ISSN: 2663-5798 || Arab Journal for Scientific Publishing

الإصدار السابع – العدد الثالث والسبعون
تاريخ الإصدار: 2 – تشرين الثاني – 2024م
www.ajsp.net

"التحكيم في المنازعات الهندسية في النظام السعودي"

(دراسة مقارنة)

إعداد الباحث:

ناصر بن فيصل ناصر العلي

جدة

المملكة العربية السعودية

وزارة التعليم العالي

جامعة الملك عبدالعزيز

كلية الحقوق

عمادة الدراسات العليا والبحث العلمي

العام الجامعي 1438هـ - 2017

ISSN: 2663-5798 || Arab Journal for Scientific Publishing

الإصدار السابع – العدد الثالث والسبعون
تاريخ الإصدار: 2 – تشرين الثاني – 2024م
www.ajsp.net

الملخص:

تعتبر التحكيم وسيلة فعالة لحسم المنازعات، حيث تتيح للأطراف إمكانية الخروج من نطاق محاكم الدولة عن طريق اتفاق بينهم. وقد نظمت الشريعة الإسلامية التحكيم كآلية لفصل الخصومات، حيث يُعترف بأهمية حكم المحكِّم، الذي يكون إلزامياً كحكم القضاء لكنه يفتقر إلى القوة التنفيذية للفتوى. تعددت أشكال التحكيم، منها التحكيم التجاري والهندسي والمصرفي، ويخضع كل نوع منها لإجراءات خاصة وفقاً للقوانين والاتفاقيات المعنية.

تعتبر المنازعات الهندسية من أهم مجالات التحكيم، حيث تنشأ من عقود المقاولات بين صاحب العمل والمقاول. تتضمن هذه المنازعات مطالبات تتعلق بتعويضات نتيجة عدم الوفاء بالالتزامات، سواء كانت من قبل المقاول أو صاحب العمل. تشمل القضايا الشائعة تأخير تنفيذ الأعمال، أو تنفيذها بطريقة غير مطابقة للمواصفات، مما يؤدي إلى نزاعات تتطلب حلاً سريعاً وفعالاً.

أهمية التحكيم تكمن في كونه وسيلة سريعة ومرنة لتسوية المنازعات، مما يخفف العبء عن المحاكم ويعزز من فعالية إجراءات الفصل في القضايا الهندسية. تسعى الأنظمة القانونية الحديثة، بما في ذلك النظام السعودي، إلى تنظيم آليات التحكيم الهندسي لضمان تحقيق العدالة وتلبية المتطلبات المتطورة للتجارة الدولية.

أولاً: مقدمة:

لا شك في أن للتحكيم أهمية كبري باعتباره وسيلة لحسم المنازعات وأن التحكيم طريق استثنائي يؤدي الى اخراج المنازعات من اختصاص محاكم الدولة بناءً على اتفاق الاطراف وقد ركزت التعاريف السابقة على الهدف من التحكيم كأساس للتعريف دون بيان فيما إذا كان اتفاق التحكيم قد يأتي بصورة شرط ضمن بنود العقد أو مشارطة باتفاق مستقل بين الطرفين فقد نظمت الشريعة الاسلامية التّحكيم ، واعتبرته نظاماً لفصل الخصومات هو دون القضاء وفوق الصّلح والفتوى ، فضبطت شروط المحكَّم ، وما يصح محلاّ للتّحكيم ، وما لا يصحّ الحكم فيه ، وأعطى لحكم المحكّم صفة الإلزام كالقضاء ، وسلبه التّنفيذ كالفتوى ، وقد عنى الفقهاء بتنظيم التّحكيم ، وإقامته على أصول الشّرع ، وقد أثبت التّحكيم جدواه وأثره حتّى أصبح واقعا محترماً لا تخلوا دولة من تنظيمه واعتماده بل أنشأت له المحاكم والهيئات والمراكز المحليّة والإقليمية والدّولية . وأصبح شريان التّحكيم بين خصومات ومنازعات الدّول والأفراد ([1]).

ولما كان التحكيم يختلف بإختلاف طبيعة النزاع إلي عدة أنواع فينقسم إلي تحكيم تجاري وتحكيم هندسي وتحكيم مصرفي وتحكيم محاسبي وكل نوع من هذه الانواع يخضع لاجراءات معينة تحكمها القوانين والانظمة أو تحكمها طبيعة الاتفاق بين أطراف التحكيم ولما كانت العديد من الانظمة والقوانين لم تتعرض للاجراءات النظامية لانواع التحكيم فكان لابد أن أتناول التحكيم واجراءاته في تسوية المنازعات الهندسية فالمنازعات الهندسية هي تلك المنازعات التي تنشأ عن عقد مقاولات أعمال الهندسة المدنية الذي يتم إبرامه بين صاحب العمل ومقاول؛ حيث يرتب هذا العقد عدة التزامات قانونية على عاتق كل من طرفيه، بحيث يترتب على عدم وفاء أي منهما بالتزاماته أن يُطالبه الآخر بتنفيذها, وإلا لجأ إلى القضاء الوطني أو إلى التحكيم, مُستنداً إلى نصوص العقد لإجباره على التنفيذ أو طلب التعويض عن عدم التنفيذ ، وهنا يتم إعمال القواعد العامة التي تحكم العقود في نظام التحكيم للدولة التي وقع

1) عجيل جاسم النشمى، التحكيم والتحاكم الدولى فى الشريعة الإسلامية ، بحث مقدم للدورة العادية التاسعة للمجلس الأوربى للإفتاء و البحوث المنعقدة في فرنسا3-7 جمادى الأولى 1423هـ الموافق13 – 17 يوليو 2002 م ، ص 3

فيها النزاع ، ومن ثم فالمنازعات الهندسية تتمثل, من ناحية, في مُطالبات المقاول لصاحب العمل بتعويضات نتيجة إخلاله بالتزاماته الناشئة عن هذا العقد، أو نتيجة خطأ المهندس الاستشاري؛ كما تتمثل, من ناحية أخرى, في مطالبات صاحب العمل للمقاول بتعويضات نتيجة تأخره في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أو تنفيذها بطريقة غير مُطابقة لشروط العقد ، وتثور المنازعات المُتعلقة بعقود التشييد إما بخصوص تأخير تنفيذ المشروع وإما نتيجة التنفيذ غير المطابق للمواصفات أو غير المُكتمل له، أو التنفيذ بتكلفة عالية، مثال ذلك أن يتأخر المهندس الاستشاري في اعتماد إحدى العمليات المُسندة إلى المُقاول, ما يترتب عليه وجود عمالة عاطلة في الموقع فيُطالب المُقاول رب العمل بأجورها. وقد يطلب صاحب العمل من المقاول تنفيذ بند غير موجود أصلاً في عقد المقاولة المُتفق عليه بينهما فيستعين هذا الأخير بعمالة جديدة ويُطالب بأجورها من صاحب العمل. وقد يتسبب المهندس الاستشاري في وجود مُعدات عاطلة بالموقع، ما يدفع المُقاول إلى المطالبة بتعويض عن تعطل هذه المُعدات. وهذا التعويض قد يتم بالاتفاق عليه مُقدماً في بنود العقد (كأن يُذكر به ساعة العمل للمُعدة بما فيها السائق والمصاريف والتأمين والمحروقات والصيانة). وقد يرتكب المهندس الاستشاري خطأً في تسلم الأعمال من المُقاول، أو قد يتعسف معه في طلب مواصفات مُعينة ثم يتضح أن هذا الأخير قد أوفى بالمواصفات المطلوبة. وقد يحدث خطأ المهندس الاستشاري في الرسوم الهندسية للمشروع، مثال ذلك أن يُصمم المهندس تصميماً مُعيناً للمبنى بمواصفات مُحددة ويقوم المُقاول بتنفيذها بالفعل، ثم يتضح بعد التنفيذ أن الأعمدة لا تتحمل المبنى لخطأ في التصميم وليس في التنفيذ، فيطلب صاحب العمل من المُقاول عمل دعامات حتى لا يتصدع المبنى، فيُنفذها ويُطالب بالمواد الزائدة التي أضافها(2) .

ثانياً: أهمية الموضوع:

1. بيان كيفية إجراءات التحكيم الهندسي وفقا لنظام التحكيم السعودي رقم (34) وتاريخ 24/ 05/ 1433هـ ، وكذلك كيفية إجراء التحكيم وفقا للائحة قواعد التحكيم الهندسي.
2. معرفة مفهوم التحكيم في المنازعات الهندسية، وآلية واجراءات تسوية هذه المنازعات بصورة تتواكب مع السرعة والتطور الذي تشهده التجارة الدولية .
3. تكتسب الدراسة أهميتها منالموضوع الذي تدرسه حيث يعد التحكيم كوسية لتسوية المنازعات من أقدم الوسائل في فض الخصومة وأكثرها مرونة وسرعة وسهولة ويسر .
4. توضيح دور التحكيم في التخفيف من حدة الصعوبات الفنية الملقاة على عاتق المحاكم حيث يأخذ نظر المنازعات الهندسية جهداً ووقتاً كبيرين بسبب اللجوء إلى آراء الخبراءفي هذه القضايا الفنية التي لا تحتمل التأخير ولاالتأجيل، فهي تعرض لكافة الموضوعات الفنية والقانونية في بحث شامل لهذا الموضوع.

ثالثاً: أهداف البحث:

1) صدور نظام التحكيم الجديد رقم (34) وتاريخ 24/ 05/ 1433هـ ،الذي لم ينص صراحة على تسوية منازعات العقود الهندسية عن طريق التحكيم فلم يتعرض النظام في أي من مواده على التحكيم في المنازعات الهندسية .
2) التعرف على طبيعة اجراءات الاحكيم في المنازعات الهندسية وأنواعها من حيث النزاع العقدي والنزاع المالي والنزاع على ملكية المخططات وغيرها .

2) محمد عرفه ، المنازعات الهندسية التي يتم تسويتها عن طريق التحكيم الهندسي ، جريدة الاقتصادية ، العدد 5128الجمعة ، الموافق 26 أكتوبر 2007

3) التعرف على كيفية الفصل في المنازعات الهندسية عن طريق التحكيم أو التوفيق او الطرق البديلة الاخرى.

4) عدم وجود دراسات سابقة تتناول بالبحث موضوع التحكيم وإجراءاته في تسوية المنازعات الهندسية في النظام السعودي دراسة مقارنة .

رابعاً: مشكلة البحث:

أن التحكيم في المنازعات الهندسية أصبحأمراً مهماً بسبب التوسع العمراني والإنشائي والمعماري الذي أخذ في الاتساع في جميع مجالات الحياة حيث يعتبر ذلك مطلباً سعت لتفعيله جميع الجهات الحكومية والخاصة، وفق قواعد وأسس ثابتة، بموجب أنظمة وقوانين صحيحة تتناسب مع تحقيق المطلبلتسوية وإنهاء الخصومات والنزاعات وإعادة الحقوق لأصحابها إلا أنه لا تزال بعض التحديات والعقبات تقف أمام عملية التحكيم في عقود الهندسية، بسبب ما يحيط بنزاهة وعدالة ومصداقية الأحكام الناتجة والقرارات الصادرة والإجراءات المتبعة فيه وذلك نتيجة عدم وضوح تلك الإجراءات ومدلولهامما ينتج عنه عدم انطباق وقائع النزاع على صحيح القواعد النظامية المتبعة .

خامساً: منهج البحث

إعمالا لأهمية موضوع الدراسة وأهدافه وأهميته فسوف استخدام المنهج الوصفي التحليلي بطريقته العلمية ، وأعتمد على الأنظمة السعودية واللوائح التفسيرية وما تضمنته من قرارات وما صدر من تعليمات وتعاميم وإجراءات لها صلة بالموضوع مقارنة مع ما تناولته الدراسات والبحوث في هذا الموضوع من الكتب المعاصرة والدراسات والأبحاث، وإظهار مدى انسجامها القانوني والقضائي بين النظام السعودي والقانون المصري ، والسبب في مقارنتي بين النظام السعودي والقانون المصري وفرة المراجع والمصادر في قانون التحكيم المصري ، إضافة إلى وجود العديد من مراكز التحكيم الهندسي المصرية التي تناولت العديد من القضايا وطبقت فيها اجراءات التحكيم الهندسي ، كما أجد أن النظام السعودي والقانون المصري يكمل بعضهما الآخر من حيث الإجراءات .

سادساً: تقسيمات البحث:

المبحث التمهيدي : نشأة التحكيم في المنازعات الهندسية وتطوره

المطلب الأول: مفهوم التحكيم لغة واصطلاحاً

المطلب الثاني: تعريف التحكيم في المنازعات الهندسية.

المطلب الأول: نشأة التحكيم في المنازعات الهندسية وتطوره .

المبحث الأول: إجراءات التحكيم في المنازعات الهندسية

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق في المنازاعات الهندسية.

المطلب الثاني: الجهات المختصة بالنظر في المنازعات الهندسية.

المطلب الثالث : سلطة الأطراف في تحديد القانون أو الجهة المختصة.

المبحث الثاني: أحكام التحكيم في المنازعات الهندسية وتنفيذها

المطلب الأول: إصدار حكم التحكيم في المنازعات الهندسية.

المطلب الثاني: الطعن على حكم التحكيم في المنازعات الهندسية.

المطلب الثالث: حجية حكم التحكيم في المنازعات الهندسية.

