



جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان -

كلية الحقوق والعلوم السياسية



التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

تحت إشراف:

أ.د كحلولة محمد

إعداد الطالب:

بلباقي بومدين

أعضاء لجنة المناقشة

رئيساً

جامعة تلمسان

أستاذ التعليم العالي

أ.د بن عمار محمد

مشرفاً ومقرراً

جامعة تلمسان

أستاذ التعليم العالي

أ.د كحلولة محمد

مناقشاً

جامعة سيدي بلعباس

أستاذ التعليم العالي

أ.د بوكعبان العربي

مناقشاً

جامعة تلمسان

أستاذ محاضر أ

د. بسعيد مراد

السنة الجامعية: 2017-2018

إهداء

إلى الأبوين الفاضلين

إلى روح أخي أحمد طيب الله ثراه

إلى زوجتي وأبنائي

إلى كل من دعى لنا بخير

شكر و عرفان

الحمد لله الذي بفضله وكرمه تم هذا البحث.

امتناني الكبير وتقديري العميق للأستاذ الدكتور كحلولة محمد، الذي تفضل بالإشراف على هذا البحث، و عرفاناً لما منحه لي من وقت، وبدله من نصح وتوجيه في سبيل إعدادة. فجزاه الله خيراً.

والشكر موصول بالأساتذة أعضاء اللجنة المحترمة، اللذين شرفوني بقبولهم لمناقشة هذا البحث.

ولكل من كانت له بصمة خير على هذا البحث، أخص منهم أساتذتي وزملائي من جامعتي بشار وتلمسان، فجزا الله الكل خير الجزاء.

قائمة أهم المختصرات

ج.ر: الجريدة الرسمية

ج: جزء

ط: طبعة

ص: صفحة

ق.إ.م.و.إ.ج: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

ق.إ.م.ف: قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري

ق.ب.ج: القانون البحري الجزائري

ق.ت.ج: القانون التجاري الجزائري

Liste des principales abréviations

A. F. D. M: Association française de droit maritime.

Al: Alinéa.

art. Article.

Ass. plén: Assemblée Plénière.

bull. civ: Bulletin des arrêts de la cour de Cassation (chambres civiles).

C. App: Cour d'appel.

C. C. F: Code civil français.

C.C.I: Chambre du commerce internationale.

C. J. C. E: Cour de justice de la communauté européenne.

C. M. I: Comité maritime international.

Cass: Cour de cassation française.

Cass. 1^{ère} civ: Première Chambre civile de la Cour de cassation .

Cass. Com: Chambre commerciale de la Cour de cassation.

Cass. Req: Chambre des requêtes de la Cour de cassation.

Cf. (cf.): Confer.

CNUDCI: Commission des Nations Unies pour le droit du Commerce International Commercial.

COLREG: Collision régulation, Règlement pour prévenir les abordages en mer.

D. M. F: Droit maritime français (Revue).

D. S: Dalloz Sirey.

Dr. Eur. Trans: Droit Européen des Transports.

ED: Edition .

FASC: FASCICULE.

Gaz. Pal: Gazette du palais.

- G.L.N: Gide Loyette Nouel.
 Ibid: Ibidem.
 I. M. O: International maritime organisation.
 J. C. C: Juris-classeur commercial.
 J. C. P: Juris-classeur périodique (Semaine juridique)
 J. D. I: Journal du droit international Jurisprudence. (clunet).
 L. G. D. J: Librairie générale de droit et de jurisprudence (Paris).
 Litec Librairies techniques.
 op. cit: opere citato.
 O. P. U: Office des publications universitaires (Alger).
 O. H. A. D. A: Organisation pour l'harmonisation en Afrique du Droit des Affaires.
 P. U. F: Presse universitaire de France (Paris).
 Rev. Crit. Dr. Inter. Pri: Revue Critique de Droit Internationale Privé.
 R. C. D. I. P: Revue critique de droit international privé.
 R. D. C. M. A. T: Revue de droit commercial, maritime, aérien et des transports.
 R. F. D. A: Revue française de droit aérien.
 R. I. D. M: Revue internationale de droit maritime.
 R. T. D. C: Revue trimestrielle de droit commercial.
 RC: Recueil des cours.
 rép. Com: Répertoire commercial.
 Rép. D. : Répertoire Dalloz.
 Rev. Arb: Revue de l'arbitrage
 Rev. Arb, Crit, Dr, Inter, Pri Revue de l'arbitrage critique droit International privé.
 Rev. Dr. Aff. int, Revue droit International des affaires.
 S suivies
 S. J. : Semaine juridique.
 SOLAS Safety of life at sea.
 T. : Tome.
 T. G. I. : Tribunal de grande instance transports.
 Trib. Coin. : Tribunal de commerce.
 UNCITRAL: United Nations Commission on International Trade Law (V. CNUDCI)

المقدمة

قديمًا ارتبط عقد النقل البحري بالصراع بين الناقلين والشاحنين، ونتيجة لما نجم عن هذا الصراع من اختلال في التوازن الاقتصادي بين الفئتين، بسبب المنازعات الناشئة عن تنفيذ هذا النوع من العقود، ظهرت الحاجة إلى طرق فعالة لتسوية مثل هذه المنازعات، لاسيما مع تطور وازدهار التجارة الخارجية، والتي يعتبر النقل البحري شريانها الرئيسي. ومراعاة لتلك الخصوصيات التي يتميز بها عقد النقل البحري، لم يجعل القانون سلوك طريق القضاء أمرًا إلزاميًا لتسوية منازعاته، بل أجاز لهم إمكانية اللجوء إلى محكم يختارونه للفصل فيما ينشأ عن هذا العقد من منازعات، بعيداً عما يتطلبه القضاء من نفقات باهضة، وما يتميز به من بطء في سير الإجراءات، وما ينتهي إليه في غالب الأحيان من قطع لأواصل العلاقات بين الأطراف، وغيرها من السلبيات التي لا يعرفها نظام التحكيم، الذي يعطي للأطراف مكنة الحصول على حل سريع يرتضونه لمنازعاتهم، وبأيسر التكاليف، مع بقاء علاقاتهم قائمة دون أن ينال منها ما ينشأ عن عقدهم من منازعات.

وآلية ذلك، أن يتفق أطراف عقد النقل البحري للبضائع -وهما الشاحن والناقل-، على إحالة أي نزاع نشأ أو سينشأ بينهم مستقبلاً، بمناسبة تنفيذهم للعقد المبرم بينهم على التحكيم دون قضاء الدولة، وذلك بموجب شرط تحكيم يتم إدراجه في العقد، أو يتم الاتفاق عليه مستقبلاً بصورة مستقلة عن العقد، وهو ما يعرف بمشارطة التحكيم.

وقد اكتسب التحكيم منذ القدم أهمية قصوى في مجال المنازعات التي تعترى تنفيذ عقود النقل البحري، وعمليات التجارة البحرية، وهذا راجع إلى ما يتميز به هذا الأسلوب من خصوصيات مقارنة مع قضاء الدولة، تتجلى أساساً في سرعة الفصل في هذا النوع من المنازعات وسهولة إجراءاته وسريتها، وأهم من ذلك حرية الأطراف في اختيار محكميهم، واختيار القانون والإجراءات المراد تطبيقها على هذه المنازعات. وعلى هذا الأساس، "سطع مصطلح التحكيم الدولي في سماء القانون الدولي العام، ليؤكد ويجسد مبدأ الرضائية في مجال العلاقات والعقود الدولية، الذي ينهض -في معناه ومبناه- على مبدأ سلطان الإرادة، وأصبح التحكيم نظاماً قضائياً عالمياً، كإحدى شطري الوسائل القضائية لتسوية المنازعات بالطرق السلمية"¹.

¹ د د خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2002، ص

وما يؤكد هذه الحقيقة، أن عمليات النقل البحري في مجال التجارة العالمية، تحتل الصدارة بالمقارنة مع مجموع عمليات النقل الأخرى المختلفة التي تتم عن طريق البر والجو، إذ تمثل نسبة 85% من حجمها الإجمالي، نظرا للطاقة الكبيرة التي تتمتع بها السفينة على التكيف مع متطلبات التكنولوجيا الحديثة، وما تتميز به من قدرة على استيعاب مختلف البضائع ونقلها عبر موانئ العالم¹. أضف إلى ذلك، أنه من الحقائق المؤكدة، أن أكثر من 90% من المنازعات المعروضة أمام رابطة المحكمين البحريين في لندن هي ذات طبيعة بحرية، وأن 80% من المنازعات الخاضعة للتحكيم تتعلق بمشارطات الإيجار أو سندات الشحن الصادرة تنفيذا لهذه المشارطات، وفي إنجلترا وحدها بلغت نسبة التحكيم في المسائل البحرية ما يعادل 85% من الرقم العالمي لمجموع طلبات التحكيم².

وهذه المثابة، أصبح التحكيم هو النظام القانوني الذي لا غنى للأطراف عنه، في تسوية منازعاتهم البحرية التي نشأت أو سوف تنشأ بينهم مستقبلا، لما حظي به من رواج وازدهار لا مثيل له في عصرنا الحاضر نظراً لازدهار التجارة الدولية، والتبادل التجاري الدولي، الذي أصبح يعتمد بشكل كبير على النقل البحري كوسيلة لتنفيذ عقود التجارة البحرية³.

وقد ساعد على ازدهار التحكيم البحري ورواجه في أسواق التجارة البحرية، كنظام قانوني لحل منازعاتها عدة اعتبارات يمكن تلخيصها فيما يلي :

- تميز المنازعة البحرية بالتعقيد والصعوبة نظرا للطابع الفني الذي تتميز به، لاسيما وأن موضوعها غالبا ما يكون ذو قيمة كبيرة، يجعلها تحتاج إلى خبرات فنية كبيرة للفصل فيها، الأمر الذي أثار صعوبة أمام القضاء للتصدي لمثل هذه المنازعات، وبالتالي يعتبر التحكيم هو الوسيلة الأنسب لفض تلك المنازعات⁴.

¹ د فاروق ملش، النقل المتعدد الوسائط، الأوجه التجارية والقانونية، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري، دار الشنهاي للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1996، ص 09.

² أنظر في شأن هذه الإحصائيات، د محمد عبد الفتاح ترك، شرط التحكيم بالإحالة وأساس التزام المرسل إليه بشرط التحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2006، ص 16.

³ M. Monetti, Arbitrage et Affrètement Maritime, Etude Comparée des sentences francaises et Américaines, Thèse, Rouen-Haute-Normandie, 1981, p. 1.

⁴ د رقية عواشيرة، التحكيم المؤسسي، ودوره في تحقيق الذاتية الخاصة للمنازعات البحرية، كلية الحقوق، جامعة باتنة، الجزائر، مجلة الباحث، العدد الثامن، السنة الثامنة، 2010، ص 99.

- حرية الأطراف في اختيار التحكيم كوسيلة لحل منازعاتهم، سواء من حيث اختيار نوع التحكيم (مؤسسياً أو حراً)، أو من حيث اختيار القانون والإجراءات المطبقة على النزاع، أو حتى من حيث تحديد مكان وزمان انعقاد التحكيم، حيث يمتد النطاق الزمني لتلك الحرية من لحظة الاتفاق على التحكيم إلى حين صدور حكم التحكيم¹.

- رغبة أطراف العلاقات البحرية في حل منازعاتهم في سرية لا توفرها لهم المحاكم الوطنية، سواء بالنسبة لسرية الإجراءات أو بالنسبة لسرية الحكم الصادر عنها.

- رغبة أطراف العلاقات البحرية في حل منازعاتهم بسرعة لا تتوفر لهم في المحاكم الوطنية في الدول المختلفة، والتي هي مثقلة أصلاً بأعداد كبيرة من القضايا.

- الصفة الدولية للنشاط البحري يجعلها تتماشى مع طبيعة التحكيم ومرونته، نظراً لاختلاف جنسية الناقل عن جنسية الشاحن عن جنسية السفينة في أغلب الأحيان، ونظراً لارتباط الأنشطة البحرية بانتقال البضائع والأموال والخدمات من دولة إلى أخرى، لذلك أصبح التحكيم التجاري الدولي ضرورة يفرضها واقع التجارة الدولية².

- ازدياد تدخل الدولة وأشخاصها المعنوية العامة في ممارسة الأنشطة البحرية، الأمر الذي حدا بأطراف العلاقة البحرية إلى استبعاد اختصاص القضاء الوطني، خوفاً من تغليب مصالح الدول الأطراف في العلاقات البحرية³.

والتحكيم ليس بظاهرة قانونية حديثة، بل هو نظام قديم قدم العلاقات البشرية، حيث يضرب بجذوره في أعماق التاريخ وحتى قبل نشوء القوانين والمحاكم⁴، فقد ذهب جانب من الفقه، إلى أن التحكيم معروف منذ بداية البشرية وهو قديم بقدمها، بينما يذهب البعض الآخر إلى القول بأن التحكيم نشأ في اليونان⁵، في القرنين الرابع والسادس قبل الميلاد ولم يكن معروفاً قبل ذلك

¹ د حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 27.

² د أبو زيد رضوان، قانون التجارة الدولية (مقال منشور في مجلة التحكيم العربي)، القاهرة، العدد الأول، ص 24

³ د حفيظة الحداد، مرجع سابق، ص 32 وما بعدها.

⁴ د الوليد بن محمد بن علي البرماني، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2010، ص 40.

⁵ ويذهب البعض إلى أن اليونان لم يعرف التحكيم الدولي لإنكارهم مبدأ المساواة بين الدول، غير أنهم اعترفوا بالتحكيم الخاص بين الأفراد، أنظر في ذلك، علي طاهر البياتي، التحكيم التجاري البحري (دراسة قانونية مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2006، ص 69.

التاريخ¹، وفي روما فقد كان التحكيم سائداً في جميع عصورها²، كما كانت الدول المسيحية في أوروبا خلال القرون الوسطى تحتكم إلى البابا في فض منازعتها، ولما ضعفت سلطة البابا لجأت هذه الدول إلى هيئات خاصة يتم الاتفاق على تكوينها بمناسبة النزاع³.

وتشير الدراسات التاريخية، أن العرب قبل الإسلام قد عرفوا نظامين للفصل في المنازعات هما نظام القضاء ونظام التحكيم، وكان نظام القضاء يوجد حيث توجد سلطة مركزية قوية، بينما كان التحكيم سائداً في المجتمعات القبلية، أو المجتمعات المدنية التي لا توجد بها سلطة مركزية قوية⁴، حيث كان شيخ القبيلة يتولى الفصل في المنازعات التي تدور بين أفراد قبيلته، أما المنازعات الحاصلة بين قبيلتين أو أكثر فكان يتولى مهمة التحكيم فيها شيخ قبيلة أخرى محايدة، وقد احتكم شيوخ العرب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل بعثته، عندما أراد كل منهم وضع الحجر الأسود في مكانه عند إعادة بناء الكعبة⁵.

أما التحكيم في مجال المنازعات البحرية، والذي ينضوي البحث محل الدراسة تحت مضلته، فقد ظهر منذ القرن الرابع عشر ميلادي، عندما ازدهرت التجارة الخارجية وسياسة التصدير والاستيراد عن طريق البحر. وفي حوالي القرن الخامس عشر والسادس عشر، نشأت مجموعة من المؤمنين ولم تكن تربطهم رابطة عمل مشتركة، وإنما جمع بينهم مقهى في لندن مملوك لشخص يدعى EDWARD LOYDS، ثم تطورت علاقة هؤلاء المؤمنين في القرن السابع عشر ميلادي، إلى أن انبثقت (هيئة اللويدز) وأصبح لها وكيل عن كل قطر وميناء هام في العالم، ومن ثم ظلت دول أوروبا بما فيها فرنسا تبرم عقود تأمين بحرية على المخاطر في لندن، وبقي هذا الوضع سائداً حتى نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين⁶.

¹ د حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 05.

² D. Papadatou, L'arbitrage byzantin, Revue des études Byzantines, Tome 67, 2009, p. 349.

³ د أبو اليزيد علي المتيت، التحكيم البحري، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الأول، السنة التاسعة عشر، يناير، مارس، 1975، ص 29.

⁴ د محمود سلام زناقي، التحكيم عند العرب، بحث مقدم لمؤتمر التحكيم في القانون الداخلي والقانون الدولي، العريش، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، 1987، ص 15، أشار إليه، د حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 22.

⁵ د أبو اليزيد علي المتيت، التحكيم البحري، بحث مشار إليه سابقاً، ص 28.

⁶ إيمان فححي حسن الجميل، اتفاق التحكيم البحري وفقاً لقانون التحكيم المصري لسنة 1994 والاتفاقيات الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، الطبعة 2013، ص 28.

وفي عام 1880م نشأت في لندن المحكمة التجارية كفرع من المحكمة العليا الإنجليزية، واختصت بقضايا التجارة البحرية والبنوك والتأمين، ونشأ بالتدريج فرع خاص في المحكمة لدعوى التحكيم، التي نشأت نتيجة الشرط الاختياري الوارد في العقود البحرية بحسم المنازعات الناشئة عنها عن طريق التحكيم، وكان هذا الفرع يتم التظلم إليه من أحكام التحكيم، كما كان يلجأ إليه إذا لم يتعاون أحد الأطراف في إجراءات التحكيم¹.

إن استمرارية التحكيم منذ القدم وحتى الآن، وانتشاره بين جميع الدول على النحو السابق، أدى إلى اختلاف الفقه حول ما إذا كان التحكيم يعد في حقيقته أسبق في الظهور من القضاء، أم أن هذا الأخير أسبق في الظهور من التحكيم، وذلك إلى اتجاهات عدة:

فذهب جانب² إلى القول بأن التحكيم هو الشكل البدائي للعدالة، فهو أسبق في الظهور من العدالة التي تقدمها الدولة، حيث انتقلت الإنسانية من القصاص الفردي إلى العدالة من خلال أربعة مراحل. ففي المرحلة الأولى سادت فكرة القصاص كوسيلة وحيدة لحصول الفرد على حقه ممن اعتدى عليه، ثم أعقب ذلك مرحلة التحكيم الاختياري وفي ظلها يختار الأطراف شخصا من الغير حيث يتولى مهمة الفصل في النزاع الحاصل بينهم، ثم تلتها مرحلة التحكيم الإلزامي حيث أصبحت الدولة تفرضه على الأطراف المتنازعة، وفي مرحلة أخيرة استقلت الدولة بوظيفة القضاء وإقامة العدالة بين الناس بنفسها، غير أنها سمحت لهم باللجوء إلى التحكيم في حالات محددة³.

بينما ذهب فريق آخر من الفقه⁴، إلى القول بأنه وإن كان صحيحاً أن التحكيم يعد نظاما قضائيا قديما، إلا أنه لا يُسَلَّم بأنه أسبق في الظهور من عدالة الدولة.

في حين وقف اتجاه آخر موقفا وسطاً، حيث يذهب إلى القول بأنه لا يمكن الجزم في مسألة أيهما أسبق في الظهور التحكيم أم عدالة الدولة، ذلك أن البحث التاريخي في هذا المجال يؤكد أن هذه المسألة لا يمكن حسمها على نحو قاطع، لأن الإجابة على ذلك تتنوع من حضارة لأخرى⁵،

¹ محمد كمال حمدي، التحكيم في المنازعات البحرية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 03.

² V. Glasson, Tissier et Morel, Traité théorique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile, 3^{ème} éd, 1925 – 1936, TV n° 1802.

مشار إليه في كتاب، د حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص 06.

³ المرجع نفسه، نفس الموضوع.

⁴ A. Mgdelain, Aspects arbitraux de la justice civile archaïque a Rome, Revue. Intern. Dr. Antiq, 1980, 205 spéc, p. 281.

لأخرى¹، فحيث يسبق التحكيم العدالة في حضارات معينة، فإن عدالة الدولة عند حضارات أخرى تكون أسبق في النشأة من التحكيم².

غير أن الحقيقة التاريخية التي يمكن الجزم بها، هي أن نظام التحكيم ظهر قبل تنظيم الدولة للسلطة القضائية³، لأن القضاء ارتبط بظهور المجتمعات المنظمة أو شبه المنظمة بشكلها الحديث (الدولة)، بل إن التحكيم هو أصل القضاء نشأ وحقق مراده قبل وجود القضاء المنظم من قبل السلطة الحاكمة، على اختلاف تنوعها وتطورها عبر تاريخ العدالة البشرية⁴.

وقد أضحى التحكيم بلا منازع نظاماً معترفاً به عند التشريعات والنظم القانونية الدولية المختلفة، بل وأبرمت بشأنه عدة معاهدات واتفاقيات بين الدول، ولا شك أن السؤال الذي يثور في هذا الصدد، حول مصدر شرعية هذا التحكيم، على اعتبار أن السلطة القضائية هي إحدى السلطات التي تحتكرها الدولة، وأن التحكيم هو قضاء اتفاقي يتم خارج هذه السلطة القضائية، فكيف تختص الدولة بإقامة العدل بين الناس، ومع ذلك جوزت للمتقاضين الاحتكام إلى أشخاص أخرى يختارونها، ويكون حكمها معترفاً به من قبل الدولة، بل ويكون واجب التنفيذ بواسطة محكمها؟.

لا خلاف بين الدول في قبولها للتحكيم كنظام خاص للتقاضي في بعض المنازعات⁵. إلا أنه ثمة اختلاف حول الأساس الذي يمكن إسناد هذه الشرعية (القانونية) إليه وذلك على رأيين:

الرأي الأول، يرى أن شرعية التحكيم تستند إلى فكرة الصلح بين الخصوم، فمادام يجوز للخصوم التصالح على حقوقهم بتنازل كل منهم عن بعض ما يدعيه وصولاً إلى حسم النزاع، فإنه يكون لهم اختيار محكم يرتضونه للفصل فيه بحكم يلتزمون به، وكأن التحكيم يستمد شرعيته إذن

¹ Thomas Clay, L'arbitre, Edition paris, Dalloz, 2001, p. 3.

² E.Tyan, Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam, E.Y. Brill, leiden, 2ème éd, 1960, pp. 27 – 83.

³ وما يؤكد هذه الحقيقة التاريخية لوح حجري تم العثور عليه، دونت عليه باللغة السومرية نصوص معاهدة صلح أبرمت قبل خمسة آلاف سنة بين مدينة (لكش) السومرية ومدينة (أورمو) نسبة إلى مدينة أور بالعراق، تضمنت هذه المعاهدة شرط تحكيم لفض أي نزاع ينشأ بين المدينتين بشأن نزاعات الحدود بينهما، فيكون التحكيم بذلك أسبق ظهوراً من القضاء، أنظر، عبد الحسين القطيفي، التحكيم في المنازعات الدولية، مجلة العلوم القانونية، العدد الأول، بغداد، 1969، ص 32.

⁴ د أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2004، ص 09.

⁵ V. dans se sens, A. SAMUEL, Juridictionnel problèmes in international commercial arbitration, Publication de l'Institut Suisse de droit comparé, 1989, p. 31. V. aussi l'arrêt ou la question se pose, Cass. 27 juil. 1937, D. 1938, I, p. 25. A. LAINE, « De l'exécution en France des sentences arbitrales étrangères », Clunet 1989, p. 641.

من فكرة النزول المتبادل للأطراف، وذلك وبدون شك يستند إلى مبدأ سلطان الإرادة، غير أن التساؤل الذي يثور حيال هذا الرأي، حول ما إذا كان هذا المبدأ يعتبر كافياً لتفسير نظام التحكيم؟¹.

يجيب البعض عن ذلك بأن التحكيم أشد خطورة من الصلح²، لأن التجاوز عن الحق في الصلح معلوم قبل تمامه، أما في التحكيم تتعذر معرفة ما قد يحكم به المحكم، فقد يفقد الشخص المحتكم حقه تماماً عند الحكم عليه، لأن الإرادة الفردية لا سيطرة لها على التحكيم ما لم يكن تحكيماً بالصلح.

فالخطورة إذن تكمن في عدم سيطرة إرادة الخصوم على نتيجة التحكيم، ومن ثم يكون مبدأ سلطان الإرادة غير كاف لتفسير التحكيم، خلافاً لما عليه الحال في الصلح، إذ أن مبدأ سلطان الإرادة يحول دون إلزام الشخص بما لا يعلم به، ومن ثم بما لا سيطرة لإرادته عليه³.

الرأي الثاني، يذهب إلى أن التحكيم من جنس آخر غير جنس الصلح أو التنازل، فالمتحكمان لا تنصرف إرادتهما إلى فكرة النزول⁴، وإنما إلى طرح إدعاءاتهما على المحكم للفصل فيها، فالبحث عن شرعية التحكيم يجب أن ينصرف حسب هذا الرأي إلى فكرة القضاء⁵.

وإن كان التحكيم حقاً ينطلق من اتفاق بين الخصوم ويلتقي مع الصلح في الهدف منه وهو حسم النزاع، وفي المبدأ الأساسي الذي تستند إليه كافة العقود وهو مبدأ سلطان الإرادة، غير أن عمل المحكم هو عمل قضائي تحكمه المبادئ الأساسية التي تحكم الوظيفة القضائية، ومن ثم يمكن القول بأن شرعية نظام التحكيم تتجلى في ناحيتين: فكرة العقد التي هي تجسيد لمبدأ سلطان الإرادة، وفكرة القضاء التي يكون اقتضاء الحق بموجبها عن طريق الانصياع لحكم القانون والعدالة⁶.

¹ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1998، ص 51.

² د أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الطبعة الرابعة، لسنة 2001، ص 30.

³ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 51 - 52.

⁴ وهذا ما لم يتعلق الأمر بالتحكيم بالصلح كصورة من صور التحكيم التي سوف نتناولها لاحقاً.

⁵ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 52.

⁶ المرجع نفسه، ص 52-53.

وترتيباً على ما تقدم، فإن هناك شرعية واقعية للتحكيم في مجال التجارة الدولية بصورة عامة، وفي مجال التجارة البحرية خصوصاً، تستمد من واقع القضاء كما تستمد من واقع المنازعات، فواقع القضاء أدى إلى العزوف عن اللجوء إلى المحاكم لفض المنازعات وتفضيل التحكيم عليه وذلك لعدة أسباب سبقت الإشارة إليها، يضاف إليها: طول أمد التقاضي أمام المحاكم الوطنية، وزيادة المنازعات مقارنة مع قلة هذه المحاكم وقلة القضاة، زيادة المعاملات في مجال التجارة البحرية وتنوعها، نقص خبرة القضاة وعدم التخصص في هذا المجال، وعدم إحاطتهم بملاسات القوانين الأجنبية وظروفها ونطاق أعمالها، فضلاً على ميولهم إلى التفسيرات والحلول الوطنية.

أما واقع المنازعات البحرية التي يستمد منها التحكيم شرعيته، فيمكن إرجاعها إلى عدة اعتبارات منها:

- تميز المنازعة البحرية بالتعقيد والصعوبة نظراً للطابع الفني الذي تتميز به، لاسيما وأن موضوعها غالباً ما يكون ذو قيمة كبيرة، يجعلها تحتاج إلى خبرات فنية كبيرة للفصل فيها، الأمر الذي أثار صعوبة أمام القضاء للتصدي لمثل هذه المنازعات، وبالتالي يعتبر التحكيم هو الوسيلة الأنسب لفض تلك المنازعات¹.
- العقود طويلة المدة في مجال التجارة البحرية، التي يتطلب تنفيذها وقتاً قد تتغير فيه الظروف الاقتصادية، حيث يوجد بها شروط تسمح بتطويع العقد حسب اقتصاديات التطور، ويحتاج إعمالها إلى خبرة خاصة².
- نتيجة لانتقال البضائع والثروات بين الدول عن طريق البحر، وما ينشأ عن هذه العقود من معاملات مستمرة وإن نشأ عنها نزاعات، فإن التحكيم بما يتميز به من مرونة وسرية، سواء من حيث الإجراءات أو من حيث إصدار الحكم، يحافظ على استمرار هذه المعاملات بين الأطراف³.

¹ د رقية عواشرية، التحكيم المؤسسي ودوره في تحقيق الذاتية الخاصة للمنازعات البحرية، بحث مشار إليه سابقاً، ص 99.

² نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 36.

³ المرجع نفسه، نفس الموضوع.

غير أن مسألة شرعية التحكيم كنظام قضائي والاعتراف به كجهاز موازي للقضاء، لم تثر مشكلة عند الفقهاء¹، بقدر ما أثارته مشروعية الاتفاق على التحكيم، خاصة عندما يتم في صورة شرط أو بند يتم إدراجه في العقد، لذلك فإن الكلام عن تطور التحكيم يستدعي الكلام عن تطور شرط التحكيم²، قبل أن يصل إلى مرحلة الاعتراف به بوصفه اتفاقاً على التحكيم بالمعنى القانوني للكلمة.

ففي فرنسا، مر شرط التحكيم بتطور طويل قبل أن يتم الاعتراف به بصورته الحالية كاتفاق على التحكيم، لا سيما في التشريع والقضاء الفرنسي، فبعدما كان القضاء الفرنسي يقر جواز شرط التحكيم عاد ورفض الاعتراف به، في الحكم الشهير الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 10 جوان 1843³، والذي قضى ببطلان شرط التحكيم الذي يبرم قبل نشوء النزاع، مستنداً في ذلك إلى نص المادة 1006 من قانون المرافعات الفرنسي الملغاة، والتي اشترطت بيان موضوع النزاع في اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان، وبطبيعة الحال لا يتحقق ذلك إلى إذا وقع الاتفاق على التحكيم بعد قيام النزاع وتحديد موضوعه⁴.

فقانون المرافعات الفرنسي القديم⁵، لم يكن يعرف سوى مشاركة التحكيم التي تفترض وجود نزاع قائم ومحدد بالفعل، حيث نصت المادة 1003 على أنه: "يجوز للأفراد اللجوء إلى التحكيم في جميع الحقوق التي يتمتعون بحرية التصرف فيها"، بينما نصت المادة 1006 على أنه: "يجب أن تتضمن مشاركة التحكيم تعيين موضوع النزاع وتسمية المحكمين وإلا وقعت باطلة".

¹ د عبد الحميد الأحذب، التحكيم، أحكامه ومصادره، الجزء الأول، دار نوفل، بيروت، لبنان، 1990، ص 57-58.

² تعود بوادر ظهور شرط التحكيم إلى النصف الأول من القرن العشرين، وذلك من خلال عقود الامتياز التي أبرمتها الشركات المتعددة الجنسيات مع الدول النامية لاستثمار مواردها الطبيعية كالنفط والبتروول ومختلف المعادن، حيث كان لتلك الشركات الحق في اللجوء إلى التحكيم بموجب شرط كان يتم إدراجه في تلك العقود في حالة تعرضها إلى أضرار وخسائر قد تلحق بعقد الامتياز، وذلك بسبب تغير الظروف والتشريعات الحديثة التي أصدرتها تلك الدول النامية بعد حصولها على الاستقلال بهدف تأمين ثرواتها، أنظر، د زهير الحسني، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي لنزاعات الاستثمار، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث عشر، ديسمبر 2009، ص 104.

³ مشار إليه عند، د سامية الراشد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1984، ص 75.

⁴ د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 342.

⁵ Décret n° 81-500, du 12 mai 1981, instituant les dispositions des livres III et IV du nouveau code de procédure civile, et modifiant certaines dispositions de se code.

في ظل هذه النصوص، يتضح عدم إمكانية إسباغ وصف اتفاق التحكيم على ما يعرف بشرط التحكيم¹، لأنه لا يواجه نزاعاً قائماً بالفعل وإنما يواجه مجرد منازعات احتمالية قد تتحقق أو لا تتحقق مستقبلاً، على نحو لا يمكن معه تعيين موضوعه على وجه التحديد²، ذلك لأن مشاركة التحكيم تتميز في مضمونها عن شرط التحكيم الملحق بعقد معين، والذي يقتصر عادة على تقرير مبدأ الالتجاء إلى التحكيم، لحسم المنازعات التي قد تنشأ عن هذا العقد كلها أو بعضها³.

وظل القضاء الفرنسي مُحجماً عن تطبيق هذا الشرط لفترة طويلة، غير أنه في ظل ازدياد حجم التجارة الدولية، وازداد معه العمل بشرط التحكيم، واعتراف غالبية التشريعات به، قوبل القضاء الفرنسي بانتقادات شديدة⁴، ثم تغير هذا المفهوم عقب الحرب العالمية الأولى⁵، الأمر الذي دفع فرنسا إلى التوقيع على اتفاقية جنيف 1923 بشأن الاعتراف بشرط التحكيم وتنفيذ أحكام المحكمين في منازعات التجارة الدولية. وبعد أقل من سنتين من تاريخ المصادقة على الاتفاقية، أصدر المشرع الفرنسي قانوناً بتاريخ 21 ديسمبر 1925م، أضاف من خلاله إلى المادة 631 من المجموعة التجارية الفرنسية⁶ فقرة جديدة، تقضي بأنه: "يجوز للأطراف الاتفاق عند

¹ وهذا ما حدا بالفقه والقضاء الفرنسي إلى إنكار وصف اتفاق التحكيم على ما يعرف بشرط التحكيم، وإجازة الاتفاق على التحكيم فقط بعد وقوع النزاع أي في صورة مشاركة تحكيم، واعتبار شرط التحكيم مجرد وعد بالتحكيم يلتزم الأطراف على أساسه بإبرام مشاركة تحكيم إذا ما نشأ بينهم نزاع في المستقبل. أنظر في هذا المعنى:

- VINCENT Jean et GUINCHARD Serge, Procédure civile, Edition DALLOZ, 1999, n° 1640, p. 1101.

² د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 343.

³ المرجع نفسه، ص 358.

⁴ د عبد الباسط محمد عبد الواسع، شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 23.

⁵ حيث اتجه الرأي في عهد عصبة الأمم المتحدة إلى التسوية بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، من حيث الاعتراف بهما على قدم المساواة وإعطاء شرط التحكيم ذات القوة الإلزامية، ومن ثم جاء بروتوكول جنيف 1923 ليعبر عن خطوة هامة في سبيل تحقيق ذلك، والذي وقعت فرنسا عليه ليصدر بذلك القانون الفرنسي بتاريخ 1925/12/31 بشأن الاعتراف بشرط التحكيم. أنظر في ذلك، د أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، المرجع السابق، ص 200.

⁶ صدرت هذه المجموعة في 24 جويلية 1806م، وكانت تقتصر على تنظيم التحكيم فقط حتى صدرت اللائحتان بقانون 14 ماي 1980 و 12 ماي 1981، حيث انتقلت أحكامها إلى الكتاب الرابع من المجموعة الفرنسية الجديدة. أنظر، د فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2007، ص 56.

التعاقد على إخضاع ما ينشأ بينهم من منازعات على محكمين، متى كانت من بين المنازعات¹ المعدودة فيما سبق".

واستجاب المشرع الفرنسي لموقف الفقه والقضاء الفرنسيين، حيث عدل عن موقفه في التمييز بين شرط ومشاركة التحكيم، فنص في قانون التحكيم الصادر في 14 ماي 1980 على التسوية بينهما²، وإن ظل حتى وقت قريب يضيق من نطاق شرط التحكيم بحيث كان يقصره على عقود من نوع خاص، ولا يجيزه في العقود المدنية³، إلا أنه استجاب مرة أخرى للفقه والقضاء، حيث أصدر القانون 2001/420 بتاريخ 15 ماي 2001، معدلا نص المادة 2061 من القانون المدني الفرنسي الصادر عام 1804، والتي كانت تنص على حظر إيراد شرط التحكيم في العقود المدنية، ليوسع في الأخير من نطاق شرط التحكيم في جميع العقود على المستوى الداخلي والخارجي، فيما عدا عقود الاستهلاك وعقود العمل⁴.

وفي الأخير صدر تعديل قانون التحكيم الفرنسي ضمن قانون الإجراءات المدنية، بموجب المرسوم رقم 2011/48 الصادر في 13 يناير 2011⁵، حيث أوضحت المادة 1442 منه على أن اتفاق التحكيم يتضمن الشرط ومشاركة التحكيم دون تفرقة بينهما، وهو التغير الأبرز في هذه المادة⁶، كما أوضح أن شرط التحكيم هو اتفاق أطراف العقد على خضوع المنازعات التي يمكن أن تتولد أو تنشأ عن هذا العقد⁷.

¹ وهذه المنازعات تضم: المنازعات المتعلقة بالتعهدات بين العملاء والتجار وأصحاب المصارف- المنازعات بين الشركاء في الشركات التجارية- المنازعات الخاصة بالأعمال التجارية بين جميع الأشخاص. أنظر، د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 345.

² Philippe FOUCHARD, « La laborieuse reforme de la clause compromissoire par loi 15 mai 2001 », Revue de l'arbitrage, 2001, n° 3, p.398 et s.

³ Cour d'appel de Paris, 1er Ch, 1 décembre 1993, Rev. arb. 1994, p. 695 et s.

⁴ Philippe FOUCHARD, op. cit, p. 397.

⁵ يتميز هذا التعديل بتجنب تكرار الأحكام المشتركة بين نوعي التحكيم الداخلي والدولي، حيث اكتفى بالإحالة في العديد من الأحكام الخاصة بالتحكيم الدولي إلى تلك التي سبق النص عليها بشأن التحكيم الداخلي. أنظر في التعليق على هذا التعديل، د أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2012، ص 07.

Voir aussi, Emmanuel Gaillard, Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international, Recueil Dalloz, 20 janvier 2011, p. 175 et s.

⁶ Ch. JARROSSON, J. PELLERIN, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », Rev. arb. 2011, n°1, p. 9.

⁷ Pierre Jullien, Natalie Fricero, « droit judiciaire privé », L.G.D.J, Edition paris, 2011, n° 718, p. 412 et s.

وفي إنجلترا، وبعد زوال المحاكم التجارية، درج التجار على إدراج شرط في العقود التجارية يصر بموجبه إلى التحكيم، إلى أن تم تبني هذا الشرط ضمن الأحكام العامة للقانون الإنجليزي¹، فقد بدأ التحكيم في إنجلترا مصحوباً بشرط جزائي يوقع على الخصم الذي يرجع عن التحكيم، قبل صدور حكم المحكم، أما بعد صدور الحكم فلا يجوز للخصوم الامتناع عن تنفيذه، إلا إذا نقضته المحكمة لعيب في الإجراءات أو في تطبيق القانون. وبصدور قانون 1698 والذي أدخل بعض التيسيرات على نظام التحكيم، إلا أن هذا القانون ظل مشوباً بعيب خطير، وهو ضرورة الرجوع إلى المحكمة إن أراد أطراف النزاع أن يكون ملزماً، وهنا تدخل القضاء وسارع بإدخال المرونة لدفع مثالب هذا النظام².

ثم صدر أول قانون منظم للتحكيم سنة 1819، وهو قانون مستقل عن القانون العام Common law، وإلى جانبه ما يسمى بتحكيم القانون المكتوب Sparty arbitration حيث يبقى للأفراد الخيار بينهما³، وبعده صدر قانون التحكيم سنة 1899 ولم يختلف كثيراً عن سلفه، ثم حل محله قانون التحكيم لسنة 1950، الذي وحد بين صوري اتفاق التحكيم (الشرط والمشاركة)⁴، حيث عرفت المادة 32 منه اتفاق التحكيم بأنه: "اتفاق مكتوب على عرض المنازعات الحالية والمستقبلية على التحكيم"، ثم صدر قانون التحكيم لسنة 1979 الذي عمل على تلافي العيوب، وإبعاد قانون التحكيم الإنجليزي بقدر كبير عن إشراف القضاء، ومن أهم مبادئه أن القرار التحكيمي يعتبر نهائياً، إلا إذا نصّ الأطراف على غير ذلك، وهو ما يتلاءم أكثر

¹ د ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، مطبوعات جامعة القاهرة (الخرطوم)، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1975، ص 127.

² د خالد أحمد حسن، بطلان حكم التحكيم (دراسة مقارنة بين قانون التحكيم المصري والإنجليزي وقواعد الشريعة الإسلامية)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص 19. ولنفس المؤلف، بطلان حكم التحكيم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2006، ص 19.

³ الفرق بين تحكيم القانون العام وتحكيم القانون المكتوب، يكمن في أن الأول يجد أساسه في الاتفاق بين الأطراف، أما الثاني يقوم على اعتبار أن التحكيم قضاء وأن المحكم من معاوني القضاء وقراره يعتبر حكماً. د محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 1997، ص 67.

⁴ د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، رسالة دكتوراه منشورة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1997، ص 120.

مع الاتجاه في التشريع الحديث¹، ثم صدر في الأخير قانون التحكيم في أبريل سنة 1996 والذي جاء متوافقاً في الكثير من المواضع مع قانون اليونيسترال النموذجي².

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، لم يختلف الأمر كثيراً عنه في إنجلترا، فقد وحد القانون الفيدرالي الأمريكي الصادر عام 1925 بين صورتين اتفاق التحكيم³، ثم عدّل هذا القانون ليقرر في مادته الثانية صحة شرط التحكيم المكتوب في أي عقد بحري أو تجاري، لعرض المنازعات الناشئة عن العقد كلها أو بعضها على التحكيم⁴.

وفي مصر، بدأ المشرع المصري الاهتمام بالتحكيم منذ إصداره قانون المرافعات الأهلي الصادر بالأمر العالي في 13 نوفمبر سنة 1883م، فقد أفرد له باباً خاصاً ابتداءً من المادة 702 إلى المادة 727⁵، ويعتبر أول تشريع ينظم التحكيم في تاريخ مصر الحديث، ومن سماته أنه استلزم إثبات اتفاق التحكيم بالكتابة⁶، كما كان يعتبر التحكيم طريقاً غير أصيل للتقاضي، وقد أجاز استئناف أحكام المحكمين⁷.

ثم صدر قانون المرافعات رقم 77 لسنة 1949م، والذي حاول المشرع المصري من خلاله تنظيم التحكيم وتطويره، إلا أنه احتفظ بموقفه السابق الذي يعتبر التحكيم طريق غير أصيل للتقاضي⁸، إلى أن صدر قانون المرافعات رقم 13 لسنة 1968م، الذي أورد تنظيمًا موحدًا لاتفاق التحكيم يشمل الصورتين معاً (الشرط والمشاركة)، في الباب الثالث من خلال المواد 501 إلى 513⁹.

¹ د خالد أحمد حسن، مرجع سابق، ص 23-24.

² القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الصادر عام 1985 والمعدل سنة 2006، والمعروف باليونيسترال.

³ د عاطف محمد الفقي، الرسالة المشار إليها سابقاً، ص 120.

⁴ عبد الباسط محمد عبد الواسع، شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 30.

⁵ د فتحي والي، المرجع السابق، ص 56.

⁶ د نزيهان عبد القادر، اتفاق التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ط1، 1996م، ص 41.

⁷ ضحى إبراهيم الزباني، شرط التحكيم في العقود المدنية، رسالة دكتوراه مشار إليها سابقاً، ص 51.

⁸ المرجع نفسه، ص 52.

⁹ فقد نصت المادة 501 الملغية منه على أنه: "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين"، فهذا النص يميز صراحة للأطراف إدراج شرط =

وفي الأخير صدر قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994، وهو أول قانون مستقل ينظم التحكيم، غير أنه يعدُّ جزءاً لا يتجزأ من قانون المرافعات، ذلك لأنه ينظم نوعاً من القضاء هو قضاء التحكيم¹، وقد جاء هذا القانون استجابة من المشرع المصري للقانون النموذجي الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة لسنة 1985م، وذلك على غرار التشريعات الوطنية الأخرى، والتي اتجهت إلى إخضاع نوعي التحكيم (شروطاً ومشاركة) إلى قواعد وإجراءات موحدة².

أما الجزائر، فقد عُرِفَتْ بموقفها الراض للخضوع إلى التحكيم التجاري الدولي وذلك طيلة ثلاثين سنة³، لذلك فإن الحديث عن موقف الجزائر من التحكيم يقتضي منا إلقاء نظرة وجيزة حول هذا الموقف في المرحلتين قبل وبعد الاستقلال.

فقد كانت المنازعات المتعلقة بالمحروقات أثناء الاحتلال الفرنسي تؤول مباشرة إلى مجلس الدولة الفرنسي، حيث كانت المادة 41 من الأمر 1111 المؤرخ في 1958/11/22 والمتضمن القانون البترولي الصحراوي⁴ تنص على أنه: "تخضع المنازعات المتعلقة بتطبيق الاتفاقية بين صاحب الامتياز والمنتفع به إلى مجلس الدولة ابتداءً ونهاياً". وبعد تكريس مبدأ الحقوق المكتسبة عن طريق اتفاقيات إفيان، أصبحت النزاعات المتعلقة بالمحروقات بين الجزائر وفرنسا تخضع إلى التحكيم التجاري الدولي، عوض أن تنتقل إلى المحكمة العليا الجزائرية، والهدف من وراء ذلك هو استبعاد الاختصاص القضائي للمحاكم الجزائرية⁵.

=التحكيم في العقد الأصلي، وأن يكون موضوع الشرط في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ هذا العقد، أنظر، د رضا عبيد، شرط التحكيم في عقود النقل البحري، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق أسيوط، العدد، السادس، جويلية 1984، ص 198.

¹ د فتحي والي، المرجع السابق، ص 57.

² Ph.Fouchard-E.Gaillard-B.Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec-Delta, 1996, p. 3.
³ والسبب كما يرجعه البعض إلى عوامل تاريخية كالاستعمار، وأخرى اقتصادية تجعل من الدولة تاجراً ومستثمراً ومقاولاً وناقلاً، وأسباب قانونية حيث يترتب على أعمال التحكيم استبعاد القانون الداخلي ومحاولة تدويل العقود، وبالجملة كانت الجزائر ترى أن في خضوعها للتحكيم مساساً بسيادتها وتقليصاً لسلطتها القضائية الوطنية وسلبها لهذا الاختصاص. أنظر أكثر تفصيلاً:

- BEDJAOUI MOHAMED, L'évolution des conceptions et de la pratique algériennes en matière d'arbitrage international, «nécessité ou fatalité» Revue Mutations N°03, Alger 1994, pp. 15-40.

⁴ الأمر 1111/58 المؤرخ في 1958/11/22 والمتضمن القانون البترولي الصحراوي.

⁵ BOUZANA Belkacem, « Le contentieux des hydrocarbures entre l'Algérie et les sociétés étrangères», OPU, publisud, 1985, p.78 et s.

غير أن هذا الوضع عرف نوعاً من التطور عند صدور إعلان المبادئ والمتعلق بالتعاون في ميدان المحروقات¹، والذي نص على اختصاص محكمة تحكيم دولية حيث جاء فيه: "رغم كل الأحكام المخالفة، تخضع كل المنازعات والخلافات بين السلطة العامة وأصحاب الحقوق المضمونة في الفصل I ابتدائياً وهائياً إلى محكمة تحكيم دولية، يكون تنظيمها وسيرها مؤسساً على المبادئ التالية:

- يعين كل طرف محكماً، ويعين المحكمان محكماً ثالثاً يترأس محكمة التحكيم، إذا ثار خلاف حول التعيين يطلب أحد الطرفين من رئيس محكمة العدل الدولية تعيينه.
- تفصل المحكمة في النزاع بأغلبية الأصوات.
- يكون اللجوء إلى المحكم موقفاً.
- يتم تنفيذ الحكم التحكيمي من دون الرجوع إلى أمر بالتنفيذ على إقليم الأطراف، يعترف له بالتنفيذ قانوناً خارج هذه الأقاليم ... "
- وقد تم تنظيم هذه المبادئ من خلال الاتفاق الجزائري الفرنسي لسنة 1963²، وتم تأكيده بعد ذلك في اتفاق الجزائر سنة 1965³.
- ويظهر التطور بشأن الاتفاقات السابقة من خلال النقاط الآتية:
- بتعيين رئيس المحكمة التحكيمية من قبل المحكمة العليا.
- بتحديد مقر محكمة التحكيم بالجزائر.
- بالأثر الموقف⁴.

ما يلاحظ، أن الجزائر من خلال الأمر رقم 154/66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري، كانت تضرب حظراً يقضي بمنع الأشخاص العمومية من اللجوء إلى التحكيم، فقد نصت المادة 3/442 منه على أنه: "لا يجوز للدولة ولا للأشخاص الاعتباريين العموميين أن

¹ إعلان المبادئ الصادر في 15 مارس 1962 والمتعلق بالتعاون في ميدان المحروقات.

² المرسوم رقم 364/63 الموافق لـ 14 سبتمبر 1963، ج. ر عدد 67 مكرر، الصادرة في 17 سبتمبر 1963، متضمن نشر الاتفاق الجزائري الفرنسي حول التحكيم، ص 966 وما بعدها.

³ وذلك بموجب الأمر رقم 287/65، الموافق لـ 18 نوفمبر 1965، يصادق وينشر الاتفاق المبرم في الجزائر العاصمة بين الجزائر وفرنسا في 29/07/1965، والخاص بالفصل في المسائل المتعلقة بالمحروقات والتنمية الصناعية في الجزائر، ج. ر 19 نوفمبر 1965، ص 980 وما بعدها.

⁴ د عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، المرجع السابق، ص 03.

يطلبوا التحكيم"¹، ما يدل على أن الجزائر لم تكن تُولِّ كثير اهتمام للتحكيم، سواء الداخلي أو الدولي، بل كانت تظهر بمظهر العداء له²، وهذا لم يكن ناتجاً عن أسباب سياسية واقتصادية في ذلك الوقت فقط، وإنما أيضاً فكرة السيادة التي لم تكن الجزائر وحدها التي أخذت بها، بل تعدى ذلك إلى الدول العربية والإفريقية³.

غير أن الجزائر بدأت ترضخ شيئاً فشيئاً إلى تقبل التحكيم التجاري الدولي، وذلك تحت تأثير التغيرات الاقتصادية من جهة، وتطور العلاقات الدولية من جهة أخرى، ويتجلى ذلك بانضمامها للعديد من الاتفاقيات الدولية، أبرزها اتفاقية التعاون التي أبرمتها الجزائر مع فرنسا في 27 مارس 1983، أُتبعَتْ بإبرام نظام تحكيمي بين البلدين⁴. ويشكل هذا النظام التحكيمي معاهدة تسمح

¹ وقد ثار خلاف فقهي في شأن تفسير هذه المادة، ففي الوقت الذي منعت فيه هذه المادة الأشخاص المعنوية العامة من اللجوء إلى التحكيم، عمدت الجزائر إلى إبرام عدة عقود متعلقة بالبتروك مع شركات أجنبية خاصة تضمنت شروطاً للتحكيم، على سبيل المثال العقد الذي أبرمته الجزائر مع الشركة البتروك الأمريكية GETTY في 19/10/1968، وكذلك توقيع نظام التحكيم الجزائري الفرنسي في 27/03/1983، لكن الذي يبدو أن المشرع الجزائري حاول إزالة هذا التناقض بتعديل المادة السابقة الذكر بموجب المرسوم التشريعي 09/93، حيث أورد استثناءً على الحظر الذي كان مفروضاً على الأشخاص المعنوية العامة بقوله: "... ما عدا في علاقتهم التجارية الدولية". أنظر في شأن هذا الخلاف:

TERKI Noureddine, L'arbitrage commercial international en Algérie Editions AJED, Alger, 2015, p. 16 et s.
Aussi, ZAALANI. A, 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 s.

² في إحصائية قام بها الأستاذ مهند إسعاد سنة 1985، حيث لاحظ أنه من أصل 17 عقد تجارة دولية، فإن 10 عقود تضمنت شرطاً تحكيمياً، و 4 عقود فقط أحالت على القضاء، 3 على القضاء الجزائري وواحد على القضاء الإنجليزي. أنظر، مهند إسعاد، بحث باللغة الفرنسية، ألقى بمؤتمر التحكيم الأوروبي العربي بتونس، في سبتمبر 1985، أشار إليه، د عبد الحميد الأحذب، التحكيم، أحكامه ومصادره، المرجع السابق، ص 133.

كما دل هذا الاستقصاء أيضاً، أنه من أصل 12 عقد متضمن لشرط التحكيم فإن: 7 عقود منها اختارت سويسرا كمكان للتحكيم، عقدتين منها اختارت الجزائر كمكان للتحكيم، وعقد واحد اختار روما. أنظر:
-Mohanad ISSAD, Yearbook of Commercial Arbitration, Vol. IV, 1979, p. 11.

مشار إليه في كتاب د الأحذب، المرجع نفسه.

غير أنه في دراسة حديثة قام بها القاضي الدولي الجزائري محمد بجاوي، لاحظ أن المنازعات المسجلة لدى الغرفة التجارية الدولية بباريس CCI في الفترة من 1981 إلى 1990، كانت الجزائر طرفاً في 79 قضية تحكيمية، وتحتل المرتبة الثالثة بالنسبة للدول العربية بعد مصر والعربية السعودية. أنظر، أ. إسعاد مهند، مقال ألقى في إطار الملتقى الخاص بالتحكيم التجاري، المنظم خلال يومي 14 و 15 ديسمبر 1992 بالجزائر العاصمة.

³ محمد البجاوي، التطور الفكري و التطبيق للتحكيم الدولي في الجزائر، مقال ألقى في إطار ملتقى التحكيم التجاري، المنعقد في 14 و 15 ديسمبر 1992 بالجزائر العاصمة.

⁴ Mebroukine Ali, Le Règlement d'arbitrage Algéro- Français, du 27 mars 1983, Revue de L'arbitrage, 1986, pp. 191- 232

من خلالها للشركات الجزائرية بأن تلجأ إلى التحكيم التجاري الدولي، إذا ما أبرمت عقوداً مع شركات فرنسية¹. كما انضمت الجزائر إلى اتفاقية عمان لسنة 1987 المنشئة للمركز العربي للتحكيم التجاري الدولي، واتفاقية نيويورك لعام 1958 والمتعلقة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية².

إلى جانب إبرام عدة اتفاقات لتشجيع وحماية الاستثمار تنص على اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات³، وقد نصت المادة 17 من قانون الاستثمار الجزائري⁴ على أنه: "يعرض أي نزاع يطرأ بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية ضده، على المحاكم المختصة، إلا إذا كانت هناك اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالصلح والتحكيم، أو اتفاق خاص ينص على شرط تحكيم أو يسمح للأطراف بالاتفاق على إجراء الصلح باللجوء إلى تحكيم خاص"، حيث يتضح من نص المادة أن المبدأ هو اختصاص المحاكم الجزائرية، أما الاستثناء فهو اللجوء إلى التحكيم الدولي.

وبصدور المرسوم التشريعي رقم 93-09، الذي رفع ذلك الحظر الذي كان مفروضاً على الأشخاص المعنوية التابعة للقانون العام، وسمح لها أن تطلب التحكيم في علاقاتها التجارية الدولية،

¹ عليوش قريوع كمال، المرجع السابق، ص 15.

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

³ أنظر على سبيل المثال:

- 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 90/319 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 والاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي، المتعلق بالتشجيع والحماية 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 03/02/1994 بين الحكومة الجزائرية والحكومة الفرنسية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي 01/94 المؤرخ في 02/01/1994.

⁴ الأمر رقم 03/01، المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية، العدد 47، المؤرخة في 22 أوت سنة 2001، المعدل والمتمم بالأمر رقم 08/06، المؤرخ في 15 جويلية 2006، ج. ر عدد 47 لسنة 2006.

ومن ثم يمكن للدولة والمجموعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري اللجوء إلى التحكيم¹.

وعلى إثره انضمت الجزائر إلى اتفاقية واشنطن الصادرة في 18 مارس 1965، والخاصة بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار².

وفي الأخير صدر القانون رقم 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 2008/02/25، والذي نص على التحكيم في الباب الثاني من الكتاب الخامس³، والذي أرسى من خلاله المشرع الأسس العامة للتحكيم، ليعلن من خلاله صراحة على قبول التحكيم كطريق بديل عن التقاضي.

أما عن الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، فالملاحظ أنها لم تجاري تنظيم عملية التحكيم بالشكل المقبول عند الدول. وأبرز الاتفاقيات التي وضعت لأجل مواجهة ظروف وتطورات التجارة البحرية، نجد اتفاقية بروكسل لسنة 1924، الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن⁴، وقد أبرمت هذه الاتفاقية نتيجة لمطالبة الدول المشتركة في المؤتمر الدبلوماسي، الذي انعقد في بروكسل في أكتوبر عام 1922، لأجل مراجعة قواعد لاهاي 1921، التي

¹ نصت المادة 01 من المرسوم التشريعي 93-09 على أنه: تلغى المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية، وتستبدل بالأحكام التالية: "يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة، ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن، والملبس، ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم، ولا يجوز للأشخاص المعنوية التابعين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقاتهم التجارية الدولية".

غير أن المشرع لم يبين المقصود بالأشخاص المعنوية من خلال هذا المرسوم، لكنه تدارك ذلك في التعديل الجديد من خلال القانون 09/08، حيث بينت المادة 975 التي أحالت على المادة 800 منه على أن المقصود بهم: الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، مع مراعاة أحكام المادة 976 المتعلقة بتمثيل هذه الأشخاص أمام التحكيم.

² وذلك بموجب الأمر 95-05 المؤرخ في 21 جانفي 1995.

³ نصت المادة 1006 منه على أنه: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

ولا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

⁴ معاهدة بروكسل الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن لسنة 1924، والمعروفة بقواعد لاهاي، دخلت حيز النفاذ دوليا عام 1931، عدلت بموجب بروتوكول موقع في 23 فبراير 1968، ثم عدلت مرة أخرى سنة 1979.

قوبلت برفض كثير من الناقلين لقواعدها التي عرفت بطابعها الاختياري، إذ تقتصر على الحالات التي يتفق فيها الأطراف على الأخذ بها، وهذا طبعاً فيه تعارض مع مبدأ حرية التعاقد الذي تنبئ عليه مصالح التجارة البحرية، حيث انتهت اللجنة إلى وضع مشروع لاتفاقية دولية لتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن، عرفت باتفاقية بروكسل الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن، تتميز بطابعها الإلزامي مقارنة مع قواعد لاهاي لسنة 1922¹.

ولم تدخل هذه الاتفاقية حيز النفاذ دولياً إلا عام 1931، وعدلت بموجب بروتوكول موقع في 23 فبراير 1968، ثم عدلت مرة أخرى سنة 1979، وقد انضمت الجزائر إليها دون تعديلات، بموجب المرسوم رقم 71/64 المؤرخ في 2 مارس 1964².

غير أن تلك التعديلات على الاتفاقية، لم تكن كافيةً لمجاراة التطورات الفنية والسياسية والاقتصادية الهائلة التي عرفت الملاحية البحرية الدولية، وتحت تأثير الانتقادات القانونية التي وجهت لها نظراً لإغفالها العديد من المسائل القانونية، والتي من بينها تحديد الطرق الملائمة لتسوية النزاعات الناشئة عن عقود النقل البحري، قررت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المعروفة بـ (اليونسترال)، إدراج موضوع النقل البحري للبضائع ضمن الموضوعات ذات الأولوية المطروحة، لتنتهي الجهود الدولية المبذولة في هذا الصدد إلى إبرام اتفاقية، عرفت باتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بالبحر، والمعروفة اختصاراً بمعاهدة هامبورج لسنة 1978³، المتعلقة بنقل البضائع بجزراً - والتي حلت محل اتفاقية بروكسل 1924-، حيث تعتبر أول تنظيم دولي متخصص

¹ راجع بشأن هذه التطورات، د عاطف محمد الفقي، النقل البحري للبضائع (في ظل قانون التجارة البحرية رقم 08 لسنة 1990 واتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بالبحر لعام 1978-قواعد هامبورج-)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 1 وما يليها.

² أنظر، الجريدة الرسمية رقم 1964/28.

³ اتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بالبحر لعام 1978، والمعروفة بقواعد هامبورج، حيث تعتبر أول نص دولي متخصص في التحكيم البحري، وليث المشرع الجزائري انضم إليها بعد انضمامه إلى اتفاقية بروكسل، لأهميتها في مجال تسوية المنازعات الناشئة عن عقود النقل البحري للبضائع، ومساريتها لأهم التطورات التي عرفت التحكيم البحري، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على عدم مواكبة المشرع الجزائري لمختلف التطورات التي تعرفها التجارة الدولية والبحرية.

في التحكيم البحري، تجيز صراحة إمكانية اللجوء إلى التحكيم¹، كوسيلة لحل المنازعات البحرية الناشئة عن عقود النقل البحري للبضائع².

وإلى جانب اتفاقية هامبورج، كانت هناك جهود دولية أخرى مبذولة في سبيل توحيد الأحكام المطبقة على التحكيمات البحرية، ومن أهم هذه الاتفاقيات نجد اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وأحكام المحكمين الدولية، الموقع عليها بتاريخ 10/06/1958، والتي انضمت إليها الجزائر بتحفظ³. لكن رغم ما عرفت به هذه الاتفاقية من إلزامها للدول الموقعة عليها بالاعتراف بأحكام التحكيم الدولي وتنفيذها، إلا أنها لم تأت بتنظيم واف للعملية التحكيمية منذ بدايتها وحتى نهايتها، كما أنها تحيل في مواضع كثيرة إلى القوانين الوطنية في الدول الموقعة، أو للقواعد المختارة بواسطة الأطراف أو المحكمين⁴.

وعلى صعيد آخر، فقد أسفرت جهود لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بشأن التحكيم الدولي، عن وضع لائحة تحكيم سميت بلائحة اليونيسترال عام 1976، إلى جانب القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عام 1985. لكن رغم هذه الجهود وأهميتها البالغة في مستقبل التحكيم التجاري الدولي، إلا أنها لم تعدو كما يصفها البعض سوى جهود إرشادية أو اختيارية، لعدم تمتعها بصفة الإلزام سواء بالنسبة للأطراف أم للدول⁵، ولعل هذا

¹ حيث تنص المادة 1/22 منها على أنه: "مع مراعاة لأحكام هذه المادة يجوز للطرفين النص باتفاق مثبت كتابة، على إحالة أي نزاع قد ينشأ فيما يتعلق بمقر البضائع بموجب هذه الاتفاقية إلى التحكيم".

² د محمد عبد الفتاح ترك، شرط التحكيم بالإحالة وأساس التزام المرسل إليه بشرط التحكيم، المرجع السابق، ص 28.

³ وذلك بموجب المرسوم رقم 233/88، المؤرخ في 1988/11/05، ومبنى هذا التحفظ كما يرى البعض، يتجلى في عدم تطبيق أحكام هذه الاتفاقية إلا بشأن الأحكام الصادرة في دولة أخرى تكون طرفاً فيها، وعلى النزاعات المتعلقة بالقانون التجاري الدولي وفقاً لما يقضي به القانون الجزائري. أنظر، أد. بن سهلة ثاني بن علي، الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم وأثره على تسوية المنازعات التجارية الدولية، دراسات قانونية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، العدد الرابع، 2007، ص 189.

على أن هذا التحفظ قد أجازته الاتفاقية ذاتها للدول عند توقيعها عليها، كما هو ظاهر من مادتها الأولى في فقرتها الثالثة، حيث جاء فيها: "لكل دولة عند التوقيع على الاتفاقية أو التصديق عليها أو الانضمام إليها أو الإخطار بامتداد تطبيقها عملاً بنص المادة العاشرة، أن تصرح على أساس المعاملة بالمثل أنها ستقتصر تطبيق الاتفاقية على الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة على إقليم دولة أخرى متعاقدة، كما أن للدولة أن تصرح أيضاً بأنها ستقتصر تطبيق الاتفاقية على المنازعات الناشئة عن روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية التي تعتبر تجارية طبقاً لقانونها الوطني".

⁴ د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية (دراسة مقارنة للتحكيم البحري في لندن ونيويورك وباريس مع شرح أحكام قانون التحكيم المصري في المواد المدنية و التجارية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 12.

⁵ Ph. Fouchard, Les travaux de la C.N.U.D.C.I, Le règlement d'arbitrage, clunet 1979, P. 830.

القصور من المعاهدات الدولية، هو ما دفع مراكز التحكيم البحري الدولي بنوعيه المؤسسي والحر في كل من لندن ونيويورك وباريس، في إطار من المنافسة فيما بينها، على إعمال المبادئ الإجرائية المقررة في لوائح هذه المراكز، في حالة اتفاق الأطراف المحتكمة على اختيارها للتطبيق على النزاعات الناشئة عن تنفيذ عقودهم¹.

إن ظاهرة الانفتاح على التحكيم وقبوله من طرف الدول، كنظام قضائي متخصص لتسوية المنازعات الناشئة عن مختلف العلاقات القانونية بين الأطراف، على المستويين الداخلي والدولي، هو ما جعل مختلف الأبحاث والدراسات تُعنى بهذا النوع من النظم، وما يزيد البحث أهمية في هذا المجال، ما يتميز به نظام التحكيم التجاري الدولي عموماً، والتحكيم البحري خصوصاً -والذي ينضوي موضوع البحث محل الدراسة تحت مظلته-، من خصوصيات ومزايا يفتقر لها القضاء العادي لدى الدول، نظراً لما يصادفه القضاء من صعوبات في فض جانب من المنازعات، لتطلبها نوعاً من الخبرة وسرعة الفصل فيها، خاصة تلك المتعلقة بالعلاقات التجارية البحرية، الأمر الذي خلق مبرراً قوياً أمام الأطراف لاعتماد بدائل أخرى لتسوية نزاعاتهم، بما يستجيب مع مصالحهم التجارية.

ورغم أهمية موضوع التحكيم على هذا النحو، إلا أن المشرع الجزائري على غرار العديد من التشريعات المقارنة الأخرى، لم يضع له قانوناً خاصاً ومستقلاً، ما عدا بعض الأحكام التي ضمنها في القانون رقم 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في 2008/02/25، حيث نظم أحكام التحكيم في الباب الثاني من الكتاب الخامس منه، والذي ستكشف لنا الدراسة عدم كفايتها، لما تتمتع به الجزائر من نشاط تجاري بحري متوقد، سواء على المستوى المحلي أو على المستوى الخارجي، إذ يعتبر هذا النشاط الشريان الرئيسي للاقتصاد الوطني، وما يقال بالنسبة للتشريع يقال أيضاً بالنسبة للقضاء، الذي تكاد تخلو ساحته من أي اجتهاد في هذا المجال، يمكن تبنيه إلى جانب ما وصل إليه فقه وقضاء التحكيم الدولي، من نتائج بلغت ذروتها في خدمة موضوع التحكيم، والذي لم يقف اهتمامه عند مجرد صياغة النصوص ووضع القوانين والنظم التحكيمية فحسب، بل اتخذ هذا الاهتمام منحى آخر، تمثل في إنشاء مؤسسات ومراكز متخصصة في التحكيم محلياً ودولياً وإقليمياً، لها نظامها الخاص في اختيار المحكمين، واختيار الإجراءات المراد تطبيقها على النزاع.

¹ JAMBU-MERLIN R, «L'arbitrage maritime», Etudes offertes à René Rodière, Dalloz, 1981, p. 403.

وما يزيد موضوع التحكيم في مجال المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع بصورة خاصة أهمية، أن الجزائر تعتبر من الدول البحرية، حيث تعد التجارة البحرية المبرمة في صورة عقود نقل، من أهم الدعائم التي يركز عليها الاقتصاد الوطني، فهي بهذه المثابة محتاجة للارتباط سواء بواسطة أشخاصها الخاصة أو المعنوية العامة، بعلاقات بحرية مع مختلف الدول الأخرى، وبالتالي اشتراكها ولا بد كطرف في الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم. ولعل من أهم الاتفاقيات التي انضمت إليها الجزائر في هذا الخصوص¹، نجد اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها الموقع عليها في نيويورك بتاريخ 10/06/1958، حيث تبنت معظم أحكامها ضمن تشريعها الداخلي.

وتمخض عن الأهمية السابقة أهمية أخرى، تظهر في عامل استقطاب الاستثمار الأجنبي وتشجيعه، باعتبار التحكيم يعد بالنسبة إليه إحدى أهم الضمانات التي تحفزه على تنفيذ مشاريعه في الجزائر، لما يتمتع به من مزايا تدعم الاستثمار، والتي من أهمها سرعة البث في النزاعات، واستقرار المراكز القانونية، ودوام العلاقات والروابط بين الأطراف حتى بعد صدور الأحكام، خلافاً لما هو معهود في ظل قضاء محاكم الدولة.

وبناءً على ما تقدم، كان الدافع من وراء تفكيرنا في البحث حول موضوع التحكيم بصفة عامة، والتحكيم البحري بصفة خاصة، والذي يعد موضوع بحثنا هذا جزءاً منه، باعتباره من موضوعات الساعة التي شكلت ولا تزال تشكل هماً كبيراً، وعبئاً ثقيلاً على عاتق المحكمين، وما زالت محلاً للجدل ونقاش واسعين فقهاً وقضاءً. الأمر الذي عزز رغبتنا في الكشف عن المزيد حول مختلف جوانبه ومراحله وطبيعة نظامه وخصوصياته. فالتحكيم وفقاً للمفهوم المتقدم، كان ولا يزال يثير العديد من الإشكاليات، المتجددة بتجدد مصالح التجارة الدولية والبحرية وتطورها، وظهور آليات حديثة لتنفيذها، نذكر منها على سبيل المثال إبرام عقد النقل البحري المتفق بشأنه على التحكيم في صورة محررات إلكترونية، وما يثيره من إشكاليات معقدة، كمسألة التوقيع الإلكتروني على اتفاق التحكيم، وكيفية إعمال قواعد الإثبات في ذلك، وغيرها من المسائل الحديثة المعقدة التي تثيرها تطورات التجارة الدولية المعاصرة.

هذا ونحن بصدد إعداد هذه الدراسة، فقد واجهتنا صعوبات عدة، فلا شك أن من أبرز ما يمكن أن يعترض الباحث الجزائري في الوقت الراهن خصوصاً في مجال التحكيم، ندرة المادة العلمية

¹ راجع بشأن هذه الاتفاقيات التي وقعت عليها الجزائر، ما سبق بيانه في هذه المقدمة.

التي تناولت موضوع التحكيم في الجزائر، وهي مشكلة أخرى تضاف إلى مشكلة القصور التشريعي والقضائي التي أشرنا إليها قبل قليل، خصوصاً في ظل التعديلات الأخيرة التي طرأت على قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الأمر الذي جعل العديد من المسائل التحكيمية بحاجة إلى حلول قانونية، مما قد يؤدي بالنتيجة إلى فتح باب التأولات والاجتهادات حول مقصود الإرادة التشريعية منها. يضاف إلى ذلك، ندرة المراجع المتخصصة التي عالجت التحكيم في المادة البحرية، الأمر الذي تطلب منا بذل جهد مضاعف، من جهة إسقاط الأحكام العامة للتحكيم التجاري، على التحكيم في مجال المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة.

وبعد هذا العرض الموجز عن تطور نظام التحكيم، والذي استخلصنا منه ولو بصورة مبسطة مدى أهمية هذا الموضوع ومدى صعوبته في الوقت ذاته، ومن ثم تلوح في أفق هذه الدراسة العديد من المسائل القانونية الجديرة بالبحث، بدءاً من تحديد مضمون التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، وطبيعته وخصائصه وبيان أنواعه، مروراً بانعقاد الاتفاق عليه ونشأته صحيحاً، بصورة مستقلة عن العقد الأصلي الذي ورد به، أي عقد النقل البحري للبضائع المتفق بشأنه على التحكيم، ومن ثم ترتيب آثاره القانونية كاملة وتحديد نطاق امتدادها، وانتهاءً بنشأة خصومة التحكيم بين الأطراف والفصل فيها بموجب حكم قابل للتنفيذ.

وبناء عليه، فإن الإشكالية الرئيسية التي تدور في فلك موضوع التحكيم بصورة عامة، والتحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع خصوصاً، تثار من جهة تحديد طبيعة النظام القانوني الذي يجري عليه هذا النوع من التحكيم، والذي جعل المتعاملين في مجال التجارة البحرية يفضلون اللجوء إليه دون قضاء الدولة؟.

هذا وقد جرت العادة على أن تكون مناقشة الإشكاليات وفقاً لمنهج علمي يتناسب وطبيعة الموضوع محل البحث، ولعل الأنسب لمناقشة موضوع التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، اعتماد ثلاث مناهج بصورة أساسية في إطار من التكامل المنهجي المنظم، وهي: المنهج الوصفي، والمنهج التحليلي، والمنهج المقارن:

فنحن إذ نعتمد المنهج الوصفي، فلأن التحكيم كظاهرة قانونية، تتطلب وصفاً موضوعياً دقيقاً لأهم حقائقها وتحديد خصائصها وأبعادها، للوصول إلى وصف علمي متكامل، يتضمن تبيان حقيقة ومضمون نظام التحكيم، بأسلوب سهل وبسيط يستطيع القارئ العادي فضلاً عن رجل القانون فهمه.

أما المنهج التحليلي، فلأنه يساعد على تحليل النظام القانوني الذي يجري عليه التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، من حيث فحص مزاياه، وكذا عيوبه وسلبياته إن وجدت، وتحليل النصوص القانونية التي تطرقت لتنظيم التحكيم، سواء على المستوى الوطني أو الدولي، مع التركيز طبعاً على نصوص التشريع الجزائري، وصولاً إلى إعطاء تقييم مناسب لمدى تماشي هذه النصوص مع نظام التحكيم، ومدى مساهمتها لتطوراتها وخصوصياته.

أما عن المنهج المقارن، فلاشك أن هذا الأخير يفرض ذاته بشكل أو بآخر خلال جميع مراحل البحث، إذ يجد الباحث نفسه مضطراً دوماً لتقويم مذهب المشرع الجزائري مقارنةً بإياه بمذهب التشريعات المقارنة الأخرى، وعقد موازنة بينها، ومن ثم استخلاص أوجه الشبه والاختلاف، بغيت الوصول إلى مدى ملاءمة النصوص والأحكام التي اعتمدها المشرع الجزائري لنظام التحكيم، ومدى تجاوبه مع خصوصيات هذا الأخير، مقارنة مع ما وصلت إليه القوانين والنظم الدولية الأخرى، ولا يخفى ما لهذا المنهج من أهمية لا يمكن جحدها في مجال الدراسات القانونية، إذا يُمكن من إعطاء الحلول القانونية الممكنة، والخروج بنتائج أفضل، من شأنها أن تسهم في معالجة الكثير من النقائص التي تكتنف المنظومة القانونية.

هذا وإن كنا قد اعتمدنا على المناهج الثلاث المذكورة بصورة أساسية، إلا أن ذلك لم يمنع من استخدام مناهج أخرى في بعض الحالات التي يتطلبها الموضوع محل الدراسة، ولعل من أهم هذه المناهج نجد المنهج التاريخي، إذ أن الدراسات التاريخية أضحت حتمية لا بد من الرجوع إليها، لمعرفة أهم التطورات التي مر بها نظام التحكيم، وما ترتب عنها من تطورات مست المنظومة القانونية المنظمة للتحكيم، تمثلت في العديد من التعديلات التي طرأت على القوانين والنظم التحكيمية، سواء على مستوى القوانين الوطنية، أو على مستوى الاتفاقيات والمعاهدات دولية، أو على مستوى أنظمة التحكيم التجاري الدولي والبحري ومؤسساته.

وقد آثرنا وسم هذا الموضوع بـ: "التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع"، محاولة منا للإتيان على مختلف جوانبه ومراحلها، بدءاً من الاتفاق على التحكيم، ومروراً بطرح النزاع على هيئة التحكيم، وانتهاءً بصدور حكم فاصل في هذا النزاع، وذلك محاولة منا للوصول إلى نظرة شاملة حول موضوع التحكيم بمختلف مراحلها، ولسنا ندعي في هذا إماماً كاملاً به، أو سبقاً فيه لم يحظى به غيرنا، فقد أبقى الله عز وجل أن يكون الكمال والتمام إلا لكتابه

العزیز، فعملي هذا جهد بشر، والمرء يستحضر قول القائل¹: "إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً في يوم إلا قال في غده: لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر".

وتحقيقاً لأهداف هذه الدراسة، تم تقسيم موضوع التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع إلى بابين:

نتناول في (الباب الأول) النظام القانوني للتحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع.

أما (في الباب الثاني)، فنتناول خصومة التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع.

¹ صاحب هذه المقولة هو القاضي الفاضل عبد الرحيم البيساني المتوفى سنة 596 هـ، أحد الأئمة الكُتَّاب ووزير الملك صلاح الدين الأيوبي، كتبها جواباً على رسالة محمد بن صفى الدين، الملقب ب: عماد الدين الأصفهاني.

الباب الأول

النظام القانوني للتحكيم

في المنازعات الناشئة

عن عقد النقل البحري للبضائع

لم تعد الوسيلة التشريعية أو الوسيلة القضائية محصورة داخل حدود الدولة الواحدة، بل أصبحت تتعداها لتتصل بحياة الجماعات الأخرى، نظرا لأن الحياة الاجتماعية والاقتصادية للدولة لم تعد محدودة بحدودها السياسية، الأمر الذي فرض ضرورة تطبيق القوانين الأجنبية، وفي النتيجة أصبحت الأحكام القضائية الصادرة في دولة ما تنتج آثارها في دولة أخرى.

ونظرا لما يصادفه القضاء من منازعات يصعب حلها، لتطلبها نوعا من الخبرة وسرعة الفصل فيها خاصة تلك المتعلقة بالعلاقات التجارية البحرية، شكل ذلك مبررا أمام الأطراف لاعتماد بدائل أخرى لتسوية نزاعاتهم، بما يستجيب مع مصالحهم التجارية، ولعل أهم صورة من صور هذه البدائل، بأن يتفق أطراف العلاقة التجارية البحرية على إحالة المنازعات التي تنشأ أو سوف تنشأ بينهم مستقبلا، إلى محكمين متخصصين يمتازون بالكفاءة والخبرة في مجال المنازعات البحرية. وهكذا أصبح التحكيم هو القضاء الطبيعي الذي يفضل المتعاملون في إطار العلاقات الدولية سلوكه، مفضلين إياه على القضاء العادي، بعدما كان نظاما استثنائيا منتقدا من جانب قضاء المحاكم.

وحتى تبنى العملية التحكيمية على أسس سليمة وجوهرية، لا بد أن ينشأ اتفاق التحكيم صحيحا باعتباره حجر أساس هذه العملية، وذلك حتى يرتب هذا الاتفاق آثاره القانونية كاملة، وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن التحكيم تتنازعه ثلاث سلطات، سلطة الأطراف في الاتفاق على تسوية النزاع عن طريق التحكيم استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة، وسلطة المحكم في الفصل في النزاع المعروض أمامه، وسلطة الدولة في تنفيذ حكم التحكيم أو إبطاله¹.

وفي هذا الإطار، تقتضي دراسة النظام القانوني للتحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، بيان مفهوم هذا التحكيم في (الفصل الأول)، ثم نعرض لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن عقد النقل البحري للبضائع، والآثار المترتبة عن هذا الاتفاق في (الفصل الثاني).

¹ أنظر، إيمان فتحي حسن الجميل، اتفاق التحكيم البحري وفقا لقانون التحكيم المصري لسنة 1994 والاتفاقيات الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، الطبعة 2013، ص 13-14.

الفصل الأول

ماهية التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

الكلام عن ماهية التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، يستلزم ذلك بيان مفهومه (المبحث الأول)، ثم عرض لآليات انعقاده (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

لم يعد تحديد المقصود بالتحكيم محل اهتمام الفقه وحده، بل إن بعض التشريعات الوطنية والدولية قد تصدت لذلك أيضاً، كما أن جانباً من الأحكام القضائية أدلت بدلوها في هذا الشأن، غير أنها اختلفت فيما بينها في التعبير عن معنى التحكيم، لدرجة أن بعضها خلط بين عملية التحكيم ذاتها واتفاق التحكيم¹، الأمر الذي يستدعي منا التمييز بين المسألتين، فتميز بين التحكيم واتفاق التحكيم (المطلب الأول)، ثم نعرض لطبيعة التحكيم وتمييزه عما يشابهه من الوسائل الأخرى لحسم المنازعات (المطلب الثاني):

المطلب الأول

تعريف التحكيم وتمييزه عن اتفاق التحكيم

نظراً للالتباس الذي قد يقع بين التحكيم كنظام لتسوية المنازعات، واتفاق التحكيم كمرحلة من مراحل التحكيم، فمن الأهمية بمكان أن نبين الفرق بين المسألتين وذلك من خلال فرعين مستقلين:

¹ ينظر في شأن هذه الفوارق، د أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 15.

الفرع الأول

تعريف التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

التحكيم لغة من الحكم (بالضم) أي القضاء وهو جمع أحكام، ويقال حكم عليه بالأمر حكماً وحكومةً، وحاكمه إلى الحاكم: دعاه وخاصمه، وحكمه في الأمر تحكيماً أي أمره أن يحكم فاحتكم، وتحكم أي جاز فيه حكمه¹، ويقال: حكّمنا فلانا فيما بيننا أي أجزنا حكمه بيننا².

أما التحكيم في الاصطلاح، فهو الوسيلة القانونية التي بمقتضاها يتفق الأطراف على طرح النزاع الذي نشأ أو يمكن أن ينشأ في المستقبل، بمناسبة علاقة قانونية عقدية كانت أو غير عقدية، على شخص أو أشخاص معينين للفصل فيه دون المحكمة المختصة بنظر النزاع³.

وهذا المعنى تكاد تجمع عليه المعاهدات الدولية والتشريعات الوطنية المقارنة، بل يكاد يكون محل إجماع حتى بين الفقه والقضاء، مع اختلاف بينهم في التعبير عن هذا المعنى على النحو الآتي:
أولاً: تعريف التحكيم على ضوء بعض المعاهدات الدولية والتشريعات الوطنية.

أ- تعريف التحكيم في بعض المعاهدات والاتفاقيات الدولية:

1- اتفاقية نيويورك لسنة 1958⁴: نصت اتفاقية نيويورك في مادتها الثانية فقرة أولى 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".

¹ مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، باب الميم فصل الحاء، مؤسسة الرسالة، للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الثامنة، 1426 هـ - 2005 م، ص 1095.

² محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، ج 12 دار صادر، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1414 هـ، ص 142.

³ د أحمد محمد عبد الصادق، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، دار القانون للإصدارات القانونية، مصر، الطبعة السابعة، 2014، ص 35.

⁴ اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف و تنفيذ أحكام المحكمين الدولية.

2- الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي¹: نصت هذه الاتفاقية في المادة الأولى فقرة 2 جزئية (ب): "يقصد بـ «التحكيم» تسوية النزاعات ليس فقط بواسطة حكام معينين لحالات معينة «تحكيم خاص» بل وكذلك بواسطة مؤسسات تحكيمية دائمة".

3- القانون النموذجي لسنة 1985²: لم يأت هذا القانون إلا بتعريف لاتفاق التحكيم وبيان صورته في المادة السابعة فقرة 1 حيث عرفه بأنه: "اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة، التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، كما يجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في العقد أو في صورة اتفاق تحكيم منفصل".

4- اتفاقية هامبورج لسنة 1978³: هذه الاتفاقية وإن كانت قد اقتصرته هي الأخرى في تعريفها للتحكيم من خلال المادة 22 في فقرتها الأولى، على أنه: "اتفاق مثبت كتابة بين الطرفين على أن يحال إلى التحكيم أي نزاع قد ينشأ فيما يتعلق بنقل بضائع بموجب هذه الاتفاقية"، إلا أنها كما يراها البعض⁴ لها الفضل الكبير في تنظيمها لبعض مسائل التحكيم البحري، لتكون أول نص دولي متخصص في التحكيم البحري، يعترف به كنظام قانوني له مزاياه الكبيرة لحل المنازعات البحرية.

ب- تعريف التحكيم في بعض التشريعات الوطنية:

نظمت التشريعات الوطنية مسائل التحكيم التجاري، إما في شكل قانون مستقل للتحكيم أو بتضمينه في قوانينها الوطنية، إلا أنها تكاد تخلوا من إيراد تعريف للتحكيم نظراً لأن مسألة إعطاء التعاريف غالباً ما تترك للفقهاء والقضاء⁵، وإن كانت القلة منها قد تصدت لتعريف التحكيم، إلا أنها لم تميز بينه وبين اتفاق التحكيم.

¹ الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي، المعقودة في جنيف بتاريخ 21 أبريل 1961، وضعت موضع التنفيذ في 1964/1/7.

² القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 1985، والمعروف باليونسترال.

³ اتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بالبحر لعام 1978، والمعروفة بقواعد هامبورج.

⁴ د عاطف محمد الفقي، النقل البحري للبضائع (في ظل قانون التجارة البحرية رقم 08 لسنة 1990 واتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بالبحر لعام 1978-قواعد هامبورج-)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 186.

⁵ أيسر عصام داود سليمان، الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014، ص 34.

- 1- في التشريع الفرنسي:** عرف المشرع الفرنسي التحكيم في المادة الأولى من القانون رقم 42 الصادر سنة 1993 على أن: "التحكيم هو إجراء خاص لتسوية بعض أنواع الخلافات، بواسطة محكمة تحكيم يعهد إليها الأطراف بمهمة القضاء بمقتضى اتفاق التحكيم"¹.
- 2- قانون التحكيم المصري²:** نصت المادة الرابعة منه في فقرتها الأولى على أنه: "ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة، سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك".
- 3- قانون التحكيم التونسي³:** عرف الفصل الأول من هذا القانون التحكيم بأنه: "طريقة خاصة للفصل في بعض المنازعات من قبل هيئة التحكيم، يسند إليها الأطراف مهمة البث فيها بموجب اتفاقية التحكيم".
- 4- قانون التحكيم اليمني⁴:** نصت المادة الثانية في فقرتها الأولى على أن: "التحكيم هو اختيار الطرفين برضائهما شخصا آخر أو أكثر للحكم بينهما دون المحكمة المختصة للفصل فيما يقوم بينهما من خلافات أو نزاعات".
- 5- قانون التحكيم السوري⁵:** نص القانون السوري على أن "التحكيم أسلوب اتفاقي قانوني لحل النزاع بدلاً من القضاء سواء أكانت الجهة التي ستتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركزاً دائماً للتحكيم أم لم تكن كذلك".

¹ القانون الفرنسي رقم 93/42، الصادر في 1993/04/26، المتعلق بإصدار مجلة التحكيم، وانظر، د ماهر محمد صالح عبد الفتاح، اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2004، ص 48.

² قانون رقم 27 لسنة 1994 في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجريدة الرسمية العدد 32 بتاريخ 1995/8/10، والمعدل بالقانون رقم 09 لسنة 1997 والمعدل كذلك بالقانون رقم 08 لسنة 2000.

³ قانون التحكيم التونسي، الصادر بالقانون رقم 42 لسنة 1993، مؤرخ في 26 ابريل 1993، يتعلق بإصدار مجلة التحكيم.

⁴ قانون التحكيم اليمني، الصادر في 31 مارس 1992.

⁵ القانون رقم 4 لعام 2008، الخاص بالتحكيم في المنازعات المدنية والاقتصادية والتجارية (كوسيلة أساسية لتسوية كل المنازعات الناشئة عنها).

ثانيا: المقصود بالتحكيم على ضوء بعض أحكام القضاء

عرفت المحكمة الدستورية العليا المصرية في حكم لها بأن التحكيم هو: "عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأعيان (من الغير)، يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددها...".¹

كما عرفت محكمة النقض المصرية التحكيم على أنه: "طريق استثنائي لفض الخصومات، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكلفه من ضمانات، ومن ثم فهو مقصور حتما على ما تنصرف إرادة المحكمتين إلى عرضه على هيئة التحكيم...".²

وعرفت محكمة التمييز الأردنية التحكيم على أنه: "احتكام الخصوم إلى شخص أو أكثر لفض النزاع بينهم".³

كما عرفته محكمة تمييز دبي بأنه: "اتفاق الأطراف على منح المحكم سلطة الحكم في النزاع بدلا من المحكمة المختصة بنظره"⁴، وفي حكم آخر بأنه: "طريق استثنائي لفض الخصومات"⁵.

ثالثا: التعريف الفقهي للتحكيم

لا يختلف تعريف التحكيم عند الفقهاء - خاصة الفقه العربي - كثيرا مقارنة مع تلك التعاريف القضائية والتشريعية السابقة، والتي عبرت في تعريفها للتحكيم على أنه (اتفاق التحكيم)، على عكس ما سلاحظه عند الفقه في فرنسا.

أ- تعريف التحكيم عند الفقه العربي:

وردت عدة تعريفات للتحكيم في الفقه العربي، فقد عرفه الدكتور أحمد أبو الوفا بأنه:

¹ حكم المحكمة الدستورية العليا، 17 ديسمبر 1994، قضية رقم 13 لسنة 15 قضائية دستورية، منشور في الجريدة الرسمية، ديسمبر 1994، مشار إليه في كتاب د محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري (النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2005، ص 391.

² نقض مدني، الطعن رقم 275 لسنة 36 ق، الصادر بجلسة 16 فبراير 1971، مشار إليه في كتاب، د أحمد إبراهيم عبد التواب، إتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص 23.

³ حكم محكمة التمييز الأردنية، رقم 1955/37، مشار إليه في كتاب، د إبراهيم حرب محيسن، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية، دراسة مقارنة، دار النشر للثقافة والتوزيع، الطبعة الأولى، 1999، ص 14.

⁴ محكمة تمييز دبي، الطعن رقم 293 لسنة 1991، جلسة 10/11/1991، العدد 02، ص 486.

⁵ محكمة تمييز دبي، الطعن رقم 261 لسنة 2002، جلسة 02/11/2002، ص 777 وما بعدها.

"اتفاق على طرح النزاع على شخص أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"¹، كما ذهب الدكتور محمود هاشم إلى أن السائد في الفقه القانوني أن التحكيم عبارة عن "اتفاق الخصوم على عرض نزاع معين قائم بينهم أو ما قد يثور من منازعات في خصوص عقد معين أبرم بينهم، للفصل فيه بواسطة من اختارهم الخصوم لذلك من المحكمين، وذلك بدلا من الوسيلة العادية في هذا الخصوص"².

كما عرفه الدكتور أحمد السيد صاوي بأنه: "اتفاق الأطراف على اختيار شخص (محكم) أو أكثر، يفصل فيما يثور مستقبلا أو يثور فعلا بينهم من منازعات، بحكم ملزم دون المحكمة المختصة"³. وعرفه الدكتور أسامة المليجي بأنه: "اتجاه إرادة الأطراف إلى طرح نزاعهم على شخص أو أشخاص معينين، ليفصلوا فيه بعيداً عن القضاء، فهو ينشأ نتيجة لاتفاق الأطراف عليه إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة"⁴.

ب- تعريف التحكيم عند الفقه الفرنسي:

على خلاف الفقه العربي، نلاحظ أن الفقه الفرنسي يعبر في الغالب عن التحكيم بأنه (نظام أو آلية) بدلا من اتفاق التحكيم، وهو ما يلاحظ على سبيل المثال من تعريف الأستاذ M. de Boissesson بأن التحكيم هو "النظام الذي بمقتضاه تخول الأطراف المعنية للمحكمين المعيّنين بحرية بواسطتهم، مهمة الفصل في المنازعات المتعلقة بهم"⁵.

وهو ما يلاحظ أيضا من تعريف الأستاذ R. David بأن التحكيم: "آلية تهدف إلى الفصل في مسألة تتعلق بالعلاقات القائمة بين الطرفين أو عدة أطراف، بواسطة شخص أو عدة أشخاص

¹ د أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الطبعة الخامسة، 2001، ص 15.

² د محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية و التجارية، الجزء الأول، دار الفكر العربي، 1990، ص 20-21.

³ د أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، 2004، ص 10. وقريب من هذا المعنى، د أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2006، ص 223.

⁴ د أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، 2004، ص 12.

⁵ de Boissesson Mathieu, Le droit français de L'arbitrage interne et international, G.L.N, Edition paris,1990, p.5.

- المحكم أو المحكمين- والذين يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص ويفصلون في المنازعة بناء على هذا الاتفاق، دون أن يكونوا مخولين بهذه المهمة من قبل الدولة"¹.

وأيضاً تعريف الأستاذ Jarrosson بأن التحكيم هو: "النظام الذي بموجبه يسوي طرف من الغير خلافاً قائماً بين طرفين أو عدة أطراف، ممارساً لمهمة قضائية عهدت إليه عن طريق هؤلاء الأطراف"².

وكما ذهب إليه أيضاً الأستاذ Motulsky بأنه: "الحكم في منازعة بواسطة أشخاص يتم اختيارهم، كأصل عام بواسطة أشخاص آخرين، وذلك بموجب اتفاق"³.

الملاحظ من التعريفات السابقة، سواء على مستوى التشريعات أو على مستوى الفقه والقضاء، أن أغلبها يستخدم تعبير اتفاق التحكيم لوصف عملية التحكيم، والبعض الآخر يعبر عن التحكيم كنظام يتضمن ضمن مراحل المختلفة اتفاق الأطراف على التحكيم، إلا أن تعريف التحكيم بأنه اتفاق الأطراف على طرح نزاعهم على محكم أو أكثر، فيه خلط بين اتفاق التحكيم وعملية التحكيم ذاتها باعتبارها تعريف للجزء وليس الكل، فاتفاق التحكيم لا يعدو أن يكون سوى مرحلة أولية من المراحل التي تمر بها عملية التحكيم، إذ أن التحكيم أوله اتفاق ووسطه إجراء وآخره حكم⁴.

ولعلنا في الأخير نسوق جملة من التعاريف والتي ارتضاها جانب من الفقه⁵، محاولاً في ذلك ذلك تحاشي الالتباس بين اتفاق التحكيم وعملية التحكيم ذاتها. ومن أبرز هذه التعاريف أن التحكيم هو عمل قضائي من نوع خاص، يتم خارج ساحات القضاء ويستند إلى إرادة الخصوم⁶، الخصوم⁶، أو هو نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم إما مباشرة أو عن

¹ DAVID Reni, L'arbitrage dans le commerce international, Paris, Edition Économica, 1982, p.9.

² JARROSSON Charles., La notion d'arbitrage, Paris, LGDJ, 1987, p. 28 et 372.

³ MOTULSKY Henri, Ecrits, Etudes et notes sur l'arbitrage, Paris, Edition Dalloz, 1974, n° 8, p. 13 et suiv.

⁴ د محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 1997، ص 96. د أحمد السيد الصاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة، الطبعة 2002، ص 11.

⁵ أنظر في ذلك، د أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 16 وما بعدها.

⁶ د أحمد محمود حسني، التعليق على نصوص اتفاقية هامبورج الخاصة بنقل البضائع بحراً لسنة 1978، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص 212.

عن طريق وسيلة أخرى يرتضونها، أو هو مكنة الأطراف في إقصاء منازعاتهم عن قضاء الدولة واختيار الخصوم لقاضيتهم¹، أو هو نظام قانوني يتم بواسطة الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين أو أكثر، بواسطة شخص أو أشخاص من الغير يستمدون مهمتهم من اتفاق أطراف النزاع².

وبالجملة يمكن القول أن التحكيم بحق هو: "نظام قضائي خاص³ يختار فيه الأطراف قضائهم، ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب، بمهمة تسوية المنازعات التي يمكن أن تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم، بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية والتي يجوز حسمها بطريق التحكيم، وفقا لمقتضيات العدالة وإصدار حكم ملزم لهم"⁴.

أما التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع، فهو لا يخرج عن الإطار العام لتعريف التحكيم، فيمكن تعريفه بأنه، نظام قانوني يتعهد بمقتضاه أطراف عقد النقل البحري للبضائع، بعرض منازعاتهم التي نشأت أو من المحتمل أن تنشأ مستقبلا عن هذا العقد على التحكيم، حيث يتيح للأطراف انتقاء محكمين ممن لديهم الخبرة الكافية والتكوين الفني والمهني التابع من واقع الأعراف والتقاليد البحرية، ليفصلوا فيها بأحكام تحكيمية ملزمة⁵.

ومن هذا التعريف نخلص إلى أن التحكيم يمر بمراحل ثلاث، تبدأ بالاتفاق، ثم الإجراءات والفصل في موضوع النزاع، ثم تنفيذ الحكم الصادر في الخصومة، ومن ثم فإن المحور الذي يدور

¹ KASSIS Antoine, problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international, T.1, Edition L.G.D.I. Paris, 1987, p. 13, A. FOUSTOUROS, L'arbitrage – interne et international – en droit privé hellénique, Thèse Université de Paris II, Litec, 1976, n° 42, pp29-30.

² د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2007، ص 13.

³ جدير بالملاحظة أن الفقه والقضاء الحديث أصبح يعترف بالتحكيم كنظام قضائي خاص، بعدما كان يراه طريقا استثنائيا، أنظر في هذا الشأن، د محمد فتوح محمد عثمان، الاتجاهات القانونية والقضائية الحديثة في التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود الدوائر الحكومية في إمارة دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، بحث منشور في مجلة العدالة الصادرة عن وزارة العدل لدولة الإمارات العربية، العدد 103 س، 27 جويلية 2000، ص 26. وانظر أيضا، د عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، دار المعارف، القاهرة، مصر، 1998، ص 27.

⁴ د أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004، ص 18-19.

⁵ أنظر في هذا المعنى، د محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري (النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2005، ص 15 وما بعدها. وانظر أيضا، د عاطف محمد الفقي، النقل البحري للبضائع، المرجع السابق، ص 186.

حوله التحكيم يتمثل في وجود اتفاق التحكيم¹، أو كما عبر البعض، أن اتفاق التحكيم هو بمثابة حجر الزاوية لعملية التحكيم². فهو بذلك لا يعدو سوى مرحلة هامة من مراحل التحكيم، لذلك سنستعرض في الفرع الموالي، تعريف اتفاق التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع وتحديد صورته المختلفة، تمييزاً له عن عملية التحكيم ذاتها.

الفرع الثاني

تعريف اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع وتحديد صورته

انتهينا فيما سبق إلى حقيقة معينة، مفادها أن التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع هو نظام قانوني، يتعهد بمقتضاه أطراف هذا العقد، بعرض منازعاتهم التي نشأت أو من المحتمل أن تنشأ مستقبلاً عن هذا العقد على التحكيم، وفي ضوء هذا التعريف للتحكيم كنظام، يبقى أن نبحث عن تعريف اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع، تمييزاً له عن التحكيم:

أولاً: تعريف اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع

يقصد باتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع، بأنه ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه يتعهد أطراف هذا العقد، بأن يتم الفصل في المنازعة الناشئة بينهما أو المحتمل نشوؤها بينهما مستقبلاً، بمناسبة تنفيذ أو تفسير هذا العقد عن طريق التحكيم البحري³.

يتبين من هذا التعريف أن اتفاق التحكيم يتضمن بين ثناياه نوعين من أشكال الاتفاق على التحكيم، هما شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، وإلى جانب هاتين الصورتين التقليديتين هناك صورة أخرى كشفت عنها الممارسات العملية تعرف بشرط التحكيم بالإحالة أو الإشارة⁴. وسوف نرجئ الكلام عن هذه الصورة الأخيرة إلى حين التطرق لأركان اتفاق التحكيم، باعتبارها

¹ Jean Vincent et Serge Guinchard, Procédure civile, DALLOZ, 1999, n° 1639, p. 1101.

² A. Redfern, M. Hunter, droit et pratique de l'arbitrage commercial international, 2ème Ed, DALLOZ, paris, 1994, p. 106; V. J-M, Mousseron, J. Raynard, R. Fabre, J-L, Pierre, Droit du commerce international- droit international de l'entreprise, 3ème Ed, LITEC, paris, 2003, p 307 et s.

³ في هذا المعنى، د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية (دراسة مقارنة للتحكيم البحري في لندن ونيويورك وباريس مع شرح أحكام قانون التحكيم المصري في المواد المدنية و التجارية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 118.

⁴ د حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 117.

صورة من صور التراضي، وإنما أشرنا إليها هنا لكون جانب كبير من الفقه يعتبرها صورة جديدة من صور الاتفاق على التحكيم إلى جانب الصورتين التقليديتين السابقتين.

ثانياً: صور اتفاق التحكيم الوارد في عقد النقل البحري للبضائع

في الواقع أن شرط التحكيم كثيراً ما يدرج في العقد، بل أصبح هذا الشرط هو القاعدة في ميدان التجارة الدولية، ويمكن القول أن الغالبية العظمى من قضايا التحكيم، وخاصة في مجال التجارة البحرية¹ تنشأ استناداً إلى شرط تحكيم سابق على النزاع، وقليلة تلك القضايا التي تنشأ استناداً إلى اتفاق تحكيم لاحق عن نشوء النزاع، أي في صورة مشاركة².

ونظراً لتباين التشريعات في تحديد مقصودها من اتفاق التحكيم، كان لابد من إلقاء نظرة حول موقف هذه التشريعات من صور اتفاق التحكيم، مع إبراز موقف الفقه والقضاء في هذا الشأن عند الاقتضاء.

أ- شرط التحكيم: (Clause compromissoire)

شرط التحكيم بصورة عامة، هو اتفاق التحكيم الذي يواجه منازعات مستقبلية ومحملة غير قائمة بالفعل، ولكنها قد تنشأ في المستقبل، وقد استمد هذا الاتفاق تسميته من كونه يشكل جزءاً أو شرطاً من شروط العقد الأصلي، لاحتمال نشوء نزاع بسبب تنفيذه أو تفسيره³، وبالتطبيق على شرط التحكيم في مجال المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة، فيمكن القول بأنه اتفاق بين أطراف هذا العقد يتم بموجبه إدراج شرط، يقضي بإحالة النزاعات التي سوف تنشأ مستقبلاً بمناسبة تنفيذ هذا العقد على التحكيم.

¹ يمكن تقسيم المنازعات المعروضة على التحكيم البحري إلى نزاعات ناشئة عن العقود البحرية و أخرى ناشئة عن الحوادث البحرية، فالنوع الأول يتمثل في النزاعات التي تنشأ عن عقود النقل البحري بمختلف أشكاله -والذي يعتبر موضوع بحثنا هذا واحداً منها- كعقود التأمين البحري سواء على السفن أو على البضائع، وعقود البيوع البحرية وكافة ما يتعلق بعمليات النقل البحري، أما النوع الثاني فيظهر في المنازعات التي تنشأ عن الحوادث البحرية مثل التصادم البحري، المساعدة البحرية و الإنقاذ البحري، تسوية الخسارات البحرية المشتركة. للمزيد يرجع إلى، د عمر مشهور حديثة الجازي، التحكيم في المنازعات البحرية، محاضرة ألقيت في مقر نقابة وكلاء الملاحة البحرية، بتاريخ 2002/10/08، نقلا عن موقع: www.jcdr.com.

² د أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 226.

³ د أحمد محمد عبد الصادق، المرجع العام في التحكيم، المرجع السابق، ص 76.

على أنه لا يوجد ما يمنع من ورود شرط التحكيم في عقد لاحق يكون مبرماً بين الأطراف قبل نشأة أي نزاع بينهم، فيكون المميز لشرط التحكيم عندئذ ليس هو وروده في العقد الأصلي، ولكن كون المنازعات التي يشملها شرط التحكيم تبقى منازعات محتملة لم تنشأ بعد¹.

وفيما يلي سنحاول أن نستعرض تعريف شرط التحكيم في بعض التشريعات الوطنية:

1- في التشريع الفرنسي: أوضحت المادة 1442 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي المعدل بالمرسوم رقم 2011/48²، أن اتفاق التحكيم يتضمن الشرط ومشاركة التحكيم دون تفرقة بينهما، ونصت في فقرتها الثانية أن شرط التحكيم هو الاتفاق الذي بموجبه تلتزم أطرافه بعرض النزاعات التي سوف تنشأ على التحكيم.

2- في التشريع الإنجليزي³: جمع المشرع الإنجليزي هو الآخر بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم في تعبير واحد هو اتفاق التحكيم Arbitration Agreement، معرّفاً إياه في المادة 32 من قانون التحكيم الصادر سنة 1950 بأنه "اتفاق مكتوب على عرض المنازعات الحالة أو المستقبلية على التحكيم"، ثم قانون التحكيم لسنة 1979 الذي عمل على تلافي العيوب وأبعده بقدر كبير عن إشراف القضاء، وسار على نفس المنوال قانون التحكيم الصادر عام 1996⁴.

3- في التشريع الأمريكي: وفقاً لقانون التحكيم الفدرالي الأمريكي الصادر عام 1925 فقد وحد بين صورتَي اتفاق التحكيم، حيث قرر في المادة الثانية منه صحة كل من شرط التحكيم

¹ د محمود السيد عمر التحيوي، الرضا بالتحكيم لا يفترض وإنما لا بد من وجود الدليل عليه، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 50-51.

² L'article 1442: « La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis.

La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats.

Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage.».

³ كان لبريطانيا السبق في صدور قانون التحكيم، ومن أسباب نجاح التحكيم في بريطانيا هو وجود قانون ينظم التحكيم منذ عام 1950 فضلاً على ما كان يتمتع به المحكمين الإنجليز من سمعة عالية بسبب خبرتهم الطويلة في مجال التحكيم، كما أن التحكيم الدولي في لندن يعتبر من أحد أهم المراكز في العالم وأقدمها ظهوراً، فقد أثبتت الدراسات أن ما بين 80 إلى 90% من المنازعات المعروضة عليه هي ذات طبيعة بحرية خاصة تلك المتعلقة منها بالمواد الأولية. أنظر، د محمد عبد الفتاح ترك، شرط التحكيم بالإحالة وأساس التزام المرسل إليه بشرط التحكيم، المرجع السابق، ص 326.

⁴ د عبد الباسط محمد عبد الواسع، شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، سنة 2014، ص 29، خالد أحمد حسن، بطلان حكم التحكيم، رسالة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة عين شمس، مصر، 2006، ص 19.

المكتوب في أي عقد بحري أو تجاري، لعرض المنازعات الناشئة عن العقد كلها أو بعضها على التحكيم¹.

4- في التشريع المصري: نصت المادة 10 من قانون التحكيم المصري² على أن: "اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم، لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية. يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع في بيان الدعوى المشار إليها في الفقرة الأولى من المادة (30) من هذا القانون، كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً".

بالنظر إلى نص الفقرة الثانية يلاحظ أنها قد نصت صراحة على شرط التحكيم، حيث قررت جواز الاتفاق على التحكيم قبل قيام النزاع سواء كان هذا الاتفاق مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين، كما أنها عرضت لصورتين من صور شرط التحكيم، فقد يرد كبنود من بنود العقد وقد يرد في صورة وثيقة تلحق بالعقد الأصلي.

فيكون المشرع المصري بذلك قد اعترف بشرط التحكيم كإحدى صوري اتفاق التحكيم (المشاركة والشرط)، دون أن يختص إحدى صور الاتفاق بينود خاصة أو بمعاملة أدنى مرتبة، حيث وضعها على قدم المساواة من حيث الطبيعة القانونية والاستقلال والقوة الإلزامية³، كما تجدر الإشارة إلى أن جانب من الفقه المصري⁴ يكيّف شرط التحكيم بأنه عقد وليس وعداً بإبرام

¹ د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، رسالة دكتوراه منشورة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1997، ص 120.

² قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 والمعدل بالقانون رقم 09 لسنة 1997 والمعدل كذلك بالقانون رقم 08 لسنة 2000.

³ د نريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم المصري في المواد المدنية و التجارية رقم 27 لسنة 1994، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص 205 وما بعدها.

V. aussi, A. EL AHDAB, « L'arbitrage dans les pays Arabes », Edition ECONOMICA, Paris, 1988, P. 355

⁴ د سيد أحمد محمود، التحكيم العادي (التحكيم الاختياري والفردي) في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، بدون ناشر، الطبعة الأولى، ص 158. أنظر خلاف ذلك، د محمود السيد عمر التحيوي، تحديد المعنى الموضوعي لحل التحكيم ودوره في =

عقد في المستقبل كما كان سائدا في ظل قانون المرافعات القديم¹، لذلك عندما ينشأ النزاع فلا يكون على أطراف هذا الشرط الالتزام بإبرام مشاركة تحكيم -عند وقوع النزاع-، بل يكون تنفيذ هذا الشرط عند وقوع النزاع².

5- في التشريع الجزائري: نص المشرع في المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم"، ما يلاحظ أن هذا النص يتفق مع النص الفرنسي (المادة 1442 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الصادر عام 1975) في تعريفه شرط التحكيم بأنه اتفاق، في حين أن الشرط ليس إلا صورة من صور اتفاق التحكيم إلى جانب المشاركة، ثم عرف هذه الأخيرة في المادة 1011 من ق.إ.م. الجزائري تحت عنوان اتفاق التحكيم، ثم جمع بين الصورتين معاً (الشرط والمشاركة) في تعريف واحد تحت عنوان اتفاقية التحكيم في المادة 1040 ق.إ.م.ج، وذلك في مجال التحكيم الدولي، وعلى كل سوف نورد بعض الملاحظات على هذه التعريفات، وذلك بعد التطرق للصورة الثانية لاتفاق التحكيم، وهي مشاركة التحكيم.

ب- مشاركة التحكيم (Compromis):

بخلاف شرط التحكيم، تفترض مشاركة التحكيم أن الخلاف قد نشب بالفعل وتحدد معالمه، واتجهت إرادة الطرفين إلى الاتفاق على التحكيم لحسم الخلاف الناشب بينهما، ومن ثم تثار مسألة أساسية وهي تحديد ذاتيات المشاركة والتي تميزها عن شرط التحكيم³. فمشاركة

=تحديد طبيعة العمل الذي يصدر من هيئة التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 166 وما بعدها، حيث يرى أن شرط التحكيم يكون وعدا بعقد في القانون الوضعي المصري، قارن أيضا، د أحمد حسني، عقود إيجار السفن، منشأة المعارف الإسكندرية، 1985، ص 200-201.

¹ استند هذا الرأي إلى نص المادة 501 الملغاة من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر في 13 نوفمبر 1883 وهو أول تشريع ينظم التحكيم في تاريخ مصر الحديث، حيث كانت تنص على أنه: "يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين"، أنظر في ذلك، د حسني المصري، شرط التحكيم التجاري، بحث مقدم لمؤتمر التحكيم التجاري الدولي، 1988، العريش، مشار إليه في كتاب د أحمد محمد عبد الصادق، المرجع السابق، ص 80. وانظر أيضا، ضحى إبراهيم الزياتي، شرط التحكيم في العقود المدنية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2003، ص 51.

² د عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 31.

³ د أحمد محمد عبد الصادق، المرجع العام في التحكيم، المرجع السابق، ص 86.

التحكيم هي في الحقيقة اتفاق شامل لكل متطلبات التحكيم، فهي لا تقتصر فقط على تقرير الالتجاء إلى التحكيم في نزاع معين، وإنما تتولى تنظيم كل ما يتعلق بهذا التحكيم من حيث إجراءاته ونطاقه وموضوعه وضوابطه¹.

هذا وقد عرفت المادة 1442 في فقرتها الثالثة من قانون المرافعات الفرنسي الجديد مشاركة التحكيم بأتمها: "الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف على عرض نزاع قائم بينهم على التحكيم"²، كما نصت المادة 10 فقرة 1 من قانون التحكيم المصري على أن: "اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية". أما المشرع الجزائري فقد خص مشاركة التحكيم بنص خاص، حيث عرفها في المادة 1011 تحت عنوان اتفاق التحكيم بأتمها: "الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم".

وقد أعطى بعض الفقه الفرنسي تعريفا مقاربا للنصوص السابقة حيث عرف مشاركة التحكيم بأتمها: اتفاق بين شخصين أو أكثر من الأشخاص المتنازعة لعرض نزاعهم على محكم أو أكثر من اختيارهم دون قضاء الدولة³.

فمشاركة التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع لا تخرج عن هذا المفهوم العام، فهي اتفاق يتم بين أطراف هذا العقد بعد قيام النزاع، لعرضه على التحكيم البحري⁴، وذلك سواء أكانت المشاركة ترجمة لشرط التحكيم أو عند نشوء النزاع بين الطرفين⁵. وتعتبر مشاركة التحكيم صحيحة حتى ولو أقيمت دعوى قضائية بشأن النزاع⁶، وفي هذه الحالة يكون من شأن مشاركة التحكيم وضع حد لاختصاص المحاكم العادية في نظر النزاع وإدخاله في اختصاص هيئة التحكيم، وتكون المشاركة جائزة ليس في مرحلة الدعوى الابتدائية فقط، بل وفي مراحلها التالية (الاستئناف

¹ V. G. COUCHEZ, JP. LANGLANDE, D.LEBEAU, Droit judiciaire privé, DALLOZ, paris, 1998, p.411.

2... Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage.».

3 Jean Vincent et Serge Guinchard, Procédure civile, op.cit, n° 1645, p. 1107.

⁴ د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 103 وما بعدها. الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001، ص 935.

⁵ د أكثم أمين الخولي، بدء التحكيم وسيره طبقا لنظام التوفيق والتحكيم لغرفة تجارة وصناعة دبي، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التحكيم التجاري، المنعقد في دبي، يومي 28 و 29 ماي 1995، ص 5.

⁶ وفي ذلك تنص المادة 1013 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يجوز للأطراف الاتفاق على التحكيم حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهات القضائية".

والنقض وفي سائر طرق الطعن)، حيث يعتبر التحكيم عندئذ بمثابة تنازل عن جميع الإجراءات التي تمت أمام المحاكم العادية¹.

هذا وقد تعدد الأسباب التي تؤدي بأطراف عقد النقل البحري إلى التأخر عن إبرام شرط التحكيم البحري، فقد يمكن إرجاعها إلى جهلهم بإمكانية تسوية النزاع بواسطة التحكيم، أو لعدم توقعهم حدوث نزاع بينهم، أو أن مدة العقد الأصلي قصيرة ثم يتم الاتفاق على إطالة أمد التعاقد إلى فترة أو فترات زمنية أخرى، بحيث يتوقعان حدوث منازعات خلال هذه الفترات، لذلك يعمدان إلى إبرام شرط تحكيم مستقل، يعبران فيه عن إرادتهما في حسم منازعتهم المستقبلية عن طريق التحكيم².

ثالثاً: موقف المشرع الجزائري من اتفاق التحكيم

كان المشرع الجزائري على غرار معظم التشريعات الوضعية المقارنة، قد أورد تنظيماً موحداً يشمل الصورتين معا " شرط التحكيم و مشاركة التحكيم " تحت عبارة اتفاق التحكيم، متجاوزاً ذلك التمييز الكلاسيكي بين الشرط والمشاركة، وذلك أسوة بالتشريع الفرنسي³، وقد دلت على ذلك المادة 458 مكرر 1 من قانون الإجراءات المدنية القديم⁴ عندما نصت على أنه: " تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية ". فالمقصود بالنزاعات المستقبلية هو شرط التحكيم والنزاعات القائمة هو مشاركة التحكيم⁵، وبذلك يكون قد كرس التسمية الشائعة في هذا المجال و هي " اتفاق التحكيم " ⁶.

¹ د نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 80-81.

² د حمد الله محمد حمد الله، النظام القانوني لشرط التحكيم في المنازعات التجارية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص 70.

³ ويرجع هذا التأسسي، إلى أن الجزائر كانت غداة الاستعمار تخضع في منازعتها لاسيما تلك المتعلقة بالمحروقات إلى مجلس الدولة الفرنسي، لكن بعد هذه المرحلة أصبح يؤول الاختصاص إلى التحكيم الدولي، وذلك بموجب المرسوم رقم 63/364 الصادر في 14 سبتمبر 1963، ج ر عدد 67 مكرر، بتاريخ 17 سبتمبر 1963، متضمن نشر الاتفاق الجزائري الفرنسي حول التحكيم، ص 966 وما بعدها، وملحق خاص بنظام التحكيم المبرم في باريس بتاريخ 26 جوان 1963.

⁴ أمر رقم 66-154، مؤرخ في 18 صفر 1386، الموافق ل 8 يونيو 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، جريدة رسمية عدد رقم 47 لسنة 1966.

⁵ عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2005، ص 27.

⁶ Ph. FRANCESKAKIS, « Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt HECHT de la Cour de cassation », Rev. arb. 1974, p.68.

ولكن بعد صدور القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية¹، يظهر أن المشرع الجزائري قد ميز بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، لكن في إطار التحكيم الداخلي فقط. فقد نص على شرط التحكيم في المادة (1007) من القانون المذكور، أما مشاركة التحكيم فقد نص عليها في المادة (1011) من نفس القانون تحت إسم اتفاق التحكيم، بينما لم يفرق بينهما فيما يتعلق بالتحكيم الدولي طبقاً لنص المادة 1040 تحت مسمى اتفاقية التحكيم.

ما يمكن ملاحظته على التعريفات السابقة، أن المشرع الجزائري لم يضبط من خلالها معياراً دقيقاً يمكن على أساسه التمييز بين صورتى اتفاق التحكيم (الشرط والمشاركة) من جهة، ومن جهة ثانية ميز بين أحكام هذه الصورتين في كل من التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، فنجد تارة يجمع بين الصورتين كما في مجال التحكيم الدولي تحت مسمى اتفاقية التحكيم (المادة 1040)، وتارة يعبر عن شرط التحكيم بأنه اتفاق (المادة 1007)، وتارة أخرى يعبر عن اتفاق التحكيم ذاته بمشاركة التحكيم، وكأن الاتفاق على التحكيم في المجال الداخلي لا يضم سوى صورة واحدة فقط ممثلة في مشاركة التحكيم، على عكس التحكيم الدولي الذي ضمنه الصورتين معاً، وكل ذلك لا شك أنه يثير التباسات عديدة من حيث ضبط معيار على أساسه يمكن التفرقة بين هذه المفاهيم، كما يثير إشكالاً من حيث الفائدة المرجوة من التمييز بينها على المستويين الداخلي والدولي؟.

لذلك يكون من الجدير إعادة النظر في صياغة أحكام المادتين 1007 و 1011، وذلك بوضع تعريف موحد يضم الصورتين معاً تحت عنوان (اتفاق التحكيم)، دون تمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، لعدم وجود فائدة ترجى من هذه التفرقة، و لرفع الالتباسات المترتبة عن الخلط بين هذه التعريفات.

رابعاً: ملاحظات بشأن هاتين الصورتين لاتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم سواء كان في صورة شرط أو مشاركة، قد يكون أحد بنود ورقة عرفية أو رسمية، سواء كان ذلك في عقد من العقود أو في اتفاق مستقل، كما قد يكون في صورة بيانات

¹ القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد رقم 21، لسنة 2008.

إلكترونية¹، وفي هذه الحالة يكون اتفاق التحكيم في صورة رسائل متبادلة بين الأطراف، كما يمكن أن يكون في صورة بند من بنود عقد من عقود التجارة الإلكترونية، فيكون اتفاق التحكيم في هذه الحالة بالتوقيع على العقد، أو في صورة اتفاق مستقل، أو نتيجة قبول الأطراف للتعامل بالطريق الإلكتروني².

ومما يلاحظ، أن بعض التشريعات العربية المعاصرة، تستعمل تعبيرات واصطلاحات قانونية مغايرة أو موازية أو مختلفة عن اتفاق التحكيم في صورتيه السابقتين، فلو أخذنا على سبيل المثال قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 11 لسنة 1992، نجد يستعمل مصطلح وثيقة التحكيم للتعبير أحيانا عن اتفاق التحكيم، وأحيانا أخرى باعتبارها صورة من صور اتفاق التحكيم، وأحيانا أخرى بمعنى مشاركة التحكيم³، والواقع أن الاستعمال السابق يثير اللبس في المقصود باتفاق التحكيم فهل يقصد به الشرط والوثيقة، أم أن الوثيقة شيء آخر غير الاتفاق، وما يزيد من هذا الالتباس نص المادة 205 من نفس القانون، حيث تنص على أنه: "لا يجوز تفويض المحكمين بالصلح إلا إذا كانوا مذكورين بأسمائهم في اتفاق التحكيم أو في وثيقة لاحقة" وهنا يكون معنى الوثيقة مغايرا لمعنى الاتفاق على التحكيم⁴.

¹ ويقصد برسالة البيانات الإلكترونية حسب ما ورد في المادة 2/أ من القانون النموذجي (اليونيسترال) للتجارة الإلكترونية الصادر عن الأمم المتحدة عام 1996: "رسالة بيانات" المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي".

² للمزيد أنظر، د توجان فيصل الشريدة، ماهية وإجراءات التحكيم الإلكتروني، (التحكيم عبر الإنترنت) كوسيلة لفض منازعات التجارة الإلكترونية، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2008، ص 1089 - 1090.

³ حيث ورد في الفقرتين 1 و2 من المادة 203 منه تحديد صور اتفاق التحكيم وأنه يرد في العقد أو اتفاق لاحق، بينما استعمل تعبير وثيقة التحكيم في الفقرة 3، واستعمل تعبير اتفاق التحكيم في الفقرة 4، وفي الفقرة 5 استعمل تعبير شرط التحكيم.

⁴ ودرءاً لمثل هذه الالتباسات دعا البعض إلى ضرورة تعديل صيغ النصوص السابقة، ينظر على سبيل المثال، د مجدي قاسم، محاضرة بعنوان (إجراءات حكم التحكيم وتسبيبه)، أقيمت في حلقت نقاش أعدها معهد التدريب القضائي بوزارة العدل، عقدت في أواخر شهر يناير 2008، بالجمع الثقافي بأبوظبي، أشار إليها د أحمد إبراهيم عبد التواب، المرجع السابق، ص 234 على الهامش.

كما يستعمل المشرع التونسي في قانون التحكيم رقم 42 لسنة 1993 تعبير اتفاقية التحكيم بمعنى اتفاق التحكيم، وتعبير اتفاق التحكيم بمعنى مشاركة التحكيم¹، كما رأينا أن المشرع الجزائري يعبر عن مشاركة التحكيم باتفاق التحكيم، وشرط التحكيم بأنه اتفاق، أما قانون أصول المحاكمات اللبناني الجديد فقد استخدم تعبير العقد التحكيمي للتعبير عن اتفاق التحكيم²، أما المشرع العراقي فقد استخدم تعبير عقد التحكيم للتعبير عن مشاركة التحكيم³.

أما عن الفقه، فلا يختلف موقفه كثيرا عن موقف التشريعات في تعريفه لاتفاق التحكيم. فنلاحظ أن البعض يستعمل تعبير عقد التحكيم للتعبير عن اتفاق التحكيم⁴، والبعض الآخر تعبير عقد التحكيم للتعبير عن مشاركة التحكيم⁵، والبعض تعبير وثيقة التحكيم⁶، كما يعتبر جانب آخر شرط التحكيم وعداً بالتحكيم⁷. فإذا كان شرط التحكيم حسب هذا الرأي الأخير لا يختلف من حيث القوة الملزمة عن باقي العقود عموماً⁸، بحيث يعد الأثر الجوهرية فيه هو التزام طرفيه بطرح النزاع على التحكيم⁹، فإن الوعد كأصل عام هو عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كل منهما نحو الآخر، بأن يبرم العقد الموعود به، متى أظهر الموعود له رغبته خلال المدة المتفق

¹ تجدر الإشارة إلى أن المشرع التونسي عندما يعبر عن اتفاق التحكيم باتفاقية التحكيم، فهذه الأخيرة تتضمن اتفاق التحكيم وشرط التحكيم، حيث يقصر شرط التحكيم على الشرط الوارد في العقد فقط، ويستعمل تعبير اتفاق التحكيم للدلالة على مشاركة التحكيم. أنظر الفصل رقم 1 و 2 و 3 و 5 من قانون التحكيم التونسي رقم 42 لسنة 1993.

² أنظر المواد 765 و 766 من قانون أصول المحاكمات اللبناني الجديد.

³ أنظر المادة 266 من قانون المرافعات العراقي.

⁴ Ph. Fouchard, « l'arbitrage commercial international », DALLOZ, Paris, 1965, n° 114, 115, p. 67 et s.

⁵ د محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 77 وما بعدها.

⁶ د محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة خاصة للقانون المصري الجديد بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 05 - د أحمد السيد الصاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، المرجع السابق، ص 44.

⁷ د محمود السيد عمر التحيوي، تحديد المعنى الموضوعي لمحل التحكيم ودوره في تحديد طبيعة العمل الذي يصدر من هيئة التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 166 وما بعدها - د أحمد حسني، عقود إيجار السفن، المرجع السابق، ص 200-201.

-Voir en ce sens, G. HAMONIC, L'arbitrage en droit commercial, L.G.D.J, paris, 1950, pp. 10-27.

⁸ V. Paris, 20 Avril 1988, Rev. Arb, 1988, p. 570 ; cass. Civ, 6 Novembre 1990, Rev. Arb, 1991, p. 73.

⁹ د حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والمقارن، بدون ناشر، الطبعة 1، 1996، ص

عليها¹، وبالتالي فإنه على أساس الشرط المدرج في العقد الأصلي المبرم بين الأطراف، يعد كل طرف الطرف الآخر بالخضوع إلى التحكيم فيما يثور بينهما من منازعات، لذلك فإنه يصح حسب هذا الرأي، القول بأن شرط التحكيم كوعد بالتعاقد يعتبر عقدا يمهد لإبرام عقد آخر يتمثل في مشاركة التحكيم².

الواقع أن الاستعمالات السابقة في التعبير عن اتفاق التحكيم لا تساعد على توحيد المصطلح القانوني في البلاد العربية، كما أنها تتسم بعدم الدقة والغموض مما قد يؤدي إلى الاختلاف بين أطراف التحكيم في تلك الدول، ويمكن توضيح ذلك من نواحي عدة:

فمن ناحية أولى، تعبير (اتفاقية تحكيم) -على طريقة المشرع التونسي مثلا- تعبير غير دقيق للدلالة على اتفاق التحكيم، لأن مصطلح (اتفاقية) من المصطلحات التي تستخدم في فقه القانون الدولي العام، للتعبير عن الاتفاقيات الثنائية بين الدول في المجتمع الدولي، ومن المفضل عدم استخدامه فيما يتعلق باتفاق التحكيم خاصة في مجال التحكيم الداخلي والدولي، الذي يجري بين الرعايا التونسيين وأقاربهم في البلاد العربية والأجنبية، لما يثيره من لبس وغموض عندما يشير الأطراف لاتفاق التحكيم، إذ لا يمتد هذا الوصف لشرط التحكيم وفقا للقانون التونسي، بينما يكون كذلك بالنسبة للقانون المصري أو الليبي أو العماني أو الأردني³.

¹ د مصطفى عبد الجواد، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية للالتزام، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الكتب القانونية، بدون طبعة، مصر، 2005، ص 305 - د محمد يوسف الزغي، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص 126.

² د محمود السيد عمر التحيوي، مرجع سابق، ص 169 - 170.

وفي ذلك نصت المادة 71 من القانون المدني بقولها: "الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيه. وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد". الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007، ج.ر.ع 31، السنة 44، والمتضمن القانون المدني ج.ر.ع رقم 58/75، صادرة بتاريخ: الثلاثاء 30 سبتمبر 1975، وعلى هذا الأساس قضت المحكمة العليا بأن: "الوعد بالتعاقد هو عقد، إذا اشتملت صيغته على طبيعة العقد الموعود به، والعناصر الأساسية أو الجوهرية التي لا ينعقد العقد بغير التراضي عليها، والمدة التي يلتزم الواعد بإبرام العقد الموعود به خلالها". أنظر، المحكمة العليا، غ.م، 1990/03/26، ملف رقم 56500، م.ق، 1992، العدد 3، ص 112.

³ د أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، المرجع السابق، ص 237.

ومن ناحية ثانية، أن مصطلح (وثيقة) من المصطلحات التي تستخدم في فقه القانون الدولي والمنظمات والاتفاقيات الدولية، للدلالة على الأوراق ذات الطابع الدولي مثل وثيقة إعلان حقوق الإنسان¹، والأجدر أن تعبير (وثيقة التحكيم) لا قيمة له، إذ يمكن استعمال شرط التحكيم للدلالة على اتفاق التحكيم قبل قيام النزاع، سواء أكان ذلك وارداً في عقد أو في اتفاق مستقل، إذا رغب الأطراف في الاتفاق على التحكيم بعد إبرام العقد وقبل قيام النزاع، أو كان التحكيم بصدد علاقة غير عقدية، والاكتفاء باستعمال تعبير مشاركة التحكيم في المرحلة اللاحقة لقيام النزاع، وذلك دون الحاجة لاستعمال تعبير وثيقة التحكيم التي قد تثير اللبس كما تقدم، كما أن وصف مشاركة التحكيم بأنها وثيقة، وإن كان لا يتعارض مع الأصول العلمية، إلا أنه من المفضل استعمال تعبير مشاركة التحكيم وفقاً لما هو متعارف عليه فقها وقضاء منذ زمن طويل².

ومن ناحية ثالثة، أن التعبير عن اتفاق التحكيم بعقد التحكيم لا يتسم بالدقة، لأن مفهوم (اتفاق) كما وضح ذلك بعض فقهاء القانون المدني أوسع نطاقاً من مفهوم (عقد)، فالاتفاق هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إلغائه، أما العقد فهو أخص من الاتفاق باعتباره توافق إرادتين على إنشاء التزام أو نقله فقط³.

وتجدر الإشارة، إلى أن جانب من الفقه الحديث يذهب إلى تسمية العقد المبرم بين الأطراف والمحكمين بعقد التحكيم⁴، وهو التعبير الذي اعتمده كل من الفقه الفرنسي والإيطالي للتمييز بين اتفاق التحكيم المبرم بين أطراف النزاع من جهة، والعقد المبرم بين الأطراف والمحكمين من جهة أخرى⁵، ويمكن التعقيب عليه أن اختيار الأطراف للمحكمين سواء في شرط التحكيم أو المشاركة يتم عند وقوع النزاع فقط، دون أن يكون المحكمين طرفاً في هذا الشرط أو المشاركة، كما أنه قد

¹ د أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 15.

² د أحمد إبراهيم عبد التواب، المرجع السابق، ص 238.

³ وإن كان الأستاذ أحمد السنهوري لا يرى أهمية كبيرة لهذا التمييز بعدما أورد الرأي السابق، حيث يرى أن العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إلغائه. أنظر، مؤلفه، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 2009، ص 150.

⁴ د أسامة أحمد شوقي المليحي، هيئة التحكيم الاختياري، المرجع السابق، ص 15، هامش رقم 3. د أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، المرجع السابق، ص 241، هامش رقم 1.

⁵ د فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 83 على الهامش.

يتم اختيار المحكمين عن طريق المحكمة في حالة عدم الاتفاق، وهذا ما يجعل استعمال عقد التحكيم للتعبير عن العلاقة بين الأطراف والمحكمين بعيد عن مدلول اتفاق التحكيم من الناحية القانونية، بل قد يثير اللبس بينه وبين اتفاق التحكيم، لذلك يكون من الأجدر توحيد استعمال التعبيرات القانونية، خاصة بالنسبة للتشريع والفقهاء العرب بما يتفق مع الواقع العربي¹. ولعل التعبير الأقرب لطبيعة اتفاق التحكيم هو وصفه بأنه اتفاق من نوع خاص²، فهو من جهة يستمد تسميته من كونه يشكل جزءاً أو شرطاً من شروط العقد الأصلي، لاحتمال نشوء نزاع بسبب تنفيذه أو تفسيره³، لذلك فهو لا ينشأ صحيحاً إلاّ بعد توافره على الأركان اللازمة في سائر العقود بصفة عامة من رضا ومحل وسبب، فضلاً عن الشروط اللازمة للصحة مثل الأهلية والكتابة⁴، ومن جهة أخرى يستمد اتفاق التحكيم خصوصيته من كونه يمثل الآلية التي يصار بموجبها إلى تسوية النزاع.

المطلب الثاني

طبيعة التحكيم وتمييزه عما يشابهه من الوسائل الأخرى لحسم المنازعات

للتحكيم خصوصيات تميزه عن باقي الاتفاقات والعقود الرضائية الأخرى، ومن جهة أخرى تميزه عن الوسائل الأخرى لحسم المنازعات، وتوضيحاً لذلك سوف نتكلم في (الفرع الأول) عن طبيعة التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، ثم نخصص (الفرع الثاني) للحديث عن المفارقات بين التحكيم الوسائل الأخرى لحسم المنازعات.

الفرع الأول

طبيعة التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

البحث عن طبيعة التحكيم كان محل اهتمام واسع في أوساط الفقهاء، وقد تباينت آراؤهم تبعاً لتباين الأساس الذي يقوم عليه نظام التحكيم، فالقاعدة التي لا تزال تصحبنا في هذا البحث منذ

¹ د أحمد إبراهيم عبد التواب، المرجع السابق، ص 240-241.

² المرجع نفسه، ص 239.

³ د أحمد محمد عبد الصادق، المرجع العام في التحكيم، المرجع السابق، ص 76.

⁴ أنظر المبحث الثاني من هذا الفصل ص 132 و 179.

بدايته وستظل حتى نهايته، هي أن: "التحكيم أوله اتفاق ووسطه إجراء وآخره حكم"¹، وعلى ذلك فإن التحكيم في منازعات عقد النقل البحري للبضائع تتنازعه عمليتين رئيسيتين: الأولى، هي عمل أطراف العلاقة البحرية المتمثل في الاتفاق على التحكيم، والثانية، هي عمل المحكم والمتمثل في إصدار الحكم. وتأسيساً على ذلك تباينت آراء الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم، ومن جهة ثانية فإنه إذا كانت هذه الطبيعة القانونية محل جدل بين الفقه، فإن الطبيعة التي لا خلاف بشأنها في هذا البحث، هي تلك الطبيعة البحرية المتعلقة بمحل التحكيم والمتمثل في عقد النقل البحري للبضائع، وعلى هذا الأساس سوف نتعرض بالدراسة لكل من الطبيعة القانونية والطبيعة البحرية لهذا التحكيم:

أولاً: الطبيعة القانونية للتحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

التحكيم في نزاع ناشئ عن عملية نقل بحري للبضائع، شأنه شأن أي عملية تحكيمية يبدأ باتفاق وينتهي بحكم، وكل من الاتفاق والحكم يخضع لنظام قانوني خاص به، فإذا كان الاتفاق يخضع من حيث صحته وبطلانه إلى قواعد القانون المدني، فإنه يخضع لقانون الإجراءات المدنية من حيث نفاذه وآثاره وإجراءاته وتنفيذ حكمه والظعن فيه²، وبناءً على هذه التركيبة التي يتميز بها التحكيم، تباينت الآراء بين من يقول بالطبيعة التعاقدية للتحكيم، ومن يقول بالطبيعة القضائية، وبين من يراه ذو طبيعة مركبة، ومن يرى أنه نظام خاص ومستقل.

أ- الطبيعة التعاقدية للتحكيم:

يذهب جانب من الفقه³ إلى إضفاء الصفة التعاقدية على التحكيم، على أساس أنه عقد يتم باتفاق الطرفين المحكّمين، ويعتبر مظهراً لسلطان إرادتهما، خاصة على اختصاص المحكم وسلطته في تطبيق القواعد القانونية، وتعيينه، وتحديد المهل في نظر النزاع، وغير ذلك من المظاهر

¹ د محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 96. د أحمد السيد الصاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، المرجع السابق، ص 11. د خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2002، ص 111.

² د أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 18.

³ من القائلين بالطبيعة التعاقدية للتحكيم، د محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 8.

التي يتجلى فيها سلطان الإرادة، وذلك طيلة مراحل العملية التحكيمية، فهو بذلك يستغرق هذه العملية برمتها، بحيث يستقيم كمبدأ لتفسير كافة مراحلها حتى صدور حكم التحكيم¹.
فاتفاق التحكيم بذلك يخضع إلى القواعد العامة شأنه في ذلك شأن سائر العقود الأخرى، وأهمها تلك القواعد التي تحكم إبرامه وتحديد أركانه وشروط صحته، والجزاء المترتب على تخلفها من بطلان أو قابلية للإبطال. ولا يعد اتفاق التحكيم عملاً إجرائياً، فهو يتم عادة قبل بدء الخصومة، ولذلك لا يعتبر عنصراً من عناصرها ولا مكوناً من مكوناتها، ومن ثم فهو لا يأخذ طبيعتها، ولا تنطبق عليه قواعد البطلان المقررة للأعمال الإجرائية، والمنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية، كما أن هذه الأخيرة اعتبرت عقداً من عقود القانون الخاص، ولم تعامله معاملة الأعمال الإجرائية، حتى في الحالات التي يتم فيها الاتفاق على التحكيم أثناء الخصومة القضائية فإنه يبقى محتفظاً بصفته العقدية².

كما يختلف التحكيم عن القضاء من حيث الهدف الذي يرمي إليه كل منهما، فإذا كان القضاء يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة للمجتمع، فإن التحكيم هدفه تحقيق مصلحة خاصة بالأفراد تتمثل في حل ما ينشأ بينهم من نزاعات بطريقة ودية³. فالتحكيم يجد أساسه في الاتفاق، وكل من التحكيم والاتفاق يشكل كلاً لا يتجزأ، فالحكم ليس إلا نتيجة وانعكاس للاتفاق⁴، ومن هذا الأخير يستمد حكم التحكيم قوته التنفيذية، ولا يؤثر على ذلك سلطة القضاء في الأمر بتنفيذه، لأن هذا الأمر لا يكون إلا في مرحلة لاحقة عن انتهاء العمل التحكيمي، وصدور الحكم فيه وحيازته لقوة الشيء المقضي فيه، ومن ثم فإن هذا الأمر بالتنفيذ لا يمكن أن يضي على حكم التحكيم الطابع القضائي، لذلك يبقى هذا الحكم مرتبطاً باتفاق التحكيم ومختلفاً عن

¹ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، المرجع السابق، ص 38، د نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 38.

² د محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1999، ص 24-25.

³ د إبراهيم حرب محيسن، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية، المرجع السابق، ص 21-22.

⁴ د أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1981، ص 24.

الحكم القضائي من حيث طبيعته¹، فتكون عملية التحكيم بذلك أشبه بـهـرم، قاعدته الاتفاق على التحكيم وقيمتها حكم المحكمين².

وقد تعرضت هذه النظرية إلى أوجه نقد عديدة، نذكر من بينها:

- أن هذا الاتجاه وإن كان له فضل في إبراز الدور الذي يؤديه الأطراف في العمل التحكيمي، إلا أنه يتجاهل حقيقة الوظيفة التي يؤديها المحكم، فالمحكم يقوم بالوظيفة ذاتها التي يقوم بها القاضي، وينتهي في ذلك بحكم ملزم شأنه شأن الحكم القضائي³.

- المبالغة في إعطاء الدور الأساسي لإرادة الأطراف، فالأطراف في التحكيم لا يطلبون من المحكم الكشف عن إرادتهم هم، وإنما يطلبون منه الكشف عن إرادة القانون في شأن المنازعة محل الاتفاق على التحكيم، فالمحكم يطبق إرادة القانون دون أن يلقي بالاً إلى ما اتجهت إليه إرادة الأطراف⁴. إن كان التحكيم يستند إلى اتفاق الخصوم حسب هذه النظرية، فالقضاء هو الآخر لا يتم إلا بموجب عمل إرادي يتمثل في المطالبة القضائية، ولا يتأسس الحكم فيه إلا بناءً وفي حدود ما يطلبه الخصوم⁵.

ب- الطبيعة القضائية للتحكيم:

يتجه جانب آخر من الفقه إلى أن التحكيم ذو طبيعة قضائية⁶، يستمد أساسه من أصل الوظيفة التي يقوم بها المحكم، وهي في ذاتها التي يقوم بها القاضي، حيث يتم نظر النزاع أمامه على ذات المراحل التي تتم أمام القضاء، ولا يؤثر على طبيعته القضائية كون اتفاق التحكيم هو الأداة المنشأة لهذا النظام. فالإرادة يمكن أن تلعب أدواراً متعددة أمام قضاء الدولة، دون أن يؤثر ذلك

¹ V. dans se sens, Cristian Bonhomme, La sentence arbitrale de droit international privé, thèse de doctorat, 1964 Aix -Marseille, p. 169.

² د فتحي ولي، المرجع السابق، ص 50، د عاطف شهاب، اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي، بدون ناشر، 2002، ص 40، د عصام الدين القصي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 16.

³ ولعل مرجع هذا التجاهل كما يراه البعض، إلى هيمنة الدولة على الوظيفة القضائية، واحتكارها إقامة العدل بين الناس بواسطة قضاة يتم اختيارهم من قبلها. أنظر، د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 39.

⁴ د فتحي ولي، مرجع سابق، ص 51.

⁵ د سحر عبد الستار إمام، المركز القانوني للمحكم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 20.

⁶ من مؤيدي هذه النظرية، د أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 19، د فتحي ولي، مرجع سابق، ص 52 (وقد أشار إلى جم كبير من مؤيدي هذا الاتجاه)، د أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 33-35.

على تلك الطبيعة، مثال ذلك رفع الدعوى بالإرادة المنفردة، الاتفاق على اختصاص محكمة أخرى، الاتفاق على رفع النزاع أمام محاكم دولة أخرى. كما أن التحكيم يستجمع كل عناصر العمل القضائي، ممثلة في الادعاء والمنازعة ومن له ولاية حسم هذه المنازعة، وإصدار حكم يتفق مع الحكم القضائي من حيث الشكل والمضمون والآثار وقابلية الطعن عليه¹. فالتحكيم حسب هذا الاتجاه يبنى على معايير موضوعية تتعلق بأصل وظيفته، وليس على معايير عضوية أو شكلية تتعلق بشخص من يؤدي هذه الوظيفة².

جدير بالإشارة، أن جانب من مؤيدي هذه النظرية لا يعممون الطبيعة القضائية على كافة عناصر التحكيم ومكوناته، كالعقد المثار بشأنه النزاع، فهذه تظل متصفة بالطبيعة التعاقدية، وتخضع في إبرامها وآثارها للقواعد العامة في العقد، بينما يبقى عمل المحكم على أصله القضائي³. وقد لاقت هذه النظرية هي الأخرى اعتراضات عدة، لصعوبة إضفاء الطابع القضائي البحت على التحكيم، وتجاهل الطابع التعاقدية الذي يتجلى في مراحل عديدة من مراحل التحكيم⁴، وهو ما حدا بالبعض بالتفكير في معيار آخر وسط بين الطبيعتين معاً.

ج - الطبيعة المركبة للتحكيم:

تتلخص هذه الطبيعة المركبة⁵ في أن نظام التحكيم تتعاقب عليه صفتان، الأولى هي الصفة التعاقدية لتجلي مظاهر الإرادة في تكوينه وترتيب آثاره، والثانية هي الصفة القضائية بدءاً من تقديم الطلب وحتى صدور الحكم، غير أن أنصار هذا الاتجاه اختلفوا حول تحديد اللحظة التي يتحول فيها التحكيم من الطبيعة التعاقدية إلى الطبيعة القضائية، وذلك على رأيين، الأول، يرى أن التحكيم يبدأ باتفاق ثم يصير إجراءً ثم ينتهي بقضاء ممثلاً في قرار التحكيم، فمصلحة التجارة

¹ د نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 39-40، وفي ذات المعنى، د محمود مختار بيري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 79.

² للمزيد ينظر، د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 40 وما بعدها.

³ د محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 214 وما بعدها.

⁴ د الوليد بن محمد بن علي البرماني، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2010، المرجع السابق، ص 124.

⁵ من بين أنصار هذا الاتجاه، د محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 20، وما إلى، عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 27.

Aussi, Antoine Kassis, la réforme du droit de l'arbitrage international, réflexions sur le texte proposé par le comité français de l'arbitrage, Edition L'HARMATTAN, paris, 2008, p.180.

الدولية تقتضي إطلاق حرية الاتفاق على التحكيم في البداية للأطراف، ثم تحويله في المرحلة الأخيرة إلى قضاء يكتسب القرار الصادر فيه حجية الشيء المقضي فيه¹، أما الرأي الثاني، فيذهب إلى أن "قرارات التحكيم وإن كانت تعتبر عقداً قبل أمر التنفيذ، إلا أنها تتحول بموجب هذا الأمر إلى حكم قضائي"².

غير أن هذه النظرية وإن كانت قد حظيت باستحسان جانب من الفقه، إلا أنه اعترض عليها لعدم تصديها لجوهر المشكلة بإيجاد حل فاصل لطبيعة التحكيم، وإنما اختارت أيسر الطرق المعروفة للخروج من الخلاف، وهي طريقة التوسط والجمع بين الآراء المختلفة، ومن ثم حاولت الجمع بين الطبيعتين التعاقدية والقضائية.

كما أنها ربطت بين حجية الأحكام الصادرة عن المحكمين وقوتها التنفيذية، وهذا يخالف ما ذهب إليه معظم التشريعات والقوانين من أن أحكام التحكيم تحوز حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها³، ولا يؤثر في ذلك أنها لا تنفذ جبراً إلاّ بأمر تنفيذ من قضاء الدولة، وإلاّ فإن استلزام ذلك يقود إلى القول بأن أحكام المحكمين ليست قضاءً، وهذا لم يقل به أحد⁴.

د- الطبيعة المستقلة للتحكيم:

بخلاف النظريات السابقة، اعتمد جانب من الفقه⁵ على وجهة نظر تختلف عن تلك التي استندت عليها تلك النظريات في تحديدها لطبيعة التحكيم، تقوم على أساس الطبيعة الخاصة

¹ د محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 20 و ص 96.

² د أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 23، كما أشار إلى ذلك أيضاً، د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 44-45، و د نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 41. وهذه العبارة أوردها الدكتور أبو زيد رضوان نقلاً عن حكم صادر عن محكمة نانسي في 1958/01/29، في قضية ELNASSIN، مجلة التحكيم لسنة 1958، ص 122، ولعل المحكمة استندت على الرأي الذي يرى الطبيعة التعاقدية للحكم التحكيمي، غير أن الراجح كما سوف نرى أن حكم المحكم وإن كان يستند من حيث الأصل على أساس تعاقدية، إلاّ أنه يعتبر عمل قضائي، فهو نتيجة وأثر من آثار العقد وليس هو العقد ذاته.

³ وفي ذلك نصت المادة 1031 أنه: "تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه".

⁴ د فتحي والي، المرجع السابق، ص 53.

⁵ نذكر على سبيل المثال، د إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الرابعة، 2005، ص 50، د حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 15، د سامية الراشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 71.

والمستقلة للتحكيم، فالتحكيم في نظر هذا الاتجاه هو أداة قانونية ترمي إلى تحقيق العدالة وحل المنازعات بطرق مختلفة عن المفهوم التقليدي للعدالة أمام القضاء¹، فهذا الأخير يعتبر سلطة من سلطات الدولة يهدف إلى بسط سيادة النظام والقانون، أما عن النظرية العقدية، فهي لا تمثل جوهر التحكيم بدليل أن العقد لا وجود له في التحكيم الإلزامي، فالتحكيم في نظرهم فضلاً عن تحقيق العدالة، يهدف إلى تحقيق وظيفة اجتماعية واقتصادية متميزة، تتمثل في استمرار التعايش السلمي بين المحكّمين في المستقبل².

فوفقاً لهذا الرأي، فإن التحكيم لا يعتبر عملاً إرادياً بحتاً كالصلح، وأن حكم المحكم لا يعدو كونه مجرد أثر من آثار التعاقد، كما أنه من الصعب اعتباره حكماً قضائياً بحتاً، وإنما هو عمل قضائي لكن ذو طبيعة خاصة، وما يبرر ذلك عدم صدوره عن السلطة القضائية، ولا تتبع بصدده الإجراءات القضائية المتبعة أمام المحاكم، ولا وفقاً للشكل المقرر لها³.

بعد استعراض النظريات السابقة، يبقى الإشكال متعلقاً بحقيقة هذه الطبيعة التي يتميز بها نظام التحكيم، وما هي النظرية الأمثل التي يمكن اعتمادها في تحديد هذه الطبيعة؟. فعلى ضوء ما سبق، فإنه وإن كان من العسير الجزم برجحان أحد الآراء عن الأخرى، وبتغليب إحدى الطبيعتين عن الأخرى، غير أننا نميل نحو ترجيح الرأي الذي يأخذ بالطبيعة الخاصة والمستقلة للتحكيم، لكن مع ضرورة الاعتماد على (المنهج التحليلي) حتى يمكن التوصل إلى حقيقة وجوهر التحكيم، فلا بد من تحليل العناصر التي تتكون منها كل مرحلة من مراحل التحكيم تحليلاً قانونياً، وتحديد دور كل عنصر من هذه العناصر، خلال كل مرحلة من تلك المراحل، ومن ثم يمكن الحديث عن مدى تداخل كل من العناصر القضائية والتعاقدية من عدمه في سبيل تكوين نظام التحكيم⁴.

ولعل هذا الرأي يجد مستنده فيما يتميز به نظام التحكيم من خصوصيات، تجعله مستقلاً سواء عن القضاء خلافاً لما يستند إليه أنصار النظرية القضائية، أو عن العقد خلافاً لما يستند إليه أنصار النظرية العقدية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، حقيقة أن التحكيم يجمع بين طبيعته

¹ د أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإلزامي، المرجع السابق، ص 19.

² لمزيد من التفصيل يرجع ل: د محمود السيد التحيوي، اتفاق التحكيم وقواعده في قانون المرافعات وقانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994، رسالة دكتوراه مشار إليها سابقاً، ص 158.

³ د أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 19، د حسني المصري، مرجع سابق، ص 17.

⁴ مستفاد من، د سامية الراشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 71، وقد أشار إلى ذلك أيضاً، د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 46.

مجموعة من عناصر عقدية وأخرى قضائية وفقاً لما يذهب إليه أنصار النظرية المركبة، لكن لا ينبغي الوقوف عند مجرد المزج بين هذه العناصر، دونما تحديد لنطاق إرادة الخصوم من جهة ونطاق سلطة القضاء من جهة أخرى، ورسم الحدود الفاصلة بين النطاقين وفقاً لما يقتضيه قانون العقود وقانون القضاء.

فالتحكيم وفقاً لهذه الخصوصيات، هو ليس إلاً قالباً قانونياً يحتوي على عملين مختلفين، هما اتفاق التحكيم وقضاء المحكم، والواجب إذن ألاً يتوقف الباحث عن طبيعة التحكيم عند إذابة أحدهما في الآخر، والخروج بكيان موحد يضم بعضاً من عناصر كل منهما، وإنما إلى تحليلهما تحليلاً دقيقاً يكشف عن الخصائص المميزة لكل منهما¹، وهذا التحليل يقتضي الوقوف على جملة من النقاط نوجزها فيما يلي:

- تطور معاملات التجارة الدولية البحرية وتعقدتها، حيث أصبح من الصعب على القضاء التصدي لمثل هذا النوع من المعاملات على نحو ما رأيناه، ومن هنا بدء دور التحكيم في إكمال دور القضاء بحل المنازعات ذات الطبيعة الخاصة، واكتسب صفته كوسيلة مستقلة لحل المنازعات بغير طريق القضاء².

- اتفاق التحكيم وإن كان من جنس العقد، إلا أن له خصائص ذاتية تميزه عن غيره من العقود، كما أن عمل المحكم في النزاع وإن كان من جنس القضاء، لكن له من الخصائص الذاتية ما يميزه عن القضاء، فالكشف عن الخصائص الذاتية لكل من اتفاق التحكيم وعمل المحكم على هذا النحو، هو الذي يحدد الصلة بينهما من الحد الفاصل بينهما:

فاتفاق التحكيم إلى جانب الوظيفة العادية التي تحققها سائر العقود، والمتمثلة في تنظيم العلاقة التعاقدية بين طرفيه، له وظيفة ذاتية تميزه عنها، وذلك بالنظر إلى هدفه وموضوعه، فمن حيث الهدف، فهو ليس مجرد إنشاء علاقة قانونية بين الطرفين، مالية كانت أو شخصية، كما هو الحال في سائر العقود، وإنما تسوية الآثار الناشئة عن علاقة سابقة وقائمة بالفعل، أما من حيث الموضوع، فهو لا يتوقف عند التراضي على تسوية نهائية محددة بذاتها للنزاع - وفي هذه يختلف

¹ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 46.

² د حسن محمد سليم، النظام القانوني للتحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2007-2008، ص 162.

أيضاً عن الصلح-، وإنما إقامة كيان عضوي -محكم كان أو هيئة تحكيم- بهدف الفصل في الإدعاءات المرفوعة إليه من الطرفين بصورة مستقلة عنهما¹.

أما عمل المحكم وإن كان يتفق مع عمل القاضي، من حيث فرض سلطة الحل الذي تم التوصل إليه بما لا يتيح للمسائل المتنازع عليها حلاً رضائياً² ومن حيث تطبيق قواعد القانون الموضوعي، ومن حيث وصف المشرع للهيئة الفاصلة في موضوع النزاع بأنها محكمة التحكيم، والقرار الصادر عنها بالحكم، وإعطائه ذات الحجية التي للحكم القضائي³، إلا أن للتحكيم ذاتية مستقلة عن القضاء تظهر في عناصر عدة منها⁴:

- غاية التحكيم تحقيق وظيفة اجتماعية واقتصادية للأفراد، في حين أن القضاء سلطة عامة تهدف إلى تحقيق سيادة الدولة.

