

متى وكيف ولماذا تتم المفاضلة بين التحكيم والوسائل البديلة لتسوية المنازعات مقابل التقاضي

المحامي الدكتور
أنس مصطفى البو
مدير المنظمة الدولية للتحكيم

عقود المقاولات¹ هي من العقود التجارية التي يمكن للأطراف الاتفاق على حل النزاعات المتعلقة بها سواء أكانت نزاعات تتعلق بتفسيرها أو تنفيذها أو إنهاؤها أو نهايتها.

ومن الطبيعي أن يتساءل المرء عن سبب زيادة نسبة النزاعات المتعلقة بالمقاولات وكيفية حل هذه النزاعات. للجواب على هذين السؤالين لابد من معرفة طبيعة عقود المقاولات من وجهة نظر قانونية (أولاً) ومن ثم بيان طرق حل النزاعات الناشئة عنها سواء بالقضاء أو التحكيم وسبب ازدياد التحكيم وبخاصة على المستوى الدولي (ثانياً) .

أولاً: طبيعة عقود المقاولات Nature of construction contracts

¹ سوف يستخدم تعبير عقود المقاولات و تعبير عقود البناء كمرادفين في هذا البحث.

لا يتناول هذا الفصل دراسة الطبيعة الهندسية أو العلمية لعقود المقاولات وإنما يبحث بشكل مختصر في الأوجه الخاصة لعقود المقاولات من وجهة نظر حقوقية (1) وما يمكن أن ينشأ عن هذه العقود من خلافات بين الأطراف المتعددة لعقود المقاولات وبخاصة بين صاحب المشروع والمتعهد أو مجموع المتعهدين والمتعهدين الثانويين (2).

1. خاصية عقود المقاولات:

عند دراسة عقود البناء والنزاعات التي تنشأ عنها بين المحامي ميكائيل شنايدر Michael Schneider , وقد كان أحد أعضاء مجموعة العمل المنبثقة عن محكمة التحكيم الدولية لدراسة التحكيم و المقاولات, أن هنالك بعض الأوجه الخاصة بعقود البناء ونزاعاتها. يمكن اختصار هذه الخاصيات بسبعة².

أ - تعدد العقود ووحدة الهدف:

أول هذه الخاصيات هو أن مشروع البناء يتطلب عدد كبير من المتعاقدين واختصاصات مختلفة من الأعمال غالباً ما يتم تقديمها بموجب عقود مختلفة مرتبطة ببعضها البعض بموجب وحدة الهدف وهي الوصول إلى تحقيق مشروع محدد. فهنالك صاحب المشروع والمتعهد والمهندس المدني والمهندس المعماري والطبوغرافي... الخ والعاملين لديهم.

وقد يصح القول بأن أية صناعة متطورة حالياً تتطلب تدخل اختصاصات عديدة. ولكن ما يميز مشروع البناء عن غيره من الصناعات أن أغلب الأعمال تتم في مكان بعيد عن إدارة المتعهد حيث شروط العمل تختلف من مشروع إلى آخر.

فالمشروع الذي يتم بناؤه بالصحراء له متطلبات مختلفة عن مشروع يتم إنشاؤه في الجبال وكذلك يختلف الأمر من دولة إلى أخرى وهذا ما يؤثر على نظام تنفيذ المشروع ويغير من أنواع المخاطر التي يتعرض لها المتعهد وبخاصة فيما يتعلق بعمل الهندسة المدنية.

من الضروري عند اعداد العقد أو النظر في النزاع الناشئ عنه الأخذ بعين الاعتبار هذه الخاصية المتعلقة بجغرافية وطبيعة مكان تنفيذ المشروع.

ب- تعدد الوثائق والرسوم والمخططات:

² Michael Schneider, Arbitration of Construction disputes, P 190

الخاصية الثانية بعقود البناء والنزاعات الناشئة عنها تتعلق بوجود عدد كبير من الوثائق مثل الرسوم الهندسية وتفصيلات بخصوص المشروع المراد تنفيذه. وغالباً يتم وضع بعض التفاصيل أثناء تنفيذ العقد وليس عند توقيعه. كما أوضح الخبراء أنه يوجد غالباً تعارض وتناقض بين بعض أحكام هذه الوثائق. أضف إلى أن أثناء تنفيذ العقد (وبخاصة عقود الهندسة المدنية) يستوجب بعض التعديلات البسيطة أو حتى المهمة التي يجب إجراؤها وإلا أصبح التنفيذ مستحيلاً. وهذه التعديلات هي مصدر دائم لنشوب الخلافات نظراً لضرورة تعديل الالتزامات الواردة في العقد.

