

جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان
كلية الحقوق و العلوم السياسية

اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري
(دراسة مقارنة)

رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

إعداد الطالبة : بودالي خديجة .
إشراف : أ.د. شهيدة قادة .

لجنة المناقشة :

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ	الأستاذ بن عمار محمد
مشرفا و مقررا	جامعة تلمسان	أستاذ	الأستاذ شهيدة قادة
مناقشا	جامعة تيارت	أستاذ محاضر " أ "	الأستاذ بوسماحة الشيخ
مناقشا	جامعة تلمسان	أستاذ محاضر " أ "	الأستاذ بن عصمان جمال
مناقشا	جامعة سعيدة	أستاذ محاضر " أ "	الأستاذ بن أحمد الحاج

السنة الجامعية : 2015/2014

شكر و تقدير .

أشكر كل من ساعدني في إعداد هذا العمل ، كما أشكر الأستاذ الفاضل الدكتور شهيدة قادة و الذي أطرنى و سهر على أن يرى هذا العمل النور .
كما أن الشكر موصول إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة و الذين زادوني شرفا بقبولهم مناقشة هذه الرسالة :

الشكر إلى الأستاذ الدكتور بن عمار محمد من جامعة تلمسان .

و الشكر إلى الدكتور بوسماحة الشيخ من جامعة تيارت .

و الشكر إلى الدكتور بن عصمان جمال من جامعة تلمسان .

و الشكر إلى الأستاذ بن أحمد الحاج من جامعة سعيدة .

الإهداء.

إلى أرواح جميع شهداء ثورة التحرير المجيدة و الذين ضحوا بأرواحهم الطاهرة من أجل هذا الوطن العزيز.

إلى روح خالتي الطاهرة منصورية رحمها الله .

إلى أمهاتي ، أطال الله في أعمارهن .

إلى والدي أطال الله في عمره .

إلى أبنائي و كل عائلتي.

كما أهدي هذا العمل إلى أستاذي الفاضل الدكتور شهيدة قادة و الذي كان له الفضل

الكبير في إنجاز هذا العمل.

" يعيش التحكيم التجاري الدولي في هذه الفترة من التاريخ ، أزهى عصور ازدهاره ، فمن نظام استثنائي منتقد لمنافسته للعدالة التي تقدمها المحاكم الوطنية في الدولة ، إلى نظام مكمل لهذه العدالة في الحالات التي تعجز فيها محاكم الدولة عن تقديم العدالة السريعة المتخصصة للمتعاملين مسرح التجارة الدولية ، إلى الحد الذي أصبح معه من نافلة القول وصف هذا القضاء الخاص بأنه القضاء الطبيعي و الذي يفضل المتعاملون في إطار العلاقات الدولية ولوجه مفضلين إياه على قضاء الدولة "

الأستاذة الدكتورة / حفيظة السيد حداد

محكمة و خبيرة – جامعة الإسكندرية

الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم

قائمة المختصرات.

- ج : الجزء .
- ج.ر: الجريدة الرسمية .
- د.ت : دون تاريخ .
- س : السنة .
- ص : الصفحة .
- ط : الطبعة .
- م : مجلد .
- م.ق : المجلة القضائية .
- المحكمة العليا : المحكمة العليا الجزائرية .
- ن.ق : نشرة القضاء .
- ق.م.ج : القانون المدني الجزائري .
- ق.م.ف : القانون المدني الفرنسي .
- ق.م.م : القانون المدني المصري .
- ق.ا.م.ج : قانون الإجراءات المدنية الجزائري .
- ق.ا.م.ا.ج : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري .
- ق.ب.ج : القانون البحري الجزائري .
- ق.ا.م.ف : قانون الإجراءات المدنية الفرنسي .

Liste des abréviations

- Art : Article .
- Bull.Civ :Bulletin des arrêts des chambres civiles de la cour de cassation .
- C .A : Cour d'appel .
- Cass .Civ : la chambre Civile de la Cour de Cassation .
- Cass .Com. : la chambre Commerciale de la Cour de Cassation .
- CCI :la Chambre de Commerce international .
- C .C.I-C.M.I : Le Règlement d'arbitrage de l'organisation Internationale d'arbitrage maritime .
- Clunet : journal du droit international .
- C.M.I : Comité Maritime International .
- D . : Recueil d'aloz .
- D.M.F : droit maritime Français .
- Gaz .pal : Gazette du palais .
- L.G.D.J : Librairie générale de droit er de jurisprudence .
- Obs : Observation .
- O.P.U : Office des publications universitaires .
- p : page .
- Rapp . : Rapport .
- Rev.Arb : Revues d' arbitrage .
- Trib . Com :Tribunal de Commerce .
- N.C.P.F :Nouveau code de procédure civile français .

مقدمة.

يشغل التحكيم البحري مكانا بارزا على الصعيدين الدولي والوطني، بحيث أصبح الآن يفرض نفسه كوسيلة فعالة وسريعة لحل المنازعات البحرية الدولية، وهو يختلف عن سواه من طرق تسوية المنازعات والمتمثلة في الصلح، التوفيق والوساطة.

إن الميزة الأساسية في التحكيم البحري أنه نظام قضائي من نوع خاص وأن أحكامه تفرض على أطراف النزاع عكس التوفيق والوساطة والتي فيهما يقوم كل من الموفق والوسيط بتقديم مقترحات للأطراف محاولين بذلك اجراء تسوية ودية بينهم، والتي يضل أمرها معلقا على قبولها من أطراف النزاع البحري. ويعد نقل البضائع بطريق البحر عاملا هاما تركز عليه التجارة الخارجية والذي بواسطته تنفذ الصفقات التجارية الدولية والتي تعرف بالبيوع البحرية وهي بيوع دولية.

هناك أيضا العديد من الحوادث البحرية والتي تنشأ عنها الكثير من المخاطر الجسيمة والكوارث الإنسانية والبيئية مثال على ذلك: حوادث التصادم البحري، وخاصة إذا ما كان أحد طرفي الحادثة ناقلة بترول وما يسببه ذلك من تسرب كميات هائلة من البترول ومن ثم حدوث خسارات، الأمر الذي يؤدي الى قيام العديد من المنازعات البحرية الناشئة عن عقد النقل البحري الدولي، والتي يتم النظر في حلها إما أمام احدى المحاكم القضائية أو الاتفاق فيها على اللجوء للتحكيم.

إلا أن أغلب المتعاملين المتخصصين في مجال النقل البحري يفضلون اختيار التحكيم البحري كوسيلة لحل نزاعاتهم وذلك للاستفادة من مبدأ المحترفون المتخصصون والمعلنون بالأعراف والعادات البحرية. وبالتالي فالاتفاق على اللجوء للتحكيم في عقد النقل البحري يعني قبول الأطراف المتنازعين لقرار المحكم الذي يفصل في النزاع الناشئ عن هذا العقد، فالاتفاق على التحكيم في عقد النقل البحري اختيار نهائي لحل النزاع عن طريق التحكيم كبديل عن الالتجاء للقضاء.

و لا يخفى على أحد أهمية النقل بوجه عام، والنقل البحري للبضائع بوجه خاص، بإعتباره من بين أهم أعمدة الاقتصاد الوطني و الدولي لما يوفره من مبادلات تجارية من استيراد وتصدير.

فمنذ أن استقر مبدأ حرية الملاحة البحرية في القانون الدولي في مطلع القرن السابع عشر، أصبح النقل البحري يدعم التجارة الدولية لصالح الاقتصاد العالمي.

فأغلب معاملات التجارة الدولية مرتبطة بالنقل بحري ، فلا وجود لأحدهما دون الآخر(1). كما عرف النقل البحري في السنوات الأخيرة تطور عميق من ثلاث نواحي ، تقني ، إقتصادي و قانوني (2). ويتم نقل البضائع بطريق البحر بواسطة سفن بحرية ذات أشكال و أحجام مختلفة، ومزودة ومجهزة بأحدث الأجهزة الملاحية بغرض المحافظة على سلامة الطاقم والركاب والبضاعة وذلك تجنباً لأيّة مشاكل أثناء الرحلة البحرية ، الا أن الصراع دائم بين الشاحنين و البنوك و شركات التأمين من جهة والناقلين من جهة أخرى ، حول مسؤولية أطراف عقد النقل البحري هذا ما أسفر على توقيع عدة اتفاقيات دولية تهتم بتنظيم النقل البحري الدولي للبضائع.

و أولى الاتفاقيات الملزمة في هذا الشأن هي اتفاقية بروكسل بشأن توحيد بعض الأحكام المتعلقة بسندات الشحن الموقعة بتاريخ 1924 و التي انضمت اليها الجزائر و جعلت أحكامها تعلق على القانون الوطني(3)، إلا أن التطبيق العملي لهذه الاتفاقية كشف عن عيوب فيها ، هذا ما أوجب النظر في نصوصها ، الأمر

الذي أدى الى تعديلها ببروتوكول 1968 الذي عرفت قواعده بقواعد ويسبي **Visby rules**

و عدلت من جديد ببروتوكول 1979 و الذي دخل حيز التنفيذ الدولي في 1984/12/14.

إن اتفاقية بروكسل لم تغط مسؤولية الناقل البحري سوى عن المدة التي تبدأ من شحن البضائع على سطح السفينة حتى تفريغها في ميناء الوصول، أي لا تغطي الهلاك أو الأضرار التي تلحق البضائع أثناء وجودها في حراسة الناقل قبل الشحن أو بعد التفريغ وذلك بالرغم من احتفاظ الناقل في غالبية الأحوال بالبضائع في حراسته سواء قبل أو بعد مرحلة النقل في غالبية الأحوال ،زيادة على أن معظم حالات الهلاك أو التلف التي تلحق البضائع تحدث في هذه الفترة أي أثناء تواجدها في الميناء سواء قبل الشحن أو بعد التفريغ.

كما أن اتفاقية بروكسل لعام 1924 لم تنظم مسألة تحديد الاختصاص بالمنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع الأمر الذي أدى إلى ظاهرة إدراج شروط تحديد الاختصاص القضائي في مستندات الشحن. كل هذه الأسباب أدت وبالرغم من انضمام أكثر من ستين دولة إليها ، و أن العمل بأحكامها

(1)M.MEZLI Abderhmane,la limitation de la responsabilité dan les contras de tranport de marchandises par mer selon la conventions de bruxelles et du code maritime Algerien , Colloque international ;le contentieux maritime , 2 et 3 mai , université Oran,2009

(2)phillipe DELEBEQUE ,L'évolution du transport maritime Brèves remarques,DMF699 ,p16.

(3) ZEBoudji ,Quelque cause d'exonération de la responsabilité du transporteur maritime,colloque international ;le contentieux maritime , 2 et 3 mai , université Oran,2009

لأكثر من ستين عاما الى مطالبة الشاحنين (الدول النامية بأكثريتها الساحقة) بالغائها أو استبدالها نظرا لانحيازها بوضوح الى الناقلين .

و ازاء هذا الوضع ، عقد مؤتمر في هامبورغ بألمانيا تحت وساطة الجمعية العامة للأمم المتحدة و تم فيه توقيع اتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بطريق البحر بتاريخ 1978/03/31 و عرفت بإسم معاهدة هامبورغ و قد جاءت هذه الاتفاقية بحماية أفضل للشاحنين ازاء الناقلين ، وقد نجحت في هذا الصدد بتقديم مزايا مهمة للشاحنين ، و بالتالي أتت اتفاقية هامبورغ منحازة لصالح الشاحنين بعكس ما جاءت به اتفاقية بروكسل ، الأمر الذي يفسر عدم انضمام الدول ذات الأسطول البحري الكبير إليها كبريطانيا و الولايات المتحدة الأمريكية و بعض الدول الأوروبية .

إلا أنه ازاء الانتقادات الوجيهة التي وجهت الى هذه الاتفاقية من الدول العظمى ، والتي تعرف بدول الناقلين البحريين و التي تطالب بتحديد المسؤولية و هي من المبادئ الأساسية للنقل الدولي للبضائع وذلك حفاظا على مصالحهم ، و ازاء فشل الاتفاقيات الدولية ذات الصلة في توحيد قواعد النظام القانوني الذي يحكم النقل الدولي للبضائع ، تحركت الجمعية العامة في الأمم المتحدة و أقرت " اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا " بتاريخ 2008/12/11 وفتحت باب التوقيع على هذه الاتفاقية بتاريخ 2009/23/أيلول في روتردام ، و عرفت هذه الاتفاقية باتفاقية روتردام (1) Rotterdam rules .

و قد أتت اتفاقية روتردام على وجه عام بأحكام تفصيلية و تشعب مواضيعها ، على نحو واسع بكثير مما هو الحال في اتفاقيتي بروكسل و هامبورغ . و قد عاجلت هذه الاتفاقية ما كان كائنا من أحكام موضوعية في اتفاقيتي بروكسل و هامبورغ فأبقت على جزء منها و عدلت الجزء الأخر، في حين أنها استحدثت أحكاما جديدة.

إن المعاهدات البحرية الدولية بوجه عام لم تنص على تنظيم عملية التحكيم البحري ، فنجد أن اتفاقية بروكسل لعام 1924 وكذا البروتوكول المعدل لها سنة 1968 قد اغفلا تماما دراسة مسألة التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري تاركين تنظيم هذه المسألة للشروط الواردة في سندات الشحن. إلا أنه نادرا ما يتضمن سند الشحن شرط التحكيم ، في حين يغلب صدور سند الشحن وبه نص خاص يحيل و يشير الى نصوص مشاركة إيجار السفينة والتي من بينها شرط التحكيم.

(1) Antoine VIALARD , la Limitation de responsabilité , clé de doute pour le droit maritime du 21^e siècle , DMF 699 , janvier 2009 , P21.

أما عن اتفاقية هامبورج فقد نظمت فقط التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد نقل البضائع بالبحر، وكانت حريصة فيما أوردته من أحكام في هذا الصدد، حتى لا يكون الفصل في مثل تلك المنازعات منفذا لمخاطر يتعرض لها الشاحن أو من آل إليه الحق في البضاعة، وهو الطرف الضعيف اقتصاديا في عقد النقل البحري، اذا ما اشترط الناقل وهو الطرف الأقوى اقتصاديا في العقد مكانا معيناً للتحكيم أو أن يتم الفصل في المنازعة المعروضة على التحكيم وفق أحكام مغايرة لما أوردته الاتفاقية، بحيث أن ذلك يعني إهدار ما توفره الاتفاقية من حماية للشاحن أو لمن آل إليه الحق في البضاعة.

و قد أجازت اتفاقية هامبورج في المادة 22 الاتفاق على التحكيم و بيان مكان التحكيم والقانون الذي يحكم منازعة التحكيم، وكانت أحكامها في هذا الخصوص من النظام العام وأجازت المادة المذكورة بعد ذلك مخالفة هذه الأحكام بعد قيام النزاع.

الا أن ما يجب ذكره عن هته الاتفاقية أن امكانية اللجوء الى التحكيم كويسلة لحل المنازعات البحرية الناشئة عن عقود النقل البحري للبضائع طبقا لها يكون شريطة أن يكون هذا العقد نفسه خاضعا لأحكام الاتفاقية، وذلك من خلال نص المادة 22 من الاتفاقية، حيث يستفاد من هذا النص اخضاع النقل الذي تنطبق عليه الاتفاقية للتحكيم أيا كانت الوثيقة المثبتة للنقل، عقدا كان أو سند الشحن الصادر تنفيذا لمشاركة الايجار بواسطة شرط التحكيم الوارد في المشاركة، و قد وضعت حلا واضحا مقتضاه عدم التزام حامل السند حسن النية بشرط التحكيم الوارد في مشاركة الايجار الا اذا تضمن السند ملاحظة خاصة تفيد التزام حامل السند بهذا الشرط، من ناحية أخرى أعطت الاتفاقية المدعي حق الاختيار للمكان الذي يجوز فيه اتخاذ اجراء التحكيم، وذلك من بين عدة اختيارات حددتها الاتفاقية وقد راعت بالنسبة لهذه الاختيارات مصلحة كل من المدعي والمدعى عليه، وأيضا يستفاد من النص المذكور ضرورة التزام المحكم أو هيئة التحكيم بقواعد اتفاقية هامبورج في الفصل في المنازعات التي تنظرها، حيث لا يجوز تطبيق أي قواعد أخرى وطنية أو دولية تتناقى أو تتعارض مع أحكام اتفاقية هامبورج، وتنص الفقرة الخامسة من المادة 22 من الاتفاقية على الصفة الآمرة لكل من اختيار أماكن إجراء التحكيم والتزام المحكمين بقواعد الاتفاقية، بحيث يعتبران جزءا ضروريا من شرط التحكيم أو اتفاق تحكيم، لا يمكن إغفالهما أو التحلل منهما.

أما عن اتفاقية روتردام فقد تبنت وسيلة التحكيم لفض منازعات عقد النقل البحري للبضائع، و لكي لا يكون التحكيم وسيلة للتهرب من أحكام المعاهدة، و ذلك عبر فرض الطرف القوي تطبيق قواعد قانونية

على النزاع مغايرة لأحكام المعاهدة ، فقد نظمت هذه الأخيرة التحكيم الذي ينشأ بشأن نقل البضائع المطبق عليه أحكام المعاهدة بالتفصيل ، و على وجه يراعى فيه التوازن بين مصالح الناقلين و مصالح الشاحنين على حد سواء .

و زيادة على ما جاء في الاتفاقيات الدولية البحرية بشأن التحكيم ، قد استقر التحكيم البحري الدولي في البلدان المتقدمة على المبادئ الإجرائية في لوائح التحكيم الخاصة بالمراكز التحكيمية البحرية المتخصصة وذلك في اطار اتفاق الأطراف أو في اطار القواعد القانونية المقررة في قوانين التحكيم الخاصة لهته الدول . و في ظل تفضيل الأطراف اللجوء الى التحكيم لحل المنازعات الناشئة عن عقود النقل البحرية الدولية، قد أصبح التحكيم البحري هو القاعدة و الأساس - بعد أن كان يعد نظام استثنائي متقد من جانب قضاء المحاكم، ثم نظام مكملا لهذا القضاء، حتى أضحي القضاء الطبيعي الذي يفضله المتعاملون البحريون في إطار العلاقات الدولية و قد كان أول ظهور للتحكيم البحري بمناسبة منازعات النقل والتجارة البحرية . كما أنه من الحقائق المؤكدة أن أكثر من 90% من المنازعات المعروضة أمام رابطة المحكمين البحريين في لندن ذات طبيعة بحرية ، و أن 80% من المنازعات الخاضعة للتحكيم تتعلق بعقود نقل تتم بمشارطات الإيجار أو سندات الشحن الصادرة تنفيذا لهذه المشارطات .

أما بالنسبة للتحكيم الذي يتم في إنجلترا فقد ثبت أن نسبة التحكيم في المسائل البحرية يعادل 85% من الرقم العالمي لمجموع طلبات التحكيم(1).

إن اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري هو الاتفاق الذي يتعهد بمقتضاه أطراف عقد النقل البحري على عرض المنازعات التي نشأت أو التي ستنشأ مستقبلا عن هذه العلاقة على التحكيم البحري . من هنا نستخلص أن اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري هو عصب اللجوء الى التحكيم البحري إذ عن طريقه وبإرادة الأطراف يتم اللجوء الى هذا النوع من التحكيم لتسوية منازعات عقد النقل البحري . و بالرغم من الزخم التشريعي و تماشي الجزائر مع أحدث الإجراءات على مستوى التحكيم التجاري الدولي و اتفاقات التحكيم ، و رغم أهمية عملية النقل البحري الدولي ، فإن المشرع الجزائري و لحد الآن لم يضع نصوص خاصة بالتحكيم الدولي في المجال البحري على الأقل و النص على أحكام اتفاق التحكيم بالاحالة البحري .

(1) محمد بمجت عبد الله ، مسؤولية الناقل البحري للبضائع في اتفاقية هامبورج، طبعة 1992، ص 145 .

و من الملفت للإنتباه ، أن أرشيف الجزائر لا يحتوي إلا على النزر القليل من الأحكام البحرية و التي لها علاقة بموضوع اتفاق التحكيم في مجال النقل البحري كمسألة الاحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهة الغير، و مسألة تحديد المركز القانوني للمرسل اليه .

و بطبيعة الحال ، لا يمكن لهذا الواقع أن يولد لنا انطبعا بعدم أهمية هذا الموضوع ، خاصة و أن الجزائر تحاول مسايرة ركب التطور الاقتصادي و القانوني كباقي الدول .

بل أن تأخر الجزائر عن مسايرة التطور الملحوظ في تكريس أحكام خاصة بالتحكيم في مجال النقل البحري ، بات لا يتوافق مع مقتضيات التزاماتها الدولية التي انضمت إليها أو هي في طريقها للدخول إليها. إنها و بلا شك ، الأسباب التي دفعتنا لاختيار اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري كموضوع لبحثنا هذا ، بالإضافة الى دوافع أخرى أهمها :

-نقص التراكمات العلمية في الجزائر في هذا المجال، بل التنصيصات القانونية و الأحكام القضائية في هذا المجال البحري في القانون الجزائري .

-حاجة الجزائر و التي تطرق باب اقتصاد السوق الى هذه الدراسات المتخصصة .

-حاجة الوزارات الوصية الى مثل هذه البحوث خاصة في مجال القانون الاقتصادي الإجرائي.

- الدراسات العربية و التي بحثت في هذا الموضوع هي دراسات عامة.

و بالرجوع الى البحوث و الدراسات التي اشتغلت على هذا المحور ، فإنها قد تناولته من خلال عناوين مختلفة :

-التحكيم البحري .

-التحكيم في المنازعات البحرية .

-ذاتية التحكيم البحري .

-اتفاق التحكيم البحري .

-التحكيم التجاري البحري .

و لقد آثرنا تسمية هذا البحث باتفاق التحكيم في عقد النقل البحري -دراسة مقارنة - للأسباب

التالية :

1- فاستعمالنا لمصطلح اتفاق التحكيم ، يعني أن الدراسة ستقتصر على اتفاق التحكيم و تبيان

ماهيته و شروط انعقاده باعتباره عقد ذو طبيعة إجرائية ، و من ثم إظهار الآثار الخاصة به .

2- أما اختيارنا لمعالجة اتفاق التحكيم خصوصا في عقد النقل البحري من دون المنازعات البحرية الأخرى - فيرجع الى أهمية و خصوصية عقد النقل البحري و كذا تشابك و التعقيد القانوني لعملية ادراج اتفاقات التحكيم في عقود النقل البحرية الدولية خاصة في مدى الاحتجاج بها في مواجهة الغير .

3- أما استعمالنا لكلمة دراسة - مقارنة - فهذا يعني أن البحث سيستعمل المنهج المقارن بين القانون الفرنسي و المصري و الجزائري، و كذا القانون الأمريكي و البريطاني .

إن اختيار المنهج المقارن لأن الدولة الجزائرية فتية في مجال السوق و قد قاومت كثيرا نظام التحكيم لكنها في خطواتها الأولى في هذا المجال ، و بالتالي فهي بحاجة الى الرجوع الى التجارب القانونية الرائدة في هذا الصدد، و ذلك لاستلهاهم الحلول التي تتوافق مع الواقع الجزائري .

4- اضافة الى هذا قد اعتمدنا في دراستنا هذه على المنهج التحليلي لأن هذه المادة غنية بالنصوص القانونية و الدولية و كذا الأحكام القضائية و تبقى هذه النصوص بحاجة الى تحليلات جديدة و خاصة الإطار القانوني الوطني الذي مازال حيره لم يجف و في حاجة الى تحليل و توصيف و كذا اشغال و تشغيل .

إنه لا يمكن إنكار أن الجزائر تمتاز بممارسة بحرية تسبق القانون و بالموازات يصبح الواقع يسبق تنظيم التحكيم لكن بدون اقرار لأحكامه في هذا المجال.

و بالتالي فما ينقصنا هو التأطير القانوني لهذا الواقع التجاري و الاقتصادي الجديد و الذي يفرض نفسه علينا هذا ما جعلنا نبحت عن تأطير قانوني واضح في القانون الجزائري ، بحيث يفيد هذا التأطير من يتعامل معنا و يعطيه الوضوح و الأمان القانوني الذي يتوسمه من هذه العلاقة القانونية ، وكذا يحمينا نحن طبقا لقانوننا الوطني .

فقد أصبح اتفاق التحكيم من بادهيات و ثوابت قانون السوق و هو أحدث من حيث التأطير القانوني في مجال النقل البحري ، هذا و بالرغم من اتساع و تشعب الاشكاليات التي يطرحها هذا الموضوع ، الى أنه يبدو لنا أن التأطير القانوني لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري ، يرتبط بالاجابة على بعض الاستفسارات :

-ما هو المشترك و الخاص بين اتفاق التحكيم في مجال النقل البحري و اتفاق التحكيم في المجالات الأخرى ؟

- ما هي خصوصية النظام القانوني لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري ؟
- ما هو المشترك و ما هي المفترقات القانونية حول هذا الاتفاق في النظم القانونية المختلفة ؟
- فإذا سلمنا بخصوصيات عديدة لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري عن اتفاقات التحكيم عموماً ، فإنها تنبهي لنا استفسارات أخرى تتعلق بالآثار القانونية المترتبة عن هذا الاتفاق :
- من حيث الآثار الاجرائية لهذا الاتفاق و المتعلقة بالآثار الإيجابية أو السلبية المترتبة عنه .
- و من حيث الآثار الموضوعية لهذا الاتفاق ما بين قوة ملزمة له ما بين طرفيه و أثر نسبي في مواجهة الغير .

و للإجابة على هذه الاشكاليات ارتأينا تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة أبواب :

- باب تمهيدي حول التحكيم البحري من نظام استثنائي الى مؤسسة عالمية و معممة ، بحيث يعطينا نظرة شاملة على هذا النظام .
- و يتكفل الباب الأول بماهية اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري وشروط انعقاده .
- أما الباب الثاني فقد خصص لآثار اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري .

خطة عامة .

مقدمة

- الباب التمهيدي: التحكيم البحري من نظام استثنائي الى مؤسسة عالمية ومعممة .
- الفصل الأول: ماهية التحكيم البحري .
- الفصل الثاني : ظهور التحكيم على الصعيد الدولي .
- الباب الأول : ماهية و شروط اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري .
- الفصل الأول: ماهية اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري و مصدر فعاليته .
- الفصل الثاني :إبرام اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري .
- الباب الثاني : الآثار المترتبة على اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري .
- الفصل الأول : الآثار الاجرائية لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحرية .
- الفصل الثاني : الآثار الموضوعية لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري .
- خاتمة .

الباب التمهيدي

التحكيم البحري من نظام استثنائي الى مؤسسة عالمية و معممة

الباب التمهيدي: التحكيم البحري من نظام استثنائي الى مؤسسة عالمية و معممة.

يعد التحكيم من أقدم الوسائل للتسوية السلمية للمنازعات القائمة بين الأفراد والمتعلقة بمصالحهم الخاصة داخل المجتمع (1)، و له أهمية بالغة سواء على الصعيد الداخلي أو الدولي (2). كما تحل المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقود التجارية إما برفع دعوى أمام القضاء أو عن طريق التحكيم متى اتفق المتعاقدان على ذلك (3).

أما عن المنازعات التجارية الدولية بصفة عامة والمنازعات البحرية بصفة خاصة و التي تتداخل بسبب الارتباط الوثيق بين النقل البحري و التجارة الدولية فلا وجود لنقل بحري بدون تجارة دولية ولا مجال للتجارة الدولية بدون نقل بحري (4)، فطبيعة هذه المنازعات تتطلب السرعة للفصل فيها وتسوى على يد أشخاص لهم خبرة كافية وممارسة فعلية ونوعية فأغلب هذه المنازعات يكون الفصل فيها عن طريق التحكيم التجاري الدولي والذي أصبح يقف على قدم المساواة مع المحاكم الوطنية، بل أصبح متقدما على قضاء الدولة (5). و لما كان القانون البحري قد وجد أصلا في الأوساط البحرية فله مميزاته الخاصة وتظهر هته الخصوصية في القانون التجاري البحري والذي تختلف قواعده عن القواعد المقررة في القوانين المدني والتجاري البري (6). كما أن استقرار القانون البحري لحد كبير جعل قواعده المستمدة من الأوساط البحرية أن تكون لها صفة الاستدامة (7)، وأصبح القانون البحري يتمتع بذاتيته، بحيث استقل عن بقية فروع القوانين الأخرى، وقد انعكس هذا على وسائل فض المنازعات بحيث أصبح اللجوء إلى التحكيم في المنازعات البحرية يتجه اليوم نحو الاستقلالية (8) عن التحكيم عموما وبالتالي فقد جمع التحكيم البحري الدولي بين التحكيم التجاري الدولي وخصوصية القانون البحري وأصبح للتحكيم البحري أعرافه وحتى مؤسسات خاصة به. إن انتشار التحكيم البحري في مجال التجارة الدولية، أوجد مراكز للتحكيم ومؤسسات متخصصة بالتحكيم البحري والتي أصبح لها مكانة دولية ونشاط واسع في تسوية مئات من القضايا التي تعرض على

(1) أ.موسى عبد الوهاب، التحكيم التجاري الدولي: قضاء تعاقدي؟، مجلة دراسات قانونية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، العدد 04-2007، ص 109.

(2) Z.Mehdaoui, Arbitrage commercial la nécessité de s'adapter à la "Mondialisation", le quotidien d'oran, publié le 07/05/2007, p01

(3) محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، دار الجامعة الجديدة بدون طبعة، سنة 2005، ص 331

(4) M.MEZLI Abderhmane, op cit.

(5) أ. حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعية، ص 07

(6) عباس حلمي، القانون البحري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، سنة 1981، ص 6

(7) د. محمد كامل أمين ملش، محاضرات عن مبادئ التشريع العربي، معهد الدراسات العالية، بدون طبعة، سنة 1957.1958، ص 19.

(8) أ.د تراري ثاني مصطفى، ذاتية التحكيم البحري، الملتقى الدولي حول المنازعات البحرية، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2 و3 ماي 2009.

التحكيم سنويا، وقد ساهمت المنظمات الدولية والمؤسسات المعنية بالتحكيم بوضع قواعد خاصة بالإجراءات التي تتبع في سير العملية التحكيمية كما أصدرت عدة دول قوانين تعالج مسائل التحكيم الدولي و تبني العديد من المفاهيم و المبادئ القانونية بشأن اتفاق التحكيم ذاته باعتباره المصدر الأصيل الذي يستمد منه المحكم اختصاصه (1).

أما عن نطاق التجارة الدولية فهو يغطي كل نشاط اقتصادي دولي، بحيث أن صفة الدولية تنشأ عندما يحصل على الصعيد الإقتصادي انتقال أموال وخدمات ما بين بلد وآخر أو يكون الأطراف من جنسيات مختلفة أو مقيمين في بلدان مختلفة وهذا يتطلب أن ينتج العقد عملية مد و جزر عبر الحدود، هذا ما يتوفر في أغلبية النشاطات ذات الطبيعة البحرية، خاصة عقد النقل البحري والذي يعتبر من أهم العمليات التي تقوم بها السفينة، ويحتل عقد النقل البحري أهمية خاصة بين موضوعات القانون البحري إذ أنه يؤدي وظيفة لها أهميتها الجوهرية من الناحية الاقتصادية والتجارية سواء على النطاق الدولي أو الداخلي إذ أنه يسهل تبادل السلع والخبرات في جميع أنحاء العالم (2). وبالتالي فالمنازعات التي تنشأ عن عقد النقل البحري تتسم بالطابع الدولي، التجاري والبحري أيضا (3)، وهكذا تكون لها خصوصيتها وذاتيتها، هذا ما جعل التحكيم البحري و الذي يعتبر أهم وسيلة للفصل في هته المنازعات أن يكون له نوعا من الذاتية أيضا. إلا أن هذه الأهمية التي احتلها نظام التحكيم لم تكن منذ الوهلة الأولى و إنما قد تأسست تدريجيا عند إحساس الجماعة الدولية بمزايا هذا النظام البديل لفض منازعات التجارة الدولية، فلا يمكن إنكار أن هذا النظام كان مرفوضا من قبل عدة دول في العالم، إلا أن الواقع العملي قد فرضه عليها، و أصبح نظام التحكيم من نظام استثنائي لفض المنازعات الى نظام عالمي، لا يمكن لأية دولة في العالم أن تفرض شروطها ضده، كما أصبح كمؤسسة معمة فأحكامه و نظامه القانوني متبع من الجميع.

فما مفهوم التحكيم البحري و ما أسباب مناهضته، وكيف نشأ وتطور؟

للإجابة على هذا السؤال قسمنا هذا الباب إلى فصلين: ماهية التحكيم البحري في الفصل الأول و ظهور التحكيم البحري في الفصل الثاني.

(1)أ. حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 08.

د. عدلي أمير خالد، عقد النقل البحري، المكتبة القانونية لدار المطبوعات الجامعية، سنة 1996، ص 03.

(2) محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق، ص 331.

(3) Cécile De Cet Bertin, , La localiation du contentieux du tanport maritime, Colloque international ;le contentieux maritime , 2 et 3 mai ,Labo droit de tranports et de activites portuaires, univ . Oran.

الفصل الأول: ماهية التحكيم البحري.

إن ازدياد المنازعات البحرية كما وتعقيدا أدى الى ازدياد اللجوء الى التحكيم البحري للفصل في مثل هذه المنازعات.

كما أن التطور الهائل الذي طرأ على التجارة والاستثمار، وكذا تطور وسائل النقل أدى إلى انتشار التحكيم الدولي بصفة عامة والتحكيم البحري بصفة خاصة والذي أصبح ظاهرة من ظواهر العصر الحديث، إلا أن التحكيم البحري لا يعد نظاما حديثا لفض النزعات فهو نظام قديم في نشأته ووجوده(1). و لكنه حديث في مادته ودراسته وأحكامه، بحيث فرضته الضرورة وساعد على وجوده المصالح العامة والخاصة على حد السواء حتى أصبح يوصف بالقضاء الطبيعي الذي يفضله أغلبية المتعاملون في إطار العلاقات الدولية البحرية(2).

ويكثر في مجال عقود التجارة الدولية الاتفاق على حل المنازعات الناشئة عن تفسيرها أو تنفيذها عن طريق التحكيم ، حتى يفصل فيها أشخاص متخصصين وفي مدة قصيرة، ويتمثل هذا الاتفاق سواء في شرط يرد في العقد "شرط التحكيم" أو في عقد لاحق "عقد التحكيم".

إن التحكيم الذي يكون بمناسبة عقد النقل البحري يتجلى في التحكيم الدولي أكثر من التحكيم الداخلي خاصة وأن الأصل في عقد النقل البحري أنه عقد دولي بطبيعته ، إذ أن محله عادة يكون نقل بضاعة من دولة الى أخرى .

و هكذا أصبح التحكيم البحري المرجع الأساسي لحسم الخلافات البحرية الدولية، بل أكثر من ذلك أصبحت كافة هته المعاملات لا تخطو عبر الحدود إلا إذا كان التحكيم البحري معها مقبولا شرطا أساسيا في العقود الدولية التي تبرم، إلا أنه ورغم أهمية نظام التحكيم و قبل أن يصبح كمؤسسة عالمية لها أحكامها وأعرافها و نظامها القانوني ، لم تقبله بعض الدول في البداية و إنما رفضته و ناهضته كوسيلة لفض منازعاتها الدولية إلا في حالات استثنائية كالجزائر، و هذا يرجع الى عدة أسباب.

فما هو المقصود بنظام التحكيم البحري ؟ و كيف تمت مناهضة هذا النظام و ماهي أسباب هذه المناهضة ؟ للإجابة على هذا السؤال قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، مفهوم التحكيم البحري في المبحث الأول أما المبحث الثاني فهو عن مناهضة نظام التحكيم .

(1) محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري ، المرجع السابق، ص 335.

(2) أ. حفيفة السيد حداد، الإتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق ، ص 07.

المبحث الأول: مفهوم التحكيم البحري .

رغم سيادة التحكيم البحري في حل المنازعات البحرية في عصرنا الحاضر (1) وذلك خروجاً عن الأصل العام الذي يقضي بوجود اللجوء الى السلطة القضائية المختصة (2) فان للتحكيم البحري نظام قانوني معروف منذ القدم وقد انتشر في دول معينة في العالم ، ولم تختص فيه دول أخرى لعدة ظروف (تاريخية ، سياسية ، اديولوجية واقتصادية) رغم خضوعها له بمناسبة المنازعات التجارية الدولية بصفة عامة ومنازعات النقل البحري بصفة خاصة والتي تتطلب سرعة الفصل فيها وتسويتها غالباً على يد أشخاص لهم خبرة كافية وممارسة فعلية في مثل هذه الأعمال .

و بالتالي سوف نتطرق الى مفهوم نظام التحكيم البحري(المطلب الأول) وطبيعته وكذا الفرق بينه و بين الطرق البديلة الأخرى لحل المنازعات (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: تعريف التحكيم البحري وأنواعه.

يتمتع التحكيم البحري بذاتيته بسبب الطابع الخاص للمنازعات البحرية والتي يغلب عليها الطابع الفني، وبالرغم من أنه يتجه اليوم نحو الاستقلالية عن طريق أعرافه ومؤسساته الخاصة إلا أنه لا يختلف عن التحكيم التجاري الدولي من حيث الإجراءات فالتحكيم البحري كان هو المحرك الرئيسي للتحكيم عموماً إذ أن معظم المبادئ والقواعد المعمول بها في عصرنا هذا ظهرت في البداية بمناسبة منازعات يغلب عليها الطابع البحري(3). وبالتالي فتعريف التحكيم البحري لا يكون إلا بمعرفة معنى التحكيم عموماً وبمحصن المنازعات البحرية التي يمكن تسويتها عن طريقه.

الفرع الأول : تعريف التحكيم البحري.

للتحكيم عدة تعاريف ، فتعدد معانيه في أصل اللغة(4) و له معناه الاصطلاحي و الفقهي .

(1)عاطف محمد الفقي، عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية ، مجموعة رسائل الدكتوراه كلية الحقوق جامعة المنفوية، سنة 1996، ص01.
(2)أ.د. موسى عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 109.

(3)أ.مصطفى تراري تاني، ذاتية التحكيم البحري، الملتقى الدولي حول المنازعات البحرية، جامعة وهران، 2 و 3 ماي 2009.

(4) تتعدد معاني التحكيم في أصل اللغة فقال حاكمه الى الحاكم: دعاه و خاصمه ،وحكمه في الأمر تحكيماً: أمره في أن يحكم ، و الحكم : "من أسماء الله تعالى ". كما للتحكيم لغة معنى التفويض في الحكم فيقال فوضت فلاي في مالي تحكيماً ، إذا فوضت إليه فأتحك عليه في ذلك .

عن : الأستاذ نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى الجزائر، ص 546.
و رجل محكم :مجرى منسوب الى الحكمة ،والحكمة هي العدل، ورجل حكيم عدل حكيم، واحكم الامر أتقنه.

عن : مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل المنازعات، دار الهدى، بدون طبعة ،ص15.

وكلمة تحكيم Arbitrage في اللغة الفرنسية: من فعل حكم Arbitrer وهي من الأصل اللاتيني من كلمة Arbitrate وتعني التدخل والحكم بصفته حكم و التحكيم في خلاف أو نزاع والفصل فيه.

أولاً: التعريف الفقهي للتحكيم.

قد عرف علماء الفقه الاسلامي التحكيم بأنه "تولية الخصمين حاكماً يحكم بينهما" و يقصد بالحاكم في هذا التعريف "ما يعم الواحد والمتعدد" (1).

أما عن المعنى الاصطلاحي للتحكيم الذي ذهب اليه فقهاء الشريعة الاسلامية الغراء وهو يفيد اطلاق اليد في الشئ، أو تفويض الأمر للغير، فقد ذهب الماوردي في أدب القاضي الى أن التحكيم هو أن يتخذ الخصمان رجلاً من الرعية ليقضي بينهما فيما تنازعا.

ثانياً: التعريف الاصطلاحي للتحكيم.

رغم كثرة المنازعات المعروضة على التحكيم إلا أنه لا يوجد له أي تعريف تشريعي، فقد عرفه الأستاذ فوشار Ph. Fouchard بأنه : "وسيلة لحل الخلافات الناجمة بين الأشخاص العاديين من شخص أو عدة أشخاص يتم اختيارهم من قبل أطراف النزاع وهو الوسيلة الممكنة لتنظيم العلاقات التجارية الدولية (2)". و قد عرفه الأستاذ أحمد أبو الوفا بأنه: "الاتفاق على طرح النزاع على أشخاص يسمون محكمين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به، ويكون هذا الاتفاق تبعاً لعقد معين يذكر في صلبه و يسمى شرط التحكيم و قد يكون بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم و يسمى في هذه الحالة مشاركة التحكيم (3)". كما يمكن تعريف التحكيم على أنه اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية، على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل، أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين ويتولى الأطراف تحديد أشخاص محكمين أو على الأقل يضمنون اتفاقهم على التحكيم أحيانا لكيفية اختيار المحكمين، أو أن يعهدوا لهيئة أو مركز من الهيئات أو مراكز التحكيم الدائمة لتتولى تنظيم عملية التحكيم وفقاً لقواعد أو اللوائح الخاصة بهذه الهيئات أو المراكز (4).

وعلى الرغم من أن مصطلح التحكيم التجاري الدولي استخدم لأول مرة في مؤتمر الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي الذي انعقد بنيويورك سنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبي، فإن

(1) هشام خالد، أوليات التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، ص48.

(2) محمود مسعود، أساليب و تقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، سنة 2006، ص 234.

(3) هشام خالد، المرجع السابق ذكره، ص45.

(4) محمود مختار أحمد بري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 2004، ص 01.

نظام التحكيم قد اتجه ليصبح نظاما قضائيا عالميا يعلو فوق النظم القضائية الوطنية، وتعددت الهيئات والمنظمات التي تمارس عملية التحكيم، كما تعددت الاتفاقيات الدولية التي تضمن للتحكيم وقراراته ذات الاحترام الواجب لأحكام القضاء الوطني.

و بالإضافة لما تقدم يعرف بعض الفقه التحكيم التجاري الدولي على أنه: "اتفاق الأطراف في منازعة تجارية ذات طبيعة دولية على احالة منازعاتهم القائمة أو التي ستنشأ في المستقبل إما الى هيئة التحكيم الخاصة أو الى محكمة تحكيم دائمة لفض هذه المنازعات طبقا للقواعد و الاجراءات القانونية المتفق عليها فيما بينهم . و في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق فيترك لهيئة التحكيم فض المنازعات على أساس القواعد و الأعراف الدولية المتعلقة بالتجارة الدولية شريطة استيفاء المقترضات الأساسية للعدالة و الحياد و النزاهة و استصدار قرار التحكيم النافذ وحائز لقوة الأمر المقضي فيه يعرض على المحاكم الدولية المعنية لوضع الصيغة التنفيذية عليه ضمن ضوابط يحددها النظام العام الدولي"⁽¹⁾.

و ارتبط نظام التحكيم في السنوات الأخيرة بفكرة التنمية الاقتصادية وجذب الاستثمارات الأجنبية ونادى كثير من الفقه بضرورة استقلاله عن فروع القانون التقليدية وإدخاله تحت اسم القانون الاقتصادي⁽²⁾. وأصبح التحكيم هو القضاء الطبيعي الذي يفضله المتعاملون في إطار العلاقات التجارية الدولية⁽³⁾، ونظرا لهذه الأهمية للتحكيم و لارتباطه بالتجارة الدولية ولازدهاره بازدهارها⁽⁴⁾، لكون هذه الأخيرة المجال الخصب لانمائته وتطوير قواعده، ولكونه أصبح ضرورة يفرضها واقع التجارة العالمية بدأ الفقه والقضاء يهتم به ويحاول ضبط تعريفه و قواعده كنظام قضائي خاص يعلو فوق النظم القضائية الوطنية، بحيث أعطيت له تعريفات اعتمادا على معايير معينة "المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي" بهدف تمييزه عن التحكيم الداخلي من جهة و تبيان المنازعات التي يختص بها.

أما عن التحكيم البحري فقد أصبح أول وسيلة لفض المنازعات البحرية خاصة ما يتعلق منها بعقود النقل البحرية و كل ما يرتبط بها ⁽⁵⁾. كما لا يختلف تعريف التحكيم البحري عن تعريف التحكيم عموما الا بالخصوصية التي تتمتع بها منازعاته ذات الطابع البحري والتي تجعل له نوعا من الذاتية والاستقلالية.

(1) هشام خالد، المرجع السابق، ص 57.

(2) أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، سنة 1981، ص 04.

(3) أ. حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 07.

(4) أ. محمد كولا، المرجع السابق، 01.

و بالتالي يمكن تعريف التحكيم البحري أنه: "اتفاق أطراف منازعة بحرية دولية على احالة منازعاتهم القائمة أو المستقبلية ذات الطبيعة البحرية على هيئة تحكيم" أو يمكن تعريفه على أنه: "اتفاق أطراف علاقة بحرية على تحكيم المحكم و الذي يكون في الغالب مختص في المجال البحري (1) لحسم النزاع بحكم ملزم وقابل للتنفيذ". و من هنا يمكن استخلاص بعض خصائص التحكيم البحري من هذين التعريفين كالتالي:

— التحكيم البحري هو أسلوب أو وسيلة ، عن طريقها يمكن حسم المنازعات ذات الطبيعة البحرية.

— حسم النزاع البحري يتم عن طريق شخص أو أشخاص يسمون المحكم البحري أو المحكمون البحريون و الذين يتم تعيينهم بواسطة الخصوم.

— المحكم أو المحكمين البحريين يكون لهم سلطة الفصل في النزاع البحري، كما هو الحال بالنسبة للقضاة .

— التحكيم البحري هو وسيلة خاصة لحسم المنازعات البحرية ، و الأفراد هم الذين يقومون بإدارة العملية التحكيمية، دون تدخل الدولة في هذا الخصوص.

— الحكم الصادر من المحكم سوف يكون نهائيا وملزما ، حيث يضع نهاية للنزاع القائم بين الخصوم.

الفرع الثاني: أنواع التحكيم البحري.

أولا: التمييز بين التحكيم البحري الداخلي والتحكيم البحري الدولي.

لم تكن هناك قواعد خاصة بالتحكيم الدولي في كل دول العالم، فكان في قانون الإجراءات المدنية نصوص تتعلق فقط بالتحكيم دون الإشارة إن كانت تتعلق بالتحكيم الداخلي أو الدولي، وبالتالي كانت تطبق هذه النصوص في العلاقات الوطنية والتجارية الدولية على حد سواء، عن طريق إعمال منهج تنازع القوانين، ولكن شيئا فشيئا كان القضاء يخرج عن مقتضيات هته القوانين تماشيا مع المرونة التي تطبع المعاملات التجارية الدولية، والتي تمس التحكيم الدولي.

ولما أصبح هذا القانون الداخلي لا يساير المستجدات التي تطرأ على التجارة الدولية، قام المشرع الفرنسي بعد تعديله للنصوص القانونية المتعلقة بالتحكيم الداخلي عن طريق مرسوم سنة 1980، جاء بمرسوم جديد سنة 1981 يتعلق بالتحكيم التجاري الدولي في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي وبالتالي كرس في فرنسا ازدواجية تشريعية وأصبحت فرنسا متنافسة مع إنجلترا خاصة في مجال التحكيم البحري.

وانضمت أغلب الدول إلى هذه المنافسة في مجال التحكيم التجاري الدولي ووضعت له تشريعا خاصا به(2).

(1) تعرض المنازعات البحرية على هيئات تحكيم مختصة مثل غرفة التحكيم البحري بباريس .

(2) و قد تبنى المشرع الجزائري هذا الإتجاه عن طريق المرسوم التشريعي 09/93 . و للمزيد من التفاصيل :عبد الحميد الأحذب ، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا ، عدد خاص ، الجزء الأول ، سنة 2009 ، ص 22 .

1-1: معايير التمييز بين التحكيم البحري الداخلي والتحكيم البحري الدولي.

1. من حيث الجهة المختصة بالتحكيم البحري:

التحكيم البحري الداخلي له جهة خاصة به، وأي مساس بقواعد التحكيم الداخلي يعتبر مساس باختصاص جهة قضائية، أما التحكيم البحري الدولي لا توجد أي جهة قضائية خاصة به.

2. من حيث مناخ كل تحكيم:

التحكيم البحري الداخلي له مناخ متشدد وذيق يخضع لقواعد القانون الوطني.

أما التحكيم البحري الدولي فهو مناخ تفاضلي يخضع إلى القانون الذي يوفر أكثر تحررية لاتفاق التحكيم.

3. من حيث التأثير:

فالتحكيم البحري الدولي وفي إطار العولمة يسحب التحكيم البحري الداخلي وخاصة إذا ما انعدم نص ينص على اختصاص التحكيم البحري الداخلي لأن في هذه الحالة لا اجتهاد مع وجود هذا النص، أي أن الاختصاص يكون قائما للتحكيم البحري الداخلي.

4. من حيث محل اتفاق التحكيم البحري:

فما يصح أن يحتكم فيه في التحكيم البحري الدولي قد لا يصح في التحكيم البحري الداخلي(1).

1-2 بتعريف التحكيم البحري الداخلي والتحكيم البحري الدولي.

هناك فرق شاسع بين التحكيم البحري الداخلي والتحكيم البحري الدولي قد يتراوح بين الصحة والبطلان، أما عن التحكيم الداخلي فلا يوجد له أي تعريف تشريعي، ولكن عندما قام المشرع الجزائري بإصدار المرسوم التشريعي رقم 09/93 والمتعلق بقانون التحكيم الدولي السابق(2) فقد جاء بالمادة 458 مكرر بتعريف ما هو التحكيم الدولي: "يعتبر دوليا بمفهوم هذا الفصل وأي الفصل المتعلق بالتحكيم، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بمصالح التجارة الدولية والتي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج".

يتبين من هذا النص أن المشرع الجزائري كان يأخذ بمعاييرين لتحديد دولية التحكيم.

المعيار الاقتصادي الفرنسي والمتمثل في أن يتعلق النزاع بمصالح التجارة الدولية، والمعيار القانوني السويسري

(1) عمر الفقي، الجديد في التحكيم في الدول العربية، المكتب الجامعي الحديث، بدون طبعة، السنة 2003، ص 48.

(2) مرسوم 09/93 المؤرخ في 25 أبريل 1993 والمتعلق بالتحكيم التجاري الدولي، الجريدة الرسمية لسنة 1993، العدد رقم 27، ص 58.

المتمثل في أن يكون موطن أحد الأطراف على الأقل في الخارج، فالمواطن معيار قانوني وبذلك كان المشرع الجزائري يذيق من دائرة التعامل في مجال التحكيم التجاري الدولي.

أما عن التعديل الأخير لقانون التحكيم التجاري الدولي الجزائري و الذي جاء به قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد(1) فنجد أن المشرع الجزائري نص في المادة 1038 من ق.ا.م.ا.ج على أنه " يعتبر التحكيم دوليا، بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

إن المشرع الجزائري أخذ في تعديله الجديد بمعيار واحد فقط، والذي يتقارب بشكل لا يمكن إنكاره بالمعيار الاقتصادي الفرنسي(2).

1-3 المقصود بالمعيار الاقتصادي.

مما لا شك فيه أن التحكيم البحري قد وضع ليحل منازعات التجارة البحرية الدولية، فالتحكيم البحري ازدهر حاليا فهو كظاهرة يتجلى بوضوح في التحكيم الدولي عن التحكيم الداخلي، كما أصبح التحكيم البحري هو المرجع الأساسي لحسم خلافات التجارة البحرية الدولية.

ومن ثم وجد التحكيم الدولي البحري من أجل التجارة البحرية الدولية ولذا يجب أن يكون مقياس التفرقة بينه وبين التحكيم البحري الداخلي هو التجارة البحرية الدولية.

فالتجارة البحرية تصبح دولية حين تخرج من اقتصاد بلد ما وحين تنتقل الأموال والخدمات والسلع وغيرها عبر حدود الدول، ويعتبر العقد دوليا إعمالا للمعيار الاقتصادي إذا كان هذا العقد يتصل بمصالح التجارة الدولية، وقد أوضحت محكمة النقض الفرنسية معيار مصالح التجارة الدولية في العديد من أحكامها وذلك من خلال الإشارة إلى أن يكون العقد منطويا على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة بمعنى وجود حركة ذهاب وإياب للبضائع عبر الحدود(3).

ومن ثم فإن التحكيم البحري بهذا المفهوم لا يتعلق ولا يرتبط بدولة واحدة، سواء كان ذلك من حيث طبيعة النزاع، ومن حيث أشخاص النزاع أو المحكمين أو من حيث مكانه وإجراءاته، وقد أورد المشرع في

(1) هذا القانون دخل حيز التنفيذ في 23 أبريل 2009 بعد سنة من إصداره في المجلة الرسمية في 23 أبريل 2008 (www-joradp.dz) يعدل الأمر رقم

145.66 في 8 جوان 1966 والمتعلق بقانون الإجراءات المدنية والمرسوم 09.93 الصادر في 25 أبريل 1993

(2) Mostefa Trari Tani, Kluwer law international, 1/2009(Mars), p72.

(3) محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق، ص 359.

المادة 1504 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على أنه " يعتبر دوليا التحكيم الذي يضع في الميزان مصالح التجارة الدولية " وبالتالي فهته المادة تأخذ بصفة صريحة بالمعيار الاقتصادي لدولية التحكيم. وقد توالى الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي لتعبر عن تفضيل المعيار الاقتصادي كأساس لتدويل التحكيم (1) حتى قبل صدور قانون التحكيم الفرنسي عام 1981 وبالطبع بعد صدور هذا القانون. و بالتالي فإن التفرقة بين التحكيم الداخلي و التحكيم الدولي يكون على أساس طبيعة العلاقات الاقتصادية القائمة بين أطرافه و بدون أي دخل لإرادة الاطراف فيه (2). والجدير بالذكر أن هذا المعيار قد لقي نجاحا ملموسا في إطار المعاهدات الدولية و الأنظمة القانونية الوضعية للتحكيم ومن بينها القانون المصري.

وهكذا فبموجب المعيار الاقتصادي لطبيعة المنازعات البحرية يكون التحكيم البحري في عمومه دوليا، فالنقل البحري عامل هام من العوامل التي تتركز عليها التجارة الدولية، وكلما نشطت التجارة الخارجية زادت الكميات المنقولة بحرا عن طريق السفن وذلك عبر حدود دول العالم المختلفة، وأصبح التحكيم البحري هو الطريق المعقول عالميا لحل المنازعات البحرية الناشئة عن هذه العقود(3).

ثانيا: التحكيم البحري المؤسسي والحر.

إن معيار التفرقة بين التحكيم البحري المؤسسي والتحكيم البحري الحر يكمن في شقين مجتمعين أحدهما وجود مؤسسة تحكيم دائمة ذات هيكل عضوي وإداري، والثاني تدخل هذه المؤسسة في العملية التحكيمية تنظيما وإدارة وإشرافا. وينطبق هذا المعيار بشقيه على التحكيم البحري أمام غرفة التحكيم البحري بباريس، والمنظمة الدولية للتحكيم البحري، وغرفة اللويدز للتحكيم البحري(4).

ويقصد بالتحكيم البحري المؤسسي الاتفاق على إحالة المنازعات التي تنشأ أو التي نشأت بالفعل على التحكيم أمام إحدى مؤسسات التحكيم البحري الدائمة والتي تتولى تنظيم وإدارة العملية التحكيمية منذ تلقي طلب التحكيم وحتى إصدار حكم التحكيم وذلك عن طريق الأجهزة الإدارية التابعة للمؤسسة التحكيمية، وعلى ضوء لائحتها التحكيمية.

أما التحكيم البحري الحر فهو ذلك النوع من التحكيم الذي يتفق الأطراف من خلال اتفاق التحكيم

(1) قرار محكمة استئناف باريس في الحكم الشهير "Gotaverken" بأن اتفاق التحكيم المبرم بين شركة ليبية وشركة سويسرية للفصل في المنازعة الناشئة بمناسبة تنفيذ العقود المتصلة بالتشييد والتسليم في السفن بتولية يتسم بالطابع الدولي لاتصاله بمصالح التجارة الدولية.

(2) Laurent JAEGER, Cour de cassation (1ère ch.civ.) 13mars 2007, Revue de l'arbitrage, N°3, p500

(3) محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق، ص 368

(4) عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 91.

على إدارة وتنظيم عملية التحكيم البحرية، وبالتالي يقوم الأطراف بتشكيل هيئة التحكيم والاتفاق على تحديد كافة القواعد المطبقة على الإجراءات التحكيمية واختيار مكان التحكيم والقانون المطبق على موضوع النزاع.

ثالثا: التحكيم البحري الاختياري والتحكيم البحري الاجباري.

التحكيم يكون اتفاقي أو اختياري كما قد يكون اجباري ، هذا الأخير و الذي عرف تطورا ملحوظا في بعض الحقبات التاريخية ، فبعد الثورة الفرنسية أصبح مفروضا في المعاملات الاقتصادية لتقسيم الثروة ، فكل نزاع بن منتجيم وموزعين كان يحل بالتحكيم(1). و التحكيم الاجباري تحكيم عمومي يفرضه القانون على المؤسسات الإشتراكية ، أما اليوم وبسقوط النظام الإشتراكي وسيطرة النظام الرأس مالي تقريبا على العالم فيمكن القول أنه لم يصبح له مكانا في المنازعات البحرية الدولية.

و الأصل في التحكيم البحري أنه تحكيم اختياري يلجأ إليه أطراف النزاع البحري بإرادتهم عن طريق اتفاق خاص والذي يخضع للقواعد العامة في النظرية العامة للعقد بصفة عامة، فضلا عن القواعد الخاصة المنصوص عليها في القوانين الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي(2).

فنظام التحكيم يكون اختياريًا، إذا لم يكن الالتجاء إليه أمرا مفروضا على أطراف النزاع البحري وهذا بالطبع أمر مستبعد في العلاقات التجارية البحرية الدولية.

إلا أنه يرى جانب من فقه القانون الوضعي أن التحكيم في منازعات التجارة الدولية والتي تعد التجارة البحرية الأهم فيه، ليس عملا من طبيعة إرادية خالصة إذ أن واقع التجارة الدولية كثيرا ما ينبىء عن أن حرية الخصوم في اختيار نظام التحكيم أصبحت وهما لأنه كثيرا ما يفرض نظام التحكيم جبرا على أطراف التجارة الدولية، كما هو الحال في العقود الدولية ذات الشكل النموذجي(3).

المطلب الثاني: طبيعة التحكيم البحري و تميزه عن باقي الطرق البديلة لحل المنازعات.

لم يقتصر فقهاء التحكيم على تعريفه، وإنما تعددت آراءهم أيضا حول تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، والغاية من ذلك تحديد الوصف القانوني لحكم التحكيم عند ارادة تنفيذه كما ميزوا ما بينه وبين الطرق البديلة الأخرى لحل المنازعات.

(1) Guy KEUTGEN , Georges-Albert DAL , L'ARBITRAGE EN DROIT BELGE ET INTERNATIONAL , TOME 1 , 2eme édition , BRUYLANT 2006 , p 8-p9.

(2) محمود السيد عمر التحيوي، مفهوم التحكيم لاختياري والتحكيم الإجباري، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون طبعة، سنة 2002، ص 75.

(3) المرجع السابق ذكره، ص 104.

الفرع الأول : طبيعة التحكيم البحري.

لقد تعددت النظريات حول الطبيعة القانونية للتحكيم البحري كالتالي :

أولاً: النظرية التعاقدية للتحكيم (النظرية الشخصية).

رجح بعض الفقه التكليف التعاقدي لنظام التحكيم لأنه يتم بارادة الأطراف المتحكمن(1) بل لقد وصل الأمر بأنصار النظرية التعاقدية الى القول أن نظام التحكيم ليس فقط نظام تعاقدي، بل و أيضا حتى حكم التحكيم ذاته لا يعدوا أن يكون كسائر العقود يتم الالتزام به وتنفيذه كما يتم تنفيذ العقود وهذا ما وجد له صدق في القضاء المقارن (2) .

ونجد أنصار هذه النظرية خاصة في فرنسا ومصر ، وقد دعم هذا الاتجاه في محكمة النقض الفرنسية بحيث اعتبرت أن "قرارات التحكيم الصادرة على أساس مشاركة تحكيم تكون وحدة واحدة مع هذه المشاركة وتسحب عليها صفتها التعاقدية".

ثانياً: النظرية القضائية لنظام التحكيم (النظرية الموضوعية).

ذهب الفريق الثاني من الفقه الى تغليب الطابع القضائي لنظام التحكيم ، باعتبار أنه يخضع لقواعد قانون الاجراءات المدنية من حيث آثاره ونفاذه واجراءاته والظعن فيه كما أن تنفيذه يتم كما تنفذ الأحكام القضائية. كما قضت بعض المحاكم " التحكيم طريق قضائي يتمتع فيه المحكم بسلطات ذاتية و مستقلة للفصل في الخصومات التي يطرحها عليه الخصوم " . فالتحكيم طريق مواز تعترف به الدولة لأداء العدالة وحماية الحقوق و المراكز القانونية ، وهو يؤدي ما تؤديه محاكمها من وظيفة قضائية وهذا ما يؤيده القانون الدولي الخاص والقانون الاجرائي على حد سواء(3).

ثالثاً: الطبيعة المختلطة لنظام التحكيم.

تبنى بعض الفقه موقفا وسطا باعتبار نظام التحكيم في مجموعه مزيجا بين عنصرين ومن ثم فانه يتسم بطبيعة مختلطة بين التعاقد والقضاء أي أنه يجمع بين الطابعين القضائي والرضائي، في كون القرار الذي يصدر من هيئة التحكيم هو ملزم لأطراف النزاع كما هو الحال بالنسبة للأحكام القضائية، أما الطابع

(1) محمود السيد عمر التحيوي ، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ، منشأة المعارف الاسكندرية، سنة 2003 ، ص 21.

(2) د. أحمد عبدالكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى، ص 42

(3) د. أحمد عبدالكريم سلامة، المرجع السابق ذكره، ص 43

الرضائي للتحكيم كونه يتم بموجب تلاقي ارادة الأطراف على حسم النزاع بواسطته(1). الا أن هذا الوصف قد انتقد اذ أن القول بالطبيعة المختلطة للتحكيم يؤدي الى الخلط بين حجية حكم التحكيم وبين قوته التنفيذية، فحجية الأمر المقضي فيه تثبت لحكم التحكيم بمجرد صدوره وهي غير القوة التنفيذية التي لا يجوزها حكم التحكيم الا بصدور أمر قضائي بصدوره.

رابعا: الطبيعة المستقلة لنظام التحكيم.

انتهى البعض من الفقه الى القول باستقلالية نظام التحكيم، وأصالته في الفصل في المنازعات التي تدخل أصلا في الولاية القضائية المقررة للقضاء العام في الدولة .وأنه يجب النظر اليه نظرة مستقلة ولا يمكن تفسيره في ضوء المبادئ التقليدية لمحاولة ربطه بالعقد أو الحكم القضائي الصادر من القضاء (2).

وقد ذهب الدكتور محمود السيد عمر التحيوي في كتابه الطبيعة القانونية لنظام التحكيم الى القول بأن

التحكيم نظام قضائي من نوع خاص (3) ، بحيث أن أحكامه تعد أعمالا قضائية بالمعنى الفني ويعتبر التحكيم من حيث الاجراءات و الحكم قضاء خاص و ما يعرف بالقضاء الخاص فهو قضاء عام ، ذلك أن المشرع قد أقر نظام التحكيم التزاما لارادة الأطراف المحكّمين ومتى وضحت هذه الارادة وفقا الشكل الذي يتطلبه القانون التزم الأطراف المحكّمون بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم .

الفرع الثاني: خصائص التحكيم البحري .

أولا: التحكيم البحري نظام قضائي ذاتي : و تظهر ذاتيته في أنه نظام قضائي ارادي و قد تلعب ارادة الأطراف دورا كبيرا أو صغيرا في تحديد القواعد الموضوعية والاجرائية التي تنظم العملية التحكيمية ، كما أنه نظام قضائي خاص حيث يتولى الفصل في المنازعة شخص خاص و هو المحكم البحري أو هيئات التحكيم البحرية سواءا الحرة أو المؤسسة، كما أنه نظام قضائي غائي لأنه يهدف لادراك عدة غايات و أهمها مراعاة خصوصية المنازعات البحرية .

ثانيا: التحكيم البحري نظام قضائي مؤقت: ويعني أن المحكّمين البحريين يتم اختيارهم لأداء مهمة مؤقتة وهي الفصل في خصومة بحرية محددة، بعدها تزول تلك الهيئة.

ثالثا: التحكيم البحري ليس قضاء استثنائيا: يذهب اتجاه في الفقه والقضاء الى أن التحكيم نظام قضائي استثنائي الا أنه في وقتنا الراهن فإن التحكيم البحري أصبح هو الأصل لفض المنازعات البحرية الدولية.

(1)أ.بن سهلة ثاني بن علي، الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم وأثره على تسوية المنازعات التجارية الدولية،دراسات قانونية،جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد 04-2007، ص180

(2) مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل المنازعات، دار الهدى، بدون طبعة، ص46.

(3) محمود السيد عمر التحيوي ، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ، المرجع السابق. ص22.

الفرع الثالث: التفرقة بين التحكيم البحري و الطرق البديلة الأخرى لحل المنازعات.

من المعروف أن التحكيم البحري هو طريق بديل لحل المنازعات ذات الطبيعة التجارية الدولية و البحرية ، لكن الكثير يجهل الفرق بينه و بين الطرق البديلة الأخرى لحل هذا النوع من المنازعات فهو يختلف عن هته الوسائل و التي تتمثل أساسا في الصلح ، الوساطة و الخبرة.

و حتى يكون مفهوم التحكيم واضحا في الأذهان ،فمن الواجب علينا أن نميز بينه وبين النظم الأخرى .

أولا: تمييز التحكيم عن التوفيق، المصالحة والوساطة.

يختلف التحكيم البحري عن سواه من طرق تسوية المنازعات البحرية والمتمثلة في الصلح والتوفيق والوساطة(1) فالميزة الأساسية للتحكيم البحري أنه نظام قضائي من نوع خاص ،و أن أحكامه تفرض على أطراف النزاع عكس التوفيق والوساطة، والتي فيهما يقوم كل من الموفق والوسيط بتقديم مقترحات للأطراف محاولين بذلك إجراء تسوية ودية بينهم(2)، والتي يضل أمرها معلقا على قبولها من أطراف النزاع البحري. أما عن اللجوء إلى التحكيم البحري فهو يعني قبول الأطراف المتنازعين لقرار المحكم الذي يفصل في النزاع البحري، فالتحكيم البحري اختيار نهائي لطريق التحكيم كبديل عن الالتجاء للقضاء(3).

أما عن الصلح والوساطة ففيهما يسعى المصلح والوسيط التوفيق بين الأطراف والبحث عن حل للنزاع المطروح أمامهما عن طريق تنازل كل طرف من الأطراف على جزء من ادعاءاته(4)، وفي غالب الأحيان مراكز التحكيم البحري تجعل المصالحة مرحلة سابقة على التحكيم ونفس الهيئة التي تتولى المصالحة هي نفسها تتولى التحكيم، فإذا انتهت مدة المصالحة تنتقل إلى التحكيم.

و الصلح هو: عقد ينظمه القانون المدني وهو عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا و ذلك بأن يتنازل كل منهما عن جزء من ادعاءاته(5). والصلح هو أقدم الوسائل البديلة لحل النزاعات فهو يرتكز على حكمة الشعوب و تقاليدها ،وقد قال الرسول صلى الله عليه و سلم "الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما" و لذلك يجوز الصلح فيما جاز التعاقد فيه(6).

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية دار الكتب القانونية، بدون طبعة، سنة 2006، ص 05.

(2) François Arradon, l'Arbitrage Maritime en France, la revue Maritime n° 470, octobre 2004, p 01

(3) أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 19.

(4) نبيل صقر، المرجع السابق، ص 542.

(5) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي ، النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، الطبعة الاولى ،سنة 2005،المكتب الجامعي الحديث، ص 30.

(6) عامر بورورو ،الطرق البديلة لحل النزاعات في القانون التونسي ، مجلة المحكمة العليا،عدد خاص ،الطرق البديلة لحل نزاعات: الصلح و الوساطة والتحكيم

14-15 جوان 2008، ص 326.

إن نتيجة المصالحة هي عقد صلح إذا اتفق عليها الأطراف فهي لها طبيعة تعاقدية، أما الآن هناك تطور في قانون الإجراءات المدنية بدأ في فرنسا بحيث أن الصلح ليس عقد كباقي العقود، فهناك توجه إلى جعله يتمتع بالطبيعة القضائية وذلك حينما ينص القانون على أن يصادق عليه القاضي وبمهره بالصيغة التنفيذية، وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في تعديله الجديد في ق.ا.م.ا.ج . و بالتالي فشرط اكتساب الصلح الصفة القضائية هو حضور أطراف النزاع أمام المحكمة و اقرارهما بالصلح و بمضمونه و تصديق القاضي على ذلك الصلح(1)، أما عن المحكم فهو يصدر قرارا ملزم ذو طبيعة قضائية .

كما أن التحكيم يختلف عن الصلح في عدة أمور فالصلح هو ثمرة تفاوض مباشر بين أطراف العقد عن طريق تقديم تنازلات بينهم عن جزء من الحق الموضوعي، بينما يقف دورهم في التحكيم عند تحويل المحكم سلطة حسم النزاع بحكم تحكيمي و الذي يمكن أن يجاب لطرف واحد بكل طلباته دون الطرف الأخر و بالتالي فإن اتفاق الصلح يحل النزاع حول الحق الموضوعي بشكل مباشر ، أما اتفاق التحكيم فهو يتضمن فقط و سيلة حل النزاع حول هذا الحق الموضوعي ، حيث لا يوجد تنازل عن الحق الموضوعي وإنما تنازل عن الحق في حسم هذا النزاع أمام قضاء الدولة و حله أمام قضاء خاص (2) ألا و هو التحكيم.

أما عن التوفيق (La conciliation) : فهو اتفاق الأطراف على محاولة اجراء تسوية ودية عن طريق الموفق أو الموفقين الذين يقع عليهم اختيار الاطراف(3). و يتمثل في اعتماد الحوار و المناقشة بتدخل طرف ثالث لبسط نقاط الخلاف ومساعدة المتنازعين على حل خلافهما و ايجاد طريقة مرضية لهما معا ، فيقترح عليهم الحل الذي يراه ، ولكن مآل المساعي التوفيقية تتركز على رضاء الفرقاء بالحل ، كما أن دور الموفق أكثر تأثيرا من دور الوسيط لأنه يشجع الطرفين على الحوار و الصلح وهو يقدم الحلول معتمدا في ذلك على كفاءته في ادارة الحوار و فهم النزاع لإدراكه الفني به وثقة الأطراف في نزاهته وحياده و سريةته.

و الوساطة (Mediation) هي نوع من التوفيق أو شكل من الأشكال التي يتم بها التوفيق بين الخصوم فيتدخل شخص يسمى الوسيط ليقرب و جهات النظر بعد سماعها و لا تخضع الوساطة لأي شكل في اجراءاتها و تتحكم فيها ارادة الأطراف في كافة مراحلها ، لأن الوسيط لا يقترح حلا ولا سلطة له لإلزامهم بأي رأي ، و لا تكون الوساطة جائزة عندما لا يكون الصلح جائزا.

(1) عامر بورورو ، المرجع السابق، ص 326.

(2) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق، ص 32.

(3) عامر بورورو ، المرجع السابق ، ص 336.

ثانيا: التحكيم والخبرة.

الخبرة يقصد بها ذلك الاجراء الذي يتعهد بمقتضاه القاضي أو المحكم أو الخصوم الى شخص ما مهمة ابداء رأيه في بعض المسائل ذات الطابع الفني التي يكون على دراية بها دون الزام القاضي أو المحكم بهذا الرأي (1). إن وجه الشبه بين الخبرة و التحكيم هو تدخل شخص من الغير أي أن الخبير و المحكم ليسوا من أعضاء الجهاز القضائي للدولة ، مع الإشارة الى أن كل من الخبير و المحكم قد يبدي رأيه أو يباشر عمله في نقطة قانونية أو واقعة بمناسبة نزاع معروض على القضاء.

و نظرا لخصوصية التحكيم البحري فمن الناحية العملية يختلط التحكيم بالخبرة فكثيرا ما يكون المحكم البحري قد أختير لخبرته في موضوع معين، كذلك هناك بعض مراكز التحكيم تضم إلى نشاطها في مجال التحكيم البحري نشاطات متعلقة بالخبرة، والإشكال الذي يثور هو أنه من الناحية العملية قد تختلط الأمور إذا اخترنا خبير محكما، فكيف نفرق بين التحكيم والخبرة؟.

ان الفارق بين الخبير و المحكم يتعلق بكيفية أداء كل منهما للمهمة المناطة به ، فالمحكم يصدر قراره بناء على ما يقدم له الاطراف من مستندات و مرافعات أما الخبير فانه يعتمد على معلوماته و خبراته الذاتية. إن الخبير لا يفصل في النزاع ولا يطبق القانون، فعمل الخبير هو تقديم وسائل للإثبات عن طريق تحقيق تقني باستعمال وسائل علمية ويقدم تقريرا عنه، هذا التقرير غير ملزم لا للأطراف ولا للقاضي(2)و لا للمحكم.

وقد يتم اللجوء في الحياة العملية إلى شخص تقني عمله هو الخبرة أو مركز للتحكيم البحري ويتفق الأطراف على أن التقرير ملزم لهم، هنا نكون أمام تحكيم يسمى التحكيم بالخبرة، هذا الخلط بين التحكيم والخبرة وصل أوجه في الوقت الراهن بحيث يجري الحديث اليوم على الطرق التناوبية للفصل في المنازعات . إنه و بالرغم من أهمية نظام التحكيم في المجال الاقتصادي و التجاري سواء على الصعيد الداخلي أو الدولي ، إلا أنه لم يكن مرغوبا فيه في بعض الدول و النظم القانونية ، ومن الدول التي ناهضت هذا النظام في بداية التعامل به الدولة الجزائرية و ذلك لعدة أسباب منها السياسية ومنها الايدولوجية و هذا ما سوف نتطرق اليه تبعا .

(1)عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق، ص35.

(2)Philippe Fouchard, E.Gaiyard.B.Goldman. Traité de l'arbitrage commercial international Litek 1996, p 22.

المبحث الثاني: مناهضة نظام التحكيم.

ليس هناك من ريب في أن التحكيم كأداة لفض النزاعات بين الناس يضرب بجذوره في عمق تاريخ البشرية البعيد حتى يمكن القول أنه أصل القضاء(1)، فقد كان نظام التحكيم يعتبر هو القاعدة في الفصل في المنازعات بين الأفراد و الجماعات في المجتمعات القديمة ،حيث كانت هته المجتمعات البدائية تخطو خطواتها الأولى في سلم المدنية و الحضارة ، و كان نفاذ القانون الوضعي وكفالة احترامه متروكا لمشیئة الأفراد يعتمد على قوتهم الخاصة و يعول على وسائلهم الذاتية وهو ما كان يعرف بنظام القضاء الخاص(2) . ولم يكن ذلك يسمح باستقرار المجتمعات و لا يكفل الأمن والعدل فيها ولم يكن ممكنا تجاوز هته الأزمة الا بإيجاد عضو محايد تكون وظيفته السهر على حماية القانون الوضعي و ضمان تطبيقه في الواقع العملي . وفي البداية ظهر هذا العضو في إطار ما يسمى بنظام التحكيم والذي كان اختياريا ثم صار إجباريا في مرحلة لاحقة (3)، ولم يكن نظام التحكيم وبالصورة التي كان عليها في المجتمعات القديمة ليستم بعد أن انتظمت المجتمعات في هيئة دول. وبالتالي فان مناهضة نظام التحكيم كانت له أسباب عامة تخص كل الدول وهذا ما سوف نتطرق له في مطلب أول أما المطلب الثاني فسوف يكون عن موقف الجزائر من التحكيم التجاري الدولي و البحري .

المطلب الأول: أسباب رفض التحكيم الخاصة بكل الدول .

لقد صار القضاء من واجبات الدولة الحديثة وإحدى وظائفها الأساسية وهو في الوقت ذاته مظهرا لسيادتها ولم يعد يتفق على أن يمارس القضاء غير أعضاء الدولة الحديثة والذين تعينهم لهذا الغرض وتزودهم بالسلطة وهكذا انتهى الأمر الى حلول القضاء العام في الدولة محل القضاء الخاص وقضاء التحكيم. وفي ظل هذا المظهر الأخير لسيادة الدولة تقلص دور التحكيم تاركا أرضه لقضاء الدولة وأصبح الأصل في النظر في المنازعات من اختصاص القضاء العام في الدول الا أنه وبمرور الوقت فإن النظم القانونية الوضعية أجازت للأفراد والجماعات اخراج بعض المنازعات من ولاية الهيئات القضائية المخصصة للفصل فيها وأن يعهدوا بها الى نظام التحكيم . وهكذا أصبح يتردد القول بأن نظام التحكيم هو نظام استثنائي عن الأصل العام وهو القضاء و ما يسري على مناهضة التحكيم التجاري الدولي عموما يسري على مناهضة التحكيم

(1)د.أحمد عبدالكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى، ص 05 .

(2) محمود السيد عمر التحيوي، مفهوم التحكيم الاختياري والتحكيم الجبري، منشأة المعارف بالسكندرية، سنة2002، ص 8.

(3) المرجع السابق ذكره، ص 10.

البحري، فالتحكيم البحري ما هو إلا فرع من فروع التحكيم التجاري الدولي بصفة عامة يتميز بنوع النشاط الذي يتولى حل منازعاته و كونه نشاطا بحريا تعاقديا أو غير تعاقدي و ذلك في اطار العلاقات الناشئة بين الأشخاص الخاصة أو بينها وبين الأشخاص المعنوية العامة(1) .

إن إقرار النظم القانونية بالتحكيم لم يأتي دفعة واحدة فلم يكن هذا النظام مرغوب فيه بصفة عامة وقد لقي مناهضة من طرف غالبية الدول وذلك لأسباب سياسية ،اقتصادية وادولوجية وقد كانت الدول ترفض التحكيم بصفة عامة لإحساسها بأن نظام التحكيم يمس بسيادتها الداخلية والخارجية على حد السواء(2) .

و لكن سرعان ما غيرت الدول أرائها فيما يخص التحكيم التجاري الدولي ونصت على أحكامه في قوانينها الداخلية وذلك لما فرضه واقع التجارة العالمية.

المطلب الثاني: موقف الجزائر من التحكيم الدولي

مر الموقف الجزائري من التحكيم التجاري الدولي بمرحلتين أساسيتين :

المرحلة الأولى : منذ الاستقلال الى أواخر الثمانينات.

منذ الشهور الأولى للاستقلال كان أول احتكاك للدولة الجزائرية بالتحكيم التجاري الدولي من خلال المنازعات المتعلقة بالحقوقات الشيء الذي جعل الجزائر تتخذ موقفا سياسيا للتحكيم الدولي لا يختلف عن موقف باقي الدول العربية الأخرى وهو موقف مناهض(3) .

هذا الموقف المناهض ترجمته عدة مواقف قانونية كالتالي:

- نصوص قانون الاجراءات المدنية المتعلقة بالتحكيم كانت معطلة نظرا لعدم تفتح المواطنين بما في ذلك التجار على التحكيم .

- عدم الانضمام لاتفاقيات دولية فاعلة مثل اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف و تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية لسنة 1958.

- موقف سياسي من التحكيم التجاري الدولي و يتمثل في انتقادات و جهت للنظام التحكيمي الدولي في إطار الخطاب التاريخي الذي ألقاه الرئيس الراحل هواري بومدين أمام الجمعية العامة للأمم المتحدة والقاضي باقامة نظام اقتصادي عالمي جديد.

(1) عاطف محمد الفقي ، قانون التجارة البحرية، دار الفكر الجامعي ، بدون طبعة ، سنة 2007 ، ص372 .

(2) Ali Mzghani, Le droit Musulment de l'arbitrage, Revue de l'arbitrage 2008, N°2, p213

(3) عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، سنة 2005، ص22.

- مجموعة التدابير التي أخذت لمنع التحكيم في مجال المحروقات (1) ، فبعد صدور قرار 24 أفريل 1971 المتعلق بتأميم البترول و المحروقات ، أدى الى مطالبة الشركات الفرنسية الحكومة الجزائرية باللجوء الى التحكيم تطبيقا لإنفاقية 1965 ، غير أن الحكومة الجزائرية رفضت اللجوء الى التحكيم بحجة أن اجراءات التأميم تعتبر من أعمال السيادة لا يجوز اخضاعها الى الاجراءات المنصوص عليها لتسوية المنازعات بين الشركات البترولية و الادارة الجزائرية ، ولذا لم يبقى أمامها إلا قبول الأمر الواقع و ذلك في 1971/06/30 (2) ، و بذلك تم اخضاع كل المنازعات للقانون الوطني (3) .

المرحلة الثانية: منذ سنة 1988 الى يومنا هذا.

- بدأت هته المرحلة في اطار ما عرف بقوانين استقلالية المؤسسات (4) سنة 1988 هذا القانون الذي حول المؤسسات الاشتراكية سابقا الى مؤسسات عمومية اقتصادية تخضع لمبدأ التجارة كأصل عاما إلا اذا وجد نص بخلاف ذلك .

إن قانون 01/88 الذي منح الاستقلالية للمؤسسات الاقتصادية تضمن عدة أحكام تسمح لها باللجوء الى ادراج شرط التحكيم في علاقاتها ، منها المادة 4/20 التي تنص على أنه : " تكون الممتلكات التابعة لذمة المؤسسة العمومية الاقتصادية قابلة للتنازل عنها و التصرف فيها وحجزها ... كما يمكن أن تكون موضوع مصالحه حسب مفهوم الفقرة الأولى من المادة 442 من الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 1966/6/8".

و قد كانت المادة 1/442 من ق.ا.م. ج تنص على أنه: " يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها " (5) .

هذا النص يؤكد حرية توجه المؤسسات الاقتصادية الى التحكيم .

أما نص المادة 62 من قانون 04/88 الصادر بتاريخ 1988/01/12 التي تنص على أنه : "تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون " . و بالتالي فكل الاجراءات التي نص عليها القانون السابق الذكر تدخل في مجال الالغاءات و قبول التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في النظام القانوني الجزائري .

(1) د.مصطفى تراري ثاني، محاضرات قانون التحكيم التجاري الدولي ، قسم الماجستير القانون الخاص الأساسي ، جامعة معسكر، السنة الجامعية 2007/2006.

(2) قانون رقم 01/88 بتاريخ 1988/01/12 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 02 السنة الخامسة والعشرون بتاريخ 1988/01/13 .

(3) الاتفاق المبرم بين سونطراك و الشركات الفرنسية المبرم في 1971/06/30 المتعلق بكيفية تسوية المنازعات المتعلقة بالشركات البترولية الفرنسية المؤممة .

(4) معاشو عمار، الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجارة الجزائرية ، دكتوراه دولة ، جامعة الجزائر ، سنة ، 1998 ، ص 328 .

(5) و هو ما يتطابق نوعا ما و نص الفقرة الأولى من المادة 1006 من ق.ا.م. ج الحالي .

- في نفس السياق انضمت الجزائر الى اتفاقية نيويورك(1) و جاء انضمام الجزائر لهذه الاتفاقية مع ابداء رأيها بالتحفظ طبقا لما تنص عليه الفقرة الثالثة من المادة الأولى من الاتفاقية ،حيث أقرت بأنها لن تطبق أحكام هذه الاتفاقية الا بشأن الأحكام الصادرة في دولة أخرى تكون طرفا فيها و على النزاعات المتعلقة بالقانون التجاري الدولي كما يقضي بذلك القانون الجزائري (2).
- صدور المرسوم التشريعي سنة 1993(3) المنظم لأحكام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر هذا المرسوم الذي اقتبس أحكامه من القانون الفرنسي و القانون السويسري (4).
- سنة 1995 انضمت الجزائر بموجب الأمر 95-05 المؤرخ في 21-01-1995 الى اتفاقية واشنطن الصادرة في 18-03-1965 و الخاصة بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.
- التعديل الذي طرأ على أحكام التحكيم التجاري الدولي بموجب قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد و الذي حاول مسايرة مستجدات التجارة الدولية(5) خاصة و أن الجزائر تحاول الدخول في المنظمة العالمية للتجارة وملفها مايزال قيد الدراسة .
- إن ما يمكن قوله فيما يخص مناهضة نظام التحكيم ، فغالبية دول العالم التي لم تكن تقبل التحكيم كوسيلة لفض منازعاتها الدولية لم تستطع تطبيق هته المناهضة كليا وكانت ترضخ من الحين الى الآخر لهذا النظام ، وذلك لطبيعة المنازعات التجارية الدولية وأيضا واقع السوق التجارية الدولية والتي تفرض فيها القوى الاقتصادية العالمية الكبرى شروطها وما على الدول الضعيفة الى القبول والطاعة . وهذا ما حدث للجزائر والتي شيئا فشيئا تقبلت نظام التحكيم التجاري الدولي و تبنته في منظومتها التشريعية .
- أما عن التحكيم البحري على وجه الخصوص فان الجزائر لم تضع له لحد الآن بعض الأحكام القانونية الخاصة به على غرار القوانين المقارنة كالقانون المصري مثلا و القانون الفرنسي الا أنه تطبق عليه أحكام التحكيم التجاري الدولي المنصوص عليها في قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد وذلك لطبيعة منازعات التحكيم البحري والتي لها طبيعة دولية وتجارية و بحرية .

(1) المرسوم الرئاسي رقم 233/88 المؤرخ في 05/11/1988 المتضمن انضمام الجزائر بتحفظ للاتفاقية الاعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية المتحدة من مؤتمر الأمم المتحدة بنويورك المؤرخ في 10/06/1958 .

(2) أ.بن سهلة ثاني بن علي ،الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم وأثره على تسوية المنازعات التجارية الدولية ،المرجع السابق ،ص189

(3) المرسوم التشريعي رقم 09/93 مؤرخ في 3ذي القعدة عام 1413 الموافق 25ابريل سنة1993 يعدل ويتمم الامر رقم66-154 المؤرخ في 8 يونيو والمتضمن قانون الاجراءات المدنية ، الجريدة الرسمية العدد27الموافق27ابريل1993ص58 .

(4)عليوش قريوع كمال،المرجع السابق ،ص25

(5)د.محموظ لشعب ، المنظمة العالمية للتجارة ، سلسلة القانون الاقتصادي ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الثانية ، ص 171.

الفصل الثاني: ظهور التحكيم البحري على الصعيد الدولي.

يسود العلاقات البحرية في عصرنا تيار دافق مقتضاه اللجوء للتحكيم لحل المنازعات الناشئة عنها(1). فقليلة هي المنازعات البحرية التي تفلت اليوم من التحكيم البحري(2)، حيث يتفق أطراف العلاقات البحرية على أن يعهدوا بالمنازعات الحالية أو المستقبلية الناشئة عنها إلى محكمين من اختيارهم من المشهود لهم بالكفاءة والخبرة في المجال البحري ليفصلوا فيها بأحكام تحكيمية ملزمة.

و يختلف التحكيم البحري عن باقي الطرق البديلة لحل المنازعات فأحكامه ملزمة لأطراف النزاع عكس التوفيق والوساطة والتي فيهما يقوم كل من الموفق والوسيط بتقديم مقترحات للأطراف محاولين بذلك إجراء تسوية ودية بينهم(3)، وهذه التسوية ليست ملزمة لأطراف النزاع البحري.

وبالتالي فالاتفاق على اللجوء للتحكيم البحري يعني قبول الأطراف المتنازعين لقرار المحكم والذي يفصل في النزاع البحري، فالتحكيم البحري هو اختيار نهائي لطريق التحكيم كبديل عن الالتجاء للقضاء(4). إلا أن التحكيم بصفة عامة لم يكن مرحبا به في بعض النظم الدولية منذ الوهلة الأولى وذلك لأسباب سياسية واقتصادية و اديولوجية المختلفة لكل دولة و من هته الدول الجزائر و التي مرت براحل عديدة لقبول التحكيم في نظامها القانوني من المناهضة الى القبول المحتشم الى وضع نظام قانوني متكامل للتحكيم ليطماشى و مرونة المعاملات الاقتصادية الحديثة.

والتحكيم البحري كنظام قانوني لحل المنازعات البحرية ظهر قديما بظهور التجارة البحرية لدى الدول ذات السواحل و خاصة الدول الأوروبية منها و التي كانت لها الريادة في نشأته، فكيف ظهر التحكيم البحري؟ و هل حاولت الدول توحيد أحكامه؟ و ما هي المنازعات التي تحل بواسطته؟
للإجابة على هذا السؤال قسمنا هذا الفصل الى مبحثين : نشأة التحكيم البحري وتطوره في المبحث الأول و المنازعات التي تخضع للتحكيم البحري في المبحث الثاني .

(1) عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 01.

(2) مصطفى تراري ثاني، ذاتية التحكيم البحري، الملتقى الدولي حول "المنازعات البحرية" مخبر قانون النقل والنشاطات المرفئية، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2 و 3 مايو 2009.

(3) François Arradon, l'arbitrage maritime en France, la revue maritime n°470, octobre 2004, p01.

(4) أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار الكتب القانونية، بدون طبعة، ص 19.

المبحث الأول : نشأة التحكيم البحري وتطوره.

كان التحكيم في الشرائع القديمة متعارف عليه ومعمول به، وكان عرفا وشريعة لدى العرب قبل الاسلام وتعود نشأة التحكيم الى بداية البشرية ، وهو قديم قدمها، فقد عرفته البشرية قبل أن تعرف القضاء العام واعترفت به كافة الأنظمة السياسية التي كانت سائدة انذاك ، كالحضارات اليونانية والرومانية والاسلامية وغيرها.

والتحكيم البحري كنظام قانوني لحل المنازعات البحرية معروف منذ القدم بحيث يمتد وجوده إلى عصور

روما القديمة في القرن السابع قبل الميلاد وازدهار القانون البحري لجزيرة رودس "The Sea Law of Rhodes" ثم تبوأ التحكيم البحري مكانه اللائق كوسيلة لحل المنازعات البحرية في العصور الوسطى نظرا لازدهار التجارة البحرية بين الشعوب المختلفة، ونشوء موانئ هامة على بحر الشمال وبحر البلطيق وتدوين أعظم قانونين بحريين عرفيين "Lex Maritima" وهما قنصلية البحر "Consulato del Mare" وهي مدونة برشلونة في القرن الحادي عشر للميلاد، ومجموعة أوليرون "The Role of Oleron" التي وضعت عام 1200 للميلاد تضم أحكام القضاة الصادر في الموانئ الفرنسية الواقعة على المحيط الأطلنطي(1). والدليل على انتشار حل المنازعات البحرية بواسطة التحكيم البحري في العصر الوسيط الأحكام التحكيمية البحرية الصادرة في ميناء مرسيليا الفرنسي عام 1248 للميلاد، والتي مازالت موجودة ومحفوظة في فرنسا حتى الآن.

أما عن التحكيم في عصرنا الحاضر فإنه قد لاقى رواجاً وازدهاراً لا مثيل لهما نظراً لازدهار التجارة الدولية، وتفضيل أغلب المتعاملين المتخصصين في المجال البحري التحكيم البحري كوسيلة لحل منازعاتهم(2). كما أنه رغم الأهمية المتزايدة لوسائل النقل البحري والجوي في هذا العصر إلا أن وسيلة النقل البحري مازالت تحتل المرتبة الأولى ضمن وسائل النقل المختلفة لقلّة تكاليفها، ولكبر أحجام الشحنات المنقولة بواسطتها وذلك بالمقارنة بوسائل النقل الأخرى. ويعد نقل البضائع عن طريق البحر عاملاً هاماً ترتكز عليه التجارة الخارجية(3) والذي بواسطته تنفذ الصفقات التجارية الدولية والتي تعرف بالبيوع الدولية(4). إن ازدهار عملية التحكيم البحري وانتشاره كوسيلة لحل المنازعات البحرية قد ارتبط بأماكن بعينها دون

(1)عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية ، المرجع السابق، ص 01.

(2)François Arradon, op cit , p01.

(3)محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري ، المرجع السابق، ص 12.

(4)سمير جميل الفتلاوي، المرجع السابق ، ص 91.

الأخرى لعدة عوامل ومنها تركز الأنشطة البحرية في هته الأماكن وتواجد رؤوس الأموال الضخمة بها وأيضا الظروف التاريخية التي جعلت السيادة البحرية في منطقة دون الأخرى(1) ، فضلا عن التقدم الاقتصادي والتجاري الذي تركز هو الآخر في نفس المناطق من العالم و بالتالي قسمنا هذا المبحث الى التحكيم البحري في النظام الأنجلوساكسوني(مطلب أول) و التحكيم البحري في النظام اللاتينوجرمانى(مطلب ثاني) ، كما تطرقنا الى التحكيم في اتفاقية روتردام باعتبارها أخر اتفاقية دولية بشأن النقل البحري الدولي (مطلب ثالث).

المطلب الأول : التحكيم البحري في النظام الأنجلوساكسوني.

ان إنجلترا تحتل المرتبة الأولى في مجال التحكيم البحري حيث ارتبطت السيادة البحرية بالدول الانجليزية منذ القدم، واستمرت هذه السيادة في العصر الحديث بتأثير التقدم التجاري والاقتصادي. فأصبحت إنجلترا من أكبر الدول المجهزة والمالكة لأساطيل النقل البحري، ومعقل التجمعات البحرية الكبرى. وقد استغل الانجليز هذه الاعتبارات كلها وأنشؤا مجموعة من العقود النموذجية لتنظيم كافة المجالات والأنشطة البحرية من بناء السفن وإصلاحها وشرائها علاوة على عقود النقل البحري بموجب سندات الشحن المختلفة وعقود إيجار ومشارطات السفن، والتأمين البحري، هته العقود أغلبها تشمل شروط للتحكيم تقضي بالتحكيم في لندن كوسيلة لحل المنازعات الناشئة عنها. إن ما جعل بريطانيا من الدول الرائدة في التحكيم البحري أيضا، حرصها الشديد على جعل المحكمين البحريين من أهل الاختصاص في هذا المجال وتعيين نفس المحكمين في غالب الأحيان(2)، هذا ما يجعل لهم كفاءة عالية في ميدان التحكيم البحري.

وقد دفع هذا الازدهار الانجليزي التحكيمي في المجال البحري التجمعات البحرية الانجليزية مرة أخرى إلى عدم التفريط في هذا الحق التاريخي والاقتصادي المكتسب فأنشأت مؤسسة اللويدز للتأمين البحري غرفة للتحكيم البحري في مجال المنازعات البحرية الناشئة عن العقود البحرية النموذجية للمساعدة البحرية والإنقاذ والتصادم البحري ولتسوية الخسارات البحرية المشتركة ووضعت المؤسسة شروط تحكيمية تقضي بالتحكيم أمام غرفة التحكيم التابعة لها في تحكيم بحري مؤسسي تنظمه وتديره وتشرف عليه الهيئة بواسطته محكمين بحريين من أعضائها(3).

(1) محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق، ص 21.

(2) Bruce Hannis, l'avenir de l'arbitrage maritime, arbitre maritime (LMAA e CAMP), Gazette de la chambre maritime de paris n°17, automne 2008, p 3 et 4

(3) عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية ، المرجع السابق، ص 09.

كما أنشأت التجمعات البحرية الانجليزية جمعية المحكمين البحريين بلندن كجمعية تحكيم بحري لا تهدف لتحقيق الربح بل تهدف إلى خدمة المجتمع البحري الانجليزي بواسطة تدريب المحكمين الانجليز، وضمهم في قائمة محكميها ليختار الأطراف من بينهم محكميهم الذين يفصلون في النزاع بموجب لائحة تحكيم وضعتها الجمعية بشرط اتفاق الأطراف على إخضاع تحكيمهم لهذه اللائحة، كما تقدم الجمعية للمحكمين والأطراف أية نصائح أو معلومات أو خدمات يريدونها ولكن دون تدخل منها في تنظيم وإدارة العملية التحكيمية ، حيث أن هذا التنظيم وهذه الادارة تبقى للمحكمين وحدهم في إطار اتفاق الأطراف (1). وبهذا تعتبر لندن مركز عالمي للتحكيم الدولي وتشهد أكثر من 10.000 قضية في السنة 80% منها تتعلق بالمسائل البحرية والتجارية الدولية(2).

ففي لندن وحدها يتم إصدار أكثر من أربعمئة حكم تحكيم بحري في كل عام(3)، وتأخذ بريطانيا الصدارة في هذا المجال، ذلك لأنها تنظم كافة مجالات الأنشطة البحرية بعقود نموذجية من عقود لبناء السفن وإصلاحها وشرائها، علاوة على عقود النقل البحري بموجب سندات الشحن المختلفة وعقود إيجار ومشاركات السفن والتأمين البحري. كما أننا نجد غرفة التحكيم البحري بلندن تهدف أصلاً إلى تدريب ورفع كفاءة المحكمين البحريين، إلا أنه ما يمكن قوله عن التحكيم البحري في إنجلترا أنه تغير في الوقت الحالي عما كان فيه سابقاً ويمكن هذا الاختلاف والتطور في الإجراءات المتبعة فيه وكذا تأطير المحكمين البحريين. فم منذ 50 سنة كان المحكمين البحريين في الغالب من المحترفين في المجال البحري، أما اليوم فقد حصل تغير جذري بحيث أصبح يعين في المجال البحري محكمون لهم تكوين قانوني وبالتالي الإشكال الذي طرح الآن هو قلة المحكمين البحريين المحترفين، وذلك أن العمليات التجارية أصبحت أكثر تعقيداً(4) وكذا الزخم التشريعي الحاصل في المجال القانوني والإجرائي في الميدان البحري(5).

(1)عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية ، المرجع السابق، ص 9

(2)محمودي مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المجموعات الجامعية، بدون طبعة، سنة 2006 ،ص 243.

(3)عمر مشهور حديثة الجازي، المرجع السابق، ص 2.

(4)Bruce Harris – Arbitre Maritime (LMAA et CAMP), l'Avenir de l'Arbitrage Maritime, gazette de la chambre arbitrale maritime de paris, n° 17, automne 2008, p03.

(5)Ibid, p 04.

كذلك دخلت الولايات المتحدة الأمريكية إلى عالم التحكيم بكل قوة و أصبحت نيويورك تحتل مكانة عالمية كبرى في هذا المجال على أساس أن كافة العقود النموذجية الأمريكية تحوي شرطا للتحكيم يقضي بالتحكيم في نيويورك لحل النزاعات الناشئة عن هته العقود(1).وأصبحت نيويورك تحتل المكانة الثانية في مجال التحكيم البحري، وتكونت التجمعات البحرية الأمريكية التي أنشأت جمعية المحكمين البحريين بنيويورك كجمعية تحكيم بحري حر ، وضعت لائحة تحكيم لمن شاء من الأطراف أن يجعلها إطارا لإجراءات تحكيمية والمنظمة والمدارة بواسطة محكمين بحريين تدرهم الجمعية وتضمهم في قائمة محكميها.

المطلب الثاني: التحكيم البحري في النظام اللاتينوجرمانى .

قد احتلت باريس المرتبة الثالثة في ميدان التحكيم البحري العالمي ، ولحماية التكتلات البحرية الفرنسية من هيمنة هيئات التحكيم البحري الانجليزية نشاء التحكيم البحري في فرنسا بإنشاء غرفة التحكيم البحري بباريس رسميا سنة 1966(2). وكان أول مؤسسي هته الغرفة محترفون ومتخصصون في المجال البحري من ناقلين ومستأجرين، بحيث أن هدفهم الأساسي كان حل منازعاتهم الناشئة عن عقود استئجار السفن عن طريق محكمين بحريين مختصين، ذلك أن مشارطات الإيجار تمتاز بتعقيد كبير وأنها مستوحات من الفكر الأنجلوساكسوني(3). وكذا رغبتهم في عدم اللجوء إلى بريطانيا لحل بعض المنازعات البسيطة وقد حقق هذا الهدف بسرعة وبساطة، والآن التحكيم البحري بفرنسا له مكانة حتى وإن لم يرقى إلى مكانة التحكيم البحري ببريطانيا والذي يعد المرجع والأساس .

أما عن الجزائر فلا يمكننا التحدث عن تحكيم بحري بوجه خاص وإنما نتحدث عن تحكيم تجاري دولي عموما تدخل في إطاره المنازعات البحرية الدولية، ذلك بأنه لحد الآن لم تدرج نصوص قانونية مختصة في هذا المجال. وإنما المشرع الجزائري نظم التحكيم التجاري الدولي بوجه عام في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد. ما يمكن ذكره فقط أنه و لأول مرة تعرض المشرع الجزائري إلى شرط التحكيم بالإشارة في المادة 1008 من ق.ا.م.ا.ج(4)، هذه المادة تشجع إلى التحكيم البحري بطريقة غير مباشرة لأن شرط التحكيم بالإشارة هو من شروط التحكيم الأكثر استعمالا في المجال البحري وخاصة في مجال عقود النقل البحرية . كذلك قامت الجزائر بإنشاء غرفة تختص في حل المنازعات التجارية الدولية عن طريق التحكيم.

(1) محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق، ص22.

(2) François Arradon, l'arbitrage maritime en France, op cit , p 01

(3)Ibis

(4)Mostefa Trari Tani, Klwer international ; 27ASA Bultin , 1/2009 mars,p75

المطلب الثالث : التحكيم البحري في إتفاقية روتردام .

نظمت اتفاقية روتردام المكان الذي تجري فيه اجراءات التحكيم و فرقت في هذا الصدد بين التحكيم في النقل الملاحي المنتظم(1) ، و التحكيم في النقل الملاحي غير المنتظم (2).

الفرع الأول : مكان اجراءات التحكيم في النقل الملاحي المنتظم .

يتضح من المادة 75 من معاهدة روتردام أنها تعرضت في الفقرة الأولى منها لمبدأ حل النزاع الذي قد ينشأ بشأن عقد نقل البضائع و التي تسري عليه أحكام الاتفاقية بواسطة التحكيم .

و تعرضت المادة سالفة الذكر في كل من الفقرات الثانية والثالثة و الرابعة منها للمكان الذي يجب أن يجري فيه التحكيم باتفاق الأطراف(3). فأتاحت هذه الفقرات للمدعي بالتحكيم خيار مكان التحكيم مماثلا للخيار الذي نصت عليه المادة 66 و 67 من الاتفاقية المتعلقة بشأن الاختصاص القضائي .

إلا ان هناك استثناء وحيد حول مكان التحكيم يتعلق بالحالة التي يكون الاتفاق على مكان التحكيم ملزما للأطراف و حصري ، عند وروده في عقد كمي (4)، فانه لا يقتضي بصدد التحكيم أن يكون جاريا في احدى الدول المنظمة الى المعاهدة ، بينما الاختصاص القضائي يقتضي أن تكون المحكمة الحصرية المتفق عليها تقع في احدى الدول المنظمة الى الاتفاقية .

(1) حسب اتفاقية روتردام فالنقل الملاحي المنتظم يعني خدمة نقل معروضة على عموم الناس من خلال النشر أو بوسيلة ماثلة ، وتشمل النقل بواسطة سفن تعمل بصورة منتظمة بين موانئ محددة وفقا لجدول زمنية لمواعيد الاجار متاحة لعموم الناس .

(2) النقل الملاحي غير المنتظم هو عكس النقل الملاحي المنتظم و هو النقل الذي لا تكون فيه خدمة النقل مطروحة على عموم الناس من خلال النشر أو بوسيلة أخرى بحيث لا يشمل سفن تعمل بصورة منتظمة بين موانئ وفقا لجدول زمنية لمواعيد الاجار متاحة لعموم الناس .

(3) المادة 75 من اتفاقية روتردام تنص :- "وهنا بأحكام هذا الفصل، يجوز للطرفين أن يتفقا على أن يحال إلى التحكيم أي نزاع قد ينشأ بشأن نقل البضائع بمقتضى هذه الاتفاقية. -تقام إجراءات التحكيم، حسبما يختاره الشخص الذي يتمسك بمطالبة تجاه الناقل، في:(أ) أي مكان يحدد لذلك الغرض في اتفاق التحكيم؛ (ب) أي مكان آخر في دولة يوجد فيها أي من الأماكن التالية:

1' مقر الناقل؛ أو - 2' مكان التسلم المتفق عليه في عقد النقل؛ أو 3' مكان التسليم المتفق عليه في عقد النقل؛ أو 4' الميناء الذي تحمل فيه البضائع على السفينة في البداية، أو الميناء الذي تفرغ فيه البضائع من السفينة في النهاية. - يكون تعيين مكان التحكيم في الاتفاق ملزما في النزاعات بين طرفي الاتفاق إذا كان ذلك الاتفاق واردا في عقد كمي يحدد بوضوح اسمي الطرفين وعنوانيهما ويكون إما:(أ) جرى التفاوض عليه بصورة منفردة؛ أو(ب) يتضمن بيانا جليا بأن هناك اتفاق تحكيم ويحدد أبواب العقد الكمي المحتوى على اتفاق التحكيم.

- في حال إبرام اتفاق التحكيم وفقا للفقرة 3 من هذه المادة، لا يكون الشخص الذي ليس طرفا في العقد الكمي ملزما بتعيين مكان التحكيم في ذلك الاتفاق إلا إذا:(أ) كان مكان التحكيم المعين في الاتفاق واقعا في أحد الأماكن المشار إليها في الفقرة الفرعية 2 (ب) من هذه المادة؛(ب) وكان الاتفاق واردا في مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني؛(ج) ووجه إلى الشخص الذي سيكون ملزما بذلك الاتفاق إشعار واف ومناسب التوقيت بمكان التحكيم؛(د) وكان القانون المنطبق يسمح بأن يكون ذلك الشخص ملزما باتفاق التحكيم.

-تعتبر أحكام الفقرات 1 و 2 و 3 و 4 من هذه المادة جزءا من كل بند أو اتفاق خاص بالتحكيم، ويكون أي حكم في ذلك البند أو الاتفاق باطلا متى تضارب معها.

(4)العقد الكمي يعني عقد نقل ينص على نقل كمية محددة من البضائع في سلسلة من الشحنات خلال فترة زمنية متفق عليها ، و يمكن أن يتضمن تحديد الكمية حدا أدنى أو حدا أقصى او نطاقا معينا .

كما أبطلت المعاهدة في فقرتها الخامسة من المادة 75 كل اتفاق تحكيمي أو شرط تحكيمي يتضمن تحديد إجراءات التحكيم بالمخالفة للأسس التي جاءت بها، و الاستثناء هو البند الوارد في العقد الكمي ، وكذلك ما أورده المادة 77 منها(1) والمتعلقة بالاتفاق التحكيمي على تسوية النزاع بعد نشأته و ذلك في أي مكان يرتبه الأطراف ، سواء اتفقوا على تطبيق أحكام الاتفاقية أو غيرها من القواعد (2) .

الفرع الثاني : التحكيم في النقل الملاحي غير المنتظم .

إن هذا النوع من النقل لا تطبق عليه كمبدأ عام أحكام اتفاقية روتردام و ذلك بموجب الفقرة الثانية من المادة 6 (3) من المعاهدة ، ويستثنى من ذلك عندما يكون العقد المنتظم لعملية النقل بين الطرفين صدر فيه مستند نقل أو سجل نقل الكتروني شرط أن لا يكون هذا العقد مشاركة إيجار أو أي عقد آخر لاستخدام كامل السفينة أو أي حيز عليها (المادة 2/6 (أ) (ب)) .

و بالتالي لا تمنع الاتفاقية تنفيذ الاتفاق التحكيمي الذي يرد في أحد عقود النقل في سياق الملاحه غير المنتظمة سواء تلك العقود المطبقة عليها أحكام هذه المعاهدة تطبيقا لبند (أ) و (ب) من المادة السادسة سابقة الذكر ، أو تطبيقا لادراج بند يفيد تطبيق أحكام الاتفاقية في العقود غير الخاضعة أصلا لأحكام الاتفاقية ، أو سواء تلك العقود المطبقة عليها الاتفاقية بموجب المادة 7 منها (4) .

و بناء على ذلك يخضع لاتفاقية روتردام الخاصة بالتحكيم ، الاتفاق التحكيمي الوارد في مستند نقل أو سجل نقل الكتروني الصادرين بمناسبة مشاركة إيجار أو أي عقد آخر باستخدام سفينة أو أي حيز عليها و المطبق بين الناقل و المرسل اليه أو الناقل و الطرف المسيطر أو الناقل و الحائز اذا كانوا هؤلاء (غير الناقل)، ليسوا أطرافا أصليين في مشاركة الإيجار ما لم يكن يبين مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني هوية طرفي مشاركة الاستئجار أو العقد الأخر المستبعد من نطاق تطبيق الاتفاقية و تاريخ مشاركة الاستئجار أو العقد الأخر . و يتضمن البند الذي يحتوي على أحكام اتفاق التحكيم في مشاركة الاستئجار أو العقد الاخر .

(1) تنص المادة 77 من اتفاقية روتردام على : " بعد نشوء نزاع ما، يجوز لطرفي النزاع أن يتفقا على تسويته عن طريق التحكيم في أي مكان، بصرف النظر عن أحكام هذا الفصل والفصل ١٤ ."

(2) وحدي حاطوم ، المرجع السابق ، ص 443

(3) المادة 6 من اتفاقية روتردام : "لا تنطبق هذه الاتفاقية على العقود التالية في النقل الملاحي المنتظم:-(أ) مشاركات الاستئجار؛ (ب) والعقود الأخرى المتعلقة باستخدام سفينة أو أي حيز عليها.

-لا تنطبق هذه الاتفاقية على عقود النقل في النقل الملاحي غير المنتظم إلا عندما:(أ) لا تكون هناك مشاركة استئجار أو عقد آخر بين الطرفين لاستخدام سفينة أو أي حيز عليها؛ (ب) ويصدر مستند نقل أو سجل نقل إلكتروني."

(4) تنص المادة 7 من الاتفاقية : " بصرف النظر عن أحكام المادة ٦ ، تنطبق هذه الاتفاقية فيما بين الناقل والمرسل إليه أو الطرف المسيطر أو الحائز الذي ليس طرفا أصيلا في مشاركة الاستئجار أو عقد نقل آخر مستبعد من نطاق انطباق هذه الاتفاقية. بيد أن هذه الاتفاقية لا تنطبق فيما بين الطرفين الأصليين في عقد نقل مستبعد بمقتضى المادة ٦ ."

المبحث الثاني: المنازعات التي تخضع للتحكيم البحري.

تتعدد المنازعات المعروضة على التحكيم البحري بحيث تشمل كافة المنازعات الناشئة في اطار المعاملات البحرية بين الأشخاص الخاصة أو بينها و بين أحد الأشخاص المعنوية العامة و نذكر منها :

المنازعات الناشئة في مجال بناء السفن و اصلاحها ، و المنازعات الناشئة عن التعاملات الواردة على السفن كبيع السفن و شرائها ، و المنازعات الناشئة عن عقود النقل البحري و غيرها من المنازعات البحرية.

و تقسم الملاحة البحرية إلى أمور جافة وأمور غير جافة بحيث أن الملاحة الجافة تضم كل ما يتعلق بالاستخدامات التجارية للسفن في حين أن الملاحة غير الجافة تضم كل ما يتعلق بالحوادث البحرية، وعليه فان أمور الملاحة الجافة هي غالبا ما تتعلق بالعقود أما بالنسبة لأموار الملاحة غير الجافة فمنازعاتها في الغالب تقوم على أساس المسؤولية غير العقدية أي التقصيرية ومثال ذلك حالات التصادم بين السفن(1). إن للملاحة غير الجافة أربعة أنواع أساسية هي: التصادم، المساعدة البحرية و الإنقاذ، المصادرة، وتحديد المسؤولية. أما بالنسبة لأنواع الملاحة الجافة فإن لها عدة أنواع تتباين بين سفن الركاب، حتى سفن الحمولة السائبة أو الجافة مرورا بناقلات المواشي، ومن الناحية العملية فإن معظم المنازعات التي تنتج عن هذه الاستخدامات التجارية تكون محكومة بعقود وهي في الغالب إما أن تكون عقود مشاركة إيجار السفن سواء لرحلة أو لمدة معينة من الزمن أو سندات الشحن، أو قد تكون عقود بيع وشراء أو حتى صيانة السفن .

أما عن الملاحة المختلطة يقصد بها تلك الملاحة التي تمارس في البحر والنهر على حد سواء والاتجاه الحديث في تحديد القانون الذي يسري على هذا الضرب من التجارة يميل إلى تطبيق قانون الجزء الأكبر والأهم من الرحلة، عملا بقاعدة الفرع يتبع الأصل وهي مسلمة في الشريعة الإسلامية، وشريعة روما وفي منطق العقل(2). أما الأماكن التي يختلط فيها البحر بالنهر فتخضع التفرقة فيها بين ما يعد ملاحا بحرية أو نهريه للمخاطر نفسها، وهل هي مخاطر بحرية وهي مسألة تقدير تخص القضاء.

و مهما يكن فإن أهمية هته التفرقة ترجع إلى أن الملاحة البحرية هي التي تخضع لأحكام القانون البحري أما الملاحة النهريه والداخلية في البحيرات والأنهار والقنوات المائية فتحكمها قواعد الملاحة النهريه.

أما فيما يخص الملاحة في الأنهار الدولية فتقسم إلى ثلاثة أنواع:

1 . الملاحة الساحلية: وهي الملاحة التي تقتصر على نقل الأشخاص والبضائع من موقع في دولة نهريه

(1)صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، الوجيز في مبادئ القانون البحري، مكتبة دار الثقافة عمان، بدون طبعة، سنة 1996، ص 30

(2)عاطف محمد الفقى، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 26.

إلى موقع آخر في ذات الدولة، كنقل الأشخاص والبضائع بين أسوان والقاهرة أي أن الملاحة لا تتعدى حدود الدولة النهرية الواحدة.

2 . الملاحة بين النهرية: وهي تقتصر على نقل الأشخاص والبضائع من موقع في دولة على النهر إلى موقع في دولة أخرى على ذات النهر، كالملاحة بين الخرطوم والقاهرة.

3 . الملاحة الدولية: وهي الملاحة التي تقوم بها السفن في نقلها للبضائع والأشخاص بين الدول غير المشاطئة للنهر الدولي من خلال أعالي البحار أو العكس كحالة الملاحة في شط العرب بالعراق(1). إن القاعدة العامة التي تحكم النوع الأول توجد في القوانين الوطنية، أما ما يحكم النوع الثاني للملاحة فتوجد قواعده في الاتفاق الذي يبرم بين الدولتين أو الدول المشاطئة للنهر، أما عن الأنهار الدولية فيحكمها الاتفاق أو الرضا المتبادل بين الدول.

إن ما يمكن قوله عن اللجوء إلى التحكيم في الملاحة النهرية، فليس هناك ما يمنع من ذلك ورغم الاختلاف الموجود بين الملاحة النهرية والملاحة البحرية إلا أن هناك تقارب لا يمكن إنكاره من حيث الوسيلة المستعملة فيهما وحتى الاختلاط الذي يحصل بينهما وفي أنواع العقود التي تتشابه فيهما. وبالتالي فالتحكيم النهرية هو يقرب بكثير من التحكيم البحري عنه عن التحكيم عموماً، حتى يمكن أن يكون جزءاً منه، وحتى من الناحية العملية نرى كثير من الأحكام الصادرة عن غرفة التحكيم البحري بباريس تحل منازعات خاصة بالملاحة النهرية(2) هذا ما يؤكد التقارب بين التحكيم في الملاحة النهرية والتحكيم البحري. أما عن حصر هذه العلاقات البحرية التي تكون منازعاتها محلاً للتحكيم البحري أو التمثيل لها لم يوجد في قوانين التحكيم الوطنية و المعاهدات الدولية حصراً لها سوى ما ورد في قانون التحكيم الفدرالي الأمريكي 1925 في المادة الأولى حيث عرف المعاملات البحرية التي تحل منازعاتها و فقا لهذا القانون بأنها: "مشارطات إيجار السفن ، و عمليات النقل البحري بموجب سند الشحن ، و الاتفاقات الخاصة باستعمال الرصيف البحري للسفن و إصلاحها و التصادم البحري ، و أي موضوع من موضوعات التجارة الدولية والتي تدخل عند الاقتضاء في اختصاص القضاء البحري"

و قد قامت مراكز التحكيم البحري في لوائح التحكيم التي وضعتها بتحديد العلاقات البحرية التي تعرض

(1)د. عبد المنعم محمد داود، القانون الدولي للبحار، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون طبعة، ص 315.

(2)Formule incograin n° 15- foB.fluvial,collection des juris international, date de publication 01-09-1996, arret de la Chambre arbitrale Maritime de paris.

منازعاتها على التحكيم البحري و التي تقوم هذه المؤسسات بإدارته و تنظيمه :

غرفة التحكيم البحري بباريس تضطلع بالتحكيم في المنازعات الناشئة عن الاستغلال البحري ، و الملاحة البحرية ، و النقل و الايجار البحري ، و بناء السفن أو اصلاحها ، و بيع أو شراء السفن التجارية أو سفن الصيد أو سفن النزهة ، و المنازعات الخاصة بالأرصفة البحرية و انشاءاتها و معداتها و تجهيزها ، وكذا المنازعات الناشئة عن التأمين البحري و بوجه عام بالمنازعات الناشئة عن أي أنشطة بحرية أخرى ترتبط بطريق مباشر أو غير مباشر بأي من الموضوعات السابقة(1) .

أما جمعية المحكمين البحرين بلندن فقد أوردت المنازعات التي تحل عن طريق التحكيم وفقا للائحتها التحكيمية بطريقة عامة حين قررت في اللائحة بأنها تطبق على المنازعات التي تعد من النوع الذي لو أحيل الى المحكمة العليا الانجليزية فانها ستحيله الى المحكمة البحرية (2) .

كذلك حددت المنظمة الدولية للتحكيم البحري في المادة الأولى من لوائحها التحكيمية التي يمكن أن تعرض أمامها بأنها : التحكيم المتعلقة بالتجارة البحرية و منها التحكيم المتعلقة بالفصل في منازعات مشارطات ايجار السفن ،وعقود النقل البحري ، وعقود التأمين البحري و الانقاذ البحري ، والخسارات البحرية المشتركة ، و بناء السفن واصلاحها ، وعقود بيع السفن ، وبأي من العقود الأخرى التي تنشأ حقوقا على السفن (3).

و هكذا فان المنازعات البحرية التي تعرض على التحكيم البحري هي منازعات كثيرة ومتنوعة و بعيدة على أن يتم حصرها و ما يلاحظ أن الفرق بين المؤسسات التحكيمية البحرية في هذا الخصوص إنما هو خلاف طفيف في إطار التنافس بين مراكز التحكيم البحري ، وذلك محاولة لأن تشمل لائحته أكبر عدد من العلاقات البحرية التي تعرض منازعاتها على التحكيم ليصبح هذا المركز أو ذاك في مقدمة مراكز التحكيم العالمية . وكما ذكرنا سابقا أن التحكيم البحري يخص المنازعات ذات الطابع البحري، هته المنازعات التي يمكن أن تكون محلا للتحكيم البحري يمكن تقسيمها الى المنازعات الناشئة عن العقود البحرية(المطلب الأول) و المنازعات الناشئة عن الحوادث البحرية (المطلب الثاني) ، أما المطلب الثالث فهو عن النقل الدولي المتعدد الوسائط .

(1)المادة الأولى من لائحة تحكيم غرفة التحكيم البحري بباريس.

(2)المادة الثالثة من لائحة تحكيم جمعية المحكمين البحرين بلندن.

(3)T.F . Freed, practice and produrebunder the icc-cmi International Maritime Rules ,the Vth I.C.M.A NEW YORK 1981 .P3

عن عاطف محمد الفقى ،التحكيم في المنازعات البحرية،المرجع السابق ،ص28.

المطلب الأول: المنازعات الناشئة عن العقود البحرية.

إن المنازعات الناشئة عن عملية النقل البحري و التي تتمثل أداها القانونية في العقد ذو الطبيعة التجارية ، الدولية ، هي جزء من مجموعة كبيرة من المنازعات البحرية و التي يكون فضها إما بالقضاء أو التحكيم(1).

الفرع الأول : عقود مشاركة إيجار السفن لمدة معينة.

إن مستأجري السفينة لأجل معين يعقدون هذا العقد للقيام بنقل البضاعة عليها نقلا مشروعاً(2)، ويقوم المؤجر بوضع سفينته مجهزة تحت تصرف المستأجر لمدة معينة يحددها العقد المبرم بين الطرفين(3). وتثور المنازعات حول هذا العقد غالبا حول مسؤولية مالك السفينة أو المستأجر عن خسارة معينة تحققت خلال مدة عقد المشاركة مثال على ذلك النزاع الذي يثور حول تحديد مسؤولية المستأجر عن ضرر لحق بالسفينة المستأجرة، وكثيرا ما يحمل هذا النوع من العقود شروط للتحكيم في حالة ما إذا ثار نزاع بين الأطراف.

الفرع الثاني: عقود مشاركة إيجار السفن لرحلة معينة.

وتثور المنازعات بمناسبة هذه العقود لتحديد مسؤولية مستأجر السفينة أو مالكةا بخصوص خسارة معينة أو بالنسبة لمنازعات سلامة الموانئ والمراسي للشحن والتفريغ، أو حالة السفينة عند تسليمها إلى المستأجر، أو المنازعات المتعلقة بغرامات التأخير ، أو خصومة تحكيم تتعلق بمشكلة استيفاء السفينة لصلاحيه نقل البضائع الخطرة و المسماة شهادة الايمو " IMO Certificate " (4) .

الفرع الثالث: عقود النقل.

يوجد نوعان من النقل البحري، نقل البضائع ونقل الأشخاص، وقد جرى العرف على أن عبارة النقل البحري تستعمل للدلالة على نقل البضائع بحرا إذ هو أهم أنواع النقل البحري على الإطلاق. و نقصد بالنقل البحري للبضائع النقل بمقتضى سند شحن بحري حيث يتم التعاقد بين الناقل سواء أكان مالكا للسفينة أو مستأجرا لها و بين الشاحن، على أن يقوم الأول بنقل بضاعة الثاني بواسطة سفينة عبر البحار من ميناء الى آخر ، وذلك نظير أجر معلوم (5). وبالتالي فبموجب عقد النقل يتعهد الناقل بتنفيذ عدة إرساليات بحرية على سفينة واحدة أو أكثر خلال مدة زمنية متفق عليها وبالتالي قد يثور النزاع

(1) Cécile De Cet Bertin, op cit .

(2) صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، المرجع السابق، ص 196.

(3) عباس حلمي، القانون البحري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، سنة 1987، ص 24

(4) نادر محمد ابراهيم ، الاستعداد القانوني لبدء الشحن البحري للبضائع الخطرة، دار الفكر الجامعي ، سنة 2003 ، ص 06.

(5) كمال حمدي، عقد الشحن والتفريغ في النقل البحري، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2002، ص 05.

عاطف محمد الفقي، قانون التجارة البحرية، المرجع السابق، ص 273.

حول سلسلة من عقود مشاركة إيجار السفن لرحلة معينة.

الفرع الرابع: سندات الشحن.

خرج المشرع البحري على قاعدة حرية الاثبات في المواد التجارية و أوجب اثبات عقد النقل البحري بالكتابة(1). و يعد سند الشحن أداة لإثبات عقود نقل البضائع بين الناقل وصاحب البضاعة(2)، ووظيفتها هي إثبات شحن البضاعة كما أنها أداة لإثبات عقد النقل وشروطه وأخيرا فإنها تمثل البضاعة التي تقوم مقامها أثناء الرحلة البحرية(3). و بالتالي فإن أكثر النزعات التي تثور تحت سند الشحن هي تلك المتعلقة بالخسائر والأضرار التي تلحق بالبضاعة خلال الرحلة أو التأخير في وصولها أو عدم وصول البضاعة أو التسليم الخاطئ للبضاعة. وقد تثور في هذا الصدد مشكلة إحالة سند الشحن إلى مشاركة الإيجار الصادر بموجبها والمشملة على شرط التحكيم، وما إذا كانت الإحالة العامة إلى نصوص المشاركة تكفي لاندماج السند في المشاركة أم تلزم إحالة خاصة لشرط التحكيم الوارد بها.

الفرع الخامس: بيع السفن المستعملة.

بيع السفينة عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية السفينة في مقابل نقدي(4) وغالبا ما يكون هناك عقود نموذجية تستخدم من أجل هذا النوع من البيوع مثل العقود النرويجية، وأكثر المنازعات في هذه الحالة تدور حول حالة السفينة عند تسليمها إلى المشتري.

الفرع السادس: عقود بناء السفن وإصلاحها.

إن المنازعات التي قد تثور عن هذا النوع من العقود تكون حول مدى مطابقة السفينة عند الانتهاء من بنائها لمواصفات العقد المتفق عليه مسبقا بين طرفيه.

الفرع السابع: عقود التأمين وإعادة التأمين.

يعرف عقد التأمين البحري على أنه عقد بموجبه يتعهد شخص هو المؤمن في مواجهة آخر وهو المستأمن مقابل مبلغ معين يسمى القسط بأن يعرض الأضرار التي تصيب ذمة المستأمن نتيجة تحقق خطر من الأخطار البحرية(5). والمنازعات التي قد تثور عن هذا النوع من العقود متعلقة بالجوانب التأمينية خصوصا

(1) عاطف محمد الفقي، قانون التجارة البحرية، المرجع السابق، ص 285

(2) محمد عبد الفتاح ترك، المرجع السابق، ص 27.

(3) محمد فريد العريبي، هاني محمد دويدار، مبادئ القانون التجاري والبحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، بدون طبعة، سنة 2003، ص 385 .
Mostefa Trari Tani, William Pissort, Patric sarens, Droit commercial international, Editions Berti, 2007, p 247.

(4) حمدي الغنيمي، محاضرات في القانون البحري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1983، بدون طبعة، ص 30 .

(5) عباس حلمي، المرجع السابق، ص 41.

بين المؤمنين الذين يحلون محل المستفيدين الأصليين عملاً بمبدأ الحلول في التأمين.

الفرع الثامن: البيوع البحرية.

غالباً ما تكون البيوع البحرية بيوعاً دولية⁽¹⁾ وهي تحتل مكانة مهمة في عالم التجارة الدولية إذ يتم بموجبها استيراد السلع وتصديرها بين أسواق الإنتاج وأسواق الاستهلاك التي يفصل البحر بينها، فهذه البيوع تقدم مزايا كثيرة لأطرافها الذين ينتمون إلى بلدان مختلفة ومن أهم هته البيوع: البيع سيف "CIF" البيع فوب "FOB" البيع سي أند آف "C & F" والبيع فاس "FAS". وقد يتفق أطراف هته العقود الاتفاق إلى اللجوء إلى التحكيم البحري إذا ما وقع نزاع بينهم مثلاً فيما يخص مدى مطابقة البضاعة للأوصاف البيع .

الفرع التاسع: منازعات ملاحية أخرى.

قد تثور منازعات أخرى لها علاقة بالأمر الملاحية مثل الدعاوى ضد مزودي السفينة أو المنازعات مع سلطات الموانئ⁽²⁾.

المطلب الثاني: المنازعات الناشئة عن الحوادث البحرية.

الفرع الأول : التصادم البحري .

التصادم البحري من الطوارئ البحرية التي تطرأ أثناء الرحلة البحرية فتعرض معه السفينة وحمولتها للخطر ، وهو لغة ارتطام السفن ببعضها ولا تقتصر أحكام التصادم على تراطم السفن البحرية فيما بينها فحسب إذ تميل القوانين إلى مد حكمه إلى التصادم بين السفن البحرية وسفن الملاحة الداخلية. كما نصت على ذلك المادة 273 من القانون البحري الجزائري⁽³⁾ ، وبسبب طبيعة التصادم البحري لا يتخيل المرء وجود عقود مسبقة بين الأطراف تلزم بتسوية النزاع عن طريق التحكيم في حالات التصادم البحري⁽⁴⁾، إلا أن هذا لا يمنع الأطراف أن يتفقوا باللجوء إلى التحكيم بإبرام عقد التحكيم لإحالة نزاعهم المتعلق بالتصادم على التحكيم البحري. وهناك مسألتين أساسيتين تبرران عند حدوث أي تصادم بحري هما: المسؤولية والتعويضات، فالنسبة للمسؤولية فان النزاع يثور حول تحديد هوية السفينة المسببة للتصادم موضوع الدعوى بناء على البيانات المتوفرة وذلك بتعيين خبراء مختصين في هذا المجال، وبعد ذلك يتم تحديد المبالغ الملائمة للتعويض عن الأضرار الناتجة عن التصادم البحري⁽⁴⁾ .

(1) سمير جميل حسين الفتلاوي، العقود التجارية الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، بدون طبعة، ص 91.

(2) عمر مشهور حديثة الجازي، المرجع السابق، ص 4.

(3) تنص المادة 273 من القانون البحري الجزائري: " يعد تصادم سفن في البحار كل ارتطام مادي أو اصطدام بين السفن في البحر أو بين السفن وبواخر الملاحة الداخلية دون الأخذ بعين الإعتبار للمياه التي وقع فيها التصادم."

(4) عمر مشهور حديثة الجازي، المرجع السابق، ص 5.

الفرع الثاني: المساعدة البحرية والإنقاذ.

يراد بالمساعدة المعونة التي تقدمها سفينة لأخرى في خطر فإذا طلبت سفينة معونة وقامت سفينة بنجدها نكون أمام عقد مساعدة(1)، أما عن الإنقاذ البحري يشترط فيه أن يقع تصادم بين منشأتين إحداها سفينة وأن تكون إحداها معرضة لخطر جدي(2)، إن الغالبية العظمى من عمليات المساعدة والإنقاذ البحري تتم من خلال عقود نموذجية مخصصة لذلك مثل النموذج "LOF"، حيث يعتبر توقيع ربان السفينة على هذا النموذج إقرار بمسؤولية مالك السفينة عن دفع نفقات هذا الاتفاق دون تحديد قيمة هذه النفقات والتي غالبا ما يتم تحديدها عن طريق التحكيم البحري والذي يجري حسب القواعد المقررة لذلك والمرفقة غالبا بهذا النموذج "LOF"(3).

الفرع الثالث: المنازعات الخاصة بتسوية الخسارات البحرية المشتركة.

تقوم فكرة المساهمة في الخسارة البحرية المشتركة على أنه إذا هدد حادث بحري سفينة وشحنتها و تعين لتفادي هذا الحادث التضحية بجانب من الشحنة أو بجزء من السفينة أو إنفاق مبلغ من النقود، فإن الخسارة التي تترتب على هذه التضحية الضرورية توزع بين المصالح الممثلة في الرحلة البحرية، السفينة والبضائع وأجرة النقل البحري(4)، طالما أن التضحية تمت اختيارا بقصد المحافظة على هذه المصالح مجتمعة. والمبدأ في حد ذاته قديم وعادل ولكن تطبيقه في التشريعات البحرية يأخذ صورا مختلفة(4)، وبالتالي فقد تثار بعض المنازعات بخصوص تحديد هذا النوع من الخسارات وتسوى عن طريق التحكيم البحري إذا اختاره الأطراف كطريقة لحل نزاعهم(5).

المطلب الثالث: النقل الدولي المتعدد الوسائط .

يعتبر النقل متعدد الوسائط نظاما متكاملا للنقل الدولي و له نظامه الخاص به و الذي يختلف عن النظام القانوني لعقد النقل البحري، إلا أن في أغلب الاحيان تكون عملية النقل البحري جزء من هذا النقل .

الفرع الأول : مفهوم النقل الدولي متعدد الوسائط .

إن أهم ملامح هذا النوع من النقل يتمثل في أن عملية النقل تتم باستخدام واسطتي نقل مختلفتين على الأقل ، كما لو كانت هناك مرحلة نقل تتم عن طريق البحر و أخرى عن طريق السكك الحديدية، أو

(1) محمد أمين ملش، محاضرات عن مبادئ التشريع البحري، سنة 1968، ص 198.

(2) صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، المرجع السابق، ص 266 .

(3) عمر مشهور حديثة الجازي، المرجع السابق، ص 5 .

(4) Othman Ben Fadhel , LES avariers communes à l'épreuve du temps , le contentieux maritime, Colloque international, 02 et 03 mai 2009 , Faculté de droit , univ Oran

(5) عباس حلمي، المرجع السابق، ص 53.

مرحلة بحرية و أخرى جوية مع ضرورة أن يكون النقل بين مكانين مختلفين .
و ما تجدر الإشارة إليه أن هذا النوع من النقل كان يسميه الفقه البحري التقليدي في البداية بالنقل
المختلط كما سماه الفقيه Ripert في موسوعته (1).

كما أن هذا النوع من النقل يرد على البضائع فقط دون الأشخاص ، و إدراج شرط التحكيم في وثيقة
النقل المتعدد الوسائط سوف يؤدي إذا ما وقع نزاع ما الى تطبيق العملية التحكيمية على كل جزء من
عملية النقل ، وقد نصت المادة 27 من معاهدة الأمم المتحدة للنقل متعدد الوسائط لسنة 1980 على
جواز اللجوء الى التحكيم في هذا العقد(2).

و تتمثل المشاكل في النقل الدولي المتعدد الوسائط في وجود العديد من الأنظمة القانونية المختلفة للدول
زيادة على تعدد أطراف عملية النقل .

حيث نجد أن هناك مالك البضاعة و متعهد النقل متعدد الوسائط ، و متعاقد من الباطن ، كما أن هناك
أيضا من الأنظمة القانونية المتداخلة مع بعضها و العديد من الأحكام القضائية مما يؤدي الى وجود مشاكل
قضائية مستعصية .

الفرع الثاني: احتمالات العملية التحكيمية في النقل المتعدد الوسائط .

مما لا شك فيه أن عملية النقل متعدد الوسائط هي عملية متداخلة و متشابكة و متعددة الأطراف و لو

(1) Pierre Bonassies, Christian Scaple , Droit maritime , L .G .D. J , DELTA , P 770

(2) و قد نصت المادة 27 من معاهدة الأمم المتحدة للنقل الدولي المتعدد الوسائط لسنة 1980 على ما يلي : " 1- مع مراعاة أحكام هذه المادة ، يجوز
للطرفين النص ، باتفاق مثبت بالكتابة ، على أن يحال الى التحكيم أي نزاع فيما يتعلق بالنقل الدولي المتعدد الوسائط .

2- تتخذ اجراءات التحكيم في مكان من الأماكن التالية و وفقا لاختيار المدعي :

أ- مكان في دولة يقع في أراضيها :

(1) محل الرئيسي لعمل المدعي عليه و ان لم يوجد له محل عمل رئيسي فالمحل الاعتيادي لإقامة المدعي عليه ، أو

(2) مكان إبرام العقد متعدد الوسائط بشرط أن يكون للمدعي عليه فيه محل عمل أو فرع أو وكالة ، أبرم عن طريقها منها ، أو

(3) مكان استلام البضاعة للنقل الدولي متعدد الوسائط أو مكان التسليم ، أو

ب- أي مكان آخر يعين لهذا الغرض في شرط التحكيم أو الاتفاق الخاص به

3- يطبق على الحكم أو هيئة التحكيم قواعد هه الاتفاقية .

4- تعتبر أحكام الفقرتين ، من هته المادة جزءا من كل شرط تحكيم أو اتفاق تحكيم ويعتبر باطلا و لاغيا أي نص في هذا الشرط أو الاتفاق يكون متعارضا مع
هذه الأحكام .

5- ليس في أحكام هذه المادة ما يؤثر على صحة أي اتفاق يتعلق بالتحكيم يتوصل اليه الطرفان بعد نشوب المطالبة بموجب عقد النقل متعدد الوسائط ."

و ما يلاحظ أن النص السابق يتطابق تماما و نص المادة 22 من اتفاقية هامبورغ 1978 و الخاص بالتحكيم ما عدا الفقرة الخاصة بموضوع الاحالة .

تصورنا أن هناك تلف أو هلاك قد حدث للبضائع فمناطق حدوث النزاع ستكون كالتالي :

-نزاع بين صاحب البضاعة و متعهد النقل متعدد الوسائط

-نزاع بين متعهد النقل متعدد الوسائط و متعاقد من الباطن .