- طبيعة القواعد التي تحكم دور المحكم تختلف عن تلك التي تحكم دور القاضي.

- التحكيم يختلف عن القضاء في بنائه الداخلي، ومن حيث أساس حجية الحكم الصادر عن كل منهما، وكذلك من حيث القوة التنفيذية لكليهما وشروط إعمالها.

- استقلالية التحكيم على النحو السابق، لا تعني بالضرورة خروج المحكم عن الضوابط والمبادئ العامة التي يرسمها النظام القانوني لحسم النزاع، وأخص تلك الضوابط ضابط النظام العام، وأخص تلك المبادئ مبدأ الدفاع المقرر للخصمين، ومبدأ المساواة بينهما، ومبدأ حياد المحكم، ومبدأ الوجاهية، وغير ذلك من المبادئ القضائية التي تسري على التحكيم، وهذا النظام القانوني لا شك أنه يجد مكانه في التنظيم التشريعي لقضاء الدولة، والذي يسري على كافة الهيئات ذات الطابع القضائي، وأهمها إلى جانب قضاء الدولة، قضاء التحكيم⁵.

المحكم وهو بصدد تطبيق اتفاق التحكيم، يلتزم بالتعرف على حدود المنازعات التي تدخل تحت ولايته، كما يلتزم بالتعرف على القواعد الإجرائية والموضوعية الواجبة الإعمال على موضوع النزاع،

¹ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 46-47.

² د حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 16-17.

³ د فتحي والي، المرجع السابق، ص 53-54.

⁴ د نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 42.

⁵ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 48.

وهو في كل ذلك يلتزم بالمعايير والضوابط السابقة التي يضعها النظام القانوني لصحة الاتفاقات، شأنه في ذلك شأن ما يجري أمام قضاء الدولة¹.

بناءً على التحليل السابق، فإن النتيجة التي يمكن الخروج بها، أن التحكيم ليس عملاً إرادياً بحتاً كالصلح الذي يكون فيه حل النزاع مرهوناً بتراض محض من قبل الأطراف، وليس عملاً قضائياً بحتاً يكون الحل فيه مرهوناً بإنزال حكم القانون على النزاع بصورة مفروضة على الأطراف، وبغض النظر عن تراضيهما، وإنما يعتبر التحكيم عملاً ذاتياً مستقلاً، وفي الوقت ذاته، فإن اتفاق التحكيم وعمل المحكم هما عمليتان متلازمتان في كل مراحل التحكيم، فلا يمكن الحديث عن التحكيم كنظام، بالحديث عن أحدهما بمنأى عن الآخر، وإلا فإن الحديث عن الاتفاق لحل النزاع بنظرة مجردة عن عمل المحكم، قد يضعنا أمام نظام آخر غير التحكيم كما لو كان مجرد صلح، كما أنه لا يتصور وجود تحكيم من غير الاتفاق عليه، وإلا فإن فض النزاعات التي لا تقوم على أساس اتفاقي لا يمكن تصورها إلا في القضاء.

وبالنتيجة، وبمجرد الاتفاق على التحكيم وتنفيذه بتعيين الجهة المخول لها سلطة الفصل في النزاع، تكون الوظيفة الأساسية لاتفاق التحكيم قد تحققت وهي إخراج النزاع من ولاية القضاء إلى ولاية التحكيم، وعند وقوع النزاع وفي هذه اللحظة تحديداً تبدأ الوظيفة القضائية للمحكم في حسم هذا النزاع، وعلى هذا الأساس فإن التحكيم يعد عملاً متميزاً يتمتع بذاتيته واستقلاله، وعليه يمكن وصف التحكيم أنه "قضاء اتفاقي"²، أو أنه "تحكيم قضائي"³، وأن عمل المحكم هو "عمل قضائي من نوع خاص"⁴.

ثانياً: الطبيعة البحرية للتحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

تنقسم المنازعات المعروضة على التحكيم البحري، إلى نزاعات ناشئة عن العقود البحرية وأخرى ناشئة عن الحوادث البحرية، ومدار بحثنا على النوع الأول والمتمثل في النزاعات التي تنشأ عن عقود تتعلق بعملية نقل بضائع عن طريق البحر.

¹ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 48-49.

² اختار هذا الوصف، د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع نفسه، ص 49.

³ اختار هذا الوصف، د أبو زيد رضوان الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة

الكويت، السنة 3، العدد الثاني، 1979، ص 48-49، وأشار إلى ذلك، د حسني المصري، المرجع السابق، ص 16.

⁴ اختار هذا الوصف، د أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 19.

وترجع هذه الطبيعة البحرية للتحكيم، إلى ارتباطه بمسائل التجارة البحرية ارتباطاً وثيقاً، وتطور معاملاتها تطوراً كبيراً¹ على نحو ما رأيناه، نظراً لأهميته المتزايدة كأداة لتسوية المنازعات، إلى أن أصبح ضرورة يفرضها واقع التجارة الدولية².

وعلى هذا الأساس فإن التحكيم في منازعات عقد النقل البحري للبضائع، يتميز بخصوصيات تجعله يخضع فضلاً عن القواعد الخاصة بطبيعته البحرية، إلى تلك القواعد المرتبطة بطبيعته التجارية والدولية، فالكلام عن الطبيعة البحرية لهذا التحكيم بصفة عامة ليس كلاماً نظرياً فقط، بل تترتب عليه نتائج عملية هامة، لذلك سنحاول الكلام بإيجاز عن هذه الطبيعة البحرية وما تتميز به من خصوصيات، ثم نستعرض النتائج المترتبة عنها.

أ- خصوصيات الطبيعة البحرية للتحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع:

لا شك أن التحكيم في المنازعات التي تنشأ بصدد تنفيذ عقد نقل بحري للبضائع، هي منازعات تدخل تحت مظلة التحكيم البحري بصفة عامة، فهي منازعات بحرية تجارية دولية بطبيعتها³، فالنقل البحري للبضائع يخضع بذلك لمزيج من القواعد يمكن تقسيمها إلى نوعين: يتمثل النوع الأول، في القواعد الخاصة التي تملئها ظروف الملاحة البحرية ومخاطرها، وهذه تختلف اختلافاً بيناً عن قواعد التجارة البرية أو الجوية⁴، حيث تنبع من واقع المجال المهني

¹ د أحمد محمود حسني، عقود إيجار السفن، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2008، ص 266.

² عبد العزيز خنفوسي، القواعد التي توجب إعمال التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، دراسات قانونية (دورية فصلية)، مركز البصيرة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة الجزائر، العدد 13، نوفمبر 2011، ص 31.

³ يستخدم البعض في تحديد الطبيعة البحرية للتحكيم طريقة المعايير، وهي تقوم على ثلاث معايير: المعيار الشخصي ومفاده أن التحكيم يكون بحرياً إذا كان أطرافه من المتعاملين البحريين، والمعيار المادي وذلك بالنظر إلى السفينة أو الحمولة، حيث يكون التحكيم بحرياً متى نصت عليه مشاركة إيجار السفينة، أو سند الشحن الذي يميل إلى هذه المشاركة، ثم المعيار الموضوعي والذي يعتبر = التحكيم بحرياً من منظوره ذلك التحكيم الذي يخضع لأحكام القانون البحري، غير أن هذه المعايير كلها متقدمة لعدم دقتها في تحديد العناصر المكونة للطبيعة البحرية للتحكيم، للمزيد أنظر، د تراري ثاني مصطفى، التحكيم البحري - مؤسساته وقواعده وذاتيته-، أشغال الملتقى الدولي في المنازعات البحرية، تحت إشراف د فاطمة بوخاتي، مخبر قانون النقل والنشاطات المائية، منشورات الألفية الثالثة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، يومي 2 و 3 ماي 2009، ص 49-50.

⁴ د فاروق ملش، ماذا تعرف عن حل المنازعات البحرية عن طريق التحكيم؟، مجلة الجمعية البحرية المصرية، العدد السابع، جويلية 1994، ص 82-83. أشار إليه، د الوليد بن محمد بن علي البرماني، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 135.

المتخصص للتجارة البحرية، وذلك من حيث خصوصية الأنشطة البحرية والظروف التي تتم ممارستها فيها، والأخطار التي تتهددها، وأعرافها القديمة والحديثة، ومن حيث تعقيد المنازعات الناشئة عنها واشتمالها على معطيات قانونية وفنية معقدة، يجعلها تتطلب تدخل أشخاص متخصصين من ذوي الخبرة والممارسة في هذا المجال¹.

أما النوع الثاني، فيتمثل في مجموعة القواعد المنظّمة للتجارة الدولية، وهذا بسبب انتماء أطراف العقد عادةً إلى دول مختلفة، كما قد يجري تنفيذ العقد في ظل أنظمة قانونية أخرى²، فالنقل البحري هو وسيلة انتقال الأموال والبضائع عبر حدود أكثر من دولة، هذه الطبيعة الدولية جعلت كل من الناقل والشاحن يخشى تطبيق قانون الطرف الآخر لجهله به وخوفه من مثالب الهيمنة، كما جعلت المحكم الدولي يقع في مثالب منهج التنازع المقرر في مجال القانون الدولي الخاص، الأمر الذي دعا الأطراف إلى اللجوء إلى التحكيم، لما يتمتع فيه المحكم البحري من صلاحيات في إطار اتفاق الأطراف، من حيث اختيار القانون الواجب التطبيق الذي يراه مناسباً عند عدم اختيار الأطراف لهذا الأخير³.

ورغم تعدد المنازعات الناشئة عن العلاقات البحرية، كمنازعات بناء السفن وإصلاحها وبيعها، والمنازعات الناشئة عن عقود التأمين البحري وغيرها، إلا أن النسبة الغالبة من التحكيمات البحرية بشأها تجري بخصوص المنازعات المتعلقة بالنقل البحري، فهذه وحدها تمثل نسبة ما يقارب ثمانين بالمائة من مجموع تلك المنازعات المعروضة على التحكيم البحري عموماً⁴.

ب- النتائج المترتبة عن الطبيعة البحرية للتحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع:

إن الحديث عن الطبيعة البحرية للتحكيم ليس نظرياً فحسب، بل تترتب عليه نتائج هامة تتجلى في حصر العلاقات البحرية التي تعرض منازعاتها على التحكيم البحري، والتي يعتبر عقد النقل البحري للبضائع موضوع دراستنا واحداً منها، وتحديد المؤسسات التي تضطلع بإدارته وتنظيمه، وتحديد طبيعة القواعد المطبقة والتي تختلف عن تلك المطبقة عن القواعد البرية والجوية.

¹ د عاطف محمد الفقي، النقل البحري للبضائع، المرجع السابق، ص 187.

² د فاروق ملش، المرجع السابق، ص 82-83.

³ د عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص 188-189.

⁴ المرجع نفسه، ص 186.

1- من حيث حصر العلاقات البحرية التي تعرض منازعاتها على التحكيم البحري¹:

قامت بعض مراكز التحكيم البحري ضمن لوائحها، بتحديد العلاقات البحرية التي تعرض منازعاتها عليها، فعلى سبيل المثال، عدت المادة الأولى من لائحة تحكيم غرفة التحكيم البحري بباريس، جملة من المنازعات على سبيل المثال لا الحصر، والتي تضطلع الغرفة بإدارتها وتنظيمها، حيث ذكرت من بينها: "المنازعات الناشئة عن الاستغلال البحري..... والنقل والإيجار البحري..... وبوجه عام، كل المنازعات الناشئة عن أي أنشطة بحرية أخرى ترتبط بطريق مباشر أو غير مباشر بأي من الموضوعات السابقة"²، ويفهم من هذا النص أن الغرفة تضطلع أيضاً بالتحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، باعتباره نشاطاً متصلاً بالاستغلال البحري والنقل بطريق مباشر أو غير مباشر.

كذلك حددت لائحة المنظمة الدولية للتحكيم البحري في مادتها الأولى التحكيم التي تنظر أمامها، وذكرت من بينها عقود النقل البحري، وكذلك المنازعات المتعلقة بمشارطات إيجار السفن، فأكثر المنازعات البحرية شيوعاً والمتعلقة بعقد النقل البحري للبضائع، تلك المتعلقة بإحالة سند الشحن الذي لا يتضمن شرط التحكيم، إلى تلك المشاركات الصادر بموجبها والمشملة على هذا الشرط³، فتثار إشكالية مدى اندماج هذا الشرط في السند ومدى التزام الغير الذي آل إليه هذا السند بشرط التحكيم، وسيأتي الكلام بالتفصيل عن شرط التحكيم بالإحالة⁴.

2- من حيث تحديد المؤسسات التي تضطلع بإدارة وتنظيم التحكيم البحري:

فنتيجة لتركز التحكيم البحري في بعض الدول البحرية الكبرى بسبب عوامل جغرافية وتاريخية واقتصادية، نجد مثلاً أن جمعية المحكمين البحرين بلندن تعد الأولى عالمياً في هذا المجال، تليها جمعية المحكمين البحرين بنيويورك، ثم باريس، في حين تغيب المشاركة العالمية المؤثرة عن باقي أنحاء العالم البحري، وإن كانت هناك بعض الدول تسعى جاهدة في هذا المجال، مثل ما فعلته

¹ تستخدم بعض المؤسسات التحكيمية طريقة القائمة لتحديد العلاقات ذات الطبيعة البحرية والتي تنظر في منازعتها، أنظر، د تراري ثاني مصطفي، المرجع السابق، ص 50-51.

² د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 27.

³ د محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق، ص 345.

⁴ أنظر العنصر المتضمن ركن الرضا في اتفاق التحكيم، من المبحث الثاني من هذا الفصل.

مصر عن طريق إنشاء مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، ومركز الإسكندرية للتحكيم البحري¹.

3- من حيث تحديد طبيعة القواعد المطبقة على التحكيم البحري:

فالتحكيم البحري هو تحكيم مستقل بقواعده الإجرائية والموضوعية، فقواعده الإجرائية تتمثل في لوائح التحكيم البحري التي يلتزم بها الأطراف عند اختيارهم لمركز تحكيم بحري نظامي، أو للائحة تحكيم بحري خاص، ويلتزم بها المحكمون تبعاً، أما قواعده الموضوعية فتتمثل في القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وهو يمثل القانون المهني المتخصص الذي يجد مصدره في المعاهدات الدولية البحرية، والشروط النموذجية للعقود البحرية، وعادات وأعراف التجارة البحرية، والسوابق التحكيمية البحرية، وهذا القانون المهني المتخصص وضعه المحكمون ليمثل قانون اختصاصهم، بعيداً عن الخلافات الموضوعية التي تعرفها القوانين البحرية الداخلية لمختلف الدول².

الفرع الثاني

تمييز التحكيم عما يشابهه من الوسائل الأخرى لحسم المنازعات

سبق القول في معرض الكلام عن طبيعة التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، أن هذا التحكيم يحمل بين دفتيه معنيين، فعل المحتكمين وفعل المحكم، فالأول يتمثل في اختيار أطراف العلاقة البحرية طرفاً محايداً يكلان إليه مهمة الفصل في النزاع، والثاني يتمثل في قيام المحكم بالفصل في النزاع المعروض أمامه بموجب حكم، وبتعبير أدق، فإن التحكيم يقوم على دعامين، إحداهما تتجسد في الجانب الاتفاقي للأطراف في اختيار المحكم لتولي مهمة الفصل في النزاع، والآخر يتجسد في الجانب القانوني لحكم التحكيم ومدى التزام المحكم فيه بأحكام القانون شأنه في ذلك شأن القاضي.

وعلى هذا الأساس فإن معنى التحكيم على النحو السابق بمفهومه الاتفاقي أولاً ومفهومه القانوني ثانياً، هو الذي يميزه عن غيره من النظم الأخرى، حيث تلتقي معه في إحدى هذين المفهومين³، ومن أهم هذه النظم بصفة خاصة نجد: القضاء، التوفيق والوساطة، الصلح، الخبرة،

¹ د عاطف محمد الفقي، النقل البحري للبضائع، المرجع السابق، ص 193 - 194.

² المرجع نفسه، ص 194.

³ للمزيد في هذا الشأن أنظر، د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 18 وما بعدها.

الوكالة، وسوف نعقد مقارنة من حيث تلك المفاهيم بين التحكيم وهذه النظم المشابهة له، حيث نقارن (أولاً) بين التحكيم والقضاء، ثم نقارن (ثانياً) بين التحكيم والنظم الأخرى كوسائل بديلة عن القضاء.

أولاً: التحكيم البحري والقضاء

لا شك أن التحكيم بصورة عامة والقضاء يتفقان في أن كلاهما يهدف لتحقيق ذات الغاية، والمتمثلة في حسم النزاع بحكم ملزم، وذلك باعتبار أن التحكيم هو نوع من القضاء، وإن كان التحكيم يمتاز عن القضاء في كثير من الجوانب، كما أنه ثمة اختلاف بينهما. وتفصيل ذلك على النحو الآتي:

أ- العلاقة بين التحكيم البحري والقضاء:

يعد اللجوء إلى قضاء الدولة الوسيلة الطبيعية والعادية لفض المنازعات التي تثور في مجال المعاملات الاقتصادية، إلا أن تكدس القضايا وتراكمها أمام المحاكم أدى إلى بطء إجراءات التقاضي، الأمر الذي لا يتماشى مع طبيعة تلك المعاملات الاقتصادية لاسيما ذات الطبيعة الدولية منها، وقد ترتب على ذلك أن تبنت معظم التشريعات نظام التحكيم كوسيلة بديلة يصار إليها للفصل في المنازعات التي قد تنشأ عن مثل هذه المعاملات، ومن ثم أصبحت الغالبية العظمى من عقود التجارة الدولية تنص من بين بنودها على شرط التحكيم، كما زاد انتشار هذا الشرط حتى على المستوى الوطني¹.

كما لم يعد خافياً ما يحققه التحكيم من مزايا مقارنة مع القضاء التقليدي، سواء بالنسبة للمتعاقدين أو حتى بالنسبة للدول. فبالنسبة للمزايا التي يحققها التحكيم للمتعاقدين، تتمثل في الجملة في تلك الرغبة في الحصول على حكم، يحسم النزاع بطريقة أكثر سرعة وأقل كلفة وأقرب للودية من الندية، وفي إتاحة الفرصة للخصوم باختيار أشخاص من ذوي الخبرة والاختصاص لتولي هذه المهمة، وفي الرغبة بالمحافظة على السرية، وتجنب اللجوء إلى قضاء وطني غريب على أحد المتقاضين أو على كليهما. والأكثر من ذلك كله سهولة إمكانية تنفيذ حكم التحكيم دولياً، إذ يمكن طلب تنفيذ هذا الحكم في أكثر من 137 دولة، قد انضمت إلى اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958، والتي سبقت الإشارة إليها.

¹ د محمود سمير الشراوي، الدور الخلاق للقضاء في مجال التحكيم التجاري الدولي، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق، 2008، ص 685.

وأما فيما يتعلق بالمزايا التي يحققها التحكيم على مستوى الدول، ومصالحها في إجازة التحكيم في قوانينها الداخلية، فتظهر غالباً في رغبة هذه الدول في تخفيف العبء الكبير الملقى على عاتق محاكمها بسبب تراكم القضايا أمامها، وفي تحسين صورة الدولة لدى المستثمرين الأجانب، لاسيما إذا وجدوا أن الدولة المضيفة للاستثمار ترحب بالتحكيم، كوسيلة لتسوية الخلافات التي ستنشأ بينهم وبين هذه الدولة أو بينهم وبين الأشخاص المعنوية التابعة لها¹.

فضلاً عن ذلك كله، يعترف المشرع للمحكم بسلطة الفصل في المنازعات المتفق على إحالتها عليه بحكم ملزم للخصوم، ومن ثم يجل المحكم محل القاضي، ويحل حكمه محل حكم القاضي، ويتمتع بقوة وقيمة الأحكام القضائية الصادرة عن محاكم الدولة، فيصدر حكم المحكم حائزاً لقوة الشيء المقضي فيه، ويكون له وبشروط معينة ما للأحكام القضائية من قوة تنفيذية بواسطة السلطة العامة عند الاقتضاء².

لكن الدول وإن أصبحت تقرر للأطراف بحقهم في اللجوء إلى التحكيم، بتنازلها عن الاستئثار المطلق بالوظيفة القضائية، غير أنها لم تترك نظام التحكيم دون رقابة، وذلك عن طريق إخضاع أحكام المحكمين إلى رقابة قضائها، حتى لا ينحرف قضاء التحكيم عن حسن تحقيق وظيفته في تحقيق العدالة، وحتى لا تعتبر معه الدولة مقصرة في تأدية وظيفتها القضائية³، وتظهر هذه الرقابة في الجملة من خلال مراحل عملية التحكيم المختلفة، بدءاً من تعيين المحكمين وحتى صدور حكم التحكيم، وتمتد الرقابة لتشمل أيضاً تنفيذ هذا الحكم والطعن عليه بالبطلان بالنسبة للدول التي تجيز هذا الطعن.

¹ د مصلح أحمد الطراونة، تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي الباطل (وفقاً لاتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958 - دراسة تحليلية لنصوص الاتفاقية ذات الصلة في ضوء التطبيقات القضائية لها في كل من فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية)، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق، 2008، ص 895-896.

² د أمال أحمد الفزاري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم الدولي الخاص، منشأة المعارف، مصر، 1993، ص 04.

³ المرجع نفسه، ص 04 وما بعدها. د مصلح أحمد الطراونة، البحث المشار إليه سابقاً، ص 897.

ب- أوجه الاختلاف بين التحكيم والقضاء:

كما سبق، فإن التحكيم والقضاء وإن كانا يلتقيان في تحقيق نفس الهدف، وهو حسم النزاع بحكم ملزم، غير أنهما يفترقان في عدة نقاط¹ نوجزها فيما يلي:

1- أوجه الاختلاف بين التحكيم والقضاء من حيث الولاية:

يعتبر القضاء صاحب الولاية العامة في نظر كافة المنازعات مهما تعددت طبيعتها، بينما ليست جميع المنازعات تكون قابلة للتحكيم، وتختلف التشريعات في تحديد نطاق ما يجوز وما لا يجوز التحكيم فيه من منازعات، وقد أخرج المشرع الجزائري من ولاية التحكيم جملة من المنازعات، حيث نص في المادة 1006 من ق.إ.م.إ. بأنه: "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

فالمسائل التي لا يجوز فيها التحكيم بسبب تعلقها بالنظام العام، هي تلك التي تهدف إلى حماية المصالح العامة العليا للمجتمع، وكذا المصالح الخاصة بالأفراد وحقوقهم الذاتية التي تولى المشرع رعايتها.

أما المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم بسبب تعلقها بحالة الأشخاص وأهليتهم، فهي تلك المسائل المتصلة بحالة الشخص القانونية، أو ما يعرف بمسائل الأحوال الشخصية، وبالتالي يخرج من هذا المفهوم الحقوق المالية المترتبة عن هذه المسائل، ومن هذه الحقوق المتعلقة بتحديد حالة الشخص القانونية، نذكر على سبيل المثال: علاقة الفرد بالدولة والمجتمع من حيث كونه حياً أو ميتاً أو مفقوداً، ومن حيث السن والجنس والجنسية والحالة العائلية والبنوة والنسب، والمسائل المتعلقة بالزواج وصحته وبطلانه، والطلاق والحضانة والخطبة والوعد بالزواج والقرابة، والأهلية وفقدانها، فجملة هذه المسائل لا يجوز فيها التحكيم، أما ما ينشأ عن هذه المسائل من حقوق مالية فيجوز أن تكون محلاً للتحكيم، ولعل العلة في هذا الاستبعاد ترجع إلى رغبة المشرع في

¹ د أبو اليزيد علي المتيت، التحكيم البحري، بحث مشار إليه سابقاً، ص 54.

إخضاع هذا النوع من المنازعات إلى قضاء الدولة، ومن ثم رتب البطلان على كل اتفاق تحكيم يكون محله منازعة لا يجوز إخضاعها للتحكيم¹.

وعلى هذا، يكون مقصود المشرع بالحقوق التي يكون للشخص مطلق التصرف فيها، تلك المنازعات الناشئة عن علاقات قانونية قائمة بالفعل بين الأفراد أياً كان مصدرها، مع تحديد موضوع التحكيم وهو ما يعرف بشرط التعيين أو القابلية للتعيين، فإذا كان اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع كما في حالة شرط التحكيم، فإنه يجب تحديد موضوع النزاع في بيان الدعوى، أما إذا كان الاتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع كما في مشاركة التحكيم، فيجب تحديد المسائل التي تكون محلاً للتحكيم وذلك في اتفاق التحكيم المبرم بموجب هذه المشاركة².

2- أوجه الاختلاف بين التحكيم والقضاء من حيث التعيين والعزل والاستبدال:

من المفارقات الأخرى أيضاً بين القضاء والتحكيم تكمن في سلطة تعيين الهيئة الفاصلة في الموضوع، فالقضاة يعينون من قبل السلطة العامة للدولة³، ويترتب على هذا عدم علم الأطراف مسبقاً أمام أي قاضي سوف يمثلون أمامه، أما في التحكيم فالخصوم هم من يختارون المحكم أو المحكمين، أو يختارون الهيئة التي سيؤول إليها اختيار المحكمين، وما يقال في التعيين يقال أيضاً في العزل والاستبدال⁴.

¹ نصت على هذه المسائل المادة 442 من المرسوم التشريعي 09/93، تقابلها نص المادة 11 من قانون التحكيم المصري التي تنص على أنه: "لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح"، والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح حسب القانون المصري هي: المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية، المسائل الجنائية، إجراءات التنفيذ. لمزيد من التوضيح أنظر، د نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، المرجع السابق، ص 113 وما بعدها.

² د نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 117.

³ أنظر القانون العضوي رقم: 04-11 المؤرخ في 21 رجب 1425، الموافق لـ 6 سبتمبر 2004، يتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج.ر.ع 57، لسنة 2004، السنة 41، حيث تنص المادة 03 منه على أنه: "يعين القضاة بموجب مرسوم رئاسي بناءً على اقتراح من وزير العدل، وبعد مداولة المجلس الأعلى للقضاء".

⁴ وفي ذلك نصت المادة 2/1008 ق.إ.م.و: "يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كفاءات تعيينهم"، كما نصت المادة 1041: "يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم".

أما في حالة عدم الاتفاق يؤول الأمر في ذلك إلى الجهة القضائية المختصة¹، ولا يخفى ما في ذلك من فائدة تمكن للأطراف اختيار المحكمين الأكثر دراية وخبرة بموضوع النزاع، وهذا ما لا يتسنى لهم في ظل القضاء، ذلك لأن القاضي مهما كان بارعاً إلا أنه قد لا يتمتع بالخبرة اللازمة بشؤون التجارة لاسيما الدولية منها² والبحرية، وقد يرد على هذا القول بأنه يمكن للقاضي أن يستعين بخبير، ويجاب على ذلك بما في اتخاذ هذا الإجراء من هدر للوقت والجهد والمال وتأخير الفصل في القضية، وهذا يتنافى مع مبدأ السرعة التي يقوم عليها التعامل التجاري.

3- أوجه الاختلاف بين التحكيم والقضاء من حيث الالتزام بتطبيق القانون:

يلتزم القضاة لدى محاكم الدولة بتطبيق النصوص القانونية على الوقائع المعروضة عليهم، فهم مقيدون بما ورد في هذه النصوص من أحكام، بحيث لو صدرت مخالفة لهذه النصوص فإنها تعتبر معيبة مستوجبة للنقض حتى ولو جاءت متفقة مع مصلحة الخصوم³، أما المحكم فلا يتقيد بذلك في معظم الأحوال، كما هو الحال عندما يكون مفوضاً بالصلح، فهو لا يلتزم بمراعاة الأحكام التي ينص عليها القانون، بل يقع عليه أن يقرر الحل الذي يلائم مصلحة الأطراف⁴، أو بعبارة أخرى، على المحكم تقديم الاعتبارات التي تقتضيها مصلحة الخصوم على الاعتبارات القانونية، وهو ما يسميه جانب من الفقه بالعدالة المرنة⁵.

تأسيساً على هذا، فإذا كان أطراف النزاع ملزمون بالتقيد بالإجراءات التي ينص عليها قانون هذه الدولة أمام محاكمها العادية، بدءاً من رفع الدعوى ونظر المحكمة المختصة للقضية، ومراعاة قواعد الاختصاص النوعي والإقليمي، ومروراً بطريقة تقديم الدفوع والطلبات وشروط صحتها،

¹ وقد قضت المادة 1041 بأنه: "يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم.

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

1- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم يجري في الجزائر،
2- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر". وهو ما نصت عليه أيضاً المادة 11 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 1985.

² ضحى إبراهيم الزباني، شرط التحكيم في العقود المدنية، رسالة دكتوراه مشار إليها سابقاً، ص 116.

³ د عبد الباسط محمد عبد الواسع، شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 40.

⁴ د محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 27.

⁵ د محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 31.

فبمقابل كل هذه القواعد والإجراءات التي يشترط القانون اتباعها أمام القضاء العام للدولة، نجد أن نظام التحكيم يحرر الأطراف وحتى المحكمين من مثل هذه القيود، فلا يتقيد المحكمون بالقواعد المنصوص عليها في قانون الدولة¹، فضلاً عن الاختلاف في طبيعة وسائل الإثبات أمام كل من القضاء والتحكيم².

4- أوجه الاختلاف بين التحكيم والقضاء من حيث نطاق سلطان الإرادة:

يتحدد نطاق إرادة الأطراف في شرط التحكيم بموافقتهم ورضاهم بهذا الشرط، في حين لا يتحدد اللجوء إلى القضاء بهذه الإرادة، ذلك أن القضاء يعتبر حقاً عاماً لجميع الأفراد يلجأ إليه الخصم دون الحاجة إلى الحصول على موافقة الخصم الآخر³، غير أنه وإن كان التحكيم يجد أساسه ومصدره في إرادة الأطراف، إلا أن هذه الإرادة في التحكيم تبقى مقصورة على مسائل محددة، في حين يحتفظ القضاء بالمسائل الأخرى، كما هو الحال في الاستعانة بالقضاء في بعض المسائل المعروضة على التحكيم⁴، مثل ما نصت على ذلك المواد 1046 و1048 من ق.إ.م.و.⁵، والتي تقابل نص المادة 25 من قانون التحكيم المصري، والمادة 1449 من قانون التحكيم الفرنسي⁶ الفرنسي⁶ المعدل بموجب المرسوم رقم 2011/48 الصادر في 13 يناير 2011، وفي هذا كله يظل

¹ تنص المادة 1043 ق.إ.م.و.إ: "يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استناداً على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم، إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات، عند الحاجة، مباشرة أو استناداً إلى قانون أو نظام تحكيم".

² أنظر في ذات المعنى، د محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 114 وما بعدها.

³ د محسن شفيق، المرجع السابق، ص 15.

⁴ د رضا السيد عبد الحميد، تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة والرقابة، ضمن كتاب مسائل في التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2007، ص 61.

⁵ المادة 2/1046 ق.إ.م.و.إ: "إذا لم يقر الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إرادياً، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي".

ونصت المادة 1048 على أنه: "إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى، جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة، أو للطرف الذي يهمله التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم، أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي".

⁶ Art. 1449: "L'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle, tant que le tribunal arbitral n'est pas constitué, à ce qu'une partie saisisse une juridiction de l'Etat aux fins d'obtenir une mesure d'instruction ou une mesure provisoire ou conservatoire."

القضاء هو صاحب الاختصاص الأصلي في نظر المنازعات، بحيث لا يجوز منع الأطراف من اللجوء إليه إلا إذا اتفقوا على ذلك¹.

ثانياً: التحكيم البحري والنظم الأخرى كوسائل بديلة عن القضاء

تبدو أهمية هذا التمييز، في أن التحكيم ليس هو النظام الوحيد الذي يتدخل فيه شخص من الغير -مختار بمعرفة الخصوم-، فهذا الغير قد يتدخل في علاقة الخصوم التعاقدية بصفات متعددة، إما كمفوض بالصلح، وإما كخبير أو كوكيل أو كوسيط، والسؤال الذي يثور هنا، يتعلق بالمعيار الذي يمكن على أساسه التمييز بين التحكيم وهذه الوسائل الأخرى كطرق بديلة لفض المنازعات²، هذا ما سنحاول أن نقف عليه من خلال العناصر التالية:

أ- تمييز التحكيم البحري عن الصلح:

اقتصر المشرع الجزائري في المواد 990 إلى 993 من ق.إ.م.و.إ على الجانب الإجرائي للصلح، تاركاً تعريفه للقواعد العامة، حيث عرفت المادة 459 من القانون المدني الجزائري الصلح بأنه: "عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه".

ترتیباً على هذا، نلاحظ أن التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع يتفق مع الصلح في نقاط ويختلف معه في أخرى³:

1- أوجه التشابه بين التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع والصلح:

- يتشابه التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع مع الصلح من حيث أن:
- كل منهما يعتبر اتفاقاً يهدف إلى إنهاء نزاع قائم بين الأطراف.

Sous réserve des dispositions régissant les saisies conservatoires et les sûretés judiciaires, la demande est portée devant le président du tribunal de grande instance ou de commerce, qui statue sur les mesures= d'instruction dans les conditions prévues à l'article 145 et, en cas d'urgence, sur les mesures provisoires ou conservatoires sollicitées par les parties à la convention d'arbitrage".

¹ د عبد الباسط محمد عبد الواسع، شرط التحكيم، المرجع السابق، ص 42.

² د محمد سامي الشوا، التحكيم التجاري الدولي (أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية)، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق، 2008، ص 31.

³ للمزيد حول أوجه الشبه والاختلاف بين التحكيم والصلح يرجع إلى، د هشام خالد، أوليات التحكيم التجاري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 177 وما بعدها.

- كل منهما يجد أصله في اتفاق يعبر من خلاله الأطراف عن رغبتهم في حل النزاع بعيداً عن قضاء الدولة، حيث يؤدي كل منهما دوره بمناسبة منازعة نشأت أو ستنشأ مستقبلاً¹، وفي ذلك يقترّب الصلح من صورتي اتفاق التحكيم (الشرط والمشاركة).

- كلاهما نظام بديل عن القضاء العام صاحب الاختصاص العام.

- لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، ويلاحظ بالمطابقة بين نص المادة 1006 من ق.إ.م.و.إ. ونص المادة 461 من القانون المدني الجزائري، أن المشرع قرر عدم جواز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية الناجمة عن الحالة الشخصية، وهي ذات الأحكام المتعلقة بالتحكيم، وحسناً فعل المشرع المصري عندما جمع في هذه المسألة بين الصلح والتحكيم في نص المادة 11 من قانون التحكيم، حيث نص على أنه: "لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح".

2- أوجه الاختلاف بين التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع والصلح:

يختلف التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع عن الصلح في النقاط التالية:

- طريقة حل النزاع، ففي الصلح يتم حل النزاع بإرادة الطرفين من بداية الاتفاق على الصلح حتى نهايته، في حين أن التحكيم وإن كان يبدأ باتفاق بين الطرفين إلا أنه لا سيطرة لهما عليه بعد بدء إجراءاته وحتى صدور الحكم، وعلة ذلك أنه في الصلح يتم حل النزاع بعمل تعاقدية، أما في التحكيم فيتم حله بعمل قضائي يصدر من المحكم وليس من الطرفين².

في الصلح يتنازل كل من الطرفين عن جزء من ادعاءاته، أما في التحكيم فإن المحكم يمكن أن يحكم لكل طرف بكل ما يدعيه ولو كان المحكم مفوضاً بالصلح³.

- في الصلح ينتهي النزاع بمجرد الاتفاق على التنازل المتبادل من كلا الطرفين، أما في التحكيم فلا

¹ د عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، منشورات جامعة الكويت، الطبعة الأولى، 1990، ص 16.

² د فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 20. د محمود السيد التحيوي، اتفاق التحكيم وقواعده في قانون المرافعات وقانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، 1994م، ص 171 وما بعدها.

³ المرجعين نفسهما، في نفس الموضوع.

- ينتهي النزاع بمجرد الاتفاق على التحكيم، وإنما بإتقاء المحكم لمهمته وإصداره حكماً فيها¹.
- التحكيم أشد خطورة من الصلح، ذلك لأن نتيجة الصلح المبنية على تنازل الأطراف عن حقوقهم هي نتيجة معلومة قبل تمامها، بينما في التحكيم تتعذر معرفة ما قد يحكم به المحكم².
- حكم التحكيم على خلاف الصلح يجوز حجية الشيء المقضي فيه، ولهذا فإن الصلح يمكن مهاجمته كأى عقد آخر بدعوى البطلان، لعيب من العيوب التي تلحق العقد طبقاً للقواعد العامة، بينما حكم التحكيم لا يجوز المساس بحجيته إلا بالطرق التي يقرها القانون بالنسبة له، وترتيباً على ذلك فإن حكم التحكيم إذ يجوز حجية الشيء المقضي فيه، يمنع رفع الدعوى التي فصل فيها الحكم مرة أخرى، في حين أن الصلح لا يمنع من الالتجاء إلى قضاء الدولة أو حتى إلى التحكيم، للمطالبة بما قرره عقد الصلح من حقوق³.
- لا يمكن تنفيذ الصلح إلا إذا تم إفراغه في عقد رسمي، أو أن يتم أمام القاضي الذي ينظر في النزاع وتحرير محضر بذلك، أما في التحكيم فإن حكم المحكم لا يتم تنفيذه إلا بعد إصدار أمر بذلك من الجهة القضائية المختصة⁴.

ورغم وضوح الفارق بين التحكيم والصلح على النحو المتقدم، فإن التمييز بينهما ليس دائماً بهذا القدر من الوضوح من الناحية العملية، نظراً لحرية المتعاقدين في تضمين عقدهم ما يشاؤون من الشروط، والتي قد تتجاوز في بعض الحالات أهدافه الخاصة، الأمر الذي يثير الشك حول حقيقة مقصودهم فيه، ولعلنا نورد بعض الأمثلة العملية توضيحاً لذلك:

قد يتفق الطرفان على تحكيم شخص ثالث في النزاع بينهما، لكنهما أضافا إلى هذا الاتفاق نصاً يقضي بإفراغ ما توصل إليه هذا الشخص مع توقيعهما عليه، فقد يثور التساؤل حول حقيقة هذا الاتفاق ما إذا كان يتعلق بتحكيم أو بصلح، فالأصل أن العبرة إنما تكون بطبيعة المهمة المسندة إلى هذا الشخص، وما إذا كان حسم النزاع يتوقف على حكم ملزم فيه أم مجرد التوسط

¹ سامي محسن حسين السري، القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس 2004، ص 28.

² د أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 30.

³ د فتحي والي، مرجع سابق، ص 20-21.

⁴ د محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم وتمييزه عن الصلح والوكالة والخبرة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 120 وما بعدها.

بين الأطراف، فإذا كانت الأولى كان الأمر متعلقاً بتحكيم، أما إذا كانت الثانية فيعتبر صلحاً بالمعنى الدقيق تسري عليه أحكام الصلح لا التحكيم¹.

ومثل ذلك أيضاً أن يتفق المتنازعان على التحكيم، لكنهما أضافاً شرطاً يخول للمحكم إجراء الصلح بينهما، فالعبرة هنا إنما تكون بما تم الاتفاق عليه في العقد بشأن تحديد سلطة المحكم، ونفرق هنا بين فرضين:

الأول، إذا كان الاتفاق يفرض على المحكم الالتزام بأحكام القانون، كان الأمر متعلقاً بتحكيم (تحكيم بالقانون) لا بالصلح، وكان الشرط الإضافي المتعلق بالصلح مجرد دعوة للمحكم لمحاولة التقريب بينهما لإتمام الصلح وتفادي إجراءات التحكيم، لكن إذا تم الصلح قبل توصل المحكم إلى حسم النزاع، انتهى النزاع صلحاً لا تحكيمياً، أما إذا عجز المحكم عن إتمام الصلح وتابع إجراءات التحكيم حتى انتهى إلى حكم يحسم النزاع، كان الأمر متعلقاً بتحكيم تسري عليه أحكام التحكيم بالقانون.

الثاني، إذا كان الاتفاق يعني المحكم من التقيد بأحكام القانون، فنكون أمام تحكيم بالصلح لا بالقانون، تسري عليه أحكام هذا النوع من التحكيم، لكن يبقى بعد ذلك أن التحكيم بالقانون هو الأصل وأن التحكيم بالصلح هو الاستثناء، لا يتقرر إلاً بنص في العقد لا يشمل شكاً في حقيقة المقصود به².

ومثل ذلك أيضاً أن يتضمن العقد المبرم تنازل كل من طرفيه عن جانب من ادعاءاته قبل الطرف الآخر بغية الوصول إلى حل يرضيه الطرفان، وفي الوقت ذاته نص العقد على انتداب خبير لتقدير التعويض المستحق لأحد الطرفين قبل الآخر، ففي هذه الحالة قد يكون انتداب الخبير كطرف محايد لتنفيذ التسوية التي اتفق عليها الطرفان، إلى جانب تنازلهما عن ادعاءاتهما على النحو السابق، يدعو إلى التحقق من حقيقة الاتفاق المبرم بين الطرفين، فالأصل أن تحديد مهمة الخبير على هذا النحو، وقصرها على تقدير التعويض المستحق وفقاً لما تم الاتفاق عليه، يفيد أن الأمر يتعلق بصلح وليس بتحكيم أو خبرة، إذ النزاع يعتبر منتهياً بمجرد انعقاد العقد، ومهمة الخبير

¹ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 26-27.

² المرجع نفسه، ص 27-28.

هنا اقتضت على مجرد تطبيق الحل الذي توصل إليه الطرفان بنفسيهما، واستكمال الاتفاق المبرم بينهما على الصلح، ولم تتعداه إلى تقديم حل حاسم للنزاع¹.
فالحاصل، أن العبرة في التمييز بين التحكيم والصلح، تكون بتكييف الوضع بحقيقة المقصود من المهمة المسندة إلى الشخص الثالث، وليس بالألفاظ التي يصاغ بها المطلوب من هذا الشخص.

ب- تمييز التحكيم البحري عن التوفيق والوساطة:

1- تمييز التحكيم البحري عن التوفيق:

نصت المادة 3/1 من القانون النموذجي للجنة العامة للأمم المتحدة للقانون التجاري² على أن: "التوفيق عملية يطلب من خلالها الطرفان إلى شخص ثالث أو أشخاص آخرين، مساعدتهما في الوصول إلى تسوية ودية، بشأن هذا النزاع الناشئ عن علاقة عقدية أو غير عقدية أو لنزاع متصل بهذه العلاقة".

فنظام التوفيق يرمي إلى تدخل شخص من الغير، للتقريب بين الطرفين للتوصل إلى تسوية ودية بينهما، دون أن يكون له سلطة الفصل في النزاع بحكم ملزم، وإنما هو يعرض اقتراحات على الطرفين للتوفيق بين وجهة نظر كل منهما، وعادة ما تسمى هذه النتيجة التي يصل إليها الموفق بالتوصية³، وهكذا يبدو التوفيق نظاماً إرادياً محضاً ابتداءً وانتهاءً، إذ يبدأ بطلب التوفيق الذي يحظى برضاء الطرفين، وينتهي بتسوية ودية تنتهي برضاءهما أيضاً⁴.

ومن أمثلة التوفيق في عقود التجارة الدولية⁵، كثيراً ما يرد شرط التوفيق خصوصاً في العقود التي يستغرق تنفيذها مدة طويلة نسبياً، كعقود التوريد وعقود نقل التكنولوجيا، فبمقتضى هذا

¹ د محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 28.

² المادة 3/1 من القانون النموذجي للجنة العامة للأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والمتضمن التوفيق، الصادر بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة، تحت رقم 35-52 بتاريخ 1980/11/04، وقد أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي UNICTRAL. وقد أوجب هذا القانون على الأطراف عدم اللجوء إلى القضاء أو التحكيم أثناء إجراءات التوفيق.

³ لمزيد من التوضيح حول التوفيق أنظر، فتحي والي، المرجع السابق، ص 22. د محمد إبراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2005، ص 23.

⁴ د حسني المصري، المرجع السابق، ص 18.

⁵ أنظر أمثلة أخرى:

الشرط يلتزم أطراف العقد بإحالة ما يثيره من منازعات في المستقبل على التوفيق¹، حيث تتولى هذه المهمة لجان دولية تتكون من شخصيات إما دبلوماسية أو قانونية أو خبراء، تعمل على تقصي الوقائع وحل مختلف المشاكل وإعداد محاضر وتقارير بذلك².

2- تمييز التحكيم البحري عن الوساطة:

تعرف الوساطة بأنها تلك العملية التي تهدف إلى التقريب بين أطراف العلاقة القانونية، عن طريق شخص من الغير دون المساس بالحق في اللجوء إلى القضاء، وقد اعتبرها البعض نوعاً من أنواع التوفيق المشار إليه سابقاً، الذي عن طريقه يتدخل شخص من الغير يسمى الوسيط لتقريب وجهات النظر بين الخصوم، حيث يقترح بعض الحلول، ومتى وافق عليها الأطراف يجرى محضر رسمي بذلك يتضمن توقيعهم جميعاً³.

يظهر من التعريفين السابقين، أن كل من الوساطة والتوفيق من الناحية العملية هما مسميان لشيء واحد، وذلك بالنظر إلى طبيعة عمل كل من الوسيط أو الموفق والهدف المقصود من وراء هذا العمل، إلى درجة أنه لا يمكن الحديث عن أحدهما بمنأى عن الآخر كما هو واضح من التعريفين السابقين، والدليل على ذلك أن الذين تناولوا تعريف التوفيق لم يأتوا بجديد يذكر مقارنة مع التعريفات التي تناولت الوساطة، بل إن الكثير من التعريفات التي تناولت الوساطة عرفته على أنه توفيق والعكس، وبعضها تناول كلاهما بتعريف واحد⁴، فكلاهما يتدخل فيه شخص من الغير تعهد إليه مهمة التقريب بين وجهة نظر الخصوم، ويصدر بذلك توصية أو جملة من التوصيات، التي ليس لها طابع الإلزام الذي يكون لحكم التحكيم.

فالذي يترجح من خلال التعريفين السابقين، أن التوفيق هو عمل من أعمال الوساطة، وهو الهدف الذي يسعى إليه الوسيط، وهذا الذي أكدته المادة 3/1 من القانون النموذجي سالف الذكر، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري عندما نص من خلال المادة 2/994 ق.إ.م.و.إ. بقوله: "إذا قبل الخصوم هذا الإجراء -أي الوساطة-، يعين القاضي وسيطاً لتلقي وجهة نظر كل واحد

1 D. Ruzie, Le régime juridique de la Moselle, Annuaire Français de Droit International, 1964, p. 792.

أشار إليه، حسني المصري مرجع سابق، ص 18 - 19.

² د كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1991، ص 75.

³ د علي رمضان بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه مشار إليها سابقاً، ص 56.

سامي محسن حسين السري، رسالة دكتوراه مشار إليها سابقاً، ص 33.

⁴ أنظر على سبيل المثال، د حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص 82.

منهم ومحاولة التوفيق بينهم، لتمكينهم من إيجاد حل للنزاع"، وهو ما حدا بالبعض أيضاً¹ في معرض المقارنة بين التحكيم والتوفيق والوساطة، أن يقرن بين هذين الأخيرين ب: (أ)، حيث وضع هذه المقارنة تحت عنوان (التحكيم والتوفيق أو الوساطة) ولم يفصل بينهما ب: (و)، كدليل على اعتبارهما وجهين لعملة واحدة.

مما سبق، يتضح أن التوفيق أو الوساطة يتفقان مع التحكيم في الهدف الذي يرمي إليه كل منهما، والمتمثل في تسوية النزاع بين الأطراف بشأن علاقة عقدية أو غير عقدية، عن طريق تدخل شخص آخر أو أكثر من الغير، ومع هذا التقارب تبقى أوجه التباين قائمة بينهم على النحو الآتي:

- يختلف التوفيق أو الوساطة عن التحكيم، في أن هذا الأخير حتى ولو كان اختيارياً وليس إجبارياً، وحتى ولو بدأ رضائياً باتفاق الطرفين، فإنه ينتهي بحكم وينفذ جبراً على المحكوم عليه متى اشتمل على الصيغة التنفيذية².

- يجد التوفيق أو الوساطة مجالهما في القانون الدولي، حيث يتم عن طريق لجان دولية تسمى لجان التوفيق، يتسع دورها ليشمل جميع المسائل التي تساعد على إعطاء الحلول اللازمة لتسوية النزاع، ولا تقتصر فقط على المسائل القانونية، وهذا بخلاف التحكيم الذي يستند أساساً على مسائل قانونية تنص عليها اتفاقية التحكيم³.

- طريق التحكيم يعرف بطابعه الإلزامي، حيث لا يملك الأطراف العدول عنه متى اتفقوا عليه، بخلاف طريق التوفيق أو الوساطة الذي يستند إلى مجموعة من المقترحات المتبادلة، والتي لا تتميز بالطابع الإلزامي، إذ يجوز للأطراف العدول عنه إلى القضاء أو التحكيم⁴.

- من حيث الإجراءات، يجوز للموفق أو الوسيط أن يتصل بأحد الطرفين أو كلاهما أثناء الإجراءات، والاجتماع به بصورة منفردة أو بحضور الطرف الآخر، وذلك دون إجبارهم على هذا

¹ أنظر على سبيل المثال، الدكتور فتحي والي، المرجع السابق، ص 21.

² د حسني المصري المرجع السابق، ص 18.

³ د عمر سعد الله، حل النزاعات الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 75-76.

⁴ د محمد أحمد عبد الرحمان الزرقا، اتفاق التحكيم التجاري -دراسة مقارنة بالتشريع الإسلامي-، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2004، ص 9.

الحضور¹، أما في التحكيم فإن الجلسات تتم في حضرة الخصوم، مع اطلاعهم على ما يقدمه كل طرف من ادعاءات ومزاعم تكريساً لمبدأ الجاهية².

- يتضمن التوفيق أو الوساطة تنازلات من كلا الطرفين عن بعض إدعاءاتهما، بغية التوصل إلى حل وسط يرضي الطرفين، بينما قد يصدر حكم التحكيم موافقاً لطلبات أحد الأطراف في مقابل رفض طلبات الطرف الآخر، فهو لا يبحث عن حل وسط وإنما يصدر قراراً يكون ملزماً لكليهما، لذلك يسمى قرار المحكم بحكم التحكيم³، وحتى وإن فشل المحكم في مهمته، فيتوجب عليه إتمامها وإصدار حكم حاسم في النزاع، بينما الموفق أو الوسيط فإنه يتعين عليه إنهاء مهمته متى باءت بالفشل، ويبقى أمام الأطراف الحق في اللجوء إلى القضاء⁴ أو إلى التحكيم.

ج- تمييز التحكيم البحري عن الخبرة:

تعرف الخبرة على أنها ذلك الإجراء الذي يعهد بمقتضاه القاضي أو المحكم أو الخصوم إلى شخص معين، بمهمة إبداء رأيه في بعض المسائل ذات الطابع الفني التي يكون على دراية بها، دون إلزام من عهد إليه بهذه المهمة بهذا الرأي⁵.

فالخبرة بمعناها القانوني تتمثل في مجرد إبداء الرأي والمشورة من متخصص لمن يطلبها، دون التزام من هذا الأخير باتباعها، وقد تلتبس بالتحكيم نظراً لوجود الاتفاق في كل منهما، خاصة وأن المحكم كثيراً ما يتم اختياره من أهل الخبرة، بل قد يكون خبيراً في ذاته بالنسبة لموضوع النزاع

¹ د حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2010، ص 58-59.

² وإن كان الأمر كذلك بالنسبة للتحكيم على نحو ما سوف نرى، من عدم وجود ما يلزم الأطراف من الحضور إذا ارتأت هيئة التحكيم ذلك، ومتى لم يؤدي ذلك إلى الإخلال بمبدأ الجاهية، وهذا هو وجه الخلاف بين التحكيم من جهة والوساطة أو التوفيق من جهة أخرى.

³ أنظر قريب من هذا المعنى، د هدى محمد مجدي عبد الرحمان، دور المحكم في الخصومة وحدود سلطاته، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997، منشورة، دار النهضة العربية، 1997، ص 53.

V. aussi, Ph.Fouchard - E.Gaillard - B.Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, op.cit, p. 15.

⁴ د السيد عبد المنعم المراكبي، التحكيم في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية و مدى تأثيره بسيادة الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص 34.

⁵ د ممدوح عبد العزيز العنزي، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2006، ص 24. د فايز الكندري، مفهوم شرط التحكيم وقوته الملزمة بالنسبة للغير، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، صادرة عن كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الثاني، السنة الثانية والأربعون، جويلية، 2000، ص 154.

المطروح أمامه، فالعبرة في هذا الشأن ليست بالألفاظ التي يصف بها المتنازعان الشخص الذي عهد إليه القيام بالتحكيم أو بتقديم الخبرة، وإنما بحقيقة المهمة المسندة إليه، وما إذا كانت فصلاً في النزاع يتولد عنه حكم ملزم لهما، أو مجرد تقديم رأي استشاري غير ملزم، ومن ثم قد يخلعان عليه وصف الخبير ويكون الأمر في الحقيقة متعلقاً بالتحكيم، أو يخلعان عليه وصف المحكم ويكون الأمر متعلقاً بمجرد خبرة¹.

ومن أمثلة ذلك² إذا تعلق الأمر بالمطالبة المترتبة على عقد المقاوله، بواسطة استشاري يعينه الأطراف للإشراف على تنفيذ المشروع، فالأصل أن تقديره غير ملزم للأطراف، باعتباره مجرد عمل استشاري يتمثل في عمل من أعمال الخبرة، لكن قد يتضمن الاتفاق مع ذلك ما يفيد بنزول الأطراف على ما سينتهي إليه هذا الاستشاري من تقدير، فيكون الأمر في حقيقته تحكيماً لا مجرد خبرة، فمهمة هذا الغير بصفة عامة لا تختلط بالدور الذي يؤديه التحكيم كنظام قضائي، حتى ولو كان ما يؤديه التحكيم من طبيعة تعاقدية، فالمحكم في ذلك شأنه شأن القاضي، لا يمكنه أن يتطرق إلى تقدير بعض المسائل التي تناط بالغير، كما هو الحال في تقدير حصص الشركاء عند تصفية الشركة³.

ومن أهم الصور التي قد تثير الالتباس بين الخبرة والتحكيم، قد يتفق الأطراف على تعيين شخص آخر لتقدير قيمة الخسائر المترتبة على فعل غير مشروع، مثل ما هو الحال عندما يتضمن عقد تأمين على عملية نقل بحري للبضائع، شرطاً يقضي بتعيين شخص ثالث في سبيل تقدير قيمة الضرر المترتب على وقوع الخطر المؤمن منه، فالأصل أن التقدير هو عمل من أعمال الخبرة، لكن الاتفاق قد ينص على أن ما سيصل إليه الخبير من تقدير يعتبر ملزماً للطرفين، فيكون الأمر هنا متعلقاً بالتحكيم بمعناه الدقيق لا بمجرد خبرة، على الرغم من وصف الأطراف لهذا الشخص بالخبير⁴.

¹ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 28-29. وانظر كذلك حيثيات الحكم:

Cass. Com. 3 janv. 1985, Rev. Arb, 1986, p. 263. Note mayer.

² أنظر هذه الأمثلة، د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 29-30.

³ ولذلك أبطلت محكمة استئناف باريس حكم تحكيم، نظراً لأن المحكم أجرى بنفسه تقديراً للحصص، راجع حيثيات هذا الحكم:

C.A Paris, 21 Mais 1996, Rev. Arb, 1996, p. 225, Not Viandier.

⁴ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 29-30.

وتأكيداً لما سبق، نسوق مثلاً حياً يتمثل في حكم لمحكمة النقض الفرنسية صادر في 24 جوان 1999، حيث تعود وقائع القضية التي صدر بشأنها هذا الحكم، إلى عقد تأمين أبرم بين شخص يدعى Branco مع إحدى الشركات الفرنسية للتأمين، تلتزم هذه الشركة بموجبه لصالح المؤمن عليه في حالة العجز المؤقت أو الدائم بأداء مبلغ محدد، ونظراً للإصابة التي لحقت به بسبب تعرضه لحادث طالب الشركة بدفع قيمة التأمين، وتم إبرام مشاركة تحكيم بين الطرفين بموجبها يعهد إلى طبيب معين بفحص السيد Branco، غير أن تقرير الطبيب لم يجز رضا السيد Branco، مما دفعه إلى الطعن عليه أمام القضاء مطالباً بتعيين خبير قضائي.

غير أن القضاء رفض الاستجابة لهذا الطلب، مؤسساً رفضه على أن الإجراءات التي تمت أمام هذا الطبيب، تمت أمامه بصفته محكم مصالح، واعتبرت القرار الصادر عنه حكماً تحكيمياً، يمنع من إعادة طرح ذات النزاع أمام القضاء لما يتمتع به من حجية.

وقد أيدت محكمة النقض هذا الحكم، دون أن تتبنى ما ذهبت إليه محكمة الاستئناف من أن الأمر يتعلق بالتحكيم، وقضت بأنه: "لما كان من الواضح مما أثبتته قضاء الاستئناف، أن الاتفاق محل المنازعة ينص صراحة على أن الأطراف اتفقت على الخضوع للقرارات التي يصدرها الطبيب المختار بواسطتهم، فإنه يتعين على الأطراف الالتزام بالنتائج التي يتوصل إليها هذا الطبيب، وعلى هذا الأساس فإن الحكم الذي رفض طلب تعيين خبير قضائي، قد صادف صحيح القانون، وذلك بغض النظر عن تكييفه للمسألة المعروضة عليه بوصفها مسألة تتعلق بالتحكيم"¹.

المستفاد من هذا الحكم، أن محكمة النقض تفرق بين أعمال الخبرة والتي يتفق الأطراف على أنها نهائية وملزمة لهم، وبين أحكام التحكيم التي تتمتع بالحجية، فعلى رغم من إلزامية كليهما للأطراف، إلا أن المحكمة لم تذهب إلى القول بالمساواة بين الخبرة والتحكيم². وعلى العموم فإن الخبرة شأنها شأن النظم الأخرى، قد تتفق مع التحكيم في نقاط وتختلف معه في نقاط أخرى:

فوجه الشبه بين التحكيم والخبرة، يكمن في تدخل شخص من الغير ليس من أعضاء الجهاز القضائي للدولة، وإن كان القضاء أو التحكيم هو من قد يستعين بهذه الخبرة، وكل من الخبير

1 Cour. Cass. (2^{ém} ch. civil), 27 juin 1999, Rev. Arb, 2001, p. 111.

² أنظر أحكام أخرى في هذا الشأن، د حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص 65 وما بعدها.

والمحكم يشتركان في أن كل منهما قد يبدي رأيه أو يباشر عمله في مسألة أو واقعة قانونية بمناسبة نزاع معروض على القضاء¹، وهما يخضعان في ذلك إلى نفس الشروط تقريباً من حيث الاستقلالية والحياد².

ورغم تشابه التحكيم والخبرة على النحو المتقدم، إلا أنه ثمة أوجه اختلاف بينهما نوجزها فيما يلي:

تقتصر مهمة الخبير على إبداء الرأي وتقديم المشورة فيما عهد إليه من مسائل غامضة، دون أن يكون رأيه ملزماً للخصوم ولا حتى القاضي أو المحكم، أما المحكم فهو يقوم بوظيفة قضائية ويحسم النزاع بين الخصوم بحكم ملزم لهم³.

المحكم يصدر حكماً ويتقيد بالأوضاع والمهل والمواعيد والإجراءات المقررة في قانون التحكيم، بينما يقوم الخبير بتحرير تقرير ولا يتقيد إلا بالإجراءات والمواعيد المقررة في قانون الإثبات⁴.

تختلف الخبرة عن التحكيم في طريقة أداء كل من الخبير والمحكم لوظيفته، فالخبير يعتمد على معلوماته وخبراته الذاتية، وله في سبيل ذلك أن يبدي رأيه دون الحاجة للرجوع إلى الأطراف، أما المحكم فيباشر مهامه من خلال ما يقدمه الأطراف من مستندات، ويصدر حكمه بناءً على ذلك، مع حق كل طرف في الإطلاع على ما يقدمه الطرف الآخر، تماماً مثل ما هو عليه الحال في القضاء⁵.

مناطق التحكيم وجود ركن الرضا سواء كان النزاع قائماً أو محتمل الوقوع مستقبلاً، مع ما يقتضيه اتفاق التحكيم بشأن صحته من شروط تتطلبها بعض القوانين كالكتابة، في حين تقتضي الخبرة وجود نزاع قائم فعلاً وحال بين الأطراف، دون الحاجة إلى شروط مثل شرط الرضا أو الكتابة⁶.

¹ د عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، المرجع السابق، ص 15.

² د عبد الباسط محمد عبد الواسع، شرط التحكيم، المرجع السابق، ص 51.

³ د عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالخ في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2000، ص 33. د معوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1997، ص 17.

⁴ د أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 29.

⁵ د عبد الباسط محمد عبد الواسع، مرجع سابق، ص 51.

⁶ المواد 1008 و 2/1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، تقابلها نص المادة 12 من قانون التحكيم المصري، والمادة 1443 من قانون التحكيم الفرنسي، والمادة 02 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف و تنفيذ أحكام المحكمين الدولية.

ولكن رغم هذه المعايير السالفة الذكر، إلا أن صعوبة التمييز بين التحكيم والخبرة تبقى قائمة، خاصة في العقود الزمنية¹، بسبب ما يتركه تغير الظروف الاقتصادية من آثار على التزامات أطرافها أثناء تنفيذ هذه العقود، حيث يتفقون في العقد أو اتفاق لاحق على تعيين شخص ثالث، يعهد إليه مهمة تطويع العقد وفقاً لما استجد من ظروف، وفي هذه الحالة يثور التساؤل حول حقيقة المهمة الملقاة على عاتق هذا الشخص²، وما إذا كانت تحكيماً أو خبرة؟.

إجابة على ذلك، وبعيداً عن تلك المواقف المتباينة للفقه في هذه المسألة، فإن الحل الراجح والذي يستجيب لرغبات المتعاملين على مسرح التجارة الدولية، يكمن في اعتبار تدخل هذا الغير من أجل تطويع العقد للمستجدات هو في حقيقته عملاً تحكيمياً، إذ يتعين أن يكون للتحكيم مفهوم متطور وأكثر اتساعاً ليشمل كل تدخل من قبل الغير، حتى لو لم يكن هذا التدخل لحسم المنازعة بالمعنى المتعارف عليه في المفهوم التقليدي للتحكيم، وهذا تحقيقاً لسرعة الفصل في المشاكل التي تعترض تنفيذ تلك العقود الطويلة المدة³.

د- تمييز التحكيم البحري عن الوكالة:

نص المشرع الجزائري في المادة 571 من القانون المدني أن: "الوكالة أو الإنابة هي عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصاً آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه".
فالوكالة حسب هذا التعريف هي عقد يعطي من خلاله الموكل لشخص آخر يسمى الوكيل، سلطة تمثيله في إجراء بعض الأعمال القانونية، باسم موكله ولحسابه، بحيث تنصرف آثار هذا العمل إلى الموكل كما لو كان قد أجراها بنفسه⁴.

وعلى هذا الأساس يمكن القول أن هناك شبه وحيد بين التحكيم والوكالة، يتجلى في أن كل منهما يعد نوعاً من أنواع الولاية، وكل منهما يجد مصدره في اتفاق الأطراف، حيث أن رضا الطرفين هو المثبت لهذه الولاية والمحدد لنطاقها، فلا يباشر الوكيل ما عهد إليه من عمل إلا بإذن

¹ أنظر حول هذا الموضوع بشكل عام:

P. SANDERS, « L'arbitrage dans les transactions commerciales a long terme », Rev. Arb. 1975, p. 83.

² مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 30-31.

³ Ph.Fouchard - E.Gaillard - B.Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, op.cit, p. 28.

⁴ د ممدوح عبد العزيز العنزي، المرجع السابق، ص 37-38.

موكله ورضاه في الحدود المرسومة له في الوكالة، وكذلك لا تنعقد الولاية للمحكم للفصل في النزاع إلاّ برضا الخصوم، في حدود ما تم الاتفاق عليه من حيث الموضوع والزمان والمكان¹.
وأمام هذا الوجه الوحيد للشبه بين كل من التحكيم والوكالة، تتعدد الفوارق بينهما على النحو الآتي:

فإذا كان الهدف من التحكيم هو تحويل شخص من الغير مهمة الفصل في النزاع القائم بين الطرفين بحكم ملزم لهما، فإن الوكالة تقتضي إنابة شخص (الوكيل) مكان شخص آخر (الموكل) للقيام بعمل لحساب هذا الأخير².

القاعدة في الوكالة أن الوكيل يستمد سلطانه من الموكل، ويقع عليه الالتزام بحدود تعليمات موكله أو العمل ضد إرادته، ومتى خرج الوكيل عن حدود وكالته، كان للموكل أن يتصل من مسؤوليته اتجاه عمل الوكيل، ولا يملك الوكيل كقاعدة عامة أن يقوم إلاّ بما يمكن أن يقوم به الموكل، أما المحكم فهو يتمتع باستقلالته التامة عن الخصوم، فبمجرد الاتفاق على التحكيم يكتسب المحكم صفة القاضي، فلا يملك الخصوم التدخل في عمله، بل عمله يعتبر مفروضاً عليهم³.

العمل الصادر عن الوكيل هو مجرد تصرف قانوني، ينحصر أساساً في مجرد تحديد عنصر من عناصر العقد الأساسية، فهو لا يخضع لطرق الطعن المقررة ضد أحكام التحكيم، بحيث يبقى الطريق الوحيد للرجوع على عمل الوكيل هو دعوى البطلان طبقاً للقواعد العامة، بسبب العيوب التي تلحق العقد كالغلط أو التدليس أو الإكراه⁴.

بعد هذا العرض الموجز لأهم المعايير التي وضعت للفرقة بين التحكيم وأهم النظم الأخرى التي قد تتداخل معه، يبقى أن نقول في الأخير أن النتائج التي توصلنا إليها، تلزم القاضي عند تكييف العقد أو تفسيره بالحيلة والحذر والدقة وعدم التوسع، فضلاً عن التحقق من تطابق إرادة الخصوم على طبيعة الوسيلة المختارة لتسوية المنازعات الناشئة بينهم. فالعبرة إذن ليست دائماً فيما يصيغه الأطراف من ألفاظ اتجاه من يعهدان إليه مهمة معينة بمناسبة النزاع القائم بينهم، وإنما تتوقف على حقيقة هذه المهمة، وما إذا كانت تعتبر فضلاً في هذا النزاع بصورة ملزمة لهم، أم

¹ السيد المراكبي، المرجع السابق، ص 31.

² د حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص 58.

³ د أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 31. د حفيظة الحداد، مرجع سابق، ص 59.

⁴ د حفيظة الحداد، مرجع سابق، ص 60.

مجرد عمل قانوني لا يرتقي إلى المعنى الدقيق للتحكيم. ومن ثم فقد يخلع الأطراف على هذا الشخص وصفاً معيناً غير وصف المحكم، كأن يتم وصفه في العقد على أنه وسيط أو خبير أو مستشار أو مصالح أو وكيل، ويكون الأمر في حقيقته متعلقاً بالتحكيم، وقد يخلعون عليه وصف المحكم ويكون الأمر متعلقاً بإحدى تلك الأوصاف. فعلى قاضي الموضوع عموماً ضرورة استخلاص حقيقة مقصود الخصوم من واقع الدعوى وظروف الحال.

المطلب الثالث

تقسيمات التحكيم

وبيان التحكيم الأنسب لتسوية المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

رغم أن التحكيم في منازعات النقل البحري للبضائع يمكن وصفه بأنه من طبيعة بحرية، على النحو الذي توصلنا إليه في معرض الكلام عن طبيعة التحكيم، غير أن هذه الطبيعة لا تخرجه عن الإطار العام للتحكيم بصفة عامة، حيث تتعدد تقسيماته شأنه شأن هذا الأخير، ويتخذ صوراً وأشكالاً متعددة تبعاً للزاوية التي ينظر إليه منها¹.

وفيما يلي سنحاول أن نعرض لهذه الأنواع (الفرع الأول)، ثم نحاول استنتاج من بين هذه الأنواع التحكيم الأنسب لتسوية المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، وذلك بعد مناقشة أسباب اللجوء إلى التحكيم بصفة عامة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

أنواع التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

ينقسم التحكيم البحري بصفة عامة، من حيث إرادة المحكّمين ومبدأ اللجوء إليه إلى تحكيم اختياري وتحكيم إجباري (أولاً)، ومن حيث عناصر التحكيم إلى تحكيم دولي وتحكيم وطني (ثانياً)، ومن حيث سلطة المحكم عند الفصل في النزاع إلى تحكيم بالقانون وتحكيم بالصلح

¹ د رضا السيد عبد الحميد، أنواع التحكيم، محاضرات ألقاها في الدورة التمهيدية الإقليمية الأولى، المنعقدة بنقابة المحامين ببور سعيد، والتي نظمها مركز التحكيم الدولي بالقاهرة، الفترة ما بين 23 و 28 جويلية 2005م. أشار إليها، د الوليد بن محمد بن علي البرماني، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 63.

(ثالثاً)، ومن حيث الإدارة والتنظيم إلى تحكيم حر وتحكيم مؤسسي (رابعاً)، وبشيء من التفصيل سوف نحاول توضيح هذه الأنواع:

أولاً: التحكيم البحري الاختياري والتحكيم البحري الإجباري

ينقسم التحكيم البحري من حيث إرادة المحكّمين ومبدأ اللجوء إليه، إلى تحكيم اختياري وتحكيم إجباري.

أ- التحكيم البحري الاختياري:

يقصد بالتحكيم البحري الاختياري، ذلك التحكيم الذي يلجأ إليه أطراف المنازعة البحرية بإرادتهم الحرة¹ ورغبتهم المطلقة، دون أن يلزمهم القانون أو النظام أو اللائحة أو أي مصدر مستقل آخر باللجوء إليه². فأطراف عقد النقل البحري أحرار في اللجوء إليه³، حيث يجد مصدره في الاتفاق المبرم بين المتعاقدين سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو اعتباريين⁴، فهو يستند إلى اتفاق خاص، ويستمد وجوده من هذا الاتفاق والذي يخضع للقواعد العامة للعقد بصفة عامة، فضلاً عن القواعد الخاصة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والقانون التجاري، والنصوص المنظمة للتحكيم⁵.

والأصل في التحكيم أنه يكون اختيارياً وليس إجبارياً، لأنه لا يجب كقاعدة أن تتخلى الدولة عن القيام بواجبها في تحقيق العدل لمواطنيها، وذلك بالتخلي عن وظيفتها القضائية، ومن ثم

¹ ورد هذا التعريف في نص المادة الرابعة في فقرتها الأولى من قانون التحكيم المصري وقانون التحكيم العماني والتي جاء فيها: "ينصرف لفظ "التحكيم" في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن كذلك".

² د بشار جميل عبد الهادي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار وائل للنشر للتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2005، ص 20-21.

³ د محمود السيد عمر التحيوي، مفهوم التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 75.

⁴ د سيد أحمد محمود، التحكيم العادي في القانون الكويتي، دورة برنامج إعداد المحكمين، الحلقة الأولى، مركز الكويت للتحكيم التجاري، 2001-2002، ص 03، مشار إليه في عند، د الوليد بن محمد بن علي البرماني، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 65.

⁵ د محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1999، ص 38.

V. Auzzi, Christian Gavalda, DELEYSSAC Claude Lucas, l'arbitrage, Editions Dalloz, Paris, 1993, p. 20

توجب على الأطراف الالتجاء إلى التحكيم، وإلاّ اعتبر ذلك تنصلاً من قبل الدولة من القيام بواجبها، وتخلياً عن القيام بوظيفتها¹.

ومن ناحية ثانية، فإن إرادة الأطراف في الاتفاق على التحكيم لا تكون كافية وحدها، بل يتطلب الأمر إقرار المشرع لهذه الإرادة، وذلك بموجب نص تشريعي يجيز اللجوء إلى التحكيم وتنفيذ أحكامه، وعلى هذا الأساس فإن هذا النوع من أنواع التحكيم يرتكز على دعامتين: الإرادة الذاتية للأطراف، وإقرار المشرع لهذه الإرادة²، فالإرادة الذاتية تعتبر أحد الأركان التي يقوم عليها التحكيم، حيث أن لها الدور الأساسي في إيجاد مثل هذا النظام الاستثنائي لحل المنازعات، مشاركاً في ذلك قضاء الدولة صاحب الاختصاص الأصيل بالفصل في جميع المنازعات، ولكن تظل هذه المشاركة تحت إشراف القضاء العام في الدولة³.

ب- التحكيم البحري الإجباري:

إذا كان ما تقدم هو الأصل، من اعتبار التحكيم البحري هو طريق غير مفروض على الأطراف لتسوية منازعاتهم، فإن هذا لا يمنع المشرع من أن يجعل من التحكيم في بعض المنازعات أمراً واجباً، لا يملك معه الأطراف رفع هذه المنازعات إلى قضاء الدولة، وهذا النوع من التحكيم هو ما يعرف بالتحكيم الإجباري⁴، والذي بمقتضاه لا يجوز للأطراف اللجوء إلى القضاء العادي إلاّ بعد طرح النزاع على هيئة التحكيم، وهو نظام متبع في بعض الدول كوسيلة قليلة الكلفة نسبياً لحل الخلافات⁵.

جدير بالملاحظة، أن التحكيم بهذا المفهوم لا يعدو أن يكون تحكيمياً بالمعنى الفني الدقيق⁶، فالتحكيم الإجباري أو الإلزامي كما يصفه البعض ليس فيه من التحكيم إلاّ اسمه، فهو عبارة عن

¹ د محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 35.

² د نريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 21.

³ د محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 38.

⁴ د محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 39، د محي الدين إسماعيل علم الدين، التحكيم البحري، البرنامج التدريبي حول العقود البحرية، الأكاديمية البحرية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري، الإسكندرية، يومي 24-28 جويلية 2004، ص 104.

⁵ عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم دراسة تحليلية مقارنة، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الثانية، 2008، ص 41. وانظر أيضاً، د أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 39.

⁶ د حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 53.

مجموعة من الحريات تبدأ من حرية سلب اختصاص المحاكم، إلى حرية اختيار المحكم إلى حرية اختيار القانون الواجب التطبيق والإجراءات، إلى حرية مكان التحكيم، فكل ما هو إلزامي يتناقض مع التحكيم ويفقده طبيعته¹.

ولقد ذهب الفقه المصري الرائد في هذا المجال، إلى تصنيف التحكيم الإجباري إلى نوعين، أحداً في الاعتبار بالقدر الذي يتركه المشرع لإرادة الأطراف في تنظيم التحكيم، "فقد يكتفي المشرع بفرض التحكيم ويترك للأفراد حرية اختيار المحكم وتعيين إجراءات التحكيم، وقد لا يكتفي بهذا القدر من التدخل فيضع تنظيمًا إلزاميًا لإجراءات التحكيم، فلا يكون لإرادة الخصوم أي دور في التحكيم، ويترتب على هذه التفرقة أن يدخل النوع الأول في المفهوم الفني للتحكيم، بينما يخرج النوع الثاني منه"².

وقد أخذت بنظام التحكيم الإجباري بعض المراكز والهيئات الدولية، مثل المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول الأخرى بمقتضى اتفاقية واشنطن لسنة 1965، أيضاً غرفة التجارة الدولية في عقود المنشآت الصناعية والتوريدات الدولية ذات الشكل النموذجي³.

ثانياً: التحكيم البحري الداخلي والتحكيم البحري الدولي

ينقسم التحكيم البحري من حيث عناصره إلى تحكيم دولي وتحكيم داخلي أو وطني⁴، ذلك أن التحكيم لا يرتبط دائماً بالمكان الذي يتم فيه، كما أن أطرافه غالباً هي شركات خاصة

¹ د عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الثاني، دار المعارف، القاهرة، مصر، 1990، ص 100.

² د محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي (دراسة في قانون التجارة الدولية، مجموعة محاضرات، دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص)، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، 1973-74، ص 04، مشار إليه عند، د حفيظة الحداد، مرجع سابق، ص 54.

³ د منير عبد الحميد، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي (في القانون الخاص وفي ضوء الفقه وقضاء التحكيم)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 10.

⁴ تجدر الإشارة إلى أن هناك اتجاه فقهي يقرر عدم قبول هذا التقسيم، ذلك أن التحكيم حسب وجهة نظر هذا الاتجاه، يكون دائماً وطنياً لأنه يتم في مكان ما بمدينة معينة كائنة في دولة ما، وبالتالي له الطابع الوطني لهذه الدولة، ومن جهة أخرى فإن التحكيم مبني على إرادة الأطراف، وقرار التحكيم يصدر عن أشخاص لا ينتمون إلى الدولة ولم تسند لهم مهمة القيام به، ولا يصدر عنه سلطة عامة بل بسلطة خاصة مصدرها اتفاق الأطراف، فلا مجال للقول إذن بانتماء التحكيم لدولة معينة، غير أنه -ونظراً لازدهار التجارة وتطورها على المستويين الداخلي والخارجي- أصبح التمييز بين هذين النوعين شائعاً في معظم

أو مؤسسات قطاع عام وليسوا أفراد طبيعيين¹، الأمر الذي وجدت معه الدول نفسها في مواجهة خصومات متعددة العناصر، وبالتالي تتعدد القوانين التي تحكم هذه الخصومات بتعدد واختلاف عناصرها، فظهرت بذلك الحاجة إلى التفرقة بين التحكيم الداخلي الوطني والتحكيم الدولي².
الواقع أن مسألة التفرقة بين هذين النوعين من التحكيم أثارت جدلاً فقهيًا وقضائياً واسعاً، وذلك في محاولة لوضع معيار لهذه التفرقة، حرصاً على إبعاد التحكيم الدولي عن سلطان القوانين الدولية وتحريره من قيودها، وقد سبقت عناصر شتى لهذه التفرقة مثل اختلاف جنسية الخصوم أو اختلاف جنسية المحكمين عن جنسية الأطراف، أو ما إذا كان التحكيم يجري في دولة غير الدولة التي ينتمي إليها أطراف النزاع، أو ما إذا كان يجري وفق إجراءات ينظمها قانون أجنبي، غير أن هذه العناصر لم تسلم من النقد ولم تفلح كمعيار للتمييز بين هذين النوعين من التحكيم³، ومن ثم ظهرت نظرة جديدة للفقهاء الحديث إلى دولية التحكيم⁴، وذلك عندما يتعلق العقد بالمصالح التجارية الدولية⁵.

على كل سوف نلقي نظرة حول المعايير التي تستخدم لتحديد دولية التحكيم، في محاولة لتطبيقها على المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة، ثم نحاول في نفس المجال أن نستنتج أهمية التمييز بين نوعي التحكيم البحري الدولي والداخلي، وفي الأخير نورد

=القوانين المعاصرة، كما شهدت الدول تنافساً واسعاً في مجال التحكيم التجاري الدولي وخصته بأحكام خاصة تمييزاً له عن التحكيم الداخلي. ينظر في ذلك، د طاهر علي البياتي، التحكيم التجاري البحري (دراسة قانونية مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2006، ص 63. د موسى خليل ميري، التحكيم في العمليات المصرفية في الدول ذات الاقتصاد المتحول، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق، 2008، ص 103. د عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء الأول، سنة 2009، ص 22.

¹ د موسى خليل ميري، البحث المشار إليه سابقاً.

² د علي رمضان بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، منشورة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1996، ص 18.

³ د محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 23، د أحمد محمد عبد الصادق، المرجع العام في التحكيم، المرجع السابق، ص 25.

⁴ لمزيد من التفصيل يرجع إلى، د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 73 وما بعدها. د حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص 94 وما بعدها.

⁵ وهذه النظرة قد تبناها أيضاً كما سوف نرى المشرع الجزائري في نص المادة 1039 من ق.إ.م.إ. بنصه على أنه: "يعد التحكيم دولياً، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

ملاحظة بشأن ما ذهب إليه جانب من الفقه من اعتماده تقسيماً ثلاثياً، حيث يضيف نوعاً ثالثاً إلى جانب النوعين السابقين للتحكيم وهو التحكيم الأجنبي.

أ- معايير دولية التحكيم وتطبيقاتها في مجال المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع:

كما سبق، يمكن تقسيم معايير دولية التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع إلى ثلاث طوائف من المعايير، معايير مستمدة من ارتباط التحكيم بنظام قانوني معين، والمعيار الاقتصادي المستمد من طبيعة المنازعة، ولم يكتف آخرون بطائفة واحدة من هذه الطائفتين دون الأخرى، حيث مزجوا بينهما تحت مظلة المعيار المزدوج أو المختلط.

1- المعايير المستمدة من ارتباط التحكيم البحري بنظام قانوني معين:

وتعرف هذه الطائفة اختصاراً بالمعيار القانوني، وهي تضم نوعين من المعايير، النوع الأول ذو طبيعة إجرائية، والنوع الثاني مستمد من أطراف النزاع:

- المعايير الإجرائية:

هذه الطائفة من المعايير لإضفاء الصفة الدولية على التحكيم، في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، تستمد من الخصومة التحكيمية ذاتها ومدى ارتباطها بهذا النظام القانوني لهذه الدولة أو تلك، وأبرز هذه المعايير: معيار مكان التحكيم، معيار جنسية المحكمين، معيار القانون المطبق على التحكيم.

المعيار الأول: المعيار المستمد من مكان التحكيم

يكون التحكيم دولياً وفق هذا المعيار، إذا كان التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، يجري على إقليم دولة غير الدولة التي يطلب فيها تنفيذ حكم التحكيم الصادر عنه.

ومن القوانين والاتفاقيات التي تبنت هذا المعيار، نجد اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الدولية لسنة 1958، حيث اعتمدت هذه الاتفاقية في مادتها الأولى فقرة أولى، معيارين لاعتبار التحكيم دولياً ويكون حكمه قابلاً للتنفيذ بموجب الاتفاقية:

الأول، يتمثل في مكان التحكيم، حيث يعد التحكيم دولياً في مفهوم هذه الاتفاقية، إذا كان حكم التحكيم صادراً على إقليم دولة غير التي يطلب إليها الاعتراف به و بتنفيذه.

الثاني، يتمثل في كل معيار حددته كل دولة من الدول الموقعة على الاتفاقية، وقررت تطبيق الاتفاقية على أحكام المحكمين التي تعتبر وطنية في الدول المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم

التحكيم¹، بمعنى أن الاتفاقية لم تقتصر على معيار مكان التحكيم فقط، بل أهما راعت إرادة الدول وما تنص عليه في قوانينها الداخلية في اعتبار التحكيم الذي يجري على إقليمها دولياً من عدمه، ومن ثم يجوز للدول أن تعتبر التحكيم غير داخلي حتى وإن كان يجري على أراضيها، متى قررت قوانينها ذلك².

وقد أخذ بهذا المعيار أيضاً القانون النموذجي لسنة 1985 في مادته الأولى في فقرتها الثالثة، حينما قررت أن التحكيم يكون دولياً إذا كان محمداً في اتفاق التحكيم أو طبقاً له، لكنها لم تكتف بهذا المعيار حيث أضافت معايير أخرى، إما مستمدة من نظام قانوني معين، أو مستمدة من أطراف النزاع، وسار على نفس المنوال قانون التحكيم المصري رقم 47 لسنة 1994، والمرسوم الفرنسي للتحكيم الدولي 1981، وقانون التحكيم الإنجليزي لكل من سنة 1975 و1979 و1996. غير أن هذا المعيار كما يراه غالبية الفقه، غير كاف لإضفاء الصفة الدولية على التحكيم البحري، فإذا تعلق الأمر بعملية نقل بحري لبضاعة مصنعة في الجزائر مثلاً، بواسطة سفينة جزائرية، بين ميناءين داخل الجزائر، وأطراف من جنسية جزائرية، فلاشك أننا هنا بصدد عملية نقل داخلي، حتى وإن نص الأطراف في عقد النقل على أن منازعات هذا العقد يتم عرضها على إحدى هيئات التحكيم الدولي، إذ أن هذا التحكيم في علاقة داخلية محضة لا يبرر إضفاء الصفة الدولية عليه، ومن جهة أخرى فإن اتفاقية نيويورك رغم اعتمادها معيار مكان التحكيم لإضفاء الصفة الدولية على التحكيم، إلا أنها بإعطائها حق التحفظ³ للمعاملة بالمثل للدول الموقعة، وكذلك إعطائها الحق في رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الذي لا يعد دولياً وفقاً لقوانينها، تكون بذلك قد أضعفت هذا المعيار، لكون هذا الحق يترتب عليه إخراج العديد من التحكيمات الدولية من نطاق تطبيق الاتفاقية⁴.

المعيار الثاني: المعيار المستمد من جنسية المحكمين

يكون التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع دولياً حسب هذا المعيار، عندما تختلف جنسية المحكمين عن جنسية أطراف النزاع، ومثال ذلك لو تصورنا أن عملية

¹ د محمد عبد الفتاح ترك، المرجع السابق، ص 356-357.

² د فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص 36-37.

³ وقد أشرنا في مقدمة هذه الرسالة، إلى أن الجزائر كانت من بين الدول التي وقعت على هذه الاتفاقية بتحفظ، بسبب اعتبارات سيادية وأخرى سياسية.

⁴ د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 43 وما بعدها.

تحكيم بشأن عقد نقل بضائع عن طريق البحر، كل عناصرها تنتمي إلى الدولة الجزائرية، سواء من حيث السفينة والشاحن والناقل ومينائي الشحن والتفريغ، فيما عدا المحكم الذي يعتبر من جنسية مختلفة عن جنسية أطراف النزاع، فإن هذه الأخيرة غير كافية للقول بدولية التحكيم، ومع ذلك يمكن أن تكون جنسية المحكم ذات أهمية مؤثرة على دولية التحكيم، خصوصاً إذا تم اختيار نظام تحكيم دولي لا يجيز نظامه تعيين محكم من جنسية طرفي النزاع¹.

المعيار الثالث: المعيار المستمد من القانون المطبق على إجراءات التحكيم

يذهب رأي آخر إلى أن العبرة في تحديد دولية التحكيم من عدمه، تتحدد بالقانون الذي يتم تطبيقه على إجراءات التحكيم، فالتحكيم مثلاً في نزاع بين ناقل فرنسي من جهة وشاحن جزائري من جهة ثانية، ويجري خارج الجزائر وفقاً لنظام إجرائي منصوص عليه في قانون دولة أخرى أو في لائحة مركز تحكيم دولي، فإنه يعتبر تحكيمياً دولياً وليس داخلياً بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع².

غير أنه رغم كون هذا المعيار مؤشراً على دولية التحكيم، إلا أنه يؤخذ عليه ما يؤخذ على المعايير الإجرائية الأخرى من انتقادات، فهل يكفي لاعتبار التحكيم في علاقة نقل بحري لبضاعة مصنعة في الجزائر، بين ناقل وشاحن جزائريين، وبين مينائي شحن وتفريغ داخل الجزائر تحكيمياً دولياً، مجرد كون القانون الذي اختاره الأطراف هو القانون الفرنسي مثلاً، أو مجرد لجوء الأطراف إلى التحكيم أمام غرفة التحكيم بباريس؟، ومن ثم هذا المعيار كما يراه البعض يعد معياراً عرضياً، يؤدي إلى نتائج سطحية لا تتصل بموضوع النزاع، لذلك لا يفي هو الآخر لوحده بالغرض³.

- المعيار المستمد من أطراف النزاع:

هذا المعيار مرتبط بأطراف عقد النقل البحري للبضائع محل النزاع أنفسهم، من جنسيتهم ومحل إقامتهم، فالفرض هنا أن تنشأ بين أشخاص من جنسية مختلفة، ولكل موطنه أو محل إقامته، أو مقر أو مركز أعماله في حالة الشخص المعنوي، فلو أبرمت شركة ملاحية جزائرية ذات رأسمال

¹ د محمد عبد الفتاح ترك، المرجع السابق، ص 352-353.

² يظهر هذا المعيار إلى جانب سابقه في قانون التحكيم المصري، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة الثالثة على أنه: "يعد التحكيم دولياً إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها". أنظر في ذلك:

- A. EL AHDAB, « L'arbitrage dans les pays Arabes », op. cit, P. 353.

³ د عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص 47-48، د محمد عبد الفتاح ترك، المرجع السابق، ص 353.

أجنبي عقداً لتأجير إحدى سفنها لشركة أخرى جزائرية لنقل بضائعها، وتم الاتفاق في هذا العقد على التحكيم، فإن هذا العقد مبرم بين طرفين من ذات الجنسية، وبالتالي يعد الاتفاق على التحكيم وطنياً¹.

غير أن معيار جنسية أطراف النزاع أو محل إقامتهم، وإن كان يشكل هو الآخر مؤشراً دولياً، إلا أنه لا يشكل بذاته عنصراً مؤثراً في دولية التحكيم، وبالتالي لا يستطيع وحده إضفاء الصفة الدولية على الحكم الصادر عنه².

وقد أخذت بهذا المعيار كل من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961، والقانون النموذجي لسنة 1985، وقانون التحكيم المصري لسنة 1994، وقانون التحكيم الإنجليزي لسنة 1975 و 1979، وقانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي لسنة 1925³.

من خلال العرض السابق لهذه المعايير، يتبين أنها تكاد تقترب مجتمعة من المعايير التي تبناها القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي⁴ كأساس لتدويل التحكيم، فبعد أن حددت المادة الأولى فقرة أولى نطاق تطبيق هذا القانون بأنه ينطبق على التحكيم التجاري الدولي، نصت ذات المادة في فقرتها الثالثة على أنه:

"يكون التحكيم دولياً:

- (أ) إذا كان مقر عمل طرفي اتفاق التحكيم، وقت عقد ذلك الاتفاق واقعين في دولتين مختلفتين.
 - (ب) إذا كان أحد الأماكن التالية واقعا خارج الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين:
- 1- مكان التحكيم إذا كان محددًا في اتفاق التحكيم أو طبقاً له.
 - 2- أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية، أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق الصلة به.
 - (ج) إذا اتفق الطرفان صراحة على أن موضوع اتفاق التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة.
- لأغراض الفقرة (3) من هذه المادة:

¹ أنظر قريب من هذا المعنى، د حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 97.

² د محمد عبد الفتاح ترك، المرجع السابق، ص 350.

³ د عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص 54.

⁴ القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، (وثيقة الأمم المتحدة 40/17 أ، المرفق الأول)، الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، بصيغته التي اعتمدها اللجنة في 21 جوان 1985.

(أ) إذا كان لأحد الطرفين أكثر من مقر عمل، فتكون العبرة بمقر العمل الأوثق صلة باتفاق التحكيم.

(ب) إذا لم يكن لأحد الطرفين مقر عمل فتكون العبرة بمحل إقامته المعتاد".

هذا ويلاحظ أن بعض قوانين الدول العربية، قد اعتمدت ذات المنهج الذي سار عليه القانون النموذجي، منها قانون التحكيم المصري في مادته الثالثة، حيث عدد ثلاث حالات (الحالات الأولى من المادة) يعتبر فيها التحكيم دولياً، وهي ذات الحالات التي وردت في نص المادة الأولى من القانون النموذجي السابقة الذكر¹، ومن القوانين التي تبنت ذات المنهج، قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني، بموجب المرسوم رقم 9 لعام 1994م في مادته الأولى الفقرة الثالثة، وكذلك قانون التحكيم العماني الصادر بموجب المرسوم 97/47، المتعلق بالتحكيم في المنازعات المدنية والتجارية في مادته الثالثة.

ومن خلال ما تقدم يمكن أن نورد ملاحظتين:

الأولى، انطلاقاً من المعايير السابقة التي تبناها القانون النموذجي، يتضح أن الهدف منها هو توسيع نطاق تطبيق هذا القانون ليشمل أكبر عدد من الحالات، والتي يمكن على أساسها إضفاء الصبغة الدولية على التحكيم.

الثانية، لاحظ واضعوا هذا القانون، أن كل مؤشر أو عنصر من المؤشرات والعناصر الأجنبية السابقة الذكر، لا يكفي لوحده كمبرر للقول بدولية التحكيم، ومن ثم حاولوا الجمع بين مجموعة من تلك العناصر، مع تفادي تلك الانتقادات التي وجهت لها والأخذ بإيجابياتها، بحيث يمكن أن تشكل في مجموعها قاعدة يرجع إليها في معرفة دولية التحكيم من عدمه.

غير أنه رغم هذا الهدف الذي ارتآه واضعوا هذا القانون، والذين ساروا على منواله، في محاولة منهم لتوحيد القواعد المشككة لدولية التحكيم، إلا أنه يأخذ عليه أمرين:

الأول، أن هذا القانون أطلق العنان لإرادة الأطراف وفقاً للفقرة (ج)، في الاتفاق على خلع الصفة الدولية على التحكيم إذا ما تعلق بأكثر من دولة، ولاشك أن هذه المسألة لا تخلوا من انتقاد، إذ يترتب على هذا الإطلاق محاولة الأطراف الإفلات من القواعد الآمرة التي يبني عليها التحكيم الوطني.

¹ أنظر مناقشة فقهية حول تبني المشرع المصري لتلك الحالات الواردة في القانون النموذجي بشأن دولية التحكيم، د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 75 وما بعدها.

الثاني، أن مفهوم الدولية التي ارتآها أصحاب هذا القانون، قد تستجيب مع رغبتهم فحسب، حتى في بعض الحالات التي تكون فيها جميع عناصر التحكيم وطنية، وهو الفرض الذي يتحقق عندما يكون مكان التحكيم يقع في دولة غير تلك الدولة التي يقع فيها مقر عمل الطرفين وفقاً للفقرة (ب/1)، ولعل ذلك ما دفع البعض بأن ينظر إلى هذه الدولية، حسب هذا المعيار بالذات الوارد في هذه الفقرة، بأنها دولية وهمية أو مجاملة¹.

إن اختلاف المعايير التي تتبناها كل دولة، لإضفاء صفة الدولية على التحكيم على النحو الذي سبق، لاشك أنه راجع إلى اختلاف الأفكار السائدة في هذه الدول، فالملاحظ أن تحكيمياً ما يكون داخلياً في دولة ما، بينما يعد نفس التحكيم دولياً في دولة أخرى، ولا سبيل إلى توحيد هذه المعايير إلا عن طريق المعاهدات الدولية، وهو ما لم تفعله اتفاقية نيويورك لسنة 1958، التي اعتدت بمكان التحكيم كمعيار، وكذلك كل معيار صادر عن كل دولة موقعة على الاتفاقية، تعتبر به هذه الدولة التحكيم داخلياً أو دولياً²، بينما أوصى مؤتمر بروكسل في المعاهدات التي وضعها³، بضرورة توحيد التشريعات الوطنية من خلال عقد معاهدات دولية⁴.

وإزاء الانتقادات التي وجهت إلى المعايير السابقة، ونظراً لعدم إمكانية الخروج بمعيار محدد لدولية التحكيم من بين تلك المعايير، بدأ الفقه يتحول عن هذه المعايير إلى اقتراح البحث في كل حالة من حالات النزاع على حدة، عن عناصر متعددة يمكن أن تستخدم مجتمعة كأساس للفرقة بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي أو الوطني، وإضفاء الصفة الدولية على التحكيم⁵.

¹ أنظر أكثر تفصيلاً، د حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص 100-101.

² د عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص 56، د محمد عبد الفتاح ترك، المرجع السابق، ص 352.

³ معاهدة بروكسل الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن لسنة 1924، والمعروفة بقواعد لاهاي، دخلت حيز النفاذ دولياً عام 1931، وعدلت بموجب بروتوكول موقع في 23 فبراير 1968 ثم عدلت مرة أخرى سنة 1979، وقد انضمت الجزائر إليها دون تعديلات، بموجب المرسوم رقم 71/64 المؤرخ في 2 مارس 1964 الجريدة الرسمية رقم 1964/28، وأنظر أيضاً في هذا الشأن، د مصطفى كمال طه، ووائل أنور بندق، التوحيد الدولي للقانون البحري، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2012، ص 7.

⁴ وقد قام المشرع الجزائري باعتماد أحكام هذه المعاهدة والبروتوكول المعدل لها سنة 1968، مع الملاحظ أن مجال تطبيق هذه المعاهدة هو النقل الدولي دون الداخلي، كما تعني الدول الأطراف فقط، أو إذا اتفق أطراف عقد النقل صراحة على تطبيق أحكام المعاهدة، كما أنها تسري على النقل بموجب سند الشحن دون النقل الذي يتم بموجب عقد الإيجار. أنظر، د بوكعبان العربي، الوجيز في القانون البحري الجزائري، دار الغرب للنشر والتوزيع، وهران، الجزائر، طبعة 2002، ص 112.

⁵ P. Lalive, problèmes relatifs a L'arbitrage International commercial, Op cit, p. 581.

2- المعيار الاقتصادي المستمد من طبيعة المنازعة:

يقصد بالمعيار الاقتصادي مجموعة المصالح الاقتصادية، أو تعلق الرابطة القانونية محل النزاع بالتجارة الدولية، أي بتجارة خارجية، فإذا كان النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع محل التحكيم متعلقاً بتجارة داخلية، فإن التحكيم لا يكون دولياً، والمقصود بالتجارة هنا المعنى الذي نص عليه قانون التحكيم المصري، أي النشاط الاقتصادي، وهو ذات المعنى الذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1039 ق.إ.م.و.إ: "يعد التحكيم دولياً، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل"، ويتحقق ذلك متى رتبت الرابطة القانونية محل النزاع آثارها القانونية في أكثر من بلد، أي بأن تتعدى حدود البلد الواحد، وبعبارة أخرى إذا كانت تمس المصلحة الاقتصادية لأكثر من بلد، وذلك بصرف النظر عن جنسية الأطراف أو المحكمين أو محل إقامتهم، أو محل إبرام العقد المتنازع بشأنه، أو مكان إجراء التحكيم، أو القانون الواجب التطبيق على العقد أو على التحكيم¹.

وتأسيساً على ذلك، فقد يدخل في نطاق المصالح الاقتصادية محل النزاع، حتى بعض المنازعات ذات الطابع المدني، مثل استخراج الثروات الطبيعية واستصلاح الأراضي الزراعية وحماية البيئة، فتعبير "اقتصادي" هو تعبير عام لا يقتصر على ما يتعلق بنتائج الأموال أياً كانت، كما أنه لا يستلزم أن تكون علاقة بين التجار، فقد ينطبق أيضاً على ناتج نشاط مهني أو فني للأفراد، كما يمكن أن يكون مصدر العلاقة محل التحكيم عقداً أو غير ذلك من مصادر الالتزام، كالعمل غير المشروع أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب، وبالتالي لم يعد الطابع الاقتصادي يستبعد سوى العلاقات المتعلقة بالأحوال الشخصية والعلاقات ذات الطابع السياسي، لذلك يخرج من نطاق التحكيم الدولي إذا تم الاتفاق عليه بمناسبة مباشرة الدولة لسيادتها، ولو كان بين دولتين أو دولة ومنظمة دولية، إذ يخضع التحكيم في هذه الحالة لقواعد القانون الدولي العام².

لاشك أن أصل شرعية التحكيم تكمن في اعتباره قضاء التجارة الدولية، أو بعبارة أدق فإن هذه الشرعية تجتهد أساسها في موضوع النزاع وطبيعته المرتبطة بالتجارة الدولية، فعلى هذا الأساس

¹ د فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 44.

² المرجع نفسه، ص 42-43.

يبدو معيار طبيعة النزاع من أهم الضوابط الأساسية لتحديد دولية التحكيم، والذي اتجه إليه الفقه الحديث، مستنداً في ذلك إلى سببين¹:

الأول موضوعي، وهو مستمد من وجوب خضوع التحكيم الدولي لقواعد خاصة، تكون أكثر تحراً من تلك التي يخضع لها التحكيم الداخلي، تكفل للمتعاملين في التجارة الدولية الحد الأقصى من الحرية، والتي تعجز القوانين الداخلية أو القضاء الوطني عن كفالاته، فضلاً عن عجز هذا الأخير الإلمام بكل عمليات التجارة الدولية وما تثيره من مشكلات وحاجات خاصة، وهذه الحاجات الخاصة لا تتبع إلا من واقع العلاقات الاقتصادية للدول.

الثاني فني، ويظهر في جمود وفشل تلك المحاولات لوضع تعريف أكثر دقة لدولية التحكيم، ويرجع ذلك كما سبق إلى اتساع تلك المعايير القانونية، حيث أنها أقصت العديد من التحكيمات ذات طبيعة دولية حقيقية، وفي المقابل أتت بتحكيمات لا يمكن وصفها إلا أنها دولية وهمية.

وعلى هذا الأساس، يعتبر المعيار الاقتصادي خطوة نحو توحيد قانون التجارة البحرية والدولية، ذلك لأن التحليل الاقتصادي لموضوع النزاع، يعتبر أمراً ممكناً خلال نظر الدعوى وحتى قبل صدور الحكم، بخلاف التحليل القانوني الذي يستند إلى عناصر أخرى خارجة عن طبيعة النزاع، والتي لا يمكن التحقق منها إلا بعد صدور حكم التحكيم، فضلاً على أن التحقق منها لا يكون دائماً ممكناً، فمحل الإقامة يمكن أن يتغير، والموطن يمكن أن يتغير، فضلاً عن تلك الخلافات القانونية الواردة في القوانين الوطنية حول تعريف الموطن، أو تعريف القانون المطبق على إجراءات التحكيم، أو تعريف الجنسية بالنسبة للشركات، وغيرها.

3- المعيار المختلط:

يقوم هذا المعيار على الجمع بين المعيار القانوني والاقتصادي، فحسب أنصار هذا المعيار أنه لا يكفي لخلع الصفة الدولية على التحكيم، مجرد تحقق عنصر من تلك العناصر الأجنبية (المعيار القانوني)، بل إلى جانب هذه العناصر، لا بد من أن يكون التحكيم متعلقاً بمصالح التجارة الدولية (المعيار الاقتصادي).

¹ لتفصيل أكثر، ينظر، د عاطف الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 61 وما بعدها.

وقد عنيت الاتفاقية الأوروبية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي¹ بتحديد المقصود من التحكيم الدولي، فقد نصت المادة الأولى (فقرة أ) على أنه: "تطبق هذه الاتفاقية: على اتفاقيات التحكيم المعقودة بهدف فض النزاعات الناشئة أو التي قد تنشأ، نتيجة لعمليات التجارة الدولية ما بين أشخاص عاديين أو معنويين، على أن يكون لهم عند إنشاء الاتفاقية محل إقامة معتاد أو مركز عمل في دول مختلفة مرتبطة تعاقدياً بهذه الاتفاقية".

غير أنه ما يلاحظ على هذه الاتفاقية ثلاث أمور:

الأول، أنها لم تبين المقصود بمعاملات التجارة الدولية (المعيار الاقتصادي)، في الوقت الذي بينت فيه العنصر القانوني المنصب على ضرورة أن يكون للأطراف وقت الاتفاق على التحكيم، محل إقامة معتاد أو مركز إدارة في دولتين مختلفتين.

الثاني، أن هذا الشرط الأخير وحده قادر على وصف التحكيم بالطابع الدولي دون أعمال المعيار الاقتصادي، إذ أن وجود أطراف متنازعة في دولتين مختلفتين، من شأنه أن يؤدي إلى انتقال السلع والخدمات من دولة إلى أخرى، وبالتالي يكون التحكيم في شأن هذه المنازعة متصلاً بمصالح التجارة الدولية.

الثالث، أن هذا الشرط الأخير أيضاً قد يحول دون خضوع بعض حالات التحكيم الدولية إلى أحكام هذه الاتفاقية، وذلك بالنظر إلى المعيار الاقتصادي، ويظهر ذلك في الفرض الذي يبرم فيه اتفاق تحكيم بين مشروعين، توجد مراكز إدارتهما في إقليم ذات الدولة، ولكن بشأن عقد يجب تنفيذه في الخارج، فهذا التحكيم لا يعد تحكيمياً دولياً وفقاً لمفهوم المعاهدة، وذلك لتخلف المعيار القانوني وتحقق المعيار الاقتصادي لوحده².

وهذا المعيار أخذ به القضاء الفرنسي لتقرير دولية العقد، في الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية في 4 جويلية 1972³، كما أخذ به قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة

¹ الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي، المعقودة في جنيف بتاريخ 21 أبريل 1961، وضعت موضع التنفيذ في 1964/1/7.

² د حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص 106-107.

³ أشار إليه، د عبد الباسط محمد عبد الواسع، شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 102.

1994¹، وهو ذات المعيار الذي تبناه المشرع الجزائري قديماً من خلال المادة 458 مكرر من المرسوم التشريعي 09/93.

4- موقف المشرع الجزائري من معايير دولية التحكيم:

وفقاً للمرسوم التشريعي 09/93 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية 154/66، نص المشرع الجزائري في المادة 458 مكرر على أنه: "يعتبر دولياً التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية، والذي يكون فيه مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج". فقد مزجت هذه المادة بين المادة 1492 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي²، والتي تأخذ بالمعيار الاقتصادي، والمادة 176 من القانون السويسري المتعلق بالقانون الدولي الخاص لسنة 1988 والتي نصت على المعيار القانوني³.

وترتيباً على هذا، يلاحظ أن المشرع الجزائري كان يأخذ بمعيار مزدوج، يضم كل من المعيار القانوني كما هو واضح من الشطر الأخير من المادة، إلى جانب المعيار الاقتصادي، كما يلاحظ أيضاً أن المشرع الجزائري قد سار على نهج القانون النموذجي في مادته الأولى/3أ، واتفاقية نيويورك في مادتها الأولى، فيما يتعلق بمعيار مكان التحكيم كأساس لتدويل التحكيم دون الأخذ

¹ نصت المادة الثالثة منه على أنه: "يكون التحكيم دولياً في حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتعلق بالتجارة الدولية وذلك في الأحوال الآتية:

أولاً/ إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم، فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم، وإذا لم يكن لأحد طرفي التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد.

ثانياً/ إذا اتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يوجد مقره داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها.

ثالثاً/ إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة.

رابعاً/ إذا كان المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم يقع في نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم، وكان أحد الأماكن التالية واقعا خارج هذه الدولة.

(أ) مكان التحكيم كما عينه اتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه.

(ب) مكان تنفيذ جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين".

(ج) المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع.

² المرسوم رقم 500/81، الصادر في 12 ماي 1981، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر. الفرنسية، الصادرة في 14 ماي 1981.

³ د عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، المرجع السابق، ص 30.

بالمعايير القانونية الأخرى، غير أنه في التعديل الجديد أصبح ينص من خلال المادة 1039 من القانون 09/08 على أنه: "يعد التحكيم دولياً، بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

وحول هذا التعديل يثور التساؤل عن مقصود المشرع الجزائري منه¹، وذلك من جهتين، الأولى، حول غاية المشرع من استبدال عبارة (المصالح التجارية) بعبارة (المصالح الاقتصادية)، والثانية، هل استبقى المشرع على موقفه السابق الآخذ بالمعيار المزدوج، أم أن حذف الشطر الأخير من المادة 458 مكرر يعني عدوله عن المعيار القانوني واستبقائه على المعيار الاقتصادي فقط؟.

ما يمكن استخلاصه من خلال إجراء عملية مقارنة بين نصي المادتين (المادة 458 مكرر من القانون القديم التي سبقت الإشارة إليها والمادة 1039 من القانون الجديد)، أن المشرع وسع من نطاق الروابط القانونية محل النزاع²، فبعدما كان يقتصر على الصفة التجارية لهذه المصالح بمعناها التقليدي، أدخل في نطاق التحكيم الدولي كل علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي، عقدية كانت أو غير عقدية تجارية كانت أو مدنية، وهذا التفسير مستفاد من نص المادة الثانية من قانون التحكيم المصري المطابق لنص المادة 1039 من ق.إ.م.إ. الجزائري، التي بين المشرع المصري من خلالها المقصود بالعلاقات ذات الطابع الاقتصادي، فهي تشمل على سبيل المثال توريد السلع والخدمات، الوكالات التجارية، عقود التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية، منح التراخيص الصناعية والسياحية، عقود نقل التكنولوجيا والاستثمار، عقود التنمية، عمليات التنمية وعمليات البنوك، التأمين والنقل، عمليات التنقيب واستخراج الثروات الطبيعية، استصلاح الأراضي الزراعية وحماية البيئة...³.

حاصل ما تقدم، يمكن القول بأن المشرع الجزائري اعتبر التحكيم دولياً، إذا تعلق بحل الخلافات الناجمة عن عقود التجارة الدولية في إطار العلاقات الاقتصادية بين الدول، وذلك بغض

¹ ALLIOUCH KERBOUA-MEZIANI Naima, l'arbitrage commerciale international en Algérie, O.P.U, 2010, p. 15 et s.

² ومع ذلك يرى البعض أن المادة 458 مكرر باشتراطها وجود مقر أحد الطرفين في الخارج كميّار لدولية التحكيم، يعد عيباً في هذا النص، إذ يترتب عليها حرمان المستثمر الأجنبي الذي يكون مقره الرئيسي بالجزائر، من اللجوء إلى التحكيم. أنظر في هذا الشأن، د بوكعبان العربي، دفوزي نعيّمي، الاجتهاد التحكيمي الجزائري في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مجلة التحكيم العالمية، العدد 15، السنة الرابعة، بيروت، 2012، ص 240 وما بعدها.

³ لمزيد من التفصيل أنظر، د فتحي والي، المرجع السابق، ص 42 وما بعدها.

النظر عن المكان الذي يجري فيه التحكيم، أو جنسية أطراف النزاع، أو القانون الواجب التطبيق، أي دون التطرق إلى تفسيره ووضع ضوابطه، تاركاً ذلك للفقهاء والقضاء، وكما يرى البعض أنه ليس من حسن السياسة التشريعية أن يرد في التشريع أمثلة تحدد المبدأ الذي ارتضاه المشرع¹، أما عن طبيعة المعيار الذي يكون المشرع الجزائري قد تبناه في ظل التعديل الجديد، يلاحظ أن المشرع قد تخلى عن المعيار القانوني بحذفه للشرط الأخير، بأن يكون مقر أو موطن أحد الطرفين على الأقل في الخارج، وإبقائه على المعيار الاقتصادي فقط مسيراً في ذلك المشرع الفرنسي².

ومن ناحية أخرى، أن المشرع الجزائري عند استبداله لعبارة (المصالح التجارية) بعبارة (المصالح الاقتصادية)، يكون قد وسع من نطاق الروابط والعلاقات القانونية محل التحكيم على النحو الذي فصلنا فيه آنفاً، والتي يعتبر التحكيم على أساسها دولياً، لتشمل كل علاقة تجارية أو غير تجارية، عقدية كانت أو غير عقدية، وهو ما يؤكد نظرة المشرع المتجددة للحياة بصفة عامة وللحياة التجارية بصفة خاصة، والتي لا تزال في تطور دائم، وأن حصر عناصر دولية التحكيم في أمثلة محددة، لا يمكن أن يفني بالغرض الذي يستجيب لمتطلبات التجارة المتجددة.

ب- أهمية التمييز بين التحكيم البحري الداخلي والتحكيم البحري الدولي:

باستقراء الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، وبالمطابقة مع القوانين المقارنة الأخرى المنظمة للتحكيم، يمكن أن نصل إلى جملة من النتائج التي قد تترتب على التمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، والتي يمكن حصرها في ثلاث زوايا:

¹ د علي رمضان بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه مشار إليها سابقاً، ص 21.
² وإن كان جانب من الفقه يرى تفسيراً مغايراً لنص المادة 1039 السالفة الذكر، وذلك أن المشرع الجزائري وإن كان قد اعتمد بصورة أساسية في التعديل الجديد على المعيار الاقتصادي، إلا أنه لم يستغن بصورة مطلقة عن المعيار القانوني، فلو أن المشرع أراد ذلك لاقتصر على ذكر (المصالح الاقتصادية الدولية) فقط دون ذكر (لدولتين على الأقل)، فهذا التعبير الأخير حسب هذا الاتجاه القائل بالمعيار المزدوج لم يرد عبثاً، وإنما فيه إشارة على عدم استغناء المشرع عن المعيار القانوني، وإلا فإن مجرد تعبير (المصالح الاقتصادية الدولية) يغني عن التعبير الثاني ويكفي لخلق الصفة الدولية على التحكيم، كما أن الغاية الأخرى التي أرادها المشرع بقوله (لدولتين على الأقل)، هي ضمان التحكيم لكل مستثمر أجنبي سواء كان دولة أو شخصاً معنوياً تابعاً لها، وأن إقحام الدولة كطرف في التحكيم لا يؤثر على دوليته، وعلى هذا الأساس يكون المشرع -حسب ذات الاتجاه- قد تبنى معياراً واحداً يجمع بين المعيارين السابقين. مستفاد من، د عبد الحميد الأحمد، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الطرق البديلة لحل النزاعات -الصلح والوساطة والتحكيم-، يومي 15 و16 جوان 2008، ص 23-24.

1- التمييز بين التحكيم البحري الداخلي والتحكيم البحري الدولي من حيث نطاق مبدأ سلطان الإرادة:

الملاحظ من تتبع الأحكام المنصوص عليها ابتداءً من الفصل الأول إلى غاية الفصل السادس، والمتعلقة بالتحكيم التجاري الداخلي، أن إرادة المحكّمين تضيق في مجال التحكيم الوطني، لوجود العديد من القواعد الموضوعية والإجرائية التي تقيد من سلطان إرادة المحكّمين، وهذا بخلاف التحكيم الدولي، حيث تعترف جميع النظم القانونية بحرية الأطراف في تحديد القواعد الإجرائية والقواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على النزاع¹.

وتظهر هذه الحرية من خلال نص المشرع في الفصل السادس المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي، في المادة 3/1040 على أنه: "تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره، أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائماً".

كما نص في المادة 1/1041 على أنه: "يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكّمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبداله".
ونص في المادة 1043 على أنه: "يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استناداً على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم".

2- التمييز بين التحكيم البحري الداخلي والتحكيم البحري الدولي من حيث الرقابة التي يمارسها قضاء الدولة على حكم التحكيم:

تتجلى مظاهر الرقابة على أحكام التحكيم التي نص عليها المشرع الجزائري في نواحي شتى، يمكن أن نجملها في مسألتين أساسيتين:

- من حيث الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها:

أحكام التحكيم الداخلية الصادرة في الجزائر ليست بحاجة إلى الاعتراف بها من قبل القضاء، لاكتسابها حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها، وعلى هذا الأساس لم ينص المشرع على مسألة الاعتراف إلاّ بشأن أحكام التحكيم الدولي، فحجية الشيء المقضي فيه بالنسبة لهذه

¹ الأستاذ لزهرة بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، (وفقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 29.

الأخيرة موقوفة مؤقتاً إلى أن يتم الاعتراف بها في بلد التنفيذ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة الثالثة من اتفاقية نيويورك لسنة 1958، وكذلك المادة 1031¹ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد².

غير أن المشرع وإن كان قد خص حكم التحكيم الدولي بمسألة الاعتراف به لأجل تنفيذه خلافاً لحكم التحكيم الداخلي كما تقدم، فإنه أخضع كل من حكم التحكيم الداخلي وحكم التحكيم الدولي فيما يتعلق بالتنفيذ لنفس الأحكام³، ومن ثم جاز لصاحب المصلحة أن يستصدر أمراً بتنفيذه من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها حكم التحكيم⁴.

- من حيث مفهوم النظام العام:

يختلف مفهوم النظام العام في العلاقات الداخلية عنه في العلاقات الدولية في أن⁵:

النظام العام في العلاقات الداخلية، الأصل فيه خضوع التحكيم (الداخلي) للقانون الوطني، لكن قد يختار الطرفان بدلاً منه قانوناً أجنبياً، وفي هذه الحالة نكون أمام فرضين:

الفرض الأول: في حالة اختيار القانون الوطني

وفي هذه الحالة تكون العلاقات الوطنية محكومة دائماً بالقانون الوطني، ومن ثم يطبق النظام العام في هذا القانون، ويتجسد هذا النظام في مجموع القواعد الآمرة في هذا القانون، ويظهر أثر هذا النظام في أمرين، الأول هو بطلان التصرفات أو الشروط المخالفة للقواعد الآمرة فيه، والثاني هو تطبيق القواعد الآمرة التي تقبل التطبيق المباشر على التصرفات التي تفلت من البطلان.

الفرض الثاني: في حالة اختيار قانون أجنبي

في هذا الفرض الأمر يبدو أكثر تعقيداً، حيث نكون أمام قانونين لكل منهما نظامه العام، وهذا ما يتعين معه تحديد أي من هذين القانونين تكون له الغلبة في تقييم مشروعية العلاقة محل النزاع بين الطرفين.

¹ المادة 1031: "تخوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورهما فيما يخص النزاع المفصول فيه".

² سليم بشير، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، بتاريخ 08 مارس 2012، ص 224 و ص 234.

³ المادة 1054: "تطبق أحكام المواد من 1035 إلى 1038 أعلاه، فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي".

⁴ المادة 1035: "يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلاً للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها، ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمله التعجيل".

⁵ لمزيد في هذا الباب أنظر، د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 284 وما بعدها.

يلاحظ أن النظام العام في كل من هذين القانونين هو نظام عام داخلي في نظر كل منهما، ولكنه ينتمي إلى دولة غير التي ينتمي إليها القانون الآخر، فإذا تعلق الأمر مثلاً بعقد نقل بحري مبرم بين جزائريين متوطنين في الجزائر، وكان محل العقد بضاعة موجودة في الجزائر، واتفق طرفاه على تطبيق القانون الفرنسي، ففي هذه الحالة تجب هيئة التحكيم نفسها مباشرة أمام النظام العام الداخلي في كل من الجزائر وفرنسا، بما يتضمنه كل منهما من قواعد أمرت تختلف عن الآخر. من جهة أخرى، تعتبر أحكام القانون الأجنبي بمثابة شروط تعاقدية¹ ملحقة بالعقد أو التصرف المنشئ للعلاقة والمنظم لآثارها، وبالتالي فإن التنازع بين النظامين الجزائري والفرنسي عند التعارض بينهما يعتبر تنازعاً بين شروط تعاقدية يمثلها القانون الأجنبي (الفرنسي)، وبين قانون موضوعي يتمثل في القانون الجزائري، وفي مثل هذا التنازع تكون الغلبة دائماً للقانون الموضوعي، ومن ثم تكون الغلبة دائماً للنظام العام في القانون الوطني تبعاً².

أما بالنسبة للنظام العام في العلاقات الدولية، فقد خلصنا مما تقدم إلى حقيقة معينة، تتجلى في ضرورة إخضاع العلاقات الدولية لقانون وطني معين يختاره الطرفان أو تختاره هيئة التحكيم، وفي الحالة الأولى يطبق القانون المختار باعتباره شروطاً تعاقدية ملحقة بالعقد أو التصرف المنشئ للعلاقة والمنظم لآثارها، وفي الحالة الثانية يطبق باعتباره قانوناً ويحتفظ بهذه الصفة، وفي كلا الحالتين يثور التساؤل عن مدى التزام هيئة التحكيم بإعمال القواعد الآمرة في القانون المختار على العقد أو التصرف؟.

نظراً لعدم وجود قانون اختصاص يتقيد به المحكم، فالأصل أن المحكم غير ملزم بالمفاهيم الوطنية للنظام العام، لذلك لا يكون ملزماً إلاً باحترام المفاهيم الدولية، لكن عليه أن يضع في

¹ يستند هذا الرأي القائل باعتبار القانون الأجنبي المختار بمثابة شروط تعاقدية، إلى النظرية الشخصية أو فكرة الإدماج، أي إدماج القانون في العقد، والقائم على أساس مبدأ سلطان الإرادة وليس على مبدأ قانون الإرادة - كما سوف نرى في الفصل الثاني من الباب الأول من هذا البحث فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع -، حيث ترى هذه النظرية أن القانون ينزل منزلة الشروط التعاقدية في عقود التجارة الدولية، ويأخذ حكمها بحيث يفقد طابع القانون بمعناه الدقيق، عندئذ لا يتأثر بما يطرأ على العقد من تعديل أو إلغاء - وهو ما يعرف بشرط الثبات التشريعي أو تجميد القانون من حيث الزمان -، أما مبدأ قانون الإرادة فهو يستند إلى قاعدة إسناد وضعية، والتي تعتبر القانون المختار على أنه قانون بالمعنى الدقيق وليس بوصفه شروطاً تعاقدية، أي أنها تقوم على أساس إخضاع العقد للقانون وليس إدماج القانون في العقد كما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة. لمزيد من التوضيح يرجع إلى، د منير عبد الحميد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، المرجع السابق، ص 203 وما بعدها و ص 226.

² د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 285 - 286.

الحسبان لكي يكون حكمه معترفاً به وناظراً في القانون الوطني، أن يحترم القواعد الآمرة والأساسية في قانون القاضي¹، لكن يبقى القانون الأجنبي الذي يختاره الطرفان مقدماً على القواعد الآمرة التي تخص النظام العام الداخلي وحده، ذلك لأن التحكيم الدولي لا يتقيد إلاً بالنظام العام بفهومه الدولي وحده².

وقد كان المقصود بالنظام العام الدولي في الأصل هو ذلك الجزء من النظام العام في القانون الداخلي الذي يخص العلاقات الدولية، فهو في حقيقته نظام عام داخلي يستهدف استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق لحماية للمصالح العليا للمجتمع الوطني، لكن اصطلاح النظام العام الدولي أصبح الآن يعبر عن معنى آخر، هو معنى الأصول والمبادئ العامة التي يفرضها التعايش المشترك بين المجتمعات، مثل حماية البيئة من التلوث باعتبارها إطاراً عاماً مشتركاً للبشرية، ومكافحة المخدرات ومكافحة الإرهاب على المستوى الدولي لما له من آثار على أمن الإنسان، ومكافحة غسيل الأموال والفساد والرشوة³.

وخلاصة القول، فإن خضوع العلاقات الدولية للنظام العام الدولي وحده على النحو المتقدم، يترتب عنه استبعاد آثار تطبيق القواعد الآمرة في القانون الوطني الواجب التطبيق على العلاقات الدولية، كلما كانت متعارضة مع مقتضيات النظام العام الدولي، وهذا ما يلاحظ عادة في مجال القواعد الآمرة التي تفرض قيوداً على صحة التصرف أو إنتاجه لأثره، كوجوب الحصول على إذن مسبق من إحدى الجهات لصحة التعاقد أو لنقل الملكية مثلاً، ووجوب إفراغ العقد في شكل معين أو قيده وتسجيله⁴.

– التمييز بين التحكيم البحري الداخلي والتحكيم البحري الدولي من حيث طرق الطعن على حكم التحكيم:

فرق المشرع الجزائري في مجال الطعون بين كل من التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، حيث سمح باعتراض الغير الخارج عن الخصومة على حكم التحكيم الداخلي، وسمح باستئنافه، وأجاز

¹ د أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 80.

Voire aussi, Jean- Christophe pommier, "La résolution du conflit de lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit", Le Rôle de L'arbitre, J.D.I, 1992, p. 30 et s.

² د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 105 - 106.

³ المرجع نفسه، ص 287 وما بعدها.

⁴ المرجع نفسه، ص 290.

الطعن بالنقض في القرارات الفاصلة في هذا الاستئناف، غير أنه منع المعارضة فيها¹، أما إذا كان حكم التحكيم دولياً فإن المشرع قد أخضعه إلى رقابة خاصة تتمثل في الطعن فيه بالبطلان بشرط أن يكون صادراً في الجزائر، وذلك حسبما ما أفادته المادة 1058 من ق.إ.م.إ الجزائر بقولها: "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه"، بينما لم ينص على جواز استئنافه، إلا فيما يتعلق باستئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو بتنفيذ حكم التحكيم وفقاً لنص المادة 1056 من نفس القانون، أو الطعن بالنقض في القرارات الصادرة في الاعتراف أو التنفيذ وفقاً لنص المادة 1061 من القانون نفسه.

ج- التمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي والتحكيم الأجنبي:

يعتمد بعض الشُّرَّاح تقسيماً ثلاثياً للتحكيم، حيث يقسم التحكيم إلى تحكيم داخلي وتحكيم دولي وتحكيم أجنبي، فقد يكون التحكيم أجنبياً أي غير وطني، ولكنه ليس دولياً، إما لعدم ارتباطه بالتجارة الدولية، أو لعدم توافر معيار الدولية الذي يتضمنه تشريع الدولة، ومعنى ذلك أن التحكيم الأجنبي لا يكون مرادفاً للتحكيم الدولي، فليس كل تحكيم أجنبي يكون دولياً، كما أن التحكيم قد يكون دولياً بالرغم من أنه أجري في ذات الدولة التي يتم فيها تنفيذ الحكم، كما يرى ذات الاتجاه أن التفرقة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الأجنبي تخضع لمعيار مكان إجراء التحكيم، فالتحكيم الدولي يرتبط بطبيعة النزاع ولو كان يجري داخل الدولة ذاتها، كما أن التحكيم قد يجمع بين الصفة الدولية والصفة الأجنبية².

أما التحكيم الأجنبي هو الذي يجري خارج الدولة، أي أن يصدر الحكم خارج إقليم الدولة التي يطلب منها الاعتراف به وتنفيذه كدولة ذات سيادة، بل صدر من هيئة تحكيم انعقدت في دولة أجنبية متمتعة بسيادة أخرى، وذلك بصرف النظر إذا كان هذا الحكم الأجنبي يفصل في مسألة من مسائل التجارة الدولية أو غيرها³.

¹ تراجع في ذلك المواد: 1032 - 1033 - 1034 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، وسيأتي تفصيل ذلك في موضعه من هذا البحث.

² د إبراهيم أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص 180. د محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة قانونية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011، ص 21-22. وقد ساندته الرأي - كما أشار إلى ذلك هذا الأخير - في هذا التقسيم الثلاثي كل من د محسن شفيق و د مختار بري.

³ د حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 37.

والمعيار السائد الآن¹، وهو الذي يتركز على طبيعة النزاع، فإذا كان النزاع ناشئاً عن المعاملات التجارية الدولية، فسنكون بصدد تحكيم تجاري دولي، حتى ولو كان يجري بين مواطنين يحملون جنسية واحدة وفي بلد واحد ومحكمين يحملون نفس الجنسية، غير أن هذا المعيار رغم حداثة وتلقيه بالقبول من قبل الفقه والقضاء والتشريع، لم يسلم هو الآخر من النقد، لذلك يُرجَّح اتجاه آخر من الفقه معيار مكان التحكيم للفرقة بين التحكيم الوطني والأجنبي، وتبني معيار طبيعة النزاع للفرقة بين التحكيم الوطني والأجنبي من جهة، والتحكيم الدولي من جهة أخرى².

الواقع أن مسألة التمييز بين هذه الأنواع الثلاثة للتحكيم، كانت ولا تزال وستظل محل خلاف بين كل من الفقه والقضاء والتشريع، وذلك تبعاً للمعيار المعتمد أساساً في هذا التمييز، وهذا راجع إلى أن بعض الاتفاقيات كاتفاقية نيويورك لعام 1958، تصف التحكيم التجاري الدولي بأنه تحكيم أجنبي، بينما أخذت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي (اليونسترال) باصطلاح التحكيم التجاري الدولي، وهو ما سلكه أيضاً المشرع الفرنسي وتبعه في ذلك المشرع الجزائري، وكذلك الاتفاقية الأوروبية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي لعام 1961، واتفاقية واشنطن 1965، وكذلك قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994³.

هذا فضلاً على أنه يمكن أن ينظر لتحكيم واحد على أنه تحكيم وطني من جانب دولة، وأنه تحكيم أجنبي من جانب دولة أخرى وفقاً لقواعد الإسناد، وذلك بسبب عدم تبني معيار موحد لوطنية أو أجنبية التحكيم⁴.

كخلاصة، فإن الرأي الذي يمكن أن يقرب بين وجهات النظر السابقة كما يرى ذلك جانب من الفقه⁵، هو أن كل تحكيم أجنبي قد يكون مرادفاً للتحكيم الدولي، ذلك لأن التحكيم الأجنبي يتعدى في إجراءاته وآثاره والقانون الواجب التطبيق حدود دولة واحدة، لكن ليس كل تحكيم دولي

¹ د إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق.

² د محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 20. ويلاحظ أنه وافق د إبراهيم أحمد إبراهيم في معيار طبيعة النزاع وأضاف إليه معيار مكان التحكيم، ولعل مقصوده من هذه الإضافة هو احتواء النقد الموجه للمعيار الأول.

³ أنظر بحث تفصيلي يحمل هذه الآراء، د عاشور مبروك، الوسيط في النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، دراسة تحليلية وفقاً لأحدث التشريعات والنظم المعاصرة، دار الفكر والقانون، المنصورة، الطبعة الأولى 2011، ص 19 وما بعدها.

⁴ د أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 54.

⁵ د فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 102.

يكون مرادفاً للتحكيم الأجنبي، ذلك لأنه قد تكون طبيعة النزاع دولية، ويجري التحكيم في دولة واحدة، وينتمي إليها أطراف النزاع، ويطبق قانون تلك الدولة بالنسبة للإجراءات والموضوع، ومع ذلك يكون تحكيمياً دولياً لتعلقه بشؤون التجارة الدولية.

ثالثاً: التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح

ينقسم التحكيم من حيث سلطة المحكم عند الفصل في النزاع، إلى تحكيم بالقضاء أو ما يعرف بالتحكيم بالقانون أو التحكيم العادي¹، وتحكيم مع تفويض المحكم بالصلح، والأصل في التحكيم أنه تحكيم عادي (بالقضاء أو بالقانون)، فلا يعتبر تحكيمياً مع التفويض بالصلح إلا إذا اتجهت إرادة الأطراف في الاتفاق على التحكيم صراحة إلى تفويض المحكم بالصلح، أو إلى إعفائه من التقيد بالقانون الواجب التطبيق².

ولذلك يجدر بنا التمييز بين هذين النوعين من التحكيم، ثم بيان النتائج العملية المترتبة عن هذا التمييز.

أ- معيار التفرقة بين نوعي التحكيم:

الفارق بين النوعين، يكمن في سلطة المحكم أو المحكمين عند قيامهم بالفصل في النزاع المراد عرضه على التحكيم، بدلاً من عرضه على جهات القضاء العام في الدولة، ومدى ما يتمتع به المحكم أو المحكمين من سلطات، ومقدار ما يردُّ على هذه السلطات من قيود سواء كانت هذه القيود قانونية أم اتفاقية³، فهما يتفقان في وجه ويختلفان في وجه آخر:

فوجه الاتفاق بين النوعين يكمن في تلك الحدود الاتفاقية التي يرسمها أطراف النزاع، فالمحكم في كل منهما لا يتقيد باتباع إجراءات وشكليات التقاضي المعمول بها أمام المحاكم، وإنما يلتزم فقط بإجراءات التقاضي التي يحددها الخصوم بشرط عدم مخالفتها للمبادئ الأساسية للتقاضي، وعدم إخلالها بحقوق الدفاع أو القواعد المقررة قانوناً للتحكيم، أما وجه الاختلاف فيكمن في

¹ ويسمى التحكيم في هذه الحالة بالتحكيم بالقانون، تعبيراً عن التزام المحكم فيه بأحكام القانون، أو التحكيم بالقضاء تعبيراً عن حقيقة الدور الذي يؤديه المحكم مثله مثل القاضي، ويسميه القانون المصري اختصاراً بالتحكيم، كما يعرف في القانون اللبناني بالتحكيم العادي. أنظر، د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 108.

² د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 38. د أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 40.

³ د محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 46.

تلك الحدود القانونية التي تحد من سلطة المحكم أو المحكمين، وهذه تختلف من نظام قانوني لآخر¹.

وتبعاً لتلك القيود يلتزم المحكم بالقضاء أو بالقانون بالفصل في النزاع المعروف عليه وفقاً لقواعد القانون الموضوعي، ما لم يعفه الأطراف من التقيد بها، أما إذا كان محكماً مفوضاً بالصلح فإنه يحكم وفقاً لما تقتضيه قواعد العدالة وأن يرفض تطبيق أية قاعدة قانونية معينة، فله أن يرفض مثلاً الدفع بالتقادم أو الحكم بالمقاصة في الأحوال التي نص عليها القانون².

كما يلتزم المحكم سواء كان محكماً بالقضاء أو مفوضاً بالصلح، بتحرير حكمه وإيداعه مع مراعاة الشكل المطلوب³، وتسبب الحكم وإلا كان باطلاً، وذلك كله لأن إرادة الأطراف ترمي من حيث الأصل إلى إجراء تحكيم وليس مجرد إجراء صلح، فتفويض المحكم بالصلح لا يعفيه من بيان الأساس القانوني أو مبادئ العدالة أو أي اعتبارات أخرى التي قد استند إليها في حكمه⁴.

ب- النتائج العملية المترتبة عن المفارقة بين نوعي التحكيم:

ترتيباً على الفارق السابق بين التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح - من التزام المحكم بالقضاء أو بالقانون بأحكام القانون الموضوعية وعدم التزام المحكم بالصلح بها-، فإن المنطق يقضي بإجازة الطعن في حكم التحكيم بالقانون⁵، تأسيساً على مخالفة القانون أو الخطأ في

¹ فعلى سبيل المثال، نصت المادة 4/39 من قانون التحكيم المصري على أنه: "يجوز لهيئة التحكيم -إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح- أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام القانون".

² د محمود السيد التحيوي، المرجع السابق، ص 49.

³ تراجع في ذلك المواد 992 و 993 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

⁴ د محمود السيد التحيوي، مرجع سابق، ص 50.

⁵ وقد تقدم أن بعض القيود القانونية الواردة على سلطة المحكم تختلف من نظام قانوني لآخر، كما هو الحال هنا في مسألة الطعن على حكم التحكيم، فنجد أن بعض التشريعات لا تجيزه بأي طريق سواء تعلق الأمر بتحكيم بالقانون أو بتحكيم بالصلح، مثل القانون المصري وقانون الإمارات العربية المتحدة، وفي ذات الاتجاه قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم حديث لها، أن تطبيق المحكم لأحكام القانون الواجبة التطبيق على موضوع النزاع لا يخضع لرقابة القضاء على نحو لا يجوز معه الادعاء بخطأ المحكم في تطبيق هذه الأحكام توصلاً إلى إبطال الحكم (نقض مدني فرنسي، بتاريخ 1991/10/22، مجلة التحكيم، 1992، ص 457). وهذا المنع من شأنه إطلاق يد المحكم في تقديره للحكم حتى ولو كان مخالفاً للقانون أو متعارضاً مع إرادة الطرفين. وعلى عكس هذا الاتجاه أخذ المشرع الجزائري موقفاً مختلفاً تماماً، حيث لم يفلت حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر من الرقابة، ومن ثم نص على جواز الطعن عليه بالبطلان طبقاً لنص المادة 1058 ق.إ.م.و.إ، أنظر

وضعتها سلفاً، تنظيم وإدارة العملية التحكيمية منذ تلقي طلب التحكيم وحتى إصدار حكم
1.

دون غيرهم²

والقيام بتذليل كافة الصعوبات التي قد تعترض طريق التحكيم³.
ولم ينص المشرع الجزائري صراحة على التحكيم المؤسسي إلا على سبيل الإشارة فقط في المواد
1041 1043 () () كما في المادة 1014
(محكمة تحكيم) في المواد 1043 وما يليها، بخلاف المشرع المصري الذي نص صراحة على هذا
النوع من التحكيم في المادة الرابعة فقرة أولى من قانون التحكيم رقم 27 1994⁴.
ب- معيار التفرقة بين التحكيم البحري الحر والتحكيم البحري المؤسسي:

يتجلى في وجود أو عدم وجود مؤسسات تحكيم تتولى تنظيم العملية التحكيمية، بدءاً من تعيين
هيئة التحكيم، مروراً بإجراءات التحكيم، وانتهاءً بصدور حكم التحكيم، فحيث يحيل الأطراف
إلى التحكيم وفق قواعد إحدى مؤسسات التحكيم
دون الإشارة إلى

5

مؤسسة تحكيم محددة

1 85. وفي ذات المعنى، جمال محمود في

2003 33.

2 د شاكر العبسي، التحكيم التجاري الدولي، ابن اليمن للطباعة والنشر، صنعاء، 2000 148-150.

3 Kassis Antoine, Réflexions sur le règlement d'arbitrage de la chambre de commerce international, (les déviations de l'arbitrage institutionnel), Edition L.G.D.J, paris, 1988, p. 22- 23.

4 " : " " في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي ينطبق عليه طرفا النزاع بإرادتهما
سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم أو لم يكن
".

5 د حمزة أحمد حداد، دور التحكيم في تسوية المنازعات، بحث منشور في مجلة التحكيم الصادرة عن المركز اليمني للتوفيق

2000 17.

V. Aussi, A. Redfern, M. Hunter, droit et pratique de l'arbitrage commercial international, Op cit, p. 44.

في هذا الصدد، هل هذه التفرقة بين

البحري واضحة المعالم؟¹

" : (P. Lalive)

كمقابل لمصطلح التحكيم البحري الحر، التبس عند الفقهاء ولم يعد يستخدم في نفس المعنى المعترف له عند الكافة، حيث اختلف الفقهاء حول ما إذا كان التحكيم المؤسسي هل هو فقط ، والتي تتولى مسؤولية الفصل في المنازعات المختلفة بين الأطراف تنظيمًا وإدارة للعملية التحكيمية في كافة مراحلها، أم يقتصر دورها على تقديم بعض الأنشطة الإدارية كتشكيل محكمة التحكيم فقط؟².

" : (A. Kassis)

رأ ما نجد الأطراف قد ناقشوا في اتفاق التحكيم الأوضاع الأساسية التي تثيرها العملية التحكيمية نقطة نقطة، فهم غالباً ما يعهدون إلى الغير بمهمة تعيين ذلك يعهدون إلى الغير بمهمة تحديد الإجراءات أو حتى بمهمة تحديد مكان التحكيم أو ميعاده أو غير ذلك من المهام التي قد ينظمها الغير، ثم يتفق الأطراف على يث تندرج تحته صور مختلفة، فالأطراف يمكنهم بأنفسهم القيام بمهمة تعيين المحكمين، أو أن يطلبوا إلى هيئة التحكيم ضرورة توافر شروط معينة في المحكمين المختارين من قبل هذه الهيئة، كما قد يتولى الأطراف بالاتفاق على القانون

"³.

(F. Berlingieri) تعبير " " بأنه تعبير خادع، لأنه وإن كان

يعني من الناحية النظرية أن الطرفين قد ذكرا في اتفاق التحكيم كل القواعد الأساسية اللازمة لتسيير التحكيم، فإنهم

بها في بلد محل التحكيم، وعلى ذلك يكون الاختلاف الوحيد بين نوعي التحكيم، هو أنه بينما تكون القواعد المكتملة لاتفاق التحكيم في التحكيم هي القواعد القانونية لبلد محل

² Pierre Lalive, problèmes relatifs a L'arbitrage International commercial, Recueil des cours, 1967, I, p. 604.

³ Kassis Antoine, Op cit, p. 22- 23.

التحكيم، فإنها في التحكيم

ج صراحة في اتفاق التحكيم بإحالة الطرفين

1

بالبعض إلى استحداث نوع

" (Fouchard):

الدولي (اليونسترال)، والتي

تخلف محكمة، محكمة

إلى يحدونها يحددها

)

.2 (Arbitrage semi organisé)

سترال 1976 " " Arbitrage AD-HOC

"Réglementé"، لأنه ليس تحكيمياً مؤسسياً بمعناه المعروف، ولا تحكيمياً حراً، لأنه لو كانت هذه لما تدخلت للمساعدة في تعيين المحكمين³.

نتيجة للخلاف السابق في تحديد معيار مناسب

(إلى تبني معيار ذو شقين:⁴

يتمثل في وجود مركز تحكيم دائم بأجهزته العضوية والتنظيمية، من مقر تحكيم،

ولوائح تحكيمية، وقائمة محكمين، ومجلس إدارة.

الثاني الأجهزة الإدارية التي

والإشراف عليها، منذ تلقي الطلبات إلى غاية إصدار حكم التحكيم.

: لائحة تحكيم، وهيئة تتولى مسؤولية ت

.87

1

² Ph. Fouchard, Le règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I, clunet, 1972, p. 829.

.88

³ P. Sanders, Aspects de L'arbitrage International, Rev. Dr. Inter. Et Dr. Comp, 1976, p. 132.

.89 محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق، ص 409.

4

والخبراء¹، وعليه نكون أمام تحكيم مؤسسي متى اتجهت إرادة الأطراف إلى الخضوع مسبقاً لللائحة

اتفاقاً في كل حالة على حدة، ولكن أيضاً عندما يتفق الأطراف على إخضاع نزاعهم للحل بموجب لائحة هذه المؤسسة التحكيمية أو تلك، دون عقد الاختصاص لهذه المؤسسة أو تلك بالتدخل في إدارة وتسيير العملية التحكيمية².

ج- مراكز التحكيم البحري:

1- مراكز التحكيم البحري المؤسسي:

سبقت الإشارة إلى
في
الثاني في
هذه
يكمن في شقين،

:

.

- غرفة التحكيم البحري بباريس³:

ويتجلى المعيار السابق بشقيه لدى هذه الغرفة في:

من حيث اعتبارها مؤسسة تحكيم بحري حيث تعتبر في

ومقاولي

مجلس

بطريق غير

وتدار هذه الغرفة بواسطة مجلس

ويجدد

الاقتراع

¹ Jean Robert, Le choix entre différents types d'arbitrage, Exposé a l'institut du droit et des pratiques des Affaires Internationales, CCI, Paris, juin 1982, p. 3-4. Voir en se sence, Pierre Lalive, Avantages et Inconvénients de L'arbitrage AD-HOC, Etudes offerts a Pierre Bellet, 1991, p. 318.

² Pierre Lalive, Op cit, p. 665.

³ Chambre arbitrale maritime de Paris, 18 Rue du Général Appart, 75116, PARIS- FRANCE.

1901 1 1929

في 8 نوفمبر 1966.

ثم

السفن، ثم

مجلس

محكمين

1.

في

بـ

أما من حيث اعتبار تدخل الغرفة في سير العملية التحكيمية،

تتولى

يترتب عن مخالفة تلك المواعيد من

2.

في

محكمه، على أن تتولى

محكمين

الثالث رئيساً لهيئة التحكيم،

لهيئة

محكمه في

تخلف أحد

جميع

غير

في

تتولى

3.

أسباب لهذا

بحقها في

محكم

لها

كما يمكنها أن تشير على

4. آخر

إلى النظر في

في

وأخيراً

يملك صلاحية تمديد المواعيد المقررة في اللائحة أو من أح-

في

والتي تحتفظ بحقها في

في

5.

أسماء

92-93. محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق 414.

2 نصت على هذه المهام المواد 4 5 13

3 6 15

4 19

5 21

وبالتالي
حتى
إلى مداه عن طريق بسط
في
غير
1.
- المنظمة الدولية للتحكيم البحري²:
في هذه
فمن حيث اعتبارها مؤسسة تحكيم بحري،
مجاراة
"CCI"
تحكيم بحري تعرف
"CMI"
-وكلاهما في باريس-
بواسطة خبراء
(CCI-CMI)
الدولية، وتم تبني هذه
اللائحة من خلال اجتماع اللجنة البحرية الدولية في مارس 1978، ومن خلال مجلس إدارة
الدولية في جويلية من نفس السنة، أما تطبيق هذه اللائحة

فرنسا هي مقر لسكرتارية هذه المنظمة ومقر للجنة الدائمة³.

12

الثاني

أحدهما، بينما تختار اللجنة
وتتولى

4.

.94

1

² Organisation International d'arbitrage maritime, 38 Cours Albert, 1er – 75008, PARIS- FRANCE.

.95

3

.414 . د محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق

4

أما من حيث اعتبار تدخل المنظمة في سير العملية التحكيمية،
من لائحة تحكيم المنظمة الدولية للتحكيم البحري، المجالات التي يظهر من خلالها تدخل المنظمة
في سير العملية التحكيمية يمكن تلخيصها فيما يلي:

| | | |
|--|---------------|----|
| محل | في | في |
| محكمين، كما تتولى | محكمه وذلك في | |
| تعيين المحكم الواحد أو المحكم الثالث في حالة عدم اتفاق الأطراف على التعيين في الحالة الأولى، | | |
| وكذا عند عدم اتفاق المحكمين المختارين سلفاً من قبل الأطراف في الحالة . | | |

| | | |
|------------------|-----------|-----------------------|
| | في | وتتولى أيضاً الفصل في |
| اعتراضات | استبدالهم | |
| غير ¹ | ظروف تمنع | |
| | في | |

ومحاميهم، وتجري
ومحكميهم، كما تتولى تسوية بعض الأوجه المالية
مثل تحديد الأتعاب والرسوم اللازمة لتغطية نفقات التحكيم في كل قضية².
وهكذا يتضح مدى توافر شقي المعيار في التحكيم أمام المنظمة الدولية للتحكيم البحري،
ويقوم بدور فعال في سير وتنظيم

3
- غرفة اللويدز للتحكيم البحري⁴:
تعتبر

في

1 6

² Frédéric Eisemann, Le règlement CCI – CMI du comité international d'arbitrage maritime, M.D.F, 1980, p. 197.

⁴ تعود بوادر ظهور مركز اللويدز إلى القرن الخامس عشر والسادس عشر حيث نشأت مجموعة من المؤمنين جمع بينهم مقهى
في لندن مملوك لشخص يدعى EDWARD LOYDS، ثم تطورت علاقة هؤلاء المؤمنين في القرن السابع عشر ميلادي، إلى أن

فمن حيث اعتبارها مؤسسة تحكيم بحري، تعتبر الشهيرة، الأخص في
 على أسماء من أشهر المتخصصين المشهود لهم بالكفاءة،
 شهيرة

المشتركة، تدار هذه العمليات
 وسكرتارية يوجد لديها أسماء المحكمين والمعلومات الخاصة بهم¹.
 أما من حيث اعتبار تدخل الغرفة في سير العملية التحكيمية،
 في

في

كما تقوم بنفسها بتعيين محكم أو ثلاثة محكمين لإدارة

2

وإلى جانب الهيئات التحكيمية السابقة، يوجد أ الهيئة A.A.A
 ومحكمة الدولي L.C.I.A، ومركز تحكيم البنك الدولي لاتفاقية تسوية
 خلافات الاستثمار بين الدول ومواطني الدول الأخرى I.C.S.I.D
 مجلس الدولي،

توافر عنصري أو شقي معيار التحكيم المؤسسي، وهما وجود مركز تحكيم دائم يهيكله العضوي
 من مقر تحكيم ومجلس إدارة وقائمة محكمين ولائحة تحكيم، وأما العنصر أو الشق
 الثاني فيتمثل في قيام المركز التحكيمي عن طريق السكرتارية والأجهزة الإدارية

¹ محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق .414

² J. Trappe, L'arbitrage en Matière d'assitanance Maritime, Dr. Eur. Trans, 1983, p. 728.

العملية التحكيمية والإشراف عليها، ابتداءً من تلقي طلبات التحكيم وحتى إصدار قرار¹.

2- مراكز التحكيم البحري الحر:

استناداً إلى المعيار الذي نحن بصددده، والمتمثل في وجود أو عدم وجود مؤسسات تحكيم تتولى التحكيم البحري الحر هو الذي تخلف فيه اليونسترال 1976 تخلف

الثاني في في

في حالة التحكيم أمام جمعية

- جمعية المحكمين البحرين بلندن²:

تتوفر هذه الجمعية على الشق الأول فقط ممثلاً في وجود مؤسسة تحكيم وتنظيمي، ولا يتوفر لها الشق الثاني حيث لا تتدخل في سير التحكيم كما سيتبين ذلك من

فمن حيث اعتبارها مؤسسة تحكيم بحري، جمعية

1960

إلى حوالي مائتين خمسين

القانونيين ومجهزي وغيرهم، ولهذا

1991

1987

جمعية

التي

الصغيرة لسنة 1991

³.

التحكيم في المنازعات

أما باعتبار عدم تدخلها في سير العملية التحكيمية، لهذه الجمعية في

حتى

سيرها،

حتى

¹ محمد عبد الفتاح ترك، مرجع 414-415.

² The London Maritime Arbitrators Association, 46-48 Rivington Street, London EC2A 3QP. UNITED KING DOM.

³ 100 - 101.

المشورة بخصوص

طلب الهيئة¹.

ومن ثم يمكن القول أن هذه

التي لها

إلاّ بناءً على اتفاق الأطراف صراحة أو ضمناً، عن طريق اختيار محكم من قائمة محكمي الجمعية،

وبالتالي تدخل في ولا حتى

2

وقد نصت لائحة الجمعية على جملة من المبادئ التي تكرر الدور السليبي لهذه الجمعية في سير العملية التحكيمية، حيث نصت على أنه يتم الاتفاق بين الأطراف أو مستشاريهم والمحكمين

(8) هذه

تم (6)

والأطراف، مع التحفظ لسرية أسماء الأطراف والمحكمين وغير ذلك

(24) .

- جمعية المحكمين البحرين بنيويورك³:

ما قيل بشأن جمعية المحكمين البحرين بلندن، يصدق أيضاً بالنسبة لجمعية المحكمين البحرين

:

فباعتبارها مؤسسة تحكيم بحري، جمعية

1963 مجموعة لهم خبرة

في نحو رسمية، توفير مجموعة

في في المتخصص،

في حتى

¹ محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق .416

² .102

³ Society of Maritime Arbitrators Inc. 26 Broadway, Suite 1296 New York, N.Y. 10004. U.S.A.

تمثل المبادئ التي تنظم

الصغيرة¹.

أما باعتبار عدم تدخلها في سير العملية التحكيمية، لا يختلف الحال هنا عنه بشأن التحكيم طبقاً للائحة جمعية المحكمين البحرين بلندن، فجمعية جمعية² وإنما هي جمعية مهنية تهدف إلى تمكين في

وغيرهم

لها

³، غير

4

على تطبيق هذه اللائحة في اتفاق التحكيم، وعادة لا يتم ذكرها، وفي هذه الحالة تقوم هيئة التحكيم عند الشروع في التحكيم، بالاتفاق حول ما إذا كان سيتم تطبيق هذه اللائحة أم لا⁵. أما عن المعيار الذي نحن بصدده (والمتمثل في وجود أو عدم وجود مؤسسات تحكيم تتولى في)، يظهر بصورة جلية في أن

إلى

⁶.

وغير

التحكيم، وكذلك في كل ما يعترض سير العملية التحكيمية من مشكلات

105.

1

² وإن كان البعض يرى أن العملية التحكيمية في الأصل هي عملية تحتاج إلى صرف أموال ومن ثم السعي إلى استعادتها مع . أورد هذه الملاحظة، د محمد عبد الفتاح ترك، المرجع السابق، ص 417، على الهامش.

106 - 105.

3

417.

⁴ د محمد عبد الفتاح ترك،

1 لائحة جمعية المحكمين البحرين بنيو يورك 1994.

5

6

6

1
الهيئة،
2
الهيئة
وفي الأخير يقع على المحكم تحديد أجره التي
الاتفاق، وفي حالة عدم التسديد له
3
جميع في

وهكذا يتجلى المعيار السابق بشقه الأول دون الثاني، حيث أن جمعية المحكمين البحرين لها
نيويورك هي مؤسسة تحكيم بحري حر، لكنها لا
في تسيير في هذه
مجموعة للاسترشاد بأدنى
بعد تقديم

4
- التحكيم البحري بموجب لائحة تحكيم لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي
(المعروفة بلائحة اليونسترال 1976):

اليونسترال خلافاً لسابقه يفتقد لشقي
لا يتحقق الشق الأول والمتمثل في وجود
مؤسسة تحكيم، وهذا يستتبع بالضرورة انعدام الشق الثاني أيضاً، والمتمثل في وجود تدخل في سير
والسبب في ذلك راجع إلى أن لجنة
الدولي، اقتضت على
(اليونسترال 1976)

يجب للسير في

¹ كما في حالة عدم الاتفاق على تشكيل هيئة التحكيم، أو رد أو استبدال المحكم، حيث يرجع في حالة عدم الاتفاق على مثل هذه المسائل إلى المحاكم القضائية الأمريكية المختصة، وهذه المحاكم الأمريكية هي التي قصدته اللائحة بتعبير (الغير).

