وزارة التعليـم العالـــي و البحث العلمـــي

جـامعـة امحمـد بوقـرة بومـــرداس

كليــة: الحقوق

مـذكــرة المـاجستيــر

مقـدمة من طـرف:

زروالي سهام

لنيــل شـهــادة المــاجـستيــر فـي:

شعبـة:الحقوق الأساسية و العلوم السياسية

تخـصص: عقود و مسؤولية

عنوان المذكـرة : شرط التحكيم البحري و سريانه بالنسبة للمرسل إليه في عقد النقل البحري للبضائع

لجنــة المنــاقشــة:

السيد(ة): كتو محمد الشريف	أستاذ	الرئيس
السيد(ة): حدوم كمال	أستاذ محاضر أ	المقـرر
السيد(ة): بوتوشنت عبد النور	أستاذ محاضرأ	الممتحن

السنــة الدراسيــة:2011/2012

مـــــــــــقـــــــدمـــــــــة

لقد أصبح أمرا معهودا ملاحظة التطور الذي تخطوه القوانين على مر الزمن، و كذلك الأمر بالنسبة لصدور تشريعات جديدة منبثقة من حاجات المجتمع الوطنية أو الدولية{1}. فهذا الواقع التطوري للقوانين إضافة إلى التطورات العميقة التي طالت التجارة الدولية، ينطبق على التحكيم{2} الذي وصل كوسيلة لتسوية المنازعات التجارية الدولية في الفترة الأخيرة، درجة من التطور و الانتشار لم يسبق لها مثيل، حيث انتقل من نظام استثنائي منتقد لمنافسته للعدالة التي تقدمها المحاكم الوطنية في الدولة إلى نظام مكمل لهذه العدالة في الحالات التي تعجز فيها هذه الأخيرة عن تقديم العدالة السريعة و المتخصصة للمتعاملين في مجال التجارة الدولية، حيث أصبح هؤلاء المتعاملين يفضلونه عن القضاء الوطني بدرجة يبدو معها كقضاء طبيعي في مجال التجارة الدولية{3}.

---

(1) - لقد شهد القرنين "17" و "18" تطورا ملحوظا للقانون البحري، كما شهد القرن "19" ظهور المسؤولية الموضوعية دون أي خطأ مقترف، و ذلك عقب الثورة الصناعية و بروز التحول نحو الآلة، كما ظهر أيضا في نهاية القرن "20" قانون جديد للنقل و هو القانون الجوي الذي كان نتيجة لظهور الوسيلة الجديدة للنقل و هي الطائرة، و المشاكل التي يمكن أن تنشأ عنها.

- **د/ عبد الحميد الأحدب،** التحكيم أحكامه و مصادره، الجزء الأول، دار نوفل، بدون سنة النشر، ص 5.

(2) - يعرف التحكيم بأنه « وسيلة لفض نزاع قائم أو مستقبل، بعيدا عن ولاية القضاء المختص، مع التزام الأطراف بعرض النزاع كله أو بعضه على محكم أو أكثر للفصل فيه بحكم ملزم لهم. »

- **د/ منير عبد المجيد،** قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، مصر 1995، ص7.
- كما يعرف أيضا بأنه:

- « L'arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d'une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs personnes – l'arbitre ou les arbitres – lesquelles tiennent leurs pouvoirs d'une convention privée et statuent sur la base de cette convention, sans être investis de cette mission par l'Etat.»
- **DAVID(R),** «L'arbitrage dans le Commerce International», 2eme Edition LGDJ, PARIS, 1982, P 9.

- إن هذا الوضع أدى بالبعض إلى اعتبار التحكيم التجاري الدولي نظاما قضائيا يعلو النظم القانونية الوطنية، و هذا في نظرنا غير صحيح إذ كيف نفسر خضوع الحكم التحكيمي لرقابة المحاكم الوطنية، و يتوقف تنفيذه على الصيغة التنفيذية الصادرة من هذه الأخيرة.
- أنظر في هذا الرأي : **د/ كمال إبراهيم،** التحكيم التجاري الدولي، حتمية التحكيم و حتمية قانون التجارة الدولية، دار الفكر العربي، القاهرة 1991، ص 71.

و ما يوضح هذا الاهتمام المتزايد بالتحكيم التجاري الدولي، هو ظهور عدد كبير من المراكز ذات الاختصاص العالمي، مثل غرفة التجارة الدولية بباريس، و الجمعية الأمريكية للتحكيم...{1}، كما عملت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على إعداد لوائح بهدف توحيد القواعد المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، كما يرجع الاهتمام به أيضا نتيجة للمزايا الكثيرة التي يوفرها{2}.

أما في الجزائر فقد كانت نظرة المشرع إلى التحكيم سلبية، حيث رفضت الجزائر الخضوع للتحكيم التجاري الدولي طيلة 30 عاما، و قد جسد هذا المنع بموجب نص المادة " 442 " من قانون الإجراءات المدنية الصادر عام 1966{3}. و لكن بقي ذلك نظريا فقط، حيث أن الواقع التعاقدي للجزائر و الشركات التابعة لها أثبتت العكس، و يظهر هذا في العقود التي أبرمت في هذه الفترة و المتضمنة لشروط التحكيم. إضافة إلى بعض النصوص القانونية الصادرة خلال هذه الفترة، مثل مرسوم الصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي الصادر سنة 1982{4}.

و تحت الضغط المزدوج الذي فرض عليها، الأزمة الاقتصادية من جهة و الضغط الأجنبي من جهة أخرى، انتهت الجزائر إلى الرضوخ للأمر الواقع، و بدأت تتفتح على التحكيم التجاري الدولي

---

(1) - **FOUCHARD(PH)** , «Arbitrage Commercial International » sources, juris-clas, drt. Inter, fascicule 585-2, 1989.

(2) – للإطلاع على هذه المزايا ارجع إلى:

- **د/ راشد سامية،** التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، منشأة المعارف، مصر 1984، ص 3 و ما يليها.
- **د/ إبراهيم أحمد إبراهيم،** التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، مصر 2000، ص 4.
- **د/ أحمد شرف الدين،** مضمون و بنود التحكيم و صياغتها في العقود الدولية، مجلة إدارة الفتوى و التشريع، السنة الخامسة العدد الخامس، 1990، ص 12، 13.
- **د/ أحمد الفزايري أمال،** دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم الدولي الخاص، منشأة المعارف، مصر 1993، ص 3، 4.

(3) - **قبايلي طيب،** نظام تسوية المنازعات في إطار المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2002، ص 122.

(4) – المرسوم 145/82 المؤرخ في 10/أفريل 1982، المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، المعدل و المتمم بالمرسوم رقم 434/91، و الذي ألغي معه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 2002/07/24، و المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 52.

كوسيلة لفض المنازعات في مجال التجارة الدولية{1}.

و لقد تدعم هذا التفتح بانضمام الجزائر إلى كل من اتفاقية عمان لسنة 1987 المنشئة للمركز العربي للتحكيم التجاري الدولي و اتفاقية نيويورك لعام 1958 و المتعلقة بالاعتراف و تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية{2}، إلى جانب إبرام عدة اتفاقات ثنائية لتشجيع و حماية الاستثمار تنص على اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات{3}.

و لعل المنعرج الهام و الإيجابي في مجال الاعتراف باللجوء إلى التحكيم، هو صدور المرسوم التشريعي 09/93 المؤرخ في 23/أفريل 1993 المعدل و المتمم لقانون الإجراءات المدنية، و الذي عدل المادة " 442 " و أدخل فصل خاص بالتحكيم التجاري الدولي{4}. كما صدر مؤخرا قانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و الذي نص على التحكيم في الباب الثاني من الكتاب الخامس.

و نفس الشيء يقال في المجال البحري، بحيث يسود العلاقات البحرية في وقتنا الحاضر تيار

---

(1) – **ISSAAD(M)** , « Arbitrage International, le nouveau droit Algérien », rev-mut, n°5-1993, P 09.

(2) – انضمت الجزائر إلى اتفاقية نيويورك 1958 بموجب المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 1988/11/05، المتضمن انضمام الجزائر بتحفظ للاتفاقية الخاصة بالاعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها، الموقع عليها في نيويورك بتاريخ 1958/06/10.

(3) – من بين هذه الاتفاقيات الثنائية نجد :

- الاتفاق الرامي إلى تشجيع الاستثمارات الموقع في واشنطن بتاريخ 22 جوان 1990 بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و حكومة الولايات المتحدة الأمريكية، المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 319/90، المؤرخ في 17 أكتوبر 1990، ج ، ر رقم 45، لسنة 1990.
- الاتفاق الموقع عليه في الجزائر بتاريخ 24 أفريل 1991 بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و الاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي، المتعلق بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 345/91 المؤرخ في 5 أكتوبر 1991، ج ر رقم 46، لسنة 1991.
- الاتفاق الموقع عليه بالجزائر في 1994/02/03 بين الحكومة الجزائرية و الحكومة الفرنسية حول تشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي01/94 المؤرخ في 1994/01/02.

(4)- يدخل هذا المرسوم في إطار حملة إعادة النظر الشاملة في النصوص القانونية المنظمة للحياة الاقتصادية و مسايرة

دافق مقتضاه اللجوء إلى التحكيم لحل النزاعات الناشئة عنها، حيث يتفق أطراف هذه العلاقة على أن يعهدوا بالمنازعات الحالة أو المستقبلية الناشئة عنها إلى محكمين مشهود لهم بالكفاءة و الخبرة في المجال البحري ليفصلوا فيها بأحكام تحكيمية ملزمة.

كما أن منازعات النقل البحري بصفة خاصة تتطلب سرعة الفصل فيها و تسويتها غالبا على يد أشخاص عندهم الخبرة الكافية و الممارسة الفعلية في نوعيات مثل هذه الأعمال و خارج ساحة القضاء، و لهذا فإن أغلب المنازعات البحرية و بخاصة المنازعات الناجمة عن عقود استئجار السفن، يكون الفصل فيها عن طريق التحكيم الدولي، الأمر الذي أدى إلى إدخال شرط التحكيم على الكثير من مشارطات الإيجار أو سندات الشحن{1}.

و إن كانت أغلب الدول في وقتنا الحاضر تعطي السيادة في حل المنازعات البحرية للتحكيم و ليس للقضاء، فإن التحكيم البحري نظام معروف منذ القديم حيث يرجع وجوده إلى عصور روما القديمة في القرن السابع قبل الميلاد و ازدهار القانون البحري لجزيرة رودس The Sea Law Of Rhodes ثم حصل التحكيم البحري على مكانه اللائق كوسيلة لحل النزاعات البحرية في العصور الوسطى نظرا لازدهار التجارة البحرية بين الشعوب المختلفة و نشوء موانئ هامة على بحر الشمال و بحر البلطيق، و تدوين أعظم قانونين بحريين عرفيين Lex Maritim وهما:

1- قنصلية البحر: Consulato del Mare وهي مدونة في برشلونة في القرن الحادي عشر للميلاد.
2- مجموعة أوليرون The Roles of Oleron التي وضعت عام 1200 للميلاد لتضم أحكام القضاء الصادرة في الموانئ الفرنسية الواقعة على المحيط الأطلنطي.

و إن كان التحكيم البحري قد نشأ عند الرومان و انتشر في العصور الوسطى كنظام بسيط و

الوضع الجديد الذي فرضه انتهاج اقتصاد السوق و مسايرة ما وصل إليه القانون المقارن، بهدف تشجيع الاستثمار بصفة عامة و الاستثمار الأجنبي بصفة خاصة، و بالتالي تشجيع تدفق الأموال إلى الجزائر و تطوير التجارة الخارجية.

- **TERKI (N)** ,« Décret de 1993, Changement de cap», Revue liccal, C.A.C.I, N°120, Mars 2001, P 06.

(1) - **د/ محمد ترك**، التحكيم البحري، النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2003، ص 331.

مرن متخصص لحل المنازعات البحرية، فإنه قد لاقى رواجا و ازدهارا لا مثيل لهما في عصرنا الحاضر نظرا لازدهار التجارة الدولية و التبادل التجاري بين الدول المختلفة في العالم بأكمله شرقه و غربه، شماله و جنوبه، حيث وجد هذا التبادل التجاري وسيلته المفضلة في النقل البحري.

و قد ساعد على ازدهار التحكيم البحري، و ازدياد الطلب عليه في أسواق التجارة البحرية كنظام قانوني لحل المنازعات بدلا من القضاء العادي في وقتنا الحاضر عدة اعتبارات أهمها:

1 – رغبة الممارسين للأنشطة البحرية في حل المنازعات الناشئة عن علاقاتهم حلا بحريا عادلا، ينبع من واقع التجارة البحرية، و ذلك عن طريق عرض هذه النزاعات على أشخاص ذوي خبرة في مجال النشاط البحري.

2 – توفير السرية في جلسات التحكيم إذ يفضل أطراف العلاقة البحرية عدم كشف أسرارهم التجارية في المحاكم، و المحافظة على سرية معاملاتهم و استمرار روح الود و التعاون بينهم و بين باقي المتعاملين في المجال البحري.

3 –رغبة أطراف العلاقة البحرية في حل منازعاتهم بسرعة لا تتوفر لهم في المحاكم القضائية، و لهذا وجد التجار البحريون في التحكيم البحري نظاما يكفل لهم حل منازعاتهم في شهور أو أسابيع قليلة إضافة إلى بساطة إجراءاته و التحرر من الشكليات التي يفرضها اللجوء إلى القضاء{1}.

4 –تفادي مشكلة تنازع الاختصاص القضائي الدولي، و ذلك نظرا لدولية النشاط البحري و اختلاف جنسية كل من الشاحن عن جنسية الناقل عن جنسية السفينة ي غالب الأحيان.

5 – و نتيجة لازدياد تدخل الدولة و أشخاصها المعنوية العامة في ممارسة الأنشطة البحرية، و حرصا منها على عدم الوقوف أمام القضاء الوطني لدولة أخرى{2} لحل نزاعاتها الناتجة عن هذه النشاطات

---

(1) – لمزيد من التفصيل ارجع إلى:

- **د/ طالب حسين موسى**، الموجز في قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 1997، عمان الأردن، ص 35.
- **د/ صالح بن عطاف العوافي**، المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مركز البحوث و الدراسات الإدارية 1998، ص 36.

(2) - **د/ نبيل فرج المحامي**، التحكيم البحري الدولي و تطبيقه على المنازعات البحرية في مصر، مجلة أنترنشيونال ريفيو " أول مجلة متخصصة في النقل البحري في المنطقة العربية " موقع : www.inter-review.com

البحرية، نظرا لاعتبارات سياسية و سيادية و جدت الدولة في التحكيم البحري مهربا من القضاء الوطني في الدول الأخرى.

و هكذا فإن هذه الاعتبارات و غيرها هي التي جعلت السيادة للتحكيم البحري كنظام قانوني لحل النزاعات البحرية في هذا العصر، و التحكيم البحري أو اتفاق التحكيم البحري بصفة خاصة له صورتان: فقد يكون إما في صورة مشارطة تحكيم أو في صورة شرط تحكيم، حيث يتم الاتفاق في المشارطة على عرض النزاع القائم بالفعل بين الأطراف على هيئة التحكيم، أما في شرط التحكيم فيتفق أطراف العلاقة البحرية على تضمين العقد المبرم بينهم هذا الشرط و عرض بموجبه ما قد يثور من منازعات بينهم بسبب هذا العقد على هيئة التحكيم، بدلا من عرضه على القضاء العادي المختص، أي أن شرط التحكيم يكون سابقا على وقوع النزاع و هذا بخلاف مشارطة التحكيم.

ففي عقد النقل البحري مثلا يتفق طرفاه و هما " الشاحن و الناقل "، على إدراج شرط التحكيم إما في وثيقة الشحن أو في مشارطة إيجار السفينة ، و لكن الواقع العملي لهذا العقد يفرض تدخل شخص ثالث لإتمامه و هو "المرسل إليه"[1]، أو بمعنى أخر أن عقد النقل البحري من العقود التي تتطلب تدخل شخص ثالث لإتمام عملية النقل، فالمرسل إليه هنا و بالرغم من أنه يعتبر من طائفة الغير كما سنرى لاحقا إلا أنه يشارك في عقد النقل البحري، و تنشأ نتيجة لذلك علاقات بينه و بين كل من الشاحن و الناقل و هذا ما يعبر عنه بالعلاقات الثلاثية.

و لكن عند الرجوع إلى القواعد العامة للعقود نجد أن مبدأ نسبية أثر العقد هو الجدار الذي يقف كعقبة أمام كل من يحاول إعطاء تفسير أو تبرير لموضوع العلاقات الثلاثية، فهذا المبدأ يقضي بعدم انصراف ما يرتبه العقد من حقوق و التزامات إلى غير عاقديه من جهة، أو إلى خلفهما العام و الخاص من جهة أخرى، فحسب هذا المبدأ المرسل إليه لا يلتزم بآثار عقد النقل البحري و لا تسري في مواجهته، إلا أننا حين نغوص في أعماق العلاقة البحرية الناتجة عن هذا العقد نجد العكس تماما بحيث أن المرسل إليه يظهر بمثابة طرف ثالث في عقد النقل البحري للبضائع، له واجبات و عليه التزامات و هذا ما

---

(1) - المرسل إليه هو الطرف الذي تعهد الناقل البحري، بناءا على اتفاقه مع الشاحن على تسليم البضاعة المنقولة إليه، فهو طرف أجنبي عن العقد الذي أبرم لفائدته، و رغم أن المرسل إليه لم يساهم في إبرام عقد النقل البحري، إلا أنه يشارك في ذلك العقد بموجب سند الشحن الذي يعتبر سندا لحيازة البضائع و استلامها.

- **د/ بوعلام خليل**، إجراءات التقاضي في المنازعات البحرية في القانون الجزائري و المعاهدات الدولية، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية، العدد صفر السداسي الأول، 2008. ص 04.

يستدعي بنا البحث في التساؤلات التي يطرحها المركز القانوني للمرسل إليه، و أساس التزامه بشرط التحكيم الوارد بسند الشحن أو أي وثيقة أخرى تثبت عقد النقل البحري بالرغم من عدم مشاركته في صياغة هذا العقد. و لأن سند الشحن يعتبر أداة تثبت واقعة شحن البضاعة ذاتها، قد يصدر حتى في الأحوال التي تحرر فيها مشارطة الإيجار و هو ما يحدث كثيرا في العمل عندما يكون إيجار السفينة للرحلة، و عندما يشحن مستأجر الرحلة بضاعة للغير، فهنا أيضا يثور التساؤل عن الحل على مدى سريان شرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار على المرسل إليه ؟

و بناءا على ما تقدم فإن موضوع شرط التحكيم و ماله من خصوصية خاصة في مجال تحديد المركز القانوني للمرسل إليه والتزامه بهذا الشرط التحكيمي، غاية في الأهمية نظرا لما يثيره من مسائل فقهية و قضائية جديرة بالدراسة و التحليل لأن هناك حاجة هامة و ملحة تفرض وضع تصور منطقي وسليم لمثل هذه العلاقات الثلاثية المركبة بالنسبة للنقل البحري للبضائع، خاصة و أن جانب كبير من هذه العلاقات تركها المشرع لتفسيرات و اجتهادات القضاء ولم يتدخل بنصوص حاسمة بشأنها.

كما أن هذا الموضوع لم يحض بدراسات أكاديمية معمقة في الجزائر{1}. و لهذا ارتأينا أن نبحث في موضوع التحكيم البحري و بخاصة في شرط التحكيم، و ذلك بتسليط الضوء على التنظيم القانوني له و شروط صحته و وجوده، و كذلك ما يتمتع به هذا الشرط من خصوصية في مجال عقد النقل البحري للبضائع و ذلك من خلال تحديد المركز القانوني للمرسل إليه و مدى سريان أو نفاذ هذا الشرط التحكيمي الوارد في وثيقة الشحن أو أي وثيقة أخرى تثبت عقد النقل البحري في مواجهته، و هل يعتبر هذا المرسل إليه من الغير ؟

و نشير إلى أن اختيارنا لبعض النظم القانونية المقارنة لم يأتي عفويا، بل يرجع إلى عدة اعتبارات نذكر منها:

---

(1) - على الرغم من أهمية التحكيم بشكل عام و التحكيم البحري بشكل خاص – و لما كان هدف الجزائر هو لعب دور إيجابي في التجارة العالمية فهذا يمر حتما على تشجيع الاستثمار الأجنبي، و هذا الهدف لا يمكن تحقيقه إلا من خلال تكريس ضمانات للمستثمرين الأجانب، و يعتبر التحكيم أحد هذه الضمانات – إلا أنه لا يوجد لحد الساعة في الجزائر قانون خاص بالتحكيم ماعدا تلك الأحكام الواردة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي لا تعتبر كافية. فكان من الأفضل لو تبنت في أنظمتها قانونا للتحكيم موافقا للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن الأمم المتحدة، كما فعلت معظم التشريعات الحديثة و على رأسها التشريع المصري.

1 – بالنسبة للقانون الفرنسي، إضافة إلى كونه أكثر القوانين تطورا و لبرالية في مجال التحكيم التجاري الدولي، فإن المشرع الجزائري نقل عنه بعض النصوص في مجال التحكيم.

2 – بالنسبة للقانون المصري، فهو نموذج للنظم القانونية لدول العالم الثالث بصفة عامة، و للدول العربية بصفة خاصة.

3 –بالنسبة للقانون الإنجليزي، كون انجلترا تحتل المرتبة الأولى في مجال التحكيم البحري، حيث أصبحت المنازعات تأتي من جميع أنحاء العالم ليتم حلها بواسطة محكمين بحريين إنجليز في لندن.

4 - بالنسبة لقانون و.م.أ، نفس اعتبارات القانون الإنجليزي، فالولايات المتحدة الأمريكية تحتل المرتبة الثانية بعد إنجلترا في مجال التحكيم البحري.

إلى جانب ذلك رأينا أنه من الأحسن مقارنة كل هذه النظم القانونية بأحكام أهم الاتفاقيات الدولية المنظمة لموضوع التحكيم و كذا اللوائح ذات الطبيعة الدولية، و أهم أنظمة التحكيم المعتمدة لدى مراكز التحكيم الدائمة.

و بناءا على ما تقدم فإننا نتساءل عن مفهوم شرط التحكيم في عقد النقل البحري بصفة خاصة و ما لهذا الشرط من خصوصية خاصة من خلال تحديد المركز القانوني للمرسل إليه، و هل يعتبر هذا الأخير طرفا أصيلا في العقد أم يعتبر من الغير ؟ و ما هو الأساس القانوني لالتزامه بشرط التحكيم ؟ وبطبيعة الحال التساؤل عن موقف المشرع الجزائري من هذه التساؤلات.

و الإجابة على هذه الإشكالية تكون وفقا لخطة مقسمة إلى فصلين، حيث نتناول في الفصل الأول: مفهوم شرط التحكيم البحري، أما الفصل الثاني: فخصصناه لسريان أو نفاذ شرط التحكيم في مواجهة المرسل إليه في عقد النقل البحري للبضائع.

الفصل الأول

مفهوم شرط التحكيم البحري

يجري العمل على أن يتضمن عقد النقل البحري شرطا يتفق بمقتضاه الأطراف على حسم ما قد تثور بينهم من منازعات في المستقبل بسبب هذا العقد بواسطة التحكيم و بعيدا عن محاكم الدولة المختصة أصلا بنظرها، و هذا الشرط هو ما يسمى ب "شرط التحكيم البحري".

و شرط التحكيم الذي يعتبر عقدا قائما بذاته و مستقلا عن العقد الأصلي الذي ورد به هو إحدى صورتي "إتفاق التحكيم" فهو يمثل إلى جانب مشارطة التحكيم الصورة الثانية لهذا الاتفاق. و بذلك فهو لا يخضع فحسب للقواعد العامة للتعاقد بشأن إبرامه و صحته، و إنما يخضع أيضا للقواعد الخاصة باتفاق التحكيم، كما أنه يتميز عن غيره من النظم التي قد تتشابه معه أو تختلط به.

و لهذا فإن البحث في مفهوم شرط التحكيم البحري يقتضي منا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: التنظيم القانوني لشرط التحكيم البحري.

المبحث الثاني: استقلالية شرط التحكيم البحري و تمييزه عن غيره من النظم التي قد تتشابه معه.

المبحث الأول

التنظيم القانوني لشرط التحكيم البحري

يخضع شرط التحكيم البحري في تنظيمه القانوني إلى القواعد التي قررها المشرع بشأن التحكيم، كما يخضع أيضا للقواعد العامة للتحكيم الدولي المقررة في قوانين التحكيم مثل: القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي[1]. أو قواعد التحكيم المنصوص عليها في بعض اللإتفاقيات الدولية الخاصة بالنقل البحري الدولي للبضائع مثل "قواعد هامبورغ"[2].

---

(1) - هنالك أيضا قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي " uncitral ".

(2) - إضافة إلى معاهدة هامبورغ هناك أيضا معاهدة بروكسل لكنها لم تتضمن أية نصوص في مجال التحكيم .

و لهذا سنتناول في هذا المبحث التنظيم القانوني لشرط التحكيم البحري و هذا من خلال تقسيمه إلى مطلبين: في المطلب الأول سنحاول التعريف بشرط التحكيم البحري باعتباره إحدى صورتي إتفاق التحكيم ثم نبين أهم مراكز التحكيم البحري. أما في المطلب الثاني سنبحث في متطلبات وجود هذا الشرط أي "الشروط الشكلية و الموضوعية لصحة شرط التحكيم البحري".

المطلب الأول

تعريف شرط التحكيم وصوره

التحكيم البحري باعتباره آلية لتسوية أو فض المنازعات التي نشأت أو ستنشأ في المستقبل بين أطراف العلاقة البحرية، له صورتان الصورة الأولى هي مشارطة التحكيم، و الصورة الثانية هي شرط التحكيم. فبعد تحديد ماهية شرط التحكيم البحري من خلال تمييزه عن مشارطة التحكيم في الفرع الأول، ننتقل إلى أهم الصور التي يظهر فيها شرط التحكيم البحري في الفرع الثاني .

الفرع الأول

التعريف بشرط التحكيم « Clause Compromissoire »

شرط التحكيم كما رأينا سابقا هو إحدى صورتي إتفاق التحكيم، و بالتالي تعريفه سوف يتضح من خلال تبيان المقصود باتفاق التحكيم البحري.

فاتفاق التحكيم هو ذلك الاتفاق الذي يتعهد بمقتضاه أطراف العلاقة البحرية بعرض منازعاتهم التي نشأت أو التي ستنشأ أو من المحتمل أن تنشأ مستقبلا عن هذه العلاقة على التحكيم . و في هذا الشأن تنص المادة 8 فقرة 1 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أن: " اتفاق التحكيم هو اتفاق بين طرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة، التي نشأت أو تنشأ بينهم بشان علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية[1] . و من هذا يستفاد أن إتفاق التحكيم البحري يأخذ صورتين:

---

(1) - نفس المعنى جاءت به المادة 10 فقرة 1 من قانون التحكيم المصري "قانون رقم 28 لسنة 1994 خاص بالتحكيم في المواد المدنية و التجارية، جريدة رسمية عدد16 أفريل 1994". و كذلك المادة 2 فقرة 1 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف و تنفيذ أحكام لمحكمين الأجنبية.

الصورة الأولى: مشارطة التحكيم و هي الأسبق ظهورا و اعترافا بها، و تعرف بأنها اتفاق أطراف العلاقة البحرية في عقد مستقل على عرض المنازعات التي نشأت بالفعل بينهم على التحكيم، و هذه الصورة تستخدم للاتفاق على التحكيم في حالات المساعدة البحرية و الإنقاذ و في حالات تسوية الخسارات البحرية المشتركة، و في مسائل التصادم البحري{1}

الصورة الـثانـيـة: و هو الصورة الأحدث ظهورا و اعترافا بها، و في نفس الوقت الأكثر انتشارا في مجال العلاقات الدولية، لأنها تسمح بتجاوز و تجنب نقائص و مساوئ مشارطة التحكيم و صعوبة إبرامها، و هي صورة شرط التحكيم.

وشرط التحكيم{2} في المجال البحري، يمكن تعريفه بأنه اتفاق أطراف العلاقة البحرية بموجب نص في العقد المبرم بينهم على عرض الأنزعة{3} التي من المحتمل أن تنشأ عن مستقبل هذه العلاقة على التحكيم، و هذه الصورة تستخدم في عقود النقل البحري سواء تم بسند شحن أو بموجب مشارطة إيجار، و في عقود التأمين البحري و عقود البيع البحري، و عقود بناء السفن و إصلاحها و شرائها و في اتفاقات المساعدة البحرية و الإنقاذ و بصفة عامة في كافة العقود البحرية .

---

(1) - **د/عاطف ألفقي**، المرجع السابق، ص 118. و لمزيد من التفصيل حول مشارطة التحكيم أنظر:

- **د/ سامية راشد**، مرجع سابق، ص 75.
- **د/ مصطفى الجمال + د/ عكاشة عبد العال**، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1998، ص358.

(2) - لمزيد من التفصيل حول تعريف شرط التحكيم أنظر:

- **د /علي الطاهر ألبياتي**، التحكيم لتجاري البحري، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن، 2006، ص 193، 194.
- **د / مصطفى محمد الجمال+عكاشة محمد عبد العال**، المرجع السابق، ص 360.
- **د / حسن المصري**، التحكيم التجاري الدولي "دراسة مقارنة"، دار الكتب القانونية مصر2006 ص 62.

(3) - تنقسم الأنزعة المعروضة على التحكيم البحري إلى نزاعات ناشئة عن العقود البحرية و أخرى ناشئة عن الحوادث البحرية، وبالنسبة للنوع الأول فهي تلك النزاعات التي تنشأ عن عقود النقل البحري بمختلف أشكاله و عقود بناء السفن إصلاحها و عقود التأمين البحري سواء على السفن أو على البضائع، وعقود البيوع البحرية و كافة ما يتعلق بعمليات النقل البحري.أما النوع الثاني من النزاعات فهي تلك التي تنشأ عن الحوادث البحرية مثل التصادم البحري، المساعدة البحرية و الإنقاذ البحري، تسوية الخسارات البحرية المشتركة General Maritime Average

كما أظهرت الممارسات العملية شكلا آخر من أشكال اتفاق التحكيم يعرف ب " شرط التحكيم بالإشارة " .Clause arbitrale par référence. و يوجد هذا الشكل الجديد من أشكال شرط التحكيم في حالات العقود الدولية التي تبرم عن طريق التلكس و الفاكس، و لكنها لا تتضمن بين بنودها شرطا للتحكيم، و يتم الإحالة عادة فيها إلى وثائق أخرى تلحق بها كالعقود النموذجية أو الإحالة إلى قواعد خاصة معدة سلفا و التي تسري على جميع العقود المبرمة بواسطته{1}.

أيضا بالنسبة للعقود الدولية المتشابكة و المرتبطة و التي تتصل بعضها بالبعض الآخر و تهدف إلى تحقيق غاية واحدة مثل عقود المشارطة و بوالص الشحن، فقد تتم الإحالة من عقد لا يتضمن شرط التحكيم إلى عقد آخر يتضمن الشرط و اعتبار العقد الأول بمثابة عقد متضمن لشرط التحكيم عن طريق الإشارة{2}، و يقال هنا أن شرط التحكيم قد تم دمجه في العقد الثاني.

و إذا كان اتفاق التحكيم البحري يتخذ إحدى الصورتين، فإن التعبير السائد في بعض القوانين و المعاهدات الدولية هو تعبير «اتفاق التحكيم» ويضم بين طياته هاتين الصورتين دون التفرقة بينهما في المعاملة القانونية، و يظهر هذا بوضوح فيما يلي:

أ- في القوانين الوضعية لبعض الدول:

1- **فرنسا**: في التشريع الفرنسي للتحكيم الدولي الصادر في12 ماي 1981 المشرع الفرنسي استخدم عبارة اتفاق التحكيم La convention d'arbitrage.

- أيضا يمكن تقسيم النزاعات البحرية المعروضة على التحكيم إلى نزاعات قائمة بالفعل و أخرى مستقبلية، فالنوع الأول هي النزاعات محل اتفاق التحكيم المبرم في صورة مشارطة تحكيم، أما النوع الثاني من هذه النزاعات فهي تلك النزاعات محل اتفاق التحكيم المبرم في صورة شرط التحكيم.
  - **د / محمد ترك**، المرجع السابق، ص 406 .

(1) - **د/ محمد ترك**، مرجع سابق، ص 420.

(2) - لمزيد من التفصيل حول شرط التحكيم بالإشارة ارجع إلى: بحث للدكتوراه " **حفيظة السيد الحداد** " بعنوان " شرط التحكيم بالإشارة " دراسة تحليلية و انتقادية لأحكام القضاء الفرنسي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية، العدد الأول و الثاني، 1995. حيث عرفت شرط التحكيم بالإشارة بأنه " اتفاق على التحكيم غير مدرج في العقد الذي يترجم اتفاق الأطراف و الموقع عادة من قبلهم و لكنه يوجد في وثائق أخرى مستقلة عن هذا العقد و تحيل إليها إرادة الأطراف صراحة أو ضمنا، على نحو يؤدي إلى إدماج هذه الوثائق في العقد ذاته ".

و ذلك دون إعطاء أي اعتبار للتفرقة السائدة في القانون الفرنسي بين شرط التحكيم{1} و مشارطة التحكيم{2} ، و ذلك نظرا لوحدة المعاملة القانونية بينهما {3} .

2- **إنجلترا**: إن قانون التحكيم الإنجليزي لسنة 1950 و القانون الجديد لسنة 1996 في كلاهما جمع المشرع بين الصورتين تحت عنوان واحد هو اتفاق التحكيم Arbitration Agreement حيث عرفه بأنه "اتفاق مكتوب على عرض المنازعات الحالة أو المستقبلية على التحكيم".

3- **الولايات المتحدة الأمريكية**: وفقا لقانون التحكيم الفدرالي الأمريكي لسنة 1925 فقد وحد بين صورتي اتفاق التحكيم حيث نص في المادة 2 " صحة كل من شرط التحكيم

---

(1) - ضل القضاء الفرنسي منذ حكم محكمة النقض الفرنسية في 1 جويلية 1843يرفض الاعتراف بصحة شرط التحكيم مكتفيا بالاعتراف بمشارطة التحكيم، و ذلك بموجب المادة 1006من قانون المرافعات الفرنسي القديم، مرتبا على إدراج شرط التحكيم جزاء البطلان بحجة أن قانون المرافعات يشترط لصحة اتفاق التحكيم بيان موضوع النزاع و تعين المحكم. و كان الفقه الفرنسي يعتبر شرط التحكيم في العلاقات الوطنية مجرد وعد بإبرام مشارطة تحكيم لاحقة، أو بمثابة مشارطة تحكيم مبرمة تحت شرط واقف و هو تعين النزاع و تعين المحكم. و لعل السبب الحقيقي لهذا الموقف المناهض لشرط التحكيم هو تأثير محكمة النقض الفرنسية بالفكرة التي كانت سائدة وقتئذ و هي عدم توافر ضمانات القضاء في التحكيم، و الذي ينبغي عدم تشجيعه طالما أن المحكمة لا تجد في المحكمين صفات القضاة من نزاهة و حيدة و غيرها، كانت المادة 322 من القانون التجاري الفرنسي لعام 1807 تجيز شرط التحكيم في عقود التأمين البحري، ومع أن هذا النص كان استثنائيا لا يجوز التوسع فيه، إلا أن مشارطات إجار السفن كانت تحتوي غالبا على شرط التحكيم، و كان الأطراف يحترمون مثل هذا الشرط إلا في حالات نادرة كانوا يتمسكون فيها ببطلان شرط التحكيم بمقتضى المادة 1006 من قانون المرافعات الفرنسي ثم اختفت هذه المشكلة منذ أن أصبح شرط التحكيم مشروعا في كل العقود التجارية بمقتضى قانون 31ديسمبر1925 ثم أخيرا عدل المشرع الفرنسي عن ذلك الموقف بموجب تشريع 14 ماي 1970، و الذي أضاف كتابا جديدا إلى قانون المرافعات الفرنسي يتناول التحكيم معرفا في مادته 1442 شرط التحكيم و في المادة 1447 مشارطة التحكيم ن و موحدا في المعاملة القانونية بينهما .ذكر هذا ـ **د /عاطف ألفقي**، المرجع السابق ص 119.120 .

(2) ـ تعرف المادة "1447" من قانون المرافعات الفرنسي مشارطة التحكيم أما المادة "1442" فتعرف شرط التحكيم:

L'article 1447: Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage d'une ou plusieurs personnes.

L'article 1442: La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un contrat s'engage à soumettre les litiges qui pauraient naitre relativement à ce contrat.

(3) - **BOISSESON,**« Le Droit Français de l'Arbitrage Interne et International», 1990, p475.

المكتوب في أي عقد بحري أو تجاري لعرض الأنزعة الناشئة عنه أو بعضها على التحكيم و مشارطة التحكيم المكتوبة بغرض عرض الأنزعة الحالة على التحكيم"{1}.

4- **مصر**: أما قانون التحكيم المصري فقد جعل كل من شرط التحكيم و مشارطة التحكيم في نفس الدرجة فقد نص في المادة 10 منه على أن " اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية"{2}.

ب – في المعاهدات الدولية:

و نلاحظ أيضا أن هناك العديد من المعاهدات الدولية قد حرصت على عدم التفرقة القانونية بين كل من شرط التحكيم و مشارطة التحكيم حيث أن:

1- **اتفاقية نيويورك**:لسنة1958 بشأن الاعتراف و تنفيذ أحكام المحكمين الدولية قد نصت في المادة 2 فقرة1 على أنه " على كل دولة موقعة الاعتراف 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.

2- **الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي**: لسنة 1961 فقد نصت في المادة 1 فقرة 1 أنها تطبق على اتفاقات التحكيم التي تبرم لتسوية أنزعة نشأت أو ستنشأ، كما أكدت الفقرة 2 من نفس المادة أن اتفاق التحكيم ينصرف إما إلى شرط التحكيم السابق على قيام النزاع، و الذي يدرج في العقد الأصلي و إما إلى اتفاق التحكيم اللاحق لوقوع النزاع الذي يوقعه الأطراف أو الذي يرد في مراسلات أو برقيات أو تلكسات.

3- **أما القانون النموذجي**: لسنة 1985 فقد ساوى بين شرط التحكيم و مشارطة التحكيم حيث عرف اتفاق التحكيم في المادة 7 فقرة 1 بأنه " اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض

---

(1) - لمزيد من التفصيل أنظر:

- **د/ محمد ترك**، مرجع سابق، ص 407.
- **د/ عاطف ألفقي**، مرجع سابق، ص 120.

(2) – **EL AHEDAB,** « L'arbitrage dans les pays Arabes» 1988, P355.

المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، كما يجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في العقد أو في صورة اتفاق تحكيم منفصل....."

موقف المشرع الجزائري

إن المشرع الجزائري و على غرار جل التشريعات الوضعية المقارنة، أورد تنظيما موحدا يشمل الصورتين معا " شرط التحكيم و مشارطة التحكيم " تحت عبارة اتفاق التحكيم، و دون أن يختص إحداها بقيود خاصة للاعتراف بها أو يفردها بمعاملة أدنى مرتبة من الأخرى، و ذلك بنصه في المادة " 458 " مكرر1 من قانون الإجراءات المدنية القديم و المادة "1040 " من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد « تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة و المستقبلية ». و بذلك يكون قد كرس التسمية الشائعة في هذا المجال و هي "اتفاق التحكيم"{1}.

بحيث يفهم من نص المادة " 1040 " من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أن المنازعات المستقبلية تعني الإحالة إلى شرط التحكيم، أما المنازعات القائمة فهي التي تحيل إلى اتفاق التحكيم بمعنى Compromis أي مشارطة التحكيم{1}.

و هكذا فإن المشرع الجزائري أسوة بالمشرع الفرنسي، السويسري، و المصري تجاوز التمييز الكلاسيكي بين شرط التحكيم و مشارطة التحكيم، غير أن هناك من يرى ضرورة مرور المشرع الجزائري بهذه المرحلة الكلاسيكية أي مرحلة التمييز، لأن الدول السابقة حتى و إن كانت تجاوزت هذه التفرقة فذلك لأن التحكيم بالنسبة لها نظام قديم و متجذر في أنظمتها القانونية، و هذا على عكس الحال بالنسبة للجزائر حيث أنها حديثة العهد بالتحكيم التجاري الدولي على الأقل تنظيما{2}.

و لكن بعد صدور قانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ربما المشرع الجزائري يكون قد تدارك هذه المرحلة و لكن في إطار التحكيم الداخلي، بحيث ميز بين كل من

---

(1) – **FRANCESCAKIS (PH),** «Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt Hecht de la cour de cassation», rev, arb, 1974, p 68.

(1) - لقد ظهر شرط التحكيم واضحا في اتفاقات الاستثمار التي أبرمتها الجزائر في مرحلة الإصلاحات، كما أشارت إليه المادة " 458 " مكرر 1 من المرسوم التشريعي السابق 09/93. .

شرط التحكيم و مشارطة التحكيم، فقد نص بموجب المادة"1007 " من نفس القانون على شرط التحكيم، أما مشارطة التحكيم فقد نص عليها بموجب المادة " 1011 " و أطلق عليها اسم اتفاق التحكيم.

الفرع الثاني

صور شرط التحكيم البحري

عندما يقوم أطراف العلاقة البحرية الدولية الخاصة بالاتفاق إما على شرط التحكيم قبل نشوء النزاع أو مشارطه التحكيم بعد نشوئه، فإنهم بذلك يكونون قد إتفقو على إحالة أو عرض المنازعات التي ستنشأ أو التي نشأت بالفعل بينهم على التحكيم البحري، الذي قد يكون إما تحكيم بحري مؤسسي {1}، أو تحكيم بحري حر {2} . وبما أن شرط التحكيم البحري هو إحدى صورتي اتفاق التحكيم البحري، فبطبيعة الحال يكون التحكيم البحري المؤسسي أو التحكيم البحري الحر إحدى صوره.

فما المقصود إذا بهذين الطريقين من طرق التحكيم البحري؟ و ما معيار التفرقة بينهما ؟ و ماهي مراكز أو مؤسسات كل من التحكيم البحري المؤسسي و التحكيم البحري الحر ؟ و ما مزايا وعيوب كل نوع من نوعي التحكيم البحري؟

سنحاول في هذا المطلب الإجابة على هاته الإشكالات من خلال النقاط التالية:

أولا: تعريف نوعي التحكيم البحري و معيار التفرقة بينهما

يقصد بالتحكيم البحري المؤسسي، ذلك التحكيم البحري الذي من خلاله يتفق الأطراف على إحالة أو عرض المنازعات التي قد تنشا بينهم أو التي نشأت بالفعل على التحكيم، أمام إحدى مؤسسات التحكيم البحري الدائمة، مثل غرفة التحكيم البحري بباريس التي تتولى تنظيم و إدارة العملية التحكمية منذ تلقي طلب التحكيم و حتى إصدار حكم التحكيم وهذا عن طريق أجهزتها الإدارية و طبقا للائحة التحكيم التي وضعتها سالفا {3}.

بينما التحكيم البحري الحر فهو ذلك النوع من التحكيم البحري الذي يتم بعيدا عن مؤسسات التحكيم

---

(1) - يطلق عليه أحيانا مؤسسة تحكيم، أو مركز تحكيم، أو منظمة تحكيم، أو غرفة تحكيم، أو جمعية تحكيم، أو لجنة تحكيم، أو محكمة تحكيم، لكنها تعتبر كمترادفات و المدلول القانوني ليتغير.

(2) - يسمى تحكيم حر، تحكيم خاص، تحكيم متحرر

(3) - **د/ عاطف ألفقي**، مرجع سابق، ص 84

البحري الدائمة، بحيث يتفق الأطراف على إدارة و تنظيم التحكيم بأنفسهم ،فيتفقون على تشكيل هيئة التحكيم، على كافة القواعد المطبقة على الإجراءات التحكمية ، و على اختيار مكان التحكيم و القانون المطبق على الموضوع ، و القيام بأنفسهم بتذليل كافة الصعوبات التي قد تعترض طريق التحكيم {1} .

و بالتالي يمكن القول أن معيار التفرقة بين التحكيم المؤسسي و التحكيم الحر، هو أن النوع الأول أي التحكيم المؤسسي يتمثل في وجود عنصرين هامين لو تخلف أحدهما لكنا أمام تحكيم حر.

العنصر الأول: يتمثل في وجود مركز تحكيم دائم بأجهزته العضوية و التنظيمية من محكمين و لوائح تحكمية.

العنصر الثاني: يتمثل في وجود أجهزة إدارية و سكرتارية وإدارة العملية التحكمية، و الأشراف عليها منذ تلقي طلبات التحكيم و حتى صدور قرار هيئة التحكيم .

و من ثم نكون أمام تحكيم حر عند تخلف أحد العنصرين، مثلا لو كنا أمام منظمة تحكمية بحرية دائمة لها لوائحها التحكمية و أجهزتها الإدارية، إلا أنه ليس لها أي دور في الأشراف على تنفيذ هذه اللائحة أو حتى تنظيم و إدارة عملية التحكيم .

أيضا نكون بصدد التحكيم الحر عندما لا يوجد هيكل تنظيمي لمؤسسة تحكمية، و من ثم يتخلف العنصر الثاني لعدم وجود إشراف على سير العملية التحكمية {2}.

إذن فالتحكيم البحري المؤسسي هو التحكيم المنظم و المدار عن طريق الأجهزة الإدارية لمؤسسة تحكيم بحري، و طبقا للائحتها. و التحكيم البحري الحر هو التحكيم المنظم و المدار عن طريق الأطراف أنفسهم.

و لكن معايير التفرقة بين نوعي التحكيم لم تكن واضح المعالم، فقد وجدت اختلافا كبيرا بين الفقهاء{3}، و هذا ما أدى إلى غياب الصورة النقية لكلا النوعين، و ظهور أشكال عدة تحت كل نوع، و بالتالي تضييق الفارق بينهما.

---

(1) - **د/عاطف محمد ألفقي**،مرجع السابق، ص85

(2) - **د/ محمد ترك**،مرجع السابق، ص 408.

(3) - فالجدير بالذكر أن كلا الفقهين la live و kassis قد أبديا اعتراضهما على هذه التفرقة حيث يقول:

- الفقيه الأول: "إن مصطلح التحكيم المؤسسي المقابل لمصطلح التحكيم الحر، لم يعد يستخدم لإعطاء المعنى المعتاد

و هذا ما دعا الأستاذ Berlingieriإلى القول:« إن تعبير تحكيم حر هو تعبير خادع لأنه و إن كان يعني من الناحية النظرية أن الطرفين قد ذكرا في أتفاق التحكيم كل القواعد الأساسية اللازمة لتسير التحكيم فإنهما عمليا لايفعلون ذلك، و إنما يستكمل اتفاقهما بالقواعد القانونية المعمول بها في بلد محل التحكيم. و على ذلك فأحيانا يكون الاختلاف الوحيد بين نوعي التحكيم هو أنه بينما تكون القواعد المكملة لاتفاق التحكيم في التحكيم الحر هي القواعد القانونية لبلد محل التحكيم ، فإنها في التحكيم المؤسسي تندمج صراحة في اتفاق التحكيم بإحالة الطرفين عليها و دائما تكون هنا ذات طبيعة خاصة تضعها مؤسسة التحكيم التي أحال إليها الطرفين »{1}.

فهذا الخلط بين نوعي التحكيم أدى إلى استحداث نوع ثالث من التحكيمات ، بحيث يقول الأستاذ " Fouchard ": « إن التحكيم بموجب لائحة تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

- عند الكافة، حيث اختلف الفقهاء في الإجابة على التساؤل التالي: هل التحكيم المؤسسي هو فقط التحكيم أمام مؤسسة تحكيم دائمة، والتي تحمل على عاتقها المسؤولية الملقاة عليها بواسطة الأطراف للفصل في منازعاتهم المختلفة تنظيما و إدارة للعملية التحكمية في كافة مراحلها ؟ أو يقصد به أيضا التحكيم المسند إلى مؤسسة تحكيم دائمة لا تأخذ على عاتقها تسوية النزاع بالمفهوم السابق، بل يقتصر دورها على تقديم بعض الأنشطة الإدارية كتشكيل محكمة تحكيم فقط "
- أما الفقيه الثاني فيذكر أن: "مصطلح التحكيم الحر ليس مصطلحا أحاديا منفردا ، حيث يشتمل على صور و أشكال متعددة من التحكميات ، و حيث نادرا ما يوجد في صورة خالصة، فنادرا ما نرى الأطراف قد ناقشوا في اتفاق التحكيم مختلف الأوضاع الأساسية التي تثيرها العملية التحكمية نقطة نقطة، فهم غالبا ما يعهدون إلى الغير بمهمة تعيين المحكمين ثم يتفق الأطراف على الباقي، أو فضلا عن ذلك يعهدون إلى الغير بمهمة تحديد الإجراءات التحكمية، أو تحديد مكان التحكيم أو ميعاده أو القانون المطبق على الموضوع إلى غير ذلك من المهام التي قد ينظمها الغير، على أن ينظم الأطراف باقي النقاط .و كذلك الأمر بالنسبة للتحكيم المؤسسي حيث يندرج تحته صور مختلفة ، فالأطراف في التحكيم المؤسسي يمكنهم القيام بأنفسهم بمهمة تعين المحكمين، أو أن يطلبوا إلى مؤسسة التحكيم التي تقوم بمهمة تعين المحكمين ضرورة توافر شروط معينة في هؤلاء المحكمين المختارين، كما قد يقوم الأطراف بالاتفاق على القانون المطبق تاركين الباقي بعد ذلك على المؤسسة التحكمية و لائحتها..... ".
- أنظر:

- **د/ عاطف ألفقي**، مرجع سابق، ص 86.
- **د/ محمد ترك**، مرجع سابق، ص 410.

(1) - **د / فوزي محمد سامي** ، التحكيم التجاري الدولي ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان 1997 ، ص 143 .

- **أ / عبد الحميد الحسيني** ، مرجع سابق ، ص44.

"اليونسترال "و التي تسمح للأطراف عند عدم الاتفاق على تعين المحكم، أو عند تخلف المدعي عليه عن تعين محكمه إذا كانت محكمة التحكيم مشكلة تشكيلا ثلاثيا، أو للمحكمين المختارين سلفا من قبل الأطراف عند عدم اتفاقهما على تعين المحكم الثالث ، باللجوء إلى سلطة تعين يحددونها اتفاقا أو يحددها الأمين العام لمحكمة التحكيم الدائمة بلاهاي.و هو تحكيم يمكن أن نطلق عليه مصطلح "تحكيم نصف مؤسسي" Arbitrage semi organisé » {1}، {2}.

في رأينا أن وجود مؤسسة تحكيم تشرف و تدير العملية التحكمية ، أي توافر كلا العنصريين هو ما يميز التحكيم البحري المؤسسي عن التحكيم البحري الحر ، و منه فهو معيار كافي للتفرقة بين نوعي التحكيم البحري . و وفقا لهذا المعيار نكون أمام التحكيم البحري المؤسسي إذا تم أمام غرفة التحكيم بباريس ، أو المنظمة الدولية للتحكيم بباريس ، أو غرفة اللويدز للتحكيم البحري بلندن ، لأن المعيار هنا يتحقق بعنصريه .

و نكون أمام التحكيم البحري الحر إذا تم أمام جمعية المحكمين البحريين بلندن ، أو جمعية المحكمين البحريين بنيويورك ، أو بموجب لائحة اليونسترال . و هذا ما سنتعرض له في ما يلي:

ثانيا : مراكز التحكيم البحري المؤسسي

كما قلنا سابقا أن معيار التفرقة بين نوعي التحكيم البحري ، يتم من خلال توافر عنصرين أو شقين بحيث الشق الأول يتمثل في وجود مركز تحكيم دائم ، و الشق الثاني في قيام هذا المركز بالإشراف و إدارة العملية التحكمية، و هذا المعيار بشقيه ينطبق في المراكز التالية:

---

(1) - **د/ عاطف ألفقي**، مرجع سابق، ص 88.

(2) - و في هذا المجال يرى الدكتور **عاطف ألفقي** أنه رغم تعدد أشكال التحكميات الداخلة تحت كل نوع من نوعي التحكيم البحري ، و رغم إعطاء الحرية للأطراف في المشاركة في التحكيم المؤسسي ، و رغم وجود بعض المؤسسات التحكمية التي يقتصر دورها على تعين المحكم أو هيئة التحكيم بناءا على رغبة الأطراف ، إلا أنه لا يوجد سبب للخلط بين نوعي التحكيم ،ولا ضرورة لاستحداث نوع ثالث و الذي يسمى بالتحكيم الحر المنظم أو النصف مؤسسي ، لأن معيار التفرقة يتمثل في عنصرين كما ذكرنا سابقا يجب توافرهما في التحكيم المؤسسي . بحيث يتمثل العنصر الأول في وجود مركز تحكيم دائم بهيكله العضوي و التنظيمي ، أما العنصر الثاني فيتمثل في قيام هذا المركز عن طريق سكرتاريته و أجهزته الإدارية بتنظيم و إدارة العملية التحكمية ، و الإشراف عليها إلى غاية إصدار القرار ألتحكمي. و بالتالي نكون أمام تحكيم بحري مؤسسي عندما يتوفر هذا المعيار بعنصريه، و نكون أمام تحكيم بحري حر عند تخلف أحد العنصرين.

1- غرفة التحكيم البحري بباريس

يعتبر التحكيم البحري أمام غرفة التحكيم بباريس{1} تحكيما مؤسسيا بسبب توافر معيار التفرقة بشقيه، و هذا ما سنحاول تبيانه من خلال ما يلي :

أـ الشق الأول: مـــؤســـــسة تحـــكيم بحـــــري

هذه الغرفة متخصصة في المجال البحري، تضم بين عضويتها كافة التخصصات البحرية من ملاك السفن، و السماسرة البحريين، و الوكلاء البحريين، و مقاولي الشحن و التفريغ، و شركات بناء السفن و المؤمنين البحريين، و أي تجمع يهتم بشكل مباشر أو غير مباشر بالنقل البحري، و الانضمام للجمعية العامة للغرفة يفصل فيه مجلس إدارتها بصفة نهائية، و يتكون هذا المجلس من 16 عضوا على الأقل يتم اختيارهم بواسطة الجمعية العامة للغرفة، عن طريق الاقتراع السري وبأغلبية الأصوات يجدد نصفهم كل عام.

ومن بين هؤلاء الأعضاء 16 ينتخب منهم مجلس الإدارة لتكوين لجنة الغرفة، رئيسا و نائبا للرئيس و أمينا للصندوق لمدة عامين. و لغرفة التحكيم البحري بباريس قائمة محكمين تشمل فرنسيين و أجانب، ولائحة تحكيم يضعها مجلس الإدارة وله الحق في تعديلها إذا قضت الضرورة ذلك {2}.

ب ـ الشق الثاني : تدخل الغـرفة في سيـر العـمليـة التحـكميـة

لغرفة التحكيم البحري بباريس سكرتارية تقوم بعملية التحضير، وذلك لإتمام عملية التحكيم سواء من تلقي طلبات التحكيم و إجراء الاتصالات بين الأطراف، وبينهم وبين المحكمين، و إرسال كافة الإعلانات و المذكرات و المستندات ، فهي حلقة وصل بين الأطراف و المحكمين ، و تقوم بمراعاة التقيد بالمواعيد المقررة بلائحة التحكيم لكل إجراء يراعى فيه ميعادا معينا، و ما يتبع ذلك من جزاءات نظير مخالفة تلك المواعيد، و تحديد الرسوم و الأتعاب و القيام بتوزيعها على الخصوم.

---

(1) - Chambre arbitrale maritime de Paris . France.

- غرفة التحكيم البحري بباريس تم تأسيسها عام 1929 بموجب قانون 1 يوليو 1901، بواسطة اللجنة المركزية الفرنسية لمجهزي السفن. ثم توقف نشاطها بسبب اندلاع الحرب العالمية الثانية ثم أعيد تضيمها من جديد في 8 نوفمبر 1966.

(2) - **د/ محمد ترك** ، المرجع السابق ، ص413.

- **د/عاطف محمد ألفقي** ، المرجع السابق ، ص 92.

كذلك تقوم لجنة الغرفة بواجب المساعدة في تعين المحكمين، فعندما تكون هيئة التحكيم مكونة من ثلاث محكمين فإن على كل طرف أن يعين محكمه وتعين الجنة العامة للغرفة المحكم الثالث، وعند عدم اتفاق الطرفين على المحكم الوحيد وكذلك عند تخلف أحد الطرفين عن تعين محكمه في حالة التشكيل التعدد لهيئة التحكيم، تقوم الجنة بهذا التعين. كما تعين اللجنة جميع أعضاء هيئة التحكيم إذا كان هذا التحكيم إستئنافيا، كما تتولى هذه اللجنة البث في طلبات رد المحكمين بقرار غير مسبب، و إذا قدم الأطراف طلبا لتعيين محكم من خارج القائمة تحتفظ الغرفة بحقها في رفضه أو قبوله دون إبداء أسباب للرفض {1}.

كما يتم مناقشة حكم التحكيم عن طريق لجنة الغرفة بعد تقديمه لها من قبل المحكم أو هيئة التحكيم قبل إعلانه، بحيث لها الحق في أن تطلب من الهيئة أن تدخل عليها التعديلات التي تراها مناسبة، أو أن تنظر إلى القضية من منظور أخر .

و أخيرا يفصل المحكمون في القضايا باسم الغرفة بعد توقيع الحكم من رئيس الغرفة، و تحفظ نسخة من الحكم في الغرفة بحيث لها الحق في الإعلان أو عدم إعلان الأحكام، و كل ذلك مع مراعاة السرية في ذكر أسماء الأطراف أو اسم السفينة {2}.

و هكذا فإن غرفة التحكيم البحري بباريس بهيكلها التنظيمي و الإداري، تتدخل في العملية التحكمية منذ تلقي الطلب و حتى صدور القرار، ويصل تدخلها إلى حد إمكانية طلب التعديل و هي بذلك تعتبر صورة صارخة من صور تدخل الغرفة في العملية التحكمية.

2 . المنظمة الدولية للتحكيم البحري

و في هذه المنظمة يتوفر أيضا شقي المعيار كما يلي:

أ ــ الشق الأول: مــؤســسة تحــكــيــم بحــري

نتيجة لازدياد المنازعات البحرية كما و تعقيدا، و لكي تتم مجاراة و مسايرة متطلبات والاهتمامات البحرية، قامت غرفة التجارة الدولية "CCI"، و اللجنة البحرية الدولية "CMI" بوضع لائحة تحكيم

---

(1) - المدتان "6" و "15" من لائحة تحكيم غرفة التحكيم البحري بباريس .

(2) - **د/عاطف محمد ألفقي** ، المرجع السابق ، ص 94.

بحري تعرف بلائحة تحكيم CMI،CCI و ذلك عن طريق خبراء من غرفة التجارة الدولية واللجنة البحرية الدولية. و تطبيق هذه اللائحة يقع على عاتق منظمة تحكيم جديدة عرفت باسم "المنظمة الدولية للتحكيم البحري"، هي منظمة دولية وليست فرنسية، لكن مقر اللجنة الدائمة و مقر السكرتارية الخاصة بالمنظمة يوجد بفرنسا {1}.

و تتكون الجنة الدائمة من 12 عضوا، تعين غرفة التجارة الدولية نصفهم، و تعين اللجنة البحرية الدولية النصف الثاني لمدة ثلاث سنوات، أما رئيس اللجنة الدائمة فيتم اختياره بالتعاون بين غرفة التجارة الدولية و اللجنة البحرية الدولية.كما يعين نائبين للرئيس نعين غرفة التجارة الدولية واحدا و الأخر تعينه اللجنة البحرية الدولية من بين أعضاء اللجنة الدائمة، أما السكرتارية فتختارها غرفة التجارة الدولية{2}.

ب ـ الشق الثاني: تدخل المنظمة في سير العملية التحكمية

تتدخل المنظمة الدولية للتحكيم في سريان العملية التحكمية من جوانب عدة أهمها :

1. المساعدة في تعيين المحكم أو في تشكيل هيئة التحكيم، حيث تحل اللجنة الدائمة محل الطرف المتخلف في تعين محكمه في حالة تشكيل هيئة التحكيم من ثلاث محكمين.
2. تفصل اللجنة الدائمة في عدد المحكمين عندما لا يتفق الأطراف مسبقا على ذلك
3. تفصل الجنة الدائمة كذلك في مشاكل رد المحكمين، أو استبدالهم إذا قدم الأطراف اعتراضات على أشخاص محكمين،أو قامت بالمحكم ظروف تمنعه من الاستمرار كالوفاة مثلا أو غير ذلك {3}.

و للمنظمة سكرتارية يقع مقرها في غرفة التجارة الدولية، و هي التي تسهر على تطبيق لائحة التحكيم، و تلقي الطلبات و المستندات و الملفات و المذكرات من الأطراف و محاميهم، كما تقوم بإجراء كافة الاتصالات بين الأطراف و مستشاريهم و محكميهم .

كما أن اللجنة الدائمة للمنظمة الدولية تحدد أتعاب و رسوم نفقات كل عملية تحكمية. فمن خلال كل هذا يتبين لنا بشكل واضح الوجه المؤسسي للمنظمة الدولية للتحكيم البحري، و ذلك بوجود هيكل

---

(1) ـ **د/ عاطف محمد ألفقي** ، المرجع السابق ، ص 95.

(2) ـ **د/ محمد ترك**، المرجع السابق، ص 414.

(3) ـ المادة "6" من لائحة تحكيم المنظمة الدولية للتحكيم البحري أشار إليها **د/ عاطف ألفقي**، المرجع السابق، ص 95.

إداري و تنظيمي يشرف على تطبيق لائحتها ويقوم بدور فعال في سير التحكيم بتنظيمه و إدارته {1}.

3ـــ غرفة اللويدز للتحكيم البحري

تعتبر غرفة اللويدز للتحكيم البحري بلندن من أقدم مؤسسات التحكيم البحري المتخصصة في منازعات الحوادث البحرية.