- نزاع بين صاحب البضاعة و الناقل الفعلي .

و لحل هذه المنازعات بواسطة التحكيم يتم ادراج شرط التحكيم كالأتي :

-يجل النزاع بين صاحب البضاعة و متعهد النقل متعدد الوسائط بالتحكيم عن طريق ادخال شرط

التحكيم في وثيقة النقل المتعدد الوسائط (1).

-و في حالة النزاع الذي يحدث بين متعهد النقل متعدد الوسائط و المتعاقد من الباطن ، ففي هذه الحالة

يمكن حل النزاع تحكيميا عن طريق ادراج شرط التحكيم في العقد المنفصل بين المتعهد و المتعاقد من الباطن.

و يكون التحكيم بين صاحب البضاعة و متعهد النقل مستقل تماما عن التحكيم بين المتعهد و المتعاقد من

الباطن و لا يمكن ضمان أي تنسيق بينهما .

-أما في حالة النزاع بين صاحب البضاعة و الناقل الفعلي : ففي حالة كون الناقل الفعلي هو المتعاقد معه

من الباطن حيث لا توجد بينه و بين صاحب البضاعة أي علاقة تعاقدية مباشرة (فمتعهد النقل المتعدد

الوسائط هو الذي تعاقد مع المتعاقد من الباطن) ، فإن النزاع سوف ينشأ إما بين صاحب البضاعة

ومتعهد النقل متعدد الوسائط أو بين متعهد النقل المتعدد الوسائط و المتعاقد معه من الباطن .

و من ثمة فإنه من غير المحتمل قيام نزاع مباشر بين صاحب البضاعة و المتعاقد معه من الباطن . إلا إذا

إحتوت وثيقة النقل المتعدد الوسائط على شرط تقسيم المسؤولية ، أما إذا لم يكن الناقل الفعلي هو المتعاقد

معه من الباطن فقد ينشأ النزاع في هذا الوضع .

و لهذا نجد أن شرط التحكيم إذا ما أدخل في وثيقة النقل المتعدد الوسائط فإنه سوف يطبق على كل جزء

من عملية النقل حتى في الحالة السابق ذكرها .

و يبقى موضوع تنسيق العملية التحكيمية بين صاحب البضاعة و الناقلين الفعليين(2) .

رغم إختلاف عقد النقل المتعدد الوسائط عن عقد النقل البحري من حيث الطبيعة القانونية ، إلا أنهم

يشاركون في مرحلة عملية النقل البحري في مجال التجارة الدولية .

(1)،(2)محمد عبد الفتاح ترك ، التحكيم البحري ، المرجع السابق ، ص 658 .

خلاصة الباب التمهيدي.

نادرة اليوم المنازعات البحرية التي تفلت من التحكيم البحري(1) هته المنازعات التي تتمتع بالطابع الدولي ،البحري والتجاري أيضا والتي تنبع خصوصيتها من القانون البحري وبالتالي فمن أولى سمات المنازعات البحرية المعروضة على التحكيم البحري أنها منازعات متعلقة بالأنشطة البحرية في كافة المجالات والتخصصات البحرية(2).

إن تطرقنا الى ماهية التحكيم البحري و نشأته و خصوصية منازعاته ، يقودنا الى القول بأن التحكيم البحري هو الطريق الأمثل و الذي تحل بواسطته أغلب المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري و قد قامت غرفة التجارة الدولية مع اللجنة البحرية الدولية بإعداد قواعد خاصة للتحكيم البحري الدولي (3). كما أن هناك هيئات خاصة للتحكيم البحري الدولي ظهرت مثل غرفة التحكيم البحري بباريس ، هذا ما جعل التحكيم البحري في وقتنا الراهن يعد أهم وسيلة فعالة لحل المنازعات البحرية بصفة عامة و منازعات النقل البحري بصفة خاصة و ذلك لما يتطلبه واقع التجارة البحرية الدولية من سرعة لفض منازعاتها . و نظرا لخصوصية التحكيم البحري فهو يأخذ أحكامه من أحكام التحكيم عموما ومن مبادئ القانون البحري ،و بالتالي فمصادر التحكيم البحري تمتاز بمزجها بين مصادر التحكيم عموما وبين مصادر القانون البحري كون منازعات التحكيم البحري هي ذات الطبيعة البحرية. و حتى يكون التحكيم البحري وسيلة بديلة لحل المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري يجب اتفاق أطرف عقد النقل البحري الى اللجوء الى التحكيم لحل منازعاتهم ، و هذا ما يطلق عليه اسم اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري و الذي يعد عصب التحكيم في هذا العقد فهو منشؤه،وراسم خطه ، ومحدد منتهاه والذي سنتطرق الى دراسة الأحكام القانونية الخاصة به في البابين المواليين كالتالي :

الباب الأول : ماهية و شروط اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري.

الباب الثاني : آثار اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري .

(1)مصطفى تراري ثاني، ذاتية التحكيم البحري، الملتقى الدولي حول " المنازعات البحرية" مخبر قانون النقل والنشاطات المرفقية، جامعة وهران 2 و 3 ماي 2009 .

(2)محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق، ص 346.

(3)انظر المادة الأولى من قواعد (CCI /CMI) للتحكيم البحري الدولي .

الباب الأول

ماهية و شروط اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري

الباب الأول: ماهية و شروط اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري.

التحكيم هو نظام قضائي اتفاقي (1) ويقصد به في الاصطلاح القانوني اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية، على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل، أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين. ويتولى الأطراف تحديد أشخاص محكمين أو على الأقل يضمنون اتفاقهم على التحكيم، بيانا لكيفية اختيار المحكمين، أو أن يعهدوا لهيئة أو مركز من الهيئات أو مراكز التحكيم الدائمة لتتولى تنظيم عملية التحكيم وفقا للقواعد أو اللوائح الخاصة بهذه الهيئات أو المراكز(2).

وبالتالي فإرادة الأطراف لاختيار التحكيم الدولي كوسيلة لحل النزاع يعبر عنها اتفاق التحكيم الدولي وهو اتفاق يقوم عن طريقه طرفان أو أكثر بتعيين محكم أو أكثر يحل المنازعات التي قد تنشأ بينهم أو التي نشأت والمتعلقة بمصالح التجارة الدولية (3). أما عن اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري فيقصد به ذلك الإتفاق الذي يتعهد بمقتضاه أطراف العلاقة البحرية على عرض المنازعات التي نشأت أو ستنشأ مستقبلا عن عقد النقل البحري على التحكيم .

ويشمل تعبير اتفاق التحكيم الصورتين التقليديتين المعروفتين وهما عقد التحكيم *compromis*

وشرط التحكيم *Clause compromissoire* . فعقد التحكيم هو اتفاق اطراف عقد النقل البحري

على عرض المنازعات التي نشأت بينهم بالفعل بمناسبة عقد النقل البحري على التحكيم .

أما شرط التحكيم فهو اتفاق أطراف عقد النقل البحري بناء على نص واضح وصريح في العقد المبرم

بينهم على عرض المنازعات التي قد تنشأ مستقبلا عن هذا العقد على التحكيم(4).

إن مصطلح اتفاق التحكيم هو المصطلح الذي تتبناه أغلب الأنظمة القانونية واللوائح الأساسية المعاصرة

بشأن التحكيم (5) دون أي تمييز بين شرط التحكيم وعقد التحكيم، هذا ما تبناه المشرع الجزائري في

المرسوم التشريعي 09/93 السابق(6) و الذي كان ينظم التحكيم الدولي في الجزائر في مادته 458 مكرر 1

(1) د. احمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 233.

(2) محمود مختار أحمد بري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 2004 ، ص 01.

(3) Philippe Fouchard ,E.Gaiyard.B.Goldman. op cit , p209.

(4) محمد عبدالفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق ص 407.

(5) حفيظة السيد حداد ، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ، المرجع السابق ص 18.

(6) المرسوم التشريعي رقم 09/93 مؤرخ في 3 ذي القعدة عام 1413 الموافق 25 ابريل سنة 1993 يعدل ويتمم الامر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو والمتضمن قانون الاجراءات المدنية ، الجريدة الرسمية العدد 27 الموافق 27 أبريل 1993، ص 58.

فقرة أولى (1)، و كذا قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجديد في المادة 1040 منه (2) اذ نص على أنه: " تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات المستقبلية" وهنا قصد شرط التحكيم و"القائمة" والمقصود بها عقد التحكيم(3).

و اتفاق التحكيم بصفة عامة هو تصرف قانوني بالمعنى الفني ، فلا وجود له الا بتوافر أركانه الأساسية ، و اللازمة لأي تصرف قانوني ، فله أطرافه الذين يبرمونه ، وموضوعه الذي ينصب عليه و آثاره التي يرتبها وان كانت تختلف عن الآثار المعتادة للتصرفات القانونية المعروفة في نظم القانون الخاص(4). كما يعد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم مصدرا لفعاليته وقوته (5)، فأصبح من المألوف أن يبرم اتفاق التحكيم بشأن أغلب منازعات عقود التجارة الدولية ومن هذه العقود المهمة عقد النقل البحري . فأصبحت أغلب عقود النقل تحوي اتفاقا للتحكيم لحل المنازعات الناشئة بسبب هذا العقد . ونظرا لأهمية اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري كونه العصب الأساسي للتحكيم البحري فسوف نحاول التعرف على ماهيته و شروط انعقاده لما يثيره هذا الاتفاق من مشكلات عملية لها علاقة بخصوصية عقد النقل البحري .

وهنا يثور التساؤل حول : هل هذا الاتفاق تصرف قانوني عادي أم هو عمل إجرائي ، أو هو عقد ذو طبيعة خاصة ؟ و ما هي صور اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري ؟ و ما هو مصدر الفعالية القانونية لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري ؟ و ما هي شروط ابرام هذا الاتفاق؟ و للإجابة على كل تلك التساؤلات، وغيرها قسمنا هذا الباب الى فصلين : الفصل الأول هو عن مفهوم اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري و مصدر فعاليته و الفصل الثاني هو عن ابرام اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري.

(1) المادة 458 مكرر 1 من ق.م.ا.ج السابق .

(2) قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري والذي دخل حيز التنفيذ في 25 فبراير 2009.

(3) Mostfa Trari Tani, Droit algérien de l'arbitrage commercial international, op cit, p 35

(4) د. احمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 234.

(5) أ. نور الدين بكلي، دور وأهمية اتفاق التحكيم في العقود التجارية الدولية (في القانون الجزائري والقوانين العربية)، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص ، الجزء الأول، الطرق البديلة لحل النزاعات: الوساطة و الصلح والتحكيم، سنة 2009، ص 261.

الفصل الأول : ماهية اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري و مصدر فعاليته .

يعد اتفاق التحكيم هو المحرك الأساسي لعملية التحكيم فهو الحجر الأساس أو مركز الثقل في بناء التحكيم كنظام لحل نزاعات التجارة الدولية ، بدونها لا يمكن اللجوء الى هذه الوسيلة البديلة لحل المنازعات المرتبطة بالعقود الدولية ، و يقصد باتفاق التحكيم بصفة عامة الاتفاق الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف باخضاع النزاع للتحكيم و الذي يأخذ شكلين ، سواء صورة الشرط التحكيمي أو صورة عقد التحكيم . ان اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري أصبحت تحكمه مبادئ وقواعد قانونية مهمة وخطيرة ليس على اتفاق التحكيم فحسب وانما على الآثار التي تترتب عليه وعلى واقع التجارة البحرية ، والاشكالية التي تثور هنا كيف نحدد ماهية اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري و من أين يستمد هذا الاتفاق فعاليته ؟ للاجابة على هذا الاشكال قسمنا هذا الفصل الى مبحثين : المبحث الأول هو عن تحديد مفهوم اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري والمبحث الثاني هو عن فعالية مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم البحري في عقد النقل البحري.

المبحث الأول: تحديد ماهية اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري.

يكون تحديد مفهوم اتفاق التحكيم البحري عن طريق التطرق الى مختلف التعريفات التي جاءت بشأنه سواء في التشريعات الوطنية ، الدولية وكذا الفقهية وهذا في مطلب أول أما المطلب الثاني فهو عن طبيعة اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري وصوره .

المطلب الأول: مفهوم اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري.

حضي اتفاق التحكيم بإهتمام كبير لدى الفقه والقضاء وكذا القوانين المقارنة والقانون الدولي حيث أعطيت له عدة تعريفات كانت في مجملها تصب في مفهوم واحد(1) ، أما عن تعريف اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري فيكون عن طريق تعريف اتفاق التحكيم عموماً ثم تحديد مفهوم عقد النقل البحري حتى نستطيع تبيان خصوصية اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري و مضمونه.

(1) محمد كولا، المرجع السابق، ص93.

الفرع الأول : تعريف اتفاق التحكيم عموماً.

قبل البدء بتعريف اتفاق التحكيم _ أو عقد التحكيم كما يسمى أحياناً _ (1) فتجدر الإشارة الى أن سبب الاختلاف في التعبير عن اتفاق التحكيم بمصطلح الاتفاق أو العقد مرده الى التفرقة عند بعض الفقه بين الاتفاق و العقد (2) .

فالاتفاق هو توافق ارادتين أو أكثر على انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو انهاءه و العقد هو توافق ارادتين على انشاء التزام أو نقله أو تعديله .

و يرى أكثر الفقهاء أنه لا جدوى من التمييز بين الاتفاق و العقد ، و هذا الرأي هو الأصوب و مع ذلك يستحسن من التعبير عن اتفاق التحكيم بالاتفاق ليشمل التعبير عن الصورتين التي يتخذها هذا الاتفاق ألا وهي شرط التحكيم ومشاركة التحكيم أو كما تسمى في بعض القوانين بعقد التحكيم .

أولاً: التعريف الفقهي لاتفاق التحكيم .

يعرف بعض الفقه اتفاق التحكيم بأنه ذلك الاتفاق الذي يحرره الخصوم فيما بينهم على عرض ما نشأ أو ما قد ينشأ من نزاع بخصوص عقد معين على التحكيم .

ومن تعريفات اتفاق التحكيم أنه ذلك العقد الذي يتفق الأطراف بمقتضاه على عرض النزاع القائم فعلاً أو النزاع الذي سينشأ في المستقبل بمناسبة تنفيذ عقد معين على محكمين بدلاً من عرضه على قضاء الدولة(3).

و يعرف الفقيه جولدمان اتفاق التحكيم على أنه: " هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف على أن يخضعوا للتحكيم سواء النزاعات التي يمكن أن تنشأ بينهما و المتعلقة بالعقد أو النزاعات التي نشأت و المتعلقة في كلتا الحالتين بالتجارة الدولية"(4).

أما الأستاذ فيليب فوشار وقولدمان وقايار فقد أوردوا أنه اتفاق يقوم عن طريقه طرفان أو أكثر بتعيين محكم أو أكثر لحل المنازعات التي قد تنشأ بينهم أو التي نشأت و المتعلقة بمصالح التجارة الدولية (5).

(1) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق، ص62.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصادر الالتزام ، المجلد الاول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، المرجع السابق، بيروت 1998.

(3) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق، ص63.

(4) نورالدين بكلي، دور و أهمية التحكيم في العقود التجارية الدولية، الطرق البديلة لحل المنازعات ، مجلة المحكمة العليا، الجزء الأول، ص262-ص149.

(5) Philippe Fouchard ,E.Gaiyard.B.Goldman. op cit , p209 .

كما أوردت الأستاذة حفيظة السيد حداد بأن اتفاق التحكيم هو ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه تتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو المحتمل نشوؤها من خلال التحكيم ، وذلك اذا كانت تتعلق بمصالح التجارة الدولية(1).

وقد اتفقت جميع التعريفات التي أوردتها الفقه لاتفاق التحكيم على أنه يشمل ما يسمى بشرط التحكيم و هو بند من بنود العقد كما يشمل كذلك عقد التحكيم أو كما يسميها البعض مشاركة التحكيم و هو الاتفاق المبرم استقلالا عن العقد . كما أظهر الاتجاه القضائي والتحكيمي أشكالا أخرى لهذا الاتفاق كإمتداد شرط التحكيم أو شرط التحكيم بالاحالة(2) ، وهذا من أهم اتفاقات التحكيم التي تكون مدرجة في عقد النقل البحري .

ثانيا : التعريف التشريعي لاتفاق التحكيم.

بالرجوع الى القوانين المقارنة الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي نجد أن أغلبها لم تعطي تعريفا لاتفاق التحكيم ، بل نجد أن في مجملها أكدت بأن اتفاق التحكيم قد يبرم حين نشوب النزاع أو قبله أي يكون اتفاقا قائما أو مستقبليا و هذا ما نستقرئه من القانون الفرنسي لسنة 1981 في المادتين 1493 و 1494 (3) ، و قد حذى المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي ، اذ لم يعرف اتفاق التحكيم في المرسوم التشريعي 09/93 وكذا في التعديل الجديد الذي جاء به قانون الاجراءات المدنية والادارية فقد نصت المادة 1040 منه : "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية....." (4) .

و ما يلاحظ أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح اتفاقية التحكيم كما جاءت به ترجمة اتفاقية نيويورك للغة العربية وكما جاء في القانون اللبناني و التونسي وغيرهم رغم أن أغلب قوانين الدول العربية تستعمل مصطلح اتفاق التحكيم .

و قد أطلق المشرع الجزائري في قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد اسم اتفاق التحكيم على عقد التحكيم أو كما يسمى في بعض النظم القانونية بمشارطة التحكيم .

(1)حفيظة السيد حداد ،الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ،المرجع السابق،ص13.

(2) نور الدين بكلي،المرجع السابق، ص263.

(3)محمد كولا، المرجع السابق ، ص 93 .

(4)المادة 1040 من ق.ا.م.ا.ج .

أما عن التشريعات العربية فقد عرفت بعضها اتفاق التحكيم ، بينما لم تعرفه الأخرى كما هو الحال في نظام التحكيم السعودي (المادة 46 لسنة 1403 هجري) و قانون التحكيم الأردني (المادة 13 لسنة 2001) و التي أخذت بالاتجاه القائل أن التعريفات من عمل الفقه لا المشرع (1). وقد عرفت بعض القوانين العربية اتفاق التحكيم بقولها : "اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين للاتجاه الى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية " وقد أخذ بهذا التعريف قانون التحكيم المصري لعام 1994(2) وقانون التحكيم العماني في المادة العاشرة منهما ، و المادة الخامسة من قانون التحكيم الفلسطيني (3). وقد جاء هذا التعريف مشابهاً لأحكام المادة السابعة من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة لقانون التحكيم التجاري الدولي لعام 1985 ، والتي عرفت اتفاق التحكيم كالتالي: "اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على أن يجيلا الى التحكيم ، جميع أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ."

كما عرفت المادة الثانية من اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف و تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية الموقعة سنة 1958 المصادق عليها من قبل الجزائر و أغلبية الدول العربية ، عرفت اتفاق التحكيم بأنه : "الاتفاق المكتوب يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم و يقصد بالاتفاق المكتوب شرط التحكيم الوارد في عقد أو اتفاق تحكيم وقعته الأطراف أو تضمنته رسائل أو برقيات متبادلة بينهم " (4).

كما أقرت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 حق الأطراف في الاتفاق على التحكيم (5).

هذا فيما يخص تعريف اتفاق التحكيم عموماً و لتعريف هذا الاتفاق في عقد النقل البحري يجب التطرق قبل ذلك الى ماهية عقد النقل البحري و خصوصيته.

(1) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، المرجع السابق، ص63.

(2) د. أحمد عبدالكريم سلامة ، المرجع السابق، ص263.

(3) أ. نورالدين بكلي، المرجع السابق، ص263.

(4) انعقد مؤتمر نيويورك للنظر في اقرار هذه الاتفاقية في 20-03-1958 و بعد مناقشات دامت عشرين يوماً أقر المؤتمر اتفاقية تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والتي دخلت حيز التنفيذ في عام 1959.

(5) كان الهدف من هذه الاتفاقية تنمية التعاون التجاري بين دول أوروبا الغربية ودول أوروبا الشرقية .

الفرع الثاني: ماهية عقد النقل البحري .

عقد النقل البحري هو عقد رضائي(1) يلتزم بموجبه الناقل بنقل البضائع لحساب الشاحن من مكان لأخر بطريق البحر مقابل أجر محدد يسمى أجرة الحمولة (2) ، و يبدأ عقد النقل البحري بمجرد أخذ الناقل البضاعة على عاتقه وينتهي بتسليم البضاعة الى المرسل اليه (3).

و يتم النقل البحري للبضائع عن طريق استخدام السفينة ولا يشترط في الناقل أن يكون مالكا لهذه الأخيرة فقد يكون مستأجرا لها ومجهزا بنقل البضائع من ميناء لأخر مقابل أجر متفق عليه لحساب شخص آخر هو الشاحن.

وبالتالي فان النقل يكون إما نقل بمشاركة ايجار السفينة و إما نقل بموجب سند الشحن (4).

أولا : النقل بمشاركة الايجار .

هو عقد يضع به المجهز السفينة كلها أو جزءا منها تحت تصرف الشاحن لنقل كل ما يتطلب اليه نقله من بضائع لرحلة أو لعدة رحلات معينة(5). و في هذه الصورة توضع السفينة مجهزة تحت تصرف الشاحن وقد ينص العقد على كامل السفينة أو على جزء منها ، على العكس من ذلك في ايجار السفينة لزمن معين حيث توضع السفينة كلها تحت تصرف المستأجر . كما أن المجهز يحتفظ في النقل بمشاركة الايجار بالادارة الملاحية والتجارية للسفينة ، في حين أن المؤجر في الايجار لزمن معين يفقد الادارة التجارية و قد يفقد الادارة التجارية والملاحية معا .

وهذه الصورة من النقل انحصرت نطاقها في الوقت الحاضر في نقل الشحنات الكبيرة كالقطن والفحم والبتروول والخشب والحديد و النحاس .

ويثبت العقد في هذه الصورة بمشاركة الايجار ، وقد جرى العرف على الخليلط بين العقد والسند المثبت له(6)،وتسمية العقد في هذه الحالة " النقل بمشاركة ايجار " .

(1) يعقد بتطابق ارادتي الناقل والشاحن فلا يشترط لانعقاد شكلا خاص ، والكتابة التي يفرغ فيها عقد النقل البحري تأخذ احدى الصورتين : مشاركة ايجار أو سند شحن، واشترط الكتابة في هذا هو للاثبات وليس لصحة العقد. وهذا ما يستنتج من المادة 746 فقرة 1 والمادة 749 من القانون البحري الجزائري وقد أخذت بهذا الحكم محكمة النقض المصرية.

(2) نصت المادة 738 من القانون البحري الجزائري على أنه: "يتعهد الناقل بموجب عقد نقل البضائع عن طريق البحر بايصال بضاعة معينة من ميناء الى ميناء آخر ويتعهد الشاحن بدفع مكافأة له وهي أجرة الحمولة".

(3) حمدي الغنيمي ، المرجع السابق، ص 85.

(4) عدلي أمير خالد، المرجع السابق، ص 46.

(5) قد نصت المادة 640 من القانون البحري الجزائري على استئجار السفن.

(6) أي الخلط في طبيعة العقد الذي هو عقد نقل وهو عقد رضائي وبين السند المثبت له وهي مشاركة الايجار .

أ- أنواع مشارطات ايجار السفن.

"مشارطة الايجار" مصطلح يطلق على عقد ايجار السفينة الذي ينعقد بين المؤجر و المستأجر ، حيث يتم ابرام العقد طبقا للقواعد العامة في ابرام العقود بالاضافة الى النصوص الخاصة في القانون البحري . وقد تناول القانون البحري الجزائري أحكام هذا العقد في الباب الثاني منه وتحت عنوان استئجار السفن وقد ضم الفصل الأول - الأحكام العامة من المواد 640 الى 649. أما الفصل الثاني هو عن الاستئجار على أساس الرحلة و الفصل الثالث استئجار السفينة لمدة معينة وفي الأخير ضم الفصل الرابع استئجار السفينة بأكملها. وبالتالي نلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ ثلاث تقسيمات لمشارطات الايجار.

1) استئجار السفينة على أساس الرحلة.

يتفق الطرفان في هذا العقد ، على أن يضع المؤجر تحت تصرف المستأجر كل السفينة أو جزءا منها (1)، للقيام برحلة محددة(2) مع تبيان وقت الرحلة وكمية البضاعة و ميناء الوصول(3) ، دون بيان دقيق للمدة التي تستغرقها هذه الرحلة وقد يكون عقد الايجار لعدة رحلات متعاقبة ، وحينئذ يتوجب على السفينة القيام بالرحلات المتفق عليها إما بتحديد كمية البضاعة التي تنقل على مراحل متتالية ، و في هذا العقد تثار صعوبة كون هل يعتبر عقد واحد يشمل مجموع الرحلات أو تجزئته الى عدد من العقود يتعلق كل منها برحلة واحدة فقط . والرأي الراجح هو الأخذ بالرأي الأول و اعتبار العقود واحدة والرحلات المتتالية تنفيذا متعاقبا للالتزامات الناشئة عن هذا العقد(4)، و يتميز عقد تأجير السفينة بالرحلة احتفاظ المؤجر بالادارتين الملاحية منها و التجارية(5) .

2- استئجار السفينة لمدة معينة :

وهو عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه تخصيص سفينة معينة ولمدة معينة لتكون تحت تصرف المستأجر لينتفع بها مقابل أجرة يتفق عليها الطرفان(6).

(1) علي طاهر البياتي ، التحكيم التجاري البحري، دراسة قانونية مقارنة، دار الثقافة، الاردن ، بدون طبعة، سنة 2006 ، ص 46.

(2) قد نصت المادة 650 بحري جزائري على هذا النوع من الايجارة قائلة : "يتعهد المؤجر في عقد استئجار السفينة على أساس الرحلة بأن يضع كليا أو جزئيا سفينته مزودة بالتسليح والتجهيز تحت تصرف المستأجر للقيام برحلة أو أكثر و بالمقابل يتعهد المستأجر بدفع اجرة السفينة"

(3) IETM, L'affretement maritime, Editeur du transport et de la logistique , p 21

(4) حمدي الغنيمي ، المرجع السابق، ص 71.

(5) محمود شحات ، المختصر في القانون البحري الجزائري ، بدون طبعة ، دار العلوم للنشر و التوزيع ، ص 131.

(6) نصت المادة 695 على هذا النوع من الايجار.

و في هذه الحالة يحتفظ المؤجر بحق التسيير الملاحي للسفينة (أي الادارة الملاحية) فقط دون التجارية(1). وتشمل الادارة الملاحية تموين السفينة وصيانتها وتسييرها وكل ما يتعلق بملاحتها وبالتالي يبقى الربان وأعضاء الطقم الآخرون مندوبين عن المؤجر ويتعين عليهم التقيد بتعليماته (2) ، و يكون التسيير التجاري (الادارة التجارية) للسفينة للمستأجر .

وتشمل الادارة التجارية ابرام عقود النقل وتسلم البضائع وتسليمها وتحصيل الأجرة . ففي هذه الصورة يتولى المستأجر استغلال السفينة بنفسه ، واصدار التعليمات والأوامر الى الربان والطاقم ، ويستقل بتحديد رحلات السفينة طيلة الزمن المتفق عليه، ويبرم عقود النقل مع غيره باسمه الخاص فيصبح ناقلا ومسؤولا وحده دون المالك عن تنفيذ هذه العقود .

ويثبت ايجار السفينة مجهزة لزمان معين بمشارطة تسمى بالمشارطة الزمنية أو الموقوفة ، ولا يعتبر هذا الايجار بأي حال عقد نقل (3) وذلك بالنظر الى التزامات المجهز (المؤجر) في هذا العقد .

3- ايجار السفينة غير مجهزة: هو عقد يضع المالك سفينة عارية غير مجهزة لا بالطاقم ولا بالمؤونة والوقود أي بميكلها فقط تحت تصرف شخص آخر للانتفاع بها لمدة معينة لقاء أجر معلوم (4)، بمعنى أن صاحب السفينة يتخلى لمستأجرها عن ادارتها التجارية والملاحية معا . ويعتبر المستأجر في هذه الحالة مجهزا للسفينة دون المالك . ويعتبر هذا المستأجر المجهز بمثابة الناقل في مواجهة الشاحنين .

ب- معيار التفرقة بين أنواع مشارطات ايجار السفينة .

لما كنا في ميدان الحرية التعاقدية ، فليس هناك على الأقل من الناحية النظرية حد للشروط التي يمكن للاطراف العقد أن يدرجوها في مشارطاتهم ، و لهذا فانه ليس هناك تقسيم حاسم للمشارطات التي ترد على استغلال للسفينة ، خاصة وأن الحاجات الاقتصادية ليس لها حد فهي ليست جامدة وهي التي تفرض وضع شرط أو آخر في عقد معين . ونحن ما يهمنا في هته التفرقة من الناحية العملية ، متى تبرم هذه المشارطة لتنفيذ عملية النقل البحري أي عندما تكون مشارطة الايجار هي السند الذي يثبت عقد النقل البحري وبالتالي امكانية ادراج اتفاقية التحكيم في هته المشارطة لفض المنازعات الناشئة عن عقد النقل بواسطة التحكيم . فليس كل مشارطات ايجار السفن يمكن أن تكون عقدا للنقل البحري على الأقل بين طرفيه فالادارة التجارية للسفينة يمكن أن تتم بها عملية النقل دون الادارة الادارية للسفينة، و ما تجدر

(1) محمود شحماط ، المرجع السابق ، ص 135 .

(2) المادة 700 من القانون البحري الجزائري.

(3) حمدي الغنيمي ، المرجع السابق، ص77.

(4) المواد من 723 الى 726 من القانون البحري الجزائري.

الإشارة إليه أن المحاكم الأمريكية هي أول من وضع التفرقة بين عقود النقل و مشارطات ايجار السفن (1).
و قد اقترحت عدة معايير للوضع تقسيمات مختلفة لمشارطات ايجار السفينة منها:

1- فقول بأن الفرق بين المشاركة الزمنية و المشاركة بالرحلة على أساس أن العقد الأول يبرم لمدة معينة أما الثاني فيحدد برحلة أو بعدة رحلات.

الا أن هذا التقسيم ليس له أهمية قانونية لأنه ينظر الى عامل مجرد ،وظيفته هي كيفية حساب الاجرة .

2- يفرق أيضا بين مشاركة الايجار التي ترد على كامل السفينة وبين مشاركة الايجار الجزئية . وقد وجه الى هذا التقسيم نفس النقد السابق.

3- أما المعيار الذي استقام عليه الفقه والقضاء والذي يترتب على الأخذ به آثار قانونية مهمة في علاقة الغير بطرفي العقد ، وهو أثر يختلف باختلاف علاقة الطرفين كما تنظمها مشاركة الايجار.

فمشارطات ايجار السفينة تختلف فيما بينها اختلافا مرده الى السلطات التي تقرها لكل من طرفي العقد على السفينة ، ودور كل منها في استغلالها ولهذا قسمت المشارطات الى القسمين السابقين وهما المشاركة الزمنية والمشاركة بالرحلة على ان هذا التقسيم يقوم على مدى انتقال الادارة على السفينة من المؤجر الى المستأجر ، لأن مباشرة هذه الادارة أو السلطة يؤثر في مركز من يباشرها أمام الغير بسبب ناشئ عن استغلال السفينة (2). و قد طبق القضاء الفرنسي هذا المعيار فقرر أنه اذا نقل العقد ادرة السفينة (الفنية و التجارية) الى المستأجر كنا أمام مشاركة زمنية ، أما اذا لم يرد بالمشاركة أي نص ينقل ادارة السفينة للمستأجر فان المالك المؤجر يحتفظ بصفة الناقل ما دام المستأجر ليس له بأي وصف أن يتدخل في استغلال السفينة ،ولذلك يعتبر العقد نقلا يتولى فيه المالك ادارة عملياته.و ايجار السفينة مجهزة له صورتان:
_ المشاركة الزمنية : التي يكون فيها للمستأجر الادارة التجارية (على الأقل) للسفينة و قد يكون لها ادارتها الفنية أيضا .

_ المشاركة بالرحلة : و فيها تظل للمؤجر جميع سلطاته ويحتفظ بادارته الكاملة على السفينة.

ثانيا: النقل بسند الشحن .

أ) تعريف سند الشحن:

هو عقد يتعهد فيه الناقل بأن ينقل بضاعة معينة من ميناء لأخر مقابل أجره يتعهد بها الشاحن.

(1) Pierre BONASSIES ,LE DRIOT MAROCAIN ET LE RIGIME JURIDIQUE DES AFFRETEMENT ET TANSPTS DE MARCHANDISE ,Travaux des journée internationales du droit maritime Marocain ,Rabat10-15 septembre1979 ,P 119.

(2) أهمية هذه التفرقة من الناحية العملية في بحثنا هي متى يمكن أن تتم عملية النقل بمشاركة الايجار و قد استخلصنا أنها تتم بمشاركة ايجار بالرحلة .

و قد أصبح لسند الشحن في الوقت الحالي عدة وظائف بعدما كان في البداية يمثل حيازة البضائع و بمرور الوقت أصبح نظريا يمثل عقد النقل الذي وجد من أجله حتى أصبح هنالك خلط بينهما فهو السند الذي يثبت عقد النقل البحري و تسلم البضاعة(1). كما أن سند الشحن يبين التزامات طرفي عقد النقل و شروط هذا العقد كما يمثل أداة اثبات البضاعة (2) و يكون سند الشحن في شكل اتصال يوقع عليه الناقل أو من يمثله (الربان) بتسلمه البضاعة على ظهر السفينة (3).و يجب تحرير سند الشحن في جميع الأحوال ، فإذا تعلق الأمر بنقل بمشارطة الايجار ، و يجب تحرير سند الشحن لاثبات الشحن ، أما اذا تعلق الأمر بنقل بسند الشحن فقد حل سند الشحن عمليا محل مشارطة الايجار ، و أصبح سندا مثبتا لعقد النقل و الشحن معا . و تتميز ورقة سند الشحن عن ورقة مشارطة الايجار كونها تمثل البضاعة المشحونة ، فسند الشحن يمثل حيازة البضاعة التي تم نقلها على السفينة بمقتضاه ، ولذا فان تحويل سند الشحن الى الغير يتضمن نقل حيازة البضاعة اليه ، اذ يحق له استلامها بمقتضى سند الشحن في ميناء الوصول (4).

ب)- شكل سند الشحن وبياناته:

أفرزت البيئة البحرية أشكالا ثلاثة لسند الشحن فأما أن يكون اسميا أو اذنيا أو للحامل و قد خلت قواعد لاهاي و قواعد فزبي من ذكر هذه الأشكال الا أنه قد تم ذكرها في القوانين الأخرى(5) .

1- سند الشحن الاسمي : و هو سند الشحن الذي يكون باسم شخص معين (6) ويكون هذا الشكل بأن يتعهد الربان بتسليم البضاعة للشخص المعين في سند الشحن و غالبا ما يكون هذا الشخص هو المرسل أي عندما تندمج شخصية المرسل والمرسل اليه في شخص مالك السند . و لا تنتقل الملكية في هذا النوع من سندات الشحن الا عن طريق حوالة الحق المدنية .

2- السند الاذني أو السند للأمر : يكون سند الشحن لأمر اذا صدر لاذن الشاحن أو لاذن المرسل اليه أي يذكر فيه الاسم مسبقا بصيغة الاذن أو الأمر، و هو الشكل الذائع لسند الشحن لسهولة تداوله بالتظهير .

(1)René Rodiere ,Emmanuel du pontavice , précis DALLOZ ,11^e édition,p265

(2)Nathalie Soison , la liberté contractuelle dans les clauses de connaissance , these de doctorat d'état , 1992, Université de Pantheon Assas(Paris 2)

(3)المادة 748 و 749 من القانون البحري الجزائري.

(4)د.حمدي الغنيمي ، المرجع السابق، ص87.

(5)د. علي طاهر البيتي ، المرجع السابق ، ص 19.

(6)د.مصطفى كمال طه ، د.علي البارودي ، د. مراد منير فهميم ، أساسيات القانون التجاري والقانون البحري ، منشأة المعارف الاسكندرية ، بدون طبعة ، ص 365.

و يجب أن تذكر عبارة الأمر صراحة في سند الشحن حتى يمكن تداوله بطريق التظهير (1) ، أي الكتابة على ظهر سند الشحن بما يفيد نقل الحق الثابت فيه الى شخص آخر أو لاذنه(2).

3- سند الشحن للحامل: يكون قابلا للتداول بمجرد التسليم ، وعلى الريان أن يسلم البضاعة لأي شخص يتقدم اليه ومعه سند الشحن عند الوصول ، ومن النادر أن يكون سند الشحن لحامله ، نظرا لما يتعرض له صاحبه من خطر الضياع والسرقة(3).

ج- بيانات سند الشحن :

نصت المادة 748 من القانون البحري الجزائري على البيانات الواجب ذكرها في سند الشحن على وجه الخصوص وهي:

- 1_ هوية الأطراف : اسم الناقل ، اسم الشاحن واسم المرسل اليه و عنوان كل منهم .
- 2_ صفات البضاعة الواجب نقلها : العلامات الرئيسية و الضرورية للتعريف بالبضائع ، عدد الطرود و الأشياء وكميتها ووزنها و الحالة والتكليف الظاهران للبضاعة(4).
- 3_ عناصر الرحلة : اسم السفينة ، اسم الريان ، ميناء الشحن والتفريغ .
- 4_ أجرة الحمولة الواجب دفعها: أجرة النقل اذا كانت مستحقة كلها عند الوصول أو الجزء المستحق منها و هذه البيانات قابلة للزيادة أو النقصان الا أن سند الشحن قد اشتهر بالشروط التي يملئها الناقل و النماذج التي يطبعها فلا يستطيع الشاحن الا قبولها مدعنا (5).
- و لأهمية عملية النقل درج العمل على أن يدون في سند الشحن البيانات التي يقدمها الشاحن كتابة عن البضائع (6).

و تعد وثيقة الشحن ، ثابتة بالقرينة بالنسبة لاستلام البضاعة من قبل الناقل في الحالة والكمية المبينة في الوثيقة الا اذا ثبت ما يخالف ذلك ، ولا يقبل ما يخالفها اذا نقلت الوثيقة لحامل من الغير بحسن نية (7). و يمكن للناقل أن يرفض تصريحات الشاحن على وثيقة الشحن والتي تتعلق بعدد الطرود أو القطع و كمية

(1) د. مصطفى كمال طه، أساسيات القانون البحري، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون طبعة، ص205.

(2) د. هاني دويدار، الوجيز في القانون البحري، دار الجامعة الجديدة، بدون طبعة، سنة 2004، ص245.

(3) مصطفى كمال طه ، أساسيات القانون البحري ، المرجع السابق، ص206.

(4) المادة 752 من القانون البحري الجزائري .

(5) د. حمدي الغنيمي ، المرجع السابق، ص 88.

(6) تنص المادة 753 : " تدرج بيانات البضائع ضمن وثيقة الشحن على أساس التصريح الكتابي للشاحن ..."

(7) المادة 761 من القانون البحري الجزائري .

وزن البضائع عندما تكون لديه دواع جديدة للشك في صحتها أو اذا لم تتوفر لديه الوسائل المعقولة للتحقق منها ، أو عندما تكون علامات التعريف المتعلقة بالبضائع مدفوعة أو مختومة بشكل تبقى فيه مقروئة بصفة عادية حتى نهاية الرحلة (1).

د) _ نسخ سند الشحن :

يلتزم الناقل أو من يمثله بتزويد الشاحن بنسخ مماثلة عن وثيقة الشحن التي يراها هذا الأخير ضرورية. و تبين عدد النسخ الصادرة على كل نسخة من هذه النسخ. ويجب أن ترفق البضاعة على متن السفينة بنسخة عن وثيقة الشحن . و توقع كل نسخة من وثيقة الشحن من قبل الناقل أو من يمثله والشاحن خلال 24 ساعة من التحميل و في موعد أقصاه قبل مغادرة السفينة. و يجب أن يبين على نسخ وثيقة الشحن و تواريخ و مكان اصداها (2).

_ الخلاف بين نسخ سند الشحن :

اذا اختلفت نسخ سند الشحن ، لا يمكن لكل طرف أن يتمسك بالبيانات المدرجة في النسخة التي يحملها الا اذا كانت هذه البيانات واردة أيضا في النسخة الموجودة بين يدي الطرف الآخر (3). واذا ما وجد خلاف بين النسخ ، فلا محل لتفضيل نسخة على الأخرى ويفضل الى اللجوء الى طرق الاثبات الاخرى (4).

ن) _ حجية سند الشحن في الاثبات :

1- فيما بين طرفيه :

لسند الشحن حجية كاملة فيما بين طرفيه الشاحن و الناقل، فهو ينهض دليلا على عقد النقل وشروطه و الأجرة المتفق عليها (5). على أن حجية سند الشحن في الاثبات بين طرفيه ليست مطلقة ، بل يجوز اثبات عكس بيانات السند (6).

(1) المادة 755 من القانون البحري الجزائري .

(2) المادة 760 من القانون البحري الجزائري.

(3) المادة 762 من القانون البحري الجزائري .

(4) د.حمدي الغنيمي ، المرجع السابق، ص 88.

(5) د.مصطفى كمال طه ، أساسيات القانون البحري، المرجع السابق، ص 201.

(6) المادة 761 من القانون البحري الجزائري .

و اذا كانت القواعد العامة تقضي بأنه لا يجوز اثبات ما هو ثابت بالكتابة الا بالكتابة ، فان هذه القواعد لا تطبق في المواد التجارية ومن ثمة يجوز اثبات عكس بيانات سند الشحن بكافة طرق الاثبات (1).
2- بالنسبة الى الغير:

لا يكون سند الشحن حجة على طرفيه فحسب ، بل يكون حجة على الغير كالمرسل اليه مثلا والمؤمن على البضائع . و يستطيع الغير اذا كان له مصلحة في ذلك أن يثبت عكس ما جاء بسند الشحن بكافة طرق الاثبات . و ذلك دون التقييد بما يلتزم به الشاحن من ضرورة تقديم الدليل الكتابي لاثبات عكس ما جاء به . كما يستطيع هذا الغير أن يستند الى سند الشحن في مواجهة كل من الناقل و الشاحن على أساس أن لسند الشحن حجية كاملة لمصلحته في مواجهتهما(2).

هـ) وظائف سند الشحن:

صاحب تطور التجارة البحرية ظهور العناصر الأولى لسند الشحن ، ثم شاع استعماله في أوروبا الغربية في نهاية القرن السادس عشر . وقد كان سند الشحن في بداية وجوده مجرد اتصال من الناقل يفيد اتمام عملية شحن البضاعة ، ثم تطورت وظيفة سند الشحن بحيث أصبح أداة لاثبات عقد النقل البحري بعدما أدرجت فيه شروط النقل ، وتعتبر لائحة الملاحاة الفرنسية لسنة 1681 هي أول تنظيم تشريعي يعالج سند الشحن وقد اعترفت المحاكم بتمثيل سند الشحن للبضاعة وذلك في أوائل القرنين 16 و 17(3).
وبالتالي يمكن القول أن سند الشحن يقوم بثلاث وظائف فهو أداة لتمثيل البضاعة المشحونة ذاتها ويقوم مقامها ويعتبر حامل السند بمثابة حائز للبضاعة.

ثالثا : التعارض بين سند الايجار وسند الشحن .

اذا وجد تعارض بين سند الايجار وسند الشحن ، فتفضل شروط سند الايجار في العلاقة بين المؤجر والمستأجر ، بينما يكون سند الشحن وحده هو المعتبر في العلاقة بين المستأجر والشاحن ، وذلك ما لم يتضمن سند الشحن احالة صريحة الى سند الايجار و عندئذ يجب الاعتماد بسند الايجار وحده .
و اذا كان الأصل هو وجوب ترجيح الشروط الخطية على الشروط المطبوعة ، الا أنه اذا وقع تعارض بين شروط خطية و شروط مطبوعة في سند ايجار وسند شحن نظما معا ، وجب ترجيح شروط سند الشحن على شروط سند الايجار ، ذلك أن سند الشحن عمل لاحق و من ثم يعتبر تعديلا للعقد الأصلي (4) .

(1) د.مصطفى كمال طه ، أساسيات القانون البحري، المرجع السابق، ص202.

(2) د.جمدي الغنيمي ، المرجع السابق، ص 89.

(3) د محمد عبد الفتاح ترك ، التحكيم البحري ، المرجع السابق ، ص148.

(4) د . مصطفى كمال طه ، أساسيات القانون البحري، المرجع السابق، ص204 .

رابعا: وثائق نقل أخرى.

أ) _النقل الدولي متعدد الوسائط: يعتبر النقل الدولي متعدد الوسائط نظاما متكاملا للنقل الدولي له نظامه القانوني الخاص والمحدد و مميزاته العديدة (1). ويكون النقل الدولي متعدد الوسائط عندما تتم عملية النقل باستخدام واسطتي نقل مختلفتين على الأقل (2)، كما لو كانت مرحلة نقل تتم عن طريق البحر و أخرى عن طريق السكك الحديدية ، أو مرحلة بحرية و أخرى جوية . ولا بد أن يكون النقل بين مكانين في بلدين مختلفين و هو ما يعرف بالنقل الدولي للبضائع ، كما يجب أن تصدر وثيقة نقل واحدة لتغطي كافة مراحل عملية النقل و أن يتولى مسؤولية وصول البضاعة خلال مراحل النقل المختلفة و المتعددة شخص واحد يعتبر هو المسؤول أمام أصحاب البضاعة عن أي هلاك أو تلف أو تأخير قد يصيبها . كما يحصل متعهد النقل على أجرة نقل شاملة تغطي كافة مراحل عملية النقل البحري (3).

ب) _النقل المتتابع : النقل المتتابع أو المتعاقب هو النقل الذي يقوم به عدة ناقلين مستقلين ، و ينقسم هذا النقل الى نقل متتابع بحري و نقل متتابع مختلط.

و النقل المتتابع البحري هو النقل الذي يتم عن طريق واسطة واحدة في جميع أجزائه و هذه الواسطة هي البحر (4). و عقود النقل المستخدمة في النقل المتتابع إما أن تكون مستقلة عن بعضها البعض، بمعنى أن يقوم الشاحن بالتعاقد مع الناقل الأول و الثاني و الثالث...، وإما أن يجمع جميع أجزاء عملية النقل عقد نقل بحري واحد يقوم بإبرامه الشاحن مع ناقل يتولى مسؤولية النقل في جميع مراحلها منذ استلامه البضاعة حتى تسليمها الى المرسل اليه (5). وفي هذه الحالة يقوم الناقل المتعاقد باصدار سند شحن مباشر يغطي عملية النقل كلها.

أما النقل المتتابع المختلط فهو النقل الذي يتم بطرق نقل مختلفة ، مع ضرورة أن يكون البحر جزءا منها.

-
- (1) تنص الفقرة الأولى من المادة الأولى من اتفاقية الأمم المتحدة للنقل المتعدد الوسائط للبضائع لعام 1980 على عملية النقل متعدد الوسائط على أنها عملية: "نقل بضائع بواسطة مختلفتين على الأقل من وسائط النقل، على أساس عقد نقل متعدد الوسائط من مكان في بلد ما يأخذ فيه متعهد النقل متعدد الوسائط البضائع في حراسته الى المكان المحدد للتسليم في بلد اخر"
 - (2) ليس بالضرورة وجود واسطة بحرية في النقل الدولي متعدد الوسائط و يستدل ذلك من الفقرة الأولى المادة الأولى من النقل الدولي متعدد الوسائط كذلك نص المادة 18 والتي يستفاد منها ان الواسطة البحرية ليست بالضرورة شرطا حتى يكون النقل متعدد الوسائط ، و قد نصت ايضا الفقرة الثالثة من القاعدة السادسة لقواعد CCI بشأن وثائق النقل الدولي متعدد الوسائط لسنة 1991 على عدم ضرورة توافر الواسطة البحرية في هذا النقل.
 - (3) د. محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري ، المرجع السابق ، ص 263.
 - (4) دهانة محمد ، دفع المسؤولية المدنية للناقل ، دكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، السنة الجامعية 2010-2011 ، ص 114
 - (5) يتمتع الناقل في هذه الحالة بصفتان ،الصفة الأولى هي صفة الناقل في النقل الاول أما الصفة الثانية فهي صفة الوكيل بالعمولة للنقل بالنسبة للنقل التالي وهنا يقوم الناقل المتعاقد مع الشاحن باصدار سند شحن واحد يغطي كافة مراحل عملية النقل المتتابعة حيث يعرف سند الشحن هنا باسم سند الشحن المباشر .

وقد تتم هذه العملية اما عن طريق عقد نقل واحد يشمل كافة مراحل النقل(1)، أو عن طريق عدة عقود حيث يتعاقد فيها الشاحن مع الناقل البحري ومع الناقل البري ، و الجوي...و من ثم يوجد عقدان أو أكثر مستقلان وفي هذه الحالة تسري على كل عقد الأحكام الخاصة به (2) .

ج) _ النقل المشترك : في هذه الحالة يلجأ الشاحن الى التعاقد مع الناقل على أن يقوم الناقل بتزويد الشاحن في مخازنه بالعدد المطلوب من الحاويات الفارغة لكي يتم شحنها بالبضائع ، ومن ثم يقوم الناقل بتوصيل هذه الحاويات الى المرسل اليهم (3).

د) _ تذكرة النقل البحري: أدى التطور الحديث في وسائل النقل و الاتصالات مع السعي لتبسيط الاجراءات المستندية الى ظهور صور جديدة لسندات نقل بحري تختلف في بعض وظائفها القانونية مع الوظائف التقليدية لسندات الشحن العادية، وقد أطلق على هذا السند تذكرة النقل البحري .ويستخدم عندما لا تكون هناك نية الى بيع البضاعة أثناء الرحلة البحرية وتعطي مزيدا من الأمان لقلّة احتمالات وقوع الغش البحري عن طريقها . وقد ظهرت نماذج عديدة من تذكرة النقل البحري وكلها غير قابلة للتداول وهي تثبت عقد النقل ووصف البضائع المنقولة. وقد أوصت لجنة تسهيل اجراءات التجارة الدولية للمملكة المتحدة (4) باستعمال هذه التذاكر(5) .

ن) _ سند الشحن الالكتروني: على إثر التقدم الحادث في وسائل الاتصال ظهر ما تطلق عليه التجارة الالكترونية تلك التي تعتمد على شبكة الاتصالات الدولية (الانترنت) باستخدام الكمبيوتر ، وازاء التقدم التكنولوجي في نظم المعلومات و امكانية تحقيق بعض الأمان القانوني للعمليات الالكترونية ،يعد حلول سندات الشحن الالكترونية محل سندات الشحن التقليدية أمرا طبيعيا ، طالما أنها توفر للأطراف تأميننا يوازي الى حد ما ما تمنحه هذه الأخيرة(6)، الا أنه يجب ذكر بأن الرسالة الالكترونية غير قابلة للتداول ، الأمر الذي يخلق مشكل كبيرة في التجارة الدولية والذي أدى الى اختلاف الاراء من أجل الحاق الآثار القانونية الهامة

(1) نظرا لاختلاف طبيعة عمليات النقل في هذه الحالة فان عقد النقل لا يمكن اثباته بسند واحد مثلما يحدث في النقل المتتابع البحري ، فلا بد من اصدار السند المناسب لكل مرحلة عقدية مختلفة.

(2) حيث يصدر سند الشحن بالنسبة للنقل البحري ، وتذكرة النقل بالنسبة للنقل البري ، وتذكرة نقل جوي بالنسبة للنقل الجوي و ترفق السندات مع بعضها . كما يختلف القانون الواجب التطبيق على كل مرحلة من مراحل عقد النقل فيطبق القانون البحري على مرحلة الرحلة البحرية ، والقانون التجاري أو المدني على مرحلة الرحلة البرية أو النهريّة و القانون الجوي على مرحلة الرحلة الجوية.

(3) د.محمد عبد الفتاح ترك ، التحكيم البحري ، المرجع السابق ، ص 286.

(4) United Kingdom Committee for simplification of international trade.

(5) د.محمد عبد الفتاح ترك ، التحكيم البحري ، المرجع السابق ، ص 297.

(6) د.محمد ابراهيم موسى ، سندات الشحن الالكترونية بين الواقع والأمل، دار الجامعة الجديد للنشر ، سنة 2005 ، ص 27.

المرتبطة بسند الشحن الورقي بأي وسيلة أخرى بديلة عن المحررات الورقية وترتبط بالبيانات الالكترونية.

الفرع الثالث: تعريف اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري.

لا يختلف تعريف اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري عن تعريف اتفاق التحكيم عموما الا بخصوصية أنه : " الإتفاق الذي يتعهد بمقتضاه أطراف العلاقة البحرية على عرض المنازعات التي نشأت أو ستنشأ مستقبلا بمناسبة عقد النقل البحري على التحكيم " ، و قد تطرقنا الى الصور المختلفة التي يأخذها عقد النقل البحري ، فقد يتم عقد النقل البحري إما بمشارطة ايجار السفينة(مشارطة ايجار بالرحلة) وإما عن طريق سند الشحن وكذا وثائق نقل أخرى . و بالتالي يكون اتفاق التحكيم مدرجا في احدى هذه الوثائق لنزع الاختصاص عن القضاء الدولي واحالته الى التحكيم البحري .

و بهذا يأخذ اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري صورتين إما شرط التحكيم ويكون مدرجا في احدى تلك العقود التي تمثل عملية النقل البحري وإما يكون اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري ، عقد مستقل عن عقد النقل البحري و هو ما يسمى بعقد التحكيم (1) أو مشارطة التحكيم كما يطلق عليه في بعض القوانين (القانون المصري...) .

و المتأمل في هذا التعريف نجد أنه يركز على عدة أمور تبرز جوهر اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري : الأول:أنه تراض بين طرفي عقد النقل البحري ،وتلاقي ارادتهما على اتخاذ التحكيم وسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن تلك العلاقة ، أيا كان أساس تلك العلاقة أي سواء كانت مرتبطة بالعقد ، أو سواء كانت واقعة قانونية كالمسؤولية عن العمل الضار(2).

الثاني:أنه يعطي للمحكمن سلطة الفصل في كل أو بعض المنازعات الناشئة بمناسبة عقد النقل البحري و الذي ورد بمناسبته اتفاق التحكيم ، وقد يتعلق النزاع بتفسير أو بتحديد أو بتنفيذ العقد، أو بالتعويض عن تأخر الالتزامات المتولدة عن عقد النقل البحري و الغالب أن تتحدد هذه المسألة في اتفاق التحكيم ، أي تحديدا لموضوع النزاع ، وترتب النظم القانونية جزاء البطلان على خلو اتفاق التحكيم من التحديد الدقيق لموضوع النزاع أو المسألة التحكيمية.

الثالث:أن اتفاق التحكيم قد يكون سابقا على نشوء النزاع بين طرفي عقد النقل البحري و هذا ما نجده في الغالب وهو ما يسمى بشرط التحكيم ، وقد يكون اتفاق التحكيم لاحقا لنشأة النزاع بمناسبة عقد النقل البحري و هو ما يسمى بعقد التحكيم أو مشارطة التحكيم.

(1) أطلق عليه قانون التحكيم الجزائري اسم اتفاق التحكيم وهذا غير منطقي بحيث يتم الخلط بينه و بين اتفاق التحكيم الذي يعني أيضا شرط التحكيم .

(2)د.أحمد عبد الكريم سلامة،المرجع السابق،ص238.

الفرع الرابع : اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري و التقسيمات الكبرى للعقود .

تقسم العقود بصفة عامة من حيث الموضوع و التكوين و الأثر، و موقع اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري من بين هذه التقسيمات كالتالي:

أولا :اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري و تقسيم العقود من حيث الموضوع.

و من هنا نجد أن اتفاق التحكيم عموما قد وضع له المشرع قواعد قانونية خاصة به (قانون التحكيم) مدرجة في قانون الاجراءات المدنية كونه نظام اجرائي يختص بحل المنازعات بين الأفراد .

وما دام أن اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري تنطبق عليه الأحكام العامة بما فيها الأحكام الخاصة التي أشارت إليها بعض التشريعات الوضعية و الاتفاقيات الدولية فيعد اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري من ضمن العقود المسماة(1)، وتسري عليه القواعد الموجودة في قانون التحكيم أو قانون المرافعات للدول بصفة عامة أو ما يسمى في القانون الجزائري بقانون الاجراءات المدنية والادارية .

فاذا لم توجد القاعدة القانونية المراد تطبيقها يرجع الى التنظيم العام للعقود في القانون المدني ، فالتنظيم العام للعقود يكون بمثابة المرجعية و المكمل للتنظيم الخاص ، بخلاف العقود الغير المسماة و التي يطبق عليها التنظيم العام للعقود.

ثانيا:اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري و تقسيم العقود من حيث التكوين .

تنقسم العقود من حيث تكوينها الى عقود رضائية وعقود شكلية و عقود عينية ، و يعرف العقد الرضائي الى كونه العقد الذي يكفي لانعقاده تراضي المتعاقدين أي اقتران الايجاب بالقبول (2).

(1)تقسم العقود من حيث الموضوع الى عقود مسماة و عقود غير مسماة ، فالعقد المسمى هو ما خصه القانون باسم معين و تولى تنظيمه لشيوعه بين الناس في تعاملهم.

والعقد الغير المسمى هو ما لم يخصصه المشرع باسم معين ولم يتولى تنظيمه، كونه أقل شيوعا من العقود المسماة ، و مناط التمييز بين العقد المسمى والغير المسمى هو وجود تنظيم تشريعي خاص من عدم وجوده.

و لمزيد من التفاصيل في هذا الصدد أنظر :عبد الرزاق السنهوري ، الجزء الأول، المرجع السابق،ص167 ، عبد الباسط محمد عبد الواسع الضرسى، المرجع السابق،ص66.

(2)رضائية العقود Le consensualisme هي القاعدة في القانون الحديث بخلاف القانون الروماني فقد كانت الشكلية هي القاعدة ، و العقد الرضائي هو الذي يتم بمجرد التراضي ، بينما العقد الشكلي فيجب لتمامه شكل معين ، والشكل الوحيد اليوم هو الكتابة .

عن : محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الالتزام ، دار المطبوعات الجامعية الجزائر،طبعة 1981، ص 14

و يعرف العقد الشكلي بأنه العقد الذي لا يكفي لانعقاده مجرد التراضي بل لابد من أن يتخذ فيه التعبير عن الإرادة شكلا معيناً يحدده القانون(1) و من ثم إذا ما تم إسقاط هذه التعريفات على اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري نجد أن اتفاق التحكيم كونه عقد رضائي أو شكلي يختلف من نظام قانوني إلى آخر فإذا كان القانون يتطلب الكتابة لانعقاده بحيث تصبح ركن من أركانه فهو عقد شكلي ، أما إذا كان القانون يتطلب الكتابة للاثبات فقط فهو من العقود الرضائية و نجد أن هناك تباين بين التشريعات الوطنية فيما يخص هذا الموضوع . فمن التشريعات المقارنة ما تجعل الكتابة الرسمية شرطاً ضرورياً لانعقاد اتفاق التحكيم مثل إسبانيا و البرتغال (2) و منها ما يكفي بالكتابة فقط دون ذكر شرط الرسمية كالقانون الجزائري و الفرنسي ، أما النظم الأنجلوساكسونية فلم تجعل من الكتابة شرطاً لصحة اتفاق التحكيم و لا حتى وسيلة لاثباته و إنما تركت ذلك للقاضي ولتقديره (3) .

ثالثاً: اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري و تقسيم العقود من حيث الأثر.

تقسم العقود من حيث أثرها إلى عقود ملزمة لجانبين ، و عقود ملزمة لجانب واحد و تنقسم أيضاً إلى عقود معاوضة و عقود تبرع.

فالعقد الملزم لجانبين هو العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين ، أما العقد الملزم لجانب واحد فهو الذي لا ينشئ التزامات إلا في جانب أحد المتعاقدين . وبالتالي فاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري هو من العقود الملزمة لجانبين لأنه ينشأ التزامات تقع على عاتق طرفيه ، فكلاهما يلتزم بعدم طرح النزاع على القضاء و طرحه على هيئة التحكيم ، و ما يميز اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري هو أنه ينشئ التزاماً واحداً يقع على عاتق كل من طرفيه على سبيل التبادل ، وليس التزامات مختلفة بخلاف العقود الأخرى مثل عقد البيع حيث يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع و يلتزم المشتري بدفع الثمن . و بالتالي فأحادية الالتزام هته الواقعة على كل من طرفيه من شأنها أن تلغي الآثار المألوفة لتقابل الالتزامات المترتبة على العقود الملزمة لجانبين ، كالدفع بعدم التنفيذ أو الفسخ لعدم التنفيذ، فإذا رفع أحد الطرفين نزاعه إلى هيئة التحكيم فلا يتصور أن يدفع الطرف الآخر أمام هيئة التحكيم بعدم التنفيذ أو أن يطالب بفسخ اتفاق التحكيم لعدم قيام خصمه بتنفيذ التزامه لأن الالتزام واحد للطرفين .

(1) و قد نصت كافة القوانين المدنية المقارنة على كيفية التعبير عن هته الإرادة .

(2) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضرسى، المرجع السابق، ص 67

(3) سوف يتم التطرق بالتفصيل لموضوع الشكالية لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري في الفصل الثاني من هذا الباب .

و تقسم العقود من حيث أثرها الى عقود معاوضة و عقود تبرع ، فعقد المعاوضة هو العقد الذي يأخذ فيه كل متعاقد مقابلا لما أعطاه ، أما عقد التبرع فهو العقد الذي لا يأخذ فيه المتعاقد مقابلا لما أعطاه و لا يعطي المتعاقد الأخر مقابلا لما أخذه .

و بالتالي يمكن القول أن اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري من عقود المعاوضة لأنه يتضمن منفعة متبادلة لأطرافه تتمثل في رغبتهم من الاستفادة من المزايا العديدة التي يقدمها التحكيم البحري و التي من أهمها سرعة الفصل في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري بواسطة محكمين متخصصين بطبيعة هذا النزاع(1) .

كما يرى بعض الفقه أن اتفاق التحكيم لا يندرج ضمن عقود التبرع ، ولا يعني ذلك أنه من عقود المعاوضة (2) ، كون اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري لا يرد على حق موضوعي يمكن التفاوض عليه أو تقويمه أو التبرع به ، وإنما يعد عمل اجرائي هو منح المحكمين سلطة الفصل في النزاع و الامتناع عن اللجوء الى القضاء .

أما اذا اتفق أطراف نزاع عقد النقل البحري اسقاط جزء من الادعاءات مقابل اسقاط الخصم جزء من ادعاءاته ، كما هو الحال في الاتفاق على الصلح فيأخذ في ذلك معنى المعاوضة .

الفرع الخامس: مضمون اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري.

تقوم عملية التحكيم بصفة عامة على مجموعة من المبادئ و النقاط القانونية و التي يحددها القانون سلفا أو التي يحددها الأطراف في اتفاق التحكيم ، و بالتالي فإرادة أطراف عقد النقل البحري تظهر جليا في تحديد عدة مواضيع عند ابرام اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري و ذلك لتفادي أي شك أو لبس في اختيار التحكيم كوسيلة لحل منازعاتهم.

أولاً: مبدأ الاتفاق على التحكيم في عقد النقل البحري.

كما رأينا سابقا فان اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري هو الاتفاق الذي بواسطته يتم اختيار التحكيم كطريق بديل لحل منازعات عقد النقل البحري ، وكون التحكيم هو استثناء من المبدأ العام ألا و هو اللجوء الى القضاء ، فذلك يقتضي على أطراف النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري أن تعبر

(1) عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، ص 175.

(2) أنظر : د مصطفى جمال و د عكاشة عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة ، مأخوذ عن عبد الباسط محمد عبد الواسع الضرسى ، المرجع السابق ، ص 71.

بشكل صحيح عن رغبتها باللجوء اليه ، فلا يجب الاكتفاء بكلمات عامة لا تقطع الشك برغبة الأطراف في اللجوء الى التحكيم و انما يجب الاتفاق على هذا المبدأ بشكل صريح وواضح لأنه يرتب عليه سحب يد القضاء من هذا النزاع و احواله الى هيئة التحكيم المتفق عليها .

و هو ما يلاحظ في العديد من الصيغ التي ترد بمشارطات الايجار فهي تقول مثلا : "كل النزاعات التي تنشأ عن هذه المشاركة ستحال الى التحكيم" (1) ، فالاتفاق على هذا المبدأ واضح الدلالة ولا يترك أي مجال للشك باللجوء للتحكيم لحل منازعات عملية النقل هته.

كما يوجد صيغ ولكن ليست واضحة الدلالة فان ورد في مشاركة الايجار مثلا : " يحل هذا النزاع بواسطة لجنة التحكيم والعرف و العادة في غرفة تجارة بغداد " ، فهذه الصيغة لا تكفي للدلالة على اختيار التحكيم كوسيلة لحل النزاع لأنه وفقا لهذه اللجنة يمكن أن يحل هذا النزاع بالتوفيق أو المصالحة (2) هذا ما يسمى باتفاق التحكيم المعتل .

ثانيا : وقت و مكان الاتفاق على التحكيم في عقد النقل البحري.

كما رأينا سابقا فالأصل أن التحكيم هو نظام قضائي اتفريقي ، يتم التراضي عنه من قبل الأطراف الراغبين في تسوية منازعاتهم عن طريقه ، فهم المخاطبون بالقواعد القانونية الواردة في قانون التحكيم ، و التي تمنحهم كل الحق في اتخاذ التحكيم وسيلة لحل منازعاتهم و التي في دراستنا هذه يخص اللجوء الى التحكيم لحل المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري ، و بالتالي أطراف عقد النقل البحري لهم الحرية في أن يختاروا التحكيم كوسيلة بديلة لحل منازعاتهم برغبتهم دون أن يساقوا إليه رغما عنهم . و بالتالي فالأطراف وحدهم يحددون وقت اللجوء الى التحكيم إما لحظة ابرام عقد النقل البحري و بدأ التعامل بينهم عن طريق النص في عقدهم على شرط التحكيم و إما يختارون اللجوء الى التحكيم بعد نشأة النزاع بينهم عن طريق مشاركة أو عقد التحكيم . و لقد نصت مختلف نظم و قوانين التحكيم على هاتين الصيغتين و التي سيتم التطرق اليهما لاحقا أي شرط التحكيم ومشاركة التحكيم.

(1) و صيغتها باللغة الانجليزية كالتالي :

« All DISPUTE ARISING OUT OF THIS CHARTER PARTY SHALL BE REFERRD TO ARBITRA »

(2) علي طاهر البياتي، المرجع السابق، ص110.

فالتشريعات و لوائح هيئات التحكيم تأخذ من ذلك المعيار الزمني " criteria temporis " أي القائم على لحظة و وقت الاتفاق على التحكيم بالنسبة لوقت نشوء النزاع ، للترفة بين ما يسمى بشرط التحكيم و مشاركة التحكيم(1).

كما يستطيع الأطراف الاتفاق على تحديد المكان الذي سيجري فيه التحكيم و الاتفاق على هذا المكان له آثار مهمة فالتشريعات المختلفة لا تسوي بين الحكم الصادر على أراضيها و ذلك الصادر على أراضي أجنبية فتشدد غالبا في اجراءات تنفيذ هذا الأخير و معيار المكان قد اعتمده أيضا اتفاقية نيويورك لتحديد أجنبية الحكم من وطنيته (2).

ثالثا: الصياغة و أثرها على المفهوم .

اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري هو تراضي أطراف عقد النقل البحري الى اللجوء الى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات الناشئة عن هذا العقد ، أو التي يمكن أن تنشأ عنه بحكم ملزم لهم بدلا من قضاء الدولة . و بالتالي يجب أن يصاغ اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري سواء كان شرطا أو مشاركة بشكل سليم و واضح، غير أن الواقع العملي أظهر أن اتفاقات التحكيم في عقد النقل البحري تصاغ بنحو رديء و غامض ، الى درجة استحالة اعمال اتفاق التحكيم (3)، و يعود ذلك الى عدة عوامل :

— تماون أطراف عقود النقل البحري في اختيار من يقوم بصياغة هذه العقود و اتفاقات التحكيم، فغالبا ما يقوم بأشخاص غير مؤهلين، والذين لا يدركون المعاني الخفية و البعد القانوني الكامن وراء هذا لفظ أو تلك العبارة.

— عقود النقل الدولي هي عقود معقدة و متشابكة ، تتداخل فيها جوانب اقتصادية و قانونية و تقنية و مالية ، و يجب أن يشارك المتخصصين في المجال البحري في كل هته الجوانب ، و كما هو موجود في أوروبا أصبح المتخصصون في الجانب القانوني هم أصحاب الريادة في المجال البحري و حل مشاكله(4).

(1) احمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي، المرجع السابق، ص246

(2) المادة 1 من اتفاقية نيويورك لعام 1958 الخاصة بالاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية .

(3) احمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ذكره، ص266.

(4) Bruce Harris, op cit, p 04.

و من هنا تظهر أهمية الحيططة والحذر في تحرير عقود النقل البحري والانتباه الى صياغة اتفاقات التحكيم فيها و قد أدت الصياغات المختلفة لاتفاقات التحكيم الى ظهور أنواع منها :

أ_اتفاق التحكيم المعتل : « la convention d'arbitrage pathologique »

قد تم اعتماد تسمية اتفاقات التحكيم بالمعتلة لاتفاقات التحكيم وعلى وجه الخصوص _ شروط التحكيم _ تلك الاتفاقات على التحكيم التي تقوم باحداث اضطراب للسير العادي للعملية التحكيمية (1). فاعتلال شروط التحكيم ظاهرة موجودة منذ القدم (2)، و من الأمور الشائعة في صياغة اتفاقات التحكيم ورودها مضطربة وغامضة ، بل ومتناقضة أحيانا ، لا يتفق مضمونها مع حقيقة الألفاظ و العبارات المستخدمة في الصياغة ومع ما يرغب فيه الأطراف ، كما يظهر الاعتلال أيضا في عدم تحديد الجهة التي تتولى التحكيم أو حتى عدم الوضوح في مبدأ اللجوء الى التحكيم(3).

كما يكون اتفاق التحكيم معتلا اذا تم تعيين هيئة تحكيم ترفض هذه المهمة أو تعين محكم قد توفي قبل نشوب النزاع ، كما يكون اتفاق التحكيم معتلا اذا تم تعيين هيئة تحكيم غير موجودة أو غير معينة تعينا كافيا (4). و تكثر هته الأخطاء في المجال الدولي فمثلا تعيين "غرفة التجارة الدولية في جنيف " و نحن نعلم أن مقرها في باريس ، فقضت غرفة التجارة الدولية في باريس بأن الارادة المشتركة للأطراف كانت تتجه نحو اعطاء الاختصاص بالتحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس مع رغبتهم في عقد الجلسات في جنيف (5) . كما يقع أحيانا أن ينص الأطراف اتفاق التحكيم على اسم خاطئ لمركز تحكيم معين(6) ، وبالتالي تتجه الممارسة العملية في أغلب الأحيان الى انقاذ أكبر عدد ممكن مما يعرف باتفاقات التحكيم المعتلة

(1)Fouchard,Gallaird ,Goldman,op cit ,283

(2)Emmanuel JOLIVET ,la clause compromissoire pathologique,les cahiers de l'arbitrage,2010-1 ,p81

(3) د.احمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي،المرجع السابق ،ص268.

(4)مثال : " يمكن للأطراف أن يلجؤوا الى التحكيم "

Exp : « les parties peuvent recourir à l'arbitrage ... »

(5) V. par ex .à propos de termes « chambre de commerce internationale siégeant à Genève » la sentnce CCI n° 3460 (1980)

(6) ففي قضية عرضت علي غرفة التجارة الدولية بباريس ورد النص في اتفاق التحكيم على أن النزاع بين الاطراف يتم تسويته عن طريق " الغرفة الرسمية للتجارة بباريس و لما كان لا يوجد في فرنسا غرفة تجارية رسمية ، بل غرفة التجارة الدولية الشهيرة ،فقد فسر القضاء الفرنسي النص على أنه يقصد تلك الأخيرة .راجع : Trib.gr inst .paris .13 décembre 1988.Rev.arb.1990,p521.

حتى أن القضاء أخذ بهذا الاتجاه و هذا ما أظهرته العديد من أحكام مجلس استئناف باريس(1).

ب_ اتفاق التحكيم الأبيض: **clause d'arbitrage blanche**

يعد اتفاق التحكيم الأبيض نوعا من اتفاقات التحكيم البسيطة ، التي لا تحتوي الا على مبدأ اللجوء للتحكيم فقط ، دون أي تحديد للمنازعات التي يمكن أن تسوى عن طريقه مستقبلا(2) ، كالمنازعات الناشئة عن تفسير عقد النقل البحري أو تنفيذه ، أو مثلا تحديد حل المنازعات الخاصة بمسؤولية الناقل البحري بواسطة التحكيم أو التحكيم اذا أحل أحد أطراف عقد النقل البحري بالتزاماته التعاقدية . كما يخلو اتفاق التحكيم الأبيض في عقد النقل البحري من تحديد الجهة التي ستتولى النهوض بعملية التحكيم هل هي مركز تحكيم دائم كغرفة التحكيم البحري بباريس(3) أم هي هيئة تحكيم حرة كجمعية المحكمين البحريين بلندن(4) .

كما يخلو اتفاق التحكيم الأبيض من بيان عدد المحكمين أو الجهة التي تتولى تعيينهم (5) ، و يكون اتفاق التحكيم الأبيض عديم الأثر في القانون الداخلي(6) ، حيث تستلزم بعض التشريعات (7) و منها القانون الجزائري أن يحدد شرط التحكيم عدد المحكمين ، أو الطريقة التي يتم بها تحديدهم والا كان الشرط باطلا(8). الا أن الأمر يختلف في المعاملات التجارية الدولية ، فاتفاق التحكيم الأبيض صحيح (9) ولا يمنعه أي نص تشريعي خاص بالتحكيم (10)، و ذلك بتفسير أن اطرافه قد قصدوا تحكيما حرا ، و أنهم سيتفقون عند نشأة النزاع على كيفية تشكيل هيئة التحكيم .

(1)cour de cassation (jére ch .civ.)13mars2007,Rev d'arb 2007 ,N°3

(2)د.احمد عبد الكريم سلامة،قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي،المرجع السابق،ص273.

(3)التحكيم المؤسسي: L'arbitrage constitutionnel par la chambre arbitral de paris

(4)التحكيم الحر: L'arbitrage ad hoc

(5), (6) Fouchard,Gaillard,Goldman,op cit, p286

(7)تنص المادة 1443فقرة 2 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي الجديد:

« sous la meme sanction (la nullité) ,la clause compromissoire doit,soit désigner le ou les arbitres,soit prévoir les modalités de leur désignation »

(8)تنص المادة 1008فقرة 2من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري:

" يجب أن يتضمن شرط التحكيم ، تحت طائلة البطلان ، تعيين المحكم أو المحكمين ، أو تحديد كيفية تعيينهم "

(9) Fouchard,Gaillard,Goldman,op cit, p287

(10) و يؤكد الاجتهاد القضائي بصفة مستمرة بان المادة 1443 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي الجديد لا تنطبق بأي حال من الأحوال على التحكيم التجاري الدولي.

كما نص المشرع الجزائري في المادة 1041 من ق.ا.م.ا.ج في اطار المنازعات التجارية الدولية وفي غياب تعيين المحكمين مع صعوبة تعيينهم و عزلهم أو استبدالهم ،يجوز للطرف المعني بالتعجيل أن يقوم :

- 1_ رفع الأمر الى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم اذا كان التحكيم يجري في الجزائر.
- 2_ رفع الأمر الى رئيس محكمة الجزائر ،اذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الاجراءات المعمول بها في الجزائر(1).

و قد استحدث ق. ا.م.ا.ج الجديد في المادة 1042(2) المتعلقة بحالة عدم تحديد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم فيؤول الاختصاص الى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ابرام العقد أو مكان التنفيذ (3).

و قد قامت بعض الاتفاقيات الدولية بايجاد آليات لتفعيل اتفاق التحكيم الأبيض ، كالاتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام 1961 وذلك بنصها في الفقرة السادسة من المادة الرابعة على أنه اذا لم يتضمن اتفاق التحكيم أية اشارة الى طريقة أو نوع التحكيم (تحكيم مؤسسي أو تحكيم حر) ، يكون للمدعي رخصة اللجوء الى رئيس غرفة التجارة المختصة في بلد المدعى عليه ، أو الى اللجنة الخاصة المشار اليها في الفقرة الرابعة من ذات المادة و ذلك من أجل تعيين المحكمين ، وتعيين مكان التحكيم ، كما يكون للغرفة و اللجنة المشار اليهما إحالة الأطراف الى مؤسسة تحكيم منتظمة أو جعل التحكيم حرا (4).

ج_ اتفاقات التحكيم المتراكبة *les clauses d'arbitrages combinées*

قد تصل سوء صياغة اتفاق التحكيم على أن يترآكب ذلك الاتفاق مع الاتفاق بين الأطراف على جعل الاختصاص لقضاء دولة معينة ، بحيث يتم النص في عبارة واحدة على اختصاص التحكيم و قضاء الدولة كلاهما بتسوية النزاع .و يأخذ هذا التراكب عدة صور:

(1)تنص المادة 1041 من ق.ا.م.ا.ج: " يمكن للأطراف ، مباشرة أو بالرجوع الى نظام التحكيم ،تعيين المحكم أو تحديد شروط تعيينهم و شروط عزلهم أو استبدالهم

في غياب التعيين ،و في حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم ،يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يأتي :

1_ رفع الأمر الى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم اذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

2_ رفع الامر الى رئيس محكمة الجزائر ،اذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الاجراءات المعمول بها في الجزائر."

(2)تنص المادة 1042 من ق.ا.م.ا.ج:" اذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم ،يؤول الاختصاص الى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ابرام العقد أو مكان التنفيذ".

(3)د.بريارة عبد الرحمن ، شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري، طبعة أولى ،سنة2009، منشورات بغدادي ،ص 552.

(4) د.احمد عبد الكريم سلامة،قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي،المرجع السابق ،ص 274.

-الصورة الأولى :تعارض شرط التحكيم مع شرط اختصاص الدولة(1) أي أن العقد ينص على حل منازعاته بواسطة التحكيم و القضاء معا (2). و هذا التعارض لا يفسر الا بأحد الأمرين ، إما عدم خبرة المستشار القانوني الذي حرر ذلك العقد و عدم ادراكه حقيقة ومضمون كل من شرط التحكيم و شرط الاختصاص القضائي لصالح المحاكم الوطنية و أن وجود أحدهما يغني عن الآخر، و إما وجود نية تعطيل شرط التحكيم(3). و في كل الأحوال قد سار القضاء المقارن على عقد الاختصاص للتحكيم أولاً، فاذا فشل هذا الأخير في مهمته ، أو تعرقلت اجراءاته بحال النزاع الى قضاء الدولة (4). أو أن التحكيم هو القضاء المختص بالنزاع الرئيسي و لا يرجع الى قضاء الدولة الا للبت في المسائل الفرعية التي يمكن أن تساعد التحكيم على أداء مهمته كالأمر بحضور شاهد ، أو اجراء وقي أو تحفظي ، أو التدخل في النهاية لتنفيذ حكم التحكيم بعد صدوره .

- الصورة الثانية : في حالة ما اذا أقر الأطراف لهيئة التحكيم الفصل في المنازعات مع اعطاء الحق للأطراف الطعن بالاستئناف في الحكم التحكيمي أمام القضاء ، فقد صدر حديثا عن مجلس القضاء بباريس (5) أنه في المجال الدولي شروط التحكيم التي تعطي حق الاستئناف أمام الهيئات القضائية هي شروط باطلة و ذلك لاستقلالية كل من نظام التحكيم عن نظام القضاء (6).

-الصورة الثالثة : هي تجاوز شرط التحكيم مع شرط الاختصاص القضائي « Juxtaposition » (7) أي ترك الخيار بين طريق التحكيم و طريق القضاء الوطني ، في هذه الحالة يثار السؤال أي الشرطين يجب اعماله ؟ قد يمكن القول أن قضاء الدولة هو الأصل، و قضاء التحكيم هو الاستثناء. وقد يمكن القول أنه بالنسبة لعقود التجارة الدولية على الأقل يجب اهمال شرط الاختصاص لقضاء الدولة و تكون الأولوية لقضاء التحكيم و ذلك خدمة لمصالح التجارة الدولية و الابتعاد عن تعقيدات القضاء الوطني(8).

(1) كأن يرد ضمن نص أو بند واحد في عقد دولي معين ما يلي : "اتفق الطرفان على أن تتم تسوية المنازعات الناشئة عن تفسير أو تنفيذ هذا العقد بطريق التحكيم وفق القواعد و الاجراءات المعمول بها لدى مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، كما تختص المحاكم المصرية بنظر النزاع".

(2) Fouchard, Gaillard, Goldman, op cit, p289

(3) د.احمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي، المرجع السابق، ص 276.

(4) و قد تم تفضيل شرط التحكيم على شرط الاختصاص القضائي بالاستناد الى ان شرط التحكيم خاص و شرط الاختصاص القضائي شرط عام و الخاص يقيد العام و يتقدم عليه عند التعارض ، كما ان التحكيم هو القضاء المفضل في نطاق العقود الدولية .

(5) paris ,27oct 1994, Rev. arb. 1995;263 ;note p .level. sur l'ensemble de la question , v infra, n° 1595

(6) Fouchard, Gaillard, Goldman, op cit, p289

(7) تكون الصياغة مثلا : " عند حدوث نزاع بين الطرفين حول تفسير أو تطبيق هذا العقد يكون الاختصاص بالفصل فيه لهيئة التحكيم أو لمحكمة وهران الابتدائية " .

(8) د.احمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ذكره ، ص 289.

رابعاً: الاتفاق على نطاق سريان اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري .

يحق لأطراف عقد النقل البحري وضع الحدود التي يسري عليها اتفاق التحكيم المنصوص عليه في عقد النقل البحري و لكنها لا تستطيع توسيع نطاق سريان هذا العقد ليشمل النزاعات التي لا يجوز فيها الصلح و لكن يجوز لهم التذيق في النزاعات التي يشملها الاتفاق (1).
و تحديد نطاق الاتفاق على التحكيم في عقد النقل البحري قد يكون مثلاً على أساس مكاني كأن يقتصر سريان الاتفاق على النزاعات التي تنشأ في بلد معين و مثال هذه الصيغة التي وردت في مشاركة القمح الأسترالية في عام 1990 و التي تسمى اختصاراً (AUST WHEAT 1990) فتحدد هذه المشاركة في صيغتها نطاق اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري بالمنازعات التي تحدث في أستراليا (2).
وقد يتم الاتفاق على التحكيم في عقد النقل البحري على أساس زمني كأن يقصر طرفي عقد النقل البحري سريان العقد على النزاعات التي تنشأ خلال مدة معينة لتحتسب اعتباراً من تاريخ معين تتفق عليه الاطراف و المثال على ذلك الصيغة التي وردت في مشاركة نقل الفحم البولندية 1997 و التي تسمى اختصاراً (polcoal voy) و التي تنص أنه اذا تنازع أطراف عقد النقل البحري بشأن حق ناتج عن مشاركة الايجار هذه يجب أن يقدم كتابياً خلال سنتين ، و اذا كان الحق المتنازع عليه ناتج عن حق ناشئ عن سند الشحن فيجب أن يقدم الادعاء خلال سنة واحدة و تحتسب هذه المدة ابتداءً من انتهاء عملية التفريغ (3).
ان مثل هذه الاتفاقات صحيحة ولا يجوز التحكيم من قبل هيئة التحكيم على نزاعات عقد النقل البحري والتي قررت أطراف هذا العقد باستبعادها .

خامساً: اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري و الاجراءات المتبعة من طرف هيئة التحكيم .

يتم تحديد الاجراءات الواجب اتباعها في الخصومة التحكيمية أساساً من قبل الأطراف أنفسهم ، وفي غياب ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الاجراءات ، و تضبط الاجراءات في صلب اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري مباشرة أو استناداً الى نظام تحكيم معين (4) .

(1) د.علي الطاهر البيتاني، المرجع السابق، ص 110.

(2) و تنص هذه الصيغة بالانجليزية :

« Any dispute arising under this charter party from vents occur in Australia »

(3) و الصيغة تقول بالانجليزية :

« settlement of claims , any claim under this charter party of any bill of lading is sued there under shall be notified in writing , claims under the charter party shall be referred to arbitration within two years and claims under any bill of lading within one year of completion of discharge »

(4) د.بربارة عبد الرحمن ، المرجع السابق، ص 554.

كما يمكن أن يتضمن اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري ، الاحالة الى اجراء معين بحيث يتم اخضاع الاجراءات الواجب اتباعها الى قانون الاجراءات الذي يحدده أطراف عقد النقل البحري في اتفاق التحكيم أي أن يختاروا الاجراءات المتبعة في دولة معينة أو تلك المتبعة في هيئة أو منظمة معينة أو مركز تحكيمي معين أو تضع الأطراف تلك الاجراءات بنفسها و هو النص الصريح للتشريع الفرنسي و المصري والعراقي و الجزائري(1) . و تقر هيئات التحكيم المختلفة مثل هذه الاتفاقات وتعمل على أساسها (2).

فإن لم ينص اتفاق التحكيم على الاجراءات الواجب اتباعها تتولى محكمة التحكيم ضبط الاجراءات مباشرة أو استنادا الى قانون أو نظام تحكيم .

كما يمكن للأطراف أن يصطنعوا لأنفسهم الاجراءات الواجب اتباعها في الخصومة شريطة أن لا تتعارض مع النظام العام الدولي.

سادسا : تحديد اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

قد يتفق أطراف اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري على اختيار قانون معين ليتم تطبيقه على موضوع النزاع، و في حالة عدم اتفاق الطرفين على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع تتصدى هيئة التحكيم البحري لتحديد القانون الذي سيطبق على موضوع النزاع(3)، طبقا لما تراه مناسبا للفصل في موضوع النزاع . الا أن هذه الحرية الموكولة لهيئة التحكيم في هذا الشأن قد قيدت بواسطة معاهدة هامبورج 1978 المتعلقة بالنقل البحري الدولي للبضائع و التي تعد أول نص دولي يتعلق بالتحكيم البحري بوجه خاص وهذا التقييد خاص بالدول الموقعة على هذه الاتفاقية . كما حددت اتفاقية روتردام 2009 للنقل البحري الدولي بأنه ليس على المحكم تطبيق قانون دولة غير منظمة الى هته الاتفاقية (4).

(1) المادة 265 عراقي، و المادة 25 مصري، و المادة 1494 فرنسي ، و تنص المادة 1043 من القانون الجزائري على :

"يمكن أن تضبط اتفاقية التحكيم ، الاجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا الى نظام تحكيم ، كما يمكن اخضاع هذه الاجراءات الى قانون الاجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم

اذا لم تنص الاتفاقية على ذلك ، تتولى محكمة التحكيم ضبط الاجراءات عند الحاجة ، مباشرة او استنادا الى قانون أو نظام تحكيم "

(2) المادة 23 فقرة 1 من نظام التحكيم و التوثيق و الخبرة في الغرف التجارية العربية و الأوروبية ، و المادة 10 من نظام التحكيم في محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية .

(3) عاطف محمد الفقي ، التحكيم في المنازعات البحرية ، المرجع السابق ، ص 486.

(4) فأى اتفاق تحكيمي يتفق الأطراف بمقتضاه أن يطبق المحكم قواعد قانون دولة غير منظمة الى اتفاقية روتردام ، أو قواعد العدالة ، يكون اتفاقا باطلا لمخالفته المادة 79 من المعاهدة بطريق غير مباشر .

أ) إختيار قانون إرادة الأطراف

غالبا ما تطبق هيئة التحكيم على موضوع نزاع عقد النقل البحري القواعد الذي يتفق عليها أطرافه و على ذلك نصت المادة 1050 من ق.ا.م.ا.ج (1) ، و هي تعديل بسيط للمادة 458 مكرر 14 من ق.ا.م.ا.ج ، بأن فصل محكمة التحكيم يتم عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف ، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها مناسبة.

كما نصت المادة 39 فقرة 1 من قانون التحكيم المصري على أنه: "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع، القواعد التي يتفق عليها الطرفان. وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة ، اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على خلاف ذلك " ، و هناك تطابق بين أحكام هذه المادة وما تضمنته المادة 28 فقرة 1 من القانون النموذجي الا أن هناك اختلافا بسيطا في الصياغة (2).

و الجدير بالذكر بأن القانون الجزائري ذكر فقط القواعد القانونية التي على الأطراف الاتفاق عليها و التي تطبق على موضوع النزاع و بالتالي هو يقصد هنا اختيار قواعد موضوعية محددة خلافا لنظيره المصري الذي فرق عند تحديده للقانون الذي يطبق على موضوع النزاع بين كل من القواعد التي يتفق عليها الطرفان و الاتفاق على تطبيق قانون دولة معينة من جهة أخرى .

فبالنسبة للحالة الأولى الخاصة بالقواعد التي يتفق عليها الطرفان و التي نص عليها كل من القانون الجزائري والمصري فمن المتصور أن يضع الأطراف تنظيما خاصا و قواعد مختارة و محددة لمواجهة ما قد ينشأ من منازعات بينهم و ما يلائمها من حلول لا توجد عادة في قانون معين . أو قد يلجأ الأطراف الى المزج بين عدة مصادر بحيث يقوموا بإنشاء أو تكوين قانون مستخلص من مجموعة من القواعد و التشريعات التي قد تكون وطنية أو أجنبية مع ادخال العادات و الأعراف(3) المتعلقة بعقد النقل البحري .

أما عن الحالة الثانية حيث نجد إرادة الأطراف قد تتجه الى اختيار تطبيق قانون دولة معينة بحيث يكون

(1) تنص المادة 1050 من ق.ا.م.ا.ج : " تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الاطراف ، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة" .

(2) حيث تنص المادة 28 فقرة 1 من القانون النموذجي على أن: " تحسم محكمة التحكيم الخلاف وفقا لقواعد القانون المختارة بواسطة الأطراف باعتبارها الواجبة التطبيق على موضوع الخلاف ، كل تحديد للقانون أو لنظام قانوني لدولة معينة يعتبر - عدا عدا وجود ايضاح عكسي صريح - بمثابة تحديد مباشر للقواعد القانونية الموضوعية لهذه الدولة و ليس قواعدا المتعلقة بتنازع القوانين " .

(3) محمد عبدالفتاح ترك ، التحكيم البحري ، المرجع السابق ، ص 433.

الفصل في النزاع طبقا لما تضمنه هذا القانون من قواعد موضوعية دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين (1). و بالرغم من أن الأطراف لهم الحرية المطلقة في اختيار القانون الذي يحكم موضوع العلاقة بينهما و ما يثور من شأنه من منازعات ، إلا أن هذه الحرية محدودة في بعض التشريعات بضرورة مراعات القواعد و القوانين الأمرة و التي يجب مراعاتها لعدة اعتبارات سواء من الناحية الاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسية (2). و إيضاحا لذلك نجد أنه في القانون المصري لا يصح ادخال شرط تحكيم في عقد النقل البحري للبضائع يسمح باعفاء المحكمين من التقيد بأحكام القانون المصري (3) ، إلا أنه بعد وقوع النزاع فيمكن ابرام مشاركة تحكيم يتفق أطرافها على تطبيق قانون أجنبي .

الإلا أنه نجد أن القانون الجزائري جاء بحكم آخر في هذا المجال وهو أنه تطبق الأحكام القانونية الخاصة بعقد النقل البحري طبقا للقانون الجزائري اذا لم توجد اشتراطات أخرى لم يتفق عليها صراحة ، كما تسري عند الحاجة الأحكام الخاصة للاتفاقيات الدولية و التي تتناول هذا الميدان والتي انضمت اليها الجزائر و ذلك في النقل البحري الذي يتم بين الموانئ الجزائرية والموانئ الأجنبية ، وهذا ما نصت عليه المادة 747 من القانون البحري الجزائري (4). و بالرجوع الى أحكام المادة 1050 من ق.ا.م.ا.ج السالفة الذكر نجد بأن المشرع الجزائري أعطى للأطراف حرية اللجوء الى نظام التحكيم و اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعاته في مجال عقود النقل البحري .

ب) حرية هيئة التحكيم البحري في اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعات عقد النقل البحري

تتمتع هيئة التحكيم البحري بحرية تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات عقد النقل البحري اذا لم يتم تحديده بواسطة الأطراف صراحة أو ضمنا ، وهي بصدد ممارستها لحريتها ي تحديد القانون الواجب التطبيق قد تطبق قانونا وطنيا و قد تطبق قانونا غير وطني .

-
- (1) إلا اذا عبر أطراف عقد النقل البحري بالزام هيئة التحكيم باختيار القانون الذي تشير اليه قواعد التنازع الواردة في القانون الذي وقع عليهم اختياره . و قد تبنى المشرع الفرنسي هذا الاتجاه أي احترام مبدأ سلطان الإرادة في نصوصه المنظمة للتحكيم التجاري الدولي حيث نصت المادة 1496 مرافعات فرنسي على أن : "يفصل المحكم في النزاع وفقا لقواعد التي يراها مناسبة . و يأخذ بعين الاعتبار الأعراف التجارية في جميع الأحوال "
 - (2) محمد عبد الفتاح ترك ، التحكيم البحري ، المرجع السابق، ص443.
 - (3) حيث تنص المادة 247 من القانون البحري المصري : " في حالة الاتفاق على إحالة الدعاوى الناشئة عن عقد نقل البضائع بالبحر الى التحكيم يلتزم المحكمون بالفصل في النزاع على مقتضى الاحكام المنصوص عليها في هذا القانون بشأن العقد المذكور . و يقع باطلا كل اتفاق يقضي باعفاء المحكمين من التقيد بهذه الأحكام "
 - (4) تنص المادة 443 من ق.ب.ج.ع. على أنه : لا تسري أحكام هذا الباب ، مع التحفظ للاستثناءات المحددة فيما يلي ، إلا في حالة وجد اشتراطات أخرى لم يتفق عليها صراحة ، كما تسري عند الحاجة الاحكام الخاصة للاتفاقيات الدولية و التي تتناول هذا الميدان والتي انضمت اليها الجزائر و ذلك في النقل البحري المتمم بين الموانئ الجزائرية والموانئ الأجنبية.

1- اختيار هيئة التحكيم لقانون وطني ليحكم نزاع عقد النقل البحري

قد ترى هيئة التحكيم وهي بصدد ممارسة حريتها في اختيار القانون الواجب التطبيق على نزاع عقد النقل البحري تطبيق قانون وطني معين ويتم ذلك بطريقتين :

الطريقة الأولى تكون بتطبيق هيئة التحكيم لمنهج تنازع القوانين المقرر في القانون الدولي الخاص وقد نصت على هذه الطريقة الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 في الفقرة الأولى من المادة السابعة والقانون النموذجي 1985 في الفقرة الثانية من المادة 28(1)، و لائحة تحكيم المنظمة الدولية للتحكيم البحري في الفقرة الأولى من المادة 10 ، و لائحة تحكيم اليونسترال 1976 في الفقرة الأولى من المادة 38 وذلك بنصوص متماثلة جميعها تقتضي بأنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع فإنه يجب على هيئة التحكيم تطبيق القانون الذي تحدده قواعد التنازع التي تراها مناسبة لموضوع النزاع . ومن الملاحظ أن أغلب التشريعات الوطنية ومنها القانون الفرنسي المصري والجزائري لم تأخذ بهته الطريقة كما رأينا سابقا . بل أن اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع البحري وفقا لمنهج تنازع القوانين هو طريق مهجور من القضاء التحكيمي بالكلية (2) ، فبدلا من تحديدهم أولا لقاعدة التنازع الواجبة التطبيق يقوم المحكمون البحريون الى اختيار قانون وطني أو الى اختيار القواعد الموضوعية الواجب تطبيقها مباشرة و هذه هي الطريقة الثانية المتبعة ، الا أنهم يلتزمون في ذلك الى مراعاة في اختيارهم المباشر للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ارتباطا هذا القانون المختار و مناسبته لموضوع نزاع عقد النقل البحري المعروف . واذا كان من الملاحظ انحصار اختيار هيئة التحكيم البحري للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع غالبا في تطبيق قانون محل التحكيم ، وأحيانا قانون علم السفينة أو قانون محل تنفيذ العقد (3) ، و لكن المؤشر الغالب استخدامه في القضاء التحكيمي البحري هو إختيار الأطراف لمكان التحكيم الذي يستدل منه تطبيق قانون محل التحكيم على موضوع النزاع .

(1) تنص المادة 2/28 من قانون التحكيم النموذجي على أنه : " اذا لم يعين الطرفان أية قواعد ، وجب على هيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تقرره قواعد تنازع القوانين التي ترى هيئة التحكيم أنها واجبة التطبيق " .

(2) يظهر ذلك اذا ما راجعنا القضاء التحكيمي الصادر عن غرفة التحكيم البحري بباريس و القرارات الصادرة عن الغرفة والمنشورة ملخصاتها في مجلة القانون البحري الفرنسي . و كذا القضاء التحكيمي الصادر عن جمعية المحكمين البحريين بنيويورك . عن عاطف الفقي ، المرجع السابق ، ص490 .

(3) ففي حكم التحكيم رقم 424 الصادر عن هيئة التحكيم التابعة لغرفة التحكيم البحري بباريس في 26-11-1971 حول دعوى تحكيمية متعلقة بمسؤولية ناقل بحري عن التلف و الخسارة الحادثة للشحنة لعدم صلاحية السفينة للملاحة قررت الهيئة أنه لما كان سند الشحن قد صدر في تونس و هي دولة غير موقعة على معاهدة بروكسل 1924 ، فان القانون الفرنسي الصادر في 18-06-1966 المتعلق بعقود النقل و الاجبار البحري هو الواجب التطبيق على تحديد مسؤولية الناقل عن التلف و الهلاك الحادث للشحنة ، بوصفه قانون محل تنفيذ عقد النقل البحري .

فاذا اختار أطراف نزاع عقد النقل البحري عقد تحكيمهم في باريس ، ولم يتفقوا صراحة أو ضمنا على القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، فإن هيئة التحكيم البحري بباريس تستشف من اختيارهم لباريس محلا للتحكيم تطبيق القانون الفرنسي بوصفه قانون محل التحكيم (1)، وذلك اذا اختارت هيئة التحكيم قانون وطني . كذلك إذا اختار أطراف النزاع عقد تحكيمهم في لندن أو نيويورك فإن هذا الإختيار يعد مؤشرا الى رغبتهم في تطبيق القانون الانجليزي أو القانون الأمريكي على موضوع النزاع . إلا أنه تجدر الإشارة الى أن المحكم البحري أو هيئة التحكيم البحري لا تلجأ كثيرا لإختيار قانون وطني ليطبق على موضوع النزاع الا لحكم مسائل محددة واحتياطية(2)، حيث تظهر أحكام التحكيم الصادرة عن غرفة التحكيم البحري بباريس ، وجمعية المحكمين البحريين بنيويورك أن نسبة إختيار المحكمين البحريين لقانون وطني ليحكم موضوع النزاع قد لا تتعدى نسبة الخمسة بالمئة من القواعد القانونية الأخرى التي يتم تطبيقها على موضوع النزاع(3).

2- إختيار هيئة التحكيم لقانون غير وطني يحكم نزاع عقد النقل البحري"القانون البحري الدولي".

بعد أن هجر التحكيم البحري منهج التنازع المقرر في القانون الدولي الخاص عند تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ، فإنه يتجه الآن حتى الى هجران القوانين الوطنية بصفة كلية عند تحديده للقانون الواجب التطبيق متجها الى مجال أكثر مرونة وخصوصية يتمثل في تطبيق قواعد قانونية غير وطنية لا تستمد من هذا القانون أو ذاك ، بل تستمد من التشريعات البحرية الدولية (مثل معاهدة بروكسل معاهدة همبورج للنقل الدولي وأخيرا معاهدة روتردام) ، و شروط العقد محل النزاع (أي الشروط المنصوص عليها في عقود النقل البحري النموذجية) (4) ، و العادات و الأعراف البحرية ، و السوابق التحكيمية البحرية فيما يخص عقد النقل البحري . وبالتالي قد نجح التحكيم في جمع كل هته المصادر الخاصة به لكي يكون قانونا بحريا دوليا « la lex Mercatoria » و ليكون قانون اختصاص المحكم البحري .

(1) Sentence 116 du 24 avril 1974 , D.M .F 1974 P 636 .

و قد أقر هذا الحكم الصادر عن غرفة التحكيم بباريس بتطبيق المرسوم الفرنسي الصادر في 31 ديسمبر 1966 و المتعلق بعقود إيجار السفن و النقل البحري . (2) ففي حكم رقم 626 الصادر عن هيئة التحكيم البحري بباريس في 10 جوان 1986 في نزاع حول عقد نقل بحري دولي ، قررت هيئة التحكيم أنه فيما يتعلق بالقانون المطبق على عملية النقل البحري بسند شحن محل النزاع فإنه ينبغي تطبيق اتفاقية بروكسل 1924 و بروتوكولها المعدل 1978 . على أن يطبق القانون الفرنسي الصادر في 18-10-1966 المتعلق بعقود الإيجار و النقل البحري ، فيما لم يرد بشأنه نص في الاتفاقية المذكورة.

Sentence 626 du 10 juin 1986 . D.M.F 1987 .P173

(3) عاطف محمد الفقي ، التحكيم في المنازعات البحرية ، المرجع السابق ، ص 496.

(4) قد ساعد على ظهور هذا المصدر من مصادر القانون البحري الدولي سيادة العقود النموذجية في مجال التعاملات البحرية المختلفة.

المطلب الثاني: طبيعة اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري وصوره.

من خلال تعريف اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري يمكن استخلاص طبيعته القانونية والتي تجعله مستقلا عن عقد النقل البحري ذلك أن له كل مقومات العقد كما أن له خصائص تجعله يتميز عن العقد العادي ، كما أن اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري يأخذ صور مختلفة ونظرا لخصوصية عقد النقل البحري أوردت الحياة العملية عدة صيغ لاتفاق التحكيم فيه.

الفرع الأول: الطبيعة التعاقدية لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري.

اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري هو تصرف قانوني ارادي ، بل هو عقد حقيقي كسائر العقود المعروفة في القانون المدني (1)، حيث يتوفر له أركان : تراضي ، محل ، سبب (2) على أن التراضي قد لا يكفي وحده لوجود اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري بل يلزم أن يتم افراغه في شكل كتابي على التفصيل الذي سنراه لاحقا.

و يأخذ على اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري بإعتباره تصرفا قانونيا أو عقدا خصائص عدة: _ أنه اتفاق أو عقد رضائي يتم بتطابق ارادتي طرفيه على اخضاع النزاع الذي نشب أو سوف ينشب ، عن عقد النقل البحري على التحكيم .

_ أنه اتفاق ملزم لجانبيين ، فهو يرتب التزاما على عاتق طرفيه و الذين هم أطراف لعقد النقل البحري ، جوهره نزول كل طرف في مواجهة الطرف الأخر عن حق الإلتجاء الى قضاء الدولة والتزامه في نفس الوقت الى اللجوء الى التحكيم لحل نزاعات العقد الأصلي أي عقد النقل البحري.

_ أنه اتفاق ذو طبيعة خاصة ليس كسائر الاتفاقات أو التصرفات القانونية الارادية و التي تنصب عادة على الحقوق و المراكز القانونية للأشخاص ، فموضوعه المباشر هو نزع الإختصاص بالفصل في النزاع من قضاء الدولة و إعطائه للمحكمن، وهذه مسألة اجرائية بالدرجة الأولى ، تجعل القول بأن الطبيعة الإجرائية لا تغيب على هذا الاتفاق بل تعمل جنبا الى جنب مع الطبيعة العقدية له. وبالتالي فرغم أن أغلب لأراء الفقهية تميل الى الطبيعة التعاقدية لاتفاق التحكيم ، نجد جانبا هاما من الفقه يرى بأن له طبيعة خاصة ومستقلة عن أي اتفاق قانوني آخر(3).

(1)د.أحمد عبد الكريم سلامة،المرجع السابق،ص242.

(2)بمحاو بعض الفقه المعاصر نفي صفة العقد عن اتفاق التحكيم وهذا غير مقبول علميا لأن هذا الفريق من الفقه خلط بين اتفاق التحكيم وهو اختيار التحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاع وبين عقد التحكيم الذي يكون بهذا المفهوم قد تم بين الأطراف المتنازعة و هيئة التحكيم من جهة أخرى عن طريق قبولها مهمة التحكيم و عقد التحكيم هنا ليس اتفاقا أصيلا كاتفاق التحكيم بل هو تابع له و مرتبط بوجوده. أحمد صالح بخلوف.

(3) أ.نورالدين بكلي ، المرجع السابق،ص272.

الفرع الثاني: صور اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري.

يأخذ اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري صورتين، صورة شرط التحكيم وصورة عقد التحكيم (مشاركة التحكيم). و قد حسمت أغلب الاتفاقيات الدولية و التشريعات الوطنية مسألة تحديد صور اتفاق التحكيم (1).

أولاً: شرط التحكيم.

و هو الشرط المنصوص عليه في عقد النقل البحري ، وينص على أن أي نزاع يمكن أن يثور بسبب هذا العقد يتم الفصل فيه عن طريق التحكيم. و تبين الدراسات بأن شرط التحكيم يعد أهم مصدر من مصادر التحكيم التجاري الدولي كما تساهم اتفاقات التحكيم و المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع في تدوين قواعد الأعمال لأن معظم العقود الدولية تتضمن شرطاً للتحكيم (2) بما فيها عقود النقل البحرية الدولية. قد يقتصر مضمون شرط التحكيم في عقد النقل البحري -وفي هته الحالة يكون ضمن بنود مشاركة الايجار على اتجاه نية الأطراف الى الأخذ بنظام التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري دون أي تفصيل يؤدي الى تطبيق هذا النص ، ويسمى هذا بشرط التحكيم الفارغ(3). كما قد يشمل مضمون شرط التحكيم تنظيم كل جوانب التحكيم من تشكيل المحكمة ،اختيار هيئة التحكيم تحديد موضوع النزاع ، القانون الواجب التطبيق، مكان انعقاد الجلسات ، المواعيد ، الى غاية اصدار القرار التحكيمي في النزاع.

كما قد يكون شرط التحكيم في عقد النقل البحري عاماً أو خاصاً ، فيكون عاماً اذا أحال الى التحكيم كل المنازعات المتعلقة بتفسير العقد أو تنفيذ العقد ، ويكون خاصاً اذا اقتصرت الاحالة على مسألة معينة تخص عقد النقل البحري . كما تثير دراسة شرط التحكيم في عقد النقل البحري اشكالية هامة و هي هل يمتد مجال شرط التحكيم من عقد ينص عليه الى عقد نقل آخر يتضمنه لكن له علاقة بأحد أطراف العقد؟ اختلفت المواقف الفقهية في الاجابة على هذا السؤال و قد قسموا امتداد شرط التحكيم الى نوعين الامتداد العمودي والامتداد الأفقي.

أ_ الامتداد العمودي (l'extension verticale) :

وتعني امتداد شرط التحكيم من عقد النقل البحري الأصلي يحتوي عليه الى عقد نقل تبعية لا يشتمل عليه.

(1) و هذا ما أخذت به أيضا اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية في مادتها الثانية .

و قد نص التشريع الجزائري في المادة 1039 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية لجزائري : "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات المستقبلية والقائمة"

(2) عمر سعد الله ، القانون الدولي للأعمال ، دار هومة ، ص 130 .

(3) نور الدين بكلي ، المرجع السابق، ص 265.

ب_ الامتداد الأفقي (l'extention horisontale):

و يعني مد شرط التحكيم الذي وافقت عليه شركة نقل بحري أو أكثر الى عقود وقعتها شركات نقل بحري أخرى لم تنص على شرط التحكيم ، لكنها تنتمي لنفس مجموعة الشركات أو الشركات الأولى(1).

ج_ شرط التحكيم بالاحالة:

قد أظهرت المعاملات الدولية صورة جديدة تعرف بشرط التحكيم بالاحالة أو شرط التحكيم بالاشارة ، وذلك في حالة العقود التجارية الدولية التي تبرم عن طريق الفاكس أو التلكس و التي لا تتضمن شرط التحكيم حيث عادة ما يتم الاحالة الى وثائق أخرى تلحق بها أو قواعد خاصة معدة سلفا . و بالنسبة للعقود المتداخلة (كعقد النقل البحري ومشاركة الايجار) و التي تهدف لتحقيق غاية واحدة فتمم الاحالة من عقد لا يتضمن شرط التحكيم الى عقد يتضمن هذا الشرط بحيث يقال أن العقد الأول تضمن عقد التحكيم بالاحالة أو بالاشارة (2). و قد اعتبر القضاء الفرنسي اتفاق التحكيم المبرم في اطار القانون الجديد صحيحا ، بالاحالة الى عقد نموذجي و قد نصت المادة 1443 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي على ذلك (3).

كما نصت المادة 03/10 من القانون المصري الجديد على اتفاق التحكيم بالاحالة اذ جاء فيها: " يعتبر اتفاقا على التحكيم كل احالة ترد في العقد الى وثيقة تتضمن شرط التحكيم اذا كانت الاحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد ".
أما عن القانون الجزائري فقد نص لأول مرة على شرط التحكيم بالاحالة في قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجديد فقد نصت المادة 1/1008 منه على: "يثبت شرط التحكيم ، تحت طائلة البطلان ، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند اليها...". و بالتالي فشرط التحكيم يكون بالاحالة عندما يكون موجودا في الشروط العامة ، أو العقد النموذجي ، أو تنظيم معين... أين يحيل العقد الأصلي المبرم بين الأطراف الى وثيقة تتضمن شرط التحكيم و اعتبارها جزء لا يتجزء من العقد (4) .

(1) نور الدين بكلي، المرجع السابق، ص 267.

(2) محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق، ص 472 .

(3) Art 1443 C .P .C « A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale.. »

(4) Laure BERNHEIM –VAN DE CATEELE , Cour d'appel de paris (pole 1-Ch .1) , 17janvier 2012 ,Revue de l'arbitrage2012-N°3 , p 563

ثانيا: عقد التحكيم (مشاركة التحكيم).

عقد التحكيم أو مشاركة التحكيم في عقد النقل البحري هو اتفاق أطراف عقد النقل البحري في عقد مستقل على عرض المنازعات التي نشأت بالفعل (1) بمناسبة علاقتهم التعاقدية ، أي عقد النقل البحري على التحكيم .

و غالبا ما يكون اتفاق التحكيم بمعنى (compromis) أشمل لمحتويات اجراءات التحكيم من شرط التحكيم (2)، لكن شرط التحكيم غالبا ما يرد في مادة واحدة بين شروط العقد الأخرى. و تبدو فائدة المشاركة في عقد النقل البحري في حالة عدم ادراج أطراف العقد " شرط التحكيم " عند ابرام الاتفاق الأصلي (عقد النقل البحري) ، حيث أن مشاركة التحكيم تفترض مبدئيا عدم وجود شرط تحكيم في عقد النقل البحري ثم يقع النزاع بعد ذلك بين طرفي العقد. وقد أقرت معظم التشريعات مشاركة التحكيم (3)، والمعيار المميز للمشاركة هو ابرامها بعد قيام النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري سواء قبل رفع الدعوى أمام القضاء و هو الأمر الغالب أو بعد رفع الدعوى ، حيث يمكن ابرام مشاركة التحكيم في أي حالة تكون عليها اجراءات الدعوى (4) و أمام أي درجة من درجات التقاضي بل و حتى أمام محكمة النقض (المحكمة العليا في القضاء الجزائري). و يجوز ابرام مشاركة التحكيم و لو كانت القضية في المداولة طالما لم يصدر فيها حكم (5).

وتجدر الإشارة أنه لا يصح ابرام المشاركة بالنسبة لنزاع انتهى بالفعل بين أطرافه إما بحكم قضائي حاسم للنزاع أو حتى بحكم تحكيم نهائي ، و قد تضمن القانون شروط هذا الاتفاق حيث نصت المادة 1012 من قانون الاجاءات المدنية و الادارية الجزائري : "...يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم ، تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع ، و أسماء المحكمين ، أو كيفية تعيينهم .." ، و بالتالي رتب البطلان كجزاء على عدم تحديد موضوع النزاع في مشاركة التحكيم .

(1) تقسم المنازعات المعروضة على التحكيم البحري الى منازعات ناشئة عن العقود البحرية و أخرى ناشئة عن الحوادث البحرية ، و بالنسبة للنوع الأول فهي تلك المنازعات التي تنشأ عن عقود النقل البحري بمختلف أشكالها عقود بناء السفن و اصلاحها و عقود التأمين البحري سواء على السفن أو على البضائع ، و عقود البيوع البحرية و كافة ما يتعلق بعمليات النقل البحري.

(2) محمد كولا، المرجع السابق، ص 97.

(3) وقد سمى المشرع الجزائري مشاركة التحكيم في القانون الجديد باتفاق التحكيم في المادة 1011 اذ عرفه بأنه: " اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم "

(4) وقد نص المشرع الجزائري في المادة 1013 من قانون الاجراءات المدنية والادارية على أنه: " يجوز للأطراف الاتفاق على التحكيم ، حتى أثناء سريان الخصومة التحكيمية أمام الجهات القضائية " .

(5) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي ، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى 2005، ص 76.

ثالثا: التفرقة بين شرط التحكيم و عقد التحكيم (مشاركة التحكيم)

على ضوء ما تقدم يمكن أن نفرق بين شرط التحكيم و اتفاق التحكيم بمعنى عقد التحكيم

"compromis" في عقد النقل البحري وفقا للنقاط التالية:

- شرط التحكيم يكون منصوص عليه في عقد النقل البحري فهو احتمالي، فقد يتم العمل به و قد لا يتم العمل به حسب الظروف، و بالتالي تغلب عليه صفة عقد الوعد باللجوء الى التحكيم فهو موقوف على قيام النزاع(1).

- اتفاق التحكيم أو عقد التحكيم أو مشاركة التحكيم (2) و الذي يبرم لحل منازعات عقد النقل البحري بواسطة التحكيم، فهو عقد قائم بذاته حول نزاع نشأ فعلا بمناسبة عقد النقل البحري مما يمكن اعتباره عقدا من العقود المحددة و المسماة.

- شرط التحكيم عقد احتمالي موقوف على قيام النزاع بين أطراف عقد النقل البحري أما عقد التحكيم فهو عقد يخص نزاع قائم بمناسبة عقد النقل البحري، و لذلك غالبا ما يأخذ شكل نظام يحتوي على كل النقاط المتعلقة بالتحكيم منذ بداية الاجراءات حتى صدور الحكم التحكيمي و تنفيذه.

- غالبا ما يكون شرط التحكيم مختصرا، يحيل فقط الى اجراء التحكيم لتسوية منازعات عقد النقل البحري، أما عقد التحكيم فهو نظام كامل يحتوي على كل الاجراءات، فهو يحدد موضوع النزاع و الهيئة التحكيمية و الاجراءات... الخ.

و ما يلاحظ أنه غالبا ما يستخدم مصطلح اتفاق التحكيم للتعبير عن الصورتين السابق ذكرهما(3)،

و يظهر ذلك بوضوح كالتالي:

— في التشريع الفرنسي للتحكيم التجاري الدولي الصادر في 12 ماي 1981 و في كل التعديلات التي

لحقت هذا القانون آخرها تعديل 2011 استخدم المشرع الفرنسي في المادة 1442 منه عبارة اتفاق

التحكيم « la convention d'arbitrage » « بدون أية تفرقة بين شرط التحكيم

« la clause compromissoire » و عقد التحكيم « le compromis » .

(1) محمد كولا، المرجع السابق، ص98.

(2) كل هته المترادفات لها نفس المعنى الا أن التسمية تختلف من تشريع لأخر ففي القانون الجزائري الجديد سميت مشاركة التحكيم باتفاق التحكيم بدلا من عقد التحكيم .

(3) و فد أوردت المادة 02 من القانون النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة عناصر عقد التحكيم أو مشاركة التحكيم على سبيل المثال لا الحصر، حيث يحدد كحد أدنى من التعهد بالتحكيم الذي وفقا له يعرض الخلاف على المحكمين وموضوع النزاع وطريقة تشكيل المحكمة و عدد المحكمين و كذا كل النقاط التي يرى الأطراف ضرورة ابرازها في اتفاق التحكيم مثل القواعد الواجبة التطبيق، و الاجراءات المتبعة، المواعيد الواجبة لاصدار الحكم التحكيمي، اللغة المستعملة... الخ، كما نصت المادة 1012 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري على ضرورة تحديد موضوع النزاع و أسماء المحكمين و كيفية تعيينهم.

- لم يفرق القانون البلجيكي الصادر سنة 1927 في المادة 1677 أيضا بين شرط التحكيم وعقد التحكيم .

- كذلك القانون الدولي الخاص السويسري الجديد الصادر 1987 لم يستبعد هذه التفرقة فقط بل انتقدها و ذلك بأن اتفاق التحكيم صحيح حتى وان تعلق بمنازعة لم تنشأ بعد(1).

- في إنجلترا في قانون التحكيم الانجليزي لسنة 1950 والقانون الجديد لسنة 1996 نجد أن المشرع قد جمع بين الصورتين تحت عنوان واحد هو اتفاق التحكيم « Arbitration Agreement » حيث عرفه بأنه "اتفاق مكتوب على عرض المنازعات الحالية أو المستقبلية على التحكيم" (2) .

_ في الولايات المتحدة الأمريكية و طبقا لقانون التحكيم الفدرالي الأمريكي لسنة 1925 فقد وحد بين صورتين اتفاق التحكيم حيث قرر في المادة 2 من القانون صحة كل من شرط التحكيم المكتوب في أي عقد بحري أو تجاري لعرض المنازعات الناشئة عنه أو بعضها على التحكيم ، وعقد التحكيم أو مشاركة التحكيم المكتوبة بغرض عرض المنازعات الحالية على التحكيم(3).

_ كذلك قانون التحكيم المصري الحالي رقم (27 / 1994) قد وضع كل من شرط التحكيم و مشاركة التحكيم على نفس الدرجة من المساواة (4) .

_ كما أخذ المشرع الجزائري بنفس الحكم فلم يفرق بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم في قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد فقد نصت المادة 1040 منه : "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية..." (5) .

و في نفس السياق حرصت الاتفاقيات الدولية المختلفة على عدم التفرقة القانونية بين كل من شرط التحكيم و عقد التحكيم كالتالي:

_ اتفاقية نيويورك لسنة 1956 بشأن الاعتراف و تنفيذ أحكام المحكمين الدولية فقد نصت في الثانية منها: " على كل دولة موقعة الاعتراف بالاتفاق المكتوب الذي يلزم الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة جواز تسويتها عن طريق التحكيم " .

(1)د.حفيظة حداد ، الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم ،المرجع السابق ، ص17 .

(2) (3) محمد عبد الفتاح ترك ،التحكيم البحري ،المرجع السابق،ص407 .

(4)حيث نصت المادة 10 من القانون على أن "اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على اللجوء الى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت او يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية" .

(5) و قد أطلق المشرع الجزائري اسم اتفاق التحكيم على مشاركة التحكيم .

__ الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 فقد حددت في المادة الأولى فقرة 1 بخصوص نطاق تطبيقها على أنها تطبق على اتفاقات التحكيم التي تبرم لتسوية منازعات نشأت أو ستنشأ ، كما أكدت المادة 1/1 أن اتفاق التحكيم ينصرف إما الى شرط التحكيم السابق على قيام النزاع ، والذي يدرج في العقد الأصلي ، و إما الى اتفاق التحكيم اللاحق لوقوع النزاع الذي يوقعه الأطراف أو الذي يرد في مراسلات أو برقيات أو تلكسات .

__ القانون النموذجي لسنة 1985 قد سوى بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم ، حيث عرف اتفاق التحكيم في المادة 1 / 2 بأنه : " اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا الى التحكيم ، جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة . كما يجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق تحكيم منفصل ...".

و في الأخير يمكن القول بأن التعريف الواسع لاتفاق التحكيم و الذي يشمل كل من شرط التحكيم و مشاركة التحكيم دون التفريق بين هاتين الصورتين و لا سيما في اطار العلاقات الدولية ، تبنته جل التشريعات الحديثة والاتفاقيات الدولية و التي تم التطرق الى بعضها(1) ، و هو يتماشى مع التعريف الفقهي التقليدي لاتفاق التحكيم . إن التفرقة بين هاتين الصورتين من صور اتفاق التحكيم و المعروفة في بعض الأنظمة القانونية ، كالقانون الفرنسي ، هي تفرقة آخذة في الزوال في اطار التحكيم الداخلي في فرنسا(2) ، كما أنها ليست لها أي قيمة تذكر على صعيد التحكيم التجاري الدولي . فتمسك القانون الفرنسي بهذه التفرقة من الناحية الشكلية في اطار التحكيم الداخلي (3) ، مرده أنه في ما مضى في اطار التحكيم الفرنسي كان الاتفاق على التحكيم الذي يأخذ صورة مشاركة التحكيم هو وحده الاتفاق الصحيح المنتج لآثاره أما شرط التحكيم فانه كان لا محل للاعتراف به الا اذا تم التأكيد عليه مرة أخرى ، عند نشأة النزاع على اعتبار أنه مجرد مرحلة تمهيدية سابقة على ابرام مشاركة التحكيم(4) ، الا أنه في اطار العلاقات التجارية الدولية فلا وجود لهته التفرقة لعدم وجود أية فائدة عملية منها.

(1) اتفاقية روتردام للنقل البحري لسنة 2009 لقد أجازت الاتفاق على شرط التحكيم مسبقا بين الأطراف العلاقة البحرية في المدة 75 منها ، كما أجازت المادة 77 من نفس الاتفاقية على الاتفاق على التحكيم بعد نشأة النزاع وهو ما يسمى بمشاركة أو عقد التحكيم و قد اعتمدت على تسميت كل من شرط التحكيم ومشاركة التحكيم باتفاق التحكيم.

(2) نجد أن المشرع الجزائري في قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجديد أيضا يأخذ بجمته التفرقة في اطار التحكيم الداخلي فقط في المادة 1007 بالنسبة لشرط التحكيم و المادة 1011 بالنسبة لاتفاق التحكيم بمعنى المشاركة .

(3) انظر قانون التحكيم الفرنسي لسنة 1981 و الذي يعرف فيه شرط التحكيم في المادة 1442 منه ، كما نجد بأن القانون الجزائري أخذ بهذه التفرقة في اطار التحكيم الداخلي أيضا في ق.م.أ.ج. وقد أطلق على مشاركة التحكيم اسم اتفاق التحكيم .

(4) حفيفة السيد حداد ، الاتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم ، المرجع السابق ، ص 17.

الفرع الثالث: الصيغ الخاصة باتفاق التحكيم في عقد النقل البحري.

غالباً ما تتضمن عقود التجارة الدولية والداخلية اتفاقاً يندرج ضمن بنود هذا العقد يقضي بأحالة النزاعات التي من المحتمل وقوعها من جراء تنفيذ هذه العقود الى التحكيم و هو شرط التحكيم كما سبق وأن رأينا. هذا الشرط الذي كثيراً ما نجده في عقود النقل البحرية والذي يكون إما مدرجا في سند الشحن عن طريق الاحالة كما سنبين لاحقا و إما أن يكون مدرجا في مشاركة الايجار مباشرة ، كما يجب ذكر امكانية اختيار التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي نشأت بالفعل عن عقد النقل البحري بواسطة ابرام عقد التحكيم اذا لم يدرج شرط التحكيم مسبقا في العقد الاصيلي(عقد النقل البحري) ،وهكذا تجمع تسمية اتفاق التحكيم معنى كلا من شرط التحكيم و عقد التحكيم .

أولا : أنماط صيغ التحكيم في سندات الشحن .

وهي إما صيغ تحيل احالة عامة الى اتفاق التحكيم الذي تتضمنه مشاركة الايجار وإما صيغ تحيل احالة خاصة الى اتفاق التحكيم الموجود في مشاركة الايجار، وإما صيغ لا تنص على التحكيم كوسيلة لحل المنازعات الخاصة بعقد النقل البحري.

أ) صيغ تحيل الى شرط التحكيم في مشاركة الايجار احالة عامة .

وهي صيغ لا تشير الى شرط التحكيم صراحة و لكنها تحاول ربط سند الشحن بالشروط العامة الواردة في مشاركة الايجار ، فالمشاركة تحتوي على العديد من الشروط و التي تضبط كل جوانب عملية استئجار السفينة على عكس سند الشحن الذي إن احتوى عددا من الشروط لا يغطي كل عملية النقل لذا أخذ المتعاملون بسند الشحن على تضمينه شروطا عامة تحاول أن تدمج به كل ما تتضمنه المشاركة من الشروط المذكورة (1). و ما يهمنا نحن هو تأثير شروط الاندماج العامة على شرط التحكيم و هل يعتبر كذلك مندمجا بشروط سند الشحن وفقا لهذه الصيغ أم يحتاج الى صيغ خاصة ؟.

لقد تعددت الآراء والوجهات بصدد الإجابة على هذا السؤال والذي سوف نجيب عليه لاحقا وبالتفصيل في صلب موضع بحثنا هذا ، الا أنه للاشارة فقط فهناك بعض الفقه وخاصة الانجليزي فقد استوجب بأن شرط التحكيم لا يكون مندمجا في سند الشحن ان كانت عبارة الاحالة عامة الا اذا كان هذا الشرط يوضح بأنه يغطي النزاعات التي تحدث عن سند الشحن و عن المشاركة(2) .

(1) د. علي طاهر البيتي ، المرجع السابق ، ص 204.

(2) لقد ظهرت نماذج بمته الطريقة نثل ما نجده في صيغة التحكيم ضمن المشاركة الروسية لنقل الخشب لعام 1990 و التي تسمى اختصارا (RUSWOOD) وترجمتها بالعربية تقول : "تحكم هذه المشاركة و تفسر طبقا للقانون الانكليزي وأي نزاع ينشأ عن هذه المشاركة أو أي سند الشحن يجر في ظلها سوف يحال الى التحكيم...".

و يرى البعض أن الاحالة العامة كافية لاندماج شرط التحكيم وفقا للقانون الفرنسي وهذا ما نفهمه من نص التشريع الفرنسي في المادة 1443 التي تنص على أنه تحت طائلة البطلان، يكون اتفاق التحكيم مكتوبا ، إما عن طريق تبادل المستندات كتابيا أو من خلال تبادل وثيقة تتضمن الإشارة اليه .

ب) صيغ تحيل الى اتفاق التحكيم في مشاركة الايجار إحالة خاصة.

هذه الصيغة هي أكثر تحديدا ووضوحا من الصيغة السابقة الذكر ، وهذه الصيغة تنص على اندماج الشروط و البنود الخاصة بالمشاركة بسند الشحن و تنص صراحة على اندماج اتفاق التحكيم الموجود في المشاركة بسند الشحن (1).

ج) صيغ لا تنص على التحكيم كوسيلة لحل المنازعات.

على الرغم من شيوع التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التجارية وانتشار صيغ التحكيم بين سندات الشحن و مشارطات إيجار السفن إلا أن هناك نماذج لسندات الشحن لا تشير للتحكيم كوسيلة لحل منازعاتها وتترك الأمر في ذلك للقضاء ليتولى بولايته العامة حل النزاع . ولكن هذه الصيغ تجابهها في الحياة البحرية مشكلة مهمة تحتاج الى الوقوف عندها ، ألا وهي مشكلة التنازع القضائي و التنازع القانوني (2).

ثانيا: صيغ التحكيم في مشارطات الايجار.

ليس هناك من صيغة واحدة لشرط التحكيم في مشارطات الايجار ، فقد تعددت وتنوعت بشكل كبير لتلقتي ورغبات المتعاملين في ذلك النوع من فروع التجارة بل أن أغلب الصيغ المعدلة للمشارطات التي صدرت حديثا تقترح على الأطراف أكثر من صيغة للتحكيم و ما عليهم سوى اختيار الصيغة المناسبة . فأصبح لكل تجارة اتسمت بالاطراد و الاستقرار و تكرار التعامل مشاركة خاصة بها ، وجعلت بعض المؤسسات الدولية المهتمة بالتجارة الدولية من مهمتها الأساسية اعداد الصيغ النموذجية للمشارطات وكذلك اعداد صيغ التحكيم فيها لكي تحاول ايجاد نوع من التوازن بين حقوق و التزامات كل من طرفي المشاركة (3). ومن أحدث هذه مشارطات الايجار تلك التي أصدرها مؤتمر البلطيق الدولي (بيكمو).

(1) و مثل هذه الصيغة والتي وردت في مشاركة نقل الفحم الأمريكية لعام 1993 التي تسمى اختصارا (AMWELSH93) و ترجمتها بالعربية تقول: "كل النزاعات التي تنشأ عن هذا العقد سوف تحل في نيويورك وفق النسق الاتي و طبقا لقانون الولايات المتحدة....".

(2) مثل هذه والتي تنص على الاختصاص القضائي صدرت عام 1995 ويسمى هذا السند اختصارا (COM BICONBILL) ويضم هذا السند الصيغة التالية وهي بالعربية تقول: "النزاعات التي تنشأ من سند الشحن هذا تحسم من قبل محاكم و قانون المكان الذي يوجد فيه مركز الأعمال الرئيسي للناقل".

(3) د. علي طاهر البيتي ، المرجع السابق ، ص 221.

أ) صيغ التحكيم من حيث نطاق سريان الاتفاق.

تصنف هذه الصيغ من حيث تحديدها لنطاق سريان عقد التحكيم الملحق بالمشاركة و الذي يسمى شرط التحكيم. فهناك صيغ تتسم بالعمومية بحيث أنها تشمل كل المنازعات التي تنشأ بين المؤجر والمستأجر وتتعلق بالمشاركة، وغالبا ما تبدأ هذه الصيغ كالأتي: "كل النزاعات التي تنشأ عن هذه المشاركة..."، كذلك هناك صيغة أخرى: "أي نزاع ينشأ عن هذه المشاركة..."(1).

وقد أخذت اتفاقية عمان بصيغة عامة والتي تدرج ضمن العقود حتى ينعقد الاختصاص للمركز العربي للتحكيم التجاري، فكانت الصيغة: "كل النزاعات الناشئة عن هذا العقد تتم تسويتها من قبل المركز العربي للتحكيم التجاري وفقا للأحكام الواردة في اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري"(2).

ب) صيغ التحكيم باعتبار تعيين المحكم.

هناك طريقة لتعيين المحكم في مشاركات الأيجار وبالتالي يطرح اشكال مدى صلاحية تلك الصيغ مع توافقها مع القانون والبيئة البحرية، وتقسم الصيغ من حيث تعيين المحكم الى مجموعات :

1_ المجموعة الأولى لم تنص على تعيين المحكم و لم تذكر الطريقة التي يتم بها التعيين: فهذه الصيغة أغفلت النص على تعيين المحكم و هو أمر يجعل بعض القوانين جزاءه البطالان ، غير أن هذه الصيغ لا تبطل في ظل قوانين أخرى كالقانون الجزائري المصري والعراقي مثلا ، و كل ما في الأمر أن صلاحية التعيين تنتقل من صاحبها الى المحكمة(3).

2_ المجموعة الثانية و هي التي تحدد القانون و الاجراءات ولكن بصورة غير مباشرة فقد تحدد هذه الصيغ القانون الواجب التطبيق و كذلك الاجراءات بالاحالة الى قواعد جهة من جهات التحكيم ليتم التحديد وفقا لقواعد تلك الجهات .

3_ المجموعة الأخيرة و هي تلك التي يتم النص فيها مباشرة على القانون الواجب التطبيق وكذلك الاجراءات التي سوف تطبق على النزاع ، ومثالنا على ذلك الصيغة التي وردت في مشاركة شركة قطر للأسمدة الكيماوية (4).

(1) و مثل هذه الصيغة والتي وردت في مشاركة أمريكا الجنوبية لبيع الأسمدة لعام 1988 والمسماة اختصارا FERTIVOY وكذلك مشاركة البرصة اليابانية لبيع الفحم (NIPPONCOAL).

(2) المادة 2 الفقرة 2 من اتفاقية عمان .

(3) د. علي طاهر البيتي ، المرجع السابق، ص228.

(4) و المسماة اختصارا (QAFCO CHARTER) وترجمتها بالعربية تقول: "هذه الامشاركة سوف تحكم وتفسر طبقا للقانون الانجليزي و أي نزاع ينشأ من هذه المشاركة أو أي سند الشحن ينشأ في ظلها سوف يحال للتحكيم في لندن . ويعين كل طرف منكما واحدا طبقا لقانوني التحكيم لعام 1950 و 1979 و أية أحكام معدلة و بديلة في هذين القانونين تعتمد اعتبارا من تاريخ نفاذها....".

المبحث الثاني: استقلالية اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري مصدر فعاليته.

هناك مواقف عديدة عن طبيعة شرط التحكيم و أول هذه المواقف ذهب متماشيا مع تسميته و اعتبره من شروط العقد الأصلي فيتأثر وجودا و عدما بوجود العقد الأصلي الذي اندرج فيه كحال باقي الشروط على عكس عقد التحكيم الذي يعتبر عقدا قائما بذاته (1). أما الإتجاه الأخر يذهب الى استقلال هذا الشرط عن العقد الأصلي فلا يؤثر بطلان الأول عليه و كذلك يضيف هؤلاء بأنه قد يكون القانون الواجب التطبيق على هذا الشرط هو غير القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي(2).

إن مبدأ الاستقلالية لاتفاق التحكيم يعطي المحكم سلطة النظر في اختصاصه وهو ما يسمى بالفرنسية "Compétence de la compétence" أو الاختصاص بالاختصاص ومعنى هذا أن المحكم يستمر في اجراءات التحكيم وهو الذي يقرر كونه مختصا بالنظر في الموضوع أم لا(3).

وخلاصة القول فإن مبدأ الاستقلالية له أثران هامان على شرط التحكيم ، أوله هو ما يسمى بمبدأ الفصل *séparabilité* (4) بين اتفاق التحكيم والعقد الأساسي أو الأصلي وهذا ماكرسته محكمة النقض الفرنسية في 7 ماي 1963 في قرار *cosset* ، حيث ذهبت الى أنه في اطار التحكيم التجاري الدولي فإن اتفاق التحكيم سواء تم هذا الإتفاق على نحو منفصل ومستقل عن التصرف القانوني الأصلي أو تم ادراجه فإنه يتمتع دائما بالاستقلالية، يستبعد معه أن يتأثر اتفاق التحكيم بأي بطلان محتمل يلحق بهذا التصرف ، أما الأثر الثاني لمبدأ الاستقلالية و هو أن اتفاق التحكيم مستقل عن كل قانون وطني وقد كرس هذا المبدأ عن طريق محكمة النقض الفرنسية في 20 ديسمبر 1993 في القضية *Dalico* (5) ، و هذا ما سوف نتطرق له في مطلب أول، أما المطلب الثاني فهو عن الآثار المترتبة عن استقلالية اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري و مدى فعالية هذا المبدأ.

(1)د. علي طاهر البيتي ، المرجع السابق ،ص195.

(2) تراري ثاني مصطفى ، استقلالية اتفاق التحكيم كمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري الدولي ، مجلة الدراسات القانونية ، دار القبة للنشر و التوزيع ، ص 10

(3) المادة 812 من قواعد التحكيم للجنة التجارية الدولية تذكر هذا المبدأ أو تعطي للمحكم سلطة اتخاذ القرار حول اختصاصه

المادة 1465 قانون الاجراءات المدني فرنسي تكرر مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

(4) Mostefa Trari tani , droit algérien de l'arbitrage commercial international, op cit , p 37.

(5)cass. 1 _re , 7 mai 1963, jc p 1963 II. 13405

المطلب الأول: استقلال اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري.

يضم استقلال اتفاق التحكيم معنيين: استقلاله عن العقد الأصلي و استقلاله عن كل قانون وطني.

