

مجلس فض النزاعات في عقود المقاولات و التسويات الودية

إعداد: م. داود خلف

كانون أول / ٢٠٠٨

أفكار تمهيدية عامة

- وسائل حل النزاعات تشكّل جزءاً من عملية ادارة المخاطر.
- يعتبر تحقيق الحياد والمرونة من مبررات اللجوء الى وسائل حل الخلافات بالوسائل الودية والتحكيم.
- الوسائل البديلة بديلاً للتقاضي والتحكيم.
- في عملية البيع قد ينشأ نزاع حول: الجودة، السعر، الوفاء بالتسليم، الدفع، النقل، الوقت، ... وغيرها.
- أدى التعامل التجاري الدولي الى: صياغة العقود النموذجية للمعاملات المتخصصة، عقود انشاءات، بيع الحبوب، النقل البحري، التأمين، عقود الملكية الفكرية.

تابع - أفكار تمهيدية عامة

- من هنا يمكن التقليل من النزاعات أو تجنبها من خلال:
- صياغة العقود المتوازنة، وعرضها على المختصين.
- التفاوض - تخصيص الوقت الكافي والشمولية.
- الاستفادة من امكانية تعديل العقد، عند اختلاف الظروف.
- مراعاة مفاهيم القوة القاهرة والظروف الطارئة.
- والانتباه دائماً الى وجود نص خاص يتعلق بتسوية النزاعات (شرط التسوية أو شرط التحكيم).

تمهيد

لمشاريع الانشاءات خصائص ذاتية فالانفاق عليها أرقامه عالية، ومدة تنفيذها تستغرق فترات طويلة، وطبيعتها فنية، وأحوال تنفيذها تختلف باختلاف المواقع والأزمنة، اذ يندر تطابق الأحوال في أيّ مشروعين اثنين.

وعلى الصعيد الدولي: يتولى عمليات التنفيذ اطراف مختلفة، ولها ممارسات ومرجعيات متباينة، ومن المحتمل نشوء النزاعات بينها حول تفسيرات العقود أو تنفيذ الأشغال أو تسوية الحقوق مما يستدعي بالضرورة وجود وسائل تسوية مناسبة وسريعة.

تابع - تمهيد

لقد لوحظ بأن أطراف العقود الانشائية يفضلون تسوية خلافاتهم على أيدي خبراء ذوي دراية بفنون الانشاءات، متجنبيين اللجوء الى المحاكم الوطنية وتعدد درجات التقاضي واستطالة مدته، مع ما يلاحظ من رغبات الأطراف في المحافظة على استمرار علاقاتهم الاقتصادية في المعاملات.

من هذه المنطلقات فقد أولى العديد من المؤسسات الدولية اهتماماً بوضع صياغات لعقود نموذجية، ولأنظمة حل الخلافات بالأساليب الودية كالتفاوض والتوسط والتوفيق، وتطوير أساليب التحكيم.

خصائص التسويات الودية

إن من أهم الأحكام التي يتم إدراجها عادة في عقود المقاولات الإنشائية هي النص على أسلوب عملي ومنصف لحل الخلافات التي قد تنشأ بين فريقى العقد، وإن وجود مثل هذا النص يوحي للفريقين بالثقة بأن صياغة العقد تتعامل مع الالتزامات والحقوق لكل من الفريقين بمنهجية التوازن.

تابع - خصائص التسويات الودية

ان التشريعات المتعلقة بتسوية الخلافات وتنفيذ التسويات التي يتم التوصل اليها تعتبر من العوامل الاساسية للحكم على استقرار عمليات الاستثمار في المجال الدولي، لاسيما اذا كانت تلك التسويات تتم بأحد الاساليب الودية، ومنها:

(١) التفاوض المباشر "Direct Negotiation"

(٢) الوساطة "Mediation"

(٣) المصالحة أو التوفيق "Conciliation"

(٤) الخبرة الفنية "Expert Opinion"

(٥) مجلس فض الخلافات "Adjudication Board Dispute"

(٦) التحكيم "Arbitration"

