المحاضرة السابعة: اتفاقية التحكيم (مفهومها- أنواعها- القانون الواجب التطبيق)

مقدمة

اتفاقية التحكيم هي مصدر التحكيم ذاته ودستوره، وهي الأصل المانع لقضاء الدولة في النظر في المنازعة محل التحكيم، ويعد اتفاق التحكيم نقطة الانطلاق في مسيرة التحكيم، فهو الحجر الأساسي في نظام التحكيم، وفي تحديد كل المسائل التي تتعلق بتنظيم وسيرورة العملية التحكيمية من بدايتها (إختيار المحكمين، تشكيل هيئة التحكيم، إختيار القانون الواجب التطبيق) إلى نهايتها بصدور الحكم التحكيمي الملزم لكلا طرفي النزاع؛ وفيما يلي نحاول تسليط الضوء على إتفاق التحكيم من حيث المفهوم، الصور والأشكال التي يتخذها، وكذا الشروط والضوابط الشكلية والموضوعية لصحته.

1- مفهوم إتفاق التحكيم:

هو كل اتفاق بين إرادتين أو أكثر بمناسبة عقد معين (مدني، تجاري وغيره) على تنحية القضاء العادي عن نظر نزاع قائم بالفعل (شرط التحكيم) أو منازعات مستقبلية (مشارطة التحكيم) تثور بصدد تفسير هذا العقد أو صحته أو بطلانه أو تنفيذه أو فسخه أو التعويض عن البطلان أو الفسخ، باختيار محكم أو أكثر للفصل في هذا النزاع بحكم ملزم وفقا للقواعد الإجرائية والموضوعية التي يحددها هذا الاتفاق. كما عرفه المشرع الجزائري بنص المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه " اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشؤه على التحكيم"؛

ومن جهة أخرى عرف القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي اتفاق التحكيم على أنه الاتفاق الذي تقرر بموجبه الأطراف المتعاقدة عرض كل أو بعض النزاعات القائمة أو المحتملة بصدد علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية.

وتكمن أهمية اتفاقية التحكيم أن التأكد من مدى وجود قبول متبادل بالتحكيم مسألة تخضع لرقابة كلية من قبل القضاء بمعنى أنها لا تخضع إلى مبدأ الاقتصار على الرقابة الشكلية كما هو الأصل عند النظر في طلب بطلان حكم التحكيم؛

2- صور وأشكال اتفاق التحكيم التجاري الدولي:

يتخذ اتفاق التحكيم حسب ما استقرت عليه آراء الفقهاء والقضاة إحدى الصورتين:

أولا- شرط التحكيم (La clause compromissoire):

وهو اتفاق يلتزم بموجبه طرفان على تسوية ما يحتمل أن يثور بينهما من نزاعات في المستقبل بواسطة التحكيم، وهذا الاتفاق يمكن أن ينصرف لاتفاقهم في العقد نفسه، أو لاحقا على العقد في اتفاق مستقل، أو بالإحالة إلى وثيقة تتضمن إتفاق تحكيم مع وضوح هذه الإحالة[1]. أي أنه إذا أخذ الاتفاق **شكل الشرط** المنصوص عليه في **بند** من بنود العقد المبرم بين الطرفين المتنازعين أو في **اتفاق** مستقل يتضمن اللجوء إلى التحكيم في حالة قيام نزاع مستقبلي بشأن هذه العلاقة التعاقدية سمي هذا الاتفاق "**شرط التحكيم**".

كما قد يكون شرط التحكيم في صورة إشارة في ملحق أو مستند ملحق بالعقد وهو ما يطلق عليه شرط التحكيم بالإحالة أو بالإشارة "Clause compromissoire ou arbitral par référence"، مثل إحالة الطرفين إلى شروط عقد بيع نموذجي، أو إلى نظام قانوني يجيز التحكيم صراحة، شريطة أن يكون العقد مكتوبا، وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل هذا الشرط جزءا من العقد.

ثانيا- مشارطة التحكيم (le compromis d'arbitrage):

هي اتفاق يتم بين الأطراف المتنازعة بعد قيام النزاع لعرض هذا النزاع على التحكيم، سواء أكانت المشارطة ترجمة لشرط تحكيم سابق بين الطرفين أو بعد نشوب النزاع بين الطرفين. أي أنه يكفي لنكون أمام مشارطة التحكيم وجود نزاع قائم فعلا بين الأطراف حول مسألة معينة على العكس من شرط التحكيم الذي يبرم بشأن نزاع محتمل (قد يقع وقد لا يقع)؛

وقد أخذ المشرع الجزائري بهذه الشكل من أشكال اتفاق التحكيم بنص المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه " اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم".

[1] - وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم، شريطة أن يكون العقد مكتوبا، وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل هذا الشرط جزءا من العقد، وهذه **الإحالة قد تكون صريحة أو ضمنية** طالما كانت دالة على إرادة الطرفين في اتفاق التحكيم بالالتزام بشرط التحكيم الوارد به.