الفرع الأول: استقلال اتفاق التحكيم عن عقد النقل البحري .

إن أول وأقدم معنى للإستقلالية بالنسبة لاتفاق التحكيم هو استقلاله عن العقد الأصلي والذي من أجله تم الاتفاق على التحكيم (1)، و يكون اتفاق التحكيم مستقل عن عقد النقل البحري والمدرج لحل المنازعات الناشئة بمناسبةه. إن مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي تأخذ به أغلب القوانين الوطنية المقارنة و لوائح وأحكام التحكيم البحري.

أولاً: استقلال اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري في فرنسا .

لم يتناول مرسوم 1981/582 الصادر في 12/05/1981 المتعلق باتفاق التحكيم الدولي مسألة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وقد قررت هذا المبدأ أول مرة محكمة النقض الفرنسية في قرار Gosset في 7 ماي 1963 (2)، حيث جاءت نقطة الانطلاق لتقرير قاعدة استقلال اتفاق التحكيم في مجال العلاقات الدولية الخاصة حيث أقرت الدائرة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية الى أنه في اطار التحكيم التجاري الدولي، فإن اتفاق التحكيم سواء تم الاتفاق على نحو منفصل ومستقل عن التصرف القانوني الأصلي أو تم إدراجه به فإنه يتمتع دائماً باستقلال قانوني كامل الا اذا ظهرت ظروف استثنائية يستبعد معه أن يتأثر اتفاق التحكيم بأي بطلان محتمل يلحق بهذا التصرف (3). و من أهم القضايا البحرية التي طبقت من خلالها محكمة النقض الفرنسية مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي نجد قضية Sam-Carle وقضية Galakis . ففي قضية السفينة " San-Carlo " كان هناك شرط التحكيم في سند الشحن طرفه أحد الأشخاص المعنوية العامة وطبقا لشرط التحكيم يتم إحالة كافة المنازعات التي ستنشأ عن عملية النقل البحري بواسطة السفينة المذكورة خلال رحلتها من إثيوبيا الى مرسيليا للتحكيم فيها أمام ثلاثة محكمين في مدينة جوة الإيطالية وفقا للقانون الإيطالي. وقد قام الشخص المعنوي العام بالطعن أمام محكمة النقض الفرنسية ببطلان شرط التحكيم على أساس أن المسألة تتعلق بالأهلية ومن ثم يطبق القانون الفرنسي لتحديد أهلية هذه المنشأة العامة (4)، وقد صدر حكم النقض في 14 أبريل سنة 1964

(1) Ph fouchard. E.Gaiyard, B Goldman, op cit, p 214.

(2) Cass,1-er cir, 7 mais 1963,Gosset, JCP 1963.11.13405.

(3) محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق، ص 444.

(4) حيث كان قانون المرافعات الفرنسي القدم يمنع ادراج شرط التحكيم وابعامه بواسطة الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة (المواد 1004 و 83 من قانون المرافعات الفرنسي القدم).

مقررًا صحة شرط التحكيم الذي تبرمه الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة على أساس أن المنع من التحاكم لا يشكل مشكلة الأهلية في معنى المادة 3 فقرة 3 مدني وأن هذه المسألة تخضع لقانون جنسية الأطراف المتعاقدة، ومن ثم فإن المنع المقرر في المادتين 1004 و 83 من قانون المرافعات الفرنسي القديم لا يشكل عقبة أمام المنشآت العامة وخضوعها كباقي أطراف القانون الخاص لقانون أجنبي يجيز صحة شرط التحكيم عندما يكون العقد دوليًا (1).

أما قضية السفينة "Galakis" فتتعلق بنزاع خاص بعقد مشاركة تم إبرامه في لندن 1940 بين وزارة النقل البحري الفرنسية، ومالك السفينة اليونانية "Galakis" وكان من بين بنود المشاركة شرطًا يقضي بإحالة أي نزاع ينشأ عن هذا العقد للتحكيم في لندن وصدر حكم التحكيم، إلا أن وزارة النقل البحري دفعت بعدم أهليتها للتحاكم وفقًا لأحكام القانون الفرنسي ومن ثم امتنعت عن التحكيم.

وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية في 21 ماي 1966 هذا الدفع مقررًا صحة شرط التحكيم، ومن ثم أقرت بذلك قاعدة موضوعية في القانون الفرنسي تقضي بصحة شرط التحكيم في العقود الدولية المبرمة لحاجات ووفقًا لشروط ومقتضيات التجارة البحرية (2). لذلك يمكن القول أن القضاء الفرنسي قد أخذ بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن عقد النقل البحري (العقد الأصلي).

ثانياً: استقلال اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري في إنجلترا.

لقد تأخر القانون الإنجليزي في قبوله لهذا المبدأ (3)، فقد ساد الاعتقاد أن هناك ارتباط وثيق بين شرط التحكيم "Arbitration clause" وبين العقد الذي يحوي هذا الشرط إما أن يبقيا معاً أو يسقطا معاً، ومن ثم فقد كان من غير الممكن أن ينظر المحكمون في موضوع يتعلق بصلاحيته ونشأته ووجود العقد الرئيسي (4)، مع ما قد سيتبعه ذلك من أثر بالنسبة لاتفاق التحكيم الذي لا يعد منفصلاً عنه، وقد تعرض مجلس اللوردات لهذا الموضوع من خلال قضية "Heyman v, Darwins eta" حيث أن هته السابقة القضائية جأت لتأكيد ارتباط اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي وجوداً وعدماً فإذا تم الادعاء أنه لم يكن هناك عقداً أصلياً قائماً فلن يكون هناك تحكيم من الأصل أما إذا كان هناك عقداً قائماً بالفعل ولكنه تم الإدعاء ببطلانه فإن شرط التحكيم لا يعمل بالتبعية أي أن الشرط يعتبر باطلاً في حد ذاته مثل العقد

(1) cass. Cir, 14 avril 1964, Reu crit Dr inter, pri, 1966, p.66.note Bertiffol.

(2) cass . CIV, 2 mais 1966, Reu, Arb, 1966, p 99.

عن محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، ص 445- ص 446.

(3) Ph fouchard. E.Gaiyard, B Goldman, op cit p 214.

(4) "Stood Together or fell together" .

الأصلي.

والجدير بالذكر أن موضوع اتحاد مصير كل من العقد وشرط التحكيم قد أقر أول مرة عند نظر الدعوى "Jureidini v National British and Irish Millers Insurance co" وذلك عام 1915 إلا أنه ظهر اتجاه حديث وجديد في حكم لمجلس اللوردات البريطاني حيث وردت عبارة في حكم اللورد Diplock تحمل معنى الاعتراف لاتفاق التحكيم بذاتية منفصلة (1)، إلا أن الفقيه "Schmitihoff" وقف موقف وسط بين رأي كل من اللورد "Mac Millan" صاحب القاعدة التقليدية التي تقضي بارتباط العقد الأصلي وشرط التحكيم وجودا وعدما وبين رأي اللورد "Diplock" الذي قال بذاتية اتفاق التحكيم.

حيث قال الفقيه Schmitthoff أنه بالرغم من أن القاعدة التقليدية مازالت قائمة، إلا أنها لا تتمشى مع الاتجاه الحديث في التحكيم المعاصرة، وقد انعكس رأي الفقيه Schmittoff على آراء العديد من الفقهاء حيث عرض للقاضي Steyn مقال تحت عنوان استقلال اتفاق التحكيم "Severability of arbitration clause" حيث عرض القواعد التالية:

1. إذا تبين أن العقد الذي تضمن شرطا التحكيم لم يبرم أصلا، فإن التحكيم لا يكون مستندا الى أي أساس ممكن.
2. إذا كان العقد الأصلي باطلا بطلانا مطلقا بحيث يكون غير قائم قانونا منذ البداية فإن شرط التحكيم يأخذ ذات الحكم.
3. تغيير العقد الأصلي والخلاف حول تفسير ارادة أطرافه أو تصحيح بطلانه النسبي لا يؤثر على وجود صحة اتفاق التحكيم.
4. إذا تم فسخ العقد أو انهاؤه لأي سبب من الأسباب سواء لعدم تنفيذ الأطراف لإلتزاماتهم أو لصيرورة ذلك مستحيلا، فإن ذلك لا يؤثر على وجود واستمرار اتفاق التحكيم (2).

(1) حيث قال اللورد Diplock :

"Such a contract is of ten to be found as an arbitration clause in a commercial-industrial or other type of contract where so found, it is in strict analysis a separate contract, ancillary to the main contract".

عن محمد عبد الفتاح ترك، ص 450.

(2) وقد حدث بعد ذلك تطور للقاعدتين (2) و (3) للتوسع في مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم والملاحظ أن المبادئ التي وضعها القاضي "Steyn" وكذا محكمة الإستئناف في قضية Harbour v kanso قد أخذت الصيغة القانونية والقوة التشريعية عن طريق القسم السابع من قانون التحكيم لسنة 1996.

وهكذا نجد أن القضاء في إنجلترا أخذ بمبدأ الفصل بين شرط التحكيم وبين العقد الذي ذكر فيه هذا الشرط، وأنه في حالة عدم وجود أي اتفاق آخر بين الأطراف فإن اتفاق التحكيم سواء تم كتابة أو غير ذلك، يعتبر منفصلا عن العقد الأصلي فإذا ما حكم بأن العقد الأصلي غير صالح "invalid" أو غير موجود أصلا "non existant" أو غير مؤثر أو غير فعال "ineffectif"، فإنه بالرغم من ذلك فإن شرط التحكيم يبقى ساري المفعول ويعمل به (1).

ومن أهم القضايا البحرية في هذا الصدد: الدعوى المقامة بين H.L. Bremer vulkan v. south india shipping .

حيث أبرم عقد بين مالك ألماني الجنسية "Bremer vulkan" وشركة ألبانية لبناء السفن "South India Corporation"، وذلك من أجل بناء خمس سفن تجارية.

إلا أنه قام نزاع بين الطرفين لعدم قيام شركة البناء بمراجعة شروط البناء حسب ما جاء في العقد المبرم بين الطرفين فقام المالك بطلب التعويض، فطعنت الشركة ودفعت بتقادم الدعوى لرفعها بعد فوات المدة المحددة لذلك. وقد جاء في تقرير اللورد "Diplock" "إن شرط التحكيم يشكل عقدا مستقلا بذاته، ويقف جنبا إلى جنب مع عقد بناء السفينة ذاته، وبالرغم من حدوث اخفاق من قبل الأطراف في تنفيذ الإلتزامات الناشئة عن العقد إلا أن شرط التحكيم يبقى للفصل في هذه المسائل.

هناك دعوى أخرى تعرف باسم دعوى السفينة Hannok حيث كان النزاع يتعلق بعقد بيع السفينة المذكورة، وقد تم الدفع بطلان شرط التحكيم وكذلك بطلان الحكم الصادر بناء عليه للتأخير في رفع الدعوى.

فقد جاء حكم القاضي اللورد Diplock حيث فرق بين ما يعرف بالإلتزامات الأساسية التي تقع على عاتق الأطراف، وكذلك الإلتزامات القانونية التابعة للإلتزامات الأساسية.

وأن يترتب على خرق العقد انقضاء التزمات الأطراف الأساسية، إلا أن ذلك لا يترتب عليه انقضاء الإلتزامات التابعة القانونية والتي منها شرط التحكيم، ومن ثم يبقى شرط التحكيم صالحا وفعالا ويستخدم لتحديد المخالفات وتقدير تعويض الإلتزام (2).

(1) قانون التحكيم الإنجليزي لسنة 1996 الفصل السابع .

(2) Lolyd's Rep, 1983 vol IP 103

عن محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق، ص 453.

ثالثا: استقلال اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري في الولايات المتحدة الأمريكية.

لقد تأخر النظام القضائي الأنجلوساكسوني في قبول هذا المبدأ تحت اسم "severability" في القانون الأمريكي، و اسم "separability" في القانون الإنجليزي (1).

إن ما يتسم به النظام الأنجلوأمريكي هو اطلاق الحرية للأطراف لاختيار التحكيم دون التقييد بضرورة تعيين أفراد المحكمين سلفا، هذا بالإضافة إلى وجود رقابة قضائية مستمرة يخضع لها التحكيم بحيث تتيح لأحد الطرفين اللجوء الى التحكيم على النحو الذي يحدده القضاء (2). وقد استقر مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي في القضاء الأمريكي عندما قررت المحكمة العليا الفيدرالية تبني مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم وذلك في دعوى "primat paint" عام 1967 (3).

رابعا: استقلال اتفاق التحكيم البحري في مصر.

لقد نص قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 صراحة على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي من خلال نص المادة الثالثة والعشرين والتي تنص على أنه: " يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو انقائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه اذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته" (4).

خامسا: استقلال اتفاق التحكيم البحري في الجزائر.

لقد تبني المشرع الجزائري مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في المرسوم التشريعي 09/93 في المادة 458 مكرر 1 فقرة 4 : " لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح " ، متأثر بذلك بالقانون السويسري في المادة 178 فقرة 3 (5). و أكد هذا المبدأ في قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد في المادة 1040 الفقرة 4 أنه لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي.

و بالتالي فإنه لا يمكن الطعن بعدم صحة اتفاق التحكيم لعدم صحة عقد النقل البحري في القانون الجزائري.

(1) Mostefa Trari tani , droit algérien de l'arbitrage commercial international, op cit , p42.

(2) محمد عبد الفتاح ترك ، التحكيم البحري ، المرجع السابق ، ص 404.

(3) حيث أقرت المحكمة الفيدرالية العليا، "ان شروط التحكيم الخاضعة لقانون التحكيم الفيدرالي مستقلة عن العقد الذي يحتويها والتي هي جزء منه طالما أن شرط التحكيم لم يتنازع فيه وبالتالي فان شرط التحكيم الواسع سيخضع للتحكيم المسائل المتعلقة ببطلان العقد الأصلي. "

(4) حفيظة حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ، المرجع السابق، ص 30 .

(5) عليوش قريوع، المرجع السابق، ص 36 .

Mostefa trari tari , droit algérien de l'arbitrage commercial international, op cit , p 42

سادسا: استقلال اتفاق التحكيم في لوائح وأحكام التحكيم البحري.

ان مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي قد حظي بتأييد لوائح وأحكام التحكيم البحري كما كان الحال بالنسبة للقوانين الوطنية والمعاهدات الدولية.

أ- غرفة التحكيم البحري بباريس.

لقد نصت المادة العاشرة من لائحة التحكيم لهذه الغرفة على أن : " المحكم أو المحكمون ما هم الا قضاة يملكون البث في اختصاص غرفة التحكيم البحري، وصحة هذا الاختصاص، كما أنهم على وجه الخصوص أهل للفصل حول وجود وصحة اتفاق التحكيم أو العقد الأصلي الذي يشمله عند الاقتضاء، وأيضا حول نطاق اختصاصهم " (1).

وما يلاحظ أن هناك العديد من الأحكام التي صدرت عن هذه الغرفة استخدمت حقها المخول لها بواسطة لائحة الغرفة في تقرير مبدأ استقلال شرط التحكيم عن عقد النقل البحري وعدم ارتباط مصيره بمصير العقد الأصلي من حيث تعرضها للفصل حول عدم وجود عقد النقل البحري أو بطلانه أو فسخه (2).

ب- المنظمة الدولية للتحكيم البحري.

حيث تنص المادة 5 فقرة 2 من لائحة تحكيم المنظمة الدولية للتحكيم البحري على أنه : " ما لم يشترط العكس، فان الادعاء ببطلان أو عدم وجود العقد الأصلي لا يؤثر على اختصاص المحكم والذي يستمد من صحة اتفاق التحكيم، ويبقى المحكم فيختص أيضا في حالة عدم وجود أو بطلان العقد الأصلي لتحديد حقوق الأطراف والفصل في طلباتهم " (3).

و بالتالي فإن عدم صحة عقد النقل البحري لا يؤدي الى بطلان اتفاق التحكيم استنادا لهته اللائحة.

(1)Article x: Investiture des arbitres. "Le ou les arbitre(s) sont juge(s) de la compétence de la chambre arbitrale maritime et de la validité de saisine, ils ont notamment qualité pour se prononcer sur l'existence ou la pénalité de la convention d'arbitrage ou du contrat dans lequel celle-ci est éventuellement incluse, ainsi que sur les limites de leur investiture "

(2)Sentence 641 du 20 novembre 1986 DMF 1987. P 461.

Sentence 712 du 30 novembre 1988 DMF 1989, p265.

Sentence 720 du 20 janvier 1989 DMF 1989, p 480.

Sentence 739 du 15 janvier 1989 DMF 1989, p 732.

Sentence 795 du 19 décembre 1990 DMF 1991, p 542

Sentence 758 du 12 décembre 1989 DMF 1990, p 837.

Sentence 787 du 18 octobre 1990 DMF 1991, p 269.

عن :محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري.ص 457.

(3) المادة 5 لائحة تحكيم المنظمة الدولية للتحكيم البحري.

ج- لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية . اليونسترال . 1976.

حيث تنص المادة 21 فقرة 2 من لائحة التحكيم اليونسترال 1976 على أن " يكون لمحكمة التحكيم سلطة الفصل في وجود أو صحة العقد الذي يشكل شرط التحكيم جزءا منه " (1) .
و هذا يعني أن هذه اللائحة تزود المحكم بسلطة الفصل حول وجود أو صحة عقد النقل البحري وذلك باستقلال شرط التحكيم عنه، وبالتالي تعطي المحكم سلطة الاستمرار في نظر النزاع حتى لو ثبت عدم وجود أو بطلان عقد النقل البحري.

هكذا يمكن القول أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن عقد النقل البحري يعد من المبادئ المستقرة حاليا سواء في اطار القوانين الوضعية أو المعاهدات الدولية ولوائح التحكيم وأساس هذه الاستقلالية هو اختلاف موضوع كل من عقد النقل البحري والاتفاق على التحكيم، حيث نجد أن الاتفاق على التحكيم ليس مجرد شرط وارد في هذا العقد، بل هو عقد ثاني من طبيعة مختلفة وإن كان مندجما من الناحية المادية في عقد النقل البحري . الا أن موضوع الاستقلالية كان محلا للجدل بين أنصار استقلالية اتفاق التحكيم عن هذا العقد الأصلي والمنادين بعدم الاستقلالية والجدير بالذكر أن تقرير استقلالية اتفاق التحكيم عن عقد النقل البحري يكون أيضا بنظام قانوني يختلف عن ذلك الذي يحكم اتفاق التحكيم المبرم لحل منازعاته.

الفرع الثاني: استقلالية اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري عن كل قانون وطني.

على الرغم من أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمن هذا الاتفاق أو الذي يشير إليه نشأ من أجل عزل اتفاق التحكيم عن متاهات العقد الأصلي ومشاكله (2) ، وضع مفهوم آخر لمعنى استقلالية وهو أن القانون الذي يحكم العقد الأصلي يختلف عن ذلك القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم . فاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري هو تراضي أطراف هذا العقد على الالتجاء الى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما مستقبلا ، و من هذا التعريف يظهر جليا بأن اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري هو تلاقي ارادتين بقصد احداث أثر قانوني و هو اخراج النزاع الذي بينهم من قبضة اختصاص قضاء الدولة وادخاله تحت سلطة هيئة تحكيم مختارة. و بهذا يكون اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري " عقد" له سائر أركان ومتطلبات العقود عموما ، فاذا ابرم اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري و كان ينطوي على عنصر أجنبي ، و له الطابع الدولي و هو الذي يكون في أغلب الأحوال بالنسبة لعقود النقل، فإنه يثور بشأنه تنازع بين القوانين وهذا التنازع يفض بواسطة

(1) المادة 21 فقرة 2 من لائحة التحكيم اليونسترال 1976.

(2) حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 54.

قاعدة التنازع الخاصة بالعقود الدولية ، والتي تقرر أن الاختصاص التشريعي يكون لقانون الإرادة lex voluntatis ، أي القانون الذي اتفق عليه الأطراف بارادتهم الحرة ، وهي قاعدة اعترفت بها جميع التشريعات المقارنة . و هكذا يخضع اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري و الذي له طابع دولي الى القانون الذي يختاره الأطراف ، عملاً بمبدأ قانون الإرادة principe d'otonomie de la volonté في العقود الدولية عموماً . و معنى هذا أن اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري يحكمه قانون يمكن أن يكون مختلفاً عن القانون الذي يحكم عقد النقل البحري الا أنه يمكن للأطراف اعمال القانون الواجب التطبيق على هذا الاتفاق و بالتالي قد وضعت عدة مناهج عن طريق الفقه والقانون والقضاء لتحديد مدى صحة اتفاق التحكيم، هته الطرق الثلاثة هي: منهج تنازع القوانين، منهج القواعد المادية والمنهج المختلط الذي يمزج بينهما (1) .

أولاً : تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من خلال منهج تنازع القوانين.

وفقاً للمبادئ التقليدية السائدة في النظرية العامة في القانون الدولي الخاص يتوقف تحديد القانون الواجب التطبيق على المسألة المتنازع عليها ، على تحديد طبيعة هذه المسألة وإدراجها في أحد الأفكار المسندة وذلك تمهيداً لإعمال القانون الذي يشير إليه ضابط الإسناد في قاعدة التنازع التي تم إدراج هذه المسألة في الفكرة المسندة فيها. واعمال هذه المبادئ المتقدمة على اتفاق التحكيم يؤدي الى تنازع في التكييفات بشأن تحديد طبيعة اتفاق التحكيم وبالتالي امكانية خضوعه إما للقانون الذي يحكم الاجراءات أو لقانون الإرادة، فالنظر الى اتفاق التحكيم على أنه القانون الذي يحكم الاجراءات يؤدي الى خضوعه الى القانون الذي يحكم هذه الأخيرة، بينما النظر الى اتفاق التحكيم على أنه عقد مستقل عن الاجراءات التي يعد مصدرها و أساسها، يؤدي الى اخضاع اتفاق التحكيم الى القانون الواجب التطبيق الذي تختاره الأطراف وفقاً للقواعد المستقرة والمعمول بها بشأن العقود الدولية بصفة عامة سواء كان عقد تحكيم أو عقد آخر . ولقد ذهب جانباً من الفقه الى تبني التكييف الإجرائي لاتفاق التحكيم بينما ذهب جانب آخر من الفقه الى تبني التكييف العقدي لاتفاق التحكيم(2). و يعد منهج تنازع القوانين الأقدم والمستعمل أكثر في القانون المقارن (3).

(1) Ph fouchard. E.Gaiyard, B Goldman, op cit, p 234.

(2) حفيفة حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ، المرجع السابق، ص 55.

(3) Ph fouchard. E.Gaiyard, B Goldman , op cit, p 235.

وقد أخذت بهذا المنهج اتفاقية نيويورك في المادة 5 فقرة د : " لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم الا اذا اقدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب اليها الاعتراف والتنفيذ والدليل على ...

د . أن تشكيل هيئة التحكيم أو اجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو القانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق "

وبالتالي ما يلاحظ على هذه المادة أن القاضي يرفض الإعراف أو تنفيذ حكم التحكيم اذا لم يكن اتفاق التحكيم صحيحا بالنسبة للقانون الذي اختاره الأطراف، وبالتالي اتفاقية نيويورك هنا تطبق مبدأ الاستقلالية(1) باعطاء الأطراف حرية كبيرة في اختيار القانون الذي يحكم اتفاقهم، كما أن هذه الاتفاقية تجعل قانون البلد الذي تم التحكيم فيه اذا لم يتم الاتفاق على القانون الواجب التطبيق.

فكما ذكرنا فان منهج تنازع القوانين هو قانون ارادي ولكن الاشكال يثور عندما لا ينص الأطراف على القانون الواجب التطبيق على شرط التحكيم، هنا الأنظمة القانونية اختلفت فمثلا القانون الانجليزي أخذ بالنظرية التقليدية حتى يخضع كل التحكيمات التي تجري في لندن الى القانون الانجليزي خاصة المجال البحري.

ثانيا: تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من خلال اعمال منهج القواعد المادية.

كرست الأحكام الصادرة من كل من محكمة استئناف باريس أولا ثم بعد ذلك محكمة النقض الفرنسية منهاجا يسمح بتقدير وجود وصحة اتفاق التحكيم من خلال اعمال القواعد المادية استقلالا عن البحث عن القانون الواجب التطبيق(2).

فاتجه القضاء الفرنسي الذي استخلص في بداية الستينات مبدأ صحة اتفاق التحكيم من مبدأ استقلالية هذا الاتفاق الى بلورة هذه النتيجة في نهاية الثمانينيات وبداية التسعينات في العديد من الأحكام الصادرة عن محكمة استئناف باريس، والتي أكدت بشكل حاسم على أنه في المسائل الدولية يتمتع شرط التحكيم بصحة وفعالية ذاتية (3).

(1)Trari tani Mostefa, droit algérien de l'arbitrage commercial international, op cit, p 43.

(2) Ph fouchard. E.Gaiyard, B Goldman, op, cit p 245.

(3)حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 79.

ويؤكد الفقه الفرنسي في مجموعته على أن ذلك القضاء ليس الا مجرد طريقة أخرى لفرض مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن كل نظام قانوني وضعي يحكم هذا الاتفاق ، فاتفاق التحكيم يتضمن في ذاته صحته وفعاليته.

وقد أتى المظهر الثالث للاستقلالية بمقتضى قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية يدعى بقرار Dalico في 20 ديسمبر 1993 وقد كان منطوق قرار Dalico بأنه ماعدا مقتضيات النظام العام الدولي الفرنسي شرط التحكيم ليس مستقلا عن عقد الأساس فحسب وإنما مستقل عن كل القوانين الوطنية (1).

والواقع أن ما ذهب اليه محكمة النقض الفرنسية ومن قبلها محكمة استئناف باريس وإن كان محلا لتأييد جانب من الفقه الفرنسي، فإنه كان محلا أيضا لإنتقاد جانب آخر من الفقه (2). فقد ثار جدل فقهي كبير في هذا الصدد فقد ذهب جانب من الفقه بأن هناك تكريس لنظرية العقد بدون قانون تزعم هذا الاتجاه الفقيه Pierre Mayer ومن بين الانتقادات التي وجهها لهذا القرار فقال هل معنى الاستقلال بأن اتفاق التحكيم لا يكون باطلا حتى لفقدان الأهلية، وذلك لأن الأهلية تخضع لقانون الدولة.

وبالتالي فما هي طبيعة قاعدة القانون الدولي للتحكيم التي تقول بها محكمة النقض ؟ هل تنتهي هذه القاعدة بالضرورة الى قانون أعلى من القوانين الوطنية، اذ أن محكمة النقض ذاتها أشارت الى أنه من غير الضروري من أجل القول بصحة اتفاق التحكيم وفعاليته الإشارة الى قانون وطني أم أن القضاء الفرنسي لم يقصد بإشارته السابقة استخلاص قاعدة فوق القوانين الوطنية (3).

أما عن التيار الثاني وهو المسيطر على القضاء والفقه في فرنسا وتزعمه الأستاذ " Phillipe Fouchard اذ يجابوب على هته الانتقادات بقوله: " بأن محكمة النقض الفرنسية حينما تذهب الى أن شرط التحكيم مستقل عن القوانين الوطنية، فإنها لا تستند بذلك الى نظرية العقد بدون قانون وإنما تقصد بذلك العقد بدون تنازع القوانين ". أي أن شرط التحكيم يخضع الى قواعد مادية (4) وهذه القواعد المادية ماهي في الحقيقة الا أعراف وعادات التجارة الدولية أو ما يسمى بالقوانين العابرة للدول Loi transnationale .

(1) كتابة منطوق الحكم بالفرنسية عند أ. حفيظة حداد ،الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ، المرجع السابق ، ص 86 .

(2) حفيظة السيد حداد ، الاتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم ، المرجع السابق، ص 87 .

(3) المرجع السابق ذكره، ص 89.

(4) Ph fouchard. E.Gaiyard, B Goldman, op cit , p 234.

وقد قام المحكمين عند تعرضهم للفصل في مسألة وجود اتفاق التحكيم وصحته من أجل تأسيس اختصاصهم بتطبيق منهج القواعد العابرة للدول، مفضلين ذلك المنهج المادي على منهج التنازع التقليدي والذي يتطلب أن يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على وجود اتفاق التحكيم وصحته من خلال أعمال قواعد تنازع القوانين.

فالمحكم لا ينتمي إلى أي نظام قانوني وطني، وبالتالي لا يوجد لديه سبب يدفعه إلى ترجيح قواعد الإسناد لأحد الأنظمة القانونية المتمثلة بالمنازعة المعروضة عليه للفصل فيها، و لا إلى ترجيح النصوص المادية لهذه القوانين. وفي حالة عدم إفصاح الأطراف لإرادتها عن القانون الواجب التطبيق على المنازعة، فإن تطبيق المحكمين للقواعد التي يقدر أن تتمشى مع المقتضيات الضرورية للجماعة الدولية و المستخلصة من الدراسات المقارنة المستمدة من أحكام التحكيم الدولي، استقلالاً عن التأثير بالذاتية الخاصة بكل نظام وطني تعد دون شك حل يتمشى مع طبيعة عمل المحكم ووظيفته .

فعلى الصعيد العملي، فإن اللجوء الى اعمال القواعد المادية العابرة للدول، يعد دون أدنى شك أقل احتمالية من اعمال المنهج الآخر الذي يوقف الفصل في مسألة صحة اتفاق التحكيم على تطبيق أحد القوانين المتنازعة.

ولذلك يرى الأستاذ E. Gaillard أنه من الأفضل أن يدفع الفكر القائم على الطابع العابر للدول لسلطات المحكمين الى مداها وذلك بغرض السماح لهم بأنه لا يتم تقدير وجود وصحة اتفاق التحكيم الا في ظل المفاهيم العابرة للدولة، والتي استهدفها القضاء الفرنسي من خلال استخدامه لفكرة النظام العام الدولي(1) .

وإذا كان كل من الاتجاهين السابقين يقرر إما اعمال منهج التنازع من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق على وجود اتفاق التحكيم وصحته، وإما اعمال المنهج المادي أي تطبيق القواعد المادية، فإن بعض القوانين الحديثة الصادرة بشأن التحكيم ذهبت الى مدى أبعد من ذلك وسمحت بالمزج بين القواعد المادية وقواعد تنازع القوانين من أجل تقرير صحة اتفاق التحكيم وهذا المنهج هو المنهج المختلط.

(1) مقالة B. Goldman بند 55 وما بعدها عن الدكتورة حفيفة السيد حداد ص 99 .

" Arbitrage commercial international. Généralité, Autonomie et principe de validité, loi applicable "j.cl.dr.Inter Fax 586 – 1 1989 no 14 .

ثالثا: المنهج المختلط من أجل تقرير صحة اتفاق التحكيم .

يعتبر المشرع السويسري أول مشرع قبل إمكانية تطبيق كل من القواعد المادية وقواعد التنازع من أجل تقرير صحة اتفاق التحكيم (1)، فالمادة 178 من القانون الدولي الخاص السويسري والتي تعالج اتفاق التحكيم تسمح بالاعتراف بصحة اتفاق التحكيم من الناحية الموضوعية اذا كان هذا الاتفاق يتمشى مع الشروط التي يتطلبها القانون المختار من قبل الأطراف أو القانون الذي يحكم موضوع النزاع، ولا سيما القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي أو وفقا للقانون السويسري (2).

ان الموقف الذي انتهجه المشرع السويسري ليس موقفا منفردا اذ اتبعته فيه العديد من الأنظمة القانونية الأخرى، كالقانون الجزائري الصادر في 25 أبريل 1993 في المادة 458 مكرر 1 فقرة 3 من قانون الإجراءات المدنية (3) تضمن نصا مماثلا لنص المادة 178 فقرة 2 من القانون الدولي الخاص السويسري الجديد .

الا ما تجدر الاشارة اليه أن التعديل الجديد الذي جاء به قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري غير من الموقف السابق بموقف أكثر تقدما ، اذ اعطى الحرية للمحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق بدلا من اخضاعه للقانون الجزائري وهذا ما جاءت به المادة 1040 منه (4) .

(1) Ph fouchard. E.Gaiyard, B Goldman, op, cit, p 255.

(2) حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص 101.

(3) للمادة 458 مكرر 1 فقرة 3 من المرسوم التشريعي الجزائري 09/93 "تعتبر صحيحة من حيث الموضوع اذا استجابت للشروط التي يضعها اما القانون الذي اتفقت الأطراف على اختياره واما القانون المنظم لموضوع النزاع لا سيما القانون المطبق على العقد الأساسي وأما القانون الجزائري ."

(4) المادة 1040 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري: "تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع اذا استجابت للشروط التي يضعها اما القانون الذي اتفقت الأطراف على اختياره واما القانون المنظم لموضوع النزاع او القانون الذي يراه المحكم ملائما".

المطلب الثاني : الأثار الغير مباشرة لاستقلالية اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري.

ان مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم أصبح يشكل النظام القانوني لاتفاق التحكيم (1) ، و يترتب عن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري عدة أثار سواء مباشرة أو غير مباشرة تمنح اتفاق التحكيم حصانة فيما يصيب عقد النقل البحري من بطلان ، كما يمنح لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري أيضا ذاتيته الخاصة فيما يخص القانون الواجب التطبيق عليه و كذا مواجهة أي قانون وطني و تفادي قواعد تنازع القوانين وهذه هي الأثار المباشرة لمبدأ الاستقلالية وقد تم التطرق اليها في الفروع السابقة . كما يترتب أيضا على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري أثار غير مباشرة لها أهمية كبيرة لفعالية هذا المبدأ و هي استقلال المحكم باختصاصه بالفصل في مسألة الاختصاص، و فعالية اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري كمصدر فعالية المحكمة التحكيمية(2).

الفرع الأول: اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري مصدر استقلالية هيئة التحكيم.

أولا: اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه _ مبدأ الاختصاص بالاختصاص _

ان مبدأ الاختصاص بالاختصاص هو الذي يمنح للمحكمة التحكيمية سلطة الفصل في مدى اختصاصها في النزاع المتعلق بعقد النقل البحري ، ويعتبر هذا المبدأ من القواعد الأساسية في قانون التحكيم (3).

كما يرى بعض الفقه أن هذا المبدأ هو المبدأ الملازم لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم (4)، لأن منح اتفاق التحكيم استقلالية في مواجهة عقد النقل البحري (العقد الأصلي) و القانون الواجب التطبيق عليه تبقى غير كافية اذا منحنا للجهات القضائية صلاحية الفصل في اختصاص الهيئة التحكيمية فتبقى هذه الاستقلالية ناقصة و غير كاملة.

اذن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يعطى للمحكم صلاحية الفصل في مدى اختصاصه في الفصل في النزاع المعروف عليه ، و هو يتمتع بهذه الصلاحية استنادا الى اتفاق التحكيم(5) المنصوص عليه في عقد النقل البحري. فاتفاق التحكيم هو الذي يعطي للمحكم السلطات الواسعة للبحث في موضوع النزاع وفي مدى صحة هذا الاتفاق.

(1), (2) Ph fouchard. E.Gaiyard, B Goldman, op cit, p229.

(3) نور الدين بكلي، المرجع السابق، ص300.

(4), (5) Marie niviere, op cit ,p8 .

ويكون المحكم تبعاً لمبدأ "الاختصاص - بالاختصاص" مختصاً إما بمواصلة اجراءات المحاكمة وإما يضع حداً لها ، و هذا ما يسمى بالصورة الايجابية لمبدأ "الاختصاص _بالاختصاص" ، بالمقابل تكون الهيئات القضائية غير مختصة للنظر في مدى صحة اختصاص المحكمة التحكيمية و هذه الصورة السلبية لمبدأ "الاختصاص _ بالاختصاص" (1).

و قد تم التأكيد على مبدأ " الاختصاص - بالاختصاص " (2) بصورة مستمرة و أول من أقره القضاء الفرنسي سنة 1949 (3) ، بعد ذلك تبناه المحكمون في سلطة الفصل في مدى اختصاصهم من عدمه . كما كرست أغلب التشريعات هذا المبدأ منها القانون الفرنسي ، القانون السويسري ، القانون المكسيكي ، كما قد تم تكريسه مؤخراً في القانون الأنجلوساكسوني (4) ، أما القوانين العربية فقد تبنت هذا المبدأ أيضاً في تشريعاتها الحديثة و جاءت أغلب هذه القوانين بصياغة متطابقة ، فمثلاً كرس المشرع الجزائري هذا المبدأ في المادة 458 مكرر 07 من قانون الاجراءات المدنية القديم : " تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها ، و يجب اثاره الدفع بعدم الاختصاص ، قبل أي دفع يتعلق بالموضوع " (5). و تتطابق مع المادة 1044 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد (6) ، كما أقرت هذا المبدأ المادة 22 من قانون التحكيم المصري و المادة 61 من قانون التحكيم التونسي ... الخ .

ثانياً: اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري مصدر استقلالية المحكم في اتخاذ كل الإجراءات.
إن المحكم الفاصل في نزاع نشأ بمناسبة عقد النقل البحري بمختلف أشكاله يستمد سلطته و اختصاصه من اتفاق التحكيم سواء كان شرطاً أو مشاركة ، فهو يقوم بعمله على أساس وجود هذا الاتفاق ، كما أن الهيئة التحكيمية ملزمة بكل ما اتفق عليه الأطراف ، سواء في تحديد القانون الواجب التطبيق على الاجراءات أو على الموضوع (7) .

(1) Marie niviere, op cit, p9.

(2) Le principe « compétence_ compétence »

(3) Cass.civ ;22 fevrier 1949.

(4) Marie niviere, op cit, p09.

(5) مرسوم تشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 25 افريل 1993 .

(6) قانون صادر في 23 افريل 2008 ، جريدة الرسمية العدد: 21 لسنة 2008 اذ نصت المادة 1044 منه على: " تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها . و يجب اثاره الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع . تفصل محمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي اذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبط بموضوع النزاع".

(7) تنص المادة 1043 فقرة 1 من نفس المرسوم على : "يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم ، الاجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة او استنادا على نظام تحكيم ، كما يمكن اخضاع هذه الاجراءات الى قانون الاجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم...".

كما تنص المادة 1050 من المرسوم السابق ذكره على: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الاطراف...".

وكما رأينا سابقا أنه في غياب مثل هذا الاتفاق تمنح أغلب التشريعات الدولية الحديثة و منها القوانين العربية بما فيها القانون الجزائري للمحكم السلطة والحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على الاجراءات(1) ، و كذلك على موضوع النزاع دون اللجوء الى قانون مقر التحكيم (2) . فالمحكم له وضع يختلف عن وضع القاضي و الذي له قانون ملزم به و هو قانون الواجب التطبيق في دولة ما ، بينما المحكم مقيد فقط بما اتفق عليه الأطراف ، وسكوت الأطراف يعني منح المحكم الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق (3) .

الفرع الثاني: استقلالية اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري في اختيار نوع التحكيم.

يستطيع أطراف عقد النقل البحري في اتفاق التحكيم الذي عقده مباشرة تسمية المحكمين الذين يتولون عملية التحكيم اذا حدث نزاع بينهم أو أن يقوم أطراف عقد النقل البحري الاتفاق على جهة معينة يتم التحكيم وفقا لقواعدها. و بالتالي فالأطراف لهم الحرية و الاستقلالية وفقا لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري على اختيار إما التحكيم الحر و إما التحكيم المؤسسي ، الا أنه تجدر الإشارة أنه نظرا لخصوصية منازعات عقد النقل البحري والتي لها الطابع التجاري ، البحري و الدولي (4) فإن لها هيئات تحكيم خاصة للفصل فيها، و هي هيئات التحكيم البحري سواء قد اختار أطراف عقد النقل البحري التحكيم البحري الحر أو التحكيم البحري المؤسسي و التي سنتطرق اليها تبعا و ذلك أن سلطات هيئة التحكيم تختلف من تحكيم لأخر .

و يقصد بالتحكيم البحري المؤسسي الاتفاق على إحالة المنازعات التي تنشأ أو التي نشأت بالفعل على التحكيم أمام إحدى مؤسسات التحكيم البحري الدائمة والتي تتولى تنظيم وإدارة العملية التحكيمية منذ تلقي طلب التحكيم وحتى إصدار حكم التحكيم وذلك عن طريق الأجهزة الإدارية التابعة للمؤسسة التحكيمية، وعلى ضوء لائحتها التحكيمية.

أما التحكيم البحري الحر فهو ذلك النوع من التحكيم الذي يتفق الأطراف من خلال اتفاق التحكيم على إدارة وتنظيم عملية التحكيم البحرية، وبالتالي يقوم الأطراف بتشكيل هيئة التحكيم والاتفاق على

(1)وقد نصت المادة 1043 في فقرتها الثانية : "...اذا لم تنص الاتفاقية على ذلك ، تتولى محكمة التحكيم ضبط الاجراءات ،عند الحاجة ، مباشرة او استنادا الى قانون او نظام التحكيم ."

(2) كما نصت المادة 1050 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف ، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة ."

(3)نور الدين بكلي، المرجع السابق،ص312.

(4)محمد عبد الفتاح ترك ، التحكيم البحري ، ص347.

تحديد كافة القواعد المطبقة على الإجراءات التحكيمية واختيار مكان التحكيم والقانون المطبق على موضوع النزاع.

أولاً: مراكز التحكيم البحري المؤسسي.

أ. غرفة التحكيم البحري بباريس. (La chambre Arbitrale Maritime de Paris)

تأسست غرفة التحكيم البحري بباريس عام 1929 بموجب قانون 01 يوليو 1901 بواسطة اللجنة المركزية الفرنسية لمجهزي السفن، ثم توقف نشاطها تقريباً لاندلاع الحرب العالمية الثانية: ثم أعيد تنظيمها في 8 نوفمبر 1966(1). وهي غرفة تحكيم متخصصة في مجال المنازعات البحرية وهي تضم في عضويتها كافة التخصصات البحرية من ملاك السفن وربانية السفن ووكلاء بحريين ومقاولين الشحن والتفريغ والسماسة البحريين، وشركات بناء السفن وشركات التأمين والنقل البحري، وغرفة التحكيم بباريس لها لائحة تحكيم وضعت بواسطة مجلس إدارة مكون من 16 عضو يتم اختيارهم بواسطة الجمعية العامة عن طريق الإقتراع السري وبأغلبية الأصوات ويجدد نصفهم كل سنة، ويمكن للمجلس تعديل اللائحة عند الضرورة.

كما أن للغرفة قائمة من المحكمين الفرنسيين و الأجانب، و لغرفة التحكيم البحري بباريس سكرتارية تتلقى طلبات التحكيم وتجري الإتصالات بين الأطراف، وبينهم وبين المحكمين، وترسل الإعلانات والمذكرات والمستندات وتكون حلقة وصل بين الأطراف والمحكمين، وتراعى المواعيد الواردة بلائحة التحكيم لكل اجراء يراعي فيه ميعادا معيناً، وترتب جزاءات مخالفة تلك المواعيد، وتحدد الرسوم والأتعاب وتوزيعها بين الخصوم(2).

كذلك تقوم الغرفة بواجب المساعدة في تعيين المحكمين، فعندما تكون هيئة التحكيم مكونة من ثلاثة محكمين فإن على كل طرف أن يعين محكمه على أن تعين اللجنة العامة للغرفة المحكم الثالث رئيس هيئة التحكيم، وعند عدم اتفاق الطرفين على المحكم الوحيد، وكذا عند تخلف أحد الطرفين عن تعيين محكمه في حالة التشكيل المتعدد لهيئة التحكيم تقوم اللجنة بهذا التعيين ، كما تقوم اللجنة بتعيين جميع أعضاء هيئة التحكيم الثلاثية إذا كان التحكيم استئنافياً. كما تتولى اللجنة البت في طلبات رد المحكمين بقرار غير مسبب ، و إذا طلب الأطراف تعيين محكم من خارج القائمة تحتفظ الغرفة بحقها في رفضه أو قبوله دون ابداء أسباب للرفض(3).

(1) عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية ، المرجع السابق، ص92.

(2) المواد 4، 5، 13 من لائحة تحكيم غرفة التحكيم البحري بباريس.

(3) المادتان 6 و 15 من لائحة تحكيم غرفة التحكيم البحري بباريس.

كما يتم مناقشة حكم التحكيم عن طريق لجنة الغرفة بتقديمها لها من المحكم أو من هيئة التحكيم قبل اعلانه، ويمكنها أن تشير على هيئة التحكيم بأن تدخل عليه تعديلات تراها، وأن تلفت نظر المحكمين الى النظر في القضية من منظور آخر(1).

وأخيرا يفصل المحكمين في القضايا بإسم الغرفة بعد توقيع الحكم من رئيس الغرفة و الذي يملك مد المواعيد المقررة في اللائحة أو من أحد نوابه عند غيابه، وتحفظ نسخة من الحكم في الغرفة والتي تحتفظ بحقها في اعلان أو عدم اعلان الأحكام مع مراعاة السرية في ذكر أسماء الأطراف أو اسم السفينة(2). وبالتالي فإن غرفة التحكيم البحري بباريس هيكلها التنظيمي والإداري تتدخل في سير العملية التحكيمية منذ تلقي طلب التحكيم وحتى اصدار الحكم، بل ويصل التدخل الى مداه عن طريق رقابة الحكم التحكيمي وامكانية طلب تعديله عن طريق لجنة الغرفة، وهي صورة صارخة من صور تدخل الغرفة في العملية التحكيمية و التي لا نجد لها لدى باقي مراكز التحكيم البحري(3).

ب . غرفة اللويدز للتحكيم البحري

تعتبر هاته الغرفة من أهم وأعرق مؤسسات التحكيم البحري وتضم أشهر المحكمين الذين لهم كفاءة في مجال المساعدات البحرية والإنقاذ وعمليات النقل البحري.

تقوم هذه الغرفة بتنظيم العملية التحكيمية بالكامل ابتداء من تلقي طلبات التحكيم حتى صدور قرار التحكيم، لها سكرتارية خاصة تقوم بإجراء الاتصالات اللازمة بين الأطراف ومستشاريهم والمحكمين مع تقدير الرسوم ونفقات التحكيم.

كما يمتد عمل الغرفة إلى تنظيم وإدارة حالات الاستئناف على حكم المحكم ويتم تطبيق القانون الإنجليزي على العملية التحكيمية، بحيث يتم الفصل في المنازعات بموجب التشريعات السارية المفعول ومن بينها قوانين التحكيم الصادرة 1950 . 1975 . 1979 . 1996(4).

(1) المادة 19 من لائحة غرفة التحكيم البحري بباريس.

(2) المادة 21 من اللائحة السابقة.

(3) عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص94.

(4) د. محمودي مسعود، المرجع السابق، ص 243.

ج. المنظمة الدولية للتحكيم البحري.

مع ازدياد المنازعات البحرية كماً و تعقيداً، قامت غرفة التجارة الدولية (CCI)، واللجنة البحرية الدولية (CMI) سوياً بوضع لائحة تحكيم بحري تعرف بلائحة تحكيم (CCI-CMI)، وذلك بواسطة خبراء من غرفة التجارة الدولية واللجنة البحرية الدولية، وتم تبني هذه اللائحة من خلال اجتماع اللجنة البحرية الدولية في مارس 1978، ومن خلال مجلس إدارة غرفة التجارة البحرية الدولية في يونيو 1978.

ويقع تطبيق هذه اللائحة على عاتق منظمة تحكيم جديدة تعرف بالمنظمة الدولية للتحكيم البحري، وهي منظمة دولية وليست فرنسية ولكن فرنسا هي مقر اللجنة الدائمة ومقر سكرتارية المنظمة، وتتكون اللجنة الدائمة من 12 عضواً تعين غرفة التجارة الدولية نصفهم، وتعين اللجنة البحرية الدولية النصف الثاني، وذلك لمدة ثلاث سنوات ويتم اختيار رئيس اللجنة الدائمة بالتعاون بين غرفة التجارة الدولية واللجنة البحرية الدولية، كما يعين نائبين للرئيس تعين غرفة التجارة الدولية أحدهما، وتعين اللجنة البحرية الدولية الآخر من بين أعضاء اللجنة الدائمة، وتختار غرفة التجارة الدولية السكرتارية (1).

يتم تدخل المنظمة الدولية للتحكيم البحري في سريان العملية التحكيمية من عدة نواحي منها: المساعدة في تعيين المحكم أو في تشكيل هيئة التحكيم، حيث تقوم اللجنة الدائمة بالحلول محل الطرف المتخلف عن تعيين محكمه في حالة تشكيل هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين، وكذلك تقوم اللجنة الدائمة بتعيين المحكم الواحد أو المحكم الثالث في حالة عدم اتفاق الأطراف على تعيين المحكم الواحد أو المحكم الثالث في حالة عدم اتفاق الأطراف على التعيين في الحالة الأولى، وعدم اتفاق المحكمين المختارين سلفاً من قبل الأطراف في الحالة الثانية، كما تفصل اللجنة الدائمة في عدد المحكمين عندما لا يتفق الأطراف مسبقاً على ذلك، وتفصل اللجنة الدائمة كذلك في مشاكل رد المحكمين واستبدالهم إذا قدم الأطراف أي اعتراضات على أشخاص المحكمين، أو قامت بالمحكم ظروف تمنعه من الإستمرار كالوفاة أو التنحي أو غير ذلك .

وللمنظمة سكرتارية يقع مقرها في غرفة التجارة الدولية تسهر على تطبيق لائحة التحكيم وتلقى طلبات التحكيم والمستندات والملفات والمذكرات من الأطراف ومحاميهم، وتجري كافة الاتصالات بين الأطراف أو مستشاريهم ومحكميهم.

وأخيراً يبدو الوجه المؤسسي للمنظمة الدولية للتحكيم البحري من خلال الأوجه المالية التحكيمية وتسويتها حيث تحدد اللجنة الدائمة في كل قضية الأتعاب والرسوم اللازمة لتغطية نفقات التحكيم.

(1) عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 95.

وهكذا يتضح توافر شقي معيار التحكيم المؤسسي أمام المنظمة الدولية للتحكيم البحري من هيكل إداري وتنظيمي يشرف على تطبيق لائحته ويقوم بدور فعال في سير التحكيم بتنظيمه وإدارته.

ثانياً: مراكز التحكيم البحري الحر.

إذا كان التحكيم المؤسسي قد نشأ في نهاية القرن التاسع عشر ثم تطور تطوراً سريعاً و لا سيما على الصعيد الدولي التجاري فإن التحكيم الحر كان أول نوع من أنواع التحكيم وما تزال مكانته هذه خاصة في المنازعات التي تقع بين الدول، لأنها ذات سيادة وحين تذهب إلى التحكيم فإنها لا ترضى به إلا إذا كان في الشكل الذي يراعي سيادتها.

وهناك عدة مراكز للتحكيم البحري الحر منها:

أ. جمعية المحكمين البحرين بلندن(1).

تأسست جمعية المحكمين البحرين بلندن عام 1960، وأخذت طريقها كغرفة تحكيم للمحكمين البحرين لمؤسسة البلطيق للتجارة والتبادل، وتضم تقريباً خمسين من الأعضاء المؤسسين بالإضافة إلى حوالي مائتين من الأعضاء الآخرين كالمحامين والمستشارين القانونيين ومجهزي السفن وغيرهم(2). ولهذا المؤسسة لائحة تعرف بقواعد جمعية لندن للمحكمين البحرين 1987 والمعدلة عام 1991، ولائحة للمنازعات الصغيرة 1991 والتي لا تزيد قيمة النزاع فيها عن حد معين تبسيطاً للإجراءات وتقليلاً للنفقات في تحكيم المنازعات البسيطة.

تقوم جمعية المحكمين البحرين بلندن بخدمة المجتمع البحري بصفة عامة عن طريق وضع قائمة بالمحكمين البحرين الأكفاء والمتخصصين ليتم الإختيار الحر عن طريق الأطراف من هذه القائمة المعدة سلفاً، وكذلك عن طريق لائحة تحكيم يلجأ إليها المحكم أو هيئة التحكيم المختارة من قائمة الجمعية والتي لا يخضع لها التحكيم إلا باختيار الأطراف، وكذلك لإعطاء أي محكم وبناء على طلبه أية نصائح بخصوص المسائل المتعلقة بسير التحكيم، والأخذ في الاعتبار ما يلاحظه المحكمين في عملهم من ملاحظات قد يتم تبنيها كقاعدة في التحكيم البحري بلندن .

(1) The London Maritime Arbitrators Association, 45-48 Rivington Street, London EC2A 3 QP. UNITED KING DOM.

(2) المادة 6 من لائحة تحكيم المنظمة الدولية للتحكيم البحري.

و تضم هذه الجمعية لجنة كبيرة من المحامين والمستشارين القانونيين وعاملين في مجال النقل البحري وكذا بعض من ربان السفن المشهود لهم بالكفاءة ، ولهذا الجمعية لائحة تضم كافة الأحكام والقواعد الخاصة بها ولا تقوم الجمعية بأي دور في تنظيم العملية التحكيمية ولا في الإشراف عليها إذا طلب منها ذلك، وإنما تسهل فقط اختيار المحكمين البحريين بتجهيز قائمة من المحكمين الأكفاء وإمدادهم بالاستشارة والمشورة في كافة ما يتطلبونه دون تدخل الجمعية في عملهم، كما لا تتدخل الجمعية بخصوص تحديد مكان عقد التحكيم ومواعيد الجلسات(1) وكون هذه الجلسات شفوية أو بناء على وثائق أو مستندات(2)، كما أن الجمعية لا تقوم بنشر أي أحكام تحكيمية إلا إذا تم الاتفاق على ذلك بين المحكم والأطراف(3). ومن ثم فجمعية المحكمين البحريين بلندن لا تتدخل مطلقا في سير العملية التحكيمية، ومن ثم فالتحكيم البحري في لندن بموجب لائحة جمعية المحكمين البحريين هو تحكيم بحري حر.

ب . جمعية المحكمين البحريين بنيويورك(4).

تأسست جمعية المحكمين البحريين بنيويورك عام 1963 بواسطة مجموعة تتكون من تسعة أفراد لهم خبرة بالتحكيم وهم من السماسرة المرخصين، ووكلاء السفن التجارية وقد شعروا بضرورة تكوين مؤسسة تقوم بممارسة عمليات التحكيم البحري في نيويورك على نحو أكثر رسمية، ويمكنها توفير مجموعة من المحكمين المحنكين يمكن اللجوء إليهم في هذا المجال مع توافر الثقة في كفاءتهم في نظر المنازعات والفصل فيها فيما يتعلق بهذا المجال المتخصص إلى حد ما . و بمرور السنوات ازداد حجم الأعضاء في الجمعية حتى بلغ ما يربو على مائة وعشرين عضوا.و قد قامت الجمعية بوضع لائحة تحكيم وقواعد تمثل المبادئ الحاكمة لسلوكيات المحكم، ولائحة تحكيم للمنازعات الصغيرة(5). إن جمعية المحكمين البحريين بنيويورك هي جمعية للتحكيم البحري الحر وهي جمعية لا تهدف لجلب الربح، غرضها هو تمكين المشاركين في التحكيم البحري من الاستفادة من التحكيم على أفضل وجه من خلال وضع لائحة تحكيم، وتدريب أعضائها على الممارسات التحكيمية المختلفة عن طريق عقد دورات تدريبية، وتحسين العلاقات العامة بين أطراف التحكيم أو مستشاريهم والمحكمين وغيرهم من المهتمين بالتحكيم البحري.

ولكن لائحة تحكيم جمعية المحكمين البحريين بنيويورك ليست لها الصفة الإلزامية، فهي لا تطبق على

(1) المادة 8 من لائحة جمعية لندن للمحكمين البحريين سنة 1978 المعدلة عام 1991.

(2) المادة 6 من نفس اللائحة السابقة.

(3) المادة 14 من نفس اللائحة السابقة.

(4) Society of Maritime Arbitrators Inc. 26 Brodway, Suite 1296 New York, N.Y. 1004 U.S.A.

(5) عاظم محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية ، المرجع السابق، ص106.

التحكيمات إلا عند موافقة أطراف التحكيم على ذلك وقد يتم الاتفاق على تطبيق هذه اللائحة في اتفاق التحكيم، ولكن عادة لا يتم ذكرها وتقوم هيئة التحكيم عادة عند الشروع في التحكيم بالاتفاق على ما إذا كانت هذه اللائحة سيتم تطبيقها أم لا(1).

إن الجمعية لا تحتفظ لنفسها بأي دور في تنظيم وإدارة العملية التحكيمية فكافة الإتصالات تتم بين الأطراف أو مستشاريهم والمحكمين بعيدا عن الجهاز الإداري للجمعية، فالتحكيم لا يبدأ بطلب إلى الجمعية بل بطلب من طالب التحكيم إلى الطرف الآخر مشتملا على ما يوضح طبيعة النزاع وقيمه النقدية والتعويض المطلوب إلى غير ذلك من بيانات(2).

وتتم الإتصالات كذلك بين الأطراف أو مستشاريهم والمحكمين مباشرة شفويا أو كتابة للقيام بتشكيل هيئة التحكيم، وبعد قبول المحكمين للتعيين واكتمال الهيئة يعلن رئيس الهيئة الأطراف أو مستشاريهم باكتمال الهيئة واستعدادها لبدء الجلسات(3).

كذلك تجري الاتصالات مباشرة بين الأطراف أو مستشاريهم والمحكمين عند حدوث أي عارض في طريق سريان العملية التحكيمية كما في المشكلات الناجمة عن تعيين هيئة التحكيم، فإن مالا يتفق عليه بين الأطراف بصدد تشكيل هيئة التحكيم(4)، أو بصدد رد أو استبدال المحكم(5) يرجع فيه إلى الغير، والغير هنا ليس جمعية المحكمين البحرين بل هي المحاكم القضائية الأمريكية المختصة.

ويقع على عاتق المحكم تحديد أجره وهو في سبيله إلى هذا يضع في حسباته تعقيد الموضوع والوقت المستغرق، وله أن يطلب دفع أجره والتكاليف التي تحملها كاملة قبل إصدار الحكم، وله أن يصدر قرارا بالحجز في حكمه لاستيفاء جميع الأجر والتكاليف(6).

إن جمعية المحكمين البحرين بنيويورك لا تشرف بنفسها على تطبيق لائحتها، ولا تضطلع بأي دور في تسيير العملية التحكيمية، فهي جمعية تملك لائحة تحكيم لمن أراد أن يسترشد بها من الأطراف أو المحكمين، وفيها تظهر حرية الأطراف أو مستشاريهم أو محكميهم في تسيير الدعوى التحكيمية دون أي تدخل من الجمعية و إن كان لابد من تدخل فلن يأتي من الجمعية بل تقرر اللائحة بنفسها أن التدخل يأتي عن طريق طلب

(1) المادة 1 من لائحة جمعية المحكمين البحرين بنيويورك 1994.

(2) المادة 6 من لائحة السابقة .

(3) المادة 12 من لائحة جمعية المحكمين البحرين بنيويورك 1994.

(4) المادتان 10 و 11 من اللائحة السابقة.

(5) المادة 9 من اللائحة السابقة.

(6) المادة 37 من اللائحة السابقة.

المساعدة من المحكمة الأمريكية المختصة بناء على طلب الأطراف أو مستشاريهم أو المحكمين وهكذا فإن التحكيم طبقاً للائحة جمعية المحكمين البحريين بنيويورك هو تحكيم بحري حر(1).

ج- التحكيم البحري بموجب لائحة تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي (اليونسترال 1976): وضعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لائحة تحكيم نموذجية اختيارية وشاملة، وهي ما يطلق عليها (لائحة اليونسترال 1976) وهي في متناول أي من الأطراف أو المحكمين للسير على قواعدها ولكن يجب لكي تطبق هذه اللائحة على التحكيم أن يتفق الأطراف على تطبيقها، وهي شاملة لأنها تحتوي على كافة النصوص القادرة على تسيير العملية التحكيمية، كما أن الأطراف ومن منطلق مبدأ الحرية يمكنهم استبعاد بعض نصوصها أو استبدالها ببعض النصوص الأخرى أو الإضافة إليها. ولكن التحكيم بموجب لائحة اليونسترال 1976 لا يعد تحكيميا مؤسسيا حيث لم تنشئ لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي مؤسسة تحكيمية دائمة تشرف على تطبيق هذه اللائحة، فالتحكيم بموجب لائحة اليونسترال هو تحكيم حر بكل معنى الكلمة(2). ولكن ماذا عن اللجوء إلى محكمة التحكيم الدائمة بلاهاي والتي يلجأ الأطراف أو أحدهم إلى سكرتاريتها العامة لحل المشاكل التي قد تنجم عن العجز أو التخلف عن تعيين أحد المحكمين، وكذا مشاكل تقدير أتعاب المحكمين ومشاكل رد المحكمين عند الإقتضاء؟

يجيب الأستاذ فوشار "Fouchard" مقرراً أن اللجوء إلى السكرتارية العامة لمحكمة التحكيم الدائمة بلاهاي، وفضلاً عن أنها لا تعين المحكمين بنفسها بل فقط تعين سلطة تعيينهم، فإن هذا التدخل من هذه السكرتارية كانت قد قبلته الدول المختلفة لأسباب سياسية لكونها محكمة تحكيمية تعد كسلطة محايدة. كذلك فإن هذه المحكمة كانت قد أنشئت أصلاً للفصل في المنازعات بين الدول بعضها البعض، وأياً ما كان الأمر فإن تدخلها لم يصل إلى درجة تنظيم وإدارة التحكيمات.

وهكذا فإن التحكيم بموجب لائحة اليونسترال 1976 هو تحكيم حر، حيث لم تنشئ لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي مؤسسة تحكيمية بل وضعت لائحة اختيارية، وأما عن اللجوء إلى السكرتارية العامة لمحكمة التحكيم الدائمة بلاهاي، فما ذلك إلا لأسباب ومهام محددة تتمثل في تعيين سلطة لتعيين المحكم أو المحكمين عند عدم الاتفاق على التعيين بين الأطراف مباشرة أو لتقدير نفقات التحكيم، أو الفصل في مسألة رد المحكم.

(1) عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص107.

(2) المرجع السابق ذكره، ص108.

الفرع الثالث: من مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري الى مبدأ صحته.

يعتبر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن عقد النقل البحري كما بينا سابقا أنه صمام الأمان لصحة

اتفاق التحكيم ، سواء جاء على شكل شرط تحكيمي أو عقد تحكيمي (مشاركة تحكيم).

و عليه فإن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن عقد النقل البحري يشكل النظام القانوني لاتفاق التحكيم

لما يرتبه من آثار تشكل الركائز الأساسية لهذا الاتفاق لتجعله فعالا وغير قابل للبطلان، ليضع اتفاق

التحكيم نظاما مصدره إرادة الأطراف و منه يستمد المحكم سلطته ، كما يبين القانون الذي يسري على

الإجراءات و القانون الذي يسري على موضوع النزاع(1).

إن اقرار الفعالية المطلقة لاتفاق التحكيم يجرنا الى دراسة مجال أعمال هذا المبدأ و متى ينتفي تطبيقه على

اتفاق التحكيم ؟ و قد تكون الإجابة على أنه ينتفي العمل بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن عقد النقل

البحري ، اذا ورد اتفاق التحكيم باطلا أي كان الاتفاق نابعا من ذاته و سوف نتطرق في دراستنا اللاحقة

عن شروط صحة هذا الاتفاق (الفصل الثاني).

إن اقرار مبدأ الاستقلالية لا يعني جعل اتفاق التحكيم الباطل اتفاقا صحيحا و إنما حماية اتفاق التحكيم

الصحيح من الإبطال بسبب بطلان العقد الأصلي أي بطلان عقد النقل البحري.

الفرع الرابع: عدم قابلية اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للإبطال.

لقد رأينا كيف تطور مبدأ استقلال اتفاق التحكيم وأصبحت صحة اتفاق التحكيم تندعم كلما استقل

اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي (عقد النقل البحري) ، تأكيدا على استقلالية اتفاق التحكيم الكاملة

حتى عن القانون الواجب التطبيق على عقد النقل البحري و قد تطرقنا الى مختلف القرارات القضائية التي

أقرت هذه المبادئ المهمة بصفة عامة ، ووصل التطور في هذا المجال في قرار zanzi لسنة 1999 (2)

و الذي وضع مبدأ صحة اتفاق التحكيم في المجال الدولي عقدا صحيحا في كل الأحوال والشرط الوحيد

و هو وجود تراضي بين الطرفين على هذا الاتفاق (3)، و حتى أن هذا الشرط يتم فحصه بحرية كاملة من

قبل المحكمين.

هذا ما أدى بعض الفقهاء للقول بأن اتفاق التحكيم أصبح فعالا لدرجة أنه أصبح غير قابل للبطلان(4).

(1) نور الدين بكلي، المرجع السابق، ص306.

(2) cass .1^{ère} .civ .05janvier1999 , « zanzi » ,Rev.arb .1999.26

(3) Marie niviere,op cit,p08.

(4) أحمد صالح بخلوف ،ص124، عن نور الدين بكلي، المرجع السابق ص 309.

الفرع الخامس: استقلالية اتفاق التحكيم عن عقد النقل البحري مصدر فعالية المحكمة التحكيمية و الحكم التحكيمي.

إن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يشكل النظام القانوني لاتفاق التحكيم لما ينتج عنه من قواعد تنظم هذا الاتفاق كما أن اتفاق التحكيم بدوره يشكل النظام القانوني للتحكيم، باعتبار أن اللجوء لهذا النظام البديل لحل المنازعات يتم بموجب اتفاق التحكيم (المادة 1040 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري) (1)، و أن هذا الاتفاق يحدد موضوع النزاع و الهيئة التحكيمية و القانون الواجب التطبيق على الاجراءات و على موضوع النزاع و أحيانا كيفية تشكيل الهيئة التحكيمية وتحديد مهمة المحكمين (1041 المادة من ق.ا.م.ا.ج) (2)، الى جانب أنه بموجب آثار استقلالية اتفاق التحكيم يختص المحكم بالنظر في مدى اختصاصه (3).

أولاً: تعيين اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للمحكمة التحكيمية و اختصاصاتها.

تظهر فعالية اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري في تعيين المحكمة التحكيمية من خلال التشريعات الداخلية و الاتفاقيات الدولية و أصبح من الآثار المهمة لهذا الاتفاق، و هو الأثر الايجابي الذي يتمثل في التزام الأطراف بموجب اتفاق التحكيم اسناد المنازعات الناشئة بمناسبة عقد النقل البحري و المتفق عليها بموجب هذا الاتفاق على التحكيم ، إذ أن تعيين المحكمة التحكيمية ما هو الا تنفيذ لالتزام تعاقدى وتنفيذ لاتفاق التحكيم ، ويعتبر تطبيقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقود و تكرساً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين و هي من المبادئ المستقر عليها في القانون الدولي للعقود(4).

إن فعالية اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري تظهر في التنفيذ الجبري لاتفاق التحكيم فيما يخص تعيين الهيئة التحكيمية و ذلك بالنسبة للشخص الذي يبرم اتفاق التحكيم ثم يماطل في اتخاذ الاجراءات أو يمتنع عن المشاركة في اجرائه ، ففي هذه الحالة يتم اعمال الآليات القانونية لنظام التحكيم عن طريق اتخاذ التدابير رغم امتناع هذا المتعاقد المشاركة في اجراءاته ، سواء بامتناعه عن تعيين المحكم أو رئيس هيئة التحكيم .

(1) المادة من 1040 : "يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع الى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم و شروط عزلهم أو استبدالهم...".

(2) المادة 1044 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري .

(3) Mohand Issad, La nouvelle loi Algérienne Relative à l'arbitrage International, revue de l'arbitrage 2008-n°3,p424.

(4) نورالدين بكلي، المرجع السابق، ص311.

ثانيا: اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري أساس الإعراف والتنفيذ و الطعن في الحكم التحكيمي .
يقول الأستاذ فيلب فوشار أنه في مجال التحكيم التجاري الدولي أصبح قاضي التنفيذ كموزع آلي للصيغة التنفيذية (1)، فمن خلال الأحكام التحكيمية العديدة نجد أن قضاة التنفيذ لا يعارضون الإعراف بهذه الأحكام أو بتنفيذها الا بصفة استثنائية و من بين أسباب بطلان أو عدم الإعراف بالحكم التحكيمي حسب الإجهاد القضائي هو تناقض الأسباب .

و يخضع الإعراف بأحكام التحكيم الدولية في الجزائر الى مدى توافر مجموعة من الشروط:
_ اذا أثبت من تمسك بأحكام التحكيم الدولية ، بأن هذه الأحكام موجودة (2) كأن يقدم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما تستوفي شروط صحتها(3)، و يتم ايداعها بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل (4)، في هذه الحالة يقع على الخصم اثبات العكس .
_ اذا كان الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي(5).

وتعتبر قابلة للتنفيذ و بنفس الشروط ، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ اذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج الاقليم الوطني (6).
كما أن أغلب حالات الطعن في الحكم التحكيمي مرتبطة باتفاق التحكيم سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة ، و عليه فإن أغلب التشريعات العربية تقر ببطلان الحكم التحكيمي ببطلان اتفاق التحكيم و هذا ما أخذ به القانون الجزائري أيضا في قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري في المادة 1056 منه و التي نصت على حالات استئناف القرار الذي سمح بالاعتراف و التنفيذ أو أسباب دعوى الطعن بالبطلان فيما يخص القرارات التحكيمية الصادرة بالجزائر و هي كالتالي:

"_ اذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية .

_ اذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفا للقانون .

_ اذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة اليها .

(1) نور الدين بكلي ، المرجع السابق، ص 313.

(2) وهذا ما نصت عليه المادة 1051 في فقرتها الأولى من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري.

(3) وهذا ما جاءت به المادة 1052 من ق.ا.م.ا.ج.

(4) وهذا ما نصت عليه المادة 1053 من ق.ا.م.ا.ج.

(5) هذا ما نصت عليه أيضا المادة 1051 في فقرتها الأولى من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري.

(6) وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 1050 من ق.ا.م.ا.ج.

— اذا لم يراع مبدأ الواجهية .

— اذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها ، أو اذا وجد تناقض في الأسباب .

— اذا كان حكم التحكيم مخالفا للنظام العام الدولي⁽¹⁾ .

و استنادا على هذه المواد يمكن القول بأن اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري يعتبر الحجر الأساس لفعالية و صحة الحكم التحكيمي الصادر عن هيئة التحكيم، أي أن صحة الحكم التحكيمي لحل النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري تتوقف على صحة اتفاق التحكيم المنصوص عليه في هذا العقد ، و هذا ما تأكده أيضا المادة 5 من اتفاقية نيويورك فقد نصت على أنه : " لا يجوز رفض الاعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم الا اذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب اليها الاعتراف و التنفيذ الدليل على :

— أن أطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية و أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم ."

كما نصت الفقرة ج على " أن الحكم فصل في نزاع غير وارد في مشاركة التحكيم أو في عقد التحكيم أو تجاوز حدودها فيما قضى به ..."

و نصت الفقرة د أن : " تشكيل هيئة التحكيم أو اجراءات التحكيم مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو قانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق ."

و بالتالي يظهر جليا الأهمية التي أولتها اتفاقية نيويورك و التشريعات العربية لاتفاق التحكيم وصحته والاعتراف وتنفيذ الحكم حيث يرفض هذا الاعتراف و تنفيذ الحكم بمجرد اثبات أن اتفاق التحكيم غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف أو وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.

خلاصة الفصل :

يعد اتفاق التحكيم المنصوص عليه في عقد النقل البحري سواء كان شرطا أو مشاركة عصب التحكيم في عقود النقل البحرية وذلك لخصوصيته واستقلالته كما رأينا سابقا، فبواسطته وعن طريقه تكون إمكانية اللجوء الى التحكيم قائمة ، و يعتبر اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري عقدا قائم بذاته و يستمد مقوماته بصفة مستقلة عن العقد الأساسي ، مما يشكل مصدر ذاتيته و فعاليته وبالتالي سوف نخصص الفصل الموالي عن كيفية ابرام اتفاقات التحكيم في عقود النقل البحرية و الشروط الشكلية والموضوعية لها .

(1) وهذا ما نصت عليه المادة 1056 من ق.ا.م.ا.ج و ما تقابل المادة 458 مكرر 20 من قانون الاجراءات المدنية الجزائري السابق.

الفصل الثاني: إبرام اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري.

اتفاق التحكيم الدولي هو اتفاق يقوم عن طريقه طرفان أو أكثر بتعيين محكم أو أكثر يحل المنازعات التي قد تنشأ بينهم أو التي نشأت والمتعلقة بمصالح التجارة الدولية (1)، أما عن اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري فيقصد به ذلك الإتفاق الذي يتعهد بمقتضاه أطراف عقد النقل البحري على عرض المنازعات التي نشأت أو ستنشأ مستقبلاً عن هذا العقد على التحكيم .

و كما سبق وأن رأينا أن تعبير اتفاق التحكيم يشمل الصورتين التقليديتين المعروفتين وهما عقد التحكيم أو مشاركة التحكيم *compromis* وشرط التحكيم *Clause compromissoire* .
فعقد التحكيم أو مشاركة التحكيم هو اتفاق أطراف عقد النقل البحري على عرض المنازعات التي نشأت بينهم بالفعل بمناسبة عقد النقل البحري على التحكيم.

أما شرط التحكيم في عقد النقل البحري فهو اتفاق أطراف عقد النقل البحري بناء على نص واضح وصريح في العقد المبرم بينهم على عرض المنازعات التي قد تنشأ مستقبلاً عن هذه العلاقة على التحكيم ،
و هذه الصورة هي الغالبة في عقود النقل البحري (2).

أما في المجال الدولي فالتفرقة بين صوري الإتفاق من الناحية النظرية لا تظهر، فعندما نتحدث عن اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري فنعني بها شرط التحكيم في الغالب هذا خاصة في المعاملات الدولية، حتى أن مراكز وأنظمة التحكيم الدولي تقدم شروطاً للتحكيم نموذجية ونادراً مشارطات التحكيم .
كما أنه من السهل على المتعاملين الدوليين في مجال عقود النقل البحرية والذين هم من بلدان مختلفة أن يتفقوا على أن يحلوا منازعاتهم عن طريق التحكيم وذلك بوضع شرط للتحكيم مسبقاً (3).

إن ما يمكن قوله في هذا الصدد أن تفضيل شرط التحكيم عن عقد التحكيم قد أقرته معظم الأنظمة القانونية المعاصرة إذ أن أهم المبادئ التي وضعت في السنوات الأخيرة من طرف الهيئات التحكيمية والأنظمة المقارنة كانت تخص بالتحديد شرط التحكيم، و من بين هته المبادئ الأساسية هو مبدأ الاستقلالية التي يتمتع بها اتفاق التحكيم .

إن إختيار التحكيم كوسيلة لفض النزاع الناشئ بمناسبة عقد النقل البحري يجد منبعه من إرادة الأطراف و التي تعبر عنها إتفاقية التحكيم في عقد النقل البحري (4).

(1) Philippe Fouchard, E.Gaiyard.B.Goldman,op cit .p209.

(2) محمد عبد الفتاح ترك ، التحكيم البحري ، المرجع السابق ، ص407.

(3)Mostefa Trari Tani, Droit algérien de l arbitrage commercial international, op cit, p 35

(4) Christian Gavalda.Claude Lucas de Leyssac, L' arbitrage. Dalloz 1993, p19

ولا يعدو اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري أن يكون شأنه شأن أي اتفاق تعبيراً عن إرادتين تراضيتاً على اختيار التحكيم وسيلة لتسوية منازعات ثارت أو قد تثور بينهم ولذا يلزم أن تتوفر فيه كل الشروط الموضوعية اللازمة لصحة أي اتفاق كما يلزم توفر الشروط الشكلية التي يتطلبها القانون.

إلا أن المعاملات الدولية أظهرت صورة جديدة تعرف بشرط التحكيم بالإحالة *clause d'arbitrage par référence* وذلك في حالة عقود النقل الدولية التي تبرم عن طريق الفاكس أو التلكس والتي لا تتضمن شرطاً للتحكيم، حيث عادة ما يتم الإحالة إلى وثائق أخرى تلحق بهما أو قواعد خاصة معدة سلفاً، كما أننا نجد شرط التحكيم بالإشارة في العقود الدولية المتداخلة والمتشابكة، كعقد البيع وعقد النقل أو عقد استئجار السفينة وعقد النقل وتتم هته الحالة عندما يصدر سند الشحن تنفيذاً لمشاركة الإيجار، فقد يتضمن سند الشحن الإحالة إلى الشروط الواردة في مشاركة الإيجار، ويجب عندئذ أعمال هذه الشروط وبقدر الإحالة التي يتضمنها السند(1).

وبالتالي في العقود التي تهدف إلى تحقيق غاية واحدة تتم الإحالة من عقد لا يتضمن شرط التحكيم إلى عقد يتضمن هذا الشرط بحيث يقال أن العقد الأول قد تضمن شرط التحكيم بالإحالة أو بالإشارة، ولقد كان موضوع صحة شرط التحكيم عن طريق الإشارة محلاً للعديد من الأحكام سواء في قضاء الدول اللاتينية أو في قضاء الدول الأنجلوساكسونية. هذا بالإضافة إلى أفراد العديد من القوانين الوضعية في كثير من الدول لنصوص تعالج شرط التحكيم بالإشارة بشكل مباشر، وعلى نفس الدرب سار القانون النموذجي للتحكيم الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والمعروف باسم اليونسترال حيث تنص المادة 78 فقرة من هذا القانون على أنه:

"يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، ويعتبر الاتفاق مكتوباً إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو غيرها من وسائل الاتصال السلبي واللاسلكي تكون بمثابة سجل للاتفاق، أو في تبادل المطالبة والدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر، وتعتبر الإشارة في عقدها إلى مستند يشتمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم شريطة أن يكون العقد مكتوباً وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءاً من العقد"(2).

إن كون التحكيم نظام قضائي استثنائي، من ثم يجب ذكره بصراحة ووضوح ودون أي غموض والإحالة إليه بدقة وخصوصية، فإذا أحال الخصوم صراحة إلى الشروط العامة المتضمنة شرط التحكيم فمن الواجب

(1) محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق، ص 472

(2) المادة 7 فقرة 2 من قانون لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري.

البحث عن حقيقة قصدهما، فلا يكون التحكيم ملزما الا اذا اتضح أنهما يقصدان الإحالة صراحة الى الشروط العامة بأكملها أو أن تكون هناك احالة واضحة وصريحة الى اللجوء الى التحكيم.

وبالتالي يصبح ركن التراضي أهم ركن واجب توافره في اتفاق التحكيم بالاشارة، حيث قد يبرم الأطراف مشاركة تحكيم يتفقون صراحة على احالة النزاع الذي نشأ بينهم الى التحكيم، أو ينصون في العقد الأصلي على اللجوء للتحكيم عند قيام النزاع أو يوقعون المشاركة أو العقد النموذجي الذي يتضمن شرط التحكيم أو يتبادلون الوثائق المكتوبة كالرسائل والبرقيات والفاكس والتلكس والتي تظهر بوضوح اتفاقهم وتقابل أرائهم على اللجوء الى التحكيم.

الا أنه في العقود الدولية التي تبرم بواسطة وسائل الإتصال السريعة فهي في الغالب لا تتضمن في محتواها ما يفيد اللجوء الى للتحكيم صراحة ولكن تحتوي احالة أو اشارة الى وثائق أخرى تلحق بها كالعقود النموذجية، أو قد تتم الإحالة الى قواعد خاصة معدة سلفا من قبل المشروع المتعاقد والتي تسري أوتوماتيكيا على جميع العقود المبرمة بواسطته، وهنا تتضمن الوثائق المحال اليها شرط للتحكيم.

كذلك بالنسبة للعقود المرتبطة والمتداخلة والتي تتدخل بعضها البعض وتهدف الى تحقيق غاية واحدة كسندات الشحن ومشاركة لإيجار فقد تتم الإحالة من سند الشحن الى مشاركة الإيجار، ويعتبر العقد الأول بمثابة عقد متضمنا لشرط التحكيم عن طريق الإشارة أو الإحالة(1).

وبالتالي فان هذا النوع من شروط التحكيم عن طريق الإحالة يثير تساؤلا هاما حول موضوع الإحالة الى شروط نموذجية أو الى عقد آخر متشابك ومتداخل مع العقد الأول محل الاتفاق، وهل تكفي هذه الاشارة أو الإحالة الى انصراف نية الأطراف الى اختيار أسلوب التحكيم لحل ما قد ينشأ من منازعات بين الأطراف رغم عدم توفر أي مؤشر في الوثيقة التعاقدية يفيد حتى علمهم بوجود شرط التحكيم ضمن بنود النموذج المحال اليه؟ وهل تكفي هذه الاحالة لتوافر ركن الرضى؟ .

وبصفة عامة ما هي الشروط الموضوعية والشكلية التي يتطلب توافرها في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري حتى يكون صحيحا من الناحية القانونية؟.

للإجابة على هذه الأسئلة قسمنا هذا الفصل الى مبحثين ، المبحث الأول يضم الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري والمبحث الثاني هو عن الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري.

(1) Mostefa Trari Tani, Droit algérien de l arbitrage commercial international, op cit, p36.

المبحث الأول: الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم البحري.

إن استقلالية اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري عن العقد الأساسي يؤدي الى كون اتفاق التحكيم هو عقد منفصل تماما عن عقد النقل البحري ، ويتم باتفاق الأفراد والجماعات ويعتبر مظهر سلطات إرادتهم واستعمالا منهم لحقهم في الإلتجاء الى نظام التحكيم من أجل الفصل في منازعات عقد النقل البحري سواء كانت قائمة أو التي يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل .

وبالتالي يكون اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري عقدا من العقود التي تنظمها النظرية العامة للعقد شأنه في ذلك شأن أي عقد آخر (1) بالإضافة الى خضوعه للأحكام الخاصة الواردة بشأنه (2)، سواء وردت في قانون المرافعات المدنية والتجارية ضمن النصوص القانونية المنظمة للتحكيم وقواعد الاتفاق عليه أو وردت في شكل قانوني خاص لقوانين التحكيم الوطنية التي في بعض النظم القانونية .

و حتى يكون اتفاق التحكيم صحيحا ينبغي النظر الى القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من ناحية الموضوع ، فبالنسبة للقانون المطبق على اتفاق التحكيم ، فإذا رجعنا الى بعض الاتفاقيات الدولية و منها اتفاقية نيويورك فقد نصت المادة الخامسة أنه لا يجوز رفض الإعراف و تنفيذ الحكم إلا إذا قدم الخصم الدليل على أن أطراف الإتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا طبقا للقانون الذي ينطبق عليهم عديمي الأهلية أو أن الإتفاق المذكور غير صحيح وفقا للقانون الذي أخضعت له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم .

فمن خلال هذا النص يظهر بأن اتفاق التحكيم صحيح و الذي تتوفر فيه الشروط الموضوعية مثل حالة صحة التراضي ، و خلوه من أي عيب يخضع لقاعدة أصلية هي قانون الإرادة و هي القاعدة التي مجالها في العقود الدولية ، و قاعدة إحتياطية و هي قانون مكان صدور حكم التحكيم (3).

فيكون القانون الذي اختاره الأطراف إما وطنيا باللجوء إلى قانون جنسية المتعاقد أو مكان إبرام العقد الأصلي ، كما قد يكون قانونا دوليا مستمدا من معاهدة دولية أو من الأعراف الدولية ، فقانون الإرادة يعني الإرادة الصريحة للمتعاقدين تجنبا للتأويلات المتناقضة التي قد تنتج عن الإرادة الضمنية (4).

أما القاعدة الثانية ، فتجد أساسها في أن مكان صدور الحكم التحكيمي هو القانون الذي يتحدد على أساسه ما إذا كان حكم التحكيم الصادر بناء على إتفاق التحكيم قد أصبح نهائيا أم لم يصبح كذلك

(1) محمود السيد عمرالتحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته ، بدون طبعة ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، سنة 2001، ص129.

(2) Christian Gavalda.Claude Lucas de Leyssac .op cit ; p20.

(3) محمد كولا ، المرجع السابق ، ص122 .

(4) و لم يتطرق القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لهذه المسألة .

و بيان ما إذا كانت السلطة المختصة في مكان التحكيم قد أوقفته أو ألغته ، مما يكون له أثره على إتفاق التحكيم و بالتالي على تنفيذ الحكم (1).

أما القانون الفرنسي فهو يأخذ بقانون الارادة كأصل عام على أركان اتفاق التحكيم و في حالة غيابه يطبق المحكم القانون الملائم بما فيه العادات التجارية الدولية ، و هذا ما نصت عليه المادة 1511 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي (2). و قد تماشى القانون الجزائري مع هذا الفكر و أخذ في المادة 1040 (3) منه بتطبيق قانون الارادة على شروط اتفاق التحكيم كأصل عام، و إما القانون المنظم لموضوع النزاع و إما القانون الذي يراه المحكم ملائما وهذا الاتجاه كان منسجما نوعا ما مع الموقف الدولي ، بل و كان أكثر مرونة مما كان قد نص عليه في المادة 458 مكرر 1 فقرة 3 من المرسوم التنفيذي 09/93 و التي كانت قد أخضعت إتفاق التحكيم لثلاث مصادر وهي قانون الإرادة و إما القانون المنظم لموضوع النزاع لاسيما القانون المطبق على العقد الأساس و إما القانون الجزائري . و بالتالي فقد أعطى المشرع الجزائري في التعديل الجديد أكثر حرية للمحكم في إختيار القانون الأكثر ملاءمة لحل النزاع بدلا من تطبيق القانون الجزائري ، و هذا ما يبين و يؤكد سياسة الانفتاح التي تبناها المشرع الجزائري في هذا الصدد .

إن الاتفاق على التحكيم في عقد النقل البحري شرطا كان أم عقدا تنطبق عليه القواعد العامة في العقد فهو يستلزم وجود أركان والتي يتعين توافرها في الاتفاقات عموما فهو يستوجب ركن التراضي، المحل والسبب، كما أن اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري هو عقد ذو طبيعة خاصة (4) ، فهو اتفاق إجرائي يختلف عن باقي الاتفاقات الأخرى.

وبالتالي فخصوصية اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري تؤدي بنا الى التساؤل عن الأركان الواجبة لصحته، سواء كانت موضوعية أو شكلية وسوف نتطرق في هذا المبحث الى شروطه الموضوعية من خلال مطلبين: المطلب الأول هو عن التراضي في إتفاق التحكيم في عقد النقل البحري والمطلب الثاني يضم سبب و محل إتفاق التحكيم في عقد النقل البحري.

(1) محمد كولا ، المرجع السابق ، ص 122 .

(2) فقد نصت الفقرة الانية من المادة 1040 : "...تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع ،إذا إستجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي إتفق الأطراف عليه أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما "

(3) L'art 1511 du code civil francais : « Le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ou, à défaut, conformément à celles qu'il estime appropriées.

Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce

(4) محمود السيد عمرالتحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف بالاسكندرية، بدون طبعة ، 2003 ، ص 56.

المطلب الأول: التراضي في الاتفاق على التحكيم في عقد النقل البحري.

الاتفاق على التحكيم في عقد النقل البحري كأى عقد يتم بالإيجاب و القبول و يتعين أن تتوافر فيه الشروط التي تتطلبها الأنظمة القانونية الوضعية في سائر العقود كتوافر الأهلية لدى المتعاقدين ، و أن يكون الرضا خاليا من العيوب المفسدة له وهي الغلط ،التدليس ، الاكراه والاستغلال(1) . وتوافر موضوع العقد و سببه ومن ثم فاتفق التحكيم في عقد النقل البحري قوامه الإرادة فاذا انتفت الإرادة تماما كان العقد معدوما(2) ، أما اذا كانت هذه الإرادة صادرة ممن يملكها و لكنها معيبة فإن اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري يكون باطلا وفقا لقواعد القانون المدني في الأنظمة القانونية الوضعية (3).

و الإرادة هي أساس الرضى و بالتالي أساس العقد ، و لا يعتد بهذه الإرادة الا اذا حصل التعبير عنها صراحة (4)، و لكن لا ينتج التعبير عن الإرادة أثره الا اذا اتصل بعلم من وجه اليه(5)، أما قبل تلك اللحظة فالتعبير عن الإرادة يكون موجودا و لكنه غير منتج لأثره القانوني.

و لا تظهر أهمية تراخي أثر التعبير عن الإرادة الى وقت اتصاله بعلم من وجه إليه في التعاقد بين غائبين (6)، اذ توجد في هذا النوع من التعاقد بالضرورة فترة من الزمن بين صدور التعبير من صاحبه و وصوله الى من يرسل إليه . أما بالنسبة للتعاقد بين حاضرين سواء كان في مجلس العقد أو عن طريق الهاتف أو ما يشابهه فلا يثور مثل هذا الإشكال، اذ أن صدور التعبير و وصوله يتمان في هذه الحالة في نفس الوقت. و التعبير عن الإرادة يوجد فور صدوره من صاحبه و يبقى هذا التعبير موجودا و منتجا لأثاره حتى اذا مات من صدر منه التعبير أو فقد أهليته ، اذا ما تحقق اتصاله بعلم من وجه اليه (7) ما لم يظهر من التعبير ذاته أو من طبيعة التعامل أن العقد لا ينعقد إلا مع من وجه التعبير نفسه.

(1) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام ،الجزء الأول، ص 265.

(2) محمود السيد عمرالتحوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته ، المرجع السابق، ص135.

(3) و قد ينظم القانون المدني الجزائري النظرية العامة للعقود من المادة 54 الى المادة 123 منه.

(4) و يتم التعبير عن الارادة حسب المادة 60 من ق.م.ج بقولها: "التعبير عن الارادة يكون باللفظ ، وبالكتابة ، أو بالاشارة المتداولة عرفا ، كما يكون بانخاذ

موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه. ويجوز أن يكون التعبير عن الارادة ضمنا اذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا"

(5) و تنص المادة 61 من ق.م.ج على أنه: " ينتج التعبير عن الارادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه اليه و يعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به

ما لم يقم الدليل على عكس ذلك "

(6) و تنص المادة 67 من ق.م.ج: "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان و الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني

يقضي بغير ذلك "

(7) و تنص المادة 62 من ق.م.ج: "اذا مات من صدر منه التعبير عن الارادة أو فقد أهليته قبل ان ينتج التعبير أثره..فان ذلك يمنع من ترتب هذا الاثر عند

اتصال التعبير بعلم من وجه ايه ،هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل".

و إذا كان الاتفاق على التحكيم في عقد النقل البحري هو عقدا رضائيا ينعقد بالتراضي عليه فإنه يلزم فضلا عن وجود الرضا أن يكون صحيحا ، بأن يكون صادرا عن أهلية تعتد بها الأنظمة القانونية الوضعية و ترتب عليها الآثار القانونية اللازمة .

الفرع الأول: أهلية ابرام اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري لدى الأطراف .

أبدت القوانين الوطنية وحدة كبيرة فيما يتعلق بأهلية الأطراف للجوء للتحكيم فلم تقرر أي دولة شروطا خاصة بالأهلية اللازمة لابرام اتفاق التحكيم ، ففي كل الأحوال تطبق هنا القواعد العامة المتعلقة بأهلية الأشخاص الطبيعية و المعنوية لإبرام العقود بوجه عام (1).

و الأهلية هنا هي صلاحية طرفي النزاع و الناشئ بمناسبة عقد النقل البحري في إحالة هذا النزاع (قائما أو محتمل القيام) للتحكيم . فما هي الأهلية المطلوبة مباشرة مثل هذا التصرف القانوني؟ .

اشتطت القوانين المختلفة توافر أهلية التصرف لإبرام اتفاق التحكيم (2)، أما الصبي المميز و من في حكمه فلا يستطيع مباشرة عقد اتفاق التحكيم لوحده و لا يجوز لمن ينوب عنه ابرام اتفاق التحكيم عنه الا بإذن من المحكمة المختصة بذلك مراعاة لمصلحة الصغير في ذلك (3) ، و هذا الحكم ينطبق أيضا على الصبي غير المميز و من يلحق بهما .

أما الصبي المأذون بالتجارة اذا ما استوفى الشروط الأربعة المنصوص عليها في المادة الخامسة من القانون التجاري الجزائري(4) فيستطيع ابرام اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري مباشرة، لإعتبره أكمل سن الرشد بحكم القانون و أنه كما رأينا أن منازعات عقد النقل البحري لها طبيعة تجارية و بالتالي يجوز له الاتفاق على فضها بواسطة التحكيم . كما لا يجوز للوكيل عن أحد أطراف عقد النقل البحري طلب إحالة منازعاته على التحكيم إلا بموافقة صريحة من الأصيل ما لم يخول صراحة وطبقا لوكالة خاصة بهذا الشأن. و إجمالا فإن شرط الأهلية لا يثير أي اشكال فيما نحن بصددده حيث يتوافر هذا الشرط غالبا في أطراف عقد النقل البحري. و قد أقر القانون الجزائري صراحة حق أي شخص طبيعي له أهلية كاملة باللجوء الى التحكيم في الفقرة الأولى من المادة 1006 من ق.ا.م.ا. ج (5) ، و لكن ما يهمننا البحث فيه موضوعنا هذا

(1) عاطف محمد الفقي ، التحكيم في المنازعات البحرية ، المرجع السابق، ص 167.

(2) أنظر المادة 40 من ق.ا.م. فيما يخص أهلية الشخص الطبيعي والمادة 50 و 51 من ق.م.ج فيما يخص أهلية الشخص المعنوي.

(3) علي الطاهر البيتاني، المرجع السابق ، ص 86.

(4) فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، النشر الثاني، نشر وتوزيع ابن خلدون ، سنة 2003، ص 340.

(5) تنص المادة 1006 فقرة 1: "يمكن لكل شخص اللجوء الى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها . لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم ...".

هو أهلية أو سلطة الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة ، لإبرام اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري وكذا سلطة الوكيل في إبرام اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري.

أولا : أهلية الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة لإبرام اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري .

ازداد تدخل الدولة و أشخاصها المعنوية العامة في عصرنا الحاضر في الحياة التجارية البحرية الدولية حيث تلاشت فكرة الدولة الحارسة ، وحلت محلها فكرة الدولة التاجرة ، و الدولة الناقلة ، و الدولة الشاحنة . حيث تملك الدولة و أشخاصها المعنوية العامة أساطيل السفن التجارية و شركات النقل البحري ، و حيث احتلت دول أخرى دور الشاحن البحري عن طريق إبرامها لعقود نقل و إيجار بحريين متضمنة اتفاقات على حل منازعاتها بواسطة التحكيم (1).

و هنا يثور التساؤل عن أهلية الدولة و أشخاصها المعنوية العامة لإبرام هذا الاتفاق التحكيمي الخاص بعقود النقل البحرية الدولية ، و بما قد يجره من تداعيات خاصة بالحصانة القضائية لهذه الدولة أو تلك ؟ للإجابة على هذا الاشكال و بالرجوع الى المعاهدات الدولية في هذا الشأن فإنه لا يوجد أي نص خاص حول أهلية الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة لإبرام اتفاقات التحكيم ، فقد قررت الاتفاقيات الدولية في مجملها الى عدم مساسها بالقواعد القانونية أو القضائية للدولة التي تتبنى هذه الاتفاقيات فيما يتعلق بمسألة أو سلطة الدولة او الأشخاص المعنوية العامة لإبرام اتفاقات التحكيم. ومن هذه الاتفاقيات نذكر القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 1985 فقد نص في مادته الأولى في فقرتها الخامسة : " لا يمس هذا القانون أي قانون للدولة التي تتبناه لا يجوز بمقتضاه تسوية منازعات معينة بطريق التحكيم أو لا يجوز عرض منازعات معينة على التحكيم الا طبقا لأحكام غير أحكام هذا القانون " (2). أما بالنسبة للقوانين الوطنية للدول و أحكامها القضائية فقد ظهر موقفها فيما يخص مسألة سلطة أو أهلية الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة لإبرام اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري كما يلي :

أ) الفكر اللاتينوجرمانى :

1-فرنسا: لقد كان قانون المرافعات الفرنسي القديم يقضي بعدم جواز إبرام اتفاق التحكيم في المنازعات التي يكون أحد أطرافها الدولة أو الدومين العام أو البلديات أو المؤسسات العامة طبقا للمادة 1004 (3)،

(1) عاطف محمد الفقي ، التحكيم في المنازعات البحرية ، المرجع السابق، ص 167.

(2) و قد أخذت بنفس الحكم كل من اتفاقية نيويورك 1958 و الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي 1961 .

(3) قضت المادة 1004 من ق.م.ف القديم بعدم جواز إبرام الاتفاقات التحكيمية بصدد المنازعات التي كان القانون يشترط تبليغها للنيابة العامة و قد حددت المادة 83 من ذات القانون هذه المنازعات و منها المنازعات التي تكون أحد أطرافها الدولة أو الدومين العام أو البلديات أو المؤسسات العامة .

و المادة 83 من نفس القانون ، و بالرغم من الغاء نصوص هذا القانون واستبداله بقانون المرافعات الجديد إلا أن منع الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة من أن تكون طرفا في اتفاق التحكيم ما زال ساريا في النصوص التشريعية الفرنسية (1). إلا أن هذه القاعدة التشريعية الفرنسية قد قلبت رأسا على عقب عن طريق القضاء الفرنسي في مواد التحكيم الدولي ، و الذي قرر بدون نص على تطبيق هذه القاعدة التشريعية فقط على الاتفاقات التحكيمية الداخلية بحيث لا يمتد هذا المنع للدولة و الأشخاص المعنوية العامة الى الاتفاقات التحكيمية الدولية . كما أقر القضاء الفرنسي بأهلية الدولة و الأشخاص المعنوية العامة في ابرام اتفاقات التحكيم في عقود النقل البحرية في عدة قضايا نذكر منها :

دعوى شركة « Myrtoon stream ship » المجهزة و المؤجرة للسفينة "تازيس" ضد وزارة النقل البحرية الفرنسية و المستأجرة للسفينة المذكورة، حكمت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 10 أبريل 1975 بأن : "منع الدولة و الأشخاص المعنوية العامة من أن تكون طرفا في اتفاق تحكيم مقيد باتفاقات التحكيم المتعلقة بالعقود الداخلية ولا ينطبق هذا المنع على اتفاقات التحكيم ذات الطابع الدولي . في دعوى السفينة "san carlo" ضد المكتب الفرنسي الوطني للحبوب ، حكمت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 14 أبريل 1964 بأن الحظر الوارد في القانون الفرنسي على الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة من أن تكون طرفا في اتفاق التحكيم يستبعد من مجال التحكيم الدولي . وقالت المحكمة : " إن منع الدولة من أن تكون طرفا في اتفاق تحكيم و المقرر في المادة 1004 و المادة 83 من قانون المرافعات المدنية اذا كان يعتبر من النظام العام الداخلي ، فإنه لا يعد من قبيل النظام العام الدولي ، و لا يشكل عقبة أمام المؤسسة العامة لتكون طرفا في اتفاق تحكيم وارد في عقد من عقود القانون الخاص يخضع لقانون أجنبي يميز صحة شرط التحكيم في عقد يتمتع بالصفة الدولية".

كما قالت المحكمة : " عندما ينازع في صحة شرط التحكيم بالنظر الى أساس هذا الحظر الوارد على الدولة ، فإن هذه المسألة لا تعتبر من مسائل الأهلية بمعناها الوارد في المادة 3/3 من القانون المدني و بالتالي فإن قاضي الموضوع يملك فقط الفصل حول معرفة ما اذا كان هذا المنع العام المقرر بالنسبة للعقود الداخلية ينبغي أيضا أن يطبق على عقود القانون الدولي الخاص ، و المبرمة لضرورات و بموجب شروط عادات التجارة البحرية : وهذه المسألة تخضع لقانون العقد و ليس للقانون الشخصي للمتعاقدين".

(1) و هذا الحظر القانوني في فرنسا بالنسبة لمنع الدولة الفرنسية و الأشخاص الاعتبارية الأخرى من أن تكون طرفا في اتفاق التحكيم ما زال ساريا اعمالا لنص المادة (2060) من القانون المدني الفرنسي و المعدلة بالقانون الوضعي الفرنسي رقم (75-596) و الصادر في 1975/7/9 و التي تقرر عدم امكانية الأشخاص العامة للجوء للتحكيم ، و هذا الحظر الذي جاءت به المادة في إطار قانون التحكيم الداخلي ما زال موجودا ولم يمسه أي تعديل.

و في دعوى « Galakis » (1) مالك السفينة " أسباسيا " و المؤجرة لوزارة النقل البحري الفرنسية ، أكدت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 1966/8/2 قضاءها السابق مستبعدة الحظر السابق بشأن اتفاقات التحكيم الدولية، و قد أقرت بأن هذا المنع بشأن أهلية الدولة في إبرام اتفاقات التحكيم يكون فقط بالنسبة للعقود الداخلية و لا يطبق على العقود الدولية المبرمة لضرورات ووفقا لشروط عادات التجارة الدولية .

2- مصر :

قرر قانون التحكيم المصري صراحة أهلية الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة لإبرام اتفاق التحكيم و ذلك في مادته الأولى سريان القانون على كل تحكيم سواء كان بين أطراف القانون الخاص أو أطراف القانون العام، أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع اذا كان التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيما تجاريا دوليا يجري في الخارج و اتفق أطرافه لإخضاعه لأحكام هذا القانون(2).

3- الجزائر :

لقد أقر المشرع الجزائري صراحة أهلية الأشخاص المعنوية العامة و يقصد بها الدولة و الولاية و البلدية و المؤسسات ذات الصبغة الإدارية الاتفاق على التحكيم في المادة 1006 من ق.ا.م.ا.ج(3)، فلا يجوز لها أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في اطار الصفقات العمومية(4). و بالتالي فأهلية الدولة الجزائرية و الأشخاص المعنوية العامة مقررة لإبرام اتفاقات التحكيم في عقود النقل الدولية وفقا للتشريع الجزائري .

(ب)الفكر الأنجلوساكسوني:

1-انجلترا :

إن أهلية الدولة و الأشخاص المعنوية العامة لإبرام اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري مقررة وثابتة في إنجلترا بموجب النصوص القانونية حيث يملك التاج البريطاني الحق في أن يكون طرفا في اتفاق التحكيم بموجب المادة 30 من قانون التحكيم الانجليزي 1950 و المادة السابعة من قانون التحكيم

(1)Tresor public C/Galakis,Cass.Civ .2-8-1966 , clunet,1966 , P 648 ,note Level

(2)عاطف محمد الفقي ، التحكيم في المنازعات البحرية،المرجع السابق ، ص175.

(3)تنص المادة1006 من ق.ا.م.ا.ج فقرة2على أنه:"...و لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في اطار الصفقات العمومية".

(4) بريارة عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص 538.

الانجليزي 1989 و التي تقرر تطبيق أحكام قوانين التحكيم الانجليزي على اتفاقات التحكيم التي تكون الدولة طرفا فيها (1). و بالتالي فإنه من المستقر في إنجلترا قبول الدولة كطرف في اتفاق التحكيم في عقود النقل البحرية .

2-الولايات المتحدة الأمريكية :

تقررت أهلية الدولة و الأشخاص المعنوية العامة في الولايات المتحدة الأمريكية لإبرام اتفاقات التحكيم بواسطة القضاء الأمريكي ، و ذلك بصدد الاتفاقات التحكيمية التي أبرمتها بصدد المعاملات التجارية الخاصة و منها عقود النقل الدولية البحرية .

ثانيا : سلطة الوكيل في ابرام اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري.

تعتبر نيابة الوكيل عن الموكل هي أهم أحوال النيابة الاتفاقية و يعين حدودها عقد الوكالة (2)، و تثبت للوكيل بمقتضى الوكالة الصفة الإجرائية في تمثيل الموكل اجرائيا(3) . و تقسم الوكالة الى وكالة عامة و وكالة خاصة فالوكالة العامة و هي الوكالة الواردة في ألفاظ عامة لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل ، و بالتالي فلا تثبت للوكيل فيها الصفة في تمثيل الموكل إلا بالنسبة لأعمال الإدارة وحدها. أما الوكالة الخاصة فتكون في كل عمل ليس من أعمال الادارة و بصفة خاصة البيع ، الرهن ، ... و الصلح .

و الوكالة عمل دائم الحدوث لا يبرام عقود النقل البحرية ، و بمأن اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري يعد عملا قانونيا فليس بالضرورة أن يبرمه ذوي الشأن بأنفسهم ، و لكنهم يملكون توكيل غيرهم في ابرام هذا الاتفاق نيابة عنهم كالوكيل البحري أو السمسار البحري أو قبطان السفينة أو المستشار القانوني أو غيرهم من المفوضين اتفاقا في ابرام اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري .

إلا أن السؤال الذي يطرح في هذا الشأن ما هي طبيعة هذه الوكالة ؟ هل هي وكالة عامة أم تجب وكالة خاصة لا يبرام اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري؟.

للكيل الاتفاقية في فرنسا ، إنجلترا ، الولايات المتحدة الأمريكية ، مصر والجزائر(4) أن يبرم اتفاق التحكيم نيابة عن موكله شريطة أن يكون مفوضا في ابرام هذا الاتفاق بموجب توكيل خاص، فاذا كان وكيلا عاما أو

(1)عاطف محمدالفتحي ، التحكيم في المنازعات البحرية ،المرجع السابق ، ص173.

(2)و قد عرفت المادة 571 من ق.م.ج : " الوكالة أو الانابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل و باسمه"

(3)محمد السيد عمر التحيوي ، أركان الاتفاق على التحكيم ،المرجع السابق ، ص332.

(4)وقد نصت الفقرة الأولى المادة574 من ق.م.ج صراحة على وجوب الوكالة الخاصة لا يبرام اتفاق التحكيم بقولها : "لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الادارة ، لاسيما البيع و الرهن والتبرع و الصلح والاقرار و التحكيم وتوجيه اليمين و المرافعة أمام القضاء...".

وكيلا خاصا بشأن تصرف آخر امتنع عليه ابرام اتفاق التحكيم و ذلك لخطورة اتفاق التحكيم وما يترتب عليه من آثار ، وعلى هذ الأساس فان الوكالة المقررة للجوء الى التوفيق و هو كما رأينا سابقا لا ينهي النزاع و لا يمنع من اتخاذ الاجراءات القضائية لاحقا ، لا تعطي الحق في ابرام اتفاق التحكيم (1). وبالتالي نستخلص أن القوانين استلزمت الوكالة الخاصة لابرام اتفاق التحكيم و لكن ما هو نطاق هذا التوكيل الخاص ؟.

نظرا لخصوصية التوكيل لابرام اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري يمكن تحديد نطاق هته الوكالة في النقاط التالية :

1) تفويض الوكيل بالاتفاق على التحكيم في عقد النقل البحري يجب أن لا يكون خاصا بنزاع محدد إذ أنه في أغلب الأحيان و في عقود النقل البحرية الدولية يأخذ اتفاق التحكيم صورة شرط التحكيم ، أما اذا كان اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري في صورة مشاركة تحكيم يتحدد فيه النزاع(2) و بالتالي هنا يجوز للوكيل تحديد المنازعات التي يجوز التحكيم فيها حول تنفيذ العقد أو تفسيره... الخ .

2) يجوز للوكيل تمثيل الموكل في خصومة التحكيم اذا كان الموكل قد فوضه بذلك صراحة أو ضمنا .

3) إن الوكالة في ابرام اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري يمكن أن تعطي الوكيل حرية التصرف في اتخاذ القرارات المتعلقة بالتحكيم ، حيث أن الممارسات العملية لعقود النقل البحرية النموذجية و العادات و الأعراف المهنية الموحدة في أغلب الحالات ، يحيل أطراف العقد الأصلي المرتبطون باتفاق تحكيم الى لائحة تحكيم يخضع لها تحكيمهم تقرر أن مستشاري الأطراف يملكون كل السلطات لاتخاذ القرارات المتعلقة بالتحكيم . بالإضافة الى أن بعض اللوائح التحكيمية تخول لرئيس المؤسسة التحكيمية سلطة تعيين المحكمين و مد مهلة التحكيم (3).

4) اذا كانت الوكالة يجب أن تكون صريحة ، إلا أن هذا لا يعني تطلب الشكلية لابرامها بالرغم من أن اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري نفسه يجب أن يكون مكتوبا ، فالوكالة لإبرام اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري لا تخضع لنفس الشروط الشكلية اللازمة لابرام اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري . و في القانون الجزائري الأصل في المعاملات التجارية هو اطلاق حرية الإثبات دون التقيد بالقيود الواردة في القانون المدني حيث أن المادة 573 من ق.م.ج(4) تستلزم وجوب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب

(1)عاطف محمد الفقي،التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص181.

(2)محمود السيد عمر التحيوي ، أركان الاتفاق على التحكيم، المرجع السابق، ص 336 .

(3)عاطف محمد الفقي،المرجع السابق ذكره،ص173.

(4)تنص المادة 573 ق.م.ج:"يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محله الوكالة ،الم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك".

توافره في العمل القانوني الذي يكون محلها، فهذا النص و إن كان هو الأصل العام إلا أنه لا يقرر قاعدة مطلقة حيث أرفد مؤكداً : " ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك " و نفس الحكم أخذ به القانون المصري في المادة 200 مدني .

كما أن المادة (109) من القانون التجاري الفرنسي لا تشترط الكتابة في المواد التجارية ، و بالتالي تصح الوكالة الشفوية لإبرام اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري و يمكن اثبات سلطة التوكيل بالبينة (1). و إجمالاً فإن تضمين المعاملات التجارية و كافة العقود البحرية بما فيها عقود النقل البحرية اتفاقاً للتحكيم أصبح من الشروط المألوفة على نحو يمكن معه القول بوجود قرينة مفادها أن تفويض الوكيل التجاري أو البحري في إبرام اتفاق تحكيم يعد حالياً من قبيل التعهدات المقبولة ضمناً، و التي أسسها العرف التجاري أي هي وكالة افتراضية لإبرام اتفاق التحكيم ولا يصح انكارها إلا اذا وجد نصاً خاصاً بالوكالة يمنع الوكيل من إبرام هذا الاتفاق (2) . و هذا أمر تقتضيه طبيعة التجارة الدولية و ما يجب أن يتوافر لها من ثقة في التعامل وسرعة وحسن نية في التنفيذ (3).

الفرع الثاني : التراخي المباشر في اتفاق التحكيم البحري.

نقصد بالنقل البحري للبضائع النقل بمقتضى سند شحن بحري حيث يتم التعاقد بين الناقل سواء أكان مالكا للسفينة أو مستأجراً إياها ، و الشاحن على أن يقوم الأول بنقل بضاعة الثاني بواسطة سفينة عبر البحار من ميناء الى آخر وذلك مقابل أجر معلوم (4). إن الشاحن هو الشخص الذي يلتزم بتقديم بضاعة لنقلها سواء كان مالكا لها أو بائعاً لها يرسلها لمشتريها، أو وكيلاً بالعمولة عن مالكيها .

و هكذا فإن عقد النقل البحري للبضائع هو عقد ثنائي الأطراف يبرم بين الناقل و الشاحن و هو يضل ثنائياً حتى إذا كان المرسل اليه للبضاعة شخصاً آخر خلاف الشاحن حيث أنه إذا كان عقد النقل البحري يعطي للمرسل اليه بعض الحقوق إتجاه الناقل كما يلزمه إتجاهه ببعض الالتزامات الا أنه لا يدخله طرفاً في العقد .

إن عقد النقل البحري عقد رضائي لا يشترط لصحته افرأغه في شكل خاص ، و الكتابة شرط لاثباته

(1) عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 183.

(2) محمود السيد عمر التحيوي ، أركان الاتفاق على التحكيم، المرجع السابق، ص 340.

(3) حول المرونة التي أدخلت على استلزام وكالة خاصة لإبرام اتفاق التحكيم اعترف جانب من الفقه المقارن لمديري الشركات بنفس الصلاحيات السابقة، باعتبار أن اتفاق التحكيم يعد من أعمال الإدارة الجارية و بالتالي يمكنهم إبرام هذا الاتفاق دون حاجة لاشتراط الحصول على تفويض مسبق على تفويض خاص بذلك : في دراسة سلطة مدير الشركة في إبرام اتفاقات التحكيم البحرية أنظر عاطف محمد راشد الفقي ، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 184 وما بعدها.

(4) عاطف محمد الفقي ، قانون التجارة البحرية ، ص 272.

و ليس لانعقاده ، وشركات الملاحة البحرية قد درجت على الإكتفاء بتحرير سند الشحن يتضمن كافة بيانات عقد النقل البحري ليعد وسيلة كافية لاثبات هذا العقد بما يحتويه من التزامات تقع على عاتق طرفيه . إن رضاء أطراف عقد النقل البحري بالإلتقاء الى نظام التحكيم للفصل في منازعاتهم لحظة إبرام الإتفاق على التحكيم يعد ركنا أساسيا للإتفاق عليه و هذا الرضا لا يفترض بل لا بد من وجود دليل عليه ، لأن الإتفاق على التحكيم يشكل خروجاً عن الأصل العام في التقاضي العام في الدولة الحديثة فلا بد من التعبير عنه صراحة وعدم افتراضه أو الإحالة إليه بوجه خاص بإعتباره نظاماً استثنائياً.

غير أن التعبير عن الإرادة لا يقع دائماً بمثل هذه الصراحة في اتفاقات التحكيم في عقود النقل البحرية فيشير تفسيرها بعض الصعوبات فإذا انضم أشخاص آخرون الى اتفاق التحكيم هذا ، فإنه يجب أن يكون انضمامهم لهذا الإتفاق صريحاً فلا يفترض لمجرد دخولهم أو اشتراكهم في علاقة مع الأطراف الأصليين في عقد النقل البحري . و يثور التساؤل عندئذ عما اذا كان يوجد رضاء من الأطراف الذين لم يكونوا طرفاً في سند الشحن أو عقد النقل البحري ولكن لهم علاقة بهذا العقد ، و مدى الاحتجاج في مواجهتهم باتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للفصل في منازعاتهم البحرية من عدمه ؟ و كيف يعتد بالتراضي على اتفاق التحكيم الصادر عنهم ؟.

إن الجواب على هذا السؤال يؤدي بنا الى تفصيل عدة حالات :

الحالة الأولى : اذا كان المرسل اليه هو نفسه الشاحن أو كان وكيلاً عنه فإن في هذه الحالة لا يطرح أي إشكال لأن ركن التراضي موجود على اتفاق التحكيم الوارد في عقد النقل البحري، سواء كان منصوص عليه في سند الشحن أو سواء قد تم النقل بمشاركة الايجار لأنه تم مناقشة أطراف عقد النقل البحري لشرط التحكيم الوارد في عقد النقل البحري مع مناقشتهم لشرط العقد الأصلي. و بالتالي فالتراضي موجود حتى و إن تم عقد النقل البحري بعقد نموذجي معد سلفاً فهناك رضاً ضمنى بشرط التحكيم المدرج فيه.

الحالة الثانية : في هذه الحالة يجب التفرقة فيما اذا كانت مشاركة الايجار تمثل عقد النقل البحري أو هي تمثل فقط عقد ايجار للسفينة (1)، فإذا تم عقد ايجار السفينة بين المؤجر والمستأجر على أساس عقد نقل بحري بينهم فإن مضمون سند الشحن الصادر بمناسبة هذا العقد يجب أن يكون مطابقاً لما ورد في مضمون مشاركة الايجار(2). وبالتالي فإذا كان هناك اتفاق تحكيم منصوص عليه في مشاركة الايجار فيجب أن

(1) وقد تم التطرق الى هته التفرقة عند دراستنا لماهية عقد النقل البحري في الفصل السابق .

(2) Michel POURCELET , LE TRANSPORT MARITIME SOUS CONNAISEMENT DROIT
Canadien,américan e anglais , les presses de l'université de montréal ,1972, p190

يكون منصوص عليه في سند الشحن ، أما اذا لم يذكر اتفاق التحكيم في سند الشحن و لم تذكر أية احالة الى بنود مشاركة الايجار فيه فلا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير الحامل للسند (1) ، لأنه لا علم له به و لم يصدر أي رضى منه لقبول هذا الشرط الاستثنائي و بالتالي فقط أطراف عقد النقل البحري وحدهم يكون مرتبطون باتفاق التحكيم .

الحالة الثالثة: اذا كان شرط التحكيم واردا في سند الشحن و بالتالي فأحسن مثال يعطي في هذا الصدد هو عن عقد النقل البحري بسند الشحن، اذ أن النقل البحري يضم ثلاث أطراف: المرسل، الناقل أو الشاحن والمرسل اليه هذا الأخير هو مرتبط بعقد النقل الا بعد قبوله للبضاعة أي قبوله لسند الشحن (2) . وبالتالي عندما يثور نزاع هل يكون اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري نافذ في حق المرسل اليه رغم كونه لم يكن طرفا في العقد الأصلي وهل يجب أن يكون قبوله بصفة صريحة أو يكفي قبوله الضمني له ؟. ان حجية أي عقد أو شرط للتحكيم يقتضي العلم به أولا ثم يطرح السؤال هل يجب أن يكون الرضى بهذا الشرط بصفة صريحة أو يكون فقط ضمنيا .

هذا السؤال كان محل نقاش وكانت فيه آراء متضاربة بين الغرفة المدنية والغرفة التجارية لمجلس النقض بفرنسا والتي كانت لهما آراء مختلفة تماما، هذا ما يبين أكثر الخصوصية التي يتمتع بها القانون البحري عن فروع القانون الأخرى (3).

ان الغرفة التجارية لمجلس النقض الفرنسي كانت دائما تقتضي بوجوب الرضى الصريح لشرط التحكيم في عقد النقل البحري من طرف المرسل اليه حتى يكون نافذا في حقه أما الغرفة المدنية تكتفي بالرضى الضمني للإحتجاج بشرط التحكيم في عقد النقل البحري في مواجهة المرسل اليه .

(1) Michel POURCELET , LE TRANSPORT MARITIME SOUS CONNAISEMENT DROIT
Canadien,américan et anglais, op cit , p191

(2) Marie Nivière, le principe " compétence – compétence " dans le contentieux maritime,
université aix Marseille, promotion 2007 p 61

(3) Marie Nivière, op cit , p 61.

أولاً: موقف القضاء اللاتينوجرمانى من شكل التراضى فى اتفاق التحكىم فى عقد النقل البحرى.
أ) الغرفة التجارىة لمجلس النفض الفرنسى (الرضا الصرىح).

مجلس النفض قام بحماىة المرسل الیه بحىث قضى "حتى يكون نافذ فى مواجهة المرسل الیه، شرط التحكىم المنصوص علیه فى سند الشحن ىجب أن يكون عالماً به وىكون مقبولاً من طرفه، بحىث فى وقت التفرىغ وباستلامه للبضاعة أصبح طرفاً فى عقد النقل " (1).

هذا القرار ىحدد أمرین : الأول أن المرسل الیه عند استلامه للبضاعة ىصبح طرفاً فى عقد النقل ، بحىث أن المرسل الیه لا ىصبح طرفاً فى عقد النقل بمجرد قبوله لسند الشحن .

وبالتالى حسب هذا القرار تسلم البضاعة هو وقت وكىفیهة التعبیر عن الإرادة من طرف المرسل الیه.

الأمر الثانى ىبین هذا القرار أنه حتى يكون شرط التحكىم نافذاً فى مواجهة المرسل الیه ىجب أن يكون مقبولاً صراحة من قبله. ولكن ىمكن طرح السؤال لماذا ىجب قبول صرىح لشرط التحكىم ولىس للشروط الأخرى الموجودة فى سند الشحن ؟.

قامت محكمة النفض الفرنسىة بالقضاء بأن شرط التحكىم الموجود فى سند الشحن أو فى عقد اىجار السفىنة والذى يكون مقبولاً من طرف الشاحن ، لا ىمكن الاحتجاج به فى مواجهة المرسل الیه اذا لم ىكن قد قام بقبوله قبل تفرىغ البضاعة (2).

قد قضى أىضاً بأن شرط التحكىم الموجود فى مشارطة اىجار السفىنة الغىر مصحوب بسند الشحن لا ىمكن الإحتجاج به أمام مؤمن المرسل الیه اذا لم ىتم اعلامه به وحتى قبوله له، حتى ولو أصبح طرفاً فى العقد عند وصول البضاعة (3).

(1) cass. com, 29 novembre 1994 , " Navire Slop Osprey " DMF 1995, 218.

La cours de cassation décide pour être opposable au destinataire, une clause compromissoire insérée dans un connaissance doit avoir été portée à sa connaissance et avoir été acceptée par lui, au plus tard au moment de la reception de la marchandise, il avait adhéré au contrat de transport "

(2) cass com , 24 janvier 1995 , BTL 1995-89

En espèce, le transporteur invoquait qu'il avait envoyé au destinataire une photocopie de charte partie contenant de la clause compromissoire. Mais la cours de cassation reproche aux juges du fond de ne pas avoir recherché si cette circonstance valait acceptation par le destinataire.

(3) CA Rouen, 17 janvier 2002, n° juris – DATA 2002 – 184317

ب) موقف الغرفة المدنية الأولى لمجلس النقض الفرنسي (القبول الضمني).

قضت هذه الغرفة بأنه يمكن الإحتجاج بشرط التحكيم في مواجهة المرسل اليه بحيث يمكنه أن يعلم به بمجرد تفرغ البضاعة أو عن طريق الخبرة ، كونه طرفا في عقد بحري دولي فهو نافذ في حقه بدون قبول صريح (1) . فالغرفة المدنية تكتفي بالقبول الضمني لشرط التحكيم من طرف المرسل اليه أو نائبه حتى يكون نافذا في مواجهته .

إن خصوصية المجال التجاري البحري تقتضي بأن الرضى في شرط التحكيم يكون مختلفا عن الرضى في شرط التحكيم في باقي فروع القانون فهو رضى من نوع خاص ، فقبول المرسل اليه الضمني لشرط التحكيم هو من مقتضيات المعاملات البحرية والتي تتم بالسهولة والسرعة .

إن الرضى الضمني من طرف المرسل اليه لشرط التحكيم يمكن أن يبرر بأن هذا النوع من شروط التحكيم يخص المحترفين المتخصصون في المجال البحري لأنه ليس من العدل اعتبار المرسل اليه غير معني بشرط التحكيم المرفق في العقد الأصلي ، إذ أن المرسل اليه هو محترف في المجال البحري وبالتالي فهو من المفروض يعرف المعاملات والأعراف البحرية وبالخصوص سند الشحن الذي يحمل شرط للتحكيم.

إن القرار بيلا (2) الصادر عن الغرفة التجارية لمجلس النقض الفرنسي في 21 فبراير 2006 يدعم القرار

"الاندوس" (3) ويقضي بالرضى الضمني لشرط التحكيم من طرف المرسل اليه في المعاملات البحرية.

في هذه القضية (Pella) قامت مؤسسة المطاحن الكبرى لفرنسا باستئجار سفينة من المؤسسة "Ebony maritime" لنقل أكياس دقيق القمح من مدينة روان "Rouen" الى كوبا، المؤسسة المرسل اليها "Aminport" وجدت البضاعة غير مطابقة للمواصفات المتفق عليها ، وكان هناك شرط التحكيم مدرج في مشاركة الإيجار ومذكور أيضا في سند الشحن.

المحكمة التجارية بباريس حكمت بعدم اختصاصها للنظر في موضوع النزاع وذلك بموجب مبدأ الإختصاص بالإختصاص. فقام مؤمنو المرسل اليه بالدفع بعدم حجية شرط التحكيم اتجاه المرسل اليه وطعنوا في الحكم الصادر عن المحكمة التجارية والذي قام مجلس الاستئناف برفضه.

(1) cass, 1-ère, cir, 22 novembre 2005, "Navire Lindos" Marie Nivière ,op cit, p 66

(2) cass.com, 21 février 2006 "Navire Pella" DMF 2006,p 379.

(3) cass, 1-ère.cir, 22 novembre 2005 "Navire Lindos".

و خلاصة القول حول نفاذ و حجية شرط التحكيم اتجاه المرسل اليه أو حامل سند الشحن قد كان محل نقاش وجدل قضائي، وذلك بالنظر في مسألة الرضى فقد صدرت أحكام مختلفة في هذا الصدد فاذا أراد المحكمون الأخذ بالسوابق القضائية يمكنهم الأخذ بحكم "stop osprey" لسنة 1994 وبالتالي يقررون بأن شرط التحكيم هو غير نافذ اتجاه حامل سند الشحن أو المرسل اليه الا اذا صدر الرضى منه صراحة بقبول هذا الشرط.

وإما أن يأخذوا بقرار "Lindos" ويكتفوا بالرضى الضمني كما أن مجلس استئناف روان "Rouen" قرر بأنه يكون نافذ في مواجهة المرسل اليه أو حامل سند الشحن كل شرط تحكيم و المدرج في مشاركة الإيجار و يحيل اليه سند الشحن (1). وبالتالي هذا الحكم دعم الحكيم السابقين "Pella" و "Lindos" بالأخذ بالإرادة الضمنية اتجاه حامل سند الشحن.

إن مجلس النقض الفرنسي في كل من القرارين السابق ذكرهما انضم الى اتجاه مجلس القضاء الأوروبي، و ما يأخذ به الاتجاه الدولي باعتبار أن شرط التحكيم المدرج في سند الشحن يعد كقبول ضمني لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري (2).

ج) موقف المحكمة العليا بالجزائر عن الرضى في شرط التحكيم في عقد النقل البحري .

تقر الغرفة التجارية والبحرية في المحكمة العليا في أغلب الأحيان بصحة شرط التحكيم في مواجهة المرسل اليه اذا تبين لها من مقتضيات القضية علمه بهذا الشرط أو اكمانية علمه به.

ثانيا: موقف القضاء الأنجلوساكسوني من شكل الرضى في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري.

الأحكام القضائية التي عاجت موضوع الرضى في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري في هذين البلدين تختلف عن ماصدر من أحكام قضائية في فرنسا، بحيث أن إنجلترا وأمريكا تأخذان بمعيارين لصحة التراضي. فالقضاء في هذين البلدين لا يراقب فقط صحة التراضي بشرط التحكيم بالإحالة في سند الشحن فحسب وإنما يراقب أيضا صحة التراضي في شرط التحكيم الأصلي والذي يحيل اليه سند الشحن (3).

(1) DELEBECQUE Philippe ; président de la chambre arbitral maritime de France; l'opposabilité de la clause compromissoire et/ou des clauses de juridiction dans le contentieux maritime; colloque international; 02et03mai 2009.

(2)CA Rouen, 14 octobre 1994, Navire Istanbul " DMF 1998,p 479.

(3) Diop papa Ousmane, la clause D'arbitrage dans le connaissance et le contentieux Maritime, université de droit d'Aix Marseille, p 48.

ثالثا : موقف غرفة التحكيم البحري بباريس .

إن مبدأ الاختصاص بالاختصاص هو الذي يعطي المحكم الحق في مراقبة رضى و مدى حجية شرط التحكيم في مواجهة المرسل اليه بنفسه ، أما عن غرفة التحكيم البحري بباريس فليس لها اتجاه محدد فيما يخص موقفها من رضى المرسل اليه بشرط التحكيم. فهي تنظر فيه حالة بحالة حسب ظروف القضية المطروحة أمامها ، فهي تأخذ بظروف المرسل اليه فإذا كان لا يعرف اطلاقا الشاحن فإنها تحكم بعدم حجية شرط التحكيم في مواجهته ، أما اذا كانت ظروف القضية تظهر إمكانية علم حامل السند بهذا الشرط فإنه يصبح نافذا في مواجهته (1).

رابعا: صحة التراضي في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري المعتل .

كما رأينا سابقا فإن الأحكام القضائية الصادرة عن الغرفة المدنية لباريس أخذت بالرضى الضمني لشرط التحكيم ذلك أن الخصوصية في هذا المجال على مستوى القانون المقارن ومن ناحية الممارسة العملية هناك معاملة تفضيلية للتحكيم على حساب الاختصاص للقضاء العادي، وبالتالي إنقاص أكبر عدد ممكن مما يعرف باتفاقات التحكيم المعتلة . فالقاضي هنا يأخذ بالإرادة الباطنية أو الضمنية(2) استثناء على الأصل العام والذي يقضي بالأخذ بالإرادة المعلنة ، ذلك أن التخصص في المجال البحري يجعل المحترف على علم ببعض الأعراف البحرية كإدراج شرط التحكيم في عقد استئجار السفينة .

وبالتالي لا يمكن الاحتجاج بعدم توفر ركن الرضى وأن شرط التحكيم غير نافذ اتجاهه ذلك أنه على مستوى التجارة العالمية اليوم، أصبح الأصل في الفصل في المنازعات التجارية الدولية يعود الى التحكيم فيترتب على ذلك عدم التذيق على التحكيم وبالتالي عدم التذيق على اتفاق التحكيم . كما أن نشأة اتفاقات التحكيم البحرية المعتلة قد تكون عن عدم معرفة وجهل الأطراف كيفية التعبير عن ارادتهم بطريقة صحيحة (3)، وبالتالي لا يأخذ بهذه الأخطاء الغير متعمدة وبذلك ننقص أكبر عدد من اتفاقات التحكيم البحرية المعتلة(4).

(1) Francois Arradon.; l'arbitrage maritime en France: le point de vue du pratitien; communication lors de l'assemblée de l'association française du droit maritime; jeudi 22 mars 2007.

(2) حفيظة السيد حداد ،الاتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم ، المرجع السابق، ص 159.

(3) Ph fouchard. E.Gaiyard, B Goldman, opcit, p284.

(4) بودالي خديجة ، اتفاق التحكيم البحري (دراسة مقارنة)، جامعة معسكر ، السنة الجامعية 2010/2009، ص 68 .

الفرع الثالث: التراضي في اتفاق التحكيم البحري بالإحالة.

في عقد النقل البحري للبضائع أظهرت الممارسات العملية الدولية شكل آخر من أشكال اتفاقات التحكيم وهو شرط التحكيم بالإشارة ويعرف شرط التحكيم بالإشارة بأنه: "اتفاق على التحكيم غير مدرج في العقد الذي يترجم اتفاق الأطراف والموقع عادة من قبلهم ولكنه يوجد في وثائق أخرى مستقلة عن هذا العقد وتحيل إليها ارادة الأطراف صراحة أو ضمنا على نحو يؤدي الى ادماج هذه الوثائق في العقد ذاته(1)".

وما يحدث في الغالب في المعاملات الدولية أن الأطراف لا يكتبون بدقة مصطلحات اتفاهم على التحكيم ولكنهم يكتبون بالإحالة اليه في وثائق لاحقة أو مكتفين بارفاق شروط عامة ومطبوعة ومعدة سلفا بواسطة أحد الطرفين، أو بالإحالة الى الشروط النموذجية والموضوعة بواسطة إحدى الهيئات الدولية المتخصصة(2). وهنا تطرح عدة اشكالات قانونية من جوانب متعددة عن هذا النوع من شروط التحكيم في عقود النقل البحرية الدولية، ومن هته الاشكالات هل هذا النوع من الشروط ونظرا لخصوصيته يعد عقد شكلي أو رضائي، وكيف يتم التراضي في شرط التحكيم بالإشارة أو بالاحالة؟.

في عقد النقل البحري بسند الشحن(3) فإنه يندر أن يتضمن سند الشحن شرط التحكيم، وفي حين يغلب صدور هذا العقد بموجب مشاركة ايجار للسفينة محيلا لنصوص هته المشاركة والتي من بينها شرط التحكيم(4)، ومن هنا يثور التساؤل هل يعتبر حامل سند الشحن قد ارتضى بالاتفاق على التحكيم الوارد بمشاهدة الايجار وهل تعد الاحالة الى الوثيقة الأخرى، كافية للقول بانصراف نية الأطراف ذوي الشأن في سند الشحن الى اختيار نظام التحكيم الوارد ضمن محتوياتها طريقا للفصل في منازعاتهم لحظة ابرام الاتفاق على التحكيم؟ أم يجب أن تكون هذه الاحالة خاصة وواضحة ومحددة الى شرط التحكيم الوارد بها.

وما هو تأثير هذه الاحالة الواردة في سند الشحن الى شروط مشاركة الايجار على رضا الشاحن أو الغير حامل سند الشحن أو المرسل اليه أو المؤمن على البضاعة، أو المستأجر من الباطن أو من ظهر اليه السند ممن لم يكونوا أطرافا في مشاركة الايجار المحال اليها؟

(1) محمد السيد التحيوي، أركان اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 150.

(2) محمد مختار أحمد بري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 45.

(3) محمود السيد التحيوي، المرجع السابق ذكره، ص 156.

(4) عاطف محمد الفقي، قانون التجارة البحرية، المرجع السابق، ص 377.

كما أنه وفي إطار المعاملات الجارية بين الأطراف ذوي الشأن فإنه من المتصور أن يتم الاتفاق في صدد عقد جديد بالإشارة الى شروط عقد قائم أو سابق، ويكون هذا الأخير مشتملا على شرط للتحكيم كما يتحقق وضعا مماثلا في حالة تجديد ذات العقد الذي تضمن شرط للتحكيم، ومن ثم يتم التساؤل عن مدى تأثير هذا الارتباط، أو هذه الاستمرارية بالنسبة لإمكانية القول بتوافر الرضا في اتفاق التحكيم، في شأن العلاقة الناشئة عن العقد الجديد؟

ان نقطة البداية في النظام القانوني للتحكيم هي ضرورة التأكد من وجود الاتفاق على التحكيم، لخطورة الأثر الجوهري الذي يترتب على هذا النوع من الاتفاقات ألا هو سلب القضاء العام للدولة اختصاصه الأصيل لصالح قضاء خاص يرتضيه الأطراف المحكمون(1).

ان ركن التراضي في اتفاق التحكيم البحري بالاشارة كان محلا للعديد من الأحكام القضائية المقارنة والتي امتازت بالتنوع في وجهات النظر. فوفقا للقضاء الفرنسي فقد كان موقفه مستقرا وثابتا منذ زمن طويل على أنه: "ينبغي للاحتجاج بشرط التحكيم الوارد بمشارطة الايجار، على حامل السند الذي أحال شروطها أن يتوافر في حقه العلم الثابت بشرط التحكيم الوارد ضمن بنود مشارطة الإيجار المذكورة، والقبول اليقيني المؤكد لهذا الحامل بهذا الشرط التحكيمي، بأن تكون الاحالة الواردة بسند الشحن هي احالة خاصة، وواضحة، ومحددة لشرط التحكيم الوارد بمشارطة الايجار المحال إليها، أو بأن يرفق نص المشارطة بسند الشحن، أو بأن يتم ابلاغ هذا الحامل بنص مشارطة الإيجار المذكورة بطريقة ثابتة، ومؤكدة لا تدع مجال للشك في أن هذا الحامل لسند الشحن قد علم بشرط التحكيم الوارد بالمشارطة، وأبدى رضاء كاملا بهذا الشرط، نظرا لخطورته، ولأنه لم يكن طرفا في مشارطة الايجار، لا يحتج بها، وبنصوصها عليه كما لم يكن شرط التحكيم مدرجا بسند الشحن الذي يحمله حتى تنتفي شبهة عدم وجود رضاء هذا الحامل، عن طريق ادعائه بهذا الشرط التحكيمي(2).

كما قضت محكمة النقض الفرنسية أنه: "حتى تكون بصدد تحكيم حسب المفهوم المستقر عليه لنظام التحكيم. يتعين التحقق من أن ارادة الأطراف ذوي الشأن قد اتجهت بالفعل الى تخويل ذلك الغير أو الشخص الثالث سلطة قضائية"(3).

(1) محمود السيد التحيوي، أركان اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 159.

(2) Aix.9 Dec.1960.DMF.1961. P 163. Trib.com. Nantes, 3 avril, 1980.

D.M.F.1981.P 247. Aix – en Provence – 13 jan. 1988, Rev AB. 1990. P 617

(3) cass.civ 25 Mai 1962 Rev Arb 1975. p 302. note : loquin
cass.civ.7 juin 1978. Rev Arb 1979.p 34. note Roland.

عن محمود السيد التحيوي، أركان اتفاق التحكيم، المرجع السابق ص 164.

