

الطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيم في القانون الجزائري
 نبیة بومعزة
 كلية الحقوق
 جامعة باجي مختار - عنابة

ملخص

تكتسي اتفاقية التحكيم أهمية قصوى، حيث تعدّ الحجر الأساسي للخصومة التحكيمية. وقد تبني المشرع الجزائري صورتين لاتفاقيات التحكيم لكي يمنح للخصوم حق اللجوء إلى التحكيم، إذا ثار نزاع بينهما سواء كان سابقا أم لاحقا على الاتفاق. كما حاول المشرع تحديد مضمون اتفاقيات التحكيم بغرض منع الخصوم من التهرب من التزاماتهم. لذلك سيركز هذا المقال على مسألتين، تتعلق الأولى بصور ومضمون اتفاقية التحكيم، أما الثانية فتخص الطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيم.

الكلمات المفتاحية: التحكيم، التحكيم التجاري، الاتفاقيات الدولية.

Résumé

Les conventions d'arbitrage revêtent une importance cruciale, du fait qu'elles constituent la pierre angulaire de la procédure arbitrale. Le législateur algérien a choisi deux formes de conventions d'arbitrage pour permettre aux litigants de recourir à l'arbitrage, en cas de litige antérieur ou postérieur à l'accord. Le législateur a essayé de donner un contenu aux conventions d'arbitrage, pour ne pas permettre aux litigants d'échapper à leurs obligations. Reste posée la question de la nature juridique de ces conventions d'arbitrage. Seront examinés successivement :

- la forme et le contenu de la convention d'arbitrage
- la nature juridique de la convention d'arbitrage

Mots clés : l'arbitrage, l'arbitrage commercial, conventions internationales.

Abstract

The arbitration agreement is of great importance when an arbitral dispute occurs. The Algerian legislator adopted two forms of arbitration agreement in order to give the litigants the right to refer the matter to arbitration. He also attempted to determine the content of the arbitration agreement so as to prevent the litigants dodging their obligations. This article will discuss both the form and content of the arbitration agreement and its legal aspect.

Keywords : the arbitration, commercial arbitration, international agreements.

المقدمة

1- شرط التحكيم :

La clause
compromissoire

تنص المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على ما يلي "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على تحكيم داخلي". كما تنص المادة 1040 على أن "اتفاقية التحكيم تسري على النزاعات المستقبلية".

يتبين من التعريفين أن شرط التحكيم هو اتفاق مكتوب بين طرفين في عقد يتعهدان بمقتضاه أن يخضعوا للتحكيم المنازعات التي يحتمل أن تنشأ عن العقد. يرد شرط التحكيم على أي نزاع قد يحدث بين الأطراف في المستقبل بمناسبة تفسير العقد الذي تضمنه، أو تنفيذه. فلا يرد على نزاع معين⁽⁴⁾، ويرد شرط التحكيم عادة في العقد الأصلي المبرم بين أطرافه كبند من بنود العقد وقد يكون منفصلا بحيث يرد في عقد لاحق يكون مبرم بينهما⁽⁵⁾، ونكون هنا بصدد اتفاق التحكيم.

2- اتفاق التحكيم : Le compromis

نصت المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أن "اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على تحكيم داخلي". كما نصت الفقرة الأولى من المادة 1040 من نفس القانون على أنه "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة تحكيم دولي". يدل هذا على اتفاق التحكيم في التحكيم الدولي، بينما المادة 1011 فإنها تخص التحكيم الداخلي.

يقصد باتفاق التحكيم الاتفاق المبرم بين الخصوم في نزاع معين قائم بينهم بالفعل يلتزمون بمقتضاه

حدد قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد⁽¹⁾ في الفصل الأول من الباب الثاني المتعلق بالتحكيم الداخلي المقصود من اتفاقيات التحكيم، فبين أنها تشمل شرط التحكيم⁽²⁾ و اتفاق التحكيم⁽³⁾. تأكيداً لذلك نصت المادة 1040 بخصوص التحكيم التجاري الدولي على أنه: "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية". إن المقصود من النزاعات القائمة هي اتفاقية التحكيم والنزاعات المستقبلية هي شرط التحكيم.

إن اتفاقية التحكيم هي عقد يبرم بين الأطراف المتعاقدة من أجل التملص من العدالة التابعة للدولة، وعليه فإنها تشكل أساس الخصومة التحكيمية، ليس هناك تحكيم من غير وجود اتفاقية التحكيم.

