

شروط صحة اتفاق التحكيم في التشريع الجزائري

Conditions for the validity of the arbitration agreement in Algerian legislation

د. تكوك شريفة، دكتوراه حقوق، تخصص قانون إجرائي،

أستاذة مؤقتة، كلية الأدب العربي والفنون

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر.

تاريخ الإرسال: 2018/08/09 / تاريخ المراجعة: 2018/11/21

ملخص:

يعتبر اتفاق التحكيم عقد ذو طبيعة خاصة، مما يجعله يتميز عن باقي العقود التي عهدناها، تكمن هذه الخصوصية في أركانه الخاصة
فإلى جانب الأركان العامة التي ألفناها في العقود من رضا وأهلية ومحل، نجد اتفاق التحكيم اشترط المشرع أن يفرغ في شكل كتابي مع تحديد
موضوع النزاع وتعيين المحكم أو المحكمين وكل ذلك تحت طائلة البطلان.

الكلمات المفتاحية:

اتفاق التحكيم، الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم، شروط صحة اتفاق التحكيم.

Abstract :

The arbitration agreement is a contract of a special nature wich makes it distinguished from the rest contracts that we have entrusted .This privacy lies in its own structure.

In addition to the general elements that we have established in the decades of satisfaction, eligibility and objet the arbitration agreement requires that the legislation be emptied in written form with the determination of the subject matter of the dispute and appointment of the arbitrator or arbitrators and all this is under the weight of invalidity.

Key words:

Arbitration Agreement, the legal nature of the arbitration agreement, Conditions for the validity of the arbitration agreement.

مقدمة:

إذا كان القضاء مهمته الأساسية هي فض المنازعات التي تنور بين الأفراد فيما بينهم أو بين الأفراد والدولة هو الأصل، فإن لجوء
المشرع إلى الطرق البديلة وخاصة التحكيم لحل المنازعات يعتبر طريقا استثنائيا، ونظرا للمزايا التي يحظى بها التحكيم صارت الدولة تلجأ إليه في
علاقاتها الاقتصادية الدولية وفي الصفقات العمومية لما يوفره من سرية الإجراءات والمحافظة على العلاقات الاقتصادية بين الدول.

قد يكون التحكيم سابقا عن النزاع ويسمى في هذه الحالة بشرط التحكيم، وقد يكون لاحق فيسمى باتفاق التحكيم (مشاركة
التحكيم)، وفي كلتا الحالتين يترك الأمر فيه لإرادة الأطراف، وعليه تتمحور إشكالية الدراسة حول ما هو اتفاق التحكيم؟، وما هي شروطه؟.
سنحاول دراسة اتفاق التحكيم من خلال مبحثين، سنتطرق في المبحث الأول إلى مفهوم التحكيم، بينما المبحث الثاني سيمحور حول شروط
صحة اتفاق التحكيم.

المبحث الأول

مفهوم التحكيم

نظرا لسهولة إجراء التحكيم قامت معظم التشريعات بإقراره لذا سوف نتطرق إلى تعريفه وتبيان طبيعته القانونية (مطلب أول) ثم
نخرج إلى أنواع التحكيم ومزاياه (مطلب ثاني).

المطلب الأول: تعريف التحكيم وطبيعته القانونية.

الفرع الأول: تعريف التحكيم.

سنتناول تعريف التحكيم من الناحية اللغوية والاصطلاحية ثم الفقهية وأخيرا التعريف القانوني

أولا: التعريف اللغوي.

إن التحكيم مصدر حكم من باب التفعيل بتشديد الكاف مع الفتح، وحكمه في الأمر أي فوض إليه الحكم فيه، وحكموه بينهم أي أمره أن يحكم ويقال حكمنا فلانا فيما بيننا أي أجرنا حكمه بيننا، وحكمته في الأمر فاحتكم أي جاز فيه حكمه، وهو أيضا إطلاق اليد في الشيء محل التحكيم للغير وتفويضه بنظر النزاع، ويسمى حكما أو محكما ويسمى الخصوم محتكمين ومفردة محتكم بكسر الكاف كما يسمى المفوضون محكمون ومفردة محكما⁽¹⁾.

ثانيا: التعريف الاصطلاحي.

تولية الخصمين حكما يحكم بينهما، أي اختيار ذوي الشأن شخصا أو أكثر للحكم فيما تنازعوا فيه دون أن يكون للمحكمة ولاية القضاء بينهما، ومن ثم التحكيم شرعا يعني تولية وتقليد من طرفي الخصومة لثالث يفصل فيما تنازعوا فيه⁽²⁾.

ثالثا: التعريف الفقهي.

اختلف الفقهاء حول تعريف التحكيم، فمن الفقهاء الغربيين نجد شارل جارسون عرف بأنه النظام الذي بموجبه يسوي طرف من الغير خلافا قائما بين طرفين أو عدة أطراف ممارسة لمهنة قضائية عهدت إليه من قبل هؤلاء الأطراف. بينما عرفه أوبي أنه عبارة عن إجراء يتفق بمقتضاه الأطراف على عرض نزاع معين أمام محكم يختارونه، ويحددون سلطاته للفصل بينهم مع تعهدهم بقبول التحكيم الذي يصدره المحكم ويعتبرونه ملزوما⁽³⁾.

