راكان الذيابي وشركاؤه
للمحاماة والاستشارات القانونية
Al Thiyabi & Partners Co. For Law & Legal Consultations

التحكيم في عقود المقـــــــاولات

Riyadh – Jeddah – Alkhurma
966591304009 - 966593084009

الموضوع	رقم الصفحة
المقدمة	3
مفهوم التحكيم في القانون	3
الطبيعة القانونية للتحكيم	4
أنواع التحكيم في عقود المقاولات	4 - 5
إجراءات التحكيم فى عقود المقاولات	5
فائدة اللجوء للتحكيم فى عقود المقاولات	6
الخاتمة	7

1 المقـــدمـــــة :

ازداد الاهتمام في الآونة الأخيرة بـ التحكيم في العقود على الصعيد المحلي والدولي، وقد عُرف التحكيم كنظام اختياري لحل المنازعات ويتنوع التحكيم وفقًا لنوع القضايا التي يتم الفصل فيها، ويعد التحكيم وسيلة بديلة وهامة لتسوية النزاعات بين الأطراف المتنازعة، وقد لجأ الكثيرون إلى هذه الوسيلة بدلًا من اللجوء إلى القضاء العادي نظرًا لما يتمتع به التحكيم من مميزاتٍ كالسّرعة والمرونة والسرية، ولأهمية التحكيم في العقود وضع المشرع السعودي نظامًا لتوضيح مفهومه وشروطه وآلية تنفيذه وأيّ المنازعات التي يجوز طرحها أمامه، وعادة ما يلجأ اطراف النزاعات الناشئة عن تنفيذ عقود المقاولات إلى التحكيم نظراً لسهولة قواعد الاثبات الواردة في التحكيم، لذا سوف نوضح في هذا البحث الجوانب الاساسية في التحكيم في عقود المقاولات.

2 مفهوم التحكيم في القانون :

حق قرره القانون للأفراد يخول لهم الاتفاق على إحالة أي نزاع بينهم بالفعل على واحد أو أكثر من الأفراد يسمون محكمين ليفصلوا في النزاع المذكور بدلاً من القضاء المختص». وعرفه أحمد أبو الوفـا بأنه: «الاتفاق على طرح النزاع على شخص أو أشخاص معينين ليفصلوا دون المحكمة المختصة بـه، فبمقتضى التحكيم ينزل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح النزاع على محكم أو أكثر ليفصل فيه بحكم ملزم للخصوم».

3 الطبيعة القانونية للتحكيم:

يتميز التحكيم بخاصتين منفردتين الأولى أن له صفة قضائية والثانية أن أساسه اتفاقي.

أ - الصفة القضائية للتحكيم:

أن أهم واجبات المحكم هي الفصل في النزاع أي إعطاء قرار نهائي يتناول فيه جميع الدفوع المقدمة من المتحاكمين للوصول بالنتيجة إلى قرار يبت في موضوع النزاع بين المتخاصمين وهو بذلك يشبه القضاء ويختلف عن الطرق البديلة لحل النزاعات والوساطة، لأن القرارات التي تصدر عن الوساطة هي اختيارية ليس لها صفة الالتزام أما قرارات المحكمين فهي ملزمة للأطراف كما أن الفصل في نزاع من قبل المحكم عملاً بالقواعد القانونية النافذة يعطي صفة قضائية للتحكيم. هذه باختصار شديد الصفة القضائية للتحكيم الذي يبدأ أساسه باتفاق الأطراف المتعاقدة أو المتنازعة.

ب – الأساس الاتفاقي للتحكيم:

ان الأساس القانوني للتحكيم هو اتفاق الأطراف على ذلك وبهذا يختلف التحكيم عن القضاء بأنه اختياري بينما القضاء إلزامي. وحرية الأطراف في الاتفاق على التحكيم تمتد إلى اختيار المحكمين وفي النزاعات الدولية إلى اختيار لغة ومكان التحكيم والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم والقانون الواجب على موضوعه. كما يمكن للأطراف اختيار هيئة تحكيمية للعودة إليها. وهنا يختلف التحكيم عن القضاء بكل شيء حيث لا مجال في القضاء في اختيار المحكمة (إلا في النزاعات الدولية أو اختيار القاضي أو القانون الواجب التطبيق).