أـــ الشق الأول : مـــؤســـسة تحـكـيـم بحـري

غرفة اللويدز للتحكيم البحري بلندن هي من المؤسسات التحكمية الشهيرة، وعلى الأخص في منازعات المساعدة البحرية و الإنقاذ و تدار عن طريق مجلس إدارة و سكرتارية، و بها قائمة من المحكمين المتخصصين و نماذج شهيرة مثل:

- ✓ نموذج اللويدز للمساعدة البحرية و الإنقاذ
- ✓ نموذج اللويدز لتسوية قضايا التصادم البحري
- ✓ نموذج اللويدز لتسوية الخسارات البحرية المشتركة {2} .

ب ـ الشق الثـاني: تدخـل الغرفـة في سـير العـملية التحكـمية

يظهر الوجه المؤسسي لغرفة تحكيم اللويدز في تنظيمها الكامل للعملية التحكمية، و ذلك عن طريق قيام سكرتاريتها بالسهر على تنظيم و إدارة التحكيم، كما تقوم بإجراء الاتصالات اللازمة بين الأطراف و مستشاريهم و المحكمين، و تقدير رسوم و نفقات التحكيم كما تقوم بتعيين المحكم الذي يفصل في النزاع و ذلك من جانبها فقط. وكذلك تنظيم وإدارة حالات الاستئناف على حكم المحكم، كما يتم تطبيق القانون الإنجليزي على التحكيم. ولعله من أسباب شهرة غرفة اللويدز للتحكيم البحري هي محكميها لأنهم من خيرة المحكمين ذو خبرات واسعة، وكذلك عدالة حكمهم.

بعد استعراض أهم مراكز التحكيم البحري المؤسسي {3}،و بعد أن اتضح لنا جليا توافر عنصري

---

(1) ـ **د / عاطف محمد ألفقي** ، المرجع السابق، ص 96,97.

(2) ـ **د / محمد ترك** ، المرجع السابق ، ص 414.

(3) هناك أيضا مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، و مركز تحكيم دول مجلس التعاون الخليجي، و مركز تحكيم الرباط الذي أنشأته الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري، و الهيئة الأمريكية للتحكيم A.A.A و محكمة لندن للتحكيم الدولي L.C.I.A....الخ..

التحكيم المؤسسي أو شقي معياره، ننتقل إلى الفرع الثالث لاستعراض أهم مراكز التحكيم البحري الحر

ثالثا : مراكز التحكيم البحري الحر

عندما نطبق معيار التفرقة بين نوعي التحكيم البحري بعنصريه أو شقيه، يتضح لنا أن التحكيم البحري الحر هو التحكيم الحر بمعناه البحت المنظم و المدار من قبل الأطراف. فنكون أمام التحكيم البحري الحر إذا تخلف المعيار بشقيه، كما سنبين ذلك في التحكيم بموجب لائحة اليونسترال، و كذلك إذا تخلف أحد شقي المعيار أو بالمعنى الأصح الشق الثاني و المتمثل في تدخل مؤسسة التحكيم في تنظيم و إدارة العملية التحكيمية، و هذا ما سنراه من خلال جمعية المحكمين البحريين بلندن، و جمعية المحكمين البحريين بنيويورك.

1. جمعية المحكمين البحريين بلندن

أ ـــ الشق الأول: مؤســـسة تحكيـــم بحـــري

تأسست جمعية المحكمين البحريين بلندن عام 1960، و أخذت طريقها كغرفة تحكيم بحري للمحكمين البحريين لمؤسسة البلطيق للتجارة و التبادل، و تضم تقريبا خميسين من الأعضاء المؤسسين بالإضافة إلى حوالي 200 من الأعضاء الآخرين كالمحامين و المستشارين القانونيين و مجهزي السفن و غيرهم.

ولهذه المؤسسة لائحة تعرف بقواعد جمعية لندن للمحكمين البحريين 1987 و المعدلة سنة 1991، و لائحة للمنازعات الصغيرة و التي لا تزيد قيمة النزاع فيها عن حد معين تبسيطا للإجراءات، و تقليلا للنفقات في تحكيم المنازعات البسيطة {1}.

ب ـ الشق الثاني: تدخل الجمعية في سير العملية التحكيمية

لا تقوم هذه الجمعية بأي دور في تنظيم و إدارة العملية التحكيمية، أو حتى الأشراف على سيرها، غير أنها تقوم بتسهيل اختيار المحكمين البحريين و ذلك من بين أعضائها عن طريق وضع قائمة خاصة بهم ليتم الاختيار منها عن طريق أطراف العملية التحكيمية و تحدد لائحة التحكيم الخاصة بالجمعية

---

(1) – **د/ عاطف الفقي**، مرجع سابق، ص 101.

لكي يسير المحكم أو هيئة التحكيم بموجبها كما تقوم الجمعية بإمداد هيئة التحكيم بالنصائح و المشورة، و ذلك بناءا على طلبها فيما يتعلق بالعملية التحكيمية. و تعتبر هذه الجمعية حلقة وصل بين المنظمات و التجمعات البحرية الأخرى و كافة التخصصات التي لها علاقة بالعملية التحكيمية{1}.

أي أنه يمكن القول أن الجمعية تقوم بتجهيز قائمة من المحكمين الأكفاء، وإمدادهم بلإستشارة و المشورة في كافة ما يطلبونه دون تدخل من الجمعية في عملهم، بل بناءا على طلبهم ومن ثم فإن الجمعية لا تقوم بأي تدخل في سير العملية التحكيمية سواء عن طريق الإدارة أو التنظيم، ولا تقوم بإجراء أية اتصالات بين الأطراف أو بينهم وبين المحكمين إلا إذا طلب منها ذلك، كون أن العملية التحكيمية تسير وفق ما يتفق عليه الأطراف أو مستشاريهم، كما أن الجمعية لا تتدخل فيما يتعلق بتحديد مكان عقد أو مواعيد الجلسات {2}.

كما أن الجمعية لا تقوم بنشر أي أحكام تحكمية إلا إذا تم الاتفاق على ذلك بين المحكم و الأطراف. و من ثم بناءا على ما سبق ذكره، يتضح لنا عدم وجود أي تدخل من قبل الجمعية أو أجهزتها الإدارية، في أي مرحلة من مراحل سريان العملية التحكيمية، بل يقتصر دور الجمعية في تعين المحكمين إذا طلب منها ذلك و في الإمداد بالاستشارات و المعونات الفنية فقط. كذلك القيام بعملية تقدير الرسوم و النفقات المطلوبة لسير العملية التحكيمية، لذلك يمكننا القول أن جمعية لندن للتحكيم البحري لا تتدخل مطلقا في سير العملية التحكيمية، و منه فالتحكيم البحري في لندن بموجب لائحة جمعية المحكمين البحريين هو تحكيم بحري حر{3}.

2ـــ جمعية المحكمين البحريين بنيويورك

أـــ الشق الأول: مؤســـسة تحكيـــم بحـــري

تأسست جمعية المحكمين البحريين بنيويورك عام 1963، بواسطة مجموعة مكونة من 9 أفراد لهم خبرة بالتحكيم و هم من السماسرة المرخصين، ووكلاء السفن التجارية، شعروا بضرورة تكوين مؤسسة تقوم بعملية التحكيم البحري بطريقة رسمية.

---

(1) - ذكره: **د/ عبد الحميد الحسيني** ، المرجع السابق ، ص 60.

(2) - المادة "8" من لائحة جمعية لندن للمحكمين البحريين لسنة1987 المعدلة عام 1991.

(3) - **د/ محمد ترك**، المرجع السابق ، ص 417.

و يمكن لهذه المؤسسة توفير مجموعة من المحكين المحنكين يمكن اللجوء إليهم في هذا المجال، مع توافر الثقة في كفاءتهم في نظر المنازعات و الفصل فيها فيما يتعلق بهذا

المجال المتخصص إلى حد ما. و بمرور السنوات ازداد حجم الأعضاء في الجمعية حتى بلغ حد 120 عضوا، و قد قامت الجمعية بوضع لائحة تحكيم و قواعد تمثل المبادئ الحاكمة لسلوكيات المحكم و لائحة تحكيم للمنازعات الصغيرة{1}.

ب - الشق الثاني: تدخل الجمعية في سير العملية التحكيمية

إن الأمر هنا لا يختلف كثيرا عن جمعية المحكمين البحريين بلندن، فهذه الجمعية{2}، لا تحتفظ لنفسها بأي دور في تنظيم و إدارة العملية التحكيمية، حيث تتم كافة الاتصالات بين أطراف العملية التحكيمية مباشرة بعيدا عن الجمعية، حيث نجد الاتصال يتم بين طالب التحكيم و الطرف الأخر عن طريق طلب مقدم من الأول إلى الثاني مبينا فيه طبيعة النزاع وقيمته النقدية، و مدى التعويض المطلوب إلى غير ذلك من البيانـات{3}. ويقع على عاتق المحكم تحدد أجره، كما له الحق في استفاء حقه قبل بدء العملية التحكيمية أو حسب الاتفاق إن جمعية المحكمين البحريين بنيويورك لا تشرف بنفسها على تطبيق لائحتها وليس لها أي دور في تسير العملية التحكيمية.

كل ما في الأمر أن لهذه الجمعية لائحة تحكيمية تشتمل على مجموعة من القواعد و الأحكام للاسترشاد بها دون أدنى تدخل منها، و إن كانت هناك ضرورة للتدخل فتأتي بطلب المساعدة من المحكمة الأمريكية المختصة بعد طلب من الخصوم أو مستشاريهم أو المحكمين. و لهذا فإن التحكيم وفقا لهذه الجمعية هو تحكيم بحري حر{4}.

---

(1) - **د/ عاطف ألفقي** ، مرجع سابق ، ص 105

(2) - و يذكر أن جمعية المحكمين البحريين بنيويورك هي جمعية مهنية وليست جمعية هدفها الربح، كما أنها تقوم بتدريب أعضائها على ممارسة العملية التحكيمية عن طريق الدورات المختلفة، كما تتمتع بوجود لائحة تحكيمية إلا أن هذه اللائحة ليست لها صفة الإلزام، حيث يعتمد الاستعانة بها على طلب أطراف العملية التحكيمية.

(3) - **د/ محمد ترك** ، مرجع سابق ، ص 418.

(4) - **أ/ عبد الحميد الحسيني** ، مرجع سابق ، ص 64.

3. التحكيم البحري بموجب لائحة تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي «اليونسترال 1976 »

قامت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بوضع لائحة تحكيم نموذجية، و هي اختيارية و شاملة وهي ما يطلق عليها "لائحة اليونسترال"، تحتوي على العديد من القواعد و الأحكام القادرة على تسير العملية التحكيمية، و هذه اللائحة في متناول الجميع من الأطراف أو المحكمين للسير على قواعدها وأحكامها في أي عملية تحكيمية.

كما يمكن للأطراف الأخذ ببعض نصوصها فقط وترك البعض الأخر حسب رغباتهم، أو حتى زيادة نصوص أخرى عليها و هذا كله خاضع لإرادة الأطراف {1}.

و هكذا فإن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لم تنشأ مؤسسة تحكيمية، بل وضعت لائحة اختيارية، أما فيما يتعلق باللجوء إلى السكرتارية العامة لمحكمة التحكيم الدائمة بلاهاي فما ذلك إلا لأسباب محدودة تتمثل في تعين سلطة لتعيين المحكم أو المحكمين عند عدم الاتفاق على التعين بين الأطراف مباشرة، أو لتقدير نفقات التحكيم، أو الفصل في مسألة رد المحكم، حيث لو أعتبر أن هذه المحكمة مؤسسة تحكيم دائمة "الشق الأول" غير أن قصور دورها فقط على تعيين سلطة التعيين يجعلها عاجزة عن تنظيم و إدارة العملية التحكيمية "عدم تحقق الشق الثاني" {2}.

لذلك يمكن القول أن التحكيم البحري وفقا لائحة التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "اليونسترال" هو تحكيم حر.

---

(1) - **د / محمد ترك** ، مرجع سابق ، ص 418.

(2) - أنظر:

- **أ/ عبد الحميد الحسيني** ، مرجع سابق ، ص 67.
- **د/ عاطف ألفقي** ، المرجع السابق ، ص 109.

المطلب الثاني

الشروط الشكلية و الموضوعية لصحة شرط التحكيم

رأينا أن شرط التحكيم سواء كان وارد بشكل بند من بنود العقد الأصلي، أم بوثيقة مستقلة عن هذا العقد، فهو يتطلب لصحته توافر الأركان العامة للعقود كالرضا الخالي من العيوب، المحل و السبب المشروع. و نضرا لخطورة أثاره خاصة منها إبعاد ولاية القضاء الوطني، و عقد اختصاص قضاء خاص مجسد في هيئة تحكيمية تتولى الفصل في المنازعات القائمة بين الأطراف، تم وضع بعض الشروط الخاصة باتفاق التحكيم ـ بما أن شرط التحكيم هو إحدى صور اتفاق التحكيم فإن شروط صحة هذا الأخير تنطبق على شرط التحكيم ـو هذا تطبيقا للحرية المتروكة له في هذا المجال و التي كرستها الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم.

فكل دولة لها الحق في تحديد المسائل التي يمكن حلها عن طريق هذه الوسيلة، و الأشخاص المؤهلين لذلك، أي ما يسمى بالقابلية الموضوعية و الشخصية لتحكيم، و كذلك الشروط الشكلية، و هذا يكون وفقا للقانون الذي يحكم هذا الشرط.

الفرع الأول

الشروط الشكلية لصحة شرط التحكيم

يشترط في شرط التحكيم الكتابة، و هي من الشروط الشائعة في مختلف التشريعات الداخلية و الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم، فنادرا ما نجد تشريعا لا يشترط الكتابة في إتفاق التحكيم{1}.

أولا : موقف الأنظمة الوضعية لبعض الدول من كتابة شرط التحكيم

إن شرط التحكيم ليس كالعقود الأخرى، فأطرافه يلتزمون مسبقا بالخضوع للحكم التحكيمي الذي يصدره الغير. و بالتالي فمن الطبيعي أن يلتزم الأطراف بالتعبير عن إرادتهم بصفة واضحة لا تدع مجالا للشك و هذا ما دفع ببعض الأنظمة القانونية إلى فرض بعض الشروط الصارمة على شكل و إثبات شرط.

---

(1)- د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، مصر2000 ص 76.

التحكيم{1}. لذلك تقضي بعض الأنظمة الوضعية بضرورة كتابة شرط التحكيم، بحيث يكون باطلا بطلانا مطلقا إذا لم يكن مكتوب

و لكن هنالك بعض الدول التي تتبع النظم الأنجلوساكسونية و التي لم تجد مبررا لإخضاع شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم بصورتيه بصفة عامة، لشكل معين يميزه عن سائر التصرفات القانونية التي تخضع لمبدأ الرضائية و التي تكزن الكتابة فيها مجرد وسيلة إثبات{2} اتجاه إرادة الأطراف إلى اللجوء إلى التحكيم، و يجد موقفهم هذا أساسه في نظرتهم للتحكيم باعتباره نظاما للتقاضي يوازي قضاء الدولة و ليس مجرد استثناءا له{3}.

و نذكر على سبيل المثال أن قوانين التحكيم في كل من إنجلترا و الولايات المتحدة الأمريكية، تقرر أن شرط التحكيم يجب أن يكون مكتوبا. فقد نصت المادة 32 من قانون التحكيم الإنجليزي لعام 1950 معرفة اتفاق التحكيم بأنه " اتفاق مكتوب ". وكذلك ما نص عليه قانون التحكيم الإنجليزي لعام 1975 في المادة 07 منه أن اتفاق التحكيم هو: "اتفاق مكتوب يشمل الاتفاقيات الضمنية عن طريق تبادل الخطابات أو البرقيات لإخضاع المنازعات الحالة أو المستقبلة على التحكيم. "

وكذلك ما نص عليه قانون التحكيم الفدرالي الأمريكي 1925 في المادة 2 تحت عنوان "صحة و نهائية و نفاذ اتفاقات التحكيم" على أنه: "أي نص مكتوب وارد في معاملة بحرية يقرر عرض المنازعات التي ستنشأ عنها، أو المنازعات الناتجة عن عدم تنفيذها كليا أو جزئيا على التحكيم. أو أي اتفاق مكتوب يقرر عرض أي خلاف ناتج عن هذه المعاملة، أو عن عدم تنفيذها كليا أو جزئيا على التحكيم سيكون صحيحا و نهائيا و نافذا"{4}.

---

(1) - DAVID(R) , op-cit, p 270.

(2) - الكتابة نوعان كتابة لازمة للانعقاد و الكتابة كشرط للإثبات فالكتابة اللازمة للانعقاد هي شرط ضروري لوجود التصرف قانونا، و تخلفها يعني نقص ركن من أركانه و انعدام أثره نتيجة لبطلانه. أما الكتابة كوسيلة للإثبات فلا يؤثر انعدامها على وجود التصرف القانوني أو العقد بل يكون هذا العقد موجودا و منتجا لأثره. فإذا طرفي هذا العقد اعترفا به لم يكن في حاجة إلى إثباته بالكتابة كما يمكن أن يحل محل هذا الدليل الكتابي الإقرار أو اليمين الحاسمة. **ـ د/ جميل الشرقاوي**، الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية القاهرة،1976ص 38.

(3) - **د/ مصطفى محمد الجمال و د/عكاشة محمد عبد العال**، مرجع سابق، ص 373.

(4) – **د/ عاطف الفقي**، مرجع سابق، ص 213.

وهكذا فإن قوانين التحكيم في إنجلترا، و الولايات المتحدة الأمريكية تقرر أن اتفاق التحكيم يجب أن يكون مكتوبا، و لكن هذه القوانين مرنة جدا فيما يتعلق باستلزام هذا الشكل المكتوب، بحيث ليس من الضروري إبرام اتفاق التحكيم في وثيقة واحدة، فيمكن أن ينتج عن تبادل خطابات أو برقيات أو تلكسات، أو أية وثائق أخرى متبادلة بين الأطراف المتعاقدة، فيكفي عزم الأطراف على الارتباط باتفاق تحكيم مكتوب، بنية واضحة{1}.

وبالتالي فإن الكتابة في هذه الدول مشترطة للإثبات، فقط و ليس لانعقاده، حيث لم ترتب جزاء البطلان على تخلف الشكل المكتوب.

لكن الدول ذات التقاليد اللاتينية أحاطت شرط التحكيم بضمانات معينة، أهمها وأكثرها شيوعا إخراجه من دائرة التصرفات الرضائية و جعله تصرفا شكليا، بهدف التحقق من أن إرادة الأطراف قد اتجهت فعلا إلى التحكيم. و هذا يرجع بتقدير جانب من الفقه إلى الآثار الخطيرة و الهامة في نفس الوقت التي تنتج عن هذا الشرط في حالة الاعتراف بصحته. خاصة منها سلب الاختصاص من المحاكم الوطنية المختصة أصلا بفض النزاع{2}. فالكتابة في هذه الأنظمة تعد ركنا شكليا من أركان وجود شرط التحكيم و صحته.

ففي مصر مثلا تنص المادة "12" من قانون التحكيم على ما يلي: " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا و إلا كان باطلا. و يكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان، أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو تلكسات أو برقيات، أو غيرها من وسائل الاتصالات المكتوبة"{3}. فالكتابة المقررة هنا هي لازمة لانعقاد اتفاق التحكيم وليس لإثباته فقط، وهذا لأن جزاء تخلفها هو بطلان اتفاق التحكيم.

---

(1) - كما لا يوجد أي نص خاص في هاذين القانونين يستلزم توقيع الأطراف على أتفاق التحكيم و الراجح أنه طالما أن الأطراف عزموا على الارتباط باتفاق تحكيم، و بما أن شرط الكتابة متوفر في هذا الاتفاق فإنه لا يحتاج إلى توقيع الأطراف حتى يكون صحيحا . - **د/ عاطف ألفقي**، المرجع السابق، ص 213.

(2) - **TERKI(N)**، «Décret de 1993. Changement de cap. Revue LICCAL» C.A.C.I N[12]. Mars 2001.

(3) - المادة 12 من القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 في شأن التحكيم في المواد المدنية و التجارية.

و في فرنسا نجد المادة 1443 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي تنص على بطلان شرط التحكيم إذا لم يكن مكتوبا، إما في ورقة العقد الأصلي، وإما في ورقة أخرى يشير إليها هذا العقد{1}.

و بذلك اعتبر المشرع الفرنسي شرط التحكيم اتفاقا شكليا تلزم الكتابة لوجوده ولا يمكن إثباته بغير الكتابة، هذا في التحكيم الداخلي، أما بخصوص التحكيم الدولي فإنه لم يورد أية قاعدة تحكم شرط التحكيم من حيث الشكل، و بالتالي ليس مطلوب أي شكل خاص و لا ماهية معينة في إتفاق التحكيم الدولي{2}.

ثانيا موقف الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم من شرط الكتابة

1- **اتفاقية نيويورك 1958 :** " الخاصة بالاعتراف و تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية"، لقد سعت هذه الاتفاقية إلى تبني موفق وسط بين الموفق اللاتيني المتشدد من جهة، و اللبرالية الكاملة للدول الأنجلوساكسونية من جهة أخرى، لتقضي على التضارب السابق و عدم الاستقرار، فهذه الاتفاقية وضعت ضوابط منضبطة و عامة التطبيق في مختلف الدول الأعضاء، تكفل التحقق من وجود اتفاق التحكيم، حيث نصت المادة 2 من هذه الاتفاقية على ما يلي:

أ- "تعترف كل دولة طرف متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يتعهد الأطراف بمقتضاه أن يخضعوا للتحكيم، كافة أو أية خلافات نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم....

ب- و تعبير اتفاق مكتوب يشمل شرط التحكيم الوارد في العقد أو اتفاق تحكيم، موقع عليه من قبل الأطراف أو متضمن في تبادل للخطابات أو البرقيات."

فرغم أن النص يبدو واضحا، إلا أن الفقه قد اختلف في تفسيره بشأن مدى اعتبار الكتابة شرط وجود اتفاق التحكيم، أم مجرد وسيلة إثباته، فذهب رأي أول إلى القول بأن شرط الكتابة المنصوص عليه في المادة 02 من هذه الاتفاقية يعتبر شرط لصحة شرط التحكيم ووجوده و ليس مجرد وسيلة إثبات

---

(1) «La clause compromissoire doit. à peine de nullité être stipulée par écrit dans la convention principale ou dans un document auquel celle-ci référé».

- و بذلك يكون القانون الفرنسي قد اشترط الكتابة لصحة شرط التحكيم، و هذا على خلاف مشارطة التحكيم، إذ أن المادة 1449 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي لم تنص على بطلان مشارطة التحكيم إذا لم تكن مكتوبة، و إنما نصت على أن إثباتها يكون بالكتابة.

(2) - د/ عاطف ألفقي، المرجع السابق، ص 215.

فقط، لأن غيابه يرتب البطلان{1}.

بينما ذهب الرأي الثاني إلى اعتبار الكتابة في مفهوم هذا النص تعد كوسيلة إثبات فقط، و غيابها لا يؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم، مستندا في ذلك إلى غياب عبارة "بطلان" في هذه المادة{2}.

و بعبارة أخرى فإن هذه المادة، لم ترتب البطلان على غياب شرط الكتابة كما فعلت بعض التشريعات الأخرى، كالتشريع الجزائري كما سنرى، و التشريع المصري و كذا التشريع الفرنسي فيما يخص التحكيم الداخلي. و يبدو أن أصحاب هذا الرأي متأثرين بدعاة التفسير الليبرالي للمادة 02 من هذه الاتفاقية و لكن "هذا التفسير الليبرالي يخص فقط إمكانية تطبيقها خارج إجراءات التنفيذ و الاعتراف{3}."

2- **اتفاقية هامبورغ 1978** : تعتبر هذه الاتفاقية كأول نص دولي، يختص بالتحكيم في المنازعات البحرية، و قد قررت في مادتها 22 فقرة 1 أنه : " يجوز لطرفان النص باتفاق مثبت كتابة، على أن يحال إلى التحكيم أي نزاع قد ينشأ فيما يتعلق بنقل البضائع بموجب هذه الاتفاقية. " فالنص إذن في هذه الاتفاقية واضح و صريح على أن الكتابة اللازمة لاتفاق التحكيم هي للإثبات، أما بالنسبة لاتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بعقود النقل الدولي للبضائع عن طريق البحر كليا أو جزئيا و المعروفة بقواعد روتردام فلم تأتي بأي نص فيما يخص هذه المسألة.

3- **القانون النموذجي للتحكيم 1985** ،نص هذا القانون في المادة 07 فقرة 1 منه على أنه "يجب أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا" ثم عرف إتفاق التحكيم المكتوب بأنه "...إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال الحديثة، التي تكون بمثابة سجل للاتفاق. أو في تبادل المطالبة و الدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين وجود اتفاق التحكيم،و لا ينكره الطرف الأخر".

---

(1) - **د/ سامية راشد**، المرجع السابق، ص 235.

(2) - **د/ إبراهيم أحمد إبراهيم**، المرجع السابق، ص 82، 83.

(3) -**GLODMAN(B),** «Arbitrage Commercial International, convention d'arbitrage (généralité autonomie et principe de validité, loi applicable)», juris- clas. Drt. Iter, fascicule 586-4 p 12.

و بالتالي فإن القانون النموذجي 1985 حسب رأي الدكتور "عاطف ألفقي" لم يرتب جزاء البطلان على تخلف الشكل المكتوب، حيث وضع في الاعتبار أن هذا القانون النموذجي قد وضع كنموذج يحتذى به عن طريق كافة الدول التي تتطلب ضرورة توافر الشكل المكتوب لإبرام اتفاق التحكيم{1}.

4- لائحة تحكيم اليونسترال 1976: هذه اللائحة ترى أن شرط الكتابة ضروري للإثبات لا للانعقاد،

فقد نصت المادة 1 فقرة 1 منها 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 قد يتفق عليها الطرفان كتابة".

فاللائحة لم ترتب جزاء البطلان على تخلف الشكل المكتوب في إتفاق التحكيم، و بالتالي الكتابة اللازمة لاتفاق التحكيم في مفهوم اللائحة هي لازمة لإثباته لا لانعقاده.

موقف المشرع الجزائري من شرط الكتابة:

إن انضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958، الخاصة بالاعتراف و تنفيذ الأحكام التحكيمية سنة 1988، تجعل الكتابة وسيلة إثبات في حالة المطالبة بالاعتراف أو التنفيذ ممن له مصلحة هذا من جهة.

و من جهة أخرى فإن المرسوم التشريعي 09/93، و كذا قانون رقم 09/08، قد دعم هذا الشرط باشتراط أن يكون اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان مكتوبا، و من هنا أخذ المشرع الجزائري بشرط الكتابة لانعقاد شرط التحكيم في المادة "1040 " فقرة 2 من قانون رقم 09/08، و كذا المادة القديمة " 458 " مكرر1 من المرسوم 09/93، و هي مستمدة جزئيا من نص المادة 1/178 من القانون الدولي الخاص السويسري الجديد التي تنص على أنه: «يجب من حيث الشكل و تحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم بموجب عقد كتابي».

فالكتابة بموجب القانون الجزائري هي لازمة للانعقاد و للإثبات في نفس الوقت، و الجدير بالذكر أن هذه النصوص لم تبين شكل الكتابة التي يجب أن يفرغ فيها شرط التحكيم، و هل توقيع الأطراف عليه أمر وجوبي ؟

---

(1) - د/ عاطف ألفقي، مرجع سابق، ص 218.

و للإجابة على هذا التساؤل، ذهب البعض إلى القول بأن هذه النصوص سواء المادة 1040 فقرة 1 من ق.إ.م.إ و المادة 458 مكرر1 فقرة 2 من ق.إ.م متجانسة مع المادة 2 من اتفاقية نيويورك 1958{1}، و التي تعتبر التوقيع أمر غير إلزامي، بحيث ذكرت وسائل لا يمكن تصور التوقيع فيها كالبرقيات و الخطابات المتبادلة{2}.

الفرع الثاني

الشروط الموضوعية لصحة شرط التحكيم

يلزم لصحة شرط التحكيم البحري، توافر الشروط الموضوعية الواجب توافرها في كافة العقود، من تراضي بين أطرافه المتمتعين بأهلية أو سلطة إبرام هذا الشرط، و كذا المحل المتمثل في المنازعة المعروضة على التحكيم، إضافة إلى شرط السبب الذي لا يثير أية صعوبة فيما نحن بصدد دراسته.

و لذا سنحاول من خلال هذا الفرع شرح أو تبيان أهم النقاط التي تثير بعض الإشكالات في الشروط الموضوعية الخاصة بصحة شرط التحكيم البحري.

---

(1) - لقد أوردت اتفاقية نيويورك لسنة 1958 استثناءا على وجود الكتابة و ذلك في المادة 7/1 عندما نصت على أن " لا تطعن أحكام هذه الاتفاقية في صحة الاتفاقات المتعددة الأطراف أو الثنائية التي تبرمها الدولة المتعاقدة في مجال اعتماد القرارات التحكيمية و تنفيذها و لا تحرم أي طرف معني من الحق الذي قد يستظهر به في قرار تحكيمي بالكيفية و بالقدر الذي يقبل لهما تشريع البلد الذي يستشهد بالقرار فيه أو مواثيقه ".

يفهم من هذه الفقرة أن الحكم التحكيمي الذي يصدر استنادا إلى قانون طرف متعاقد لا يشترط الشكلية في الحكم التحكيمي، و يمكن أن تنتج آثاره في بلد متعاقد آخر يشترط الكتابة و هذا استثناء من القاعدة الواردة في المادة " 1040" ق.إ.م.إ و المادة 458 مكرر1 ق.إ.م و كذلك المادة 1/2 من اتفاقية نيويورك. – أ/ **محمد كولا**، مرجع سابق، ص 119، 120.

و قد رد الأستاذ **نور الدين تركي** على هذا بقوله " ينبغي تفسير هذا الاستثناء تفسيرا محددا، و القول بأن نص المادة 1/7 من الاتفاقية تعني الأحكام التحكيمية و ليس اتفاق التحكيم الذي بنيت على أساسه هذه الأحكام التحكيمية"

TERKI(N), «L'arbitrage Commercial International en Algérie» O.P.U Alger 1999p25,

(2) - **د/ عليوش قربوع كمال**، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2001، ص33، 34.

أولا : الرضا: 1 ـــ و جـــــود الرضـــا

الرضا[1] يعتبر من أهم الشروط الموضوعية، اللازمة لصحة شرط التحكيم البحري، و يقصد به تقابل إرادة طرفي هذا الشرط على اتخاذ التحكيم وسيلة لفض المنازعات التي يمكن أن تنشأ مستقبلا بينهما. والغالب أن يقع التعبير عن هذه الإرادة صريحا، و ذلك عندما ينصون في العقد الأصلي على اللجوء إلى التحكيم عند قيام النزاع، أو عند توقيع العقد النموذجي الذي يتضمن شرط التحكيم، أو يتبادلون الوثائق المكتوبة كالرسائل و البرقيات و غيرها من وسائل الاتصال الحديثة.

و نضرا لأهمية شرط التحكيم، يلزم أن تكون إرادة الأطراف في اللجوء للتحكيم صريحة و واضحة. غير أن التعبير عن الإرادة لا يقع دائما بمثل هذه الصراحة، فيثير تفسير هذه الإرادة بعض الصعوبات.

ففي عقد النقل البحري بسند الشحن، يندر أن يتضمن سند الشحن شرط التحكيم في حين يغلب صدور هذا العقد بموجب مشارطة إيجار[2] للسفينة الناقلة، مشيرا أو محيلا إلى نصوص هذه المشارطة و

---

(1) - التراضي بصفة عامة يعتبر أساس العقد و قوامه، فلا يقوم العقد بغير توافره. و يقصد بالتراضي اتجاه الإرادة إلى إحداث الأثر القانوني المطلوب. فيقال مثلا البائع قد ارتضى البيع، و المشتري قد ارتضى الشراء. و بالنسبة للعقد يعني توافق إرادتي طرفيه على إحداث الأثر القانوني المقصود منه. و لكي يقوم الرضا بالعقد، لابد من وجود إرادة لشخص محدد يتجه إلى إحداث أثر قانوني معين، و أن يخرج هذه الإرادة إلى العالم الخارجي بالتعبير عنها، و أن تتطابق مع إرادة أخرى. – **د/ محمد صبري السعدي**، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، العقد و الإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، 2004، دار الهدى عين مليلة، الجزائر. ص 79.

أي أن التراضي الصحيح معناه تطابق إرادتين و اتجاههما إلى ترتيب أثار قانونية، طبقا لمضمون ما اتفقا عليه و من ثم فمن الضروري من إيجاب و قبول يتلاقيان على اختيار التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات التي تثور بشأن العلاقة الأصلية.

(2) - مشارطة الإيجار هي السند المثبت لعقد النقل، الذي توضع فيه سفينة معينة تحت تصرف الشاحن، و نجد في واقع العمل صورتين للمشارطات:

- الأولى: مشارطات نموذجية عامة، و هي محررات بها الشروط الدارجة مطبوعة و متروكا بعضها على بياض، ليملأها أصحاب الشأن بما يناسب ظروفهم.
- الثانية: مشارطات خاصة، تتضمن بيانات خاصة بسفن ذات تخصص معين أو لاستخدامها في عمليات معينة، و هي تحرر في كل حالة بما يناسب العملية التي توضع من أجلها، و يتدخل غالبا في تحريرها سمسار، و مثال هذا النوع "مشارطات إجار السفن الخاصة بنقل الفحم أو الأخشاب أو البترول".

من بينها شرط التحكيم{1}.و هنا تثار عدة تساؤلات من أهمها :

هل يعتبر حامل السند راضيا بشرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار ؟ و ما هي شروط توافر هذا الرضا ؟ و هل تعد الإحالة إلى الوثيقة الأخرى و التي هي مشارطة الإيجار، كافية للقول بانصراف نية الأطراف في سند الشحن إلى اختيار التحكيم الوارد فيها طريقا لحل منازعاتهم ؟ أم يجب أن تكون هذه الإحالة إلى مشارطة التحكيم هي إحالة خاصة واضحة و محددة إلى شرط التحكيم الوارد بها؟. فالعقد المبرم بين الأطراف في هذه الحالة و هو بسند شحن لا يتضمن اتفاقا على التحكيم، و إنما أشار هذا العقد إلى تطبيق عقد أخر و هو مشارطة الإيجار.

فما تأثير شرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار، على العلاقات الناشئة عن سند الشحن الذي يحيل إليها ؟ و ما تأثير هذه الإحالة الواردة في سند الشحن إلى شروط مشارطة الإيجار، على رضا الشاحن أو الغير حامل سند الشحن أو المرسل إليه ....الخ ممن لم يكونوا طرفا في مشارطة الإيجار المحال إليها{2}.

و قد تطرقت لهذه المسألة العديد من القوانين و المعاهدات الدولية و هذا ما سنحاول توضيحه فيما يلي:

أ ـ شرط التحكيم البحري بالإحالة في فرنسا: إن موقف القضاء الفرنسي ثابت و مستقر حول هذه المسألة، بحيث لا يتم الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار على حامل سند الشحن، الذي أحال إلى شروطها حتى يتوفر في حقه العلم الثابت بشرط التحكيم الوارد ضمن بنود مشارطة

- أما سند الشحن فهو ثاني وثيقة تثبت عقد النقل، ويعرف بأنه الإيصال الذي يوقع عليه الناقل أو من يمثله بتسلمه البضاعة على ظهر السفينة ـ حسب نص المادة 748 من القانون البحري الجزائري ـ و هذا السند يجب تحريره في كل الأحوال، فإذا تعلق الأمر بنقل بمشارطة إيجار وجب تحرير سند الشحن لإثبات الشحن، أما إذا تعلق الأمر بنقل بسند الشحن فقد حل هذا السند عملا محل مشارطة الإيجار، و أصبح بذلك سندا مثبتا لعقد النقل و الشحن معا.
- لمزيد من التفصيل أنضر **د/ مصطفى كمال طه**، القانون البحري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2000 ص 224.

(1) - نقلا عن **د/ عاطف ألفقي**، المرجع السابق، ص 146.

(2) - " أن هذه المسألة من المسائل التي كانت ولا زالت محلا للجدل و مناقشات معقدة و غامضة، و بعيدة عن الوضوح في القضاء و الفقه، و التي تشكل دائما للمحكمين هما كبيرا".
- ذكره: **د/ عاطف ألفقي**، المرجع السابق، ص 147.

الإيجار،و القبول اليقيني المؤكد لهذا الحامل بهذا الشرط التحكيمي. و ذلك بأن تكون الإحالة الواردة بسند الشحن هي إحالة خاصة وواضحة و محددة إلى شرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار المحال إليها، أو بأن يرفق نص المشارطة بسند الشحن، أو بأن يتم إبلاغ هذا الحامل بنص هذه المشارطة بطريقة ثابتة و مؤكدة لا تدع مجالا للشك، في أن هذا الحامل قد علم بشرط التحكيم الوارد بالمشارطة، و أبدى رضاه الكامل بهذا الشرط نظرا لخطورته، و نضرا لأنه لم يكن طرفا ي مشارطة الإيجار ليحتج بها و بنصوصها عليه. كما لم يكن شرط التحكيم مدرجا بسند الشحن الذي يحمله، وذلك حتى تنتفي شبهة عدم وجود رضا هذا الحامل أو عيوبه عن طريق إذعانه بهذا الشرط التحكيمي{1}. و يلاحظ أن القضاء الفرنسي قد أخذ بالعديد من القرائن، التي تؤكد أن حامل سند الشحن على علم تام و قبول أكيد بشرط التحكيم. و مثال على ذلك قيام حامل سند الشحن بتوجيه أوامر إلى بنكه بالدفع قرينة على موافقته على شرط التحكيم.

كما أن وجود الوقت الكافي عند حامل السند، للإطلاع على نسخة من مشارطة الإيجار يعتبر في حد ذاته قرينة على علمه التام و موافقته الأكيدة لشرط التحكيم.

هذا وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا الموقف الثابت و المستقر من خلال حكمها الصادر في دعوى سفينة Aspilos في 1985/6/4 حيث اكتفت محكمة استئناف Rouen بالاحتجاج على حامل سند الشحن بشرط التحكيم الوارد بمشارطة إيجار، بالإحالة العامة البسيطة الموجودة بالسند إلى شروط المشارطة. مقررة أن حامل السند يحتج عليه بشرط التحكيم الوارد بالمشارطة، حيث لا يمكن الدفع بعدم علمه بتلك المشارطة و نصوصها{2}.

غير أنه عندما رفع الأمر إلى محكمة النقض نقضت الحكم السابق و قررت أن " الحكم الذي يقرر أن حامل سند الشحن بالتظهير، يلتزم بشرط التحكيم الوارد في عقد المشارطة و الذي لم يكن منسوخا بسند الشحن، وكذلك عدم وجود نسخة من مشارطة الإيجار كما أنه لا يعلم شيء عن نص الشرط يعد مخالفا لنص المادة 1134{3} من القانون المدني الفرنسي. و أنه لا يمكن الاحتجاج ضده بشرط في

---

(1) Trib.Com. Nantes, 3 Avril 1980, D.M.F. 1981.p247

Aix-en – Provence 14 février. 1984. D.M.F, 1985, P542.

(2)- د/ محمد ترك، المرجع السابق، ص 517.

(3)- د/ عاطف ألفقي، المرجع السابق، ص 149.

عقد المشارطة لا توجد نسخة منها ولم تكن محلا لموافقة أكيدة من جانبه.

ثم تم إحالة القضية على محكمة استئناف باريس و التي أكدت المبدأ السابق و المستقر، مقررة أن " الإحالة البسيطة إلى نصوص و شروط و إعفاءات مشارطة الإيجار، حتى و لو حددت أنها مندمجة في سند الشحن لا تكفي للقول بوجود قبول مؤكد لدى حامل سند الشحن بشرط التحكيم، الوارد بالمشارطة طالما أن هذا الشرط التحكيمي لم يكن منسوخا بسند الشحن و لم تكن مشارطة الإيجار مدمجة في هذا السند{1}.

و هكذا فإن موقف القضاء الفرنسي متشدد في مجال العلم اليقيني، و القبول و الرضا المؤكدين من جانب حامل سند الشحن حتى يلتزم بشرط التحكيم الوارد في المشارطة التي لم يكن طرفا فيها. أي أن رضا حامل سند الشحن بشرط التحكيم وفقا للقضاء الفرنسي يجب أن يكون واضحا و صريحا.

ب ـ شرط التحكيم البحري بالإحالة في مصر: لقد تعرضت محكمة النقض المصرية مرات عديدة لهذه المسألة، قبل صدور قانون التحكيم المصري 1994 و استقرت أحكامها على أن " إحالة سندات الشحن إلى مشارطة الإيجار، سواء كانت إحالة عامة أو خاصة من شأنها أن تجعل شرط التحكيم الوارد بالمشارطة مندمجا في سند الشحن، و ملزما لحامله أو المرسل إليه باعتباره طرفا ذا شأن في سند الشحن يتكافأ مركزه ومركز الشاحن، حينما يطلب تنفيذ عقد النقل باعتباره ـ أي المرسل إليه ـ صاحب المصلحة في عملية الشحن و بالتالي يرتبط بالسند كما يرتبط به الشاحن.

كما ذهبت محكمة النقض إلى أنه لا يشترط في حالة صدور سند الشحن محيلا إحالة عامة إلى شروط مشارطة الإيجار، أن يكون الشاحن قد وقع سند الشحن الذي ليعدو أن يكون في هذه الحالة إيصالا باستلام البضاعة و شحنها، حتى يلزم المرسل إليه بشروط مشارطة الإيجار ومن بينها شرط التحكيم، و ذلك باعتباره طرفا ذا شأن في النقل يتكافأ مركزه و مركز الشاحن{2}.

وهكذا فإن موقف القضاء المصري، في هذه المسألة هو الأكثر تحررا حيث تكفي الإحالة العامة، الواردة في سند الشحن إلى مشارطة الإيجار لالتزام حامل السند بشرط التحكيم الوارد في تلك المشارطة.

---

(1) ـ **د/ عاطف ألفقي**، مرجع سابق، ص 149.

(2) ـ **د / أحمد حسني**، عقود إجار السفن، منشأة المعارف الإسكندرية، 1985، ص 323،324.

ولكن بصدور قانون التحكيم المصري 1994 حيث قرر في المادة 10{1} منه فقرة 03 أن "يعتبر اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم، إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد ".

إلا أن هذا النص لن يغير شيئا من موقف القضاء المصري،فهذا النص لا يختلف كثيرا عن النص الأصلي المستقى منه، و هو نص المادة 07 فقرة 02 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 1985، لكن هذا النص غير واضح لأنه حتى و إن أقر الإحالة العامة إلى الوثيقة المتضمنة شرط التحكيم، إلا أنه لم ينظم بطريقة واضحة شروط هذه الإحالة أو متى تكفي لإدماج شرط التحكيم الوارد في الوثيقة المحال إليها{2}.

ج - شرط التحكيم البحري بالإحالة 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 البحري بإحالة، و لم يتطرق إليها من الوثائق الدولية سوى القانون النموذجي 1985 و الذي يتفق مع ما أورده القانون المصري للتحكيم1994، و كذلك لم تتضمن اتفاقية بروكسل 1924 ولا بروتوكولها المعدل 1968، حول النقل البحري الدولي للبضائع بسند الشحن أية نصوص خاصة بالتحكيم و بالتالي لا يوجد أي نص في مسألة شرط التحكيم البحري بالإحالة{3}، و هذا ما فتح المجال إلى الاختلافات و التضارب بين الحلول القضائية المعطاة لهذه المسألة و أمام هذه الخلافات انعقدت الآمال على اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع بسند الشحن" قواعد هامبورغ " 1978{4}، لتحسم هذا الخلاف.

---

(1) - أنظر: المادة 10 من ق رقم 27 لسنة 1994 في شأن التحكيم في المواد المدنية و التجارية، السابق الإشارة إليه.

(2) - **Fouchard (Ph)**« La loi-type de la C.N.U.D.C.I sur l'arbitrage commercial international», Clunet 1987. P.884.

(3) - لقد تطرق لهذا الموضوع بعض المنظمات الخاصة بالتحكيم مثل: غرفة التحكيم البحري بباريس، حيث تبنت هذه الغرفة المبدأ الفرنسي المستقر، في قراراتها التحكيمية مقررة أنه للاحتجاج بشرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار على حامل سند الشحن، و الذي أحال إلى نصوص مشارطة الإيجار، ينبغي أن تكون هذه الإحالة واضحة و محددة إلى شرط التحكيم الوارد ضمن نصوص المشارطة المحال إليها، حيث يثبت العلم الكافي بهذا الشرط التحكيمي في حق حامل السند ليكون هذا العلم دليلا على رضاه بشرط التحكيم و التزامه به حتى لا يكون مذعنا بهذا الشرط التحكيمي.

(4) - أبرمت اتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بحرا و المعروفة بقواعد هامبورغ في 1978/3/31 و أصبحت نافذة على المستوي الدولي في 1992/12/01. و صادقت عليها العديد من الدول من بينهم مصر، بموجب القرار الجمهوري رقم 104 لسنة1979. أما الجزائر فلم تنضم لهذه الاتفاقية.

فقد نصت في المادة 22 فقرة 2 على أنه "إذا تضمنت مشارطة الإيجار نصا على إحالة المنازعات الناشئة بموجبها، إلى التحكيم و صدر سند الشحن استنادا إلى مشارطة الإيجار دون أن يتضمن ملاحظة خاصة تفيد أن هذا النص ملزم لحامل سند الشحن، لا يجوز للناقل الاحتجاج بهذا النص تجاه حامل السند الحائز له بحسن النية "{1}. فوفقا لهذا النص فإن الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار على حامل سند الشحن ستكون فقط إذا حدد بشرط واضح أنه سيحتج على حامل السند بهذا الشرط التحكيمي.

إلا أن هذه الاتفاقية تعرضت للعديد من الانتقادات في هذه المسألة لأنها لم تبين المقصود بعبارة" الشرط الواضح " مما فتح خلافا حول تفسيرها، خاصة في هذه النقطة{2}.

فقد رأى البعض أن المادة 22 من قواعد هامبورغ قررت بصفة واضحة أن صحة شرط التحكيم الوارد في مشارطة الإيجار في مواجهة حامل سند الشحن، تتوقف على إدراج شرط التحكيم صراحة في سند الشحن، حيث لا يحتج على حامل سند الشحن حسن النية بشرط التحكيم الوارد في مشارطة الإيجار إذا لم يكن هذا الشرط مدرج صراحة في سند الشحن، حتى و لو أحال السند إلى شروط مشارطة الإيجار المشتملة على شرط التحكيم{3}.

أما البعض فيرى أن تفسير المادة 22 فقرة 2 من قواعد هامبورغ، يشمل الإحالة الخاصة كما يشمل فضلا عنها الإحالة العامة إلى مشارطة الإيجار و تعينها في السند بذكر تاريخها بطريقة تحقق

---

(1) - **د/ أحمد حسني**، التعليق على نصوص اتفاقية هامبورغ، منشأة المعارف الإسكندرية، 1998 ص 222.

(2) - لقد تعرضت هذه الاتفاقية للانتقاد من قبل **د/ عاطف ألفقي**، حيث يذكر أن هذه الاتفاقية قد فتحت خلافا حول تفسيرها وذلك فيما يتعلق بمسألة شرط التحكيم البحري بإحالة سند الشحن إلى مشارطة الإيجار، و أساس هذا النقد كما قال د/ أحمد حسني يعتمد على الترجمة الغير صحيحة لنص الفقرة 2 من المادة 22 من هذه الاتفاقية و التي جاءت على النحو التالي " إذا تضمنت مشارطة الإيجار نصا على إحالة المنازعة الناشئة بموجبها إلى التحكيم و صدر سند الشحن استنادا إلى مشارطة الإيجار دون أن يتضمن شرطا واضحا و صريحا يفيد أن هذا النص يلزم حامل سند الشحن، فلا يجوز للناقل الاحتجاج بهذا اتجاه حامل السند الحائز له بحسن نية" و هذه الترجمة استبدلت عبارة "شرطا واضحا أو صريحا" بعبارة "ملاحظة خاصة" Spécial annotation و لقد تساءل صاحب هذا الرأي عن ماهية الشرط

- **د/ أحمد حسني**، المرجع السابق، ص 222.223.

(3) – D, RAY, «L'Arbitrage Maritime et les règles de Hambourg», D.M.F, 1981, p 646

ذاتيتها في السند، حيث أن الإحالة العامة هنا تعد من قبيل الشرط الواضح الوارد في الاتفاقية، و يحتج بها على حامل سند الشحن{1}. و هكذا فإن معاهدة هامبورغ لم تأت بالتوحيد المنشود حول هذه المسألة .

يجب أن يتوفر عنصر الرضا لدى من يحتج عليه بشرط التحكيم، لأن الأمر يتعلق بإبرام اتفاق تحكيمي، يستوجب الشروط الموضوعية اللازمة لصحته و أهمها الرضا أي اتفاق الأطراف على اتخاذ التحكيم وسيلة لحل منازعاتهم، وبالتالي حتى يحتج على حامل سند الشحن بشرط التحكيم، لابد له أن يكون عالما بهذا الشرط، وذلك إما بالإحالة إليه بصفة خاصة وواضحة في سند الشحن، أو بإرفاق نص المشارطة بسند الشحن، أو بإبلاغه و إعلامه بنص المشارطة بطريقة واضحة ومؤكدة. و ذلك لأن الأمر يتعلق بشرط التحكيم في عقد النقل البحري، وما يحيط بهذا العقد من اعتبارات إذعان، لذا يجب حماية حامل السند من هذا الإذعان لشرط التحكيم و ما يترتب عليه من خطورة، خاصة سلب اختصاص القضاء الوطني{2}.

و خلاصة القول أنه لا يكفي أن يكون حامل سند الشحن، على علاقة بأطراف مشارطة الإيجار، أو أن يحيل هذا السند الذي يحمله إحالة عامة إلى شروط هذه المشارطة حتى يمكن الاحتجاج عليه بشرط التحكيم الوارد بها، و لكن ينبغي توافر علمه و قبوله الأكيد بهذا الشرط التحكيمي، حتى يكون راضيا بإبرامه.

2 ـــ صـــحة الـــرضـــا:

إذا كان شرط التحكيم كما رأينا يستلزم لقيامه وصحته توافر شرط الرضا، فإنه يلزم زيادة عن ذلك أن يكون هذا الرضا سليما. وهذا لا يتحقق إلا إذا كان صادرا من شخص ذي أهلية قانونية معترف بها، و كان خاليا من عيوب الإرادة كالغلط و الإكراه و التدليس و الاستغلال{3}.

---

(1) - **د/ أحمد حسني**، مرجع سابق، ص 222.

(2) – **د/ عاطف الفقي**، مرجع سابق، ص 163، 164.

(3) - عيوب الرضا المعروفة هي الغلط و التدليس و الإكراه و الاستغلال، و هي قواعد مستقرة يمكن الرجوع إليها في القواعد العامة للالتزامات. و هناك تطبيقات قضائية كثيرة على ذلك و منها مثلا قيام نزاع على قطعة أرض و قيام أحد أطراف النزاع بمعاونة بعض أقاربه بإحضار طرف الخصومة الآخر إلى قسم الشرطة و إجبار هذا الخصم على توقيع عقد اتفاق التحكيم أو يتم حبسه، و بعد القيام بالتوقيع قام الضحية برفع دعوى استمرت أمام القضاء إلى أن وصلت أمام محكمة النقض المصرية، و التي قضت ببطلان اتفاق التحكيم لوجود أحد عيوب الإرادة و هي عيب الإكراه.

أهلية أو سلطة إبرام شرط التحكيم البحري:

لقد أبدت كل القوانين الوطنية وحدة فيما يتعلق بموضوع أهلية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم، فلم تنص أي دولة على شروط خاصة بالأهلية اللازمة لإبرام شرط التحكيم، و في كل الأحوال تطبق هنا القواعد العامة المتعلقة بأهلية الأشخاص الطبيعية و المعنوية لإبرام العقود بوجه عام{1} .

و لهذا فإن شرط الأهلية في هذا المجال لا يثير أية صعوبات، حيث يتوفر هذا الشرط غالبا في أطراف اتفاقات التحكيم من العاملين في المجال البحري، و لكن مايهمنا هنا هو البحث في مسألة أو نقطة أساسية و هي سلطة أو أهلية الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة لإبرام أتفاق التحكيم البحري.

إن من أهم مظاهر تدخل الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة في مجال التجارة الدولية، هو المجال البحري حيث تلاشت فكرة الدولة الحارسة وحلت مكانها الدولة التاجرة أو الناقلة أو الشاحنة، بحيث تملكت الدولة و أشخاصها المعنوية العامة أساطيل السفن التجارية و شركات النقل البحري، كما احتلت دول أخرى دور الشاحن البحري مبرمة عقود النقل و الإيجار البحري متضمنة شروط أو اتفاقات على حل النزاعات الحالة أو المستقبلة بصدد هذه العقود على التحكيم البحري{2} .

- و الجدير بالذكر أن الإكراه و الغش نادرا ما يثار أما الغلط فيثار كثيرا. فعيب إكراه أثير مرة في تحكيم تابع لغرفة التجارة الدولية « القضية رقم 3327 حكم صدر في 1981». أما عيب الغلط فهو أكثر شيوعا، حيث يثار عيب الغلط حول حياد و كفاءة المحكمين أو الغلط في مراكز التحكيم الذي تم اختياره في عقد التحكيم
- لمزيد من التفصيل ارجع إلى: بحث مقدم من الدكتور **برهام عطا الله** في مؤتمر القانون المصري الجديد للتحكيم التجاري، و تجارب الدول المختلفة التي اعتمدت القانون النموذجي، و ذلك تحت رعاية مركز القاهرة بالاشتراك مع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، القاهرة في الفترة من 12، 13، سبتمبر 1994، ص 5.
- ذكره **د/محمد ترك**، مرجع سابق، هامش1، ص 461، 462.

(1) - الأهلية اللازمة لصحة اتفاق التحكيم بصورتيه هي أهلية التصرف أو أهلية أداء Capacité de disposition في الحق موضوع التحكيم، و ليس أهلية اختصام Capacité de d'ester en justice و في هذا الصدد نصت

«Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont libre disposition»

(2) - **د/ عاطف ألفقي**، مرجع سابق، ص 167.

و هنا يثور التساؤل حول أهلية الدولة أو أشخاصها المعنوية العامة في اللجوء إلى إبرام اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم بصفة خاصة. و لهذا سأحول دراسة هذه المسألة في إطار المعاهدات الدولية و كذا بعض القوانين الوطنية.

1- أهلية الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة في إبرام شرط التحكيم البحري في المعاهدات الدولية:

أ- اتفاقية نيويورك 1958: بشأن الاعتراف و تنفيذ أحكام المحكمين الدولية، لم تتضمن هذه الاتفاقية أي نص حول أهلية الدولة أو أشخاصها المعنوية العامة لإبرام اتفاقات التحكيم، بل تركت المادة 05 منها فقرة أولى الحل للقانون الذي يطبق على الأطراف{1}.

ب- الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي: 1961 نصت في المادة الأولى فقرة أولى على أهلية الأشخاص المعنوية لإبرام اتفاقات التحكيم، إلا أنها عادت و قررت في فقرتها الثانية ترك تحديد هذه المسألة و تحرير شروطها و نطاقها إلى الدول الموقعة.

ج- **القانون التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة**: للقانون التجاري الدولي، لم يتضمن أي نص حول هذه المسألة، ألا أنه نص في مادته 5/01 على أنه: " لا يمس هذا القانون أي قانون أخر للدولة التي تتبناه لا يجوز بمقتضاه تسوية منازعات معينة على التحكيم إلا طبقا لإحكام أخرى غير أحكام هذا القانون"{2}. أي أن هذا النص يقرر عدم مساس القانون النموذجي للتحكيم الدولي، بالقواعد القانونية أو القضائية للدولة التي تتبنى هذا القانون فيما يتعلق بمسألة سلطة أو أهلية الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة لإبرام شرط التحكيم.

2- أهلية الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية في إبرام شرط التحكيم البحري في بعض القوانين الوطنية:

لم تتخذ القوانين الوطنية موقفا موحدا اتجاه هذه المسألة، بل اختلفت فيما بينها، فمنها من اعترف للدول و الأشخاص المعنوية العامة بأهلية إبرام اتفاق التحكيم، و منها من يحضر عليها ذلك {3}.

---

(1) **DAVID (R),** op-cit, p249.

(2) - **د/ عاطف ألفقي**، مرجع سابق، ص 169.

(3)- في مختلف مواقف هذه الدول أنضر: - **د/ سراج حسين محمد أبو زيد**، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر2000 ص 304 و ما يليها.

أ- **فرنسا**: إن أكبر مثال على الحضر المفروض على الدولة و الأشخاص المعنوية العامة، في اللجوء إلى التحكيم هو القانون الفرنسي، و الذي يجد أساسه في المادتين 83 و1004 من قانون الإجراءات المدنية القديم{1}. فقد نصت المادة 1004 على عدم جواز إبرام اتفاقات التحكيم في المنازعات التي يشترط فيها القانون تبليغها إلى النيابة العامة و حضورها في الدعوى، كما عددت المادة 83 من نفس القانون هذه المنازعات و نذكر من بينها " المنازعات التي يكون أحد أطرافها الدولة أو الدومين أو البلديات أو المؤسسات العامة ....." .

و قد وجدت هذه النصوص عدة تطبيقات من مجلس الدولة الفرنسي{2}، رغم ذهاب الفقه الغالب في فرنسا إلى إعطاء تفسير ضيق للمواد المذكورة من أجل إخراج المؤسسات العامة ذات الطابع التجاري و الصناعي من دائرة هذا الحضر.

ولكن بعد ذلك، و تحت ضغط المصلحة الاقتصادية، أدخلت تعديلات على هذه المواد و أجازت لهذه الأشخاص بما فيها الدولة باللجوء إلى التحكيم و لكن بشكل استثنائي، و بموجب قوانين خاصة، ثم جاء التعديل الصادر في 1975/07/09 و الذي يربط اللجوء إلى التحكيم بترخيص يصدر في شكل مرسوم{3}.

و بالرغم من إلغاء قانون المرافعات الفرنسي القديم و استبداله بقانون المرافعات الجديد، إلا أن منع الدولة و الأشخاص المعنوية العامة مازال قائما بموجب نص المادة 206 من قانون المرافعات، و التي تنص على" عدم إمكانية اللجوء إلى التحكيم بصدد المنازعات المتعلقة بالأشخاص المعنوية العامة، و المؤسسات الصناعية و التجارية". و بالتالي فمنع الدولة و الأشخاص المعنوية العامة من إبرام اتفاق التحكيم مازال ساريا في نصوص التشريعية الفرنسية.

(1) - **FOUCHARD (PH), GAILLARD(E), GOLDMAN(B),** «Traite de l'Arbitrage Commercial International» , LITEC-DELTA, PARIS 1996, P.209.

(2) - أنضر على سبيل المثال الحكم الصادر في 1957/12/12، منشور في مجلة التحكيم لسنة 1958 مشار إليه من طرف **د/ سراج حسين أبو زيد**، المرجع السابق، ص 315.

(3) - **د/ سراج حسين محمد أبو زيد**، المرجع السابق، ص 315 ،316 .

إلا أن هذه القاعدة التشريعية الفرنسية قد قلبت رأسا على عقب عن طريق القضاء الفرنسي في مواد التحكيم الدولي، و الذي قرر خصوصية هذه القاعدة التشريعية للاتفاقات التحكيمية الداخلية بحيث لا يمتد هذا المنع للدولة و الأشخاص المعنوية العامة إلى الاتفاقات التحكيمية الدولية{1}.

وهكذا تجسدت المبادئ التي وصلت إليها محكمة النقض الفرنسية خاصة من خلال حكم دعوى شركة Myrtoon steam ship{2}.

و كذلك حكم San Carlo{3}. أي أن القضاء الفرنسي قد قرر أن الأحكام الواردة في قانون الإجراءات المدنية و التي تمنع الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة من أن تكون طرفا في اتفاق تحكيم تخص فقط اتفاقات التحكيم الداخلية و لا تمتد إلى اتفاقات التحكيم الدولية سواء تمت في شكل شرط تحكيم أو مشارطة تحكيم معتبرا أن هذه الأحكام التي تمنع الدولة و الأشخاص المعنوية العامة من إبرام اتفاقات التحكيم يجوز مخالفتها لأنها لا تعتبر من النظام العام الدولي . ثم اعتبر أن هذه المسألة تخضع لقواعد تنازع القوانين ليستبعد بموجبها تطبيق أحكام القانون الفرنسي، و يطبق أحكام قوانين أخرى تجيز صحة شرط التحكيم المبرم من قبل الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة و في النهاية استبعد منهج التنازع و قرر قاعدة موضوعية من قواعد قانون التحكيم الدولي مفادها أن صحة شرط التحكيم المبرم بواسطة الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة بصدد منازعات التجارة البحرية الدولية، و دون اعتبار للقانون الداخلي الفرنسي أو الأجنبي المطبق على التحكيم.

(1) - **FOUCHARD (PH), GAILLARD (E), GOLDMAN (B)**, op-cit, p330.

(2) - في دعوى شركة Myrtoon steam shipالمجهزة و المؤجرة للسفينة Tasisضد وزارة النقل البحري الفرنسية و المستأجرة لسفينة المذكورة، حكمت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 1975/04/10 بأن " منع الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة من أن تكون طرفا في اتفاق تحكيم مقيد باتفاقات التحكيم المتعلقة بالعقود الداخلية، و لا ينطبق هذا المنع على اتفاقات التحكيم ذات الطابع الدولي" و استندت المحكمة في قضائها في هذا الخصوص على أن " منع الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة من أن تكون طرفا في إتفاق التحكيم، و المقرر في المادة1004 و المادة 83 من قانون المرافعات الفرنسي، كان هدفه الوحيد حماية الدولة أو الشخص المعنوي العام في الدعوى المنظورة أمام القضاء الفرنسي العادي، بواسطة إبلاغ النيابة العامة و حضورها في الدعوى، و لما كان من حق الدولة التنازل مسبقا عن حصانتها القضائية بقبولها اختصاص القضاء الأجنبي، و التخلي نتيجة لذلك عن حماية النيابة العامة الفرنسية، فإن المنع المذكور لا يعد من النظام العام. -- **د/ عاطف ألفقي**، المرجع السابق، ص 170.

