،و وجوب توافر ضمانات التقاضي الأساسية بحيث لا تخالف النظام العام والتمتع بحق الدفاع للخصوم.

❖ **شروط و سلوكيات المحكم**

- الأهلية المدنية الكاملة .
- ألا يكون ممنوعا من التحكيم .
- ليس له مصلحه في النزاع .
- عدم إفشاء أسرار المداولة .
- ألا يفيد عن أي معلومات تطرح أمامه أثناء التحكيم .
- ليس له أي علاقة بأحد الأطراف .

❖ **الاطراف المشتركة في عملية التحكيم :**

- المحكمون .
- المحامون .
- الخبراء .
- المفوضون والشهود .

❖ **خطوات و إجراءات التحكيم :**

1. شرط التحكيم بالعقد .
2. خطاب من المحتكم لترشيح محكما مسمي من جانبه.
3. رد المرشح علي المحتكم بقبول الترشيح وأنه لا يوجد ما يثير شبهة حول حيدته واستقلاله.
4. خطاب من المحتكم ضده لأختيارمحكماً مسمي من جانبه.
5. رد المرشح الثاني علي المحتكم ضده بقبوله التحكيم وأنه لا يوجد ما يثير شبهة حول حيدته واستقلاله .
6. رد المحتكم ضده علي طلب التحكيم .

7. خطاب موجه من المحتكم إلي محكمة بقبول المحتكم ضده التحكيم و أسم وعنوان ورقم تليفون المحكم المسمي من المحتكم ضده.
8. خطاب موجه من المحتكم ضده إلي محكمه ويخبره فيه بإسم المحكم المسمي من المحتكم وعنوانه ورقم تليفونه.
9. محضر إجتماع المحكمان المختاران من المحتكم والمحتكم ضده لإختيار رئيس هيئة التحكيم.
10. خطاب موجه من المحكم ان المسمى ان من طرفي الخصومة إلي رئيس هيئة التحكيم باختيارهم حكمامرجحاً .
11. خطاب من رئيس هيئة التحكيم بقبوله هذه المهمةو افصاحه عن أنه لا يوجد ما يثير شبهة حول حيدته واستقلاله في نظر هذا النزاع .
12. محضر الجلسة الاجرائية الأولي التي إما أن يطلب فيها تحرير مشارطة تحكيم من الخصوم أو عمل محضر به البنود الأساسية المطلوبة لمشارطة التحكيم وتحديد مواعيد تقديم بيان الدعوى والرد علي بيان الدعوى والتعقيبات .
13. بيان الدعوى .
14. الرد علي بيان الدعوى .
15. التعقيب.
16. محاضر الجلسات.
17. محضر جلسة المرافعة.
18. محضر جلسة إتمام المداولة.
19. الحكم.

8.4.3 الأخطاء الاجرائية في التحكيم :

1. عدم وجود شرط تحكيم.
2. وجود إتفاق تحكيم باطل أو قابل للإبطال و يتمثل في :
   - إنعدام الرضا عند إبرام إتفاق التحكيم .
   - إنعدام الأهلية عند إبرام إتفاق التحكيم كأن يوقع الإتفاق من وكيل غير مزود بوكالة خاصة بالتحكيم أو من شخص لا يملك إبرام مشارطة تحكيم .

- أن يكون التحكيم في مسألة لا يجوز فيها التحكيم .
- يكون إتفاق التحكيم غير مكتوب .
- لا يتضمن الإتفاق المسائل التي يشملها التحكيم .

3. أخطاء في إختيار المحكمين :
   - عدم تنفيذ نص شرط التحكيم في إختيار المحكمين .
   - عدم توفر الموافقة الكتابية للمحكمين على قبول التحكيم حتى لا يصدر الحكم عن محكمين لم يتفق عليهم الخصوم .
4. عدم إتباع القواعد القانونية في قانون المرافعات بحيث يكون المحتكم ضده آخر من يتكلم أو الإخلال بحق الدفاع .
5. إذا تعذر علي أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه أعلاناصحيحاً فيما يلي :
   - بتعيين محكم .
   - بإجراءات التحكيم .
6. وجود غش إجرائي .
7. عدم الإستماع للمرافعة الشفهية إذا طلب الخصوم ذلك .
8. عدم التسوية في توقيتات تقديم المذكرات .
9. عدم قبول أوراق أو مستندات بعد قفل باب المرافعة .
10. إخطار الخصوم للحضور بكل جلسة من جلسات التحكيم حتى ولو كان الخصم لا ينوي الحضور وقد قضي ببطلان حكم تحكيم لأن الهيئة كانت تستمع لكل خصم في غيبه الخصم الآخر .
11. عدم إعطاء الخصوم الحق في الإطلاع علي ما قدمه الخصم الآخر .
12. إذا بني الحكم علي تقدير خبير لم يطلع علية الخصوم .
13. إعادة باب المرافعة لتمكين خصم من تقديم مستند ولم يعط فرصة للخصم الآخر للرد علي هذا المستند .
14. عدم إعلان الخصوم بشكل صحيح .
15. إذا حكم المحكمون بقواعد العدالة و الإنصاف بدون تطبيق القانون مع أن العكس جائز .

16.أن يجري محكم بمفرده إجراءات التحقيق دون أن يكون مخولا بذلك أو أن يعهد إلى محكم بتفسير إتفاق .