تابع - خصائص التسويات الودية

تعرف الأساليب الخمسة الأولى بالأساليب البديلة لحل الخلافات (ADR-Alternate Dispute Resolution)، بمعنى انها بديلة لاسلوب التقاضي باللجوء الى المحاكم أو التحكيم، وسوف نتناول تالياً خصائص هذه الأساليب، وان كانت كلها تنطلق من تدخل طرف ثالث حيادي (Neutral)، يحوز على ثقة الفريقين للنظر في الخلافات الناشئة بينهما وتدارسها ومحاولة التوصل الى التسوية دون اللجوء الى أسلوب المقاضاة، ودون التقيد بالإجراءات القانونية وتجاوزاً للروتين ولأساليب الطعن في القرارات، وتتسم كل هذه الأساليب بالطبيعة الرضائية.

تتبع هذه الأساليب أيضاً في حالة رغبة الفريقين في الإبقاء على علاقات عمل ودية فيما بينهما، أو عندما تكون نقاط الخلاف شائكة، أو يكون هنالك تعدد في أطراف الخلاف.

التفاوض المباشر

ربما يكون أسلوب التفاوض المباشر بين فريقَي العقد، بدون تدخل طرف ثالث، أسهل وأنجع الأساليب لحل الخلافات، إلا إذا كانت هنالك نزاعات شخصية كامنة وراء الخلافات، أو كان هناك لَدَدٌ في الخصومة.

يحتاج التفاوض الى توافر مهارات ودرْبة خاصة، وفي هذا السياق فإنه يجب الانتباه الى القواعد التفاوضية العامة التالية لغرض التقريب بين وجهات النظر المختلفة:

تحديد الوقائع والحقائق حول القضايا المتنازع عليها.

تحديد ادعاءات الفريقين وطلباتهما.

تحديد نقاط الخلاف وطبيعتها

التطلع الى حلول باتجاه تحقيق اتفاق.

الاتفاق على خطوات التفاوض ووضع سياسة عامة للنقاش، ومن ثم

متابعة تنفيذ ما يتفق عليه.

الوساطة

عندما يصار الى حل الخلافات بواسطة طرف ثالث ليكون عاملاً مساعداً في إجراءات التفاوض وإيجاد الأرضية المشتركة للتسوية، فإنه يتعين على الوسيط اتباع الإجراءات التالية:

أ - يقدم الفريقان جميع المعلومات والبيانات ومسائل الخلاف حتى يتمكن الفريقان والوسيط من تفهم مواضيع الخلاف.

ب- يعمل الوسيط متردداً فيما بين الفريقين، ولا يشترط فيه أن يجمع الأطراف كما في حالة أساليب التسوية الودية الأخرى، ويحاول الوسيط بالتالي اقناع كل فريق أن يتزحزح عن مواقفه من خلال تقديم اقتراحات وأفكار جديدة لتضييق فجوات الخلاف ومساعدة الفريقين على تفهم وجهات النظر لكل منهما، وبيان نقاط الضعف في ادعاءات كل منهما أيضاً.

ج- اذا توصل الفريقان الى أرضية مشتركة للتفاهم تتم صياغة اتفاقية التسوية، وفي حالة عدم التوصل الى اتفاق يعد الوسيط تقريراً بحله المقترح أخذاً في الاعتبار قواعد الانصاف والعدالة.

ويلاحظ في هذا السياق ضرورة أن يكون الوسيط متمتعاً بالمهارة التفاوضية وأن يكون ذا حجة وقدرة على الاقناع وذا مثابرة في الاتصال وفتح قنوات التفاهم بين الفريقين لتقريب وجهات النظر.

مداركة: اذا تمت الوساطة من خلال "ادارة الدعوى" حسب قانون الوساطة، فان الاجراءات تتم بموجب قانون الوساطة النافذ.

المصالحة أو التوفيق

يشبه أسلوب التوفيق أسلوب التوسط من ناحية المبدأ إلا أن التوفيق غالباً ما يكون مؤسسياً أو يتبع أسلوب القواعد المؤسسية المكتوبة مثل أسلوب توفيق (انسترال) أو غرفة تجارة باريس أو مركز القاهرة الاقليمي، الخ. وتكون نتيجة التوفيق حلاً يتم الاتفاق عليه فيما بين الفريقين ولكن ليس كقرارات التحكيم الملزمة.