بالنتيجة فإن وجود عدد كبير من الوثائق في عقود البناء هو مصدر أكيد لنشوء النزاعات المستقبلية بين المتعاقدين.

ج - مدة العقد الطويلة:

وجه آخر لعقود البناء مرتبط بشكل مباشر بالخاصتين السابقتين ويتعلق بمدة العقد الطويلة. فمشروع البناء يمر بعدة مراحل، **التخطيط للمشروع ومرحلة المناقصة والتعاقد ومن ثم التنفيذ والاستلام المؤقت وبعده مرحلة الاستلام النهائي والضمانات.** خلال هذه السنوات التي يحتاجها تنفيذ العقد قد تتغير الظروف التي دفعت الأطراف للتعاقد وبالتالي تختلف عنها عند توقيع العقد. وهنا ينصح الحقوقيون بأن تتم دراسة العلاقات التعاقدية ضمن مفهوم متطور ومتقلب وليس ضمن ظروف ثابتة. ولذلك يجب دائماً إيجاد الميكانيكية أو طريقة لتعديل العقد وفقاً لتغير الظروف ويجب على الحقوقيين أن يضمنوا عقدهم شرطاً يدعى شرط الظروف الطارئة . على أن مثل هذا الشرط لا يحمي الأطراف من نشوء نزاع بخصوص مفهوم الظروف الطارئة وطريقة وكيفية تعديل العقد.

هـ - وجود نماذج تعاقدية معدة مسبقاً:

أما الخاصية الخامسة فتننتج عن العقود المعدة مسبقاً. يوجد مثل هذا النوع من العقود في المشاريع المقدمة من قبل الدول أو الهيئات العامة التي تضع المشاريع ضمن مناقصات عامة. هذه العقود المعدة من قبل الجهات

العامّة لا تتوافق مع جميع مشاريع البناء وجميع المتعاقدين وينتج عنها نزاعات مختلفة نتيجة لعدم تفهم جهات القطاع العام خاصية كل مشروع. في هذه الحالة يجب على القضاة أو المحكمين أن يأخذوا بعين الاعتبار ظروف التعاقد والشروط العامّة للتعاقد عند تفسير هذه العقود. كما يجب عليهم أن يتفهموا طبيعة هذه الشروط العامّة والقوانين النافذة عليها.

و - وجود طرف قطاع عام:

والميزة الأخرى لعقود البناء تتجلى فقط عندما يكون أحد المتعاقدين دولة أو إحدى أجهزتها أو مؤسساتها العامّة. وغالباً ما يخضع هذا المتعاقد لقوانين خاصة ويتمتع ببعض الحصانات وان كانت هذه الحصانات في طريقها للزوال حالياً.

ولا يغيب عن خاطر أي إنسان أن العلاقات التعاقدية بين شخصين من القطاع الخاص تختلف عن العلاقة التعاقدية بين القطاع الخاص من جهة والقطاع العام من جهة أخرى وأن هناك شكاوى عديدة من البيروقراطية في تنفيذ العقد من حيث إجراءات وطريقة التعامل مع أجهزة القطاع العام أو حتى من الفساد في تنفيذ العقود.

ان وجود طرف قطاع عام ليس محصوراً بعقود البناء إلا أن أهم مشاريع البناء تعود للدولة غالباً - مثل المطارات - والجامعات - والمشافي - والطرق

لذلك يجب على المتعاقدين الأخذ بعين الاعتبار طبيعة الدولة أو مؤسسة القطاع العام عند التعاقد. (ظاهرة عدم إرجاع كفالة حسن التنفيذ في أغلب الأحيان من قبل هيئات القطاع العام معروفة في عقود القطاع العام في سوريا مثلاً).

ز - عقود المقاولات عبارة عن أرض خصبة لنشوء الخلافات:

أخيراً، إن طبيعة عقود البناء توجد تربة خصبة لنشوء الخلافات. هذه الخلافات تتعلق غالباً بالتأخير في الانتهاء من تنفيذ العقد أو في عدم الالتزام بالدفع في المواعيد المحددة وبخاصة فيما يتعلق بالمصاريف الإضافية التي تم بيانها وصرفها عند تنفيذ العقد.

