الأساليب البديلة لفض المنازعات

Alternative methods of dispute resolution

الدكتور: محمد علي المليجي

كلية القانون – بكالوريوس قانون

المحاور:

أولاً- مفهوم التحكيم ومبرراته

ثانياً- الشروط الموضوعية للتحكيم

ثالثاً الشروط الشكلية للتحكيم.

أنواع التحكيم.

المخرجات المتوقعة من الدرس

1- معرفة مفهوم التحكيم كأحد الوسائل البديلة لتسوية النزاعات.

2- معرفة الشروط الشكلية والموضوعية لأدراج شرط التحكيم.

3- التعرف على آليات اجراء التحكيم وتميز حكم التحكيم عن الحكم القضائي.

المقدمة

على الرغم من وجود الطرق القضائية (الوطنية و الدولية) لتسوية منازعات عقود الاستثمار، فإن الطرف الأجنبي غالباً ما ينظر إلى التحكيم بوسفه الوسيلة الأفضل لتسوية المنازعات التي تنشأ بينه وبين الدولة المتعاقدة ، ويعود السبب في ذلك إلى الانتقادات الموجهة إلى طرق التسوية الأخرى

في حين نجد في الجانب الأخر الكثير من المزايا التي يحظى بها التحكيم و دوره الفعال في تسوية المنازعات الناشئة عن عقود الاستثمار، و كذلك تلافيه لغالبية الانتقادات الموجهة إلى الطرق الأخرى ، مما جعله يشكل أهم وسيلة من وسائل التسوية.

حقوق العامل

أولاً-تعريف التحكيم

عرف الفقه التحكيم بأنه : (نظام قانوني يتم بواسطته الفصل بحكم ملزم ، في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص من الغير ، يستمدون مهمتهم من اتفاق أطرف النزاع).

كما عرفه البعض ،(اتفاق بين طرفين أو أكثر على تفويض هيئة التحكيم من شخص أو أكثر للفصل في نزاع بينهم بحكم ملزم) في حين أن المشرع السوري عرفه (أسلوب اتفاقي قانوني لحل النزاع بدلاً من القضاء سواء أكانت الجهة التي ستتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركزاً دائماً للتحكيم أم لم تكن ذلك).

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في سورية بأن (التحكيم وسلة لحل الخلافات ووليد إرادة الطرفين المتعاقدين ويتحدد مداه على أساس المشارطة الواردة في العقد أو في صك التحكيم أو في النص القانوني النافذ)

مفهوم التحكيم ومبرراته

عند دراسة و تحليل التعاريف السابقة نلاحظ الآتي :

1-التحكيم عبارة عن اتفاق بين المتخاصمين يتم بإرادتهم ، فليس لغيرهما أن يفرض عليهما اللجوء للتحكيم.

2-التحكيم وسيلة بديلة لحسم النزاع بين طرفين بحكم ملزم يحل محل الحكم القضائي في تحقيق الحماية للحق المتنازع عليه

3-أن من يتولى الفصل في المنازعة طرف أجنبي عن المتنازعين ويسمى المحكم و له ولاية خاصة على المتنازعين وأن لحكمه بعد إكساءه صيغة التنفيذ ذات القوة التي لحكم القاضي.

4-أن التحكيم يجب أن لا يتجاوز متعلقات النظام العام.

مفهوم التحكيم ومبرراته

هذا و أن للتحكيم صورتين ، وهما شرط التحكيم و مشارطة التحكيم. فيقصد بالأول : النص الوارد المتفق عليه ضمن نصوص و بنود العقد ، بحيث يقرر الطرفان بمقتضاه اللجوء إلى التحكيم بوصفه وسيلة لحسم المنازعات التي قد تنشأ مستقبلاً بين الطرفين بشأن العقد المبرم بينهما .أما الثاني : فهو اتفاق يتم إبرامه بين الطرفين بشكل منفصل عن العقد الأصلي ، وذلك بغية اللجوء إلى التحكيم حول نزاع قائم بينهما.

فالفرق بينهما واضح؛ إذ أن الطرفين إذا كانا قد اتفقا على التحكيم أثناء إبرام العقد كأي بند آخر من بنوده ، فيسمى ذلك شرط التحكيم ، أما إذا نشأ النزاع بينهما ثم اتفقا على اللجوء إلى التحكيم فيطلق على ذلك مشارطة التحكيم.