أما من فقهاء العرب نجدهم عرفوا التحكيم أنه "الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"⁽⁴⁾، كما عرف بأنه "تقنية تهدف إلى إعطاء حل لمسائل تتعلق بالعلاقات بين شخصين أو عدة أشخاص، من طرف شخص أو عدة أشخاص يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص ويحكمون بناء على ذلك الاتفاق دون أن يكونوا مكلفين بتلك المهمة من طرف الدولة"⁽⁵⁾.

رابعا: التعريف القانوني.

1 - جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر للطباعة والنشر، لبنان، المجلد الرابع، ص 186.

2 محمد بن علي بن محمد الحصني، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار "كتاب القضاء" دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 2002، ص 474.

3 علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2012 ص 21.

4 أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري "ن منشأة المعارف، مصرن الطبعة 5، 1988، ص 15.

5 عبد العزيز قادري، الاستثمارات الدولية، دار هومة للنشر، الجزائر، الطبعة 2، 2006، ص 223.

ميز المشرع من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم، فشرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف على عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 من نفس القانون لعرض النزاعات التي تثار بشأن هذا العقد على التحكيم⁽¹⁾، فمن خلال هذا التعريف نستنتج أن شرط التحكيم يكون سابق عن النزاع ويحدد أطرافه كتابة المحكم أو المحكمين أو كيفية تعيينهم⁽²⁾، أما اتفاق التحكيم نصت عليه المادة 1011 أنه "الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم"، وعليه فاتفاق التحكيم يتعلق بنزاع قائم وليس محتمل الوقوع، كما يمكن للخصوم أن اللجوء إلى اتفاق التحكيم أثناء وجود خصومة أمام الجهات القضائية، ولا بد أن يكون مكتوب ويحدد فيه موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم⁽³⁾.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم.

اختلف الفقهاء حول طبيعة اتفاق التحكيم، فقد اعتبر البعض أنه ذو طبيعة عقدية على أساس اتفاق الأطراف، ومنهم من رجح الصبغة القضائية على أساس المهمة المتمثلة في الفصل في النزاع القائم بين أطراف العلاقة القانونية، في حين يرى البعض الآخر أن التحكيم ذو طبيعة مختلطة وحاولوا التوفيق بين النظريتين السالفتين الذكر، سنحاول أن نتطرق لكل نظرية في الآتي:

أولاً: النظرية العقدية.

يسلم أنصار هذه النظرية أن أعضاء هيئة التحكيم ليسوا قضاة وإنما أفراد عاديين⁽⁴⁾، فاتفاق التحكيم يؤدي إلى إخراج النزاع من سلطان القضاء وإسناده إلى محكم خاص، ويتعين في ذات الوقت القواعد الإجرائية الواجب إتباعها والقانون الواجب تطبيقه، ولذلك فإن القرار الذي يصل إليه المحكم في النهاية هو محصلة لتطبيق الشروط التي اتفق عليها الطرفان، ولذلك يكتسب التحكيم الصفة التعاقدية.

كما التحكيم يهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة لأطراف عقد التحكيم، فالمحكم قد يكون وطنياً أو أجنبياً ويستمد السلطة في حل النزاع من اتفاق التحكيم ورضا الخصوم، وإذا اخطأ فلا يخضع لقواعد المخاصمة، وإذا لم يقم بواجبه لا تطبق عليه قواعد إنكار العدالة عكس القاضي. ولا يعتبر عمل المحكم عملاً قضائياً فمن الناحية الشكلية لا يلزم بإتباع إجراءات التي يتطلبها القانون الوضعي إذا ما أعفاهم الخصوم من التقيد بها، أما من الناحية المادية ليس للمحكم سلطة الأمر التي يتمتع بها القاضي⁽⁵⁾.

ثانياً: النظرية القضائية.

إن التحكيم وفق هذه النظرية يجمع عناصر العمل القضائي الثلاث وهي الإدعاء والمنازعة والعضو، وأن المحكم يعتبر قاضياً بمحكم وظيفته ولا يستمد سلطته من عقد التحكيم وحده، وإنما من إرادة المشرع التي تعترف به، فهو نوعاً من أنواع القضاء إلى جانب القضاء، كما أن طبيعة الإجراءات المتبعة أمام هيئة التحكيم فهي تعتبر إجراءات قضائية، فضلاً عن حكم التحكيم يحوز حجية قضائية مانعة من مناقشة ما

⁶ المادة 1007 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/23، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21 لسنة 2008.

⁷ المادة 1009 من القانون رقم 09/08 السالف الذكر.

⁸ المادة 1012 من القانون رقم 09/08 السالف الذكر.

¹ محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، مصر، 2003، ص 46.

² علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 32.

قضي به المحكم إلا بالطرق التي تحددها الأنظمة بهذا الشأن، وهكذا تنظم الدولة قضاء التحكيم بجانب قضاء المحاكم، وما التحكيم إلا نوع من القضاء شأنه شأن القضاء الأجنبي الذي تعترف القوانين الوطنية بأحكامه⁽¹⁾.

ثالثا: النظرية المختلطة.