وقضت بأنه: " حامل سند الشحن الصادر تنفيذا لمشاركة ايجار بالرحلة لا يمكن أن يحتج عليه بشرط التحكيم الوارد بمشاركة الايجار والذي لم يكن موجودا بسند الشحن، ولم يكن موضوعا لقبول مؤكد من جانب حامله"(1).

أما عن كيفية التعبير عن هذا التراضي أي هل يجب أن يتم التعبير عنه بصفة صريحة أو ضمنية فقد تطرقنا في التراضي المباشر عن الاختلاف القضائي الذي كان حول هته النقطة، وكيف كانت الأراء متضاربة بين الغرفة المدنية والغرفة التجارية لمجلس النقض بفرنسا(2). فقد كانت هته الأخيرة تقضي بوجود الرضى الصريح بشرط التحكيم البحري من طرف حامل سند الشحن حتى يكون نافذا في حقه أما الغرفة المدنية فهي تكتفي بتوافر الرضى الضمني بهذا الشرط(3).

ان تشدد القضاء الفرنسي حول ضرورة توافر العلم اليقيني بشرط التحكيم بالاشارة يبين خصوصية هذا النوع من اتفاقات التحكيم، فكما قال القاضي "M. Bonassies" " أنه ليس صحيحا القول أن من المتعارف عليه أن شرط التحكيم الدولي يكون دائما مدمج في عقد النقل البحري الدولي " ولكن بالعكس ما يوجد في ميدان العلاقات الدولية ما هو إلا مجرد اشارة مدرجة في سند الشحن بطريقة قد تكون غير واضحة تحيل الى شرط التحكيم المدرج في مشاركة الايجار (4).

إن القانون الفرنسي لا يرفض أو يعارض فكرة شرط التحكيم بالاشارة ولكن يضع له شروطا محددة لكي يقبل شرط التحكيم الموجود في العقد الأصلي بمجرد الإشارة اليه.

أما عن القضاء الانجليزي و الأمريكي ففي مجال الاطلاع على صحة شرط التحكيم بالاشارة الموجود في سند الشحن فهو يقوم كذلك بفحص شرط التحكيم الموجود في العقد الأصلي والذي تمت الاشارة اليه(5). كما أن القضاء الانجليزي قضى بأن الاحالة الواضحة والصريحة يتم بها دمج شرط التحكيم في سند الشحن وهذا ما جاء في حكم الصادر في قضية "The Merak"(6).

(1)cass.com. 4 juin 1985 DMF 1986. P 106. Note R.Achard.

عن محمود السيد التحيوي، المرجع السابق ذكره، ص 165.

(2) Olivier cachard, " l'opposabilité de la clause compromissoire au cessionnaire du tiers porteur du connaissance de charte partie " op.cit, p 01.

(3) Marie Nivière, op cit, p 61.

(4) Cass.civ, 1-ere ch., Navire Lindos obs, p. Bonassies, DMF 2006. Diop papa Ousmane, op cit, p 46.

(5) Diop papa Ousmane, op cit, p 48.

(6) The Merak, lodyds law Reports II, 1964, p 527

أما اذا كانت احالة عامة فقد ترفض(1) كما كان ذلك في القضية "The Annefiel" (2).

وبالتالي فكل هته الأحكام القضائية المقارنة (فرنسا و إنجلترا) تقضي بوجود اثبات وجود رضاء الأطراف بشرط التحكيم بالاحالة(3)، وبذلك يتحقق القضاء من تحقيق قصد الأطراف في رغبتهم في اختيار التحكيم لفض منازعاتهم ذات الطابع البحري.

أما عن موقف القضاء المصري من موضوع الرضى في شرط التحكيم بالاشارة كان أقل تشددا من القضاء الفرنسي والانجليزي، ذلك أن محكمة النقض المصرية عندما تصدت لشرط التحكيم الوارد في سند الشحن أو الذي يحيل فيه سند الشحن الى مشاركة الايجار سواء كانت احالة عامة أو خاصة انتهت في قضائها الى أنه: " إن قانون التجارة البحري المصري يجعل من المرسل إليه طرفا ذا شأن في سند الشحن، باعتباره صاحب المصلحة في عملية الشحن، يتكافأ مركزه حينما يطالب بتنفيذ عقد النقل ومركز الشاحن، وأنه يرتبط بسند الشحن لما يرتبط به الشاحن ومنذ ارتباط الأخير به، ومقتضى ذلك أن يلتزم المرسل اليه بشرط التحكيم الوارد في نسخة سند الشحن المرسله اليه، باعتباره في حكم الأصيل فيه، ومن ثم فلا يعتبر الشاحن نائب عنه في سند الشحن، حتى يتطلب الأمر وكالة خاصة أو حتى يقال أن الشاحن قد تصرف في شأن من شؤون المرسل اليه، وهو ما لا يملك حق التصرف فيه" (4).

كما قضت كذلك بشأنه: " لا يشترط في حالة صدور سند الشحن محيلا احالة عامة الى شروط مشاركة الايجار أن يكون الشاحن قد وقع سند الشحن الذي لا يعدو أن يكون في هذه الحالة ايصالا باستلام البضاعة، وشحنها على ظهر السفينة، حتى يلتزم المرسل اليه بشروط مشاركة الايجار الذي صدر سند الشحن بموجبها، ومن بينها شرط التحكيم باعتباره طرفا ذا شأن في عقد النقل، يتكافأ مركزه ومركز الشاحن مستأجر السفينة عندما يطالب بتنفيذ العقد الذي تثبته المشاركة حيث تكفي الاحالة العامة الواردة في سند الشحن الى مشاركة الايجار، لالتزام حامل السند بشرط التحكيم الوارد في تلك المشاركة، كما تكفي مثل هذه الاحالة لالتزام المرسل اليه بهذا الشرط التحكيمي" (5).

(1) Federal Bulker, loyds law Report I, 1989, p 19.

(2) The Annefiel, loyds law Reports I, 1971, p 4.

(3) Diop papa Ousmane, op cit, p 49.

(4) نقض مدني مصري، جلسة 1967/2/7 العدد الأول . 1967، ص 301، وحكم آخر بتاريخ 1965/6/17 مجموعة المكتب الفني . س(16) . ص 778.

مشار لهذين الحكمين القضائيين في : محمود السيد عمر التحيوي "أركان اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 163.

(5) عاطف محمد راشد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 160، 159.

وكان القضاء يسلك نفس توجه محكمة النقض المصرية قبل صدور قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، كما تنص الفقرة الثالثة من المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية على أنه:

" يعتبر اتفاق على التحكيم كل إحالة ترد في العقد الى وثيقة تتضمن شرط التحكيم اذا كانت الاحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد".

وقد رأى جانب من فقه القانون الوضعي المصري(1) بأن نص الفقرة الثالثة من المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري لن يغير شيئا في موقف القضاء المصري السابق من موضوع التحكيم في صدد سند الشحن ولن يكون له موقفا جديدا، فهذا النص القانوني شأنه شأن النص القانوني الأصلي المستقى منه وهو نص الفقرة الثانية من المادة السابعة من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، حيث أنه وان أقر الإحالة العامة الى الوثيقة المشتملة على شرط التحكيم، الا أنه لم ينظم بطريقة واضحة شروط هذه الإحالة، أو متى تكفي الإحالة العامة الواردة في اتفاق الأطراف ذوي الشأن لدمج شرط التحكيم الوارد في الوثيقة.

وقد انتقد جانب من فقه القانون الوضعي المصري موقف محكمة النقض المصرية، ذلك أنها افترضت قبول المرسل اليه بشرط التحكيم، بل فرضته عليه لا سيما و أن المطلاع لحيثيات أحكامها القضائية الصادرة في هذا الشأن، يتبين أن المرسل اليه وعلى كافة مراحل الدعوى القضائية يرفض شرط التحكيم الوارد في سند الشحن.

فالمرسل اليه والشاحن، لا يعدان طرفان ذا شأن في شرط التحكيم الوارد بمشارطة الايجار الا منذ أن يعلما به ويوافقا عليه(2)، حيث أن الأمر هنا يتعلق بتوافر الرضا بالإتفاق على التحكيم في حق كل من الشاحن أو المرسل اليه و حتى المؤمن على البضاعة(3) أو غيرهم، وحتى يعد أي منهم طرفا في الاتفاق على التحكيم، فإنه ينبغي أن يتوافر لديه العلم الكافي بهذا الاتفاق وملاساته وأن يكون راضيا بالالتزام به، و إلا عد مدعنا.

(1) محمود السيد النحيوي، أركان اتفاق التحكيم، المرجع السابق ، ص 175.

(2) وهذا ما أخذت به الغرفة التجارية لمجلس النقض الفرنسي في:

cass.com,29 novembre 1994,"Navire Slop Osperey"DMF1995,218

(3) Olivier Cachard," l'opposabilité de la clause compromissoire au cessionnaire du tiers porteur du connaissance de charte partie", op.cit ,p 01.

إلا أن هناك جانب من الفقه يرى بأن موقف القضاء المصري تغير بالفعل بحيث أنه تطلب وجود الاحالة الصريحة والغير المجهولة وذلك بتأثره بالمادة 3/10 من القانون 1994/27 من التحكيم المصري(1). وما يلاحظ أن مسلك القضاء الفرنسي كان أحسن من مسلك نظيره المصري بعدم افتراضه رضاء أحد المتعاقدين بالاتفاق على التحكيم، ولا يعتد بوجود الرضى الا بعد ثبوته بوجه يقيني ومؤكد خاصة في شرط التحكيم بالاشارة، ذلك أن نظام التحكيم هو طريق استثنائي للفصل في المنازعات وبالتالي يجب عدم التوسع في تفسيره وعدم افتراض وجود الرضاء به . و بالتالي فان وجود الرضى بشرط التحكيم بالاحالة من عدمه يتأثر بعملية دمج شرط التحكيم بالاحالة في العقد الأصلي أي عقد النقل البحري و كيفية تفسيرها في النظم القانونية المختلفة و هذا ما سوف نتطرق اليه تبعا .

الفرع الرابع: شروط عملية دمج شرط التحكيم في سند الشحن.

قد تعرضنا لتعريف شرط التحكيم بالإشارة في عقد النقل البحري ورأينا أنه اتفاق على التحكيم غير مدمج في العقد الذي يترجم اتفاق الأطراف وهو في هذا المقام يتمثل في سند الشحن والموقع غالبا من قبلهم، ولكنه يوجد في وثائق أخرى مستقلة عن هذا العقد والمتمثلة في مشاركة الايجار وتحيل اليها ارادة الأطراف صراحة أو ضمنا على نحو يؤدي الى ادماج هذه الوثائق في العقد ذاته(2).

ان فكرة الاحالة أو الدمج تتجلى أكثر في مجال عقود النقل البحري، حيث غالبا ما يرد في عقد نقل البضائع "Bill of lading" ما يفيد سريان كافة شروط عقد مشاركة السفينة "charter party" على عقد نقل البضائع، حيث يحتوي عقد المشاركة على شرط تحكيم، ومن ثم تبرر أهمية موضوع شرط التحكيم بالاحالة أو عمليات دمج شرط التحكيم الموجود في عقد المشاركة داخل بنود سند الشحن وذلك على أساس أن أطراف التعاقد يختلفون في كلا العقدين وليست هناك علاقة تربط حامل سند الشحن بمالك السفينة و بالتالي هنا تثور مسألة التراضي و امكانية وجوده عن طريق عملية الدمج . وقد أظهرت الممارسة العملية لكثير من حالات الدمج وجوب توافر شروط لنجاح هته العملية وتمثل في:

- 1 . أن تكون هناك اشارة أو حالة صريحة أو ضمنية في العقد الذي نشأ حوله وذلك الى مستند آخر يشمل على شرط التحكيم.

- 2 . أن تكون كلمات الدمج أو الاحالة واضحة وملائمة وتشمل صراحة اشارة الى شرط التحكيم.

- 3 . أن تكون كلمات شرط التحكيم ملائمة وتغطي المنازعات التي نشأت في العقد المطلوب دمجها فيه.

(1) محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق، ص 540.

(2) المرجع السابق ذكره ، ص 467.

4. ألا يكون هناك تعارض أو تناقض بين شرط التحكيم وبين موضوع العقد الذي نشأ النزاع حوله ، وسوف نتعرض لكل شرط على حدى.

أولاً: الإحالة الصريحة أو الضمنية في عقد النقل البحري الذي نشأ النزاع حوله الى وثائق أخرى تشمل على شرط التحكيم.

إن أول شرط حتى تتم عملية الدمج هو أن تكون هناك إحالة أو إشارة صريحة أو ضمنية في العقد الذي نشأ النزاع حوله الى وثائق أخرى تشمل على شرط التحكيم، على نحو يؤدي الى ادماج هذه الوثائق في العقد ذاته محل النزاع . فبالنسبة للعقود المتداخلة و المتشابكة كعقد مشاركة ايجار السفينة و عقد النقل البحري للبضائع(1) فهي عقود تهدف لتحقيق غاية واحدة وهي تحقيق عملية النقل البحري ، فقد تتم الاحالة من عقد لا يتضمن شرط التحكيم الى عقد يتضمن هذا الشرط بحيث يقال أن العقد الأول قد تضمن شرط التحكيم بالاحالة أو بالإشارة . و في هذا الخصوص نص القانون النموذجي للتحكيم الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي و المعروف اختصاراً باسم UNISTRAL حيث تنص المادة السابعة فقرة 2 من هذا القانون على أنه : " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً ، ويعتبر الاتفاق مكتوباً اذا ورد في تبادل رسائل أو تلكسات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي أو اللاسلكي تكون بمثابة سجل للاتفاق ، أو في تبادل المطالبة و الدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين و جود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر و تعتبر الإشارة في عقد ما الى مستند يشتمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم ، شريطة أن يكون العقد مكتوباً و أن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءاً من العقد " . و لقد كان موضوع صحة شرط التحكيم بالإشارة محلاً للعديد من الأحكام سواء في قضاء الدول اللاتينية أو في قضاء الدول الأنجلوساكسونية ، هذا بالإضافة الى افراد العديد من القوانين الوضعية في الدول السابق ذكرها ، فقد نصت المادة العاشرة الفقرة 3 من قانون التحكيم المصري على أنه : " يعتبر اتفاق التحكيم كل إحالة ترد في العقد الى وثيقة تتضمن شرط التحكيم اذا كانت الاحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد . "

(1) عندما يصدر سند الشحن تنفيذاً لمشاركة إيجار ، فقد يتضمن سند الشحن الإحالة الى الشروط الواردة في مشاركة الإيجار ، و يجب عندئذ اعمال هذه الشروط و بقدر الاحالة التي يتضمنها السند ، فان كانت إحالة شاملة لما يحيل اليه سند الشحن من شروط واردة في المشاركة ، و جب تطبيق شروط المشاركة على العلاقة الناشئة عن سند الشحن في الأحوال التي لا يرد فيها نص خاص في سند الشحن ، ولما كانت حقوق المرسل اليه على البضاعة تتحدد بسند الشحن ، فلا يحتج عليه بهذا السند دون مشاركة الإيجار ، الا متى تضمن السند إحالة الى المشاركة و علم المرسل اليه بمهذ الإحالة أو كان يجب أن يعلم وقت أن تلقى سند الشحن "

نقض مصري في 1987/2/27 ، الطعن رقم 2432 لسنة 52ق.

و قد أشار المشرع الجزائري في المادة 1008 من ق.ا.م.ا.ج على شرط التحكيم بالاحالة عند تطرقه لشكل شرط التحكيم و نعتقد أن هذا غير كافي اذا كان من الأجدد أن يوضح أكثر المقصود بهذا الشرط و كذا موقفه من اعتباره جزء من العقد الأصلي كما فعل نظيره المصري و ذلك لخطورة الأثار القانونية المترتبة عليه.

و كما ذكرنا سابقا أن اتفاق التحكيم شأنه في ذلك شأن أي عقد آخر يقتضى للقول بوجوده كاتفاق يرتب أثاره القانونية ، تحقق رضا الأطراف بالاتفاق على التحكيم عن طريق انصراف ارادتهم المشتركة في اخضاع النزاع الناشئ أو المحتمل النشوء بينهم الى المحكم للفصل فيه (1).

إلا أنه و في اطار العقود الدولية التي تبرم بواسطة وسائل الاتصال السريعة ، لا تتضمن عادة في محتواها ما يفيد الجوء للتحكيم صراحة ، ولكن تحتوي على احالة أو اشارة الى وثائق أخرى تلحق بها كالعقود النموذجية ، أو قد تتم الاحالة الى قواعد خاصة معدة سلفا من قبل المشروع المتعاقد و التي تسري أتوماتيكيا على جميع العقود المبرمة بواسطته و بلا شك تتضمن الوثائق المحال إليها شرط التحكيم و قد تطرقنا في عنصر التراضي في شرط التحكيم بالاحالة الى مختلف الاتجاهات القانونية و القضائية المطبقة في هذا الصدد حول توافر عنصر الرضى من عدمه بالنسبة لهذا النوع من شروط التحكيم و كيف تباينت مواقف الأنظمة القانونية المقارنة في هذا الصدد . و نعتقد بأن مسألة دمج شرط التحكيم بالاشارة وجعله جزءا من العقد يكون مرتبطا أساسا بمدى توافر عنصر التراضي بهذا الشرط- من عدمه، فاذا توافر عنصر الرضى بشرط التحكيم بالاحالة فإن عملية الدمج تتم و اذا لم يتوافر طبقا لاتجاه قانوني معين فإن عملية الدمج لا تتم .

كذلك يثور التساؤل حول عملية دمج شرط التحكيم و جعله جزءا من العقد بالنسبة لمجموعة العقود التي تهدف لتحقيق غاية واحدة كمثلا ابرام عدة مشارطات ايجار سفينة لتحقيق عملية نقل واحدة ، أو ابرام عدة عقود نقل لتحقيق عملية نقل واحدة كما في حالة النقل المتعدد الوسائط ، و أيضا هناك اشكال بالنسبة لملاحق العقود ، و كذا عملية التجديد الضمني لعقود النقل التي تتضمن شرط التحكيم و هذا ما سوف نتطرق اليه تبعا .

أ) مجموعة العقود.

لا يتم تحقيق العمليات الكبيرة المتصلة بالتجارة الدولية عن طريق ابرام مجرد عقد واحد بين الأطراف المعنية بهذه العمليات ولكن تبرم العديد من العقود، فيبرم الاطار الاتفاقي التعاقدي أو ما يعرف

(1)الدكتور محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق، ص 473.

بـ **contrat cadre** ويتبع ذلك ابرام العديد من العقود التنفيذية اللازمة لتحقيق وانجاز هذه العملية وتتعلم بجوانبها المختلفة. وأحيانا يتم ابرام عقد يهدف الى انشاء مشروع مشترك مصحوب بملاحق مرتبطة به وعقود أخرى متنوعة متصلة بعمل هذا المشروع، وتتصل هذه العقود جميعا بالعديد من الأطراف غير الأطراف الأصلية الموقعة على الإطار الاتفاقي(1).

فالشكال الذي يطرح هو هل كانت ارادة الأطراف قد انصرفت الى مد سريان اتفاق التحكيم الوارد في أحد العقود على العقود الأخرى المبرمة بين ذات الأطراف الموقعة على العقد الوارد فيه الشرط المذكور؟ في هذا الشأن توجد عدة حالات :

الحالة الأولى تتعلق بالحالة التي يكون فيها العقد الأساسي **le contrat de base** وحده ودون سائر العقود الأخرى التي تساهم في تحقيق العملية التعاقدية والتي تشير اليه متضمنا شرط التحكيم، وهذا الغرض لا يثير صعوبة: فإرادة الأطراف صريحة، في الإعلان عن رغبتها في اخضاع جميع المنازعات المحتمل أن تنشأ في اطار العملية التعاقدية بأكملها للتحكيم، وفي خضوع هذه المنازعات الى محكمة تحكيم واحدة يتم تشكيلها وفقا للنصوص الواردة في العقد الأساسي الذي يشكل اطار العملية التعاقدية في مجملها(2).

فاذا كان هناك عقد يحتوي على شرط تحكيم وتم عمل عقد آخر كملحق للعقد الأول أو امتداد له والملحق أو الامتداد لا يحتوي أي منهما على شرط التحكيم، فإن مسألة ما اذا كان شرط التحكيم في العقد الأول يشكل جزءا من العقد الثاني (الملحق) تعتمد على ما اذا كانت الاتفاقية الثانية مستقلة كلية عن الأولى، أم تعتبر مجرد امتداد لها فإذا كانت امتداد لها، امتد شرط التحكيم ليشمل الملحق(3).

أما الحالة الثانية ففيها يتضمن كل عقد من العقود المبرمة بين الأطراف والتي تساهم في تحقيق العملية التعاقدية شرطا تحكيميا مستقلا وحتى اذا كررت الأطراف في هذه العقود نفس الشرط التحكيمي حرفيا، فقد يؤدي ذلك الى اثاره التساؤل حول هل يتعين اختيار هيئه تحكيم واحدة من أجل أن تفصل في المنازعات المحتملة النشوء عن هذه العقود أم أنه يتعين تشكيل هيئات تحكيم بمقدار ما يوجد من عقود. واذا لم يوجد اتفاق صريح من قبل الأطراف حول مواجهة هذه المشكلة فإنه عند نشأة المنازعة تتوقف الاجابة على هذا التساؤل على تفسير ارادة الأطراف الأصلية و كقاعدة عامة، فإنه يمكن القول بأن تكرار الأطراف لذات الشرط التحكيمي في جميع العقود يعني انصراف ارادتها في اخضاع جميع المنازعات المتصلة

(1) Fh. Fouchard, Gaillard, Goldman, op cit, op 318.

(2) حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم ، المرجع السابق، ص 475

(3) محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري ، المرجع السابق، ص 475.

بهذه العلاقة التعاقدية الى ذات محكمة التحكيم(1).

(ب) تجديد العقد الذي تضمن شرط التحكيم.

في هذه الحالة يوجد عقد أصلي واحد تضمن اتفاق تحكيم مكتوب، الا أن مدة ذلك العقد انتهت دون تحرير أية وثيقة مكتوبة تفيد تجديده بذات الشروط بما في ذلك اتفاق التحكيم، بينما أن العلاقة العقدية استمرت على أساس وجود تجديد ضمني، والتساؤل هنا هل يعد اتفاق التحكيم هو الآخر قد استمر رغم تخلف النص المكتوب، بحيث يسري على ما قد ينشأ خلال فترة التجديد من منازعات بين الأطراف(2)؟. وتظهر هذه الصورة بوضوح في عقود المدة القائمة على الثقة، عندما تنتهي الفترة الزمنية المحددة أصلا لسريان العقد ولكن يستمر الأطراف في التعامل على ذات الأساس بما يحمل الى القول بأن العقد الأصلي قد تجدد ضمنا. وما نلاحظ أن اتفاقية نيويورك لعام 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية وحتى القوانين المقارنة لم تعالج هته المسألة، الا أنه طبقا للقضاء المقارن يجوز استمرار شرط التحكيم في ظل التجديدات المتبادلة في العقد حيث لا يشترط أن تنص التجديدات على استمرار نفاذ شرط التحكيم، على اعتبار أن هذه المسألة متعلقة بتفسير وتحديد نطاق تطبيق اتفاق التحكيم الوارد في العقد الأصلي.

(ج) منازعات حول ماهية مصدر الدمج .

قد تنشأ منازعات عند محاولة دمج شرط التحكيم الموجود في بعض الاتفاقيات مع عدم تحديد ماهية هته الاتفاقيات و لتوضيح ذلك ففى دعوى ناشئة عن عقد نقل بحري(3)، كانت هناك احالة من بوليصة الشحن الى عقد المشاركة و حقيقة الأمر كان هناك عقدين مشاركة ، العقد الأصلي و عقد مشاركة من الباطن و كل منها يحتوي على شروط تحكيم مختلفة ، و قد حكمت المحكمة أن عقد المشاركة الأصلي هو المقصود (4).

(1) Ph. Fouchard, Gaillard, Goldman, op cit, p 318.

(2) حفيفة السيد حداد، المرجع السابق، ص 162

(3) Navigazione Alta talia SPA .V.Svenska
Petroleum AB , the nai Matteini

(4) حيث جاء في بوليصة الشحن التالي :

« All terms , conditions and exeptions were as per charter party »

و لما كان هناك عقدين للمشاركة أحدهما عقد مشاركة أصلي و الآخر من الباطن و كل منهما يحتوي على شرط تحكيم مختلف فقد جاء في حكم القاضي Gatehouse J .

« The general rule that the references in bills f lading are presumed to be the head charter »

ثانياً: يجب أن تكون كلمات الدمج واضحة ومناسبة وتشمل صراحة إشارة الى شرط التحكيم.

عندما يحتوي مستند أو عقد مستقل على شرط تحكيم تم دمجها بالإشارة الى العقد الأصلي، فلا بد من التأكد من اتجاه الأطراف الى دمج شرط التحكيم و لا يتحقق ذلك بمجرد اختيار كلمات ومصطلحات عامة، حيث لا بد أن تكون الإشارة واضحة ومباشرة وصريحة.

وقد اهتمت العديد من السلطات بموضوع دمج شرط التحكيم الموجود في عقد المشاركة داخل سند الشحن نظراً للمنازعات التي يمكن أن تثار بسبب عدم دقة عملية الدمج.

ان الاتجاه الذي سلكته المحاكم البريطانية، أنه في حالة عدم وجود كلمات دمج واضحة وصريحة في شرط الاحالة فلن يتم دمج شرط التحكيم الموجود في عقد المشاركة والمنعقد بين المالك والمستأجر داخل بنود عقد النقل البحري والمنعقد بين المالك والشاحن(1).

وقد استقرت أحكام المحاكم الإنجليزية منذ حوالي قرن من الزمن على تفسير كلمات الدمج الموجودة في سندات الشحن تفسيراً ضيقاً، وكان السبق في ذلك يرجع الى قرار مجلس اللوردات في الدعوى المقامة بين TW Thomas et Co.lrdv.portsea steamship co.ltd.the portsmouth .

حيث كانت سندات الشحن تحتوي على شرط الإحالة(2) وقد حكم مجلس اللوردات أن تلك الكلمات غير كافية وغير ملائمة لدمج شرط التحكيم الموجود في عقد المشاركة في سند الشحن.

وبالتالي فإن الكلمات العامة غير كافية لإتمام عملية الدمج في بوليصة أو سند الشحن، وإنه ليس من العدل حرمان حائز سند الشحن والذي ليس طرفاً في عقد المشاركة من اللجوء الى القضاء بحجة أن هناك شرطاً للتحكيم لم يعلم هو عنه شيئاً، وليس في إمكانه أن يعلم عنه شيئاً(3).

أما في دعوى السفينة The Rena k :

حيث نصت كلمات شرط الاحالة على :

"All other terms conditions, clauses and exception including the arbitration clause"

(1) فيؤكد القاضي Megan أنه يجب أن يشار الى شرط التحكيم بكل صراحة ودقة ووضوح، وعلى النقيض من ذلك فان القاضي "Ralph Gibson يرى أن عملية الدمج يمكن أن تتم حتى مع استخدام كلمات عامة طالما أن نية الأطراف قد اتجهت الى اتمام الدمج، ولقد بذلت محاولات عن طريق الاستئناف للتوفيق بين وجهتي النظر السابقة وذلك في الدعوى Giffen V. Drake and Suill فقد رأت المحكمة ان اختلاف وجهتي نظر كل من القاضي Sir John Megan والقاضي Ralph Gibson ما هو الا خلاف ظاهري أكثر منه اختلاف حقيقي، ثم استطردت قائلة بأن كل منهما قد أشار الى نفس النقطة الهامة ألا وهي ضرورة توافر نية الأطراف.

عن محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري ، المرجع السابق ، ص 481.

(2) يتمثل شرط الاحالة في: "all other and conditions and exception.... As per charter "party" «

(3) محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري ، المرجع السابق، ص 486.

وكانت مشاركة الإيجار تحتوي على شرط التحكيم، ومن ثم قضت المحاكم الانجليزية بأن كلمات الإحالة كما جاءت تلزم حامل سند الشحن شرط التحكيم. وقد عبر اللورد Brandon عن رأيه في هذه الدعوى قائلاً: "ان اضافة الكلمات بما فيها شرط التحكيم هي كلمات خاصة وواضحة ومحدودة، تعني أن أطراف سند الشحن قد انصرفت نيتهم الى تطبيق نصوص شرط التحكيم الوارد بالمشاركة على منازعات سند الشحن حتى ولو اقتضى الأمر تفسير شرط التحكيم وتأويله لجعله قابلاً للتطبيق على منازعات سند الشحن لتحقيق للأطراف مطلبهم".

وعكس ذلك بالنسبة للسفينة "The Njeos" حيث جاءت كلمات شرط الإحالة في سند الشحن كالاتي: "All the terms, conditions and exceptions"

وبناء على هته الكلمات لم يتم دمج شرط التحكيم في سند الشحن على أساس أن كلمات الدمج غير محددة وغير صريحة ولا تشير لا من قريب ولا من بعيد الى شرط التحكيم، وأن شرط التحكيم ما هو إلا التزام ثانوي مستقل وليس مجرد بند من البنود أو مصطلح من بين المصطلحات.

أما بخصوص دعوى السفينة The Annefield (1) فكللمات شرط الإحالة الواردة لسند الشحن كانت: "كل النصوص والشروط والإعفاءات الواردة في مشاركة الإيجار بما فيها شرط الإهمال مندمجة في هذا السند".

أما شرط التحكيم الوارد في مشاركة الإيجار والذي ينص على أن "كل المنازعات الناشئة من وقت لآخر عن هذا العقد ستحال للتحكيم" فقد رفضت المحكمة ادماج شرط التحكيم الوارد في المشاركة في سند الشحن على أساس أنه خاص بالمنازعات الناشئة عن عقد المشاركة فقط(2).

ثالثاً: قابلية شرط التحكيم للتطبيق على المنازعات الناشئة عن السند الموجود به شرط الاحالة.

قد تكون كلمات الإحالة كافية وواضحة للقيام بعملية دمج شرط التحكيم في العقد ، إلا أنه بالرغم من ذلك لا تتم عملية الدمج بسبب كون كلمات شرط التحكيم غير مناسبة للتطبيق على المنازعات التي تنشأ عن العقد الموجود به شرط الإحالة . وتعتبر المنازعات الخاصة بسندات الشحن من أكثر المنازعات و أهمها و التي تتعرض لتطبيقات هذا الشرط ، و القاعدة المفترضة في هذه الحالات هي امكانية دمج شرط التحكيم الموجود في عقد المشاركة عن طريق كلمات الاحالة الموجودة في سند الشحن و بالتالي فمن

(1) محمد عبد الفتاح الترك،التحكيم البحري ، المرجع السابق، ص 491.

(2)Michel POURCELET , op cit , p192

الضروري و حتى يتم الدمج أن تظهر كلمات الاحالة اتجاه نية الأطراف لحل المنازعات عن طريق التحكيم و قد اعتمد القضاء الانجليزي المقارن لاتمام عملية الدمج على طريقتين متكاملتين حتى يتم دمج شرط التحكيم في سند الشحن .

الطريقة الأولى : هي التحقق من أن كلمات الاحالة الموجودة في سند الشحن كلمات واضحة و خاصة ومحددة و تشير دون أدنى شك الى شرط التحكيم الموجود في عقد المشاركة وذلك لدخله في سند الشحن . كما أن المحاكم الانجليزية و بدرجة من المرونة تقوم بجعل شرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار متناسقا و مناسبا مع سند الشحن .

الطريقة الثانية: إذا كانت كلمات الاحالة قد جاءت بصيغة عامة غير محددة ، ففي هذه الحالة يتم البحث في كلمات شرط التحكيم للتأكد من أن هذا الشرط يتفق و موضوع النزاع الناشئ عن سند الشحن ، فإذا ما تأكد القضاء من هذا الاتفاق تمت عملية الدمج(1) .

رابعاً: عدم التناقض أو التعارض.

يجب أن تكون كلمات الدمج مناسبة في العقد وأيضا أن يكون شرط التحكيم قابل للتطبيق على المنازعات الناشئة عن العقد، و قد ترفض المحاكم عملية الدمج اذا ما كان شرط التحكيم متناقضا أو متعارضاً مع العقد(2) ، بمعنى عدم وجود انسجام أو توافق بين شرط التحكيم المدمج ونصوص العقد وقد يكون التناقض وعدم الانسجام من كلمات شرط التحكيم ذاته.

وقد يحتوي العقد على شرط تحكيم صريح موجود في العقد ذاته علاوة على دمج شرط تحكيم آخر بواسطة مصطلحات نمطية موجودة في العقد، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه اذا كان شرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار قد نص على أن يكون عرض النزاع على هيئة التحكيم بنيويورك و كان شرط التحكيم الذي أحال اليه سند الشحن في البند العاشر قد نص على أن يكون نظر التحكيم في لندن، فإن هذا الشرط هو الذي يجب اعماله دون الشرط الوارد في مشارطة ايجار السفينة(3) .

(1) dans l'affaire The Meark :C.A.THE Meark ;1964 .2 Loyd's Rep ,527 .

حيث كان شرط التحكيم الموجود بمشارطة الإيجار ينص على أن : " أي نزاع ينشأ عن هذه المشاركة أو أي سند شحن صادر تنفيذاً لها سيحال الى التحكيم " . أما شرط الاحالة فينص على أنه : "كل النصوص و الشروط والاعفاءات الموجودة بالمشارطة تطبق على هذا السند " والواضح هنا أن شرط الاحالة الموجود في سند الشحن هو شرط إحالة عام ، الا أن محكمة الاستئناف قضت بأن إضافة العبارة "أو أي سند شحن صادر تنفيذاً لها" الى شرط التحكيم الوارد بالمشارطة ، جعلت هذا الشرط يندمج في سند الشحن .

(2)Diop papa osmane; op cit; p50.

(3) نقض مصري في 17 جويلية سنة 1965 مجموعة أحكام النقض السنة 16 ص 780 .

المطلب الثاني : سبب ومحل اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري .

إن سبب التحكيم يتمثل في ارادة الطرفين في حل النزاع الناشئ بينهما عن طريق التحكيم و على هذا فإن الفرض الأغلب الأعم يتمثل في أن السبب يكون دائما مشروعاً (1)، و السبب في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري يعتبر أحد عناصر الشروط الموضوعية لهذا الاتفاق . و تتمثل مشروعية السبب في أن اتفاق أطراف عقد النقل البحري على التحكيم يجد سببه في أن ارادة الأطراف قد اتفقت على استبعاد طرح النزاع على القضاء ، و تفويض الأمر للمحكمين البحريين و هذا سبب مشروع دائماً (2).

أما عن ركن المحل في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري ، فهو لا يختلف عن غيره من العقود في هذا الشأن ، حيث يعد محل العقد ركناً أساسياً من أركانه و الذي لا ينعقد بدونه و يشترط في هذا المحل فضلاً عن وجوده ، أن يكون مشروعاً تطبيقاً للنظرية العامة للعقد (3) .

إلا أنه بالنسبة لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري شرطاً كان أو مشاركة فإنه يجب أن يتضمن شيئاً آخر و هو تحديد النزاع و المراد الفصل فيه عن طريق التحكيم و هذا هو الجانب الموضوعي في محل اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري ، هذا النزاع هو الذي سيحدد اختصاص المحكم و الذي لا يمكنه الفصل الا في النزاع أو المنازعات التي اتفق الأطراف على أن يعهدوا بها اليه و تفرض القوانين المقارنة مبدأين في هذا الشأن : الأول و هو أن يكون موضوع اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري محددًا بما فيه الكفاية و الثاني هو قابلية محل اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للتحكيم أي عدم مخالفة موضوعه للنظام العام (4).

الفرع الأول : تحديد موضوع اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري .

إن تحديد موضوع اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري أي تحديد موضوع النزاع أو المنازعات التي سيفصل فيها المحكم أو المحكمون ، يختلف حسب الصورة التي أبرم فيها اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري إما في صورة مشاركة تحكيم أو شرط تحكيم .

(1) معوض عبد التواب ، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، ص 161 .

(2) محمد عبد الفتاح ترك ، التحكيم البحري ، المرجع السابق ، ص 401 .

(3) محمود السيد عمر التحيوي ، أركان اتفاق التحكيم ، المرجع السابق ، ص 342 .

(4) عاطف الفقي ، التحكيم في المنازعات البحرية ، المرجع السابق ، ص 190 .

فمشكلة تحديد النزاع أو المنازعات التي ستعرض على التحكيم لا تثار عندما يبرم اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري في صورة مشاركة تحكيم حيث يكون النزاع قد نشأ بالفعل قبل ابرام المشاركة ، و بالتالي يكون من السهل تحديده فيها و بالتالي تحديد المهمة الموكول بها الى المحكم أو المحكمين و غيرها من البيانات التي تحسم الأمور و لا تدع مجالاً للشك و الخلاف .

كل ذلك على عكس ابرام اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري في صورة شرط تحكيم ، حيث يتم ابرامه قبل نشوء أي نزاع و بين أطراف لا يتوقعون حدوث أي نزاع على الاطلاق مما يجعلهم لا يولون عناية كبيرة لصياغة هذا الشرط التحكيمي ، ولذا لا مفر وقتها من ابرامه في شكل نص عام لا يحدد فيه النزاع بصورة كافية (1).

و يجري تحديد صيغة النزاع في شرط التحكيم في عقود النقل البحرية النموذجية بطرق مختلفة : فقد يطلق عليه اصطلاح " نزاع " أو "خلاف" أو "مطالبة" و ترتب هذه المصطلحات من حيث الدقيق و الاتساع كالتالي : "مطالبة ثم نزاع ثم خلاف" ، بحيث أن معظم المنازعات تنتج عن المطالبات الا أنه ليس في كل الحالات تصبح المطالبة نزاعاً فقد تكون مجرد خلاف حول صحة بضاعة مسلمة عن طريق عقد نقل بحري . أما بالنسبة للمتطلبات المالية للنزاع يمكن أن تنشأ حتى يقدم طلب التحكيم و بالتالي فكلمة "خلاف" أوسع نطاقاً من كلمة "نزاع" و إن كانت من الناحية العملية تستخدمان بالتناوب حسب اللغة المستعملة .

كذلك تختلف صياغة نص شرط التحكيم في عقود النقل النموذجية البحرية من عقد لأخر : فمعظم شروط التحكيم في هذه العقود تجرى صيغة الشرط على أن : "أي منازعات ناتجة من العقد" (2) و تجرى صيغ أخرى بعبارة " أي أو كل منازعات ناشئة طبقاً لهذا العقد " (3) ، و صيغ أخرى بعبارة : "أي منازعة تنشأ بين" (4) ، و قد أعطى القضاء الانجليزي لعبارة " أي منازعة ناتجة عن العقد" معنى واسعاً حيث قضى بأن هذه الصيغة تغطي كل المنازعات الناتجة عن العقد بحيث لا يخرج عنها سوى المنازعات الخاصة بما اذا كان هناك عقد أصلاً أو كان باطلاً من أساسه لعدم المشروعية مثلاً (5).

(1) محمد عاطف الفقهي، التحكيم في المنازعات البحرية ، المرجع السابق ،ص190.

(2) « Any (All) disputes arising out (of) the contract »

(3) « Any (All) disputes arising under this contract »

(4) « Any disputes arise between »

(5) محمد عاطف الفقهي، المرجع السابق ذكره ،ص 195.

و صيغ أخرى بعبارة: "أي نزاع ناشئ من " (1) ، و صيغ بعبارة: "أي نزاع ناشئ عن تنفيذ هذا العقد(2)"
و صيغ أخرى بعبارة: " أي نزاع ينشأ ذو علاقة بالعقد " (3) .

و أخيرا هناك صيغ جامعة لأكثر من صيغة من الصيغ السابقة تضيف اتساعا أكثر على النزاع موضوع
اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري و موسعة بذلك من اختصاص المحكمين في هذا المجال . فعلى سبيل
المثال تأتي الصيغة: " أي نزاع بين أطراف عقد النقل البحري بخصوص أي موضوع ناتج أو متعلق بهذا
العقد أو بأي شرط فيه أو بشأنه " (4) .

و هكذا فإن اختلاف الصيغ التي تبرم بها اتفاقات التحكيم في عقود النقل البحرية ترتب آثارها بالنسبة
لضيق أو اتساع هذه الاتفاقات التحكيمية من حيث المنازعات المتعلقة بعقود النقل هته و المعروضة على
التحكيم .

الا أن الوضع السائد في المجال البحري هو أن شروط التحكيم الواردة في عقود النقل البحرية يغلب عليها
أن ترد بنص عام لا يحقق تحديدا كافيا للنزاع محل الاتفاق على التحكيم اذ لا يكون النزاع قد نشأ وقت
إبرام اتفاق التحكيم ، بالتالي يقع على الأطراف دراسة الصيغ السائدة لاختلاف النتائج المترتبة عليها من
حيث ضيق أو اتساع موضوع النزاع محل اتفاق التحكيم . ويقع على عاتق القضاء الوطني التحقق من
وجود النزاع من عدمه ، أو التحقق اذا كان النزاع داخلا ضمن نص شرط التحكيم الوارد في عقد النقل
البحري و ذلك عند النظر في صحة شرط التحكيم لتقرير ما اذا كانت المحكمة القضائية ستستمر في نظر
الدعوى اذا رفعت أمامها أم ستحيلها الى التحكيم .

كما يذهب بعض الفقه الى القول بأنه لا توجد لغة أو صياغة محددة يمكن عن طريقها الاشارة الى طبيعة
شرط التحكيم لتقرير ما اذا كان موسعا أو مديقا لمفهوم النزاع ، فالأمر متروك للمحكمة التي تنظر النزاع
حول صحة اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري (5).

(1) « Any (All) disputes arising from »

(2) « Any (All) disputes arising during execution of this contract »

(3) « Any (All) disputes arise conection with the contract »

(4) « Any (All) disputes between the partie hereto as to any matter arising out of relating to this
contract or any stipulation herein or with respect hereto »

(5) و بالتالي تختص المحكمة بالنظر في وجود النزاع من عدمه بالنظر فيما اذا كان النزاع داخلا في موضوع الاتفاق على التحكيم أم لا و قد تكون هذه المحكمة
المحكمة العادية للقضاء الوطني كما يمكنها أن تكون محكمة تحكيمية، فكما رأينا أن المحكم له سلطة البث في مدى اختصاصه بمبدأ الاختصاص بالاختصاص
المقرر له في كل الانظمة القانونية المقارنة .

فقد قضى في انجلترا بأن شرط التحكيم الذي إكتفى بالنص على أن: "التحكيم يعقد في لندن" يفسر على أساس أنه يعنى أية منازعة طبقا لمشارطة الايجار تحل بطريق التحكيم في لندن .

كما قضى بأنه اذا نص شرط التحكيم الوارد في عقد النقل بحري لشحنة أحشاب على أن: " أي منازعات طبقا لهذا العقد و التي لا يتوصل الى حل ودي لها تحال الى التحكيم في موسكو فيما عدا المنازعات الخاصة بالمواصفات و حالة البضاعة و المقاسات و صحة المستندات للبضائع المشحونة فتكون محلا للتحكيم في لندن " فإن المطالبة بالتعويض عن عدم تسليم المستندات لا يختص بنظرها التحكيم في لندن طبقا لشروط عقد النقل البحري لأنها مطالبة لا تتعلق بصحة المستندات .

و يذهب بعض الفقه الى أن المنازعات التي تعتبر محلا للتحكيم هي تلك الناشئة في الفترة السابقة على تعيين المحكم ، فالمحكم ليس له الاختصاص في المنازعات التي لم تكن موجودة عند تعيينه إلا لو اتفق الأطراف على غير ذلك (1).

و الى جانب آخر تنص لوائح التحكيم الصادرة عن مؤسسات التحكيم البحرية على ضرورة اشتمال طلب التحكيم المقدم إليها على وثائق و كل من شأنه توضيح موضوع النزاع (2) ، و بعد ذلك قد ينظر المحكم نفسه في صيغة شرط التحكيم في عقد النقل البحري مفسرا اياه لتقرير ما اذا كان هناك نزاع أم لا ، و ما اذا كان هذا النزاع في حالة وجوده مما تشمله المنازعات محل اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري .

هذا وقد تطرقنا سابقا و نحن بصدد مدى توافر عنصر الرضا في حق حامل سند الشحن امكانية اتساع شرط التحكيم الوارد بمشارطة الايجار ليشمل منازعات سندات الشحن الصادرة بموجبه و ما هي شروط الواجبة لإمتداد شرط التحكيم و دمجها .

(1) محمد عاطف الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية ، المرجع السابق ، ص200.

(2) فتقرر المادة الرابعة من لائحة التحكيم لغرفة التحكيم البحري بباريس على أنه حتى ينعد الاختصاص للغرفة يجب على المدعي تقديم طلب التحكيم شارحا فيه بايجاز موضوع التحكيم .

كذلك تقرر المادة السادسة من لائحة تحكيم جمعية المحكمين البحريين بنيويورك أنه يجب على طالب التحكيم ارسال مذكرة مكتوبة بذلك الى الطرف الآخر ، وينبغي أن تحوي مذكرة مكتوبة بذلك الى الطرف الآخر ، توضح طبيعة النزاع .

كما تنص المادة الحادية عشر في فقرتها الأولى من لائحة تحكيم جمعية المحكمين البحريين بلندن أنه يتم اجتماعا تمهيدا بين الأطراف أو ممثليهم مع هيئة التحكيم لتجهيز قائمة بالموضوعات التي سوف تكون محلا للتحكيم .

و أخيرا تقرر المادة الثالثة في فقرتها الثالثة من لائحة تحكيم المنظمة الدولية للتحكيم البحري ضرورة أن يشتمل طلب التحكيم المقدم من المدعي على ملخص ادعائاته و كذا الوثائق المثبتة للاتفاق التحكيمي ، و أي وثيقة من شأنها أن توضح موضوع النزاع .

الفرع الثاني : قابلية محل اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للتحكيم .

يشترط في محل التحكيم أن يكون من المسائل و الموضوعات التي يجوز تسويتها بواسطة التحكيم (1) ، و عن قابلية المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للتحكيم، فإنه حتى يكون موضوع الاتفاق فيها مشروعاً يشترط أن يكون من بين المنازعات التي يمكن حلها بواسطة التحكيم البحري .

و مسألة قابلية منازعات عقد النقل البحري للحل عن طريق التحكيم البحري تثار بأحد السببين :

السبب الأول : أن يكون أحد أطراف النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري والمتفق على حله بواسطة التحكيم البحري هي الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة ، وهنا نكون بصدد عدم قابلية شخصية لحل النزاع عن طريق التحكيم و قد رأينا سابقاً و نحن بصدد بحث أهلية و سلطة الدولة أو الشخص المعنوي العام في إبرام اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري ، كيف أن الدولة والأشخاص المعنوية العامة يمكنها و يحق لها في فرنسا و إنجلترا و الولايات المتحدة الأمريكية و مصر و الجزائر و أغلبية الدول و الأنظمة القانونية المقارنة إبرام اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري و بالتالي أن تكون طرفاً في نزاع يعد محلاً لاتفاق تحكيم في عقد نقل بحري(2) .

السبب الثاني : أن يكون النزاع المتفق على حله بواسطة التحكيم من بين الموضوعات التي ثبت أن القانون الوطني أو المبادئ القانونية العامة تقرر بصفة أمرة عدم جواز حلها تحكيمياً ، أي أنها من المسائل المتعلقة بالنظام العام. وهنا نكون بصدد عدم قابلية موضوع النزاع للحل عن طريق التحكيم و قد رأينا مسبقاً في العلاقات البحرية التي يجوز حلها بواسطة التحكيم كيف أنها جميعها من المسائل التي يجوز حل منازعتها بواسطة التحكيم بما فيها عقد النقل البحري ، طالما أنها لا تعد علاقات دولة بدولة في منازعات سياسية أو اجتماعية وإنما هي منازعات لها طابع تجاري، دولي و بحري . هذا و أن النسبة الغالبة من التحكيمات البحرية تجاري بخصوص المنازعات المتعلقة بالنقل البحري سواء تم هذا النقل بموجب سند الشحن تضمن شرط تحكيم بين نصوصه أو أحال الى شرط التحكيم الوارد بمشارطة الايجار التي صدر السند بموجبها ، أو تم النقل بموجب مشارطة ايجار حيث يندر وجود مشارطة ايجار تخلو من شرط التحكيم ، فأكبر نسبة من التحكيمات البحرية و التي تتم في لندن تتعلق بعمليات النقل البحري بسند الشحن أو بمشارطة الايجار.

(1) تنص المادة 1006 من ق.ا.م.ا.ج : " يمكن لكل شخص اللجوء الى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها . لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم . و لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في اطار الصفقات العمومية " .

(2) محمد عاطف الفقهي، التحكيم في المنازعات البحرية ، المرجع السابق ص 202.

كما أن معظم أحكام التحكيم البحري الصادرة عن غرفة التحكيم البحري بباريس تتعلق بعمليات نقل بحري(1)، و هذا ما يؤكد لنا قابلية منازعات عقد النقل البحري للتحكيم .

تبقى فقط مسألة مدى جواز التحكيم في عقد النقل البحري مرتبطة بطبيعة بعض المنازعات فيما يتعلق : بالمنازعات التي تدخل في الاختصاص المنفرد للقضاء الوطني ونقصد بها حالات الاختصاص المحلي في اطار المعاملات الدولية في بعض الدول، و كذا المنازعات المتعلقة بإجراءات التنفيذ ، كما هناك خلاف فقهي و قضائي حول جواز الالتجاء الى نظام التحكيم بخصوص الوجه المستعجل من المنازعة الموضوعية لعقد النقل البحري و المتفق على الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم، سواء كان النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم في عقد النقل البحري معروضا بالفعل على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في هذا النزاع البحري موضوع الاتفاق على التحكيم للفصل فيه، أم لم يكن قد عرض عليها بعد (2) .

إن المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقود النقل البحرية تكون غالبا محل النطق بإجراءات تحفظية في انتظار الفصل في موضوع النزاع، وفي هته الحالة يعين خبير ليذكر أسباب فساد البضاعة المنقولة أو ليتفحص وضعية السفينة المستأجرة هل هي صالحة للملاحة أم لا(3).

ولكن السؤال الذي يطرح من يملك اتخاذ الإجراءات التحفظية أو الوقتية بعد الاتفاق على التحكيم في عقد النقل البحري؟ وهل هي من اختصاص قاضي الأمور المستعجلة أو هي من اختصاص المحكم؟.

في هته الحالة كجواب أول، الفقه الفرنسي وضع مبدأ يسمى "مبدأ الإختصاص التنافسي"

' Principe de compétence concurrente ' هذا المبدأ يسمح لكل من القاضي والمحكمين النطق بالإجراءات التحفظية والوقتية(4). إن هذا المبدأ يختلف من نظام قانوني لآخر أو حسب نوع التدبير التحفظي المطلوب اتخاذه، ففي النظام الانجليزي في قانون التحكيم الدولي لسنة 1996 يذكر الاختصاص المكمل بتدخل القاضي والذي يكون بالنطق بالإجراءات التحفظية ولكن فقط عند عدم التدخل الصحيح لهيئة التحكيم(4). كما أنه في بعض النظم القانونية هناك إجراءات تحفظية لا يمكن للمحكم النطق بها وهي التي تمثل مبدأ السلطة العامة في الدولة.

تحت هته التحفظات القاضي والمحكم لهم سلطة تنافسية في النطق بالإجراءات التحفظية هذا ما يجعل وجود بعض الإختلافات في قراراتهم بخصوص نفس النزاع.

(1) و هذا ما يظهر من خلال مراجعة أحكام التحكيم الصادرة عن غرفة التحكيم بباريس ، والمنشورة ملخصاتها تباعا في مجلة القانون البحري الفرنسي .

(2) أشرف عبد العليم الرفاعي ، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق ، ص 343.

(3) Olivier Cachard, « les mesures conservatoires dans l'arbitrage maritime » , p 02.

(4) PH. Fouchar, E Gaillard, B Goldman, op cit, N° 1306, p725

أولاً: مدى اختصاص القضاء المستعجل بالوجه المستعجل من النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم في عقد النقل البحري شرطاً كان أم مشاركة.
أ) الإجراءات التحفظية المتخذة من طرف القاضي.

إن اختصاص القاضي بالنطق بالإجراءات التحفظية معترفاً به وهو ذو تأثير على ما يمكن للمحكم الفصل به في موضوع النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم في عقد النقل البحري .
إن المتفق عليه في القضاء الفرنسي والقضاء المقارن أن اختصاص القاضي بالنطق بالإجراءات التحفظية لا يمكن نزعها إذا تحققت حالة الاستعجال ، لا بالاتفاق عليه في شرط التحكيم ولا عن طريق أمر هيئة التحكيم، كما أن طلب الأطراف من القاضي النطق بإجراء تحفظي أو وقتي لا ينزع الاختصاص من هيئة التحكيم في الفصل في النزاع الموضوعي الأصلي محل الاتفاق على التحكيم في عقد النقل البحري .
و القضاء الفرنسي يجعل أيضاً من اختصاص القاضي في الأمر بمصادرة سفينة مع أن المحكمين قد حكموا بالعكس (1) . كما يمكن للأطراف أيضاً أن يتفقوا على العهدة لقضاء الدولة بالفصل في الإجراءات الوقائية والتحفظية على الرغم من اتفاقهم على اختصاص المحكم بالفصل في موضوع المنازعة(2).
ب) إمكانية إلغاء أو تعديل إجراء تحفظي بأمر من القاضي من طرف هيئة التحكيم.

عندما يأمر القاضي بإجراء تحفظي لأحد الأطراف، الطرف الآخر غالباً ما يحاول إلغاء هذا الإجراء أمام هيئة التحكيم. فإلى أي مدى يمكن لمحكمة التحكيم تجميد أو توقيف الإجراء التحفظي والذي نطق به القاضي؟. إن المحكم لا يمكنه تعديل أو إلغاء إجراء لم يقم بالنطق به، فقد تم تقديم طلب لمحكمة التحكيم للأمر بتوقيف إجراء تحفظي متخذ من طرف قاضي مغربي و قد باء هذا الإجراء بالفشل(3). إلا أنه يمكن لمحكمة التحكيم أن تؤكد وتؤيد إجراء تحفظي نطق به القاضي، ومع ذلك فالبعض يطالبون بإعطاء الاختصاص للمحكم حتى يستطيع تغيير أو تعديل إجراء تحفظي نطق به القاضي وذلك للإعطاء الفعالية الإجرائية لهيئة التحكيم، إلا أنه لتفادي مثل هذا النوع من المشاكل فيمكن اختيار المحكم منذ البداية للأمر بالإجراءات الوقائية والتحفظية(4).

(1) cass. com, 08 juin 1995. n° 93-11446, Bull IV n° 170, p98: « l'existence d'une clause compromissoire n'interdit pas, même après la saisine de la juridiction arbitrale, la mise en œuvre d'une saisie conservatoire dans les conditions requise pour que cette saisie soit autorisée par la loi applicable ».

(2) حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 157.

(3) Sentence CCI n° 4998, JDI, 1986 p 1139, obs, SI

(4) Olivier Cachard, les mesures conservatoires dans l'arbitrage maritime, op cit, p 06

ج) الإجراءات التحفظية المتخذة من طرف المحكم.

إن مختلف مصادر قانون التحكيم تعترف باختصاص المحكم في النطق بالإجراءات التحفظية(1).

إن المحكمون يبنون اختصاصهم من لائحة التحكيم للمركز الذي اختاره الأطراف للفصل في نزاعهم وبالطبع لوائح التحكيم الجديدة تعطي الحق للمحكين للأمر بهذا النوع من الإجراءات التحفظية وذلك في الظروف المختلفة ،وهذا ما أخذت به غرفة التحكيم البحري بباريس(2) بحيث نصت في لوائحها لسنة 2001 على مادتين تختص بالإجراءات التحفظية .

كما نصت المادة XI على أن المحكمين قبل النطق بحكم التحكيم يمكنهم الأمر بكل إجراء وقتي أو تحفظي أو كل إجراء توجيهي تنفيذي عند الاقتضاء...". أما المادة V فتص أنه يمكن طلب من محكمة التحكيم إجراء تحفظي. كما أن لائحة مركز لندن للتحكيم البحري هي كذلك تتضمن أحكام خاصة مستلهمة من القانون الأنجلوساكسوني(3).

إن الأحكام التحكيمية في مجملها تؤكد مبدأ اختصاص المحكمين في النطق بالإجراءات التحفظية وحتى إمكانية محكمة تحكيمية من أمر أحد الأطراف بوضع ضمانات في يد الطرف المتضرر(4).

فالسؤال الذي يمكن طرحه هل هته الإجراءات التحفظية التي يأمر بها المحكم تنفذ من قبل الأطراف؟

إن ما هو ملاحظ من الناحية العملية أن هته الإجراءات تطلب في بداية الخصومة التحكيمية وبالتالي ففي الغالب أنها تنفذ وذلك لخوف الأطراف أن يؤثر ذلك سلبا من جانبهم أثناء الفصل في موضوع النزاع، أما إذا لم يتم أحد الأطراف بتنفيذ هذا النوع من الإجراءات يمكن في هذه الحالة اللجوء إلى القاضي للأمر بالتنفيذ الجبري.

إن القانون المقارن أيضا يعترف بإختصاص المحكم في الأمر بالإجراءات التحفظية خاصة التي استنبطت أحكام قانون التحكيم من القانون النموذجي للتحكيم التجاري CNUDCI(5).

(1) Olivier Cachard, les mesures conservatoires dans l'arbitrage maritime, op cit, p 6

(2) <http://www.arbitrage-maritime.org>

(3) Olivier Cachard ; les mesures conservatoires dans l'arbitrage maritime, op cit, p 7.

(4) Sentence CCI n° 9154, Bull, CCI 2000, vol 11/1, p 103/104 par Olivier Cachard, OPcit, p3

(5) Art. 17 de loi, type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, intégré en 1996 pouvoir du tribunal arbitral d'ordonner des mesures provisoires « Saul convention contraire des parties, le tribunal arbitral peut, à la demande d'une partie, ordonner à toute partie de prendre toute mesure provisoire ou conservatoire qu'il juge nécessaire en ce qui concerne l'objet du différent. Le tribunal arbitral peut, à ce titre, exiger de toute partie le versement d'une provision appropriée »

وهكذا الحال بالنسبة للقانون السويسري(1) والقانون البلجيكي(2). كما أقر المشرع الجزائري اختصاص المحكم بالإجراءات التحفظية و الوقتية كأصل عام في المادة 1046 من ق.ا.م.ا.ج (3). كما أن بعض القوانين تلتزم الصمت في هته النقطة ، إلا أنها في الغالب تعترف بإختصاص المحكم للنطق بالتدابير الوقتية والتحفظية وذلك ما يفرضه الواقع العملي. وبالتالي ما يمكن استخلاصه هو أنه كل من القاضي والمحكم لهم الاختصاص في النطق بالإجراءات الوقتية والتحفظية وهذا حسب ظروف الفصل في المنازعة محل الاتفاق على التحكيم في عقد النقل البحري .

ثانيا: عدم قابلية التحكيم في المنازعات المتعلقة بإجراءات التنفيذ الجبري.

لا يجوز التحكيم كذلك في المنازعات المتعلقة بإجراءات التنفيذ وفقا للقاعدة التي تقضي بأن اجراءات التنفيذ إنما تجري تحت اشراف القضاء و رقابته ، فلا يتصور مثلا أن يحكم محكم في صحة أو بطلان اجراءات التنفيذ التي تتم بواسطة القضاء(4) فيما يخص نزاع متعلق بعقد نقل بحري ، وكذلك بشأن الدعوى المتعلقة بتلك الاجراءات أو اتباع وسائل أخرى للتنفيذ (5) .

ثالثا: القابلية للتحكيم و المسائل التي تدخل في الاختصاص الدولي الأمر للمحاكم الوطنية .

تنظم القوانين المقارنة الاختصاص الدولي لمحاكمها الوطنية ، و بالتالي قد احتدم الخلاف بين فقهاء القانون المقارن حول مدى تعلق القواعد المنظمة لذلك الاختصاص بالنظام العام من عدمه ؟ . فقد قيل أن قواعد الاختصاص الدولي من النظام العام ، بحسبان أن هذه "القواعد تحدد ولاية قضاء الدولة إزاء المنازعات التي تثور على اقليمها و ترتبط بذلك بوظيفة أساسية من وظائف الدولة و هي أداء العدالة في الاقليم... عن طريق سلطتها القضائية بغرض تحقيق مصلحة عامة هي اقرار النظام والسكينة في الاقليم و تلك اعتبارات تمس بالضرورة صميم النظام العام . " غير أننا نرى أن هذا الرأي لم يعد يتماشى مع الحقيقة الواقعية ، والقانونية السائدة في دول العالم الآن ، على الأقل في خصوص منازعات التجارة الدولية .

(1) Art. 183al. 1 de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 déc. 1987 « Sauf convention contraire, le tribunal arbitral peut ordonner des mesures provisionnelles ou des mesures conservatoires à la demande de l'une des parties » et 183 al.3 « le tribunal arbitral ou le juge peuvent subordonner les mesures provisionnelles ou les mesures conservatoires qu'ils ont été requis d'ordonner à la fourniture de sûretés appropriées

(2) Art. 1696-1° du code Judiciaire Belge « Sans préjudice de l'application de l'article 1679.2, le tribunal arbitral peut ordonner des mesures provisoires et conservatoires à la demande d'une partie, à l'exception de la saisie conservatoire » et art. 1696-2° « le tribunal arbitral peut ordonner une enquête, une expertise, une descente sur les lieux, la comparution personnelle des parties, recevoir le serment à titre décisoire ou le déférer à titre supplétoire. Il peut aussi, aux conditions prévues à l'article 877 du présent Code. Ordonner la procédure de document détenus par une partie »

(3) تنص المادة 1046 من ق.ا.م.ا.ج : " يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف...".

(4) عبد الباسط محمد عبد الواسع الضرسى، المرجع السابق، ص137 .

(5) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص392 .

فمن ناحية قد اعترفت أغلب القوانين المقارنة بالتحكيم كطريق موازي ولا نقول كطريق استثنائي ، لتسوية المنازعات المدنية و التجارية و البحرية . بل لا نغالي اذا قلنا أن قضاء التحكيم صار هو القضاء الطبيعي لمنازعات التجارة البحرية وخاصة في عقود النقل البحرية .

و في هذا الاطار سوف نتطرق الى رأي القضاء الفرنسي و القضاء المصري و القانون الجزائري .

أ) القانون الفرنسي و مدى تعلق قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام .

يتميز النظام القضائي في القانون الفرنسي بعدم استناده الى قواعد تشريعية منظمة للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الفرنسية باستثناء المادتين 14 و 15 من القانون المدني الفرنسي وتقرر أن اختصاص المحاكم الفرنسية اذا كان المدعي أو المدعى عليه فرنسيا (1).

وعلى الرغم من الانتقادات التي وجهها الفقه الى هذا القانون فان قانون المرافعات المدنية والتجارية الفرنسي الصادر في 5 ديسمبر 1975 والمعمول به في أول يناير 1976 لم يضع حل لهته المشكلة، فهو لم يتضمن قواعد منظمة للاختصاص القضائي الدولي للمحاكم الفرنسية، بحيث تضمن نصا يخص الخضوع الاختياري وهو المادة 48 بأن كل شرطا يخالف بطريق مباشر أو غير مباشر قواعد الاختصاص المحلي يعتبر عدم الأثر هذا ما لم يكن قد اتفق عليه بين أشخاص لهم صفة التاجر. وبالتالي أثير السؤال هل المواد الواردة في هذا التشريع والخاصة بمعالجة حالات الاختصاص المحلي وهي 42 وما بعدها تطبق أيضا في اطار المعاملات الدولية(2)؟.

لقد أجمع الفقه في فرنسا على ضرورة عدم جريان هذا الحظر في اطار العلاقات الدولية، فالرأي المستقر في فرنسا على جواز الخروج عن الاختصاص الدولي للمحاكم الفرنسية، والقائم على المادتين 14 ، 15 من القانون المدني. اذ يعد الاختصاص ميزة مترتبة عن ثبوت الجنسية وبالتالي يجوز التنازل عنها لمن هي مقررة في مصلحته، فاذا كان المدعى عليه فرنسيا والمدعي أجنبي أو فرنسي فإن التنازل يتم باتفاقهما.

و بالتالي تصبح قواعد الاختصاص الدولي غير متعلقة بالنظام العام(3)، فطبقا للقانون الفرنسي يجوز لأطراف عقد النقل البحري الاتفاق على فض منازعاتهم بواسطة التحكيم مهما كانت وضعية رعاياه في النزاع (مدعى أو مدعى عليه) .

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 343.

(2) حفيفة السيد الحداد، القانون القضائي الخاص الدولي ، الفتح للطباعة 1992، صفحة 116 وما بعدها عن أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق ذكره.

(3) أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق ذكره، ص 345.

ب) القضاء المصري يقرر قاعدة عدم تعلق قواعد الاختصاص القضائي الدولي بالنظام العام في منازعات النقل البحري.

يعتبر أغلب فقهاء مصر بأن قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم المصرية هي من قواعد النظام العام التي لا يجوز بناء على إرادة الخصوم مخالفتها لصالح محاكم الدول الأجنبية، إن هذا الرأي يخالف ما انتهى إليه قضاء محكمة النقض في عدة منازعات بحرية بالرغم من وجود نص في القانون المصري يمنع أن يكون التحكيم في الخارج على يد أشخاص غير مصريين ، فرضى أطراف الخصومة هو أساس التحكيم وسوف نتعرض الى موقف القضاء المصري من التحكيم الأجنبي في منازعة متعلقة بعقد نقل بحري .

- حكم محكمة النقض الصادر في 5 مارس 1975 (1)

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن الطاعن بصفته أقام على المطعون ضدها دعوى تجارية بالإسكندرية يطلب الزامها بمبلغ من الفوائد القانونية... وقال شارحا لدعواه أنه بتاريخ 1968/9/23 وصلت الباخرة "حريتي" التابعة للشركة المطعون ضدها الى ميناء الاسكندرية، وعليها شحنة من زيت عباد الشمس لحساب الطاعن، وقد اتضح عند تفريغ البضاعة المشحونة أنها أصيبت بعدة اضرار قد لحقت بالبضاعة أثناء الرحلة البحرية فيسأل عنها الناقل.

دفعت الشركة المطعون ضدها بعدم قبول الدعوى للاتفاق في مشاركة ايجار السفينة على شرط انتهاء النزاع بطريق التحكيم ، قضت محكمة أول درجة بقبول الدفع بعدم قبول الدعوى، استأنف الطاعن الحكم طالبا الغائه والحكم بطلباته السابقة.

قضت محكمة استئناف الإسكندرية بتأييد الحكم المستأنف، طعن الطاعن على هذا الحكم بطريق النقض وقد أقيم الطعن على ثلاثة أسباب ، حاصلها مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وما يعيننا في هذا المجال قول الطاعن أن الحكم المطعون فيه بإعراضه عن الفصل في نزاع من اختصاص القضاء العادي يكون قد أنكر العدالة وخالف القانون وأخطأ في تطبيقه بما يستوجب نقضه.

وقد ردت محكمة النقض على ذلك قائلة:

"و حيث أن هذا النعي غير سليم ذلك أنه يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه قال: "أنه يبين من

(1) الطعن رقم 450 لسنة 40 ق، مجموعة أحكام النقض، لسنة 26، ص 535.

كانت المنازعة في هذا الصدد متعلقة بنقل بحري لشحنة من زيت عباد الشمس الى مصر ومن ثم داخله في اختصاص المحاكم المصرية وفقا لقواعد الاختصاص الدولي الخاصة بها. هذا الحكم مشارا اليه في أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية ، المرجع السابق، ص372.

مراجعة مشاركة الإيجار أنها محررة في بيرييه بين مالكي الباخرة وشركة "فردريك حاكيم" كمستأجر عن نقل حمولة زيت على تلك الباخرة من كونيتانزا الى الاسكندرية "وأن البند الثامن عشر منها نص فيه على أن أي منازعة تنشأ أثناء تنفيذ هذه المشاركة تعرض على التحكيم في لندن.

وإذا كان الحكم المطعون فيه قد رد على ما دفع الطاعن في أن القضاء بعدم قبول الدعوى فيه انكار للعدالة بقوله: " ان شرط التحكيم في الخارج هو شرط صحيح طبقا لمفهوم المادة 841 من قانون المرافعات الملغى والذي انعقدت في ظل مشاركة الايجار وسند الشحن موضوع النزاع وإن مثل هذا الشرط لا مخالفة فيه للنظام العام.

لما كان ذلك، وكانت ارادة الخصوم هي التي تخلق التحكيم وقد أقر المشرع جواز الاتفاق عليه ولو تم في الخارج دون أن يمس ذلك النظام العام في مصر.

فان نعى الطاعن على الحكم المطعون فيه بإنكار العدالة اذ قضى بعدم قبول الدعوى نعى غير صحيح ويكون الطعن برمته على غير أساس ويتعين رفضه.

في ضوء ما تقدم يمكن القول أن شرط التحكيم الذي يقرر اجراء التحكيم في الخارج هو شرط صحيح في القانون المصري، على ذات الوجه القائم بالنسبة لشرط التحكيم الوطني، وإن أثره السالب لاختصاص المحاكم المصرية معترف به فقها وقضاء، وحيث أن إحترام ذلك الشرط لا يعد مخالفا للنظام العام في مصر وهذه النتيجة تضع النظام القانوني المصري في هذا المجال لا في الموضوع الموازي لأقلية ضئيلة من الأنظمة الأجنبية، ولكن بالأصح على ذات المرتبة مع شبه الإجماع في الأنظمة القانونية المعاصرة.

وهذه النتيجة كذلك لا يمكن الا أن تكون في صالح مصر في انفتاحها على العالم الخارجي وفي مضاعفة مبادلاتها مع الخارج (1) وفي صالح المركز الإقليمي للتحكيم بالقاهرة.

(ج) مدى تعلق قواعد الاختصاص الدولي بالنظام العام في القانون الجزائري .

لا تعتبر قواعد الاختصاص القضائي الدولي قواعد إسناد، و إنما تعتبر قواعد مادية مهمتها تحديد الحالات التي يعتبر فيها القضاء الوطني مختصا بالنظر في المنازعات المشتملة على عنصر أجنبي (2). و أمام عدم وجود أي نص تشريعي يتضمن القواعد العادية للاختصاص القضائي الدولي لا مناص من الرجوع الى قواعد الاختصاص القضائي الداخلي ومدىها الى المجال الدولي . وهذا ما أجمع عليه الفقه وأيده القضاء المقارن في

(1) اشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية ، المرجع السابق، 373.

(2) د.عرب بلقاسم ، القانون الدولي الخاص الجزائري-تنازع الاختصاص القضائي الدولي -الجنسية، الجزء الثاني ، دار هومة ، ص09.

مناسبات مختلفة (1). و القواعد التي يتم مدها الى المجال الدولي هي قواعد الاختصاص المحلي لا قواعد الاختصاص النوعي ، و بذلك نكون قد نقلنا قواعد الاختصاص المحلي الداخلي الى المجال الدولي لكن مع فارق أن قواعد الاختصاص المحلي الداخلي تحدد لنا المحكمة المختصة داخل النظام القضائي الجزائري ، أما قواعد الاختصاص القضائي الدولي فتبين لنا فقط اذا كان القضاء الجزائري مختصا أم لا .

و عليه فإن المواد من 37 الى 40 من قانون الاجراءات المدنية والادارية (2) هي التي يتم نقلها الى المجال الدولي و عقد الاختصاص وفقا للمحاكم الجزائرية في المنازعات ذات الطابع الدولي كلما كان ضابط الاختصاص المعتمد عليه موجودا في الجزائر ، وذلك أيا كانت جنسية أطرافها . إلا أنه نرى بأن نقل قواعد الاختصاص المحلي الداخلي الى المجال الدولي يتطلب ادخال تعديلات عليها لتكون متلائمة معه .

و بالتالي قد يكون القضاء الجزائري مختصا بالنظر في النزاع الدولي ، غير أن الخصوم يتفقون على عرضه على التحكيم ، فهل مثل هذا الاتفاق الذي يعدل قواعد الاختصاص القضائي الدولي ينتج أثره ، فتصبح هيئة التحكيم مختصة بالنظر في النزاع ؟

ان القانون الجزائري هو الذي قرر وحده ما اذا كان يجوز أو لا يجوز عقد الاختصاص بالاتفاق للقضاء الجزائري رغم عدم اختصاصه ، أو سلب الاختصاص عنه رغم اختصاصه و عقده لقضاء دولة أخرى أو للقضاء التحكيمي . و بناء على ذلك واذا رجعنا الى المادة 46 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية (3) فإننا نجد أنها تجيز للخصوم الحضور دائما باختيارها أمام القاضي ، حتى و لو لم يكن مختصا محليا بنظر الدعوى ، مما يفيد بأن قواعد الاختصاص القضائي المحلي ليست من النظام العام لأنه يمكن الاتفاق على مخالفتها .

و لما كانت قواعد الاختصاص القضائي الدولي في الجزائر هي امتداد لقواعد الاختصاص المحلي الداخلي ، فهي من ثم ليست من النظام العام و بالتالي يمكن الاتفاق على مخالفتها ، فيصح الاتفاق على سلب الاختصاص عن القضاء الجزائري رغم اختصاصه والمعدة به الى القضاء التحكيمي . و هذا ينطبق بلا شك على حل المنازعات المتعلقة بعقود النقل البحرية خصوصا و أن المشرع الجزائري كان أكثر مرونة في هذا النوع من المنازعات بحيث أنه أجاز للمدعي في الدعوى الناشئة عن عقد النقل البحري حق الاختيار بين

(1) د.عرب بلقاسم ، المرجع السابق ، ص 19 .

(2) هنه المواد تقابل المواد 8 و 9 من قانون الاجراءات المدنية الجزائري القديم .

(3) هنه المادة تقابل المادة 28 من قانون الاجراءات المدنية الجزائري القديم .

محكمة اقامة المدعى عليه أو محكمة ميناء التفريغ حسب ما جاءت به المادة 745(1) من القانون البحري الجزائري و هذه الحرية لاختيار المحكمة التي ستفصل في النزاع هو في اطار القانون الداخلي (2) .
و بالتالي فمن باب أولى أن تكون هته الحرية أوسع نطاقا في المجال الدولي ، و بصيغة أخرى فإنه يجوز الاتفاق على التحكيم في عقود النقل البحرية حتى ولو عقد الاختصاص الدولي للمحاكم الجزائرية وهذا ما أكدته المادة 1006 من ق.ا.م.ا. ج بحيث أنها أجازت التحكيم في كل المسائل ما عدا المتعلقة بالنظام العام ، و قد رأينا أن قواعد الاختصاص القضائي الدولي هي قواعد غير متعلقة بالنظام العام .
و قد نصت المادة 747 من ق.ب.ج : "لا تسري أحكام هذا الباب، مع التحفظ للإستثناءات المحددة فيما يلي، إلا في حالة وجود اشتراطات أخرى لم يتفق عليها صراحة .وتسري عندد الحاجة الأحكام الخاصة للإتفاقية الدولية التي تتناول هذا الميدان و التي انضمت اليها الجزائر و ذلك في النقل البحري المتمم بين الموانئ الجزائرية و الأجنبية " .

إن هذا النص يبين صراحة أنه في الاطار العلاقات الدولية يمكن وضع شروط خاصة يتفق عليها الأطراف و تكون حسب ما نصت عليه الإتفاقية الدولية المنضمة اليها الجزائر في هذا الشأن ، إلا أن هذا النص يمكن أن يحدث نفس الصعوبات التي تعرض لها القضاء الفرنسي ، وهي مدى نفاذ شروط الاختصاص القضائي أو شروط التحكيم المدرجة في مشارطات الايجار أو سندات الشحن في مواجهة حامل السند أو من يحمل محله كالمؤمن (3)، بحيث قد كان هناك جدل كبير و تعارض بين القرارات القضائية في هذا الصدد .

(1)تنص المادة 745 من القانون البحري الجزائري على أنه : " ترفع القضايا التي تتعلق بعقد النقل البحري أمام الجهات القضائية المختصة إقليميا حسب قواعد القانون العام " .

(2)و من منازعات عقد النقل البحري - تحديد الجهة القضائية المختصة محليا :

من المقرر قانونا " ترفع القضايا التي تتعلق بعقد النقل البحري أمام الجهات القضائية المختصة إقليميا حسب قواعد القانون العام " ومن ثم فإن قضاة الموضوع لما ألزموا الشركتين المدعيتين برفع دعواهما أمام محكمة مقر إقامة المدعيتين برفع دعواهما أمام محكمة مقر إقامة المدعي عليه رغم أن المادة 745 من القانون البحري تمنح للمدعي حق الاختيار بين محكمة مقر إقامة المدعي عليه لأو محكمة ميناء التفريغ . ومتى كان كذلك استوجب النقص .
ملف 162697 بتاريخ 16-12-1997 الاجتهاد القضائي . عن : نبيل صقر ، القانون البحري و النصوص التنظيمية الخاصة بالملاحة البحرية ، اجتهاد المحكمة العليا ، دار الهدى ، عين مليلة -الجزائر ، ص 165 .

(3)M.BOUABDELLAH Med , La Subrogation de l'assureur dans le contrat de tarnsport maritime , colloque international sur « Le contentieu maritime » ,Oran les 02 et 3 Mai2009 , p 02 .

و أخيرا إن ما يمكن قوله بصدد قابلية محل اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للتحكيم ، فإنه في اعتقادنا أن اعتماد القوانين المقارنة فكرة النظام العام لمنع قضاء التحكيم عن بعض المسائل ، لا يمكن اعماله في موضوعنا هذا الا بعد التفرقة بين النظام العام الداخلي و النظام العام الدولي، فليس كل ما يعد من الأول يعد من الثاني ، فالواقع أنه ليس كل مسألة منظمة بقواعد أمره في القانون الداخلي ، تعد متصلة بالنظام العام الدولي و تخرج من نطاق المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها.

فلا يجب النظر فقط الى الأساس القاعدي للمسألة محل النزاع وما اذا كانت منظمة بقواعد أمره من عدمه ، بل يجب أن ننظر الى الآثار الواقعية و الفعلية للفصل في تلك المسألة و تعارضها مع اعتبارات النظام العام الدولي . و قد رأينا هذا في امكانية أن يقوم المحكم باتخاذ الاجراءات التحفظية و الوقتية رغم كونها متعلقة بالنظام العام الداخلي و لكنها غير مرتبطة باعتبارات النظام العام الدولي وذلك للاعتبارات العملية التي فرضت دوليا خاصة في مجال النقل البحري.

و رأينا بأن المادة 747 من ق.ب.ج قد نصت بأنه لا تسري أحكام الباب الخاص بنقل البضائع بحرا إلا إذا لم تكن هناك إشتراطات أخرى ، كما تسري عند الحاجة الأحكام الدولية التي انضمت اليها الجزائر في هذا الباب .

إلا أن ما تجدر الاشارة اليه أن الجزائر إنضمت في هذا الشأن إلا لإتفاقية واحدة وهي إتفاقية بروكسل لعام 1924 و التي لم تنص على التحكيم كوسيلة لفض منازعات النقل البحري، و بالتالي يبقى السؤال مطروحا على مدى صحة إتفاقات التحكيم طبقا لأحكام القانون البحري الجزائري . إلا أنه مادام أن عقد النقل البحري هو عقد تجاري في طبيعته فيجوز طبقا لأحكام القانون التجاري الدولي في الجزائر اللجوء اليه إذا إتفق أطرافه على ذلك .

المبحث الثاني: الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري.

الأصل في الاتفاقات و العقود الرضائية ، و المفترض أن اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري هو عقد بالمعنى الحقيقي يخضع لهذه القاعدة (1) . إن اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري تصرف قانوني و بالنظر الى طابعه الدولي بالأقل في معاملات التجارة الدولية ، فهو يثير مسألة تنازع القوانين في شأن متطلباته الشكلية كما هو الشأن في موضوعه ، و بالتالي يتم فيه أعمال القواعد العامة لحل تنازع القوانين في الشكل أي أنه يخضع لقاعدة قانون المحل يحكم الشكل . بمعنى أن اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري يكون صحيحا إذا تم في الشكل الذي يقرره قانون الدولة التي أبرم فيها الاتفاق و تم فيها التعبير عن ارادة أطرافه بنزع الإختصاص بتسوية النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري من قضاء الدولة و تخويله للتحكيم البحري .

و بهذا قضت هيئة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس عام 1988 بأنه : "في أي معاملة دولية يمكن لشكل اتفاق التحكيم أن يلتزم أيضا بقانون مكان ابرام الاتفاق طبقا لمبدأ المحل يحكم شكل التصرف" (2) . إلا أنه بالنظر للطابع التخيري لقاعدة قانون المحل يحكم الشكل ، فإن اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري يمكن أن يكون صحيحا من ناحية الشكل الذي يفرغ فيه إذا استوفى الشكل ليس الذي يفرضه قانون محل ابرامه ، بل الذي يفرضه قانون الإرادة واجب التطبيق على موضوع اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري ، بحيث يصبح القانون الذي اختاره أطراف هذا العقد هو الواجب التطبيق على موضوع و على شكل اتفاق التحكيم .

و رغم الحلول التي عرضناها و التي مازالت بعض الدول تتبناها و تؤمن بصلاحيه منهج تنازع القوانين لفض مختلف أنواع تنازع القوانين في العلاقات الخاصة الدولية ، فالاتجاه المروج لقضاء التحكيم والذي يرى فيه القضاء الطبيعي لمنازعات التجارة الدولية ينادي بتجنب أعمال منهج تنازع القوانين في مجال التحكيم . و بالتالي يجب الاعتراف بصحة وسلامة اتفاق التحكيم من حيث الشكل و ذلك استقلالا عن العقد الأصلي و ما يستلزمه القانون الواجب التطبيق ، بل واستقلالا عن أي قانون وطني آخر، وهذا ما يسمى بمنهج القواعد المادية أو الموضوعية .

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 410.

(2) « dans l'affaire international (la) forme (de la convention d'arbitrage) peut assi respecter la loi du lieu de conclusion de l'accord selon le principe locus regit actum »

حكم في القضية رقم 5832 الصادر في زيوريخ ، منشور في كلوني 1988 ، ص 1198.

و مهما يكن فإنه سواء كان القانون الواجب التطبيق على شكل اتفاق التحكيم هو القانون الذي تحدده قواعد تنازع القوانين أو كان قاعدة مادية أو موضوعية ، فإنه من الملائم التعرف على حقيقة و نوع الشكل المطلوب في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري في القوانين الوطنية محل البحث ، و في المعاهدات الدولية وفي لوائح التحكيم البحري و تتساءل عما إذا كان يشترط شكلا معيناً لإبرام اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري كالرسمية أو الكتابة أم يكفي إبرامه شفاهة ؟.

و للإجابة على هذا التساؤل سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين : المطلب الأول هو عن الكتابة كشرط لإبرام أو لإثبات اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري ، أما المطلب الثاني سيضم شكل اتفاق التحكيم بالإحالة في عقد النقل البحري .

المطلب الأول :الكتابة كشرط لإبرام أو لإثبات اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري.

هناك من التشريعات ما جعل من اتفاق التحكيم اتفاقاً شكلياً ، بإستلزامه الكتابة ركناً في اتفاق التحكيم لازم لوجوده لا يصح من غيره، و نتيجة لذلك فإن أي اتفاق تحكيم في عقد نقل بحري لا يكون مكتوباً طبقاً لهته القوانين يكون باطلاً لا أثر له ، كما يبطل اتفاق الأطراف على استبعاد الكتابة في هذا الاتفاق على التحكيم (1).

كما يتجه جانب آخر من التشريعات إلى جعل الكتابة مجرد وسيلة لإثبات الاتفاق على التحكيم بحيث أن انعدام الكتابة لا يؤدي الى انعدام هذا الاتفاق أو بطلانه ، بل يجعله عند انكاره بدون فعالية . كما أن كافة قوانين التحكيم قد اتفقت على أنه في حالة اتفاق التحكيم المبرم في صورة تبادل مستندات كتابية أو برقيات أو ما شابهها تكون بدورها دليلاً على أنها إيجاباً مثبتاً بالكتابة قد تلاقي مع قبول أفرغ التعبير عنه كذلك في نص مكتوباً، وأن المناط في توافر أو عدم توافر هذه الصورة المستحدثة من اتفاقات التحكيم هو وجود تبادل للمستندات المكتوبة اذ يكفي بوجود مستندات كتابية متبادلة بين الطرفين للقول بوجود اتفاق تحكيم. بحيث يتعين التسليم بتحقيق الاتفاق عند التأكد من اتمام التبادل، كما أن الهدف من تبادل المستندات كتابياً هو الاطمئنان الى أن الأطراف كانوا على علم كاف بوجود اتفاق التحكيم حسب المراسلات والوثائق المتبادلة(2).

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 421.

(2) محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق، ص 464.

الفرع الأول: الشكل المطلوب لانعقاد اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري و الأنظمة المقارنة.

قد اختلفت التشريعات وكذا التشريع الدولي (اتفاقية نيويورك) والقضاء في فكرة شكل اتفاق التحكيم. فاتفاقية نيويورك لسنة 1958* لم تتكلم عن الشكلية في اتفاق التحكيم بصورة مباشرة، وإنما أشارت إليها في معرض تطرقها الى مسألة أخرى، اذ أقرت بأحقية القاضي في عدم تنفيذ التحكيم اذا كان التحكيم غير موجود. و قد تطلبت المادة الثانية في فقرتها الأولى من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الدولية أن: "كل دولة موقعة ستعترف بإتفاق التحكيم المكتوب... (1)، و بالتالي فقد جعلت من اتفاق التحكيم اتفاقا مكتوبا. ثم عرفت هذا الاتفاق في الفقرة الثانية من نفس المادة بأنه: " شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف ، أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات " ، و بالتالي فإن اتفاقية نيويورك جاءت بحد أدنى لا يمكن للدول أن تخالفه(2).

أولا : القوانين المقارنة التي تتطلب الشكل لانعقاد اتفاق التحكيم .

يتطلب القانون الجزائري أيضا أن تبرم اتفاقية التحكيم بموجب عقد كتابي والا فإنها تقع باطلا حسب ما جاء في القانون القديم _ المرسوم 09/93 في المادة 458 مكرر 02/01 أنه " يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم بموجب عقد كتابي ". كما تبني المشرع نفس الاتجاه في القانون الجديد في المادة 1040(3) من ق.ا.م.ا.ج حاليا بحيث نصت أنه: " يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة ، أو بأية وسيلة أخرى تجيز الاثبات بالكتابة." بمعنى أن النعي على ضرورة اشتراط الكتابة في اتفاق التحكيم يجعل من شرط الكتابة شرط وجود وليس مجرد شرط اثبات ، والجدير بالذكر أن المادة السابق ذكرها متجانسة مع المادة 2 لاتفاقية نيويورك لسنة 1958. فهته المادة تبين بأن أي شكل من الكتابة مقبول، إلا أن المشرع الجزائري حينما نص في المادة 1040(4) بأن الكتابة تحت طائلة البطلان بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي، فهذا يكون قد خرج عن الالتزامات التي تفوضها اتفاقية نيويورك.

* اتفاقية نيويورك لسنة 1958 و الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم و قد انضمت إليها الجزائر سنة 1988 .

(1) المادة 2 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958.

(2) الأستاذ مصطفى تراري الثاني ، محاضرات في التحكيم التجاري الدولي، قسم الماجستير القانون الخاص ، جامعة معسكر، السنة الجامعية 2006/2007.

(3) عليوش قريوع، المرجع السابق، ص 33.

(4) المادة 1040 من ق.ا.م.ا.ج: "..... يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، او بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الاثبات بالكتابة.....".

ان اتفاقية نيويورك جاءت بحد أدنى فجاء المشرع الجزائري بحد أعلى من الحد الأدنى لهذه الاتفاقية اذ أضاف "تحت طائلة البطلان" ، و قد أخذ المشرع الجزائري بمنهج القواعد المادية أي أنه تناهى مسألة تنازع القوانين في مجال التحكيم التجاري الدولي .

أما القضاء الجزائري فقد أقر بعضه في ظل قانون الاجراءات المدنية القديم الى القول بأنه يمكن للقاضي الجزائري تعطيل أحكام المادة 458 مكرر 01 فيما يعني الكتابة تحت طائلة البطلان، ويطبق فقط ماجاء في اتفاقية نيويورك أي بطلب الكتابة فقط .

أما عن موقف التشريعات الوطنية المقارنة، فالمشرع الفرنسي في مرسوم سنة 1980 الخاص بالتحكيم الداخلي نهج منهج المشرع الجزائري ، اذ جعل اتفاق التحكيم مكتوب تحت طائلة البطلان.

بينما بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي فلم ينص على هذا الحكم، بل أشار فقط الى أن قواعد التحكيم الداخلي عموما تطبق على التحكيم التجاري الدولي ولكن ليست لها الصفة الآمرة وهذا يعتبر حكم عام. وبالتالي مادام القانون الداخلي يفرض كتابة اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان ومادام أن هذا الحكم ليست له الصفة الآمرة، فنستنج أن الكتابة هنا ليست شرطا للتحكيم فالمهم كان يتطلب القانون الفرنسي أن تكون هنالك ارادة حقيقية لاتفاق الأطراف على التحكيم "une volonté caractérisé" (1).

لذلك يقول الكثير من الفقه الفرنسي بأن اتفاقية نيويورك تعدها الزمن كونها تشترط الكتابة، وبالتالي

المشرع الفرنسي أتى بقاعدة أدنى من الحد الأدنى و التي أتت به هذه الإتفاقية و هذه القاعدة هي أنه: "تكفي وجود ارادة معبرة عن نية الأطراف في التحكيم" .

و يرى الأستاذ فوشارد ph- Fouchard بأن تجاوز فرنسا لإتفاقية نيويورك بالنسبة لشكل اتفاق التحكيم راجع الى كون طبيعة قواعد اتفاقية نيويورك ليست بقواعد أمرة وملزمة، وإنما جاءت بحد أدنى الذي على الدول أن تلتزم به، ويرى هذا الفقيه أنه لا حرج ولا إثم على الدول إذا ما تبنت مواقف أكثر تقدما وتعطي حد أقصى. و عليه اذا كان هنالك تعارض ما بين اتفاقية دولية وقانون داخلي فهنا يطبق القاضي القانون الداخلي اذا كان يمنح قواعد أكثر فائدة من قواعد الاتفاقيات الدولية .

(1) بالرغم من أنه كان هناك خلط عند بعض قضاة محكمة النقض الفرنسية و الذين خالفوا مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأساسي و حاولوا ربط شكل اتفاق التحكيم بشكل العقد الأساسي و هذا غير منطقي و لا أساس له من الصحة . و كان هذا في قضية :

Dans l'affaire Gassia le 10 juillet 1990 , rev .arb.1990.p 855
PH. Fouchar, E Gaillard, B Goldman, op cit, p 376.

كما أن القضاء الفرنسي حينما يطبق أحكام القانون الداخلي على اتفاق التحكيم فهذه الأحكام ليست ذات صبغة أمرّة وإنما يمكن له أن لا يطبق القاضي حكم الكتابة تحت طائلة البطلان ويطبق الكتابة فقط. بل أكثر من ذلك أصبح القضاء الفرنسي يبحث عن النية الحقيقية، أي هل هنالك إرادة صريحة لإتفاق التحكيم وبالتالي يكفي وجود نية في التحكيم وهذا موقف متقدم عن موقف اتفاقية نيويورك(1). إلا أن هناك جانب من الفقه الفرنسي يستشهد بنص المادة 1487 (2) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد على أنه النص الذي يمكن أن يستخلص منه ضرورة افرغ اتفاق التحكيم الدولي في شكل محدد وهذا في اطار التحكيم الداخلي . و كذا نص المادة 1515 من نفس القانون في اطار التحكيم التجاري الدولي حيث يفيد هذا النص بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الصادر في الخارج بشأن التحكيم الدولي على أنه " يتعين اثبات وجود اتفاق التحكيم عن طريق تقديم أصل الحكم مصحوبا باتفاق التحكيم أو صور من الوثائق المتضمنة للشروط المتطلبية "(3).

(1) هذا ما تقدمت به الباحثة Françoise crépin في اطار بحث . دراسة دكتوراه . بعنوان :

"L'existence du sentence international devant les tribunaux arbitraire Française »

فقط أحصت كل الحالات التي يوجد فيها تعارض بين معاهدة نيويورك ومرسوم 1981 وكان التغليب دائما للمرسوم، وهذه الجهة القضائية تمثلت أساسا في محكمة استئناف باريس.

(2)artiel du c.p.c 1487 « La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'exequatur émanant du tribunal de grande instance dans le ressort duquel cette sentence a été rendue

La procédure relative à la demande d'exequatur n'est pas contradictoire.

La requête est déposée par la partie la plus diligente au greffe de la juridiction accompagnée de l'original de la sentence et d'un exemplaire de la convention d'arbitrage ou de leurs copies réunissant les conditions requises pour leur authenticité.

L'exequatur est apposé sur l'original ou, si celui-ci n'est pas produit, sur la copie de la sentence arbitrale répondant aux conditions prévues à l'alinéa précédent. »

(3)art 1515du c.p.c «L'existence d'une sentence arbitrale est établie par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage ou des copies de ces documents réunissant les conditions requises pour leur authenticité.

Si ces documents ne sont pas rédigés en langue française, la partie requérante en produit une traduction. Elle peut être invitée à produire une traduction établie par un traducteur inscrit sur une liste d'experts judiciaires ou par un traducteur habilité à intervenir auprès des autorités judiciaires ou administratives d'un autre Etat membre de l'Union européenne, d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse. »

بينما يذهب جانب آخر من الفقه الى الإعتداد بنص المادة 1443(1) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد ، حيث تنص الفقرة الأولى منها على أنه يجب أن يكون شرط التحكيم مكتوبا في الاتفاق الأصلي أو في وثيقة يشير اليها هذا الاتفاق والا كان باطلا(2). إلا أنه يجب الاشارة الى أن الشكل المطلوب لاتفاق التحكيم طبقا للقانون الفرنسي لا يكون الا في اطار التحكيم الداخلي، اذ أنه و في اطار التحكيم التجاري الدولي فقد نص قانون الاجراءات المدنية الفرنسي صراحة في نص المادة 1507 على أن اتفاقية التحكيم لا تخضع لأي شكل محدد و بالتالي لا يستثنى منها في اعتقادنا حتى أن تكون بطريقة شفوية (3). و بالتالي لا داعي لسحب أحكام التحكيم الداخلي على التحكيم التجاوي الدولي و ذلك لوجود قاعدة قانونية مباشرة تقرر الحكم و الاتجاه المتبع من طرف المشرع الفرنسي فيما يخص شكل اتفاق التحكيم الدولي .

كما اشترط قانون التحكيم المصري لسنة 1994 لصحة اتفاق التحكيم أن يكون مكتوبا مقررا صراحة أن الكتابة المطلوب توافرها في اتفاق التحكيم هي لانعقاده و ليس لإثباته فقط، حيث رتب هذا القانون على تخلف الكتابة بطلان اتفاق التحكيم و هذا ما نصت عليه المادة الثانية عشر من هذا القانون : " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا و إلا كان باطلا.... " (4) . ثم أضاف النص معرفا اتفاق التحكيم المكتوب بأنه يكون كذلك " ...إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو اذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصالات المكتوبة" ، هكذا يظهر لنا بأن كلا من التشريعين المصري و الجزائري قد أخذوا بنفس الحكم فيما يخص شكل اتفاق التحكيم و الذي يجب أن يكون مكتوبا تحت طائلة البطلان ، كما نصا على كتابة اتفاق التحكيم بوسائل الاتصال الحديثة .

و بالتالي فإن اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري وفقا لهذين القانونين ينقسم الى نوعين : (الأول) يجب توقيعه من الطرفين إضافة الى كتابته كأن يوقع الطرفان مشاركة إيجار متضمنة شرط التحكيم ، و(الثاني) لا يشترط توقيعه بل تكتفي كتابته كالرسائل المتبادلة أو البرقيات المتبادلة و التي تظهر بوضوح اتفاق الأطراف كتابة على اللجوء للتحكيم(5).

(1) Jean Robert, L'ARBITRAGE droit international privé, 6-eme édition, DALLOZ, p 238

(2)art 1443 du c.p.c « A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale. »

(3)art 1507 du c.p.c « La convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme. »

(4)د.الأحدب، موسوعة التحكيم الدولي، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص452.

(5)عاطف الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص207.

أما القانون المغربي فيعتبر الكتابة شرط انعقاد وليس شرط الإثبات ، و قد ذهب القضاء المغربي الى القول بأنه أي شكل من أشكال الكتابة هو مقبول وليس الكتابة بمفهومها الداخلي.

أما عن المشرع الليبي فقد استلزم التوقيع أمام البند أو مشاركة التحكيم ، بل أكثر من ذلك يجب ذكر رقم عقد التحكيم أي رقم العقد الذي جاء فيه اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم. كما رتب أيضا المشرع اليمني بطلان اتفاق التحكيم اذا لم يكن مكتوبا في المادة 15 من قانون التحكيم اليمني (1) .

و هكذا فإنه يجب وفقا لاتفاقية نيويورك ، و قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري لسنة 2008 ووفقا لقانون التحكيم المصري لسنة 1994 و كذا القانون المغربي و الليبي – أن يكون اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري مكتوبا و الا كان باطلا ، و بالتالي في مفهوم هذه القوانين الاتفاق على التحكيم في عقود النقل البحرية الدولية لا يمكن أن يبرم شفاهة . و كذا لا يجوز القبول الضمني لاتفاق التحكيم المبرم شفاهة و المقبول أمام هيئة التحكيم بأن يدعي أحد الطرفين وجود اتفاق تحكيم و لا ينكره الطرف الأخر بل يستمر في إجراءات التحكيم(2) ، فعلى أطراف نزاع عقد النقل البحري تحرير اتفاق التحكيم لضمان حقوقهم أمام هته القوانين الوطنية و الاتفاقية الدولية اذا ما حدث إشكال في التنفيذ أو تحقق سبب من أسباب بطلان الحكم التحكيمي .

كما أنه و بالرغم من أن اتفاقية نيويورك لم ترتب صراحة جزاء البطلان على مخالفة مقتضى الشكلية المطلوبة لاتفاق التحكيم ، إلا أن الفقه قد أجمع على أنها وضعت بوجوب كتابة اتفاق التحكيم قاعدة موحدة تسمو على القواعد الواردة في قوانين الدول الموقعة، تقرر ضرورة توافر الشكل المكتوب كما قرره الاتفاقية حصرا بشرط التحكيم أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من طرف الأطراف أو بتبادل الأطراف للرسائل أو البرقيات ، وليس بأي طريق آخر ، فهذه القاعدة الموحدة تشمل الحد الأقصى و الحد الأدنى لما تتطلبه الاتفاقية معا و في آن واحد :

-الحد الأقصى حيث يجب على المحاكم عدم تجاوزه بمتطلبات أشد شكلية.

-الحد الأدنى حيث يجب على المحاكم ألا تقبل أقل منه بالنسبة لشكل اتفاق التحكيم .

ان اتفاقية نيويورك قد وضعت قاعدة تتطلب توافر الشكل المكتوب لصحة انعقاد اتفاق التحكيم و ليس لإثباته فقط بمعنى بطلان اتفاق التحكيم الغير المكتوب ، وعدم جواز إثباته بوسائل أخرى (3).

(1)عبد الباسط محمد عبد الواسع الضرسى،المرجع السابق ، ص 152.

(2)عاطف الفقي،التحكيم في المنازعات البحرية،المرجع السابق،ص207.

(3)المرجع السابق ذكره،ص206.

ثانيا : اتفاقية روتردام لسنة 2010* و الشكل المطلوب لابرام اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري. لقد أكدت اتفاقية روتردام و الخاصة بالنقل البحري للبضائع في المادة 75 (1)، و بطريقة غير مباشرة على ابرام اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري كتابة عن طريق ضرورة تحديد اجراءات التحكيم و مكان التحكيم في هذا الاتفاق إذا كان اتفاق التحكيم شرطا مدرجا في عقد النقل، كما يجب التقييد بكل شروط الإتفاقية و إلا كان شرط التحكيم في عقد النقل البحري باطلا . إلا أنه ما يجب الإشارة اليه أن اتفاقية روتردام شددت على وجوب كتابة البيانات الخاصة باتفاق التحكيم في عقد النقل البحري اذا كان شرطا مدرجا في هذا العقد سواء في مشاركة الايجار أو في مستند النقل أو في السجل الالكتروني بينما في

* اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا: تم التوقيع عليها في 23 أيلول/سبتمبر 2009 في روتردام، هولندا، وتوصي بأن تدعى القواعد التي تنص عليها الاتفاقية "قواعد روتردام"، وقد جاءت لتوحيد الأحكام القانونية الخاصة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا وجزئيا و الأخذ بعين الإعتبار وسائل النقل الحديثة ، بما في ذلك النقل بالحاويات و عقود النقل من باب الى باب و استخدام وثائق النقل الالكترونية .

(1)المادة 75 من اتفاقية روتردام للنقل البحري :اتفاقات التحكيم

-رهننا بأحكام هذا الفصل، يجوز للطرفين أن يتفقا على أن يحال إلى التحكيم أي نزاع قد ينشأ بشأن نقل البضائع بمقتضى هذه الاتفاقية.

-تقام إجراءات التحكيم، حسبما يختاره الشخص الذي يتمسك بمطالبة تجاه الناقل، في:(أ) أي مكان يحدد لذلك الغرض في اتفاق التحكيم؛ أو (ب) أي مكان آخر في دولة يوجد فيها أي من الأماكن التالية: '1' مقر الناقل؛ أو '2' مكان التسلم المتفق عليه في عقد النقل؛ أو

'3' مكان التسليم المتفق عليه في عقد النقل؛ أو '4' الميناء الذي تحمل فيه البضائع على السفينة في البداية، أو الميناء الذي تفرغ فيه البضائع من السفينة في النهاية.

-يكون تعيين مكان التحكيم في الاتفاق ملزما في النزاعات بين طرفي الاتفاق إذا كان ذلك الاتفاق واردا في عقد كمي يحدد بوضوح اسمي الطرفين وعنوانيهما ويكون إما:

(أ) جرى التفاوض عليه بصورة منفردة؛ أو (ب) يتضمن بيانا جليا بأن هناك اتفاق تحكيم ويحدد أبواب العقد الكمي المحتوية على اتفاق التحكيم.

-في حال إبرام اتفاق التحكيم وفقا للفقرة 3 من هذه المادة، لا يكون الشخص الذي ليس طرفا في العقد الكمي ملزما بتعيين مكان التحكيم في ذلك الاتفاق إلا إذا:(أ) كان مكان التحكيم المعين في الاتفاق واقعا في أحد الأماكن المشار إليها في الفقرة الفرعية 2 (ب) من هذه المادة؛(ب) وكان الاتفاق واردا في مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني؛

(ج) ووجه إلى الشخص الذي سيكون ملزما بذلك الاتفاق إشعار واف ومناسب التوقيت بمكان التحكيم؛

(د) وكان القانون المنطبق يسمح بأن يكون ذلك الشخص ملزما باتفاق التحكيم.

-تعتبر أحكام الفقرات 1 و 2 و 3 و 4 من هذه المادة جزءا من كل بند أو اتفاق خاص بالتحكيم، ويكون أي حكم في ذلك البند أو الاتفاق باطلا متى تضارب معها.

النقل الملاحي الغير منتظم فلم تشترط الاتفاقية كتابة اتفاق التحكيم في هذا العقد (1).
كما لم تبين اتفاقية روتردام 2009 الشكل المطلوب لاتفاق التحكيم إذا كان قد تم بمشاركة تحكيم أي
بعد نشأة النزاع الخاص بعقد النقل البحري بحيث أن المادة 77 (2) قد نصت: " بعد نشوء نزاع ما،
يجوز لطرفي النزاع أن يتفقا على تسويته عن طريق التحكيم في أي مكان، بصرف النظر عن أحكام هذا
الفصل والفصل 14."

و بالتالي فهذه الاتفاقية قد أعطت حرية كبيرة لأطراف عقد النقل البحري في إختيار مكان التحكيم أي
أنهم يمكنهم اجراء التحكيم في أي مكان كان دون ضرورة كتابة البيانات الخاصة بهذا التحكيم .
كما أن هذه الاتفاقية لا تطبق أحكامها إلا على الدول المتعاقدة فيها و الملتزمة بها.
إن ما يجب الاشارة اليه هو أن من بين أهداف هته الاتفاقية هي تدارك ما حدث من تطورات تكنولوجية
و تجارية منذ اعتماد اتفاقية بروكسل 1924 للنقل البحري واتفاقية همبورج 1978* وضرورة تعزيزها
و تحديثهما . و بالتالي قد أكدت في ديباجتها على ضرورة قبول استخدام الوثائق الالكترونية وقبولها وتوحيد
أحكامها ما بين دول العالم .

و سجل النقل الالكتروني تبعا لاتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر
كليا أو جزئيا (اتفاقية روتردام 2009) ، هو السجل الذي يحتوي على المعلومات الواردة في رسالة واحدة
أو أكثر يصدرها الناقل بوسيلة اتصال الكترونية يقتضى عقد النقل ، وكذلك المعلومات الواردة بمرفقات
هذه الرسالة ما يطلق عليها ال Attaches المرفقة مع البريد الالكتروني و هو على نوعين :
1- سجل النقل الالكتروني القابل للتداول: و هو الذي يكون مؤشرا عليه بما يفيد أنه قابل للتداول كعبارة "
لأمر " أو " قابل للتداول " أو أي عبارة أخرى ملائمة يعترف القانون المنطبق بالمفعول ذاته ، شرط أن لا
يذكر في السجل صراحة عبارة " غير قابل للتداول " أو "ليس قابلا للتداول " على أن يستوفي صدوره
الاجراءات التي تنص عليها المعاهدة (المادة 19/1 و 9/1).
2- سجل النقل الالكتروني غير قابل للتداول: هو السجل بمعناه الموصوف أعلاه إنما يكون غير قابل
للتداول (المادة 20/1).

(1) المادة 76: اتفاق التحكيم في النقل الملاحي غير المنتظم-ليس في هذه الاتفاقية ما يمس وجوب إنفاذ اتفاق للتحكيم يرد في أحد
عقود النقل في سياق النقل الملاحي غير المنتظم وتنطبق عليه هذه الاتفاقية أو أحكام هذه الاتفاقية بسبب: "..."
(2) المادة 77: اتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع بعد نشوء نزاع ما، يجوز لطرفي النزاع أن يتفقا على تسويته عن طريق التحكيم في أي
مكان، بصرف النظر عن أحكام هذا الفصل والفصل 14 .

* اتفاقية بروكسل 1924 للنقل البحري و هي الاتفاقية التي انضمت اليها الجزائر في مجال النقل البحري الدولي للبضائع ، أما إتفاقية همبورج فلم تنضم إليها .

الفرع الثاني : أنظمة تتطلب الشكل لإثبات اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري.

لا تشترط تشريعات بعض الدول الكتابة في اتفاق التحكيم كالسويد والدنمارك وألمانيا ، وهذه الأخيرة لا تشترط الكتابة عندما يكون الاتفاق على التحكيم قد وقع بين التجار(1) ، ولا شك أنه في إطار المعاملات التجارية هنالك حرية في الإثبات .

إلا أن بعض التشريعات تعتبر كتابة اتفاق التحكيم فقط كشرط إثبات له و ليس كشرط لإنعقاده و من هذه التشريعات نذكر ، قانون التحكيم الموريتاني لعام 2000 الذي نصت مادته السادسة على أنه: " لا يثبت اتفاق التحكيم إلا بالكتابة ، سواء بمحرر رسمي ، أو بمحرر عرقي أو بمحضر جلسة أو بمحضر تم تحريره لدى محكمة تحكيم مختارة" ، قانون التحكيم التونسي لعام 1993 في مادته السادسة و كذلك قانون التحكيم الهولندي لعام 1986، و قانون التحكيم البلغاري لعام 1988 وقانون التحكيم البرازيلي لعام 1996 و كذلك قانون التحكيم البلجيكي لعام 1998 و قانون التحكيم سويسري لعام 1987 وقانون التحكيم الامراتي لعام 1992 حيث نصت المادة 2/203: "ولا يثبت اتفاق على التحكيم إلا بالكتابة" (2).

و من الأنظمة التي تتطلب ضرورة توافر الشكل المكتوب لإثبات اتفاق التحكيم قانون التحكيم الانجليزي ، و قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي و معاهدة همبورج 1978 ، والقانون النموذجي 1975 ، ولائحة تحكيم اليونسترال، ولائحة تحكيم المنظمة الدولية للتحكيم البحري .

أولاً: موقف النظام الأنجلوساكسوني .

قد نص قانون التحكيم الانجليزي 1950 في مادته الثانية و الثلاثين معرفا اتفاق التحكيم بأنه "اتفاق مكتوب ... " كذلك نص قانون التحكيم الانجليزي 1975 متأثراً بما ورد في اتفاقية نيويورك 1958 حيث أنه التشريع الذي أدمجها في قانون التحكيم الانجليزي 1950 في مادته السابعة على أن اتفاق التحكيم هو: " اتفاق مكتوب ، ويشمل الاتفاقات الضمنية عن طريق تبادل الخطابات أو البرقيات لاختصاص المنازعات الحالة أو المستقبلية على التحكيم ". كما نصت المادة الخامسة الفقرة الأولى من قانون التحكيم الانجليزي لسنة 1996 على اثبات اتفاق التحكيم كتابة(3) .

(1) بودالي خديجة ، المرجع السابق ، ص 94.

(2) أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون التحكيم التجاري الدولي ، المرجع السابق ، ص 423.

(3) « The provisions of this part apply only where the arbitration agreement is in writing .and any of her agreement between the parties as to any matter is effective for the purposes of this part only if writing »

كذلك نص قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي لسنة 1925 في مادته الثانية تحت عنوان " صحة و نهائية و نفاذ اتفاقات التحكيم " على أنه: " أي نص مكتوب وارد في أي معاملة بحرية ... يقرر عرض المنازعات التي ستنشأ عنها ، أو المنازعات الناتجة عن عدم تنفيذها كلياً أو جزئياً على التحكيم ، أو أي اتفاق مكتوب يقرر عرض أي خلاف ناتج عن هذه المعاملة ... أو عن عدم تنفيذها كلياً أو جزئياً على التحكيم سيكون صحيحاً و نهائياً و نافذاً " (1).

و هكذا فإن قوانين التحكيم في إنجلترا ، والولايات المتحدة الأمريكية تقرر أن اتفاق التحكيم يجب أن يكون مكتوباً و لكن هذه القوانين مرنة جدا فيما يتعلق بإستلزام هذا الشكل المكتوب ، حيث أنها لا تفرض أي شروط خاصة بهذا الخصوص . فليس من الضروري إبرام اتفاق التحكيم في وثيقة واحدة ، فيمكن أن ينتج عن تبادل خطابات أو برقيات أو توكسات أو أية وثائق أخرى متبادلة بين الأطراف المتعاقدة ، وكل هذا يعتمد على الممارسات التجارية في العصر الحاضر ، فيكفي عزم الأطراف على الارتباط باتفاق تحكيم مكتوب و أن يكون ذلك العزم و النية واضحة (2).

إنه لا يوجد أي نص خاص في هته القوانين و الذي يستلزم توقيع الأطراف على اتفاق التحكيم و الراجح أنه طالما أن نية الاطراف اتجهت الى إبرام اتفاق التحكيم و طالما أن شرط الكتابة موجود ، فإنه لا يحتاج الى توقيع الأطراف حتى يكون صحيحاً . ففي الممارسات البحرية الدولية لا تحتاج مشارطات الايجار و التي تتم بواسطتها عملية النقل البحري إلى توقيع الأطراف فتكفي البرقيات أو أي مستند كتابي لإبرام اتفاق التحكيم الذي تعترف به قوانين التحكيم .

و تبعا لذلك فإن الكتابة في دول القانون العام مشترطة لاثبات اتفاق التحكيم وليس لانعقاده حيث لم ترتب جزاء البطلان على تخلف الشكل المكتوب .

و بالتالي يمكن أن يبرم اتفاق التحكيم شفاهة وفقا للقانون العام و إن كان من الصعب وجود مثل هذا الاتفاق الشفوي و ذلك لما سوف يتعرض اليه من مخاطر بداية من صعوبة اثباته ، و المنازعة في وجوده أصلا ، حتى رفض تنفيذه مرورا بفقدان تأمينه و حمايته بقوانين التحكيم حيث أنه يجوز الرجوع عنه في أي وقت طالما لم يصدر حكم تحكيمي بعد .

(1) عاطف الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 208.

(2) المرجع السابق ذكره، ص 209 عن :

كما قد ينتج اتفاق التحكيم الغير مكتوب دون اتفاق صريح من الاطراف بل من مناقشاتهم أما المحكم ، ويلتزم الاطراف بحكم المحكم حول هذا النزاع .

ثانيا: موقف المعاهدات الدولية .

تأتي اتفاقية هامبورج 1978 على رأس المعاهدات الدولية كأول نص دولي يختص بالتحكيم في المنازعات البحرية مقررة في المادة 1/22 منها : "...يجوز للطرفين النص باتفاق مثبت كتابة على أن يحال الى التحكيم أي نزاع قد ينشأ فيما يتعلق بنقل بضائع بموجب هذه الاتفاقية " (1) ، فالنص صريح على أن الكتابة التي استلزمها الاتفاقية لاتفاق التحكيم البحري كانت فقط لاثباته وليست لانعقاده .

أما عن القانون النموذجي 1985 فقد نص في مادته السابعة الفقرة الثانية على أنه: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا..." ، كما أقر بأن اتفاق التحكيم المكتوب يكون كذلك : "...إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل و تلكسات أو برفيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلبي أو الالاسلكي التي تكون بمثابة سجل للاتفاق ، أو في تبادل المطالبة و الدفاع التي يدعى فيها أحد الطرفين وجود اتفاق التحكيم ، ولا ينكره الطرف الآخر " . و بالتالي فإن القانون النموذجي لم يرتب البطلان على تخلف الشكل المكتوب ، كما أن اتفاق التحكيم الشفوي يعتبر صحيحا تبعا لما ورد في النص السابق و لما ورد أيضا في المادة 2/16 منه (2) و التي تنص: " يثار الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في موعد أقصاه تقديم بيان الدفاع و الذي يمكن أن يتعلق وفق الفقرة الأولى من نفس المادة بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته و بالتالي من حيث الشكل -" فقبول الدفاع حول الموضوع يصحح اتفاق التحكيم من حيث الشكل حتى ولو لم يكن ثابتا بالكتابة أصلا .

كما قررت لائحة تحكيم اليونسترال لسنة 1976 ضرورة تطلب الكتابة لاتفاق التحكيم للإثبات لا لانعقاد حين قررت في مادتها الأولى في فقرتها الأولى أنه : " عندما يتفق طرفا عقد ما كتابة على أن تحال المنازعات التي تتعلق بذلك العقد للتحكيم وفقا لقواعد اليونسترال للتحكيم فإن تلك المنازعات ستسوى وفقا لهذه القواعد مع مراعاة التعديلات التي يتفق عليها الطرفان كتابة " (3) . إن عدم ترتيب هذه اللائحة البطلان على تخلف الشكل المكتوب في اتفاق التحكيم يبين أن الكتابة اللازمة في مفهوم اللائحة هي لازمة لاثبات الاتفاق لا لانعقاده .

(1) المادة 22 فقرة 1 من اتفاقية هامبورج لسنة 1978 و المتعلقة بالنقل البحري للبضائع .

(2) المادة 16 فقرة 2 من القانون النموذجي لسنة 1975 .

(3) المادة 1 فقرة 1 من لائحة تحكيم اليونسترال لسنة 1978 .

الفرع الثالث : أنظمة لا تتطلب توافر الشكل كلية .

و هي الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي 1961 و قانون التحكيم التجاري الدولي الفرنسي وفقا للمرسوم رقم 2011-48 المؤرخ في 13 جانفي 2011.

أولا: الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961.

قررت الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 في الفقرة الثانية من مادتها الأولى على أنه : " يقصد باتفاق التحكيم شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف ، أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات ... " و هكذا يقرر النص ما ذهبت اليه اتفاقية نيويورك ، ولكنه يذهب لأبعد من ذلك من حيث المرونة بحيث ينص : " ... و في العلاقات التي تقوم بين رعايا دول لا تتطلب تشريعاتها الشكل الكتابي لإتفاق التحكيم فكل إتفاق تحكيم يتم وفقا للشكل المقرر في هذه التشريعات يكون سائغا " (1) .

و بالتالي فإن هذا النص يقرر صراحة صحة الأشكال المقررة في قوانين البلاد التي لا تتطلب ضرورة توافر الشكل الكتابي لصحة اتفاق التحكيم .

و السؤال الذي يطرح في هذا الصدد : هل هناك تعارض بين ما جاء في اتفاقية نيويورك 1958 و الاتفاقية الأوروبية لسنة 1961؟ .

يجيب الفقه بأنه لا يوجد أي تعارض بين الاتفاقيتين بل بالعكس هناك تكامل بينهما ، بحيث تزيد الاتفاقية الأوروبية حكما آخر يجعلها أكثر تحررا من اتفاقية نيويورك في هذا الميدان، عندما أجازت تبعا لقواعد التنازع صحة شكل اتفاق التحكيم حتى و لو لم يستوفي الشكل المكتوب في الدول التي لا تتطلب هذا الشكل المكتوب (2).

ثانيا : القانون الفرنسي للتحكيم التجاري الدولي .

فبعد أن تطلب المرسوم الفرنسي للتحكيم الداخلي لسنة 2011 في المادة 1443 أن يكون شرط التحكيم مكتوبا و إلا كان باطلا (3) ، و بعدما تقرر المادة 1445 وجوب تحديد موضوع النزاع كتابة في مشاركة التحكيم (4) ، فإن المشرع الفرنسي و بخصوص في التحكيم التجاري الدولي — لم يورد أي قاعدة تحكم

(1) المادة الأولى الفقرة 2 من الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961.

(2) عاطف الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص215.

(3) Art 1443 du c.p.c : « A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale »

(4) art 1445 du c.p.c : « A peine de nullité, le compromis détermine l'objet du litige. »

اتفاق التحكيم من حيث الشكل ، فقد نص في المادة 1507 من المرسوم 2011-48 أنه ليس مطلوبا أي شكل خاص و لا ماهية معينة في اتفاق التحكيم الدولي (1).

فالقانون الفرنسي في إطار التحكيم الدولي تبني الحرية التي جاءت بها الاتفاقية الأوروبية لسنة 1961 و بذلك كان أكثر تحمرا من اتفاقية نيويورك 1958 .

إلا أنه أيضا نجد بالبحث في القانون الفرنسي للتحكيم الدولي نصا قد تنشأ عنه ضرورة الشكل المكتوب لاتفاق التحكيم الدولي و هو نص المادة 1515 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي و الذي ينص في اطار التحكيم الصادر في الخارج أو في مواد التحكيم الدولي على ضرورة تقديم حكم التحكيم مع ترجمة لأصل اتفاق التحكيم أو لصورته(2) . فهل سيرتب هذا النص ضرورة توافر الشكل المكتوب لاتفاق التحكيم الدولي؟.

في هته الحالة يجيب الفقه الفرنسي بأن هذا النص لا يغير من الحكم السابق حيث يجب الفصل بين مسألة الاعتراف و تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي أو الدولي ، و مسألة إثبات قبول اتفاق التحكيم أو قبول مبدأ التحكيم . وبالتالي يظل جائزا في القانون الفرنسي ابرام اتفاق التحكيم الدولي شفاهة و كذا ابرامه ضمنا بالحضور أمام محكمة التحكيم .

كما قد يطلق سؤال آخر في هذا الإطار وهو عن التعارض بين الحرية المقررة في التشريع الفرنسي و اتفاقية نيويورك؟.

إن التعارض بين القانون الفرنسي و اتفاقية نيويورك تحله المادة السابعة من هذه الإتفاقية بحيث أنها تسمح لكل طرف يود التمسك بحكم تحكيمي بالإستفادة بالكيفية أو بالقدر المقرر في تشريع أو معاهدات البلد المطلوب إليه الإعتراف بالحكم و تنفيذه . و بالتالي عندما يصدر حكم تحكيم فإن المادة الثانية من اتفاقية نيويورك و التي توجب الكتابة لإنعقاد اتفاق التحكيم لا يتمسك بها لإبطال أو إعاقه الاعتراف أو تنفيذ

(1)art 1507 du c.p.c : « La convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme. »

(2)art 1515 du c.p.c : « L'existence d'une sentence arbitrale est établie par la production de l'original accompagné de la convention d'arbitrage ou des copies de ces documents réunissant les conditions requises pour leur authenticité.

Si ces documents ne sont pas rédigés en langue française, la partie requérante en produit une traduction. Elle peut être invitée à produire une traduction établie par un traducteur inscrit sur une liste d'experts judiciaires ou par un traducteur habilité à intervenir auprès des autorités judiciaires ou administratives d'un autre Etat membre de l'Union européenne, d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse.

الحكم ، فقط يمكن أن يثار الجدل حول صحة اتفاق التحكيم المبرم شفاهة وفق القانون الفرنسي للتحكيم الدولي(1) .

إن ما يمكن قوله عن التشريع الفرنسي فيما يتعلق بالتحكيم الدولي فقد اعتبر حرية الأطراف في حدها الأقصى فإذا اتفق الأطراف على عدم كتابة اتفاق التحكيم فعليهم اثباته ، فإذا طلب متعامل اقتصادي في علاقة دولية نقل بضاعة بحرا تلفونيا من الخارج و قبل الشروط العامة للناقل ، فإن كلا منهما يعتبر موافقا على عدم ابرام اتفاق تحكيم مكتوب . ويمكنهم الاتفاق على عدم مراعاة نصوص القانون الفرنسي الداخلي ، و تلك هي المرونة المطبقة على التحكيم الدولي طبقا للقانون الفرنسي ، و لكن في الحقيقة أن هذا القانون ينتظر الأطراف عند المنعطف بمعنى أنه لم يفرض قاعدة الكتابة لحظة ابرام اتفاق التحكيم الدولي ، ولكنه فرضها لحظة طلب اعترافه وتنفيذه لحكم التحكيم فقد نصت المادة 1515 من ق.ا.م.ف على أنه لطلب الاعتراف بالحكم التحكيمي و تنفيذه يجب تقديم أصل اتفاق التحكيم أو صورته و ترجمته لو كان بلغة غير اللغة الفرنسية .

و أخيرا و كما يرى الدكتور عاطف الفقي ونحن نأيده ، أن كل الأنظمة التي تطرقنا إليها سواء القوانين الوطنية أو الاتفاقيات الدولية و سواء منها التي تطلبت الشكل المكتوب أو تلك التي لم تتطلبه ، فإنها جميعها تراعي بالنسبة لشكل اتفاق التحكيم اعتبارين أساسيين هما المرونة و التأمين :

— المرونة في ابرام عقود النقل البحرية ، و التماشي مع متطلبات السرعة التي يتطلبها ابرام هذه العقود بواسطة مستحدثات العلم الحديث في مجال الاتصالات السلكية و اللاسلكية وغيرها .

— تأمين العملية التحكيمية برمتها بداية من اثبات اتفاق التحكيم نفسه و حتى عدم تنفيذ الحكم اختياريا مرورا بتعرض العملية التحكيمية ذاتها للخطر عند عدم الوجود المادي لاتفاق التحكيم. حيث لن نتعرف على النزاع الواجب حله تحكيميا ، ولا على سلطات المحكمين ، و لا على مكان التحكيم ، ولا على القانون المطبق و غيرها من الشروط اللازمة لتسيير العملية التحكيمية حتى نهايتها . وينبغي اذن مراعاة هذين الاعتبارين ، وعدم التضحية بأحدهما في سبيل الآخر ، و يتحقق ذلك بإشتراط توافر الشكل المكتوب بالمعنى الوارد في قانون التحكيم الجزائري 2008، وقانون التحكيم المصري 1993 ، واتفاقية نيويورك ، واتفاقية روتردام 2009، أي الكتابة لانعقاد اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري الدولي ، وذلك بتوقيع الأطراف على الشرط أو المشاركة أو بتبادل الوثائق و المستندات المكتوبة بالطرق الحديثة للإتصال بين الأطراف المتعاقدة .

(1) عاطف الفقي ، التحكيم في المنازعات البحرية ، المرجع السابق ، ص 217.

الفرع الرابع: إحلال البيانات الالكترونية محل المستندات الورقية في مجال النقل البحري .
إن الثورة التكنولوجية الهائلة في مجال المعلومات و الاتصالات إمتد أثرها إلى كافة نواحي الحياة ، و كان لا بد أن تتأثر بها عملية النقل بمختلف أنواعه سواء على مستوى الدول أو على مستوى الأفراد .
و لعل ميدان التجارة والنقل كان من بين الأنظمة التي تأثرت الى حد كبير بالنظام الالكتروني لتبادل المعلومات ، بل يمكن القول أن عالم التجارة و النقل في مجال إبرام العقود يخطو بخطى حثيثة نحو الغاء التعامل بالمستندات الورقية التقليدية و التعامل عن طريق الحاسبات الآلية و التبادل الالكتروني للمعلومات .
أولا : المقصود بنظام تبادل البيانات الكترونيا .

إن المقصود بتبادل البيانات الكترونيا هو ارسال البيانات محل التبادل من حاسب آلي إلى حاسب آلي آخر و بالعكس . و في مجال بحثنا فإن البيانات التجارية و الادارية و الخاصة بعقد النقل البحري هي التي يتم تبادلها بين الحواسب الآلية المختلفة . و قد تعددت التعريفات المختلفة حول المقصود بتبادل المعلومات الكترونيا ، حيث عرفته اللجنة البحرية الدولية بأنه تبادل بيانات التجارة عن طريق الارسال عن بعد ، وهناك تعريف آخر يقضي بأن تبادل البيانات الكترونيا يعني نقل البيانات من حاسب آلي الى حاسب آلي آخر في صورة صيغة نمطية بدون استخدام المحررات الورقية (1).

إن التوسع الزائد في استخدام الحواسب الآلية لتبادل البيانات و لما تمتع به من مميزات سوف يجعل من استخدام الرسائل الالكترونية محل المستندات الورقية التقليدية لتنتقل المعاملات في مجال التجارة و النقل من مجتمع تبادل البيانات الورقي الى تبادل البيانات الالكتروني (اللاورقي) .

ثانيا : مميزات نظام تبادل البيانات الكترونيا في عقود النقل البحري .

لعلنا نتساءل عن مميزات نظام التبادل الإلكتروني و الذي بدأ يسيطر على المعاملات التجارية و عمليات النقل و يحل محل التبادل الورقي للبيانات ، إن أهم مزايا نظام تبادل البيانات الكترونيا تتمثل في توفير المصاريف و انعكاس هذا توفير على أجرة النقل و بالتالي على السعر الاجمالي للسلعة (2)، ولا يكون التوفير في النواحي المادية فقط و إنما يكون أيضا في الوقت الذي يتم فيه تبادل المستندات اللاورقية علاوة على الدقة في العمل .

(1) محمد عبد الفتاح ترك ، التحكيم البحري ، المرجع السابق ، ص 306.

(2) بحيث أن التكاليف يتم تخفيضها بنسبة 50 بالمئة عند استخدام نظام تبادل المعلومات الكترونيا "EDI"

كما أنه من إيجابيات سندات النقل الالكترونية تحسين خدمة إدارة المعلومات و تبادل البيانات سواء على المستوى المحلي أو على المستوى الدولي و من ثم تسليم البضائع في الوقت المحدد و المتفق عليه و لعل وصول المستندات اللاورقية قبل وصول البضائع يعطي فرصة كبيرة لمستلم البضائع من الاطلاع على بنود و مواد تلك المستندات ، و خاصة إذا ما كان هناك شرط تحكيم من عدمه أو شرط إحالة الى عقد نموذجي آخر أو الى المشاركة الأساسية حيث تم إصدار سندات الشحن . و من ثم يمكن القول أن عنصر " العلم " قد توافر لدى المرسل اليه (مستلم البضائع) بمعرفته ما تضمنته مشاركة الإيجار أو سند الشحن من شروط و من بينها شرط التحكيم أو على الأقل كان بوسع المرسل اليه أن يعلم بما تضمنته هذه المشاركة أو سند الشحن من شروط .

أضف الى ذلك فإن سندات النقل الالكترونية تحقق عملية حفظ البيانات في اليسر و الأمان لأكثر مدة ممكنة مع سهولة استرجاعها و لو لسنوات عديدة سابقة ، بالإضافة لسهولة و يسر عمليات المراقبة بمختلف أنواعها سواء مراقبة جمركية أو صحية أو فنية (1).

ثالثاً: محاولة إيجاد لغة واحدة لتبادل البيانات الالكترونية في مجال النقل البحري.

إن البحث عن قواعد تنسيق عمليات تبادل المعلومات الكترونياً كان من أولويات أطراف التجارة و النقل فقد قامت بعض الهيئات الوطنية والمنظمات الدولية الى محاولة إيجاد لغة نمطية موحدة متفق عليها لتفادي حدوث خلل في الخدمات المقدمة سواء على المستوى المحلي أو الدولي .

فعلى سبيل المثال قامت الغرفة الدولية للنقل البحري (2) بتجميع بيانات مختلفة لمجموعة من المستندات الورقية وأعدتها في صور رسالة الكترونية تحمل اسم « Data International of chipping » والمعروفة اختصاراً باسم « DISCO » و يتم تبادل البيانات التي تم تجميعها و المتعلقة بالبضائع بين ذوي الشأن بالموانئ المختلفة و ذلك من خلال تبادل الرسائل الالكترونية التي تم إعدادها .

كما قامت اللجنة الاقتصادية في أوروبا بتكوين جماعة عمل لوضع ما يعرف ب " القواعد المتعلقة بتبادل البيانات الكترونياً في مجال الإدارة و التجارة و النقل " ، و كان الهدف من وضع هذه القواعد تيسير مجال التجارة والنقل الدوليين لإحتواء هذه القواعد على العديد من المبادئ و الأسس التي تهدف الى توحيد نمط التبادل الالكتروني للبيانات بين الأطراف المختلفة (3)، عن طريق استخدام رسائل نمطية تعرف بالرسائل

(1) محمد عبد الفتاح ترك ، عقود البيوع البحرية الدولية ، المرجع السابق ، ص 385.

(2) International Chamber of shipping .

(3) هذه الأطراف هم مقدمو البضائع و المرسلون اليهم و متعهدو النقل و هيئات التأمين وهيئات الجمارك بالإضافة إلى المنتجون و الموزعون و الوسطاء و المصدرون ، و عن طريق هذه القواعد يتم الانتقال بسلامة و يسر من التعامل بالنظام الورقي الى تطبيق نظام التبادل الالكتروني EDI

النمطية للأمم المتحدة « (UNSM) United Nations Standard Message ».

رابعاً: إتفاق التحكيم الإلكتروني.

إن الإتفاق على التحكيم يتخذ عادة شكلاً معيناً ، فلا يكفي كما تذهب بعض التشريعات الغربية ، التراضي للقول بوجوده و صحته (1)، فالغالب أن يشترط المشرع ضرورة الإتفاق على التحكيم كتابة و إلا كان باطلا (2).

بيد أن الكتابة التي اشترطها النص لا تقتصر على المعنى التقليدي لها و إنما تمتد لتشمل تلك الصورة الجديدة التي استحدثتها و سائل الاتصال الحديثة و هي الكتابة الإلكترونية، التي من شأنها إثبات نسبة المعلومات التي تتضمنها إلى شخص بعينه . فالتفسير السليم لهذا النص يذهب إلى توسيع مفهوم الكتابة ، ليشمل كل الصور التي يظهرها التطور المعاصر مادام أنها تسمح بحفظ المعلومات و تبقي على مضمونها في وثيقة ما على نحو يسمح باسترجاعه و الاحتكام إليه عند الخلاف . و هذا ما قرره صراحة المادة 2/7 من القانون النموذجي 1975 على أنه : "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً ، ويعتبر الاتفاق مكتوباً إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل و تلكسات أو بقرقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلبي أو اللاسلكي التي تكون بمثابة سجل للاتفاق . أو في تبادل المطالبة و الدفاع التي يدعى فيها أحد الطرفين وجود اتفاق التحكيم ، ولا ينكره الطرف الأخر، وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم شريطة أن يكون العقد مكتوباً و أن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءاً من العقد " .

و قد أخذت بهذا الحكم المادة 178 من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في 1987/12/18 إذ قررت : " يعتبر اتفاق التحكيم صحيحاً من حيث الشكل إذا كان مكتوباً ، أو وارداً في تبادل بقرقيات ، تلكسات أو فاكس أو غيرها من وسائل الاتصال التي تمكن من اثباته بواسطة نص " و لقد أخذ قانون التحكيم الألماني الصادر في 1996 بنفس الحكم .

كما نصت المادة 6 من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية ، إذ قررت في فقرتها الأولى أنه : " عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة ، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقاً " .

(1) فلم يتطلب القانون الفرنسي شكلاً معيناً لصحة اتفاق التحكيم الدولي المادة 1507 من قانون المرافعات الجديد .

(2) و هذا ما أخذت به أغلب التشريعات المقارنة مثل القانون الجزائري والمصري و قانون المرافعات الايطالي و القانون الألماني ، و القانون النموذجي لسنة

1975 بشأن التحكيم التجاري الدولي ، و اتفاقية نيويورك لسنة 1956 .

هذا ما كرسته كذلك العديد من الأحكام القضائية عند إعمالها لنص المادة الثانية من اتفاقية نيويورك ، بتفسيرها مفهوم الكتابة الوارد بها في ضوء المادة السابعة من القانون النموذجي بما يجعل من الاتفاقية أكثر استجابة للتطورات المستخدمة في انجاز المعاملات و تسوية المنازعات . و يعد حكم المحكمة الاتحادية السويسرية الصادر في 16 يناير 1995 دليلا واضحا على الأخذ بالتفسير الواسع لشرط الكتابة و بسط لهذا الاصطلاح على الرسائل و البرقيات و غيرها من وسائل الاتصال السلكية و اللاسلكية " (1) .

كما بينت اتفاقية روتردام لسنة 2009 من خلال التطرق الى تعيين مكان التحكيم قبولها لاتفاق التحكيم الوارد في سجلات النقل الالكترونية(2) ، و قد بينت الإتفاقية في ديباجتها على ضرورة مواكبة التطور التكنولوجي و الاعتراف بالسندات الالكترونية و هذا من أهدافها . و على الرغم من التسهيلات التي تحاول اضفاءها بعض النظم القانونية على قبول اتفاقات التحكيم الالكترونية ، إلا أنه لا يجب انكار الصعوبة القائمة ، طالما لا تعترف الدول في قوانينها صراحة باتفاقات التحكيم الواردة في العقود الإلكترونية . و لعل مبعث هذه الصعوبة كان يكمن أيضا في أن غالبية القواعد القانونية في مجال الاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الدولية مستسقة من الاتفاقية الدولية الموقعة في نيويورك 1958 ، و التي كانت تقف المادتان الثانية و الرابعة منها حجر عثرة أمام هذا الإعتراف ، فقد نصت المادة الثانية على : " تعترف كل دولة متعاقدة بالإتفاق المكتوب الذي يلتزم الأطراف بمقتضاه أن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي ستنشأ بينهم بشأن علاقة قانونية محددة ، سواء أكانت تعاقدية أو غير تعاقدية تتعلق بموضوع قابل للتسوية عن طريق التحكيم . و تعبير اتفاق مكتوب يشمل شرط التحكيم الوارد في عقد اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو تضمينه الخطابات المتبادلة أو البرقيات " .