(3) - دعوى السفينة San Carlo ضد المكتب الفرنسي الوطني للحبوب حيث قضت أنه : " إذا كان الحظر المفروض على الدولة و الأشخاص العامة بأن تكون طرفا في اتفاق التحكيم بموجب المادتين 1004 و 83 من قانون الإجراءات

ب - مـــصر: يعتبر القانون المصري من بين القوانين التي اعترفت بأهلية الدولة و الأشخاص المعنوية العامة، باللجوء إلى التحكيم فقد نص المشرع المصري في المادة 01 من قانون التحكيم لسنة 1994 على أنه: " مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية...تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم سواء كان بين أطراف القانون الخاص أو أطراف القانون العام، أيا كانت العلاقة التي يدور حولها النزاع{1}.

ثم جاء تعديل 1997/04/22 لإضافة فقرة إلى المادة الأولى المذكورة أعلاه، تقضي بأنه: " وفي جميع الأحوال يجوز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية ".

و هكذا يكون المشرع المصري قد وضع حدا للخلاف الذي ثار بشأن هذا النوع من العقود{2}، أي أن التحكيم صار مألوفا لحل المنازعات التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفا فيها، و لا خلاف على ذلك بالنسبة للتحكيم البحري سواء تم في مصر أو في الخارج.

كما نجد أيضا أن هناك تشريعات لم تتضمن أي نص قانوني يمنع الأشخاص العامة من اللجوء إلى التحكيم، منها القانون الإنجليزي مثلا، و هذا ما يؤدي بنا إلى القول بأن هذه القوانين و التشريعات تسمح للدولة و أشخاصها المعنوية العامة بإبرام اتفاقات التحكيم لحل منازعاتهم{3}.

- المدنية الفرنسي يعتبر من النظام العام الداخلي، فإنه لا يعتبر من النظام العام الدولي، ولا يشكل عقبة أمام المؤسسة العامة لتكون طرفا في اتفاق تحكيم وارد في عقد من عقود القانون الخاص يخضع لقانون أجنبي أخر يجيز صحة شرط التحكيم في عقد يتمتع بالصفة الدولية". كما قالت المحكمة : "عندما ينازع في صحة شرط التحكيم بالنظر إلى أساس هذا الحظر الوارد على الدولة، فإن هذه المسألة لا تعتبر من مسائل الأهلية بمعناها الوارد في المادة 03/03

ـ حكم محكمة النقض الفرنسية صادر في 1964/04/14، أشار إليه :

-ROBERT(J), L'Arbitrage, Dalloz, 5eme Edition, Paris1983, P251.

(1) - أنضر المادة الأولى من القانون رقم 27 لسنة 1994 في شأن التحكيم في المواد المدنية و التجارية السابق الإشارة إليه.

(2) - **د/ سراج حسين محمد أبو زيد**، المرجع السابق، ص 307،308.

(3) - في القانون الإنجليزي مثلا أهلية الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة لإبرام اتفاق التحكيم البحري ثابتة و مقررة بموجب النصوص القانونية، حيث يملك التاج البريطاني الحق في أن يكون طرفا في اتفاق التحكيم بموجب نص المادة 30 من قانون التحكيم الإنجليزي لسنة 1950 و المادة 07 من قانون التحكيم الإنجليزي 1979، و التي

موقف المشرع الجزائري

أولا: في القانون القديم

يرجع الحظر المفروض على الأشخاص العامة في اللجوء إلى التحكيم إلى نص المادة3/442 من الأمر 154/66 المؤرخ في 08يونيو 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و التي تنص على أنه: " لايجوز للدولة و الأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم ". و قد شمل هذا الحظر حتى المؤسسات العمومية الاقتصادية، رغم اختلاف الفقه{1}في تفسير هذه المادة خاصة بعد صدور المرسوم رقم 145/82 المؤرخ في 10 أبريل1982 و المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي{2}.

لقد أكد المشرع هذا الحظر، و نص على اختصاص القضاء الوطني، في 1986/08/19 بإصداره للقانون المتعلق بأعمال التنقيب و البحث عن المحروقات و استغلالها و نقلها بالأنابيب، و الذي حث فيه المشرع الشركات الأجنبية على المساهمة مع المؤسسة العامة" سوناطراك " في ميدان البحث و التنقيب و استغلال المواد الهيدروكاربونية .

- تقرر تطبيق أحكام قوانين التحكيم الإنجليزي على اتفاقات التحكيم التي تكون الدولة طرفا فيها. و بالتالي فإنه من المستقر عليه في إنجلترا عدم السماح للدولة أو الأشخاص المعنوية العامة بالدفع بحصانتها القضائية أمام القضاء التحكيمي بصدد الاتفاقات التحكيمية المبرمة لتسوية منازعات معاملات التجارة البحرية. أما في الولايات المتحدة الأمريكية فقد تقررت أهلية الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة لإبرام اتفاقات التحكيم بواسطة القضاء الأمريكي و

- **د/ عاطف ألفقي**، المرجع السابق، ص 173 ،174.

(1) - ZAALANI (A.M):« L'intervention des personnes publiques et parapubliques dans l'arbitrage international commercial (point de vue du droit Algérien)»,in RASJEP , n°3 Alger 1997, p 901 et ss.

(2) - عدل بالمرسوم رقم 434/91 و ألغيا معا بموجب المرسوم الرئاسي رقم 250/02 المؤرخ في 2002/07/24 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية " جريدة رسمية عدد52."

فقد أعطى هذا القانون للأطراف إمكانية عرض النزاعات التي تنشأ بينهم على لجنة توفيق لحسم النزاع بطريقة ودية، و إذا فشلت هذه اللجنة، فيعود الاختصاص إلى القضاء الوطني{1}.

ولكن على الرغم من هذا الموقف التشريعي الواضح، الرافض للتحكيم، إلا أنه من الناحية العملية كان مختلفا تماما، فقد أبرمت الجزائر عدة عقود في مجال البترول مع الشركات الأجنبية الخاصة و التي تضمنت شروطا للتحكيم. و نذكر على سبيل المثال العقد الذي أبرمته في 1968/10/19 مع شركة GETTY الأمريكية و الذي استمر حتى تأميم المحروقات سنة 1971 {2}، و المثال الثاني هو نظام التحكيم الجزائري- الفرنسي الموقع في 1983/03/27، و الذي يعتبر تجسيدا للاتفاق المبرم بين الحكومتين في 1982/06/21 و المتعلق بالتعاون الاقتصادي بين البلدين{3}.

و من أجل إزالة هذا التناقض، تدخل المشرع الجزائري و عدل صياغة المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية و ذلك بموجب المادة الأولى من المرسوم التشريعي 09/93 على الشكل التالي: "...ولا يجوز للأشخاص المعنويين التابعيين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية."

و الملاحظ على هذا النص أنه لم يبين من هم الأشخاص التابعين للقانون العام، و بعبارة أخرى، هل يجوز للدولة اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التجارية الدولية؟ أنه يجب تفسير هذا النص تفسيرا واسعا ليشمل الدولة و الإدارات العمومية و المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري و الصناعي.

و الجدير بالذكر أن القانون الجزائري، جسد المبدأ الذي وصلت إليه محكمة النقض الفرنسية، بحيث ربط لجوء هذه الأشخاص إلى التحكيم بشرط تعلق المنازعة بمسائل التجارة الدولية.

(1) - أنظر المادة 63 من القانون رقم 14/86 المؤرخ في 1986/08/27 المتعلق بأعمال البحث و التنقيب عن المحروقات و استغلالها و نقلها بالأنابيب. ج ر عدد 35 لسنة 1986.

(2) - لقد تم تعديل بعض أحكام برتوكول 1968 وذلك في 1972/05/27 بهدف مطابقته مع الإطار القانوني الجديد، خاصة بعد التأميم، غير أن الأحكام الخاصة بحل المنازعات- خاصة البند الخاص بالتحكيم- لم يعدل و بقي ساري المفعول وفقا للمادة 2 من نص التعديل.

- **BOUZANA(B)**,« Le contentieux des hydrocarbures entre l'Algérie et les sociétés étrangères» , opu-publisud, 1985, p437.

(3) – **TERKI (N)**, op-cit, p10.

ثانيا : في القانون الجديد:

لقد نص القانون الجديد " 09/08 " على عدة قواعد بالنسبة للأهلية:

1 – نصت المادة " 975 " ق.إ.م.إ على أنه « لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، و في مادة الصفقات العمومية ».

و بالرجوع إلى المادة 800 من نفس القانون فإن الأشخاص المذكورة فيها و هي : " الدولة، الولاية، البلدية، إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية ».

2 – و نصت المادة " 1006 " فقرة ثالثة « و لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ماعدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية ».

لقد صار بإمكان الدولة و المؤسسات العامة و البلديات و الولاية أن تبرم عقود تحكيم إذا كان موضوع العقد، ما يسميه المشرع الجزائري، الصفقات العمومية أي الأشغال العامة، و بالتالي أصبحت عقود الصفقات العمومية أي الأشغال العامة الداخلية قابلة للتحكيم الداخلي.

أما خارج الصفقات العمومية فإن شرط إجازة التحكيم لأشخاص القانون العام " الدولة، المؤسسات العامة، البلديات و الولايات " هو أن تكون هذه العقود داخلة في اتفاقات دولية صادقت عليها الجزائر، و يوقع العقد الوزير أو الوزراء المعنيين إذا كانت الدولة طرفا، و إذا كانت البلدية أو الولاية هي الطرف فيوقعه الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، أما المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية فيوقعه ممثلها{1}.

(1) - ارجع إلى المادة " 976 " من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد و التي تنص على أن: « تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون، أمام الجهات القضائية الإدارية.
عندما يكون التحكيم متعلقا بالدولة، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من الوزير المعني أو الوزراء المعنيين.
عندما يتعلق التحكيم بالولاية أو البلدية، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء على التوالي، بمبادرة من الوالي أو من رئيس المجلس الشعبي البلدي.
عندما يتعلق التحكيم بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية، يتم اللجوء إلى هذا الإجراء بمبادرة من ممثلها القانوني، أو من ممثل السلطة الوصية التي يتبعها »

المؤسسات العمومية " العامة " ذات الصبغة الإدارية لها أهلية التحكيم في عقود الصفقات العمومية أي الأشغال العامة، أما المؤسسات العمومية الصناعية و التجارية فهي خاضعة لنظام التحكيم الإلزامي{1}.

أما في مجال التجارة الدولية، و التي سماها المشرع الجزائري " العلاقات الاقتصادية الدولية، فإن باب التحكيم مفتوح أمام المؤسسات العامة الجزائرية أو أشخاص القانون العام، و هم أشخاص لهم أهلية عقد اتفاقات تحكيم في مجال التجارة الدولية أو العلاقات الاقتصادية الدولية.

ثانيا : المحل:

باعتبار أن شرط التحكيم يعد عقدا من العقود، يجب أن يكون له محلا و إلا وقع باطلا بطلانا مطلق، فالمحل يمثل أحد أركان قيام العقد و صحته، و إعمالا للقواعد العامة يشترط في هذا المحل فضلا عن وجوده، أن يكون معينا أو قابلا للتعيين، و أن لا يكون مخالفا للقانون أو النظام العام و الآداب العامة. و محل شرط التحكيم البحري متمثلا في المنازعة أو المنازعات التي قد تثور بين أطراف العلاقة البحرية، ينبغي أن يكون مستوفيا لهذه الشروط. فلابد من وجود منازعة، و أن تكون هذه المنازعة محددة و يجوز التحكيم فيها.

1- وجـــود المنـــــازعـــة:

يقصد بشرط التحكيم البحري كما رأينا سابقا، ذلك الاتفاق الذي يتم قبل حدوث أي نزاع و يرد في عقد من العقود البحرية- أو في وثيقة ملحقة به- و الذي يلتزم الأطراف بمقتضاه عرض ما قد يثور بينهم من منازعات بسبب هذا العقد على التحكيم بدلا من عرضه على المحكمة المختصة. فالمنازعات

لذا فإن وجود المنازعة أو المنازعات، بالنسبة لشرط التحكيم تتحقق فحسب بوجود العقد المشتمل

---

(1) - **د/ عبد الحميد الأحدب**، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء الأول، الطرق البديلة لحل النزاعات الوساطة و الصلح و التحكيم 15، 16 جوان 2008، ص 68، 69.

على هذا الشرط، الذي سوف يفصل بموجبه بما قد يقع من منازعات بين الأطراف بواسطة التحكيم و ليس القضاء{1}.

و هذا ما يميز شرط التحكيم عن المشارطة، إذ يشترط لانعقاد مشارطة التحكيم وجود نزاع حقيقي قد نشب بالفعل بين طرفي التحكيم. فالمشارطة بحسب طبيعتها لا تتم إلا بالنسبة للمنازعات القائمة بالفعل بين الأطراف، فلا تصح بالنسبة للنزاع الذي انتهى بالفعل بين طرفيه، أو بالنسبة لنزاع مستقبل لم يثر بعد بين الأطراف.

2- تحـــديـــد المـــنازعـــة:

إن مشكلة تحديد النزاع أو المنازعات التي ستعرض على التحكيم، لا تثار عندما يبرم اتفاق التحكيم البحري في صورة مشارطة تحكيم حيث يكون النزاع قد نشأ بالفعل قبل إبرام المشارطة، و بالتالي يكون من السهل تحديده فيها و بالتالي تحديد المهمة الموكلة للمحكم أو المحكمين و غيرها من البيانات التي تحسم الأمور ولا تدع مجالا للشك و الخلاف. و هذا بخلاف إبرام اتفاق التحكيم البحري في صورة شرط تحكيم، حيث يتم إبرامه قبل نشوء أي نزاع و بين أطراف لا يأملون ولا يتوقعون حدوث أي نزاع على الإطلاق، مما يجعلهم لا يولون عناية كبيرة لصياغة هذا الشرط التحكيمي، و لذلك يبرم في شكل نص عام لا يحدد فيه النزاع بصورة كافية{2}.

و لكن بما أن صورة شرط التحكيم البحري، هي الصورة الغالبة و إن كان من الصعب تحديد النزاع بدقة في شرط التحكيم، فإن من المقرر عدم جواز الاتفاق على عرض كل المنازعات الناشئة بين الأطراف مستقبلا بصدد جميع علاقاتهم و بصفة عامة على التحكيم. إذ من المتفق عليه ضرورة أن تكون المنازعات المتفق على عرضها على التحكيم تتصل بعلاقات بحرية محددة كعقد النقل البحري، أو

و لهذا حرصت اتفاقية نيويورك 1958 على استبعاد أي شبهة ممكنة حول مفهومها و نطاقها حيث أوضحت في المادة الثانية منها أن العلاقة المعنية و التي يتفق بمناسبتها على التحكيم يمكن أن تكون

---

(1) - **د/ محمود محمد هاشم**، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية و التجارية، الجزء الأول، دار الفكر العربي، 1990 ص 136.

(2) - DAVID(R), op-cit, p 256.

تعاقدية أو غير تعاقدية{1}. حيث أنه إذا كان من المألوف ورود اتفاق التحكيم بمناسبة عقد بحري كعقد النقل البحري، و عقد إيجار السفينة، و عقد التأمين البحري، و غيرها من العقود البحرية، فإن نطاق العلاقات البحرية التي يمكن أن يشملها التحكيم البحري أوسع من ذلك بحيث تضم صور المسؤولية غير العقدية الناشئة عن العمل غير المشروع كالاتفاق على اللجوء للتحكيم في خصوص التصادم البحري، و المساعدة البحرية، و الإنقاذ، و كذا حالات الإثراء بلا سبب كمنازعات توزيع الخسارات البحرية المشتركة{2}.

و بما أن موضوع شرط التحكيم يوجد بالضرورة عندما يوجد النزاع نفسه، فإنه يقع على عاتق المحكم لحظة تنفيذ شرط التحكيم و بدء نظر النزاع عندما يتعلق الأمر بشرط تحكيم بحري مبرم بصيغة عامة أن يحث الأطراف على تحرير مشارطة أو يحررها هو ويحثهم على توقيعها، يحدد فيها النزاع و سلطاته بشأنه و القواعد المتعلقة بالإجراءات، و غيرها من البيانات التي تسهل العملية التحكيمية، و لا تدع مجالا للشك و الخلاف{3}.

أما تحديد صيغة النزاع في شرط التحكيم في العقود البحرية النموذجية بطرق مختلفة: فقد يطلق عليه اصطلاح نزاع أو خلاف أو مطالبة، و يرى البعض أن هذه المصطلحات العامة تعطي للمحكم اختصاصا أوسع ما يكون بالنسبة للموضوعات التي يشملها العقد محل الاتفاق، و الترتيب الصحيح لهذه المصطلحات من حيث الضيق فالاتساع كالتالي " مطالبة ثم نزاع ثم خلاف " حيث أن معظم المنازعات تنتج عن مطالبات، و لكن وجود مطالبة ليس ضروريا و لا كافيا لخلق نزاع، و كذلك كلمة خلاف أوسع نطاقا من كلمة نزاع.

(**1**) - أنضر المادة "2"فقرة 1 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 الخاصة بالاعتراف و تنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية.
(**2**) - **د/ سامية راشد**،مرجع سابق، ص 132.

(3) – **DAVID (R)**, «L'Arbitrage dans le Commerce International», op-cit, p256.

- إن التحكيم يجب أن يستند على اتفاق تحكيم صحيح حتى لا يتطرق الشك إلى اختصاص القضاء التحكيمي، بحيث أن المحكم لا يمكنه الفصل إلا في النزاع أو المنازعات التي اتفق الأطراف على أن يعهدوا بها إليه ، و بالتالي فإن حكم التحكيم الصادر مغفلا موضوع اتفاق التحكيم فاصلا فيما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر منه يتعرض للبطلان أو لرفض الاعتراف به و رفض تنفيذه.
- **د/ عاطف ألفقي**، مرجع سابق، 192.

و كذلك تختلف صياغة شرط التحكيم في العقود النموذجية البحرية من عقد إلى آخر، فيمكن أن تكون صيغة الشرط " أي أو كل منازعات ناتجة من العقد " أو " أي أو كل منازعات ناشئة طبقا لهذا العقد "، و هناك صيغ أخرى ذات معنى أكثر اتساعا مثل " أي نزاع بين أطراف العقد بخصوص أي موضوع ناتج من أو متعلق بهذا العقد أو بأي شرط فيه أو بشأنه{1}.

و لتحديد صياغة شرط التحكيم أهمية كبرى، خاصة من خلال الوقوف على اختصاص المحكم و ماهية المنازعات التي تخضع للتحكيم، و من ثم تفادي بطلان حكم المحكم لخروجه عن حدود الاتفاق على التحكيم{2}.

3- منـــازعة يجـوز التـحكيم فيهـــا

يشترط لصحة شرط التحكيم البحري أن يكون محله مشروعا، و أهم ما يلزم لتوافر مشروعيته هو أن يكون النزاع من النزاعات التي يجوز تسويتها عن طريق التحكيم، و تنصب هذه المشروعية على تلك الحدود التي رسمها المشرع للتحكيم كوسيلة لفض المنازعات، و المتعلقة بالنظام العام فكل دولة لها الحرية وفقا لسياستها الاقتصادية و الاجتماعية، أن تحدد المسائل التي يمكن حلها عن طريق التحكيم، فيجب على المشرع و القضاء الوطنيين أن يوازنا بين المسائل ذات المصلحة العامة من جهة مثل حقوق الإنسان، مسائل قانون العقوبات....، و من جهة أخرى المصلحة الخاصة التي تهدف إلى تشجيع التحكيم في المسائل التجارية، و المتمثل في تخفيض الضغط على المحاكم الوطنية و تنمية وتوسيع مجال التجارة الدولية.

---

(1) - **د/ عاطف ألفقي**، مرجع سابق، ص 193، 194.

(2) - **د/ أحمد شرف الدين**، مرجع سابق، ص 12.

- **د/ محمد الشريف المحامي**، شرط التحكيم في منازعات النقل البحري، مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة 2001.
- **د/ عمر مشهور الجازي**، التحكيم في المنازعات البحرية، مقالة منشورة على صفحات الانترنت في الموقع www. mohamoon.ksa.
- **د/ إبراهيم أحمد إبراهيم**، شروط و مشارطات التحكيم في عقود النقل البحري، ورقة عمل مقدمة في إطار الندوة العربية الأولى للتحكيم البحري بتنظيم من مركز التحكيم و التوفيق التجاري مع الغرفة العربية للتحكيم، المنعقدة باللاذقية في 2010/02/15، منشور في الموقع wehda.alwehd.gov.sy

و ما يؤكد هذه الحرية هو ما ذهبت إليه الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم، و التي ربطت التزام الدول بالاعتراف باتفاقات التحكيم بكون النزاع- محل هذه الاتفاقات – متعلقا بمسألة تقبل التسوية عن طريق التحكيم و ذلك دون أي تحديد{1}، و دون أن تحاول وضع قواعد مادية تلتزم بها كل الدول الأعضاء{2}.

فقد نصت الفقرة الأولى من المادة الثانية من اتفاقية نيويورك1958 على ما يلي : "تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بشأن علاقة قانونية معينة، سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية، متى تعلقت بمسألة يجوز تسويتها بطريق التحكيم."

فانطلاقا من هذا المبدأ، نجد المشرع الجزائري أخرج بعض المسائل من مجال التحكيم، و تتمثل هذه المسائل في حالة الأشخاص و أهليتهم، و كذا المسائل المتعلقة بالنظام العام{3}.و جسدت بذلك الحل الكلاسيكي{4}المعتمد في جل التشريعات الداخلية للدول، رغم اختلافها في بعض المسائل{5}.

و بما أن التحكيم الدولي وفقا للمفهوم الجزائري يقتصر فقط على المسائل الاقتصادية الدولية{6}، و بالتالي فإن الحديث هنا يقتصر فقط على فكرة النظام العام، لكن هذه الفكرة غامضة، تتسع و تضيق وفقا للتفسير المعطى لها من قبل القضاء مع الأخذ بعين الاعتبار مجموع المبادئ الاقتصادية و الاجتماعية و

---

(1) - **د/سراج حسين محمد أبو زيد**، المرجع السابق، ص 286.

(2) - تنص المادة الأولى فقرة أولى من بروتوكول جنيف1923 على: " تعترف الدول المتعاقدة بصحة اتفاق التحكيم و كذلك شرط التحكيم... في المسائل التجارية و المسائل الأخرى التي تقبل التسوية عن طريق التحكيم..." .

كما تنص المادة 4/25 من اتفاقية واشنطن 1965 على: " يجوز لكل دولة متعاقدة عند التوقيع أو الموافقة أو التصديق على الاتفاقية أو في تاريخ لاحق، أن تخطر المركز بالنزاع أو النزاعات التي ترى بإمكانية خضوعها أو عدم خضوعها لاختصاص المركز."

(3) - أنظر المادة " 1006 " من قانون رقم 09/08 مؤرخ في 2008/02/25 متضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري الجديد.

(4) - **TERKI (N)** , op-cit, P46.

(5) – **د/ سراج حسين محمد أبو زيد**، مرجع سابق، ص 287.

(6) - حتى قبل صدور المرسوم التشريعي 09/93، و كذلك صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، كانت الجزائر تأخذ بهذا المعيار و يظهر ذلك جليا في انضمامها إلى اتفاقية نيويورك1958 بتحفظ في سنة 1988.

السياسية و الثقافية للدولة{1}.

و مع غياب الأحكام القضائية الجزائرية في هذا المجال، ذهب بعض الفقه الجزائري إلى القول بضرورة إعطاء مفهوم و مضمون ضيقين لفكرة النظام العام، بشكل يسمح للتحكيم تحقيق فعاليته و هدفه، خاصة بعد دخول الجزائر اقتصاد السوق و فتح المجال للشركات الأجنبية للاستثمار فيها{2}.

ثالثا: السبب:

إن أهم نتيجة يرجوها الأطراف العلاقة البحرية من وراء إبرامهم لشرط التحكيم البحري هي عرض نزاعاتهم أمام هيئة تحكيمية، و استبعاد طرح النزاع على القضاء الوطني المختص أصلا بحل النزاع، و بالتالي فسبب شرط التحكيم البحري ينصب في إرادة أطرافه إمكانية استبعاد ولاية القضاء الوطني و عقد اختصاص الهيئة التحكيمية.

و منه فالسبب مشروع دائما ولا يتصور عدم مشروعيته إلا إذا ثبت أن المقصود بالتحكيم التهرب من أحكام القانون الذي كان سيتعين تطبيقه له طرح النزاع على القضاء، نظرا لما يتضمنه هذا القانون من قيود أو التزامات يراد التهرب منها، و هو ما يمثل حالة من حالات الغش نحو القانون، فيكون التحكيم وسيلة غير مشروعة يراد بها الاستفادة من حرية الأطراف أو حرية المحكمين في تحديد القانون الواجب التطبيق{3}.

(1) - **MAHIOU(A)**, «L'arbitrage en Algérie »، RASJEP, N°4 -1989,P 712.

(2) - أنظر الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 2001/08/20 المتعلق بتطوير الاستثمار و الذي ألغى المرسوم التشريعي 12/93 المؤرخ في 1993/10/05 و المتعلق بترقية الاستثمار.

(3) - **د/ مختار أحمد بريري**، التحكيم التجاري الدولي، دراسة خاصة للقانون المصري الجديد بشأن التحكيم في المواد المدنية و التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1995 ص 41.

المبحث الثاني

استقلالية شرط التحكيم و تمييزه عن غيره من النظم التي قد تتشابه معه

إن بحث مسألة استقلالية شرط التحكيم{1} عن العقد الأصلي، ظهرت نتيجة لضرورة عملية، فمبدأ الاستقلالية يعد حاليا حجر الزاوية للتحكيم التجاري الدولي، فمنذ أن أقره القضاء الفرنسي بمناسبة الحكم في قضية GOSSET سنة 1963، استقر عليه و لم ينقض بعد ذلك{2}.

فأهمية بحث مسألة العلاقة بين العقد الأصلي و شرط التحكيم تظهر في فرضيتين:

الأولى: عند التمسك ببطلان العقد الأصلي أو فسخه أو انقضائه بأحد أسباب الانقضاء، ففي هذه الحالة يثور التساؤل حول مدى تأثر شرط التحكيم بما قد يلحق العقد الأصلي من أسباب البطلان أو الفسخ أو الانقضاء، و مدى إمكانية اللجوء إلى هيئة التحكيم رغم هذا الوضع.

و**الثانية**: عندما يكون العقد الأصلي صحيحا،لكن شرط التحكيم قد لحق به عارض قانوني{3}.

(1) - يقصد باستقلال اتفاق التحكيم: استقلال اتفاق التحكيم المبرم في صورة شرط تحكيم المدرج ضمن نصوص العقد الأصلي عن هذا العقد، و عن المؤثرات التي قد تأثر في عدم صحته. حيث لا تثار مسألة استقلال اتفاق التحكيم بالنسبة لاتفاق التحكيم المبرم في صورة مشارطة تحكيم إذ أن المشارطة هي بالضرورة عقد منفصل يبرم استقلالا عن العقد الأصلي لحل المنازعات التي نشأت عنه و عن تنفيذه.

كما يقصد باستقلالية اتفاق التحكيم عدم تأثره بالعقد الأصلي لا من حيث الصحة و التمسك ببطلانه، و لا من حيث القانون الواجب التطبيق عليه و إمكانية تفادي اللجوء إلى قواعد الإسناد.

- **د/ زروتي الطيب،** النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري و المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر،1991، ص 353.

(2) - ROBERT(J), op-cit, p 245.

(3) -د/ أحمد بلقاسم، استقلالية شرط التحكيم، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 41، عدد 2 لسنة 2004، ص 72.

- أنظر أيضا:

- **د/ حفيظة السيد الحداد،** مرجع سابق، ص 21.
- **د/ سراج حسين محمد أبو زيد،** مرجع سابق، ص 191.
- **د/ سامية راشد،** مرجع سابق، ص 79.

و نضرا لأهمية المسألة في مجال تفعيل التحكيم التجاري الدولي و تشجيع الأطراف في اللجوء إليه خاصة في مجال التجارة الدولية، و بهدف إعطاء شرط التحكيم الحصانة اللازمة و الضرورية من أجل حمايته من التقاعس و تماطل الأطراف سيئة النية، مما دفع بمعظم القوانين الداخلية للدول، بملأ الفراغ الذي تركته الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، و أخذة بالحلول التي أتت بها لوائح التحكيم ذات الطبيعة الدولية و تلك المعتمدة لدى مراكز التحكيم، و التي لم يتأخر المحكمون الدوليون عن تطبيقها كلما طرحت عليهم هذه المسألة.

و من أجل الإحاطة بكل هذا ارتأينا أن نخصص المطلب الأول من هذا المبحث لإبراز موقف كل من القوانين الداخلية للدول و كذا الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم إضافة إلى أحكام و لوائح التحكيم البحري من هذه المسألة.

أما المطلب الثاني فخصصناه لمسألة و إن كانت أقل أهمية من المسألة الأولى إلا أن لها أهميتها و مدلولها بالنسبة لشرط التحكيم و هي مسألة تمييز هذا الشرط عن غيره من النظم التي قد تتشابه معه أو تختلط به .

المطلب الأول

استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي الوارد فيه

إذا كان مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، يعتبر حاليا من المبادئ المستقرة في مجال التحكيم التجاري الدولي، فإن ذلك يرجع بالدرجة الأولى إلى تقريره و تكريسه من قبل التشريعات الداخلية للدول و المتعلقة بالتحكيم و كذا من قبل أهم لوائح التحكيم ذات الطبيعة الدولية و تلك السارية المفعول لدى أهم مراكز التحكيم الدائمة، رغم عدم تطرق أهم الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم إليه بصفة مباشرة و عدم تكريسه فيها بصفة صريحة.

الفرع الأول

مبدأ استقلالية شرط التحكيم في القوانين الداخلية للدول

لقد تطرقت معظم التشريعات الداخلية للدول،و الخاصة بالتحكيم إلى مسألة تنظيم العلاقة التي تربط شرط التحكيم بالعقد الأصلي، حيث نصت معظمها على فصل شرط التحكيم عن العقد الذي يرد فيه

وجسدت بذلك المبدأ الذي و ضعته محكمة النقض الفرنسية سنة1963{1}، و بذلك تكون قد سدت الفراغ الذي تركته الاتفاقيات الدولية للتحكيم التي لم تنص بصفة مباشرة على هذا المبدأ.

أولا : موقف القانون الفرنسي:

لم يتناول تشريع 1981/05/12 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، مسألة استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، تاركا إياها لقضاء محكمة النقض الفرنسية{2}،حيث أن التقرير المقدم إلى رئيس الوزراء من قبل وزير العدل الفرنسي حول التشريع الجديد للتحكيم الدولي، قد أوضح أن هذه النصوص الجديدة المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي لا تتعارض أبدا مع ما أرسته محكمة النقض الفرنسية، بخصوص النظام القانوني للتحكيم الدولي. و خاصة فيما يتعلق بنطاق شرط التحكيم و استقلاله عن العقد الأصلي و عدم تأثره ببطلان هذا العقد{3}.

لقد طرحت مسألة استقلالية شرط التحكيم على محكمة النقض الفرنسية، بمناسبة القضية المعروفة بقضية GOSSET{4}،و قد قررت في حكمها الشهير في 1963/05/07 مبدأ استقلال شرط

---

(1) - إن الفضل في بروز مبدأ استقلالية شرط التحكيم يعود إلى الاجتهاد القضائي، بحيث يمكن القول بأن القضاء الهولندي هو أول من قرر صراحة انفصال شرط التحكيم عن العقد الأصلي فصدر بتاريخ 1935/12/27 حكم عن المحكمة

- **أ/نور الدين بكلي،** دور و أهمية اتفاق التحكيم في العقود التجارية الدولية " في القانون الجزائري و القوانين العربية "، مجلة المحكمة العليا-عدد خاص- الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح و الوساطة و التحكيم، 15،16 جوان 2008. ص 292، 293.

(2) - **FOUCHARD(PH), GAILLARD(E), GOLDMAN(B),** op-cit, p220.

(3) - أنظر في هذا:

- **د/ عاطف ألفقي،** المرجع السابق، ص 128 .
- **د/ سراج حسين محمد أبو زيد،** المرجع السابق، ص 201.

(4) - تتلخص وقائع قضيةGOSSET في النزاع حول تنفيذ حكم صدر في إيطاليا بناء على شرط تحكيم ورد في عقد أبرم بين مستورد فرنسي و مصدر إيطالي، حيث قضى هذا الحكم بالتعويض لصالح المصدر الإيطالي، نضرا لخطأ المستورد الفرنسي في تنفيذ التزاماته التعاقدية،وقد تمسك هذا الأخير بعدم جواز تنفيذ حكم التحكيم، و ذلك على أساس أن

التحكيم عن العقد الأصلي مقررة أنه" في مجال التحكيم التجاري الدولي، فإن اتفاق التحكيم سواء كان مبرما على نحو منفصل أو كان مدرجا في التصرف القانوني المتعلق به، فإنه يتمتع دائما- إلا في بعض الظروف الاستثنائية- باستقلالية قانونية كاملة حيث لا يتأثر بما قد يلحق هذا التصرف من بطلان"{1}.

و بذلك تكون محكمة النقض قد قررت بذلك قاعدة موضوعية من قواعد القانون الدولي الخاص الفرنسي، مؤكدة انفصال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي و بما يترتب عن ذلك من نتائج حول صحة شرط التحكيم رغم بطلان العقد الأصلي، و إمكانية تطبيق قانونين مختلفين أحدهما على شرط التحكيم، و الأخر على العقد الأصلي، و مقررة سلطة المحكم الفصل في الدعوى رغم بطلان العقد الأصلي{2}.

ثم توالت الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الفرنسي، و التي تؤكد نفس المبدأ و بعبارات مماثلة لتلك الواردة في الحكم المذكور، إلى غاية إطلاق المبدأ عندما حذفت تحفظ " الحالات الاستثنائية " نضرا لعدم استنتاج أي نتيجة عملية منها{3}، و كان ذلك من خلال قضية IMPEXحيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأن " اتفاق التحكيم يتمتع باستقلال قانوني في القانون الدولي الخاص الفرنسي". كما أكدته كل من قضية HECHT{4} في 1971/07/04 و قضية DROGA في 1983/12/14{5}. لقد طبقت محكمة النقض الفرنسية مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي في قضيتين بحريتين،

العقد الذي تضمن شرط التحكيم باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته للنظام العام الفرنسي، لعدم مراعاته للقواعد الآمرة الخاصة بالاستيراد. و تأسيسا على بطلان هذا العقد الأصلي فإن الأمر يستتبع تقدير بطلان شرط التحكيم و إهدار حكم التحكيم الذي صدر بناء عليه. لمزيد من التفصيل أنظر:

- أنظر: - **أحمد بلقاسم**، المرجع السابق، ص 74.73.
- **د/ حفيظة السيد الحداد**، مرجع سابق، ص 22، 23.

(1) - « En matière d'arbitrage international, l'accord compromissoire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles… une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte».

(2) - Cass. Civ., 7 Mai 1963, Rev. Arb. 1963 p 60.

(3) - **FOUCHARD (PH), GAILLARD (E), GOLDMAN (B**), op-cit, p215.

(4) -Cass. Civ. 4 juillet 1972, Rev. Arb, 1974. Cité par **ROBERT(J)**, op-cit, p 247.

(5) -« En matière d'arbitrage international, la clause compromissoire présente une complète autonomie par rapport au contrat.»- cass-civ, 14décembre 1983, rev- arb 1984, p 483. Not **M.C, RONDEAU- RIVIER**.

استخدمت في الأولى منهج التنازع لتقرير صحة شرط التحكيم باستبعاد تطبيق قواعد القانون الفرنسي الداخلي، و في الثانية مقررة صحة شرط التحكيم بعيدا عن منهج التنازع، مشكلة قاعدة موضوعية مقتضاها صحة شرط التحكيم في عقود التجارة البحرية الدولية بصرف النظر عن العقد الأصلي الذي يحتويه.

في القضية الأولى: San Carlo يتعلق النزاع بسند شحن أبرم من قبل أحد الأشخاص المعنوية الفرنسية، في 1952/04/02 و بمقتضاه ستحال المنازعات التي ستنشأ عن عملية النقل البحري بواسطة السفينة "سان كارلو" من أثيوبيا إلى مرسيليا، إلى ثلاثة محكمين في مدينة جنوة الايطالية وفقا للقانون الايطالي.

و أمام محكمة النقض الفرنسية طعن الشخص المعنوي العام ببطلان شرط التحكيم مكيفا المسألة بأنها مسألة تتعلق بالأهلية و بالتالي يطبق القانون الفرنسي لتحديد أهلية هذا الشخص المعنوي العام للتحاكم. و قد كان القانون الفرنسي آنذاك في المادتين 1004 و83 من قانون الإجراءات المدنية القديم يمنع إدراج شرط التحكيم و إبرامه من قبل الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة .و لكن محكمة النقض في حكمها الصادر في 1964/04/14 قررت صحة شرط التحكيم الذي تبرمه الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة، مسببة حكمها أن المنع من اللجوء إلى التحكيم لا يشكل مشكلة الأهلية في معنى

أما القضية الثانيةGALAKIS فيتعلق النزاع بمشارطة إيجار مبرمة في لندن في عام 1940 بين وزارة النقل البحري الفرنسية، و مالك السفينة اليونانيةGalakis، و كان البند 17 من المشارطة، يقضي بأن أي نزاع قد ينشأ بمقتضى هذا العقد سوف يحال إلى التحكيم في لندن، ولكن عندما صدر حكم التحكيم امتنعت وزارة النقل البحري الفرنسية عن تنفيذه، محتجة بعدم أهليتها لإبرام شرط التحكيم و فق لأحكام القانون الفرنسي{2}.

---

(1) - نقلا عن: **د/ عاطف ألفقي**، المرجع السابق، ص 130.

(2) - Cass, Civ, 2 Mai 1966, Rev, Arb, 1966, p 99.

و لكن محكمة النقض الفرنسية رفضت في حكمها الصادر في 1966/05/02، هذا الاحتجاج مقررة صحة شرط التحكيم و أسست موقفها هذا ليس على أساس منهج التنازع و استبعاد تطبيق القانون الفرنسي و لكن على أساس قاعدة موضوعية في القانون الفرنسي تفيد بصحة شرط التحكيم، في العقود الدولية المبرمة و فقآ لشروط و مقتضيات التجارة البحرية{1}.

و بالتالي يمكن القول أن القضاء الفرنسي قد أخذ بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي بكل أبعاده، بحيث فصل فصلا تاما بين مصير شرط التحكيم و مصير العقد الأصلي الذي ورد فيه، و ذلك بغض النظر عن أية طوارئ أو مستجدات يمكن أن تلحق بالعقد الأصلي و تؤثر على وجوده أو صحته.

ثانيا : موقف القانون المصري:

لقد انقسم الفقه في مصر حول مسألة استقلالية شرط التحكيم إلى فريقين: فريق أول يرفض الفكرة، و يذهب إلى عدم فصل شرط التحكيم عن العقد الأصلي، و ليس لمحكمة التحكيم سلطة البث في صحة أو بطلان الاتفاق الخاص بالتحكيم، و فريق آخر يرى إمكانية الأخذ بمبدأ الاستقلالية{2}.

و لكن بصدور قانون التحكيم المصري الجديد لسنة 1994، قد وضع حد للخلاف ألفقهي{3} حول هذا المبدأ، إذ أكد في مادته 23 على استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي الوارد فيه، بحيث نصت

و بهذا يكون القانون المصري قد وضع حدا ليس فقط للاختلاف الفقهي حول مبدأ استقلالية شرط التحكيم، و لكن وضع حد أيضا للخلاف حول أسباب إجازة الفقه المصري{4} لهذا المبدأ قبل صدور القانون الجديد للتحكيم. فقد اتخذ بذلك موقفا واضحا أكد به تأييده لمبدأ استقلالية شرط التحكيم، وعدم

---

(1) - **د/ عاطف ألفقي**، المرجع السابق، ص 131.

(2) - أنظر: **د/ فوزي محمد سامي**، التحكيم التجاري الدولي، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 1997 ص 213.

(3) - أنظر في الخلاف الفقهي في مصر بين المؤيدين و المعارضين لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي قبل صدور القانون الجديد و مختلف حججهم: **د/ سامية راشد**، مرجع سابق، ص 107 و ما يليها.

(4) – لقد كان بعض الفقه المصري قد رد تأييده لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم إلى أن القضاء المصري يأخذ بمبدأ استقلال شرط التحكيم و إن كان لم يصرح به. بحيث قضت المحكمة العليا في مصر بأن: "... مجرد تحرير مشارطة تحكيم و التوقيع عليها لا يقطع أيهما في ذاته مدة التقادم لأن المشارطة ليست إلا اتفاقا على عرض نزاع معين على محكمين، و

تأثره بأي بطلان يطرأ على العقد الأصلي الذي ورد فيه، و لم يفرق في ذلك بين التحكيم الداخلي و التحكيم الدولي{1}.

فعلى عكس المشرع الفرنسي الذي ترك القضاء يؤكد هذه الاستقلالية،فإن المشرع المصري نص عليها صراحة و بشكل واضح لا يدع مجالا للشك. و الجدير بالملاحظة هو أن نص المادة 23 من قانون التحكيم المصري الجديد، لم تقتصر فقط على تقرير مدى تأثير بطلان العقد الأصلي على شرط التحكيم و إنما تعدت ذلك إلى تقرير عدم تأثر شرط التحكيم بفسخ العقد الأصلي أو انقضائه، و هذا ما يفسر تكريس المشرع المصري لهذا المبدأ بكل نتائجه.

موقف المشرع الجزائري

إن قانون الإجراءات المدنية الجزائري القديم و قبل صدور المرسوم التشريعي 09/93 لم يتضمن أي نص خاص بمسألة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي. و في هذا المجال قال الأستاذ " أحمد محيو " بأن المشرع الجزائري أقر هذا المبدأ و إن كان لم يصرح به{2}، و استند في قوله هذا إلى

- النزول على حكمهم ولا تتضمن مطالبة بالحق... و إذا تضمنت المشارطة إقرارا من المدين بحق الدائن كما لو اعترف بوجود الدين... فإن التقادم ينقطع في هذه الحالة بسبب هذا الإقرار صريحا كان أو ضمنيا، و ليس بسبب المشارطة في ذاتها " فهذا الحكم قاطع في تحديد اتجاه القضاء المصري نحو إعمال مبدأ استقلال شرط التحكيم. فمحكمة النقض تفرق تماما بين اتفاق التحكيم و موضوعه، سواء كان هذا الاتفاق في صورة شرط تحكيم أو مشارطة تحكيم، و بين موضوع الحق المتنازع عليه، و تعتبر أن كلا منهما له مجاله و قواعده و أثاره المستقلة تماما عن الأخرى.
- **د/ رضا عبيد،** شرط التحكيم في عقود النقل البحري، مجلة الدراسات القانونية بحقوق أسيوط العدد السادس،جويلية 1984، ص 233، 234.
- -أما البعض الأخر فذهب إلى أن تطبيق مبدأ استقلال شرط التحكيم في مصر كان يجد أساسه في تطبيق قواعد اتفاقية نيويورك، و ذلك أنه بانضمام جمهورية مصر و غيرها من الدول الأطراف في اتفاقية نيويورك صارت القواعد التي أوردتها هذه الاتفاقية في مجال تقنين مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم و نتائجه هي وحدها الواجبة التطبيق في شأن التحكيمات المتصلة بمعاملات دولية.- **د/ سامية راشد،** المرجع السابق، ص17.

(1) - **د/ إبراهيم أحمد إبراهيم،** المرجع السابق، ص 94، 95.

(2) - **MAHIOU(A)**,op-cit , P714

باطلا أو قابل للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابل للإبطال فيبطل العقد كله ".

و لكن المعيار الذي اعتمد عليه النص معيار صعب و غير دقيق، و هو قيمة أو مكانة الشق الباطل أو القابل للإبطال، و يصعب تطبيقه في مجال العلاقات الدولية الخاصة، لأن اللجوء إلى التحكيم يعتبر بمثابة ضمان من الضمانات التي تساعد على إبرام العقود، و لكن يصعب إثبات ذلك لاختلاف موضوع كل منهما بحيث يتمثل موضوع شرط التحكيم في إجراءات تسوية المنازعات بينما موضوع العقد الأصلي هو الالتزامات الموضوعية بين الطرفين، هذا من جهة. و من جهة أخرى حتى لو اعتمدنا هذه المادة فإنها سوف تحل فقط مسألة تأثير بطلان شرط التحكيم عن العقد الأصلي، لكنها لن تعطينا الحل أو لن تبين لنا أثر بطلان العقد الأصلي على شرط التحكيم، فهل يبطل معه أم لا ؟

و لكن بصدور المرسوم التشريعي 09/93 لم يعد هناك مجالا لطرح مثل هذا التساؤل فقد نصت المادة 458 مكرر1 من قانون الإجراءات المدنية القديم على أنه: " لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح ". و نفس المعنى جاءت به المادة 1040 من قانون

و بهذا يكون المشرع الجزائري قد كرس مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، و الذي أصبح حاليا من المبادئ الأساسية للتحكيم التجاري الدولي، نظرا للدور الذي يلعبه في مجال تحقيق فعالية اتفاق التحكيم، لكن على عكس ما يراه البعض، فإن تكريس هذا المبدأ في القانون الجزائري لم يأتي بصفة مباشرة و صريحة، و إنما يستنتج ضمنيا من نص هذه المادة بنصها على عدم ارتباط بطلان شرط التحكيم ببطلان العقد الأصلي الوارد فيه{1}.

رغم أن المشرع الجزائري{2} قد كرس مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي سواء

---

(1) -BEN ABDERRAHMANE(D) « La réforme du droit Algérien de l'arbitrage commercial international» , La gazette du palais n° 101-103, (n° spécial Algérie), 1999, p 28

(1) - لقد نصت العديد من القوانين الداخلية للدول على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي نذكر على سبيل المثال:

بموجب المادة 458 مكرر1 القديمة أو المادة 1040 الجديدة إلا أن نصه هذا اقتصر فقط على تقرير عدم ارتباط بطلان شرط التحكيم ببطلان العقد الأصلي، و لكن لم يبين لنا ماذا عن ارتباط شرط التحكيم بالعقد الأصلي في حالات الانقضاء الأخرى كالفسخ أو الانقضاء...

فمن الأحسن أن تفسر هذه المادة تفسيرا أوسع من هذا، حتى تتماشى مع ما نصت عليه القوانين الداخلية لبعض الدول و كذا الأحكام القضائية و التحكيمية في هذا المجال، و التي قررت أن مصير شرط التحكيم غير مرتبط بمصير العقد الأصلي ليس فقط في بطلانه و لكن حتى الانقضاء الكامل للعقد لا يؤثر على شرط التحكيم. فكان الأجدر بالمشرع الجزائري أن يفعل كما فعل المشرع المصري، و ينص صراحة على مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي بكل أبعاده.

- قانون المرافعات البلجيكي لعام 1972 في المادة 1697 و أيضا قانون الإجراءات المدنية الهولندي لعام 1986 في المادة 1053 قد تضمنا في صياغة كلتا المادتين أن " اتفاق التحكيم يعتبر مكونا لاتفاق مستقل". – كما أشارت المادة

- وتجدر الإشارة إلى أن بعض الدول و إن لم تنص في قوانينها على استقلالية شرط التحكيم فإنها تقبل بهذا المبدأ كالقانون الألماني و الإيطالي و الليبي و حتى التشريع الأمريكي
- لكن بعض التشريعات لها رأي أخر في هذه المسألة، بحيث أن القانون البريطاني لا يقبل هذا المبدأ إلا بصعوبة شديدة، فهو لا يفصل بين العقد الأصلي و اتفاق التحكيم. و نفس الأمر بالنسبة للمشرع السوري فهو لا يعترف باستقلالية شرط التحكيم إذ ينص أنه " في حالة ما إذا كان شرط التحكيم واقعا كبند في العقد فإنه يتبع العقد الأصلي صحة و بطلانا".
- و من أجل معرفة مدى الأخذ بمبدأ استقلالية شرط التحكيم من قبل التشريعات المختلفة نشير إلى ما ذكرته الأستاذة د/سامية راشد حيث تقول: " عند مراجعة التقارير الوطنية المنشورة في الكتاب السنوي للتحكيم التجاري، يتضح لنا بوضوح أن هناك اتجاه سائد في عدد كبير من الدول، يميل إلى الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، و ليست الدول ذات التقاليد اللاتينية و الجرمانية مثل إيطاليا و بلجيكا و ألمانيا الغربية و النمسا و الدول الإسكندنافية هي وحدها التي تأخذ بهذا المبدأ، ولكن مجموع الدول الاشتراكية و اليابان و دول العالم الثالث تتبع نفس النهج ".

- **د/ أحمد بلقاسم**، المرجع السابق، ص 80، 82.
- لمزيد من التفصيل أنظر: **د/ حفيظة السيد الحداد**، مرجع سابق، ص 30، 31، 32.

الفرع الثاني

مبدأ استقلالية شرط التحكيم في الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم

إن غياب النص الصريح على مبدأ استقلالية شرط التحكيم، في أهم الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، أدى إلى اختلاف الفقه في استنتاج تكريسه من طرف هذه الاتفاقيات.

أولا: اتفاقية نيويورك1958

إن اتفاقية نيويورك 1958 الخاصة بالاعتراف و تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية، لم تنص أو لم تنضم إجراءات التحكيم في حد ذاتها، و ذلك خوفا من الخروج عن نطاق موضوعها، و لكن بعد النقاش الحاد أثناء صياغتها النهائية{1}، اتفقت الدول المجتمعة لتوقيعها على ضمها مادة خاصة بمعالجة اتفاقات التحكيم، بوصفها أساس الأحكام التحكيمية و هي المادة الثانية من هذه الاتفاقية{2}.

و هذا ما أدى بجانب من الفقه إلى القول بأن مجال اتفاقية نيويورك أوسع بكثير من موضوع الاعتراف و تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية، و راح هذا الجانب من الفقه حد القول بأن هذه الاتفاقية قد

(1) - لمزيد من التفصيل حول هذا النقاش أنظر: **د/ راشد سامية**، المرجع السابق، ص 148 و ما يليها.

(2) - تنص المادة الثانية من اتفاقية نيويورك 1958 على:

- ✓ تعتمد كل دولة من الدول المتعاقدة الاتفاقية المكتوبة التي يلتزم فيها الأطراف، بأن تعرض على التحكيم جميع الخلافات التي قامت أو يمكن أن تقوم بينهم بخصوص علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أم غير تعاقدية تتضمن قضية من شأنها أن تسوى عن طريق التحكيم.
- ✓ المراد ب: " الاتفاقية المكتوبة " و هو الشرط التحكيمي المدرج في العقد أو في اتفاق التحكيم الموقع من الأطراف أو المتضمن في رسائل أو برقيات متبادلة.
- ✓ تقوم أي دولة متعاقدة، يرفع إليها نزاع بشأن قضية أبرم الأطراف بخصوصها اتفاقية حسب مفهوم هذه المادة، بإحالة الأطراف على التحكيم، بناء على طلب أحد الأطراف، إلا إذا لاحظ أن الاتفاقية المذكورة باطلة، أو عديمة الأثر، أو لا يمكن تطبيقها..."

(3) - **د/ راشد سامية**، المرجع السابق، ص 146.

غير أن هذا الرأي لم يصمد أمام الانتقادات الشديدة التي تعرض لها، لأن هذا الرأي حمل نص المادة"2"من الاتفاقية أكثر من مدلولها حيث وصف ب: "التفسير المغالى فيه"{1}

لأن هذا النص لم يتعرض لمبدأ استقلال شرط التحكيم، فبرغم من أنه أوجب على الدول الأعضاء الاعتراف باتفاقات التحكيم، ومنع محكمها من نظر المنازعات التي اتفق الأطراف على حلها بطريق التحكيم، إلا أنه لم يتضمن أية إشارة إلى أن ذلك يمكن أن يتحقق في حالة بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو انقضائه، فهذا النص لم يتضمن أية إشارة إلى مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، أو تأثره بما قد يلحق هذا الأخير من أسباب البطلان أو الفسخ أو الانقضاء{2}.

و قد ذهب جانب آخر من الفقه، إلى استخلاص أن اتفاقية نيويورك قد أشارت ضمنيا إلى مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي و ذلك في نص المادة 01/05/أ بحيث نصت أنه " يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه إذا استطاع الطرف المتمسك ضده بالحكم أن يقدم الدليل على أن اتفاق التحكيم لم يكن صحيحا طبقا للقانون المختار من قبل الأطراف أو قانون البلد الذي صدر فيه الحكم في حالة عدم و جود أي بيان من قبل الأطراف في هذا الصدد ". فيرى أحد الفقهاء أن نص المادة يستشف منه

غير أنه و إن كان نص المادة (1/5أ) قد تعرض لمسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، و هذا أمر طبيعي لأن اتفاق التحكيم هو مصدر سلطة المحكم بالفصل في النزاع، و بالتالي أساس حكم التحكيم نفسه، إلا أن هذا النص لم يتطرق إلى القانون الذي يحكم العقد الأصلي حتى يمكن لنا

---

(1) - **د/ سراج حسين محمد أبو زيد**، المرجع السابق، ص 194.

(2) - يرى البعض أن : " أصحاب هذا الرأي القائل بتقنين مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي في اتفاقية نيويورك، يرغبون من وراء ذلك في التمسك بتطبيقه في مصر التي انضمت إلى هذه الاتفاقية، حيث كان المشرع المصري آنذاك لا يعترف بهذا المبدأ، أما حاليا فإنه قد نص عليه صراحة في المادة 23 من القانون الجديد الخاص بالتحكيم.

- أنظر: **د/ إبراهيم أحمد إبراهيم**، المرجع السابق، ص 99.

(3) - **د/منير عبد المجيد**، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي، منشأة المعارف، مصر، 2000، ص 144.

- **د/ منير عبد المجيد**، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1995، ص 104.

استخلاص أن الاتفاقية قد أقرت مسألة استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، فيما يتعلق بالنظام القانوني الذي يحكمه{1}.

و خلاصة القول أن اتفاقية نيويورك لم تتضمن أي مادة تفيد استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، فالمادة 02 من هذه الاتفاقية قد تحدثت عن الحالات التي لا يمكن معها تطبيق قاعدة عدم اختصاص القضاء الوطني أي لم تبين علاقة شرط التحكيم بالعقد الأصلي. أما المادة 05 فقرة أولى-أ- فإنها بينت القانون الذي يحكم صحة شرط التحكيم، لكن ذلك ليس مقارنة بالقانون الذي يحكم العقد الأصلي، أي لم تنص على إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون غير ذلك الذي يحكم العقد الأصلي، والأكيد أن اتفاقية نيويورك لم تتضمن أي نص يحول دون الأخذ بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي و تركت بذلك " تنظيم هذه المسألة إلى القوانين المحتمل تطبيقها على هذا الاتفاق"{2}.

ثانيا: الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي « اتفاقية جنيف » 1961

لقد اختلفت الآراء الفقهية حول ما إذا كانت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي الموقع عليها في جنيف بتاريخ 1961/04/21 قد كرست مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي أم لا، و

و لذلك يرى جانب من الفقه{4} بالاستناد إلى نص هذه المادة أن اتفاقية جنيف قد كرست بشكل

---

(1) - **د/ سراج حسين محمد أبو زيد**، المرجع السابق، ص 196.

(2)- FOUCHARD (PH), GAILLARD(E), GOLDMAN(B), op-cit, p 219.

(3)– تنص الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي على: " المحكم له سلطة تقرير اختصاصه و تقرير صحة اتفاق التحكيم أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءا منه ".

(4) - «… Cette disposition ne consacre pas l'autonomie de la convention d'arbitrage de manière seulement implicite, par la consécration expresse de la compétence-compétence ; on peut penser qu'elle la confirme aussi en prévoyant que l'arbitre a le pouvoir de statuer sur l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage ou du contrat principal, ce qui signifie que l'existence ou la validité sont appréciées séparément pour ces deux contrat.»

- **GOLDMAN(B) ,**op-cit, fascicule 586-1 , n°23, 1989, p 8.

صريح مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، و ذلك عندما عهدت للمحكم بسلطة الفصل حول وجود أو صحة اتفاق التحكيم أو العقد الذي يعتبر شرط التحكيم جزءا منه، فبالتالي الاتفاقية قد قررت مبدأ استقلالية شرط التحكيم و كذلك مدت سلطة المحكم للفصل حول وجود العقد الأصلي و صحته على السواء.

بينما يرى جانب أخر من الفقه{1} أنه رغم أن هذه الاتفاقية قد أشارت صراحة في أحكامها على اختصاص المحكم في أحكامه أي قاعدة " الاختصاص بالاختصاص "{2} و الذي يعتبر من أثار مبدأ استقلالية شرط التحكيم، إلا أنها لم تتخذ موقفا صريحا بشأن مدى إعمالها لمبدأ استقلالية شرط التحكيم.

ثالثا: موقف القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 1985.

لقد نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على مبدأ استقلالية شرط التحكيم عندما نص في المادة 1/16 منه أنه « يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته. و لهذا الغرض

---

(1) - أنضر في هذا المجال: - **د/ حفيظة السيد الحداد،** المرجع السابق، ص 29.

- و قد قال الدكتور **" سراج حسين محمد أبو زيد "** في هذا المجال أنه: « من غير الممكن أن نستخلص من نص المادة "3/5" على اختصاص المحكم بالفصل في مسألة وجود أو صحة العقد أنه يقرر في نفس الوقت مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، فلو أن واضعي النص يريدون الوصول إلى هذه النتيجة لكان عليهم أن يضيفوا إلى نص المادة ما يفيد بأن المحكم، إلى جانب أن له سلطة الفصل في مسألة وجود أو صحة العقد الأصلي، يضل مختصا حتى إذا ثبت لديه عدم صحة العقد الأصلي أو بطلانه، على نحو ما فعلت قواعد التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية. ففي هذا الفرض فقط كان من الممكن القول بأن النص يقرر استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ».

- **د/ سراج حسين محمد أبو زيد،** مرجع سابق، ص 197.

(2) - قاعدة " الاختصاص بالاختصاص " هي: مشكلة إجرائية تثير مسألة سلطة المحكم في الفصل حول اختصاصه الأصيل، عندما ينازع في صحة اتفاق التحكيم نفسه .

القانوني عنه{1}.

و كذلك بما أن هذه اللجنة الدولية مشكلة من شخصيات قانونية تمثل مختلف الأنظمة القانونية في العالم، يمكن القول بأن القانون النموذجي للجنة يعكس الاتجاه السائد في العالم حول المسائل المتعلقة بالتحكيم، و قد نصت هذه اللجنة في المادة المذكورة كما قلنا صراحة على استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

الفرع الثالث

مبدأ استقلالية شرط التحكيم في لوائح و أحكام التحكيم البحري

و على عكس الاتجاه الذي اتخذته الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم و التي لم تشير بشكل صريح إلى مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، باستثناء البعض منها التي نصت بشكل صريح، فإن هذا المبدأ قد تم تكريسه بشكل واضح و صريح من قبل العديد من لوائح و أحكام التحكيم البحري، و هذا ما سيتبين معنا من خلال هذا الفرع:

أولا: لائحة التحكيم لغرفة التحكيم البحري بباريس

نصت لائحة التحكيم لغرفة التحكيم البحري بباريس عن مبدأ استقلال شرط التحكيم البحري عن العقد الذي ورد فيه و ذلك بموجب نص المادة 10 منها، و التي نصت على: " المحكم أو المحكمون ما هم إلا قضاة يملكون البت في اختصاص غرفة التحكيم البحري، و صحة هذا الاختصاص، كما أنهم على وجه الخصوص أهل للفصل حول وجود و صحة اتفاق التحكيم أو العقد الأصلي الذي يشمله عند الاقتضاء، و أيضا حول نطاق اختصاصهم ".

ثانيا: لائحة تحكيم المنظمة الدولية للتحكيم البحري

في هذه اللائحة أيضا ورد النص على مبدأ استقلالية شرط التحكيم في مادتها الخامسة فقرة الثانية و التي نصت على أنه: " ما لم يشترط العكس، فإن الادعاء ببطلان أو عدم وجود العقد الأصلي لا يؤثر على اختصاص المحكم و الذي يستمده من صحة اتفاق التحكيم، و يبقى المحكم مختصا أيضا في حالة عدم وجود أو بطلان العقد الأصلي لتحديد حقوق الأطراف و الفصل في طلباتهم ".

1- **د/ عاطف ألفقي**، المرجع السابق، ص 141.

ثالثا: لائحة تحكيم لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية « اليونسترال 1976 »

لقد نصت هذه اللائحة على مبدأ الاستقلال و ذلك عندما نصت مادتها 21 في فقرتها الثانية على أنه: " يكون لمحكمة التحكيم سلطة الفصل في وجود أو صحة العقد الذي يشكل شرط التحكيم جزءا منه، و لأغراض هذه المادة يعتبر شرط التحكيم الذي يشكل جزءا من العقد و الذي ينص على إجراء التحكيم طبقا لهذه القواعد اتفاقا مستقلا عن سائر شروط العقد الأخرى، و إذا صدر القرار من محكمة التحكيم ببطلان العقد فإن ذلك لا يستتبع بقوة القانون عدم صحة شرط التحكيم "{1}.

فهذه اللائحة تمنح المحكم بشكل واضح سلطة الفصل و النظر في وجود أو صحة العقد الأصلي، و مقرة باستقلال شرط التحكيم عنه، أي أن للمحكم بموجب هذه المادة سلطة الاستمرار في نظر النزاع حتى و لو ثبت عدم وجود أو بطلان العقد الأصلي.