فحص سريع

أجب بصح او خطأ عما يلي:

يقصد بشرط التحكيم أن يوجد شرط اللجوء للتحكيم بالعقد؟

يجب أن يكون المحكم على معرفة شخصية ومتينة بالطرفين المتنازعين؟

الشروط الموضوعية للتحكيم

لا بد لصحة اتفاق التحكيم أن تكون الشروط الموضوعية متوفرة و تتمثل هذه الشروط في ضرورة توافر التراضي الصحيح و أن يكون هذا التراضي مبنياً على محل ممكن و مشروع وأن يستند إلى سبب مشروع. ونعرض هذه الشروط في ثلاثة عناصر تباعاً:

أ- الرضا الصحيح :

يعد الرضا أول شرط موضوعي لصحة اتفاق التحكيم ويعني تطابق إرادتين و اتجاههما إلى ترتيب آثار قانونية تبعاً لمضمون الاتفاق ، فلا بد أن يتطابق الإيجاب و القبول و يتلاقيان على اختيار التحكيم اختياراً حراً كوسيلة لحسم المنازعات التي تثور بشأن العلاقة الأصلية بين طرفي العقد ، فيجب أن تتقابل إرادة الأطراف على اتخاذ التحكيم وسيلة لفض النزاع الناشئ أو الذي سينشأ بينهما، وإذا تعلق الأمر بشرط التحكيم سيكون مدار البحث عن الرضا متعلق بالتحقق من تطابق إرادة الأطراف بشأن شرط التحكيم كأحد شروط العقد ، أما إذا تعلق الأمر بمشارطة التحكيم ، فسيكون التحكيم هو محل هذا الاتفاق ، وليس مجرد بند أو شرط في القعد أو العلاقة القانونية الأصلية.

الشروط الموضوعية للتحكيم

ب- السبب:

يعد هذا الشرط ضرورياً ولازماً لتكوين اتفاق التحكيم أسوة بأي عقد آخر ، فاتفاق الأطراف على التحكيم يجد سببه في إرادة الأطراف على استبعاد طرح النزاع على القضاء و تفويض الأمر للمحكمين

وهذا سبب مشروع دائماً، ولا تتصور عدم مشروعيته إلا إذا ثبت أن المقصود بالتحكيم التهرب من أحكام القانون الذي كان سيطبق ، في حال طرح النزاع على القضاء نظراً لوجود قيود أو التزامات معينة يرغب الأطراف في التخلص منها ، و بالتالي نكون أمام حالة من الغش نحو القانون فيكون التحكيم وسيلة غير مشروعة.

الشروط الموضوعية للتحكيم

ولكون التحكيم طريق استثنائي لحل المنازعات بين الأطراف فلا بد أن يكون سببه مشروعاً ، حتى يحقق التحكيم الهدف المرجو منه. ويجب عدم الخلط بين السبب غير المشروع و المحل غير المشروع ، فالأول يقضي البحث عن إجابة السؤال لماذا لجأ الأطراف للتحكيم ؟ ، أما الثاني فيتعلق بتحديد الموضوع المراد تسويته و هل هو مشروع أم لا ؟

الشروط الموضوعية للتحكيم

ج- المحل : و يعني أن يكون النزاع قابلاً للتسوية بطريق التحكيم ، حيث يقصد بمحل اتفاق التحكيم موضوع المنازعات التي يشملها اتفاق التحكيم والتي ينص على حلها بطريق التحكيم ، وفي بعض الأحيان لا يتضمن الاتفاق الإشارة إلى النزاع في موضوع معين ، كأن يقال إن جميع المنازعات التي ستنشأ عن تنفيذ هذا العقد يصار إلى حلها بالتحكيم ، هذا في حال إدراج شرط التحكيم في العقد.

أما في حال عدم وجود مثل هذا الشرط فاتفاق التحكيم (مشارطة التحكيم) ، يتم بعد نشوء الخلاف أو النزاع ، وفي هذه الحالة يكون موضوع النزاع معروفاً و يمكن تحديده بدقة.

ثالثاً- الشروط الشكلية في اتفاق التحكيم:

تتمثل الشروط الشكلية في اتفاق التحكيم بضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً ، حيث يعد اتفاق التحكيم صحيحا في إطار المبادئ العامة إذا أبرم حسب ما يطلبه القانون الوطني ، وهو في الغالب مكا، إبرام العقد ، أو القانون الذي يحكم الموضوع ، أو قانون الموطن المشترك إذا اتحدا موطناً ، أو قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين.

ومعظم قوانين التحكيم العربية نصت على ضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً ، ومن هذه القوانين قانون التحكيم المصري رقم 27 لعام 1994حيث أضاف وسائل الاتصال الإلكترونية الحديثة بنصه في المادة 12 منه على أنه (يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً و إلا كان باطلاً ، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان ، أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة).