نظرا لانتقادات التي وجهت للنظريتين السابقتين، حاول أنصار النظرية المختلطة إلى إضفاء الصفة التعاقدية التي يجسدها اتفاق التحكيم والثانية الصفة القضائية التي تجسدها وظيفة المحكم متمثلة في حسم النزاع المطروح عليه، فحسب رأي هذه النظرية أن التحكيم يبدأ باتفاق ثم ينتهي بقضاء⁽²⁾، كما اعتبروه في جوهره تصرفا إراديا على أنه وفي انطلاقه نحو تحقيق هدفه يؤدي إلى تحريك نظام تتفاعل فيه عناصر ذات طبيعة مغايرة تدخل في تعداد العمل القضائي⁽³⁾.

المطلب الثاني: أنواع التحكيم ومزاياه.

سنخصص هذا المطلب للحديث عن أنواع التحكيم في فرع أول، ومزايا وعيوب التحكيم في فرع ثاني.

الفرع الأول: أنواع التحكيم.

ينقسم التحكيم إلى عدة أنواع حسب الزاوية التي ينظر منها إليه، سنتناوله في الآتي:

أولا: التحكيم من حيث دور الإرادة.

ينقسم التحكيم وفقا لمدى حرية الأطراف في اللجوء إليه إلى تحكيم اختياري وتحكيم إجباري، فالتحكيم يكون اختياريًا متى كان اللجوء إليه بإرادة الأطراف المحتكمين، ويستند إلى اتفاق خاص ويستمد وجوده من هذا الاتفاق، فالتحكيم الاختياري هو التجاء الأطراف المتعاقدين لسلطان إرادتهم الحرة المختارة بموجب اتفاق حيث يختارون محكمين والقانون الواجب التطبيق وإجراءات التحكيم. وبالتالي فأساس هذا النوع من التحكيم يقوم على الإرادة الذاتية الحرة للخصوم في اللجوء إلى التحكيم وإقرار المشرع لهذه الإرادة⁽⁴⁾.

أما إذا لم يكن للأطراف حرية في اللجوء إليه بمعنى أنهم ملزمون باللجوء إليه في حالة نشوء نزاع بينهم بناء على نص يفرض عليهم هذا الطريق، ففي هذه الحالة يكون التحكيم إجباريا، ويتعين على الأطراف سلوك هذا الطريق، ولا يكون لإرادتهم دخل في ذلك إطلاقا⁽⁵⁾.

ثانيا: التحكيم من حيث الإجراءات المتبعة.

ينقسم التحكيم وفق هذا التقسيم إلى تحكيم حر وتحكيم مؤسسي، فالتحكيم الحر هو الأصل بحيث يكون لأطراف النزاع الحرية في اختيار الإجراءات التي يتم الاعتماد عليها في الاحتكام، وكيفية تعيين المحكم أو المحكمين وتحديد مهمتهم والقانون الواجب التطبيق ومكان التحكيم. بينما التحكيم المؤسسي أو ما يسمى بالمقيد فهنا أيضا يكون للأطراف إرادة في عرض النزاع على مراكز أو مؤسسة مختصة في

³ عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق، ص 42.

⁴ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 42.

⁵ محمد السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، مرجع سابق، ص 599.

⁶ عصمت الشيخ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 29.

¹ علاء محي الدين مصطفى، مرجع سابق، ص 49.

التحكيم، والإحالة إليه تعني في الأصل الأخذ بقواعد موحدة، إلا إذا أجاز النظام مخالفتها، ومثل هذه الحالة تعفي الأطراف المحتكمين من التصدي لكل تفصيلات الاتفاق على التحكيم اكتفاء بما ورد في شاتها في نظام التحكيم المقيد المختار، ويترتب عليه الأخذ بما ورد في نظامه القانوني فقد أصبح التحكيم المؤسسي هو القاعدة في مجال التجارة الدولية، حيث يفضل الأطراف اللجوء إلى هذه المراكز لأنها توفر لهم الأجهزة الإدارية المتخصصة والمدرية تيسيرا لعملية التحكيم وحسن سير الإجراءات⁽¹⁾.

ثالثا: التحكيم بالنظر للمعيار الاقتصادي.

هناك جدل فقهي واسع بخصوص المعيار المعتمد لاعتبار التحكيم وطني أو دولي، فهمنهم من اعتمد على معيار القانون الواجب التطبيق، والبعض الآخر اعتمد على المعيار الجغرافي، وما يهمنا بالأخير المعيار الذي تبناه المشرع الجزائري وهو المعيار الاقتصادي، وعليه فالتحكيم الوطني هو الذي يتعلق بنزاع وطني في جميع عناصره، ويعين لهم محكمين وطنيين يصدرون حكمهم داخل الدولة وفقا لإجراءات وطنية مع تطبيق القانون الوطني، وبالتالي لا يوجد أي عنصر أجنبي في هذا التحكيم.

أما التحكيم الدولي فقد نص عليه المشرع في المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية " يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل"، ويتبين لنا من خلال هذا التعريف اعتماد المشرع على المعيار الاقتصادي لاعتبار التحكيم دوليا، وبطبيعة الحال يتم ذلك عن طريق اتفاقية التحكيم التي تبرم بين دولتين، فهي الأرضية التي تعتمد عليها هيئة التحكيم سواء من حيث القانون الواجب التطبيق أو من حيث تعيين هيئة التحكيم⁽²⁾.

