الدرس الثاني: شروط اتفـاق التحكيم وآثـاره

يعد الاتفاق على التحكيم المرحلة الأولى من المراحل التي تمر بها عملية التحكيم، فهي مرحلة تسبق مرحلة الإجراءات التي ينبغي إتباعها في هذه العملية.

واتفاق التحكيم يمثل بلا شك نقطة الإنطلاق في عملية التحكيم، يقصد به اتفاق الأطراف على الإتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة، ويتضمن اتفاق التحكيم في جوهره أطراف التحكيم والمحكم وهو الشخص أو الأشخاص المختارون للفصل في النزاع (هيئة التحكيم) والمحكوم فيه أي موضوع النزاع.

ولقد نظم المشرع الجزائري في قانون الاجراءات المدنية والإدارية احكام اتفاق التحكيم، في الباب الثاني منه واشترط أن يكون إتفاق التحكيم بين أطراف المعاملة أو العقد في حالة نشوب نزاع بينهما، لكن هذا الإتفاق يخضع لشروط و هاته الأخيرة يترتب عنها آثار وهو ما سنتطرق من خلال هذه المحاضرة.

اشكالية : ماهي الشروط التي ينعقد عليها اتفاق التحكيم، وماهي الآثار التي يرتبها هذا الإتفاق؟.

المنهج المتبع: المنهج التحليلي

التقسيم:

المبحث الأول: شروط صحة اتفاق التحكيم
المطلب الأول: الشروط الموضوعية
الفرع الأول: ركن الوضا في اتفاق التحكيم
الـفرع الثاني: ركن محل التحكيم - قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم -
الـفرع الثـالث: ركـن الـسبب
المطلب الثاني: الــشروط الشكلية
المبحث الثاني: آثــار اتفـاق التحكيم
المطلب الأول: الأثــر المانع لاتفاق التحكيم 1045 ق ا ج م ا
المطلب الثاني: مبدأ استقلالية شرط التحكيم. العلاقة بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي
المطلب الثالث: مبدأ نسبية اتفاق التحكيم - نطاق الأثر الملزم لاتفاق التحكيم من حيث الأشخاص –

الاسئلة المراد الإجابة عليها:

كيف ينعقد اتفاق التحكيم؟

ماهي شروطه الموضوعية والشكلية؟

هل يمكن الاعتداد بالطرق وسائل الاتصال الحديثة لاثبات اتفاق التحكيم؟

ما المقصود بقابلية النزاع للحل عن طريق التحكيم؟

ما هي آثار اتفاق التحكيم

ما المقصود بالأثر المانع لاتفاق التحكيم؟.

هل بطلان العقد الصلي يؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم؟.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: قائمة المصادر

القانون المدني الجزائري

قانون المدني المصري

القانون المدني الفرنسي

قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

ثانياً: الكتب

أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.

أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية سنة 1988.

أحمد أبو الوفا، التحكيم في قوانين البلاد العربية، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، بدون سنة طبع.

أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء 5،

حسن المصري، العقود التجارية في القانون الكويتي والمصري المقارن، الطبعة الأولى، 1989.

سميحة القليوبي، شرح العقود التجارية، دار النهضة العربية، 1987.

سامي عبد الباقي، المرجع السابق، ص 51.

سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

سميحة القليوبي، ابحاث في التحكيم، مقدمة لطلبة دبلوم قانون الخاص، جامعة القاهرة، 2011.

سميحة القليوبي، الاسس القانونية للتحكيم التجاري، دار النهضة العربية، 2013.

عبد الباقي الصغير، المرجع السابق، ص 69.

عليوش قريوع، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.

محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 1997.

محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 2007.

مصطفى محمد الجمال، د.عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات العامة الدولية والداخلية، الطبعة الأولى، بدون ناشر، .1998 هاني سري الدين، التحكيم في عقود البناء والتشغيل، دار النهضة العربية، 2005.

ثالثاً: الاحكام القضائية:

قرار المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة التجارية البحرية، رقم الملف 442187، صدر بتاريخ 09/ 04/ 2008.

Joseph (D. Becker), Jossje mkleyn public policy and Arbitration The unruly horse and the arbitrability of claims in America.