تتمحور الإشكالية حول شروط صحة اتفاقية التحكيم، قابلية اللجوء إلى التحكيم، القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم واستقلاليتها، صور ومضمون والطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيم. من بين هذه المسائل تم الاختيار على صور و مضمون اتفاقية التحكيم (المطلب الأول) وطبيعتها القانونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: صور ومضمون اتفاقيات التحكيم.

تعتبر اتفاقيات التحكيم الحجر الأساس الذي يمنحه العقد للأطراف اللجوء للتحكيم دولياً أو داخلياً لحل نزاعاتهم، حيث تعكس موقف الأطراف في حل النزاع سواء عن طريق التحكيم الداخلي أو الدولي وترتب آثاراً مهمة بالنسبة لمصير العقد. وعليه وجب النظر في صور اتفاقية التحكيم (الفرع الأول) ومضمون اتفاقية التحكيم (الفرع الثاني).

الفرع الأول : صور اتفاقيات التحكيم

عرف المشرع الجزائري اتفاقيات التحكيم في صورتين متباينتين هما شرط التحكيم واتفاق التحكيم.

- في التحكيم الداخلي:

حددت المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الأولى موضوعات اتفاقية التحكيم الداخلي والمتمثلة في الحقوق التي للأشخاص مطلق التصرف فيها.

أما الفقرة 2 و3 من نفس المادة تمنع الاتفاق على التحكيم الداخلي في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص والأهلية، ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية. وهذا يعني أن الأشخاص المعنوية العامة لا يجوز لها اللجوء إلى التحكيم الداخلي.

- في التحكيم الدولي:

تعرض على التحكيم الدولي موضوعات النزاع المتعلقة بالمصالح الاقتصادية بين دولتين. وتلجأ الأشخاص المعنوية العامة الجزائرية إلى التحكيم الدولي إذا تعلق الأمر بالصفقات العمومية التي يكون طرفها شخص أجنبي، هذا ما ورد في الفقرة 3 من المادة 1006. كما تنص المادة 1039 من نفس القانون على مايلي: "يعد التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

ضف إلى ذلك أن المادة 975 من نفس القانون قد أكدت على أن الأشخاص المعنوية العامة لا تجري تحكما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية .

قد أصبح اللجوء إلى التحكيم أمرا عاديا، وقد أصبحت القاعدة في التجارة الدولية، التي تشارك فيها الأشخاص المعنوية أن تتضمن العقود شرطا تحكما (9).

على عرض النزاع على محكم أو محكمين يختارونهم للفصل فيه بدلا من المحكمة المختصة⁽⁶⁾. يتبين من ذلك أن اتفاق التحكيم يأتي بعد إبرام العقد.

ما يلاحظ هو أن المشرع الجزائري لم يأخذ بالفرقة بين الصورتين شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم في نوعي التحكيم الداخلي أو الدولي.

في الواقع فإن شرط التحكيم كثيرا ما يدرج في العقد بل أصبح هذا الشرط هو القاعدة في ميدان التجارة الدولية، حيث أن الغالبية العظمى من قضايا التحكيم، وخاصة الدولي تنشأ استنادا إلى شرط التحكيم سابق على النزاع وقليلة تلك القضايا التي تنشأ في مجال التحكيم الدولي استنادا إلى اتفاق لاحق على نشوء النزاع⁽⁷⁾. يعبر عن اتفاق التحكيم في معظم الدول العربية بعبارة - مشاركة التحكيم-⁽⁸⁾. يتعلق الأمر بشرط التحكيم أو اتفاق التحكيم فهل هناك فرق بينهما بخصوص مضمونهما؟

الفرع 2 : مضمون اتفاقية التحكيم

حددت المادتان 1008 و 1012 مضمون اتفاقية التحكيم. و من ثمة ينبغي الوقوف عند تعيين موضوعات النزاعات (أولا) و تعيين الجهة التحكيمية (ثانيا).

1- تعيين موضوعات النزاع :

إن تعيين محل المنازعة يسمح بمعرفة طبيعة المسائل المتنازع فيها، والتي استبعدت عن اختصاص المحاكم العادية. وتختلف موضوعات النزاع باختلاف نوع التحكيم . غير أن المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاءت مشتركة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي من حيث موضوعات النزاع.

التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم."

في التحكيم الدولي :

تنص المادة 1041 "يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم و شروط عزلهم أو استبدالهم".

في حالة وجود صعوبة في تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم فإن للطرف الذي يهمله التعجيل أن يرفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر. أما إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قانون الإجراءات الجزائري فان الأمر يرفع إلى رئيس محكمة الجزائر⁽¹¹⁾. يستنتج من المادة الخاصة بالتحكيم الدولي إنه يجوز الأخذ بأحد النظامين للتحكيم، التحكيم الحر أو التحكيم المؤسسي.

يبقى لأطراف الحق في اللجوء إلى رئيس المحكمة المختصة لتعيين أعضاء التحكيم المكلف بالفصل في النزاع. أما في اتفاقية التحكيم الداخلي فإن حق التعيين إذا تبين أن هناك صعوبة، يعود لرئيس المحكمة وليس بطلب من أطراف الاتفاقية، لكن كيف تفصل المحكمة في موضوع التعيين دون أن يطلب منها ذلك. يبقى السؤال المطروح هو معرفة كيف يتم اللجوء إلى المحكمة لتعيين هيئة التحكيم في حالة وجود صعوبة التعيين؟

إذا كانت اتفاقية التحكيم تشمل شرط التحكيم واتفاق التحكيم (مشارطة التحكيم) في التحكيم الداخلي

والتحكيم الدولي فما هي طبيعتها القانونية؟

لا يبيث المحكم إلا في المسائل التي عين من أجلها، ولذلك يقع باطلا الحكم الذي يصدره المحكمون دون اتفاقية التحكيم.

2 - تعيين الجهة التحكيمية :

تختلف الجهة التحكيمية تماما على حسب اختيار الأطراف إذا كان المحكم خارج عن أي نظام مؤسسي فنقول أننا بصدد تحكيم حر، وتعيين المحكم أو المحكمين وفق هذا النظام يقوم أساسا على إرادة الأطراف المتنازعة التي تتمتع بحرية مطلقة في تحديد عدد المحكمين والشروط الواجب توافرها وطرق تعيينهم .

أما النوع الثاني من التحكيم وهو التحكيم المؤسسي الذي تتولى مؤسسة التحكيم تنظيمه طبقا لنظامها . إن هذا النوع من التحكيم كرسه اتفاقيات دولية ومن أهمها اتفاقية واشنطن لسنة 1965 المتعلقة بفض النزاعات الناتجة عن الاستثمارات بين دول ورعايا دول أخرى⁽¹⁰⁾.

في التحكيم الداخلي.

تنص المادة 1008 فقرة 2 "يجب أن يتضمن شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين، أو تحديد كفاءات تعيينهم ". إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم، بفعل أحد الأطراف

أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، في هذه الحالة قد يعيّنهم رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه وإذا كان شرط التحكيم باطلا أو غير كاف لتشكيل محكمة التحكيم يتحقق رئيس المحكمة من ذلك ويصرح بعدم التعيين .

نفس المسألة واردة بالنسبة لاتفاق التحكيم حيث تنص المادة 1012 فقرة 2 "يجب أن يتضمن اتفاق

يتمتعان بالأهلية اللازمة لعقده، وأن تكون إرادة كل منهما سليمة أي خالية من العيوب التي تقسدها وهذا شرط للصحة⁽¹⁴⁾.

الفرع الأول: أركان عقد اتفاقية التحكيم

1- ركن الرضا :

يقصد به توافق الإرادتين أو التراضي، ولهذا المعنى، يقال أن العقد يتم بمجرد رضا العاقدين أو أن رضا العاقدين هو أهم ركن من أركان العقد⁽¹⁵⁾. إن عنصر الإرادة في العقد من أهم عناصره التي يقوم عليها، والتعبير عن الإرادة الذي يفيد قبول التحكيم كوسيلة لحل النزاع بين الأطراف، يصدر بالضرورة عن أشخاص معينين، وهنا تثار مسألة التأكد من أهليتهم لإبرام هذا النوع من التصرفات. وبالرجوع إلى المادة 1006 يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها. يتضح من هذا النص أن الأهلية المطلوبة لصحة اتفاقية التحكيم هي أهلية التصرف. هذا إذا كان أطراف النزاع أشخاص طبيعيين⁽¹⁶⁾. أما إذا كان طرفي النزاع شخص اعتباري أي شخص معنوي كالشركات مثلا، لها الشخصية القانونية فلها أهلية الوجوب و لها حق التقاضي ومن ثمة فإن الممثل القانوني لهذه الأشخاص الاعتبارية هو الذي يعبر عن إرادتها في كافة التصرفات ومنها اتفاقية التحكيم⁽¹⁷⁾.