الفرع الثاني: مزايا وعيوب اتفاق التحكيم.

للتحكيم مزايا وعيوب لا نجدها عند اللجوء للقضاء تتمثل في:

أولا: مزايا اتفاق التحكيم.

يلجأ الأفراد إلى اتفاق التحكيم نظرا للمزايا الكثيرة التي يتمتع بها والتي تحثهم دائما إلى اللجوء إليه مما حتم على المشرع تشريعه كطريق بديل لحل النزاعات لما يلاقيه من تطور وإقبال عليه، وللتحكيم عدة مزايا نذكرها في الآتي:

01- السرية.

تعتبر السرية في الإجراءات هي الدافع الذي يشجع التجار أرباب العمل للجوء إلى التحكيم، فبدلا من العلنية التي يكفلها المشرع للمتقاضين نجد أن التحكيم يمتاز بالسرية، فالتاجر مثلا بدلا من نشر أسرارته التجارية عن طريق القضاء نجده يلجأ إلى تسوية النزاع بطريقة سرية والمتمثلة في التحكيم.

02- السرعة في الانجاز.

² إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الطلعة الأولى، 1997، ص 179.

³ المادة 1039 وما يليها من القانون رقم 09/08 السالف الذكر.

يعتبر التحكيم الطريق الأمثل والوسيلة المناسبة لسرعة فض النزاعات بين الأطراف خاصة في مجال المعاملات التجارية التي تقوم على السرعة، فبإمكان طرفي النزاع الاتفاق على عدم قابلية أحكام التحكيم للطعن فيها، وكل هذا يصيب في تفعيل دور التحكيم والتعجيل في إنهاء النزاع بأقصى سرعة ممكنة، خلاف اللجوء للقاضي الذي يتميز بالبطء بحكم طبيعة عملهم التي تفرض عليهم الفصل في النزاع بشكل يومي⁽¹⁾. فالتحكيم وسيلة يستغني فيها الأطراف عن قضاء الدولة، فكما الأفراد لا يستطيعون حل منازعاتهم بالصلح فيما بينهم فكذلك يستطيعون ذلك بالتحكيم⁽²⁾.

(3)- المرونة وبساطة الإجراءات.

يتم اتفاق التحكيم بإجراءات بسيطة حيث نجد أن هيئة التحكيم تتمتع بحرية أوسع وأكثر من القضاء في كل ما يتعلق بإجراءات التقاضي مثل التبليغات وإدارة الجلسات وتنظيمها والاتصال بأطراف النزاع وغير ذلك، وهي في كل هذه الأمور تبتعد ما أمكن عن الإجراءات الشكلية التي تكون في كثير من الأحيان أمام القضاء طويلة ومملة.

بالنسبة للمرونة في الموضوع فالقضاة في المحاكم العادية مكلفون بالقانون يلتزمون بمراعاة نصوصه وإجراءاته، بحيث لو جاءت أحكامهم خلاف النص أو منافية لروحه فهي أحكام معيبة واجبة النقض، ولو كانت تناسب ظروف الدعوى وتحامل مصلحة الخصوم، وهذه العدالة الصماء وإن كان لها إيجابيات كونها تحول دون الميل والهوى، إلا أنه في مجال المنازعات التجارية حيث يرغب الأطراف في عدالة مرنة تفهم متطلباتهم فتراعي تعاملاتهم سواء السابقة منها على النزاع أو اللاحقة وطبيعة خصوصياتها، فهم يفضلون اللجوء إلى التحكيم الذي يجدون فيه ما ينشدونه من مزايا⁽³⁾.

(4)- الرضائية.

اللجوء إلى اتفاق التحكيم قائم على الرضائية، وهو الأمر الذي لا تجده في معظم الأوقات عند اللجوء إلى القضاء أين يكون أحد الأطراف مضطرا للجوء إليه بوصفه مدعيا.

(5)- حرية اختيار هيئة التحكيم.

اتفاق التحكيم يوفر لأطراف النزاع حرية اختيار المحكمين سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق تحديد الجهة التي يعهد إليها اختيارهم. إن اختيار هيئة التحكيم يتم عادة من لهم خبرة في مجال النزاع، فالمحكم على خلاف القاضي لا يلزم أن يكون ملما بالقانون، فالأطراف يختارون محكمين من لهم خبرة في مجال النشاط الذي يتعلق به موضوع النزاع، أما القاضي وإن كان متمكنا في الأمور القانونية إلا أنه قد يكون قليل الخبرة بموضوع النزاع.

(6)- المحافظة على مستقبل العلاقة بين الأطراف.

¹ بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كليك للنشر، الجزائر، الطبعة 2012، ص 374.

² محمد فتح الله حسين، شرح قانون التحكيم والتحكيم الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص 50.

³ عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق، ص 53.