المبحث التمهيدي

نشأة التحكيم في المنازعات الهندسية وتطوره

مما لا شك فيه أن للتحكيم أهمية كبري باعتباره وسيلة لحسم المنازعات فهو يعتبر اجراء استثنائي يؤدي الى اخراج المنازعات من اختصاص محاكم الدولة بناءً على اتفاق الاطراف وقد ركزت التعاريف السابقة على الهدف من التحكيم كأساس للتعريف دون بيان فيما إذا كان اتفاق التحكيم قد يأتي بصورة شرط ضمن بنود العقد أو مشارطة باتفاق مستقل بين الطرفين ، فضلاً عن ذلك نجد ان التعاريف لم تركز على دور مؤسسات التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار وخصوصاً ان اغلب المنازعات الاستثمارية في الوقت الحاضر تحسم عن طريق تلك المؤسسات، لذا سأتناول في هذا المبحث نشأة التحكيم في المنازعات الهندسية وتطوره من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: مفهوم التحكيم لغة واصطلاحاً

المطلب الثاني: تعريف التحكيم في المنازعات الهندسية.

المطلب الأول: نشأة التحكيم في المنازعات الهندسية وتطوره .

المطلب الأول

مفهوم التحكيم لغة واصطلاحاً

أولاً: التحكيم في اللغة:

التحكيم في اللغة مصدر حكَّم، فالحاء والكاف والميم أصل وأحد، وهو المنع([3])، يقال: حكّم فلان في كذا إذا جعل أمره إليه([4])، وقال ابن منظور: مصدر حكَّم بتشديد الكاف مع فتحها وأصلها حكم، بمعنى: منع وقضى وفضل، ويقال: حكمت عليه بكذا إذا منعته من خلافه فلم يقدر على الخروج من ذلك، ويقال: حُكم الله، أي قضاؤه بأمر والمنع من مخالفته، ويقال: حكّمه في ماله أي وكل إليه

(3) أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، الطبعة الثانية، دار الجيل، بيروت، 1420هـ , ص 277.

(4) أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، المرجع السابق ، ص4 .

الحكم فيه، وحكمه في الأمر أي أمره أن يحكم فيه، ويقال: حكموه بينهم أي: أمروه أن يحكم بينهم، ويقال: حكمنا فلان فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا[5]، ويدخل معني المنع في ألفاظ كثيرة منها :

1- الحكم : القضاء ([6]) وفيه منع من الظلم ([7]).
2- الحكمة : العدل والعلم والحلم ([8]) وفيها منع من الجهل ([9]).
3- الحكم بالعلم والفقه : وفيه منع من الجهل .
4- إحكام الشي واتقانه : وفيه منع من دخول الخلل والنقص .

ثانياً: التحكيم اصطلاحاً:

يعُرِّف مصطلح "التحكيم" بتعريفات متقاربة، بمعناه التقليدي، الذي هو اتفاق على طرح النزاع على شخص أو أشخاص معينين لتسويته خارج إطار المحكمة المختصة فهو اتفاق طرفين على التحاكم إلى ثالث ليحكم فيما شجر بينهما مما يسوغ فيه ذلك[10].

وعرفه البعض بأنه نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضاءهم، ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب بمهمة تسوية المنازعات، التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية والتي يجوز حسمها بطريق التحكيم، وفقاً لمقتضيات القانون والعدالة وإصدار قرار قضائي ملزم لهم[11]، أو أنه: الاتفاق على عرض النزاع أمام مُحَكّم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلاً من المحكمة المختصة، وذلك بحكم ملزم للخصوم، شريطة أن يقرَّ المشرع هذا الاتفاق شرطاً كان أم مشارطة[12].

والتحكيم التجاري هو نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين – المحكم أو هيئة التحكيم – يختارهم أطراف النزاع ويترتب على اختيارهم لهيئة التحكيم تمكين الأطراف من إخراج منازعاتهم من الخضوع لقضاء الرسمي للدولة وحلها عن طريق أشخاص مختارين، المحكم أو هيئة التحكيم[13].

وفي نظام التحكيم الجديد السعودي، يتضح أنه لم يضع المنظم تعريفاً للتحكيم كما ورد في بعض القوانين المعاصرة، وإنما عرف اتفاق التحكيم فقد عرفه نظام التحكيم السعودي الجديد في الفقرة الأولى من المادة الأولى بقوله: (اتفاق التحكيم هو اتفاق بين طرفين أو أكثر على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي تنشأ أو قد تنشأ بينهما في شأن علاقة نظامية محددة

(5) جمال الدين بن محمد بن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ص520، الرازي، مختار الصحاح، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، بيروت، 91/2.
(6) ابن الاثير , المبارك بن محمد , النهاية في غريب الحديث والاثر , المكتبة الاسلامية القاهرة , 1963, ص419.
(7) ابن فارس , معجم مقاييس اللغة , ، المرجع السابق ، ص 277.
(8) الفيروز ابادي , محمد بن يعقوب . القاموس المحيط , باب الميم فصل الحاء , ص404.
(9) ابن فارس , ابي الحسين احمد . معجم مقاييس اللغة , ص 277 .
(10) عبد الله محمود خنين، التحكيم في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مكتبة الاقتصاد والقانون، الرياض، 1420هـ، ص29.
(11) أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م، ص19.
12() عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية القاهرة، 2000م، ص 21.
13) حسين الحسين. التحكيم التجاري في المملكة العربية السعودية, جامعة دار العلوم – كلية الحقوق , الطبعة الأولى, 2015م ، ص31.

AJSP
المجلة العربية للنشر العلمي
ISSN: 2663-5798 || Arab Journal for Scientific Publishing
الإصدار السابع – العدد الثالث والسبعون
تاريخ الإصدار: 2 – تشرين الثاني – 2024م
www.ajsp.net

تعاقدية كانت أو غير تعاقدية سواء كان اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة مشارطة تحكيم مستقلة)، ويرى البعض أن النظام السعودي لم يعرف التحكيم أخذاً بالرأي القائل إن وضع التعاريف من مهمة الشراح وليس النظام، والسبب تجنب التعريفات بقدر الإمكان فيما لا ضرورة لتعريفه [14].

المطلب الثاني

تعريف التحكيم في المنازعات الهندسية.

لم يكن تعريف التحكيم في المنازعات الهندسية بالأمر اليسير مما جعل مهمة وضع تعريف لمفهوم التحكيم في المنازعات الهندسية مهمة شاقة وصعبة، حيث لم أجد تعريف له بين ثنايا كتب الشراح، الأمر الذي جعلني أبحث عن تأصل لمفهوم التحكيم في المنازعات الهندسية من خلال تعريف العقود الهندسية ومن ثم المنازعات الهندسية، فيتبين لنا مفهوم التحكيم في المنازعات الهندسية وذلك على النحو التالي:

أولاً: تعريف العقود الهندسية:

يطلق عليها الفيديك، وهي عقود نموذجية وضعها الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، وتتضمن الشروط العامة والخاصة لأنماط مختلفة من عقود البناء والتشييد، وتحقق التوازن بين حقوق والتزامات أطرافها، وتحدد مراكزهم القانونية بهدف تنظيم أعمال البناء، وتوحيد القواعد القانونية المطبقة بشأنها ويمكن استخدامها على نطاق واسع لأنواع مختلفة من المشاريع الهندسية الدولية[15].

وتعتبر العقود الهندسية من عقود الإنشاءات الدولية المستخدمة في جميع أنحاء العالم، برغم تأثرها بالنظام الأنجلوسكسوني، وذلك بعد أن تم تعديلها أكثر من مرة لعلاج المشكلات القانونية المستجدة، وتطوير محتواها بعد الرجوع للقواعد المقارنة، والاتفاقيات المتعددة الأطراف، واستشارة المهندسين، وبعض المظمات مثل البنك الدولي، ورابطة المحامين الدولية، وذلك لضمان توافق قواعدها مع معظم الأنظمة القانونية، واتساق شروطها القانونية مع المتطلبات العملية[16].

ويعرف العقد الهندسي بأنه اتفاق مكتوب بين طرفي التعاقد لتنفيذ مشروع هندسي معين وهما صاحب العمل – جهة التعاقد – ويرمز له في العقود الهندسية بالطرف الأول، والشركة المنفذه – المقاول– ويرمز له في العقد الهندسي بالطرف الثاني، وعلى ذلك فإن العقد يوضح فيه حقوق والتزامات كل طرف تجاه الآخر، [17].

---

(14)محمود عمر محمود، نظام التحكيم السعودي الجديد، الطبعة الأولى، خوارزم العلمية، جدة، 1434هـ، ص20.

(15) الفيديك هو الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، انعقد المؤتمر الأسيسي له في 22 يوليو 1913م في بلجيكا بمساهمة ثلاث جمعيات أوروبية للمهندسين الاستشاريين هي: الجمعية الفرنسية للمهندسين الاستشاريين، الجمعية السويسرية للمهندسين الاستشاريين، والجمعية البلجيكية للمهندسين الاستشاريين، ومقره بمدينة لوزان بسويسرا، ويعتبر هو الهيئة القيادية لتطوير نماذج العقود المستخدمة في أعمال البناء والإنشاءات.

(16) سمير حامد عبد العزيز الجمال، القواعد القانونية المستحدثة في عقود الفيديك، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق جامعة الإمارات، السنة السادسة والعشرون العدد الثاني والخمسون أكتوبر 2012م، ص29.

(17) المؤسسة العامة للتعليم الفني والتدريب المهني، عقود التشييد مدن 209، منشورات المؤسسة العامة للتعليم الفني، الرياض، ص19.

ويعرف العقد الذي يبرمه المهنّدس مع العميل بأنه: "عقد يلتزم بمقتضاه المهنّدس أن يقدم أعمالاً وخدمات هنّدسية للعميل لقاء أجر"[18]، ويعتبر هذا التعريف أقرب ما يكون من عقد المقاولة رغم أنه خاص بالأعمال التي يقوم بها المهنّدس.

ويعرف أيضاً بأنه: "عقد بناء يتعهد أحد طرفيه أن يقدم مشورة فنية تتعلق ببناء أو يتعهد بتشييد بناء لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر[19]، وهو بهذا قد جمع الأعمال الهنّدسية في المشورة والتشييد فقط، ولم يذكر التخطيط أو التصميم ورسم المخططات.

ثانياً: مفهوم التحكيم في المنازعات الهندسية:

من خلال استعراض مفهوم التحكيم والعقد الهندسي يتبين أن مفهوم التحكيم الهندسي هو اتفاق على فض المنازعات التي نشأت أو ستنشأ بين أطراف في نزاع هندسي معين مثل تحديد مواصفات المشروع أو مقاييس الأعمال، أو الرسومات الهندسية، أو الجدول الزمني لتنفيذه، أو خطابات ضمان أو أية ملاحق أخرى، عن طريق هيئة تحكيم لها طبيعة خاصة وخبرة فنية في المجال الهندسي، يتم اختيارها بإرادة أطراف المنازعة للفصل فيها بدلاً من فصلها عن طريق القضاء"[20].

والجدير بالذكر أنه لم يحدد نظام التحكيم السعودي الجديد، مفهوم خاص للتحكيم الهندسي ولم يفرد له باب مستقل فيه، وإنما عرف التحكيم بشكل عام كما ذكر في الفقرة الأولى من المادة الأولى منه المشار إليها، وأناشد المنظم السعودي بضرورة التدخل لوضع وتنظيم التحكيم الهندسي نظراً للدور الهام والمتنامي الذي تلعبه العقود الهندسية في العالم بشكل عام والمملكة بشكل خاص.

ويلاحظ على مفهوم التحكيم الهندسي خصائص تميزه بالإضافة عن خصائص التحكيم العادية السالف ذكرها على النحو الآتي:

أولاً: التحكيم في نزاع هندسي مثل تحديد مواصفات المشروع أو مقاييس الأعمال، أو الرسومات الهندسية، أو الجدول الزمني لتنفيذه، أو خطابات ضمان أو أية ملاحق أخرى.

ثانياً: التحكيم بشأن عقد إنشاءات هندسية.

ثالثاً: أن من يتولى الفصل في المنازعة هيئة فنية هندسية.

المطلب الثالث

نشأة التحكيم في المنازعات الهندسية وتطوره

(18) هشام عبدالرحيم ميرغني، عقود البناء المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002م، ص 41.
(19) داوود خلف، دليل عقود الإنشاءات، الطلعة الثانية ، عمان، الاردن، 2003م، ص 15.
(20) علي حيدر، دور الحكام شرح مجلة الأحكام، دار عالم الكتب، الرياض، 1422هـ4/578.

لبيان نشأة التحكيم الهندسي يجدر بنا توضيح نشأته بشكل عام حتى يتبين لنا آلية نشأته في المنازعات الهندسية، وذلك على النحو التالي:

أولاً: نشأة التحكيم:

يعتبر التحكيم أبرز وسيلة فى العصر الحديث لتسوية المنازعات التجارية بشكل عام وخاصة المنازعات الهندسية نظراً لطبيعة هذه المنازعات الفنية المتخصصة التي تحتاج إلى هيئة تحكيم متخصصة قانوناً وفنياً لتكون قادرة على الفصل في هذه المنازعات بشكل سريع، يتناسب مع هذه المنازعات.

فعرف العرب قبل الإسلام التحكيم حيث كانوا ينقسمون إلى فريقين، بدو وحضر، فالبدو هم سكان البادية والعنصر الغالب فى الجزيرة العربية، وهم أقرب إلى الحياة الطبيعية يعيشون بين الترحال والتوطن، والحضر أهل المدن كصنعاء وعدن فى اليمن، ومكه والطائف بالحجاز، وهم أقرب إلى حياة المدينة لإشتغالهم بالزراعة والتجارة والصناعة ولخضوعهم إلى نظام حكومى منظم فى بعض الجهات[21].

ونظراً لسيطرة حالة البداوة على العرب قبل الإسلام، فقد كان النظام القبلى هو الغالب عليهم بما فيه من عادات وتقاليد، فكانت أغلب مجتمعاتهم مجتمعات قبلية ليس بها سلطة مركزية قوية ولا أنظمة حكومية منظمة ولا قوانين مدونة[22].