إذا كان التوفيق يتم من خلال إدارة مؤسسية تقوم إدارة مؤسسة التوفيق بدعوة الأطراف وتعيين الموفقين وتقديم التسهيلات للإجراءات، وان لم يكن فإنه يتعين على الموفق أن يتبع الأسلوب التالي:

يقدم أطراف الخلاف بياناتهم ومستنداتهم وشرح لمسائل الخلافات الناشئة بينهم الى الموفق والى الطرف الآخر.

لكل فريق أن يعين من يمثله في الإجراءات وجلسات الاستماع وعرض وجهات النظر والدفاع عنها.

يتعين على الموفق أو هيئة التوفيق أن يحاولوا تقريب وجهات النظر بين الفريقين للتوصل الى تسوية، وفي حالة عدم التوصل الى اتفاق مصالحة أن يعد تقريره واقتراحاته للتسوية محاولاً إقناع الطرفين بقبوله، ويكون اقتراحه معللاً.

تابع - المصالحة أو التوفيق

يتعين على الموفق أو هيئة التوفيق أن يكونوا على درجة عالية من المعرفة والمراس والمهارات الفنية والقانونية ليتمكنوا من القيام بهذه المهمة، كما يتعين عليهم أن يكونوا مستقلين وغير متحيزين لأي فريق، وأن يكونوا على قدر من قوة الاحتمال والصبر وصفة حسن الإصغاء والتصرف بثقة، ومع أنهم لا يكونون ملزمين باتباع قانون معين، إلا القواعد التي يتفق عليها طرفا النزاع أو القواعد المؤسسية التي يلتزمون بتطبيقها، إلا أنه يفترض فيهم أن يسترشدوا بقواعد النزاهة والعدالة آخذين في الاعتبار حقوق والتزامات الأطراف ومبادئ العرف، والظروف المحيطة بالخلاف.

الخبرة الفنية

الخبرة هي قيام شخص ثالث كخبير حيادي بدراسة مواضيع الخلاف واعطاء رأيه استناداً الى معرفته وخبرته التقنية في الأمور التي يحددها طرفا الخلاف.

قد يتفق الطرفان على إخضاع منازعاتهم لقواعد الخبرة الفنية، وفي مثل هذه الحالة يقوم الطرفان بإعداد ملفات قضاياهم المختلف عليها وتقديمها الى خبير فني حيادي يتفقان على تسميته مباشرة أو يفوضان مؤسسة أو سلطة تعيين باختياره.

إذا كانت الخبرة تتم بواسطة مؤسسة ما، فإنه يتم اتباع قواعد الخبرة الموضوعية من قبلها، وأما إذا كان يتم باختيار الطرفين المباشر فإنه يتعين على الخبير بعد تسلمه لملفات ووثائق الطرفين المتنازعين أن يدرس الموضوع ويقوم بزيارة الموقع، وله أن يطب تزويده بأية وثائق أو إيضاحات تساعد على فهم مواضيع الخلاف.

يقوم الخبير بتقديم تقريره مكتوباً وشاملاً لمسائل الخبرة التي كلف بها وتوصياته بشأنها، ويعطى الطرفان الفرصة لمناقشته حول مضمون التقرير، ولا يكون تقرير الخبير ملزماً للطرفين ما لم يتفقا على اعتماده.

مجلس فض النزاعات

لقد أصبح هذا الأسلوب الآن مدرجاً بأصوله وأسلوب إجراءاته ضمن أحكام العقود الدولية، بما فيها عقد (فيديك).

ان فكرة انشاء "مجلس فضّ الخلافات" منذ توقيع عقد المقاوله، واحالة الخلافات اليه هو أسلوب جديد في عقود "فيديك"، اذ أن الممارسة السابقة كانت باحالة الخلافات الى المهندس لدراستها واصدار قراراته بشأنها، وطالما كان هذا موضوع جدل بين مؤيد ومعارض، حتى تم حسمه سنة (١٩٩٦)، وأصبح نهجا تبناه فيديك وتنادي به المنظمات الدولية كأسلوب لحل الخلافات.

وقد توسع عقد "فيديك" في بيان طريقة اختيار أعضاء المجلس وصلاحياتهم.