قد يدخل أطراف النزاع إلى ساحة القضاء وهم مهتمون بتصفية حساباتهم، فالفكرة لا تخرج عن ربح القضية لطرف وخسارتها للطرف الآخر وبالتالي تندهور العلاقات بل وتتحطم، على خلاف التحكيم فعندما يلجئون إليه في اعتبارهم المحافظة على مستقبل العلاقة بينهم، ونظرا لهذه الخصائص التي يتميز بها التحكيم بوجه عام، سمحت التشريعات القانونية لأشخاص القانون العام باللجوء إليه لحل بعض نزاعاتها، ومن بينها المشرع الجزائري إذ اعتبره أحد الطرق البديلة لحل النزاعات الإدارية⁽¹⁾.

ثانيا: عيوب اتفاق التحكيم.

رغم المزايا التي يتوفر عليها إجراء التحكيم في فض النزاعات إلا أنه لا يخلو من العيوب والتي يمكن إجمالها في الآتي:

01- التحكيم آلية الدول المتقدمة اقتصاديا.

إن الدول المتقدمة اقتصاديا تعتمد على التحكيم وتعدّه آلية من آلياتها لضمان ريادةها، فالتحكيم المقصود به منع القضاء الوطني في الدول النامية من نظر منازعات عقود التنمية الاقتصادية وحتى لا يتعرض المستثمر الأجنبي والشركات العملاقة التي تمثل طرفا هاما في هذه العقود لتطبيق القوانين الوطنية، وكذا فرض شروط مجحفة بحقوق الأطراف الضعيفة، حيث يتولى الطرف القوي إتمام شروطه على الطرف الضعيف الذي لا يملك عادة سوى الإذعان وكذا فرض تطبيق القواعد القانونية التي يراها هو والتي تساهم الدول المتقدمة اقتصاديا في صياغتها⁽²⁾.

02- عدم الرقابة.

عدم وجود رقابة كافية على أحكام المحكمين، وهذا يؤدي إلى احتمال حدوث بعض الانحرافات التي يصعب اكتشافها وترتيب الجزاء عليها. هذا العيب متواجد في كل السلطات القضائية، وفي كل آليات فض المنازعات بأنواعها المختلفة، وما يحكمه هو تواجد ضمير داخلي حي للمحكم وللقاضى وللموفق كل في عمله. وقد احتوت كل قوانين التحكيم حق رد المحكمين شروط معينة حددتها المادة 1016 قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها "يجوز رد المحكم في الحالات الآتية:

- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف،

- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف،

- عندما يتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط ... " (3).

03- عدم تنفيذ حكم التحكيم.

⁴ صديق سهام، الطرق البديلة لحل النزاعات الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012، ص 83.

¹ عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق، ص 55.

² محمد السيد عرفة، التحكيم الداخلي في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 39.

لا يثير صدور حكم التحكيم وتنفيذه طوعيا من قبل الأطراف المتنازعة أي إشكال، ولكن المشكل يظهر عندما يتقاعس أحد الأطراف بعدم تنفيذ حكم التحكيم، فالطرف الذي كسب الدعوى لا يعنيه كسبها لمجرد الكسب، بقدر ما يعنيه الحصول على حقه، أي بما حكمت به هيئة التحكيم لصالحه، وهذا يعني بالمقابل عودة أطراف النزاع إلى القضاء لوضع الصيغة التنفيذية، والتي تتطلب شروطا لتنفيذه⁽¹⁾.

(04)- كثرة المصاريف.

يفضل البعض اللجوء إلى القضاء نظرا لرمزية الرسم على عكس التحكيم خاصة المنظم منه الذي يكون عن طريق مراكز التحكيم المستقلة والمتخصصة، فالرسوم و الأتعاب يتم تحديدها وسدادها باتفاق طرفي النزاع وهيئة التحكيم، مع أن هذا العيب تم إنكاره بحجة أن تكاليف القضاء أعلى من التحكيم.

(05)- مسألة الخبرة.

قد يصطدم أطراف النزاع بعقبة عدم خبرة المحكم، وهذا ما قد يؤدي إلى عدم تحقيق العدالة، فالمحكم قد يصدر حكم عادل بحكم خبرته الفنية بموضوع النزاع، كما قد يصدر حكم من محكم لا تتوفر فيه حنكة ولا يملك القدرة المتوفرة في القاضي بحكم الممارسة، مع أن هذا العيب بدأ يضمحل حيث تشهد الدول تنظيم تدريبات على التحكيم خاصة التحكيم الدولي.

المبحث الثاني

شروط صحة اتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم كما سبق وتطرقتنا إليه يعتبر عقدا وبالتالي لا بد من توافر شروط لصحته، وتتنوع هذه الشروط بين الشروط العامة (مطلب أول) وشروط خاصة (مطلب ثاني).

المطلب الأول: الشروط العامة لاتفاق التحكيم.

يعتبر اتفاق التحكيم عقد كسائر العقود يتطلب لصحته توافر شروط من رضا ومحل وسبب وأهلية.

الفرع الأول: الرضا.