ويستفاد من هذا النص بأن تنفيذ حكم التحكيم يقتضي كتابة الاتفاق أو إفراغه في وثيقة موقع عليها من قبل الأطراف (كخطاب أو برقية) يفيد قبولهم له . فكأن هذه المادة تقيد التزام الدول بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية و تنفيذها بقيد مؤداه أن يكون اتفاق التحكيم موقعا عليه من قبل الأطراف ، فضلا عن ضرورة أن يكون حكم التحكيم موقعا ، ولا شك من أن هته القيود تحول دون تحقيق الهدف المنشود من التحكيم . الأمر الذي يقتضي ضرورة توسيع المفهوم التقليدي لكل من الكتابة والتوقيع ليشملا ما استحدثته التقنيات الجديدة من صور لهما ، وذلك حتى يمكن اسباغ الحماية التي أقرتها اتفاقية نيويورك الدولية لسنة 1958 على اتفاقات التحكيم الالكترونية و على الإجراءات التي يتم إنجازها عبر شبكة

(1) محمد ابراهيم موسى ،سندات الشحن الالكترونية بين الواقع و المأمول ، دار الجامعة الجديدة ، سنة 2005 ، ص 194 .

(2) الفقرة الرابعة من المادة 75 من اتفاقية روتردام 2009 للنقل البضائع عبر البحر .

الإتصال الإلكتروني . كذلك تستلزم المادة الرابعة من تلك الاتفاقية مجموعة من الشروط الشكلية التي يتعين على طالب التنفيذ استيفاؤها حتى يمكن النظر في تنفيذ الحكم الأجنبي ، وذلك بنصها :

" 1- على كل من يطلب الاعتراف و التنفيذ المنصوص عليهما في المادة الثالثة أن يقدم مع الطلب :

أ- أصل الحكم مصادقا عليه أو صورة معتمدة من الأصل تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند .

ب- أصل الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية أو صورة تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند .

2- و على طالب الاعتراف و التنفيذ ، إذا كان الحكم أو الاتفاق المشار اليهما غير محرر بلغة البلد الرسمية المطلوب فيها التنفيذ ، أن يقدم ترجمة معتمدة من مترجم رسمي أو محلف أو أحد رجال السلك الدبلوماسي

أو القنصلي " (1). إن هذا النص و النصوص المشابهة له في التشريعات الداخلية المختلفة للنظم المقارنة ما

تزيد الأمر إلا تعقيدا و يضيف مشكلة أخرى أمام اتفاقات التحكيم الإلكترونية و ما يصدر عنها من

أحكام بتطلبه أن يقدم طالب التنفيذ أصل الحكم و أصل الاتفاق أو صورة معتمدة منهما .

و بالتالي يتحتم ضرورة تغيير نصوص هذه الاتفاقية على نحو يحقق الاستمرارية لهذه الآلية و هي ابرام

اتفاقات التحكيم الالكترونية سواء كانت شرطا أو مشاركة (2) ، و يكفل الفعالية لما يصدر عنها من

أحكام و يزيل ما يعوقها من عقبات و هذا التغيير لا بد أن يمتد إلى التشريعات الوطنية ، لما تلعبه من دور في توجيه القاضي الأمر بالتنفيذ (3).

إلا أنه ما يجب الإشارة إليه أن اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود

الدولية لسنة 2005 قد وضعت حلا لهذا الإشكال القانوني بالنسبة للدول المنضمة لاتفاقية نيويورك أو

التي ستتنضم ، فقد أجازت طبقا لمادتها العشرين على أن الخطابات الإلكترونية مقبولة في سياق تكوين أو

تنفيذ عقد تسري عليه إتفاقية نيويورك يبقى إشكال آخر هو أن الإتفاقية لا تسري على سندات الشحن .

خامسا : الفرضيات القانونية لتبادل البيانات الإلكترونية للاتفاق .

تشرط معظم الدول أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا و إلا كان باطلا كما هو الحال في القانون الجزائري

وفي القانون المصري (المادة 1040 من ق.ا.م.ا.ج ، و المادة 12 من ق.ت.م. رقم 1994/27) .

و هناك دول أخرى لا تشرط الكتابة في اتفاق التحكيم اذا كان قد وقع بين التجار كالسويد ، الدنمارك

و ألمانيا . و تعتبر بعض الدول شرط الكتابة هو شرط إثبات و ليس شرط انعقاد ، كما هو الحال في

(1) و قد رأينا بأن نفس الحكم أخذت به المادة 1515 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي .

(2) فشرط التحكيم الالكتروني يكون كبيان مدرج ما بين بيانات عقد النقل البحري الالكتروني سواءا كان مشرطة ايجار أو سند الشحن أما مشاركة التحكيم

الالكتروني و هي ابرام عقد التحكيم عبر شبكة الاتصال الالكترونية بين أطراف عقد النقل البحري بعد نشأة النزاع .

(3) محمد ابراهيم موسى، المرجع السابق ، ص 207.

إيطاليا، بلجيكا ، إنجلترا و الولايات المتحدة الأمريكية و قد أخذت بهذا قوانين معظم الدول العربية. كما تطلبت معظم الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية نيويورك و الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري الدولي(1) ، و القانون النموذجي الذي وضعته اليونسترال (2)على أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا . و في الأخير هناك نظم قانونية اعترفت باتفاق التحكيم الشفهي في اطار المعاملات التجارية الدولية وهي فرنسا و الاتفاقية الأوروبية و لكن بشروط قد تم ذكرها سابقا. إذن يستنتج من كل هذا أنه وبصفة عامة يجب أن يكون كحد أدنى اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري مكتوبا حتى يمكن اثبات وجوده أو انعقاده ، و لأن الكتابة بإعتبارها أقوى طرق الإثبات لكافة مصادر الحقوق ، فإنها تشترط عادة لإثبات معظم اتفاقات التحكيم و لكن السؤال الذي يطرح أي نوع من الكتابة مقبول من هته النظم القانونية ؟ .

الجدير بالذكر أن اتفاق التحكيم كما رأينا أنه وفقا لبعض النظم القانونية ليس بالعقد الشكلي و بالتالي فإن طريقة تبادل البيانات المتعلقة بالعقد لن تؤثر في انعقاده و ليس هو الشأن في نظم قانونية أخرى و التي تتطلب ركن الكتابة تحت طائلة البطلان أي أن اتفاق التحكيم هو عقد شكلي و الكتابة ركن لانعقاده بالنسبة لهته القوانين .

ومن المعلوم أن المستندات الورقية تقبل كدليل إثبات بشرط أن تكون موقعة من الطرف المدعى عليه بالحق المثبت في المستند الورقي ، كما أن البرقيات و التلكسات التي كانت تستخدم لابرام بعض العقود البحرية و التي كانت تدرج فيها اتفاقات التحكيم فكانت نفسها وسيلة لاثبات هذه العقود . من ناحية أخرى هناك خطوات متسارعة نحو الاقلاع عن التعامل بواسطة المستندات الورقية التقليدية الى استخدام الحاسبات الألية و الرسائل الالكترونية (عقود النقل و التجارة الالكترونية) (3) ، وهذا ما دعت إليه اتفاقية روتردام 2009 للنقل البحري الدولي، بالرغم من الصعوبة التي يواجهها هذا النظام الجديد نظرا للإشكالات القانونية المترتبة عليه و منها مسألة التوقيع الالكتروني و ذلك للتحقق من شخصية أطراف عقد النقل البحري و كذا امكانية المحاكم من قبول البيانات الالكترونية كدليل اثبات .

(1) قد وضعت المادة 2/2 من هذه الاتفاقية مقترح لشرط نموذجي يمكن ادراجه في العقود التي يراد إخضاع المنازعات الناشئة عنها للتحكيم و من ثم يمكن القول بأن هذه الاتفاقية قد أخذت بالكتابة لإدراج الشرط في العقد أو لتنظيم اتفاق لاحق حول حسم النزاع بالتحكيم .

(2) قد نصت المادة 2/7 على ضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا كما أشارت إلى اعتبار الاتفاق مكتوبا إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلبي و اللاسلكي تكون بمثابة سجل للاتفاق . أو في تبادل المطالبة و الدفاع التي يدعي فيها احد الطرفين و جود اتفاق و لال ينكره الطرف الاخر . و تعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم ، شريطة أن يكون العقد مكتوبا و ان تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءا من العقد .

(3) محمد عبد الفتاح ترك ، عقود البيوع البحرية الدولية ، المرجع السابق ، ص 391.

لقد حقق نظام الرسائل الالكترونية نجاحا في ما يخص معالجة مسألة التوقيع عن طريق استبدال مسألة التوقيع على المستند عن طريق عدة بدائل بغرض التأكد من شخصية مرسل الرسالة الالكترونية ، و تتمثل هذه البدائل في استخدام شفرة معينة بين المرسل و المرسل اليه أو مفاتيح اختبار (1) أو إدخال نظام النداء المرتد أو النداء العكسي (2) ، أو شفرة اضافة الشرعية (3). و يرى البعض الفقه المقارن أن استخدام هذه البدائل بدلا من التوقيع التقليدي على المستند الورقي يعطي ضمانا أكبر ولا يترك أي فرصة للغش أو التزوير(4) ، كما نجد أن هناك دراسة أجرتها منظمة اليونسترال خلصت الى أنه يتعين على الدول التي تستلزم قوانينها وضع التوقيع على السندات العرفية كشرط لسريان مفعولها أن تقوم بتعديل تلك القوانين و تعترف بنظام الارسال الالكتروني كبديل للتوقيع على السندات الورقية .

أما عن امكانية قبول المحاكم البيانات الالكترونية كدليل اثبات بدلا من الوثائق التقليدية ، و بمعنى آخر هل تتساوى البيانات الالكترونية كدليل للإثبات بدلا من الوثائق التقليدية ؟ أي هل يعتد باتفاق التحكيم الإلكتروني و المنصوص عليه ضمن هته البيانات الالكترونية و المتعلقة بالنشاط التجاري و النقل ؟. لقد وقف القضاء المقارن طويلا مترددا أمام مسألة قبول البيانات الالكترونية من عدمه إلا أنه تشير كافة الدلائل على إمكانية قبول معلومات الحاسب الآلي كدليل يعتد به أمام المحاكم ، على أساس أنه يمكن تحميل البيانات الى أي وسيلة معدة لحمل هذه البيانات ، فقد تكون الوسيلة لحمل البيانات على شكل محرر ورقي ، أو شاشة الحاسب الآلي ، أو شريط تسجيل و هكذا . و من أوائل المبادرات الدولية بخصوص قبول البيانات الالكترونية كدليل قانوني يعتد به نجد توصية مجلس التعاون الجمركي الأمريكي « CCC » و التي تفيد بإمكانية استخدام المعلومات الظاهرة على شاشة الحاسب الآلي كدليل قانوني . كذلك أجاز قانون الاثبات المدني في المملكة المتحدة لسنة 1968 للقاضي بقبول البيانات المستخدمة من الحاسبات الألية إذا ما كان الحاسب الآلي يعمل أثناء هذه الفترة بانتظام ، و أن الحاسب الآلي كان يغذى بجميع البيانات المتعلقة بالموضوع بصفة منتظمة و ذلك كدليل على الواقعة القانونية (5).

(1)Test Keys .

(2)Call back .

(3)Macro Authentication code

(4) محمد عبد الفتاح ترك ، التحكيم البحري ، المرجع السابق ، ص 415.

(5) محمد عبد الفتاح ترك ، عقود البعوض البحرية الدولية ، المرجع السابق ، ص 392.

و مهما يكن فإن الوسيلة المعدة لحمل البيانات و لو اختلفت عبر الأزمنة عن طريق التقدم التكنولوجي لا تحتاج إلى تعديل قوانين عملها ، إلا أن للقاضي الحق في تقييم و تقدير مدى الإعتماد على هذه السجلات في الإثبات .

و يلاحظ أن "قواعد السلوك الموحدة لتبادل البيانات التجارية باستخدام الإرسال الإلكتروني" (UNCID) قد ألزمت الأطراف المتعاقدة بمسك سجلات شاملة لكل البيانات التجارية محل النشاط التجاري المتبادل بين الحاسبات الألية ، مع تعيين أحد المسؤولين لمراقبة ذلك بطريقة دقيقة .

سادسا: سند الشحن الإلكتروني و شرط التحكيم.

إن عقد النقل البحري هو من العقود الرضائية التي تتم بموافقة إرادة طرفيه الناقل و الشاحن ، دون ضرورة فراغه في شكل معين و إن كان المشرع البحري قد إستلزم كتابته ، غير أن الكتابة المطلوبة لإثبات العقد وليس لصحته (1) ، فالأصل إذن أن عقد النقل البحري للبضائع يتم بموافقة طرفيه على الشروط الواردة فيه وإن كان بعيدا عن الواقع العملي ، إذ يغلب على هذه العقود صفة الاذعان (2) .

إن عقود النقل تأخذ في أغلب الأحيان صورة عقود إذعان، خاصة عندما يتم النقل على خطوط منتظمة حيث لا يكون أمام الشاحن سوى الرضوخ لما تضعه شركات النقل من شروط أو رفضها دون إدخال أية تعديلات عليها ، و يعد سند الشحن المستند الذي تفرغ فيه هذه الشروط و يتم من خلاله إثبات عقد النقل البحري (3) .

إن كتابة هذه الشروط تتنوع إلى كتابة عادية تفرغ على الورق ، أو كتابة الكترونية في صورة رسالة بيانات، إن سند الشحن العادي قد يعرف بأنه إيصال بالبضائع المشحونة يوقعه الربان و يسلمه للشاحن كدليل على استلام البضاعة على ظهر السفينة ، كما يعتبر أداة لاثبات عقد النقل البحري . أما سند الشحن الإلكتروني يمكن تعريفه بأنه عبارة عن رسالة بيانات تتضمن مجموعة من المعلومات موقعة من الناقل تفيد استلامه البضاعة .

إن الوثيقة الإلكترونية أو رسالة البيانات قد تكون رسالة الكترونية عادية موقعة ممن صدرت عنه أو قد تكون رسالة مشفرة بإستخدام مجموعة من العمليات الحسابية يتم من خلالها تشفير مضمونها (4) . و يتم اللجوء الى هذا النوع الأخير من الرسائل لإضفاء نوع من الثقة على سندات الشحن التي تتم عبر

(1)عاطف محمد الفقي ، النقل البحري للبضائع ، دار النهضة العربية ، 2001، ص 47.

(2)مصطفى كمال طه ، القانون البحري الجديد ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 1995، ص 248 .

(3)محمد ابراهيم موسى ، سندات الشحن الإلكترونية بين الواقع و المأمول ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 1995، ص 65.

(4)تعد هذه الوسيلة إحدى وسائل الأمان القانوني لسندات الشحن الإلكترونية .

شبكة الانترنت ، إذ أنها تضمن للمرسل اليه سلامة المعلومات التي تتضمنها دون تحريف أو تعديل قد ينتج عن تدخل شخص آخر على الشبكة (1).

و بالتالي فالإشكال الذي يطرح في موضوعنا هو مدى قانونية ونفاذ المعلومات الموجودة في سندات الشحن الالكترونية و من بينها اتفاق التحكيم البحري؟.

لقد تعددت الآراء و الإتجاهات من أجل إلحاق الأثار القانونية الهامة المرتبطة بسند الشحن الورقي بأي وسيلة أخرى بديلة عن المحررات الورقية و المرتبطة بالبيانات الالكترونية . و من بين هذه الآراء و الإتجاهات نجد :

(1) الاستعانة بمستخرج مطبوع صادر عن الحاسب الألي ، يتمتع هذا المستخرج بنفس الوظائف القانونية لسند الشحن (2) .

(2) الإتجاه الثاني يبين إمكانية إحلال أقراص التسجيل الخاصة بالحاسب الألي محل سند الشحن ، بحيث تقوم هذه الأقراص مقام سند الشحن التقليدي و تتم هذه العملية عن طريق تحويل كافة المعلومات المختزنة على الأقراص بخصوص شحنة معينة من جهاز المرسل الى جهاز المرسل المستفيد. و بالتالي فإن عملية تحويل كافة المعلومات في حد ذاتها تماثل كل العمليات التي يقوم بها سند الشحن التقليدي . و هكذا فإن غياب المحررات الورقية التقليدية في نظام تبادل البيانات الكترونيا قد خلق مشكلة ، تتمثل في أن هناك أمور مستقرة لعشرات السنين بخصوص ما لهذه المستندات الورقية من وظائف قانونية مستقرة ، لذلك استحدث ما يسمى بعقد التبادل حيث يستطيع طرفا عقد النقل أن يتفقا على الأخذ بالوظائف التقليدية لمستند النقل عند تبادل البيانات المتبادلة بينهما الكترونيا ، و قد قدم عقد التبادل حولا ممكنة لتجنب المخاطر أو الاتفاق على توزيعها و التي من المحتمل أن تقع أثناء التعامل من خلال نظام التبادل الالكتروني للبيانات، لذلك يمكن أن يغطي عقد التبادل النقاط التالية :

يجب أن يحتوي اتفاق التبادل (عقد التبادل) على شروط عقد النقل (3)، إلا أنه لا يتصور إرسال كافة شروط العقد المطولة أو أي تفصيلات و ذلك لعدم اقتصادية هذا الإجراء ، و من ثم يستخدم شرط

(1) محمد ابراهيم موسى ، المرجع السابق ، ص 66.

(2) وهذا ما نصت عليه القاعدة العاشرة من قواعد اللجنة البحرية بشأن سندات الشحن الالكترونية تعطي الحق للحامل في أن يطلب من الناقل سند شحن ورقي و ذلك قبل قيام الأول بتسليم الثاني البضاعة ، كذلك من حق الحامل أن يأخذ من الناقل مستخرج مطبوع لرسالة الإفادة بالاستلام مع ضرورة التأشير عليها بالعبرة صورة غير قابلة للتداول ، مع العلم أن إعطاء مثل هذا المستخرج لا يؤدي الى انتهاء التعامل عن طريق التبادل الالكتروني للمعلومات " EDI (3) ومن بين الشروط الأساسية و الواجب الاتفاق عليها الاتفاق على آلية فض المنازعات الناشئة عن هذا العقد والتي تكون في أغلب الأحيان عن طريق التحكيم البحري

الإحالة ، للإشارة الى نية الأطراف المتعاقدة لتطبيق شروط عقد معين أو اتفاقية دولية .

__ تحسبا من احتمال إثارة أي نزاع بشأن نقل شحنة من الشحنات كان من الضروري عند إبرام عقد التبادل تسجيل كافة المعاملات و الخطوات و الموضوعات المستقبلية و المحتمل اثارها ، وبناءا على ما تم تسجيله يمكن حفظ حق كل التصرف ، كذلك أن يقر كل طرف بقبوله لهذه التسجيلات لاستخدامها في اثبات نواحي المعاملات الالكترونية بينهما .

__ من النقاط الهامة الواجب الاتفاق عليها هو قيام شركات النقل التي تستخدم نظم الاتصالات الالكترونية بالاتفاق على طريقة و مكان حسم أي منازعات قد تنشأ بينهما و القانون الواجب التطبيق على النزاع كإبرام اتفاق التحكيم البحري الالكتروني و تحديد نوع التحكيم المقرر له (مؤسسي أو حر) و كذا الاحالة الى قانون معين يطبق على اجراءاته و موضوعه .

__ إن إقرار الطرفان في اتفاق التبادل أو وسيلة إثبات الشرعية المتفق عليها على البيانات الواردة فيه سوف يضمني على الرسائل الالكترونية الشكل القانوني و يجعل منها سنداً قانونياً يعتد به في مواجهة من أصدره . كما لو استخدمت محررات ورقية موقعة بخط اليد ، و الجدير بالذكر أن هناك نظريتين أو اتجاهين لانعقاد العقد بالمراسلة أو فيما بين الغائبين (دون اتحاد مجلس العقد مع تخلل فترة من الزمن بين صدور القبول و العلم به) أو انعقاد العقد عن طريق تبادل البيانات الكترونياً ، حيث نتسأل هل يتم انعقاد العقد في الوقت و المكان الذين صدر فيهما القبول ، أم في الوقت و المكان الذين يتم فيهما العلم بالقبول ؟ . إن كل من القانونين المدني الجزائري والمصري يقضيان بأنه التعاقد بين الغائبين يتم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بخلاف ذلك(1).

أما في فرنسا يميل غالبية الفقه إلى الأخذ بنظرية إعلان القبول إلا أنه في إنجلترا فإن القضاء قد استقر على الأخذ بنظرية العلم بالقبول ، و بما أن الكتابة ليست شرطاً لانعقاد اتفاق التحكيم في أغلب النظم القانونية المقارنة و بناءا على ما سبق فلا تؤثر طريقة تبادل البيانات المتعلقة بالعقد في انعقاده ، تبقى مسألة قبول هته البيانات الالكترونية و الخاصة باتفاق التحكيم الالكتروني في النظم التي تتطلب كتابة هذا العقد تحت طائلة البطلان. و قد أخذت الدول المتقدمة بالنظام الالكتروني في ميدان التجارة والنقل وهذا ما تبنته قواعد اليونسترال النموذجي لسنة 1996 بشأن التجارة الإلكترونية(2) ، و اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية لسنة 2005 و اتفاقية روتردام للنقل البحري للبضائع 2009.

(1) المادة 67 من القانون المدني الجزائري و المادة 97 من القانون المدني المصري.

(2) معوان مصطفى ، الإثبات في المعاملات الإلكترونية في التشريعات الدولية ، دار الكتب الحديثة ، الطبعة الأولى ، سنة 2008 ، ص 77 .

المطلب الثاني : شكل اتفاق التحكيم بالإحالة في عقد النقل البحري.

لا جدال في وجوب الكتابة في شرط التحكيم بالإحالة نظرا لغموض وخطورة هذا النوع من الاتفاقات كما أنه لو لا كتابة هته الإحالة و الإشارة إليها ما اعتمدنا له أصلا هذه التسمية ،أي أن الإحالة الواردة في سند الشحن و التي تكون عن طريق الكتابة هي التي تجعل اتفاق التحكيم بالإحالة موجودا من عدمه . فالنصوص القانونية أغلبها تتطلب الكتابة في هذا النوع من شروط التحكيم، إلا أن التساؤل الذي يثار في هذا الصدد هو: هل يعد باتفاق التحكيم في الحالات التي يقوم فيها الأطراف بالإحالة الى عقد نموذجي يتضمن مقتضاه الخضوع الى التحكيم كافية لتحقيق شروط الشكلية؟. أما بالنسبة لعملية دمج شرط التحكيم الموجود في عقد المشاركة في سند الشحن فكيف تعامل القضاء المقارن مع شكل هذا الدمج ؟.

الفرع الأول: موقف القوانين المقارنة من شكل اتفاق التحكيم بالإحالة.

إن بالنسبة لصحة شرط التحكيم بالإشارة فإن المشكلة هنا تتعلق بالشكل والقانون الذي تخضع له هذه الصحة و في حقيقة الأمر فإن التفاوت بين التشريعات الوضعية المنظمة للتحكيم، بشأن شكل اتفاق التحكيم يجعل من مسألة القانون الواجب التطبيق على هذه المسألة في غاية الأهمية.

وتذهب العديد من الأنظمة القانونية المعاصرة الى النص على ضرورة افرغ هذا الاتفاق في الشكل الكتابي، من بين هته الأنظمة على سبيل المثال نص المادة 1443 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد و التي تنص على أنه : "تحت طائلة البطلان ، اتفاق التحكيم يكون مكتوبا ،والتي يكون عن تبادل مستندات كتابية أو عن طريق الإشارة اليه في الاتفاقية الاصلية " (1).

و أما عن المشرع الجزائري فقد رأينا بأنه يتطلب الكتابة بالنسبة لاتفاق التحكيم بما فيها شرط التحكيم بالإحالة(2) .

أما عن قانون التحكيم المصري 1993 فقد قرر في الفقرة الثالثة من المادة العاشرة أنه : " يعتبر اتفاقا على التحكيم كل احالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد " .

إن هذا النص شأنه شأن النص الأصلي المستقى منه ، وهو نص المادة السابعة في فقرتها الثانية من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 1975 و الذي في رأينا أنه غامض حيث أنه

(1) art 1443 : « A peine de nullité, la convention d'arbitrage est écrite. Elle peut résulter d'un échange d'écrits ou d'un document auquel il est fait référence dans la convention principale. »

(2) المادة 1040 من ق.ا.م.ا.ج: "..... يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز

الاثبات بالكتابة....."

أقر الإحالة العامة إلى الوثيقة المشتملة على شرط التحكيم، إلا انه لم ينظم بطريقة واضحة شروط هذه الإحالة العامة الواردة في اتفاق الأطراف لإدماج شرط التحكيم في الوثيقة المحال إليها (1).

الفرع الثاني: القضاء المقارن و شكل اتفاق التحكيم بالاحالة.

الجدير بالذكر أن مشكلة صحة شرط التحكيم عن طريق الإشارة كانت محلا للعديد من الآراء الفقهية وأيضا للعديد من الأحكام وخاصة تلك الصادرة عن القضاء الفرنسي (قضية Société Bomor oil C/E.T.A.P) بحيث أن حكم النقض الفرنسي إقتضى الإشارة المكتوبة في العقد الأصلي للوثيقة المندمجة فيه، وذكر أن هذه الوثيقة تتضمن شرط تحكيم (2).

و بالتالي فإن الشرط الوحيد الذي وضعه القرار هو ضرورة وجود شرط التحكيم بالإشارة في العقد الأصلي وكذا وجود معاملات تجارية بين الاطراف (3). ومن ثم القول بأنه تم تبني قاعدة مادية جديدة بشأن التحكيم الدولي تقتضي صحة هذا الشرط دون تطلب أي شرط يتعلق بشكله أي أهم شيء يأخذ بعين الاعتبار وهو الإرادة الحقيقية للأطراف (4)، في اتجاه رغبتهم الى شرط التحكيم بالإشارة .

وبالتالي تبعا للقضاء الفرنسي فإن ما تتطلبه اتفاقية نيويورك من كتابة لاتفاق التحكيم أصبح بالإمكان التعامل به بكل حرية (5).

أما عن القضاء الأنجلوساكسون فكل من إنجلترا وأمريكا تأخذان بمعياريين لصحة شرط التحكيم بالاحالة فالقضاء لا يراقب الإحالة في سند الشحن فحسب، وإنما يراقب أيضا شرط التحكيم الأصلي والذي يحيل اليه سند الشحن . و بالتالي فهو يراقب صحة و وجود اتفاق التحكيم الموجود في وثيقة النقل ، إلا أنه كما رأينا في السابق أن كتابة اتفاق التحكيم في القوانين الأنجلوساكسونية تكون فقط لإثباته وليس لانعقاده إلا أننا نستنتج في هته الحالة الخاصة أن اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري و الذي يكون محل احالة من سند شحن يجب أن يكون مكتوبا حتى يتسنى مراقبة صحته من عدمها .

(1) المادة 7 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا ، ويعتبر الاتفاق مكتوبا إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو بقرقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلبي أو الالسلبي تكون بمثابة سجل للاتفاق ، أو في تبادل المطالبة و الدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين وجود اتفاق و لا ينكره الطرف الآخر ، وتعتبر الإشارة في عقد ما الى مستند يشتمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم شريطة أن يكون العقد مكتوبا و أن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءا من العقد "

(2) La cour de cassation a part un second arrêt en date 9 novembre 1993 clairement tranché la question de la clause d'arbitrage par référence en faveur du consensualisme: "en matière d'arbitrage international, la clause compromissoire par référence écrite à un document qui le contient, par exemple des conditions générales ou un contrat type, est valable à défaut de mention dans la convention principale, lorsque la partie à laquelle la teneur de ce document au moment de la conclusion du contrat et qu'elle a fût ce par son silence accepté l'incorporation du document au contrat"

(3) Jean Robert, op cit, p 239.

(4) Ph.Fouchard, Gaillard, Goldman, op cit, p 29.

(5) Diop papa Ousmane, op cit, p 17

الفرع الثالث : موقف القضاء من الشكل الواجب لعملية الدمج.

إن مجال عقود النقل البحري، كثيرا ما ينص فيها ما يفيد الإحالة الى عقد المشاركة لدمج بعض هذه الشروط الموجودة في عقد المشاركة داخل سند الشحن ومن بين أهم هته الشروط شرط التحكيم .
الا أن هناك صيغ عديدة و مختلفة لشرط التحكيم بالاحالة والتي غالبا ما ينشأ منها اختلاف وجهات النظر، حيث يدفع البعض أن شرط التحكيم بالاحالة بكلماته الموجودة غير كاف لدمج شرط التحكيم في عقد النقل البحري، و أن كلمات الاحالة بالرغم من أنها تؤدي الغرض المطلوب منها الا أن تطبيق شرط التحكيم قاصر فقط على أطراف عقد المشاركة دون باقي أطراف عملية النقل البحري.

فقد كانت هناك العديد والعديد من القضايا البحرية والتي محورها الرئيسي هو مدى صحة شرط التحكيم بالاحالة وأيضا مدى تطبيق شرط التحكيم على المنازعات المختلفة .

ولقد أكدت المحاكم البريطانية أن شرط التحكيم في عقد المشاركة بين المالك والمستأجر لا يمكن أن يتم دمجها في سند الشحن والذي طرفاه المالك ومستلم البضاعة وذلك في حالة عدم وجود كلمات واضحة و صريحة تشير الى شرط التحكيم.

ولقد أتاحت الفرصة أمام القضاء الإنجليزي في أكثر من قضية وذلك لكي يجدد، موقفه بشأن تبني الإحالة العامة أو الإحالة الخاصة لكي تتم عملية دمج شرط التحكيم الموجود في عقد المشاركة داخل بنود عقد النقل البحري وقد حسم القضاء الإنجليزي هذا الموضوع بخصوص تفسير مضمون الإحالة بحكمه الصادر في 17 فبراير 1978(1) وذلك في القضية التالية:

" حيث تم ابرام عقد مشاركة لاستئجار سفينة لرحلة واحدة بغرض القيام بنقل شحنة سكر من احدى جزر المحيط الهندي الى أحد الموانئ البريطانية، وكان عقد المشاركة يحتوي على نص يشير الى أن (أي منازعات قد تنشأ من ظله تتم تسويتها عن طريق التحكيم في لندن)".

وقد تم اصدار بوليصتين للشحن لتغطية الشحنة كانت الأولى تحتوي على النص التالي:

" All other terms, conditions clauses and exception including arbitration clause as well as the négligence clause and cesser as per charter party".

أما البوليصة الثانية فكانت تحتوي على نص آخر مفاده:

" All terms, clauses, conditions and exceptions including the arbitration clause, the negligence clause and the cesser clause of charter party deted april 31, 1977, are hereby incorporated "

(1) Admirability court, queen Bench Division, 17 febrauray 1978, British and Mauritius V.Panamian and British, Gaja, part V.74; y.BIV, 1979, p 323.

عن محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق، 544.

وهنا جاء حكم القضاء الانجليزي حاسما وواضحا ومؤداه أنه: "لكي تكون الإحالة الى الشروط الواردة في عقد آخر ذات أثر قانوني ومنتجة وفعالة، لا بد أن تذكر من بين ما تذكره على وجه التخصيص شرط التحكيم حيث يمكن في هذه الحالة التأكد من أن نية الأطراف قد رغبت بالفعل في مد نطاقه ليشمل المنازعات التي تنشأ في ظل العقد الجديد"⁽¹⁾.

هكذا يتضح أنه اذا كانت كلمات شرط الاحالة الوارد بسند الشحن تثير بكل خصوصية ووضوح الى شرط التحكيم الوارد في عقد المشاركة فان عملية الدمج تتم.

وقد تأتي بعض شروط الاحالة كلماتها لها صفة العمومية دون تخصيصه الا أن القضاء يجد نية الأطراف قد انتهت فعلا الى عملية التحكيم لحل الأنزعة التي نشأت دون اللجوء الى المحاكم.

وقد قرر القضاء الانجليزي أن هذه الإحالة العامة لا تعني بالضرورة عدم ادماج شرط التحكيم الوارد بالمشاركة في سند الشحن، ومن ثم يتم البحث في شرط التحكيم نفسه الوارد بمشارطة الايجار وتفحصه بكل دقة لمعرفة هل هناك قدر معقول من الاتفاق و الانسجام اذا ما طبق على المنازعات الناشئة عن سند الشحن، فإذا تم ذلك يتم دمج شرط التحكيم في سند الشحن.

ومن حالات الاحالة تلك نجد دعوى السفينة Merak⁽²⁾، حيث جاءت كلمات شرط الإحالة في سند الشحن كالتالي: "كل النصوص والاعفاءات الموجودة بالمشاركة تطبق على هذا السند"⁽³⁾.

أما كلمات شرط التحكيم الوارد بالمشاركة فجاءت كالتالي: "أي نزاع ينشأ عن هذه المشاركة، أو أي سند شحن صادر تنفيذها لها سيحال الى التحكيم".

والواضح أن كلمات شرط الاحالة هي كلمات عامة إلا أن نية الأطراف قد انتهت الى تطبيق كافة النصوص والإعفاءات الموجودة بالمشاركة ومن بينها شرط التحكيم، كذلك بالنظر الى شرط التحكيم

بالمشاركة قد حددت أي منازعات ناشئة عن المشاركة أو أي سند شحن صادر تنفيذها لها سيحال الى التحكيم وهو بهذا يجعل شرط التحكيم الوارد بمشارطة الايجار مندجما في سند الشحن⁽⁴⁾. و القضاة في هذه القضية قد قرروا أن الكلمات الواردة بسند الشحن كافية لدمج شرط التحكيم في هذا السند⁽⁵⁾.

(1) محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق، ص 543.

(2) "The Merak, loyds low reports II, 1964, p527.

(3) "Tous les terme, condition, clauses et exceptions contenus dans la dite charte partie s'appliquent à ce connaissance." Diop Papa ousmane, op cit, p 49.

(4) محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق، ص 544.

(5) Diop papa ousmanek op cit, p 49

أما جانب آخر من القضاء الانجليزي فقد رفض عملية الدمج لعدم حرمان حامل السند من حقه الطبيعي في اللجوء للقضاء ، ففي دعوى السفينة **Hamilton** حيث جاءت كلمات شرط الاحالة: " All other terms and conditions and exceptions... as per charter party ". أما كلمات شرط التحكيم الواردة بالمشاركة فتتص على أنه: " كل المنازعات الناشئة عن هذه المشاركة ستحال الى التحكيم ".

وقد رفضت المحكمة ادماج شرط التحكيم الموجود بالمشاركة داخل سند الشحن وقد برر القاضي **Esher** "M.R. حكمه: " أنه عندما يتضمن سند الشحن عبارة مثل "كافة الشروط الأخرى كما وردت بالمشاركة" فإن شروط المشاركة يجب قراءتها حرفيا في سند الشحن كما وردت بالمشاركة ومن الواضح أن شرط التحكيم الوارد بالمشاركة لا يحيل الى المنازعات التي تنشأ عن سند الشحن وإنما الى المنازعات الناشئة عن مشاركة الايجار، وبهذا فإن شرط التحكيم الوارد بالمشاركة لا يطبق على المنازعات الناشئة عن سند الشحن.

وهكذا نجد أن القضاء الانجليزي قد تطلب صراحة وضوح كلمات الدمج لكي تتم عملية الدمج من مشاركة الايجار الى سند الشحن وهذا ماكان أيضا في القضية "**The Annefield**" (1) ، بحيث القضاة برروا موقفهم بأن الميدان التجاري يلزمه التأكد من العلم اليقيني وبالتالي فإن الكلمات العامة ليست كافية لدمج شرط التحكيم في سند الشحن(2).

وقد لخص الفقيه الانجليزي "**Tetley**" في بحث قام به عن موضوع الإحالة في سند الشحن الى شرط التحكيم في عقد المشاركة كالتالي:

1 . في حالة ما إذا كانت شرط الإحالة المذكورة في سند الشحن تحيل احالة واضحة ودقيقة وصريحة الى شرط التحكيم المذكور في عقد المشاركة فإن عملية دمج شرط التحكيم في سند الشحن ستتم دونما حاجة الى قراءة شرط التحكيم والتدقيق في صياغته الواردة بمشاركة الإيجار للتأكد من أنه يتوافق وينسجم مع موضوع سند الشحن، بل أن للمحكمة أن تقوم بالتعامل مع شرط التحكيم بدرجة من المرونة لتجعله مناسباً ومتفقاً مع سند الشحن.

(1) The Annefield, loyds law reports I, 1971, p04.

(2) Diop papa ousmane, op cit, p 49.

2. أما إذا وردت الإحالة في سند الشحن في كلمات عامة غير مخصصة لشرط التحكيم، فإن المحكمة تقضي برفض عملية الدمج أتوماتيكياً، ولكنها ستحاول التأكد مما إذا كانت كلمات شرط التحكيم تتفق وتتماشى مع موضوع سند الشحن من شحن ونقل وتسليم، فإذا تأكدت المحكمة من وجود توافق بين شرط التحكيم الوارد بعقد المشاركة وموضوع سند الشحن حكمت بإتمام عملية الدمج والجدير بالذكر أن الكلمات العامة لوحدها لن تؤدي لعلمية الدمج(1).

أما عن القضاء الأمريكي فقد فرق بين نوعين من شروط التحكيم البحري، شرط التحكيم الشامل وشرط التحكيم المحدود.

فقد قضت المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية أنه عندما يكون شرط التحكيم شامل بشكل كاف فإنه يفسر بالزام الطرف الثالث الغير الموقع على سند الشحن مثل الشاحنين أو مستلمي البضاعة بعملية التحكيم.

في دعوى السفينة "Nadir" (2) حيث تم تحميل السفينة بشحنة من السكر من تركيا الى الولايات المتحدة الأمريكية(3) الا أن الشحنة أصابها التلف، مما جعل مستلم البضاعة يلجأ الى القضاء الأمريكي دون الالتفات الى شرط التحكيم المدمج في سند الشحن بجمحة أن هذا الشرط غير كاف لإلزامه بالتحكيم ويطبق فقط على المنازعات التي تنشأ بين المالك والمستأجر(4) ولا يطبق على أي أطراف أخرى. وقد لاحظت المحكمة أن سندات الشحن صادرة لاستخدامها تبعا لعقد المشاركة، كما أن شرط الإحالة كان شاملا بدرجة كافية.

وقد رأت المحكمة أن شرط التحكيم لم ينص صراحة على كلمتي المالك والمستأجر، ولكن تم استخدام كلمات عامة بدلا منها مثل الأطراف Parties والمدعى عليهم defendants، ومن ثم صدر حكم المحكمة برفض ادعاء مستلمي البضاعة وحكمت بأن يتم نظر النزاع أمام التحكيم.

أيضا حكمت المحكمة الفيدرالية لقطاع جنوب نيويورك الصادرة بتاريخ 18 أوت 1977، حيث تسربت كميات من الزيت المشحون من السفينة أثناء رحلتها البحرية، وقد تمسكت الشركة الناقلة(صاحبة الشحنة)

(1) W. Tetley, arbitration clauses in ocean Bills of lading, Y.B.Mar. L, 1985, p 70-72

عن محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق، ص 547، 546.

(2) Diop papa Ousmane, op cit, p 51

(3) See lowry co v.SS Nadir, 223 F.supp.871, 1965 AMC 1340 (S.D.NY 1963).

223 F.supp.871,1965 AMC 1340 (S.D.NY 1963)

عن محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق، ص 550.

(4) See iol at 871,1965 AMC at 1340.

بأنها ليست طرفا في عقد استئجار السفينة والموجود به شرط التحكيم، وكانت قد اعترضت على طلب احالة النزاع حول المسؤولية للتحكيم(1).

الا أن المحكمة رفضت هذا الاعتراض، بسبب الإحالة الواردة في عقد النقل البحري الى شروط عقد استئجار السفينة وذلك لأن الإحالة كانت كاملة، دقيقة وشاملة لأي خلافات أو منازعات ومهما كانت طبيعتها والتي نشأت عن هذه المشاركة.

كما إتخذت المحاكم الأمريكية موقفا آخر اتجاه شرط التحكيم فاذا كانت كلمات شرط التحكيم قد كتبت بطريقة محدودة، بحيث تتطلب أن يكون التحكيم في المنازعات التي تنشأ بين الملاك والمستأجرين فقط، هنا لا يكون شرط التحكيم ملزما لأي طرف آخر(2)، و هذا ما يسمى بشرط التحكيم المحدود.

وفي الدعوى المقامة بين: (Production Steel co.V.SS.François).

فقد قضى بأنه: " عندما يكون عقد النقل البحري قد أدمج فيه شرط التحكيم الوارد في مشاركة الإيجار، فإن المحكمة لا تملك سلطة الإلتزام بالتحكيم لكل من ظهر اليهم سند الشحن وذلك لأن شرط الوارد في مشاركة الإيجار كان خاصا و محددًا وليس عاما .

حيث أشار فقط الى التحكيم بين المالك والمستأجر طرفا عقد المشاركة أما هؤلاء المحول اليهم السند فلم يكونوا مالكين ولا مستأجرين فلا يلتزمون إذن بالخضوع للتحكيم.

أما عن موقف القضاء الفرنسي فهو في قمة التشدد حول هته النقطة ، و لكي يعتد بالاحالة الوارد بسند الشحن، فهو يشترط لصحة الدمج أن تكون الاحالة واضحة ومحددة الى شرط التحكيم الوارد بمشاركة الايجار المحال اليها(3).

كما يمكن أن يرفق نص المشاركة بسند الشحن، أو يتم ابلاغ حامل سند الشحن بطريقة مؤكدة وثابتة بنص مشاركة الايجار والتأكد من أنه قد علم بشرط التحكيم المذكور في المشاركة وأبدى موافقته الصريحة بشرط التحكيم الوارد بالمشاركة . وبالتالي القضاء الفرنسي جاء بمعيار آخر لصحة الدمج و هو علم حامل السند به. وهذا ما أكده في عدة أحكام له، مثل ما جاء في القضية اسطمبول والتي أكدت فيه المحكمة أن الإحالة البسيطة بطريقة عامة الى نصوص وبنود وحقوق وتحفظات عقد المشاركة، غير كافية لدمج شرط

(1) See iol, at 874, 1965 A.M.C. at 1344;lay lee corp.V Anastasias (D.N.J. 1986)AMC,1986, p 2304.

(2) See production Steel co.A.M.C. 2529 (S.D.N.Y.1968).

عن محمد عبد لفتاح ترك، التحكيم البحري ، المرجع السابق ، ص 558.

(3) Diop papa ousmane, op cit, p49.

التحكيم في سند الشحن ، ومن ثم لن تكون الإحالة كافية لعملية الدمج (1).

أما عن القضاء المصري فهو يشترط لصحة دمج شرط التحكيم أن تكون هناك احالة واضحة وصریحة لشرط التحكيم، كما يشترط لمد نطاقه على عقد جديد بين الأطراف أن يكون شرط التحكيم في عقد النقل البحري جزء لا يتجزء من العقد المبرم ، حيث يمكنه عندئذ فقط التأكد من أن نية الأطراف قد اتجهت بالفعل الى مد نطاقه ليشمل المنازعات التي تنشأ في ظل العقد الجديد.

الفرع الرابع : الشكل الواجب لاتفاق التحكيم بالاحالة في المعاهدات الدولية .

لم تتضمن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم الدولي كاتفاقية نيويورك 1958 و الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي 1961 أي نص خاص حول شرط التحكيم بالاحالة ، ولم يشر اليها سوى القانون النموذجي 1985 ، كذلك لم تتضمن اتفاقية بروكسل 1924 و لا البروتوكول المعدل لها 1968 حول النقل البحري الدولي للبضائع بسند الشحن أية نصوص خاصة بالتحكيم . هذا ما فتح الباب للتضاربات و الاختلافات العميقة بين الحلول القضائية المعطاة لهذه المسألة في كل من فرنسا ، إنجلترا ، الولايات المتحدة الأمريكية و مصر :

أولا : قضاء يربط الحل بركن الرضى و الذي ينبغي توافره إذا كانت الاحالة لها شكل محدد و الذي يجب أن تكون واضحة وصریحة و محددة ، وذلك بالبحث في شرط التحكيم بالاحالة نفسه الوارد بسند الشحن دون التطرق لشرط التحكيم الوارد بالمشاركة .

ثانيا : قضاء يقضي بالبحث في شرط الإحالة الوارد بالسند أولا فإن كان واضحا و محددًا و صریحا في إحالته الى شرط التحكيم الوارد بالمشاركة أدمج هذا الشرط في السند ، و إلا فيتم البحث في شرط التحكيم نفسه الوارد بالمشاركة لتقرير ما إذا كان يسمح بالامتداد إلى حل منازعات سند الشحن أيضا، أو يتوافق و ينسجم مباشرة مع طبيعة السند و عملية النقل البحري من شحن و نقل و تسليم حتى يندمج في السند و إلا فلن تكفي الاحالة العامة لادماجه في السند (2).

ثالثا: قضاء يتردد بين الاكتفاء بالاحالة العامة و بين وجود احالة خاصة ليس الى شرط التحكيم الوارد بالمشاركة و لكن الى المشاركة نفسها و تحديدها وتمييزها في السند تمييزا واضحا بذكر تاريخها و أطرافها و مكان ابرامها و ما الى ذلك .

رابعا: قضاء يكتفي بالاحالة العامة في أقصى درجاتها حتى و لو لم يوقع الشاحن على سند الشحن قبل

(1) محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري ، المرجع السابق ، 528.

(2) عاطف الفقي ، التحكيم في المنازعات البحرية ، المرجع السابق ، ص 161.

تحويله للمرسل اليه .

و أمام هته الخلافات بين القضاء الوطني في الدول محل البحث ، وحتى داخل الدولة الواحدة ، جاءت اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع بسند الشحن و المسماة بقواعد هـمبورج 1978 لتوحد الحلول المتبناة عن طريق القضاء الوطني لهذه الدول (1). وقد نصت هته الاتفاقية فيما يخص شرط التحكيم بإحالة سند الشحن إلى مشاركة الأيجار في المادة الثانية و العشرين في فقرتها الثانية على أنه : " إذا تضمنت مشاركة الأيجار نصا على إحالة المنازعات الناشئة بموجبها الى التحكيم ، و صدر سند شحن استنادا الى مشاركة الأيجار دون أن يتضمن شرطا واضحا أو صريحا يفيد أن هذا النص يلزم حامل سند الشحن ، فلا يجوز للناقل الاحتجاج بهذا تجاه حامل السند الحائز له بحسن النية " .

و هكذا فإن الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد بمشاركة الأيجار على حامل سند الشحن سيكون فقط إذا حدد ذلك السند بواسطة " شرط واضح " و لكن السؤال الذي يطرح : ما المقصود بالشرط الواضح ؟. إن هذه الاتفاقية لم تبين مقصودها بالشرط الواضح و بالتالي لم تحسم الخلاف القضائي الذي رأيناه حول صيغة الاحالة ، بحيث أن كل قضاء يعتبر معياره هو معيار ذلك " الشرط الواضح " الكافي لقبول صحة الاحالة ، حتى و إن كانت الاحالة الى المشاركة احالة عامة كما في إنجلترا و الولايات المتحدة الأمريكية ومصر(2). و قد تباينت التفسيرات فيما يخص هذه المسألة :

_ حيث ذهب البعض الى أن المادة 22 من قواعد هـمبورج 1978 تقرر بوضوح أن صحة شرط التحكيم الوارد في مشاركة الأيجار في مواجهة حامل سند الشحن تتبع ادراج شرط التحكيم صراحة في سند الشحن حيث لا يحتج على حامل سند الشحن حسن النية بشرط التحكيم الوارد في المشاركة إذا لم يدرج هذا الشرط في سند الشحن حتى و لو أحال إلى شروط مشاركة الأيجار المشتملة على شرط التحكيم .

_ في حين ذهب البعض أن تفسير المادة 2/22 من قواعد هـمبورج 1978 يشمل الاحالة الخاصة كما يشمل أيضا الاحالة العامة الى مشاركة الأيجار و تعيينها في السند بذكر تاريخها بطريقة تحقق ذاتيتها في السند ، حيث أن الاحالة العامة تعد من قبيل الشرح الواضح الوارد في الاتفاقية .

و هكذا فإن اتفاقية هـمبورج لسنة 1978 لم تأت بالتوحيد المنشود في هذه المسألة و لم تقطع الخلافات الفقهية والقضائية حول الطريقة التي يجب أن تكون بها شكل الاحالة .

(1) قد تضمنت اتفاقية هـمبورج للنقل البحري قواعد مفصلة في الاختصاص القضائي المادة 21 وقواعد مفصلة في الاختصاص التحكيمي المادة 22 منها .

(2)عاطف الفقي ، التحكيم في المنازعات البحرية ، المرجع السابق ، ص 162.

أما عن اتفاقية روتردام للنقل البحري للبضائع 2009 فقد بينت في المادة 76 منها وهي المادة الوحيدة التي نصت على اتفاق التحكيم بالاحالة الى وجوب تطبيق نص اتفاق التحكيم بالاحالة الخاصة في مشاركة الايجار أو عقد النقل البحري ، إذا وردت الاحالة في مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني (1) .

الفرع الخامس: شرط التحكيم بالاحالة في الممارسات التحكيمية البحرية .

تبنت غرفة التحكيم البحري بباريس المبدأ الفرنسي المستقر في قراراتها التحكيمية أنه حتى تكون الاحالة صحيحة التي يشير اليها سند الشحن الى مشاركة الايجار ، ينبغي أن تكون هذه الاحالة واضحة ومحددة الى شرط التحكيم الوارد ضمن نصوص المشاركة المحال اليها (2) ، و يفهم من ذلك وجوب كتابة الاحالة الخاصة الى شرط التحكيم البحري .

خلاصة الفصل الثاني مع التعقيب

كما رأينا أن اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري لا يعدوا أن يكون -شأنه شأن أي عقد - تعبيراً عن إرادتين تراضيتاً على اختيار التحكيم و سيلة لتسوية منازعات ثارت أو قد تثور و لذا يلزم أن تتوافر فيه الشروط الموضوعية اللازمة لصحة أي اتفاق و التي تتمثل في التراضي الصحيح أي تطابق ارادتين عن طريق تلاقي ايجاب وقبول لحسم منازعات عقد النقل البحري بواسطة التحكيم .

كما أنه في عقد النقل البحري للبضائع يندر أن يتضمن سند الشحن شرط التحكيم بين نصوصه في حين يغلب صدور هذا السند بموجب مشاركة الايجار تشتمل على شرط التحكيم بين نصوصها ، وفي هذه الحالة قد يحيل سند الشحن الى نصوص مشاركة الايجار التي صدر تنفيذها لها. و قد تسألنا هل يعتبر حامل سند الشحن راضياً بشرط التحكيم الوارد بمشاهدة الإيجار في هذه الحالة ؟ .

و قد انقسم الرأي بصدد الإجابة على هذا التساؤل الى اتجاهين :

الإتجاه الأول : و هو إتجاه قضاء المحاكم الفرنسية ، و قضاء غرفة التحكيم البحري بباريس، و ما ذهبت اليه الأحكام القضائية الإنجليزية و بعض الأحكام القضائية الأمريكية . ويقضي هذ الإتجاه بأنه يشترط لإندماج

(1) تنص المادة 76 فقرة 2 على : " بصرف النظر عن الفقرة ١ من هذه المادة، يكون اتفاق التحكيم الوارد في مستند نقل أو سجل نقل إلكتروني تنطبق عليه هذه الاتفاقية بسبب انطباق المادة ٧ خاضعا لأحكام هذا الفصل ما لم يكن مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني :

(أ) يبين هوية طرفي مشاركة الاستئجار أو العقد الآخر المستبعد من نطاق انطباق هذه الاتفاقية بسبب انطباق المادة 6 و يبين تاريخ مشاركة الاستئجار أو العقد الآخر؛

(ب) ويتضمن، من خلال إشارة محددة، البند الذي يحتوي على أحكام اتفاق التحكيم في مشاركة الاستئجار أو العقد الآخر."

(2) عاطف الفقي ، التحكيم في المنازعات البحرية ، المرجع السابق ، ص 163 .

شرط التحكيم الوارد بمشارطة الايجار في سند الشحن الصادر تنفيذاً لها أن تكون الاحالة الواردة في السند الى شرط التحكيم الوارد بالمشارطة إحالة خاصة و واضحة و محددة إلى هذا الشرط التحكيمي و ذلك حتى نقول أن هناك رضی لأن الأمر يتعلق بضرورة توافر الرضا لدى حامل السند بشرط التحكيم الوارد بالمشارطة التي لم يكن الحامل طرفاً فيها .

الإتجاه الثاني: و هو القضاء المصري و بعض الأحكام القضائية الانجليزية و بعض الأحكام القضائية الأمريكية و يقضي هذا الإتجاه بأنه يكفي لإندماج شرط التحكيم الوارد بالمشارطة في سند الشحن الصادر تنفيذاً لها أن تكون الإحالة الواردة في السند إحالة عامة إلى شروط المشارطة . إلا أننا لسنا مع هذا الإتجاه بل مع وجوب الإحالة الخاصة والمحددة لشرط التحكيم حتى نقول بتوافر ركن الرضى لحامل سند الشحن أو وثيقة النقل بصفة عامة و حتى فيما يخص الوثيقة الإلكترونية و ذلك نظراً لما يترتب على شرط التحكيم من آثار تفوق خطورتها أي شرط آخر مدرج في العقد خاصة استبعاد ولاية القضاء الوطني بنظر النزاع محل إتفاق التحكيم و إختصاص قضاء التحكيم به .

أيضا من الضروري لصحة الرضى توافر الأهلية لدى أطراف العملية التحكيمية و هي أهلية التصرف و إذا كان الاتفاق على التحكيم تم بواسطة الوكيل يجب أن تكون الوكالة خاصة و مكتوبة للأثار القانونية الخطيرة التي تترتب على هذا الاتفاق ، أيضا من الأهمية بما كان أن يكون النزاع المطلوب الفصل فيه عن طريق التحكيم محددًا أي تحديد محل التحكيم و يكون هذا المحل قابل للتسوية بطريق التحكيم .

و أخيراً فإن السبب يعتبر أحد عناصر الشروط الموضوعية و تتمثل مشروعيتها في أن اتفاق الأطراف على التحكيم يجد سببه في أن ارادة الأطراف قد اتفقت على استبعاد طرح منازعات عقد النقل البحري على القضاء و تفويض الأمر للمحكمن وهذا السبب مشروع في الغالب .

كما يلزم في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري توافر الشروط الشكلية التي تطلبها بعض الأنظمة القانونية لإنعقاده و لتسهيل ظروف التجارة الدولية و تحررها من القيود ، لم تحدد هذه النصوص شكلاً كتابياً معيناً ، حيث اكتفت بورود هذا الاتفاق في صورة مراسلات أو برقيات متبادلة بين الطرفين ، ويمتد ذلك الى كل وسائل الاتصال المكتوبة ، و لكن يجب تحقق الايجاب و القبول بشأن التحكيم. إلا أنه يجب على هته النظم القانونية ضرورة مسايرة التطور التكنولوجي الحاصل في مجال تبادل البيانات و المبادلات التجارية في الوقت الراهن بقبولها لاتفاقات التحكيم الالكترونية، و التي أصبحت كثيرة الاستخدام حالياً في مجال النقل البحري و هذا ما ذهبت الى تأكيده اتفاقية روتردام للنقل البحري لسنة 2009 على ضرورة استخدام المحررات الالكترونية في مجال النقل البحري و قبولها من طرف كافة التشريعات الوطنية .

الباب الثاني

الآثار المترتبة على اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري.

الباب الثاني : الآثار المترتبة على اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري .

متى أبرم اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري صحيحا مكتملا لأركانه و شروطه ، فإنه يرتب الأثر القانوني الذي يهدف إليه ، و جوهره حجب سلطة قضاء أية دولة عن الفصل في موضوع نزاع عقد النقل البحري و تحويل الأمر إلى قضاء ذاتي خاص و هو قضاء التحكيم ، و هذا هو الأثر الإجرائي المباشر لإتفاق التحكيم سواء كان أثرا ايجابيا أو سلبيا .

كما أن هذا الأثر المباشر يولد التزامات ليس فقط على عاتق طرفيه ، بل كذلك على عاتق أطراف أخرى . فبين طرفيه يكون لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري قوة ملزمة في وجوب عرض النزاع على التحكيم ، و ليس لأحدهما أن يتخلى عنه ، أو يعطل مقتضاه بإرادته المنفردة ، و إلا جاز للطرف الأخر أن يلجأ إلى القضاء ، إستنادا إلى ولايته العامة ، بطلب دعوة الطرف الأول لتنفيذ اتفاق التحكيم (1).

و في مواجهة الغير يعتبر اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري مانعا قضائيا ، يحضر على محاكم الدولة أن تنظر في نزاع حول عقد نقل بحري يوجد بخصوصه اتفاق التحكيم ، وإن رفعت الدعوى بذلك النزاع تعين الحكم بعدم قبولها ، لتعرض إلى قضاء التحكيم لينظر فيها مطبقا مبدأ الاختصاص – بالإختصاص .

إلا أن شأن الغير بالنسبة لعقد النقل البحري يطرح مشكلة في تحديد مفهومه خاصة بالنسبة لمركز المرسل إليه في هذا العقد ، و كذا الأشخاص الذين يجلون محله و يطرح السؤال دوما ، حول أثر شرط التحكيم بسند الشحن ، بالنسبة لحامله . و إذا ورد أيضا شرط التحكيم في عقد ايجار السفينة ، دون سند الشحن فكيف يجب أن تكون الاحالة اليه في سند الشحن حتى يكون نافذا في مواجهة الحامل ؟

إن المتأمل في تلك الآثار يدرك أن بعضها له طبيعة موضوعية و البعض الأخر ذو طبيعة إجرائية و لكل قواعده و أحكامه الخاصة .

و بالتالي السؤال الذي يطرح : ما هي الآثار الإجرائية و الموضوعية لإتفاق التحكيم في عقد النقل البحري ؟.

للإجابة على هذا التساؤل قسمنا هذا الباب الى فصلين : الفصل الأول هو عن الآثار الاجرائية لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري ، أما الفصل الثاني فهو عن الآثار الموضوعية لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري .

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص439.

الفصل الأول : الأثار الإجرائية لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري .

يتميز الحق في التحكيم بنطاقه المزدوج : الإيجابي والسلبي . فهو من الناحية الإيجابية يخول صاحبه سلطة الإلتجاء الى إجراءات التحكيم للفصل في النزاع الذي ثار مع الطرف الأخر ، كما يخول من الناحية السلبية سلطة منع الطرف المحتكم " الطرف في الاتفاق على التحكيم " من الإلتجاء إلى القضاء العام في الدولة ، للفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم - شرطا كان أو مشاركة .
و بعبارة أخرى ، فإن الحق في التحكيم هو الحق في استبدال إجراءات التقاضى بإجراءات التحكيم ، أو استبدال القضاء العام في الدولة بهيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم شرطا كان أو مشاركة (1).

و هكذا يترتب على اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري بوصفه العقد الذي تتعهد الأطراف فيه أن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو التي قد تنشأ بينهم بواسطة المحكمين ، و ليس بواسطة قضاء الدولة أثارن مختلفان : الأثر الأول فهو ما يعرف بالأثر السلبي ووفقا له يمتنع على الأطراف الالتهجاء إلى المحاكم الوطنية من أجل الفصل في المنازعات المتفق على حلها بواسطة التحكيم (2).

أما الأثر الثاني الذي يترتب عليه اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري ايجابي ووفقا له يتعين على الأطراف أن تحترم التعهد الصادر عنها ، وتعهد بالمنازعات المتفق بشأنها على التحكيم إلى المحكم .
إن المنازعات الأكثر حدوثا بشأن التحكيم أمام المحاكم الوطنية يتعلق الكثير منها باتفاق التحكيم و ليس بحكم التحكيم إذ غالبا ما يحاول أحد أطراف اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري التخلص من إلزامية هذا الاتفاق راغبا في اللجوء الى المحكمة العادية في حين يتمسك الطرف الأخر باتفاق التحكيم راغبا في توجيه النزاع إلى القضاء التحكيمي (3).

و ستعرض في هذا الفصل لكل من الأثرين الإجرائيين و نظرا لأهميتهما بشيء من التفصيل:
الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري في المبحث الأول ، أما المبحث الثاني فهو عن الأثر الايجابي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري .

(1) محمود السيد عمر التحيوي ، مفهوم الأثر السلبي لاتفاق على التحكيم ، دار المطبوعات الجامعية ، سنة 2003 ، ص 138.

(2) أ. حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 110.

(3) عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية ، المرجع السابق ، ص 222.

المبحث الأول : الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري .

يقتضي احترام اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري ، أنه إلى جانب ضرورة احترام أطراف هذا العقد لتعهداتهم و ضرورة عرض المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم إلى محكمة التحكيم و هذا ما يسمى بالأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري ، ضرورة احترام ايضاً الأثر السلبي لهذا الاتفاق و الذي يحرم على الأطراف الالتجاء الى القضاء الوطني لطلب الفصل في المنازعة محل اتفاق التحكيم (1).

إن مضمون الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري يتمثل في استبعاد اختصاص المحاكم الوطنية بنظر النزاع أو المنازعات المتعلقة بعقد نقل البحري و المتفق على حلها تحكيمياً ، حيث لا ينبغي للمحاكم الوطنية النظر في النزاع محل اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري احتراماً لهذا الإتفاق و إحتراماً لإرادة أطرافه(2) . كما أن الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم في عقد النقل البحري شرطاً كان أو مشاركة هو أداة التمسك بالجانب السلبي للحق في التحكيم ، فهو الوسيلة التي تحولها الأنظمة القانونية الوضعية على اختلافها – للمدعى عليه أمام القضاء العام في الدولة ، للتمسك بوجود الاتفاق على التحكيم و من ثم حقه في الالتجاء الى نظام التحكيم للفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم ، بغرض منع القضاء العام في الدولة من السير في اجراءات الفصل فيه (3).

و لا شك أن للقضاء دور مهم للغاية في دعوى التحكيم سواء في سير إجراءات التحكيم أو فيما يتخذه من تدابير و قتية و تحفظية و أيضاً في استدعاء الشهود و الانابة القضائية (4) ، لذا يجب ذكر أن مبدأ عدم اختصاص المحاكم الوطنية بالنظر في النزاع محل الاتفاق على التحكيم في عقد النقل البحري ترد عليه استثناءات ولهذا يطرح التساؤل التالي: كيف يتم استبعاد اختصاص المحاكم الوطنية طبقاً للأثر السلبي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري و ما طبيعة هذا الاستبعاد ؟ و ما هي الإستثناءات الواردة على هذا المبدأ ؟ .

للإجابة على هذه الإشكالية قسمنا هذا المبحث الى :مبدأ نقل الاختصاص من القضاء الوطني الى التحكيم بالنظر في منازعات النقل البحري في المطلب الأول، أما المطلب الثاني هو عن الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم اختصاص المحاكم الوطنية بنظر منازعات عقد النقل البحري المتفق بشأنها على التحكيم .

(1)أ. حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 173.

(2)عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق ، ص 224.

(3)محمد السيد عمر التحيوي ، مفهوم الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ، المرجع السابق ، ص 139.

(4)محمد وليد منصور، الدور الاستراتيجي و الخلاف للقضاء في تحقيق فعالية التحكيم في التشريع السوري، مجلة التحكيم، العدد الثامن ، أكتوبر 2010، ص 165.

المطلب الأول: نقل الاختصاص من القضاء الوطني الى التحكيم بالنظر في منازعات النقل البحري.
إذا أبرم إتفاق التحكيم لتسوية منازعات عقد النقل البحري، فإن المحاكم الوطنية يمنع عليها النظر في هذا النزاع أصلاً لأنه من إختصاص المحكمة التحكيمية (1). كما يعد مبدأ عدم اختصاص المحاكم الوطنية بنظر المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم سواء اتخذ اتفاق التحكيم صورة شرط تحكيم مدرج في عقد النقل البحري، أو صورة مشاركة تحكيم أو عقد تحكيم اتفق عليها أطراف عقد النقل البحري بعد نشأة النزاع بينهم ، مبدأ كرسته المعاهدات الدولية المتصلة بالتحكيم و كذا التشريعات الوطنية المعنية بهذا الموضوع.
الفرع الأول: مضمون و طبيعة الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري.

إن أساس الأثر السلبي لإتفاق التحكيم هو نزع الإختصاص من القضاء الوطني و حرمان محاكم الدولة من نظر أي نزاع اتفق بشأنه على التحكيم (2)، أما عن طبيعته فقد كانت محل جدل فقهي وقضائي كبير.
أولاً: مضمون المبدأ:

يتمثل الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري في منع عرض النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم شرطاً كان أو مشاركة على القضاء العام في الدولة ، ومنع هذا القضاء من الفصل فيه . فالإتفاق على التحكيم في عقد النقل البحري شرطاً كان أم مشاركة يمنع القضاء العام في الدولة من نظر النزاع المتفق على الفصل فيه عن طريق هيئة التحكيم المكلفة بذلك ، بدلا من المحكمة المختصة أصلاً بتحقيقه و الفصل في موضوعه ، و يخول المدعى عليه دفعا بذلك ، وهو ما يسمى بالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم (3).

فبإتفاق أطراف عقد النقل البحري المحكّمين على نظام التحكيم ، للفصل في منازعاتهم القائمة أو المحتملة ، لحظة إبرام اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري ، فإنه يمتنع عليهم الإلتجاء إلى القضاء العام في الدولة للفصل فيها .

كما أنهم و بإتفاقهم على نظام التحكيم يمنعون القضاء العام في الدولة من نظر النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم في عقد النقل البحري - شرطاً كان أو مشاركة - إذا رفع إليه من أحد أطراف عقد النقل البحري المحكّمين ، إذ يكون للطرف المحكّم الأخر في الدعوى القضائية البحرية أن يدفع بوجود الاتفاق

(1) محمد كولا ، المرجع السابق ، ص 131.

(2) الصحابي حسن عبد الحليم ، التعليق على قرار قضائي (السودان)، مجلة التحكيم، العدد الثامن، أكتوبر 2010، ص 282.

(3) محمود السيد عمر التحيوي ، مفهوم الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ، دار المطبوعات الجامعية ، سنة 2003 ، ص 133.

على التحكيم . و على قضاء الدولة متى تبين له جدية الدفع و قانونيته أن يمتنع عن نظر هذا النزاع (1).
و قد كرس هذا المبدأ في جل المعاهدات الدولية الخاصة بالتحكيم و القوانين الوطنية .

أ) موقف القانون الدولي من مبدأ نقل الإختصاص .

يستمد هذا المبدأ وجوده من الإتفاقات الدولية في مجال التحكيم التجاري الدولي ، إذ وضعت قاعدة موضوعية موحدة تسمو على التشريعات الداخلية للدول ، فقد استبعدت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 اختصاص القضاء الوطني في نظر النزاع الذي أبرم بشأنه اتفاق التحكيم شرطا كان أو مشاركة ، حيث نصت المادة الثانية الفقرة 3 من هذه الإتفاقية على أنه : " إذا عرض النزاع على محكمة في إحدى الدول المتعاقدة و كان يتعلق بموضوع اتفاق الطرفان على عرضه على التحكيم ، بالمعنى المقصود في هذه المادة ، على المحكمة أن تحيل النزاع على التحكيم - إذا طلب أحد الطرفين ذلك إلا إذا رأت المحكمة أن الاتفاق ملغى أو غير ذي مفعول أو غير صالح للتطبيق " .

فبهذا النص فرض حظر على محاكم الدول في نظر الدعوى المتفق على فضها بواسطة التحكيم، حيث تلتزم بها محاكم كل الدول الأعضاء المنظمة للإتفاقية أيا ما كانت جنسية الأطراف في اتفاق التحكيم ، أو المكان المتفق على جعله مقرا للتحكيم . وما دامت أن هذه القاعدة ذات طبيعة دولية فهي تسري بأثر مباشر، مع استبعاد كل سلطة تقديرية للقاضي و التي قد زالت تماما في صدد العلاقات الدولية الخاصة بحيث أصبح من المتعين على المحاكم أن ترتب على إتفاق التحكيم أثره المانع وجوبا فور تمسك أحد الأطراف به (2) ، كما على مختلف الدول الأعضاء التي إنضمت الى هته الإتفاقية الإلتزام بهذا المبدأ و ذلك عن طريق :

- تعهدها بتكريس هذا المنع في قوانينها الداخلية ، بفرض التزام المحاكم التخلي النظر في المنازعات التي تعود لاختصاص المحكمة التحكيمية .
- الإستجابة لطلب أحد أطراف النزاع في حالة عدم احترام هذا المبدأ و هذا بالتخلي عن النظر في الدعوى المرفوعة أمام القاضي (3).

(1) محمود السيد عمر التحيوي ، مفهوم الأثر السلي للاتفاق على التحكيم ، المرجع السابق ، ص 134 .

(2) سامية راشد ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية ، ص 435-436 .

(3) محمد كولا ، المرجع السابق ، ص 132 .

- إذا عرض مثل هذا النزاع على القاضي الوطني ، عليه أن يقضي بعدم اختصاصه و إعادة الدعوى الى الهيئة التحكيمية (1).

أما الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي فقد تبنت بشكل غير مباشر مبدأ عدم إختصاص القضاء الوطني في حالة وجود اتفاق على التحكيم (2) ، و أوردت في المادة السادسة منها(3) أنه إذا رفع أحد أطراف اتفاق التحكيم الدعوى أمام القضاء العادي ثم دفع المدعي عليه أمامها بعدم إختصاصها استنادا لوجود اتفاق تحكيم فإن هذا الدفع يجب أن يقدم قبل البدء في المرافعة . كما أن الفقرة الثالثة من هذه المادة إفتترضت أن الخصم لم يدفع أمام هيئة التحكيم بعدم الإختصاص ، و إنما لجأ مباشرة إلى محكمة القضاء العادي و طلب منها الحكم بعدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه أو بإنقضائه ، و لإجتنااب الإضطراب الذي ينشأ بتشتت النزاع بين الجهتين ، ألزم هذا النص المحكمة بأن تأمر بوقف الفصل في الطلب الذي قدم إليها حتى يصدر حكم التحكيم ، غير أن النص أجاز للمحكمة استثناء لأسباب خطيرة ألا تأمر بوقف الفصل في الطلب و تستمر في نظره، فإذا قضت بقبوله فمعنى ذلك أنها سلبت الإختصاص من هيئة التحكيم (4). ثم أكدت الفقرة الرابعة من المادة السادسة في هذه الإتفاقية على أن وجود اتفاق التحكيم لا يمنع من التقدم للجهات القضائية المختصة بطلب إجراء وقي أو تحفظي ، كما أن تقديم مثل هذا الطلب لا يفسر على أنه تنازل ضمني من الخصم الذي قدمه على عرض موضوع النزاع على التحكيم و الرجوع به الى القضاء العادي (5).

و الواقع أن هذا النص يعيبه أنه لا يواجه إلا الحالة التي تكون فيها اجراءات التحكيم قد شرع في اتخاذها ، بينما أن ذات القاعدة يتعين إعمالها حتى في حالة عدم الشروع في هذه الإجراءات طالما كان هناك إتفاق على التحكيم ، وذلك من أجل اجتناب المنافسة بين اختصاص الجهات الوطنية و التحكيمية .

(1) محمد كولا، المرجع السابق ، ص132.

(2) حفيظة السيد حداد ، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ، المرجع السابق ، ص 174.

(3) قد نصت الإتفاقية الأوروبية حول التحكيم التجاري الدولي المؤرخة في 1961/04/21 بجنيف على حالة عدم الاختصاص القضاء الوطني في حالة وجود اتفاق تحكيم في المادة 6 و كذلك نصت على هذا المبدأ المادة 8 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة حول التحكيم التجاري الدولي لسنة 1985.

(4) فقد نصت المادة 3/6 من هذه المعاهدة على أنه :

" في حالة عدم الإنجاء السابق إلى أية قضاء وطني ، و الشروع في إتخاذ اجراءات التحكيم فإن المحاكم القضائية في الدول المتعاقدة ، والتي عهد إليها بالمنازعة المنصبة على ذات الموضوع المعروض على قضاء التحكيم و بين ذات الاطراف ، أن تتوقف عن الفصل في الموضوع الخاضع لإختصاص المحاكم ، إلا لإسباب خطيرة ، وذلك حتى يتم صدور حكم التحكيم "

(5) عاطف الفقي ، التحكيم في المنازعات البحرية ، المرجع السابق ، ص 226.

كذلك قد نصت المادة الثامنة من قانون التحكيم النموذجي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على أن :

"1- على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى مسألة أبرم بشأها اتفاق تحكيم، أن تحيل الطرفين الى التحكيم، إذا طلب منها أحد الطرفين في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول في موضوع النزاع ، ما لم يتضح لها أن الإتفاق باطل و لاغ أو عديم الأثر و لا يمكن تنفيذه .

2- إذا رفعت الدعوى مما أشير اليه في الفقرة الأولى من هذه المادة ، فيجوز مع ذلك البدء أو الإستمرار في إجراءات التحكيم ، ويجوز أن يصدر قرار تحكيم و الدعوى لا تزال منظورة أمام المحكمة " (1) .

إن ما يظهر لنا من هذه المادة أنها أكدت على عدم إختصاص المحاكم الوطنية بالنظر في المنازعات التي أبرم بشأها اتفاق التحكيم ، وعليها أن تحيله على قضاء التحكيم إلا أنها ربطت ذلك بطلب أحد الطرفين .

و لقد حرصت الفقرة 2 من هذه المادة على تأكيد أنه رفع الدعوى المشار إليه في الفقرة الأولى من نفس المادة لا يحول دون البدء في إجراءات التحكيم أو الإستمرار فيها أو إصدار حكم فيها " .

ب) موقف القوانين الوطنية من مبدأ نقل الإختصاص .

إن مبدأ استبعاد إختصاص القضاء العادي بنظر النزاع محل اتفاق التحكيم قد تقرر في أغلب قوانين التحكيم الوطنية و التشريعات الحديثة المنظمة لإتفاق التحكيم .

1- الأثر السلبي في الفكر اللاتينوجرماني :

فقد أكد هذا المبدأ قانون المرافعات الفرنسي الجديد في المادة 1458 (2) بشأن التحكيم الداخلي حيث فرضت على القضاء الفرنسي التقرير بعدم اختصاصه بنظر هذا النزاع ، و إن كان هذا الحكم لم يتكرر في الباب الخاص بالتحكيم الدولي إلا أنه يأخذ به من باب أولى في منازعات التجارة الدولية ، و هو مبدأ أساسي يجد مصدره في الإتفاقيات الدولية السابقة ، و قد أكده القضاء الفرنسي و تكرر في كل القوانين الفرنسية و التي أجازت صحة إتفاق التحكيم .

(1) المادة 8 من القانون النموذجي للجنة الامم المتحدة حول التحكيم التجاري الدولي لسنة 1985.

(2) Article 1448 -Modifié par Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 – art:

“ Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable.

La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence.

Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite”

إلا أن المادة السابقة الذكر تبين أن القاضي الفرنسي لا يمكنه إثارة هذا المبدأ من تلقاء نفسه .
أما عن القانون المصري فقد نصت المادة 13 من القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية على أنه : " يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى " .
إن هذا النص يبين أن حق المدعى عليه في الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق على التحكيم بشأن المنازعة المعروضة على القضاء المصري يسقط في حالة إبدائه لأي دفاع في الدعوى ، أي بعد تقديم المدعي عليه لأي طلب أو إبدائه لأي دفاع تنازل عن إتفاق التحكيم و قبل الخضوع لإختصاص القضاء الوطني بشأن المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم(1) ، كما يفهم أن القاضي المصري لا يمكنه أن يثير هذا الدفع من تلقاء نفسه .

و بإنضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك 1958 قد اعتمدت نفس القاعدة القانونية المكرسة و الناتجة عن وجود اتفاق التحكيم صحيحا ، وهي عدم إختصاص القضاء الوطني أصلا .

كما نصت المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الجديد على أنه : " يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع ، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة ، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف " . و بالتالي قد بين لنا هذا النص صراحة بأن القاضي غير مختص في موضوع النزاع ، بمجرد بدأ التحكيم أو إذا تبين له وجود اتفاق تحكيم .

و تبعا لذلك فالقاضي الجزائري يكون غير مختص بالفصل في موضوع النزاع في حالتين :

1) إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة و ما يلاحظ هنا أن المشرع قدم الخصومة التحكيمية على الخصومة القضائية فمتى علم القاضي بأن النزاع مطروح أمام محكمة تحكيم عليه التصريح بعدم إختصاصه بالفصل في موضوع النزاع(2).

2) إذا ما أثار أحد الأطراف و جود اتفاق تحكيم .

و بالتالي فإثارة عدم إختصاص القاضي يكون من النظام العام و على القاضي أن يثيره من تلقاء نفسه في الحالة الأولى و يكون إختياري بالنسبة للأطراف و ليس من النظام العام في الحالة الثانية .

(1) حفيفة السيد حداد ، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق ، ص 175 .

(2) بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 555 .

و هذا الموفق يبين لنا الطابع الليبرالي الذي تبنته النصوص التشريعية الجزائرية الجديدة خلافا لنص المادة 458 مكرر 1/8 من المرسوم التشريعي الجزائري المعدل و الخاص بالتحكيم التجاري الدولي لسنة 1993 و التي أثار مضمونها نوعا من اللبس و التناقض مع ما ينبغي مسابته طبقا لنص المادة الثالثة فقرة 2 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 و التي وقعت عليها الجزائر (1).

و الواقع أن الحل الذي جاء به كل من المشرع الفرنسي و المصري و الجزائري و المتمثل في عدم إختصاص القضاء الوطني بحل النزاع المتفق بشأنه على التحكيم يستند إلى الطبيعة الإتفاقية للتحكيم . فالتحكيم يستند بطبيعته على إرادة الأطراف ، التي تختار هذا الطريق لحل المنازعات الناشئة بينهم . فللأطراف بناء على إتفاقهم امكانية عدم اللجوء الى قضاء الدولة و التنازل عن رفع دعواهم أمامه ، وهذا التنازل قد يكون صريحا أو ضمنيا .

و بمفهوم المخالفة فالقاضي المطروح أمامه النزاع المتفق بشأنه على التحكيم لا يمكن أن يثير الدفع بعدم الإختصاص من تلقاء نفسه استنادا الى وجود هذا الشرط .

فالمدعي عندما ، يقوم بإعلان المتعاقد معه للمثول أمام قضاء الدولة يتنازل عن الميزة التي يخولها إياه اتفاق التحكيم .

و مثول المدعي عليه أمام قضاء الدولة ، دون أثارته للدفع بعدم اختصاص هذا القضاء يعد أيضا قبول المدعي عليه لإختصاص هذا القضاء.

و هذا الإتفاق تبعا لإرادة المدعي و المدعى عليه يفرض على القاضي - كما يفرض أي إتفاق آخر أيا كان شكله (2).

(1) فقد نصت المادة 458 مكرر 1/8 السابقة على أنه : " تكون دعوى التحكيم معلقة عندما يرفع أحد أطراف دعوى أمام المحكم أو المحكمين المعنيين في اتفاقية التحكيم أو عندما يباشر أحد الأطراف إجراءات في تأسيس محكمة التحكيم وفي حالة غياب مثل هذا التعيين ، يكون القاضي غير مختص في الموضوع متى كانت دعوى التحكيم معلقة " .

و ما يؤخذ على هذه المادة هو عدم حسمها للقضية بكل وضوح ، إذا التفسير الأولي لها يوحي بما يلي :

(1) يفهم من هذه المادة عدم إختصاص القضاء الوطني ، عكس المشرع الفرنسي الذي كان أكثر وضوحا .

(2) يمكن التمسك بإختصاص القضاء الوطني ما لم يتم أحد الاطراف بإخطار الهيئة التحكيمية وفقا لإتفاق التحكيم ، أو لم يتم أحد الأطراف بتحريك إجراءات التحكيم و تشكيل المحكمة التحكيمية ، مما يفهم بأن عدم القيام بأحد الإجراءين وفقا للمادة 458 مكرر 1/8 من أحد أطراف النزاع ، رغم وجود اتفاق التحكيم لا يمنع من النظر في النزاع من طرف المحكمة الوطنية و هذا كان تناقض مع نص المادة 3/2 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 و كذا نص المادة 458 مكرر 7 لأنه تعترف صراحة باختصاص المحكمة التحكيمية بالنظر في إختصاصها . و قد ظهر تأثر المشرع الجزائري بالمشرع السويسري و الذي أخذ حرفيا نص المادة 458 مكرر 1/8 من القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 .

و على هذا فالتعديل الجديد و الذي جاءت به المادة 1045 من ق.ا.م.ا.ج ألغى أي تناقض أو تفسير يجعل أطراف اتفاق التحكيم يتهبون من فض النزاع بواسطة التحكيم ، وكان متماشيا مع القانون الإتفاقي الدولي و القوانين الوطنية المقارنة .

(2) حفيظة السيد حداد ، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ، المرجع السابق ، ص 175

2- الأثر السلبي في الفكر الأنجلوساكسوني :

في إنجلترا صدر قانون التحكيم الإنجليزي لسنة 1975 مدججا حكم الفقرة الثالثة من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك 1958 في قانون التحكيم الإنجليزي لسنة 1950 ، و قد نصت المادة الأولى من قانون التحكيم الإنجليزي لسنة 1975 على أنه : "عندما يتعلق الأمر باتفاق تحكيم دولي ،وعندما يرفع أحد أطرافه أو من يمثله دعوى قضائية ضد الطرف الأخر أو من يمثله حول موضوع مما يدخل في نطاق اتفاق التحكيم فإنه يجوز للطرف الأخر في أي وقت أن يتقدم للمحكمة طالبا وقف الإجراءات أمامها ، وذلك قبل تقديم الدفاع أو القيام بأي إجراءات أخرى ، وللمحكمة أن تأمر بوقف الدعوى إلا إذا ظهر لها بأن اتفاق التحكيم باطل و لا أثر له أو غير قابل للتنفيذ ، أو أنه لا يوجد نزاع بين الأطراف فيما يخص موضوع اتفاق التحكيم . " و منذ ذلك الوقت أصبح الوضع في التحكيم الدولي الإنجليزي يختلف عنه بالنسبة لتحكيمه الداخلي، ففي هذا الأخير مازالت للمحاكم الإنجليزية السلطة التقديرية في وقف الدعوى القضائية وفي المقابل لا سلطة تقديرية لها بشأن اتفاقات التحكيم الدولية(1) .

وقد أكد هذا الموقف القضاء الإنجليزي في العديد من الأحكام البحرية المتتالية :

فقد قرر اللورد « wilberforce » في الحكم الصادر عن مجلس اللوردات البريطاني في دعوى « Nova (jersey)V.kammgarn » في ديسمبر 1976 أنه : " مما لا شك فيه أن اتفاق التحكيم محل الدعوى المنظورة ليس إتفاق تحكيم محلي ، و لهذا فإنه من الوهلة الأولى كان يجب على المحكمة تطبيق المادة الأولى/1 من قانون التحكيم 1975 ، وكان وقف الدعوى القضائية أمرا إجباريا و ملزما " (2) . و في الدعوى « the Rena K » الصادرة عن المحكمة البحرية عام 1978 فقد ذكر القاضي « Bardon » في تقريره : " أن قانون التحكيم 1975 قد صدر تنفيذا لإتفاقية نيويورك 1958 للإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم ، إنه من الضروري للإعتراف و تنفيذ الأحكام التحكيمية قدرة على إنتاج هذه الأحكام ، فحتى تكون الأحكام نافذة ينبغي أولا أن تكون الإتفاقات التحكيمية نافذة "

(1)عاطف الفقي ، التحكيم في المنازعات البحرية ، المرجع السابق ، ص227.

(2)H.L. Nova (jersey) Knit ltd .V.kammgarn Spinnerei G .M.B .H .Loyd'
Rep ,1977, Vol , 1,p463

مأخوذ عن : عاطف الفقي ، المرجع السابق ذكره .

و قد تقرر نفس الحكم من طرف اللورد Graham في دعوى « Roussel-U claf V.Searle » الصادر عن مجلس اللوردات البريطاني في أكتوبر 1977.

و أخيرا في دعوى « the World star » الصادرة عن المحكمة البحرية في 1986 ذكر القاضي "Sheen" في تقريره : " أنه لما ثبت اتفاق التحكيم لم يكن اتفاق التحكيم داخلي بحسب مفهومه الوارد في المادة الرابعة /1 من قانون التحكيم الانجليزي لسنة 1975 فعلى المحكمة أن تأمر بوقف الدعوى بموجب المادة الأولى فقرة 1 من هذا القانون ... ثم استطرده ... إن المحكمة مطالبة بإصدار أمر بوقف الدعوى و لهذا فليس من حقها أن تفرض شروطا لإصدار هذا الأمر " .

و أما في الولايات المتحدة الأمريكية و عملا بالمادتين الثالثة و الرابعة من قانون التحكيم الفدرالي الأمريكي 1925 و التي تقرر أنه إذا أقيمت دعوى في أي محكمة من محاكم الولايات المتحدة الأمريكية بخصوص أي قضية محالة الى التحكيم بموجب اتفاق مكتوب فإن المحكمة عند إقتناعها بأن هذه القضية محالة للتحكيم بموجب اتفاق مكتوب أن توقف الدعوى عند طلب أحد الأطراف ذلك حتى يتم التحكيم مهمته تبعا للاتفاق التحكيمي و لا سلطة تقديرية لها في رفض الأمر بوقف الدعوى(1) .

و بالتالي و طبقا لهذا القانون فإنه يمكن للمدعى عليه وكذا المدعي أيضا التقدم للمحكمة - طالبا وقف الدعوى القضائية لوجود اتفاق التحكيم .

و هذا ما أكدته القضاء الفدرالي الأمريكي في الدعوى " Serguros " حيث ألغت محكمة الإستئناف حكم المحكمة الابتدائية و التي رفضت فيه طلب مالك السفينة وقف الإجراءات بموجب المادة الثالثة من قانون التحكيم الفدرالي 1925 مراعاة للتكلفة الإقتصادية للدعوى ، حيث قررت محكمة الإستئناف أن المحكمة الابتدائية لا تملك سلطة تقديرية لرفض وقف الدعوى القضائية نظرا لوجود إتفاق التحكيم (2) .

و هكذا تجمع المعاهدات الدولية ، و القوانين الوطنية و القضاء في الدول محل البحث على إعطاء الفعالية لإتفاق التحكيم عموما و اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري خصوصا بسلب اختصاص القضاء الوطني بنظر النزاع محل اتفاق التحكيم .

و نتساءل هنا عن الأمر الصادر من المحكمة القضائية عند استبعادها النظر في النزاع محل إتفاق التحكيم في عقد النقل البحري ، هل هو أمر يفصل في دفع شكلي أم دفع موضوعي أم دفع بعدم القبول ؟ و هل يقف الأمر بإستبعاد نظر الدعوى أم يتعدى ذلك الى إحالة النزاع الى التحكيم ؟.

(1)Van den Berg ,etude comparative du droit de l'arbitrage commercial dans les pays de common law,these Aix,1977,p50

عن عاطف الفقي ، المرجع السابق ذكره .

(2)عاطف الفقي ، التحكيم في المنازعات البحرية ، المرجع السابق ، ص230.

للإجابة على هذه التساؤلات نجد أن المعاهدات الدولية لم تحدد المقصود بالإحالة الى المحاكم الوطنية و طبيعة الدفع بالتحكيم ، و بالتالي فإن الأمر يحسم بواسطة القوانين الوطنية و الممارسات القضائية في الدول محل البحث .

ثانيا :تحديد الطبيعة القانونية للدفع بالتحكيم .

لقد ثار الخلاف في فقه القانون الوضعي ،التشريع ، و أحكام القضاء المقارن في تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم و حول تحديد الطبيعة القانونية له(1) ، فقد ذهب اتجاه أول الى تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم الاختصاص ، و ذهب اتجاه ثاني بأنه دفع بعدم القبول ، و قد ذهب اتجاه ثالث بأنه من الدفوع الشكلية ، كما ظهر اتجاه رابع على أنه دفع ببطلان المطالبة القضائية،أما الاتجاه الخامس فقد كيفه على أنه دفع بوقف الدعوى القضائية ، كما نصت بعض التشريعات المقارنة على التزام المحكمة بالإحالة في حالة الدفع بوجود اتفاق التحكيم قبل الكلام في الموضوع .

و بالتالي فالسؤال الذي يطرح ما هي طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم هل هو دفعا بعدم الإختصاص ؟ أم دفعا بعدم القبول ؟ ... أم أنه غير ذلك ؟.

للإجابة على هذا السؤال سوف نتطرق الى الإتجاهين الرئيسيين البارزين حول طبيعة الدفع بالتحكيم في فقه القانون الوضعي، وأحكام القانون الوضعي و هما اتجاه الفكر اللاتينوجرمانى و اتجاه الفكر الأنجلوساكسونى.

(1)الدفع بمعناه العام يطلق على كل وسائل الدفاع التي يقدمها الخصم في الدعوى القضائية ، للإجابة على طلبات خصمه فيها ، بقصد تفادي له الحكم بها ، سواء كانت موجهة الى الخصومة القضائية ،أو الى إجراءاتها ، أو موجهة إلى موضوع الحق المدعى به ، أو الى سلطة الخصم في استعمال دعواه القضائية ، منكرًا حقه فيها . أما الدفع بمعناه الخاص في قانون المرافعات المدنية و التجارية ، فهو الدفع الموجه إلى إجراءات الخصومة القضائية ، أو الى سلطة المحكمة بشأها ، وهي ما يطلق عليها الدفوع الإجرائية مثل الدفع ببطلان صحيفة الدعوى القضائية ، أو الدفع بعدم إختصاص المحكمة و غيرها . أما وسائل الدفاع الموجهة الى موضوع الدعوى القضائية ، فإنها تعرف بالدفوع الموضوعية . أما الوسائل التي ينكر بها الخصم على خصمه سلطته في استعمال الدعوى القضائية ، فتعرف بالدفع بعدم القبول . و في كل من الدفع بعدم الإختصاص ، و الدفع بعدم القبول يطلب المتمسك بالدفع من المحكمة عدم الفصل في الدعوى القضائية ، ففي الحالة الأولى ينكر عليها إختصاصها ، وولايتها في نظر الدعوى القضائية . بينما في الحالة الثانية ينكر فقط سلطتها في سماع الدعوى القضائية . و بالتالي فإنه في الدفع بعدم الإختصاص يتمسك الخصم بمنع المحكمة من سماع الدعوى القضائية لأنها تخرج عن حدود ولايتها ، بينما في الدفع بعدم القبول ، يتمسك الخصم بمنع المحكمة من سماع الدعوى القضائية لسبب ما ، مع تسليمه بإختصاصها القضائي بنظرها .

- أ) طبيعة الدفع بالتحكيم في النظام اللاتينوجرمانى .

1) الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم الاختصاص .

ذهب الرأي السائد في كل من الفقه و القضاء : الفرنسى(1) ، الإيطالى و المصرى و بعض التشريعات الوضعية إلى القول بأن الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم -شرطا كان أو مشاركة - هو دفعا بعدم الإختصاص ، و إعتبرت محكمة النقض الايطالية هذا الدفع من الدفوع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام ، مثله في ذلك مثل الدفع بعدم الإختصاص المحلى . و من ثم لا تملك المحكمة الحكم به من تلقاء نفسها بل يجب التمسك به أمامها في الميعاد المحدد للدفوع الإجرائية غير المتعلقة بالنظام العام ، أي قبل الكلام في الدعوى القضائية ، و إلا سقط حقه في إبدائه .

أما عن القضاء الفرنسى فقبل صدور قانون الإجراءات المدنية الحالى قد انقسم في رأيه فذهب في بعض أحكامه إلى إعتبرار الدفع بوجود الإتفاق على التحكيم شرطا كان أو مشاركة من قبيل الدفع بعدم الإختصاص المتعلق بالنظام العام(2) ، بينما ذهب بعض أحكام القضاء الفرنسى الأخرى إلى إعتبراره دفعا بعدم الإختصاص غير المتعلق بالنظام العام(3).

إلا أن الفقه في فرنسا لم يحدث من جانبه مثل هذا الإنقسام في الرأي ، والذي أجمع على إعتبرار الدفع بالتحكيم دفعا بعدم الإختصاص و أوجب التمسك به قبل الكلام في موضوع الدعوى القضائية . و قد ذهب قانون الإجراءات الفرنسى مع هذا الرأي في إعتبرار الدفع بالتحكيم دفعا بالإختصاص غير متعلق بالنظام العام الفرنسى و إنما يتعلق بالمصلحة الخاصة للأطراف المحكّمين ، و لا يجوز أن تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها(4) .

كما أن هذا الإنقسام لم يوجد في أحكام القضاء المصرى و فقه القانون الوضعى المصرى ، حيث أجمعت المحاكم المصرية على إعتبرار الدفع بالتحكيم دفع غير متعلق بالنظام العام المصرى ، و يجب التمسك به قبل الكلام في موضوع الدعوى القضائية ، و إلا سقط الحق في إبدائه (5) . و هذا الرأي كان قبل صدور قانون

(1) محمود السيد عمر التحيوي ، مفهوم الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ، دار المطبوعات الجامعية ، سنة 2003 ، ص 133 .

(2) Incompétence absolue .
(3) Incompétence relative .

(4) محمود السيد عمر التحيوي ، مفهوم الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ، المرجع السابق ، ص 158 .

(5) أنظر أحكام النقض المدني المصرى و المشار إليها في : أحمد أبو الوفا _التحكيم الإختياري و الإجباري -الطبعة الخامسة -1988- بند 45-ص129 .

التحكيم المصري لسنة 1994 و الذي جعله دفعا بعدم القبول أي دفعا موضوعي وليس شكلي كما سنرى لاحقا .

أما عن القانون الجزائري فقد اعتبر الدفع بعدم اختصاص القضاء الوطني هو دفع بعدم الاختصاص أي أنه دفع شكلي و هذا ما جاءت به المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الجديد على أنه : " يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع ، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة ، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف " . كما يظهر لنا من هذا النص صراحة بأن استبعاد إختصاص القاضي في الحالة الأولى يعتبر من النظام العام و يجب أن يثيره من تلقاء نفسه ، وهذه في حالة ما إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة(1) .

أما إذا تبين أنه ثمة اتفاق تحكيم ففي هذه الحالة فقد اعتبر المشرع الجزائري أن الدفع بعدم الاختصاص دفع غير متعلق بالنظام العام و يمكن أن يثار من أحد أطراف النزاع .

و خلاصة القول ، أنه اذا إعتبرنا بأن الدفع بالتحكيم يعد من الدفوع بعدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم شرطا كان أو مشاركة ، فمن غير الممكن تحديد نوع هذا الاختصاص لأنه ليس متعلق بالوظيفة القضائية ، أو متعلقا بالمحل ، لأن المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم تختص بالفعل اختصاصا قضائيا ، و الذي لا يمكن و صفه بمجرد الإشراف أو الرقابة على هيئة التحكيم المكلفة بالفصل بالنزاع موضوع الاتفاق على التحكيم .

(2) الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم قبول الدعوى .

اعتبرت بعض القوانين الوضعية الى اعتبار الدفع بالتحكيم دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية أو بعدم جواز نظرها، تأسيسا على أن اتفاق التحكيم يؤدي الى نزول الأطراف المحكّمون عن الإلتجاء الى القضاء العام في الدولة . و متى تنازل أطراف الاتفاق على التحكيم بإرادتهم على سلطة الإلتجاء الى القضاء العام في الدولة ، تكون الدعوى القضائية قد فقدت شرطا من شروط قبولها ، مما يمتنع معه على المحكمة قبولها . فالدفع بالتحكيم في حقيقته يكون دفعا بالتنازل عن الخصومة القضائية و من ثم ، فإنه يندرج في عداد الدفوع بعدم قبول الدعوى القضائية (2).

(1) بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 555.

(2) محمود السيد عمر التحيوي ، مفهوم الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ، المرجع السابق ، ص 178.

و قد وجد الإتجاه القائل بأن الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم هو دفعا بعدم قبول الدعوى القضائية اعتمادا في قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 في شأن التحكيم في المواد المدنية و التجارية فطبقا للمادة 13 من هذا القانون فإنه : " - يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى اذا دفع المدعي عليه بذلك قبل ابدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى . و لا يحول رفع الدعوى المشار اليها في الفقرة السابقة دون البدء في اجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو اصدار حكم تحكيم " .

كما أخذ بهذا الاتجاه المشرع البحريني و كذا العديد من القوانين العربية و التي اعتبرت الدفع باتفاق التحكيم أنه دفع بعدم قبول الدعوى القضائية (1).

و إذا عدنا الى ما أقره المشرع المصري في الفقرة الأولى من المادة السابقة الذكر فإنه جعل الدفع بعدم القبول دفعا غير متعلق بالنظام العام حيث لا تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها ، بل يتعين أن يطلبه المدعي عليه و يجب ابدائه قبل ابداء أي طلب أو دفع في الموضوع .

أما عن الفقرة الثانية من نفس المادة فهي تبين بأن التجاء أحد أطراف الاتفاق على التحكيم للقضاء العام في الدولة ، لا يمنع الطرف الأخر من بدأ إجراءات التحكيم و لا يمنع هيئة التحكيم من اصدار حكم ملزم لأطراف النزاع في الدعوى المنظورة أمامها .

ب) طبيعة الدفع بالتحكيم في النظام الأنجلوساكسوني .

ينصرف مفهوم الدفع بالتحكيم في إنجلترا من قبل المحاكم الوطنية بوقف الاجراءات المنظورة أمامها " stay the court proceeding " و قد استخدم هذا التعبير في الدعاوى البحرية التي تطرقت لهذه المسألة (1) ، و قد تعدى الأمر بوقف الاجراءات الى الأمر بإحالة الأطراف الى التحكيم ، و تحديد مواعيد معينة لهذا اللجوء للتحكيم ، وذلك في حالات معينة كحالات وجود حجز تحفظي على السفينة أو تحصيل كفالة كما هو مقرر في قانون القضاء المدني الانجليزي 1982 (2).

أما عن القانون الأمريكي و حسب ما ورد في المادة 206 من الفصل الثاني من قانون التحكيم الفدرالي الأمريكي ، فإن الأمر لا يقف عند الحكم بوقف الاجراءات بل يتعداه الى الأمر بإحالة الأطراف

(1) محمود السيد عمر التحيوي ، مفهوم الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ، المرجع السابق ، ص 177.

(2) عاطف الفقي ، التحكيم في المنازعات البحرية ، المرجع السابق ، ص 232.

الى التحكيم " order to compel Arbitration " (1) . و بالتالي فإن القانون الأمريكي بهذا التوسع يظهر عزم المشرع الأمريكي على الاعتراف الواسع بالتحكيم الدولي كطريقة لحل منازعات التجارة الدولية(2).

و هكذا فإن الأمر الصادر عن المحاكم الانجليزية أو الأمريكية بعدم الاختصاص أو بوقف الاجراءات أو برفض نظر الدعوى ، هو دفع اجرائي أو شكلي مصدرا أمر ينهي الخصومة دون الفصل في موضوعها ، وهو دفع يجب ابدائه قبل ابداء أي طلب أو دفاع في الدعوى و إلا سقط الحق فيه حيث أنه يجوز التنازل عن التمسك به صراحة أو ضمنا .

الفرع الثاني : النطاق الموضوعي للأثر السلبي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري .

يجب بيان موضوع النزاع المحدد و القائم بالفعل بين أطراف عقد النقل البحري و المحتكمين "أطراف اتفاق التحكيم " ، في مشاركة التحكيم (عقد التحكيم) . كما قد يكون تحديد النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم واردا في شرط التحكيم ، و الذي يكون قد سبق ادراجه في عقد النقل البحري (في الصور التي قد رأيناها سابقا) . و اذا كان من الازم عند رفع الدعوى القضائية الى القاضي العام في الدولة بيان موضوعها بعبارة صريحة وواضحة فإنه يجب من باب أولى مراعاة ذلك في التقاضي أمام غير القضاء العام في الدولة ، و هذا للأثار المهمة التي تترتب على هذا التحديد في مختلف صور اتفاق التحكيم .

- من ناحية أولى: أن هيئة القضاء العام في الدولة تمتنع عن الفصل في النزاع المحدد و المعهود به لهيئة التحكيم للفصل فيه دون غيره من المنازعات المتعلقة بعقد النقل البحري.

- من ناحية ثانية: أن ولاية هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم - شرطا كان أو مشاركة - تكون قاصرة فقط على النزاع المحدد في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري دون غيره ، و عليه فإن هيئة التحكيم يجب أن تلتزم بحدود تلك الولاية الاستثنائية لنظام التحكيم فان خرجت عليها ، كان حكم التحكيم الصادر منها باطلا (3).

- من ناحية ثالثة: يتم تحديد النزاع محل اتفاق التحكيم من قبل أطراف عقد النقل البحري كما يمكن تفويض وكيل عن طريق توكيل خاص يميز له تحديد النزاع و المراد الفصل فيه عن طريق التحكيم.

(1) تنص المادة 206 من الفصل الثاني من قانون التحكيم الفدرالي الأمريكي على أن : " المحكمة المختصة و فقا لهذا الفصل ربما تأمر بالإحالة للتحكيم " مما يضع نوعا من اللبس حول وجوب أو جواز هذا الأمر بناء على كلمة " may " و قد ذهب جانب من الفقه الأمريكي الى أنه رغم ظاهر هذه العبارة الا أنها تأتي على عكس لغة ومعنى اتفاقية نيويورك 1958 ، وينبغي تفسيرها على أن الاحالة الى التحكيم أمر وجوبي .

(2) عاطف الفقي ، التحكيم في المنازعات البحرية ، المرجع السابق ، ص 233.

(3) محمود السيد عمر التحيوي ، مفهوم الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ، المرجع السابق ، ص 221.

- من ناحية رابعة: أن المنازعات و التي تكون محل التحديد في اتفاق التحكيم هي المنازعات الناشئة عن تفسير عقد النقل البحري، أو تنفيذ هذا العقد.

و لا يشترط أن يرد تحديد النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم في ذات العقد المتضمن شرط التحكيم ، و إنما يمكن أن يشير هذا العقد الى عقد آخر (مثلا احالة سند الشحن الى مشاركة ايجار السفينة كما رأينا سابقا) ، أو عمل قانوني آخر (كإدراج وثيقة لاحقة تبين كل معطيات اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري) ، بل من الممكن تحديد محل النزاع بعد ذلك ، أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه (1). و مادام أن تحديد موضوع النزاع متعلق بمحل اتفاق التحكيم في محل اتفاق التحكيم فلا يتصور عدم تحديده و إلا كان إتفاق التحكيم دون ركن المحل .

و مما سبق يجب التأكيد على أن نطاق الأثر السلبي لاتفاق التحكيم يتحدد بمدى تعيين محل اتفاق التحكيم و شموليته لموضوع النزاع و كذا امكانية التنازع ما بين هيئة التحكيم و القضاء العام في الدولة .

أولاً : الدفع بشمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع .

الدفع بشمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع من الدفع التي يبنى عليها عدم اختصاص القضاء العام للدولة لموضوع النزاع .

إذ قد يتضمن اتفاق التحكيم المسائل المتنازع عليها و قد لا يتضمن هذه المسائل مطلقا ، وقد لا يتضمن جميع المسائل المتنازع عليها ، فإذا انصرف القضاء للمسائل الغير المتفق عليها كان حكمه موافقا للقانون و في هذه الحالة ترفض هيئة القضاء الدفع بشمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع ، إذا ما دفع أمامها بشمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع ، و يظهر الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في الحالة العكسية إذا شمل اتفاق التحكيم موضوع النزاع فعلى هيئة القضاء التنازل عن الفصل في الخصومة و قبول الدفع بشمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع و بالتالي تكون هيئة التحكيم هي المختصة في هذه الحالة .

ثانياً : التنازع في الاختصاص بين محاكم الدولة و هيئة التحكيم .

التنازع في الاختصاص هو تنازع بين جهتي القضاء العادي و الإداري أو بين جهة من جهات القضاء و هيئة من الهيئات ذات الاختصاص القضائي حول الاختصاص بنظر النزاع أو عدم الاختصاص بنظر النزاع، وهذا التنازع قد يكون سلبيا و قد يكون ايجابيا و قد يتعلق بالتنازع في تنفيذ حكمين متناقضين (2). و قد إستعمل المشرع الجزائري لفض منازعات الاختصاص فقط في حالة التنازع بين جهة القضاء العادي

(1) محمود السيد عمر التحيوي ، مفهوم الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ، المرجع السابق ، ص 232 .

(2) د.احمد ابراهيم عبد التواب ، اتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به ، دار الجامعة الجديدة ، سنة 2009 ، ص532.

والإداري عملاً بأحكام المادة 3 من القانون رقم 98-03 (1) و المتعلق بإختصاصات محكمة النزاع .
و لم يشر المشرع الجزائري على أي تدابير تخص منازعات الاختصاص أمام محكمة النزاع (2) بين هيئات
القضاء الوطني و هيئات التحكيم ، خلافاً للمشرع المصري و الذي أشار الى هذين النوعين من نزاع
الاختصاص وفقاً لنص المادة 25 من المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979 ، وهو النزاع بين
جهتي القضاء العادي و الإداري أو بين جهة من جهات القضاء و هيئة من هيئات ذات الاختصاص
القضائي(3).

— و السؤال الذي يطرح ، هل يتصور النزاع بين هيئات التحكيم و جهات القضاء العادي أو الإداري ؟
هيئة التحكيم هيئة غير قضائية يقوم الأفراد أو مراكز التحكيم المنظمة بتشكيلها ، الأمر الذي ينفي عنها
من الناحية الشكلية أو العضوية وصف الهيئة القضائية ، فهي من ناحية مشكلة من غير القضاة ، كما أن
اختيار أعضائها يكون من قبل الأفراد و ليس من قبل الدولة أو السلطة القضائية كما هو الحال في اختيار
القضاة . و أنه في حالة تعيين المحكمين من قبل المحكمة المختصة بالنزاع يكون ذلك موقوفاً أيضاً على ارادة
أطراف اتفاق التحكيم ، غير أن هيئة التحكيم تفصل في المنازعات التي اتفق الأطراف على إحالتها
للتحكيم دون قضاء الدولة ، مع الزام المحاكم في حالة الدفع بوجود اتفاق التحكيم قبل أي طلب أو دفاع
في موضوع الدعوى المطروحة عليها ، أن تحكم بعدم القبول كما هو الحال في القانون المصري و العماني (4) ،
أو الحكم بعدم الاختصاص كما هو الحال في القانون الفرنسي و الايطالي و الجزائري و الكويتي ، أو الحكم
بإحالة الأطراف الى محكمة التحكيم كما هو الحال في إنجلترا و الولايات المتحدة الأمريكية .
الأمر الذي يثير التساؤل حول طبيعة عمل هيئة التحكيم ، هل هي هيئة قضائية استثنائية أم أنها هيئة ادارية
أم أنها هيئة ذات اختصاص قضائي ؟

اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لهيئة التحكيم ، حيث ذهب البعض الى أن هيئة التحكيم هي
هيئة قضائية خاصة أو استثنائية ، ويقوم هذا الرأي على اجازة المشرع للأفراد في اختيارهم لمحكميهم ،
للفصل في المنازعات التي ثارت أو قد تثور بينهم و ذلك على وتيرة محاكم الدول .

(1) قانون عضوي رقم 98-03 مؤرخ في 3 يونيو 1998 ، يتعلق باختصاصات محكمة النزاع و تنظيمها وعملها ، جريدة رسمية رقم 39 لسنة 1998 .

(2) بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 300.

(3) أحمد ابراهيم عبد التواب ، المرجع السابق ، ص 532.

(4) المرجع السابق ذكره ، ص 534.

و قد ذهب بعض الفقه للقول بأن هيئة التحكيم التي تشكل في الفصل في النزاع هي هيئة ادارية ذات اختصاص قضائي (1)، وذهب رأي لعدم اعتبارها هيئة قضائية أو هيئة ذات اختصاص قضائي ، وقد ذهب البعض الآخر الى اعتبارها هيئة ذات اختصاص قضائي ، و يقوم هذا الرأي على أساس التسليم بإستقلال التحكيم عن قضاء الدولة .

و بالتالي فإنه يصعب تحديد التكييف الصحيح لهيئة التحكيم فهي ليست بالهيئة القضائية ، كما أنها لا تعتبر من الهيئات القضائية الاستثنائية أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أو الهيئات الادارية ، فهي هيئة خاصة استثنائية تتشكل باتفاق الأطراف أو من قبل المحكمة في حالة عدم اتفاق الأطراف على ذلك ، و أن الاتفاق على اختصاص تلك الهيئة بنظر النزاع لا يسلب اختصاص القضاء بنظر النزاع(2).

إن تكييف هيئة التحكيم على أنها هيئة خاصة استثنائية ، لا يمنع من تصور النزاع بينها و بين محاكم الدول ، الا أن الفقه اختلف في قيام هذا النزاع من عدمه ، فقد أقر بعض الفقه إمكانية قيام هذا النزاع كما أنكر البعض الآخر النزاع بين قضاء الدول و هيئات التحكيم .

و في اعتقادنا أن عدم اعتبار هيئة التحكيم من جهات القضاء لا ينفي اعتبارها جهة قضاء خاصة واستثنائية خاصة و أن القانون يعترف بإلزامية أحكامها ، كما أن الاعتراف بنظام التحكيم كنظام مستحدث في النظام القانوني تفرضه ظروف و أوضاع المجتمع في الوقت الراهن ، وضرورة النظر في قيام النزاع بين هيئة التحكيم و محاكم الدولة أمر لا بد منه و على التشريعات القانونية التفتن لهذا الأمر و النص على هيئة خاصة تختص بالفصل في هذا النزاع سواء كان ايجابيا أو سلبي .

و بالتالي فعدم قبول الفصل في النزاع المعروض من طرف قضاء الدول بسبب وجود اتفاق تحكيم و إعمالا للأثر السلبي لاتفاق التحكيم يمكن أن يكون محل تنازع اذا ما لم تقبل هيئة التحكيم الفصل في نفس الموضوع ، و الحالة العكسية هي إعمال الأثر الايجابي لاتفاق التحكيم و الذي تفصل به هيئة التحكيم في نزاع قد يتم الفصل فيه أيضا من طرف القضاء العام في الدولة ، و هنا تظهر الأهمية العملية في استحداث هيئة للفصل في هذا النوع من النزاع .

(1) و قد شاع هذا التكييف لدى فقهاء القانون العام .

(2) أحمد ابراهيم عبد التواب ، المرجع السابق ، ص 540.

المطلب الثاني : الاستثناءات الواردة على مبدأ الأثر السلمي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري على الرغم من أن القاعدة العامة التي تحكم مسلك القضاء الوطني فيما يتعلق بالمنازعات الخاصة الدولية المتعلقة بعقد النقل البحري و المتفق بشأنها على التحكيم ، تتلخص في عدم اختصاص هذا القضاء بالفصل في هذه المنازعات إلا أن هذه القاعدة العامة ترد عليها بعض القيود و الاستثناءات (1).

و بالتالي فإن عدم الاختصاص القضائي في الدول محل البحث، و كذا في المعاهدات الدولية الخاصة بالتحكيم الدولي هو عدم اختصاص نسبي ينبغي على صاحب المصلحة التمسك به (المدعى عليه أو من يمثله أو حتى المدعي كما في القانون الفدرالي الأمريكي) (2).

كما أن استبعاد اختصاص المحاكم الوطنية من مجال التحكيم ليس استبعاد نهائي بحيث يبقى لها دور في بعض الحالات أبرزها انعقاد الاختصاص للمحاكم الوطنية بشأن اتخاذ الإجراءات الوقائية و التحفظية المتصلة بالمنازعات المتفق بشأنها على التحكيم ، تدخل القضاء من أجل تكوين محكمة التحكيم في حالة عدم تشكيلها ، كما يمكن للقضاء التدخل من أجل مباشرة الرقابة على حكم التحكيم سواء كانت هذه الرقابة في إطار دعوى الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي أو من خلال الطعن بالبطالان في الحكم التحكيمي .

الفرع الأول: جواز نزول أطراف اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري عن هذا الاتفاق.

إن إبرام اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري يصير نهائياً و نافذاً في مواجهة أطرافه و بالتالي لا يجوز

الرجوع فيه بالارادة المنفردة لأحد الأطراف .

و يجوز التنازل الصريح عن هذا الاتفاق التحكيمي بموافقة طرفيه و ذلك بتصريحهما أمام المحكمة القضائية التي رفع أمامها النزاع محل اتفاق التحكيم عن تنازلهما عن هذا الاتفاق بعد إبرامه، و رغبتهما في نظر الدعوى من طرف القضاء الوطني . و في حكم لمحكمة استئناف " Aix " متعلق بنقل بحري دولي تقول المحكمة : " إذا كان عدم اختصاص المحاكم الوطنية لوجود شرط التحكيم يجب أن يندرج تحت طائفة عدم الاختصاص النوعي ، فإنه لن يكون الا عدم اختصاص نسبي حيث إنه مقرر لمصلحة الأطراف ، ولهذا فإن المحكمة لا يمكنها للتقرير بعدم اختصاصها الاستشهاد بشرط التحكيم للقضاء بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها ، فهذا من شأن المستأجر وحده " (3) . من هذا القرار يظهر بأن الأطراف لوحدهم لهم الحق بالتنازل عن اتفاق التحكيم و لا يمكن للقضاء الوطني اثارة الدفع من تلقاء نفسه .

(1) حفيظة السيد حداد ، الاتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم ، المرجع السابق ، ص 176 .

(2) عاطف الفقهي ، التحكيم في المنازعات البحرية ، المرجع السابق ، ص 237 .

(3) Aix , 19 Mars 1964 , D.M.F . 1965 , P 220 .

كما يمكن للمدعي عليه أيضا التنازل صراحة عن الدفع بعدم اختصاص المحاكم الوطنية بعد أن كان دفع بعدم اختصاصها(1).

إلا أن الخلاف قد نشأ بين القوانين المقارنة في التنازل الضمني عن اتفاق التحكيم ، ففي فرنسا اذا لم يدفع المدعي عليه بعدم اختصاص المحكمة الوطنية فإن هذا الامتناع و السكوت يفسر بأنه تنازل ضمني عن اتفاق التحكيم . و هذا النزول يكون ضمنيا و ناتجا أيضا عن حضور الأطراف أمام المحاكم الوطنية و عدم تمسكهم باتفاق التحكيم قبل اتخاذ أي اجراءات في الموضوع .

و قد اتبع المشرع الانجليزي نفس الحل و هو وقف الإجراءات للمحكمة القضائية طالما تمسك أحد الأطراف بهذا الوقف ، و قد حدد ميعادا بين رفع الدعوى و اتخاذ أي خطوة حول موضوع . فالمدعي برفع دعواه أمام القضاء الوطني يعد متنازلا عن اتفاق التحكيم ، و المدعي عليه قد لا يرغب في الدفع بعدم اختصاص المحكمة الوطنية ، فاذا صمت عن هذا الدفع في المدة المحددة ، و اذا اتخذ أي خطوة في التقاضي بعد الحضور كتقديم المذكرات فلن يحصل على وقف الدعوى ، فالحق في وقف الإجراءات يفقد بواسطة الطرف الذي يقدم مذكراته أو يتحدث أو يتخذ أي خطوة في اجراءات التقاضي(2).

و يختلف الموقف الأمريكي مع الموقفين الفرنسي و الانجليزي بشأن التنازل الضمني عن اتفاق التحكيم أمام القضاء الوطني ، و الفارق الأول في الولايات المتحدة الأمريكية هو أنه ليس مجرد اللجوء الى القضاء الوطني و اتخاذ اجراءات في موضوع الدعوى يعد في حد ذاته دليلا على التنازل عن اتفاق التحكيم ، فالتنازل عن الحق في التحكيم لا يستمد الا من معطيات تحكيمية ، حتى و إن باشر المدعي الدعوى القضائية و قدم المدعى عليه دفاعه بصورة ايجابية ، برفع دعوى فرعية أو بادخال طرف ثالث في الخصومة فإن هذا كله لا ينهض دليلا على التنازل عن اتفاق التحكيم .

إن ما يعتمد عليه القضاء الأمريكي هو محاولة اثبات الضرر اللاحق بأحد الأطراف نتيجة لهذا الوقف و تحويل القضية للتحكيم نظرا لفوات ميعاد التحكيم أو أنه سبق نظر هذه الدعوى أمامه و لا شك أن اثبات هذا الضرر ليس بالشئ الهين و بالتالي يتصور أنه في أغلب الأحيان توقف الاجراءات أمام المحاكم و تحال الى التحكيم (3) .

أما عن الفارق الثاني أنه حتى المدعي يجوز له الرجوع عن رفع الدعوى القضائية و طلب الإحالة الى

(1)paris ,7juin 1984 Rev .Arbitrage,1984, P 504 ,note E.Mezger

(2) عاطف الفقهي ، التحكيم في المنازعات البحرية ، المرجع السابق ، ص 239.

(3)المرجع السابق ذكره ، ص 240 .

التحكيم فقانون التحكيم الفدرالي في مادته الثالثة لم يفرق بين المدعي و المدعى عليه في طلب وقف الاجراءات . فالمدعي له الحق في طلب وقف الدعوى القضائية قبل صدور حكم نهائي يفصل في موضوع النزاع و احوالته الى التحكيم ، و تبقى دائما السلطة التقديرية متروكة لهيئة القضاء حسب معطيات كل قضية في تحديد مدى وجود ضرر لاحق بالطرف الأخر من عدمه ، و مدى وجود أي تأخير في طلب احالة الدعوى الى التحكيم .

هذا ما يجعل النظام الأمريكي يعطي أكثر فعالية لاتفاق التحكيم في جميع الظروف و الحالات أكثر من نظيره الانجليزي و الفرنسي(1).

أما عن القانون الجزائري فإنه يظهر من استقراء نص المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية (2) أن القاضي يكون غير مختص في الفصل في موضوع النزاع إلا اذا أثار أحد طرفيه بوجود اتفاقية تحكيم ، بمفهوم المخالفة أنه ليس هناك ما يمنع أطراف النزاع بالتنازل الصريح عن اتفاق التحكيم و القبول بفصل القضاء الوطني في نزاعهم ، كما أن سكوتهم و عدم اثارهم للدفع بوجود اتفاق التحكيم ما هو إلا تنازل ضمني بينهم عن اللجوء للتحكيم .

الفرع الثاني: حالات انعقاد الاختصاص للمحاكم الوطنية.

ان استبعاد اختصاص المحاكم الوطنية من المجال التحكيمي ، ليس استبعاد نهائي ، ولكنه استبعاد يتحدد نطاقه بالمنازعات الموضوعية محل اتفاق التحكيم حيث يبقى للمحاكم الوطنية دور في العملية التحكيمية بداية من المساعدة في تعيين المحكمين حتى المساعدة في تنفيذ حكم التحكيم ، مروراً بالاشراف و الرقابة على الاجراءات التحكيمية ، زيادة على ذلك إمكانية التقدم للمحاكم الوطنية لإتخاذ الاجراءات الوقتية أو التحفظية .

أولاً : تعطيل الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في حالة الاجراءات الوقتية والتحفظية .

تنظم الأنظمة القانونية الوضعية و على اختلاف مذاهبها و اتجاهاتها صور من الحماية القضائية للحقوق و المراكز القانونية و منها الحماية القضائية المستعجلة . فقد رأت الأنظمة القانونية المختلفة عدم كفاية القضاء العادي و التي تكون اجراءاته كثيرة وبطيئة ، فأنشأت الى جانبه القضاء المستعجل ، و الذي يقدم للأفراد الاسعافات الأولية العاجلة عند وجود خطر محقق بالحقوق و المصالح المشروعة ، باتخاذ اجراءات

(1) عاطف الفقي ، التحكيم في المنازعات البحرية ، المرجع السابق ، ص241.

(2) تنص المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الجديد على أنه : " يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع ، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة ، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف " .

وقتية سريعة تحمي الحقوق و المراكز القانونية ، لحين عرض موضوع النزاع على محكمة الموضوع المختصة بتحقيقه و الفصل فيه ، ليأخذ النزاع طريقه العادي وفقا للإجراءات المعتادة .

و تتحقق الحماية القضائية الوقتية عن طريق اتخاذ مجموعة من التدابير التحفظية أو الوقتية و التي من شأنها ضمان تحقيق الحماية القانونية الكاملة للحق أو المركز القانوني ، و هذه التدابير تمثل مضمون القضاء الوقتي (1).

و ما دام أن الحق أو المركز القانوني الموضوعي من المسائل التي يجوز فيها التحكيم ، فإن المنازعات المستعجلة المتعلقة به تكون بالضرورة مما يجوز التحكيم فيها . إذ ما دام أن القانون الوضعي قد أجاز الاتفاق على التحكيم بشأن منازعات موضوعية ، فإنه يجوز ومن باب أولى عرض المنازعات المستعجلة على التحكيم أيضا ، بدلا من عرضها على المحاكم العادية في الدولة .

إنه من الصعب من في اطار التحكيم البحري الدولي فيما يخص عقود النقل البحرية وضع تعريف موحد للإجراءات الوقتية أو التحفظية في غياب فكرة عالمية مشتركة بين الأنظمة القضائية الوطنية المختلفة يمكن أن يحيل إليها القضاء الوطني أو القضاء التحكيمي في اطار اجراءات التحكيم البحري الدولي ، و بالتالي فإن القاضي الوطني اذا طلب منه اتخاذ اجراء وقتي أو تحفظي فإنه سوف يحدد ماهية هذا الاجراء وفقا لقانونه الوطني و هل يعد من قبيل الاجراءات الوقتية أو التحفظية أو لا يعد كذلك .

أما المحكم البحري فهو محكم دولي و ليس قاضيا يخضع لقانون وطني ، و بالتالي سوف يكون حر في تحديد ماهية الإجراء المطلوب و ذلك من خلال نصوص لائحة التحكيم التي يعمل بمقتضاها أو من خلال القانون الذي اختاره الأطراف ليحكم اجراءات التحكيم عند الحاجة إليه لتكملة نقص اللائحة التحكيمية. كما أن المحكم البحري لن يستطيع الإمتناع عن تطبيق قانون محل التحكيم اذا اشتمل في مواد التحكيم الدولي على نصوص أمرة متعلقة بالاجراءات الوقتية أو التحفظية (2).

إن العلاقة بين القضاء التحكيمي و القضاء الوطني في هذا المجال هي علاقة تنافسية كما أنها أيضا علاقة تعاون، فإن كان لمحكمة التحكيم البحري أن تأمر بإجراءات وقتية أو تحفظية بصدد الخصومة التحكيمية ، إلا أن المحاكم الوطنية لها دائما الدور المؤثر في هذا المجال .

و بالرجوع الى الأثر السلبي لاتفاق التحكيم فثمة عدة أسئلة تطرح في هذا الصدد : من يملك اتخاذ هذه الاجراءات التحفظية أو الوقتية بعد الاتفاق على التحكيم في عقد النقل البحري ؟ و ماذا عن الأوامر

(1) محمود السيد عمر التحيوي ، مفهوم الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ، المرجع السابق ، ص 255.

(2) عاطف الفقي ، التحكيم في المنازعات البحرية ، المرجع السابق ، ص 242.

الوقتية أو التحفظية التي صدرت عن المحاكم الوطنية قبل الدفع بعدم اختصاصها بنظر النزاع محل الاتفاق على التحكيم و قبل وقف الدعوى ؟ هل تلغى هذه الإجراءات أو تبقى نافذة ؟ و هل تبقى لقاضي الأمور المستعجلة سلطاته في اتخاذ مثل هذه الإجراءات بالرغم من وجود الاتفاق على التحكيم ؟ .

لا جدال في أن مجرد الاتفاق على التحكيم في عقد النقل البحري شرطا كان أو مشاركة لا يمنع الأطراف المحكّمين من اللجوء الى قاضي الأمور المستعجلة ، طالبا لاتخاذ أي إجراء ، أو تدير تحفظي ، أو وقتي طالما أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم لم تشكل بعد(1). كما أنه ليس هناك ما يمنع من تدخل القضاء الوطني بالأمر بالاجراءات التحفظية و الوقتية أثناء قيام الخصومة التحكيمية وهذا لعدة اعتبارات و لوجود عدة أسباب لخصها الأستاذ كلود قولدمان " Claude Goldman" فيمايلي :

1- لا توجد محكمة تحكيم دائمة ، حيث إن كل نزاع يستأهل تشكيل محكمة تحكيم جديدة أو تعيين محكم وحيد ، فاذا طبقنا مبدأ الأثر السلبي لاتفاق التحكيم بكل جوانبه و بما فيه من دقة فإن الأطراف سيجدون أنفسهم في مواجهة قضاء خال يمكن أن يظل هكذا شهورا عدة بين نشوء النزاع و بين أن يلجاء إليه الأطراف طالبين أمرا وقتيا أو اجراء تحفظيا ، في حين أن هذه الفترة هي التي تنشأ فيها الغالبية العظمى من الحاجات التحفظية و حينئذ فلا مناص من اللجوء الى القضاء الوطني .

2- الاجراءات التحكيمية حضورية ، فلا يوجد اجراء بناء على طلب و بالتالي فإن أثر المفاجأة قد يؤثر أحيانا على فعالية الإجراءات المقررة .

3- كما أن الطابع التعاقدي لاتفاق التحكيم يؤدي الى نتيجتين :

-المحكم متجرد من أي اختصاص اتجاه الغير .

-المحكم لا يملك وسائل الإكراه ، و بالتالي فلن يمكن تنفيذ الاجراءات التحفظية التي يأمر بها اجباريا الا بمساعدة القاضي الوطني (2).

و هكذا فإن التحكيم يترك في مجال الاجراءات الوقتية أو التحفظية فراغا يجب تكملته عن طريق القضاء الوطني ، و هذا الأمر لا يكون إلا عن طريق تنظيم هذه العلاقة التعاونية و التي نجد مصدرها في المعاهدات الدولية و القوانين الوطنية .

(1) محمود السيد عمر التحيوي ، مفهوم الأثر السلبي لاتفاق على التحكيم ، المرجع السابق ، ص 295 .

(2) عاطف الفقي ، التحكيم في المنازعات البحرية ، المرجع السابق ، ص 243 .

ثانيا: تعطيل الأثر السلي لاتفاق التحكيم بالنسبة للاجراءات التحفظية و الوقتية في المعاهدات الدولية.

بالنسبة للمعاهدات الدولية نجد في البداية معاهدة بروكسل 1952 ، و التي تقرر في مادتها السابعة الفقرة الثانية و الثالثة أنه اذا كانت المحكمة التي وقع الحجز على السفن في دائرتها غير مختصة بالفصل في الموضوع فإن الكفالة أو الضمان الذي يقدم لرفع الحجز يجب أن يتضمن تنفيذ كل الأحكام اللاحقة التي تصدرها المحكمة المختصة بالفصل في الموضوع ، وتحدد المحكمة التي وقع الحجز في دائرتها الميعاد الذي يجب فيه على المدعي رفع دعوى الموضوع أمام المحكمة المختصة ، وإذا اتفق الخصوم على عقد الاختصاص لمحكمة قضائية أخرى أو على عرض النزاع على التحكيم جاز للمحكمة أن تحدد ميعادا يجب فيه على الحاجز رفع دعواه القضائية أو التحكيمية حول الموضوع .

و بهذا تقرر المعاهدة سلطة هيئة القضاء في توقيع الحجز التحفظي على السفن و استمرار هذا الحجز رغم الاتفاق على التحكيم و رغم تحديدها لطرفي الاتفاق التحكيمي ميعادا لرفع الدعوى التحكيمية حول الموضوع حيث لا يتناقض هذا مع احتفاظ القضاء الوطني بالكفالة أو الضمان المقدم لرفع الحجز لضمان تنفيذ الحكم التحكيمي المنتظر اصداره (1). كما نصت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي 1961 في المادة السادسة منها الفقرة الرابعة على أنه : " لا يعتبر الطلب المقدم الى الجهات القضائية الوطنية لاتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية مخالفا لاتفاق التحكيم ، ولا عرضا للنزاع على المحاكم الوطنية " أما عن اتفاقية هنبورج 1978 فلم تمنع المحاكم القضائية من اتخاذ الاجراءات التحفظية و ذلك على الرغم من وجود اتفاق التحكيم و ذلك ضمانا لتنفيذ الحكم التحكيمي في المستقبل و هذا ما جاءت به المادة 21 فقرة 3 . كما نص القانون النموذجي لسنة 1985 في مادته التاسعة على أنه : " لا يعتبر مناقضا لاتفاق التحكيم أن يطلب أحد الطرفين قبل بدأ اجراءات التحكيم أو في أثناءها من إحدى المحاكم أن تتخذ اجراء وقتي و أن تتخذ المحكمة إجراء بناء على هذا الطلب " . أما اتفاقية روتردام 2009 فلم تخرج عن هذا المنطق باعطاء صلاحية الاجراءات التحفظية والوقتية للمحكمة الوطنية و قد نصت الفقرة الثانية من المادة 70 على أنه : " ليس في هذه الاتفاقية ما يمس الولاية القضائية فيما يتعلق بالتدابير المؤقتة أو الوقائية، بما فيها الحجز... " . و أخيرا فلم تتناول اتفاقية نيويورك 1958 أثر اتفاق التحكيم على الاجراءات التحفظية و الوقتية (2) .

(1)عاطف الفقي ، التحكيم في المنازعات البحرية ، المرجع السابق ، ص 244 .

(2)مراد الفضيل ، تعليق على قرار المجلس الأعلى للملكة المغربية ، مجلة التحكيم، العدد الثامن ، أكتوبر 2010، ص 491 .

و بهذا يعد اختصاص القضاء الوطني بالاجراءات التحفظية و الوقتية واضحا في المعاهدات الدولية.
ثالثا: تعطيل الأثر السلبي لاتفاق التحكيم بالنسبة للاجراءات التحفظية و الوقتية في قوانين الدول.
أما عن القوانين الوطنية في الدول :

1)الفكر اللاتينوجرمانى .

ففي فرنسا فإن سلطة قاضي الأمور المستعجلة في اتخاذ التدابير الوقائية و التحفظية متروكة لإرادة الأطراف فيمكنهم التنازل عنها صراحة في اتفاق التحكيم أو ضميا بإحالة الأطراف الى لائحة تحكيم معينة ، هذه الحرية جاءت من اقرار الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في التحكيم الداخلي في فرنسا و انطباقه على التحكيم الدولي ، كما يرى بعض الفقه الفرنسي أنه في بعض الحالات فإن اللجوء الى القضاء الوطني للنطق بهذه الاجراءات هو أمر ضروري لما لها من قوة تنفيذية (1).

كما لا يتدخل القضاء الفرنسي إلا لسد النقص الموجود في الاجراءات التحكيمية ، و قد فرق قضاء محكمة النقض الفرنسية بين ما إذا كانت محكمة التحكيم قد تشكلت أم لا : فاذا كانت لم تشكل بعد فإن القاضي الفرنسي سيحتفظ باختصاصه بإتخاذ الاجراءات التحفظية المطلوبة ، أما اذا تشكلت فإن القاضي يكون غير مختص . و قد عارض البعض اتجاه محكمة النقض بأنه لا يجب استبعاد اختصاص القاضي كلية ذلك أنه و بتوافر حالة الاستعجال فإن حكم التحكيم بالإجراء التحفظي سيكون مجردا من الصفة التنفيذية عكس أوامر قاضي الاستعجال و التي تكون نافذة مؤقتا (2).

كما رأى اتجاه آخر من الفقه و يؤيده الدكتور عاطف الفقي بأن التفرقة السابقة تشمل فقط الاجراءات التي لا تتعلق بالغير و ليس لها صفة القمعية أما إذا كانت كذلك فإن اختصاص قاضي الاستعجال مبررة و ذلك لتأمين فعالية الاجراءات التحكيمية و يتم السماح بتنفيذ الحكم التحكيمي .

أما عن القانون المصري فقد نص قانون التحكيم فيه لسنة 1994 في مادته 14 على أنه : " يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون أن تأمر بناء على طلب أحد طرفي التحكيم باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء في اجراءات التحكيم أو أثناء سيرها " ، و المقصود بالمحكمة دائما هي المحكمة المختصة بالنظر في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم شرطا كان أو مشاركة إذا تعلق الأمر بتحكيم دولي (3)، و محكمة استئناف القاهرة أو أي محكمة استئناف أخرى في مصر يتفق الأطراف على

(1) Philippe Fouchard, E.Gaiyard.B.Goldman., op cit, p735

(2)عاطف الفقي ، التحكيم في المنازعات البحرية ، المرجع السابق ، ص 247.

(3)محمود السيد عمر التحيوي ، مفهوم الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ، المرجع السابق ، ص 300.

اللجوء إليها لتأمر بناء على طلب أحدهم بإتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية سواء قبل البدء في اجراءات التحكيم أو أثناء سيرها في حالة التحكيم الدولي (1).

أما عن القانون الجزائري فبمجرد بدء التحكيم ، تنتهي امكانية تدخل القاضي الوطني و فقا للطابع الليبرالي للنصوصه ، حتى بالنسبة للتدابير التحفظية والوقائية و التي جعلها التشريع الجزائري كأصل عام من اختصاص الهيئة التحكيمية (2)، غير أن هذا لم يمنع المشرع الجزائري من وضع بعض الاستثناءات للأثر السلبي لاتفاق التحكيم ، فقد أعطت المادة 1046 من ق.ا.م.ا.ج (3) القضاء امكانية التدخل بالنسبة للتدابير التحفظية و الوقائية متى استلزم الأمر ذلك :

-إذا أمرت محكمة التحكيم بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك ، من هذه العبارة يفهم بأن ارادة الأطراف في اتفاق التحكيم هي التي تقرر مدى اختصاص هيئة التحكيم بهذه الاجراءات و التي يمكن لهذه الارادة أن تختار أن تعهد بالاجراءات التحفظية أو الوقائية للقضاء الوطني ، و بالتالي فإن سلطة قاضي الأمور المستعجلة في إتخاذ التدابير الوقائية و التحفظية طبقا لنصوص التحكيم الدولي في الجزائر ، متروكة لارادة الأطراف فيمكنهم النص عنها صراحة في اتفاق التحكيم .

-إذا لم يتم الطرف المعني بتنفيذ هذه التدابير اراديا ، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي .

-يمكن لمحكمة التحكيم كما يمكن للقاضي اخضاع التدابير المؤقتة أو التحفظية الى تقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير (4).

و بهذا يعد اختصاص القضاء الوطني بالاجراءات التحفظية و الوقائية في قوانين الفكر اللاتينوجرماني غير مستبعد في حالات محددة : عن طريق اقرار هذا الاختصاص بارادة الأطراف المحكمين ، أو عن طريق رقابة القضاء لتنفيذ هذه التدابير الاستعجالية .

(1)محمود السيد عمر التحيوي ، مفهوم الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ،المرجع السابق ، ص 300.

(2)محمد كولا ، المرجع السابق ،ص 142 .

(3) تنص المادة 1046 من ق.ا.م.ا.ج على أنه : " يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف ، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك .

إذا لم يتم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير اراديا جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص ، و يطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي .

يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية الى تقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب التدبير ."

(4)بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 556.

2) الفكر الأنجلوساكسوني .

أما عن القضاء الإنجليزي : فقد ذهبت بعض الأحكام الى أن المحكمة الإنجليزية عند ايقافها للدعوى المنظورة ، لا تفقد فقط اختصاصها بالنظر في موضوع الدعوى محل اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري ، ولكنها تفقد أيضا اختصاصها بالنظر في الاجراءات التحفظية و الوقتية كالأمر باستيقاف السفينة أو الأمر بإستمراره إذ يصبح بدون سند بعد وقف الدعوى أمام القضاء الوطني .

و قد ذهبت بعض الأحكام الأخرى الى حق المحاكم الإنجليزية رغم الحكم بايقاف الدعوى القضائية لوجود اتفاق التحكيم في اصدار أوامر وقتية أو تحفظية سابقة على صدور الحكم التحكيمي ، كالأمر باستيقاف السفينة أو اقتضاء كفالة أو استمرار هذا الايقاف أو تلك الكفالة تأميناً لتنفيذ حكم التحكيم المنتظر .

ففي دعوى " the Rena K " الصادرة عن المحكمة البحرية في ديسمبر 1988 يقول القاضي "Bradon" : " لا يوجد ما يمنع المحكمة من اصدار أمر وقتي باستبقاء استيقاف السفينة بناء على طلب الشاحنين ، بعد أن كان هذا الأمر قد صدر و الدعوى التي أوقفت منظورة أمامها ، وذلك ضمناً لتنفيذ القرار التحكيمي المنتظر إصداره و بموجب المادة 12 فقرة 6 من قانون التحكيم 1950 فإن المحكمة تملك سلطة تقديرية حيال هذا الأمر حتى و لو لم يكن التحكيم قد بدأ بعد ، ولها أن تأمر ببدء التحكيم خلال وقت محدد (1) .