كما تنص المادة 60 من القانون المدني " إن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة..." .

وجوب الكتابة في اتفاقية التحكيم وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- في التحكيم الداخلي تنص المادة 1008 فقرة 1 "يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيم

إذا كانت اتفاقية التحكيم هي الأساس الذي يقوم عليه التحكيم فإن القرار الصادر عن المحكم بحل المنازعة ليس إلا انعكاس لهذه الاتفاقية ومن ثم لا بد أن تتخذ الصفة التعاقدية . ولقد أيدت محكمة النقض الفرنسية.

وأكدت الطبيعة التعاقدية للتحكيم بشكل صريح في حكمها الشهير الصادر في 1937/7/27 حيث نصت على ما يلي: "إن قرارات التحكيم الصادرة على أساس مشارطة التحكيم تكون وحدة واحدة مع هذه المشاركة وتشارك معها في صفتها التعاقدية"⁽¹²⁾.

إن اتفاقية التحكيم عقد يتم باتفاق الأفراد و يعتبر مظهر لسلطان إرادتهم. واستعمالا منهم لحقهم في اللجوء إلى نظام التحكيم. وللتأكد من تلك الصفة التعاقدية لا بد أن نوضح أحكام العقد ونسقطها على اتفاقية التحكيم وفقا للتشريع الجزائري .

تنص المادة 54 من القانون المدني الجزائري على أن " العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"، كما تنص المادة 1007 " شرط التحكيم هو الاتفاق....." كذلك المادة 1011 " اتفاق التحكيم هو الاتفاق.....".

وتعتبر اتفاقية التحكيم عقد من عقود القانون الخاص شأنها في ذلك شأن أي عقد آخر وتظل اتفاقية التحكيم من طبيعة إرادية خالصة⁽¹³⁾.

ومن خلال هذه الأحكام الواردة في القانون الجزائري، يمكننا دراسة أركان العقد ومدى توافرها في اتفاقية التحكيم. للعقد ثلاثة أركان أو شروط انعقاد وهي:

الرضا، المحل والسبب. كما يلتزم فوق ذلك حتى يكون العقد صحيحا، أن يكون كل من طرفيه

وفي التحكيم الداخلي مشروعية المحل أن لا يكون محل النزاع من الموضوعات التي استبعدتها المادة 1006 السابقة الذكر.

أما في التحكيم الدولي فإن مشروعية المحل أن يتعلق موضوع النزاع بمصالح اقتصادية بين دولتين على الأقل وكذلك المواد التي استبعدتها المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

ب - شرط التعيين :

يشترط في محل الالتزام أن يكون معيناً أو على الأقل قابلاً للتعيين وهذا ما نصت عليه المادة 94 من القانون المدني الجزائري " إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً " .

وبالنسبة لاتفاقية التحكيم فإن محل الالتزام هو موضوع النزاع الذي تم تحديده في الاتفاقية، حيث أن طبيعة الالتزام لا تستوجب التعيين إلا في موضوعاته وعليه فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أوجب تعيين موضوعات النزاع في المواد 1008 فقرة 2 و 1012 فقرة 2 هذا بالنسبة للتحكيم الداخلي، أما بالنسبة للتحكيم الدولي فإن الموضوعات معينة وهي متعلقة بمصالح اقتصادية دولية طبقاً للمادة 1039 .

ج - شرط الإمكان :

أن يكون محل العقد ممكناً غير مستحيل فإذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً وفي ذلك ما نصت عليه المادة 93 قانون مدني جزائري " إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً " .

إن المعنى المقصود من الوجود هو أن يكون الشيء موجوداً وقت نشوء الالتزام أو أن يكون ممكن الوجود بعد ذلك⁽¹⁹⁾. فالالتزام بإخضاع المنازعات التي قد تنثور أو التي قد ثارت فعلاً للتحكيم أمر

إليها. كما تنص المادة 1012 فقرة 1 على مايلي "يحصل الاتفاق على التحكيم كتابياً".