لذلك عرف العرب قبل الإسلام التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات، حيث كانوا يلجأون باختيارهم إلى شخص عرف بالحكمة ورجاحة العقل والرأي أو إلى احد الكهنة، والحكم أو الكاهن الذى يلجأ إليه المختصمون للحكم بينهم كان فرداً عادياً ولم يكن ملزماً بالفصل فى النزاع المعروض عليه كما لم يكن الخصوم ملزمين بعرض المنازعة على هذا الشخص أو ذلك الكاهن، بل كان لهم الحرية الكاملة فى ذلك وكان يطلق على هذا الشخص اسم الحكم أو الحاكم[23].

ففي مصر عرف نظام التحكيم إلى جانب القضاء العادي من قديم الزمن ، فكان للخصوم حق اللجوء إلى التحكيم بدلا من اللجوء إلى القضاء العادي، وذلك بأن يختار المتخاصمون حكماً من بينهم ليقرر من منهما صاحب الحق، وقد ظهر الالتجاء إلى التحكيم بكثرة مع بداية الأسرة الرابعة، وكان منصباً على عقود الإيجار الخاصة بالأراضى الزراعية، وعقود الإنشاء وكان ينص فى اتفاق التحكيم على اسم الحكم الذى ينظر الخصومة وعدد المحكمين وموضوع النزاع والإجراءات المتبعة[24].

وفى بعض الدول الغربية عرف نظام التحكيم بجانب نظام القضاء وعلى نطاق واسع فى العلاقات الداخلية والخارجية على السواء ، ففى العلاقات الداخلية كان كل مواطن من مواطنى أثينا ملزم بتسجيل اسمه فى قوائم المحكمين للقيام بهذه المهمة وكانت مهمة الحكم غايتها الإصلاح بين المتخاصمين[25].

(21) زكى عبد المتعال، تاريخ النظم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1935م ص213 وما بعدها.

(22) فخري أبو سيف، مظاهر القضاء الشعبي فى المجتمعات القديمة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1974م، ص103.

(23) عبد الكريم محمد عبد الكريم، التحكيم عند العرب كوسيلة لفض المنازعات بين الأفراد، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق جامعة طنطا، 1996م ص25.

(24) زكى عبد المتعال، تاريخ النظم القانونية، المرجع السابق، ص215.

(25) أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجارى الدولى والداخلى، دار النهضة العربية، القاهرة، (د – ن)، ص120.

الإصدار السابع – العدد الثالث والسبعون
تاريخ الإصدار: 2 – تشرين الثاني – 2024م
www.ajsp.net
ISSN: 2663-5798 || Arab Journal for Scientific Publishing

وقد كان نظام التحكيم يشكل الوسيلة الأكثر شيوعاً لتسوية المنازعات فى مجتمعات العرب القبلية، حيث لا توجد سلطة مركزية قوية، أما فى مجتمعات المدينة، فقد ظهر فى دولة المدينة التى ظهرت فى جنوب الجزيرة العربية نظاماً قضائياً كان ناشئاً عن وجود سلطة مركزية قوية وقوانين مدونه، مما أدى إلى انحسار نظام التحكيم تاركاً مكان الصدارة والسيادة لهذا النظام القضائى الذى تولت الدولة تنظيمه، حيث أصبح القاضى موظفاً عاماً من موظفى الدولة يمارس وظيفة عامة – مهما كان حظه من الاستقلال – وتقوم الدولة بتعيينه وعزله، ويكون حكمه واجب النفاذ قهراً باستخدام السلطة العامة، وكانت المحاكم فى مجتمعات الحضر قبل الإسلام تصدر أحكامها باسم الآلهة، حيث كان الحكم يتولى الفصل فى النزاع مستمداً سلطته من اختيار الخصوم له [26] كما عرف العرب في الجاهلية نظام التحكيم الى جانب القضاء، و قد كان المحكم هو صاحب الرأي المطلق فإذا وقعت خصومة احتكم إليه طرفان وأكثر هذه الخصومات كانت تقع بين العرب بسبب المفاخرة والمنافرة[27].

ثم تطور التحكيم كوسيلة لفض المنازعات إلى أن أصبح وسيلة للفصل في منازعات أطراف العقود الدولية حيث تعدى التحكيم في الفصل في المنازعات القود الداخلية إلى تسوية منازعات أطراف العقود الدولية سواء أكانت هذه المنازعات بين الدول بعضها مع بعض أم بين الدولة من جانب والأفراد من جانب آخر، أم بين الأفراد بعضهم مع بعض[28].

وفي البداية كانت معتبرة استثناء من النظام القضائي وتطورت مع الوقت لتفرض الاعتراف بها كمسلسل مهم لحل النزاعات[29].

وقد استفاض علماء الشريعة الإسلامية في مشروعية عقود الإستصناع والبناء وما يحمله من الضمانات والمسئوليات التي تقع على عاتق المتعاقدين، فقد جاء في كتب الفقه، أن من استأجر رجلاً ليبني له حائطاً بالجص، والآجر يشترط أن يسمي له عرضه وطوله وارتفاعه وعمقه ولو لم يسمي له ذلك فسد العقد للجهالة[30]، ويدل ذلك على أنه يوجد عقود بناء وتشييد هندسي وحددوا المسئوليات التي تترتب على ذلك، سواء إلتزام الباني بالعمل فقط أو بالعمل والمواد معاً، فقد اهتموا بنفي الجهالة عن هذه العقود والآثار التي تترتب عليها، وعند تطور هذه العقود في العهود التالية وحتى اليوم، ونظراً للتراجع الذي الم بالعالم الإسلامي، مما سمح للغرب إلى نشأة هذه العقود في كنفها.

وعليه فلم يكن عقد المقاولات الهنّدسية بصورته الحالية معروفاً لدي المسلمين الأوائل كعقد مستقل بهذه التسمية، وكذلك تطوره من أشخاص متخصصين بأعمال البناء المختلفة يتعاقدون مباشرة مع الأفراد والحكومات، أو عقود المقاولة وعقود المقاولة من الباطن وعقود الإستشاريين.

(26) جواد على، المفصل فى تاريخ العرب قبل الإسلام، الطبعة الثالثة، دار العلم للملايين بيروت، 1980م، 507/5.
(27) جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى الرباط، (د – ن)، ص7.
(28) قادري عبد العزيز، الاستثمارات الدولية التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات، دار هومة، الجزائر، 2004م، ص221.
(29) منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997م، ص8.
(30) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر المعاصر، دمشق، (د – ن)، 2917/4.

وحصر العقد الهنّدسي من حيث موضوعه بأنه ذلك العقد الذي يتم فيما بين المهنّدس بصفته المهنية ورب العمل، أو فيما بين رب العمل والمقاول، تنفيذاً لأعمال هنّدسية صادرة من مهنّدس مختص[31].

ويمكن حصر شروط الآتي:

1. بيان المعقود عليه – جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته – وكل ما يصير به معلوماً علماً نافياً للجهالة[32].
2. أن يكون في ما جرى فيه التعامل بين الناس كالبناء والتشييد الطرق والكباري إلى أخره[33].

تعتبر العقود الهنّدسية من العقود ذات الطابع الخاص، والتي تقوم على إعتبارات فنية بحته، حيث يتضمن العقد قيام المتعاقد بتقديم الخبرة والإستشارة الفنية لإنجاز العمل المطلوب، ويراعى في إختيار المتعاقد إعتبارات فنيّة مردها إلى سمعته وكفاءته الفنية والأعمال التي سبق له القيام بها، وبنشأة وظهور العقود الهندسية سرعان ما تنازع أطرافها، نظراً للطبيعة الفنية المعقدة والمتشابكة في التنفيذ، من حيث موضوع تنفيذها، أو من حيث المدى الزمني المخصص لتنفيذها، الأمر الذي جعل من الضروري إيجاد حل للمنازعات التي تنشأ عن هذه العقود.

حيث ظهرت الحاجة لعقد نمطي (نموذجي) والتحكيم في المنازعات التي تنشأ بصدد تنفيذه لأسباب التعقيدات العالية في المجتمعات وحاجة الملاك للانتهاء في الوقت وضمن الميزانية المحددة وتقليل وحل المنازعات[34]، و بعد أن تم إنشاء الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، وأخذ في التطور نشأت الهيئة السعودية للمهندسين والتي تحددت أهدافها فيما يلي:

هذا وقد أخذ التحكيم في المجال الهندسي في التطور ونظراً لضرورة الحاجة إلى وجود هيئة تُعنى بمهنة الهندسة وتعمل على تهيئة الظروف الملائمة لتطويرها في المملكة العربية السعودية، طرحت الفكرة في الندوة الأولى لتطوير مهنة الهندسة في المملكة العربية السعودية، التي نظمتها كلية الهندسة بجامعة الملك سعود، بتاريخ 1398/4/23هـ، الموافق 1/4/ 1978م، ثم أعيدت مناقشة الفكرة في الندوة الثانية التي انعقدت تحت رعاية معالي وزير التجارة بتاريخ 1400/4/25هـ، الموافق 1980/11/12م، وظهرت اللجنة الهندسية إلى حيز الوجود بعد الندوة الثالثة للمهندسين السعوديين التي انعقدت في مدينة الرياض في الفترة من (14–15 /8/ 1402هـ)، حيث صدر قرار معالي وزير التجارة رقم (264) بتاريخ: (9/16/ 1402هـ)، بتشكيل اللجنة الاستشارية الهندسية، وبتاريخ 1423/9/13هـ صدرت موافقة مجلس الوزراء الموقر الذي ترأسه خادم الحرمين الشريفين الملك فهد بن عبد العزيز آل سعود، على إقرار مشروع نظام الهيئة السعودية للمهندسين[35].

(31) محمد حسن الجبر، العقود التجارية، مكتبة النهضة للطباعة والنشر، القاهرة، 1959م، ص6.

(32) مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري، منشأة المعارف الإسكندرية، 1965م، 3/1.

(33) طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2001م، ص15.

(34) نبيل محمد على عباس، مقدمة في عقود الفيديك، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر صناعة المقاولات الثلاثاء 23 أبريل 2013م، غرفة الشارقة، ص5.

35) موقع الهيئة السعودية للمهندسين، تاريخ الزيارة 2014/11/10م http://www.saudieng.sa.

صدر نظام الهيئة السعودية للمهندسين بالمرسوم الملكي رقم م/36 بتاريخ 1423/9/13هـ، وهي هيئة مهنية علمية، وتهدف إلى النهوض بمهنة الهندسة وكل ما من شأنه تطوير ورفع مستوى هذه المهنة والعاملين فيها، ومن مهامها وضع أسس ومعايير مزاولة المهنة وتطويرها بما في ذلك شروط الترخيص ووضع القواعد والامتحانات اللازمة للحصول على الدرجات المهنية وإعداد الدراسات والأبحاث وتنظيم الدورات وإقامة الندوات والمؤتمرات ذات العلاقة بالمهنة وتقديم المشورة الفنية في مجال اختصاصها وفقاً للضوابط التي يقرها مجلس إدارة الهيئة والفصل في المنازعات الهندسية عن طريق التحكيم أو التوفيق أو الطرق البديلة الأخرى ، وتعزيز نزاهة إجراءات التحكيم الهندسي ، ونشر ثقافة التحكيم الهندسي ، وتنمية وتطوير التعاون بين المركز ومراكز التحكيم الأخرى ، وبناء كفاءات هندسية مميزة في مجال التحكيم [36]، وتمارس الهيئة السعودية للمهندسين مجل التحكيم في المنازعات الهندسية من خلال هيئة فنية متخصصة تشكل للتحكيم بحسب لائحة الإجراءات التي يصدرها مجلس إدارة المركز، يلحق بها سكرتارية[37]، تقوم هذه السكرتارية بتلقي طلبات التحكيم المحالة إليها من المدير العام للهيئة السعودية للمهندسين، وجميع الأوراق والمكاتبات والمستندات التي يقدمها أطراف النزاع، وتتولى تدوين محاضر جلسات هيئة التحكيم، وتنفيذ قراراتها التي تصدر أثناء نظر الدعوى وقبل الفصل فيها[38].

المبحث الأول

إجراءات التحكيم في المنازعات الهندسية

لقد وضع النظام السعودي ضوابط لتطبيق القانون على المنازعات الهندسية والمتفق عليه من قبل طرفي النزاع، وهو شرط عدم مخالفة قواعد الشريعة الإسلامية والنظام العام بالمملكة، وأيضاً مراعاة قواعد تنازع القوانين الدولية وعلى ضوء ذلك فسأتناول إجراءات التحكيم في المنازعات الهندسية في المطالب التالية:

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق في المنازاعات الهندسية.

المطلب الثاني: الجهات المختصة بالنظر في المنازعات الهندسية.

المطلب الثالث : سلطة الأطراف في تحديد القانون أو الجهة المختصة.

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق في المنازاعات الهندسية.

لا خلاف على اخضاع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة، حيث يسود هذا المبدأ بين شراح الأنظمة، كما تضمنت العديد من المواثيق الدولية ولوائح مراكز التحكيم الدائمة على ذات المبدأ(39) ، وتحديد القانون واجب التطبيق ينصرف إلى القانون واجب التطبيق على

36) نص المادة الثانية من نظام الهيئة السعودية للمهندسين.

37) المادة الثانية عشرة من اللائحة التنفيذية لنظام الهيئة السعودية للمهندسين المعدلة بموجب قرار الجمعية العمومية رقم (ج/35/10/6) وتاريخ 1435/05/17 هـ الموافق 2014/03/18 م

38) المادة الرابعة عشرة من اللائحة التنفيذية لنظام الهيئة السعودية للمهندسين .

39) عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995م، ص51.