و قد تبنت محكمة الاستئناف هذا الرأي في دعوى " the vasso " في نوفمبر 1983 حيث يقول اللورد " Robert Goff " : " إن المحكمة البحرية تملك سلطة الأمر باستيقاف السفينة أو بإستمراره عندما يكون هدف المدعي هو الحصول على تأمين لتنفيذ القرار التحكيمي ، المنتظر صدوره عن اجراءات تحكيمية " .

و إن كان وقف الدعوى القضائية إجباري بموجب المادة الأولى من قانون التحكيم الإنجليزي 1975 إلا أن المشرع الإنجليزي قد أقر في المادة 26 من قانون القضاء المدني 1982 على ما استقر عليه القضاء ، بإعطاء المحاكم البحرية عندما توقف الإجراءات السارية أمامها في دعوى النقل البحري لوجوب عرض النزاع على التحكيم ، سلطة الإبقاء على الأمر الصادر باستيقاف السفينة أو تحصيل كفالة ، أو الحصول على هذا التأمين قبل أن تأمر المحكمة بوقف الدعوى ، فالاجراءات التحكيمية لا تحول دون صاحب الحق و الحصول على أوامر تحفظية كتأمين مكافئ للإفراج المؤقت عن السفينة " .

و بهذا فإن كل من القانون و القضاء الإنجليزي يفصلان بين وقف الدعوى القضائية لوجود اتفاق التحكيم

(1)عاطف الفقي ، التحكيم في المنازعات البحرية ، المرجع السابق ، ص249.

واستيقاف السفينة كما في معاهدة بروكسل لاستيقاف السفن 1952(1).

أما عن القانون الأمريكي فإن المادة الثامنة من قانون التحكيم الفدرالي الأمريكي لسنة 1925 تنص على أنه: " في الدعاوى البحرية يمكن للمدعي البدء في الإجراءات القضائية أمام المحاكم طالبا الأمر بالحجز التحفظي على السفينة أو أي ممتلكات أخرى للطرف الأخر طبقا للإجراءات المعتادة أمام القضاء البحري، و للمحكمة الاختصاص بإحالة الأطراف للتحكيم مع ابقاء ما اتخذته من قرارات تحفظية تأميننا للقرار التحكيمي المنتظر اصداره " .

و في تفسير هذا النص و خصوصا بعد ادماج معاهدة نيويورك 1958 في التشريع الفدرالي الأمريكي ، ولتقرير إن كان يخضع هذا النص للتحكيم الدولي الخاضع للاتفاقية أم ينطبق فقط على التحكيم الداخلي، و ما اذا كانت للمحكمة القضائية امكانية الأمر بالاجراءات الوقتية أو التحفظية في مواد التحكيم الدولي رغم وقف الدعوى و احالة الأطراف الى التحكيم :

-في بداية الأمر ذهبت بعض المحاكم الأمريكية الى أنه و بالرجوع الى معاهدة نيويورك المدججة في التشريع الأمريكي ، بموجب المادة 201 من قانون الإدماج ، فإن المحاكم الأمريكية ممنوعة من الفصل في أي جانب من جوانب الدعوى المنظورة أمامها و ما عليها إلا الأمر بإحالة الأطراف الى التحكيم إذ ليس لها الاختصاص لا بموضوع النزاع ، و لا باتخاذ إجراءات وقتية أو تحفظية كالحجز التحفظي (2).
-بعدها استقر القضاء الأمريكي على اعتبار أن نص المادة الثامنة من قانون التحكيم الفدرالي لا ينطبق على التحكيم الداخلي فحسب ، بل ينطبق أيضا على التحكيم الدولي طبقا لنص المادة 208 من قانون الادماج السابق ذكره(3) .

و بالتالي يمكن لأطراف في دعوى بحرية منظورة أمام القضاء البحري بطلب اجراءات وقتية أو تحفظية كطلب استيقاف السفينة أو أية ممتلكات أخرى للطرف الأخر، أو النظر في طلب الحجز التحفظي على السفينة أثناء نظر التحكيم ، و يجوز للمحكمة أن تأمر باستبقاء هذا الاستيقاف أو الكفالة لتأمين تنفيذ القرار التحكيمي المنتظر تطبيقا لقانون التحكيم الفدرالي .

و قد حكمت المحكمة الاستئنافية لولاية نيويورك في نزاع بحري أنه : " بالرغم من أن مشاركة الايجار

(1)عاطف الفقي ، التحكيم في المنازعات البحرية ، المرجع السابق ، ص251.

(2) المرجع السابق ذكره ، ص 252.

(3)فبموجب المادة 208 من قانون الادماج ، إدماج معاهدة نيويورك في التشريع الأمريكي و التي قررت أن : " الفصل الأول من قانون التحكيم الفدرالي الأمريكي يطبق على الدعوى و الاجراءات المتخذة وفقا للفصل الثاني " و هو الفصل الذي أدمج الاتفاقية في التشريع الأمريكي الممثل في الفصل الأول " طالما لم يتعارض معه و لا مع الاتفاقية التي وقعت عليها الولايات المتحدة " .

تشمل على نص يقضي بوجوب عرض المنازعات الناتجة عنها على التحكيم في لندن ووفقا لقانون التحكيم الانجليزي ، إلا أن المحكمة الابتدائية الأمريكية تملك الاختصاص بالحجز التحفظي ، على الأموال المملوكة لمالك السفينة كتأمين لأي قرار تحكيمي يصدر ضده في لندن " .

كما أنه من الاجراءات التحفظية و الوقتية المهمة هي الأمر بتسليم الوثائق المحجوزة لدى الخصم و قد استقر القانون الأمريكي و الانجليزي على اختصاص القضاء الوطني في النطق بمثل هذه الأوامر و التي تكون ذات قوة تنفيذية (1) .

وبالتالي ما يمكن استخلاصه من القوانين محل البحث هو أنه كل من القاضي والمحكم لهم الاختصاص في النطق بالإجراءات الوقتية والتحفظية وهذا حسب ظروف الفصل في المنازعة محل الاتفاق على التحكيم في عقد النقل البحري .

رابعا: تعطيل الأثر السلبي لاتفاق التحكيم بالنسبة للاجراءات التحفظية و الوقتية في لوائح التحكيم

إن وجود اتفاق التحكيم لا يعني منع القضاء من اصدار الأوامر الوقتية و التحفظية التي يراها مناسبة و هذا ما أقرته بعض لوائح التحكيم ، فقد نصت المادة الرابعة من لائحة جمعية المحكمين البحريين بلندن بجواز تقدم أحد الأطراف الى المحكمة العليا الانجليزية بدلا من محكمة التحكيم بخصوص أي من الموضوعات التمهيدية أو المؤقتة مما تدخل في اختصاصها . كما نصت لائحة اليونسترال لسنة 1976 في المادة 26 فقرة 3 على أنه : " لا يعتبر متعارضا مع الاتفاق التحكيمي أو تنازلا عن ذلك الاتفاق قيام أي من الطرفين بتقديم طلب الى هيئة قضائية بشأن اتخاذ تدابير وقتية أو وقائية " . و قد أغفلت العديد من اللوائح التحكيمية النص على هذا الأمر و ذلك حرصها للعهددة بهذه التدابير الوقتية و التحفظية لمحكميها .

إنه من الأجدر في رأينا تخيير الطالب بين التحكيم و القضاء لهذه الاجراءات التحفظية و الوقتية ، و ذلك لأسباب عدة : فيمكن أن يتطلب الاجراء التحفظي كالحجز على السفينة تدخل السلطات الوطنية لمثل هذا الاجراء القمعي مما يخرج عن استطاعة المحكم ، كما يمكن أن يكون هذا الاجراء التحفظي متعلق بالغير ممن لا سلطة لمحكمة التحكيم عليهم (2).

إلا أنه و في الأخير يجب أن لا تكون هذه السلطة للمحكمة الوطنية في اتخاذ الإجراءات التحفظية

(1) Philippe Fouchard, E.Gaiyard.B.Goldman., op cit , p740

(2)عاطف الفقي ، التحكيم في المنازعات البحرية ، المرجع السابق ، ص255.

و الوقتية ذريعة للتدخل في موضوع النزاع محل اتفاق التحكيم و بالتالي يعد هذا تعدي على سلطات المحكمين .

الفرع الثالث: موانع الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري .

قد تكون المحكمة التحكيمية غير مختصة رغم وجود اتفاق التحكيم (1)، بحيث أجمعت المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم و بعض القوانين الوطنية المقارنة على وجود بعض الموانع تحول دون تطبيق الأثر السلبي لاتفاق التحكيم باستبعاد ولاية المحاكم الوطنية بنظر النزاع محل اتفاق التحكيم :

فقد قرر القانون النموذجي 1985 في مادته الثانية الفقرة الأولى وجوب الاحالة للتحكيم ما لم يتضح للمحكمة أن اتفاق التحكيم باطل أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه .

كما قررت اتفاقية نيويورك 1958 في مادتها الثانية الفقرة الثالثة وجوب وقف الدعوى ما لم تبين المحكمة أن اتفاق التحكيم باطل "caduque" أو من غير الممكن اعماله "inopérante" أو غير قابل للتطبيق "non susceptible d'être appliquée".

و لأن أغلب الدول انضمت الى اتفاقية نيويورك منها فرنسا و مصر و الجزائر و إنجلترا و الولايات المتحدة الأمريكية .. الخ ، فيكون نص المادة 3/2 أسمى من النصوص القانونية الخاصة لهذه الدول . و بالتالي فإنه يمكن الاحتجاج و التمسك بهذه الحالات حسب اتجاه كل دولة منضمة لهذه الاتفاقية مهما كان موقف التشريع الداخلي.

و يظهر بأن وضع الموانع الثلاث التي من شأنها تعطيل اختصاص المحكمة التحكيمية حسب اتفاقية نيويورك ، كان يهدف الى التضييق من الاحتجاج بفكرة النظام العام و اقتصره فقط في حالة الاعتراف و تنفيذ الحكم التحكيمي ، لأن فكرة النظام العام كفكرة مطاطة من شأنها أن تقضي على القاعدة الموضوعية الدولية الموحدة من حيث عالمية تطبيقها ووحدة تفسيرها (2).

و بسبب تداخل الموانع الثلاثة بعضها ببعض ، سوف نستعين ببعض التطبيقات القضائية و التي حاولت تفسير هذه الموانع وفقا للقانون المطبق على التحكيم ووفقا لقواعد التنازع ، و قد أكدت التطبيقات القضائية المختلفة على أن التمسك بأحد الموانع يجب أن يقع على اتفاق التحكيم ، و ليس على العقد

(1) محمد كولا ، المرجع السابق ، ص 138.

(2) يعني اقتصر فكرة النظام العام على مرحلة الاعتراف و التنفيذ فقط و هذا يعني أن اتفاقية نيويورك لسنة 1958 استبعدت امكانية التمسك بالنظام العام لدفع اختصاص المحكمة التحكيمية و بالتالي تعطيل أثر اتفاق التحكيم و إلا كان بإمكان واضعي الاتفاقية أن ينصو في أواخر المادة 3/2 بدل الموانع الثلاثة على القول ب: "و ذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق مخالف للنظام العام" عن سامية راشد ، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، المرجع السابق ، ص 463.

الأصلي الذي بموجبه وجد اتفاق التحكيم شرطا كان أو مشاركة (1) و يتمثل العقد الأصلي في بحثنا هذا في عقد النقل البحري و الذي يبرم إما بواسطة مشاطة ايجار السفينة أو سند الشحن أو أي وثائق نقل أخرى كما بيناه سابقا) .

و من القضايا المتعلقة بهذه الموانع نورد بعض الأمثلة :

-تطرق القضاء الأمريكي في قضية استئجار سفينة ايطالية من طرف شركة مسجلة بجزر البهامس ، بضمان الشركة الأم الأمريكية لمدة خمس سنوات ، توقفت الشركة المستأجرة للسفينة عن تنفيذ العقد فرفعت الشركة الإيطالية دعوى تحكيم ضد المستأجر و الشركة الأم الأمريكية لشرط التحكيم الوارد في عقد استئجار السفينة .

رفع الطرفان المدعى عليهما دعوى أمام محكمة نيويورك لطلب وقف إجراءات التحكيم لبطلان اتفاق التحكيم ، مما يجعله عديم الأثر، ذلك أن العقد الأصلي يتضمن شرطا يجعل الشحن و التفريغ في كل موانئ البحر المتوسط ما عدا الموانئ الإسرائيلية ، مما يجعل هذا الشرط مخالفا للنظام العام الأمريكي وبالتالي بطلان العقد الأصلي لعدم شرعيته ، والقول بامتداد أثر البطلان لاتفاق التحكيم استنادا لأحد الموانع الواردة في المادة 3/2 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ، وبتاريخ 1976/06/28 أصدرت محكمة نيويورك حكمها رافضة هذا الادعاء مقدرة أن العبارة باتفاق التحكيم في حد ذاته لتحديد صحته أو بطلانه و ليس بالعقد الأصلي (2).

و في دعوى " the Rena k " الصادرة عن المحكمة البحرية 1978 تقول المحكمة : " إن عبارة —غير قابل للتطبيق — الواردة في المادة الأولى من قانون التحكيم الانجليزي 1975 يجب تفسيرها بالاحالة لمعرفة ما اذا كان اتفاق التحكيم قابلا للتطبيق حتى اصدار القرار التحكيمي أم لا . فاذا كان أحد أطراف الاتفاق التحكيمي غير قادر على الوفاء بما يقتضيه تنفيذ القرار التحكيمي إذا صدر ضده ، فإن هذا لا يجعل مثل هذا الاتفاق التحكيمي غير قابل للتطبيق حسب معناه الوارد في المادة الأولى من القانون ."(3) و هكذا قضى بأن عدم قدرة المدعي عليه ماديا على تنفيذ حكم التحكيم لا يعد شكلا من أشكال عدم

(1) محمد كولا ، المرجع السابق ، ص 140 .

(2)Bahamas V .Italien,American,(SDNY 1976)

حيث جاء في الحكم التحكيمي المترجم من الإنجليزية أنه : " فالمعيار هو أن يكون جوهر الالتزام باللجوء الى التحكيم ممنوعا في الحالة المطروحة بمقتضى نص تشريعي خاص أو وفقا لسياسة عامة معلنة تحظر امكانية التحكيم كوسيلة لحل المنازعات في مثل هذه الظروف " عن سامية راشد ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية —اتفاق التحكيم -، المرجع السابق ، ص 466 و 467 .

(3)عاطف الفقي ، التحكيم في المنازعات البحرية ، المرجع السابق ، ص 259.

قابلية اتفاق التحكيم للتطبيق ، حيث يجب اعطاء مفهوم ضيق لعبارة "غير قابلة للتطبيق" ، بحيث ينظر الى اتفاق التحكيم مجردا من الظروف الخاصة و مصير حكم التحكيم من حيث امكانية تنفيذه ماديا . وكانت وقائع الدعوى تتلخص في دعوى خاصة بمسؤولية شركة الشحن البحري عن الضرر الذي لحق شحنة سكر خلال الرحلة البحرية ، وحيث لجأت الشركة المضرورة الى القضاء البريطاني طالبة سرعة الفصل في الدعوى الموضوعية المتعلقة بالمسؤولية و مقدار التعويض المستحق باعتبار أن عقد الشحن البحري و إن كان قد تضمن اتفاق التحكيم ، إلا أن الشركة الشاحنة في حالة مالية من السوء بحيث إنه إذا ما انتظر القضاء البريطاني اللجوء الى التحكيم و صدور حكم تحكيم فإن خطرا حقيقيا بألا تكون هناك أية أموال باقية يمكن التنفيذ عليها ، وبالتالي فإن هذا الخطر المالي المحدق يجعل اتفاق التحكيم غير قابل للتطبيق فقضي بما سبق (1)، ولم يقبل طلبها .

في الأخير و بالرجوع الى مختلف التشريعات ، و أحكام القضاء الوطني في الدول محل البحث فإنها تحرص جميعها على تضييق دائرة الموانع التي تحول دون استبعاد اختصاص القضاء الوطني بالمنازعات محل اتفاق التحكيم تشجيعا للتحكيم في منازعات النقل و التجارة البحرية .

وخلاصة القول أنه و بالرغم من الأثر السلبي لاتفاق التحكيم و الذي يجعل القضاء غير مختص في المنازعات محل الاتفاق على التحكيم ، إلا أن هذه القاعدة ترد عليها بعض القيود والاستثناءات كما تطرقنا لها فيما سبق : (ارادة الأطراف و الاجراءات التحفظية والوقائية و كذا في حالة بطلان اتفاق التحكيم أو اذا لم يمكن تنفيذه) .

هذا و يعترف التشريع الجزائري و النظم القانونية المقارنة باستثناءات أخرى منها تدخل القضاء الوطني لتشكيل محكمة التحكيم في حالة تعذر تشكيلها ، و كذا تدخل القضاء في حالة تقديم الأدلة ، و رد المحكمين ، والتنفيذ و الاعتراف بالحكم التحكيمي و طرق الطعن و غيرها.

و بعدما يسلب الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري الاختصاص من قضاء الدولة يتم نقل الاختصاص من قضاء الدولة الى قضاء التحكيم ، بحيث تصبح هيئة التحكيم هي صاحبة الولاية في تسوية المنازعات المبرم بشأنها اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري و هو ما يطلق عليه اسم الأثر الايجابي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري .

(1)عاطف الفقي ، التحكيم في المنازعات البحرية ، المرجع السابق ، ص 259.

المبحث الثاني : الأثر الايجابي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري .

إن الأثر الايجابي لاتفاق التحكيم هو أهم أثر من الناحية الإجرائية ، فموجبه يتم نقل الاختصاص من قضاء الدولة الى قضاء التحكيم ، بحيث تصبح هيئة التحكيم هي صاحبة الولاية في تسوية النزاع المبرم بشأنه اتفاق التحكيم (1).

فإذا كان الأثر السلبي لاتفاق التحكيم يسلب الاختصاص من قضاء الدولة ، فإنه لا ينشأ عن ذلك فراغ قضائي ، لأن الأثر الايجابي لاتفاق التحكيم يجعل محله القضاء الاتفاقي الذي أراده الأطراف و هو اختيار التحكيم كطريق بديل لحل منازعاتهم .

غير أن مقتضى ثبوت سلطة الفصل في النزاع لقضاء التحكيم ، لا يكون إلا بالتزام الأطراف المحكمون في اتخاذ اجراءات التحكيم ، و التي تبدأ من اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه اخطار أو طلب التحكيم من المدعي ، ثم قيامهم بتشكيل هيئة التحكيم ، و الاتفاق على الاجراءات التي تتبعها ، وبدأ تلك الهيئة بالبت في وجود وصحة اتفاق التحكيم ، ثم في مسألة اختصاصها بنظر النزاع ، الى غير ذلك من الاجراءات ... الخ . و بالتالي فمن كل هته التصرفات القانونية الايجابية فإن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد : ما هو مضمون و نطاق الأثر الايجابي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري ؟

إنه وفقا للأثر الايجابي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري يتعين على الأطراف احترام الإلتزام الصادر عنها ، و أن تعهد بمنازعات عقد النقل البحري المتفق بشأنها على التحكيم الى المحكم (2) ، و هذا ما سوف نتطرق اليه في مطلب أول ، كما أن الأثر الايجابي لاتفاق التحكيم يجعل المحكمة التحكيمية هي المختصة في نظر موضوع النزاع (3) ، و هذا بموجب اتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف و المستمد من ارادتهم في اللجوء اليه و استقلاليته القانونية كتصرف منفصل تماما عن العقد الأصلي (4) ، فاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري يعد الأساس و المصدر الذي تستند منه محكمة التحكيم اختصاصها بالفصل في المنازعة و كذا حقها في النظر في مدى اختصاصها ، كما تنظر كذلك في مدى صحة اتفاق التحكيم و محتواه (5) ، وهذا ما سوف يتم التطرق إليه في المطلب الثاني .

(1) أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 516.

(2) أ. حفيفة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 110.

(3) Philippe Fouchard, E.Gaiyard.B.Goldman., op cit, p 395.

(4) Jérôme Barbet , Cour d'appel de Paris (Pole 1-Ch . 1) , 17 mars 2011 , Revu D'arbitrage 2011 – N° 2) , P 490 .

(5) محمد كولا ، المرجع السابق ، ص 136 .

المطلب الأول: التزام الأطراف على العهدة للمحكّمين بمنازعات عقد النقل البحري و المتفق على حلها بواسطة التحكيم .

يلزم اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري الأطراف بأن يعهدوا بالمنازعة الناشئة بينهم و المتفق على حلها بواسطة التحكيم الى المحكم هذا من جهة ، كما أن هذا الإلتزام يجب تنفيذه عينا (1)، و هذا ما سوف يتم التطرق اليه تبعا .

الفرع الأول : مضمون مبدأ التزام الأطراف باللجوء الى التحكيم .

إن التزام الأطراف بالعهدة بنزاعهم أو منازعاتهم الناشئة عن عقد النقل البحري المتفق بشأنها في اتفاق التحكيم ، ناشئ من التطبيق الأصيل لمبدأ القوة الملزمة لهذا الاتفاق (2) ، فمبدأ القوة الملزمة للعقود أو العقد شريعة المتعاقدين "pacta sunt servenda" هو من المبادئ المطبقة و المستقرة في القانون الدولي للعقود (3).

و قد يرى جانب من فقهاء و رواد قانون التحكيم التجاري الدولي بفرنسا و منهم فوشار و قولدمان و قيار في كتابهم موسوعة التحكيم بأنه في الوقت الراهن لا يوجد أية صعوبة في قبول و الاعتراف بمبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم على اعتبارها قاعدة مادية من قواعد القانون الفرنسي للتحكيم الدولي و حتى على اعتبارها قاعدة من قواعد القانون العابر للدول بشأن التحكيم التجاري الدولي(4). هذا ما يفسر من وجهة نظر هؤلاء الفقهاء ، أن القضاء الفرنسي لا يلجأ الى البحث عن القانون الواجب التطبيق من أجل تأكيد القوة الملزمة لاتفاق التحكيم ، و أن القانون الأجنبي الذي لا يعترف بالقوة الملزمة لاتفاق التحكيم لن تكون له من وجهة نظر النظام القانوني الفرنسي أية فرصة للتطبيق ، حتى بالنسبة للنزاع الذي يرتبط بالدولة التي صدر عنها القانون سواء ارتبطت المنازعة بهذه الدولة من خلال جنسية الأطراف فيها ، أو من خلال موضوع المنازعة أو من خلال القانون الواجب التطبيق على الموضوع (5). و يؤكد هذا الجانب من الفقه الفرنسي أن القضاء الفرنسي يمكنه بالاستناد الى القاعدة المادية المذكورة التي يقرها القانون الفرنسي بشأن التحكيم ، الاعتراف بحكم التحكيم الصادر بناء على شرط التحكيم ،

(1)أ. حفيفة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 111.

Philippe Fouchard, E.Gaiyard.B.Goldman., op cit, p 396.

(2) Philippe Fouchard, E.Gaiyard.B.Goldman., op cit, p 396.

(3)أ. حفيفة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 111.

(4) Philippe Fouchard, E.Gaiyard.B.Goldman., op cit, p 396.

(5)Ibis .

حتى و إن قرر قانون دولة أخرى على اتصال وثيق بالمنازعة و التي صدر فيها الحكم على عدم ترتيب أي أثر قانوني و عدم تمتعه بالقوة الالزامية، لأنها لا تقبل بصحة شرط التحكيم أو لأي سبب آخر (1) .
فعلى سبيل المثال ، فإن القانون الكولمبي بشأن التحكيم الصادر في 07 أكتوبر 1989 لا يعترف بالقوة الملزمة لاتفاق التحكيم المبرم بين طرفين اذا كانت المنازعة التي يتصل بها ، من شأنها أن تتعلق بالغير .
و هذا الحل الذي جاء به القانون السابق الذكر في نظر هذا الفقه ، في الواقع حل لا يخدم صالح التحكيم و لا يشجع عليه .

فلو قام نزاع بين ناقل بحري أجنبي و مرسل اليه كولمبي بشأن البضاعة المرسله الى كولمبيا ، و من أجل اعمال اتفاق التحكيم الوارد في عقد النقل البحري ، فإن أحد المتعاقدين و الذي لا يشترط أن يكون الطرف الكولمبي ، يثير وجود اتفاق التحكيم و بالتالي اصدار حكم تحكيمي يحتج به في مواجهة الطرف الفرنسي ، و نظرا لعدم رغبة المرسل اليه أو من يمثله في المشاركة في اجراءات التحكيم ، يتمسك ببطان اتفاق التحكيم . فاذا عرضت المنازعة على القضاء الفرنسي ، نظرا لأن التحكيم كان مقره فرنسا ، أو لأن حكم التحكيم يتعين تنفيذه فيها، فان المحاكم الفرنسية لا يتعين عليها أن تبحث عن ما هو القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من أجل أن تحدد اذا كان هذا القانون يقر بفعالية اتفاق التحكيم ووفقا لأي شروط . فالمحاكم الفرنسية عليها أن تفصل في هذه المسألة و فقا للقانون الفرنسي للتحكيم و تعمل الشروط التي يقتضيها هذا القانون من أجل صحة اتفاق التحكيم (2).

كما أقرت الاتفاقيات الدولية و المتعلقة بالتحكيم الدولي الالتزام الواقع على الأطراف باللجوء الى حل منازعاتهم المتفق على حلها بواسطة التحكيم الى المحكمين . و قد أقر هذا المبدأ بروتوكول جنيف بشأن شروط التحكيم منذ عام 1923 في المادة الأولى منه* و ذلك بتأكيدده على صحة شروط التحكيم و مشاركة التحكيم الواردة بين الأطراف الخاضعة لمحاكم الدول الأطراف في المعاهدة (3).

كما أخذت اتفاقية نيويورك 1958 و المتعلقة بالاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية هي أيضا

(1)أ. حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 112.

Philippe Fouchard, E.Gaiyard.B.Goldman., op cit, p 396.

(2)أ. حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 113 .

* تم المصادقة عليها في جنيف 24 سبتمبر 1923 ، هذا البروتوكول لم يعد مطبق بين الدول التي صادقت على اتفاقية نيويورك .

(3) Philippe Fouchard, E.Gaiyard.B.Goldman., op cit, p 397.

بنفس المبدأ في مادتها الثانية فقرة أولى على أن: " تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم " (1).

و بشكل غير مباشر عاجلت معاهدة جنيف الموقعة في 21 أبريل 1961 الالتزام الواقع على الأطراف باللجوء للمحكمن للفصل في منازعاتهم المتفق بشأنها على التحكيم ، وقد كرست هذا الالتزام عن طريق تنظيمها الدقيق الذي وضعته لكيفية تعيين المحكم أو المحكمن في حالة عدم تحديد الأطراف لهذا التعيين و ذلك في المادة الرابعة منها . و هذه النصوص تظهر بوضوح بأن الأطراف ملزمة باللجوء بالمنازعة الوارد بشأنها الاتفاق على التحكيم الى المحكمن (2).

و في الواقع إن التزام أطراف اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري بالعهددة الى المحكم أو المحكمن بالمنازعة أو المنازعات المتفق على حلها بواسطة التحكيم ، يتطلب من أجل ضمان فعاليته و احترامه أن يكون امتناع أحد الأطراف عن القيام بهذا الالتزام مقترنا بإمكانية الزامه على التنفيذ العيني لهذا الالتزام (3).

الفرع الثاني: التنفيذ العيني للالتزام الواقع على الأطراف في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري.

يعتبر مبدأ تحقيق فعالية التحكيم من المبادئ الأساسية التي تحاول جميع القوانين المنظمة للتحكيم احترامه لما في هذا الأمر من ضمان قيام التحكيم بتحقيق الأهداف المرجوة منه ، و لذلك إذا لجأ أحد الأطراف الى المحاكم الوطنية على الرغم من وجود اتفاق التحكيم ، فإن احترام الأثر الايجابي لاتفاق التحكيم من شأنه أن يؤدي الى ضرورة إجبار هذا الطرف على اللجوء الى التحكيم ، أي الى ضرورة التنفيذ العيني للالتزام الواقع على الأطراف في اتفاق التحكيم باللجوء الى التحكيم (4).

و تظهر فكرة التنفيذ العيني للالتزام الواقع على الأطراف باللجوء الى التحكيم في حالة الاتفاق عليه احتراماً للقوة الملزمة لاتفاق التحكيم و لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين في الحكم الوارد في المادة الثانية الفقرة الثالثة من معاهدة نيويورك في شأن الاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية إذ تنص المادة على مايلي : " على محكمة الدول المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد

(1) الفقرة الاولى من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 و المتعلقة بشأن الاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية .

(2) Philippe Fouchard, E.Gaiyard.B.Goldman., op cit, p 398.

(3) أ. حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 114.

(4) أ. حفيظة السيد حداد، دور القضاء في التحكيم اطلالة على الأوامر الصادرة عن محاكم الدولة في شأن التحكيم Anti-suit Injunctions ، مجلة التحكيم ، العدد الثامن ، السنة الثانية ، أكتوبر 2010 ، ص 38 .

في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم الى التحكيم ، وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل و لا أثر له أو غير قابل للتطبيق " .

و قد كرس القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي مبدأ احترام الأثر الايجابي لاتفاق التحكيم و المتمثل في ضرورة التنفيذ العيني لهذا الاتفاق بموجب نص المادة الثامنة و التي تنص على أنه : " على المحكمة التي ترفع أمامها دعوى في مسألة أبرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تحيل الطرفين إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين الى التحكيم ، في موعد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول في موضوع النزاع ما لم يتضح لها أن الاتفاق باطل أو لاغ أو عدم الأثر أو لا يمكن تنفيذه " .

إن الزام المحكمة الوطنية التي ترفع أمامها الدعوى المتفق عرضها على التحكيم بإحالة الأطراف الى التحكيم إذا طلب أحد الطرفين ذلك بالقيود الواردة في المادة السابقة الذكر ، و إن كان يفيد احترام الأثر الايجابي لاتفاق التحكيم و ضرورة التنفيذ العيني له ، فإنه في الوقت نفسه يعبر عن احترام أثر آخر يرتبه اتفاق التحكيم ألا وهو الأثر السليبي له و المتمثل بعدم اختصاص المحاكم الوطنية بنظر المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم (1).

و يذهب جانب من الفقه الى القول بأن اتفاق التحكيم ، الذي لا تترتب على مخالفته سوى امكانية إلزام الطرف الذي تخلف عن وضعه محل التنفيذ بالتعويض ، يعد اتفاق تحكيم محدود الفعالية وذلك لصعوبة تحديد الضرر الواقع على الطرف و الناتج عن عدم قدرته على عرض المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم أمام المحكم ، نظرا لأن جهة قضائية وطنية قد أقرت و إعترفت باختصاصها بنظر هذه المنازعة . و يكون هذا الضرر حقيقيا ماديا لفقدان الشخص المزايا التي تمنحها و تقدمها معاهدة نيويورك بشأن تنفيذ و الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية (2).

فالطرف الذي يتحصل على حكم بإلزام الطرف المتعاقد معه من قبل الجهات القضائية في دولة ما سوف يكون في مركز أقل ملاءمة له فيما يتعلق بتنفيذ هذا الحكم ، عما اذا القرار الذي يريد تنفيذه هو حكم تحكيمي صادر عن هيئة تحكيم اتخذت من احدى الدول المتعاقدة مقرا لها ، و هو فرض يتحقق بشكل مستمر نظرا لأن الغالبية العظمى من الدول تعد طرفا في هذه المعاهدة و هذا ما ييسر تنفيذ الحكم المحلي

(1)أ. حفيظة السيد حداد، دور القضاء في التحكيم اطلالة على الأوامر الصادرة عن محاكم الدولة في شأن التحكيم Anti-suit Injunctions ، مجلة التحكيم ، المرجع السابق ، ص 39 .

(2)أ. حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 114.

و الاعتراف به .

فمنذ اللحظة التي يقرر فيها القضاء في الدولة اختصاصه بالفصل في موضوع المنازعة المعروضة عليه ، فإن كل تقدير للضرر من أجل تعويضه سوف يتم من خلال مقارنة صعبة بين المزايا لكل من العدالة التي يقدمها التحكيم و عدالة المحاكم الوطنية (1). و في هذه الحالة يصعب وضع تقييم مالي لعدم قيام المحكمين بالفصل في المنازعة و الفصل فيها من قبل محاكم الدولة ، طالما أن أي انكار للعدالة لم يكن متحققا في واقعة الحال (2). كما أنه وحده التنفيذ العيني لاتفاق التحكيم بالعهددة للمنازعات أمام هيئة التحكيم يرضي أطراف النزاع(3).

و ما تجدر الإشارة إليه أن هذا الحل لم يكن معمولا به في بعض القوانين و الشرائع القديمة ، فعلى سبيل المثال التعويض المالي عن التخلف عن التنفيذ العيني لاتفاق التحكيم لم يكن محلا للمجازاة في القانون الروماني و يمكن للطرف أن يتحلل من اتفائه عن التحكيم و حتى بعد صدور حكم التحكيم ، و ذلك عن طريق دفع *la poena* المنصوص عليها في المشاركة .

كذلك في الوقت الراهن ، فإن بعض الأنظمة القانونية ذات النزعة المعادية للتحكيم ، لا تعترف بالتنفيذ كجزء لعدم احترام الاتفاق على التحكيم ، وهو الحال في العديد من دول أمريكا اللاتينية مثل البرازيل ، على الرغم من وجود تطور ملحوظ لصالح التحكيم في هذه الدول (4). و في الواقع أن الأنظمة القانونية التي تتبنى مثل تلك الحلول هي أنظمة قانونية آخذة في العزلة ، إذ أن الغالبية العظمى من الأنظمة القانونية الوضعية تتضمن نصوصا تهدف إلى ضمان التنفيذ العيني لاتفاق التحكيم (5).

إن التنفيذ العيني الجبري لاتفاق التحكيم يتم من خلال إستخدام أليات تهدف الى قهر مقاومة الطرف الذي بعد قبوله الاتفاق على التحكيم لا يود المشاركة في اجراءه، بل و يحاول وبكل الطرق أن يؤخر الى

(1) Philippe Fouchard, E.Gaiyard.B.Goldman., op cit, p 398.

(2) أ. حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 115

(3) و مع ذلك يبقى هناك محلا للتقييم المالي بالنسبة للنفقات الناجمة عن قيام الطرف بالدفاع عن حقه أمام المحاكم الوطنية غير المختصة و ذلك على الرغم من وجود اتفاق التحكيم . فهذه النفقات يمكن التمسك بالتعويض عنها أمام المحكمين المختصين بالفصل في المنازعة تنفيذا لاتفاق التحكيم ، ويقع على الطرف الذي اتجه الى القضاء عبء تحمل هذه النفقات الخاصة بالطرف الأخر الذي اضطر الى الدفاع عن حقه أمام القضاء . ان هذا الجزاء في الصورة المتقدمة يعد جزاء على مخالفة الالتزام السلبي الناجم عن اتفاق التحكيم و الذي يلزم الأطراف في اتفاق التحكيم على عدم التوجه الى المحاكم الوطنية و عرض المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم على المحاكم الوطنية .

(4) Philippe Fouchard, E.Gaiyard.B.Goldman., op cit, p 399.

(5) أ. حفيظة السيد حداد، المرجع السابق ذكره ، ص 116.

اللجوء الى هذه الاجراءات .

الفرع الثالث :احترام اتفاق التحكيم من خلال مقاومة الأساليب التسوية التي يلجأ لها الأطراف لمنع التحكيم .

تعدد الأساليب التسوية التي يلجأ إليها بعض أطراف اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري لمنع بدأ إجراءات التحكيم أو لمنع السير فيها ، ومن بين هذه الأساليب كقاعدة عامة إما لجوئهم الى القضاء الوطني أو الامتناع عن تعيين المحكمين أو ردهم ، أو الامتناع عن المساهمة في تعيين رئيس هيئة التحكيم أو رفضهم تقديم المستندات أو الدفاع (1) ، و قد واجه هذا الأمر كل من القوانين الدولية و القوانين الوطنية . ففي هذ الاطار ، تناولت المادة 11 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي هذا الفرض بنصها على أنه اذا كان التحكيم بثلاثة محكمين ، ولم يقم أحد الطرفين بتعيين المحكم في خلال ثلاثين يوما من تعيينهما ، وجب أن تقوم بتعيينه بناء على طلب أحد الطرفين المحكمة أو السلطة الأخرى المسماة في المادة 6 ، و هو أيضا الحل المتبع إذا كان التحكيم بمحكم و لم يستطع الطرفان الاتفاق على محكم و جب أن تقوم بتعيينه بناء على طلب أحد الطرفين المحكمة أو السلطة الأخرى المسماة في المادة 6 (2).

و تذهب بعض الدول من أجل مواجهة عدم قيام أحد الأطراف في اتفاق التحكيم بتعيين محكم الى النص على هيئة مختصة تتولى مهمة تعيين هذا المحكم بدلا من الطرف الذي تقاعس عن تنفيذ هذا الالتزام(3).

(1)Natalie Najjar ; L'arbitrage dans les pays Arabe Face AUX Exigence du commerce International,DELTA ;p 400 - 401

(2)تنص المادة 11 من قانون التحكيم على :

1-لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين و على كيفية ووقت اختيارهم فاذا لم يتفقا اتبع ما يأتي :

أ) فاذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد تولت المحكمة المشار اليها في المادة 6 من هذا القانون اختياره بناء على طلب أحد الطرفين .

ب) فاذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين اختار كل طرف محكما ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث ، فاذا لم يعين أحد الطرفين محكمه

خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الأخر ، أو إذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال ثلاثين يوما التالية لتاريخ

تعيين أخرهما ، تولت المحكمة المشار اليها في المادة 6 من هذا القانون اختياره بناء على طلب أحد الطرفين ، ويكون للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان أو

الذي اختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم ، وتسري هذه الأحكام في حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين .

2- و إذا خالف أحد الطرفين إجراءات اختيار المحكمين التي اتفقا عليها ، أو لم يتفق المحكمان المعينان على أمر مما يلزم اتفاقهما عليه ، أو إذا تخلف الغير عن

أداء ما عهد به اليه في هذا الشأن تولت المحكمة المشار اليها في المادة 9 من هذا القانون بناء على طلب أحد الطرفين القيام باجراء أو بالعمل المطلوب ما لم

ينص في الاتفاق على كيفية أخرى لاتمام هذا الاجراء أو العمل .

3- و تراعي المحكمة في الحكم الذي تختاره الشروط التي يتطلبها هذا القانون و تلك التي اتفق عليها الطرفان ، و تصدر قرارها باختيار المحكم على وجه السرعة

، ومع عدم الاخلال بأحكام المادتين (18، 19) من هذا القانون لا يقبل هذا القرار الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن .

(3)أ. حفيفة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 117.

و يعتبر قانون التحكيم الجزائري من القوانين التي تبنت هذا الحل فطبقا للمادة 1041 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري فالقاعدة أن للأطراف مباشرة أو بالرجوع الى نظام التحكيم ، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم و شروط عزلهم أو استبدالهم و في غياب تعيين المحكمين مع صعوبة تعيينهم و عزلهم واستبدالهم ، يجوز للطرف المعني بالتعجيل أن يقوم :

- 1-رفع الأمر الى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم يجري في الجزائر .
- 2- رفع الأمر الى رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج و اختار الأطراف تطبيق قواعد الاجراءات المعمول بها في الجزائر (1).

ثم استحدث القانون الجديد المادة 1042 المتعلقة بحالة عدم تحديد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم ، فيؤول الاختصاص الى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ(2).

و قد تبني قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 نفس الحل في المادة 17 منه على أنه : "1- لطرفي التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين و على كيفية ووقت اختيارهم فاذا لم يتفقا أتبع ما يلي : (أ)إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم واحد تولت المحكمة المشار اليها في المادة 9 من هذا القانون إختياره بناء على طلب أحد الطرفين .

(ب) فاذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين ، اختار كل طرف محكما ثم يتفق المحكمان على اختيار المحكم الثالث ، فاذا لم يعين أحد الطرفين محكمه خلال الثلاثين يوما التالية لتسلمه طلبا بذلك من الطرف الآخر ، أو اذا لم يتفق المحكمان المعينان على اختيار المحكم الثالث خلال ثلاثين يوما التالية لتاريخ تعيين آخرهما ، تولت المحكمة المشار اليها في المادة 9 من هذا القانون اختياره بناء على طلب أحد الطرفين . ويكون للمحكم الذي اختاره المحكمان المعينان أو الذي اختارته المحكمة رئاسة هيئة التحكيم من أكثر من ثلاثة محكمين" (3).

(1)تنص المادة 1041 من ق.ا.م.ا.ج : " يمكن للأطراف ، مباشرة أو بالرجوع الى نظام التحكيم ، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم و شروط عزلهم أو استبدالهم .

في غياب التعيين ، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم ، يجوز للطرف الذي يهمة التعجيل القيام بما يأتي :

1-رفع الأمر الى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم يجري في الجزائر .

2- رفع الأمر الى رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج و اختار الأطراف تطبيق قواعد الاجراءات المعمول بها في الجزائر .

(2)المادة 1042 : " إذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم ، يؤول الاختصاص الى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان ابرام العقد "

(3) المادة 17 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 .

و قد تبنى القانون الهولندي الجديد بشأن التحكيم هذا الحل بل و أنه جعل من القاعدة المتقدمة قاعدة
أمرة تعلق على اتفاق الأطراف، عند تطبيق القانون الهولندي . كما أن إمتناع أحد الأطراف عن تعيين
محكم لا يؤدي الى إعاقه المشروع في اجراءات التحكيم في القانون الفرنسي (1).
و من بين الأساليب التسوية الأخرى القيام برد المحكم و يلعب قضاء الدولة دورا مهما في موضوع الرد
على النحو المحدد في المادة 1016 (2) من ق.ا.م.ا.ج و المادة 19 من قانون التحكيم المصري (3).
و إذا كان قضاء الدولة يلعب هذا الدور الحيوي من أجل مقاومة الأعمال التسوية ، فإنه يسعى إلى
تحقيق نوع من التكامل بينه و بين قضاء التحكيم من أجل تدعيم اجراءات التحكيم (4).
و أيا ما كانت الوسائل و الطرق التي تلجأ اليها التشريعات الوطنية من أجل و ضع الاتفاق على التحكيم
موضع التنفيذ العيني أو الفعلي ، سواء كانت قبل تشكيل محكمة التحكيم ، أو بعد تشكيلها ، فإن هناك
حقيقة ذهبت الى تقريرها القوانين الدولية والوطنية و كذا جانب من الفقه و هي أن مقاومة أحد الأطراف
للاتفاق على التحكيم و امتناعه عن تنفيذ التزامه لن يؤدي إلى تجميد اجراءات التحكيم .
و على الرغم من وجود الأليات المتقدمة ، فإن محكمة التحكيم قد لا يمكن تشكيلها إما لأسباب تتعلق
بالعيوب التي لحقت باتفاق التحكيم ذاته، أو بسبب المصاعب و العراقيل التي قد يضعها القانون أو الجهات

(1)أ. حفيفة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص118

(2)المادة1016 من ق.ا.م.ا.ج : " 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 تبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلالته ، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط .

لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه ، أو شارك في تعيينه إلا لسبب علم به بعد التعيين .

تبلغ محكمة التحكيم و الطرف الآخر دون تأخير بسبب الرد .

في حالة النزاع ، إذا لم يتضمن نظام التحكيم كفيات تسويته أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمله التعجيل .

هذا الأمر غير قابل لأي طعن ."

(3)تنص المادة 19 من قانون التحكيم المصري : "يقدم طلب الرد كتابة الى هيئة التحكيم مبينا فيه أسباب الرد خلال خمسة عشرة يوما من تاريخ علم طلب الرد بتشكيل هذه الهيئة أو بالظروف المبررة بالرد ، فاذا لم يتنح المحكم المطلوب رده خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تقديم الطلب ، يحال بغير رسوم الى المحكمة المشار اليها في المادة 9 من هذا القانون للفصل فيه بحكم غير قابل للطعن .

-لا يقبل طلب الرد ممن سبق له تقديم طلب برد المحكم نفسه في ذات التحكيم .

-لا يترتب على تقديم طلب الرد أو على الطعن في حكم التحكيم الصادر برفضه وقف إجراءات التحكيم ، و إذا حكم برد المحكم ترتب على ذلك اعتبار ما يكون قد تم من اجراءات التحكيم ، بما في ذلك حكم المحكمين ، كأن لم يكن . "

(4) أ. حفيفة السيد حداد، دور القضاء في التحكيم اطلالة على الأوامر الصادرة عن محاكم الدولة في شأن التحكيم Anti-suit Injunctions ، مجلة التحكيم ، المرجع السابق ، ص 41 .

القضائية في دولة مقر التحكيم المختارة من قبل الأطراف.

و لمواجهة هذا الإحتمال ، فإن بعض القوانين ، قررت بسبب انعدام القدرة على توقيع الجزاء على الطرف الذي خالف الالتزام الوارد في اتفاق التحكيم ، الى العودة الى حظيرة الجهات القضائية الوطنية ، فعلى سبيل المثال نصت المادة 7 من القانون الدولي الخاص السويسري على أنه : " للمحاكم السويسرية أن تعترف لنفسها بالاختصاص على الرغم من وجود الاتفاق على التحكيم إذا ثبت أن محكمة التحكيم لا يمكن تشكيلها لأسباب ترجع الى المدعي عليه في التحكيم على نحو واضح " .

و مع ذلك ، فإنه من الواضح أن هذا الحل لا يلجأ اليه الا على نحو استثنائي و عند فشلت الأليات الأخرى الاحتياطية المشار اليها سابقا ، و بالتالي الطرف المناهض للتحكيم لا يمكنه إلا في أحوال نادرة جدا أن يقوم بتجميد إجراءات التحكيم لعدم رغبته في المشاركة فيه (1).

و إذا كانت جميع الأليات السالف بيانها و التي تسعى الى ضمان تحقق الفعالية القصوى للتحكيم كاتفاق و إجراء ، تستخدم على نطاق واسع في جميع الأنظمة القانونية ذات النزعة اللاتينية ، فإن هناك أليات أخرى يجري العمل القضائي على استخدامها في الدولة ذات النزعة الأنجلوساكسونية المتأثرة بالنظام الأنجليزي لتحقيق ذات الغاية أي لضمان تحقق فعالية اتفاق التحكيم و ها ما سوف نتطرق اليه تبعا .

الفرع الرابع : أوامر الزجر كآلية لضمان فعالية اتفاق التحكيم .

من أجل مقاومة رغبة الأطراف التي على الرغم من اتفاقهما على التحكيم ، تسعى الى التنصل منه عن طريق لجوئها مباشرة إلى قضاء الدولة ، لجأ النظام الأنجليزي و الأنظمة القانونية التي تحذو حذوه أو ما تسمى بالأنظمة القانونية المعروفة ب common law (النظام الأنجلوساكسوني) الى إستخدام آلية خاصة تعرف باسم anti-suit injunctions ووفقا لهذا النظام يحق للطرف في اتفاق التحكيم الذي يحاول الطرف الأخر المساس بأثره الإيجابي ، أن يطلب من المحكمة الوطنية أن تأمر هذا الطرف الأخير بالامتناع عن السير في المنازعة التي أقامها أمام القضاء الرسمي ، و ذلك لأن الاستمرار في هذه المنازعة مخالفة لاتفاق تعاقدي سابق تم بين الأطراف و هو الاتفاق على التحكيم.

و بعبارة أخرى يقصد بأمر الزجر anti-suit injunctions الاجراء الذي بموجبه يحظر القاضي الوطني في دولة ما على المدعي أن يرفع دعواه أو يستمر فيها أمام قضاء أجنبي (2).

(1) أ. حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 123.

(2) أ. حفيظة السيد حداد، دور القضاء في التحكيم اطلالة على الأوامر الصادرة عن محاكم الدولة في شأن التحكيم Anti-suit Injunctions ، مجلة التحكيم ، المرجع السابق ، ص 46 .

و نظام anti-suit injunctions أو كما سماها "فليب دالباك" بالحماية الجزائية لشروط التحكيم(1) متبع في كل من إنجلترا و الولايات المتحدة الأمريكية و كندا وبصفة عامة في الغالبية العظمى من الدول المتأثرة بالقانون الانجليزي .

و تبدو أهمية آلية الأوامر بالزجر التي تصدر من القاضي الوطني بمنع المدعي من رفع دعواه أو الاستمرار فيها أمام قضاء أجنبي بالنسبة الى التحكيم في الحالات التي يظهر فيها لأحد أطراف التحكيم أن الطرف الآخر في هذا الاتفاق لا ينوي أن يعرض المنازعة على التحكيم، أو أنه فعلا قد رفع دعواه أمام محاكم الدولة منتهكا بذلك القوة الملزمة لاتفاق التحكيم . ففي مثل هذه الحالات يستطيع الطرف المعني أن يلتمس من القضاء الوطني أن يصدر أمرا بالنهاي أو بالزجر anti-suit injunction في مواجهة الطرف الذي انتهك اتفاق التحكيم - يحظر عليه الاستمرار في الاجراءات التي بدأها أمام القضاء الأجنبي .

و تهدف أوامر الزجر في الحالتين السالفتين الى تحقيق كفالة احترام اتفاق الأطراف ، و ذلك دون الاهتمام بالتطرق الى بحث مسألة الاختصاص الدولي للمحاكم الأجنبية المرفوعة أمامها النزاع بالمخالفة للاتفاق التعاقدية . حيث يرى البعض أنه لا يوجد سبب معقول يؤدي الى التردد في إصدار الأمر بالمنع من السير في الإجراءات أمام المحاكم الأجنبية ، وذلك أخذا بعين الإعتبار أن المدعي في هذه الدعاوى المقامة أمام المحاكم الأجنبية قد خالف التزاما واقعا عليه بعدم رفع الدعوى أمام المحاكم الأجنبية(2) .

و على الرغم من أن أوامر الزجر المتقدمة تهدف الى تحقيق ضمان الفعالية لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري ، فإن الفلسفة التي تقوم عليها هذه الأوامر لا تخلو من الانتقاد سواء على صعيد قواعد القانون الدولي العام الحاكمة لحق كل دولة في أن تحدد بجزية شبه مطلقة القواعد المنظمة للإختصاص القضائي الدولي لمحاكمها ، و أيضا القواعد الواردة في معاهدة نيويورك 1958 (3) ، وكذلك على صعيد التشريعات الأوروبية المنظمة للاختصاص القضائي الدولي لدول المجموعة الأوروبية و في مقدمتها معاهدة بروكسل

(1)Delebecque Phillipe, l'opposabilité de la clause compromissoire et ou des clauses de juridiction dans le contentieux maritime, colloque international, 2 et 3 mars 2009.

(2)أ. حفيظة السيد حداد، دور القضاء في التحكيم اطلالة على الأوامر الصادرة عن محاكم الدولة في شأن التحكيم Anti-suit Injunctions ، المرجع السابق ، ص 47 .

(3) تنص المادة الثانية فقرة 3 من معاهدة نيويورك على أنه " على محكمة الدول المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم الى التحكيم ن و ذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل و لا أثر له أو غير قابل للتطبيق " و التفسير الراجح لهذا النص يؤدي الى رفض اوامر الزجر . إذ يقرر هذا النص اختصاصا استثنائيا لمحاكم الدول الأطراف في المعاهدة لكي تقضي بعدم اختصاصها او بعدم قبولها للمنازعات المقامة امامه و التي تم رفعها على الرغم من وجود اتفاق تحكيم صحيح و مرتب لاثاره طالما تمسك الطرف المعني بوجود هذا الاتفاق . و على الرغم من هذا الانتقاد لأوامر الزجر الصادرة من القضاء الانجليزي ، فان هذا القضاء لم يجد فيه ما يحول بينه و بين اصداره لهذه الأوامر.

لسنة 1968 و التشريع الأوروبي رقم 44 لسنة 2001 (1).

إن أول قضية تعرضت فيها محكمة العدل الأوروبية للقرارات القضائية بالمنع عن متابعة الدعوى كان في قضية "ترنر" معتبرة هذه القرارات مخالفة للنظام الأوروبي رقم 2001/44 (2)، و لقد أتيحت الفرصة لمحكمة العدل الأوروبية في حكمها الصادر في 10 فبراير 2010 في القضية (Case C -185/07) في أن تحسم الأمر في مسألة مدى إمكانية اللجوء الى أوامر الزجر في نطاق الاتحاد الاوروي فقضت في هذه القضية بأنه " يتعارض مع التشريع الأوروبي رقم 2001/44 الصادر في 22 ديسمبر 2000 و الخاص بتحديد الاختصاص و الاعتراف و تنفيذ الأحكام الصادرة في المسائل المدنية و التجارية أن تقوم محكمة دولة طرف بإصدار أمر لمنع شخص من أن يشرع أو يستمر في الإجراءات المقامة أمام محاكم دولة أخرى طرفاً تأسيساً على أن هذه الاجراءات تتعارض مع اتفاق التحكيم ". و سوف نتعرض لوقائع هذه القضية

أ- عرض قضية West Tankers :

تتعلق الوقائع التي صدر فيها الحكم السابق أنه في أغسطس 2000 اصطدمت السفينة Front Comor المملوكة لشركة West Tankers و المستأجرة من قبل شركة Erg Petroli في سيراكوز في إيطاليا مع Jetty مملوك لشركة Erg و ألحقت به أضراراً . و لقد نص في عقد ايجار السفينة على أنه يخضع للقانون الانجليزي كما أنه يوجد فيه شرط تحكيم في لندن . و لقد طالبت شركة Erg بالتعويض من قبل شركات التأمين Allianz و شركة General في حدود التأمين ، وبدأت إجراءات التحكيم في لندن ضد West Tankers لتغطية الجزء الباقي من الاضرار الناتجة من التصادم .

و بعد أن قامت شركة Allianz و شركة General بدفع التعويض المستحق وفقاً لوثائق التأمين فإنهما رفعتا دعوى في 30 يونيو 2003 ضد West Tankers أمام القضاء الايطالي ، وذلك من أجل استرجاع المبالغ التي دفعتها لشركة Erg التي لحقت بها أضرار ، و أسست الدعوى على حلول الشركتين المذكورتين محل شركة Erg التي ألحقت بها الأضرار وذلك وفقاً لنص المادة 1916 من القانون الايطالي . و لقد دفعت شركة West Tankers بعدم اختصاص القضاء الايطالي بسبب وجود اتفاق على التحكيم .

(1)تقوم معاهدة بروكسل 1968 و التشريع الأوروبي رقم 44 لسنة 2001 على مبدأ رئيسي هو المساواة التامة بين جميع الأجهزة القضائية في الدول الأطراف ، تلك المساواة المؤسسة على الثقة الكاملة في الأجهزة القضائية للدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي . و في ظل هذه الفلسفة هناك صعوبة بمكان قبول آلية أوامر الزجر داخل النظام القانوني الأوروبي . فهذه الأوامر تشكل نوعاً من عدم الثقة في الأنظمة القضائية الأخرى الغربية عن النظام القضائي الانجليزي و هو ما يتعارض مع الفكر الذي انطلقت معه المعاهدة و التشريع الأوروبي رقم 44 لسنة 2001 .

(2) خليل مشنتف ، اجتهادات قضائية دولية حول التحكيم ، مجلة التحكيم ، العدد الثامن ، السنة الثانية ، أكتوبر 2010، ص600.

و في نفس الوقت قامت شركة West Tankers في 10 سبتمبر 2004 برفع دعوى أمام المحكمة العليا في المملكة المتحدة " المحكمة التجارية " ، ملتمسة اصدار أمر بأن المنازعة بينها من جهة و بين شركات التأمين Allianz و شركة General من جهة أخرى ، يجب أن تحسم عن طريق التحكيم ووفقا لاتفاق التحكيم .

كما طلبت West Tankers أيضا بإصدار أمر ضد شركتي Allianz و General لمنعهما من اقامة دعوى واجراءات غير التحكيم و طلبت أيضا منهما أن يوقفا الاجراءات التي بدأت فيهما أمام القضاء الايطالي . و في 21 سبتمبر 2005 أصدرت المحكمة التجارية المشار اليها سابقا حكما أيدت فيه طلبات شركة West Tankers و تم منحها anti-suit injunctions ضد كل من Allianz و شركة General.

و لقد استأنفت شركة General الحكم المذكور أمام مجلس اللوردات House of Lords و تمسكت بمنح مثل ذلك الأمر بالزجر ، وهذا يعد مخالفا للتشريع الأوروبي رقم 44-2001 « Regulation n°44/2001 » .

و لقد أوقف مجلس اللوردات نظر الدعوى و أرسل السؤال التالي الى محكمة العدل الأوروبية : " هل يعد متماشيا مع التشريع الأوروبي أن تقوم محاكم دولة طرف بإصدار أمر يمنع شخصا من الشروع أو الاستمرار في الاجراءات أمام محاكم دولة أخرى طرف تأسيسا على أن هذه الاجراءات تتعارض مع اتفاق التحكيم؟" و لقد أصدرت محكمة العدل الأوروبية حكمها الذي قضى بأنه " يتعارض مع التشريع الأوروبي رقم 44/2001 الصادر في 22 ديسمبر 2000 و الخاص بتحديد الاختصاص و الاعتراف و تنفيذ الأحكام الصادرة في المسائل المدنية و التجارية أن تقوم محكمة دولة طرف باصدار أمر لمنع شخص من أن يشرع أو يستمر في الإجراءات المقامة أمام محاكم دولة أخرى طرف تأسيسا على أن هذه الاجراءات تتعارض مع اتفاق التحكيم " (1).

ب -تقدير المبدأ الذي أرسته محكمة العدل الأوروبية .

يعد الحكم الصادر من محكمة العدل الأوروبية وفقا لتقدير البعض بمثابة مسمار آخر في تابوت الزجر على الصعيد الأوروبي (2). إلا أن ما تجدر الإشارة إليه فإن الحظر المشار اليه باللجوء الى استخدام هذه

(1) قد تم عرض هذه القضية من طرف :أ. حفيظة السيد حداد، دور القضاء في التحكيم اطلاقا على الأوامر الصادرة عن محاكم الدولة في شأن التحكيم Anti-suit Injunctions ، المرجع السابق ، من ص 50 الى ص 52 .

(2)أ. حفيظة السيد حداد، دور القضاء في التحكيم اطلاقا على الأوامر الصادرة عن محاكم الدولة في شأن التحكيم Anti-suit Injunctions ، المرجع السابق ، ص 52 .

الآلية على صعيد العلاقات الأوروبية القضائية لن يمنع على ما يبدو من استخدامها خارج النطاق الأوروبي و هذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكم لها، بأنه يجوز اصدار أوامر الزجر في اطار الاتفاق المانع للإختصاص طالما كان خارج نطاق تطبيق القانون الأوروبي و المعاهدات الدولية، و هو ما يفيد أيضا جواز إصدار هذه الأوامر في ذات النطاق إذا تعلق الأمر باتفاق تحكيم هذا من جهة كما أنه لا يجوز تفسير الحكم الصادر عن محكمة العدل الأوروبية على أنه سوف يؤثر على ضمان فعالية اتفاق التحكيم .
بمعنى آخر يستطيع القضاء الانجليزي أن يصدر أوامر زجر ضد الطرف في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري ، و الذي على الرغم من موافقته عليه ، يرفع دعواه أمام قضاء دولة أجنبية غير طرف في الاتحاد الأوروبي . و إذا كانت أوامر الزجر قد استخدمت لضمان الأثر الايجابي لاتفاق التحكيم ، فإنها قد استخدمت أيضا كوسيلة للنيل من فعالية هذا الأثر و هو ما سنتعرض له في النقطة الموالية .

الفرع الخامس : أوامر الزجر كوسيلة للنيل من اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري .

يقصد بأوامر الزجر التي تهدف إلى النيل من التحكيم الأوامر التي يقوم القضاء الوطني (سواء كان قضاء دولة المقر أو القضاء الوطني لأحد الأطراف المعنية أو القضاء الأجنبي) بإصدارها للحيلولة دون السير في اجراءات التحكيم أو لمنع البدء فيها أصلا و ذلك بناء على طلب أحد الأطراف المعنية .
و يتم استخدام أوامر الزجر للنيل من اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري ، إما قبل البدء في إجراءات التحكيم و ذلك من أجل منع تشكيل هيئة التحكيم ، أو قبل البدء في اجراءات التحكيم و ذلك لمنع استمرار هذه الاجراءات .

و يتم التفرقة فيما يخص هذه الأوامر بين دول القانون العام Common Law و الدول اللاتينية ، فبالنسبة للدول التي تتبع النظام الأنجلوساكسوني تقبل محاكمها إصدار أوامر الزجر لمنع الشروع في اجراءات التحكيم أو لمنع سير هذه الإجراءات ، بينما لا تصدر محاكم الدول التي تتبع للنظام اللاتيني أو نظام القانون المدني مثل هذه الأوامر . و لقد استخدمت أوامر الزجر كوسيلة للنيل من فعالية اتفاق التحكيم من قبل المحاكم الانجليزية و محاكم الولايات المتحدة الأمريكية ، و ذلك في الأحوال التي تكون المنازعة المعروضة على المحكمين لا يغطيها اتفاق التحكيم (1) .

إنه و بعد تطرقنا الى الأثر الايجابي الأول لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري وهو مبدأ الزامية أطرافه باللجوء الى التحكيم وكذا الاستثناءات الواردة عليه ، سوف نتطرق الى ثاني أثر ايجابي له .

(1)أ. حفيفة السيد حداد، دور القضاء في التحكيم اطلاقا على الأوامر الصادرة عن محاكم الدولة في شأن التحكيم Anti-suit Injunctions ، المرجع السابق ، ص 56 .

المطلب الثاني : اختصاص محكمة التحكيم بالفصل في المنازعات محل اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري .

إن الأثر الايجابي الثاني لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري هو اعطاء الاختصاص لمحكمة التحكيم للفصل في النزاع أو المنازعات محل اتفاق التحكيم ، و بدون شك أن العلاقة الموجودة ما بين أطراف النزاع و هيئة التحكيم هي علاقة تنبع من تراضي كل منهم ، عن طريق قبول المحكمين لمهمتهم ، و التي تنبع أصلا من ارادة الأطراف في تكليفهم بها عن طريق ابرامهم لاتفاق التحكيم (1). و سوف يتم التطرق في هذا المطلب الى اختصاص محكمة التحكيم في الفصل في اختصاصها و كذا في الفصل في موضوع النزاع محل اتفاق التحكيم .

الفرع الأول : اختصاص محكمة التحكيم بالفصل في اختصاصها .

يعتبر مبدأ اختصاص المحكم في مسألة اختصاصه نتيجة من نتائج الأثر الايجابي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري و يعد هذا المبدأ من أهم المبادئ في اطار التحكيم الدولي و من أدقها في ذات الوقت ، و يطلق على هذا المبدأ الأساسي في التحكيم مبدأ "الاختصاص بالاختصاص" . و مفاده أن هيئة التحكيم هي التي تختص بالنظر فيما اذا كانت مختصة بالنزاع المعروض عليها ، و قد أرسى محكمة النقض الفرنسية(2) هذا المبدأ بحكم شهير جاء فيه أنه : " كأي جهة قضائية ، و لو كانت استثنائية ، يدخل في سلطة المحكمين وواجبهم التحقق مما اذا كانوا – طبقا لنصوص اتفاق التحكيم الذي يتمسك به ذو المصلحة – مختصين بالنظر في موضوع النزاع المطروح عليهم " (3).

و يكون لهيئة التحكيم هذا الاختصاص، ولو دفع أمامها بإنعدام اتفاق التحكيم أو ببطلانه، أو بسقوطه. ذلك أن المحكم لكي ينظر ما يعرض عليه من نزاع لا بد له أن يقرر أولا اختصاصه بنظره ، ولو اقتضى هذا البحث في وجود و صحة و بقاء و نفاذ اتفاق التحكيم الذي يستند اليه طالب التحكيم ، اذ يستمد ولايته من ارادة الطرفين ، أي من اتفاق التحكيم (4).

و قد أثار موضوع اختصاص المحكم بالفصل في موضوع اختصاصه "competence – competence" العديد من الجدل و ذلك على الرغم من الاعتراف شبه الكامل بهذا المبدأ في الأنظمة القانونية المعاصرة . فما هو أساس هذا المبدأ ؟ و ما هي مصادره ؟.

(1) Philippe Fouchard, E.Gaiyard.B.Goldman., op cit, p 407.

(2)نقض فرنسي ، الدائرة التجارية ، 22 فبراير 1949 .

(3)فتحي والي ، الرقابة القضائية على صحة اتفاق التحكيم أثناء اجراءات التحكيم ، مجلة التحكيم ، العدد الثامن ، السنة الثانية ، أكتوبر 2010 ، ص 75.

(4)المرجع السابق ذكره .

أولاً : تحديد المعنى الاصطلاحي لفكرة اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه .

يستخدم الفقه عادة للتعبير عن اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه ، الألفاظ الألمانية

المستخدمة من قبل الفقه الألماني و المعروفة ب kompetenze-kompetenze .

و الواقع أن المعنى الحقيقي لمصطلح kompetenze-kompetenze ، لم يتم القاء الضوء عليه على

الرغم من أهمية المسألة لتحديد المقصود بفكرة اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه .

إن ما تجدر الإشارة إليه أن المصطلح القانوني الألماني السابق الذكر يختلف معناه عن المعنى الذي يأخذ به

في أدبيات التحكيم التجاري الدولي . ذلك أن المصطلح الألماني kompetenze-kompetenze يعني

سلطة المحكم في أن يفصل في مسألة اختصاصه بصفة نهائية دون الخضوع الى أية رقابة قضائية (1) ، و قد

تم رفض هذه السلطة للمحكم و المأخوذة بهذا المعنى سواء في ألمانيا أو في دول أخرى ، و ذلك بسبب

التناقض الذي تأدي إليه، فمن المسائل المتنازع عليها في ألمانيا مسألة تحديد ما اذا كان قضاء الدولة يتعين

عليه أن يمتنع عن نظر المنازعة حتى ينتهي المحكمون من الفصل في مسألة اختصاصهم (2) .

و لتفادي التناقضات المتقدمة لما يثيره المصطلح الألماني من لبس ، إنه من الأفضل عدم استخدام

مصطلح kompetenze-kompetenze و استخدام مصطلح competence-competence

و الذي يشير الى اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه ، هذه العبارة التي استخدمت كمصطلح

قانوني في اللغة الانجليزية (3).

و الجدير بالذكر أن الفقه السويسري المدرك للفروق الدقيقة في القوانين الوطنية المقارنة ، هو أول من أشار

مبكراً لعدم ملائمة استخدام مصطلح kompetenze-kompetenze ، نظراً للمعنى الخاص الذي

يستوعبه هذا المصطلح في القانون الألماني (4).

ثانياً : مصادر مبدأ الاختصاص بالاختصاص .

يستمد مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه أساسه من العديد من المصادر الشكلية

سواء كانت هذه المصادر هي المعاهدات الدولية المتصلة بالتحكيم أو القوانين الوطنية المعاصرة للعديد من

الدول ، و كذا الغالبية العظمى من لوائح التحكيم .

(1) Philippe Fouchard, E.Gaiyard.B.Goldman., op cit, p 410.

(2)أ. حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص125

(3) Philippe Fouchard, E.Gaiyard.B.Goldman., op cit, p 411.

(4)أ. حفيظة السيد حداد، المرجع السابق ذكره .

إن مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه نصت عليه العديد من القوانين الوطنية المعاصرة المنظمة للتحكيم ، ومن بين هذه القوانين القانون الجزائري بحيث نصت المادة 1044 من ق.ا.م.ا.ج على أنه : " تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها ، و يجب اثاره الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع .

تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع" فطبقا لهذه المادة فاتفق التحكيم يرتب على الهيئة التحكيمية النظر في مدى اختصاصها (الاختصاص - بالاختصاص) (1) ، و ذلك عندما يثار الدفع بعدم اختصاص محكمة التحكيم ، شريطة تقديم هذا الدفع قبل أي دفاع في الموضوع ، و يكون فصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع (2).

و يرمي مبدأ الاختصاص بالاختصاص الى تمكين هيئة التحكيم من الفصل في النزاع دون تعطيل بسبب رفع دعوى أمام محاكم الدولة يتعلق بوجود أو بصحة اتفاق التحكيم (3).

و قد قنن هذا المبدأ أيضا في قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 في المادة 22 فقرة أولى منه و التي نصت : " تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع " .

كذلك فإن النصوص الحديثة المنظمة للتحكيم في العديد من الدول تقرر ذات المبدأ كالقانون السويسري ، و القانون البلجيكي و القانون الهولندي و القانون الاسباني و القانون البرتغالي و القانون التونسي ... الخ . و قد كرس القانون الفرنسي مبدأ الاختصاص - بالاختصاص في المادة 1465 منه إذ نصت على أنه محكمة التحكيم وحدها المختصة للفصل في الدفوع المتعلقة بمدى اختصاصها في موضوع الدعوى (4) .

(1) محمد كولا ، المرجع السابق ، ص 136

(2) بربارة عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص 555 .

(3) فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 75 .

(4) Article 1465 Modifié par Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 - art. 2

"Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel"

وكما كرسست القوانين الوضعية المعاصرة في كثير من الدول مبدأ فصل المحكم في مسألة اختصاصه، فقد كرسته المعاهدات الدولية المتصلة بالتحكيم وكذا أغلبية لوائح التحكيم .

أما عن اتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الموقعة في 10 أكتوبر 1958 ، لم تتعرض لمسألة اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه ، و لعل أن هذا الاغفال من جانبها لهذه المسألة مبعثه أن الهدف المباشر لهذه المعاهدة هو تحديد شروط الاعتراف و تنفيذ حكم التحكيم (1). أما معاهدة جنيف الموقعة في 1961 فقد تعرضت لمبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه بشكل واضح ، فقد نصت في المادة الخامسة فقرة 3 على أنه : " لا يلتزم المحكم الذي ينكر الأطراف عليه الاختصاص ، أن يتخلى عن نظر المنازعة ، و له أن يفصل في مسألة اختصاصه و في وجود و صحة العقد الذي يعد هذا الاتفاق جزءا منه ، وذلك دون إخلال بالرقابة القضائية اللاحقة المنصوص عليها في قانون القاضي " (2) . كما نصت الاتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 على أنه: " تكون للمحكم سلطة الفصل في اختصاصه و في وجود وصحة اتفاق التحكيم " (3).

و يذهب جانب من الفقه الى اعتبار أن مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه من المبادئ الأساسية للنظام العام العابر للدول، و ذلك بسبب قبول هذا المبدأ بشكل عام في العديد من الوثائق الدولية وذلك على الرغم من تلاحد بعض الأنظمة الوضعية المتأثرة بالنظام الأنجلوساكسوني بتكريس مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه (4) .

كما تنص على مبدأ الاختصاص - بالاختصاص المادة 21 / 1 من قواعد اليونسترال لعام 1976 التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي و التي يعمل بها مركز القاهرة الاقليمي والتي تنص على أن : " الهيئة هي المختصة بالفصل في الدفوع الخاصة بعدم اختصاصها و يدخل في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود و صحة اتفاق التحكيم " .

(1) Philippe Fouchard, E.Gaiyard.B.Goldman., op cit, p 411.

(2) النص الفرنسي للمادة المذكورة :

“sous reserve des controles judiciaries ultérieurs prévus par la loi du for , l’arbitre dont la competence est contestée , ne doit pas se déssaisir de l’affaire; il a le pouvoir de statuer sur sa proper compétence et sur l’existence ou la validité de la convention d’arbitrage ou du contrat don’t cette convention fait partie “

(3) المادة 3/5 من هذه الاتفاقية .

(4) أ. حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 129 .

كما نصت المادة 16 فقرة 3 من القانون النمطي للتحكيم التجاري الدولي CNUDCI لعام 1985 على هذا المبدأ (1) .

و تؤكد لوائح التحكيم الأساسية على مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه ، فقد نصت لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس CCI في المادة 6 فقرة 2 على : " اذا لم يرد المدعي عليه على طلب التحكيم أو أثار دفعا يتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته أو نطاقه كان لمحكمة التحكيم الدولية من فحص ظاهر الأوراق امكانية الاعتداد بوجود اتفاق التحكيم أن تقرر مواصلة التحكيم دون المساس بقبول أو سلامة هذه الدفوع و في هذه الحالة يكون لهيئة التحكيم اتخاذ أي قرار يتعلق باختصاصها فاذا لم تتوصل محكمة التحكيم الدولية الى هذه النتيجة يتم ابلاغ الأطراف أن التحكيم غير ممكن " (2).

كما نصت على ذات المبدأ لائحة جمعية التحكيم الأمريكية لعام 1992 (م/15/2) و لائحة محكمة لندن للتحكيم الدولي لعام 1985 (م/15/1) ، و لائحة جمعية التحكيم الإيطالية 1985 (م/14/1) و لائحة المركز البلجيكي لدراسة و ممارسة التحكيم الوطني و الدولي لعام 1988 (م/19/3) ، و نظام التوفيق و التحكيم التجاري لغرفة تجارة و صناعة دبي لعام 1994 حيث جاءت المادة 5/ب منه : " تختص هيئة التحكيم بالفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها ، ويشمل ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلان هذا الاتفاق أو انقضائه أو عدم شموله موضوع النزاع " .

و تبنت نفس المعنى المادة 19 من لائحة اجراءات التحكيم لدى مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام 1994 و التي نصت على : "تختص هيئة التحكيم بالفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها ، ويشمل ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلان هذا الاتفاق أو انقضائه أو عدم شموله موضوع النزاع ، و يجب ابداء هذه الدفوع في الجلسة الأولى قبل الدخول في الموضوع " .

و قد أجرى القضاء تطبيقات عديدة لهذا المبدأ ، ومن ذلك القضاء الفرنسي (3) ، كما قضت محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس بأن للمحكم وحده ، اتخاذ أي قرار يتعلق باختصاصه (4).

(1) Art 16 paragraphe 3 : « le tribunal arbitral peut statuer sur l'exception (d'incompétence du tribunal arbitral) soit en le traitant comme une question préalable . soit dans sa sentence sur le fond »

(2) فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 75 .

(3) أحمد عبد الكرم سلامة ، المرجع السابق ، ص 525 .

(4) المرجع السابق ذكره ، ص 526 .

و يذهب جانب من الفقه الفرنسي الى القول بأن ترديد لوائح التحكيم لمبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه و إن كان يعبر بالقبول العام الذي يحظى به هذا المبدأ ، فإنه على صعيد الفن القانوني الخالص ، لا يضيف أية قيمة لهذا المبدأ . فلائحة التحكيم و التي تستمد كل قيمة لها من ارادة الأطراف على أعمال أحكامها ، لا يمكنها أن تمنح للمحكّمين حقوقا أكثر من تلك التي تقر لها بهم الأنظمة القانونية المختصة (1).

ثالثا : أساس مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه .

بالنظر الى رسوخ مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مختلف الاتفاقيات الدولية ، و التشريعات الوطنية ولوائح و نظم هيئات التحكيم و قضاء التحكيم ، فإن هذا المبدأ يجد أساسه على الأقل في نطاق التحكيم الدولي ، في قاعدة عرفية خاصة بتحكيم منازعات التجارة الدولية ، قبل أن يصير قاعدة قانونية تطبق في كلا من التحكيم الداخلي و التحكيم الدولي . بل يمكن التقرير أن ذلك المبدأ يعد قاعدة موضوعية أو مادة *Regle matérielle* من قواعد التحكيم التجاري .

و يدعم هذا التحليل أن ذلك المبدأ يكون واجب الاعمال بغض النظر عن وجود أو صحة العقد الأصلي، أو صحة اتفاق التحكيم ذاته ، بل و بغض النظر عن ضرورة الرجوع الى قانون دولة معينة يقره أو يعترف به (2).

و على ذلك لا يكون صحيحا الرأي الذي يعتبر أن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم هو الأساس الحقيقي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص ، و قد حرص جانب من الفقه الفرنسي على إيضاح بأن هذين المبدأين لا يلتقيا الا بشكل جزئي و هو ما يدعو الى ضرورة الفصل بينهما بعناية شديدة (3) .

فمبدأ استقلال اتفاق التحكيم مبدأ موضوعي يتعلق بوجود اتفاق التحكيم ، و هو عقد و الحفاظ عليه من أية شائبة قد تعلق بالعقد الأصلي و تمتد إليه فيصيبه البطلان أو الانعدام أو الفسخ ، و بالتالي يتعين كفالة فعاليته تحقيقا لرغبة الأطراف . كما أن هذا المبدأ يعجز عن كيفية تفسير إستمرار المحكم في أداء مهمته في حالة أسباب البطلان المتعلقة بإتفاق التحكيم ذاته . إذ أن هذه النتيجة الأخيرة هي أثر خاص يترتب على مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه ، كما أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص مبدأ اجرائي يتعلق بسلطة المحكم في البت في مسألة اختصاصه من عدمه ، أي كان سبب الدفع بعدم

(1) . حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق ، ص 130

(2) أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص

(3) Philippe Fouchard, E.Gaiyard.B.Goldman., op cit, p 413.

الاختصاص، حتى عند إقتضاء الفصل في بطلان اتفاق التحكيم و يصدر قرار بعدم اختصاصه(1) .
الواقع أن كل من هذين الأثرين لا يمكن ردهما الى اتفاق التحكيم ، إذ كيف للمحكم بالاستناد فقط على
اتفاق التحكيم أن يقرر أن هذا الاتفاق باطل أو حتى يعترف بالسبب الذي يمكن أن يؤدي الى ملاحظة
هذا البطلان (2)؟.

و بالتالي فإن مبدأ الاختصاص بالاختصاص لا يستمد مصدره من اتفاق التحكيم و إنما من قانون
التحكيم في دولة المقر و في قوانين الدول الأخرى، المحتمل عرض حكم التحكيم الصادر من المحكم
بالفصل في مسألة اختصاصه للإعتراف به أمام محاكمها .

فعلى سبيل المثال ، إذا قررت هيئة تحكيم و المنعقدة في دولة ما من الدول كفرنسا أو إنجلترا لحل نزاع متعلق
بعقد نقل بحري ، إصدار حكم بعدم اختصاصها نظرا لعدم وجود اتفاق تحكيم صحيح في عقد النقل
البحري ، فإن هذا القرار يستند الى القانون الفرنسي أو الانجليزي على حسب الأحوال ، ولا يستند على
اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري و الذي قضى بأنه معدوم أو باطل .

و في ضوء ما تقدم ، فإن مبدأ الاختصاص بالاختصاص لا يعني مطلقا أن يترك للمحكم موضوع الرقابة
على اختصاصه . بل على العكس ، فإن هذا الاختصاص تتم مراقبته بواسطة الجهات القضائية في الدول
بمناسبة الطعن بالبطلان في حكم التحكيم أو إصدار الأمر بتنفيذه .
و يرى جانب من الفقه الفرنسي أن مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه له وظيفة مزدوجة،
ويرتب أثارن مثل اتفاق التحكيم ذاته .

فلمبدأ الاختصاص بالاختصاص أثر ايجابي هو السماح للمحكمن بأن يفصلوا بأنفسهم في مسألة
اختصاصهم و هذا الأثر محل إجماع كل التشريعات الوطنية الحديثة والاتفاقيات الدولية .

كما لهذا المبدأ المهم أثر سلبي إذ يسمح للمحكمن ليس فقط الفصل في مسألة اختصاصهم ، وإنما
بالفصل فيها أولا و قبل أى جهة(3) .

و الى جانب النتائج السابقة الذكر و التي يترتبها اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري سوف نتطرق إلى
نتيجة أخرى أساسية و التي تترتب على الأثر الايجابي لهذا الاتفاق .

(1)أ. حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق ، ص131 .

(2) Philippe Fouchard, E.Gaiyard.B.Goldman., op cit, p 414.

(3)أ. حفيظة السيد حداد، المرجع السابق ذكره ، ص 133 .

الفرع الثاني : انعقاد الاختصاص للتحكيم بالفصل في منازعات عقد النقل البحري المتفق عليها. النتيجة الثانية المهمة و المترتبة على الأثر الايجابي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري تنصب على الاعتراف بالاختصاص لمحكمة التحكيم بالفصل في المنازعات المتفق على حلها بهذا الطريق و المحددة في اتفاق التحكيم سواء أكان شرطاً للتحكيم أو مشاركة تحكيم . فمتى ينعقد اختصاص محكمة التحكيم و ما هو نطاق هذا الاختصاص ؟

أولاً : تقرير اختصاص محكمة التحكيم للفصل في منازعات موضوع الاتفاق على التحكيم . تصبح محكمة التحكيم هي المختصة في نظر موضوع النزاع و المحدد بموجب اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري ، عن طريق اتفاقهم بالعهددة ببعض منازعاتهم أو كلها و الناشئة عن عقد النقل البحري لهيئة التحكيم للفصل فيها . و عليه تصبح المحكمة التحكيمية هي المختصة أصلاً بنظر النزاع(1) ، وكذا النظر قبل ذلك في مدى اختصاصها.

ثانياً : نطاق اختصاص محكمة التحكيم .

يستمد المحكم و لايته بالفصل في المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم من الاتفاق المبرم بين أطراف عقد النقل البحري على اختيار التحكيم كوسيلة للفصل في المنازعات الناشئة بينهم بسبب هذا العقد (2). و يمكن القول بأن اختصاص المحكمة التحكيمية بعد تقرير اختصاصها يكون محدادا بموضوع النزاع الوارد في شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري ، و لا يمكن أن يمتد دور الهيئة التحكيمية الى ما لم يطلبه الخصوم ، و إلا كان تجاوزا لاختصاصها و دعوى للطعن في الحكم التحكيمي سواء بالاستئناف ، أو بدعوى البطلان ، بالإضافة الى مراعاة النظام العام الدولي (3) .

إن موضوع النزاع المحدد في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري ما هو الا محل لهذا الاتفاق كما تم التطرق اليه سابقا في محل اتفاق التحكيم . و زيادة على كونه ركن موضوعي لاتفاق التحكيم ، تظرا أهمية تحديده في هذا المقام كونه يحدد نطاق اختصاص هيئة التحكيم للفصل في المنازعات محل اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري و هنا تظهر لنا الأهمية القانونية و العملية لهذا التحديد .

(1) محمد كولا ، المرجع السابق ، ص 136

(2) أ. حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 135 .

(3) محمد كولا ، المرجع السابق ، ص 137 .

كما يكون فصل محكمة التحكيم بحكم أولي إذا كان الدفع بعدم اختصاصها مرتبط بموضوع النزاع بحسب الفقرة الثانية من المادة 1044 من ق.ا.م.ا.ج (1).

إن اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري ، شأنه في ذلك شأن أي عقد ، يخضع لمبدأ نسبية الآثار المتولدة على العقد من حيث الأطراف و من حيث الموضوع ، فكما لا يمكن للعقد أن يلزم غير أطرافه فإن اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري أيضا لا يمكن الاحتجاج به على من لم يكن طرفا فيه و لا يمكن أيضا للغير أن يتمسك به في مواجهة من هم أطراف فيه ، و هو ما يمكن أن يطلق عليه مبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم من حيث الأطراف ، فالاتفاق على التحكيم في عقد النقل البحري إذا كان تصرفا قانونيا بالنسبة لأطرافه فإنه مجرد واقعة في مواجهة الغير (2).

كما أن اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري تتحدد آثاره من حيث الموضوع بالمنازعات التي اتفق على حلها بواسطة التحكيم ، و بالتالي لا يمتد أثر هذا الاتفاق الى غير ذلك من المسائل التي لا يشملها الاتفاق على التحكيم في عقد النقل البحري و هو ما يمكن أن يطلق عليه بمبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم من حيث الموضوع .

خلاصة الفصل :

إن مبدأ الزامية الاتفاق على التحكيم في عقد النقل البحري ما هو الا أعمال لآثاره الايجابية و السلبية لهذا الاتفاق ، حيث أن الأثر الايجابي المترتب على اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري هو الزامية الاتفاق على فض النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري بواسطة التحكيم و التزام الأطراف بحل النزاع وفقا لما اتفقا عليه و حسب نصوص الاتفاق الخاص بالتحكيم ، أما الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري هو حرمان محاكم الدولة من نظر أي نزاع اتفق عليه الأطراف بخصوص عقد النقل البحري على فضه عن طريق التحكيم (3).

و تفاعل هذان الأمران يقود لأول وهلة ، إلى أن هناك قطيعة بين كلا القضاءين : قضاء الدولة و قضاء التحكيم .

غير أن هذا الاستخلاص مرفوض على الاطلاق ، فالتعاون و التساند بين كلا القضاءين مطلوب ، بل ومفروض أيضا ، و لهذا كان من الطبيعي أن ينشأ نوع من التعاون بين قضاء الدولة و قضاء التحكيم

(1) بربارة عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص 555.

(2) أ. حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق ، ص 135 .

(3) أ. الصحابي حسن عبد الحليم ، التعليق على قرار قضائي ، مجلة التحكيم 2010 ، العدد الثامن ، ص 282 .

من أجل اضعاء المزيد من الفعالية لاتفاق التحكيم (1).

فكون التعاون مطلوب بينهما من ناحية ، لأن قضاء التحكيم قضاء اتفاقي يجد سنده في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري و الذي أبرمه المحكمون ، و بتلك المثابة يفتقد الى السلطة التي تستطيع وضع أحكامه موضع التنفيذ البحري على أطرافه سواء تلك التي يصدرها قبل الفصل في الموضوع أم بعده (2). كما أنه من المعروف أن المحكم كشخص لا يتمتع بقوة القهر والالزام أو ما يعرف بـ Imperium (3) ، و من حيث أن سلطة الأمر أو الجبر لا تتوفر إلا لقضاء الدولة فليس هناك ما يمنع من طلب تدخله لمساندة قضاء التحكيم .

أما عن التعاون مفروض بين القضاة ، لأن اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري لا ينزع الاختصاص من قضاء الدولة ، و إنما يحجبه عن نظر النزاع و يمنعه من سماع الدعوى طالما بقي ذلك الاتفاق قائماً . و من ثم فإنه من الواجب اللجوء اليه كلما طرأ عارض يعوق سير عملية التحكيم أو يحد من فعالية اتفاق التحكيم أو الحكم الصادر.

و لهذا قد نصت الاتفاقيات الدولية و التشريعات المتعلقة بالتحكيم على و جوب تحديد كل دولة محكمة من محاكم نظامها القضائي للمساعدة في المسائل التي قد تعرقل بدء أو سير أو إنهاء عملية التحكيم . من ذلك ما نصت عليه المادة 1041 و 1042(4) من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري و كذا المادة 9 من قانون التحكيم المصري .

و بعدما تطرقنا الى الآثار الاجرائية لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري (الأثر السلبي و الايجابي) و التكامل القانوني الذي بينهما يظهر لنا بعد هذه الدراسة أن هذان الأثران يخصان اتفاق التحكيم و الذي أبرم لحل منازعات عقد نقل بحري ، وهما لا يختلفان عن الآثار التي تترتب عن أي اتفاق تحكيم عموماً . ما يجعلنا نبدأ الفصل الموالي بسؤال و هو : ماذا عن الآثار الموضوعية لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري ؟ هل الآثار الموضوعية لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري تجعل من هذا الاتفاق له ذاتيته و خصوصيته ، و مختلف تماماً عن أي اتفاق تحكيم آخر؟ . هذا ما سوف نحاول الاجابة عنه في الفصل الموالي .

(1)أ. حفيظة السيد حداد، دور القضاء في التحكيم اطلالة على الأوامر الصادرة عن محاكم الدولة في شأن التحكيم Anti-suit Injunctions ، المرجع السابق ، ص 42 .

(2)أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 539 .

(3) أ. حفيظة السيد حداد ، المرجع السابق ذكره ، ص 42 .

(4) أنظر المادة 1041 و المادة 1042 من ق.ا.م.ا.ج.

الفصل الثاني : الأثار الموضوعية لإتفاق التحكيم في عقد النقل البحري .

إن مفهوم القوة الملزمة لإتفاق التحكيم في عقد النقل البحري بإعتباره عقداً ، لا تختلف عن القوة الملزمة للعقود عموماً ، و لما كان الأثر الجوهري لذلك الإتفاق هو إلتزام طرفيه بطرح النزاع على قضاء التحكيم ، و الامتناع عن اللجوء الى قضاء الدولة ، فإن مقتضى القوة الملزمة لإتفاق التحكيم في عقد النقل البحري أن هناك إلتزاماً بتحقيق نتيجة (obligation de resultat) يقع على عاتق كل من طرفي التحكيم (1)، هو الامتناع عن عرض نزاعه على قضاء الدولة و ضرورة قيام كل منهما بالمساهمة في اتخاذ اجراءات التحكيم ، و التي لا تنتهي إلا بأحد الأمرين : صدور حكم حاسم للنزاع بينهما ، أو بإتفاقهما معا على الإنسحاب ، وإنهاء الإجراءات قبل صدور الحكم (2).

فإن خالف أحدهما ذلك يكون قد أحل مبدأً حسن النية في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية . كما يختص القانون الواجب التطبيق على إتفاق التحكيم في عقد النقل البحري (قانون الارادة أو قانون مقر التحكيم ...) بتحديد مفهوم القوة الملزمة لإتفاق التحكيم ، و جزاء الإخلال بها أو الأثر المترتب على تقاعس أحد طرفي الإتفاق عن تنفيذ التزامه ببدأ إجراءات التحكيم و محاولة الإفلات من ذلك الإلتزام ، و تحديد كيفية تنفيذ ذلك الإلتزام عن طريق : التنفيذ العيني أو التنفيذ بمقابل . و قد استقر الرأي بأن التنفيذ العيني هو الوسيلة الوحيدة المقبولة في هذا الشأن . و مثل هذا الجزاء للقوة الملزمة لإتفاق التحكيم نصت عليه العديد من الأنظمة و لوائح و قوانين التحكيم المقارنة (3).

و إذا قد يعتبر البعض خضوع مبدأ القوة الملزمة لإتفاق التحكيم للقانون واجب التطبيق على ذلك الإتفاق و اعتباره بالتالي من المسائل التي تتنازع بشأنها القوانين ، إلا أننا نتجه مع البعض الى إعتبار ذلك من القواعد المادية أو الموضوعية للتحكيم التجاري الدولي ، و بناء على ذلك يلتزم الأطراف في جميع الأحوال ، بإتفاق التحكيم في عقد النقل البحري بالمساهمة في عملية التحكيم ، و بدء إجراءاته بتوجيه إخطار الى الطرف الآخر ، و تعيين المحكمة... الخ

(1) د. أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 440.

(2) إن هذا الأمر تنظمه جل الأنظمة و تشريعات التحكيم ، منهم القانون النمطي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1985 الذي نص في المادة 1/30 على أنه " إذا إتفق الطرفان ، في خلال إجراءات التحكيم ، على تسوية فيما بينهما ، كان على هيئة التحكيم أن تنتهي الإجراءات و أن تثبت التسوية بناء على طلب الطرفين و عدم إعتراضهما ، في صورة قرار تحكيم بشروط متفق عليها "

(3) المادة 11 من القانون النمطي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1985 ، و المادة 6 من قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة اليونسفال 1976 ، و المادة من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي ، و المادة 12 من لائحة اجراءات التحكيم أمام مركز التحكيم التجاري لدول الخليج العربية لعام 1994..... الخ.

و مقتضى ذلك التكييف لمبدأ القوة الملزمة لإتفاق التحكيم في عقد النقل البحري ، أنه لا يجب فقط الاعتراف بملزومية ذلك الاتفاق بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق ، بل كذلك الاعتراف بحكم التحكيم الصادر بناء على شرط تحكيم يعتبره القانون واجب عليه ، حيث لا تقتصر تلك القوة الملزمة فقط على مشاركة التحكيم (عقد التحكيم) دون شرط التحكيم .

و إذا كانت القوة الملزمة لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري تقيد طرفيه بضرورة إحالة النزاع إلى التحكيم (الأثر الايجابي والسلبي لاتفاق التحكيم) ، إلا أن الإلتزام الناشئ عن تلك القوة يشمل شقين : -أثر نسبي من حيث الموضوع ، فيحدد أثر اتفاق التحكيم من حيث الموضوع بالمنازعات التي اتفق على حلها بهذا الطريق و بالتالي لا يمتد أثر هذا الاتفاق الى غير ذلك من المسائل التي لا يشملها الاتفاق على التحكيم في عقد النقل البحري و هو ما يمكن أن يطلق عليه اسم مبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم من حيث الموضوع .

- كما لا يقيد اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري غير طرفيه أو ما يسمى بالأثر النسبي لاتفاق التحكيم من حيث الأشخاص ، و يحدد النطاق الشخصي لهذا المبدأ القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم(1) ، فمن حيث المبادئ العامة في نظرية العقد تفيد أن العقد لا يقيد غير أطرافه ، و لا ينتج التزامات أو حقوق إلا في مواجهتهم دون أن ينتقل إلى غيرهم ، فإن اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري لا يخرج عن ذلك ، إلا أنه من المقبول انتقال هذا الأثر إلى غير هؤلاء (2). فهو ينتقل الى الخلف العام كالورثة(3) ، كما ينتقل الى الخلف الخاص ، و يختص القانون الواجب التطبيق في تحديد مفهوم كل من الخلف العام والخلف الخاص لطرفي اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري و كذلك من هو الغير و الذي يمكن أن نحتج عليه بهذا الاتفاق ، أو يحتج هو به .

و في هذا الخصوص ، قد تختلف الأحكام و الحلول فيما بين القوانين المقارنة :

-ففى شأن اندماج شركات النقل البحري ثار السؤال : هل تلتزم الشركة الجديدة ، التي حصل معها

(1) مع الأخذ بعين الاعتبار الاتجاه الذي يرى بأن مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم يشكل قاعدة مادية من قواعد التحكيم التجاري الدولي ، يجب الاعتراف به و إحترامه خارج دائرة أي قانون وضعي على نحو ما أشرنا سابقا .

(2) ph. Delebecque : la transmission de la clause compromissoire ; Rev .arb. 1991 .p19 et ss

(3) وقد قضت غرفة التجارة الدولية بباريس عام 1977 بأنه :

« Selon la doctrine juridique dominante, une convention d'arbitrage n'est pas valable entre les parties seulement .mais s'impose également à leurs successeurs universels . et à leur ayant cause à titre particulier cessionnaires et tous acquériers d'obligation »

عن د . أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 447.

د.عبد السلام ذيب ، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، موفم للنشر ، الطبعة الثالثة منقحة ، ص 520.

الإندماج ، باتفاق التحكيم المبرم بمناسبة عقد النقل البحري ، و الذي كانت الشركة الأولى قد أبرمته مع من تعاملت معهم .

قد ذهبت أحكام القضاء عموماً إلى أن الشركة الجديدة لا تلتزم باتفاق التحكيم الذي أبرمته الشركة المندمجة ، غير أنه يمكن القول بأن الشركة الجديدة تحل بقوة القانون محل الشركة المندمجة في حقوقها و إلتزاماتها و من ثم فهي تكون ملتزمة بتنفيذ اتفاق التحكيم الذي أبرمته شركة النقل المندمجة .

- كذلك بالنسبة لإنقسام الشركات ، حيث تعتبر شركة النقل البحري المتولدة عن الإنقسام خلفاً عاماً للشركة الأم، و تلتزم باتفاق التحكيم الذي أبرمته قبل الإنقسام ، و يستطيع الطرف الآخر لعقد النقل البحري ، مطالبة الشركة الوليدة بالالتزام باتفاق التحكيم .

- أيضاً بالنسبة لورود شرط التحكيم في عقد ايجار السفينة - دون سند الشحن فقد اتجه رأي بأن حامل السند لا يلتزم بذلك الشرط ، إلا إذا كانت هناك إحالة صريحة إليه في سند الشحن ، ولا تكفي الإحالة العامة ، حيث لا تؤدي تلك الإحالة العامة إلى جعل شرط التحكيم الوارد بعقد الإيجار مندجاً في سند الشحن . إلا أن هذا الحل قد يختلف من نظام قانوني لآخر ومن نظام قضائي لآخر .

- إن الواقع العملي في معاملات التجارة البحرية والنقل البحري أثبت أن هناك أشخاصاً من الغير يمكن أن يمتد إليهم أثر اتفاق التحكيم المبرم بين طرفيه و يطرح السؤال دوماً حول أثر وجود شرط التحكيم بسند الشحن ، بالنسبة لحامله .

وللبحث عن الآثار الموضوعية لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري و بمعنى آخر قوته الملزمة من حيث الموضوع (النطاق الموضوعي) و من حيث الأشخاص (النطاق الشخصي له) ، و مدى نفاذ اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري في مواجهة الغير الحامل لسند الشحن ومنهم المرسل إليه و من يحل محله ، قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين: المبحث الأول يضم مبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري أما المبحث الثاني فهو عن موقف القضاء المقارن من الاحتجاج باتفاق التحكيم في عقد النقل البحري.

المبحث الأول : مبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري .

إن إتفاق التحكيم في عقد النقل البحري ، شأنه في ذلك شأن أي عقد ، يخضع لمبدأ نسبية الآثار المتولدة على العقد من حيث الأطراف و من حيث الموضوع . فكما لا يلزم العقد إلا أطرافه ، فإن إتفاق التحكيم في عقد النقل البحري لا يمكن الاحتجاج به على من لم يكن طرفا فيه ، و لا يمكن أيضا للغير أن يتمسك به في مواجهة من هم أطراف فيه و هو ما يطلق عليه نسبية آثار العقد من حيث الأطراف . فالاتفاق على التحكيم في عقد النقل البحري، إذا كان تصرفا قانونيا بالنسبة لأطرافه فإنه مجرد واقعة في مواجهة الغير (1).

إلا أن التمسك بمبدأ نسبية العقود على إطلاقه تطبيق تقليدي لهذه القاعدة (2)، فمع مطلع القرن الجديد ظهر استثناء على هذا المبدأ يتمشى و متطلبات التطور الحاصل في شتى العلاقات القانونية ، هذا المبدأ هو مبدأ نفاذ العقود ، و على الرغم من أن فكرة نفاذ العقود ما هي إلا إستثناء على المبدأ الأول فهي لا تتعارض معه و إنما أعملت لوضع توازن عادل ما بين العلاقات القانونية المختلفة و مدى الاحتجاج بها في مواجهة كل من شارك فيها حتى وإن لم يكن طرفا أصلي في العلاقة التعاقدية .

إن خصوصية التجارة البحرية والنقل البحري أثبت أن هناك أشخاصا من الغير يمكن أن يمتد اليهم أثر اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري المبرم بين طرفيه، و يطرح السؤال دوما حول أثر وجود شرط التحكيم بسند الشحن بالنسبة لحامله . فالمرسل إليه الذي لم يوقع سند الشحن يعتبر قد قبل السند بكل شروطه و بنوده منذ لحظة نقله بالتظهير وحامل السند ليس خلفا خاصا ، ولكن له حق مرتبط بالسند الذي يحمله ، ومن ثم يتقيد بشرط التحكيم الوارد بذلك السند كما أن له أن يتمسك به (3). و أحسن مثال يعطى في الصدد هو عن عقد النقل البحري بسند الشحن، إذ أن النقل البحري يضم ثلاث أطراف: الناقل و الشاحن والمرسل إليه هذا الأخير هو مرتبط بعقد النقل إلا بعد قبوله لسند الشحن(4).

(1) حفيفة السيد حداد ، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ، المرجع السابق ، ص 135 .

(2) محمد عبد الفتاح ترك ، المرجع السابق ، ص 573 .

(3) و في هذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية أن شرط التحكيم الوارد بسند الشحن يلزم المرسل اليه بإعتباره في حكم الاصيل رغم عدم توقيعه على ذلك السند و عدم تعاقده على نقل البضاعة ، فالمرسل اليه ، أي حامل السند ، يعتبر طرفا ذا شأن في عقد النقل البحري يتكافأ مركزه ومركز الشاحن ، ومن ثم يلتزم بشرط التحكيم الوارد فيه فلا يستطيع أن يرفع دعواه مباشرة إلى قضاء الدولة ، كما لا يستطيع أن يطالب بتنفيذ ذلك الشرط . نقض مدني 26 يونيو 1978 ، مجموعة المكتب الفني ، السنة 29، ص1048.

بالتالي هنا يثور الإشكال حول مدى حجية شرط التحكيم المدرج في سند الشحن أو المحال إليه سند الشحن في مواجهة المرسل إليه، كما يمكن طرح التساؤل حول نفاذ شرط التحكيم في مواجهة أشخاص آخرين يمكنهم الارتباط بطريقة أو بأخرى بشرط التحكيم البحري كمؤمن المرسل إليه مثلا. و لإيجاد حل لهذا الإشكال ثار جدل فقهي وقضائي حول مدى نفاذ شرط التحكيم في مواجهة المرسل إليه أو من يمكن أن يحل محله.

وقد ظهرت عدة نظريات لتحديد المركز القانوني للمرسل إليه، إلا أن القضاء المقارن لم يأخذ باتجاه محدد وواضح فيما يخص هته المسألة، وإنما تضاربت أحكامه ما بين اعتبار المرسل إليه بمثابة طرفا في عقد النقل البحري وما بين اعتباره من الغير(1) ، وما بين اعتبار حيازته لسند الشحن بمثابة حيازة رمزية للبضاعة(2). ولتفادي هذا المشكل استند الفقه الحديث إلى نظرية جديدة تسمى بنظرية النفاذ او الاحتجاج لتبرير الأساس القانوني للعلاقات التي تنشأ في إطار عقد النقل البحري للبضائع بين المرسل إليه والمرتبطين بشكل أو بآخر بهذا العقد.

كذلك فإن اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري تتحدد آثاره من حيث الموضوع بالمنازعات التي اتفق على حلها عن طريق التحكيم و بالتالي لا يمتد أثر هذا الاتفاق الى غير المسائل التي حددت في اتفاق التحكيم و هو ما يطلق عليه بالأثر النسبي لإتفاق التحكيم في عقد النقل البحري (3). و نظرا لأهمية كل من المبادئ السابقة الذكر و التطورات الحديثة بشأنها سواء على الصعيد الفقهي أو على صعيد الأحكام القضائية و أحكام التحكيم ، و نظرا لخصوصية عملية النقل البحري و أطرافها ، فإنه ستعرض لها من خلال تقسيم هذا المبحث الى مطلبين : المطلب الأول هو عن ماهية القوة الملزمة لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري .

أما المطلب الثاني فسوف يكون حول مدى سريان اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري في مواجهة المرسل اليه .

(1)Haddoum Kamel, la problématique de l'opposabilité de la clause compromissoire dans le contentieux maritime, le cas du destinataire, revue de la cour suprême, tome 2, p 10

(2)عباس مصطفى المصري، المركز القانوني للمرسل اليه في عقد النقل البحري، دار الجامعة الجديدة، بدون طبعة، سنة 2008، ص 108.

(3)حفيظة السيد حداد ، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ، المرجع السابق ، ص 135 .

المطلب الأول : ماهية القوة الملزمة لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري .

إذا كانت القوة الملزمة لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري تقيد أطرافه (مبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري من حيث الأشخاص) بضرورة احالة المنازعات المتفق على حلها بهذا الطريق و المحددة في اتفاق التحكيم (مبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري من حيث الموضوع) ، فإن هذا المبدأ قد طرأت عليه تطورات و ظهرت نظريات قانونية جديدة في هذا الشأن لحل المشاكل القانونية التي قد تنشأ عن تطبيقات القوة الملزمة للعقود ، سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الموضوع .

الفرع الأول : خلفية تاريخية لمبدأ القوة الملزمة للعقود - و تطوره.

العقد شريعة المتعاقدين ، و لهذه القوة أثر نسبي سواء من حيث الأشخاص أو من حيث الموضوع . و قد كانت القاعدة الرومانية تنص على أن العقد لا يلزم و لا يقيد غير طرفيه(1):

« *Res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest* »

و معناها أن "العقد لا يسري على من لم يكن طرفا فيه " ، وقد كانت هذه المادة الأصل التاريخي للمادة 1165 مدني فرنسي ، إلا أن الفقه التقليدي لم يلتزم بالتفسير الذي كان مأخوذا به في القانون الروماني فيما يتعلق بهذه القاعدة .

و الجدير بالذكر أن فكرة العقد كانت المكان الخصب لتطبيق اتجاه الفقه التقليدي الفرنسي بعدم الاعتراف بترتيب أية آثار للعقد خارج دائرة الأطراف المتعاقدة حيث كانت فكرة العقد في فرنسا المكان الأكثر تطبيقا للفلسفة الفردية ، وقد اتجه الفقه التقليدي هناك الى تفسير مواد القانون المدني من منطلق الدفاع عن حرية الفرد و ضمان مبدأ سلطان الارادة ، لذلك لم يعترف هذا الفقه بترتيب أية آثار للعقد خارج دائرة الأطراف المتعاقدة (2).

و قد أشارت المادة 1165 مدني فرنسي الى مبدأ نسبية أثر العقود بقولها أن " الاتفاقات ليس لها أثر إلا بين أطرافها فهي لا تضر الغير و لا تفيده إلا في حدود المادة 1221 مدني فرنسي " ، و قد أخذ القانون المصري بهذا المبدأ و حتى القانون الجزائري .

كما قد تم استخدام لفظ الاحتجاج أو النفاذ « *l'opposabilité* » في أحول كثيرة للدلالة على وجود استثناء على مبدأ نسبية العقود ، بل إن لفظ عدم النفاذ « *Inopposabilité* » كان اللفظ

(1) محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 95 .

(2) محمد عبد الفتاح ترك ، التحكيم البحري ، المرجع السابق ، ص 571.

الأكثر استخداما لإيضاح حالة العقد الذي ليس له أثر في مواجهة الغير باعتبار ذلك محض تطبيق لحدود مبدأ نسبية أثر العقود المقرر بالمادة 1165 مديني فرنسي .

هذا و قد أدى التفسير غير الدقيق لنص المادة 1165 مديني فرنسي الى الخلط المعروف بين نسبية العقود و نفاذ الحقوق حتى أن الفقه الفرنسي التقليدي قد انتهى الى صيغة جامدة مؤداها أن " الاتفاقات لا يمكن أن تفرض أي التزام على الغير أيا كان نوع هذا الالتزام " كما أن التفسير الواسع لهذه المادة قد جلب قائمة طويلة من الاستثناءات لا تمثل حقيقة في معظم فروضها.

كما أخذ الاتجاه التقليدي في الفقه الفرنسي على أن المادة 1165 مديني فرنسي و التي تعالج مبدأ نسبية أثر العقود إنما تحمل في طياتها مبدأ عام آخر هو عدم النفاذ بمعنى أن آثار العقود بطريقة مباشرة أو غير مباشرة لا تنصرف الى الغير و لا يمكن الاحتجاج قبله بأية آثار مستمدة من كيان العقد ذاته . و قد اتفق القضاء الفرنسي مع هذا الاتجاه و رفض الاقرار للغير بإمكانية الاحتجاج في مواجهة شخص قام بتصرف و متعاقد آخر (1).

و مع مطلع هذا القرن كشف الغموض الخاص بنطاق تكييف مبدأ نسبية العقود بفضل الجهود الفقهية و القضائية حيث أظهرت أنه لا يوجد أي تعارض بين هذا المبدأ و مبدأ نفاذ العقود . هذا وقد استمرت البحوث و الدراسات نحو تحديد أكثر دقة لمبدأ نسبية أثر العقود ووضع الحدود الفاصلة بينه و بين مبدأ نفاذ العقود الى أن أصبح لهذا المبدأ ذاتيته و تفرده . فالعقد بصفته واقعة يمكن أن يحتج به الغير أو يحاج به بحسب الأحوال دون أن يعني ذلك الإلحلال بمبدأ نسبية العقود (2).

و بناء على هذا يفرق الفقه الموضوعي بين القوة الملزمة للعقد أو الاتفاق بوصفه تصرفا قانونيا و يقصرها على أطرافه و بين الاحتجاج بالعقد بوصفه واقعة اتجاه الغير (3) ، أما الفقه الاجرائي فيفرق بين حجية الشيء المقضى للحكم و يقصرها على أطرافه و الاحتجاج بالحكم في مواجهة الكافة بما فيهم الغير . و بهذا نجد أن التصرف له جانبان ، الجانب الأول ذا أثر مباشر على أطراف العقد و يعرف بمبدأ نسبية العقود أما الجانب الثاني فهو ذات أثر غير مباشر يمس الغير إما بفائدة أو التزام ، و هذا هو مبدأ نفاذ العقد أو الاحتجاج به أو سريانه أي أن الآثار غير المباشرة أو آثار العقد الخارجية هي التي تتصل بوجود

(1) محمد عبد الفتاح ترك ، التحكيم البحري ، المرجع السابق ، ص 572.

(2) المرجع السابق ذكره ، ص 573 .

(3) ان ما تجدر الاشارة اليه أن فكرة الطرف الثالث ليست بفكرة حديثة و إنما هي فكرة قديمة ، بل كانت محلا للعديد من البحوث القضائية و الفقهية ، في مواضيع شتى من فروع القانون الخاص ، و مثال ذلك تحديد المركز القانوني للمرسل اليه .

العقد كواقعة يمكن أن يحتج به قبل الغير أو يحاج به (1) ، أما آثار العقد الداخلية فهي تتعلق بالأطراف (2) . إلا أنه لكي يحتج بالعقد قبل الكافة ، أو لكي ينفذ عقد في مواجهة الغير كان من الضروري توافر عنصر العلم لدى الغير بهذا العقد و يعتبر علما يقينيا ، حيث لا يمكن وفقا للقواعد العامة احترام واقعة اجتماعية أو قانونية أو حتى مادية دون أن نضع في الاعتبار علم الغير بها .

و نظرا لخصوصية اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري فمن الأهمية تحديد مفهوم الغير لمعرفة من الذي يحاج بهذا العقد أو بعبارة أخرى على من ينفذ هذا الاتفاق. و بالتالي هل يعتبر المرسل اليه "طرفا" أو "غير" بحيث يسري عليه مبدأ نسبية أثر العقد ، أو مبدأ نفاذ العقد أو الاحتجاج به ؟ . و هذا ما سوف نحاول الاجابة عليه في النقاط الموالية .

الفرع الثاني : نفاذ العقد و الاحتجاج به بصفته واقعة اتجاه الغير .

قد ينفذ العقد بصفته واقعة اجتماعية أو بصفته واقعة قانونية .

أولا : نفاذ العقد كواقعة اجتماعية .

يتمثل نفاذ العقد بصفته واقعة اجتماعية في وجوده كمصدر للمعلومات أو كوسيلة للثبات ، تستفيد منه كل طوائف الغير بمختلف أنواعها سواء الغير الحقيقي و الذي ليست له علاقة أو مصلحة مباشرة بالعقد أو غير الحقيقي الذي له مصلحة و علاقة بأحد أطراف العقد ويدخل في فئته الدائنون العاديون و الخلف الخاص .

حيث يمكن استخدام العقد كمصدر للمعلومات يحتج بها الغير أو يحاج بها دون أن يعتبر ذلك إفادة للغير من عقد ليس طرفا فيه، بالمخالفة لمبدأ نسبية العقود ، و يعتبر العقد هنا واقعة مادية (3) . و التطبيقات العملية كثيرة في هذا المجال فالمحكم أو القاضي يمكنهم بالإستناد الى عقد أو آخر الحصول على ما يرونه مناسبا من معلومات تساعد على استظهار وجه الحق في النزاع المطروح أمامه ، فالمحكم

(1) محمد عبد الفتاح ترك ، التحكيم البحري ، المرجع السابق ، ص574.

(2) من المعروف قانونا أن العقد شريعة المتعاقدين ، و إذا اكتملت أركانه انصرفت آثاره الى عقايديه دون أن تمتد الى غيرها و هذا ما نصت عليه المادة 106 من القانون المدني الجزائري : "العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ، أو تعديله إلا بإتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقرها القانون " كما نصت المادة 113 من نفس القانون أن : " لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير و لكن يجوز أن يكسبه حقوقا " .

(3) و مثال ذلك الاستناد الى عقد معين بصفته واقعة لتقدير قيمة الشيء موضوع النزاع أو لتقدير قيمة خسائر في مجال اقتصادي معين ، كما يستخدم العقد كواقعة لتحديد العناصر الضرورية الواجب وضعها في الحسبان لتقدير قيمة التعويض في حالة حدوث اتلاف أو خسائر... الخ ، و ليس من الضروري أن تكون ثمة علاقة بين هذا العقد باعتباره واقعة و بين أطراف النزاع حتى يمكن استسقاء المعلومات الضرورية ، و بالتالي يمكن القول أن ثمة استثناء على مبدأ نسبية العقود باعتبار أن الغير هنا يستفيد أو يضار من عقد ليس طرفا فيه بحسب الأحوال . على أساس أن الآثار الناجمة عن العقود و المتعلقة بمثل هذه المجالات هي آثار غير مباشرة تدخل في مجال النفاذ و ليست آثار مباشرة تدخل في مجال الأثر الملزم أي مبدأ نسبية العقود .

و القاضي لهم مطلق الحرية في الاسترشاد بالعقود التي تكون أجنبية عن طرف النزاع بصفته وقائع مادية و ذلك من منطلق واجب كل من المحكم و القاضي في التحري و البحث، للوصول الى الحقيقة (1) في الدعوى المنظورة أمامهم حتى يكون هناك قضاء عادل .

أما بالنسبة لاستخدام العقد كوسيلة للإثبات فنلاحظ أن الغير عندما يتمسك بالعقد كدليل في الإثبات فهو يتمسك به من منطلق نفاذه بصفته واقعة اجتماعية ، كأن يتمسك المضروب بالعقد القائم بين العامل مرتكب الخطأ و رب العمل المسؤول عن فعل تابعه وفقا للقواعد العامة . و هكذا يمثل العقد مصدرا أجنبيا بالنسبة للنزاع و ليست له أي قوة اثبات فيما يتعلق بالموضوع الأساسي للنزاع القائم بين العاقدين و إلا نكون قد إجتزنا مجال الواقعة القانونية دخولا الى نطاق التصرف القانوني .

ثانيا : نفاذ العقد كواقعة قانونية .

يختلف نفاذ العقد بصفته واقعة اجتماعية و الذي يمكن أن يستخدم لاستخراج بعض المعلومات أو كوسيلة للإثبات ، عن نفاذه كواقعة قانونية و التي يتولد عنه نتيجة لها آثار قانونية قد تكسب الغير حقا أو تحمله التزاما ، وهو بهذا المفهوم يتشابه مع الوقائع القانونية الأخرى الذي يرتب عليها القانون آثارا مثل العمل غير المشروع كمصدر من مصادر الالتزام و كذا الأثر بلا سبب.

فنفاذ العقد في هذه الحالة يكون أقوى من حالة نفاذه بصفته واقعة اجتماعية ، كما أن نفاذ العقد بصفته واقعة قانونية يتولد عنه التزام يقع على عاتق الغير بإحترام عقود الآخرين و الامتناع عن كل ما من شأنه الإخلال بما تتضمنه من حقوق والتزامات ، ولعل نفاذ العقد بصفته واقعة قانونية تشكل مدخلا مناسباً للوصول الى معرفة المركز القانوني للمرسل إليه في عملية النقل البحري للبضائع ، و مدى التزامه باتفاق التحكيم المدرج في هذا العقد .

أيضا فإن شرط التحكيم الوارد في سند الشحن أو في مشاركة الإيجار ، والتي أحال اليها هذا السند احالة واضحة وقاطعة ، هذا الشرط و ما يماثله من شروط و التي يمكن أن ترد في سند الشحن يلزم إحترامها وفقا لمفهوم نفاذ العقد و الاحتجاج به بصفته واقعة قانونية مولدة التزام باحترامه سواء من طرف العاقدين الأصليين أو من المرسل اليه حيث تضمهم مجموعة عقدية واحدة . إلا أنه من الضروري توافر عنصر العلم سواء كان علما حقيقيا أو حكما (2) .

(1) وقد نصت المادة 1047 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري على : " تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة " .

(2) محمد عبد الفتاح ترك ، التحكيم البحري ، المرجع السابق ، ص 585 .

المطلب الثاني : نطاق القوة الملزمة لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري .

يتحدد نطاق اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري كونه لا يسري إلا على المسائل التي حددها اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري وهذا ما يسمى بأثر اتفاق التحكيم من حيث الموضوع أو بالنطاق الموضوعي لاتفاق التحكيم .

كما أن اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري لا يقيد غير أطرافه و هذا ما يطلق عليه الأثر النسبي لاتفاق التحكيم من حيث الأشخاص ، و بالتالي سوف نتطرق الى مضمون هذا النطاق و حدوده .

الفرع الأول : نطاق اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري من حيث الموضوع .

إن العقد نسبي كذلك من حيث الموضوع أو المضمون بمعنى أنه لا يلزم إلا بما ورد فيه و هذا يثير ثلاث مسائل و هي تفسير العقد و تحديد نطاقه و كيفية تنفيذه(1) .

و لتحديد مضمون أي عقد ، لزم معرفة معنى العبارات التي يتضمنها ، فقد تكون هذه العبارات غامضة وعندئذ يلزم تفسيرها لإستجلاء المعنى ، و استخلاص معنى العقد يكون بتحديد ما قصدته الإرادة المشتركة لعاقديه (2) و الإرادة المشتركة لطرفي العقد أمر معنوي ، و لكنها تستخلص من عبارة العقد فضلا عن ظروف و الملابسات التي تكتنف ابرامه (3).

و نظرا لخصوصية تطبيق و تفسير شروط عقد النقل البحري فإنه وجب علينا معرفة مسبقا كيف تسري هذه الشروط على أطرافه و كيف يحتج بها اتجاههم من حيث الموضوع و من بينها شرط التحكيم ، و بعدها تبيان النطاق الموضوعي لاتفاق التحكيم المدرج في هذا العقد .

أولا : الخصوصية في تطبيق و تفسير شروط عقد النقل البحري.

قد يرد في عقد النقل البحري عبارات يكون مدلولها القانوني غير واضح أو يختلف معناها من نصح قانوني الى نصح قانوني آخر ، سيما اذا أخذنا بعين الاعتبار أن غالبية النقل البحري يتسم بالطابع الدولي ، حيث يجري النقل من مرفأ يقع في دولة معينة الى مرفأ واقع في دولة أخرى ، و لا يخفى تنوع العادات و الأعراف و الممارسات الجارية في المهن المعنية في كل مرفأ ، و مدى اعتبار هذه العادات و الممارسات كأحد

(1) محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 109 .

(2) قد نصت المادة 111 من القانون المدني الجزائري على : " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على ارادة المتعاقدين .

أما اذا كان هناك محل لتأويل العقد ، فيجب البحث عن الارادة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين ، وفقا للعرف الجاري في المعاملات "

(3) محمود السيد عمر التحيوي ، مفهوم الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ، المرجع السابق ، ص 419 .

المصادر الاحتياطية للنقل البحري، كمهل التفريغ و الشحن و التفريغ و التي تختلف من مرفأ لأخر .
و إذا تعرض المحكم أو القاضي لتفسير شروط عقد النقل البحري فإنه سوف يطبق قواعد القانون المدني في شأن تفسير العقود ، بحيث لا شيء جديد في هذا الصدد يميز هذا العقد عن غيره من العقود ، لذلك لم يرد في القانون البحري الجزائري و حتى القوانين البحرية المقارنة أية قاعدة مميزة في شأن تفسيره .
و إذا اعتمد المحكم أو القاضي فكرة أن عقد النقل البحري من عقود الاذعان ، يترتب على ذلك ألا تفسر العبارات الغامضة في العقد تفسيراً يضر بمصلحة الشاحن إذا كان طرفاً مدعناً في العقد دائماً كان أم مدينا لأن طبيعة عقد الاذعان تقضي بهذا التفسير(1) . و نظراً لأن الطرف المدعن يكون عادة هو الطرف الضعيف في الرابطة العقدية يجب حمايته(2) من أي شرط تعسفي ، خلافاً للقاعدة العامة التي تقضي بوجوب تفسير الشك لمصلحة المدين عملاً بالمادة 112 من القانون المدني الجزائري .
و قد ألزمت القوانين الوضعية البحرية المحكم أو القاضي بترجيح الشروط الخطية (أي المكتوبة باليد) إذا ما تعارضت مع الشروط المطبوعة الواردة في عقد النقل ، مع العلم بأن كل من الشروط الخطية و الشروط المطبوعة هي متساوية القيمة القانونية من حيث الزاميتها و آثارها ما عدا في حالة تعارضها .
و في الحالة التي يتم عقد النقل البحري بموجب مشاركة ايجار (سند ايجار) ، نظم بالتزامن مع سند الشحن لذات عملية النقل ، فإنه إذا وقع نزاع بين شروط خطية و شروط مطبوعة بين مشاركة ايجار و سند الشحن ، فالبعض يرى أن كافة الشروط الواردة بالسند سواء كانت مطبوعة أو مكتوبة ترجح على الشروط الواردة في مشاركة ايجار أياً كانت هذه الشروط مكتوبة أو مطبوعة ، باعتبارها آخر تعبير عن ارادة الأطراف . أما عن مدى سريان هذه الشروط الواردة في سند الشحن على الشاحن حسب طبيعتها فقد فرق بعض الفقه و القضاء بين نوعين من الشروط(3) ، فهناك شروط عادية و شروط غير عادية فبالنسبة

(1) و قد نصت المادة 112 من ق.م. ج : " يؤول الشك في مصلحة المدين غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعن "

(2) وجددي حاطوم ، المرجع السابق ، ص 33 .

PAUL CHAUVEAU ,TRAITE DE DROIT MARITIME ,LIBRAIRIES TECHNIQUES,1958 ,P488

(3) نمة قرار قدم صادر عن القاضي المنفرد ببيروت فرق بين البنود العادية و البنود غير العادية المدرجة في سندات الشحن فقد ورد في القرار : " الشروط المدونة في البوليصه على نوعين الأول عادي و الثاني غير عادي ، و إذا كانت الشروط العادية تعتبر سارية بحق الشاحن حتى و لو لم يوقعها ، فأن نمة قرينة بأن قد رضي بما لكونها عادية و غير ملزمة له بغير ما يلزمه به القانون أو المنطق أما الشروط غير العادية فلا محل عندها لقرينة القبول المذكورة ، و ينبغي الاشتراط من الناقل أن يثبت علم الشاحن بما وقبوله لها ... و ان يسمى بالبنود العادي ليس حقاً البنود الذي جرى الناقلون على وضعه في جميع بوالص الشحن ذلك أن ليس من بوليصه الا و هي تحوي بنوداً ان لم يكن بنوداً عديدة خارقة للأحكام العادية ... أن المعيار الواجب اعتماده اذا لتحديد البنود غير العادية هو في أن تكون هذه غير منطبقة تماماً على أحكام عقد النقل القانونية أو غير المنسجمة معه و مما لا شك فيه أن البنود الذي يجيزه الناقل فيه لنفسه أن يفرغ البضاعة في المرفأ المقصود هو بند غير عادي و غير منتظر من الشاحن فلا يسري عليه الا اذا أثبت الناقل قبوله له " منفرد مدني رقم 798 تاريخ 1959/4/3 نشره 1959 ص 457.

الى الشروط العادية تعتبر سارية في مواجهة الشاحن حتى و إن لم يوقع عليها ، ذلك كون أن هناك قرينة على رضاه و علمه بها ، أما عن الشروط الغير العادية فلا محل لتطبيق قرينة العلم و القبول في هذه الحالة(1) ، بل يجب على الناقل أن يثبت علم الشاحن وقبوله بها و من بين هذه الشروط شرط التحكيم ، و لهذا نجد بأن القضاء كان دائما يراقب الشروط الخاصة في سند الشحن و من بينها شرط التحكيم و هل الشاحن قد قبل هذا الشرط حتى يمكن الاحتجاج به في مواجهته .

ففي بداية الأمر تبني القضاء بالنسبة للشروط الخاصة المدرجة في سند الشحن الاتجاه الشكلي و هو وجوب أن تكون هذه الشروط موقعة من طرف الشاحن لكي تسري في حقه . أما الآن فقد اتبع اتجاه آخر و هو أن شرط التحكيم يسري في مواجهة الشاحن حتى و إن لم يوقعه (2)، كون هذه الشروط أصبح جاري التعامل بها في فض منازعات النقل البحري و بالتالي لم يصبح القضاء يدقق حتى في كون الشاحن قد قبلها أم لا (3)، بل أصبح يفترض أن هذا الأخير قد علم بها .

كما أنه لا غنى عن توقيع سند الشحن من قبل الريان (أو حتى الناقل) بوصفه نائبا عن الناقل و قد جرى العرف البحري أن يوقع سند الشحن أي ممثل بري كأمين السفينة أو مدير الفرع أو الشركة المفوضة بالتوقيع . و إذا كان الشاحن كطرف في عقد النقل البحري عليه التوقيع على سند الشحن لإلزامه بمضمونه إلا أن عدم توقيعه لا يلغي مفعول سند الشحن و الشروط الواردة فيه ، فالناقل يستطيع الاحتجاج به عليه بشرط أن يثبت قبوله له عند تسليمه اياه ، أما إذا حصل تباين في الشروط و البيانات المدرجة في سند الشحن فإن كل نسخة تكون حجة على موقعها أي أنه لا يلتزم و لا يحتج في مواجهته الا بمضمون هذه النسخة .

أما إذا تم عقد النقل البحري عن طريق مشاركة ايجار ، و قد يصدر بناء على هذه المشاركة سند شحن من قبل مؤجر السفينة الى المستأجر اذا كان سند الايجار لرحلة معينة ، و إما من قبل المستأجر الى صاحب البضائع اذا كان سند الايجار لمدة معينة . فتعتبر سندات الشحن الصادرة بناء على مشاركة ايجار ايصالا بالبضائع المشحونة و تمثلها تماما كسندات الشحن الصادرة بموجب عقد النقل . و تكون اسمية أو لأمر أو للحامل . فقد يكون سند الشحن بموجب مشاركة ايجار صادر بإسم مستأجر السفينة و قد تكون بإسم غيره من الاشخاص ، ويتم تداول هذا السند اذا كان للحامل أو لأمر تماما كسند الشحن بموجب عقد النقل .

(1) وجدي حاطوم ، المرجع السابق ، ص 33 .

(2) ; (3) PAUL CHAUVEAU ,OP CIT ,P492

فإذا كان الحامل الشرعي لسند الشحن هذا هو غير المستأجر الأصلي عندها تثار اشكالية قانونية عند وجود تباين بين بنود مشاركة الايجار و بنود سند الشحن الصادرة بناء عليها ، وكذلك اشكالية القوة الثبوتية لبنود مشاركة الايجار بمواجهة حامل سند الشحن .

أما فيما يخص العلاقة بين المؤجر و المستأجر فبدون شك أن شروط مشاركة الايجار هي التي ترجح على شروط سند الشحن اذا وقع تباين بينهما ، مع مراعاة أنه اذا نظم سند الايجار و سند الشحن معا ووقع تباين بين الشروط الخطية والشروط المطبوعة فإن شروط سند الشحن هي التي ترجح .

أما فيما يخص العلاقة بين المستأجر و الشاحن ، فعندما يحمل الشاحن سند شحن صادر عن المستأجر يكون غريب عن مشاركة الايجار أي أنه من الغير بالنسبة لعقد ايجار السفينة المبرم بين المؤجر و المستأجر ، و بالتالي لا يمكن الاحتجاج بشروط مشاركة الايجار و منها شرط التحكيم الوارد فيها اعمالا لمبدأ المفعول النسبي للعقود ما لم يحيل سند الشحن احالة واضحة و صريحة الى بنود مشاركة الايجار .

و قد رأينا سبعا أن وجود مثل هذه الاحالة في سند الشحن يجعل من سند الشحن جزءا لا يتجزأ من سند الإيجار و يندمج فيه و يسري على حامل هذا السند.

و في الأخير يمكن القول أن بنود مشاركة الايجار تسري على المؤجر و المستأجر و لو صدر سند الشحن للمستأجر بموجب مشاركة الايجار مع عدم اغفال التفصيل السابق الذكر.

أما بين المؤجر و المستأجر و الشاحن و المرسل اليه أو أي شخص ثالث حامل لسند الشحن فإن بنود مشاركة الايجار هي السارية بما فيها شرط التحكيم بشرط أن تكون هناك احالة واضحة و صريحة تؤدي الى خضوع سند الشحن لشروط مشاركة الايجار (1) .

أما عن عقد النقل البحري الدولي للبضائع و الذي تنطبق عليه اتفاقية هامبورغ ، فقد نصت هذه الاتفاقية على وجوب تفسير و تطبيق النصوص القانونية المنطبقة على العقد بمراعاة الطابع الدولي للاتفاقية و ضرورة تشجيع التزام التوحيد في التطبيق ، و يعني ذلك أن المحكم أو القاضي عندما ينظر في نزاع بعقد بحري دولي للبضائع تنطبق عليه اتفاقية هامبورغ عليه ألا يتقيد بالنظريات السائدة في تشريعه ، بل عليه تحطي كل الحدود الاقليمية إلى المجال الدولي حيث تسود مبادئ عليا ، و هذا هو الشأن في اتفاقية روتردام حيث نصت المادة الثانية منها على : " يراعى في تفسير هذه الاتفاقية طابعها الدولي و ضرورة العمل على تطبيقها بشكل موحد و التزام حسن النية في هذه الاتفاقية " .

(1) وجددي حاطوم ، المرجع السابق ، ص 52.

ثانيا : الشروط المطبوعة في سند الشحن وقيمتها القانونية .

أضحت شركات الملاحة البحرية كافة تصدر سندات شحن نمطية تتضمن شروط النقل المطبوعة سلفا . و يندر على المستوى العملي صدور سند الشحن بغير تلك الطريقة المتعارف عليها عالميا ، والشروط التي تتضمنها و إن اختلفت في بعض التفاصيل إلا أنها تتجه الى تحديد المضمون الاتفاقي لعقد النقل البحري بوجه عام على نحو يوفر للشركات الملاحية المزيد من الحماية . ويلاحظ أن تلك الشروط المطبوعة تفصل في كافة المسائل المتعلقة بعقد النقل ، من حيث تحديد حقوق و التزامات الأطراف ، ومدى جواز الاحتجاج بالبيانات الواردة بالسند إتجاه الغير مثل شرط التحكيم الوارد فيها ، وكذا تحديد القواعد القانونية التي يخضع لها العقد ، و شروط الاختصاص القضائي (المحكمة المختصة للفصل بالنزاع عند نشوئه) أو عن طريق احالة النزاع الى التحكيم بادراج شرط التحكيم في السند ، أو بوجود احالة الى مشاركة الايجار لشرط التحكيم وغير ذلك من المسائل الاجرائية المتعلقة بالمواعيد و تحديدها ، و رفع الأمر الى القضاء أو التحكيم بمواعيد محددة .

إن القيد الوارد على صحة هذه الشروط المطبوعة و من بينها شرط التحكيم بأن لا تخالف شروط مكتوبة بخط اليد ، و اذا وجد تناقض بينهما ترجح الشروط المكتوبة (1).

ثالثا : الامتداد الموضوعي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري .

الأصل أن اتفاق التحكيم في القانون الداخلي يفسر تفسيراً ضيقاً و في الحدود التي تحقق الغرض منه ، لأنه طريق استثنائي لفض المنازعات و هو يقيد أطرافه بحرمانهم من القضاء الطبيعي ، و بالتالي إذا ورد اتفاق التحكيم على المنازعات الخاصة بتفسير عقد النقل البحري، فلا تمتد سلطات هيئة التحكيم الى المنازعات المتصلة بتنفيذه ، إذ لا يفترض امتداد اتفاق التحكيم الى مسائل لم يقصدها المحكّمون . غير أنه في مجال التحكيم التجاري الدولي عموماً و التحكيم في عقود النقل البحرية الدولية خصوصاً يبدو الأمر على خلاف ذلك ، فالحرص على زيادة فعالية اتفاق التحكيم قد دعى الى الخروج على تلك المبادئ و قد أصبح مقبولاً اعتماد تفسير لا نقول موسعاً ، بل منطقي وفعال لاتفاق التحكيم (2). و على كل حال ، فإنه قد أضحى مألوفاً تجاوز نطاق اتفاق التحكيم للإطار الضيق الذي قصده أطرافه ، على الأقل في تحكيم التجارة الدولية .

(1) وجددي حاطوم ، المرجع السابق ، ص 49

(2) أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 454.

و يتحدد النطاق الحقيقي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري في بعض الأحيان ليس بالنظر الى الأشخاص المعنية به ، و إنما بالمسائل التي تخضع لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري .
فلا يوجد بطبيعة الحال ما يلزم الأطراف في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري على اخضاع جميع المنازعات الناشئة بينهم الى المحكم . و مادام أن التحكيم يقوم على ارادة الأطراف و اتفاهم و بالتالي فإن المحكم لا يمكن أن يفصل إلا في المسائل و المنازعات التي اتفقت الأطراف على أن يتم الفصل فيها وحسمها بهذا الطريق .

و بالتالي قد يحدث من الناحية العملية أن يحدد أطراف عقد النقل البحري صراحة عدم اخضاع بعض المسائل للتحكيم ، بل و كثيرا ما يلجأ الأطراف الى وسائل أخرى من أجل الفصل في المنازعات المختلفة بالأوجه العديدة للعلاقات القائمة بينهم ، فعلى سبيل المثال قد يتفق الأطراف على العهدة الى قضاء الدولة للفصل في الاجراءات الوقتية و التحفظية المتعلقة بعقد النقل البحري على الرغم من اتفاهم على اختصاص المحكمة بالفصل في موضوع منازعات هذا العقد .

كما أنه يمكن للأطراف في اطار عقد النقل البحري أن تختار في اطار هذا العقد التعايش بين أكثر من شكل من أشكال التحكيم ، تحكيم حر و تحكيم مؤسسي ، أو تخضع بعض المنازعات للتحكيم و البعض الآخر للقضاء الوطني (1).

و تبقى هذه المسائل كلها تثير مشكلة تفسير اتفاق التحكيم و تتخذ أهمية خاصة في الأحوال التالية :

أ) تعدد المنازعات المتصلة بعقد واحد :

يصلح شرط التحكيم الذي تمت صياغته بشكل جيد وشامل و عام ، لاحتوائه كل المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين الأطراف بشأن عقد النقل البحري الذي اتفق الأطراف على اللجوء الى التحكيم للفصل فيما ينشأ عنه من نزاع ، و الواقع أن هذا الهدف هو ما تسعى الى تحقيقه شروط التحكيم النموذجية و لوائح التحكيم المتعلقة بالتحكيم (2) .

فشرط التحكيم النموذجي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي يقترح أن يشمل اتفاق التحكيم كل منازعة أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن العقد المماثل أو تتصل به أو بفسخه أو الغائه .

(1) حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ، المرجع السابق ، ص 157 .

(2) Philippe Fouchard, E.Gaiyard.B.Goldman., op cit, p 315.

بينما ينص شرط التحكيم النموذجي الذي وضعته غرفة التجارة الدولية بباريس أن الشرط يشمل جميع المنازعات الناشئة عن العقد الماثل (1).

و لتفادي أي اشكال على أطراف عقد النقل البحري يجب تحديد طبيعة المنازعات التي يمكن أن تنشأ بشأن العقد المبرم بينهم ، و الذين اتفقوا على اخضاعها للتحكيم ، و أن يحددوا تلك المسائل بشكل تفصيلي مع عدم اغفال أي شكل من الأشكال المختلفة للمنازعات التي من المحتمل نشوؤها و المتعلقة بعقد النقل البحري، مع اضافة ما يتعلق بصحة هذا العقد وكذا تفسيره و تنفيذه ومثل هذا التحديد من شأنه أن لا يثير أية مشاكل خاصة (2) .