رابعا: أحكام التحكيم البحري الصادرة عن غرفة التحكيم البحري بباريس

لقد استخدمت هيئات التحكيم البحري التابعة للغرفة الحق المخول لها من قبل لائحتها في تقرير مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي و عدم ارتباط مصيره بمصير هذا العقد، بحيث تعرضت إلى عدة أمور أهمها " عدم وجود العقد الأصلي – بطلان العقد الأصلي – فسخ العقد الأصلي "{2}.

و في الختام يمكن القول أن استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي قد حظي بتأييد سواء من قبل القوانين الداخلية للدول و في المعاهدات الدولية و كذا لوائح و أحكام التحكيم البحري.

---

(1) - ذكر هذا: **د/ عاطف ألفقي**، المرجع السابق، ص 143، 144.

(2) - Sentence N° 760 du 5 Décembre 1989, D.M.F 1990, P 708.
Sentence N° 758 du 12 Décembre 1989, D.M.F 1990, P 637.
Sentence N° 720 du 20 Janvier 1989, D.M.F 1989, P 480.

المطلب الثاني

تمييز شرط التحكيم عن غيره من النظم المشابهة له

يتميز شرط التحكيم ، باعتباره عقدا يتفق الأطراف بمقتضاه على فض ما قد تثور بينهم من منازعات بصدد تنفيذ العقد الأصلي أو تفسيره بواسطة التحكيم بدلا من المحكمة المختصة، عن غيره من النظم التي قد تتشابه أو تختلط به، أو بمعنى أخر أنه إذا كان نظام التحكيم هو وسيلة للفصل في المنازعات بين الأفراد و الجماعات، عن غير طريق القضاء العام في الدولة، يتفقون بمقتضاه على الفصل فيها عن طريق هيئة تحكيم يختارونها.

إلا أنه يعد نظاما خاصا متميزا بقواعده عن الوسائل المعروفة لتسوية المنازعات بين الأفراد و الجماعات، فهو يختلف عن كل من نظام الصلح، و الوساطة، فضلا على أن هيئة التحكيم و إن كانت قد

فبناءا على ما تقدم و من أجل الإحاطة أكثر بالموضوع، قسمت هذا المطلب إلى خمس فروع و ذلك وفقا لما يلي:

الفرع الأول: شرط التحكيم و الصلح.

الفرع الثاني: شرط التحكيم و التوفيق و الوساطة.

الفرع الثالث: شرط التحكيم و الخبرة.

الفرع الرابع: شرط التحكيم و الوكالة.

الفرع الخامس: شرط التحكيم و عقد التحكيم المبرم بين المحكمين و الخصوم.

الفرع الأول

شرط التحكيم و الصلح

على الرغم من التشابه بين شرط التحكيم باعتباره عقدا و عقد الصلح في أمور عدة إلا أنه يختلف معه في أمور أخرى{1} و هذا على النحو التالي:

1- يتفق شرط التحكيم و عقد الصلح في أن كلاهما آليتان يقصد بهما الأطراف حسم النزاع بعيدا عن المحاكم أو القضاء {2}. فإذا كان التحكيم يعد من أهم الوسائل التي أجاز المشرع للخصوم من خلالها تسوية منازعاتهم التي وقعت بالفعل أو التي ستتولد في المستقبل بعيدا قضاء الدولة ، فالصلح يعد بدوره وسيلة أيضا من بين هذه الوسائل، فالصلح كالتحكيم وسيلة أو آلية لحسم المنازعات بعيدا عن القضاء{3} .

فهو كما عرفته المادة 459 من ق.م.ج :"الصلح{4} عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه ".

---

(1) - أنظر:**د/ عبد الحميد الشواربي،** التحكيم و التصالح في ضوء الفقه و التشريع، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية1997. ص 417.

(2) - **د/ حفيظة السيد حداد،** الموجز في النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2004 ص 86.

(3) - **د/ فايز عبد الله الكندري،** المرجع السابق ، ص 19 .

(4) - لقد تناول المشرع الفرنسي نظام الصلح في المواد من 2044 إلى 2058 من القانون المدني وقد قال الدكتور ياسين محمد يحي بأن"يكاد يجمع فقه القانون الوضعي الفرنسي على أن هذه النصوص القانونية الوضعية لم تحسن صياغتها، و أنها أقل حظا من سائر نصوص القانون المدني الفرنسي

- **د/ ياسين محمد يحي،** عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية، و القانون المدني، دراسة مقارنة-فقهية، قضائية، وتشريعية-دار الفكر العربي، القاهرة 1978، ص 70.

- لقد عرفت المادة "2044" من القانون المدني الفرنسي بأنه " عقدا يحسم به المتعاقدان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا". كما عرفت المادة 549 من القانون المدني المصري نظام الصلح بأنه " عقدا يحسم به الطرفان نزاعا قائما، أو يتوقيان به نزاعا محتملا و ذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعاءاته ".
- **د/محمد السيد عمر التحيوي،** أنواع التحكيم و تمييزه عن الصلح، الوكالة، و الخبرة، دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية، 2002، ص 246.

2 - كلاهما يؤدي إلى عدم جواز عرض النزاع على قضاء الدولة فما فصل فيه بالتحكيم أو أتفق عليه صلحا يصلح لإثارة الدفع بحجية الشيء المحكوم فيه عند إثارة النزاع ذاته أمام القضاء{1}.

3– كلاهما يستوجب لصحته توافر أهلية التصرف في أطرافه فعملا بنص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها "، و كذا المادة 460 من القانون المدني " يشترط فيمن يصالح أن يكون أهلا للتصرف بعوض في الحقوق التي يشتملها عقد الصلح ".

4- و أخيرا يتشابه شرط التحكيم مع عقد الصلح في أن كلا منهما لا يجوز أن يرد على المسائل المتعلقة بالنظام العام و ذلك عملا بنص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و المادة 461 من قانون المدني الجزائري.

من المعروف أن الصلح لا يجوز في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بنظام العام، و لكن يجوز في المصالح المالية الناجمة عن الحالة الشخصية حسب نص المادة 461 قانون مدني جزائري.

كما يترتب على عقد الصلح إنهاء أو حسم المنازعات التي يتناولها، ويترتب عليه انقضاء الحقوق و الإدعاءات التي تنازل عنها أحد الطرفين بصفة نهائية المادة 462 من القانون المدني الجزائري.

كما أنه لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون المادة 465 ق م ج ولا يتجزأ فبطلان جزء منه يقتضي بطلان العقد كله، إلا إذا تبين من عبارات العقد أو من الظروف أن المتعاقدين قد اتفقا على جعل إجراءات العقد مستقلة عن بعضها البعض و هذا حسب نص المادة466 ق م ج .

بالتالي فإن التمعن في هذه القواعد المنظمة لعقد الصلح في القانون المدني الجزائري يساعدنا على الكشف على أهم الفروق الأساسية بين الصلح و التحكيم بصفة عامة، و نذكر من بينها:

1 - محل إتفاق التحكيم يختلف عن محل إتفاق الصلح، فمحل العقد في التحكيم هو عدم عرض النزاع على القضاء التابع للدولة أي هو "التزام بعمل سلبي في معنى الامتناع و اختيار محكمين للفصل في النزاع. أما في الصلح فمحل العقد هو تسوية مباشرة لنزاع قائم بين الأطراف بواسطة الأطراف نفسهم بأن يتنازل كل منهم عن بعض ما يدعيه{2}.

---

(1) – **د/ عزمي عبد الفتاح عطية**، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات الجامعة الكويت، الطبعة الأولى، 1990 ص 16.

(2) - أنظر:- **د/ نبيل إسماعيل عمر**، التحكيم في المواد المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004، ص 06.

2- لا ينتهي النزاع بمجرد إبرام الاتفاق على شرط التحكيم، و إنما بإنهاء المحكم لمهمته و إصدار حكما فيها يكون قابلا للتنفيذ الجبري إذا توافرت شروطه ووفقا لإجراءات محددة، وهذا على خلاف الصلح الذي ينتهي فيه النزاع بمجرد التنازل المتبادل{1}، كما يعد محضر الصلح سندا تنفيذيا بمجرد إيداعه بأمانة الضبط و هذا حسب نص المادة "993" من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري.

3- إن عقد الصلح و إن كان يعد وسيلة لحل المنازعات، غير أنه وسيلة ذاتية يقوم بها الخصوم أنفسهم{2}، فهو عقد يتم بين أطراف الخصومة أو من يمثلهم بمقتضاه يحسم هؤلاء الأطراف منازعاتهم، دون تدخل شخص ثالث عن طريق تنازل كل منهما عن بعض أو كل ما يتمسك به، أما شرط التحكم فهو عقد يتفق أطراف الخصومة بمقتضاه على عرض ما قد يثور بينهم من منازعات على محكم أو أكثر

4- في شرط التحكيم يكون الحل الذي انتهى إليه النزاع ناشئ من صميم عمل الغير الذي هو المحكم أو هيئة التحكيم، أما في عقد الصلح فإن الحل يكون ناتج عن عمل الخصوم أنفسهم {4}.

و في ختام القول تجدر الإشارة على أنه إذا كان لم يكن هناك ما يمنع من اتفاق الأطراف على الصلح في بعض المنازعات و التحكيم في البعض الأخر، إلا أنه ينبغي ضرورة عدم الخلط بين مثل هذا الاتفاق و الاتفاق الذي يفوض الخصوم بمقتضاه المحكم بالصلح{5}فالمحكم المفوض بالصلح، و إن كان

---

(1) - أنظر في هذا:**د/ مصطفى محمد الجمال+ د/عكاشة محمد عبد العال**، مرجع سابق، ص 26. 27. 28.

(2) - **د/ محمود محمد هاشم**، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية و التجارية، الجزء الأول، دار الفكر العربي، 1990، ص28.

(3) - **د/ فايز عبد الله الكندري**، المرجع السابق، ص 20. 21.

(4) - **د/ نبيل إسماعيل عمر**، المرجع السابق، ص 07.

(5) - في التمييز بين التحكيم العادي و التحكيم مع التفويض بالصلح أنظر:

- **د/ أحمد مليجي**، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، دار الكتب، الكويت، الطبعة الأولى، 1996، ص 43.

- كما أن محكمة التمييز الكويتية قد قضت في حكمها الصادر بتاريخ 1986/03/05 بجواز اتفاق الخصوم، على حسم منازعاتهم عن طريق التحكيم بالقضاء " التحكيم العادي " أو عن طريق التحكيم بالصلح، و بجواز اتفاقهم على ارادهما معا في العقد الأصلي ذاته. – طعن رقم 85/136. تجاري.

- أشار إليه: **د/ فايز عبد الله الكندري**، المرجع السابق، ص22 .

يتقيد فحسب بإجراءات المنصوص عليها في قوانين التحكيم و دون التقيد بقواعد القانون الموضوعي و هذا على خلاف ما عليه الحكم في نطاق التحكيم العادي" ، فإنه لا يقوم بمهمة التوسط أو التوفيق بين الأطراف لكي يتنازل كل منهما عن جزء من ادعاءاته{1}.

الفرع الثاني

شرط التحكيم و التوفيق و الوساطة

التوفيق{2}و الوساطة هما وسيلتان لحل المنازعات التي قد تنشأ بين الأفراد و تتطلب الوساطة و التوفيق شأنهما في ذلك شأن التحكيم، تدخل طرف من الغير يعهد إليه بأداء هذه المهمة و يطلق على هذا الغير لقب الوسيط أو الموفق {3}.

و يعتبر التوفيق من الطرق الودية الهامة المعتمدة لحل النزاعات في العقود التجارية الدولية، الأمر الذي دفع بلجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي إلى اعتماد قانون نموذجي للتوفيق كمرجع

---

(1) - **OPPETIT(B)** « Arbitrage Médiation et Conciliation» , Rev, Arb, 1984, p 407.

(2) - نظرا لأهمية التوفيق بين أطراف النزاع في العقود التجارية الدولية فقد شاع انتشاره ووجدت أنضمه مختلفة للتوفيق. و نذكر منها على سبيل المثال: نظام التوفيق النموذجي للجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي"الاونسترال"، قواعد التوفيق الخاصة بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، نظام التوفيق التجاري لغرفة تجارة و صناعة الكويت، نظام التوفيق لغرفة التجارة الدولية بباريس.

- تعرف المادة الأولى من قانون الاونسترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي بأنه: " كل عملية سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بأي تعبير أخر له معنى مماثل، يطلب فيها الطرفان إلى شخص أخر أو أشخاص آخرين مساعدتهما في سعيهما من اجل التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو قانونية أخرى، دون أن يكون للقائم بالتوفيق أي صلاحية لفرض حل للنزاع على الطرفين. فالطرفان غير ملزمين باحترام الحل الذي يقترحه الموفق عليهما، إلا إذا اتفقا صراحة على الحل المقترح عليهما، و في هذه الحالة يصبح في مرتبة العقد الواجب احترامه. و في حالة عدم توصل الموفق إلى حل للنزاع ينتقل الأطراف بنزاعهم إلى الوسيلة الموالية المعتمدة من طرفهم التي قد تكون باللجوء إلى التحكيم أو القضاء حسبما اتجهت إرادتهم.
- **أ/ أحمد بوقادوم،** حرية الأطراف في اختيار طرق حل النزاعات الناجمة عن العقد التجاري الدولي " في القانون الجزائري "، مجلة المحكمة العليا – عدد خاص- الطرق البديلة لحل النزاعات، الصلح و الوساطة والتحكيم، 15، 16 جوان 2008. ص 243، 244.

(3) - **د/حفيظة السيد حداد،** الموجز في النظرية العامة للتحكيم، مرجع السابق، ص 82.

يمكن للتشريعات المختلفة تبني أحكامه أو البعض منها فـــي قوانينها الداخلية{1}، عن طريق التوفيق يقوم الخصوم بأنفسهم أو بواسطة شخص من الغير بالاجتماع و التشاور للوصول إلى حل ينهي النزاع و يرضى عنه الأطراف، فإذا انتهى التوفيق إلى حل يحرر محضر بذلك و يوقع عليه الخصوم و الشخص الذي قام بالتوفيق.

و بهذا فإن وجهة النضر التي ينتهي إليها التوفيق تتشابه مع هدف شرط التحكيم في أنها تحسم النزاع، إلا أن هناك أهمية قصوى للتفرقة بين كل من الوساطة و التحكيم، و ذلك بالنظر لنطاق تطبيق

فمن جهة أولى تتمتع آلية الوساطة كوسيلة سلمية لفض المنازعات بين الأفراد بنطاق أوسع، كأصل عام من ذلك الذي يتمتع به نظام التحكيم{2}. أما من جهة ثانية فشرط التحكيم هو تنظيم قضائي ينتهي بحكم له أثار الأحكام القضائية قابل للتنفيذ الجبري و بشروط خاصة، ملزم للخصوم له أثار محددة و يعتبر سند تنفيذي.إلا أن الوسيط أو الموفق لا ينتهي عمله بحكم، بل باقتراح لتقريب وجهات النضر، والمحضر الذي يحرره الموفق لا تكون له أثار أو حجية الأحكام القضائية {3}.

أي أن الفارق الأساسي بين المحكم أو الوسيط و الموفق هو أنه بينما يفصل المحكم في النزاع المعروض عليه بحكم ملزم يتمتع بالحجية، فإن ما يصدر عن الوسيط أو الموفق هو مجرد حل للمسألة المعروضة عليه يكون قد توصل إليه بمساعدة الأطراف أنفسهم و الذي لا يعد ملزما لهما إلا إذا قبلوه{4}.

و لقد أدت هذه الفروق الظاهرة بين التحكيم و التوفيق و الوساطة إلى التفرقة الحاسمة بينهما و جعلهما آليتين مستقلتين كل منهما عن الآخر.

---

(1) - أ/ **أحمد بوقادوم**، المرجع السابق، ص 251.

(2) - **د/ حفيظة السيد الحداد**، مرجع سابق، ص 82، 83.

(3) - **د/ نبيل إسماعيل عمر**، المرجع السابق، ص 08.

(4) - يقول د/ نبيل حلمي: "حيث يذكر أن القرار النهائي بتطبيق ما توصل إليه التوفيق للأطراف أنفسهم و هذا يختلف عن التحكيم حيث أن الحكم الذي يصدر بمقتضاه هو حكم نهائي و يلزم أطراف النزاع ولا يتوقف على قبولهم له."

- **د/ نبيل أحمد حلمي**، التوفيق كوسيلة لحل المنازعات الدولية في القانون العام، دار النهضة العربية، 1983، القاهرة، ص28.

و انطلاقا من هذا فقد شرعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، بعد أن وضعت لائحة التحكيم في عام 1976 في وضع لائحة خاصة بالتوفيق و المصالحة أتمتها في عام 1980. و لقد نظمت العديد من المراكز الدولية للتحكيم، آلية خاصة بشأن التوفيق و الصالحة مستقلة تماما عن التحكيم، و هو الأمر المذكور بالنسبة للمركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار الذي أنشأته معاهدة واشنطن الموقعة في 18 مارس 1965، حيث نصت المواد من 28 إلى 35 من المعاهدة على آلية التوفيق.

كذلك وضعت غرفة التجارة الدولية بباريس لائحة خاصة بالتوفيق بدأ العمل بها منذ أول يناير1988و لقد نصت هذه اللائحة صراحة أن آلية التوفيق مستقلة تماما عن التحكيم و هي تتسم بالطابع الاختياري إلا إذا اتفق الأطراف على خلاف ذلك{1}.

و للتأكيد على استقلالية كل من التحكيم عن التوفيق حرصت اللائحة على الإشارة أنه على لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس، المتعلقة بالتحكيم لا تقتضي من الأطراف اللجوء إلى سلك طريق التوفيق قبل الشروع في التحكيم. كذلك لائحة التوفيق تجيز اللجوء إلى التوفيق دون اقتضاء أن يتم عرض المنازعة بعد ذلك على التحكيم و في حالة فشل جهود التوفيق في الوصول إلى حل مرضي للطرفين.

الفرع الثالث

شرط التحكيم و الخبرة

يقصد بالخبرة{2} العلم ببواطن الأمور، و يلجأ الخصوم إلى الخبير في مجال معين لإبداء الرأي في المسألة المطروحة عليه و التي تدخل في اختصاصه، دون ألزام الخصوم بهذا الرأي لذا فإن الاتفاق المبرم بين الخصوم و الذي يعهد بموجبه لأحد الخبراء المتخصصين للإدلاء برأيه في منازعة معينة

---

(1) - **د/ حفيظة السيد الحداد**، المرجع السابق، ص 83، 84.

(2) - لقد نظم المشرع الجزائري الخبرة في المواد من " 125" إلى "145 " من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. أما في القانون الوضعي الفرنسي تدخل الخبرة في المواد المدنية و التجارية ضمن القواعد الإجرائية التي تنص عليها مجموعة المرافعات الفرنسية، تحت عنوان L'Administration Judiciaire de la preuve، لأنها تندرج ضمن إجراءات الإثبات في المواد المدنية و التجارية.و ذلك في المواد " 284 "- "362". أما المشرع المصري فقد نظم الخبرة في المواد المدنية و التجارية في قانون الإثبات المصري رقم " 25" لسنة 1968في المواد "135"- "162". بالإضافة إلى المرسوم رقم "96" لسنة 1952 و الذي ينظم الخبرة في المواد المدنية و التجارية. ذكر هذا: **-د/ محمود السيد عمر التحيوي**، مرجع سابق، ص 284، 285

يختلف عن شرط التحكيم{1} وذلك كون أن المحكم يقوم بفرض رأيه على الخصوم، و يقوم في ذلك مقام القضاء، بعكس الخبير الذي يطلب رأيه فقط في المسائل التي تعرض عليه دون أن يكون هذا الرأي ملزم للخصوم أو القاضي{2}.

أي أن الخبرة تكون مجرد إبداء الرأي و المشورة من متخصص لمن يطلبها دون التزام من هذا الأخير بإتباعها، أما التحكيم فهو فصل في النزاع من المحكم يلتزم به الخصوم، و الخبرة قد يطلبها أحد

و قد يثور التساؤل حول تحديد حقيقة المهمة الملقاة على عاتق شخص ما، فيما إذا كانت هذه المهمة تحكيمية أم خبرة، و عليه فإن العبرة تكون بمقصود المهمة نفسها و ليست بالفظ الذي يحدد المطلوب من شخص، و بالتالي فإن اتفاق الخصوم على الأخذ برأي أشخاص معينين يتشاورون فيما يرفع إليهم من نزاع فإن الأمر هنا يعتبر تحكيما و ليس خبرة كما يعتبر محكما الشخص الذي يكلفه الخصوم بحسم النزاع بينهم و لو أطلقوا عليه وصف الخبير{3}.

و منه نستخلص أن الخبرة على خلاف شرط التحكيم لا تعد وسيلة لفض المنازعات بين الأفراد، حيث أن إرادة أطراف الاتفاق على إحالة نزاع ما إلى الخبرة لا تتجه إلى تفويض الخبير سلطة حسم هذا النزاع، بل تمنحه فحسب سلطة إبداء رأي استشاري غير ملزم لهما.

الفرع الرابع

شرط التحكيم و الوكالة

الوكالة هي إقامة إنسان غيره مقام نفسه في تصرف جائز و معلوم، يملكه و قابل للنيابة. و هي كما عرفتها المادة 571 ق م ج{4}: "الوكالة أو الإنابة عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا أخر

---

(1) - **د/ نبيل إسماعيل عمر**، مرجع سابق، ص09.

(2) - نقلا عن **د/ مصطفى الجمال ود/ عكاشة عبد العال**، مرجع سابق، ص 29. 30.

(3) - **د/أحمد أبو ألوفا**، التحكيم الاختياري و الإجباري، منشأة المعارف الإسكندرية، 2000، ص 29.30 .

(4) - تعرف المادة " 1984" من القانون المدني الفرنسي الوكالة بأنها«التفويض في التصرف يعطي به شخصا لآخر سلطة عمل شيء للموكل و باسمه". بينما عرفت المادة "699" من القانون المدني المصري الوكالة بأنها «عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل".

للقيام بعمل شيء لحساب الموكل و باسمه ". أو هي عقد يخول الوكيل سلطة النيابة على الموكل في عمل ما، و الوكيل لا يستقل عن الموكل و لا يصدر أحكاما كما أنه لا يحل النزاع{2}. فالنائب أو الوكيل هو شخص يتصرف لحساب غيره، و هو في هذا الصدد يحل إرادته محل إرادة الأصيل، فينعقد العقد و تنصرف جميع أثاره إلى ذمة الأصيل{3}.

فالتحكيم و الوكالة هما إذن نوع من الولاية أو الإنابة و الرضا هو أساسها، لأن الأصل في شرط التحكيم هو أنه عقد طرفاه هم نفسهم طرفا النزاع المعروض على التحكيم، و موضوع هذا العقد أو محله هو تعين شخص أجنبي عنهما للفصل في هذا النزاع، فالمحكم يستقل تماما عن الطرفين في أداء مهمته و لا يخضع لغير القانون و الضمير.

و الأصل في الوكالة هو أن الوكيل لا يملك مباشرة العمل الموكل به إلا بإذن الموكل، وبذلك فهناك أوجه اختلاف متعددة بين الوكيل و المحكم من أهمها:

من جهة الوكيل يعمل باسم و لحساب الموكل و لا يجوز له التصرف إلا في مصلحة الموكل، لذا يلتزم بتعليماته و بحدود الوكالة و إلا كان مسؤولا وحده، كما أن الوكيل لا يملك إلا ما يملكه الموكل من سلطات. أما المحكم فتثبت له صفة القاضي بمجرد اختياره و قبوله لمهمته{1}.

و من جهة أخرى فإن الخصوم لا يتدخلون في عمل المحكم ولا يصدرون له التعليمات، كما أن المحكم ينفرد وحده بنضر الخصومة و إصدار الحكم أيا كان نوعه، و هذا الحكم يكون ملزم للأطراف "أطراف شرط التحكيم" {2}.

و كذلك قد يكون عند الاتفاق على التحكيم لكل طرف محكمه، و يكون تعيين المحكم الثالث "المرجح" من قبل الطرفين أو محكميهما أو شخص أخر. ففي مثل هذه الأحوال يكون محكم الخصم بمثابة مدافع عنه " وكيل الخصومة"، و تكون هذه الصـــفة هي الغالبة عليه و لـــكن مع ذلك يضل لـــه مـــن

---

(1) - **د/ نبيل إسماعيل عمر**، المرجع السابق، ص 11.

(2) - **د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية القاهرة، ص 463.

(3) - أنضر في هذا: **د/ محمد السيد التحيوي**، مرجع سابق، ص 266. 267.

(4) - **د/ محمد السيد التحيوي**، المرجع السابق، ص 269.

الناحية القانونية وصف المحكم و ليس وكيل بالخصومة{1}.

و خلاصة القول أن شرط التحكيم يختلف عن الوكالة لأن هيئة التحكيم لا يمكن اعتبارها وكيلا عن أطراف التحكيم - رغم أن سلطتها في نضر النزاع لا تثبت لها إلا باتفاقهما عليها- لأن مهمة هيئة

الفرع الخامس

شرط التحكيم و عقد التحكيم المبرم بين المحكمين و الخصوم

عقد التحكيم هو العقد المبرم بين الخصوم و المحكمين، يعرف بأنه " العقد الذي بمقتضاه يلتزم شخص و يسمى بالمحكم بإصدار الحكم خلال مهلة التحكيم في المنازعات المعروضة عليه من الخصوم مقابل مبلغ من المال يؤديه الخصوم "، بهذا المفهوم نستخلص أن شرط التحكيم، و إن تم تكييفه على أنه عقد مستقل و قائم بذاته عن العقد الأصلي الذي ورد فيه، يجب تمييزه عن عقد التحكيم{2}.

فشرط التحكيم، اتفاق يبرم بين أطراف العقد المتضمن لهذا الشرط، و بمقتضاه يتفق على حسم ما قد يثور من منازعات بينهم بصدد هذا العقد بواسطة المحكم، أما عقد التحكيم فهو اتفاق يبرم بين الخصوم من جهة و المحكم أو المحكمين من جهة أخرى، و بمقتضاه يوضع شرط التحكيم موضع التنفيذ، إذ يخول الخصوم شخصا عاديا هو المحكم أو المحكمين مهمة إنهاء النزاع الذي ينشب بينهم، فعقد التحكيم كما عبر عنه جانب من الفقه، بمثابة آلة أو أداء تنفيذ اتفاق التحكيم{3}.

فالمحكمون ليسوا أطرافا في اتفاق التحكيم شرطا كان أو مشارطة،و منه لا يلتزمون بمباشرة إجراءات التحكيم إلا بقبولهم هذه المهمة و هذا ما قضت به المادة "2/16" من قانون التحكيم المصري بنصها " أن التزام المحكم بالتحكيم في نزاع معين، يستوجب دخوله مع أطراف هذا النزاع في علاقة

---

(1) - **د/ احمد أبو الوفا**، المرجع السابق، ص 31.

(2) - لمزيد من التفصيل حول عقد التحكيم ارجع إلى:**" د/ أحمد عبد الرحمن**، عقد التحكيم التجاري المبرم بين المحكمين و الخصوم، مجلة الحقوق، السنة18، العدد الثاني، 1994، ص 192"- ذكره**: د/ فايز عبد الله الكندري**، المرجع السابق، ص 23.

(3) - نقلا عن**:د/ فايز عبد الله الكندري**، المرجع السابق، ص 23.

تعاقدية أخرى، بخلاف اتفاق التحكيم ". غير أن القانون الجزائري لم يتطرق لمثل هذه المسألة، فهو لا يستوجب دخول أطراف النزاع مع المحكمين في علاقة تعاقدية أخرى، حتى يلتزم المحكمون بالتحكيم، إذ تنص المادة «1015» من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على : « إنه لا يعد تشكيل محكمة

ينفصل عقد التحكيم المبرم بين المحكمين و الخصوم عن شرط التحكيم، مكونا بذلك كيانا مستقلا، عندما يتفق الخصوم بموجب هذا الشرط على إحالة ما قد يثور بينهم من منازعات بصدد العقد إلى التحكيم مع تحديد مكان التحكيم و مهلة التحكيم و غيرها من الأمور عدا تعيين المحكم أو المحكمين، إذ يبرم الخصوم بعد وقوع المنازعة بالفعل بينهم، مع المحكم أو المحكمين عقد التحكيم، و هذا على خلاف المشرع الجزائري الذي يستوجب بموجب نص المادة "2/1008" من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أن يتضمن شرط التحكيم، و تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكمين، أو تحديد كيفيات تعيينهم{2}.

و قد يندمج هذا العقد مع شرط التحكيم عندما يتضمن هذا الأخير تعيينا للأشخاص المحكمين، مثل ما نصت عليه المادة "1/1008" من ق إ م إ المذكورة أعلاه. إذ يعد ذلك بمثابة إيجاب موجه من الخصوم إلى المحكم أو المحكمين، فإن تم هذا القبول من المحكمين انعقد عقد التحكيم بين المحتكمين من جهة و بين المحكم من جهة أخرى{3}.

---

(1) - و في هذا المجال على سبيل المثال نصت المادة "187" فقرة أولى من قانون المرافعات المدنية و التجارية الكويتي على أنه " يشترط أن يقبل المحكم القيام بمهمته، و يثبت القول كتابة "، و هذا النص مطابق لما جاء في قانون التحكيم المصري في المادة «2/16 » المذكورة أعلاه.

- عن: **د/ فايز عبد الله الكندري**، المرجع السابق، ص 23.

(2) - و هو نفس موقف القانون الفرنسي الذي يستلزم و إلا وقع باطلا بطلانا مطلقا، تحديد المحكم أو المحكمين في شرط التحكيم أو الاتفاق على قواعد و إجراءات تحديدهم و تعيينهم، و هذا حسب نص المادة "1443" من قانون المرافعات. و نفس المعنى جاءت به المادة 185 من القانون المرافعات المدنية و التجارية الكويتي حيث نصت أنه " لا يبطل اتفاق التحكيم بسبب عدم اختيار أو تحديد أسماء المحكمين فيه، حيث يكون لأي من الخصوم، في مثل هذه الحالة، أن يطلب من المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع، تعيين المحكمين.

(3) - **د/ محمود محمد هاشم**، المرجع السابق، ص 201.

الفصل الثاني

نفاذ شرط التحكيم في مواجهة المرسل إليه في عقد النقل البحري

تمهيد: لم يكن الفقه التقليدي الفرنسي يعترف بأي أثر للعقد خارج نطاق أطرافه، فالفلسفة الفردية كانت هي الأكثر تطبيقا على العقد في نظر هذا الفقه الذي أخذ على عاتقه مهمة تفسير مواد القانون المدني، من منطلق الحماية و الدفاع عن حرية الفرد، و ضمان مبدأ سلطان الإرادة{1}.

و لكن على الرغم من ذلك فإن القضاء خاصة في فرنسا، قد تعرض لبعض الحالات و المراكز القانونية، بما يبدو أنه قد تجاوز هذا المبدأ،و قد استخدم لفظ " الاحتجاج أو النفاذ" "l'opposabilité" في كثير من الأحوال و هذا للدلالة على وجود استثناء على مبدأ نسبية أثر العقود، و قد أشارت المادة"1165 " {2} من القانون المدني الفرنسي على ذلك بقولها « الاتفاقات ليست لها أثر إلا بين أطرافها، فهي لا تضر الغير و لا تفيده إلا في حدود المادة "1121" مدني». و هذا ما أشار إليه أيضا المشرع الجزائري في المادة 113 من القانون المدني الجزائري بقولها « لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، و لكن يجوز أن يكسبه حقا»{3}.

إن التفسير غير الدقيق لنص المادة 1165 أدى إلى الخلط بين نسبية العقود و نفاذها، حتى أن الفقه التقليدي الفرنسي انتهى إلى صيغة جامدة مفادها أن " الاتفاقات لا يمكن أن تفرض أي التزام على الغير، أيا كان نوع هذا الالتزام ". كما أن التفسير الواسع لهذه المادة، قد جلب لنا قائمة طويلة من الاستثناءات على مبدأ نسبية العقود ليست حقيقية في معظمها{1}. بل أن الفقه التقليدي في فرنسا قد ذهب إلى اعتبار أن المادة 1165 من ق م ف المتضمنة لمبدأ " نسبية أثر العقود " إنما تحتوي على مبدأ أخر بين طياتها و هو مبدأ "عدم النفاذ" "l'inopposabilité"، و معناه أن أثار العقد لا تنصرف إلى الغير

---

(1) - **د/ محمد ترك**، المرجع السابق، ص 571.

(2) - L'article 1165 : « Les Conventions n'ont d'effets qu'entre les parties contractantes elles ne nuisent point a tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas preuve par l'article1121.»

(3) - و هذا نفس ما نص عليه المشرع المصري بموجب المادة "152" من القانون المدني المصري.

سواء كانت هذه الآثار مباشرة أو غير مباشرة، فالغير لا يمكن إلزامه بأية أثار تكون مستمدة من العقد{1}.

غير أنه مع بداية القرن الماضي، تم الكشف عن الغموض الخاص بنطاق تطبيق مبدأ نسبية العقود و ذلك نتيجة للجهود الفقهية و القضائية حيث تم تقرير بأنه ليس هناك أي تعارض بين المبدأين{2}.

و من ثم تعاقبت الدراسات من أجل الوصول إلى تحديد دقيق وواضح لمبدأ نسبية أثر العقد و الفصل بينه و بين مبدأ النفاذ، حتى أصبح لمبدأ نفاذ العقود ذاتية منفردة عن مبدأ النسبية . فالعقد باعتباره واقعة يمكن أن يحتج به الغير أو يحتج به عليه، و لكن ذلك لا يعني المساس بمبدأ نسبية العقود{3}.

و قد ذهب الفقه الحديث إلى الأخذ بأن أمور كل شخص تهم أصحابها علاوة على المجتمع الذي

---

(1) - هنالك أمثلة كثيرة في القضاء الفرنسي تتفق و التفسير السابق لمبدأ نسبية العقود، و هذه الأمثلة في مجملها توضح لنا أن القضاء الفرنسي قد رفض الإقرار للغير بإمكانية الاحتجاج في مواجهة شخص بتصرف تم بين هذا الأخير و متعاقد آخر.

- نقض مدني فرنسي في 1865/12/27 داللوز 1866-1-5، نقض مدني فرنسي في 1864/6/22 داللوز 1864-1-412، نقض مدني فرنسي في 1901/6/15 داللوز 1901-1-449.
- أنظر حكم لمحكمة النقض الفرنسية صدر في 1818/12/29 حيث رفضت المحكمة الإقرار للغير بإمكانية الاحتجاج في مواجهة شخص بتصرف تم بين هذا الأخير و متعاقد آخر، حيث جاء في الحكم " ليس للملاك الجدد أن يحتجوا بالتصرف الذي تم بين المالك الأول للأرض و بين آخرين فهم ليسوا أطرافا في هذه العلاقة العقدية الأخيرة، و الاتفاق ليس له أثر إلا بين الأطراف المتعاقدة فحسب، حسب المادة 1165 مدني " – نقض مدني فرنسي في 1818/12/29، سيري1818 -1-292.

(2) ذكره كل من: - **د/ محمد ترك**، المرجع السابق، هامش ص 572. - **أ/ عبد الحميد الحسيني**، المرجع السابق، - لقد ذهبت الجهود الفقهية إلى أن ألفاظ المادة 1165 مدني فرنسي في حد ذاتها تتضمن تحديدا واضحا لنطاق الأثر الملزم للعقد دون أن تحظر نفاذ العقد في مواجهة الغير باعتباره واقعة.

- و لمزيد من التفصيل ارجع إلى أبحاث الأستاذة " Calastereng " و الأستاذ "Weill " و يظهر جليا من هذه البحوث تميز و تفرد مفهوم النسبية، و قد أعطت هذه البحوث الضوء لمبدأ هام يرمي إلى تقرير الوجود المادي و القانوني للعقد خارج دائرة الأطراف المتعاقدة، استنادا إلى مدلول المادة 1165 مدني فرنسي، حيث نجد أن التفسير الدقيق لهذه المادة يوضح أن المشرع قد قصد بها نطاق الأثر الملزم للعقد فحسب دون الاحتجاج بالعقد. فالعقد بصفته واقعة يمكن أن يحتج به الغير أو يحاج بحسب الأحوال دون أن يعني ذلك المساس من أي ناحية بمبدأ نسبية العقود – **د/ محمد ترك**، المرجع السابق، ص 572، 573.

(3) - **د/ محمد ترك**، المرجع السابق، 573.

يعيش فيه، كما تهم الغير{1}. فالفقه الموضوعي يفرق ما بين القوة الملزمة للعقد أو الاتفاق بوصفه تصرفا قانونيا، و يقصرها على أطرافه و بين الاحتجاج بالعقد بوصفه واقعة اتجاه الغير.

أما الفقه الإجرائي فيفرق بين حجية الشيء المقضي للحكم و يقصرها على أطرافه و الاحتجاج بالحكم في مواجهة الكافة بما فيهم الغير.

و من المعروف قانونا أن التصرفات لا تولد أثارها إلا في دائرة الأطراف فقط و هذا طبقا لمبدأ نسبية أثر العقود، كذلك يبقى بعيدا عن هذا الأثر من كانت إرادته لا ترغب في انصراف هذا الأثر إليه، فلا يستفيد و لا يضار من هذا العقد هذا في نطاق الآثار المباشرة، لكن إذا خرجنا من دائرة التصرف القانوني و دخلنا دائرة الواقعة القانونية و تحديدا في حدود الآثار غير المباشرة فهنا نجد أن هذه الآثار غير المباشرة قد تمس الغير و تلقي عليه التزاما أو قد تكسبه حقا، فهذا الحق و ذلك الالتزام لا علاقة لهما بمبدأ نسبية أثر العقد، و إنما يتعلقان بمبدأ نفاذ العقد أو عدم نفاذ العقد{2}. أي أن هذا التصرف له جانبان، الجانب الأول له أثر مباشر على أطراف العقد و هو ما يعرف بمبدأ نسبية أثر العقد، أما الجانب الثاني فأثره غير مباشر يمس الغير إما بفائدة أو بالتزام و هذا ما يعرف بمبدأ نفاذ العقد أو الاحتجاج به أو سريانه، أي أن الآثار الخارجية للعقد " الآثار غير المباشرة " و التي تتصل بالعقد كواقعة يمكن أن يحتج بها الغير أو يحتج بها عليه، أما الآثار الداخلية فهي متعلقة بالأطراف فقط{3}.

و على الرغم من أن كلا من المبدأين يكمل الآخر إلا أنه هناك تعارض بينهما، حيث أن القوة الملزمة للعقد تبرر مسؤولية المدين الذي يتعاقد مع الغير، و يتعهد بتعهدات تتعارض مع تلك التي التزم بها في مواجهة الدائن. و نجد أيضا في المقابل أن القوة الملزمة للعقد لا يمكن أن تبرر إخلال الغير بالالتزام العقدي، حيث تتم مساءلته مسؤولية تقصيرية، بمعنى أن هذه المسؤولية ليست متولدة عن العقد

---

(1) - **د/ محمد نور شحاته**، مفهوم الغير في التحكيم "دراسة تحليلية و تطبيقية، مقارنة لمبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير، دار النهضة العربية، 1997، ص 6.

(2) - **د/ عبد الرازق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المجلد الأول ، العقد، سنة 1981، ص 791.

(3) - في هذا المجال يرى الدكتور " محمد نور شحاته" أن الفقه الموضوعي يفرق بين القوة الملزمة للعقد بوصفه تصرفا قانونيا، و يقصرها على أطرافه فقط، و بين الاحتجاج بالعقد بوصفه واقعة اتجاه الغير.

- **د/ محمد نور شحاته**، مرجع سابق، ص 7و ما بعدها.

عن العقد نفسه و لا تستمد منه مصدرها المباشر{1}.

و هكذا فإن رغبة أطراف العقد في مد أثره إلى من ليس طرفا فيه، و كذلك إرادة الغير في أن يكون في مأمن من أي اعتداء على حريته عن طريق الأثر النسبي هو الأساس الذي يقوم عليه مبدأ الاحتجاج بالعقد و الأثر الملزم له.

إن مبدأ نسبية أثر العقد{2} هو الجدار الذي يقف كعقبة أمام كل من يحاول إعطاء تفسير أو تبرير لموضوع العلاقات الثلاثية، فهذا المبدأ يقضي بعدم انصراف ما يرتبه العقد من حقوق و التزامات إلى غير عاقديه من جهة، أو إلى خلفهما العام و الخاص من جهة أخرى، إلا أن هذا المبدأ لا يوجد بمفرده بل لابد من وجود المبدأ الثاني، و هو نفاذ العقد أو الاحتجاج به اتجاه الغير{3}.

و على هذا فإنه لا يمكن تصور المركز القانوني الناشئ عن العقد ذا أثر نسبي، كون العقد كواقعة اجتماعية و قانونية لا بد أن يفرض وجوده و احترامه على الجميع. و بمعنى آخر إذا قلنا أن هناك أثر مباشر للعقد على طرفيه و ذلك في إطار الأثر الملزم للعقد، فإن هناك أثار غير مباشرة تتعلق بنفاذ العقد أو محاجاة الكافة به و فرض احترامهم عليه.

غير أنه لكي يحتج بالعقد قبل الكافة، أو لكي ينفذ عقد ما في مواجهة الغير، لا بد من توافر عنصر العلم

---

(1) – **د/ محمد ترك**، مرجع سابق، ص 574، 575.

(2) - تنص المادة "106" من القانون المدني الجزائري على أن " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون " – كما نصت المادة "113" من نفس القانون على أن " لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، و لكن يجوز أن يكسبه حقا ".

(3) - يذكر الدكتور"**محمد نور شحاته** " أنه في التصرف القانوني تنصرف الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، كما أن كل تصرف قانوني يعدل من مضمون حق سابق، ينشئ مركزا واقعيا جديدا، و الذي بدوره يفرض احترامه على الجميع، و بهذا ينشأ عن التصرف القانوني المبدأ المعروف " الأثر الملزم للعقد "، في حين أن العقد كواقعة اجتماعية ينشأ عن مبدأ النفاذ أو الاحتجاج.

إن هذه التفرقة الواضحة بين مبدأ نسبية العقد أو مبدأ الأثر الملزم للعقد و بين مبدأ النفاذ أو الاحتجاج سببها هو وضع حد فاصل بين رغبة أطراف العقد في مد أثاره إلى من ليس بطرف فيه، و رغبة الغير في البقاء في وضع أمن و بعيد عن إعمال الأثر النسبي للعقد. لذلك فإن مثل هذا التمييز بين القوة الملزمة للعقد و الاحتجاج به يسمح بفض مثل هذا التشابك، حين نجد أن الأثر الملزم لا يمس الغير، بل يمكن الاحتجاج به في مواجهة الكافة و ذلك احتراما للطابع الاجتماعي للحقوق. _ **د/ محمد نور شحاته**، مرجع سابق، ص 6، 28 .

لدى الغير بهذا العقد. و يعتبر علما يقينيا شهر التصرف بالتسجيل أو بالقيد فيما يتعلق بالحقوق العينية{1}. أي أنه لكي ينفذ العقد في مواجهة الغير لابد من العلم به، و ذلك وفقا للقواعد العامة التي تقضي باحترام واقعة اجتماعية أو قانونية أو حتى مادية دون أن نضع في الاعتبار علم الغير بهذه الواقعة{2}.

و بالتالي فإن تحديد مفهوم الغير له أهمية في معرفة من الذي يحاج بالعقد أو على من ينفذ هذا العقد، و هل المرسل أليه طرفا في العقد أم من الغير، و ذلك من أجل معرفة هل يسري مبدأ نسبية أثر العقد أو مبدأ نفاذ العقد أو الاحتجاج به على المرسل إليه. و للإجابة على هذه التساؤلات ستؤدي بنا إلى تحديد المركز القانوني للمرسل إليه، و منه التوصل إلى كشف حقيقة علاقاته المتشعبة و المركبة مع العديد من الأطراف التي تدخل و تتشابك في عملية النقل البحري للبضائع و هذا ابتداء من تنفيذ هذه العملية في ميناء الشحن حتى تسليم البضاعة للمرسل إليه في ميناء الوصول، و حيث أن تحديد المركز القانوني للمرسل إليه مازال محل خلاف شديد في الفقه و القضاء، تنازعت بشأنه العديد من الآراء و النظريات لم تسلم أي منها من النقد{3}.

يمكن اعتبار أن أهمية تحديد المركز القانوني للمرسل أليه ناتجة عن علاقاته المتشعبة و المختلفة في عمليات النقل البحري للبضائع ، و يمكن تصور هذا التداخل و التشعب من خلال علاقات المرسل إليه مع العديد من الأشخاص، و ذلك منذ إبرام عقد البيع و مرورا بعمليات الشحن المختلفة للبضائع و إصدار سندات الشحن بأنواعها، و التي يمكن تداولها بين أكثر من مستفيد حتى تصل للمرسل إليه صاحب الحق في الاستلام ، والذي يمكنه أن يدفع أجرة النقل في البيع " فوب " "F.O.B"{4}.

---

(1) - **د/ عبد الحميد الحسيني**، مرجع سابق، ص 105.

(2) – **د/ محمد ترك**، مرجع سابق، ص 576.

(3) - إن مختلف الآراء و النظريات التي تناولت المركز القانوني للمرسل إليه، قد تعرضت للنقد مما أدى ببعض الآراء الفقهية ، و هروبا من المشكلة إلى رد هذا المركز و ما شابهه من مراكز قانونية أخرى إلى فكرة الضرورة العملية التي ترفض بطبيعتها أي تفسير قانوني أو إلى مفهوم العرف و مبادئ العدالة، استنادا إلى إدراج مثل هذه العلاقات الثلاثية المركبة تحت مفهوم أو أخر من المفاهيم القانونية التقليدية مثل الاشتراط لمصلحة الغير، أو حق الحوالة أو النيابة أو الفضالة أو ما إلى ذلك من تشويه لهذه النظم بتحميلها أكثر مما تحمل – **د/ محسن شفيق**، مرجع سابق، ص 565. ذكره: - **د/ محمد ترك**، مرجع سابق، هامش1، ص 577.

(4) - عادة ما تقترن البيوع البحرية بعقد النقل البحري، فهناك البيع F.O.B، و البيعC.I.F، و يشترك النوعان في أن تسليم البضاعة إلى المشتري يتم في ميناء القيام و يختلفان في أنه في البيع F.O.B يقتصر التزام البائع على نقل البضاعة إلى ميناء القيام و شحنها على السفينة التي يعينها المشتري، فتنتهي عندئذ التزاماته و يكون على المشتري بعد

كما أنه يلتزم بالشروط الواردة في سند الشحن، فكيف يكسب سند الشحن المرسل إليه حقوقا مثل استلام البضاعة، و حق مقاضاة الناقل، إذا كانت البضاعة تالفة أو معيبة أو ناقصة، أو تختلف عن أوصافها الواردة في سند الشحن، ومن ناحية أخرى كيف يلتزم المرسل إليه أحيانا بأجرة النقل كما تلزمه شروط سند الشحن في الوقت الذي لا يكون المرسل إليه طرفا في هذا السند.

أضف إلى ذلك أنه في حالة رفع دعوى من المرسل إليه على أحد الأطراف ذوي الشأن في عملية النقل، فيمكن لهؤلاء الأطراف دفع هذه الدعوى على أساس أن هذا المرسل إليه غير معروف لديه و ليس له علاقة عقدية معه، بل هو بالنسبة له من الغير و لا يجوز أن يستفيد من عقد هو ليس طرفا فيه و بالتالي ترفض دعواه تطبيقا لمبدأ نسبية أثر العقود، كما يمكن للمرسل إليه أن يدفع دعوى الغير ذوي الشأن في عقد النقل البحري على أساس أنه من الغير و لا يجوز لمبدأ نسبية أثر العقود أن يضار من عقد ليس طرفا فيه{1}.

- ذلك أن يبرم عقد النقل و يتحمل مصاريف النقل و مصاريف التأمين إذا قام بالتأمين على البضاعة، و لا يلجأ المشتري إلى هذا النوع من البيوع إلا إذا كان له وكيل في ميناء القيام ينوب عنه في إبرام النقل و التأمين، و يجوز أن يعهد المشتري إلى البائع بإبرام عقد النقل و عقد التأمين لحسابه كوكيل عن المشتري و لكن يجب أن يكون بيده وكالة خاصة. - **أ/ عبد الحميد الحسيني**، مرجع سابق، هامش1، ص 106.
- أما في البيع C.I.F فإن البائع يلتزم بإبرام عقد النقل و دفع أجرته و بإجراء التأمين على البضاعة و هذا ليس باعتباره و كيلا عن المشتري و إنما هو التزام على البائع ينفذه نتيجة عقد البيع إذ أن الثمن الذي يلتزم به المشتري يتضمن ثمن البضاعة و مصاريف الشحن و أجرة النقل و نفقات التأمين. - **د/ محمد ترك**، مرجع سابق، ص 577.

(1) - لقد اعتبرت المحكمة العليا في الجزائر المرسل إليه طرفا في عقد النقل حيث أن " الإشارة لعقد إيجار السفينة في وثيقة الشحن تجعل المرسل إليه المطعون ضدها في قضية الحال طرفا في هذا العقد و لها الحق في استعمال بند التحكيم، إن أرادت التمسك به. " قرار رقم 439517 الصادر في 2008/04/09 أشار إليه:

– HADDOUM KAMEL, La Problématique de l'opposabilité de la clause compromissoire dans le contentieux maritime « le cas du destinataire», revue de la cour suprême numéro spécial, Tome2, 2009, p 11.

- كما اعتبرت محكمة النقض المصرية المرسل إليه من الأطراف ذوي الشأن في السند باعتباره صاحب المصلحة في عملية الشحن و أنه يرتبط بسند الشحن كما يرتبط به الشاحن و من ثم ضرورة أن يلتزم المرسل إليه بشرط التحكيم الوارد في سند الشحن كما أضافت محكمة النقض المصرية أن المرسل إليه باعتباره في حكم الأصيل فإن الشاحن لا يعتبر نائبا عنه في سند الشحن حتى يتطلب الأمر وكالة خاصة، كما لا يعتبر الشاحن نائبا عن المرسل إليه ي سند الشحن حتى يقال أن الشاحن قد تصرف في شؤون المرسل إليه، و هو لا يملك حق التصرف فيها و عليه فإن عدم توقيع الشاحن على سند الشحن لا يؤثر في النتيجة السابقة.

إن مسألة ما إذا كان المرسل إليه طرفا في العقد أم من الغير، له أهميته في موضوع قوة سند الشحن في الإثبات، حيث أن سند الشحن له الحجية المطلقة في الإثبات لصالح الغير، الذي يجوز له التمسك بالبيانات الواردة فيه أو إثبات العكس بكافة طرق الإثبات.

أما الأطراف في هذا السند فإنه لا يصح منهم إثبات عكس بياناته في مواجهة الغير حسن النية، و لكن في علاقاتهم ببعض يجوز لهم إثبات خلاف ما تم استخلاصه من دليل في سند الشحن، و ما ورد به من بيانات. و هذا لا يجوز أن يتم إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها أي أن لسند الشحن حجية بين أطرافه ليست مطلقة، بل مجرد قرينة يمكن إثبات عكسها، و مثال هذا خطاب الضمان الذي قد يصدره الشاحن للناقل بخصوص بضاعة بها عيوب أو نقص، في مقابل أن يصدر سند شحن نظيف لا يذكر فيه الملاحظات الخاصة بالبضاعة، فهذا الخطاب يعتبر حجة على أطراف عقد النقل غير أنه لا يعتبر كذلك على الغير حسن النية{1}، و ذلك حسب نص المادة " 757 " و المادة " 761 " من القانون البحري الجزائري.

و منه من الضروري تحديد مركز المرسل إليه بالنسبة لسند الشحن، و ذلك لمعرفة هل هو من أطراف السند فلا يمكنه نفي ما جاء من بيانات متعلقة بحالة البضاعة إلا بالكتابة، أم أنه من الغير بحيث يستطيع التمسك بهذه البيانات ضد الناقل دون أن يستطيع الأخير إثبات عكسها في مواجهته بأي طريقة، بل إن الغير يستطيع إثبات عكس ما ورد في السند بكافة الطرق.

و تقتضي دراسة المركز القانوني للمرسل إليه و التزامه بشرط التحكيم الوارد بسند الشحن بيان مفهوم الغير و علاقة ذلك المفهوم بالمرسل إليه، ثم عرض للنظريات التقليدية للمركز القانوني للمرسل إليه في سند الشحن، ثم بيان المركز القانوني و نظرية المجموعة العقدية، و أخيرا التعرف على مبدأ السريان أو النفاذ كأساس قانوني لمركز المرسل إليه و التزامه بشرط التحكيم، و هذا ما سنتطرق له من خلال هذا الفصل و الذي قسمته إلى مبحثين.

---

(1) - لقد نصت المادة " 207 " من قانون التجارة البحرية المصري على أنه " كل خطاب ضمان أو اتفاق يضمن بمقتضاه الشاحن تعويض الناقل عن الأضرار التي تنتج عن إصدار سند شحن خال من أي تحفظ على البيانات الواردة به، لا يحتج به قبل الغير الذي لا يعلم وقت حصوله على السند بعدم صحة تلك البيانات.

و يعتبر المرسل إليه الذي صدر السند باسمه أو لأمره من الغير في حكم هذه المادة إلا إذا كان هو الشاحن نفسه ".

- و لمزيد من التفصيل ارجع إلى: **د/ عباس مصطفى المصري**، مرجع سابق، ص 85، و ما بعدها.

المبحث الأول

الإشكالات التي يطرحها المركز القانوني للمرسل إليه و أساس التزامه بشرط التحكيم

المرسل إليه : يعرف المرسل إليه بأنه :

" الطرف الذي تعهد الناقل البحري، بناءا على اتفاقه مع الشاحن على تسليم البضاعة المنقولة إليه، فهو طرف أجنبي عن العقد الذي أبرم لفائدته، و رغم أن المرسل إليه لم يساهم في إبرام عقد النقل البحري، إلا أنه يشارك في ذلك العقد بموجب سند الشحن "

فهذا يعني أن طرفا عقد النقل البحري هما " الشاحن و الناقل "، و لكن الواقع العملي لهذا العقد يفرض تدخل شخص ثالث لإتمامه و هو "المرسل إليه"، أو بمعنى أخر أن عقد النقل البحري من العقود التي تتطلب تدخل شخص ثالث لإتمام عملية النقل، فالمرسل إليه هنا و بالرغم من أنه يعتبر من طائفة الغير كما سنرى لاحقا إلا أنه يشارك في عقد النقل البحري، و تنشأ نتيجة لذلك علاقات بينه و بين كل من الشاحن و الناقل و هذا ما يعبر عنه بالعلاقات الثلاثية.

المطلب الأول

المركز القانوني للمرسل إليه و مدى التزامه بشرط التحكيم

إن مبدأ نسبية العقود يقضي بعدم انصراف آثار العقد لغير عاقديه، بمعنى لا ينبغي أن يستفيد الغير أو يضار من علاقة عقدية هو في الأساس أجنبي عنها، إلا في بعض الحالات التي نص عليها القانون في هذا الشأن{1}. غير أن الأخذ بالمعنى السائد لمبدأ نسبية العقود سوف يؤدي إلى الخلط بين حدود مبدأ النسبية و حدود مبدأ النفاذ، و لهذا فإنه كان من الأهمية بحث و توضيح المقصود بالآثار المباشرة و الآثار غير المباشرة للعقد، و كذلك من الأهمية الكشف عن غموض مفهوم الغير، حيث أنه المحور الرئيسي الذي ينبني عليه مركز المرسل إليه في عقد النقل البحري.

---

(1) - أنظر : - **د/ مصطفى الجمال+ عكاشة عبد العال**، مرجع سابق، ص 448.

- **د/ عبد الرازق السنهوري**، مرجع سابق، ص 719.

و لهذا فبعد تبيان مفهوم الغير و محاولة إزالة الغموض عن هذه الفكرة المستعصية في الفرع الأول، نتولى دراسة أهم النظريات التقليدية التي أخذت على عاتقها مسؤولية البحث عن أساس قانوني لمركز المرسل إليه في عقد النقل البحري، و هذا من الفرع الثاني

الفرع الأول

هل المرسل إليه طرف أم غير

في الأصل أن العقد له قوة ملزمة في مواجهة أطرافه و لا تقوم في مواجهة الغير، أي أن آثار هذا العقد لا تلزم سوى طرفيه الذي نشأ بينهما، إلا أنه في بعض الأحيان يمكن أن يمتد أثر هذا العقد إلى الغير و هذا بمقتضى أحوال خاصة يقررها القانون خروجا عن الأصل.

أولا : معنى الطرف في العقد

إن الطرف في العقد هو من يصدر عنه التعبير عن إرادة الالتزام به، بحيث يشارك في تكوينه، فلا يكفي أن يرد ذكره فيه أو أن يقع عليه بصفة مغايرة لهذه الصفة " أي صفة الطرف"{1}. فالأشخاص الذين يتم باسمهم و لحسابهم إبرام الاتفاق، يعتبرون أطرافا فيه بالرغم من أنه لا يتم تبادل الرضا بينهم و بين المتعاقد الأخر.

وحسب رأي د/ محمد نور شحاته أن مفهوم الطرف في الفقه الحديث يختلف عن مفهومه في الفقه التقليدي، و ذلك لأن المبادئ الفلسفية و التكوينات السياسية و الضرورات الاجتماعية يمكنها تغيير كل المبادئ القانونية الثابتة{2}. و نفس الشيء ينطبق على فكرة الطرف في العقد.

---

(1) - هناك أمثلة عديدة في هذا المجال أهمها: ما قضي به في قضية هضبة الأهرام حيث أن توقيع وزير السياحة على عقد بين مستثمر و إحدى هيئات القطاع العام، في ذيل العقد و كتابته لعبارة " نظر و يعتمد" لا تجعل من الوزير أو الحكومة المصرية بعبارة أدق طرفا في العقد، إذ أن هذا الاعتماد لا يفيد أن نية الحكومة المصرية في أن تكون طرفا في العقد و إنما هو نوع من الرقابة الممارسة على النشاطات في المناطق الأثرية.

- أنظر وقائع هذه القضية في: **د/ حفيظة السيد الحداد،** الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 150. و ما بعدها.

(2) - **د/ محمد نور شحاته،** مرجع سابق، ص 6.

و بالرجوع إلى قضية " واست لاند "{1} على سبيل المثال و بالأخص القرار الذي انتهت إليه هيئة التحكيم في هذه القضية بحيث نجده يتفق مع الاتجاه الحديث الذي يأخذ بمفهوم موسع لفكرة الطرف، و أساس هذا المفهوم هوا لأخذ بالإرادة.

طبقا للمعيار التقليدي تعتبر الإرادة هي المعيار الفاصل لتحديد مفهوم الطرف، و هذه الصفة يكتسبها الأشخاص الممثلون، و الخلف العام.

1- **الأشخاص الممثلون**: الأطراف في العقد هم كل من اتجهت إرادتهم إلى إبرامه إما بنفسهم أو عن طريق ممثليهم، فمثلا الأشخاص الذي يتم باسمهم و لحسابهم إبرام اتفاق التحكيم، يعتبرون أطرافا فيه بالرغم من أنه لا يتم تبادل الرضا بينهم وبين التعاقد الآخر. فإرادة هذه الفئة توجد مثلا عندما نكون بصدد تمثيل اتفاقي و مثال ذلك الوكيل الاتفاقي كأثر لعقد الوكالة، إلا أنه في حالة التمثيل

---

(1) - قضية " وست لاند " ضد الدول العربية الأربعة المشتركة في إنشاء الهيئة العربية للتصنيع و منحها الشخصية الاعتبارية قد تم التعاقد بين الهيئة العربية للتصنيع مع " واست لاند " على مشروع لإنتاج طائرات الهيلكوبتر نص فيه على شرط التحكيم، فلما انسحبت الدول العربية الثلاثة المشتركة مع مصر في الهيئة نتيجة اتفاق كامب ديفيد بين مصر و إسرائيل، وتم إيقاف المشروع، لجأت شركة " واست لاند " إلى غرفة التجارة الدولية بباريس، تبعا لشرط التحكيم و تمسكت بمسؤولية الدول الأربعة المنشئة لهيئة التصنيع لتعويضها عن الأضرار التي لحقت بها من جراء إيقاف المشروع، قولا بأن إرادة هذه الدول قد اتجهت إلى الارتباط بالاتفاق المبرم بينها و بين الهيئة. و قد توصلت هيئة التحكيم أن وضع الهيئة العربية يشبه وضع شركة التضامن، من ناحية أن الدول المشتركة فيها لم تسعى إلى الاختفاء كلية وراء الشخصية المعنوية للهيئة، و إنما حرصت على أن تمارس فيها دور الأطراف المسئولة من خلال لجنة وزارية مشتركة تتولى تنفيذ السياسة العامة للهيئة، على نحولا تستقل معه الهيئة بتصريف شؤونها. و من ثم فقد أقرت هيئة التحكيم بمسؤولية هذه الدول عن الأضرار التي لحقت بالشركة من جراء إيقاف المشروع.

- لمزيد من التفصيل أنظر: **د/ محمد نور شحاته**، مرجع سابق، ص 24، وما بعدها.
- كما يذكر **د/ محمد ترك**، في مرجعه السابق، ص 587، هامش 1 بأن محكمة النقض المصرية قضت بأن شرط التحكيم الوارد في عقد البيع لا يمتد أثره إلى الشركة الناقلة التي لم تكن طرفا فيه، و لا يجوز من ثم التمسك به عند قيام النزاع بين هذه الأخيرة و بين المشترية تطبيقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد.
- كما قضت هيئة تحكيم دولية بأن مجرد إرسال أحد طرفي العقد المتضمن شرط التحكيم هذا العقد إلى الغير المتعاقد معه لاستطلاع رأيه في الجوانب الفنية فيه لا يعني أنه أصبح مرتبطا بشرط التحكيم المدرج في العقد المذكور.

القانوني لا توجد مثل هذه الإرادة، و ذلك كممثل القاصر أو البالغ الخاضع للوصاية، لأن صفة الممثل القانوني تستمد من القانون و ليس من إرادة الممثل التي لا وجود لها{1}.