9 10 11

12 2

37 3

107. د محمد عبد الفتاح ترك، الما 418 4

هذه

واستناداً إلى مبدأ الحرية

تسيير

استبدالها

يمكنهم تعديل هذه النصوص، وذلك

إليها، غير أن اللجنة وإن اقتضت على وضع هذه اللائحة، فإنها بالمقابل لم تنشئ

اليونسترال

هذه

معنى¹.

لكن يثور التساؤل عن لجوء الأطراف في ظل وجود هذه اللائحة فقط إلى السكرتارية العامة لمحكمة التحكيم الدائمة بلاهاي كمؤسسة تحكيمية، بهدف طلب تعيين سلطة تتولى تعيين محكمين، أو حل مختلف المشاكل المتعلقة بتعيين أو الرد في حالة عجز أحدهم أو تخلفه، هل

يجيب ج بأن هذه المحكمة فضلاً على أنها لا تتولى تعيين المحكمين بنفسها، بل فقط تعين السلطة التي تتولى تعيين هؤلاء المحكمين، فإنها تعد سلطة محايدة وأن تدخلها لم يصل إلى درجة تنظيم وإدارة التحكيمات².

لم تنشئ

اليونسترال 1976

الدولي

() من مهام محددة، يعد قاصراً عن تحقيقه للشق الثاني

3

من المعيار، والمتمثل في تدخل هذه المؤسسة في سير

الفرع الثاني

بيان التحكيم الأنسب لتسوية المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

إن النتيجة الأولية التي يمكن الخروج بها من خلال مهما تعددت تقسيماته وأنواعه على النحو الذي تقدم، فإن هذا التنوع والتعدد لا يخرج عن

.108

1

-Voire aussi, Kassis Antoine, Op cit, p. 25.

2 Ph. Fouchard, Le règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I, clunet, 1979, p. 830.

.109

.109

3

إطاره التنظيمي العام الذي يتم عن طريقه، وبعبارة أوضح أنه لا يعدو في حقيقته أن يكون إلاّ

(الأنواع الثلاثة الأولى للتحكيم)

طريق مركز تحكيمي مؤسسي، وإما عن طريق مركز أو لائحة تحكيم حر من بين تلك التي سبق

وعلى هذا الأساس () ()
 . ومن خلال المقارنة بين هذه المزايا والعيوب نحاول () أن نستنتج

أياً من هذين النوعين يعتبر الأنسب لتسوية المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع:

أولاً: مزايا وعيوب التحكيم البحري

المتبع لخريطة التحكيم البحري عبر الدول، يلحظ أن معظم التحكيمات البحرية التي تجري في فرنسا هي تحكيمات بحرية مؤسسية، في حين أن معظم التحكيمات البحرية التي تتم في لندن ونيويورك تجري أمام جمعية المحكمين البحريين بلندن أو بنيويورك، وكلتا

مجموع التحكيمات البحرية¹.

2

أ- مزايا وعيوب التحكيم البحري الحر:

1- مزايا التحكيم البحري الحر:

كن إرجاع الأسباب التي جعلت التحكيم البحري الحر يشكل الغالبية العظمى وفقاً

تقدم إلى ما يلي:

- كسب أول يفضل الأطراف اللجوء على أساسه إلى التحكيم البحري الحر، يكمن في قلة التكاليف مقارنة مع التحكيم البحري المؤسسي، ففي هذا الأخير يتحمل الأطراف دفع تكلفة

² تجدر الإشارة في نفس الوقت، إلى أن جملة ما سنذكره من مزايا في كلا النوعين، يشكل أوجه من أوجه الاختلاف بين التحكيم بصفة عامة والقضاء العام، حيث تتحقق هذه المزايا في ظل التحكيم في حين لا يحقق قضاء الدولة مثل هذه المزايا.

الخدمات الإدارية التي تقدمها المؤسسة الإدارية، وذلك فضلاً عن دفع أتعاب المحكمين والمحامين أو
1 .

- أن التحكيم البحري الحر هو تحكيم منظم بواسطة الأطراف، فهم يختارون المحكمين الذين
2، ولهم أن يختاروا أن يكون هذا التحكيم بالقضاء أو بالصلح، كما يملك

التحكيم، وإجراءاته وموضوع المنازعة محل التحكيم، كما يحددون المدة التي يتعين عليهم أن ينهوا
فيها المنازعة المعروضة عليهم، كما يملك الأطراف الحق في التنازل صراحة عن الطعن في حكم
3 .

- التحكيم الحر يعطي للأطراف حرية كبيرة في تنظيم وإدارة الخصومة⁴

5

هـ

قواعدها طالما أن ذلك يخضع في الأخير إلى إرادة الأطراف⁶.

- الفصل في النزاع، تماشياً مع اعتبارات السرعة التي تتطلبها التجارة

7 60 إلى 90

بل هذه المدة في مجال التحكيم البحري الحر تنقلص إلى بضعة أسابيع أو حتى خلال بضعة أيام⁸
8، ومن الأمثلة الشائعة في هذا المجال عندما يكون محل التحكيم هو سفينة مستوقفة، وتم

.111 - 110

1

² Binde Binde, la procédure de l'arbitrage maritime en droit français, Op cit, p12.

³ د حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 27 - 28.

⁴ في حين تكون حرية الأطراف في ظل القضاء مقيدة بما يمليه القانون.

⁵ د محمد أبو العينين، المبادئ القانونية التي يقوم عليها التحكيم في الدول العربية والإفريقية التي تبنت قانون اليونسفال النموذجي للتحكيم، مجلة التحكيم العربي، العدد الأول، 1999، 15.

⁶ Binde Binde, Op cit, p12.

⁷ د علي طاهر البياتي، التحكيم التجاري البحري، المرجع السابق، ص 58.

⁸ وقد حدد المشرع الجزائري هذه الفترة في نص المادة 1018 فترة

التي ببطء الإجراءات والتراخي في الفصل في الدعاوى، على نحو أدى
زيادة عدد المنازعات المعروضة على القضاء وتكدسها، ما دفع بالكثير من المتقاضين إلى العزوف عن اللجوء إلى القضاء،

توجيه أمر لأحد الطرفين أو كليهما بدفع كفالة بواسطة محكمة وطنية لإطلاق سراحها، فلو تم التحكيم في هذه المسألة أمام مركز تحكيم مؤسسي، فإنه يستوجب خوض مراحل إجرائية طويلة، طلب تحكيم يرسل من المدعي إلى مركز التحكيم، الذي يرسل بدوره نسخة منه إلى المدعى عليه، الذي يرد بإرسال دفاعه أو يرفع دعوى مضادة، ثم يرسل المركز للأطراف حساب التأمين المودع مع طلب الدفع، ثم تأتي مرحلة المرافعات الشفوية والمناقشات، وتبادل الوثائق اسطة المحكمين، ثم إصدار الحكم مع إمكانية مد مواعيد إصدار الحكم في الحالات التي تنص عليها لائحة المركز، مع الأخذ في الحسبان وجود بعض التداير كأن يحيل المركز القضية إلى الخبرة، وهذا كله من شأنه أن يمد في فترة الخصومة ...

أما في التحكيم الحر فإن الأطراف يمكنهم تعديل أي ميعاد تم تحديده، والاتفاق على تطبيق قواعد إجرائية مختصرة، والاتفاق على تسليم الحكم فور صدوره مباشرة للأطراف، مع حرية التصرف في شكله ومضمونه للمحكمين، إلى غير ذلك من الاتفاقات التي تساعد على تسريع

1

- في التحكيم²، وهذا المبدأ كما به البعض يعتبر أحد مبادئ الطبيعة الت

³، ذلك لأن أطراف العلاقة التحكيمية ترغب دائما في أن تتم

منازعاتها في جو تسوده السرية، خوفاً من المساس بمصالحها الإقتصادية وحفاظاً على

⁴، وهذه السرية وإن كانت محل اهتمام الكثير من المؤسسات التحكيمية، إلا أن خطر

العلانية يعد أكثر ظهوراً لديها مقارنة بالتحكيم الحر، حيث أن هذه المؤسسات تضم أعضاء

1 113-114.

2 أيضاً خلافاً لما هو سائد في قضاء الدولة مما يعرف بمبدأ علنية الجلسات، والتي تعتبر من الضمانات الأساسية للتقاضي، بل يعتبر هذا المبدأ حسب الكثير من حقوق الإنسان، أنظر مثلاً، المادة 11

= = 217 (3-)، المؤرخ في 10 ديسمبر 1948 من

بالبروتوكولين 11 14 بالبروتوكول الإضافي والبروتوكولات 4 6

7 12 13 وهو ما يؤدي أيضاً إلى عزوف الأطراف في العلاقات التجارية البحرية عن قضاء الدولة ولجوتهم إلى

التحكيم، رغبة منهم في عدم المساس بمراكزهم الإقتصادية.

³ Delvolvé Jean louis, Vraies et Fausses Confidences ou les petits et les grands secrets de l'arbitrage, Rev. Arb, n° 12 et 17, 1996, p. 373.

4 20.

يقطنون في دول مختلفة، لهم أعراف وتقاليد مختلفة ناتجة عن تباعد مواطنهم، مما يتنافى البعض مع اعتبارات السرية التي يكفلها بشكل أفضل في التحكيم الحر¹.

- مرونة التحكيم، ولا تعني المرونة تحرر المحكم من القواعد والقيود الأساسية التي ينص عليها القانون، فهو ملزم حتى ولو كان محكماً بالصلح باحترام المبادئ الأساسية للتقاضي، من احترام ع واحترام مبدأ الوجاهية والمساواة بين الأطراف، وإنما المقصود بالمرونة هنا أن المحكم لا يتقيد كالتقاضي بالعديد من القواعد الإجرائية، التي لا يمكن للتقاضي التحلل منها خاصة في²، ومن النتائج المترتبة على مبدأ المرونة رغبة الأطراف في العلاقات التجارية الدولية في الاستمرار والمحافظة على مستقبل هذه العلاقة، لما يوفره التحكيم من عدالة بطرق وظروف أكثر ملاءمة للمتخاصمين³.

وتبعاً لذلك يعد مبدأ المرونة أكثر ظهوراً في التحكيم الحر منه في التحكيم المؤسسي، ذلك بنى القواعد الواردة في لائحة التحكيم التي وضعتها، وتسير عليها بكل دقة وجمود، لذلك كثيراً ما ينظر إلى هذه اللوائح أنها غير كافية لإدارة التحكيم من النقائص في قواعد الإجراءات والإثبات وغيرها، مما تنشأ معه الحاجة إلى ضرورة تبني قواعد لتغطية هذا النقص، وهو ما قد لا يتيسر في ظل جمود تلك اللوائح، في حين يملك الأطراف في التحكيم الحر حرية التعديل في اللائحة المتبناة إضافة أو حذفاً، بما يتلاءم مع احتياجات⁴.

- الإقبال الدولي، وازدهاره إلى
التي الحارس
وتمارس مختلف الأنشطة التجارية
كثيراً ما يلاحظ رفض⁵

¹ Pierre Lalive, Pierre Lalive, Avantages et Inconvénients de L'arbitrage AD-HOC, Op cit, p. 317-318.

² 29.

³ د محمد بن ناصر البجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، منشورات مركز البحوث والدراسات الإدارية، الرياض، الطبعة الأولى، 1999، 31.

⁴ 113.

⁵ الحميد محمد الحوسني، ماراقي والقانون المصري والاتفاقيات

2007 49.

الدول واعتراضها الشديد على أن تكون طرفاً في خصومة تحكيمية معروضة أمام مؤسسة¹.

وبالمقابل تفضل هذه الدول أن تكون طرفاً في تحكيم حر لعدم إثارة اعتبارات السيادة، وما يثيره تطبيق قانون دولة المقر من إشكالات بالنسبة للدولة الطرف، وارتباط الدولة بنظام اقتصادي خاص بها، وغيرها من الاعتبارات التي تثير اهتمام الدول النامية بالدرجة الأولى، نظام التحكيم البحري الحر خصوصاً بالنسبة للمنازعات التي تكون أحد أطرافها دولة أجنبية، كالتحكيم في منازعات النقل البحري للبترول، والمنازعات التجارية بين الشرق والغرب، هذا فضلاً عن 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين ال معظم الدول، لتكفلها بالاعتراف بأحكام التحكيم البحري وتنفيذه².

2- عيوب التحكيم البحري الحر:

على الرغم من تلك المزايا التي يحظى بها التحكيم البحري الحر والتي تجعل الأطراف يختارونه، إلا أن ذلك لم ينفي وجود بعض العيوب في هذا النوع من³ :

- صعوبة التنبؤ بالمشكلات التي قد تواجهها هيئة التحكيم، مما قد يترتب عدم القدرة على حسم المشكلات التي لا يستطيع التحكيم الحر تغطيتها.
- احتمالية عدم القدرة على التعاون بين الأطراف عند حدوث النزاع، وما يترتب عليه من زعزعة العلاقات بينهم، وهذه الإشكالات تعتبر واردة في التحكيم الحر أكثر منه في التحكيم المؤسسي.
- قد يواجه التحكيم الحر صعوبة في تنفيذ حكم التحكيم، عكس ما هو عليه الأمر في التحكيم

1

الوطني في

الوطني فالتحكيم البحري لو انعقد في دولة ما، فإن الحكم الذي سوف يصدر عنه لتي يكون على

.49

الحميد الحوسني،

.115-114

2

3 د محمد أبو العينين، المرجع السابق، ص 15.

- عدم وجود جهاز تنظيمي يدير العملية التحكيمية في التحكيم الحر، يشكل بذرة ضعف، الأمر الذي يترتب عليه جمود هذا النوع من التحكيم¹.

ب- مزايا وعيوب التحكيم البحري المؤسسي:

1- مزايا التحكيم البحري المؤسسي:

- يعد التحكيم المؤسسي الأكفأ من حيث تنظيم التحكيم وإدارته، لتضمنه مجموعة من القواعد المشهود لها بالنجاح، خاصة بالمنازعات المتعلقة بالعقود ذات القيمة الكبيرة².

- يضمن التحكيم المؤسسي حفظ الملفات الخاصة بالنزاعات التي تم الفصل فيها لدى أرشيف المؤسسة، مما يساعد على اعتمادها كسوابق يسهل على الأطراف وحتى على المحكمين الرجوع إليها، كما يسهل عليهم ذلك إمكانية الحصول على نسخ من تقارير الخبراء، وهذه الخ

3

قبل المؤسسة التحكيمية، وهذا ما يجنب الأطراف مشقة البحث عن المحكمين المناسبين، خاصة في المسائل الفنية التي تتطلب خبرة خاصة⁴.

- تضع هذه المؤسسات بين يدي الأطراف لوائح معدة بالإجراءات التي يجري التحكيم على أساسها، وهي عادة إجراءات بسيطة وسريعة وغير مكلفة، مما يجنب الأطراف مؤنة البحث عن

5

- يتم التحكيم في مقر المؤسسة ما لم تدعو ظروف النزاع إلى اختيار مكان آخر، وهذا ما يكفي أيضاً الأطراف مؤنة الاتفاق على مكان التحكيم، مع الأخذ في الحسبان ما يكون لاختيار المكان من أثر على مسيرة التحكيم، تظهر أساساً في اختصاص قضاء البلد الذي يجري فيه التحكيم في

¹ Binde Binde, la procédure de l'arbitrage maritime en droit français, Op cit, p12.

² د محمد أبو العينين، المرجع السابق، ص 14.

.96

³ ودوره في

.128

⁴ محمد ترك، المرجع السابق، ص 411.

⁵

الفصل في العوارض التي قد تطرأ خلال هذه المسيرة، فضلاً على اختصاصه في مسألة الطعون في الأحوال التي يجيز فيها قانون هذا البلد ذلك¹.

- تعمل هذه المؤسسات على تقديم الخدمات الإدارية اللازمة التي تتطلبها العملية التحكيمية، كأعمال السكرتارية، والترجمة وحفظ الملفات وغيرها، إضافة إلى هيئة المكان اللازم لعقد جلسات المحكمين، وتوفير ما قد يحتاجونه من وثائق ومعلومات متعلقة بالقانون الواجب التطبيق².

- تعمل هذه المؤسسات التحكيمية على الفصل بين الوظائف الإدارية لهذه المؤسسات، وبين الوظائف القانونية السارية بين هيئة التحكيم والأطراف³.

- توفر هذه المؤسسات المساعدة التي قد يحتاجها من صدر حكم التحكيم لصالحه في تنفيذه⁴.

2- عيوب التحكيم البحري المؤسسي:

رغم المزايا السابقة التي يتميز بها التحكيم البحري المؤسسي، وما لها من تسهيلات وآثار إيجابية على العملية التحكيمية، ومع ذلك لا يسلم هذا النوع من التحكيم من وجود بعض المساوئ، ولعل من أهمها عدم وجود معرفة كافية بالمحكم، تمنح الأطراف الثقة الكاملة في حيد وأمانته على نحو ما عليه الحال في التحكيم الحر، وبعبارة أخرى فالتحكيم المؤسسي يُفقد التحكيم الذي يكون له الأثر الحاسم في اختيار الأطراف للتحكيم بدلاً من القضاء⁵.

والأخطر من ذلك أن هذه المؤسسات والمنظمات والمراكز المشهورة منها خاصة، قد نشأت وترعرت في كنف الدول الصناعية المتقدمة، ولا يخفى ما يكون لذلك من تأثير على صياغة نظام وتوجيهه لخدمة مصالح هذه الدول على حساب مصالح الدول النامية⁶.

()

نتج في الأخير أي من هذين النوعين يعتبر الأنسب لتسوية المنازعات ذات الطبيعة البحرية

.128

¹ محمد ترك، المرجع السابق، ص 411.

.411

² د محمد أبو العينين، الم

.14

³ د محمد أبو العينين،

.128

⁴ محمد ترك، مرجع سابق، ص 411.

.131-130

⁵ للمزيد في هذا الباب أنظر،

بحري للبضائع محل بحثنا بصفة خاصة

سنحاول مناقشته في الموالي:

ثانياً: التحكيم البحري الأنسب لتسوية المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

()

ملاءمته لتسوية المنازعات البحرية، فريقين من الفقه الرائد في هذا المجال، وسوف نحاول أن نستعرض بإيجاز أهم الحجج التي يستند إليها كلا الفريقين، ثم نحاول قويم هذه الحجج واستنتاج التحكيم الأنسب في ذلك.

أ- موازنة بين الآراء حول نوعي التحكيم البحري:

1- أنصار التحكيم الحر:

يعتبر الدكتور (عاطف محمد الفقي)

في لندن تتم أمام محكمي جمعية المحكمين البحرين بلندن ووفقاً للائحة تحكيمها، كما تتم نسبة كبيرة من هذه التحكيمات في نيويورك أمام محكمي جمعية المحكمين البحرين بنيويورك للائحة تحكيمها، وكلتا الجمعيتين من مراكز التحكيم البحري الخاص، دون أي تدخل منها في تنظيم وإدارة العملية التحكيمية، في حين أن النسبة الأقل من التحكيمات البحرية في إطار تحكيم

بحري نظامي تحت إدارة وإشراف هذه المركز¹.

ومن ثم يرى أن التحكيم الحر له الغلبة في مجال حل المنازعات البحرية، فإذا كان للتحكيم المؤسسي مزاياه أيضاً، فإنها يمكن أن تتوافر في التحكيم الحر كذلك، وقد عقد هذا الجانب من وعين على النحو الآتي²:

وتنظيم التحكيم، فإنه يكفي الأطراف اليوم أن يحيلوا منازعاتهم للحل بموجب لائحة تحكيم حر

¹ د عاطف محمد الفقي، النقل البحري للبضائع (في ظل قانون التجارة البحرية رقم 08 1990

1978 -) - 2008 192.

² أنظر مؤلفه، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق: 115 - 116.

كلائحة اليونسترال 1976، أو لائحة جمعية المحكمين البحريين بلندن أو بنيويورك، كما أن هذه الجمعيات تساعد الأطراف بتقديم قائمة بالمحكمين الأكفاء المتخصصين في المجال البحري.

ت

ة مجلس إدارتها وأعضائها وسكرتاريتها، فإن الأطراف في التحكيم الحر يستطيعون الحصول على مثل هذه الخدمات بسهولة وبكلفة أقل وبسرعة أكبر، وذلك عن طريق المحكمين

- وإذا كانت تلك الخدمات الإدارية التي تقدمها هذه المؤسسات التحكيمية على المستوى قانوني، فإن هذا لا يكون إلا بالنسبة للأطراف الذين لم يعدوا قضيتهم جيداً، وهذا في حقيقته يشكل خطراً ليس على الأطراف فحسب، بل حتى على المؤسسة التحكيمية ذاتها، وهذا كما يراه هذا الاتجاه غير لائق بالمحكمين، لاحتمال اتهامهم بنقص الخبرة وعدم الكفاءة.

2- أنصار التحكيم المؤسسي:

يرى هذا الاتجاه أن التحكيم المؤسسي صار هو الغالب في منازعات التجارة الدولية، ويرجع انتشاره إلى تلك المزايا التي سبق ذكرها¹، وقد ازداد الالتجاء إليه في السنوات الأخيرة، لما يقدمه نية، ولما يوفره من ثقة

مستمدة من أهمية المركز وتاريخه، الأمر الذي يشعر معه الأطراف بالاطمئنان إلى ما يتم بواسطته

2

ذات الاتجاه، فإنه وإن كان الأصل أن أطراف المنازعة يمكنهم الاتفاق على إجراءات يحقق المصلحة الخاصة بهم تطبيقاً لمبدأ حرية الإرادة في التحكيم، غير أن التحكيم قد يحتاج في بعض الأحيان وخاصة في مجال التجارة الدولية، لتنظيم دقيق لإجراءاته، وتوفير المتمرسين مباشرة هذه الإجراءات من ذوي الخبرة المشهود لهم بالكفاءة والحيدة، ومن ثم

1

.127

² د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق،

41. د أحمد محمد عبد الصادق، المرجع العام في

23-24.

التحكيم المصري والعربي والدولي،

قوائم بأسماء المحكمين، وكذا جهاز يتولى متابعة تنفيذ إجراءات التحكيم إلى غاية صدور الحكم، ومن هنا وجدت المؤسسات التحكيمية المتخصصة في هذا المجال¹.

كما أن هذه المؤسسات التحكيمية من جهة أخرى

ممارسة التحكيم ذاته من قبلها، ذلك لأن الأطراف هم من يختارون محكميهم هذه المؤسسات أو وفقاً للقواعد التي يختارونها، ومن الملاحظ أن أغلب المنازعات الناشئة عن لتعامل التجاري بين أطراف من الدول النامية والدول الصناعية، يصر إلى حلها عن طريق التحكيم بواسطة إحدى المؤسسات التحكيمية، وبالأخص عندما تكون النظم الاقتصادية والقانونية مختلفة بين هذه الدول، فلا تتحقق مصالح هذه الدول في مثل هذه الأحوال إلا عن لمنظم، بسبب تعقد المسائل الإجرائية والقواعد الموضوعية في مثل هذه القضايا².

ب- تقدير الآراء السابقة حول نوعي التحكيم البحري:

() تثير نوعاً من

الصعوبة، خاصة في ظل المزايا التي يتميز بها كل نوع من هذين النوعين، وإن كانت هناك بعض العيوب، إلا أنه ليس لها كبير أثر مقارنة مع ما لهما من إيجابيات، ومن جهة ثانية قوة الحجج التي يستند عليها كل من أنصار النوعين قد تزيد هي الأخرى من صعوبة الترتيب هذه المسألة تثير مثل هذه الصعوبات من الناحية النظرية، غير أنه من الناحية العملية قد نجد دافعاً لميولنا نحو الجانب التنظيمي للتحكيم، وهو ما لا يوجد في التحكيم الحر.

وما يبرر هذا الميول ذلك اللجوء المتزايد نحو التحكيم المؤسسي خلال السنوات الأخيرة كما سبق، فالواقع المعاصر للتحكيم البحري وما يشهده من قضايا تحكيمية مختلفة، لاسيما مع تطور التجارة البحرية وازدهارها، وتنوع المنازعات التي قد تثار بشأنها وتعقدتها، نظراً لما أصبحت تتطلبه من تشكيلات وخبرات فنية، وما تتطلبه من سرعة في الفصل فيها، كل ذلك وغيره أصبح يستدعي ضرورة وجود إطار تنظيمي يسير على منواله التحكيم، ويضفي نوعاً من المرونة على تلك الإشكالات التي تثيرها التجارة الدولية، فضلاً على ضمان استقرار المعاملات بين الأطراف

¹ د محمود السيد التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 53.

² د فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 21.

وإن كانت هذه المؤسسات في سبيل تحقيق ذلك، تلزم الأطراف عليها في لوائحها، إلا أن طبيعة هذا الإلزام في تصورنا لا تصل إلى درجة الإلزام المعهود في ظل نظام قضاء الدولة، والذي يتسم بالطبيعة القسرية في تطبيق قواعده، كما أن الأطراف هم من

يهتدون بها لكان المتوقع خلاف ذلك، وخاصة إذا كانت هذه الأطراف هي الدول نفسها، وما يكون لاختلاف أنظمتها القانونية والاقتصادية وما تبديه هذه الدول من نزعات اتجاه ذلك، من آثار تتنافى مع الغاية المرجوة من اختيار نظام التحكيم كبديل عن القضاء العام للدولة. وفي الأخير وبعد هذه النتيجة التي انتهينا إليها، يمكن القول أن حسم هذه المسألة يبقى محل

النظام المؤسسي، غير أنه كما قال - : " البحري تكون مثالية التحكيم البحري، حيث يظل المحكم البحري هو حارس سلوكيات التجارة "1

- - العقد، تأتي أهم مرحلة لولوج التحكيم وهي مرحلة إبرام اتفاق التحكيم، وهو ما سنعرض له من خلال المبحث الموالي:

المبحث الثاني

إنعقاد اتفاق التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

لما كان اتفاق التحكيم بمثابة حجر الزاوية الذي يبني عليه النظام القانوني للعملية التحكيمية، يستند من حيث الأصل إلى سلطة الأطراف في اختيار التحكيم طريقاً لتسوية

آخر صحيحاً مستوفياً لأركان لا ينعقد إلا بها، ولشروط لا يصح وجوده إلا بتحققها، ويترتب على تخلف هذه الأركان أو أحدها بطلان اتفاق التحكيم وهو ما يسميه الفقه بالبطلان المطلق،

¹ P. SIMON, «La Philosophie de l'arbitrage maritime», DMF 1990, pp. 448-450, où l'auteur considère l'arbitre comme un « gardien de l'éthique du commerce maritime ».

أما تخلف هذه الشروط فيؤدي إلى قابلية الاتفاق للإبطال أو ما يسمى بالبطلان النسبي، وعليه متى نشأ اتفاق التحكيم صحيحاً مستوفياً لجميع أركانه وشروطه السابقة، رتب آثاره القانونية

أن جمهور الفقهاء قد جرى على استعمال تعبير "

"، ويقسمها إلى شروط موضوعية وشروط شكلية¹

2

³، ويرجع انصراف الفقه عن هذا التمييز إلى طبيعة حكم المحكمين في بعض التشريعات،

التي تمنح هذا الحكم قوة الشيء المقضي فيه بمجرد

صدوره⁴

ضده⁵، وهذا خلاف القواعد العامة في قانون المرافعات التي تمنع رفع دعوى بطلان أصلية ضد

الأحكام العادية الأخرى، وما يقلل من أهمية التمييز أيضاً بين أركان وشروط اتفاق التحكيم، أن

¹ أنظر على سبيل المثال، د محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 174. د أحمد السيد صاوي،

34. د فنجي إسماعيل والي

1994 27

قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 106. أسامة أحمد شوقي المليحي، هيئة التحكيم الاختياري، المرجع

26. د محمود سمير الشرفاوي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق ص 69.

² VINCENT Jean et GUINCHARD Serge, Procédure civile, Op cit, n° 1635, P. 1097.

³ إذ يعتبرون الرضا والأهلية والمحل من الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم، وقد تعقب ذلك الدكتور أحمد إبراهيم عبد

التواب حيث يرى أن هذا الاعتبار محل نظر، إذ يمثل الرضا والمحل ركنا اتفاق التحكيم، وتمثل الأهلية شرطاً لصحة اتفاق

التحكيم، أما الشروط الموضوعية لصحة اتفاق التحكيم فتتمثل في تعلق اتفاق التحكيم بموضوع يجوز فيه الصلح، وعدم

تعارض محل اتفاق التحكيم مع النظام العام، وأن يكون ممكناً وألاً يكون مستحيلاً. د أحمد إبراهيم عبد التواب، المرجع

410.

⁴ 1031 : "تخوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورهما فيما يخص النزاع المفصول

"

⁵ 1058 : "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في

الحالات المنصوص عليها في ا 1056 أعلاه". وهذا ما يميز دعوى بطلان الحكم التحكيمي بأنها توجه إلى حكم

التحكيم كعمل قانوني، بصرف النظر عما يتضمنه من خطأ في التقدير، وبذلك فهي لا تشمل إلا عيوب الشكل والإجراءات

دون ما عداها، أي دون أن تمتد إلى حد الرقابة الموضوعية على حكم التحكيم. نظر في هذا المعنى، د محمود السيد عمر

التحوي، النظام القانوني لدعوى بطلان حكم التحكيم ()، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى،

2011 13-14.

قد جمع في أسباب دعوى البطلان بين

الانعدام وحالات البطلان معاً في نص المادة 1056¹ والتي تقابلها المادة 1/53

1502 1994 27

2

غير أن جانباً آخر من الفقه استشف من مضمون النصوص المنظمة للتحكيم، أنها تقتضي

3

- أن اتفاق التحكيم باعتباره عقد أو اتفاق من نوع خاص، يقوم على مجموعة من الأركان تتمثل في الرضا والمحل والسبب، يترتب على تخلف أحدها انعدام اتفاق التحكيم واعتباره كأن لم يكن، بخلاف شروط صحة اتفاق التحكيم مثل الكتابة والأهلية، فهي لازمة لصحة وجود اتفاق التحكيم، ويترتب على تخلفها بطلان اتفاق التحكيم⁴.

- أن حالات انعدام الاتفاق على التحكيم لا تحتاج إلى نص يقرها، بينما يقتضي نص من المشرع يقرر هذا البطلان، إذ أنه لا بطلان بغير نص.

- المشرع أوجب على محكمة التحكيم أن تفصل في الاختصاص الخاص بها (1044 . . .)، واعتبر القاضي أيضاً غير مختص متى كانت الخصومة التحكيمية قائمة أو تبين له

1/13

(1045)

1458

¹ 1058 أحوالت فيما يتعلق بحالات الطعن بالبطلان على 1/1056 بين هذه الحالات: "

محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية"، ومن ثم يلاحظ أن المشرع الجزائري إلى جانب المشرع المصري والفرنسي جمع بين حالة انعدام اتفاق التحكيم وحالة بطلانه، حيث جعل كل من هاتين الحالتين وع طعن بالبطلان دون تمييز بينهما وهذا سبب من بين الأسباب التي جعلت الفقه يرى عدم وجود جدوى من التمييز

² د أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، المرجع السابق، ص 353

³ 356 - 357.

⁴ وإن كان فقهاء القانون المدني يرون أن الجزاء المترتب على تخلف شرط من شروط الصحة هو القابلية للإبطال (النسبي) وليس البطلان المطلق، إذ أن هذا الأخير يعتبر جزءاً مترتباً على تخلف أحد الأركان العامة للعقد وليس على شروط . أنظر في تفصيل نظرية الب

وبناءً على ضرورة التفرقة بين أركان اتفاق التحكيم وشروطه على النحو المتقدم، سنخصص () لدراسة الأركان العامة لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع، و (الثاني) ¹، مع الإشارة إلى أهم شروط صحة اتفاق التحكيم :

المطلب الأول

الأركان العامة لاتفاق التحكيم الوارد في عقد النقل البحري للبضائع

اتفاق التحكيم شأنه شأن أي اتفاق آخر، تحكمه النظرية العامة للعقود التي ينظمها القانون المدني، فحتى ينشأ هذا الاتفاق صحيحاً مرتباً لكامل آثاره القانونية، ينبغي أن تتوفر فيه أركان العقد الثلاث هي الرضا والمحل والسبب، ويترب على تخلف أي منها بطلان اتفاق وتفصيلاً لذلك سوف نفرد لكل ركن من هذه الأركان فرعاً مستقلاً:

الفرع الأول

ركن الرضا في اتفاق التحكيم الوارد في عقد النقل البحري للبضائع

الرضا في اتفاق التحكيم في المنازعات الناشئة عن إرادتي طرفي هذا ي اتخاذ التحكيم وسيلة لفض المنازعات التي نشأت بالفعل بينهما، أو من المحتمل أن تنشأ مستقبلاً، وفي ذلك تنص المادة 59 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين..." التراضي، هو اقتران الإيجاب بقبول مطابق له.

¹ كما سبق وأن أشرنا قبل قليل، إلى أن شروط صحة اتفاق التحكيم تتمثل أساساً في الكتابة والأهلية شرط تحديد موضوع النزاع، غير أنه نظراً لأن شرط الأهلية كشرط صحة في ركن الرضا لا يقوم هذا الركن إلا به، وكذلك شرط لا يتم ركن المحل إلا به، ارتأينا إلحاق هذين الشرطين بذلك الركنين، وذلك في معرض الحديث عن هذه الأركان على التوالي، وأفردنا لشرط الكتابة مطلباً مستقلاً لكون هذا الشرط يتعلق باتفاق التحكيم .

هذه الأحكام
: أولهما الإرادة الصحيحة التي تشكل قوام وجوده، والثانية وجود الدليل على هذه الإرادة فلا يكفي مجرد افتراض الرضا، وتوضيحاً لكل ذلك سوف نعرض لكلا القاعدتين فيما يلي:

الفقرة الأولى: رضا الأطراف أساس نظام التحكيم

تقتضي هذه القاعدة بحث مسألتين أساسيتين لا يتحقق ركن الرضا إلا بهما، الأولى تتمثل في ضرورة توافق الإرادتين على اللجوء إلى التحكيم أو ما يعبر عنه بشرط الوجود، أي وجود التراضي، والثانية تتمثل في ضرورة توافر الأهلية اللازمة لصحة الرضا وهو ما يعبر

أولاً: ضرورة توافق الإرادتين على اللجوء إلى التحكيم

الالتجاء إلى نظام التحكيم كوسيلة للفصل في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع المبرم بين طرفيه، لا يكون إلا باتفاقهما عليه شرطاً كان أم مشاركة، وذلك بصدور إيجاب وقبول متين، فلو عبر أحد الأطراف عن رغبته في تسوية النزاع بطريق التحكيم، لزم أن يكون قبول الطرف الآخر باتاً ومنتجاً في إحداث آثاره، والمتمثلة في نزع الاختصاص من قضاء الدولة وتخويله قضاء التحكيم، وذلك حتى يمكن القول بوجود تطابق بين طرفي¹.

بـ

مغيرا الإيجاب في

اعتباره إيجابا

يعتبر

66 (. .) : "لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا

جديداً"، صدر إيجاب من

أساس ثمن مختلف مختلفة، فهنا لم

الإيجاب لأن القبول في هذه الحالة اختلف عن الإيجاب بأن عدل فيه، وبالتالي

2

¹ د أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، المرجع السابق، ص 379.

² أنظر في هذا المعنى، د عبد الرزاق أحمد

234. د صبري السعدي،

دار الهدى،

في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتز

أما إذا انتفت هذه الإرادة تماماً كما لو لم يصدر تعبير عن الإرادة من الطرفين، أو كان هناك إيجاب من أحدهما دون قبول مطابق له من الطرف الآخر، كان العقد معدوماً، وقد أكدت هذا المبدأ المحكمة العليا الجزائرية في قرار لها جاء فيه: "من المقرر قانوناً أن العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون.

ولما كان الثابت -في قضية الحال- أن التعهد بالبيع تم دون رضا وموافقة الطاعن وأثناء غيابه، ومن ثم فإن قضاة المجلس لما قضوا بالإنزاع الطاعن بإتمام إجراءات البيع خالفوا القانون"¹.

ثانياً: الأهلية في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع

بل يجب أن يكون أيضاً²، وفي هذا الصدد

يجدر التمييز بين أهلية الشخص الطبيعي وأهلية الشخص الاعتباري في إبرام اتفاق التحكيم:

أ- أهلية الشخص الطبيعي في إبرام اتفاق التحكيم:

1- الحالات العامة:

يجب رضاؤهما
يحد
شخص
في نص
78
المدني
لم
التي

: "كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون."

1 51440، مؤرخ في 1987/11/11 1992 01

.07

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الثانية، سنة

1998 148 183 محمد

صبري السعدي، 76.

¹، ويقصد بأهلية الأداء، صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية ومناطها سن التمييز، وبالتالي لا يكون المتعاقدان أهلاً لإبرام اتفاق على التحكيم إلا إذا استكملا جميع عناصر التمييز وفقاً لأحكام المادة 40 من القانون المدني الجزائري التي تنص على: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسع عشر (19) سنة كاملة"، وبمفهوم المخالفة لنص 40، لا يكون المتعاقدان أهلاً لإبرام اتفاق على التحكيم، متى أصيب أحدهما أو كلاهما

2

42 43 78 من القانون المدني.

وتعتبر

أن يغير في

45 المدني : "ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا تغيير أحكامها".

كما لا يكفي لصحة اتفاق التحكيم توافر الأهلية لوحدها في المتعاقدين، بل لابد من أن

كليهما فتجعله غير صحيح، وقد نص عليها المشرع في المواد من 81 إلى 91 من القانون المدني : الغلط، والتدليس، والإكراه، والإستغلال³.

معدوم، فالأول يتعلق بإرادة موجودة لكنها صدرت من شخص غير حر في رضائه أو على غير

¹ إلى _____ : الشخص
الشخص ميلاده إلى الثاني : الشخص
يكتسب من خلالها أنظر في محمد صبري .153-15.

² التي تصيب الشخص والتي .
في .محمدي

2002 78 . محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 157 .

³ ونص على الغبن في المادة 91 من القانون المدني كعيب من عيوب الإرادة وذلك في حالات خاصة ببعض العقود، كما في

حالة الغبن في بيع العقار بما يزيد عن الخمس (358-359)، والقسمة بغبن بما يجاوز خمس نصيب المتقاسم)

(732)، وقد نص المشرع الفرنسي في المادة 1109 (. .) على العيوب الثلاثة الأولى، ونص على الغبن في (

(1118) حيث نص على العيوب الثلاثة الأولى في المادتين 133 193 (. .)، ونص

على الغبن في (336 419).

بينه من أمره، أما الرضاء المعدوم فهو رضاء غير موجود، يتعلق بمجرد مظهر خارجي يوهم بوجود الرضاء، كتلك التصرفات الصادرة عن الصبي غير المميز أو السكران أو الخنون، وتكمن أهمية ()، في أن الرضاء المعيب يترتب عليه بطلان

في حين أن الرضاء المعدوم يترتب عليه بطلان العقد بطلانا مطلقاً¹.

متى صدر التعبير عن الإرادة في اتفاق التحكيم الوارد في عقد النقل البحري من غير ذي أهلية، أو صدرت إرادته معيبة أي مشوبة بغلط أو تدليس أو إكراه أو باق على التحكيم يكون باطلاً طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني.

موضوع النزاع في مشاركة التحكيم - كشرط يترتب على تخلفه بطلان

نص في 2/1012 : "يجب أن يتضمن

اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم" يثور التساؤل حول غاية المشرع من إقصار هذا الإلزام في تحديد موضوع النزاع على المشاركة دون الإلزام على التراضي؟ كما يطرح التساؤل أيضاً حول ما إذا كان المشرع يعامل اتفاق التحكيم كعاملته سائر العقود أم لا، وذلك من حيث الفسخ والدفع بعدم التنفيذ والبطلان وإعمال نظرية تحول العقد في حالة بطلان اتفاق التحكيم؟.

موضوع النزاع، السبب يرجع إلى أن هذه المنازعة تعتبر معلومة بصفة

عامة في شرط التحكيم، لأنه عنصر من عناصر العقد، في حين لا تكون معلومة في المشاركة، وهذه القاعدة إنما جاءت تطبيقاً للقواعد العامة المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية

(5/15 25)، والتي تحتم تحديد موضوع النزاع ضمن عريضة

افتتاح الدعوى ومذكرات الرد، وقد عنى المشرع بوضع هذا النص في باب التحكيم بصفة خاصة ورتب جزاء البطلان على مخالفته، لما في الالتجاء إلى التحكيم من استثناء لأصول التقاضي التي تجعل الفصل في الخصومات من اختصاص محاكم الدولة دون سواها، وبالتالي لا بد أن يكون حكم المحكمين منصباً على منازعات واضحة ومحددة².

1 346-347. صبري السعدي، مرجع سابق، ص 161.

37 - 38.

2 في هذا المعنى، د أحمد أبو الوفا، التحكيم

وهكذا إذا تم الاتفاق على التحكيم في منازعة متولدة عن عقد نقل بضائع في صورة شرط تحكيمي مدرج في هذا العقد، فإن الرضا بشأن هذا الشرط باق ضمن الرضا المتبادل بين طرفي العقد الأصلي، وذلك بناءً على المفاوضات التي جرت بينهما، وبالتالي لا يحتاج شرط التحكيم إلى تراضي خاص جديد، بخلاف إذا ورد شرط التحكيم في صورة اتفاق مستقل عن العقد الأصلي المنشئ للعلاقة القانونية القائمة بين الطرفين، فإن هذه الحالة تتطلب¹، وهذا الحكم ينطبق أيضاً إذا تم الاتفاق على التحكيم في صورة مشاركة، فهذه أيضاً تعتبر بمثابة عقد أو اتفاق جديد خاص بين الطرفين خارجاً عن العقد الأصلي، وفي هذه الحالة يشترط وجود تراضي جديد لتسوية وتحديد هذه المشاركة²، وسيتم التفصيل أكثر في مسألة تحديد موضوع النزاع في معرض الكلام عن محل اتفاق التحكيم كركن من أركان هذا الاتفاق.

أما بالنسبة للتساؤل الثاني، فإن اتفاق التحكيم لا شك يختلف عن سائر العقود الملزمة هو الالتجاء إلى التحكيم، ومن ثم لا يرد عليه الفسخ أو الدفع بعدم التنفيذ كما هو الحال في سائر العقود الأخرى، ولكن يجوز الدفع ببطلان اتفاق التحكيم عندما ينطوي على مسألة مما لا يجوز التحكيم فيها، أو متى اتضح عدم مشروعية محل الالتزام، أما بخصوص إعمال نظرية تحول³ وذلك بتحول اتفاق التحكيم المتضمن سبب من أسباب البطلان إلى اتفاق آخر، فالذي في هو عدم جواز تطبيق هذه النظرية بخصوص اتفاق التحكيم الباطل، ذلك لأن الطرفين لم يتراضيا بموجب اتفاق التحكيم سوى الالتزام بالحكم الذي يصدره المحكم، فإذا لم يصدر المحكم هذا الحكم، تحلل الطرفين من الاتفاق على التحكيم⁴.

¹ د عبد الباسط محمد عبد الواسع، شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 116.

² د الوليد بن محمد بن علي البرماني، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 192.

³ يرجع بخصوص موضوع نظرية تحول العقد بصفة عامة إلى، د عبد الرزاق أحمد

545 . وانظر بحثاً هاماً تحت عنوان) (، د عادل محمد خير،

بطلان اتفاق التحكيم في القانون البحري (1978)

الدكتور عادل خير للمحاماة والاستشارات القانونية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2001، 95 .

⁴ د منير 97-98 الدولي

وبالتالي يبقى مجال إعمال نظرية تحول

لهذا الأخير من طبيعة خاصة على نحو ما رأيناه في معرض الكلام عن طبيعة اتفاق¹.
2- حالات خاصة بأهلية بعض الأشخاص الطبيعيين في إبرام اتفاق التحكيم:

- أثر الاتفاق على التحكيم الذي يبرمه القاصر ومن في حكمه:

التصرفات الصادرة من القاصر ومن في حكمه قد تكون تصرفات ضارة ضرراً محضاً، وهذه تكون باطلة بطلاناً مطلقاً، وقد تكون تصرفات نافعة نفعاً محضاً، وهذه تعتبر تصرفات صحيحة، وقد تكون تصرفات دائرة بين النفع والضرر، وهذه تعتبر باطلة بطلاناً نسبياً بالنسبة للقاصر ومن في حكمه، أما إذا كان عديم الأهلية فتكون التصرفات بالنسبة له باطلة بطلاناً مطلقاً².

أما بخصوص اتفاق التحكيم الصادر من القاصر ومن في حكمه، فقد أكدت المادة 1006 . . . : "يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له"، وتطبيقاً لهذا الشرط لا يجوز لعديم الأهلية أو للقاصر الذي لم يبلغ سن 40 من القانون المدني الجزائري، ولا للحارس القضائي على

ء بذلك، وعلى العكس يجوز للولي الطبيعي أن يبرم اتفاقاً على التحكيم بشأن أموال القاصر، مع مراعاة القيود التي أوردها القانون على سلطة الولي في التصرف في أموال القاصر³ والسؤال الذي يثور هنا هو عن الأثر المترتب على إبرام القاصر لاتفاق التحكيم؟.

يعتبر من قبيل التصرفات الدائرة بين النفع والضرر،

¹ راجع المطلب الثاني من المبحث الأول من هذا الفصل.

² وفي ذلك نصت المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة 43 القانون المدني، تكون تصرفاته نافذة إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع .". في ذلك د صبري السعدي، المرجع السابق، ص 155.

³ وفي ذلك تنص المادة 2/5 : "غير أن التصرف في هذه الأموال -

."

د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 109.

ومن ثم يكون اتفاق التحكيم الذي يبرمه ناقص الأهلية ومن في حكمه قابلاً للإبطال، أي باطلاً¹.

- 1006 -

نص على صحة مزاولة القاصر لأعماله التجارية

84 قانون الأسرة الجزائري بقولها: " يبلغ سن التمييز في

التصرف جزئياً أو كلياً في أمواله، بناءً على طلب من له مصلحة، وله الرجوع في ما يبرر ذلك".

وسن التمييز حسب التقنيات العربية تختلف من بلد إلى آخر، فقد حددها القانون المصري بسبع سنوات، في حين هي محددة في الجزائر بثلاث²، لكن هل كل من بلغ هذه السن وأذن له بالالتجار يجوز له التصرف في أمواله طبقاً للمادة 84

ظاهر النص تقتضي الجواز، لكن يبدو أن المشرع قد قصر هذا الجواز بالقاصر المرشد الذي بلغ سن القانون التجاري الجزائري بقولها: "لا يجوز

18

يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشداً بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال :

إذا لم يكن قد حصل مسبقاً على إذن والده أو أمه، أو على إقرار من مجلس العائلة مصدق عليه ...".

لكن ومع التسليم بهذه الإجازة التي أقرها المشرع للقاصر المرشد حسب المادتين السالفتي الذكر، إلا أن السؤال يثور حول مدى امتداد هذا الإذن ليشمل أيضاً الاتف التحكيم، أي هل يترتب على هذا الإذن أن يصبح المأذون له أهلاً للاتفاق على التحكيم فيما

بديهي أن الإذن بالالتجار يتضمن بالضرورة قيام القاصر بأعمال التصرف في الإطار المأذون له فيه، كالبيع والإقراض والاقتراض، ويعني في الوقت ذاته تخ التي يجربها في ذلك الإطار، وبالتالي اقتضى ذلك أن ترتبط أهلية الاتفاق على التحكيم بأهلية

1.420

1

² أشار إليها د صبري السعدي، المرجع السابق، ص 156.

¹، ومن ثم يكون باستطاعة القاصر المأذون له بالتجارة الاتفاق على التحكيم في التصرفات التي يكون أهلاً لإبرامها وفقاً للإذن الممنوح له².

- أثر الاتفاق على التحكيم الذي يبرمه التاجر المفلس:

- محل الدراسة - يعتبر عقداً تجارياً

مبرم بين شخصين متمتعين بصفة التاجر، فقد يحدث وأن يتعرض أحدهما أو كلاهما إلى إفلاس، الأمر الذي يثير التساؤل حول مدى نفاذ اتفاق التحكيم في حق جماعة الدائنين؟، للإجابة على هذا التساؤل يج

الحالة الأولى: اتفاق التحكيم المبرم في الفترة السابقة على فترة الريبة

فترة الريبة هي الفترة الواقعة بين التاريخ الذي تحدده المحكمة³

و صدور الحكم بشهر الإفلاس⁴ في وقت سابق على فترة

أن هذا الاتفاق يكون صحيحاً و نافذاً في حق جماعة الدائنين⁵

الهدف من بطلان تصرفات التاجر المفلس في فترة الريبة هو مجرد منع ما قد يترتب على التصرف

و لمصلحة جماعة الدائنين، كما يكون للطرف الآخر في اتفاق التحكيم مباشرته في مواجهة وكيل

¹ في حين يذهب رأي في الفقه، إلى عدم التسليم بأهلية القاصر المأذون له بالتجارة في الاتفاق على التحكيم في مطلق التصرفات، ومرجعه في ذلك أن المشرع يتطلب أهلية خاصة للاتفاق على التحكيم، هي أهلية التصرف، ولا يكفي في ذلك لمي التحكيم بالنسبة له تبقى قاصرة في حدود ما يسلم له أو يوضع تحت

تصرفه لأغراض نفقته، وفقاً لما نص عليه المشرع المصري في المادة 61
د أحمد أبو الوفا، .
119 1952 .55

2 413 .

³ جدير بالذكر أن افتتاح إجراءات التفضيلة يترتب عليه الحد من ولاية المحكم، حيث يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان افتتاح التفضيلة طبقاً لأحكام المادة 3/40 . . .

235 .

⁴ د محمد مهجت عبد الله، الإفلاس والصلح الواقعي منه، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999 .103

⁵ Cass. Com, 10 janvier 1984, rev. Arb, 1984, p. 492. Cass. Com, 12 février 1985, rev. Arb, 1985, p. 275. Cass. Com, 19 juillet 1989, rev. Arb, 1989, p. 321.

أن الحكم بشهر الإفلاس لا يؤثر على صحة اتفاق التحكيم المبرم قبل

فترة الريبة¹.

الحالة الثانية: اتفاق التحكيم المبرم في فترة الريبة

تنص

كتلك التي ^{٢٤٧} 247 من القانون التجاري، وذلك خلال فترة الريبة،

أي التي تصدر بعد التوقف عن الدفع وقبل الحكم بشهر الإفلاس،
يحتج به على جماعة الدائنين²، وتمثل هذه التصرفات التي نصت عليها المادة المذكورة في عقود
التبرع، والتأمينات العينية كالرهون العقارية، والوفاء بالديون سواء الآجلة أو الحالة، لكن التساؤل
يثور حول ما إذا كانت هذه التصرفات محل الحظر واردة على سبيل المثال فقط بحيث يمكن
للقاضي أن يقدر اعتبار اتفاق التحكيم واحداً منها، أم وردت على سبيل الحصر ومن ثم لا يسوغ
للقاضي التوسع في مقتضاها؟.

الأمثلة التي أوردها المادة 247

ثم فإن اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع أو أي عقد آخر غير منصوص عليه
نافذاً وصحيحاً ولا يمنع هذا التاجر من الاحتجاج به على جماعة الدائنين³، ذلك لأن الأصل في
اتفاق التحكيم أنه من التصرفات غير الضارة، حيث أنه لا يحمل معنى التصرف في الحق محل
النزاع، فهو بهذه المثابة لا يمثل أي خطورة على جماعة الدائنين⁴، غير أنه متى تحققت المحكمة من
أن اتفاق التحكيم يضر بالدائنين، وأن الطرف الآخر كان يعلم بحالة التاجر المفلس، فيجوز لها
حينئذ الحكم بعدم نفاذ اتفاق التحكيم في مواجهة الدائنين⁵.

1

417. وقد ذهب رأي فقهي في فرنسا إلى أن الحكم

بشهر الإفلاس يؤدي إلى انقضاء اتفاق التحكيم على أساس أن اتفاق التحكيم صدر من غير ذي صفة بسبب الحكم
بإفلاس التاجر، أشار إليه، د أحمد أبو الوفا،
67.

² يذهب رأي إلى التمييز بينما إذا كان التحكيم بالقانون أم كان بالصلح، فإذا كان التحكيم بالقانون فإنه يعتبر صحيحاً
ونافذاً في حق جماعة الدائنين، أما إذا كان تحكيمياً بالصلح فهنا يحق لوكيل التفليس

التحكيم بالصلح قد يتضمن تنازل التاجر المفلس عن بعض حقوقه، الأمر الذي قد يؤدي إلى الإضرار بجماعة الدائنين، أنظ

132

د محمود محمد هاشم، النظرية في

³ د عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 163.

4

417.

⁵ د أحمد أبو الوفا، 68.

الحالة الثالثة: اتفاق التحكيم المبرم بعد صدور الحكم بشهر الإفلاس

يترتب على صدور الحكم بشهر إفلاس التاجر بمقتضى نص المادة 244

التجاري الجزائري، غل يد المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها بقوة القانون، ويتولى وكيل التفليسة إدارة أمواله طيلة مدة التفليسة، ويترتب على ذلك أن أي تصرف من المفلس في الأموال لداخلة في التفليسة، يكون غير نافذ في مواجهة الدائنين بمقتضى الحكم بشهر الإفلاس.

وترتيباً على ذلك، يمتنع على الطرف في عقد النقل البحري للبضائع

حكم بشهر إفلاسه، الاتفاق على التحكيم اعتباراً من هذا التاريخ¹، غير أن هذا المنع لا يشمل بالطبع الأموال غير الداخلة في التفليسة، مثل الأموال التي لا يجوز الحجز عليها -

-، ثم إن المنع يقتصر على التصرفات الضارة بالدائنين، فلا يشمل ما قد يكون منها في

صالحهم، كما لو اقترض المفلس بعد شهر - ساعده

-، ففي مثل هذه الحالة يجوز له الاتفاق على التحكيم في المنازعات التي قد

تنشأ عن هذا التصرف طالما كان في صالح الدائنين².

ج- أثر الاتفاق على التحكيم الذي يبرمه الوكيل:

تعتبر الوكالة عمل دائم الحدوث في التجارة البحرية، ولما كان ا

محل النزاع

ثم يكون لهم توكيل غيرهم في إبرام الاتفاق نيابة عنهم

قبطان السفينة أو المستشار القانوني، أو غيرهم من المفوض³، ومن ثم نتساءل عن طبيعة هذا التوكيل هل هو توكيل عام بحيث يخضع إلى الأحكام العامة للوكالة، أم أن طبيعة التحكيم تقتضي وجود وكالة خاصة في إبرام اتفاق التحكيم؟.

¹ وهذا الحكم نص عليه المشرع المصري صراحة بموجب المادتين 1/589 644 1999/17

تفصيل ذلك، د سميحة القليوبي، الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقاً للقانون رقم 27 1994
2012 65.

² 415.

³ د عاطف محمد الفقي، في 181.

القاعدة العامة:

نص المشرع الجزائري في المادة 574 من القانون المدني على أنه: "لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة، لاسيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والإقرار والتحكيم".

من هذا النص يتضح أن الوكالة العامة في التحكيم لا تكفي وعلى هذا لا تكفي وكالة المحامي العامة للتمثيل أمام هيئة التحكيم، إذ هذه الوكالة تسمح للمحامي بالقيام بالأعمال اللازمة لسير الخصومة، ولكنها لا تسمح له بإبرام اتفاق التحكيم أو الاتفاق على هيئة التحكيم أو على مد ميعاد التحكيم، فكل هذه الأعمال يلزم فيها توكيل¹

غيره، فهي لا تؤهل الوكيل تمثيل موكله للمرافعة أمام هيئة التحكيم ما لم يكن مفوضاً في الو²

وإذا كان اتفاق التحكيم يتطلب توكيلاً خاصاً على النحو السابق، فإن المرجع في بيان حدود النيابة يكون وفقاً لمقتضيات هذه الوكالة، أما إذا اقتصر التوكيل على تحويل الوكيل سلطة³، ففي هذه الحالة يكون للوكيل سلطة تحديد المنازعات التي يجوز فيها التحكيم وتلك التي تعرض على التحكيم بالفعل، مع الالتزام بالطبع بالعلاقة التي ورد التوكيل بشأنها، والغالب هنا أن يكون التوكيل شاملاً لإبرام العقد

لاحقاً لنشأة العلاقة الأصلية، ويحدث ذلك في الحالة التي ينشأ فيها النزاع بشأن وتم عرضه على القضاء، وأعطى أحد الطرفين محاميه توكيلاً لمباشرة الدعوى، مخولاً إياه

¹ د فتحي والي، المرجع السابق، ص 112.

² د سميحة القليوبي، الأسس القانونية للتحكيم التجاري، المرجع السابق، ص 62.

³ لا يثير الاتفاق على التحكيم المبرم في صورة مشاركة أية مشكلة من حيث تحديد النزاع المراد التوكيل بشأنه، فبديهي أن ينشأ النزاع في هذه الحالة قبل الاتفاق على التحكيم، الأمر الذي يسهل معه تحديد هذا النزاع، لكن لما كان الغالب أن يتخذ كيم المبرم لحظة إبرام العلاقة الأصلية

طبيعة النزاع الذي سوف يتم التوكيل بشأنه، لذلك لا يلزم أن تكون الوكالة خاصة بنزاع محدد لحظة التوكيل أو لحظة الاتفاق.

- التي نشأ النزاع بشأنها¹.

الاستثناء من القاعدة العامة: عدم الحاجة لوكالة خاصة في المعاملات الدولية لا ريب في أن تضمين المعاملات التجارية، لاسيما البيوع الدولية والعقود البحرية منها، اتفاقاً على التحكيم قد صار من الشروط المألوفة، على نحو يمكن معه القول بوجود قرينة مفادها أن تفويض الوكيل التجاري أو البحري في إبرام اتفاق التحكيم، قد أصبح من قبيل التعر المقبولة ضمناً والتي أساسها العرف التجاري²، وهذا ما يسمح بالاستناد إلى العرف التجاري في³، حيث كثيراً ما أصبح التعامل في العقود الدولية يتم وفقاً لنماذج محددة متعارف عليها، تنطوي عادة على شرط التحكيم، ففي مثل هذه العقود لا ي

أن يتمسك بعدم وجود توكيل خاص بالاتفاق على التحكيم، طالما هناك توكيل صريح أو ضمني⁴.

ثانياً: أهلية الشخص الاعتباري في إبرام اتفاق التحكيم

تشير أحكام التحكيم التجاري إلى أن أغلب المنازعات المعروضة على هيئات تكون بين الأشخاص الاعتبارية العامة منها والخاصة، ونسبة قليلة منها تلك التي تنشأ بين⁵، وهذا رغم الاتجاه المتزايد نحو تمكين القطاع الخاص وشركاته من قيادة حركة النشاط الاقتصادي في مختلف دول العالم، منذ أواخر الثمانينات وإلى حد الآن، ومع ذلك لم تَلَّ الدولة عن هوضها بالعديد من الأنشطة الاقتصادية والتجارية، والتي كانت تعد فيما قبل من صميم النشاط الفردي أو الخاص، فقد بدأت الدولة إلى جانب الوحدات العامة التابعة لها، في

1 431.

2 د نريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم في المواد المدنية والتجارية 228. د عاطف محمد الفقي، في 184.

3 الواقع أن هذه المسألة تتعلق بمدى قدرة العرف التجاري على مخالفة القواعد القانونية الآ في القانون التجاري، فمن المتفق عليه أن العرف التجاري ليس له القدرة على مخالفة هذه ، غير أنه كما يرى جانب من الفقه من الصعب بجل مطلق في هذه المسألة -

.430-429

4 430.

5 د عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 167.

إبرام العديد من العقود مع شركات أجنبية، ولما كانت هذه الأخيرة لا تثق إلا في قضاء التحكيم¹ فهي تشترط في عقودها اتخاذ التحكيم طريقاً لتسوية ما قد يثور بشأنها من منازعات².
ومن ثم يثور السؤال حول إمكانية الاعتراف للدولة والأشخاص الاعتبارية الخاصة منها :

1- أهلية الأشخاص الاعتبارية الخاصة لإبرام اتفاق التحكيم:

تمتع الأشخاص الاعتبارية الخاصة بمجرد الاعتراف لها بالشخصية المعنوية، بأهلية الأداء التي تخولها حرية التمتع بالحقوق وتحمل الالتزامات في حدود الغرض من إنشائها وفي نطاق³، ويتولى التعبير عن إرادتها ممثلها القانوني كرئيس مجلس إدارة شركة المساهمة ... إلخ، وسوف نركز في هذه الدراسة على الشركات التجارية دون المدنية، لكون هذه الأخيرة ناذرة الوجود عملياً، ولأن أعمال اتفاقات التحكيم يظهر بشكل أكبر في مجال الشركات التجارية⁴.
ويجدر التمييز في هذا الصدد بين أهلية الشركة كشخص اعتباري وسلطة ممثلها القانوني في :

- أهلية الشركة:

يقصد بأهلية الشركة، صلاحيتها كشخص قانوني لممارسة كافة حقوقها في حدود ما ينص على أداء معاً، ومن ثم لها أهلية إبرام اتفاق⁵، في أي نزاع ينشأ بشأن تلك الحقوق الثابتة في العقد التأسيسي، أي في حدود الغرض الذي من أجله أنشئت الشركة، وبناءً عليه لو تعاقدت هذه الشركة خارج الحدود المنصوص عليها في عقدها التأسيسي دون تعديل هذا الأخير، وتم إدراج اتفاق على التحكيم في العقد الأصلي،⁶

¹ راجع ما تقدم في، الفرع الثاني من المطلب الثالث من المبحث السابق.

² د أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 211-212.

³ 2006 121.

⁴ د عبد الباسط محمد عبد الواسع، مرجع 168.

⁵ د باسمه لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، رسالة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2005.

.73

⁶ 122.

- سلطة ممثل الشركة في إبرام اتفاق التحكيم:

من المعلوم أن الشركة كشخص معنوي خاص لا يتصور أن لها إرادة، فكان من الضروري أن يكون لها ممثل قانوني من الأشخاص الطبيعيين، يباشر التصرفات باسم الشخص المعنوي وحسابه¹، وذلك في حدود السلطات المخولة لهذا الممثل، والتي يحددها القانون

الحاكم للشركة تطبيقاً لمنهج التنازع، والذي قد يكون مقر الشركة، أو قانون مركز تأسيسها للحلول المقررة في الأنظمة القانونية المختلفة².

ويثور التساؤل عن سلطة الممثل القانوني للشركة في إبرام اتفاق التحكيم، هل تكفي صفته كممثل قانوني للشركة، أم يجب أن يرد نص خاص بذلك في عقد الشركة بتفويضه صراحة من مجلس إدارة الشركة³.

مما الغير تقوم على شرطين،

باسم الشركة ولحسابها، ومقتضى هذا الشرط أن يكون التعامل مع هذا الغير موقعاً من المدير بصفته نائباً عن الشركة، والثاني أن يكون التعامل قد تم في نطاق الحدود المرسومة للمدير، أي في

4

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كانت الشركة من شركات الأشخاص، مثل شركة التضامن أو التوصية البسيطة، فإن الشريك المتضامن إذا كان مديراً في الشركة له سلطة واسعة في التصرف في أموال الشركة، ولهذا فإن له أن يبرم اتفاق التحكيم نيابة عن الشركة ولو لم يفوض في ذلك راحة، في حين لا يكون للشريك الموصي أو المدير غير الشريك المتضامن هذه السلطة⁵.

وبالنسبة لشركات المساهمة أو ذات المسؤولية المحدودة، يكون لرئيس مجلس الإدارة أو العضو المنتدب في شركة المساهمة أو المدير العام في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، السلطة الكاملة في الإدارة والتصرف في أموال الشركة في حدود تحقيق أغراض الشركة، وقد جرى القضاء في فرنسا على جواز إبرام المدير لاتفاق التحكيم بمقتضى هذه السلطة دون الحاجة إلى تفويض خاص

¹ د عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 174 - 175.

² د عاطف محمد الفقي، ص 184 - 185.

³ د فتحي والي، المرجع السابق، ص 110.

⁴ د عبد الباسط محمد عبد الواسع، مرجع سابق، ص 176.

⁵ د فتحي والي، مرجع سابق، ص 110.

بذلك، على أساس أن التحكيم قد أصبح الوسيلة العادية للفصل في المنازعات المتعلقة الاقتصادي، إذ يعتبر تكملة ضرورية للعقود التي تبرمها الشركة¹.

تفويضاً خاصاً كتابياً بذلك من السلطة المختصة بالشركة، ما لم يكن قد جرى التعامل على قيامه².

حول الأثر المترتب عن تجاوز مدير الشركة سلطاته في إبرام اتفاق³ في هذا الخصوص بين فرضين:

إذا كانت سلطات المدير مشهورة وفقاً للأحكام القانونية المنظمة لها، فهنا يفترض علم الغير بحدود هذه السلطات، ومن ثم لا يجوز لهذا الغير الرجوع على الشركة أو على أحد الشركاء حتى ولو كان حسن النية.

الفرض الثاني في حالة عدم إشهار حدود سلطات المدير، فإنه حماية للغير حسن النية، يلزم تقرير مسؤولية الشركة والشركاء بتصرفات المدير التي تجاوز في طبقاً للقواعد العامة في الرجوع⁴.

2- أهلية الأشخاص الاعتبارية العامة لإبرام اتفاق التحكيم:

كما سبق، فقد رأينا كيف ازداد تدخل الدولة وأشخاصها المعنوية العامة، في الحياة التجارية الدولية، فبعدما كانت الدولة تظهر بمظهر الحارس فقط على العقود المبرمة، أصبحت في الوقت المعاصر تتولى دور الدولة التاجرة والدولة الناقلة والدولة الشاحنة، وأظهر مجال



السفن التجارية وشركات النقل البحري، وتولت دور الشاحن البحري مبرمة عقود نقل وإيجار

¹ هذا وقد ذهب قضاء التحكيم في مصر، إلى أن سلطة مدير الشركة في مباشرة اتفاق التحكيم نيابة عن الشركة، قد تنقيد عند وجود نص خاص في عقد الشركة يسلبه هذه السلطة أو يقيدها، أنظر

136 135

1999 2000/3/1، مجيم العربي، العدد الثالث، ص 462.

² د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، 111.

³ د علي الأمير إبراهيم، مسؤولية الشركاء في شركات الأشخاص، 20 2004.

⁴ وهو الحكم الذي ذهب إليه قضاء التحكيم المصري، حيث قرر بطلان هذا التصرف بطلاناً نسبياً، ومن ثم يزول هذا

بحريين، ومن ثم وجدت في التحكيم الوسيلة المناسبة لحل منازعاتها، لكن نظراً لما

¹، الأمر الذي يدفعنا إلى البحث عن مدى أهلية الدولة لمنازعات التي

- الوضع في الاتفاقيات الدولية:

بالرجوع إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958 التي صادقت عليها الجزائر² 233/88، نلاحظ أنها لم تتضمن أي نص حول أهلية الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة لإبرام اتفاق التحكيم، لكن بالرجوع إلى الفقرة الأولى/أ من المادة الخامسة لهذه الاتفاقية، نجد أنها قد رفض الاعتراف بحكم

التحكيم وتنفيذه، إذا قام الطرف المطلوب ضده التنفيذ بتقديم الدليل في الاعتراف

عليهم عديمي الأهلية، وهذا يقرر حق أي دولة في تطبيق القواعد التي تنص عليها قوانينها أي قيود دولية تفرض عليها في هذا الخصوص³.

أما عن الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 ضمنته في المادة الثانية يقرر: في القانون العام للخضوع للتحكيم، مع

✍

1 167 - 168.

² سبقت الإشارة إلى أن إلى 1958 بالاعتراف في نيويورك بتاريخ 1958/06/10 233/88، المؤرخ في 1988/11/05 ومبنى هذا التحفظ ويتجلى في عدم هذه في الدولية في سهولة ثاني بن وأثره في أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، العدد 2007 189.

³ DAVID Reni, L'arbitrage dans le commerce international, Op cit, p. 249.

أما القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 1985، وإن لم يتضمن أي نص ينظم صراحة مسألة أهلية الدول في إبرام اتفاق التحكيم، إلا أن مادته الأولى في فقرتها الخامسة نصت على : "لا يمس هذا القانون أي قانون آخر للدولة التي تتبناه لا يجيز تسوية منازعات معينة بطريق التحكيم..."، مما يدل على أن هذه الاتفاقية تحديد الشروط المتعلقة بأهليتها طبقاً لما تنص عليه قوانينها

1.

- الوضع في التشريع الجزائري:

سبق وأن أشرنا في معرض الكلام عن تطور التحكيم في الجزائر² أن هذه الأخيرة من خلال

154/66

الأشخاص العمومية من اللجوء إلى التحكيم، فقد نصت المادة 3/442 : "لا يجوز

"

³ في شأن تفسير هذه المادة، ففي الوقت الذي منعت فيه هذه المادة

الأشخاص المعنوية العامة من اللجوء إلى التحكيم، عمدت الجزائر إلى إبرام عدة عقود متعلقة بالبترول مع شركات أجنبية خاصة تضمنت شروطاً للتحكيم، على سبيل المثال العقد الذي أبرمته

الجزائر مع الشركة البتر GETTY في 1968/10/19

التحكيم الجزائري الفرنسي في 1983/03/27

09/93

: ".... ما عدا في علاقتهم التجارية الدولية".

الجزائر من خلال نص المادة 442 السالفة الذكر، لم تكن تُولٍ كثير اهتمام للتحكيم، الدولي، وهذا لم يكن ناتجاً عن أسباب سياسية واقتصادية في ذلك الوقت فقط،

¹ B. Goldman, Arbitrage Commercial international, op cit, p. 04.

² مقدمة هذه الرسالة.

³ أنظر في شأن هذا الخلاف:

TERKI Noureddine, L'arbitrage commercial international en Algérie, op cit, p. 16 et s.

Aussi, ZAALANI. A, L'intervention des personnes publiques et parapubliques dans l'arbitrage international commercial , op cit, p. 901 et s.

ة السيادة التي لم تكن الجزائر وحدها التي أخذت بها، بل تعدى ذلك إلى الدول

1

الإشارة إلى أن الجزائر بدأت تراجع موقفها شيئاً فشيئاً

التجاري الدولي، وذلك تحت تأثير التغييرات الاقتصادية من جهة وتطور العلاقات ا
أخرى، ويتجلى ذلك بانضمامها للعديد من الاتفاقيات الدولية، أبرزها اتفاقية التعاون التي أبرمتها
الجزائر مع فرنسا في 27 مارس 1983 أُتْبِعَتْ بإبرام نظام تحكيمي بين البلدين²

النظام التحكيمي معاهدة تسمح من خلالها للشركات الجزائرية بأن تلجأ إلى التحكيم التجاري
الدولي إذا ما أبرمت عقوداً مع شركات فرنسية³

العربي الدولي، 1958 بالاعتراف

إلى حماية تنص اللجوء إلى
17 4 :

"يعرض أي نزاع يطرأ بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية ضده، على المحاكم المختصة، إلا إذا

أو اتفاق خاص ينص على شرط تحكيم

إلى تحكيم خاص" يتضح من نص المادة أن المبدأ هو اختصاص المحاكم الجزائرية، أما الاستثناء
فهو اللجوء إلى التحكيم الدولي.

09-93

وسمح لها في

¹ محمد

في 14 15 ديسمبر 1992

² Mebroukine Ali, Le Règlement d'arbitrage Algéro- Français, du 27 mars 1983, op cit, pp. 191- 232

³ عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، المرجع السابق، ص 15.

⁴ 03/01، المؤرخ في 20 2001، المتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية، العدد 47، المؤرخة في 22

.2001

ومن ثم أصبح

إلى¹.

وعلى إثره انضمت

95-05 المؤرخ في 21

إلى 1995

الدولي

في 18 مارس 1965

ثم في الأخير صدور القانون رقم 09/08

المؤرخ في 2008/02/25 الذي نص على التحكيم في الباب الثاني من الكتاب الخامس،

التحكيم كطريق بديل عن التقاضي، لجميع الأشخاص بما في ذلك الأشخاص المعنوية العامة، لكن وفق الضوابط الآتي ذكرها:

بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، فقد قضت المادة 1006 في

: "لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية

الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

تبين من هذا النص أن المشرع ساير اتفاقية نيويورك لسنة 1958 التي وقع عليها، ومن ثم

تحكيم للأشخاص المعنوية العامة، غير أنه حدّد من نطاق هذه

الأهلية مبدئياً تحفظه اتجاه العلاقات القانونية التي تبرمها هذه الأشخاص، حيث لم يسمح لها

باللجوء إلى التحكيم إلا في مجالين، الأول في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية، والثاني في مجال

1006

نطاق الروابط القانونية محل النزاع والتي يمكن للأشخاص المعنوية العامة الاتفاق على التحكيم

بشأنها، فبعدما كان يقتصر على الصفة التجارية لهذه المصالح بمعناها التقليدي

1

01

09-93

442

: "يجوز شخص في
في
في

في

غير أن المشرع لم يبين المقصود بالأشخاص المعنوية من خلال هذا المرسوم، لكنه تدارك ذلك في التعديل الجديد من خلال

09/08

975 التي أحالت على المادة 800

:

976 المتعلقة بتمثيل هذه الأشخاص أمام التحكيم.

458

154/66

09/93

: "يعتبر دولياً التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح التجارية الدولية

..."، أدخل في نطاق التحكيم الدولي كل علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي، عقدية كغير عقدية تجارية كانت أو مدنية، وذلك في 09/08 حيث أصبح ينص من

1039 : "

يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

توريد السلع والخدمات، الوكالات التجارية، عقود التشييد والخبرة الهندسية أو الفنية، منح التراخيص الصناعية والسياحية، عقود نقل التكنولوجيا والاستثمار، عقود التنمية، عمليات التنمية نوك، التأمين والنقل، عمليات التنقيب واستخراج الثروات الطبيعية، استصلاح الأراضي الزراعية وحماية البيئة...¹.

أما بخصوص المقصود بالأشخاص المعنوية العامة في مفهوم المادة 1006 . . .

بقولها: "لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه

975

أن تجري تحكيمياً إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية²، التي صادقت عليها الجزائر وفي"، وبالرجوع إلى نص المادة 800 يتبين أن هذه الأشخاص المعنوية هي:

ة ذات الصبغة الإدارية، وبالتالي وحسب

976

المعني أو الوزراء المعنيين، وإذا تعلق التحكيم بالولاية أو البلدية فيتم اللجوء إليه بمبادرة من الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي

اللجوء إليه بمبادرة من الممثل القانوني أو من ممثل السلطة الوصية التي تتبعها.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى مسألة القانون الواجب التطبيق على الأهلية، حيث أن اتفاقية

نيويورك لم تتطرق إلى هذه الم

التنازع المعمول بها في كل دولة، ولعل السبب في عدم وضع قاعدة موحدة بخصوص أهلية أطراف

اتفاق التحكيم، يمكن إرجاعه إلى تخوف واضعي الاتفاقية من الوقوع في مثالب منهج التنازع في

¹ لمزيد من التفصيل أنظر، د فتحي والي، المرجع السابق، ص 42 .

² راجع بشأن هذه الاتفاقيات، التطور التشريعي للتحكيم المشار إليه في مقدمة هذه الرسالة.

تشير إليه قاعدة التنازع في قانون الدولة المطلوب فيها التنفيذ¹.

ج- التحكيم ومبدأ الحصانة القضائية:

أن المشرع الجزائري وعلى غرار الاتجاه السائد في الدول الأخرى،

القضائية التي تتمتع بها هذه الأشخاص أمام التحكيم، ومن ثم تجد الدولة في التحكيم ملجأً للهروب من القضاء الوطني في الدول الأخرى، فالمحكم لا يصدر قضاءه باسم الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم، ولكنه يضطلع بمهمة الفصل في النزاع المعهود إليه بواسطة الأطراف أنفسهم، فالدولة إذا قبلت الدخول كطرف في اتفاق التحكيم، فإنه لا ينبغي لها الدفع بحصانتها القضائية أمام هيئة التحكيم، وهذه المسألة مسلم بها فقهيًا بخلاف الحصانة القضائية أمام الوطنية في الدول الأخرى².

هذه الحصانة وذلك في الحالات التي يتدخل من خلالها القضاء الوطني في العملية التحكيمية³.

4.

الاتجاه الأول، ويمثله القانون والقضاء الإنجليزي والقضاء الأمريكي، حيث يقرر بأن إبرام الدولة أو الشخص المعنوي لاتفاق التحكيم يترتب عليه تنازل الضمني من قبل هذه الدولة عن حصانتها القضائية أيضاً أمام القضاء الوطني، عندما يتدخل هذا الأخير في العملية التحكيمية،

¹ د عبد الباسط محمد عبد شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي، 154.

² د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات 175.

³ حدد قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري تلك الحالات التي يتدخل من خلالها القضاء الوطني في العملية التي فقد يكون هذا التدخل قبل صدور حكم التحكيم، كما في حالة تنازل الأطراف عن التمسك باتفاق التحكيم والدفع باختصاص القضاء الوطني (1044)، وفي حالة إدعاء أحد الأطراف أمام القضاء الوطني قبل اللجوء إلى التحكيم منازعاً المحكمين، وفي حالة الأمر باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية (1046)

تقديم الأدلة (1048)، وقد يكون التدخل بعد صدور حكم التحكيم، حيث يملك الأطراف حق اللجوء إلى القضاء الوطني لممارسة حقهم في الطعن على حكم التحكيم (1055).

وهو ما نص عليه القانون الإنجليزي للحصانة القضائية لسنة 1978

.1972

الاتجاه الثاني، ويمثله الفقه والقضاء الفرنسيان، حيث يذهب هذا الاتجاه إلى أن مجرد إدراج شرط التحكيم في العقد التي تكون الدولة أحد أطرافه لا ينهض دليلاً على تنازلها عن حصانتها القضائية أمام القضاء الوطني، وبالتالي يجب ترك تقدير هذه المسألة لقضاء الدولة. يستند في هذا التقدير إلى الإرادة الواضحة والصريحة للدولة في شرط التحكيم، أي ما إذا كان هذا الشرط يعلن بوضوح عن تنازل الدولة عن التمسك بحصانتها القضائية أمام القضاء الوطني أم لا¹. من المتفق عليه في الفقه الفرنسي، أن توقيع الدولة

أمام القضاء الوطني، إلا إذا ظهر ذلك واضحاً من فحص شرط التحكيم². الرأي الأخير يعتبر جديراً بالتأييد، لكونه الأقرب إلى احترام مبدأ سيادة الدول، على الأقل أمام القضاء الوطني، فنزولاً عند هذا المبدأ لا ينبغي مجرد الافتراض الضمني لتنازل الدولة عن حصانتها القضائية أمام القضاء الوطني، ما لم تعلن الدولة صراحة هذا التنازل ضمن اتفاق التحكيم، وهذا الوضع المتمثل في تدخل القضاء الوطني في العملية التحكيمية على النحو المتقدم، لا شك أنه يدق بالخطر لاسيما في مواج عند إبرامها لاتفاق التحكيم من العواقب المترتبة على هذا التدخل، فهي ما قبلت بالتحكيم طريقاً لتسوية منازعاتها إلا تجنباً للقضاء الوطني للدول الأخرى، لتجد نفسها في مواجهته مرة أخرى، خصوصاً إذا كان هذا القضاء الوطني

الفقرة الثانية: الرضا بالتحكيم لا يفترض بل لا بد من وجود الدليل عليه

لما كان الاتفاق على التحكيم يشكل خروجاً عن الأصل العام والمتمثل في اختصاص القضاء العام للدولة، اقتضى ذلك وجوب التعبير عنه صراحة ولا يكفي مجرد افتراضه، لذلك يجب أن يُخصَّ نظام التحكيم بالذكر في الاتفاق المبرم بين الأطراف ()

1 Paris, 1^{er} avril 1982, clunet 1983, p. 145.

2 Pierre Bourel, Arbitrage International et Immunités des Etats étrangers, Rev. Arb, 1982, P. 132 et s.

¹ ()، ومن الأهمية بمكان أن نتطرق في الأخير إلى بيان القانون الواجب التطبيق على التراضي ():

أولاً: ضرورة وجود الدليل على الرضا بالتحكيم في عقد النقل البحري للبضائع

الغالب أن يكون التعبير عن الإرادة في الاتفاق على التحكيم صريحاً، غير أنه أحـ الصراحة، الأمر الذي يثير صعوبة من حيث تفسيره، وفي ذلك تنص 60 من القانون المدني الجزائري بأن: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقـ . ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً".

والسؤال الذي يبرز هنا، حول مدى جواز التعبير الضمني في شرط التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع؟.

² إلى جواز التعبير الضمني في عقود التجارة الدولية -

-، ومستندهم في ذلك ما قضت به محكمة استئناف باريس³ : "إذا كان العمل يجري بين شركتين على إبرام العقود بينهما متضمنة شرط تحكيم، ثم أبرما عقداً من يعني ضمناً إرادتهما الاتفاق على التحكيم بالنسبة للعقد الأخير، إلا إذا تضمن هذا العقد إرادة صريحة في عدم الالتجاء إلى التحكيم".

بينما يستبعد جانب آخر من الفقه⁴ جواز الأخذ بالتعبير الضمني عن الإرادة فيما يتعلق بشرط التحكيم، منتقدين الموقف السابق لمحكمة استئناف باريس، حيث أن التحكيم يعتبر من المسائل المهمة التي ينبغي تنبيه الأطراف عنها لخطورتها، بحيث يجدر بهم عدم اتخاذ قرارهم في

¹ د محمود السيد عمر التحيوي، الرضا بالتحكيم لا يفترض وإنما لا بد من وجود الدليل عليه، المرجع السابق، ص 128

² د محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 174، د فتحي والي، المرجع السابق، ص 105.

³ Cour. Cass, paris, 14 juin, 1970, Rev. Arb, 1970, p. 148.

⁴ 943 د محمد بن ناصر البجاد، التحكيم في المملكة

وتفكير، ظراً لما يترتب عليه من سلب للاختصاص القضائي، باعتباره

ولعل هذا الرأي الأخير يعتبر جديراً بالتأييد استناداً إلى ما نصت عليه بعض القوانين، وذلك عندما اشترطت كتابة اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان، على خلاف بينها فيما إذا الكتابة تعتبر شرطاً للإثبات أم شرطاً للانعقاد¹، وفي هذا الصدد نصت 1008 :
"يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها"² 1012 : "يحصل

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري ميز بين مسألة الكتابة في المادتين السابقتين، فبينما اعتبرها شرطاً للإثبات فيما يتعلق بشرط التحكيم في المادتين 1008، اعتبرها شرطاً 1012 الأمر الذي يثير الاسد

فإننا لا نجد مسوغاً لهذه التفرقة لعدم وجود فائدة ترجى عملياً من ورائها²
³ هذه النتيجة بأنه يندر أن يكون هناك ادعاء بوجود اتفاق تحكيم شفوي، ويحاول المدعي إثباته بشهادة الشهود مثلاً، كما أن القاعدة العامة عند الدول التي تعتبر الكتابة شرطاً للإثبات، - بحيث يجوز فيها الاستعاضة عن الكتابة إما بإقرار المدعى عليه، أو باليمين الحاسمة - إن هذه القاعدة العامة لا يمكن إعمالها في مجال التحكيم، ذلك لأن نص المادة 1008 "
... "، وهذا يعني أنه لا يمكن الاستعاضة عن الإثبات بالكتابة بأي وسيلة إثبات رير المشرع لبطلان شرط التحكيم إذا لم يرد مكتوباً.

¹ من القوانين التي تعتبر الكتابة شرطاً للإثبات قانون التحكيم الإماراتي (2/203) (509) (252) (15 بمجي)، بينما اعتبرت الكتابة شرطاً للانعقاد نص المادة 12 763

التحكيم اللبناني، والمادة 1443 من قانون المرافعات الفرنسي، مع الإشارة إلى أن كل من القانون اللبناني والقانون الفرنسي به في شرط التحكيم والكتابة في مشاركة التحكيم، ففي الأولى تعتبر شرطاً للانعقاد وفي الثانية يعتبر شرطاً

للإثبات، وخالف في ذلك المشرع الجزائري حيث اعتبر أن الكتابة شرط لإثبات شرط التحكيم في المادة 1008، بينما اعتبرها شرطاً لصحة وجود وانعقاد مشاركة التحكيم في المادة 1012

² وسيأتي تفصيل هذه المسألة في معرض الحديث عن شرط الكتابة من هذا الفصل.

³ د حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 95

أما بخصوص مشاركة التحكيم، وإن لم يرد النص ببطلاها إذا لم ترد في الشكل المكتوب، فإن ذلك لا يعني جواز الاستعاضة عن الكتابة بالإقرار أو باليمين، ذلك لأن المشرع خص الكتابة كوسيلة في إثبات المشاركة من بين الوسائل الأخرى وذلك على سبيل الحصر، ولم يقرر جواز الإثبات بأية وسيلة أخرى كما هي عادته، لذلك نرى عدم التوسع في مقتضى الإثبات الوارد في 1012 بخصوص مشاركة التحكيم.

وخلاصة القول، سواء كانت الكتابة دليلاً للإثبات أو للانعقاد، فإنه يتعين في جميع الأحوال أن يكون التعبير عن الإرادة دالاً دلالة واضحة على رغبة الأطراف في الالتجاء إلى التحكيم أو الاستمرار فيه دون قضاء الدولة، غير أنه وإن كان التعبير الضمني يصعب الأخذ به في مجال إلى الحد الذي دفع معظم التشريعات المقارنة إلى تقرير بطلانه، فإن الأوتقيداً على صعيد المعاملات الدولية نتيجة لظهور صور أكثر تعقيداً للتعبير عن الإرادة، خاصة في الأحوال التي ينضم فيها أشخاص آخرون إلى الاتفاق على التحكيم المبرم بين الطرفين الأصليين، الأمر الذي يستدعي منا البحث عن الإشكالات التي قد ترد في هذا الخصوص ومن ثم الحلول الواردة في ذلك، وهذا ما سنحاول تناوله من خلال العنصر الموالي:

ثانياً: بعض الصور الخاصة بالتراضي - شرط التحكيم البحري بالإحالة¹ (بالإشارة) -

إلى جانب الصورتين التقليديتين لاتفاق التحكيم () أظهرت الممارسات العملية الدولية شكلاً آخر من أشكال اتفاق التحكيم، يعرف بشرط التحكيم (Clause arbitrale par référence)²

¹ شرط التحكيم بالإحالة ومدى نفاذه في مواجهة المرسل إليه في عقد النقل البحري للبضائع (في ضوء التطبيقات القضائية)، مقال منشور في مجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، منشورات مخبر القانون البحري والنقل، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، العدد الثالث 2015 97 .

² لم يبدى المشرع الجزائري موقفاً صريحاً بخصوص الإحالة، إلا ما يمكن قوله حول تفسير مقصود المشرع من نص المادة 1/1008 التي :

في "...." بالتالي فإن عبارة (في التي) في ... يحيل

في المادة 3/10

08

1997 09

1994 27

2000 : "يعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى و

الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد" = :

إلى

ومواصفاته وتحديد الثمن وكيفية الوفاء به وطريقة التسليم إلى غير ذلك، ويكتفون بإحالة باقي التفاصيل كطريقة فض المنازعات المحتملة بشأن تنفيذ هذه الالتزامات إلى وثائق أخرى موجودة¹.

وتظهر هذه الصورة الجديدة من صور شرط التحكيم في العقود الدولية التي تبرم عن طريق الفاكس والتلكس، والتي لا تتضمن بين بنودها شرطا للتحكيم، ولكنها تكتفي عادة بالإحالة إلى²، أو الإحالة إلى قواعد خاصة معدة سلفا والتي تسري على جميع العقود المبرمة بواسطته، أيضا بالنسبة للعقود الدولية المتشابكة والمرتبطة والتي تهدف إلى تحقيق غاية واحدة، مثل عقود إيجار ()³

أن يتضمن سند الشحن شرطا للتحكيم، بينما يوجد هذا الشرط في مشاركة إيجار

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

1 Ph.Foucharde - E.Gaillard - B.Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, Op cit, P.290-291.

² العقد النموذجي هو عبارة عن مجموعة متكاملة من شروط التعاقد، حيث يقتصر الأطراف على وضع الشروط العامة الخاصة في كل حالة على حدة، وذلك لمواجهة الظروف المختلفة للتعاقدات الدولية، وهذه الشروط تحرر في شكل نماذج مختلفة بحيث ي

د عمر سعد الله، القانون الدولي للأعمال، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية،

2012 127.

³ لم يعرف المشرع الجزائري عقد إيجار السفينة ووثيقة الشحن م

724 748 : 80-76 المؤرخ في 23 1976

2010 04-10

تركت ذلك إلى الفقه، حيث عرف جانب من الفقه عقد إيجار أو ما يعرف بمشاركة إيجار السفينة بأنها: "تملك منفعة سفينة معلومة بعبء معلوم لمدة معلومة أو لرحلة أو رحلات معلومة، حيث يلتزم في هذا العقد مالك السفينة بتمكين المستأجر من

" 01 في فقرتها 07

اتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بحرا لعام 1978 () : "الوثيقة التي تثبت انعقاد عقد نقل وتلقي الناقل للبضائع أو شحنه لها، ويتعهد الناقل بموجبها بتسليم البضائع مقابل استرداد الوثيقة، وينشأ هذا التعهد عن وجود نص في الوثيقة يقضي بتسليم البضائع لأمر شخص مسمى، أو تحت الإذن أو لحاملها"، وعليه فإن طرفي سند الشحن هما الناقل من جهة سواء أكان مالكا للسفينة أو مجهزة لها أو مستأجرا إياها، والطرف الثاني هو الشا

سواء أكان مالكا لها أم بائعا لها أم وكيلها بالعمولة عن مالكيها، أنظر في شأن هذه التعريفات، د علي طاهر البياتي، التحكيم

الإحالة من السند إلى هذه المشاركة، فيقال في هذه الحالة أن شرط التحكيم قد تم دمج في سند
1.

ومما لاشك فيه أن التعبير عن الرضا هو مناط أي اتفاق قائم بين الأطراف، وعادة ما يكون
هذا التعبير واضحاً وصريحاً بأن يتم عن طريق مشاركة تحكيم تنص على إحالة النزاع الذي نشأ
بين هؤلاء الأطراف على التحكيم، أو قد ينص في العقد الأصلي على تسوية أي نزاع قد يثور عن
طريق التحكيم، غير أنه وفي كثير من الأحيان قد لا يكون التعبير عن الإرادة يمثل هذا الوضوح
علق الأمر بعقود النقل البحري، حيث كثيراً ما ينص في هذه العقود

على دمج بعض الشروط الموجودة في عقد مشاركة إيجار السفن
والتي من بينها شرط التحكيم وذلك عن طريق الإحالة، إلا أن هناك العديد من الصيغ
المختلفة لشرط التحكيم، تثير في كثير من الأحيان اختلافات في وجهات النظر، فيدفع البعض
بأن الإحالة غير كافية لدمج شرط التحكيم في عقد النقل البحري، أو أن مدلولها يفيد اقتصار
2.

هذا الوضع يثير

كانت الإحالة من مشاركة الإيجار إلى سند الشحن
كافية للقول بأنه تم دمج شرط التحكيم الوارد في المشاركة ضمن بنود
هذا السند، وهل هذا يبرر حقيقة انصراف نية الأطراف في سند الشحن إلى اختيار أسلوب
هل يشترط توافر شكل
خاص أو صيغة محددة ومعينة لتلك الإحالة؟، وهل يعتبر حامل سند الشحن راضياً باتفاق
التحكيم الوارد بمشاركة الإيجار حتى يمكن القول بنفاذ شرط التحكيم بالإحالة في مواجهته؟.

محمل هذه التساؤلات

ثم بيان شروط عملية دمج شرط التحكيم ثانياً.

أ- تعريف شرط التحكيم البحري بالإحالة:

: "اتفاق على التحكيم غير مدرج في

لعقد الذي يترجم اتفاق الأطراف - وهو في هذا المقام يتمثل في سند الشحن -

¹ د محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق، ص 460.

² محمد عبد الفتاح ترك، شرط التحكيم 289-288.

قبلهم، ولكنه يوجد في و -مشاركة الإيجا -

الأطراف صراحة أو ضمنا، على نحو يؤدي إلى إدماج هذه الوثائق في العقد ذاته¹.

إذا كان الاتفاق على التحكيم تبعا لوثيقة يفرغ فيها الأطراف إرادتهم المشتركة حول اللجوء إلى التحكيم، وتحمل توقيعهم جميعا فهذا الوضع لا يثير أي إشكال من حيث انصراف إرادة الأطراف إلى تسوية النزاع الذي قد يثور عن طريق التحكيم، إلا أن المعاملات الدولية توجد الشائع أن يتفاوض الأطراف على مجرد العناصر الأساسية لمحل

العامة الأخرى إلى وثائق نموذجية

2

يتم بتطابق الإيجاب والقبول

وذلك في جميع المسائل المتعلقة بالعقد، بما في ذلك الاتفاق على شرط التحكيم، أي

- امتداداً لجملة الأسئلة التي طرحناها قبل قليل -

شرط التحكيم بالإحالة، أم لا بد من تحقق شروط خاصة للقول بوجود هذا الأخير؟، هذا سنحاول أن نجيب عنه في العنصر الموالي:

ب- دمج شرط التحكيم الموجود في عقد المشاركة في سند الشحن:

تتجلى فكرة الدمج أو الإحالة في مجال عقود النقل البحري ، حيث غالبا ما يرد في هذه الأخيرة -والتي من بينها -

، ومن ثم تبرز أهمية موضوع شرط التحكيم بالإحالة أو عملية دمج شرط التحكيم الموجود في عقد المشاركة داخل بنود سند الشحن، وذلك من حيث اختلاف العقدين بالنظر إلى أطرافه، إذ ليست هناك علاقة تربط حامل سند الشحن بمالك السفينة³.

1 () ، مجلة الحقوق للبحوث

القانونية والاقتصادية، العدد الأول والثاني، سنة 1995 02.

2 محمد عبد الفتاح ترك، شرط التحكيم بالإحالة، المرجع السابق، ص 241-242.

3 وبالتالي فإن عقد إيجار أو مشاركة السفينة طرفاه هما ()

أما سند الشحن فهو المربرم بين الشاحن صاحب البضاعة والناقل الذي يتعهد بنقلها. نظر فيما يتعلق بعمليات النقل التي تتم بموجب مشاركات إيجار السفن، د أحمد محمود حسني، النقل الدولي البحري للبضائع، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة

ج- موقف التشريع والقضاء من شرط التحكيم البحري بالإحالة:

لتوضيح هذا الموضوع، سنحاول أن نستعرض بعض التطبيقات القضائية بشأن عملية الدمج والشروط التي تقتضيها هذه العملية، والإشارة إلى موقف التشريعات من ذلك:

- شرط التحكيم بالإحالة في فرنسا:

في فرنسا يظهر موقف المشرع واضحا من خلال نص المادة 1443 المدنية الجديدة، حيث نص على أن يكون اتفاق التحكيم كتابة، وأن تكون الوثيقة التي يتم الإحالة إليها في الاتفاق الأساسي، وهو ما أكدته محكمة النقض في

1986/06/04 في AspiloS " في

| | | |
|-----|----------|-----------------|
| م | في | بالتظهير، |
| نص | الإيجار | |
| ضده | المدني | 1134 مخالفا لنص |
| 1" | ولم محلا | في |

حتى تنتفي شبهة عدم وجود رضا هذا الحامل أو عيوبه عن طريق إذعانه بهذا الشرط².

وفي حكم آخر حديث محكمة

في 09 نوفمبر 1993، من خلال القضية التي تعود وقائعها إلى نزاع حصل بين شركة Bomar OIL الهولندية والمؤسسة التونسية للأنشطة البترولية³، حيث أن هذه الأخيرة باعت كميات معينة من البترول الخام إلى الشركة الهولندية وذلك بموجب توكس أحال فيه إلى الشروط العامة، وإثر لجأت المؤسسة التونسية إلى التحكيم متمسكة بشرط التحكيم وفقا

16 من العقد النموذجي الذي أحال إليه الأطراف، لكن الشركة الهولندية دفعت بأن

شرط التحكيم لم يرد كتابة في الاتفاق الأساسي، وقضت محكمة النقض في الأخير بأنه: " لاتفاقية نيويورك فإنه يجوز في مجال التحكيم الدولي إن لم يذكر اتفاق التحكيم في العقد الرئيسي،

¹ د عاطف محمد الفقي، في 2007 149.

² Trib.Com. Nantes, 3 Avril 1980, D.M.F, 1981, p. 247. Aix-en – Provence 14 février 1984, D.M.F, 1985, P. 542.

³ Cass. 1ère civ, 9 nov 1993, Bomar Oil II, JDI, 1994, p. 690, note E. Loquin, Rev. arb. 1994. 108, note C. Kessedjian. Autrement dit, l'exigence d'un consentement spécial ayant pour objet la clause est rejetée.

أن يذكر على الوجه الصحيح عن طريق الإشارة كتابة إلى وثيقة يرد فيها كأحكام عامة أو عقد نموذجي، وذلك متى كان الطرف المتمسك ضده بشرط التحكيم مدركا لمحتويات الوثيقة وقت إبرام العقد فضلا على أنه قد قبل إدراج الوثيقة في العقد¹.

من خلال هذه الأحكام يتضح أن القضاء الفرنسي قد وضع ضابطين حتى يعتد باتفاق التحكيم بالإحالة، أحدهما شكلي وهو ضرورة الكتابة²، والثاني موضوعي ويتمثل في ع الأطراف الذين يحتج عليهم بشرط التحكيم³، وهكذا نجد أن موقف القضاء الفرنسي كان ولا في قمة التشدد في الأخذ بالعلم اليقيني والموافقة الصريحة من جانب حامل سند الشحن حتى يلتزم بشرط التحكيم الوارد في المشاركة التي لم يكن طرفا فيها⁴.

- شرط التحكيم بالإحالة في إنجلترا⁵:

استقر القضاء في إنجلترا على قاعدة مختلفة مقارنة مع ما هو الحال عليه في فرنسا، وذلك على أساس أن وثيقة الشحن تعتبر أداة تجارية قابلة للتداول قد تقع في أيدي أجنبية ليست لها في اللجوء إلى القضاء

وعدم حرمانه من هذا الحق، وعلى هذا الأساس نجد أن المحاكم البريطانية من جهة شرط التحكيم الوارد في عقد المشاركة المبرم بين مالك السفينة والمستأجر لا يمكن أن يتم دمجها في وثيقة الشحن، وذلك في حالة عدم وجود كلمات واضحة وصريحة تشير إلى شرط التحكيم، إلا أننا نلاحظ في نفس الوقت أن هذا القضاء قد اتبع موقفا مرنا في حالات الكلمات والعبارات

¹ Ph.Fouchard - E.Gaillard - B.Goldman, Op. Cit, p.292-293.

² Ph.Fouchard ,L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981, JDI, N° 02, Paris, 1982, pp. 375- 385.

³ د عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 268.

⁴ محمد عبد الفتاح ترك، شرط التحكيم بالإحالة، المرجع السابق، ص 318.

⁵ أي باحث في إطار التحكيم بالإحالة إلا ولا بد أن يعود إلى تاريخ التحكيم في إنجلترا، حيث يعتبر التحكيم الدولي في لندن من أحد أهم المراكز في العالم وأقدمها ظهورا، فقد أثبتت الدراسات أن ما بين 80 إلى 90 %

هي ذات طبيعة بحرية خاصة . أنظر، محمد ترك، شرط التحكيم بالإحالة، المرجع السابق، ص

العامة الموجودة في شرط الإحالة حيث نجده يلجأ إلى قبول عمليات الدمج متى استوحى أن نية الأطراف قد اتجهت إلى تطبيق كافة النصوص الموجودة بالمشاركة بما في¹.

فالقاعدة التي يمكن استنتاجها عند القضاء الإنجليزي هي حتى تكون الإحالة ذات أثر قانوني ومنتجة وفعالة، لا بد أن تشير صراحة إلى شرط التحكيم على وجه التخصيص، والاستثناء من هذه القاعدة يظهر عندما يتم التأكد من مدى انصراف إرادة الأطراف إلى

ويمكن توضيح القاعدة السابقة والاستثناء الوارد عليها عند القضاء الإنجليزي من خلال

:

فبالنسبة للقاعدة، يجسدها القضاء الإنجليزي في الحكم الصادر في 17 فبراير 1978

حيث تم إبرام عقد مشاركة لاستئجار سفينة لرحلة واحدة بغرض نقل شحنة سكر من جزر المحيط الهندي إلى إحدى الموانئ البريطانية، وكان عقد المشاركة يحتوي على نص يشير إلى أن: "أي منازعات قد تنشأ في ظلها تتم تسويتها عن طريق التحكيم في لندن".

وتم إصدار وثيقتين للشحن نصت إحدهما على أن: "كل العبارات والشروط بما في ذلك اتفاق التحكيم وشرط الإهمال وكذا الشروط الضريبية، تعتبر جزء من المشاركة".

: "كل العبارات والشروط بما في ذلك اتفاق التحكيم و الإهمال

وكذا الشروط الضريبية الموجودة في المشاركة ابتداءً من تاريخ 31 1977 تعتبر مندجة".

وإثر نزاع حصل بين الشركتين، لجأت الشركة المشتريّة إلى إقامة دعوى أمام القضاء الإنجليزي

حكيم، لكن الشركة المشتريّة ()

نطاق التحكيم الموجود في مشاركة الإيجار محدود وخاص بالمنازعات الناشئة عن عقد استئجار السفينة ولا يغطي النزاعات الناشئة والمتصلة بالشحن البحري ذاته أو المسؤولية الناجمة عنه.

وهنا جاء حكم القضاء الإنجليزي حاسماً وواضحاً ومؤداه أنه: لكي تكون الإحالة إلى الشروط الواردة في عقد آخر ذات أثر قانوني ومنتجة وفعالة، لا بد أن تذكر بين ما تذكره وعلى

¹ Marina PAPADATOU, La convention d'arbitrage dans le contrat de transport maritime de marchandises, étude comparée des droits français, hellénique et anglais, thèse de doctora en droit, Université, Panthéon-Assas, Paris, 26 mai 2014, p. 209.

وجه التخصيص شرط التحكيم، بما لا يدع شكاً من أن نية الأطراف قد اتجهت إلى مد نطاق التحكيم ليشمل المنازعات التي تنشأ في ظل العقد الجديد¹.

أن القضاء الإنجليزي قد يرفض عملية الدمج لسبب آخر يتجلى في عدم حرمان حامل السند أو المرسل إليه من حقه الطبيعي في اللجوء إلى القضاء، ويظهر ذلك في

Hamilton

ت شرط الإحالة في سند الشحن كالتالي: "

.....، تعتبر جزء من المشاركة"

بالمشاركة فتتص على أنه: "كل المنازعات الناشئة عن هذه المشاركة ستحال إلى التحكيم".

(كافة الشروط الأخرى كما وردت في المشاركة)

فإن شروط المشاركة ينبغي قراءتها حرفياً في سند الشحن كما وردت في المشاركة، ومن الواضح أن شرط التحكيم الوارد بالمشاركة لا يحيل إلى المنازعات التي وإنما إلى المنازعات الناشئة عن مشاركة الإيجار، ولهذا فإن شرط التحكيم الوارد بالمشاركة لا يمكن تطبيقه

كما أضافت المحكمة أن الغرض من رفض الدمج في مثل هذه الحالات

لم يكن طرفاً في عقد المشاركة من حقه في اللجوء إلى المحكمة².

أما الاستثناء عن القاعدة السابقة فتجسده دعوى السفينة³ Merak:

حيث جاءت كلمات شرط الإحالة في سند الشحن كالتالي: "

الموجودة في المشاركة تطبق على هذا السند".

أما كلمات شرط التحكيم الواردة في المشاركة فجاءت كالتالي: " أي نزاع ينشأ عن هذه

المشاركة أو أي سند شحن صادر تنفيذاً لها سيحال على التحكيم".

فالذي يظهر من كلمات شرط الإحالة الواردة في سند الشحن أنها جاءت عامة، إلا أن نية

الأطراف قد اتجهت إلى تطبيق كافة

شرط التحكيم، وبالنظر كذلك إلى كلمات شرط التحكيم الموجودة بالمشاركة، نلاحظ أنها

¹ أنظر حيثيات هذه القضية، د محمد ترك، شرط التحكيم بالإحالة، المرجع السابق، ص 328-329.

² 230-231.

³ Marina PAPADATOU, op.cit, p.221.

أشارت إلى أن أي منازعات ناشئة عن المشاركة أو أي سند شحن صادر تنفيذاً لها سيحال إلى التحكيم، وهو بهذا يجعل شرط التحكيم الوارد بالمشاركة مندمجاً في سند الشحن. وهكذا نلاحظ أن القضاء الإنجليزي

وصريحة حتى تتم عملية الدمج من مشاركة الإيجار إلى سند الشحن، إلا أنه راعى في نفس الوقت إرادة ونية الأطراف في حالة وجود كلمات عامة في شرط الإحالة وذلك بالبحث في شرط التحكيم لعله يجد قدراً من الانسجام والتوافق بين كلمات شرط التحكيم والنزاعات الناشئة عن ومن ثم يمكنه إدماج شرط التحكيم في سند الشحن¹.

- شرط التحكيم بالإحالة في الولايات المتحدة الأمريكية:

استقرت المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية على التمييز بين شرط التحكيم الشامل Drafted broadly، وشرط التحكيم المحدود أي المكتوب بطريقة محددة Drafted narrowly

ير الموقع على وثيقة الشحن

Nadir، حيث تم تحميل شحنة من السكر من تركيا إلى الولايات المتحدة الأمريكية، وإثر إصابة هذه الشحنة بتلف، لجأ مستلم البضاعة إلى القضاء الأمريكي دون الالتفات إلى شرط التحكيم الذي كان مندمجاً في وثيقة الشحن، بحجة أن هذا الشرط غير كاف لإلزامه بالتحكيم واقتصراره فقط على المنازعات التي تنشأ بين مالك السفينة ومستأجرها دون سواهم، وقد كان عقد المشاركة يحتوي على شرط التحكيم ينص على أن شرط الإحالة يعتبر

ومن ثم رأت المحكمة أن شرط التحكيم لم ينص صراحة على المالك والمستأجر (Owner or charterer) على وجه التحديد، ولكن تم استخدام عبارات عامة بدلاً منها مثل الأطراف (Parties défendants)

2

¹ محمد ترك، شرط التحكيم 331.

² See Lowry & Co. V.S.S, Nadir, 223 F. Supp, 871, 1965, AMC 1340, (S.D.N.Y. 1963).

، د محمد ترك، التحكيم البحري، مرجع 551-550.

-والذي تم من خلاله تحديد الأطراف التي يسري في مواجهتها

-

بطريقة محدودة drafted narrowly بحيث تتطلب أن يكون التحكيم في المنازعات التي تنشأ بين الملاك والمستأجرين فقط، فهنا لا يكون شرط التحكيم ملزماً لأي أطراف أخرى، وحتى لو تمت عملية دمج شرط التحكيم بالإشارة ()¹.

وفي حكم آخر قضت ذات المحاكم بأنه: "عندما يكون عقد النقل البحري قد أدمج فيه شرط التحكيم الوارد في مشاركة الإيجار، فإن المحكمة لا تملك سلطة الإلزام بالتحكيم لكل من ظهر إليهم سند الشحن، وذلك لأن شرط التحكيم الوارد في مشاركة الإيجار كان خاصاً ومحدداً حيث أشار فقط إلى التحكيم بين المالك والمستأجر طرفاً عقد المشاركة، أما هؤلاء"².

- شرط التحكيم بالإحالة في مصر:

بالرجوع إلى الفقرة الثالثة من نص المادة العاشرة من قانون : "يعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في"، هذه الفقرة تقابل الفقرة السادسة من المادة السابعة من قانون³ التي نصت على أنه: " في العقد إلى أي مستند يتضمن بند تحكيم اتفاق تحكيم مكتوب، شريطة أن تكون الإشارة على نحو يجعل ذلك البند جزءاً من"⁴.

¹ د محمد ترك، التحكيم البحري، المرجع

553-554.

² 554.

³ القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 1985.

⁴ النص غير حتى إلى
لم هذه متى في إليها، أنظر في
:

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

بصفة عامة، إذ لابد من ضرورة تحقق رضا الأطراف بالاتفاق على التحكيم، وبالتالي لابد من فراغ هذا الاتفاق في الشكل الكتابي.

أن الرأي الأول هو الأقرب إلى إرادة المشرع المصري، وما يؤكد ذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية بأنه: "رغم اشتراط المشرع لأن يكون الاتفاق على التحكيم مكتوباً إلا أنه لم يشترط أن تفرغ الكتابة في شكل خاص فيكفي بصريح النص أن ترد في رسالة أو برقية¹.

محكمة المصرية في جملة من أحكامها،

1994 : " إلى الإيجار،

مندجماً في

باعتباره في مركزه

باعتباره - - في وبالتالي

2.

وهكذا نجد أن موقف القضاء المصري جاء أكثر تحملاً من سابقه (الفرنسي والإنجليزي) حيث اكتفى بالإحالة العامة الواردة في سند الشحن إلى مشاركة الإيجار لكي تتم عملية دمج شرط التحكيم في سند الشحن ومن ثم التزام حامل هذا³.

- شرط التحكيم بالإحالة في الجزائر:

رغم الأهمية القصوى التي يعنى بها شرط التحكيم على صعيد التجارة الدولية خاصة فيما يخص المشرع الجزائري لم يبدى موقفاً صريحاً بخصوص الإحالة، إلا ما يمكن

قوله حول تفسير مقصود المشرع من نص المادة 1/1008

التي : " في

في التي ".... بالتالي فإن عبارة (في التي)

في

... يجيل

¹ 74 67 28 ديسمبر 2009، منشور في موقع: www.Eastlaws.com.

² أنظر بشأن هذه الأحكام، د أحمد محمد عبد الصادق، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، المرجع السابق،

737، د أحمد محمود حسني، التعليق على نصوص اتفاقية هامبورج، المرجع السابق، ص 215.

³ 86.

لم يأتي بكثير أحكام في هذا

بج

العليا في هذا الشأن قرار صادر لها جاء فيه ما نصه: "يجب القول لئن كان المرسل إليه غير ملزم ببند التحكيم الذي تشير إليه وثيقة الشحن، فبالمقابل هذا لا يمنعه من التمسك به، و حيث يتبين من وثيقة الشحن أنها تشير إلى عقد إيجار السفينة....".
 "... 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"¹.

الإيجار لم وفي نفس الوقت لم تمنعه الحرية في (ها) في إيجار (في إيجار

وما يمكن أخذه على هذا القرار أنه يتسم بالتناقض

طرفا في عقد إيجار السفينة إذا تمت الإشارة إلى هذا الأخير في وثيقة الشحن، وفي نفس الوقت عدم إلزامه بشرط التحكيم الوارد في هذا العقد، وإنما تركت له الخيار في التمسك أو عدم التمسك لم يأتي القرار منسجما مع ما توصل إليه القضاء في كل من فرنسا وإنجلترا ومصر على النحو الذي سبق تفصيله، فهذه الدول رغم اختلافها في شروط قبول الإحالة، إلا أن أي منها لم يجعل من المرسل إليه طرفا في عقد إيجار السفينة، بل الذي يكاد يكون الرأي مجتمعاً عليه تبعا لما سبق، هو أن المرسل إليه يعتبر طرفا ذا شأن في سند الشحن باعتباره صاحب المصلحة في عملية الشحن، وهو بالنسبة لعقد إيجار السفينة يعتبر من الغير مع التزامه بشرط

1 439517، بتاريخ 2008/04/09، غير منشور.

-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.

التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار الذي يعتبر - - مندجاً في وثيقة الشحن

العليا في هذا الشأن

المنطق القانوني الذي استندت إليه الدول السابقة الذكر، في تحديد المركز القانوني لكل طرف من

بأن مجرد إيجار

في يجمع في العقد، في حين أن المنطق القانوني يفترض أن المرسل إليه يستمد حقه مباشرة من سند الشحن لا من عقد إيجار السفينة، غير أن

ذلك طبعاً لا يجعله بمنأى عن الالتزام بشرط التحكيم الوارد في عقد الإيجار بمقتضى الإحالة أنه لم يكن طرفاً في هذا العقد، ولعل غاية المحكمة العليا من تخير المرسل إليه في القضية المذكورة

سابقاً بين قبول بند التحكيم من عدمه، قد أرجعته المحكمة إلى مدى توافر عنصر ()

المرسل إليه بشرط التحكيم الوارد في عقد إيجار السفينة، لولا أنها أضفت عليه صفة الطرف في عقد مما يضع هذا الوصف محل استفسار، إذ كيف يكون المرسل إليه طرفاً في عقد وهو لا

والذي يترتب عليه

وإسناده إلى التحكيم .

يمكن القول أنه حتى تكون الإحالة فعالة ومنتجة لآثارها في ما بين طرفي

عقد النقل البحري للبضائع، ومقبولة للقول بوجود عملية دمج صحيحة للشروط الواردة في عقد مشاركة السفينة والتي من بينها شرط التحكيم في سند الشحن، لا بد أن تصدر هذه الإحالة واضحة ودقيقة وصریحة بما لا يدع مجالاً للشك في أن إرادة الأطراف قد اتجهت إلى قبول التحكيم

:

أن تكون هناك إشارة أو إحالة واضحة وصریحة أو ضمنية في العقد الذي نشأ النزاع حوله إلى مستند آخر يشتمل على شرط التحكيم.

أن تكون كلمات الدمج أو الإحالة واضحة وملائمة وتشمل صراحة إشارة إلى شرط التحكيم.

أن تكون كلمات شرط التحكيم ملائمة ومناسبة وتغطي المنازعات التي نشأت في العقد المطلوب دمجها فيه.

وإلى جانب هذه الشروط، لا بد من توافر شرط آخر حتى يمكن معه الاحتجاج بشرط التحكيم بالإحالة في مواجهة حامل سند الشحن، ألا وهو شرط " " ¹، أي علمه وقبوله بهذه وبالتالي متى توفرت الشروط السا

القانونية سواء فيما بين طرفيها أو حتى في مواجهة حامل سند الشحن.

ثالثاً: القانون الواجب التطبيق على التراضي

في المعاملات الدولية، يثور التساؤل حول أي القوانين يحكم وجود التراضي وسلامته من

الذي اختاره الأطراف لحكم النزاع أو ما يعرف بقانون الإرادة، أم أي قانون آخر؟.

في النظرية العامة لتنازع القوانين، اتجه رأي في الفقه إلى أن التراضي هو نوع من الأهلية، وأن القواعد التي تنظم عيوب الإرادة ترمي إلى حماية الشخص المتعاقد، ومن ثم يسري عليها القانون الشخصي لكل طرف، وذهب رأي آخر إلى تطبيق قانون محل إبرام الاتفاق باعتباره يعلمه الطرفان، واتجه رأي آخر إلى تطبيق قانون بلد القاضي على أساس أن مسألة التراضي تعتبر وأن قواعد حماية الإرادة تعتبر من النظام العام ².

غير أنه تطبيقاً للأحكام العامة في القانون المدني الجزائري (18 19) رجع في توافر التراضي وصحته وخلوه من العيوب كالغلط والتدليس أو الإكراه، هو إما قانون الإرادة أو الموطن المشترك أو قانون بلد محل إبرام الاتفاق، وفقاً لقواعد الإسناد المشار إليها في

الفرع الثاني

ركن المحل في اتفاق التحكيم الوارد في عقد النقل البحري للبضائع

محل الالتزام بصفة عامة هو موضوع

3

94 93 92

¹ وسوف يأتي الكلام حول هذا الشرط في نهاية ، في معرض تطرقنا لأساس مركز المرسل إليه.

² د أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية المدنية والتجارية والإدارية والجمركية، المرجع

220 - 221.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 464.

القانون المدني، ونص على شروط معينة لا بد من توافرها في المحل حتى ينشأ العقد صحيحاً،

- كغيره من العقود، يجب أن يكون له

محل يرد عليه لا ينعقد بدونه، وذلك وفقاً للشروط العامة السـ

غير أنه نظراً لتلك الخصوصيات التي يتميز بها اتفاق التحكيم عن سائر العقود، وجب أن يتوفر إلى جانب الشروط السابقة شرطاً آخر يتمثل في ضرورة تحديد النزاع - المحتمل وغير المحدد

الجانب الموضوعي في محل الاتفاق على التحكيم () أي موضوع المنازعة التي يطرحها اتفاق التحكيم على هيئة التحكيم، وذلك بحسب الصورة التي قد يرد فيها، إذ يختلف هذا التحديد في شرط التحكيم عنه في المشاركة¹ة يجوز التحكيم فيها

()، وفي الأخير يبقى من المهم تحديد القانون الواجب التطبيق على قابلية موضوع النزاع () .

أولاً: تحديد الجانب الموضوعي في محل الاتفاق على التحكيم بصورة عامة

الغاية من اشتراط تحديد موضوع النزاع المعروض على التحكيم - في الشرط أو في المشاركة أو على الأقل في أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم - وهي معرفة مدى قابلية محل النزاع للتسوية بطريق التحكيم، وهذا الاشتراط يشير إلى أن نظام التحكيم مازال على الأقل في القانون الجزائري ومن على شاكلته، يشكل استثناءً، بحيث يظل الأصل هو اختصاص قضاء الدولة بالفصل في كافة المنازعات، باعتباره صاحب الولاية العامة في تحقيق الحماية للحقوق والمراكز القانونية².

وعلى هذا الأساس فصل في موضوع النزاع - الناشئ

- محل التحكيم ينبغي أن تكون قاصرة على النزاع المحدد في الاتفاق على

التحكيم دون غيره، أي في حدود تلك الولاية الاستثنائية لنظام التحكيم، وهذا التحديد هو مقتضى الرغبة في ألا ينزل الأطراف عن ولاية قضاء الدولة إلا في نزاع محدد، والسماح

- ثنائياً حكم التحكيم الصادر في النزاع موضوع الاتفاق على

37-38.

¹ د محمود السيد عمر التحيوي، تحديد المعنى الموضوعي لمحل

222.

² د أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع الـ

إذا كانت هيئة التحكيم قد التزمت بحدود ما عهد إليها من قبل الأطراف من منازعات أم لا، ومتى خرجت عن تلك الحدود كان حكم¹.

وقد قرر المشرع الجزائري جملة من الضوابط حدد بموجبها حدود ولاية التحكيم، في ضوء ما

1006

شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلقا .
لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص .
ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية".

الموضوعي في محل الاتفاق على التحكيم
النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع يختلف في شرط التحكيم عنه في المشاركة على النحو الآتي:

ثانياً: تحديد الجانب الموضوعي في محل الاتفاق على التحكيم بحسب صورته
بالنسبة لمشاركة التحكيم، تحديد النزاع في هذا الفرض يكون وارداً في وثيقة التحكيم ذاتها، والتي ترم بعد نشأة النزاع المتعلق بعقد النقل البحري ، بحيث يكون الغرض منها هو

1012

: ".... يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم، تحت طائلة

...."

أما بالنسبة لشرط التحكيم بموجب شرط يكون قد سبق إدراجه في ، والذي نشأ النزاع بشأن تفسيره أو تنفيذه، وفقاً لما نصت عليه المادة 1007 : "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا

"

ولا يشترط أن يرد هذا التحديد للنزاع في ذات العقد -
التحكيم، وإنما يمكن أن يشير هذا العقد إلى عقد أو عمل قانوني آخر، بل من الممكن تحديد محل النزاع بعد ذلك حتى أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم، وهو ما يمكن أن يستفاد من نص

¹ د محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص 55 .

1013

والتي جاء فيها: "يجوز للأطراف الاتفاق على التحكيم، حتى أثناء

" ان شرط التحكيم يحصل عند إبرام عقد

ض منه إخضاع ما ينشأ عن هذه العقد من منازعات في المستقبل لنظام

التحكيم، إلا أنه لا يتصور أن يتضمن هذا الشرط موضوع نزاع لم ينشأ بالفعل بين الأ¹.

جدير بالملاحظة وفقاً لما تقدم، أن مشكلة تحديد النزاع لا تثار عندما يبرم اتفاق التحكيم

البحري في صورة مشاركة تحكيم، حيث يكون النزاع قد نشأ بالفعل قبل إبرام المشاركة، وبالتالي

يكون من السهل تحديده فيها، وبالتالي تحديد المهمة الموكول بها إلى المحكم أو ا

على عكس إبرام اتفاق التحكيم البحري في صورة شرط التحكيم الذي يبرم قبل نشوء النزاع،

وبين أطراف لم يكن في توقعهم حدوث أي نزاع وقت إبرام هذا الشرط، لذلك فهم لا يولون

عناية كبيرة لصياغته، فيتم إبرامه في شكل نص عام لا يحدد فيه النزاع بصورة كافية².

غير أن الصورة الغالبة هي إبرام اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم، لكن إذا كان من بين

النزاع بدقة في شرط التحكيم، فمن المقرر عدم جواز الاتفاق على عرض كل المنازعا

الأطراف مستقبلاً، بصدد جميع علاقاتهم وبصفة عامة على التحكيم، إذ من المتفق عليه ضرورة

أن تكون المنازعات التي يتفق على عرضها على التحكيم تتصل بعلاقات محددة كعقد النقل

البحري محل التعاقد، أو مشاركة إيجار وغيرها، بحيث لا يتصور الاتفاق على التحكيم

علاقات بحرية غير محددة أو لم تنشأ بعد³.

وأمام وجود شرط تحكيم مبرم بصيغة عامة على النحو المتقدم، نجد أن المحكمين -

- يحثون الأطراف على تحرير مشاركة، أو يتولون تحريرها

ويحثونهم على توقيعها،

وغيرها من البيانات التي تسهل العملية التحكيمية، ولا تدع مجالاً للشك

والخلاف في اختصاص القضاء التحكيمي⁴

¹ د محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق، ص 66 - 76.

² DAVID Reni, L'arbitrage dans le commerce international, Op cit, p. 256.

190 - 191.

³ د عاطف محمد الفقي، في

⁴ R. DAVID, Op cit, p. 256.

اتفاق التحكيم، أو فاصلاً فيما لم يطلبه الخ
لرفض الاعتراف به ورفض تنفيذه.

في عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة
أولاً أن يكون عقد النقل محددًا وهذا الفرض يؤدي إلى استبعاد الصورة التي يتفق فيها الأطراف
كافة المنازعات التي ستنشأ بينهم بصفة عامة على التحكيم¹، ولا يعني هذا أن يتم
":

"

جميع المنازعات التي ستنشأ

2

المقبول اشتراط تحديد موضوع النزاع في الاتفاق اللاحق لوقوعه - أي الواقع في صورة مشاركة -
فإنه يكون من غير المقبول استلزام هذا الشرط في الاتفاق السابق على قيام النزاع، حيث أن النزاع
في هذه الحالة يكون أمراً محتملاً غير معين السمات³.

- إلى عدم جواز تحديد موضوع النزاع فيما
بعد، كما أن الاقتصار على ذكر أن الأطراف قد حگما المحكمين في تسوية المنازعات التي تثار
هو نص تعميمي لا تحديد فيه، مما يجعل شرط التحكيم باطلاً لعدم تعيين النزاع⁴
وهو ما أكده جانب من القضاء⁵، ولتلافي هذا البطلان يقترح البعض الآخر ضرورة تكوين صورة
مبدئية عن الموضوعات التي قد تثير بعض المنازعات خلال مدة تنفيذ العقد، من حيث تحديد ثمن

- ضمن شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي أو مستقلاً عنه -

يمكن أن يكون محلاً للخلاف في المستقبل⁶.

1

.338

² د أحمد محمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم المصري رقم 27 1994

2004 .169

³ د محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 172.

⁴ د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 131.

⁵ نقض مدني مصري، رقم 52 الصادر في 27 فبراير 1994 .60

⁶ د أحمد شتا، مرجع سابق، ص 169.

لتحكيم بمناسبة عقد بحري لنقل

أو عقد إيجار السفينة، أو عقد تأمين بحري، أو غيرها من العقود البحرية، فإن نطاق العلاقات البحرية التي يمكن أن يشملها التحكيم البحري من الاتساع، بحيث تضم صور المسؤولية غير التعاقدية الناشئة عن العمل غير المشروع، كالاتفاق على اللجوء إلى التحكيم في حالة التصادم

البحرية المشتركة¹، فضلاً عن بعض الحالات الحديثة للمسؤولية التي يكون سببها النقل النهري أو

2

الفعل المرتب لهذه المسؤولية العقدية يكون في الوقت ذاته مرتباً للمسؤولية التقصيرية، ومن الأمثلة على ذلك كما لو تسبب أحد أطراف العقد السابق في إحداث ضرر بصاحب البضاعة لا يعتبر طرفاً في هذا العقد، وبالتالي قد يلجأ هذا الأخير إلى المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية أما القضاء³.

غير أنه في المثال السابق -الطرف في عقد النقل

- لهذه الدعوى بموجب شرط التحكيم الوارد في العقد، أي ما مدى سريان شرط تحكيم وامتداده إلى دعوى المسؤولية التقصيرية، أم أن أثره يقتصر على دعوى المسؤولية العقدية

يلاحظ في هذه المسألة أنها تتعلق بمسألة أخرى هي مسألة الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، وقد قضت محكمة استئناف القاهرة بأنه: "

الناشئة عن تفسير العقد أو تنفيذه، فإن هذا الشرط لا يغطي المنازعات المبنية على المسؤولية غير"⁴، غير أن جانب من الفقه انتقد هذا الموقف من المحكمة، على اعتبار أن المسألة هنا

تتعلق بتفسير إرادة طرفي شرط التحكيم وفقاً للضوابط الموضوعية المعتمدة في التفسير، فالطرفان عندما يتفقان على التحكيم في شأن المسؤولية الناشئة عن العقد، لا ينصرف ذهنهما وفقاً

¹ د عاطف محمد الفقي، 191.

² د سامية الراشد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية (1) 340.

³ د عبد الباسط محمد عبد الواسع، شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 288.

⁴ 91 27 2003 120 د عبد الباسط محمد

للمألوف في التعامل إلى المسؤولية العقدية وحدها، وإنما إلى مطلق المسؤولية المترتبة على العلاقة
1.

التحكيم الواردة في عه

بنص عام لا يحقق تحديداً كافياً للذع محل اتفاق التحكيم، إذ لا يكون النزاع وقت إبرام اتفاق التحكيم قد نشأ بعد، ولكن يقع على عاتق الأطراف دراسة الصيغ السائدة لاختلاف النتائج القضائية المترتبة عليها، من حيث ضيق أو اتساع موضوع النزاع محل اتفاق التحكيم، ويقع على عاتق القضاء الوطني التحقق من وجود النزاع من عدمه، أو التحقق مما إذا كان النزاع يعد داخلياً ضمن نص شرط التحكيم الوارد في عقد النقل، وذلك عند النظر في صحة شرط التحكيم، لتقرير كمة القضائية ستستمر في نظر الدعوى لو رفعت أمامها أم ستحيلها إلى

2.

التي يمكن على أساسها تقرير ما إذا كان موسعاً أو مضيقاً لمفهوم النزاع، فيذهب رأي من الفقه إلى أنه لا توجد لغة محددة لتقرير ذلك، فالأمر متروك للمحكمة التي تنظر صحة اتفاق التحكيم، فقد قضى في إنجلترا بأنه: "إذا نص شرط التحكيم الوارد في عقد نقل بحري لشحنة أخشا : (أي منازعات طبقاً لهذا العقد والتي لا يتوصل إلى حل ودي لها تحال إلى التحكيم في موسكو، فيما عدا المنازعات الخاصة بالمواصفات وحالة فتكون محلاً للتحكيم في لندن)

لمستندات لا يختص بنظرها التحكيم في لندن طبقاً لشروط

3"

4

النزاع، ويبقى أن ينظر المحكم نفسه في صيغة شرط التحكيم مفسراً إياه لتقرير ما إذا كان هناك

534

1

.199

2 د عاطف محمد الفقي،

.200-199

3 في

3/3

4

6 من لائحة تحكيم جمعية المحكمين البحرينيين بنيويورك، والمادة 1/11

جمعية الخ

- في حالة وجوده- مما تشمله المنازعات محل اتفاق التحكيم،

وهو في ذلك يفصل في حدود اختصاصه الأصيل¹.

ثالثاً: قابلية محل الاتفاق للتحكيم

ليست جميع المنازعات تكون قابلة للتحكيم²، وتختلف التشريعات في تحديد نطاق ما يجوز وما لا يجوز التحكيم فيه من منازعات، وقد أخرج المشرع الجزائري من ولاية التحكيم جملة من المنازعات، حيث نص في 2/1006 : "لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم".

إلى أن المشرع نص من خلال المادة 461 من القانون المدني على

: "لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام..."

هذه المادة والمادة 1006 يمكن القول بأنه لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح.

أ- المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم بسبب تعلقها بالنظام العام:

وهي تلك التي تهدف إلى حماية المصالح العامة العليا للمجتمع، وكذا المصالح الخاصة بالأفراد وحقوقهم الذاتية التي تولى المشرع رعايتها³، ومن الصعوبة وضع تعريف أو ضابط محدد لفكرة النظام العام، فهي فكرة مرنة تختلف من دولة إلى دولة، بل من زمن إلى زمن داخل ذات الدولة، ومن أمثلة تلك المسائل المتعلقة بالنظام العام، والتي لا يجوز المنازعات المتعلقة بصحة براءات الاختراع أو العلامات التجارية⁴

التراثية أو الثقافية، كما لا يجوز التحكيم بين المتهم والنيابة العامة في شأن قيام جريمة معينة أو عدم قيامها، ويجوز التحكيم في شأن تقدير التعويض المستحق للمجني عليه دون أن يؤثر ذلك على

¹ د عاطف محمد الفقي،

200 - 201.

² ولعل العلة في هذا الاستبعاد ترجع إلى رغبة المشرع في إخضاع المنازعات إلى قضاء الدولة، ومن ثم رتب البطلان على كل اتفاق تحكيم يكون محله منازعة لا يجوز إخضاعها للتحكيم.

³ Burdeau Geneviève, Nouvelle perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les états, Rev Arb, N°01, 1995, p. 03 et s.

⁴ مع الملاحظ أن التحكيم بشأن المنازعات الناشئة عن الترخيص باستغلال تلك البراءات أو العلامات يعتبر جائز، أنظر: A.FRANÇON, l'arbitrage en matière de brevets et la jurisprudence, Rev Arb, 1975, p. 143.

إمكانية رفع الدعوى الجنائية، كما لا يجوز التحكيم في المنازعات المتعلقة بإجراءات التنفيذ الجبري¹.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الخصوص، إلى ضرورة التفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، ففي الأول تكون العلاقات الوطنية محكومة دائماً بالقانون الوطني، ومن ثم يطبق النظام العام في هذا القانون، ويتجسد هذا النظام في مجموع القواعد الآمرة في هذا القانون، ويظهر أثر هذا النظام في بطلان التصرفات أو الشروط المخالفة للقواعد الآمرة فيه، أما النظام العام الدولي، فمن حيث الأصل كان المقصود به ذلك الجزء من النظام العام في القانون الداخلي الذي يخص العلاقات الدولية، فهو في حقيقته نظام عام داخلي يستهدف استبعاد القانون الأجنبي الواجب التطبيق حماية للمصالح العليا للمجتمع الوطني، لكن اصطلاح النظام العام الدولي أصبح الآن يعبر عن معنى آخر، هو معنى الأصول والمبادئ العامة التي يفرضها التعايش المشترك بين² ، مثل حماية البيئة من التلوث باعتبارها قضية اجتماعية عامة، إذ لم تعد قاصرة على³ ، ومكافحة المخدرات ومكافحة الإرهاب على المستوى الدولي لما له من آثار².

3

وبالتالي فإن العلاقات الدولية تخضع للنظام العام الدولي وحده⁴، ويترتب عن ذلك آثار تطبيق القواعد الآمرة في القانون الوطني الواجب التطبيق على العلاقات الدولية، كلما كانت متعارضة مع مقتضيات النظام العام الدولي، وهذا ما يلاحظ عادة في مجال القواعد الآمرة التي تفرض قيوداً على صحة التصرف أو إنتاجه لأثره، كوجوب الحصول على إذن مسبق

¹ د أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 225- 226 د أحمد أبو

² أنظر في هذا الموضوع بصفة عامة، د محمد علي حسونة، مسؤولية الدولة عن أضرار التلوث البيئي، دار الفكر الجامعي،

⁴ ق التحكيم للتسوية بطريق التحكيم في المجال الدولي، يجب أن يتم وفق النظام العام

بمفهومه الدولي وليس الداخلي، وهو ما قضت به محكمة استئناف باريس عام 1991 : "في مجال التحكيم الدولي، فإن صلاحية الاتفاق على التحكيم يجب أن يتم تقديرها بالنظر إلى مقتضيات النظام العام الدولي فقط".

الجهات لصحة التعاقد أو لنقل الملكية مثلاً، ووجوب إفراغ العقد في شكل معين أو قيده¹.

ب- المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم بسبب تعلقها بحالة الأشخاص وأهليتهم: وهي تلك المسائل المتصلة بحالة الشخص القانونية، أو ما يعرف بمسائل الأحوال الشخصية، ولا يدخل في هذا المفهوم الحقوق المالية المترتبة عن هذه المسائل، ومن هذه الحقوق المتعلقة بتحديد حالة الشخص

والأهلية وفقدائها، فجملة هذه المسائل لا يجوز فيها التحكيم، أما ما ينشأ عن هذه المسائل من حقوق مالية فيجوز أن تكون محلاً للتحكيم².

بالحقوق التي يكون للشخص مطلق التصرف فيها، تلك

على قيام النزاع كما في حالة شرط التحكيم، فإنه يجب تحديد موضوع النزاع في بيان الدعوى، أما إذا كان الاتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع كما في مشاركة التحكيم، فيجب تحديد التي تكون محلاً لذلك في اتفاق التحكيم المبرم بموجب هذه المشاركة³.

290.

1

09/93، تقابلها نص المادة 11

نصت على هذه المسائل المادة 442²

التي تنص على أنه: "لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح"، والمسائل التي لا يجوز فيها الصلح حسب القانون المصري هي: . لمزيد من التوضيح أنظر، د نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد

113-114 على الهامش.

.117

3

رابعاً: القانون الواجب التطبيق على قابلية موضوع النزاع للتحكيم

من الثابت أن العلاقات القانونية ذات الطابع الدولي تثير مشكلة تنازع القوانين، وفي شأن

تثور مسألة تعيين القانون الواجب الذي يرجع إليه في ذلك¹.

في هذا الفرض في المسألة على أنها تتعلق بمشروعية محل اتفاق

- (La liceité de l'objet)

-، هو لب ذلك الاتفاق وجوهه، فإنه من المنطقي أن يسري عليه ويحكمه القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم ذاته، أي القانون الذي اختاره الأطراف صراحة، أو يتبين من ظروف²، سواء كان هو قانون دولة مقر التحكيم أو أي قانون آخر،

3

التحكيم، هو الذي يحدد الجزاء الذي يترتب على الاتفاق فيما لا يجوز فيه التحكيم هو البطلان المطلق، ومن ثم يجوز لأي خصم أن يتمسك به وفي أية حالة كانت عليها الدعوى،

كما يختص ذلك القانون بتحديد نطاق البطلان،

الجزء فقط من النزاع الذي لا يجوز فيه التحكيم متى كان قابلاً للانفصال عن الجزء الذي يجوز تحكيم؟ كما يختص القانون المشار إليه بتحديد الجزاء المترتب على صدور قرار تحكيم في

مسألة لا يجوز إخضاعها إلى التحكيم، فهل يكون -

-، أم هو عدم الاعتراف به ورفض الأمر بتنفيذه؟⁴.

¹ HANOTIAU Bernard, LA loi applicable a l'arbitrabilité du litige, Rev. Dr. Aff. int, N° 7, 1998, p. 755 et s.

² نص على ذلك المشرع الجزائري في المادة 3/1040 : . . .

إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القا الذي يراه المحكم ملائماً.

³ لمزيد من التوضيح فيما يتعلق بمسألة القانون الواجب التطبيق، يرجع إلى المبحث الثاني من الفصل الأول من الباب الثاني.

⁴ د أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية 229-228.

الفرع الثالث

ركن السبب في اتفاق التحكيم الوارد في عقد النقل البحري للبضائع

تنص المادة 98 من القانون المدني الجزائري على أنه: "كل التزام مفترض أن له سبب مشروع ما لم يقيم الدليل على غير ذلك"¹.

وراء التزامه، ويقارن فقهاء القانون المدني بين المحل والسبب، بأن المحل هو جواب من يسأل:
2 .

أما السبب في قانون المرافعات، فقد اختلف³ في تحديد المقصود بسبب الطلب (La cause de demande en justice)، فذهب رأي إلى أنه هو الواقعة القانونية التي والتي على أساسها التجأ الشخص للقضاء، وميز هذا الفقه بينها وبين مصدر وفقاً لتصور أنصار النظرية التقليدية في سبب الالتزام المدني⁴ آخر بأن سبب الطلب القضائي هو أساس الإدعاء (La base de la prétention).

الغرض الذي يقصد المدين الوصول إليه من وراء التزامه، وذلك وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني، فاتفاق التحكيم المبرم بشأن عقد نقل بضائع بطريق البحر هو اتفاق أو التزام مدني من

، وهذا الالتزام يقوم على سبب قانوني يتمثل -

¹ يلاحظ أن هذا التعبير الذي استعمله المشرع الجزائري - على غرار المشرع الفرنسي في المادة 1131 - السبب بالالتزام، وهو تعبير أدق من التعبير المصري في المادتين 94 و 148 الذي قرنه بالعقد، ذلك لأن البحث في مجال للإجابة عن سؤال مفاده لماذا التزم المدين -

1 536-535.

2 536.

³ VINCENT Jean et GUINCHARD Serge, Procédure civile, Op cit, n° 519, p. 450 et s.

⁴ في تفصيل ه النظريات، د السنهوري، مرجع سابق، ص 544 .

-، في الباعث الدافع على التعاقد وليس مجرد الأساس القانوني الذي يقوم عليه الطلب
1.

على أن ما ينبغي التنبه إليه في هذا السبب في العقد الأصلي -
- هو أمر آخر مختلف تماماً عن السبب في اتفاق التحكيم، ف
في عقد

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أنه يتعين التمييز بين عدم وجود السبب وما يترتب عليه من
انعدام وجود اتفاق التحكيم، وعدم مشروعية السبب والتي يترتب عليها البطلان، وضابط التمييز
بين الأمرين يكمن في إمكانية الطعن في التصرف المنعقد والتصرف الباطل، إذ القاعدة أنه لا
وأن تصحيح البطلان يكون بطرق التي حددها القانون².

أنه يشترط في الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم أن يكون سببه مشروعاً وإلا
كان باطلاً، ويكون السبب غير مشروع إذا انطوى على حالة من حالات الغش نحو القانون، كما
لو كان اللجوء إلى التحكيم بقصد التهرب من تطبيق أحكام القانون فيما لو طرح النزاع على
3 وضمانات إعلانات الخصوم التي توفرها إجراءات التقاضي أمام

الغير⁴، أو كان بقصد التهرب من بعض القيود والالتزامات التي
فيما لو تم عرضه على قضاء الدولة،

مثل التهرب من الضرائب على الأرباح التجارية أو الصناعية⁵.

¹ د أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، المرجع السابق، ص 389 .

² 391.

³ وإن كانت هذه الحالة - محل نظر، على اعتبار أن مبدأ السرية في نظام التحكيم يعتبر من أهم
المزايا التي تحفز الأطراف على اختيار التحكيم طريقاً لتسوية منازعاتهم بدلاً من قضاء الدولة الذي لا يوفر هذه المزية، لذلك
أن مجرد توافر نية الإفلات من العلنية التي يتميز بها القضاء لا ينهض لوحده كقريئة على عدم مشروعية
السبب، وإلا لكان السبب الدافع للدولة أو أحد أشخاصها الاعتبارية في إبرام اتفاق التحكيم، والمتمثل في سرية المرافعات
والذي يضمن لها الحفاظ على سمعتها واستمرارية العلاقات التي تبرمها، هو سبب غير مشروع لو .

⁴ د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص 86.

⁵ د عبد الباسط محمد عبد الواسع، شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 105، هامش رقم

المطلب الثاني

الأركان الخاصة في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع

تتمثل الأركان الخاصة في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع، في تلك الشروط التي تلزم لصحة¹ اتفاق التحكيم، وهذه الشروط قد تتعلق بشكل الاتفاق وقد تتعلق بموضوعه، فضلاً على الأهلية كشرط لصحة ركن الرضا في اتفاق التحكيم، وقد سبق أن تطرقنا إلى شرط تحديد موضوع النزاع في اتفاق التحكيم تبعاً لركن المحل، كشرط لا يصح إلاّ به، وشرط الأهلية تبعاً لركن الرضا كشرط لا يصح أيضاً هذا الركن إلاّ به، لذلك سنقتصر في هذا المقام على شرط الكتابة في اتفاق التحكيم، فنتناول مفهومها في () ثم نت

في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم الوارد في عقد النقل البحري للبضائع

يتضمن شروطاً شكلية، وتتمثل في الكتابة، فلا يصح اتفاق أطراف عقد النقل البحري للبضائع على التحكيم إلاّ إذ كان هذا الاتفاق مكتوباً، فالأصل أن يخضع اتفاق التحكيم في عقد - إلى مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية المنصوص عليها في المادة 30 من القانون التجاري الجزائري، غير أن المشرع خرج عن هذا الاستثناء في مادة التحكيم التجاري، الدولي والداخلي على حد سواء، ففي مجال

1008 . . . : "

التحكيم تحت طائلة البطلان، بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها"

1012 : "يحصل الاتفاق على التحكيم كتابياً"

1040 المتعلقة بالتحكيم الدولي على أنه: "

¹ وقد أشرنا في المطلب السابق إلى أن البعض يصطلح على هذه الشروط بالشروط الخاصة إلى جانب الشروط العامة لاتفاق

يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأية وسيلة اتصال
."

وهكذا أصبحت الشكلية شرطاً لا بد منه في اتفاق التحكيم، خروجاً عن قاعدة حرية الإثبات في المواد التجارية، لكن إن كانت لا تثار أية مشكلة حول كتابة شرط تحكيم بين طرفي عقد النقل البحري المتضمن لهذا الشرط، لكونه قد تم ووقع عليه قبل قيام النزاع، المشكلة تثور عند عدم توقيع أحد الأطراف عليه، أو إذا تم إبرامه عن طريق تبادل الرسائل والبرقيات، وكذلك في حالة الإحالة إلى شرط تحكيم في عقد بيع نموذجي أو أحكام عامة، كما أن الكتابة قد لا تكون في صورتها التقليدية المعروفة، إذ يمكن أن تصدر بواسطة وساء الحديثة، مما تطرح التساؤل عن مدى الاعتداد بها، وهذا كله مع الأخذ بعين الاعتبار تباين التشريعات، إلى تشريعات تتطلب الكتابة كركن لانعقاد شرط التحكيم، بينما تعتبرها أخرى مجرد
1.

ولأهمية دور الكتابة في اتفاق التحكيم سوف نحاول فيما يلي معالجة جملة الإشكالات السالفة الذكر بشيء من التفصيل، عدا ما يتعلق بشرط التحكيم بالإحالة حيث سبق تفصيله في
:

أولاً: التمييز بين الكتابة المطلوبة لانعقاد والكتابة المطلوبة للإثبات

تعتبر مسألة التمييز بين وجود التصرف القانوني وبين إثباته أحد المسلمات الأساسية في علم القانون، ومن ثم فإن تحقق الوجود القانوني للتصرف يعد أمراً مستقلاً عن إثباته، لذلك لا ينبغي
2.

وإعمالاً لهذا التمييز فقد وضعت التشريعات قواعد تحكم إنشاء التصرف القانوني، وأخرى بآته، فالأولى تبين العناصر التي يتكون منها هذا التصرف وبتوافرها مجتمعة يتحقق وجوده القانوني³

التي تعتبر الكتابة عنصراً مكوناً للتصرف القانوني، فإن تخلفها يؤدي إلى بطلان هذا التصرف

¹ د عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 225 - 226.

² محمود السيد التحيوي، اتفاق التحكيم وقواعده في قانون المرافعات وقانون التحكيم رقم 27، 1994، رسالة دكتوراه، ص 427.

³ 58 إلى 98 من القانون المدني الجزائري.

التصرف في نظرها يعتبر شكلياً وليس رضائياً، ومن أمثلة ذلك الهبة والرهن الرسمي، أما التشريعات التي ترى أن الكتابة هي وسيلة لإثبات التصرف، فإن تخلفها لا يؤدي إلى انعدام التصرف التصرف في نظرها رضائياً وليس شكلياً، وبالتالي يجوز إثباته بوسائل أخرى الثبوتية للكتابة، مثل الإقرار أو اليمين الحاسمة¹.

2

الكتابة تعد شرطاً للإثبات أم شرطاً للانعقاد على النحو المتقدم، ميز صراحة في اشتراطه لهذه من شرط التحكيم ومشاركة التحكيم في مجال التحكيم الداخلي، حيث اعتبر الكتابة شرطاً للإثبات في الصورة الأولى، بينما اعتبرها شرطاً للانعقاد في الصورة الثانية كما هو ظاهر من النصين السابقين (1008 2012)، أما على صعيد التحكيم الدولي فقد اعتبرها المشرع ركناً في اتفاق التحكيم دون تمييز بين الشرط والمشاركة، بدليل أنه رتب البطالان على تخلف هذه الشكلية في اتفاقية التحكيم، والتي تسري حسب الفقرة الأولى من المادة 1040 () () .

إرادة المشرع بخلاف العديد من التشريعات الأخرى³، كانت واضحة وحاسمة لأي التباس في التمييز بين المسألتين السابقتين، ويمكن إرجاع هذا الموقف الواضح من المشرع الجزائري، إلى ما يترتب على اتفاق التحكيم من أثر خطير والمتمثل في سلب قضاء الدولة ولاية الفصل في

¹ د عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 187.

² د محمود محمد . 374

في 103.

³ في مؤتمر الأمم المتحدة المنعقد في مقر المنظمة بنيويورك في ماي 1958، تباينت مواقف الدول المؤتمرة تبايناً كبيراً بين دول متمسكة بعنصر الشكلية في اتفاق التحكيم، ودول متمسكة بمبدأ الرضائية، إلى أن أسفر المؤتمر على تبني موقف وسط تقرر بمقتضاه

2 : " (1) تعترف

يخضعوا التي

غير يجوز

(2) " " في في هذه

— إلى لم

غير " . في 377

لصالح قضاء التحكيم، وهذا الموقف جاء موافقاً لما ذهب إليه جانب من الفقه¹ - من أي خلاف فقهي في هذا الشأن - إلى أن العبرة فيما إذا كانت الكتابة مطلوبة للانعقاد أو للإثبات، إنما ترجع لإرادة المشرع، فإذا كانت هذه الإرادة واضحة في اعتبارها ركناً للانعقاد، اتفاق التحكيم لا ينعقد بدونها، ومن ثم يترتب على تخلفها بطلان اتفاق التحكيم، أما إذا كانت إرادة المشرع واضحة في اعتبار الكتابة وسيلة إثبات، فإنه لا يجوز الاستعاضة عن الإثبات بالكتابة في اتفاق التحكيم بأي وسيلة إثبات أخرى، دون أن يؤثر تخلف الكتابة على ص².

غير أنه من جانبنا، وإن كنا نشيد بهذا الموقف الواضح من المشرع الجزائري على النحو المتقدم، إلا أن ترتيب جزاء البطلان على تخلف شرط الكتابة في شرط التحكيم، يشير إلى اعتبار هذا الشرط ركن من أركان الاتفاق على التحكيم، وبالتالي تكون الكتابة في 1008 هي شرط للانعقاد لا للإثبات، في حين يذهب المشرع إلى اعتبارها شرطاً للإثبات، مما يدق التساؤل معه حول فحوى هذا النص؟، وعلى العكس من ذلك ولما كانت الكتابة في مشاركة التحكيم هي للانعقاد وليس للإثبات في مفهوم المادة 1012، لم يرد من خلالها ذكر كجزء كان ينبغي ترتيبه على تخلف الكتابة في مثل هذا الفرض، مما يثير التساؤل مرة أخرى حول هذه المفارقة بين النصين السابقين؟، وعموماً سوف نحاول مناقشة هذه الإشكالات التي تثيرها هذه النصوص في معرض وقف المشرع الجزائري من شرط الكتابة في اتفاق

ثانياً: صور تحقق الكتابة في شرط التحكيم الوارد في عقد النقل البحري للبضائع

تجدر التفرقة بداية بين التحكيم الذي يستند لشرط تحكيم مدرج في العقد الأصلي (

(

الحالة الأولى يفترض بدهاءة أن العقد الأصلي ورد كتابة، وبالتالي فإن شرط التحكيم الوارد فيه هو أيضاً كتابي، إذ يكفي هنا التوقيع على العقد الأصلي دون الحاجة إلى التوقيع بجانب شرط التحكيم، لكن في الحالة الثانية التي يكون فيها اتفاق التحكيم منفصلاً عن العقد الأصلي، فإن

¹ د محمود محمد هاشم، المرجع السابق، ص 106.

² أما في حالة عدم وضوح الإرادة التشريعية في حسم هذه المسألة، فإنه على اعتبار أن الأصل هو رضائية العقود، والاستثناء

هو شكليتها، فعندئذ تكون الكتابة مطلوبة للإثبات فقط وليست ركناً بناءً على الأصل، ما لم يقيم الدليل على هذا

-، انظر في هذا المعنى، د عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 235.

شرط الكتابة عند غالبية التشريعات يعتبر شرطاً خاصاً باتفاق التحكيم وليس بالعقد الأصل ومن ثم يبقى هذا العقد خاضعاً من حيث صحته وإثباته للقواعد العامة، بحيث يجوز إثباته شفاهة أو حتى بالشهادة¹.

محل الدراسة، فإنه وفقاً لمبدأ الرضائية في العقود يجوز إبرام مثل هذا العقد شفويًا، دون إخضاعه للكتابة أو لأي شكل آخر، كما يجوز إثباته بشهادة الشهود، لكن متى نشأ نزاع حول العقد وادّ

وعوداً إلى صور الكتابة في اتفاق التحكيم، فإن هذا الأخير لم يعد - مقصوداً على الصورة التقليدية لهذه الكتابة بأن يرد في صورة محررات مكتوبة بين الطرفين، سواء كان في صورة بند في العقد الأصلي أو في اتفاق مستقل، فالتوجه الحديث في القوانين والتشريعات المنظمة للتحكيم، هو التوسعة بمفهوم الكتابة، بحيث أصبح يشمل وسائل كالمستندات المتبادلة برقيًا، أو الفاكس أو التلكس أو البريد الإلكتروني² التحكيم في صورة إحالة إلى أحكام عامة أو عقد نموذجي يتضمن اتفاقاً على التحكيم، وسوف نحاول فيما يلي تسليط بعض الضوء على الصورتين الأوليتين فقط، أما عن () من صور التراضي - في معرض الكلام عن ركن الرضا- بما يغني

:

أ- الصورة التقليدية (المحررات المكتوبة):

تتحقق كتابة اتفاق التحكيم في هذا الفرض وفقاً للمفهوم التقليدي للكتابة، عندما يتفق

وذلك من خلال بند أو شرط مدرج في ، أو في اتفاق مستقل عنه، ويكفي في الحالة الأولى توقيع الطرفين على العقد الأصلي - دون الحاجة إلى توقيع خاص بجانب³، كما أنه لا يشترط ذلك بالنسبة للإحالة للعقود النموذجية التي تتضمن شروطاً عامة يندرج من بينها شرط التحكيم، طالما كانت

¹ د حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 97.

² 98.

³ د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص 91.

الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد، أما إذا ورد الاتفاق في مستند مستقل، فلا ر عملاً أن يصدر عن الطرفين دون أن يكون ممهوراً بتوقيعهما، وإلا كان محل شك في صدوره عنهما وتيسر إنكاره في أي وقت¹.

أما عندما يتخذ اتفاق التحكيم صورة مشاركة، فهو بطبيعته يتم بعد وقوع النزاع، ويفترض

2

كما تعتبر الكتابة شرطاً إذا أبرم اتفاق التحكيم بالنيابة، فلا تكفي الوكالة العامة، بل لابد من توكيل خاص في إبرام اتفاق التحكيم، من القانون المدني 1/574 : "لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة،

لاسيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء".