ان الفكرة حديثة التطبيق ولم يتم تعميم تطبيقها بصورة جادة لتاريخه.

تعريف مجلس فض النزاعات

يعتبر عمل مجلس فض الخلافات شكلاً من أساليب التسويات الودية، إذ يعهد الى طرف ثالث حائز على ثقة الأطراف ويسمى "مجلس فض الخلافات" أن يتولى تلقي الخلافات الناشئة بين فريقى العقد، ويدرسها وينظر فيها للتوصل الى حل يتمثل في قرار يصدره المجلس بعد اجراء معاينته وتحققاته ودراسته. ويمكن تعريفه أيضاً بأنه وسيلة ميدانية للنظر في الخلاف اذ يتم احالة الخلافات الى المجلس قريباً من وقت حصولها، وتتم المعاينة والدراسة في وقت تكون شواهدا والظروف المؤدية الى حصولها لا تزال ظاهرة وواضحة.

تختلف فكرة مجلس فض الخلافات عن التقاضي وعن التحكيم وعن التوسط، ففي حين يعفى المجلس من التقيد بالاجراءات القانونية، وكما أن للتحكيم قواعده واجراءاته المقننة وينتهي بقرار نهائي وملزم للأطراف، أما التوسط فلا يسفر الا عن محاولات للحل وتوصيات، فان عملية فض الخلافات يكون قرارها ملزماً في أغلب الحالات اذا لم يكن لأي طرف من الأطراف اعتراض عليه.

تابع - تعريف مجلس فض النزاعات

ان عملية فض الخلاف أقرب ما تكون الى أعمال الخبرة للوصول الى قرار (Expert's Determination)، وأما الزامية القرارات بصورة مؤقتة فان كل فريق يظل محتفظاً بحقه للرجوع الى التحكيم حسب نصوص العقد، ولكن الخبرة العالمية في هذا المجال تظهر بأن (٨٠ %) من القضايا المعروضة على مجلس فض الخلافات يتم الالتزام بها.

ان مدة (٨٤) يوماً التي تعطى للمجلس لاتخاذ قراره لا تعتبر فترة طويلة ما دامت تقع ضمن مدة الانجاز، فاذن قرار الفرض يتسم بالسرعة ويمكن أن يكون بسيطاً في ظاهره ولا حاجة لوجود وكلاء أو محامين في مراحل اجراءاته، وهو بذلك يحقق وفراً.

كما أن خصيصة هذا المجلس هو أنه يتم تعيينه في بداية تنفيذ المشروع وأنه يكون على اطلاع ميداني وتعاقدي ويظل مداوماً على هذا الاطلاع، ويستمر وجوده خلال مدة الانجاز وكأنه جزء من عمليات متابعة المشروع.

مجلس فض النزاعات في عقود فيديك

يلاحظ بان الشروط الخاصة في عقد "فيديك"، فيما لو لم تكن هناك نية لتعيين مجلس فض الخلافات فانه يمكن لصاحب العمل أن يكلف "المهندس" بتولي مهام مجلس فض الخلافات، وفي هذه الحالة يقوم المهندس بهذه المهام "كطرف حيادي" دون أن يتقاضى أتعاباً إضافية من أي طرف، اذ تكون اتعابه مشمولة فيما يتقاضى من أتعاب بموجب عقد الخدمات الهندسية الذي تعاقد مع صاحب العمل بموجبه.

في جميع حالات الأساليب البديلة يلاحظ بان الطرف الحيادي الذي يتولى الوساطة أو المصالحة أو مهام مجلس فض الخلافات يجب أن يكون متصفاً بما يلي:

أ - الاستقلال والحيادية.

ب- أن يصرح قبل تولى مهامه عن أية علاقات كانت تربطه مع أي طرف قبل مباشرة مهامه.

ج- ان يتصرف بموضوعية وانصاف في جميع اجراءات التسوية.

د- ان يتصرف بحسن نية وبدون تحيز لأي طرف.

هـ- أن يعطي لكل طرف فرصة مناسبة ومتماثلة لعرض دعواه وطلباته.

و- أن يقاوم أية محاولات لتأخير اجراءات التسوية.