بينت الخبرة العملية أنه يوجد دائماً ما يقال وما يمكن أن يعترض عليه عند الاستلام النهائي كما أن مشاريع البناء ليست فقط عبارة عن تبادل التزامات بين

صاحب المشروع الملزم بالدفع والمتعهد الملزم بإنهاء المشروع. إن هنالك دائماً في عقود البناء مجالاً للتعاون بين الاثنین مثل تسليم الأرض بوضعية معينة، تقديم بعض الخدمات من قبل صاحب المشروع.. الخ. وغالباً ما تثار الأسئلة حول على من تقع المسؤولية في التأخر في تنفيذ المشروع على صاحب المشروع الذي تأخر في بعض التزاماته مثلاً أو المتعهد الذي لم ينفذها في وقتها المحدد.

كما أن طريقة الدفع لقاء إنجاز مراحل من المشروع سبب رئيسي لنشوب الخلافات. فقد بينت الخبرة العملية وجود تحفظات بشكل دائم لدى صاحب المشروع من أجل الامتناع عن تسديد كامل الدفعة أو أية دفعة كانت لوجود بعض النواقص في مرحلة من المراحل.

والدفعات الإضافية التي قد تتسبب بها ظروف لايد للأطراف المتعاقدة بها مثل القوة القاهرة وتغير الظروف المحيطة بالعقد كحدوث ظروف طبيعية تؤدي إلى التوقف عن العمل لفترة معينة وتحمل المتعهد مصاريف إضافية. فهل هنالك استعداد لدى صاحب المشروع للتفهم والالتزام بدفع مثل هذه المصاريف أم لا هو من الأسئلة الرئيسية التي تثير بعض النزاعات المتعلقة بعقود البناء مثلاً.

هذا فيما يتعلق ببعض الأوجه الخاصة لعقود البناء. وهذه العقود تنشأ عنها نزاعات تتميز عن غيرها بأنها خاصة " Typical " بعقد البناء فما هي هذه النزاعات.

2- بعض أوجه النزاعات الخاصة بعقود المقاولات:

أغلب النزاعات في عقود المقاولات تنشأ بين صاحب المشروع والمتعهد. إلا أنه قد تنشأ في بعض الأحيان خلافات بين صاحب المشروع والمهندس الاستشاري أو بين مجموع الشركات التي حصلت على التعاقد أو بين المتعهد والمتعهد الثانوي³.

أ - النزاعات الممكن وقوعها بين صاحب المشروع والمتعهد:

العلاقة بين صاحب المشروع والمتعهد يمكن أن ينشأ عنها عدة نزاعات يذكر منها في هذا البحث باختصار شديد النزاعات التالية⁴:

³ Bernd Von Hoffmann op cit P 225

⁴ .Idem

- نزاع قد ينشأ نتيجة إلغاء المشروع من قبل صاحبه بعد توقيع العقد وقبل البدء بتنفيذه وهذا النزاع يتعلق بتحصيل المصاريف المتعلقة بإعداده وفوات الربح. كما يمكن أن يرفض المتعهد التنفيذ بعد توقيع العقد مما يدعو صاحب المشروع للمطالبة بالتعويض عن فسخ العقد دون مبرر. أما أسباب إلغاء المشروع فقد تكون عديدة لا حاجة للتطرق إليها في معرض هذا البحث.
- النوع الثاني من النزاعات يتعلق بطريقة الدفع في عقود البناء حيث غالباً ما يحاول صاحب المشروع إنقاص قيمة الدفعة النهائية أو حتى إلغائها كنتيجة لوجود بعض الأخطاء التنفيذية الصغيرة أو حتى المهمة.
- سبب آخر للنزاع يمكن أن ينتج عن فشل تنفيذ المشروع كلياً من قبل المتعهد.
- هذا نادراً ما يحصل ومع ذلك فالاحتمال وارد. أفضل الأمثلة على ذلك مشاريع المرافئ الساحلية التي يمكن أن تهدم بعد الانتهاء من بنائها بسبب عاصفة بحرية.
- عندها يمكن لصاحب المشروع الطلب بإعادة تنفيذه والتعويض عن التأخير بذلك. التأخر في التنفيذ هو من أكثر الأسباب شيوعاً في نشوب الخلافات وصعوبة حل هذه النزاعات تنتج عن تحديد المسؤول هل هو المتعهد أو صاحب المشروع الذي قد يتأخر مثلاً في تسليم موقع العمل للمتعهد وفق الشروط المتفق عليها.
- أسباب خارجة عن إرادة المتعاقدين كانت وراء العديد من الخلافات. وأفضل مثال على ذلك حرب الخليج وما نتج عنها من إلغاء أو تأخير في تنفيذ المشاريع والنزاعات المتعلقة بذلك.
- قد يحصل أحياناً أن يقرر المتعهد ترك المشروع مما يدفع بصاحبه إلى التعاقد مع متعهد آخر ومطالبة المتعهد الأول بالتعويض.
- بالمقابل قد تتعلق النزاعات بالمصاريف الإضافية التي قد تنتج عن قوة القاهرة أدت إلى التأخر في التنفيذ بسبب المصاريف الإضافية التي تكبدها المتعهد.
- أخيراً ولكن ليس أخراً خلافات قد تنشأ عن كفالة حسن التنفيذ التي قد يحاول المتعهد أو صاحب المشروع بالحجز عليها من أجل منع الطرف الآخر من الحصول عليها. فصاحب المشروع قد يمتنع عن إصدار شهادة الاستلام النهائي لمجرد منع المتعهد من استلام كفالة حسن التنفيذ. كما قد يعتمد المتعهد الذي ترك المشروع إلى الحجز عليها لمنع صاحب المشروع من استلامه نتيجة إخلال المتعهد بالتزاماته.

