

مدى فعالية الوسائل البديلة لحل المنازعات وعلاقتها بالقضاء

أحمد أنوار ناجي
دكتور في الحقوق

مقدمة

أصبح اللجوء للوسائل البديلة لحل النزاعات في وقتنا الحالي أمراً ملحاً، 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، وتخصيصية من قبل من ينظر بهذه الخلافات أو يسهم في حلها، نشأت الحاجة لوجود آليات قانونية يمكن للأطراف من خلالها حل خلافاتهم بشكل سريع وعادل وفعال، مع منحهم مرونة وحرية لا تتوفر عادة في المحاكم.

فلا غرو إذن أن تعرف الوسائل البديلة لحل النزاعات اهتماماً متزايداً على صعيد مختلف الأنظمة القانونية والقضائية، وذلك لما توفره هذه الأخيرة من مرونة وسرعة في البت والحفاظ على السرية وما تضمنه من مشاركة الأطراف في إيجاد الحلول لمنازعاتهم. ونظراً لما تحتله الوسائل البديلة لحل النزاعات من مكانة بارزة في الفكر القانوني والاقتصادي على المستوى العالمي، وما شهدته العالم منذ نصف قرن ويزيد من حركة فقهية وتشريعية لتنظيم الوسائل البديلة، وما تمثله في الحاضر من فعل مؤثر على صعيد التقاضي كان من الطبيعي أن تعمل الدول جاهدة لإيجاد إطار ملائم يضمن لهذه الوسائل تقنينها ثم تطبيقها لتكون بذلك أداة فاعلة لتحقيق وتثبيت العدالة وصيانة الحقوق.

وانطلاقاً من هذا المبدأ وجدت من المناسب وحتى تعم الفائدة ويتخذ هذا البحث صفة

الشمولية المطلوبة أن تكون خطة البحث على المنوال التالي:

أولاً: تعريف الوسائل البديلة لحل المنازعات و التطور التاريخي لها

ثانياً: تحديد مختلف أنواع الوسائل البديلة

ثالثاً: مدى فعالية هذه الوسائل وعلاقتها بالقضاء

أولاً: تعريف الوسائل البديلة لحل المنازعات و التطور التاريخي لها

الوسائل البديلة لفض المنازعات (Alternative Dispute Resolution)، أو الطرق المناسبة لفض المنازعات كما تسمى في الوقت الحاضر **Appropriate Dispute Resolution**، ويعبر عنها أحياناً "فض المنازعات" **Dispute Resolution (DR)**، وهي تلك الآليات التي يلجأ لها الأطراف عوضاً عن القضاء العادي عند نشوء خلاف بينهم، بغية التوصل لحل لذلك الخلاف (1).

و انطلاقاً من هذا المعنى يخرج التقاضي عن إطار هذا التعريف، فهو لا يعد وسيلة بديلة لحل الخلافات بل وسيلة أصيلة، إذ أن الأصل في الأطراف اللجوء إلى المحاكم ومحاولة حل الخلافات التي بينها عبر التقاضي في حال نشوء خلاف بينها.

وعلى الرغم من ذلك، فقد أدى ازدياد لجوء المتنازعين إلى هذه الوسائل في الفترة الأخيرة إلى عدم جواز تسمية تلك الوسائل بـ "البديلة"، ذلك أن كثرة اللجوء إليها أدت إلى تحولها في كثير من الأحيان إلى وسائل أصيلة يلجأ لها الأطراف ابتداءً، مستفيدين من مزاياها في سرعة حسم النزاع، والحفاظ على السرية، وخفض التكاليف في أوضاع كثيرة، إضافة إلى مرونتها من حيث إجراءات حل النزاع والقواعد المطبقة عليه.

وجدير بالذكر أن الوسائل البديلة لحل المنازعات، قد أصبحت من الوسائل الملائمة للفصل في مجموعة هامة من المنازعات، كما هو الشأن في منازعات التجارة الدولية وحماية المستهلك، والمنازعات الناشئة في بيئة الإنترنت، والتجارة الإلكترونية، والملكية الفكرية في العصر الرقمي وغيرها من المنازعات (2)، حتى أصبح يطلق على هذه الوسائل بالنظر لطابعها العملي " الطرق المناسبة لفض المنازعات". بل لقد أصبح اللجوء إلى التحكيم مشروطاً في غالب الأحيان بضرورة اللجوء مسبقاً إلى الوساطة أو التوفيق (3).

التطور التاريخي للوسائل البديلة (4):

كان القضاء منذ القدم ولا يزال الوسيلة الأساسية لحل النزاعات، لكن مع تطور ظروف التجارة والاستثمار الداخلي والدولي أخذت تنشأ إلى جانب القضاء وسائل أخرى لحسم المنازعات، وبذلك ظهر التحكيم فتطور مع تطور التجارة الدولية والتوظيفات الدولية، تطور بإجراءات المحاكمة التي اقتربت كثيراً من إجراءات 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 لم يعد وسيلة بديلة لحسم المنازعات المدنية والتجارية بل أصبح أو يكاد يصبح الوسيلة الأساسية لحسم منازعات التجارة الدولية.