ثالثاً- الشروط الشكلية في اتفاق التحكيم:

و نعتقد بإمكانية تبادل الطرفين للرسائل أو البرقيات عن طريق الفاكس أو التلكس أو البريد الإلكتروني ليكون اتفاق التحكيم مكتوباً حسب القانون المصري ، رغم عدم الإشارة الصريحة لهذه الوسائل في المادة السابقة ، و لكن بالتأكيد مشمولة بعبارة (أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة).

وعلى نفس المضمون أيضاً جاء قانون التحكيم التونسي عدد42 لعام 1993 في الفصل 6 منه ، و قانون التحكيم الأردني رقم 16 لعام 2018 في المادة 10 منه.

و نعتقد بأن التوجه الحديث في القوانين التي تنظم التحكيم ، هو التوسع في مفهوم الكتابة ، بحيث يشمل ذلك وسائل الاتصال الحديثة

أنواع التحكيم

ينقسم التحكيم من حيث الجهة القائمة بالتحكيم إلى تحكيم حر و تحكيم مؤسساتي ، فالتحكيم الحر هو التحكيم الذي يتم فيه إسناد حل المنازعات إلى أشخاص يتم اختيارهم بصفة إرادية من قبل الأطراف المتعاقدة ، أما التحكيم المؤسساتي فيقصد به التحكيم الذي يجري تحت رعاية و إشراف إحدى مؤسسات و مراكز التحكيم الدائمة ، وطنية كانت أم دولية ، فالخصوم في هذا النوع من التحكيم لا يحددون سلفاً قواعد الإجراءات وليس أمامهم سوى أن يختاروا الهيئة أو المركز الذي يرتضونه ومتى اتفقوا على تحديد الهيئة الدولية أو المركز عليهم أن يذعنوا لقواعد الإجراءات المقررة في لوائح هذه الهيئات و المراكز.

امتحان سريع

أجب بصح او خطأ عن الأسئلة التالية:

اتفاق التحكيم عن طريق الواتس اب جائز؟

يمكن وضع شرط التحكيم لحل نزاع حول صفقة تهريب مخدرات؟

أنواع التحكيم

عملاً بنص المادة 95 قانون عقوبات يجب على العامل ان يحافظ على ما يسلمه إليه صاحب العمل من أدوات او أجهزة او مستندات او اية أشياء أخرى، وان يقوم بجميع الاعمال اللازمة لسلامتها، وان يبذل في ذلك عناية الشخص المعتاد. واذا هلكت الأشياء المسلمة له بسبب قيامه بالعمل، كان لصاحب العمل أن يقتطع من اجر العامل المبلغ اللازم لإصلاحها او استبدالها بغيرها، في الحدود التي نص عليها المشرع.

إجابة الاختبار

إجابة السؤال الأول: الإجابة خاطئة.

إجابة السؤال الثاني: الإجابة خاطئة.

أنواع التحكيم

أما عن موقف عقود الاستثمار الدولية، فإننا نجد أن العقود الأوائل المبرمة بين الدول المضيفة و الشركات الأجنبية ، كانت تتبنى التحكيم الخاص و ليس المؤسساتي و السبب في ذلك واضح؛ إذ أن هذه الهيئات و المراكز التحكيمية الموجودة في الوقت الراهن لم تكن قد أنشئت بعد.

أما عقود الاستثمار الحديثة، فقد ذهبت الغالبية العظمى منها إلى تبني التحكيم المؤسساتي ، فعلى سبيل المثال نصت المادة 21 من عقد امتياز التنقيب عن البترول بين الشركة الألمانية للنفط و شركة رأس الخيمة الوطنية للبترول بعام 1987 على أن (جميع المنازعات التي تنشأ بخصوص تفسير هذا العقد أو تطبيقه ستتم تسويتها بموجب قواعد التوفيق و التحكيم لغرفة التجارة الدولية وذلك بموجب ثلاثة محكمين يعينون بموجب هذه القواعد).

أنواع التحكيم

ولعل السبب في انحسار التحكيم الحر بعد ظهور التحكيم المؤسساتي يمكن في إنشاء عدد غير قليل من هيئات التحكيم الدائمة و الترويج لها من قبل المؤيدين للتحكيم ، ومنها محكمة التحكيم الدائمة التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس ICC، و المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار في واشنطن ICSID، و المركز الدولي لحسم المنازعات التابع لجمعية التحكيم الأمريكي AAA.

المراجع

الوسائل البديلة في تسوية النزاعات الدولية، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة دمشق، الباحث محمد علي المليجي.

انتهت المحاضرة