ب - النزاعات الممكن وقوعها بين صاحب المشروع والمهندس

الاستشاري:

أما النزاعات التي قد تنشأ بين صاحب المشروع والمكتب الهندسي الاستشاري فتتحدد في ضوء تصميم المشروع والإشراف عليه من قبل المهندس أو شركة الهندسة الاستشارية.

ج - النزاعات الممكن وقوعها بين أعضاء مجموعة التنفيذ

غالباً ما تحتاج عقود بناء المشاريع الكبيرة كذلك التي تهدف إلى بناء مطار أو مد أنابيب نبط إلى اشتراك مجموعة من الشركات للحصول على المشروع لاحتياج المشروع إلى تخصصات مختلفة في اعدادة وتنفيذ. مثل هذه المشاريع تدفع العديد من الشركات إلى إنشاء نوع من التحالف لتنفيذ المشروع.

يتأسس هذا التجمع لتنفيذ المشروع شركة واحدة تتفاوض مع صاحب المشروع. ولنفرض أنه أثناء تنفيذه يثار بين صاحب المشروع والشركة التي تتأسس التجمع خلاف حول بعض النقاط الهندسية كضرورة إنشاء طرق إضافية لنجاح المشروع. في حال قبول الشركة الرئيسية لمقترحات صاحب المشروع سوف يثور مباشرة نزاع بين الشركة الرئيسية وإحدى الشركات التي تكون مسؤولة عن تنفيذ الطرقات. هذا النزاع سوف يتعلق بحصة الشركة المسؤولة عن تنفيذ الطرقات في المشروع وعن ضرورة زيادة نسبة ما تحصل عليه من نسبة قيمة المشروع.

د- النزاعات الممكن وقوعها بين المتعهد الرئيسي والمتعهد

الثانوي:

في المشاريع الكبيرة، كذلك التي تتعلق ببناء فندق خمسة نجوم مثلاً، قد يوجد ما يزيد عن عشرات المتعهدين الثانويين الذين يقدمون خدمات في هندسة الحدائق أو تجهيز الغرف أو المطابخ... الخ. ان تأخر أي منهم في تنفيذ التزاماته يؤدي حتماً إلى تأخر المتعهد في تسليم المشروع. إذا خصم صاحب المشروع مبالغ نتيجة هذا التأخر سوف يدفع بالمتعهد لمخاصمة المتعهد الثانوي لحسم هذه المبالغ منه نتيجة تسببه في التأخر.