وإلى جانب التحكيم ظهرت الوساطة والتوفيق وهذا الشكل من العدالة قديم جدا وهو أقدم من عدالة الدولة، وإذا كانت الوساطة تتم في السابق بشكل بسيط قائم على إصلاح ذات البين ونابعة من العادات والتقاليد السائدة في المجتمع، فقد كانت مطبقة في العهد القديم في فرنسا بمفهوم المصالحة واستخدمت من جديد بعد الثورة الفرنسية عام 1789 ، وقد ظهرت في الولايات المتحدة خلال الأعوام 1965-1970 ، وأدخلت الوساطة العائلية إلى فرنسا بتأثير من وسطاء مقاطعة الكيبك في كندا، وأعد القانون العام أول قانون يتعلق في هذا الموضوع في 1973/1/3 وتبعه قانون 1976/12/24 الذي تم بموجبه تعيين وسيط الجمهورية.

فقد أخذ التوفيق والوساطة طريقهما ليصبحا أيضاً من الوسائل البديلة لحسم النزاعات، هكذا وضعت اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار مفاوضات الوساطة والتوفيق وسيلة بديلة لحسم النزاع يرجع إليها لحسم النزاع قبل اللجوء إلى التحكيم.

وكذلك فعلت اتفاقية البنك الدولي بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى ففتحت باب التوفيق قبل التحكيم ونصت على إجراءات لذلك باعتباره وسيلة أخرى من وسائل حسم المنازعات بطريقة ودية.

وكذلك نص نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية على نظام المصالحة الاختيارية ووضع له إجراءات.

وكذلك وضعت اليونسسترال (لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية) قواعد للتوفيق كان لها وقع في المنازعات الدولية وكان لها أثر في نشر التوفيق كوسيلة لحسم المنازعات وديا، ولكن التوفيق والوساطة بقيا وسيلتين بديلتين لحسم المنازعات، بديلتين عن القضاء وعن التحكيم إلا أنهما بقيتا وسيلتين نظريتين غير عمليتين وبقي القضاء هو الوسيلة الأساسية، والتحكيم هو الوسيلة البديلة لحسم المنازعات إلى أن كان عام 1977 في الولايات المتحدة الأمريكية حيث كانت هناك دعوى عالقة أمام القضاء منذ ثلاث سنوات، وكان هناك محامون ومرافعات وخبراء وجلسات ومستندات ونفقات خبرة ونفقات قضائية وأتعاب محامين، وأرهقت الدعوى الطرفين بالوقت والمصاريف، ثم طرح فكرة وسيلة بديلة لحسم هذا النزاع لماذا لا تولف محكمة مصغرة من كل طرف يختار أحد كبار موظفيه ممن له دراية ومعرفة بتفاصيل النزاع ثم يختار الموظفان رئيساً محايداً.

ورأقت الفكرة للطرفين وأوقفت إجراءات المحاكمة القضائية وعقدت المحكمة المصغرة جلسة ليست إلزامية في شيء، واستمرت الجلسة نصف ساعة أدلى بعدها رئيس المحكمة المحايد برأي شفهي لعضوي المحكمة ثم دخل موظفا الطرفين أي عضوي المحكمة إلى غرفة جانبية فدخلوا في مفاوضة استمرت نصف ساعة وخرجا ليعلنا اتفاقهما وانتهت الدعوى على خير وسلام ووقف نزيف الوقت والنفقات والرسوم والآتعب. وكانت ولادة ما سمي في الولايات المتحدة بـ **Alternative Disputes Resolution** واختصرت وعرفت بالـ **A.D.R** أي الوسيلة البديلة لحسم النزاع.

وتطورت هذه الوسيلة وتركزت وأخذت عدة أشكال وانتشرت في الولايات المتحدة الأمريكية انتشارا كبيرا، لاسيما وأن التحكيم في الولايات المتحدة لم يعرف التقدم الذي وصل إليه في أوروبا، لأن الأميركيين ما زالوا يجنون المؤسسة القضائية ولم يسلموا بسهولة بعد بالتحكيم كوسيلة بديلة لحسم المنازعات كما فعلت أوروبا التي بقي إجلالها للقضاء على حاله، بل تطوع القضاء للأخذ بيد التحكيم للنهوض وليلعب دوره كوسيلة بديلة لحسم المنازعات تخفف عن القضاء كثيراً من الأعباء وتبقي في كل حال تحت رقابته بعد صدور الحكم.

والوساطة كوسيلة لحل المنازعات في الولايات المتحدة تأتي بميزتين:

أولاً: اختصار الوقت فأطول وساطة تستمر من شهر إلى ستة أشهر، بينما الدعوى أمام القضاء تبقى سنوات طويلة.