موضوع النزاع, وإجراءاته(40)، وأن هذا المبدأ له عدة حالات لا يخرج منها في ظل الاختيار الإرادي للقانون الواجب التطبيق على منازعات التحكيم الهندسي(41):

1) الاتفاق على اتباع قانون وطني معين، أو تلك المنصوص عليها، أو تلك المنصوص عليها في لائحة مركز دائم من مراكز التحكيم، وهو ما يعني أن قانون الإرادة في هذا الفرض هو إما قانون وطني معين، أو لائحة مركز تحكيم.

2) أن يتفق الخصوم على ترك المهمة لهيئة التحكيم تتولى هي بنفسها وضع إجراءات التحكيم نيابة عنهم، ويكون القانون الواجب التطبيق في هذا الفرض هو قانون إرادة المحكم.

3) أن يضع الخصوم بأنفسهم تنظيم خاص بإجراءات التحكيم، أي استخدام ما يسمى إجراءات التحكيم العائمة.

أولاً: اختيار طرفي النزاع الهندسي لقانون النزاع الهندسي:

من المسلم به في مجال المعاملات الدولية الخاصة بالنزاعات الهندسية حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق بخصوص علاقاتهم التعاقدية، وإنه في الحالة التي يختار فيها الأطراف قانوناً معيناً ليحكم عقدهم الهندسي، كان على هيئة التحكيم المعروض عليها نزاع تعلق بهذا العقد أن تلتزم بتطبيق هذا القانون المختار(42) ، لذا فإن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو القانون الواجب التطبيق على عملية قبول الخصوم بحل نزاعاتهم الناشئة عن العقد التجاري المبرم بينهما تحكيماً لا قضاء(43).

وقد تبنت هذا المبدأ العديد من القوانين مثل النظام السعودي والقانون المصري، فقد نص النظام السعودي بنظام التحكيم الجديد الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/34 وتاريخ 1433/5/24هـ بمادته الثامنة والثلاثون منه: (1- مع مراعاة عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام بالمملكة، على هيئة التحكيم وأثناء نظر النزاع الآتي: أ) تطبيق القواعد التي يتفق عليها طرفا التحكيم على موضوع النزاع، وإذا اتفقا على تطبيق نظام دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق على غير ذلك ...).

كما نصت المادة 1/39 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م، على أن: (تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك).

يتضح مما تقدم أن النظام السعودي وضع ضوابط لتطبيق القانون على النزاع الهندسي والمتفق عليه من قبل طرفي النزاع، وهو شرط عدم مخالفة قواعد الشريعة الإسلامية والنظام العام بالمملكة، وأيضاً مراعاة قواعد تنازع القوانين، بينما خلا القانون المصري من النص على مثل هذه الضوابط، بل ونص على: " دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين " الأمر الذي قد يحدث معه حالة من حالات

40) حسين الحسين. التحكيم التجاري في المملكة العربية السعودية, جامعة دار العلوم – كلية الحقوق , الطبعة الأولى, 2015م, ص140-141.
41) جمال محمود الكردي، القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003م، ص50.
42) عبد الحميد علي الزيادة، إتفاق التحكيم التجاري – دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2014م، ص267.
43) حسين الحسين. التحكيم التجاري في المملكة العربية السعودية، المرجع السابق، ص141.

الفراغ القانوني عند تطبيق قانون يحيل إلى قانون أخر وفقاً لقواعد الإسناد والإحالة في القانون الدولي الخاص، إلا أن القانون المصري تدارك هذا الخلل بعبارة: " ما لم يتفق على ذلك "، وكان يفضل أن يسير على ما سار عليه المنظم السعودي في النص على مع مراعاة قواعد تنازع القوانين.

ويتضح من النصوص السابقة في النظام السعودي والقانون المصري أنه اعطى للأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع – خاصة في المنازعات الهندسية حيث أنها منازعات تحتاج إلى مزيد من التحرر والمرونة والسرعة كي تختار ما يتلاءم معها وطبيعتها – ولم يقيد إراداتهم بأي قيد في هذه النصوص سوى ضوابط النظام العام ومنها مراعاة الشريعة الإسلامية، فيحق لهم الاتفاق على تطبيق قانون أي دولة معينة، ولو لم يكن له صلة بالعقد أو بموضوع النزاع(44)، وإذا استمر أحد طرفي التحكيم في إجراءات التحكيم مع علمه بوقوع مخالفة لحكم من أحكام هذا النظام مما يجوز الاتفاق على مخالفته أو لشرط في اتفاق التحكيم – ولم يقدم اعتراضاً على هذه المخالفة في الميعاد المتفق عليه, أو خلال ثلاثين يوماً من علمه بوقوع المخالفة عند عدم الاتفاق, عد ذلك تنازلاً منه حقه في الاعتراض(45).

ويرى جانب من الشراح أن استخدام تعبير " القواعد " دون أن يلجأ بوصف القانونية، كان يقصد بذلك عدم تقييد إرادة الفرقاء في اختيار القواعد القانونية التي تنتمي لقانون وطني، بدليل أن النص قد أضاف " وإذا اتفق الطرفان على تطبيق نظام دولة معينة " مما يعني أن من حقهم أيضاً الاتفاق على تطبيق قواعد لا تنتمي للقانون الداخلي، ما كان ليتفقوا على أعمال قواعد العقود النموذجية لمنظمة للتعامل في نوع السلعة أو الخدمة محل التعاقد، داخلية كانت أو دولية، أو على أعمال المبادئ العامة والأعراف المعمول بها في هذا المجال(46).

ولأطراف المنازعات الهندسية أن يختاروا من ضمن القانون الواحد بعض الأحكام دون البعض الأخر، كأن يختاروا مثلاً – الأحكام التي تراعي الطبيعة الفنية للعقود الهندسية – ويستبعدوا الأحكام التي تعيق سرعة إنهاء المنازعات الهندسية – ولهم اختيار قانونين أو أكثر، كأن يختاروا قانوناً واجب التطبيق على إنشاء وصحة العقد، وقانون أخر على مسألة تنفيذه(47).

ثانياً: اختيار هيئة التحكيم لقانون النزاع الهندسي:

تظهر الصعوبة في تحديد القانون واجب التطبيق على النزاع الهندسي في حالة عدم وجود اتفاق بين طرفي النزاع على ذلك، وقد يرجع عدم الاتفاق على القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق في بعض الأحيان إلى إهمال الأطراف وقد يكون معززاً إلى جهل أو تجاهل المفاوضات أحياناً أخرى، إلا أنه في معظم الأحيان يكون لأجل تفادي الدخول في مسألة خلافية في اللحظة التي تم التواصل فيها إلى الاتفاق على كل شروط التعاقد، وقد يرجع ذلك إلى اختلافها حول هذه القواعد الموضوعية والأصل وفقاً للقواعد العامة أن – عقد التحكيم الهندسي – ذاته يتوقف على ما قصده طرفي النزاع، فإن تبين إنهما قصدا انعقاده قبل الوصول فيها إلى اتفاق بشأنها، وقد يتبين أن

44) إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986م، ص175.
45) حسين الحسين. التحكيم التجاري في المملكة العربية السعودية, المرجع السابق, ص160.
46) نادية محمد عوض، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص267.
47) عبد الحميد علي الزيادة، إتفاق التحكيم التجاري، المرجع السابق، ص268.

قصده من ذلك انعقاده قبل الوصول إلى اتفاق بشأنها، وقد يتبين انهما قصدا إلى انعقاده على الرغم من عدم اتفاقهما عليها، وفي هذا المجال تتعدد فرضيات الاختيار أمام هذه الهيئة فإما أن يختار أحد القوانين الوطنية التي تتنازع حكم العلاقة لتطبيق قواعده الموضوعية عليها ولها أن تختار القواعد المعمول بها في مجال المنازعات الهندسية كعقد نموذجي(48).

مما يدفعنا هنا إلى التساؤل عن ما هي آلية ؟ ووسائل اختيار القانون واجب التطبيق على المنازعات الهندسية ؟ ونجيب على هذا التساؤل وفقاً لما يلي:

اختيار قواعد القوانين الوطنية:

فقد منح النظام السعودي والقانون المصري هيئة التحكيم سلطة التحديد المباشر للقانون واجب التطبيق على موضوع النزاع دون اللجوء إلى قواعد تنازع القوانين، فقد تقرر في النظام السعودي بنظام التحكيم الجديد في المادة الثامنة والثلاثون على أن: (.... ب) إذا لم يتفق طرفا التحكيم على القواعد النظامية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في النظام الذي ترى أنه الاكثر اتصالاً بموضوع النزاع، ج) يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع، وتأخذ في الاعتبار الأعراف الجارية في نوع المعاملة، والعادات المتبعة، وما جرى عليه التعامل بين الطرفين...)، وتقرر الحكم ذاته في القانون المصري نصت المادة 2/39 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م، على أن: (... وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع).

ويتضح من هذه النصوص أن المنظم السعودي ونظيره المصري أعطى هيئة التحكيم السلطة المباشرة في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، دون أن يلزمها في ذلك باللجوء إلى قواعد تنازع القوانين التي يتحدد على هديها هذا القانون(49).

ومع ذلك يرى البعض أنه ليس هناك ما يمنع هذه الهيئة من اللجوء إلى هذه القواعد، لعدم فرض القيود على حرية هيئة التحكيم في تحديد هذا القانون سوى أن يكون الأكثر اتصالاً بالنزاع، ومن الجدير بالذكر أن هذه النصوص تميز باستخدام "القانون أو مرادفه النظام" بدلاً من تعبير قواعد القانون، مما يفيد أن سلطة الهيئة تقتصر على تطبيق قانون وطني معين(50).

وكما هو واضح من النصوص السابقة أن هيئة التحكيم لها الحق في تحديد مباشرة القانون الواجب التطبيق – على المنازعات الهندسية – دون أن تلزم في ذلك باللجوء إلى قواعد تنازع القوانين، كما تبنت هذا الاتجاه قواعد الجمعية الأمريكية للتحكيم، فقد نصت المادة 1/29 منها على أنه: (في حالة عدم وجود أي بيان من قبل الأطراف تطبق محكمة التحكيم القانون أو القوانين التي ترى أنها ملاءمة).

48) مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى، دار الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1998م، ص272.

49) نادية محمد عوض، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص159.

50) عبد الحميد علي الزيادة، إتفاق التحكيم التجاري، المرجع السابق، ص280.

اختيار قواعد التجارة الدولية:

لا يوجد ما يمنع في النظام السعودي أو القانون المصري من أن يضع الخصوم بأنفسهم قواعد تنظم وتحكم النزاع الهندسي، تطبقه هيئة التحكيم، أي استخدام ما يسمى إجراءات التحكيم العائمة، والذي يدعونا إلى هذا القول، نص المادة الثامنة والثلاثين من نظام التحكيم السعودي على أنه: (1- مع مراعاة عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية والنظام العام بالمملكة، على هيئة التحكيم أثناء نظر النزاع الآتي: أ) تطبيق القواعد التي يتفق عليها طرفا التحكيم على موضوع النزاع، وإذا اتفقا على تطبيق نظام دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق على غير ذلك ...)، أولاً أن عبارة "تطبيق القواعد التي يتفق عليها طرفا التحكيم" جاءت مطلقة ولم تقيد بشيء سوى أن هذه القواعد المتفق عليها يجب أن لا تخالف الشريعة الإسلامية، ثانياً أن عبارة " ما لم يتفق على غير ذلك " جاءت وفتحت المجال أمام طرفي النزاع للاجتهاد ووضع قواعد يتفق عليها، ثالثاً أن هذه العبارة الأخيرة تجعل من هذا النص من النصوص المكملة وليست الأمرة والتي تسمح للأطراف الاتفاق على مخالفتها.

ولم يختلف الوضع في القانون المصري عن نظيره السعودي بذات المبررات والأسباب حيث نص في المادة 1/39 من قانون التحكيم المصري على أن: (تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على ذلك)، عبارة " ما لم يتفق على ذلك " جاءت وفتحت المجال أمام طرفي النزاع لتطبيق القواعد التي يشاء طرفي النزاع تطبيقها، وأن هذه العبارة الأخيرة تجعل من هذا النص من النصوص المكملة وليست الأمرة والتي تسمح للأطراف الاتفاق على مخالفتها.

المطلب الثاني

سلطات هيئة التحكيم أثناء الفصل في النزاع

يتمتع المحكم أو هيئة التحكيم وفقاً لنظام التحكيم السعودي بسلطات واسعة تتمثل في الآتي:

أولاً: سلطة هيئة التحكيم في الجوانب الشكلية[51]:

يفصل المحكم في المنازعات – الهندسية – وفقاً للإجراءات المعتادة في إدارة الجلسات والمتعارف عليها وهذا ما أكدته المادة 1، 2 من قانون التحكيم المصري وكذلك المادة 2 من نظام التحكيم السعودي، وتبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذي يتسلم فيه أحد طرفي التحكيم طلب التحكيم من الطرف الآخر، ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك[52]، ولهيئة التحكيم عند عدم اتفاق بين طرفي التحكيم على اختيار إجراءات التحكيم المناسبة، بالتوضيح السابق الإشارة إليه[53].

51) محمود عمر محمود، نظام التحكيم السعودي الجديد، المرجع السابق، ص122.

52) المادة 26 من نظام التحكيم السعودي.

53) المادة 25 من نظام التحكيم السعودي ، والمواد 25، 28، 29 من قانون التحكيم المصري .

والجدير بالذكر أنه تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع[54]، وكذلك الفصل في الطلبات العارضة المتصلة بموضوع النزاع أو التي تتضمن تعديلات في الطلبات المطروحة على التحكيم، ويجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاماً وقتية، وذلك قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة[55].