17.أن يقضي المحكمين في مسائل مستعجلة رغم أن إتفاق التحكيم لا يخول لهذلك .

18.أن تقضي هيئة التحكيم بإجراءات أو تدابير تحفظية دون أن يطلب ذلك أحد طرفي التحكيم أو يخولون بذلك في شرط التحكيم أو مشارطه التحكيم .

19.إذا لحق بأي طرف من أطراف الخصومة عارض يؤدي إلي انقطاع الخصومة ومع ذلك إستمر المحكمين في نظر القضية في غيبة الخصم الذي لحقه سبب الإمتناع وعدم حضور من يمثله .

20.مخالفة التحكيم للنظام العام .

21.عدد المحكمين غير وتر .

22.إذا بنى الحكم على أوراق ثبت فيما بعد تزويرها.

23.إذا قضى الحكم بشئ لم يطلبه الخصوم .

24.الحكم على شخص لم يمثلتمثيلاً قانونياصحيحاً في الدعوى .

25.إستبعاد القانون الواجب التطبيق .

26.تجاوز مده التحكيم حيث لا يجوز للهيئة أن تصدر الحكم بعد إنقضاء فتره التحكيم المحددة .

9.4.3 شروط أحكام التحكيم :

1. يجب أن يصدر الحكم بعد المداولة والمقصود بالمداولة تبادل الرأي بين المحكمين .
2. يجب أن تتم المداولة في سرية تامة .
3. يصدر الحكم بأغلبية الأراء .
4. أن يكون الحكم شامل الكل جوانب النزاع .
5. يجب ألا يحكم المحكمون بما لم يطلبه الخصوم .
6. يجب أن يصدر الحكم وفقا لقواعد القانون الذي إختارها الأطراف .
7. إذا لم يفوض المحكمون بالصلح فإنه يجب أن يقضي وفقا للقانون المتفق علية بين أطراف النزاع .
8. يجب أن يكون الحكممكتوباً ومؤرخاً .
9. يجب أن يكون الحكممموقعاً من المحكمين .

10.يجب أن يكون الحكممسبباً إلا إذا إتفق طرفا التحكيم علي غير ذلك أي يجب أن يتضمن من الأسباب ما يكفي لتمكن المحكمة التي تنظر دعوى البطلان أو تأمر بوضع الصيغة التنفيذية علي الحكم من مراقبة صحته وعدم مخالفته لقواعد النظام العام .

11.يجب أن يشتمل علي ملخص أقوال الخصوم وطلباتهم ومستنداتهم .

12.يجب أن يتضمن الحكم أسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم في التحكيم وصفاتهم المهنية .

13.يجب أن يتضمن الحكم صورة من وثيقة التحكيم .

14.يجب أن يتضمن الحكم منطوق.

15.يجب أن يكتب باللغة العربية إلا إذا نص في المشارطة علي خلاف ذلك يجب أن يذكر بالحكم مكان الحكم .

10.4.3 الحالات التي يجوز فيها الطعن في حكم المحكمين :

1. عدم وجود إتفاق تحكيم .
2. وجود إتفاق تحكيم باطل .
   - إنعدام الرضا .
   - إنعدام الأهلية .
   - إنعدام الصفة (يوقع الإتفاق وكيل غير مزود بوكالة) .
   - إتفاق التحكيم في مسألة لا يجوز فيها التحكيم كالمسائل المتعلقة بالنظام العام .
   - لا يتضمن إتفاق التحكيم المسائل التي يشملها التحكيم .
   - سقوط إتفاق التحكيم لإنتهاء مدة التحكيم وصدورالحكم رغم ذلك.
3. إذا تعذر علي أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلانا صحيحا بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر أو أخلال محكمين بحق الدفاع .
4. إذا إستبعد حكم المحكمين تطبيق القانون الذي إتفقا لأطراف على تطبيقه.
5. إذا تم تشكيل هيئة التحكيم علي وجه مخالف للقانون أو كان عددهم غير وتر أو صدر الحكم عن محكمين لم يتفق عليهم الخصوم .
6. إذا فصل حكم المحكمين في مسائل لا يشملها إتفاق التحكيم أو جاوز هذا الاتفاق .

11.4.3 وقف تنفيذ حكم المحكمين :

التماس إعادة النظر في حكم المحكمين للأسباب الآتية :

1. إذا بنى الحكم على أوراق ثبت فيما بعد تزويرها.
2. ظهور أوراق قاطعة في الدعوى بعد صدور الحكم (وكان الخصم المحكوم له قد احتجزها أو حال دون تقديمها) .
3. إذا قضى الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو أكثر مما طلبوه .
4. إذا كان منطوق الحكم قد صدر مناقضا بعضه لبعض.
5. الحكم على شخص لم يمثل تمثيلا قانونيا صحيحا فى الدعوى.
6. إذا كان الحكم حجة على شخص دون أن يكون قد أدخل أو تدخل هو بنفسه في الخصومة

12.4.3 حجية حكم المحكمين :

1. بمجرد صدوره يحوز حجية الأمر المقضي فيه.
2. يعتبر ورقة رسمية لا يجوز إثبات عكس ما تتضمنه من بيانات أو تواريخ إلا إدعاء بالتزوير
3. لابد من أخذ الصيغة التنفيذية عليه من قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع .
4. لا يقبل الطعن فيه بطريق الإستئناف.
5. يجب أن يخلو من العيوب الاجرائية .