وثانياً: فإذا كانت الدعوى مرهقة وثقيلة في النفقات والمصاريف فإن الوساطة كوسيلة بديلة لحسم المنازعات تبدو خفيفة الظل.

وشهدت الوساطة ازدهارا لم يكن منتظراً ولا متوقعاً وتقبلتها أوساط النزاعات القضائية الأمريكية وأقبلت عليها بجدية واهتمام، حتى قدرت نسبة الحالات التي أسفرت عن مصالحة بفضل الوساطة كوسيلة بديلة لحسم المنازعات بطريقة ودية بـ 8% في الولايات المتحدة و 37% في بلدان الشرق الأقصى وتقدمت في الصين وكندا وأستراليا، ولكن دول القوانين المدنية الأوروبية بقيت حذرة ولم تقبل على هذه الوسيلة البديلة لحسم المنازعات بطريقة الوساطة، فمحكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية في باريس تلقت سنة 1990 ثمانين طلبات لحل النزاع بالصلح في حين تلقت 365 طلب تحكيم(5).

وقد أخذت هذه الوسيلة ADR في الولايات المتحدة الأمريكية عدة أشكال نعرضها فيما يلي:

• المحكمة المصغرة

وتتلخص في أن النزاع يحال إلى هيئة مكونة من رئيس محايد وعضوين يختار كل من الطرفين المتنازعين واحداً منهما من بين كبار موظفيه في مستويات الإدارة العليا ممن لهم دراية بتفاصيل النزاع، ويتولى العضوان اختيار الرئيس وإن لم يتفقا على شخصه يعينه مرجع يكون متفقاً عليه سلفاً. يلتقي الطرفان للاتفاق على قواعد لإجراءات المحاكمة تختصر إلى أقل درجة ممكنة، وهكذا يتحدد عدد المستندات التي ستقدم والمهل لتبادل اللوائح بعد جلسة المرافعة التي يجب أن لا تتجاوز اليومين، يجتمع الموظفان عضوا المحكمة للتفاوض وإذا طلب من الشخص الثالث الحيادي المشاركة في الاجتماع فإنه يعطي رأيه ولكنه يجب أن يبقى شفهيًا... وتستمر المفاوضات بين عضوي المحكمة بغية الوصول إلى مصالحة، ولكن هذه المفاوضات تبقى سرية لا يمكن كشفها إذا فشلت المفاوضات في الوصول إلى صلح وذهب الطرفان إلى المحكمة القضائية، وإذا كانت المفاوضات مشمولة بالسرية فإن المستندات والإثباتات واللوائح المقدمة خلال المحاكمة المصغرة ليست كذلك بل يمكن إعادة تقديمها إلى المحاكمة القضائية إذا فشل حل النزاع وسارت الأمور إلى دعوى قضائية.

• وساطة ميتشغان أو المطرقة المخملية

أمام تراكم الدعاوى على محكمة ميتشغان وجدت هذه مخرجاً يخفف من الأعباء ويفتح باب وسيلة بديلة لحسم المنازعات عن طريق الوساطة، إذ وضعت محكمة ميتشغان ذاتها إجراءات يلزم أطراف أي نزاع باتباعها قبل عرض النزاع على المحكمة، ووضعت المحكمة لائحة بعدد من الحقوقيين كوسطاء، وقبل أن تبدأ إجراءات أي محاكمة يختار كل طرف وسيطاً من الأسماء الواردة على لائحة الوسطاء ويسمى الوسيطان وسيطاً ثالثاً من اللائحة، ويعين قاضي محكمة ميتشغان جلسة وساطة ويبلغها للطرفين وللوسطاء، وقبل عشرة أيام من الجلسة يقدم كل طرف لائحة مختصرة بادعاءاته مدعمة بالحجج القانونية وسرد الوقائع كل ذلك باختصار شديد، ويوم الجلسة يحق لمحاميي الطرفين أن يترافعا ولكن باختصار، والجلسة يجب ألا تتعدى الساعة من الوقت يقدم الوسطاء تقريرهم خلال الأيام العشرة اللاحقة لجلسة المرافعة وللطرفين مهلة 20 يوماً لقبوله أو رفضه، فإذا لم يجيبوا اعتبر ذلك موافقة وقبولاً، وإذا قبل قرار الوسطاء يصدر حكم من محكمة ميتشغان بتثيته، وإذا رفض أي من الطرفين تستأنف الدعوى سيرها العادي أمام المحكمة ويوضع قرار الوسطاء في مغلف يختم بالشمع الأحمر ولا يفتح إلا بعد صدور الحكم، وعند صدور الحكم يفتح الملف المختوم بالشمع الأحمر

ويقارن الحكم بقرار الوسيط فإذا كان الحكم قد أعطى أكثر مما قرر الوسيط بـ 10% فإن المدعى عليه هو الذي يتحمل نفقات ورسوم الدعوى، وإذا قررت المحكمة للمدعي أقل بـ 10% مما قرر الوسيط يتحمل كل فريق نصيبه من النفقات القضائية.

