

المشكلات العملية في التحكيم الهندسي

د. مريم محمد العوّا

محامية من مصر

مهندسة معمارية

زميل معهد المحكمين المعتمدين بالمملكة المتحدة FCI Arb

محكم معتمد لدى محكمة لندن للتحكيم الدولي

مقدمة:

❖ يكاد التحكيم يكون هو أكثر وسائل فض النزاعات رواجًا في صناعة التشييد، محليًا ودوليًا. ويزداد هذا الرواج مع تزايد العقوبات التي يواجهها المتنازعون عند اللجوء إلى القضاء الوطني في أية دولة كانت.

❖ ولكن التحكيم، مثله كمثل أي نظام قانوني، يثير إشكاليات متعددة عند التطبيق، منها ما يعم ومنها ما يخص صناعة التشييد.

❖ في هذه المحاضرة سنتحدث عن أهم المشكلات التي تؤثر على الواقع العملي في التحكيم، وهدفنا اليوم أن ننتقل من مرحلة المشكلات إلى السبب والحل.

المحتويات

- ❖ مقدمة.
- ❖ ماهية التحكيم.
- ❖ المزايا والعيوب.
- ❖ صياغة اتفاق التحكيم.
- ❖ ضوابط الصياغة.
- ❖ اختيار المحكمين.
- ❖ الإعداد للدعوى التحكيمية.

ماهية التحكيم:

❖ التحكيم نظام قانوني، ينبغي عند استخدامه الإلمام بالمفاهيم الأساسية التي تساهم في تكوينه، وله تعريفات عدة تعبر عن هذه المفاهيم.

❖ فالتحكيم قضاءً خاص، ينشأ باتفاق الأطراف، يبتغون به حلّ نزاعاتهم بعيداً عن قضاء الدولة الرسمي. اعتراف الدولة بنظام التحكيم وتنظيمها إيّاه بقانون خاص أسبغ على أحكام التحكيم **حجية الأمر المقضي**، وجعلها واجبة النفاذ بواسطة أجهزة الدولة،

❖ والتحكيم استثناء من الأصل العام وهو اللجوء لمحاكم الدولة وما تكفله من ضمانات فلا يتوسع في تفسيره ولا يتجاوز به محل وروده.

ماهية التحكيم:

❖ الخصائص الأساسية لنظام التحكيم (1):

❖ هو قضاء خاص (فض النزاعات طبقاً للقواعد القانونية).

❖ ينشأ باتفاق الأطراف.

❖ تعترف به الدولة (قوانين – معاهدات).

❖ هو استثناء من الأصل العام (القضاء).

ماهية التحكيم:

❖ الخصائص الأساسية لنظام التحكيم (2):

❖ يخلو عن ضمانات العلنية والقاضي المحترف وإمكانية

مراجعته بالطعن عليه.

❖ للحكم الصادر حجية الأمر المقضي (بمجرد صدوره أم يجب

اتخاذ إجراءات معينة لنصل إلى الحجية؟)

❖ الحكم واجب النفاذ (هل هذا هو الحال دائماً؟).

المزايا والعيوب:

❖ كيف أعرف مزايا التحكيم؟

بضدها تتمايز الأشياء (!)

المزايا والعيوب:

❖ ما هي مزايا التحكيم؟

❖ السرعة.

❖ السرية.

❖ انخفاض التكلفة.

❖ المحكم المتخصص.

❖ عدم جواز الطعن على الحكم.

المزايا والعيوب:

❖ ما هي عيوب التحكيم؟

❖ البطء.

❖ السرية.

❖ ارتفاع التكلفة.

❖ المحكم غير المتخصص.

❖ عدم جواز الطعن على الحكم.

المزايا والعيوب

قرار اختيار التحكيم وسيلةً لفض النزاعات

يجب أن يبنى على تقييم حقيقي للمزايا والعيوب واحتياجات

الأطراف

وليس لمجرد وجوده في نموذج العقد أو شيوع استخدامه

صياغة اتفاق التحكيم:

❖ اتفاق التحكيم هو أساس العملية التحكيمية كلها..

"اختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع وإن كان يرتكن أساسًا إلى حكم

القانون الذي أجاز استثناءً سلب اختصاص جهات القضاء، إلا أنه **ينبغي**

مباشرة في كل حالة على حدة على اتفاق الطرفين..."