تابع - مجلس فض النزاعات في عقود فيديك

في عقود فيديك النموذجية المختلفة ورد ما يلي:

المادة (٢/٢٠) - مجلس فض الخلافات:

- في عقد الانشاءات يتعين على الفريقين تسمية اعضاء المجلس ضمن التاريخ المحدد في ملحق عرض المناقصة، ويبقى هذا المجلس فاعلاً طيلة مدة المشروع Full Term Board الى حين صدور "اقرار المخالصة".
- في عقد تسليم المفتاح يتم تعيين المجلس بعد نشوء الخلاف وليس بالضرورة منذ بداية المشروع (Ad hoc Board) وتنتهي مهامه بانتهاء قرارات الخلافات المحالة اليه.
- يقترح دليل فيديك تعيين مجلس بثلاثة اعضاء للمشاريع التي تتجاوز قيمتها مليوني دولار.
- يتم تسمية العضو المرشح من قبل كل فريق وبعد تعيين العضوين الاول والثاني يقوم الفريقان بالتشاور مع هذين العضوين المعيّنين لتسمية العضو الثالث.
- لا يجوز احالة أي امر الى "المجلس" الا عندما يصبح خلافاً (Dispute)، وبذلك تكون خطوات المطالبات على النحو التالي:

تابع - ما ورد في عقود فيديك النموذجية

- تسجيل المطالبة والاشعار بها بموجب المادة (١/٢٠) أو مطالبة ثم الاشعار بها من قبل صاحب العمل بموجب المادة (٥/٢).
- يتم اعداد التقديرات المتعلقة بها (مدة وتعويضاً) او (مدة بدون تعويض) او (تعويضاً بدون مدة) بموجب المادة (٥/٣) وغيرها من احكام العقد.
- حتى هذه المرحلة لم يسجل وجود خلاف بعد، وانما يتحول الامر الى خلاف في أي من الحالات التالية:
- بعد رفض التقديرات.
- اذا قطعت المفاوضات دون التوصل الى اتفاق.
- اذا امتنع فريق عن الدخول في مفاوضات للتوصل الى اتفاق.
- اذا كان تقدم المفاوضات بطيئاً جداً بحيث اصبح واضحاً انه لا سبيل الى التوصل الى اتفاق.

تابع - ما ورد في عقود فيديك النموذجية

- يمكن للمجلس ان يصدر قراره على مراحل، فمثلاً للصعوبات غير المنظورة:
 - مدى ونطاق هذه الصعوبات.
 - تمديد المدة.
 - التعويض.
- تسبيب القرار: هو الاسلوب الذي يمكن بواسطته اقناع الفريقين بقبول القرار (مع ملاحظة ان القرار يعتبر ملزماً الا اذا رفضه أحد الفريقين).
- اذا أثبت فريق ما أن "الحكم" قد مارس بسوء نية فيفرض عليه الجزاء ويفقد بدل أتعابه.
- ان حالة تشتت الآراء بين الحكمة لم يتم معالجتها، وفي هذه الحالة يقوم كل حكم يقدم تقريره الذاتي.

التقييم العام لأساليب التسويات الودية

- ان تواجد مجلس فض الخلافات في موقع العمل منذ بداية المشروع واطلاعه على عقد المقابلة وظروف الموقع وأوضاع التنفيذ يضيفي ظلاله على وضع المشروع، وان تواجد المجلس بهذه الصفة يقلل من مظاهر الاحتكاك والضغن في التعامل، اذ ان الأطراف مطمئن الى وجود رقابة جاهزة.
- لاحظت بعض دول العالم الثالث بأن تنفيذ مشاريعها التنموية الكبرى غالباً ما يقوم به مقولون أجانب ومستشارون أجانب، وقد يميل المستشار الأجنبي الى المقاول الأجنبي اذ يحاييه عند اصدار قراراته بشأن الخلافات الناشئة، فكان الحل لماذا لا يوجد طرف خبير محايد يتولى اصدار القرارات؟
- ان العديد من القضايا الخلافية في مشاريع الانشاءات تنشأ عن نقص في وثائق العقد أو التباين فيما بينها مما يخلق فضاءات رمادية أو ضبابية، يستطيع أعضاء مجلس فض الخلافات بخبراتهم وحصافتهم وحسهم العام ان يخرجوا بقرارات غالباً ما يتقبلها الأطراف.
- ان أسلوب عمل مجلس فض الخلافات باعتماده أسلوب الاستماع الى الأطراف وحقه في التحقق من الوقائع والمبادرة بالسؤال عنها، تهيئ له فسحة أوسع من تلك التي يتمتع بها المحكم أو القاضي في الحصول على المعلومات بما يمكنه من اتخاذ القرارات المناسبة لتسوية الخلافات.