ب- الصورة الحديثة (الكتابة الالكترونية):

في صورته

هذا الشرط في اتفاق التحكيم المبرم عن طريق وسائل الاتصال الالكتروني .

إن التطور التكنولوجي المستمر في وسائل الاتصال، مثل الفاكس والتلكس والمصغرات الفيلمية ومخرجات الكمبيوتر والشرائط الممغنطة وغيرها، أدى إلى ضرورة التوسع في هذا المفهوم التقليدي للكتابة، ومن ثم أصبح مفهوم الكتابة لا يستلزم أن تكون محررة في دعامة ورقية فحسب، بل توسع ليشمل الكتابة على الدعائم الالكترونية أيضاً طالما تحقق ذات الهدف، فالمهم هو أن يتم حفظ البيانات المتداولة إلكترونياً، بحيث يمكن الاحتفاظ بها

3

وهكذا وعلاوة على تنامي حجم التجارة الالكترونية، فضلاً على أن استخدام تلك الوثائق الورقية التقليدية في التجارة الدولية أصبح غير آمنٍ ومعقدٍ في نفس الوقت، ناهيك عن كون

¹ د أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 242.

2

³ د توجان فيصل الشريدة، ماهية وإجراءات التحكيم الإلكتروني، (التحكيم عبر الإنترنت)

1099.

الإلكترونية، بحث مشار

استخدامها أمراً منتقداً وغير مرغوب فيه، مما حدا بالتشريعات الدولية منها والوطنية¹ بالتفكير في ذلك البديل الإلكتروني².

لكن وبناءً على هذه النتيجة التي توصلنا إليها، والمتمثلة في تحقق الكتابة الإلكترونية في³، فإن هذا الاستنتاج يستلزم البحث حول تحقق التوقيع الإلكتروني على اتفاق

في عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة
تفاق المبرم إلكترونياً قياساً على

1958

تراو 1985، وحتى بعض القوانين الوطنية شترطت التوقيع على اتفاق التحكيم .

323 1 من القانون المدني الجزائري⁵

صحة الشكل الإلكتروني للكتابة رهن التأكد من هوية الشخص الذي صدرت منه الكتابة إلكترونياً، ولما
-ومثلها التوقيع الإلكتروني- كفيلة بتحديد هذه الهوية
وقيع على نحو مطابق لوظيفة التوقيع التقليدي، فلا شك أن هذا التوقيع الإلكتروني يكتسب ذات الشرعية القانونية التي للتوقيع التقليدي، ومن جهة أخرى يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يتطلب صراحة توقيع الأطراف إلكترونياً على اتفاق التحكيم المبرم بينهما⁶ ط التأكد من هوية الشخص الذي صدرت منه الكتابة إلكترونياً، مع التأكد

¹ من هذه التشريعات القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (2/7) 1958 الاعتراف (2/2)

إلى هذه 2/1040 . . . إذ نص على أنه: "يجب من حيث الشكل، وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة" إلى هذه 323 1 المدني -الآتي- -الإلكتروني.

² د عماد الدين المحمّد، طبيعة وأنماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الانترنت، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2008 1041.

³ Fouchard - E.Gaillard - B.Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, op.cit, p. 286.

⁴ Sur la possibilité de pratiquer un arbitrage en ligne, v. J. Huet et S. Valmachino, Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international, Gaz. Pal, Rec 2000, Doct, p. 6 et s.

⁵ والتي تنص على أنه: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوطة في ظروف تضمن سلامتها".

⁶ في هذا الصدد أن المشرع ساير التطور التكنولوجي في هذا المجال، عندما أصدر القانون رقم 230/2000 المؤرخ في 13 مارس 2000 ت الإلكتروني للمعلومات والتوقيع الإلكتروني.

من وجود الظروف التي تضمن سلامتها، وهذا ما يدل على أن التشريع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى، قد أبدى قدراً ملحوظاً من المرونة في استخدام هذه الوسائل الحديثة طالما أنها تترك أثراً مكتوباً¹

للسائل المشاهدة للكتابة، بحيث لم يجعل الباب

2.

مثل هذه

البرق أو الفاكس أو البريد الإلكتروني، ونتيجة الاختلاف في آليات انتقال المعلومات، فإن هذه نوايا بذاته يعني

بالوسائل آتفة الذكر يعتبر مشروعاً، بغض النظر عن وجود التوقيعات الأصلية لطرفي العقد، إذ أن تبادل هذه الوثائق الإلكترونية يعد تعبيراً صريحاً عن النوايا الحقيقية للأطراف، واعترا³، وبالتالي لا يجوز التمسك بعدم وجود اتفاق التحكيم بحجة عدم التوقيع عليه، لتوافر العناصر الكافية للوجود القانوني لاتفاق التحكيم، طالما تحقق تبادل المستندات الكتابية ولو لم يوقع عليها⁴.

في هذا المقام، إلى أنه لا يشترط أن يكون اتفاق التحكيم وارداً في وثيقة واحدة من بين كافة المستندات، بل يكفي أن تشير عدة مستندات بما يكفي للدلالة على أن

¹ P. Catala, *Ecriture électronique et actes juridiques*, in *Mélanges*, M. Cabrillac, Dalloz – litec, 1999, p. 91 spéc, p. 95.

² وهذا ما يمكن رصده من خلال المادة 323 () التي نصت على أنه: "ينتج الإثبات بحروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها".

³ 2/7 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، بالصيغة التي اعتمدها اللجنة

2006، كانت توجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، غير أن هذا النص بعد تعديله أضاف

"، ومن ثم يكون النص قد تخلى عن وجوب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، وذلك لملاءمة متطلبات

. للمزيد أنظر، د عماد الدين المحمّد، الب 1043 :

L. Degos, *la CNUDCI abandonne l'exigence décrit pour la convention d'arbitrage*, GAZ. PAL, Avril 2007, pp. 912-917.

⁴ د نريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم في المواد المدنية والتجارية 274.

الاتفاق على التحكيم كان محل تراض متبادل بين طرفيه، حتى ولو لم يكن موقعاً عليه، فإذا كان تفاق التحكيم وارداً بعبارة صريحة في أوامر الشراء، وكانت هذه الأوامر محل قبول من الشركة البائعة، بدليل أنها قد أثبتت بأرقامها المميزة في إخطارات القبول الصادرة عن الشركة البائعة، وأشير إليها في الفواتير التي تم على أساسها فتح الاعتماد المستندي، فإن ذلك يكفي

1.

الفرع الثاني

موقف التشريعات من مبدأ الكتابة في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع

سوف نحاول رصد الكتابة في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع، في كل من الاتفاقيات الدولية ولوائح التحكيم البحري والتشريعات الدولية، ثم في التشريع الجزائري، على أن هذه الأنظمة منها ما يتطلب توافر الشكل المكتوب لصحة اتفاق التحكيم () :

أولاً: الأنظمة التي تتطلب توافر الشكل المكتوب لإبرام اتفاق التحكيم

انقسمت هذه الأنظمة بين من يرى ضرورة توافر الكتابة كشرط لانعقاد اتفاق التحكيم، :

أ- الأنظمة التي تتطلب ضرورة توافر الكتابة كشرط لانعقاد اتفاق التحكيم:

من هذه الأنظمة، اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الدولية لسنة 1958، حيث نصت المادة الثانية في فقرتها الأولى من الاتفاقية بأنه: "تعترف ..."، ثم نصت في فقرتها الثانية: " () في

البرقيات ...".

يتمثل في

الاعتراف باتفاق التحكيم وذلك من خلال مرحلتين²:

275.

¹ د نريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم في المواد المدنية والتجارية

205

² د عاطف محمد الفقي، في

لمة الأولى وهي مرحلة الاعتراف باتفاق التحكيم والتي جاء فيها: " محكمة التي يطرح محل بالمعني في هذه إلى ..."

وهي مرحلة الاعتراف بالحكم التحكيمي، حيث تقرر المادة الرابعة من الاتفاقية في فقرتها الأولى أن: " الاعتراف ... : الرسمية () () لم مخالفة في

مجمع¹

في هذه 2 بحيث يجوز الضمني غير لمبرم

3

¹ في تقديرنا، أن القول بالإجماع الذي ذهب إليه الأستاذ الدكتور عاطف الفقي فيه نظر، لكون جانب آخر من الفقه يرى أن الكتابة هنا هي للإثبات وليست للانعقاد، الأمر الذي يجعل القول بالإجماع غير ، ومستند هذا الفقه أن النص لم يرتب البطلان أو الانعدام كجزاء عن تخلف الكتابة إذ هي متطلبة كأساس للاعتراف باتفاق التحكيم، بما لا يجوز معه لأي دولة أن ترفض إثبات وجوده. أنظر في شأن هذا الرأي الأخير، د إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع 83. د أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة 2005 109.

² من القائلين بذلك، د سامية الراشد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية (1) 235.

3

الأطراف أو بتبادل الأطراف للرسائل أو البرقيات، وليس بأي طريق آخر، فالنص لا يشمل التوسع بإدراج وسائل أخرى بما لا يدع مجالاً للخلط، لأنه يحدد تماماً المقصود باتفاق التحكيم المكتوب، وبالتالي لا يجوز إثبات اتفاق التحكيم بوسائل أخرى غير تلك التي ذكرته . أنظر في هذا الشأن، د عاطف محمد الفقي، في

1994

اشتراط

وإلى

: " ...

- محرر

-

"

غيرها

إيجار

إلى

ولم

والبرقيات

يشترط

:

والبرقيات

في

تماشياً

"

غيرها

1.

هذه

ب- الأنظمة التي تتطلب ضرورة توافر الكتابة كشرط لإثبات اتفاق التحكيم:

:

- الخاصة بنقل البضائع بحراً لسنة 1978، كأول نص دولي يختص بالتحكيم في المنازعات البحرية، حيث قررت في مادتها الثانية والعشرين في فقرتها الأولى أنه: "يجوز للطرفين النص باتفاق مثبت كتابة على أن يحال إلى التحكيم أي نزاع قد ينشأ فيما يتعلق بنقل بضائع بموجب هذه الآت" ، فالنص صريح على أن الكتابة اللازمة لاتفاق التحكيم البحري هي

- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985، حيث نصت المادة السابعة منه في

في: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً..."، ثم عرف اتفاق التحكيم الم

: "... إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو

أو غيرها من وسائل الاتصال السلوكي واللاسلكي التي تكون بمثابة سجل للاتفاق، أو في

تبادل المطالبة والدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين وجود اتفاق التحكيم ولا ينكره

".

وبالتالي فإن هذا القانون لم يرتب جزاء البطلان على تخلف الشكل المكتوب، حيث وضع نصاً أكثر عمومية من حيث التطبيق يستجيب لجميع الممارسات التجارية، ومن ثم قرر صحة اتفاقات التحكيم الشفوية بما يجعل إدعاء - في ظل

- صحيحة إذا لم ينكرها الطرف الآخر، كما أن قبول الدفاع حول الموضوع يصحح اتفاق التحكيم من حيث الشكل، أي حتى وإن لم يكن ثابتاً بالكتابة أصلاً، وهو ما نصت عليه المادة 2/16 من نفس القانون بقولها: "يثار الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في موعد أقصاه تقديم"، حيث يتعلق هذا الدفع وفق الفقرة الأولى من نفس المادة بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته وبالتالي من حيث الشكل.

- لائحة تحكيم اليونسترال 1976 نصت المادة الأولى منها في فقرتها الأولى: "

يتفق طرفا عقد ما كتابة على أن تحال المنازعات التي ت

المنازعات ستسوى وفقاً لهذه القواعد مع مراعاة التعديلات التي قد يتفق عليها الطرفان كتابة".

فاللائحة هي الأخرى لم ترتب جزاء البطلان على تخلف الشكل المكتوب في اتفاق التحكيم، وبالتالي تكون الكتابة اللازمة لاتفاق التحكيم في مفهوم اللائحة هي لازمة لإثبات الاتفاق لا لانعقاده، ويطرح التساؤل هنا أيضاً عن إمكانية تصحيح اتفاق التحكيم الشفوي، إذا ما صدر قبول ضمني له وتم قبول الدفاع حول الموضوع، كما هو الحال في القانون النموذجي؟.

ذهب جانب من الفقه استناداً إلى نص المادة 3/21 والتي تقر وجوب إبداء الدفع بعدم اختصاص محكمة التحكيم، والذي يتعلق وفق الفقرة الأولى من نفس المادة بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته أو اتفاق التحكيم المنفصل، في بيان الدفاع أو في الرد على الدعوى الموضوع يستبعد المنازعة في اتفاق التحكيم

من حيث الشكل، إذا كان مبرماً أصلاً شفويًا¹.

غير أن هذا الرأي تُعقَّبُ بأن عدم إرفاق صورة من اتفاق التحكيم مع طلب التحكيم، سيترتب عليه عدم نظر الدعوى أصلاً حتى يصحح اتفاق التحكيم من حيث الشكل بقبوله حتى لو لم يكن مثبتاً بالكتابة، وهو ما نصت عليه المادة 1/18

¹ B. Goldman, Arbitrage Commercial international, J.C.Dr.inter, 1989, Fasc. 586-4, p. 14.

: "يقوم المدعي بإرسال بيان الدعوى كتابة إلى المدعى عليه، وإلى كل من

المحكّمين في خلال مدة زمنية تحددها محكمة التحكيم، ويرفق بالبيان صورة من العقد"¹.

وإلى
نجلزي لسنة 1950
(33) 1975 (7)، وقانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي لسنة 1925
(2)، حيث قررت هذه النصوص وجوب كتابة اتفاق التحكيم، ولكنها توسعت في مفهوم
مع الممارسات التجارية الحديثة، ولم تشترط توقيع الأطراف على الاتفاق
المكتوب، حيث اعتبرت شرط الكتابة متوفر إذا تم الاتفاق بتبادل المراسلات المكتوبة، أو إذا تم
إثبات الاتفاق بالكتابة، ففي الممارسات البحرية لا تحتاج مشارطات الإيجار إلى توقيع الأطراف،
برقيات أو أي مستند كتابي لإبرام اتفاق التحكيم الذي تعترف به قوانين التحكيم².

كما اعتبرت أن اتفاق الأطراف بغير الكتابة -ويدخل في ذلك الاتفاق
- الذي يحيل إلى شروط مكتوبة، يعد اتفاقاً كتابياً، كما ذهبت بعض المحاكم الإنجليزية إلى
داد بالقبول الشفوي أو الضمني واعتبرته يحقق الكتابة³، وعلى هذا الأساس نصت المادة
الخامسة في فقرتها الخامسة من قانون التحكيم الإنجليزي لسنة 1996 على أن تمسك أحد
الأطراف في خصومة التحكيم في مذكرته بوجود اتفاق التحكيم غير مكتوب، وعدم منازعة
الطرف الآخر في مذكرته بالرد في وجود هذا الاتفاق، يعد اتفاقاً مكتوباً مبرماً ويفي بشرط الكتابة
المنصوص عليها في القانون.

ثانياً: الأنظمة التي لا تتطلب توافر الشكل المكتوب لصحة اتفاق التحكيم

وتتمثل هذه الأنظمة في الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961
الفرنسي للتحكيم التجاري الدولي الصادر سنة 1981.

فقد قررت الاتفاقية الأوروبية في مادتها الأولى فقرة ثانية أنه: "

التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطر

المتبادلة أو البرقيات..."، وإلى هنا يكون هذا النص قد قرر ما قرره اتفاقية نيويورك، ولكنه
: "... وفي العلاقات التي تقوم بين رعايا

¹ د عاطف محمد الفقي، 213.

² 209.

³ Ph.Fouchard - E.Gaillard - B.Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, Op cit, P. 392.

دول لا تتطلب تشريعاً لها الشكل الكتابي لاتفاق ال
المقرر في هذه التشريعات يكون سائغاً"، وبالتالي يكون هذا النص قد قرر صحة الأشكال المقررة
في قوانين التي لا تتطلب ضرورة توافر الشكل الكتابي لصحة اتفاق التحكيم¹.

أما المرسوم الفرنسي للتحكيم الدولي الصادر سنة 1981، فإنه لم يورد أية قاعدة تحكم
اتفاق التحكيم من حيث الشكل بما في ذلك الشكل الكتابي، فيكون بذلك قد تبنى تلك الحرية
المتبناة في الاتفاقية الأوروبية لسنة 1961، وهذا بخلاف ما قرره تقنين المرافعات المدنية الفرنسية
1980 بخصوص التحكيم الداخلي في المادة 1/1443

وإلا كان باطلاً، وذلك على عكس مشاركة التحكيم التي كانت الكتابة فيها شرط للإثبات².

أما بخصوص المرسوم الفرنسي الجديد رقم 48 2011 المعدل لقانون التحكيم، فإنه لم
يشترط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم الدولي -
1507، التي نصت بأن اتفاق التحكيم الدولي لا يخضع لشكل معين، وبذلك تكون المادة قد
سمحت للأطراف بمخالفة مقتضيات الشكل الواردة في أحكام التحكيم الداخلي³.

إلى أن المشرع الفرنسي رغم التحرر السابق الذي أبداه فيما يتعلق بعدم
اشتراطه للشكلية في اتفاق التحكيم، إلا أنه أبدى حرصه في تطلب الوجود المادي لهذا الاتفاق
كشرط لتنفيذ حكم التحكيم، كما هو ظاهر من خلال المادة 1487
ذكرة، حيث أوجبت تقديم طلب تنفيذ حكم التحكيم إلى محكمة الاستئناف⁴

4

¹ د عاطف محمد الفقي، 214.

² د أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، المرجع السابق، ص 22.

³ Art 1507: "La convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme".

4Art 1487: "La sentence arbitrale n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une ordonnance d'exequatur émanant du tribunal de grande instance dans le ressort duquel cette sentence a été rendue.

La procédure relative à la demande d'exequatur n'est pas contradictoire.

La requête est déposée par la partie la plus diligente au greffe de la juridiction accompagnée de

l'original de la sentence et d'un exemplaire de la convention d'arbitrage ou de leurs copies réunissant les conditions requises pour leur authenticité.

L'exequatur est apposé sur l'original ou, si celui-ci n'est pas produit, sur la copie de la sentence arbitrale répondant aux conditions prévues à l'alinéa précédent".

ثالثاً: موقف المشرع الجزائري من شرط الكتابة في اتفاق التحكيم

يذهب المشرع الجزائري، إلى التفرقة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي فيما يخص كتابة

استلزم الكتابة كشرط لإثبات شرط التحكيم وذلك وفقاً لنص المادة 1008 في فقرتها الأولى من نون الإجراءات المدنية والإدارية، التي جاء فيها: " بالكتابة في الاتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند إليها".

فالنص صريح في أن الكتابة في شرط التحكيم تكون للإثبات لا للانعقاد، ويستوي في ذلك يتم في العقد الأصلي أو في وثيقة ملحقة بهذا العقد.

أما الكتابة في مشاركة التحكيم فهي شرط لانعقاد اتفاق التحكيم لا لإثباته فحسب، وهذا 1012 من نفس القانون والتي جاء فيها: "يحصل الاتفاق¹

..."

ق بالتحكيم التجاري الدولي، فقد قررت المادة 1040 :

"

يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأية وسيلة اتصال ."

- بخلاف ما ذهب إليه في التحكيم الداخلي -

الكتابة شرطاً لانعقاد اتفاق التحكيم الدولي شرطاً كان أم مشاركة، دونما تمييز بينهما بدليل الفقرة الأولى من 1040 السابقة، ومن ثم رتب جزاء البطلان على مخالفة هذه القاعدة، كما لمشرع الجزائري وعلى غرار التشريعات الأخرى التي سبق ذكرها، قد أبدى تماشيه مع وسائل الاتصال الحديثة بما يستجيب لمتطلبات التجارة الدولية، ومن ثم يجوز إبرام اتفاق التحكيم بأية وسيلة أخرى تحقق الدور الذي تلعبه الكتابة، كالرسائل والبرقيات، ويمتد ذلك ليشمل كل ثل الاتصال الإلكتروني كالفاكس والتلكس والانترنت، مع مراعاة الشروط والقواعد العامة

¹ وقد سبق أن أشرنا إلى أن هذه المادة المتعلقة بمشاركة التحكيم، حيث وضعها المشرع الجزائري تحت عنوان (ضمن القسم الثاني من الفصل الأول من الباب الثاني من ق. . .، إ، تحتاج إلى إعادة صياغتها، إذ أن مقصود المشرع هنا هو مشاركة التحكيم ولا شك أنها تختلف عن اتفاق التحكيم الذي يضم صورتين معاً (.

من تبادل التراضي وتطابق الإيجاب مع القبول وغيرها من الشروط المقررة لصحة

رابعاً: ملاحظات بشأن موقف المشرع الجزائري من شرط الكتابة في اتفاق التحكيم:

:

أن المشرع الجزائري فيما يتعلق باتفاق التحكيم الداخلي، قد سار على نفس النهج الذي كان المشرع الفرنسي قد سلكه في قانون المرافعات المدنية الفرنسي الصادر سنة 1980
1/1443
2011

التحكيم يجب أن يكون مكتوباً وإلا كان باطلاً، وذلك على عكس مشاركة التحكيم التي كانت

غير أن المشرع الفرنسي بعد صدور المرسوم رقم 48 2011 1443
سالفة الذكر، قد سار نحو توحيد النظام القانوني لشرط التحكيم ومشاركة التحكيم، حيث قرر

الفرنسي في هذا التعديل أن اتفاق التحكيم يشكل تصرفاً خطيراً طالما أنه سيفضي إلى تنازل الأطراف عن حقهم في اللجوء إلى محاكم الدولة، وبالتالي يكون لهذا التعديل ما يبرره في نطاق

1

أما على صعيد التحكيم الدولي، فقد قرر المشرع الجزائري وجوب إبراء

-

-

الدولي من أية قيود فرضها بالنسبة لاتفاق التحكيم الداخلي، إذ نص المشرع الفرنسي في المادة 1507 (2011) بأن اتفاق التحكيم الدولي لا يخضع لشكل معين، وهذا قد يبرره عدم وجود تلك المخاوف المتمثلة في نزاع الاختصاص القضائي للدولة كما هو الحال في

وترتيباً على ما سبق، وبخصوص اتفاق التحكيم الداخلي، كان حريٌّ بالمشرع الجزائري أن يتفطن لما تفتن له واضعوا تعديل قانون المرافعات الفرنسي، من توحيد للنظام القانوني لاتفاق التحكيم سواء تم في صورة شرط أو مشاركة، نظراً لوحدة الخطر المترتب على إبرامهما والمتمثل في اختصاص محكمة التحكيم دون اختصاص القضاء العام للدولة، وبالتالي فإن هذه التفرقة التي

¹ د أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، المرجع السابق، ص 25.

عملية ترجى، فضلاً على ما قد يترتب عنها من آثار قد تمس باختصاص القضاء الوطني.

أما بخصوص اتفاق التحكيم الدولي، فلا شك أن اشتراط المشرع الجزائري للشكل المكتوب في اتفاق التحكيم سيصطدم مع القانون الواجب التطبيق على النزاع، لاسيما إذا كان قانون دولة غير القانون الوطني، سواء اختاره الأطراف - أو الذي تختاره هيئة التحكيم في حالة غياب قانون الإرادة، وكان هذا القانون المختار لا يوجب الكتابة، إلا إذا كان المشرع يقصد بتطبيق هذا الشرط في الحالة التي يختار فيها الأطراف تطبيق القانون الجزا
ثم

لمثل هذه الإشكالات، كان أولى بالمشرع الجزائري أن يقرر هذا الشرط، كشرط لتنفيذ حكم التحكيم الدولي أسوة بالمشرع الفرنسي، ومن ثم يلزم الطرف الذي يسعى إلى تنفيذ التحكيم الدولي في الجزائر أن يقدم طلب تنفيذ حكم التحكيم إلى المحكمة المختصة، مصحوباً

كما تجدر الإشارة إلى أن جزاء البطلان إنما يترتب على الحالة التي تكون فيها الكتابة كشرط

وبالتالي فإن نص المشرع الجزائري في المادة 1008 لا شك يثير الكثير من الاستفهام، فهو من جهة يشير إلى مسألة إثبات شرط التحكيم لا وجوده، لكنه يعود ليوجب

ثم يثور مرة أخرى بخصوص مشاركة التحكيم بمقتضى نص 1012 والتي : "يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا ..."، فطالما أن المشرع نص على أن مشاركة التحكيم لا تحصل إلا كتابةً، أي أن الكتابة في مفهوم هذه المادة هي شرط للوجود لا مجرد الإثبات، فكان الأولى أن يتقرر البطلان في هذه الحالة كجزء يترتب عن تخلف كتابة مشاركة التحكيم، بدلاً من أن يقرره المشرع في الحالة السابقة للإثبات فقط في مفهوم المادة 1008.

خامساً: القانون الواجب التطبيق على الشكل الكتابي في اتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع هو تصرف قانوني، ونظراً لطابعه الدولي -على الأقل في معاملات التجارة الدولية- فهو يثير مشكلة تنازع القوانين في شأن متطلباته الشكلية، كما هو الشأن في موضوعه على نحو ما سوف نرى¹

التحكيم وسائر التصرفات الإرادية الأخرى، فإنه قد يبدو منطقياً أن يحل تنازع القوانين في شأن التحكيم، والتي تقضي

بمخضوع الشكل لقانون المحل، أي قانون الدولة التي ابرم فيها اتفاق التحكيم².

غير أن الاتجاه المروج لقضاء التحكيم

التجارة الدولية، قد كشف عدم ملاءمة الحلول التي يقود إليها منهج التنازع، ومن ثم أصبح المحكمون يفضلون تجنب قضاء التحكيم تلك التعقيدات التي قد يسفر عنها أعمال ذلك المنهج³ وإزاء ذلك نشأت الرغبة عند كل من الأطراف وكذلك المحكمين البحرين، إلى التحول عن تطبيق منهج التنازع المقرر في القانون الدولي الخاص بل وعن تطبيق القوانين الوطنية أيضاً، إلى تطبيق ما يعرف في فقه التحكيم التجاري الدولي بقانون التجارة الدولية في حالة عدم اتفاق الأطراف صراحة أو ضمناً على اختيار القانون الذي يحكم نزاعهم، وذلك استناداً إلى قانون الإرادة أولاً، تنتقل مهمة اختيار هذا القانون إلى هيئة التحكيم وذلك استناداً إلى قانون

4

في عقد النقل البحري للبضائع

استوفى الشكل الذي يحدده قانون الإرادة، أي القانون الذي يختاره الطرفان للتطبيق على النزاع الناشئ عن عقد النقل،

- في حالة عدم اختيار الأطراف له -

1 المبحث الثاني من الفصل الأول من الباب الثاني.

2 وفي ذلك قضت هيئة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس عام 1988 : "في أي معاملة دولية يمكن لشكل ()

ألبداً المحل يحكم شكل التصرف". إلى ذلك د أحمد عبد

الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 230.

3 د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع 233.

4

الدولية، وعموما سوف نحاول التطرق بأكثر تفصيل في مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على
في¹.

حاصل ما تقدم، فإن جميع الأنظمة والتشريعات التي سبق عرضها، سواء تلك التي تطلبت
ضرورة الشكل المكتوب أو تلك التي لم تتطلبه، فإنها جميعاً تلتقي في مراعاة اعتبارين أساسيين
بشأن شكل اتفاق التحكيم، هما المرونة والتأمين:

تظهر في التماشي مع متطلبات السرعة اللازمة لإبرام عقود التجارة الدولية والتي
يعتبر عقد النقل البحري للبضائع -محل الدراسة- واحداً منها، حيث تتحقق هذه المرونة
باستخدام ما استحدثه العلم الحديث من وسائل اتصال سلكية ولاسلكية وغيرها.
أما التأمين، فيظهر في

المادي لاتفاق التحكيم، فتتحقق الشكل المطلوب في اتفاق التحكيم هو الوسيلة القانونية التي بها

اجب تطبيقه على النزاع، وغيرها من الشروط اللازمة لتسيير العملية
التحكيمية برمتها، بدءاً من إثبات اتفاق التحكيم نفسه إلى حين تنفيذه.

وبالتالي يتحقق هذين العاملين -

لأخرى، متمثلاً في الكتابة لصحة انعقاد اتفاق التحكيم
البحري الدولي، مع توقيع الأطراف على اتفاق التحكيم الشرط أو المشاركة إذا صدر في صورته
أي إذا كان في شكل محرر مكتوب، أو بدون هذا التوقيع إذا صدر في إحدى الصور
بطريق البرق أو التلكس أو الفاكس وغيرها من
الوسائل الإلكترونية الحديثة.

- كصورة من صور التراضي -، عندما يجيل سند الشحن إلى شرط التحكيم الوارد بمشارطة إيجار
التي صدر سند الشحن تنفيذاً لها، حيث توصلنا إلى وجوب أن تكون هذه الإحالة
مكتوبة وواضحة وصريحة إلى هذا الشرط التحكيمي المكتوب.

¹ راجع ما سيأتي في المبحث الثاني من الفصل الأول من الباب الثاني.

إلى أن المعاملات البحرية الدولية تقتضي السرعة في إبرام العقود، وبالتالي تستلزم هذه السرعة إجازة إبرام الاتفاقات شفويًا كما لو تم عن طريق الهاتف، على أن يعزز هذا الاتفاق مباشرة بتبادل مستندات كتابية كالخطابات أو البرقيات وغيرها، تحقيقاً لاعتباري المرونة والتأمين، واتقاءً لأي خطر قد يترتب عن اتفاق التحكيم¹.

فإن اتفاق التحكيم متى استكمل أركانه السابقة -

- فإنه يترتب آثاره كاملة، غير أنه ثمة تساؤلان يمكن إيرادهما في ختام هذا الفصل،

الأول، يتمثل في الفرض الذي يشوب فيه العقد الأصلي -

صحيحاً؟، والثاني، إذا ما نشأ اتفاق

ومنتجاً لكافة آثاره، فهل من الممكن أن تمتد هذه إلى أ

ت

رصده من خلال الفصل الموالي:

الفصل الثاني

مبدأ استقلال اتفاق التحكيم بالنسبة لعقد النقل البحري للبضائع

والآثار المترتبة عن هذا الاتفاق

أشرنا في الفصل السابق، إلى أن اتفاق التحكيم لكي يرتب آثاره القانونية كاملة، لا بد أن ينشأ صحيحاً مستوفياً لجميع أركانه وشروطه، لكن قد يشوب العقد الأصلي -عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة- عيب من عيوب الإرادة، لذا كان هذا الموضوع محل تساؤلات عدة، أولها وأبرزها الفرض الذي يكون العقد الأصلي (عقد النقل البحري للبضائع) المثار بشأنه النزاع باطلاً، إذ أن أهم ما يتميز به اتفاق التحكيم عن باقي العقود الأخرى، هو استقلاله عن العقد الأصلي، وبالتالي فإنه إذا احتل ركن من أركان عقد النقل السالفة الذكر -الرضا أو المحل أو السبب أو الكتابة-، أو شابه عيب من عيوب الإرادة كالغلط أو الإكراه أو التدليس، فهل يظل هذا الخلل أو هذا العيب محصوراً في العقد الأصلي، ويبقى اتفاق التحكيم بمنأى عن تلك التغيرات التي قد تطرأ على هذا العقد الأصلي، أم أنها تمتد إلى اتفاق التحكيم أيضاً؟، ونفس التساؤل يثور إذا احتل أي ركن من أركان اتفاق التحكيم، أو شابه عيب من عيوب التراضي، فهل ذلك يؤثر على العقد الأصلي أيضاً؟.

وثاني سؤال يمكن طرحه في هذا المقام، يتعلق بالفرض الذي ينشأ فيه اتفاق التحكيم صحيحاً مرتباً لآثاره القانونية، فهل من الممكن أن تمتد هذه الآثار إلى أطراف أخرى أجنبية عن عقد النقل البحري وعن اتفاق التحكيم الوارد به، أم أنها تقتصر على أطرافه فقط؟.

مجمل هذه التساؤلات سنحاول رصد الإجابة عنها من خلال مبحثين مستقلين، نستعرض في (المبحث الأول) مبدأ استقلال اتفاق التحكيم بالنسبة لعقد النقل البحري للبضائع، وفي (المبحث الثاني) نتناول الآثار المترتبة عن اتفاق التحكيم الوارد بهذا العقد.

المبحث الأول

مبدأ استقلال اتفاق التحكيم بالنسبة لعقد النقل البحري للبضائع

يعد مبدأ استقلالية¹ اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي من المبادئ المستقرة حالياً، سواء في إطار القوانين الوضعية أو المعاهدات الدولية ولوائح التحكيم، إذ يشكل الركيزة الأساسية لمصالح التجارة الدولية، وتحقيقاً لهذه المصالح، ظهرت الحاجة إلى تحصين اتفاق التحكيم من كافة ما قد يصيب أو يعتري العقد الأصلي الذي يتضمن اتفاق التحكيم من بطلان²، وهذه الاستقلالية تستمد من الموضوع المختلف لكل من العقدين: العقد الأصلي والاتفاق على التحكيم، فالاتفاق على التحكيم هو مجرد عقد يرد على الإجراءات، ولا يهدف إلى تحديد حقوق والتزامات الأطراف الموضوعية³، ولكن ينصب محله على الفصل في المنازعات الناشئة عن الشروط الموضوعية التي يتضمنها العقد الأصلي⁴.

وبناءً على هذا، يمكن القول بأن الاتفاق على التحكيم ليس مجرد شرط وارد في العقد الأصلي (عقد النقل البحري للبضائع)، بل هو عبارة عن عقد آخر من طبيعة مختلفة، فهو وإن كان مندمجاً من الناحية المادية في ذلك العقد الأصلي، فإنه من الناحية القانونية يستقل تماماً عنه، هذا الاستقلال يجد أساسه في اختلاف الموضوع الذي ينظمه اتفاق التحكيم، عن ذلك الذي ينظمه العقد الأصلي الذي يتضمنه⁵.

وقد كان السائد -تطبيقاً للقواعد العامة- أن العقد إذا تعرض لإحدى تلك العوارض التي قد تؤدي إلى بطلانه، فإنه منطقياً يزول بكل ما تضمنه، وبالتالي ينتهي أثر اتفاق التحكيم

¹ حول مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بصورة عامة يرجع إلى:

Ph. FRANCESKAKIS, «Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt HECHT de la Cour de cassation», Op cit, p. 67 et ss.

Aussi, C. Blanchin, L'autonomie de la clause compromissoire, un modèle pour la clause attributive de juridiction, Paris, LGDJ, Travaux et Recherches Panthéon-Assas Paris 2, 1994, (spéc), P. 38 et ss.

² د عبد الباسط محمد عبد الواسع، شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 344 وما بعدها.

³ Jing Li, L'extension de la clause compromissoire dans l'arbitrage international, The Dijon, 1993, p. 17.

⁴ د حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 20، ولنفس المؤلف، الموجز في

النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 119.

⁵ د ناجي عبد المؤمن محمد، مدى جواز الاتفاق على التحكيم بطريق الإحالة في القوانين الوطنية وعلاقات التجارة الدولية،

بحث مشار إليه سابقاً، ص 36.

بالتبعية¹، ولكن تطوّر قضاء وفقه التحكيم التجاري الدولي انتهى إلى عكس ذلك، إذ كرس مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي²، فأصبح اتفاق التحكيم لا يتأثر ببطلان أو بفسخ أو بإنهاء العقد الأصلي، متى استكمل الاتفاق أركانه وشروط صحته الخاصة به³.

وترتيباً على ما تقدم، سوف نبحت ماهية مبدأ استقلال اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع ضمن (المطلب الأول)، ثم نستعرض موقف الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية وقضاء التحكيم الدولي، من مبدأ استقلال اتفاق التحكيم ضمن (المطلب الثاني):

المطلب الأول

ماهية مبدأ استقلال اتفاق التحكيم بالنسبة لعقد النقل البحري للبضائع

تقتضي دراسة ماهية مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، بيان المقصود من هذا المبدأ (الفرع الأول)، ثم نبين الخصوصيات التي يتميز بها هذا المبدأ (الفرع الثاني):

الفرع الأول

المقصود بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي

لتحديد المقصود بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي (عقد النقل البحري للبضائع)، ينبغي تعريف هذا المبدأ (أولاً)، ثم بيان شروطه (ثانياً):

¹ أنظر تطبيقات ذلك عند القضاء الإنجليزي المشار إليها عند، د سامية الراشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة (ج1)، المرجع السابق، ص 100 وما بعدها.

² جدير بالإشارة إلى أن البعض ينادي بتكريس قاعدة "تحول العقد الباطل بدلاً من إعمال مبدأ استقلال اتفاق التحكيم"، حيث يرى أنه بدلاً من استصدار حكم ببطلان العقد الأصلي، أو أن يقرر المحكم الاستمرار في التحكيم على الرغم من بطلان هذا العقد بدعوى استقلال شرط التحكيم، فإن عليه ابتداءً -وقبل إعمال مبدأ الاستقلال- التحقق من توافر شروط تحول العقد، وهي: وجود العقد الباطل، وتضمن هذا العقد الباطل جميع عناصر عقد آخر، وانصراف نية المتعاقدين المحتملة إلى إبرام هذا العقد الأخير، لو علما ببطلان العقد الذي أبرماه. من القائلين بهذه القاعدة، د عادل محمد خير، بطلان اتفاق التحكيم في القانون البحري المصري واتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع (قواعد هامبورج 1978)، مكتب الدكتور عادل خير للمحاماة والاستشارات القانونية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2001، ص 100-101.

³ د محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 69.

أولاً: تعريف مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم:

يمكن تعريف مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم¹ على أنه: قابلية هذا الاتفاق للانفصال عن العقد الأصلي الذي يتضمنه، بما يعني معه أن مصير اتفاق التحكيم لا يرتبط بمصير العقد الأصلي، وذلك من حيث الوجود والصحة والبطلان، فلا يترتب على إبطال أو بطلان اتفاق التحكيم أو عدم صحته بطلان العقد الأصلي، كما لا يترتب على بطلان العقد الأصلي أو عدم صحته بطلان اتفاق التحكيم، إلا إذا كان البطلان يشمل اتفاق التحكيم والعقد معاً، كما لو تم إبرام العقد من عدم الأهلية²، وإن كان ذلك نادر الحدوث في عقود التجارة الدولية³، وهو المبدأ الذي كرسه المشرع الجزائري بموجب المادة 4/1040 من ق.إ.م.إ التي جاء فيها: "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي".

جدير بالذكر، أن مسألة استقلال اتفاق التحكيم لا تثور في الفرض الذي يبرم فيه هذا الاتفاق في صورة مشاركة، إذ تبرم هذه الأخيرة منفصلة عن العقد الأصلي، فهي بذلك مستقلة أساساً عن هذا العقد، وعلى هذا تثار مسألة استقلال اتفاق التحكيم غالباً في الفرض الذي يبرم فيه اتفاق التحكيم في صورة شرط التحكيم، كبنء مدرء في العقد الأصلي، أو شرط التحكيم الذي يرد في محرر مستقل، أو شرط التحكيم الذي يرد في العقد المحال إليه⁴، وإن كانت هاتين الصورتين الأخيرتين مستقلتين مادياً عن العقد الأصلي⁵.

¹ Hamdi Ouerghi, L'autonomie de la clause compromissoire en matière d'arbitrage international, Mémoire présenté à la faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de maîtrise en droit (LL.M), Université de Montréal, Mai 2006, p. 03.

² د أحمد إبراهيم عبد التواب، صور اتفاق التحكيم واستقلاله، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، السنة 16، العدد الأول، يناير 2008 م، ص 371 وما بعدها. د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 96. د أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، المرجع السابق، ص 17.

³ د عبد الباسط محمد عبد الواسع، شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 333.

⁴ وتظهر هذه الصورة في الحالة التي يصدر فيها سند الشحن البحري غير متضمن لشرط التحكيم، لكنه يحيل إلى تطبيق الشروط الواردة في مشاركة إيجار السفينة، بحيث يكون إحدى هذه الشروط ينص على التحكيم لحل أي نزاع بشأن العقد الأصلي. يرجع في هذا الخصوص إلى ما ذكرناه حول (شرط التحكيم بالإحالة)، في معرض تطرقنا لركن التراضي في الفصل الأول من الباب الأول.

⁵ د عبد الباسط محمد عبد الواسع، مرجع سابق، ص 336.

وعلى العموم فإن هذا الاستقلال كما يصفه البعض بالاستقلال المتبادل¹، فقد يبطل العقد الأصلي لمخالفته للنظام العام كأن يكون سببه غير مشروع، بينما يظل اتفاق التحكيم صحيحاً غير متأثر بعدم مشروعية سبب العقد الأصلي، وقد يبطل اتفاق التحكيم لذات السبب أو لسبب آخر، في حين لا تتأثر باقي البنود العقدية بهذا البطلان².

وهذا خلافاً لما ذهب إليه البعض³، من أنه إذا أحاط بالعقد الأصلي أسباب تؤدي إلى بطلانه أو إلى فسخه، نتيجة لعدم وفاء أحد أطرافه بالتزاماته الناشئة عن العقد أو إخلاله بها، أو كان العقد قد انقضى بأحد أسباب الانقضاء كما لو انقضى بطريق الوفاء أو الإبراء مثلاً، فإنه في جميع هذه الفروض ينتهي العقد بجميع شروطه، بما في ذلك اتفاق التحكيم الذي يكون قد تضمنه، لكن هذه القاعدة العامة، لا يمكن تطبيقها في التحكيم التجاري الدولي والبحري، إذ يجري العمل على خلاف ذلك كما رأينا، حيث يعامل اتفاق التحكيم على أنه عقد قائم بذاته ومستقل عن غيره من الشروط الأخرى التي يتضمنها العقد الأصلي، وبالتالي لا يتأثر اتفاق التحكيم بتلك العوارض التي تطرأ على العقد الأصلي.

ثانياً: شروط تطبيق مبدأ استقلال اتفاق التحكيم

يفترض اتفاق التحكيم شروطاً معينة للقول بإمكانية استقلاله عن العقد الأصلي⁴ (عقد النقل البحري للبضائع) تتمثل فيما يلي:

- فمن ناحية أولى، يجب أن يكون اتفاق التحكيم ذاته قد أبرم صحيحاً، مستوفياً لكافة أركان وجوده وشروط صحته القانونية، فلا مجال للكلام عن وجود اتفاق تحكيم مستقل إذا اختل ركن من أركانه أو شرط من شروطه.
- ومن ناحية ثانية، ألا يكون الأطراف قد اتفقوا على أن يكون اتفاق التحكيم جزءاً لا يتجزأ من العقد الأصلي، بحيث يرتبط مصيره بمصيره وجوداً وعدمياً، ففي هذه الحالة لا يسوغ فرض

¹ د أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، المرجع السابق، ص 493.

² د فتحي والي، المرجع السابق، ص 96.

³ د محمود سمير الشرقاوي، مفهوم التجارية والدولية وفقاً لقانون التحكيم المصري الجديد، مجلة التحكيم الصادرة عن المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، العدد الثاني، مارس 2000، ص 18، مشار إليه عند، د عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 335-336.

⁴ د أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 266-267.

الاعتراف بقاعدة استقلال اتفاق التحكيم، ذلك لأن هذا الاتفاق هو من حيث الأصل ذو أساس اتفاقي، يتحتم معه النزول عند إرادة الأطراف¹ وإن خالفت تلك القاعدة².

ويتبادر هنا سؤالان³، الأول: إذا كان العقد الأصلي (عقد النقل البحري للبضائع) صورياً، فهل يكون اتفاق التحكيم الوارد به كذلك؟، والثاني: إذا كان هذا العقد الأصلي مقترناً بما يعرف بحق العدول، أي عدول أحد الأطراف عن العقد، فهل يشمل هذا العدول جميع ما اتفق عليه الطرفان بما في ذلك أيضاً اتفاق التحكيم؟.

ففيما يتعلق بالصورية، فإن جانب من الفقه⁴ يذهب إلى امتداد صورية العقد الأصلي إلى جميع البنود التي يتضمنها، بما في ذلك بند اتفاق التحكيم، ما لم تتجه إرادة الطرفين إلى الالتجاء إلى التحكيم فيما يتعلق بالنزاعات التي تنشأ بينهما نتيجة لهذه الصورية.

لكن يفرق ذات الاتجاه في ذلك بين صورتَي اتفاق التحكيم، ففي صورة شرط التحكيم المدرج في التصرف المنشئ للعلاقة الأصلية، يبدو الارتباط واضحاً بين العقد الأصلي الصوري وبين شرط التحكيم، على نحو يبدو معه شرط التحكيم هو الآخر شرطاً صورياً، وذلك استكمالاً للوضع الظاهر الذي أراد الطرفان الظهور به أمام الغير، وعلى هذا فإنه من الصعب تصور الصورية في اتفاق التحكيم، استقلالاً عن العلاقة الأصلية التي يتعلق التحكيم بالمنازعات الناشئة عنها، وهذا مع مراعاة الاستثناء السابق المتمثل في اتجاه إرادة الأطراف إلى عدم امتداد الصورية إلى اتفاق التحكيم.

¹ في حين يذهب إلى خلاف ذلك جانب من الفقه، إذ يرى ضرورة احترام مبدأ استقلال اتفاق التحكيم بصرف النظر عما اتفق عليه الأطراف، وسوف نرى أن هذا القول لا يتفق مع فقه وقضاء التحكيم التجاري الدولي. أنظر هذا الرأي، د أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 126.

² وتطبيقاً لهذا الشرط، فقد تحفظت العديد من لوائح وأنظمة التحكيم الدولي في معرض ذكرها لمبدأ الاستقلالية بإيرادها لعبارة: "ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك". أنظر مثلاً: المادة 7 من قانون التحكيم الإنجليزي لعام 1996، والمادة 4/6 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس النافذة اعتباراً من 1 يناير 1998، والمادة 18 من لائحة التحكيم لمركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام 1994، وغيرها، وهذا التحفظ دليل على أن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم لا يعد من النظام العام، ومن ثم أجازت التشريعات والنظم السابقة للأطراف الاتفاق على عدم الاستقلالية.

³ د عبد الباسط محمد عبد الواسع، شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 343.

⁴ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، ص 389-

أما في الصورة الأخرى وهي صورة مشاركة التحكيم، فالأمر يبدو مختلفاً على نحو يصعب معه تصور صورتها، إذ يبرم الاتفاق في هذا الفرض بعد قيام النزاع، ولذلك يكون المقصود بها في جميع الأحوال، مواجهة المنازعات الناشئة عن صورية العقد الأصلي، وعلى هذا النحو فإن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي (عقد النقل البحري للبضائع)، يبقى قاصراً على هذه الصورة الأخيرة، بينما لا مجال لإعمال هذا المبدأ في الصورة الأولى، ما لم يتبين من إرادة الأطراف أنها قصدت إعماله.

أما فيما يتعلق بحق العدول، فإن العدول -تطبيقاً للقواعد العامة- يشمل جميع ما اتفق عليه الطرفان بما في ذلك أيضاً اتفاق التحكيم، ما لم يتبين خلاف ذلك في العدول ذاته، أي ما لم يتضح أن إرادة الأطراف قد اتجهت إلى أن هذا العدول لا يشمل الاتفاق على التحكيم، بينما يرى البعض¹ أن الأصل هو استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي تماماً كما هو الحال بالنسبة للصورية، وذلك كله ما لم تتجه نية الأطراف إلى العدول عن العقد في مجموعه، بما فيه شرط التحكيم الوارد به.

الفرع الثاني

خصوصيات مبدأ استقلال اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي

إن تقرير استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي (عقد النقل البحري للبضائع) على النحو السابق، يؤدي إلى قبول إخضاع هذا الأخير إلى نظام قانوني يختلف عن ذلك الذي يحكم اتفاق التحكيم، والقول بخلاف ذلك يعني إخضاع كل من العقد الأصلي واتفاق التحكيم إلى ذات النظام القانوني²، وعلى هذا النحو يتميز مبدأ الاستقلالية بمجموعة من الخصائص أهمها:

أولاً: عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي

سبق وأن أشرنا أن اتفاق التحكيم لا يتوقف صحته أو فسخه أو إنفاؤه على ما يشوب العقد الأصلي من بطلان أو ما يناله من فسخ أو إنهاء، ويستثنى من ذلك حالة اتفاق الأطراف

¹ د الأنصاري حسن النيداني، الأثر النسبي لاتفاق التحكيم، دراسة في القانون رقم 27 لسنة 1994 في شأن المواد المدنية والتجارية، 2001، ص 14.

² د سامية الراشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة (ج1)، المرجع السابق، ص 78 وما تلاها.

على خلاف ذلك¹، أي إذا اتفقوا على ارتباط مصير كل من اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، وبالتالي تكون النتيجة على العكس من ذلك.

والواقع أن نطاق هذه القاعدة المتقدمة بشأن عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي، قد أثار كثير من الجدل، خاصة عند الفقه والقضاء الذي يفرق بين حالي البطلان والانعدام²، حيث يذهب رأي³ إلى القول بأنه إذا كان اتفاق التحكيم لا يتأثر ببطلان العقد الأصلي على النحو السابق، فإنه يتأثر بمصير هذا العقد في حالة انعدامه، بينما يرى الاتجاه الغالب⁴ إلى أن هذه التفرقة لا يدعمها الفقه والقضاء الغالب خاصة على صعيد التحكيم التجاري الدولي، بل نصت غالبية التشريعات والنظم المتعلقة بالتحكيم⁵، على أن الإدعاء بالانعدام أو بالإبطال ليس من شأنهما التأثير على استقلال اتفاق التحكيم، ولعل الغاية من كل ذلك هو عدم إتاحة الفرصة أمام الأطراف في إمكانية الالتجاء إلى الحيل التسوية، والتي يسعى مبدأ الاستقلالية إلى تفاديها.

ويميز جانب من الفقه⁶ بين عيوب الإرادة التي تخص شرط التحكيم ذاته، وعيوب الإرادة التي تلحق العقد الأصلي، ففي الحالة الأولى إذا كان عيب الإرادة متعلق باتفاق التحكيم ومحصور فيه، فهذا العيب لا يمتد إلى العقد الأصلي الملحق به شرط التحكيم، ومن ثم فيبطل شرط التحكيم لعيب في إرادة أحد الطرفين لا يمتد إلى العقد الأصلي، الذي يبقى صحيحاً رغم إبطال شرط التحكيم الملحق به، وفي هذا يصدق مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي

¹ د فتحي والي، المرجع السابق، ص 96.

² وقد سبق وأن أشرنا في بداية هذا المبحث، إلى أن هذه التفرقة هي التي استند إليها القضاء الإنجليزي في رفضه لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، حيث يفرق بينما إذا كان العقد معيب بعيب لحقه منذ انعقاده، وبين العيب الذي يؤدي إلى بطلانه بعد انعقاده.

³ V. Pieter. SANDERS, « L'autonomie de la clause compromissoire », in Hommage à Frédéric Eisemann, Chambre du commerce internationale (CCI), N° 921, 1978, p. 34 et s.

⁴ V. B. Goldman, Arbitrage Commercial International, Convention d'arbitrage, Généralités Autonomie et principe de validité, Loi Applicable, J.C.I, droit Inter, Fasc 586-1, 1989, N° 1, p. 10.

أشارت إلى هذا الرأي، د حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 45.

⁵ أنظر على سبيل المثال، المادة 3/5 من اتفاقية جنيف الأوروبية لسنة 1961، والمادة 2/5 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي، والمادة 2/21 من قواعد تحكيم اليونسترال، والمادة 1/16 من القانون النموذجي للتحكيم، وهو ما أكده أيضاً نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية في المادة 4/8، ونظام الهيئة الأمريكية للتحكيم لسنة 1992.

⁶ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 405 وما بعدها.

المنصوص عليه في المادة 4/1040 من ق.إ.م.إ الجزائر¹، ويصدق أيضاً في الحالة المعاكسة، التي يكون فيها عيب الإرادة لاحقاً بالعقد الأصلي، فإن إبطال هذا الأخير لا يكون له أثر على شرط التحكيم إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته.

وتطبيقاً للأحكام السابقة بشأن عيوب الإرادة، فإنه إذا تعلق الأمر بالغلط، فإن الغلط قد يرد على محل العقد الأصلي (عقد النقل البحري للبضائع) أو على قيمة الشيء المعقود عليه، وهذا النوع من الغلط لا يمتد بطبيعة الحال إلى شرط التحكيم، لاختلاف محل هذا الأخير عن محل العقد الأصلي على النحو الذي سبق تفصيله في معرض الحديث عن ركن المحل، وقد يرد الغلط على شخص المتعاقد أو على صفة من صفاته في العقد الأصلي، فهذا النوع من الغلط يمتد بالضرورة إلى شرط التحكيم، لأن هذا المتعاقد في العقد الأصلي هو بالضرورة متعاقد في شرط التحكيم ذاته، وبالتالي لا يصدق مبدأ الاستقلال على هذه الحالة الأخيرة.

أما إذا تعلق الأمر بالإكراه، فالإكراه ينصب بالضرورة على شخص المتعاقد الآخر في شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي، وعلى هذا النحو فإن الإكراه الذي يبطل العقد الأصلي (عقد النقل البحري للبضائع)، يؤدي بالضرورة إلى إبطال شرط التحكيم، على نحو يخرج معه الأمر من نطاق تطبيق مبدأ استقلال شرط التحكيم، لكن إذا تم الاتفاق على التحكيم بعد إبرام العقد الأصلي الذي تعلق به عيب الإكراه، فإن شرط التحكيم يبقى صحيحاً لزوال الإكراه، إذ لم يكن قد تم الاتفاق على التحكيم بعد.

أما عن عيب الاستغلال والغبن، فالاستغلال يتطلب لقيامه شرطان، أحدهما هو عدم التعادل بين التزامات الطرفين، وثانيهما هو أن يكون عدم التعادل هذا ناشئاً عن استغلال أحد الطرفين لضعف معين في الطرف الآخر، وهو ما يعرف بالطيش بين أو الهوى الجامح، ومن الواضح أن هذا الشرط الأخير -أي الاستغلال- يتصور تحققه بالنسبة لشرط التحكيم، بخلاف الشرط الأول، لاختلاف محل شرط التحكيم عن محل العقد الأصلي، ولأن شرط التحكيم ينشئ

¹ ما ينبغي التنبيه له في هذا المقام، ما قد يؤدي إليه إعمال المادة 104 من القانون المدني الجزائري بنصها على أنه: "إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال، فيبطل العقد كله"، فإذا كان الشرط الأول من المادة يجسد تطبيق مبدأ الاستقلالية، فإن الشرط الثاني منها لا يمكن معه تطبيق هذا المبدأ، إذا تبين من الظروف أن إرادة الطرفين ما كانت لتنتهي إلى إبرام عقد النقل بدون الاتفاق على التحكيم الذي يشوبه العيب المؤدي للبطلان، وهذا ما يعرف طبقاً للقواعد العامة بمبدأ انتقاص العقد.

التزامات متعادلة في مواجهة كل من الطرفين، إذ كل منهما لا يلتزم فيه بأكثر من عدم الالتجاء إلى القضاء عند قيام النزاع، والالتجاء بدلاً منه إلى التحكيم.

ولا يختلف الوضع بالنسبة للغبن من باب أولى، لأن الغبن يقوم على شرط واحد هو عدم التعادل في الالتزامات، وعلى هذا النحو يتجسد تطبيق مبدأ استقلال شرط التحكيم في مجال إبطال العقد الأصلي للاستغلال أو الغبن، فيظل شرط التحكيم صحيحاً رغم إبطال العقد الأصلي لهذا السبب¹.

ثانياً: ارتباط مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم باستقلال المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه آثار الخلاف الفقهي السابق بشأن استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، ومدى تأثير بطلان هذا الأخير على اتفاق التحكيم الوارد به، خلافاً آخر حول تحديد الجهة المختصة بالفصل في مسألة صحة أو بطلان العقد الأصلي²، حيث يظهر هذا الإشكال في الفرض الذي يدفع فيه أحد الأطراف أمام هيئة التحكيم ببطلان العقد الأصلي، فهل يكون الاختصاص للقضاء الوطني أم لهيئة التحكيم؟، كما يزداد الأمر تعقيداً حينما يتعلق الأمر بعقود النقل البحري الدولي، أي بعقود التجارة الدولية، إذ تثير هذه الحالة مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق.

حسم المشرع الفرنسي هذه المسألة³، فنص في المادة 1466 من قانون المرافعات الجديد (المعدل بالمرسوم رقم 48 لسنة 2011، المعدل لقانون التحكيم)، على أن المحكم كالقاضي يفصل في اختصاصه، وهو ما يعرف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص، وإعمالاً لهذا المبدأ يفصل المحكم في مدى صحة العقد الأصلي أو بطلانه، حتى يتمكن من السير في إجراءات التحكيم دون الحاجة إلى وقف هذه الإجراءات، وهدف المشرع الفرنسي من ذلك هو تجنب إجهاض

¹ للمزيد أنظر، د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 405 وما بعدها..

² د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، 2013، ص 121 وما تلاها. د بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية - دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 50.

³ جاء موقف المشرع الفرنسي هذا استجابة منه للفقهاء والقضاء الذي يكرس المبدأ المعروف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص الذي سنتناوله لاحقاً، أنظر على سبيل المثال:

RUBELLIN-DEVICHI J, L'arbitrage nature juridique, droit interne et droit international privé, Paris, LGDJ, 1965, N° 333, P. 226 et ss.

Cass. Civ, 6 mai 1991, Rev Arb, 1991, p. 58. Cass. Civ, 2 mai 1966, Rev, Arb, 1966, p. 99.

Sentence 787, du 18 octobre 1990, DMF 1991, p 269. Sentence 795, du 19 décembre 1990, DMF 1991, p 542

العملية التحكيمية بسبب الدفع ببطلان العقد الأصلي، أو على الأقل تجنب وقف سيرها بحيث لا يمكن الاستمرار فيها إلا بعد فصل القضاء في مسألة صحة العقد الأصلي¹.

غير أن ما تجدر الإشارة إليه، أن التسليم بحق هيئة التحكيم في الفصل في مسألة مدى صحة العقد الأصلي وبطالانه على النحو المتقدم، لا يعني أنها تملك سلطة الحكم ببطلان العقد الأصلي أو صحته لخروج ذلك عن اختصاصها، وبالتالي تبقى هذه السلطة سلطة بحث فقط وليست سلطة حكم، فهي تبحث فقط في مدى صحة العقد الأصلي أو بطلانه²، على أنه يجوز لها الاستمرار في إجراءات التحكيم، إذا تبين لها أن العقد باطل أو غير صحيح لترتيب الآثار المالية المترتبة على بطلانه، لكنها لا تملك الاستمرار في التحكيم إذا تبين لها أن اتفاق التحكيم باطل أو لاغ أو غير مشتمل على موضوع النزاع، إذ يتعين عليها في هذه الحالة الحكم بانتهاء التحكيم أو الحكم بعدم الاختصاص بحسب الأحوال³.

أما عن المشرع الجزائري، وإن كان قد كرس المبدأ السابق -مبدأ الاختصاص بالاختصاص- بموجب المادة 1044 من ق.إ.م. حيث نص على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها"، غير أنه لم يفصح عن إرادته في تحويل هيئة التحكيم الاختصاص في الفصل في مسألة صحة العقد الأصلي من عدمه⁴، فمحكمة التحكيم تفصل في اختصاصها من عدمه فقط متى تبين لها وجود أو عدم وجود اتفاق التحكيم وفقاً لمفهوم المادة المذكورة، وبالتالي يظل الإشكال متعلقاً بالنسبة لموقف المشرع الجزائري بالجهة المختصة في الفصل في مدى صحة العقد الأصلي.

والذي نميل إليه في هذا الخصوص، وبناءً على اعتبارات السرعة التي يتميز بها نظام التحكيم، وتنافيها مع وقف سير إجراءات التحكيم إلى حين الفصل في مسألة صحة العقد الأصلي من قبل القضاء، فإن الأولوية في حسم النزاع حول هذه المسألة لا شك تؤول لهيئة

¹ د أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص 122.

² المرجع نفسه، ص 125.

³ د أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والأثر السلبي لاتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 78.

⁴ وقد عمل المشرع المصري على تلافي هذا الغموض وحسناً فعل، لاسيما والأمر متعلق هنا بمسألة الاختصاص، حيث نص في المادة 1/22 من قانون التحكيم المصري على أنه: "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع"، فالذي يظهر من عبارة (الدفوع المتعلقة بعدم اختصاص هيئة التحكيم)، أنها جاءت عامة لتشمل كافة الدفوع بما في ذلك الدفع المتعلقة بعدم صحة العقد الأصلي.

التحكيم، ضماناً لاستمرارية سير الإجراءات التحكيمية من جهة، وإعمالاً لاتفاق التحكيم الصحيح الوارد في العقد، لكون هيئة التحكيم تستمد ولايتها أساساً من هذا الاتفاق على التحكيم المستقل عن العقد محل النزاع.

وعوداً إلى مسألة الارتباط بين مبدأ استقلال اتفاق التحكيم ومبدأ الاختصاص بالاختصاص، فإن ما تجدر الإشارة إليه أن الفقه قد اختلف في مسألة وجود ارتباط بين المبدأين من عدمه، فقد ذهب جانب إلى القول بوجود هذا الارتباط، مع اعتبار مبدأ الاختصاص بالاختصاص نتيجة غير مباشرة لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم¹، ويرى البعض الآخر أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص مكمل لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم²، في حين هناك من يعترف بصعوبة الربط بينهما³.

ومن جانبنا، فإننا نتجه مع من يرى⁴ أن القاعدة السابقة، والمتمثلة في ارتباط مبدأ استقلال اتفاق التحكيم بمبدأ الاختصاص بالاختصاص، هي قاعدة تعوزها الدقة، ذلك أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص هو مبدأ مستقل في ذاته، وليس له علاقة مباشرة أو غير مباشرة بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم، فضلاً على عدم اعتباره خاصية من خصائصه، ولعل ما يبرر هذا القول عدة اعتبارات أهمها:

- أن مجال تطبيق كل مبدأ من المبدأين يختلف تماماً عن الآخر، ذلك أن مجال تطبيق مبدأ الاستقلال يظهر أساساً عند تقدير صحة اتفاق التحكيم، بينما يظهر مجال تطبيق مبدأ الاختصاص بالاختصاص عند البدء في إجراءات التحكيم وقبل تقدير صحة اتفاق التحكيم، أي أن مبدأ الاستقلال يأتي في مرحلة لاحقة، يكون فيها مبدأ الاختصاص بالاختصاص قد تقرر أصلاً، الأمر الذي يؤكد انتفاء وجود علاقة وارتباط بين المبدأين، مما ينفي اعتبار مبدأ الاختصاص بالاختصاص أثر من آثار مبدأ استقلال اتفاق التحكيم.

- أن مبدأ الاستقلالية يتعلق بمسألة موضوعية، تهدف إلى تمييز اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، أما مبدأ الاختصاص بالاختصاص فيتعلق بمسألة إجرائية، تهدف إلى منح المحكم سلطة

¹ د نوبمان عبد القادر، اتفاق التحكيم في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 313.

² د عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 148.

³ د محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 70.

⁴ أنظر هذا الرأي، د أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 146-

تقرير اختصاصه، خاصة في الحالة التي يثور فيها الشك حول صحة اتفاق التحكيم، ويبدو فيها أن بطلانه نابع من ذاته لا من العقد الأصلي الوارد به، وذلك بصرف النظر عن استقلال اتفاق التحكيم من عدمه.

ثالثاً: استقلال اتفاق التحكيم لا يعني انفصاله عن العقد الأصلي

إن استقلالية اتفاق التحكيم على النحو السابق، تجدد سندها في كون أركان هذا الاتفاق وإرادة أطرافه تعتبر مستقلة عن تلك المتعلقة بالعقد الأصلي، فاتفاق التحكيم هو اتفاق مستقل وقائم بذاته، يستقل بشروطه وقواعده التي تميزه عن شروط العقد الأصلي الذي يتضمنه¹، فمحل اتفاق التحكيم هو الفصل في المنازعة التي نشأت أو ستنشأ بشأن العقد الأصلي (عقد النقل البحري للبضائع)، أما محل هذا العقد هو أمر آخر يتمثل في البضائع المراد نقلها بحراً، كما أن سبب الاتفاق على التحكيم هو تعهد كل طرف بعدم الالتجاء إلى قضاء الدولة، بسبب ما يثور بينهما من نزاع حول العقد، أما السبب في العقد الأصلي -عقد النقل البحري للبضائع- فهو أمر آخر مختلف تماماً²، فسبب التزام الناقل البحري بنقل البضاعة هو التزام المرسل أو الشاحن بدفع الأجرة أو الوعد بدفعها، وسبب التزام المرسل أو الشاحن بدفع الأجرة هو التزام الناقل بنقل البضاعة.

لكن التسليم باستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي (عقد النقل البحري للبضائع) على النحو المتقدم، لا يعني بالضرورة عدم ارتباطه به وانفصاله نهائياً عنه، فقد سبقت الإشارة إلى أن اتفاق التحكيم وإن كان من الناحية القانونية يعتبر مستقلاً عن العقد الأصلي، إلا أنه يعتبر مندمجاً فيه من الناحية المادية³، فهو لا يعني مطلقاً وجوب أن يكون اتفاق التحكيم محلاً لتراض مستقل عن الرضا المتطلب عن العقد الأصلي، على أن هذا الارتباط يظهر أساساً وبصورة خاصة في حالات أو أسباب البطلان التي تلحق العقد الأصلي واتفاق التحكيم معاً، فلو كان سبب عقد النقل غير مشروع أو مخالف للنظام العام، أو كان أحد الطرفين ناقصاً أو عديم الأهلية، أو ليست

¹ د أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، المرجع السابق، ص 18. د أحمد إبراهيم عبد التواب، صور اتفاق التحكيم واستقلاله، المرجع السابق، ص 371.

² د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 95.

³ د ناجي عبد المؤمن محمد، البحث المشار إليه سابقاً، ص 36. د حفيفة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 20.

له صفة التوقيع على العقد، أو أن التوقيع قد تم من قبل شخص غير مخول بذلك، مثل مدير الشركة أو مدير مجلس الإدارة الذي لا يخوله نظام الشركة مثل هذه السلطة، وغيرها من الأسباب التي تلحق العقد والاتفاق معاً، فإنه من غير المقبول في ظل هذه الأسباب أن تقضي هيئة التحكيم ببطان العقد الأصلي مع بقاء اتفاق التحكيم صحيحاً¹.

رابعاً: عدم خضوع اتفاق التحكيم بالضرورة للقانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي

استقلال اتفاق التحكيم لا يقصد به الاستقلال من حيث البطلان والعيوب فحسب، بل يشمل كذلك استقلال هذا الاتفاق - شرطاً كان أو مشاركة-، من حيث خضوعه للقانون الذي يحدده الأطراف، فيستطيعون تبعاً لذلك إخضاع اتفاق التحكيم لقانون غير القانون الذي يخضع له العقد الأصلي².

وفي هذا الاتجاه سارت معاهدة روما المبرمة في 19/6/1980 حول القانون المطبق على الموجبات التعاقدية، إذ تقرر أن شرط التحكيم يشكل جزءاً مستقلاً عن العقد الأصلي، ومن ثم يكون للمتعاقدين كما للقضاة، إخضاعه لقانون مختلف عن القانون الذي تخضع له شروط العقد الأصلي، وهو ما نصت عليه أيضاً الغرفة التجارية الدولية في العديد من قراراتها³، التي أكدت فيها على: "حق الأطراف في أن ينصوا في اتفاق التحكيم المبرم بينهم، على رغبتهم في تطبيق القانون الذي يختارونه مرة واحدة على العقد الأصلي وعلى اتفاق التحكيم... فإذا لم يتضمن اتفاق التحكيم قانوناً معيناً، فللمحكمة أن تقرر صحة الاتفاق بشكل مستقل عن القانون الواجب تطبيقه على العقد الأصلي".

وسار على ذات الاتجاه القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه، حيث يقرر دائماً رفضه للدفع ببطان أحكام التحكيم، المستندة على أساس أن هيئة التحكيم لم تطبق للفصل في مسألة اختصاصها القانون الذي يحكم موضوع العقد الأصلي، وبالتالي فإن تنفيذ اتفاق التحكيم لا يخضع بالضرورة إلى القانون الذي يخضع له العقد الأصلي، الذي يوجد اتفاق التحكيم بين ثناياه⁴.

¹ د عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 348.

² د خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009، ص 283.

³ أشار إلى ذلك، د الوليد بن محمد بن علي البرماني، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 237-238.

⁴ أنظر على سبيل المثال: =

خامساً: استقلال اتفاق التحكيم عن كل قانون

ذهب القضاء الفرنسي في تكريسه لمبدأ الاستقلالية إلى أبعد مدى¹، فلم يكتف بفك الارتباط بين العقد الأصلي واتفاق التحكيم، والاعتراف بخضوع العقد الأصلي لقانون غير قانون اتفاق التحكيم، بل ذهب إلى فك الارتباط بين اتفاق التحكيم وأي قانون²، وهي القاعدة التي كرسها الفقه الفرنسي الراجح أيضاً³، حيث يذهب إلى أن استقلال شرط التحكيم ليس قاعدة إسناد، بل هو قاعدة مادية -أو موضوعية- في القانون الدولي الخاص خاصة بالتحكيم الدولي، لا تترك أي مجال لتطبيق قانون أجنبي، وعلى هذا فإن استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وتقدير صحته، يتم استقلالاً عن قانون أية دولة يكون اتفاق التحكيم أو المعاملة المبرم بشأنها على صلة به، ولا مجال لتنازع القوانين بهذا الشأن⁴.

المطلب الثاني

مبدأ استقلال اتفاق التحكيم

في الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية وأنظمة التحكيم الدولي

سوف نتناول من خلال ثلاث فروع مستقلة، موقف كل من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية ثم موقف التشريعات والقوانين الوطنية، ثم أنظمة التحكيم الدولي من مبدأ استقلال اتفاق التحكيم:

= Cass. Civ, 14 décembre 1983, Rev Arb, 1984, p. 483, note M.C.Rondeau-Rivier.

Paris, 221 octobre 1983, Rev Arb, 1984, p. 98, note A.Chapelle.

¹ Cass. Civ, 1-4 Juillet 1982, Hecht, JDI, 1982, p. 843.

Paris, 13 décembre 1985, Menicucci, JDI, 1988, n° 108, note E. Loquin, Rev. Arb, 1988, n° 147, Rev. Crit Dip, 1986, p. 506, note B Oppetit.

² د أحمد محمد عبد الصادق، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، المرجع السابق، ص 181.

³ د أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 278-279.

⁴ وسوف يأتي معنا -في الباب الثاني- أن منهج تنازع القوانين لم يعد بالمنهج المفضل لدى المتعاملين في مجال التجارة الدولية والبحرية، لما ترتب عليه من إشكالات، وبالتالي أصبح قانون التجارة الدولية المنهج الملائم لحل المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية والبحرية، لما يقدمه من حلول مباشرة تتلاءم مع الطبيعة الخاصة لذلك النوع من المعاملات.

الفرع الأول

مبدأ استقلال اتفاق التحكيم في الاتفاقيات الدولية

لم تعرض اتفاقيتي جنيف لعامي 1923 و 1927 بشأن تنفيذ أحكام التحكيم، لمسألة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي تعلق به هذا الشرط، إذ لم تكن أهمية هذه المسألة قد برزت بعد على المستوى الدولي، حين كانت فكرة التحكيم ذاتها تبدو على استحياء في مسرح التنظيم التشريعي الدولي¹.

أما اتفاقية نيويورك لعام 1958، فعلى الرغم من أنها لم تعرض هي الأخرى صراحة لاستقلال شرط التحكيم²، إلا أن جانب من الفقه يرى أنها قررت هذا الاستقلال ضمناً³، فبعد أن قررت المادة الثانية منها في فقرتيها 1 و 2 اعتراف الدول الأطراف بشرط التحكيم المكتوب، فإنها نصت في فقرتها الثالثة: "على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف، بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم، وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق"، فهذا النص -حسب ذات الفقه-، بأنه لو فرض بطلان العقد الأصلي بحسب زعم أحد الطرفين أمام المحكمة المختصة بنظر النزاع الناشئ عنه، فإن هذا الزعم لا يحول دون قيام هذه المحكمة بإحالة الخصوم إلى التحكيم إعمالاً للأثر الملزم لشرط التحكيم، متى اطمأنت المحكمة لصحة هذا الشرط لإنتاج آثاره وقابليته للتطبيق، الأمر الذي يكشف عن استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي ولو كان باطلاً حقاً.

ومن جانبنا، نرى سلامة الرأي⁴ الذي يرفض اعتبار المادة 2 من الاتفاقية أساساً قانونياً للقول بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم، فهي لم تتضمن أي إشارة إلى هذا المبدأ، إذا اقتصرنا على الإشارة في المادة 1/5/أ إلى "إمكانية الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها، إذا أثبت الطرف المطلوب الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم ضده أن اتفاق التحكيم غير صحيح وفقاً للقانون الذي

¹ د حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 136.

² د نريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 315.

³ د سامية الراشد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية (ج1)، المرجع السابق، ص 146.

⁴ من أنصار هذا الرأي، د نريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 315. د إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 98 وما بعدها.

يخضع له اتفاق التحكيم..."، على نحو يبدو معه أنها تركت لكل من القوانين المحتملة التطبيق الحرية في الفصل في هذه المسألة¹.

أما الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961، فقد نصت بوضوح على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وذلك من خلال المادة الخامسة والتي جاء فيها: "إذا نُوزِعَ في اختصاص المحكم، فلا يتخلى عن نظر القضية، وإنما يكون له سلطة الفصل في مسألة اختصاصه، وفي وجود وصحة اتفاق التحكيم أو العقد الذي يشكل ذلك الاتفاق جزءاً منه"، وهكذا فالاتفاقية صريحة في تقرير الأساس القانوني الذي يستند إليه مبدأ استقلال اتفاق التحكيم².

كذلك نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985 على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، وذلك في مادته السادسة عشرة في فقرتها الأولى، حيث جاء فيها: "يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته، ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطالان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم"، وهكذا يقرر القانون النموذجي هو الآخر بوضوح، مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي أو انفصاله القانوني عنه³.

الفرع الثاني

مبدأ استقلال اتفاق التحكيم في التشريعات الوطنية

سوف نخص بالدراسة في هذا المقام كل من موقف التشريع الفرنسي، والإنجليزي، والأمريكي، والمصري، ثم نبين موقف المشرع الجزائري من مبدأ استقلال اتفاق التحكيم:

¹ د حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 27-28.

² Ph.Fouchard - E.Gaillard - B.Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, Op cit, P. 219. Aussi, B. Goldman, Arbitrage Commercial international, op cit, p.8.

³ د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 141.

أولاً: الوضع في فرنسا

لم يتعرض المرسوم الفرنسي رقم 1981/582 الصادر في 12/5/1981 المتعلق بالتحكيم الدولي، مسألة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي تاركاً إياها للقضاء¹، وكانت محكمة النقض الفرنسية قد قضت من خلال حكمها الشهير في قضية "Gosset"² بأنه: "في مجال التحكيم الدولي يتعين إعطاء عبارة اتفاق التحكيم مفهوماً موحداً، يعامل على قدم المساواة كل من شرط التحكيم الوارد في نصوص العقد ومشاركة التحكيم التي أبرمت استقلالاً، بحيث يتمتع الاثنان بذات القدر من الاستقلالية"، كما قرر ذات الحكم: "أن اتفاق التحكيم في المجال الدولي يتمتع كقاعدة عامة باستقلالية قانونية لا تتأثر باحتمالات إبطال العقد الأصلي، مع ما يتبع ذلك من إقرار هيئة التحكيم في الاستمرار في نظر النزاع وإصدار حكم واجب الاحترام"³.

والملاحظ أن القضاء الفرنسي لا يزال مستقراً على التفرقة بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي، فيما يتعلق بمسألة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، كما هو واضح من العديد من أحكامه⁴.

لكن وبصدور المرسوم الفرنسي الجديد المعدل لقانون التحكيم الصادر سنة 1911، يبدو أن المشرع الفرنسي قد حسم هذه المسألة في تكريسه صراحة لمبدأ الاستقلالية، غير أنه أقصرها في نطاق التحكيم الداخلي دون الدولي، وذلك من خلال المادة 1447⁵.

ومن أبرز القضايا البحرية التي طبقت من خلالها محكمة النقض الفرنسية مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، نجد قضية "San Carlo"، حيث ورد شرط تحكيم في سند شحن كان أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً، وقد نص هذا الشرط على إحالة كافة المنازعات التي ستنشأ عن

¹ تزامن صدور هذا القانون مع إصدار وزير العدل الفرنسي تقريراً خاصاً إلى رئيس الوزراء، يوضح فيه عدم تعارض التشريع الجديد للتحكيم الدولي مع المبادئ التي استقرت عليها محكمة النقض الفرنسية، فيما يتعلق بالنظام القانوني للتحكيم الدولي، وبالخصوص نطاق اتفاق التحكيم واستقلاله عن العقد الأصلي الوارد به وعدم تأثره بإبطال هذا العقد. د عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص 128.

² Cass. Civ, 7 Mai 1963, Gosset CarPELLI, Rev. Arb, Crit, Dr, Inter, Pri, 1963, P. 615, note Goldmen.

³ د سامية الراشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 92 وما بعدها.

⁴ V. Par Ex: Arrêt Ganz rendu par la Cour d'appel de Paris le 29 mars 1991, Rev. Arb. 1991, p. 478, note Idot. Dans le même sens, l'arrêt Labinal de la Cour d'appel de Paris du 19 mai 1993, Rev. Arb., 1993, p. 645. Cf. Fouchard/Gaillard/Goldman, op. cit, p. 352- 566.

⁵ Art n° 1447: "La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte, Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci, Lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite", V. D. Cohen, «L'autonomie de la clause compromissoire après le décret du 13 janvier 2011», LPA 2011, n° 79, P. 31.

عملية النقل البحري بواسطة السفينة المذكورة، خلال رحلتها من أثيوبيا إلى مرسيليا على التحكيم البحري، أمام ثلاث محكمين في إيطاليا ووفقاً للقانون الإيطالي، وقد قام الشخص المعنوي العام بالطعن أمام محكمة النقض الفرنسية ببطان شرط التحكيم، على أساس أن المسألة تتعلق بالأهلية ومن ثم يطبق القانون الفرنسي لتحديد أهلية هذه المنشأة العامة، وقد صدر قرار محكمة النقض مقررًا صحة شرط التحكيم الذي تبرمه الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة طبقاً لقانون العقد وليس لقانون جنسية الأطراف المتعاقدة، ومن ثم فإن المنع المقرر في المادتين 1004 و83 من قانون المرافعات الفرنسي القديم¹، لا يشكل عقبة أمام المنشأة العامة، وخضوعها كباقي أطراف القانون الخاص لقانون أجنبي يميز صحة شرط التحكيم عندما يكون العقد دولياً².

وهكذا يمكن القول أن القضاء الفرنسي يأخذ بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، فاصلاً بين مصيريهما، مقررًا عدم تأثر اتفاق التحكيم من حيث وجوده وصحته بما يطرأ على العقد الأصلي.

ثانياً: الوضع في إنجلترا

رغم أن القانون الإنجليزي يعد واحداً من أهم الأنظمة القانونية المتطورة في هذا الصدد، إلا أن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم من المبادئ التي لم يتم تكريسها بشكل كامل في هذا القانون³، بخلاف القضاء الإنجليزي الذي اعترف به منذ عام 1942، فقد جسد مجلس اللوردات في الدعوى الشهيرة "Heyman V. Darwins" مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، حيث قرر اللورد Mac Millan أن: "إعلان أحد الطرفين عدم تنفيذه التزاماته العقدية أو خرقها كلية، لا يلغي شرط التحكيم ولا يجرده من وجوده رغم انقضاء الالتزامات المتبادلة، حيث يبقى شرط التحكيم لتسوية النزاعات الناشئة عن خرق العقد وعدم تنفيذه ... ولكن إذا لم يكن هناك وجود للعقد

¹ حيث كان قانون المرافعات الفرنسي القديم قبل تعديله (المادتين 1004 و83)، يحظر على الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة التابعة لها إدراج شرط التحكيم.

² Cass. Civ, 14 Avril 1964, Rev. Arb, Crit, Dr, Inter, Pri, 1966, P. 68, note Batiffol.

³ د حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 32-33. وأنظر خلاف ذلك عند د محمد عبد الفتاح ترك، المرجع السابق، ص 453-454، حيث يرى أن قانون التحكيم الإنجليزي لسنة 1996 في الفصل السابع قد استقر على مبدأ فصل اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.

الأصلي على الإطلاق، فإن شرط التحكيم المدرج به لا وجود له كذلك، إذ أن الأكثر يشمل الأقل¹.

لكن الذي يظهر من هذا القرار، أنه وإن كان يعترف بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، إلا أنه لا يعترف به إلا جزئياً وبصورة محدودة²، وقد فسر ذلك اللورد Diplock في تقرير أصدره بشأن دعوى بحرية سنة 1982 وهي دعوى "The Hannah Blumenthal"، حيث دفع ببطلان شرط التحكيم وبطلان الحكم الصادر بناءً عليه أيضاً للتأخير في رفع الدعوى، ومن ثم قرر اللورد أن العقد يضع على عاتق أطرافه نوعيين من الالتزامات: التزامات أساسية مفروضة على كل طرف يتعهد بأدائها، والتزامات ثانوية تابعة للالتزامات الأساسية، بحيث يترتب على خرق العقد انقضاء التزامات الأطراف الأساسية، في حين لا يترتب عليه انقضاء الالتزامات التابعة الثانوية والتي منها شرط التحكيم، حيث يبقى صالحاً لتحديد المخالفات وتقدير التعويض³.

غير أن هذه التفرقة بين أنواع البطلان في العقد الأصلي، من حيث اعتبار وجود مسائل أساسية وأخرى ثانوية في العقد، وربط ذلك بمصير شرط التحكيم، قد انتقدها العديد من الفقهاء لصعوبة التفرقة بين مسألة البطلان ومسألة عدم الوجود، وما يترتب عن فتح هذا الباب من ممانعة في الفصل في الدعوى، والتي ما جاء مبدأ الاستقلال إلا لتجنبها⁴.

ثالثاً: الوضع في الولايات المتحدة الأمريكية

استقرت المحكمة العليا الأمريكية في دعوى "Prima Paint" عام 1967، والذي كرست من خلالها الوجود القانوني لشرط التحكيم واستقلاله عن العقد الأصلي، حيث قضت بأن: "شروط التحكيم الخاضعة لقانون التحكيم الفيدرالي مستقلة عن العقد الذي يحتويها، والتي هي جزء منه طالما أن شرط التحكيم نفسه لم ينازع فيه، وبالتالي فإن شرط التحكيم الواسع سيخضع للتحكيم المسائل المتعلقة ببطلان العقد الأصلي"⁵.

¹ أنظر في شأن هذه القرارات وغيرها، د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 132.

² DAVID Reni, L'arbitrage dans le commerce international, Op. Cit, p. 267.

³ د محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق، ص 452-453.

⁴ يرجع في تفصيل الموقف الإنجليزي من مبدأ استقلال اتفاق التحكيم بصفة عامة إلى:

B. Goldman, Arbitrage Commercial International, Op. Cit, P. 5, Aussi, P. SANDERS, «L'autonomie de la clause compromissoire», Op. Cit, P. 37.

⁵ د عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص 138. د محمد عبد الفتاح ترك، المرجع السابق، ص 454.

رابعاً: الوضع في مصر

لم يتطرق القانون المصري قبل صدور قانون التحكيم الجديد إلى مسألة استقلال اتفاق التحكيم، مما أدى إلى اختلاف الفقه¹ في تلك الفترة حول إجازة استقلال اتفاق التحكيم، فقد ذهب رأي في الفقه المصري إلى عدم جواز إعمال شرط التحكيم الذي يرد في عقد يتمسك فيه أحد الخصوم ببطلانه أو فسخه، ومن ثم لا يملك المحكم سلطة الفصل في النزاع²، بينما يذهب اتجاه آخر إلى العكس من ذلك، مُقراً باستقرار هذا المبدأ على صعيد قضاء التحكيم الدولي، وسريانه على العلاقات ذات العنصر الأجنبي تطبيقاً لقواعد القانون الدولي الخاص³.

لكن المشرع المصري حسم هذا الخلاف الفقهي بصدور قانون التحكيم الجديد رقم 27 لسنة 1994، ونص صراحة على تبني مبدأ استقلال اتفاق التحكيم في المادة 23 مقررأ أنه: "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان الشرط صحيحاً في ذاته"⁴.

خامساً: مبدأ استقلال اتفاق التحكيم في التشريع الجزائري

عرف مبدأ استقلال اتفاق التحكيم في القانون الجزائري تطوراً ملحوظاً، فبعد خلو الأمر رقم 154-66 المتضمن قانون الإجراءات المدنية من أي إشارة للمبدأ المذكور⁵، استدرك المشرع

¹ يرجع في تفصيل هذا الخلاف إلى، د سامية الراشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 107 وما بعدها.

² د أحمد أبو الوفا، المرجع السابق، ص 31 وما يليها.

³ د أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 37. د سامية الراشد، مرجع سابق، ص 115 وما بعدها.

⁴ أنظر تعليقاً على نص هذه المادة عند، د محمود سمير الشراوي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق ص 106 وما بعدها.

⁵ وإن كان الأستاذ محيو يذهب إلى أن المشرع الجزائري رغم أنه لم يشر صراحة لهذا المبدأ من خلال المادة المذكورة، إلا أنه يقره بصورة ضمنية، ومستنده في ذلك هو تطبيق مبدأ انتقاص العقد المعروف في القواعد العامة، إعمالاً لنص المادة 104 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: "إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال، فيبطل العقد كله". أنظر:

MAHIOU(A), L'arbitrage en Algérie RASJEP, N°4, O.P.U, Alger 1989, P. 714.

لكن في تقديرنا إذا كان الشطر الأول من هذه المادة يجسد تطبيق مبدأ الاستقلالية، فإن الشطر الثاني منها لا يمكن معه تطبيق هذا المبدأ، إذا تبين من الظروف أن إرادة الطرفين ما كانت لتنتهي إلى إبرام العقد بدون الاتفاق على التحكيم الذي يشوبه العيب المؤدي للبطلان، على أن قاعدة انتقاص العقد يمكن تطبيقها في الحالة التي يكون فيها شرط التحكيم باطلاً، =

الجزائري هذا الفراغ عند صدور المرسوم رقم 09/93 المعدل والمتمم للأمر السابق، حيث نص في المادة 458 مكرر 1 فقرة 4 على أنه: "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب أن العقد الأصلي قد يكون غير صحيح"¹، وهو النص الذي استقاه من القانون السويسري المتعلق بالقانون الدولي الخاص لسنة 1988 في مادته 3/178، وأبقى عليه في القانون الجديد رقم 09/08 من خلال المادة 1040².

لكن بتأمل النصوص السابقة سواء المادة 458 أو المادة 1040 يمكن أن نورد ملاحظتين أساسيتين:

الملاحظة الأولى، أن المشرع الجزائري لم يتطرق بصورة صريحة لمبدأ الاستقلال، مخالفاً في ذلك غالبية التشريعات والمعاهدات التي سبق عرضها، واقتصر على حالة وحيدة يمكن أن تترتب على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وهي عدم تأثر اتفاق التحكيم ببطلان العقد الأصلي، في حين أن مبدأ الاستقلال تترتب عليه آثار عدة كتلك التي سبق ذكرها، ومن جهة أخرى أن المشرع الجزائري باقتصاره على حالة البطلان يكون قد أغفل العوارض الأخرى التي قد تطرأ على العقد مثل حالات الفسخ والانقضاء، فهل تؤثر هي الأخرى على اتفاق التحكيم أم لا؟.

الملاحظة الثانية، أن المشرع الجزائري وإن كان قد كرس ضمناً مبدأ الاستقلال كما سبق، غير أنه حصره في نطاق التحكيم الدولي دون الداخلي، الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن مصير اتفاق التحكيم الداخلي الوارد في عقد مهدد بالبطلان، هل يسري عليه ما يسري على اتفاق التحكيم الدولي أم لا؟.

ولعل مرد هذه التفرقة التي اعتمدها المشرع الجزائري، بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي بشأن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، راجع إلى تأثيره بتلك التفرقة التي انتهجها جانب من الفقه والقضاء في فرنسا³، حيث كان يستند في هذه التفرقة، على أن بطلان العقد الأصلي في التحكيم

= ففي هذه الحالة فقط يمكن القول بأن باقي شروط العقد الأخرى تظل صحيحة، ما لم يلحق بها سبب من أسباب البطلان، ولا يبقى أمام الأطراف سوى اللجوء إلى القضاء الوطني لتسوية نزاعاتهم.

¹ يذهب الأستاذ بن عبد الرحمان إلى أن المادة غير صريحة في تقرير مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، وإن كان من الممكن أن يستنتج منها ضمناً ذلك، أنظر:

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.

² TERKI NOUREDDINE, L'arbitrage commercial international en Algérie, P. 47-48.

³ R. Robloter – G. Ripert, droit Commercial, Tome L.G.D.J, 1986, P. 251.

الداخلي ينسحب على التصرفات التابعة والتي منها شرط التحكيم، بينما في التحكيم الدولي يعتبر شرط التحكيم عقداً بالمعنى التام مستقلاً عن العقد الأصلي، ومن ثم فإن بطلان العقد لا يشمل شرط التحكيم.

وقد انتقدت هذه التفرقة، على أساس أن المبررات التي سبقت في شأن استقلال اتفاق التحكيم في المجال الدولي تصلح أيضاً في مجال التحكيم الداخلي، وخاصة فيما يتعلق باختلاف السبب في اتفاق التحكيم عن السبب في العقد الأصلي¹.

ولم تزل هذه المسألة محل جدل فقهي وقضائي في فرنسا²، بسبب عدم حسم المشرع الفرنسي لها، واقتضاره في المادة 1464 من قانون المرافعات الجديد، على عدم تأثر اتفاق التحكيم ببطلان العقد الأصلي شأنه شأن المشرع الجزائري في ذلك، وبالتالي فإن أقل ما يمكن قوله في هذا النص ما قيل في نظيره - نص المادة 1040 من ق.إ.م.إ. الجزائري - من رد حكمه إلى فكرة انتقاص العقد السالفة الذكر، وليس فكرة استقلال شرط التحكيم، ومن هنا يكون من الجدير بالمشرع الجزائري أن يتبنى موقفاً واضحاً بشأن تفسير نص المادة 1040، ونصه صراحة على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم مثل ما فعل المشرع المصري في المادة 23 من قانون التحكيم، وأسوة أيضاً بالمعاهدات الدولية التي سبقت الإشارة إليها، وذلك لأهمية هذا المبدأ وما يترتب عليه من آثار من جهة، ولعدم وجود ما يبرر إنفاذه في مجال التحكيم الدولي دون الداخلي من جهة أخرى.

الفرع الثالث

مبدأ استقلال اتفاق التحكيم في لوائح وأحكام التحكيم البحري

كرست لوائح التحكيم البحري مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الذي يتضمنه، كما تظهر تطبيقات هذا المبدأ أيضاً من خلال أحكام التحكيم البحري، فبالنسبة للوائح التحكيم فلا شك أن سلطتها من إرادة الأطراف التي تشير إلى اختيار هذه اللوائح، وعلى هذا الأساس يؤكد

¹ د محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 196.

² حيث يبدو من خلال بعض الأحكام التي صدرت في هذا الخصوص، أن القضاء الفرنسي لا يفرق فيها بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي بشأن مبدأ استقلال، أنظر على سبيل المثال:

Cour d'appel de paris, 21 mars 1963, Rev. Arb, 1963, P. 125, Cour d'appel de Orlenanse, 15 Fév 1966, Dalloz, 1966, P. 34.

جانبا من الفقه أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يتعين تفسيره على أنه يعبر عن إرادة الأطراف، ومن ثم يجب أن يعامل على نحو مستقل عن المعاملة التي يلقاها العقد الأصلي¹. وقد حظي مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه بتأييد لوائح وأحكام التحكيم البحري:

حيث تعتبر لائحة التحكيم البحري التي أعدتها غرفة التجارة الدولية بباريس، من أهم لوائح التحكيم التجاري الدولي التي كرست مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في المادة الثامنة في فقرتها الرابعة، حيث جاء فيها أنه: "طالما لم يوجد شرط مخالف، فإنه لا يترتب على التمسك ببطلان أو انعدام العقد المدعى به، عدم اختصاص المحكم، إذا تمسك هذا الأخير بصحة اتفاق التحكيم". يتضح من هذا النص أن الغرفة تؤكد بوضوح من خلال لائحته السابقة الذكر، على استقلالية اتفاق التحكيم ليس فقط في حالة الإدعاء ببطلان العقد الأصلي، ولكن أيضاً في حالة الإدعاء بعدم وجود هذا العقد من أساسه²، فليس للمحكم أن يقضي بعدم اختصاصه إذا لاحظ بطلان أو انعدام اتفاق التحكيم، بل لا بد من أن يستخلص الآثار المترتبة على هذا البطلان أو الانعدام فيما يتعلق بادعاءات الأطراف³.

كما نصت المادة الخامسة في فقرتها الثانية من لائحة تحكيم المنظمة الدولية للتحكيم البحري بأنه: "ما لم يشترط العكس، فإن الادعاء ببطلان أو عدم وجود العقد الأصلي لا يؤثر على اختصاص المحكم، والذي يستمد من صحة اتفاق التحكيم، ويبقى المحكم مختصاً أيضاً في حالة عدم وجود أو بطلان العقد الأصلي لتحديد حقوق الأطراف والفصل في طلباتهم". كذلك نصت على هذا المبدأ، لائحة التحكيم التي أقرتها الجمعية العامة التي أعدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام 1976 (اليونسترال)، عندما قررت المادة 2/1/21 بأن تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المثارة بشأن عدم اختصاصها، بما في ذلك كل دفع يتعلق بوجود وصحة شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم المستقل، مع حق هيئة التحكيم في الفصل في وجود وصحة العقد الذي يعد اتفاق التحكيم جزءاً منه.

¹ د حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 38.

² وهذا بخلاف ما استقر عليه القضاء الإنجليزي كما رأينا سابقاً، من التمييز بين حالي الوجود والانعدام بشأن تقرير مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وما تعرض له هذا الموقف من انتقاد.

³ د حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 39.

وعلاوة على لوائح التحكيم السابقة، فقد كرس اللوائح التابعة لدول Common Law ذات المبدأ، نذكر على سبيل المثال: لائحة التحكيم الصادرة عن غرفة لندن للتحكيم الدولي عام 1985 في المادة 1/14، حيث تبنت ذات الأحكام التي نصت عليها المادة 2/21 من لائحة تحكيم لجنة الأمم المتحدة السابقة الذكر، أيضاً نصت على ذلك لائحة التحكيم التجاري الصادرة عام 1992 عن الهيئة الأمريكية للتحكيم في مادتها الخامسة عشر¹.

ولأغراض هذه النصوص مجتمعة، يتضح كيف أنها أكدت على أن شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي، يعد شرطاً مستقلاً عن سائر الشروط الأخرى التي يتضمنها هذا العقد، وعليه إذا صدر قرار التحكيم ببطلان هذا العقد، فإن ذلك لا يستتبع بقوة القانون عدم صحة شرط التحكيم، فاللوائح السابقة تمنح بوضوح للمحكم سلطة الفصل حول وجود أو صحة العقد الأصلي استقلالاً عن شرط التحكيم، وكذا سلطة الاستمرار في نظر النزاع حتى ولو ثبت عدم وجود أو بطلان العقد الأصلي².

وإلى جانب لوائح التحكيم السابقة، أكدت العديد من أحكام التحكيم البحري تبرير مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وعدم ارتباط مصيره بمصيره من حيث تعرضها للفصل في مسألة عدم وجود العقد الأصلي، أو بطلانه، أو فسخه³، وهكذا نلاحظ كيف حظي مبدأ الاستقلالية بتأييد أغلبية التشريعات والقوانين الداخلية منها والدولية وأنظمة التحكيم المختلفة، باستثناء من شذ منها على نحو ما رأينا كالقانون الإنجليزي مثلاً.

وهكذا ننهي في ختام هذا المبحث، إلى أن اتفاق التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، متى نشأ صحيحاً مستوفياً لكافة أركانه وشروطه على النحو الذي سبق تفصيله، فإنه يرتب آثاره القانونية بالنسبة للأطراف المتعاقدة، ولا يهم بعد ذلك ما قد يصيب العقد الأصلي -عقد النقل البحري للبضائع- من عوارض، لكن هل تبقى هذه الآثار قاصرة على الأطراف المتعاقدة فقط، أم أنها تمتد لتشمل أطراف أخرى لم توقع على هذا العقد الأصلي؟، هذا ما سنبحثه في المبحث الموالي:

¹ د حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 41-42.

² Ph. Fouchard, Les travaux de la C.N.U.D.C.I, Le règlement d'arbitrage, clunet 1979, P. 836 et s.

³ V. Par Ex: Sentence CAMP, N° 769, du 18 avril 1990, DMF 1991, p. 119.
Sentence CAMP, N° 787, du 18 octobre 1990, DMF 1991, p. 269.
Sentence CAMP, N° 795, du 19 décembre 1990, DMF 1991, p. 542.

المبحث الثاني

آثار اتفاق التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع ونطاق امتدادها

متى نشأ اتفاق التحكيم الوارد في عقد النقل البحري - شرطاً كان أم مشاركة - صحيحاً مستوفياً لجميع أركانه وشروطه، وذلك على نحو ما رأيناه في الفصل السابق، فإنه يترتب آثاره القانونية الذي يقصدها أطرافه من إبرامه، والمتأمل في هذه الآثار يبصر أنها تولد التزامات ليس فقط على عاتق طرفيه، بل تمتد لتشمل أطرافاً أخرى أيضاً لم تكن طرفاً أصلياً في اتفاق التحكيم، ففيما تتمثل هاته الآثار؟، وما هو أساس امتدادها إلى الغير؟، إجابة على ذلك، سنتناول الدراسة كل من آثار اتفاق التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع في (المطلب الأول)، ثم نطاق امتداد هذه الآثار إلى الغير في (المطلب الثاني):

المطلب الأول

آثار اتفاق التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

استقر غالبية الفقه¹ على أن اتفاق التحكيم يترتب عنه أثران هامين: أثر إيجابي هو حق كل من طرفيه في الالتجاء إلى التحكيم (الفرع الأول)، وأثر سلبي هو التزام كل من طرفيه بعدم الالتجاء إلى قضاء الدولة لنظر المنازعة محل التحكيم² (الفرع الثاني):

¹ د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 177. د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 508. د حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 213. د أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والأثر السلبي لاتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 15.

² يجري بعض الفقه المعاصر إلى تقسيم هذه الآثار إلى آثار موضوعية وأخرى إجرائية، نذكر على سبيل المثال: د نيمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 279، د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 243، د فايز رضوان، اتفاق التحكيم وفقاً للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، بحث مشار إليه سابقاً، ص 31.

وقد تعقب البعض التمييز السابق واعتبره محل نظر، إذا أن الأثر الإجرائي لا يترتب إلا بصدد خصومة قضائية أو خصومة تحكيم، أما اتفاق التحكيم في ذاته فهو ليس إلا عملاً مدنياً يخضع لما تخضع له الأعمال المدنية من أحكام، ولا يترتب على وجوده أي أثر إجرائي، ومن ثم فإن كل ما يترتب عليه هي آثار موضوعية إيجابية وأخرى سلبية، أنظر هذا التعقيب، د أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والأثر السلبي لاتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 27 هامش 30، ولنفس المؤلف، اتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، المرجع السابق، ص 49-50.

الفرع الأول

الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم

في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

يقتضي مضمون الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، معالجة مسألتين على التوالي، المسألة الأولى: تتمثل في التزام طرفي العقد بتسوية المنازعات التي تثور بينهما في المستقبل، بمناسبة تنفيذ العقد الأصلي بطريق التحكيم (أولاً)، أما المسألة الثانية: فتتمثل في سلطة هيئة التحكيم في البث في اختصاصها، في تلك المنازعات الناشئة بشأن اتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف، أو ما يصطلح عليه بمبدأ الاختصاص بالاختصاص (ثانياً):

أولاً: التزام الأطراف بإخضاع المنازعة التي ستنشأ بينهما إلى التحكيم

إذا كان الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع، يبيح لأطرافه الالتجاء إلى التحكيم للفصل في النزاع الناشئ عن هذا العقد، فإن هذه الإباحة تقتضي مراعاة قاعدتين أساسيتين، الأولى تتمثل في القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، والثانية تتمثل في قاعدة التنفيذ العيني لهذا الاتفاق:

أ- مفهوم القوة الملزمة لاتفاق التحكيم الوارد في عقد النقل البحري للبضائع:

لا تفترق القوة الملزمة لاتفاق التحكيم الوارد ضمن عقد النقل البحري للبضائع، عن القوة الملزمة للعقود عموماً، فمن المعروف أن هذه القوة الملزمة أو ما يعبر عنه بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، من المبادئ المستقرة في القانون الدولي للعقود¹، ومقتضى هذه القوة الملزمة لاتفاق التحكيم أن هناك التزاماً بنتيجة يقع على عاتق كل من طرفي الاتفاق، هو ضرورة قيام كل منهما بالمساهمة في اتخاذ الإجراءات التحكيمية، والامتناع عن عرض نزاعه على قضاء الدولة، فإن خالف ذلك يكون قد أدخل بمبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية².

ويتفرع على هذا الالتزام عدم تمكن أحد طرفي الاتفاق أن يتملص منه بإرادته المنفردة، أو يعدل فيه بزيادة أو نقصان، وإن فعل ذلك جاز للطرف الآخر إجباره على تنفيذ التزاماته عيناً،

¹ E. Gaillard, Convention d'arbitrage effets, droit commun et droit conventionnel, J.C.I, Dr. Inter, Fasc 586-5, 1994.

² د أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 244-245. د حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 141.

وذلك بتعيين محكمه وتقديم مستنداته وبدء إجراءات التحكيم، فإن امتنع لجأ هذا الطرف الآخر إلى المحكمة للقيام بتلك الإجراءات، حيث تقوم المحكمة مقام الطرف المتقاعس أو الممتنع عن التنفيذ في القيام بتنفيذ الاتفاق على التحكيم¹.

هذا وقد أقرت المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم منذ فترة بعيدة، هذا المبدأ المعترف بالقوة الملزمة لاتفاق التحكيم، فمنذ عام 1923 أقر بروتوكول جنيف بشأن شروط التحكيم هذا المبدأ ضمناً في المادة الأولى منه، حيث نصت على صحة شرط التحكيم ومشارطته المبرمة بين الأطراف الخاضعة لمحاكم الدول الأطراف في المعاهدة²، وكذلك كرست هذا المبدأ معاهدة نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في المادة الثانية فقرة أولى منها، حيث قضت باعتراف كل دولة متعاقدة بالاتفاق على التحكيم، الذي يلتزم بموجبه الأطراف بإخضاع المنازعات التي تنشأ بينهم على التحكيم.

وترتيباً على ما تقدم، فإن اتفاق التحكيم الذي يرم صحيحاً بمناسبة نزاع ناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، يلزم طرفيه، ولا يجوز لأيهما أن ينسحب منه انفرادياً، بل يتعين عليهما البدء في اتخاذ إجراءات التحكيم، والتي لا تنتهي إلا بأحد أمرين: صدور حكم حاسم في النزاع بينهما، أو باتفاقهما معاً على الانسحاب وإنهاء الإجراءات قبل صدور الحكم³.

ويؤكد ما سبق، قضاء التحكيم في العديد من القضايا⁴، نذكر على سبيل المثال قضية Elf Aquitaine ضد الشركة الوطنية الإيرانية للبترول في 14 يناير 1982، التي قرر فيها المحكم المنفرد B. GOMARD بأن: "من المبادئ المعترف بها أن الدولة المرتبطة بشرط تحكيم منصوص عليه في اتفاق أبرمته الدولة ذاتها، أو من خلال شركة تابعة لها، لا تستطيع بإرادتها المنفردة في

¹ Ph.Foucharde - E.Gaillard - B.Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, Op cit, P. 398.

² د حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 216-217.

³ وذلك ما قرره العديد من أنظمة وتشريعات التحكيم، نذكر منها قانون التحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1985، الذي نص في مادته 1/30 على أنه: "إذا اتفق الطرفان في خلال إجراءات التحكيم على تسوية بينهما، كان على هيئة التحكيم أن تنهي الإجراءات وأن تثبت التسوية بناء على طلب الطرفين وعدم اعتراضهما، في صورة قرار تحكيم بشروط متفق عليها". يرجع في هذا الشأن ل: د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 246.

⁴ ينظر على سبيل المثال أيضاً، ما ذهب إليه قضاء تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس من تأكيده لالتزام الأطراف باتفاق التحكيم المبرم بينهما، وامتناع الرجوع عنه طبقاً لمبدأ التنفيذ العيني لهذا الاتفاق:

Sentence Arbitrale de la Chambre arbitrale maritime de Paris, du 26 Sep 1985, D.M.F, 1986.

تاريخ لاحق، أن تمنع الطرف الآخر معها من الالتجاء إلى الوسيلة المتفق عليها بين الأطراف، لتسوية المنازعات الناشئة عن العقد المبرم بينهما"¹.

ب- التنفيذ العيني لاتفاق التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع:

الأصل وفقاً لما تقتضي به القواعد العامة، فيما يتعلق بالأثر المترتب على الإخلال بتنفيذ الالتزامات، يتمثل في إجبار المدين إما بالتنفيذ العيني للالتزام أو التنفيذ بمقابل، غير أن تطبيق هذه القاعدة العامة لا تنسجم مع طبيعة التحكيم بصفة عامة والتحكيم التجاري البحري بصفة خاصة، إذ التنفيذ العيني لاتفاق التحكيم يتم من خلال استخدام آليات، تهدف إلى إجبار الطرف الذي يتقاعس في المشاركة في إجراء التحكيم، ويحاول تأخير اللجوء إلى استخدام هذه الإجراءات، ففي هذا الفرض تقتضي طبيعة التحكيم ضرورة الاستمرار في إجراءاته، على الرغم من امتناع هذا الطرف من المشاركة في إجراءات التحكيم، كأن يمتنع عن تعيين المحكم أو عن تقديم دفاعه ومستنداته، إذ تذهب جميع التشريعات إلى وضع حلول لتفادي مثل هذه الأعمال التسوية، والتي تهدف إلى تعطيل سير إجراءات التحكيم².

ج- موقف التشريع والقضاء الجزائري من مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم:

يظهر مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم بوضوح في نص المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، حيث جاء فيها أن: "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".

ويذهب المشرع الجزائري من أجل مواجهة عدم قيام أحد الأطراف في اتفاق التحكيم بتعيين محكم، إلى النص على تولي المحكمة المختصة مهمة تعيين هذا المحكم، بدلاً من الطرف الذي تقاعس عن تنفيذ هذا الالتزام، إذ ينص في المادة 1009 على أنه: "إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه".

¹ Ph. Fouchard, L'arbitrage Elf Aquitaine Iran, C. National Iranian oil company, une nouvelle contribution au droit international de l'arbitrage, Rev. Arb, 1984, P. 333. V. Aussi, Bernard FILLION et Ph LEBOULANGER, Le nouveau droit Egyptien de l'arbitrage, Rev. Arb, 1994, n° 4, P. 672-673.

² د حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 220.

والمتمامل لنص المادة 1009 هذه يلاحظ أنها تشير إلى مسألة دقيقة أخرى، تتعلق بالقانون الواجب التطبيق على مبدأ الالتزام بالتنفيذ العيني، والإخلال بالقوة الملزمة لاتفاق التحكيم¹، وسوف يأتي الكلام بالتفصيل حول موضوع القانون الواجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، حيث نرى أن هذا القانون يتحدد وفقاً لقانون الإرادة كأصل عام، أو القانون الذي تحدده هيئة التحكيم عند تخلف اختيار الأطراف، ومن ثم يكون المشرع الجزائري قد أخضع مسألة التنفيذ العيني لاتفاق التحكيم، من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق، إلى ذات القاعدة والاستثناء السابقين.

وقد كرس الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا الجزائرية مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، مبدأً إلزامه للأطراف بمبدأ التنفيذ العيني لاتفاق التحكيم، ويظهر ذلك من خلال الحكم الآتي: "من اتفق على التحكيم لا يمكنه اللجوء إلى القضاء العادي، وأن الاجتهاد القضائي مستقر في مثل هذه الحالة، لأن التحكيم يكون إجبارياً باعتباره شرطاً أساسياً في العقد وملزم للطرفين، طبقاً لنص المادة 106 من القانون المدني.... والمطعون ضده خرق الاتفاق المبرم مع الطاعنة، وبذلك فالقرار المنتقد خرق مبدأ الاختصاص الإجباري للتحكيم... وحيث أن المطعون ضدها عندما لجأت إلى رفع الدعوى الحالية دون أن تلجأ إلى التحكيم، كما يوجبها بذلك البند الخامس من العقد، تكون قد أخلت بالتزاماتها، والحكم والقرار المنتقد عندما سايرها في ذلك، يكونان قد خالفا قواعد الاختصاص والمادة 106 من ق.م..."².

غير أن ما يمكن ملاحظته بشأن هذا القرار، أنه وإن كان قد كرس مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم على النحو المتقدم، ونقض قرار قضاة الموضوع على أساس إخلالهم بقواعد الاختصاص، إلا أنه يأخذ عليه عدم توضيحه لهذه القواعد التي أسس عليها نقضه، مكتفياً بذكر نص المادة 106 من القانون المدني، في حين أن القواعد العامة لا تكفي لوحدها لتأسيس قرار النقض، دون

¹ يذهب الأستاذ E. Gaillard إلى أن الالتزام بالتنفيذ العيني لاتفاق التحكيم، يطبق وفقاً للقواعد المادية العابرة للدول والمتعلقة هنا بالتحكيم الدولي، فسواء كان القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو قانون الإرادة، أو تم اختياره وفقاً لقواعد الإسناد الموضوعية، فإن النتيجة في الأخير تكون واحدة تتمثل في تنفيذ اتفاق التحكيم تنفيذاً عينياً:

E. Gaillard, Convention d'arbitrage effets, droit commun et droit conventionnel, Op. Cit, Fasc 586- 12.

² المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 442187، بتاريخ 2008/04/09، العدد الرابع، أكتوبر 2009، ص 246-247.

بيان القواعد والنصوص الخاصة التي تتصل بشكل مباشر بطبيعة النزاع المعروض، وهي في قضية الحال تتعلق بالتحكيم، فكان الأولى بالمحكمة العليا في معرض نقضها للقرار وقبل استدلالها بالقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 106 من القانون المدني، أن تستند إلى نص المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الذي يلزم الأطراف باتفاق التحكيم المبرم بينهما، إضافة إلى نص المادة 1045 من نفس القانون، التي تجعل المحكمة المعروض أمامها النزاع محل التحكيم غير مختصة، إذا أبدى المدعى عليه دفعه بوجود اتفاق التحكيم، ومن ثم وجوب الاستمرار في إجراءات التحكيم.

وإلى جانب هذه النتيجة الأولية، والمتمثلة في وجوب التنفيذ العيني لاتفاق التحكيم وفقاً لما تقتضيه القوة الملزمة لهذا الاتفاق، نعرض للنتيجة الثانية التي تعكس فكرة الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم، وهي تلك التي تتعلق باختصاص محكمة التحكيم بالفصل في مسألة اختصاصها، أو ما يعرف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص:

ثانياً: اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها (مبدأ الاختصاص بالاختصاص)

يعتبر مبدأ فصل المحكم في مسألة اختصاصه¹، أو ما يصطلح عليه بمبدأ الاختصاص بالاختصاص *Compétence a Compétence*²، من أهم المبادئ الحديثة التي استقر عليها فقه وقضاء التحكيم التجاري الدولي³، وكذلك وفقاً لما استقرت عليه التشريعات الدولية والوطنية⁴،

¹ جدير بالإشارة إلى أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص ظهر أولاً في ألمانيا، على إثر حكم محكمة النقض الألمانية عام 1955 الذي جاوز اتفاق الأطراف على اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في المنازعات المتعلقة باختصاصها، وعلى الرغم من الرفض والانتقاد الذي تعرض له هذا الحكم، إلا أن هذا النقد لم يدم طويلاً، إذ بدأ نطاق مبدأ الاختصاص بالاختصاص يتوسع في الأخذ به في أنظمة التحكيم الدولية وقوانين التحكيم المقارنة. أشار إلى ذلك، د أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والأثر السلبي لاتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 71-72.

² يرجع بخصوص هذا المبدأ بصورة عامة إلى:

Pierre. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », Rec. des cours, T. 2, Vol. 5, 1989.

³ V. Par Ex, Sentence CAMP, N° 803, du 10 Mai 1991, D.M.F, 1991, P. 625.

Sentence CAMP, N° 589, du 1er octobre 1985, DMF, 1986, P. 377.

Sentence CAMP, N° 647, du 13 Mars 1987 (Second degré), DMF, 1987, P. 463.

⁴ من الاتفاقيات الدولية التي نصت على هذا المبدأ، المادة 5 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961، والمادة 16 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985، والمادة 41 من اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لعام 1965. =

حيث يتعين على هيئة التحكيم وقبل نظر النزاع، أن تحدد مهمتها واختصاصها من حيث وجود هذا الاختصاص وصحته، ونطاقه من حيث الأشخاص أو من حيث الموضوع، بناء على وثائق ومستندات الدعوى التحكيمية التي يقدمها الأطراف، فإن تم التأكد من وجود صحة ونطاق اختصاص هيئة التحكيم، تباشر هيئة التحكيم نظر النزاع وتستمر في إجراءاته إلى حين صدور حكم التحكيم، لكن إذا لم يتم هذا التأكد، فنكون حينئذ أمام عقبات تهدد اختصاص هيئة التحكيم، وهذه العقبات لا تخرج عن سببين¹:

السبب الأول، المنازعة في وجود أو صحة العقد الأصلي (عقد النقل البحري للبضائع) الذي يتضمن شرط التحكيم، وقد سبق وأن تطرقنا إلى هذه المسألة، في معرض دراستنا لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، حيث رأينا كيف أن اتفاق التحكيم لا يتأثر بتلك العوارض التي تؤثر على هذا العقد.

السبب الثاني، المنازعة في عدم وجود أو عدم صحة - ليس العقد الأصلي الذي يتضمن شرط التحكيم- ولكن في عدم وجود أو عدم صحة اتفاق التحكيم ذاته، والذي يستمد منه المحكم أو هيئة التحكيم ولايتها واختصاصها، أو المنازعة في تجاوز المحكم أو هيئة التحكيم لاختصاصها، نتيجة عدم شمول اتفاق التحكيم للمنازعة المنظورة.

هذا السبب الأخير كخطر يهدد اختصاص المحكم، يدعو للتساؤل عن مدى جواز فصل هيئة التحكيم في اختصاصها وولايتها بنظر النزاع، أم يؤول هذا الاختصاص إلى قضاء الدولة؟. إجابة على ذلك، سوف نعرض لبيان المقصود بمبدأ الاختصاص بالاختصاص، ثم نحاول بيان طبيعته وأساسه القانوني، ولفهم هذا المبدأ عملياً نعرض لآليات تطبيقه في ميدان التحكيم، ثم نختتم في الأخير برصد موقف المشرع الجزائري من هذا المبدأ:

= ومن التشريعات الوطنية التي قننت ذات المبدأ، المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، والمادة 22 من قانون التحكيم المصري، والمادة 1466 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد بشأن التحكيم، والمادة 30 من قانون التحكيم الإنجليزي لعام 1996.

ولم تخل لوائح التحكيم البحري بذات المبدأ المذكور، حيث يظهر ذلك في نص المادة 10 من لائحة تحكيم غرفة التحكيم البحري بباريس، والمادة 5 من لائحة تحكيم المنظمة الدولية للتحكيم البحري، ولائحة تحكيم اليونسترال لعام 1976، في حين لم ترد أية إشارة لهذا المبدأ في لوائح كل من جمعية المحكمين البحرين بلندن، وجمعية المحكمين البحرين بنويورك.

¹ أنظر أكثر تفصيلاً، د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 385 وما بعدها.

أ- المقصود بمبدأ الاختصاص بالاختصاص وطبيعته وأساسه القانوني:

1- المقصود بمبدأ الاختصاص بالاختصاص:

مبدأ الاختصاص بالاختصاص، مفاده أن هيئة التحكيم هي التي تختص بالنظر فيما إذا كانت مختصة بالنزاع المعروض عليها أم لا، ويكون لها هذا الاختصاص ولو دُفع أمامها بانعدام اتفاق التحكيم أو بطلانه أو بسقوطه، فالمحكم لكي ينظر ما يعرض عليه من نزاع لا بد له أن يقرر أولاً اختصاصه بنظره، ولو اقتضى هذا البحث في وجود وصحة وبقاء اتفاق التحكيم الذي يستند إليه طالب التحكيم، إذ أن المحكم يستمد ولايته من إرادة الطرفين، ولهذا فهو يختص بالنظر في مسألة اختصاصه، ولا يقتصر هذا الاختصاص على ما يتعلق ببطلان اتفاق التحكيم، وإنما أيضاً ما يتعلق بوجوده، وكذا ما يتعلق بتحديد نطاق ولاية هيئة التحكيم، أو بعبارة أعم، شمول اتفاق التحكيم أو عدم شموله للمسائل المطروحة أمام هيئة التحكيم¹.

وعموماً، فإن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يرمي إلى تقرير حق هيئة التحكيم في الفصل في النزاع المعروض أمامها، إذ هي الأقدر من غيرها في تقرير اختصاصها بالنزاع من عدمه، وذلك دون تعطيل بسبب لجوء أحد الطرفين لمحاكم الدولة، بعد تشكيل هيئة التحكيم للنظر في مدى اختصاص هيئة التحكيم، وتطبيقاً لذلك لا يجوز لأي من طرفي المنازعة الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، أن يطلب من هيئة التحكيم وقف إجراءات التحكيم، حتى يتم الفصل في دعوى بطلان مرفوعة أمام القضاء بشأن اتفاق التحكيم².

ولعل التحليل السابق يعد أحد أهم مبررات أعمال مبدأ الاختصاص بالاختصاص، بما يدعم إحدى أهم مزايا التحكيم وهي سرعة الإجراءات، وبالتالي سرعة البت في النزاع، فلو تم تحويل البت في مسألة الاختصاص للقضاء، لأدى ذلك في كثير من الأحيان إلى سلب التحكيم هذه الميزة، مما يفقده أحد أهم أسباب اللجوء له، وما قد يترتب عن ذلك من تعطيل الفصل في الإجراءات³.

على أن القول بعدم جواز اللجوء إلى محاكم الدولة على النحو المتقدم، ليس معناه غل سلطة المحاكم في النظر في اختصاصها أو عدم اختصاصها، عند إثارة الدفع بوجود اتفاق

¹ د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 145-146.

² المرجع نفسه، نفس الموضوع.

³ د همزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 289.

التحكيم، باعتبار أن ذلك من الحقوق الفطرية للقضاء، وأن تقرير حق هيئة التحكيم في نظر اختصاصها لا يسلب القضاء هذا الحق الأصيل¹، فقاعدة منع القضاء من البث في اختصاص هيئة التحكيم عند لجوء أحد الأطراف إليه تعد قاعدة زمنية ليس إلا، إذ يكون هذا المنع قبل أن تفصل هيئة التحكيم في اختصاصها بنفسها، وبالتالي لا يجوز هذا المنع من تصدي قضاء الدولة لبحث مسألة اختصاص هيئة التحكيم في وقت لاحق، وذلك عند الطعن أمامه ببطلان حكم التحكيم، أو طلب رفض الأمر بتنفيذه لصدوره من هيئة تحكيم غير مختصة².

2- طبيعة مبدأ الاختصاص بالاختصاص:

إن اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في مسألة اختصاصها، يثير التساؤل عن طبيعة الدفع الذي تثيره الهيئة بشأن عدم اختصاصها بنظر النزاع، وهل هو اختصاص نوعي، أم اختصاص وظيفي أو ولائي؟.

يذهب اتجاه في الفقه إلى أن الدفع بعدم الاختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع، هو من الاختصاص النوعي لهيئة التحكيم³، بينما يذهب اتجاه آخر إلى اعتباره من قبيل الاختصاص الوظيفي، المبني على تحديد اختصاص كل جهة من جهات المحاكم دون باقي الجهات⁴. في حين يعالج البعض⁵ هذه الطبيعة من حيث مدى تعلق قواعد الاختصاص بأنواعه المذكورة بالنظام العام، حيث يرى أن الاتفاق على الالتجاء إلى للتحكيم دون قضاء الدولة، ليس تقريراً لاختصاص ولائي أو وظيفي لهيئة التحكيم، كما لا يمكن اعتباره من قبيل قواعد الاختصاص النوعي لها، ذلك لأن هذه القواعد لا تتقرر بمقتضى اتفاق خاص بين الأطراف، إذا تعتبر من القواعد المتعلقة بالنظام العام التي لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها، بل إن أي اتفاق على مخالفتها يعد باطلاً.

وعلى هذا يرى ذات الاتجاه -وهو الرأي الذي يميل إليه الباحث- أن اختصاص هيئة التحكيم بنظر المنازعات، يعد نوعاً من الاختصاص الاستثنائي لهيئات التحكيم غير المتعلق

¹ د أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والأثر السلبي لاتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 77-78.

² د أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 294.

³ أشار إليه د أحمد إبراهيم عبد التواب، المرجع السابق، ص 87-88.

⁴ أنظر بشأن هذا الرأي، د محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص

258 وما بعدها، د أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، المرجع السابق، ص 148 وما بعدها.

⁵ د أحمد إبراهيم عبد التواب، مرجع سابق، ص 88-89.

بالنظام العام، إذ يجوز للأطراف الالتجاء إليه أو عدم الالتجاء إليه، بخلاف الاختصاص الوظيفي أو النوعي والذي يتعلق بالنظام العام، ومن ثم فإن الدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم، يعتبر من قبيل الدفوع الشكلية، التي تسقط بانتهاء المدة المقررة لتقديم المدعى عليه لدفاعه طبقاً للقواعد العامة¹.

3- أساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص:

اختلف الفقه حول الأساس الذي يستند إليه مبدأ الاختصاص بالاختصاص، وذلك على نحو أربعة آراء:

الرأي الأول، وهو الذي كرسه القضاء في فرنسا²، يرد المبدأ المذكور إلى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي³، لكن الواقع كما رأينا⁴ يثبت أن هناك ضرورة تدعو للفصل بين المبدأين على نحو ما فصلنا فيه سابقاً.

الرأي الثاني، يذهب إلى أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يجد أساسه في نطاق التحكيم الدولي، وذلك في قاعدة عرفية خاصة بتحكيم منازعات التجارة الدولية، قبل أن يصير قاعدة قانونية في صورتها الأخيرة، ومستند هذا الرأي أن المبدأ المذكور يكون واجب الأعمال بغض النظر عن وجود أو صحة اتفاق التحكيم ذاته، بل وبغض النظر عن ضرورة الرجوع إلى قانون دولة معينة يقره أو يعترف به⁵.

¹ وهذا التكييف كما يراه ذات الاتجاه يتسق مع ما ورد في المادة 22 من قانون التحكيم المصري التي نصت على أن ميعاد تقديم هذا الدفاع هي مدة دفاع المدعى عليه.

² J. Robert, L'Arbitrage droit interne, droit international privé, avec la collaboration de B. Moreau. D, 6^{ème} éd, 1993, P.138 .

³ د بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطالان أحكام التحكيم الدولية، المرجع السابق، ص 25 وما بعدها.

⁴ راجع ما ذكرناه سابقاً في معرض تطرقنا لآثار مبدأ استقلال اتفاق التحكيم.

⁵ ويبدو أن هذا الرأي قد تأثر بما قضت به غرفة التجارة الدولية بباريس سنة 1982، حيث قررت بخصوص مبدأ الاختصاص بالاختصاص المنصوص عليه في المادة 3/8، 4 من لائحة تحكيم الغرفة النافذة اعتباراً من تاريخ صدوره، بأن هذا المبدأ يخول المحكم سلطة اتخاذ كل قرار حول اختصاصه ... دون أن تفرض عليه من أجل ذلك تطبيق قانون وطني أي كان". راجع حيثيات هذا الحكم في:

Sentence CCI, N° 4131, du 23 sep 1982, Dow Chemical, C/Isover-Saint-Gobain, Rev. Arb, 1984, P. 137.

الرأي الثالث، يذهب إلى ربط مبدأ الاختصاص بالاختصاص بالتكليف العقدي لاتفاق التحكيم، وعليه فإن هذا التكليف العقدي يؤدي إلى إنكار سلطة المحكم في الفصل في مسألة اختصاصه، ومن ثم يتعين حسم هذه المسألة بواسطة القضاء¹.

لكن في تقديرنا أن التكليف القانوني لطبيعة التحكيم لا تصلح أساساً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، ذلك لأن هذا التكليف تتنازعه عدة نظريات²، فإذا كانت النظرية العقدية تؤدي إلى القول بعدم اختصاص المحكم في مسألة اختصاصه في نظر النزاع، فإن النظرية القضائية تقود إلى العكس من ذلك، وذلك بالاعتراف للمحكم بهذا الاختصاص.

الرأي الرابع، يذهب إلى أن هيئة التحكيم تستمد اختصاصها في نظر النزاع من عقد التحكيم نفسه، حيث أن المحكم يستمد سلطته من اتفاق التحكيم ذاته وهو الذي يخوله سلطة البت في اختصاصه³.

غير أن ما يمكن قوله في هذا الرأي ما قيل في سابقه، من عدم صلاحية اعتبار التكليف القانوني لطبيعة اتفاق التحكيم أساساً للمبدأ المذكور، أضف إلى ذلك أنه يثير التساؤل: كيف يمكن للمحكم بالاستناد فقط إلى اتفاق التحكيم أن يقرر صحة أو وجود اتفاق التحكيم فيقرر اختصاصه تبعاً، أو أن يقرر بطلان هذا الاتفاق وبالنتيجة تقرير عدم اختصاصه تبعاً لذلك؟.

رأي الباحث:

لعل الخروج من الخلاف السابق، لا يتأتى إلاّ بالبحث عن أساس آخر لمبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه، لذلك نرى أن الأقرب إلى المنطق القانوني الذي تقتضيه خصوصيات التحكيم، ذلك التحليل الذي يرى أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يُستمد من قانون التحكيم في دولة مقر التحكيم، أو بصورة أعم، من قانون الدولة التي يراد منها الاعتراف أو تنفيذ حكم المحكم الصادر بالفصل في مسألة اختصاصه⁴، فلو أصدرت هيئة التحكيم المنعقدة في دولة من الدول، حكمها بعدم اختصاصها في النزاع المعروض أمامها بسبب عدم صحة أو عدم

¹ د بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية، مرجع سابق، ص 55.

² راجع بشأن هذه النظريات، المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الأول من هذا الباب.

³ ذهب إلى هذا الرأي، الأستاذ هات محيي الدين اليوسفي، الأثر المانع لاتفاق التحكيم ومدى تأثيره على الاختصاص القضائي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص 57.

⁴ أنظر في هذا المعنى، د حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص

وجود اتفاق التحكيم، فإن هذا الحكم يستند في أساسه إلى قانون الدولة التي يجري هذا التحكيم في أراضيها، أو إلى قانون الدولة التي يراد منها الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم، والقول بخلاف ذلك لا شك يؤدي إلى تهديد مصير الحكم الصادر بشأن مسألة الاختصاص، وذلك من حيث عدم الاعتراف به أو عدم تنفيذه.

ب- التطبيق العملي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع:

متى دفع أحد أطراف اتفاق التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، بعدم اختصاص هيئة التحكيم، بسبب أن اتفاق التحكيم باطل أو غير موجود، أو عدم شموله موضوع النزاع، أو بسبب عدول ونزول أحد أطرافه عنه، كان على هيئة التحكيم أن ترد على هذا الدفع، طالما تم إبداء هذا الدفع في الموعد المحدد له، وهو عادة ميعاد لا يتجاوز تقديم بيان الدفاع أو تقديم الرد على الطلبات العارضة، طبقاً لما نصت عليه المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، حيث جاء فيها: "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع. تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطاً بموضوع النزاع".

وعلى غرار ما استقر عليه الرأي الدولي تشريعاً وقضائياً، فإن هيئة التحكيم أن تتأكد من مسألة اختصاصها، سواء من تلقاء نفسها أو بناء على دفع أحد طرفي اتفاق التحكيم بعدم اختصاصها¹، إلا أن الغالب في الحياة العملية ألا يكون ذلك إلا بناء على دفع الطرف صاحب المصلحة، فإذا لم يثر هذا الدفع يعتبر ذلك تنازلاً عنه²، وينعقد بالتالي الاختصاص لهيئة التحكيم، لكن قد تقتضي الظروف في بعض الأحيان، بأن تشير هيئة التحكيم هذا الدفع من تلقاء ذاتها دون أن تنتظر إثارته من أحد الأطراف، كأن تكون المسألة المتنازع عليها مما لا يجوز التحكيم فيها

¹ د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 293.

² وهذا ما يدل على أن الدفع بعدم الاختصاص غير متعلق بالنظام العام، حيث يجب إثارته في أول فرصة سانحة لصاحب المصلحة، وإلا سقط حقه بذلك، وهو التوجه السائد في التحكيم، وهو الذي عليه غالبية تشريعات وقوانين التحكيم، أنظر على سبيل المثال: المادة 16 من القانون النموذجي، المادة 21 من قواعد اليونسسترال، المادة 22 من قانون التحكيم المصري، والمادة 1044 من ق.إ.م.إ الجزائر.

أصلاً، أو كان سببها أو محلها غير مشروع أو مخالف للنظام العام، ففي مثل هذه الفروض وغيرها، قد تجد هيئة التحكيم أن من مصلحتها، بل وحفاظاً على سمعتها، أن تثير الدفع بعدم الاختصاص¹.

وسواء أثير الدفع من طرف الهيئة أو من طرف صاحب المصلحة، فلهيئة التحكيم الخيار بين أمرين:

الأول، إما أن تفصل في ذلك الدفع بحكم تمهيدي أو أولي (Sentence Préliminaire) استقلالاً عن حكمها الفاصل في موضوع النزاع، وهذا يحدث عادة في الفرض الذي تنتهي فيه الهيئة إلى عدم اختصاصها، فتسارع إلى إصدار قرارها بعدم اختصاصها دون انتظار.

الثاني، أن ترجئ البت في الدفع بعدم الاختصاص إلى حين البت في موضوع النزاع، لتفصل فيهما بحكم واحد، وهذا في الحالة التي يكون فيها هذا الدفع مرتبط بموضوع النزاع، كما هو واضح من الفقرة الثانية من المادة 1044 المشار إليها قبل قليل، ويحدث هذا أيضاً في الحالة التي تقدر فيها هيئة التحكيم ثبوت الاختصاص لها، حيث تقتضي دواعي الاقتصاد في الإجراءات وسرعة البت في النزاع، إصدار حكم واحد حاسم لمسألة الاختصاص وموضوع النزاع معاً².

على أن ما ينبغي التنبيه له في هذا الخصوص، إذا رفضت الهيئة الدفع بعدم الاختصاص ومضت في نظر الدعوى التحكيمية، فإن حكمها هذا الرفض للدفع بعدم الاختصاص وإن كان غير حائز لحجية الأمر المقضي فيه، بحيث يمكن الطعن فيه بدعوى البطلان، إلا أنه لا يمكن مباشرة هذا الطعن استقلالاً، إذ هو حكم يصدر قبل الحكم المنهي للخصومة كلها، وبالتالي لا بد أن يطعن فيه بدعوى البطلان مع هذا الحكم المنهي للخصومة كلها³، لكن متى انقضى ميعاد دعوى البطلان⁴، فإن حكم هيئة التحكيم بالفصل في النزاع أو برفض الدفع بعدم الاختصاص، تستنفذ به هيئة التحكيم ولايتها في نظر النزاع، فلا يجوز طرحه عليها مرة أخرى⁵.

¹ د حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 296-297.

² لمزيد من التفصيل ينظر، د أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 302 وما بعدها.

³ د فتحي والي، المرجع السابق، ص 148.

⁴ سيأتي الحديث عن دعوى البطلان في معرض تطرقنا للخصومة التحكيمية من خلال الباب الثاني.

⁵ د أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، المرجع السابق، ص 564.

ج- موقف المشرع الجزائري من مبدأ الاختصاص بالاختصاص:

على غرار باقي التشريعات الأخرى، فإن المشرع الجزائري قد اعتنق مبدأ الاختصاص بالاختصاص كما يبدو ذلك واضحاً من خلال المادة 1044 من ق.إ.م.إ، حيث جاء فيها: "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع.

تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطاً بموضوع النزاع".

فمن خلال استقراءنا لهذه المادة، نلاحظ أن المشرع قد اعترف لهيئة التحكيم بسلطتها في البت في مسألة اختصاصها وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، وهذا الدفع يكون إما من تلقاء نفسها أو من قبل صاحب المصلحة، على أن يثار الدفع الصادر من هذا الأخير قبل أن تتطرق الهيئة للبت في الدفوع الموضوعية للنزاع، وبالتالي متى باشرت الهيئة مهمة الفصل في موضوع النزاع، يسقط معه أي حق في الدفع بعدم اختصاصها، كما يتعين على القاضي الذي يرفع أمامه ذات النزاع المثار أمام هيئة التحكيم، بأن يقضي بعدم اختصاصه في نظر هذا النزاع، وهو الحكم الذي نصت عليه المادة 1045 من ق.إ.م.إ. الجزائري بقولها: "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف".

وعليه لا يبقى أمام صاحب المصلحة في الدفع إلاّ طريق دعوى البطلان، على أن يطعن بدعوى البطلان في مسألة الاختصاص مع الحكم النهائي الصادر في الخصومة كلها وليس استقلالاً عنه، كل ذلك مع مراعاة المواعيد المنصوص عليها في المواد 1058 وما يليها من نفس القانون، لكن متى انقضى ميعاد البطلان، فإن حكم هيئة التحكيم بالفصل في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري، أو برفض الدفع بعدم الاختصاص، تستنفذ به هيئة التحكيم ولايتها في نظر النزاع، فلا يجوز طرحه عليها مرة أخرى.

والأصل أن تبت محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي، باستثناء الحالة التي يكون فيها الدفع المثار مرتبط بموضوع النزاع حسب الفقرة الثانية من المادة 1044 المذكورة سابقاً، ففي هذه الحالة فقط تصدر الهيئة حكم واحد حاسم لمسألة الاختصاص وموضوع النزاع معاً، ولا شك أن في ذلك حرصاً من المشرع على عامل الزمن الذي يتطلبه التحكيم التجاري، وما يقتضيه من ضرورة الاقتصاد في الإجراءات وسرعة البت في النزاع.

غير أن ما يمكن ملاحظته بشأن المادة 1044، أن المشرع الجزائري لم يوضح من خلالها الأوجه التي يبنى عليها الدفع بعدم الاختصاص، مثل ما فعل المشرع المصري في المادة 22 من قانون التحكيم التي جاء فيها: "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه"، فلم يقتصر المشرع المصري على تحويل هيئة التحكيم مسألة البت في الدفع بعدم اختصاصها في نظر النزاع فقط، بل وسع من نطاق هذا الاختصاص ليشمل أي دفع يتعلق باتفاق التحكيم بصفة، عامة سواء من حيث وجوده أو سقوطه أو بطلانه، ولعل المشرع الجزائري ترك هذه المسألة مفتوحة أمام هيئة التحكيم، لكونها الأدرى بما يدخل ضمن نطاق اختصاصها وما يخرج عنه.

الفرع الثاني

الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع

إلى جانب الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم بشأن المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، والذي يفرض على الأطراف تنفيذ تعهداتهم بشأن هذا الاتفاق المبرم بينهم على النحو الذي سبق تفصيله، فإن هذا الاتفاق يقتضي أثراً آخر، يمنع الأطراف من التجاؤم إلى القضاء الوطني للمطالبة بالفصل في المنازعة محل اتفاق التحكيم، وهو ما يعرف بالأثر السلبي أو الأثر المانع لاتفاق التحكيم، فما هو مضمون هذا الأثر؟ وما هي طبيعته؟ وما هي أهم الإشكالات التي يثيرها خاصة في ضوء التشريع الجزائري؟، مجمل هذه التساؤلات سنحاول الإجابة عنها فيما يلي:

أولاً: مفهوم الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع

يقتضي تحديد مفهوم الأثر السلبي لاتفاق التحكيم، بيان المقصود بهذا الأثر¹، وتحديد شروطه، ثم التعرّيج على موقف التشريعات الدولية والوطنية وبعض أحكام القضاء من هذا الأثر:

¹ يعبر جمهور الفقه عن الأثر السلبي لاتفاق التحكيم بتعبيرات مختلفة، فيعبر عنه البعض بأنه الأثر الذي يترتب عليه إقصاء القضاء عن الفصل في النزاع، والبعض الآخر بأنه الأثر السالب أو المانع لولاية القضاء بنظر النزاع، والبعض بحجب اختصاص القضاء مؤقتاً عن نظر النزاع، والبعض بعدم اختصاص القضاء بنظر النزاع موضوع اتفاق التحكيم، وقد تعقب جانب آخر هذه التعبيرات، إذ يرى أن اتفاق التحكيم لا يسلب في الواقع ولاية نظر النزاع من القضاء، ولا يترتب عليه اختصاص هيئة التحكيم وحدها بنظر النزاع، إذ يظل القضاء هو صاحب الولاية العامة بنظر النزاع، ويكون اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع إلى جانب اختصاص هذا القضاء، ومن ناحية أخرى لا يترتب على اتفاق التحكيم امتناع المحاكم عن نظر النزاع، لأن =

أ- المقصود بالأثر السلبي لاتفاق التحكيم:

ينشئ اتفاق التحكيم بشأن النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، كأبي اتفاق تحكيم آخر، التزاماً سلبياً متبادلاً على عاتق كل من طرفيه، بعدم الالتجاء إلى القضاء للفصل في هذا النزاع المحكم فيه¹، فلا يجوز لأي من أطرافه الالتجاء للقضاء بصفة منفردة، ما لم يتنازل الطرف الآخر صراحة أو ضمناً عن اتفاق التحكيم، مع التزام قضاء الدولة بعدم الاختصاص بنظر النزاع، إذا دفع الخصم الآخر في الاتفاق بوجود اتفاق التحكيم قبل التطرق إلى الموضوع².

ولا يقتصر الأثر السلبي على مجرد امتناع الأطراف عن الالتجاء إلى القضاء، بل يمتد هذا الأثر إلى الامتناع عن الطعن فيه بطرق الطعن التي قررها القانون، وهذا لا شك فيه تكريس لمبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم الذي تناولناه سابقاً، ومن ثم لا يجوز تعديله أو إلغاؤه بالإرادة المنفردة لأحد أطرافه³، فمتى كان اتفاق التحكيم صحيحاً وناظراً، ورفعت الدعوى بخصوص المنازعة محل الاتفاق أمام قضاء الدولة، كان للمدعى عليه أن يدفعها بوجود اتفاق التحكيم، ويكون له التمسك بهذا الدفع ولو كانت إجراءات التحكيم لازالت جارية، وسواء كانت الدعوى التحكيمية قد رفعت قبل رفع الدعوى أمام المحكمة أو بعدها⁴، بل وحتى أثناء سريان الخصومة أمامها، وهو ما نصت عليه المادة 1013 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بقولها: "يجوز للأطراف الاتفاق على التحكيم حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية".

ب- شروط أعمال الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع:

يقتضي أعمال قاعدة الأثر السلبي لاتفاق التحكيم بصورة عامة، وجود شرطان أساسيان:

= المحاكم ليست طرفاً في اتفاق التحكيم، إذ أن القانون أعطى المحكمة أولوية الفصل في الطلبات العارضة والتي من بينها الدفع بوجود اتفاق التحكيم، وألزمها بالحكم بعدم القبول أو الاختصاص بنظر النزاع أو الحكم بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته، ولا يتضمن هذا الاتفاق على منع نظر المحاكم للنزاع أو عدم الاختصاص بذلك. أنظر تحليل مفصل لهذه المفاهيم عند، د أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والأثر السلبي لاتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 207 وما تلاها، مع ما أشار إليه من المراجع المتضمنة للتعريفات الفقهية السابقة.

¹ د محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 247، د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، المرجع السابق، ص 509.

² Pierre JULLIEN, Natali FRICERO, Droit Judiciaire Privé, L.G.D.L, éd, 2001, P. 413. Aussi, Bernard FILLION et Ph LEBOULANGER, Le nouveau droit Egyptien de l'arbitrage, Op. Cit, P. 672.

³ د أحمد إبراهيم عبد التواب، المرجع السابق، ص 216.

⁴ د فتحي والي، المرجع السابق، ص 181.

الشرط الأول: تمسك المدعى عليه بالدفع بوجود اتفاق التحكيم

تكاد تتفق التشريعات المتعلقة بالتحكيم على النحو الذي مر بنا، أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم يجب إبدائه من طرف المدعى عليه أمام القضاء، وذلك قبل الكلام في الموضوع¹، وتفسير ذلك أن التجاء المدعي الطرف في اتفاق التحكيم إلى القضاء، يعني تخليه عن هذا الاتفاق ورغبته في العودة للقضاء المختص، فإذا حضر الطرف الآخر المدعى عليه وسائر خصمه، وبدأ في تقديم طلباته والرد على خصمه ومناقشته لموضوع النزاع، فهذا يعني أنه أيضاً قد قبل ضمناً تخليه عن اتفاق التحكيم، وفي هذه الحالة يتعين على القاضي أن يتصدى لموضوع النزاع، أما إذا أبدى المدعى عليه تمسكه باتفاق التحكيم، فإن القاضي في هذه الحالة يكون غير مختص² طبقاً لمقتضيات المادة 1045 من ق.إ.م.إ. الجزائري.

هذا ولا يشترط لإعمال الدفع المذكور أن تكون الإجراءات التحكيمية قد بدأت بالفعل، وهو الرأي الذي عليه غالبية الفقه³، والذي تدعمه القاعدة الموضوعية التي أوردتها اتفاقية نيويورك لسنة 1958 في هذا الخصوص⁴، حيث نصت المادة 3/2 منها بأنه: "على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة، أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم، وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق".

الشرط الثاني: ألا يكون اتفاق التحكيم باطلاً أو غير قابل للتطبيق

هذا الشرط يبدو واضحاً من خلال الشطر الأخير من اتفاقية نيويورك المشار إليها قبل قليل، وقد أخذ به جانب من الفقه، إذ يقرر أنه حتى تقضي المحكمة بعدم اختصاصها بنظر النزاع، يشترط أن يكون اتفاق التحكيم الذي يدفع به صاحب المصلحة قد ورد صحيحاً⁵، ونصت على ذات الشرط المادة 1/8 من القانون النموذجي للتحكيم الدولي، حيث ألزمت المحكمة بعدم إحالة النزاع إلى هيئة التحكيم إذا كان اتفاق التحكيم باطلاً أو لاغياً أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه.

¹ مشار إليه عند، د سراج حسين محمود أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، بدون ناشر، 1998، ص 389.

² د محمود مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 63.

³ أشار إليه، د عاطف محمد الفقي، النقل البحري للبضائع، المرجع السابق، ص 255.

⁴ د سامية الراشد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية (ج1)، المرجع السابق، ص 442.

⁵ د أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 156.

ج- موقف التشريعات الدولية والوطنية وأحكام القضاء من الأثر السلبي لاتفاق التحكيم:

المفهوم المتقدم للأثر السلبي لاتفاق التحكيم، تناولته معظم الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، وكرسته أيضاً أحكام قضاء الكثير من الدول:

ففي ضوء المعاهدات الدولية، يعتبر بروتوكول جنيف الموقع عام 1923، أول من نص على مبدأ عدم اختصاص المحاكم الوطنية بنظر المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم، وذلك من خلال نص المادة 1/4، ثم تلتها اتفاقية نيويورك لسنة 1958¹، حيث نصت المادة 3/2 منها بأنه: "على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف، بالمعنى الوارد في هذه المادة، أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم ...".

وكذلك تطرقت لذات الأثر الاتفاقيه الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 في مادتها السادسة، مقررّة أنه إذا رفع أحد أطراف اتفاق التحكيم الدعوى أمام القضاء العادي، ثم دفع المدعى عليه أمامها بعدم الاختصاص استناداً إلى وجود اتفاق تحكيم، فإن هذا الدفع يجب أن يقدم قبل البدء في المرافعة حول الموضوع ... وتفادياً لأي تنازع بين القضاء والتحكيم، فقد ألزمت الفقرة الثالثة من نفس المادة المحكمة بأن تأمر بوقف الفصل في طلب المدعى عليه إلى حين صدور حكم التحكيم، على أن وجود اتفاق التحكيم لا يحول دون التقدم للجهات القضائية المختصة بطلب إجراء وقي أو تحفظي، وهو ما قرره الفقرة الرابعة من المادة المذكورة، وبالتالي لا يعتبر إجراء هذا الطلب نزولاً ضمناً من الخصم الذي قدمه عن التحكيم².

وهذا الأثر السلبي لاتفاق التحكيم كرسه أيضاً العديد من أحكام القضاء، نذكر مثلاً واحداً قرر فيه القاضي Sheen، في الدعوى المنظورة أمام المحكمة البحرية البريطانية "the world star" سنة 1986 أنه: "لما ثبت أن اتفاق التحكيم محل الدعوى المنظورة ليس اتفاق تحكيم محلي، فإنه كان على المحكمة أن تأمر بوقف الدعوى تطبيقاً للمادة الأولى/1 من قانون التحكيم (الإنجليزي) لسنة 1975، فإنه ليس من حقها أن تفرض شروطاً لإصدار هذا الأمر".

أما عن التشريعات الوطنية، فتعترف الغالبية العظمى منها بتنظيم الأثر المذكور، فقد قرر قانون التحكيم المصري لسنة 1994 في المادة 13: "يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع

¹ المرجع نفسه، ص 154 وما بعدها.

² د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 225-226.

يوجد بشأنه اتفاق تحكيم، أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى.

ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة، دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم".

أما قانون المرافعات الفرنسي الجديد، وإن كان قد قرر الأثر السلبي لاتفاق التحكيم بموجب المادة 1458 بشأن التحكيم الداخلي، غير أن الملاحظ أن المشرع الفرنسي لم يورده في الباب الخامس من نفس القانون بشأن التحكيم الدولي، لكن طبقاً لما نصت عليه المادة 1495 من نفس القانون، من تطبيق أحكام الباب الأول من هذا القانون على التحكيم الدولي، وهو أحد الأبواب الواردة بشأن التحكيم الداخلي، وبالتالي يزول إشكال سريان الأثر السلبي على المجالين الداخلي والدولي، ما لم يوجد اتفاق بين طرفي التحكيم يقضي بعكس ذلك¹، وما يؤكد زوال هذا الإشكال ما يذهب إليه البعض، من أن الأثر المذكور يعتبر مبدأً أساسياً من مبادئ القانون الفرنسي، يجد أساسه في الاتفاقيات الدولية السابقة والتي صادقت عليها فرنسا²، وهو ما استقر عليه القضاء الفرنسي أيضاً³.

وعلى عكس الوضع في فرنسا، اقتصر قانون التحكيم الإنجليزي لسنة 1975 على تكريس الأثر المذكور في مجال التحكيم الدولي فقط، ولم يرد له ذكر في مجال التحكيم الداخلي، الأمر الذي جعل المحاكم الإنجليزية تستند إلى سلطتها التقديرية في إعمال مبدأ الأثر السلبي في مجال التحكيم الداخلي⁴.

د- موقف التشريع والقضاء الجزائري من الأثر السلبي لاتفاق التحكيم:

أما عن الوضع في الجزائر، فقد قرر المشرع الجزائري قاعدة الأثر السلبي السابق في نص المادة 1045 من ق.إ.م.إ. بقوله: "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم، على أن تثار من أحد الأطراف".

¹ د محمود سمير الشقاوي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق ص 123.

² R. Bourdin, la convention d'arbitrage international en droit français de puis le décret du 12 Mai 1981, in Y. Derains, droit et pratique de l'arbitrage international en France, 1984, p. 29.

³ Cour d'appel de paris, 4 Mai 1988, Rev. Arb, 1988, p. 657, note Fouchard.

⁴ عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 227.

فالمشرع الجزائري من خلال هذه المادة يكون قد سلك نهج التشريعات السابق ذكرها، وفي مقدمتها اتفاقية نيويورك التي صادق عليها، ولم يخرج القضاء الجزائري عن ذات المسلك، حيث كرست المحكمة العليا مبدأ الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في قرار لها جاء فيه: "أن التحكيم ينزع اختصاص القضاء، وأن معاينة القضاء عدم قدرة الطاعنة على الوفاء رغم وجود بند تحكيمي، لا يعني حكماً بأن طريق التحكيم أصبح مسدوداً ... مما يستوجب معه نقض القرار"¹.

وبناءً على هذين الموقفين من التشريع والقضاء الجزائريين، يمكن أن نورد بعض الملاحظات: **الملاحظة الأولى**، أن المشرع اختص بهذا الأثر السلبي لاتفاق التحكيم مجال التحكيم الدولي دون الداخلي، تماماً كما هو الحال بالنسبة لقانون التحكيم الإنجليزي، وهي الحالة العكسية لما ذهب إليه قانون المرافعات الفرنسي المشار إليه سابقاً، ومن ثم يبقى الإشكال متعلقاً بمدى إعمال المحكمة لسلطتها التقديرية، بشأن نزاع معروض عليها يكون محل اتفاق تحكيم داخلي، لذلك كان الأولى بالمشرع الجزائري توحيد مثل هذه الأحكام على المجالين الدولي والداخلي، أو على الأقل الإحالة بموجب نص على تطبيق أحكام التحكيم الدولي في المجال الداخلي، كما فعل المشرع الفرنسي.

الملاحظة الثانية، من خلال صياغة المادة 1045 المذكورة، يلاحظ أن المشرع في معرض ذكره للأسباب التي تجعل القاضي غير مختص في النزاع المحكم فيه، ذكر: "... أو إذا تبين له وجود اتفاق التحكيم"، والذي يظهر في تقديرنا أن هذه العبارة محل نظر، إذ أنها تثير اللبس خاصة من حيث مدى جواز دفع القاضي بعدم الاختصاص، متى تبين له وجود اتفاق تحكيم، فكان الأولى بالمشرع الاستغناء عن هذه العبارة بالشرط الذي أورده بعدها، وهو شرط الدفع المثار من قبل أحد الأطراف، فالعبارة المذكورة توحي بأن للقاضي إعمال سلطته التقديرية، وأن يدفع بعدم الاختصاص متى تبين له أن النزاع المعروض عليه يعتبر محل اتفاق تحكيم مسبق، في حين أنه لا مجال لإعمال هذه السلطة لورود شرط الدفع الذي يلزم الطرف صاحب المصلحة به من جهة، ومن جهة أخرى ليس للمحكمة أن تقضي بالدفع بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها، لعدم اعتبار هذا الدفع من النظام العام، فلا حاجة إذاً لإعمال هذه السلطة التقديرية.

¹ المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 415468، بتاريخ 2007/12/05، مجلة التحكيم، العدد الرابع، أكتوبر 2009، ص 251.

لذلك يكون من الجدير اقتراح إعادة صياغة المادة 1045 المذكورة، بحيث تكون على النحو الآتي: "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، وذلك بناءً على الدفع المثار من المدعى عليه بوجود اتفاقية تحكيم".

وترتيباً على ما تقدم، فإنه وإن تبين للقاضي وجود اتفاق تحكيم، فليس له أن يدفع بعدم اختصاصه من تلقاء نفسه، بل عليه أن يمضي في نظر النزاع حتى يقوم المدعى عليه بالدفع بوجود اتفاق التحكيم، احتراماً لاتفاق التحكيم من جهة، وحفاظاً على استمرار الإجراءات التحكيمية من جهة أخرى، لكن إذا تبين للقاضي بطلان اتفاق التحكيم، وأصدر حكماً فيه بالبطلان، ففي هذه الحالة فقط يتعين على هيئة التحكيم إنهاء الإجراءات التحكيمية، لأن استمرارها سيصبح لا جدوى منه، وحتى لو استمرت وأصدرت حكماً في موضوع النزاع، فإنه لن يتسنى لصاحب المصلحة طلب الاعتراف به وتنفيذه، لصدور حكم قضائي يقضي ببطلان اتفاق التحكيم، وهو أحد الأسباب المانعة من التنفيذ¹.