• الوسيط المحكم

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

ويكون هذا الشكل من الوسائل البديلة قد أعطى الوسيط سلطة إلزامية تؤول إليه بمجرد فشل الوساطة إذ يتحول إلى محكم لفصل النزاع.

• (استنجاز) قاض

و تبدو التسمية غريبة، ولكن هذا الشكل أخذ هذا الاسم في الولايات المتحدة وهو في الحقيقة تكليف قاض الفصل في النزاع.

وقد بدأ هذا النظام في ولايتي كاليفورنيا ونيويورك الأمريكيتين، وبموجبه يتقدم الأطراف بطلب إلى المحكمة لتعيين محكم يكون عادة قاضياً متقاعداً ينظر بالنزاع بصورة غير رسمية ويصدر فيه حكماً تلتزم المحاكم بتنفيذه إذا وجدته مناسباً، ولا يبدو أن هذا النظام قد طبق في أي بلد آخر غير الولايات المتحدة الأمريكية، كما أنه قد يتعارض مع كثير من النظم التشريعية وقواعد القضاء في العديد من الأنظمة القانونية في العالم.

• التحكيم وفقاً لآخر عرض

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

والفكرة من هذه الطريقة هي إجبار الطرفين على تخفيض مطالبهما لأن طلباً مبالغاً فيه سيفضي لأن تتبنى المحكمة التحكيمية الطلب الآخر كما هو وترد الطلب المبالغ به، ولأن المحكمة التحكيمية لا تملك سوى حرية اختيار أحد الطرفين كما هو.

هذه فكرة عن أنواع الوسائل البديلة لحسم المنازعات، ويمكن القول أن هذه الوسيلة البديلة لحل المنازعات عن طريق الوساطة التي انتشرت في الولايات المتحدة أولاً ثم عمت

اليابان وكندا وأستراليا وتتقدم في سويسرا، تتميز في أنها توجد وسيطاً يحرك المفاوضات ويخلق مناخاً لتسوية حبية، من هنا تأتي أهمية شخصية الوسيط الذي يتوقف نجاح أو فشل المفاوضات عليه فهو مفتاح هذه الوسيلة البديلة. وفي البلدان التي انتشرت فيها هذه الوسيلة البديلة لحسم المنازعات بالطريقة الحبية فإن دورها يبدو عصرياً و الإقبال عليها يؤكد أنها تأتي تلبية لحاجة لدى عقلية اجتماعية و ثقافية معينة هي من هذه الزاوية تلعب دوراً هاماً في حل المنازعات بطريقة عصرية، يشبهها البعض في الولايات المتحدة بأنها السيارة في حين أن الوسائل الأخرى هي العربة والحصان، ولا ريب أن في ذلك مبالغة ، خاصة و أن هذه الوسيلة البديلة قد نجحت كثيراً في مجتمعات معينة ولم تحقق أي نجاح بعد في مجتمعات أخرى كالدول الأوروبية التي تكتفي بالتحكيم كوسيلة عصرية و سريعة و بديلة عن القضاء لحسم المنازعات (6).

ثانياً: تحديد مختلف أنواع الوسائل البديلة

تنقسم طرق فض المنازعات الملائمة أو البديلة ADR إلى أقسام متعددة تختلف تبعاً لأساس التقسيم، ولعل أفضل تقسيم لها هو تقسيمها من حيث درجة التدخل intervention من قبل طرف ثالث في النزاع، ووفق هذا التقسيم تنقسم هذه الطرق إلى:

المفاوضات (Négociation)

المفاوضات أو التفاوض هو آلية لتسوية النزاع قائم على الحوار المباشر بين الطرفين المتنازعين سعياً 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، ما دام الوكلاء يملكون سلطة اتخاذ القرار عن موكلهم (7).

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 بين طرفين متخصصين بحيث يعمل هذا المحايد على تقريب وجهات النظر بين الطرفين وتسهيل التواصل بينهما وبالتالي مساعدتهما على إيجاد تسوية مناسبة لحكم النزاع.

وفي هذا المعنى يقول الأستاذ **Fouchard**:

“ La mission du conciliateur se limite à tenter de concilier les parties, ou à s’efforcer de les amener à une solution mutuellement acceptable. Les propositions ou recommandations qu’il leur présente après l’instruction de l’affaire n’ont aucun caractère obligatoire ,elles ne l’acquièrent que si et lorsque les parties les ont acceptées(8) ”

إن فبينما يتم حل الكثير من الخلافات عبر التفاوض المباشر بين الطرفين وجود الحاجة لوسيط، فإن كثيرا من المفاوضات قد تتعثر في مراحل مختلفة، أو أن حدة النزاع لا تسمح بوجود مفاوضات ابتداء بين الأطراف في بعض الأحيان الأمر الذي يحتم الاستعانة بوسيط للمساعدة في دفع عجلة التفاوض إلى الأمام وجسر الهوة بين الطرفين.