المبحث الأول: شروط صحة اتفاق التحكيم

المطلب الأول: الشروط الموضوعية

الفرع الأول: ركن الوضا في اتفاق التحكيم

ويعني تطابق إرادتين واتجاههما إلى ترتيب آثار قانونية تبعا لمضمون ما اتفقا عليه، فلا بد من إيجاب وقبول يتلاقيان على اختيار التحكيم اختيارا حرا كوسيلة لحسم المنازعات التي تثور بشأن العلاقة الأصلية وإذا تعلق الأمر بشرط التحكيم، سيكون مدار الأمر على التحقق من تطابق إرادة الأطراف بشأن شرط التحكيم كأحد شروط العقد، أما إذا تعلق الأمر بمشارطة، فسيكون التحكيم هو محل هذا الاتفاق، وليس مجرد بند أو شرط في العقد أو العلاقة القانونية الأصلية.

أولاً: توافر اهلية:

أهلية الشخص الطبيعي: ويلزم أن تتوفر الأهلية لدى الأطراف وهي أهلية التصرف في الحق، حيث كما يصح للأشخاص الطبيعيين الاتفاق على التحكيم، وتكون بسن 19 سنة وفق للأحكام العامة طبقا للمادة 40 من ق. المدني. أما بالنسبة لمعرفة جنسية الأجنبي بالرجوع لقانون جنسيته من أجل معرفة اهليته.

أما أهلية المأذون له بالإدارة أو التجارة في إبرام اتفاق التحكيم في شأن وفي حدود ما يتعلق بالعقود التي يكون أهلاً لإبرامها وفقاً للإذن الممنوح له .

أهلية الشخص المعنوي:

ذهب المشرع الجزائري إلى منع الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم، الاّ في حالة العلاقات الاقتصادية أو في اطار الصفقات العمومية طبقاً لنص المادة 1006 من ق. إ. م. إ. د الفقرة الأخيرة. شريطة تطبيق أحكام نص المادة 976 ق إ م إ. د. التي تقضي إذا كان التحكيم متعلقاً بالدولة فيكون بمبادرة من الوزير المختص أو الوزراء المعنين؛ أما إذا تعلق بالولاية فيكون بمبادرة الوالي، ونفس الأمر لرئيس المجلس الشعبي البلدي بالنسبة للبلدية.

الـفرع الثاني: ركن محل التحكيم - قابلية النزاع للتسوية بطريق التحكيم -

وهو أن يكون موضوع النزاع من المسائل التي يجوز فيها التحكيم وإلا كان باطلاً.

فقد نصت المادة 1006 من القانون الجزائري في فقرتها الأولى أنه: « يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها » ؛ ونصت المادة 461 من قانون المدني على أنه: « لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية الناجمة عن الحالة الشخصية» .

وترتيبا على ذلك يمتنع الاتفاق على التحكيم في مسائل الأهلية أو صحة بطلان الزواج أو إثبات النسب أو الإقرار بالبنوة ... الخ، كما لا يجوز التحكيم في جريمة قتل أو سرقة أو تبديد أو جريمة شيك بدون رصيد.... الخ. ويمتد الحظر لكل ما يتعلق أو يمس النظام العام، كالتحكيم بشأن علاقة غير مشروعة أو عقد مقامرة، أو قرض بفوائد ربوية أو بشأن التفاوض والتحكيم بشأن تحديد أسعار السلع تخضع للتسعير الجبري للدولة...الخ.

ولكن إذا امتنع التحكيم في كل ما سبق فإن التحكيم جائز في خصوص الحقوق المالية التي قد ترتبط مثلاً بالزواج أو الطلاق أو التعويضات الناشئة عن ارتكاب جريمة.

وقد ثار خلاف في الرأي بشأن إمكانية الاتفاق على التحكيم بشأن مسألة تدخل في الاختصاص المانع للقضاء، كما لو تعلق الأمر بدعاوى عقارية أو بشأن مال موجود في الجزائر، أو تفليسة أشهرت فيها أو شركة افتتحت فيها.

والواقع أن المعيار الذي يحسم الأمر هو هل حدث إخلال بالنظام العام أم لا؟.

الـفرع الثـالث: ركـن الـسبب

إن اتفاق الأطراف على التحكيم يجد سببه في إرادة الأطراف استبعاد طرح النزاع على القضاء وتفويض الأمر للمحكمين، وهذا سبب مشروع دائما، ولا تتصور عدم مشروعيته إلاّ إذا ثبت أن المقصود بالتحكيم التهرب من أحكام القانون.