ثانياً: حل النزاعات الناشئة عن عقود البناء:

لدى الأطراف التي أبرمت عقد بناء وبالذات أطراف عقود البناء الدولية خيارات بين عدة طرق لحل النزاعات إما بالتفاوض المباشر أو بواسطة إحدى الطرق البديلة لحل النزاعات (ADR) أو التحكيم أو أخيراً اللجوء إلى القضاء العادي. هذا الخيار يحكمه عدة معايير وبخاصة في عقود البناء حيث يفضل الأطراف المتعاقدة أو واحد منهم على الأقل حل الخلاف بأسرع وقت ممكن. في الواقع، إذا تأخر الأطراف عن حل بعض الخلافات البسيطة أثناء تنفيذ المشروع سوف تكون هنالك صعوبات كثيرة لحل هذه الخلافات لاحقاً ليس فقط لأن موقف المتعاقدين أصبح أكثر شدة ولكن بسبب زيادة التعقيدات التي قد تنشأ عن خلاف بسيط لتحوله إلى خلاف معقد وكبير. والمثال على ذلك إذا كان هنالك خلاف حول عيب في أساس البناء فيمكن عند انتهاء المشروع إخفائه أو جعل الوصول إليه صعباً، مما يؤدي إلى ضرورة تقديم عدد هائل من الوثائق والرسوم والمستندات من قبل مشرف العمل وغيره للتأكد من وجود الخطأ أم لا. كما يمكن أن يحتاج الأمر إلى شهود كانوا في موقع العمل وغادروه إلى أماكن بعيدة جداً قد تكون في دول أخرى يصعب قدومهم لتقديم شهادتهم⁵.

هذه الأمثلة البسيطة يقدمها المدا فعون عن حل النزاعات بالطرق البديلة. وبهذا الصدد نصت المادة 67 من شروط الـ FIDIC وكذلك نموذج العقود المقدمة من الـ FIDIC على أن أي نزاع بين صاحب المشروع والمهندس من جهة والمتعهد من جهة أخرى يجب أن ينظر به أولاً من قبل خبير هندسي engineer . يجب على هذا الخبير أن يعطي قراره بخصوص النزاع خلال 90 يوماً من تعيينه. وفي حال عدم رضى أي من الأطراف عن قرار المهندس الخبير، يكون أمامه 90 يوماً آخر لتحريك الدعوى التحكيمية وإلا يصبح قرار المهندس الخبير مبرماً ونافذاً بحق أطراف النزاع.

إن إجراءات حل النزاع أمام المهندس الخبير تثير الكثير من التساؤلات مثلها مثل أي إجراء آخر بديل لحل النزاعات. ولكن البحث في مثل هذه التساؤلات والإجراءات هي خارج نطاق ورقة العمل هذه وبالتالي فلن يكون هناك مجال لدراستها هنا.

لذلك لا يبقى لدى المتنازعين سوى اللجوء للتحكيم أو للقضاء . والاختيار بينهما يتطلب البحث في مزايا (1) وسيئات (2) كل منهما للوصول إلى أفضل وأنجح طريقة لحل الخلافات⁶.

⁵ Eric Schwartz, Resolution of international Dispute, in International Business Lawyer Review April 1995 P 49

⁶ Bernd Von Hoffmann op cit P 231

1. مزايا التحكيم بالمقارنة مع القضاء:

إذا ما عدنا إلى الإحصائيات المعدة من قبل مؤسسات التحكيم الدولية يتبين ازدياد نسبة النزاعات التجارية الدولية المعروضة على الهيئات التحكيمية. كما يمكن لأي محام مهتم بالأمور التجارية ملاحظة ازدياد اختيار الأطراف المتعاقدة لحل أي نزاع مستقبلي فيما بينهم عن طريق التحكيم .
اللجوء المتزايد للتحكيم يمكن تفسيره ببعض المزايا التي يجد فيها رجال الأعمال ضالتهم بالوصول إلى حل النزاع بعيداً عن متاهات القضاء الوطني. يمكن اختصار هذه المزايا بمايلي⁷:

أ- السرية:

السرية في التحكيم حيث أن إجراءات التحكيم والمرافعات فيه بعيدة عن العلنية الملازمة للقضاء العادي وبذلك يستطيع رجال الأعمال إخفاء طبيعة نزاعهم وإجراءات التقاضي عن الجمهور.

ب - المرونة:

المرونة في إجراءات التحكيم هي أيضاً من الميزات الأساسية له حيث يمكن للأطراف اختيار الإجراءات الواجبة التطبيق على التحكيم والتي قد تبدو لهم أكثر ملائمة لنزاعهم وبذلك يتخلصون من القواعد الوطنية لأصول المحاكمات الملزمة التطبيق في القضاء الوطني. كما يمكن للمتخاصمين أن يعفوا المحكمين من اتباع أية أصول أو إجراءات ملزمة أثناء التحكيم.