ثانياً: طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

غنّى عن البيان، أن الحق في إبداء أي دفع بصفة عامة ينشأ من لحظة نشوء المصلحة من استعمال الحق وفقاً لما نصت عليه المادة 13 من ق.إ.م.إ. الجزائري، وبتطبيق هذا المبدأ على التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة، فإن الحق في إبداء الدفع بوجود اتفاق التحكيم أو الدفع بالتحكيم "L'exception d'arbitrage" ينشأ من لحظة توافر المصلحة من استعمال هذا الحق، أي من لحظة الخصومة، باعتباره -أي الدفع بالتحكيم- من الدفوع الإجرائية التي لا يتصور وجودها إلاً بمناسبة خصومة قضائية مطروحة على القضاء، ولا

¹ وتوضيحاً لهذا الطرح، يذهب الأستاذ بريري وخلافاً لما ذهب إليه المشرع الفرنسي، إلى عدم كفاية القول باحتكار هيئة التحكيم النظر في صحة أو بطلان اتفاق التحكيم بمجرد اتصالها بالنزاع، وإنما المقصود بمبدأ الاختصاص بالاختصاص هو عدم تعويق سير عملية التحكيم لحين عرض الأمر على القضاء، بل لها أن تستمر إذا قدرت أن الدفوع مقصود بها المماثلة أو إطالة أمد النزاع، وهذه المبررات لا يصح أن تؤدي إلى القول بمنع القاضي من التحقق من صحة أو بطلان اتفاق التحكيم، بل على العكس فهي تبرر وتؤكد سلطته، لأن رفع الأمر إليه لن يكون سبباً في وقف أو منع سير الإجراءات التحكيمية، إلا إذا تبين له بطلان اتفاق التحكيم فتصدى للموضوع وأصدر فيه حكماً، ففي هذه الحالة يتعين على هيئة التحكيم إنهاء الإجراءات التحكيمية، لصدور حكم قضائي يعتبر مانعاً من تنفيذ حكمها إذا ما أصدرته. لمزيد من التوضيح ينظر، د محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 68.

ينشأ هذا الحق بالدفع من لحظة إبرام اتفاق التحكيم، إذ أن اتفاق التحكيم هو مجرد سبب في إبداء هذا الدفع¹.

ولقد اختلف الفقه والقضاء والتشريع في شأن تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم، وتحديد طبيعته القانونية على نحو ثلاث نظريات هي: نظرية الدفع ببطلان المطالبة القضائية، ونظرية الدفع بعدم القبول، ونظرية الدفع بعدم الاختصاص.

أ- نظرية الدفع بعدم الاختصاص:

يذهب الرأي السائد في الفقه والقضاء الفرنسي²، ويؤيده جانب في الفقه المصري³، وبعض أحكام محكمة النقض المصري⁴، إلى تكييف الدفع بالتحكيم على أنه دفع بعدم الاختصاص، ومستندهم في هذا التكييف أن اتفاق الأطراف على التحكيم، وإقرار المشرع لهذا الاتفاق، يترتب عنه سلب لاختصاص القضاء بنظر النزاع⁵، فالقانون إذن هو الذي يمنح الإرادة الفردية في حالات معينة، سلطة الاتفاق على الانتقاص من الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة⁶.

غير أن ما يلاحظ بشأن موقف القضاء الفرنسي في هذا الخصوص، على أن أحكامه وإن كانت تتفق في مجملها بأن الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم الاختصاص، غير أنها تناقضت من حيث مدى تعلق هذا الدفع بالنظام العام، ففي الوقت الذي تلزم فيه بعض هذه الأحكام المحكمة بأن تقضي بالدفع من تلقاء ذاتها⁷، يذهب بعضها الآخر إلى العكس من ذلك، إذ يقرر عدم

¹ ينظر في تفصيل هذه المسألة، د أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، المرجع السابق، ص 436 وما بعدها، وقارن خلاف ذلك، د أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، المرجع السابق، ص 132.

² Jean Vincent et Serge Guinchard, Procédure civile, op.cit, n° 1664, p. 1118 et s. Bernard FILLION et Ph LÉBOULANGER, Le nouveau droit Egyptien de l'arbitrage, Op. Cit, P. 672.

³ من مؤيدي هذا الرأي، د محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 198 وما بعدها، د محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 262 وما بعدها، د أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، المرجع السابق، ص 148، د أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 172، د عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، المرجع السابق، ص 148-149.

⁴ أنظر جملة من هذه الأحكام عند، د أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 316 وما يليها.

⁵ أنظر في عرض هذه الاتجاهات ومناقشتها، د محمود محمد هاشم، المرجع السابق، ص 249 وما تلاها.

⁶ د نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، المرجع السابق، ص 102.

⁷ Cass. Civ, 20 juin 1957, n° 11, J.C.P, 1958, note Motulsky.

تعلق الدفع المذكور بالنظام العام¹، لكن هذا الانقسام في القضاء الفرنسي الذي كان في ظل القانون القديم لم يعد له ما يبرره، بعد أن حسم المشرع الفرنسي هذه المشكلة في المادة 1458 من قانون المرافعات الجديد، حيث منع المحكمة من أن تحكم بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها، لتعلق هذا الدفع بالمصلحة الخاصة لطرفي اتفاق التحكيم².

وعلى العكس من ذلك، فإن هذا الانقسام لم يعرفه الفقه³ والقضاء⁴ في مصر، حيث هناك إجماع على اعتبار الدفع بالتحكيم غير متعلق بالنظام العام المصري، ومن ثم يجب إبداءه قبل الكلام في الموضوع تحت طائلة سقوط الحق في إبدائه.

والواقع أن تكييف الدفع بالتحكيم على أنه دفع بعدم الاختصاص لم يسلم من النقد، وذلك من عدة أوجه أهمها:

- أن القول بأن الدفع بالتحكيم هو من قبيل الدفع بعدم الاختصاص، يقتضي تحديد نوع هذا الاختصاص، وما إذا كان اختصاصاً ولائياً أو نوعياً أو مكانياً، وهذا ما لا يمكن التسليم به على نحو ما أشرنا إليه سابقاً، وهذا نظراً لعدم إمكان إسناد الدفع بالتحكيم لأي نوع من أنواع الاختصاص السابقة⁵.

- أن قواعد الاختصاص القضائي تعتبر في الغالب من النظام العام، فلا يجوز للخصوم التنازل عنها ويكون لهم التمسك بها في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، كما يجوز للمحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها، وهذا كله عكس ما هو عليه الحال بالنسبة للدفع بالتحكيم، إذ يجوز لطرفي اتفاق التحكيم التنازل عنه بعد إبدائه، وحيث لا يجوز للمحكمة أن تبديه من تلقاء نفسها دون أن يثيره صاحب المصلحة⁶.

¹ Paris 14 Mai 1959, n° 437, Rev. Arb 1959, note J. Robert.

² د أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 324.

³ د فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 902، د محمود محمد هاشم، مرجع سابق، ص 266 وما يليها.

⁴ أنظر في شأن هذه الأحكام، د أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية (دراسة في قضاء التحكيم)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1997-1998، ص 149-150.

⁵ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 518.

⁶ المرجع نفسه، ص 519.

ب- نظرية الدفع بعدم القبول:

يذهب الفقه السائد في مصر¹، وجانب من الفقه في بعض الدول العربية²، إلى تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم قبول الدعوى³، على أساس أن اتفاق التحكيم وإن كان يمنع المحكمة مؤقتاً من سماع الدعوى مادام شرط التحكيم قائماً، إلا أنه لا يمس سلطتها بسلبها الاختصاص في نظر النزاع⁴، فهو بذلك لا يمس الشروط الشكلية المتعلقة بعدم الاختصاص، وإنما يمس سلطة الخصم في الالتجاء إلى القضاء⁵.

وقد عارض هذه النظرية بعض الفقه الفرنسي⁶ وجانب من الفقه المصري⁷، وذلك على أساس أن الدفع بعدم القبول هو من الدفوع الموضوعية التي يتعين إبدؤها في أية حالة كانت عليها الدعوى (المادة 68 من ق.إ.م.إ. الجزائر)، وهذا بخلاف ما رأينا من أن الدفع بالتحكيم يجب إبدؤها قبل الكلام في الموضوع تحت طائلة السقوط (المادة 1044 من ق.إ.م.إ. الجزائر)⁸، ومن جهة أخرى، فإن الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي، بسبب انعدام بعض شروطها كالصفة أو المصلحة مثلاً (المادة 67 من ق.إ.م.إ. الجزائر)، في حين أن الدفع بالتحكيم لا يتعلق بحق المدعي في رفع الدعوى التي تستلزم

¹ من مؤيدي هذه النظرية، د أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 125 وما يليها، د فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 901 وما يليها، ولنفس المؤلف، قانون التحكيم، المرجع السابق، ص 183 وما بعدها، د إبراهيم حرب محسن، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية، المرجع السابق، ص 100.

² مشار إليها عند، د محمود محمد هاشم، المرجع السابق، ص 256.

³ وهو التكييف الذي أقره المشرع المصري في المادة 1/13 من قانون التحكيم بأنه: "يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه إتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى".

⁴ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 519.

⁵ د أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، المرجع السابق، ص 470 وما يليها.

⁶ B. FILLION et Ph LEBOULANGER, Le nouveau droit Egyptien de l'arbitrage, Op. Cit, n° 17, P. 672.

⁷ د نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، المرجع السابق، ص 104، د أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 159 وما بعدها.

⁸ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 521.

توافر الشروط السابقة، وإنما يتعلق باتفاق الأطراف على التحكيم وعدم الالتجاء للقضاء، فضلاً على عدم تعلق الدفع بوجود اتفاق التحكيم بالشروط السابقة لقبول الدعوى¹.

ج- نظرية الدفع بطلان المطالبة القضائية:

تلافياً للانتقادات التي وجهت للرأيين السابقين، سعى جانب من الفقه إلى إيجاد تكييف آخر للدفع بوجود اتفاق التحكيم، يتماشى مع ما يتميز به هذا الدفع من خصوصيات، حيث ذهب إلى القول بأن هذا الدفع هو دفع إجرائي بحت، يقوم على أساس بطلان المطالبة القضائية بسبب وجود عيب موضوعي، أي أنه دفع موجه لإجراءات الخصومة القضائية ولا صلة له بموضوع الدعوى، وهذا تأسيساً على أن اتفاق التحكيم يرتب التزاماً على عاتق طرفيه، بالامتناع عن المطالبة بالحق محل اتفاق التحكيم المتنازع بشأنه أمام القضاء².

ورغم أن هذا الرأي قد لاقى تأييداً من طرف بعض الفقه³، لانسجامه إلى حد كبير مع طبيعة الالتزام السليبي بعدم الالتجاء إلى القضاء الناشئ عن اتفاق التحكيم، ومع ذلك لم يسلم من النقد هو الآخر، وأبرز ما وجه إليه من نقد، أن الدفع بالبطلان ينبغي أن يكون له سبب راجع إلى دعوى البطلان ذاتها، كعدم استيفاء الطلب لبياناته وعناصره اللازمة مثلاً، ولا يجوز أن يترتب هذا البطلان على أمر خارج عنها⁴.

د- موقف التشريع والقضاء الجزائري من طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم:

يبدو موقف المشرع الجزائري واضحاً إزاء تكييفه لطبيعة الدفع المذكور، وذلك من خلال استهلاله للمادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقوله: "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة ..."، كما يظهر ذلك أيضاً من خلال موقف المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه: "أن التحكيم ينزع اختصاص القضاء، وأن

¹ د أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والأثر السليبي لاتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 280.

² مشار إليه عند، د أحمد إبراهيم عبد التواب، المرجع السابق، ص 281.

³ أنظر في تأييد هذا الرأي وعرض حججه والرد على المخالفين، د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 524 وما بعدها.

⁴ في عرض جملة الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية ينظر، د محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 262.

معاينة القضاء عدم قدرة الطاعنة على الوفاء رغم وجود بند تحكيمي، لا يعني حكماً بأن طريق التحكيم أصبح مسدوداً... مما يستوجب معه نقض القرار"¹.

فيكون موقف المشرع الجزائري على غرار القضاء، أقرب إلى الأخذ بنظرية الدفع بعدم الاختصاص منه إلى النظريات الأخرى، مسائراً في ذلك مذهب الفقه والقضاء الفرنسيين، وقد مر بنا أن هذا التكييف لا ينسجم مع طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم، إذ أن قواعد الاختصاص القضائي تعتبر في الغالب من النظام العام، فلا يجوز للخصوم التنازل عنها، ويكون لهم إثارها في أية حالة كانت عليها الدعوى، كما يجوز للمحكمة أن تثيرها من تلقاء ذاتها (المادتين 51 و 52 ق.إ.م.إ. الجزائر)، بخلاف الدفع بوجود اتفاق التحكيم، إذ يجوز لطرفي اتفاق التحكيم التنازل عنه بعد إبدائه، في حين لا يجوز للمحكمة أن تبيده من تلقاء نفسها دون أن يثيره صاحب المصلحة (المادة 1045 ق.إ.م.إ. الجزائر).

هـ- رأينا في التكييف الأنسب للدفع بوجود اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري:

بعد استعراضنا لأهم النظريات في شأن تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم، وبناءً على الانتقادات التي وجهت لكل منها، فإن الرأي الأقرب في تقديرنا إلى طبيعة الدفع محل النقاش، هو الرأي الأخير الذي يعتبره بأنه دفع ببطلان المطالبة القضائية، مع ضرورة التحفظ عن الاصطلاح بالبطلان في التعبير عن هذا الدفع، وتعديله بما يتناسب مع خصوصيات وطبيعة هذا الدفع، وعليه يمكن القول:

بناءً على ما يتميز به اتفاق التحكيم من خصوصيات مقارنة مع غيره من الاتفاقات الأخرى، فلا شك أن هذه الخصوصيات تشمل ما يتعلق بهذا الاتفاق من أحكام ودفوع، وعليه فإن الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو دفع خاص له طبيعته الخاصة والمستقلة²، أو بعبارة أخرى هو اختصاص استثنائي مستمد من الطبيعة الخاصة للتحكيم كطريق استثنائي بديل عن القضاء، فهو ليس إلاّ دفع بالتحكيم لا يترتب عليه سلب اختصاص محاكم الدولة، أو بطلان المطالبة القضائية،

¹ المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 415468، بتاريخ 2007/12/05، العدد الرابع، أكتوبر 2009، ص 251.

² وهو اختيار د أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، المرجع السابق، ص 492 وما يليها، ولنفس المؤلف، الأثر الإيجابي والأثر السلبي لاتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 286 وما يليها.

وإنما مجرد وقف¹ أو إرجاء هذه المطالبة لحين الانتهاء من إجراءات التحكيم، ويمكن تبرير هذه الواجهة من زاويتين:

فمن ناحية أولى، إجازة المشرع لأطراف اتفاق التحكيم، قبول عهدة الاختصاص في نظر النزاع إلى هيئة التحكيم استثناءً إلى جانب القضاء، مع إعطاء الأولوية إلى هيئة التحكيم في حالة وجود اتفاق تحكيم صحيح، مُتَمَسِّكاً به من أي طرف وفقاً لما يقضي به القانون.

ومن ناحية ثانية، فإن اتفاق التحكيم لا يعني وفقاً لما تقدم سلب اختصاص محاكم الدولة، بل كل ما في الأمر أنه يضع على عاتق طرفيه التزاماً ببدء إجراءاته والاستمرار فيها، وعدم الالتجاء إلى قضاء الدولة إلا في الأحوال التي يجيزها القانون، كطلب إجراء تدابير تحفظية أو وقتية (المادة 1046 إ.م.إ. الجزائرية)، ومن ثم يظل القضاء وفقاً لهذا النظام هو صاحب الولاية الأصلية في نظر المنازعات إلا ما استثني بنص، كما هو الحال في نصه على ولاية هيئة التحكيم في نظر الدفع بوجود اتفاق التحكيم، دون أن يعد ذلك انتزاعاً لبعض اختصاصات القضاء.

وبالجمله يمكن القول، أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو دفع بالتحكيم وفقاً للاختصاص الاستثنائي لهيئة التحكيم، مستمد من الطابع الاستثنائي للتحكيم كطريق بديل عن القضاء، تبرره الطبيعة الخاصة والمستقلة لاتفاق التحكيم، دون أن يترتب عليه سلب اختصاص محاكم الدولة.

ثالثاً: أهم الإشكالات التي يثيرها مبدأ الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في ضوء التشريع الجزائري

يترتب على الحكم بعدم اختصاص المحكم بنظر النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، بسبب وجود اتفاق التحكيم مسألتين إجرائيتين، يمكن تصورها كما أثر قد يترتب عن هذا الحكم:

المسألة الأولى، تتعلق بالإجراء الذي يتعين على المحكمة اتخاذه بعد حكمها بعدم الاختصاص، فهل يترتب على الحكم بعدم الاختصاص أو الحكم بصحة اتفاق التحكيم، التزام المحكمة بإحالة النزاع إلى هيئة التحكيم، أم تكفي بعدم اختصاصها؟.

المسألة الثانية، تتعلق بمدى تصور وجود حالة تنازع في الاختصاص القضائي، بين المحكمة

¹ اختار هذا الوصف، د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 525.

المطروح أمامها النزاع محل اتفاق التحكيم وهيئة التحكيم وفقاً لما نصت عليه المادة 398 من ق.إ.م.إ. الجزائري¹.

أ- مناقشة الجدل حول مسألتى الإحالة والتنازع في الاختصاص القضائي بين محاكم الدولة وهيئة التحكيم:

فبخصوص مسألة الإحالة من المحكمة إلى هيئة التحكيم، وذلك بعد حكم المحكمة بعدم اختصاصها لوجود اتفاق التحكيم، فالظاهر من نص المادة 1045 من ق.إ.م.إ. الجزائري أن المشرع لم يتعرض لهذه المسألة، شأنه شأن جميع التشريعات الأخرى²، ونظراً لخلو هذه التشريعات من نصها على مسألة الإحالة، اختلف الفقه بين من يرى عدم جواز الإحالة بين القضاء وهيئة التحكيم، لأن الإحالة لا تكون إلا بين الجهات ذات الاختصاص القضائي³، وبين من يجيز هذه الإحالة على أساس أن المشرع قد اعترف لهيئة التحكيم كهيئة ذات اختصاص قضائي، بسلطات واسعة لا تختلف في طبيعتها عن السلطات الممنوحة للقضاء⁴.

أما عن مسألة التنازع في الاختصاص بين محاكم الدولة وهيئة التحكيم، فما قيل في مسألة الإحالة يقال أيضاً في مسألة التنازع، حيث عرفت المسألتين ذات الخلاف، إذ أن المسألة هنا أيضاً تتوقف على مدى انسحاب الطبيعة القضائية على هيئة التحكيم.

¹ نص المشرع الجزائري على مسألة التنازع في الاختصاص القضائي، في المواد 398 من ق.إ.م.إ. ج وما يليها، معرفاً إياه بأنه التنازع الذي يكون: "... عندما تقضي جهتان قضائيتان أو أكثر في نفس النزاع إما بالاختصاص أو بعدم الاختصاص".

² باستثناء ما نصت عليه المادة 14 من مشروع قانون التحكيم المقدم إلى وزارة العدل بدولة الإمارات العربية في سنة 2006، وهذا النص يكاد يكون الوحيد من بين تشريعات الدول الذي نص على مسألة الإحالة بعد الحكم بعدم الاختصاص، يضاف إليه نص المادة 3/2 من اتفاقية نيويورك، والمادة 1/8 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال) لعام 1985.

³ اختلف الفقه في هذه المسألة بين من يضيفي الصفة القضائية على هيئة التحكيم وبين من ينكر هذه الصفة، حيث يذهب البعض إلى أنها هيئة ذات اختصاص قضائي، بينما يذهب البعض إلى اعتبارها هيئة ذات اختصاص استثنائي، في حين يرى البعض الآخر بأنها هيئة إدارية. أشار إلى ذلك، د أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والأثر السلبي لاتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 329 وما بعدها.

⁴ د محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 269. د أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، المرجع السابق، ص 165 وما يليها.

ب- رأينا حول مسألتى الإحالة والتنازع:

على الرغم من الاختصاصات التي اعترف بها المشرع الجزائري لهيئة التحكيم، وعلى غرار باقي التشريعات الأخرى، إلى الحد الذي جعل بعض الفقه يعتبر هذه الهيئة هيئة ذات اختصاص قضائي، إلا أنه من جانبنا -على الأقل فيما يتعلق بالتشريع الجزائري- نرى ضرورة الوقوف عند نص المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والذي اكتفى من خلاله المشرع الجزائري بالنص على الحكم بعدم الاختصاص لوجود اتفاق تحكيم، دون أن يتطرق إلى إلزام المحكمة بإحالة النزاع على هيئة التحكيم، مخالفاً بذلك اتفاقية نيويورك لسنة 1958 في مادتها 3/2 رغم انضمامها إليها، ومع ذلك تحفظ بخصوص هذه المسألة، ولعل ذلك ما يبرر نظرة المشرع الجزائري ومن على شاكلته للتحكيم، على أنه لا يزال طريقاً استثنائياً مقارنة مع القضاء كطريق أصيل.

وترتيباً على ذلك، فكل ما على المحكمة إذا ما أثير أمامها وجود اتفاق تحكيم، أن تحكم بعدم اختصاصها دون أن تحيل الأطراف إلى هيئة التحكيم، ولعل ما يبرر ذلك في نظرنا هو أن الاختصاص التحكيمي يعتبر منعقداً أصلاً لهيئة التحكيم، وذلك بمجرد إبرام اتفاق التحكيم ونشأته صحيحاً، فلا يتوقف تقرير حق هيئة التحكيم في اختصاصها في نظر النزاع الذي يعتبر أصلاً محلاً لاتفاق تحكيم سابق، على إحالة هذا الحق لها من طرف المحكمة، بل يكفي احتراماً لهذا الحق مجرد حكم المحكمة بعدم اختصاصها، ومن ثم لا نرى فائدة من هذه الإحالة، لاسيما إذا كانت إجراءات التحكيم لا تزال مستمرة.

أما عن مسألة تنازع الاختصاص القضائي بين المحكمة وهيئة التحكيم، وذلك في الحالة التي تقضي كلاهما إما بالاختصاص أو عدم الاختصاص في نفس النزاع المعروض عليها، ودون الخوض فيما ذهب إليه الفقه بشأن مدى اعتبار هيئة التحكيم هيئة قضائية أم لا، فإن الواقع المعاصر للتحكيم يقتضي ضرورة عدم تجاهل نظام التحكيم، كنظام أثبت بشكل كبير جدارته على مستوى التشريع والقضاء الدوليين، وبالتالي حسب تقديرنا، أنه رغم عدم وجود نص صريح يعتبر هيئة التحكيم ذات طابع قضائي، إلا أن ذلك لا يعني عدم إمكانية إضفاء هذا الوصف عليها باعتبارها طريق خاص استثنائي للتقاضي، والقول بخلاف ذلك لا شك يعتبر جموداً على التصورات القانونية، التي تتنافى مع ما يفرضه واقع التجارة الدولية والبحرية، وما تفرضه ظروف وأوضاع المجتمع الراهن.

وفي ضوء ما سبق، مع التسليم بأن وصف هيئة التحكيم بأنها هيئة ذات اختصاص قضائي، هو ضرورة حتمية تفرضها طبيعة التنظيم القانوني لعمل هيئة التحكيم من جهة، وما يقتضيه واقع

التجارة الدولية والبحرية من جهة أخرى، فإن ذلك يؤدي بنا إلى القول بإمكانية قيام تنازع في الاختصاص القضائي، بين محاكم الدولة وهيئات التحكيم باعتبارها هيئة ذات طابع قضائي استثنائي خاص، ومن ثم نقترح ضرورة إضافة نص قانوني ينظم هذه المسألة.

رابعاً: الاستثناءات الواردة على مبدأ الأثر السلي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع

عدم اختصاص المحاكم الوطنية بنظر المنازعات - الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع - محل اتفاق التحكيم، أورد عليه المشرع الجزائري جملة من الاستثناءات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تكون بموجبها المحكمة المختصة في نظر النزاع رغم وجود اتفاق تحكيم بشأنه، ومن ثم يتدخل القضاء الوطني من خلالها في العملية التحكيمية، وهذا التدخل قد يكون قبل صدور حكم التحكيم، وهو ما يعبر عنه بالرقابة القضائية السابقة على حكم التحكيم، كما في حالة تنازل الأطراف عن التمسك باتفاق التحكيم والدفع باختصاص القضاء الوطني (المادة 1044)، وفي حالة إدعاء أحد الأطراف أمام القضاء الوطني قبل اللجوء إلى التحكيم، منازعاً صحة اتفاق التحكيم مثلاً أو صحة اختصاص المحكمين، وفي حالة الأمر باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية (المادة 1046)، وأيضاً ما يتعلق بتقديم الأدلة (المادة 1048)، كما قد يكون التدخل بعد صدور حكم التحكيم، أو ما يعبر عنه بالرقابة القضائية اللاحقة على حكم التحكيم، حيث يملك الأطراف حق اللجوء إلى القضاء الوطني، لممارسة حقهم في الطعن على حكم التحكيم (المواد 1055 وما يليها).

وقد اكتفينا بالإشارة لبعض هذه الاستثناءات بصورة عرضية، حيث تطلب هذا المقام بيانها، وحفاظاً على ترتيب أفكار وعناصر الموضوع، فإننا سوف نوردتها في موضعها تبعاً من خلال الباب الثاني من هذه الرسالة والمتضمن لخصومة التحكيم.

وبعد هذا العرض لأهم الآثار المترتبة على اتفاق التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، يبقى التساؤل مطروحاً حول ما إذا كانت هذه الآثار وفقاً لقاعدة القوة الملزمة لاتفاق التحكيم على النحو المتقدم، قاصرة على أطراف اتفاق التحكيم فقط، أم أنها تمتد لتشمل أطرافاً أخرى لم توقع على هذا الاتفاق، هذا ما سنحاول تفصيله في المطلب الموالي:

المطلب الثاني

نطاق امتداد آثار اتفاق التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع (النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم)

من المقرر قانوناً أن القوة الملزمة للعقود بصفة عامة تقتصر على العاقدين دون سواهم¹، وهذا ما يعبر عنه في فقه القانون الخاص بـ "مبدأ نسبية أثر العقود"، ومفاده أن الغير لا يستفيد ولا يضار من علاقة عقدية هو أجني عنها إلا وفقاً لما يقرره القانون في هذا الشأن²، على أن الواقع القانوني قد أثبت تقلص هذه التفرقة المعهودة بين طرفي العقد والغير، إذ توجد طائفة أخرى وسطى تأخذ أحياناً مركز الطرف في العقد، وأحياناً أخرى تأخذ مركز الغير، وهي طائفة الخلف³.

وترتيباً على ما سبق، سوف نحاول بحث هذا المبدأ المتمثل في نسبية أثر العقد والاستثناءات الواردة عليه، وتطبيقه على اتفاق التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة، فنبحث مفهوم كل من الطرف والخلف والغير في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع (الفرع الأول)، ولما كان المرسل إليه في عقد النقل البحري للبضائع هو أحد أهم المراكز القانونية التي تبني على مفهوم فكرة الغير كما سوف نرى، استلزم ذلك دراسة مركز هذا المرسل إليه، ومدى التزامه باتفاق التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، وذلك في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم الطرف والخلف والغير في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع

توضيحاً لمبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم والاستثناءات التي قد ترد عليه على النحو المتقدم، ينبغي التمييز بين مفهوم كل من الطرف في اتفاق التحكيم، والذي يسري عليه مبدأ النسبية

¹ وفي ذلك تنص المادة 113 من القانون المدني أن: "العقد لا يمكن أن يرتب التزاماً في ذمة الغير...".

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، ج1، المجلد

الأول، الطبعة 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2000، ص 719.

³ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، المرجع السابق، ص 448.

(أولاً)، والخلف الذي يأخذ مركزاً وسطاً على النحو السابق (ثانياً)، والغير الأجنبي عن هذا الاتفاق، والذي يسري عليه الاستثناء الوارد على مبدأ النسبية (ثالثاً):
أولاً: مفهوم الطرف في اتفاق التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

الطرف في العقد بصفة عامة، هو كل من اتجهت إرادته إلى الالتقاء بإرادة أخرى لإبرام عقد، وتحمل ما يترتب عن هذا العقد من التزامات واكتساب من ينتج عنه من حقوق¹، أما الطرف في اتفاق التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري، فهو ذلك الشخص الذي وقع على اتفاق التحكيم بإرادته الحرة واتجهت إرادته إلى الالتزام شخصياً بهذا الاتفاق، وذلك باختيار التحكيم كوسيلة لفض منازعاتهم التي تنشأ عن عقد النقل البحري للبضائع، ومن ثم إقصاء قضاء الدولة عن نظر هذه المنازعات².

وتتضح صفة الطرف في اتفاق التحكيم بشأن النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري، وفقاً للمفهوم المتقدم، من الاطلاع على التوقيع بالورقة أو على الخطابات أو وسائل الاتصال الأخرى المتبادلة التي تتضمن اتفاق التحكيم، أو أي بيان آخر يدل على الشخص المرسل لوسيلة الاتصال، ويجب أن يكون التوقيع منصباً على إرادة إبرام اتفاق التحكيم، ولهذا فإن مجرد إرسال أحد طرفي عقد النقل البحري المتضمن شرط تحكيم، إلى الطرف الآخر لأجل استطلاع رأيه في الجوانب الفنية لهذا العقد قبل التوقيع عليه، لا يعني الالتزام بالعقد أو باتفاق التحكيم الوارد فيه³.
ويظهر تطبيق مبدأ النسبية في العديد من القضايا التحكيمية، نأخذ مثلاً توضيحياً له، قضية الشركة السويسرية Suis Oil Corporation وهي شركة بترول من جزر Caman، ضد شركة Pétrogab التابعة لجمهورية الجابون⁴:

حيث أبرمت شركة Suis Oil، عقداً مع جمهورية الجابون لشراء المواد البترولية، وقد تضمن هذا العقد شرطاً يقضي بتحكيم المنازعات الناشئة عنه وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس،

¹ د الأنصاري حسن النيداني، الأثر النسبي لاتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 21.

² د محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 34 وما يليها، د علي سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم، دراسة في أحكام القضاء وقرارات التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 09.

³ د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 161.

⁴ Sentence CAMP, N° 4728, 1988, Rev. Arb, 1989, p. 309 et s, note Charles Jarrosson.

وقد قام المدير العام للشركة الوطنية الجابونية Pétrogab، بالتوقيع أسفل أحد ملاحق هذا العقد، بعد وضعه لعبارة (لصالح الجمهورية الجابونية).

وإثر منازعات نشأت بسبب الخلاف حول تحديد السعر، رفضت الشركة السويسرية المشتريّة دفع جزء من الثمن، الأمر الذي دفع الحكومة الجابونية إلى رفض تسليم الشحنات الجديدة، وإعمالاً لشرط التحكيم المنفق بشأنه، ادّعت الشركة المشتريّة أمام الغرفة في مواجهة شركة Pétrogab، معتبرة إياها طرفاً في العقد ومن ثم طرفاً في اتفاق التحكيم، بسبب توقيع مديرها العام على الملحق المذكور.

انتهت غرفة هيئة التحكيم إلى الحكم برفض النظر في النزاع، مسبباً إياه بأن الإشارة المصاحبة لتوقيع المدير بأنه لصالح الجمهورية الجابونية، وأن ملحق العقد الذي لم يشر صراحة إلى شركة Pétrogab كطرف في العقد، كلها أمور تثبت أن التوقيع الصادر عن المدير لم يصدر لصالح هذه الشركة الأخيرة المدعى عليها، ولكن لصالح الدولة الجابونية الذي أبرم هذا الملحق لصالحها. وقد قامت الشركة السويسرية بالطعن بالبطلان على حكم التحكيم المتقدم أمام محكمة استئناف باريس، مستندة إلى نص المادة 3/1502 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد، بزعم أن هيئة التحكيم لم تحترم مهمتها عندما حكمت بعدم اختصاصها، ومن ثم قضت محكمة الاستئناف برفض الطعن¹، وأعطت بذلك مفهوماً ضيقاً لفكرة الطرف، مقدرةً بأن الأطراف في اتفاق التحكيم هم من ساهم في إبرام العقد، مؤيدةً في ذلك ما ذهبت إليه هيئة التحكيم².

لكن إذا كان الأصل أن اتفاق التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، لا يلزم سوى من يكون طرفاً فيه وفقاً للمفهوم المتقدم، غير أنه كثيراً ما تحول الظروف دون قيام أحد أطرافه بإبرام عقد النقل أو اتفاق التحكيم الوارد به بنفسه، فيضطر إلى اللجوء لشخص آخر من الغير يقوم مكانه في إبرام هذا العقد بما فيه من الاتفاق على التحكيم، ويظهر هذا الفرض عموماً في صور متعددة أشهرها: الوكالة والكفالة والتضامن، فيثور في هذه الأحوال التساؤل حول

¹ Cass. 1^{ère} Civ, 16 juin 1988, Rev Arb, 1989, p. 309 et s, note Charles Jarrosson.

² ويستفاد من هذا القرار إلى جانب مفهوم الطرف، مبدأ آخر سبق وأن تطرقنا إليه في معرض الكلام عن أهلية الأشخاص المعنوية التابعة للدولة، وهو عدم جواز مد اتفاق التحكيم المبرم من قبل الدولة ليحتج به على الأجهزة التابعة لها، لمزيد من التوضيح، ينظر، حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 259 وما بعدها، مع ما أشارت إليه من أحكام بشأن نسبية اتفاق التحكيم.

من تكون له صفة الطرف في العقد أو الاتفاق، هل هو الشخص الذي قام بإبرامه وفقاً للصور السالفة الذكر، أم الشخص الذي فوضه بذلك؟.

وقبل الإجابة على ذلك، تجدر الإشارة إلى أن هناك فرق بين الامتداد والانتقال، ففي الامتداد يتم دخول شخص آخر إلى العلاقة الرابطة بين الطرفين الأصليين سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً، أما في الانتقال فيحل شخص محل شخص آخر في هذه العلاقة¹، وقد أشرنا إلى هذه الملاحظة هنا لأهميتها فيما سنتناوله من الحالات الآتي ذكرها:

أ- الوكالة النيابية في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع:

قد يتعذر على أحد أطراف عقد النقل البحري للبضائع إبرام العقد بنفسه، فيقوم شخص آخر بإبرامه نيابة عنه، فيعقد العقد في هذه الصورة، لكن ليس بإرادة الموكل الأصلي، وإنما بإرادة الشخص الآخر الوكيل عنه، على أن التعاقد بطريق الوكالة النيابية لا يتحقق إلا إذا تم باسم الموكل الأصلي، أما إذا أبرم الوكيل العقد باسمه هو، اعتبر هو الطرف المتعاقد الذي تنصرف إليه آثار العقد² بما فيه من اتفاق التحكيم، وهذه الحالة الأخيرة تنطبق بالنسبة للوكيل بالعمولة - في عقد النقل - الذي يبرم العقد لحساب موكله لكن باسمه الخاص، فيعتبر الوكيل بعمولة هو الطرف في العقد الذي أبرمه مع الغير، ومن ثم تنصرف إليه آثار العقد، بما في ذلك التزامه باتفاق التحكيم الوارد بهذا العقد³.

وفي مجال عقود النقل البحري، تظهر مسألة الوكالة النيابية أكثر وضوحاً في العقود التي تبرمها وكالات التجارة البحرية، حيث يسيرها وكلاء يظهرون بمظهر الطرف المتعاقد، كما هو الحال في العقود التي يبرمها وكيل العبور Transitaire مع الناقل، وكان أحد هذه العقود يتضمن شرط تحكيم، فإنه يشترط في هذه الحالة وجود توكيل خاص⁴ من الموكل وهو مالك البضاعة أو مرسلها، وذلك للقول بانصراف آثار العقد - والتي من بينها شرط التحكيم - إلى الموكل، وبالتالي إذا خلا مثل هذا التصرف من أي بيان لصفة الوكالة، يثبت اسم شخص الأصلي الذي يتعاقد الوكيل

¹ أنظر في هذا الموضوع بصفة عامة، د حسام الدين فتحي ناصف، نقل اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

² د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 453-454.

³ د أحمد محمد عبد الصادق، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، المرجع السابق، ص 121.

⁴ وفي ذلك نص المادة 574 من القانون المدني الجزائري على أنه: "لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة، لاسيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء".

باسمه ولحسابه، فإن هذا الوكيل يعتبر هو الطرف في العقد في نظر الشخص الذي تعاقد معه، والذي يتحمل كافة ما يترتب عن العقد من آثار بما فيها اتفاق التحكيم الوارد به¹.

ب- الكفالة في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع:

في هذا الفرض قد يبرم الدائن مع مدينه الطرف في عقد النقل البحري للبضائع، اتفاقاً على التحكيم لفض المنازعات التي ستنشأ عن هذا العقد بسبب الدين، ويكون هذا الدين مكفولاً من قبل شخص آخر، فيثور التساؤل عن أثر هذا الاتفاق بالنسبة للكفيل؟. تطبيقاً لمبدأ نسبية العقود، يكون الكفيل أجنبياً عن اتفاق التحكيم المبرم بين الدائن والمدين، فلا يمتد أثره إليه، وعلى هذا النحو لا يستطيع الدائن أن يتمسك باتفاق التحكيم في مواجهة هذا الكفيل، وبالمقابل لا يستطيع الكفيل أن يتمسك باتفاق التحكيم في مواجهة الدائن، لأن اتفاق التحكيم لا ينشئ له حقاً بحسبانه أجنبياً عن هذا الاتفاق، على أن هناك مسألتان ينبغي التنبه لهما في هذا الخصوص:

المسألة الأولى، قد ترد الكفالة في العقد الأصلي المنشئ لعلاقة الدائن بالمدين، وهو عقد النقل البحري محل الدراسة، والمتضمن في الوقت ذاته لشرط التحكيم، ففي هذا الفرض يعتبر الكفيل طرفاً في اتفاق التحكيم بمجرد توقيعه عليه، فيكون هذا الاتفاق ملزماً له.

المسألة الثانية، تتعلق بما إذا كان للكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بالدفع التي تكون للمدين المكفول في مواجهة دائنه، طبقاً للمادة 654 من القانون المدني الجزائري؟.

الواقع أن هذه الدفع تنقسم إلى قسمين، دفع تتعلق بالحق في الدعوى، ودفع تتعلق بالحق الموضوعي الذي تحميه هذه الدعوى، ومن ثم يقتصر جواز تمسك الكفيل بالدفع المتعلقة بالحق الموضوعي فقط، وهي تلك التي تتعلق بالدين والتي تهدف إلى انقضائه أو إلى تخفيض مقداره، أما

¹ وهنا قد يرد سؤال مفاده ما إذا لم تكن هناك وكالة خاصة لإبرام شرط التحكيم، وتعاقد الوكيل باسمه الخاص، فهل ينفذ شرط التحكيم هذا في مواجهة الموكل إذا ما أجازته هذا الأخير صراحة أو ضمناً؟، الواقع وإن كان البعض يرى نفاذ شرط التحكيم في مواجهة الموكل بإجازة هذا الأخير (مثل ما ذهبت إليه د باسمة دباس، المرجع السابق، ص 465)، إلا أنه في تقديرنا، لا بد في جميع الأحوال من وجود وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة، والتي من بينها اتفاق التحكيم طبقاً لنص المادة 574 ق.م.ج، ومن ثم إلزام الوكيل بتنفيذ هذه الوكالة في الحدود المرسومة له طبقاً لنص المادة 575 من نفس القانون، على أنه يسوغ للوكيل وفي حالات استثنائية نصت عليها الفقرة الثانية من المادة 575 السابقة، أن يتجاوز حدود الوكالة ومن ثم يمكنه إبرام اتفاق التحكيم، وذلك إذا تعذر عليه إخطار موكله سلفاً بذلك، وكان يغلب على الظن قبول موكله لهذا الاتفاق، والذي لم يكن محل توكيل خاص سلفاً، حتى لا يتفاجأ الوكيل برفض موكله لاتفاق التحكيم.

الدفع المتعلقة باتفاق التحكيم فلا يجوز له أن يتمسك بها قبل الدائن، لتعلقها بالحق في الدعوى¹.

ج- التضامن في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع:

القاعدة في التضامن أن المتضامن يعتبر ممثلاً لغيره من المتضامين، دائناً كان أم مديناً، وذلك في التصرفات النافعة لهم دون الضارة، وبالتالي إذا أبرم هذا المتضامن اتفاق تحكيم، كان لغيره من المتضامين الخيار بين أن يتمسكوا به أو لا يتمسكوا، وفقاً لما يرونه في صالحهم².

وبتطبيق القاعدة السابقة على اتفاق التحكيم، فإنه إذا أبرم الطرف في عقد النقل البحري للبضائع اتفاقاً على التحكيم، بشأن ما سينشأ عن هذا العقد من منازعات، وكان هذا الطرف مديناً متضامناً، فإن هذا الاتفاق لا يكون ملزماً لغيره من المتضامين، فيكون لهم الدفع أمام المحكمة بانتفاء صفتهم كطرف في التحكيم³، وإذا صدر حكم التحكيم في النزاع، فلا يكون ملزماً لهم أيضاً، وذلك إذا ما قدروا أن اتفاق التحكيم أو حكم التحكيم ليس في صالحهم، أما إذ رأوا أن الاتفاق أو الحكم يصب في مصلحتهم، فلهم أن يتمسكوا به، ومن ثم يصيرون أطرافاً بمقتضى نيابة المدين المتضامن عنهم⁴، وهذا ما قضت به المادة 233 من القانون المدني الجزائري، بقولها: "إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامين فلا تكون لهذا الحكم سلطة على الآخرين، أما إذا صدر حكم لصالح أحدهم فيستفيد منه الآخرون، إلا إذا كان هذا الحكم مبنياً على فعل خاص بالمدين المعني".

ويثور هنا سؤال مفاده إذا كان اتفاق التحكيم أو حكم التحكيم الصادر بشأنه، في شق منه مصلحة لأحد المتضامين، دائنين كانوا أو مدينين، وفي الشق الآخر مصلحة لغيره من المتضامين دائنين كانوا أو مدينين، فهل يجوز في هذه الحالة تجزئة هذا الاتفاق أو الحكم؟.

أجابت على ذلك نص المادة 236 ق.م.ج بقولها: "لا يقبل الالتزام الانقسام:

1- إذا ورد على محل لا يقبل الانقسام.

2- إذا تبين من غرض الطرفين أن تنفيذ الالتزام لا ينقسم، أو إذا انصرفت نيتهم إلى ذلك".

¹ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 462-463.

² د أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 141.

³ Cass. Civ, 2 Mai 1982, rev. Arb, 1983, P. 75, note Rubellin-Devichi.

⁴ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 459 وما بعدها.

وتطبيقاً لذلك، لا يجوز تجزئة الاتفاق أو الحكم بقبول الشق الذي تنبني عليه المصلحة دون الشق الآخر، وذلك متى تبين وجود ارتباط بين الشقين¹.

ثانياً: مفهوم الخلف في اتفاق التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

إذا انعقد العقد صحيحاً انصرف أثره إلى عاقديه وإلى خلفهما العام والخاص، وعلى هذا فإن مبدأ نسبية العقد لا يقتصر على طرفيه فقط، بل يمتد ليشمل خلفهما أيضاً، وهم ليسوا من الغير كأصل عام²، لكن هناك حالات يعتبرون فيها من الغير فلا يمتد إليهم أثر العقد³، وتفصيل ذلك على النحو الآتي:

أ- الخلف العام في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع:

1- القاعدة العامة: الخلف العام يعتبر طرفاً في اتفاق التحكيم

الخلف العام هو من يخلف الشخص في ذمته المالية، ويرثه في حقوقه والتزاماته⁴، فالأصل أن العقد يلزم الخلف العام لكل من المتعاقدين تماماً كما يلزم المتعاقدين ذاتهما، ومن ثم فالخلف العام يأخذ حكم الطرف بالنسبة للتصرف الذي أبرمه سلفه، فإذا توفي أحد المتعاقدين انتقلت الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد الذي أبرمه قبل وفاته إلى خلفه، وإلى من أوصى لهم بحصة في تركته⁵.

2- الاستثناء: الخلف العام في حكم الغير في اتفاق التحكيم:

إذا كان ما تقدم هو الأصل، من اعتبار الخلف العام طرفاً في اتفاق التحكيم الذي أبرمه مورثهم، إلا أن هذا الأصل يرد عليه استثناء (المادة 108 ق.م.الجزائري)، يجعل الخلف العام في

¹ مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 461.

² د عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج2، المرجع السابق، ص 730.

³ تراجع في ذلك المواد 108 و109 من القانون المدني الجزائري.

⁴ أنظر في شأن هذه المسألة طبقاً للقواعد العامة إلى، د عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 730،

ولنفس المؤلف، مصادر الالتزام، ج1، م1، المرجع السابق، ص 721.

⁵ د عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 153.

حكم الغير بالنسبة للعقد، وهذا الاستثناء قد يرجع إلى طبيعة التعامل، أو إلى وجود اتفاق بين طرفي العقد يقضي بخلاف هذا الأصل، كما قد ينص القانون عليه¹.

وبالتطبيق على اتفاق التحكيم في النزاع الناشئ عن تنفيذ عقد النقل البحري للبضائع، فإنه إذا كان السلف طرفاً في اتفاق تحكيم بصدد نزاع متعلق بحق ناشئ عن هذا العقد، والتي انتقلت بعد وفاته إلى خلفه العام، فإن آثار اتفاق التحكيم تنتقل أيضاً إلى هذا الخلف، وذلك على الرغم من أنهم ليسوا أطرافاً فيه ولم يوقعوا عليه².

أ- الخلف الخاص في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع:

تنص المادة 109 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى الخلف الخاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه".

فالخلف الخاص هو من يتلقى من سلفه ملكية شيء معين بالذات أو حقاً عينياً على هذا الشيء³، وفي هذا يختلف عن الخلف العام الذي يتلقى جزءاً من مجموعة من المال لا عيناً معينة بالذات⁴، ففي عقد النقل البحري للبضائع، يعتبر مشتري البضاعة خلفاً خاصاً للبائع، وكذلك الذي يتلقى حقاً عينياً على هذا البضاعة، كمن يتلقى حق انتفاع عليها، يعتبر خلفاً خاصاً لمن تلقى منه هذا الحق.

¹ يقصد بطبيعة التعامل كسبب مانع من اعتبار الخلف طرفاً في العقد، إذا كانت مثلاً شخصية أحد المتعاقدين محل اعتبار، كالعقود التي تبرم من طرف أصحاب المهن الحرة أو الفنانين والتي لا يمكن لغيرهم القيام بها، فلا ينصرف أثرها إلى خلفهم العام، وكذلك إذا اتفق الأطراف على عدم انصراف أثر العقد إلى خلفهم، باعتبار أن قاعدة انصراف أثر العقد إلى الخلف العام ليست من النظام العام، وكذلك إذا نص القانون على هذا الاستثناء كما في حالة وفاة الشريك في شركات الأشخاص، حيث ينقضي عقد الشركة بوفاته. د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 469، د سميحة القليوبي، الأسس القانونية للتحكيم التجاري، المرجع السابق، ص 74.

² د محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 71.

³ فيخرج من هذا المفهوم الحقوق الشخصية، فمن ترتب له حق شخصي في ذمة شخص آخر فلا يكون خلفاً خاصاً له، وإنما يكون دائناً له، فالمستأجر بالنسبة للمؤجر يعتبر دائناً له لا خلفاً خاصاً له في العين المؤجرة، ومن ثم يكون له استعمال حقوق مدينه بتطبيق أحكام الدعوى غير المباشرة، ضد الشخص الذي تصرف له المؤجر في العين المؤجرة مثلاً.

⁴ د عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج2، المرجع السابق، ص 737-738.

وعلى هذا النحو، فإن القاعدة تقضي باعتبار الخلف الخاص من الغير في العقود التي يبرمها سلفه، فلا تكون لها صلة بالشيء المعين الذي انتقل إليه من سلفه، وبالتالي لا تنصرف إلى هذا الخلف آثار العقد الذي أبرمه سلفه، لكنه استثناءً من هذه القاعدة يمكن أن يكون هذا الخلف طرفاً تنصرف إليه آثار العقد، لكن بشرطين:

الشرط الأول، أن يكون العقد الذي أبرمه السلف -حقوقاً والتزامات- متعلقاً بالشيء المعين الذي انتقل إلى الخلف الخاص ومن مستلزماته¹.

الشرط الثاني، أن يكون الخلف الخاص على علم بالالتزامات المحضة التي انتقلت إليه مع هذا الشيء الذي انتقل إليه، أما الحقوق التي انتقلت إليه إلى جانب هذه الالتزامات، فلا يمكن تصور احتجاجة بعدم علمه بها، لأنه مستفيد من انتقالها إليه في جميع الأحوال، واستدلالاً على ذلك نضرب مثلاً بعقد التأمين على البضاعة المنقولة بجرأ، فهو ينشئ حقاً للمؤمن له في مبلغ التأمين -كتعويض في حالة الضرر-، وينشئ التزاماً عليه بدفع الأقساط، وتطبيقاً للشرط، يعتبر الحق الناشئ عن التأمين والمتمثل في مبلغ التأمين من مستلزمات الشيء، فينتقل إلى الخلف الخاص وهو المشتري دون الحاجة إلى العلم به وقت البيع لاستفادته منه، بينما قد لا يكون الالتزام الناشئ عن العقد من مستلزماته والمتمثل في القسط، أو قد يكون من مستلزماته ولكن المشتري لا يعلم به وقت التعاقد، فلا ينتقل إليه².

وبالتطبيق على اتفاق التحكيم بشأن النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، فإن الشرط الأول متحقق بالضرورة بالنسبة لهذا الاتفاق³، وهو أن تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد النقل البحري محل الدراسة من مستلزمات الحق المستخلف فيه، وهو الرأي الذي يؤيده الباحث رغم هناك من ينازع في صحته⁴، ذلك أن موضوع عقد النقل البحري يتمثل في النزاع الناشئ عن هذا العقد ذاته وليس غيره، فيقتضي ذلك أن يكون اتفاق التحكيم من مستلزماته، كونه يهدف إلى حل المنازعات الناشئة عن هذا العقد.

¹ د عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 738 وما بعدها.

² د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 473-474.

³ المرجع نفسه، ص 475-476.

⁴ حيث يذهب البعض إلى أن اعتبار شرط التحكيم من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص محل نظر، أنظر د رضا عبيد، شرط التحكيم في عقود النقل البحري، بحث مشار إليه سابقاً، ص 192.

أما عن الشرط الثاني، شرط العلم، فالواقع أن هذه المسألة تختلف بحسب ما إذا كان اتفاق التحكيم مدرجاً في العقد الأصلي -عقد النقل البحري للبضائع- الذي انتقل إلى الخلف الخاص، أو كان هذا الاتفاق منفصلاً عن هذا العقد دون وجود إشارة إليه في العقد، ففي الصورة الأولى يكون العلم بشرط التحكيم متحققاً بالضرورة تبعاً لتحقيق العلم بوجود العقد الأصلي، أما في الصورة الثانية، فرغم أن هناك علم بوجود العقد الأصلي ومن ثم تحقق الاستخلاف فيه، إلا أن شرط العلم باتفاق التحكيم لا يمكن تصوره فيها، ففي هذه الصورة يكون بمقدور الخلف الخاص أن يتمسك بعدم انتقال اتفاق التحكيم إليه¹، ومن ثم عدم امتداد آثاره إليه².

جدير بالذكر أن اتفاق التحكيم يعد من ملحقات أو توابع العقد الأصلي -عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة-، وغنى عن البيان، فإنه يخضع إلى القواعد العامة التي تجيز انتقال الحق عن طريق حوالة الحق أو حوالة الدين أو حوالة العقد أو الحلول، وتفصيل ذلك كالآتي:

1- حوالة الحق في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع:

نصت المادة 239 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجوز للدائن أن يحول حقه لشخص آخر، إلا إذا منع ذلك نص في القانون أو اتفاق بين المتعاقدين أو طبيعة الالتزام، وتتم الحوالة دون الحاجة إلى رضاء المدين"، ويترب عن الحوالة وفقاً لنص المادة المذكورة، انتقال الحق المحال من المحيل إلى المحال إليه، بما له من صفات وما يشتمل عليه من ضمانات وتوابع وما يلحق به من دفع³، كما يترب عنها اعتبار المحال له دائناً جديداً في مواجهة المدين، حيث يحل محل الدائن الأول المحيل في ذات الحق المحال وبصفاته السابقة⁴، والسؤال هنا، إذا كان هناك اتفاق سابق على التحكيم بين الدائن المحيل والمدين، فهل ينتج هذا الاتفاق أثره في حق الدائن الجديد المحال له؟.

¹ وفي ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية سنة 1990 بأنه وإن كان شرط التحكيم يعد من ملحقات العقد الأصلي، فإنه لا ينتقل إلى المتعاقدين الأخير إلا إذا كان على علم به...، أنظر حيثيات هذا الحكم:

Cass. Civ, 6 November 1990, Rev. Arb, 1991, P. 73.

² د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 475-476.

³ د عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، ج 1، م 1، المرجع السابق، ص 560 وما بعدها.

⁴ د عبد الباسط محمد عبد الواسع، شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 424.

الواقع أن الحوالة لا تنشئ التزاماً جديداً في ذمة المدين، ومن ثم ينتقل الحق المحال إلى المحال إليه بصفاته ودفوعه وتوابعه¹، وتأسيساً على ذلك إذا أبرم عقد نقل بحري لنقل بضاعة معينة بين دائن ومدين يتضمن اتفاقاً على التحكيم، وقام الدائن بنقل حقه بموجب هذا العقد إلى الغير، انتقل اتفاق التحكيم إلى هذا الغير باعتباره من توابع الحق الذي انتقل إليه، ولما كان اتفاق التحكيم يلزم المدين، فإنه بمقدور المحال له أن يتمسك به في مواجهة المدين، باعتباره من توابع الحق الذي انتقل إلى المحال له.

كما أنه وفقاً لما نصت عليه المادة 248 من القانون المدني الجزائري، من أن المدين يستطيع التمسك بالدفوع المستمدة من الحوالة في مواجهة المحال له، ومن ثم يستطيع أن يحتج في مواجهته باتفاق التحكيم، إلا أن هذا الاحتجاج لا يمكن إعماله إلا إذا كان المحال له عالماً به وقت إبرام الحوالة، أي إذا ورد في صورة شرط تحكيم مدرج في سند الشحن البحري أو مشار إليه فيه²، لكن الإشكال يثور في حالة وجود اتفاق تحكيم منفصل عن عقد النقل المثبت بسند الشحن، ففي هذه الحالة يصعب تطبيق نص المادة 248 السالفة الذكر، على نحو يصعب معه إلزام المحال له باتفاق التحكيم، ما لم يستطع المدين أن يثبت علم هذا الأخير به، فلا يسع المحال له إلا الرجوع على الدائن المحيل بالضمان طبقاً للمادتين 246 و 247 ق.م.ج، وذلك تأسيساً على خطئه الشخصي والمتمثل في عدم إعلامه باتفاق التحكيم وقت إبرام الحوالة³.

2- حوالة الدين في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع:

الأصل أن تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين المحيل وشخص آخر يتحمل عنه الدين يسمى المحال عليه (المادة 251 ق.م.ج)، وفي هذه الحالة لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها (المادة 252 ق.م.ج)، لكنها قد تتم باتفاق بين الدائن والشخص المحال عليه دون الحاجة إلى رضا المدين، فإذا ما كان هناك اتفاق على التحكيم بين الدائن والمدين سابق على حوالة الدين، فهل ينتج هذا الاتفاق أثره في مواجهة المدين الجديد (المحال عليه)؟.

تأسيساً على النصوص السابقة، أنه في الحالة التي تتم فيها الحوالة بين المدين الأصلي والمحال عليه، فإن الدائن يكون أمام مدينان، ومن ثم فإن اتفاق التحكيم المبرم بين الدائن والمدين الأصلي

¹ وهذا ما يمكن أن يستفاد من نص المادة 243 من ق.م.ج بقولها: "تشمل حوالة الحق ضماناته كالكفالة والامتياز والرهون...".

² paris, 28 Octobre 1988, Rev. Arb, 1988, p. 565 et s.

³ أنظر قريب من هذا المعنى، د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 476-477.

قبل إقرار الدائن للحوالة، لا ينتج أثره في مواجهة المدين الجديد (المحال عليه)، ما لم يوجد اتفاق ينص على ذلك في الحوالة، أما إذا أقر الدائن الحوالة، فإن اتفاق التحكيم المبرم بينه وبين المدين الأصلي لا يكون ملزماً له أيضاً هو الآخر في مواجهة المدين الجديد، إلا إذا وجد اتفاق في الحوالة ينص على اعتماد هذا الاتفاق، وهكذا يظهر أن التزام كل من المحال عليه والدائن باتفاق التحكيم السابق إبرامه بين المدين الأصلي والدائن، يتوقف في النهاية على اتفاق الطرفين، ونفس الشيء في حالة الحوالة التي تتم باتفاق بين الدائن والمحال عليه، فإن التزام هذا الأخير باتفاق التحكيم يتوقف على ما اتفق عليه في الحوالة¹.

3- حوالة العقد في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع:

خلافًا لما هو عليه الحال في حوالة الحق وحوالة الدين²، قد تنصب الحوالة على عقد برمته، وتتحقق عندما يخلف شخص من الغير أحد المتعاقدين في العقد الأصلي، بما ينشئه من حقوق والتزامات على عاتق المحيل، ونقله من المحيل إلى المحال عليه³، وتطبيقاً لذلك، فإنه إذا كان هناك اتفاق على التحكيم سواء كان في صورة بند مدرج في عقد النقل البحري للبضائع، أو في محرر منفصل عنه، أو أحال العقد إلى اتفاق التحكيم، فإن المحال له يكون ملزماً بهذا الاتفاق وفقاً لشرط نفاذ الحوالة، على النحو الذي أشرنا إليه في حوالة الدين، ومن ثم يصبح المحال له طرفاً يحل محل المحيل في عقد النقل البحري للبضائع - المتضمن اتفاق التحكيم -، تنصرف إليه آثاره - بما فيها اتفاق التحكيم - طبقاً لمبدأ نسبية آثار العقد⁴.

4- الحلول في اتفاق التحكيم الوارد في عقد النقل البحري للبضائع:

طالما لا يوجد هناك ما يمنع أن يتم الوفاء بالدين من غير المدين به، فإنه بإمكان الموفي أن يحل محل الدائن المستوفي عملاً بمقتضيات المادة 261 من القانون المدني الجزائري، ومن ثم ينتقل إليه ذات الحق الذي كان للدائن، بما يتضمنه من توابع وتأمينات ودفع⁵ إعمالاً لنص المادة

¹ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 477 وما بعدها.

² لا تستند حوالة العقد إلى نظام قانوني معين قائم في نصوص تشريعية، كما هو الحال بالنسبة لحوالتي الحق والدين، بل هي آلية استقر عليها الفقه والقضاء. للمزيد ينظر، د فايز الكندري، مفهوم شرط التحكيم وقوته الملزمة بالنسبة للغير، بحث مشار إليه سابقاً، ص 71.

³ د حسام الدين فتحي ناصف، نقل اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 44.

⁴ د محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، المرجع السابق، ص 54 وما بعدها.

⁵ د أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 140.

264 ق.م.ج، وعلى هذا إذا كان هناك اتفاق على التحكيم بين الدائن والمدين، فهل ينتج هذا الاتفاق أثره في مواجهة الموفي عند رجوعه على المدين بما أوفاه عنه أم لا؟.

تتوقف الإجابة على هذا التساؤل، على طبيعة الدعوى التي يرجع بها هذا الغير الموفي على المدين، فإذا كانت هذه الدعوى دعوى شخصية، كان هذا الموفي غير ملزماً باتفاق التحكيم المبرم بين الدائن والمدين، لأنه يرجع على أساس حقه الشخصي الذي له على هذا المدين، وليس على أساس حق الدائن الذي أوفاه، لكن إذا كان قد رجع على المدين بدعوى الحلول، فإنه يكون بذلك قد حل محل الدائن المستوفي في ذات الحق الذي أوفاه، وذلك بما يتضمنه من توابع والتي من بينها اتفاق التحكيم، ومن ثم يكون ملزماً به، كل ذلك مع شرط ثبوت علمه بهذا الاتفاق، أما إذا لم يكن على علم به وقت قيامه بالوفاء، فإنه لا يكون ملزماً له إعمالاً للقواعد العامة في انتقال الالتزامات إلى الخلف الخاص¹.

ثالثاً: مفهوم الغير في اتفاق التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

خلصنا مما تقدم إلى حقيقة معينة، مفادها أن اتفاق التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، شأنه شأن أي اتفاق أو عقد آخر ملزم لأطرافه فقط، وهم من صدر عنهم التعبير عن إرادتهم بالالتزام به دون قضاء الدولة، ويترتب على ذلك أن القوة الملزمة لهذا الاتفاق حقوقاً كانت أو التزامات تنصرف إليهم فقط دون سواهم، وهو ما يعبر عنه بأثر العقد من حيث الأشخاص، وهو الأثر الذي أكده المشرع الجزائري في المادة 1007 من ق.إ.م.إ. بأن: "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".

وترتيباً على ذلك، فإن الغير في اتفاق التحكيم، أي غير المتعاقدين وخلف كل منهما على نحو ما رأينا، هو من لم تربطه بأحد طرفي هذا الاتفاق علاقة عقدية، أي هو من لم يوقع عليه شخصياً أو بواسطة من يمثله بإحدى طرق النيابة التي يقرها القانون، ولم يكتسب حقاً من أحد المتعاقدين يخلع عليه صفة الخلف، فيكون بذلك في حكم الأجنبي، فلا تنصرف إليه آثار هذا الاتفاق، ومن ثم لا يكتسب حقاً ولا يتحمل التزاماً ناشئاً عنه.

لكن إذا كان ما تقدم هو الأصل، من اعتبار الغير أجنياً عن العقود التي لم يكن طرفاً فيها، إلا أن الظروف كثيراً ما تقتضي ضرورة استفادة هذا الغير من هذه العقود وتأثره بالالتزامات

¹ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 480-481.

المتولدة عنها، ولما كان المرسل إليه في عقد النقل البحري للبضائع، هو أحد أهم المراكز القانونية التي تنبني على مفهوم فكرة الغير¹، وهو جوهر دراستنا في فهم هذه الفكرة، كان من الضروري توضيح تلك العلاقة بين مفهوم الغير ومركز المرسل إليه في اتفاق التحكيم، وذلك وفق التفصيل الآتي:

أ- العلاقة بين مفهوم الغير ومركز المرسل إليه في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع:

سبق القول أن صفة الطرف في العقد لم تعد قاصرة على العاقدین فقط، حيث يكشف الواقع العملي تجاوز هذا المفهوم والخروج عن مقتضاه، إذ أصبح القضاء يعترف للغير الأجنبي عن العقد بحقوق ويلقى عليه التزامات ناشئة عن هذا العقد، بالرغم من أنه لم يكن طرفاً فيه، ولما كان مركز المرسل إليه في عقد النقل البحري للبضائع الذي تم إبرامه أساساً بين الناقل والشاحن، يقوم على فكرة الغير، وهو ما يجعل مركز المرسل إليه حامل السند يشكل استثناءً من مبدأ النسبية، لذلك كان من الضروري استجلاء فكرة الغير هذه، بالتطبيق على مركز المرسل إليه في اتفاق التحكيم، المبرم بشأن حل المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، وذلك من خلال تطبيق مبدأ نسبية العقود بالنسبة لمركز المرسل إليه.

ب- فكرة الغير عند الفقه الحديث وتطبيقاتها على مركز المرسل إليه:

رأينا أن معيار الإرادة حسب ما استقر عليه الفقه التقليدي، هو المعيار الذي تتحدد على أساسه صفة الطرف، ويكتسبها أيضاً الخلف العام للمتعاقدین وممثليهم²، كما أنه طبقاً لهذا الفقه، فإن الغير ينقسم إلى الغير الحقيقي أو الأجنبي، والغير الوهمي أو الغير القريب، لكن ومع تطور فكرة الطرف طبقاً للفقه الحديث، اتسع مفهوم الطرف ليضم أيضاً الغير الوهمي أو الغير القريب³، وهذا الأخير كما سوف نرى هو صاحب المصلحة في العلاقة العقدية، والذي مراعاة لمصلحته تثور فكرة نفاذ أو عدم نفاذ العقد في مواجهته⁴.

¹ د محمد عبد الفتاح ترك، شرط التحكيم بالإحالة وأساس التزام المرسل إليه بشرط التحكيم، المرجع السابق، ص 386.

² د نريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 225 وما بعدها.

³ د محمد عبد الفتاح ترك، مرجع سابق، ص 389 وما بعدها.

⁴ د عباس مصطفى المصري، المركز القانوني للمرسل إليه في عقد النقل البحري، المرجع السابق، ص 79-80.

فمفهوم الغير الحقيقي ينصرف إلى كل الأشخاص الذين لا تربطهم علاقة عقدية قائمة أو مصلحة مباشرة بأحد أطراف العقد، فهم بذلك يعتبرون أجنبان كلية عن العقد وعن المتعاقدين¹، وهذه الطائفة يعينها نفاذ العقد بصفته واقعة قانونية، بحيث يقع عليهم التزام باحترام عقود الآخرين، وعدم الإخلال بما تضمنته من اشتراطات عقدية، على أن هذا الالتزام هو أثر خارجي أو غير مباشر، ولا صلة له بمبدأ نسبية أثر العقود.

أما الغير الوهمي وأهمهم الدائون والخلف الخاص، فهم من تربطهم رابطة قانونية بأحد أطراف العقد، وهي وإن كانت تلتزم كمبدأ عام باحترام العقد كواقعة قانونية، إلا أنها تختلف عن الغير الأجنبي في أن مصلحة أي من أفرادها، قد تتيح له طلب عدم نفاذ العقود التي تضر بهذه المصلحة في مواجهته، على أن المشرع هو الذي يقدر مدى تأثير هذه المصلحة، كما في حالة الدعوى البوليصية المقررة لمصلحة الدائن العادي تجاه تصرفات مدينه الضارة بمصلحته، والتي يسميها الفقه بدعوى (إبطال أو عدم نفاذ التصرفات)²، وهذه الصورة وغيرها كدعوى الصورية مثلاً، يمكن الاستناد عليها في اعتبار الدائنين العاديين من فئة الغير صاحب المصلحة³.

ولما كان الغير الوهمي ذو الرابطة القانونية بأحد أطراف العلاقة العقدية، وعلى عكس الغير الأجنبي، هو صاحب المصلحة والذي مراعاة لهذه المصلحة تنور فكرة نفاذ العقد أو عدم نفاذه في مواجهته، ومن ثم فإن مسألة نفاذ العقد أو عدم نفاذه في مواجهة الغير الوهمي، تتوقف على وجود هذه المصلحة من عدم وجودها، أما الغير الأجنبي تماماً عن أطراف العلاقة العقدية، فليس ثمة مصلحة في تقرير عدم نفاذ العقد أو أي تصرف آخر في مواجهته، فإذا ما لحق هذا الأخير ضرر من جراء تنفيذ عقود الآخرين، فلا مجال لتطبيق المسؤولية العقدية، بل تكون قواعد المسؤولية التقصيرية هي الواجبة التطبيق إذا ما توافرت شروطها⁴.

¹ أنظر في تفاصيل هذا الموضوع، د محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، المرجع السابق، ص 8 وما بعدها.

² د عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 777 وما يليها.

³ وإن كان البعض يذهب إلى نفي صفة الغير صاحب المصلحة عن هذه الفئة، باعتبار أن حق هذه الفئة ينصرف أساساً إلى الضمان العام لمدينهم، ومن ثم لا تعارض بين مصالحهم وحقوقهم، كالحقوق العينية محل الشهر أو القيد، حيث تتيح لهم الاشتراك في الضمان العام هذا واقتسامه قسمة غرماء، غير أن نظرة الفقه الحديث لفكرة الغير ترد هذا المفهوم الذي أصبح يعد تقليدياً، لكونه لا يزال مستنداً إلى التشريعات القديمة والتي كانت تعتنق مبدأ سلطان الإرادة بصورة مبالغاً فيها، وهو ما يتعارض مع التشريعات الحديثة التي تخلع في كثير من المسائل صفة الغير صاحب المصلحة على فئة الدائنين العاديين. مستفاد من، د عباس مصطفى المصري، المركز القانوني للمرسل إليه في عقد النقل البحري، المرجع السابق، ص 82.

⁴ المرجع نفسه، ص 80.

على أن هذا الغير وإن كان لا يمكنه أن يستفيد من نفاذ العقد كواقعة قانونية على النحو المتقدم، إلا أنه يستطيع أن يستفيد منه كواقعة اجتماعية، سواء كمصدر للمعلومات أو كوسيلة للإثبات مثله مثل سائر طوائف الغير، ولذلك فإن العلم المسبق كشرط لنفاذ العقد كواقعة قانونية، لا يعتبر شرطاً في هذا الفرض، حيث لا ينشأ عنه هنا أي آثار توجب اشتراط هذا العلم في وقت محدد¹.

وترتيباً على ما سبق، وبتطبيق المفاهيم السابقة لفكرة الغير على مركز المرسل إليه في عقد النقل البحري للبضائع، نصل إلى القول بأن المرسل إليه يعتبر بدون أدنى شك من طائفة الغير صاحب المصلحة، حيث يمكنه أن يستفيد من نفاذ العقد بصفته واقعة قانونية، ومن ثم يستطيع في إطار المجموعة العقدية التي ينتظمها وحدة المحل أو وحدة السبب، والتي هو عضو فيها، أن يطالب عضواً آخر باحترام مصلحته، من منطلق واجب الاحترام الناشئ عن قوة النفاذ داخل هذه المجموعة، كما يمكن لأي عضو في هذه المجموعة مطالبة المرسل إليه نفسه بتنفيذ التزام تتعلق به مصلحة هذا العضو، كمطالبة المرسل إليه بالوفاء بأجرة النقل².

هذا وقد سبقت ظهور فكرة المجموعة العقدية هذه، نظريات أخرى بحثت الأساس القانوني الذي يقوم عليه مركز المرسل إليه بالنسبة لعقد النقل البحري للبضائع، وتبعاً لهذا التسلسل، سوف نعرض من خلال الفرع الموالي لمركز المرسل إليه وفقاً لأهم تلك النظريات، وصولاً إلى تحديد الأساس المناسب لمركز هذا المرسل إليه.

الفرع الثاني

مركز المرسل إليه ومدى التزامه باتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع

إن تحديد الأساس القانوني الذي يقوم عليه مركز المرسل إليه بالنسبة لعقد النقل البحري للبضائع، ليس مجرد مسألة نظرية تقتضي صرف الأنظار عن تلك النظريات التي تصدت لبحث هذا الأساس، فهذه النظريات رغم ما وجه لها من انتقادات كما سوف نرى، إلا أن لها فضل لا يمكن إنكاره في الوصول إلى أساس صحيح يستند إليه في تحديد المركز القانوني للمرسل إليه، ذلك أنه إذا قلنا أن المرسل إليه يعتبر طرفاً في عقد النقل البحري للبضائع، كان لناقل استناداً على هذه

¹ د محمد عبد الفتاح ترك، المرجع السابق، ص 401.

² المرجع نفسه، ص 402.

الوجهة أن يثبت في مواجهته عكس ما هو وارد بسند الشحن خاصة فيما يتعلق بحالة البضائع، أما إذا تحدد مركزه على أنه من الغير، فإنه لن يكون بمقدور الناقل إثبات عكس ما ورد من بيانات في مواجهته، إلاً وفقاً للشروط المتطلبة لنهاذ التصرفات القانونية في مواجهة الغير¹ على النحو الذي فصلنا فيه سابقاً.

ولا أدلّ على ذلك مما نصت عليه المادة 761 من القانون البحري الجزائري، التي تفرق بين حجية سند الشحن بالنسبة لأطرافه و حجيته بالنسبة للغير، فهو حجة في الإثبات بين الناقل الشاحن، وكذلك في العلاقة بين كل منهما والغير، إلاً أن هذه الحجة نسبية بين أطرافه (الناقل والشاحن)، ومن ثم يجوز لهما إثبات عكس ما جاء فيه بالكتابة أو ما يقوم مقامها كالإقرار واليمين، ما لم يكن هناك غش فيجوز الإثبات بكافة طرق الإثبات وفقاً للقواعد العامة. أما بالنسبة للغير فيجوز له إثبات عكس الوارد بسند الشحن بكافة طرق الإثبات، وهو ما يدل على أن لسند الشحن حجية مطلقة في الإثبات لصالح الغير، الذي من مصلحته التمسك بها في مواجهة أطراف السند².

ولما كان الفقه والقضاء قد استقرا منذ زمن طويل، على الاعتراف بحق خاص للمرسل إليه في مواجهة الناقل مباشرة، رغم أنه ليس من أطراف عقد النقل البحري، مما يدل على أن هذا ليس هو وجه الخلاف الذي نحن بصدد دراسته، وإنما كان الخلاف حول الأساس القانوني الذي يفسر امتداد هذا الحق، وهل يعتبر استثناءً على مبدأ نسبية العقود؟، والجواب على ذلك سوف يقودنا في الأخير إلى التوصل إلى هدفنا المنشود من هذه الدراسة، والمتمثل في مدى امتداد اتفاق التحكيم بشأن النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع إلى المرسل إليه، ومدى التزامه به، حيث لم يكن هذا الأخير أصلاً طرفاً في هذا العقد بما فيه من اتفاق التحكيم. وعلى هذا، سوف نستعرض أهم النظريات التي تطرقت إلى إيجاد الأساس القانوني لمركز المرسل إليه، وصولاً إلى مدى التزام المرسل إليه باتفاق التحكيم، فنعرض للنظريات التقليدية طبقاً للقواعد العامة (أولاً)، ثم نعرض لفكرتي مجموعة الشركات (ثانياً) ومجموعة العقود (ثالثاً):

¹ د عباس مصطفى المصري، المركز القانوني للمرسل إليه في عقد النقل البحري، المرجع السابق، ص 87-88.

² المرجع نفسه، نفس الموضوع.

أولاً: مركز المرسل إليه بالنسبة لعقد النقل البحري للبضائع وفقاً للنظريات التقليدية

كما سبق، فإن الصعوبة قد تدق فيما يتعلق بسريان اتفاق التحكيم في مواجهة الغير، والذي لم يكن طرفاً موقعاً على هذا الشرط، مما جعل هذه المسألة من أهم المسائل التي تنازعها الفقه والقضاء، خاصة فيما يتصل بمركز المرسل إليه -والذي يعتبر أهم مركز ينضوي تحت فكرة الغير- بالنسبة لعقد النقل البحري للبضائع المتضمن لشرط التحكيم، وقد تناولت بالدراسة لهذه المسألة نظريات عدة -والتي سنحاول تطبيقها تباعاً على موضوع دراستنا- وهي على التوالي:

- نظرية الاشتراط لمصلحة الغير

- نظرية الخلف الخاص

- نظرية النيابة الناقصة

- نظرية الحيازة الرمزية للبضاعة

أ- نظرية الاشتراط لمصلحة الغير (Stipulation pour autrui):

تجدر الإشارة بداية، إلى أن نظام الاشتراط لمصلحة الغير قد يلتبس مع نظام آخر هو نظام التعهد عن الغير، فقد يتعهد أحد المتعاقدين للآخر عن الغير، فلا ينشئ هذا التعهد التزاماً في ذمة هذا الغير، وقد يشترط أحدهما على الآخر حقاً لمصلحة الغير، فينشئ الاشتراط هذا الحق، ومن ثم لا يشكل التعهد عن الغير خروجاً عن مبدأ نسبية العقد، وبالتالي يخرج هذا النظام عما نحن بصدد دراسته، أما الاشتراط لمصلحة الغير ففيه خروج عن هذا المبدأ¹، فيتصل بشكل أو بآخر بالموضوع محل الدراسة، وعلى هذا الأساس يكون من الأهمية بمكان التمييز بين هذين النظامين:

1- التعهد عن الغير في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع:

نظم المشرع الجزائري أحكام التعهد عن الغير في المادة 114 من القانون المدني دون أن يبين المقصود به، رغم الحاجة المتزايدة إليه في الحياة العملية، ويمكن تعريفه بصورة عامة بأنه معالجة موقف لا يمكن فيه الحصول على رضاه صاحب المصلحة لسبب ما، فيلتزم عنه غيره، على أن أهم ما يشترط في هذا التعهد أن يتعاقد الشخص باسمه لا باسم هذا الغير الذي تعهد عنه²، وهنا يكمن الفرق بين التعهد والوكالة المشار إليها آنفاً.

¹ د عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج2، المرجع السابق، ص 864.

² أنظر في شأن أحكام التعهد عن الغير بصفة عامة، المرجع نفسه، ص 865 وما يليها.

وتظهر الحاجة إلى التعهد عن الغير في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع، عندما يتعذر الحصول على رضا صاحب المصلحة بشأن هذا الاتفاق بسبب ما كغيا به مثلاً، ولا تكون هناك نيابة أو توكيل قانوني خاص¹، يسمح بإبرام الاتفاق باسمه نيابة عنه، مثال ذلك أن تعرض لأحد الإخوة فرصة لإبرام عقد يتضمن نقل بضائع باسمه واسم إخوته الغائبين، وكان هذا العقد محتويًا على شرط تحكيم، ولا يكون لهذا الأخ توكيل خاص من إخوته بالموافقة على إبرام هذا العقد بما فيه من اتفاق التحكيم، فيقوم بإبرام العقد مع الطرف الآخر عن نفسه، لكن نظراً لعدم توفر التوكيل يتعهد لهذا الطرف الآخر، وذلك بأن يحصل على موافقة بقية الإخوة على إبرام العقد وشرط التحكيم².

ولما كان هذا المتعهد يتعاقد باسمه لا باسم الغير، فإن آثار التعهد تنصرف إليه هو لا إلى الغير الذي يبقى أجنبياً عن هذا التعاقد، فلا يترتب أية التزامات في ذمة هذا الغير، الذي يبقى له الخيار في قبول التعهد أو رفضه وفقاً لما نصت عليه المادة 114 من القانون المدني الجزائري، فإذا رفض الغير هذا التعهد، يكون المتعهد هو المسؤول اتجاه ما يصيب المتعاقد معه من ضرر، أما إذا قبل الغير التعهد، فإن التزام المتعهد ينقضي بالوفاء بما التزم به، وهو حمل الغير على قبول ما تعهد به³، من إبرام للعقد مع اتفاق التحكيم الوارد به⁴.

وبناء على ما سبق، يتبين أن نظام التعهد عن الغير ليس فيه خروج عن قاعدة عدم انصراف أثر العقد إلى الغير، وبالتالي لا مجال للحدوث عن مركز المرسل إليه في ظل هذا النظام، وهذا بخلاف ما سنراه فيما يتعلق بنظام الاشتراط لمصلحة الغير:

¹ ولا تكفي الوكالة العامة لإبرام اتفاق التحكيم، بل يشترط وجود وكالة الخاصة، وفي ذلك نص المشرع الجزائري في المادة 574 من القانون المدني على أنه: "لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة، لاسيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء".

² أنظر مزيداً من الأمثلة التطبيقية للتعهد عن الغير، د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 456.

³ أنظر في شأن هذه الآثار المترتبة عن التعهد عن الغير، د عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، 868 وما يليها، د صبري

السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 332-333.

⁴ وتطبيقاً لذلك، قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 16/7/1992 بأنه: "إذا تعهد شخص على حمل شخص أو أشخاص آخرين على إقراض المتعاقد معه، فإن شرط التحكيم الوارد في عقد التعهد لا يحتج به في مواجهة الغير متى قبل إقراض المتعاقد مع المتعهد":

Cass. Civ, 16 juillet 1992, rev. Arb, 1993, P. 611, note Ph. Delebecque.

2- الاشتراط لمصلحة الغير في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع:

بخلاف التعهد عن الغير، يعد الاشتراط لمصلحة الغير من أهم الاستثناءات التي ترد على قاعدة عدم انصراف آثار العقد إلى غير أطرافه¹، فكثيراً ما تفرض ظروف التجارة البحرية قيام أحد طرفي عقد النقل البحري، بأن يشترط على الطرف الآخر في هذا العقد، أن يؤدي إلى شخص ثالث أجنبي عن العقد حقاً معيناً، فيسمى الأول بالمشترط، والثاني بالمتعهد، والثالث بالمستفيد²، فيكتسب الغير المستفيد قبل المتعهد حقاً مباشراً من عقد لم يكن طرفاً فيه، ولم يعقده بنفسه عن طريق النيابة³، ودون الحاجة إلى قبوله، وإلا لما كان هناك خروج على مبدأ الأثر النسبي للعقد⁴، وعموماً يتطلب الاشتراط لمصلحة الغير ثلاث شروط لتحقيقه⁵:

- أن يتعاقد المشترط مع المتعهد باسمه لا باسم المستفيد، وفي هذه يختلف الاشتراط عن النيابة أو الفضالة، حيث يتم إبرام العقد باسم شخص آخر وحسابه، ولذلك كان لا بد من رضاء المستفيد لأنه لم يكن طرفاً في العقد.

- أن ينصب هذا الاشتراط على إنشاء حق خاص مباشر لمصلحة الغير المستفيد، فإذا كان الحق الذي اشترطه إنما اشترطه لنفسه، على أن تعود فائدته على الغير، فلا نكون بصدد اشتراط لمصلحة الغير، مثل ذلك أن يؤمن الناقل على مسؤوليته عما ينجم من ضرر للبضائع بفعله، أو مالك السفينة الناقلة على هذه السفينة المملوكة له، فهذه الحالات لا تعكس فكرة الاشتراط لمصلحة الغير، رغم أن التعويض الذي يأخذه الناقل أو مالك السفينة من شركة التأمين يعود بالفائدة على المتضرر، إلا أن هذا الأخير لا ينشأ له حقاً مباشراً من عقد التأمين، فلا يرجع على شركة التأمين إلا عن طريق دعوى غير مباشرة.

- أن يكون للمشترط مصلحة شخصية أو أدبية من هذا الاشتراط، والمتمثلة في الفائدة محل التعاقد، والتي بدونها يبطل التعاقد، إذ لا نكون بصدد اشتراط لمصلحة الغير، وإنما مجرد فضالة تطبيقاً للقواعد العامة.

¹ د عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، 1984، ص 554.

² تراجع في ذلك المادة 116 من القانون المدني الجزائري، تقابلها المادة 145 مدني مصري، والمادة 1121 مدني فرنسي.

³ C.A Paris, 26 Mais 1992, Rev. Arb, 1993, p. 631, not L.AYNES.

⁴ د سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعتين، 1999-2000، ص 124.

⁵ يرجع في تفصيل شروط الاشتراط لمصلحة الغير والأحكام المترتبة عنه إلى، د عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 773 وما بعدها، ولنفس المؤلف، نظرية العقد، ج2، المرجع السابق، ص 898 وما بعدها.

وعلى هذا النحو، يفترض الاشتراط لمصلحة الغير وجود أشخاص ثلاثة تتحدد علاقاتهم كما يلي:

- **علاقة المشتري بالمتعهد:** وهذه يحكمها عقد الاشتراط المبرم بينهما، بما يتضمنه من حقوق والتزامات، ويطبق في تحديد هذه الأخيرة القواعد العامة.

- **علاقة المشتري بالمستفيد:** تتحدد هذه العلاقة تبعاً لنية المشتري من اشتراطه، فقد يكون الاشتراط بنية التبرع لمصلحة المستفيد، وقد يكون بقصد وفاء بدين عليه لهذا المستفيد، وقد تكون بقصد إقراضه، أو غير ذلك، على أنه يجوز للمشتري أن يرجع عن اشتراطه، طالما أن المستفيد لم يعلن عن رغبته في الاستفادة من هذا الاشتراط.

- **علاقة المستفيد بالمتعهد:** وهذه العلاقة هي أهم ما يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن سائر أنواع التعاقد الأخرى، والتي يتحقق بموجبها الاستثناء الوارد على مبدأ الأثر النسبي للعقد، ذلك أن المستفيد يعتبر من الغير بالنسبة للعقد الذي تم ما بين المشتري والمتعهد، ومع ذلك فإن هذا العقد ذاته يكسبه حقاً مباشراً يجد مصدره في عقد الاشتراط، وبمقتضاه يستطيع المستفيد مطالبة المتعهد بتنفيذ تعهده.

ويظهر التطبيق العملي للاشتراط لمصلحة الغير في مجال عقود النقل البحري للبضائع، عندما يشترط المرسل أو الشاحن على الناقل أن يؤدي حقاً معيناً من الحقوق التي تنشأ عن هذا العقد إلى المرسل إليه، كتسليم البضاعة في مكان معين أو وفق إجراءات معينة، فينشأ بموجب هذا الاشتراط حقاً مباشراً لمصلحة المرسل إليه، يخوله الحق في مطالبة الناقل بتنفيذ هذا الاشتراط، لكن السؤال الذي يثور في هذا الصدد، حول ما إذا كان عقد الاشتراط يتضمن شرطاً تحكيمياً لتسوية ما قد ينشأ عن هذا الاشتراط المبرم بينهما من منازعات، فهل يلتزم المرسل إليه (المستفيد) بشرط التحكيم، وهل يمكنه أن يتمسك به في مواجهة الناقل (المتعهد)، رغم كونه ليس طرفاً في عقد الاشتراط؟.

يذهب اتجاه في الفقه الفرنسي¹، إلى أن شرط التحكيم الوارد في عقد الاشتراط يلزم أيضاً المستفيد، وهو في المثال السابق محل الدراسة يتمثل في المرسل إليه فتمتد آثاره إليه، وذلك على أساس أن الاشتراط لا يتجزأ، وإنما هو مقرر جملة واحدة بما يتضمنه من حقوق والتزامات، فلا يمكن للمرسل إليه أن يستفيد من الحقوق المتولدة عن هذا الاشتراط، دون أن يلتزم بما يتولد عنه

¹ J. Louis Goutal, L'arbitrage et les tiers, Rev. Arb, 1988, P. 468.

من التزامات، ومن أهمها شرط التحكيم الوارد به، فإما أن يعلن المرسل إليه رغبته في قبول الاشتراط بما فيه شرط التحكيم، وإما أن يرفضه جملة.

ويؤيد الرأي السابق جانب في الفقه المصري، إذ يرى أن شرط التحكيم ينصرف إلى الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد، فالمستفيد يمكنه التمسك بشرط التحكيم مثله في ذلك مثل المشتري، كما يستطيع المتعهد أن يتمسك به قبله، ذلك أن حق المستفيد (المرسل إليه) ينشأ عن عقد الاشتراط، وهو عندما يطالب بهذا الحق إنما يستند في هذه المطالبة إلى العقد الذي أنشأ هذا الحق، فيكون عليه أن يلتزم بما احتواه العقد من شروط والتي من بينها شرط التحكيم، ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك¹، كما يكون للمشتري الطرف في اتفاق التحكيم إعمال شرط التحكيم الوارد في عقد الاشتراط، للمطالبة بحقوق هذا الغير بواسطة التحكيم، فإذا صدر الحكم لصالح الغير، فإن لهذا الغير أن يستفيد من هذا الحكم الصادر لصالحه².

في حين يذهب رأي آخر³، توافقه بعض أحكام القضاء الفرنسي⁴، إلى ضرورة الوقوف على إرادة المشرع من مبدأ نسبية أثر العقد، وعدم التوسع في تفسير هذه الإرادة، فالمشرع إنما قصد من الاشتراط لمصلحة الغير، أن يستفيد هذا الأخير حقاً مباشراً من عقد الاشتراط، دون أن يتحمل أي التزام ناشئ عنه، فالاشتراط لا يخول هذا الغير ما يخوله للطرف في العقد من حقوق والتزامات، وبالنتيجة فإن الاشتراط لمصلحة الغير يقتضي عدم التمسك في مواجهة المرسل إليه بشرط التحكيم الوارد بهذا الاشتراط، وإن كان لهذا الأخير التمسك به فمن باب أن ذلك حق له وليس التزاماً عليه.

ومن جانبنا، وإن كنا نساند هذا الرأي في ضرورة الوقوف على إرادة المشرع الجزائي، في ما ذهب إليه من مبدأ نسبية أثر العقد من خلال المادة 113 من القانون المدني⁵، وذلك من إفادة الغير (المرسل إليه) حقاً مباشراً من العقد المبرم بين الشاحن والناقل، وهو هنا عقد الاشتراط المنصوص عليه في المادة 116 من نفس القانون، إلا أننا نرى ضرورة إعمال المادة 117 أيضاً

¹ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 486-487.

² د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 171.

³ ذهب إلى هذا الرأي، د محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، المرجع السابق، ص 73.

⁴ "Une clause compromissoire ne peut lire un tiers non partie a la convention", Cass. Com, 14 janv 2004, JCP, E, 2004, n° 11, P. 398.

⁵ تنص المادة 113 من القانون المدني على أن: "العقد لا يمكن أن يرتب التزاما في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا".

كاستثناء على الشرط الأول من المادة 113، الذي يقضي بعدم تحميل المرسل إليه أي التزام قد ينشأ عن عقد الاشتراط، ومن ثم، وتطبيقاً لنص المادة 117 فإن مسألة تحمل المرسل إليه للالتزامات المترتبة عن عقد الاشتراط، إنما تتوقف على إعلانه لرغبته في قبول هذا الاشتراط، وعليه متى أعلن رغبته في ذلك فإنه يصبح في مركز الدائن للمتعهد (الناقل) بالحق موضوع عقد الاشتراط، فيكون بذلك ملتزماً بكل ما ورد في هذا العقد من بنود بما في ذلك شرط التحكيم.

ولعل في وجهتنا هذه توفيقاً بين الرأيين السابقين من جهة، وجمعاً بين أحكام النصوص السابقة الذكر من جهة ثانية، ودرأً لأي تحايل قد يصدر من قبل الغير (المرسل إليه) لاسيما إذا كان سيء النية من جهة ثالثة، إذ قد يعمد هذا الأخير إلى التمسك بحقه في الاستفادة من عقد الاشتراط بموجب المادة 116 ق.م، ثم إذا تم الاحتجاج عليه بشرط التحكيم الوارد بهذا الاشتراط، دفع بنص المادة 113 التي ترفع عنه تحمل أي التزام قد ينشأ عن هذا الاشتراط، ودفعاً لهذا الإشكال يكون من الجدير أعمال نص المادة 117 إلى جانب النصوص السابقة، فإما أن يعلن المرسل إليه رغبته في قبول الاشتراط جملة بما فيه من شرط التحكيم، أو يرفضه جملة.

خلاصة ما تقدم، يتبين بأن هذه النظرية تسند في تفسير حق المرسل إليه إلى أنه اشتراط لمصلحة الغير، فالشاحن عندما يبرم عقد النقل، فإنه يشترط على الناقل أن يرتب حقاً معيناً لمصلحة المرسل إليه، كأن يكسبه الحق في استلام البضاعة، ومتى قبل المرسل إليه هذا الاشتراط فإنه يدل على قبوله له بما يتضمنه من التزامات، فيكون بذلك ملتزماً بشرط التحكيم الوارد في هذا الاشتراط.

وقد تعرضت هذه النظرية للعديد من الانتقادات أهمها:

- أن نظام الاشتراط لمصلحة الغير وإن كان يصلح اعتماده من جهة تفسير اكتساب المرسل إليه للحقوق الناشئة عن العقد، كحقه في تسلم البضاعة مثلاً، إلا أنه لا يمكن اعتماده من جهة تحمل المرسل إليه للالتزامات، مثل التزامه بدفع أجرة النقل، والتزامه بتسليم البضاعة¹، فضلاً عن التزامه بشرط التحكيم.

- يتيح نظام الاشتراط لمصلحة الغير للمتعهد (الناقل)، بأن يتمسك قبل المستفيد (المرسل إليه) بالدفوع التي يمكن أن تنشأ عن هذا الاشتراط، وهذا يعني أنه يمكن الاحتجاج على المرسل إليه

¹ د محمد ترك، شرط التحكيم بالإحالة، المرجع السابق، ص 410 وما بعدها.

بتلك الشروط الواردة في عقد مشاركة السفينة، ولو لم يكن سند الشحن قد تضمن هذه الشروط أو أشار إليها، وهذا خلافاً لما جرى عليه العمل من أن شروط مشاركة إيجار السفينة، لا يحتج بها قبل حامل سند الشحن، ما لم توجد أو يشار إليها في هذا السند¹.

- يفترض نظام الاشتراط لمصلحة الغير توافر عنصر أساسي وهو نية الاشتراط لصالح هذا الغير، وهو أن تتجه إرادة المشتري والمتعهد إلى إنشاء حق خاص مباشر له، ومن الواضح أن هذه النية تتخلف في الحالة التي يصدر فيها سند الشحن للإذن أو للحامل، والتي لا يكون فيها الشاحن عند توقيعه على السند قد تعاقد على بيع البضائع أو رهنها، وبمعنى آخر، فإن أحكام الاشتراط لا تنطبق إذا كان المشتري قد اشترط الحق لنفسه ثم حوله إلى المستفيد².

وبناء على ما تقدم، نصل إلى أن فكرة الاشتراط لمصلحة الغير لا يمكن أن تنهض كسند قانوني لتبرير حق المرسل إليه قبل عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة، ما يستدعي البحث عن سند آخر لذلك.

ب- نظرية الخلف الخاص (L'ayant – cause a titre particulier):

يذهب أنصار هذه النظرية³ إلى أن المرسل إليه حامل سند الشحن، يعتبر خلفاً خاصاً للشاحن بوصفه مشترياً للبضاعة، ومن ثم ينتقل إليه ما يترتب على عقد النقل البحري الذي أبرمه الشاحن من حقوق والتزامات، تطبيقاً للقواعد العامة التي تنص عليها غالبية التشريعات، منها نص المادة 109 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه: "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى الخلف الخاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه".

وقد سبق أن أوضحنا، أن الخلف الخاص هو من يتلقى من سلفه ملكية شيء معين بالذات، أو حقاً عينياً على هذا الشيء، وأنه وإن كان هذا الخلف كأصل عام من الغير، إلا أن آثار العقد قد تنصرف إليه استثناءً بشرطين:

¹ د أحمد محمود حسني، البيوع البحرية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 1983، ص 55 وما بعدها.

² د عباس مصطفى المصري، المركز القانوني للمرسل إليه في عقد النقل البحري، المرجع السابق، ص 97.

³ المرجع نفسه، ص 102 وما بعدها.

الشرط الأول، أن يكون العقد الذي أبرمه السلف - حقوقاً والتزامات - متعلقاً بالشيء المعين الذي انتقل إلى الخلف الخاص ومن مستلزماته.

الشرط الثاني، أن يكون الخلف الخاص على علم بالالتزامات المحضنة التي انتقلت إليه مع هذا الشيء الذي انتقل إليه، أما الحقوق التي انتقلت إليه إلى جانب هذه الالتزامات، فلا يمكن تصور احتجاجة بعدم علمه بها، لأنه مستفيد من انتقالها إليه في جميع الأحوال.

أما عن الالتزامات الناشئة عن العقد الذي أبرمه السلف، فقد اشترط أنصار هذه النظرية شروطاً معينة، لإمكانية اعتبار هذه الالتزامات من مستلزمات الحق الذي آل إلى الخلف الخاص، وهذه الشروط هي:

- أن يكون الالتزام محددًا للشيء ومقيداً من استعمال المالك له.

- ألا يكون بالإمكان تنفيذه تنفيذاً عينياً إلا عن طريق مالك الشيء.

من خلال هذا العرض لأهم الشروط، التي تناولت مسألة انتقال الحقوق والالتزامات إلى الخلف الخاص، يتضح أن الارتكاز على القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 109 ق.م. الجزائري السالفة الذكر، والمتعلقة بفكرة الخلف الخاص، لا يمكن اعتمادها سنداً في تفسير مركز المرسل إليه بالنسبة لعقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة، واعتمادها في ذلك لاشك يحملها أكثر مما تحتمل¹، إلى الحد الذي قد يخرجها عن إرادة المشرع من وضعها، وما يبرر ذلك أمور أهمها:

- أن الالتزامات الناشئة عن العقد الذي أبرمه السلف، تعتبر من مستلزمات الحق الذي آل إلى الخلف الخاص، وتنتقل إليه مع الشيء متى كانت محددة ومقيدة لاستعمال المالك لهذا الشيء على نحو ما رأينا، أما إذا كان ما رتبته السلف التزاماً شخصياً كدفع الأجرة مثلاً، فإنه لا ينتقل إلى الخلف الخاص إلا بناءً على نص في القانون، أو باتفاق خاص بين الخلف والسلف²، وهذا ما لا ينطبق على انتقال آثار العقد إلى المرسل إليه، طبقاً لمفهوم مبدأ نسبية أثر العقد.

- أنه يمكن للمدين -استناداً إلى فكرة الخلف الخاص- أن يتمسك في مواجهة الخلف الخاص، بكافة الدفع التي تكون قائمة في العلاقة بين هذا المدين وبين السلف، وهذا لاشك يتعارض مع

¹ د عباس مصطفى المصري، المركز القانوني للمرسل إليه في عقد النقل البحري، المرجع السابق، ص 106 وما بعدها.

² يراجع في ذلك، د عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، ج1، م1، المرجع السابق، ص 733 وما بعدها.

ما استقر عليه العرف، من تطبيق قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفوع على الحامل حسن النية، وذلك تيسيراً لتداول سند الشحن، وهذا ما يخالف ما هو مقرر بالنسبة لحق المرسل إليه في مواجهة الناقل¹.

- أن فكرة الخلافة تقوم على أساس الانتقال، أي انتقال آثار العقد حقوقاً والتزامات من السلف (الشاحن) إلى الخلف (المرسل إليه)، ويترتب على هذا الانتقال إبراء ذمة الشاحن من التزامه قبل دائه (الناقل)، فيحل الخلف وهو المرسل إليه محل السلف وهو الشاحن، ليصبح هو وحده المدين، ويحتفي مركز السلف من هذه العلاقة، والمتأمل في هذه العلاقة يلحظ أنها تتعارض مع العلاقة الثلاثية محل البحث، فالناقل يستطيع أن يرجع على الشاحن بأجرة النقل، إذ لم يتم المرسل إليه بدفعها، بل يمكنه الرجوع عليه بكل ما تتيحه هذه العلاقة بينهما من دفع².

ج- نظرية النيابة الناقصة (Représentation Imparfaite):

يذهب أصحاب هذه النظرية³، إلى أن الشاحن عند تعاقدته -باسمه- مع الناقل يعتبر نائباً عن المرسل إليه الذي تم التعاقد لحسابه، إلا أن هذه النيابة ناقصة لكون الشاحن يظل ملتزماً قبل الناقل بالوفاء بأجرة النقل، شأنه شأن الموكل (الأصيل) الذي تنصرف إليه آثار العقد الذي أبرمه الوكيل وفقاً لأحكام النيابة، ومن جهة أخرى تمييزاً لهذه النيابة الناقصة عن النيابة الكاملة، إذ تقتضي هذه الأخيرة تجديداً، وذلك بتغيير المدين الأصلي، إلا أنه لما كان هذا التجديد لا يفترض طبقاً للقواعد العامة، لعدم إمكانية افتراض أن الناقل قد تخلى باختياره عن حقه الشخصي قبل الشاحن، فإنه يشترط فيه الاتفاق صراحة على براءة ذمة هذا المدين⁴.

لم تسلم هذه النظرية كسابقتها من النقد، وذلك من عدة نواحي⁵:

- أنها لا تعدو مجرد افتراض، فالشاحن عندما يتعاقد مع الناقل فإن نيته لم تكن لتتجه إلى أن يتخذ مركزاً مزدوجاً، أي بصفته كأصيل وفي نفس الوقت كنائب عن المرسل إليه، حتى يصبح هذا

¹ د محمد ترك، شرط التحكيم بالإحالة، المرجع السابق، ص 415-416.

² د عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، ص 108.

³ د مصطفى كمال طه، القانون البحري الجديد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص 275.

⁴ د محمد ترك، مرجع سابق، ص 416-417، د عباس مصطفى المصري، مرجع سابق، ص 100.

⁵ مشار إليه في، المرجعين نفسهما، في ذات الموضوعين وما بعدهما.

الأخير في مركز الطرف في عقد النقل البحري، مما يجعل فكرة النيابة الناقصة تقوم على أساس افتراضي محض لا حقيقي.

- يترتب على الأخذ بهذه النظرية، عدم إمكانية تداول سند الشحن وانتقاله بين أكثر من مستفيد، مما يسقط عنه صفته كورقة تجارية قابلة للتداول، فهذه النظرية لا تثبت الحقوق والالتزامات التي يتضمنها هذا السند إلاً لشخص واحد، وهو الأصيل الذي تعاقد النائب نيابة عنه عند إبرام عقد النقل البحري، ولا شك أن ذلك يتعارض وما هو مقرر من قابلية سند الشحن للتداول بين أكثر من مستفيد، وما يترتب على ذلك من صعوبة افتراض نيابة الشاحن عن حامل سند الشحن، والذي يتقدم -أي هذا الحامل- إلى الريان مطالباً إياه بتسليمه البضاعة على أساس حيازته لسند الشحن، والذي يكون في الغالب شخصاً آخر غير المرسل إليه الذي كان الشاحن قد تعاقد لحسابه عند إبرام عقد النقل.

- القول باعتبار المرسل إليه طرفاً في عقد النقل البحري للبضائع، يجعله مرتبطاً بهذا العقد منذ إبرامه بين الناقل والشاحن، لا من وقت حيازته لسند الشحن، فكيف إذن يمكن إعمال قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفوع في مواجهة المرسل إليه حسن النية، والتي يمكن أن تنشأ عن هذا العقد الذي يكون هو طرفاً فيه حسب النظرية.

وتلافياً لهذه الانتقادات، امتدت الرؤى إلى ضرورة البحث عن قاعدة أخرى، يمكن اعتمادها سنداً يتحدد على أساسه مركز المرسل إليه ضمن تلك العلاقة الثلاثية محل البحث:

د- نظرية الحيازة الرمزية للبضاعة:

لما كان سند الشحن البحري هو محرر مكتوب، يمثل البضاعة الثابتة به والمشحونة على ظهر السفينة، فهو بذلك يحل محل هذه البضاعة أثناء وجودها في يد الغير، ومن ثم شكل هذا المفهوم مبرراً عند أصحاب هذه النظرية، في اعتبار حائز هذا السند حائزاً لهذه البضاعة، إلاً أنها لا تزال حيازة رمزية لعدم إحرازها مادياً في يده، وإنما لا تزال حيازتها المادية في يد الريان الذي وقع على سند الشحن، ومن ثم تحول هذه الحيازة الرمزية لحائزها الحق في طلب تسلم البضاعة من الريان في ميناء التفريغ، وحق التصرف فيها مادامت تحت حيازته خلال الرحلة البحرية، فضلاً على حق الرجوع على الناقل بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن مسؤوليته، وبالجملة فإن حقوق والتزامات

المرسل إليه يحددها هذا السند الذي يحوزه، والذي يحكم علاقته بالريان، بعيداً عن العلاقة بين الناقل والشاحن والتي يحكمها عقد النقل الأصلي¹.

ويترتب على الأخذ بفكرة الحيازة الرمزية النتائج التالية²:

- يخول سند الشحن للمرسل إليه حسن النية حقاً خاصاً، لا يتقيد ولا يتأثر بالعلاقات القائمة بين الشاحن والناقل أو الحاملين السابقين للسند، ويترتب على ذلك أنه لا يمكن للناقل أن يحتج قبل المرسل إليه بالدفع التي يمكنه أن يحتج بها قبل الشاحن.

- التزام المرسل إليه بكافة الشروط الواردة بسند الشحن، بما فيها الشروط التي يحيل إليها هذا السند في وثائق أخرى، فيقع عليه تسلم البضاعة ودفع أجرة الناقل إذا لم يكن قد دفعها الشاحن، وإذا امتنع المرسل إليه عن ذلك، فإن الناقل لا يفقد حقه الثابت في سند الشحن، فله أن يمارس حقه في حبس البضاعة وحقه في الامتياز، بما في ذلك حقه في الرجوع على الشاحن باعتباره طرفاً في عقد النقل.

لكن هذه النظرية رغم وجاهتها ومحاولتها تلافي ما وجه لسابقتها من انتقادات، واعتناق جانب كبير من الفقه لها كأساس يبرر حق المرسل إليه حامل السند في مواجهة الناقل³، إلا أنها هي الأخرى لم تسلم من بعض العيوب أهمها⁴:

- أن المبررات التي أتت بها هذه النظرية لتكوين سند يتحدد على أساسه حق المرسل إليه، لا تعدو مجرد مسائل استقر عليها العمل في مجال النقل البحري للبضائع، فالقول بأن سند الشحن يعتبر ممثلاً للبضاعة المنقولة بحراً، ويمكن تداولها بتداوله، هو أمر استلزمته الضرورة العملية، بل وقد استقرت عليه كافة التشريعات ونصت عليه صراحة⁵، كما أن القضاء يعطي للمرسل إليه دعوى مباشرة ضد الناقل لعدم تنفيذ عقد النقل، وفي المقابل يلزمه باحترام الشروط الواردة في سند

¹ د محمد ترك، شرط التحكيم بالإحالة، المرجع السابق، ص 418، د عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، ص 115-116.

² د عباس مصطفى المصري، المرجع نفسه، ص 116 وما بعدها مع ما أشار إليه من مراجع.

³ د محمود سمير الشرقاوي، القانون البحري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الطبعة الثانية، 1992، ص 338 وما بعدها.

⁴ مستفاد من، د محمد ترك، مرجع سابق، ص 426 وما بعدها، د عباس مصطفى المصري، مرجع سابق، ص 118 وما بعدها.

⁵ تراجع في ذلك المواد 748 وما يليها من القانون البحري الجزائري.

الشحن، فيبقى التساؤل قائماً إذن إزاء الأساس القانوني لمركز المرسل إليه، والذي يخوله حق المطالبة بتنفيذ عقد لم يكن طرفاً فيه، وبالمقابل التزامه بالشروط الواردة فيه؟.

- على فرض التسليم بصحة الاعتداد بمسألة تمثيل سند الشحن للبضاعة المنقولة، وأن حياة المرسل إليه لهذا السند هي حياة لهذه البضاعة، إلا أن هذا الافتراض لا يعتبر معياراً جامعاً مانعاً لعدم شموله لبعض الحالات نذكر منها:

- حالة النقل البحري للبضائع التي تتم بدون سند شحن.

- حالة السندات البسيطة أو ما يصطلح عليه بـ: "تذكرة نقل بحري"، وهي التي أصبحت تستعملها بعض الخطوط الملاحية بسبب التطور التكنولوجي، وما عرفه من إدخال الكمبيوتر والأجهزة الإلكترونية على جميع عمليات النقل البحري، بغرض القضاء على مشكلة تأخر المستندات، ومن المعلوم أن هذه السندات غير قابلة للتداول، فيبقى لسند الشحن وظيفتين فقط: الأولى تتمثل في إثبات استلام البضاعة، والثانية تتمثل في إثبات عقد النقل البحري، فتتخلف بذلك أهم وظيفة له وهي تمثيله للبضاعة المنقولة.

- القول بأن الريان يعتبر حائزاً للبضاعة المشحونة على ظهر السفينة حياة مادية، وإن كان يصدق في حالة سند الشحن الاسمي، كما لو كان لحساب مرسل إليه معلوم أو حامل سند معلوم، أو كان لحساب الشاحن نفسه، إلا أنه لا يصدق في حالة سند الشحن الإذني أو لحامله، ففي هاتين الحالتين لا يمكن القول أن الريان يجوز للبضاعة مادياً لحساب المرسل إليه، لأن هذا الأخير لا يكون محددًا ومعروفًا للريان، إلا في ميناء التفريغ عندما يتقدم إليه لاستلام البضاعة.

خلاصة:

ننتهي مما سبق إلى أن جميع تلك المفاهيم التقليدية السابقة، أضحت قاصرة عن إيجاد أساس قانوني جامع لتبرير المركز القانوني للمرسل إليه في عقد النقل البحري للبضائع، والذي يخوله حقاً خاصاً من عقد لم يشارك فيه، وهو الأمر الذي انتهى بكثير من الفقهاء إلى ضرورة الاعتراف بأن مسائل القانون التجاري في كثير من جوانبها الخاصة، تختلف عن تلك المعهودة في ظل القانون المدني، وإن كانت تلتقي معها أحياناً¹، غير أننا وإن كنا نوافق هذا الرأي في الاعتراف بتلك الخصوصيات التي تتميز بها المسائل التجارية، إلا أن الواقع العملي قد أثبت إمكانية تفسير مركز

¹ د عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، ص 121.

المرسل إليه في عقد النقل البحري على أساس من القواعد العامة، والتي استطاعت أن تستجيب إلى حد كبير لتلك الخصوصيات التجارية، وفقاً لإطار قانوني محدد على نحو ما سوف نرى فيما يلي:

ثانياً: مركز المرسل إليه وفقاً لفكرة مجموعة الشركات "Groupe de Sociétés"

نظراً للضعف الذي عرفته المشروعات الفردية، وعدم قدرتها على تحصيل رؤوس أموال ضخمة، خاصة بعد اتساع مساحة الأسواق المحلية والعالمية، ظهرت الحاجة إلى وجود صورة جديدة تقوم على التركيز والتعاون بين مجموعة من الشركات، وذلك عن طريق تسخير أموالها وإمكاناتها من أجل الوصول إلى أهداف كبيرة مشتركة، وذلك تحت رقابة إحدى هذه الشركات التي تسمى بـ: "الشركة الأم"¹، وتفترض هذه الصورة وجود عدد من الشركات أو المشروعات، ترتبط فيما بينها بنشاط صناعي أو تجاري، حيث تبدو كأنها كيان اقتصادي واحد مع استقلال كل منها من الناحية القانونية²، ومن أمثلتها³ التي تصدق على الفرض محل الدراسة، نجد مجموعة الشركات التي تعمل في مجال توزيع المنتجات والبضائع بطريق البحر، ومجموعة الشركات التي تنفذ منشآت صناعية أو خدمية ضخمة كصناعة السفن والموانئ وغيرها⁴.

¹ د عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري متعدد الأطراف، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 23 وما بعدها.

² وقد تطرقت إحدى قرارات التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس، إلى تعريف فكرة مجموعة الشركات حيث جاء فيها أن: "مفهوم مجموعة الشركات يمكن تعريفه وبصرف النظر عن الاستقلال الشكلي الناتج عن تمتع كل شركة في المجموعة بالخصوية القانونية المستقلة، بوحدة التوجه الاقتصادي الناتج عن القيادة الموحدة داخل المجموعة": Sentence C.C.I, n° 2375, du 1975, Clunet 1976, P. 973.

أشار إلى هذا الحكم، د ناجي عبد المؤمن محمد، الاتجاهات الكبرى في امتداد شرط التحكيم، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، صادرة عن كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الثاني لسنة 2006، ص 21.

³ من الصور الشائعة عالمياً لهذه المجموعات نجد: نظام مجموعة المصالح الاقتصادية في فرنسا، ونظام الشراكة في القانون الإنجليزي، ونظام الكونسورتيوم Consortium في القانون الإيطالي، للمزيد ينظر، د محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، المرجع السابق، ص 75. حيث ذهب المؤلف إلى أن فكرة مجاميع العقود واضحة في النظرية العامة للشركات، وكأنه يشير إلى أن مفهوم مجموع الشركات لا يخرج عن النظام القانوني لفكرة مجموع العقود التي سنتناولها لاحقاً، وقد خالفه الرأي د منير عبد المجيد، إذ يرى أن فكرة مجموعة الشركات لم تصل بعد على وجه التحديد إلى حالة المجموعة القانونية، وذلك بسبب اختلاف الأشكال وتنوعها بين المسألتين، أنظر مؤلفه، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، المرجع السابق، ص 138.

⁴ د أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 258-259.

والأصل أن لا تلتزم أية شركة من هذه الشركات في إطار هذه المجموعة باتفاق التحكيم الوارد في العقد الذي تبرمه إحداها، بمعنى أن اتفاق التحكيم المبرم لا تلتزم به سوى الشركة التي ارتضت به ووقعت عليه، وهذا إعمالاً لمبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم من جهة، ومن جهة أخرى، تمتع كل شركة من تلك الشركات المكونة للمجموعة بشخصية قانونية مستقلة¹.

غير أن التطورات التي شهدتها علاقات التجارة البحرية والدولية، والذي أصبح ينبئ بظهور رؤية اقتصادية تفرض ضرورة خضوع مجموع الشركات لرقابة موحدة، عن طريق تركيز سلطة اتخاذ القرار في هذه المجموعة لدى الشركة الرئيسة أو ما يعرف بالشركة الأم، الأمر الذي أثار لدى جهات التحكيم العديد من التساؤلات، حول إمكانية امتداد شرط التحكيم الذي أبرمته شركة ما إلى شركة أخرى لم توقع عليه بداية، وذلك خروجاً عن مبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم²؟.

المتبع لقرارات التحكيم التجاري الدولي على نحو ما سيأتي، يلاحظ أنها لا تتوقف في تحديدها لمفهوم الطرف في العقود ذات الطابع الدولي -ومثلها عقد النقل البحري للبضائع-، على العملية المادية للتوقيع فحسب، بل أصبحت تفضل الارتكاز على المعيار الاقتصادي تحقيقاً وتسهيلاً لمصالح التجارة البحرية والدولية، فتجدها ترصد كل من يقف خلف المتعاقدين الأصليين، أو يساهم بدور فعال في عملية المفاوضات، أو تكوين العقد أو تنفيذه أو إنجائه، لتصل في الأخير إلى الحكم بامتداد آثار العقد إيجاباً أو سلباً إلى طرف آخر، ولو لم يكن خلفاً أو قام بالتوقيع على اتفاق التحكيم، وهذا ما يبرزه بوضوح واقع مجموعة الشركات³، عندما تفرض الظروف والروابط الاقتصادية المتصلة بالغير، وبالذور الذي ساهم فيه في إبرام العقد، الاحتجاج في مواجهته باتفاق التحكيم⁴.

أ- تطبيقات فكرة مجموعة الشركات في مجال التحكيم:

أثيرت مشكلة نسبية آثار اتفاق التحكيم في العديد من المنازعات، سواء أمام المحاكم الوطنية أو حتى أمام قضاء التحكيم، ومن المهم أن نعرض لبعضها توضيحاً للمشكلة محل النقاش:

¹ د حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 242-243.

² د محمد أحمد إبراهيم محمود، دور قضاء التحكيم التجاري الدولي في خلق قواعد قانونية للتجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2013، ص 223.

³ د محمد أحمد إبراهيم محمود، المرجع السابق، ص 223.

⁴ د حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 244.

- قضية Dow Chemical¹:

تتلخص وقائع هذه القضية² في قيام شركتين من مجموعة شركات أمريكية Dow Chemical، تعاقدتا مع شركة فرنسية Isover-Saint-Gobain لتوزيع منتجاتهما من العوازل الحرارية في فرنسا، وقد تضمن العقدان شرط تحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، وبعد شروع الشركة الفرنسية بتنفيذ العقد، وبسبب نزاع حول جودة المنتجات، فوجئت هذه الأخيرة بفسخ العقد من قبل شركة أخرى تابعة للمجموعة الأمريكية المذكورة العاملة بفرنسا، وتم إحالة النزاع على التحكيم من قبل الشركتين التابعتين للمجموعة المذكورة والموقعيتين على العقد، وإلى جانبهما الشركة الأم والشركة الأخرى الفرع التي باشرت فسخ العقد، مع العلم أن هاتين الأخيرتين لم توقعا على العقد. دفعت الشركة الفرنسية المدعى عليها بعدم اختصاص هيئة التحكيم، على أساس أن الشركة الأمريكية الأم والشركة الفرع لم تكونا طرفاً في العقد المتضمن لشرط التحكيم.

ولقد رفضت هيئة التحكيم هذا الدفع مستندة إلى الطابع الاقتصادي الموحد لمجموعة الشركات، وعلى الرغم من الشخصية القانونية المستقلة التي تتمتع بها كل شركة من هذه الشركات المكونة للمجموعة، إلا أنها انتهت إلى تقرير أن "الشركات المدعية، وإن كان بعضها غير طرف في العقد، إلا أنها قد ساهمت بطريقة أو بأخرى في إبرامه أو في تنفيذه أو فسخه، ومن ثم يمتد إليها شرط التحكيم، بحسبان أنها تمثل كلها في النهاية حقيقة اقتصادية واحدة، حتى وإن كان لكل شركة شخصية قانونية مستقلة عن غيرها".

لكن هنا ملاحظة ينبغي التنبه لها، وهو أن اتفاق التحكيم الذي يبرمه الفرع يلزم الشركة الأم المتفرع عنها، بحسبان أن فروع الشركات لا تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الشركة الأم، باعتبارها مجرد جهاز من أجهزتها، ومن ثم فهو يبرم اتفاق التحكيم نيابة عنها وباسمها، فنكون عندئذ أمام طرف واحد أبرم اتفاق التحكيم، أما إذا أبرمه باسمه هو بخصوص أنشطته ومعاملاته فلا يعتد به، ولا يمتد إلى الشركة الأم، كل ذلك مع وجوب حماية الغير حسن النية، الذي تعاقد مع الفرع معتقداً في الظاهر أنه يتعامل مع الشركة الأم³.

¹ Sentence C.C.I, n° 4131, du 23 Septembre 1982, Dow Chemical, C/Isover-Saint-Gobain, Clunet 1983, P. 899, obs. Derains, Rev. Arb, 1984, P. 115.

² أنظر تفاصيل هذه القضية وغيرها عند، د حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 140 وما بعدها.

³ د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 260-261.

ولقد رفضت محكمة استئناف باريس الطعن بالبطلان ضد حكم التحكيم المتقدم، مقررّة بأن المحكمين قضوا في المنازعة المعروضة عليهم بناءً لما لهم من سلطة مطلقة، في تفسير العقود المبرمة والوثائق المتبادلة بين الأطراف وقت المفاوضات ووقت فسخ العقود، وإنهم ما انتهوا إليه من قضاء قد استندوا إلى تسبيب واضح وخال من التناقض، وبناءً على تفسيرهم للإرادة المشتركة لكل من الشركات المعنية، فإن شركة Dow Chemical الأم والشركة الفرع في فرنسا كلتاهما كانت طرفاً في العقود، على الرغم من أنهما لم توقعا عليها، وبهذه المثابة يسري شرط التحكيم في مواجهتهم¹.

ولعل هذا الفرض في قبول فكرة مد أثر اتفاق التحكيم في مجموعة الشركات، يضعنا أمام فرض آخر شبيه به، وهو الذي تكون فيه الدولة هي التي وافقت على العقد، وتم التمسك بشرط التحكيم الوارد به في مواجهة أحد أجهزتها، أو كان الموقع على العقد هو أحد أجهزة الدولة، وتم التمسك بشرط التحكيم الوارد به في مواجهة الدولة، وهو ما يثير مرة أخرى مسألة أعمال مبدأ الأثر النسبي لاتفاق التحكيم في هذا الفرض؟، وهذا الأخير يظهر بوضوح من خلال القضية الشهيرة التي تعرف بقضية هضبة الأهرام المصرية:

- قضية هضبة الأهرام المصرية²:

تعود وقائع القضية إلى قيام وزير السياحة المصري، كمثل عن الجمهورية المصرية العربية والمؤسسة المصرية العامة للسياحة والفنادق EGOH، بإبرام اتفاق أساسي في 23 سبتمبر 1974 مع الشركة الأمريكية (شركة ممتلكات جنوب الباسفيك للشرق الأوسط) Southern Pacific Properties، والتي مقرها هونج كونج، وذلك لأجل إنشاء مركزين سياحيين أحدهما يقع على مقربة من الأهرامات.

وفي 12 ديسمبر 1974 أبرمت الشركة الأمريكية المذكورة عقداً مع المؤسسة المصرية العامة للسياحة والفنادق، باعتبارها الشريك المصري الوحيد في مشروع الأهرامات السابق، ولقد أشار هذا العقد مباشرة إلى الاتفاق المبرم في 23 سبتمبر 1974، حيث تضمن تحديداً لكل التزامات

¹ Paris, 21 octobre 1983, Rev Arb, 1984, p. 98, note A.Chapelle.

² يراجع بشأن تفاصيل هذه القضية، د حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 150 وما بعدها.

الطرفين بشأن مشروع هضبة الأهرام، كما تضمن نصاً يتضمن الإحالة على التحكيم في كل ما ينشأ عن العقد من منازعات، وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس.

وعلى الرغم من أن الحكومة المصرية لم تكن طرفاً في هذا الاتفاق الأخير الموقع في 12/12/1974، إلا أن وزير السياحة قام بالتوقيع في ذات التاريخ على آخر صفحة من العقد، مع إدراجه عبارة: "ووافق، واتفق، وصدق عليه".

ونظراً للمعارضة الشديدة التي لقيها هذا المشروع لما قد يترتب من تدمير لهذا الموقع التاريخي، قامت الحكومة المصرية بسحب موافقتها على إقامة المشروع، مستندة على أن الموقع يعتبر من المناطق الأثرية، الذي يوجب نزع حق الانتفاع المقرر للشركة وتخصيصه للمنفعة العامة.

وعلى إثر ذلك لجأت الشركة الأمريكية الأم S.P.P وإلى جانبها الشركة الفرع في الشرق الأوسط، إلى تحريك إجراءات التحكيم ضد كل من الحكومة المصرية والمؤسسة المصرية للسياحة والفنادق.

ولقد تمسكت الحكومة المصرية بأنه لا يجوز إخضاعها للتحكيم، نظراً لأنها لم تكن طرفاً في اتفاق التحكيم، مما يجعل هيئة التحكيم غير مختصة.

وبتاريخ 16 فبراير 1983 أصدرت غرفة التحكيم حكمها بعدم قبول الدفع بعدم اختصاصها الذي أثارته الحكومة المصرية، مع إلزامها بدفع تعويض للشركتين المدعيتين قدره اثنا عشر مليون ونصف دولار أمريكي، بالإضافة إلى فائدة خمسة بالمائة تحسب ابتداءً من أول ديسمبر 1978.

ولقد طعنت حكومة مصر في الحكم المتقدم أمام محكمة استئناف باريس، مطالبة بإلغائه إعمالاً لنص المادة 6/1/1502 من قانون المرافعات الفرنسي الجديد، التي تجعل محكمة التحكيم المنعقدة تحت مظلة غرفة التجارة الدولية بباريس، غير مختصة لعدم وجود شرط تحكيم تعد الدولة المصرية طرفاً فيه، فضلاً على مخالفة حكم التحكيم للنظام العام الدولي ولبدأ سيادة الدولة المصرية.

ومن ثم أصدرت محكمة استئناف باريس في 12 جويلية 1984 حكماً قضت فيه بإلغاء حكم التحكيم المطعون عليه بالبطلان، وهو الحكم الذي أيده محكمة النقض الفرنسية في 6 جانفي 1987.

ب- تقدير مدى صلاحية إعمال فكرة مجموعة الشركات كأساس لمركز المرسل إليه:

بالنظر إلى الاتجاه الملموس على مستوى الأحكام السالفة الذكر -تحكيمياً وقضائياً-، نجد أنه يقرر مد أثر اتفاق التحكيم الذي تبرمه شركة من مجموع الشركات، إلى الغير الذي لم يوقع عليه، إذا كان هذا الغير شركة تنتمي إلى ذات المجموعة، فلو قدرنا فرضاً في القضية الأولى، أن الشركات المعنية قد أبرمت عقد لنقل البضائع بطريق البحر متضمن لاتفاق تحكيم، وأن الشركة الفرع التي لم توقع على هذا العقد، هي الشركة المرسل إليها، أي تأخذ مركز المرسل إليه محل الدراسة، فإن النتيجة التي تم التوصل إليها وفقاً لما انتهت إليه الأحكام السابقة، تقودنا إلى القول بأن اتفاق التحكيم المبرم يسري في مواجهة الشركة المرسل إليها، إذا كانت الظروف المحيطة بهذه الأخيرة تظهر تدخلها بشكل أو بآخر في العملية التعاقدية في أي مرحلة من مراحلها، أو بمعنى آخر إذا تبين من خلال الإرادة المشتركة لكل من الشركات الموقعة والشركة المرسل إليها، وبحكم انتمائهم لمجموعة الشركات الخاضعة لجهة رقابة واحدة تتمثل في الشركة الأم، وبحكم الروابط الاقتصادية الموحدة بين العقود التي تبرمها هذه الشركات، إذا تبين من ذلك كله اتجاه الإرادة المشتركة لهذه الشركات، اعتبار الشركة المرسل إليها طرفاً في عقد النقل، يحتج عليها بشرط التحكيم الوارد فيه.

غير أن هذا الطرح وإن كان قد لقي استحساناً فقهيّاً وقضائياً على النحو السابق، لما قد يحققه من مزيد من تفعيل لاتفاق التحكيم، إلا أن البعض¹ يخشى من التوسع في فكرة امتداد اتفاق التحكيم في مجموعة الشركات، لاسيما في الفرض الذي يظهر فيه أن الشركة التي وقعت الاتفاق، كانت تقصد قصر أثره عليها دون غيرها من شركات المجموعة، حتى وإن كانت هذه الأخيرة قد تدخلت بشكل أو بآخر في العملية التعاقدية، ولم تدل قرائن الحال على قبول الشركات غير الموقعة لاتفاق التحكيم، أو على اتجاه نيتها إلى أن تكون طرفاً فيه.

وتلافياً لهذا الإشكال، يرى البعض² أنه بدلاً من الارتكاز على تفسير إرادة الأطراف، وما قد يترتب على هذا التفسير من مجرد افتراض لقرائن قانونية على مد آثار اتفاق التحكيم، قد

¹ د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 261 وما بعدها.

² J. Rubellin-Devichi, L'arbitrage et les tiers, le droit de l'arbitrage, les solutions juridictionnelles, Rev. Arb, 1988, P. 515 et s.

تصطدم مع رفض الالتجاء إلى التحكيم كلية، فإنه لا بد من التأكد من وجود هذا الاتفاق أولاً ودون افتراض تحقق وجوده، وثانياً إلزام الأطراف التي توقع عليه ولو لم تقبله صراحةً¹.

وبالنتيجة فقد ظهر من خلال العرض السابق لأحكام القضاء والتحكيم، أن إعمال المعيار المتقدم على مجموعة الشركات، أدى إلى مد نطاق اتفاق التحكيم إلى الشركة التي لم تكن موقعة على العقد، وبالتالي على شرط التحكيم، وذلك في جميع الحالات التي ثبت فيها الدور الذي لعبته هذه الشركة في إبرام العقد أو تنفيذه أو فسخه، بينما لم يكن الأمر كذلك بالنسبة للعقود التي تبرمها الدولة أو أحد أجهزتها، والمتضمنة شرطاً للتحكيم، حيث لم يمتد نطاق اتفاق التحكيم ليحتج به سواء على الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها حسب الأحوال.

ومن المهم في ختام هذه المسألة أن نوه إلى ما ذهب إليه جانب من الفقه، من ضرورة عدم التعويل على المطابقة بين الحلول التي كرسها القضاء والتحكيم بشأن مد نطاق اتفاق التحكيم، وذلك بين كل من مجموعة الشركات من جهة، والعلاقة بين الدولة والأجهزة التابعة لها²، فبناءً على اختلاف النتائج والحلول التي انتهت إليها تلك الأحكام في هاتين المسألتين، فإنه يتعين تفسيرها وفقاً للظروف التي صدرت فيها، وعدم الأخذ بها على إطلاقها.

وعلى أية حال، فإن القاعدة العامة التي يمكن الخروج بها من خلال المقارنة بين الأحكام السابقة³، بخصوص المسألتين السابقتين بشأن آثار اتفاق التحكيم، هي عدم امتداد هذه الآثار إلى الغير، والذي نفترض في هذا المقام أنه هو المرسل إليه، والذي لم يوقع على الاتفاق ولم يكن طرفاً فيه، إلا إذا كانت هناك إرادة مشتركة من قبل الأطراف، سواء من قبل الشركات غير الموقعة فيما يتعلق بمجال مجموعة الشركات، أو حتى من قبل الدولة أو أحد أجهزتها فيما يتعلق بهذا المجال، ذلك أن القول بأن اتفاق التحكيم لم يمتد بقوة القانون إلى الدولة المصرية - كما في قضية الأهرام السابقة -، فهذا لا يمنع من التزامها به إذا قبلت به واتجهت نيتها إلى الارتباط به، وعلى

¹ ولعل ما يعضد هذا الرأي ما سبق وأن رأيناه بشأن مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، وما يترتب عنه من إلزام أطرافه بالتنفيذ العيني لهذا الاتفاق، ومن جهة أخرى مبدأ قانون الإرادة الذي سوف يأتي معنا في معرض الكلام عن القانون الواجب التطبيق على التحكيم، وكيف أن التحكيم ذاته هو نظام يركز من حيث الأصل على إرادة واتفاق الأطراف وما اتجهت إليه نيتهم.

² Philippe LEBOULANGER, Groupes d'Etat et arbitrage, Rev. Arb, 1989, P. 415.

³ يرجع في شأن المقارنة بين الحلول والنتائج التي انتهت إليها الأحكام المذكورة إلى، د حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 150 وما بعدها، وخاصة ص 155-156.

كل فإنه يتعين في جميع الأحوال الارتكاز على تفسير هذه الإرادة، على أن تكون هذه الإرادة صريحة بما لا يدع مجالاً للشك، من اعتبار الغير -المرسل إليه- بمثابة طرف، نتيجة لما قام به من دور سواء في إبرام أو تنفيذ أو فسخ العقود المتضمنة شرط التحكيم.

لكن وعلى الرغم من هذه النتيجة التي توصلنا إليها، فإن مركز المرسل إليه سواء من جهة فكرة مجموع الشركات، أو فكرة الدولة أو أحد الأجهزة التابعة لها، يبقى في تقديرنا غير واضح لعدم وضوح الأساس القانوني الذي استندت إليه هذه الأفكار في تبريرها لأساس حق المرسل إليه، الناشئ عن علاقات قانونية لم يكن طرفاً فيها، وإقحامه فيها على الرغم من ذلك بإسباغ صفة الطرف عليه، وعلى هذا الأساس يبقى المجال مفتوح للبحث عن سند آخر لهذا الحق، وهو ما سنحاول بحثه فيما يلي:

ثالثاً: فكرة المجموعة العقدية (Les groupes des Contrats)

تتصل فكرة المجموعة العقدية بالمبدأ محل الدراسة -مبدأ امتداد أثر اتفاق التحكيم- وذلك من حيث الموضوع، فإذا كان ما تعرضنا له فيما سبق من امتداد هذه الآثار من حيث الأشخاص، أي إلى أشخاص غير موقعة على اتفاق التحكيم، فإن فكرة المجموعة العقدية تتعلق بمدى سريان اتفاق التحكيم الوارد في أحد العقود، على عقود أخرى مبرمة -وليس أشخاص- بين ذات الأطراف الموقعة على العقد المتضمن للاتفاق المذكور، وعموماً فإن تطبيق فكرة المجموعة العقدية في مجال التحكيم الدولي تختلف عنها في مجال التحكيم الداخلي على النحو التالي:

أ- تطبيقات فكرة المجموعة العقدية في مجال التحكيم الدولي:

تقوم فكرة المجموعة العقدية في مجال التحكيم الدولي، على وجود مجموعة من العقود¹، تنتظمها وحدة المحل أو وحدة السبب، وهي تأخذ إحدى صورتين²:

الأولى، تعرف بالتجمع العقدي "Les ensembles de Contrats": حيث ينتظم هذا التجمع عدة عقود تهدف إلى تحقيق غرض واحد رغم اختلاف أطرافها، إذا تعمل إحداها على تنفيذ الالتزامات مثلاً، وتسهم الأخرى في المساعدة أو تقديم الضمانات اللازمة لتنفيذها، وسواء تم إبرام هذه العقود في وقت واحد أو بصورة متتابعة، فالمهم أن يشكل كل عقد جزءاً من مجموع

¹ Bernard Teysie, Les groupes des Contrats, th. L.G.D, 1975, n° 69, P. 40 et s, n° 178, P. 97 et s.

أشار إليه، د محمد ترك، المرجع السابق، ص 440.

² د عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، المرجع السابق، ص 494-495، وفي ذات المعنى د محمد ترك، مرجع سابق، ص 440 وما بعدها.

هذه العقود، كما هو الحال مثلاً في عقود نقل متعددة المراحل أو ما يعرف بالنقل المتعدد الوسائط¹، بحيث تتم إحداها بجزراً والأخرى جواً والأخرى بالسكة الحديدية، وكما في حالة إبرام عقد القرض وعقد الكفالة، حيث يضمن هذا الأخير وفاء المقترض، وكما في حالة إبرام عقد بيع وعقد مع البنك لتسوية ثمن البيع.

والثانية، تعرف باسم السلسلة العقدية² "Les chaines de Contrats": حيث تتابع العقود على ذات المحل التي أبرمت بشأنه هذه العقود رغم اختلاف أطرافها، مكونة بذلك سلسلة عقدية متصلة، كما هو الحال مثلاً في عقود البيع المتوالية على بضاعة واحدة، بحيث يتم تداولها بين أكثر من مشتر، أو عقد إيجار سفينة ثم قيام مستأجرها بتأجيرها من الباطن إلى شخص آخر.

واستناداً إلى هذا المفهوم السابق للمجموع العقدي بصورتيه، نفترض أن هناك عقد أصلي مبرم بين الشاحن والمرسل إليه لبيع بضاعة معينة، وإلى جانبه تم إبرام عقود أخرى تابعة له، كإبرام عقد نقل لهذه البضاعة، وعقد تأمين عليها، وعقد شحن وتفريغ، وعقود نقل متتابعة، فنكون عندئذ أمام عقد أصلي يتمثل في بيع بضاعة متضمن لشرط تحكيم، وعقود أخرى تابعة تتجمع حول هذا العقد الأصلي، وبالطبع تهدف إلى ضمان تنفيذ العقد الأصلي من خلال توصيل البضاعة سالمة إلى المرسل إليه، لكنها لا تتضمن شرط تحكيم، وليس بها إحالة على العقد الأصلي أو الإشارة إلى شرط التحكيم الوارد به³، ففي هذا الفرض يثور الجدل حول مدى جواز الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في هذا العقد الأصلي، على أطراف في عقد من العقود التابعة الأخرى والمنتمة إلى ذات المجموعة العقدية السابقة، إلا أنها لم تكن طرفاً في شرط التحكيم؟، أو كان أحد العقود التابعة يتضمن شرط التحكيم، ولنفترض بأنه عقد النقل البحري للبضاعة محل الدراسة، فيثور التساؤل عن مدى جواز الاحتجاج بهذا الشرط على المرسل إليه، والذي لم يكن طرفاً في هذا العقد، ولم يتضمن العقد الأصلي الذي كان هو طرفاً فيه هذا الشرط؟.

الإجابة على هذا التساؤل تقتضي التمييز بين ثلاثة فروض⁴:

¹ Pierre BONASSIES, Ch. SCAPEL, Traité de droit maritime, 2ème éd, Paris, LGDJ- Lextenso, éd, 2010, P 770.

² أنظر أمثلة مفصلة عن هذه العقود:

Wei HOU, La Liberté Contractuelle En Droit Des Transports Maritimes De Marchandises, Thèse en vue de l'obtention du Doctorat en droit, Faculté de Droit et de Science Politique, Université Paul Cézanne -Aix-Marseille Iii, Présentée et soutenue publiquement Le 20 décembre 2010, p. 124 et s.

³ د محمد ترك، المرجع السابق، ص 442.

⁴ د حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 161 وما بعدها.

الفرض الأول: عندما يتضمن العقد الأصلي شرط التحكيم دون سائر العقود¹

لا يثير هذا الفرض أية صعوبة، فإرادة الأطراف صريحة في إخضاع المنازعات المحتمل أن تنشأ في إطار العملية التعاقدية بأكملها إلى التحكيم²، وذلك بمد أثر اتفاق التحكيم من العقد الأصلي إلى بقية العقود الأخرى التي ساهمت في تنفيذه³، عملاً بمبدأ تبعية الفرع للأصل⁴.

على أن ما ينبغي التنبه إليه في هذا المقام، أن عقود التجارة الدولية ومن بينها عقود النقل البحري للبضائع، غالباً ما تكون محددة المدة، فكثيراً ما يحدث وأن يتم تجديد العقد الأصلي الذي كان يتضمن شرط تحكيم، وذلك دون تجديد الاتفاق على هذا الشرط أو الإشارة إليه، فتثور مرة أخرى مسألة مدى جواز التمسك بهذا الشرط، إذا ما نشأ نزاع بشأن تنفيذ أو تفسير العقد الجديد؟.

يبدو أن هذه المسألة لم تكن محل اتفاق بين ما ذهب إليه الفقه، وما جنحت إليه بعض أحكام القضاء، فقد أجازت العديد من أحكام القضاء للطرف ذي المصلحة التمسك بشرط التحكيم الذي ورد في العقد القديم، وذلك بشأن النزاع الناشئ عن العقد الجديد، استناداً إلى الإرادة الضمنية المستفادة من تواتر العمل بين الأطراف، ما لم يتبين من الظروف أن إرادتهم لم تنصرف إلى ارتضاء التحكيم في العقد الجديد، وهو ما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ 14/2/1970⁵، وإليه أيضاً بعض أحكام التحكيم الدولي⁶.

¹ يسمي البعض هذه الصورة بالامتداد الرأسي، حيث يتم من خلالها مد شرط التحكيم من عقد أصلي يتضمنه إلى عقد تبعي لا يتضمن هذا الشرط، ولعل هذا الفرض يصدق على الصورة الثانية في مجموعة العقود، والمتمثلة في سلسلة العقود، للمزيد ينظر، د إبراهيم أحمد إبراهيم، تطبيقات عملية لقضايا التحكيم، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، الصادر عن الأمانة العامة للاتحاد العربي للتحكيم التجاري الدولي، العدد الثالث، أكتوبر 2000، ص 140.

² تجدر الإشارة في هذا المقام، إلى ضرورة التمييز بين هذا الفرض والفرض الذي يتضمن فيه العقد التابع أو اللاحق، ما يعرف بشرط الاختصاص القضائي لصالح قضاء الدولة، ففي هذه الحالة تعتبر إرادة الأطراف صريحة في استبعاد التحكيم، فلا يجوز مد شرط التحكيم من العقد الأصلي إلى التبعي، وأي استمرار لإجراءات التحكيم في ظل هذا الشرط، من شأنه أن يفتح باب الطعن بالبطلان على حكم التحكيم. د أحمد عبد الكرم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 258. وانظر كذلك:

Paris, 9 décembre 1987, note G. PLUYETTE, Rev. Arb, 1988.

³ Ph.Foucharde - E.Gaillard - B.Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, Op. Cit, P. 318.

⁴ Trib de commerce de bobigny, 29 mars 1990, Rev. Arb, 1992, P. 68, note L'Aynes.

⁵ أشار إليه، د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 393.

⁶ أشار إليها، د د محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، شركة مطابع الطناني، 1986، ص 110.

وعلى العكس من اتجاه القضاء، يذهب غالبية فقه التحكيم التجاري الدولي، إلى عدم إجازة استمرار نفاذ شرط التحكيم الوارد في العقد السابق إلى العقد الجديد، إلا إذا تم التأكد وبما لا يدع مجالاً للشك أن إرادة الطرفين ارتضت فعلاً استمرار هذا الشرط في العقد الجديد، فلا يكفي الاستناد على تواتر العمل به بين الطرفين لتفسير إرادتهما الضمنية¹.

الفرض الثاني: أن تتضمن كل العقود شرط تحكيم مستقل

لا يثير هذا الفرض كسابقه أية صعوبة، على اعتبار كل عقد من العقود المساهمة في تحقيق العملية التعاقدية يتضمن شرطاً تحكيمياً، إلا أن الإشكال قد يدق من جهة تكرار الأطراف نفس الشرط التحكيمي حرفياً في هذه العقود، حيث تنور مسألة ما إذا كان يتعين اختيار هيئة تحكيم واحدة، من أجل الفصل في المنازعات المحتملة نشوؤها عن هذه العقود، أم أنه يتعين تشكيل هيئات تحكيم متعددة بتعدد هذه العقود، بحيث تستقل كل هيئة بنظر النزاع الناشئ عن كل عقد على حدة؟.

وقد تدق مسألة أخرى أيضاً وهي كثرة الظهور من الناحية العملية، وهي الحالة العكسية للحالة السابقة، عندما تختلف الشروط التحكيمية الواردة في كل عقد من تلك العقود، وذلك سواء من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق، أو من حيث تحديد مكان التحكيم، فقد يتضمن عقد من هذه العقود شرطاً تحكيمياً وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، على أن تعقد جلساته في جنيف مثلاً، بينما ينص عقد آخر من نفس مجموعة العقود على التحكيم وفقاً لذات الغرفة، لكن جلساته يتم عقدها في باريس، الأمر الذي يثير التساؤل حول طبيعة الحلول الممكنة، في مثل هذه المنازعات القائمة على مثل هذا التنوع في شروط التحكيم المنصبة على تنفيذ ذات العملية التعاقدية الواحدة؟، أو بمعنى آخر هل يكون بالإمكان ضم المنازعات الناشئة عن هذه العقود، رغم اختلاف شروط التحكيم الواردة فيها واستقلالها عن بعضها؟.

بخصوص المسألة الأولى، فإن الحل يتوقف على تفسير إرادة الأطراف الأصلية، فإذا لم يوجد اتفاق صريح في ذلك، فإن القاعدة العامة تقضي بأنه في حالة تكرار الأطراف لذات الشرط التحكيمي في جميع العقود، فإن ذلك يعني انصراف إرادتها إلى إخضاع جميع المنازعات المتصلة بهذه العلاقات التعاقدية إلى ذات محكمة التحكيم².

¹ د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 100.

² د حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 161-162.

أما عن المسألة الثانية¹، فقد تبدو للوهلة الأولى شبيهة بقاعدة ضم الدعاوى المدنية أمام قضاء الدولة، لوحدة الموضوع أو الارتباط وعدم القابلية للتجزئة، وهو مبدأ تفرضه اعتبارات حسن سير العدالة من جهة، وتحاشي تضارب الأحكام في المسائل المرتبطة ارتباطاً وثيقاً من جهة أخرى، لكن أعمال هذه القاعدة أمام قضاء التحكيم مرفوض كأصل عام، حيث يتمتع كل طرف في المنازعة بحرية تامة في تعيين محكمه الذي يتقيد بحدود ونطاق شرط التحكيم، وإلاّ تعرض حكمه للإبطال.

ومن ناحية أخرى، يعتبر من الصعب تصور إمكانية ضم عدة منازعات ناشئة عن عقود تتضمن كل منها شرط تحكيم مختلف عن الآخر، سواء من حيث تحديد مكان التحكيم، أو من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق، لأن مثل هذه الشروط تتعارض مع بعضها ولا يمكن التوفيق بينها، إلاّ إذا تبين من الظروف المحيطة بالمنازعة ومن شروط التحكيم المختلفة، والمدرجة في العقود المرتبطة والتي تهدف إلى إنجاز مشروع واحد، أن الإرادة المشتركة للأطراف سواء كانت صريحة أو ضمنية طالما كانت مؤكدة لا يشوبها لبس، تقبل مثل ذلك الضم، أما في حالة غياب هذه الإرادة أو عدم التأكد منها، فإنه يتعين على هيئة التحكيم الإشارة إلى كل عقد على حدة، وذلك من أجل الفصل في مسألة اختصاصها بشأن كل مسألة متنازع عليها، بناءً على شرط التحكيم الخاص بها وبصورة مستقلة عن باقي شروط التحكيم².

¹ تظهر هذه المسألة بوضوح في قضية شركة Sofidif الفرنسية ضد الحكومة الإيرانية، حيث تم الاتفاق على إنشاء عدة عقود لغرض الاستخدام السلمي للطاقة الذرية، وقد تضمن أحد هذه العقود شرطاً تحكيمياً وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، دون أن يحدد مكان انعقاد الجلسات، بينما تم النص في عقد آخر على شرط التحكيم وفقاً لقواعد الغرفة، وحددت جنيف مكاناً لانعقاد الجلسات، والحاصل أن محكمة التحكيم المنعقدة تحت مظلة الغرفة بعد أن رفع إليها النزاع، أقرت باختصاصها على الرغم من أن كل هذه العقود قد تضمن شرط تحكيم مستقل ومختلف، واستندت في حكمها إلى وجود مصلحة جديرة بالحماية، وهو الأمر الذي رفضته محكمة استئناف باريس، حيث ذهبت في تسبب قرارها الصادر في شأن حكم التحكيم المطعون فيه، إلى أنه كان يتعين على محكمة التحكيم عدم تغليب اعتبارات المصلحة على اعتبارات مبدأ احترام إرادة الأطراف الذي يستند إليه التحكيم من ناحية، ومن ناحية أخرى يتمتع على هيئة التحكيم أن تقوم بضم المنازعات بشأن العقود المركبة، والتي يتضمن كل منها شرط تحكيم مستقل، ينص على أن إجراءات التحكيم يتعين أن تتم كل منها في دول مختلفة، إذ أن مثل هذه الشروط تتعارض مع بعضها ولا يمكن التوفيق بينها...، أنظر في تفاصيل هذه القضية، د حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 161 وما بعدها.

² مستفاد من تعليق د حفيظة الحداد على قضية Sofidif المشار إليها في الهامش السابق، المرجع نفسه، نفس الموضوع.

الفرض الثالث: أن يخلو العقد الأصلي من شرط التحكيم مع وروده في أحد العقود التابعة أو اللاحقة المنفذة له

اختلف الفقه في شأن هذا الفرض على فريقين¹، فريق يمنع امتداد نطاق شرط التحكيم، وفريق يجيزه:

فبالنسبة لأنصار الاتجاه المانع من هذا الامتداد²، فقد استدلوا بالنصوص القانونية التي توجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، بمعنى أن شرط التحكيم لا يلزم إلا من وقع عليه كتابة، ومن جهة أخرى فإن العقد الأصلي هو الأساس الذي ينبع منه باقي العقود الأخرى المنفذة له، والتي تشترك معه في ذات الهدف التجاري الذي أبرمت جميع هذه العقود من أجله³.

وأما الفريق الذي يجيز امتداد الشرط المذكور، من العقد اللاحق إلى العقد الأصلي وحتى إلى العقود اللاحقة الأخرى، فإنهم رغم اتفاقهم حول الجواز إلا أنهم اختلفوا في أساسه، فاتجه البعض إلى أنه يتعين تفسير إرادة الأطراف حسب كل حالة على حدة، للوقوف على ما انصرفت إليه نيتهم الحقيقية من شرط التحكيم، بينما يذهب البعض الآخر إلى أنه يلزم لامتداد شرط التحكيم داخل مجموعة من العقود، تحقق شرط واحد وهو أن يرد شرط التحكيم في إطار تنفيذ ذات العملية التجارية، أي أنهم يشترطون في ذلك أن يكون هناك تجانس بين عقود المجموعة، حتى يمكن القول بوجود هدف مشترك يتمثل في تنفيذ عملية تجارية واحدة، أما إذا لم يكن هناك تجانس بين هذه العقود، فلا محل لمد شرط التحكيم، إلا إذا ثبت علم الأطراف بهذا الشرط⁴.

ولعل هذا الرأي الأخير المؤسس على العلم⁵، يبدو في تقديرنا على قدر كبير من التوافق مع طبيعة التحكيم كوسيلة رضائية قائمة على أساس من اتفاق الأطراف، وعليه فإن أي قول بامتداد

¹ في بيان الآراء المختلفة وأدلتها بخصوص هذه المسألة أنظر، د أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 247 وما بعدها.

² أشار إليه، د عبد الباسط محمد عبد الواسع، شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 469.

³ د سميحة القليوبي، الأسس القانونية للتحكيم التجاري، المرجع السابق، ص 78.

⁴ د أحمد مخلوف، مرجع سابق، ص 248.

⁵ وقد استندت العديد من الأحكام إلى مسألة العلم كشرط لامتداد أثر اتفاق التحكيم، نذكر على سبيل المثال ما ذهب إليه القضاء الفرنسي مؤيداً بقرار محكمة النقض الفرنسية، من امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الشركة الناقلة (الشركة التونسية للملاحة)، رغم أنها لم توقع على عقد البيع الوارد به شرط التحكيم، وذلك بعد أن ثبت علمها بالشروط التعاقدية الواردة به أثناء تدخلها لتنفيذ عقد نقل البضاعة المباعة، من هذه الأحكام: =

لشروط التحكيم دونما اعتبار لإرادة الأطراف، هو قول يتنافى بلا ريب مع طبيعة نظام التحكيم¹.
لكن إذا كان هذا هو موقف الفقه والقضاء من فكرة المجموعة العقدية في مجال التحكيم الدولي، فما هي مظاهر تطبيق هذه الفكرة في مجال التحكيم الداخلي؟:

ب- تطبيقات فكرة المجموعة العقدية في مجال التحكيم الداخلي:

تظهر تطبيقات فكرة المجموعة العقدية في مجال التحكيم الداخلي عموماً من خلال عدة دعاوى، يمكن حصرها في ثلاث دعاوى رئيسية²:

1- دعوى الضمان:

الأصل في هذه الدعوى أن ترفع من أحد المتعاقدين على المتعاقد الآخر، إلا أن الفقه والقضاء أجازا للمالك الأخير للشيء برفع دعوى الضمان مباشرة على البائع الأول، وبالتطبيق على فكرة المجموع العقدي، والتي نفترض وجود المرسل إليه طرفاً في أحدها، والتي تضم مثلاً عقد أصلي لبيع بضاعة ما، وعقد لنقل هذه البضاعة بحراً، وعقد تأمين على هذه البضاعة، وعقد شحن وتفريغ، وغيرها من العقود التي تهدف إلى تنفيذ العقد الأصلي، نلاحظ أن الفقه قد أعطى تفسيراً مقنعاً لهذا التطبيق، حيث أن المرسل إليه مكتسب البضاعة يعتبر طرفاً في المجموعة بأسرها، رغم عدم اشتراكه في عقود المجموعة الأخرى، وبهذه المثابة يكون له حق الرجوع بالضمان على البائع الأول، على الرغم من عدم كونه طرفاً في عقد البيع الأول، وبهذه المثابة أيضاً يكون له التمسك باتفاق التحكيم إذا ما ورد في عقد البيع هذا، كما يمكن التمسك قبله بهذا الاتفاق.

2- دعوى الوفاء المباشرة:

الأصل أن الدائن لا يمكنه الرجوع بالوفاء على مدين مدينه إلى بطريق الدعوى غير المباشرة، ما لم يوجد نص يجيز هذا الرجوع، إلى أن القضاء الفرنسي خرج عن هذا الأصل عندما يتعلق الأمر بوجود مجموعة عقدية واحدة³، حيث أعطى للدائن الذي نشأ حقه عن عقد معين، حق

= Cour d'appel de paris, 28 Nov 1989, Rev. Arb, 1990, P. 675, note P. Mayer. Cass, 25 juin 1991, Rev Arb, 1991, p. 453.

¹ Paris, 7 décembre 1994, Rev. Arb, 1996, P. 245, note Jarsson.

وقد مر بنا في العديد من المواطن في هذا البحث، إلى أن القول الأقرب للصحة والذي تجتمع عليه مختلف الآراء بشأن تحديد طبيعة نظام التحكيم، هو القول بأن هذا الأخير هو "نظام قضائي ذو أساس اتفاقي"، راجع ما قلناه في هذا الخصوص، المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الأول.

² راجعها مفصلة عند، د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 499 وما يليها.

³ Bernard Teyssie, Les groupes des Contrats, n° 587, Op. Cit, P. 239 et s.

الرجوع بالوفاء مباشرة على مدين مدينه الذي التزم قبله بمقتضى عقد آخر، وتفسير هذا الموقف من القضاء يجعل الطرف في أحد عقود المجموعة طرفاً في المجموعة كلها، على الرغم من عدم اشتراكه في بقية العقود.