- في التحكيم الدولي تنص المادة 1040 فقرة 2 "يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأية وسيلة أخرى تجيز الإثبات بالكتابة". لم يحدد المشرع الجزائري شكلاً كتابياً معيناً ولم يستوجب في الكتابة أن تكون رسمية، إذ يكفي أن تكون عرفية موقعة من الطرفين.

ما يلاحظ أن المشرع الجزائري في ما يخص التحكيم الداخلي نص في مادتين متفرقتين في الأولى على إلزامية كتابة شرط التحكيم وفي المادة الثانية على إلزامية كتابة اتفاق التحكيم. أما في التحكيم الدولي فذكر المشرع في مادة واحدة على كتابة اتفاقية التحكيم بصورة عامة مع إضافة الوسائل الأخرى التي تجيز الإثبات بالكتابة. وما نستنتج من ذلك، أنه في التحكيم الداخلي لا يسمح باستعمال الوسائل الأخرى التي تجيز الكتابة رغم أن كل وسائل الاتصال الحديثة أصبحت مستعملة للإثبات.

2 - ركن المحل :

إن محل العقد يمثل ركناً أساسياً من أركانه والذي لا ينعقد بدونه. فالغاية المنشودة من أي العقد هي إنشاء الالتزام، ويشترط في محل العقد بصفة عامة فضلاً عن وجوده أن يكون معيناً أو قابل للتعيين وأن يكون مشروعاً (18) و نبين هذه الشروط على النحو التالي:

أ - شرط المشروعية :

يشترط في محل الالتزام أن يكون مشروعاً ومعنى ذلك أن يكون الأمر المتعهد فيه اتفاقية التحكيم جائزاً قانوناً.

فقرتها الأولى " يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا". كذلك المادة 1008 من نفس القانون تنص على ما يلي "يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها".

ب- التحكيم الدولي

و فيما يتعلق بالأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي فإن نص المادة 1040 فقرة 2 تؤكد أيضا شكلية عقد اتفاق التحكيم بالعبارات التالية "يجب من حيث الشكل، و تحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى". يفهم من ذلك أن المشرع الجزائري استبعد الشفوية في اتفاق التحكيم وأكد على كتابة العقد⁽²⁰⁾.

اتجهت إرادة المشرع الجزائري صراحة إلى اعتبار الكتابة ركنا لقيام اتفاقية التحكيم وليست مجرد وسيلة لإثباته، ولما كانت الكتابة تعد ركنا شكليا في اتفاقية التحكيم فإن البطلان الناشئ عن تخلفها يعتبر بطلانا مطلقا متعلقا بالنظام العام. وتجدر التفرقة هنا بين اتفاقية التحكيم التي تستند على شرط تحكيم مدرج في العقد الأصلي، وبين اتفاقية التحكيم التي تتم بناء على اتفاق مستقل عن ذلك العقد.

في الحالة الأولى يفترض بداهة أن العقد الأصلي ورد كتابة، وبالتالي فإن شرط التحكيم الوارد فيه هو أيضا كتابي. وهذا بخلاف ما إذا كانت اتفاقية التحكيم مستقلة عن العقد الأصلي. وفي هذه الحالة، شرط الكتابة خاص باتفاقية التحكيم، وليس بالعقد الأصلي. لكن يبقى هذا العقد من حيث صحته وإثباته خاضعا للقواعد العامة. وبمعنى آخر يجوز إبرامه شفويا، بل وإثباته بالشهادة، في حين أن اتفاقية التحكيم يجب أن تكون مكتوبة. ومثال ذلك

غير مستحيل وهو ما يؤكد توفر الشرط في اتفاقية التحكيم وهذا ما جاءت به المادة 1040 "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية". ولو كان مستقبلا كما هو الحال في شرط التحكيم حيث أن النزاع و الالتزام في المستقبل يكون ممكنا. وبما أن محل الالتزام في العقد قد يكون أداء عمل أو الامتناع عن عمل فإن محل الالتزام في اتفاقية التحكيم هو التزام الأطراف بعرض المنازعة للتحكيم، و يولد في الحقيقة التزامين :

- التزام سلبي هو عدم اللجوء إلى القضاء العادي لعدم اختصاصه .
- الالتزام الإيجابي هو إخضاع المنازعة لقضاء التحكيم .