[نقض 22/3/1999 في الطعن رقم 2608 لسنة 67ق].

صياغة اتفاق التحكيم:

إشكاليات الصياغة – من يصوغ (يكتب) اتفاق التحكيم؟

❖ محامي الشركة؟

❖ مهندس العقود؟

❖ محام متخصص في العقود؟

❖؟؟؟

صياغة اتفاق التحكيم:

إشكاليات الصياغة:

❖ إن صياغة العقود والاتفاقات القانونية هي **حرفة من نوع خاص**،

يجب أن يتمتع القائم بها بالمهارات والخبرة والدراية القانونية فيما

يتعلق بالعقد الذي هو بصدد صياغته لأن الخطأ في الصياغة قد

لا تحمد عقباه.

❖ بند منتصف الليل Midnight Clause (!)

صياغة اتفاق التحكيم:

ضوابط الصياغة:

❖ لما كان التحكيم استثناء من الأصل وهو اللجوء إلى القضاء، فانتهى
قضاء المحاكم العربية إلى وجوب تحقق أمرين مهمين في الاتفاق على
التحكيم:

(1) وضوح اتجاه نية الأطراف إلى سلوك سبيل التحكيم على سبيل

الجزم.

(2) أن ينص فيه بوضوح على المنازعات أو أنواع المنازعات المراد

إحالتها إلى التحكيم.

صياغة اتفاق التحكيم:

وضوح نية اتجاه الأطراف إلى سلوك سبيل التحكيم(1):

❖ إذا لم يكن اتفاق التحكيم واضحاً وجازماً في بيان اتجاه إرادة الأطراف

في سلوك سبيل التحكيم والتنازل عن حقهم في التقاضي فإن محكمة

البطلان تقضي بأن "الشرط" ليس شرط تحكيم في المعنى القانوني له،

ويضحي الحكم التحكيمي الصادر إعمالاً له باطلاً لصدوره دون وجود

شرط تحكيم.

صياغة اتفاق التحكيم:

وضوح نية اتجاه الأطراف إلى سلوك سبيل التحكيم(2):

❖ ومن ذلك ما قضت به محكمة استئناف قطر من أن:

شرط التحكيم الذي لا تتعدى سلطة المحكم بمقتضاه اقتراح الحلول

الودية أو التوفيق بين وجهات النظر لا يعتبر اتفاق تحكيم بالمعنى المعتبر

قانوناً الذي يسلب اختصاص المحاكم ويحيل النزاع إلى التحكيم

[استئناف قطر، 29/10/2002 في القضية رقم 348 لسنة 2002].

صياغة اتفاق التحكيم:

وضوح نية اتجاه الأطراف إلى سلوك سبيل التحكيم(3):

❖ وأيضًا ما قضت به محكمة تمييز دبي من أن:

شروط التحكيم الذي نص فيه الطرفان على وجوب مراجعة المحاكم أولاً
بخصوص أي نزاع قبل اللجوء إلى التحكيم "يجعل اللجوء إلى المحاكم
وجوبياً ... ولا يتضمن هذا البند شرطاً تحكيمياً يعبر عن إرادة الطرفين
الجازمة والصریحة في اللجوء إلى التحكيم" وليس في ظروف الحال ما
يدل على قطعية دلالة هذا الشرط في الالتزام باللجوء إلى التحكيم
[تمييز دبي، في الطعن رقم 319 لسنة 2022، الصادر بجلسة 26/9/2022].

صياغة اتفاق التحكيم:

وضوح نية اتجاه الأطراف إلى سلوك سبيل التحكيم(4):

لذا يجب أن تكون صياغة اتفاق التحكيم أو شرطه أو مشارطته منضبطة،

وواضحة، وجازمة تعبر دون لبس أو شك عن انصراف إرادة طرفيه إلى اللجوء إلى

التحكيم، وأن التحكيم في إرادة الطرفين هو بديلٌ عن القضاء الوطني، اختاروه

وسيلةً تحسم بها هيئة التحكيم المنازعات المطروحة عليها بحكم حاسم يقطع دابر

النزاع بين أطراف التحكيم.