يعتبر التراضي ركنا أساسيا لقيام أي عقد، ويتكون من إرادتين على الأقل، ويكون ذلك بتبادل الإيجاب والقبول وهو ما نصت عليه المادة 59 من القانون المدني الجزائري "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"، وبالتالي لا بد في الرضا أن يتوفر على وجود إرادة وتطابق الإرادتين، ويجب عدم الخلط بين وجود الرضا بالتحكيم، حيث أن تخلفه يؤدي إلى وقوع اتفاق التحكيم باطلا وبين صحة الرضا بالتحكيم حيث أن فساده يؤدي إلى القابلية للإبطال⁽²⁾، فلا بد من وجود إرادة صحيحة لدى كل طرفي العقد واتجاه هذه الأخيرة إلى اختيار التحكيم كطريق لتسوية المنازعة بدلا عن القضاء العادي، بل ويجب أن تنصرف هذه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، لذلك يجب أن يتم تحديد نظام التحكيم بالذكر عند الاتفاق عليه بين الأطراف المتحكمة، ولا يكفي توفر الإرادة في اتفاق

³ عبد الباسط محمد عبد الواسع الضرسى، مرجع سابق، ص 56.

¹ محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 72.

التحكيم بل يجب أن تقتزن بتطابق الإيجاب بالقبول دون زيادة أو نقصان وذلك بأن يصل القبول إلى علم الموجب، ولا تثير مسألة تلاقي الإرادتين أو اقتراحهما أي صعوبة في حال التعاقد بين الحاضرين سواء حضر أصالة أو وكالة، كون تلاقي الإرادتين تنتهي بتحرير اتفاق تحكيم في زمان ومكان معينين، وإنما تطرح مسألة الصعوبة لما يتم ذلك بين غائبين بالمراسلة أو بإحدى وسائل الاتصال الحديثة التي تقرها التشريعات الوطنية⁽¹⁾، والأصل أن يكون صاحب الإيجاب غير ملزم بالبقاء على إيجابه، فله أن يرجع فيه مادام لم يقبله الموجه إليه، لكنه إذا حدد مدة معينة للقبول فلا يمكن له الرجوع طول هذه المدة⁽²⁾.

الفرع الثاني: المحل والسبب

يعتبر اتفاق التحكيم عقد من العقود العادية فلا بد له من محل، ويعتبر هذا الأخير ركنا أساسيا من أركانه لا ينعقد بدونه، فمحل اتفاق التحكيم يقصد به أن يخضع الأطراف للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع يتعلق برابطة من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم، إذن فمحل اتفاق التحكيم هو النزاع أو الخلاف الذي نشأ أو يمكن أن ينشأ بين الأطراف⁽³⁾.

ومحل اتفاق التحكيم يجب أن يكون معينا ومحددا⁽⁴⁾ ومشروعا⁽⁵⁾، فالمحل وفقا لما تم ذكره يتضمن معنى مزدوج موضوعيا وشخصيا، موضوعيا وهو المنازعات المراد عرضها على التحكيم، وشخصيا هو أن المحكم الذي عرض عليه النزاع وذلك لأن مسألة تعيين المحكم قابلة للتعيين وهي ركن أساسي من أركان وشروط صحة اتفاق التحكيم⁽⁶⁾.

إن المشرع الجزائري في المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد وضع قاعدة عامة أنه يجوز للأشخاص اللجوء للتحكيم في جميع المنازعات التي تتعلق بالحقوق التي له مطلق الحرية في التصرف فيها⁽⁷⁾، فهذا المحل بطبيعة الحال لا بد أن يكون حقا ماليا سواء كان له طابع مدني أو تجاري أو إداري أهم شيء أن الأمر يدور حول علاقة قانونية تنشأ من واقعة بسيطة مثل عقد معين أو واقعة مركبة من عدة عقود متكاملة.

ومن الضروري أن يكون أيضا محل التحكيم معين سواء كان النزاع قائما أو نزاعا محتملا وهو ما نصت عليه المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الأولى بما يلي "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية..."، وعليه يجب تحديد المسائل المتنازع عليها في اتفاق التحكيم أو بالإحالة إلى تحديد وارد في العقد أو عمل قانوني آخر سابق عليها، ويجوز التحديد بأية عبارة نافية للجهالة بشرط تحديد محل النزاع⁽⁸⁾.

² عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق، ص 206.

³ علاء محي الدين مصطفى أبو احمد، مرجع سابق، ص 268.

⁴ عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق، ص 126.

⁵ المادة 93 و 94 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78 لسنة 1975 المعدل والمتمم.

⁶ المادة 97 و 98 من الأمر رقم 58/75 السالف الذكر.

⁷ سمير جاويد، التحكيم كآلية لفض المنازعات، دائرة القضاة، أبو ضبي، الطبعة الأولى، 2014، ص 52.

⁸ المادة 1006 من القانون رقم 09/08 السالف الذكر.

⁹ فتحي والي، مرجع سابق، ص 134.

إن المشرع لم يترك محل اتفاق التحكيم مطلقا بل قيده، حيث أورد في الفقرة الثانية من المادة 1006 استثناء، بمعنى آخر لا يمكن اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للمسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم، ويشمل هذا المنع الأشخاص المعنوية باستثناء علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في مجال الصفقات العمومية، والتي سنشرحها بنوع من التبسيط.

أولا: عدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام.