2- **الخلف العام:** الأصل أن العقد يلزم الخلف العام لكل من المتعاقدين كما يلزم المتعاقدين بنفس الدرجة، و بالتالي فالخلف العام يأخذ حكم الطرف بالنسبة للتصرف الذي أبرمه سلفه، فإذا توفي مثلا أحد المتعاقدين انتقلت الحقوق الناشئة عن العقود التي كان قد أبرمها قبل وفاته إلى ورثته أو إلى من يكون قد أوصى له بحصة في التركة. إلا أنه قد يرد استثناء على هذا الأصل و ذلك نتيجة لطبيعة التعامل، أو عن طريق إرادة طرفي العقد بحيث أن طبيعة العقد أو ما يمكن أن ينشأ عنه من حقوق و التزامات تفرض عدم انصراف آثاره إلى الغير، و مثال ذلك عقود الاعتبار الشخصي و التي يكون لشخصية أحد المتعاقدين أو لصفة من صفاته اعتبار خاص فيها كالعقود المبرمة بين أصحاب المهن الحرة و الفنانين. أو عن طريق اتفاق الطرفين على عدم امتداد أثر هذا العقد لأحدهما أو لهما معا{2}.

و الخلف العام هو الذي يخلف سلفه في ذمته المالية كلها أو في حصة منها، كالوارث و الموصى له بكل التركة أو جزء منها و كالشخص المعنوي الذي يندمج فيه شخص معنوي أخر أو الأشخاص التي ينقسم إليها الشخص المعنوي{3}. فصفة الطرف يكتسبها الخلف كأثر للقانون، و دون الاعتداد بإرادته،

---

(1) - لمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع ارجع إلى:

- ✓ **د/ ناريمان عبد القادر،** اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم في المواد المدنية و التجارية، رقم 1994/27، دار النهضة العربية، 1996، ص 225.
- ✓ **د/ مصطفى الجمال+ عكاشة عبد العال،** مرجع سابق، ص 426.
- ✓ أما بالنسبة لتمثيل الأشخاص المعنوية العامة في التحكيم الدولي ارجع إلى: **د/ حفيظة السيد الحداد،** العقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية، الطبعة 1، دار النهضة العربية، 1996، ص 93.

(2) - أنظر: - **د/ عبد الحي حجازي،** مرجع سابق، ص 137.

-د/ محمد نور شحاته، مرجع سابق، ص 24.

(3) - على سبيل المثال إذا انقسمت شركة إلى عدة شركات و كانت قد أبرمت اتفاقا للتحكيم، فإن هذا الاتفاق ينتقل إلى الشركات الناتجة عن هذا الانقسام. و كذلك الحال بالنسبة للشركة التي اندمجت فيها شركة أخرى قد أبرمت من قبل اتفاق تحكيم، فهذا الأخير في كلتا الحالتين ينتج آثاره على الشركة الخلف.

و هذا ما وصلت إليه محكمة تحكيمية بمناسبة الفصل في قضية طرحت في إطار غرفة التجارة الدولية بباريس بين ثلاث مؤسسات عامة جزائرية من جهة، و شركة فرنسية من جهة أخرى. و تتمثل وقائع هذه القضية في أن مؤسسة جزائرية " أ " أبرمت عقدا بتاريخ 1982/01/27 مع شركة فرنسية "ب" من أجل وحدة صناعية، و في

فأثر هذا العقد المبرم من قبل سلفه ينتقل إليه حتى و لو كان جاهلا به.

هذا بالنسبة للفقه التقليدي، أما الفقه الحديث فإن نظرته للطرف قد تغيرت، و اتسعت هذه الفكرة لتشمل الغير الوهمي و الغير القريب. و هذا ما سنراه من خلال الفرع الثاني.

ثانيا : فكرة الغير

كما قلنا سابقا أن القوة الملزمة للعقد تنتج في مواجهة أطرافه فقط، و لا تقوم في مواجهة الغير إلا في بعض الأحوال التي يقررها القانون. و لكن السؤال الذي يطرح هنا ما المقصود بالغير ؟ أو من هم الأشخاص الذين يندرجون تحت هذه الفئة؟

يقول الفقيه AUSSEL في هذا المجال « إن فكرة الغير هي فكرة متلونة سريعة التملص، و هي فكرة

- إطار إعادة الهيكلة الصناعية التي شرعت فيها الحكومة الجزائرية آنذاك، قامت هذه الأخيرة بتحويل جزء من المؤسسة العامة "أ" إلى مؤسستين عموميتين " ج " و " د " و اللتان أسستا في 1982/12/04 و 1983/03/28 على التوالي. و نتيجة للمشاكل التي ظهرت في تنفيذ العقد المبرم في 1982/01/27، قامت الشركة الفرنسية بتحريك إجراءات التحكيم تطبيقا للشرط الوارد في العقد المذكور، أمام غرفة التجارة الدولية، ضد المؤسسات العامة الجزائرية الثلاث. و لقد أ سست دعواها ضد " أ " على الاتفاق المبرم بينهما و على المؤسستين " ج " و "د " على أساس أنهما تساهمان في بناء المشروع. وفي حكم جزئي أصدرته المحكمة التحكيمية في سنة 1990، أقرت باختصاصها بالنظر في الدعوى الموجهة ضد المؤسسة العامة " أ " لكونها طرفا في اتفاق التحكيم المثار. هذا من جهة و من جهة أخرى لم تعترض على ذلك، كما أنها لم تحول ذمتها إلا جزئيا، أي أنها مازالت تتمتع بالشخصية القانونية الكاملة، و استندت في ذلك على القاعدة التي تقضي بعدم نفاذ حوالة الدين في حق الدائن إلا إذا أقرها. أما بالنسبة للدعوى الموجهة ضد المؤسستين الجديدتين، فبدأت المحكمة التحكيمية تحليلها باعتبارها من الغير بالنسبة للعقد الأصلي، و بالتالي لاتفاق التحكيم المضمن فيه. كما قامت باستبعاد ما وصلت إليه الأحكام التحكيمية في مسألة توسيع نطاق اتفاق التحكيم في مجموع الشركات كونها تخلفت عن إعادة الهيكلة الصناعية التي قررتها الدولة الجزائرية.

و ذهبت المحكمة التحكيمية بعد ذلك إلى البحث عن المؤسسة المعنية أكثر بإنشاء الوحدة الصناعية " موضوع العقد " فوصلت بذلك إلى القول بأن المؤسسة العامة " ج "، و بحكم تأسيسها المحدد في المرسوم المؤسس لها، هي المدعوة لتسيير هذه الوحدة بعد انتهاء الأشغال بها. و بهذا وصلت إلى أن هذه المؤسسة هي الوحيدة التي تخلف المؤسسة العامة " أ " في حقوقها و التزاماتها الناتجة عن العقد المبرم في 1982/01/27، و أعلنت بذلك عدم اختصاصها بالفصل في الدعوى الموجهة ضد المؤسسة العامة " د ". – قضية غير منشورة أشار إليها :

-TERKI (N), «Arbitrage Commercial International en Algérie», op-cit, P 69.

مستعصية تماما عن أي تعريف عام يمكن أن يحيط بها في كل جوانبها "{1}.و ينقسم الغير إلى مفهومين :

1- **الغير الحقيقي:** تنطبق هذه الصفة على كل الأشخاص الذين ليست لهم رابطة مباشرة بأحد الأطراف في علاقة عقدية قائمة أو مصلحة مباشرة بالعقد، فهم يعتبرون أجانب كلية عن العقد و عن المتعاقدين، بحيث لا توجد أي رابطة قانونية بينهم{2}، و هذه الفئة يعنيها نفاذ العقد بصفته واقعة قانونية{3}، و يقع عليهم التزام باحترام عقود الآخرين و عدم الإخلال بما تضمنته من اشتراطات عقدية من خلال تصرفات لاحقة بما يؤدي إلى إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه اتجاه المتعاقد الآخر، و هذا الواجب بالاحترام هو أثر خارجي أو غير مباشر باعتباره واقعة قانونية، و لا صلة لذلك بمبدأ نسبية أثر العقود.

2- **الغير غير الحقيقي أو الوهمي:** و أهمهم الدائنون العاديون و الخلف الخاص:

أ- **الدائنون العاديون:** لقد ثار خلاف فقهي كبير حول أساس محاجاة الدائن العادي بالتصرفات التي يبرمها مدينه، باعتبار هذه التصرفات قد تضر بهذه الطائفة من الغير و تنقص من الضمان العام المقرر لهم في ذمة مدينهم أو تفيد بزيادتها لهذا الضمان على حسب الأحوال مما قد يشكل استثناءا على مبدأ نسبية العقود{4}

---

(1) – **AUSSEL,**« Essai sur la notion de tiers en droit civil Français», thèse, Montpellier 1951, N°261, P 265.

- ذكره **: د/ محمد ترك،** مرجع سابق، ص 586.

(2) - لمزيد من التفصيل حول الموضوع أنظر: **د/ محمد نور شحاته،** مرجع سابق، ص 25.

(3) - إن نفاذ العقد بصفته واقعة قانونية يتولد عنه نتيجة لهذا النفاذ أثار قانونية، قد تكسب الغير حقا أو تحمله التزاما، و هو بهذا يتشابه مع الوقائع القانونية الأخرى التي يرتب عليها القانون أثارا مثل العمل غير المشروع كمصدر من مصادر الالتزام، و كذا الإثراء بلا سبب. كما يتولد عنه التزام على عاتق الغير باحترام حقوق الآخرين و الامتناع عن كل ما من شأنه الإخلال بما تضمنه من حقوق و التزامات. – و لمزيد من التفصيل في هذا المجال:

- **د/ محمد ترك،** مرجع سابق، ص 584. و ما بعدها.
- **د/ عبد المنعم الصدة،** مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ص 31 و ما بعدها.

(4) - لقد عملت عدة اتجاهات فقهية إلى إيجاد أساس قانوني لانصراف الآثار غير المباشرة لعقود المدين في مواجهة دائنيه، و ذلك في محاولة للتغلب على الاختلاف و التداخل بين كل من مبدأ نسبية العقود و مبدأ نفاذها و الاحتجاج بها. **د/ أحمد سلامة،** نظرية الالتزام، القاهرة، 1975، ص 11.

ب- الخلف الخاص: هو الذي يخلف سلفه في حق معين كالمشتري و الموهوب له و الموصى له بعين معينة، و من يحال له الحق الشخصي، و المتنازل له عن إيجار عين معينة. و مما لا شك فيه أن الخلف الخاص يعتبر " غيرا " فيما يتعلق بالعقود التي أبرمها سلفه بخصوص الشيء المنتقل إلى هذا الخلف، فلآثار المباشرة لعود السلف لا تلزمه بشيء إلا إذا وجد نص تشريعي ينظم ذلك بصفة استثنائية، و الخلف الخاص يعتبر من فئة الغير الذين تربطهم رابطة عقدية بأحد أطراف العلاقة العقدية الأصلية{1}

فالدائنون العاديون إذا و الخلف الخاص يعتبرون من الغير ذو الرابطة العقدية بأحد أطراف علاقة عقدية قائمة، لدرجة أن محكمة النقض المصرية اعتبرت هذه الطائفة من الغير بالأطراف ذو الشأن في العقد، و مثال هؤلاء المرسل إليه في عقد النقل، أو بمعنى أدق يمكن وصفهم بأنهم " الغير صاحب المصلحة "

إن طائفة الغير الحقيقي تلتزم كمبدأ عام بواجب الاحترام الناشئ عن نفاذ العقد بصفته واقعة قانونية منشئة لالتزام سلبي تجاه الغير بعدم انتهاك عقود الآخرين، و تختلف عن الغير الأجنبي في أن مصلحة أي من أفرادها قد تتيح له طلب عدم نفاذ العقود التي تضر بهذه المصلحة في مواجهته، و بما أن هذا على خلاف المبدأ العام باحترام حقوق الآخرين فإن المشرع هو الذي يقدر مدى تأثر مصلحة الغير في هذا الصدد بالعقود المبرمة لهذه المصلحة، مثلما هو عليه الحال في الدعوى البوليصية المقررة للدائن العادي تجاه تصرفات مدينه الضارة بمصلحته و التي يسميها الفقه بدعوى " عدم نفاذ التصرفات " و الأمر كذلك بالنسبة للدعوى الصورية كون المشرع قد أقر لهم الحق في أن يتمسكوا بالعقد الصوري متى كانوا حسنى النية{1}.

---

(1) - إن المكانة التي يحتلها الخلف الخاص تمكنه من الاحتجاج بالعقد بصفته واقعة قانونية منشئة للالتزام و بالاحترام، و بطبيعة الحال فإن هذا الالتزام يقابله حق يتيح إمكانية الرجوع المباشر بين الخلف و المتعاقد مع سلفه بخصوص الحقوق و الالتزامات المتصلة بالشيء الذي انتقل إلى هذا الخلف.

و حسب رأي الدكتور " **محمد ترك** " أن المشرع قد تجنب كل الخلافات الفقهية حول هذا الموضوع و ذلك من خلال نص المادة " 146 " مدني مصري و تقابلها المادة " 109 " مدني جزائري بحيث نصت " إذا أنشأ العقد التزامات و حقوقا، شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات و الحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته و كان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه " –**د/ محمد ترك**، مرجع سابق، هامش 1، ص 590.

(2) - تنص المادة " 191 " من **القانون المدني الجزائري** على أن « لكل دائن حل دينه، و صدر من مدينه تصرف ضار

كما أن لمفهوم نفاذ العقد التزام سلبي نحو الغير و ذلك بعدم انتهاك عقود الآخرين، إلا أن لمفهوم النفاذ جانب آخر عندما يأخذ واجب الاحترام الناشئ عنه شكلا إيجابيا داخل المجموعات العقدية{1}. حيث نجد أن مصلحة الغير و قوة النفاذ داخل هذه المجموعات تتيح رجوع مباشر بين الأعضاء المكونين للمجموعة.

- به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزامه و ترتب عسر المدين أو زيادة في عسره، و ذلك متى توافر أحد الشروط المنصوص عليها في المادة التالية.»، تقابلها المادة " 237 " مدني مصري.
  - و هكذا فإنه يمكن القول أن شروط الدعوى البوليصية ترد إلى فكرة مفادها أن المدين بتصرفه قد أضر بدائنيه، و ترجع هذه الشروط للدائن و للتصرف و للمدين فيشترط في الدائن أن يكون حقه مستحق الأداء خاليا من النزاع و لو كان معلقا على شرط فاسخ أو مقترنا بأجل فاسخ فهما لا يمنعان الحق من أن يكون مستحق الأداء، و لا يشترط أن يكون الحق معلوم المقدار فالمضرور من عمل غير مشروع حتى قبل تقدير التعويض يستطيع استعمال الدعوى البوليصية ليمنع المدين من تهريب أمواله و لا يشترط أن يكون الحق ثابت ي سند تنفيذي.
  - فالدعوى البوليصية لا تبطل تصرف المدين بل تجعله غير نافذ في حق الدائنين و يضل التصرف قائما بين الطرفين ينصرف أثره إلى خلف كل منهما عاما أ خاصا و للمشتري أن يرجع بضمان الاستحقاق أو يطلب فسخ العقد. –**د/ محمد ترك**، مرجع سابق، هامش 1، ص 591.
  - أما بالنسبة للعقد الصوري فقد نصت عليه المشرع في المادة " 198 " من القانون المدني، و تقابلها المادة «244» هذا و يرى **د/ عبد المنعم الصدة** أن الدائنين العاديين لا يعتبرون من الغير إلا إذا تعلق حقهم بمال المدين و يتم ذلك بالحجز أو بالطعن على تصرف المدين بالدعوى الصورية أو بشهر إفلاس المدين أ بإعساره. و الخلف الخاص هو كل من اكتسب حقا عينيا من أحد المتعاقدين على الشيء محل التصرف الصوري أو من كسب هذا الحق من المشتري الصوري و كذلك الدائنون العاديون يعتبرون من الغير، فدائن المشتري له أن يتمسك بالعقد الصوري، بينما دائن البائع له أن يتمسك بالعقد الحقيقي إذ لكل منهما مصلحة في العقد الذي يتمسك به حتى يبقى الشيء محل التصرف في الضمان العام لمدينه، و لا يشترط أن يكون حق أي منهما مستحق الأداء فيكفي أن يكون خاليا من النزاع سواء كان سابقا للتصرف أو لاحقا عليه.
    - **د/ عبد المنعم الصدة**، مرجع سابق،ص 65و ما بعدها.

(1) - المجموع العقدي بخلاف العقد الجماعي، و مثال للنوع الثاني نجد عقد الصلح الواقي من الإفلاس الذي ينعقد بين المدين التاجر و بين جماعة الدائنين بصفتهم الجماعية، و عقد العمل الذي ينعقد بين نقابة أو أكثر من نقابات العمال و بين رب العمل أو منظمة من منظمات أرباب الأعمال بقصد تنظيم شروط العمل، كما يتميز هذا النوع من العقود أنه يعقد بموافقة أغلبية أفراد الجماعة التي يبرم باسمها، كما أنه يلزم جميع أفراد هذه الجماعة من وافق عليه ومن لم يوافق على حد السواء، و هو بذلك يتضمن خروجا على مبدأ نسبية العقود. أما في المجموع العقدي حيث تجتمع عدة عقود

و لعل هذا الرجوع يكون مدخلا قانونيا مناسبا و مقبولا للوصول إلى مركز المرسل إليه في عقد النقل البحري{1}، و هذا الرجوع قد يأخذ عدة أشكال مختلفة{2}.

و هكذا فإن عدم الخلط بين مبدأ نسبية العقود و مبدأ نفاذها يؤدي بنا إلى القول أن العقد من منطلق نفاذه بصفته واقعة يتولد عنه أثر خارجي هام مفاده التزام الغير باحترام عقود الآخرين، إذا استوفت شروط نفاذها في مواجهته و خاصة شرط العلم، و في حالة الإخلال بهذا الالتزام تتقرر مسؤولية الغير، و هذه المسؤولية مترتبة على الإخلال بواجب عام قوامه احترام عقود الآخرين و عدم انتهاكها بتصرفات لاحقة و بالطبع فإن مصدر هذا الواجب ليس العقد و لكن نفاذ هذا العقد{3}.

هذا و بناءا على مبدأ نفاذ العقد يكون الغير ملزما باحترام العقد القائم و ذلك كونه واقعة قانونية بنفس المنطق فإن أطراف هذا العقد يكون عليهم واجب احترام مقتضى العلاقة القائمة بينهم، ليس فيما يتعلق بعلاقاتهم المتبادلة و في نطاق الأثر الملزم للعقد فقط و لكن علاوة على ذلك بالنسبة لعلاقتهم بالغير و في إطار نفاذ العقد كواقعة قانونية. و الغير هنا بهذه الدرجة من النفاذ يبدو ذو رابطة قانونية بأحد أطراف علاقة عقدية قائمة في حالة حدوث إخلال بهذا الواجب العام بالاحترام، و هكذا فإن واجب الاحترام المتولد عن هذه الدرجة من النفاذ يقيم مسئولية من أخل وفقا للمبادئ القانونية العامة و هي مسئولية مصدرها نفاذ العقد و ليس العمل غير المشروع{4}.

- حول محل واحد تتعاقب عليه و يكون محلا لكل منها أو حول غرض واحد، يصوغ أحدها الالتزامات المحققة له و تسهم الأخرى في تنفيذ هذه الالتزامات أو تساعد عليه أو تقدم الضمان اللازم لتمام تنفيذه.
  - **د/ محمد ترك**، مرجع سابق، هامش1، ص 592.

(1) - بالرغم من أن عقد الشحن و التفريغ له كيانه و نطاقه الخاص إلا أنه يرتبط بعقد النقل البحري، و هذا الأمر يتناسب معه وصف محكمة مرسيليا التجارية بأنه " حلقة في سلسلة " –**د/ محمد نور شحاته**، مرجع سابق، ص 26، هامش1، أشار إليه **د/ محمد ترك**، مرجع سابق،هامش2، ص 592.

(2) - فقد يطلب عضو من عضو آخر داخل نفس المجموعة بأن ينفذ أداء هو في الأساس حق خاص و مستقل له تتعلق به مصلحته، أو أن يتم طلب تعويض من عضو نتيجة إخلاله بواجب الاحترام الناشئ عن قوة النفاذ داخل هذه المجموعات و دون حاجة لتوفير عناصر المسؤولية التقصيرية " خطأ – ضرر – علاقة سببية " حيث أن مصدر المسؤولية هنا هو نفاذ العقد و ما يتطلبه من واجب الاحترام و ليس العمل غير المشروع. نقلا عن **د/ عبد الحميد الحوسني**، مرجع سابق هامش3، ص 172.

(3) – **د/ محمد ترك**، مرجع سابق، ص 592، 593.

(4) – أ/ **عبد الحميد الحسوني**، مرجع سابق، ص 173.

ثالثا : الغير صاحب المصلحة

الغير ذو الرابطة القانونية بأحد أطراف علاقة عقدية قائمة أو ما يسمى بالغير الوهمي، هو أحد أقسام الغير التي رأيناها سابقا{1}، فهذا النوع من الغير و على عكس الغير الأجنبي، هو صاحب المصلحة{2} أو صاحب الرابطة بأحد أطراف العلاقة العقدية الأصلية و الذي لمراعاة مصلحته قد توجد فكرة نفاذ أو عدم نفاذ تصرف ما في مواجهته.

و على هذا يمكن القول أن الغير هنا قد يكون من أشخاص النفاذ أو لا حسب مصلحته، أما الغير الأجنبي الذي لا يهمه العقد و لا المتعاقدين هو من أشخاص النفاذ، حيث أنه لا توجد مصلحة في تقرير عدم نفاذ تصرفات معينة في مواجهته، فإذا هذا الغير الأجنبي أصيب أو لحقته أضرار نتيجة تنفيذ عقود الآخرين فإن قواعد المسؤولية التقصيرية هي الواجبة التطبيق إذا ما توافرت شروطها{3}، كما يستفيد هذا الغير الأجنبي من نفاذ العقد بصفته واقعة اجتماعية سواء كمصدر للمعلومات أو كوسيلة للإثبات و ذلك مثل كل طوائف الغير.

---

(1) - لقد قال الدكتور محمد نور شحاته في هذا المجال أن " الفقه الحديث قد أخذ بالمفهوم الموسع لفكرة الطرف، و حاول إدخال طائفة الغير الوهمي في مفهوم الطرف. – **د/ محمد نور شحاته**، مرجع سابق، ص 9.

(2) - حيث يعتبر الدائنون العاديون أصحاب مصلحة في أن تحترم عقودهم و حقوقهم الناشئة عنها. لذلك نجد أن المشرع لم يقر بنفاذ تصرفات مدين الدائن العادي في مواجهته تقديرا لمصلحة هذا الدائن و إسباغ الحماية القانونية عليه، و مثال ذلك الدعوى البوليصية التي تتيح له طلب عدم نفاذ تصرفات مدينه الضارة به في مواجهته تحت بعض الشروط و ذلك حسب نص المادة.... من القانون المدني الجزائري، و كذا الدعوى الصورية المقررة في المادة.... مدني جزائري. و ما قرره المشرع كذلك لحماية دائني المفلس من التصرفات التي يجريها هذا الأخير إضرارا بهم و ذلك عن طريق غل يد المفلس عن إدارة أمواله بمجرد شهر حكم الإفلاس و اعتبر جماعة الدائنين من الغير اعتبارا من هذا التاريخ فيمكن التمسك بعدم نفاذ أي تسجيلات يجريها المدين في مواجهتهم طالما تمت بعد شهر الإفلاس. أنظر في هذا :

- ✓ **د/ عباس مصطفى المصري**، مرجع سابق، ص 79. و ما بعدها.
- ✓ **د/ مصطفى كمال طه**، القانون التجاري، الإفلاس، الإسكندرية 1986، ص 644، و ما بعدها.
- ✓ **د/ كمال أبو سريع**، القانون التجاري الإفلاس، القاهرة 1990، ص 58، و ما بعدها.
- ذكرهم: **د/ محمد ترك**، مرجع سابق، هامش2، ص 595.

(3) - يقع على طائفة الغير الأجنبي عن العقد واجب سلبي عام باحترام عقود الآخرين و عدم الإقدام على ما يشكل انتهاكا لعقود الآخرين و ذلك عن طريق القيام بتصرفات لاحقة تؤثر في الاشتراطات العقدية التي تتضمنها هذه العقود، بما يؤدي إلى إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته اتجاه المتعاقد الأخر.

و النفاذ في هذه الدرجة لا يشترط وجود العلم المسبق، حيث أن العقد يمكن الاحتجاج به بصفته واقعة اجتماعية أيا كان وقت توافر العلم به حيث لا ينشأ عنه هنا أي آثار توجب اشتراط توافر هذا العلم في وقت محدد مع مراعاة أنه يمكن القول أن العلم يتحقق في الوقت الذي يتمسك فيه الغير بالعقد كواقعة.

كما أن الغير صاحب المصلحة يتمتع بنوع من الإيجابيات و مرونة الحركة في مواجهة طرفي العلاقة العقدية الأصلية عندما تفرض مصلحته ذاتها و ذلك من خلال العقد كواقعة قانونية بخلاف السلبية التي تشكل مركز الغير الأجنبي فاقد المصلحة{1}.

و أخيرا فإن المرسل إليه في مجال علاقات النقل البحري يعتبر من طائفة الغير صاحب المصلحة الذي يمكن أن يستفيد من نفاذ العقد بصفته واقعة قانونية، حيث يمكن له من منطلق واجب الاحترام الناشئ عن قوة النفاذ داخل المجموعة العقدية أن يطالب عضو آخر باحترام مصلحته، و العكس صحيح حيث يمكن أن يطالب أحد أفراد المجموعة العقدية المرسل ليه بتنفيذ التزام يتعلق بمصلحة هذا العضو كما لو قام الناقل بمطالبة المرسل إليه بالوفاء بقيمة أجرة النقل مثلا.

و منه فإن معيار المصلحة هو العنصر الأساسي الذي يتم من خلاله تحديد من هو الغير في مجال نفاذ العقود و ذلك بالنسبة للغير الوهمي أو غير الحقيقي، حيث يمكن أن يتوافر له مصلحة في نفاذ أو عدم نفاذ عقود العلاقات الأصلية في مواجهتهم، غير أن الغير الأجنبي خارج عن الإطار الذي نحن بصدده لأنه ليست له رابطة مباشرة بالعقد أو بالمتعاقدين و ليست له مصلحة في تنفيذ عقود الآخرين من عدمه.

- و النفاذ المقصود هنا هو نفاذ أو سريان العقد في مواجهة عقد أخر قد يستجد و يأتي في صورة انتهاك للاشتراطات العقدية التي تضمنها العقد الأول. بما قد يؤدي إلى إخلال أحد أطراف العقد بالتزاماته تجاه الطرف الأخر، و قد يأتي في صورة تصرف لاحق يفتقد للأسبقية و الأفضلية تجاه عقد سابق عليه و هو ما حدث في إطار الحقوق العينية العقارية حيث ينضم المشرع طرق إشهارها و نفاذها في مواجهة الغير، و هنا قد يقتصر المشرع بتقرير عدم نفاذ العقد المخالف كجزاء على الإخلال بواجب الاحترام المقرر للعقد الأول و الذي استوفى نفاذه في مواجهة الغير، و قد تترتب مسئولية إضافية بالتعويض تجاه الغير الذي أخل بهذا الواجب إذا تبين أن جزاء عدم النفاذ هو غير كافي و غير مؤثر، و مثال ذلك حالة الغير الذي تعاقد مع أحد العمال بالمخالفة لشرط عدم المنافسة الذي التزم به هذا العامل من خلال تصرف سابق بينه و بين رب العمل الأول.
- لمزيد من التفصيل أنظر: **د/ عبد المنعم البدراوي**، مرجع سابق، ص 43، و ما بعدها.

(1) - **د/ محمد ترك**، مرجع سابق، ص 596.

الفرع الثاني

النظريات التقليدية للمركز القانوني للمرسل إليه

هناك أهمية كبيرة في تحديد المركز القانوني للمرسل إليه في سند الشحن، و يتضح ذلك بصورة واضحة من نص المادة "761" من القانون البحري الجزائري، حيث يفرق هذا النص بين حجية السند بالنسبة لأطرافه و حجيته بالنسبة للغير.

فلسند الشحن حجة في الإثبات بالنسبة للعلاقة بين الناقل و الشاحن، و كذلك في العلاقة بين كل منهما و الغير{1}. و لكن هناك فرق واضح بين هاذين الفرضين.

ففي العلاقة بين أطرافه " الناقل و الشاحن " ليس للسند إلا حجية نسبية، فيجوز لكل منهما إثبات ما يخالف الدليل المستخلص منه، حيث يمكن للناقل مثلا أن يثبت أنه تسلم كمية البضاعة الموجودة في السند، أو مثلا أن هناك تحفظات سرية بشأن حالتها، و في المقابل يجوز للشاحن أن يثبت عدم صحة البيان الخاص بتعين ميناء التفريغ أو باستحقاق جزء من أجرة النقل عند الوصول، كما لا يجوز للناقل أو الشاحن إثبات عكس ما جاء بالسند إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها كالإقرار أو اليمين، و ما لم يكن هناك غش فيجوز و فقا للقواعد العامة الإثبات بكافة الطرق الممكنة{2}.

أما بالنسبة للغير فيجوز له إثبات عكس الوارد بسند الشحن بكافة طرق الإثبات، أي يمكن القول أن البيانات الواردة بسند الشحن لها حجية مطلقة في الإثبات لصالح الغير الذي من مصلحته التمسك بها. في حين أن لإطراف السند إثبات عكس البيانات عن طريق أي أوراق أو مستندات تكميلية{3}.

---

(1) - لسند الشحن البحري حجية قاطعة في الإثبات في مواجهة الغير حسن النية، أي أنه إذا كان الغير يعلم بعدم صحة البيانات الواردة في سند الشحن فإنه يعد سيء النية، و من ثم يجوز للناقل البحري أو الشاحن إقامة الدليل على خلاف ما ورد في سند الشحن من بيانات، كما يتعين على الناقل البحري أو الشاحن إقامة الدليل على انتفاء حسن نية الغير.
و الغير يقصد به كل شخص لم يكن طرفا في إبرام عقد النقل البحري و تنشأ له حقوق ترتبط بتنفيذ العقد الأمر الذي يترتب عليه إمكانية التمسك بما ورد في سند الشحن البحري من بيانات. و يعتبر العقد هنا بمثابة واقعة بالنسبة للغير الأجنبي عن عقد النقل البحري، و هذا يعني أنه يجوز إثبات خلاف ما هو وارد به من بيانات بكافة طرق الإثبات.

(2) - أنظر: **د/ محمد ترك**، مرجع سابق، ص 598، 599.

(3) - و مثال ذلك ما يعرف بخطاب الضمان الذي يتم تحريره بين الناقل و الشاحن في مقابل إصدار سند شحن نظيف و هو ما يعرف بالإنجليزية ب clean bill of lading فمثل هذه الأوراق تعتبر أوراق تكميلية خارج سند الشحن

إن سند الشحن يحرر بين الشاحن و الناقل بغرض إثبات أن هذا الأخير قد استلم البضاعة المشحونة و لذلك فإن السند يحرر بعد تمام عملية الشحن، كما أن قيام ربان السفينة بالتوقيع على سند الشحن لا يعني أن ربان السفينة طرفا في عقد النقل، بل هو نائبا عن الناقل الذي يكون الطرف الأصيل في عقد النقل المبرم مع الشاحن{1}، و من ثم لا توجد أي علاقة قانونية أو تعاقدية بين الربان و الشاحن و إنما يقوم الربان بتنفيذ عقد النقل بصفته تابعا للمجهز و ممثلا له.

لقد استقر الفقه و القضاء منذ فترة طويلة على الاعتراف بحق خاص للمرسل إليه في مواجهة الناقل مباشرة، رغم أنه ليس من أطراف عقد النقل البحري في الحقيقة، فله حق مقاضاة الناقل و مطالبته باستلام البضاعة و بالتعويض عن الهلاك أو التلف، كما أنه يلتزم بدفع الأجرة إذا لم يكن الشاحن قد دفعها، و يلتزم أيضا بكافة الشروط الواردة بسند الشحن و من بينه شرط التحكيم. و إن كان هذا ليس محل خلاف، بل هناك إجماع على الاعتراف للمرسل إليه بحق خاص مباشرة قبل الناقل، إلا أن الاختلاف كان حول تفسير الأساس القانوني لهذا الحق، و هل يعتبر استثناء على مبدأ نسبية العقود ؟{1}.

- المكتوب لا يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير حسن النية، و الذي لم يتوافر له العلم بها في حين أن لها كامل الحجية بين أطرافها الناقل و الشاحن. - أنظر المادة " 757 " من القانون البحري الجزائري.

(1) - يعتبر الربان نائبا عن المجهز و يمثله أمام القضاء، و تشمل النيابة الأعمال اللازمة للسفينة و الرحلة مثل تعيين البحارة... و إبرام عقود النقل، و هذه الأعمال القانونية جميعها، و لو أن الربان يقوم بها باسمه الخاص إلا أن آثارها تنصرف مباشرة إلى المجهز، لأن الربان إنما يباشرها بوصفه نائبا عن المجهز، و هذه الصفة معلومة للغير، و لا يحتج على الغير حسن النية بأي تحديد أو قيد اتفاقي يرد على نيابة الربان.

- **د/ مصطفى كمال طه**، القانون البحري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة 2000، ص 167.

- لمزيد من التفصيل في هذا المجال أنظر أيضا:

- **د/ محمود سمير الشرقاوي**، القانون البحري، منشأة المعارف،الإسكندرية، الطبعة الثانية 1992، ص238.

- **د/ أحمد حسني**، البيوع البحرية، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 1983، ص 54.

- إن تبعية الربان للمجهز هي تبعية من نوع خاص حيث يقوم الربان بوظيفتين، الوظيفة الأولى فنية و هي قيادة السفينة، أما الوظيفة الثانية فهي تجارية و تتعلق بالأعمال المتصلة باستغلال بالسفينة كاستلام البضائع بغرض نقلها و الإشراف على رصها بطريقة سليمة مع الالتزام بتسليمها إلى المرسل إليه .

- **د/محمود سمير الشرقاوي**، مرجع سابق، ص 245.

(2) - قام المشرع الفرنسي بتقنين مركز المرسل إليه في عام 1966، حين أصدر قانون النقل البحري و المرسوم المكمل له فقد ورد في المادة "14" من المرسوم 1075 الصادر في 1966/12/21، أنه إذا كانت أجرة النقل واجبة الدفع في ميناء التفريغ فإن المرسل إليه يعتبر مدينا بها إذا ارتضى استلام البضاعة.

لقد اختلفت الآراء الفقهية في محاولة إيجاد الأساس القانوني لمركز المرسل إليه، و تطرقت العديد من النظريات لبحث هذا الموضوع، و سوف نتعرض في هذا الفرع لهذه النظريات التقليدية و ذلك من خلال النقاط التالية:

- ✓ **أولا** : نظرية الاشتراط لمصلحة الغير.
- ✓ **ثانيا**: نظرية الخلف الخاص.
- ✓ **ثالثا**: نظرية النيابة الناقصة.
- ✓ **رابعا**: نظرية الحيازة الرمزية للبضائع.

- كما نصت المادة49 من نفس المرسوم بإلزام كل من الربان و أمين السفينة بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه أو من يمثله. و في الفقرة 2 من هذه المادة ورد تعريف المرسل إليه بأنه " من كان اسمه مثبتا في سند الشحن الاسمي و من يتقدم بسند الشحن لاستلام البضاعة حين وصولها في حالة السند للحامل و من ثم لصالح التظهير الأخير في حالة سند الشحن لأمر.
- كما نصت المادة "50" من ذات المرسوم على أن إرجاع سند الشحن إلى الناقل أو من يمثله يدل على التسليم ما لم يثبت العكس.

Voir: **Rodiere,** «Droit Maritime», Ed, 10, Paris 1986 ; «Traite Général de Droit Maritime», tome2, 1968, affrètements et transports, n°420, p 515.

أيضا نجد أن المشرع الإنجليزي في قانون سندات الشحن الصادر سنة 1855 قد أورد نصا صريحا يقضي بأن الحقوق و الالتزامات الواردة في العقد الأصلي لنقل البضائع بحرا و المبرم أساسا بين الناقل و الشاحن، تمر في ذمة المرسل إليه كما لو كان طرفا في العقد.

- أشار إلى هذا:
- **د/ محمد ترك**، مرجع سابق، هامش1، ص 602.
- أنظر كذلك**:**
- **د/ مصطفى كمال طه**، مرجع سابق، ص 274.
- **د/ أحمد حسني**، مرجع سابق، ص 54

أولا : نظرية الاشتراط لمصلحة الغير

يشكل نظام الاشتراط لمصلحة الغير استثناءا على مبدأ نسبية العقود{1}، ففي الواقع هناك الكثير من الحالات يرتب فيها المتعاقدين حقا لشخص أجنبي عن العقد المبرم بينهما. و ذلك عن طريق نص يضمنانه في عقدهما، حيث نجد كثيرا ما يؤمن شخص على حياته و يشترط على شركة التأمين أن تدفع مبلغ التأمين في حالة وفاته، إلى شخص ما يعينه. أو يؤمن المرسل أو البائع على البضاعة المنقولة لمصلحة من يكون مالكا لهذه البضاعة وقت وقوع الخطر المؤمن منه.

و مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير ينظمه المشرع الجزائري في القانون المدني بموجب نص المادة "116" بقولها أن « يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية. و يترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك، و يكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد. و يجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك.»{2}.

و بهذا يتضح لنا توافر أمرين:

- أن يكون التعاقد باسم من يبرم العقد، و لكن لمصلحة شخص آخر يظهر في العقد.
- أن يكون المتعاقدان قد قصد إنشاء حق خاص مباشر للغير المستفيد، ذلك أن الغرض في الاشتراط

---

(1) - هناك اتجاهات فقهية حديثة، لا ترى في هذا النظام أي استثناء على مبدأ نسبية العقود، تأسيسا على أن توافر إرادة الالتزام بالأثر الملزم من جانب المنتفع مع توافر شرط المصلحة يجعل المنتفع بمثابة الطرف في العلاقة العقدية الأصلية و بالتالي فلا استثناء.- راجع في هذا المجال **نبيلة رسلان**، النظرية العامة للعلاقات الثلاثية، رسالة مقدمة لكلية الحقوق طنطا 1986، ص 201 و ما بعدها. ذكره: - **د/ محمد ترك**، المرجع السابق، ص 603.

(2) - لقد نص على هذا المشرع المصري في المادة "154" من القانون المدني بحيث نصت بأن: « يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية، و يترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك، و يكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التي تنشأ عن العقد و يجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك.»

لمصلحة الغير أن الغير المستفيد يستطيع المطالبة بالحق الناشئ له، عن العقد المبرم بين الطرفين دون الرجوع إلى المشترط كي يطالب له من تعاقد معه بهذا الحق{1}.

و قد أفرط القضاء في استخدام هذا المفهوم في حالات كثيرة منها مثلا: تقرير اشتراط ضمني لمصلحة أقارب المسافر المضرور في عقد نقل الأشخاص، توصلا إلى إفادتهم من مزايا النظام العقدي و إتاحة رجوعهم على الناقل على أساس قواعد المسؤولية العقدية، كما اعتمد أيضا على ذات المفهوم قصد تمكين الغير من المطالبة لمصلحته بتنفيذ ذات الأداء العقدي المقرر للدائن في العقد الأصلي، و مثال ذلك: دعوى المرسل إليه ضد الناقل للمطالبة باستلام البضاعة أو بالتعويض عن الهلاك أو التلف{2}، فالقضاء يستند إلى مفهوم الاشتراط لمصلحة الغير إذا ما أراد تحقيق فائدة للغير من خلال نظام المسؤولية العقدية{3}.

و عموما فإن الاتجاه الفقهي الذي يؤيد هذه النظرية يذهب إلى تفسير حق المرسل إليه إنه " اشتراط لمصلحة الغير " على أساس أن الشاحن وقت إبرامه لعقد النقل، يشترط لمصلحة المرسل إليه، فيكتسب بهذا الاشتراط الحق في تسليم البضاعة، و يتحقق قبوله بالطبع عند تسلمه فعلا لهذه البضاعة. و من جهة أخرى فإن قبول المرسل إليه لهذا الاشتراط يفرض عليه قبوله تنفيذ الالتزامات المرتبطة بهذا الاشتراط، كالالتزام مثلا بدفع أجرة النقل{4}.

- و يقابل هذه المادة في القانون الفرنسي المادة "1121" مدني فرنسي حيث تنص على أن:
- « On peut paraillement 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 a un autre celui qui a fait cette stipulation ne peut la revoquer, si la tiers a déclare vouloir en profiter. »

(1) - **د/ عبد الحي حجازي**، النظرية العامة للالتزام و فقا للقانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، ص 947.

(2) -أنظر : نقد مدني فرنسي في 1894/1/31 سيري 1894-1-246، نقض مدني فرنسي في 1891/1/2 دالوز 1891-1-161، ، نقض مدني فرنسي في 1945/12/17 سيري1946-1-80. – أشار إليهم **د/عباس مصطفى المصري**، مرجع سابق، ص 93.

(3) - أنظر حكم محكمة باريس في 1957/6/18، منشور بمجلة الأسبوع القانوني J.C.P 1957-2-10134، مع تعليق عليه للأستاذ **Lindon- د/ عباس مصطفى المصري**، مرجع سابق، هامش1 ،ص 94.

(4) - أنظر نقض مدني فرنسي 1912/05/20، أشار إليه **د/ أحمد حسني**، مرجع سابق، ص 55.

النـقد الموجه لـهذه النظرية: لقد تعرضت هذه النظرية إلى العديد من الانتقادات من أهمها:

1 - إن النظام القانوني المقرر للاشتراط لمصلحة الغير سواء في الجزائر أو فرنسا أو مصر، يترتب عليه إكساب الغير حقا فحسب دون تحميله لأية التزامات و إلا نكون قد خرجنا عن النطاق المقرر لهذا النظام، و بالتالي فإن الركون إلى هذا المفهوم لا يمكن أن يفسر مثلا التزام المرسل إليه بدفع أجرة النقل أو التزامه بتفريغ البضاعة، أو بالشروط الأخرى التي عساها أن تكون موجودة في سند الشحن و المقرر فقها و قضاءا التزام المرسل إليه بها، منذ نشوء عقد النقل البحري في الواقع العملي، دون تفسير أو تبرير قانوني لتحميله بمثل هذه الالتزامات{1}.

2 – يسمح نظام الاشتراط لمصلحة الغير للمتعهد أن يتمسك في مواجهة المنتفع بالدفوع التي يمكن أن تنشأ عن هذا العقد، و معنى هذا أنه في حالة صدور سند الشحن بمقتضى مشارطة إيجار يمكن الاحتجاج بالشروط الواردة في هذه المشارطة في مواجهة حامل السند باعتباره متدخلا في عقد النقل، حتى و لو لم يكن هذا السند قد تضمنها أو أشار إليها. إضافة إلى إمكانية احتجاج الناقل قبل المرسل إليه بخطابات الضمان التي يكون قد حررها بينه و بين الشاحن، و ذلك رغبة في إصدار سند شحن نظيف، و بطبيعة الحال و بصفة مؤكدة هذا مخالف للقاعدة المقررة بشأن الأوراق التجارية و الممتدة إلى سند الشحن و الخاصة بعدم إمكان الاحتجاج بالدفوع في مواجهة الحامل حسن النية{2}.

3 – يقول الدكتور " أحمد حسني " لا يستقيم أن نلجأ في تفسير الحق الشخصي المباشر لحامل سند الشحن، و هو حق معترف به منذ وقت طويل، إلى نظام حديث و هو الاشتراط لمصلحة الغير. و يستند في هذا على رأي الفقيه الفرنسي Ripert{3}.

---

(1) – **د/ عباس مصطفى المصري**، مرجع سابق، ص 95.

(2) - أنظر:- **د/أحمد حسني**، مرجع سابق، ص 57.

-د/ سميحة القليوبي، القانون البحري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1987، ص 236

(3) - لقد ذهب الفقيه Ripert في مرجعه الخاص بالقانون البحري الجزء الثاني بند 1583 و ما بعده يذكر في نقده لنظرية الاشتراط لمصلحة الغير حيث يقول أنها نظرية غير مقنعة حيث بالرغم من أنها ضرورية لتفسير بعض العقود مثل عقد التأمين على الحياة، غير أنه ليس من المنطق الاعتماد عليها كأساس لتوضيح و تفسير أمر استقر عليه العمل منذ فترة طويلة قبلها،و مثال ذلك القانون المدني الفرنسي القديم و الذي لم يكن يعرف هذه النظرية كان يعترف بحق المرسل إليه اتجاه الناقل. و الوضع نفسه في مصر حيث استقر الوضع الخاص بحق المرسل إليه تجاه الناقل منذ فترة طويلة قبل التقنين المدني المصري الساري الآن.

4– إن نظام الاشتراط لمصلحة الغير يستلزم توافر عنصر القصد أي " نية الاشتراط " ليس لصالح المشترط نفسه و إنما لصالح الغير، و معنى ذلك أن تتجه إرادة المشترط و المتعهد إلى إنشاء حق خاص في ذمة المنتفع مباشرة، أي إكساب المنتفع حقا بمجرد اتفاقهما على ذلك، دون أن يمر هذا الحق بذمة أي منهما{1}.

و هذا الركن يختلف عندما يحرر سند الشحن لإذن الشاحن الذي لا يكون عند توقيعه سند الشحن قد تعاقد على بيع البضائع أو رهنها و بمعنى أوضح أن أحكام الاشتراط لمصلحة الغير لا تنطبق إذا كان المشترط قد اشترط الحق لنفسه ثم حوله إلى المنتفع{2}.

و هكذا نجد أن أطراف العلاقة العقدية لم تتجه إلى اشتراط أي حق لمصلحة الغير و بالتالي فإن القصد أو نية الاشتراط المطلوب توافرها للقول بصحة نظرية الاشتراط لمصلحة الغير، غير متوفرة في هذا الوضع محل البحث، و بالتالي فإن هذه النظرية لا يمكن الارتكاز عليها كسند قانوني لتبرير الرجوع المباشر بين المرسل إليه و الناقل.

ثانيا : نظرية الخلف الخاص

يرى بعض الفقه{3} أن المرسل إليه حامل سند الشحن، خلفا خاصا للشاحن و ذلك باعتباره مشتريا للبضاعة و بما أن هناك عقد عقده الشاحن يتعلق بهذه البضاعة، فإن المرسل إليه بصفته خلفا

- هذا و لقد ذهب **د/ عباس مصطفى المصري** إلى أنه ليس هناك ما يمنع إطلاقا سواء من الناحية المنطقية أو من الناحية القانونية من الاستناد إلى نظرية حديثة لتكون سندا قانونيا لوضع أو آخر استقر قبلها فالنظريات القانونية لا تنشأ من فراغ و إنما هي تستند في الغالب إلى تأصيل تاريخي قانوني و أن الأساس القانوني يكون قد توافر في هذه الحالة و بالتالي فلا مشكلة.
- **د/ محمد ترك**، مرجع سابق، ص 605. – **د/ عباس مصطفى المصري**، مرجع سابق، ص 90. و ما بعدها.

(1) - راجع بخصوص الشروط الواجبة لصحة الاشتراط لمصلحة الغير:

- **أ/ دربال عبد الرازق**، الوجيز في مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر و التوزيع،2004.
- **د/ عبد الرازق السنهوري**، مرجع سابق، ص 773، و ما بعدها.

(2) - **د/ عباس مصطفى المصري**، مرجع سابق، ص 97.

(3) - **د/عبد الحي حجازي**، بحث بعنوان " نظرات في الاشتراط لمصلحة الغير "، مجلة العلوم القانونية الاقتصادية العدد1، السنة 5، يناير 1963، ص 186، حيث يقول« الذي نراه أن الحقوق التي يتلقاها المرسل إليه من عقد النقل

خاصا ينتقل إليه ما يرتبه هذا العقد من حقوق و التزامات و ذلك طبقا لنص المادة "109"{1} من القانون المدني الجزائري التي نصت على أن " إذا أنشأ العقد التزامات و حقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات و الحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته و كان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه ". فهذه المادة لم تترك أمر انتقال الحقوق و الالتزامات للخلف الخاص على إطلاقه، و إنما هناك بعض الأمور ينبغي أخذها بعين الاعتبار حتى لا نحمل النص أكثر مما يتحمله.

1 - الخلف الخاص هو من يتلقى من سلفه حقا معينا بذات، سواء كان هذا الحق عينيا كما في البيع، إذ يتلقى المشتري حقا عينيا من البائع، و مثل الموصى له بعين معينة بذات، أو كحق شخصي مثل الحوالة إذ يعتبر المحال له خلفا خاصا للمحيل. أما من يترتب له حق شخصي في ذمة شخص أخر فلا يكون خلفا خاصا له و إنما يكون دائن{1}، فالمستأجر ليس بخلف خاص للمؤجر.

2 - حتى تنصرف أثار العقد إلى الخلف الخاص لا بد من توافر مجموعة من الشروط أهمها:

أ - أن يقع تصرف السلف على نفس الشيء الذي تلقاه الخلف.

ب - يجب أن تكون الملكية قد انتقلت إلى الخلف وقت إبرام السلف التصرف مع الغير، أما إذا كانت الملكية قد انتقلت قبل التصرف فيكون الخلف الذي تلقاه أجنبيا عن المتصرف و بالتالي لا يحاج عليه به، و هذا يتطلب أن يكون تاريخ التصرف الذي أبرمه السلف ثابتا بوجه رسمي و سابقا على تاريخ انتقال الملكية.

- الذي لم يكن طرفا فيه، و كذا التزاماته إنما يرجع تفسيرها ليس إلى المادة 154 مدني المتعلقة بالاشتراط لمصلحة الغير بل إلى المادة 146 مدني الخاصة بتأثر الخلف الخاص بتصرفات السلف المتعلقة بالعين التي انتقلت إليه من ذلك السلف، فهذه المادة تصرف إلى الخلف الخاص آثار التصرفات التي أبرمها السلف متعلقة بالعين التي نقلها إلى ذلك الخلف متى كانت الحقوق و الالتزامات الناشئة من هذه التصرفات من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص» **- ذكره د محمد ترك**، مرجع سابق، ص 606.

(1) - و تقابل هذه المادة المواد التالية: 146 **مصري**، 147 **سوري**، 146 **ليبي**، 2/142 **عراقي**، 142 تجاري **كويتي**، 1/132 **سوداني**.

(2) - لمزيد من التفصيل أنظر:

- **د/ عبد الرازق السنهوري**، مرجع سابق، ص 733.
- **د/ محمود جمال الدين زكي**، الوجيز في مصادر الالتزام، القاهرة، طبعة ثالثة 1978، ص 260.

ج - أن يعلم الخلف علما يقينيا بالتصرف الذي أبرمه سلفه مع الغير و بالحقوق و الالتزامات التي ترتبت عليه، حتى يمكن أن ينتقل إليه شيء منها، و يعتبر علما يقينيا شهر التصرف بالتسجيل أو القيد بالنسبة للحقوق العينية، فالغير المتعاقد مع السلف لا يستطيع إلزام الخلف.بالالتزامات المترتبة على هذا التصرف إلا إذا أثبت علم الخلف بهذه الالتزامات وقت تلقيه الحق من السلف.

د - أن تكون الحقوق و الالتزامات الناشئة عن العقد من مستلزمات الحق الذي آلا إلى الخلف، حيث أن الحقوق الناشئة عن عقد السلف تعتبر من مستلزمات الحق إذا كانت مكملة له أو من شأنها أن تحفظه أو تقويه، و مثال ذلك حق بائع المنزل الناشئ من عقد التأمين ضد الحريق يعتبر مكملا لهذا الحق، إذ من شأنه ضمان تعويضه و من ثم ينتقل معه إلى الخلف الخاص، أما الالتزامات فتعتبر من مستلزمات الحق الذي انتقل إلى الخلف إذا كانت محددة له، كقيود البناء الاتفاقية تنتقل إلى مشتري العقار{1}.

نـــــــقد النـــــظريـة:

1 – لا يمكن الارتكاز على المادة " 109 " من القانون المدني الجزائري، و المادة " 146 " مدني مصري، كأساس قانوني لمركز المرسل إليه لأن هذا يحملها أكثر مما تحمل، و كما رأينا أن الالتزامات الناشئة عن عقد السلف تنتقل مع الحق الذي آل للخلف إذا كانت من مستلزماته، وتكون كذلك متى كانت محددة له و مقيدة لاستعماله، أما إذا كان ما ورد من السلف هو ترتيب التزام شخصي مثل دفع الأجرة فإنه لا ينتقل إلى الخلف الخاص إلا بناءا على نص في القانون أو بموجب اتفاق خاص بين الخلف و السلف{2}.

2 – يمكن أيضا للمدين أن يحتج في مواجهة الخلف الخاص بكافة الدفوع التي يمكن أن تكون قائمة

---

(1) - لمزيد من التفصيل حول شروط انتقال الحق إلى الخلف الخاص أنظر:

- **د/ عبد الرازق السنهوري**، مرجع سابق، ص 733.
- **أ/ دربال عبد الرازق**، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر 2004، ص .
- **د/ جميل الشرقاوي**، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ، القاهرة1981، ص 337 و ما بعدها.
- **د/ مصطفى الجمال+د/ عكاشة عبد العال**، مرجع سابق، ص 468، و ما بعدها.
- **د/ محمد صبري السعدي**، مرجع سابق، ص 343 و ما بعدها.

(2) - **د/ عبد الرزاق السنهوري**، مرجع سابق، ص 733، و ما بعدها.

بين هذا المدين و السلف، و هذا مخالف لما استقر عليه العرف في تطبيق قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفوع على حامل السند حسن النية{1}، و هو مخالف لما هو مقرر بالنسبة لحق المرسل إليه في مواجهة الناقل، كما أن الخلافة يفترض فيها أن يحل الخلف محل السلف و تختفي شخصية السلف من هذه العلاقة و هذا بطبيعة الحال يتعارض تماما في العلاقة محل البحث، حيث يمكن للناقل الرجوع على الشاحن بأجرة النقل إن لم يقم المرسل إليه بتسديدها{2}.

ثالثا : نظرية النيابة الناقصة

يرى البعض{3} أن الشاحن يعتبر نائبا عن المرسل إليه عند تعاقده مع الناقل، إلا أن هذه النيابة ناقصة، حيث يضل الشاحن ملتزم بالوفاء بأجرة النقل، كما هو الحال بالنسبة للموكل الذي تنصرف إليه أثار العقد الذي أبرمه الوكيل وفقا لأحكام النيابة، أي أن الشاحن عندما يتعاقد باسمه بإذن و لحساب الغير الذي هو المرسل إليه يعتبر نائبا عن ذلك الغير الذي مع بقائه ملزم شخصيا أمام المتعاقد معه و هو الناقل، و هذا بمقتضى العقد الذي أبرمه{4}.

و من ثم يعتبر الشاحن في تعاقده مع الناقل نائبا عن المرسل إليه، إلا أن هذه النيابة هي نيابة ناقصة، إذ يضل الشاحن طرفا في عقد النقل في الوقت الذي يكون فيه المرسل إليه طرفا في هذا العقد و فقا لأحكام النيابة التي تقضي بانصراف آثار العقد إلى الأصيل.

---

(1) - كما هو عليه الحال بالنسبة للأوراق التجارية، و لمزيد من التفصيل ارجع إلى**:د/ عزيز عبد الأمير العكيلي،** دور سند الشحن في تنفيذ البيع C.A.F رسالة دكتوراه 1970، أشار إليه **د/ محمد ترك،** مرجع سابق، ص608.

(2) - أنظر**: د/عاطف محمد فخري،** الغير في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، الإسكندرية 1976، ص 386 و ما بعدها. ذكره **د/محمد ترك،** مرجع سابق، ص 608.

(3) - اعتمد الفقيه **Ripert** في تبريره لالتزام المرسل إليه بدفع أجرة الناقل استنادا إلى فكرة النيابة الناقصة Délégation imparfaite و تتلخص هذه الفكرة في أن من يتعاقد بإذن و لحساب الغير يعتبر نائبا عن ذلك الغير فتنصرف أثار العقد إلى هذا الأخير باعتباره الأصيل و يضل النائب مسؤولا عن تنفيذ الالتزامات الواردة بالعقد شأنه شأن الأصيل.

- **د/ عباس مصطفى المصري،** مرجع سابق، ص 100

(4) - لمزيد من التفصيل أنظر:

- **د/ محمد ترك،** مرجع سابق، ص609.
- **د/ عباس المصري،** مرجع سابق، ص 100.

نـقـــــد النظـــــــــريـة: لقد وجهت لهذه النظرية عدة انتقادات أهمها:

1 - تقوم هذه النظرية على نية افتراضية لا تشكل حقيقة، فهي تجعل من المرسل إليه طرفا في عقد النقل رغم أنه يعتبر من الغير بالنسبة لهذا العقد، فالشاحن عندما يتعاقد مع الناقل لا تتجه نيته إلى أن تكون له صفة مزدوجة صفة الأصيل و صفة نائب عن المرسل إليه، و جعله طرفا في عقد النقل. و هذا الأمر بطبيعة الحال لا يعدو كونه مجرد افتراض{2}.

2 - إن الأخذ بهذه النظرية يؤدي إلى عدم إمكانية تغيير المستفيد من سند الشحن باعتبار أن الحقوق و الالتزامات التي ينظمها هذا السند لا لذي تخص إلا شخصا محددا و هو الأصيل، الأصيل الذي تعاقد النائب نيابة عنه عند إبرام عقد النقل البحري، و هذا يتعارض مع إمكانية تداول سند الشحن و انتقاله بين أكثر من مستفيد، مما يصعب معه افتراض نيابة الشاحن عن حامل سند الشحن، الذي يتقدم للربان مطالبا بتسليمه البضاعة و الذي يكون في الغالب شخص آخر غير المرسل إليه، الذي كان الشاحن قد تعاقد لحسابه عند إبرام عقد النقل{2}.

3 - بما أن المرسل إليه طرف في عقد النقل البحري فسوف يترتب عليه ارتباطه بعقد النقل لا من وصول سند الشحن إليه، و إنما من وقت انعقاد العقد بين الناقل و الشاحن الذي يعد نائبا عن المرسل إليه وفقا لهذه النظرية، لكن كيف يمكن أن نفسر وفقا لهذه النظرية قاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع في مواجهة المرسل إليه حسن النية و التي تكون قائمة في العلاقة بين الناقل و الشاحن{3}.

و هكذا فإن نقاط كثيرة لن تلقى إجابة دقيقة و صحيحة إذا ما لجأنا إلى مفهوم أو آخر لتطبيق النظام العقدي على مثل هذه العلاقات الثلاثية الجديدة و التي زادت كثيرا في الوقت الحاضر و تبحث عن سند قانوني لتفسيرها.

---

(1) - أنظر في هذا : **د/ أحمد حسني**، البيوع البحرية، الإسكندرية 1981، بند 45، ص 59. –**د/ عبد الرافع موسى**، دروس في القانون البحري، الزقازيق1988، ص 157. ذكرهم **د/عباس مصطفى المصري**، مرجع سابق، ص 101.

(2) - **د/ عباس مصطفى المصري**، مرجع سابق، ص 101.

(3) - ارجع إلى: **د/ علي جمال الدين عوض**، القانون البحري، 1987، ص 226 و ما بعدها، بحيث ذكر أن " محكمة النقض المصرية تأخذ كمبدأ عام بعدم تطهير سند الشحن من الدفوع فهو يعتبر ورقة مدنية لوروده على بضاعة و ليس مبلغ من نقود، و الجدير بالذكر أن القضاء قد ذهب إلى تقرير تطهير الدفوع بتظهير السند و ذلك بناءا على ما استقر عليه العرف البحري السائد- ذكره **د/محمد ترك**، مرجع سابق، ص610.

رابعا: نظرية الحيازة الرمزية للبضاعة

قبل التطرق لتفاصيل هذه النظرية و التعرض لمفهومها، سوف نسلط الضوء أولا على بعض الأمور أهمها مايلي:

1- دور سند الشحن كممثل للبضائع:

في سند الشحن الممثل للبضاعة المنقولة بحرا، تقوم حيازة المستند الممثل لهذه البضاعة محل حيازة البضائع ذاتها أثناء الرحلة البحرية، و ذلك بالرغم من الحيازة المادية للربان عليها، و تتمثل أهمية هذا المستند في أنه يعطي حائزه الحق في طلب تسليم البضائع في ميناء التفريغ، و الحق في التصرف فيها أثناء الرحلة و أيضا الحق في الرجوع على الناقل بالتعويض عن الأضرار التي ترتب مسؤوليته{1}.

و حتى يعتبر المستند ممثلا للبضائع المنقولة بحرا يجب أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط أهمها:

1 - أن يعين البضاعة بطريقة دقيقة، بحيث يكون من السهل التأكد من وزنها أو عددها و نوعها مع ضرورة وضوح العلامات المميزة لها و الموجودة على البضائع على أساس أن الحيازة لا يمكن أن ترد إلا على أشياء محددة.

2 - يعطي هذا السند لحائزه الحق في تسلم البضائع المبينة به في ميناء الوصول، أو أن يتصرف فيها خلال الرحلة البحرية{2}، كما يعطي حائزه الحق في المطالبة بالتعويضات في حالة أي ضرر يصيب البضاعة.

3 - أن تكون حيازة هذا السند كافية لترتيب أثار الحيازة الرمزية للبضائع، و هذا الشرط يقودنا إلى تبيان أنواع السندات الثلاث: الاسمية و الإذنية و لحامله. و في هذا المجال تنص المادة "758" من القانون البحري الجزائري « يحرر سند الشحن إما باسم المرسل إليه و هو ما يعرف بسند الشحن الاسمي، و إما للأمر الشاحن و إما لحامله»{3}.

---

(1) - أنظر قرار المحكمة العليا بالجزائر، الصادر في 1996/12/17، رقم 145015، الغرفة التجارية و البحرية "قرار غير منشور".