كما أن هناك بعض اتفاقات التحكيم في عقد النقل البحري و التي تعد اتفاقات غير قابلة للاعمال و هي ما يطلق عليها اتفاقات التحكيم المعتلة وقد تطرقنا إليها مسبقا ، وهي اتفاقات أو غالبا شروط تحكيم تستخدم صيغ عامة و تغفل بعض الأنواع من المشاكل المتعلقة بالعقد ، فهناك بعض اتفاقات التحكيم التي تغفل الاشارة الى المنازعات المتعلقة بصحة العقد (3) ، و هناك أيضا اتفاقات تحكيم لا تخضع للتحكيم إلا المنازعات المتعلقة بتفسير العقد .

و قد يحدث اغفال بعدم اشارة اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري الى المنازعات المتعلقة بصحة العقد وهكذا و عند نشأة النزاع بهذا الشأن ، يكون للطرف ذو مصلحة في تعطيل السير في اجراءات التحكيم فرصة بأن يدعي بوجود سبب يحتم بطلان العقد ، من أجل تعقيد عمل المحكم و الذي يكون بالطبع غير مختص في نظر هذه المسألة لعدم شمول اتفاق التحكيم عليها ، حينها يتعين عرضها على قضاء الدولة لكي يفصل فيها بوصفه القضاء المختص .

و مثل هذه الصياغة في اتفاقات التحكيم يتعين تحاشيها لما تثيره من مشاكل و هدر للوقت .

ب) مجموعة العقود :

و يتعلق هذا الفرض بالحالة التي ترتبط فيها مجموعة من العقود بعضها ببعض الآخر إما بسبب موضوعها أو بسبب الأطراف التي أبرمتها ، والتي تضم بعضها شرط للتحكيم بينما لم تتضمن العقود الأخرى شروط مماثلة . و في هذا الفرض فإنه يتم التساؤل عما اذا اتجهت الأطراف الى خضوع المنازعات المحتملة للنشوء من هذا الكل التعاقدى الى التحكيم ؟.

(1) Philippe Fouchard, E.Gaiyard.B.Goldman., op cit, p 315

(2) حفيظة السيد حداد،الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ، المرجع السابق ، ص158 .

(3) Philippe Fouchard, E.Gaiyard.B.Goldman., op cit, p284

و كثيرا ما نجد هذا النوع من العقود في مجال عمليات النقل البحري للبضائع فعادة ما تقتزن البيوع البحرية بعقد النقل البحري ، وهناك البيع فوب FOB و البيع سيف CIF و يشترك النوعان في أن تسليم البضاعة الى المشتري يتم في ميناء القيام ، و يختلفان في أنه في البيع فوب يقتصر التزام البائع على نقل البضاعة الى ميناء القيام و شحنها على السفينة التي يعينها المشتري، فتنتهي عندئذ التزاماته و يكون على المشتري بعد ذلك أن يبرم عقد النقل و يتحمل مصاريف النقل و مصاريف التأمين إذا قام بالتأمين على البضاعة . و لا يلجأ المشتري الى هذا النوع من البيوع إلا إذا كان له وكيل في ميناء القيام ينوب عنه في ابرام النقل و التأمين ، و يجوز أن يعهد المشتري الى البائع بابرام عقد النقل و عقد التأمين لحسابه ، فيعمل البائع عندئذ بوصفه و كيلا عن المشتري ، إلا أنه يجب أن يكون بيده وكالة خاصة .

أما البيع سيف فإن البائع يلتزم بابرام عقد النقل و دفع أجرته و بإجراء التأمين على البضاعة و لا يعمل البائع ذلك بوصفه و كيلا عن المشتري ، و إنما ينفذ التزاما ناشئا عن عقد البيع ذاته إذ أن الثمن الذي يلتزم به المشتري يتضمن مصاريف الشحن و أجرة النقل و نفقات التأمين ، كما يلتزم البائع في نوعي البيع بإرسال سند الشحن للمشتري (1).

و بناء على هذا تظهر لنا العلاقات المتشابكة و المتداخلة بين عدة عقود في مجال النقل البحري، كما يتم تحقيق العمليات الكبيرة المتصلة بالتجارة الدولية والتي يتم أغلبها عبر البحر، عن طريق ابرام العديد من العقود : فيبرم الاطار الاتفاقي التعاقدي أو ما يعرف ب **Contrat cadre** و يتبع ذلك ابرام العديد من العقود التنفيذية اللازمة لتحقيق و إنجاز هذه العملية و تتعلق بجوانبها المتعددة (2) . كما يبرم مشاركات ايجار سفن لتحقيق عمليات النقل البحري ، فمثلا فيما يخص عقد الايجار بالرحلة أو بالرحلات و الذي اختلف رأي الفقه في كونه عقد مشاركة بالرحلة أم أنه عقد نقل أم يجمع الاثنين معا (3)، فالأصل فيه أنه يتم تنفيذ الرحلة البحرية بسفينة معينة، و من ثم فيمكن للربان لتنفيذ التزاماته المتعلقة بالرحلة لتحقيق عملية النقل تغيير السفينة اذا أصبحت الأولى غير صالحة للملاحة أثناء تنفيذ العقد ، و بالتالي يقوم الربان باستئجار سفينة أخرى لنقل البضائع الى ميناء الوصول .

(1) محمد عبد الفتاح ترك ، التحكيم البحري ، المرجع السابق ، ص 577 .

(2) حفيفة السيد حداد ، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ، المرجع السابق ، ص 160 .

(3) حيث يذكر د. على جمال الدين في كتابه مشاركات ايجار السفن ، أنه في المشاركة بالرحلة يكون هدف المستأجر غالبا هو نقل كمية معينة من البضاعة ، وهنا تظهر فكرة النقل ، ولكن فكرة الايجار تبقى قائمة و مسيطرة ، تحكم و تفسر التزامات المؤجر ، فهذا الأخير لا يتعهد فقط بمجرد تنفيذ عملية النقل بل يتعهد أولا أن يضع تحت تصرف المستأجر سفينة معينة .

و من هذه الأمثلة يظهر لنا أنه يمكن إبرام عدة عقود لتنفيذ عملية نقل، و في هذه الحالة يطرح السؤال حول مد سريان اتفاق التحكيم الوارد في أحد هذه العقود على العقود الأخرى المبرمة بين ذات الأطراف الموقعة على العقد الوارد فيه الشرط المذكور .

و هنا يجب التفرقة بين ثلاث فروض :

-الفرض الأول و يتعلق فيها أن العقد الأساسي **le contrat de base** و حده دون سائر العقود

التي تساهم في تحقيق العملية التعاقدية و التي تشير اليه يتضمن شرط التحكيم ، وهذا الفرض لا يثير صعوبة فإرادة الأطراف صريحة ، في الإعلان عن رغبتها في اخضاع جميع المنازعات المحتمل أن تنشأ في اطار العملية التعاقدية بأكملها الى التحكيم . و في خضوع هذه المنازعات الى محكمة تحكيم واحدة يتم تشكيلها وفقا للنصوص الواردة في العقد الأساسي الذي يشكل اطار العملية التعاقدية بمجملها (1). و يرى الأستاذ الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة أنه و إذا كان شرط التحكيم الذي يرد في العقد التنفيذي أو التبعية لا يمتد الى الأصلي ، إلا أن العكس يكون صحيحا .

و بتلك المثابة ، فإن شرط التحكيم الوارد في العقد الاطاري أو الأصلي ينسحب الى العقود التنفيذية عملا بمبدأ الفرع يتبع الأصل ، و إستنادا الى الارادة الضمنية للأطراف (2).

أما الفرض الثاني ، ففيه يتضمن كل عقد من العقود المبرمة لتحقيق نفس العملية التعاقدية والمتمثلة في عملية النقل البحري ، شرطا تحكيميا مستقلا و حتى اذا كررت الأطراف في هذه العقود نفس الشرط التحكيمي حرفيا ، فقد يؤدي الى طرح التساؤل حول هل يتعين اختيار هيئة تحكيم واحدة من أجل الفصل في المنازعات المحتملة النشوء عن هذه العقود، أم أنه يتعين تشكيل هيئة تحكيم لكل عقد من العقود على حدى.

و إذا لم يوجد اتفاق صريح من قبل الأطراف حول مواجهة هذا الاشكال فإنه عند نشأة النزاع فإن الجواب على التساؤل السابق يرتكز على تفسير الارادة المشتركة للأطراف .

و كقاعدة عامة ، فتكرار الأطراف لذات الشرط التحكيمي في جميع عقودهم يعني انصراف ارادتهم في اخضاع جميع المنازعات المتصلة بهذه العلاقة التعاقدية الى ذات المحكمة التحكيمية (3) .

(1) Philippe Fouchard, E.Gaiyard.B.Goldman., op cit, p 318

(2) أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص457.

(3) حفيفة السيد حداد ،الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ، المرجع السابق ، ص162.

-أما عن الفرض الثالث و الأخير ، فتزداد فيه الأمور تعقيدا عندما تختلف الشروط التحكيمية الواردة في كل عقد من العقود (1) لتحقيق عملية النقل البحري ، و هو ما قد يحدث في الناحية العملية على الرغم مما قد تثيره هذه العقود من مشاكل .

و قد خلصت الاجتهادات القضائية في مثل هذه القضايا أنه بالنسبة للعقود المرتبطة و التي تهدف الى تحقيق مشروع موحد ، و التي يتضمن كل منها شرط تحكيمي يختلف عن الشروط الواردة في العقود الأخرى فإن تحديد المحكم لاختصاصه بنظر المنازعة المعروضة عليه، لن يتم بإعمال ذات القواعد التي تحكم الدعوى المدنية أمام قضاء الدولة ، من مد القاضي لاختصاصه في جميع المسائل المرتبطة بالمنازعة المعروضة عليه و ضمها للفصل فيها تحت ولايته نظرا للارتباط وعدم القابلية للتجزئة. فهذا المبدأ المقرر في الأنظمة القانونية الوضعية المعاصرة و الذي تفرضه اعتبارات حسن أداء العدالة من جهة و تحاشي تضارب الأحكام في المسائل المرتبطة ارتباطا وثيقا ، و يطبقه القاضي الوطني تلقائيا ، لا محل لإعماله بشأن التحكيم حيث يتمتع كل طرف بالمنازعة بالحرية في تعيين محكمه ، و يتقيد هذا الأخير بحدود و نطاق شرط التحكيم و لا يمكنه أن يخرج عنه و إلا تعرض حكمه للإبطال(2).

إن فكرة ضم الطلبات المرتبطة أمام التحكيم مرفوضة كأصل عام إلا إذا ظهر من الظروف المحيطة بالمنازعة و من شروط التحكيم المختلفة المدرجة في العقود المرتبطة ، و التي تهدف إلى إنجاز مشروع واحد أن ارادة الاطراف المشتركة و المؤكدة صريحة أو ضمنية تقبل مثل هذا الضم . إلا أنه ما تجدر الإشارة اليه بأن المشرع الهولندي في قانون الاجراءات المدنية خرج على هذه القاعدة و أقر امكانية الضم لحسن سير العدالة(3) .

ج) العقود المتتابعة المبرمة بين ذات الأطراف :

حيث يكون الارتباط شخصيا بين أطرافها ، وهنا تبرم بين نفس الأطراف عدة عقود(4) ، عادة ما تكون متتابعة زمنيا ، فإذا ورد اتفاق التحكيم في عقد منها دون العقود التالية له ، فقد اتجه القضاء المقارن الى مد ذلك الاتفاق الى تلك الأخيرة ، بحيث تفض منازعاتها بطريق التحكيم دون قضاء الدولة ، وذلك وفقا لما يقتضيه العرف و سوابق التعامل بين الأطراف (5) .

(1) Philippe Fouchard, E.Gaiyard.B.Goldman., op cit, p 318 .

(2) حفيظة السيد حداد،الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ، المرجع السابق ، ص 171 .

(3) حفيظة السيد حداد ،المرجع السابق ذكره .

(4) نصور في موضوعنا هذا ابرام عدة عقود نقل أو عدة مشاركات ايجار سفن لتحقيق عمليات نقل دولي للبضائع بين نفس الأطراف .

(5) أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص456 .

الفرع الثاني :موقف القضاء المقارن من النطاق الموضوعي لشرط التحكيم بالاحالة .

يعد الرضا من أهم الشروط الموضوعية اللازمة لصحة اتفاق التحكيم البحري بالاحالة ، وعادة ما يكون التعبير عن هذا الرضا واضحا ومميزا وذلك عندما تتقابل ارادة طرفي اتفاق التحكيم صراحة وبوضوح على اتخاذ التحكيم وسيلة لفض المنازعات الناشئة أو التي يمكن أن تنشأ مستقبلا بينهما . وقد لا يقع بمثل هذه الصراحة فيشير تفسير هذه الارادة بعض الصعوبات، ويتمثل التعبير الصريح عن الارادة من خلال عدة معايير مختلفة فقد يتم عن طريق مشاركة تحكيم(عقد تحكيم) ، يتم الاتفاق من خلالها على احالة النزاع الذي نشأ بينهم الى التحكيم أو قد ينص في العقد الأصلي الى اللجوء للتحكيم عند قيام النزاع. أو قد يتم التوقيع على المشاركة أو العقد النموذجي الذي يتضمن شرط التحكيم، أو عن طريق تبادل الوثائق المكتوبة كالرسائل و البرقيات علاوة على وسائل الاتصال الحديثة (اتفاق التحكيم الالكتروني)، بحيث لا يظهر بوضوح اتجاه ارادتهم الى ابرام اتفاق التحكيم البحري و بالتالي يثور اشكال مدى حجيته من حيث الموضوع في مواجعتهم .

وقد كان موضوع الاحالة محلا للعديد من الأحكام سواء في قضاء الدول اللاتينية مثل فرنسا ومصر أو في قضاء الدول الأنجلوساكسونية (إنجلترا و الولايات المتحدة الأمريكية).

أولا : الاحالة في القضاء اللاتينوجرمانى .

أ) الاحالة في فرنسا.

يعتبر القضاء الفرنسي من الأقضية المتشددة في موضوع الإحالة حيث يتطلب أن تكون الإحالة خاصة ومحددة ولا ينقصها الوضوح، حتى يكون حامل سند الشحن على علم تام بشرط التحكيم في العقد المحال إليه بالرغم من محاولة بعض المحاكم الفرنسية التخفيف من هذه الشدة وإعطاء مساحة أكبر من الحرية في هذا الشأن .

والأصل أنه للإحتجاج بشرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار على حامل سند الشحن الموجود به نص شرط الإحالة والذي يحيل الى شروط المشاركة، فإنه يجب أن يكون حامل سند الشحن على علم ثابت و أكيد بشرط التحكيم الموجود ضمن بنود مشاركة الإيجار و لا بد من أن يكون حامل السند قد قبل وبكل تأكيد هذا الشرط التحكيمي (1)، و يتوافر هذا العلم اذا ما كانت كلمات نص شرط الإحالة الوارد بسند الشحن تشير بكل وضوح الى شرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار وأن يكون حامل السند قد اطلع

(1) Marie Niviere, op.cit, p 62

على نصوص المشاركة عن طريق ارفاق نسخ من نص المشاركة مع سند الشحن أو بإرفاق ملاحق بالشروط العامة في المشاركة، أو بأي طريقة تؤكد بأن حامل السند قد علم بنصوص المشاركة وقد قبل اتفاق التحكيم بصراحة من قبله "Acceptation expresse de sa part". و الهدف الرئيسي من التأكد من أن حامل السند قد علم بشرط التحكيم وقبله هو التأكد من توافر ركن الرضى من جانب حامل السند(1)، حيث يعتبر هذا الشرط من أهم الشروط الموضوعية الواجب توافرها عند قيام أي عقد بين طرفيه(2). وما يلاحظ أن القضاء الفرنسي أخذ بالعديد من القرائن التي تؤكد أن حامل سند الشحن على علم تام وقبول أكيد بشرط التحكيم.

1) دعوى السفينة أسيلو Aspillo .

في هته الدعوى أكدت محكمة النقض الفرنسية اتجاهها المتشدد بخصوص شرط الإحالة في حكمها الصادر 4 يونيو 1985.

حيث أكتفت محكمة استئناف روان "Rouen" في هذه الدعوى بالإحالة العامة البسيطة الواردة في سند الشحن وذلك بالاحتجاج بشرط التحكيم الموجود في عقد المشاركة على حامل سند الشحن، و أنه لا يمكن لحامل السند الدفع بعدم علمه بتلك المشاركة ونصوصها(3)، الا أنه عند رفع الأمر الى محكمة النقض قررت نقض الحكم السابق (4) حيث قررت أن:

" الحكم الذي يقرر أن حامل سند الشحن بالتظهير يلتزم بشرط التحكيم الموجود في عقد المشاركة والذي لم يكن منسوخا بسند الشحن وكذلك عدم وجود نسخ من المشاركة، كما أنه لا يعلم شئ من نص الشرط هو حكم مخالف لنص المادة (1124) من القانون المدني وأنه لا يمكن الاحتجاج ضده بشرط في عقد المشاركة، لا توجد نسخة منها، ولم يكن محلا لموافقة أكيدة من جانبه".

وقد تم إحالة القضية الى محكمة استئناف باريس والتي أكدت المبدأ السابق والمستقر، مقررّة أن: "الإحالة البسيطة العامة الى نصوص وشروط واعفاءات مشاركة الإيجار، بالرغم من دقتها وتحديد دمجها في سند الشحن، الا أنها مع ذلك في حالة عدم وجود نسخ للمشاركة أو ملاحق للشروط العامة بها أو عدم

(1) Cour de cassation chambre commerciale, 4 juin 1985.office du commerce de la Tunisie (o.c.t)/société fiadora.cour d'appel de paris(1-ere Ch A), 19 janvier 1988.office du commerce de la Tunisie (o.c.t) c/ société Fiadora

(2) عبد الرزاق السنهوري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 265.

(3) Cours d'appel de Rouen (1-ere et 2-eme ch.civ.Réunion).14 octobre 1997, Navire "Istanbul Z".

(4) Cours de cassation chambre commerciale, 4 juin 1985, DMF 1986,p 106 note R. Achard.

محمد عبد الفتاح ترك، المرجع السابق، ص 517.

نسخها في سند الشحن، فإنها لا تكفي للقول بوجود قبول مؤكد لدى حامل سند الشحن بشرط التحكيم الوارد بالمشاركة، وأن شرط التحكيم الموجود في عقد الشراء لا يطبق و لا يمتد الى العقد الذي يشير اليه السند واللاحق لعقد الشراء " . وبالتالي يمكن القول بأن القضاء الفرنسي في هته الدعوى تشدد في ضرورة توافر العلم اليقيني والقبول والرضى في جانب حامل سند الشحن ،لكي يلتزم بشرط التحكيم الوارد في المشاركة بالرغم من عدم كونه طرفا فيها، وأنه لكي تتم عملية دمج هذا الشرط داخل بنود سند الشحن لا بد من كلمات واضحة وصریحة مع ضرورة وجود نسخ للمشاركة أو ملاحق للشروط العامة بها للإطلاع عليها.

2) دعوى شركة سير "Sier".

تتلخص وقائع هذه الدعوى في قيام شركة سير "Sier" بشراء شحنة من المواد الغذائية والتي قامت بدورها باجراء عقد مشاركة مع شركة شمال افريقيا الملاحية وذلك في 19 يوليو 1984 بغرض نقل الشحنة من ميناء روان "Rouen" الى ميناء رنيو "Reunion" باستخدام السفينة بروبونتى "Propontis" إلا أن السفينة المذكورة لم تكن جاهزة ، مما دعى شركة شمال افريقيا الملاحية الى التعاقد مع شركة "سيشكون" الملاحية لاستئجار سفينة أخرى وهي "Aegis Harvest" لنقل الشحنة المذكورة. وبعد اتمام عملية الشحن تم اصدار سندات الشحن المؤرخة في 17 أوت 1984 وبها إحالة الى عقد المشاركة الأول المنعقد في 19 يوليو 1984.

وفي 4 ديسمبر 1984 قامت شركة شمال افريقيا الملاحية بالإبلاغ بأن السفينة قد استبدلت بغيرها وبعد وصول الشحنة الى الميناء المحدد وأثناء تفريغها اتضح أنها قد تعرضت للتلف بسبب مياه البحر، الأمر الذي دعا شركة سير "SIER" (الطرف المشتري) بمطالبة كل من شركة شمال افريقيا الملاحية، وشركة سيشكون (طرفا المشاركة الثانية بالتعويض عن الأضرار التي وقعت، وذلك أمام القضاء وقد صدر حكم بذلك في 15 أبريل 1988 الا أن الشركة "سيشكون" (الطرف المجهز في عقد المشاركة الثاني) قامت بالطعن في الحكم الصادر أمام محكمة الاستئناف ودفعت بعدم الاختصاص المحكمة التجارية لوجود شرط التحكيم. ولقد رفضت محكمة الاستئناف الدفع بعدم الاختصاص المؤسس على وجود شرط التحكيم (في عقد المشاركة الأول) والذي أثير بواسطة شركة "سيشكون" وفي نفس الوقت قبلت الطلب المقدم من شركة سير "SIER" (1).

(1)«La société SIER, ainsi que ses assureurs, on assigné notamment la société Norafica et la société Psychikon en dommage. Intérêts; que part le premier des arrêts attaque. la cour d'appel a rejeté une exception d'incompétence fondée sur une clause compromissoire qu'avait soulevée la société Psychikon, et, par le second a accueilli la demande au fond présentée par la société "SIER" »

وكان طلب الطعن المقدم من سيشكون مبني على أساس أن عقد المشاركة (الثاني) أو عقد التأجير من الباطن قد تم بين شركة شمال إفريقيا الملاحية وبينها، وأن شركة "SIER" المرسل إليها لا يمكنها مباشرة دعوى كهذه إلا باحلالها محل شركة افريقيا .

ومن ثم فلا توجد علاقة تعاقدية بين شركة سير "SIER" وشركة سيشكون، وكذلك اغفال التحري عما اذا كان شرط الاحالة الذي يحيل الى شروط عقد المشاركة المبرمة في 19 يوليو 1984 (أي عقد المشاركة الأول المبرم بين شركة سير "SIER" وبين شركة شمال إفريقيا الملاحية).

وقد أوضح الحكم أن سند الشحن الذي وقعه ربان السفينة قد أحال في مصطلحات عامة وبدون وجود نسخ أو ملاحق للشروط العامة لعقد المشاركة المبرم في 19 يوليو 1984 (عقد المشاركة المبرم بين شركة سير وشركة شمال إفريقيا للملاحة) والذي لم تكن شركة سيشكون طرفا فيه)، وقد أشارت المحكمة أنها لم تبين حكمها إلا على الشروط التي تمت ، مع الأخذ بعين الاعتبار " التعديلات التي تمت من طرف واحد بمعرفة مجهز السفينة " و المقصود بالتعديلات هنا هو إستئجار السفينة الثانية ، و هية محل قبول أكيد من جانب "المتعاقدين الآخرين في العقد الأول" وكذلك قد أتمت البحث والتحري الذي زعم بأنه تم اغفاله. من جهة أخرى تأكد تسليم سند الشحن بمعرفة ربان السفينة حيث تم تحميل الشحنة مما ينتج عنه أن شركة سيشكون مرتبطة تعاقديا مع الشاحن(1) .

ومن ثم لم تكن أسباب الطعن صحيحة لذلك تم الحكم برفض الطعن المقدم من شركة سيشكون والخاص بعدم اختصاص المحكمة التجارية.

هذا وقد أيدت محكمة النقض القرارات التي اتخذتها المحكمة الاستئنافية بخصوص رفض الطعن بعدم اختصاص المحكمة التجارية لوجود شرط التحكيم.

وبالرغم من أن هناك جانب من القضاء الفرنسي ساند موقف قضاء التحكيم الدولي الخاص بمد شرط التحكيم المبرم مع أحد أفراد المجموعة الى العقود المبرمة مع باقي أفراد المجموعة الا أنه ما يلاحظ أن القضاء الفرنسي قد تخلى عن نظرية جماعة المتعاقدين وكذلك نظرية سلسلة العقود(2).

(1) L'arrêt a relevé que le connaissance signé par le capitaine de l'Aegis Harvest se référait, en termes généraux et sans les reproduire ni les annexer au conditions générales de la charte – partie du 19 juillet 1984 à laquelle la société Psychikon n'était pas partie: que la cour d'appel a retenu de ces constatation qu'il n'était pas établi que ces clauses avaient fait compte tenu des des " modifications apportées unilatéralement par l'armateur" l'objet d'une acceptation certaine de la part des "cocontractants liés par la charte initiale" : qu'ainsi la cour d'appel a effectué la recherche prétendument émise.

(2) محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق، ص 521.

و في هته القضية، بالرغم من الحسائر الاقتصادية الكبيرة التي يمكن أن تنشأ عن هذا التحلي والمعارضة الشديدة لهذا الاتجاه، الا أن الاجتهاد القضائي الفرنسي قد مال نحو القبول بمبدأ أثر العقد التحكيمي الى شركة من نفس عائلة الشركة الموقعة لاتفاق التحكيم، وكيف تتضافر العقود المتعددة على تحقيق هدف واحد مشترك رغم اختلاف أطرافها مكونة بذلك ائتلافا عقديا متناسقا، وأيضا مدى مساهمة هذه النظرية في توضيح الأساس القانوني لقيام المرسل اليه في المطالبة بحقوقه وفي تحمل التزاماته الناشئة عن سند الشحن.

إن الأحكام التحكيمية تقضي بمد أثر العقد التحكيمي الى شركة من نفس النوع عندما يمكن التأكد من تدخلها أثناء ابرام العقد أو عند تنفيذه والتي أصبحت طرفا فيه بصورة ضمنية، كما أن بعض أحكام التحكيم أقرت بمد أثر شرط التحكيم على شركة من نفس عائلة الشركة الموقعة حتى وإن لم توقع بنفسها على هذا الشرط(1).

3) دعوى السفينة الييني "Eleni".

لقد حكمت محكمة استئناف إيكس : " أن شرط الاحالة هو شرط نموذجي، و هو يملك كل الحجية على المرسل إليه أو وكيله و لا يمكن لأي منهما أن يتجاهل وجوده أو كلماته ومصطلحاته". أما في حكم آخر فكان موقفها أكثر تشددا حيث تطلبت موافقه مؤكدة من المرسل اليه(2) كما قضت أنه اذا كانت الاحالة عامة، فإنها تعتبر كما لو كانت عديمة الأثر وأن الاحالة الدقيقة والواضحة هي التي تتمتع بالقوة الإلزامية. كما دعت محكمة النقض محرري سندات الشحن لمراجعة نسخهم للتأكد من دقة ووضوح نصوص الإحالة.

4) دعوى شركة البحر المتوسط للشحن وحكم القضا الصادر في 16 يونيو 1992.

في دعوى شركة البحر المتوسط للشحن حيث صدر الحكم من الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض في 16 يونيو 1992، وقد أبدت محكمة النقض حكم الاستئناف الخاص برفض الدفع القائم على وجود شرط التحكيم وقد بينت المحكمة أن سند الشحن لم يوقعه الشاحن و أن الناقل لم يستطع أن يثبت أن

(1) Fh. Fouchard, Gaillard, Goldman, op cit, p 302

(2) La cour d'AIX C 24 juin 1970 Dr.Marit.fr 1970.679.note A.C;D,Somm.32 égal,p.B "observation de l'arrêt Eleni", Dr.marit.Fr. 1971.75.

هذه الشروط كانت محل موافقة من الشاحن ،وجاء القرار بأن توقيع الشاحن يعتبر شرط للاحتجاج قبله بشرط التحكيم .

5) دعوى السفينة اسطبول Istanbul . z (1)

تتلخص و قائع هذه الدعوى كما يلي :

1 . أن هناك عقدين أحدهما عقد بيع بين شركة لاريكو LORICO كطرف أول بائع وشركة اتغراني ITALGRANI كطرف ثان مشتري، وعقد مشاركة طرفاه البائع في عقد البيع الأول ولكن بصفته مستأجرا وناقلا بحريا والمؤجر وهو شركة التأجير اسطبول Istanbul Denizcilik.

2 . حدوث تلف بالبضاعة، تحفظ المشتري على ثمن البضاعة، لجوء البائع الى التحكيم بناء على شرط التحكيم في عقد البيع، كما أن البائع تمسك أيضا بشرط التحكيم في عقد المشاركة بصفته مستأجرا للسفينة اسطبول (2).

3 . صدور قرار التحكيم في غير صالح المشتري، الذي لجأ بدوره الى المحكمة التجارية بباريس والتي تناولت النزاع على أساس عدم تنفيذ بنود وشروط عقد النقل وليس عقد البيع، وأن نطاق الخصومة قد تحدد بالتنفيذ السيء لعقد النقل(3).

4 . وطبقا لعقد المشاركة المبرم في 28 فبراير 1991 فإن هيئة التحكيم تتكون من ثلاثة أفراد، وأن يتم التحكيم في لندن، وقرار التحكيم نهائي.

5. عند عرض النزاع على المحكمة التجارية بباريس دفع المستأجر(الذي هو في الأصل البائع) بعدم اختصاص المحكمة لنظر هذا النزاع لوجود شرط التحكيم في عقد المشاركة، الا أن المحكمة رفضت هذا الاعتراض على أساس أن المرسل اليه اتغراني ITALGRANI لم يحط علما أكيدا بشرط التحكيم ومن ثم لم يحدد موافقة من عدمها على هذا الشرط، ومن ثم يكون القضاء هو المختص لنظر الخلاف.

كما أنه لم يتسلم نسخا من عقد المشاركة الا بعد استلام البضاعة، بمعنى أنه لم يكن هناك الوقت الكافي

(1) Cour d'appel de Rouen(1^{er} et 2^o ch. Civ. Reunies) 14 octobre 1997, Navire,"Istanbul".;marie nivierre ;op cit;p

(2) "Attendu que pour justifier son contredit, la société Lorico Beyrouth se fonde, d'une part, sur la clause compromissoire continue dans le contrat de vente du 18 avril 1991 et, d'une part, sur une clause compromissoire insérée dans la charte – partie à temps q'elle a conclue avec l'armateur turc du navire "Istanbul Z" le 28 février 1991".

(3) "Mais attendu d'une part que le litige dont a été sais le tribunal de commerce de Paris est fondé sur l'inexécution de transport et nom sur celle du contrat.....

للاطلاع على بنود وشرط المشاركة، ومن ثم لا يمكن أن تتمسك ضد المرسل اليه بشرط التحكيم، ومن حقه اللجوء للقضاء مباشرة دون التقيد بشرط التحكيم. ومن ثم يكون التساؤل هنا عن موضوع الموافقة الصريحة على شرط التحكيم، هل من الضروري أن يكون الشرط منسوخا بسند الشحن؟ هل من الضروري أن يتوافر في حق حامل سند الشحن العلم الثابت بشرط التحكيم الوارد ضمن بنود مشاركة الايجار المذكورة، والقبول المؤكد اليقيني لهذا الحامل الشرط التحكيمي.

6. أنه عندما اعترضت شركة لاريكو على قرار محكمة استئناف باريس والصادر في 18 نوفمبر 1992 والذي بقضي بعدم قبول اعتراض الأولى نظر النزاع أمام القضاء، المحكمة قد ذكرت أن الإحالة البسيطة بطريقة عامة الى نصوص وبنود وحقوق وتحفظات عقد المشاركة، غير كافية لدمج شرط التحكيم في سند الشحن لعدم اطلاع حامل السند على نسخ من المشاركة (المحال اليها)، ومن ثم لن تكون الإحالة كافية لعملية الدمج(1)، وهذا يعني أن المحكمة تتطلب ضرورة اطلاع حامل سند الشحن على نسخة من عقد المشاركة لكي يكون هناك قبولا أكيدا وصریحا بأنه قد ارتضى شرط التحكيم .

7. كذلك تذكر شركة لاريكو أن شركة اتغراني قد حصلت على نسخة من هذه المشاركة قبل استلام كل البضاعة ، ومن ثم فإن الشركة الثانية كانت تملك من الوقت الكافي للإطلاع على بنود وشروط عقد المشاركة، وخاصة شرط التحكيم وحيث أنه لم يفعل ذلك فليس من حقه اللجوء للقضاء(2).

8. الا أن محكمة باريس أكدت أن نسخة عقد المشاركة قد وصلت بعد تسلم كل البضاعة وأن شركة اتغراني لم تستلم نسخة من عقد المشاركة الذي تم في الخارج.(ومن ثم فلم يكن هناك حتى الوقت الكافي لكي تتطلع الشركة على عقد المشاركة وخاصة شرط التحكيم، ومن ثم لا تتقيد بشرط التحكيم، ويكون الاختصاص للقضاء(3).

(1) محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري ، المرجع لسابق، ص528.

(2) "... sur sa demande, Italgrani avait obtenue copie de cette charte-partie." Avant la reception de la marchandise" et que par suite il est important de verifier si la clause compromissoire discutée avait fait ou nom l'objet d'une acceptation expresse de ce destinataire".

(3) "Il convient alors de se demander si la solution eut été différente, et l'arret de la cour de Paris confirmé, dans l'hypothèse inverse où la copie de charte-partie serait parvenue après la livraison de la marchandise, ou meme si ITALGRANI n'avait jamais reçu copie d'une charte partie conclue en dehors de lui."

9. الا أنه قد تم اعتبار أن هذه الموافقة الصريحة قد بدأت من وقت استلام الشحنة المذكورة في عقد النقل(1).

10. نعت محكمة النقض في حكمها الصادر في 24 يناير 1995 موقف قضاة محاكم الاستئناف، الذي يتمثل في تمسكهم بأن " الاحالة البسيطة وبطريقة عامة لشروط عقد المشاركة غير كافية للقول بأن هناك موافقة أكيدة من لحظة استلام البضاعة، بل كان يجب البحث والتحري في نص شرط التحكيم، أو رؤية نسخة من عقد المشاركة التي أرسلت بالبريد قبل استلام البضاعة كلها، أو ما اذا كانت هناك اشارة في محررات النقل أو خلافه".

كما حددت محكمة النقض محكمة روان كمحكمة احالة للبت في الاعتراض المقدم من شركات لاريكو للاحتجاج على حكم المحكمة التجارية بباريس والصادر في 1992/2/5 والخاص بعدم اختصاص المحكمة لنظر الدعوى لوجود شرط التحكيم.

وبناء على ما سبق تم الغاء حكم المحكمة التجارية في باريس الصادر في 1992/2/5 والذي أعلن الاختصاص بنظر الدعوى بين شركة اتغراني ضد شركة "لاريكو"، وتطبيق شرط التحكيم الموجود في عقد المشاركة المنعقدة في 1991/2/28(2).

11. يظهر بوضوح تجاهل العادات و الأعراف التجارية الدولية، والتي تعرف باسم *Lex Mercatoria*، ويتمثل ذلك في عدم تنفيذ عقود النقل أو المشاركة تنفيذا جيد مع عدم توافر مبدأ حسن النية(3)، وقد جاء في تحليل هذه الدعوى أن الأطراف التجارية الدولية قد أضرت الى حد كبير.

من تحليل وقائع دعوى السفينة "اسطمبول" نجد أن موقف محكمة النقض الفرنسية كان أكثر تشددا نحو التأكد من أن حامل سند الشحن قد أبدى موافقته الصريحة، دون أدنى شك على قبول شرط التحكيم.

(1) "Qu'en outre les opérations du déchargement qui a duré jusqu'en juillet 1992 n'étaient pas terminées au moment de la manifestation express de l'acceptation des conditions de la charte partie tel qu'il résulte de l'ordre de paiement donné; qu'il s'en déduit par conséquent que cette acceptation a eu au moment de la livraison, quand il a été adhéré au contrat de transport".

(2) La cour de cassation a désigné la cour d'appel de Rouen cour de renvoi pour stature sur le contredit élevé à l'encontre du jugement du tribunal de commerce de paris du 5 février 1992.

(3) وقد تم ترجمة المصطلح *Les Mercatoria* الى قانون التجارة الدولية، حيث ينطوي هذا القانون على عادات وأعراف التجارة الدولية، والعقود النموذجية والشروط العامة، والمبادئ العامة للقانون المشتركة بين الأمم المتمدنة وقواعد العدالة والإنصاف متى تم تفويض المحكم في الحكم بمقتضاها، كما يمتد فيشمل أيضا الاتفاقات الدولية الموحدة في شأن التجارة الدولية، سواء بالنسبة للقواعد الموضوعية أو قواعد الإسناد وكذلك التشريعات الوطنية المختلفة في شأن تنظيم التجارة الدولية، وهذا القانون من طبيعة مهنية أساسا "*de nature essentiellement professionnelles*" لتنظيم علاقات المجتمع الدولي للتجار "*Communauté internationale des commerçants*" فهو قانون تكون خارج الدول "*Extraétatique*".

هكذا نجد أن موقف القضاء الفرنسي كان وما زال في قمة التشدد اتجاه العلم اليقيني والقبول والموافقة الصريحة من جانب حامل سند الشحن، من أجل أن يلتزم بشرط التحكيم الوارد في المشاركة والتي لم يكن طرفاً فيها ليعد طرفاً في شرط التحكيم، ولكي يعتد بالاحالة الوارد بسند الشحن لابد من أن تكون الاحالة واضحة ومحددة الى شرط التحكيم الوارد بمشارطة الايجار المحال اليها(1) كما يمكن أن يرفق نص المشاركة بسند الشحن، أو يتم ابلاغ حامل سند الشحن بطريقة مؤكدة وثابتة بنص مشاركة الايجار والتأكد من أنه قد علم بشرط التحكيم المذكور في المشاركة، وأبدى موافقته الصريحة بشرط التحكيم الوارد بالمشارطة(2).

ب) الإحالة في مصر.

لقد استقرت أحكام محكمة النقض المصرية وذلك قبل صدور قانون التحكيم الحالي، القانون رقم 27 لسنة 1994 على أن الاحالة سواء كانت عامة أو خاصة من شأنها أن تجعل شرط التحكيم الموجود في عقد المشاركة مندمجا في بوليصة الشحن، هذا بالاضافة الى أن شرط التحكيم يصبح ملزما لحامل سند الشحن أو للمرسل اليه، باعتباره طرفاً ذا شأن في سند الشحن يتساوى في مركزه مع مركز الشاحن حينما يطالب بتنفيذ عقد النقل، وذلك باعتبار المرسل اليه صاحب المصلحة في عملية الشحن ومن ثم يرتبط بالسند كما يرتبط به الشاحن ومنذ ارتباطه به(3).

أيضا قضت محكمة النقض المصرية بعدم اشتراط توقيع الشاحن على سند شحن الذي يحيل احالة عامة الى مشاركة الايجار، على أساس اعتبار السند في هذه الحالة ما هو الا ايصالا باستلام البضاعة: " اذا كان من الثابت بالدعوى أن عملية النقل قد تمت بموجب مشاركة الايجار بالرحلة، اشتملت على شروط الاتفاق وحرر تنفيذها لها سند شحن والذي تضمن الاحالة بصيغة عامة الى ما تضمنته المشاركة من شروط، ومن بينها شرط التحكيم وكان الشاحن هو مستأجر السفينة فإن توقيعه على المشاركة بما اشتملت عليه من شرط التحكيم يلزم الطاعن باعتباره مرسلا اليه وطرفاً ذا شأن في النقل يتكافأ مركزه ومركز الشاحن مستأجر السفينة عندما يطالب بتنفيذ العقد الذي تثبته المشاركة ومن ثم فلا يعتبر الشاحن نائبا عن الطاعن في عقد

(1)Diop papa ousmane, op cit, p49.

(2) Ibis, p15.

(3)الطعن رقم 60 لسنة 30 ق جلسة 65/2/25 س 16 ص 220، الطعن رقم 406 لسنة 1930 ق جلسة 65/6/18 س 16 ص 778: الطعن رقم 365 سنة 31 ق جلسة 65/6/18 س 12 ص 78: الطعن رقم 51 لسنة 36 ق جلسة 1980/4/14 س 21 ص 598: الطعن رقم 93 سنة 38 ق جلسة 1973/4/3 س 24 ص 559: الطعن رقم 135 سنة 33 ق جلسة 1967/2/7 س 18 ص 300.

عن محمد عبد الفتاح ترك، المرجع السابق، ص 536.

المشاركة أو في سند الشحن حتى يتطلب الأمر وكالة خاصة، ولا يؤثر على هذه النتيجة عدم توقيع الشاحن على سند الشحن الذي يعد في هذه الحالة مجرد إيصال باستلام البضاعة وشحنها على السفينة⁽¹⁾.

كما قضت محكمة النقض أن التزام المرسل إليه بسند الشحن دون اعتراض وقيامه بتنفيذ عقد النقل دون تحفظ، يعد قرينة على القبول الضمني للشروط التي يتضمنها سند الشحن سواء كانت شروطا عادية أو استثنائية بما في ذلك شرط التحكيم رغم عدم توقيع الشاحن على سند الشحن⁽²⁾.

كما قضت محكمة النقض بأن الاحالة الواردة في سند الشحن الى شروط مشاركة الايجار السفينة انما تكون فيما لم يرد بشأنه نص خاص في سند الشحن، كشرط التحكيم الوارد في مشاركة الايجار⁽³⁾.

كانت تلك أهم المبادئ التي سنتها محكمة النقض المصرية قبل سريان قانون التحكيم المصري الجديد (القانون رقم 1994/27)، وما يمكن قوله أن القضاء المصري كان متساهلا في قبوله الاحالة لشرط التحكيم والاعتراف بالرضى الضمني.

و يلاحظ أنه وبعد صدور قانون التحكيم الجديد ، قد حاول القضاء المصري تغيير وجهته فقد قضى حديثا بوجود الاحالة الصريحة و الخاصة ، وقد كان هذا الحكم متوافقا مع ما تنص عليه المادة 10 فقرة 3 من قانون التحكيم و التي تنص على أنه: "يعتبر اتفاقا على التحكيم كل احالة ترد في العقد الى وثيقة تتضمن شرط تحكيم، اذا كانت الاحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد".

ثانيا : الاحالة في مجموعة الدول الانجلوساكسونية.

ان الأحكام القضائية التي صدرت في موضوع الاحالة في كل من بريطانيا وأمريكا تختلف عن الأحكام القضائية الفرنسية في هذا المجال، بحيث أن قضاء الدول الأنجلوساكسونية يأخذ بمعيارين لصحة شرط التحكيم بالاحالة والمتمثل في فحص صحة الإشارة أو الإحالة المدرجة في سند الشحن وكذا فحص صحة شرط التحكيم الموجود في العقد الأصلي الذي يحيل إليه سند الشحن، الا أنه هناك بعض الاختلافات الطفيفة بين القضاء الانجليزي والأمريكي وقد تم التطرق اليها سابقا من خلال التطرق لصحة الدمج و بالتالي إمكانية الإحتجاج بشرط التحكيم .

(1) الطعن رقم 453 سنة 42 ق جلسة 1981/2/9.

(2) الطعن رقم 177 سنة 42 ق جلسة 19/6/26.

(3) الطعن رقم 1579 سنة 49 ق جلسة 1986/2/10، الطعن 1115 سنة 52 ق جلسة 1987/11/16.

الفرع الثالث : نطاق اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري من حيث الأشخاص .

إذا اعتبرنا أن القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو المختص بتحديد مفهوم مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري (1) ، فإنه يختص ببيان النطاق الشخصي لذلك المبدأ أو ما يسمى بالأثر النسبي *l'effet relatif* لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري من حيث الأشخاص .

وكما رأينا سابقا أن المبادئ العامة في نظرية العقد تفيد أن العقد لا يقيد غير أطرافه ، و لا ينتج حقوق الا في مواجهتهم ، دون أن ينتقل الى غيرهم ، فإن اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري لا يخرج على ذلك و أطراف اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري تتحدد بأطراف عقد النقل البحري، و التي غالبا عند ابرامها لعقد النقل البحري تكون قد وضعت بندا خاصا بفض منازعات هذا العقد بواسطة التحكيم ، أو كما رأينا مسبقا النص على هذا الشرط في مشارطات الايجار النموذجية أو سندات الشحن النموذجية و التي يوقع عليها أطراف عقد النقل البحري عند ابرامهم لهذا العقد ، و لهذا من المهم معرفة أطراف عملية النقل البحري و ذلك لتحديد أطراف العلاقة الأصلية عن الغير .

أولا : أطراف عقد النقل البحري للبضائع .

الأصل أن ينشأ عقد النقل البحري بين طرفين ، الناقل و الشاحن مباشرة دون أي واسطة بينهما ، إلا أن غالبا ما يلجأ الطرفان الى مندوب أو وكيل عنها لابرام هذا العقد . فقد يمثل الشاحن أحد الوكلاء بالعمولة، و قد يمثل الناقل وكيلا عنه و يكون في غالب الأحيان الربان ، أو من يمثله مندوبا بحريا كأمين السفينة (2).

و الأصل أيضا أن تقتصر آثار عقد النقل البحري و الشروط و البنود المتفق بشأنها في العقد (كشرط التحكيم) بين الناقل و الشاحن ، إلا أنه ثمة شخص ثالث ترسل له البضائع و تربطه بالمرسل عادة علاقة تعاقدية سابقة ، فيقوم باستلام البضائع المشحونة عند وصولها ، نتيجة ترتب له حق خاص مباشر اتجاه الناقل بتسليمه البضائع المرسالة و في الميعاد المحدد بالرغم من أنه ليس طرفا في عقد النقل البحري . و هذا الحق يمنحه الصفة و المصلحة في اقامة دعوى المسؤولية على الناقل في حال أخل بالتزام بتسليم البضاعة وفقا لشروط العقد .

و كثيرا ما تكون شخصية المرسل اليه مجهولة حين انشاء العقد ، على اعتبار أن سند الشحن الذي يصدر

(1)PAUL CHAUVEAU ,TRAITE DE DROIT MARITIME ,LIBRAIRIES
TECHNIQUES,1958 ,P494

(2)وجدي حاطوم ، المرجع السابق ،ص 23 .

بناء على عقد النقل و يثبتته ، يمكن أن يكون لحامله ، أو لأمر ، و بالتالي يكفي تظهير السند ليكون المظهر إليه له صفة المرسل اليه .

1- الناقل البحري :

الناقل البحري هو من ارتبط بعقد نقل بحري مع الشاحن ، فقد يكون الناقل مالك السفينة ، وقد يكون مجهزها ، أو مستأجرها ، و تكمن أهمية تحديد صفة الناقل من الناحية العملية في معرفة الشاحن أو المرسل إليه ضد من يقيم دعوى المسؤولية عند الاخلال بتنفيذ عقد النقل ، على اعتبار أن مالك السفينة المعروف دائما من خلال سجل ملكية السفن ، لا يكون له صفة الناقل (1).

أما اتفاقية بروكسل عرفت الناقل بأنه يشمل مالك السفينة أو مستأجرها المرتبط مع الشاحن بعقد النقل (المادة 1/أ) .

أما اتفاقية هامبورغ فقد عرفت الناقل أنه كل شخص أبرم عقدا أو أبرم بإسمه عقدا مع الشاحن لنقل البضائع بحرا ، و قد أشارت المعاهدة الى الناقل الفعلي باعتباره كل شخص يكون الناقل قد عهد اليه بتنفيذ نقل البضائع أو جزء من النقل كما يشمل كل شخص آخر يكون قد عهد اليه بهذا التنفيذ (المادة 1/1-2) .

أما الناقل وفق اتفاقية روتردام هو الشخص الذي يبرم عقد النقل مع الشاحن ، فلم تشترط أن يكون الناقل أبرم عقد نقل بحري بالكامل شأن معاهدي بروكسل و هامبورغ (المادة 5/1) ، و بما أن عقد النقل يقوم بتنفيذه غير الناقل فقد حددت معاهدة روتردام الطرف المنفذ الذي يؤدي أو يتعهد بأن يؤدي أيا من واجبات الناقل بناء على طلب هذا الأخير و تحت اشرافه أو سيطرته (المادة 6/أ) .

2- الشاحن : قد يكون مالك البضاعة المشحونة و قد لا يكون مالكا ، فهو الذي يبرم عقد النقل مع الناقل إما بنفسه مباشرة أو عبر ممثل له ، و قد يبرم عقد النقل البحري بالرغم من غياب أطرافه الأصليين ذلك عندما يتمثل الشاحن بوكيل العمولة ، دون أن ننسى أنه في بعض الأحيان يتدخل شخص ثالث لتقريب وجهات النظر حول شروط العقد بين الناقل و الشاحن ، وهذا الشخص هو السمسار البحري و الذي لا يعتبر طرفا في العلاقة التعاقدية .

و قد أغفلت اتفاقية بروكسل تعريف الشاحن ، أما معاهده هامبورغ فقد عرفته بأنه كل شخص أبرم عقدا

(1) وجدي حاطوم ، المرجع السابق ، ص 26 .

أو أبرم بإسمه أو نيابة عنه عقد نقل للبضائع بحرا مع الناقل أو أي شخص قام بتسليم البضائع للناقل سواء تم التسليم بواسطته أو باسمه أو نيابة عنه و كانت تلك البضائع تتعلق بعقد النقل البحري (مادة 3/1). أما اتفاقية روتردام قد عرفت الشاحن بأنه الشخص الذي يبرم عقد النقل مع الناقل (مادة 8/1) فلم تشترط كما اشترطت معاهدة هامبورغ أن يبرم عقد نقل بحري بالكامل ، كما نصت اتفاقية روتردام على الشاحن المستندي و هو الشخص غير الشاحن و يقبل بأن يسمى بـ " الشاحن " في مستند نقل أو سجل نقل الكتروني (م/9).

3-المرسل إليه : لا يعد طرفا أصليا في عقد النقل البحري للبضائع لا بشكل مباشر و لا بشكل غير مباشر ، و بالمقابل لا يعتبر من الغير المطلق فهو طبقا لما جاءت به محكمة النقض المصرية أنه يعتبر طرف ذا شأن في عقد النقل البحري ، إذ أنه يستمد حقوقه من هذا العقد بمواجهة الناقل ، عندما يكون سند الشحن باسمه أو للحامل آل إليه ، أو للأمر مظهرها اليه (1) . عنده يستمد المرسل اليه حقوقه من سند الشحن هذا و ليس من عقد النقل ، فيكون له بعض الحقوق الناشئة عن عقد النقل كما يتحمل بعض الالتزامات الناشئة عنه . و من أهم تلك الحقوق الحق في تسلم البضائع من الناقل في مكان الوصول ، الحق في رفع دعوى المسؤولية في حالة تلف البضاعة أو التأخر في تسليمها ...، و قد حاولت عدة نظريات تبرير السند القانوني الذي يجعل للمرسل اليه حقوقا و يحمله بالتزامات اتجاه الناقل (النظريات التي حددت مركز المرسل اليه في عقد النقل البحري ومنها النظريات التقليدية: استنادا الى الاشتراط لمصلحة الغير، اعتباره خلفا خاصا ...، كما هنا نظرية جديدة جاء بها الفقه الحديث لتبرير مركز المرسل اليه في عقد النقل البحري و هي نظرية النفاذ داخل المجموعة العقدية الواحدة).

و إذا كانت معاهدة بروكسل لم تتعرض لتعريف المرسل اليه ، إلا أن اتفاقية هامبورغ اعتبرت أن المرسل اليه هو الشخص الذي له الحق باستلام البضائع (المادة 1 / 4).

أما عن اتفاقية روتردام فقد عرفت المرسل إليه بأنه الشخص الذي يحق له تسلم البضائع بمقتضى عقد النقل أو مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني (2).

(1) وجددي حاطوم ، المرجع السابق ، ص 26 .

(2) المادة الأولى من اتفاقية روتردام : " 11...-المرسل إليه " يعني الشخص الذي يحق له تسلم البضائع بمقتضى عقد النقل أو مستند النقل أو سجل النقل الإلكتروني... "

ثانيا : انتقال اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري .

إن اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري لا يرتب آثاره في غير مواجهة أطرافه ، الذين تفاوضوا بشأنه ووقعوه، سواء بأنفسهم أو عن طريق ممثليهم ، وهم الذين يكون لهم التمسك بآثاره (1).
غير أنه إذا كان اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري لا ينسحب أثره الا على من أبرمه ، إلا أنه يمكن أن ينتقل هذا الأثر الى غير هؤلاء ، فهو ينتقل الى الخلف العام كالورثة (2) ، كما ينتقل الى الخلف الخاص (3).
و تجدر الإشارة بأن هذا النفاذ لم يقع نتيجة لارادة العاقدین بل بحكم القانون و من ثم لا يتعارض وقاعدة عدم التزام الغير بعقد لم يشترك فيه (4) . و يختص القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم بتحديد من هو الخلف العام و من هو الخلف الخاص لطرفي اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري، و كذلك من هو الغير (5) و الذي يمكن أن يحتج باتفاق التحكيم عليه أو يحتج هو به.
و بشأن الخلف الخاص ، الذي يخلف سلفه في حق معين و هو في شأن اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري ، الحق الشخصي الناتج عن ذلك الاتفاق ، حيث يلتزم به ، فبالنسبة لحالة الحق ، أو حوالة العقود ، فإن أثر اتفاق التحكيم الذي يبرمه الدائن المحيل و المدين المحال عليه ينتقل الى المحال إليه الحق . فالمدين المحال عليه يستطيع أن يحتج ، في مواجهة المحال اليه ، بكل الدفع التي له في مواجهة الدائن ، و منها الدفع بوجود اتفاق التحكيم أمام قضاء الدولة ، حتى يتخلى عن نظر النزاع الذي يوجد بشأنه اتفاق التحكيم ذلك أن حوالة العقود ، أو حوالة الحق ، تنقل كل عناصر الالتزام أو الحق الشخصي الى المحال اليه و تجعله طرفا أصيلا في اتفاق التحكيم .

(1) مع الأخذ بالاعتبار أن إتجاه كبير من الفقه المعاصر للتحكيم التجاري الدولي يرى بأن مبدأ القوة الملزمة يشكل قاعدة مادية من قواعد التحكيم التجاري الدولي ، فيجب الاعتراف به و احترامه خارج دائرة أي قانون وضعي على نحو ما كرنا سابق ، و نحن نساند هذا الرأي لأنه يعطي فعالية أكثر لاتفاق التحكيم .
(2) أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 447.
(3) و قد قضت غرفة التجارة الدولية بباريس عام 1977 بأنه :

« Selon la doctrine juridique dominante , une convention d'arbitrage n'est pas valable entre les parties seulement . mais s'impose également à leurs successeurs universels , et à leur ayant cause à titre particulier cessionnaires et tous acquériers d'obligation »

أنظر الحكم في القضية 2626 منشور في 1978 clunet ص 980 تعليق Y.DERAINS

مأخوذ من المرجع السابق ذكره .

(4) محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 99 .

(5) و الغير هنا هو كل شخص لم يكن طرفا في اتفاق التحكيم البحري ، ولم يكن خلفا عاما أو خاصا لأحد طرفيه .

و في الحلول الشخصي *la subrogation personnelle* فإن الشخص الذي يحل محل الدائن ، وهو المستفيد ، ينتقل اليه أثر اتفاق التحكيم الذي أبرمه الدائن عند انتقال حقوقه .
و هكذا في مجال التأمين و حلول شركة التأمين محل المؤمن عليه ، فإن الشركة تكون ملتزمة باتفاق التحكيم في عقد النقل البحري و الذي قبله المؤمن عليه و الذي يستمد منه حقوقه (1).
أما عن الاشتراط لمصلحة الغير ، يمكن القول أن شرط التحكيم لا يحمل المنتفع بالإلتزامات ، إنما يرتب له حقوقا فقط . ولما كان شرط التحكيم يرمي الى تحقيق حماية الحقوق ، فإنه يمكن للمنتفع أن يتمسك بشرط التحكيم الذي أبرمه المشتري ، إلا أن بعض الفقه الفرنسي يرى بأن المنتفع لا يرتبط باتفاق التحكيم إلا إذا وافق عليه فيما بعد(2).

كما أن الواقع العملي في معاملات النقل الدولي البحري للبضائع أثبت أن هناك أشخاص من الغير يمكن أن يمتد اليهم أثر اتفاق التحكيم المبرم بين طرفي عقد النقل . و يطرح السؤال دوما ، حول أثر وجود شرط التحكيم بسند الشحن ، بالنسبة لحامله . فالشاحن الذي لم يوقع سند الشحن يعتبر قد قبل السند بكل شروطه وبنوده منذ لحظة تظهيره . وحامل السند ليس خلفا خاصا ، و لكن له حق مرتبط بالسند الذي يحمله ، ومن ثم فهو يتقيد بشرط التحكيم الوارد بذلك السند كما له أن يتمسك به(3).
و إذا ورد شرط التحكيم في عقد ايجار السفينة ، دون سند الشحن ، فقد اتجه الرأي السائد الى أن حامل السند لا يلتزم بذلك الشرط ، إلا إذا كانت هناك احالة صريحة إليه في سند الشحن ولا تكفي الاحالة العامة كما رأينا في أغلب قوانين و أحكام القضاء المقارنة ، حيث لا تؤدي الاحالة العامة الى جعل شرط التحكيم الوارد بعقد الايجار مندمجا في سند الشحن.

(1) أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص452

(2) Philippe Fouchard, E.Gaiyard.B.Goldman., op cit, p 298 .

(3) و في هذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية أن شرط التحكيم الوارد بسند الشحن يلزم المرسل اليه باعتباره في حكم الأصيل رغم عدم توقيعه على ذلك السند و عدم تعاقدته على نقل البضاعة . فالمرسل اليه ، أي حامل السند ، يعتبر طرفا ذا شأن في عقد النقل البحري يتكافأ مركزه و مركز الشاحن ، ومن ثم يلتزم بشرط التحكيم الوارد فيه . فلا يستطيع أن يرفع دعواه مباشرة الى قضاء الدولة ، كما لا يستطيع أن يطالب بتنفيذ ذلك الشرط .
نقض مدني 26 يونيو 1978 ، مجموعة الكتب الفني ، السنة 29 ، ص 1048 ، و نقض مدني 14 أبريل 1970 ، نفس المرجع ، السنة 21 ، ص 598 . مأخوذ من: أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق ، ص 449 . إن ما تجدر الاشارة اليه أن هذا القرار الذي أخذت به محكمة النقض المصرية ليس بالعام ، و إنما هناك تضرب الأراء حول مركز المرسل اليه في الدول المختلفة و هذا ما سنتطرق اليه في المطلب الموالي بنوع من التفصيل .

المبحث الثاني : مدى سريان اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري في مواجهة حامل سند الشحن.
(النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري)

إن مشكل الاحتجاج بشرط التحكيم البحري في مواجهة حامل سند الشحن هو موضوع لعدة منازعات ، كما أن دراسة مدى نفاذ شرط التحكيم في مجال النقل البحري مرتبط بالمركز القانوني لحامل سند الشحن (1) ، كما إختلفت الدول في مدى قبولها لنفاذ شرط التحكيم في عقد النقل البحري في مواجهة حامل سند الشحن فبعضها تضع شروطا مشددة لهذا ، و أخرى أكثر تساهلا (2).

وقد ترجم هذا التساهل والتشدد الذي تبنته الدول بالأحكام القضائية التي صدرت بمناسبة منازعات ثارت حول مدى التزام المرسل إليه بشرط التحكيم البحري بصورتيه أي شرط التحكيم المدرج في سند الشحن أو شرط التحكيم المحيل إليه سند الشحن و هو ما يعرف بشرط التحكيم بالإحالة.

و يعتبر المرسل إليه الشخص الذي يتلقى البضاعة عن طريق عقد النقل البحري ، بواسطة سند نقل عادي أو الكتروني (3) بدون أن يكون طرفا في هذا العقد ، و لعل أهمية تحديد المركز القانوني للمرسل إليه تتبع من علاقاته المتشعبة الى حد كبير في مجال عمليات النقل البحري للبضائع ، و لنا أن نتصور مدى هذا التداخل و ذلك التشعب إذا ما علمنا بعلاقات المرسل إليه مع العديد من الأشخاص و ذلك منذ بداية إبرام عقد البيع ، مروراً بعمليات الشحن المختلفة الخاصة بالبضاعة و إصدار سندات الشحن بأنواعها ، مع احتمال تداول هذه السندات بين أكثر من مستفيد حتى تصل الى المرسل إليه صاحب الحق في الاستلام(4).

و لذلك فمن الأهمية بما كان تحديد مفهوم الغير لمعرفة من يحاج باتفاق التحكيم الوارد في عقد النقل البحري أو على من ينفذ هذا العقد؟ و كذا تحديد ما إذا كان المرسل إليه يعتبر " طرفا " أم من "الغير " في هذا العقد؟ و بالتالي ما هو المبدأ الذي يطبق عليه هل مبدأ نسبية أثر العقد ، أم مبدأ نفاذ العقد والاحتجاج به؟ وهل ينتقل اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري الى مؤمن البضاعة عن طريق الحلول؟.

و قد أجبنا على هذه الإشكالات القانونية من خلال مطلبين: المطلب الأول هو عن المركز القانوني للمرسل إليه ومدى نفاذ اتفاق التحكيم في مواجهته ومطلب ثاني يضم انتقال اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري عن طريق الحلول.

(1) Hadouan Kamel, op cit, p08

(2) Ibis , p 09

(3) Wei HOU , LA LIBERTE CONTRACTUELLE EN DROIT DES TRANSPORTS MARITIMES DES MARCHANDISE, presses Universitaires AIX –Marseille , 2011,p186

(4) محمد عبد الفتاح ترك ،التحكيم البحري ، المرجع السابق ،ص 577.

المطلب الأول : المركز القانوني للمرسل إليه في عقد النقل البحري و مدى نفاذ اتفاق التحكيم في مواجهته.

إن مفهوم الغير في عقد النقل البحري يعني أنه أي شخص غير الشاحن و الذي يبرم عقد النقل مع الناقل (1)، كما لا يخفى علينا أن التوصل للإجابة على الأسئلة السابقة سيؤدي بنا الى تحديد المركز القانوني للمرسل اليه ، و بالتالي كشف حقيقته و أساس علاقته المركبة مع العديد من الأطراف التي تتداخل وتتشابك في عمليات نقل البضائع بحرا ابتداءً من تنفيذ هذه العمليات في ميناء الشحن و حتى تسليم البضاعة للمرسل اليه في ميناء الوصول حيث مازال تحديد مركز المرسل اليه مثار خلاف شديد في الفقه و القضاء تنازعه آراء و نظريات عديدة لم تسلم أي منها من النقد .

و يعتقد البعض أن تحديد المركز القانوني للمرسل إليه في عقد النقل البحري هو أمر نظري ولكن في الحقيقة أنه من الأهمية بما كان بالنظر إلى النتائج العملية والقانونية المترتبة عنه(2). وقد ظهرت عدة نظريات في هذا الصدد وذلك لمعرفة مدى نفاذ الشروط المترتبة عن عقد النقل البحري في مواجهته.

الفرع الأول : النظريات التقليدية لتحديد المركز القانوني للمرسل إليه.

لا ينتج عقد النقل البحري أثره من حيث المبدأ إلا بين المتعاقدين مع ذلك فقد تميز هذا العقد بأن الذي يتسلم البضائع هو المرسل إليه(3)، والذي يعد بلا شك من الغير بالنسبة للعلاقة العقدية الأصلية القائمة بين الناقل والشاحن فهو ليس طرفا في هذه العلاقة لأنه ببساطة لم يشارك في إبرامها(4). ونظرا لخصوصية المعاملات البحرية(5) وتعقيدها ، فمن الناحية العملية أوجب قيام علاقات مباشرة بين المرسل إليه والناقل دون استطاعة تبرير ذلك قانونا، وقد أوقع ذلك الفقه والقضاء في حيرة عند التعرض لبيان الأساس القانوني لمركز المرسل إليه في سند الشحن، خاصة وأن مواد القانون البحري تفرق بين حجية سند الشحن بالنسبة لأطرافه وحجيته بالنسبة للغير(6). وقد حاولت نظريات عدة إيجاد الأساس القانوني لمركز المرسل إليه .

أولا: نظرية الاشتراط لمصلحة الغير .

يخضع مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير في القانون الجزائري للمادة 116 من القانون المدني الجزائري حيث

(1)Wei HOU, op cit , p185

(2)عباس مصطفى المصري، المرجع السابق ، ص 87.

(3)د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، سنة 2001، ص 29 .

(4)عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، ص 87.

(5)عباس حلمي، المرجع السابق، ص 6.

(6)محمد عبد الفتاح ترك، المرجع السابق، ص 598 .

تنص على أنه: " يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية أو أدبية."

ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد. ويجوز كذلك للمشتراط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده يجوز له ذلك⁽¹⁾. ونظام الاشتراط لمصلحة الغير يشكل استثناء على مبدأ نسبية العقود سواء في القانون الجزائري أو القانون المصري و حتى في القانون الفرنسي⁽²⁾. وإن كانت هناك اتجاهات فقهية حديثة لا ترى في هذا النظام أي استثناء على مبدأ نسبية العقود، تأسيسا على أن توافر إرادة المنتفع تجعله بمثابة الطرف في العلاقة الأصلية⁽³⁾.

و قد أفرط القضاء في استخدام هذا المفهوم في حالات كثيرة منها تقرير اشتراط ضمني لمصلحة أقارب المسافرين المضرور في عقد نقل الأشخاص لإفادتهم من مزايا النظام العقدي، وإتاحة رجوعهم ضد الناقل على أساس قواعد المسؤولية العقدية. ومن ناحية أخرى اتجه القضاء إلى الركون لنفس المفهوم لتمكين الغير من المطالبة لمصلحته بتنفيذ ذات الأداء العقدي المقرر للدائن في العقد الأصلي ومثال ذلك دعوى المرسل إليه ضد الناقل للمطالبة باستلام البضاعة أو بالتعويض عن الهلاك أو التلف⁽⁴⁾.

فغالبا يستند القضاء إلى مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير إذا ما أراد تحقيق فائدة للغير من خلال نظام المسؤولية العقدية، وقد استخدم هذا النظام عمليا من أجل تحقيق غايات مختلفة ففي بعض الحالات يستخدم لتمكين الغير من الاستفادة من مزايا النظام العقدي وفي البعض الآخر يستخدم لمنح الغير حق المطالبة بتنفيذ أداء عقدي من خلال علاقة عقدية ليس طرفا فيها، تلك غايات مختلفة تستخدم

(1) يقابل هذه المادة في القانون الفرنسي المادة 1121 مدني فرنسي نصها كالتالي:

"on peut pareillement stipuler au profit d'un tiers lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même d'une donation que l'on fait à un autre, celui qui a fait cette stipulation ne peut la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter"

ويقابلها في القانون المصري المادة 154 من القانون المصري والتي تنص: " يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذ أن له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه لو فاته ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد.."

(2) عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، ص 92.

(3) محمد عبد الفتاح ترك، المرجع السابق، ص 603.

(4) د. صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 69، 70.

لتحقيقها فكرة واحدة هي فكرة الاشتراط لمصلحة الغير(1).

ولتحقق الاشتراط لمصلحة الغير وجب توافر أمرين معا:

أ) أن يكون التعاقد بإسم من يبرم العقد ولكن لمصلحة شخص آخر يظهر في العقد.

ب) أن يكون المتعاقدان قد قصدا إنشاء حق خاص مباشر للغير المستفيد، ذلك أن الغرض في الاشتراط لمصلحة الغير، أن الغير المستفيد يستطيع المطالبة بالحق الناشئ له عن العقد المبرم بين الطرفين دون رجوع إلى المشتراط كي يطالب له من تعاقد معه بهذا الحق(2).

عموما ومن منطلق البحث عن أساس قانوني لمركز المرسل إليه قد إعتقد الفقه فكرة الاشتراط لمصلحة الغير كسند قانوني لهذا المركز عندما قرر أن الشاحن وقت إبرامه عقد النقل يشترط لمصلحة المرسل إليه فيكسب هذا الأخير بهذا الاشتراط الحق في تسلم البضاعة، ويتحقق قبوله بالطبع عندما يتقدم لاستلام هذه البضاعة، من ناحية أخرى فإن قبول هذا الاشتراط من جانب المرسل إليه يفترض قبوله تنفيذ الالتزامات المرتبطة بهذا الاشتراط كالالتزام بدفع أجرة النقل والالتزام بالشروط الواردة في سند الشحن ومن بينها شرط التحكيم البحري.

نقد هذه النظرية:

قد وجه العديد من الانتقادات إلى هذه النظرية وأهمها:

أ) أنه وفقا للمواد القانونية التي قررت نظام الاشتراط لمصلحة الغير سواء في الجزائر، مصر أو فرنسا أنه يترتب عليه اكتساب الغير حقا دون تحميله بأية التزامات(3)، وبالتالي إلزام المرسل إليه بشرط التحكيم البحري الموجود في سند الشحن أو الذي يحيل إليه سند الشحن لمشاركة الإيجار يكون دون تبرير سليم.

ب) يتيح النظام القانوني للاشتراط لمصلحة الغير للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي يمكن أن تنشأ عن هذا العقد، وهذا يعني أنه يمكن الاحتجاج بشروط عقد المشاركة قبل حامل السند الصادر مستند إلى هذه المشاركة باعتباره مت دخلا في عقد النقل حتى ولم يكن هذا السند قد تضمنها أو أشار إليها بوضوح، إلا أنه جرى العمل على أن شروط مشاركة الإيجار لا يحتج بها قبل حامل سند الشحن ومنها شرط التحكيم البحري بالإحالة ما لم يكن بشكل واضح وصريح .

(1)عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، ص 94.

(2)محمد عبد الفتاح ترك،التحكيم البحري ، المرجع السابق، ص 603.

(3) وقد نصت المادة 113 من القانون المدني الجزائري على أن العقد لا يترتب التزاما في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا.

د. السنهوري، مصادر الالتزام، الجزء الأول، ص 773.

د) يفترض نظام الاشتراط لمصلحة الغير توافر عنصر نفسي أساسي ألا وهو "نية الاشتراط" ليس لصالح المشتري نفسه وإنما لصالح الغير، فقصد الاشتراط لمصلحة الغير هو أن تتجه إرادة المشتري والمشتري إلى إنشاء حق خاص في ذمة المنتفع مباشرة، أي إلى إكساب المنتفع حقاً بمجرد اتفاقهما على ذلك دون أن يمر هذا الحق بذمة أي منهما، وبالتالي فإن اتفاق أصحاب العلاقة الأصلية إلى إحالة ما ينشأ من نزاع على التحكيم البحري لم يكن لينصرف إلى المرسل إليه و بالتالي فإن أحكام الاشتراط لمصلحة الغير لا تنطبق إذا كان المشتري قد اشترط الحق لنفسه وحوله إلى المنتفع(1).

ثانياً : نظرية الخلف الخاص.

لقد اعتبر بعض الفقه أن المرسل إليه حامل سند الشحن خلفاً خاصاً للشاحن بوصفه مشتري للبضاعة، ولما كان عقد عقده الشاحن والمتعلق بهذه البضاعة، فإن المرسل إليه وباعتباره خلفاً خاصاً ينتقل إليه ما يترتب هذا العقد من حقوق والتزامات(2)، ومنها شرط التحكيم المدرج في سند الشحن وذلك طبقاً لنص المادة 109 من القانون المدني الجزائري والتي تنص: "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً، شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بما وقت انتقال الشيء إليه"(3).

إنه وباستقراء هذه المادة يتبين أن الخلف الخاص هو من ينتقل إليه حق خاص من الحقوق أو دين من ديون السلف الثابتة في ذمته المالية بإحدى الاتفاقات الناقلة للحقوق أو بنص القانون(4).

وحسب هذه النظرية فإن الحقوق التي يتلقاها المرسل إليه من عقد النقل البحري الذي لم يكن طرفاً فيه وكذا التزاماته إنما يرجع تفسيره إلى المادة 109 من القانون المدني الخاصة بتأثر الخلف الخاص بتصرفات السلف متعلقة بالعين التي نقلها إلى آثار ذلك الخلف متى كانت الحقوق والالتزامات الناشئة عن هذه التصرفات من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص.

ولتطبيق المادة 109 من القانون المدني كأساس قانوني لمركز المرسل إليه يجب مراعاة بعض الضوابط التي جاءت بها، فأثر العقد ينصرف حسب هذه المادة إلى الخلف الخاص بشروط أربعة وهي:

أ. أن يرد تصرف السلف على ذات الشيء الذي تلقاه الخلف.

(1) عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، ص 97.

(2) محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق، ص 606.

(3) يتقابل هذا النص المادة 146 من القانون المدني المصري.

(4) ومن الفقهاء الذين استندوا إلى نظرية الخلف الخاص كأساس لمركز المرسل إليه في عقد النقل البحري الأستاذ الدكتور عبد الحي حجازي في بحثه "نظريات في الاشتراط لمصلحة الغير" والفقيه "Garreau de la machine".

ب . أن تكون الملكية لم تنتقل بعد إلى الخلف وقت التزام السلف بالتصرف مع الغير، أما إذا كانت الملكية قد انتقلت قبل التصرف فيكون الخلف الذي تلقاها أجنبيا عن المتصرف(1).

ج . أن يعلم الخلف علما يقينا بالتصرف الذي أبرمه سلفه مع الغير وبالحقوق والالتزامات التي ترتبت عليه حتى يمكن أن ينتقل إليه شيء منها.

د . أن تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد من مستلزمات الحق الذي آل إلى الخلف(2) وقد استقر القضاء والفقهاء على أن الحقوق تكون من مستلزمات الشيء إذا كانت مكملة له، فقد اشترط الفقهاء في الحق المتصل بالشيء المستخلف فيه الشروط الآتية(3):

أ . أن يكون حقا لا يمكن أن يستعمله إلا مالك الشيء.

ب . أن يكون الشيء لا المالك هو محل الاعتبار في تقرير الحق .

ج . أن يكون الحق مكملا للشيء بأن يكون من شأنه حفظه أو تقويته أو درء الخطر عنه.

أما بالنسبة للالتزام فقد اشترطوا بشأنه الشروط التالية:

أ . أن يكون الشيء محل الاعتبار في تقريره وليس محل الاعتبار هو شخصية المالك أو بمعنى آخر لا يكون الالتزام ذا اعتبار شخصي.

ب . أن يكون الالتزام محمدا للشيء وأن يقيد من استعماله أو يحدد من سلطات المالك عليه.

ج . ألا يكون بالإمكان تنفيذه تنفيذا عينيا إلا عن طريق مالك الشيء(4).

من العرض السابق لشروط المادة 109 من القانون المدني الجزائري والتي تتناول مسألة انتقال الحقوق والالتزامات إلى الخلف الخاص يتضح بأن صرفها إلى المجال الذي نحن بصددده وهو مدى حجية شرط التحكيم المدرج في سند الشحن في مواجهة المرسل إليه، يحملها أكثر مما تحتمل ويخرج بنا عن الإطار الفني المحدد لها وذلك لأسباب التالية:

- لا تنتقل الالتزامات التي رتبها السلف على الشيء الذي انتقل إلى السلف الخاص إلا إذا كانت تقيد من استعمال الشيء أو تحد من سلطات المالك عليه، أما إذا كان ما رتبه السلف التزامات شخصيا، كالتزام بشرط التحكيم فلا يكون إلا باتفاق خاص بين الخلف والسلف.

(1) عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، ص 105.

(2) حمد عبد الفتاح ترك، المرجع السابق، ص 607.

(3) عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، ص 104.

(4) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 738.

- يستطيع المدين أن يتمسك في مواجهة الخلف الخاص بكافة الدفع التي عساها أن تكون قائمة في العلاقة بين هذا المدين وبين السلف، وهذا بالطبع يخالف ما هو مقرر بالنسبة لحق المرسل إليه في مواجهة الناقل، فقد استقر العرف تيسيرا لتداول سند الشحن وتمكيننا له من أداء وظيفته الانتمائية على تطبيق قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفع على الحامل حسن النية(1)، وبالتالي لا يمكن الاحتجاج بشرط التحكيم المدرج في سند الشحن أو المحيل إليه سند الشحن في مواجهة المرسل إليه حسن النية والذي لم يعلم به.

ثالثا: نظرية النيابة الناقصة.

يرى البعض(2) أن الشاحن عند تعاقد مع الناقل يعتبر نائبا عن المرسل إليه، إلا أن هذه النيابة ناقصة فمقتضى هذه الفكرة أنه من يتعاقد باسمه (الشاحن) بإذن ولحساب الغير (المرسل إليه)، يعتبر نائبا عن ذلك الغير مع بقاءه ملزما شخصا أمام المتعاقد معه (الناقل) بمقتضى العقد الذي أبرمه.

ومن ثم يعتبر الشاحن في تعاقد مع الناقل نائبا عن المرسل إليه ولكن هذه النيابة ناقصة إذ يضل الشاحن طرفا في عقد النقل في الوقت الذي يكون فيه المرسل إليه طرفا في هذا العقد وفقا لأحكام النيابة، التي تقضي بإنصراف آثار العقد إلى الأصل. وتختلف النيابة الناقصة عن النيابة الكاملة في أن هته الأخيرة تتضمن تجديدا بتغيير المدين شريطة الاتفاق صراحة على براءة ذمة المدين الأصلي، ذلك أن التجديد لا يفترض حسب القواعد العامة(3).

تقدير النظرية:

إن هذه النظرية تشكل مفهوما قانونيا يتأسس على الإرادة، والإرادة هنا لا يمكن القول بتوافرها في كل الحالات وإنما الأمر لا يعدو كونه محض افتراض لا يستند إلى نية حقيقية مما يضعف مثل هته النظريات ويجعلها محل نقد(4). فهته النظرية تقوم على نية افتراضية لا تشكل حقيقة فهي تجعل من المرسل إليه طرفا في عقد النقل رغم أنه يعتبر بلا شك "غيرا" بالنسبة لهذا العقد، فالشاحن حين يتعاقد مع الناقل لا تتجه نيته إلى أن تكون له صفة مزدوجة، صفته كأصيل وصفته نائب عن المرسل إليه.

كما أن هذا العرض يتعارض تماما مع إمكانية تداول سند الشحن وانتقاله بين أكثر من مستفيد، بمعنى أن الأخذ بهذه النظرية يؤدي إلى عدم تغيير المستفيد من سند الشحن على أساس أن الحقوق والالتزامات

(1) عباس مصطفى، المرجع السابق، ص 107.

(2) من بين الذين استندوا إلى فكرة النيابة الناقصة كأساس قانوني لمركز المرسل إليه الأستاذ « Ripert » .

(3) محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق، ص 609.

(4) عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، ص 101.

التي يتضمنها هذا السند تخص الأصيل فقط والذي تعاقد النائب نيابة عنه عند إبرام عقد النقل البحري(1). وفي الأخير أن المرسل إليه أو حامل سند الشحن قد لا يكون معلوما وقت إبرام عقد النقل، وقد يتغير شخص المرسل إليه حسب تداول سند الشحن الذي يمثل البضاعة، وبالطبع من الصعوبة افتراض نيابة الشاحن عن حامل سند الشحن الذي يتقدم إلى الرابن مطالبا باستلام البضاعة بسبب حيازته لسند الشحن والذي قد يكون شخصا غير المرسل إليه.

رابعا: نظرية الحيازة الرمزية للبضاعة.

لقد اعتنق عدد كبير من الفقهاء نظرية الحيازة الرمزية كأساس لحق الغير حامل سند الشحن في مواجهة الناقل، حيث يقوم سند الشحن بتزويد حامله الشرعي بحق ذاتي ومستقل عن عقد المشاركة القائم أساسا بين الناقل والشاحن، ففي سند الشحن أساس حقه وحدود التزاماته، كما أن سند الشحن يمثل البضاعة المشحونة على ظهر السفينة ويعتبر حامله حائزا حيازة رمزية للبضاعة ذاتها، فكان من الطبيعي أن يؤدي ذلك إلى ضرورة تحويل حامل سند الشحن حقا شخصا قبل الناقل.

ويقوم الفقه المساند لهذه النظرية بترتيب حق خاص للمرسل إليه حسن النية هذا الحق لا يتقيد بالعلاقات بين الناقل والشاحن أو الحاملين السابقين للسند، ومن ثم لا يستطيع الناقل أن يحتج قبل المرسل إليه بالدفوع التي يمكنه الاحتجاج بها قبل الشاحن(2)، كما يلتزم المرسل إليه بالشروط التي أحال إليها سند الشحن في مستندات أخرى علاوة على التزامه بالشروط الواردة في سند الشحن ومنها شرط التحكيم والذي يكون في سند الشحن أو الذي يحيل إليه سند الشحن ويأخذ بهذه النظرية كثير من الفقه المصري(3).

وبالرغم من وجاهة هذه النظرية إلا أنها تعرضت لانتقادات، فالاعتداد بكون سند الشحن يمثل البضاعة المنقولة بحرا ويسمح بإجراء العمليات الاقتصادية المختلفة على البضائع التي يمثلها بحيث يساعد على تداولها أمر استلزمته الضرورة العملية، إلا أن السؤال مازال قائما عن ما هو الأساس القانوني لمركز المرسل إليه وحقه في المطالبة بتنفيذ عقد لم يكن طرفا فيه بالإضافة إلى التزامه بالشروط الواردة في سند الشحن.

(1) محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق، ص 609.

(2) المرجع السابق ذكره، ص 616.

(3) Haddouna Kamel, op cit, p 10.

خامسا: المرسل إليه يستمد حقه من سند الشحن ذاته.

لقد اعتنق عدد كبير من الفقهاء هذه النظرية(1) مقررين أن حق المرسل إليه في مواجهة الناقل إنما يستند إلى سند الشحن الذي يزود حامله الشرعي بحق ذاتي ومستقل عن عقد النقل الأصلي المبرم بين الشاحن والناقل، ففي سند الشحن أساس حقه وحدود التزاماته، فالمرسل إليه حسن النية يخوله سند الشحن حقا خاصا وعليه فالناقل لا يستطيع أن يحتج قبل المرسل بالدفع التي يمكنه الاحتجاج بها قبل الشاحن. كما أن المرسل إليه يلتزم بالشروط الواردة في سند الشحن كشرط التحكيم البحري المدرج في سند الشحن كما يلتزم بالشروط التي أحال إليها سند الشحن في مستندات أخرى، وقد اعتنقت محكمة النقض المصرية هته النظرية في حكم حديث لها كما أن محكمة النقض الفرنسية قد أصدرت أكثر من حكم أشارت فيه إلى أن المرسل إليه إنما يتداعى ضد الناقل بموجب حق ذاتي يستمده من كونه الحائز لسند الشحن، ولم تعد المحكمة تشير في قضائها الحديث إلى مسألة الاشتراط لمصلحة الغير(2). كما أقرت الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا في الجزائر بأن سند الشحن هو الذي يثبت مركز المرسل إليه(3).

سادسا : موقف القضاء المقارن التقليدي من مركز المرسل إليه.

لم يأخذ القضاء المقارن باتجاه محدد وواضح فيما يتعلق بهذه المسألة المهمة وإنما تضاربت أحكامه ما بين اعتبار المرسل إليه بمثابة طرفا في عقد النقل البحري، وما بين اعتباره من الغير في بعض الأحوال وما بين اعتبار حيازته لسند الشحن بمثابة حيازة رمزية للبضاعة(4)، ولهذا جاءت اتجاهات ونظريات حديثة لمحاولة تبرير مركزه.

(1) يقول الأستاذ "رودير": " أن سند الشحن قد لحقه تطور كبير في نطاق التجارة البحرية فقد تدرج تطوره من مجرد إيصال يثبت استلام البضاعة الى أداة لإثبات عقد النقل واثبات شروطه الى أن أصبح أخيرا سندا يمثل البضاعة المشحونة يتم تداولها بتداوله ويمثل تسليمه تسليمها، فسند الشحن له وجهان، وجه عيني يمثل البضاعة المشحونة، ووجه شخصي يتيح لمن يجوز الحق في المطالبة باستلام البضاعة." . عن عباس مصطفى المصري، المرجع السابق ص 115

(2) عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، ص 117

(3) القضية رقم 145015 لـ 1996/12/17 من الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا.

(4) Haddouan Kamel, op cit, p 10 .

الفرع الثاني: نظرية النفاذ كأساس قانوني لمركز المرسل إليه.

إن المشكل الحساس الذي يصادف أثناء البحث عن أساس قانوني للعلاقات المباشرة التي تقوم في إطار عقد نقل البضائع بحرا بين المرسل إليه والمرتبطين بشكل أو بآخر بهذا العقد سواء ناقل أصلي أو ناقلون متتابعون أو مقاولو شحن وتفريغ ، تكون عند ضرورة تحميل مركز الغير بالتزامات لصالح طرف آخر في علاقة عقدية ثم إبرامها ولم يشارك فيها(1)، وقد سبق وأن رأينا أن المفاهيم القانونية التقليدية قاصرة عن إيجاد أساس قانوني جامع لتبرير مثل هذه المراكز القانونية.

إن مبدأ سريان العقود ونفاذها يمكن أن يشكل أساسا قانونيا لمركز المرسل إليه والناقل البحري والشاحن ولكن في كافة العلاقات التي يمكن أن تقوم داخل المجموعة العقدية لعملية النقل البحري(2).

أولا: نظرية المجموعات العقدية وشرط التحكيم.

يأخذ مفهوم المجموعة العقدية أحد الشكلين، الشكل الأول يتواجد في الواقع العملي في شكل تجمع عقدي أما الثاني فيتواجد في شكل سلسلة عقدية.

والتجمع العقدي يظم عدة عقود لها هدف أساسي واحد، وهذا النوع من العقود يظهر أكثر بالنسبة للعقود الدولية المتشابكة والمرتبطة والتي تتصل بعضها ببعض الآخر وتهدف إلى تحقيق غاية واحدة(3)، وكل عقد منها يعتبر جزءا من هذا المجموع.

أما السلسلة العقدية فهي تتشكل بوجه آخر فبرغم من أن هدف العمل ليس واحد أو هو قليل الأهمية إلا أن السلسلة حول ذات المحل الذي تمت بشأنه العقود التي تنظمها هذه السلسلة، وبمعنى آخر فإن عقود السلسلة لا تشكل مجموعا يرمي إلى هدف واحد وإنما هي تتابع في حلقات حول ذات المحل مثل بيع شيء معين وتداوله في الأسواق مع قيام فكرة ضمان الاستحقاق مع شروط متعلقة بالشيء المباع(4).

إنه وبتأملنا موضوع البحث نجد أن إحدى صور المجموعات العقدية التي تنظمها وحدة السبب قد تجسدت أمامنا، فهناك عقد بيع بضاعة طرفه الشاحن و المرسل إليه، و عقد نقل هذه البضاعة، وعقد الشحن والتفريغ، وعقد التأمين على البضاعة، وعقود نقل متتابعة، بمعنى أننا نجد أن هناك عقدا أصليا يتمثل في بيع بضاعة ثم عقود تابعة تتجمع وتدور حول العقد الأصلي للتأكد من ضمان وصول البضاعة المبيعة إلى

(1)عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، ص 141.

(2)حمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق، ص 627.

(3)حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 156 وما بعد.

(4)عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، ص 142.

المرسل إليه ومن ثم فإن هذه الصورة من صور المجموعات العقدية تدخل تحت صيغة التجمع العقدي لعدة عقود تحقق هدف واحد، وهو ضمان وصول البضاعة المباعة إلى المرسل إليه في حالة جيدة وسليمة(1)، واستنادا إلى ظاهرة التجمع العقدي فإنه يوجد بداخل هذه المجموعات العقدية علاقات مباشرة بين أعضائها حتى ولو كانت هناك مسافة كبيرة تفصل بينهم(2).

وقد قررت محكمة النقض المصرية في بعض أحكامها أن: "المرسل إليه يعتبر طرفا ذا شأن في عقد النقل البحري"، مطبقة بشأنه هذا النظام العقدي بالرغم أنه يعتبر من الناحية الفنية "غيرا" وليس طرفا بالنسبة لهذا النقل البحري، وبالتالي يمكن الاحتجاج في مواجهته بشرط التحكيم البحري.

ونتيجة للقصور التشريعي في هذا الخصوص نجد أن القضاء قد أوضح في بعض الأحكام أن الأطراف في مجموعة عقدية ليسوا غيرا في علاقاتهم المتبادلة فيمكن لأي منهم أن يتداعى ضد الآخر، وحقيقة الأمر فإن هذا الاتجاه ما هو إلا إبراز لوجود حق مباشر بين عضوين داخل مجموعة عقدية، يجمعها وحدة المحل أو وحدة السبب أساسه قوة النفاذ داخل هذه المجموعة حيث تتوافر الرابطة القانونية اللازمة داخل هذه المجموعة بعيدا عن المجال الآخر الملزم للعقد ومبدأ نسبية العقود.

وكان الفقه الفرنسي قد اتجه إلى دراسة هذه الظاهرة في صورتها تحت مسمى واحد هو مجموعات العقود أو مجاميع العقود "Groupe de Contrats"(3)، حيث كشفت هذه الدراسة عن وجود نوع من التبعية بين عقود المجموعة العقدية الواحدة، وهذا ما يجعل من أطراف كل عقد من العقود المكونة للمجموعة أطرافا في كل المجموعة العقدية، وذلك خلافا لما يفرضه مفهوم مبدأ نسبية أثر العقود.

ويثور الجدل في الفقه والقضاء حول الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في أحد العقود على أطراف عقد آخر، بالرغم من عدم وجود إحالة بذلك الشرط الوارد في العقد الأول مع العلم أن هناك رابطة تبعية بين العقدتين أو يجمعها هدف اقتصادي مشترك.

بمعنى آخر هل لا بد لمن يبتغي تحريك دعوى المسؤولية أن يلتزم بشرط التحكيم المدرج في العقد الذي لم يكن طرفا فيه، وذلك قبل اللجوء للقضاء بناء على النظرية السابقة؟.

(1) محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق، ص 629.

(2) كما قال الأستاذ "Teyssie": "فان مفهوم المجموعة العقدية ينبغي أن يرر قيام علاقات مباشرة ذات طبيعة عقدية بين الأعضاء.." عن عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، ص 143.

(3) إنجّه الفقه الفرنسي الحديث لدراسة هذه الظاهرة، حيث كشفت هذه الدراسة عن وجود نوع من التبعية المتبادلة أحيانا والمنفردة أحيانا أخرى بين عقود المجموعة العقدية الواحدة، يجعل منها كلا واحدا يصعب الفصل بين وحدته من الناحيتين الاقتصادية والقانونية على حد سواء، وهذا ما يجعل من أطراف كل عقد من العقود المكونة للمجموعة أطرافا في الكل الذي تمثله المجموعة دون حاجة لأن يكونوا أطرافا في بقية العقود الداخلة في المجموعة خلاف لما يفرضه منطوق نسبية أثر العقود. عن محمد عبد الفتاح ترك، المرجع السابق، ص 632.

للإجابة على السؤال انقسمت الآراء بهذا الخصوص، بحيث اعتد البعض بالإرادة الحقيقية لقبول التحكيم وتطلب ضرورة علم وقبول جميع أطراف العملية التحكيمية بهذا الشرط ومن ثم فهذا الرأي أخذ بمنهج التفسير الذيق لاتفاق التحكيم.

أما الرأي الثاني فقد اعتد بفكرة الإرادة الظاهرة حيث يجري شرط التحكيم الوارد في أحد العقود على عقد ثاني لا يتضمن شرط التحكيم، وذلك بناء على ما تولد لدى أطراف العقد الثاني من اعتقاد بأن أي عقد وما تضمنه في المجموعة العقدية ملزم لكل أعضاء الجماعة.

إلا أن الفقيه كركاسون "Carcassonne" لا يرحب بالاتجاه الثاني ويذكر: "إن التوسع في مد الأثر الملزم لاتفاق التحكيم إلى أشخاص ليسوا بأطراف فيه من الناحية الموضوعية، يجب ألا يكونوا كذلك من الناحية القانونية، وأن المفهوم الواسع لفكرة الطرف الذي أخذ به الفقه وشاطره في ذلك القضاء مدعاة للخوف والحذر في أوساط التحكيم في أن يوجد نوع من امبريالية التحكيم ، فالشركة الأم تخشى أن تجلب إلى التحكيم وهي لا ترغب فيه، لمجرد أن الشركة الوليدة ضمنت التحكيم الغيابي" (1).

أما الفقيه "Ghestin" فيذكر أنه لا يفترض الحصول على موافقة المتعاقدين الآخرين بالنسبة لكل العقود المحيطة بالتعاقدات المبرمة، وهذا الرأي يمكن تبريره بما قال الأستاذ تيسي في بحثه القيم والمتعلق بدراسة المجموعات العقدية على أن أساس مثل هذه العلاقات يرجع في حقيقته إلى وجود عقد واحد مركب، وإن تعددت العقود في الواقع فمثل هذه المجموعات العقدية في رأيه يجب النظر إليها نظرة متميزة ودقيقة (2).

إلا أنه كما يرى الأستاذ عباس مصطفى المصري أن " هذا الاتجاه غير سديد ولا يخلو من الافتراض أيضا، فكيف يمكن اعتبار عدة عقود بمثابة عقد واحد حتى ولو كانت تشكل مجموعة عقدية، وكيف يمكن التداعي ضد شخص على أساس قواعد المسؤولية العقدية رغم أنه يعتبر غيرا في المعنى الفني الدقيق للفظ، وكيف يمكن على هذا الأساس تبرير قاعدة تطهير الدفع والتي تفرض نفسها داخل بعض المجموعات العقدية نتيجة تداول سند الشحن مثلا بين أكثر من مستفيد أو ما إلى ذلك؟(3)".

ونتيجة لعدم وضوح أساس قانوني ومنطقي للعلاقات المباشرة الناشئة عن المجموعة العقدية المبرمة أساسا لنقل البضاعة بحرا وتوصيلها بين أيدي المرسل إليه وعجز النظريات التي قيلت في هذا الصدد عن توفر مثل

(1) أما عن الفقيه فوشار فهو يرى بأنه لا يوجد نوع من امبريالية التحكيم ولا تحميل التحكيم أكثر مما يحتمل في هذا الصدد.

عن محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري ، المرجع السابق، ص 636.

(2) عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، ص 144.

(3) المرجع السابق ذكره، ص 145.

هذا الأساس فإن الفقهاء قد لجئوا إلى أسلوب الإنشاء واعتبروا أن هذه العلاقات تشكل استثناء على مبدأ نسبية العقود.

ثانياً: النفاذ كسند قانوني لمركز المرسل إليه.

إن النفاذ أو الاحتجاج كفكرة قانونية قائمة ينشأ عنه التزام ملقى على عاتق الغير بإحترام عقود الآخرين والامتناع عن كل ما من شأنه الإخلال بما تتضمنه من حقوق والتزامات، ويكون ذلك مقرراً أيضاً في علاقات الحق المباشر بين الأعضاء في مجموعة عقدية يجمعها وحدة المحل أو وحدة السبب وذلك بفضل قوة النفاذ داخل هذه المجموعة، بالإضافة إلى توافر شرط المصلحة في حق أعضاء المجموعة إتجاه عضو آخر.

أ. نسبية العقود ونفاذها:

من المقرر قانوناً أن القوة الملزمة للعقد تقتصر على عاقديه دون أن تمتد إلى غيرهما، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك(1) وهذا ما يعرف بـ "مبدأ نسبية أثر العقود".

وبالرغم من ذلك فما يلاحظ أن القضاء سواء في فرنسا أو في مصر أو الجزائر قد تجاوز هذا المبدأ في بعض الحالات وعلى رأسها مركز المرسل إليه(2) في عقد النقل البحري، حيث نجد أن القضاء قد اعترف له بحقوق وألقى عليه بالتزامات ناشئة عن عقد النقل البحري بالرغم من أنه ليس طرفاً في العقد الذي تم إبرامه أساساً بين الناقل والشاحن، فهو من طائفة الغير إلا إذا كان استثناء طرفاً في عقد النقل عندما يكون المرسل هو نفسه المرسل إليه(3).

إلا أنه يوجد مبدأ آخر وهو "مبدأ نفاذ العقود"(4)، يقوم بجانب "مبدأ نسبية أثر العقود"، وقد يطلق عليه "مبدأ سريان العقد" أو مبدأ "الاحتجاج بالعقد" وهو يعني أنه إذا كانت حدود العقد نسبية وقاصرة على طرفيه في إطار مفهوم الأثر الملزم له، فإن هناك إطار آخر يتعلق بالأثار الغير المباشرة للعقد ألا وهو نفاذ هذا العقد من منطلق محاجة الكافة به وفرض احترامه عليهم(5).

(1) تنص المادة 113 مدي جزائري " لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً ". وهذا ما أخذ به المشرع المصري في المادة 152 والمادة 1165 مدي فرنسي والتي أشارت إلى مبدأ نسبية أثر العقود: "الاتفاقات ليس لها أثر إلا بين أطرافها فهي لا تضر الغير ولا تفيده إلا في حدود المادة 1121 مدي" كما نصت المادة 1134 مدي فرنسي على أن: "الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم بالنسبة إلى من عقدها مقام القانون" وهي تقابل نص المادة 106 مدي جزائري: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون" وهي تقابل المادة 147 مدي مصري.

(2) فتحديد المركز القانوني للمرسل إليه أثار خلاف شديد في الفقه والقضاء ونازعته آراء ونظريات عديدة كما رأينا سابقاً.

(3) صبري محمد خاطر، المرجع السابق، ص 69 .

(4) استعمل لفظ النفاذ "L'opposabilité" في أحوال كثيرة كدليل على وجود استثناء على مبدأ نسبية العقود، كما أن لفظ "inopposabilité" استخدم لتوضيح حالة العقد الذي ليس له أثر في مواجهة الغير وباعتبار ذلك محض تطبيق لحدود مبدأ نسبية أثر العقود المقرر بالمادة 1125 مدي فرنسي.

(5) محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق، ص 64.

وكقاعدة عامة ونتيجة لنفاذ عقد ما في مواجهة الغير بصفته واقعة قانونية فإن الغير بناء على ذلك لا يلتزم إلا بواجب سلبي عام بإحترام عقود الآخرين، بمعنى أنه يشكل في مضمونه التزاما بإمتناع عن عمل مؤداه عدم انتهاك عقود الآخرين بتصرفات لاحقة تؤثر في الاشتراطات العقدية التي تتضمنها هذه العقود بما قد يؤدي إلى إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته تجاه المتعاقد الآخر، ولا صلة لذلك بمبدأ نسبية أثر العقود وإنما هذا الواجب بالاحترام هو أثر خارجي أو غير مباشر للعقد باعتباره واقعة قانونية.

وإذا ما تعرض الغير للعقد في مواجهته وللإشترطات العقدية التي تتضمنه بعمل مادي، وليس بتصرف قانوني فهو يخرج عن الإطار الفني الدقيق لمفهوم نفاذ العقود. فالنفاذ هنا يعني نفاذ لعقد أول في مواجهة عقد ثان، حيث قد يأتي العقد الثاني في صورة انتهاك للإشترطات العقدية الموجودة في العقد الأول، مما يؤدي إلى إخلال أحد أطراف هذا العقد الأول بالتزاماته تجاه الطرف الآخر، وقد يأتي في صورة تصرف لاحق يفتقر إلى الأسبقية والأفضلية تجاه عقد سابق عليه.

ويرى الأستاذ عباس المصري على غرار هذا الالتزام السلبي باحترام عقود الآخرين وعدم الإخلال بها مادامت قد استوفت شروط نفاذها في مواجهة الغير، واستنادا إلى ذات المفهوم فإن النفاذ داخل مجموعة عقدية على النحو الذي سبق إيضاحه مع توافر عنصر المصلحة. وقد أظهر التزاما جديدا داخل هذه المجموعة ليس له الطابع السلبي وإنما الطابع الإيجابي، وهذا أمر منطقي وإلا فما هي صورة الالتزام بالاحترام الذي تمليه فكرة النفاذ داخل المجموعة العقدية؟.

وبالتالي ليس من المنطق القول بأنه ذو صبغة سلبية على النحو السالف ذكره فإحترام عقد الغير داخل مجموعة عقدية نتيجة لقوة النفاذ داخلها يوجب على عضو المجموعة الذي تتوافر في مواجهته مصلحة لهذا الغير في تنفيذ أداء معين أن ينفذ هذا الأداء، وبمعنى آخر فإنه ينشأ لهذا الغير صاحب المصلحة حق خاص يوفره له النفاذ داخل المجموعة العقدية التي هو عضو فيها، ويتيح له ذلك أن يطلب من عضو آخر داخل ذات المجموعة أن يحترم مصلحته وأن ينفذ لصالحه أداء في العلاقة العقدية الأصلية. فإثبات وجود التزام سلبي يقع على عاتق الغير باحترام عقود الآخرين نتيجة لنفاذ هذه العقود في مواجهته وإقامة مسؤولية في حالة الإخلال بهذا الالتزام من خلال مفهوم التواطؤ أو ما إلى ذلك، يجعل من غير المفهوم رفض القول بوجود التزام إيجابي باحترام حق الغير عضو المجموعة العقدية من جانب عضو آخر في ذات المجموعة نتيجة لقوة النفاذ داخلها فالمسألة هي نفسها، و الإجابة يجب أن تكون واحدة في الحالتين(1). وبالتالي فحسب

(1) عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، ص 147.

نظرية النفاذ فإدراج شرط التحكيم في سند الشحن أو الإحالة إليه يجعل المرسل إليه ملزماً به وذلك حسب قاعدة احترام عقود الآخرين والاشتراطات العقدية التي تتضمنها.

ولكن رغم الدور الهام لهته النظرية، إلا أنها تستند على عنصر أساسي ألا وهو "العلم" بمعنى أنه لكي نقول بنفاذ عقد ما في مواجهة الغير يلزم توافر علم الغير بهذا العقد أو الاتفاق(1).

وبالتالي لكي يكون شرط التحكيم نافذاً في مواجهة المرسل إليه يجب أن يعلم بهذا الشرط، وإلا فكيف يمكن احترام واقعة اجتماعية أو قانونية أو حتى مادية دون العلم بها.

والجدير بالذكر أن هناك العديد من البحوث الفقهية والتي تميز مفهوم النفاذ عن مفهوم النسبية، واستمرت البحوث والدراسات نحو تحديد أكثر دقة لمبدأ نسبية أثر العقود ووضع الحدود الفاصلة بينه وبين مبدأ نفاذ العقود إلى أن أصبح للمبدأ الأخير ذاتيته وتفردته عن مبدأ نسبية العقود.

فالعقد بصفته واقعة يمكن أن يحتج به الغير أو يحاج به بحسب الأحوال دون أن يعني ذلك المساس من أي ناحية بمبدأ نسبية العقود(2).

ب . العلم كشرط لإعمال مبدأ النفاذ.

إن النفاذ كمفهوم قانوني لتبرير علاقات "الغير مع المتعاقدين" يستند على ضرورة توافر عنصر هام وهو العلم، بمعنى أنه لكي نقول بنفاذ عقد ما في مواجهة الغير يلزم توافر علم الغير بهذا العقد فانه وفقاً للقواعد العامة لا يلتزم الغير باحترام واقعة اجتماعية أو قانونية أو حتى مادية دون علمه بهذه الواقعة، وقد يكون العلم حقيقياً أو حكماً وهذا ما توفره نظم شهر الحقوق والتصرفات(3).

وهكذا فإذا ما توافر شرط العلم سواء أكان العلم بأن العقد يشكل جزءاً من مجموعة عقدية تضم عقوداً أخرى، أو علم كل فرد من أفراد المجموعة بحق باقي أعضاء المجموعة وحدود هذا الحق، تولد النفاذ داخل هذه المجموعة مع قيام التزام إيجابي باحترام حق الغير داخل هذه المجموعة.

وبالتالي حتى يكون شرط التحكيم نافذاً في مواجهة المرسل إليه يجب أن يتوفر لهذا الأخير عنصر العلم وهناك العديد من التطبيقات على هذه الفكرة، فقد حكمت محكمة أكس بضرورة التأكد من توفر عنصر العلم حتى يكون شرط التحكيم نافذاً في حقهم(4).

(1) وقد رأينا في الفصل الأول كيف استلزم القضاء العلم اليقيني بشرط التحكيم حتى يكون نافذاً في مواجهة المرسل إليه.

(2) محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق، ص 643.

(3) المرجع السابق ذكره، ص 646.

(4) CA.AIX-en Provence, 15 mai 1991, navire Julia, Inédit.

أيضا في الحكم الصادر في 7 فبراير سنة 1927⁽¹⁾ رفضت محكمة النقض سند الشحن، والأساس في ذلك هو عدم نفاذ هذا الشرط في مواجهة المرسل إليه لعدم توافر العلم به والذي يشكل شرط أساسيا للنفاذ أو الاحتجاج به.

كذلك ألزمت محكمة النقض المصرية المرسل إليه بشرط التحكيم⁽²⁾ المنصوص عليه في مشاركة الإيجار، بالرغم من عدم النص عليه صراحة في سند الشحن، إلا أن هناك إحالة في سند الشحن إلى مشاركة الإيجار ومن ثم كان بوسع أن يعلم بما تضمنته هذه المشاركة من بنود وشروط.

وبالتالي ووفقا لمفهوم النفاذ يكون توافر شرط العلم مؤديا إلى نفاذ شرط التحكيم في مواجهة المرسل إليه والتزامه باحترامه إذا ما تداعى صاحب المصلحة في ذلك داخل هذه المجموعة العقدية.

و هكذا يمكن استخلاص أن فكرة النفاذ وسريان العقود يمكن أن تشكل أساسا قانونيا مقبولا ومنطقيا لمركز المرسل إليه في عقد النقل البحري، فهته النظرية تعتبر المرسل إليه من الغير عن عقد النقل البحري إذ أنه لم يشارك في إبرام هذا العقد إلا أنها تنشأ له التزام باحترام حق الغير صاحب المصلحة داخل المجموعة العقدية⁽³⁾.

ج. العلم في مستند النقل الالكتروني .

إن ما يميز النظام الالكتروني للبيانات هو سرعة تداول الرسائل الالكترونية من مكان الارسال الى مكان الاستقبال ، ومن ثم فإذا ما اشتمل سند الشحن على شرط التحكيم أو على احالة الى مشاركة الإيجار ، فإنه يمكن القول أنه بوسع المرسل اليه أو حامل سند الشحن أن يعلم بما تضمنه هذا السند أو مشاركة الإيجار من شروط و بنود. ووفقا لمفهوم النفاذ يكون قد توفر شرط العلم المؤدي الى نفاذ شرط التحكيم في عقد النقل البحري في مواجهة الغير ، و إلزامه باحترامه إذا ما دفع بذلك من له مصلحة داخل هذه المجموعة العقدية⁽⁴⁾.

(1) نقض مدني مصري في 1927/2/7 الطعن رقم 135 لسنة 33 ق مجموعة أحكام النقض السنة 18 ص 200.

(2) الطعن رقم 30 60 ق، مجموعة أحكام النقض، جلسة 1965/2/25 س 16، ص 220.

الطعن رقم 406 سنة 30 ق، مجموعة أحكام النقض، جلسة 1965/6/17 س 16، ص 778.

الطعن رقم 365 سنة 31 ق، مجموعة أحكام النقض جلسة 1965/6/17 .

(3) محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري ، المرجع السابق، ص 648.

(4) المرجع السابق ذكره ، ص 659.

الفرع الثالث: موقف الفقه الحديث والقضاء من المركز القانوني للمرسل إليه.

إن تحديد المركز القانوني للمرسل إليه قد لقي صعوبات، و مرد هته الصعوبة مرتبط بالطبيعة القانونية لعقد النقل البحري والذي يعتبر عقد رضائي، و بالخصوص عقد ثلاثي الأطراف(1).

فجاناب من الفقه اعتبر أن المرسل إليه يستمد حقوقه من عقد النقل البحري، فهو لا يعتبر من الغير بالنسبة لعقد النقل المبرم بين المرسل إليه والناقل وبالتالي فإذا ما اعتبرنا أن المرسل إليه حامل سند الشحن ليس من الغير، فنظريا لا يوجد أي عائق في نفاذ شرط التحكيم البحري في مواجهته إذا ما تبين أنه علم به ولم يعبر عن رفضه له(2). كما اعتبر البعض من هؤلاء الفقهاء أن المرسل إليه هو طرف في عقد النقل البحري منذ بداية عملية النقل وليس طرفا انضم للعملية في وقت لاحق أي بعد استلامه للبضاعة.

ولجعل المرسل إليه طرفا في عقد النقل البحري، ارتكز الفقه على عدد من النظريات كما رأينا سابقا منهم نظرية الالتزام لمصلحة الغير ونظرية الخلف الخاص ونظرية الحيابة الرمزية للبضاعة.

ولكن الطرح الذي اعتبر النقل البحري عقد ثلاثي الأطراف هو الذي تبناه القضاء بكثرة(3).

أما عن الرأي المعارض فقد اعتبر أن المرسل إليه طرف أجنبي عن عقد النقل البحري وهذا ما جاءت به نظرية النفاذ، وبالتالي فالاحتجاج بشرط التحكيم في مواجهة المرسل إليه يكون باحترامه للمصلحة الموجودة داخل المجموعة العقدية(4)، وبالتالي فبمجرد مشاركته في تنفيذ عقد النقل كاستلامه للبضاعة أو دفعه لسند تسديد ثمن البضاعة للبنك، كل هته قرائن على إمكانية علمه بشرط التحكيم وبالتالي تصبح نافذة في حقه(5). واستنادا على هته النظريات التي جاءت في تحديد المركز المرسل إليه فالملاحظ أن القضاء لم يأخذ باتجاه محدد وواضح ومستقر بالنسبة للمركز القانوني للمرسل إليه، فبالنسبة للغرفة التجارية والبحرية بالمحكمة العليا بالجزائر فقد جاءت في قرار لها: " ما هو مدرج في سند الشحن هو الذي يبين مركز المرسل إليه وهو الذي يعطيه الحق في مواجهة الناقل البحري بتعويضه عن البضاعة"(6).

(1) Haddouan Kamel, op cit, p 9.

(2) V.P.exemple les motifs de l'arrêt cit, 1, 26 juin 1990. Dreistern Werk crouzier Rer Arb, 1991, p 291 note. c Kessedjian admettant que l'opposabilité de la clause au contractant ayant eu connaissance des conditions générales et ayant pu, même son silence, accepter l'incorporation de la clause au contrat.

(3) Haddouan Kamel, op cit, p10.

(4) محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق، ص 648.

(5) Diop papa ousmane, op cit, p 26.

(6) Affaire n° 145015 du 17/12/1996 note Haddouan Kamel, op cit, p 10

وبالتالي حسب هذا القرار فإن سند الشحن هو الذي يبين المركز الحقيقي للمرسل إليه(1). كما أكدت المحكمة العليا في الجزائر في قرار حديث لها بتاريخ 2008/04/09 على أنه: " يجب القول لئن كان المرسل إليه غير ملزم ببند التحكيم الذي تشير إليه وثيقة الشحن، فبالمقابل هذا لا يمنعه من التمسك به وحيث يبين من وثيقة الشحن أنها تشير إلى عقد إيجار السفينة.."(2). وبهذا يمكن القول أن المحكمة العليا في هذا القرار اعتبرت المرسل إليه من الغير بحيث لا يمكن أن يتمسك في مواجهته بنفاذ شرط التحكيم ، فلا يجوز في مواجهة الغير حسن النية إثبات الدليل المستخلص من السند أو خلاف ما ورد في البيانات ويجوز ذلك لهذا الغير(3). أما عن القضاء المصري فقد اختلف هو أيضا بين اعتبار المرسل إليه طرفا في عقد النقل البحري وبين اعتباره من الغير، أو وصف حيازته لسند الشحن كحيازة رمزية للبضاعة. أيضا في فرنسا كان المركز القانوني للمرسل إليه محلا لعدة قضايا وقد تبني القضاء بصفة عامة مبدأ الاحتجاج بشرط التحكيم في مواجهة المرسل إليه بالرغم أنه يخالف مبدأ من أهم مبادئ القانون المدني وهو مبدأ نسبية العقود. وهكذا يمكن القول أن أحكام القضاء سواء في الجزائر، مصر أو فرنسا اختلفت ما بين اعتبار المرسل إليه بمثابة طرف في عقد النقل، وما بين اعتباره من الغير وما بين اعتبار حيازته لسند الشحن بمثابة حيازة رمزية للبضاعة.

الفرع الرابع: موقف القضاء من حجية اتفاق التحكيم في مواجهة المرسل إليه.

إن الاحتجاج بشرط التحكيم البحري في مواجهة المرسل إليه ارتبط بنقطتين مهمتين، النقطة الأولى وهي أن نفاذ شرط التحكيم في مواجهته ترتبط بالمركز القانوني للمرسل إليه(4)، أما عن النقطة الثانية وهي أن نفاذ شرط التحكيم في مواجهة المرسل إليه مرتبط بكيفية قبوله وعلمه بهذا الشرط. إنه منذ السنين العشر السابقة وهذا الموضوع محل الكثير من المنازعات البحرية(5)، وقد اختلف موقف

(1) حيث يتحدد مركز الغير من سند الشحن على أساس أنهم يعتمدون على البيانات الواردة فيه ولا يعرفون حقيقة ما يكون قد دار بين طرفي العقد _الناقل والشاحن) خارج نطاق ما جاء بسند الشحن.

(2) قرار 439517 لـ 2008/04/09.

(3) محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري ، المرجع السابق، ص 621.

(4)Haddoum Kamel, op cit, p 8.

(5)Gilles Heligon, opposabilité aux destinataires des clauses de compétences des contrats de transport: question de droit? Gazette de la chambre maritime de paris Hiver 2003-2004, n°3, p1

القضاء المقارن في هذا الصدد، ذلك لعدم استنادهم لنفس السند القانوني الذي حاول كل منهم تبرير حكمه به، فقد اعتبر بعض القضاء أن المرسل إليه يعد كطرف في عقد النقل البحري ويلتزم بشرط التحكيم البحري، أما البعض الآخر اعتبره المرسل إليه من الغير وبالتالي فهو غير ملزم بشرط التحكيم لكن البعض من هؤلاء ومن الذين اعتبروه من الغير، ألزموه بشرط التحكيم البحري مبررين موقفهم بإحدى النظريات التي جاءت للبحث في مركزه وبأنه ملزم باحترام الشروط الواردة في عقد النقل البحري أو في مشاركة إيجار السفينة. أما عن جانب من القضاء فقد ارتكز للاحتجاج بشرط التحكيم البحري في مواجهة المرسل إليه بمدى علم هذا الأخير به وقبوله له.

أولاً: حجية شرط التحكيم في مواجهة المرسل إليه بالاستناد إلى مركزه القانوني.
أ) موقف القضاء الجزائري.

في الجزائر اختلفت الاتجاهات التي أخذت بها المحكمة العليا فمرة تعتبر المرسل إليه طرفاً في عقد النقل البحري ويمكنه استعمال بند التحكيم كما نصت عليه في القرار التالي: " حيث أن الإشارة لعقد إيجار السفينة في وثيقة للشحن تجعل المرسل إليه المطعون ضدها في قضية الحال طرفاً في هذا العقد ولها الحق في استعمال بند التحكيم ... إن أرادة التمسك به ..."(1).

وفي حكم آخر جعلت المحكمة العليا المرسل إليه من الغير في عقد النقل البحري وهو غير ملزم بشرط التحكيم البحري بحيث جاءت في القرار على أنه " يجب القول لئن كان المرسل إليه غير ملزم ببند التحكيم الذي تشير إليه وثيقة الشحن، فبالمقابل هذا لا يمنعه من التمسك به وحيث يبين من وثيقة الشحن أنها تشير إلى عقد إيجار السفينة ..."(2).

وقد جاءت المحكمة العليا برأي آخر وهو أنه: " ما دون في سند الشحن هو الذي يعطي المرسل إليه الحق في أن يتمسك بطلب التعويض في مواجهة الناقل(3)".

وبالتالي نلاحظ حسب هذا القرار أن المحكمة العليا جعلت سند الشحن هو الذي يحدد للمرسل إليه مركزه القانوني وحقوقه التي يستمدّها تكون من هذا السند بهذا أظهرت المحكمة العليا أهمية سند الشحن في نفاذ شرط التحكيم في مواجهة المرسل إليه(4).

(1) قرار رقم 439517 ر 2008/04/09 من المحكمة العليا الجزائرية.

(2) قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 439517 ر 2008/04/09.

(3) قضية رقم 145015 ر 1996/12/17 .

ب) موقف القضاء المصري.

لم تأخذ محكمة النقض المصرية بإتجاه محدد وواضح ومستقر بالنسبة لمركز المرسل إليه حيث نلاحظ أن أحكامها اختلفت ما بين اعتبار المرسل إليه بمثابة طرف في عقد النقل البحري وبهذا يصبح شرط التحكيم نافذا في حقه، وما بين اعتباره من الغير وما بين اعتبار حيازته لسند الشحن بمثابة حيازة رمزية للبضاعة(1). ففي عدة أحكام لها (2) اعتبرت محكمة النقض المصرية بأن المرسل إليه "طرف ذو شأن في سند الشحن يتكافأ مركزه مع مركز الشاحن، ويرتبط بسند الشحن كما يرتبط به الشاحن" (3).

وقد اعتبرت محكمة النقض المصري المرسل إليه في حكم الأصيل وأنه يلتزم بشرط التحكيم الوارد في سند الشحن ولا يعتبر الشاحن نائبا عنه(4)، وقد جاءت في حكم لها: "متى اعتبرت الطاعنة (المرسل إليه) طرفا ذا شأن في سند الشحن فإنها تكون بهذه الصفة قد ارتبطت به وبما جاء به من شرط التحكيم وتكون بذلك في حكم الأصيل فيه، ومن ثم فلم تكن الشركة الشاحنة نائبة عنها في سند الشحن حتى يتطلب الأمر وكالة خاصة أو حتى يقال إلى هذه الشركة قد تصرفت في شأن من شؤون الطاعنة وهي لا تملك حق التصرف فيه" (5).

ولم تبقى المحكمة العليا في موقفها هذا والذي مؤداه أن المرسل إليه يلتزم بشرط التحكيم لكونه طرفا ذا شأن في عقد النقل البحري وإنما أصدرت المحكمة أحكاما أخرى، حيث اعتبرت فيه المرسل إليه من الغير على عكس الأحكام السابقة، وقد قضت " أنه وإن كان إثبات عكس بيانات سند الشحن الخاصة بالبضاعة جائزا في العلاقة بين الناقل والشاحن إلا أنه لا يجوز إزاء من عداهما كالمُرسل إليه، إذ لسند الشحن حجية مطلقة في الإثبات لصالحه فيما يتعلق بهذه البيانات فليس للناقل أن يثبت قبله عكس ما تضمنه... " (6).

-
- (1) محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق، ص 622 .
 - (2) الطعن رقم 01 سنة 32 ق جلسة 1980/04/14 س 21 ص 598 .
 - (3) أحمد محمد حسني، قضاء النقض البحري، منشأة المعارف بالإسكندرية بدون طبعة، 1997، ص 130.
 - معيد أحمد شعله، قضاء النقض التجاري في عقد النقل، دار الفكر، سنة 1993، ص 241 . الطعن رقم 20 سنة 30 ق جلسة 1925/2/25 س 16 ص 220 . الطعن رقم 365 سنة 31 ق جلسة 1965/6/18 س 16 ص 787
 - (4) أحمد محمد حسني، المرجع السابق، ص 130 . طعن رقم 20 سنة 20 ق جلسة 1965/2/25 س 16 ص 559
 - (5) سعيد أحمد شعله، المرجع السابق، ص 240.
 - الطعن رقم 20 سنة 30 ق جلسة 1925/02/25 س 16 ص 220.
 - الطعن رقم 510 سنة 35 ق جلسة 1970/01/20 س 21 ع، ص 146
 - (6) الطعن رقم 235 سنة 23 ق جلسة 1978/12/25 س 29 ص 2023 .
 - الطعن رقم 786 سنة 51 ق جلسة 1986/11/24 .

وفي 28 مارس 1977(1) نجد أن محكمة النقض قد أقرت مبدأ آخر وهو أنها اعتبرت حيازة المرسل إليه لسند الشحن بمثابة حيازة رمزية للبضاعة(2).

ج) موقف القضاء الفرنسي.

إن إعتبار عقد النقل البحري عقد ثلاثي الأطراف، وضع عدة مشاكل وتعقيدات لتحديد من يكون شرط التحكيم نافذا في حقه(3) ، ومهما كان المركز القانوني الذي يعطى إلى المرسل إليه فالاحتجاج بشرط التحكيم في مواجهة المرسل إليه، لم يعد محل شك عند الجهات القضائية، و بعد فترة من الحيرة، جاء القرار الصادر سنة 1909 والذي جعل تنفيذ عقد النقل البحري يخضع أيضا لكل الشروط المدرجة في هذا العقد(4).

إن الاحتجاج في مواجهة المرسل إليه بشرط التحكيم البحري يفضله أغلب القضاة الفرنسيين، وإذا كان هذا الاتجاه هو الذي كان الغالب عند مجلس النقض الفرنسي إلا أن هذا الأخير غير هذا الاتجاه في 26 ماي 1992، بحيث وضع شروط محددة حتى يكون شرط التحكيم نافذا في مواجهة الغير الحامل لسند الشحن ومنهم المرسل إليه، ففي هذا القرار والمتعلق بنقل دولي نُهري عن طريق سند الشحن أصدر مجلس النقض الفرنسي أنه "يكون نافذا شرط التحكيم فقط في مواجهة الأطراف الذين كانوا على علم بهذا الشرط وقد عبروا عن قبولهم له وقت إبرام العقد" كما أكد القرار أن شرط التحكيم يكون نافذا في مواجهة الغير حامل سند الشحن(5).

و في الأخير يمكن القول أنه قد نشأت حالة من القلق بسبب هذا التباين في صدور الأحكام عن قضاة الدول وعدم تحديد موقف واضح في هذا الموضوع الهام الذي يترتب عليه نتائج قد تكون إيجابية لطرف وسلبية لطرف آخر على أساس ضخامة المصالح العملية والمالية التي تترتب على هذا الموقف(6).

(1)نقض مدني مصري في 1977/02/28، الطعن رقم 147 لسنة 30 ق، مجموعة أحكام النقض لسنة 28 ص 801.

(2)Haddoum Kamel, op cit; P 10.

(3) محمد عبد الفتاح ترك، المرجع السابق، ص 622.

(4) Olivier Cachard, les clauses relatives à la compétence internationale dans les connaissements, consensualisme ou formalisme, op cit, n°48.

(5)Ibid , n° 49 .

(6)محمد عبد الفتاح ترك، المرجع السابق، ص 623.

ثانيا: الاحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهة المرسل إليه بالاستناد إلى مدى قبوله له.

إن السؤال المطروح حول مدى الاحتجاج في مواجهة المرسل إليه بشرط التحكيم المدرج في عقد النقل البحري كان محلا لمنازعات عديدة خاصة في السنوات العشر الأخيرة، فأغلب أطراف النزاع سواء كانوا مرسل إليه أو مستلم البضاعة أو حتى مؤمن المرسل إليه يطالبون بعدم التزامهم بما جاء في عقد النقل كشرط التحكيم البحري مستنديين على أنهم لم يشاركوا في إبرام العقد ولا في قبول الشروط التي جاء بها، فكيف يمكن مواجهتهم بهته الشروط(1)؟

إن نفاذ شرط التحكيم في مواجهة المرسل إليه أصبح مبدأ مسلم به، وذلك لخصوصية عقد النقل البحري للبضائع، حتى وإن كان يخالف أكبر مبادئ القانون المدني وهو مبدأ نسبية العقود(2).
بقي تساؤل واحد فقط يطرح الآن وهو: هل نفاذ شرط التحكيم في مواجهة المرسل إليه يستلزم قبولا صريحا أو مجرد قبول ضمني؟.

في الجزائر المحكمة العليا في قرارها، أكدت أنه: "حيث أن الإشارة لعقد إيجار السفينة في وثيقة شحن تجعل المرسل إليه المطعون ضدها في قضية الحال طرفا في هذا العقد ولها الحق في استعمال بند التحكيم... إن أرادت التمسك به..."(3).

إنه حسب القرار السابق ذكره، فإن المحكمة العليا لم تحدد شكل قبول شرط التحكيم من قبل المرسل إليه، حتى وإن كانت إحالة سند الشحن، تبين أنه قبول ضمني، ذلك أنه يكفي أن يكون المرسل إليه قد علم بشرط التحكيم لكي يكون مرتبط به، كما أن لسند الشحن أهميته في نفاذ شرط التحكيم في مواجهة المرسل إليه.

أما فرنسا فكان شكل قبول شرط التحكيم من قبل المرسل إليه محل اختلاف بين الغرفة التجارية لمجلس النقض الفرنسي وبين الغرفة المدنية الأولى له. فبالنسبة للغرفة التجارية لمجلس النقض الفرنسي فإن اتجاهها واضح في هذا الصدد، ففي كل أحكامها توجب أنه حتى يكون شرط التحكيم نافذا في مواجهة المرسل إليه يجب أن يقبله صراحة. وقد أكد هذا الاتجاه في قرار صادر لها في 25 جوان 2002(4)، وقد كانت قد أقرت في قرار آخر لها أنه: "حتى يكون نافذا في مواجهة المرسل إليه، شرط التحكيم المنصوص عليه في سند

(1) Gilles Heligon, op cit, p01

(2) Haddoum Kamel, op cit, p11

(3) قرار رقم 439617 لـ 2008/04/09.

(4) Navire Aptmariner – DMF 2003, 41, ob.p Delebecque, Gilles Héliyon, op cit, p01.

الشحن، يجب أن يكون عالما به ويكون مقبولا من طرفه، بحيث في وقت التفريغ وباستلامه للبضاعة أصبح طرفا في عقد النقل" (1).

وحسب هذا القرار، فإن الغرفة التجارية لمجلس النقض الفرنسي، تجعل انضمام المرسل إليه إلى عقد النقل البحري عن طريق استلامه للبضاعة وليس بقبوله لسند الشحن(2)، وبهذا الموقف الذي اتخذته الغرفة فهي تقلل نوعا ما من الأهمية التي يبلغها سند الشحن كأداة إثبات لعقد النقل البحري(3).

إن تبرير موقف الغرفة باستلزامها للقبول الصريح لشرط التحكيم من قبل المرسل إليه، يركز على منظور تعاقدية بحت، بحيث أن شرط التحكيم يمكن أن يفرض على طرف ومنهم المرسل إليه، إلا إذا قام بقبوله صراحة. وحسب الغرفة التجارية، المرسل إليه لم يقيم بمناقشة الشروط الموجودة في عقد النقل ومنها الشرط الخاص بالتحكيم، هذا أيضا ينطبق على المؤمن الذي يستمد حقوقه من المؤمن له وهو المرسل إليه في الغالب(4).

أما عن الغرفة المدنية الأولى لمجلس النقض الفرنسي فهي تقر بنفاذ شرط التحكيم في مواجهة المرسل إليه، لأن هذا الأخير يصبح على علم بهذا الشرط بمجرد تفريغ البضاعة(5).
وبمجرد علم المرسل إليه أو من يحل محله كالمؤمن لشرط التحكيم يصبح نافذا في حقه، بدون وجوب القبول الصريح(6).

فخصوصية المجال التجاري البحري تقتضي بأن القبول الضمني يكفي حتى يصبح شرط التحكيم نافذا في مواجهة المرسل إليه، فهو من المفروض أن يكون على علم بهته الأعراف البحرية والتي تجعل شرط التحكيم البحري شرطا متداولاً في سندات الشحن أو في مشارطات الإيجار.

أما عن القضاء المصري فنجد أنه في بعض أحكامه، لم يكن متشددا في موضوع القبول الصريح وإنما قضت محكمة النقض المصرية أن التزام المرسل إليه بسند الشحن دون اعتراض وقيامه بتنفيذ عقد النقل دون تحفظ

(1) Cass.com, 29 novembre 1994, navire Slop Osprey, DMF 1995? 218.

(2) Haddoum Kamel, op cit, p 12.

(3) Ibid ,p13.

(4) Gilles Héligon, op cit, p 01.

(5) Haddoum Kamel, op cit, p13.

(6) Cass. 1-ere ch cir, 22 novembre 2005, "navire Lindos", Marie Niviere, op cit, p66.

يعد قرينة على القبول الضمني للشروط التي يتضمنها سند الشحن سواء كانت شروطا عادية أو استثنائية بما في ذلك شرط التحكيم(1).

وقد أكدت في أحكام أخرى أن الاتفاق على التحكيم لا يفترض ولكن يجب تعبير الاتفاق على التحكيم على انصراف إرادة الخصوم إلى إتباع هذا الطريق، وأن يتضمن تحديد المنازعة أو المنازعات التي ينصرف إليها(2).

وهكذا نجد أنه حتى في موضوع القبول الصريح والضمني لشرط التحكيم من طرف المرسل إليه أو من يمثله ومدى نفاذه في حقه أصبح موضوعا يحمل وجهات نظر متضاربة ومختلفة على الصعيد الدولي وحتى في قضاء الدولة الواحدة.

إن موضوع الاحتجاج بشرط التحكيم يفتح لنا تساؤل آخر و هو :من المختص في مراقبة مدى نفاذ هذا الشرط، هل هو القاضي الوطني أم هو المحكم بالاستناد إلى مبدأ الاختصاص بالاختصاص؟ في الجزائر وحسب المادة 1044 من ق.ا.م.ا.ج تبين أن : " تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب إشارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع.

تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبط بموضوع النزاع" . وبهذا أعطى المشرع الجزائري للمحكم للنظر في مدى حجية شرط التحكيم في مواجهة المرسل إليه ومدى اختصاصه لتطبيق الحكم كما أخذ بهذا المبدأ أيضا مجلس النقض الفرنسي(3) ، والذي أعطى للمحكم سلطة النظر في اختصاصه ومعنى ذلك أن المحكم يستمر في إجراءات التحكيم وهو الذي يقرر كونه مختصا بالنظر في الموضوع أم لا و إن كان جرى الطعن بمدى نفاذ شرط التحكيم(4).

(1)الطعن رقم 177 سنة 42 ق جلسة 19/06/26.

(2)أحمد محمد حسني، المرجع السابق، ص 150.

-الطعن 1579 سنة 49 ق جلسة 1982/2/10 لم ينشر.

-الطعن 1115 سنة 52 ق جلسة 1987/11/16.

(3)Haddoum Kamel, op cit, p19.

(4) المادة 812 من قواعد التحكيم للرفة التجارية الدولية تذكر هذا المبدأ و تعطي للمحكم سلطة اتخاذ القرار حول اختصاصه.

المادة 1465 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي تكرر مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

المطلب الثاني : انتقال اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري الى الغير و تأسيسه القانوني .

لقد ثار جدل في الفقه والقضاء حول مدى التزام المرسل إليه بشرط التحكيم الوارد في سند الشحن، حيث اعتبره البعض طرفاً منضمّاً استناداً إلى الإرادة الضمنية للأطراف الأصليين(1)، حيث يذكر أن المرسل إليه في سند الشحن وإن كان يلتزم بالشروط الواردة فيه فإنه لا يلتزم إلا بالشروط المتعلقة بعقد النقل البحري والناشئة عنه مثل التفريغ و مسؤولية الناقل، أما الشروط غير المتعلقة بعقد النقل البحري مثل التحكيم فلا تسري في مواجهة المرسل إليه، لأن شرط التحكيم يحتاج لأهلية خاصة وشروط خاصة(2). وقد اعتبر البعض الآخر أن المرسل إليه طرفاً في عقد النقل استناداً إلى نظرية العملية القانونية من ثلاثة أشخاص، ذلك أن عقد النقل هو عقد لثلاثة أشخاص(3)، أما الرأي المعارض فقد اعتبر المرسل إليه من الغير ولتأسيس ذلك قانوناً جاءت عدة نظريات في هذا الصدد كما رأينا سابقاً . إلا أن تطور المعاملات البحرية وتعقيدها تقضي بأن يرتبط بعقد النقل البحري و الآثار المترتبة عنه أشخاص آخريين ، يمكن أن تكون لهم رابطة بأحد أطراف هذا العقد أو تربطهم علاقة قانونية بالمرسل إليه كمؤمن المرسل إليه مثلاً أو خلفه العام أو الخاص عموماً . و بالتالي الإشكال الذي يثور هنا والذي كان محل جدل قضائي كبير هو هل يلتزم الغير الذي يحل محل المرسل إليه بشرط التحكيم البحري المدرج في سند الشحن أو المحيل إليه سند الشحن إلى مشاركة الإيجار؟.

للإجابة على هذه الإشكالية يجب البحث عن مفهوم الغير وعلاقته بالمرسل إليه، ثم نبحت في مدى حجية شرط التحكيم في مواجهة من يحل محل المرسل اليه كالمؤمن مثلاً ؟.

الفرع الأول: مدلول الغير و علاقته بالمرسل إليه في عقد النقل البحري .

يعتبر مركز "الغير" بالنسبة للعقد من صلب مفهوم "الغير" فمتى وصف الشخص أنه "غير" أجنبي فإنه يحتل مركزاً معيناً يخضع لأحكام هذا المفهوم(4)، وعليه يتبع الفقه عادة تحديد وصف "الغير" بدراسة مركزه، ففي إطار مبدأ نسبية أثر العقود فمدلول فئة "الغير" لا يثور فيه خلاف فهو كقاعدة عامة كل من عدا

(1) حمد كمال حمدي، عقد الشحن والتفريغ في النقل البحري، منشأة المعارف، بدون نشر، ص 378.

(2) محمد عبد الفتاح ترك، المرجع السابق، ص 594.

(3) Olivier Cachard, les clauses relatives à la compétence international dans les connaissements consensualisme. Mémoire de DEA, université "Panthéon" – ASSAS Paris II en septembre 1997, n° 46.

(4) الدكتور صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 57.

الأطراف في التصرف، أو بتحديد أكثر هؤلاء الذين يكون العقد في مواجهتهم بلا أثر مباشر(1). وقد صاغ مبدأ نسبية العقود المشرع الفرنسي في القانون المدني، فالعقد لا ينفذ ولا يضر الغير، وقد أخذ المشرع الفرنسي مضمون هذا المبدأ من القانون الروماني والذي كان ينص على مبدأ معروف وهو أن " الأمر المتفق عليه بين البعض لا يمكن أن يضر أو يفيد غيرهم."

أما عن مفهوم الغير في مجال النفاذ فيشير إلى أكثر من مدلول فهناك الغير الأجنبي تماما عن أطراف العلاقة العقدية الأصلية، وهناك الغير ذو الرابطة بأحد أطراف هذه العلاقة كالدائنين العاديين والخلف الخاص(2).

ووفقا للفقهاء الحديث ينقسم مفهوم الغير إلى الغير الحقيقي أو الأجنبي والغير الوهمي أو الغير القريب، ومفهوم الغير الحقيقي ينصرف إلى كل الأشخاص الذين ليست لهم رابطة مباشرة بأحد أطراف علاقة عقدية قائمة أو مصلحة مباشرة بالعقد ويعتبرون أجنبيا كلية عن العقد وعن المتعاقدين، حيث لا توجد أدنى رابطة قانونية بينهم، وهذه الطائفة يحددها نفاذ العقد بإعتباره واقعة قانونية. ويقع عليهم التزام باحترام عقود الآخرين وعدم الإخلال بما تتضمنه من اشتراطات عقدية من خلال تصرفات لاحقة بما قد يؤدي إلى إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته تجاه المتعاقد الآخر، وهذا الواجب بالاحترام هو أثر خارجي أو غير مباشر بإعتباره واقعة قانونية، و لا صلة لذلك بمبدأ نسبية أثر العقود(3).

أما الغير غير الحقيقي أو الوهمي وأهمهم الدائنون العاديون والخلف الخاص، فهم الغير ذو الرابطة القانونية بأحد أطراف علاقة عقدية قائمة، كما عبرت على ذلك محكمة النقض المصرية على هذه الطائفة من الغير بالأطراف ذو الشأن في العقد ومن هؤلاء المرسل إليه في عقد الشحن، وبمعنى أشمل يمكن القول بأنهم "الغير صاحب المصلحة".

وهذه الطائفة من طوائف الغير يقتصر النفاذ بالنسبة لها على مجرد واجب سلمي بالاحترام قوامه الالتزام بالامتناع عن العمل، بمعنى احترام عقود الآخرين وعدم الإتيان بتصرف لاحق يؤثر في الاشتراطات العقدية التي تتضمنها هذه العقود بما قد يؤدي إلى إخلال أحد أطرافها بالتزامه تجاه الطرف الآخر، وقد يتغير وجه النفاذ ليكون التزام إيجابي بالقيام بعمل إذا ما كنا بصدد مجموعة عقدية ينظمها وحدة المحل أو وحدة السبب. حيث يترتب على قوة النفاذ داخل هذه المجموعات وتوافر حق خاص ترتبط به بصفة مباشرة مصلحة الغير عضو في هذه المجموعة، قيام علاقات رجوع مباشرة بين الأعضاء المكونين للمجموعة للمطالبة

(1)عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، ص 23.