لم يعرف المشرع الجزائري فكرة النظام العام بل ترك ذلك للفقه والقضاء، وقد نجد بعض النصوص التي ورد فيها النظام العام ومنها القانون المدني في المادة 93 بنصها على أنه: "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا"، والمادة 97 من نفس القانون على أن: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام وللآداب العامة كان العقد باطلا"، فهدف المشرع من منع التحكيم بخصوص النظام العام هو المحافظة على التوازن داخل المجتمع وفرض مشروعية القاعدة القانونية وحمل الأفراد على احترامها، بل وظيفة النظام العام لا تقتصر على القانون الداخلي فحسب بل تتعدى ذلك إلى القانون الدولي الخاص، حيث تقف فكرة النظام العام متصدية للقانون الأجنبي عند التطبيق في الجزائر، وهذا ما نصت عليه المادة 24 من القانون المدني "لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون، يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة".

ثانيا: عدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم.

الحالة هي المركز القانوني الذي يحدد وضع الفرد بالنسبة للدولة والمجتمع، فلا يجوز التحكيم في مسائل الجنسية كالإقرار بها أو نفيها أو كونا لإنسان ذكر أو أنثى أو كونه حيا أو ميتا، ولا يجوز التحكيم في حق المواطن الانتخابي أو حقه في الترشيح في الانتخابات من عدمه، فكل هذه المسائل مستبعدة تماما من نطاق التحكيم، أما الحقوق المالية المتعلقة بالحالة الشخصية جاز التحكيم فيها كصدور قرار إداري بشأن الجنسية مخالف للقانون فيجوز التحكيم في مسألة التعويض⁽¹⁾، وقد نصت المادة 47 من القانون المدني على ما يلي "لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته، أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر"، كما لا يجوز التحكيم في مسألة الأهلية وهو ما جاءت به المادة 46 من القانون المدني "ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها" وحالة الأشخاص تتعلق بأمور الزواج، الطلاق، النسب...، أما السبب وهو الدافع لإبرام اتفاق التحكيم ويجب أن يكون مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة ومفاده استبعاد طرح النزاع على القضاء.

الفرع الثالث: الأهلية.

كان المشرع واضح من خلال النص على أنه يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، ومصطلح الشخص ينطبق على الشخص الطبيعي والشخص المعنوي طالما المشرع لم يحدد فقد أطلق الأمر على مصرعيه، والأهلية المطلوبة هنا لصحة الاتفاق على التحكيم هي أهلية التصرف بالنسبة للحق المتفق على التحكيم بصدده وليست أهلية الاختصاص، فلا يمكن أن يكون طرفا في اتفاق التحكيم الشخص الذي لا يكون له التصرف في الحقوق التي يشملها اتفاق التحكيم حتى لو كانت لديه أهلية الاختصاص، ذلك أن الاتفاق على التحكيم يعني التنازل عن رفع النزاع إلى قضاء الدولة، فلا يجوز لعدم الأهلية أو ناقصها ما لم يكن مأذونا له بالإدارة أو الحارس القضائي على المال المتنازع عليه إبرام عقد تحكيم، ولا للوصي على القاصر إلا بعد الحصول على إذن من القضاء، ولا من أشهر إفلاسه،

¹ عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق، ص 139.

فيجوز للولي أن يبرم اتفاق تحكيم بشأن أموال القاصر⁽¹⁾، ونفس الأمر بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة نجد المشرع في نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالفة الذكر قد حظر عليها اللجوء إلى التحكيم باستثناء علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية، وهو ما أكدته المادة 975 بنصها " لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه أن تجري تحكما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية "، فأشخاص القانون العام تتمثل في الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، وبالتالي عندما يتعلق التحكيم بالدولة يبادر بذلك الوزير المعني أو الوزراء المعنيين، أما الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية تتم المبادرة على التوالي من الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أو الممثل القانوني أو ممثل السلطة الوصية⁽²⁾.

المطلب الثاني: الشروط الخاصة لاتفاق التحكيم.

إضافة إلى توافر الشروط العامة لاتفاق التحكيم لابد من شروط أخرى نص عليها المشرع، وتتمثل في كتابة اتفاق التحكيم وتعيين المحكمين وتحديد موضوع النزاع.

الفرع الأول: الكتابة.

تختلف الأنظمة القانونية الوضعية حول مسألة الكتابة التي يتطلبها اتفاق التحكيم هل هي وسيلة إثبات أم شرط لصحة اتفاق التحكيم، فكان المشرع الجزائري واضحا حول هذه المسألة في نص المادة 1012 " يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا ..."، وبالتالي فهو شرط لصحة اتفاق التحكيم وليس مجرد وسيلة لإثباته، غير أن المشرع لم يبين لنا شكل الكتابة التي يجب أن يفرغ فيها التحكيم إذا كانت كتابة رسمية أو عرفية، مكتوبة باليد أو بالآلة الكاتبة أو كتابة رقمية إلكترونية، واقتضاء الكتابة لا يعتبر لازم فقط لصحة اتفاق التحكيم وإنما أيضا لصحة أي تعديل لاحق لأي بند في الاتفاق⁽³⁾. ويترتب على عدم توفر الكتابة في العقد الأصلي أو في وثيقة مرفقة أو ملحقة يشير إليها العقد الأصلي البطلان، وهذا البطلان يخص اتفاق التحكيم ولا ينصرف إلى العقد أو العلاقة القانونية القائمة بين الخصوم أو الأطراف⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: تعيين المحكمين.