صياغة اتفاق التحكيم:

تحديد الموضوعات التي يشملها اتفاق التحكيم (1):

- ❖ استقر القضاء على أن التحكيم سبيل استثنائي لفض النزاعات، وترتب على ذلك أنه لا يُتوسَّع في تفسيره ولا يُتجاوزُ به محلُّ وروده.
- ❖ فيتحدد نطاق شرط التحكيم بالعقد الذي ورد فيه ولا يمتد إلى العقود الأخرى المبرمة بين الأطراف أنفسهم،
- ❖ فلا يمتد شرط التحكيم الوارد في عقد المفاوض العام مع صاحب العمل إلى عقد المفاوض نفسه مع مفاوض الباطن.

صياغة اتفاق التحكيم:

تحديد الموضوعات التي يشملها اتفاق التحكيم (2):

❖ فقضت المحكمة الابتدائية في عُمان بأن:

"شروط التحكيم الوارد في العقد الأصلي لا يسري على العقد من الباطن

ما دام أن هذا العقد الأخير (1) لم يتضمن إحالة إلى العقد الأصلي

(2) في هذا الصدد"

[المحكمة الابتدائية، الدعوى رقم 451/90، جلسة 12/5/1991].

صياغة اتفاق التحكيم:

تحديد الموضوعات التي يشملها اتفاق التحكيم (3):

- ❖ كما يتحدد نطاق شرط التحكيم بالمنازعات المنصوص عليها فيه، شرطاً كان أم مشاركةً،
- ❖ وتفسر عباراته تفسيراً ضيقاً: فلا يمتد شرط التحكيم المنصوص فيه على المنازعات الناشئة عن العقد إلى المطالبات المؤسسة على الإخلال بالمسؤولية التقصيرية،
- ❖ ولا يمتد الشرط الذي يقتصر على منازعات التنفيذ إلى تلك المتعلقة بصحة العقد وبطلانه.

صياغة اتفاق التحكيم:

تحديد الموضوعات التي يشملها اتفاق التحكيم (4):

❖ وقد أعملت الغرفة التجارية في المجلس الأعلى بالمغرب مبدأ التفسير الضيق لاتفاق التحكيم فقضت بأن:

"الشرط المضمَّنُ بالعقد الرابط بين الشركتين ينص على اللجوء إلى التحكيم بخصوص تأويل أو تنفيذ العقد دون المنازعات التي تتجاوز ذلك من فسخ للعقد، فلا يجوز أن يتجاوز [المحکم] ما اتفقت عليه الإرادتان احترامًا لسلطة الإرادة ... وأن التحكيم هو استثناء من هذا الأصل، والقاعدة أن الاستثناء لا يَسُوغُ التوسع في تفسيره، وعلى المحكم أن يحترم إرادة الأطراف".

صياغة اتفاق التحكيم:

تحديد الموضوعات التي يشملها اتفاق التحكيم (5):

❖ لذلك يُنصح دائماً بأن:

- (1) يستخدم الأطراف أحد النماذج النمطية لاتفاق / شرط التحكيم المتاحة من خلال مصادر موثوق بها (مؤسسات التحكيم المعتمدة – المكاتب المهنية المتخصصة في العقود).
- (2) أن تكون صياغة اتفاق التحكيم على يد متخصصين في ذلك لجعله بما يجعله متسعاً بشكل كاف ليشمل جميع المنازعات التي يحتمل أن تنشأ من العقد الذي يراد إبرام اتفاق على التحكيم في شأنه.

صياغة اتفاق التحكيم:

الإحالة إلى شروط نموذجية تتضمن شرط تحكيم (1):

❖ تعترف كثيرٌ من قوانين التحكيم العربية بصحة الاتفاق على التحكيم بالإحالة.

❖ فينص قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 في الفقرة 3 من المادة 10 على أنه:

"ويعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد".

صياغة اتفاق التحكيم:

الإحالة إلى شروط نموذجية تتضمن شرط تحكيم (2):

❖ وقد أعتقد كثير من المشتغلين في مجال العقود في صناعة التشييد أن الاتفاق تطبيق شروط عقد الفيدك النمطية بإحالة عامة تفيد اتفاق الأطراف على فض منازعاتهم عن طريق التحكيم.