4 أنواع التحكيم في عقود المقاولات :

يتنوع التحكيم – باعتبار اختيار أطراف النزاع له – إلى اختياري، وإجباري:

أ- فالتحكيم الاختياري: هو اتفاق الخصمين على إحالة النزاع الحاصل بينهما على التحكيم بدلاً من القضاء، فهو يتحدد بإرادة الخصمين وقت حدوث النزاع، فيكون لها الخيار بين اللجوء إلى القضاء، أو إلى التحكيم. والتحكيم الاختياري في القانون: قريب من هذا المعنى، فهو يتحقق متى كان للأفراد حرية كاملة في عرض نزاعاتهم على القضاء، أو التحكيم. موضحين في اتفاقهم؛ كيفية قيام التحكيم، وإجراءاته، وكيفية تعيين المحكمين.

ب- وأما التحكيم الإجباري: فهو الالتزام مقدماً بإحالة النزاع الـــذي يحدث في المستقبل إلى التحكيم، إذا كان النزاع من النوع الذي يخضع للتحكيم.
والتحكيم الإجباري في القانون: يختلف مفهومـه عما سبق، فهـو يكـون إجباريـاً إذا انعدمت فيه إرادة الأطراف، سواء فيما يتعلق باللجوء إليه، أو فيها يتعلق باختيار الجـهة التي تباشره، ويصبح التحكيم نظاماً مفروضاً عليهم، وفي معظـم الأحيان يطبق التحكيم الإجبـاري بنـاء على قاعدة آمـرة تتعلق بالنـظام العـام، والتـي لا يجـوز الاتفـاق على مخالفتها. وهو بهذا المعنى يأخـذ صورتيـن، وهما: الصـورة الأولى: أن يكتفي المشـرع بفرض التحكيم، ويترك للخصـوم حرية اختيار المحكـم، وتعيين إجـراءات التحكيم.
والصورة الثانية: أن يتدخـل المشـرع فيضـع تنظيماً إلزاميـاً لإجـراءات التحكيم ككل، فلا يكون لإرادة الخصوم أي دور في التحكيم.

5 إجراءات التحكيم فى عقود المقاولات :

ويتعين هنا التفرقة بين حالتين :

أولاً: أن يكون التحكيم مؤسسياً :

وفى هذه الحالة لا يكون العقد فقط هو شريعة المتعاقدين بخصوص شرط أو مشارطة التحكيم خلاف المبدأ المتبع عملاً وقانوناً ، لأن في التحكيم المؤسسي يكـون الضابط لكافة ما يخص العملية التحكيمية هو قواعد المركز، وتكون تلك القواعد مشتملة على تحديداً دقيقاً لكل ما يخص التحكيم بين أطراف العقد فى حالة نشوب أي نزاع ، كما أنه ينظم إجراءات تلك العملية التحكيمية تنظيمـاً تامـاً ومعـداً بشكل مسبق ، فاذا اتـفق أطراف العقد على أن يكون التحكيم طبقاً لذلك التقنين ، لا يجـوز بعد ذلك الخـروج على نصوصه وتنظيماته .

ثانياً: أن يكون التحكيم حراً :

وعلى الرغم من أننا لا ننصح بأن يكون التحكيم حراً إلا أنه فـي التحكيم الحـر يكون هناك قدر أكبر من الحرية لأطراف التعاقـد ليحـددوا كثيـراً من إجـراءات وشكل الاتفـاق على اللجوء للتحكيم ولكن بالطبع يكـون ذلك دون التعـارض مع القـانون فى دولـة مكان التحكيم لو ورد به نصاً ملزماً لتنظيم إجراء او أكثـر من اجراءات التحكيم بحسب الأحـوال ، ويمكن تحديد المحكمين الذين يتم الاستعانـة بهم أيضاً فى تلك العملية بتضمين ذلك بشرط او مشارطة التحكيم ، أما إذا وقع نزاع ونحن بصدد تحكيماً حـراً ولم يتفق الطرفان على اختيار المحكمين ، فلـو كـانت هيئـة التحكيم تتشكـل من محكـم واحـد تتولى المحكمة اختياره بناء على طلب أي من الأطراف ، ولو كـانت هيئـة التحكيم تتكـون من ثلاثة محكمين يختار فى هذه الحالة كل طرف مـن الأطـراف محكـم عنـه ثـم يتـفق المحكمان بعد اختيارهما على اختيار المحكم الثالث ، كمـا أن فى حـالة لو لم يعين أي من الاطراف المحكم الخاص به خلال الثلاثون يوماً التالية لتسلـم الطلب بذلك من الطرف الطالب ، أو في حالة عدم اتفـاق المحكمـان اللذان تـم اختيارهمـا على اختيار المحكم الثالث خلال الثلاثون يوماً التالية ليوم تعيين الاخير منهما ، تتولى المحكمة اختيار المحكم بناء على طلب أي من الاطراف ، وفى كل الأحـوال يجب ان يكون عدد المحكمين الذيـن تقوم بتعيينهم المحكمة مساوياً للعدد الذي تم الاتفاق عليه فيما بين أطراف العقد.