إن تحديد الهيئة التي تتولى التحكيم يعتبر من الأموال البالغة الأهمية، والمحكم هو من يعهد إليه بمهمة الفصل في النزاع، وهو قد يكون شخصا واحد أو مجموعة وهو ما نصت عليه المادة 1012 في فقرتها الثانية "... يجب أن تتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم ..."، كما نصت المادة 1017 من نفس القانون "تشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي " ⁽⁵⁾.

لم يضع المشرع حد أقصى للمحكمين فقط اشترط أن يكون بعدد فردي عندما تكون أمام تشكيلة جماعية لأن الهدف من ذلك هو صدور أحكام التحكيم بالأغلبية وبالتالي لابد أن يكون العدد فردي، ولا بد أن يتضمن الاتفاق ذكر أسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم، وقد

² فتحي والي، مرجع سابق، ص 110.

¹ المادة 976 من قانون رقم 09/08 السالف الذكر.

² فتحي والي، مرجع سابق، ص 136.

³ بوضياف عادل، مرجع سابق، ص 382.

⁴ المادة 1017 من القانون رقم 09/08 السالف الذكر.

تستند مهمة التحكيم لشخص طبيعي ففي هذه الحالة بالإضافة إلى قبوله لمهمة التحكيم⁽¹⁾ لا بد أن يكون متمتعاً بالحقوق المدنية التي يقرها الدستور والقوانين للشخص سواء كانت حقوق مدنية عامة لصيقة بشخصية الفرد وتتمتع بها بمجرد ميلاده، أو حقوق خاصة ليست لصيقة بشخصية الإنسان وإنما يكتسبها في مرحلة محددة. أما إذا أسندت مهمة التحكيم لشخص معنوي لا بد أن يقوم بتعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم، كون اشخص المعنوي لا يمكنه القيام بمهمة التحكيم⁽²⁾.

الفرع الثالث: تحديد موضوع النزاع.

إضافة إلى وجود المنازعة وتحديدها ومشروعيتها يشترط المشرع أيضاً تحديد موضوع النزاع المراد عرضه على التحكيم في اتفاق التحكيم وهذا ما نصت الفقرة الثانية من المادة 1012، ويقصد بتحديد موضوع النزاع تحديد مجموع الإدعاءات المتبادلة التي يدعيها الخصوم، والإدعاء هو محل طلب الخصوم ويجب أن يكون واضح وقد رتب المشرع على عدم تحديد موضوع النزاع بطلان اتفاق التحكيم.

ترجع الحكمة في تحديد موضوع النزاع في اتفاق التحكيم إلى ما يلي:

- الرغبة في أن لا يتنازل الأطراف عن ولاية القضاء العام في الدولة واللجوء إلى التحكيم.
- عدم إثارة منازعة أو منازعات فرعية بين الخصوم حول ما عهد به إلى التحكيم، لأنه لا بد أن يكون في الحدود التي رسمت له بدقة من الأطراف وإلا يتعداها بالدخول في نزاعات فرعية، تكون بعيدة أو قريبة من موضوع النزاع، وإلا وجد الأطراف أنفسهم أمام القضاء لحل منازعاتهم المتعلقة بموضوع التحكيم.
- يؤدي تحديد المسائل محل النزاع إلى إمكانية تحديد ولاية المحكمين وسلطاتهم بدقة، فتكون لهم ولاية التحكيم في المسائل المحددة بالاتفاق دون غيرها، فإذا خرجوا عنها كان حكمهم باطلاً⁽³⁾.

خاتمة:

يعتبر اتفاق التحكيم عقد من العقود الملزمة للجانبين، كما تلعب إرادة الأطراف دور مهم في تكوينه، وقد خص المشرع اتفاق التحكيم بضمانات وهي ضرورة كتابتها وتحديد موضوع النزاع وتبيان أسماء المحكمين أو طريقة تعيينهم، وهذا ليس مجرد الإثبات وإنما جعل ذلك شرط لصحة اتفاق التحكيم ورتب على عدم توفره البطلان. وعليه يمكن أن نوصي بما يلي:

- إدراج التحكيم كمادة أساسية في كليات الحقوق،
- الترويج للتحكيم كطريق فعال في فض النزاعات،
- حبذا لو أن المشرع يحدد شكل الكتابة المقصودة في اتفاق التحكيم إذا كانت كتابة رسمية أم عرفية مكتوبة باليد أو بالآلة الكاتبة أو كتابة رقمية.

⁵ تنص المادة 1015 من القانون رقم 09/08 السالف الذكر على أن: " لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحاً، إلا إذا قبل المحكم أو المحكمين بالمهمة المسندة إليهم... "

⁶ المادة 1014 من القانون رقم 09/08 السالف الذكر.

¹ عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق ص 154.

- تعديل بعض مواد التحكيم لاستبعاد اللبس والحد من التفسير وكثرة التأويلات،
- الدقة والوضوح في صياغة عقود اتفاق التحكيم من أجل تفادي مسائل التفسير واللبس الوارد،
- تبادل الخبرات التحكيمية بين الدول عن طريق ملتقيات.