ج - خبرة وحيادية المحكمين:

حيادية وخبرة المحكمين هي صفة إضافية للتحكيم. والحيادية في اختيار المحكمين بعيداً عن القضاء الوطني لأحد الأطراف المتعاقدة لها أهمية كبيرة في العقود الدولية وبالتالي يمكن للأطراف أن يختاروا محكمين مستقلين وبعيدين عن الثقافة القضائية الواحدة أو يتم اختيار هؤلاء المحكمين من هيئة دولية مستقلة.

⁷ The Freshfield Guide to Arbitration and ADR, clause in international contracts, 2nd. Ed. Kluwer Law International 1991, Pl. Kerr, Arbitration V. Litigation, in The Journal Of Business Law 1980 P .164

كما أن اختيار المحكمين لا يتم بموجب معيار الحيادية فقط (وإن كانت نظرية أحياناً) إلا أن معيار الخبرة له حيز كبير في اختياره. فعند وجود نزاع ناتج عن عقد بناء يكون تحديد المحكم نتيجة لخبرته في هذا المجال.

بعكس القضاء الوطني حيث يمكن البت بالدعوى من قبل محكمة ليس لديها أية خبرة سابقة في مثل هذه العقود.

الا أنه لا يجوز المغالاة في حيادية وخبرة المحكمين. إذ غالباً ما يتم اختيار المحكم من قبل أحد الأطراف المتخاصمة نظراً لتعاطفه أو قبوله أو على الأقل قربه بثقافته القانونية والشخصية من الطرف الذي سمّاه. وعلى المستوى الدولي هذه الحيادية لها تطبيقات يمكن أن تثير بعض التساؤلات.

فلكاتب هذه السطور خبرة صغيرة في آلية تسمية المحكمين بأشهر مؤسسة تحكيمية ألا وهي محكمة التحكيم الدولية في غرفة التجارة الدولية ICC . ففي عام 1992 أجرى الباحث إحصاء عن عدد النزاعات التي درسها في هذه المحكمة والتي كانت تضم أطرافاً من العالم المتقدم ضد أطراف من دول العالم الثالث، ونتبين أنه من أصل 36 نزاعاً بين طرف متقدم وطرف نامي اطلع عليها تم تسمية محكم فرد أو رئيس هيئة تحكيمية غربي و في ثلاثة فقط من أصل 36 تم تسمية رئيس هيئة تحكيمية من دول العالم الثالث، اثنان من هؤلاء المحكمين الثلاثة تم اختيارهما من قبل الأطراف المتنازعة وواحد فقط سمّته غرفة التجارة الدولية. وتبين لاحقاً أن هذا المحكم يتمتع بجنسية دولتين إحداهما غربية وهي المملكة المتحدة.

هذا يدل على خضوع التحكيم الدولي إلى الثقافة القانونية الغربية أكثر منها إلى ثقافة قانونية دولية بكل معنى الكلمة.

كما أن اختيار المحكم الخبير شيء ضروري إلا أنه يجعل من التحكيم، وبالذات الدولي منه، محصور على عدد معين من الأشخاص (الغربيون بشكل عام) المستفيدين من احتكارهم لهذا المجال المهم من الحياة القانونية والاقتصادية الدولية.

د- السرعة:

أهم ميزات التحكيم بالمقارنة مع القضاء العادي تتعلق بسرعة الوصول إلى قرار تحكيمي نهائي. وهذه الميزات ضرورية في الحياة التجارية التي تعتمد على صفتين هامتين ألا وهما الائتمان التجاري والسرعة في إنجاز الأعمال التجارية. فكثيراً ما يصدر قرار المحكمين بأقل من سنة أو حتى ستة أشهر من استلامهم مهمة التحكيم وحيث أن أغلب دول العالم بموجب قانونها الداخلي أو بموجب

تصديقها على اتفاقية نيويورك لعام 1958 لتنفيذ أحكام المحكمين، تعطي هذه القرارات صفة الإبرام وتكسيبها صيغة التنفيذ المباشر. لذلك أصبح للتحكيم التجاري الداخلي أو الدولي صفة السرعة التي لا بد منها لحل النزاعات التجارية بما في ذلك تلك الناتجة عن عقود البناء.

وحيث أن الوقت جزء من الحق و يعني المال في الوقت الحاضر فكثيراً ما دافع البعض عن فكرة أن التحكيم أرخص من اللجوء إلى القضاء العادي. هذه الفكرة ناشطة جداً في مدرسة التشريع القضائي " common law " ولكن أغلب فقهاء القانون المدني يعارض صحتها و يتحفظ بخصوصها.