تابع - التقييم العام لأساليب التسويات الودية

- حكم المحكمة ينفذ فوراً، وقرار هيئة التحكيم نهائي وملزم ولا يقبل الطعن فيه الا في حالات شكلية محددة. أما قرار مجلس فض الخلافات - اذا كان مسبباً ومقنعاً - فان الزاميته تكون وقتية بحيث اذا لم يعترض على القرار أي طرف فإنه يكتسب صفة الالزام والنهائية، وفي حالة الاعتراض يكون البت في الخلاف في نهاية المطاف خاضعاً للتحكيم. ان معظم قرارات مجلس فض الخلافات - بناءً على خبرة الدول التي انتهجت أسلوبه - يكون مقبولاً لدى الأطراف.
- ان أسلوب مجلس فض الخلافات يمتاز عن أساليب الوساطة والتوفيق في اصدار "قرارات" وليس مجرد "توصيات" وهذا هو النهج الذي سلكت فيه شروط عقود فيديك.
- ان الكلفة المترتبة على الأطراف ازاء دفع بدل أتعاب أعضاء مجلس الخلافات ونفقاتهم تقل بكثير عن الكلفة التي تترتب على التقاضي أو التحكيم، خاصة اذا كان الأطراف متعاونين مع المجلس ويسهلون أداءه لمهامه.

تابع - التقييم العام لأساليب التسويات الودية

- ان طابع عمل مجلس فض الخلافات يتسم بالمرونة، ومن هنا كانت جاذبية الفكرة أن عمل المجلس أشبه ما يكون بالعلاج الوقائي لمنع تطور الخلافات وتراكمها وبالتالي تلافي آثارها المضنية.
- في أسوأ الحالات، فان قرار مجلس فض الخلافات يهيئ للأطراف أن يقدر كل منهم موقفه لأنه (بافتراض أن تشكيل المجلس وادائه لم تعتوره شبهة) يكون مدروسا ومسببا وكذلك يمكن عرضه على المحكمين لاحقا (ان لزم الأمر)، فتقدير الموقف من حيث قبوله أو الاعتراض عليه يستدعي التريث في صياغة القرار أو مستقبل قرار التحكيم، وقد يكون عدم الاعتراض عليه هو الحل الأنسب، وبخاصة في المشاريع عبر الدولية التي تكون قيمتها باهظة، وحجم الخلافات فيها بالملايين من الدنانير، وقد يستمر النظر في تلك الخلافات سنوات عديدة أمام المحاكم النظامية أو هيئات التحكيم المؤسسية، فاعتماد القرار الحاصل قد يكون خيارا ملائما.

تابع - التقييم العام لأساليب التسويات الودية

خلاصة القول، ان نحن أحسنًا الممارسة في اختيار أعضاء المجالس وأبدى الأطراف روح التعاون لافساح المجال أمام المجالس لاداء مهامها دون التخندق واتخاذ المواقف المعطلة، فان اجراءات المجالس المرنة وتوفير حق المواجهة والدفاع وقيام المجالس بمهامها ببذل الجهد والوقت على النحو الواجب فانه بالامكان الخروج بنتائج مقبولة ومرضية.

في الوقت ذاته، اذا اعترض أي طرف على قرار (قرارات) للمجلس فان الشروط تنص على ضرورة محاولة تسوية الخلاف وديا قبل اللجوء الى التحكيم. لذلك يتعين على الطرف المعترض أن يبلغ الطرف الآخر باعتراضه في الوقت المحدد وأن يعلمه عن رغبته في اللجوء الى التحكيم، بمعنى أن يتقدم بطلب التحكيم في الوقت المناسب.