وبالنسبة لإجراءات رد المحكم أو هيئة التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق بين طرفي التحكيم حول إجراءات رد المحكم يعمل بالإجراءات المنصوص عليها في أنظمة التحكيم وفي حالة الفراغ يعمل بأنظمة المرافعات، فإنه يجب أن يقدم طلب الرد – كتابة – إلى هيئة التحكيم مبيناً فيه أسباب الرد خلال خمسة أيام من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل الهيئة، أو بالظروف المسوغة للرد، فإذا لم يتنحى المحكم المطلوب رده، أو لم يوافق الطرف الآخر على طلب الرد خلال خمسة أيام من تاريخ تقديمه، فعلى هيئة التحكيم أن تبت فيه خلال (خمسة عشر) يوماً من تاريخ تسلمه، ولطالب الرد في حالة رفض طلبه التقدم به إلى المحكمة المختصة خلال (ثلاثين يوماً)، ويكون حكمها في ذلك غير قابل للطعن بأي طريق من طرق الطعن. ولا يُقبل طلب الرد ممن سبق له تقديم طلب برد المحكم نفسه في التحكيم نفسه، للأسباب ذاتها، ويترتب على تقديم طلب الرد أمام هيئة التحكيم وقف إجراءات التحكيم، ولا يترتب على الطعن في حكم هيئة التحكيم الصادر برفض طلب الرد وقف إجراءات التحكيم، وإذا حكُم برد المحكم – سواء من هيئة التحكيم، أم من المحكمة المختصة عند نظر الطعن– ترتب على ذلك اعتبار ما يكون قد تم من إجراءات التحكيم – بما في ذلك حكم التحكيم – كأن لم يكن[56].

ثانياً: سلطة هيئة التحكيم في الجوانب الموضوعية[57]:

إذا عرضت خلال إجراءات التحكيم مسألة تخرج عن ولاية هيئة التحكيم أو طعن بالتزوير في ورقة قدمت لها أو اتخذت إجراءات جنائية عن تزويرها أو عن فعل جنائي آخر، جاز لهيئة التحكيم الاستمرار في نظر موضوع النزاع إذا رأت أن الفصل في هذه المسألة الأولية أو في تزوير الورقة أو في الأفعال الجنائية الآخر، ليس لازماً للفصل في موضوع النزاع، وإلا أوقفت الإجراءات حتى يصدر حكم نهائي في هذا الشأن ويترتب على ذلك وقف سريان الميعاد المحدد لإصدار لحكم التحكيم[58].

على الهيئة إثبات التسوية الودية بين الخصوم بقرار يتضمن شروط التسوية وينهي به الإجراءات ويكون لهذا القرار ما لأحكام المحكمين من قوة بالنسبة للتنفيذ[59].

54) المادة 11 من نظام التحكيم السعودي ، والمادة 1/22 من قانون التحكيم المصري وكذلك.
55) المادة 27 من نظام التحكيم السعودي ، والمادة 42 من قانون التحكيم المصري
56) المادة 19 من قانون التحكيم المصري والمادة 17 من نظام التحكيم السعودي.
57) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2001م، ص19.
58) المادة 37 من نظام التحكيم السعودي، والمادة 46 من قانون التحكيم المصري
59) المادة 45 من نظام التحكيم السعودي ، والمادة 41 من قانون التحكيم المصري

تطبق هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون التي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع إذا لم يتفق الطرفات على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع وتراعي الهيئة عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة[60].

على الهيئة إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد المتفق عليه بين الخصوم وإذا لم يوجد اتفاق فخلال أثنى عشر شهراً من تاريخ بدء الإجراءات ما لم يمد باتفاق الخصوم أو بقرار من تلقاء نفسها لمدة ستة أشهر ما لم يتفق طرفا التحكيم على مدة تزيد على ذلك إذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الستة أشهر الإضافية جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من المحكمة المختصة أن تصدر أمراً بتحديد مدة إضافية أو بإنهاء إجراءات التحكيم ولأي من الطرفين عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة، وإذا عين محكم بدلاً من محكم امتد الميعاد المحدد للمحكم ثلاثين يوماً[61].

والجدير بالإشارة إلى أنه يجوز لهيئة التحكيم إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام قانون معين[62].

وفي مجال اتفاق التحكيم يتم البحث عن وجود عناصر ربط خاصة بهذا الاتفاق غير متوفرة في العقود الأخرى مثل: مكان وجود مركز التحكيم . لغة التحكيم . جنسية المحكم . النظام القانوني الذي يرعى عملية التحكيم لجهة الشكل أو الأساس[63].

ثالثاً: سلطة هيئة التحكيم في الإثبات النزاع الهندسي[64]:

لهيئة التحكيم سلطة القيام بإجراء من إجراءات الإثبات في موضوع النزاع الهندسي كسماع أطراف النزاع أو الشهود أو الخبراء أو الإطلاع على مستندات أو معاينة المواقع أو أموال أو إجراء مداولة بين أعضائها أو غير ذلك[65]. ويكون سماع الشهود أو الخبراء بدون أداء يمين وفقاً للمادة 4/33 من قانون التحكيم المصري ولم نجد مثل هذا الحكم في النظام السعودي ومن ثم يحق لهيئة التحكيم سماع الشهادة بيمين، ولهيئة التحكيم تعيين خبير أو أكثر لتقديم تقرير مكتوب أو شفهي في محضر لجلسة بشأن مسائل معينة تحددها وترسل إلى كل من الطرفين صورة من قرارها بتحديد مهمة المسندة إلى الخبيرة[66]، لكن لا يملك المحكم سلطة توقيع الجزاء على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو الأمر بالإنابة القضائية، بل الذي يملك ذلك هو رئيس المحكمة المشار إليها وفقاً لما قضت به المادة 9 من قانون التحكيم المصري والمحكمة المختصة في النظام السعودي بموجب النادة 22 من نظام التحكيم السعودي.

60) المادة 38 من نظام التحكيم السعودي ، والمادة 39 من قانون التحكيم المصري
61) المادة 40 نظام التحكيم السعودي ، والمادة 45 من قانون التحكيم المصري
62) المادة 37 من نظام التحكيم السعودي ، والمادة 39 من قانون التحكيم المصري
63) حسين الحسين. التحكيم التجاري في المملكة العربية السعودية, المرجع السابق، ص142.
64) محمود عمر محمود، نظام التحكيم السعودي الجديد، المرجع السابق، ص124.
65) والمادة 39 من نظام التحكيم السعودي ، والمادة 28 قانون التحكيم المصري
66) المادة 36 من نظام التحكيم السعودي ، والمادة 1/26 من نظام التحكيم المصري

ولهيئة التحكيم أن تطلب من المحكمة المختصة الحكم على من يتخلف من الشهود عن الحضور أو يمتنع عن الإجابة ولها طلب الأمر بالإنابة القضائية فيلتزم الشهود بالحضور ، وقد نصت المادة 2/23 من نظام تحكيم غرفة تجارة باريس على أنه: (يجوز للأطراف قبل إرسال الملف إلى هيئة التحكيم، وبعد ذلك في حالة وجود ظروف مبررة اللجوء إلى أية سلطة قضائية للحصول على هذه التدابير أو تنفيذ تدابير مماثلة اتخذتها هيئة التحكيم في هذا الشأن ويتعين إخطار الأمانة العامة بإعلام هيئة التحكيم بذلك)، يتضح من هذا النص أنه قد سمح لسلطة قضائية مختصة بإتخاذ تدابير وقتية وتحفظية، وقد أفصح عن ذلك ليس من شأنه انتهاك اتفاق التحكيم ولا يعتبر عدولاً عنه أو انتقاص من اختصاص هيئة التحكيم كما نصت على نفس المعنى المادة 9 من القانون النموذجي على أنه: (لا يعتبر مناقضاً لاتفاق التحكيم أن يطلب أحد الطرفين قبل بدء إجراءات التحكيم أو في أثنائها من إحدى المحاكم أن تتخذ إجراء وقتياً موقتاً وأن تتخذ المحكمة إجراء بناء على هذا الطلب)[67].

رابعاً: سلطة ما بعد صدور الحكم[68]:

تملك هيئة التحكيم سلطة تصحيح حكمها إذا كان مشوباً بخطأ مادي[69]، ولهيئة التحكيم سلطة تفسير حكمها إذا طلب أحد الطرفين ذلك في حالة الغموض بمنطوق الحكم[70]، كما أن لها سلطة الفصل بحكم إضافي فيما أغفلت الفصل فيه من طلبات بناء على طلب أحد الخصوم[71].

والجدير بالإشارة أنه لا تقبل أحكام التحكيم الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في أنظمة المرافعات[72]، وتحوز أحكام المحكمين حجية الأمر المقضي وقوة الأمر المقضي فيه، وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في قانون التحكيم، وأنظمة التنفيذ لكل دولة[73].

المطلب الثالث

سلطة الأطراف في تحديد القانون أو الجهة المختصة

أولاً: سلطة الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق:

استقر الوضع الآن على أن القانون الذي يتفق عليه الأطراف ليحكم العقد موضوع النزاع هو الذي له الصدارة في التطبيق على كافة القوانين الأخرى القابلة للتطبيق، عند غياب مثل هذا الاتفاق طالما أن ذلك لا يصطدم مع القواعد الأمرة ونظام العام، فينبغي

67) المادة 22 من نظام التحكيم السعودي ، والمادة 14 من قانون التحكيم المصري
68) أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء وبالصلح, دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007م، ص65.
69) المادة 47 من نظام التحكيم السعودي ، والمادة 50 من قانون التحكيم المصري
70) المادة 49 من قانون التحكيم المصري والمادة 46 من نظام التحكيم السعودي.
71) المادة 51 من قانون التحكيم المصري والمادة 48 من نظام التحكيم السعودي.
72) المادة 52 من قانون التحكيم المصري والمادة 49 من نظام التحكيم السعودي.
73) المادة 55 من قانون التحكيم المصري والمادة 52 من نظام التحكيم السعودي.

على المحكم أن يطبق ويحترم ما اتفق عليه أطراف النزاع الهندسي، ومن ثم فإن القانون الذي أرتضاه الأطراف ليحكم نزاعهم له الأولولية على ما عداه من القوانين ليطبق كذلك على جوهر النزاع المعروض على التحكيم والناشيء عن هذا العقد(74).

أما كيفية إختيار قانون موضوع النزاع فقد يتم غالباً بمحض إرادة الطرفين بدون إذعان، وهذا تطبيقاً للمبادئ العامة في الأنظمة التي تتناول موضوع العلاقات االتعاقدية ذات العنصر الأجنبي، إذ تعطي هذه الأنظمة الصدارة لإرادة لطرفين الصريحة والضمنية في إختيار القانون الواجب التطبيق على جوهر النزاع، ولا تقيد هذه الإرادة إلا بالقواعد الآمرة والقواعد العامة والأداب العامة في الدولة ذات الشأن وأن لا يكون ذلك الاختيار مشوباً بالغبن يحول دون القانون الذي هو من المفروض الواجب التطبيق، وأساس هذا الاختيار في نظر القانونيين هو أن القانون يلائم الممارسة العقدية – الهندسية – أما تحديد القانون الواجب التطبيق على جوهر النزاع فلا يتأتى دائماً بسيطاً خالياً من بعض الصعوبات، إذ لا يشير الأطراف إلى قانون دولة معينة وإنما يشيرون إلى بعض المبادئ القانونية الغير إقليمية.

مما يثير التساؤل حول ما إذا كانت هذه الإشارة ترقى إلى حد الاختيار الحقيقي للقانون، أم هي مجرد إشارة ضمنية تدعو لتضمين العقد هذه المبادئ ؟

وإلى جانب ذلك القانون الذي يحكم عقدهم ونزاعهم، فقد يتفق الأطراف على ما يسمى "الاختيار العام للقانون" أو "الاختيار السلبي للقانون" أو "الاختيار المتعدد للقانون"، وطريقة اختيار "قانون وطني"، الواجب التطبيق بمحض إرادة الطرفين وإعطائه الأولوية ليحكم موضوع نزاع معروض على التحكيم تقررها كذلك الاتفاقيات المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي مثل إتفاقية نيويورك(75)، والإتفاقية الأوربية(76)، وإتفاقية واشنطن 1965م(77)، فقد تضمنت أن الطرفين حران في تحديد القانون الذي يجب على المحكم تطبيقه على النزاع الناشيء بين طرفي العقد الهندسي، أما في قضاء التحكيم الدولي وكذلك في الفقه فالإتجاه الغالب فيها هو منح الأولوية لقانون الإرادة إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة بغض النظر عن وجود أو عدم أية صلة بين هذا القانون "المختار" وبين العقد موضوع المنازعة مادام ذلك الاختيار يحدده حسن النية، وإلى جانب هذا الاتجاه الغالب يوجد إتجاه أخر يتبناه فقه القانون الدولي مؤداه أنه يجب أن تكون صلة رابطة بين القانون المختار والعقد وإلا أعتبر ذلك الاختيار تحايلاً على القانون الوطني، وفي بعض الأحيان قد يكون ذلك، الاختيار واقعياً تفرضه ظروف الحال والعلاقة بين طرفي النزاع، وطبيعة العقد ويكون تطبيق المحكم لقانون وطني من إختيار الخصوم ليس إعمالاً لإرادة الطرف الأقوى في العلاقة وإذعاناً من الطرف الآخر كما هو الحال في أغلب الأحيان في العقود الدولية ذات الشكل النموذجي، وغالباً ما يكون القانون هو القانون الوطني للطرف الأقوى في العلاقة أو أن يكون إختيار الاطراف بهيئة التحكيم وطنية تفرض لائحتها قانونها الوطني ليحكم النزاع الذي يعرض على التحكيم(78).

74) معوض عبد التواب، المسستحدث في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997م، ص16.

75) المادة الخامسة فقرة أ من الاتفاقية.

76) المادة 47 من الاتفاقية.

77) المادة 42/أ من الاتفاقية.

78) عبد الله درميش، التحكيم في المواد التجارية، بحث دراسات عليا، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، 1983م، ص337.