والوساطة عملية طوعية بطبيعتها ولا يجوز للوسيط اتخاذ قرار بات في أساس النزاع، بل إن دوره ينحصر في محاولة تقريب وجهات نظر الطرفين (أو الأطراف) وجسر الهوة بينها، وفي طرح الحلول البديلة أمامهم دون فرض أي منها عليهم(9).

فالأطراف هنا هم الذين يصنعون النتيجة فوظيفة الوسيط تقتصر على تيسير التواصل و التفاوض بين الطرفين لا التحكيم بينهم، و ينتج عن ذلك نتيجة هامة من الناحية العملية، تتلخص في قابلية الاتفاقية الناشئة عن الوساطة للتطبيق من الأطراف بشكل تلقائي كونهم هم الذين توصلوا إليها بمحض إرادتهم ولم تفرض عليهم من الخارج.

ومن الملفت للنظر أن الوساطة تنجح في حل حوالي 75% إلى 90% من الخلافات التي يتفق الأطراف على حلها باستعمال هذه الآلية، فهي الأساس الذي يقوم عليه نظام (ADR) في التجارة الدولية، فهي الوسيلة الأكثر في نصف العقود التجارية الدولية الكبيرة مثل عقود الإنشاءات الدولية.

وتتخذ الوساطة أشكالا عديدة فهناك: الوساطة البسيطة (Simple mediation) وهي التي تقترب من نظام التوفيق في وجود شخص يسعى إلى التقريب بين وجهات نظر المتنازعين. وهناك الوساطة تحت شكل قضاء صوري(10) وهي التي يتم فيها تشكيل هيئة يرأسها الوسيط تضم وكلاء عن أطراف النزاع وذلك للوصول إلى حد مقبول من الطرفين. وهناك الوساطة الاستشارية (Mediation-Consultation) وهي التي يطلب فيها أطراف النزاع من محام أو خبير استشارته أولا في موضوع النزاع ثم يطلبون منه بعد ذلك

تدخله كوسيط لحل النزاع. وهناك وساطة التحكيم (Mediation-Arbitration) وهي التي يتفق فيها الأطراف على قيام الوسيط بمهمة التحكيم إذا فشلت مهمته في الوساطة، وهناك أخيراً الوساطة القضائية (Judicial-Mediation) وهي المعمول بها في النظم الانجلوسكسونية حيث تقوم المحاكم قبل الفصل في النزاع بعرض اقتراح على الأطراف باللجوء بداية إلى الوساطة، وذلك كما هو الحال في النظام المعروف باسم (Summary Jury Trial) حيث يقوم المحلف المدني (Civil Jury) قبل الجلسة الرسمية بشرح مختصر للأطراف عن الموقف في الدعوى، ويتوصل معهم إلى إصدار حكم في شكل رأي (Advisory Verdict) يكون بمثابة الأساس الذي تقوم عليه المفاوضات في الوساطة (11).

يتبين مما سبق أن الوساطة تتخذ مجالاً أوسع من التوفيق، فهي أكثر عمومية وأكثر مرونة (12).

وفي هذا الإطار فقد أعد المغرب مشروع قانون رقم 05-08 المتعلق بالتحكيم والوساطة الاتفاقية، كما حث المشرع المغربي على الصلح في أكثر من مناسبة بل أوجبه في قانون المسطرة الجنائية الجديد بشأن جرائم معينة، وتم التركيز على مساطر الصلح في مدونة الأسرة ونزاعات الشغل والأمراض المهنية.

التقييم الحيادي المبكر (Early Neutral Evaluation)

ويتم التقييم الحيادي المبكر من خلال عرض الأطراف (أو محاميهم) لخلافهم أمام طرف محايد ذي ثقافة قانونية واسعة (محام أو قاض سابق) يتمكن من تقييم القضية المعروضة، وبعد أن يلتقي المحايدين بالطرفين مجتمعين، يلتقي بكل طرف على حدة ليستمع منه عن التفاصيل المتعلقة بالوقائع والأحداث محل الخلاف، كما يستطيع الأطراف تقديم بياناتهم الخطية أمام المحايدين.

وفي النهاية، يصدر المحايدين قراراً يبين من خلاله المراكز القانونية لكل طرف، ولا يكون رأي المحايدين هنا ملزماً للأطراف، إذ لا يجبر أي منهم على الأخذ به. وفي الغالب، يأخذ المحايدين بعد إصدار "قراره" دور الوسيط، إذ يعمل على محاولة تقريب وجهات النظر بين الطرفين بعد أن بين لهما مراكزهما القانونية، ويطلق على هذه الآلية أيضاً تسمية (التحكيم غير الملزم).