وبالتطبيق على الفرض محل الدراسة، فإن المرسل إليه (الدائن) الذي نشأ حقه عن عقد البيع الأصلي، يمكنه الرجوع بالوفاء مباشرة على مدين مدينه الذي التزم قبله بمقتضى عقد آخر في ذات المجموعة، ومن ثم يكون له أن يتمسك في مواجهته أيضاً باتفاق التحكيم الوارد في عقد البيع الأصلي، رغم أنه لم يكن طرفاً فيه، وذلك بشأن كل ما ينشأ عن العلاقة بين مدين المرسل إليه ومدينه، رغم كونه لم يكن طرفاً فيها، كما يمكن لمدين المدين أن يتمسك بهذا الاتفاق قبل هذا المرسل إليه رغم أنه لم يكن طرفاً في هذا الاتفاق.

3- دعوى المسؤولية:

الأصل في هذه الدعوى، أنه إذا وجد عقد من العقود مبرم بين دائن ومدين، وقام أجنبي بالتعاقد مع هذا الطرف المدين، وترتب عن هذا التعاقد إخلال المدين بالالتزام الواقع عليه، فإن هذا الأجنبي يكون مسؤولاً قبل الدائن عن إخلال المدين بالتزاماته، وقد جرى الفقه والقضاء على اعتبار مسؤولية الأجنبي في هذه الحالة مسؤولية تقصيرية، غير أن قواعد هذه المسؤولية لا تنطبق مع فكرة المجموع العقدي، فرغم أن الأجنبي يعتبر طرفاً في عقد غير العقد الذي يكون الدائن المضروب طرفاً فيه، إلا أن العقدين ينتظمهما مجموع عقدي واحد، وهو ما يجعل منهما طرفاً في هذا المجموع بما يسمح لأحدهما بالرجوع على الآخر على أساس دعوى المسؤولية العقدية لا التقصيرية¹.

وبالتطبيق على الفرض محل الدراسة، فإن العقد الأصلي -عقد بيع البضاعة المنقولة بحراً- يكون سارياً في مواجهة الكافة ومن بينهم المرسل إليه الأجنبي عن هذا العقد، إذ يقع عليهم واجب احترامه، بحيث يكون كل من يخل بهذا الواجب مسؤولاً قبل صاحب الحق عما يلحق البضاعة من ضرر، وهكذا فإنه رغم كون المرسل إليه يعتبر طرفاً في عقد غير العقد -عقد البيع الأصلي- الذي يكون صاحب الحق طرفاً فيه، إلا أن العقدين يضمهما مجموع عقدي واحد بما يتيح لكل منهما الرجوع على الآخر عن طريق دعوى المسؤولية العقدية، وتبعاً لهذا الرجوع أيضاً يكون للمرسل إليه أن يتمسك باتفاق التحكيم الوارد في عقد البيع قبل المسؤول عن الضرر، رغم

¹ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 501.

كونه ليس طرفاً في هذا العقد ومن ثم في هذا الاتفاق، كما يمكن لهذا المسؤول أن يتمسك قبل المرسل إليه بهذا الاتفاق.

ج- تقدير مدى صلاحية أعمال فكرة المجموعة العقدية كأساس لمركز المرسل إليه:

على الرغم من أن البعض يرى عدم وضوح أساس قانوني مقبول للعلاقات الناشئة عن المجموعة العقدية، والمبرمة أساساً لتنفيذ عملية النقل البحري للبضائع¹، إلا أن فكرة المجموعة العقدية في تقديرنا تعتبر الأنسب في تفسير تلك العلاقات المتعددة، والتي ما أنشئت إلا في سبيل تنفيذ عقد أساسي عليه مدار عملية النقل البحري للبضائع برمتها، غاية ما في الأمر أنه ينبغي عدم الأخذ بهذه الفكرة مجردة دونما ضوابط أو شروط، تفرضها تلك الخصوصيات التي تتميز بها طبيعة العلاقات البحرية المكونة للمجموعة، والتي يمكن أن تنهض في نظرنا بفكرة المجموعة العقدية، كأساس مقبول يبني عليه مركز المرسل إليه في عقد النقل البحري للبضائع، ومن جهة أخرى أن هذه الفكرة استطاعت أن تتجنب كافة الانتقادات التي وجهت للآراء الأخرى التي قيلت في هذا الصدد، خاصة وأنها لم تقحم المرسل إليه كطرف في عقد النقل، بإسباغها صفة الغير عليه باعتباره أجنبياً عن عقد النقل البحري للبضائع.

وترتيباً على ما سبق، تقتضي فكرة المجموعة العقدية كأساس لتفسير مركز المرسل إليه بالنسبة لعقد النقل البحري، ضرورة توافر مبدأ أساسي يتمثل في مبدأ النفاذ داخل هذه المجموعة، وهذا المبدأ لا يتحقق إلا بشرطين، شرط المصلحة وشرط العلم، وبدون توافر هذين الشرطين وخاصة شرط العلم، فإن فكرة المجموعة العقدية لا تعدو مجرد فكرة مجردة من هدفها ومضمونها الأساسي، وهو نفاذ هذه العقود في مواجهة بعضها البعض، والذي يشكل سنداً جامعاً مانعاً لتفسير مركز المرسل إليه، داخل مجموعة عقدية قد تضم كل من عقد بيع البضاعة المنقولة، وعقد نقل هذه البضاعة بجرأ، وعقد مشاركة إيجار السفينة الناقلة، وعقد تأمين على هذه البضاعة، وعقد شحن

¹ حيث يرى هذا الاتجاه أن مضمون فكرة المجموعة العقدية، وإن كانت تؤدي في الأخير إلى أن حق المرسل إليه يستمد أساساً من سند الشحن ذاته، والمبرم أصلاً بين الشاحن والناقل، إلا أنها لم تعطي تأصيلاً قانونياً واضحاً، ومن ثم يبقى التساؤل قائماً حول ما إذا كان مركز المرسل إليه يشكل استثناءً على مبدأ نسبية العقود، أم أنه يدخل في إطار آخر يختلف عن هذا المبدأ، وهل المرسل إليه بهذه المثابة يعتبر من طائفة الغير أم يعتبر طرفاً في عقد النقل، أنظر أكثر تفصيلاً لهذه الوجهة، د عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، ص 145 وص 152 وما بعدها. غير أن هذا الإشكال في تقديرنا سيزول إذا ما توافر شرطي العلم والمصلحة، على النحو الذي سوف نناقشه تبعاً.

وتفريغ، وغيرها من العقود التي تهدف إلى تنفيذ العقد الأصلي، وتفصيل ذلك نتناوله في العنصر الموالي:

رابعاً: مبدأ النفاذ - داخل المجموعة العقدية - كأساس قانوني لمركز المرسل إليه

رأينا فيما سبق، كيف أن تلك النظريات التقليدية لم تأتي على حل جامع لما نحن بصدد بحثه، من إعطاء أساس قانوني سليم لتلك العلاقات التي تنضوي تحت إطار عقد النقل البحري للبضائع، بين المرسل إليه والمرتبطين بهذا العقد بشكل أو بآخر، سواء كانوا ناقلين أصليين أو متتابعين أو مقاولي شحن وتفريغ أو ما إلى ذلك، فالمشكلة إذن تبقى مطروحة من جهة أساس تحميل المرسل إليه بالتزامات لصالح طرف أو لآخر من الأطراف السابقة، في علاقة عقدية لم يكن طرفاً فيها، وقد انتهى البعض¹ إلى أن اللبس الذي وقعت فيه تلك النظريات السابقة، مرده إلى أفكار ومفاهيم استندت كلية في بحثها لهذا الأساس، إلى مبدأ الأثر الملزم للعقد الذي تناولناه سابقاً²، في حين يوجد هناك مجال آخر أكثر تناسباً مع هذه المشكلة محل البحث، وهو ما يعرف بمجال نفاذ أو سريان العقد.

تجدر الإشارة بداية، إلى أن الأخذ بالمعنى السائد لمبدأ نسبية العقود الذي سبق تفصيله، كثيراً ما يؤدي إلى الخلط بين حدود مبدأ هذه النسبية و حدود ما يعرف بمبدأ نفاذ العقود³، الأمر الذي يستدعي منا التمييز بين المبدأين، ثم نعرض لآخر عنصر وهو العلم كشرط ينبغي توافره لتحقيق هذا النفاذ:

أ - التمييز بين مبدأ النسبية ومبدأ النفاذ:

إن مناط التمييز بين مبدأ نسبية العقد ومبدأ نفاذه، يظهر من خلال تحديد الإفادة أو الضرر الذي يلحق حامل سند الشحن (المرسل إليه) جرّاء تصرف لم يشارك فيه⁴، فالأصل إذاً أن العقد لا يضر الغير، بمعنى أنه لا يحمله بالتزام ما، لكن وحسب المادة 113 من القانون المدني الجزائري، إذا كان مبدأ النسبية لا يلزم الغير بصفة عامة وحامل سند الشحن بصفة خاصة إلا بواجب

¹ د عباس مصطفى المصري، المركز القانوني للمرسل إليه في عقد النقل البحري، المرجع السابق، ص 145 و ص 152 وما بعدها.

² راجع المطلب الأول من المبحث الثاني من هذا الفصل.

³ محمد ترك، شرط التحكيم بالإحالة، المرجع السابق، ص 386.

⁴ د عباس مصطفى المصري، مرجع سابق، ص 147.

سليبي، هو احترام عقود الآخرين وعدم الإخلال بها، فإنه في نفس الوقت يجوز أن يكسبه حقاً مباشراً¹.

وبناء عليه، يمكن القول أنه إذا كانت حدود العقد نسبية وقاصرة على طرفيه في إطار مفهوم الأثر الملزم له، فإن هناك إطار آخر يتعلق بالآثار الخارجية² وغير المباشرة للعقد، ألا وهو نفاذ العقد من منطلق محاجة الكافة به وفرض احترامه عليهم، وبالتالي هذا الواجب السليبي لا صلة له بمبدأ نسبية أثر العقود، وإنما هو أثر خارجي أو غير مباشر للعقد باعتباره واقعة قانونية، فإذا ما تعرض الغير للعقد النافذ في مواجهته وللاشتراطات العقدية التي يتضمنها بعمل مادي³، وليس بتصرف قانوني، فهذا العمل يخرج عن المفهوم الدقيق لنفاذ العقود، فالنفاذ هنا يعني نفاذ لعقد في مواجهة عقد آخر، حيث يأتي هذا الأخير في صورة انتهاك للاشتراطات العقدية الموجودة في العقد الأول⁴.

ومن ثم فإن عدم الخلط بين مبدأ نسبية العقود ومبدأ نفاذها، يؤدي بنا إلى القول بأن العقد من منطلق نفاذه بصفته واقعة قانونية، يتولد عنه أثر خارجي مفاده التزام الغير باحترام عقود الآخرين، وذلك متى استوفت شروط نفاذها في مواجهته خاصة شرط العلم الذي سنتناوله لاحقاً، وتأسيساً على ذلك فإذا كان هناك شرط تحكيم في سند الشحن، أو إحالة لهذا الشرط من السند إلى مشاركة إيجار، فإن مثل هذا الشرط وما مثله من شروط أخرى يلزم احترامه وفقاً لمفهوم نفاذ العقد بصفته واقعة قانونية، سواء من العاقدين الأصليين أو من المرسل إليه الذي آل إليه سند

¹ هذا الاكتساب في مفهوم المادة 113 المذكورة يكون على أساس الاشتراط لمصلحة الغير طبقاً للقواعد العامة، غير أن مثل هذا الأساس كما سبق لا يمكن اعتماده في مجال عقد النقل البحري للبضائع لتبرير مركز حامل سند الشحن، فضلاً عن النظريات الأخرى التي سبقت الإشارة إليها، نظراً لما عرفته من انتقادات، وبالتالي يعتبر مبدأ النفاذ الأساس الوحيد والمقبول لمركز حامل السند أو المرسل إليه، أنظر في ذلك، د عباس مصطفى المصري، المرجع نفسه، ص 141.

² وهذا الأثر الخارجي المتمثل في احترام عقود الآخرين مصدره نفاذ العقد وليس العقد ذاته.

³ كما لو أقدم الغير على منع المدين من القيام بالعمل الذي التزم به تجاه الطرف الآخر الذي تعاقده معه، أو قيامه بإتلاف الشيء الذي يرد عليه الالتزام أو السند المثبت له.

⁴ د محمد ترك، شرط التحكيم بالإحالة، المرجع السابق، ص 457-458.

الشحن في الأخير، حيث تضمهم مجموعة عقدية واحدة، تجعل حامل السند طرفاً ذا شأن في عقد النقل البحري¹.

وبالنتيجة، فإن النفاذ داخل المجموعة العقدية إلى جانب توافر عنصر المصلحة، على النحو الذي سبق إيضاحه، قد أظهر التزاماً جديداً داخل هذه المجموعة ذو طابع إيجابي وليس سلبي، فاحترام عقد الغير داخل مجموعة عقدية نتيجة لمبدأ النفاذ داخلها، يوجب على كل عضو في هذه المجموعة تنفيذ التزاماته تجاه الغير صاحب المصلحة، أو بعبارة أخرى، فإنه ينشأ لهذا الغير صاحب المصلحة حق خاص بمقتضى النفاذ داخل المجموعة العقدية التي هو عضو فيها، يخوله مطالبة أي عضو آخر داخل ذات المجموعة بأن يحترم مصلحته، وينفذ أي التزام قد ينشأ عن العلاقة العقدية الأصلية².

لكن لا يكفي لتحقيق النفاذ داخل المجموعة العقدية وجود المصلحة فقط، بل يشترط أيضاً كما سبق وأن أشرنا ضرورة توافر العلم لدى هذا الغير صاحب المصلحة:

ب- العلم شرط هام لإعمال مبدأ نفاذ العقد في مواجهة المرسل إليه:

إن القول بأن هناك التزام إيجابي باحترام عقود الآخرين داخل مجموعة عقدية، ينتظمها وحدة المحل أو وحدة السبب، بمقتضى النفاذ داخل هذه المجموعة، يقتضي -إلى جانب توافر المصلحة- توافر العلم لدى العضو المراد مطالبته بتنفيذ هذا الالتزام، والعلم المقصود هنا هو علمه بأن عقده يشكل جزءاً من مجموعة عقدية تضم عقوداً لأطراف آخرين، فضلاً عن علمه بحدود حقوقهم تجاهه إذا توافرت المصلحة لديهم، في الرجوع على العضو الأول بحقه ومطالبته بتنفيذه³.

وتأسيساً على ذلك، فإذا ما انتقلنا إلى المجموعة العقدية التي تضم الناقل والشاحن وحامل سند الشحن، نجد أن هؤلاء يتوافر لديهم بالتأكيد العلم بأن عقودهم تشكل جزءاً من مجموعة

¹ د محمد ترك، شرط التحكيم بالإحالة، المرجع السابق، ص 396. غير أنه من جانبنا -مع تأييدنا لهذا الرأي- نرى ضرورة التحفظ على وصف المرسل إليه حامل السند بأنه طرف ذو شأن في عقد النقل البحري، وذلك تفادياً لأي وقوع مرة أخرى في مثالب الانتقادات التي وجهت للنظريات التقليدية السابقة الذكر، والتي حاولت إقحام المرسل إليه بشكل أو بآخر كطرف في العقد، وعليه نقترح وصف المرسل إليه بأنه من الغير صاحب المصلحة في عقد النقل، والذي ينشأ له -بموجب هذه المصلحة- حقاً خاصاً، يخوله الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد به قبل الغير الأطراف في العقود الأخرى، كما يخولهم التمسك قبله بهذا الشرط.

² Bernard Teysie, Les groupes des Contrats, n° 587, Op. Cit, P. 297.

³ د محمد ترك، شرط التحكيم بالإحالة، مرجع سابق، ص 463-464.

عقدية ينتظمها وحدة المحل أو وحدة السبب، وكذا علمهم بباقي الشروط والضمانات المنصوص عليها في سند الشحن، وبالتالي يتولد النفاذ أو السريان داخل هذه المجموعة، مع قيام التزام إيجابي باحترام حق الغير داخل هذه المجموعة العقدية تبعاً لذلك¹.

وهكذا نتوصل إلى أن شرط العلم - إلى جانب شرط المصلحة - يعد شرطاً جوهرياً لتحقيق عملية النفاذ داخل مجموعة عقدية يكون المرسل إليه طرفاً في أحدها، تخوله حقاً خاصاً ومستقلاً يكون له بموجبه الاحتجاج على غيره من الأعضاء في العقود الأخرى المنتمية إلى ذات المجموعة، وخاصة في عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة، رغم أنه لم يكن طرفاً فيها، وبهذه المثابة يكون له حق التمسك بشرط التحكيم الوارد في أيّاً منها² قبل هؤلاء الأعضاء، متى توافرت فيهم المصلحة والعلم على النحو المتقدم، ويكون هؤلاء أن يتمسكوا في مواجهته بهذا الشرط استناداً إلى ذات الشروط المتقدمة، وبانتفاء هذه الشروط خاصة شرط العلم نكون إزاء عدم النفاذ.

خلاصة الباب الأول

انطلقنا من خلال هذا الباب، من القاعدة التي أسسنا عليها هذا البحث، والتي مفادها أن التحكيم: "أوله اتفاق، ووسطه إجراء، وآخره حكم"، حيث توصلنا في مرحلة أولى من هذه القاعدة، إلى تمييز التحكيم كنظام عن اتفاق التحكيم كمرحلة من مراحل هذا النظام، ذلك أن أولى مراحل التحكيم يمثلها الاتفاق عليه، وهي مدار وجوده وبدونها لا ينشأ أصلاً، فبناءً على هذا الاتفاق يلجأ الأطراف إلى عرض النزاعات التي تتولد عن عقد النقل البحري أو عن تنفيذه، سواء كانت قائمة (مشاركة) أو مستقبلية (شرط)، على التحكيم البحري مؤسسياً كان أو حراً، لما يتميز به هذا التحكيم من مزايا لا تتوفر لدى القضاء، وذلك بدلاً من عرضها على القضاء، إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، مادامت هذه الإرادة لا تتعارض مع النظام العام في الدولة.

¹ وغنى عن البيان فإنه إلى جانب العلم بهذه الضمانات الواردة في سند الشحن، فإن علم الأعضاء هذا يستمد أيضاً من

القوانين واللوائح ومختلف الأنظمة، لأكثر تفصيل ينظر، د عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، ص 150.

² راجع على سبيل المثال ما قلناه في معرض تفصيل شرط التحكيم بالإحالة، في الفصل الأول من هذا الباب، وهو أوضح مثال يظهر من خلاله نفاذ الشروط الواردة في مشاركة السفينة، والتي منها شرط التحكيم، في سند الشحن المبرم أصلاً بين الشاحن والناقل، والذي يعتبر المرسل إليه أجنبياً عنه، ومن ثم نفاذ شرط التحكيم في مواجهة المرسل إليه عن طريق الإحالة من المشاركة إلى السند، بشرط أن تكون هذه الإحالة واضحة وصریحة، إلى جانب توافر علم المرسل إليه بها، وبدون هذا العلم لا يمكن التمسك بنفاذ شرط التحكيم في مواجهته.

والتحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، لا يختلف في طبيعته عن أي تحكيم آخر، فهو ذو طبيعة قضائية ذات أساس اتفاقي، ولكن وجه الخلاف يكمن في خصوصية طبيعة منازعاته، ومدى ارتباطه بالعلاقات التجارية الدولية ذات الطبيعة البحرية.

وبالنظر إلى هذه الطبيعة الاتفاقية لاتفاق التحكيم، فإن هذا الأخير يخضع في تنظيمه القانوني إلى القواعد العامة التي قررها المشرع بشأن التحكيم، فضلاً عن القواعد العامة المقررة في قوانين وأنظمة التحكيم الدولي، ولما كان اتفاق التحكيم بمثابة حجر الزاوية الذي يبني عليه النظام القانوني للعملية التحكيمية، يستند من حيث الأصل إلى سلطة الأطراف في اختيار التحكيم طريقاً لتسوية نزاعاتهم طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة، فكان من اللازم أن ينشأ هذا الاتفاق شأنه شأن أي اتفاق آخر صحيحاً مستوفياً لأركان لا ينعقد إلا بها، ولشروط لا يصح وجوده إلا بتحققها.

ومتى نشأ اتفاق التحكيم صحيحاً على النحو المتقدم، رتب آثاره كاملة حتى وإن كان عقد النقل البحري للبضائع مشوباً بعيب من عيوب الإرادة، طبقاً لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي (عقد النقل البحري للبضائع)، على أن هذه الآثار لا تقتصر على العاقدین فقط، بل تمتد لتشمل أطراف أخرى، لم تشارك في إبرام العقد الأصلي ولا في اتفاق التحكيم الوارد به، خروجاً عن مبدأ نسبية آثار العقد.

وهكذا نكون قد انتهينا من خلال هذا الباب، من أولى مراحل القاعدة السابقة الذكر، وهي الاتفاق على التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، لنشرع من خلال الباب الموالي في عرض المرحلتين المتبقيتين من القاعدة المذكورة، وذلك تحت عنوان خصومة التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع.

الباب الثاني
خصومة التحكيم
في المنازعات الناشئة
عن عقد النقل البحري للبضائع

لاشك أن أعمال اتفاق التحكيم المبرم بين أطراف عقد النقل البحري للبضائع، سيظل يلقي بانعكاساته على كل ما تولد أو من شأنه أن يتولد عن تنفيذ هذا العقد من منازعات بين طرفيه، فطبقاً للقاعدة التي أسسنا عليها هذا البحث، والتي لا تزال تصحبنا منذ بدايته وإلى غاية الانتهاء منه، وهي أن: "التحكيم أوله اتفاق ووسطه إجراء وآخره حكم"، فإن أبرز مرحلة يظهر فيها تطبيق هذه القاعدة هي المرحلة الوسطى من هذا التحكيم، والمتمثلة في إجراءات التحكيم أو ما يعرف بخصومة التحكيم، بحيث تظل انعكاسات اتفاق التحكيم مستمرة على سلطات المحكم، إلى حين صدور حكمه في النزاع المتفق بشأنه على التحكيم.

وقد مر بنا في معرض الكلام عن طبيعة التحكيم، أن هذا الأخير هو نوع من القضاء يتميز بمصدره الاتفاقي الخاص، حيث تظهر هذه الخصوصية الاتفاقية بوضوح في بداية ولوج هذا النظام، وذلك بالتراضي عليه وإدراجه ضمن بنود عقد النقل البحري، كما تظهر خصوصيته القضائية بوضوح أيضاً أثناء نظر النزاع الناشئ عن هذا العقد، أي خلال بدأ مرحلة إجراءات خصومة التحكيم، وخضوعها للمبادئ الأساسية للتقاضي.

وترتيباً على ما تقدم، فإن دراسة خصومة التحكيم تقتضي عرض مسألتين أساسيتين، هما إدارة خصومة التحكيم من جهة، ثم نتيجة هذه الخصومة، والمتمثلة في حكم التحكيم الصادر فيها من جهة أخرى، فيكون تقسيم هذا الباب على نحو فصلين:

الفصل الأول: إدارة التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

الفصل الثاني: النظام القانوني لحكم التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، (إجراءاته وتنفيذه وطرق الطعن عليه).

الفصل الأول

إدارة التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

يقصد بإدارة التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، تنظيم سريان العملية التحكيمية، منذ تقديم طلب التحكيم بواسطة المدعي إلى هيئة التحكيم، مروراً بفحص الأدلة وتحقيق الدعوى التحكيمية لإنزال حكم القانون على وقائع النزاع، وصولاً لإصدار الحكم التحكيمي¹، لذلك ومن خلال مبحثين، سوف نتناول النظام القانوني لهيئة التحكيم في (المبحث الأول)، ثم نستعرض النظام القانوني لإجراءات التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع في (المبحث الثاني):

المبحث الأول

النظام القانوني لهيئة التحكيم

الفاصلة في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع

تبنى فلسفة نظام التحكيم البحري بشكل عام على المحكم البحري، والذي يعد الحارس الأصيل لمسار العملية التحكيمية من بدايتها وإلى حين صدور حكمه بشأنها، فبقدر كفاءته ومهارته تكون فعالية العملية التحكيمية، التي يديرها وينظمها بالتعاون مع باقي أعضاء هيئة التحكيم، إما بالتعاون مع الأطراف أو مستشاريهم إذا كان التحكيم البحري حراً، أو تحت إشراف ورقابة مركز التحكيم البحري إذا كان مؤسسياً².

ولما كان المحكم البحري أو هيئة التحكيم البحري بهذه المثابة، فإن النظام القانوني للتحكيم يفرض تبعاً لذلك إجراءً جوهرياً لا مقابل له في الخصومة القضائية، هو تشكيل هيئة التحكيم التي يعهد إليها بالفصل في النزاع³ الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع (المطلب الأول)، وذلك وفقاً لشروط رسمها القانون يلزم توافرها في هذه الهيئة (المطلب الثاني):

¹ د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 264.

² P. SIMON, «La Philosophie de l'arbitrage maritime», Op. Cit, pp. 448-450, où l'auteur considère l'arbitre comme un « gardien de l'éthique du commerce maritime ».

³ د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، ص 574.

المطلب الأول

تشكيل هيئة التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

الأصل أن يتفق طرفا التحكيم في نزاعهم بشأن تنفيذ أو تفسير عقد النقل البحري للبضائع، على تشكيل هيئة التحكيم وتنظيم ما تخضع له هذه الهيئة من أحكام (الفرع الأول)، لكن في حالة غياب هذه الإرادة، فإن هذا التعيين - يتم استثناءً - بواسطة سلطة يتم تحديدها لهذا الغرض¹، وهو ما يصطلح عليه البعض بالتشكيل النظامي لهيئة التحكيم، كاستثناء على طريقة التشكيل الاتفاقي (الفرع الثاني)، وبشيء من التفصيل، نتناول كل من القاعدة العامة المتقدمة والاستثناء الوارد عليها:

الفرع الأول

التشكيل الإتفاقي لهيئة التحكيم

في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

نصت المادة 2/1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري: "يجب أن يتضمن شرط التحكيم تحت طائلة البطلان، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كفاءات تعيينهم"، وهذا النص كما هو معلوم يتعلق باتفاق التحكيم المبرم في صورة شرط التحكيم، أما في الفرض الذي يرم فيه هذا الاتفاق في صورة مشاركة التحكيم، فقد نصت المادة 1/1012 من نفس القانون على أنه: "... يجب أن يتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كفاءات تعيينهم"، وكلا المادتين تتعلقان بالتحكيم الداخلي²، أما عن التحكيم الدولي فقد قررت المادة 1/1041 من القانون المذكور بأنه: "يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم".

¹ د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 197-198.

² وقد سبق وأن أشرنا إلى ضرورة إعادة النظر في هذه النصوص، حيث أن المشرع الجزائري يعبر عن شرط التحكيم - الصورة الأولى لاتفاق التحكيم - بأنه اتفاق، بينما يعبر عن الصورة الثانية لهذا الاتفاق بمشاهدة التحكيم تحت مسمى اتفاق التحكيم، والواقع أن هذه التعبيرات مناقضة لما هو معهود في أصول التحكيم، إذ أن الاتفاق على التحكيم كما هو معلوم يضم صورتين معاً الشرط والمشاركة!؟.

هاته النصوص تكرر خاصية من أهم خصوصيات التحكيم، والتي هي بمثابة جوهره وحجر زاويلته، وهي مبدأ الإرادة طبقاً لاعتبارات يقدرها الطابع التعاقدى لاتفاق التحكيم، حيث لم يفرض المشرع الجزائري وعلى غرار المعاهدات الدولية¹، وقوانين التحكيم الوطنية²، ولوائح التحكيم البحري³، على حرية الأطراف في هذا الشأن أية قيود، إلا فيما يتعلق بقاعدة وتربة عدد المحكمين الذين تتشكل منهم هيئة التحكيم كما سيأتي، حيث تنص المادة 1017 من ق.إ.م.إ: "تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي"، وذلك تحسباً لأي اختلاف قد يطرأ بين الأعضاء.

أولاً: كيفية التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم البحري

تكريساً للقاعدة العامة في تعيين هيئة التحكيم البحري، التي يناط بها مهمة الفصل في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، فإن الأصل في هذا التعيين يكون بواسطة الأطراف، الذين أرادوا باتفاقهم على التحكيم إبعاد النزاع عن متناول القضاء الوطني، وإسناد الفصل فيه إلى أشخاص من اختيارهم، يحوزون ثقتهم لما لهم من خبرة ودراية بالنشاط البحري وخصوصياته، فيقومون إما بتعيينهم في اتفاق التحكيم أو بتحديد طريقة تعيينهم في هذا الاتفاق، إلا أنه إذا كان من الممكن تعيين المحكمين في اتفاق التحكيم المبرم في صورة مشاركة التحكيم، أي بعد نشوء النزاع، فإنه في حالة اتفاق التحكيم المبرم في صورة شرط التحكيم لا يكون بذلك القدر من السهولة⁴، وهذا أمر بديهي، إذ أن النزاع لم ينشأ بعد فيتعذر بذلك تعيين المحكمين.

فالنصوص السابقة واضحة الدلالة في ترك الحرية للطرفين في تحديد أعضاء هيئة التحكيم، إما تحديداً مباشراً بالاسم أو بالصفة، أو تحديداً غير مباشر عن طريق بيان الكيفية التي يتم بها

¹ أنظر مثلاً: المادة 1/5 من اتفاقية نيويورك 1958، والمادة 4 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي 1961، والمادة 11 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة 1985.

² أنظر مثلاً: المادة 1444 من المرسوم الفرنسي، والمادة 15 من قانون التحكيم المصري 1994، والمادة 6 من قانون التحكيم الإنجليزي 1979.

³ أنظر مثلاً: المادة 5 من لائحة تحكيم غرفة التحكيم البحري بباريس، والمادة 2 من لائحة جمعية المحكمين البحريين بلندن، والمادة 9 لائحة جمعية المحكمين البحريين بنيويورك، والمادة 6 من لائحة اليونسترال 1976.

⁴ ولما كانت الطريقة الشائعة في مجال التعاملات البحرية، هي إبرام اتفاق التحكيم في صورة شرط وارد ضمن بنود العلاقة الأصلية، فإنه يكفي بذكر طريقة تعيين المحكم أو المحكمين في اتفاق التحكيم، ينظر في ذلك، د عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص 282.

اختيارهم، على أن هذه الحرية مكفولة ليس فقط عند اختيار هيئة التحكيم بدايةً، وإنما كذلك عند انتهاء صفتها أو صفة أحد أعضائها لعارض من العوارض، وأيضاً عند الحاجة إلى تعيين هيئة بديلة أو محكم بديل، كما لو حكم بردها أو برده، أو اتفق طرفا التحكيم على عزلها أو عزله، أو تنحت الهيئة أو تنحى أحد أعضائها¹.

واختيار الأطراف لمحكميهم قد يكون في اتفاق التحكيم ذاته، أو قد يكون في اتفاق لاحق، فالاختيار المنصوص عليه في المواد السابقة، ليس أمراً لازماً لوجود اتفاق التحكيم ذاته أو لصحته أو لضمان فعاليته، ومن ثم لا يؤثر على هذا الاتفاق الأصلي وجود اتفاق لاحق يكمله، ويتم على أساسه تعيين المحكمين أو على الأقل طريقة تعيينهم أو وقت هذا التعيين، على أن ما ينبغي التنبيه له في هذا المقام، هو ضرورة توافر الشكل الكتابي لهذا الاتفاق اللاحق على النحو المطلوب في اتفاق التحكيم ذاته، وذلك تحت طائلة البطلان، بما يعني أن الكتابة هي مطلوبة ليس فقط في شأن الاتفاق على التحكيم، وإنما تعتبر كذلك بالنسبة لأي شرط متعلق بالتحكيم يتم الاتفاق عليه بعد الاتفاق الأصلي².

تجدر الإشارة في الأخير، إلى أن حرية الطرفين في اختيار المحكمين مقيدة بالطبع بما يقتضيه مبدأ الحرية والمساواة في تشكيل هيئة التحكيم، وتطبيق هذا المبدأ يكون باطلاً كل شرط يقضي باستقلال أحد الطرفين عن الآخر بهذا الاختيار، أو باختيار أحدهما عدداً يفوق العدد الذي اختاره الآخر، أو يقضي باستقلال محكم أحدهما بالفصل في النزاع حال تخلف الطرف الآخر عن اختيار محكمه³.

¹ د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 580-581.

² المرجع نفسه، ص 584-585.

³ غير أن ما يلاحظ في هذا الصدد، هو أن إعمال مبدأ المساواة في هذا الاختيار قد لا يكون أمراً ممكناً في جميع الأحوال، كما هو الحال في التحكيم متعدد الأطراف عندما يتعلق الأمر مثلاً بعقد مبرم بين ثلاثة أطراف، وتضمن هذا العقد شرط التحكيم، وتم تعيين هيئة تحكيم من ثلاث محكمين، وثار نزاع بين أحد أطراف العقد كمدعي في مواجهة الطرفين الآخرين المدعى عليهم، فيثور الإشكال حول ما إذا كان يحق لكل طرف من الأطراف الثلاثة اختيار محكم من المحكمين الثلاثة، أو ما إذا كان للطرف المدعي اختيار محكم وللطرفين المدعى عليهم اختيار محكم واحد، ويكون اختيار المحكم الثالث متروكاً للمحكمين المختارين من الأطراف؟. وقد انحاز جانب من الفقه الفرنسي إلى هذا الحل الأخير، بينما انحاز جانب آخر إلى معيار وحدة المصالح أو اختلافها، وهو لا يختلف في جوهره عن سابقه، حيث يرى أنه إذا كانت هناك مصلحة واحدة تجمع بين طرفين تعارضها مصلحة الطرف الآخر، فيتعين عليهما اختيار محكم واحد فقط باعتبارهما كطرف واحد، في مقابل =

وفي معرض تقديرنا لموقف المشرع الجزائري من التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم، فإن ما يمكن ملاحظته بشأن المادتين 1008 و 1012 ق.إ.م.إ السابق ذكرهما، وهما تتعلقان بالتحكيم الداخلي، أن المشرع رتب صراحة بطلان اتفاق التحكيم إذا لم يتضمن تعيين المحكمين أو طريقة تعيينهم، بينما لم يقرر هذا البطلان في مجال التحكيم الدولي حسب ما أفادته المادة 1041 من نفس القانون، الأمر الذي يدعونا إلى التساؤل عن سبب وغاية هذه المفارقة التي وضعها المشرع الجزائري؟.

الجواب على ذلك يرتبط بما إذا كان الاختيار المنصوص عليه في هذه النصوص، أمراً لازماً لوجود اتفاق التحكيم ذاته أو لصحته أم لا يعد كذلك؟، والواقع الذي يتفق مع خصوصيات التحكيم وطبيعته القائمة على إرادة الأطراف يقتضي الإجابة بالنفي، فهذا الاختيار الموكول إلى حرية الأطراف كأصل عام يتنافى مع اعتباره شرطاً لوجود اتفاق التحكيم أو لصحته، والقول ببطلان اتفاق التحكيم لتخلف هذا الاختيار، لاشك فيه إغفال للهدف الذي ابتغاه الطرفان من اختيارهما للتحكيم، وهو تحقيق مبدأ الإرادة الذي يكفل لهما الحرية في تنظيم الإجراءات، كما أن فيه إغفال لأهم ميزة من مزايا التحكيم وفعاليتها وهي السرعة واستمرارية هذه الإجراءات. والحاصل أن مسألة الاختيار ليست أمراً لازماً لوجود اتفاق التحكيم ذاته أو لصحته أو لضمان فعاليته، وبالتالي فإن عدم اتفاق الأطراف على اختيار هيئة التحكيم في اتفاق التحكيم، لا يمكن أن يؤدي إلى بطلان هذا الاتفاق¹، وإلاّ لماذا قد رسم المشرع الجزائري طريقاً آخر لهذا الاختيار عند خلو اتفاق التحكيم منه، وهو انتقال هذا الاختيار في حالة عدم قيام الأطراف به إلى المحكمة المختصة، عملاً بمقتضيات المادة 1009 من القانون المذكور، أو ليس في هذا الطريق ما يغني عن مخاطر البطلان؟.

=اختيار الطرف الثالث محكمه، ويبقى عليهم تعيين المحكم الثالث أو الالتجاء إلى المحكمة لتعيينه، د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 581 وما بعدها.

غير أن هذه الحلول السابقة من الفقه الفرنسي، والقائمة على مبدأ الترجيح، وإن كانت تبدو منسجمة إلى حد ما مع جوهر التحكيم القائم على اتفاق الأطراف، إلاّ أنها لم تحظ بتأييد محكمة النقض الفرنسية، والتي انتهت في إحدى قراراتها إلى أن: "مبدأ المساواة بين المحكمين في تعيين المحكمين من النظام العام، فلا يمكن التنازل عنه إلاّ بعد قيام النزاع"، أنظر حيشيات هذا الحكم:

Cass. civ. 7 janvier 1992, Rev. Arb, 1992, P. 470 et s, note Pierre Bellet.

¹ د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 574، وفي ذات المعنى، د نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، المرجع السابق، ص 130.

في حين لم يقرر المشرع الجزائري هذا البطلان عند تخلف الاختيار المذكور عندما يكون التحكيم دولياً، واكتفى في المادة 2/1041 بقوله: "في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام برفع الأمر إلى رئيس المحكمة المختصة ..."، وهو الأمر الذي يثير الاستفهام دائماً عن غاية المشرع من هذه التفرقة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، في ظل عدم وجود فائدة ترجى من هذه التفرقة.

ثانياً: قاعدة الترتيب في التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم البحري

هذه القاعدة نص عليها المشرع الجزائري صراحة في نص المادة 1017 ق.إ.م.إ بقوله: "تشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي".

فالحكمة من هذا التنوع في عدد المحكمين¹، تكمن في أن نظام المحكم الفرد قد يتناسب مع التحكيمات الصغيرة، وما يترتب عن ذلك من اقتصاد في النفقات وتعجيل إجراءات التحكيم، كما أنه يساعد على تجنب ما قد يحدث من مشاكل حول اختيار مواعيد جلسات التحكيم، وما يترتب عن تعدد المحكمين واختيار رئيس هيئة التحكيم، وما يواجهه هذا التعدد من صعوبة في تكوين الأغلبية عند المداولة، كما أنه يضمن مبدأ حياد المحكم، بخلاف ما قد يحدث عند التعدد من إمكانية انحياز أحد أو بعض المحكمين لبعضهم تعلقاً لرأيهم على رأي الباقين.

كما أن نظام تعدد المحكمين له مزاياه هو الآخر، إذ يضمن مداولة حقيقية في القضية بما يتيح إحاطة أكبر للوقائع وتطبيق صحيح للقانون، وأهم من ذلك أن التجارة البحرية تتميز بخصوصيات تميزها عن غيرها من المعاملات، وبالتالي فإن نظام تعدد المحكمين لا شك يتناسب مع طبيعة المنازعات التي قد تنشأ عن تنفيذ مثل هذه المعاملات البحرية، لما يتميز به المحكمون المعهود لهم بالفصل فيها من خبرات فنية في مجال التحكيم البحري.

وعموماً فإن القاعدة في حالة تعدد المحكمين أن يكون عددهم وترأ، أي ثلاثة أو خمسة أو سبعة ... إلخ، ويستوي في ذلك أن يكون التحكيم حراً أو مؤسسياً، وعلة وجوب أن يكون العدد

¹ أنظر في شأن مزايا التنوع في عدد المحكمين، د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 199-200.

فردياً تكمن في تفادي ما قد يحدث عند المداولة من انقسامات بين المحكمين إذا كانوا متساويين في العدد، بحيث يتعذر صدور حكم بالأغلبية¹.

والقوانين المقارنة تكاد تتفق على أنه إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة أعضاء، اختار كل طرف محكماً، وبديهي أنه إذا كان عدد أعضاء هيئة التحكيم خمسة أو سبعة أو ...، اختار كل طرف مُحكِّمين أو ثلاثة أو أكثر، وفي جميع الأحوال تكون رئاسة الهيئة للمحكم الوتر الذي اختاره الطرفان أو المحكمان، أو الذي اختارته المحكمة²، باعتباره أكثر المحكمين حياداً، ذلك أن المحكم الذي يختاره كل طرف يحاط بشبهة الامتنان لمن اختاره، بالدفاع عن مصالحه وتبرير وجهة نظره في النزاع المعروض وكأنه محاميه وليس محكمه³، بينما المحكم الثالث يأتي بالاختيار غير المباشر، فلا تربطه صلة مباشرة بأي من الطرفين، فيكون ذلك باعثاً له على الحيطة والإنصاف⁴.

وبتلك المثابة يتولى هذا الرئيس مهمة التنسيق والتشاور بين المحكمين الآخرين، وإدارة عملية التحكيم حتى نهاية الخصومة وإصدار الحكم المنهني للإجراءات والحاسم لموضوع النزاع، وإذا ما حدث انقسام في الرأي بين المحكمين الآخرين، كان له أن ينضم إلى أحدهما بحسب ما ترجح له من تصويب أحدهما دون الآخر ليصدر الحكم بالأغلبية، وهنا يبرز الدور الحاسم للمحكم الوتر في حسم الخلاف بين الأعضاء⁵.

¹ على أنه لا يعتبر في عداد المحكمين الأشخاص المكلفين بمعاونة المحكمين في أداء مهامهم، فلا يهم أن يكون عددهم وتراً أو شفعاً، فالعبرة بمن يتمتع بصفة المحكم لا غير، د فتحي والي، المرجع السابق، ص 200-201.

² ينه البعض على وجود خطأ شائع فيما يتعلق باختيار المحكم الوتر، وهو أن الذي يختار هذا الأخير هما المحكمان الآخران اللذان اختارهما الأطراف، وبالنتيجة يفاجأ هذا الرئيس المختار بأن من اختاره هما زميلاه، بل إن ما قد ينمي هذا الخطأ في اعتقاد الأطراف هو وجوب أن يكون هذا المحكم الوتر محايداً باستقلاله عن اختيار الأطراف، والصواب الذي يمكن الجزم به خروجاً من هذا الإشكال، هو أنه لا يصر في هذا الاختيار إلى أي جهة دون الأطراف سواء إلى المحكمين أنفسهم أو إلى المحكمة، إلا في حالة عدم اتفاق الأطراف على هذا الاختيار، وهو الحل الذي يرححه الباحث لتناسبه مع خصوصيات التحكيم وطبيعته الاتفاقية القائمة على أساس إرادة الأطراف. أنظر في مناقشة هذا الخطأ الشائع والتنبيه عليه، د أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 363 وما يليها.

³ د محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 223.

⁴ د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص 136.

⁵ د أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 366.

بالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري من قاعدة الوترية، السابق الإشارة إليه في نص المادة 1017 ق.إ.م.إ. جزائري، التي جاء فيها أنه: "تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي"، فالبادي من هذا النص أن المشرع الجزائري وإن كان قد كرس قاعدة الوترية في اختيار عدد المحكمين على غرار باقي التشريعات الأخرى، إلا أنه لم يرتب جزاء البطلان على مخالفة هذه القاعدة خلافاً لما ذهبت إليه هذه التشريعات، منها قانون التحكيم المصري في مادته الخامسة عشر في فقرتها الثانية، حيث قرر جزاء البطلان في حالة الإخلال بمتطلبات قاعدة الوترية. ولاشك في تقديرنا أن المشرع الجزائري قد أغفل مسألة من أهم المسائل الجوهرية، تتصل بمقتضيات النظام العام لتعلقها بحسن سير العدالة، وهي مسألة تحديد الجزاء المترتب على الإخلال بمتطلبات القاعدة المذكورة، نظراً لعدم إمكانية توفر المرجح في التشكيل الزوجي لهيئة التحكيم¹، وهو ما يقتضي ترتيب جزاء البطلان في هذه الحالة لتعلقه بالنظام العام²، وقد تنبه المشرع المصري لهذه المسألة، عندما قرر البطلان عند تخلف الاختيار الوتري لعدد المحكمين وذلك من خلال المادة 2/15 من قانون التحكيم لسنة 1994.

وبالمقارنة بين نص المادة 1017 السالفة الذكر من جهة، والمادتين 1008 و1012 السابق ذكرهما من جهة ثانية، ففي هاتين الأخيرتين لاحظنا كيف أن المشرع رتب بطلان اتفاق التحكيم إذا لم يتضمن تعيين المحكمين أو طريقة تعيينهم، في حين أن تقرير البطلان في هذا المقام كما رأينا يعتبر مخالفاً لأصول التحكيم، ذلك أن مسألة الاختيار ليس أمراً لازماً لوجود اتفاق التحكيم ذاته أو لصحته، وإلا لماذا قد رسم المشرع طريقاً آخر لهذا الاختيار عند خلو اتفاق التحكيم منه، يتمثل في انتقال هذا الاختيار في حالة عدم قيام الأطراف به إلى المحكمة المختصة طبقاً لنص المادة 1009 من نفس القانون، فكان أولى بالمشرع أن يستغني بهذا الحل الأخير عن البطلان، لما فيه من خطورة تهدد مسار التحكيم وتمس بخصوصياته.

أما بخصوص المادة 1017 ففي تقديرنا كانت الأولى بتقرير البطلان لتخلف قاعدة الوترية، لتعلق هذا الجزاء في هذه الحالة بالنظام العام كما سبق وأن أشرنا، والذي لا يجوز التنازل عنه، فلو

¹ Fouchard - E.Gaillard - B.Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, op.cit, p. 488.

² ويتفق الفقه أن هذا البطلان من النظام العام يجوز لكل من الطرفين وغيرهما من أصحاب المصلحة التمسك به، ومن ثم فإن حضور الطرفين أمام المحكمين أو إبدائهم للطلبات الموضوعية أو الدفع، لا يمنعهم كل ذلك من التمسك بالبطلان. أنظر، د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 578.

صدر حكم التحكيم من هيئة تحكيم زوجية العدد، كان هذا الحكم باطلاً¹، فكان يُحسُن بالمشرع أن ينتبه إلى هذه المسألة نظراً لخطورتها، وذلك من حيث وضع حكم البطلان في مقامه المناسب. على أن المقصود بالبطلان هنا هو بطلان حكم التحكيم الصادر عن هيئة مشكلة من عدد غير وتري، وليس اتفاق التحكيم ذاته، فإن أصدرت هيئة تحكيم مشكلة من عدد زوجي حكماً في النزاع، فإن هذا الحكم يكون باطلاً لتعذر صدوره بالأغلبية، مما يخل بالضمانات الأساسية للتقاضي، ويكون باطلاً سواء كانت الهيئة مشكلة أصلاً من هذا العدد، أو كانت مشكلة من عدد وتر ثم زالت صفة أحد المحكمين، فتكون النتيجة بذلك واحدة وهي صدور حكم من هيئة مشكلة من عدد زوجي².

أما عن آثار الإخلال بقاعدة الوتريّة على اتفاق التحكيم ذاته، فإنه يرجع بشأنها إلى القواعد العامة، فإذا وجد شرط في اتفاق التحكيم الوارد في عقد النقل البحري للبضائع، يقضي بتحديد هيئة التحكيم على هذا النحو المخالف للقاعدة المذكورة، فإن مقتضى القواعد العامة أن الشرط المخالف هو الذي يقع باطلاً وحده، لتعلق القاعدة بالنظام العام - كما سبق -، ويبقى اتفاق التحكيم صحيحاً ما لم يتبين أن المتعاقدين ما كانا ليربما الاتفاق إذا تبين لهما بطلان هذا الشرط، فعندئذ يبطل اتفاق التحكيم كله³.

تبقى آخر مسألة في هذا الصدد تتعلق بوقت تعيين المحكم أو المحكمين، فإذا كان من حق الأطراف المحكمين اختيار أعضاء هيئة التحكيم، فبديهي أن يكون لهم الحق كذلك في تحديد وقت اختيارهم، غير أن الفراغ التشريعي يظهر مرة أخرى بخصوص هذه المسألة، حيث يُغفل المشرع الجزائري النص على تحديد مدة يتعين في غضونهما على كل طرف تعيين محكمه، وهو نفس النهج الذي سلكه المشرع الفرنسي، في حين لم تغفل باقي التشريعات الأخرى عن هذه المسألة لأهميتها، خذ مثلاً قانون التحكيم المصري في مادته 1/17 حيث حددها بثلاثين يوم لكل طرف، تبدأ من اليوم التالي لتسلمه طلباً بتعيين محكمه من الطرف الآخر، وهي ذات المدة المقررة

¹ د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 362.

² د فتحي والي، المرجع السابق، ص 202.

³ وتطبيقاً لهذه الأحكام، فإنه إذا قام أحد الطرفين برفع نزاع بشأن تشكيل زوجي لهيئة التحكيم متفق عليه، كان للطرف الآخر أن يدفع ببطلان تشكيل هيئة التحكيم بناءً على بطلان الشرط القاضي بهذا التشكيل، وليس له أن يدفع ببطلان اتفاق التحكيم برمته، وله كذلك أن يطلب من المحكمة المختصة تصحيح هذه التشكيلة باختيار محكم مرجح. أنظر أكثر تفصيلاً، د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 578-579.

لتعيين المحكم الوتر، إذ يلزم اختياره خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تعيين آخرهما، فإن انقضت هذه المدة اتخذت إجراءات التعيين القضائي¹ التي سنعرض لها لاحقاً.

وقد نصت على ذات المدة السابقة كل من المادة 3/56/أ من قانون التحكيم التونسي لعام 1993، والمادة 1/17/ب من قانون التحكيم العماني لعام 1997، والمادة 3/11/أ من القانون النموذجي لعام 1985، والمادة 2/6 من قواعد اليونيسترال لعام 1976.

ولعله قد يفهم من إلزام المشرع الجزائري الأطراف بتعيين المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم، المنصوص عليه في المادتين 1008 و1012 السابق ذكرهما، أنه قد أراد بذلك ترك الحرية للأطراف في اختيار الوقت المناسب لتعيين محكميهم، وذلك تبعاً لتقريره لحيثتهم في اختيار محكميهم أصلاً، لكن وعلى فرض صحة هذا التقدير، إلا أن هذا التصور قد يصطدم في اعتقادنا مع الحكمة المرجوة من ذلك القيد الذي وضعته التشريعات السابقة على حرية الأطراف في تحديد مدة الاختيار، والتي تفرضها مقتضيات تفعيل اتفاق التحكيم ومنع تسويق ومماطلة أحد الطرفين، بما يعرقل مبدأ السرعة في سير إجراءات التحكيم وسرعة الفصل في النزاع المعروض، كل ذلك وغيره يوجب ضرورة وضع حد زمني لكل طرف يلتزم في غضون بتعيين محكمه، وعليه يحسن بالمشرع الجزائري وضع نص خاص يحدد من خلاله مدة زمنية قصيرة، يلتزم الأطراف خلالها بتعيين محكميهم، على نحو ما ذهبت إليه التشريعات المشار إليها سابقاً، وذلك مراعاة لما يقتضيه التحكيم من سرعة الفصل في المنازعات من جهة، وسداً لأي تقاعس أو مماطلة قد تبدر من أحد الطرفين من جهة أخرى.

الفرع الثاني

التشكيل النظامي لهيئة التحكيم

في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

إذا تقاعس أحد طرفي عقد النقل البحري المحكم فيه أو كلاهما في تعيين محكمه، أو لم يتفقا على تعيين المحكم الوتر الثالث أو الخامس أو المحكم المنفرد، أو لم يتفق المحكمان المعينان على تعيين المحكم الوتر أو المرّجح، فإن مبدأ تفعيل اتفاق التحكيم يقتضي المسارعة في اتخاذ التدابير

¹ د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 367 وما بعدها.

اللازمة لإنهاض هيئة التحكيم وإقامتها، ومن بين تلك التدابير اللجوء إلى جهة أو سلطة نظامية يحددها الأطراف أو القانون لتعيين هيئة التحكيم¹، وهذه الجهة النظامية قد تكون إما مركز تحكيم بحري مؤسسي (أولاً)، وقد تكون سلطة تعيين يتم تحديدها سلفاً (ثانياً)، وقد تكون الجهة القضائية المختصة أصلاً في نظر النزاع (ثالثاً):

أولاً: تعيين هيئة التحكيم البحري بواسطة مراكز التحكيم البحري المؤسسي

قد يفضل طرفا التحكيم في نزاعهما الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، الالتجاء إلى أحد مراكز التحكيم البحري ومؤسساته الدائمة، لما تحظى به من مكانة وخبرة وقبول في مجال التحكيم، وما تشمل عليه لوائحها الداخلية من قواعد معلومة يسهل اللجوء إليها في جميع مراحل العملية التحكيمية، إلى جانب احتوائها على قواعد بأسماء محكمين من أصحاب الخبرات المختلفة المشهود لهم دولياً بالكفاءة، كما يجوز للأطراف بدلاً من اتفاقهم على التحكيم بواسطة مركز تحكيم دائم، أن يتفقوا على تحكيم بحري حر أمام جمعية المحكمين البحرين بلندن أو نيويورك، ومع ذلك ينيطوا بمركز تحكيم مؤسسي معين سلطة اختيار المحكم أو المحكمين، عند عدم اختيارهم أو اتفاقهم على هذا الاختيار².

غير أن أساليب هذه المؤسسات تتباين بشأن تشكيل هيئة التحكيم، فمنها ما يعطي للأطراف سلطة كبيرة في اختيار المحكمين بشرط أن يكون ذلك من القوائم التي تعدها³، ومنها ما يباشر سلطة واسعة في اختيار المحكمين في مقابل تقليص دور الأطراف المتنازعة في هذا الشأن، فيقتصر دورهم على اقتراح أسماء على أن تختار المؤسسة مجموعة من بينهم، ومنها ما يقتصر دوره على اختيار المحكم المرشح (الوتر) تاركاً لكل طرف من طرفي النزاع اختيار محكمه، وحتى يكون

¹ د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 369-370.

² د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 209.

³ تشتمل هذه القوائم عادة على أسماء جنسيات مختلفة ومن ذوي الخبرات المتنوعة، في كافة المجالات التجارية والصناعية والاقتصادية والقانونية، ومنها ما يتبعها لجان وطنية في العديد من الدول، مثل غرفة التجارة الدولية بباريس التي يتبعها 57 لجنة وطنية، وقد تتضخم هذه القوائم بحيث يصل عددها إلى عدة آلاف، كقائمة الجمعية الأمريكية للتحكيم التي وصل عدد المحكمين فيها إلى واحد وعشرون ألف محكماً، د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص 146.

الأطراف على بيّنة من هذا الأمر، نعرض لبعض النماذج من هاته المراكز¹ الأكثر شهرة على المستوى الدولي:

أ- المنظمة الدولية للتحكيم البحري الدولي²:

تمنح لائحة تحكيم المنظمة الدولية للتحكيم البحري الدولي حرية واسعة للأطراف في اختيار محكميهم، وهو ما يظهر من خلال المادة السادسة من اللائحة التي تنص على أنه يتعين على اللجنة الدائمة للمنظمة ومقرها باريس، أن تعين المحكمين إذا لم يعينهم الأطراف أنفسهم، فإذا اتفق الأطراف على أن يفصل في نزاعهم محكم فرد، لكنهم لم يتفقوا على تعيينه خلال مدة ثلاثين يوماً من الطلب المقدم من الطرف الآخر، تتولى اللجنة الدائمة تعيين هذا المحكم، وإذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين وامتنع أحد الأطراف على تعيين محكمه، تولت اللجنة هذا التعيين، وأخيراً إذا لم يعين الطرفان المحكم الثالث أو لم يعينه المحكمان المختاران خلال الفترة المحددة، قامت اللجنة الدائمة بهذا التعيين³.

ب- غرفة التحكيم البحري بباريس ICC⁴:

تقوم اللجنة العامة لغرفة التحكيم البحري بباريس بذات الدور الذي تقوم به اللجنة الدائمة للمنظمة الدولية للتحكيم البحري، فبتطبيق نص المادة السادسة من لائحة الغرفة، فإنه إذا لجأ أطراف عقد النقل البحري للبضائع المتنازع بشأنه إلى اللجنة المذكورة، ولم يتفقوا على تعيين المحكم الفرد، تقترح اللجنة محكماً معيناً، فإذا وافق عليه الأطراف خلال المدة المحددة يتم تعيينه من قبل اللجنة، وفي حالة التشكيل الثلاثي، إذا لم يعين كل طرف محكمه، فإن اللجنة تدعو الأطراف إلى تعيينهم سواء من قائمة الغرفة أو حتى من خارج القائمة، ومن ثم تعين هي المحكم الثالث، أما إذا لم يقم الأطراف بهذا التعيين إما لفشل أو تقصير أو لعدم قبولهم للمحكم المقترح عليهم من قبل اللجنة، فإنه يتعين عليها أن تقوم بهذا التعيين في غضون ثمانية أيام تسري من تاريخ إخطار الطرف المتخلف أو الرفض للاقتراح.

¹ للتعرف على أهم هذه المراكز والمؤسسات التي تعنى بالتحكيم البحري، راجع المطلب الثالث من المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الأول.

² Organisation International d'arbitrage maritime, 38 Cours Albert, 1^{er}-75008, PARIS- FRANCE.

³ د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 288-289.

⁴ Chambre arbitrale maritime de Paris ICC, 18 Rue du Général Appart, 75116, PARIS- FRANCE.

على أنه في حالة اختيار الأطراف لمحكم من خارج قائمة الغرفة على النحو السابق، فإن للجنة كامل الحرية في قبوله أو رفضه دون إبداء أسباب الرفض، وهنا يتعين على الطرف الذي رفض محكمه أن يختار محكماً آخر خلال خمسة عشر يوماً من إرسال خطاب الرفض، وذلك من قائمة محكمي الغرفة، وإلاّ تولت اللجنة العامة هذا التعيين دون الحاجة لإبلاغ هذا الطرف¹.

لكن ما هو الحل في حالة تعدد المدعين أو المدعى عليهم؟. قد يكون عقد النقل البحري للبضائع محل النزاع مبرم بين أطراف ثلاثة أو أربعة، وتم الاتفاق على التحكيم وفقاً لقواعد غرفة باريس، فيثور الإشكال عندما يطلب كل طرف من الأطراف الثلاثة أو الأربعة تعيين محكمه، وكان هناك تعارض بين المصالح في هذا التحكيم؟.

أجابت عن هذا السؤال محكمة النقض الفرنسية² في حكم حديث لها أشرنا إليه سابقاً، صادر بتاريخ 7 يناير 1992، أكدت فيه أن مبدأ المساواة بين الأطراف يتعلق بالنظام العام، فلا يجوز التنازل عنه إلاّ بعد بدأ النزاع، ومن ثم فإن رضاء الأطراف المعبر عنه في شرط التحكيم يعتبر أمراً مقدماً على التحكيم وفقاً لقواعد معينة تلزم بتشكيل محدد، وإلاّ عُدّ ذلك تنازلاً من الأطراف عن اختيار محكميهم، وهو تنازل غير جائز، لكن يبقى الإشكال متعلقاً بالحالة التي لا يتوصل فيها الأطراف إلى اتفاق بسبب تعارض مصالحهم في التحكيم؟.

في ظل عدم تناول التشريعات لهذه المسألة، يذهب جانب من الفقه³ إلى أنه إذا كان التحكيم ثلاثي الأطراف، واختار طالب التحكيم محكمه، فإن من حق الطرفان الآخرين المحتكم ضدهما، أن يختار كل منهما محكمه إذا كانت مصالحهما متعارضة، أما إذا كانت مصالحهما واحدة فإن عليهما أن يختارا محكماً واحداً، فإن لم يتفقا على ذلك كان للجهة المناط بها التعيين أن تختار محكماً واحداً عنهما، على أن تقدير وحدة المصلحة من تعارضها التي تقوم به هذه الجهة المعيّنة للمحكّمين يخضع لرقابة القضاء، فإذا ثبت اختيار هذه الجهة المعيّنة لمحكم واحد عن طرفين رغم تعارض مصالحهما، جاز للطرف صاحب المصلحة أن يطعن بالبطلان على حكم التحكيم⁴.

¹ د عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص 289.

² Cass. Civ, 7 janvier 1992, Rev. Arb, 1992, P. 470 et s, note Pierre Bellet.

³ د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 203-204.

⁴ راجع الاتجاهات الفقهية بشأن هذه المسألة، د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 581 وما بعدها، مع ما أشار إليه من مراجع.

ج- مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي:

يطبق هذا المركز ذات القواعد التي تطبقها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي (اليونيسترال) لعام 1976، فإذا ما اختار أطراف عقد النقل البحري مركز القاهرة للتحكيم، فإن قواعد هذا المركز وعلى غرار اليونيسترال، يمنح للأطراف صلاحيات واسعة في تشكيل هيئة التحكيم، فإذا لم يتفق الأطراف على تعيين المحكم تولت تعيينه سلطة التعيين التي اتفق عليها الأطراف سلفاً، فإن لم يتم الاتفاق عليها أو امتنعت عن تعيين المحكم، أو لم تتمكن من تعيينه خلال المدة المقررة، يتولى المركز تسمية سلطة التعيين¹.

د- غرفة اللويدز للتحكيم البحري:

هذه الغرفة وبخلاف سابقتها، لا تترك للأطراف أية سلطة في تشكيل هيئة التحكيم، فإذا اختار أطراف عقد النقل البحري هيئة اللويدز بلندن، لتسوية ما قد ينشأ عن هذا العقد من منازعات، فإنه لن يكون لهم أي دور في تعيين المحكمين، حيث تضع المادة السادسة من نموذج اللويدز مهمة هذا التعيين على عاتق الهيئة²، فهي تقوم بتعيين المحكم الذي يفصل في النزاع، وذلك من جانبها فقط دون أن يكون ذلك للأطراف، وكذلك تنظيم وإدارة الاستئناف على حكم هذا المحكم، كل ذلك بإجراءات تنظمها الغرفة من جانب واحد، كما تقوم بنفسها بتعيين محكم أو ثلاثة محكمين لإدارة تحكيم الدرجة الثانية³.

وهكذا نلاحظ كيف أن مسألة تعيين المحكم أو المحكمين يختلف من مركز لآخر، فحيث يمنح مركز مؤسسي أو ذاك سلطة واسعة للأطراف في تعيين محكميهم، نجد مركزاً آخر يحد من هذه السلطة حيث يتولى بنفسه ابتداءً تعيين المحكمين دون تدخل الأطراف، لذا يتعين على الأطراف قبل الالتجاء إلى هذا الطريق توخي الحذر قبل سلوكه، والوقوف جيداً على القواعد التي أشاروا في اتفاقهم للخضوع لها.

¹ وهذا الحل الأخير أضيف بموجب التعديل الأخير لقواعد المركز تحت رقم (1) بتاريخ 1 أكتوبر 2000، بعدما كان ينص على أنه في حالة عدم تسمية سلطة التعيين، جاز لكل من الطرفين أن يطلب من الأمين العام لمحكمة التحكيم الدائمة بلاهاي تسمية سلطة التعيين، وهذا الحل الأخير نصت عليه المادة 2/6 من قواعد اليونيسترال، ولاشك أن هذا التعديل الذي استحدثه مركز التحكيم بالقاهرة، كان الهدف منه اختصار الوقت والجهد من حيث تولي المركز مهمة التعيين، بدلاً من اللجوء إلى محكمة التحكيم بلاهاي، وهو ما يتفق وسرعة الفصل فيما يثور من عقبات بشأن تشكيل هيئة التحكيم. أنظر في ذلك، د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص 162-163.

² د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 290.

³ J. Trappe, L'arbitrage en Matière d'assitanance Maritime, Dr. Eur. Trans, Op. Cit, p. 728.

ثانياً: اختيار هيئة التحكيم البحري بواسطة سلطة تعيين معدة سلفاً:

قد لا يتولى طرفي عقد النقل البحري للبضائع المحكم فيه اختيار محكميهم بأنفسهم، وفقاً لأسلوب الاختيار الشخصي المباشر، وقد لا يعهدون بهذه المهمة حتى للمركز نفسه الذي اختاروه للفصل في النزاع الناشئ عن العقد، لكنهم قد يعهدون بمهمة اختيار المحكمين أو هيئة التحكيم إلى الغير، وهو ما يسمى بأسلوب الاختيار غير المباشر أو التفويض *Choix par délégation*¹، وهذا الغير قد يكون شخصاً معين باسمه أو بصفته، وقد تكون هيئة أو منظمة معينة² - غير الهيئة الأصلية المناط بها مهمة الفصل في النزاع-، كأن يلجأ الأطراف إلى رئيس جمعية المحكمين البحرين بلندن أو نيويورك، طالبين منه تعيين محكم أو محكمين بحرين، وذلك بناءً على قائمة المحكمين التي تنص عليها لائحة الجمعية، وفي جميع الأحوال يجب على من تم تفويضه بتعيين أعضاء هيئة التحكيم البحري، أن يحترم تلك القواعد المنصوص عليها في اللائحة، لاسيما إذا كانت إلزامية بحيث لا يجوز التعديل فيها أو الخروج على مقتضاها³.

ويبدو أن المشرع الجزائري يمنح إلى هذا الأسلوب الأخير -أسلوب التفويض-، وهو ما يمكن استخلاصه من عبارة "تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد كفاءات تعيينهم"، الواردة في المادتين 1008 و1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهي تعني الطريقة التي يمكن من خلالها للأطراف اختيار محكميهم، والتي قد تكون بالإحالة إلى شخص أو إلى هيئة أو مركز أو قانون معين يحدد طريقة تعيين المحكمين.

لكن بالمقارنة بين الأسلوب الأول والثاني، فإنه لا شك أن الأسلوب الثاني يضمن استقلال المحكم وحيدته من ناحية، ومن ناحية أخرى يكفل فعالية اتفاق التحكيم، إذ يكون تعيين المحكم مضموناً، بحيث يحول دون تسويق أو مماطلة قد تصدر من أحد الطرفين⁴، هذا بخلاف الطريقة

¹ د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 355.

² على أنه إذا اتفق الأطراف على أن يجري التحكيم وفقاً لقواعد أو إجراءات مركز تحكيم دائم، دون أن يتضمن الاتفاق تعيين المحكمين أو طريقة تعيينهم، فإن هذا يعني ضمناً أنهم اتفقوا على تطبيق نظام هذا المركز أيضاً بالنسبة لتعيين المحكمين، ما لم يتم الاتفاق صراحة على غير ذلك، أنظر، د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 208.

³ Fouchard - E.Gaillard - B.Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, op.cit, p. 469.

⁴ د أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 358.

الأولى التي تجعل من المحكم المختار مباشرة من قبل الأطراف، كما لو كان وكيلاً عن من اختاره أو محاميه الذي يدافع عنه¹.

ورغم وجاهة الأسلوب الثاني، إلا أن البعض ينصح الأطراف بضرورة اعتماد الطريق الأول²، أي أسلوب الاختيار الشخصي المباشر لهيئة التحكيم، لاتفاقه وروح التحكيم وتحقيق السرعة والفعالية المنشودة في إدارة عملية التحكيم، ذلك أن الطريق الثاني المتمثل في أسلوب الاختيار غير المباشر أو التفويض، كثيراً ما يقود إلى طريق مسدود، وذلك في الفرض الذي قد تعجز فيه المؤسسة أو المركز، أو يخلو القانون الوطني المعهود إليه بتعيين المحكمين عن إنجاز تلك المهمة³.

ثالثاً: اختيار هيئة التحكيم البحري بواسطة الجهة القضائية المختصة

إذا كان المبدأ الأساسي في تشكيل هيئة التحكيم المناط بها مهمة الفصل في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، يقتضي الرجوع إلى إرادة الأطراف المحكمة، تأكيداً لمعنى الثقة التي يوليها هؤلاء الأطراف لهذه الهيئة، فإن المشرع لم يجعل عدم اتفاقهم على الاختيار بذاته مانعاً من إتمام التحكيم، ومن ثم قرر إحلال المحكمة محلهم في هذا الاختيار⁴، فإذا ما تعذر أسلوب الاختيار الشخصي المباشر على النحو الذي سبق بيانه، جاز لأي طرف أن يطلب من الجهة القضائية المختصة التدخل لتجاوز هذه العقبة، والقيام بتعيين المحكم أو المحكمين، وتسمى هذه الطريقة بطريقة التشكيل القضائي لهيئة التحكيم⁵.

والجهة القضائية المختصة في هذا المقام، هي الجهة المشار إليها في المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري والتي جاء فيها: "إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة

¹ DAVID Reni, L'arbitrage dans le commerce international, op.cit, p. 329.

² د أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 358.

³ وهذا الفرض واجهته المادة 2/6 من قواعد اليونيسترال لعام 1976 المشار إليها آنفاً، على أنه في حالة عدم تسمية سلطة التعيين، أو تم تسميتها لكنها امتنعت أو لم تتمكن من التعيين خلال الستين يوماً من تاريخ تسليم الطلب، جاز لكل من الطرفين أن يطلب من الأمين العام لمحكمة التحكيم الدائمة بلاهاي تسمية سلطة التعيين، ولاشك أن في ذلك إهدار للوقت والمال والجهد بما يتنافى مع الغاية المنشودة من التحكيم.

⁴ د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 589، د مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة، عمان، الطبعة الأولى، 2005، ص 78.

⁵ أمال يدّر، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي -دراسة مقارنة-، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2012، ص 29.

التحكيم، بفعل أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين المحكم أو المحكمين، يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه".
فيؤول التعيين حسب هذه المادة إلى الجهة القضائية المختصة أصلاً بنظر النزاع، وذلك إذا كان التحكيم داخلياً، أما إذا كان التحكيم دولياً تطبق أحكام المادة 1041 من نفس القانون المذكور التي نصت على أنه: "يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم.
في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يأتي:

1- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجري في الجزائر،

2- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر".

وتنص المادة 1042 من نفس القانون على أنه: "إذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم، يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ".

تميز المادتين السابقتين بين كل من الاختصاص النوعي والاختصاص الإقليمي، فالأول ينعقد لرئيس المحكمة المختصة، أما الثاني يقتضي التمييز بين فرضين¹:

الفرض الأول: إذا اتفق الأطراف على تحديد محكمة معينة يتم اللجوء إليها عند صعوبة تشكيل هيئة التحكيم، وجب الوقوف على إرادة الأطراف وذلك بالرجوع في تعيين هيئة التحكيم إلى المحكمة المتفق عليها.

الفرض الثاني: إذا لم يتم الاتفاق على تحديد المحكمة المختصة بتعيين هيئة التحكيم، تطبق أحكام المادة 1042 المشار إليها سابقاً.

وأياً كان نوع التحكيم، سواء كان داخلياً أم دولياً، فإنه يتم اللجوء إلى طريقة التشكيل القضائي لهيئة التحكيم في الفروض الآتية²:

¹ أمال يدر، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 31.

² عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 296.

- 1- إذا كانت هيئة التحكيم -التي ستفصل في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع- مشكلة من محكم واحد، ولم يتفق الطرفان على تعيينه.
 - 2- إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة تشكياً ثلاثياً، بحيث يعين كل طرف محكمه، ومع ذلك أهمل أو قصر أو رفض تعيينه خلال المدة المتفق عليها.
 - 3- إذا اتفق الطرفان على تعيين محكيميها، ولم يتفق هذين الأخيرين على تعيين المحكم الوتر أو المرّجح خلال الوقت المحدد.
 - 4- إذا تم مخالفة الإجراءات المتفق عليها بشأن اختيار هيئة التحكيم، سواء من طرف الشخص الذي عهد إليه الطرفان مهمة الاختيار، أو في حالة عدم تسمية هذا الشخص وتعيينه أصلاً في اتفاق التحكيم.
 - 5- تحقق مانع أو ظرف يحول دون قيام المحكمين بالتحكيم، مثل الوفاة أو العزل أو التنحي أو الرد أو الامتناع أو غير ذلك.
- وجميع هذه الصعوبات وغيرها التي قد تعترض تشكيل هيئة التحكيم وتبرر اللجوء إلى قضاء الدولة لهذا الغرض، هي مجرد أمثلة، ومن ثم فإن كل سبب يؤدي إلى إعاقة تشكيل هيئة التحكيم، يبيح اللجوء إلى القضاء¹.
- هذا ويشترط لتدخل المحاكم القضائية عموماً في تعيين المحكم أو المحكمين شرطان أساسيان:
- 1- أن يكون التدخل بعد نشوء النزاع الفعلي بين الأطراف، فإذا لم يكن هناك نزاع حقيقي قائم بين الأطراف، فلا حاجة لهذا التعيين، ويكون طلب التعيين حينئذ غير مقبول لانعدام المصلحة فيه²، ويقع تقدير ذلك على عاتق المحكمة المختصة³.
 - 2- أن يكون اتفاق التحكيم البحري صحيحاً⁴، إلا أن هناك مشكلة متعلقة بتشكيل هيئة التحكيم، راجعة إلى الأطراف أنفسهم أو إلى الغير⁵ على نحو ما رأيناه، أما إذا كان اتفاق التحكيم باطلاً، فلا مجال لتعيين هيئة التحكيم، وفي هذا تنص المادة 2/1009 ق.إ.م.إ جزائري

¹ د نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 134.

² د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 219.

³ De Boissesson Mathieu, Le droit français de L'arbitrage interne et internationale, Op. Cit, P. 562.

⁴ J. Robert, L'Arbitrage droit interne, droit international privé, avec la collaboration de B. Moreau, Op. Cit, P. 261.

⁵ د نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 135.

بأنه: "إذا كان شرط التحكيم باطلاً أو غير كاف لتشكيل محكمة التحكيم، يعاين رئيس المحكمة ذلك ويصرح بالألا وجه للتعين".

وفي جميع الأحوال يكون تدخل القضاء بناءً على طلب¹ يقدم إليه من صاحب الصفة أو المصلحة، الذي يجب أن يكون طرفاً في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع المثار بشأنه النزاع، وعلى المحكمة أن تبت في هذا الطلب على وجه السرعة، دون أن يكون قرارها الصادر بشأن طلب التعيين قابلاً للطعن²، حفاظاً على مبدأ سرعة إجراءات التحكيم من جهة، ومن جهة أخرى أن هذا القرار ليس حكماً صادر بخصيص نزاع معين، فلا يسري عليه ما يسري على الأحكام الصادرة بشأن المنازعات.

غير أن القول بعدم قابلية قرار المحكمة بشأن طلب تعيين المحكم أو المحكمين لأي طعن، لا يعني إلزامهم بقبول المحكم أو المحكمين المعينين من قبل هذه المحكمة، بل يكون لهم الحق في رده أو ردهم متى كان لذلك وجه مقبول³.

¹ في الجزائر ذهب البعض إلى أن طلب تعيين هيئة التحكيم، يكون بموجب عريضة بسيطة من الطرف الذي يهيمه التعجيل، حيث يقوم رئيس المحكمة بهذا التعيين وذلك بأمر على ذيل العريضة. ينظر، خليل بوصنوبرة، التدخل القضائي في مجال التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، مشار إليها سابقاً، ص 131. غير أن ما ينبغي التنبيه إليه في هذا المقام، هو أن الأوامر على العرائض تعتبر قابلة للطعن بالاستئناف طبقاً للمادة 2/312 ق.إ.م.إ.ج، بينما لم يرد نص في ذات القانون يقرر قابلية الأمر الصادر بشأن تعيين المحكمين للطعن، وعلى فرض القول بقابلية هذا القرار للطعن، فإن ذلك يتنافى بلا شك مع ما يقتضيه التحكيم من سرعة في الإجراءات، لذلك نرى ضرورة وجود نص خاص يحدد طبيعة هذا الإجراء المتضمن تعيين المحكمين، إلى جانب بيان مدى قابليته للطعن، مع الأخذ في الحسبان خصوصيات التحكيم السابقة.

² كما سبق، فإنه لم يرد نص خاص يقرر عدم قابلية قرار تعيين المحكمين للطعن بالبطلان في القانون الجزائري على نحو ما رأينا قبل قليل، في حين نصت العديد من التشريعات على ذلك نذكر منها: قانون التحكيم المصري الذي نص على ذلك في المادة 3/17، والمادة 16/ج من قانون التحكيم الأردني، والمادة 5/56 من قانون التحكيم التونسي، والمادة 309 من قانون التحكيم المغربي، والمادة 5/11 من قانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، كما يستخلص ذلك من جهة أخرى من تلك الخصوصيات التي تفرضها طبيعة التحكيم، وأهمها سرعة الإجراءات ومرونتها، فحجداً لو تبني المشرع الجزائري حكماً مماثلاً في هذا الخصوص.

³ يبرر البعض اعتبار قرار المحكمة بشأن التعيين أنه غير ملزم للأطراف، على أساس أنه مجرد عمل من أعمال الإدارة القضائية، د نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، المرجع السابق، ص 136. وقارن في ذلك، د فتحي والي، المرجع السابق، ص 216 على الهامش، حيث يعيب على هذا الرأي بأن الأعمال المتعلقة بإدارة القضاء هي أعمال تتعلق بإدارة المحاكم، وليس منها تعيين المحكم الذي يتعلق بمصالح الأشخاص.

وعموماً فإنه متى أُختيرَ شخص محكماً لنظر النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع على النحو المتقدم، فإنه لا يلتزم بالقيام بمهمة التحكيم إلاّ إذا قبل بها، وهذا القبول من المحكم يعتبر الخطوة الأخيرة في تكوين هيئة التحكيم، وهو ما سنعرض له من خلال العنصر الموالي:

رابعاً: قبول المحكم البحري لمهمة القيام بالتحكيم

لما كان المحكم ليس طرفاً في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع المتنازع بشأنه، فإنه من غير المتصور إجباره على الالتزام ببدء إجراءات التحكيم إلاّ بعد الحصول على رضاه، وهو لا يقل درجة عن رضاء الأطراف من حيث الأهمية¹، ومن ثم الاتفاق معه على المهمة الموكولة إليه²، وعلى هذا فإنه رغم نص المادة 1018 من ق.إ.م.إ. الجزائري من أن المحكمون ملزمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة أشهر، حيث تبدأ هذه المدة من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم، إلاّ أن المقصود هنا هو أن سريان هذه المدة لا يبدأ إلاّ من قبول المحكم أو قبول آخر المحكمين المعيّنين لمهمتهم³.

وقبول المحكم لمهمة التحكيم قد يكون صريحاً، وقد يكون ضمناً كأن يستفاد من حضور المحكم جلسة التحكيم الأولى وتحرير محضر بها، أو من مشاركته في العملية التحكيم، أو من توقيعه على الحكم الصادر في نهاية خصوصية التحكيم، والغالب الذي يجري عليه العمل، هو أن يكون هذا القبول مكتوباً سواء عن طريق تبادل الخطابات، أو توقيع عقد بين المحكم والأطراف، أو

¹ De Boissesson Mathieu, Le droit français de L'arbitrage interne et internationale, Op. Cit, P. 156.

² وقد سبق وأن أشرنا في ختام المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الأول، إلى أن جانب من الفقه الحديث يذهب إلى تسمية العقد المبرم بين الأطراف والمحكمين بعقد التحكيم، وهو التعبير الذي اعتمده كل من الفقه الفرنسي والإيطالي للتمييز بين اتفاق التحكيم المبرم بين أطراف النزاع من جهة، والعقد المبرم بين الأطراف والمحكمين من جهة أخرى، ينظر في هذا الوصف، د أسامة أحمد شوقي المليحي، هيئة التحكيم الاختياري، المرجع السابق، ص 15، هامش رقم 3. د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 394 وما بعدها، د فتحي إسماعيل والي، المرجع السابق، ص 225.

وقد ذهب البعض تعقياً على وصف علاقة المحكمين بالأطراف على أنها عقد التحكيم، بأن اختيار الأطراف للمحكمين سواء في شرط التحكيم أو المشاركة يتم عند وقوع النزاع فقط، دون أن يكون المحكمين طرفاً في هذا الشرط أو المشاركة، كما أنه قد يتم اختيار المحكمين عن طريق المحكمة في حالة عدم الاتفاق، بحيث لا يظهر هناك عقد في هذه الحالة، وهذا ما يجعل استعمال عقد التحكيم للتعبير عن العلاقة بين الأطراف والمحكمين بعيد عن مدلول اتفاق التحكيم من الناحية القانونية، بل قد يثير اللبس بينه وبين اتفاق التحكيم. أنظر بشأن هذا التعقيب، د أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، المرجع السابق، ص 240-241.

³ د فتحي إسماعيل والي، المرجع السابق، ص 226. وانظر خلاف ذلك عند، د هدى مجدي عبد الرحمان، دور المحكم في الخصومة وحدود سلطاته، رسالة دكتوراه مشار إليها سابقاً، ص 159.

التوقيع من المحكم على المحضر الذي يتفق فيه الخصوم على التحكيم، فالمهم أن يكون قبول المحكم لمهمة التحكيم ثابتاً في جميع الأحوال¹.

هذا ورغم أن المادة 1015 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري لم تشترط أن يصدر قبول المحكم للمهمة الموكولة به في شكل معين، واقتصر على أنه: "لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحاً، إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم"، ومع ذلك يجب أن يكون هذا القبول قاطعاً على النحو السابق، وغير معلق على شرط، أو متضمناً حق المحكم في العدول عن قبوله، إلا إذا كان هناك سبب جدّي يبرر هذا العدول².

ومتى صدر قبول من المحكم لمهمة التحكيم، نشأ عن ذلك التزامات متبادلة، منها التزام المحكم ببذل العناية المعتادة في مختلف مراحل التحقيق في القضية، والفصل فيها وفق الأصول القضائية المتعارف عليها، وخلال المدة المتفق عليها، ومنها أيضاً الالتزام بالحيدة والاستقلال في أداء مهمته واحترام مبادئ النظام العام، وبالمقابل يكون للمحكم الحق في تقاضي أتعابه المتفق عليها، وعموماً تخضع علاقة المحكم بالأطراف من حيث التكوين والآثار والانقضاء، للقانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمناً، أو القواعد المعمول بها في مجال عقود التجارة البحرية والدولية³.

بعد استقراءنا لنصوص المواد 1009 و1041 و1042 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المشار إليها سابقاً، يمكن أن نورد بعض الملاحظات:

الملاحظة الأولى: أن المشرع الجزائري قد أعطى للقاضي الجزائري اختصاصات وسلطات واسعة، في الفرض الذي تثور فيه صعوبات بشأن تشكيل هيئة التحكيم، ولاشك في ذلك حرصاً على مصلحة الطرف الجزائري في النزاع، وذلك بإبعاده عن قضاء أجنبي عنه⁴.

الملاحظة الثانية: سبقت الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم ينص على تحديد مدة يتعين في غضونهما على كل طرف تعيين محكمه، بحيث يكون قد فسخ المجال لإرادة الأطراف بتعيين المحكمين، أو تحديد كيفية تعيينهم طبقاً للمادتين 1008 و1012 ق.إ.م.إ، إلا أن ذلك كما رأينا قد يتعارض مع الحكمة المرجوة من تحديد مدة الاختيار، والتي تفرضها مقتضيات تفعيل اتفاق التحكيم ومنع تسويق ومماطلة أحد الطرفين، بما يعرقل مبدأ السرعة في سير إجراءات

¹ عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 305.

² أنظر في هذا المعنى، د فتحي إسماعيل والي، المرجع السابق، ص 227.

³ د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 395.

⁴ TERKI NOUREDDINE, L'arbitrage commercial international en Algérie, Op. Cit, P. 106 et s.

التحكيم وسرعة الفصل في النزاع المعروض، وعليه يُحسُن بالمشرع الجزائري وضع نص خاص يحدد من خلاله مدة زمنية قصيرة، يلتزم الأطراف خلالها بتعيين محكميهم، على نحو ما ذهبت إليه غالبية التشريعات.

الملاحظة الثالثة: خلو قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري الجديد وحتى القديم، من تحديد أجل يتعين خلاله على رئيس المحكمة إصدار أمره بتعيين المحكم المطلوب، وهذا على غرار قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، رغم خضوع هذه الأخير للعديد من التعديلات، ففي ظل القانون الجزائري الملغى الذي كان يجعل الدعاوى الاستعجالية من اختصاص رئيس المحكمة، ومن ثم فإن الدعاوى المتضمنة طلب تعيين المحكمين بما أنها ترفع مباشرة إلى رئيس المحكمة المختصة، تعتبر من قبيل الدعاوى الاستعجالية، فيتعين أن يصدر الأمر فيها على وجه السرعة دون تحديد مدة في ذلك¹، وهو ما نصت عليه صراحة معظم التشريعات العربية نذكر منها المادة 3/17 من قانون التحكيم المصري، والمادة 16/ج من قانون التحكيم الأردني، والمادة 5/56 من قانون التحكيم التونسي.

وفي ظل عدم وجود نص في القانون الجزائري يحدد المدة المذكورة، اختلف الرأي في ذلك بين من يرى أنها دعوى استعجالية جداً، إذ تكون من ساعة إلى ساعة، وبين من يرى أنها مجرد دعوى استعجالية عادية، يمنح فيها لرئيس المحكمة مهلة كافية للإطلاع عليها وإصدار أمره بشأنها². غير أن وصف الدعوى التي يطلب فيها أحد أطراف التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين بأنها دعوى عادية، لاشك أنه يتعارض مع متطلبات السرعة التي يقتضيها التحكيم، وذلك بسبب طول الإجراءات التي تتطلبها مثل هذه الدعاوى العادية³، وحبذا لو نظم المشرع الجزائري هذه المسألة بنص خاص، يحدد من خلاله هذه المدة لاتقاء أي خلاف فقهي بشأنها، كل ذلك مع مراعاة ما يتطلبه نظام التحكيم من خصوصيات لاسيما ما يتعلق منها بسرعة الإجراءات.

الملاحظة الرابعة: قد يتولد على الإشكال السابق إشكال آخر من نفس الطبيعة، يتعلق بكيفية رفع طلب التعيين إلى رئيس المحكمة المختصة، وكذا طبيعة الإجراء الصادر عن هذا الأخير،

¹ مشار إليه عند، أمال يدّر، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 45.

² خليل بوضويرة، التدخل القضائي في مجال التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، مشار إليها سابقاً، ص 132.

³ أمال يدّر، مرجع سابق، ص 46-47.

فالمادتين 1041 و1042 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، اقتصرتا على تقرير اختصاص رئيس المحكمة في حالة غياب التعيين أو في حالة صعوبة تعيين المحكمين، دون بيان لطبيعة الإجراء الصادر في هذا الشأن، وهذا لاشك يفتح الجدل مرة أخرى خاصة فيما يتعلق بمدى قابلية هذا الإجراء للطعن؟.

في الجزائر ذهب البعض¹ إلى طلب تعيين هيئة التحكيم، يكون بموجب عريضة بسيطة من الطرف الذي يهمله التعجيل، حيث يقوم رئيس المحكمة بهذا التعيين وذلك بأمر على ذيل العريضة.

غير أنه في تقديرنا، وإن كان العمل قد جرى في الجزائر على إصدار أمر على عريضة بشأن تعيين هيئة التحكيم، على نحو ما ذهب إليه الرأي السابق، نظراً لما يتميز به نظام الأوامر على العرائض من سرعة في الإجراءات، إلا أن ما ينبغي التنبيه إليه في هذا المقام، هو ما قد يؤدي إليه إعمال المادة 2/312 ق.إ.م.إ.ج من قابلية الأوامر على العرائض للطعن بالاستئناف، بينما لم يرد نص في ذات القانون يقرر قابلية الأمر الصادر بشأن تعيين المحكمين للطعن، وبالتالي فإن القول بأن هذا الأمر الذي يصدره رئيس المحكمة المختصة هو أمر على عريضة، ومن ثم قابليته للطعن، يتنافى بلا شك مع ما تقتضيه روح النصوص والغرض من التدخل القضائي، وهو ضمان التشكيل السريع لهيئة التحكيم².

حقيقة وإن كان إجراء الأوامر على عرائض أكثر يسراً وسرعة، بما يضمن الإسراع في تقديم العون اللازم لتشكيل هيئة التحكيم، غير أن ذلك كما يقرر جانب من الفقه³، يتنافى مع عدة حقائق هامة، منها أن تدخل القضاء هو لتفعيل اتفاق التحكيم، وذلك بإزالة الصعوبات التي تعترض تشكيل هيئة التحكيم، وهذا التفعيل يقتضي بالضرورة إعمال مبدأ المواجهة بين الأطراف

¹ خليل بوصنورة، المرجع السابق، ص 131.

² ولعل ما يعضد وجهة نظر الباحث هذه، ما ذهب إليه اتجاه من الفقه، إلى أن المحكمة من نظام التحكيم تقتضي أن يتم مثل هذا الإجراء بشأن تعيين هيئة التحكيم، بواسطة طلب يقدم مباشرة إلى رئيس المحكمة المختصة، أي بواسطة الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى وليس بطريق الأمر على عريضة، ومن ثم يصدر رئيس المحكمة قراره بشأن التعيين إما بالرفض أو بالقبول، وهذا القرار ليس حكماً ولا يخضع لنظام الأحكام، لأنه لا يوجد نزاع أو خصومة يصدر فيها حكم. ينظر في ذلك، د نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، المرجع السابق، ص 136.

³ مستفاد من، د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 375 وما بعدها، وفي ذات المعنى، د فتحي والي، المرجع السابق، ص 216.

المحكّمة، إذ يتعين إعلامهم وحضورهم ومناقشتهم للأسباب التي حالت دون اختيار محكميهم، وهذا لا يتأتى إلاّ برفع دعوى بالطرق العادية المعروفة، هذا على خلاف الأمر على عريضة الذي لا يستدعى فيه الخصوم، ولا يُحتاج فيه إلى أعمال مبدأ المواجهة.

لكل ذلك، نرى ضرورة وجود نص خاص يحدد طبيعة هذا الإجراء الصادر عن رئيس المحكمة المختصة والمتضمن تعيين المحكمين، إلى جانب بيان مدى قابليته للطعن، مع الأخذ في الحسبان خصوصيات التحكيم المشار إليها.

وهكذا ننتهي إلى أن نظام تشكيل هيئة التحكيم البحري، الفاصلة في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، سواء كان هذا التشكيل اتفاقياً أو نظامياً، يقتضي مراعاة جملة من المبادئ أهمها¹:

1- الطريق المناسب في تعيين المحكمين والذي يتماشى مع طبيعة التحكيم البحري، هو التعيين الاتفاقي تحقيقاً لرغبة الأطراف واحتراماً لإرادتهم في تسوية منازعاتهم، وحرصاً على ما تحققه هذه الطريقة من سرعة في إجراءات التحكيم مقارنة مع الطرق الأخرى التي رأيناها، والتي لا تعد إلاّ مكملّة لهذا الدور.

2- مراعاة المبادئ والضمانات الأساسية للتقاضي فيما يتعلق بهذا الاختيار، لاسيما منها تطبيق مبدأ المساواة بين الأطراف المحكّمة.

3- قبول المحكم لمهمة التحكيم الموكولة به، إذ بدون هذا القبول لا يكون هناك أي أثر لاتفاق التحكيم، وبقبوله تبدأ نقطة البداية في مباشرة العملية التحكيمية.

غير أن هذه المبادئ لا تكفي لوحدها لمباشرة المحكم لمهمته، في الفصل في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع المعروض أمامه، ما لم تكن عملية اختيار المحكمين مضبوطة بضوابط معينة، تتجلى أساساً في تلك الشروط التي يلزم توافرها في شخص المحكم، ونظراً لأهمية هذه الضوابط، خاصة بالنظر إلى الطبيعة البحرية التي يتصف بها التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة، اقتضى هذا المقام أن نخصص لهذه الضوابط مطلباً مستقلاً، وهو ما سنعرض له فيما يلي:

¹ عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 302 وما بعدها.

المطلب الثاني

ضوابط اختيار المحكم البحري

لم يعرض قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، وعلى غرار باقي تشريعات التحكيم الأخرى، لأية ضوابط أو شروط خاصة فيمن يريد تولي مهمة التحكيم، سوى أن يكون متمتعاً بالأهلية المدنية حسبما أفادته المادة 1014 من القانون المذكور بقولها: "لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي، إلا إذا كان متمتعاً بحقوقه المدنية"، فلا يهم بعد ذلك أن يكون من جنسية الخصوم أو من جنسية أخرى مختلفة عن جنسيتهم، وبغض النظر عن جنسه رجلاً كان أو امرأة، وسواءً كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً كمراكز التحكيم البحري¹.

ولما كان التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، هو تحكيم مهني متخصص لحل هذا النوع من المنازعات، فقد جرت أعراف التجارة البحرية أن يكون المحكم البحري متخصصاً في هذا الميدان، ووجب أن يكون أيضاً محايداً عن أطراف النزاع²، وهذان شرطان أساسيان لا بد من توافرها في شخص المحكم (الفرع الأول)، متى تخلفا ترتب على ذلك جزاءات معينة تتمثل إما في تنحيته أو رده أو استبداله (الفرع الثاني):

الفرع الأول

الشروط الواجب توافرها في المحكم البحري

سبقت الإشارة إلى أن تشكيل هيئة التحكيم البحري ينبنى أساساً على إرادة الأطراف، حيث يتمتعون إزاء ذلك بسلطة واسعة، غير أن ما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام، أن سلطة الأطراف في ذلك ليست مطلقة، وإنما تخضع لبعض الشروط والضوابط التي تفرضها القواعد أو القانون الذي يخضع له التحكيم³ في المنازعة الناشئة عن عقد النقل البحري، وهذه الشروط أو الضوابط قد تكون شخصية تتعلق بشخص المحكم (أولاً)، وقد تكون موضوعية تتصل بالنزاع المعروض أمامه (ثانياً):

¹ DAVID Reni, L'arbitrage dans le commerce international, op.cit, p. 341.

² د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 306.

³ د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص 163.

أولاً: الشروط الشخصية للمحكم البحري

يقصد بالشروط الشخصية للمحكم البحري، تلك الصفات الواجب توفرها فيه للقيام بمهمة التحكيم، وهذه الشروط تتناول عموماً كل من التخصص والأهلية والرضا، وقد سبق وأن تطرقنا إلى هذا العنصر الأخير المتمثل في رضا المحكم وقبوله لمهمة التحكيم، كآخر مرحلة في عملية تشكيل هيئة التحكيم البحري، لذلك سنقتصر على ذكر الشرطين الأولين فقط:

أ- أهلية المحكم البحري:

تتفق القوانين المقارنة على اشتراط كمال أهلية المحكم، وفي هذا تنص المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، تقابلها المادة 1/16 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، على أنه: "لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي، إلا إذا كان متمتعاً بحقوقه المدنية"¹، فالمحكم البحري بحسبان أنه سيقوم بأعمال قضائية -وهي أعمال وتصرفات قانونية-، استلزم ذلك أن يكون أهلاً لإجرائها²، والمقصود بذلك أهلية الأداء، وهي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية ومناطها سن التمييز، وبالتالي لا يكون المحكم أهلاً لتولي مهمة التحكيم، إلا إذا استكمل جميع عناصر التمييز وفقاً لأحكام المادة 40 من القانون المدني الجزائري، التي تنص على أن: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسع عشر (19) سنة كاملة". وعلى هذا لا يجوز أن يتولى التحكيم قاصر ولو كان مأذوناً له بالتجارة³، كما لا يجوز أن يكون المحكم محكوماً عليه بعقوبة جنائية أو جنحة مخلة بالشرف أو بسبب شهر الإفلاس، لأن ذلك يجعله غير أهل للثقة فيما يصدر عنه، خاصة وأن حكم التحكيم يجوز حجية الشيء المحكوم فيه شأنه شأن الأحكام القضائية⁴.

¹ على أن ما تجدر إليه أن الشرط الوارد في هذه المادة يتعلق بتمتع المحكم بحقوقه المدنية دون السياسية، فالمادة صريحة في عدم تناول الحقوق السياسية، وعلى هذا لا ينتقص من إرادة المحكم البحري ولا كمال أهليته إذا كان محروماً من هذه الحقوق لدوافع سياسية.

² د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 388.

³ د فتحي إسماعيل والي، المرجع السابق، ص 231-232. قارن عكس ذلك عند: Vincent et Guinchard et Boissésou. إذ يقرر هؤلاء الفقهاء أن القاصر المأذون له بإدارة أمواله يجوز له أن يلي مهمة التحكيم:

VINCENT Jean et GUINCHARD Serge, Procédure civile, Op. Cit, P. 999. M. de Boissésou, Le droit français de l'arbitrage interne et international, op.cit., p.154.

⁴ د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص 164-165.

أما عن القانون الواجب التطبيق على أهلية المحكم البحري، فقد ذهب البعض إلى أن المشرع الجزائري لم يشترط تطبيق القانون الوطني على أهلية المحكم، ولعل في ذلك مراعاة لمقتضيات تنازع القوانين¹، خاصة عندما يتعلق الأمر بنزاع قائم بين أجنبان في الجزائر، إلا أن ما تجدر الإشارة إليه هو أن الأمر هنا لا يتعلق بأهلية إجرائية، فلا يسوغ القول بأن أهلية المحكم البحري تخضع إلى القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، سواء قانون الإرادة أو قانون مقر التحكيم أو غيره²، وإنما تخضع للقانون الذي يحكم حالته الشخصية، أي قانون الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته، أو قانون الدولة التي يتوطن فيها على حسب الأحوال³، وإلا لما كانت هناك فائدة من نص المادة 1014 السالفة الذكر، والتي اشترط من خلالها المشرع الجزائري أن يكون المحكم متمتعاً بحقوقه المدنية⁴، وهذا على خلاف ما سوف نراه فيما يتعلق بالشروط الشخصية الأخرى مثل الخبرة والكفاءة، والتي تتعلق بنوع من الأهلية الخاصة، والتي يحكمها القانون الواجب التطبيق على الإجراءات.

لكن رغم أن هذه الشروط المتعلقة بالأهلية، التي تتطلبها القوانين في المحكم بحسبان أنه سيتولى أعمالاً قضائية على النحو السابق، إلا أن هذه القوانين لم تشدد في توافر هذه الشروط مثلما تشدد فيها عند تعيين القضاة العاديين، والعلة في ذلك ترجع إلى أن القضاء هو قوام العدالة في المجتمع، وأن هؤلاء القضاة يمثلون هذا القضاء العام صاحب الولاية الأصلية في فض المنازعات، بينما لا يعدو المحكم أن يكون شخصاً مختاراً للفصل في نزاع محدد، وفقاً لاعتبارات خاصة، لتنتهي مهمته بالفصل فيه⁵.

هذا ولم يمنع المشرع الجزائري أن يتولى مهمة التحكيم البحري شخص معنوي، سواء كان هيئة أو مركز أو مؤسسة تحكيم، وهو ما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة 1014 السالفة الذكر

¹ أشار إليه، الأستاذ لزهير بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 150.

² وهذا بخلاف أهلية الأطراف المختكمة، التي تعتبر أهلية إجرائية، حيث تخضع لهذا لقانون الإجراءات الواجب التطبيق. يرجع في هذه المسألة إلى ما تطرقنا إليه في معرض حديثنا عن ركن التراضي في الفصل الأول من الباب الأول.

³ د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 385 و 389.

⁴ والذي يظهر في تقديرنا أن الفاصل في هذه المسألة هو جنسية المحكم، فعند الأنظمة التي تجيز أن يكون المحكم أجنبياً فإنه يظل خاضعاً في أهليته إلى قانونه الشخصي أي القانون الذي يحمل المحكم جنسيته، أما عند الأنظمة التي تشترط أن يكون المحكم وطنياً، فإنه يظل خاضعاً في أهليته إلى قانونه الوطني.

⁵ د حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 181.

بقولها: "إذا عينت اتفاقية التحكيم شخصاً معنوياً، تولى هذا الأخير تعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم"، وهذا يستلزم بدلالة الاقتضاء للفقرة الأولى من نفس المادة، أن يكون شرط كمال الأهلية متوفراً في العضو أو الأعضاء الطبيعيين الذين يعينهم هذا الشخص المعنوي.

وهذا بخلاف قانون المرافعات الفرنسي في نص المادة 1451، حيث قرر في مجال التحكيم الداخلي أنه لا يجوز أن تناط مهمة المحكم إلا بشخص طبيعي¹، ومقصود المشرع الفرنسي في ذلك هو إبراز الثقة التي يجب توافرها بين شخص المحكم والطرفين، وهو ما لا يتوافر عند اختيار شخص معنوي محكماً، إذ هو سيباشر التحكيم حتماً بواسطة شخص لم يختره الطرفان، لكن قصر المشرع الفرنسي لمهمة التحكيم على الشخص الطبيعي، ليس كما قد يفسره البعض من بطلان اتفاق التحكيم إذا تضمن تعيين شخص معنوي لتولي هذه المهمة²، بل إن المقرر في فرنسا أنه إذا عين اتفاق التحكيم شخصاً معنوياً محكماً، فإن هذا لا يترتب عليه بطلان الاتفاق، وإنما لا يكون لهذا الشخص المعنوي المتفق على اختياره سوى سلطة تنظيم التحكيم³، أي بما في ذلك تنظيم كيفية تعيين المحكمين والذين يكونون بالضرورة أشخاصاً طبيعيين.

على أن الفقه الفرنسي يستثني من النص السابق التحكيم التجاري الدولي، فيمكن أن يختار فيه الأطراف مركز تحكيم كمحكم، مستنديين في ذلك إلى نص المادة 2/1 من اتفاقية نيويورك لسنة 1958، الذي نص صراحة على أن أحكام المحكمين يمكن أن تصدر عن هيئات ومراكز

¹ ويبدو أن موقف المشرع الفرنسي هذا قد جاء كردة فعل معاكسة لموقف القضاء في فرنسا، الذي كان يقرر قبل صدور قانون المرافعات الفرنسي لسنة 1980 أنه يجوز أن يكون المحكم شخصاً معنوياً، حيث كان يعيب هذا القضاء أن الأشخاص المعنوية التي كانت معنية بالتحكيم، لم تحرص على تضمين نظمها النصوص القانونية الخاصة بكيفية اختيار المحكمين من الأشخاص الطبيعيين الذين يتولون عملية التحكيم في حقيقة الأمر، خصوصاً وأنه لا يتصور قيام الشخص المعنوي بذاته بهذه العملية التي لا يصلح لها سوى الأشخاص الطبيعيين. د حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 185.

² وقد أشرنا إلى هذه الملاحظة هنا لأهميتها، حيث أن العديد من المراجع تعرض ذكر هذه المادة دون بيان لتطبيقاتها العملية، إذ قد يفهم منها عدم جواز تولى شخص معنوي لمهمة التحكيم، في حين أن الأمر ليس كذلك وفقاً لما استقر عليه العمل في فرنسا، من أن المقصود في هذا المقام هو أن اتفاق التحكيم وإن تضمن تعيين شخص معنوي، فمنطقي أن يتولى هذا الأخير شخصاً أو أشخاص طبيعيين تناط بهم مهمة التحكيم، وقد أحسن المشرع الجزائري عندما أزال هذا اللبس صراحة من خلال المادة 1014 المشار إليها سابقاً، فلذلك كان يحسن التنبية على هذه المسألة في معرض ذكر هذه المادة - أي المادة 1451 ق.م.فرنسي - لأهميتها.

³ د فتحي إسماعيل والي، المرجع السابق، ص 233.

التحكيم التي يختارها الأطراف¹، ويظهر وجه الخلاف بين هذا الفرض والذي قبله، أن مركز التحكيم في هذا الفرض الأخير لا يقتصر دوره على تنظيم التحكيم فقط، وإنما تصدر أحكام التحكيم باسمه أيضاً وليس باسم المحكمين - كأشخاص طبيعيين - الذين يتولى تعيينهم، وهذا بخلاف الفرض الأول كما هو واضح.

ب- تخصص المحكم البحري:

خلافاً لشرط الأهلية، والتي لا يمكن إخضاعها إلى القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، لعدم تعلقها بالأهلية الإجرائية على نحو ما رأينا، فإن كفاءة المحكم البحري وخبرته أو ما يعرف بمبدأ التخصص، تتعلق بنوع من الأهلية الخاصة التي يحكمها القانون الذي يتطلبها، وهو القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم².

ولم يورد المشرع الجزائري نصاً يتضمن شرط الخبرة والتخصص في المحكم، وبالتالي فإن الأمر متروك لتقدير الأطراف عند الاتفاق على التحكيم، فهي بذلك ليست شرطاً مستلزماً في تعيين المحكم البحري، بقدر ما هي خاصية يحرص الأطراف على توافرها في شخص المحكم وفقاً لما تطمئن له مصلحتهم³، ولما كان التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع هو تحكيم مهني متخصص، بالنظر إلى الطبيعة البحرية للعقد المتنازع بشأنه أمام هذا التحكيم، تطلب ذلك من القائمين على النشاط البحري من أفراد وجمعيات بحرية ومراكز تحكيمية وغيرها، مراعاة أن يكون المحكم البحري الذي يناط به مهمة الفصل في هذا النوع المتخصص من المنازعات، ذا خبرة وتخصص في هذا المجال⁴، وعلى دراية بعلاقات التجارة البحرية المبرمة بين ملاك السفن ومستأجريها، وبكيفية إدارة الأعمال البحرية من تأجير لهذه السفن وبيعها وشراؤها، وإلمام بكل ما يدخل في عمليات النقل البحري وأعرافه⁵.

¹ د فتحي إسماعيل والي، المرجع السابق، 233-234.

² د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 389.

³ يميز البعض في هذا الخصوص بين الخبرة والتخصص، حيث يرى أن الخبرة ليست مرادفاً للتخصص، فالتخصص وإن كان يمنح للمحكم القدرة على حسن الفصل فيما يعرض عليه من منازعات تدخل في إطار تخصصه، إلا أن ترجمة ذلك عملاً لا يتأتى إلا بالممارسة. د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص 171.

⁴ قارن عكس ذلك، د أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 150، حيث يرى عدم اشتراط أن يكون المحكم ذا خبرة أو تخصص في موضوع النزاع.

⁵ ويظهر شرط التخصص من خلال قوائم مراكز التحكيم البحري المختلفة، فمثلاً تضم قائمة محكمي غرفة التحكيم البحري بباريس نخبة من المحكمين ذوي الكفاءة العالية في جميع التخصصات البحرية، بما فيهم من محامين وأساتذة جامعيين: =

لكن قد يتبادر هنا سؤال حول حدود وطبيعة هذا التخصص، فهل هناك ضوابط معينة ينبغي توافرها في المحكم للقول بأنه محكم متخصص، كأن يكون تاجراً مثلاً أو رجل قانون، أم يكفي أن يكون خبيراً بمجال ذي صلة بالمعاملات البحرية؟، إجابة على ذلك أجرى بعض الفقه¹ دراسة، استطلع فيها رأي خمسة وعشرين محكماً أمريكياً من كافة التخصصات البحرية والتجارية والقانونية، اثني عشر منهم رأوا ضرورة توفر صفة التاجر في المحكم، مبررين وجهتهم هذه بعدة اعتبارات أهمها:

أن الأطراف يفضلون حل منازعاتهم البحرية بواسطة محكمين ذوي خبرة بالتجارة البحرية وأعرافها، لما تنبني عليه من أسس فنية بعيداً عن تلك التعقيدات القانونية، والتي تنبني في غالبيتها على أسس غير عملية، فضلاً على أن الحل التجاري يتماشى وطبيعة التحكيم من حيث معطيات السرعة وتوفير الوقت والمال.

بينما ذهب تسعة منهم إلى ضرورة أن يكون المحكم من أهل الخبرة القانونية، ومن جملة ما استندوا إليه:

أن بعض المنازعات البحرية تتعلق بموضوعات قانونية معقدة، لا يصلح لها سوى محكم قانوني، فهذا الأخير يعتبر ضماناً لإعطاء حل سليم للنزاع المعروض، لحرصه على التطبيق السليم للقانون مقارنة مع المحكم غير القانوني.

أما الأربعة الباقون فكانت لهم إجابات وسط، إذا يرون أنه ينبغي على الأطراف عند اختيارهم للمحكمين أن يراعوا ظروف كل دعوى على حدة، فإذا كانت الدعوى مثلاً من قبيل

= Du Pontavice. E, Un Centre Spécialisé, La chambre Arbitrale Maritime de Paris, Bulletin du Comité Français de L'arbitrage, Année 1991, n° 2, Rev. Arb, 1990, P. 241.

كذلك تشترط جمعية المحكمين البحرينيين بنيويورك مدة عشر سنوات خبرة في مجال ذي صلة بتخصص بحري، كشرط للترشح في عضويتها، فضلاً على حضور دورة تدريبية للمحكمين تعدها الجمعية، أما جمعية المحكمين البحرينيين بلندن فشروطها أكثر شدة من سابقتها، فهي لا تسمح بحضور اجتماعاتها للوقوف على أحدث التطورات البحرية والتحكيمية إلا لمن بلغ أربعين سنة، وخبرة خمسة عشر سنة عملاً في مجال النقل البحري، وأن يكون قد عمل محكماً في حدود إصدار ستة أحكام تحكيمية منشورة:

H. C. Wodehouse, New York Arbitration as seen by a Londoner, Lloyd's Mar & Com, L. Quar, 1986, Vol February, P. 43.

للمزيد من التفصيل ينظر، د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 307-308.
¹ قام بهذه الدراسة الأستاذ Kazuo Iwasaki من جامعة Ehime اليابانية، والذي عمل أستاذاً زائراً بكلية الحقوق بجامعة نيويورك عام 1981-1982، أنظر في تفاصيل هذه الدراسة والنتائج التي تم التوصل إليها بالتفصيل، د عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص 316 وما بعدها.

الدعوى النمطية - أي النوعية - مثل الدعوى المتعلقة بمنازعات ناشئة عن غرامات التأخير، فيفضل التحكيم بواسطة محكمين غير قانونيين، في حين يفضل التحكيم بواسطة محكمين قانونيين، عندما يتعلق النزاع بمعطيات قانونية محضة كمسألة تنازع القوانين، أو التأمينات البحرية أو غيرها، وبالجملة فإن الضابط في اختيار المحكمين هو مصلحة الأطراف في النزاع، فإذا أراد الأطراف حلاً تجارياً، فعليهم اختيار محكم تاجر، أما إذا أرادوا حلاً قانونياً اختاروا لذلك محكماً قانونياً.

ولعل هذا الرأي الأخير في تقديرنا يعتبر الأقرب لمراعاته طبيعة كل نزاع على حدة، بما يدعم فاعلية التحكيم، على أنه ينبغي مراعاة الصفات التي يُفضّل توافرها في المحكم البحري، سواء كانت قانونية أو تجارية وذلك بعد نشوء النزاع، فهناك من المنازعات ما يقتضي أن يكون المحكم ذو خبرة قانونية، كما لو تعلق النزاع بصياغة أو تفسير نصوص العقد المثار بشأنه النزاع، أو تقدير حجم الأضرار والتعويض عنها طبقاً للمعايير والقواعد التي تتطلبها قوانين التأمين البحري، أو عندما يتعلق النزاع بمسألة تحديد مسؤولية الناقل البحري للبضائع¹، فاختيار محكم قانوني لهذا الغرض لا شك أنه يضمن الحل السريع لمثل هذه المنازعات، بينما هناك منازعات أخرى قد لا تحظى بالحلول المناسبة والسريعة إلا إذا تصدى لها محكم تاجر، كتلك المنازعات المتعلقة بغرامات التأخير، وتلك المتعلقة بعمليات الشحن والتفريغ، وتقوم حالة السفينة خاصة عندما تكون مشاركة الإيجار طويلة المدة، وغيرها من المنازعات التي تتطلب خبرات وكفاءات تجارية².

وقد يثير النزاع البحري معطيات قانونية وفنية وأخرى تجارية، فإن البعض يفضل التشكيل الثلاثي المختلط لهيئة التحكيم البحري، بأن يكون هناك محكم قانوني والثاني تجاري والثالث خبير فني، وذلك حسب مقتضيات كل نزاع على حدة، لكن وإن كان لا يعاب على المحكم الخبير في

¹ لأجل تشجيع عمليات النقل البحري للبضائع، قرر المشرع الجزائري في المادة 805 من القانون البحري، وعلى غرار اتفاقية بروكسل الخاصة بسندات الشحن لعام 1924 مبدأ المسؤولية المحدودة، وذلك بوضع سقف محدد يلتزم في حدوده الناقل البحري بالتعويض حتى ولو تجاوزت قيمة الضرر الحقيقي هذا المبلغ المحدد، وغرض المشرع من ذلك هو تشجيع شركات النقل وحمايتها من كل عجز عن تحمل عبئ المسؤولية المطلقة، قد يجول دون قدرتها على مواصلة حركة النقل، وقد يصل بها تحمل تبعات الخسائر وتعويضها بصورة مطلقة ومن دون تحديد إلى الإفلاس، خاصة إذا شملت الخسائر ليس البضائع وحدها بل تلك التي تلحق أيضاً السفينة والعتاد والمؤن المزودة بها، راجع في شأن التحديد القانوني لمسؤولية الناقل البحري للبضائع، د عبد الفضيل محمد أحمد، القانون الخاص البحري، دار الفكر والقانون، المنصورة، ط1، 2001، ص 437.

² مستفاد من، د عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص 319 وما بعدها.

المجال البحري نقص خبرته في التعامل مع المعطيات والمسائل القانونية، إلا أنه ينبغي أن يأخذ في الحسبان درجة الأحكام التي تصدر عنه، خاصة إذا تعلق الأمر بنزاع لا يكون مختصاً فيه، حيث تكون هذه الأحكام دائماً محلاً للمراجعة القضائية، بل قد تكون محل انتقادات فقهية أيضاً مما قد يجعل منه محكماً متوسطاً أو ضعيفاً، فالأفضل إذن أن يجمع المحكم البحري بين إلمامه بمسائل الواقع ومسائل القانون على حدّ سواء، بأن يكون متمكناً من قواعد المرافعات والإثبات، إلى جانب قوانين العقود وقواعد التحكيم¹.

ثانياً: الشروط الموضوعية للمحكم البحري

لما كان المحكم البحري يقوم بوظيفة قضائية وفقاً لسلطات واسعة يخولها له القانون، للفصل في المسائل القانونية والواقعية التي يثيرها النزاع المعروض عليه على النحو المتقدم، وبعد أن ترك القانون للأطراف حرية تقدير بعض الصفات في المحكم من خبرة وتخصص، على نحو يتناسب مع طبيعة النزاع القائم بينهم، يأتي دور القانون لينظم تلك السلطات التي خولها للمحكم البحري، حيث لم يتركها مطلقة بدون قيد أو حد، لاسيما في الفرض الذي توجد فيه مصلحة خاصة للمحكم، تربطه بصورة مباشرة بموضوع النزاع القائم بين الأطراف، أو حتى غير مباشرة كأن تربطه روابط اجتماعية أو علاقات عمل بأحد الأطراف، أو بأحد مستشاريهم، أو بأحد المحكمين الآخرين في هيئة التحكيم، من شأنها أن تجعله صاحب مصلحة في النزاع، ومن ثم في حكم التحكيم الذي سيصدره².

وترتيباً على ذلك، لا يجوز أن يكون محكماً من كان خصماً في ذات النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع المعروض على التحكيم، إذ لا يتصور أن يكون الشخص خصماً وحكماً في آن واحد، كما لو كان أحد طرفي التحكيم شخصاً معنوياً، فلا يجوز أن يكون الشخص الطبيعي الذي يمثله محكماً، لوجود مصلحة مباشرة له في النزاع، وقد تكون هذه المصلحة غير مباشرة، كما لو كان المحكم دائناً أو كفيلاً أو ضامناً للمدين أو المضمون الطرف في عقد النقل البحري المحكم فيه، فلا يجوز له أن يفصل في النزاع الواقع بين هذا المدين أو المضمون وبين الغير،

¹ د عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص 320 وما بعدها

² المرجع نفسه، ص 325.

ولا يجوز للشريك أو المساهم في شركات النقل البحري للبضائع، أن يكون محكماً في نزاع بين هذه الشركة والغير وهكذا¹.

ونظراً لأهمية هذه المسألة المتمثلة في انتفاء المصلحة في النزاع، وخطورة الآثار المترتبة على قيام هذه المصلحة، فقد حرصت مختلف التشريعات المقارنة ومن بينها قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، وكذلك لوائح ومراكز ومؤسسات وغرف التحكيم الدولية والبحرية، على تكريس بعض الضمانات للخصوم في مواجهة محكميهم²، في محاولة لضمان توفير حد أدنى من حيادهم واستقلالهم عن طرفي النزاع الذين اختاروهم:

أ- مبدأ الحيادة والاستقلال في المحكم البحري:

المحكم البحري شأنه شأن القاضي، يلزمه لكي يقوم بمهمته القضائية، أن يكون محايداً ومستقلاً، وتعتبر حيادة المحكم البحري واستقلاله من الضمانات الأساسية في التقاضي، وذلك حتى يطمئن المحتكم إلى محكمه الذي اختاره³، وقد كرس المشرع الجزائري هذان الشرطان ورتب على تخلفهما حق الأطراف في طلب رده، فنص في المادة 3/1016 ق.إ.م.إ بعد أن عدّد حالات الرد وذكر من بينها: "عندما تبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط"، بل وألزم المحكم نفسه بأن يخطر الأطراف متى تبين له وجود هذه الشبهة، وذلك بنصه في المادة 2/1015 من نفس القانون بأنه: "إذا علم المحكم أنه قابل للرد، يخبر الأطراف بذلك، ولا يجوز له القيام بالمهمة إلا بعد موافقتهم".

وتأسيساً على ذلك، فإن أسباب عدم صلاحية المحكم البحري، والتي تشكل مبرراً لأحد الخصوم في طلب رده، نجدها ترجع في مجملها إلى خشية هذا الخصم جدّياً من ميل المحكم

¹ د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، المرجع السابق، ص 607.
² حيث نصت هذه التشريعات والأنظمة في مجملها، على ضرورة إفصاح المحكم عن كل ما من شأنه أن يقدر في حيده واستقلاله أو يطعن في أهليته في نظر النزاع، بل وألزمته بالتنحي الحال أو اللاحق إذا ما وجد نفسه في موقف يجعله غير محايد تجاه أحد الأطراف، راجع على سبيل المثال: المادتين 1015 و 1016 من قانون الإجراءات.م.إ. الجزائري، والمادتين 3/16 و 1/18 من قانون التحكيم المصري، والمادة 7 من لائحة تحكيم غرفة التحكيم البحري بباريس، والمادتين 8 و 9 من لائحة جمعية المحكمين البحرين بنويويورك، والمادة 9 من لائحة اليونيسترال لسنة 1976، والمادة 1/12 من القانون النموذجي 1985.

³ د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 244.

بعاطفته وشعوره حيال الخصم الآخر، بما ينأى به عن وجه الحق الذي تقتضيه العدالة، فمن ذلك مثلاً أن يكون المحكم زوجاً لأحد الخصوم أو قريباً أو صهراً له إلى الدرجة الرابعة، أو وصياً أو قيماً عليه، أو أن تكون له مصلحة في الدعوى، أو أن تكون بينهما علاقة حميمة أو عداوة بينة¹، يرجح معها عدم استطاعت المحكم أن يحكم بغير ميل أو هوى².

ويميز جانب من الفقه بين كل من الحيادة والاستقلال³، حيث يرى أن الحيادة هي عدم انحياز المحكم إلى أو ضد طرف في النزاع، فهي بذلك حالة نفسية ليس لها مظهر خارجي، تتعلق أساساً بالعاطفة، نتيجة لوجود مصلحة شخصية أو صلة مودة أو عداوة مع أحد الخصوم، بحيث يرجح معها عدم قدرة المحكم المحكم بغير تحيز، على أن إثبات عدم الحياد يقتضي الاستناد على أسس موضوعية ووقائع محددة وحقيقية، فلا يكفي مجرد وجود شكوك لدى أحد الطرفين اتجاه عدم حياد المحكم.

وبخلاف الحيادة التي لا تتخذ مظهر خارجياً لتعلقها بالعاطفة والشعور، فإن الاستقلال يتعلق بمركز قانوني واقعي ويقوم على أساس موضوعي، ويقصد بمبدأ الاستقلال -حسب ذات الفقه- الاستقلال الكامل للمحكم فيما ينتهي إليه من رأي، غير متأثر فيه بعلاقة تربطه بأحد أطراف النزاع، سواء كانت علاقة مالية أو اجتماعية أو مهنية، ويتوافر عدم الاستقلال كلما وجدت ظروف موضوعية معينة توحي بعمل المحكم لحساب أحد الخصوم، وتجعله كما لو كان تابعاً للخصم أو خاضعاً لرأيه أو سلطته، كما لو كان شريكاً لأحد طرفي عقد النقل البحري المتنازع بشأنه أمامه، أو كانت له مصالح مادية في هذا العقد أو في النزاع الناشئ عنه، أو كان في مركز وظيفي يخضع من خلاله لرئاسة أحد الأطراف أو ينتظر منه ترقية أو يخشى منه جزاء.

¹ ويلاحظ هنا أن حالات رد المحكمين لا تختلف عن حالات رد القضاة العاديين طبقاً لمقتضيات المادة 241 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فمن ثم تخضع الأسباب التي توجب رد المحكمين إلى ذات الأحكام الواردة في هذه المادة، مع الملاحظ أيضاً أن هذه الأسباب لم ترد حصراً بالنسبة للمحكم، ومن ثم يدخل في نطاقها كل سبب من شأنه إثارة شكوك جدية حول حيادة المحكم واستقلاله.

² د حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 183.

³ أنظر تطبيقات هذين المبدأين والفروق بينهما، د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 245 وما بعدها، د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص 175.

وخلافاً للرأي السابق، يذهب جانب آخر من الفقه¹ إلى أنه من الصعب التمييز بين حياد المحكم واستقلاله لعدم وجود اختلاف بينهما، إلا في درجة عدم استطاعة المحكم بغير ميل، فالمعول عليه في رد المحكم حسب هذا الرأي، يتمثل في ترجيح عدم استطاعة المحكم المحكم بغير ميل.

أما من وجهة نظرنا في هذه المسألة، وبالمقارنة بين الرأيين السابقين، فإن هناك مسألة أخرى -حسب تقديرنا- قد تدق في معرض الموازنة بين شرطي حياد المحكم البحري واستقلاله، تتعلق بإثبات هذين الشرطين، فإذا كان من اليسير إقامة الدليل على عدم استقلال المحكم البحري، على اعتبار أن مبدأ الاستقلال يتخذ مظهراً خارجياً على نحو ما رأينا، بحيث يسهل معه تقديره موضوعياً، كوجود علاقة ظاهرة بين المحكم وأحد الطرفين مثلاً، فإن إقامة الدليل على حياد المحكم لا يكون دائماً بمثل هذا القدر من السهولة، لعدم وجود مظهر خارجي يوحى بوجود هذا الحياد أو بعده، ولتعلق ذلك بمجرد الشعور والعاطفة على النحو المتقدم، وهو ما يرجح لدينا فرضية عدم الخلط بين المسألتين وفقاً لما ذهب إليه الرأي الأول، وذلك لقيام الفارق الذي أشرنا إليه بينهما والمتمثل في مسألة الإثبات، وعلى كلٍّ فإن مسألة تقدير استقلال المحكم البحري وحيدته ترجع للسلطة التقديرية لهيئة التحكيم، التي تملك سلطة الحكم بالرد أو بعده، فهي التي تقدر في الأخير متى يكون المحكم محايداً أو مستقلاً ومتى لا يكون كذلك.

ب- نطاق حيادة واستقلال المحكم البحري:

يلزم توافر شرطي الحيادة والاستقلال في كل محكم بحري، سواء كان التحكيم حراً أو مؤسسياً، وسواء كان وطنياً أو دولياً، وذلك ليس فقط عند البدء في إجراءات التحكيم، بل يبقى المحكم محايداً ومستقلاً طوال هذه الإجراءات، وحتى صدور حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها، وعلى من يدعي عدم حيادة المحكم واستقلاله أن يثبت ذلك².

كما يلزم توفر شرطي الحيادة والاستقلال سواء كان التحكيم فردياً أم متعدداً، وقد سبق وأن رأينا أنه في هذه الحالة الأخيرة - كما في حالة التشكيل الثلاثي مثلاً - كيف أن كل طرف يقوم بتعيين محكمه، لكن يثور سؤال هنا، حول ما إذا كان ينظر إلى هذين الشرطين بنفس الدرجة

¹ د حسني المصري، المرجع السابق، ص 184.

² د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 250.

بالنسبة للمحكم المعين من قبل الطرف وبالنسبة للمحكم الثالث المرّجّح¹، أو بمعنى آخر هل يقتضي توافر الحيادة والاستقلال في هذا المحكم المرّجّح فقط، أم يلزم ذلك أيضاً في كافة المحكمين الذين تتشكل منهم هيئة التحكيم البحري بما فيهم المحكمين المعيّنين من قبل الأطراف؟.

لا خلاف بين الفقه حول وجوب توافر مقتضيات الحيادة والاستقلال، وذلك في الحالة التي يتم فيها تعيين المحكمين عن طريق التشكيل النظامي الذي أشرنا إليه سابقاً، أي عن طريق مركز التحكيم، أو عن طريق سلطة التعيين المعدة سلفاً، أو عن طريق الجهات القضائية المختصة، لكن الخلاف قائم في الحالة التي يتم فيها تعيين المحكمين بواسطة التشكيل الاتفاقي، أي عن طريق الأطراف أنفسهم، فهل يلزم في هذه الحالة توافر شرطي الحيادة والاستقلال أيضاً²؟، انقسم الفقه في هذه المسألة على رأيين:

الرأي الأول: يمثله النظام المتبع في التحكيم الداخلي لجمعية التحكيم الأمريكية (A.A.A)، حيث لا يلزم توافر الحيادة والاستقلال في المحكم الذي يختاره الطرف، فلا يلتزم المحكم تبعاً لذلك بالإفصاح عن أية علاقة بينه وبين الطرف الذي اختاره، ومن ثم لا مجال لإعمال نظام الرد³، ومستند هذا الرأي أنه يستحيل على المحكم أن يتحرر من ميله وتحيزه اتجاه الطرف الذي عينه، غاية ما في الأمر ألا يترتب عن هذا الميل إخلالاً بحقوق الطرف الآخر، وهو الرأي الذي أيدته بعض أحكام القضاء الأمريكي⁴.

أما الرأي الثاني: ويمثله غالبية الفقه الفرنسي والأمريكي مؤيداً ببعض أحكام القضاء الفرنسي والأمريكي، وهو الاتجاه الغالب والسائد في التحكيمين الوطني والدولي في معظم التشريعات، حيث يعتبر أن شرطي الحيادة والاستقلال لازمان في كافة المحكمين الذين تتشكل منهم هيئة التحكيم، ولو كانوا معيّنين من قبل الأطراف، فينبغي عليه أن يكون محكماً لا للطرف الذي عينه فحسب، بل لجميع الأطراف الأخرى في النزاع⁵.

وهذا الحل الأخير هو الذي نرجحه، لتوافقه مع مقتضيات التحكيم وخصوصياته، ذلك لأنه لو أطلق العنان أمام المحكم في تفانيه في خدمة الطرف الذي عينه، من دون قيد أو شرط، فلاشك

¹ د فتحي والي، المرجع السابق، ص 250-251.

² د عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص 333.

³ د فتحي والي، مرجع سابق، ص 250-251.

⁴ د عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص 333-334.

⁵ De Boissesson Mathieu, Le droit français de L'arbitrage interne et internationale, Op. Cit, P. 777.

أن ذلك من شأنه إخراج المحكم عن مقتضيات الحيطة والاستقلال، ومن ثم تجريد نظام التحكيم ككل من أهم الضمانات المقررة فيه لمصلحة الخصوم، بل ولأدنى ذلك إلى تجريد نظام التحكيم من خصوصيته كنظام قضاء استثنائي، ولأصبحنا إزاء عمل لا يعدو أن يكون مجرد عمل استشاري أو توفيقية أكثر منه تحكيمياً.

الفرع الثاني

الجزاء المترتبة على انتفاء شروط المحكم البحري

تسعى غالبية التشريعات الوطنية منها والدولية إلى جانب نظم التحكيم الدولية والبحرية، وحرصاً منها على صيانة المصالح الاقتصادية الكبرى، والتي يمكن أن تكون محل نزاع معروض على التحكيم، إلى تحصين نظام التحكيم من أية شوائب قد تقدح في نزاهته وسمعته، ومن ثم نجدها تقرر بعض الجزاءات والإجراءات عندما يتعلق الأمر بوجود شكوك حول نزاهة المحكمين، خاصة من حيث استقلالهم وحيادهم في النزاع¹، وتتمثل هذه الجزاءات أو هذه الإجراءات عموماً، إما في تنحي المحكم البحري طواعية عن نظر النزاع (أولاً)، فإن لم يفعل جاز للطرف صاحب المصلحة أن يطلب رده (ثانياً)، كما يجوز للطرفين أن يتفقا على عزله (ثالثاً)، فإذا ما تنحى المحكم أو تم رده أو تم عزله تعين عندئذ استبداله (رابعاً)، لكن هل يُحمّل المحكم على جبر الضرر الذي قد يلحق المحكمين أو أحدهما نتيجة إهماله أو خطئه أو غشه، خاصة إذا ما انتهى الأمر ببطلان حكم التحكيم؟ (خامساً)، كل ذلك سنحاول مناقشته فيما يأتي بشيء من التفصيل:

أولاً: تنحي المحكم البحري عن نظر النزاع (abstention de l'arbitre)

لما كان المحكم البحري غير مجبر كما تقدم على قبول مهمة التحكيم، غير أنه بعد قبوله لمهمته كتابة، أصبح وكأن هناك عقداً ضمناً بينه وبين أطراف عقد النقل البحري المتنازع بشأنه، يلزمه بالاستمرار في نظر هذه المنازعة، وأن يفصل فيها بحكم نهائي في حدود ما يقضي به القانون، ولما كان التزام المحكم بتنفيذ مهمته مرتبطاً بشخصه وخبرته، فإن إلزام المشرع له بالاستمرار في نظر النزاع إذا ما أبدى قبوله لهذه المهمة لم يجعله مطلقاً، بل ترك له المجال لإبداء رفضه لمهمته متى كان هذا الرفض مبرراً بأسباب جدية، وهو ما نصت عليه المادة 1021 من ق.إ.م.إ. الجزائري بقولها: "لا يجوز للمحكمين التخلي عن المهمة إذا شرعوا فيها، ولا يجوز ردهم

¹ SIMONE Rozes, La procédure arbitrale et L'indépendance des arbitres, Edition Paris, 1991, P. 114.

إلا إذا طرأ سبب من أسباب الرد بعد تعيينهم"¹، كما نصت المادة 1024 من نفس القانون في معرض ذكرها لأسباب انقضاء التحكيم، وذكرت من بينها: "... أو رفضه القيام بمهمته بمبرر أو تنحيته أو حصول مانع له ...".

ومن أمثلة الأسباب التي تكون مبرراً لتنحي المحكم البحري، حالة المرض الذي يحول دون قدرة المحكم على أداء مهمته على أكمل وجه، أو وجود ظروف تضطره إلى السفر مما قد يحول دون الاستمرار في إجراءات التحكيم والفصل في النزاع في الميعاد المحدد له، وبالجملة قيام كل ظرف طارئ أو قوة قاهرة تحول دون قيامه بمهمة التحكيم، وعلى ذلك فإن مسألة جدية الأسباب أو غير جديتها تعتبر مسألة نسبية، يؤخذ عند تقديرها بكافة الظروف المحيطة، فما يعتبر جدياً في ظروف معينة، قد لا يعتبر كذلك في ظروف أخرى².

وإلى جانب هذه الأسباب والتي تتعلق بظروف خارجة عن موضوع النزاع، تضاف الأسباب الأخرى التي تتصل بصورة مباشرة بموضوع النزاع، وهي حالات انتفاء الشروط الموضوعية للمحكم البحري، فقد سبق وأن رأينا في معرض تطرقنا لتلك الجزاءات المترتبة عن تخلف حياد واستقلال المحكم، كيف أن القانون منحه الحق في إعلانه عن تنحيه أو تخليه طواعية عن نظر النزاع، إذا وجد نفسه في موقف يمكن أن يُعْتَبَر معه جدياً غير محايدٍ أو غير مستقلٍ تجاه أحد الأطراف، بأن كانت له روابط أو علاقات تجعله تابعاً أو خاضعاً لأحد هؤلاء الأطراف أو مع أحد مستشاريهم، أو غيرها من الأسباب كالتالي رأيناها، والتي قد تجعل الشك قائماً حول حياد المحكم واستقلاله³.

لكن رغم توافر الأسباب السابقة والتي توجب على المحكم البحري تنحيه عن أداء مهمة التحكيم، ومع ذلك قد لا يتخلى طواعية عن نظره للنزاع، مما قد يضطر الأطراف للاعتراض عليه وطلب رده، وهو ما سنعرض له فيما يلي:

¹ قد يفهم من صياغة هذه المادة أن الاستثناء الوارد والمتضمن الأسباب المذكورة، يقتصر على حالات الرد فقط، لورود الاستثناء متصلاً بحالات الرد دون حالات التخلي، في حين أن هذه الأسباب تتناول حالات الرد والتخلي معاً، وإلا فإن منع المحكمين من التخلي عن مهمتهم إذا شرعوا فيها يبقى مطلقاً ولو كان هذا التخلي لأسباب مشروعة، فكان يحسن بالمشرع الجزائري صياغة الشطر الأخير من المادة المذكورة كالتالي: "... إلا إذا طرأ سبب من أسباب التخلي أو الرد بعد تعيينهم"، وما يبرر شمولية الأسباب المذكورة لحالات التخلي أيضاً نص المادة 1024 المشار إليه تبعاً، حيث نصت في معرض ذكرها لحالات انقضاء التحكيم، وذكرت منها حالة رفض المحكم القيام بمهمته بمبرر أو حصول مانع له.

² مستفاد من، د حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 273.

³ د عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص 341.

ثانياً: رد المحكم البحري عن نظر النزاع (Récusation de l'arbitre)

لا يختلف رد المحكمين في التحكيم التجاري الدولي عنه في التحكيم الداخلي، لذلك أورد المشرع الجزائري كلا المسألتين ضمن قسم الأحكام المشتركة في المواد 1014، 1015، 1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وللوقوف على مسألة رد المحكم عن نظر النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، نستعرض أهم الضوابط والإجراءات التي يتعين على طالب الرد مراعاتها، ثم أهم الآثار المترتبة على هذا الرد:

أ- ضوابط وإجراءات رد المحكم البحري:

لا تختلف أسباب رد المحكم البحري كثيراً عن تلك الأسباب الموجبة لتنحيه على النحو الذي رأيناه، فكلاهما في الأخير يتعلق بوجود ظروف معينة، من شأنها إثارة شكوكٍ جديةٍ في حياده أو استقلاله، كوجود علاقة شخصية بينه وبين أحد طرفي عقد النقل البحري المحكم فيه، أو قيام مصلحة له في النزاع الناشئ عنه، أو معرفته السابقة بطبيعة هذا النزاع وتفاصيله وموقف الخصوم منه، أو قيامه بعمل استشاري لأحد الخصوم أو بتمثيل أحدهم في العمل الذي تعلق به النزاع على سبيل الوكالة أو النيابة¹، وأياً كان فإنه يجب على طالب الرد أن يراعي في طلبه الضوابط والإجراءات الآتية:

1- ضوابط رد المحكم البحري:

أجاز المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات الوطنية والدولية للطرف صاحب المصلحة أن يطلب رد المحكم، وذلك بناءً على ضوابط حددتها المادة 2/1016 ق.إ.م. بقولها: "لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه أو شارك في تعيينه، إلا لسبب علم به بعد التعيين"، وتقابلها المادة 18 من قانون التحكيم المصري، والمادة 1463 من قانون المرافعات الفرنسي، إلا أن هذا الأخير جعل حالات "رد المحكم لذات الأسباب التي يرد بها القاضي"، وهذا خلافاً لسابقه الذين اكتفوا بأي سبب من شأنه إثارة شكوكٍ جديةٍ حول حيده المحكم واستقلاله.

ولاشك أن مذهب المشرع الجزائري ونظيره المصري، جاء متفقاً مع طبيعة التحكيم الذي يستند في أساسه -بخلاف القضاء- إلى إرادة الطرفين، والتي قد ترضي تعيين المحكمين رغم وجود

¹ د حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 217.

سبب من أسباب رد القضاة، كوجود صلة قرابة أو صداقة أو علاقات عمل أو غيرها¹، ومقتضى هذا الرد أن يكون إما لأسباب أحاطت بطلب الرد بعد تعيين المحكم، أو لأسباب أحاطت به قبل تعيينه ولم يعلمها الطرفان عند التعيين².

وعوداً إلى ما أشارت إليه المادة 1016 أعلاه من ضوابط ينبغي مراعاتها في طلب رد المحكم البحري، فإن هذه الضوابط يمكن تحديدها حسب المادة على نطاقين، أحدهما موضوعي والآخر شخصي³:

فبالنسبة للنطاق الموضوعي للرد، يقصد به تحديد الأسباب التي يقوم عليها طلب هذا الرد، وهي كما سبق تتصل بكل سبب من شأنه أن ينال جدياً من حيطة المحكم البحري واستقلاله، وجملة هذه الأسباب حددتها المادة 1/1016 المشار إليها بقولها: "يجوز رد المحكم في الحالات الآتية:

- 1- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف
 - 2- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف
 - 3- عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلالته، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط".
- وباستقراء هذه المادة يلاحظ أنها تثير عدة مسائل يمكن حصرها في ثلاث جوانب:

المسألة الأولى: إذا كان القانون قد وضع على عاتق المحكم التزاماً عند قبوله لمهمته بالإفصاح عن أية ظروف من شأنها إثارة الشك حول استقلاله أو حيده، فإنه إذا أفصح عن سبب الرد، فإن طالب الرد يعتبر علماً بهذا السبب منذ إبلاغه به، وعليه أن يتقدم بطلبه في الميعاد المحدد له، وإلا سقط حقه في طلب الرد، وكذا حقه في التمسك ببطان حكم التحكيم لمخالفة شرطي الحيطة والاستقلال، وعُدَّ منه ذلك تنازلاً ضمناً عن حقه في طلب الرد، أما إذا لم يفصح

¹ والمقصود هنا أنه رغم اعتبار هذه الأسباب موجبة للرد حقيقة، إلا أنه يجوز للأطراف التنازل عنها صراحة أو ضمناً بسكوت الطرف صاحب المصلحة عن إبداء طلبه في الرد، وهذا استناداً لمبدأ الإرادة الذي يبني عليه التحكيم، وبخلاف ما هو معهود في ظل القضاء، إذا تعتبر هذه المسألة مقررة بقوة القانون لا بإرادة الأطراف فلا يجوز التنازل عنها.

² د حسني المصري، المرجع السابق، ص 216.

³ لمزيد من التفصيل في هذا الشأن يرجع إلى، د أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 413 وما بعدها.

المحکم عن سبب الرد، قامت قرينة قضائية على عدم العلم بهذا السبب، وهي قرينة بسيطة يمكن لخصم طالب الرد تقويضها بالدليل العكسي¹.

المسألة الثانية: إذا كان الطرف الذي طلب الرد لم يقيم بتعيين المحكم المطلوب رده أو لم يشارك فيه، بأن قام به شخص من الغير أو مؤسسة أو مركز تحكيم أو محكمة قضائية، فلا إشكال في أن يتقدم بطلبه في أي وقت تبين فيه سبب الرد، سواء كان قبل أو بعد التعيين².

المسألة الثالثة: أن عبئ إثبات توافر سبب الرد يقع على عاتق طالب الرد، وفقاً لقاعدة البينة على من ادعى، ومحل الإثبات هو سبب الرد المتمثل في مخالفة مقتضيات الحيطة والاستقلال، فإذا كان هذا السبب قد تبينه طالب الرد قبل تعيين المحكم، وجب عليه فوق ذلك أن يثبت أن هذا السبب لم يكن معلوماً لديه، وإلا رفض طلبه³.

أما النطاق الشخصي لممارسة حق الرد، فيقصد به تحديد الأشخاص الذين يحق لهم ممارسة هذا الحق، فالأصل طبقاً لما نصت عليه المادة 4/1016 المشار إليها سابقاً، أن يطلب أحد الطرفين رد المحكم الذي اختاره الطرف الآخر، وهذا بديهي، إذ لا يتصور مبدئياً أن يرد المحكم محكمه الذي اختاره إلا لسبب علم به بعد التعيين⁴.

جدير بالإشارة أنه إذا طلب أحد الطرفين رد المحكم، ولم يعترض المحكم والطرف الآخر على هذا الطلب، فإنه لن تثور أية مشكلة في ترتيب أثر الرد وهو انتهاء مهمة المحكم، لكن الإشكال يثور في الحالة التي ينازع فيها المحكم أو الطرف الآخر هذا الطلب من حيث الأساس الذي بني عليه، فلا مناص حينئذٍ من تدخل السلطة التي تملك الفصل في طلب الرد⁵.

فإذا ما تحقق الطرف صاحب المصلحة في طلب الرد، من توافر سبب من أسباب رد المحكم وفقاً للضوابط المشار إليها سابقاً، جاز له أن يتقدم بطلبه إلى الجهة المعنية متبعاً في ذلك الإجراءات الآتية:

¹ د فتحي والي، المرجع السابق، ص 259.

² د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 415-416.

³ المرجع نفسه، ص 416.

⁴ المرجع نفسه، ص 216-217.

⁵ المرجع نفسه، نفس الموضوع.

2- إجراءات طلب رد المحكم البحري:

لم يحدد قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري إجراءات واضحة يتعين على طالب الرد اتباعها، فضلاً على عدم تحديد الجهة المعنية التي تناط بها مهمة الفصل في طلبات رد المحكمين، وكذا المدة التي يتعين خلالها تقديم طلب الرد، حيث اكتفت الفقرة الثالثة من المادة 1016 السابقة بالنص على أنه: "تُبلَّغ محكمة التحكيم و الطرف الآخر دون تأخير بسبب الرد".

فهذا الذي ذهب إليه المشرع الجزائري في معرض تنظيمه لإجراءات طلب رد المحكمين، من الاقتصار على إلزام طالب الرد بتبليغ طلبه المتضمن سبب أو أسباب رد المحكم إلى هيئة التحكيم والطرف الآخر الذي عينه، لاشك أنه يشير الجدل خصوصاً فيما يتعلق بالمقصود من هذا التبليغ الذي أراده المشرع، فهل يقصد بذلك مجرد إعلام هيئة التحكيم والطرف الآخر بالطلب المتضمن لأسباب الرد، أم أنه قصد فوق ذلك أن تتولى هيئة التحكيم الفصل في هذا الطلب، وإذا لم يكن المقصود كذلك، فمن هي الجهة المختصة بالفصل في طلب الرد؟.

لم تأتي المادة بيان شافٍ لهذه المسائل، الأمر الذي من شأنه أن يفتح باب الجدل والتأولات، لاسيما مع ندرة الاجتهاد القضائي وخلو ساحته من مثل هذه المسائل المتعلقة بالتحكيم، فكان يحسن بالمشرع الجزائري على الأقل تنظيم هذه المسائل بنصوص واضحة تجنباً لأي لبس، وسداً لأي تأولات قد ترد في هذا الخصوص، لاسيما وأن الأمر يتعلق هنا بمسائل إجرائية قد يترتب على مخالفتها بطلان أحكام التحكيم.

وعلى أي حال سوف نحاول مناقشة التساؤلات السابقة فنقول:

إن اقتصار المشرع الجزائري على هذا الإجراء المتمثل في "التبليغ"، أي قيام الطرف الذي يريد ممارسة حقه في رد المحكم بتبليغ هيئة التحكيم والطرف الآخر بطلب الرد، يُشعر بأن الأمر يتعلق بمجرد الإعلام أو الإخطار، إذ لو قصد المشرع أن يعقد الاختصاص لهيئة التحكيم في الفصل في طلب الرد، لذكر ذلك صراحة كما هي عادته دائماً لاسيما في مجال التحكيم، في تقرير القاعدة العامة التي تجسد مبدأ الإرادة في تحويلها الحق في تنظيم مسائل التحكيم، ثم تقرير الاستثناء على هذه القاعدة بتحويل سلطة البت في هذه المسائل للمحكمة المختصة أصلاً في نظر النزاع، وذلك في الحالات التي لا يتفق فيها الأطراف على تنظيم هذه المسائل، وما يبرر هذا التفسير عدة اعتبارات منها:

- ما جاء في الفقرة الرابعة من المادة 1016 من نفس القانون المذكور بأنه: "في حالة النزاع، إذا لم يتضمن نظام التحكيم كليات تسويته أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي

في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمله التعجيل"، فبمفهوم المخالفة لهذا النص أنه إذا لم يكن هناك نزاع بشأن رد المحكم، بحيث يكون هذا الأخير قد استجاب لطلب الرد بمجرد تبليغه، ولم يناع فيه الطرف الآخر الذي عين المحكم المطلوب رده، فإن الأمر ينتهي على مستوى هيئة التحكيم، دون الحاجة إلى الاستعانة بالقضاء لعدم وجود نزاع أصلاً.

- وترتيباً على التفسير السابق، نكون أمام جهتين، جهة تُعنى بتلقي طلب الرد وهي هيئة التحكيم، وجهة يناط بها سلطة البت في طلب الرد، وهي المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، وكأن المشرع مراعاة منه لما يتطلبه التحكيم من سرعة البت في الإجراءات، أراد ومن دون أي نزاع، أن ينتهي موضوع طلب الرد بمجرد تبليغه على مستوى هيئة التحكيم، ولاشك أن هذا التفسير يتماشى مع روح النصوص السابقة وخصوصية التحكيم على حد سواء.

لكن ومع التسليم بصحة هذا التفسير لنص المادة 1016 السالفة الذكر، من جعل القضاء مختصاً بمسألة الفصل في طلب رد المحكمين¹، وهو الأمر الذي ارتضاه البعض²، كون أن اختصاص هيئة التحكيم برد أحد أعضائها قد يكون أمراً مستحيلاً في بعض الحالات، كما في حالة التشكيل الفردي لهيئة التحكيم، إذ يستحيل على المحكم الفرد أن يفصل في مسألة حياده واستقلاله.

لكن من وجهة نظرنا، فإنه رغم وجهة هذا الرأي، إلا أن إجراءات طلب الرد والفصل فيه سيكون أبسط لو تم عن طريق التحكيم لما يوفره من مرونة وسهولة بشأن هذه الإجراءات، فضلاً على إصدار حكم في طلب الرد يكون في الغالب مرضياً للطرفين، بخلاف ما يكون عليه الحال أمام القضاء، بل إن إسناد الاختصاص في الفصل في طلب رد المحكم إلى القضاء، وإن كان يقتضيه المنطق القضائي والقانوني، إلا أنه لا يخفى ما فيه من إغفال لخصوصية نظام التحكيم، وما يقتضيه كقضاء اتفاقي من حيث الأساس، ولا يعكر على ذلك وجود بعض الحالات التي تثير

¹ وهذا بخلاف ما كانت تنص عليه المادة 19 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، حيث كانت تجعل الاختصاص بالفصل في طلب الرد لهيئة التحكيم، تقابلها المادة 13 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، لكن المحكمة الدستورية العليا في مصر قضت بعدم دستورية هذا النص لتنافيه مع قيم ومبادئ العدالة وانتهاكه لمبدأ الحيادة، ولهذا اضطر المشرع المصري إلى إصدار القانون رقم 8 لسنة 2000 مستبدلاً المادة 19 المذكورة بالمادة 9 حيث قرر من خلالها اختصاص المحكمة بالفصل في طلب الرد. راجع في شأن هذا القانون، الجريدة الرسمية المصرية، العدد 13 مكرر، بتاريخ 2000.

² أمال يدر، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 49-50.

صعوبة تصدي هيئة التحكيم فيها للفصل في طلبات رد المحكمين، كما هو الحال في هيئة التحكيم المشككة من محكم واحد، إذ يمكن في هذه الحالة الاستعانة بالقضاء في رده طبقاً لما نصت عليه المادة 4/1016 من القانون المذكور، ولعل هذا التفسير يتفق مع عادة المشرع الجزائري من إعطاء الفرصة دائماً لهيئة التحكيم، للبت في كل ما يتصل بمجريات العملية التحكيمية باعتبارها الأدرى بمتطلبات التحكيم، وإذا ما تعذر ذلك فإنه لا مناص عندئذ من تدخل القضاء في كل ما قد يعيق سير هذه العملية التحكيمية.

على أن الجدل بشأن المادة 1016 محل النقاش لا يقف عند هذا الحد، فقد اقتضت الفقرتين 4 و5 منها على أن إجراءات رد المحكم تتم بناء على طلب من يهمله التعجيل، حيث يفصل القاضي في هذا الطلب بأمر غير قابل لأي طعن، إذ يظل الإشكال قائماً من جهة عدم توضيحها كيفية الإجراءات التي يتعين على طالب الرد اتباعها، والمدة التي ينبغي عليه أن يودع طلبه خلالها؟.

وعموماً فإنه لا مناص من تطبيق الأحكام والقواعد العامة فيما يتعلق بهذه الإجراءات، مع ضرورة مراعاة ما ذهبت إليه التشريعات المقارنة في هذا الخصوص بما فيها أنظمة التحكيم، فقد ذهبت بعض الأنظمة والتشريعات، على اختلاف بينها في تحديد الجهة المخول لها نظر طلب رد المحكم والفصل فيه، بين من يجعل هذه السلطة لهيئة التحكيم، مثل القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في مادته الثالثة عشر، والمادة الحادية عشر من قواعد اليونيسترال، ونحوه قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 قبل تعديله¹، وبين من يجعلها للقضاء كما هو الحال في فرنسا، حيث قررت المادة 1457 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، اختصاص رئيس المحكمة في رد المحكمين باعتباره قاضياً للأمر المستعجلة، ونحوه المشرع الجزائري في المادة 4/1016.

وقد ألزمت هذه التشريعات في مجملها صاحب المصلحة بتقديم طلب الرد كتابة إلى هيئة التحكيم، وذلك بالطريقة التي يتفق عليها الأطراف، أو على النحو الذي تقدم به الطلبات أمام الجهات القضائية²، مبيناً فيه أسباب الرد خلال المدة المحددة، وقد حددتها القوانين السابقة بخمسة

¹ وقد سبق وأن أشرنا إلى أن المشرع المصري قد اضطر إلى النزول تحت طعن المحكمة الدستورية العليا على نص المادة 19 من قانون التحكيم، مستبدلاً إياها بالمادة 9 من القانون الجديد رقم 8 لسنة 2000 حيث قرر من خلالها اختصاص المحكمة بالفصل في طلب الرد. أنظر الهامش السابق.

² د أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 425.

عشر يوماً من تاريخ علم طالب الرد بتشكيل هذه الهيئة أو بالظروف المبررة، في حين لم يحدد المشرع الجزائري في ذلك مهلة معينة، تماماً كما هو الحال في مسألة عدم تعيين المحكمين من قبل الأطراف، حيث رأينا كيف أن القانون لم يحدد مدة يتعين خلالها على القاضي تعيين المحكم أو المحكمين، لكن لما كانت هذه الدعوى هي دعوى استعجالية، تعين أن يصدر الأمر فيها على وجه السرعة، أي من ساعة إلى ساعة.

ويشترط أن لا يكون طالب الرد قد سبق له تقديم طلب يتضمن رد ذات المحكم في ذات القضية ورُفِضَ طلبه، لما في ذلك من تعسف في استعمال هذا الحق وتعطيل للإجراءات¹، ويقع على طالب الرد عبئ إثبات أسباب الرد، وكذا إثبات عدم علمه بها قبل تعيين المحكم، فإذا ما أثبت ذلك، كان لخصمه أو حتى المحكم أن يثبتا عكس ذلك، أي أن يثبتا أن طالب الرد كان على علم بأسباب الرد قبل تعيين المحكم، ويكون الإثبات بكافة طرق الإثبات، ولما كان هذا الإثبات لا يتعلق بالنظام العام وإنما بالمصلحة الخاصة للخصوم، وجب على ذي المصلحة أن يتمسك به وإلا سقط حقه في التمسك به².

فإذا لم يتنحى المحكم المطلوب رده، فعلى الجهة المعنية أن تبت في هذا الطلب، وهذه الجهة يحددها القانون الإجرائي الواجب التطبيق³، ففي الجزائر يتحدد هذا القانون كقاعدة عامة بإرادة الأطراف، وفي حالة عدم التعيين أو عدم الاتفاق، لا مناص من اللجوء إلى المحكمة المختصة، حيث يطبق القاضي قانونه الإجرائي، وفقاً لما نصت عليه المادة 4/1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: "إذا لم يتضمن نظام التحكيم كليات تسويته أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهيمه التعجيل".