(2) – ارجع إلى المادة " 759/ 2 " من القانون البحري الجزائري.

(3) - يقابل هذا النص المادة " 1/203 " من قانون التجارة البحرية المصري، حيث تنص: « يحرر سند الشحن باسم شخص معين، أو لأمره، أو لحامله».

فسند الشحن الاسمي، هو ذلك السند الذي يصدر باسم شخص معين و هو وحده صاحب الحق في إقامة دعوى مباشرة قبل الناقل البحري عما يصيب البضاعة من تلف، و حق تسلم البضاعة عند وصولها، و يلزم لانتقاله إتباع إجراءات الحوالة المنصوص عليها في المواد من " 239 " إلى " 250 " من القانون المدني الجزائري{1}.

و حيث أن الحقوق الثابتة في السند الاسمي يمكن نقلها دون نقل السند ذاته، و ذلك بطريق الحوالة المدنية، بحيث يمكن للمحال له أن يتسلم البضاعة عند الوصول إذا أثبت أنه الشخص المحدد بالسند بصرف النظر عن حيازته للسند ذاته، و بالتالي نجد أن سند الشحن الاسمي يفتقد لشرط مهم : خاص بتمثيل المستند للبضائع المنقولة بحرا و هو عدم وجود وحدة و ارتباط ما بين مجرد نقل المستند و انتقال الحقوق التي يحولها{2}.

أما النوع الثاني من السندات و هو ما يعرف ب سند الشحن لأمر، حيث يكون إما لإذن الشاحن{3}أو لإذن المرسل إليه، و يتداول هذا السند كأي ورقة تجارية تحمل عبارة لأمر عن طريق التظهير. و أخيرا سند الشحن لحامله و هو النوع الثالث، بحيث ينتقل بمجرد التسليم.

2 – العلاقة بين سند الشحن و الحيازة الرمزية للبضائع:

من المعلوم أن للحيازة عنصران، عنصر مادي و عنصر معنوي، بحيث يتمثل العنصر المادي في وجود البضاعة تحت يد الناقل أو الربان، أما العنصر المعنوي فيتمثل في بقاء الشاحن حائزا قانونيا للبضائع رغم أنه لا يمكنه التصرف فيها ماديا لوجودها تحت سيطرة ربان السفينة المشحونة لديه.

و ما يمكن ملاحظته أن ربان السفينة يقوم بدور مزدوج اتجاه كل من الشاحن و الناقل، فهو يعتبر ممثلا للشاحن حين يتسلم منه البضاعة، بمعنى أن يتخلى الشاحن عن العنصر المادي للحيازة ثم يقوم بتسليمه سند الشحن المثبت لعملية الشحن، و يعتبر الربان كذلك ممثلا للشاحن في مباشرة العنصر المادي للحيازة

---

(1) - **د/ عدلي أمير خالد**، عقد النقل البحري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 52.

(2) - أنظر: **د/ مصطفى كمال طه**، أساسيات القانون البحري، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 205.

(3) - إذا حرر سند الشحن لأمر دون تعيين الشخص الذي صدر لأجله عد سند لأمر الشاحن، وفقا لنص المادة " 758 " من القانون البحري كما أوجب المشرع في نص المادة " 759 " ق .ب.ح على احتواء السند على عبارة لأمر حتى ينتقل و هذا خلافا للسفتجة في القانون التجاري، فهي قابلة للتداول بالتظهير حتى و لو لم يرد فيها عبارة لأمر. - كما يذكر: **د/ مصطفى طه**، في كتابه " الأصول " أنه يجب إدراج شرط الإذن صراحة في سند الشحن حتى يمكن تداوله.

طوال وجود سند الشحن مع الشاحن، و من ناحية أخرى يحوز الربان البضاعة بصفته تابعا لمجهز السفينة " الناقل "{1}، و الذي ارتبط مع الشاحن بعقد النقل، و عندما يتخلى الشاحن عن سند الشحن الذي سلم له نظير البضاعة يكون قد تنازل عن الركن المعنوي في الحيازة، بحيث يقوم الربان بتسليم هذه البضاعة لمن تقدم إليه بسند الشحن{2}.

هذا و قد اتفقت معظم الآراء على أن الربان في علاقته مع الشاحن يعتبر حائزا عرضيا يباشر السيطرة المادية{3}لحساب الشاحن و هو الحائز الحقيقي طالما سند الشحن بيده و الذي يعتبر كدليل باحتفاظه للجانب المعنوي للحيازة. و بالتالي فمن خلال ربان السفينة المشحونة عليها البضاعة يباشر الشاحن السيطرة المادية عليها باعتباره الحائز الحقيقي لها و هذا طالما كان سند الشحن بيده، فهذا السند يعطي الحق في استلام البضاعة و حتى التصرف فيها عن طريق نقل حيازة هذا السند، لأنه من الصعب التصرف في البضاعة ماديا لأنها على ظهر سفينة تجوب البحار، و بطبيعة الحال نقل حيازة سند الشحن من شخص لأخر تنقل الحيازة الحقيقية للبضاعة و إن كانت السيطرة المادية عليها مازالت للربان. و هذا ما يغرف بالانتقال الرمزي{4}.

و من أهم خصائص الحيازة حق التسليم و حق التصرف، و بالرغم من أن تسليم سند الشحن لا ينقل السيطرة المادية على البضائع لكونها في يد الربان، إلا أن من انتقل إليه سند الشحن يكون من حقه طلب استلام البضاعة و كذلك حق التصرف فيها، أي أن حيازة سند الشحن يمثل حيازة البضائع{5}، و ذلك عندما يتم نقل الحق في التسليم و الحق في التصرف دون أي تدخل من الربان بعد نقل المستند من يد إلى يد بالتظهير إذا كان لأمر و بالتسليم إذا كان للحامل، أما السند الاسمي فإنه لا يمثل حيازة البضائع

---

(1) - يحرر سند الشحن أصلا بين الشاحن و الناقل و ذلك بعد إتمام عملية الشحن كدليل على استلام الأخير للبضاعة المشحونة، و ذلك لكتابة أية ملاحظات عن البضاعة من حيث الكمية أو الوزن أو الحالة التي عليها البضاعة و التي لا يمكن معرفتها إلا بعد تمام شحنها على السفينة.

(2) - **د/ محمد ترك**، مرجع سابق، ص 613.

(3) - يقول **د/ أحمد حسني**، في مرجعه السابق الإشارة إليه، ص 40، أن " حيازة الربان هي مجرد سيطرة مادية على البضائع يباشرها لصالح حائز قانوني غير معلوم هو حامل سند الشحن، و الذي لا تظهر شخصيته ألا لحظة التسليم، فالربان و إن كان في استطاعته التصرف ماديا في البضائع إلا أنه يعلم أنه ملزم بتسليمها إلى شخص مجهول بالنسبة له هو حامل سند الشحن، و هذا الالتزام بالتسليم هو ما يجعل حيازة الربان حيازة عرضية ".

(4) - **د/ عبد الحميد الحوسنى**،مرجع سابق، ص 180.

(5) - أنظر المادة: " 2/759 " من القانون البحري الجزائري.

المشحونة على أساس أن التنازل في السند الاسمي يتم من خلال إتباع إجراءات الحوالة طبقا للمواد " 239 إلى 250 " ق.م.ج، و هذا يعني ضرورة إعلان الربان أو قبوله للحوالة و هذا أمر صعب التحقق أثناء تنفيذ السفينة لرحلتها.

3 - نظرية الحيازة الرمزية كأساس لحق المرسل إليه

يقول الأستاذ " رودبير " أن سند الشحن قد لحقه تطور كبير في نطاق التجارة البحرية، فقد تدرج تطوره من مجرد إيصال يثبت استلام البضاعة إلى أداة لإثبات عقد النقل و إثبات شروطه إلى أن أصبح أخيرا سندا يمثل البضاعة المشحونة، يتم تداولها بتداوله و يمثل تسليمه تسليمها، و سند الشحن له وجهان: وجه عيني و وجه شخصي، فالوجه الأول أو العيني يمثل البضاعة المشحونة، أما الوجه الشخصي فيعطي لمن يحوزه الحق في المطالبة باستلام البضاعة{1}.

لقد اعتنق عدد كبير من الفقهاء نظرية الحيازة الرمزية كأساس لحق المرسل إليه أو الغير حامل سند الشحن في مواجهة الناقل، بحيث أن سند الشحن يعطي لحامله الشرعي حق ذاتي و مستقل عن عقد المشارطة القائم أساسا بين الشاحن و الناقل، ففي سند الشحن يوجد أساس حقه و حدود التزاماته، كما أن سند الشحن يمثل البضاعة المشحونة على ظهر السفينة، و يعتبر حامله حائزا حيازة رمزية للبضاعة ذاتها{2}. فكان من الطبيعي أن يؤدي ذلك إلى ضرورة تخويل حامل سند الشحن حقا شخصيا قبل الناقل حتى يمكن لهذا السند أن يقوم بوظيفته الجديدة التي تهدف إلى عدم تجميد رؤوس الأموال المنقولة بحرا و التي تتمثل في البضاعة{3}.

كما على ربان السفينة المشحونة عليها البضاعة محل سند الشحن باعتباره حائزا حيازة مادية عرضية للبضاعة و هذا لحساب الغير، أن يسلمها لهذا الغير الحامل للسند أيا كان، لأنه يعتبر حائزا للبضاعة منذ شحنها، أو على الأقل منذ حيازته لسند الشحن{4}، فحامل سند الشحن يستمد حقه في المطالبة

---

(1) -**Rodiere,** « Droit Maritime», Paris 1986, n°348, p 403.

(2) - **د/ محمود سمير الشرقاوي**، القانون البحري منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 1992، ص

(3) - **د/ محمد ترك**، مرجع سابق، ص 616

(4) - أنظر في هذا: أ- **د/ سمير الشرقاوي**، مرجع سابق، ص 243، و ما بعدها.

ب – **د/ محمد ترك**، مرجع سابق، ص 616.

باستلام البضاعة عند الوصول، و في الرجوع على الناقل من كونه الحائز القانوني للبضاعة التي يحوزها الربان لحسابه{1}.

و يرتب معتنقي هذه النظرية النتائج التالية:

1 - يعطي سند الشحن للمرسل إليه حسن النية حقا خاصا لا يتقيد و لا ينهدم بالعلاقات بين الناقل و الشاحن أو الحاملين السابقين للسند، و عليه فإن الناقل لا يستطيع أن يحتج في مواجهة المرسل إليه بالدفوع التي يمكنه الاحتجاج بها قبل الشاحن.

2 - يلتزم المرسل إليه بالشروط الواردة في سند الشحن و يدفع أجرة النقل إن لم يكن قد دفعها الشاحن، كما يلتزم بالشروط التي أحال إليها سند الشحن في مستندات أخرى، فسند الشحن يشكل وحدة لا تتجزأ، و إذا امتنع المرسل إليه عن تسليم البضاعة فإن الناقل لا يفقد حقه الثابت بالسند و إنما يحق له أن يباشر على البضاعة حق الحبس، و حق الامتياز دون أن يفقد حقه في الرجوع على الشاحن باعتباره طرفا في عقد النقل{1}

هذا هو مضمون هذه النظرية في تأسيس مركز المرسل إليه من الناحية القانونية، بحيث أن محكمة النقض الفرنسية قد أصدرت في أكثر من حكم لها أن المرسل إليه إنما يتداعى ضد الناقل بموجب

---

(1) - أما بالنسبة لأساس الغير حامل سند الشحن كونه مدينا في مواجهة الربان بأجرة النقل و أي مصاريف أخرى قد تتحملها البضاعة، فهو أن هذا الغير بصفته الحائز القانوني للبضاعة عليه أن يدفع الأجرة قبل أن يطالب الربان بتسليم البضاعة إليه. معناه أن هذا الغير إذا أراد أن يهيمن على كلا من الحيازة المادية و الحيازة المعنوية فعليه أن يدفع للربان تكاليف تحرير البضاعة من حيازتها المادية لدى الربان.

- لمزيد من التفصيل أنظر :
- **د/ أحمد حسني**، البيوع البحرية ، مرجع سابق، ص 62 و ما بعدها.
- **د/ مصطفى كمال طه**، الوجيز في القانون البحري، طبعة 1971، ص 235.
- **د/ مصطفى كمال طه**، بالاشتراك مع **د/ مراد فهيم**، أساسيات القانون التجاري و البحري، 1983، ص 261، و ما بعدها.- ذكرهم : **د/ محمد ترك**، مرجع سابق، ص 616.

(2) - **د/ عباس مصطفى المصري**، مرجع سابق، ص 117.

- أنظر كذلك في الفقه الفرنسي :

- **Ligonie:**« Le Connaissement et la lettre de voiture maritime», Paris 1963, P 35.
- **ESCCARR,** «Cours de Droit Maritime», Paris, 1974, P23.

حق ذاتي يستمده من كونه الحائز لسند الشحن{1}.

نقـــــد النظـــــرية : رغم وجاهة هذه النظرية و محاولة معتنقيها تجاوز الانتقادات التي وجهت للنظريات الأخرى، إلا أنها لم تسلم من بعض العيوب أهمها:

1 - إن الاعتداد بسند الشحن، يمثل البضاعة المنقولة بحرا، و يسمح بإجراء العمليات الاقتصادية المختلفة على البضائع التي يمثلها، و يساعد على تداولها و الاستفادة من رأس المال الذي تحتويه حيث يمكن بواسطة هذا السند رهن البضائع رهنا حيازيا أو بيعها عن طريق تسليم المستند إلى الدائن المرتهن أو إلى المشتري، مكان التسليم المادي للبضائع، إلا أن السؤال مازال قائما عن ما هو الأساس القانوني لمركز المرسل إليه و حقه في المطالبة بتنفيذ عقد لم يكن طرفا فيه، بالإضافة إلى التزامه بالشروط الواردة في سند الشحن{2}.

لقد فات على أصحاب هذه النظرية حالة النقل البحري التي يمكن أن تتم بدون سند الشحن، فكيف يمكن الاستناد إليها في هذه الحالة، و هذه الملاحظة كافية لتوجيه النقد إليها، بأنها لا تشكل معيارا جامعا مانعا للمسألة التي نحن بصددها.

و هذا ما أدى بالأستاذ " روديير " إلى القول من خلال تعليقه على هذه النظرية أنه يمكن الاستناد إليها في حالة ما إذا كان المرسل إليه حاملا لسند الشحن، و لكنها تكون قاصرة بلا شك إذ لم يكن

---

(1) لقد صدر القرار المؤرخ في 1996/12/17 ملف رقم 145015 عن المحكمة العليا، الغرفة التجارية و البحرية، قرار غير منشور. و الذي أكد على تقديم التبرير على صفة المرسل إليه بتقديم وثيقة الشحن للمطالبة بالتعويض عن الخسائر اللاحقة بالبضائع المنقولة و الذي يعتبر وثيقة الشحن سندا لحيازة البضائع و استلامها من الناقل.

(2) لقد ذكر البعض أن الأساس القانوني الصحيح لحق المرسل إليه هو العرف التجاري المبني على تحقيق المصلحة التجارية، على أساس أن العلاقة بين الناقل و المرسل إليه قد أنشأتها العادات و العرف التجاري في وقت سابق على تقسيمات القانون المدني. فالمصلحة التجارية وحدها هنا التي كونت العرف.

- لمزيد من التفصيل أنظر: - **د/ علي البارودي**، العقود و عمليات البنوك التجارية، الطبعة2، الإسكندرية1968، ص 169، بند 131.
- أنظر كذلك : - **د/ أحمد حسني**، مرجع سابق، ص 20، حيث يذكر أن " العرف التجاري هو المصدر الأساسي للعلاقة المباشرة بين المرسل إليه و الناقل، إلا أن المسألة محل الخلاف لا تتعلق بأساس نشأة الحق الخاص المباشر للمرسل إليه، إذ أنه أمر لا خلاف بشأنه، و إنما يقوم الخلاف بشأن محاولة رد هذا الوضع الذي كشف عنه العرف التجاري إلى أحد الأنظمة القانونية المعروفة.

هناك سند شحن{1}.

بحيث أن الحياة العملية أظهرت الحاجة إلى مستندات{2} تحل أحيانا محل سند الشحن، و هذه المستندات هي:

1- سند برسم الشحن Received for shipment bill of lading
2- سند الشحن المباشر Through bill of lading
3- أوامر التسليم Delivery orders

من المعلوم أن السند لا يصدر إلا بعد شحن البضائع على السفينة، إلا أن الضرورة العملية قد فرضت أن يتسلم المجهز البضائع إما على الرصيف أو في مخازنه، و من ثم نشأ ما يعرف بالسند برسم الشحن، و هو عبارة عن إيصال بتسلم البضاعة على الرصيف أو في المخازن من أجل شحنها، و لكن عند الرجوع إلى الشروط الواجب توافرها في المستند الممثل للبضائع المنقولة بحرا و هي:

أولا: يجب أن يعين البضائع بدقة من حيث النوع و الوزن و العدد و الكمية حسب الأحوال، و ثانيا: أن يكون هذا المستند قابلا للاحتجاج به قبل الربان، أما الشرط الثالث فهو أن تكون حيازة هذا المستند كافية لإعطاء حامله حقوق الحائز القانوني قبل الربان. إلا أنه بالنسبة للسند برسم الشحن فإن الأمر يختلف بحيث قد يكون هذا السند إما اسميا أو لأمر أو لحامله و من ثم فهو يعطي لحامله الحق

---

(1) - RODIERE, «Traité Général de Droit Maritime», tome 3, Paris, 1986, P 27.

(2) - السند لرسم الشحن هو دليل على استلام الناقل للبضاعة و لكنه لا يفيد شحن البضاعة على ظهر السفينة و من ثم يختلف سند الشحن عن السند برسم الشحن، من حيث أن الأول يثبت أن البضاعة شحنت فعلا على ظهر السفينة في حين الثاني يثبت فقط تسلم الناقل للبضاعة و لكن لا يعني أنها شحنت على ظهر السفينة، و جرى العمل على أنه إذا تم شحن بضاعة بعد ذلك فإن الشاحن يطلب من الناقل أو و كيله أن يؤشر على السند بكلمة مشحون، و من ثم يتحول السند لرسم الشحن إلى سند شحن.

- أما أوامر التسليم فهي وثائق بموجبها يتسلم المشتري جزء من البضاعة و لها نفس الدور الذي يلعبه سند الشحن بالنسبة للجزء الذي تمثله، فالشخص الذي يكون بيده يمكنه المطالبة بالبضاعة عند الوصول كما يمكنه الاحتجاج ضد الناقل بما ورد ي سند الشحن نفسه.
- و سند الشحن المباشر يعتبر وثيقة تغطي إما نقلا بحريا عن طريق ناقلين متتابعين أو نقل مختلط أي جزء بحري و آخر بري أو جوي. - **طنفور زيدان،** سند الشحن في القانون البحري الجزائري، مذكرة نهاية التكوين، فرع قانون الأعمال، المدرسة العليا المصرفية، بوزريعة، 2007، ص 29، 30.

في طلب تسلم البضائع في ميناء الوصول، و كذا التصرف فيها أثناء الرحلة. إلا أن عدم إثبات هذا السند لشحن البضائع على سفينة معينة يؤدي إلى عدم تعيين لبضاعة تعيينا كافيا لتمييزها عن غيرها، و من ثم لا يمكن القول أن السند برسم الشحن يمكن أن يقوم بدور أداة لحيازة البضاعة شأنه شأن السند الشحن العادي، كما لا يمكن القول بصفة مطلقة أنه لا يمثل البضاعة التي يتعلق بها، و إنما الأمر مقصور على معرفة ما إذا كان السند برسم الشحن يعين البضائع تعيينا كافيا أم لا{1}.

رغم الأهمية الكبيرة لقابلية سند الشحن للتداول، بحيث أن هذه القابلية هي التي أضافت لسند الشحن وظيفته كسند ممثل للبضائع و يقوم مقامها، إلا أن ما يمكن ملاحظته أن هناك أمور عديدة أدت إلى ظهور عقود نقل بديلة لسند الشحن ، تختلف في بعض وظائفها القانونية عن ما هو معروف بالنسبة لسندات الشحن العادية، و من أهم هذه الأمور نجد حاجات النقل المتعدد الوسائط، و التوسع في شحن البضائع داخل الحاويات، إضافة إلى التقدم التكنولوجي الحديث في وسائط النقل و الاتصالات و محاولة تبسيط الإجراءات المستندية.

و مع إدخال الكومبيوتر و الأجهزة الالكترونية على جميع عمليات النقل البحري، ومنها التأكد من وصول المستندات قبل البضائع، نجد أن بعض الخطوط الملاحية قد استعملت سند شحن بسيط غير قابل للتداول Non-negotiable ، و بالتالي لن يكون من الضروري أن يتقدم المرسل إليه بهذا المستند لاستلام البضاعة في ميناء الوصول و هو ما يقضي تماما على مشكلة تأخير المستندات، وهذا السند يطلق عليه اصطلاح waybill أي " تذكرة نقل بحري ". فهذا السند غير قابل للتداول و له وظيفتين فقط الأولى تتمثل في: إيصال لاستلام البضائع، أما الوظيفة الثانية فهي: إثبات عقد النقل، و بالتالي فهو لا يتمتع بالوظيفة الثالثة لسند الشحن العادي و هي تمثيل البضائع المنقولة{1}.

من المنطقي أن نقول أن الربان يحوز البضاعة المشحونة على ظهر السفينة حيازة مادية عرضية لحساب مرسل إليه معلوم، أو حامل سند معلوم كما في حالة سند الشحن الاسمي أو لحساب

---

(1) - **د/ علي البارودي**،مبادئ القانون البحري، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون سنة النشر، ص 123.

- لقد اعترفت معاهدة بروكسل لسندات الشحن بالسند برسم الشحن في المادة " 3/3 " و ذلك بنصها على أن " على الناقل أو الربان أو وكيل النقل بعد استلام البضائع و أخذها في عهدته، أن يسلم إلى الشاحن بناء على طلبه سند الشحن "، و كذلك أخذت اتفاقية هامبورج بأحكام معاهدة بروكسل في هذا الشأن.

(2) – **د/ محمد ترك**، مرجع سابق، ص 618. 619.

الشاحن نفسه، لكنه من غير المنطقي القول بأنه في حالة سند الشحن الإذني أو للحامل فإن الربان يحوز البضاعة ماديا لحساب المرسل إليه بالرغم من عدم تحديد{1}.

و معرفة هذا الأخير للربان إلا في ميناء الوصول عندما يتقدم لاستلام بضاعته و كما قلنا سابقا فإنه من الصعب الارتكاز على نظرية الحيازة الرمزية للبضاعة في حالات النقل البحري التي يمكن أن تتم بدون سند شحن عادي.

المطلب الثاني

المركز القانوني للمرسل إليه و نظرية المجموعة العقدية

لقد رأينا سابقا أن النقطة الأساسية للبحث عن أساس قانوني للعلاقات المباشرة التي تقوم في عقد النقل البحري، بين المرسل إليه و الأطراف الأخرى هي ناتجة عن عملية تحميل الغير بالتزامات لصالح طرف أو آخر في علاقة عقدية تم إبرامها و لم يشارك فيها أو العكس.

كما أن مبدأ سريان العقود و نفاذها يمكن أن يشكل أساسا قانونيا لمركز المرسل إليه في عقد النقل البحري، ليس فقط في العلاقة بين المرسل إليه و الناقل البحري أو الشاحن، و لكن كافة العلاقات التي يمكن أن تقوم داخل المجموعة العقدية لعملية النقل البحري و من بينها مثلا: شرط التحكيم البحري.

و تقدما على ما سبق، رأيت أن أقسم هذا المبحث إلى مطلبين، بحيث خصصت المطلب الأول: لفكرة المجموعات العقدية و شرط التحكيم، أما المطلب الثاني: فتناولت فيه مبدأ السريان أو النفاذ كأساس قانوني لمركز المرسل إليه.

---

(1) - **د/ محمد ترك**، مرجع سابق، ص 619.

- إلا أن **د/ أحمد حسنى**،البيوع البحرية، ص 63. يرى" أن العلاقة المباشرة التي تنشأ بين الغير حامل سند الشحن و الناقل الذي لا تربطه به أية علاقة قانونية لا توجد لمجرد حيازة حامل سند الشحن له، و إنما لأن البضاعة التي يمثلها سند الشحن توجد في الحيازة المادية العارضة للربان و أنه يحوزها لحساب هذا الحامل أيا كان. فالعلاقة المباشرة بينهما تنشأ من أن لكل منهما حقا على البضاعة، حامل سند الشحن بصفته حائزا قانونيا، و الربان بصفته حائزا عرضيا، و على الحائز العرضي التزام بتسليم البضاعة إلى الحائز القانوني في ميناء الوصول، و بالتالي على الحائز القانوني أن يرد للحائز العرضي ماتحملته البضاعة من مصاريف و أجرة نقل منذ قيامها من ميناء الشحن حتى تسليمها في ميناء الوصول" ذكر هذا **د/ محمد ترك**، مرجع سابق، هامش 2، ص619، 620.

الفرع الأول

فكرة المجموعات العقدية و شرط التحكيم

قد تكون هناك مجموعة عقود تجتمع حول محل واحد، تتعاقب عليه و يكون محلا لكل منهما أو حول غرض واحد، و تأخذ أحد الشكلين:

فالشكل الأول يعرف ب: السلسلة العقدية les chaines de contrats حيث تتتابع العقود على ذات المحل رغم اختلاف أطرافها، مكونة بذلك سلسلة عقدية متصلة، و مثال ذلك بيع شيء معين و تداوله في الأسواق بين أكثر من مشتري، أي أن هناك عقود بيع متوالية على شيء واحد مكونة سلسلة عقدية متصلة.

أما الشكل الثاني: يعرف بالتجمع العقدي les groupe de contrats حيث تتضافر العقود المتعددة لتحقيق هدف واحد مشترك رغم اختلاف أطرافها مكونة بذلك ائتلافا عقديا متناسقا، فكل عقد يعتبر جزءا من هذا المجموع، كما هو الحال في عمليات تشييد العقارات و التخطيط العمراني{1}، أو مثلا عقود نقل متعددة تستهدف إتمام عملية نقل متعددة المراحل بحيث يتم إحداها بحرا أو جوا و الأخرى بالسكك الحديدية و الرابعة بالسيارة{2}.

إن المتأمل لظاهرة مجاميع العقود يلاحظ أنه بداخل هذه المجموعات العقدية يوجد علاقات مباشرة بين أعضائها حتى و لو كانت هناك مسافة كبيرة بينهم، و مثال ذلك العلاقة بين المشتري الأخير ضد صانع المنتوجات، أو المقاول الأصلي ضد المقاول من الباطن{3}.

---

(1) - إذا ما لاحظنا موضوع البحث نجد أن إحدى صور المجموعات العقدية التي ينظمها وحدة السبب قد تجسدت أمامنا، فهناك عقد بيع بضاعة طرفاه الشاحن و المرسل إليه، وعقد نقل هذه البضاعة و عقد الشحن و التفريغ، و عقد التأمين على البضائع، و عقود نقل متتابعة. بمعنى أننا نجد أن هناك عقدا أصليا يتمثل في بيع بضاعة ثم عقود تابعة تتجمع و تدور حول العقد الأصلي و بالطبع تهدف إلى التأكيد من ضمان وصول البضاعة المباعة إلى المرسل إليه. و من ثم فإن هذه الصورة من صور المجموعات العقدية تدخل تحت صيغة التجمع العقدي لعدة عقود ينتظمها هدف واحد و تتم من أجل تحقيق عملية واحدة، و هي ضمان وصول البضاعة المباعة إلى المرسل إليه في حالة جيدة و سليمة.

(2) - **د/ مصطفى الجمال ود/ عكاشة عبد العال**، مرجع سابق، ص 494.

(3) - يقول الفقيه TEYSSIE أن " مفهوم المجموعة العقدية ينبغي أن يبرر قيام علاقات مباشرة ذات طبيعة عقدية بين الأعضاء المشاركين في نفس المجموعة- ذكره **د/ محمد ترك**، مرجع سابق، هامش1، ص 630.

هذا و قد اتجه الفقه الفرنسي الحديث إلى أن ظاهرة مجموعات العقود يوجد بينها نوع من التبعية المتبادلة أحيانا و المنفردة أحيانا أخرى بين عقود المجموعة العقدية الواحدة مما يجعل صعوبة الفصل بين وحداتها من الناحية الاقتصادية و القانونية على حد السواء. و هذا ما يجعل من أطراف كل عقد من العقود المكونة للمجموعة أطرافا في الكل الذي تمثله المجموعة ومن دون أن يكونوا أطرافا في بقية العقود الداخلة في المجموعة و هذا خلافا لما يفرضه مبدأ نسبية أثر العقود بمفهومه التقليدي المستقر{1}.

و كما ذكرنا سابقا أن محكمة النقض المصرية قد قررت في بعض أحكامها أن " المرسل إليه يعتبر طرفا ذا شأن في عقد النقل البحري " فهي أقرت للمرسل إليه دعوى مباشرة قبل الناقل و العكس كذلك، و هي بذلك تطبق النظام العقدي مع أنه يعتبر من الناحية الفنية غيرا و ليس طرفا بالنسبة لعقد النقل البحري، إن الدعاوى المباشرة التي يتم إقرارها قضائيا لا يوجد لها سند قانوني واضح بسبب عدم وجود سياسة تشريعية محددة وواضحة بالنسبة لهذا المجال{2}.

إلا أنه نتيجة للقصور التشريعي في هذا المجال، فقد أوضح القضاء في بعض أحكامه أن الأطراف في المجموعة العقدية ليسوا " غيرا " في علاقاتهم المتبادلة فيمكن لأي منهم أن يتداعى ضد الآخر استنادا إلى قواعد المسؤولية العقدية، لذا فإن الدعاوى المباشرة التي تم إقرارها من خلال القضاء تمت معظمها في مجال المجموعات العقدية التي تنظمها وحدة المحل أو وحدة السبب كالمقاولة من الباطن و الإيجار من الباطن و عقد النقل البحري{3}.

إن الدعوى المباشرة الهدف منها أن الدائن يستطيع أن يقتضي حقه عن طريق الرجوع المباشر ضد مدين مدينه تأكيدا لهذا الحق و حماية له من مزاحمة باقي دائني المدين الأصلي، دون أن تتيح من الناحية المقابلة إمكانية رجوع المدين على هذا الدائن إن كان لهذا محل. غير أن النصوص الخاصة بهذه الدعاوى تحدد صراحة حدود هذا الرجوع سواء لاقتضاء دين الأجرة أو أجرة العمل، و دون أن تتجاوز إلى باقي الالتزامات الأخرى الناشئة عن العلاقة العقدية الأصلية بين المدين الأصلي و مدين المدين{4}.

---

(1) – **د/ مصطفى الجمال** و **د/ عكاشة عبد العال**، مرجع سابق، ص 495.

(2) – **د/ محمد ترك**، مرجع سابق، ص 630.

(3) - لقد تم هذا عن اقتناع من القضاء بأن ذلك إنما يرجع إلى أنه ثمة علاقة عقدية تربط بين الأطراف في مثل هذه المجموعات. -**د/ محمد ترك**، مرجع سابق، ص 630.

(4) - **د/ عبد الرازق السنهوري**، مرجع سابق، ص 987.

و لا يخفى أنه بوجود الإقرار التشريعي و القضائي أن هناك علاقات مباشرة بين بعض طوائف الغير و بين الطرف الأخر الذي تكون لديه علاقة عقدية مع مدين هؤلاء الغير و هو أمر موجود في معظم النظم الحديثة غير أنه لا يوجد اتجاه فقهي واضح، كونها أرادت إرجاع الأساس القانوني لمثل هذه العلاقات إلى أحد نظامي المسؤولية المدنية حيث وردت نصوص متفرقة في معظم التشريعات الحديثة تعالج علاقات الغير المتعاقدين{1}.

غير أن هذه الاتجاهات لا يمكن لها أن تغطي كافة هذه العلاقات التي أصبحت بسبب التطورات الاقتصادية و الاجتماعية أكثر ازديادا مما حدا بها إلى ضرورة الاجتهاد لمحاولة إرجاع مثل هذه العلاقات و من بينها علاقات المرسل إليه – الناقل – إلى مبدأ عام قد يشكل أساسا منطقيا لهذه الظاهرة القانونية و دون انتظار تدخل تشريعي في كل حالة تنطوي على رجوع مباشر بين الغير المتعاقدين{2}.

---

(1) - **د/ سليمان مرقص،** أحكام الالتزام، القاهرة 1957، ص 216، **د/ عبد المنعم البدراوي،** النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، القاهرة 1985، ص 132،– ذكرهم **د/ محمد ترك،** مرجع سابق، ص 630.

(2) - لقد توسع القضاء الفرنسي في تفسير النصوص الخاصة بالدعاوى المباشرة حيث نصت المادة " 1798 " مدني فرنسي التي تعالج الرجوع المباشر لعمال المقاول الأصلي ضد رب العمل لاقتضاء حقوقهم مما عساه قد يكون في ذمة هذا الأخير للمقاول الأصلي. إن هذه المادة لم تشر إلى المقاول من الباطن و لا إلى عماله كون الفقه و القضاء الفرنسي ينكر على هؤلاء الإفادة من هذا النص طبقا لصريح عباراته، إلا أن هناك أحكاما في القضاء الفرنسي اعتبرت أن المقاول من الباطن في حكم العامل عندما يثبت أنه كان يعمل بنفسه و أن عنصر العمل بنفسه و أن عنصر المال هو العنصر الغالب على عنصر المضاربة. -**د/ مصطفى الجارحي،** عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة في القانون المصري و الفرنسي، القاهرة، 1988، ص 103، ذكره **د/ محمد ترك،** مرجع سابق، ص 631.

كما أن نص المادة "1753 " مدني فرنسي التي تعالج التداعي المباشر بين المؤجر و المستأجر من الباطن، حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية مدعمة برأي من الفقه إلى أن الدعوى المباشرة المخولة للمؤجر طبقا لهذه المادة لا تنصب فقط على الأجرة المستحقة في ذمة المستأجر من الباطن كما أنها تنسحب على باقي التزامات المستأجر خلاف الالتزام بدفع الأجرة و هكذا ألزمت المحكمة المستأجر من الباطن بتعويض المؤجر عن الحريق الذي حدث في العين المؤجرة كون ذلك أحد تطبيقات المادة " 1753 " مدني فرنسي – نقض مدني فرنسي في 1927/1/25 سيري 1927-179، حكم لمحكمة بوردو في 1919/1/23 دالوز 1920-2-33.

- **د/ محمد ترك،** مرجع سابق، ص 632.

(1) - **د/ مصطفى الجمال و د/ عكاشة عبد العال،** مرجع سابق، ص 498.

- يقول الفقيه **Teyssie**بأن " العقود التي تبرم متتابعة كسلسلة واحدة أو متزامنة في أن واحد بهدف تحقيق هدف واحد هو تنفيذ عملية عقدية واحدة ترتبط فيما بينها برباط واحد تجعلها متحدة في مصيرها ".

لقد اتجه الفقه الفرنسي الحديث إلى دراسة هذه الظاهرة في صورتيها تحت مسمى واحد هو مجموعة العقود أو مجاميع العقود Group de contrats. حيث كشفت هذه الدراسة على وجود نوع من التبعية بين عقود المجموعة العقدية الواحدة، و هذا ما جعل من أطراف كل عقد من العقود المكونة للمجموعة أطرافا في كل المجموعة العقدية، و ذلك خلافا لما يفرضه مفهوم مبدأ نسبية أثر العقود{1}.

و يثور الجدل في الفقه و القضاء حول مدى الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في أحد العقود على أطراف عقد أخر، بالرغم من عدم وجود إحالة بذلك الشرط الوارد في العقد الأول مع العلم أن هناك رابطة تبعية بين العقدين أو يجمعهما هدف اقتصادي مشترك.

- و يقول الفقيه **Nerét** " إن السلسلة العقدية شأنها في ذلك شأن المجموعة العقدية تدور حول مصلحة اقتصادية واحدة، مما من شأنه أن يجعل من كل طرف بأي من هذه العقود طرفا في عقد الآخر، و على ذلك فإن من يدخل في تجمع عقدي يعد قد ارتضى ضمنا كل النتائج المترتبة على كل من أبرم من عقود، فيعتبر من ثم كما لو كان طرفا فيها في حدود ما يلتزم به في مواجهة الآخرين ". – أشار إلى هذا **د/ محمد نور شحاته**، مرجع سابق، ص 74.
- و في هذا المجال عادة ما تنشأ الأنزعة عندما يرغب أحد أطراف عقد أصلي في الرجوع على طرف عقد أصلي أخر رجوعا مباشرا، دون أن يكون هناك نص يخول له هذا الرجوع المباشر، و محل التساؤل هنا هو ما إذا كان من يبتغي الرجوع يلتزم في رجوعه بشرط التحكيم المدرج في العقد الذي لم يكن طرفا فيه استنادا إلى أن العقد يكون مع العقد الآخر الذي هو طرف فيه مجموعا عقديا و قد قضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 1983/10/21 " 1983/10/21، مجلة التحكيم، ص 98، تعليق **Chapelle**" بأنه من العادات السائدة في مجال التجارة الدولية، نجد أن شرط التحكيم الموقع عليه من شركة ما في مجموعة شركات يمكن أن يمتد إلى شركة أخرى في نفس المجموعة لم تكن قد وقعته ما دامت هذه الشركة كان لها دور في إبرام العقد محل النزاع أو في تنفيذه، و مادامت مجموعة العقود تدور حول خدمة هدف أصلي وحيد ".
- و هناك أيضا ثلاثة أحكام بتاريخ 1988/10/28، 1988/10/30، 1989/02/14، " مجلة التحكيم 1989، ص 691، استئناف باريس 1989/11/28، مجلة التحكيم1990، ص 675، ملاحظات **بيير مايير**، نقض مدني 1991/06/25، مجلة التحكيم 1991، ص 453، ملاحظات **بيير مايير**. حيث قضت هذه الأحكام بأن " شرط التحكيم المدرج في عقد دولي يمتد تطبيقه إلى الأطراف المعنية بتنفيذ العقد و في المنازعات التي تنشأ عنه متى تبين أن مركزهم التعاقدي و نشاطهم يفترض قبولهم لشرط التحكيم الذي بوجوده و بمداه على الرغم من عدم توقيعهم العقد- **د/ محمد ترك**، مرجع سابق، ص 634.

(1) – **د/ مصطفى الجمال و د/ عكاشة عبد العال**، مرجع سابق، ص 498.

أو بمعنى آخر هل لا بد لمن أراد تحريك دعوى المسؤولية أن يلتزم بشرط التحكيم المدرج في العقد الذي لم يكن طرفا فيه و ذلك قبل اللجوء إلى القضاء بناءا على فكرة المجموعات العقدية؟ أي امتداد شرط التحكيم{1} في نطاق مجموعة العقود أو التجمع العقدي

أولا : امتداد شرط التحكيم في نطاق التجمع العقدي

لقد تعددت الآراء في هذا المجال و اختلفت بحيث يذهب الرأي الأول إلى الاعتداد بالإرادة الحقيقة لقبول التحكيم أي الأخذ بمنهج التفسير الضيق لاتفاق التحكيم الذي يتطلب ضرورة علم و قبول جميع أطراف العملية التحكيمية{2}.

أما الرأي الثاني فقد أخذ بفكرة الإرادة الظاهرة فشرط التحكيم الموجود في أحد العقود يمتد إلى عقد ثاني لا يتضمن شرط التحكيم و هذا بناءا على ما تولد لدى أطراف العقد الثاني من اعتقاد بأن أي عقد وما تضمنه في المجموعة العقدية ملزم لكل أعضاء الجماعة.

فمسألة امتداد شرط التحكيم إلى الغير تثور، بصفة أساسية في نطاق كل من مجموعة الشركات و مجاميع العقود.

1- شرط التحكيم ومجموعة الشركات:

عملا بمبدأ نسبية آثار اتفاق على التحكيم، لا تلتزم أي شركة من الشركات المكونة لمجموعة الشركات بشرط التحكيم المدرج بالعقد المبرم من جانب إحدى هذه الشركات. فكل شركة من الشركات المكونة للمجموعة Groupes des sociétés تتمتع بشخصية قانونية مستقلة تجعلها من الغير بالنسبة للعقد الذي تبرمه شركة أخرى تنتمي لهذه المجموعة لذاتها{3}.

---

(1) - لا يجب الخلط بين امتداد الشرط و انتقال الشرط إلى الغير، فالامتداد يعني انضمام شخص إلى من يقع على عاتقه الالتزام أصلا، أما الانتقال فإنه يعني استبدال شخص بمن هو ملتزم بصفة أصلية.

(2) - **د/ محمد نور شحاته**، مرجع سابق، ص 76.

(3) - أما إذا كانت الشركة مجرد فرع للشركة التي قبلت الاتفاق على التحكيم، فإنها لا تعد من الغير بالنسبة لهذه الاتفاق لعدم تمتعها بشخصية قانونية مستقلة عن الطرف الذي أبرم العقد. و على ذلك لا تثور فكرة الأثر النسبي لشرط التحكيم و إمكانية الاستثناء منه بامتداد الشرط إلى شخص من الغير في مثل هذه الحالة، فما يسري على الأصل يسري على الفرع.

إلا أنه هناك اتجاه فقهي ملموس على صعيد الأحكام القضائية و أحكام التحكيم يميل إلى مد شرط التحكيم الذي تم قبوله صراحة من بعض الشركات المكونة لمجموعة الشركات إلى الشركات الأخرى التي تنتمي للمجموعة نفسها، ملتمسة في ذلك وسائل قانونية عدة لإضفاء الشرعية لهذا الامتداد{1}.

في قضية تتلخص وقائعها في إبرام شركتين أعضاء في مجموعة شركات Dow Chamica عقدين متعاقدين مع عدد من الشركات الفرنسية بشأن توزيع مواد عازلة للحرارة، تضمن كل منها شرطا للتحكيم و فقا لقواعد غرفة التجارة الدولية، على إثر المنازعات التي نشأت بشأن تنفيذ أحد العقدين، تمسكت الشركتان التابعتان لمجموعة Dow و الموقعتان على العقد و أيضا الشركة الأم و شركة فرع أخرى بشرط التحكيم الوارد بالعقد. دفعت الشركة المدعي عليها Isover Saint-Gobain بعدم اختصاص هيئة التحكيم بالنظر في الطلبات المقدمة من الشركتين الأخيرتين، الشركة الأم و الشركة الفرع الأخرى باعتبار أنهما ليستا أطرافا في العقد المتضمن لشرط التحكيم، رفضت هيئة التحكيم في حكمها الصادر في 1982/09/23 هذا الدفع بعدم اختصاصها مقررة أن شرط التحكيم الذي تم قبوله صراحة من قبل بعض الشركات التي تنتمي إلى مجموعة الشركات ينبغي أن يلزم الشركات الأخرى التي ظهرت من خلال الدور الذي لعبته في إبرام و تنفيذ أو فسخ العقود المتضمنة لشروط التحكيم على نحو ما كشفت عنه الإرادة المشتركة لجميع الأطراف في الإجراءات، كما لو كانت طرفا فعليا في هذه العقود و بالمنازعات التي يمكن أن تتمخض عنها{1}.

إلا أن هيئة التحكيم قررت رد الدفع بعدم الاختصاص استنادا إلى قاعدة قانونية في التجارة الدولية و حللت ظروف مفاوضات العقد و إبرامه لتخلص أن مجموع الشركات لها واقع اقتصادي موحد برغم الشخصية المعنوية المستقلة لكل منها.

---

(1) - - أنظر في هذا المجال:

- **د/ عبد الحميد الأحدب،** موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، الجزء الثاني، دار المعارف، 1998، ص 141 و ما بعدها.
- **د/ محمد نور شحاته،** مرجع سابق، ص 76 و ما بعدها.
- **د/ حفيظة السيد الحداد،** الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 138 و ما بعدها.
- **د/ مصطفى الجمال + د/ عكاشة عبد العال،** مرجع سابق، ص 497 و ما بعدها.
- أما في الفقه الفرنسي أنظر :

- **- FOUCHARD (PH), GAILLARD (E), GOLDMAN (B)**, op-cit, p 299 et s.

(2) **- د/فايز عبد الله الكندري،** مرجع سابق، ص 87.

و قد طلب إبطال الحكم التحكيمي فردته محكمة استئناف باريس بقولها: إن المحكمين وجدوا بتعليل يخلو من التناقض أن الإرادة المشتركة للشركات المعنية هي في أن تكون طرفا في العقود المبرمة حتى و لو لم توقعها ماديا، و بالتالي يسري شرط التحكيم في مواجهتها{1}.

و توالت الأحكام في هذا المجال و إن كانت البعض منها قد استندت إلى مد شرط التحكيم في نطاق مجموعة الشركات إلى فكرة الحلول{2} أو الاشتراط لمصلحة الغير، أو الوكالة الظاهرة. إلا أن أغلب الأحكام قد استندت في هذا الصدد إلى ارتضاء الغير الضمني بشرط التحكيم من خلال تدخله في العقد المدرج به هذا الشرط في أي مرحلة من مراحله، المفاوضات أو التنفيذ أو الفسخ، بصورة تجعله يظهر بمثابة طرف فيه و فقا للإرادة المشتركة لجميع الأطراف في هذا العقد، فالمسألة متعلقة بتفسير إرادة كل من الشركة الموقعة على العقد المتضمن لشرط التحكيم و الشركة الأخرى التي تنتمي إلى المجموعة ذاتها.

فالاجتهاد التحكيمي الدولي و الاجتهاد القضائي الفرنسي كرسا فكرة " مجموعة الشركات" المترابطة كعرف من أعراف التجارة الدولية، و أجازا من خلال ثبوت ترابط المصالح و ظهور إرادة حقيقة من شركات تنتمي إلى مجموعة واحدة و إن لم توقع العقد المتضمن للشرط لكنها لعبت دورا ملموسا في مفاوضات إبرامه و تنفيذه و فسخه مد أثر الشرط التحكيمي في مواجهتها، متجاوزين بذلك حاجز تمتع كل شركة في المجموعة بشخصية معنوية مستقلة{3}.

---

(1) - **د/ محمد ترك**، مرجع سابق، ص 637.- **د/ فايز عبد الله الكندري**، مرجع سابق، ص 88.

(2) - **د/ محمد نور شحاته**، مرجع سابق، هامش 2، ص 278.

(3) - **د/ عبد الحميد الأحدب**، موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص 143.

- لقد انتقد بعض الفقه اتجاه الأحكام القضائية و أحكام التحكيم إلى مد أثر الشرط الموقع من شركة إلى شركات المجموعة استنادا إلى تفسير إرادة الأطراف، ففعالية اتفاق التحكيم تقتضي عندهم التيقن من وجود هذا الاتفاق دون افتراض وجوده و إلزام الأطراف التي لم توقع عليه و لو لم تقبله صراحة، كما ذهبوا أيضا للقول بأن مجرد الاستناد على تفسير إرادة الأطراف الضمنية لتقرير الالتزام بالشرط من شأنه أن يخلق نزعة وصفت بالاستحواذ التحكيمي، وذلك نظرا لما يتمتع به المحكمون بصدد هذا التفسير بسلطة تقديرية واسعة. و حسب رأي هذا الجانب من الفقه أنه من الأفضل لو استخدموا قاعدة قانونية قاطعة و صريحة بدلا من الارتكاز على التفسير الضمني لإرادة الأطراف في مد أثر شرط التحكيم إلى الشركات المكونة للمجموعة، مثل قاعدة تدخل الشركة الأم في عمل الشركة الفرع. – أنظر في هذا:
- **د/ حفيظة السيد الحداد**، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 145.

إن الاستناد على الموافقة الضمنية لشركة تنتمي لمجموعة شركات على شرط التحكيم الوارد بالعقد الموقع من قبل شركة أخرى في المجموعة نفسها، و بالنظر للظروف المحيطة و بالدور الذي ساهمت به هذه الشركة في المفاوضات السابقة على إبرام العقد أو تنفيذه و فسخه، يصلح أن يكون سندا قانونيا لتقرير التزام الشركة بالشرط على الرغم من عدم توقيعها عليه{1}، و لكن لا ينبغي القول بوجود

2 – شرط التحكيم و مجاميع العقود:

لقد ثار الجدل في الفقه حول مدى امتداد شرط التحكيم في نطاق مجاميع العقود، و تباينت في هذا الشأن أحكام المحاكم الفرنسية. و في هذا الصدد قضت محكمة استئناف باريس بمد شرط التحكيم المدرج بالاتفاق المبرم بين الحكومة الفرنسية و الحكومة التونسية إلى شركة ملاحة تونسية لم توقع على الاتفاق إلا أنها كانت مكلفة بتنفيذه بصفتها ناقلا للبضائع محل الاتفاق{2} حيث أكدت على أن شرط التحكيم المدرج في عقد دولي يتمتع بصحة و فعالية ذاتية بصورة يستوجب معها مد تطبيقه و إعماله على أطراف اشتركوا مباشرة في تنفيذ العقد المدرج به الشرط، و بالمنازعات التي قد تثور بصدد هذا التنفيذ، و هذا بمجرد التثبت من أن وضعهم و نشاطهم يفترض قبولهم بشرط التحكيم الذي علما بوجوده و مضمونه، على الرغم من عدم توقيعهم على العقد المتضمن لهذا الشرط.

- **د/ محمد نور شحاته،** الغير في اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 281.

(1) - د/ فايز عبد الله الكندري، مرجع سابق، ص 92.

(2) - «La clause compromissoire insérée dans un contrat international a une validité et une efficacité propres qui commandent d'étendre l'application aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et dans les litiges qui peuvent en résulter dés lors qu'il est établi que leurs situation et leurs activités font présumer qu'elles ont eu connaissance de l'existence et de la portée de la clause d'arbitrage, bien qu'elles n'aient pas été signataires du contrat le stipulant.»

- أشار إلى هذا **د/ فايز عبد الله الكندري،** مرجع سابق، هامش "255"، ص 93.

و قد أكدت محكمة استئناف باريس، أيضا، في عدد من الأحكام امتداد شرط التحكيم الوارد في عقد إلى أطراف عقد أخر لم يتضمن الإحالة إلى شرط التحكيم، مستندة في ذلك إلى تفسير إرادة الأطراف، فهذا الشرط من وجهة نظر المحكمة يمتد ي مواجهة من يكون

مشتركا في تنفيذ العقد الذي ورد به شرط التحكيم بصورة يفترض معها قبوله للشرط الذي كان يعلم بوجوده و مضمونه، أما إذا لم يكن له دور في تنفيذ العقد و لم يكن يعلم بوجود الشرط فإنه لا يمتد إليه.

و هذا ما ينطبق على الشركة التي اقتصر دورها فحسب على الحصول بواسطة مقاول من الباطن على المواد المصنعة من قبل شركة أجنبية بصورة لم يعلم معها بالالتزامات المتولدة عن الاتفاق المبرم بين هذه الشركة و المقاول من الباطن{1}.

غير أن محكمة استئناف باريس، و بصورة مثيرة للاهتمام، قد أضافت بمقتضى الحكم الصادر في 1994/12/07 و إلى جانب القرينة التي قررتها بموافقة الشخص الضمنية على شرط التحكيم عند تنفيذه للعقد مع علمه بالشرط المدرج به، سندا آخر لمد أثر شرط التحكيم في نطاق مجاميع العقود، و هو تمكين المحكمين من الإطلاع و فهم جميع الجوانب الاقتصادية و القانونية للمنازعة المعروضة أمامهم، حيث قررت أن أثر شرط التحكيم يمتد إلى أشخاص اشتركوا مباشرة في تنفيذ العقد المدرج به الشرط، و هذا بمجرد التأكد من أن وضعهم و نشاطهم يفترض معه علمهم و قبولهم بالشرط{2}.

فالمحكمة إذن اعتمدت سندا آخر لمد آثار شرط التحكيم إلى طرف لم يوقع على العقد الذي ورد به هذا الشرط في نطاق مجاميع العقود، و هو حسن سير العدالة و المتمثل في إلمام المحكمين من خلال تقرير هذا الامتداد بجميع المسائل القانونية و الاقتصادية للمنازعة المعروضة عليهم.

و إذا كانت محكمة استئناف باريس قد اتجهت إلى تأييد مسألة امتداد شرط التحكيم في نطاق مجاميع العقود الذي ينتظمها هدف واحد، فإن اتجاه محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد يظهر أكثر تحفظا تارة و رافضا تارة أخرى.

فمن جهة اعتمدت محكمة النقض على أسانيد أخرى غير تلك التي اعتمدت عليها محكمة الاستئناف لتقرير امتداد شرط التحكيم إلى طرف غير موقع على العقد الذي ورد به هذا الشرط، ففي حكم

---

(1) - **د/ فايز عبد الله الكندري**، مرجع سابق، ص 94.

(2) - CA, Paris -7 déc, rev, arb, 1996, p 245.

صادر عنها بتاريخ 1991/06/25 قضت بامتداد الشرط على طرف لم يوقع العقد مستندة في ذلك إلى أن قبول هذا الطرف التدخل في تنفيذ العقد الذي ورد به الشرط يستخلص منه تصديقه على هذا العقد و ما ورد به من شروط بما فيها شرط التحكيم{1}.

و في حكم آخر لها بتاريخ 1991/06/11، اعتبرت الشرط ممتدا في مواجهة طرف لم يوقع أيضا على العقد الأساسي الذي ورد به الشرط بعد أن ثبت لديها أن هذا العقد قد أبرم في حقيقة الأمر لحسابه{2}.

الفرع الثاني

مبدأ السريان أو النفاذ كأساس لمركز المرسل إليه و التزامه بشرط التحكيم

إن فكرة النفاذ أو الاحتجاج كفكرة قانونية قائمة ينشأ عنها التزام باحترام عقود الآخرين، و الامتناع عن كل ما من شأنه الإخلال بما تضمنته من حقوق و التزامات، و هذا الالتزام بالاحترام ينبغي أن يكون مقررا أيضا في علاقات الحق المباشر بين الأعضاء في مجموعة عقدية ينتظمها وحدة المحل أو

---

(1) - «A légalement justifié sa décision de rejeter un recours en annulation, l'arrêt qui relève qu'en partie, en acceptant d'intervenir dans l'exécution d'un accord auquel un transporteur était partie nécessairement souscrit aux obligations définies par celui-ci à la charge de ce transporteur et en a accepté les modalités techniques parmi lesquelles la clause compromissoire, et qui en déduit que cette partie en exécutant l'accord en connaissance de cause avait en réalité ratifié celui-ci, y compris la clause d'arbitrage»-Cass. Civ – 25/06/1991- rev, arb, 1991, p 453.

(2)- Cass. Civ – 11/06/1991, rev, arb, 1992, p 72.

- ذكره: **د/ فايز عبد الله الكندري**، مرجع سابق، هامش "261"، ص 96.
- قضت محكمة النقض الفرنسية، في حكم صادر بتاريخ 1977/11/22، بأن الكفيل لا يستطيع أن يتمسك شخصيا بشرط التحكيم المدرج بالعقد الأصلي المكفول متى ما كان عقد الكفالة لا يتضمن أي شرط للتحكيم صراحة أو ضمنا، و على ذلك عندما يكون دين الدائن قبل مدينه مكفولا من شخص آخر فإن شرط التحكيم المدرج بالعقد المبرم بين الدائن و المدين لا يمتد أثره، بحسب ما انتهت إليه محكمة النقض، في مواجهة الكفيل.

-Cass. Civ, 22/11/1977, rev, arb, 1978, p 461.

وحدة السبب، و ذلك بفضل قوة النفاذ داخل هذه المجموعة، إلى جانب توافر شرط المصلحة في حق أعضاء المجموعة تجاه عضو آخر.

و تقتضي دراسة هذا المبدأ بيان نسبية العقود و نفاذها، ثم التعرف على نطاق نفاذ العقد، و أخيرا وجوب تحقق العلم لإعمال مبدأ النفاذ، و هذا ما سنعرضه من خلال النقاط التالية.

أولا : نسبية العقود و نفاذها

من المقرر قانونا أن القوة الملزمة للعقد تقتصر على عاقديه أو طرفيه دون أن تمتد إلى غيرهما، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك{1}، و هذا ما يعرف بمبدأ نسبية أثر العقد.

بالرغم من هذا فإن القضاء سواء في فرنسا أو الجزائر أو مصر قد تجاوز هذا المبدأ في بعض الحالات و على رأسها مركز المرسل إليه{2} في عقد النقل البحري، حيث نجد أن القضاء قد اعترف له بحقوق و ألقى عليه بالتزامات ناشئة عن العقد مثل التزامه بشرط التحكيم بالرغم من أنه ليس طرفا في العقد الذي تم إبرامه أساسا بين الناقل و الشاحن، و إنما يعتبر من طائفة الغير.

إن مبدأ نسبية أثر العقد يقوم بجانبه مبدأ آخر هو مبدأ نفاذ العقد{3}، و هو ما يعرف أيضا بمبدأ

---

(1) - تنص المادة " 1134 " مدني فرنسي على أن " الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم بالنسبة إلى من عقدوها مقام القانون " و هي تقابل نص المادة " 147 " مدني مصري، و نص المادة " 106 " مدني جزائري " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون ". ثم جاءت المادة " 1165 " مدني فرنسي أشارت إلى مبدأ نسبية أثر العقود " الاتفاقات ليس لها أثر إلا بين أطرافها فهي لا تضر الغير و لا تفيده إلا ي حدود المادة " 1121 " مدني، و هذا ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة " 113 " مدني " لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، و لكن يجوز أن يكسبه حقا "، و هذا نفس ما ذهب إليه المشرع المصري في المادة " 152 ".

(2) - مازال تحديد المركز القانوني للمرسل إليه محل خلاف شديد في الفقه و القضاء، بحيث تنازعته آراء و نظريات عديدة، لمزيد من التفصيل أنظر : **د/ محسن شفيق**، التكييف القانوني للالتزام الصرفي، مقالة بمجلة الحقوق، السنة الأولى، العدد الأول، 1943، ص 565، - أشار إليه: **د/ محمد ترك**، مرجع سابق، هامش2، ص 640.

(3) - إن استعمال لفظ النفاذ L' opposabilité في عدة حالات و هذا للدلالة على وجود استثناء على مبدأ نسبية العقود، كما أن لفظ Inopposabilité استخدم لتوضيح حالة العقد الذي ليس له أثر في مواجهة الغير و باعتبار ذلك محض تطبيق لحدود مبدأ نسبية أثر العقود المقررة بالمادة 1165، مدني فرنسي.

سريان العقد أو مبدأ الاحتجاج بالعقد، و هذا يعني أنه إذا كانت حدود العقد نسبية و قاصرة فقط على طرفيه في إطار مفهوم الأثر الملزم له فإن هناك إطار آخر يتعلق بالآثار الغير مباشرة للعقد، و هو نفاذ العقد أي مواجهة الكافة بهذا العقد و فرض احترامه عليهم{1}.

إن نفاذ العقد بصفته واقعة قانونية يضفي على طوائف الغير واجب سلبي عام باحترام عقود الآخرين، أي أنه يمثل في مضمونه التزاما بالامتناع عن القيام بعمل قد يؤدي إلى انتهاك عقود الآخرين و ذلك عن طريق تصرفات لاحقة تؤثر في الاشتراطات العقدية التي تحتويها هذه العقود، و التي قد تؤدي إلى إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته اتجاه المتعاقد الآخر. و هذا ليس له صلة بمبدأ نسبية العقود و إنما هذا واجب بالاحترام هو أثر خارجي أو غير مباشر للعقد باعتباره واقعة قانونية{2}.

و إذا ما تعرض الغير للعقد النافذ في مواجهته و للاشتراطات العقدية التي تتضمنه بعمل مادي{3} و ليس بتصرف قانوني فهو يخرج عن الإطار الفني الدقيق لمفهوم نفاذ العقود، حيث أن النفاذ هنا يعني نفاذ لعقد أول في مواجهة عقد ثان كون العقد الثاني قد يأتي في صورة انتهاك الاشتراطات العقدية الموجودة في العقد الأول، مما قد يؤدي إلى إخلال أحد أطراف العقد الأول بالتزاماته اتجاه الطرف الآخر و قد يأتي في صورة تصرف لاحق، يفتقر إلى الأسبقية و الأفضلية اتجاه عقد سابق عليه و هو ما يحدث في إطار الحقوق العينية العقارية عندما ينظم المشرع طرق إشهارها و نفاذها في مواجهة الغير{4}.

---

(1) - **د/ محمد نور شحاته**، مرجع سابق، ص 6، و ما بعدها.

(2) - **د/ عاطف محمد كمال فخري**، الغير في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه من جامعة الإسكندرية 1976، ص 7، و ما بعدها- أشار إليه **د/ محمد ترك**، مرجع سابق، ص 641.

(3) -كما لو أقدم الغير على حبس المدين لمنعه من القيام بالعمل الذي التزم به اتجاه الطرف الآخر معه في علاقة عقدية قائمة، أو قيام الغير بإتلاف الشيء الذي يرد عليه الالتزام أو السند المثبت لذلك الالتزام و الإطار الصحيح لهذه الفروض هو الإخلال بالواجب العام الذي قوامه عدم الإضرار بالآخرين و المولد للمسؤولية التقصيرية إذا توافرت شروطها، و لا يثار نفاذ العقد هنا إلا بصفته واقعة اجتماعية فحسب. –**د/ محمد ترك**، مرجع سابق، ص 641.

(4) -إن مصطلح عدم النفاذ ينصرف إلى عقد تم بالمخالفة لعقد سابق عليه سواء لانتهاكه الاشتراطات العقدية لهذا العقد الأول أو لافتقاره إلى الأسبقية و الأفضلية و فقا لقواعد شهر الحقوق و التصرفات، فقد يقرر المشرع عدم نفاذ العقد المخالف و ذلك جزاء له على الإخلال بواجب الاحترام للعقد الأول و الذي تم نفاذه في مواجهة الغير. و قد تترتب مسؤولية إضافية بالتعويض تجاه الغير الذي أخل بهذا الواجب و ذلك إذا تبين أن جزاء عدم النفاذ هو غير كاف و غير مؤثر مثال على ذلك في حالة الغير الذي يتعاقد مع أحد العمال بالمخالفة لشرط عدم المنافسة الذي التزم به العامل من خلال تصرف سابق بينه و بين رب العمل الأول –**د/ محمد ترك**، مرجع سابق، ص 642.