التحكيم Arbitrage (13)

بات التحكيم في الوقت الحاضر الوسيلة الأكثر انتشاراً لحسم المنازعات التجارية ويعتبر التحكيم نوعاً من القضاء الخاص، فهو وسيلة بديلة عن قضاء الدولة يقوم فيه أطراف النزاع بمحض إرادتهما الحرة على اللجوء إلى التحكيم لحل 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 للبت فيه بقرار ملزم لهم من قبل شخص أو أشخاص يعينونهم بالاتفاق ويسمون بالمحكمين وذلك ضمن قواعد يختارها الأطراف أو يتكون للقوانين ذات العلاقة تحديدها".

ويمكن للأطراف الاتفاق على اللجوء للتحكيم عند بدء العلاقة بينهم وقبل حصول نزاع، كأن يوردوا بنداً 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 (مشاركة التحكيم) ويسمى أحياناً (وثيقة التحكيم الخاصة).

ولم يعد خافياً أن التحكيم قد أضحت طريقة مألوفة ومرغوبة لفض المنازعات والتي تنشأ في الغالب عن علاقات تعاقدية وذلك عوضاً 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 نتيجته ملزماً، بحيث يملك المحكم أو هيئة التحكيم سلطة اتخاذ القرار في أساس النزاع والبت فيه، وهذا على خلاف الوسيط الذي لا يملك هذه السلطة. كما أن التحكيم متى اتفق عليه (قبل نشوء النزاع أو بعده) يصبح ملزماً، ويتوجب على الأطراف السير به حتى نهاية إجراءاته وإصدار القرار المنهي للخصومة من خلاله. ويعتبر حكم التحكيم ملزماً ويستوي مع القرار الصادر عن المحكمة إذا ما تم تذييله بالصيغة التنفيذية.

ثالثاً: مدى فعالية الوسائل البديلة وعلاقتها بالقضاء

يلقى نظام الوسائل البديلة لحل المنازعات هجوماً يبلغ حد العنف أحياناً وخاصة في الدول النامية، فيرى البعض أن الوسائل البديلة (بمفهومها التقليدي) وإن كانت أسبق في الظهور من القضاء، فإن مرجع ذلك يتمثل في تأخر ظهور الدولة بسلطاتها الثلاث، فالقضاء هو سلطة من سلطات الدولة تحقق من خلالها وظيفة إقامة العدالة، وهي وظيفة لا يصح أن يترك أمرها للأفراد، وإلا سادت الفوضى وضاعت حقوق الضعفاء.

فنظام الوسائل البديلة إذا كان ضروريا فهو شر لا بد منه لذلك يجب أن يظل له طابع الاستثناء، فكل القواعد والأحكام التي يكرسها نظام الوسائل البديلة هي من صنع الدول المتقدمة، بل أسهمت وتسهم في تكوين أدبياتها الشركات المتعددة الجنسيات، ولا يحكمها في ذلك إلا تحقيق مصالحها دون اعتداد بمصالح الدول النامية، فنظام الوسائل البديلة هو آلية من آليات النظام العالمي الجديد 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 وتحصين نفسها ضد نزاعات القاضي الوطني وتشدد القوانين في دول العالم الثالث.

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

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

1. تقليل عدد الدعاوى التي تحال على القضاء، فقد أثبتت تجارب البلدان التي أخذت بهذا النظام بأنها ساهمت بشكل مباشر في تخفيف العبء على المحاكم.
2. محدودية التكاليف واستغلال الوقت.

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

3. خلق بيئة استثمارية جاذبة.
4. يمثل نظام الوسائل البديلة 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.

5. الخصوصية

يكفل هذا النظام محافظة طرفي النزاع على خصوصية النزاع القائم بينهما وذلك بغية خلق روابط جيدة بين الأشخاص أو المؤسسات، كما هو الشأن في الوساطة العائلية فهذا النظام يتيح للزوجين تقييم الأمور والبحث عن مصلحة الأبناء، وإيجاد طرق أفضل للمستقبل بالحوار والاحترام المتبادل مما يساهم في المحافظة على الروابط الاجتماعية.

6. تحقيق مكاسب مشتركة لطرفي النزاع

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

7. المرونة

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

8. المحافظة على العلاقات الودية بين الخصوم

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

9. توفير ملتقى لأطراف النزاع قبل بدء المحاكمة:

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

10. الحلول الخلاقة التي يمكن التوصل إليها

تساعد جلسات نظام الوسائل البديلة على تجاوز العقبات وتوفير الحلول الخلاقة والإبداعية لحل النزاع، فلقد عرضت الوساطة أفكارا جديدة لحل الخلافات العائلية تعطي فيها الأولوية لإعداد مشترك للقرارات الضرورية في إعادة تنظيم الأسرة أكثر من الاهتمام بالمطالبة بالحقوق الفردية.