6 فائدة اللجوء للتحكيم في عقود المقاولات:

يعد اللجوء للتحكيم فى عقود المقاولات ذو أهمية كبيرة ، حيث يعتبر الحل الاسرع للوصول إلى حكم فاصل فى حالة وقوع نزاع بين اطراف العقد ، ولما يتميز به التحكيم من مرونة بجانب السرعة والسرية وتوافر الخبرة فى اصدار الرأي والحكم لانهاء أي نزاع قد ينشب بين الاطراف حول تنفيذ بنود التعاقد، لذا يبحث اطراف النزاع فى عقود المقاولات عن محكمين من ذوي الخبرة الهندسية للفصل فى موضوع النزاع المطروح ، وقد يكون تحديد اللجوء للتحكيم بين أطراف التعاقد من خلال بند متضمن بعقد المقاولات نفسه ، وفى هذه الحالة يسمى " شرط التحكيم" ، وقد يكون الاتفاق على التحكيم من خلال ما يسمى ايضاً ب " مشارطة التحكيم" ، والفرق الجوهري بينهما انه يتم تضمين "شرط التحكيم" ببنود العقد - مع مراعاة الوضع الخاص لهذا البند عن باقي بنود العقد - حيث يجوز أن يتفق أطراف التعاقد على اللجوء للتحكيم فى حالة حدوث أي نزاع حول تنفيذ العقد وفي هذه الحالة يكون الاتفاق سابقاً على نشوب النزاع، أما "مشارطة التحكيم" تكون بوثيقة مستقلة يمكن الاتفاق عليها بين الأطراف والتوقيع على ما جاء فيها بعد وقوع النزاع بالفعل وهذا ما يميز بين الطريقتين فى اللجوء للتحكيم ، وجدير بالذكر أن التحكيم يتميز أيضاً بقدر أكبر من السهولة بخصوص "الإثبات" للوقائع والمستندات دون التقيد باجراءات خاصة بهذا الصدد كما هو الحال فى اللجوء للقضاء العادي .

7 الخاتمة ، خلاصة :

من أهم الخصائص التي تميز شرط التحكيم في العقود أنه ذو طبيعة إنشائية، حيث أنه يصدر وضعًا قانونيًّا مستقلًّا بذاته، كما أنه ينظم إجراءات عملية التحكيم ويكون بإرادة المتعاقدين، في العقد الأساسي، ويلزمهم باللجوء إلى التحكيم في فض المنازعات الناشئة عن العقد. وأن ما يميز البند المتضمن لشرط التحكيم عن باقي بنود العقد هو أن البند الذى يحتوي على شرط التحكيم ليس بنداً عقدياً موضوعياً ، بل بنداً إجرائياً فى الواقع وله طبيعة قانونية خاصة أيضاً ، فهو يعد بنداً مستقلاً لا يتأثر بباقي بنود العقد ولا بالعقد ككل إلا فيما يتعلق باختصاصه ، أما من ناحية وجوده وقوته فهو بند مستقل بشكل تام ، ويمكننا اعتباره عقداً بداخل عقد ، وكأن العقد الذى يتضمن شرط تحكيم هو فى حقيقته عقدان تجمعهما وثيقة واحدة .

ويمكن أن يتم الاتفاق على التحكيم بصورة لاحقة لقيام النزاع من خلال وثيقة مستقلة تسمى " مشارطة التحكيم" وأهم ما يميزها أنها قد يتم إنشاؤها وتوقيعها بين الأطراف بعد وقوع النزاع، ولو كان ذلك النزاع معروضاً على القضاء للفصل فيه وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق الوارد بالوثيقة المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق برمته باطلاً.

وفي حال عدم اتفاق المحكمين على رئيس التحكيم يتقدم صاحب المصلحة باستدعاء إلى محكمة الاستئناف يشرح فيها ما تم التوصل فيه ويطلب تسمية رئيس هيئة التحكيم.

يمكن في كل الأحوال الاتفاق على التحكيم في أي مرحلة من مراحل العقد أو حتى عند وقوع الخلاف بشرط أن يكون الاتفاق مكتوب وموقع من الأطراف المتنازعة ويحدد فيه الخلاف القائم.