لذا لا بد للمحامين والمستشارين القانونيين أن ينتبهوا إلى صياغة اتفاق التحكيم وأن يحرصوا على تعيين القانون الواجب التطبيق بوضوح حسماً للجدل وإضاعة للوقت وإن كثيراً من الأمور المعقدة كان من الممكن حلها بأمور بسيطة لو تمت المبادرة إليها في الوقت المناسب[79].

ثانياً: حالة عدم اختيار الأطراف لقانون معين – الإرادة الضمنية:

يعد جوهر عمل المحكم هو البحث عن القانون الذي يحكم موضوع النزاع في حالة غياب الإختيار الصريح من قبل الأطراف لمثل هذا القانون واختيار القانون الواجب التطبيق يختلف بإختلاف المحكمين بما يمكن معه القول بأن تبني المحكم الدولي لأي من هذه المؤشرات الضمنية سيكون بمثابة إجتهاد شخصي لهذا المحكم أو ذاك، بما يستوجب معه الحال التزام المحكم – في النزاع الهندسي – البحث عن رابطة موضوعية يمكن الإطمأنان معها على أن إرادة الأطراف قد إتجهت لإعمال هذا القانون أو ذاك، والمؤشرات التي يمكن أن يهتدي بها، وهي عديدة منها ما يطلق عليه المؤشرات العامة مثل القانون محل إبرام العقد أو قانون محل التنفيذ وأخرى يمكن اعتبارها مؤشرات خاصة مثل محل إقامة المتعاقدين وموضوع العقد ومكان التحكيم، ومؤدى هذه المؤشرات على اختلاف درجاتها وقوة الاستدلال إقامة قرينة على إتجاه إرادة الخصوم على اختيار القانون الأنسب بحكم موضوع منازعاتهم فيما لو كان قدر لهم اختيار مثل هذا القانون صراحة، أي تتجلى مهمة المحكم في كيفية التعرف على قانون الإرادة الواجبة التطبيق على موضوع النزاع، فإذا لم توجد إرادة صريحة لتعيين القانون الواجب التطبيق فإنه يأخذ في تعيين ذلك القانون بالإرادة الضمنية وهي إرادة حقيقية ولكنها غير معلنة يستخلصها المحكم من ظروف الحال وله السلطة التقديرية في ذلك مع ضرورة استظهار المؤشرات الموضوعية والمعقولة لذلك، ولا يوجد ما يمنع من ذلك[80].

ويحدث احياناً أن المحكم يبحث عما يقصده المتعاقدان فيما لو خرقا إرادتهما إلى تحديد القانون الذي يحكم العقد، فالمحكم في هذه الحالة لا يبحث عن إرادة موجودة فعلاً وإن كانت ضمنية، بل يفر ض عليهما إرادة غير موجودة بالفعل يقيمها على قرائن مستمدة من العقد وهي ما يطلق عليها "الإرادة المفروضه" وفي هذه الحالة يتعين على المحكم البحث عن رابطة موضوعية يمكن الإطمئنان إليها على أن إرادة الطرفين قد اتجهت إلى هذا القانون حيث تصبح إرادة الأطراف هي في الواقع مفروضة من واقع ظرف الحال، أما عن المؤشرات التي يستظهر بها المحكم الإرادة الضمنية أو المفترضة فهي عديدة، منها مؤشرات عامة كقانون محل إبرام العقد، ومنها مؤشرات خاصة كمحل إقامة المتعاقدين أو موضوع العقد، والقضاء الدولي للتحكيم في المنازعات الهندسية – يميل إلى الأخذ بالمؤشرات العامة للاستدلال عن الإرادة الضمنية المفترضة فأخذ في غالب الأحيان بمؤشر محل إبرام العقد أو محل التنفيذ لأن قوانينهما تعتبر هي القوانين الأنسب لظروف الحال وهي الأكثر ملاءمة[81].

أما الفقه التحكيمي فإنه يتردد في تغليب قانون محل إبرام العقد لاستظهار قانون الإرادة المفترضة في عقود التجارة الدولية على خلاف ذلك في عقود التجارة الداخلية، وكذلك الشأن بالنسبة لقانون محل تنفيذ العقد، إذ أن مكان إبرام العقد قد لا يكون محدد بكيفية دقيقة كما هو الحال في التعاقد بين غائبين بالهاتف أو التعاقد بالإنترنت، وبالنسبة إلى محل التنفيذ فقد يتعدد أحياناً، وهناك مؤشرات

79) حسين الحسين. التحكيم التجاري في المملكة العربية السعودية, المرجع السابق، ص143.
80) معوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص18.
81) عبد الله درميش، التحكيم في المواد التجارية، المرجع السابق، ص338.

خاصة يتعمدها المحكم الدولي – في النزاع الهندسي – للبحث عن الإرادة الضمنية أو المفترضة مثال ذلك اللغة التي حرر بها العقد موضوع المنازعة ومحل إقامة الطرفين ، ومن استقراء القرارات التحكيمية في مجال التحكيم الهندسي، يلاحظ أن هناك تدرج في الاسبقية بين هذه المؤشرات الخاصة، فقد أوضحت القرارات التحكيمية أن اللغة ليس لها أي دور كمؤشر في تحديد الإرادة الضمنية فلا تعدو اللغة أن تكون مؤشر ثانوي لا تأثير له، إلا إذا قامت مؤشرات أخرى إلى جانبه.

المبحث الثاني

أحكام التحكيم في المنازعات الهندسية وتنفيذها

لقد اشترط النظام السعودي في حكم التحكم أن يصدر من هيئة التحكيم المشكلة من أكثر من محكم واحد بأغلبية أعضائها مداولة سرية، فإذا تشعبت آراء هيئة التحكيم ولم يكن ممكناً حصول الأغلبية فلهيئة التحكيم اختيار محكم مرجح خلال (15) يوماً من قرارها بعدم إمكان حصول الأغلبية وإلا عينت المحكمة المختصة محكماً مرجحاً، وبتطبيق ذلك على لتحكيم في المنازعات الهندسية فسأتناول في هذا المبحث أحكام التحكيم في المنازعات الهندسية وتنفيذها من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: إصدار حكم التحكيم في المنازعات الهندسية.

المطلب الثاني: الطعن على حكم التحكيم في المنازعات الهندسية.

المطلب الثالث: حجية حكم التحكيم في المنازعات الهندسية.

المطلب الأول

إصدار حكم التحكيم في المنازعات الهندسية

أولاً: إصدار حكم التحكيم:

بالنظر والمراجعة في مراجع التحكيم تبين أنه لا يوجد إجراءات تخص إصدار الحكم في المنازعات الهندسية على وجه الخصوص، ومن ثم يمكن الاستناد إلى القواعد العامة في أنظمة التحكيم الوطنية والدولية، بل والمبادئ العامة المستقرة في أنظمة المرافعات.

فإذا كان النزاع قد تم نظره من قبل هيئة تحكيم فيجب أن يصدر الحكم بأغلبية الآراء إذا كان تحكيماً بالقضاء، ويصدر قرار التحكيم بعد قفل المرافعة وإنهاء الإجراءات ما لم تطرأ ظروف استثنائية تحول دون ذلك مع توضيحها للأفراد إن وجدت، ويشترط أن يصدر القرار كتابة، وتكفي الأغلبية لصدوره مع التوقيع عليه من الرئيس والأعضاء مع ذكر رأي العضو المخالف إن لم يكن الحكم بالإجماع، وملخص أقوال المدعى عليه ومستنداته وأسباب الحكم ومنطوقه، والمكان الذي صدر فيه وتاريخ صدوره، وفيما يتعلق

بإصدار حكم التحكيم، وغالباً ما يكون هناك بعض الصعوبات التي تواجهه منها ما يتعلق بشكل الحكم، ومنها ما يتعلق بوجوب توقيع الحكم[82].

وفيما يتعلق بوجوب توقيع الحكم، فقد تواترت الوثائق الدولية والوطنية التي تستلزم توقيع الحكم منها المادة (1/31) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي التي تنص على أن يصدر الحكم كتابه ويوقعه المحكم أو المحكمون.

وبعد تعيين المحكم يبدأ في الاتصال بالأطراف لطلب أي معلومات إضافية تتعلق بموضوع النزاع، ويجب عليه أن يفصل في موضع النزاع خلال اثني عشر شهراً من تاريخ تلقي المركز لرد المدعى عليه على ادعاءات المدعي، ويقوم المحكم بإصدار حكم في النزاع بعد دراسته، ويصدر هذا الحكم وفقاً لظروف الدعوى، وما يراه عادلاً وفقاً لقواعد العدالة والإنصاف[83].

واشترط نظام التحكيم السعودي شروطاً في حكم التحكيم أوردها في المادة التاسعة والثلاثون من نظام التحكيم على أن: (1- يصدر حكم هيئة التحكيم المشكلة من أكثر من محكم واحد بأغلبية أعضائها مداولة سرية، 2- إذا تشعبت آراء هيئة التحكيم ولم يكن ممكناً حصول الأغلبية فلهيئة التحكيم اختيار محكم مرجح خلال (15) يوماً من قرارها بعدم إمكان حصول الأغلبية وإلا عينت المحكمة المختصة محكماً مرجحاً، 3- يجوز أن تصدر القرارات في المسائل الإجرائية من المحكم الذي يرأس الهيئة إذا صرح طرفا التحكيم بذلك كتابة، أو أذن له جميع أعضاء هيئة التحكيم ما لم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك، 4- إن كانت هيئة التحكيم مفوضة بالصلح وجب أن يصدر الحكم به بالإجماع).

فلكي تفصل هيئة التحكيم في موضوع النزاع سواء بحكم جزئي او بحكم نهائي ، فإن أعضاء الهيئة يتداولون في نقاط النزاع ، والطلبات التي يبديها أطراف الدعوى للزصول إلى نتائج محددة تكون موضوع الحكم التحكيمي ، ومن البديهي أن الالتزام بالمداولة لا يتور إلا في حالة التشكيل المتعدد لهيئة التحكيم ، ولا محل له متي تولي التحكيم محكم منفرد وعلى هيئة التحكيم أن تبذل جهدها لضمان إصدار حكم صحيح وقابل للتنفيذ ([84]) .

كما نصت المادة الأربعون من النظام ذاته على أن: (1- على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي لخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه طرفا التحكيم، فإن لم يكن هناك اتفاق وجب أن يصدر الحكم خلال أثنى عشر شهراً من تاريخ بدء إجراءات التحكيم، 2- يجوز لهيئة التحكيم في جميع الأحوال أن تقرر زيادة مدة التحكيم على ألا تتجاوز هذه المدة ستة أشهر، ما لم يتفق طرفا التحكيم على مدة تزيد على ذلك، 3- إذا لم يصدر حكم التحكيم خلال الميعاد المشار إليه في الفقرة السابقة، جاز لأي من طرفي التحكيم أن يطلب من المحكمة المختصة أن يصدر أمراً بتحديد مدة إضافية أو بإنهاء إجراءات التحكيم، ولأي من طرفي التحكيم عندئذ رفع دعواه إلى المحكمة المختصة، 4- إذا عين محكماً بدلاً من محكم وفقاً لأحكام هذا النظام امتد الميعاد المحدد للمحكم ثلاثين يوماً).

82) أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء وبالصلح، المرجع السابق، ص240.

83) محمود عمر محمود، نظام التحكيم السعودي الجديد، المرجع السابق، ص171.

84) حسين شحادة الحسين ، التحكيم التجاري في المملكة العربية السعودية ، المرجع السابق ، ص257

تنتهي الخصومة بقرار التحكيم وذلك بإصدار هيئة التحكيم حكماً فاصلاً في المنازعة القائمة، ورغم الآثار التي يرتبها، فإنه لم يعرف تعريفاً رسمياً دقيقاً فبالرجوع إلى اتفاقية نيويورك[85] تبين أنها عالجت الأمر حيث تضمنت أن قرار التحكيم لا يقتصر على القرارات التي يصدرها محكمون معينون لكل قضية، بل يشمل أيضاً القرارات التي تصدرها هيئات التحكيم الدائمة تكون الأطراف قد أحالت الأمر إليه.

ويعتبر حكم التحكيم في المنازعات الهندسية من أبرز المسائل التي تضع مشروعية التحكيم الهندسي على المحك، باعتباره يمثل اتفاق التحكيم وإجراءاته بمجملها بالنسبة لأطراف التحكيم من جهة، وجزء من سلطات الدولة وسيادتها متمثلة بالقضاء من جهة أخرى ، فحكم التحكيم في – المنازعات الهندسية – هو القرار الصادر عن محكم والذي يفصل بشكل قطعي على نحو كلي أو جزئي في المنازعة وبمسألة تتصل بالإجراءات أدت بالمحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة[86]، أي أن كل القرارات الصادرة عن المحكم والتي تصدر بشكل قطعي في المنازعة المعروضة على هيئة التحكيم، سواء كانت قرارات كلية تفصل في موضوع المنازعة ككل أو قرارات جزئية تفصل في شق منها، وسواء تعلقت هذه القرارات بموضوع المنازعة أو بموضوع الاختصاص أو بمسألة تتعلق بالإجراءات طالما أدت بالمحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة[87].