11. تنفيذ اتفاقية التسوية رضائيا

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

هكذا قمنا باستعراض أهم مزايا وأهداف نظام الوسائل البديلة لحل المنازعات مما يطرح

التساؤل عن العلاقة القائمة بين هذه النظم والقضاء؟

الأصل أن نظام الوسائل البديلة يلعب 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 التحكيم 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 تتحقق فاعليته، فإن الأمر يقتضي تدخل قضاء الدولة بماله من سلطة عامة يستطيع عن طريقه إجبار الخصوم على تنفيذ قرارات وأحكام المحكمين(14) ، لذلك كان من اللازم أن يتدخل القضاء في مجال التحكيم للمساعدة ولإعطاء الصفة الإلزامية لقراراته وأحكامه، فللقضاء 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 أولم يعينوا مقدما ورفض أحد الأطراف عند قيام 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 أحد طرفي التحكيم بطلب إليه لتعيينه، لكن ما ينبغي التنبيه إليه أن رئيس المحكمة وهو يبت في الطلب المقدم إليه يبت فيه في إطار الأوامر المبنية على الطلب طبقا للفصل 148 من ق.م.م وليس في إطار القضاء الاستعجالي طبقا للفصل 149 من ق.م.م(15).

كذلك يمتد تدخل القضاء أثناء خصومة التحكيم حيث تقتضي طبيعة النزاع المطروح على التحكيم اتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية، وفي هذا الصدد يجمع الفقه المغربي على أن اختصاص المحكمة التحكيمية لا يؤثر على وظيفة قضاء المستعجلات لوجود دواعي عملية ناتجة عن حالة الاستعجال تبرر الإبقاء على اختصاص قاضي المستعجلات سيما وأن أوامره لا تمس الجوهر، ولا تكتسب بالتالي أية حجية أمام محكمة التحكيم(16).

وعلى مستوى القضاء المغربي، فانه يساير التشريعات المقارنة(17)، وكان موقفه أكثر وضوحا في قضية القرض العقاري و السياحي ضد شركة هوليداي اين(18)، إذ أصدرت محكمة الاستئناف بالدار البيضاء قرارا 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 تعاون بين القاضي و المحكم تعطي لطرفي التحكيم حق اللجوء إلى القضاء الوطني لاتخاذ إجراءات وقتية دون أن يكون هذا الاختصاص قاصرا على القضاء وحده.

كذلك يمتد دور القضاء إلى ما بعد صدور حكم التحكيم، فأحكام 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 بصور أمر خاص من جهة القضاء المختص يسمى الصيغة التنفيذية(19).

فتذليل الحكم بالصيغة التنفيذية يمثل اعترافا من قضاء الدولة بصلاحيه 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 أحكام قطعية سابقة أو يخالف النظام العام في البلد المطلوب التنفيذ فيه(20).

- أما بخصوص الوساطة فالقضاء يلعب دور الفاعل الأصلي والمحرك الأساسي لتحقيق العدالة المتفاوض عليها، والتي أصبحت مصدرا للشرعية في القضاء بشكل عام.

فقد تبين للمؤسسة القضائية بأن أسلوب العمل القضائي التقليدي لا يتيح لها الاستجابة لبعض القضايا عن كتب، بينما الوساطة تستطيع ذلك مما يجعلها تقوم بدور رئيسي للحلول المتفاوض عليها، وبما أن العدالة تهدف فعليا إلى تأمين السلام الاجتماعي وإعادة بناء الروابط والعلاقات الاجتماعية، وهذا ما يسمى بالعدالة البديلة 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 البديلة، وإن كان البعض يعتقد بأن القضاة عند تطبيق الوسائل البديلة يفقدون سلطاتهم التي تتمثل في اتخاذ القرار ويعتبر الكثيرون بأن الحل القابل للتفاوض خارج الدعوى سينزع قواعد عملهم في القضاء.

خاتمة

إن تطوير الوسائل البديلة لتسوية النزاعات هو أكثر من تطوير في الأسلوب، 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 نعيش في عالم يعطي أهمية كبرى للعقد.

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

- تقنين نظام الوسائل البديلة في نصوص واضحة ومفصلة خالية من الغموض وغير قابلة لعدة تأويلات.
- نشر وترسيخ ثقافة هذا النظام نظريا وممارسة.
- مشاركة هيأت الدفاع للعمل على اندماجه وذلك بإدخال تعديلات على القانون المنظم لمزولة مهنة المحاماة بخصوص السماح للمحامي بممارسة مهنة الوساطة.
- إيجاد مؤسسات أو أشخاص أكفاء ومؤهلين للقيام بهذا النظام.
- اقتناع الأطراف بجدواه.
- المساهمة في إنعاش الوسائل البديلة لفض المنازعات.
- المساهمة في خلق جو من الثقة والاطمئنان الملائم لتحريك الادخار الوطني وجلب الاستثمار الأجنبي عن طريق فض المنازعات بالوساطة والتحكيم.
- المساهمة في مسيرة بناء التنمية الشاملة والجهوية والحكامة الجيدة عبر إنعاش الوسائل البديلة لفض النزاعات.
- نسج علاقات عمل وشراكة بين الجامعيين ورجال الأعمال والمستثمرين وأسرة القضاء
- يتطلب إنجاز هذا النظام تحقيق مجموعة من الضمانات منها:
 - ❖ ضمان النزاهة الذي يتطلب احترام موافقة الأطراف المتنازعة.
 - ❖ ضمان السرية.
 - ❖ ضمان الحياد واستقلالية الوسيط.
 - ❖ ضمان أشكال الاتفاق.