3 - ركن السبب :

يقصد بالسبب الغرض الذي من أجله التزم العاقد، و السبب في اتفاقية التحكيم هو اللجوء إلى قضاء خاص لما فيه من مميزات وتفادي قضاء الدولة لما فيها من تعقيدات إجرائية و وقتية، ولما يحققه من سرية مطلوبة مع فرض حسن النية. نتيجة لما سبق فإن اتفاقية التحكيم عقد لابد من توافر فيه أركان العقود بصفة عامة، ولكن العقود تصنف من عدة نواحي.

الفرع 2 : تصنيف عقد اتفاقية التحكيم :

يتم التصنيف من ناحية تكوين العقد (1) من ناحية موضوعه (2) من ناحية طبيعته (3) ومن ناحية تنفيذه (4).

1- من ناحية تكوين عقد اتفاقية التحكيم :

أ- في التحكيم الداخلي:

إن اتفاقية التحكيم عقد شكلي بحيث لا يكفي لانعقادها اقتران الإيجاب والقبول لكن يجب إفراغها في شكل خاص حدده القانون بحيث يعتبر هذا الشكل ركنا في انعقاده وهذا ما أكدته المادة 1012

3- التصنيف من ناحية تنفيذ عقد اتفاقية التحكيم :

إن اتفاقية التحكيم عقد فوري بحيث لا دخل للزمن في تعيينها، في حالة ما إذا ثار نزاع يخص تنفيذ العقد الأصلي يلتزم الطرفان بإخضاع النزاع إلى التحكيم سواء كانت اتفاقية التحكيم على شكل شرط تحكيمي يتوقى النزاع الذي يمكن أن يثور في المستقبل

أو اتفاق التحكيم يكون النزاع قد ثار، المهم أن العقد يبدأ تنفيذه بعد حصول النزاع ولا دخل لعنصر الزمن فيه.

4- التصنيف من ناحية طبيعة اتفاقية التحكيم:

إن اتفاقية التحكيم عقد ملزم للطرفين وهو العقد الذي يكفي لانعقاده تراضي المتعاقدين، واتفاقية التحكيم تنشئ التزاما لكلا الطرفين بإخضاع المنازعات التي قد تثار أو قد ثارت للتحكيم إذا هذا الالتزام يقع على عاتق كلا الطرفين (23).

- عقد اتفاقية التحكيم عقد تبعي.

إن العقد التبعي هو الذي لا يقوم إلا استنادا إلى عقد آخر. اتفاقية التحكيم كعقد لا يكون إلا بوجود عقد أصلي أو التزام أصلي. ولكن هناك سؤال يطرح نفسه هل اتفاقية التحكيم في صورتها تعتبر عقد تبعي؟

بالنسبة لاتفاق التحكيم لا نعتبره عقدا تبعيا لأنه يأتي كعقد منفصل. أما بالنسبة لشرط التحكيم نعتبره عقدا تبعيا للعقد الأصلي حيث أن بطلان العقد الأصلي لا يؤدي إلى بطلان عقد اتفاقية التحكيم وهذا ما جاءت به المادة 1040 الفقرة الأخيرة " لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي". مثال عن ذلك عقد صلح بشأن عقد بيع، فإذا فسخ أو بطل العقد التبعي (عقد الصلح) فإن ذلك لا يزيل العقد الأصلي (عقد

أن يكون العقد عقد بيع تجاري، فإنه يجوز إبرام مثل هذا العقد شفويا، تطبيقا لمبدأ الرضائية في العقود، دون حاجة لكتابته أو لأي شكل آخر فيه كما يجوز إثباته بشهادة الشهود وذلك حسب القواعد العامة في المعاملات المدنية.

ولكن لو افترضنا أن أحد طرفي العقد ادعى بوجود اتفاقية التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة عن هذا العقد، فإن هذا الإدعاء لا يكون مقبولا ما لم تكن الاتفاقية مكتوبة (21).

إن التوجه الحديث في مفهوم الكتابة يشمل وسائل الاتصال الحديثة مثل الفاكس، التلكس والبريد الإلكتروني خاصة مع انتشار التجارة الإلكترونية الدولية والداخلية على حد سواء، والتي أصبحت تعتمد أساسا على وسائل الاتصال الحديثة. يبدو أن المشرع الجزائري قد سائر هذا التوجه، هذا ما يفهم من خلال نص المادة 1040 فقرة 2 التي جاء فيها ".... أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة".