ب- الآثار المترتبة على طلب رد المحكم البحري:

على خلاف طلب رد القاضي، فإن طلب رد المحكم لا يترتب عليه وقف إجراءات التحكيم، لكن متى حكم برده تعتبر إجراءات التحكيم التي شارك فيها كأن لم تكن بما في ذلك الحكم، هذا ما نصت عليه صراحة المادة 3/19 من قانون التحكيم المصري، تقابلها المادة

¹ د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 425.

² د فتحي والي، المرجع السابق، ص 259، د عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، المرجع السابق، ص 223.

³ يراجع في شأن تحديد القانون الواجب التطبيق سواء على إجراءات التحكيم أو على موضوع النزاع، المبحث الثاني من هذا الفصل.

3/13 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، في حين لم يرد مقابلاً لهاتين المادتين في نصوص التحكيم الجزائري، ومن ثم يضاف إشكال آخر إلى جملة الإشكالات التي سبقته، حيث اقتضرت الفقرتين 4 و5 من المادة 1016 ق.إ.م.إ، على أنه يفصل القاضي في طلب الرد المقدم من الطرف الذي يهمله التعجيل بأمر غير قابل لأي طعن، دون أن يبين ما إذا كان لتقديم هذا الطلب أثراً موقفاً لإجراءات التحكيم أم لا.

وعموماً فإن النصوص السابقة تميز بين نوعين من الآثار، أثر مترتب عن تقديم طلب الرد، وأثر مترتب عن الأمر الفاصل في طلب الرد:

1- الأثر المترتب على تقديم طلب الرد:

كما سبق، فإن التشريعات السابقة حرصاً منها على تكريس مبدأ استمرارية إجراءات التحكيم، وتفادياً لأي مماثلة قد تصدر من أحد الطرفين بغرض تعطيل هذه الإجراءات، لم ترتب أي أثر موقف على مجرد تقديم طلب رد المحكم¹، وإن كان بعض الفقه² قد اعترض على ذلك، إذ يرى أنه من اللازم وقف استمرار الإجراءات، حتى يستشعر المحكم المطلوب رده الحرج من مواصلته لنظر النزاع رغم طلب رده، هذا فضلاً على أن استمرار إجراءات التحكيم رغم تقديم طلب رد المحكم لا يتماشى مع المنطق القانوني السليم، باعتبار المحكم المحرك الرئيسي لهذه الإجراءات، فكيف يعقل أن تستمر الإجراءات بدونه.

غير أن الواقع في تقديرنا، أن هذه التشريعات سعت إلى الموازنة بين تلك الاعتبارات العملية التي تملئها طبيعة التحكيم كوسيلة لفض المنازعات من جهة، وبين تكريس ضمانات التقاضي من جهة أخرى³.

لكن ما يمكن ملاحظته، أن هذه التشريعات رغم مراعاتها لمقتضيات التحكيم والقضاء على النحو السابق، إلا أنها لم توضح ما إذا كانت إجراءات التحكيم ستستمر دون المحكم المطلوب

¹ د مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 210.

² د أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 167، والمرجع المشار إليه عند، أمال يدّر، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 69.

³ وهو المبدأ الذي أكدته المحكمة الدستورية العليا المصرية، عندما أثير أمامها عدم دستورية نص المادة 3/19 من قانون التحكيم المصري فيما يقضي به من أن رفع دعوى الرد لا يؤدي إلى وقف إجراءات التحكيم، حيث قضت بدستورية النص استناداً إلى المبادئ التي أشرنا إليها. راجع حيثيات هذا الحكم، المحكمة الدستورية العليا، جلسة 2003/11/3، القضيتين 114 و115، السنة 24 ق. دستورية، مشار إليهما عند، د فتحي والي، المرجع السابق، ص 261.

رده أم بوجوده، ففي الفرض الأول يجب انتداب محكم آخر يحل محله إلى حين الفصل في طلب الرد، أما في الفرض الثاني، فإن استمرار الإجراءات في ظل وجود المحكم المطلوب رده، لا شك أنه يتعارض مع القواعد الإجرائية في رد المحكمين، خاصة إذا أصر المحكم على عدم تنحيه، فيتعين في هذه الحالة وقف إجراءات التحكيم، إلى حين الفصل في طلب الرد عن طريق القضاء الاستعجالي¹.

2- الأثر المترتب على البت في طلب الرد:

لم تبين المادة 5/1016 ق.إ.م.إ. جزائري السالفة الذكر -فضلاً عن الأثر السابق- الأثر المترتب عن قيام المحكمة المختصة بالبت في طلب الرد، وقد بينت ذلك المادة 19 من قانون التحكيم المصري المشار إليها سابقاً، ومن ثم إذا تمت إحالة طلب الرد إلى المحكمة المختصة للنظر فيه وفقاً للقواعد العامة، فإن المحكمة ستنتهي إلى أحد الاحتمالين:

الأول، قبول المحكمة لطلب الرد وقضائها برد المحكم، ويترتب على حكمها اعتبار المحكم غير صالح للتحكيم في النزاع، فإن كانت إجراءات التحكيم قد بدأت، فإن ما تم من إجراءات بما في ذلك حكم التحكيم يعتبر كأن لم يكن، ويتم تعيين محكم آخر بدلاً من المحكم الذي حكم برده إما اتفاقاً أو عن طريق القضاء، على أن الحكم برد المحكم لا يترتب عليه بطلان اتفاق التحكيم، ما لم يكن هذا الاتفاق معلقاً على شرط قيام هذا المحكم بعينه للتحكيم، أي إذا تبين أن إرادة الأطراف لا تقبل التحكيم إلاً بواسطة هذا المحكم المحكوم برده، فعندئذ يترتب الحكم برد هذا المحكم بطلان اتفاق التحكيم، ومن ثم لا يجوز الالتجاء إلى المحكمة لطلب تعيين محكم بديل².

أما الاحتمال الثاني، يتمثل في رفض المحكمة لطلب الرد، إذا تبين أنه غير مؤسس على أسباب جدية، ولم يقصد منه سوى المماطلة وتعطيل إجراءات التحكيم، وهنا تستعيد هيئة التحكيم ثقتها وتعاود نظر الخصومة التحكيمية³.

¹ د منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 139.

² د فتحي والي، المرجع السابق، ص 265-266.

³ وإن كان المفترض على نحو ما رأينا، أن إجراءات التحكيم لم تتأثر بتقديم طلب الرد، وأن هيئة التحكيم لم تتوقف عن سيرها في نظر الخصومة التحكيمية بسبب هذا الطلب، حتى يقال أنها تعاود أو تستأنف نظر هذه الخصومة، أنظر في هذا المعنى، د أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 428-429.

وحرصاً من المشرع الجزائري على تجنب إطالة أمد النزاع، قرر من خلال المادة 5/1016 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية عدم قبول الحكم الصادر في طلب الرد لأي طعن، سواء تضمن الحكم قبولاً أم رفضاً لهذا الطلب، وحسناً فعل، الأمر الذي يتفق وما يقتضيه التحكيم من سرعة حسم المنازعات¹.

لكن قد يتبادر هنا سؤال حول ما إذا كان بإمكان المحكم الذي حكم برده أو الخصم الذي عينه، أن يطعن في هذا الحكم في حالة إذا لم يتضمن طلب الرد أسباباً جديدة، أو عدم توافر أي سبب آخر من أسباب الرد كما لو ثبت أن طالب الرد قد تعسف في استعمال حقه في طلب الرد؟.

لم تعرض المادة 1016 لهذه الحالة مكتفياً بتقرير عدم قبول الحكم الصادر في شأن رد المحكم لأي طعن، وعلى هذا فإنه لا يسع الخصم الذي عين المحكم الذي قضى برده إلا انتظار صدور حكم التحكيم، ومن ثم الطعن فيه بالبطلان²، أما المحكم المحكوم برده فلا يجوز له ممارسة هذا الطعن لأنه ليس طرفاً في خصوصية التحكيم³، ومع ذلك فإنه إعمالاً للقواعد العامة في المسؤولية، يستطيع هذا المحكم الذي حكم برده أن يطالب بالتعويض عن الأضرار الأدبية التي لحقت به، وذلك إذا ثبت أن طالب الرد قد تعسف في استعمال حقه، وقصد النيل من سمعة المحكم ومكانته⁴.

وقد ذهب جانب من الفقه -بحق-، إلى أن تحصين هذا الحكم من أي طعن، لاسيما الحكم القاضي برفض طلب رد المحكم، لا يخفى ما فيه من إخلال بمبدأ التقاضي على درجتين وإهدار لحقوق الدفاع، إذ كيف يتصور أن يقبل المحكوم ضده المثل أمام هيئة تحكيم كان يرى أنها غير نزيهة أو غير محايدة -وقد يثبت ذلك في النهاية- ويصدر حكم في الأخير في غير صالحه، فيفقدته ثقته في قضاء التحكيم من أصله⁵.

¹ د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص 184.

² وهو ما نصت عليه المادة 1058 من ق.إ.م.إ.ج بإجازتها الطعن على حكم التحكيم بالبطلان، إذا ما توافر سبب من الأسباب المنصوص عليها في المادة 1056 من نفس القانون، ومن هذه الأسباب إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفاً للقانون.

³ د منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص 139.

⁴ د أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 430.

⁵ د المرجع نفسه، نفس الموضوع.

ثالثاً: عزل المحكم البحري عن نظر النزاع (La Révocation de l'arbitre)

يقصد بعزل المحكم، سحب الخصوم سلطة الفصل في النزاع المتفق بشأنه على التحكيم من المحكم أو المحكمين¹، أو بمعنى آخر هو إقالته وإبعاده عن مهمته باتفاق الأطراف جميعاً، إذا توافرت موجبات العزل²، غير أنه قد يتعذر على الخصوم الاتفاق على عزل المحكم، فلا مناص في هذه الحالة من اللجوء إلى المحكمة المختصة لطلب إنهاء مهمة المحكم، وهو ما يعرف بالعزل القضائي، وعلى هذا نكون أمام نوعين من العزل، الأول اتفاقي والثاني قضائي:

أ- العزل الاتفاقي للمحكم البحري:

من الضمانات الأخرى التي تقرها معظم التشريعات لأطراف خصومة التحكيم - في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري - في مواجهة المحكم، إمكانية اتفاقهم على عزله تماماً كما أجازت لهم الاتفاق على تعيينه بدايةً، وسواء كان التعيين قد تم أصلاً من قبليهما، أو حتى من قبل المحكمة أو من قبل سلطة التعيين التي تم تحديدها سلفاً، وفي هذا يختلف العزل عن الرد، فالرد كما أسلفنا يتم بإرادة أحد الطرفين، بينما لا يتم العزل إلا بتوافق إرادتهما جميعاً، ودون اللجوء إلى أية جهة أو سلطة في ذلك³.

وقد نص على هذا النوع من العزل المشرع الجزائري في المادة 2/1018 من ق.إ.م.إ. بقوله: "لا يجوز عزل المحكمين خلال هذا الأجل - أجل إنهاء مهمة التحكيم - إلا باتفاق جميع الأطراف"، غير أنه لم يبين أسباب هذا العزل تاركاً ذلك لإرادة الأطراف⁴، فقد يتراءى لهم عدم كفاءته أو قلة خبرته، أو تقاعسه عن أداء مهمته والقيام بواجباته على نحو يؤخر معه الفصل في النزاع، أو صدور الحكم بعد مضي المدة المحددة له، أو غير ذلك من الأسباب الموجبة لعزله. ولا يكون العزل إلا باتفاق صريح بين جميع الأطراف، فليس لأي طرف وحده بإرادته المنفردة أن يعزل المحكم بعد اختياره، ولو كان هذا الطرف هو من اختار المحكم، وهو ما يجسد الطبيعة الاتفاقية لاختيار المحكم البحري، وإن كان البعض يرى أن العزل يمكن أن يكون ضمناً⁵،

¹ د عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، المرجع السابق، ص 214.

² د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 433.

³ د علي طاهر البياتي، التحكيم التجاري البحري، المرجع السابق، ص 139-140.

⁴ وهو ما يمكن أن يستشف من نص المادة 1/1041 ق.إ.م.إ.ج بقولها: "يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام

التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم".

⁵ د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص 186.

كما في حالة إبرام صلح ينهي النزاع محل التحكيم، أو اتفاق الأطراف على إنهاء إجراءات التحكيم، أو صدور أمر قضائي بهذا الإنهاء، غير أن الحقيقة كما يرى البعض الآخر، أنه في هذه الأحوال لا يتعلق الوضع بعزل بالمعنى القانوني الصحيح، فالعزل لا يكون إلا صريحاً¹، فلا يكفي الاستناد حسب هذا الرأي إلى الإرادة الضمنية للقول بوجود العزل أو عدم وجوده.

وحق الطرفين في عزل المحكم يمكن ممارسته في أية حالة كانت عليها إجراءات خصومة التحكيم البحري، بشرط أن يكون ذلك قبل إصدار الحكم، إلا إذا اتفق الأطراف على إهدار هذا الحكم واعتباره كأن لم يكن²، وباتفاق الطرفين على عزل المحكم، يمتنع عليه اتخاذ أي إجراء أو إصدار أي حكم في النزاع تحت طائلة البطلان، أما ما سبق من إجراءات أو قرارات قد تم اتخاذها، فأمرها متروك لاتفاق الخصوم، فقد يترأى لهم الاعتداد بها، كما قد يتفقون على اعتبارها كأن لم تكن، على أن ذلك لا يعني بأي حال من الأحوال تحلل الطرفين من الالتزام بالتحكيم، بل يتعين عليهم تعيين بديل له طبقاً للإجراءات التي اتبعت في اختيار المحكم الذي اتفق على عزله، مع احتساب المدة التي انقضت من التحكيم إلى جانب المدة المتبقية منه³.

ب- العزل القضائي للمحكم البحري:

إذا كانت القاعدة تقضي بأنه يلزم لعزل المحكم اتفاق الطرفين عليه، إلا أن الظروف قد تحول دون تحقق إجماعهم على هذا العزل، رغم توافر أسباب جدية تدعو إلى إقصائه عن نظر النزاع، كما لو تقاعس عن أداء مهمته، أو انقطع عن أدائها على نحو قد يؤدي إلى تأخير لا مبرر له في إجراءات التحكيم، أو تغيب كثيراً عن حضور الجلسات⁴، ففي هذه الأحوال وغيرها يكون لكل طرف أن يلجأ إلى المحكمة المختصة لطلب إنهاء مهمة المحكم، وهي المحكمة التي يكون الأطراف قد اتفقوا عليها بداية في اتفاق التحكيم طبقاً لما نصت عليه المادة 1042 من ق.إ.م.إ. الجزائري،

¹ د عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، المرجع السابق، ص 763، د فتحي والي، المرجع السابق، ص 255.

² والعلة في ذلك، أن الحكم إذا صدر بعد عزل المحكم وكان هذا المحكم على علم بعزله، فإن هذا الحكم يعتبر باطلاً لصدوره من غير ذي صفة أو من جهة غير مختصة، ينظر في ذلك، د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 434، وفي ذات المعنى، د محمد بن ناصر البجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، المرجع السابق، ص 151-152.

³ د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص 186.

⁴ د فتحي والي، المرجع السابق، ص 255-256.

وفي حالة عدم الاتفاق يؤول الاختصاص إلى المحكمة المشار إليها في الفقرة الثانية من المادة 1014 من نفس القانون.

غير أن المشرع الجزائري لم يبين هنا أيضاً الكيفية التي يتم بها تقديم طلب العزل¹، تماماً كما لم يبين ذلك في حالة طلب تعيين المحكم، فما قيل هناك يقال هنا أيضاً، ولذلك يكون من الضروري تنظيم مثل هذه المسائل بنصوص خاصة بما يكفل الضمان السريع للعملية التحكيمية. وعلى العموم فإنه يترتب على عزل المحكم أو إنهاء مهمته، فضلاً عن رده أو تنحيه على النحو الذي رأيناه، شغور مكانه مما يقتضي تدارك هذا الفراغ الشخصي في هيئة التحكيم، وذلك بتعيين محكم بديل عنه:

رابعاً: إستبدال المحكم البحري

تتفق التشريعات ولوائح التحكيم²، على أنه في حالة رد المحكم أو تنحيه أو عزله أو إنهاء مهمته، أو في حالة وجود أي سبب آخر يحول دون استتمام المحكم لمهمته كوفاته مثلاً أو فقدته لأهليته، فإنه يتعين اختيار محكم بديل عنه، وهو ما أجازته أيضاً المادة 1041 من ق.إ.م.إ. الجزائري، ويتم هذا الاستبدال طبقاً لنفس الإجراءات التي تتبع في اختيار المحكم التي انتهت مهمته، سواء بإرادة الخصم الذي كان قد اختاره، أو بإرادة الطرفين، أو بقرار من المحكمة، أو من سلطة التعيين، على أن هذا الاستبدال لا يؤثر فيما تم من إجراءات أو صدر من قرارات قبل هذا الاستبدال، مادامت صحيحة في ذاتها³.

على أن بعض أنظمة التحكيم تميز بين ما إذا كان هذا الاستبدال ينصب على المحكم الفرد أو رئيس هيئة التحكيم، أو على محكم آخر من بين محكمي الهيئة، ففي الحالة الأولى يجب إعادة سماع المرافعات الشفوية التي سبق تقديمها، أما في الحالة الثانية إذا تعلق الأمر بتبديل محكم آخر

¹ وقد ذهب الدكتور فتحي والي (المرجع السابق، ص 256) إلى عدم اتباع الإجراءات المعتادة في رفع الدعوى بخصوص طلب العزل، لما في هذه الإجراءات من تعطيل الفصل في الطلب، إذ أن طلب العزل ما قُرر إلا لتجنب مواجهة تأخير لا مبرر له في إجراءات التحكيم، ومن ثم يكون من الأفضل تقديم الطلب إلى رئيس المحكمة وفقاً لقواعد الأوامر على العرائض، وهذا بخلاف ما ذهب إليه فيما يتعلق بطلب تعيين المحكم من عدم جواز التعيين، بواسطة أمر على عريضة من رئيس المحكمة (ص 215-216)، الأمر الذي يدعو إلى التساؤل عن سبب هذا التمييز بين إجراءات طلب التعيين من جهة، وإجراءات طلب العزل من جهة ثانية؟.

² أنظر المادة 14 و15 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة 1985، والمادة 13 من قواعد اليونيسترال 1976، والمادة 12 من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية باريس لعام 1998، والمادة 21 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994.

³ د فتحي والي، مرجع سابق، ص 272 وما بعدها.

من بين المحكمين الذين تتشكل منهم هيئة التحكيم، فإن تقدير إعادة سماع المرافعات يترك لتقدير هيئة التحكيم¹.

غير أن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، أن استبدال المحكم قد لا يكون حلاً مناسباً عندما تكون القضية في مرحلتها الأخيرة، لاسيما إذا شارف ميعاد التحكيم على الانتهاء، ومعالجة لهذا الوضع نشأت فكرة جديدة تسمى بنظام "المحاكم المختصرة"، تسمح لمن بقي من المحكمين بمواصلة المداولة وإصدار الحكم، وقد أخذت بهذه الفكرة بعض مراكز التحكيم، مثل محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بباريس، حيث نصت المادة 5/12 من لائحة الغرفة على أنه: "بعد قفل باب المرافعة وبدلاً من استبدال المحكم الذي توفي أو تم عزله من محكمة التحكيم، يجوز للمحكمة -إذا وجدت هذا مناسباً- أن تقرر استمرار التحكيم بواسطة المحكمين الباقين..."².

وفي تقديرنا أن هذا الحل رغم وجاهته ومراعاته لمقتضيات السرعة التي يتطلبها التحكيم، فإنه يتوقف على إرادة الأطراف بالدرجة الأولى، إذ لا يسوغ لهيئة التحكيم أن تقرر استمرار التحكيم وكان أحد الطرفين أو كلاهما معارضاً لذلك، لاسيما إذا كان أحدهما هو من عين المحكم المنتهية مهمته، فليس من مصلحته أن يقبل باستمرار التحكيم وإصدار حكم بدون هذا المحكم أو المحكم البديل عنه، ولعل ذلك هو ما عناه المشرع الجزائري من مراعاته لإرادة الأطراف، حيث نص في المادة 1024 من ق.إ.م.إ: "ينتهي التحكيم:

1 - بوفاة أحد المحكمين أو رفضه القيام بمهمته بمرر أو تنحيته أو حصول مانع له، ما لم يوجد شرط مخالف..."، أي أن التحكيم لا ينتهي رغم وجود أسباب جدية لانتهائه، متى كان هناك اتفاق من الطرفين على استمراره.

خامساً: مسؤولية المحكم البحري

من خلال العرض السابق لأهم الضمانات التي تكفل حماية مصلحة أطراف اتفاق التحكيم، في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة، وذلك في مواجهة المحكم البحري، فإن أهم سؤال قد يثور في ختام موضوع المحكم، هو هل يمكن مساءلة هذا المحكم بعد رده أو عزله بسبب يعود إلى إخلاله بجيدته واستقلاله، وحمله على جبر الضرر الذي يلحق

¹ وهو ما قضت به المادة 14 من لائحة مركز القاهرة الإقليمي، يقابلها نص المادة 14 من قواعد اليونيسترال.

² أشار إلى ذلك، د فتحي والي، المرجع السابق، ص 276.

بالمحكّمين أو أحدهما نتيجة لذلك، أو نتيجة لإهماله أو خطئه أو غشه، خاصة إذا ما انتهى الأمر ببطالان حكم التحكيم؟.

الإجابة على ذلك تقتضي أولاً معرفة الأسس والمبررات التي تبني عليها مسؤولية المحكم البحري، ثم طبيعة هذه المسؤولية وطبيعة القواعد التي تخضع لها:

أ- أسس ومبررات مسؤولية المحكم البحري:

لم تعالج معظم التشريعات الحديثة المنظمة للتحكيم ومن بينها قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، المسؤولية المدنية للمحكم في مثل الأحوال السابقة، مكتفياً بتلك الضمانات المقررة لمصلحة الأطراف في حالة إخلاله بمبدأ الحيادة أو الاستقلال، ومما ضاعف من صعوبة تقرير هذه المسؤولية، خلو ساحات القضاء من مثل هذه الدعاوى لانعدام النصوص القانونية التي يمكن أن تكون أساساً لهذه المسؤولية¹، وإن كان جانب من هذه التشريعات ذهب إلى ضرورة مساءلة المحكم على أساس المسؤولية العقدية، إلا أن جانب آخر يرفض تقرير أي مسؤولية للمحكم².

قد يكون من الصعوبة بمكان نظراً لسرية التحكيم من ناحية، وصعوبة إثبات تحيز المحكم لأحد الطرفين من ناحية أخرى، إقامة الدليل على مسؤولية المحكم البحري، وهو ما جعل التشريعات السابق الإشارة إليها تتباين بين مؤيد لهذه المسؤولية وبين رافض لها، وفي تصورنا أن هذه الصعوبة لا تعني عدم إمكانية مساءلة المحكم البحري وذلك لعدة مبررات، أهمها أن تقرير المسؤولية من شأنه أن يجعل المحكم على بال من كل ما قد يقدر في سمعته والتزامه بأخلاقيات وآداب التحكيم، والابتعاد عما قد يثير الشك حول نزاهته، حتى لا يكون عرضة لاستبعاده من قوائم التحكيم³، ومن جهة أخرى فإن القول بعدم المسؤولية يتعارض مع ما تقوم عليه مقتضيات العدالة من ملازمة العقاب للخطأ، خاصة في حالة تحقق الغش والخطأ الجسيم.

¹ د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص 189-190.

² من التشريعات التي أسست مسؤولية المحكم على أساس المسؤولية العقدية، القانون الإيطالي (م 813)، والإسباني (م 25)، وقانون الإجراءات المدنية الصيني (م 942)، وقانون الإجراءات المدنية النمساوي (م 584)، أما الأنظمة التي ترفض مساءلة المحكم أو هيئة التحكيم نجد قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس في مادتها 34، حيث لا تجيز مساءلة المحكم أمام أي شخص وعن أي سلوك أو إغفال متعلق بالتحكيم.

³ د أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص 190-191.

ب- طبيعة مسؤولية المحكم البحري:

تحدد طبيعة مسؤولية المحكم البحري وفقاً للتكييف القانوني لمهمته، فاختيار المحكم كما رأينا يتم أساساً بإرادة الأطراف، وهو ما يبرر الطابع العقدي للعلاقة بين المحكم والطرف الذي قام باختياره، ويترتب على هذا التكييف أن المحكم يلتزم وفقاً لهذا العقد بإنهاء مهمته، مراعيًا في ذلك ما رسمه له القانون الذي اختاره الأطراف ليطبقه على إجراءات التحكيم أو موضوع النزاع، فإذا أخل المحكم بالتزاماته الناشئة عن هذا العقد، فإنه يكون مسؤولاً عن تعويض الأضرار التي ترتبت على هذا الإخلال، وذلك وفقاً للقواعد العامة التي تحكم المسؤولية العقدية، أما إذا انطوى عمله على غش أو سوء نية فهنا تثار إمكانية مساءلته تقصيراً، على أنه في جميع الأحوال لا مجال لمساءلة المحكم طالما بذل العناية اللازمة، لكنه أخطأ في اجتهاده وتفسيره للنصوص القانونية الواجبة التطبيق¹.

ولما كانت مسؤولية المحكم البحري هي مسؤولية عقدية على النحو السابق، فإنه يمكن الاتفاق مقدماً على الإعفاء منها، وهذا محض تطبيق للقواعد العامة التي تقضي بجواز إعفاء المدين من التزامه التعاقدي، إلا ما نشأ عن غشه أو خطئه الجسيم².

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، أن المحكم من حيث خضوعه لقواعد المسؤولية السابقة ليس كالقاضي وذلك من وجهين:

الوجه الأول، هو أن الاتفاق بين المحكم والخصوم قد يرتب مسؤوليته التعاقدية قبلهم على النحو السابق، إذا ما تقاعس عن أداء مهمته أو تأخر عن أدائها في وقتها المتفق عليه، تأخراً ترتب عليه ضرر لأحد الأطراف³.

الوجه الثاني: هو أن المحكم لا يتمتع بتلك الضمانات التي يتمتع بها القاضي، على الرغم من قيامه بوظيفة قضائية، فلا تسري بشأنه القواعد المقررة في مخاصمة القضاة⁴، لأنها أحكام تواجه

¹ د محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 87 وما بعدها.

² فتحي والي، المرجع السابق، ص 288-289.

³ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 600-601.

⁴ تراجع في شأن هذه القواعد المواد 60 وما يليها من القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 21 رجب 1425، الموافق ل 6 سبتمبر 2004، يتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج.ر.ع 57، لسنة 2004، السنة 41.

قضاة الدولة التي تُسأل عن أعمالهم¹، بخلاف المحكم الذي لا يتبع دولة معينة، ولا يصدر حكمه باسمها، فهو كما رأينا لا يستمد سلطته إلا من اتفاق الأطراف على اختياره².

أما عن المسؤولية الجنائية، فالمحكم يمكن أن تقع منه أخطاء تشكل جريمة جنائية، كاختلاس بعض الوثائق المقدمة في الدعوى مثلاً أو التزوير فيها، وفي هذه الحالة تسري على المحكم أحكام قانون العقوبات وقانون الإجراءات الجزائية، ولا يوجد إلى جانب هذه المسؤولية الجزائية مسؤولية تأديبية بالنسبة للمحكّمين، حتى في حالة التحكيم لدى هيئات ومنظمات ومراكز التحكيم الدائم³.

وهكذا، وبعد أن تتم مرحلة تعيين هيئة التحكيم، تشرع هذه الأخيرة في مهمتها التي عينت من أجلها، والمتمثلة في الفصل في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة، وأول خطوة يتعين على هيئة التحكيم مباشرتها، تتمثل في تحديد النظام القانوني الذي ينظم إجراءات التحكيم في النزاع المعروض، وهو ما سنعرض له من خلال المبحث الموالي:

¹ وهذا يعني أنه يمكن الرجوع على الدولة في حالة الحكم على القاضي بالتعويض باعتباره تابعاً لها، لكن يثور التساؤل بالمقابل هل الحال كذلك بالنسبة للمحكم المختار من قبل هيئة أو مركز تحكيم دائم، بحيث يمكن القول بالرجوع على هذا الأخير استناداً إلى مسؤولية المتنوع على أعمال التابع؟:

يرى البعض هنا أن مبدأ استقلال المحكم في أداء مهمته يحول دون قيام علاقة التبعية بينه وبين الهيئة أو مركز التحكيم الذي عينه، إلا أن ذلك لا يمنع من مساءلة هذه الهيئة أو المركز عما يمكن إثباته في مواجهتها من تقصير في اختيار المحكمين أو في إدارة التحكيم. د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 602-603.

غير أن البعض الآخر يلاحظ في هذا الخصوص أن بعض منظمات ومراكز التحكيم الدائمة منشأة باتفاقيات دولية، وهذا ما يكفل لها وللهيئات التابعة لها نوعاً من الحصانة القضائية، بحيث لا يجوز الرجوع عليها بالتعويض عما يقع منها من أخطاء في إدارتها للتحكيم، أو عما يقع من هيئات التحكيم التي تشكلها من أخطاء فيما تصدره من أحكام. د سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة، المرجع السابق، ص 61 وما بعدها.

² د محمود مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 89، وقارن خلاف ذلك، د أبو اليزيد علي المتيت، التحكيم البحري، بحث مشار إليه سابقاً، ص 52 حيث يرى "جواز محاصمة المحكمين لنفس الأسباب التي يجوز فيها محاصمة رجال القضاء"، ولا شك أن القول الأول أصح استناداً إلى تلك الفوارق والخصوصيات التي ذكرناه، والتي يتميز بها المركز القانوني للمحكم.

³ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 603.

المبحث الثاني

النظام القانوني لإجراءات التحكيم

في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

أشرنا في مواطن عدة من هذا البحث، لاسيما في معرض تطرقنا لطبيعة اتفاق التحكيم، إلى أن التحكيم يتميز عن قضاء الدولة بأساسه الاتفاقي وطبيعته الخاصة، حيث تتمثل هذه الطبيعة في جملة المزايا والخصوصيات التي يتصف بها التحكيم، من سرعة وسرية وثقة في المحكم وقلة في النفقات، وبناءً على هذه الطبيعة الخاصة، فقد تُرك لأطراف عقد النقل البحري للبضائع الحرية في اختيار النظام القانوني، الذي ينظم إجراءات التحكيم في المنازعات التي قد تنشأ عن هذا العقد، تحقيقاً لتلك الخصوصية والأهداف التي يرمي إليها الأطراف، من وراء اختيارهم للتحكيم كطريق بديل عن القضاء لتسوية منازعاتهم.

وبهذه المثابة، تعتبر مرحلة تحديد إجراءات التحكيم الواجب اتباعها في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة، المعروض على هيئة التحكيم، من أهم مراحل الخصومة التحكيمية، والتي يتعين فيها على أطرافها اختيار القانون الواجب تطبيقه على هذا النزاع (المطلب الأول)، وذلك تمهيداً للشروع والبدء في هذه الإجراءات (المطلب الثاني):

المطلب الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم

في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

في نطاق هذا الموضوع، يتعين التمييز بين التنظيم الإجرائي للتحكيم من جهة، والذي يقتضي تحديد القانون الذي يسيطر على كل إجراءات التحكيم، والتنظيم الموضوعي من جهة أخرى، والذي يقتضي تحديد القانون الذي يحكم الحقوق والمراكز القانونية الموضوعية المتنازع عليها، وتحقيقاً للاقتصاد في حل تنازع القوانين، قد تلجأ الأطراف المحكّمة إلى اختيار قانون دولة معينة ليحكم عملية التحكيم في مجموعها، أي في جوانبها الموضوعية وجوانبها الإجرائية، مما يسهل على هيئة التحكيم دراسة وفهم النظام القانوني لدولة واحدة، تبدأ أو تنتهي عملية

التحكيم وفقاً لأحكامه¹، ويؤيد هذا التوحيد في تطبيق القانون -رغم وجود من يعارضه كما سوف نرى- جانب من الفقه، تطبيقاً للقاعدة التي تقضي بوحدة القانون الواجب التطبيق على الموضوع والإجراءات، فيطبق بذلك القانون الإجرائي للدولة التي يتفق الأطراف على تطبيق قانونها على موضوع النزاع، وذلك دون الحاجة إلى الرجوع لقواعد التنازع في هذا القانون².

ولما كانت الإجراءات هي الوسيلة الفنية التي حددها القانون لحماية الحق الموضوعي المتنازع بشأنه أمام قضاء التحكيم، تماماً كما هو الحال أمام قضاء الدولة³، رأينا من الضروري أن نعالج مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق من جانبيها الإجرائي والموضوعي في إطار واحد. وإعمالاً لذلك، سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في (الفرع الأول): تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وفي (الفرع الثاني): تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

الفرع الأول

تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم

في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

يقصد بإجراءات التحكيم بدايةً⁴، تلك المسائل المتعلقة بولاية القضاء التحكيمي وتشكيل محكمة التحكيم واختصاصها، وإجراءات المرافعات التي تتبع لديها حتى إصدار الحكم في النزاع، ومدة التحكيم، والحضور والغياب، ومكان التحكيم، ولغة التحكيم، وكيفية تداول المستندات وتبادلها، وشرط المداولة في الحكم والنطق به وشكله، وما إذا كان تسيبه واجباً أم لا، وغير ذلك من المسائل الإجرائية الأخرى⁵.

أما مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على تلك الإجراءات، فهي لا تعد مسألة نظرية فحسب، بل تعتبر ذات أهمية عملية وذلك من ناحيتين: فمن ناحية أولى، أن القانون المختص

¹ د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 334-335.

² د هدى محمد مجدي عبد الرحمان، دور المحكم في الخصومة وحدود سلطاته، رسالة دكتوراه مشار إليها سابقاً، ص 279.

³ د نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، المرجع السابق، ص 150.

⁴ وسيأتي معنا تفصيل هذه الإجراءات ضمن المطلب الثاني من هذا المبحث.

⁵ أ شريف الطباخ، التحكيم الاختياري الإجباري في ضوء القضاء والفقه، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 2010، ص 135.

سيمثل مرجع الأطراف والمحكمين، والذي يزودهم بمجموعة القواعد اللازمة لحسم المسائل الإجرائية التي تثور أثناء الخصومة، كتبادل المذكرات وسماع الشهود، أما الناحية الثانية، فتعود إلى وجود الاختلافات المتعددة ما بين النظم الوطنية بشأن هذه المسائل الإجرائية، مما يعني أن المشكلة قد تثور أمام القاضي الذي سيطلب منه تنفيذ الحكم التحكيمي، أو يطعن أمامه على ذلك الحكم، بحجة صدوره من هيئة لم تشكل طبقاً للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات، أو أنه صدر طبقاً لإجراءات مخالفة لهذا الأخير¹.

وتأسيساً على ما تقدم، يثور السؤال حول الجهة المخول لها سلطة تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات التحكيمية؟.

عرضت المادتين 1019 و1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، لمسألة تحديد الإجراءات الواجب اتباعها أمام هيئة التحكيم:

فقد نصت المادة 1019 المتعلقة بالتحكيم الداخلي على أنه: "تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك".

أما المادة 1043 المتعلقة بالتحكيم الدولي فقد نصت على أنه: "يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استناداً على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم. إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات، عند الحاجة مباشرة، أو استناداً إلى قانون أو نظام تحكيم".

يتضح من هذين النصين، أن المشرع قد كرس مبدأ حرية أطراف التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، تطبيقاً منه لقانون الإرادة، مساوياً في ذلك بين التحكيم الداخلي والدولي، غير أنه في حالة غياب قانون الإرادة في تحديد الإجراءات، ميز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، فهو إذ يعطي في هذا الأخير سلطة تحديد القانون المختص لهيئة التحكيم عند تخلف اختيار الأطراف، إلا أنه في مجال التحكيم الداخلي لم يخول هيئة التحكيم هذه السلطة، وإنما نص على تطبيق الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية الجزائرية.

¹ د وفاء مزيد فلحوط، النظام القانوني الواجب التطبيق في إطار التحكيم التجاري الدولي، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2008، ص 553.

وعلى هذا الأساس، سوف نحاول دراسة مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم استناداً إلى مبدأ قانون الإرادة (أولاً)، وفي حالة غياب قانون الإرادة يتحدد هذا القانون عن طريق هيئة التحكيم (ثانياً):

أولاً: تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم استناداً إلى مبدأ قانون الإرادة
تطبيقاً للنصوص السابقة، نلاحظ أن المشرع الجزائري على غرار التشريعات والاتفاقيات والنظم الأخرى المنظمة للتحكيم¹، قد اعترف لأطراف التحكيم بحرية وضع الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم، وهذا خروجاً عن القاعدة التي تقضي بإعفاء المحكم من التقيد بالقواعد الإجرائية التي يتقيد بها قاضي الدولة، ومن ثم يتقيد المحكم بالقانون الإجرائي الذي يختاره الأطراف، والذي قد يكون قانون الدولة التي يجري التحكيم على أرضها، أو التي سيجري التنفيذ عليها، أو وفقاً للقواعد الإجرائية التي تنظمها إحدى لوائح هيئات ومراكز التحكيم الدائمة².

كما يستطيع الأطراف وهم بصدد صياغتهم لهذه القواعد الإجرائية، أن يمزجوا بين مجموعة من القواعد، فيجرون نوعاً من الانتقاء من مصادر متعددة، فيضعون لائحة تسير هيئة التحكيم وفقاً لأحكامها³، كما يستطيعون تجنب كل ذلك فيتفقون على إخضاع إجراءات التحكيم إلى إحدى لوائح التحكيم الدولية، أو إحدى لوائح مراكز وهيئات التحكيم الدولي، أو المزج بين هذه اللوائح أو بعضها، كما يستطيعون المزج بين قواعد المرافعات المنصوص عليها في قوانين الدول المختلفة، أو تلك القواعد الإجرائية المتبعة في الأعراف الدولية⁴.

¹ من القوانين التي نصت على هذا المبدأ: المادة 1494 من قانون المرافعات الفرنسي، م 182 من قانون التحكيم السويسري، م 25 من قانون التحكيم المصري، م 811 من قانون أصول المحاكمات اللبناني، م 212 من قانون المرافعات الإماراتي، م 24 من قانون التحكيم الأردني، م 64 من قانون التحكيم التونسي.

ومن الاتفاقيات نذكر على سبيل المثال: م 5/د من اتفاقية نيويورك لعام 1958، م 4 من الاتفاقية الأوروبية لعام 1961، م 1 من اتفاقية واشنطن لعام 1965 والخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى، م 2 من بروتوكول جنيف الخاص بالتحكيم لعام 1923، م 33 من قواعد اليونسسترال، م 28 من قانون اليونسسترال النموذجي.

ومن النظم التحكيمية نذكر على سبيل المثال: م 15 من نظام غرفة التجارة الدولية الساري ابتداءً من 1998/1/1، م 13/أ من نظام المركز التجاري والذي أقر من قبل المجلس الأعلى لمجلس التعاون الخليجي في عام 1993.

² أ شريف الطباخ، التحكيم الاختياري الإلزامي، المرجع السابق، ص 136.

³ د محمود مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 95.

⁴ د أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 92.

ويتم تحديد هذه الإجراءات إما بطريق مباشر من خلال النص عليها في اتفاق التحكيم كبنود فيه، أو بتضمينها اتفاقاً مستقلاً¹، وقد جرى العمل أن تدعو هيئة التحكيم الأطراف لجلسة تمهيدية في محاولة لاتفاق الجميع على الإجراءات، أو يتم التوصل لهذا الاتفاق عن طريق المراسلات بين الهيئة والأطراف²، والبادي أن هذه الطريقة -أي طريقة اختيار قواعد إجرائية معدة ومحددة سلفاً- هي الأكثر ذيوماً، إما بسبب التحديد والوضوح الذي يميز القواعد المختارة، وإما بسبب الرغبة في الاقتصاد في الإجراءات، والخشية من وضع قواعد إجرائية قد تكشف ظروف خصومة التحكيم عن تخلفها أو عدم ملاءمتها³.

وبديهي أن الطرفان غالباً ما لا تتوافر لديهما الخبرة القانونية اللازمة لتخير الإجراءات المناسبة، فيلجآن إلى الاستعانة بمحاميهما في هذا الخصوص، وتظهر أهمية ذلك بصفة خاصة في ما قد يترتب على اختيار الأطراف المبني على نقص خبرتهما من آثار قد لا تصب في مصلحتهما، من ذلك مسألة مكان التحكيم، وما يترتب عليه من تحديد القضاء المختص فيما قد يخرج من ولاية المحكم، كالأمر بالإناة القضائية مثلاً، أو الفصل في الأمور المستعجلة، أو الفصل في المنازعات المتعلقة بالرقابة على حكم المحكم، ومن ذلك أيضاً مدة التحكيم وجواز مدّها من عدمه، لما لها من أثر في تحقيق سرعة الفصل في النزاع دون الرجوع إلى قضاء الدولة للفصل فيه، ومن ذلك لغة التحكيم وما لها من أثر على قدرة الطرفين على متابعة مسيرة التحكيم بدقة، وغير ذلك مما يحتاج إلى خبرة خاصة لضمان تسهيل الإجراءات التحكيمية⁴.

ويتم اختيار القانون المطبق على الإجراءات إما صراحة، كأن ينص الاتفاق على تطبيق القانون الجزائري أو القانون الفرنسي أو أي قانون آخر، سواء كان التحكيم يجري داخل الجزائر أو خارجها، وسواءً كان هذا التحكيم داخلياً أو دولياً، وقد يتم اختيار هذا القانون بصورة ضمنية،

¹ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 220.

² تجدر الإشارة إلى أن هيئة التحكيم تنقيد بتطبيق هذه الإجراءات ولو كان التحكيم تحكيمياً بالصلح، فالقول بأن المحكم بالصلح يعتبر معنى من تطبيق القانون، لا يقصد به جواز مخالفة المحكم لاتفاق التحكيم المتضمن لإجراءاته، بل هو ملزم بهذا الاتفاق ولا يجوز له الخروج عليه، وإلاّ عد حكمه معيماً مستوجباً للطعن، أنظر في ذلك، د حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 152-321.

³ د أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 326-327.

⁴ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 220-221.

إذ لا يكون اختيار الأطراف لهذا القانون صريحاً على النحو السابق، لكن قد يختارون مقرأً للتحكيم، مما يدل على انصراف إرادتهما إلى إخضاع الإجراءات لقانون دولة المقر¹.

ويذهب اتجاه في الفقه إلى عدم إعمال معيار قانون دولة المقر في حالة خلو اتفاق التحكيم صراحة من تعيين القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، ويبقى الحل في هذه الحالة -حسب ذات الاتجاه- هو إعمال قواعد تنازع القوانين المعمول بها في هذه الدولة، أو أن يهتدي المحكم وفق القرائن المعروضة عليه لمعرفة اتجاه إرادة الأطراف في هذا الشأن².

غير أنه من جانبنا نرى في قانون دولة مقر التحكيم الأكثر ملاءمة للتطبيق، نظراً للحاجة إلى ضرورة تدخل قضاء الدولة التي يجري عليها التحكيم، وذلك في العديد من المسائل التحكيمية، خاصة فيما يتعلق ببعض الأمور المستعجلة كاتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية، أو فيما يتعلق بالبحث عن الأدلة، وفقاً لأحكام المادتين 1046 و 1047 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، وما يبرر هذا الاستنتاج، ما قد يترتب على تغيير مكان التحكيم -مع التسليم بحرية الأطراف في هذا التغيير- من آثار، منها أن شرط التحكيم المبرم شفويّاً قد يكون صحيحاً وفقاً لقانون البلد الأول الذي أبرم فيه اتفاق التحكيم، في حين لا يكون صحيحاً وفقاً لقانون البلد الجديد، أو قد يكون هذا الشرط مخالفاً للقواعد الآمرة ولأصول التقاضي وبعبارة أدق للنظام العام في البلد الجديد، بينما لا يعتبر كذلك في البلد الأول وهكذا.

وما يؤكد وجهة نظرنا هذه ما ذهبت إليه بعض أحكام التحكيم³، نذكر من بينها النزاع الذي نشأ بين الشركة الكندية Sapphire والشركة الوطنية الإيرانية للبترول Nioc، حيث أنه نظراً لعدم تطرق الأطراف في عقدهم المبرم عام 1958 إلى مسألة قانون إجراءات التحكيم، فقد ذهب المحكم (Cavin) إلى تطبيق القانون السويسري باعتباره قانون مقر التحكيم.

¹ أنظر في هذا المعنى، د أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 94، د عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم المصري، المرجع السابق، ص 289-290.

² والحجة التي استند إليها هذا الاتجاه، تتمثل في عدم ملاءمة التكييف الإجرائي لاتفاق التحكيم، فعلى الرغم من محل هذا الأخير ينصب أساساً على تنظيم الإجراءات المتبعة أمام هيئة التحكيم، إلا أنه يتعين تكييفه على أنه عقد، ولا شك أن العقد يسبق الإجراءات ولا يشكل مرحلة من مراحلها. أشارت إلى هذا الاتجاه، د حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 62 وما بعدها.

³ أشارت إلى هذه الأحكام، د وفاء مزيد فلحوط، البحث المشار إليه آنفاً، ص 557.

ومنها أيضاً النزاع الحاصل بين الحكومة الليبية وشركة British petroleum عام 1973، حيث قضى المحكم (Lagergren) بتطبيق القانون الدانمركي على إجراءات التحكيم، باعتباره قانون مقر التحكيم.

كما قد يثور التساؤل في حالة ما إذا كان أطراف التحكيم قد نصوا في العقد الذي يتضمن الاتفاق على التحكيم، على إخضاع هذا العقد وكافة بنوده لقانون معين، دون أن يخصصوا بالذكر مسألة الإجراءات، فهل يطبق هذا القانون من حيث نصوصه الإجرائية على اتفاق التحكيم؟. تباينت آراء الفقه في الإجابة عن هذا التساؤل¹، لكن يبدو أن أقربها للصواب، الذي يرى أن إرادة الأطراف في هذه الحالة قد اتجهت إلى تطبيق ذلك القانون المذكور في العقد، إذ أنهم لم يتفقوا على قانون آخر غيره، كما أنهم لم ينصوا صراحة على استبعاده فيما يخص إجراءات التحكيم².

وعلى العموم يستطيع الأطراف أن ينشئوا قواعد إجرائية من ابتكارهم، تنظم سير المنازعة وإجراءاتها من حيث تعيين مكان إجراء خصوصية التحكيم وميعادها واللغة المستخدمة فيها، والقواعد المتبعة في سماع الشهود وتعيين الخبراء، وكيفية الإعلان وتنظيم تبادل حقوق الدفاع وتقديم المستندات التي تبين الأسباب التي يستند عليها كل طرف من إثبات طلباته، وهم في سبيل كل ذلك لا يخضعون لأي قانون آخر، وتكتفي هيئة التحكيم بتطبيق هذه الإجراءات دون الخروج عليها، ولا يحق لها أن تستعين بالقوانين الأخرى لتنظيم إجراء معين اتفق عليه الأطراف مسبقاً³. ويعني اتفاق الأطراف على القواعد الإجرائية على النحو السابق، الخروج جملة وتفصيلاً من القواعد المنصوص عليها في القانون الجزائري بخصوص إجراءات التحكيم، خاصة إذا تعلق الأمر بتحكيم داخلي، حيث يكون هذا القانون هو المفترض إعماله في هذا المجال⁴، تطبيقاً لنص المادة 1019 ق.إ.م.إ.م. السالفة الذكر.

¹ د حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 65 وما بعدها.

² V. dans se sens, Ph.Fouchard - E.Gaillard - B.Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, op.cit, p. 50.

وهو ما ذهبت إليه أيضاً محكمة النقض المصرية في قرار لها (نقض مدني)، رقم 2660 لسنة 59 ق و، جلسة بتاريخ 1996/3/27، غير منشور.

³ د عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم المصري، المرجع السابق، ص 288.

⁴ د محمود مختار بريري، المرجع السابق، ص 95.

لكن لعل السؤال الذي قد يرد في هذا الصدد، حول ما إذا كانت النصوص السابقة الذكر (1019 و 1043) تعد نصوصاً آمرة، وبالتالي لا يملك الأطراف الاتفاق على مخالفتها، أم أنها نصوص احتياطية أو مكملة لما يحدده الأطراف؟.

تبدو القيمة العملية لهذا السؤال -على حد تحليل جانب من الفقه¹ - ضئيلة جداً، نظراً لأن تلك النصوص تعتبر نصوصاً مقررة، فهي صريحة في تقرير الحرية المطلقة للأطراف في تحديد الإجراءات، وبالتالي لهم تجاهل كافة القواعد التي تقرها نصوص التحكيم، عدا ما تعلق منها بأصول التقاضي أو بصفة عامة بالنظام العام²، لكن السؤال يظل قائماً بالنسبة لما قد يعتبر نصاً آمراً، فإذا كان نص المادة 1019 السابق ذكره لم يورد أي قيد على حرية الأطراف، كما فعل عندما تعرض لفرض تولى هيئة التحكيم اختيار إجراءات التحكيم، إذ قيدها في ذلك بتطبيق الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية الجزائرية.

وجواباً على ذلك، فإنه قد يستشف أن المشرع الجزائري أطلق الحرية للأطراف، على اعتبار أنهم الأقدر في اختيار وتنظيم سير العملية التحكيمية، وفقاً لما يحقق حاجاتهم ومصالحهم، فيكون لهم بذلك الخروج عن مقتضيات تلك النصوص الآمرة³، ولا يحد من هذه الحرية كما سبق سوى أصول التقاضي ومقتضيات النظام العام.

ثانياً: تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم بواسطة هيئة التحكيم

قد يحدث وأن يكتفي طرفا عقد النقل البحري للبضائع، بالاتفاق على مبدأ التحكيم في النزاع القائم أو المحتمل قيامه بينهما، دون أن يعرضا أصلاً للاتفاق على إجراءات التحكيم، وقد يعرض الطرفان لبعض المسائل الإجرائية التي تبدو لهما ذات أهمية خاصة، ويلتزمان الصمت إزاء غيرها من المسائل، وكل ذلك إما نسياناً، وإما تناسياً معتقدين أن هذه المسألة من اختصاص هيئة التحكيم، أو أنها الأقدر على حسمها⁴.

وقد سبق التنويه في مقدمة هذا المطلب، إلى أن المشرع الجزائري على خلاف العديد من التشريعات منها قانون التحكيم المصري في المادة 25، لم يسعى إلى توحيد النظام القانوني لكل

¹ د محمود مختار بريري، المرجع السابق، ص 96.

² أ شريف الطباخ، التحكيم الاختياري الإلزامي، المرجع السابق، ص 139.

³ في هذا المعنى، د محمود مختار بريري، مرجع سابق، ص 96.

⁴ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 226. د أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات

المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 329.

من التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، في العديد من المسائل لاسيما فيما يتعلق بالإجراءات، فإذا خلا اتفاق التحكيم الداخلي من تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، تنقيد محكمة التحكيم بتطبيق الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية على الخصومة التحكيمية، حسبما أفادته المادة 1019 من ق.إ.م.إ. الجزائري، بينما لم يجار المشرع هذا القيد في مجال التحكيم الدولي، فبعد أن تطرقت المادة 1043 في فقرتها الأولى من القانون المذكور إلى تطبيق قانون الإرادة كأصل عام، نصت الفقرة الثانية منها على أنه: "إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة، أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم".

يتضح من هذين النصين، أن المشرع الجزائري لم يترك المجال مفتوحاً أمام هيئة التحكيم في المجال الداخلي، لتحديد القانون الإجرائي المراد تطبيقه على النزاع، مثل ما فعل في مجال التحكيم الدولي، فهو إذ يقيد هيئة التحكيم في الحالة الأولى بتطبيق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، أتاح لها نوع من الحرية في تحديد وضبط الإجراءات على نحو الضوابط الثلاث التي أتاحها للأطراف كما سبق¹، تهتدي على أساسها في هذا التحديد، وفيما يلي سوف نتناول تلك الضوابط التي تهتدي على أساسها هيئة التحكيم البحري، في تحديدها لهذا القانون الإجرائي المختص:

أ- تطبيق قانون إجرائي وطني:

ما يلاحظ بداية، أن الصيغة التي اعتمدها المشرع الجزائري في المادة السابقة بشأن تحديد القانون الإجرائي المختص، من العمومية والإطلاق، فهو في معرض تحديده لتلك الضوابط السالفة الذكر، أورد لفظ (قانون) بصيغة عامة ومجردة دون أن يخص قانوناً معيناً بذاته، فأى قانون ذلك الذي يلتزم المحكمون بتطبيقه، هل هو القانون الوطني أم قانون آخر غيره؟.

الذي يظهر من استقراء آراء الفقه والاتفاقيات الدولية والعديد من أحكام التحكيم، أن أكثر القوانين ترشيحاً لتحل محل القانون الإجرائي الذي خلا منه اتفاق التحكيم، هو القانون

¹ وقد ذهب إلى هذا الرأي الفقه الفرنسي، في حين يذهب المشرع المصري إلى خلاف ذلك، حيث قيد هيئة التحكيم بمراعاة أحكام قانون التحكيم المصري وفقاً لما نصت عليه المادة 25 منه، ولا يوجد مقابل لها -فيما يتعلق بهذا القيد- في القانون الجزائري كما هو واضح من نص المادة 1043 المذكورة سابقاً، أنظر قريب من هذا المعنى، د فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 298، د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 227.

الإجرائي للدولة التي يجري فيها التحكيم (Loi du siège arbitral)¹، وهو هنا إنما يأتي في المقام الثاني بعد قانون الإرادة وبصورة تكميلية أو احتياطية²، وتظهر أهمية اختيار قانون مقر التحكيم من عدة نواحي³:

فمن ناحية أولى، ولما كان تحديد مكان التحكيم من حيث الأصل يؤول إلى الأطراف المحكّمة، فهو بهذه المثابة لا يكون فيه أية مفاجأة، إذ لا يكون تطبيقه غريباً بالنسبة لتوقعاتهم. ومن ناحية ثانية، تتجسد في تلك الصلة بين دولة مقر التحكيم وعملية التحكيم ذاتها، ففي قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، يظهر ذلك بوضوح من خلال تنظيمه لمراحل التحكيم المختلفة، ففي بدأ عملية التحكيم تتدخل محاكم دولة مقر التحكيم في المساعدة في تشكيل هيئة التحكيم، عند إخفاق الأطراف في اختيار المحكمين (المادة 1009 و2/1041)، أو تتدخل للفصل في طلب رد المحكمين (المادة 4/1016)، وفي أثناء سير خصومة التحكيم، تتدخل محاكم دولة المقر عادة للأمر باتخاذ تدابير وقائية أو تحفظية (المادة 3/2/1046)، أو المساعدة في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات (المادة 1048)، وفي النهاية، فإن محاكم دولة مقر التحكيم هي التي تختص بالاعتراف بحكم التحكيم (المواد 1051-1052-1053)، وبتنفيذه (المواد 1035-1037)، كما تختص بنظر بطلان حكم التحكيم (المواد 1055 وما تلاها).

ومن ناحية أخيرة، فإن إعطاء الأولوية لقانون دولة مقر التحكيم، يتماشى مع قاعدة التنزع المتعارف عليها في جميع النظم القانونية بشأن مسائل الإجراءات، والتي تقضي بأن "يسري على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات، قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات".

لكن على الرغم من هذا الدور الإيجابي والفعال لقانون دولة مقر التحكيم على النحو المتقدم، إلا أنه نَمَّةٌ حالات لا يسوغ معها تطبيقه كقاعدة عامة، ونخص بالذكر الحالات التي يصعب معها التركيز المكاني للتحكيم حتى يتسنى معرفة مقره، ومن ثم معرفة القانون الإجرائي لدولة ذلك المقر، وأهم هذه الحالات وأعقدها، التحكيم في مجال التجارة الإلكترونية والعقود التي

¹ د أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 329-330.

² د منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي، المرجع السابق، ص 162.

³ ذكرها، د أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 230-231.

تتم عبر شبكة الاتصالات والمعلومات الدولية¹، حيث يتم تبادل المذكرات والمستندات بين الخصوم وهيئة التحكيم عبر دعائم إلكترونية بواسطة الإنترنت، كما أن جلسات المرافعة تعقد بطريقة سمعية بصرية عبر تلك الشبكة أو أية وسيلة اتصال عن بعد، كما يصدر حكم التحكيم ويتم توقيعه وإعلانه للأطراف بطريقة رقمية إلكترونية، كل ذلك لاشك يثير الإشكال حول كيفية تحديد مقر التحكيم؟.

بل قد تنور إشكالية تحديد دولة مقر التحكيم، في الحالة التي يتفق فيها أطراف عقد النقل البحري للبضائع في اتفاق التحكيم على مكان التحكيم، غير أن جلساته انعقدت كلها في مكان آخر، وتمت المداولة وإصدار الحكم في دولة ثالثة، فأى الأماكن الثلاث يعتبر مقراً للتحكيم؟².

من الحلول التي اقترحت لهذا الإشكال في مجال التحكيم الإلكتروني، إتباع إحدى الوسيلتين التاليتين: الأولى، تتمثل في البحث عن الإطار التقليدي للتحكيم ومحاولة ربط إجراءات التحكيم وحكم التحكيم بدولة معينة، والثانية تتمثل في الأخذ بنظرية تدويل أو عوامة التحكيم عبر الإنترنت، وفحوى هذا النظرية، هو رفع السلطة الإشرافية للقانون الوطني والمحاكم في الدولة التي يجري التحكيم فيها، وبالتالي إخراج إجراءات التحكيم وكذا حكم التحكيم فيما يتعلق بنفاده وبطلانه، من تحت إشراف قانون هذه الدولة، ومستند أنصار هذه النظرية في عدم إخضاع التحكيم للقوانين الوطنية، هو اختلاف هذه الأخيرة من بلد لآخر، زد على ذلك أن هذه القوانين الوطنية أصبحت لا تستجيب مع التنامي المتسارع للتحكيم التجاري الدولي، والحل يكمن إذن في أن الاختصاص بنظر حكم التحكيم، إنما ينعقد لمحاكم الدولة التي يتم السعي للاعتراف أو إنفاذ حكم التحكيم في إقليمها، وهذا لتجنب المحكمين مشقة البحث عن آلية للتوفيق بين القواعد القانونية الوطنية المتضاربة ومصالحة الأطراف، في كل من بلد التحكيم والبلد الذي يتم السعي لإنفاذ الحكم فيه³.

¹ حيث أن تطور وثائق النقل، مثل تذكرة النقل البحري والنماذج القصيرة لسندات النقل، لبي الحاجة إلى السرعة في تداول وثائق النقل، متجاوزاً بذلك تلك الإجراءات التقليدية. أنظر، سعيد مراد، عقد النقل البحري للبضائع وفقاً للقانون البحري الجزائري والاتفاقيات الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2011/2012، ص 102 وما بعدها.

² د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، مع المراجع التي أشار إليها، ص 332 وما تلاها.

³ د عماد الدين المحمّد، طبيعة وأنماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الإنترنت، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق، 2008، ص 1049 وما تلاها.

ونظراً لل صعوبات الجمة التي تصادف نظرية تدويل أو عوامة التحكيم¹، فإن الحل الأمثل لمشكلة مكان التحكيم في التحكيم الإلكتروني، هو الافتراض القانوني لمكان التحكيم عبر الإنترنت، بمعنى أن اللجوء لمركز أو مؤسسة تحكيم تقدم خدمة التحكيم الإلكتروني، فإنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على تعيين مكان التحكيم، يمكن اعتبار مقر هذه المؤسسة أو المركز كمكان للتحكيم، وبالتالي فإن من شأن هذا الطرح الذي يعكس افتراض مكان التحكيم أن يحل الكثير من الإشكاليات القانونية، التي تحيط بفكرة افتقار التحكيم عبر الإنترنت لمكان التحكيم، ذلك لأن هذا الافتراض يسهل إمكانية ربط التحكيم عبر الإنترنت بقانون تحكيم دولة بعينها، وبالتالي فإن قانون التحكيم هذا يصلح استخدامه كقانون واجب التطبيق، للاعتراف بشرعية اتفاق التحكيم وإجراءاته والحكم الصادر بشأنه، كما أن من شأن هذا الافتراض حل إشكالية إيجاد محكمة مختصة، تساعد على تقديم العون والدعم لإجراءات التحكيم، مع فتح المجال أمام الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم دولياً في ضوء القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية².

وعلى أي حال، فإن الصدارة تظل للقانون الإجرائي الذي يختاره أطراف النزاع، وعند انعدام الاختيار، فليس هناك ما يمنع من تطبيق قانون دولة مقر التحكيم، متى قدرت هيئة التحكيم ملاءمة هذا القانون للنزاع المطروح أمامها³.

ب- تطبيق القانون الإجرائي للدولة التي يطبق قانونها على موضوع النزاع:

أشرنا في مطلع هذا المطلب، إلى أن الأطراف المحترمة رغبة منها في الاقتصاد في حل تنازع القوانين، قد تلجأ إلى اختيار قانون دولة معينة ليحكم عملية التحكيم في مجموعها، أي في جوانبها الموضوعية وجوانبها الإجرائية، مما يسهل على هيئة التحكيم دراسة وفهم النظام القانوني لدولة واحدة، تبدأ أو تنتهي عملية التحكيم وفقاً لأحكامه⁴، ويؤيد هذا التوحيد في تطبيق القانون جانب من الفقه، تطبيقاً للقاعدة التي تقضي "بوحدة القانون الواجب التطبيق على الموضوع

¹ لعل أبرز عقبة تصادف هذه النظرية هي اتفاقية نيويورك التي تمنح محاكم الدولة المراد تنفيذ حكم التحكيم فيها، حق رفض تنفيذه إذا كان الحكم غير ملزم وفقاً لقانون الدولة التي صدر الحكم فيها.

² د عماد الدين المحمد، البحث المشار إليه سابقاً، ص 1052.

³ P. Lalive, problèmes relatifs a L'arbitrage International commercial, Op cit, p.569 et s.

⁴ د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 334-335.

والإجراءات"، فيطبق بذلك القانون الإجرائي للدولة التي يتفق الأطراف على تطبيق قانونها على موضوع النزاع، وذلك دون الحاجة إلى الرجوع لقواعد النزاع في هذا القانون.¹

لكن وإن كانت فكرة توحيد النظام القانوني المطبق على كل من الإجراءات والموضوع، تعتبر فكرة إيجابية ترمي إلى تجنيب هيئة التحكيم تقطيع أوصل الخصومة التحكيمية بين الموضوع والإجراءات على نحو ما سبق، غير أن الواقع العملي لم يثبت قيام هيئات التحكيم باحترام التلازم وعدم الفصل بين المسائل الموضوعية والمسائل الإجرائية في التحكيم، إذ الأصل أن إجراءات التحكيم مستقلة عن موضوعه، ومن ثم فإن القانون الذي يحكم إجراءات النزاع لا يكون بالضرورة هو القانون الذي يحكم موضوع النزاع أو اتفاق التحكيم.²

ويمكن إرجاع ذلك إلى عدة اعتبارات، أهمها أن مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات يجب حسمها قبل التطرق إلى القانون الموضوعي، كما أن القول بهذا التوحيد من شأنه أن يؤدي إلى تغليب الجانب التعاقدي والاتفاقي للتحكيم على الجانب القضائي فيه³، كما أنه يؤدي إلى تعطيل عمل المراكز والهيئات الدائمة للتحكيم، والتي جرت على تطبيق القواعد الإجرائية التي تنص عليها لوائحها، في حين تترك اختيار القانون الموضوعي الذي يحكم النزاع للأطراف⁴.

ولعل هذه الاعتبارات وغيرها، تدفع نحو التفكير في البعد عن القوانين الإجرائية الوطنية، والبحث عن قوانين أو قواعد إجرائية بديلة لها استقلاليتها وذاتيتها، على نحو ما سنرى فيما يلي:

ج- تطبيق القواعد الإجرائية اللائحية لدى هيئات التحكيم الدائمة:

إذا تخلف أطراف عقد النقل البحري للبضائع المثار بشأنه النزاع أمام التحكيم، للقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، ولم تقدر هيئة التحكيم ملاءمة تطبيق قانون مكان إجراء التحكيم، أو القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، أو أي قانون آخر قد تكون له قابلية للتطبيق على هذه الإجراءات، فإن هيئة التحكيم البحري تلجأ إلى تطبيق القواعد

¹ د هدى محمد مجدي عبد الرحمان، دور المحكم في الخصومة وحدود سلطاته، رسالة دكتوراه مشار إليها سابقاً، ص 279.

² د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 336.

³ Ph.Fouchard - E.Gaillard - B.Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, op.cit, p. 651.

⁴ د عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم المصري، المرجع السابق، ص 317-318.

الإجرائية المنصوص عليها في لوائحها أو نظمها الداخلية، وهو الحل الذي أقرته غالبية التشريعات والنظم التحكيمية¹.

أما إذا خلت اللائحة أو النظام من نص يحكم المسألة الإجرائية، فقد اعترفت ذات التشريعات والنظم التحكيمية السابقة لهيئات التحكيم الدائمة، بسلطة تقديرية واسعة في اتخاذ ما تراه مناسباً في هذا الخصوص، فلها أن تستعين بالقواعد الإجرائية لدى مركز أو جمعية تحكيم منتظمة أو دائمة، أو لدى قانون إجرائي وطني معين، أو مما استقر عليه سلوك مؤسسات ومراكز التحكيم التجاري الدولي، والذي بلورته السوابق التحكيمية².

لكن إذا كان السائد لدى هذه التشريعات والنظم المذكورة، هو الاعتراف لهيئة التحكيم بتلك السلطة الواسعة في تحديد القانون الإجرائي الواجب التطبيق، غير أن ما يثير التساؤل هنا، هو هل تختار هيئة التحكيم ذلك القانون مباشرة، كأن تختار القانون الجزائري أو الفرنسي مثلاً أو غيره، أم ترجع إلى قاعدة إسناد إجرائية معينة تختار عن طريقها ذلك القانون، كأن ترجع إلى قواعد الإسناد المقررة في قانون دولة مقر التحكيم، أو في قانون الدولة التي يحكم قانونها موضوع النزاع، أو أية قواعد إسناد تقدر الهيئة ملاءمتها؟.

يجيب جانب من الفقه، بأن إلزام هيئة التحكيم بالرجوع إلى قواعد الإسناد وفقاً لمنهج التنازع المقرر في القانون الدولي الخاص، أمر يخرج عن طبيعة التحكيم والهدف المقصود من اللجوء إليه، فالمحتكمون ما اتفقوا على التحكيم إلاّ بهدف استبعاد محاكم الدولة، وبالتالي استبعاد تلك القواعد التي تطبقها هذه المحاكم، ليس فقط القواعد التي تحكم موضوع النزاع، بل أيضاً قواعد التنازع بصفة عامة، وعلى هذا يكون هيئة التحكيم البحري الحق في الاختيار المباشر للقانون الإجرائي، طالما قدرت ملاءمته لظروف القضية المعروضة، دون المرور بمنهج التنازع نظراً لما يثيره من إشكالات³، فهذا المنهج كما يراه جانب آخر من الفقه يواجه عدة صعوبات، أهمها أنه لا يقوى

¹ أنظر على سبيل المثال، المادة 4 من الاتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام 1961، والمادة 1/1 من قواعد التحكيم الخاصة بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي المعدلة عام 2000، والمواد 16 وما تلاها من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1987، والمادة 1/15 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس اعتباراً من تاريخ 1998، والمادة 2/5 من لائحة محكمة لندن للتحكيم الدولي LCIA لعام 1985، والمادة 1/16 من لائحة التحكيم لدى جمعية التحكيم الأمريكية الجديدة AAA والنافذة من تاريخ 1992/5/1.

² د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 338 وما تلاها.

³ المرجع نفسه، ص 342 وما بعدها.

وحده على مواجهة مشاكل التجارة الدولية، ولا يستطيع أن يتصدى لحلها، لأنه يؤدي إلى تطبيق قواعد قانونية خاصة بالعلاقات الداخلية المحضة¹.

وفي ظل هذه الصعوبات التي تواجه منهج التنازع، توجهت الرؤى إلى التفكير في ضرورة إيجاد قانون إجرائي ذاتي خاص يتماشى مع الطبيعة الخاصة للتحكيم التجاري الدولي بصفة عامة، ومع خصوصيات التحكيم البحري في عقود النقل البحري للبضائع بصفة خاصة، هذا القانون يعرف في فقه التحكيم الدولي بقانون التجارة الدولية La Lex-Mercatoria Processualis، الذي بدأ يظهر وينمو من خلال الممارسات العملية في مجال التجارة الدولية²، حيث أصبح يتشكل من مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات التجارية، ذات الصلة بالقانون الخاص والتي ترتبط بأكثر من دولة، تنظيمًا مباشراً مستقلاً عن أي نظام قانوني وطني لدولة معينة³، وذلك عن طريق إخضاع هذه العلاقات مباشرة لنظام خاص بها، يتكون من الأعراف والعادات والممارسات السائدة في التجارة الدولية والمبادئ القانونية العامة المسلمة بين الدول⁴.

وأياً كانت طبيعة القانون الإجرائي المطبق، فإنه ينبغي على هيئة التحكيم الناظرة في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، مراعاة المبادئ الأساسية في التقاضي، لاسيما ما تعلق منها باحترام حقوق الدفاع، وإعطاء الفرص الكاملة والمتساوية للأطراف لتقديم ادعاءاتهم ودفعاتهم، ومعاملتهم على قدم المساواة، ومراعاة احترام قواعد النظام العام في البلد المراد تنفيذ حكم التحكيم فيه، إلى جانب قواعد النظام العام السائد في التعامل التجاري الدولي، وهو القيد الأساسي المشترك على حرية اختيار قواعد الإجراءات، سواء باتفاق الأطراف أو بقرار من المحكم، فعلى المحكم عند إصداره لقرار التحكيم، أن يأخذ في الحسبان ما يترتب على مخالفة مبدأ من هذه المبادئ، ولو اتفق الأطراف على ما يخالفها، وذلك تحت طائلة إبطال الحكم⁵.

¹ H. BATIFFOL, « La loi appropriée au contrat », Etudes offertes à Berthold Goldman, Litec, Paris, 1983, P. 6 et s.

² د أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 345.

³ د منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي، المرجع السابق، ص 41.

⁴ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 255.

⁵ للمزيد في هذا الخصوص أنظر، د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 301 وما بعدها. د فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 171 وما بعدها. د حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 323-324.

الفرع الثاني

القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع

تعتبر مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع البحري، من أهم المسائل التي عنيت بها الدراسات الفقهية والقضائية، فالسائد فقهاً وقضاً ووفقاً لما تنص عليه الاتفاقيات الدولية وأنظمة التحكيم التجاري الدولي وحتى القوانين الوطنية هو خضوع التحكيم لقانون الإرادة¹، هذه الإرادة هي من يقع عليها عبء تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع البحري، ومن ثم وجب احترام إرادة الخصوم تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة²، لكن في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف، ينتقل عبء تحديد هذا القانون على عاتق المحكم أو هيئة التحكيم البحري.

لكن إذا كانت هذه المسألة لا تثير أية صعوبات بالنسبة لقضاة الدولة، فهم في سبيل ذلك يطبقون قوانين الدولة التي ينتمون إليها والتي يستمدون منها سلطتهم، أو قواعد القانون الدولي الخاصة بتنازع القوانين في دولهم، فإن الصعوبة تثار بالنسبة للمحكم الذي يستمد سلطته من اتفاق التحكيم المبني على إرادة الطرفين، فهو لا يملك قانون اختصاص يستمد منه مثل تلك القواعد التي يستند عليها في تحديد القانون الذي يجب تطبيقه على موضوع النزاع.

ولما كان هذا القانون، سواء تم اختياره من قبل الأطراف أو تم اختياره من قبل المحكم هو أساس إصدار حكم التحكيم، فمن ثم يثور التساؤل حول مدى حرية الأطراف في اختيار هذا القانون، وحول نطاق سلطة هيئة التحكيم البحري في تحديد المعايير والأسس التي تستند إليها في تحديدها لهذا القانون، وذلك في حالة سكوت الأطراف عن تحديده؟.

إجابة على ذلك سوف نستعرض مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع استناداً لقانون الإرادة (أولاً)، ثم تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع البحري بواسطة هيئة التحكيم (ثانياً).

¹ استمد هذا المبدأ أساسه من قاعدة خضوع عقود التجارة الدولية لقانون الإرادة، وتعتبر هذه القاعدة من أقدم قواعد القانون الدولي الخاص التي أرسنها قواعد تنازع القوانين عند غالبية التشريعات والقوانين، أنظر في هذا الشأن:

Dominique Bureau, L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de Lois, Mélanges en hommage a François terée, presses universitaires de France, Edition Dalloz, Paris, 1999, p.186.

² Ph.Fouchard - E.Gaillard - B.Goldman, Op cit, p. 797.

أولاً: تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع استناداً لقانون الإرادة

اهتمت معظم الاتفاقيات الدولية وأنظمة التحكيم التجاري الدولي، وحتى القوانين الوطنية¹، في معرض تنظيمها لقواعد تنازع القوانين في العلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي، بما يعرف بمبدأ قانون الإرادة، إذ تقر هذه التشريعات الأولوية للإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف المتعاقدة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ما لم تنطوي هذه الإرادة على نية الإفلات من القواعد الآمرة والمتعلقة بالنظام العام للدولة المعنية، أو غش نحو القانون الذي كان من المفروض تطبيقه على موضوع النزاع²، وهو ما أقره أيضاً قضاء التحكيم البحري في العديد من أحكامه³.

وتختلف مسألة تحديد الأطراف للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المعروض على التحكيم البحري، في النظامين الداخلي والدولي:

أ- تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في النظام الداخلي:

إذا كان المبدأ كما هو مقرر عند التشريعات ووفقاً لما استقر عليه الفقه والقضاء كما تقدم، يتجلى في إعطاء الأولوية لقانون الإرادة في هذا الشأن، ذلك لأن نظام التحكيم يستمد وجوده

¹ أنظر على سبيل المثال، المادة السابعة من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المعقودة في جنيف بتاريخ 21 أبريل 1961 التي نصت على أن: "الفرقاء (الأطراف) أحرار في تحديد القانون الذي يقتضي على المحكام تطبيقه بصدد أساس النزاع". والمادة 28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 1985 والمعدل سنة 2006، والمعروف باليونسترال، حيث نصت على أنه: "تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لقواعد القانون التي يختارها الطرفان بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع". ومن التشريعات الوطنية المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، والمادة 1496 من المرسوم الفرنسي للتحكيم رقم 500/81، بتاريخ 12 ماي 1981 المعدل، كما نصت على ذلك لوائح التحكيم البحري مثل لائحة تحكيم المنظمة الدولية للتحكيم البحري في مادتها 1/10، ولائحة تحكيم اليونسترال لسنة 1976 في مادتها 1/33.

² د أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 130.

³ ففي حكم صادر عن هيئة التحكيم التابعة لغرفة التحكيم البحري بباريس، قررت فيه الهيئة أنه لما كان الأطراف قد قرروا بمحض إرادتهم التحاكم أمام الغرفة، فإن ذلك يعد قرينة لا تقبل إثبات العكس على أن إرادتهم قد اتجهت إلى تطبيق القانون الفرنسي على النزاع:

Sentence Arbitrale de la Chambre arbitrale maritime de Paris, N° 280, du 25 Septembre 1978, D.M.F, 1979, P. 319.

وفي حكم آخر لها قررت بأن مشاركة التحكيم التي عهدت بالاختصاص التحكيمي إلى غرفة التحكيم البحري بباريس، تشكل في حد ذاتها اتفاقاً ضمناً على إخضاع الأطراف تحكيمهم للقانون الفرنسي:

Sentence CAMP, N° 863, du 4 Janvier 1993, D.M.F, 1993, P. 668.

وأساسه من اتفاق الأطراف على اللجوء إليه، إلا أن تطبيق هذا المبدأ له نطاق محدد، الأمر الذي يستدعي منّا شرح هذا المبدأ وتحديد نطاق تطبيقه، ثم بيان موقف المشرع الجزائري منه.

1- المقصود بمبدأ قانون الإرادة في النظام الداخلي:

قانون الإرادة هو القانون الذي يختاره الطرفان ليحكم علاقتهما العقدية¹، فبمقتضاه يكون لأطراف النزاع البحري كامل الحرية في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع هذا النزاع، وذلك في اتفاق التحكيم المبرم بينهم سواء كان في صورة شرط يتم الاتفاق عليه قبل نشوء النزاع، أو في صورة مشاركة يتم إبرامها بعد نشوئه، وسواء تم تحديده صراحة في صلب الاتفاق أو ضمناً، وهذه الحالة الأخيرة يمكن أن تُستفاد من الظروف الملابسة للعقد، كاختيار الطرفين لمكان إبرامه أو اختيارهما لمكان تنفيذه، إذ يفسر هذا الاختيار أو ذلك بأن إرادة الطرفين اتجهت إلى تطبيق قانون بلد إبرام العقد أو قانون بلد تنفيذه، ومثل ذلك أيضاً، كأن يتضمن الاتفاق نصاً يشير إلى اللجوء إلى مؤسسة تحكيم معينة، حيث يستفاد من ذلك انصراف إرادتهما إلى تطبيق القانون الذي تضعه لائحة هذه المؤسسة، كما أن الإشارة إلى بعض نصوص قانون معين أو بعض مصطلحاته يكشف عن اتجاه الإرادة الضمنية للطرفين إلى تطبيق هذا القانون².

وتجدر الإشارة في معرض هذه المسألة، إلى أن جانب من الفقه المصري يفرق بين مبدأ سلطان الإرادة من جهة ومبدأ قانون الإرادة من جهة أخرى، فالأول يتجسد مباشرة في اختيار القانون -طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين-، ويترتب عليه إدماج هذا القانون المختار في العقد، ومن ثم اعتباره في حكم الشروط التعاقدية الملحقة بالعقد، والثاني يعتبر قاعدة تنازع أساسها إسناد العقد للقانون الذي تم اختياره وليس إدماج القانون في العقد، ومن ثم يعتبر القانون المختار بمقتضى هذه القاعدة قانوناً بالمفهوم الدقيق وليس بوصفه شرطاً تعاقدياً³.

¹ د حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 341.

² د حسني المصري، المرجع السابق، ص 342-343.

³ يستند الرأي القائل باعتبار القانون الأجنبي المختار بمثابة شروط تعاقدية، إلى النظرية الشخصية أو فكرة الإدماج -إدماج القانون في العقد-، والقائم على أساس مبدأ سلطان الإرادة وليس على مبدأ قانون الإرادة، إذ هناك فرق بين المبدأين، حيث ترى هذه النظرية أن القانون ينزل منزلة الشروط التعاقدية في عقود التجارة الدولية، ويأخذ حكمها بحيث يفقد طابع القانون بمعناه الدقيق، عندئذ لا يتأثر بما يطرأ على العقد من تعديل أو إلغاء -وهو ما يعرف بشرط الثبات التشريعي أو تجميد القانون من حيث الزمان-، أما مبدأ قانون الإرادة فهو يستند إلى قاعدة إسناد وضعية، والتي تعتبر القانون المختار على أنه قانون بالمعنى الدقيق وليس بوصفه شروطاً تعاقدية، أي أنها تقوم على أساس إخضاع العقد للقانون وليس إدماج القانون في العقد=

ويضيف اتجاه آخر، بأن مسألة تحديد ما إذا كان القانون المختار قانوناً بالمعنى الدقيق، أو أنه مجرد شرطاً من الشروط التعاقدية بحيث يعد امتداداً للعقد أو ملحقاً به، مردها إلى الإرادة التي يتحدد على أساسها القانون المختار، وبالتالي يعتبر هذا القانون من قبيل الشروط التعاقدية الملحقة بالعقد أو التصرف المنشئ للعلاقة والمنظم لآثارها، إذا تم اختياره بواسطة الأطراف ويطبق بهذا الاعتبار، وعلى العكس إذا تم اختياره بواسطة هيئة التحكيم - في حالة عدم اتفاق الأطراف -، فإنه في هذه الحالة يعد قانوناً بمفهومه الدقيق ويطبق بهذا المفهوم عند الفصل في النزاع¹.

وتظهر أهمية التمييز بين المسألتين، إلى خطورة الوضع الذي يشكله إطلاق مبدأ سلطان الإرادة في مجال العقود الدولية، إذ أن إنزال القانون المختار منزلة الشروط التعاقدية بإدماجه في العقد، يؤدي إلى بقاء العقد الدولي غير خاضع لحكم القانون²، وهو ما حدا بفقهاء القانون الدولي الخاص إلى رفض فكرة الاستناد المطلق لسلطان الإرادة، لتبرير حق المتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق، وإسناد هذا الحق إلى قوة القانون الذي منح الإرادة هذا الحق في الاختيار، ومن ثم اعتبار الإرادة بوصفها ضابطاً للإسناد، يسمح باختيار القانون وتطبيقه على موضوع النزاع، بوصفه قانوناً بالمعنى الدقيق وليس مجرد شرطاً تعاقدياً، وهو ما يؤدي إلى نتائج هامة، من بينها وجوب احترام القواعد الآمرة في القانون الواجب التطبيق، وما يترتب على مخالفة هذه من بطلان³.

2- نطاق تطبيق قانون الإرادة في النظام الداخلي:

حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع على النحو السابق ليست على إطلاقها، فهي مشروطة بمراعاة حدود النظام العام المتعلق بالقانون المختار، لكن هذا

= كما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة. لمزيد من التوضيح يرجع إلى، د منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 203 وما بعدها و ص 226.

¹ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 286 - 287.

² وإن كان البعض يرى أن دمج القانون المختار في العقد أو التصرف المبرم لا يفقده عناصره الآمرة، أنظر في ذلك: RACINE Jean- Batista, L'arbitrage commercial international et l'ordre, Edition public, LGDJ, Paris, 1999, N° 410.

³ د خليل إبراهيم محمد خليل، القانون الواجب التطبيق على سندات الشحن البحرية (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015، ص 72 - 73. وفي ذات الاتجاه، د حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الكتاب الأول، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص 411 - 412.

الأخير كما رأينا قد يكون قانوناً وطنياً وقد يكون قانوناً أجنبياً، كما قد ينصب على مجموعة من القواعد الدولية، وهذا ما يجعلنا أمام فروض ثلاث:

الفرض الأول: في حالة اختيار القانون الوطني

في هذه الحالة تكون العلاقات الوطنية محكومة دائماً بالقانون الوطني، ومن ثم يطبق النظام العام في هذا القانون، ويتجسد هذا النظام في مجموع القواعد الآمرة في هذا القانون، ويثور التساؤل في هذا الفرض حول آثار تطبيق هذا النظام على العلاقة القانونية محل النزاع؟

الفرض الثاني: في حالة اختيار قانون أجنبي

في هذا الفرض الأمر يبدو أكثر تعقيداً، حيث نكون أمام قانونين لكل منهما نظامه العام، وهذا ما يتعين معه تحديد أي من هذين القانونين تكون له الغلبة، في تقييم مشروعية العلاقة محل النزاع بين الطرفين؟.

الفرض الثالث: في حالة اختيار القواعد الدولية

يشمل النظام العام الدولي، مجموعة الأصول والمبادئ العامة التي يفرضها التعايش المشترك بين الدول، مثل حماية البيئة من التلوث باعتبارها إطاراً عاماً مشتركاً للبشرية¹، ومكافحة المخدرات ومكافحة الإرهاب على المستوى الدولي لما له من آثار على أمن الإنسان، ومكافحة غسيل الأموال والفساد والرشوة²، والإشكال يثور في هذا الفرض، حول مدى تأثير النظام العام الدولي على علاقة الأطراف في حالة اختيارهم تطبيق القواعد الدولية؟.

بالنسبة للفرض الأول، فإن القانون الوطني هو الذي يطبق على العلاقات الوطنية، ومن ثم يطبق النظام العام في هذا القانون، ويظهر أثر تطبيق هذا النظام من ناحيتين، الأولى، في بطلان التصرفات أو الشروط المخالفة للقواعد الآمرة فيه، والثانية، في تطبيق القواعد الآمرة التي تقبل

¹ ولهذا النظام العام وما يتضمنه من مبادئ، الأثر البالغ في تعزيز مظاهر التعاون بين الدول، وما يسفر عنه من إبرام العديد من المعاهدات والاتفاقيات، نذكر على سبيل المثال مصادقة الجزائر على بروتوكولات عدة بهدف حماية المياه البحرية من التلوث، مثل المرسوم رقم 81/03، المؤرخ في 17/01/1981، يتضمن مصادقة الجزائر على البروتوكول المتعلق بالحماية ضد تلوث مياه البحر الأبيض المتوسط من مادة الهيدروكربون، المنعقد ببرشلونة بتاريخ 16/02/1976. والرسوم رقم 85/01 المؤرخ في 5/1/1985، يتضمن مصادقة الجزائر على البروتوكول الخاص بحماية مياه البحر الأبيض المتوسط، المنعقد بجنيف، بتاريخ 3/4/1982، أنظر في تفصيل أهداف هذه الاتفاقيات:

Pr. Mohammed KAHLLOULA, Le cadre juridique régional de la protection de la Méditerranée, Revue Algérienne de Droit Maritime et de Transports, ED, Laboratoire de Droit Maritime et de Transports, Université Abou Bekr Belkaid Tlemcen, N° 4-2016, p. 21 et s.

² د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 287 وما بعدها.

التطبيق المباشر على التصرفات التي تفلت من البطلان¹، وبالتالي على الأطراف مراعاة هذه القواعد عند اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع.

أما في حالة اختيار القانون الأجنبي كما في الفرض الثاني، فنكون بصدد نظام عام أجنبي، في مقابل نظام عام وطني - وذلك في الفرض الذي تكون فيه العلاقة وطنية في كافة عناصرها باستثناء القانون المختار-، حيث يلاحظ أن النظام العام في كليهما هو نظام عام داخلي في نظر كل منهما، ولكنه ينتمي إلى دولة غير التي ينتمي إليها القانون الآخر، فإذا تعلق الأمر مثلاً بعقد نقل بحري متضمن اتفاق تحكيم، مبرم بين جزائريين متوطنين في الجزائر، وكان محل العقد بضاعة موجودة في الجزائر، لكن اتفق طرفاه على تطبيق القانون الفرنسي، ففي هذه الحالة تجدد هيئة التحكيم نفسها مباشرة أمام النظام العام الداخلي في كل من الجزائر وفرنسا، بما يتضمنه كل منهما من قواعد آمنة تختلف عن الآخر، لكن وفي هذه الحالة تعتبر أحكام القانون الأجنبي (الفرنسي) بمثابة شروط تعاقدية ملحقة بالعقد أو التصرف المنشئ للعلاقة والمنظم لآثارها، وبالتالي فإن التنازع بين النظامين الجزائري والفرنسي عند التعارض بينهما، يعتبر تنازعاً بين شروط تعاقدية يمثلها القانون الأجنبي (الفرنسي)، وبين قانون موضوعي يتمثل في القانون الجزائري، وفي مثل هذا التنازع تكون الغلبة دائماً للقانون الموضوعي، ومن ثم تكون الغلبة دائماً للنظام العام في القانون الوطني (الجزائري) تبعاً².

وبالجملة، فإنه متى تعلق الأمر بعلاقة وطنية في كافة عناصرها، تعين استبعاد أحكام القانون الأجنبي محل الاختيار كلما تعارضت مع القواعد الآمرة في القانون الوطني، باعتبارها مجرد شروط تعاقدية يلحقها البطلان عند تعارضها مع النظام العام في هذا القانون³، ومن هنا يتبين أن إرادة المحكّمين تضيق في مجال التحكيم الوطني، لوجود العديد من القواعد الموضوعية -فضلاً عن الإجرائية- التي تقيد من سلطان إرادة المحكّمين، وهذا بخلاف التحكيم الدولي كما سنرى، حيث تعترف جميع النظم القانونية بحرية الأطراف في تحديد القواعد الموضوعية -وحتى الإجرائية منها كما رأينا فيما سبق- الواجبة التطبيق على موضوع النزاع⁴.

¹ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 285.

² المرجع نفسه، ص 285-286.

³ المرجع نفسه، ص 270.

⁴ الأستاذ زهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 29.

أما بخصوص الفرض الثالث المتعلق بالنظام العام في المجال الدولي، ونظراً لعدم وجود قانون اختصاص يتقيد به المحكم، فالأصل أن المحكم غير ملزم بالمفاهيم الوطنية للنظام العام، لذلك لا يكون ملزماً إلا باحترام المفاهيم الدولية، لكن عليه أن يضع في الحسبان لكي يكون حكمه معترفاً به وناظراً في القانون الوطني، أن يحترم القواعد الآمرة والأساسية في قانون القاضي¹، ذلك لأن التحكيم الدولي لا يتقيد إلا بالنظام العام بمفهومه الدولي وحده²، وترتيباً على ذلك، فإن خضوع العلاقات الدولية للنظام العام الدولي وحده على النحو المتقدم، يترتب عنه استبعاد آثار تطبيق القواعد الآمرة في القانون الوطني الواجب التطبيق على العلاقات الدولية، كلما كانت متعارضة مع مقتضيات النظام العام الدولي، وهذا ما يلاحظ عادة في مجال القواعد الآمرة التي تفرض قيوداً على صحة التصرف أو إنتاجه لأثره، كوجوب الحصول على إذن مسبق من إحدى الجهات لصحة التعاقد أو لنقل الملكية مثلاً، ووجوب إفراغ العقد في شكل معين أو قيده وتسجيله³.

3- تحديد موقف المشرع الجزائري من مبدأ قانون الإرادة في النظام الداخلي:

نصت المادة 1023 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: "يفصل المحكمون وفقاً لقواعد القانون"، هذا النص جاء مطابقاً للشطر الأول من نص المادة 1496 من قانون المرافعات الفرنسي والمادة 2/182 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم 38 لسنة 1980، حيث جاء فيهما: "يفصل المحكم في النزاع على مقتضى قواعد القانون، ما لم يخوله الطرفان في اتفاق التحكيم مهمة المحكم كمحكم بالصلح"، ولا شك أن الإشكال الأول يثور حول مقصود المشرع ب: "قواعد القانون" فأى قانون ذلك الذي يجب على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع؟.

¹ د أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 80.

Voire aussi, Jean- Christophe pommier, "La résolution du conflit de lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit", Le Rôle de L'arbitre, Op cit, p. 30 et s.

² د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 105 - 106.

³ المرجع نفسه، ص 290.

لم يفصح المشرع الجزائري عن موقفه من خلال المادة 1023 السابقة الذكر وذلك في مجال التحكيم الداخلي، في حين نجد أن المشرع المصري حرص على إزالة هذا الالتباس¹، عندما نص من خلال المادة 39 من قانون التحكيم على أنه: "

1- تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك.

2- وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع.

3- يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة.

4- يجوز لهيئة التحكيم -إذا اتفق طرفا التحكيم صراحة على تفويضها بالصلح- أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقييد بأحكام القانون".

وبالتالي يستوي في نظر المشرع المصري، أن يكون القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المطروح على المحكم، قانوناً وطنياً أو أجنبياً أو دولياً، سواءً اختاره الأطراف وفقاً لقانون الإرادة، أو اختاره المحكم لأنه الأكثر اتصالاً بالنزاع، أو تحدد بناءً على إرادة المشرع وفقاً لقواعد التنازع في القانون الدولي الخاص².

الذي يتبين من خلال نص المادة 1023 من ق.إ.م.إ.ج السالفة الذكر أن لفظ "قواعد القانون" ورد بصيغة عامة، تماماً كما ورد أيضاً في المادة 1050 المتعلقة بالتحكيم الدولي، وهو ذات الاصطلاح الوارد في المادة 28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، والمادة 42 من اتفاقية واشنطن بشأن تسوية منازعات الاستثمار.

ويبدو أن محكمة التحكيم التابعة لمركز تسوية منازعات الاستثمار المنشأ بالاتفاقية السابقة، قد أوضحت المقصود باصطلاح "قواعد القانون" الوارد في هذه الاتفاقية، حيث قررت -تطبيقاً لأحكام المادة 42 السالفة الذكر- إخضاع إحدى المنازعات التي كانت دولة الكاميرون طرفاً فيها

¹ أنظر في ذات الاتجاه، المادة 28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسيترال) لسنة 1985 المعدل سنة 2006.

² د حسني المصري، المرجع السابق، ص 337.

للقانون المدني والتجاري المطبق في هذه الدولة¹، ومن جهة أخرى يذهب غالبية الفقه إلى أن كلمة (قواعد) من العمومية والإطلاق²، بحيث يمكن أن تستوعب عدة معاني، لذلك تحتاج إلى ضبط وتحديد لنطاقها حتى لا يخضع تحديدها إلى تقدير المحكم غير المقيّد في بعض الأحيان.

وترتيباً على ما سبق، يكون مقصود المشرع الجزائري "بقواعد القانون" الواردة في المادة 1023 هو القانون الموضوعي، كالقانون المدني أو القانون التجاري أو غيره وذلك بحسب تكيف موضوع النزاع، غير أن الإشكال يطرح مرة أخرى حول المقصود بهذا القانون الموضوعي، هل يريد المشرع تقييد المحكم بالقانون الموضوعي الوطني، أم قانون آخر غير كآن يكون القانون الدولي أو الأجنبي على نحو ما ذهب إليه المشرع المصري؟، وهل يتحدد هذا القانون بإرادة الطرفين أو بإرادة المحكم أو بإرادة المشرع³؟.

لا شك أن المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات عند وضعه للنصوص، لا بد وأنه يراعي ما تقتضيه المسألة المراد تنظيمها بموجب هذه النصوص، لاسيما تلك المشتملة على العنصر الأجنبي، دون صرف النظر عن مذهب التشريعات الأخرى المقارنة الداخلية منها والدولية، وخصوصاً ما يذهب إليه الفقه والقضاء في هذا الشأن، وعلى ذلك فإن تفسير المادة 1023 السالفة الذكر وفقاً للتفصيل السابق ينبغي أن يكون وفقاً لثلاث معايير:

¹ Sentence de 1983, JDI, 1987, p. 137, Obs. E. GAILLARD. V. J. Paulsson, Les obligations des partenaires dans un accord de développement économique, la sentence arbitral CAMEROUN, C/klockner, Rev. Arb, N° 01/1984, P. 19 et s.

² كلمة (قواعد) كما يصفها البعض من العمومية والإطلاق بحيث يمكن أن تستوعب عدة معاني، ويوجد إلى جانبها اصطلاحات عديدة يستخدمها أطراف التحكيم في التجارة الدولية، ومن ذلك: القواعد عبر الدولية، المبادئ المشتركة بين عدة نظم قانونية، المبادئ العامة في القانون الدولي أو القانون الأسمى، القانون المشترك بين الأمم...، لكن ومع التسليم بسلامة هذه الاستخدامات إلا أنها تحتاج إلى ضبط وتحديد لنطاقها، حتى لا يخضع تحديدها على حد وصف البعض "للمزاج القانوني للمحكم"، وحتى لا تتحول المسألة إلى "فرض قانون القوي على الضعيف". لمزيد من التفصيل ينظر، أ.د. عكاشة محمد عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم، (دراسة في ضوء مشروع القانون الاتحادي لسنة 2006 في شأن التحكيم في المنازعات التجارية)، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق، 2008، ص 590 وما بعدها.

³ د حسني المصري، المرجع السابق، ص 336.

المعيار الأول: من حيث المقصود بقواعد القانون

لا شك أن تحديد طبيعة القانون الذي يتقيد المحكم بتطبيقه، يتحدد بطبيعة النزاع المعروض أمامه على النحو الذي رأيناه، أي بحسب ما إذا كانت المنازعة مدنية أو تجارية أو غيرها، وبالتالي يكون المقصود هنا بالقانون هو القانون الموضوعي، كالقانون المدني أو القانون التجاري أو القانون البحري أو غيره.

المعيار الثاني: من حيث تحديد الإرادة التي يتحدد على أساسها هذا القانون

أن مقصود المشرع الجزائري في المادة 1023 فيما يتعلق بمن يكون له اختيار القانون، لا يمكن حمله على غير ما ورد في المادة 1050 - المتعلقة بالتحكيم الدولي-، لاسيما وأن التحكيم بصفة عامة سواء كان داخلياً أو دولياً يستند من حيث الأصل إلى مبدأ حرية الأطراف فيما يتعلق بمسألة اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع محل البحث -فضلاً عن إجراءاته-، ولو أن المشرع أخضع النصين لنفس الأحكام فيما يتعلق بمن يكون له اختيار القانون لزال الالتباس¹، وعلى هذا يكون مراد المشرع من المادة 1023 هو نفسه المعنى الذي أراده في المادة 1050، بأن يفصل المحكمون وفقاً لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، أو الذي يختاره المحكمون في حالة غياب اختيار الأطراف.

وبناءً عليه، يكون من الجدير اقتراح إعادة صياغة المادتين 1023 و 1050 على نحو ما ذهب إليه المشرع المصري في المادة 39 السالفة الذكر، وذلك بتوحيد الأحكام السابقة المنصوص عليها في هاتين المادتين، لتحاشي مثل تلك الالتباسات بشأن تفسير النصوص وتفادياً لأي تناقض في الأحكام.

المعيار الثالث: من حيث المقصود بماهية هذا القانون

فالذي يتفق مع واقع التجارة الدولية، ومع ما ذهب إليه غالبية التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية وأنظمة التحكيم التجاري الدولي، على النحو الذي تقدم ذكره وعلى النحو الذي سيأتي، أن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المطروح على المحكم -وفقاً لمفهوم

¹ ولعل مثل هذه المواقف من المشرع الجزائري خاصة فيما يتعلق بالتمييز بين أحكام التحكيم الداخلي وأحكام التحكيم الدولي، يمكن إرجاعها إلى تلك التحفظات التي طالما كان يبيدها المشرع اتجاه التحكيم، حيث كانت الجزائر ترى أن في خضوعها للتحكيم تقليصاً لسلطتها القضائية الوطنية وسلبها لهذا الاختصاص، ومساساً بسيادتها. أنظر في هذا الشأن:

BEDJAOUI MOHAMED, L'évolution des conceptions et de la pratique algériennes en matière d'arbitrage international, «nécessité ou fatalité» Revue Mutations N°03, Alger 1994, p. 15-40.

قانون الإرادة-، يستوي أن يكون قانوناً وطنياً أو أجنبياً أو دولياً، وسواء كان قانون بلد إبرام العقد أو قانون بلد تنفيذه، أو قانون الموطن المشترك للطرفين، أو لأي قانون آخر واجب التطبيق وفقاً لقاعدة الإسناد في القانون الدولي الخاص¹، كما سنرى ذلك لاحقاً.

هذا وأن غالبية الفقه يذهب إلى ضرورة اعتماد التفسير الموسع بشأن تحديد المقصود من قواعد القانون (règles de droit)، بحيث لا يجب أن يقتصر مفهوم هذا القانون على القواعد الوطنية فقط، بل يتعين أن يمتد ليشمل القواعد العابرة للدول، خاصة الأعراف والعادات التجارية الجارية، فضلاً على شروط العقد المنصوص عليها في اتفاقيات وأنظمة التحكيم التجاري الدولي²، وكذا قواعد الإسناد المنصوص عليها في قواعد القانون الدولي الخاص، والتي تساعد المحكم على الاهتمام بها لمعرفة القواعد القانونية التي سيطبقها لحسم النزاع، إذ أن اختيار الأطراف لقانون معين لا يغني عن البحث في قواعد القانون الدولي الخاص بتنازع القوانين، ذلك لأن سبب البحث عن هذه القواعد هو أن المنازعات الدولية فضلاً عن تعلقها بالمسائل العقدية، فإنها تشتمل على مسائل تتعلق بالأهلية أو بالمسؤولية غير العقدية أو بالمنافسة غير المشروعة...³.

وترتيباً على ما سبق، فإنه وإن كان التحكيم الداخلي من حيث الأصل يخضع للقانون الوطني، إلا أنه يجوز للأطراف الاتفاق على اتباع القواعد الموضوعية في قانون أجنبي، حتى ولو كان التحكيم منصباً على علاقة وطنية بكافة عناصرها، كما قد يلجأون إلى المزج بين عدة مصادر فينشئون قانون عقدهم من مجموعة من القواعد والتشريعات التي قد تكون وطنية أو أجنبية، مع تكريس العادات والأعراف المتعلقة بموضوع العقد المتنازع بشأنه، أو الإحالة إلى القواعد والشروط التي تتضمنها عقود نموذجية⁴، وبصفة عامة فإنه يجوز الاتفاق على أعمال المبادئ العامة والأعراف المعمول بها في مجال التجارة الدولية، مما يعرف باسم: Lex- Mercatoria⁵.

جدير بالملاحظة، من استقراء بعض الاتفاقيات وأنظمة التحكيم التجاري الدولي وحتى بعض القوانين الوطنية، أن بعضها تضمن ذكر (قواعد القانون) -مثل المادتين 1023 و1050-

¹ د حسني المصري، المرجع السابق، ص 341.

² Ph. Fouchard - E. Gaillard - B. Goldman, op. cit, p. 803.

³ د فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 181-182.

⁴ د محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 130.

⁵ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 267.

من ق.إ.م.و.إ. الجزائري- في حين أن البعض الآخر اقتصر على ذكر (القانون) بصيغة مجردة¹ -مثل المادة 3/1040 ق.إ.م.و.إ. الجزائري-، الأمر الذي يستدعي التساؤل حول ما إذا كان هناك فرق بين الاصطلاحين أم لا ؟، وهل هناك فرق بين تقييد المحكم الدولي بالقانون الذي اختاره الطرفان، وبين تقييده بقواعد القانون التي يختارها الطرفان لتطبيقها على موضوع النزاع؟.

اتجه الرأي إلى ضرورة التمييز بين الاصطلاحين، فحرية الأطراف وكذا حرية المحكم لا شك أنها تتسع وتحرر من قيود القانون الوطني في ظل (قواعد القانون) على نحو ما رأيناه قبل قليل، إذ يكون لهما في سبيل تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع، اختيار الأعراف والعادات التجارية الجارية والقواعد المستمدة من المبادئ العامة، واختيار شروط العقد المنصوص عليها في اتفاقيات وأنظمة التحكيم التجاري الدولي، وذلك دون التقييد بقانون وطني معين، بينما تكون حرية الطرفين -والمحكم بالتالي- مقيدة وفقاً لاصطلاح (القانون)، حيث يتقيد المحكم بدوره بالمحكم على مقتضى قانون وطني معين دون غيره².

بناءً على ما تقدم، يتبين أن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، المعروف على المحكم أو هيئة التحكيم البحري في مفهوم المادة 1023 من ق.إ.م.و.إ.ج السالفة الذكر، يستوي أن يكون قانوناً وطنياً أو أجنبياً أو دولياً، وأن هذا القانون قد يكون قانون الإرادة أي يتحدد بإرادة الأطراف، وقد يتحدد بإرادة المحكم البحري في حالة غياب قانون الإرادة، مع الإشارة إلى أن هذا القانون سواء تم اختياره بواسطة الأطراف أو بواسطة المحكم، إنما يخضع في الأصل إلى تقرير إرادة المشرع له.

ب- تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في النظام الدولي:

تقدم أن من المبادئ المقررة في اتفاقيات وأنظمة التحكيم التجاري الدولي، في تنظيمها لقواعد تنازع القوانين في العلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي، وما كرسته أيضاً أغلب التشريعات الوطنية المقارنة، هو إعطاء الأولوية لطرفي التحكيم في الاتفاق على القانون الواجب

¹ ورد تعبير (القانون) في نص المادة 7 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي المشار إليها سابقاً، والمادة 13 من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية، والمادة 33 من نظام تحكيم لجنة الأمم المتحدة، والمادة 3/1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، بينما ورد تعبير (قواعد القانون) في نص المادة 1496 من المرسوم الفرنسي للتحكيم، ونصي المادتين 1023 و 1050 من ق.إ.م.و.إ. الجزائري، والمادة 42 من اتفاقية واشنطن بشأن تسوية منازعات الاستثمار، والمادة 28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

² د حسني المصري، المرجع السابق، ص 348-349.

التطبيق على موضوع النزاع، وذلك ليس فقط في مجال النظام الداخلي، بل قررته أيضاً على صعيد النظام الدولي.

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، أن سلطان الإرادة في العلاقات الدولية يكون أوسع نطاقاً منه في المعاملات الداخلية، على نحو ما أشرنا إليه قبل قليل، إذ لا يحده سوى النظام العام الدولي، ومن ثم فلا يكفي لاستبعاد قواعد القانون الأجنبي المختار، أن تكون هذه القواعد مخالفة لقواعد آمرة في القانون الداخلي، وإنما يلزم لذلك أن تكون مخالفة لقواعد تعتبر من النظام العام الدولي فيه¹.

وقد قرر هذا المبدأ المشرع الجزائري في مجال التحكيم الدولي، من خلال المادة 1050 من ق.إ.م.و.إ. بقوله: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف،"، سواءً صدر هذا الاختيار بصورة صريحة أو ضمنية، شريطة احترام القواعد الآمرة والقواعد المتعلقة بالنظام العام، وعدم الغش نحو القانون المختار².

غير أنه ثمة تساؤلات قد تثور في هذا الصدد، فإذا كانت الإرادة الصريحة لا تثير أية صعوبة في معرفة القانون الذي وقع عليه اختيار الأطراف، إلا أن هذه الإرادة كما سبق لا تكون دائماً بهذا القدر من الوضوح في كثير من الحالات، فهل يجوز التعويل على الإرادة الحرة للمحكم في استخلاص الإرادة الضمنية للأطراف، أم أن إرادته مضبوطة بقيود محددة؟، ثم أنه مع تحقق عدم تعارض القانون المختار مع القواعد الآمرة أو مع النظام العام، فضلاً عن عدم وجود غش نحو القانون³ على النحو السابق، فهل هذه القيود كافية للقول بصحة هذا القانون المختار حتى ولو لم يكن ذا صلة بالعقد المثار بشأنه النزاع؟، وأخيراً قد يتضمن هذا القانون المختار حكماً متعلقاً بالنظام العام يتنافى مع الاشتراطات التعاقدية التي اتفق عليها الأطراف في العقد، فهل للمحكم أن

¹ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 270.

² د أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 130.

³ يشترط لتطبيق فكرة الغش نحو القانون أن تكون العلاقة داخلية محضة، بحيث تتركز كافة عناصرها في إقليم معين ولا تتعدى هذا النطاق، ومع ذلك يلجأ الأطراف إلى إسنادها إلى قانون أجنبي بهدف تدويل العقد، فاختيار الأطراف لمثل هذا القانون الأجنبي لا يكفي لاعتبار العقد دولياً متى صاحبه غش نحو القانون، ويقصد بفكرة الغش نحو القانون أن يكون الغرض من اصطناع العنصر الأجنبي المراد من ورائه تدويل العقد، نية التهرب من القواعد الآمرة في الدولة التي يجري على إقليمها التحكيم، مثل العملة التي يجب أن يتم بها الوفاء، أو القواعد التي يجب أن يتم على أساسها احتساب قيمة الدين عند الوفاء به، وهنا يتعين استبعاد هذا العنصر الأجنبي المصطنع. أنظر في تفصيل ذلك، د منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 240.

يقدر صحة هذا الاختيار، أم هو ملزم باحترامه وإعمال شروط العقد ولو كانت باطلة طبقاً للقانون الواجب التطبيق؟، أو بعبارة أخرى كيف يمكن التوفيق بين التزام المحكم بتطبيق القانون الذي اختاره الأطراف، ومراعاة شروط العقد محل النزاع والتي جاءت مناقضة للنظام العام في القانون المختار؟. مجمل هذه التساؤلات سنحاول الإجابة عنها في العناصر الآتية:

1- نطاق سلطة المحكم في تفسير إرادة الأطراف:

إن اختيار الطرفين للقانون الواجب التطبيق، على موضوع النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع المبرم بينهما كما سبق، قد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً¹، فيكون صريحاً بذكره في اتفاق التحكيم سواء ضمن بنود شرط التحكيم أو مشاركة التحكيم، ويحدث هذا عادة في مجال عقود النقل الدولية التي تتم وفقاً لعقود نموذجية، حيث يكون هذا القانون مدوناً صراحةً على كل منها، نذكر على سبيل المثال ما جاء في العقود النموذجية الخاصة بتوريد المواد الإنشائية بين الدول الغربية، فقد نصت المادة 13 منها على أن العقد وما تنشأ عنه من منازعات يجب إخضاعها لقانون دولة البائع، ما لم تتفق الأطراف على غير ذلك، ومثله ما نصت عليه المادة 110 من الشروط العامة لتسليم البضائع في مجلس التعاضد الاقتصادي، بشأن تطبيق قانون بلد البائع على العلاقات الناشئة عن العقد².

وقد لا تفصح الأطراف عن إرادتها الصريحة في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، فيتعين على المحكم استخلاص الإرادة الضمنية³ من الظروف الملازمة للعقد، ومن تفسير عباراته الدالة على الاختيار الضمني، مثل إبرام عقد النقل البحري محل النزاع في بلد معين أو تنفيذه في

¹ نص المشرع الجزائري على هاتين الصورتين في التعبير عن الإرادة، من خلال المادة 60 من القانون المدني، بأن: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً، أو يكون باتخاذ موقف لا يدع موقفاً لا يدع أي شك في دلالة على موقف صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً".

² د فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 180 - 181.

³ يشير البعض إلى حالة أخرى ترتبط بهذه الصورة من التعبير عن الإرادة - أي التعبير الضمني -، وهي التي تكون فيها الصيغة التي دون فيها اتفاق التحكيم يكتنفها بعض الغموض، بحيث قد تحتمل عدة تفسيرات، وقد أُطلق على هذا الشرط الغامض، "شرط التحكيم المعتل"، "Clause Pathologique"، وأول من استعمل هذا المصطلح هو الفقيه Frédéric Eiseman، وهذا الشرط لا يمكن اعتباره صحيحاً وناظراً إلا إذا أمكن التوصل إلى معرفة الإرادة المشتركة للأطراف، أما إذا كانت العلة لا يمكن شفاؤها وذلك بسبب عدم التوصل لمعرفة قصد الطرفين، فعندئذ يعتبر الشرط باطلاً لعدم إمكانية شفائه، مشار إليه في، د فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 212 وما تلاها.

بلد معين، أو وجود الموطن المشترك في بلد معين لهذا التحكيم، فقد يستعمل الأطراف لصيغة عقد معمول بها في بلد معين، وتم اختيار مؤسسة تحكيم موجودة في نفس البلد، وكان هذا البلد هو نفسه مكان تنفيذ العقد، ففي هذه الحالة توجد قرينة على أن هناك اختيار ضمني لقانون البلد المذكور¹.

ومن القرائن أيضاً، اللغة المستعملة في العقد أو في التحكيم، أو المكان الذي اتفق على إجراء التحكيم فيه، كما أن استخدام اصطلاحات مقررة في قانون معين يدل على اتجاه إرادة المتعاقدين الضمنية نحو تطبيق هذا القانون، كما أن مكان تسليم البضاعة وانتقال ملكيتها إلى المشتري يعد قرينة على اختيار المتعاقدين لقانون مكان التنفيذ، فقد استخلصت هيئة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، في حكمها الصادر في القضية رقم 1717 لسنة 1972، أن القانون الإيراني هو الواجب التطبيق على عقد البيع المبرم بين طرف إيراني وآخر يوغسلافي، استناداً إلى أن إيران هي مكان تسليم البضاعة، ومن ثم فإن قانون هذا المكان هو قانون الإرادة الضمنية².

وإلى جانب الصورتين السابقتين في التعبير عن الإرادة توجد صورة أخرى تعرف بالإرادة المفترضة، وهي طريقة متبعة في بريطانيا وفرنسا وألمانيا، وتتحقق عند عدم معرفة الإرادة الضمنية للأطراف، فيصار عندئذ إلى البحث في الإرادة التي كان يفترض أن تكون في معرفة القانون الواجب التطبيق، أي بأن يبحث المحكم في ما كان سيختاره الأطراف صراحةً أو ضمناً، وغالباً ما يكتشف أن الأطراف قصدوا تطبيق قانون مكان التحكيم³، غير أن هذا النوع من الإرادة لا يمكن التعويل عليه في كشف القانون الواجب التطبيق، خاصة في الحالات التي يكون فيها التحكيم مؤسسياً، حيث أن تعيين المحكمين في هذا النوع من التحكيم يكون بواسطة اللائحة التي تضعها

¹ أنظر، المرجع نفسه، ص 181، د حسني المصري، المرجع السابق، ص 344.

² د منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 229.

³ يذهب البعض إلى اعتبار أن هذه الإرادة هي إرادة وهمية وغير حقيقية، لاستنادها على مجرد قرائن لا تعكس في الحقيقة القصد المشترك للأطراف، فالإرادة إما أن توجد أو لا توجد، الأمر الذي دفع العديد من التشريعات الوطنية على حضرها صراحة على أساس أنها إرادة لا تقع إلا المحكم فحسب. أنظر في هذا الشأن، د وفاء مزيد فلحوط، النظام القانون الواجب التطبيق في إطار التحكيم التجاري الدولي، بحث مشار إليه سابقاً، ص 567. أيضاً، د منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 216-231-232.

المؤسسة التحكيمية، وليس بمعرفة الأطراف كما هو الحال في التحكيم الحر، الأمر الذي يؤدي إلى استبعاد الأخذ بالإرادة المفترضة¹.

وتأسيساً على ما سبق، فإن الإرادة متى كانت صريحة، فلا يملك المحكم سوى الالتزام بتطبيق ما اتفق عليه الأطراف صراحة في العقد، أما إذا كانت هذه الإرادة ضمنية فإن المحكم ليس حراً في استخلاصها، ومن ثم لا يجوز التعويل على إرادته هو في اتخاذ أي ظرف من تلك الظروف الملازمة للعقد قرينة على قيام هذه الإرادة، بل يجب أن يدل هذا الظرف أو ذاك دلالة قوية لا تحتمل شكاً في اتجاه الطرفين إلى تطبيق قانون بلد معين دون غيره².

وتظهر أهمية هذا القيد، في أنه لو ترك للمحكم الدولي حرية شخصية في استخلاص القرينة التي يراها هو أنها القرينة الدالة على الإرادة الضمنية للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن خطأه في ذلك - لاسيما إذا كان استخلاصه لها بناءً على هواه أو ميوله الشخصي - قد يؤدي إلى مفاجأة الأطراف بالفصل في النزاع طبقاً لقانون وطني معين لم يكونا قد توقعاه، وحينئذ لا يكون المحكم الدولي قد طبق القانون الصحيح وهو قانون الإرادة الواجب تطبيقه على موضوع النزاع، وهو ما قد يعرض حكمه للبطلان أو لعدم الاعتراف الدولي به أو لرفض تنفيذه من قبل الدولة المراد تنفيذه فيها³، ويبدو أن ذلك تطبيق محض لما نصت عليه المادة 5/أ من اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها، الموقع عليها في نيويورك بتاريخ 10/06/1958، حيث أنها لا تجيز الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه متى صدر مخالفاً للقانون الذي اختاره الطرفان.

2- نطاق تطبيق قانون الإرادة في النظام الدولي:

سبق القول أن حرية الأطراف ليست على إطلاقها، بل هي مقيدة بعدم تعارضها مع القواعد الآمرة أو مع النظام العام، فضلاً عن عدم وجود غش نحو القانون المختار تطبيقه على موضوع النزاع، لكن هل هذه القيود كافية وحدها للقول بصحة هذا القانون المختار، أم هناك

¹ Jean- Christophe pommier, Principes d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnelle, Edition Paris, N° 270-271, p. 278.

أشار إليه، د منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص 232.

² د أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 136.

³ د حسني المصري، المرجع السابق، ص 344-345.

ضوابط أخرى لا بد على الأطراف التقيدها، مثل ضرورة وجود صلة بين هذا القانون المختار والعقد المثار بشأنه النزاع أم يكفي تحقق المصلحة المشروعة من ذلك الاختيار؟.

يذهب جانب من الفقه إلى عدم تقييد إرادة الأطراف عند اختيارهم للقانون الذي يحكم موضوع النزاع، بضرورة توافر صلة بين هذا القانون والعقد المثار بشأنه النزاع، طالما لم يتم اختيارها لهذا القانون بسوء نية، ومن ثم يقع على المحكم تطبيق القانون المختار دون تصحيحه لهذا الاختيار المنطوي على عدم وجود تلك الصلة¹، ويعتبر هذا الرأي هو الغالب في الفقه والقضاء الفرنسيين، وفي أحكام التحكيم التجاري الدولي²، وقد أيدته بعض القوانين والاتفاقيات مثل المادة 1/28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985، والمادة 7 من اتفاقية لاهاي في شأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع لسنة 1986، والمادة 2 من اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، حيث لم تشترط هذه النصوص في مجملها أي رابط بين القانون المختار والنزاع.

بينما يذهب رأي ثان إلى أن حرية الأطراف في اختيار القانون، مقيدة بضرورة توافر صلة حقيقية بين هذا القانون والعقد المثار بشأنه النزاع، كما لو كان هذا القانون هو قانون بلد إبرام العقد أو قانون بلد تنفيذه، أو قانون جنسية أحد الطرفين، أو قانون بلد منشأ البضاعة محل العقد والتي ثار حولها النزاع، وذلك لأن هذه الصلة هي التي تبرر إخضاع العقد لهذا القانون أو ذاك³. غير أن رأياً ثالثاً، ولئن استوجب وجود صلة بين القانون المختار والعقد، إلا أنه لم يشترط أن تكون هذه الصلة مباشرة كما يذهب أصحاب الرأي الثاني، وإنما يكفي أن تكون هناك صلة غير مباشرة طالما اقتضتها مصالح التجارة الدولية، كما لو كان العقد المتنازع بشأنه من العقود النموذجية للتجارة الدولية⁴، وتضمن الإشارة إلى تطبيق قانون أجنبي معين، فحينئذ ينطبق هذا

¹ د نور حمد الحجايا، القانون الذي يحكم النزاع المحكم فيه، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق، 2008، ص 658-659.

² د أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص 132-133، د حسني المصري، المرجع السابق، ص 345 على الهامش.

³ المرجعين السابقين، نفس الموضوع.

⁴ العقد النموذجي هو عبارة عن مجموعة متكاملة من شروط التعاقد، حيث يقتصر الأطراف على وضع الشروط العامة للتعاقد، مع ترك التفاصيل للاتفاقيات الخاصة في كل حالة على حدة، وذلك لمواجهة الظروف المختلفة للتعاقدات الدولية، وهذه الشروط تحرر في شكل نماذج مختلفة بحيث يكون للمتعاقدين اختيار النموذج الملائم، لذلك تسمى أحياناً بالعقود النموذجية. أنظر أكثر تفصيلاً، د عمر سعد الله، القانون الدولي للأعمال، المرجع السابق، ص 127.

القانون على موضوع النزاع، ولو لم يكن هو قانون بلد إبرامه أو بلد تنفيذه، أو قانون الجنسية أو قانون بلد المنشأ¹.

ولعل الرأي الأول - في تقديرنا - يظهر أكثر انسجاماً مع ما جاءت به التشريعات الوطنية والاتفاقيات وأنظمة التحكيم الدولي في تقريرها لمبدأ حرية الإرادة، ومع ما يقتضيه واقع التجارة الدولية من مرونة، تتجاوب إلى حد كبير مع حرية أطراف عقد النقل البحري للبضائع المحكم فيه، في اختيار ما يشاؤون من القواعد القانونية لتطبيقها على موضوع النزاع الناشئ عن هذا العقد، وبالتالي يكفي أن تكون هناك مصلحة مشروعة للأطراف في اختيار القانون، ولو لم يكن هذا الأخير على صلة بالعقد المتنازع بشأنه، طالما أن هذا الاختيار لم يخالف القواعد الآمرة المنصوص عليها في القانون المختار، ولم يخالف النظام العام فيه، ولم تنطوي إرادة الأطراف على نية الإفلات من القواعد الآمرة في هذا القانون.

3- التنازع بين الشروط العقدية والنظام العام:

بالرجوع إلى الفقرة الأولى من نص المادة 39 من قانون التحكيم المصري السالفة الذكر، نجد أنها تنص على أنه: "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان"، ولكن الفقرة الثالثة من ذات المادة وضعت قيداً ينص على أنه: "يجب أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع"، وهو ذات القيد الذي نصت عليه المادة 1/7 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي، وكذلك نص المادة 4/28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

ما يستشف من استقراء الأحكام السابقة أنها وردت بصيغة آمرة، مما يفهم معه ضرورة التزام المحكم باحترام اختيار الأطراف للقواعد التي يجب تطبيقها على موضوع النزاع، غير أن القيد الآخر الذي أوردته ذات النصوص، يثير إشكالاً من جهة كيفية التزام المحكم بالتوفيق بين تطبيق القانون الذي اختاره الأطراف، وبين مراعاة شروط العقد محل النزاع، إذا ما جاءت هذه الشروط مناقضة لأحكام النظام العام المنصوص عليه في القانون الواجب التطبيق الذي اختاره الأطراف؟.

يلاحظ أنه في التحكيم التجاري الدولي، لا ينظر المحكم إلى النظام العام الداخلي وفقاً للقانون الذي اختاره الطرفان إلاّ باعتباره مكملاً لإرادة الطرفين، ولهذا فإنه إذا تضمن العقد اشتراطات تخالف النظام العام، وجب على المحكم احترام هذه الاشتراطات ولو خالفت النظام

¹ د حسني المصري، المرجع السابق، ص 345-346.

العام الداخلي، وذلك ما لم تكن قاعدة النظام العام الداخلي هي في نفس الوقت قاعدة نظام عام دولي¹.

والواقع أن هذه الشروط التعاقدية تعتبر من صنع الأطراف شأنها في ذلك شأن القانون المختار، وتبعاً لذلك المجال الواسع من الحرية في اختيار القانون، يمكن للأطراف أن يستبعدوا من هذا القانون تلك القواعد التي من شأنها أن تبطل شروطهم التعاقدية، وتبقى مسألة حسم التنازع بين هذه الشروط التعاقدية والنظام العام في القانون الذي اختاره الأطراف، حيث يتصدى المحكم الدولي لها في ضوء الشروط التعاقدية المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق، خذ مثلاً:

إذا نص العقد في أحد شروطه على "أن كافة المسائل التي ينظمها عقد النقل البحري يحكمها القانون الجزائري"، فمعنى ذلك أنه يجب على المحكم طبقاً لهذا الشرط، أن يراعي شروط العقد ولو كانت باطلة بمقتضى النظام العام الجزائري، لكن على النقيض من ذلك إذا نص العقد على "أن هذا العقد يحكمه القانون الجزائري"، فهذا الشرط يعني إعمال القانون الجزائري بما فيه من قواعد تتعلق بالنظام العام، وبالتالي إذا كان هناك شرط باطل وفقاً للنظام العام الجزائري، تعين على المحكم استبعاده واحترام مقتضيات النظام العام في القانون الجزائري الواجب التطبيق، وهذا ما قضت به هيئة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس CCI، في قضية رقم 2119 لسنة 1978، حيث رأت الهيئة أن الشرط الوارد في العقد، والذي بمقتضاه "يتم تنفيذ العقد وتفسيره طبقاً للقانون الفرنسي"، إنما يعني إعمال شروط العقد مباشرة في الحدود التي لا تتعارض فيها مع القواعد الآمرة في القانون الفرنسي².

ثانياً: تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بواسطة هيئة التحكيم

خلصنا مما سبق، إلى أن الأولوية في اختيار القانون الذي يحكم موضوع النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، المتفق بشأنه على التحكيم، تكون لأطراف هذا العقد وفقاً لما يقتضيه "قانون الإرادة"، لكن إذا لم يحدد الأطراف هذا القانون صراحة أو ضمناً، انتقل عبء تحديده إلى هيئة التحكيم البحري، التي تتمتع بقدر من الحرية في سبيل تحديد هذا القانون، وفقاً لما تراه مناسباً للفصل في موضوع النزاع، غير أن هذه الحرية التي تتمتع بها هيئة التحكيم في هذا الشأن ليست على إطلاقها، بل ترد عليها قيود معينة، وتفصيل ذلك نجمله في عنصرين، نتناول في

¹ د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 423-424.

² د عكاشة محمد عبد العال، البحث المشار إليه سابقاً، ص 597 وما بعدها.

الأول حرية هيئة التحكيم البحري في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وفي الثاني نبين تلك القيود الواردة على حرية هيئة التحكيم في ذلك.

أ- حرية هيئة التحكيم البحري في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع:

كما سبق، فإن هيئة التحكيم تتمتع بقدر من الحرية في تحديدها للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فهي بذلك قد تختار قانوناً وطنياً وقد تختار قانوناً غير وطني، وفقاً لما تراه مناسباً للفصل في موضوع النزاع:

1- تطبيق هيئة التحكيم البحري لقانون وطني:

أشرنا في مقدمة هذا المطلب، إلى أن المحكم الدولي لا يتمتع بما يتمتع به القاضي الوطني من وجود قانون ينظم اختصاصه، فإذا كان القاضي الوطني الذي يستمد سلطاته من قبل الدولة التي عينته، يستند في تحديده للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المعروض أمامه، إلى قواعد الإسناد وفقاً لمنهج تنازع القوانين الواردة في قوانينه، فهو بذلك يمارس سلطاته مقيداً باتباعها، والتي هي بمثابة قانون اختصاصه، فإن الأمر ليس كذلك بالنسبة للمحكم الذي يستمد سلطاته من اتفاق الأطراف¹، ولما كان الأمر كذلك، فإنه في ظل غياب قانون اختصاص يمكن للمحكم البحري أن يهتدي بموجب قواعد الإسناد الواردة فيه إلى القانون المنشود، فإن التساؤل يثور في هذا الصدد، حول الأسس التي يمكن لهيئة التحكيم البحري أن تستند إليها في اختيارها لهذا القانون؟. للفقهاء في الإجابة عن هذا التساؤل طريقتان²:

الطريقة الأولى تتمثل في تطبيق منهج التنازع المقرر في القانون الدولي الخاص. والطريقة الثانية تتمثل في الاختيار المباشر للقانون الواجب التطبيق.

الطريقة الأولى: تطبيق منهج التنازع المقرر في القانون الدولي الخاص

يفترض منهج التنازع بصفة عامة طبقاً للمبادئ السائدة في النظرية العامة للقانون الدولي الخاص، أن تحديد القانون الواجب التطبيق على المسألة المتنازع عليها يتوقف على تحديد طبيعة هذه المسألة أولاً، ثم البحث عن ضابط الإسناد المشار إليه في قاعدة التنازع المنصوص عليها في القانون الدولي الخاص، وذلك تمهيداً لمعرفة القانون المنشود، وبالتالي يعتبر هذا الضابط أداة

¹ د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 488.

² لمزيد من التفصيل في هذا الشأن ينظر، د عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص 489 وما بعدها.

لاختيار من بين القوانين المتنازعة حول حكم العلاقة ذات العنصر الأجنبي محل النزاع، القانون الأنسب لحل هذا النزاع¹.

وتطبيقاً لهذه الطريقة، تختار هيئة التحكيم البحري قانوناً وطنياً، يتم طبقاً لقواعد الإسناد الواردة فيه، تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع المتفق بشأنه على التحكيم.

وقد نصت على هذه الطريقة الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي 1961 (المادة 1/7)، والقانون النموذجي 1985 (المادة 2/28)، ولائحة تحكيم المنظمة الدولية للتحكيم البحري (المادة 1/10)، ولائحة تحكيم اليونسترال 1976 (المادة 1/38)، حيث قررت هذه النصوص في مجموعها، بأن تتولى هيئة التحكيم تطبيق القانون الذي تحدده قواعد النزاع التي تراها ملائمة لموضوع النزاع، وذلك في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديده، فتقدير مسألة تحديد القانون الذي تستمد منه هيئة التحكيم قواعد النزاع وفقاً لهذه الطريقة، هو أمر متروك لهيئة التحكيم وحريتها.

وقد سعى الفقه إلى مساعدة هيئات التحكيم، لإيجاد قانون محدد تستمد منه تلك القواعد في سبيل تحديد القانون الواجب التطبيق، إلا أنهم ذهبوا في ذلك مذاهب شتى، لا تكاد تخلوا أي منها من انتقاد²، مما أدى بهيئات التحكيم البحري وكذا قضاء التحكيم البحري، إلى هجر منهج النزاع المقرر في القانون الدولي الخاص، هذا فضلاً على أن هذا المنهج غير مفروض على المحكم البحري، لعدم وجود قانون ينظم اختصاصه بحيث يعتبر هذا المنهج جزءاً منه، وذلك بخلاف القاضي على نحو ما رأيناه، وأمام كل ذلك بدأ المحكمون البحريون التفكير في طريقة أخرى لتحديد هذا القانون المنشود، تتمثل في طريقة الاختيار المباشر.

الطريقة الثانية: الاختيار المباشر للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

بخلاف الطريقة السابقة، تقتضي هذه الطريقة اختيار هيئة التحكيم البحري لقانون وطني، يكون أكثر ارتباطاً بموضوع النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع المتفق بشأنه على

¹ في ذات المعنى، د حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 154-155.

² أنظر في شأن هذه الاتجاهات والانتقادات التي وجهت إليها، د منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 247 وما بعدها.

التحكيم، لتطبيق قواعده الموضوعية مباشرة لحل هذا النزاع، دون اللجوء إلى قواعد التنازع كطريق غير مباشر لاختيار القانون المنشود.

وقد نص على هذه الطريقة المشرع الجزائري في نص المادة 1050 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بقوله: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة"، ونص عليها أيضاً قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 في الفقرة الثانية من المادة 39 مقررًا أنه: "وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية واجبة التطبيق على موضوع النزاع، طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى أنه الأكثر اتصالاً بالنزاع"، كما نص عليها المرسوم الفرنسي للتحكيم الدولي لسنة 1981 في المادة 1496 حيث قررت أنه: "في غياب اختيار الأطراف للقواعد القانونية التي تحكم النزاع، يطبق المحكم القواعد القانونية التي يراها مناسبة".

الملاحظ أن هذه الطريقة كسابقتها - وإن اختلفت معها في التطبيق المباشر-، فهي تعطي لهيئة التحكيم الحرية في تقدير القواعد القانونية التي تراها ملائمة لموضوع النزاع¹، وفقاً لطريقة الاختيار المباشر التي تخول الهيئة اعتماد مناهج عدة في تفصي القواعد القانونية، ومن التطبيقات العملية لهذه المناهج في المجال البحري نذكر على سبيل المثال:

- **قانون علم السفينة:** حيث قضت هيئة التحكيم التابعة لغرفة التحكيم البحري بباريس، في حكم لها صادر في 1983/05/25 تحت رقم 487، بشأن نزاع يتعلق بحساب الإيجار النهائي لمشاركة إيجار سفينة وحيث أن القانون الإيطالي وهو قانون علم السفينة ينص على أنه في حالة سداد الدين قبل أي تكليف بالحضور، لا تُستحق أية فوائد عن الدفع المتأخر....².

¹ ومن هذه القواعد ما قضت به هيئة التحكيم التابعة لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في إحدى قضاياها، إلى أن هيئة التحكيم تلجأ في بحثها عن القانون الواجب التطبيق إلى: قانون مكان التحكيم - قانون مكان التوقيع على العقد الأصلي - قانون محل إقامة أطراف العقد - قانون بلد تنفيذ العقد - قانون لغة العقد - قانون لغة التحكيم إذا كانت مختلفة عن لغة العقد. أنظر، القضية التحكيمية رقم 95 لسنة 1997، جلسة 1998/03/12، مجلة التحكيم العربي، العدد الأول، ص 151.

أما إذا كانت العلاقة القانونية محل النزاع وطنية في جميع عناصرها، فإن هيئة التحكيم يجب أن تطبق القانون المصري إذ هو الأكثر اتصالاً بموضوع النزاع. لمزيد من التفصيل يرجع إلى، د فتحي إسماعيل والي، المرجع السابق، ص 422.

² Sentence Arbitrale de la Chambre arbitrale maritime de Paris, N° 487, du 25 Mai 1983, D.M.F, 1984, P. 365.

- **قانون محل تنفيذ العقد:** حيث قضت نفس الهيئة في حكم آخر تحت رقم 424 بتاريخ 1981/11/26، بشأن دعوى تحكيمية متعلقة بمسؤولية ناقل بحري، عن التلف والخسارة الحادثة للشحنة لعدم صلاحية السفينة للملاحة، أنه لما كان سند الشحن قد صدر في تونس -وهي دولة غير موقعة على معاهدة بروكسل¹ 1924-، فإن القانون الفرنسي (الصادر في 18 جوان 1966) المتعلق بعقود النقل والإيجار البحري هو الواجب التطبيق بشأن تحديد مسؤولية الناقل، بوصفه قانون محل تنفيذ عقد النقل البحري².

- **قانون محل التحكيم:** ويعتبر هذا القانون الأكثر استخداماً في قضاء التحكيم البحري، ففي حكم صادر عن نفس الهيئة السالفة الذكر، تحت رقم 116 بتاريخ 1974/04/24، في نزاع متعلق بإخلال مؤجر سفينة بتقديمها في الميعاد والمكان المتفق عليهما، حيث قررت هيئة التحكيم أن المادة السادسة من المرسوم الفرنسي (الصادر في 31 ديسمبر 1966) والمتعلق بعقود إيجار السفن والنقل البحري، تضع التزاماً على عاتق المؤجر مقتضاه تقديم سفينته في الزمان والمكان المتفق عليهما، وبالتالي يعتبر المؤجر محلاً بالتزامه على نحو يلزمه بالتعويض³، حيث يتضح من هذا الحكم أن مجرد اختيار الأطراف لمكان التحكيم في باريس، يُستدل منه اتجاه إرادة الأطراف إلى تطبيق قانون محل التحكيم وهو القانون الفرنسي، وذلك إذا أرادت هيئة التحكيم اختيار قانون وطني.

لكن وإن كان هذا القانون الأخير يعد أكثر استخداماً لدى قضاء التحكيم البحري، غير أن البعض يرى أن ما ينبغي التركيز عليه هو مسألة ضمان تنفيذ حكم التحكيم، وهو ما قد يملّي على الأطراف -وبالتالي هيئة التحكيم- أن تطبق بدلاً منه قانون محل التنفيذ، أو قانون البلد الذي يكون فيه التنفيذ أكثر احتمالاً⁴.

إلا أن ما تجدر الإشارة إليه، أن اختيار هيئة التحكيم لقانون وطني معين لا يأتي من التزامها بهذا القانون، ذلك أنها كما سبق وأن ذكرنا لا تستمد سلطاتها من الدولة التي وضعت هذا القانون، كما أنها لا تعتبر مقيدة في اختيارها للقانون الذي يحكم موضوع النزاع إلى تلك القواعد التي ينص عليها القانون الوطني، باعتباره ليس قانون اختصاصها، ومن ثم فإن اختيارها ينبغي أن

¹ معاهدة بروكسل الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن لسنة 1924، والمعروفة بقواعد لاهاي.

² Sentence CAMP, N° 424, du 26 Novembre 1981, (Second degré), D.M.F, 1982, P. 441.

³ Sentence CAMP, N° 116, du 24 Avril 1974, D.M.F, 1974, P. 636.

⁴ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، المرجع السابق، ص 277.

يأتي إما من اعتباره مؤشراً على اتجاه إرادة الأطراف حقيقة إلى تطبيقه، أو من اعتباره القانون الأنسب والأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع المعروض أمامها¹.

لكن رغم كون طريقة الاختيار المباشر للقواعد الموضوعية المنصوص عليها في القانون الوطني، خاصة إذا ما تعلق هذا الاختيار بقانون محل التحكيم، تعتبر الأكثر استخداماً في قضاء التحكيم البحري كما سبق، إلا أن ثمة ملاحظات بشأن اختيار تطبيق هذا القانون الوطني:

الملاحظة الأولى، الملاحظ من أحكام التحكيم الصادرة عن غرفة التحكيم البحري بباريس، وجمعية المحكمين البحريين بنيويورك، أن هذه الهيئات قلما تلجأ إلى اختيار قانون وطني لتطبيقه على موضوع النزاع، وما يدل على ذلك أن نسبة اختيار المحكمين لهذا القانون، لا تتعدى الخمسة بالمائة (5%) من مجموع القواعد القانونية الأخرى التي يتم اختيارها، كما سنرى ذلك بعد قليل.

الملاحظة الثانية، أنه حتى في هذه الحالات القليلة التي يتم اللجوء فيها لتطبيق هذه القوانين الوطنية، فإن هذا التطبيق يشمل مسائل محددة فقط وليس كافة المسائل المتعلقة بمحل النزاع، فهو لا يصر إليه إلا بصفة احتياطية أو مكتملة، وذلك في الحالات التي تكون فيها تلك القواعد الأخرى غير كافية لإيجاد حلول لتلك المسائل المتنازع بشأنها، ويظهر ذلك جلياً من تلك الأحكام التحكيمية الصادرة عن هذه الهيئات - لاسيما تلك المتعلقة بعقود النقل البحري الدولي - حيث استقرت كما رأينا على تطبيق القانون الفرنسي المتعلق بعقود الإيجار والنقل البحري، وذلك فيما لم يرد بشأنه نص في القانون الواجب التطبيق أصلاً، وهو في هذا الشأن (اتفاقية بروكسل 1924)²، وقررت في حكم آخر متعلق بعملية نقل بحري دولي بموجب سند شحن صادر بمقتضى مشاركة إيجار، بأن تطبق نصوص القانون الفرنسي المتعلق بمشاركات الإيجار بصفة مكتملة³.

وتقييماً للطريقتين السابقتين، يمكن القول أنه رغم أن أعمال منهج التنازع في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، يعد من أقدم المناهج وأكثرها قبولاً سواء على صعيد الأنظمة القانونية الوطنية أو المعاهدات الدولية، إلا أنه كما يراه جانب من الفقه يواجه عدة صعوبات،

¹ د عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص 495.

² Sentence CAMP, N° 626, du 10 Juin 1986, D.M.F, 1987, P. 173.

³ Sentence CAMP, N° 772, du 1 Juin 1990, (Second degré), D.M.F, 1991, P. 189.

أهمها أنه لا يقوى وحده على مواجهة مشاكل التجارة الدولية، ولا يستطيع أن يتصدى لحلها، لأنه يؤدي إلى تطبيق قواعد قانونية خاصة بالعلاقات الداخلية المحضة¹، فضلاً على أنه لا يوجد ضابط من ضوابط إسناد قادر على تعيين هذا القانون المنشود، باستثناء حالة وحيدة فقط لا تثير أية مشكلة وهي حالة قيام الأطراف أنفسهم بتعيين هذا القانون، إذ من الثابت وجوب احترام هذا الاختيار² وفقاً لمبدأ قانون الإرادة.

أما عن التطبيق المباشر للقواعد الموضوعية فإنها تثير هي الأخرى إشكالات عدة، فالنصوص السابقة التي نصت على هذه الطريقة لا شك أنها تجعل أمام هيئة التحكيم أكثر من قانون وطني، الأمر الذي يفترض معه قيام تنازع بين قوانين تتصل بالعلاقة موضوع النزاع بصلة أو بأخرى، وبالتالي لا تملك هيئة التحكيم سوى سلطة إسناد هذه العلاقة لقانون معين من بين تلك القوانين المتنازعة على حكمها³.

وبالتالي هذه الطريقة تجعلنا نتوقع من دون أدنى شك وقوع هيئة التحكيم مرة أخرى في مثالب منهج التنازع، وحتى على فرض تمكنها من اختيار قانون وطني معين، فإنه كما علمنا أن المحكم لا ينتمي إلى أي نظام قانوني وطني يفرض عليه الترجيح بين قواعده الموضوعية - فضلاً عن قواعد التنازع فيه-، إذ قد يؤدي ذلك كله بالمحكم إلى اختيار قانون لم يكن ليتوقعه الأطراف، فضلاً على احتمال عدم ملاءمة قواعده الموضوعية لموضوع النزاع، وهذا بلا ريب يتنافى مع غاية النصوص السابقة من تطبيق قواعد القانون الأكثر صلة بموضوع النزاع، والأكثر استجابة مع المصلحة المشروعة للأطراف.

ومن جهة أخرى، فإن الطبيعة الدولية للنشاط البحري، جعلت طرفي عقد النقل البحري للبضائع (الناقل والشاحن)، كلاهما على غير علم بقانون الطرف الآخر مما يجعله يخشى تطبيق الأحكام القانونية الواردة فيه، وهذا ما يؤدي أيضاً بوقوع المحكم في مثالب تنازع القوانين، خاصة في ظل عدم وجود قانون خاص بالمحكم، يهتدي به لمعرفة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع⁴.

¹ H. BATIFFOL, « La loi appropriée au contrat », Etudes offertes à Berthold Goldman, Litec, Paris, 1983, P. 6 et s.

² د حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 166 - 175.

³ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 273.

⁴ د محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق، ص 436-437.

وإزاء كل هذه الملاحظات، نشأت الرغبة عند كل من الأطراف وكذا المحكمين البحريين، إلى التحول عن تطبيق منهج التنازع المقرر في القانون الدولي الخاص، بل وعن تطبيق القوانين الوطنية أيضاً، إلى مجال أكثر رحابة وخصوصية يقوم على أساس تجميع عناصر ومصادر بحرية خاصة، مستمدة من التشريعات البحرية الدولية، لتكوين قانون بحري دولي يكون بمثابة قانون اختصاص المحكم البحري، ويتمشى مع طبيعة وخصوصيات المنازعات ذات الطبيعة البحرية¹، ذلك ما سنحاول بحثه في العنصر الموالي:

2- تطبيق هيئة التحكيم البحري لقانون غير وطني (القانون البحري الدولي):

بيننا فيما سبق، أنه في حالة عدم اتفاق أطراف عقد النقل البحري للبضائع المتفق بشأنه على التحكيم، صراحة أو ضمناً على اختيار القانون الذي يحكم موضوع نزاعهم، فإن هذا يعني تحويلهم مسألة اختيار القانون إلى هيئة التحكيم البحري، حيث يكون لها بمقتضى هذا التحويل اختيار قانون وطني أو غير وطني، فطبقاً لهذا القانون الوطني رأينا كيف تردد المحكمون البحريون بين اتباع منهج التنازع المقرر في القانون الدولي الخاص تارة، وبين تطبيق القواعد الموضوعية في هذا القانون الوطني التي تراها أكثر ارتباطاً بموضع النزاع تارة أخرى، وكيف عزفت في الأخير عن تطبيق هذا المنهج المقرر أصلاً للتطبيق على العلاقات الداخلية، لعجزه عن إعطاء حلول كاملة للعلاقات الدولية، لتنتقل إلى تطبيق قوانين أخرى غير وطنية، وهي ما يعرف في فقه التحكيم التجاري الدولي بقانون التجارة الدولية (Lex- Mercatoria La)²، أو ما يفضل أن يسميه البعض في مجال التحكيم البحري بـ: "القانون البحري الدولي"³.

وفيما يلي سنحاول إعطاء نبذة وجيزة حول مفهوم هذا القانون، ثم نستعرض أهم مكوناته

ومصادره:

¹ ينظر، المرجع نفسه، ص 437، وكذلك، د عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص 497.

² يرجع استخدام مفهوم قانون التجارة الدولية إلى المؤتمر الأول لغرفة التجارة الدولية المنعقد سنة 1920، ينظر في ذلك، د كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي - حتمية التحكيم وحتمية القانون التجاري الدولي -، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1991، ص 153. ويراجع بشأن قانون التجارة الدولية بصفة عامة:

Emmanuel Gaillard, Trente ans de Lex Mercatoria Pour une application sélective de la method des principes généraux du droit, J.D.I, 122^{em} année (1995), N° 01.

KASSIS Antoine, Théorie générale des usages du commerce, Edition L.G.D.J, Paris, 1984.

Paulsson, Jan, La Lex Mercatoria dans l'Arbitrage C.C.I, Rev.d.Arb. 1990. <http://www.trans-lex.org>, D.V: mardi 16/9/2015, a 22h 14.

³ د عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص 499.

- نبذة عن قانون التجارة الدولية (La Lex- Mercatoria):

يقصد بقانون التجارة الدولية، مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات التجارية ذات الصلة بالقانون الخاص والتي ترتبط بأكثر من دولة، تنظيماً مباشراً مستقلاً عن أي نظام لقانون وطني لدولة معينة¹، عن طريق إخضاع هذه العلاقات مباشرة لنظام خاص بها، يتكون من الأعراف والعادات والممارسات السائدة في التجارة الدولية، والمبادئ القانونية العامة المسلمة بين الدول².

وقد ارتبط التحكيم التجاري بميدان التجارة الدولية، بوصفه المجال الخصب لنشأة قواعد التجارة الدولية التي يخضع لها هذا النموذج من التحكيم، فقد تبين أن مبدأ قانون الإرادة الذي يمثل قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات التعاقدية، أصبح عاجزاً عن مواجهة عقود التجارة الدولية، حيث يؤدي إلى إسنادها إلى نظم قانونية وطنية متباينة سائدة في دول مختلفة، لا تتلاءم مع طبيعة علاقات التجارة الدولية وحرية تلك المعاملات، الأمر الذي تطلب هجر هذا المبدأ لصالح مبدأ آخر هو قانون التجارة الدولية، أو القانون البحري الدولي وفقاً لخصوصيات المنازعات ذات الطبيعة البحرية محل التحكيم، فحواه الاستعاضة عن إسناد حكم هذا النوع من المعاملات الدولية للنظم القانونية الوطنية، من خلال ضوابط مستمدة من عناصرها، ويتم ذلك كما رأينا في التعريف السابق عن طريق إخضاع هذه المعاملات مباشرة لنظام خاص بها، يتكون من الأعراف والعادات والممارسات السائدة في التجارة الدولية، والمبادئ القانونية العامة المسلمة بين الدول³.

ولا يختلف الأمر كثيراً في مجال التحكيم البحري إلا فيما يتعلق بخصوصيته البحرية، فهو يتكون كما سوف نرى من المعاهدات البحرية الدولية-شروط العقود البحرية-العادات والأعراف البحرية-السوابق التحكيمية البحرية⁴.

وقد حرصت قوانين التحكيم الوطنية والمعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم وبعض لوائح التحكيم، على إبراز حق المحكمين البحريين في تطبيق هذا النوع من القوانين:

¹ د منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، المرجع السابق، ص 41.

² د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 255.

³ المرجع نفسه، نفس الموضوع.

⁴ د عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص 500.

فبالنسبة لقوانين التحكيم الوطنية، فقد قرر المشرع الجزائري من خلال نص المادة 1050 من ق.إ.م.و.إ. بأنه: "تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملاً بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة". كما نصت المادة 39 من قانون التحكيم المصري في فقرتها الثالثة على أنه: "يجب أن تراعى هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع". وكذلك نص المرسوم الفرنسي للتحكيم الصادر سنة 1981 في المادة 1496 أنه على المحكم: "... أن يضع في اعتباره في جميع الحالات العادات التجارية".

أما بالنسبة للمعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم، فقد قررت المادة السابعة/1 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي، بعد أن نصت على تطبيق المحكم لقانون الإرادة أو القانون الذي تحدده قواعد النزاع الملائمة للنزاع، قضت بأنه: "يتعين في كلتا الحالتين أن يضع المحكمون في اعتبارهم العادات التجارية"، كذلك نصت المادة 4/28 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985 على أنه: "في جميع الأحوال، تفصل هيئة التحكيم في النزاع وفقاً لشروط العقد، وتأخذ في اعتبارها العادات المتبعة في ذلك النوع من النشاط التجاري المنطبقة على المعاملة"، وأخيراً نصت لائحة تحكيم اليونيسترال 1976 في المادة 3/33 على أنه: "في جميع الحالات تصدر محكمة التحكيم قرارها طبقاً لأحكام العقد، وتأخذ في اعتبارها العادات التجارية التي تطبق على النزاع".

وهكذا نلاحظ كيف حرصت هذه القوانين سواء على المستوى الدولي أو الوطني، على إعطاء الركيزة والسند للمحكّمين في تطبيق قانون التجارة الدولية أو (القانون البحري الدولي)، بما يتضمنه من مكونات ومصادر¹ تتمثل فيما يلي:

– المعاهدات البحرية الدولية:

تعد المعاهدات البحرية الدولية من أهم مصادر القانون البحري الدولي، وهي وإن لم تلزم إلاّ الدول الموقعة عليها، إلاّ أن لها دوراً في إنشاء قواعد مقبولة عالمياً، لتنظيم التجارة البحرية الدولية وما ينشأ عنها من منازعات²، كمنازعات النقل البحري بسند الشحن والتي تنظمها اتفاقية

¹ أنظر في هذا الشأن، د عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص 500 وما بعدها.

² رغم هذا الدور الذي تلعبه المعاهدة في القضاء على مشكلة النزاع إذا كان الأطراف ينتمون إلى دول موقعة على المعاهدة، إلاّ أنها لا تمتد إلى منازعة تضمنت عنصراً أجنبياً متى كان أطرافها ينتمون إلى دول غير موقعة عليها، عندئذ تثار مشكلة =

بروكسل لسنة 1924، ومنازعات المساعدة البحرية والإنقاذ وهذه تنظمها معاهدة بروكسل لسنة 1910، ومنازعات تسوية الخسارات البحرية المشتركة وتنظمها قواعد يورك وأنفارس¹، وبالتوقيع على هذه المعاهدات فإنها تحوز قبول كل من المحكم البحري والقاضي الوطني، فالمحكم البحري يلجأ إليها بوصفها قانوناً دولياً لا يرتبط بهذه الدولة أو تلك، فهي تشكل بالنسبة إليه قانون اختصاصه الذي يطبقه على موضوع النزاع، بعيداً عن تطبيق القوانين الوطنية وما تثيره من إشكالات كالتي رأيناها، أما القاضي الوطني فإنه سيصدر أمراً بتنفيذ حكم التحكيم، الذي صدر بناءً على المعاهدة التي أصبحت جزءاً من قانونه بموجب التوقيع أو الإدماج.

- شروط العقود البحرية:

يسود استخدام هذه الشروط أساساً في المنازعات المتعلقة بمشارطات إيجار السفن، وقد ساعد على ظهور هذا النوع من الشروط، سيادة العقود البحرية النموذجية² في مجال التعاملات البحرية المختلفة من بناء السفن وبيعها، ومشارطات إيجار السفن، وعقود التأمين البحري وغيرها، والتي وضعتها التجمعات البحرية المختلفة منذ القدم، إلى أن أصبحت مع مرور الزمن بتكرار تطبيقها واللجوء إلى شروطها لحل المنازعات، بمثابة قواعد وعادات وأعراف وسوابق تحكيمية، وحدثت الحلول المطبقة على مثل هذه المنازعات.

- العادات والأعراف البحرية:

=التنازع، كما تنور هذه المشكلة أيضاً في الفرض الذي تختلف فيه الدول الموقعة على تفسير المعاهدة، وفي هذه الحالة يتعين الرجوع إلى قواعد التنازع في بلد القاضي. د منير عبد المجيد، المرجع السابق، ص 51.

¹ هذه القواعد هي عبارة عن قواعد تعاقدية نموذجية تحكم العلاقات ما بين الناقل والشاحن وما بين مؤجر السفينة ومستأجرها، أنشأتها اللجنة البحرية الدولية سنة 1920 وذلك بمساعدة جمعية القانون الدولي التي تأسست سنة 1873. د أحمد محمود حسني، النقل الدولي البحري للبضائع، المرجع السابق، ص 24.

² العقد النموذجي هو عبارة عن صيغة مكتوبة أو وثيقة مطبوعة يمكن أن تستخدم كأتمها العقد ذاته، تتضمن قواعد معدة سلفاً كنموذج لمشروع عقد مستقبلي، تتحدد على أساسه كافة المسائل المتعلقة بهذا العقد، مثل التزامات الأطراف، ومكان التنفيذ، وأسباب الإعفاء من المسؤولية وغيرها، والغاية من هذا النوع من العقود تتجلى في البحث عن الحلول العملية للمشاكل التي تصادف رجال الأعمال، ومحاولة مطابقة هذه الحلول لاحتياجات التجارة الدولية، والتي يصعب على المشرع الدولي أو الوطني مواجهتها. للمزيد أنظر، د أيمن سعد سليم، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 15 وما بعدها. د عمر سعد الله، القانون الدولي للأعمال، المرجع السابق، ص 98 وما بعدها.

أدى التطبيق المتكرر لبعض العادات البحرية من قبل المشتغلين بالتجارة البحرية، إلى اشتهاار هذه العادات إلى أن كونت مع مرور الزمن أعرافاً بحرية، يسترشد بها المحكم البحري في إيجاد الحلول المناسبة لمختلف المنازعات المعروضة أمامه.