هوامش

- (1) هناك من يعرفها بكونها وسائل أو عمليات مختلفة تستخدم لحل المشكلات أو المنازعات خارج نطاق المحاكم والهيئات القضائية الرسمية.
- (2) <http://justice.gov.ma/ar/Actualies>
- (3) هكذا أقرت منظمة التجارة العالمية آلية لفض النزاعات التي قد تحدث بين الدول تعتمد على مبدأ المصالحة الدولية كآلية أساسية ينبغي اللجوء إليها أولا، ولا يتم اللجوء إلى التحكيم إلا بعد إخفاق المشاورات، كذلك أقرت المادة 67 من الشروط العامة للإتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين المعروف باسم-fidc- حيث تنص على اللجوء إلى الوساطة قبل اتخاذ طريق التحكيم.
- (4) للمزيد من التفصيل حول التطور التاريخي للوسائل البديلة راجع عبد الحميد الأحذب، منازعات الملكية الفكرية، ورقة عمل مقدمة لمركز القاهرة للتحكيم التجاري الدولي في ندوة حول "التراخيص في مجال الملكية الفكرية وتسوية المنازعات الناشئة عنها" 9 – 20 مارس

(5) أحمد يوسف خلوي، أنواع التحكيم ص 9 مقال منشور على الإنترنت

www.moj.gov.sa/documentations/tahkeem/5new.doc

www.arablaw.org (6)

(7) أحمد صالح مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة 2000 ص 18-20.

8) FOUCHARD (ph) L'arbitrage judiciaire ; in ; Etudes offertes a pierre BELLETT ;Litec ;paris 1991 ;p 167

(9) وإن كان البعض يرى أنه يتمتع على الوسيط حتى القيام بطرح حلول بديلة على الأطراف، إذ أن دوره في هذه الحالة ينقلب لدور الموفق وتنقلب العملية إلى التوفيق (Conciliation).

10) Mediation in the form of mock proceedings وتعرف بالإنجليزية باسم

11) انظر نحو دراسة مفصلة للصور المختلفة للوساطة:

Jean-claude Goldsmith, "les modes de règlement amiable des différends."

Rdal.1996, p.221.

12) B.Oppetit, "Arbitrage, Médiation et conciliation" Rev.arb.1984, p.307

13) حمزة حداد، التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات التجارية، ورقة عمل مقدمة لندوة محامو المستقبل المنعقدة في عمان-الأردن تشرين أول/1998

14) رضا السيد عبد الحميد " مسائل التحكيم-الكتاب الأول-تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة والرقابة." دار النهضة العربية 2003 ص 4.

15) قرار المجلس الأعلى رقم 16 بتاريخ 05-01-2000 في الملف التجاري رقم 94/3538 منشور بمجلة العمل القضائي والتحكيم التجاري العدد 2005/7، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى من 165-170

16) عبد الله درميش، التحكيم الدولي في المواد التجارية- رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق الدار البيضاء 1983-1984 ص 226.

17) نفس الأحكام نص عليها

قانون التحكيم المصري في المادة 14 منه، القانون التونسي (المادة 62)، القانون الجزائري (المادة 458)، القانون البلجيكي (الفقرة الثانية من المادة 1679)، القانون الألماني (المادة 1033)، وهو نفس التوجه الذي اتبعته محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 18/11/1986، وكذلك مشروع مدونة التحكيم المغربي في الفقرة الثانية من المادة 23.

18) قرار 1973 ملف رقم 42 473، قرار عدد 1905، مشار إليه في رسالة عبد الله درميش، المرجع

السابق ص 226-227 [1].

19) فالفصل 320 من ق.م.نص على أنه: "يصير حكم المحكمين قابل للتنفيذ بأمر رئيس المحكمة الابتدائية التي صدر في دائرة نفوذها".

(20) فالفصل 321 من ق.م.م ينص على أنه لا يتأتى لرئيس المحكمة الابتدائية أو للرئيس الأول لمحكمة الاستئناف أن ينظر بعد تقديم المقال الي بأي وجه في موضوع القضية غير أنه ملزم بالتأكد من أن حكم المحكمين غير معيب ببطلان يتعلق بالنظام العام وخاصة بخرق مقتضيات الفصل 306. هذا وقد استعمل القضاء المغربي فكرة النظام العام لرفض منح الصيغة التنفيذية لكثير من الأحكام الأجنبية الصادرة على الخصوص في قضايا الأحوال الشخصية. راجع في هذا الصدد، عبد الرحمان مصباحي، التحكيم من خلال العمل القضائي للمجلس الأعلى، منشور في مجلة العمل القضائي والتحكيم التجاري، سلسلة دفاتر المجلس الأعلى العدد 2005/7 ص121-136.