2- تصنيف اتفاقية التحكيم من ناحية موضوعها:

إن اتفاقية التحكيم عقد مسمى لأن العقد المسمى هو الذي خصه القانون باسم معين وينصوص تنظم أحكامه بالذات (22). فالمشرع الجزائري نص على أحكام اتفاقية التحكيم وخصص لها قسمين من الفصل الأول من الباب الثاني من الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. أما إذا أخذنا في الاعتبار التصنيفات المعتمدة في القانون المدني الجزائري للعقود على سبيل الحصر فيمكن اعتبار عقد اتفاقية التحكيم عقد غير مسمى.

القانون الخاص كما سبق القول فيما بينهم أو مع شخص من أشخاص القانون العام (الدولة، الولاية، البلدية) و يطبق عليه أحكام القانون الخاص.

عقد اتفاقية التحكيم عقد ابتدائي.

تقضي المادة 71 مدني جزائري بأن الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد

إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها. إذا العقد الابتدائي اتفاق ابتدائي يعد كل من الطرفين فيه الآخر بأن يبرم عقدا في المستقبل وهو وعد بالتعاقد لكنه ملزم للجانبين، يثور طابع العقد التمهيدي لشرط التحكيم إذا أخذنا بالتفرقة بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم بحيث أن الطرفين اللذان أبرما شرط التحكيم لا يستطيعان المرور مباشرة إلى التحكيم وعند ميلاد المنازعة يجدد الطرفان محل المنازعة باتفاق وفي عقد جديد (28).

الخاتمة:

من خلال ما تقدم يتضح الدور الذي تلعبه اتفاقيات التحكيم بصورتها شرطا كان أو اتفاقا في نوعي التحكيم الداخلي و الدولي.

حيث تتميز اتفاقيات التحكيم الداخلي عن التحكيم الدولي بطبيعة المنازعة التي تكون موضوع التحكيم، حيث يمنع المشرع في التحكيم الداخلي عن الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إليه، وإن لجأت إلي التحكيم الدولي تكون المنازعة متعلقة بالمصالح الاقتصادية .

إن اتفاقية التحكيم باعتبارها عقدا فهي تلزم الأطراف التي أبرمتها بإسناد حل النزاع للمحكمن وتأسيسهم لاختصاص المحكمة التحكيمية .

البيع). هذا إعمالا لمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم والمقصود به عدم ارتباط شرط التحكيم بمصير العقد الأصلي، وكذا إمكانية تطبيق قانون مستقل ومختلف عن القانون الذي ينظم العقد الأصلي (المادة 1040 فقرة 3).

وقد تم الاعتراف بمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم أو سلطان اتفاقية التحكيم في مجال العلاقات الدولية الخاصة بمناسبة عدة قضايا معروفة ومن بينها قضية Gosset في 7-5-1963 قضية Hecht في 14-7-1972 حيث وردت عبارات واضحة لتكريس مبدأ الاستقلالية والذي يعد من أهم مبادئ اتفاقية الحكيم الدولي .

"en matière d'arbitrage l'accord compromissoire présente une complète autonomie"

يكون بهذا المشرع الجزائري قد أخذ بالقانون السويسري في المادة 78 فقرة 3 وبالقضاء الفرنسي في مسألة استقلالية اتفاقية التحكيم بالنسبة للعقد الأساسي أو الأصلي (24).

وما نلاحظه أن المشرع الجزائري لم يفرق بين شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم في ما يخص مبدأ الاستقلالية، لكن عموما لا يقصد باستقلالية اتفاقية التحكيم إلا إذا كان الأمر يتعلق بشرط التحكيم (25).

ويتبين من ذلك أن استقلالية شرط التحكيم، واختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاقية التحكيم، تبرز من الحرية التي يمنحها المشرع لأطراف النزاع في ما يخص التحكيم الدولي (26).

عقد اتفاقية التحكيم عقد مدني .

تبرم العقود المدنية بين أشخاص القانون الخاص بعضهم ببعض أو بينهم و بين شخص من القانون العام ليس باعتباره صاحب سيادة (27). ويعتبر عقد اتفاقية التحكيم عقد مدني لأنه يبرم بين أشخاص

وتعد كتابة اتفاقية التحكيم شرطا كان أو اتفاقا سواء في التحكيم الداخلي أو الدولي ركنا أساسيا، يجب توافره لإمكان القول بوجود اتفاقية التحكيم، ويترتب على تخلف الكتابة بطلان الاتفاقية بطلانا مطلقا.