وسواء أخذ اتفاق التحكيم شكل المشارطة أو شكل الشرط التحكيمي فإن له خصوصيتان: أولهما إثبات وجوده بالكتابة، وثانيهما استقلال الاتفاق على التحكيم عن العلاقة الأصلية التي ينشأ عنها النزاع موضوع التحكيم، كما أنه يترتب على شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم سحب النزاع من اختصاص ولاية القضاء العادي ونقله إلى هيئة التحكيم. ومن بين صور التمييز بين الشرط والمشارطة العامل الزمني وكما أن الأول يشير فقط إلى التوجه إلى التحكيم كآلية لحل النزاعات (موضوع النزاع غير معروف بدقة) يستجمع الثاني كافة العناصر لانطلاق عملية التحكيم (تشكيل الهيئة التحكيمية، القانون الواجب التطبيق،. إلخ)، ومن الناحية العملية الشرط أنجع من المشارطة.

3- الضوابط الشكلية والموضوعية لاتفاق التحكيم:

يتوقف صحة اتفاق التحكيم باعتباره عقد على ضرورة توافر مجموعة من الضوابط والشروط منها ما يتعلق بالشكل ومنها ما يتعلق بالموضوع، وفيما يلي تفصيل لذلك.

أولا- **الشروط الموضوعية لصحة إتفاق التحكيم التجاري الدولي:** تتمثل أساسا في:

- ✓ **التراضي:**

يعتبر التراضي شرطا أساسيا وركنا مهما لصحة اتفاق التحكيم التجاري الدولي، ويقصد به هنا تطابق إرادتين واتجاههما إلى ترتيب آثار قانونية تبعا لمضمون ما تم الاتفاق عليه وذلك لتلاقي الإيجاب والقبول، وهو ما نصت عليه صراحة المادة 59 من القانون المدني الجزائري: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"، أي اتجاه وتطابق إرادة الأطراف على استبعاد القضاء واختيار التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي ثارت أو يمكن أن تثور مستقبلا بشأن علاقتهم القانونية العقدية أو الغير عقدية.

كما يشترط كذلك تمتع الأطراف بالأهلية القانونية اللازمة للتعاقد والتي يطبق بشأنها القواعد العامة المتعلقة بالأهلية للأشخاص الطبيعية، فالأهلية هنا مقيدة بقابلية النزاع للتحكيم، إذ لا يجوز التحكيم في المسائل التي يمنع فيها التحكيم (النزاعات المتعلقة بالنظام العام، والنزاعات التي تتعلق بحالة الأشخاص وأهليتهم).

- ✓ **المحل:**

وفقا للقواعد العامة يشترط في المحل أن يكون موجودا أو قابلا للوجود، وأن يكون مشروعا، وأن يكون معينا أو قابلا للتعيين، ويقصد بمحل اتفاق التحكيم موضوع المنازعة أو المنازعات التي يطرحها اتفاق التحكيم على هيئة

التحكيم، ويقصد بالنزاع التعارض بين مصلحتين قانونيتين أو أكثر بسبب الإختلاف في حماية وجهات النظر القانونية حول وقائع النزاع أو القواعد القانونية الواجبة التطبيق بين شخصين أو أكثر، وقد أجاز القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (الأونسيترال) للدول إختيار التشريعات لتحديد المناعات التي تصبح محلا لاتفاق التحكيم، كما نصت المادة 11 من قانون التحكيم المصري على عدم جواز التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح ولا يتعارض مع النظام العام.

- ✓ **السبب:**

يتعين أن يكون لاتفاق التحكيم سببا مشروعا، وهو السبب الذي لا ينطوي على غش أو احتيال، كما لو كان التحكيم بقصد التهرب من تطبيق أحكام فيما لو طرح النزاع على القضاء، فالسبب في اتفاق التحكيم هو اختيار اللجوء إلى التحكيم كوسيلة خاصة لتسوية النزاع بين الأطراف لما يقدمه من ميزات إيجابية تخدم مصالح الأطراف المتنازعة بدلا عن قضاء الدولة الذي يتميز بجمود وتعقيد الإجراءات وطولها.

ثانيا- الشروط الشكلية لصحة إتفاق التحكيم التجاري الدولي:

تعد الكتابة من الشروط الشكلية لصحة اتفاق التحكيم، ويقصد بالكتابة هنا كل ما من شأنه أن يشير إلى اتجاه إرادة الأطراف إلى اختيار التحكيم سواء في مراسلات أو برقيات أو خطابات، بالبريد العادي أو بوسائل الاتصال الحديثة كالأنترنيت، الفاكس. إلخ. وفي هذا الصدد نصت المادة 7 من قانون الأونسيترال في فقرتها الثانية على أنه: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا ويعتبر الاتفاق مكتوبا إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل الرسائل أو تلكس أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي تكون بمثابة محل اتفاق" .

وقد ذهب المشرع الجزائري إلى أبعد من اعتبار الكتابة مجرد شرطا لصحة اتفاق التحكيم، حيث نصت المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفقرة الثانية منها على: "يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة"، وهو ما يعني أن الكتابة شرط لانعقاد اتفاقية التحكيم ووسيلة لإثباتها وتنفيذها وبطلانها.