لقد توصلت الدراسات الحديثة في فرنسا إلا أن النفاذ له دور هام، فهو يستند إلى عنصر العلم أي أنه لكي يتم نفاذ عقد ما في مواجهة الغير فإنه يلزم توافر علم الغير بهذا العقد أو الاتفاق، إذ أنه لا يمكن احترام واقعة اجتماعية أو قانونية أو حتى مادية دون أن يكون هناك علم بها.

و استمرت البحوث و الدراسات نحو تحديد أكثر دقة لمبدأ نسبية أثر العقد، و وضع الحدود الفاصلة بينه و بين مبدأ نفاذ العقد، إلا أن أصبح للمبدأ الأخير ذاتية و تفرد عن مبدأ نسبية العقد، فالعقد بصفته واقعة يمكن أن يحتج به الغير أو يحاج بحسب الأحوال دون أن يعني ذلك المساس من أي ناحية بمبدأ نسبية العقود{1}.

و هكذا يمكن القول أن الفصل بين مبدأ نفاذ العقود و مبدأ نسبية العقود، يؤدي بنا إلى إدراك الوضع السليم لحالة المرسل إليه، ذلك أن العقد من منطلق نفاذه بصفته واقعة قانونية يتولد عنه أثر خارجي هام مؤداه التزام الغير باحترام عقود الآخرين إذا ما توافرت شروط النفاذ و بصفة خاصة شرط العلم، مع تقرير مسئوليته في حالة الإخلال بهذا الالتزام، و المسؤولية هنا تكون مسئولية مستقلة في حق الغير المتسبب في الإخلال بالالتزام العقدي، و هذه المسؤولية مترتبة على الإخلال بواجب عام قوامه احترام عقود الآخرين و عدم انتهاكها بتصرفات لاحقة و مصدر هذا الواجب هو نفاذ العقد{2}.

ثانيا : نطاق نفاذ العقد « نطاق الاحتجاج بالعقد »

إن نفاذ العقد بصفته واقعة اجتماعية يختلف عن نفاذه بصفته واقعة قانونية، كون الصفة الأولى لنفاذ العقد – أي بصفته واقعة اجتماعية – يمكن الاعتماد عليه كمصدر للمعلومات أو كوسيلة للإثبات{3}.

و هذه الدرجة من النفاذ عديدة و لا يمكن حصرها، كما أنها تتسم بخاصية البساطة و الوضوح، بحيث يستفيد منها كل طوائف الغير سواء الغير الحقيقي أو الأجنبي و الغير الوهمي أو الغير غير الحقيقي، و مثال ذلك إمكانية لجوء الدائنين العاديين للدعوى البوليصية عندما يتبين لهم أن التصرف الذي

---

(1) - **د/ محمد نور شحاته**، مرجع سابق، ص 27، و ما بعدها.

(2) - أنظر: - **د/ محمد نور شحاته**، مرجع سابق، ص 27، 74، و ما بعدها،

- **د/ محمد ترك**، مرجع سابق، ص 143.

(3) - **د/ محمد نور شحاته**، مرجع سابق، ص 27، حيث يذكر أن " الاحتجاج بالعقد ينشأ عن اعتباره واقعة اجتماعية، في حين أن الأثر الملزم للعقد يتولد عن كونه تصرفا قانونيا... ".

أبرمه مدينهم ضار بحقوقهم رغم أنهم حصلوا على هذه المعلومات من عقد ليسوا طرفا فيه، و هو العقد الذي أبرمه مدينهم مع شخص آخر إضرارا بحقوقهم{1}، المادة " 191 " مدني جزائري بحيث أن المشرع أعطى الحق بمقتضى هذه المادة لكل دائن حل أجل دينه و صدر تصرف ضار من مدينه أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه{2}.

كما أن للمضرور أيضا أن يتمسك بالعقد لإثبات علاقة التبعية بين العامل مرتكب الخطأ و رب العمل المسئول عن فعل تابعه و فقا للقواعد العامة، و المضرور هنا أو الغير يتمسك بالعقد ليس باعتباره تصرفا و إنما كدليل على قيام علاقة التبعية، التي هي شرط لقيام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه{3}.

أما بالنسبة نفاذ العقد بصفته واقعة قانونية، فإنه ينتج عنه آثار قانونية قد تكسب الغير حقا أو تحمله التزاما{4}، و هذا يعني أن النفاذ هنا يتولد عنه التزام يقع على عاتق الغير، باحترام عقود الآخرين و الامتناع عن كل ما من شأنه الإخلال بما تتضمنه من حقوق و التزامات{5}.

أما بالنسبة لنطاق هذا النفاذ أو السريان و ماهية الالتزامات التي تتولد عنه فهذا يتوقف على الغير و نوعه، فالغير الأجنبي تماما عن أطراف العلاقة الأصلية، الذي ليس له أي مصلحة مباشرة

---

(1) - " المادة 237 مدني مصري، و كذا الدعوى الصورية المقررة بالمادة 244، مدني مصري " و هناك إجماع في الفقه المصري على أن العقد كواقعة اجتماعية يمكن أن يؤخذ منه معلومات يحتج بها على الغير أو يحاج دون أن يشكل ذلك خروجا على مبدأ نسبية العقود. - ذكر هذا : **د/ محمد نور شحاته**، مرجع سابق، ص 8.

(2) - تنص المادة " 191 " من القانون المدني الجزائري " لكل دائن حل دينه، و صدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته و ترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره، و ذلك متى توافر أحد الشروط المنصوص عليها في المادة التالية. "

(3) - لمزيد من التفصيل ارجع إلى :

د/ عبد المنعم الصدة، مرجع سابق، ص 547، و ما بعدها.

د/ عبد الرازق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، طبعة بيروت، سنة 1965، ص 358 .

(4) - إن نفاذ العقد بصفته واقعة قانونية يتشابه مع الوقائع القانونية الأخرى التي يرتب عليها القانون أثارا، وذلك مثل العمل غير المشروع كمصدر من مصادر الالتزام، و كذا الإثراء بلا سبب.

(5) - هناك فرق بين الواقعة القانونية و التصرف القانوني، بحيث يترتب عن الواقعة القانونية آثار قانونية بغض النظر عما إذا كانت الإرادة قد اتجهت إلى إحداث هذه الآثار من عدمه، أما في التصرف القانوني فتنصرف الإرادة إلى إحداث الأثر القانوني.

- **د/ محمد ترك**، مرجع سابق، ص 644.

بالعقد{1}، فيقع عليه واجب سلبي باحترام عقود الآخرين و عدم القيام بأي تصرف لاحق قد يؤثر في الاشتراطات العقدية الموجودة في العقود و التي قد تؤدي إلى إخلال أحد الأطراف بالتزاماته اتجاه الطرف الآخر.

أما الغير الوهمي أو غير الحقيقي فهذه الفئة من الغير و إن كانت تلتزم كمبدأ عام بواجب الاحترام الناشئ عن سريان العقد بصفته واقعة قانونية مولدة للالتزام سلبي اتجاه الغير بعدم انتهاك حقوق الآخرين، إلا أنها تتميز بميزة هامة غير متوفرة لدى الغير الأجنبي، و هي أن مصلحة أي من أفرادها قد تتيح طلب عدم نفاذ العقود التي تضر بهذه المصلحة في مواجهته{2}.

إن واجب الاحترام الناشئ عن نفاذ العقد يمكن أن يأخذ شكلا إيجابيا داخل المجموعات العقدية التي ينتظمها وحدة المحل أو وحدة السبب، أي أن وجه النفاذ أو السريان يتغير إلى التزام إيجابي بالقيام بعمل، حيث ينشأ عن قوة النفاذ داخل هذه المجموعات العقدية مع توافر مصلحة الغير عضو هذه المجموعة قيام علاقات رجوع مباشر بين الأعضاء المكونين للمجموعة للمطالبة بحقوق أو تحمل التزامات{3}.

بمعنى أن الغير صاحب المصلحة ينشأ له حق خاص و مستقل يوفره له النفاذ داخل المجموعة العقدية التي هو عضو فيها، حيث يتيح له ذلك أن يطالب عضو آخر من نفس المجموعة أن يحترم

---

(1) - **د/ محمد نور شحاته**، مرجع سابق، ص 8.

(2) - إن وصف الغير الوهمي أو غير الحقيقي ينطبق على فئات عديدة من الغير، من بينها الدائنون العاديون و الخلف الخاص، و بمعنى أشمل و أدق هم الغير صاحب المصلحة – كما رأينا سابقا – وقد عبرت محكمة النقض المصرية على هذه الطائفة من الغير بأنهم الأطراف ذو الشأن في العقد مثل المرسل إليه في عقد النقل، كما عبر عنهم بعض الفقه بأنهم الغير ذوي المصالح المرتبطة بمصالح أحد الأطراف في اتفاق و خصومة التحكيم مثلا. و لمزيد من التفصيل ارجع إلى:

- **د/ محمد نور شحاته**، مرجع سابق، ص 8، و ما بعدها.
- **د/ مصطفى الجمال + د/ عكاشة عبد العال**، مرجع سابق، ص 448، و ما بعدها.

(3) - يمكن أن تأخذ صورة الرجوع مطالبة أحد الأعضاء لعضو آخر داخل المجموعة العقدية بأن يقوم بتنفيذ أداء هو في الأساس حق خاص و مستقل له تتعلق به مصلحته، كما قد يكون هذا الرجوع في صورة طلب تعويض من عضو نتيجة إخلاله بواجب الاحترام الناشئ عن قوة السريان داخل هذه المجموعات، و مصدر المسؤولية هنا هو سريان العقد و ما يتطلبه من واجب الاحترام دون حاجة لتوافر عناصر المسؤولية التقصيرية خطأ – ضرر – علاقة سببية. – **د/ محمد ترك**، مرجع سابق، ص 645.

مصلحته و أن ينفذ لمصلحته أداء ما التزم به ي العلاقة الأصلية بينه و بين دائنه[1]. فهذا الرجوع المباشر بين الأعضاء المكونين للمجموعة يمكن أن يشك أساسا قانونيا لمركز المرسل إليه في عقد النقل البحري و النتائج المترتبة عنه و من بينها مثلا التزامه بشرط التحكيم.

ثالثا : وجوب تحقق العلم كشرط لإعمال مبدأ النفاذ

لكي يتم مبدأ النفاذ أو السريان داخل المجموعة العقدية فإنه لا بد من توافر علم[2] الفرد المطلوب منه الالتزام داخل المجموعة بأن عقده يشكل جزء من مجموعة عقدية تضم عقود الآخرين، كما يجب أن يكون على علم بحدود باقي الأعضاء تجاهه.

و إذا ما رجعنا إلى المجموعة العقدية التي تضم كل من الناقل و الشاحن و حامل سند الشحن سواء كان هو المرسل إليه بداية أو كان للإذن أو لحامله، يتضح لنا أن هؤلاء الأفراد يتوفر لديهم العلم بأن عقودهم تشكل جزء من مجموعة عقدية، بحيث كل منهم يعلم تماما حدود باقي أعضاء المجموعة العقدية و يتوفر هذا العلم من خلال القوانين و اللوائح و الأنظمة المختلفة بإضافة إلى الضمانات و الشروط المنصوص عليها في سند الشحن و من بين هذه الشروط شرط التحكيم البحري. و هكذا يتولد النفاذ أو السريان داخل هذه المجموعة مع قيام التزام إيجابي يفرض احترام حق الغير داخل هذه المجموعة العقدية تبعا لذلك.

و ما يمكن ملاحظته أن جانب من الفقه و القضاء في مصر قد اقتربا من نظرية النفاذ و التي توصلنا إلى أنه يمكن اعتبارها أساسا قانونيا و معقولا لتوضيح المركز القانوني للمرسل إليه اتجاه أطراف عملية النقل البحري و ذلك عند التحدث عن نظرية الحيازة الرمزية لبيان الأساس القانوني لمركز المرسل

---

(1) - **د/ محمد ترك**، مرجع سابق، ص 645.

(2) - إن النفاذ كمفهوم قانوني يستند على ضرورة توافر عنصر هام و هو العلم، فلكي ينفذ عقد ما في مواجهة الغير يستلزم توافر علم الغير بهذا العقد، و هذا وفقا للقواعد العامة بحيث لا يلتزم الغير باحترام واقعة قانونية أو اجتماعية أو حتى مادية دون علمه بهذه الواقعة.

و عنصر العلم يتوفر لدى عضو المجموعة العقدية من منطلق طبيعة هذه المجموعات، و أيضا من طبيعة و نوع العلاقات القائمة داخلها، و بهذا يكون هذا العضو قد استعد للتعامل داخل المجموعة العقدية، و لا يمكن له أن يتهرب من الالتزام بالاحترام المفروض عليه نتيجة مبدأ النفاذ أو السريان داخل المجموعة العقدية.

- **د/ محمد ترك**، مرجع سابق، ص 646.

إليه في عقد النقل البحري، حيث أن هذه النظرية قد كشفت عن حق خاص و مستقل للمرسل إليه اتجاه الناقل رغم كون المرسل إليه يعتبر من الغير، بالنسبة للعقد الذي طرفاه هما الناقل و الشاحن، و أساس هذا الاتجاه هو أن سند الشحن هو الذي يمثل حق المرسل إليه و حدوده{1}.

و من ثم فلا بد أن يكون شرط التحكيم مكتوبا في سند الشحن حتى يكون المرسل إليه ملزما باحترامه كون العلم بالشروط التي يتضمنها العقد الأصلي لنقل البضائع لا يكون ممكننا من الناحية العملية إلا من خلال سند الشحن ذاته، و لذا فإن هذا السند هو الذي يحدد مدى حق المرسل إليه و يعتبر كما لو كان مصدره{2}.

و بهذا فإن توافر شرط العلم سواء كان العلم بأن العقد يشكل جزءا من مجموعة عقدية تضم عقود أخرى، أو كان علم كل فرد من أفراد المجموعة بحق باقي أعضاء المجموعة و حدود هذا الحق، يتولد عنه النفاذ داخل المجموعة العقدية مع قيام التزام إيجابي باحترام حق الغير داخل هذه المجموعة.

و على هذا لا بد من توافر شرط العلم و إلا أصبحنا أمام عدم النفاذ أو عدم السريان، و تطبيقا لهذه الفكرة فإن خطابات الضمان التي يتم تحريرها بين الناقل و الشاحن عند وجود ملاحظات على البضاعة المشحونة، و بغرض إصدار سند شحن نظيف لا تنفذ في حق المرسل إليه حسن النية الذي لا يعلم بها.

و كذلك رفضت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في 1967/02/07، إلزام المرسل إليه بشرط عقدي لم يشر إليه في سند الشحن، و بطبيعة الحال أن الأساس في ذلك هو عدم نفاذ هذا الشرط في مواجهة المرسل إليه لعدم توافر العلم به و الذي يشكل شرطا أساسيا للنفاذ أو الاحتجاج به{3}.

---

(1) - **د/ أحمد حسني**، مرجع سابق، ص 59، و ما بعدها.

(2) - **د/ إبراهيم مكي**، دعوى المسؤولية على الناقل البحري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1973، - أشار إليه **د/محمد ترك**، مرجع سابق، ص 647.

- إن هذا الاتجاه يذكر أن حق المرسل إليه مستمد من سند الشحن دون توضيح الأساس القانوني لذلك، بمعنى أن هذا الاتجاه يدور حول فكرة نفاذ العقد و لكن دون توضيح لمضمون هذه الفكرة.

(3) - نقض مدني مصري في 1967/02/07، الطعن رقم 135، لسنة 33، مجموعة أحكام النقض لسنة 18، ص 200، أشار إليه كل من:

- **د/ محمد ترك**، مرجع سابق، ص 648.
- **أ/ عبد الحميد الحوسنى**، مرجع سابق، ص 102.

كما أن محكمة النقض المصرية قد ألزمت المرسل إليه بشرط التحكيم المنصوص عليه في مشارطة الإيجار، كما سنرى لاحقا بالرغم من عدم النص عليه صراحة في سند الشحن،لأن أن هناك إحالة في سند الشحن إلى مشارطة الإيجار و من ثم كان باستطاعته أن يعلم بما تضمنته هذه المشارطة من بنود و شروط و بالتالي و وفقا لمفهوم النفاذ على حسب ما أوضحنا يكون قد توافر شرط العلم المؤدي إلى نفاذ شرط التحكيم في مواجهة المرسل إليه و إلزامه باحترامه إذا ما تداعى صاحب المصلحة في ذلك داخل هذه المجموعة العقدية{1}.

و هكذا نخلص إلى أن فكرة نفاذ و سريان العقود يمكن أن تشكل أساسا قانونيا مقبولا و منطقيا لمركز المرسل إليه في عقد النقل البحري و كذا أساس التزامه بشرط التحكيم، ففكرة النفاذ أو السريان داخل المجموعة العقدية ينشأ عنها حق خاص و مستقل للمرسل إليه يمكنه أن يطالب به عضوا آخر داخل نفس المجموعة في و جود شرط المصلحة، فهذا الحق لا يتأثر بأي دفوع وجدت في أي علاقة سابقة على انتقال سند الشحن إلى المرسل إليه صاحب الحق مادام هذا الأخير حسن النية و بالتالي يمكن القول أيضا أن فكرة النفاذ داخل المجموعة العقدية تعطي لنا تبريرا قانونيا سليما لقاعدة عدم الاحتجاج بالدفوع في مواجهة حامل سند الشحن حسن النية{2}.

و هكذا فمن خلال فكرة نفاذ العقد كسند قانوني يمكن على أساسه تبرير الرجوع المباشر داخل المجموعة العقدية التي تضم غالبية الأعضاء المنفذين لعملية نقل البضائع و توصيلها إلى المرسل إليه، و أيضا يمكن القول بعدم نفاذ أي شروط أو اتفاقات في حق المرسل إليه مادامت هذه الشروط تفتقد إلى أهم شروط النفاذ و هو شرط العلم{3}.

كذلك فكرة نفاذ العقد تبرر أي علاقات يمكن أن تقوم داخل المجموعة العقدية فيما يتعلق بعملية النقل البحري و وصول البضائع إلى المرسل إليه، و كما رأينا سابقا أن جميع النظريات التقليدية التي حاولت الوصول إلى حقيقة المركز القانوني للمرسل إليه كانت تبحث في نقطة واحدة و هي كشف

---

(1) - طعن رقم 60 لسنة 30، مجموعة أحكام النقض جلسة 1965/02/25، أشار إليه أ/ **عبد الحميد محمد الحوسنى**، مرجع سابق، هامش1، ص 103.

(2) - بناءا على مفهوم النفاذ نجد أن المرسل إليه لا يلتزم باحترام أي شروط أو اتفاقات لا يعلم بها كخطابات الضمان التي يتم تحريرها بين الناقل و الشاحن من أجل حصول الشاحن على سند شحن نظيف.

(3) - **د/ محمد ترك**، مرجع سابق، ص 650.

غموض العلاقات المباشرة بين المرسل إليه و الناقل الأجنبي بخصوص استلام البضاعة و رفع دعوى المسؤولية على الناقل، بينما عملية النقل البحري للبضائع تتشابك و تتداخل فيها علاقات كثيرة تتضمنها مجموعة عقدية واحدة كعقد الشحن و التفريغ، و عقد التأمين على البضائع و عملية النقل المتتابع، و من ثم فإن كرة نفاذ العقد يمكن أن يشكل أساسا منطقيا و معقولا لتبرير مركز المرسل إليه داخل المجموعة العقدية المركبة بهدف تحقيق عملية نقل البضائع بحرا و توصيلها إلى المرسل إليه{1}.

و منه فإن النفاذ يمكن أن يأخذ دوره كمصدر جديد للالتزام فهو من جهة قد ينشأ عنه التزام سلبي و هو عدم انتهاك عقود الآخرين و عدم الإخلال بما تحتويه من حقوق و التزامات، كما قد ينشأ عنه التزام إيجابي في مجموعة عقدية متى كانت هناك مصلحة لأحد أعضائها لدى عضو آخر من نفس المجموعة بتنفيذ عمل ما لصالحه يكون له بموجبه حق خاص و مستقل و ذلك وفقا لأسلوب العلاقات المرسوم داخل هذه المجموعة{2}.

و خلاصة القول أن فكرة النفاذ أو السريان يمكن أن تشكل أساسا منطقيا لمركز المرسل إليه في عقد النقل البحري، و وفقا لمفهوم النفاذ أو السريان أيضا يتوافر الشرط الهام في هذا المجال ألا و هو شرط " العلم " و المؤدي إلى نفاذ و سريان شرط التحكيم في مواجهة المرسل إليه، و إلزامه باحترامه إذا ما تداعى صاحب المصلحة في ذلك داخل المجموعة العقدية.

---

(1) - ذكر هذا: **د/ محمد ترك**، مرجع سابق، ص 650.

(2) - **د/ عباس مصطفى المصري**، مرجع سابق، ص 154.

المبحث الثاني

الحلول المقترحة من قبل القضاء حول إشكالية نفاذ شرط التحكيم في مواجهة المرسل إليه

يعتبر التحكيم البحري تحكيما متعدد الأطراف غالبا، حيث تحكم عمليات النقل البحري علاقات متشابكة بين أطراف مختلفة، فالناقل قد يتعدد بين مجهز و ناقل، أو بين ناقل فعلي و ناقل متعاقد، و الشاحن قد يتعدد إذ يتم نقل شحنات متعددة في عملية نقل واحدة، و صاحب الحق في البضاعة قد يتعدد بين شاحن و مرسل إليه أو حامل شرعي لسند الشحن.

و لا شك أن الناقل بصفته طرفا أصيلا في سند الشحن يلتزم بشرط التحكيم الذي يرد في هذا السند، و لكن ماذا عن المرسل إليه الذي يظهر كطرف ثالث؟ فهل يلتزم بشرط التحكيم الوارد في هذا السند ؟

إن فكرة الطرف الثالث ليست فكرة حديثة بل هي فكرة قديمة، و قد كانت محلا للعديد من البحوث الفقهية و القضائية، في مواضيع عدة من فروع القانون الخاص، و مثال ذلك نجد أن تحديد الطبيعة القانونية للورقة التجارية و تفسير العلاقات القانونية الناشئة عنها كان و ما زال محل خلاف شديد في الفقه و القضاء. و هو ما حدث أيضا خلال تحديد المركز القانوني للمرسل إليه فهو حتى الآن مازال محل خلاف شديد في الفقه و القضاء و تنازعت بشأنه آراء و نظريات عديدة لم تسلم أي منها من النقد.

و من المقرر قانونا أن العقد شريعة المتعاقدين و أنه إذا ما صدر مستكملا لأركانه و شروط صحته انصرفت أثاره إلى عاقديه دون أن تمتد إلى غيرهما، و يعبر عن ذلك في فقه القانون الخاص بما يعرف ب " مبدأ نسبية أثر العقود " و هذا المبدأ يمثل الحاجز القانوني للروابط العقدية القائمة بما لايسمح بانصراف أثارها إلا إلى عاقديها فحسب أو إلى خلفهما العام و الخاص بشروط معينة، إلا أنه بالرغم من ذلك نجد أن القضاء قد تجاوز هذا المبدأ في بعض الحالات و خرج عن القاعدة العامة و على رأس هذه الحالات مركز المرسل

إليه في عقد النقل، فهو وأن كان ليس طرفا في العقد الذي تم إبرامه أساسا بين الناقل و الشاحن و إنما هو من طائفة الغير إلا أن القضاء قد اعترف له بحقوق و ألقى عليه بالتزامات ناشئة عن هذا العقد،

و لهذا فقد ثار جدل كبير في الفقه{1} و القضاء حول مدى التزام المرسل إليه بشرط التحكيم الوارد في سند الشحن وذلك بسبب عدم تدخل المشرع بنصوص حاسمة بشأنها، وإنما هي متروكة لاجتهادات القضاء ولهذا رأينا أنه من الأحسن التطرق لأهم الحلول أو النتائج القضائية المتوصل إليه في هذه المسألة، و ذلك في كل من القضاء الجزائري و المصري " مطلب أول "، و كذا الحلول المقترحة من القضاء الفرنسي و خاصة على ضوء التضارب الحاصل بين الغرفتين المدنية و التجارية لمحكمة النقض الفرنسية " مطلب ثاني".

---

(1) – لقد ذهب البعض من الفقه إلى أن المرسل إليه في سند الشحن و إن كان يلتزم بالشروط الواردة فيه فإنه لا يلتزم إلا بالشروط المتعلقة بعقد النقل البحري و الناشئة عنه مثل التفريغ و مسؤولية الناقل، أما الشروط غير المتعلقة بعقد النقل و ليست ناشئة عنه كشرط التحكيم فلا تسري في مواجهته، فشرط التحكيم و إن كان مدرجا في العقد الأصلي إلا أن مصدره مختلف و يحتاج إلى أهلية خاصة و شروط خاصة، و محله ليست البضاعة المسلمة أو مسؤولية الأطراف و التزاماتهم، و إنما محله سلب الاختصاص القضائي للدولة المرسل إليها و إسناده إلى التحكيم.- **د/ رضا محمد عبيد،** مرجع سابق، ص 46، و ما بعدها.

- و على النقيض ذهب جانب أخر من الفقه إلى أن المرسل إليه يلتزم بشرط التحكيم الوارد بسند الشحن باعتباره طرفا استنادا إلى النظرية العملية القانونية من ثلاثة أشخاص، أي أنه تبنى في هذا الصدد ما انتهى إليه البعض من الفقه الفرنسي باعتبار عقد النقل عقدا ثلاثي الأطراف و أن المرسل إليه يعد من البداية، إلى جانب كل من الناقل و المرسل إليه طرفا فيه، إلا أن " **د/ علي جمال الدين عوض** " قد أبدى اعتراضه على موضوع العقد ثلاثي الأطراف، و قد ذكر في تعليقه على هذا الموضوع ما يلي: « لا أفهم تماما أن يكون هناك عقد ثلاثي الأطراف، و أن يكون أحد أطرافه غير معلوم وقت إبرامه». أنظر:
- **د/ أحمد محمود حسني،** مرجع سابق، ص 63.
- **د/ محمد كمال حمدي،** مرجع سابق، ص 342.
- **د/ محمد نور شحاته،** مرجع سابق، ص 67.
- و قد رد على هذا " **د/ محمد نور شحاته** " موضحا رأيه بذكر مثال اشتراط لمصلحة الغير، كدليل على أن واقعة شخص لم يشارك في إبرام عقد يعتبر طرفا فيه ليست غريبة.
- بينما ذكر " **د/ محمود الشرقاوي** " أنه : « من المقرر أن المرسل إليه يلتزم بشرط التحكيم الوارد في سند الشحن برغم أنه ليس طرفا فيه، لأن المرسل إليه يستمد حقوقه في السند من كونه حائزا للبضاعة بحيازته لسند الشحن فيكتسب الحقوق الناشئة عن السند و يلتزم بما ورد به من التزامات. و قد ذهبت محكمة النقض إلى حد القول بأن المرسل إليه طرف ذا شأن في سند الشحن، و هو ما لم نسلم به، إذ يعتبر المرسل إليه من الغير بالنسبة لسند الشحن و لكن تتأسس حقوقه و التزاماته الناشئة من هذا السند على أساس فكرة الحيازة الرمزية للبضاعة عن طريق حيازته لسند الشحن». و هو نفس ما توصلت إليه المحكمة العليا في الجزائر بمقتضى القرار رقم 145015 الصادر بتاريخ 1996/12/17، عن الغرفة التجارية و البحرية و الذي أكد على تقديم التبرير على صفة المرسل إليه بتقديم وثيقة

المطلب الأول

الحلول المقترحة من قبل القضاء الجزائري و المصري

لقد تعددت أحكام محكمة النقض المصرية حول مسألة التزام المرسل إليه بشرط التحكيم الوارد بسند الشحن، و هذا على خلاف الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في الجزائر حيث كان قليل جدا، و بالخصوص في هذه المسألة.

- الشحن للمطالبة بالتعويض عن الخسائر اللاحقة بالبضائع المنقولة و الذي يعتبر وثيقة الشحن سندا لحيازة البضاعة و استلامها من الناقل.
- و قد ذهب جانب أخر من الفقه إلى اعتبار المرسل إليه طرفا منضما في عقد النقل بالإرادة الضمنية للأطراف الأصليين لهذا العقد، و أنه توجد وكالة ضمنية بين المرسل إليه و الناقل تخول هذا الأخير بصفته و كيلا تضمين عقد النقل البحري شرطا للتحكيم، و من ثم تنصرف آثاره إلى المرسل إليه بصفته موكلا.- **د/ محمد نور شحاته،** مرجع سابق، ص 67.
- ورغم اختلاف الآراء الفقهية حول هذه المسألة إلا أن أغلبية الفقه المصري يرى أن المرسل إليه طرف أصيل في سند الشحن، يلتزم بشرط التحكيم منذ التزام الشاحن به، أما إذا كان شرط التحكيم وارد بمشارطة الإيجار فلا يكون ملزما للمرسل إليه ما لم تكن هنالك إحالة إليه بذات و تكون واضحة و صريحة في السند. أنظر:
- **د/ أحمد حسني،** التعليق على قواعد هامبورغ، مرجع سابق، ص 215.
- **د/ أمال أحمد كيلاني،** التقاضي في عقد النقل البحري، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2000، ص 374.
- يمكن القول أن بحث مسألة امتداد شرط التحكيم الوارد بسند الشحن إلى المرسل إليه يتوقف على استخلاص المحكمة من ظروف التعاقد لإرادة الأطراف، فشرط التحكيم هو اتفاق و كغيره من الاتفاقات ينبغي أن يفسر وفقا لما انتهت إليه بالفعل نية الأطراف و إرادتها، فإذا توصلت المحكمة إلى قناعة بعلم المرسل إليه بالشرط و بمضمونه، و من ثم موافقته عليه، امتدت آثار الشرط في مواجهته حتى و لو لم تكن هذه الموافقة صريحة.
- فلا ينبغي تفسير شرط التحكيم تفسيرا ضيقا، أي استلزام موافقة المرسل إليه الصريحة على شرط التحكيم لتقرير التزامه به، و بالمقابل أيضا لا ينبغي أيضا تفسير هذا الشرط تفسيرا واسعا، و تبعا لذلك إنشاء قرينة على موافقة المرسل إليه الضمنية على شرط التحكيم الوارد بسند الشحن بمجرد استلامه.

الفرع الأول

موقف المحكمة العليا في الجزائر

إن الاجتهاد القضائي الجزائري جد قليل في مسألة التزام المرسل إليه بشرط التحكيم، باستثناء بعض القرارات الصادرة عن المحكمة العليا و نأخذ على سبيل المثال القرار رقم 439517 الصادر في 2008/04/09، حيث ورد فيه : «... يجب القول لئن كان المرسل إليه غير ملزم ببند التحكيم الذي تشير إليه وثيقة الشحن، فبالمقابل هذا لا يمنعه من التمسك به، و حيث يبين من وثيقة الشحن أنها تشير إلى عقد إيجار السفينة.....».

«.... حيث أن الإشارة لعقد إيجار السفينة في وثيقة شحن تجعل المرسل إليه المطعون ضدها في قضية الحال طرفا في هذا العقد و لها الحق في استعمال بند التحكيم.... إن أرادت التمسك به...»{1}.

لقد كان القرار الصادر عن المحكمة العليا بالجزائر مختلفا عن ما صدر عن المحكمة النقض المصرية و الفرنسية كما سنرى لاحقا. فالمحكمة العليا بالجزائر لم تلزم المرسل إليه ببند التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار و الذي تشير إليه وثيقة الشحن، و لم تمنعه كذلك من التمسك به بل تركت له مطلق الحرية في هذا المجال، و هذا ما يفهم من عبارة " لها الحق في استعمال بند التحكيم إن أرادت التمسك به"{2} .

و في مقابل نصت المحكمة العليا في قرارها هذا أن الإشارة لعقد إيجار السفينة في وثيقة الشحن تجعل من المرسل إليه طرفا في هذا العقد، أي أن المرسل إليه يعتبر طرف في عقد إيجار السفينة والمتضمن شرط التحكيم.

1- «Le destinataire n’est pas tenu par la clause compromissoire dont fait référence le connaissement, en revanche, ceci ne peut l’empêcher de s’en prévaloir.» , «La référence à la charte-partie par le connaissement fait du destinataire une partie dans ce contrat et lui donne ainsi le droit d’utiliser la clause compromissoire insérée dans la charte partie s’il manifeste sa volonté de s’en prévaloir…….» . Cité par:

-HADDOUM KAMEL, op-cit, P11.

(2) - القرار رقم 439517 الصادر في 2008/04/09 عن الغرفة التجارية و البحرية للمحكمة العليا الجزائرية.

و نحن نرى أن هذا القرار الصادر عن المحكمة العليا جاء متناقضا، حيث أنه من جهة جعل المرسل إليه طرفا في عقد إيجار السفينة عند الإشارة إليه في وثيقة الشحن، إلا أنه من جهة أخرى لم تلزمه ببند التحكيم الوارد في هذا العقد، و إنما تركت له الخيار في التمسك أو عدم التمسك به.

و في الأصل أنه كما يسري شرط التحكيم على المرسل إليه يسري أيضا على شركة التأمين التي يحيل إليها حقوقه و دعواه قبل الناقل، تأسيسا على أن شركة التأمين ترجع على الناقل بناءا على حوالة الحق، و من المقرر أن الحق ينتقل إلى المحال إليه بما له من ضمانات و مثقلا بدفوعه، و هذا طبقا للمادة " 243 " من القانون المدني الجزائري{1}.

فحوالة الحق بما تتضمن من حقوق و التزامات يكون المحال إليه ملتزما باتفاق التحكيم الوارد ضمن شروط ذلك العقد، بحيث يجوز للطرف الأخر أن يحرك تجاهه إجراءات التحكيم، و يحق له أن يقيم التحكيم ضد ذلك الطرف الأخر{2}.

ففي القضاء الجزائري، و بمقتضى القرارات الصادرة عن الغرفة التجارية و البحرية للمحكمة العليا، قررت بأن " شركة التأمين تحل محل المرسل إليه الذي يحيل إليها حقوقه و دعواه قبل الناقل، و هذا بناءا على حوالة الحق " إلا أن هذه المحكمة تشترط ضرورة تقديم شركة التأمين " عقد الحلول " الذي يعطي لها صفة التقاضي.

---

(1) - تنص المادة " 243 " من القانون المدني الجزائري على أن : « تشمل حوالة الحق ضماناته، كالكفالة و الامتياز و الرهون، و رهن الحيازة، كما تشمل ما حل من أقساط ».

(2) – هذا ما قررته محكمة النقض الإيطالية في حكمها الصادر بتاريخ 1978/11/16، و قضت به المحكمة الفدرالية لقطاع جزر سان توماس و سان جورج في حكمها الصادر بتاريخ 1982/10/4، بأن نطاق اتفاق التحكيم يمتد ليشمل الشخص الذي أحيلت إليه الحقوق موضوع التحكيم، و هو في الحالة المطروحة شركة التأمين المؤمن لديها ضد حريق السفينة و التي آلت إليها الحقوق المتصلة بمطالبة المتسبب في الحريق. - هذا الحكم منشور في مجموعة Gata تحت رقم 5-1. 119، أشارت إليه **د/ سامية راشد**، التحكيم في العلاقات الدولية، مرجع سابق، ص 338.

- كما قضت محكمة استئناف باريس في 1992/11/13 بأنه بمقتضى الأثر الناقل لحلول شركة التأمين في حقوق و دعاوى المؤمن عليه فإن شرط التحكيم ينتقل إلى المؤمن مع ديون و حقوق المؤمن عليه، بأوصافه التي ينطوي عليها دون تحديد.
- لمزيد من التفصيل حول موضوع حوالة الحق المتعلق باتفاق التحكيم ارجع إلى :
- **د/ منير عبد المجيد**، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي في ضوء الفقه و قضاء التحكيم، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر 1997، ص 127، 129.

و في هذا المجال قضت الغرفة التجارية و البحرية للمحكمة العليا، في القرار رقم 138267 الصادر بتاريخ 1996/02/27، بأن : " حيث أنه لا يمكن للشركة الجزائرية لتأمينات النقل أن تحل محل المؤمن له المرسل إليه – شركة سيدار – و ترفع دعوى ضد الناقل البحري مؤسسة " س. د" رامية إلى الحصول على تعويضات الخسائر اللاحقة بالبضائع المنقولة، إلا بعد تقديم عقد حلول يثبت أن المؤمن قد دفع تعويضا للمؤمن له ".

و هكذا نستنتج أن القضاء الجزائري و من خلال عدة قرارات{2} أكد ضرورة تقديم المؤمن " عقد الحلول " الذي يعتبر بمثابة السند القانوني الذي يعطي له صفة التقاضي و الحلول محل المؤمن له – المرسل إليه – في حقوقه و دعواه قبل الناقل.

---

(1) – من المقرر أن المؤمن يحل محل المؤمن له في حقوقه و دعواه ضد الغير، كما أن رافع الدعوى أمام القضاء يجب أن تكون له الصفة و أهلية التقاضي و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

و لما تبين – في قضية الحال – أن الشركة الجزائرية لتأمينات النقل لم تقدم عقد الحلول الذي يعطي لها الصفة في رفع الدعوى الرامية إلى الحصول على التعويضات عن الخسائر اللاحقة بالبضائع المنقولة.

و لما رفض قضاة الموضوع الدعوى شكلا لانعدام الصفة يكونون قد طبقوا القانون تطبيقا سليما. و متى كان ذلك استوجب الرفض.

- قرار رقم 138267 الصادر عن الغرفة التجارية و البحرية للمحكمة العليا بتاريخ 1996/02/27، المجلة القضائية ، عدد خاص " الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية و البحرية، 1999.

(2) - أنظر :

- القرار رقم 138448 الصادر بتاريخ 1996/01/09، عن **الغرفة التجارية و البحرية** للمحكمة العليا. " من المقرر قانونا أن المؤمن يحل محل المؤمن له في حقوقه و دعواه ضد الغير.

كما أن رفع الدعوى أمام القضاء يستوجب من صاحب الدعوى أن يحوز الصفة و أهلية التقاضي.

و لما ثبت في قضية الحال أن قضاة الاستئناف لما قضوا برفض دعوى الشركة الجزائرية لتأمينات النقل – لانعدام الصفة – على أساس عدم تقديم عقد الحلول من المستأنفة و بالتالي لا يسمح لها بأن تحل محل المرسل إليه في حقوقه ضد الغير المسؤول في حدود التعويض المسدد، و متى كان ذلك استوجب الرفض.

- و كذا القرار رقم 153499، الصادر بتاريخ 1997/09/23، عن **الغرفة التجارية و البحرية** للمحكمة العليا. "

الفرع الثاني

موقف محكمة النقض المصرية

لقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على التزام المرسل إليه بشرط التحكيم الوارد بسند الشحن، و من ثم التزامه تبعا بعدم رفع دعواه مباشرة إلى المحاكم قبل الالتجاء إلى التحكيم، غير أنه قد تباينت أسانيد و حجج هذه المحكمة في هذا الصدد، و هذا على الوجه التالي:

1- اعتبار المرسل إليه طرفا في سند الشحن:

تنص المادة " 99 " من قانون التجارة البحرية المصري على وجوب ذكر اسم المرسل إليه في سند الشحن، كما أن المادة " 100 " من نفس القانون أوجبت أن يكتب سند الشحن من أربع نسخ أصلية يوقع عليها كل من الشاحن و الربان، و خصت المرسل إليه بإحدى هذه النسخ، كما قررت المادة " 101 " من نفس القانون أن سند الشحن المحرر بالكيفية السابق ذكرها يكون معتمدا بين جميع المالكين، و هم من عبر عنهم في النص الفرنسي لهذه المادة ب: " Les parties intéressées au chargement " أي الأطراف ذو الشأن في الشحن، و حسب ما جاء في قضاء{1} هذه المحكمة إضافة على الربط بين هذه المادة الأخيرة و المادتين السابقتين لها يفيد أن قانون التجارة البحرية يجعل من المرسل إليه طرفا ذا شأن في سند باعتباره صاحب المصلحة في عملية الشحن و يتكافأ مركزه و مركز الشاحن حينما يطالب بتنفيذ عقد النقل، كما أنه يرتبط بسند الشحن كما يرتبط به الشاحن و منذ ارتباط هذا الأخير به.

---

(1) – الطعن رقم 51 سنة 36، جلسة 1970/04/14. أشار إليه **د/ أحمد محمود حسني**، قضاء النقض البحري، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الرابعة، 2007.

- أنظر أيضا:
- الطعن رقم 93 سنة 38، جلسة 1973/04/3.
- الطعن رقم 60 سنة 30، جلسة 1965/2/25.
- الطعن رقم 406 سنة 30، جلسة 1965/6/17.
- الطعن رقم 365 سنة 31، جلسة 1965/6/17.

و هكذا و لما كان الحكم المطعون فيه قد انتهى في نطاق سلطته الموضوعية إلى أن سندات الشحن قد تضمنت الإحالة إلى شرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار فإن مقتضى هذه الإحالة أن يعتبر شرط التحكيم ضمن شروط سندات الشحن فتلتزم به الطاعنة " المرسل إليها " لوروده في نسخ سندات الشحن المرسلة إليها، باعتبارها في حكم الأصيل فيها.

و معنى ذلك أن المرسل إليه يلتزم بشرط التحكيم الوارد في نسخة سند الشحن المرسلة إليه، باعتباره في حكم الطرف الأصيل فيه، و من ثم لا يعتبر الشاحن نائبا عنه في سند الشحن حتى يتطلب الأمر وكالة خاصة أو حتى يقال أن الشاحن قد تصرف في شأن من شؤون المرسل إليه و هو لا يملك حق التصرف فيه.

و في حكم أخر لها قضت محكمة النقض المصرية{1} أنه " متى كان الشاحن هو مستأجر السفينة فإن الاستناد على خلو سند الشحن من توقيع الشاحن للقول بعدم التزام الطاعن و هو المرسل إليه بالشروط الاستثنائية المحال إليها في مشارطة إيجار السفينة لا يجدي، لأن توقيع الشاحن و هو في نفس الوقت مستأجر السفينة على مشارطة إيجارها بما اشتملت عليه من شرط التحكيم يلزم به باعتباره مرسلا إليه، و طرفا ذا شأن في عقد النقل، و عدم توقيع الشاحن على سند الشحن غير مؤثر على هذه النتيجة، و إذا كان الحكم المطعون فيه قد حصل في نطاق سلطته الموضوعية أن سند الشحن قد تضمن الإحالة على شرط التحكيم المنصوص عليه في مشارطة الإيجار، و كان مقتضى هذه الإحالة اعتبار شرط التحكيم من ضمن شروط سند الشحن، فيلزم به الطاعن باعتباره في حكم الطرف الأصيل فيه " .

كما أنه إذا كان ثابت بالدعوى أن عملية النقل قد تمت بموجب مشارطة إيجار بالرحلة اشتملت على شروط الاتفاق و حرر تنفيذا لها سند شحن تضمن الإحالة بصيغة عامة إلى ما تضمنته المشارطة من شروط، و من بينها شرط التحكيم و كان الشاحن هو مستأجر السفينة فإن توقيعه على المشارطة بما اشتملت عليه من شرط التحكيم يلزم الطاعن باعتباره مرسلا إليه، و طرفا ذا شأن في النقل يتكافأ مركزه و مركز الشاحن مستأجر السفينة عندما يطالب بتنفيذ العقد الذي تثبته المشارطة، و من ثم فلا يعتبر الشاحن نائبا عن الطاعن في عقد المشارطة أو في سند الشحن حتى يتطلب الأمر وكالة خاصة، و لا يؤثر على هذه النتيجة عدم توقيع الشاحن على سند الشحن الذي يعد في هذه الحالة مجرد إيصال باستلام البضاعة و شحنها على السفينة.

---

(1) - الطعن رقم 450 سنة 40، جلسة 1975/3/5، أشار إليه فايز عبد الله الكندري، مرجع سابق، 97.

كما توصلت محكمة النقض في حكم{1} آخر لها و استنادا على قانون التجارة البحرية، الذي يجعل المرسل إليه طرفا ذا شأن في السند و بالتالي صاحب المصلحة في عملية الشحن يتكافأ مركزه و مركز الشاحن عندما يطالب بتنفيذ عقد النقل، فإن العلاقة بين الهيئة الطاعنة " المرسل إليه " و بين الشركة المطعون ضدها " الناقلة " يحكمها سند الشحن وحده الذي يحدد التزام الشركة المطعون ضدها و في الحدود التي رسمتها.

2 – موافقة المرسل إليه الضمنية بسند الشحن و بما جاء فيه:

استندت أحكام أخرى لمحكمة النقض المصرية لتقرير التزام المرسل إليه بشرط التحكيم الوارد في سند الشحن على أساس أن تسلم المرسل إليه للسند دون اعتراض يعد قرينة على علمه بهذا الشرط التحكيمي، الوارد به و قبوله له.

ففي إحدى القضايا التي عرضت على محكمة النقض، كان النعي على الحكم المطعون فيه يتحصل في سببين، أولهما نعي الطاعنة بمخالفة القانون و الخطأ في تطبيقه، و في بيان ذلك تقول: أن الحكم المطعون فيه أقام قضاءه على أن الطاعنة المرسل إليها طرف ذا شأن في سند الشحن بما حواه من نصوص وردت به و اندمجت فيه فيسري في حقها شرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار التي أحال إليها سند الشحن، في حين أن الحجية المشار إليها لا تثبت إلا للسند الكامل الذي استوفى الشروط التي أوجبتها المادة " 100 " من قانون التجارة البحري، و ينقصها توقيع الشاحن فإذا خلا من هذا التوقيع امتنع على الناقل أن يحتج على ما حواه السند من شروط استثنائية في مواجهة الشاحن أو المرسل إليه، و لما كان السند موضوع هذه القضية خالي من توقيع الشاحن، فإن الحكم المطعون فيه إذا ألزم المرسل إليه بما أدرج فيه من شرط تحكيم، و هو من الشروط الاستثنائية يكون قد أخطأ في تطبيق القانون.

و قد ردت المحكمة على أن هذا النعي غير صحيح، ذلك لأنه و إن كانت المادة "100" من قانون التجارة البحري أوجبت أن يكتب سند الشحن من أربع نسخ أصلية يوقع عليها كل من الشاحن و الربان، إلا أن الكتابة التي أوجبتها هذه المادة ليست شرطا لانعقاد عقد النقل البحري أو صحته، بل هي شرط لإثباته و من ثم فإن عقد النقل البحري يعتبر من العقود الرضائية ينعقد بتطابق إرادتي الناقل و

---

(1) – الطعن رقم 786 سنة 51 جلسة 1987/11/24. أشار إليه د/ أحمد محمود حسني، مرجع سابق، ص 191.

الشاحن على نقل بضاعة بحرا، و تسليمها إلى المرسل إليه في ميناء الوصول، فلهذا السبب و لأن قانون التجارة البحري يجعل من المرسل إليه – حسب ما قضت به هذه المحكمة – طرفا ذا شأن في سند الشحن باعتباره صاحب المصلحة في عملية الشحن يتكافأ مركزه و مركز الشاحن عندما يطالب بتنفيذ عقد النقل ، كما أنه يرتبط بعقد النقل كما يرتبط به الشاحن و منذ ارتباط هذا الأخير به، كما أن الطاعنة لم تنازع في انعقاد عقد النقل البحري رغم عدم التوقيع على سند الشحن، فإن الحكم المطعون فيه إذ استخلص قبول الشاحن الضمني للشروط التي تضمنها سند الشحن – سواء كانت شروطا عادية أو استثنائية – من قرينة استلامه السند دون أي اعتراض و من قيامه بتنفيذ عقد النقل دون تحفظ، و استخلص علم وقبول الطاعنة المرسل إليها بشروط سند الشحن بما في ذلك شرط التحكيم – الوارد بمشارطة الإيجار التي أحال إليها سند الشحن – و من استنادها إليه و مطالبتها بتنفيذه، فإن الحكم يكون قد التزم صحيح القانون و يكون النعي عليه بهذا السبب على غير أساس.

أما السبب الثاني فقد كان نعي الطاعنة على الحكم بالفساد في الاستدلال و في بيان ذلك تقول أن الحكم المطعون فيه أقام قضاءه على أن الشاحن قد علم شروط سند الشحن عندما تسلم السند من ربان السفينة الناقلة و من ثم فلا يقبل منه أن يتحلل من أحكام تلك الشروط بمقولة أنه لم يوقع على سند الشحن و هذا الذي أورده الحكم مشوب بالفساد في الاستدلال ذلك أن مجرد تسلم لسند الشحن و إن كان دليلا على علمه بما احتواه من شروط إلا أن ذلك لا يؤدي بذاته إلى القول بقبوله لها، بل أن عدم توقيعه على السند يؤكد رفضه لتلك الشروط، و إذا خالف الحكم هذا النظر فإنه يكون معيبا مما يستوجب نقضه.

و هكذا فإن هذا الحكم استخلص علم و قبول الشاحن و المرسل إليها للشروط التي تضمنتها سندات الشحن مما أورده في مدوناته من قوله " إنه نص صراحة في سندات الشحن الثلاثة المقدمة من المستأنفة – الطاعنة – أن جميع شروط و اشتراطات و استثناءات مشارطة الإيجار تعتبر متممة لسند الشحن و مقتضى ذلك أن الشاحن قد علم بهذه الشروط و ارتضاها عندما تسلم المستندات من ربان السفينة الناقلة، و من ثم فلا يقبل منه أن يتحلل من أحكام تلك الشروط بمقولة إنه لم يوقع على سندات الشحن، وقد كان على الشاحن أن يعترض على هذه الشروط و على تدوينها في السندات المسلمة إليه من الربان و أن يرفض نقل بضاعته على تلك السفينة و يبحث عن غيرها و أن الشاحن قد اطلع على سند الشحن ووافق على ما جاء فيه و ما أحال إليه بالنسبة لما ورد في مشارطة الإيجار من شروط و اتخذ هذا السند دليله لاستلام رسالته من الناقل بعد تنفيذ عقد النقل فإنه قد ارتضى كافة شروط هذا السند عادية كانت أو استثنائية، و يلتزم المرسل إليه بهذه الشروط لعلمه بها من نسخة سند الشحن المرسلة إليه، و لما كانت هذه

الأسباب سائغة و تؤدي إلى النتيجة التي انتهى الحكم{1} إليها و كانت الشروط الواردة بسند الشحن و التي خلص الحكم إلى علم وقبول الشاحن و المرسل إليه بها، قد تضمنت الإحالة إلى شرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار فإن مقتضى هذه الإحالة أن يعتبر شرط التحكيم ضمن شروط سند الشحن فيحتج به على الطاعن " المرسل إليه " وإذا التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر فإن النعي عليه بهذا السبب يكون على غير أساس.

هكذا و بعد الإطلاع على الأحكام التي أقرتها محكمة النقض المصرية بشأن سريان أو التزام المرسل إليه بشرط التحكيم، فإن ما يمكن استنتاجه يتمثل في أن:

1 – قانون التجارة البحري يجعل من المرسل إليه طرفا ذا شأن في سند الشحن يتكافأ مركزه و مركز الشاحن حينما يطالب بتنفيذ عقد النقل، كما يرتبط بسند الشحن كما يرتبط به الشاحن، و منذ ارتباط هذا الأخير به .

2 – يلتزم المرسل إليه بشرط التحكيم الوارد في نسخة سند الشحن المرسلة إليه باعتباره في حكم الطرف الأصيل فيه، فلا يعتبر الشاحن نائبا عنه في سند الشحن.

3 – تضمن إحالة سند الشحن إلى شرط التحكيم الوارد في مشارطة الإيجار، مقتضاه أن يعتبر شرط التحكيم ضمن شروط سند الشحن بحيث يلتزم به المرسل إليه.

4 – مقتضى التزام المرسل إليه بشرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار المحال إليها في سند الشحن أن لا يكون للمرسل إليه أن يرفع دعواه مباشرة إلى المحاكم قبل الالتجاء إلى التحكيم{1}.

5 – إن توقيع الشاحن، الذي هو نفسه مستأجر السفينة على مشارطة الإيجار التي أحال سند الشحن على شرط التحكيم الوارد بها من أثره أن يلتزم المرسل إليه بهذا الشرط و لو كان سند الشحن خاليا

---

(1) - الطعن رقم 188 سنة 42، جلسة 1987/6/26، أشار إليه: **د/ أحمد محمود حسني**، مرجع سابق، ص 192، و ما بعدها.

(2) – لقد ورد في حكم لمحكمة النقض المصرية بتاريخ 1965/6/18، أنه " إذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى في نطاق سلطته الموضوعية إلى أن سند الشحن قد تضمن الإحالة إلى شرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار، و أن الطاعنة قد علمت بهذا الشرط في حينه، فإن مقتضى ذلك أن تلتزم به و لا يكون لها أن ترفع دعواها مباشرة إلى المحاكم قبل الالتجاء إلى التحكيم.

من توقيع الشاحن

6 – إن استلام المرسل إليه سند الشحن دون اعتراض منه و قيامه، بتنفيذ عقد النقل دون تحفظ يعد قرينة على القبول الضمني للشروط التي تضمنها سند الشحن سواء كانت شروطا عادية أو استثنائية بما في ذلك شرط التحكيم، رغم عدم توقيع الشاحن على سند الشحن.

المطلب الثاني

الحلول المقترحة من قبل القضاء الفرنسي في حل التعارض بين الغرفتين المدنية و التجارية لمحكمة النقض الفرنسية

إن موقف القضاء الفرنسي من مسألة نفاذ شرط التحكيم أو شرط الاختصاص القضائي – لأن ما يمكن قوله عن شرط الاختصاص القضائي Clause attributive de juridiction ينطبق على شرط التحكيم Clause compromissoire – في مواجهة حامل سند الشحن أو بصفة خاصة في مواجهة المرسل إليه، تخلله نوع من التضارب و التعارض و يتضح هذا من خلال القرارات الصادرة عن الغرفة التجارية "فرع أول " و المدنية "فرع ثاني " لمحكمة النقض الفرنسية. حيث أن الغرفة التجارية بقيت نظرتها متماشية مع السوابق القضائية الصادرة في هذا المجال، بينما الغرفة المدنية نظرا لقربها و إلمامها بقواعد القانون الدولي الخاص جعلها أكثر قربا إلى إعطاء الحلول المتماشية أو المتناسبة مع واقع التجارة الدولية عموما، و لكن بعيدا عن خصوصيات التجارة البحرية.

الفرع الأول

موقف الغرفة التجارية

إن الشروط المتعلقة بالولاية القضائية أو الاختصاص القضائي و التحكيم حسب هذه الغرفة لا تنتقل مع سند الشحن، و المحاكم الفرنسية في هذا المجال تتطلب الموافقة أو القبول الصريح من جانب المرسل إليه على هذا الشرط.

و بالتالي و حسب القضاء الفرنسي لكي ينفذ شرط التحكيم المدرج في سند الشحن في مواجهة المرسل إليه، إضافة على وجوب علمه بهذا الشرط التحكيمي لا بد من توافر شرط هام آخر و هو شرط الموافقة الصريحة أو القبول من طرف المرسل إليه طبعا.

و بتالي فإن قبول شروط العقد و من بينها شرط التحكيم من قبل الشاحن لا يشكل نيابة عن قبول المرسل إليه، بل يجب أن يكون قبول المرسل إليه لهذه الشروط متميزا و منفصلا عن قبول الشاحن لها.

و هذا حسب ما ورد في أحكام " Johny Two"{1} إن شرط التحكيم الوارد في سند الشحن لا يمكن أن يكون له أثر في مواجهة المرسل إليه أو المظهر الأخير لسند الشحن، و الذي لم يشارك في إنشائه و لم يكن على علم بهذا الشرط التحكيمي" .

و نفس الشيء بالنسبة لقرار«Stolt Osprey» فقد جاء بنفس المعنى و لكن أكثر دقة و تحديد، فقد ورد فيه أنه: " لكي يلتزم المرسل إليه بشرط التحكيم الوارد بسند الشحن، و ينفذ في مواجهته يجب أن يكون هذا المرسل إليه عالما بهذا الشرط و أن يقبل به بنفسه"{2}.

و هكذا فإذا كان الحكم المتوصل إليه بمقتضى قرار Johny Two ينص بأن شرط التحكيم لا يكون نافذا في مواجهة المرسل إليه بسبب عدم علمه به و عدم وروده في سند الشحن، فإنه في حكم Stolt Osprey تقرر بأن التزام المرسل إليه بشرط التحكيم متوقف على علم و قبول هذا الأخير بنفسه لشرط التحكيم.

و بعد وقت قصير من صدور حكم Stolt Osprey لسنة 1994، فإن محكمة النقض الفرنسية في 1995{3} فقد أوضحت بشكل أفضل أن :

« محكمة الاستئناف قد أصابت في قرارها بأن موافقة الشاحن على شرط التحكيم الوارد أو المدرج بسند الشحن، غير كافية لجعله نافذا في مواجهة المرسل إليه الذي لـم يوافـق عليـه بنفسـه ».

---

(1) - « Opposable au chargeur, la clause compromissoire du connaissement ne saurait avoir effet à l'égard du destinataire, dernier endossataire du connaissement, qui n'a pas participé à son établissement, dés lors qu'il ne ressort ni de ce document, ni du contrat de transport, aucun élément de nature à établir que le destinataire se serait soumis au connaissement.»

(2) - « Pour être opposable au destinataire, une clause compromissoire insérée dans un connaissement doit avoir été portée à sa connaissance et avoir été acceptée par lui…….»

- **Voir :** www.arbitrage-maritime.org - www.legifrance.gouv.fr

(3) - « Une Cour d'appel a énoncé à bon droit que l'acceptation par le chargeur de la clause compromissoire insérée au connaissement ne suffisait pas pour la rendre opposable au destinataire qui ne l'avait pas lui-même acceptée.»
Cass.com, 20 juin 1995, rev, arb, 1995, P622.

وفي حكم أخر صادر عن محكمة استئناف «DOUAI» في 2003{1} بقي الوضع فيه متماشيا مع الحل السابق، و لكن بصفة أعم نوعا ما لأن محكمة استئناف " DOUAI" في حكمها هذا لم تميز بين الشاحن و المرسل إليه، بحيث ترى أن:

" شرط التحكيم بحكم طبيعته و وفقا للقانون العادي يكون ملزما لكل طرف إذا ما قبله، بمعنى أن شرط التحكيم يكون نافذا في مواجهة أي من الطرفين إذا ما قبله و وافق عليه، بغض النظر عما إذا كان شاحنا أو مرسل إليه".

و هكذا يتضح لنا من خلال هذه الأحكام أن القضاء الفرنسي لا يشترط لنفاذ شرط التحكيم في مواجهة المرسل إليه، أن يكون هذا الأخير عالما به فقط و إنما يجب أن يوافق عليه و يقبله بنفسه و بصفة صريحة أيضا.

كما تقرر أيضا في سابقة قضائية أن قبول شرط التحكيم من قبل المرسل إليه،لا يمكن أن يتم من خلال قبول هذا الأخير لسند الشحن، فعلى سبيل المثال المرسل إليه حين يقبل سند الشحن الذي يشير إلى مشارطة الإيجار التي بدورها تضم شرط التحكيم، لا يجعل هذا الشرط نافذا في مواجهته.

في حكم لمحكمة استئناف باريس في 1988 {1}، حيث جاء فيه أن الإشارة في وثيقة الشحن إلى شروط و اشتراطات و استثناءات مشارطة الإيجار، حتى و إن حددت ضمنيا عن طريق الإشارة في

---

(1) - « Qu'une clause compromissoire, par nature exorbitante du droit commun, n'est opposable à une partie que si celle-ci l'a acceptée.»

- CA de DOUAI, 30 oct, 2003, DMF, mars 2004, n° 646, P, 253, n. P.DELEBECQUE

(2) -« La référence du connaissement aux modalités, conditions, facultés et réserves de la charte-partie, même s'il est précisé qu'elles sont incorporées au connaissement sans toutefois qu'elles y soient reproduites et qu'il soit établi que ce document y était annexé, ne suffit pas à rendre certaine l'acceptation, au moment de la réception de la marchandise, de la clause d'arbitrage par le porteur du titre. En conséquence, la clause d'arbitrage de la charte-partie lui est inopposable.»

- CA Paris, 13 janv. 1988, DMF, 1988, p 395.

وثيقة الشحن، لا تكفي للقول بقبول حامل هذا السند بشرط التحكيم في وقت استلام البضاعة، و بالتالي فإن شرط التحكيم المدرج في مشارطة الإيجار لا يكون نافذا.

في 1992 محكمة استئناف Aix-en-Provence{1} قررت أن: الإشارة الوحيدة لسند الشحن المشير إلى مشارطة الإيجار لا يجعل الشروط الواردة في هذه الأخيرة " مشارطة الإيجار" ، نافذة في مواجهة المرسل إليه.

و في نفس المعنى قضت محكمة استئناف Rouen{2} بأنه " لا يمكن نفاذ الشرط الوارد بمشارطة الإيجار على حامل سند الشحن الذي لم يوافق عليه أو يقبله بنفسه "

و علاوة على هذا فإن استخدام سند الشحن لاستلام البضاعة لا يشكل قبولا لشرط التحكيم و يستند هذا على سلسلة من الأحكام القضائية{3}، في حين أن هذه الأحكام تتعلق بشرط الاختصاص

---

(1) - « La seule référence du connaissement à une charte-partie ne rend pas les clauses de celle-ci opposables au destinataire de la marchandise.»

- **CA Aix-en-Provence, 10 dec. 1992, DMF 1994, p 53.**

(2) -« Le porteur du connaissement ne peut se voir opposer une clause de la charte-partie qui ne s'y trouve pas reproduite et qui n'a pas fait l'objet d'une acceptation certaine de sa part.»

- **CA Rouen, 14oct. 1993, DMF 1994, P 381.**

(3) - Dans l'arrêt *Chang-Ping*, la Cour de cassation dit sans aucune équivoque qu' « une clause attributive de compétence territoriale n'est opposable au destinataire de la marchandise que s'il l'a expressément acceptée, la seule détention du connaissement ne constituant pas la preuve d'une pareille acceptation ».