❖ لماذا؟

صياغة اتفاق التحكيم:

الإحالة إلى شروط نموذجية تتضمن شرط تحكيم (3):

❖ ذلك أن جميع نماذج عقد الفيديو النمطية ونسخها المتتالية تتضمن

شروطاً لفض النزاعات ينص على التحكيم سببياً لفض النزاعات، وأن

وجود هذا الشرط هو من العلم العام في صناعة التشييد،

❖ لذلك تكفي الإحالة إلى الشروط العامة بعقد الفيديو النموذجي

ليتضمن العقد اتفاقاً على التحكيم.

صياغة اتفاق التحكيم:

الإحالة إلى شروط نموذجية تتضمن شرط تحكيم (4):

❖ ولكن تأتي الرياح بما لا يشتهي السفن، فصدرت أحكامٌ متعددة من

المحاكم الوطنية العربية تقضي بأن الإحالة على وثيقة أو شروط نمطية

لا بد وأن تكون واضحة في أن هذه الإحالة تشمل شرط التحكيم الموجود

في تلك الوثيقة أو تلك الشروط وإلا كان العقد خاليًا من اتفاق صحيح

– قانونًا – على التحكيم.

صياغة اتفاق التحكيم:

الإحالة إلى شروط نموذجية تتضمن شرط تحكيم (5):

❖ فقضت محكمة تمييز دبي بأن: "الإحالة إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم لا يتحقق أثرها إلا إذا تضمنت تخصيصًا لشرط التحكيم الذي تضمنه العقد المحال إليه. فإذا كانت الإحالة مجرد إحالة عامة لشروط هذا العقد دون تخصيص لشرط التحكيم المذكور تخصيصًا يفيد علم الطرفين بوجوده في العقد، فإن الإحالة لا يمتد أثرها ولا يكون التحكيم متفقًا عليه بين أطراف العقد".

[تمييز دبي، الطعن رقم 48 لسنة 2021، طعن تجاري، جلسة 7/4/2021].

صياغة اتفاق التحكيم:

الإحالة إلى شروط نموذجية تتضمن شرط تحكيم (6):

لذلك ينصح دائماً بأنه:

إذا رغب الأطراف في إخضاع منازعاتهم إلى شروط نمطية أو وثيقة ليست

جزءاً من العقد ومستنداته وكانت هذه الشروط تتضمن شرطاً لفض

النزاعات عن طريق التحكيم أن ينصوا صراحة على أن الإحالة تتضمن

شرط التحكيم الموجود في هذه الشروط.

اختيار المحكمين:

❖ كيف أختار المحكم؟

❖ ما هو العمل الذي يقوم به المحكم؟

اختيار المحكمين:

المحكمون ليسوا قضاة ..

بل هم أفراد يتم اختيارهم من قبل الخصوم للفصل في المنازعات التي تحال إليهم، ويحتاجون في عملهم إلى:

➤ دراية فنية متخصصة.

➤ معرفة قانونية.

➤ خبرة في التحكيم.

➤ القدرة على الإنصات والفهم.

اختيار المحكمين:

رئيس هيئة التحكيم **يختلف عن المحكم المسمى/المعين عن الأطراف؛**

➤ هو من يدير الجلسات،

➤ كثيرًا ما ينفرد باتخاذ القرارات الإجرائية وإصدارها،

➤ عادة.. هو من يكتب الحكم،

❖ لذا.. يجب أن تتحقق فيه الصفات الآتية:

القدرة على الإدارة – المعرفة الجيدة بإجراءات التحكيم – القدرة على الصياغة القانونية.

الإعداد للدعوى التحكيمية:

❖ متى يبدأ الإعداد للدعوى التحكيمية؟

- عند نشأة النزاع.
- مع بدء العمل في المشروع.
- قبل بدء العمل.
- عند الاتفاق على التحكيم.

الإعداد للدعوى التحكيمية:

❖ كيف يكون الإعداد للدعوى التحكيمية؟

- صياغة الاتفاق على أقرب نحو لتحقيق المصلحة المرجوة من اللجوء إلى التحكيم.
- الاحتفاظ بسجلات دقيقة ومحدّثة.
- صياغة الخطابات والمطالبات ومحاضر الاجتماعات.
- اختيار مكان التحكيم والإجراءات واجبة التطبيق.
- اختيار المحكمين.

شكرا لمشاركتكم
وحسن استماعكم
والحمد لله رب العالمين..

ملحوظة هامة:
حقوق الملكية الفكرية محفوظة للمؤلفة