ثانياً: بيانات حكم التحكيم:

من شروط إعداد حكم التحكيم أن يتم اعداده خلال المدة النظامية من قبل هيئة التحكيم سواء محكم منفرداً او من عدد من المحكمين ، وفي الحالة الأخيرة يتولي رئيس هيئة التحكيم عادة بعد المداولة مع أعضاء الهيئة إعداد مشروع الحكم وقد يتم ذلك تحت إشراف مؤسسة تحكيمية معينة في حالة التحكيم المؤسسي ([88])

أوجب نظام التحكيم السعودي أن يشتمل حكم التحكيم على بيانات معينه، فقد نصت المادة الثانية والأربعون على أن: (1- يصدر حكم التحكيم ويكون مسبباً ويوقعه المحكمون وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد يكتفي بتوقيعات أغلبية المحكمين بشرط أن يثبت في محضر القضية أسباب عدم توقيع الأقلية، 2- يجب أن يشتمل حكم التحكيم على تاريخ النطق به ومكان إصداره وأسماء الخصوم وعناوينهم وأسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم وملخص اتفاق التحكيم وملخص لأقوال وطلبات التحكيم، ومرافعاتهم ومستنداتهم وملخص تقرير الخبرة إن وجد ومنطوق الحكم وتحديد أتعاب المحكمين ونفقات التحكيم وكيفية توزيعها بين الطرفين دون إخلال بما قضت المادة (الرابعة والعشرون) من هذا النظام)، ولم يختلف القانون المصري عن نظيره السعودي في هذه البيانات حيث قرر النص على هذه البيانات في المادة 41 من قانون التحكيم المشار إليه.

ومن خلال هذا النص فقد أورد بعض شراح القانون شروط للشكل الذي يصدر به حكم التحكيم تلك الشروط لابد من توافرها كشروط لإعداد حكم التحكيم وهي ([89]) :

85) صادقت عليها المملكة العربية السعودية بالمرسوم الملكي رقم م/11 والصادر بتاريخ 1414/7/16هـ.
86) عبد المنعم دسوقي، التحكيم التجاري الدولي والداخلي تشريعاً وقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014هـ، ص274.
87) أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007م، ص275
88) حسين شحادة الحسين ، التحكيم التجاري في المملكة العربية السعودية ، المرجع السابق ، ص257
89) حسين شحادة الحسين ، التحكيم التجاري في المملكة العربية السعودية ، المرجع السابق ، ص257 وما بعدها .

1- أن يتم الحكم بعد المداولة .

2- بيان مكان صدور الحكم .

3- أن يشتمل الحكم على أسماء الخصوم وعناوينهم

4- أن يشتمل الحكم على أسماء المحكمين وعناوينهم وجنسياتهم وصفاتهم

5- أن يشتمل الحكم على صورة من اتفاق التحكيم

6- أن يشتمل الحكم على ملخص لأقوال وطلبات طرفي التحكيم ومرافعتهم ومستنداتهم .

7- ملخص تقرير الخبير إن وجد .

8- أسباب الحكم

9- منطوق الحكم .

10 – تحديد أتعاب المحكمين ونفقات التحكيم .

وأري أنه وفقاً للمادة الرابعة والأربعون من نظام التحكيم السعودي انه لابد وأن يصدر الحكم مكتوباً باللغة العربية إذا كان التحكيم واقع داخل المملكة العربية السعودية، لأنها هي اللغة الرسمية التي تستعمل أمام هيئة التحكيم سواء في المناقشات أو المكاتبات ما لم يتفق على غير ذلك، والجدير بالذكر أن البيانات السابقة يجب توافرها في حكم التحكيم، حتى ولو كان التحكيم بالصلح وإلا اعتبر الحكم باطلاً[90].

المطلب الثاني

الطعن على حكم التحكيم في المنازعات الهندسية.

أولاً: الجهة المختصة بنظر الطعن:

التحكيم في المنازعات الهندسية كغيره من أنواع التحكيم الأخرى، فلا يوجد ما يميز التحكيم في المنازعات الهندسية عن غيره من أنواع التحكيم فيما يخص الجهة المختصة بالطعن، فقد نصت المادة الثامنة من نظام التحكيم السعودي على أنه (1- يكون الاختصاص بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم والمسائل التي تحيل هذا النظام للمحكمة المختصة معقوداً لمحكمة الاستئناف المختصة أصلاً بنظر النزاع 2- إذا كان التحكيم تجارياً دولياً سواء جري في المملكة أو خارجها فكون الاختصاص لمحكمة الاستئناف المختصة أصلاً بنظر النزاع في مدينة الرياض مالم يتفق طرفا التحكيم على محكمة استئناف أخرى في المملكة) ، وبناءاً على ذلك فإن المحكمة المختصة بنظر دعوىبطلان حكم التحكيم هي محاكم الدرجة الثانية (محكمة الإستئناف) واختصاصها في هذه الحالة

90) محمد بن ناصر البجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، المرجع السابق، ص221.

يكون اختصاصاً نوعياً متعلقاً بالنظام العام فلا يجوز رفع دعوى البطلان أمام أي محكمة من محاكم الدرجة الأولي ، وإذا رفعت دعوى أمام محكمة الدرجة الأولي فيتعين على هذه المحكمة أن تحكم بعدم الاختصاص والإحالة إلى محاكم الاستئناف المختصة ([91])

فإذا صدر حكم التحكيم فإنه يجوز للخصوم الاعتراض عليه خلال الستين يوماً التالية لتاريخ إبلاغ ذلك الطرف بالحكم، وذلك أمام الجهة المختصة أصلاً بفصل النزاع والتي تم إيداع الحكم لديها، حيث نصت المادة الحادية والخمسون على أن: (1- ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم من أي طرف من طرفيه خلال الستين يوماً التالية لتاريخ إبلاغ ذلك الطرف بالحكم، ولا يحول تنازل مدعي البطلان عن حقه في رفعها قبل صدور حكم التحكيم دون قبول الدعوى، 2- إذا حكمت المحكمة المختصة بتأييد حكم التحكيم وجب عليها أن تأمر بتنفيذه ويكون حكمها في ذلك غير قابل لطعن بأي طريق من طرق الطعن أما إذا حكمت ببطلان حكم التحكيم فيكون حكمها قابلاً للطعن خلال ثلاثين يوماً من اليوم التالي للتبليغ).

مما سبق يتبين أنه إذا قدم الخصوم أو أحدهم الاعتراض على حكم التحكيم خلال المدة المنصوص عليها في المادة السابقة فيجب على الجهة المختصة بالفصل في النزاع، أن تنظر في الاعتراض وتقرر إما رفضه وفي هذه الحالة تقوم بإصدار الأمر بتنفيذه، أو قبوله والفصل فيه، وفي حالة قبول الاعتراض فإن الجهة المختصة بنظر النزاع تحكم ببطلان الحكم، وليس لها أن تنظر النزاع إلا بناء على رغبة الخصم أو أحدهم([92]).

ولأطراف النزاع في حالة إلغاء الحكم إعادة النزاع إلى نفس هيئة التحكيم للفصل فيه مرة أخرى أو إحالته إلى هيئة تحكيم للفصل فيه مرة أخرى أو إحالته إلى هيئة تحكيم جديدة، وإذا لم يتم الاعتراض على حكم التحكيم خلال المدة المحددة للاعتراض عليه، فإن الحكم يصبح نهائياً واجب التنفيذ مما يكسبه الحجية التي تمنع الفصل في النزاع مرة أخرى من أي جهة قضائية، وهو ما يساعد على استقرار المراكز والأوضاع القانونية للأطراف([93]).

وفي قانون التحكيم المصري، نصت المادة 54 على أنه: (1- ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم خلال التسعين يوما التالية لتاريخ إعلان حكم التحكيم للمحكوم عليه، ولا يحول دون قبول دعوى البطلان نزول مدعي البطلان عن حقه فى رفعها قبل صدور حكم التحكيم، 2- تختص بدعوى البطلان فى التحكيم التجارى الدولى المحكمة المشار إليها فى المادة (9) من هذا القانون، وفى غير التحكيم التجارى الدولى يكون الاختصاص لمحكمة الدرجة الثانية التى تتبعها المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع)، وأشير في المادة التاسعة أنه إذا كان التحكيم تجارياً دولياً، سواء جرى فى مصر أو فى الخارج، يكون الاختصاص لمحكمة استئناف القاهرة، ما لم يتفق الطرفان على اختصاص محكمة استئناف أخرى فى مصر.

91) حسين شحادة الحسين ، التحكيم التجاري في المملكة العربية السعودية ، المرجع السابق ، ص290

92) محمد بن ناصر البجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، المرجع السابق، ص238.

93) مهيدب إبراهيم المهيدب، تطور أنظمة التحكيم في عهد خادم الحرمين، جامعة الملك سعود، الرياض، 1423هـ، ص130.

ثانياً: أسباب الطعن:

البحث في أسباب الطعن في حكم التحكيم يعد من أهم جوانب دراسة موضوع التحكيم؛ لأن صاحب الحق في الطعن لا يستطيع تحديد أحكام التحكيم المستحقة للطعن ما لم يدرك الأسباب التي لأجلها يطعن في الحكم، فإذا تحقق وجودها في حكم التحكيم تعين نقضه[94].

وبالرجوع إلى نظام الحكم السعودي نجد أنه نص في المادة التاسعة والأربعين على أن: (لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا النظام الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن، عدا رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً للأحكام المبينة في هذا النظام).

إلا أنه توجد أسباب إذا ما توافرت توجب الحكم ببطلان حكم التحكيم هذه الأسباب وردت في صدر المادة الخمسين حيث نصَّت على أن: (لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية: أ- إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً، أو قابلاً للإبطال، أو سقط بانتهاء مدته، ب- إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للنظام الذي يحكم أهليته، ج- إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إبلاغه إبلاغاً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب أخر خارج عن إرادته، د- إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق أي من القواعد النظامية التي اتفق طرفا التحكيم على تطبيقها على موضوع النزاع ، هـ - إذا شكلت هيئة التحكيم أو عين المحكمون على وجه مخالف لهذا النظام أو لاتفاق الطرفين، و- إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم، ومع ذلك إذا أمكن تجزئة الحكم الخاص بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له، فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء غير الخاضعة للتحكيم وحدها، ز- إذا لم تراع هيئة التحكيم الشروط الواجب توافرها في الحكم على نحو أثر في مضمونه، أو استند الحكم على إجراءات تحكيم باطلة أثرت فيه، 2- تقضي المحكمة المختصة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف أحكام الشريعة الإسلامية والنظام في المملكة أو ما اتفق عليه طرفا التحكيم أو إذا وجدت أم موضوع النزاع من المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها بموجب هذا النظام.....).

وتتميز حالات إبطال الحكم بأن منها ما يتعلق بحقوق الأطراف وليس النظام العام كصدور الحكم بعد انقضاء مدة التحكيم أو عن محكم لم يعين وفقاً للإتفاق أو خروج المحكم عن حدود مهمته ، ومنها ما يتعلق بالنظام العام كالشروط القانونية في المحكم والتحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح ، ويترتب على ذلكالعديد من النتائج جيت أن الحالات المتعلقة يجوز إثارتها من قبل المحكمة ولو لم يثرها الخصوم بخلاف الحالات غير المتعلقة بالنظام العام ([95])

وبالنسبة للقانون المصري فقد نص المادة الثالثة والخمسين من قانون التحكيم على أن: (1- لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا فى الأحوال الآتية: أ- إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلا أو قابلا للأبطال أو سقط بأنتهاء مدته، ب- إذا كان أحد طرفى اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقا للقانون الذى يحكم أهليته، ج – إذا تعذر على أحد طرفى التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلانا صحيحا بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأى سبب آخر خارج عن إرادته، د – إذا

94) أحمد بن محمد الخضيري، نقض الأحكام القضائية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، 1427هـ، ص535.

95) حسين شحادة الحسين ، التحكيم التجاري في المملكة العربية السعودية ، المرجع السابق ، ص271

استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذى اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع، هـ – إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمين على وجه مخالف للقانون أو لأتفاق الطرفين، و – إذا فصل حكم التحكيم فى مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الأتفاق، ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها، ز– إذا وقع بطلان فى حكم التحكيم ، أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلانا أثر فى الحكم، 2– وتقضى المحكمة التى تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام فى جمهورية مصر العربية).

المطلب الثالث

حجية حكم التحكيم في المنازعات الهندسية

تعترف معظم التشريعات والاتفاقيات الدولية لأحكام التحكيم بحجية الأمر المقضي به، والحجية تنصرف إلى المستقبل وتعمل خارج الخصومة التي صدر فيها الحكم، أما قوة الشيء المقضي فيه فتعمل داخل الخصومة للدلالة على ما يتمتع به القرار من قابلية أو عدم قابلية الطعن بطرق الطعن، كما أن حكم التحكيم لا يحوز فقط حجية الأمر المقضي فيه، وإنما يحوز أيضاً قوة الأمر المقضي به، وذلك أنه لا يحوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في القوانين المدنية[96].

ويلاحظ أنه وإن كان حكم التحكيم يتمتع بحجية، فإن هذه الحجية ليست مطلقة، وإنما يتحدد نطاقها بنطاق التحكيم فلا يكون للحكم من حجية إلا في حدود ما فصل فيه من المسائل التي تضمنها اتفاق التحكيم، كما أنه لا يتمتع بحجية إلا في مواجهة أطرافه، الذين اعلموا بالحضور أمام محكمة التحكيم، وعلى ذلك لا يجوز الخلط بين القوة الملزمة لاتفاق التحكيم وحجية حكم التحكيم الذي يصدر بناء على هذا الاتفاق[97].