هذا التحفظ إضافة إلى مأخذ آخر أخرى سوف يتم تناولها في الفقرة الثانية.

2- المأخذ على التحكيم بالمقارنة مع القضاء الوطني:

إذا لم يختار المتعاقدون التحكيم طريقة لحل نزاعاتهم ولم يضمنوا عقدهم أي نص كان بخصوص حل النزاعات فإن الطريق الرئيسي لحل النزاع يكون عندها أمام القضاء الوطني. في الواقع هنالك من يدافع عن ضرورة حل النزاعات عن طريق القضاء الوطني باعتباره الطريق الوحيد والأساسي والالزامي لفض النزاعات شاء المتعاقدون بذلك أم لا⁸.

إلا أن القضاء الوطني مرفوض غالباً في العقود الدولية لعدم رغبة أي من المتعاقدين للخضوع إلى القضاء الوطني لأي منهم. و يؤخذ على القضاء العادي عدم خبرة القضاء في بعض أنواع النزاعات كما يمكن أن تكون وثائق العقد والتنفيذ بلغة مختلفة عن لغة القضاء وثقافته القانونية مما يستدعي ترجمة كل المستندات وقد تكون الترجمة المحلفة بعيدة أحياناً عن فهم مصطلحات خاصة بالعقد. أضف إلى أنه في العلاقات الدولية هنالك حالياً أكثر من 120 دولة صادقت على اتفاقية نيويورك بينما لا يوجد الكثير من الاتفاقيات للاعتراف المتبادل بالأحكام الوطنية⁹.

هذه الملاحظات على القضاء الوطني في البت بشكل خاص بالنزاعات الدولية ترافقها أيضاً ملاحظات حول التحكيم التجاري الوطني والدولي للبت في المنازعات التجارية.

⁸ Redfern & Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 3rd. ed Sweet & Maxwell 1999.

⁹ .The Freshfields op cit P 2

يمكن اختصار هذه المآخذ بمايلي:

أ - إكساء قرار المحكمين صيغة التنفيذ:

ان أكثر ميزات التحكيم أهمية وبخاصة لجهة السرعة والسرية تفقد أهميتها عند إعطاء قرار المحكمين صيغة التنفيذ أمام القضاء الوطني الذي يطلب منه غالباً البت في صحة أو بطلان قرار المحكمين مما يتطلب وقتاً وجهداً إضافيين¹⁰.

ب - الزامية القرارات القضائية:

أن قرار المحكمين لا يمكن أن يكون نهائياً إلا بعد إكسائه صيغة التنفيذ أمام القضاء الوطني، أي أن قرارات المحاكم الوطنية أكثر إلزامية من قرارات المحكمين. هذا الانتقاد قد يقبل به على المستوى الوطني ولكنه مرفوض كلياً على المستوى الدولي. فكما ورد أنفاً، ان أغلب النظم القضائية تعطي الصيغة التنفيذية لقرارات المحكمين بصورة أسرع وأفضل منها لقرارات المحاكم الأجنبية.

ج - عدم تمتع المحكمين بسلطات القضاة:

يفتقد المحكمون للكثير من السلطات التي يتمتع بها القضاة. ففي كثير من الأحيان يرى المتنازعون أنفسهم ملزمين باللجوء إلى القضاء الوطني إلى جانب التحكيم للحصول مثلاً على حجز أو أي قرار آخر مستعجل يصدر عن القضاء لصفته الملزمة.

د - اختصار التحكيم على الأطراف المتفقة عليه:

يفتقد المحكمون أيضاً سلطة ضم الملفات التحكيمية أو إدخال شخص آخر في الدعوى التحكيمية، لأن التحكيم يقتصر على الأطراف المتفقة عليه وهذه النقطة لها أهمية كبيرة في عقود البناء التي كما ورد أنفاً يوجد فيها أطراف متعددة ولا يكون التحكيم صحيحاً إلا بموافقة الجميع. وحتى لو اتفق الجميع على التحكيم إلا أن وجود إجراءات تحكيم متعددة للبت بنزاع واحد توجد جذوره في عقود مختلفة يؤدي إلى إصدار قرارات متعارضة في مضمونها.

وبالتالي لهد من إيجاد نظام يسمح بالتحكيم المتعدد الأطراف وبالجمع بين القضايا التحكيمية المتعددة لوحد الموضوع. هذا هو حديث الساعة حالياً وموضوع مناقشات أكاديمية وعملية في العديد من النظم القضائية وحتى على المستوى الدولي.