ولا يختلط السبب غير المشروع بالمحل غير الممكن أو غير المشروع، فالأول يقتضي البحث عن إجابة السؤال لماذا لجأ الأطراف للتحكم ؟ أما الثاني فيتعلق بتحديد الموضوع المراد تسويتة بطريق التحكيم وهل هو ممكن ومشروع أم لا؟.

المطلب الثاني: الــشروط الشكلية

ذهب المشرع الجزائري في المادة 1008 ق إ م إ في فقرتها الأولى أنه:« يثبت شرط التحكيم، تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها »؛ ونص المشرع الجزائري في نص المادة 1012 على أنه: « يحصل الاتفاق على التحكيم كتابياً. يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعينهم. وإذا رفض المحكم المعين القيام بالمهمة المسندة إليه، يستبدل بغيره بأمر من طرف رئيس المحكمة المختصة. » ؛ وقد بينت المادة 1040 من ق إ م إ ذلك أكثر حيث قالت أنه: « يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة » .

حيث يجب في جميع الأحوال التوقيع على اتفاق التحكيم شرطا كان أو مشارطة و إذا ورد بندا من بنود العقد الأصلي يكفي التوقيع على العقد، و ينصرف هذا التوقيع إلى كافة بنود العقد.

كما تتحقق الكتابة وفقا لنص القانون، إذا ورد شرط التحكيم في رسائل أو برقيات متبادلة بين الطرفين، ويمتد ذلك إلى كل وسائل الاتصال المكتوبة، و لكن يجب تحقق تبادل الإيجاب والقبول بشأن التحكيم.

ويعتبر شرط التحكيم متحققا، إذا تم النص عليه في العقد الأصلي إلى الإحالة على وثيقة تتضمن شرط تحكيم كالإحالة على عقد نموذجي في مجال النقل البحري أو بيع البضائع أو عقد تشييد.

المبحث الثاني: آثــار اتفـاق التحكيم

المطلب الأول: الأثــر المانع لاتفاق التحكيم 1045 ق ا ج م ا

وهو الأثر السلبي - عدم اختصاص القاضي الوطني - في نظر المنازعة التي يحكمها اتفاق التحكيم، سواء كانت الخصومة التحكيمية قائمة، بمعنى قد اتصلت هيئة التحكيم بالنزاع؛

ويجب أن يقدم الدفع من أحد الأطراف النزاع أمام المحكمة

وقد أعطى المشرع لهيئة التحكيم أن تفصل في الدفوع المثار أمامها إذا كانت مرتبطة بموضوع النزاع وتفصل في الدفع بعدم اختصاصها، وهذا ما يعرف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص. راجع المادة 1044 من ق ا م ا

المطلب الثاني: مبدأ استقلالية شرط التحكيم. العلاقة بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي

المادة 1040 من قانون إ. م. إ. د. فقرة أخيرة التي تنص على أنه : « لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي .»

بمعنى أنه لا توجد علاقة بين العقد الأصلي واتفاق التحكيم، فبطلان أحدهما لا يستتبعه بالضرورة بطلان العقد الأصلي.

المطلب الثا لث: مبدأ نسبية اتفاق التحكيم - نطاق الأثر الملزم لاتفاق التحكيم من حيث الأشخاص -

إن مبدأ نسبية الاتفاقات، يؤدي إلى القول بأن اتفاق التحكيم لا تمتد آثاره إلى أشخاص لم يوقعوا على الاتفاق سواء بأنفسهم أو عن طريق ممثل لهم، أي أطراف الاتفاق.

ورغم قاعدة نسبية أثر اتفاق التحكيم إلا أنه يسري في مواجهة غير أطرافه في الحالات الآتية:

1- **الخلف العام كالوارث والموصي له**، والشخص المعنوي الدامج في حالة الاندماج بطريق الضم أو الشخص المعنوي الناشئ عن الاندماج في حالة الاندماج بطريق المزج.

2- **الخلف الخاص** ، وهو من يخلف الشخص في شيئ معين كالمشتري الذي يخلف البائع والمحال له بحق شخصي كالمتنازل له عن عقد الإيجار كخلف خاص للمستأجر الأصلي.

3- **الغير** ، وهو كل شخص غير طرف في اتفاق تحكيم أو خلف عام أو خاص. مثل العقد الجماعي والمجموع العقدي والاتفاق مع من يظهر بمظهر صاحب الصفة والمرسل إليه في عقد النقل وسوف نشير بإيجاز إلي هذه الحالات .