وعلى مستوى التحكيم الدولي توجد بعض أحكام التحكيم التي لا تتمتع بحجية الأمر المقضي به، ومثال ذلك التحكيم الذي يجري وفقاً للائحة الموحدة لمنظمة الإيكان (ICANN) والتي تقرر تعليق تنفيذ حكم التحكيم على عدم قيام أحد الطرفين بالرجوع إلى المحاكم الوطنية خلال 10 أيام التالية لإعلامهم بحكم التحكيم، الأمر الذي يعني عدم تمتع قرار التحكيم بقوة إلزامية في مواجهة أطراف الخصومة، ويأخذ بهذا التوجه القضاء الأمريكي الذي يجيز للأطراف ليس فقط تحديد نطاق القوة الملزمة لحكم التحكيم بل استبعادها كلياً، وعلى خلاف أحكام القضاء لا يجوز الطعن في أحكام التحكيم بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في القوانين الوطنية، وعلى ذلك يعد حكم التحكيم حكماً نهائياً ولا ينال من نهائية أحكام المحكمين ما تقرره بعض القوانين من جواز الطعن فيها بالبطلان لأسباب محددة؛ وذلك "لأن هذه الأسباب تتصل بصلاحية الهيئة واختصاصها والضمانات الأساسية للتقاضي، والنظام العام في بلد مقر التحكيم أو بلد تنفيذ الحكم الصادر عن هيئة التحكيم، ومن ثم فهي ضروريات لأي حكم منه للخصومة إذا لم يستوفها لم يكن جديراً بالتنفيذ ولا حائز للحجية التي لا قوام باعتباره حكما قضائيا إلا بها"[98]، وفي شأن الحجية ينص نظام

96) حسام الدين فتحي ناصف، تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة الصادرة في الخارج، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008م، ص102.
97) محمد عبد الخالق الزعبي، قانون التحكيم، المرجع السابق، ص292.
98) أحمد السيد الصاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994م وأنظمة التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 200، ص265.

التحكيم السعودي في المادة الثانية والخمسين على أن: (مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا النظام يحوز حكم التحكيم الصادر طبقاً لهذا النظام حجية الأمر المقضي به ويكون واجب النفاذ).

ولا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم ، وإنما قد تسير إجراءات التنفيذ رغم رفع الدعوى ، فالأمر متروك للسلطة التقديرية للمحكمة المختصة إذا طلبه كدعى البطلان في صحيفة الدعوى بناءاً على أسباب جدية يرجح معها إلغاء الحكم فالدافع لهذا الاجراء الخشية من ضرر جسيم يحدث لو تم التنفيذ وهذا الأمر لا يخلو من مخاطر إذ قد يحكم بالبطلان بعد التنفيذ ، ويتعذر بعد ذلكإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التنفيذ ([99])

كما قرر نظيره المصري الحجية ذاتها في المادة 55 حيث نصت على أن: (تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقا لهذا القانون حجية الأمر المقضى وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها فى هذا القانون)، وبذلك يكون كلا النظامين قررا حجية أحكام التحكيم شيطة مراعاة الأحكام والقواعد المقررة فيهما.

الخاتمة:

ولما كانت أنظمة المملكة العربية السعودية قائمة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فقد نصت المادّة الثانيّة من نظام التحكيم رقم (م/34) وتاريخ 1433/5/24هـ على أنه (مع عدم الإخلال بأحكام الشريعة الإسلاميّة وأحكام الاتفاقيّات الدوليّة التي تكون المملكة طرفًا فيها، تسري أحكام هذا النظام على كل تحكيم، أيّاً كانت طبيعة العلاقة النظاميّة التي يدور حولها النزاع، إذا جرى هذا التَحكيم في المملكة، أو كان تحكيماً تجاريّاً دوليّاً يُجرى في الخارج، واتّفق طرفاه على إخضاعه لأحكام هذا النظام) ولم يقتصر نظام التحكيم سالف الذكر على هذه المادة فحسب بل نص في العديد من مواده على تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية فقد خلص بنا هذا البحث للوصول إلى النتائج والتوصيات التالية:

أولاً: النتائج:

1) لم يضع النظام السعودي أو القانون المصري تعريف أو لم يحدد إجراءات تخص للتحكيم الهندسي، لذلك يمكن اللجوء لقواعد العامة فيما يخص التحكيم العام والاهتداء بها.

2) توسع نظام التحكيم السعودي الجديد في تعريف اتفاق التحكيم من حيث إنه يفتح المجال أمام أية منازعة أخرى للدخول في إطار المصطلح، وشموله على المنازعات التي نشأت قبل أو بعد الاتفاق وغيرها، ومن ثم يتسع للتحكيم االهندسي.

3) لا يوجد ما يمنع من انعقاد اتفاق التحكيم الهندسي بوسيلة البرق أو الفاكس أو التلكس أو كتابته إلكترونياً، لما نصت عليه المادة التاسعة الفقرة الثانية من أنه يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ولم يبين الوسيلة الكتابة أو يقيد وسيلة بعينها، الأمر الذي نتلمس منه جواز اتفاق التحكيم عبر البرقيات أو الفاكس أو التلكس أو كتابته إلكترونياً ونحو ذلك شريطة أن يكون واضح الدلالة على عرض المنازعات على التحكيم وأن يكون محدداً.

99) حسين شحادة الحسين ، التحكيم التجاري في المملكة العربية السعودية ، المرجع السابق ، ص292

4) أن النظام السعودي وضع ضوابط لتطبيق القانون على النزاع الهندسي، والمتفق عليه من قبل طرفي النزاع، وهو شرط عدم مخالفة قواعد الشريعة الإسلامية والنظام العام بالمملكة، وأيضاً مراعاة قواعد تنازع القوانين.

5) أن النظام السعودي والقانون المصري اعطى للأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع – خاصة في المنازعات الهندسية حيث أنها منازعات تحتاج إلى مزيد من التحرر والمرونة والسرعة كي تختار ما يتلاءم معها وطبيعتها – ولم يقيد إراداتهم بأي قيد في هذه النصوص سوى ضوابط النظام العام ومنها مراعاة الشريعة الإسلامية

6) منح النظام السعودي والمصري حجية لأحكام التحكيم الهندسي شريطة مراعاة الأحكام المنصوص عليها في نظام التحكيم فإنه يحوز حكم التحكيم الصادر طبقاً له حجية الأمر المقضي به ويكون واجب النفاذ.

ثانياً: التوصيات:

1. إعداد لائحة تنفيذية تخص التحكيم الهندسي من إجراءات ونحو ذلك، على أن يشارك في وضعها عدد من القانونيين والفنيين الاستشاريين، لتساعد على تزليل العقبات التي قد تعترض عملية التحكيم الهندسي، وكذلك تنفيذ أحكام نظام التحكيم بشكل يتفق مع طبيعة المنازعة الهندسية.
2. مراعاة الجهات المعنية في إعداد مشروع هذه اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم الجديد الصادر بتاريخ 1433/5/24هـ سواء كان مستثمرين أو الدولة أو غيرهم، وانسجام أحكامها وموادها التفصيلية والتفسيرية مع الأهداف والغايات من صدور نظام التحكيم ومن أهمها مواكبة المستجدات على المنازعات الهندسية، والوفاء بما التزمت به الدولة أمام المجتمع الدولي بموجب المعاهدات والاتفاقيات الدولية.
3. إعداد الدراسات والبحوث حول العقود الهندسية، ومنازعاتها الفنية، وربطها بالتحكيم الفني الهندسي، وتوضيح العلاقة بينهما، هذا بالإضافة إلى تنمية الكوادر البشرية في مجال التحكيم الهندسي ليستفيد منها المجتمع أفراداً وشركات، ومستثمرين.
4. العمل على إخضاع أحكام التحكيم الهندسي لنظام تنفيذي خاص يسرع من عملية التنفيذ نظراً للطبيعة الخاصة للمنازعات الهندسية، وخطورتها على العملية الاقتصادية.

المصادر والمراجع:

ابن فارس، أ. ب. ز .(1420) .معجم مقاييس اللغة (الطبعة الثانية). دار الجيل.

ابن منظور، ج. د. م. (د. ن) .لسان العرب (ص 520). دار صادر. مع الرازي، م. (د. ن) .مختار الصحاح .دار الكتب العلمية (الطبعة الثانية).

ابن الأثير، م. ب. م .(1963) .النهاية في غريب الحديث والأثر .المكتبة الإسلامية.

خنين، ع. م .(1420) .التحكيم في الشريعة الإسلامية (الطبعة الأولى). مكتبة الاقتصاد والقانون.

الزحيلي، و. (د. ن) .الفقه الإسلامي وأدلته .دار الفكر المعاصر.

النشمى، ع. ج .(2002). .التحكيم والتحاكم الدولي في الشريعة الإسلامية .بحث مقدم للدورة العادية التاسعة للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث. فرنسا.

عرفه، م .(2007). .المنازعات الهندسية التي يتم تسويتها عن طريق التحكيم الهندسي .جريدة الاقتصادية، العدد 5128، 26 أكتوبر.

سلامة، أ. ع. ك .(2006). .التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية .دار النهضة العربية.

الشيخ، ع. ع .(2000). .التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي .دار النهضة العربية.

الحسين، ح .(2015). .التحكيم التجاري في المملكة العربية السعودية (الطبعة الأولى). جامعة دار العلوم – كلية الحقوق.

محمود، م. ع .(1434). .نظام التحكيم السعودي الجديد (الطبعة الأولى). خوارزم العلمية.

حيدر، ع .(1422). .دور الحكام شرح مجلة الأحكام .دار عالم الكتب.

الجمال، س. ح. ع .(2012). .القواعد القانونية المستحدثة في عقود الفيديك .مجلة الشريعة والقانون، 26(52)، أكتوبر.

ميرغني، هـ. ع. ر .(2002). .عقود البناء المعاصرة .دار النهضة العربية.

عبد المتعال، ز .(1935). .تاريخ النظم القانونية .دار النهضة العربية.

أبو سيف، ف .(1974). .مظاهر القضاء الشعبي في المجتمعات القديمة .دار الفكر العربي.

عبد الكريم، ع. ك. م .(1996). .التحكيم عند العرب كوسيلة لفض المنازعات بين الأفراد (رسالة دكتوراة). كلية الحقوق، جامعة طنطا.

سلامة، أ. ع. ك. (د. ن) .قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي .دار النهضة العربية.

علي، ج .(1980). .المفصل في تاريخ العرب قبل الإسلام (الطبعة الثالثة). دار العلم للملايين.

مشيمش، ج. (د. ن) .التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية: دراسة مقارنة .منشورات زين الحقوقية (الطبعة الأولى).

عبد العزيز، ق .(2004). .الاستثمارات الدولية: التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات .دار هومة.

عبد المجيد، م .(1997). .التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي .منشأة المعارف.

الجير، م. ح .(1959). .العقود التجارية .مكتبة النهضة للطباعة والنشر.

طه، م. ك .(1965). .الوجيز في القانون التجاري .منشأة المعارف.

موسى، ط. ح .(2001) .الموجز في قانون التجارة الدولية (الطبعة الأولى). مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع.

عباس، ن. م. ع .(2013) .مقدمة في عقود الفيديك .ورقة عمل مقدمة لمؤتمر صناعة المقاولات. غرفة الشارقة.

المنشاوي، ع. ح .(1995) .التحكيم الدولي والداخلي .منشأة المعارف.

الكردي، ج. م .(2003) .القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم (الطبعة الثانية). دار النهضة العربية.

الزيادة، ع. ح. أ .(2014) .إتفاق التحكيم التجاري – دراسة مقارنة (الطبعة الأولى). دار المطبوعات الجامعية.

إبراهيم، إ. أ .(1986) .التحكيم الدولي الخاص (الطبعة الأولى). دار النهضة العربية.

عوض، ن. م .(2000) .التحكيم التجاري الدولي (الطبعة الأولى). دار النهضة العربية.

الجمال، م.، &عبد العال، ع .(1998) .التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية (الطبعة الأولى). دار الفتح للطباعة والنشر.

أبو الوفا، أ .(2007) .التحكيم بالقضاء وبالصلح .دار المطبوعات الجامعية.

عبد التواب، م .(1997) .المستحدث في التحكيم التجاري الدولي (الطبعة الأولى). دار الفكر الجامعي.

درميش، ع .(1983) .التحكيم في المواد التجارية (بحث دراسات عليا). جامعة الحسن الثاني.

دسوقي، ع. م .(2014) .التحكيم التجاري الدولي والداخلي تشريعاً وقضاء .منشأة المعارف.

أبو الوفا، أ .(2007) .عقد التحكيم وإجراءاته .دار المطبوعات الجامعية.

المهيدب، م. إ. (1423هـ) .تطور أنظمة التحكيم في عهد خادم الحرمين .جامعة الملك سعود.

الخضيري، أ. ب. م. (1427هـ) .نقض الأحكام القضائية .جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

ناصف، ح. د. ف .(2008) .تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة الصادرة في الخارج .دار النهضة العربية.

الصاوي، أ. س .(2000) .التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994م وأنظمة التحكيم الدولية .دار النهضة العربية.

ISSN: 2663-5798 || Arab Journal for Scientific Publishing

الإصدار السابع – العدد الثالث والسبعون
تاريخ الإصدار: 2 – تشرين الثاني – 2024م
www.ajsp.net

"Arbitration in Engineering Disputes in the Saudi System A thesis submitted by the student"

(A Comparative Study)

Researcher:

Nasser bin Faisal Nasser Al-Ali

Abstract:

Arbitration is considered an effective means for resolving disputes, as it allows parties to exit the jurisdiction of state courts through mutual agreement. Islamic law has organized arbitration as a mechanism for settling disputes, recognizing the importance of the arbitrator's ruling, which is binding like a court judgment but lacks the enforceability of a fatwa. There are various forms of arbitration, including commercial, engineering, and banking arbitration, each subject to specific procedures according to relevant laws and agreements.

Engineering disputes are among the most significant areas of arbitration, arising from construction contracts between the employer and the contractor. These disputes involve claims related to compensation due to non-fulfillment of obligations, whether by the contractor or the employer. Common issues include delays in the execution of work or execution that does not meet specifications, leading to disputes that require a swift and effective resolution.

The importance of arbitration lies in its being a fast and flexible means of dispute resolution, alleviating the burden on courts and enhancing the effectiveness of proceedings in engineering cases. Modern legal systems, including the Saudi system, seek to regulate engineering arbitration mechanisms to ensure justice is achieved and to meet the evolving requirements of international trade.