من أهم المبادئ التي تحكم اتفاقية التحكيم وبالضبط شرط التحكيم مبدأ الاستقلالية الذي يستمد أساسه من طبيعة اتفاقية التحكيم وبالخصوص التحكيم الدولي.

تتميز اتفاقية التحكيم بأنها إجراء يتعلق بالاختصاص في نظر النزاع، أو بمعنى آخر اتفاق لنزع الاختصاص من القضاء الرسمي صاحب الولاية العامة في نظر المنازعات، وإحالتها لقضاء خاص ألا وهو التحكيم.

وبالتالي نخلص إلى أن المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بمفاهيم

معاصرة توضح اتفاقيات التحكيم أفضل مما كانت عليه سابقا، ليساير بذلك تطور الممارسة العملية والتزايد نحو إدراج اتفاقيات التحكيم في عقود المعاملات الداخلية⁽²⁹⁾ والدولية على حد سواء .

وإن كان التحكيم في بدايته عقدا، حيث أن اتفاقية التحكيم هي عقد فإنه في نهايته قضاء، بحيث أن قرار التحكيم هو بمثابة حكم قضائي.

نقترح على المشرع الجزائري رغم وفرة النصوص في مجال التحكيم إلا أنه نلاحظ قصور في اللجوء إليه، وبالتالي وضع هذه النصوص موضع التنفيذ، ويتعين على المشرع إحداث هيئات للتحكيم قصد تفعيل تلك النصوص والتسهيل على المستثمرين باللجوء إلى التحكيم و فك الخناق على القضاء.

الهوامش

- 1 قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21 الموافق 23 أبريل 2008.
- 2 المادة 1007 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.
- 3 المادة 1011 قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.
- 4 -محمود السيد عمر التحيوي "أركان الاتفاق على التحكيم، شروطه و صحته" دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2007 ص 65.
- 5 محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص 67، 68.
- 6 أشرف عبد العليم الرفاعي "اتفاق التحكيم" دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2008 ص 224.
- 7-Trari-Tani (Mostefa) : "Droit Algérien de l'arbitrage commercial international" Berti 1ere edition, Alger, 2007, p, 36.
- 8 أشرف عبد العليم، المرجع السابق، ص 226.
- 9 أشرف عبد العليم، المرجع السابق، ص 278.
10. أحمد عمران "التحكيم التجاري الدولي" مجلة العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، العدد 13، جوان 2009، ص 66، 67.
11. المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية الجزائرية.
- 12- نوردين بن شيخ "شرط التحكيم في العقود الاقتصادية الدولية" رسالة ماجستير، معهد الحقوق، جامعة الجزائر، 1986 ص 29.

- 13- محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص 127.
- 14- سليمان مرقس " الوافي في شرح القانون المدني"، مطبعة السلام، شبرا، مصر 1987، ص 130.
- 15- سليمان مرقس، نفس المرجع، ص 132-133.
- 16- عبد الرزاق السنهوري: "الوسيط في شرح القانون المدني الجديد" دار النشر للجامعات، القاهرة، 1952، ص 322.
- 17- أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 262.
- 18- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 137.
- 19- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 276.
- 20- المادة 2 فقرة 2 من اتفاقية نيويورك الصادرة في 10-6-1958. المتعلقة باعتماد و تنفيذ القرارات التحكيمية.
- 21- حمزة أحمد حداد: "كتابة اتفاق التحكيم في القوانين العربية" الأردن، 2003، ص 1، 2.
- 22- سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 114.
- 23- المادة 57 من القانون المدني الجزائري .
- 24- عليوش قريوع(كمال): "التحكيم التجاري الدولي في الجزائر"ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 36.
- 25-Alliouch-Kerboua-Meziani(Naima)"L'arbitrage commercial international en Algérie" office des publications universitaires, Alger, 2010, pp26, 27,28.
- 26- Trari-Tani (Mostefa) op, cit, p 38.
- 27- أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 21.
- 28- نور الدين بن شيخ، المرجع السابق، ص 21.
- 29- تجدر الملاحظة إلى أن سبق لقانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 أنه كرس المواد من 442 إلى 458 إلى التحكيم الداخلي.