هـ - التحكيم أكثر كلفة من القضاء العادي:

بالعودة إلى موضوع التكاليف، غالباً ما يعتبر التحكيم أكثر كلفة من القضاء العادي وبخاصة في دول القانون المدني حيث لا يدفع المتخاصمون أية مصاريف للمحاكم بينما يدفع المتنازعون أجور المحكمين إضافة إلى المصاريف الإدارية للتحكيم التي يجب دفعها كنسبة من قيمة النزاع المنظور به. وإذا كان التحكيم لا يتم وفق قواعد مؤسسة تحكيمية فإنه يجب على المتنازعين تحمل مصاريف إدارية مختلفة كاستئجار مكان الاجتماع والأدوات اللازمة لإجراءات التحكيم (مصاريف تنقل الشهود ... الخ).

و - النزعة بالوصول إلى حل رضائي:

آخر الملاحظات تتعلق بواقع توصل المحكمين إلى حل رضائي دون البت بشكل قاطع بالنزاع المعروض عليهم وفقاً لقواعد القانون. أي أن هناك مأخذ على المحكمين بأنهم قد يتوصلون في بعض الأحيان إلى تقسيم الخسائر أو المكاسب بين المتنازعين بصورة رضائية دون العطف على القانون الواجب التطبيق وحقوق الأطراف وفقه¹¹.

في جميع الأحوال أثبت الواقع العملي أن هذه المأخذ بقيت عديمة الفاعلية أمام مزايا التحكيم وبخاصة على المستوى الدولي حيث تثبت الإحصائيات ازدياده كماً ونوعاً على حساب القضاء الوطني. فعلى المستوى الوطني يمكن أن يتوازن ميزان الاختيار بين القضاء الوطني والتحكيم الوطني. أما على المستوى الدولي فلا مجال للاختيار حيث أن أمام المتعاقدين والمتخاصمين إما اللجوء إلى قضاء أحدهم أو قضاة دولة أخرى لا يعرفون عنه الكثير أو إلى التحكيم الدولي الذي حصل على ثقة رجال الأعمال دولياً¹².

خاتمة:

لا شك في أن التحكيم بشكل عام وفي عقود المقاوله بشكل خاص هو نظام قضائي خاص أصبحت له أسسه الداخلية والدولية.

¹¹ The Freshfields Guide to Arbitration and ADR, op cit, P 5

¹² Redfern & Hunter, op cit 41/1

ولكن، من وجهة نظر شخصية يجب أن لا ننظر إلى التحكيم بشكل مستقل عن العلاقات الدولية بمفهومها العام والخاص أو بشكل مستقل عن تأثيره مستقبلاً على التجارة الدولية وقواعدها.

بخصوص التحكيم والعلاقات الدولية، ما يعنينا هنا في الشرق الأوسط هو البحث في التحكيم ضمن العلاقات التجارية / الاقتصادية / القانونية بين الشمال والجنوب، بين الغني والفقير وبخاصة في عقود مقالة تتضمن نقل التقنية أو ما يفضل تسميته بـحيازة التقنية.

وبهذا الصدد ومع أن الدول النامية خطت خطوات كبيرة في مجال التحكيم إلا أنه في شقيه المؤسسي والتوافقي مازال ذو طابع غربي سواء لجهة الهيئات التحكيمية أو المحكمين أو القوانين المطبقة أو القرارات التحكيمية. أحد أبسط الأسباب هو أن أغلب الشركات الغربية أفضل تسليحاً من الناحية القانونية للدفاع عن مصالحها من أغلب الشركات (حتى جهات القطاع العام) النامية.

أما ما يتعلق بتأثير التحكيم على العلاقات الاقتصادية / القانونية الدولية فهو يتمثل بدور التحكيم والقرارات التحكيمية بإيجاد قواعد دولية واحدة لتطبق على جميع النزاعات الدولية. وهذا الذي نتمنى تطوره ليصبح فعلاً قواعد دولية موحدة وملزمة في جميع النزاعات التحكيمية التجارية الدولية وبذلك سهولة وتيسير للأطراف النامية في التجارة الدولية التي أصبحت في أوج نشاطها بعد تأسيس منظمة التجارة العالمية WTO وتحرير التجارة في العالم رويداً رويداً شئنا أم أبينا.