(2)المرجع السابق ذكره، ص 29.

(3)محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق، ص 589.

بحقوق أو تحمل التزامات، وهذه الحقوق والالتزامات الجديدة ليس مصدرها العقد ولكن نفاذ العقد. إن الإشكال الأول الذي يطرح هو أنه إذا اعتبرنا المرسل إليه من الغير فكيف يمكن التعامل مع الأشخاص الذين تربطهم رابطة قانونية به كخلفه الخاص مثلا، إذا ما حلوا محل المرسل إليه، فهل يمكن الاحتجاج في مواجهتهم بشرط التحكيم المدرج في عقد النقل البحري؟.

أما الإشكال الثاني الذي يطرح فهو حول وجهات النظر المختلفة للقضاء من انتقال شرط التحكيم البحري طبقا لقواعد القانون المدني أو للقواعد المادية لقانون التحكيم التجاري الدولي(1)، إلى الغير و هل هنالك شروط لنفاذ هذا الشرط في مواجهتهم ؟.

الفرع الثاني : مدى سريان شرط التحكيم في عقد النقل البحري على الغير - بالنظر الى طبيعته .

قبل الخوض في مسألة مدى نفاذ شرط التحكيم في عقد النقل البحري في مواجهة الغير ، ونظرا لخصوصية هذا العقد و الذي يتم بطرق عديدة(عن طريق مشاركة ايجار و إما بواسطة سند الشحن) ، وجب على القاضي أن يحدد هل نحن أمام نقل بمشاهدة ايجار أو أمام نقل بسند شحن و ذلك لإختلاف الأحكام المطبقة على كل منهما (2).

فإذا كان شرط التحكيم مدرج في مشاهدة ايجار و لكن لا توجد أي احالة في سند الشحن الى هذه المشاهدة ، أو اذا كانت البنود المدرجة في مشاهدة الايجار غير منصوص عليها في مشاهدة سند الشحن ، فوحدهم أطراف المشاهدة أو من ينوب عليهم كوكلائهم في عملية النقل ملزمون باتفاق التحكيم ، حتى و إن كان سند الشحن في يد حامله و الذي يعتبر من الغير (المرسل اليه و كل من ينوب عليه ، أو مثلا الحائز طبقا لما نصت عليه اتفاقية روتردام) ، و بالتالي هذا الغير لا يكون ملزما بشرط التحكيم المدرج في مشاهدة الايجار اذا لم توجد أي احالة اليه في سند الشحن (3).

كما أن هذا الاشكال لا يطرح بالنسبة للقانون الانجليزي و الذي جعل من الغير حامل سند الشحن لأمر (أو على بياض) تنتقل اليه حقوق و التزامات الشاحن الناشئة عن عقد النقل البحري (4) .

(1) Olivier Cachard, les clauses relatives à la compétence international dans les connaissements consensualisme, op cit, n° 46

(2) Michel Pourcelet , op cit , p 188

(3) Ibis,

(4) Anatasiya KOZUBOVSKAYA , la situation juridique du destinataire porteur du connaissement , DEA de droit Maritime des Océanique 2003-2004.

الفرع الثالث: مدى نفاذ شرط التحكيم في عقد النقل البحري عن طريق حوالة الحق.

إن الممارسات العملية في مجال النقل البحري أظهرت بعض المعاملات كإنتقال أو تنازل المرسل إليه عن حقوقه إلى أشخاص آخرين والممثلون إما في خلفه العام أو خلفه الخاص، وقد أثار ذلك تساؤلات حول مدى التزام هؤلاء الأشخاص بالمشارطات الخاصة و الواردة في سند الشحن ومنها شرط التحكيم في عقد النقل البحري.

إذا كان في الأصل أن العقد لا يتناول أثره إلا في مواجهة المتعاقدين فيجب أن يكون ذلك مقرونا بالتوسع في فهم كلمة " المتعاقدين " فليس المقصود بهذه الكلمة المتعاقدين فحسب، بل المقصود هو ومن يمثلانه في التعاقد، فالمتعاقدان إذا تعاقدوا انصرف أثر العقد إليهما، وانصرف كذلك إلى الخلف العام، وقد ينصرف إلى الخلف الخاص(1).

والخلف العام هو من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات أو في جزء منها باعتبارها مجموعا من المال، كالوارث والموصى له بجزء من التركة في مجموعها.

أما الخلف الخاص هو من يخلف الشخص في عين معين بالذات أو في حق عيني عليها، كالمشتري خلف البائع في المبيع، والموصى له والمنتفع يخلف المالك في حق الانتفاع والخلف سواء كان عاما أو خاصا لا يعتبر من الغير في العقد فينصرف إليه أثره (2).

وبالتالي فإذا اعتبرنا المرسل إليه طرفا في عقد النقل فإن خلفه ينصرف إليه كل آثار العقد، وإذا اعتبرنا المرسل إليه من الغير فإن خلفه عليهم احترام عقود الآخرين وعدم الإتيان بتصرف يؤثر على الاشتراطات العقدية التي تتضمنها هذه العقود وذلك طبقا لنظرية قوة نفاذ العقود، ولكن كما يجب التأكيد على أن هذه النظرية تستند على عنصر أساسي وهو العلم فحتى نقول بنفاذ عقد ما في مواجهة الغير يلزم توافر علم الغير بهذا العقد أو الاتفاق(3).

وهذا ما يجعل دائما الفقه والقضاء في اختلاف حول مدى نفاذ شرط التحكيم في مواجهة المرسل إليه أو من يحل محله ، إما بمحاولة إيجاد أساس قانوني للاحتجاج طبقا للمفهوم التقليدي (الأثر النسبي للعقد) ، أو بإعتمادهم على نظرية النفاذ الحديثة السابقة الذكر ، و إما بالمزج بين الفكرين معا التقليدي و الحديث لمحاولة إيجاد أساس لنفاذ شروط فض المنازعات .

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي بيروت، ص 541.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 541.

(3) عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، ص 147.

محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري ، المرجع السابق، ص 643.

أولاً: موقف القضاء من نفاذ شرط التحكيم البحري في مواجهة المحال إليه.

إن القرار الصادر في 16 مارس 2004 ، من الغرفة المدنية الأولى لمجلس النقض الفرنسي أظهر مرة أخرى اختلاف وجهات النظر في قراراتها مع الغرفة التجارية بالنسبة للاحتجاج في مواجهة المرسل إليه حامل سند الشحن، بالشروط المتعلقة بالاختصاص القضائي الدولي و كذا الشروط المتعلقة بالتحكيم البحري الواردة في سند الشحن أو الخيل إليه سند الشحن. هذه المرة قد طرح إشكال مدى نفاذ شرط التحكيم في وجود حوالة حق المرسل إليه إلى مستأجر الرحلة وهنا قامت كل من الغرفتين المدنية والتجارية بإيجاد حلول مختلفة ومتعاكسة(1).

1-وقائع القضية :

في هته القضية حمولة دقيق تعرضت لحسائر عند نقلها في سفينة مؤجرة لرحلة، وقبل تعويض المرسل إليه من قبل المؤمن، قام المرسل إليه بتحويل حقوقه إلى مستأجر السفينة، وبالتالي فمستأجر السفينة هو الذي سوف يتلقى التعويضات عن الحسائر اللاحقة بالبضاعة.

قام المؤمنون والذين يحلون محل الخيل إليه بالرجوع على المؤجر والذي له صفة الناقل برفع دعوى أمام الجهات القضائية الفرنسية.

2-التعليق على القرار الصادر :

إن الجهة القضائية التي رفعت أمامها لم تعطي الاختصاص لمحكمة التحكيم والتي ينص عليها شرط التحكيم المدرج في مشاركة الإيجار فقد اعتبرت المحكمة التجارية ببولوني(2) نفسها مختصة، ولكن مجلس الاستئناف بدوي(3) قام بقبول طلب الناقل والذي يقضي باختصاص محكمة التحكيم البحري.

قام المؤمنون بنقض هذا القرار الصادر عن هته الغرفة مستندين على أن القضاء البحري يستلزم لنفاذ شرط التحكيم البحري في مواجهة المرسل إليه أن يقوم هذا الأخير بقبوله، وأيضاً أنه من آثار حوالة الحق في القانون المدني انتقال حقوق الخيل إلى المحال إليه.

وبما أن المرسل إليه لم يعلم بشرط التحكيم ولم يقبله فهو غير نافذ في حقه، وبما أن المحال له تنتقل إليه

(1) Olivier Cachard, l'opposabilité de la clause compromissoire au cessionnaire du tiers porteur du connaissance de charte partie, à propos de l'arrêt rendu par la première chambre civile de la cour de cassation le 16 mars 2004; www.cass.com, 8 octobre 2003, lew arb 2004, p 77 , note . Cachard.

(2) Le tribunal de commerce de Boulogne.

(3) La cour d'appel de Douai.

حقوق المحيل فإن شرط التحكيم أيضا غير نافذ في حقه(1)، وبالتالي فبمجرد وجود صفة المحال له تأخذ بعين الاعتبار سواء كان المحال له طرفا في الاستتجار أم لم يكن.

وقد أخذت بهذا الاتجاه الغرفة التجارية في القرار الصادر في 8 أكتوبر 2003 إلا أن الغرفة المدنية لم تتأثر به ولم تنقض القرار.

فبالنسبة للغرفة المدنية الأولى، مستأجر الرحلة لا يمكن اعتباره كحامل عادي لسند الشحن لعقد الاستتجار، فهو ليس من الغير حتى وإن كان يستمد حقوقه من المرسل إليه مستلم البضاعة، وبهذا ترفض الغرفة قبول الآثار المترتبة عن حوالة الحق التي بين المرسل إليه (المحيل) ومستأجر الرحلة (المحال له) و حسب رأي كاشار قد قامت الغرفة بتأسيس قرارها على أسباب غير مقنعة(2)، إلا أننا نرى العكس فهي تأخذ بما هو واقعي دون البحث عن أسس قانونية مختلفة و متضاربة .

فالسؤال الذي يطرح هل يمكن للمرسل إليه حامل سند الشحن أن يحيل حقوقه إلى الغير؟

لا يوجد ما يمنع من الناحية القانونية أن يقوم المرسل إليه حامل سند الشحن أن ينقل حقوقه المتعلقة بسند الشحن عن طريق حوالة الحق إذا ما احترمت الشروط القانونية المتعلقة بها وقد أقرت له هذا الحق الأحكام القضائية في المواد البحرية(3).

وفي حوالة الحق، يتفق الدائن مع أجنبي على أن يحول له حقه الذي في ذمة المدين، فيحل الأجنبي محل الدائن في هذا الحق نفسه بجميع مقوماته وخصائصه(4).

فحوالة الحق عقد أو اتفاق يخضع في تكوينه وفي الآثار المترتبة عليه للقواعد العامة التي تخضع لها سائر العقود والاتفاقات، غير أن حق الشخص الذي هو محل الحوالة تقتضي طبيعته الخاصة أن تقوم علاقات متنوعة تتناول المحال له والمحيل والمحال عليه والغير.

فهناك علاقة تقوم بين المحال له والمحيل، وأخرى تقوم بين المحال له والمحال عليه، وثالثة تقوم بين المحيل والمحال عليه ورابعة تقوم بين المحال له والغير ممن استمد حقا من المحيل، وما يعيننا نحن هو الآثار الناتجة عن العلاقة بين المحيل وهو المرسل إليه إلى المحال له والذي ينتقل له سند الشحن عن طريق حوالة الحق.

إن من أهم آثار حوالة الحق هو انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بصفاته و دفعه، ثم تنتقل

(1) Olivier Cachards, l'opposabilité de la clause compromissoire au cessionnaire tiers porteurs du connaissance de la charte partie, op cit, p01

(2) Ibid, p 02

(3) L'Aix en provence, 4 fevrier 1996, D.M.F., 1988, p 758, Diop papa Ousmane, op cit, p 56

(4) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الأوصاف، الحوالة الانقضاء، الجزء الثالث، دار الاحياء التراث العربي، ص 443.

أيضا توابعه(1) كذلك ينتقل الحق بما عليه من دفع، فيجوز للمدين أن يتمسك قبل المحال له بنفس الدفع التي كان يصح له أن يتمسك بها قبل المحيل(2).

وبالتالي إذا كان المحيل مرتبط بشرط التحكيم في عقد النقل البحري، فالقضاء البحري قضى بأن المحال له أيضا يكون أيضا مرتبطا بهذا الشرط ويكون نافذا في حقه(3).

ذلك أن شرط التحكيم في عقد النقل البحري والذي يرتبط بالمحيل فهو من توابع حوالة الحق ولكن إذا كان هذا الشرط في عقد النقل البحري محل رفض من طرف المحيل أي أنه لم يقبل نفاذه في مواجهته، ففي هته الحالة هل يجوز للمحال إليه أن يرفض هو أيضا شرط التحكيم الوارد في مشاركة الإيجار التي يحيل إليه سند الشحن؟.

في هذا السياق الغرفة المدنية بالمجلس القضائي الفرنسي جاءت في حكمها: " أنه وحده الغير حامل سند الشحن الذي يمكنه عدم قبول الشروط الاستثنائية " (4)، و هنا الغرفة المدنية كانت تقصد بالشروط الاستثنائية هي شروط وسائل فض المنازعات التي اشترطها المؤجر في عقد استئجار السفينة كشرط التحكيم في عقد النقل البحري، وبالتالي فالغرفة المدنية الأولى، اعترفت بعدم نفاذ الشروط الاستثنائية كشرط التحكيم البحري المحال إليه سند الشحن إلى مشاركة الإيجار في مواجهة الغير حامل سند الشحن(5) والذي قد يكون هو المحال إليه.

ثانيا: شروط تعطيل آثار حوالة الحق و الاستثناء الوارد في القضية .

أقرت الغرفة المدنية الأولى الفرنسية بأن عدم نفاذ الشروط الاستثنائية ومنهم شرط التحكيم البحري المدرج في سند الشحن أو المحيل إليه سند الشحن في مشاركة الإيجار، لا يكون نافذا فقط في مواجهة الغير الحامل سند الشحن الأجنبي عن عقد النقل البحري، فالمستأجر المحال إليه حق الغير حامل سند الشحن عن طريق حوالة الحق لا يمكنه عدم قبول هته الشروط الاستثنائية ومنها شرط التحكيم في عقد النقل البحري. فالمحكمة تقرر أن المستأجر " كان بإمكانه الاحتجاج في مواجهة الناقل (المؤجر) ولكن في إطار عقد

(1) تنص المادة 243 من القانون المدني الجزائري: " تشمل حوالة الحق ضمانته كالحوالة، والامتياز والرهن، ورهن الحيازة، كما تشمل ما حل من أقسام"
(2) عبد الرزاق السنهوري، الجزء 9، ص 494 وهذا ما نصت عليه المادة 248 من القانون المدني الجزائري: " يتمسك المدين قبل المحال له بالدفع التي يعترض بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه كما يجوز له أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقود الحوالة".

(3) Cass.1-ère cit, 5 janvier 1999 et 19 octobre 1999, rev. Arbi. 2000, p 85, note D. Cohen. Defrénois, 1999 p 572, note Delebecque, cass 2-eme cit, 20 décembre 2001, Rev. Arb-2002, p 373, note D.Cohen, Diop papa ousmane, op cit, p 56.

(4) Diop papa Ousmane, op cit, p 56

(5) في هته القضية المحال له هو مستأجر السفينة وبالتالي باعتباره طرفا في عقد النقل البحري وقد أحال إليه المرسل إليه حقه في سند الشحن لم تقبل الغرفة المدنية الأولى عدم سريان شرط التحكيم في مواجهته واعتبرته نافذا في حقه باعتباره طرفا في عقد النقل البحري وليس أجنبيا عن العقد.

إستئجار السفينة المبرم أولا و الذي لا يمكنه إنكار ما جاء به أو عباراته " (1) .

وفي هذه الحالة لا يمكن اعتبار المستأجر بأي حال من الأحوال محال له عادي حامل لسند الشحن لأنه طرف في مشاركة الإيجار، فالغرفة المدنية الأولى ترفض قبول انتقال آثار حوالة الحق طبقا للقواعد العامة للقانون المدني من الخيل إلى المحال له في هته الحالة، أي إذا كان المستأجر هو من تلقى حوالة الحق من المرسل إليه وبالتالي طبقا لهذا لا يمكن للمستأجر أن يتحايل و يتملص من شرط التحكيم البحري.

ولكن السؤال الذي يمكن طرحه في هذا الصدد هو أنه وفي غياب نص قانوني خاص يمنع المرسل إليه من إجراء حوالة حق من هذا النوع كيف يمكن تعطيل آثار حوالة الحق وهل لهذا التعطيل تأصيل قانوني؟.

ثالثا: الإستحالة القانونية لتبرير تعطيل آثار حوالة الحق.

بالرجوع إلى قرار الغرفة المدنية الأولى نجد أن التسيب الذي جاء به كان فيه نوعا من التردد لتبرير موقفه والذي يجد من آثار حوالة الحق.

إن ما هو معروف أنه بسبب حوالة الحق هته استحمل المحال له كل الأضرار، إلا أنه حرم من الحقوق التي ترتبها له هته الحوالة هذا التناقض الأول، ثم إذا طلب من المحال له أن يستعمل حقوقه الخاصة به، في هته الحالة لا يمكنه معرفة أي صفة يستند إليها قانونا وهذا هو التناقض الثاني(2).

إن الغرفة المدنية الأولى لم تذكر ولو مرة واحدة صفة المستأجر للمحال له ولكن بالعكس أقرت له صفة الشاحن مرتين في هذا القرار(3) ، وبالتالي يمكن استخلاص أن صفة المستأجر لم تأثر حقيقة على الغرفة المدنية الأولى حتى تعطل من آثار حوالة الحق بين المستأجر والمرسل إليه ، و إنما هدفها الوحيد كان هو إحالة النزاع إلى التحكيم . وهذا ما يؤكد القرار الذي صدر في القضية مراكنديا "Mercandia" والتي كانت تتعلق بتعويض خسائر ناتجة عن عقد النقل البحري وكانت هناك حوالة حق بين المرسل إليه والشاحن، ولم يكن هناك أي عقد إستئجار لرحلة ولكن كان هناك عقد نقل بحري ، فقامت الغرفة المدنية الأولى أيضا بتعطيل آثار حوالة الحق بين الخيل والمحال له(4)، باعتبار أن الشاحن هو طرف في عقد النقل البحري وهكذا يمكن القول أن مجلس النقض حاول تعطيل حوالة الحق ولكن مرة أخرى بدون تسبب قانوني مقنع.

(1) Diop Papa Ousmane, op cit, p 57

(2) Olivier Cachard, l'opposabilité de la clause compromissoire au cessionnaire tiers porteurs du connaissance de la charte partie, op cit, p04
Diop Papa Ousmane, op cit, p 57

(3) قرار عن الغرفة المدنية الأولى بمجلس النقض الفرنسي صادر في 10 مارس 2004 .

(4) Olivier Cachard, l'opposabilité de la clause compromissoire au cessionnaire tiers porteurs du connaissance de la charte partie; op cit, p5

إن التسبب الوحيد الذي ارتكزت عليه الغرفة المدنية للحد من آثار حوالة الحق هو القوة الملزمة لعقد استئجار السفينة وبأن الشاحن ملزم بمشارطة الإيجار والتي لا يمكنه إنكار العبارات التي جاءت فيها، وبالتالي فصفة المستأجر هي التي أخذت بعين الاعتبار في هذا القرار، ولكن في المقابل أيضا لا يمكن إنكار أيضا لهذا المستأجر صفته كمحال له لحقوق المرسل إليه(1)، لأنه في التعاملات القانونية يمكن أن يكون للشخص عدة مراكز قانونية وحقوق مختلفة، وميدان النقل يعطينا عدة أمثلة عن ذلك مثلا أن يكون الشخص شاحن ومرسل إليه في نفس الوقت.

لقد حاول بعض الفقهاء إيجاد أساس قانوني لما جاءت به الغرفة المدنية الأولى بتعطيل آثار حوالة الحق بالنسبة للمحال له، فقد حاول أحدهم الارتكاز على القوة الملزمة لمشارطة الإيجار وعلى مبدأ حسن النية. ولكن إذا ما لاحظنا هته التبريرات تبدا بدون جدوى في القضية الحالية ، ذلك أنه إذا أردنا التحدث عن القوة الملزمة للعقد فان هذا المبدأ يمكن أيضا أن يطبق على حوالة الحق والتي ليست بقليلة الأهمية عن مشارطة الإيجار(2). أما فيما يخص حسن النية فالمستأجر قد قام بكل التزاماته وعكس ذلك فما لحق من أضرار وخسارة للبضاعة كان بسبب المؤجر.

وإذا أردنا أن نتحدث عن سوء النية في محاولة عدم تطبيق مشارطة الإيجار يمكن أن نلوم المرسل إليه والذي يمكنه أن يستخدم حوالة الحق للتحايل على القانون ، ففي حقيقة الأمر يمكن أن تستخدم حوالة الحق لمحاولة الهروب من اختصاص قضائي دولي أو شروط تحكيم ، كما حدث في قرار صدر في 24 نوفمبر 1987 عن الغرفة المدنية الأولى لمجلس النقض الفرنسي(3)، ففي هته القضية قام محيل والذي قبل الاختصاص القضائي الأمريكي، وبعد ما لم تصبح الإجراءات لصالحه، قام عن طريق حوالة حق قانونية بالتنازل بحقه لمؤسسة فرنسية حتى يصبح الاختصاص القضائي في القضية إلى الجهات القضائية الفرنسية. مجلس الاستئناف ومجلس النقض، أقروا بأن حوالة الحق كان لها هدف واحد وهو الهروب من الاختصاص القضائي الأمريكي(4)، إلا أن سوء النية التي كانت في هته القضية لا يمكن أن تفترض في القرار الذي نحن بصدد تحليله(5).

(1) Diop Papa Ousmane, op cit, p58

(2) Olivier Cachard, l'opposabilité de la clause compromissoire au cessionnaire tiers porteurs du connaissance de la charte partie, op cit, p 5.

(3) Cass, 1-er cit, 24 nov. 1987, JCP 1989 II 21202? Note Blondel et Cadiel, B.Ancel, Y.Lequette, grands arrêts de droit international privé, note sans cass. 1-ere civ, 21 mars 1966, n° 43? P 394 par Olivier Cachard, l'opposabilité, op cit ,p5.

(4) Olivier Cachard, , op cit, p 5.

(5)القرار الصادر عن الغرفة المدنية الأولى في 16 مارس 2004.

ذلك أنه لا يظهر أن المستأجر قام بقبول حوالة الحق للهروب من شرط التحكيم، ذلك أن حوالة الحق ليست السبب في عدم اختصاص محكمة التحكيم البحري لأنه حتى في غياب هته الحوالة، كان بإمكان الغير حامل سند الشحن أن يحتج بعدم نفاذ شرط التحكيم في مواجهته، فحوالة الحق لم تقم إلا بنقل عدم الاختصاص الموجود من الغير حامل سند الشحن إلى الغير المحال له.

إنه بعيدا عن الافتراض كون المستأجر له سوء النية لكي لا يحتج في مواجهته بشرط التحكيم البحري، فإن حوالة الحق من المرسل إليه إلى مستأجر الرحلة هي من المعاملات التجارية التي هي في صالح المرسل إليه خاصة بعد حدوث أضرار للبضاعة المشحونة، فإن المرسل إليه يفضل أن يعوض الخسارة التي لحقتة عن طريق تنازله للمستأجر عن سند الشحن حتى قبل تعويضه من قبل المؤمنين.

وبالتالي فإذا أخذ القرار بأن حوالة الحق ليس لها أثر يجعل المحال له وهو المستأجر أن يدفع بعدم نفاذ شرط التحكيم في مواجهته كحق انتقل له مع حوالة الحق، فإنهم بهذا يحاولون تحطيم سياسة تجارية متداولة كثيرا بين المتعاملين البحريين و هي معاملات الثقة وهذا ليس عدلا(1).

رابعا: تأكيد مبدأ الاختصاص بالاختصاص للمحكم البحري .

إن مجلس النقض بقراره هذا أعطى الأسبقية للمحكم لنظر في اختصاصه، وبذلك أكد مبدأ الاختصاص بالاختصاص، ويتمثل هذا المبدأ بأن يقر المحكم البحري اختصاصه في القضية وهذا هو الأثر الإيجابي لشرط التحكيم في عقد النقل البحري وأنه يسحب من القاضي الوطني اختصاصه وهذا هو الأثر السلبي لشرط التحكيم في عقد النقل البحري، و ما يمكنه سحب الإختصاص من التحكيم فقط إذا كان شرط التحكيم باطلا لانعدام ركن من أركانه مع التأكيد على مبدأ استقلاله عن العقد الأصلي.

والسؤال الذي يطرح هنا ما هو القرار الذي اتخذته المحكم البحري حول نفاذ شرط التحكيم البحري في مواجهة المستأجر المحال له؟.

خامسا : الأسس القانونية المقترحة لتبرير انتقال شروط التحكيم .

لقد تضاربت الاتجاهات القضائية حول انتقال شروط فض المنازعات بما فيها شروط الاختصاص القضائي و شروط التحكيم في عقود النقل البحري عن طريق حوالة الحق أو الحلول، إما بالاعتماد على الاتجاه التقليدي و هو مدى نفاذ هذه الشروط طبقا للأثر النسبي للعقد و إما باعتماد الفكر الحديث و هو العلم بهذه الشروط كأساس لنفاذها و إما باعتماد المعيارين معا بطريقة تناوبية تجعل لشروط التحكيم

(1) Olivier Cachard, l'opposabilité de la clause compromissoire au cessionnaire tiers porteurs du connaissance de la charte partie; op cit, p 6.

القضائي في عقد النقل البحري شروط في محل قوة لها الأسبقية دائما ، و إما انتقال شروط التحكيم في عقود النقل الدولية الى الغير مثل المرسل اليه أو المؤمنين بإعتبارها جزء من العقد و أمام هذه الوضعية الجد معقدة ، سوف نحاول تبيان بعض الحلول القضائية المتبعة .

1- انتقال شرط التحكيم الى المرسل اليه بإعتباره كطرف ثالث في العلاقة التعاقدية .

انه طبقا للاتجاه القضائي التقليدي فإن شرط فض المنازعات الذي يكون نافذا في مواجهة الشاحن يكون بدون منازع نافذا في مواجهة المرسل و الذي اعتبر كطرف في العقد (1)، و بالتالي ما ينطبق على الشاحن ينطبق على المرسل اليه(2) . و بالتالي اذا قبل الشاحن شرط التحكيم المدرج في سند الشحن أو المحيل اليه سند الشحن الى مشاركة الايجار فانه سوف يرتبط به ، و لا محال بأن يرتبط به أيضا المرسل اليه و ذلك للترابط القوي بين مصلحتي كل من الشاحن والمرسل اليه(3) ، هذا الترابط يجعل شروط التحكيم نافذة في مواجهة المرسل اليه حسب هذا الرأي .

2- عدم انتقال شرط التحكيم بإعتباره جزء من العقد أو عن طريق الحوالة بدون رضی خاص.

قد يطرح السؤال : هل شروط فض المنازعات تنتقل مع العقد الأصلي أو بطريق الحوالة . إن الرأي الغالب في أحكام القانون العامة و الأحكام القضائية و التحكيمية في مختلف الدول المقارنة تأخذ بأن هذه الشروط تنتقل مع العقود أو عن طريق حوالة الحق ، و أنها تنتقل كانتقالها في سلسلة العقود لتحقيق ذات العملية و بالتالي فان شروط التحكيم تنتقل في هذه الحالات بطريقة أوتوماتيكية (4). و هذا ما أقرت به أيضا الغرفة المدنية لمجلس النقض الفرنسي في هذا المجال .

إلا أن الحلول القضائية و التحكيمية في المادة البحرية خاصة ما توصلت اليه الغرفة التجارية لمجلس النقض الفرنسي و التي تضع لنهاذ شروط التحكيم شروط اضافية غير موجودة في النصوص القانونية ، و هي شروط تتعلق بالرضی الخاص للمرسل اليه أو حتى الشاحن بهذه الشروط ، و بالتالي فهي لا تنتقل في هذه الحالة بطريقة أوتوماتيكية كما هو الحال في الأحكام العامة .

(1) كما يمكن للمرسل اليه عدم قبول الانضمام الى هذه العلاقة التعاقدية بين الشاحن و الناقل و بالتالي فشرط فض المنازعات لا يصبح نافذا في مواجهته .

وهذا ما كان في : (27 ; 1977 , DMF , navire Talia , Aix –en-provence , 28/04/1976 , V .) بحيث أن المرسل اليه لم يقبل

الانضمام الى عقد النقل و بالتالي فدعوى المسؤولية التي قدمها ضد الناقل و الشاحن قد أسسها المجلس القضائي على أساس خطأ- جنحة .

(2) Aubin kpoahoun Amoussou , les clauses attributives de compétences dans Ire transport maritime de marchandise, presses universitaires D’AIX-MARSEILLE , 2002 , p 293 .

(3) Ibid .

(4) Alexandre MALAN , op cit , p 03.

و في القانون الفرنسي فإن شروط الاختصاص القضائي و شروط التحكيم لا تنتقل أتوماتيكيا مع سندات الشحن ، فقد استلزم القضاء وجوب قبول هذه الشروط بصفة دقيقة من طرف حامل سند الشحن .
هذه الحلول تطبق على الشروط التي لا تدخل في نطاق تطبيق اتفاقية بروكسل لسنة 1968 للاختصاص القضائي(1)، مع أن المادة 17 من هذه الاتفاقية قد أخذت بنفس الحل و هو أن النفاذ في مواجهة المرسل اليه لا يكون إلا بالقبول الخاص لهذه الشروط (2) .

3- التأكيد على قاعدة الرضى بالنسبة لشروط فض المنازعات .

(بالنظر الى القانون الواجب التطبيق على سند الشحن أو بالنظر الى رضى حامل سند الشحن).

-تطبيق معيار مزدوج بطريقة تناوبية-

بالنسبة لمدى نفاذ شروط الاختصاص القضائي في مواجهة المرسل اليه و من يحل محله فمرة أخرى كان جواب القضاء غير مقنع فبالنسبة لقرار *Castelletti* (3) فلم يفصل في هذا الموضوع المهم ، فقد توقف المجلس عند حد القول كما فعل في قرار *Tilly Russ* (4) ، وطبقا لما نصت عليه المادة 17 من معاهدة بروكسل (ل1968/09/27 و المتعلقة بالاختصاص القضائي و تنفيذ القرارات في المواد المدنية والتجارية) و التي أصبحت المادة 23 من قواعد المحكمة الأوروبية المؤرخ في 22 ديسمبر 2000 ، و في الوقت الذي أصبح الشرط نافذا في مواجهة الشاحن و الناقل فإنه " طبقا للقانون الواجب التطبيق ، الغير الحامل لسند الشحن ، قد حل محل الشاحن في حقوقه والتزاماته " .

و بالتالي طبقا لهذا الرأي فالقانون الواجب التطبيق على سند الشحن هو الذي يبين أن الغير الحامل للسند يحل أو لا يحل مكان الشاحن في حقوقه و التزاماته ، كما أنه يلزم البحث في مدى قابلية انتقال سند الشحن بحقوقه والتزاماته طبقا لهذا القانون ، وليس حول مدى انتقال الشرط لوحده (شرط الاختصاص القضائي) كملحق للسند (5).

غير أن القضاء لم يقف عند هذا الرأي فالقرار الصادر عن المجلس الفرنسي في 23 أكتوبر 1998 (6) ، زاد الأمور تعقيد ، فالمجلس ذهب الى أنه اذا الغير لا يحل محل الشاحن في حقوقه والتزاماته فيجب " البحث

(1) شروط التحكيم ، لا تدخل في نطاق اتفاقية بروكسل و تعني هذه الشروط شروط الإختصاص القضائي .

(2) Alexandre MALAN , op cit , p 04.

(3) 16 mars 1999 ,DMF 2000,n°spécial , n° 93 , obs .P .Bonassies .

(4) DMF ,1985 ,83, obs .P .Bonassies .

(5) 23octobre 1998 , DMF 613 ,Mars 2001 ,n°613,obs PH.Delebeque ,p192 .

(6) 23octobre 1998 , DMF 613 ,Mars 2001 ,n°613,obs PH.Delebeque , p190

في رضاه بهذه الشروط المدرجة في سند الشحن طبقا للمادة 17 من اتفاقية بروكسل " و بالتالي و طبقا لهذا الاتجاه أنه اذا كان القانون الواجب التطبيق لا يسمح بانتقال حقوق و التزامات الشاحن للغير حامل السند فانه يجب التأكد من أن هذا الغير عبر عن رضاه بها إما كتابة أو بالتعامل المسبق كقرينة على علمه بها. و لكن في نفس الوقت هذا القرار قد تناقض مع القرار *Castelletti* و الذي جعل " ضرورة الرضى حول هذه الشروط فقط ما بين أطراف العقد" ، و" البحث في مدى وجود تعامل سابق أيضا يكون بينهم" ؟ .

إلا أن القرار الحالي و الذي جعل شروط فض المنازعات هذه نافذة بمجرد توفر قرينة الرضى بها ، قد أكده قرار آخر فيما يخص نفاذ شروط التحكيم في عقود النقل و الذي أقر بأنه يكون نافذا في مواجهة الغير – و الذي لا يمكن أن يحتج بحسن نيته و بعدم علمه بشرط التحكيم : " في سلسلة من العقود الخاصة بنقل بضائع ، شرط التحكيم الدولي ينتقل مع العلاقة التعاقدية ، إلا إذا كان هناك سبب وجيه يبين عدم العلم بهذا الشرط " (1) .

إن الحل الذي جاء به هذا القرار يبين لنا مدى القوة و النفاذ التي يحاول القضاء تحقيقها لشروط فض المنازعات المدرجة في عقود النقل البحرية و خاصة منها اتفاقات التحكيم ، و التي في أغلب الأحيان لا تخضع لقانون وطني محدد ولا لمنهج تنازع القوانين وإنما لمنهج القواعد المادية و المتحرر من كل قيود . و ما يمكن قوله بالنسبة لنفاذ شروط التحكيم في مواجهة الغير الذي تنتقل له الحقوق و الالتزامات عن طريق حوالة الحق ، يقال بالنسبة للغير الذي انتقل له السند بالتظهير ، أو عن طريق الحلول القانوني كإنتقال هذه الشروط للمؤمنين .

4-موقف المجلس القضائي " لإكس " الأكثر تقدما و فعالية لشروط التحكيم .

لقد ذهب مجلس إكس الفرنسي بأن شروط التحكيم في سندات الشحن و التي تحيل الى مشارطات الايجار ، والتي تكون شاملة من حيث تعيين البلد و الاجراءات و تعيين المحكمين و القانون الواجب التطبيق ، و التي كان للمرسل اليه امكانية العلم بها ، تكون نافذة في مواجهته و مواجهة المؤمنون الذين يحلون محله ذلك أن شروط التحكيم الدولية أصبحت شروط اعتيادية بالنسبة لعقد النقل البحري الدولي ، حتى يمكن اعتبارها جزء من العقد (2). كما أقرت الغرفة المدنية الأولى لمجلس النقض الفرنسي نفس الاتجاه (3) .

(1)Comp .cass.1ère civ . 6 février 2001 , Peavey Copany .

(2)Pierre BONASSIES ,JURSPRUDENCE FRACNAISE ,DMF666,p18

(3)Cour DE CASSATION (1ere Ch .civ.), 22 novembre 2005 ,Navire Lindos .

الفرع الرابع: الاحتجاج بشرط التحكيم في عقد النقل البحري عن طريق الحلول .

ليس هناك ما يمنع من ابرام اتفاق تحكيم في عقد التأمين الخاص بعقد النقل البحري بين شركة التأمين و الناقل أو المؤمن على البضاعة ، على أساس أن عقد التأمين هو عقد تجاري ، و يكون الاتفاق على التحكيم سواء عن طريق ابرام مشاركة تحكيم بعد نشأة النزاع أو بشرط تحكيم مدرج في عقد التأمين قبل نشأة النزاع (1).

لكن ما يهمنا في هذا الموضوع هو اتفاق التحكيم المدرج في عقد النقل و المبرم بين طرفيه ، هل يسري على مؤمني المرسل اليه و الذي يعتبر طرف غير أصلي في عقد النقل البحري ؟ و ما هو التأسيس القانوني لذلك ؟.

أولاً : التكييف القانوني للحلول .

يعرف الحلول الشخصي على أنه: " حلول شخص محل شخص آخر في إجراء قانوني معين مع إمكانية استعمال كل أو بعض الحقوق المتعلقة بالشخص الذي حل محله" (2).

وحلول الموفي محل الدائن يكون إما بحكم القانون و يقال له الحلول القانوني ، وإما يكون بموجب الاتفاق و يقال له الحلول الاتفاقي (3).

و يقوم في سبيل التكييف القانوني للحلول صعوبة جوهرية : فحلول الموفي محل الدائن معناه انتقال حق الدائن نفسه بمقوماته و خصائصه و توابعه و تأميناته ودفعه من الدائن الى الموفي ، ثم إن هذا الحلول لا يكون الا بوفاء الموفي لهذا الحق ، والوفاء سبب من أسباب انقضاء الحق بل هو أهم أسبابه ، فاذا كان الموفي قد وفى للدائن حقه فقد انقضى هذا الحق ، فكيف ينقضي الحق بالوفاء و مع ذلك ينتقل الى الموفي فيبقى بانتقاله؟ فكيف ينقضي الحق و يبقى في وقت واحد ؟

لذلك ذهب الفقه الفرنسي التقليدي الى القول بأن بقاء الحق بعد انقضائه بالوفاء افتراض قانوني (*fiction légale*) لا أساس له من الواقع ، ففي حقيقة الأمر أن الحق انقضى بالوفاء ، و لكن القانون يفترض بقاءه للأغراض العملية التي توخاها من احلال الموفي محل الدائن فيه (4). و قد انقسم هذا الفقه فبدأ فريق بالقول أن الذي يبقى ليس الحق نفسه فقد انقضى بالوفاء ، وانما تبقى تأميناته و هي التي تنتقل

(1)Paul Chauveau , op cit , p 734 .

(2)Olivier Cachard, les clauses relatives à la compétence international dans les connaissance, op cit, n° 64.

(3) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الأوصاف -الحوالة- الانقضاء ،المجلد الثالث ،دار احياء التراث العربي ، ص 662.

(4)المرجع السابق ذكره ، ص 700 .

لتكفل حق المؤمن بالرجوع على المدین . و قد تغلبت فی الفقه التقليدي فكرة أن الحق يبقى افتراضا و تنتقل مع الحق تأميناته و توابعه و دفوعه و ما الى ذلك . إلا أن الفقه الحديث نبذ فكرة الافتراض و أعاد مواجهة المسألة من جديد ، فجعل الوفاء مع الحلول وفاء للحق بالنسبة الى الدائن و انتقلا للحق بالنسبة الى المدین فيشبهه من جهة حوالة الحق ، و لكن يبقى الوفاء مع الحلول متميزا عن حوالة الحق(1) .

و قد عبرت الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا بالجزائر في قرارها بأن طبيعة الحلول هو عقد بين المؤمن والمؤمن له و هو الذي يعطيه الحق في أن يحل محله في دعواه فقد أقرت بأنه : " حيث أنه لا يمكن للشركة الجزائرية لتأمينات النقل أن تحل محل المؤمن المرسل اليه -شركة سیدار - و ترفع دعوى ضد الناقل البحري مؤسسة (س.د) ، الرامية الى الحصول على تعويضات الخسائر اللاحقة بالبضاعة المنقولة ، الا بعد تقديم عقد حلول يثبت أن المؤمن قد دفع تعويضا للمؤمن له .

حيث أن عقد الحلول المشار اليه أعلاه هو السند القانوني الذي يعطي صفة التقاضي لشركة التأمين و فقا لأحكام المادتين 144 من قانون التأمينات و 459 من ق.ا.م و يسمح لها أن تحل محل المرسل اليه و ترفع دعواها ضد الناقل البحري .

و بما أن الطاعنة لم تقدم العقد عند رفع دعواها فإن القرار المطعون فيه قضى و عن حق برفض الدعوى شكلا لانعدام الصفة... " (2).

إنه و بالرجوع الى القرار أعلاه يتبين أن موقف القضاء الجزائري ربط إمكانية حلول المؤمن محل المرسل اليه في حقوقه و بالطبع تحمل الالتزامات الناتجة عن هذا الحلول ، لا يكون إلا إذا كان هناك عقد تأمين مبرم بين المرسل اليه و المؤمن هذا كشرط أول ، أما عن الشرط الثاني و هو أن يدفع المؤمن مبلغ التأمين للمرسل اليه حتى و إن تم ذلك بعد رفع الدعوى (3).

كما أقرت المحكمة العليا في قرار آخر لها : "أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال السماح للمؤمن و المؤمن له أن يباشرا نفس الدعوى معا" و هذا شرط آخر يمكن اضافته مع الشروط الأخرى (4).

(1) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الأوصاف -الحوالة- الانقضاء ، المرجع السابق ، ص 700 .

(2) قرار رقم 138267 تاريخ القرار 1996/02/27 ، المرجع : اجتهاد قضائي ، عدد خاص ، ص 183 .

قرار رقم 138448 تاريخ القرار 1996/01/09 ، المرجع : اجتهاد قضائي ، عدد خاص ، ص 186 .

عن : جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في المادة التجارية و البحرية ، الجزء الثاني ، منشورات كليك ، ص 799 .

(3) قرار رقم 82381 تاريخ القرار 1992/10/25 ، المرجع : المجلة القضائية ، عدد 03 ، ص 170 .

عن : جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في المادة التجارية و البحرية ، الجزء الثاني ، منشورات كليك ، ص 545 .

(4) قرار رقم 153499 ، تاريخ القرار 1997/09/23 ، المرجع : اجتهاد قضائي ، عدد خاص ، ص 189 .

عن جمال سايس ، المرجع السابق ذكره ، ص 801 .

ثانيا: انتقال شرط التحكيم في عقد النقل البحري للمؤمن الذي يحل محل المضرور في حقوقه. التأمين في مفهومه البسيط هو الحصول على الأمان في مواجهة خطر معين لتفادي نتائجه الضارة أو على الأقل حصرها في أضيق نطاق ممكن . و قد تبين أن توزيع النتائج الضارة لحادثة معينة على عدد من الأفراد يخفف من عبئها ، بعكس ما لو تحمل هذه النتائج شخص واحد ، وهذا ما يحققه التأمين . و فكرة التأمين فكرة حديثة نسبيا ظهرت الحاجة اليها نتيجة لتطور الظروف الاجتماعية و الاقتصادية و خاصة في مجال النقل و التجارة البحرية(1) .

و يقوم المؤمن في التأمين البحري بتعويض المرسل إليه عن الأضرار التي لحقت به ويحل محلها عن طريق رفع دعوى ضد الناقل المسؤول عن الضرر الحاصل، ويعتبر هذا حولا بقوة القانون(2) وقد نصت المادة 118 من قانون التأمين الجزائري(3) على أنه : " يحل المؤمن محل المؤمن له في حقوقه ودعاواه ضد الغير المسؤول في حدود التعويض الذي يدفعه للمؤمن له..."

أ. المؤمن مرتبط باتفاقات التحكيم .

من المقرر قضاء أن المؤمن مرتبط باتفاقات فض المنازعات كشرط الاختصاص القضائي الدولي أو شروط التحكيم والتي قد قبلها المؤمن له، بحيث أن المؤمن يستمد حقوقه منه.

ففي قرار صدر في 13 ماي 1966 بمجلس النقض الفرنسي أقر: " بأن مجموعة المؤمنين والذي يحلون محل المؤمن له في حقوقه لا يمكنهم الوقوف ضد الناقل إلا في الشروط التي وردت في عقد النقل، معنى ذلك أنه عليهم احترام شرط التحكيم المدرج في سند الشحن." كما يذكر الأستاذ مزغر "Mezger"(4) أن " الحلول لا يضم فقط حقوق حوالة الحق وإنما يضم أيضا الالتزامات الناتجة عنها بالنسبة للمؤمن".

و هنا أيضا نلاحظ أن هناك خلط ما بين المفهومين : حوالة الحق و مبدأ الحلول بالرغم من أن لهما نفس الآثار و هي انتقال الحقوق و الالتزامات الناشئة عن العقد .

وقد أعيد تأكيد هذا المبدأ عن طريق مجلس قضاء الاستئناف بباريس سنة 1992: " عن طريق الأثر الناقل لهذا الحلول، شرط التحكيم ينتقل إلى المؤمن بطريق الحلول ...، وبالتالي حسب هذا القرار يلتزم المؤمن بشرط التحكيم المدرج في سند الشحن أو المحيل إليه سند الشحن إلى مشاركة الإيجار.

(1) د. ابراهيم أبو النجا ، التأمين في القانون الجزائري ، الجزء الأول ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، سنة 1983 ، ص 01 .

(2) طبقا للقانون الفرنسي الصادر في 3 جويلية 1967 أصبح حلول المؤمن محل المؤمن اليه حولا قانونيا .

(3) المادة 118 في قانون التأمينات الجزائري حسب آخر تعديل له قانون رقم 04.06 مؤرخ في 27 فبراير 2006 .

(4) Olivier Cachard, les clauses relatives à la compétence international dans les connaissance, op cit, n°65.

ولكن الإشكال الذي يطرح حول هذا المبدأ هو إذا كان أحد أطراف المنازعة أجنبياً وأثار قواعد الاختصاص القضائي الدولي للمحكمة المختصة فما هو الحل؟.

ب. عدم سريان قواعد الإختصاص القضائي في مواجهة المؤمن .

إذا أخذنا فرنسا كمثال فان المادتين 14 و 15 من القانون المدني الفرنسي تقرر أن اختصاص المحاكم الفرنسية إذا كان المدعي أو المدعى عليه فرنسياً(1)، فكيف يتم التعامل مع مؤمن فرنسي حل محل أجنبي في حقوقه، وقد قام هذا الأخير بقبول شرط خاص بالاختصاص القضائي الدولي في محكمة أجنبية أو قام بإبرام إتفاق تحكيم؟.

الجواب الأول، الذي قدم من طرف الغرفة المدنية الأولى بمجلس النقض الفرنسي أعطى الحق للمؤمن بحري فرنسي والذي كان يحل محل مؤمن له بريطاني بالاستناد على المادة 14 من القانون المدني الفرنسي لتأسيس اختصاص المحاكم الفرنسية(2).

و هذا القرار كان محمداً فهو لم يأخذ إرادة الأطراف بعين الاعتبار فبمجرد طلب المؤمن والذي كان من جنسية فرنسية اختصاص المحاكم الفرنسية قبلت الغرفة المدنية الأولى طلبه وبذلك أصبح شرط التحكيم المدرج في سند الشحن بدون أي أثر، ولهذا في 25 نوفمبر 1986 في قرار سياكي، الغرفة المدنية الأولى أقرت بأن "إدراج شرط متعلق بإختصاص، في عقد دولي يكون من بين بنود الاتفاق، ويكون ذا أسبقية على كل اختصاص قضائي، وهذا الشرط يكون نافذاً في مواجهة صاحب الحق كما أنه يكون نافذاً في مواجهة المؤمن الفرنسي، وهذا الشرط يرتب كل آثاره". وبالتالي حسب هذا القرار أصبح مؤمن المرسل إليه الفرنسي ليس له الحق في المطالبة باختصاص المحاكم الفرنسية عند ما يرفع دعواه ضد الناقل، ذلك أن الشرط الذي كان في سند الشحن كان يعطي الاختصاص للقضاء في بيونوزار "Buenes Aires" إن الحل الذي جاء به هذا القرار والذي كان يخص شروط الاختصاص القضائي يمتد أثره حتى إلى اتفاقات التحكيم.

وبالتالي عقد النقل البحري الذي يتضمن شروط الاختصاص القضائي الدولي أو شروط للتحكيم والتي تكون مدرجة في سند الشحن ترتب كل آثارها في مواجهة المرسل إليه الذي قبلها وترتب آثارها أيضاً في مواجهة مؤمن المرسل إليه، مع عدم الأخذ بمبادئ الاختصاص القضائي الدولي للمحاكم لأنها ليست من النظام العام، وهذا ما تأخذ به أغلب الدول التي وضعت قانون خاص بالتحكيم التجاري الدولي في

(1) أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم و المشكلات العملية و القانونية في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 343.

(2) Olivier Cachard, les clauses relatives à la compétence international dans les connaissements, op cit, n° 66.

تشريعها وهذا مراعاة لمصالح التجارة الدولية واحترامها لإرادة الأشخاص.

أما عن القضاء الجزائري فقد عبرت المحكمة العليا في العديد من أحكامها بأن المؤمن يحل محل المؤمن في حقوقه و دعواه ضد الغير بمجرد وجود عقد الحلول(1)، و الذي يعطيها الصفة محل المرسل اليه .

ثالثا: استقلال اتفاق التحكيم وأثره على انتقال شرط التحكيم عن طريق الحلول.

إذا حاولنا إيجاد تحليل قانوني حول نفاذ شروط التحكيم أو شروط الاختصاص القضائي المدرجة في سندات الشحن في مواجهة المؤمن، يمكن الاستناد على بعض القواعد المادية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي ومنها مبدأ استقلال شرط التحكيم، فالسؤال الذي يطرح هنا هل لهته الاستقلالية أثر على شرط التحكيم في عقد النقل البحري حتى تكون له فعاليتها الخاصة به ، وبالتالي يمكن أن يمتد أثره حتى على أشخاص لم يقوموا بالتوقيع على العقد الأصلي، وهنا نكون بصدد الأثر الناقل أو الممتد لشرط التحكيم في عقد النقل البحري(2).

أ . امتداد شرط التحكيم في عقد النقل البحري.

وحدهم الأطراف الذين أبرموا اتفاق التحكيم يكونون ملزمين به في اختيار التحكيم البحري كوسيلة لفض النزاع ذو الطبيعة البحرية فهو يجد مصدره من إرادة الأطراف، مع احترام بعض الشروط الشكلية مثل التوقيع ، وبالتالي إذا قام طرف بالتوقيع على اتفاق التحكيم البحري لا يصبح هناك شك في انضمامه لهذا العقد(3)، ولكن الإشكال الذي يطرح هل تصبح الشكلية هنا عائق يمنع من مد أثر التحكيم لأشخاص لم يقوموا بالتوقيع على اتفاق التحكيم، بالرغم من وجود إرادة ضمنية من قبل هؤلاء بقبوله.

إن أحكام التحكيم وأحكام القضاء اعترفت بالإرادة الضمنية استنادا إلى تصرفات هؤلاء الأشخاص والذين ليسوا بأطراف في العقد، وقد أكد ذلك القرار جاقوار "Jaguar" الصادر من مجلس باريس على أنه: "في قانون التحكيم التجاري الدولي، أثار شرط التحكيم يمتد إلى الأطراف الذين يقومون بتنفيذ العقد

(1) قرار رقم 138448 تاريخ القرار 1996/01/09، المرجع : اجتهاد قضائي ، عدد خاص ، ص 186 .

عن : جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في المادة التجارية و البحرية ، الجزء الثاني ، منشورات كليك ، ص 799 .

(2)Olivier Cachard, les clauses relatives à la compétence international dans les connaissements, op cit, n°67

(3)Selon la cour de cassation : « les clauses inséré au connaissement n'ont de valeur contractuelle que s' il est établi que le chargeur en a eu connaissance et les a acceptées au plus tard le jour ou le contrat de transport est conclu , cette preuve pouvant instamment résulter de la signature du connaissement » . C.Com.,12 octobre 1993,n°91-11,718 ,Lamyline

بمجرد أن يتم علمهم بهذا الشرط... (1)، وهكذا أقر هذا القرار بنفاذ شرط التحكيم على أطراف لم يقوموا بالتوقيع على العقد الأصلي.

وقد استعمل هذا القرار في مجال مجموعة الشركات هنا الأحكام القضائية وحتى التحكيمية كانت دائما تواجه سؤالاً هو: "هل اتفاق التحكيم والذي يكون موقعا من قبل شركة تكون تنتمي إلى مجموعة من الشركات يمكن أن يمتد إلى شركة من نفس المجموعة والتي لم تقم بالتوقيع عليه". والأحكام التحكيمية تقر بامتداد شرط التحكيم لأطراف لم يوقعوا على العقد وإنما ساهموا في تنفيذ العقد.

ب. وجوب القبول الخاص لامتداد شرط التحكيم.

حتى يكون شرط التحكيم نافذا في مواجهة المرسل يجب أن يقوم بقبوله قبولا صريحا، هذا ما أقرته الغرفة التجارية بمجلس النقض الفرنسي في قضية السفينة ستولت أسبري "Stolt Osprey" (2)، وقد جاء في القرار أنه: "متى يكون نافذا في مواجهة المرسل إليه، شرط التحكيم المنصوص عليه في سند الشحن يجب أن يكون عالما به ويكون مقبولا من طرفه، بحيث في وقت التفريغ وباستلامه للبضاعة أصبح طرفا في عقد النقل." وبهذا الموقف الذي تبنته الغرفة التجارية لا يمكن أن يمتد شرط التحكيم لطرف آخر غير المرسل إليه حتى وإن كان المؤمن.

أما عن الغرفة المدنية الأولى فقد قضت بإمكانية الاحتجاج بشرط التحكيم في مواجهة المرسل إليه بحيث يمكن أن يعلم به بمجرد تفريغ البضاعة أو عن طريق الخبرة أو كونه طرفا في عقد بحري دولي فهي نافذة في حقه بدون قبول صريح (3)، و هنا تظهر امكانية الاحتجاج به في مواجهة المؤمن .

رابعا: موقف القضاء من نفاذ شرط التحكيم في عقد النقل البحري في مواجهة المؤمن.

لم يكن موقف القضاء محددًا حول مدى على حجية شرط التحكيم في مواجهة المؤمن وقد كان حسب ظروف كل قضية.

أ- حجية شرط التحكيم في مواجهة المؤمن.

في قرار صدر عن الغرفة التجارية بمجلس النقض الفرنسي في 14 جانفي 2004 كان شرط التحكيم نافذا في مواجهة المؤمن وتتلخص وقائع هذه القضية كالآتي: بيعت حمولة أرز عن طريق البيع سيف والذي يعد

(1) Olivier Cachard, les clauses relatives à la compétence international dans les connaissements, op cit, n° 68.

(2) Cass.com, 29 novembre 1994, "Navire Stolt Osprey"

(3) Cass.1-ere, civ, 22 novembre 2005, "Navire Lindos", Marie Niviere, op cit, p66

من بيوع الانطلاق(1) ويقوم فيه البائع بتنظيم النقل وتأمين البضاعة في حق المشتري، ولكي لا يكون البائع كطرف في عقد النقل، قام باستئجار سفينة لرحلة ليشحن البضاعة المبيعة، وعند وصول البضاعة لم يقبل المشترون البضاعة ولم يقوموا بتسديد ثمنها. وبما أنهم لم يسددوا الثمن المشترون لم يظهروا سندات الشحن، والتي كان بعضها مظهرا من طرف بنوك لحساب البائع وأخرى كانت على بياض(2). المؤمنون قاموا بتعويض المؤمن له، وكما ذكرنا أنه في البيع سيف، المشتري هو المؤمن له، وهكذا نجد أن المشتري لم يتم بقبول البضاعة ولا بتسديد ثمنها وحصل على تعويض من المؤمن ولكن عن طريق حوالة الحق من المشتري (محال) إلى البائع (محال له) ، هذا الأخير هو الذي تلقى التعويض عن الخسارة التي لحقت البضاعة.

المؤمنون بعد تعويض "المؤمن له" رفعوا دعوى ضد ريان السفينة ومؤجرها أمام المحكمة التجارية بباريس، قام المدعى عليهم بالطعن بعدم اختصاص المحكمة التجارية وذلك بسبب وجود شرط التحكيم في مشاركة الإيجار موقع من طرف البائع مستأجر السفينة.

هذا الطعن قدم أيضا أمام مجلس الاستئناف بباريس، ولمعرفة مدى حجية شرط التحكيم في مواجهة المؤمنين كان يجب تحديد من أين يستمد المؤمنون حقوقهم، فإذا هم يستمدون حقوقهم من المشترون يمكن للمؤمنين رفض شرط التحكيم بحجة أن المشترون لم يعلموا ولم يقبلوا بشرط التحكيم(3).

ولكن مجلس استئناف بباريس لم يقبل هذا الطعن في قراره الصادر في 23 جانفي 2002 وذلك بسبب عدم قبول المشترون للبضاعة قضاة الموضوع استنتجوا أن هؤلاء لم يحصل لهم أي ضرر شخصي يستحق التعويض، وبالتالي هناك خطأ في حق التعويض.

وبهذا لا يمكن وجود حوالة حق، إذن البائع ليس بمحال له من المشتري سيف. ولنقض القرار حاول المؤمنون تبرير موقف المشترون الذي لم يدفعوا ثمن البضاعة، ثم حاولوا تأسيس حوالة الحق وهكذا يمكنهم طلب عدم نفاذ شرط التحكيم في مواجهتهم، خاصة وأن الغرفة التجارية بمجلس النقض الفرنسي تستلزم لنفاذ شرط التحكيم في مواجهة المرسل إليه أن يكون عالما به وقد قبله صراحة(4) وبالتالي شرط القبول

(1) سمير جميل الفتلاوي، المرجع السابق، ص98.

(2) Cour de cassation (ch. Commercial/ 14 janvier 2004, société Axa Corp. Et autres c/capitaine du M/V Cay et autre/ navire Mvca, pourvoi n°02 -12.818.

(3) Cass.com 8 oct 2003 REV ARB 2004? P 355- 358 note olivier

(4) Cass.com, 29 nov. 1994, n°92-14-920 navire Stolt Osprey

الخاص بشرط التحكيم قد يكون في صالح المشتري سيف والذي لم يكن طرفا في عقد استئجار السفينة الذي انعقد بين البائع والمؤجر.

قام مجلس النقض برفض الطعن بالاستناد على الحثيات التي جاءت في قرار مجلس الاستئناف وعلى أنه لا يستمد حقوقه من المؤمن له، وبالتالي المؤسسة أنبكو والمستأجر وحدهم قاموا بتكليف المؤمنين والذين شرط التحكيم يكون نافذا في حقهم، ذلك أن المؤسسة أنبكو قامت بالتوقيع على مشاركة الإيجار والتي كان مدرج فيها شرط التحكيم وهكذا المؤمنين لا يمكنهم عدم قبول هذا الشرط(1). وبالتالي فإن الغرفة التجارية حسب هذا القرار أقرت بنفاذ شرط التحكيم البحري في مواجهة المؤمن.

ب- عدم نفاذ شرط التحكيم في عقد النقل البحري في مواجهة المؤمن.

لم يأخذ القضاء بموقف محدد حول مدى نفاذ شرط التحكيم في مواجهة المؤمن، فقد نجد أن في قرار صدر عن مجلس النقض الفرنسي في 20/05/2003 قرر فيها أن "شرط التحكيم المدرج في مشاركة الإيجار ليس نافذا في مواجهة المؤمنون والذين يحلون محل المرسل إليه في حقوقه، والذين يعدون من الغير بالنسبة لعقد الإيجار والحاملين لسند الشحن"(2).

كما أنه في قرار آخر صدر عن الغرفة التجارية بمجلس النقض الفرنسي في 8 أكتوبر 2003 يبين أنه عندما يكون شرط التحكيم غير نافذ في مواجهة المحال له هو أيضا غير نافذ في مواجهة المؤمنين الذين يحلون محل المحال له في حقوقه(3).

وبالتالي يستنتج أن نفاذ شرط التحكيم في مواجهة المؤمن مرتبط كلياً بنفاذه في مواجهة المرسل إليه فإذا ارتئ المجلس بأن شرط التحكيم نافذ في مواجهة المرسل إليه جعله نافذا في مواجهة المؤمن والعكس صحيح. كما أنه ما يعاب على هذه الأحكام القضائية أنها تؤسس علاقة المؤمن بالمؤمن إليه تارة بنظرية الحلول و تارة أخرى عن طريق حوالة الحق، وذلك طبقاً للقانون الفرنسي و الذي يستلزم تبرير هذه العلاقة إما عن طريق عقد الحوالة أو عقد الحلول(4)، و هذا ما يجعل نوعاً من اللبس، عكس الاجتهاد القضائي الجزائري الذي كان واضحاً في هذا المجال بحيث أنه أقر بأن العلاقة بين المؤمن له (المرسل إليه) و المؤمن تؤسس قانوناً بعقد الحلول.

(1) Cass.com, 8 oct. 2003, Rev. Arb. 2004, p 355-358, note olivier.

(2) Haddoum Kamel, op cit, p 13.

(3) Cass.com, 8 oct 2003, Rev Arb, 2004, p 77-85, note olivier cachard.

(4) BOUABDELLAH Med , la subrogation de l'assureur dans le contrat de transport maritime , colloque international ;le contentieux maritime , 2 et 3 mai , université Oran,2009.

ج) اعتماد القضاء لقاعدة مادية فيما يخص انتقال شرط التحكيم في عقد النقل البحري .

لقد أقرت الغرفة المدنية الأولى لمجلس النقض الفرنسي (1) بأن شروط التحكيم في سندات الشحن و التي تحيل الى مشارطات الايجار ، و التي تكون كاملة من حيث تعيين البلد و الاجراءات و تعيين المحكمين و القانون الواجب التطبيق ، و التي يكون المرسل اليهم على علم بها استنادا على قرائن وهي إمكانية علمهم بها عند تفرغ البضاعة أو عند إجراء الخبرات المضادة ، تكون نافذة في مواجهتهم و مواجهة المؤمنون الذين يجلون محلهم ذلك أن شروط التحكيم الدولية أصبحت شروط اعتيادية بالنسبة لعقد النقل البحري الدولي ، حتى يمكن اعتبارها جزء من العقد (2).

إن ما يستنتج من هذا القرار أن :

-القضاء الفرنسي اعتمد على قاعدة مادية و هي أن شروط التحكيم في عقود النقل البحرية أو حتى شروط التحكيم بالإحالة و التي تحيل اليها سندات الشحن الى مشارطات الايجار هي شروط معروفة حتى أنها أصبحت التعامل بها هو الغالب في معاملات التجارة الدولية و بالتالي هي نافذة في مواجهة المرسل اليهم و حتى المؤمنين .

-أن هذا القرار و وضع حدا للخلط الذي كان موجودا حول التأسيس القانوني لانتقال شرط التحكيم للمؤمن و الذي كان يبرر عادة في الأحكام و القرارات القضائية إما بانتقاله عن طريق حوالة الحق و تارة أخرى عن طريق الحلول .

إن هذا القرار أكد بانتقال شرط التحكيم الى المؤمن عن طريق الحلول القانوني و الذي يجعل المؤمن يجل المرسل اليه في جميع حقوقه و إلتزاماته بما فيها نفاذ شرط التحكيم في مواجهته .

خلاصة الفصل مع التعقيب .

رأينا بأن نطاق اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري من حيث الموضوع لا يسري إلا على المسائل

التي حددها هذا اتفاق وهذا ما يسمى بأثر اتفاق التحكيم من حيث الموضوع أو بالنطاق الموضوعي

لاتفاق لتحكيم في عقد النقل البحري و هذا لا يثير أي إشكال في تفسيره .

أما عن النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري فيتحدد بمدى نفاذ هذا الاتفاق في

مواجهة أطرافه و الغير ، و يعد المرسل اليه من الأطراف المهمة في عقد النقل البحري، والتي تطرح إشكال

(1)Cour DE CASSATION (1ere Ch .civ.), 22 novembre 2005 ,Navire Lindos .

(2)Pierre BONASSIES ,op cit ,DMF666,p16

قانوني في هذه العلاقة. وقد تلقى تحديد المركز القانوني للمرسل إليه صعوبات في تحديده و قد اختلف القضاء المقارن في الأساس القانوني الذي يتركز اليه للاحتجاج بشرط التحكيم في مواجهة المرسل اليه و كل من يحل محل . فقد اعتمد الفقه التقليدي على عدد من النظريات التقليدية لتبرير الأساس القانوني لمركز المرسل اليه ، وقد كانت أهم نظرية إعتبار عقد النقل البحري عقد ثلاثي العلاقة و بأن المرسل اليه يعتبر طرفا ذا شأن في عقد النقل البحري منذ تسلمه للبضاعة ، و بالتالي فإن شروط التحكيم تكون نافذة في مواجهته بالإستناد الى مبدأ نسبية العقود . و قد اعتمد هذا الاتجاه كل من القضاء الفرنسي و المصري و الجزائري ، و قد إنتقد هذا الرأي فالمرسل اليه لا يعتبر طرفا أصيلا في عقد النقل البحري و إنما هو من الغير و عليه احترام عقود الآخرين و هذه هي نظرية النفاذ التي جاء بها الفقه الحديث و التي ارتكزت على عنصر العلم للإحتجاج بشرط التحكيم في مواجهة حامل سند الشحن .

أما فيما يخص انتقال شرط التحكيم في عقود النقل البحرية فقد رأينا بأنه إذا اعتبر قانون البلد أن الانتقال يكون بقوة القانون إما باعتباره جزء من العقد، أو بانتقالها عن طريق حوالة الحق ففي هذه الحالة لا يوجد أي إشكال في نفاذ هذه الشروط اتجاه الغير، إلا أن القضاء قد اختلف في التأسيس القانوني لهذا الانتقال إذا لم ينص القانون الوطني عليه كما في القانون الفرنسي . و قد رأينا كيف اختلفت الغرفة المدنية الأولى لمجلس النقض الفرنسي و الذي جعلت شروط التحكيم نافذة في مواجهة حامل سند الشحن و المؤمنون الذين يحلون محله في حقوقه و التزاماته ، عكس الغرفة التجارية لمجلس النقض الفرنسي فقد جعلت شروط التحكيم نافذة بشرط واحد فقط و هو القبول الخاص لهذه الشروط من قبل حامل سند الشحن و يجذب الفقه الحديث هذه النتيجة لأنهم يرون أنها أكثر عدلا بالنسبة لأطراف عقد النقل البحري و الذين يختلفون عن أطراف مشاركة الايجار الذين أبرموا اتفاق التحكيم . فيرى الأستاذ بوناسيس أنه من غير المنصف أن يجتج باتفاقات تحكيم نصت عليها مشارطات ايجار و فرضت على أشخاص لم يشاركوا حتى في ابرامها ، وعلى القضاء الفرنسي أن يتبع مسار الغرفة التجارية الوجيه ، و إذا ما عرض التنازع على الغرفة المختلطة في مجلس النقض عليها أن تتبع نفس الحكم(1) و هو عدم نفاذ شروط التحكيم على الغير إلا برضى خاص حتى و إن كان العقد البحري دوليا . و يضيف الأستاذ فليب دلباك بأن " شروط الاختصاص القضائي لا تستحق أن يدافع عليها " (2) ، و ذلك لما قد تحمله من نية سيئة للتهروب من أحكام و مسؤوليات قانونية.

(1) Pierre BONASSIES ,op cit ,DMF666,p26 .

(2) Alexandre MALAN, op cit , p 07.

الخاتمة .

من الصعب الوصول إلى خاتمة في موضوع يكشف كل يوم عن إشكاليات جديدة ، تبحث لها عن إجابات ، خاصة و أن ظاهرة الانفتاح على التحكيم في عقود النقل البحرية للبضائع و اتساع أفاقه أضحت من أهم الظواهر القانونية المعاصرة سواء على المستوى الاقليمي أو المستوى الموضوعي . فعلى المستوى الاقليمي شمل الاعتراف بالتحكيم كنظام بديل لفض المنازعات كافة أفراد الجماعة الدولية على اختلاف أنظمتها القانونية و أوضاعها الاقتصادية . بل نجد أن كافة دول العالم و بالرغم من اختلاف أنظمتها السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية قد رأت في التحكيم النظام الذي يحقق العدالة . أما على المستوى الموضوعي فنجد أنه بعد تغيير دور الدولة والتي أصبحت الدولة الشاحنة أو الناقلة أو المجهزة، فقد ازداد تدخل الدولة و أشخاصها المعنوية في مجال التجارة البحرية والنقل الدولي البحري للبضائع الأمر الذي أدى الى نشأة الكثير و العديد من المنازعات في مجال النقل البحري . و حرصا من كل دولة على عدم مثولها أمام القضاء الأجنبي نظرا لاعتبارات سياسية و سيادية ، فقد كان التحكيم البحري هو القضاء البديل لحل مثل هذه المنازعات .

كما نجد أن التحكيم قد اقترن بنمو العلاقات الاقتصادية بين الدول وبين الأفراد ، حتى يمكننا القول أن التحكيم الاقتصادي الدولي قد أصبح القضاء الطبيعي للمنازعات الاقتصادية الدولية ذات المعاملات المالية الضخمة و المعقدة .

و بالرغم من أن ارادة الدولة موجودة في التحكيم الاقتصادي الدولي الا أن الواقع يؤكد سيطرة ارادة الأطراف على حساب ارادة الدولة في هذا المجال ، الأمر الذي انعكس على حرية الأطراف في تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق سواء من الناحية الاجرائية أو الموضوعية .

و نظرا لازدهار التجارة الدولية و تطور النظام القانوني للنقل البحري للبضائع ، ونظرا للعمليات المتشابكة و المعقدة التي تتم فيه و بين أطرافه أو الغير ، فإننا نجد أنه أصبح للتحكيم البحري مكانة كبيرة كوسيلة لحل المنازعات البحرية الدولية وقد تجلّى ذلك أكثر في إنشاء مراكز للتحكيم متخصصة في هذا المجال عبر كل أقطار العالم ، إلا أن هذا لم يمنع التباين الكبير بين الأحكام القانونية المقارنة للدول محل البحث و كذا الأحكام و القرارات القضائية لها في تبني مواقف مختلفة في هذا الموضوع و من هنا تكمن صعوبة تأطير

قانوني كامل و نهائي لعناصر هذا الموضوع ، بيد أن هذا لن يقعدنا عن الوقوف على بعض الإستنتاجات عليها تساعدنا في إقتراح بعض الحلول القانونية في هذا المجال :

أولا : إنه ونظرا للتطور الحاصل في مجال النقل البحري و تعدد وثائق النقل فمن البديهي أن نحدد ماهية عقد النقل البحري و نوعه و ذلك من أجل تحديد القواعد الواجبة التطبيق عليه ، فيكون عقد النقل البحري للبضائع إما عقدا داخليا وطنيا اذا كانت جميع عناصره وطنية ، كالعقد الذي يتم بين جزائريين على بضائع في الجزائر يطلب نقلها من مرفأ الجزائر العاصمة الى مرفأ وهران ، و الأصل أن يخضع هذا النقل الداخلي لأحكام قانون الدولة التي يتم فيها النقل . و إذا ابرم اتفاق تحكيم بشأن حل منازعات هذا العقد إما بادراج شرط تحكيم في سند الشحن أو في مشاركة الايجار أو باحالة مدرجة في سند الشحن الى مشاركة ايجار السفينة ، أو اذا ابرم عقد تحكيم بعد نشأة نزاع بين أطرافه ففي هذه الحالة نكون بشأن تحكيم داخلي ، و بالتالي تطبق أحكامه المنصوص عليه في قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري الجديد و المتعلقة بالتحكيم الداخلي .

و قد يكون عقد النقل البحري للبضائع عقدا دوليا و هذا هو الغالب ، وقد تأتي الصفة الدولية لعقد النقل البحري في غالب الأحيان من وقوع منائي الشحن و التفريغ في دولتين مختلفتين ، و عندها تطرح مسألة القانون الواجب التطبيق على هذا العقد ، و التي يجب بشأنها الرجوع الى قواعد الاسناد في دولة القاضي . و لهذا نجد أن أغلب عقود النقل البحرية الدولية تحمل اتفاقات للتحكيم و ذلك تجنباً لتنازع القوانين و لأن ارادة الأطراف هي التي تطبق في هذه الوسيلة لفض المنازعات .

ثانيا :إن الاتفاقيات الدولية التي عنيت بالنقل البحري للبضائع قد حددت سلفا نطاق تطبيقها من حيث دولية العقود . فاتفاقية بروكسل و هامبورغ و روتردام لا تطبقا الا على النقل الدولي ، و بالتحديد عندما يكون ميناء التفريغ و الشحن واقعتين في دولتين مختلفتين بغض النظر عن جنسية أطراف العقد أو جنسية السفينة ، وبذلك تكون قواعد موحدة للتطبيق على عقود النقل البحرية الدولية للبضائع . و نظرا لصعوبات حل منازعات النقل البحري الدولي للبضائع و الذي يحكمه منهج تنازع القوانين ، يفضل أغلب المتعاملين في هذا المجال ادراج اتفاق تحكيم لفض المنازعات الناشئة عن هذا العقد على التحكيم بطريقة فعالة وسريعة على يد اشخاص لهم كفاءة و خبرة كبيرة سواء عن طريق تحكيم حر أو مؤسسي . و قد يتفق أطراف عقد النقل البحري على التحكيم قبل حدوث أي خلاف بينهم ، ومن ثم يرد اتفاقهم

في شكل شرط أ بند من بنود العقد الذي ينظم علاقتهم الأصلية (إما في مشاركة ايجار السفينة أو في سند الشحن أو عن طريق إحالة سند الشحن الى بنود مشاركة ايجار السفينة (شرط التحكيم بالاحالة أو بالاشارة) ، أو قد يحررون اتفاق مستقلا ، يضمنونه على احالة ما قد يثور بينهم بمناسبة عقد النقل البحري على التحكيم . كما يمكنهم ابرام عقد تحكيم أو مشاركة تحكيم بعد نشأة النزاع بمناسبة عقد النقل البحري و هذا هو اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري بكل صوره الممكنة .

ثالثا : من خلال ما سبق إتضح لنا ماهية اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري أنه : " الإتفاق الذي يتعهد بمقتضاه أطراف العلاقة البحرية على عرض المنازعات التي نشأت أو ستنشأ مستقبلا بمناسبة عقد النقل البحري على التحكيم "

و يترتب على هذا التعريف عدة نتائج أولها أن اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري سواء كان شرطا أم مشاركة هو مستقل عن العقد الأصلي (عقد النقل البحري) بحيث لا يتأثر ببطالانه، وكذا استقلاله عن كل قانون وطني ، مما يشكل مصدر ذاتيته و فعاليته.

أما النقطة الثانية فكون اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري هو اتفاق ذو طبيعة اجرائية و يعتبر عقد كباقي العقود بحيث يلزم أن تتوفر لصحته شروط موضوعية وكذا شروط شكلية، هته الأخيرة تختلف حسب النظام القانوني الذي تأخذ به كل دولة.

أما عن شروطه الموضوعية فتحدد أساسا بركن الرضى ومدى تأثيره على وجود اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري وكيف تعاملت النظم القانونية المقارنة وكذا أشهر الأحكام القضائية مع هذا الموضوع ، إذ أن خصوصية المعاملات البحرية تجعل من إثبات هذا الركن من الصعوبة بما كان خاصة اذا كان شرط التحكيم وارد في سند الشحن أو بمشاركة إيجار السفينة ولم يكن المرسل إليه عالما بهذا الشرط ، ففي هته الحالة تنوعت الأراء القضائية بحيث اكتفت البعض منها بالقبول الضمني لشرط التحكيم البحري وألزمت أخرى القبول الصريح والعلم اليقيني بهذا الشرط.

أما عن محل هذا الاتفاق فالقوانين المقارنة تفرض مبدئين في هذا الشأن : الأول و هو أن يكون موضوع اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري محددًا بما فيه الكفاية و الثاني هو قابلية محل اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للتحكيم أي عدم مخالفة موضوعه للنظام العام .

ويجب أيضا أن يكون لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري سببا مشروعًا بذلك يكون قد اكتملت فيه كل الشروط الموضوعية التي يتطلبها القانون.

رابعا : إن المعاملات البحرية الدولية أظهرت نوعا جديدا من اتفاقات التحكيم في عقود النقل البحرية وهو شرط التحكيم بالإحالة والذي يعد فيه موضوع الرضى أساس صحته ، لأن أغلب النظم القانونية تشددت في هته النقطة بحيث جعلت صحة هذا الشرط مرتبط بمدى العلم اليقيني والرضى بهته الإحالة. أما عن تعامل القضاء المقارن مع موضوع الإحالة فقد اختلف من دولة الى أخرى فالقضاء الفرنسي كان أكثر تشددا عن طريق فرضه بوجود العلم اليقيني والإحالة الخاصة لا العامة حتى يتم قبولها من طرفه وقد كان نظيره المصري أقل تشددا منه بحيث اكتفى في بعض أحكامه بقبوله للإحالة العامة.

أما قضاء الدول الأنجلوساكسونية فقد أخذت بمعايير جديدة فالقضاء الإنجليزي جاء بتقنية الفحص الثنائي لكل من شرط التحكيم والإحالة التي تشير اليه، أما نظيره الأمريكي فقد قام بتقسيم شرط التحكيم بالإحالة بحيث فرق بين شرط التحكيم الشامل وشرط التحكيم المحدود. كما قام المشرع الجزائري ولأول مرة بالاعتراف بشرط التحكيم بالإحالة واعترف به في نظامه القانوني وهته خطوة فعالة في اطار رغبة الجزائر للإنتفاع على التجارة الدولية.

خامسا : إنه و لتسهيل ظروف التجارة الدولية و تحررها من القيود ، لم تحدد القوانين المقارنة شكلا كتابيا معين لهذا الإتفاق ، حيث اكتفت بوروده في صورة مراسلات أو برقيات متبادلة بين الطرفين ، ويمتد ذلك الى كل وسائل الاتصال المكتوبة ، و لكن يجب تحقق الايجاب و القبول بشأن التحكيم . إلا أنه يجب على هته النظم القانونية ضرورة مسايرة التطور التكنولوجي الحاصل في مجال تبادل البيانات و المبادلات التجارية في الوقت الراهن بقبولها لاتفاقات التحكيم الالكترونية و التي أصبحت كثيرة الاستخدام حاليا في مجال النقل البحري و هذا ما ذهب الى تأكيده قانون اليونسترال النموذجي لسنة 1996 بشأن التجارة الإلكترونية ، و كذا إتفاقية روتردام للنقل البحري لسنة 2009 على ضرورة استخدام المحررات الالكترونية في مجال النقل البحري و قبولها من طرف كافة التشريعات الوطنية .

سادسا : بالرغم من أن الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري ، يجعل القضاء غير مختص في المنازعات محل الاتفاق على التحكيم ، إلا أن هذه القاعدة ترد عليها بعض القيود والاستثناءات أين يتدخل القضاء إما بارادة الأطراف أو في حالة النطق بالاجراءات التحفظية والوقوتية و كذا في حالة بطلان اتفاق التحكيم أو اذا لم يتم تنفيذه . هذا و يعترف التشريع الجزائري و النظم القانونية المقارنة باستثناءات أخرى منها تدخل القضاء الوطني لتشكيل محكمة التحكيم في حالة تعذر تشكيلها ، و كذا تدخل القضاء في حالة تقديم الأدلة ، ورد المحكمين ، والتنفيذ و الاعتراف بالحكم التحكيمي و طرق الطعن و غيرها.

و بعدما يسلب الأثر السلي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري الاختصاص من قضاء الدولة يتم نقل الاختصاص من قضاء الدولة الى قضاء التحكيم ، بحيث تصبح هيئة التحكيم هي صاحبة الولاية في تسوية المنازعات المبرم بشأنها اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري و هو ما يطلق عليه اسم الأثر الايجابي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري و الذي بواسطته تنعقد الخصومة التحكيمية و يتم الفصل في المنازعة واصدار الحكم التحكيمي و حتى تنفيذه .

سابعاً :إن نطاق اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري من حيث الموضوع يجعله لا يسري إلا على المسائل التي حددها هذا اتفاق. أما عن تحديد النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري يتعلق بمدى نفاذ هذا الاتفاق في مواجهة أطرافه و الغير ، و يعد المرسل اليه من الأطراف المهمة في عملية النقل البحري و للإحتجاج بإتفاق التحكيم في مواجهته تكمن الصعوبة في الإختلاف الكبير لتحديد المركز القانوني له في عقد النقل البحري ، فجاناب من الفقه اعتبر أن المرسل إليه يستمد حقوقه من عقد النقل البحري، فهو لا يعتبر من الغير بالنسبة لعقد النقل المبرم بين المرسل إليه والناقل، وبالتالي فإذا ما اعتبرنا أن المرسل إليه حامل سند الشحن ليس من الغير، فنظريا لا يوجد أي عائق في نفاذ شرط التحكيم البحري في مواجهته إذا ما تبين أنه علم به ولم يعبر عن رفضه له ، و ذلك إستنادا الى الأثر النسبي للعقد أو عن طريق القوة الملزمة للعقد .

كما اعتبر البعض من هؤلاء الفقهاء أن المرسل إليه هو طرف في عقد النقل البحري منذ بداية عملية النقل وليس طرفا انضم للعملية في وقت لاحق أي بعد استلامه للبضاعة.

و لتبرير نفاذ شرط التحكيم في مواجهة المرسل إليه و أنه طرف يستمد حقوقه و التزاماته من عقد النقل البحري ، ارتكز الفقه التقليدي على عدد من النظريات منهم نظرية الاشتراط لمصلحة الغير ونظرية الخلف الخاص ونظرية الحيازة الرمزية للبضاعة.ولكن الطرح الذي اعتبر النقل البحري عقد ثلاثي الأطراف هو الذي تبناه القضاء بكثرة.

أما عن الرأي المعارض أو ما نعتبره بالفقه الحديث فقد اعتبر أن المرسل إليه طرف أجنبي عن عقد النقل البحري، وهذا ما جاءت به نظرية النفاذ وبالتالي فالاحتجاج بشرط التحكيم في مواجهة المرسل إليه يكون باحترامه للمصلحة الموجودة داخل المجموعة العقدية وبالتالي فبمجرد مشاركته في تنفيذ عقد النقل كاستلامه للبضاعة أو دفعه لسند تسديد ثمن البضاعة للبنك، أو باعتماده للخبرة في تفرغ البضائع كل هته قرائن على إمكانية علمه بشرط التحكيم وبالتالي تصبح نافذة في حقه . و هذا رأي سديد كون أن المرسل اليه بالرغم أنه طرف فعال في عملية النقل و هو يستفيد من هذه العملية إلا أنه طرف غير مباشر و لا يمكن

اعتباره طرف مباشر لأنه لم يكن طرفا عند إبرام عقد النقل البحري ، ولهذا فإن تطبيق نظرية النفاذ عليه تكون أكثر واقعية قانونية .

ثامنا : لقد تضاربت الآراء حول مدى نفاذ إتفاق التحكيم في مواجهة أشخاص آخرين كمؤمنى المرسل إليه مثلا ، و الذين ينتقل اليهم اتفاق التحكيم البحري من حامل سند الشحن إما عن طريق حوالة الحق أو الحلول أو التظهير و مدى التزامهم بهذا الشرط ، فقد اعتبر بعض القضاء أن شرط التحكيم يكون نافذ في مواجهتهم ، أما البعض الآخر فقد جعله غير نافذ في مواجهتهم لأنهم ليسوا أطراف في العقد و لا يلتزمون بشروطه . أما الاتجاه الثالث فقد اعتبر أن علمهم بشرط التحكيم في عقد النقل البحري يجعله نافذا في مواجهتهم تطبيقا لنظرية النفاذ الحديثة .

إن سالف النتائج ستدفعنا إلى إقتراح بعض التوصيات و ذلك لما يحمله هذا الموضوع من آراء فقهية و قضائية مختلفة و متضاربة، فيجب على الأقل تقريب و جهات النظر في هذا المجال القانوني و ذلك في ظل عوامة قانونية و إجرائية لفض منازعات التجارة الدولية عن طريق التحكيم الدولي ، كما على المشرع الجزائري تدارك بعض النقائص في هذا المجال ، خاصة و أنه قطع شوطا لا يستهان به من خلال ما أقره من أحكام جديدة لنظام التحكيم :

1- على الصعيد الوطني من الضروري إنشاء غرفة للتحكيم البحري في الجزائر مع تدريب محكمين مختصين في هذا المجال و ذلك لحل منازعات النقل البحري سواء على المستوى الداخلي و لما لا الدولي .

2- قد فرق المشرع الجزائري بين شرط التحكيم و اتفاق التحكيم بمعنى مشاركة التحكيم في القانون الداخلي و أطلق اسم اتفاقية التحكيم على كل من شرط التحكيم و مشاركة التحكيم في التحكيم التجاري الدولي ، هذا ما قد يخلق بعض اللبس بالنسبة للباحثين و دارسي القانون ، و لهذا فإننا نعتقد أنه على المشرع الجزائري إعادة النظر في مصطلحات التحكيم و ذلك باعتماد نفس التسمية لاتفاق التحكيم على كل من شرط التحكيم و مشاركة التحكيم سواء بالنسبة للتحكيم الداخلي أو الدولي ، و تبقى التفرقة بينهما على أساس المعيار الاقتصادي المعتمد .

3- ضرورة تنظيم أحكام شرط التحكيم بالإشارة أو بالإحالة خاصة في مجال النقل البحري لما له من أهمية اقتصادية ، على غرار بعض القوانين المقارنة كالقانون المصري .

4- على الصعيد الدولي يجب أن توحد الجهود بالنسبة للاجتهادات القضائية و أحكام التحكيم الدولية فيما يخص أحكام اتفاق التحكيم في عقد النقل الدولي و ذلك في عدة مسائل و هي كالتالي:

-بالنسبة لركن الرضا نجد أنه حتى في موضوع القبول الصريح والضمني لشرط التحكيم من طرف المرسل إليه أو من يمثله ، ومدى نفاذه في حقه أصبح موضوعا يحمل وجهات نظر متضاربة ومختلفة على الصعيد الدولي وحتى في قضاء الدولة الواحدة و بالتالي يجب الأخذ بالحسبان مسألتين :

الأولى طبيعة النقل البحري هل هو نقل دولي أو وطني ، و الثانية هل حامل سند الشحن له علم وتعاملات سابقة على أساس الأعراف البحرية . فإذا كان نقل دولي للبضائع و المرسل إليه أو حامل سند الشحن له تعامل سابق في هذا المجال فيمكن الاعتراف بالرضا الضمني باتفاق التحكيم لأنه يعتبر من الشروط المعتادة لفض المنازعات في هذه العقود ، أما إذا كان النقل وطني فيجب التأكد من القبول الصريح باتفاق التحكيم.

كما يستحسن بالنسبة لنفاذ شرط التحكيم الدولي في مواجهة المرسل إليه الأخذ بعنصر العلم المفترض ، و ذلك تطبيقا لأعراف التجارة البحرية الدولية ، و التي تقوم على إدراج شروط لفض المنازعات في جل عقود النقل الدولية النموذجية ، مع الأخذ بعين الاعتبار سبب إدراج هذه الشروط هل هو سبب مشروع أو قد أبرم اتفاق التحكيم للتهرب من المسؤوليات القانونية ، وفي هذه الحالة يمكن إبطال هذا العقد بسبب اختلال ركن من أركانه .

-بالنسبة لتوافر ركن الرضا في شرط التحكيم بالإحالة يجب أن تكون الإحالة واضحة وصريحة و محددة حتى يمكن القول بأن شرط التحكيم إندمج في سند الشحن ، لأنه ليس من العدل الاحتجاج بشروط مشاركة الإيجار على شخص لم يكن طرفا في هذا العقد .

-يجب على الفقه و القضاة و المحكمين محاولة توحيد التأسيس القانوني لإنتقال شرط التحكيم الى الغير من خلال التفرقة بين انتقاله إما عن طريق حوالة الحق إذا كان هناك تنازل صريح عن الحقوق و الالتزامات بين المحيل و المحال اليه بواسطة عقد موثق لحوالة الحق ، أما بالنسبة للمؤمن فمن المنطق الواقعي و القانوني أن انتقال شرط التحكيم اليه يكون عن طريق الحلول القانوني (عقد الحلول) و هذا ما تبناه القضاء الجزائري بوضوح .

5- ضرورة إدراج أحكام قانونية خاصة بالمعاملات التجارية الالكترونية في القانون الجزائري و القوانين المقارنة و ذلك لمواكبة التطور الحاصل في المجال القانوني الدولي ، و كذا الاعتراف القانوني الصريح باتفاق التحكيم الالكتروني .

6-محاولة توحيد الجهود الدولية أكثر مما قدمته اتفاقية روتردام لسنة 2009 ، عن طريق تنظيم أحكام اتفاق التحكيم الخاص بالنقل الدولي للبضائع بحرا لما له من أهمية بالغة إذ أصبح التحكيم أول وسيلة لفض منازعات النقل البحري الدولي للبضائع في الوقت الراهن .

7-لما كانت من أوائل الرسائل المعالجة لهذا الموضوع في الجزائر فإننا بكل واقعية و تواضع نقر أن أفكار عديدة بقت عالقة فليس في وسع هذه الرسالة التفصيل في كل شيء ، إنما أسمى ما كنا نصبوا اليه هو فتح هذا الموضوع في نقاش و مرافقة التأطير الفقهي و القانوني لهذه الفكرة في الجزائر، و لما لا تكون أول لبنة تلحقها أخرى لإتمام ورشة الإنضمام للمسار العالمي لإنتتاح الاقتصاد و تحرير المبادرة الوطنية .

وبعد...هذا ما أدركته و هو قليل من كثير ، لا زال عالقا و لكنه بدا مطلوبا الإنتهاء عند هذا الحد لتتكفل قادم البحوث عندنا بما لم يتسع لي إدراكه و تحليله . و الله أسأل خالص الجزاء عن هذا العمل فإن أصبت فمنه ، و إن أخطأت فذاك سنة البشر و ناموسهم .

و الله ولي التوفيق .

قائمة المراجع.

قائمة المراجع باللغة العربية:

الاتفاقيات الدولية :

- اتفاقية بروكسل بشأن توحيد الأحكام المتعلقة بسندات الشحن الموقعة بتاريخ 1924، و المعدلة ببروتوكول 1968 الذي عرفت قواعده بقواعد ويسبي Visby rules و المعدلة من جديد ببروتوكول 1979 .
- معاهدة هامبورغ و هي اتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بطريق البحر أبرمت بتاريخ 1978/03/31 .
- اتفاقية روتردام وهي اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا " أبرمت بتاريخ 2008/12/11 وفتحت باب التوقيع على هذه الاتفاقية بتاريخ 2009/أي/23 في روتردام .
- اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بأحكام المحكمين الأجنبية و تنفيذها .
- القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة حول التحكيم التجاري الدولي لسنة 1985.
- قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة اليونسترال 1976 .
- قانون اليونسترال النموذجي لسنة 1996 المتعلق بالتجارة الإلكترونية .
- إتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2005 .
- إتفاقية جنيف الأوروبية حول التحكيم التجاري الدولي المؤرخة في 1961/04/21.
- التشريع الأوروبي رقم 44 لسنة 2001 .

النصوص التشريعية.

-قانون رقم 01/88 بتاريخ 12/01/1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 02 السنة الخامسة والعشرون بتاريخ 13/01/1988 .

-المرسوم الرئاسي رقم 233/88 المؤرخ في 05/11/1988 المتضمن انضمام الجزائر بتحفظ للاتفاقية الاعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية المتحدة من مؤتمر الأمم المتحدة بنيويورك المؤرخ في 10/06/1958

-المرسوم التشريعي رقم 93-09 مؤرخ في 03 ذي القعدة عام 1993، يعدل ويتمم الأمر رقم 15466 المؤرخ في 8 يونيو والمتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية عدد 27، الموافق 27 أبريل 1993.

-قانون عضوي رقم 98-03 مؤرخ في 3 يونيو 1998 ، يتعلق باختصاصات محكمة النزاع

و تنظيمها وعملها ، جريدة رسمية رقم 39 لسنة 1998

-مرسوم رقم 81 . 500 الموافق ل 12 ماي 1981 يتعلق بالتحكيم الدولي، الجريدة الرسمية الفرنسية 14 ماي 1981.

-مرسوم رقم 48-2011 المؤرخ في 13 جانفي 2011 المتعلق بقانون الاجراءات المدنية الفرنسي .

-الاتفاق المبرم بين سونطراك و الشركات الفرنسية المبرم في 30/06/1971 المتعلق بكيفية تسوية المنازعات المتعلقة بالشركات البترولية الفرنسية المؤممة.

القوانين.

-قانون الاجراءات المدنية الجزائري .

-قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

-القانون التجاري الجزائري.

- القانون البحري الجزائري.
- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 .
- القانون المدني المصري .
- قانون الإجراءات المدنية الفرنسي .
- القانون المدني الفرنسي .
- قانون التحكيم الإنجليزي لسنة 1996.

نصوص أخرى.

- اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي .
- لائحة اجراءات التحكيم أمام مركز التحكيم التجاري لدول الخليج العربية لعام 1994.
- لائحة التحكيم لغرفة التحكيم البحري بباريس.
- لائحة تحكيم المنظمة الدولية للتحكيم البحري.
- لائحة جمعية لندن للمحكمين البحريين لسنة 1978 المعدلة سنة 1991.
- لائحة جمعية المحكمين البحريين بنيويورك سنة 1994.

قائمة المراجع العامة.

- د.ابراهيم أبو النجا ، التأمين في القانون الجزائري ،الجزء الأول ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، سنة 1983
- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، سنة 1981.
- احمد ابراهيم عبد التواب ، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به ، دار الجامعة الجديدة ، سنة 2009

- أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الخامسة 2000.
- أحمد عبدالكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى.
- أحمد محمد حسني، قضاء النقض البحري، منشأة المعارف بالإسكندرية بدون طبعة 1997.
- أشرف عبد العليم الرفاعي، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، دار الكتب القانونية، بدون طبعة سنة 2006.
- أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية دار الفكر الجامعي.
- أكمون عبد الحليم، الوجيز في شرح القانون التجاري الجزائري، قصر الكتاب بدون طبعة.
- جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في المادة التجارية و البحرية ، الجزء الأول ، منشورات كليك ، الطبعة الأولى ، سنة 2013 .
- جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في المادة التجارية و البحرية ، الجزء الثاني ، منشورات كليك ، الطبعة الأولى ، سنة 2013 .
- جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في المادة التجارية و البحرية ، الجزء الثالث ، منشورات كليك ، الطبعة الأولى ، سنة 2013 .
- حمدي الغنيمي، محاضرات في القانون البحري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، سنة 1983.
- سمير جميل الفتلاوي، العقود التجارية الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون طبعة.
- صبري حمد الخاطر، الغير عن العقد ،سنة 2001.

- صلاح الدين عبد اللطيف الناهي، الوجيز في مبادئ القانون البحري، مكتبة دار الثقافة عمان، بدون طبعة، سنة 1996.
- كمال حمدي، عقد الشحن والتفريغ في النقل البحري، منشأة الإسكندرية، الطبعة الثانية.
- عباس مصطفى المصري، المركز القانوني المرسل اليه في عقد النقل البحري، دار الجامعة الجديدة، بدون طبعة، سنة 2008.
- عباس حلمي، القانون البحري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، سنة 1981.
- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، الطبعة الاولى، سنة 2005، المكتب الجامعي الحديث .
- د.عبد الحميد الأحذب موسوعة التحكيم الدولي، الجزء الثاني، دار المعارف، بدون طبعة.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار احياء التراث العربي، بيروت.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الأوصاف الحوالة، الانقضاء، الجزء الثالث، دار احياء التراث العربي.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، دار احياء التراث العربي.
- عيد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، موفم للنشر، طبعة ثالثة منقحة .
- عبد المنعم محمد داود، القانون الدولي للبحار، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون طبعة.
- د.عدلي أمير خالد، عقد النقل البحري، المكتبة القانونية لدار المطبوعات الجامعية، سنة 1996
- د.عرب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري-تنازع الاختصاص القضائي الدولي -الجنسية، الجزء الثاني، دار هومة.

- عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة 2005.
- عمر الفقي، الجديد في التحكيم في الدول العربية، المكتب الجامعي الحديث، بدون طبعة، السنة 2003.
- عمرو عيسى الفقي، الجديد في التحكيم الدول العربية، المكتب الجامعي الحديث، بدون طبعة سنة 2003
- عمر سعد الله ، القانون الدولي للأعمال ، دار هومة .
- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، النشر الثاني، نشر وتوزيع ابن خلدون ،سنة 2003 .
- كمال حمدي، عقد العمل البحري، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية.
- محفوظ لشعب ، المنظمة العالمية للتجارة ،للة القانون الاقتصادي ، الطبعة الثانية ، ديوان المطبوعات الجامعية .
- محمد السيد عمر التحيوي، مفهوم التحكيم الاختياري والتحكيم الاجباري، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون طبعة، سنة 2002.
- محمد بهجت عبد الله ، مسؤولية الناقل البحري للبضائع في اتفاقية هامبورج، طبعة 1992.
- محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الإلتزام ، دار المطبوعات الجامعية الجزائر- طبعة 1981.
- محمد عبد الفتاح ترك ، عقود البيوع البحرية الدولية ،دار الجامعة الجديدة للنشر ، سنة 2007 .
- محمد فريد العربي، هني محمد دويدار، مبادئ القانون التجاري والبحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، بدون طبعة سنة 2003.

- محمد كامل أمين ملش، مبادئ التشريع العربي، معهد الدراسات العربية العالية، بدون طبعة، سنة 1957-1958.

-محمد كولا ، تطور التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري .

-محمود مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 2004

-محمود السيد عمر التحيوي، مفهوم التحكيم لاختياري والتحكيم الإجباري، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون طبعة، سنة 2002

-محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2003.

- محمود السيد عمر التحيوي ، مفهوم الأثر السلي للاتفاق على التحكيم ، دار المطبوعات الجامعية ، سنة 2003 .

-محمود شحماط ، المختصر في القانون البحري الجزائري ، بدون طبعة ، دار العلوم للنشر و التوزيع.

-محمود مسعود، أساليب وتقنيات إبرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، سنة 2006.

-مصطفى كمال طه ، د.علي البارودي ، د. مراد منير فهيم ، أساسيات القانون التجاري والقانون البحري ، منشأة المعارف الاسكندرية ، بدون طبعة

-مصطفى كمال طه ، القانون البحري الجديد ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 1995

-مصطفى كمال طه، أساسيات القانون البحري، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون طبعة.

-مصطفى معوان ، الإثبات في المعاملات الإلكترونية في التشريعات الدولية ، دار الكتب الحديث ، الطبعة الأولى ، سنة 2008 .

- معوض عبد التواب ، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي

-معيد أحمد شعلة، قضاء النقص التجاري في عقد النقل، دار الفكر المعين، سنة 1993.

- مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل المنازعات، دار الهدى، بدون طبعة .

- نادر محمد ابراهيم ، الاستعداد القانوني لبدء الشحن البحري للبضائع الخطرة، دار الفكر الجامعي ، سنة 2003

- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، الجزائر.

- نبيل صقر ، القانون البحري و النصوص التنظيمية الخاصة بالملاحة البحرية ، اجتهاد المحكمة العليا ، دار الهدى ، عين مليلة - الجزائر .

- د. هاني دويدار، الوجيز في القانون البحري، دار الجامعة الجديدة، بدون طبعة، سنة 2004 .

- هشام خالد ، اوليات التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي .

قائمة المراجع المتخصصة.

- أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاقية التحكيم، دار الفكر الجامعية، بدون طبعة، سنة 2003.

- حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، بدون طبعة.

- عاطف محمد الفقي، قانون التجارة البحرية، دار الفكر الجامعي، بدون طبعة، سنة 2007 .

- د. عبد المنعم محمد داود، القانون الدولي للبحار، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون طبعة.

- علي طاهر البياتي ، التحكيم التجاري البحري، دراسة قانونية مقارنة، دار الثقافة، الاردن ، بدون طبعة، سنة 2006

- د. محمد ابراهيم موسى ، سندات الشحن الالكترونية بين الواقع والأمل، دار الجامعة الجديدي للنشر ، سنة 2005

- محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، دار الجامعة الجديدة، بدون طبعة، سنة 2005.

- محمود السيد عمر التحيوي، أركان اتفاق التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، سنة 2001.

-وجدي حاطوم ، النقل البحري ، بدون طبعة ، المؤسسة الحديثة للكتاب -لبنان.

المقالات :

- الصحابي حسن عبد الحليم ، التعليق على قرار قضائي (السودان)،مجلة التحكيم،العدد الثامن ،أكتوبر2010.

- أ.موسى عبد الوهاب،التحكيم التجاري الدولي: قضاء تعاقدية؟،مجلة دراسات قانونية،جامعة أبوبكر بلقايد،تلمسان،العدد04-2007

- أ.بن سهلة ثاني بن علي،الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم وأثره على تسوية المنازعات التجارية الدولية،دراسات قانونية،جامعة أبوبكر بلقايد،تلمسان،العدد04-2007 .

-أتراري ثاني مصطفى ،استقلالية اتفاق التحكيم كمبدأ من مبادئ التحكيم التجاري الدولي المعاصر ،مجلة الدراسات قانونية ،دار القبة للنشر و التوزيع .

-أ. حفيظة السيد حداد، دور القضاء في التحكيم اطلالة على الأوامر الصادرة عن محاكم الدولة في شأن التحكيم Anti-suit Injunctions ، مجلة التحكيم ، العدد الثامن ، السنة الثانية ، أكتوبر 2010

-خليل مشنتف ، اجتهادات قضائية دولية حول التحكيم ، ، مجلة التحكيم ، العدد الثامن ، السنة الثانية ، أكتوبر 2010

-فتحي والي ، الرقابة القضائية على صحة اتفاق التحكيم أثناء اجراءات التحكيم ، مجلة التحكيم ، العدد الثامن ، السنة الثانية ، أكتوبر 2010

-عامر بورورو ،الطرق البديلة لحل النزاعات في القانون التونسي ، مجلة المحكمة العليا،عدد خاص ،الطرق البديلة لحل نزاعات:الصلح و الوساطة والتحكيم 15-14 جوان2008.

-عبد الحميد الأحذب ، قانون التحكيم الجزائري الجديد ، مجلة المحمة العليا ، عدد خاص ، الجزء 1 .

- محمد وليد منصور،الدور الاستراتيجي و الخلاف للقضاء في تحقيق فعالية التحكيم في التشريع السوري،مجلة التحكيم،العدد الثامن،أكتوبر2010.

- مراد الفضيل ،تعليق على قرار المجلس الأعلى للملكة المغربية ، مجلة التحكيم،العدد الثامن ،أكتوبر2010
- أ.نور الدين بكلي،دور وأهمية اتفاق التحكيم في العقود التجارية الدولية (في القانون الجزائري والقوانين العربية)،مجلة المحكمة العليا،عدد خاص ،الجزء الأول، الطرق البديلة لحل النزاعات:الوساطة و الصلح والتحكيم،سنة 2009 .

المذكرات :

-بودالي خديجة ،اتفاق التحكيم البحري(دراسة مقارنة) ، جامعة معسكر ،ماجستير ، السنة الجامعية 2010-2009

- دهانة محمد ، دفع المسؤولية المدنية للناقل ، دكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، السنة الجامعية 2010-2011 .

-عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، مجموعة رسائل الدكتوراه كلية الحقوق جامعة المنقوية، سنة 1995.

- معاشو عمار ،الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية ، دكتوراه دولة ، جامعة الجزائر ، سنة ،1998.

محاضرات.

-عمر مشهور حدبثة الجازي، التحكيم في المنازعات البحرية، محاضرة ألقيت في مقر نقابة وكلاء الملاحة البحرية بالأردن، 2002/10/08، منشورة .

ملتقيات :

-مصطفى تراري ثاني، ذاتية التحكيم البحري، الملتقى الدولي حول المنازعات البحرية، كلية الحقوق، جامعة وهران.

-بودالي خديجة ، خصوصية التحكيم البحري ، الملتقى الوطني حول التحكيم البحري ، كلية الحقوق جامعة حسينية بن بوعلی ، جامعة شلف .

" Ouvrages en Français "

Ouvrages généraux.

- Christian Gavalda, Claude Lucas de Leyssac, l'arbitrage, Dalloz, 1993.
- Fouchard PH., E. Gaillard, B. Goldman, traité de l'arbitrage commercial international, Litec 1996.
- _ Guy KEUTGEN , Georges-Albert DAL , L'ARBITRAGE EN DROIT BELGE ET INTERNATIONAL , TOME 1 , 2eme édition , BRUYLANT 2006
- Jean Robert, l'arbitrage droit interne droit international privé, 6^{ème} édition Dalloz Litec, 1993.
- Mostefa Trari Tani, droit algérien de l'arbitrage commercial international, Bertie édition, 1^{-ère} édition, 2007.
- Mostefa Trari Tani, William Pissort, Patric Sarens, droit commercial international, édition Bertie, 2007.
- _ Natalie Najjar ; L'arbitrage dans les pays Arabe Face AUX Exigence du commerce International, DELTA
- René Rodière , Emmanuel du Pontavice , précis DALLOZ , 11^e édition

Ouvrages spéciaux

- Michel POURCELET , LE TRANSPORT MARITIME SOUS CONNAISEMENT DROIT Canadien, américain e anglais , les presses de l'université de montréal , 1972

- PAUL CHAUVEAU ,TRAITE DE DROIT
MARITIME ,LIBRAIRIES TECHNIQUES,1958

- Pierre Bonassies,Christian Scaple , Droit maritime , L .G .D. J
DELTA

-IETM,L'affretement maritime,Editeur du transport et de la logistique

Thèse.

-Anatasiya KOZUBOVSKAYA , la situation juridique du destinataire
porteur du connaissement , DEA de droit Maritime des Océanique 2003-
2004.

- Aubin kpoahoun Amoussou , les clauses attributives de compétences dans
le transport maritime de marchandise,presses universitaires D'AIX-
MARSEILLE , 2002 ,p 293 .

- Binde Binde, la procédure de l'arbitrage maritime en droit français, Faculté
de droit Marseille, Année universitaire 2002-2003.

- Diop papa Ousmane, les clauses d'arbitrage dans le connaissement et le
contentieux maritime, université de droit d'Aix Merseille, promotion 2005-
2006.

- Florence Willocp, l'arbitrage multipartite, université de droit d'Aix
Marseille, année universitaire 1998.

-Maries Nivières, le principe "compétence-compétence", dans le
contentieux maritime, université Paul Cézanne, Aix Marseille, promotion
2007.

- Nathalie Soison , la liberté contractuelle dans les clauses de connaissement
, these de doctorat d'état , 1992, Université de Pantheon Assas(paris 2)

-Olivier Cachard, les clauses relatives à la compétence internationale dans les connaissances consensualisme, Mémoire de DEA, université "Panthéon" – ASSAS Paris II en septembre 1997.

- Van Den Berg , Etude Comparative du droit de l'arbitrage commercial dans les pays de common law ,these ,Aix , 1977

- Wei HOU , LA LIBERTE CONTRACTUELLE EN DROIT DES TRANSPORTS MARITIMES DES MARCHANDISE,presses Universitaires AIX –Marseille , 2011

Revues :

- **Revues d'Arbitrages Maritime:**

- Ali Mzghani,Le droit Musulment de l'arbitrage,Revue de l'arbitrage 2008,N°2

-Emmanuel GAILLARD, IL EST INTERDIT D'INTERDIRE : REFLECTIONS SUR L'UTILISATION DES UNTI-SUIT INJUNCTION DANS L'ARBITRAGE COMMERCIAL INTERNATIONAL ,Revue de l'arbitrage 2004 –N°1.

- Jérôme Barbet , Cour d'appel de Paris (Pole 1-Ch . 1) , 17 mars 2011 , Revu D'arbitrge 2011 –N° 2

-Laure BERNHEIM –VAN DE CATEELE , Cour d'appel de paris (pole 1-Ch .1) ,17janvier 2012 ,Revue de l'arbitrage2012–N°3

- Laurent JAEGER , Cour de cassation (1ére ch.civ.) 13mars 2007,Revue de l'arbitrage,N°3

- Mohand Issad, La nouvelle loi Algérienne Relative à l'arbitrage International, revue de l'arbitrage 2008–n°3

- ph. Delebecque : la transmission de la clause compromissoire ; Rev .arb.
1991

Revue de droit maritime Français :

- Antoine VIALARD , la Limitation de responsabilité , clé de doute pour le droit maritime du 21^e siècle , DMF 699 , janvier 2009

-PH.Delebeque , DMF 613 ,Mars 2001

-ph . Delebecque Navire Aptmariner – DMF 2003.

- ph. Delebecque : L'évolution du Transport Maritime : Brèves remarque ,janvier 2009, DMF 699

- Pierre BONASSIES ,JURSPRUDENCE
FRACNAISE ,DMF666

-stéphane MIRIBEL , EDITORIAL ,DMF 681(mai 2007)

-CA Rouen, 14 octobre 1994, Navire Istanbul " DMF 1998

Articles – Chroniques – Doctrine.

-BOUABDELLAH Med , la subrogation de l'assureur dans le contrat de transport maritime ,colloque international ;le contentieux maritime , 2 et 3 mai , université Oran,2009

- Bruce Hannis, l'avenir de l'arbitrage maritime, arbitre maritime (LMAA e CAMP), Gazette de la chambre maritime de paris n°17, automne 2008

_ Cécile De Cet Bertin, La localiation du contentieux du tanport maritime,Colloque international ;le contentieux maritime , 2 et 3 mai ,Labo droit de tranports et de activites portuaires université Oran,2009.

- Delebecque Philippe, la convention sur les contrats internationaux de transport de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer, a Civil Law perspective, colloque international sur le contentieux maritime, faculté de droit d'oran, 2 mai 2009.
- Delebecque Phillipe, l'opposabilité de la clause compromissoire et ou des clauses de juridiction dans le contentieux maritime, colloque international, 2 et 3 mars 2009.
- Emmnuel JOLIVET ,la clause compromissoire pathologique,les cahiers de l'arbitrage,2010-1
- Fraçois Arradon, l'Arbitrage Maritime en France, la revue maritime n° 470, octobre 2004.
- Francois Arradon.; l'arbitrage maritime en France: le point de vue du pratitien; communication lors de l assemblée de l'association francaise du droit maritime; jeudi 22 mars 2007
- F. Arraden, Vues sur Mer, charte partie et connaissance, Gazette de la .chambre arbitrale maritime de paris, 2003, n° 2
- F. Arradon "Vue sur Mer, clause compromissoire et lettre de garantie", Gazette de la chambre arbitrale maritime de paris, 2004, n° 4.
- _ M.MEZLI Abderhmane,la limitation de la responsabilité dan les contras de tranport de marchandises par mer selon la conventions de bruxelles et du code maritime Algerien , Colloque international ;le contentieux maritime , 2 et 3 mai ,Labo droit de tranports et de activites portuaires université Oran,2009
- Mostefa Trari Tani, Klwer international ; 27ASA Bultin , 1/2009 mars .

- Olivier Cachard "Honni soit qui mal y pense", l'opposabilité de la clause compromissoire au cessionnaire du tiers porteurs du connaissance de charte partie", scapel, 2004, n° 4.
- Olivier Cachard, les Mesures Conservatoires dans l'arbitrage Maritime.
- Olivier Cachard, l'opposabilité de la clause compromissoire au cessionnaire du tiers porteur du connaissance de la charte partie, à propos de l'arrêt rendu par la première chambre civile de la cour de cassation le 16 mars 2004; www.cass.com, 8 octobre 2003, lew arb 2004 , note . Cachard.
- Othman Ben Fadhel , LES avariers communes à l'épreuve du temps , le contentieux maritime, Colloque international, 02 et 03 mai 2009 , Faculté de droit , univ Oran
- Gilles Heligon, opposabilité aux destinataires des clauses de compétences des contrats de transport, question de droit, Gazette de la chambre maritime de paris, hiver 2003-2004.
- Haddoum Kamel, la problématique de l'opposabilité de la clause compromissoire dans le contentieux maritime, le cas du destinataire, revue de la cour suprême, tome 2.
- Pierre BONASSIES , LE DRIOT MAROCAIN ET LE RIGIME JURIDIQUE DES AFFRETEMENT ET TANSPTS DE MARCHANDISE , Travaux des journée internationales du droit maritime Marocain , Rabat 10-15 septembre 1979
- Z.Mehdaoui, Arbitrage commercial la nécessité de s'adapter à la "Mondialisation", le quotidien d'oran, publié le 07/05/2007.

- ZEBoudji, Quelque cause d'exonération de la responsabilité du transporteur maritime, colloque international ; le contentieux maritime, 2 et 3 mai, université Oran, 2009

Règlement, Sentences, Arrêts.

- Le règlement CCI – CMI du comité international d'arbitrage maritime.
- Sentences de la chambre Arbitrale Maritime de France.
- Arrêt de la chambre Arbitrale Maritime de Paris.

Revue Périodiques.

Gazette de la chambre Arbitrale Maritime de Paris.

- Formule incograin n° 15- foB.fluvial, collection des juris international, date de publication 01-09-1996, arrêt de la Chambre arbitrale Maritime de Paris.

Colloque et séminaires :

- Colloque international sur le contentieux maritime, faculté de droit, université d'Oran, 2 et 3 mai 2009.

- Communication lors de l'assemblée de l'association française du droit maritime, jeudi 22 mars 2007.

- Travaux des journées internationales du droit maritime Marocain, Rabat 10-15 septembre 1979

Jurisprudence :

- Paris, 7 juin 1984 Rev. Arbitrage, 1984, note E. Mezger

- Cass.com. 4 juin 1985 DMF 1986. P 106. Note R. Achard

- Trib.gr inst .paris .13 décembre 1988.Rev.arb.1990
- CA.AIX-en Provence, 15 mai 1991, navire Julia, Inédit
- Arrêt rendu en 1993 de la cour d'Aix – en – Provence –
- C.Com.,12 octobre 1993,n°91-11,718 ,Lamyline
- cass.com,29 novembre 1994,"Navire Slop Osperey"DMF1995
- Cour d'appel de Rouen(1^{er} et 2^o ch .civ.reunies) 14 octobre1997 ,Navire « Istanbul Z »
- paris ,27oct 1994,Rev.arb.1995;263 ;note p .level.sur l'ensemble de la question , v infra,n° 1595
- cass com , 24 janvier 1995 , BTL 1995-89
- cass. com, 08 juin 1995. n° 93-11446, Bull IV n° 170
- 23octobre 1998 , DMF 613 ,Mars 2001 ,n°613,obs PH.Delebeque
- Cass.1-ère cit, 5 janvier 1999 et 19 octobre 1999, rev. Arbi. 2000, , note D. Cohen. Defrénois, 1999, note Delebecque, cass 2-eme cit, 20 décembre 2001, Rev. Arb-2002, note D.Cohen,
- cass .1^{ère} .civ .05janvier1999 , »zanzi » ,Rev.arb .1999.26
- 16 mars 1999 ,DMF 2000,n°spécial , n° 93 , obs .P .Bonassies .
- DMF ,1985 ,83, obs .P .Bonassies .
- CA Rouen, 17 janvier 2002, n° juris – DATA 2002 – 184317
- Cass.com, 8 oct 2003, Rev Arb, 2004, , note olivier cachard.

-cass, 1-ère, cir, 22 novembre 2005, "Navire Lindos" .

-cass.com, 21 février 2006 "Navire Pella" DMF 2006.

-Cour de cassation (1ère ch.civ.) 13mars 2007,Revue de l'arbitrage2007,N°3

- Cour d'appel de Paris (Pole 1-Ch . 1) , 17 mars 2011 , Revue D'arbitrge 2011 –N° 2

- Cour d'appel de paris (pole 1-Ch .1) ,17janvier 2012 ,Revue de l'arbitrage2012–N°3

Sites Internet.

- www.lescinter.net
- www.lesmaritima.net
- www.legalis.net
- www.legifrance.gouv.fr
- www.arbitrage-maritime.org

الفهرس :

01.....	مقدمة.....
10.....	الباب التمهيدي:التحكيم البحري من نظام استثنائي إلى مؤسسة عالمية و معممة.....
12.....	الفصل الأول: ماهية التحكيم البحري.....
13.....	المبحث الأول: مفهوم التحكيم البحري
13.....	المطلب الأول:تعريف التحكيم البحري وأنواعه.....
13.....	الفرع الأول : تعريف التحكيم البحري.....
14.....	أولا : التعريف الفقهي للتحكيم
14.....	ثانيا : التعريف الاصطلاحي للتحكيم
16.....	الفرع الثاني:أنواع التحكيم البحري.....
16.....	أولا : التمييز بين التحكيم البحري الداخلي و التحكيم البحري الدولي
19.....	ثانيا : التحكيم البحري المؤسسي و الحر
20.....	ثالثا : التحكيم البحري الاختياري و التحكيم البحري الاجباري.....
20.....	المطلب الثاني: طبيعة التحكيم البحري و تميزه عن باقي الطرق البديلة لحل المنازعات.....
21.....	الفرع الأول : طبيعة التحكيم البحري.....
21.....	أولا : النظرية التعاقدية للتحكيم
21.....	ثانيا : النظرية القضائية لنظام التحكيم
21.....	ثالثا : لطبيعة المختلطة لنظام التحكيم
22.....	رابعا : الطبيعة المستقلة لنظام التحكيم
22.....	الفرع الثاني: خصائص التحكيم البحري
22.....	أولا : التحكيم البحري نظام قضائي ذاتي
22.....	ثانيا : التحكيم البحري نظام قضائي مؤقت
22.....	ثالثا :التحكيم البحري ليس قضاء استثنائي
23.....	الفرع الثالث : التفرقة بين التحكيم البحري و الطرق البديلة الأخرى لحل المنازعات
23.....	أولا : تمييز التحكيم عن التوفيق ، المصالحة و الوساطة
25.....	ثانيا : التحكيم و الخبرة.....

25.....	المبحث الثاني : مناهضة نظام التحكيم.....
25.....	المطلب الأول :أسباب رفض التحكيم الخاصة بكل الدول
27.....	المطلب الثاني : موقف الجزائر من التحكيم
30.....	الفصل الثاني :ظهور التحكيم على الصعيد الدولي
31.....	المبحث الأول :نشأة التحكيم البحري و تطوره
32.....	المطلب الأول : التحكيم البحري في النظام الأنجلوساكسوني
34.....	المطلب الثاني : التحكيم البحري في النظام اللاتينوجرماني
35.....	المطلب الثالث : التحكيم البحري في اتفاقية روتردام
35.....	الفرع الأول : مكان إجراءات التحكيم في النقل الملاحي المنتظم
36.....	الفرع الثاني :التحكيم في النقل الملاحي غير المنتظم
37.....	المبحث الثاني :المنازعات التي تخضع للتحكيم البحري
40.....	المطلب الأول : المنازعات الناشئة عن العقود البحرية
40.....	الفرع الأول :عقود مشارطات إيجار السفن لمدة معينة.....
40.....	الفرع الثاني : عقود مشارطات إيجار السفن لرحلة معينة.....
40.....	الفرع الثالث : عقود النقل
41.....	الفرع الرابع : سندات الشحن
41.....	الفرع الخامس: بيوع السفن المستعملة.....
41.....	الفرع السادس :عقود بناء السفن و إصلاحها
41.....	الفرع السابع : عقود التأمين و إعادة التأمين
42.....	الفرع الثامن : البيوع البحرية
42.....	الفرع التاسع : منازعات ملاحية أخرى.....
42.....	المطلب الثاني : المنازعات الناشئة عن الحوادث البحرية
42.....	الفرع الأول : التصادم البحري
43.....	الفرع الثاني : المساعدة البحرية و الإنقاذ.....
43.....	الفرع الثالث :المنازعات الخاصة بتسوية الخسارات البحرية المشتركة
43.....	المطلب الثالث : النقل الدولي المتعدد الوسائط

43.....	الفرع الأول : مفهوم النقل الدولي المتعدد الوسائط
44.....	الفرع الثاني : إحتتمالات العملية التحكيمية في النقل الدولي المتعدد الوسائط
46.....	خلاصة الباب التمهيدي.....
48.....	الباب الأول : ماهية اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري و شروط انعقاده.....
50.....	الفصل الأول : ماهية اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري و مصدر فعاليته.....
50.....	المبحث الأول : تحديد ماهية اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري.....
51.....	المطلب الأول : مفهوم اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري.....
51.....	الفرع الأول : تعريف اتفاق التحكيم عموما
51.....	أولا : التعريف الفقهي لاتفاق التحكيم
52.....	ثانيا : التعريف التشريعي لاتفاق التحكيم
54.....	الفرع الثاني : ماهية عقد النقل البحري
54.....	أولا : النقل بمشاركة الايجار.....
57.....	ثانيا : النقل بسند الشحن
61.....	ثالثا : التعارض بين سند الايجار و سند الشحن
62.....	رابعا: وثائق نقل أخرى
64.....	الفرع الثالث : تعريف اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري
65.....	الفرع الرابع : اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري والتقسيمات الكبرى للعقود.....
65.....	أولا : اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري و تقسيم العقود من حيث الموضوع
65.....	ثانيا : اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري و تقسيم العقود من حيث التكوين
66.....	ثالثا : في عقد النقل البحري و تقسيم العقود من حيث الأثر
67.....	الفرع الخامس: مضمون الاتفاق على التحكيم في عقد النقل البحري
67.....	أولا : مبدأ الاتفاق على التحكيم في عقد النقل البحري
68.....	ثانيا: وقت و مكان الاتفاق على التحكيم في عقد النقل البحري
69.....	ثالثا : الصياغة و أثرها على المفهوم
74.....	رابعا : الاتفاق على نطاق سريان اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري.....
74.....	خامسا : اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري والاجراءات المتبعة من طرف هيئة التحكيم

75	سادسا : تحديد اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع
80	المطلب الثاني : طبيعة اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري وصوره.....
80	الفرع الأول : الطبيعة التعاقدية لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري.....
81	الفرع الثاني : صور اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري
81	أولا : شرط التحكيم
83	ثانيا : عقد التحكيم (مشاركة التحكيم).....
84	ثالثا : التفرقة بين شرط التحكيم و عقد التحكيم
87	الفرع الثالث : الصيغ الخاصة باتفاق التحكيم في عقد النقل البحري
87	أولا : أنماط صيغ التحكيم في سندات الشحن
88	ثانيا : صيغ التحكيم في مشارطات الايجار
90	المبحث الثاني : استقلالية اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري مصدر فعاليته
91	المطلب الأول :استقلال اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري
91	الفرع الأول :استقلال اتفاق التحكيم عن عقد النقل البحري
91	أولا : استقلال اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري في فرنسا.....
92	ثانيا : استقلال اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري في إنجلترا
95	ثالثا: استقلال اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري في الولايات المتحدة الأمريكية
95	رابعا : استقلال اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري في مصر
95	خامسا: استقلال اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري في الجزائر.....
96	سادسا: استقلال اتفاق التحكيم عن عقد النقل البحري في لوائح و أحكام التحكيم البحري
97	الفرع الثاني :استقلالية اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري عن كل قانون وطني
98	أولا :تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من خلال منهج تنازع القوانين.....
99	ثانيا: تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم من خلال اعمال منهج القواعد المادية
102	ثالثا: المنهج المختلط من أجل تقرير صحة اتفاق التحكيم
103	المطلب الثاني :الآثار الغير مباشرة لاستقلالية اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري
103	الفرع الأول : اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري مصدر استقلالية هيئة التحكيم
103	أولا : اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه -مبدأ الاختصاص بالاختصاص-.....

104.....	ثانيا :اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري مصدر استقلالية المحكم في اتخاذ كل الإجراءات
105.....	الفرع الثاني :استقلالية اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري في اختيار نوع التحكيم
106.....	أولا : مراكز التحكيم الحري المؤسسي
109.....	ثانيا : مراكز التحكيم البحري الحر
112.....	الفرع الثالث : من مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري إلى مبدأ صحته
113.....	الفرع الرابع :عدم قابلية اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للإبطال
114.....	الفرع الخامس: استقلالية اتفاق التحكيم عن عقد النقل البحري مصدر فعالية المحكمة التحكيمية و الحكم التحكيمي
114.....	أولا : تعيين اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للمحكمة التحكيمية و اختصاصاتها
115.....	ثانيا :اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري أساس الاعتراف و التنفيذ و الطعن في الحكم التحكيم
116.....	خلاصة الفصل الأول
117.....	الفصل الثاني: إبرام اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري
120.....	المبحث الأول: الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم البحري
122.....	المطلب الأول : التراضي في الاتفاق على التحكيم في عقد النقل البحري
123.....	الفرع الأول :أهلية إبرام اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري لدى الأطراف
124.....	أولا : أهلية الدولة و الأشخاص المعنوية العامة لإبرام اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري
127.....	ثانيا : سلطة الوكيل في إبرام اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري
129.....	الفرع الثاني : التراضي المباشر في اتفاق التحكيم البحري
132.....	أولا : موقف القضاء اللاتينوجرماني من شكل التراضي في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري
134.....	ثانيا : موقف القضاء الأنجلوساكسوني من شكل التراضي في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري
135.....	ثالثا : موقف غرفة التحكيم بباريس
135.....	رابعا : صحة التراضي في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري المعتل
136.....	الفرع الثالث : التراضي في اتفاق التحكيم البحري بالإحالة
141.....	الفرع الرابع : شروط عملية دمج شرط التحكيم في سند الشحن
149.....	المطلب الثاني : سبب و محل اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري
149.....	الفرع الأول : تحديد موضوع اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري

153.....	الفرع الثاني : قابلية محل اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للتحكيم
155.....	أولا : مدى اختصاص القضاء المستعجل بالوجه المستعجل من نزاع موضوع الاتفاق على التحكيم في عقد النقل البحري شرطا كان أو مشاركة
157.....	ثانيا : عدم قابلية التحكيم في المنازعات المتعلقة باجراءات التنفيذ الجبري
157.....	ثالثا : القابلية للتحكيم و المسائل التي تدخل في الاختصاص الدولي الأمر للمحاكم الوطنية
164.....	المبحث الثاني : الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري
165.....	المطلب الأول : الكتابة كشرط لإبرام أو لإثبات اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري
166.....	الفرع الأول :الشكل المطلوب لانعقاد اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري و الأنظمة المقارنة
166.....	أولا : القوانين المقارنة التي تتطلب الشكل لانعقاد اتفاق التحكيم
171.....	ثانيا : اتفاقية روتردام و الشكل المطلوب لإبرام اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري
173.....	الفرع الثاني : أنظمة تتطلب الشكل لإثبات اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري
173.....	أولا : موقف النظام الأنجلوساكسونسي
175.....	ثانيا:موقف المعاهدات الدولية
176.....	الفرع الثالث : أنظمة لا تتطلب الشكلية كلية
176.....	أولا : الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961
176.....	ثانيا : القانون الفرنسي للتحكيم التجاري الدولي
179.....	الفرع الرابع : إحلال البيانات الالكترونية محل المستندات الورقية في مجال النقل البحري
179.....	أولا : المقصود بنظام تبادل البيانات الكترونيا
179.....	ثانيا : مميزات نظام تبادل البيانات الكترونيا في عقود النقل البحري
180.....	ثالثا : محاولة إيجاد لغة واحدة لتبادل البيانات الالكترونية في مجال النقل البحري
181.....	رابعا : اتفاق التحكيم الالكتروني
183.....	خامسا : الفرضيات القانونية لتبادل البيانات الالكترونية للاتفاق
186.....	سادسا : سند الشحن الالكتروني و شرط التحكيم
189.....	المطلب الثاني : شكل اتفاق التحكيم بالإحالة في عقد النقل البحري
189.....	الفرع الأول : موقف القوانين المقارنة من شكل اتفاق التحكيم بالإحالة
190.....	الفرع الثاني : القضاء المقارن و شكل اتفاق التحكيم بالإحالة

191.....	الفرع الثالث : موقف القضاء المقارن من الشكل الواجب لعملية الدمج
196.....	الفرع الرابع : الشكل الواجب لاتفاق التحكيم بالإحالة في المعاهدات الدولية
198.....	الفرع الخامس : شرط التحكيم بالإحالة في الممارسات التحكيمية البحرية
198.....	خلاصة الفصل مع التعقيب.....
201.....	الباب الثاني : الآثار المترتبة على اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري
202.....	الفصل الأول : الآثار الإجرائية لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري
203.....	المبحث الأول : الأثر السلي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري
204.....	المطلب الأول : نقل الاختصاص من القضاء الوطني إلى التحكيم بالنظر في منازعات النقل البحري..
204.....	الفرع الأول : مضمون وطبيعة الأثر السلي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري
204.....	أولا : مضمون المبدأ.....
212.....	ثانيا : تحديد الطبيعة القانونية للدفع بالتحكيم
216.....	الفرع الثاني : النطاق الموضوعي للأثر السلي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري
217.....	أولا : الدفع بشمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع
217.....	ثانيا : التنازع في الاختصاص بين محاكم الدولة و هيئة التحكيم
220.....	المطلب الثاني : الاستثناءات الواردة على مبدأ الأثر السلي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري...
220.....	الفرع الأول : جواز نزول أطراف اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري عن هذا الاتفاق
222.....	الفرع الثاني : حالات انعقاد الاختصاص للمحاكم الوطنية
222.....	أولا : تعطيل الأثر السلي لاتفاق التحكيم في حالة الاجراءات الوقتية و التحفظية
225.....	ثانيا : تعطيل الأثر السلي لاتفاق التحكيم بالنسبة للإجراءات التحفظية في المعاهدات الدولية.....
226.....	ثالثا : تعطيل الأثر السلي لاتفاق التحكيم بالنسبة للإجراءات التحفظية في قوانين الدول
230.....	رابعا: تعطيل الأثر السلي لاتفاق التحكيم بالنسبة للإجراءات التحفظية في لوائح التحكيم
231.....	الفرع الثالث : موانع الأثر السلي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري
234.....	المبحث الثاني : الأثر الايجابي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري
235.....	المطلب الأول : التزام الأطراف على العهدة للمحكمن بمنازعات النقل البحري و المتفق على حلها بواسطة التحكيم
235.....	الفرع الأول : مضمون مبدأ التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم

237	الفرع الثاني : التنفيذ العيني للالتزام الواقع على الأطراف في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري ...
	الفرع الثالث : احترام اتفاق التحكيم من خلال مقاومة الأساليب التسوفيقية التي يلجأ لها الأطراف لمنع التحكيم
240	الفرع الرابع : أوامر الزجر كآلية لضمان فعالية اتفاق التحكيم
243	الفرع الخامس : أوامر الزجر كوسيلة للنيل من اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري
247	المطلب الثاني : اختصاص محكمة التحكيم بالفصل في المنازعات محل اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري
248	الفرع الأول : اختصاص محكمة التحكيم بالفصل في اختصاصها
248	أولاً: تحديد المعنى الاصطلاحي لفكرة اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه
249	ثانياً : مصادر مبدأ الاختصاص بالاختصاص
249	ثالثاً : أساس مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه
253	الفرع الثاني : انعقاد الاختصاص للتحكيم بالفصل في منازعات عقد النقل البحري المتفق عليها.....
255	أولاً : تقرير اختصاص محكمة التحكيم للفصل في منازعات موضوع الاتفاق على التحكيم
255	ثانياً : نطاق اختصاص محكمة التحكيم
255	خلاصة الفصل
256	الفصل الثاني: الآثار الموضوعية لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري
258	المبحث الأول : مبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري.....
261	المطلب الأول : ماهية القوة الملزمة لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري
263	الفرع الأول : خلفية تاريخية لمبدأ القوة الملزمة للعقود- و تطوره
263	الفرع الثاني : نفاذ العقد و الاحتجاج به بصفته واقعة اتجاه الغير.....
265	أولاً : نفاذ العقد كواقعة اجتماعية
265	ثانياً: نفاذ العقد كواقعة قانونية
266	المطلب الثاني : نطاق القوة الملزمة لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري.....
267	الفرع الأول : نطاق اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري من حيث الموضوع
267	أولاً : الخصوصية في تطبيق و تفسير شروط عقد النقل البحري
267	ثانياً : الشروط المطبوعة في سند الشحن و قيمتها القانونية
271	

- 271..... ثالثا : الامتداد الموضوعي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري
- 277..... الفرع الثاني : موقف القضاء المقارن من النطاق الموضوعي لشرط التحكيم بالإحالة
- 277..... أولا : الاحالة في القضاء اللاتينوجرماني
- 286..... ثانيا : الاحالة في مجموعة الدول الأنجلوساكسونية
- 287..... الفرع الثالث : نطاق اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري من حيث الأشخاص
- 287..... أولا : أطراف عقد النقل البحري للبضائع
- 290..... ثانيا : انتقال اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري
- 292...المبحث الثاني : مدى سريان اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري في مواجهة حامل سند الشحن
- المطلب الأول :المركز القانوني للمرسل إليه في عقد النقل البحري و مدى نفاذ اتفاق التحكيم في
مواجهته.....
- 293.....
- 293..... الفرع الأول : النظريات التقليدية لتحديد المركز القانوني للمرسل إليه
- 293..... أولا: نظرية الاشتراط لمصلحة الغير
- 296..... ثانيا :نظرية الخلف الخاص
- 298..... ثالثا:نظرية النيابة الناقصة
- 299..... رابعا: نظرية الحيازة الرمزية للبضاعة
- 300..... خامسا:المرسل إليه يستمد حقه من سند الشحن ذاته
- 300..... سادسا: موقف القضاء المقارن التقليدي من مركز المرسل إليه
- 301..... الفرع الثاني : نظرية النفاذ كأساس قانوني لمركز المرسل إليه
- 301..... أولا : نظرية المجموعات العقدية و شرط التحكيم
- 304..... ثانيا : النفاذ كأساس قانوني لمركز المرسل اليه
- 308..... الفرع الثالث : موقف الفقه الحديث و القضاء من المركز القانوني للمرسل إليه
- 309..... الفرع الرابع : موقف القضاء من حجية اتفاق التحكيم في مواجهة المرسل إليه
- 310..... أولا : حجية شرط التحكيم في مواجهة المرسل إليه بالاستناد الى مركزه القانوني
- 313..... ثانيا:الاحتجاجباتفاق التحكيم في مواجهة المرسل إليه بالاستناد الى مدى قبوله له
- 316..... المطلب الثاني : انتقال اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري إلى الغير و تأسيسه القانوني
- 316..... الفرع الأول : مدلول الغير و علاقته بالمرسل إليه في عقد النقل البحري

318.....	الفرع الثاني : مدى سريان شرط التحكيم في عقد النقل البحري على الغير-بالنظر إلى طبيعته.
319.....	الفرع الثالث : مدى نفاذ شرط التحكيم في عقد النقل البحري عن طريق حوالة الحق
320.....	أولا : موقف القضاء من نفاذ شرط التحكيم البحري في مواجهة المحال إليه.....
322.....	ثانيا: شروط تعطيل آثار حوالة الحق و الاستثناءات الوارد في القضية
323.....	ثالثا:الإستحالة القانونية لتبرير تعطيل آثار حوالة الحق.....
325.....	رابعا: تأكيد مبدأ الإختصاص بالإختصاص للمحكم البحري
325.....	خامسا:الأسس القانونية المقترحة لتبرير شروط التحكيم
329.....	الفرع الرابع : الاحتجاج بشرط التحكيم في عقد النقل البحري عن طريق الحلول
329.....	أولا : التكييف القانوني للحلول.....
331.....	ثانيا:انتقال شرط التحكيم في عقد النقل البحري للمؤمن الذي يحل محل المضرور في حقوقه.....
333.....	ثالثا:استقلال اتفاق التحكيم و أثره على انتقال شرط التحكيم عن طريق الحلول
334.....	رابعا:موقف القضاء من نفاذ شرط التحكيم في عقد النقل البحري في مواجهة المؤمن
337.....	خلاصة الفصل مع التعقيب
338.....	الخاتمة
347.....	قائمة المختصرات باللغة العربية
348.....	قائمة المختصرات باللغة الأجنبية.....
349.....	قائمة المراجع.....
368.....	الفهرس.....