- **Cass. Com, 16 janv 1996, D.M.F 1996, p 393**.

  La même fermeté a été exprimée en 1996 dans une décision de la Chambre commerciale selon laquelle « tirant l'acceptation d'une clause attributive de juridiction par le chargeur de la seule utilisation du connaissement par les subrogés du destinataire pour obtenir une indemnisation après l'exécution du contrat, le transporteur ne rapportait pas la preuve de l'acceptation de la clause par le destinataire ».

  -Cass. Com, 15 Oct 1996, Navire Köln Atlantic, D.M.F, 1997, p 705.

القضائي " clause attributive de compétence " لكن ليس هناك شك في أن ما يقال على شرط الاختصاص القضائي يقال أو يطبق على قبول شرط التحكيم.

لقد أكدت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية أن شرط الاختصاص القضائي لا ينتقل تلقائيا في القانون الفرنسي مع سند الشحن، وهذا بمقتضى القرار التالي:

1- « قـــــــرار السفينة pella »

فقد قضت مؤخرا الغرفة التجارية في القرار الصادر لها بتاريخ 2003/03/04{1} على أنه " لا يستنتج من أي نص في القانون الداخلي أن حامل سند الشحن بقبوله تسليم البضاعة يكون قد خلف الشاحن في حقوقه و التزاماته... " و هكذا فمن أجل نفاذ شرط الاختصاص القضائي على المرسل إليه، يجب على هذا الأخير أن يقبله بنفسه في وقت سابق على التسليم.

و هذا الحل لا يخص فقط شرط الاختصاص القضائي و إنما ينطبق أيضا على شرط التحكيم، و في هذا المجال وضعت محكمة النقض المبدأ القائل بأنه : « من أجل نفاذ شرط التحكيم الوارد في سند الشحن على المرسل إليه، يجب أن يكون عالما به، كما يجب أن يقبله بنفسه في وقت سابق على تسليم البضاعة »{2}.

- Enfin, cette même opinion a été corroborée en 1998 par l'arrêt *Silver Sky*. Dans cette affaire, la Haute juridiction précise que « la clause de compétence figurant au Connaissement doit faire l'objet d'une acceptation spéciale de la part du destinataire, laquelle ne résulte pas de l'accomplissement sans réserves du connaissement ».
  Cass. Com 8 dec 1998, D.M.F 1999, p 1007

(1) « Qu'il ne résulte d'aucun texte de droit interne que le porteur du connaissement, en acceptant la livraison de la marchandise, succède aux droits et obligations du chargeur découlant de la clause attributive de juridiction acceptée par celui-ci »

- **Cass. Com., 4 mars 2003, DMF, 2003, p. 638, note P. Delebecque, Rev. Crit. Dr ; Int. Priv., 2003, p. 286, note P. Lagarde.**

(2) - «Pour être opposable au destinataire, une clause compromissoire insérée dans un connaissement doit avoir été portée à sa connaissance et avoir été acceptée par lui, au plus tard au moment où, recevant livraison de la marchandise, il a adhéré au contrat de transport»

2 - قرار السفينة Aptarimer « تـأكيد موقـف الغرفة التـــجاريـــة[1] »

يتعلق هذا القرار بعملية نقل بحري للبضائع على متن سفينة Aptarimer و التي تقوم بها شركة Aptoma بصفتها ناقلا بحريا، إلا أن هذه البضائع قد أصابها بعض التلف، فشركة التأمين بعد تعويض المرسل إليه، حلت محله في حقوقه و رجعت على الناقل بناءا على مسؤوليته، حيث رفعت شركة التأمين دعوى على الناقل أمام المحكمة التجارية لباريس، إلا أن الناقل ادعى بعدم اختصاص المحكمة التجارية لباريس على أساس أن الاختصاص القضائي يعود لمحاكم دولة السفينة.

إلا أن ادعائه قد رفض في الاستئناف لأن المحكمة توصلت إلى أنه هناك موافقة و قبول بشرط الاختصاص القضائي الذي يمنح الاختصاص للمحكمة الفرنسية، مما يجعله نافذا على شركة التأمين.

و هكذا نرى أن موقف الغرفة التجارية دقيق و حازم في مسألة اشتراط القبول أو الموافقة الصريحة، من قبل المرسل إليه – أو حامل سند الشحن – لشرط الاختصاص القضائي أو شرط التحكيم، حتى يسري في مواجهته. فهي تؤمن باستقلالية هذا الشرط عن وثيقة الشحن لأن قبول هذه الوثيقة حسب رأي الغرفة التجارية غير كافي للقول بقبول شرط الاختصاص أو شرط التحكيم و إنما تتطلب موافقة خاصة بشأنه.

- Cass. Com., 29 novembre 1994, DMF, 1995, p.200 note P. Bonassies ; DMF, 1995, p. 218, note Y. Tassel ; Cass. Com., 20 juin 1995, Rev Arb., 1995, p.622 ; Cass. Com., 14 novembre 2000, Rev. Arb., 2001, p. 559, note C. Legros ; CA Rouen, 8 octobre 2002, DMF, 2003, p. 537, note Y. Tassel ; CA Douai, 30 octobre 2003, DMF, 2004, p. 253, note P. Delebecque.

(1)- Cass. Com., 25 juin 2002, D.M.F 2003, p.41, obs. Ph. Delebecque

الفرع الثاني

موقف الغرفة المدنية

إن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية و بعكس ما ذهبت إليه الغرفة التجارية، فهي تعتمد أكثر على أممية سند الشحن و خاصة فيما يتعلق بالشروط المتعلقة بالاختصاص القضائي و التحكيم، الواردة في هذا السند، فهي ترى أن هذه الشروط تعتبر جزء من تكوين هذا العقد و بالتالي فهي قابلة للتطبيق إبتداءا من قبول سند الشحن.

1- قـــــــرار السفـــــــينة Bonastar {1}

في هذه القضية تم بيع شحنة من حبوب الكاكاو إلى شركة سويسرية " المرسل إليه " ، و قد تم تحميلها في ميناء Sulawesi على متن سفينة Bonastar ll إلى ميناء سنغافورة، sociétés Shipping et Unison Shipping هم الشركات الناقلة، و قد تم تضمين سند الشحن شرط يعطي الاختصاص إلى المحاكم في سنغافورة، عند تضرر البضاعة شركة التأمين بعد تعويض المرسل إليه حلت محله في حقوقه، و رفعت دعوى أمام المحكمة التجارية لباريس، إلا أنها قضت بعدم الاختصاص.

كما أيدت محكمة استئناف باريس{2} في حكمها الصادر في 1999/09/09 عدم اختصاص المحكمة الفرنسية على أساس أن الاختصاص يعود إلى محاكم سنغافورة، و هذا استنادا على البند الوارد في سند الشحن و الذي يعطي الاختصاص لهذه المحاكم. و بهذا نصت محكمة النقض{3} على أن " إدراج شرط يعطي الاختصاص للقضاء الأجنبي في عقد دولي، هو جزء من هذا العقد و بالتالي يطبق على شركات التأمين " .

---

(1) - Cass. Civ., 12 juillet 2001, navire Bonastar II, *D.M.F*. 2001, p.995, obs. Ph ; Delebecque .

(2) - C.A. Paris, 9 septembre 1999, navire Bonastar II, D.M.F. 1999, p.829, obs. P-Y. Nicolas.

(3) - « l'insertion d'une clause de juridiction étrangère dans un contrat international fait partie de l'économie de celui-ci, de sorte qu'elle s'impose à l'assureur subrogé ».

- Cass. Civ., 12 juillet 2001, navire Bonastar II, *D.M.F*. 2001, p.995 .

إن المعارضة بين غرفتي محكمة النقض الفرنسية، تبرز مرة أخرى و بشكل أفضل من خلال القرار الصادر عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض في 8/أكتوبر/2003{1}.

و تتلخص وقائع هذه القضية في أنه: عند وصول الرحلة البحرية، لوحظ نقص في شحنة الأرز المنقولة، المرسل إليه هنا و هو الشركة الحاملة لسند الشحن، طالبت بحقوقها نتيجة النقص في شحنة الأرز المتفق عليها و ذلك بسبب الأداء الضعيف لعقد النقل، و التمست التعويضات التي دفعتها شركة التأمين.

فشركة التأمين و بعد تعويض أصحاب الحقوق على البضاعة، قامت برفع دعوى قضائية " دعوى الرجوع " أمام المحكمة التجارية لباريس، ضد كل من ربان السفينة، المجهزين، و سلطات ميناء الوصول.

إلا أن المجهز دفع بعدم الاختصاص، استنادا على شرط التحكيم، و هو الاستثناء الذي قبلته المحكمة التجارية، و ننوه أن هذا الشرط لم يكن ظاهرا في عقد النقل بحد ذاته، و لكن في عقد إيجار السفينة بالرحلة. و لكن على النقيض من ذلك محكمة استئناف باريس أعادت الاختصاص إلى المحكمة التجارية، و قررت أو أعلنت عدم نفاذ شرط التحكيم على المؤمنين، و مرة أخرى المجهز يطعن بالنقض، و لكن طعنه يرفض من قبل الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية التي تؤيد قرار محكمة الاستئناف، و تقرر بأن: " شرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار لا يطبق "{2}.

هذا الحل المتوصل إليه من قبل الغرفة التجارية يختلف عن وجهة نظر الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية، الذي ورد في قضية مماثلة و قد قررت هذه الغرفة أن شرط التحكيم ينفذ في حق كل من المرسل إليه و كذا في حق الغير حامل السند.

---

(1)- Cour de cass, 8 October 2003, Navire *M/V , jhelm,* DMF 2006.

(2) - « justement décidé que la clause compromissoire qui figure sur la charte-partie n'avait pas à s'appliquer »

- Cour de cass, 8 octobre 2003, DMF 2006.

و في القرار الصادر بشأن قضية السفينةLindos{1} حيث أتت وقائعها مماثلة للوقائع الخاصة بالقضية الصادر القرار بها في 8 أكتوبر 2003، و المذكورة في الفقرة السابقة. حيث تلاحظ المحكمة أنه إذا حملت سندات الشحن العبارة الكلاسيكية التالية: " جميع الشروط و الأحكام، الحريات و الاستثناءات الخاصة بمشارطة الإيجار، المؤرخة في الصفحة التالية تكون متممة لسند الشحن "{2}.

ورفضت استثناء عدم الاختصاص, ملاحظة أن شرط التنازع لا يعين صراحة المحكمين و هذا بعكس ما فرضته مقتضيات المقاطع " 1492 " و " 1493 " من التقنين الجديد للإجراءات المدنية الفرنسي .

بالنسبة لهذه المحكمة كل سندات الشحن تعتمد على مشارطة الإيجار، بحيث يمكن أن تحدد فيها أحكام " الدولة، البلد، إجراء تعيين المحكمين، و القانون المطبق. و حيث المرسل إليهم في هذه القضية استطاعوا التعرف على شرط التحكيم، بمجرد التفريغ و من خلال الخبرات التي قدمت لهم. أما بالنسبة لهيئات التأمين المحال إليهم لم يتمكنوا من الاعتماد على عدم وجود الموافقة الصريحة لتطبيق هذا الشرط، و هذا على اعتبار أنه من المعتاد أن يكون شرط التحكيم الدولي، مدرجا في عقد النقل البحري الدولي.

و من أجل تبرير نفاذ شرط التحكيم بالنسبة للمرسل إليه، محكمة النقض الفرنسية، تلاحظ أولا بأن القرار المطعون فيه كان قد اعتمد على أن سند الشحن المشار إليه في مشارطة الإيجار، يسمح بتحديد عناصر التحكيم " الدولة، البلد، الإجراءات المطبقة " كما لاحظت أن قاضي الاستئناف قد توصل بأن المرسل إليهم في قضية الحال استطاعوا التعرف على شرط التحكيم بمجرد التفريغ، و بموجب الخبرات المعتادة و بأن المؤمنين المحال إليهم لا يستطيعون التمسك بعدم نفاذ الشرط و هذا على أساس أنه من المعتاد بأن شرط التحكيم الدولي يكون مدرجا في عقد النقل البحري الدولي، و بالتالي فالقاضي قد أسس شرعيا قراره.

---

(1) -Cass, Civ, 1ére ch. Navire Lindos, DMF 2006.

(2) -« all terms and conditions, liberties and exceptions of the Charter Party, dated as overleaf, are herewith incorporated ».

و في هذا المجال يرى الأستاذ M. Bonassies{1} أنه ليس صحيحا القول بأن جرت العادة على أن شرط التحكيم الدولي يكون مدرجا في عقد النقل البحري الدولي، بل بالعكس إذا ورد شرط الاختصاص القضائي في أغلب سندات الشحن، فإنه من النادر جدا قراءة شرطا حقيقيا للتحكيم في سندات الشحن خاصة في النقل الدولي. و كل ما نستطيع قراءته و في بعض السندات فقط هو شرط أو عبارة تحيلنا نوعا ما و بوضوح إلى شرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار.

عندما يتعلق الأمر بشرط التحكيم بالإشارة{2} clause d'arbitrage par référence و حتى يسري هذا الشرط في مواجهة الطرف المعني فيجب أن يعلم به هذا الأخير و يوافق عليه موافقة صريحة.

و هكذا نتوصل إلى أن الحلول التي قدمها القضاء الفرنسي من خلال الغرفة المدنية و التجارية لمحكمة النقض كانت متناقضة و متعارضة، حيث أن الغرفة التجارية لها قواعد و شروط دقيقة و صارمة في مجال نفاذ شرط التحكيم أو شرط الاختصاص القضائي في حق المرسل إليه أو الغير حامل سند الشحن، بحيث تشترط ضرورة العلم و القبول الخاص بهذا الشرط، أما الغرفة المدنية فرغم بعدها عن

---

(1) -« Il n'est pas exact de dire « *qu'il est habituel qu'une clause d'arbitrage international soit insérée dans un contrat de transport maritime international* ». Tout au contraire, si une clause de compétence judiciaire figure dans la plupart des connaissements, il est très rare de lire une véritable clause d'arbitrage dans les connaissements couvrant un transport international. Tout ce que l'on peut y lire, et seulement dans certains d'entre eux, c'est une clause, ou une mention, renvoyant plus ou moins clairement à la clause d'arbitrage de la charte partie signée entre le fréteur (inconnu en tant que tel du destinataire) et l'affréteur. Mais, s'agissant alors d'une *clause d'arbitrage par référence*, le consentement de la partie à laquelle elle est opposée doit s'apprécier avec une particulière exigence».

- **Cass. Civ. 1ère ch. Navire Lindos obs. P. Bonassies, DMF 2006**

(2) - شرط التحكيم بالإشارة كما رأينا سابقا هو ذلك الشرط الذي يرد في العقود المتداخلة و المرتبطة ببعضها، مثل سندات الشحن و مشارطة الإيجار خاصة و أنه في أغلب الأحيان لا يتضمن سند الشحن شرطا للتحكيم ضمن بنوده، و إنما يتضمن إحالة أو إشارة خاصة إلى شرط التحكيم الوارد بمشارطة إيجار السفينة.

واقع و خصوصيات التجارة البحرية إلا أن حلولها كانت الأقرب لهذا الواقع التجاري الدولي، فهي تأخذ بمبدأ قبول كل السند أو بمعنى أدق قبول سند الشحن يعتبر بمثابة قبول للشروط الواردة فيه و من بينها شرط التحكيم أو شرط الاختصاص القضائي.

* قرار السفينة Delmas Mascareignes نـــــــــــهاية التعارض و بداية التوحيد

بعد التعارض الذي شهدته الغرفة التجارية و المدنية لمحكمة النقض الفرنسية حول مسألة نفاذ شرط التحكيم في مواجهة المرسل إليه في عقد النقل البحري للبضائع، سواء كان هذا الشرط واردا في سند الشحن أو عن طريق الإشارة في هذا الأخير " سند الشحن " إلى مشارطة إيجار السفينة المتضمنة هذا الشرط.

حيث أن الغرفة التجارية كانت تأخذ بشكلية سند الشحن و ضرورة ورود هذا الشرط فيه و كذا القبول الصريح من قبل المرسل إليه أو حامل السند. أما الغرفة المدنية و رغم بعدها عن واقع التجارة البحرية الدولية كما رأينا إلا أن حلولها كانت الأقرب إلى الواقع و أكثر تماشيا مع متطلبات هذه التجارة، بحيث أنه أخذت بمبدأ " كل السند " أو بمعنى أممية سند الشحن أي أن قبول المرسل إليه لسند الشحن يعتبر بمثابة قبوله لشرط التحكيم أو شرط الاختصاص القضائي الوارد فيه.

إلا أنه و مؤخرا بمقتضى صدور قرار عن الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية و قرار آخر عن الغرفة المدنية بتاريخ 2008/12/16 في قضية السفينة **Delmas Mascareignes**{1} قد انتهى التعارض الذي عرفته الغرفتين و ظهرت بوادر التوحيد في الحلول، حيث تقرر في قضية الحال أنه حتى يسري أو ينفذ شرط التحكيم و كذا شرط الاختصاص القضائي في مواجهة المرسل إليه أو حامل سند الشحن، يجب أن يكون هذا الأخير عالما بهذا الشرط التحكيمي و أن يقبله بنفسه و بصفة صريحة .

الخاتمة

لقد تعرضت في هذه الدراسة لموضوع شرط التحكيم في المنازعات البحرية، و مدى سريان هذا الشرط في مواجهة المرسل إليه، و هذا في عقد النقل البحري بطبيعة الحال.

و لهذا فقد قام البحث على محوريين رئيسيان:

حيث أن المحور الرئيسي الأول الذي قامت عليه المذكرة هو خاص **بشرط التحكيم**، فمن خلال هذا الجزء تعرضت لتعريف اتفاق التحكيم البحري و توصلت إلى أنه " الاتفاق الذي يتعهد بمقتضاه أطراف العلاقة البحرية على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو ستنشأ مستقبلا عن هذه العلاقة إلى التحكيم " و هكذا فأن اتفاق التحكيم البحري يأخذ إحدى الصورتين، إما صورة مشارطة تحكيم أو صورة شرط التحكيم، حيث تعرف مشارطة التحكيم بأنها اتفاق أطراف العلاقة البحرية في عقد مستقل على عرض المنازعات التي نشأت بالفعل على التحكيم، و تستخدم هذه الصورة في حالات المساعدات البحرية و الإنقاذ و تسوية الخسارات البحرية المشتركة و التصادم البحري و غيرها...

أما شرط التحكيم فهو الصورة الثانية لاتفاق التحكيم البحري، حيث يتفق أطراف العلاقة البحرية بناءا على نص صريح و واضح في العقد المبرم بينهما على عرض الأنزعة التي قد تنشأ مستقبلا عن هذه العلاقة على التحكيم، و هذه الصورة تستخدم خاصة كما رأينا سابقا في عقود النقل البحري سواء تم بسند شحن أو بموجب مشارطة إيجار، و في عقود التأمين و البيع البحري و عقود بناء السفن .....و غيرها.

و تعرضنا أيضا لنوعي التحكيم البحري المؤسسي و الحر، " أو بعبارة أدق النوعي الذي يظهر فيهما شرط التحكيم خاصة " و رأينا أن معيار التفرقة بينهما يكمن في أن النوع الأول يتمثل في وجود عنصرين هامين لو تخلف أحدهما كنا أمام تحكيم حر، و يتمثل العنصر الأول في وجود مركز تحكيم دائم بأجهزته العضوية و التنظيمية من محكمين و لوائح تحكيمية، أما العنصر الثاني فيتمثل في وجود أجهزة إدارية و سكرتارية لتنظيم و إدارة العملية التحكيمية، و الإشراف عليها منذ تلقي طلبات التحكيم و حتى إصدار قرار هيئة التحكيم، و توصلنا إلى أن غرفة التحكيم البحري بباريس و المنظمة الدولية للتحكيم البحري و غرفة اللويدز للتحكيم البحري، تتمتع بنظام التحكيم البحري المؤسسي، أما

أما بخصوص متطلبات وجود و صحة هذا الشرط التحكيمي، فقد تم دراسة كل من الشروط الشكلية و الموضوعية لصحة شرط التحكيم، فالشروط الشكلية تتمثل خاصة في شرط الكتابة اللازمة لانعقاد شرط التحكيم، أما الشروط الموضوعية فهي نفس الشروط الواجب توافرها في كافة العقود من تراضي بين أطراف شرط التحكيم المتمتعين بأهلية أو سلطة إبرام هذا الشرط و كذا المحل المتمثل في المنازعة المعروضة على التحكيم إضافة إلى شرط السبب.

كما تعرضنا بالدراسة لنقطة مهمة جدا و تظهر بوضوح في بحثنا هذا و هي " الإحالة " حيث نجد أن العقد المبرم بين أطراف العلاقة البحرية و هو سند الشحن و الذي نشأت المنازعة بمناسبته لا يتضمن شرط التحكيم، في حين أشار أو أحال هذا العقد إلى تطبيق شروط عقد أخر قائم بين الأطراف و هو مشارطة الإيجار و ذلك للتداخل و الارتباط بينهما مع وجود هدف واحد مشترك بينهما يتمثل في سلامة وصول البضاعة، و لهذا فمن الضروري البحث في الموضوع الخاص بمدى تأثير شرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار على العلاقات الناشئة عن سند الشحن الذي يحيل إليها، و ما تأثير هذه الإحالة الواردة في سند الشحن إلى شروط مشارطة الإيجار على رضا الشاحن أو الغير حامل سند الشحن أو المرسل إليه ....إلخ ممن لم يكونوا أطرافا في مشارطة الإيجار المحال إليها، و هل تكفي هذه الإحالة لتوفير الرضا في حق هؤلاء؟ و هل يشترط توافر شكل خاص أو صيغة خاصة و معينة لتلك الإحالة؟

و قد توصلنا إلى أنه لكي يعتد بالإحالة و تعطي نتائجها المطلوبة يجب توافر عدة شروط من بينها:

1- أن تكون هناك إشارة واضحة أو إحالة صريحة أو ضمنية في العقد الذي نشأ النزاع حوله و ذلك إلى عقد آخر يشتمل على شرط التحكيم.
2- أن تكون كلمة الدمج واضحة و ملائمة و تشمل صراحة على شرط التحكيم.
3- أن تكون كلمة شرط التحكيم ملائمة و مناسبة و تغطي الأنزعة التي نشأت عن العقد المطلوب دمجها فيه.
4- أن لا يكون هناك تعارض أو تناقض بين شرط التحكيم و بين موضوع العقد الذي نشأ النزاع حوله، أو تعارض بين كلمات شرط التحكيم ذاته.

و بعد ذلك رأينا المقصود باستقلالية شرط التحكيم، هو أن بطلان هذا الشرط يجب أن لا يؤثر في العقد الذي يتضمنه، كما أن مبدأ الاستقلالية يعطي المحكم سلطة النظر في اختصاصه و هذا ما يعرف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص، و أخيرا فليس بالضرورة أن يكون القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي هو نفسه القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم. كما عمدنا على التمييز بين شرط التحكيم باعتباره عقدا يتفق بمقتضاه أطراف العلاقة البحرية على فض ما قد يثور بينهم من منازعات بمناسبة عقد النقل البحري بواسطة التحكيم، عن غيره من النظم التي قد تتشابه أو تختلط معه كعقد الصلح أو الوساطة و التوفيق، و كذا الوكالة و الخبرة إضافة إلى عقد التحكيم المبرم بين المحكمين و الخصوم.

أما المحور الثاني الهام في هذه الرسالة فهو:

بخصوص **المركز القانوني للمرسل إليه و مدى التزامه بشرط التحكيم**، و قد رأينا دون أدنى شك مدى أهمية هذا الموضوع و الذي يثير مسألة فقهية و قضائية كبيرة، فقد كانت هناك حاجة هامة و ملحة تفرض وضع تصور منطقي و سليم لعلاقات المرسل إليه المتداخلة و المتشعبة إلى حد كبير بالنسبة لنقل البضائع بحرا، و هي دراسات تمثل قلب القانون البحري خاصة و أن هناك جانبا كبيرا من هذه العلاقات تركها المشرع لتفسيرات و اجتهادات القضاء، و لم يتدخل بنصوص حاسمة كما فعلت تشريعات في بعض دول بحرية أخرى ليقرر رجوع مباشر بين المرسل إليه و أطراف العلاقات العقدية التي تحيط به من خلال حركة البضاعة من ميناء القيام و حتى تسليمها إليه في ميناء الوصول. و قد أدى هذا الأمر إلى احتدام الخلاف بشأن الأساس القانوني لعلاقات المرسل إليه المركبة من العديد من الأشخاص.

و قد رأينا أن هذه العلاقات يظهر فيها المرسل إليه في أغلب الأحوال كطرف ثالث يبحث عن أساس قانوني منطقي و سليم لتبرير العلاقات القانونية المباشرة التي يمكن أن تقوم بينه و بين أشخاص آخرين لا تربطهم في الواقع علاقة عقدية و إنما هو من الغير بالنسبة لهم.

أيضا رأينا أن تحديد ما إذا كان المرسل إليه غيرا أم طرفا له أثره المباشر على مسألة قوة سند الشحن في الإثبات ذلك أن السند له حجية مطلقة في الإثبات لصالح الغير الذي يجوز له التمسك بالبيانات الواردة فيه، أو إثبات عكسها بحسب الأحوال وفقا لمصلحته، أما الأطراف في هذا السند فلا يجوز لهم إثبات عكس بياناته في مواجهة الغير حسن النية، و لكن يجوز لهم في العلاقة بينهم إثبات خلاف الدليل المستخلص من سند الشحن و خلاف ما ورد به من بيانات.

و في هذا الجزء من البحث رأينا أنه عند تفسير علاقة ثلاثية مركبة فإنه يبرز على السطح مبدأ " نسبية أثر العقود " كعقبة قانونية عند تبرير أي تفسير لمثل هذه العلاقات الثلاثية المركبة، أو بعبارة أدق فإن معنى هذا المبدأ هو عدم انصراف ما يرتبه العقد من حقوق و التزامات إلى غير عاقديه كقاعدة عامة.

أما بالنسبة لتحديد الأساس القانوني لمركز المرسل إليه في عقد النقل البحري، فهو موضوع ذا أهمية بالغة و له نتائجه العملية و القانونية، و قد كان الفقه و القضاء قد استقر فترة طويلة على الاعتراف بحق خاص للمرسل إليه في مواجهة الناقل مباشرة رغم أنه ليس من أطراف عقد النقل البحري، حيث من حق المرسل إليه مقاضاة الناقل و مطالبته باستلام البضاعة و بالتعويض عن الهلاك أو التلف، كما أنه من ناحية أخرى يلتزم بدفع الأجرة إذا لم يكن الشاحن قد دفعها من قبل، كما يلتزم أيضا بالشروط الواردة في سند الشحن و من بينها شرط التحكيم، و لكن على أي أساس أو ما هو الأساس القانوني لهذا المركز؟

هذا و قد رأينا من خلال هذا البحث أنه لم تسلم أي من النظريات التقليدية التي حاولت إيجاد أساس قانوني لمركز المرسل إليه من النقد، و أن كل المحاولات التي بذلت لبيان الأساس القانوني لمركز المرسل إليه في عقد النقل البحري قد أخفقت من جهة أو أخرى.

و هكذا توصلنا إلى عدم إمكانية الركون لأي نظرية من النظريات التي قيلت بشأن المركز القانوني للمرسل إليه، باستثناء نظرية النفاذ أو سريان العقود التي يمكن أن تشكل أساسا منطقيا لمركز المرسل إليه في عقد النقل البحري، ووفقا لمفهوم النفاذ أو السريان أيضا يتوفر الشرط الهام في هذا المجال ألا و هو شرط " العلم " و المؤدي إلى نفاذ أو سريان شرط التحكيم في مواجهة المرسل إليه، و إلزامه باحترامه إذا ما تداعى صاحب المصلحة في ذلك.

و بما أن مسألة الأساس القانوني لمركز المرسل إليه و أساس التزامه بشرط التحكيم هي من المسائل التي تثير إشكالات فقهية و قضائية بسبب عدم تدخل المشرع بنصوص حاسمة بشأنها، و بما أنها متروكة لاجتهادات القضاء فقد فضلت التطرق لأهم الحلول أو النتائج القضائية المتوصل إليه في هذه المسألة، و ذلك في كل من القضاء الجزائري و المصري، و كذا الحلول المقترحة من القضاء الفرنسي و خاصة على ضوء التضارب الحاصل بين الغرفتين المدنية و التجارية لمحكمة النقض الفرنسية.

و قد توصلنا إلى أن الاجتهاد القضائي في الجزائر جد قليل في هذه المسألة باستثناء القرار الصادر عن المحكمة العليا و الذي يجعل من المرسل إليه طرفا في عقد النقل و هذا عند الإشارة لهذا العقد في وثيقة الشحن، أما محكمة النقض المصرية فقد استقر قضائها على التزام المرسل إليه بشرط التحكيم

1- اعتبار المرسل إليه طرفا في سند الشحن .

2- موافقة المرسل إليه الضمنية بسند الشحن و بما جاء فيه.

هذا عن القضاء الجزائري و المصري أما بالنسبة للقضاء الفرنسي، فبعد التعارض و التضارب الذي طال غرفتي محكمة النقض الفرنسية حيث أن الغرفة التجارية لها قواعد و شروط دقيقة و صارمة في مجال نفاذ شرط التحكيم أو شرط الاختصاص القضائي في حق المرسل إليه أو الغير حامل سند الشحن، بحيث تشترط ضرورة العلم و القبول الخاص بهذا الشرط، أما الغرفة المدنية فرغم بعدها عن واقع و خصوصيات التجارة البحرية إلا أن حلولها كانت الأقرب لهذا الواقع التجاري الدولي، فهي تأخذ بمبدأ قبول كل السند أو بمعنى أدق قبول سند الشحن يعتبر بمثابة قبول للشروط الواردة فيه و من بينها شرط التحكيم أو شرط الاختصاص القضائي إلا أنه بمقتضى القرارات الأخيرة الصادرة في هذا المجال انتهى التعارض و بدأت بوادر التوحيد في الظهور ، حيث تقرر أنه حتى يسري أو ينفذ شرط التحكيم و كذا شرط الاختصاص القضائي في مواجهة المرسل إليه أو حامل سند الشحن، يجب أن يكون هذا الأخير عالما بهذا الشرط التحكيمي و أن يقبله بنفسه و بصفة صريحة .

و هكذا أكون قد انتهيت من بحثي هذا راجية من المولى " عز وجل " أن يوفقني و يوفق الجميع إلى الخير و الصواب. كما أستسمحكم عما يمكن أن تجدوه في هذا البحث من إطالة أو تقصير أو أخطاء.

و الله ولي التوفيق

قائمة المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية:

1- الكتب العامة :

1– **د/ أحمد أبو الوفا**، التحكيم الاختياري و الإجباري، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، 2000.

2– **د/ أحمد الفزايري أمال**، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم الدولي الخاص، منشأة المعارف، مصر 1993.

3 – **د/ أحمد حسني**، البيوع البحرية، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، طبعة 1983.

4 – **د/ أحمد حسني**، التعليق على نصوص اتفاقية " هامبورغ "، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 1998.

5 –**د/ أحمد حسني**، عقود إيجار السفن، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 1985.

6 - أحمد محمود حسني، قضاء النقض البحري، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الرابعة 2007.

7 – **د/ أحمد مليجي**، قواعد التحكيم في القانون الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الكويت، الطبعة الأولى، 1996.

8 – **د/ إبراهيم أحمد إبراهيم**، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الثالثة، 2000.

9 – **د/ جميل الشرقاوي**، الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976.

10– **د/ جميل الشرقاوي**، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.

11 – **د/ حسن المصري**، التحكيم التجاري الدولي "دراسة مقارنة"، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.

12 – **د/ حفيظة السيد الحداد،** الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2001.

13 – **د/ حفيظة السيد الحداد،** العقود المبرمة بين الدولة و الأشخاص الأجنبية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة 1996.

14 – **د/ حفيظة السيد الحداد،** الموجز في النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2004.

15 – **د/ حمدي الغنيمي،** القانون البحري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية بالجزائر، 1988.

16 – **د/ دربال عبد الرازق،** الوجيز في مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر 2004.

17 – **د/ راشد سامية،** التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول اتفاق التحكيم، منشأة المعارف، مصر 1984.

18 – **د/ سراج حسين محمد أبو زيد،** التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2000.

19 – **د/ سميحة القليوبي،** القانون البحري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1987.

20 – **د/ صالح بن عطاف العوافي،** المبادئ القانونية في صياغة عقود التجارة الدولية، مركز البحوث و الدراسات الإدارية 1998.

21 – **د/ طالب حسين موسى،** الموجز في قانون التجارة الدولية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن 1997.

22– **د/ عباس حلمي،** القانون البحري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1993.

23– **د/ عبد الحميد الأحدب،** التحكيم أحكامه و مصادره، الجزء الأول، دار نوفل، بدون طبعة و بدون سنة النشر.

24 – **د/ عبد الحميد الأحدب،** موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الثاني، دار المعارف، 1998.

25– **د/ عبد الحميد الشواربي**، التحكيم و التصالح في الفقه و التشريع، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر 1997.

26– **د/ عبد الحي حجازي**، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، 1982.

27– **د/ عبد الرازق أحمد السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع، المجلد الأول، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

28–**عبد المنعم الصدة**، شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بدون سنة النشر.

29– **د/ عدلي أمير خالد**، عقد النقل البحري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، بدون سنة النشر.

30– **د/ عزمي عبد الفتاح عطية**، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى، 1990.

31– **د/ علي البارودي**، العقود و عمليات البنوك التجارية، الطبعة الثانية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر 1968.

32– **د/ عليوش قربوع كمال**، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2001.

33– **د/ فوزي محمد سامي**، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن، 1997.

34– **د/ كمال إبراهيم**، التحكيم التجاري الدولي، حتمية التحكيم و حتمية قانون التجارة الدولية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر 1991.

35–**د/ محمد السيد عمر التحيوي**، أنواع التحكيم و تمييزه عن الصلح و الوكالة و الخبرة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر 2000.

36– **د/ محمد صبري السعدي**، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، العقد و الإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، 2004، دار الهدى عين مليلة الجزائر.

37– **د/ محمد كمال حمدي**، عقد الشحن و التفريغ في النقل البحري، منشأة المعارف، بدون سنة النشر.

38– **أ/ محمد كولا**، تطور التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، دار بغدادي للطباعة و النشر و التوزيع، الرويبة الجزائر، 2008.

39– **د/ محمود جمال الدين زكي**، الوجيز في مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الثالثة 1978.

40– **د/ محمود سمير الشرقاوي**، القانون البحري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الطبعة الثانية، 1992.

41– **د/ محمود محمد هاشم**، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية و التجارية، الجزء الأول، دار الفكر العربي، 1990.

42– **د/ مختار أحمد بريري**، التحكيم التجاري الدولي، دراسة خاصة للقانون المصري الجديد بشأن التحكيم في المواد المدنية و التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر1995.

43– **د/ مصطفى الجمال + د/ عكاشة عبد العال**، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1998.

44– **د/ مصطفى كمال طه**، أساسيات القانون البحري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان.

45– **د/ مصطفى كمال طه**، القانون البحري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر 2000.

46– **د/ منير عبد المجيد**، الأسس العامة للتحكيم الدولي، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 2000.

47 - **د/ منير عبد المجيد**، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي و الداخلي في ضوء الفقه و قضاء التحكيم، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر 1997.

48– **د/ منير عبد المجيد**، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر، 1995.

49– **د/ ناريمان عبد القادر**، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم المصري في المواد المدنية و التجارية رقم 1994/27، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 1996.

50– **د/ نبيل أحمد حلمي،** التوفيق كوسيلة لحل المنازعات الدولية في القانون العام، دار النهضة العربية، القاهرة مصر، 1983.

51– **د/ نبيل إسماعيل عمر،** التحكيم في المواد المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2004.

52– **د/ ياسين محمد يحي،** عقد الصلح بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني، دراسة مقارنة فقهية و قضائية و تشريعية، دار الفكر العربي، القاهرة مصر 1978.

2- الكتب الخاصة

1 - **د/ عاطف ألفقي،** التحكيم في المنازعات البحرية " دراسة مقارنة للتحكيم البحري في لندن و نيويورك و باريس مع شرح أحكام قانون التحكيم المصري في المواد المدنية و التجارية "، دار النهضة العربية القاهرة، مصر 1997.

2– **د/ عباس المصري،** المركز القانوني للمرسل إليه في عقد النقل البحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2002.

3– أ/ **عبد الحميد محمد الحوسنى،** التحكيم البحري وفقا لقانون الإجراءات المدنية الإماراتي و القانون المصري و الاتفاقيات الدولية، دار الجامعة الجديدة، مصر2007.

4– **د/ علي الطاهر ألبياتي،** التحكيم التجاري و البحري، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن، 2006.

5– **د/ محمد ترك،** التحكيم البحري، النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2003.

6– **د/ محمد نور شحاته،** مفهوم الغير في التحكيم " دراسة مقارنة تحليلية و تطبيقية مقارنة لمبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1997.

3- الرسائل الجامعية:

1 – **د/ زروتي الطيب**، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري و المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1991.

2 – **طنفور زيدان**، سند الشحن في القانون البحري الجزائري، مذكرة نهاية التكوين، فرع قانون الأعمال، المدرسة العليا المصرفية بوزريعة، 2007.

3 – **قبايلي طيب**، نظام تسوية المنازعات في إطار المركز الدولي لفض منازعات الاستثمار بين الدول و رعايا الدول الأخرى، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2000.

4- المجلات و المقالات:

1 – **أ/ أحمد بلقاسم**، استقلالية شرط التحكيم، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 41، عدد2 سنة 2004، ص 61 إلى 102.

2 – **أ/ أحمد بوقادوم**، حرية الأطراف في اختيار طرق لحل النزاعات الناجمة عن العقد التجاري الدولي " في القانون الجزائري " مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الطرق البديلة لحل النزاعات، الصلح الوساطة و التحكيم 15، 16، جوان 2008.

3 – **د/ بوعلام خليل**، إجراءات التقاضي في المنازعات البحرية في القانون الجزائري و المعاهدات الدولية " معاهدة بروكسل لسنة 1924، و معاهدة هامبورغ لسنة 1978 " مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية و الإنسانية، العدد صفر، السداسي الأول 2008، ص 56 إلى 76.

4 –**د/ سعادي محمد**، مكانة التحكيم التجاري الدولي في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، مداخلة في إطار الملتقى الوطني حول قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، جامعة مستغانم، 5، 6 ماي 2009.

5 - **د/ عبد الحميد الأحدب**، قانون التحكيم التجاري الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الطرق البديلة لحل النزاعات، الصلح الوساطة و التحكيم، 15، 16 جوان 2008.

6 – أ/ **عامر بورورو**، الطرق البديلة لحل النزاعات في القانون التونسي، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الطرق البديلة لحل النزاعات، الصلح الوساطة و التحكيم، 15، 16 جوان 2008.

7 – د/ عمر الجازي، عقود النقل البحري، ورقة عمل مقدمة في إطار الندوة العربية الأولى للتحكيم البحري بتنظيم من مركز التحكيم و التوفيق التجاري مع الغرفة العربية للتحكيم، المنعقدة باللاذقية في 2010/02/15، منشور في الموقع wehda.alwehd.gov.sy

8– أ/ **فنينخ عبد القادر**، القواعد الجديدة للتحكيم التجاري كطريقة بديلة لفض النزاعات، مداخلة في إطار الملتقى الوطني حول قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، جامعة مستغانم، في 5، 6 ماي 2009.

9– أ/ **نور الدين بكلي**، دور و أهمية اتفاق التحكيم في العقود التجارية الدولية " في القانون الجزائري و القوانين العربية "، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الطرق البديلة لحل النزاعات، الصلح الوساطة و التحكيم، 15، 16 جوان 2008.

10– أ/ **نور الدين بكلي**، نظام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مجلة الفكر البرلماني، العدد 12، أفريل 2006. ص 143 إلى 159.

11 – د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، شروط و مشارطات التحكيم في عقود النقل البحري، ورقة عمل مقدمة في إطار الندوة العربية الأولى للتحكيم البحري بتنظيم من مركز التحكيم و التوفيق التجاري مع الغرفة العربية للتحكيم، المنعقدة باللاذقية في 2010/02/15، منشور في الموقع wehda.alwehd.gov.sy

12– **د/ رضا عبيد**، شرط التحكيم في عقود النقل البحري، مجلة الدراسات القانونية بحقوق أسيوط، العدد السادس، جويلية 1984.

13– **د/ عمر مشهور الجازي**، التحكيم في المنازعات البحرية، مقالة منشورة على صفحات الانترنت في الموقع www. mohamoon.ksa.

14– **د/ عمر مشهور الجازي**، شرط التحكيم البحري، مداخلة في إطار مؤتمر التحكيم البحري، منشور في الموقع: www.eilawc.com

15– **د/ فايز عبد الله الكندري**، مفهوم شرط التحكيم و قوته الملزمة بالنسبة للغير، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، كلية الحقوق جامعة عين شمس، العدد الثاني، السنة الثانية و الأربعون، يوليو 2000.

16 – **د/ محمد الشريف المحامي،** شرط التحكيم في منازعات النقل البحري، مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة 2001.

17– **د/ نبيل فرج المحامي،** التحكيم البحري الدولي و مدى فاعليته و تطبيقه على المنازعات البحرية في مصر، مجلة أنترنشيونال ريفييو " أول مجلة متخصصة في النقل البحري في المنطقة العربية " موقع : www.inter-review.com

5- النصوص القانونية :

1 –قانون رقم 09/08 مؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

2 – المرسوم رقم 364/63 المؤرخ في 1963/09/14 متضمن نشر الاتفاق الجزائري الفرنسي حول التحكيم و ملحق خاص بنظام التحكيم المبرم في باريس بتاريخ 1963/06/26.

3 –أمر رقم 145/66 المؤرخ في 1966/06/08 متضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري.

4 – أمر رقم 90/67 المؤرخ في 1967/06/17 متضمن قانون الصفقات العمومية للجمهورية الجزائرية.

5 – قانون رقم 262/72 المؤرخ في 1972/07/05 متضمن اتفاق التحكيم.

6 – أمر رقم 09/74 المؤرخ في 1974/06/30 متضمن تعديل قانون الصفقات العمومية لسنة 1967.

7 – أمر رقم 44/75 المؤرخ في 1975/06/17 المتعلق بالتحكيم الإجباري لبعض الهيئات.

8 – أمر رقم 48/75 المؤرخ في 1975/06/17 متضمن تنفيذ أحكام القضاء و قرارات التحكيم الإجباري.

9 – أمر رقم 85/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري.

10 – أمر 80/76 المؤرخ في 1976/10/23 متضمن القانون البحري الجزائري.

11 – المرسوم رقم 145/82 المؤرخ في 1982/04/10 متضمن تنظيم الصفقات للمتعامل العمومي.

12 – تعليمة وزارية رقم 603 مؤرخة في 1982/11/18 حول شرط التحكيم في العقود المبرمة مع المؤسسات الأجنبية " غير منشورة ".

13 –اتفاق نظام التحكيم الجزائري الفرنسي المؤرخ في 1983/03/27 " غير منشور ".

14 – المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 1988/11/05 المتضمن انضمام الجزائر بتحفظ للاتفاقية الخاصة بالاعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها المنعقدة في مؤتمر الأمم المتحدة بنيويورك بتاريخ 1958/06/10.

15 – مرسوم رئاسي رقم 20/90 مؤرخ في 1990/10/17 متضمن المصادقة على الاتفاقية الثنائية المبرمة بين الجزائر و و.م.أ المتضمنة التشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في واشنطن في 1990/05/22.

16 – مرسوم رئاسي رقم 345/91 مؤرخ في 1991/10/05 المتضمن المصادقة على الاتفاقية بين الحكومة الجزائرية و إتحاد الاقتصادي البلجيكي لكسمبورغي المتعلق بتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمار الموقعة في الجزائر في 1991/04/24.

17 – مرسوم رئاسي رقم 346/91 مؤرخ في 1991/10/25 المتضمن المصادقة على الاتفاقية بين الجزائر و إيطاليا حول التوجيه حول التوجيه و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة بالجزائر في 1991/05/08.

18 – مرسوم تنفيذي رقم 343/91 مؤرخ في 1991/11/19 متضمن قانون الصفقات العمومية.

19 – مرسوم تشريعي رقم 09/93 مؤرخ في 1993/04/25مؤرخ في 1993/04/25 يعدل و يتمم الأمر رقم 154/66 مؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون لإجراءات المدنية.

20 – مرسوم رئاسي 01/94 مؤرخ في 1994/01/02 متضمن المصادقة على الاتفاقية بين الحكومة الجزائرية و الحكومة الفرنسية المتضمنة التشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات

الموقعة بالجزائر في 1994/02/03.

21 – مرسوم رئاسي رقم 328/94 مؤرخ في 1994/10/22 متضمن المصادقة على الاتفاقية المبرمة بين الحكومة الجزائرية و الحكومة الرومانية المتضمنة التشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة بالجزائر في 1994/02/03.

22 – مرسوم رئاسي رقم 55/95 مؤرخ في 1995/01/21 متضمن المصادقة على الاتفاقية المبرمة بين الجمهورية الجزائرية و المملكة الإسبانية المتعلقة بالترقية و الحماية المتبادلة للاستثمارات الموقعة في مدريد بتاريخ 1994/09/23.

23 – مرسوم تنفيذي رقم 54/96 مؤرخ في 1996/01/22 يعدل المرسوم التنفيذي رقم 343/91 المتضمن قانون الصفقات العمومية.

24 – مرسوم رئاسي رقم 103/97 مؤرخ في 1997/04/05 متضمن المصادقة على اتفاقية التشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات بين الجزائر و حكومة المملكة الأردنية الموقعة في عمان بتاريخ 1996/08/01.

25 – مرسوم رئاسي رقم 229/97 مؤرخ في 1997/06/23 متضمن المصادقة على الاتفاق بشأن التشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمار بين الجزائر و قطر الموقعة بالدوحة بتاريخ 1996/10/21.

26 – قانون رقم 05/98 مؤرخ في 1998/06/25 يعدل و يتمم أمر رقم 80/76 المتضمن القانون البحري الجزائري.

27 –مرسوم رئاسي رقم 320/98 مؤرخ في 1998/10/11 متضمن المصادقة على الاتفاق المبرم بين الجزائر و مصر حول التشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمار الموقع في القاهرة بتاريخ 1998/03/29.

28 – مرسوم رئاسي رقم 430/98 مؤرخ في 1998/12/27 متضمن المصادقة على الاتفاقية حول التشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات بين الجزائر و سوريا الموقع عليه في دمشق بتاريخ 1997/09/14.

29 – القوانين التحكيمية الوطنية في كل من فرنسا، و إنجلترا، و و.م.أ، و تتمثل في فرنسا في المرسوم الفرنسي للتحكيم الدولي 1981، و في إنجلترا في قوانين التحكيم الأنجليزي1950، 1975، 1979، و في الولايات المتحدة الأمريكية في قانون التحكيمي الفدرالي الأمريكي، إضافة إلى قانون التحكيم المصري1994.

30 – لائحة تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي " اليونسترال 1976 "، و كذلك القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي1985.

31 – اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري الدولي للبضائع بسند الشحن و المعروفة بقواعد " هامبورغ " 1978، باعتبارها أول نص دولي متخصص في التحكيم البحري.

2 – Les ouvrages en française :

1 – **ANTOINE VIALARD**, droit maritime, presses universitaires de France 1997.

2–**BOISSESON**, Le droit français de l'arbitrage interne et international, 1990.

3 – **BOUZANA(B),** Le contentieux des hydrocarbures entre l'Algérie et les sociétés étrangères opu-publisud, 1985.

4 - **DAVID(R)**, L'arbitrage dans le commerce international 2eme Edition L G D J, PARIS, 1982.

5 – **DE BOISSESON, ET DE DEJUGLART**, Le droit français de l'arbitrage Edition 1983, N° 211.

6 – **EL AHEDAB,** L'arbitrage dans les pays arabes, 1988.

7 – **ESCCARR,** Cours de droit maritime, PARIS, 1954.

8 – **FOUCHARD(PH)**, La loi-type de la C.N.U.D.C.I, sur l'arbitrage commercial, international Clunet, 1987.

9 – **FOUCHARD(PH), GAILLARD(E), GOLDMANE(B)**, Traite de l'arbitrage commercial international, LITEC-DELTA, PARIS, 1996.

10– **LIGONIE**, Le connaissement et la lettre de voiture maritime, PARIS, 1963.

11 - **REMOND MARTINE GOUILLOUD**, droit maritime, Ed. A. PEDONE 1988.

12- **PIERRE BONASSIES, CHRICTIAN SCAPEL**, traité de droit maritime L.G.D.J. 2006.

13 – **ROBERT(J)**, L'arbitrage, Dalloz, 5eme, Edition, PARIS, 1983.

14– **RODIER(R),** Droit maritime, Ed 10, PARIS 1986, traite général de droit maritime, tom2, affrètements et transports, N°420.

15– **RODIER(R),** Droit maritime, Dalloz, 12eme Ed, 1997.

16 – **RODIER(R),** Traité général de droit maritime, tome 03, PARIS, 1972.

17– **TERKI NOUREDDINE,** L'arbitrage commercial international en Algérie O.P.U, Alger 1999.

18 – **WEILL,** La relativité des conventions en droit prive français, th, strabourg 1938, Ed Dalloz, 1939, n°401.

2 – les Articles:

1 – **BEDJAOUI MOHAMED**, L'évolution des conceptions et de la pratique algérienne en matière d'arbitrage international «nécessité ou fatalité» Revue Mutations N°03, Alger 1994.

2 – **BEN ABDERRAHMANE (D)**, La réforme du droit Algérien de l'arbitrage commercial international, la gazette du palais n°101-103, (N°spécial Algérie) 1999.

3 – **D, RAY**, L'arbitrage maritime et les règles de Hambourg, D. M. F 1981.

4 – **FRANCESCAKIS (PH),** Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt Hecht de la cour de cassation rev, arb, 1974.

5–**GOLDMAN(B),** Arbitrage commercial international, convention d'arbitrage (généralité autonomie et principe de validité, loi applicable), juris- clas, drt, Iter, fascicule 586-4.

6 – **GOUTAL (J.L)**, La clause compromissoire dans les connaissements, rev, arb, 1996, N°4.

7 - **HADDOUM KAMEL,** La problématique de l'opposabilité de la clause compromissoire dans le contentieux maritime «le cas du destinataire», revue de la cour suprême numéro spécial, tome 2, 2009.

8 – **ISSAAD(M),** Arbitrage international, le nouveau droit Algérien, rev-mut, N°5- 1993.

9– **MAHIOU(A),** L'arbitrage en Algérie RASJEP, N°4, O.P.U, Alger 1989.

10–**OPPETIT(B),** Arbitrage médiation et conciliation, rev, arb, 1984.

11–**TERKI NOUREDDINE,** Décret de 1993, changement de cap, revue liccal, c.a.c.i, n°120, mars 2001.

12 – **ZAALANI(A.M),** L'intervention des personnes publiques et parapubliques dans l'arbitrage international commercial (point de vue du droit Algérien) in RASJEP, N°03, Alger 1997

13- **LE DROIT MARITIME FRANCAIS,** 58^{e} ANNEE , mensuel Janvier 2006 N°666.

14 –**LE DROIT MARITIME FRANCAIS,** 58^{e} ANNEE , mensuel Mai 2006 N°670.

15 - **LE DROIT MARITIME FRANCAIS,** 59^{e} ANNEE , mensuel Mai 2007 N°681.

16 - **LE DROIT MARITIME FRANCAIS,** 59^{e} ANNEE , mensuel Octobre 2007 N°685.

17 - **LE DROIT MARITIME FRANCAIS,** 61^{e} ANNEE , mensuel Janvier 2009 N°701.

18– **LE DROIT MARITIME FRANCAIS,** 62^{e} ANNEE , mensuel Février 2010 N°711.

العـــــــــــنـــــــــوان	الصفحة
مقدمة	أ
الفصل الأول: مفهوم شرط التحكيم البحري	01
المبحث الأول: التنظيم القانوني لشرط التحكيم	01
المطلب الأول: التعريف بشرط التحكيم و صوره	02
الفرع الأول: تعريف شرط التحكيم البحري	02
أولا: في القوانين الوضعية لبعض الدول	04
1 – القانون الفرنسي	04
2 – القانون الإنجليزي	05
3 – قانون الولايات المتحدة الأمريكية	05
4 – القانون المصري	06
ثانيا: في الاتفاقيات الدولية	06
1 – اتفاقية نيويورك	06
2 – الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي	06
3 – القانون النموذجي للتحكيم	06
ثالثا: موقف المشرع الجزائري	07
الفرع الثاني: صور شرط التحكيم البحري	08
أولا: أنواع التحكيم البحري و معيار التفرقة بينهم	08
ثانيا: مراكز التحكيم البحري المؤسسي	11
1 – غرفة التحكيم البحري بباريس	12
أ – العنصر الأول : مؤسسة تحكيم بحري	12
ب – العنصر الثاني : تدخل الغرفة في سير العملية التحكيمية	12
2 – المنظمة الدولية للتحكيم البحري	13

أ – العنصر الأول : مؤسسة تحكيم بحري	13
ب – العنصر الثاني: تدخل المنظمة في سير العملية التحكيمية	14
3 – غرفة اللويدز للتحكيم البحري	15
أ – العنصر الأول: مؤسسة تحكيم بحري	15
ب – العنصر الثاني: تدخل الغرفة في سير العملية التحكيمية	15
ثالثا: مراكز التحكيم البحري الحر	16
1 – جمعية المحكمين البحريين بلندن	16
أ – العنصر الأول: مؤسسة تحكيم بحري	16
ب – العنصر الثاني: تدخل الجمعية في سير العملية التحكيمية	16
2 – جمعية المحكمين البحريين بنيويورك	17
أ – العنصر الأول: مؤسسة تحكيم بحري	17
ب – العنصر الثاني: تدخل الجمعية في سير العملية التحكيمية	18
3 – التحكيم البحري بموجب لائحة تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي " اليونسترال " 1976	19
المطلب الثاني: الشروط الشكلية و الموضوعية لصحة شرط التحكيم	20
الفرع الأول: الشروط الشكلية	20
أولا: موقف الأنظمة الوضعية لبعض الدول من كتابة شرط التحكيم	20
ثانيا: موقف الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم من شرط الكتابة	23
1 – اتفاقية نيويورك 1958	23
2 – اتفاقية هامبورغ 1978	24
3 – القانون النموذجي للتحكيم 1985	24
4 – لائحة تحكيم اليونسترال 1976	25
ثالثا: موقف المشرع الجزائري	25
الفرع الثاني: الشروط الموضوعية	26

أولا: الرضا 27

1 – وجود الرضا 27

أ – شرط التحكيم البحري بالإحالة في فرنسا 28

ب – شرط التحكيم البحري بالإحالة في مصر 30

ج – شرط التحكيم البحري بالإحالة في المعاهدات الدولية 31

2 – صحة الرضا 33

*أهلية أو سلطة إبرام شرط التحكيم 34

أ – أهلية الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة في إبرام شرط التحكيم البحري في المعاهدات الدولية 35

ب – أهلية الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة في إبرام شرط التحكيم البحري في بعض القوانين الوطنية 35

*في القانون الفرنسي 36

*في القانون المصري 38

*موقف المشرع الجزائري 39

ثانيا: المحل 42

1 – وجود المنازعة 42

2 – تحديد المنازعة 43

3 – منازعة يجوز التحكيم فيها 45

ثالثا: السبب 47

المبحث الثاني: استقلالية شرط التحكيم و تمييزه عن بعض النظم المشابهة له 48

المطلب الأول: استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي الوارد به 49

الفرع الأول: مبدأ استقلالية شرط التحكيم في القوانين الداخلية للدول 49

1 – موقف القانون الفرنسي 50

2 – موقف القانون المصري 53

3 – موقف المشرع الجزائري 54
الفرع الثاني : مبدأ استقلالية شرط التحكيم في الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم 57
1 – اتفاقية نيويورك 57
2 – الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي 1961 59
3 – القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985 60
الفرع الثالث: مبدأ استقلالية شرط التحكيم في أحكام و لوائح التحكيم البحري 61
1 – لائحة تحكيم لغرفة التحكيم البحري بباريس 61
2 – لائحة تحكيم المنظمة الدولية للتحكيم البحري 61
3 – لائحة تحكيم لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية " اليونسترال " 1976 62
4- أحكام التحكيم البحري الصادرة عن غرفة التحكيم البحري بباريس 62
المطلب الثاني: تمييز شرط التحكيم عن غيره من النظم 63
الفرع الأول: شرط التحكيم و الصلح 64
الفرع الثاني: شرط التحكيم و التوفيق و الوساطة 67
الفرع الثالث: شرط التحكيم و الخبرة 69
الفرع الرابع: شرط التحكيم و الوكالة 70
الفرع الخامس: شرط التحكيم و عقد التحكيم المبرم بين المحكمين و الخصوم 72
الفصل الثاني: سريان شرط التحكيم في مواجهة المرسل 74
المبحث الأول: الإشكالات التي يطرحها المركز القانوني للمرسل إليه و أساس التزامه بشرط التحكيم. 81
المطلب الأول: المركز القانوني للمرسل إليه 81
الفرع الأول: هل المرسل إليه غير أم طرف 82
أولا: معنى الطرف في العقد 82
1 – الأشخاص الممثلون 83

2 – الخلف العام 84
ثانيا: فكرة الغير 85
1 – الغير الحقيقي 86
2 – الغير غير الحقيقي 86
أ – الدائنون العاديون 86
ب – الخلف الخاص 87
ثالثا: الغير صاحب المصلحة 90
الفرع الثاني: النظريات التقليدية للمركز القانوني للمرسل إليه 92
أولا: نظرية الاشتراط لمصلحة الغير 95
نقد النظرية 97
ثانيا: نظرية الخلف الخاص 98
نقد النظرية 100
ثالثا: نظرية النيابة الناقصة 101
نقد النظرية 102
رابعا: نظرية الحيازة الرمزية للبضائع 103
1 – دور سند الشحن كممثل للبضائع 103
2 – العلاقة بين سند الشحن و الحيازة الرمزية للبضائع 104
3 – نظرية الحيازة الرمزية كأساس لحق المرسل إليه 106
نقد النظرية 108
المطلب الثاني: المركز القانوني للمرسل إليه و نظرية المجموعة العقدية 111
الفرع الأول: فكرة المجموعات العقدية و شرط التحكيم 112
أولا: شرط التحكيم ومجموع الشركات 116
ثانيا: شرط التحكيم ومجاميع العقود 119
الفرع الثاني: مبدأ النفاذ كأساس قانوني لمركز المرسل إليه و التزامه بشرط 121

أولا: نسبية العقود و نفاذها 122

ثانيا: نطاق نفاذ العقد 124

ثالثا: العلم شرط أساسي لمبدأ النفاذ 127

المبحث الثاني: الحلول المقترحة من قبل القضاء حول مسألة نفاذ شرط التحكيم في مواجهة المرسل إليه 131

المطلب الأول: الحلول المقترحة من قبل القضاء الجزائري و المصري 133

الفرع الأول: موقف المحكمة العليا في الجزائر 134

الفرع الثاني: موقف محكمة النقض المصرية 137

أولا: اعتبار المرسل إليه طرفا في سند الشحن 137

ثانيا: موافقة المرسل إليه الضمنية بسند الشحن و بما جاء فيه 139

المطلب الثاني: الحلول المقترحة من قبل القضاء الفرنسي " التعارض بين الغرفتين المدنية و التجارية لمحكمة النقض الفرنسية " 143

الفرع الأول: موقف الغرفة التجارية 143

الفرع الثاني: موقف الغرفة المدنية 149

خاتمة 154

الملاحق 159

قائمة المراجع 160

ملخص العربية :

إن إشكالية نفاد شرط التحكيم في مواجهة المرسل إليه في عقد النقل البحري للبضائع تظهر من خلال دراسة المركز القانوني للمرسل إليه بحيث أخذت عدة نظريات على عاتقها محاولة إيجاد أساس قانوني لهدا المركز من بينها نظرية نفاد العقود و سريانها . و قد تقرر في كل من الفقه و القضاء أنه حتى ينفد شرط التحكيم البحري أو شرط الاختصاص القضائي الوارد بسند الشحن يجب أن يكون المرسل إليه عالما بهذا الشرط ألتحكيمي و أن يقبله بنفسه و بصفة صريحة.

الكلمات الأساسية :

شرط التحكيم البحري - التحكيم التجاري الدولي - المرسل إليه المركز القانوني للمرسل إليه - سند الشحن - القانون البحري - عقد النقل البحري للبضائع .

Résumé:

1- française

La clause compromissoire maritime et leur l opposabilité au destinataire dans le contrat de transport maritime des marchandise.

Le problème de l'opposabilité de la clause compromissoire maritime est l'objet d'une important contentieux dans le domaine maritime .

L'étude de la problématique de l'opposabilité de la clause d'arbitrage maritime (la clause compromissoire) est liée à la situation juridique du destinataire il est admis que la connaissement (la charte-partie) qui est res inter alios acta soit inopposable au tiers porteur du connaissement au l'occurrence le destinataire.

Les mots clés :

La clause compromissoire - l'arbitrage maritime - le destinataire - la situation juridique du destinataire - le droit maritime - le transport maritime - l'opposabilité du clause compromissoire - le contrat de transport maritime.

2- anglaise

The maritime arbitration clause and the enforceability by the recipient in the contract of carriage by sea.

The problem of enforceability of the arbitration clause is shipping the subject of significant litigation in the maritime field.

The study of the issue of enforceability of the arbitration clause Shipping (arbitration clause) is related to the legal status of the recipient it is recognized that the bill of lading (the charter party) which is res inter alios acta or unenforceable the third bill of lading holder in case the recipient.

The keywords:

- The arbitration clause - the Maritime Arbitration - the recipient - the recipient's legal position - maritime law - maritime transport - the enforceability of arbitration clause - the shipping contract.