وتجدر الإشارة إلى أن أهم ما يعزز رغبة الأطراف في اتخاذ التحكيم وسيلة لحسم منازعاتهم، ليس مرده عدم الثقة في القضاء، وإنما مرده إلى الدور الذي تلعبه هذه العادات والأعراف في المسائل البحرية مقارنة مع القوانين، الأمر الذي يستدعي ضرورة وجود أشخاص ذوا خبرة بهذه العادات والأعراف، وعلى سبيل المثال، من المعروف أن مسؤولية الناقل البحري لا تبدأ إلا منذ تسلمه البضائع تحت الروافع، والحال كذلك بالنسبة لتسليم البضائع للمرسل إليه تحت الروافع، ومع ذلك لا يوجد نص قانوني يعرف المقصود بالرافعة، وعليه من اللازم الرجوع إلى الأعراف المتداولة في الموانئ للاهتداء إلى معنى هذا الاصطلاح¹.

وقد استندت هيئة التحكيم التابعة لغرفة التحكيم البحري بباريس في العديد من أحكامها إلى تطبيق هذه الأعراف والعادات البحرية، نذكر على سبيل المثال حكمها الصادر بشأن نزاع متعلق بمشارطة إيجار سفينة، حيث قررت رفض دعوى المستأجر ضد المجهز عن النقص الحادث في شحنة الفوسفات غير المعبأ حيث أن الأعراف البحرية تجيز التسامح في النقص اليسير في الشحنة الناتج عن أسباب لا يمكن توقيها...².

- السوابق التحكيمية البحرية:

يقصد بالسوابق التحكيمية تلك المبادئ التي أرسنها أحكام التحكيم البحري السابقة، والتي نتيجة لتكرار تطبيقها على المنازعات التحكيمية اللاحقة، كون منها سوابق استقر المحكمون البحريون على تطبيقها على مختلف المنازعات المماثلة، نذكر على سبيل المثال ما ذهبت إليه هيئة التحكيم بباريس في 26 فبراير 1992، بشأن نزاع حول تقدير أجرة نقل لشحنة من الأخشاب غير الجافة³، حيث استندت في تفسيرها لعبارة "intaken weight" إلى حكمين سبق وأن أصدرتهما، الأول في 16 ديسمبر 1985 حيث قرر بأن هذه العبارة تعني الوزن المحدد في سند

¹ د ناجي عبد المؤمن، الاتجاهات الكبرى في امتداد شرط التحكيم، بحث مشار إليه سابقاً، ص 02.

² Sentence CAMP, N° 803, du 10 Mai 1991, D.M.F, 1991, P. 565.

³ Sentence CAMP, N° 835, du 26 Février 1992, D.M.F, 1993, P. 189.

الشحن، والثاني صادر في 30 أبريل 1984، قرر أن وعاء تقدير الأجرة المستحقة عن نقل الأخشاب غير الجافة، هو حجم الشحنة المؤشر به في إيصال البيع أو في سند الشحن¹. وهكذا يلاحظ كيف حسم قضاء التحكيم البحري مسألة القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع البحري، مستنداً إلى قواعد خاصة تعتبر بمثابة قانون اختصاصه الدولي منبثة الصلة عن القوانين الوطنية، وما تثيره من صعوبات في تحديد القانون المنشود بما لا يتفق مع إرادة الأطراف، لكن إذا كانت تلك القواعد تتيح للمحكم أو لهيئة التحكيم البحري، مجالاً لممارسة حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، إلا أن هناك مجالاً آخر يشكل قيداً على هذه الحرية، ذلك ما سنتناوله في العنصر الموالي:

ب- القيود الواردة على حرية هيئة التحكيم البحري في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع:

توصلنا فيما سبق، إلى أن مبدأ حرية المحكم البحري في اختيار القانون الواجب التطبيق، على النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، هو مبدأ مكفول سواء في المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم، أو في القوانين الوطنية، أو في أنظمة التحكيم البحري، وترتيباً على ذلك فإن تطبيق المحكم أو هيئة التحكيم البحري لتلك القواعد المكونة للقانون البحري الدولي (المعاهدات أو الأعراف أو شروط العقد أو السوابق التحكيمية)، وإن كانت تشكل قانون اختصاص المحكم، إلا أنه لا يطبقها باعتبارها قواعد ملزمة له، بل لأنها الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع، وفقاً لما تمليه عليه سلطته التقديرية المقررة بموجب تلك القواعد، كما هو الحال في تطبيق المحكم البحري لاتفاقية بروكسل 1924 والبروتوكول المعدل لها في 1968²، على منازعات النقل البحري الدولي بسند الشحن³.

¹ Sentence N° 835, antécédent, P. 191.

² معاهدة بروكسل الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن لسنة 1924، والمعروفة بقواعد لاهاي، دخلت حيز النفاذ دولياً عام 1931، وعدلت بموجب بروتوكول موقع في 23 فبراير 1968 ثم عدلت مرة أخرى سنة 1979، وقد انضمت الجزائر إليها دون تعديلات بموجب المرسوم رقم 71/64 المؤرخ في 2 مارس 1964 الجريدة الرسمية رقم 28 لسنة 1964.

³ د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 515.

لكن يبدو أن هذه الحرية لم تعد على إطلاقها بعد مجيء معاهدة هامبورج لسنة 1978¹، المتعلقة بنقل البضائع بجرأ -والتي حلت محل اتفاقية بروكسل 1924- حيث تعتبر أول نص دولي متخصص في التحكيم البحري، واضعتاً قيماً على سلطة المحكم البحري في تحديده للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وذلك عندما قررت مادتها الثانية والعشرين في فقرتها الرابعة بأن: "يطبق المحكم أو هيئة التحكيم قواعد هذه الاتفاقية"، ولم تقف عند هذا الحد من الإلزام بل رتبت على مخالفة هذا النص جزاء البطلان، حيث نصت فقرتها الخامسة على أنه: "تعتبر أحكام الفقرتين الثالثة (المتعلقة بمكان التحكيم) والرابعة (المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق) من هذه المادة جزءاً من كل شرط تحكيم أو اتفاق تحكيم، ويعتبر باطلاً ولاغياً كل شرط أو اتفاق يكون متعارضاً مع هذه الأحكام"².

لكن في معرض المقارنة بين هذا الحكم الوارد في معاهدة هامبورج، مع اتفاقيات بروكسل السابقة الذكر بشأن التحكيم، وكذا غالبية القوانين الوطنية وأنظمة التحكيم البحري، يظهر أن المعاهدة في تقييدها لحرية المحكم البحري وإلزامه بتطبيق أحكامها دون سواها، تتعارض مع الممارسات التحكيمية البحرية التي تخوله سلطة واسعة بشأن تحديد القانون المنشود، الأمر الذي يستدعي التساؤل عن طبيعة هذا التعارض، وكيف يمكن الجمع بين مبدأ حرية المحكم البحري -في ظل غياب اتفاق الأطراف طبعاً- المقرر ضمن القوانين والأنظمة السابقة، وبين هذا القيد الذي جاءت به معاهدة هامبورج؟.

لعل الممارسات التحكيمية البحرية، وما ذهبت إليه بعض الأحكام الصادرة عن هيئة التحكيم التابعة لغرفة التحكيم البحري بباريس³، تُظهر بأنه وإن كان ظاهر هذه النصوص التعارض، إلا أنه يبقى تعارضاً نظرياً فحسب، ومن ثم يمكن الجمع بين مبدأ حرية المحكم البحري في اختيار قانون من بين القوانين التي يراها أكثر ملاءمة للموضوع، وبين تقييد المعاهدة له بتطبيق أحكامها، وذلك على النحو الآتي:

¹ اتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بالبحر لعام 1978، والمعروفة بقواعد هامبورج، حيث تعتبر أول نص دولي متخصص في التحكيم البحري.

² د عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص 515-516.

³ Sentence CAMP, N° 360, du 20 Aout 1979, D.M.F, 1980, P. 716. et Sentence N° 805 du 14 Mai 1991, (Second degré), D.M.F, 1991, P. 658, et Sentence N° 865 du 2 Juin 1993, (Second degré), D.M.F, 1994, P. 56.

- لأن تطبيق المحكم البحري لمعاهدة هامبورج يبقى مقتصرًا على عمليات النقل البحري بسند الشحن، أي أن نطاق تطبيق المعاهدة يشمل جانباً واحداً فقط من المنازعات، في حين تبقى حرية المحكم في تحديد القانون بالنسبة لغيرها من المجالات البحرية الأخرى، وبالتالي لن يكون هناك معنى لإجبار المحكم البحري على تطبيق هذه المعاهدة، طالما أن تطبيقه لها لا يعدو أن يكون إلا بسبب ارتباطها بموضوع النزاع، تماماً كما كان عليه الحال بالنسبة لاتفاقية بروكسل¹.

- أن هناك اعتبارات معينة أرادت المعاهدة تحقيقها من هذه الأحكام، تتمثل في مراعاة جانب الشاحن وحماية مصالحه بوصفه الطرف الضعيف في عقد النقل، لتتأى بهذا العقد عن شبهة الإذعان، وبالتالي متى كان الشاحن مدعناً -أي قبل نشوء النزاع- استفاد من أحكام المعاهدة المقيدة لحرية المحكم بإلزام هذا الأخير بتطبيقها²، أما إذا لم يكن مدعناً فقد انتفت الحكمة من حمايته، ومن ثم يمكنه الاتفاق مع الناقل على أية أحكام أخرى في هذا الشأن وذلك بعد نشوء النزاع، بدليل الفقرة السادسة من نفس المادة (22) بنصها على أنه: "لا يؤثر أي حكم من أحكام هذه المادة على صحة أي اتفاق يتعلق بالتحكيم، يبرمه الطرفان بعد نشوء المطالبة بموجب عقد النقل البحري"³، وذلك أن شبهة الإذعان تُفترض دائماً في الاتفاق المبرم قبل نشوء النزاع وتنتفي بعده.

وهكذا يتضح أن الأحكام السابقة لمعاهدة هامبورج، وإن كانت من ظاهرها غير منسجمة مع الممارسات التحكيمية البحرية، إلا أنها تنطلق من مراعاة التوفيق بين المصالح المتعارضة، كمصلحة الشاحن والناقل، وحتى مصلحة الأطراف الأخرى التي لم توقع على عقد النقل كالمُرسل إليه والمؤمن والمستأمن، بتقدير أنه من يكون اليوم دائناً أو مدعياً سيكون غداً في مركز المدين أو المدعى عليه، ولعل التطبيق المطرد لأحكام هذه المعاهدة، سيسفر حتماً عن وضع دليل يكون

¹ د عاطف محمد الفقي، النقل البحري للبضائع، المرجع السابق، ص 207-208.

² هذا وقد نص على ذات القيد المشرع المصري في المادة 247 من قانون التجارة المصري رقم 8 لسنة 1990 حيث قرر أنه: "في حالة الاتفاق على إحالة الدعاوى الناشئة عن عقد نقل بضائع بالبحر إلى التحكيم، يلتزم المحكمون بالفصل في النزاع على مقتضى الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون بشأن العقد المذكور، ويقع باطلاً كل اتفاق سابق على قيام النزاع يقضي بإعفاء المحكمين من التقييد بهذه الأحكام". فتكون غاية المشرع المصري بذلك هي ذات الغاية التي ذهبت إليها معاهدة هامبورج، والمتمثلة في حماية الطرف الضعيف في عقد النقل -وهو الشاحن- من شبهة الإذعان المفترضة قبل نشوء النزاع.

³ د عاطف محمد الفقي، النقل البحري للبضائع، مرجع سابق، نفس الموضوع.

مرشداً للمحكم البحري، ويكون سبيلاً لتوحيد الحلول المعطاة في مجال النقل البحري الدولي، ومعززاً للقانون البحري الدولي كقانون أصيل للتجارة البحرية الدولية¹.

المطلب الثاني

إنعقاد خصومة التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

سبق وأن رأينا في معرض تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع المعروض أمام هيئة التحكيم، بشأن تنفيذ عقد النقل البحري للبضائع، أن الأصل في هذا التحكيم هو إعفاء المحكم من التقيد بالقواعد القانونية -الإجرائية والموضوعية- التي يتقيد بها قاضي الدولة في نظره للخصومة، ذلك أن إرادة الأطراف هي التي تحدد النظام الإجرائي الذي يتعين على المحكم أن يتقيد به أثناء نظره للنزاع، وعند غياب هذه الإرادة تحل إرادة المحكم محلها في هذا التحديد، طبقاً لما نصت عليه المادة 1043 ق.إ.م.إ جزائري، ولا يجد من هذه الإرادة سوى النظام العام للقانون الذي يجري التحكيم على ضوئه، أو للبلد المطلوب تنفيذ الحكم فيه.

وللتعرف على آليات انعقاد خصومة التحكيم، في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة، سوف نخصص (الفرع الأول) لبيان كيفية بدء إجراءات التحكيم في هذه المنازعات، ثم نتطرق في (الفرع الثاني) لكيفية سير إجراءات التحكيم فيها، ثم نعرض لنطاق خصومة هذا التحكيم في (الفرع الثالث)، ونخصص (الفرع الرابع) لعوارض هذه الخصومة التحكيمية.

الفرع الأول

بدء إجراءات التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

لا يوجد نص صريح في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري يوضح متى وكيف يتم افتتاح إجراءات التحكيم، وإن كان المشرع قد أشار بطريق غير مباشر إلى وقت بدء هذه الإجراءات، وذلك في المادة 1018² منه عندما أُلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة

¹ د عاطف محمد الفقي، النقل البحري للبضائع، المرجع السابق، ص 209.

² تقابلها المادة 1456 من قانون المرافعات الفرنسي، إلا أن المشرع الفرنسي جعل المدة هي ستة أشهر بدل من أربعة أشهر المقررة في القانون الجزائري.

أشهر تبدأ من تاريخ إخطار محكمة التحكيم. بينما كان المشرع المصري أكثر وضوحاً عندما نص في المادة 27 من قانون التحكيم المصري، على أن إجراءات التحكيم تبدأ من اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلب التحكيم من المدعي، ما لم يتفق الطرفان على موعد آخر، وهو ما قضت به أيضاً المادة 21 من قانون التحكيم النموذجي، والمادة 2/3 من قواعد اليونيسترال.

ويتضح من هذه النصوص وجوب التفرقة بين مرحلتين أساسيتين، الأولى تتمثل في بدء إجراءات التحكيم والتي تكون بتقديم طلب التحكيم (أولاً)، والثانية تتمثل في طرح النزاع على هيئة التحكيم (ثانياً)، وهذا ما يجعل هذه المرحلة تتأخر عن مرحلة تقديم الطلب، وتفصيل ذلك على النحو الآتي:

أولاً: طلب التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع

تبدأ إجراءات التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، بتقديم طلب من المدعي في مكان وزمانٍ محددين¹، فالأول يشكل المركز الجغرافي الذي تنعقد فيه هيئة التحكيم وتباشر مهمتها، والثاني يشكل نقطة الأساس التي تحسب منها المدة الاتفاقية أو القانونية، التي يتعين أن تنتهي فيها تلك الإجراءات ويصدر في نهايتها حكم التحكيم:

أ- ماهية طلب التحكيم:

يقابل طلب التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، صحيفة افتتاح الدعوى في قضاء الدولة، وقد أسمته بعض التشريعات "بيان الدعوى"، مثل المادة 1/30 من قانون التحكيم المصري، والمادة 1/23 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، ويقصد بطلب التحكيم، كل طلب يوجهه أحد طرفي اتفاق التحكيم أو ممثله القانوني إلى الطرف الآخر أو إلى هيئة التحكيم المتفق عليها، يحظره فيه برغبته في رفع النزاع إلى التحكيم².

ولم تستلزم تشريعات التحكيم المعاصرة في طلب التحكيم شكلاً معيناً، إلا أنها استلزمت أن يكون مكتوباً، وهو أمر منطقي، فرضته مقتضيات الأمان القانوني وتيسير إثبات مواقف الأطراف،

¹ تجدر الإشارة في هذا المقام، إلى أن التقادم ينقطع بأول خطوة لبدء السير في التحكيم ممثلة في تقديم طلب التحكيم، تماماً كما ينقطع التقادم برفع الدعوى القضائية أمام المحاكم طبقاً للمادة 317 من القانون المدني الجزائري، شريطة أن يكون محل المطالبة هو حق موضوعي، فإذا لم يتضمن الطلب مطالبة بحق محدد، فلا يترتب على ذلك قطع التقادم. راجع في ذلك، د فنجي والي، المرجع السابق، ص 321-322، د حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 307-308.

² د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 616.

وهذه الكتابة تنصب على مجموعة من البيانات الأساسية، تتضمن عموماً تحديد البيانات الشخصية لطالب التحكيم، وتحديد إسم المدعى عليه وعنوانه، وتفصيل وقائع الدعوى، وتحديد موضوع النزاع، وكافة البيانات التي اتفق الطرفان على ذكرها¹، وعلى هذا النحو يستلزم لصحة تقديم طلب التحكيم شرطان²:

الأول، أنه لا يعد طلب التحكيم الشفوي كإجراء جوهري تبدأ به إجراءات التحكيم، كما لا تنعقد خصومة التحكيم ببيان الدعوى الذي يصدر شفاهةً، لاستحالة تحقق الإعلان عنها، غير أنه لا تشترط فيه الرسمية كما هو الحال في صحيفة الدعوى القضائية، ومن ثم يكفي صدوره في شكل عربي موقع من طالب التحكيم أو ممثله.

الثاني، أن يتم تقديم الطلب خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين، وعليه أي طلب يقدم خارج هذا الميعاد لا يكون له أي أثر في مواجهة المدعى عليه، كما يكون للمحكم عدم قبول الدعوى، ما لم يتفق الطرفان على تمديد هذا الموعد، أو تولت هيئة التحكيم تحديده عند خلو الاتفاق منه.

ب- مكان بدء إجراءات التحكيم:

لا تخفى أهمية اختيار مكان التحكيم، سواء بالنسبة لطرفي خصومة التحكيم أو بالنسبة لهيئة التحكيم ذاتها، فمن ناحية قرب المكان لطرفي النزاع وهيئة التحكيم والشهود والخبراء، فهو يوفر الكثير من الوقت والنفقات، ويساعد على تتابع الجلسات وانتظامها، وسرعة الفصل في النزاع³، ومن ناحية أخرى أكثر أهمية، فهو يرتب عدة آثار قانونية في غاية التأثير على نظام التحكيم ذاته، من بدايته ومروراً بسير خصومته وحتى نهايته:

¹ استمدت غالبية التشريعات هذه البيانات من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام 1975، وهي نفس البيانات التي يستلزمها بيان الدعوى الذي تفتتح به خصومة التحكيم على النحو الذي سيأتي.

² أنظر أكثر تفصيلاً، د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 471 وما بعدها.

³ د أحمد السيد صاوي، إجراءات التحكيم طبقاً لقانون التحكيم المصري ووفقاً لأهم قواعد وأنظمة التحكيم الدولية، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2008، ص 803.

فمن ناحية بداية التحكيم، فإن اتخاذ دولة معينة مكاناً لإجراء التحكيم، يعطي اختصاصاً لمحاكم تلك الدولة لإقالة العقبات التي قد تعترض تشكيل هيئة التحكيم¹ على نحو ما أوضحناه سابقاً، كما يساعد تحديد مكان التحكيم على تحديد طبيعة هذا التحكيم ما إذا كانت وطنية أو دولية²، أما من ناحية سير خصومة التحكيم، فإن اتخاذ دولة معينة مكاناً للتحكيم، قد يكون تكأة لتطبيق قواعد إجراءات التحكيم المعمول بها في تلك الدولة، عند غياب اتفاق الأطراف على تحديد القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق، على نحو ما عرضنا له في المطلب السابق، كما قد يكون تكأة لاختصاص محاكم هذه الدولة في اتخاذ بعض الإجراءات، أو الأمر ببعض التدابير أو الفصل في بعض المسائل الأولية، وأخيراً يظهر تأثير تحديد مكان التحكيم على نهاية هذا التحكيم، في تدخل قضاء الدولة التي يجري على أرضها التحكيم في العديد من المسائل، مثل تمديد الأجل المحدد لنهاية خصومة التحكيم، أو الأمر بإنهاء إجراءات التحكيم بناءً على طلب أحد أطرافه، أو الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم³.

ج- وقت بدء إجراءات التحكيم:

لا يكفي تحديد مكان التحكيم لضبط بدء إجراءات التحكيم، في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، بل لابد من التعرف على اللحظة التي تبدأ منها تلك الإجراءات، فهي كما أشرنا سابقاً تبدأ في اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلب التحكيم من المدعي، ما لم يتفق الطرفان على موعد آخر، كأن يتفقا على أن يبدأ الموعد من تاريخ تقديم طلب التحكيم إلى هيئة التحكيم المتفق عليها، أو من تاريخ تعيين المدعى عليه لمحكمه، أو من تاريخ الانتهاء من تشكيل هيئة التحكيم، أو كأن يتفقا على افتتاح إجراءات التحكيم خلال شهرين من تاريخ تسليم البضاعة في ميناء الشحن، وفي جميع الأحوال يتعين توجيه طلب التحكيم خلال هذه المدة، وإلا كان الطلب غير مقبول⁴.

ولا تخفى أهمية تحديد التاريخ الذي تبدأ به خصومة التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، فعلى ضوء هذا التاريخ يبدأ ما قد يتفق عليه الأطراف من مواعيد،

¹ H. verbist, la pratique de la cour internationale d'arbitrage de la CCI, en matière de fixation du lieu d'arbitrage, Rev. Arb, aff. Int, 1995, P. 100 et ss.

² يراجع في بيان أنواع التحكيم، المطلب الثالث من المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الأول.

³ د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 443 وما بعدها.

⁴ د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 616 وما بعدها.

كاتفاقهم مثلاً على أن يبدأ ميعاد تقديم المدعي لبيان الدعوى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ بدأ إجراءات التحكيم، واتفاقهم على أن يتم تبادل المذكرات وتسليم المستندات خلال شهرين من تاريخ بدء هذه الإجراءات¹، كما أنه من هذا التاريخ تلتزم هيئة التحكيم بإصدار حكمها خلال أربعة أشهر، وفقاً لما نصت عليه المادة 1018 من ق.إ.م.إ. الجزائري السالفة الذكر، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك.

على أن ما يجب على أطراف النزاع أخذه في الحسبان، أن القاعدة السابقة في تحديد وقت بدء إجراءات التحكيم ليست قاعدة مضطردة عند جميع التشريعات والنظم، إذ هي تختلف تبعاً لما إذا كان التحكيم البحري مؤسسياً أم حراً على النحو الآتي:

1- تحديد وقت بدء الإجراءات في التحكيم البحري المؤسسي:

المتأمل في لوائح التحكيم لدى مراكز ومؤسسات التحكيم المؤسسي البحري، يلاحظ أنها لم تتفق على حل موحد تفتتح به إجراءات التحكيم: فهناك اتجاه أول غالب²، يحدد بدء إجراءات التحكيم بيوم تقديم طلب التحكيم إلى أمانة المؤسسة أو المركز، والتي تتولى إخطار المدعى عليه بهذا الطلب، وهذا الاتجاه تمثله لائحة غرفة التحكيم البحري بباريس (المادة 1/4)، ولائحة تحكيم المنظمة الدولية للتحكيم البحري (المادتان 3 و4)، ولائحة إجراءات التحكيم لدى جمعية التحكيم الأمريكية A.A.A (المادة 2/2)، ولائحة محكمة لندن للتحكيم الدولي L.C.I.A (المادة 1)، وهكذا وباستلام أمانة المركز أو مؤسسة التحكيم المؤسسي لطلب التحكيم، تعتبر إجراءات التحكيم البحري قد بدأت.

2- تحديد وقت بدء الإجراءات في التحكيم البحري الحر:

بخلاف الاتجاه الأول الغالب عند أنظمة التحكيم، فإن هناك اتجاه ثان يتمثل في بعض مراكز التحكيم البحري الحر، وهو الاتجاه الغالب عند التشريعات المقارنة³، حيث يحدد تاريخ بدء إجراءات التحكيم ليس باليوم الذي يتقدم فيه طالب التحكيم بطلبه إلى مركز التحكيم، بل باليوم

¹ د محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 107-108.

² أشار إليه، د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 458 وما بعدها.

³ أنظر على سبيل المثال، المادة 1018 من ق.إ.م.إ. الجزائري، والمادة 21 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994، والمادة 9 ومن قانون التحكيم التونسي لعام 1993، والمادة 27 من قانون التحكيم العماني لعام 1997، والمادة 1044 من قانون التحكيم الألماني لعام 1997.

الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلب التحكيم¹، ومن هذا الاتجاه بعض مراكز ومؤسسات التحكيم البحري الحر أهمها، لائحة جمعية المحكمين البحريين بلندن (المادة 2)، ولائحة جمعية المحكمين البحريين بنيويورك (المادة 6)، لائحة تحكيم اليونيسترال لسنة 1976 (المادة 3)². وهكذا تتجلى مظاهر تدخل مراكز التحكيم البحري المؤسسي في تنظيم وإدارة العملية التحكيمية، من خلال تقديم طلب التحكيم إلى سكرتارية مركز التحكيم، والتي تحدد صياغة طلب التحكيم ومرفقاته، ومواعيد تقديمه، وكذا ردود المدعى عليه ومواعيدها، بحيث يكون تاريخ تقديم هذا الطلب إلى أمانة المركز هو التاريخ الرسمي لبدء إجراءات التحكيم، وهذا بخلاف مراكز التحكيم البحري الحر التي تكتفي بالإشراف على سير العملية التحكيمية فقط دون أي تدخل في تنظيمها وإدارتها، فيكون بذلك تاريخ تقديم طلب التحكيم إلى المدعى عليه هو التاريخ الرسمي لبدء إجراءات التحكيم³.

3- بدء إجراءات التحكيم في التشريع الجزائري:

البادي أن المشرع الجزائري قد سائر هذا الاتجاه الأخير، الذي يمثله الرأي الغالب عند التشريعات المقارنة على النحو السابق -خلافاً للاتجاه الغالب وفقاً للوائح التحكيم-، وهو ما يظهر من خلال المادة 1018 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: "يكون اتفاق التحكيم صحيحاً ولو لم يحدد أجلاً لإنهائه، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة (4) أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم..."

وفي معرض تنظيم المشرع الجزائري لإجراءات التحكيم، يمكن أن نورد بعض الملاحظات:

الملاحظة الأولى: أن المشرع الجزائري لم يحدد لطلب التحكيم شكلاً معيناً، وكأنه في ذلك يحرص على تجنب تلك التعقيدات التي تحيط بعملية إعلان الخصومة، كضرورة مرور هذا الإعلان على يد مضر قضائي، أو الإعلان عن طريق البريد للحضور أمام المحكم، وغيرها من الإجراءات

¹ وقد بينا فيما سبق أن إرادة الأطراف هي الأصل في تحديد وتسيير إجراءات هذا النوع من التحكيم، فبتلك المثابة فإن من حق الأطراف أن يحددوا الوقت الذي تبدأ فيه إجراءات التحكيم في نزاعهم الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع.

² للمزيد ينظر، د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 352 وما بعدها.

³ راجع بشأن مدى تدخل مراكز التحكيم المؤسسي والحر في سير العملية التحكيمية، المطلب الثالث من البحث الأول من الفصل الأول من الباب الأول.

التي كانت ولا تزال سبباً في بطء عملية التقاضي، وهو ما دفع المشرع أن يجعل هذا الإجراء أكثر مرونة على نحو يتفق وما يقتضيه التحكيم من سرعة الفصل في النزاع¹.

ومع ذلك فإنه من الأفضل في تقديرنا، أن يتم طلب التحكيم كتابة مع تحديد البيانات اللازمة فيه مراعاة لمقتضيات الإثبات²، وحتى يحقق هذا الطلب الغرض منه، فقد جرت العادة أن يتضمن جملة من البيانات أهمها: إسم الطالب وعنوانه، وذكر إسم وعنوان من يمثله قانوناً أمام هيئة التحكيم، وإسم المدعى عليه وعنوانه، وإسم المحكم الذي عينه الطالب إذا كانت هيئة التحكيم مكونة من أكثر من شخص، وعنوان هذا المحكم ورقم هاتفه لتسهيل الاتصال به، وموجز لموضوع النزاع، وإشارة إلى العقد الذي يتصل به النزاع، وإلى شرط أو مشاركة التحكيم³.

الملاحظة الثانية: أن المشرع لم ينظم صراحة وبشكل واضح كيفية افتتاح إجراءات التحكيم، واقتصر على أن مهمة المحكمين تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم (المادة 1018 ق.إ.م.إ.)، غير أنه في المادة 1015 من نفس القانون نص بأنه: "لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحاً، إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم"، وبالمقارنة بين المادتين فإن الالتباس قد يثور من ناحيتين:

فمن ناحية أولى، يثور الالتباس حول تحديد الوقت الحقيقي الذي تبدأ فيه إجراءات التحكيم، فهل تبدأ من تاريخ تعيين المحكمين حسب المادة 1018، أو من تاريخ قبول هؤلاء المحكمين لمهمة التحكيم حسب المادة 1015؟.

لم يستلزم القانون الجزائري صدور قبول المحكمين لمهمتهم في شكل معين، مما يعني إمكانية صدور هذا القبول ضمناً بتولي المحكم مهمة التحكيم، وهذا يعني أن المدة تحسب عملاً من أول إجراء يتخذه هذا المحكم أو تتخذه هيئة التحكيم⁴، أي بعد قبول مهمة التحكيم والبدء في القيام

¹ د أحمد السيد صاوي، إجراءات التحكيم طبقاً لقانون التحكيم المصري ووفقاً لأهم قواعد وأنظمة التحكيم الدولية، البحث المشار إليه سابقاً، ص 800-801.

² وهو ما أكدته العديد من التشريعات عندما نصت أن هذا الطلب يكون عن طريق تسليم رسالة أو إعلان إلى المدعى عليه شخصياً، أو في مقر عمله، أو في محل إقامته المعتاد، أو في عنوانه البريدي المعروف للطرفين، أو المحدد في مشاركة التحكيم، أو في الوثيقة المنظمة للعلاقة التي يتناولها التحكيم، أنظر على سبيل المثال المادة 1/7 من قانون التحكيم المصري، والمادة 1/2 من قواعد اليونيسترال.

³ د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 319.

⁴ وهذا ما حدا بالبعض إلى اقتراح تحرير محضر يعتبر بمثابة "وثيقة" حاسمة في تحديد بدء إجراءات التحكيم، لاسيما وأن إثبات قبول المحكمين قد يثير بعض الصعوبات من الناحية العملية، حيث ينبغي أن تتضمن هذه الوثيقة توقيع المحكمين =

بالممارسة الفعلية لها وفقاً للمادة 1015، وهي مرحلة لاحقة لمرحلة تعيينهم المنصوص عليها في المادة 1018.

ومن ناحية ثانية، أن النصوص السابقة لم تميز بين تحديد وقت بدء إجراءات التحكيم، وتحديد وقت انعقاد خصومة التحكيم، فإذا كانت خصومة التحكيم تنعقد من الوقت الذي يتم فيه إعلان طلب التحكيم، سواء من المدعي أو من هيئة التحكيم إلى المدعى عليه، فإن بدء إجراءات التحكيم ذاتها لا يرتبط بانعقاد خصومة التحكيم بالمعنى المذكور، فهي كما سبق تبدأ من اليوم الذي يتخذ فيه أول إجراء من إجراءات التحكيم، وعلى هذا النحو فإن هذه الأخيرة تبدأ مبكراً في وقت سابق على وقت انعقاد خصومة التحكيم¹، وهذا بديهي، لأن هيئة التحكيم لا يمكنها مباشرة مهمة التحكيم رغم تعيينها، إلاّ بقبولها له بعد إخطارها طبعاً بموجب طلب التحكيم الذي يرفعه المدعي.

الملاحظة الثالثة: أن المشرع الجزائري ميز في معرض تنظيمه لإجراءات التحكيم بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، حيث قرر في مجال التحكيم الداخلي من خلال المادة 1019 من القانون المذكور بأنه: "تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك"، وعلى هذا إذا لم يتفق الطرفان على تحديد الإجراءات الواجب اتباعها في خصومة التحكيم، ومنها كيفية افتتاح هذه الإجراءات، فإن القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة يكون هو قانون الجهة القضائية المختصة أصلاً في نظر النزاع، بينما قرر في نص المادة 1043 المتعلقة بالتحكيم الدولي بأنه: "يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم، الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استناداً على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم. إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استناداً إلى قانون أو نظام تحكيم".

=تأكيداً لقبولهم مهمة التحكيم، ويعتبر تاريخه بداية سريان المهلة التي يجب أن تنتهي فيها مهمة المحكمين، مستفاد من، د محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 108-109، د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 621.

¹ د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 458.

وعلى هذا النحو، يظهر أن المشرع كان أكثر مرونة في مجال التحكيم الدولي مقارنة مع التحكيم الداخلي، وإن كان واقع التحكيم المعاصر أصبح في تقديرنا يتطلب تجاوز مثل هذه الفوارق، نظراً لوحدة خصوصيات التحكيم سواء على الصعيد الدولي أم الداخلي.

وعلى كل، فإنه متى تم تقديم طلب التحكيم على النحو السابق، تأتي مرحلة طرح النزاع على التحكيم وفقاً لما يأتي:

ثانياً: طرح النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع على هيئة التحكيم

بعد تقديم المدعي لطلب التحكيم، بشأن النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة، وإخطار المدعى عليه أو هيئة التحكيم بذلك على النحو المتقدم، تأتي مرحلة الممارسة الفعلية لمهمة التحكيم عن طريق طرح هذا النزاع على هيئة التحكيم، وهذا يقتضي دعوة الخصوم لإبداء إدعاءاتهم ودفوعهم وتقديم مستنداتهم وأدلتهم الثبوتية، ولا يتأتى هذا إلا بعد قيام المدعي بإجراء معين يتمثل في إعلان بيان الدعوى¹، يقابله تقديم مذكرة رد على هذا البيان من قبل للمدعى عليه:

أ- بيان دعوى التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع:

يتعين على كل خصم إعلان كل إجراء يتم اتخاذه ضد الخصم الآخر، احتراماً لمبدأ حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة بينهم، ولما كانت خصومة التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع موضوع دراستنا، هي خصومة حقيقية، فإنه يتعين على الطرف الذي بادر بتقديم طلب التحكيم، أن يرسل بياناً مكتوباً إلى المدعى عليه وإلى جميع أعضاء هيئة التحكيم، خلال الميعاد المتفق عليه بين الأطراف، أو الميعاد الذي تحدده الهيئة، يتضمن بياناته الشخصية، وتحديد إسم المدعى عليه وعنوانه، وتفصيل وقائع الدعوى، وتحديد موضوع النزاع، وكافة البيانات التي اتفق الطرفان على ذكرها، ويختتم المدعي بيانه بتحديد طلباته².

ولم تشترط غالبية التشريعات شكلاً معيناً أو طريقة خاصة في هذا الإعلان، تاركين ذلك للأطراف وفقاً لما يتناسب مع ظروفهم، فيجوز أن يتم هذا الإعلان عن طريق التسليم باليد، أو البريد أو عن طريق الفاكس، وإذا كان الأصل أن يكون الإعلان مكتوباً، فإن الكتابة ليست شرطاً

¹ د فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 249.

² نصت على ذلك المادة 1/30 من قانون التحكيم المصري، ولا يوجد لها نظير في القانون الجزائري.

لصحة الإجراء، مادام أن الغرض منه قد تحقق سواء بحضور الخصم أمام هيئة التحكيم، أو بإبداء الدفاع في مواجهته، أو بإثبات الطلبات في محضر الجلسات¹.

هذا وقد سبق الإشارة أن المشرع الجزائري فضلاً على عدم توضيحه للكيفية التي تبدأ بها إجراءات التحكيم، لم يبين أيضاً الإجراء السابق ذكره والذي تعتقد به خصوصية التحكيم، والمتمثل في إعلان بيان الدعوى، بخلاف المشرع المصري الذي نظم في المادة 30 من قانون التحكيم، كما أنه لم يحدد ميعاداً لتقديم هذا البيان، تاركاً ذلك أيضاً لاتفاق الطرفين أو إلى هيئة التحكيم عند غياب هذا الاتفاق، ومن ثم يجوز أن يقدم ضمن طلب التحكيم، كما يجوز أن يقدم في أول جلسة تعقدها هيئة التحكيم، ما لم يحدد الطرفان لتقديمه موعداً معيناً، أو تحدد هيئة التحكيم هذا الموعد².

وتبعاً لعدم تطرق المشرع الجزائري لبيان الدعوى الذي يتقدم به المدعي، فهو لم يتطرق أيضاً إلى الجزاء الذي يترتب عن عدم تقديم هذا البيان، بخلاف المشرع المصري (المادة 1/34 تحكيم) الذي نص على أن لهيئة التحكيم أن تأمر بإنهاء إجراءات التحكيم، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، ولما كان هذا الجزاء غير متعلق بالنظام العام، فإنه لا يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر به من تلقاء نفسها، وإنما يكون ذلك بناءً على دفع من المدعى عليه، كذلك يجوز للطرفان تبعاً لذلك أن يتفقا على تقرير جزاء آخر غير هذا الإنهاء، كل ذلك ما لم يوجد عذر مقبول يبرر عدم تقديم المدعي لبيان الدعوى³.

ب- مذكرة الرد على بيان الدعوى التحكيمية:

للمدعى عليه الحق في تقديم مذكرة بدفاعه رداً على بيان الدعوى، وذلك في الميعاد المتفق عليه، أو الميعاد الذي تحدده هيئة التحكيم عند خلو الاتفاق من تحديده، يضمنها رده على ما ورد في بيان المدعي، وعرض كافة أوجه دفاعه، وحرصاً من المشرع على تحقيق التحكيم إحدى مزاياه الرئيسية والمتمثلة في السرعة، وتفادي بقاء الإجراءات، قرر مواصلة هيئة التحكيم نظر النزاع رغم تراخي أو تقاعس المدعى عليه في الرد وإعداد مذكرة دفاعه، وهو ما نصت عليه المادة 1022 من ق.إ.م.إ. الجزائري بقولها: "يجب على كل طرف تقديم دفاعه ومستنداته قبل انقضاء

¹ د حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 299 وما بعدها.

² د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 623.

³ د فتحي والي، المرجع السابق، ص 328، وانظر المادة 1/34 تحكيم مصري.

أجل التحكيم بخمسة عشر (15) يوماً على الأقل، و إلا فصل المحكم بناء على ما قدم إليه خلال هذا الأجل"، على أن تراخي المدعى عليه وتجاوزه للميعاد المحدد للرد، لا يعني إقراراً منه بصحة طلبات المدعي، فلا يجوز أن تستخلص منه هيئة التحكيم اعترافاً بالحق المدعى به، ما لم يوجد اتفاق بين الطرفين، يقضي بأن عدم رد المدعى عليه يعتبر تسليماً بطلبات المدعي¹.

الفرع الثاني

نطاق خصومة التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

إذا ما تم تحريك خصومة التحكيم بشأن النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع على النحو السابق، تحددت معالمها الأولية بأطرافها من ناحية، وهم المدعي والمدعى عليه أو حتى الغير الذين يمتد إليهم أثر اتفاق التحكيم، وهو ما يعرف بالنطاق الشخصي لخصومة التحكيم (أولاً)، ثم بموضوعها المتمثل في الطلبات المقدمة من المدعي من ناحية أخرى، وهو ما يعرف بالنطاق الموضوعي لخصومة التحكيم (ثانياً):

أولاً: النطاق الشخصي لخصومة التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع

خصومة التحكيم كخصومة القضاء، لها طرفان على الأقل، مدعي ويسمى طالب التحكيم أو المحكم، ومدعى عليه ويسمى المحكم ضده، وخصومة التحكيم هي خصومة خاصة تنشأ عن اتفاق التحكيم، فلا يجوز أن يكون طرفاً فيها سوى من يلزمهم هذا الاتفاق، وهم أطراف عقد النقل البحري المحكم فيه بمقتضى اتفاق التحكيم المبرم بينهم، وأيضاً من يمتد إليهم أثر هذا الاتفاق من الخلف أو من الغير، على النحو الذي فصلناه فيه سابقاً²، على أن تتوافر فيهم أهلية التقاضي، كما أن الخصومة قد تنشأ بين طرفين ممن يلزمهم اتفاق التحكيم، ثم تتعدد أثناء نظرها بإدخال أو بتدخل أطراف أخرى فيها³، وعلى هذا النحو سوف نعرض لكل من أهلية الخصوم، ثم تعدد أطراف الخصومة التحكيمية:

¹ وهو ما قضت به المادة 2/34 من قانون التحكيم المصري، ولا يوجد لها نظير في القانون الجزائري، وانظر، د محمود مختار بريري، المرجع السابق، ص 109-110، د فتحي والي، المرجع السابق، ص 330.

² يرجع بشأن هذا الموضوع، إلى المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الثاني من الباب الأول.

³ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 625-626.

أ- أهلية الأطراف في خصومة التحكيم:

حتى يكون الشخص طرفاً في الخصومة التحكيمية يجب أن تتوفر لديه أهلية الاختصاص، وهي تتوفر لكل من لديه أهلية الوجود¹، فلو رفعت الدعوى التحكيمية نيابة عن أو ضد شخص متوفى، أو رفعت من أو ضد شخص اعتباري زالت شخصيته المعنوية قبل رفعها، فإن الخصومة تكون باطلة، وإذا صدر فيها حكم كان هذا الحكم باطلاً، كما يجب أن تتوفر لديه أيضاً الأهلية الإجرائية، أي أهلية التقاضي، وهي لا تتوفر إلا لمن كانت لديه أهلية الأداء، وهي صلاحية الشخص للقيام بأعمال التصرف في الحق محل الخصومة²، فإن توافرت في الشخص أهلية الوجود دون أهلية الأداء، قام ممثله القانوني ولياً كان أو وصياً أو قيماً بتمثيله في الخصومة، وإذا رفعت دعوى التحكيم من أو ضد شخص اعتباري، فيمثله في الخصومة نائبه القانوني³.

وقد اختلف الفقه حول الجزاء المترتب على تخلف الأهلية، سواء أهلية الاختصاص أو الأهلية الإجرائية، فذهب اتجاه إلى أن الأهلية هنا تعتبر شرط لقبول الدعوى، وبالتالي يترتب على تخلف هذا الشرط عدم قبول الدعوى، لكن الرأي الراجح الذي عليه غالبية الفقه، يذهب إلى أن الأهلية هنا هي شرط لصحة الإجراءات، فيتربط على تخلفها أو تخلف التمثيل القانوني الصحيح بطلان هذه الإجراءات فقط⁴.

¹ تنقسم الأهلية إلى نوعين، الأول: أهلية الوجود، وهي صلاحية الشخص ليكتسب الحقوق ويتحمل الالتزامات، وهي تلازم الشخص منذ ميلاده إلى غاية وفاته، والثاني: أهلية الأداء، وهي صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية والتي يكتسب من خلالها حقوقاً أو يتحمل التزامات، أنظر في ذلك، د محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 15-153.

² وعلى هذا النحو، فالأصل أن الشخص لا يكتسب صفة الخصم اكتساباً صحيحاً إلا إذا كان بالغاً سن الرشد غير محجور عليه، مع مراعاة الاستثناء الوارد في ذلك، والذي يجوز فيه للقاصر المأذون له بالقيام ببعض الأعمال، وكذلك ناقص الأهلية من اعتباره أهلاً للتقاضي في بعض الدعاوى كدعاوى الحيازة والدعاوى الاستعجالية، لأن القضاء لا يمس فيها أصل الحق وإنما يقتصر على حفظه فقط. لأكثر تفصيل في هذا الخصوص يرجع إلى، المبحث الثاني من الفصل الأول من الباب الأول.

³ وتطبيقاً لذلك، إذا رفعت الدعوى التحكيمية من إحدى الشركات، وصدر حكم أثناء سريان الخصومة بتصفيتها، فيجب أن يمثلها المصفي القضائي، فإن طلب هذا المصفي التدخل في دعوى التحكيم لتصحيح شكل الدعوى، وجب على هيئة التحكيم أن تقبل تدخله وإلا كان حكمها الذي ستصدره باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام. للمزيد أنظر، د فتحي والي، المرجع السابق، ص 338-339.

⁴ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 627، د فتحي والي، المرجع السابق، ص 339.

ب- تعدد أطراف خصوصية التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع:

إذا كان الأصل كما تقدم، أن يكون لخصوصية التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع طرفان، هما المدعي (المحتكم) والمدعى عليه (المحتكم ضده)، إلا أن إجراءات هذه الخصوصية قد تفرض أحياناً إقحام أكثر من طرفين¹، فقد يتعدد أطراف خصوصية التحكيم -سواء كانوا مدعين أو مدعياً عليهم- تبعاً لتعدد المصالح وتعارضها²، وهذا التعدد قد ينشأ عند بدأ الخصوصية، بل قد يوجب القانون تعددهم في بعض الدعاوى، كما هو الحال مثلاً في الدعاوى غير المباشرة، حيث يجب أن ترفع على المدين ومدين المدين معاً، وقد ينشأ هذا التعدد بعد بدء الخصوصية وأثناء سيرها، من خلال تدخل الغير فيها أو اختصامه من قبل أحد الخصوم، أو بإدخاله³ بأمر من المحكمة:

1- الإدخال في خصوصية التحكيم: (Mise en Cause dans l'instance d'arbitrage)

الأصل استناداً إلى مبدأ نسبية أثر اتفاق التحكيم، أنه لا يمكن إلزام الغير أو من لا يمتد إليه هذا الاتفاق بالخضوع لسلطة المحكمين، ولكون أن هؤلاء المحكمين يستمدون ولايتهم من اتفاق التحكيم، فإنه لا يجوز لأي من الخصوم أن يختصم أمام هيئة التحكيم من ليس طرفاً في هذا الاتفاق⁴، وتطبيقاً لذلك، فإنه إذا وُجِّهت دعوى التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، إلى أحد ممن لا ينصرف إليه أثر اتفاق التحكيم، كان له أن يدفع بعدم نفاذ هذا الاتفاق في مواجهته.

على أنه -استثناءً عن الأصل المتقدم-، يمكن إدخال أو اختصام الغير الذي ليس طرفاً في اتفاق التحكيم، المبرم بين طرفي عقد النقل البحري للبضائع المتنازع بشأنه، بناءً على طلب منهما وموافقة الشخص المطلوب إدخاله، ولا يجوز إدخاله دون موافقته ولو كان مديناً متضامناً مع المحتكم ضده الطرف في اتفاق التحكيم، لكن إذا تم إدخاله بطلب من طرفي الخصوصية، ودون موافقة صريحة منه، ومع ذلك استمر في الإجراءات دون أن يطلب إخراجه منها أو يدفع بعدم نفاذ الدعوى التحكيمية في مواجهته، فإن ذلك يعتبر موافقة ضمنية منه على سريان اتفاق التحكيم في مواجهته، هذا وهيئة التحكيم سلطة تقديرية في قبول طلب الإدخال، فهي غير ملزمة

¹ Jean Robert, L'Arbitrage droit interne, droit international privé, Op. Cit, P. 501.

² د أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، ط 2001، المرجع السابق، ص 255.

³ راجع بخصوص الإدخال في الخصوصية القضائية المواد من 199 إلى 206 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

⁴ د فتحي والي، المرجع السابق، ص 341.

به ولو توافرت شروط الإدخال، كما لا يجوز لها من تلقاء نفسها أن تختصم أو تدخل في الخصومة من لا تنصرف إليه آثار اتفاق التحكيم، ولو رأت في ذلك مصلحة العدالة أو إظهاراً للحقيقة، وإلا كان حكمها باطلاً¹.

2- التدخل في خصومة التحكيم: (l'intervention dans l'instance d'arbitrage)

التدخل في الخصومة بصفة عامة²، هو نظام إجرائي بمقتضاه يطلب شخص من الغير الدخول في خصومة قائمة، وذلك لدعم موقف أحد الخصوم وتأييد طلباته، لتفادي ضرر يمكن أن يصيبه من جراء الحكم على الخصم الذي يريد أن ينضم إليه، ويسمى أيضاً بالتدخل الإرادي أو الاختياري، وهو يأخذ إحدى صورتين³:

الأولى، وتسمى بالتدخل الأصلي أو الهجوم، وهو الذي يرمي المتدخل من خلاله إما الحصول على حق أو مركز قانوني يدعيه لنفسه، كأن يطلب مالك السفينة الناقلة التدخل في الخصومة القائمة بين الشاحن والناقل طرفا عقد النقل البحري، وذلك للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق سفينته رغم عدم كونه طرفاً في عقد النقل.

الثانية، وتسمى بالتدخل الاختياري أو الانضمامي، وهو الذي يرمي المتدخل من خلاله إلى الانضمام إلى أحد الخصوم سواء كان مدعياً أو مدعى عليه، لتأييد طلباته وتدعيم موقفه، والدفاع عن مصالحه التي يرى فيها حماية لمصالحه هو، وذلك دون أن يطالب بحق لنفسه، ومثال ذلك أن يطالب بائع البضاعة المنقولة بحراً بالتدخل في دعوى الاستحقاق المرفوعة على المشتري، لكي يدعّمه في نفي الاستحقاق المدعى به، حتى يتفادي رجوع المشتري عليه بضمان الاستحقاق.

لكن إذا كان مبدأ التدخل أو الاختصاص في الخصومة يعد مبدأً معترفاً به لدى قوانين الإجراءات المدنية، فإن محل التساؤل هنا حول مدى جواز تدخل الغير في خصومة التحكيم أو اختصاصه فيها، بناءً على طلب من أحد الخصوم أو بأمر من هيئة التحكيم؟.

¹ د فتحي والي، المرجع السابق، ص 342-343.

² راجع بخصوص التدخل في الخصومة القضائية المواد من 196 إلى 198 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

³ د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 461 وما بعدها، د نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، المرجع السابق، ص 171 وما بعدها.

البادي من غالبية التشريعات ومنها قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، أنها وقفت موقفاً سلبياً تجاه هذه المسألة¹، وهو ما جعل بعض الفقه إما متجاهلاً لها أصلاً²، وإما قائلاً بعدم جواز التدخل في التحكيم لعدم النص عليه³، والواقع أنه رغم كون نظام التدخل أو الإدخال قد يبدو متعارضاً مع طبيعة التحكيم، القائم أساساً على إرادة الطرفين لوحدهما في اللجوء إليه من جهة، وبناءً على نسبية أثر اتفاق التحكيم من جهة أخرى، إلا أن لهذا النظام ما يبرره في مجال التحكيم وذلك من عدة نواحي⁴:

فمن ناحية أولى، أن مجرد عدم تعرض القانون لنظام التدخل في خصومة التحكيم، لا ينهض حجة للقول بعدم جوازه، طالما كانت هناك مسوغات لإعماله في مجال التحكيم كنظام خاص للتقاضي، تماماً كما توجد مسوغات لإعماله أمام القضاء، ومنها أن فكرة التدخل ما وجدت أساساً إلاّ بهدف الاقتصاد في الإجراءات، وغلق الباب أمام تعدد الخصومات وتعارض الأحكام.

ومن ناحية ثانية، أن اعتبار التحكيم نظام خاص للتقاضي، يقتضي وجود قواعد إجرائية لا تختلف كثيراً عن تلك القواعد المتبعة أمام القضاء، فلا يوجد مبرر لرفض التدخل كنظام إجرائي في مجال التحكيم، وإقصاره على قضاء الدولة.

ومن ناحية ثالثة، أن هذا الاتجاه الرافض لإعمال فكرة التدخل في مجال التحكيم، قد اعترف في ذاته بمبدأ الإرادة الذي يستند عليه التحكيم، ولا يخفى ما لهذه الإرادة من دور كبير في إنشاء القواعد الإجرائية الواجب اتباعها في جميع مراحل التحكيم، وبالتالي يكون من غير المنطقي القول بعدم جواز اتفاق الطرفان على إمكانية الإدخال أو التدخل.

¹ يستثنى من ذلك بعض القوانين ولوائح التحكيم التي نظمت مسألة التدخل في التحكيم، نذكر منها، المادة 786 قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني لعام 1985، والمادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية الهولندي لعام 1986، والمادة 1696 من قانون التحكيم البلجيكي لعام 1998، ومن لوائح التحكيم نذكر المادة 13/ح من لائحة تحكيم محكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي LCIA عام 1985.

² أنظر على سبيل المثال، د محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 107 وما بعدها، د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص 209 وما بعدها، د حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 305 وما بعدها، د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 406 وما بعدها.

³ أشار إلى هذا الرأي، د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 463.

⁴ لمزيد من التفصيل، أنظر المرجع نفسه، ص 464 وما بعدها.

والحاصل وفقاً لما تقدم، أن التدخل في خصومة التحكيم هو أمر جائز، بل قد يكون أمراً متطلباً في كثير من الأحيان، غاية ما في الأمر أنه ينبغي مراعاة شروط وضوابط معينة لإعماله: الشرط الأول، أن يكون لطالب التدخل مصلحة من تدخله، وهي شرط أساسي لقبول الدعوى، وتتمثل هذه المصلحة في اتقاء المتدخل ضرراً يمكن أن يصيبه من الحكم على الخصم الذي يريد الانضمام إليه¹.

الشرط الثاني، أن يكون هناك ارتباط بين طلب المتدخل والدعوى الأصلية، سواء من حيث المحل أو من حيث السبب، وبناء على هذا الارتباط اقتضت العدالة وحسن سير الخصومة جمع الطرفين في خصومة واحدة.

الشرط الثالث، أن تكون الخصومة التحكيمية لازالت قائمة، فإذا انقضت أو زالت بالحكم في موضوعها أو بتركها مثلاً، أو تم إقفال باب المرافعة، فلا محل لطلب التدخل، ذلك أن علة إجازة التدخل هي تجنب إطالة أمد النزاع، عن طريق الجمع بين الطلب الأصلي والطلب العارض².

الشرط الرابع، يتمثل في تعبير الخصوم عن إرادتهم في قبول انضمام المتدخل إلى التحكيم، وذلك إما بالنص عليه مسبقاً في اتفاق التحكيم، أو يعبران عن هذه الإرادة بعد بدء خصومة التحكيم وبمناسبة طلب الغير لهذا التدخل، وفي هذه الحالة الأخيرة يتعين موافقة هيئة التحكيم إضافة إلى موافقة الخصوم³.

الشرط الخامس، أن توافق هيئة التحكيم على طلب التدخل، وقد سبق وأن أشرنا إلى أن لهيئة التحكيم سلطة تقديرية في قبول طلب الإدخال، فهي غير ملزمة به ولو توافرت شروط الإدخال، ولا يجد من سلطتها هذه إلا اتفاق الطرفان على قبول التدخل باعتباره أساس ولايتها⁴.

¹ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 636.

² د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 466-467.

³ وفي هذا الغرض يرى البعض أن مجرد عدم اعتراض الخصوم على تدخل الغير، يعتبر بمثابة موافقة منهم على انضمامه إلى التحكيم، بحيث يعتبر بذلك طرفاً في اتفاق التحكيم، أما إذا اعترضوا على تدخله، فإنه يظل غيراً بالنسبة لهذا الاتفاق، ويكون تدخله واجب الرفض، أنظر، د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 635.

⁴ د أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 468-469.

ثانياً: النطاق الموضوعي لخصومة التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع

موضوع الخصومة أو نطاقها الموضوعي، هو مجموع المسائل المطروحة على هيئة التحكيم للفصل فيها، والخصومة التحكيمية شأنها شأن الخصومة القضائية تباشر بوسيلتين، طلبات ودفع، وتفصيل ذلك على النحو الآتي:

أ- الطلبات الخاصة بخصومة التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع:

تضم الطلبات المتصلة بموضوع النزاع الطلبات الأصلية، وهذه تصدر عن المدعي، تقابلها طلبات من المدعى عليه وتسمى بالطلبات المقابلة، مع إمكانية تعديل هذه الطلبات سواء الأصلية أو المقابلة بطلبات أخرى تسمى بالطلبات الإضافية، وتسمى كل من الطلبات المقابلة والطلبات الإضافية بالطلبات العارضة تمييزاً لها عن الطلبات الأصلية:

1- الطلبات الأصلية:

الطلب الأصلي هو الذي يرمي من خلاله المدعي، إلى المطالبة بحماية قانونية لحق أو مركز قانوني يدعيه لنفسه في مواجهة خصمه، فإذا كان موضوع النزاع أمام القضاء تحدده طلبات الخصوم، كما وردت في مذكراتهم الختامية لطلباتهم الأصلية والعارضة حتى قفل باب المرافعة، فإن الأصل في موضوع النزاع أمام هيئة التحكيم أن يكون محدداً في الاتفاق على التحكيم، ولا يجوز تغيير هذا الموضوع إلا بإبرام اتفاق تحكيم جديد¹، وعدم تحديد موضوع النزاع في اتفاق التحكيم يترتب عليه البطلان، على نحو ما رأينا طبقاً لما نصت عليه المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

وقد سبقت الإشارة، إلى أن إجراءات التحكيم تبدأ من اليوم الذي يتسلم فيه المدعى عليه طلب التحكيم من المدعي، كما سبق أن رأينا أنه يكفي أن يتضمن هذا الطلب تحديد النزاع المراد التحكيم فيه، ولكنه قد يتضمن فوق ذلك تحديد بيان لطلبات المدعي، فإذا لم يتضمن تحديد هذه الطلبات تعين أن يتضمنها بيان الدعوى، أما إذا لم يقدم المدعي بيان الدعوى المذكور

¹ د نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 168.

مشتماً على طلباته، توجب على هيئة التحكيم أن تأمر بإنهاء إجراءات التحكيم ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك¹.

2- الطلبات المقابلة:

سميت هذا الطلبات بالمقابلة اعتباراً بأن المدعى عليه يقابل بها طلبات المدعي أو يرد بها عليه، وهي تقدم دائماً بعد تحريك الخصومة وأثناء سيرها، ومثال هذه الطلبات، أن يطلب المدعي الطرف في عقد النقل البحري المحكم فيه تنفيذ هذا العقد، فيقابل المدعى عليه هذا الطلب بطلب الحكم بإبطال العقد أو بفسخه، ولما كانت ولاية هيئة التحكيم قاصرة على المسائل التي يشملها اتفاق التحكيم فقط على النحو الذي أوضحناه سابقاً، وجب أن تكون هذه الطلبات المقابلة مرتبطة بموضوع النزاع الناشئ عن هذا العقد محل التحكيم، أي أن تكون داخلية في إطار التحكيم المتفق عليه².

3- الطلبات الإضافية:

إذا ما تقدم كل من المدعي والمدعى عليه بطلباته -الأصلية والمقابلة- على النحو السابق، فإنه يجوز لهما تعديل هذه الطلبات والإضافة إليها، وذلك بعد تحريك الخصومة وأثناء سيرها في أية حالة كانت عليها الإجراءات، شأنها شأن الطلبات المقابلة، إلا أن الغرض منها يتضمن تغييراً في محل الخصومة، بتعديله أو بالإضافة إليه³.

وبخلاف ما هو عليه الحال أمام القضاء من وجوب الحصول على إذن من المحكمة لتقديم هذه الطلبات، فإن هذا الإذن ليس لازماً من هيئة التحكيم بتقديمها، المهم أن يكون مرتبطاً بالطلب الأصلي أو الطلب المقابل، كما هو الحال مثلاً في طلب الفوائد القانونية المستحقة عن الدين الأصلي، وأن يكون داخل في نطاق اتفاق التحكيم، أي أن يكون مقصوداً على ما تنصرف إرادة الأطراف إلى التحكيم بشأنه، ولهذا فإنه لا ينطبق بالنسبة لخصومة التحكيم القاعدة المعروفة

¹ وقد أشرنا سابقاً، إلى أن المشرع الجزائري لم ينص على هذا الجزاء في حالة تخلف المدعي عن تقديم طلب التحكيم أو بيان الدعوى، بخلاف نصه على حالة تخلف المدعى عليه في تقديم رده، والمتمثل في مواصلة هيئة التحكيم الإجراءات رغم هذا التخلف طبقاً لنص المادة 1022 ق.إ.م.إ.ج.

² د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 642-643.

³ المرجع نفسه، ص 640-641.

في الخصومة أمام المحاكم، من أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع، فتقتصر ولاية المحكمين على ما ورد صراحة في اتفاق التحكيم دون قياس أو توسع¹.

على أن الوضع يختلف بحسب ما إذا كنا بصدد شرط تحكيم أو مشاركة، فلأن مشاركة التحكيم في النزاع الناشئ بمناسبة تنفيذ أو تفسير عقد النقل البحري للبضائع، تتميز بأنها تحدد موضوع هذا النزاع، فإنها تحدد أيضاً نطاق ما يقدم من طلبات عارضة، مقابلة كانت أو إضافية، فلا يجوز للمدعي أن يضيف طلباً خارج نطاق موضوع النزاع المحدد في هذه المشاركة، كما لا يجوز للمدعى عليه أن يقدم طلباً مقابلاً أو يضيف لهذا الطلب إلا في هذا النطاق، وهذا بخلاف شرط التحكيم، فإن سلطة الطرفين تكون أوسع، إذ أن الشرط يشير عادة إلى جميع المنازعات التي قد تنشأ عن عقد النقل البحري، مما يتيح للطرفين تقديم طلبات مقابلة أو إضافية متعلقة بهذا العقد².

ب- الدفوع الخاصة بخصومة التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع:

إذا كان الطلب هو ذلك الإجراء الذي يتقدم به المدعي، طالباً الحكم له بما يدعيه على نحو ما رأينا، فإن الدفع هو جواب الخصم على طلب المدعي بقصد تفادي الحكم عليه بما يدعيه³، فالدفوع بهذه المثابة قد تقدم من المدعى عليه رداً على طلبات المدعي الأصلية أو العارضة، كما قد تقدم من المدعي ذاته رداً على طلبات المدعى عليه المقابلة⁴.

ولأن خصومة التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، ترجع في كل ما يتصل بها إلى اتفاق طرفي هذا العقد المحكم فيه، فهي في مباشرتها تتخلص من كثير من القيود والإجراءات التي تحكم الخصومة القضائية، خاصة فيما يتعلق من دفوع شكلية ودفوع موضوعية ودفوع بعدم القبول، إلا في بعض الحالات، وحتى في هذه الحالات فإنه لا يشترط فيها ما يشترط

¹ د فتحي والي، المرجع السابق، ص 346-348-349.

² على أن التقييد بموضوع النزاع المحدد في الشرط أو المشاركة على النحو المشار إليه لا يتعلق بالنظام العام، فيمكن للأطراف الاتفاق على توسيع نطاق سلطتهم في تقديم الطلبات المقابلة أو العارضة بما يتجاوز نطاق الموضوع المحدد، إلا أنه لما كان في هذا التجاوز تعديلاً لاتفاق التحكيم، وجب أن تتوافر فيه الشروط اللازمة لإبرام هذا الاتفاق لاسيما شرط الكتابة، وما يتعلق أيضاً بطرح الإدعاءات بشأنه ومناقشتها والرد عليها بالمذكرات الدفاعية وغير ذلك. للمزيد ينظر، د فتحي والي، مرجع سابق، ص 346-347.

³ د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص 259.

⁴ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 645.

في الخصومة القضائية من وجوب الترتيب، من إبداء الدفوع الشكلية أولاً وجملةً، وقبل أي دفع في الموضوع أو دفع بعدم القبول، تحت طائلة سقوط الحق في إبدائها¹، وهذا ما لا يعتبر شرطاً في خصومة التحكيم، لمنافاته لما يقصده الأطراف من اللجوء إلى التحكيم، وما يتميز به مرونة في الإجراءات.

ونظراً لأن المجال هنا ليس لشرح هذه الدفوع، فإننا نحيل إلى القواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية²، ونقتصر على الأحكام الخاصة بهذه الدفوع في خصومة التحكيم الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة، وذلك على النحو الآتي:

1- الدفوع الموضوعية في خصومة التحكيم الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع:

الدفع الموضوعي في خصومة التحكيم الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، هو الدفع الذي يوجه إلى الحق موضوع الدعوى، بهدف رفض الدعوى كلياً أو جزئياً، وذلك إما بالمطالبة بمنع نشأة هذا الحق أصلاً، كالدفع ببطلان عقد النقل البحري محل النزاع لعدم مشروعية السبب مثلاً، أو بهدف تعديل آثاره، أو بهدف إنهاؤها، ويجوز إبدائها بأي شكل أمام هيئة التحكيم، وفي أي حالة تكون عليها الدعوى، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك³.

وتخضع دعوى التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع لنفس أحكام الدعوى القضائية⁴، حيث أنه:

- لا تنقيد الدفوع الموضوعية في إبدائها لترتيب أو وقت معين، فإبداء أحدها لا يترتب عنه سقوط الحق في إبداء غيرها من بعد، في أية حالة كانت عليها دعوى التحكيم.
- يعتبر الحكم الصادر في الدفوع الموضوعية فاصلاً في الموضوع وحائزاً لحجية الأمر المقضي به.
- وأخيراً يستنفذ الحكم الصادر في الدفوع الموضوعية سلطة هيئة التحكيم التي أصدرته، فإذا ما أُلغى هذا الحكم من بعد بسبب بطلانه، فإنه لا يمكن إعادة النظر في موضوع النزاع من هذه الهيئة التي أصدرته لاستنفاد سلطتها، ولو كان البطلان لعيب شكلي.

¹ د أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص 259.

² تراجع في ذلك المواد من 48 إلى 69 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

³ د نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 176.

⁴ يرجع بشأن هذه الأحكام بصفة عامة إلى، د فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 45 وما بعدها.

2- الدفع الشككية في خصومة التحكيم الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع:

وأما الدفع الشككية فهي الدفع التي لا توجه إلى موضوع الحق، وإنما توجه إلى الإجراءات بهدف إثبات قيام عيب فيها، مما يؤدي إلى ضرورة إنائها، كالدفع ببطلان الإجراءات أو الدفع بعدم الاختصاص، وإذا انتهت الخصومة بناءً على دفع شكلي، فإنها تنتهي دون الحاجة إلى الفصل في الموضوع¹، والأصل في هذه الدفع وفقاً لقانون الإجراءات المدنية، أنه يجب إبدائها جميعاً في آن واحد وقبل التكلم في الموضوع وقبل الدفع بعدم القبول، وإلا سقط الحق فيما لم يبد منها².

غير أن تطبيق هذه الدفع الشككية بهذه الصورة المعهودة في قوانين المرافعات، قد لا يتناسب مع نظام التحكيم نظراً لخصوصياته، ذلك أن الأصل في خصومة التحكيم - كما قدمنا - هو حرية الأطراف في الاتفاق على إجراءات التحكيم، دون التقيّد بالإجراءات التي ينص عليها قانون الإجراءات المدنية، وحتى في الأحوال التي يطبق فيها هذا القانون عند غياب هذا الاتفاق، نجد أن الأعمال الإجرائية التي ينظمها هذا القانون تتسم بالمرونة والبساطة، من عدم اشتراط بعض الشكليات، كما هو الحال في عدم وجوب إعلان الأوراق على يد محضر قضائي، وعدم شطب الدعوى التحكيمية أو سقوط الخصومة أو انقضاؤها بمضي مدة معينة، وغير ذلك من الأعمال الإجرائية المعهودة في ظل قانون المرافعات، وكل هذا يؤدي إلى قلة الدفع الإجرائية في خصومة التحكيم³.

وترتيباً على هذه الطبيعة الخاصة للتحكيم، فإن الدفع الشككية في خصومة التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، تخضع إلى بعض الأحكام الخاصة التي تختلف عن تلك التي تخضع لها الدفع الشككية في الخصومة القضائية أمام المحاكم، ومن أهم هذه الأحكام، أن الدفع في خصومة التحكيم سواء كانت شككية أو موضوعية أو بعدم القبول، يمكن إبدائها تبعاً دون الالتزام بترتيب معين، وتطبيقاً لذلك، فإنه حتى وإن أثير طلب موضوعي أو دفاع موضوعي، فإن ذلك لا يسقط إبداء أي دفع إجرائي، كما لا يشترط إبداء هذه الدفع

¹ د نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 177.

² د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 647.

³ د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 350-351.

الشكلية معاً، وسواء تم إبدائها متفرقة أو مجتمعة فإن ذلك لا يترتب عليه سقوط الحق فيما لم يبد منها من بعد¹.

على أنه يستثنى من هذه الأحكام، الدفوع المنصوص عليها في المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري والتي جاء فيها: "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع"، وعلى هذا فإن الدفوع المتعلقة بعدم اختصاص هيئة التحكيم بالدعوى، إما لعدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه، أو عدم شموله لموضوع النزاع، يجب التمسك بها قبل الكلام في موضوع النزاع، وذلك تحت طائلة سقوط الحق في إبدائها، وهذا السقوط ليس من النظام العام، فلا يجوز أن تقضي به هيئة التحكيم من تلقاء نفسها².

3- الدفع بعدم القبول في خصومة التحكيم الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع:

يخضع الدفع بعدم قبول دعوى التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، لنفس أحكام الدفع بعدم القبول أمام القضاء، فهو يهدف إلى مكنة الحصول على حكم بعدم قبول الدعوى، بسبب انتفاء شرط من شروط قبولها، كانتفاء الصفة أو المصلحة، أو تقادم الحق الموضوعي، أو أي شرط آخر يحدده القانون لقبول الدعوى (المادة 67 من ق.إ.م.إ. الجزائري)، كما أنه يجوز إبدائها في أي حالة تكون عليها الدعوى، فلا يسقط بالكلام في الموضوع (المادة 68 من نفس القانون)، ولا يجوز الحكم الصادر فيه حجية الأمر المقضي.

ووفقاً للمادة 1044 ق.إ.م.إ. الجزائري، تفصل محكمة التحكيم في الدفوع المتعلقة باختصاصها بحكم أولي، أي قبل الفصل في الموضوع، إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطاً بموضوع النزاع، فإنها تدمجه إلى الموضوع لتفصل فيهما معاً، ويرى البعض³ أن هذا الحكم لا يقتصر على هذه الدفوع التي يشير إليها النص، فهو يشمل غيره من الدفوع الإجرائية، أو الدفوع

¹ ذهب إلى ذلك د فتحي والي (المرجع السابق، ص 352-353)، وقد خالفاه في ذلك د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال (المرجع السابق، ص 649)، حيث ذهبوا إلى أنه طبقاً للمادة 2/30 من قانون التحكيم المصري التي أحالت إليها المادة 22 من نفس القانون، فإن الدفوع الشكلية يجب التمسك بها أمام هيئة التحكيم دفعة واحدة، في الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم للمدعي عليه، والذي هو ميعاد المذكرة المكتوبة التي يقدمها المدعى عليه رداً على ما جاء في بيان الدعوى، وهذا معناه أنها تقدم مع الدفاع الموضوعي دفعة واحدة وإلا سقط الحق في تقديمها.

² راجع الفصل الخاص بآثار اتفاق التحكيم (الأثر السليبي) من الباب الأول.

³ د فتحي والي، مرجع سابق، ص 356، مشيراً إلى الدفوع المنصوص عليها في المادة 3/22 من قانون التحكيم المصري.

بعدم القبول، لكن إذا كان الدفع موضوعياً، أو كان دفعاً بعدم القبول متعلقاً بالموضوع، فإن الفصل فيه يجب أن يتراخى إلى الفصل في الموضوع، على أنه إذا قضت هيئة التحكيم برفض أحد الدفع، سواء قضت بذلك قبل الفصل في الموضوع أو معه، فإنه لا يجوز لمن صدر الحكم ضده بهذا الرفض أن يتمسك بالعيب الذي أثاره بهذا الدفع، إلاً بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها، وهو ما يعني عدم جواز رفع دعوى مستقلة ببطلان الحكم الأولي الصادر في الدفع، وسيأتي تفصيل ذلك عند الحديث عن دعوى البطلان.

الفرع الثالث

سير إجراءات التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

انتهينا من خلال العرض السابق، لمرحلة بدأ إجراءات التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، إلى أن هذه المرحلة تبدأ بإرسال طالب التحكيم خلال الميعاد المحدد بياناً بدعواه إلى المحتكم ضده، وإلى كل واحد من المحكمين، حيث يقوم المحتكم ضده بإرسال رده ودفاعه على ما جاء ببيان الدعوى إلى طالب التحكيم وأعضاء هيئة التحكيم، وإذا ما تم إعلان كل طرف وفقاً للقواعد الإجرائية على النحو الذي بيناه، انعقدت خصومة التحكيم، ووجب على هيئة التحكيم القيام بأعمالها الإجرائية، والتي تبدأ بدعوة المحكمين إلى أولى جلساتها (أولاً)، وذلك تمهيداً للمرافعة والتحقيق في وقائع القضية (ثانياً):

أولاً: جلسات التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

الأصل أن تسير إجراءات التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع في حضور الأطراف، أو في الغالب في حضور ممثلين من اختيارهم، ولكنها في بعض الأحيان قد تسير في غياب المدعى عليه وأحياناً أخرى في غياب المدعي:

أ- حضور الأطراف وتمثيلهم في إجراءات التحكيم:

تبدأ جلسات التحكيم بدعوة المحكمين، بشأن النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، إلى أولى هذه الجلسات، وهذه الدعوة هي مسألة اختيارية، تتوقف إما على وجود اتفاق بين الأطراف كأصل عام، وإما على ما تقدره هيئة التحكيم إذا لم يكن هناك اتفاق بين الأطراف، وإما على ما يقرره القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم¹، لكن نظراً لخلو

¹ د أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 492.

قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري من نص ينظم سير جلسات التحكيم¹، عندما يكون هو القانون الواجب التطبيق عند غياب الأصل والاستثناء المتقدمين، فإنه يرجع إلى هذين الأخيرين، فبحسب الأصل يجوز أن يكون حضور الأطراف بأنفسهم أمام هيئة التحكيم، إذ هم أعلم بأمور قضيتهم، ويكفي في ذلك حضور ممثلهم أو وكلائهم أو مستشاريهم، أو تتولى هيئة التحكيم استدعاؤهم شخصياً للمثول أمامها، إذا رأت ضرورة في ذلك من أجل استيضاح بعض جوانب النزاع مثلاً أو لاستكمال تقديم مستنداتهم²، كما قد تكتفي هيئة التحكيم - ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك - بتقديم المذكرات والمستندات والوثائق المكتوبة، إذا رأت أن ذلك يغني عن حضور الأطراف³.

ومتى قررت الهيئة عقد الجلسة وحددت ميعاداً لها، فإن عليها أن تخطر طرفي التحكيم بميعاد الجلسة ومكانها، قبل انعقاد الجلسة بوقت يكفي لتمكين الأطراف من الاستعداد لها⁴، وذلك دون أن تكون مقيدتاً في ذلك، كما هو الحال بالنسبة لمواعيد التكليف بالحضور المنصوص عليها في قوانين المرافعات، ودون الالتزام باتباع قواعد الإعلان التي تنص عليها هذه الأخيرة⁵.

¹ وهذا بخلاف بعض القوانين المقارنة التي نظمت هذه المسألة، منها قانون التحكيم المصري في مادته 2/33 إذا نصت على أن: "تتعد هيئة التحكيم جلسات مرافعة لتمكين كل من الطرفين من شرح موضوع الدعوى وعرض حججه وأدلته ولها الاكتفاء بتقديم المذكرات والوثائق المكتوبة ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك"، ومنها أيضاً قانون الإجراءات المدنية الإماراتي لعام 1992، الذي نص في مادته 1/208 على أن: "يقوم المحكم خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من قبول التحكيم بإخطار الخصوم بتاريخ أول جلسة تحدد لنظر النزاع...".

² د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 493-494.

³ على أن ذلك ينبغي أن يمارس بتحفظ نظراً لأهمية إتاحة الفرصة للأطراف للحضور أمام المحكمين للمرافعة الشفوية، وألا يكون مبعثه هو رغبة الهيئة في الإسراع في الانتهاء من القضية في وقت قصير. د فتحي والي، المرجع السابق، ص 332.

⁴ نصت على ذلك المادة 2/33 من قانون التحكيم المصري، وفي معناها أيضاً، المادة 1/21 من لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، والمادة 1/21 من لائحة جمعية التحكيم الأمريكية، والمادة 2/10 من لائحة تحكيم جمعية المحكمين البحرين بلندن، والمادة 14 من لائحة تحكيم جمعية المحكمين البحرين بنيويورك، والمادة 10/11 من لائحة تحكيم المنظمة الدولية للتحكيم البحري، ولا يوجد نص مماثل في القانون الجزائري.

⁵ على أنه يلاحظ أن هذا الإعلان قد يكون لازماً بالنسبة للجلسة الأولى، فإذا انعقدت وتحدد فيها تاريخ الجلسة التالية، ففي هذه الحالة لا يلزم إخطار أي من الطرفين بالجلسة التالية ولو لم يحضرا تلك الجلسة. د فتحي والي، المرجع السابق، ص 333.

ونظراً لأن سرية الجلسات هي من بين الدوافع التي تؤدي بأطراف عقد النقل البحري إلى الالتجاء إلى التحكيم، فإن الأصل ألاّ تعقد هذه الجلسات علناً خلافاً لما هو عليه الحال أمام المحاكم، ذلك أن الغرض من مبدأ علانية الجلسات أمام المحاكم هو ضمان الثقة في عمل القضاة، وهي علة لا محل لها في التحكيم، إذ أن اختيار المحكمين مبني أصلاً على اتفاق الأطراف وثقتهم، ولهذا فإن جلسة التحكيم تكون مغلقة، لا يحضرها إلاّ المحكمون والأطراف أو ممثلوهم وكاتب الجلسة إن وجد، فلا يسمح للجمهور بالحضور فيها، كما لا يسمح لأي شخص آخر غير من سبق ذكرهم بالحضور إلاّ بموافقة المحكمين والطرفين أو ممثليهم¹.

ويجب على هيئة التحكيم أن تدون خلاصة وقائع كل جلسة تعقدتها في محضر، وذلك عن طريق كاتب إن وجد، وإلاّ تولى ذلك أحد أعضاء الهيئة أو حتى أحد الخصوم أو محاميهم، وذلك تحت إشراف رئيس الهيئة، ويوقع عليه عادة هذا الأخير إلى جانب أعضاء الهيئة والأطراف، وتسلم صورة منه لكل طرف ما لم يتفقا على غير ذلك²، وهذا يعني أنه لا يوجد ما يمنع الأطراف من الاتفاق على عدم تدوين محضر الجلسة أو الجلسات في حالة تعددها³، حرصاً على تجسيد مبدأ السرية الكاملة⁴.

ولهيئة التحكيم تأجيل القضية إلى جلسة أخرى، سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الطرفين، إذا قدرت أن ذلك لازماً لاستعمال حق الدفاع سواء لكتابة مذكرة رد على طلب عارض، أو لتقديم مستندات رد أو ما إلى ذلك⁵.

¹ د فتحي والي، المرجع السابق، ص 33-334.

² نصت على ذلك المادة 3/33 من قانون التحكيم المصري.

³ على أن يضع الأطراف في حساباتهم أهمية محضر الجلسة في الإثبات، فظالما أن هذا المحضر يوقعه المحكم وهو شخص مكلف بخدمة عامة، فإنه يعتبر ورقة رسمية لا تقبل إثبات عكس ما ورد بها إلاّ عن طريق الطعن بالتزوير، وفقاً لما أفادته المادة 1022 ق.إ.م.إ. جزائري.

⁴ د فتحي والي، مرجع سابق، ص 333-334.

⁵ ونلاحظ في هذا المقام أن أسباب تأجيل جلسات التحكيم، قد تختلف عن أسباب تأجيل جلسات المحاكم وقد تتفق معها في أخرى، فأغلب أسباب التأجيل أمام المحاكم تأتي من غياب المدعى عليه في الجلسة الأولى، أو عدم اكتمال ميعاد الحضور، أو تنازل المهامي عن الحضور - إذا كان التمثيل وجوبي -، لكن بالنسبة للتحكيم، فإن الحالتين الأولىين لا تقومان بالنسبة له، إذ أن غياب المدعى عليه لا يمنع من نظر الدعوى أمام هيئة التحكيم، كما أن المشرع لم يضع ميعاداً معيناً للحضور تاركاً الأمر لاتفاق الطرفين أو لهيئة التحكيم، لكن بالنسبة للحالة الأخيرة، فإن التأجيل يكون لازماً تمكيناً للخصم الذي تنازل =

أما عن مسألة التوكيل أو التمثيل بالخصومة أمام المحكمين، فإن الأصل هو حرية الخصوم في الدفاع عن مصالحهم بالطريقة التي يرونها، دون أن يكونوا مجبرين على توكيل أحد للدفاع عنه أو لتمثيله في الخصومة بتوكيل خاص¹، فلهم أن يحضروا أمام هيئة التحكيم بأنفسهم كما لهم أن ينيبوا عنهم من يمثلهم في ذلك، على أنه لا يلزم أن ينوب محامٍ عن الخصوم، فوكالة المحامين عن الخصوم أمام المحكمين جوازية²، غير أن الشائع في الممارسات التحكيمية البحرية، وخصوصاً عندما تكون إحدى الدول أو أحد أشخاصها المعنوية العامة طرفاً في إجراءات التحكيم، أن يعين كل طرف ممثلاً ينوب عنه في هذه الإجراءات³.

هذا ولم تشترط غالبية التشريعات ونظم التحكيم توافر صفات معينة في الوكلاء عن الأطراف أمام هيئة التحكيم، كما لا يشترط أن يكونوا محامين، فتتحقق الوكالة أو التمثيل متى تم تعيين الشخص تعييناً صحيحاً، سواءً كان محامياً أو مستشاراً قانونياً، أو تاجراً أو مهندساً بحرياً، أو عضواً في مجلس إدارة الشركة إذا كانت طرفاً في التحكيم، أو أي شخص آخر، وإن كان الجدل قائماً بين الفقه بين من يفضل أن يكون التمثيل في خصومة التحكيم من المحامين أو المستشارين القانونيين، لما لهم من الخبرة والدراية بمسائل القانون، وبين من يعارض ذلك بسبب ما ينطوي عليه تعيين المحامين من عيوب مثل التأخير والنفقات⁴، إلا أنه لا يخفى في تقديرنا ما لهذا التمثيل من أهمية في ضمان حسن سير خصومة التحكيم من جهة، واحترام حقوق الأطراف في الدفاع عن أنفسهم ومصالحهم، بواسطة من يختارونهم من ذوي الخبرة والكفاءة من جهة أخرى، لاسيما في مجال متخصص مثل التحكيم البحري، ولا يعكر على ذلك وجود بعض العيوب في التوكيل، والتي قد لا يكون لها كبير أثر مقارنة مع ما له من مزايا.

=وكيله عن التوكيل من متابعة الإجراءات بنفسه أو بواسطة محامي بديل، وإلا كان هناك إخلال بحقوق الدفاع قد ينجر عنه بطلان حكم التحكيم. ينظر في هذا الشأن، د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 660.

¹ د نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، المرجع السابق، ص 192.

² ويترتب على اعتبار التمثيل أو التوكيل مسألة جوازية، عدم لزوم توقيع المحامي أو الممثل على طلب التحكيم أو على بيان الدعوى أو مذكرة التحكيم أو حتى على محضر الجلسة. د فتحي والي، المرجع السابق، ص 334-335.

³ A. REDFERN, M. Hunter, droit et pratique de l'arbitrage commercial international, Op.Cit, P. 262.

⁴ راجع بشأن هذه الاتجاهات الفقهية، د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 414 وما بعدها.

ب- غياب وتخلف الأطراف عن جلسات التحكيم:

قد يحدث وأن يتخلف أحد الخصوم أو كلاهما أو مستشاريهما عن متابعة إجراءات التحكيم، فقد يتغيب المدعي في الفترة ما بين تقديم طلب التحكيم وحتى حجز القضية للحكم فيها، وقد يتخلف المدعى عليه عن متابعة هذه الإجراءات بأن يتخذ موقفاً سلبياً، يمتنع من خلاله عن الرد على بيان الدعوى الذي وصله من المدعي، وذلك إما إهمالاً وتقصيراً، وإما لعذر معين، ولا شك أن ذلك يتنافى مع الهدف المراد من التحكيم وهو سرعة البت في النزاع، فهذا الوضع يثير التساؤل حول ما إذا كان غياب المدعي يعد تنازلاً منه عن دعواه، وغياب المدعى عليه تنازلاً منه عن الرد، فتحكم هيئة التحكيم تبعاً لذلك إما بإنهاء إجراءات التحكيم، وإما باستمرارها؟، أم يؤدي فقط إلى تعطيل إجراءات خصومة التحكيم، ومن ثم إرجاء الفصل في النزاع؟.

لم يقدم قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري إجابة صريحة على هذا التساؤل، بخلاف التشريعات المقارنة الأخرى التي حرصت على تنظيم مثل هذه المسائل، لكن قد يدق هنا تساؤل آخر، ألا يكون المشرع الجزائري قد أحال هذه المسألة وغيرها من المسائل الأخرى التي لم ينظمها بنصوص خاصة، والتي سبق وأن تطرقنا إليها في مواضع متفرقة من هذا البحث، إلى القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 1019 من القانون المذكور بقولها: "تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك"؟، إذ تقتضى هذه القاعدة أنه في حالة وجود مسألة لم يرد بشأنها نص خاص، فإنه يرجع في تنظيمها إلى القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وهو هنا القانون الجزائري، وذلك ما لم يتفق الأطراف على تطبيق قانون آخر.

وجواباً على ذلك، يمكن القول أن الأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها في تصورنا، لا ينطبق على العديد من مسائل التحكيم، منها مثلاً أسباب التأجيل أمام المحاكم والتي تأتي من غياب المدعى عليه في الجلسة الأولى، أو عدم اكتمال ميعاد الحضور، فإن مثل هذه الحالات لا تقوم بالنسبة للتحكيم، إذ أن غياب المدعى عليه -محل التساؤل- لا يمنع من نظر الدعوى أمام هيئة التحكيم على النحو الذي سيأتي، كما أن المشرع لم يضع ميعاداً معيناً للحضور أمام هيئة التحكيم، تاركاً الأمر لاتفاق الطرفان أو لهيئة التحكيم¹.

¹ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 660.

وهذا ما اتجهت إليه غالبية التشريعات ولوائح التحكيم¹، من أن غياب أحد الطرفين أو كلاهما لا يؤثر -بحسب الأصل- على سير إجراءات خصومة التحكيم، فلا يؤدي إلى امتناع هيئة التحكيم عن نظرها، أو انقضاء الخصومة بغير حكم في موضوعها، أو إلى شطبها، مثل ما هو عليه الحال أمام الجهات القضائية، فلا تنطبق قواعد الحضور والغياب المنصوص عليها في قوانين المرافعات، وإنما على هيئة التحكيم الاستمرار في نظرها، أو تأجيلها إلى جلسة أخرى إن قدرت أهمية حضور الأطراف².

على أن ما ينبغي على الخصم المتخلف عن إجراءات التحكيم البحري أن يضعه في حسبانته، أن الحكم سيصدر غيابياً في حقه، وهذا الوضع من الخطورة بمكان في التحكيم أكثر منه في القضاء، حيث لا معارضة ولا تظلم من الحكم التحكيمي، فعليه أن يبادر بالحضور ولو لمرة واحدة وإن كان قد تغيب قبل ذلك، حتى يعتبر الحكم الذي ستصدره الهيئة حضورياً، ولا يلزم من ذلك بدء الإجراءات من جديد، ولا يعد ذلك إخلالاً بمبدأ المواجهة³.

غير أن ما تجدر الإشارة إليه، أن المشرع الجزائري وإن كان لم يجب صراحة عن التساؤل السابق بخصوص غياب الأطراف، إلا أنه يكون قد أشار إلى ذلك بدلالة الاقتضاء لنص المادة 1022 من ق.إ.م.إ عندما قرر أنه: "يجب على كل طرف تقديم دفاعه ومستنداته قبل انقضاء أجل التحكيم بخمسة عشر (15) يوماً على الأقل، و إلا فصل المحكم بناء على ما قدم إليه خلال هذا الأجل"، فقد سبق وأن أشرنا إلى أن لهيئة التحكيم أن تستغني بتقديم الأطراف لمستنداتهم عن حضورهم، فيكون النص قد ساوى بين تخلف الأطراف عن حضور الجلسات وبين تخلفهم عن تقديم ما طلب منهم، فلا يؤثر ذلك على مسار الخصومة، مع الأخذ في الحسبان أنه إذا لم يقدم المدعي بيان الدعوى كتابتاً دون عذر مقبول⁴، وجب أن تأمر هيئة التحكيم بإنهاء إجراءات التحكيم ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، فالحكم السابق المتعلق

¹ أنظر على سبيل المثال المادة 2/34 تحكيم مصري، والمادة 5 تحكيم إنجليزي لعام 1979، ومن لوائح التحكيم، المادة 18 من لائحة تحكيم غرفة التحكيم البحري باريس، والمادة 7/11 من لائحة المنظمة الدولية للتحكيم البحري، والمادة 22 من لائحة جمعية المحكمين البحرين بنويورك، والمادة 1/28 من لائحة اليونيسترال.

² د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 497.

³ المرجع نفسه، ص 498-499.

⁴ يضاف إلى ذلك أن يكون المدعي قد قدم أدلة إثبات كافية لتكوين العناصر اللازمة لإصدار حكم في النزاع، وإلا فإنه يجب على هيئة التحكيم أن تصدر قرارها بإنهاء الإجراءات. أشار إلى ذلك، د فتحي والي، المرجع السابق، ص 337.

باستمرار هيئة التحكيم في نظر النزاع، يقتصر على باقي المستندات في حال عدم تقديمها دون بيان الدعوى كما هو واضح¹، أما إذا لم يقدم المدعى عليه مذكرة بدفاعه، فلهيئة التحكيم أن تستمر في إجراءات التحكيم، وذلك على نحو ما رأيناه آنفاً.

ثانياً: المرافعة والتحقيق في خصومة التحكيم الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

بعد تقديم أطراف عقد النقل البحري للبضائع المتنازع بشأنه أمام هيئة التحكيم البحري، لطلباتهم ودفعهم على النحو المتقدم، تأتي مرحلة المرافعة والتحقيق في وقائع القضية، فما المقصود بالمرافعة، وما هو أهم إجراء تتخذه هيئة التحكيم بصدده هذه المرافعة؟:

أ- تنظيم المرافعات في خصومة التحكيم الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع:

يثير نظام المرافعات أمام هيئات التحكيم مشكلة اللغة التي يتخاطب بها أطراف الخصومة وأعضاء الهيئة، لاسيما في التحكيم ذات الطابع الدولي، حيث يكون أحد الأطراف على الأقل أو أحد أعضاء هيئة التحكيم أجنبياً، لذلك يكون من المهم التعرّيج على مسألة تحديد اللغة التي يتم الترافع بها قبل الولوج في مرحلة الترافع:

1- لغة التحكيم:

إذا كانت الإجراءات القضائية تجري أمام محاكم الدولة بلغتها الرسمية، فإن الأمر يختلف بالنسبة للتحكيم، فإذا كان التحكيم داخلياً، فإنه وإن كانت الإجراءات والمرافعات وكتابة الحكم تتم بلغة الدولة التي يجري فيها التحكيم²، إلا أن الأصل أن لغة التحكيم هي اللغة التي يتفق

¹ وقد أحسن المشرع المصري عندما كرس هذه الأحكام بما لا يدع مجالاً للالتباس من خلال المادة 34 من قانون التحكيم، -وليث المشرع الجزائري حداً حدوه-، حيث قضى بأنه:"

1- إذا لم يقدم المدعي دون عذر مقبول بياناً مكتوباً بدعواه وفقاً للفقرة الأولى من المادة (30) وجب أن تأمر هيئة التحكيم بإنهاء إجراءات التحكيم ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك.

2- وإذا لم يقدم المدعى عليه مذكرة بدفاعه وفقاً للفقرة الثانية من المادة (30) من هذا القانون وجب أن تستمر هيئة التحكيم في إجراءات التحكيم دون أن يعتبر ذلك بذاته إقراراً من المدعى عليه بدعوى المدعي ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك".

² لم يتطرق المشرع الجزائري إلى مسألة تحديد لغة التحكيم، فيرجع في ذلك إلى القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 1019 من ق.إ.م.إ. حيث تنص على أنه: "تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك"، وبالرجوع إلى المادة 8 من نفس القانون، نجد أنها توجب أن تكون الإجراءات والمستندات والأحكام الصادرة باللغة العربية تحت طائلة عدم القبول، مع مراعاة طبعاً الاستثناء المتقدم في المادة 1019 المذكورة، وهو اتفاق الأطراف على لغة أو لغات أخرى غير اللغة العربية.

الطرفان على استعمالها، وعند عدم الاتفاق تحددها هيئة التحكيم مراعية في ذلك ظروف وأحوال كل دعوة على حدة¹.

أما إذا كان التحكيم دولياً فإن مسألة تحديد اللغة تعتبر أكثر أهمية منها في التحكيم الداخلي، حيث يكون أحد الأطراف على الأقل أو أحد أعضاء هيئة التحكيم أجنبياً، فمسألة اختيار لغة التحكيم ينبغي أن تنبني على اختيار المحكمين القادرين على إنجاز مهمة التحكيم بهذه اللغة المختارة، نظراً لما يترتب على ذلك من نفقات كمقابل لترجمة المستندات وأقوال الشهود والخبراء، الأمر الذي يفضل معه اتفاق الخصوم مقدماً على اللغة التي تجري بها إجراءات التحكيم²، على أنه يشترط للاعتراف بحكم التحكيم الأجنبي أو الدولي وتنفيذه في إقليم دولة معينة، تقديم ترجمة رسمية لهذا الحكم باللغة الوطنية لتلك الدولة³.

ج- نظام المرافعة:

يقصد بالمرافعة تقديم الخصوم أو وكلائهم ما لديهم من أقوال أمام هيئة التحكيم، شرحاً لما يقدمونه من طلبات أو دفوع أو إيضاح لما تفيده الأدلة المقدمة منهم، ومن هنا كان حق كل من الخصوم في المرافعة حقاً أساسياً يتعين على هيئة التحكيم احترامه، مثلها في ذلك مثل المحكمة، وإلا كان حكمها باطلاً للإخلال بحق الدفاع، على أن نظام المرافعة أمام هيئة التحكيم يختلف عنه أمام القضاء من أوجه، تتعلق في مجموعها بما يحققه التحكيم من مرونة وتجاوز لتلك الشكليات المحيطة بالإجراءات القضائية، نذكر منها⁴:

أنه من ناحية أولى، إذا كان الأصل أن تتم المرافعة أمام القضاء شفاهة في الجلسة، فإن لهيئة التحكيم كما سبق وأن قدمنا أن تكتفي بتقديم المستندات والوثائق المكتوبة، ما لم يتفق الطرفان على أن تكون المرافعة شفاهية.

ومن ناحية ثانية، أنه إذا كان تقديم الوثائق والمذكرات وتبادلها وتقديم عريضة الدعوى إلى المحكمة، يتم بمعرفة كتابة ضبط هذه المحكمة طبقاً للمواد 14 و 21 و 23 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، فإنه أمام هيئة التحكيم يتعين أن يتم ذلك أمام هيئة التحكيم ذاتها،

¹ د حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 294-295.

² المرجع نفسه، ص 295-296.

³ وهو ما نصت عليه المادة 4 من اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها.

⁴ أنظر أكثر تفصيلاً، د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، ص 664 وما يليها.

وهو ما يستشف من نص المادة 1022 من نفس القانون بقولها: "يجب على كل طرف تقديم دفاعه ومستنداته قبل انقضاء أجل التحكيم بخمسة عشر (15) يوماً على الأقل، وإلا فصل المحكم بناءً على ما قدم إليه خلال هذا الأجل"، وهذا راجع بالطبع إلى عدم وجود جهاز مماثل لقلم كتابة الضبط لدى هيئات التحكيم.

ولتبسيط إجراءات التحكيم، تحرص مراكز التحكيم المؤسسي على أن تتم إدارة العملية التحكيمية بواسطة سكرتارياتها، التي تقوم بدور شبيه بدور كتابة الضبط لكن بعيداً عن الشكليات، فتتلقى الطلبات والمذكرات والمستندات من الخصوم، وتسليم صور منها إلى المحكمين مع إطلاع وتبليغ الطرف الآخر بها وتمكينه من الرد عليها، وتنبيه الخصوم إلى مختلف الأعمال الإجرائية، وتوجيه صورة من الأحكام إليهم¹.

على أن هيئات التحكيم تجري على عدم فرض أي جزاء في حالة تخلف أو امتناع أحد الخصوم عن تسليم مستند أو وثيقة، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، فقد سبق وأن رأينا أن لهيئة التحكيم أن تقبل المستندات المتأخرة إذا كان ذلك لعذر مقبول، وإذا لم يوجد عذر فإن كل ما في الأمر أن ترفض تقديم الأوراق المتأخرة بعد الموعد².

د- إجراءات التحقيق:

لا يوجد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري نصوصاً خاصة، تنظم إجراءات التحقيق في خصومة التحكيم، فيرجع في ذلك إلى القواعد العامة المنصوص عليها في هذا القانون، إذ لا يوجد كبير اختلاف بين التحكيم والقضاء فيما يتعلق بإجراءات التحقيق، فيكون لهيئة التحكيم، مثلها في ذلك مثل المحكمة، اتخاذ كافة الإجراءات التي ترى من شأنها الإفادة في تحقيق النزاع، سواء من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم، ولها مطلق الحق في تقدير مدى الحاجة إلى إجراء من الإجراءات التي يطلبها أحد الطرفين، فلها أن تقبل طلبه كما لها أن ترفضه، لكن عليها في هذه الحالة أن تسبب رفضها، ضماناً لعدم مساسها بحق الطرف طالب الإجراء³.

¹ د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 667.

² د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 511.

³ د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 670.

وعموماً فإن على هيئة التحكيم مراعاة المبادئ الأساسية للتقاضي في أدائها لمهمتها¹، وبالمقارنة بين نصوص التحكيم المقارنة²، يمكن حصرها في ثلاث مبادئ أساسية³:

- مبدأ احترام حق الدفاع، وذلك بتمكين كل طرف من الإدلاء بما لديه من أقوال ودفع قبل صدور قرار التحكيم، ويقتضي ذلك ضرورة إعلان الخصم إعلاناً صحيحاً، وإخطاره وتكليفه بالحضور قبل التاريخ الذي تعينه هيئة التحكيم بوقت كاف، وتمكينه من شرح موقفه وعرض حججه وأدلته عن طريق عقد جلسة مرافعة شفوية.

- مبدأ المواجهة، وذلك بتمكين كل طرف من الإطلاع على الأوراق والمستندات التي يقدمها الطرف الآخر، وكذلك ما يتخذ من إجراءات في الخصومة، بما يتيح له الفرصة في الرد عليها ومناقشتها.

- مبدأ المساواة في المعاملة الإجرائية بين الخصوم، وذلك بإتاحة الفرص المتكافئة بينهم في تقديم مستنداتهم ودفاعهم، وتعيين محاميهم، دون تمييز بينهم أو تفضيل، ويعتبر هذا المبدأ التطبيق العملي لمبدأ الحياد الذي يتعين على هيئة التحكيم الالتزام به، منذ استهلال عملية التحكيم وحتى صدور الحكم فيها.

الفرع الرابع

قواعد الإثبات في خصومة التحكيم الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

الأصل أن يتم تنظيم قواعد الإثبات في خصومة التحكيم الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع من قبل الأطراف أنفسهم، ولهم في سبيل ذلك أن يختاروا القانون الذي يحكم الإثبات، فإن لم يتفقوا على ذلك، اختارت هيئة التحكيم القانون الذي تراه مناسباً⁴، وقد سبقت الإشارة

¹ وهذه المبادئ تعتبر من النظام العام حيث تعتبر واجبة التطبيق تطبيقاً مباشراً - طبقاً للقانون الواجب التطبيق - على نحو لا يجوز للأطراف المساس بها بالاتفاق على مخالفتها، ومن ثم لا يجوز لهيئة التحكيم أن تجيب طلب الخصم المخالف لهذه المبادئ. أنظر، مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 686.

² أنظر على سبيل المثال، المادة 18 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985، والمادة 1/15 من قواعد اليونيسترال لعام 1976، والمادة 26 من قانون التحكيم المصري.

³ أنظر في تفصيل هذه المبادئ، د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 516 وما بعدها.

⁴ د أحمد السيد صاوي، إجراءات التحكيم طبقاً لقانون التحكيم المصري ووفقاً لأهم قواعد وأنظمة التحكيم الدولية، بحث مشار إليه سابقاً، ص 812.

في معرض الحديث عن القانون الواجب التطبيق، على النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، أن هيئة التحكيم البحري لا تتقيد في تسييرها للإجراءات التحكيمية، بالقواعد المعمول بها أمام المحاكم الوطنية، فقد منحها القانون في هذا الشأن سلطات واسعة عند عدم اتفاق الأطراف على اختيار قانون إجرائي معين، وتبعاً لهذه السلطات تملك هيئة التحكيم أن تأمر باتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات تراه ملائماً، سواءً من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم¹.

وتتنوع وسائل الإثبات في خصومة التحكيم الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، تماماً كما هو الحال في الخصومة القضائية، لتشمل الإثبات بالأدلة الكتابية (أولاً)، وشهادة الشهود (ثانياً)، وانتداب الخبراء (ثالثاً)، والمعايينة (رابعاً)، وقد يضاف إلى ذلك بعض الأدلة الأخرى كاستجواب الخصوم وتوجيه اليمين (خامساً):

أولاً: الإثبات بالأدلة الكتابية

وهذه تشمل كل من تقديم المستندات الكتابية، والفصل في المسائل العارضة مثل تحقيق الخطوط والادعاء بالتزوير:

أ- تقديم المستندات الكتابية:

طبقاً للقواعد العامة في الإثبات، تأتي المستندات الكتابية لإضعاف أو تقوية حجة قانونية أو واقعة أثارها أحد طرفي النزاع، فوفقاً لقاعدة "البينة على من ادعى" فإن كل طرف يبرز من المستندات ما يعتبره مفيداً لدعم مطالبه أو دفاعه²، والأصل أن يتقدم بالدليل الكتابي صاحب المصلحة فيه وهو المدعي كما سبق، كما أن الأصل أن يسعى كل خصم لتحصيل الأدلة المؤيدة لمزاعمه، دون أن يجبر خصمه على تقديم ورقة تحت يده ليفيد منها في إثبات دعواه، غير أن ذلك يكون جائزاً إذا اتفق الطرفان عليه، أو اتفقا على أن يكون مثلاً القانون الجزائري هو الواجب التطبيق، فيمكن في هذه الحالة أن يطلب الخصم من هيئة التحكيم أو من القضاء بعد ترخيص

¹ د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 430.

² د عبد الحميد الأحذب، إجراءات التحكيم، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2008، ص 475.

من هيئة التحكيم، إلزام خصمه بتقديم أي محرر تحت يده يكون منتجاً في الدعوى، إعمالاً للمادتين 73 و1048 من ق.إ.م.إ. الجزائري¹.

على أن القول بجواز طلب الخصم من خصمه تقديم محرر تحت يده على النحو المتقدم لا يعني إجابة الخصم لطلبه، وإنما يخضع هذا الطلب لتقدير القاضي أو هيئة التحكيم حسب الأحوال، فلها أن ترفض هذا الطلب إذا تبين لها عدم جديته، أو استطاعت أن تُكُون عقيدتها في الدعوى بناءً على أدلة أخرى اطمأنت إليها².

أما عن الغير الخارج عن خصوصية التحكيم وعلى خلاف القضاء، فإنه لا يجوز اختصاص الغير في التحكيم بإلزامه تقديم محرر تحت يده ولو كان منتجاً في الدعوى، لأن التحكيم يقوم أساساً على اتفاق جميع الأطراف، فلا يملك المحكم إلزام شخص بالمثل أمامه لم يكن طرفاً في التحكيم³، لكن إذا وافق هذا الغير فله ذلك، تطبيقاً لما رأيناه في مسألة جواز إدخال أو تدخل الغير في خصوصية التحكيم.

غير أن الملاحظ أن المشرع الجزائري خلافاً للأصل المتقدم، نص على أن تتولى هيئة التحكيم مهمة البحث عن الأدلة حسبما أفادته المادة 1047 من ق.إ.م.إ.⁴، بينما الأصل كما رأينا أن يتولى الخصوم البحث عن الأدلة وتقديمها لهيئة التحكيم، على أن يقتصر دور هذه الأخيرة على فحص هذه الأدلة وتقرير مدى كونها منتجة في الدعوى أم لا، دون أن يتعدى ذلك إلى مطالبة أحد المحكّمين أو الغير بتقديم دليل تحت يده، أو تكليف شاهد مثلاً بالحضور والإدلاء

¹ تنص المادة 73 من ق.إ.م.إ. الجزائري على أنه: "يجوز للقاضي أن يأمر باستخراج نسخة رسمية أو إحضار عقد رسمي أو عربي، أو إحضار أية وثيقة محجوزة لدى الغير، بناء على طلب أحد الخصوم، ولو لم يكن طرفاً في العقد".

كما تنص المادة 1048 من نفس القانون على أنه: "إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكّمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى، جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة، أو للطرف الذي يهيمه التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم، أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي".

² د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص 235-236.

³ المرجع نفسه، ص 238.

⁴ وهذا النص نقله المشرع الجزائري حرفياً عن المادة 1/180 من القانون الدولي الخاص السويسري، حيث تخضع مسألة تقديم الأدلة وقبولها إلى القانون الموضوعي المحدد لتطبيقه على النزاع. أنظر:

TERKI NOUREDDINE, L'arbitrage commercial international en Algérie, Op. Cit, P. 112.

بشهادته¹، كل ذلك ما لم يخولها الخصوم هذه المهمة، فيكون من الجدير اقتراح أن تكون صياغة المادة 1047 سألغة الذكر على النحو الآتي: "لمحكمة التحكيم البحث عن الأدلة ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك"، بما يعني أن الأولوية في البحث عن الأدلة تكون للأطراف، ويقتصر دور هيئة التحكيم على تقدير مدى جدية هذه الأدلة، إلا إذا رأى الأطراف أن يخولوا مهمة البحث عن الأدلة لهيئة التحكيم.

وعلى العموم فإنه يشترط في الإثبات شروطاً معينة، فيجب أن يرد الإثبات أولاً على الوقائع، فلا يلتزم الطرفان بإثبات القانون، كما يجب أن تكون هذه الوقائع من الجائز إثباتها بأن لا تكون مستحيلة أو مخالفة للنظام العام والآداب العامة، وأن يكون إثباتها مجدياً ومنتجاً في الدعوى، وأخيراً يجب أن تكون الواقعة جائزة للإثبات بالدليل المطلوب تقديمه وفقاً لنظام الإثبات الواجب التطبيق، فلا يقبل سماع شهود في واقعة لا يجوز إثباتها إلا بالكتابة².

ب- الفصل في المسائل العارضة (تحقيق الخطوط والادعاء بالتزوير):

تجدر الإشارة في الأخير، إلى أنه قد تعترض هيئة التحكيم بعض المسائل العارضة، كادعاء أحد الخصوم صدور مستند من الخصم الآخر، فينكر هذا الأخير نسبه إليه، أو أن التوقيع لا يعود إليه، أو أن المحرر مزور أصلاً، وتعتبر هذه المسألة أولية يتعين على المحكم الفصل فيها قبل متابعة نظر القضية، ما لم يتفق الأطراف على تولي المحكمة هذه المهمة، وللمحكم سلطة تقديرية واسعة في إجراء التحقيق³، فله أن يهمل الاحتجاج بالسند المذكور كما له أن يأخذ به، وله في سبيل هذه المهمة أن يقوم بما بنفسه عن طريق المطابقة بين الأوراق، أو أن يستعين بخبير أو شهود، لإثبات الخط أو التوقيع⁴.

غير أنه إذا كان لهيئة التحكيم سلطة الفصل في تحقيق الخطوط على النحو السابق بيانه، باعتبارها مسألة أولية تدخل ضمن اختصاصها إعمالاً لنص المادة 1044 من ق.إ.م.إ. الجزائري،

¹ د سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية نصاً وتعليقاً-شرحاً وتطبيقاً، الطبعة الأولى، 2001، دار الهدى، الجزائر، ص 344.

² د فتحي والي، المرجع السابق، ص 358-359.

³ ولا تنقيد هيئة التحكيم في ذلك بالتنظيم الإجرائي المقرر في قواعد الإثبات التي وضعها المشرع، سواء تعلق الأمر بدعوى تحقيق الخطوط أو حتى دعوى التزوير كما سيأتي، بل لها أن تختار الإجراءات التي تراها مناسبة، لكن مع مراعاة المبادئ الأساسية في إجراءات الإثبات. د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 698.

⁴ د نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، المرجع السابق، ص 198-199.

إلا أن هذه السلطة لا تشمل ادعاء أحد الأطراف بتزوير مستند مقدم لهيئة التحكيم، لخروج هذا الادعاء عن ولايتها، وإلا كان ما ستصدره من حكم في ذلك باطلاً وفقاً للمادتين 1056 و1058 من نفس القانون، فعلى الهيئة إذا وجدت أن المستند المطعون بتزويره لازم للفصل في موضوع النزاع، أن توقف خصومة التحكيم¹، إلى حين صدور حكم نهائي من المحكمة المختصة في الطعن بالتزوير²، وفي هذا تنص المادة 2/1021 من ق.إ.م.إ. الجزائري أنه: "إذا طعن بالتزوير مدنياً في ورقة، أو إذا حصل عارض جنائي، يحيل المحكمون الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة، ويستأنف سريان أجل التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة"³.

وكل من تحقيق الخطوط والإدعاء بالتزوير، قد يأخذ صورة دعوى أصلية وقد يأخذ صورة دعوى فرعية تقدم أثناء نظر الخصومة، وقد قدمنا أنه لا مجال للدعوى الأصلية أمام هيئة التحكيم، لأن ولايتها قاصرة على النظر في النزاع الناشئ عن الحق الموضوعي، أما الدعوى الفرعية فيجوز رفعها أمام هيئة التحكيم في صورة طلب لتحقيق الخطوط أو ادعاء بالتزوير، على أنه لا تفصل هيئة التحكيم بنفسها في هذا الطلب أو هذا الادعاء الفرعي، بل عليها أن توقف سير الإجراءات بما في ذلك من وقف لميعاد التحكيم، إلى حين الفصل في الادعاء بالتزوير من طرف المحكمة وتبليغ المحكمين بالحكم الصادر في هذا الطعن، وإذا قضت المحكمة الجنائية بتزوير السند أو بصحته، فإن حكمها تكون له حجته أمام المحكمة المدنية وأمام هيئة التحكيم على حد سواء⁴.

ثانياً: شهادة الشهود

يقصد بالشهادة في الخصومة "قيام شخص من غير أطراف الخصومة - بعد حلف اليمين - بالإخبار بما يعرفه شخصياً حول حقيقة وقائع تصلح محلاً للإثبات"، كمن يشهد على تضرر

¹ وغنى عن البيان أن مهلة التحكيم تتوقف بتوقف خصومة التحكيم، ويبدأ سريانها بعد صدور الحكم النهائي الفاصل في دعوى التزوير.

² د فتحي والي، المرجع السابق، ص 366-367.

³ وما يلاحظ في هذا الصدد أن المشرع الجزائري تعرض لهذه المسائل العارضة في مجال التحكيم الداخلي في المادة 1012 المذكورة، ولم يتعرض لذلك في مجال التحكيم الدولي، مع أن هذه المسائل يمكنها أن تثار أيضاً في هذا الأخير، فكان يحسن بالمشرع الجزائري أن يدرج هذه المادة ضمن الأحكام المشتركة.

⁴ د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 697 وما بعدها، د نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 199.

البضائع المنقولة بجرأ، أو يشهد على إبرام عقد بيع أو توريد هذه البضائع، وذلك دون إعطاء تكييف لها وفقاً لعلم أو فن من الفنون، ودون استخلاص للنتائج القانونية التي يمكن أن تترتب على مثل هذا التكييف، وفي ذلك تختلف الشهادة عن الخبرة¹.

ولم يتناول المشرع الجزائري صراحة مسألة الشهادة في مجال التحكيم، لكن بالرجوع إل نص المادة 1048 من ق.إ.م.إ. نجدها تناولت بعض المسائل على سبيل المثال بقولها: "إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين، أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى، جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة، أو للطرف الذي يهمله التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم، أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي"، ويبدو أن المشرع بقوله "أو في حالات أخرى" قد ترك المجال لإدخال حالات أخرى مثل الشهادة، يمكن أن تكون محلاً للاستعانة بالقضاء.

وعليه، فطالما أن هيئة التحكيم لا تملك سلطة الأمر أو الإيجاب، فهي لا تستطيع أن تأمر بحضور أو بإحضار شاهد، ومن ثم لها أن تستعين بالقضاء في ذلك بناءً على طلب منها أو بطلب من أحد الخصوم²، لكن عدم امتلاك هيئة التحكيم لسلطة إحضار الشهود أمامها، يثير التساؤل عن مدى إمكانية تحليف الشهود باليمين؟.

لم ينص على ذلك المشرع الجزائري تبعاً لعدم نصه على الشهادة ذاتها، بخلاف العديد من التشريعات المقارنة الأخرى نذكر منها قانون التحكيم المصري في مادته 4/33، وقانون الإجراءات المدنية الفرنسي بخصوص التحكيم الداخلي في مادته 2/1461، حيث قررت هذه النصوص بأن يكون سماع الشهود والخبراء بدون أداء اليمين، بينما يعتبر تحليف الشهود أمراً لازماً عند بعض التشريعات الأخرى، مثل قانون الإجراءات المدنية الإماراتي لعام 1992 في مادته 211، وكذلك نظام التحكيم السعودي لعام 1983 ولائحته التنفيذية الصادرة عام 1985 في المادة 31، في حين يكون الأمر على الخيار عند بعض التشريعات الأخرى مثل قانون التحكيم الإنجليزي لعام 1996 في مادته 5/38، حيث ينص على تخيير هيئة التحكيم في تحليف الشهود أو إعفائهم منه.

¹ د فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 534 وما بعدها.

² د أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 529.

ويمكن اعتماد الشهادة الشفوية، وإذا تعذر حضور الشاهد يمكنه الإدلاء بشهادته كتابياً، وذلك عن طريق توثيقها في شكل رسمي¹، وفي جميع الأحوال لا تعتبر الشهادة ملزمة لهيئة التحكيم، فلها ألاّ تجيب الخصوم في طالباتهم بالاستماع للشهود، بشرط أن تسبب قراراتها الصادرة بعدم الاستماع إلى الشهود، لكنها تكون ملزمة بسماعها إذا لم يتوفر لديها العناصر الكافية للفصل في النزاع².

ثالثاً: إنتداب الخبراء

لهيئة التحكيم المعروض أمامها المنازعة الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، أن تنتدب خبير أو أكثر لتقديم تقرير مكتوب أو شفهي في محضر الجلسة بشأن مسألة معينة تحددها، كفحص الدفاتر والكشوف الحسابية، أو معاينة البضائع المنقولة ومدى مطابقتها مع المواصفات، وترسل صورة من تقرير الخبير إلى كل من الطرفين بمجرد وروده إليها، وذلك لإتاحة الفرصة لهما في إبداء رأييهما، كما يكون للطرفين أن يقدم خبيراً أو أكثر في هذه الجلسة، لإبداء الرأي في المسائل التي تناوّلها تقرير الخبير الذي عينته هيئة التحكيم³.

على أن قرار هيئة التحكيم بتعيين خبير لا يوقف ميعاد التحكيم، إلاّ إذا اتفق الطرفان على هذا الوقف، ويمكنهم بدلاً من الاتفاق على وقف ميعاد التحكيم، أن يتفقوا على مدّ هذا الميعاد بمدة تعادل المدة التي تستغرقها الخبرة⁴.

وتثور هنا مسألة رد الخبير، طالما أنه ينبغي أن تتوافر فيه الحيادة والاستقلال شأنه شأن المحكم، فهل يجوز للأطراف رده؟، لم يرد نص من المشرع الجزائري في ذلك، فيتعين الرجوع إلى القواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية (المادتين 132 و 133) إعمالاً لنص المادة 1019 من نفس القانون، فيمكن القول بأنه يمكن لأي من الخصوم رد الخبير طبقاً للأوضاع

¹ وهو الذي يجري عليه العمل في التحكيم التجاري الدولي، حيث تتطلب هيئات التحكيم من الشهود كتابة أقوالهم قبل سماعها، وأن يتم تبادلها بين الطرفين لما في ذلك من اختصار لوقت سماع الشاهد أمام الهيئة. د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 369. د عبد الحميد الأحمد، بحث مشار إليه سابقاً، ص 478-479.

² د نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، المرجع السابق، ص 201.

³ د أحمد السيد صاوي، إجراءات التحكيم طبقاً لقانون التحكيم المصري ووفقاً لأهم قواعد وأنظمة التحكيم الدولية، بحث مشار إليه سابقاً، ص 819-820، وانظر المادة 26 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، والمادة 27 من قواعد اليونيسترال، والمادة 36 من قانون التحكيم المصري.

⁴ د فتحي والي، مرجع سابق، ص 370.

المعمول بها أمام الجهات القضائية المختصة، لكن هل يكون ذلك بطلب يقدم إلى هيئة التحكيم أم إلى المحكمة في حالة ما إذا كانت هي من قام بتعيينه؟ لم يجب القانون الجزائري على ذلك ولا حتى باقي التشريعات الأخرى منها قانون التحكيم المصري، وقد ذهب البعض¹ إلى أن مسألة رد الخبير تخرج عن نطاق اختصاص هيئة التحكيم، حيث تعتبر المحكمة هي صاحبة الاختصاص في هذا الرد باعتبارها صاحبة الولاية في الفصل في النزاع الأصلي.

لكن في تقديرنا أن التسليم بسلطة هيئة التحكيم في الأمر بتعيين الخبير على النحو المتقدم، يؤدي بالضرورة إلى التسليم لها بسلطة الفصل في طلب رده، ومن جهة أخرى أن القول برفع طلب رد الخبير إلى المحكمة المختصة سواء كانت هي من طُلب منها تعيينه بداية أم لم يطلب منها ذلك، لاشك أنه يترتب عليه تكلف إجراءات زائدة تؤدي إلى إطالة أمد النزاع، فيكون من الأفضل تحويل هيئة التحكيم هذه المهمة ضماناً لمقتضيات السرعة، وأيضاً لكونها الأدرى بأسباب الرد من غيرها.

تجدر الإشارة أخيراً أنه في مجال التحكيم البحري، الذي يندرج موضوع البحث محل الدراسة في نطاقه، قد اعترض جانب من الفقه عن الاستعانة بالخبراء في هذا النوع من التحكيم، ذلك لأن هيئة التحكيم المخول لها نظر النزاع -الناشئ عن عقد النقل البحري- يفترض أن تكون مكونة من خبراء بحريين، لديهم من الخبرة البحرية والتجارية ما يفوق غيرهم من الخبراء، غير أنه رغم سلامة هذا القول، إلا أن الحاجة إلى الخبير في تصورنا لا يمكن الاستغناء عنها، خاصة مع التطورات والتعقيدات التي أصبحت تشهدها التعاملات البحرية والتجارية وتنوعها، فقد تكون هيئة التحكيم على درجة كبيرة من التخصص والكفاءة، لكن النزاع قد يثير معطيات فنية أخرى قد تخرج المحكمين عن نطاق تخصصهم².

رابعاً: المعاينة

لهيئة التحكيم أن تقوم بنفسها بفحص بعض المسائل المتصلة بموضوع النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب من أحد الخصوم تماماً مثل القاضي، كما لو اضطرت إلى الانتقال مكان تخزين البضاعة المسلمة لأجل فحصها، أو فحص السفينة المستعملة في نقلها، أو غير ذلك، وتتم المعاينة غالباً في حضور الخصوم أو ممثليهم ما لم

¹ د أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 254.

² أنظر في تفصيل هذه المسألة، د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 437 وما يليها.

يتفقوا على غير ذلك، بخلاف القضاء الذي لا يرى ضرورة لذلك، حيث يغني عن ذلك إطلاعهم على نتيجة المعاينة وتمكينهم من مناقشتها¹، والعلة في ذلك أن غياب الأطراف أو ممثليهم عن حضور المعاينة، قد يشكل خطراً يهدد حكم التحكيم الذي سيصدر بعد ذلك بناء على احتجاج الأطراف بسبب غيابهم².

خامساً: بعض الأدلة الأخرى

من المقرر أن للمحكم سلطات أخرى على الأدلة مثله في ذلك مثل القاضي نذكر منها:

أ- استجواب الخصوم:

لهيئة التحكيم صلاحية استجواب الخصوم بالذات سواء من تلقاء نفسها إذا رأت في ذلك ضرورة في ذلك، أو بطلب من الخصوم إذا قدرت الصفة المنتجة في الوقائع المراد الاستجواب عليها³، على أن يجري الاستجواب بحضور جميع أعضاء هيئة التحكيم، ما لم يفوض أحدهم في ذلك⁴، ومقتضى الاستجواب أن تقوم هيئة التحكيم نفسها، أو أحد الأطراف أو محاميه أو ممثله بتوجيه أسئلة محددة إلى الخصم الآخر حول وقائع أو مسائل معينة، بغيت الوصول إلى إقرار منه في ذلك⁵.

ب- توجيه اليمين:

سبقت الإشارة أن المحكم نظراً لافتقاده سلطة الأمر، فإنه لا يملك أن يجبر لا الشهود أو الخصوم على حلف اليمين، على عكس القاضي، ومن ثم يتعين إحالة الأمر إلى المحكمة المختصة لتحليف الخصوم أو الشهود، ويقتصر دور المحكم على استخلاص مضمون اليمين المحلوفة أمام محاكم الدولة⁶، لكن يثور التساؤل عن الجهة أو الشخص الذي سيطلب من المحكمة هذا التحليف، هل هو المحكم نفسه أم هو الخصم صاحب المصلحة؟، والإجابة تكون على التفصيل الآتي:

¹ عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، 436، وانظر كذلك، د نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 203.

² De Boissesson Mathieu, Le droit français de L'arbitrage interne et internationale, Op. Cit, P. 749.

³ د نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 204.

⁴ JEAN Robert, L'Arbitrage droit interne, Op. Cit, P. 156 et s.

⁵ DAVID Reni, L'arbitrage dans le commerce international, Op. Cit, P. 412.

⁶ د نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 205.

- في حالة اليمين الحاسمة، فإن الخصم صاحب المصلحة هو من يوجهها إلى خصمه بطلب من القاضي، فإن حلفها خسر صاحب المصلحة الذي وجه اليمين دعواه، وإن نكل عنها كسبها هذا الأخير.

- أما في حالة اليمين المتممة، فهي توجه من القاضي إلى أحد الخصوم بناء على طلب من المحكم نفسه، فهي لا توجه من الخصم إلى خصمه خلافاً لليمين الحاسمة، لكن ليس هناك ما يمنع بالطبع من أن يتقدم الخصم إلى القاضي طالباً منه ذلك، ويبقى للقاضي حرية تقدير قبول هذا الطلب من عدمه.

لكن إذا كان قبول الدليل أو عدم قبوله لا يعتبر من النظام العام على نحو ما رأينا، إذ يجوز للطرفين الاتفاق على عدم قبول توجيه اليمين كدليل في الإثبات، حتى في الحالات التي يجوز أصلاً توجيهها فيها، غير أن القواعد السابقة المتعلقة باليمين سواء كانت حاسمة أو متممة، تعتبر قواعد موضوعية متعلقة بالنظام العام، فلا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها، كما لا يجوز لهيئة التحكيم الخروج على مقتضاها¹.

الفرع الخامس

عوارض خصومة التحكيم الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

يقصد بعوارض الخصومة في التحكيم بصفة عامة، كل ما يعرض أثناء نظرها من ظروف يمكن أن تؤثر على مسيرتها، سواء تعلقت هذه الظروف بهيئة التحكيم أو تعلقت بالخصومة ذاتها، ولم يتطرق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري إلى هذه العوارض²، فيرجع في ذلك إلى القواعد العامة³، مع مراعاة الاستثناءات التي قد تفرضها خصوصيات التحكيم المستندة على

¹ أنظر أكثر تفصيلاً، د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 697.

² باستثناء نصه على وقف إجراءات الخصومة بسبب التزوير أو وجود عرض جنائي طبقاً للمادة 1021 من القانون المشار إليه.

³ وهو ما أحالت عليه المادة 1019 ق.إ.م.إ. الجزائري بقولها: "تطبق على الخصومة التحكيمية الآجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك"، وقد أشرنا فيما سبق، إلى أن هذه القاعدة العامة التي نصت عليها هذه المادة لا يمكن إعمالها على العديد من مسائل التحكيم، نظراً لطبيعته وخصوصياته التي يتميز بها عن القضاء، وعلى كلٍّ فنحن نشير إلى هذه المسائل التحكيمية التي لا يمكن إخضاعها إلى هذه المادة، كلٌّ في موضعها بحسب ما يقتضيه ترتيب البحث.

اتفاق الأطراف على هذا التحكيم على نحو ما سيأتي بيانه في مواضعه، فهناك عوارض لا يمكن إعمالها في خصومة التحكيم، فهي لا تخضع مثلاً لنظام الشطب المنصوص عليه في المواد 213 ق.إ.م.إ. الجزائري وما يليها، واعتبار الخصومة كأن لم تكن في حالة غياب الطرفين، حيث رأينا أن القانون أجاز لهيئة التحكيم الاستمرار في الإجراءات رغم هذا الغياب، كذلك لا يجوز إعمال نظام التقادم الإجرائي أو السقوط الإجرائي على خصومة التحكيم، لاختلاف دور كل من هذه النظم وأهدافها في الخصومة القضائية عن خصومة التحكيم¹.

على أنه يمكن أن يرد على إجراءات خصومة التحكيم نظام الوقف (أولاً)، والانقطاع (ثانياً)، كما يمكن أن تنتهي قبل صدور الحكم في موضوعها (ثالثاً)، هذا ويضاف إلى هذه العوارض عوارض أخرى سبق وأن فصلنا فيها، وهي تلك التي تتعلق بانتهاء مهمة المحكم مع بقاء التحكيم قائماً، والمتمثلة في رده أو عزله أو تنحيه، لذلك سوف نحيل عليها، ونقتصر بالدراسة على ما عداها من العوارض السابقة:

أولاً: وقف إجراءات خصومة التحكيم الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

يقصد بوقف إجراءات خصومة التحكيم بصفة عامة²، عدم السير فيها لسبب أجنبي عن المركز القانوني لأطرافها، وذلك حتى يزول هذا السبب³، وهذا السبب قد يقدره الأطراف أنفسهم، أو هيئة التحكيم، أو القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وتفصيل ذلك كالآتي:

أ- الوقف الاتفاقي لخصومة التحكيم:

تطبيقاً للمادتين 213 و214 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، فإنه يجوز وقف إجراءات الخصومة بناء على طلب من الخصوم، وذلك في أية حالة كانت عليها الإجراءات وقبل حجز التحكيم للحكم⁴.

¹ د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 375، د نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 227.

² يجري الاصطلاح الفقهي على عبارة "وقف خصومة التحكيم"، وهو اصطلاح يراه البعض محل نظر، إذ أن الذي يرد عليه التوقيف هي الإجراءات التي تسير بها خصومة التحكيم -وليس الخصومة ذاتها-، كحالة واقعية وقانونية تنشأ بين الخصوم. أنظر، د أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 550.

³ د فتحي والي، مرجع سابق، ص 379.

⁴ قارن عكس ذلك، د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص 277، حيث يرى أنه يجب على هيئة التحكيم أن توقف السير في إجراءات خصومة التحكيم متى اتفق الأطراف على ذلك، حتى وإن كانت الخصومة مهياًة =

- غير أنه وعلى خلاف الوقف الاتفاقي لسير إجراءات الخصومة أمام قضاء الدولة، فإنه يراعى في الوقف الاتفاقي أمام هيئة التحكيم ما يلي:
- يجب أن يقدم طلب الوقف إلى هيئة التحكيم لا إلى المحكمة¹.
 - يجوز للخصوم الاتفاق على وقف سير إجراءات خصومة التحكيم دون التقيد بمدة معينة، مثل ما هو عليه الحال في الخصومة القضائية عند كثير من التشريعات²، إلا أن هذه الحرية لا ينبغي أن تؤدي إلى إهمال أهم مزية من مزايا التحكيم، وهي سرعة الفصل في النزاع، أما إذا لم يتفق الخصوم على مدة معينة، حددت هيئة التحكيم المدة التي تراها معقولة³.
 - وهذا الوقف يجوز في هذا النطاق بشرط اتفاق جميع أطراف الاتفاق على التحكيم عليه⁴، من حيث مبدئه ومدته، وعلى هيئة التحكيم إقرار هذا الاتفاق أيًا كانت مدته⁵.
 - ويترب على المبدئين السابقين، أن الوقف الاتفاقي يؤدي إلى وقف المواعيد الإجرائية التي يتعين إصدار حكم التحكيم خلالها⁶، وهذا ما يؤدي إلى استتالة هذه المواعيد، فإذا كان على هيئة التحكيم أن تصدر حكمها في النزاع خلال أربعة أشهر من تاريخ بدء إجراءات التحكيم⁷،

=للحكم في موضوعها، وهو الرأي الذي يرحبه الباحث، لكونه الأقرب إلى مراعاة مصلحة الأطراف، فهم الأدرى بهذه المصلحة من غيرهم، إذ قد يرون عدم الحاجة إلى صدور حكم في النزاع القائم بينهم وتسويته عن طريق الصلح مثلاً.

¹ د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 777، د فتحي والي، المرجع السابق، ص 379-380.

² ولم يحدد المشرع الجزائري وقف الخصومة القضائية بمدة معينة، بخلاف المشرع المصري الذي حددها بثلاثة أشهر تبدأ من تاريخ إقرار المحكمة للاتفاق على الوقف بموجب المادة 1/128 من قانون المرافعات المصري.

³ د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص 277.

⁴ ولعل الحكمة من جعل هذا الوقف محل اتفاق بين الأطراف، لئلا يؤدي تفرد أحدهما بطلب هذا الوقف إلى الطعن عليه بالاستئناف من الطرف الآخر الذي لم يوافق عليه، وهذا بخلاف وقف إجراءات الخصومة أمام القضاء، التي أعطى المشرع الجزائري إمكانية هذا الاستئناف في المادة 215 من ق.إ.م.إ، مما يعني أن الاتفاق على هذا الوقف ليس مشروطاً فيها كما في خصوصية التحكيم.

⁵ د نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 227.

⁶ د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 779.

⁷ وقد سبق وأن أشرنا في معرض الحديث عن بدء الإجراءات، أن هذه المدة تحسب عملاً من أول إجراء يتخذه هذا المحكم أو تتخذه هيئة التحكيم، أي بعد قبول المحكمين مهمة التحكيم والبدء في القيام بالممارسة الفعلية لها وفقاً للمادة 1015 من القانون المشار إليه، وليس كما قضت به المادة 1018 من نفس القانون، من أنها تبدأ من تاريخ تعيين المحكمين أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم، ذلك لأن مرحلة القبول هي مرحلة لاحقة لمرحلة التعيين.

إعمالاً لنص المادة 1018 من ق.إ.م.إ. الجزائري، وكانت مدة الوقف المتفق عليها هي شهرين مثلاً، فإنه من المتصور ألاّ يصدر حكم التحكيم إلاّ بعد خمسة أشهر¹.

ب- وقف خصوصية التحكيم بقرار من هيئة التحكيم:

قد ترى هيئة التحكيم من الضروري أن تصدر قرارها بوقف إجراءات خصوصية التحكيم، وذلك دون الحاجة لاتفاق الأطراف على هذا الوقف، والغالب عملاً أن يكون مرجع وقف هيئة التحكيم لإجراءات التحكيم، وجود مسألة تخرج عن ولايتها، فهي لا تملك سلطة الوقف الجزائي الذي تملكه محاكم الدولة، كجزاء توقعه على المدعي المتخلف عن اتخاذ إجراء من إجراءات التقاضي في ميعادها المحدد، فليس لهيئة التحكيم سوى سلطة وقف الخصومة، إلى حين الفصل في مسألة أولية من الجهة صاحبة الاختصاص²، وعلى هذا النحو، فإنه يشترط للأمر بوقف خصوصية التحكيم شرطان³:

الشرط الأول، أن تعرض خلال التحكيم مسألة أولية تخرج عن ولاية هيئة التحكيم، وتدخل في ولاية الجهة صاحبة الاختصاص، ولم يعالج القانون الجزائري سوى صورة واحدة من هذه المسائل نص عليها في المادة 2/1021 من ق.إ.م.إ. بقوله: "إذا طعن بالتزوير مدنياً في ورقة، أو إذا حصل عارض جنائي، يحيل المحكمون الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة، ويستأنف سريان أجل التحكيم من تاريخ الحكم في المسألة العارضة"، ومثال هذه المسألة الأولية كما لو اتخذت إجراءات جنائية تتعلق بتزوير ورقة مقدمة أمام هيئة التحكيم، أو أمام الشرطة أو النيابة العامة أو أمام المحكمة الجنائية، على أن هناك صور أخرى غير تلك التي ذكرتها المادة والتي تخرج عن ولاية هيئة التحكيم، كما لو أثير أمامها مسألة دستورية نص قانوني، أو صحة أو بطلان قرار إداري، أو مسألة أحوال شخصية، فعلى هيئة التحكيم أن تأمر بوقف إجراء الخصومة متى قدرت جدياً هذه الدفوع المثارة أمامها.

الشرط الثاني، أن تقدر هيئة التحكيم أن الدفوع السابقة المثارة أمامها تدخل ضمن المسائل الأولية اللازمة للفصل في الدعوى، والتي تخرج عن نطاق ولايتها، وهذا التقدير يخضع للسلطة

¹ وما يؤكد ذلك ما نصت عليه المادة 1018 المشار إليها آنفاً، من تحويل الحق في تحديد أجل التحكيم وتمديده للأطراف أنفسهم كأصل عام، وهذا أمر يفرضه غلبة الطابع الاتفاقي الخاص لقضاء التحكيم، راجع في ذلك، د أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 553.

² د فتحي والي، المرجع السابق، ص 380، د أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 554-555.

³ أنظر أكثر تفصيلاً، المرجعين السابقين على التوالي، ص 381 وما بعدها، ص 557 وما بعدها.

التقديرية للهيئة، فإن رأت أن الفصل في المسألة المثارة أمامها ليس لازماً للفصل في موضوع النزاع، فلها أن تستمر في إجراءات التحكيم ولا توقفها، ومقتضى هذا اللزوم أن يكون هناك ارتباط بين المسألة الأولية وموضوع الدعوى الذي تنظره الهيئة¹.

ج- وقف خصومة التحكيم بقوة القانون:

يتحقق هذا النوع من الوقف بمجرد توافر سببه -الذي يحدده القانون- دون الحاجة إلى اتفاق الطرفان عليه، أو قرار من هيئة التحكيم به، وعلى غرار بعض القوانين المقارنة الأخرى مثل قانون التحكيم المصري، لم يعرض قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري للحالات التي يتم فيها وقف إجراءات خصومة التحكيم بقوة القانون، باستثناء ما يتعلق بحالة واحدة، اختلف الفقه حول ما إذا كانت تعتبر صورة من صور وقف إجراءات خصومة التحكيم أم لا، وهي حالة رد المحكم التي سبق عرضها، فذهب جانب من الفقه²، إلى أنه لا يترتب على تقديم طلب رد المحكم وقف إجراءات التحكيم بقوة القانون، خلافاً لما هو مقرر بالنسبة للقضاة، مستنديين في ذلك إلى صريح نص المادة 4/19 من قانون التحكيم المصري³.

بينما ذهب جانب آخر من الفقه⁴، إلى أنه لا يصح الاستناد إلى صدر الفقرة الرابعة من المادة 19 المذكورة دون النظر في بقيتها، والتي جاء فيها: "... وإذا حكم برد المحكم سواء من هيئة التحكيم أو من المحكمة عند نظر الطعن، ترتب على ذلك اعتبار ما يكون قد تم من

¹ وفي تقديرنا، أن هذا الشرط وإن كان يمكن استخلاصه من المادة 2/1044 من ق.إ.م.إ. بصورة عامة، عندما قررت أنه: "تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطاً بموضوع النزاع"، إلا أنه كان يحسن بالمشروع الجزائري أن يشير إليه صراحة وبصورة خاصة، خصوصاً عند وضعه للمادة 1021 المشار إليها أعلاه، على غرار قانون التحكيم المصري الذي نص عليه صراحة في المادة 46 بقولها: "إذا عرضت خلال إجراءات التحكيم مسألة تخرج عن ولاية هيئة التحكيم، أو طعن بالتزوير في ورقة قدمت لها، أو اتخذت إجراءات جنائية عن تزويرها أو عن فعل جنائي آخر، لهيئة التحكيم الاستمرار في نظر موضوع النزاع، إذا رأت أن الفصل في هذه المسألة أو في تزوير الورقة أو في الفعل الجنائي الآخر ليس لازماً للفصل في موضوع النزاع، وإلا أوقفت الإجراءات حتى يصدر حكم نهائي في هذا الشأن، ويترتب على ذلك وقف سريان الميعاد المحدد لإصدار حكم التحكيم".

² د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 778-779، د فتحي والي، المرجع السابق، ص 383-384.

³ وقد جاء فيها أنه: "لا يترتب على تقديم طلب الرد أو على الطعن في حكم التحكيم الصادر برفضه وقف إجراءات التحكيم".

⁴ د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 560-561، د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص 275.

إجراءات التحكيم بما في ذلك حكم المحكمين كأن لم يكن"، إذ ما فائدة السير في إجراءات التحكيم ثم يُحكّم بعدُ بإهدارها عند الحكم برد المحكم، لذلك يكون من الأنفع والأكثر اتفاقاً مع مبدأ الاقتصاد في الإجراءات، أن توقف إجراءات التحكيم بمجرد تقديم طلب رد المحكم. ومتى تم الوقف سواء كان باتفاق الطرفين أو بأمر من هيئة التحكيم أو بقوة القانون، أنتج أثره بعدم اتخاذ أي إجراء في خصومة التحكيم وإلا كان باطلاً، لكن هل يجوز الطعن في هذا الإجراء الذي تتخذه الهيئة بعد الوقف؟، في تقديرنا أن صاحب المصلحة إما أن يتمسك بإبطال هذا الإجراء أثناء سير إجراءات خصومة التحكيم وذلك أمام هيئة التحكيم ذاتها، أما إذا تعذر عليه ذلك، فيكون له أن يطعن عليه مع حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها¹، ولا يطعن عليه بدعوى مستقلة عن هذا الحكم، تفادياً لإطالة أمد النزاع، وهو ما يتفق مع الهدف من اللجوء إلى التحكيم من جهة، وما تقتضيه روح النصوص من جهة أخرى.

وينتهي الوقف بانتهاء مدته أو حتى قبل انتهائها، ومن ثم يتعين التعجيل في استئناف السير في إجراءات الخصومة تطبيقاً للمادة 2/1021 من ق.إ.م.إ. الجزائري، وذلك بإعلان أي من الطرفين إلى الآخر، أو بإخطارهم من هيئة التحكيم إذا فوضها الأطراف بذلك، وإلا سيكون لها أن تأمر بإنهاء الإجراءات إذا قدرت عدم جدوى استمرارها، وهذا على عكس الأمر أمام القضاء، حيث لا يجوز لأحد الخصوم تعجيل استئناف سير الدعوى قبل انتهاء مدة الوقف².

ثانياً: انقطاع إجراءات خصومة التحكيم الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

يقصد بانقطاع خصومة التحكيم عدم السير فيها بحكم القانون، بسبب أمر عارض من شأنه أن يحول دون قدرة أحد الخصوم على الدفاع عن مصالحه، فقد تبدأ الخصومة صحيحة، ثم يتوفى بعد ذلك أحد الخصوم أو يفقد أهليته أو تزول صفة من يمثله، ففي هذه الأحوال تبقى الخصومة قائمة، ولكن لا يجوز اتخاذ أي إجراء فيها، إلى أن يحل شخص آخر محل الطرف الذي عرضت لحالته أو مركزه إحدى العوارض السالفة الذكر، فتعاود الإجراءات سيرها مرة أخرى³.

¹ وهذا ما يمكن استنتاجه من نص المادة 1/53/ج من قانون التحكيم المصري -ولا مثيل لها في القانون الجزائري-، حيث جاء فيها: "لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية: -وذكر منها- "إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته".

² د فتحي والي، المرجع السابق، ص 384-385، د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص 277.

³ د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 781.

وتخضع حالات الانقطاع وأسبابه وشروط إعماله وما يترتب عليه من آثار إلى القانون الواجب التطبيق على الإجراءات، وبهذه المثابة يكون الحكم الذي تصدره هيئة التحكيم بانقطاع الإجراءات، كاشفاً ومقررراً لحالة الانقطاع لا منشئاً لها، وإذا اختار أطراف عقد النقل البحري المثار بشأنه النزاع أمام هيئة التحكيم، أن يكون القانون الجزائري هو الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، فعلى الهيئة تطبيق أحكام المادة 210 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، تقابلها المادة 130 من قانون المرافعات المصري، وهي تنص على أنه: "تنقطع الخصومة في القضايا التي تكون مهياًة للفصل فيها للأسباب الآتية:

- 1- تغير في أهلية التقاضي لأحد الخصوم
 - 2- وفاة أحد الخصوم إذا كانت الخصومة قابلة للانتقال
 - 3- وفاة أو استقالة أو توقيف أو شطب أو تحمي المحامي، إلا إذا كان التمثيل جوازي".
- وفي ضوء هذا النص نعرض لأسباب انقطاع الخصومة ثم آثار هذا الانقطاع، على النحو الآتي:

أ- أسباب انقطاع إجراءات خصومة التحكيم الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع:

حصر المشرع الجزائري أسباب انقطاع الخصومة في ثلاث¹:

- 1- **فقد الخصم أهليته الإجرائية:** تنقطع خصومة التحكيم بالحجر على أحد الخصوم لجنون أو سفه أو عته أو غفلة، أو كان تاجراً وحكم بشهر إفلاسه، وذلك حتى يتم تمثيله بالقيم عليه.
- 2- **وفاة أحد الخصوم:** وذلك سواء كان مُدَّعياً أو مُدَّعاً عليه، وسواءً كان خصماً أصلياً أو متدخللاً أو مختصماً في الدعوى، ويستمر انقطاع الخصومة إلى أن يتم تبليغ الورثة بوجود خصومة التحكيم، فعندئذٍ يصبح ورثة المتوفى أطرافاً في هذه الخصومة، ويأخذ حكم الوفاة زوال الشخص الاعتباري كما لو حُلَّت الشركة أو أدمجت في غيرها.
- 3- **زوال صفة النائب عن أحد الخصوم:** كما لو كان أحد الخصوم ممثلاً بوليّه أو وصيه أو القيم عليه، أو كان الخصم تاجراً أشهر إفلاسه ممثلاً بوكيل التفليسة، ثم زالت صفة هذا أو ذاك إما

¹ أنظر في تفصيل هذه الحالات -عدا الحالة الأخيرة- من المادة 210 المذكورة المقابلة للمادة 130 من قانون المرافعات المصري، د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 782 وما بعدها، د فتحي والي، المرجع السابق، ص 376 وما بعدها، د نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 230 وما بعدها.

بفقد أهليته أو عزله، فإن الخصومة تنقطع إلى حين استئناف سير الخصومة من قبل النائب الجديد.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري في معرض ذكره لأسباب انقطاع الخصومة في المادة 210 السالفة الذكر، لم يكن موفقاً في إدراجه للحالة الأخيرة ضمن هذه الأسباب، وهي حالة زوال صفة المحامي بالوفاة أو التوقف أو الشطب أو غيرها، والواقع أن في ذلك خلط بين صفة التقاضي وصفة الوكيل في الخصومة، فالأولى تعد شرطاً جوهرياً لا يجوز للخصم مباشرة الدعوى إلى بتوافره، إعمالاً لنص المادة 13 من ق.إ.م.إ. الجزائري، أما الثانية فلا تعد شرطاً للتقاضي حتى في الفرض الذي يكون فيه التمثيل وجوبي، باعتباره عوناً من أعوان القضاء وليس طرفاً في الخصومة، فلا يسوغ القول بأنه يترتب على زوال صفة المحامي انقطاع الخصومة، كل ما في الأمر أن ما يترتب على وفاة المحامي أو استقالته أو شطبه، هو منح المحكمة للخصم أجلاً مناسباً لكي يعين محامياً بديلاً¹.

وترتيباً على ذلك، فإن لمحكمة التحكيم في هذه الحالة أيضاً منح مهلة معقولة للخصم لتوكيل محام جديد، دون أن يترتب على زوال صفة المحامي الأول انقطاع خصومة التحكيم، وحتى وإن امتنع الخصم عن تعيين محام جديد، استمرت الهيئة في الإجراءات بعد إبلاغه بذلك². وأخيراً يلاحظ أن المشرع الجزائري قد قيد أسباب انقطاع الخصومة السابق ذكرها بشرط واحد، وهو أن يكون أحد هذه الأسباب قد طرأ قبل أن تصبح الدعوى مهياًة للفصل في موضوعها، وتعتبر الدعوى كذلك، متى كان الخصوم قد أبدوا أقوالهم وطلباتهم الختامية في جلسة المرافعة قبل تحقق سبب الانقطاع، بمعنى أن يكون باب المرافعة قد أقفل، وكانت القضية قد حجزت للحكم فيها، أما إذا تحقق سبب الانقطاع بعد أن تهيأت الدعوى للحكم، فإن إجراءات الخصومة لا تنقطع، إذ لا يكون هناك مبرر لهذا الانقطاع³.

¹ وهذه المسألة قد حسمها المشرع المصري صراحة في المادة 2/130 من قانون المرافعات، وانظر في ذلك، د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 784.

² د نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 231-232.

³ د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، مرجع السابق، ص 785-786، د فتحي والي، المرجع السابق، ص 377.

ب- آثار انقطاع إجراءات خصومة التحكيم:

يترتب على انقطاع سير إجراءات خصومة التحكيم في النزاع القائم بين أطراف عقد النقل البحري للبضائع، بعض النتائج والآثار نوجزها فيما يلي:

من ناحية، أنه بمجرد قيام سبب من أسباب الانقطاع تقف إجراءات خصومة التحكيم، وذلك عند آخر إجراء صحيح حصل قبل انقطاعها، ويمتنع على هيئة التحكيم اتخاذ أي إجراء أو عقد أية جلسة، وإلا كان هذا الإجراء باطلاً¹، وهذا الوقف كما سبق يكون بقوة القانون، بصرف النظر عن علم الخصم بسبب الانقطاع، ودون الحاجة لصدور حكم بالانقطاع من هيئة التحكيم².

ومن ناحية ثانية، يترتب على هذا الانقطاع وقف كافة المواعيد الإجرائية التي كانت سارية، سواء ميعاد التحكيم ذاته المقرر ضمن المادة 1018 من ق.إ.م.إ. الجزائري، أو الذي اتفق عليه الأطراف أو حولوا هيئة التحكيم سلطة تحديده، أو كان موعداً إضافياً تقرر بقرار من هيئة التحكيم أو بأمر من رئيس المحكمة، أو حتى المواعيد الأخرى كمواعيد تقديم المذكرات أو المستندات أو أي موعد إجرائي آخر³.

ومن ناحية ثالثة، تعتبر الخصومة قائمة رغم انقطاع سير إجراءاتها وركودها، فلا يؤدي قيام سبب من سبب انقطاعها إلى زوال أو انقضاء عملية التحكيم، كما تظل قائمة كافة الإجراءات التي اتخذت قبل قيام سبب الانقطاع، فإذا زال هذا السبب عاودت الإجراءات سيرها من النقطة التي وقفت عندها، وذلك فور حضور جلسات التحكيم من قبل ورثة المتوفى، أو من يقوم مقام

¹ والبطلان هنا هو بطلان نسبي لا يتعلق بالنظام العام، يجوز لصاحب المصلحة الذي توفر بجانبه أحد أسباب الانقطاع أن يتمسك به، وصاحب المصلحة هم ورثة المتوفى أو من قام مقام من فقد أهليته أو زالت صفته، وبالتالي لا يجوز للخصم الآخر طلب هذا البطلان كما لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وقد سبقت الإشارة إلى أن صاحب المصلحة إما أن يتمسك بإبطال هذا الإجراء أثناء سير إجراءات خصومة التحكيم وذلك أمام هيئة التحكيم ذاتها، أما إذا تعذر عليه تقديم دفاعه لسبب خارج عن إرادته، فيكون له أن يطعن عليه مع حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها لوجود عيب في الإجراءات. ينظر في ذلك، د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 787، د فتحي والي، المرجع السابق، ص 377-378، د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 552 و 565.

² د فتحي والي، مرجع سابق، ص 377، وراجع أيضاً،

Jean Robert, L'Arbitrage, droit interne, Op. Cit, P. 149.

³ د فتحي والي، مرجع سابق، نفس الموضوع، د أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، نفس الموضوع، د نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 233.

من فقد أهلية الخصومة، أو مقام من زالت عنه الصفة، كما تستأنف الإجراءات سيرها بتعجيلها، وذلك بقيام هيئة التحكيم بإخطار الأطراف ودعوتهم لمتابعة سير إجراءات الخصومة، أو بطلب من أحد الأطراف أو كلاهما ومن ثم فإن الانقطاع لا يعدو كونه سوى صورة من صور وقف الإجراءات، يرجع سبب الوقف فيها إلى المركز القانوني لأحد أطرافها¹.

وإذا لم تستأنف إجراءات خصومة التحكيم سيرها بعد زوال سبب الانقطاع على النحو المتقدم، فإنها تنتهي بغير حكم في موضوعها، وهذا ما سنعرض له في العنصر الموالي:

ثالثاً: إنهاء إجراءات خصومة التحكيم بغير حكم في موضوعها

الأصل أن تنتهي إجراءات التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة، بصدر الحكم المنهي لهذا النزاع، لكن قد يعرض للخصومة عارض يؤدي إلى انقضائها دون أن تحقق غايتها في الوصول إلى حكم في موضوعها، فتنتهي بذلك ولاية المحكمين رغم عدم إصدارهم للحكم المذكور²، وانتهاء إجراءات التحكيم على هذا النحو يكون إما بإرادة الأطراف، وإما بأسباب خارجة عن إرادة الأطراف:

أ- إنهاء إجراءات خصومة التحكيم بإرادة الأطراف:

قد يتفق الأطراف على إنهاء إجراءات التحكيم انتهاءً إرادياً، وهذا الاتفاق لا يختلط مع إجراء آخر يترتب عنه أيضاً إنهاء هذه الإجراءات، وذلك عندما يكون هناك تسوية ودية بين الأطراف على إنهاء إجراءات التحكيم، كما قد تنتهي إجراءات التحكيم أيضاً إذا ما قرر طالب التحكيم ترك الخصومة³:

1- اتفاق الطرفين على إنهاء إجراءات التحكيم:

لما كان التحكيم بصفة عامة هو نظام ذو أساس اتفاقي، فباتفاقهم ينشأ التحكيم وبتوافقهم ينقضي، فليس من الغريب، والحال كذلك، أن يضع الطرفان حداً للإجراءات القائمة قبل صدور

¹ د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 776 و 787، د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 565-566، وأنظر أيضاً،

Jean Robert, L'Arbitrage, droit interne, Op. Cit, P. 150.

² د حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 328.

³ يرجع بشأن هذه الحالات إلى المادة 48 من قانون التحكيم المصري، ولم يتطرق المشرع الجزائري لمثلها في معرض ذكره حالات انتهاء التحكيم ضمن المادة 1024 ق.إ.م.إ. وانظر مزيداً من التفصيل، د أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 566 وما يليها.

الحكم المنهي للخصومة، وفي أي حال كانت عليه الإجراءات، على أن يكون إنهاء الإجراءات محل اتفاق جميع الأطراف¹، فإذا طلب أحدهم إنهاء هذه الإجراءات دون موافقة الآخر، فعلى هيئة التحكيم ألا تستجيب لطلبه وعليها أن تمضي في نظرها للنزاع، ومتى صح الاتفاق فإنه يُلزم هيئة التحكيم بإصدار قرار بإنهاء الإجراءات، وليس لها في ذلك سلطة تقديرية في هذا الشأن، فهو مجرد قرار لا يرتقي إلى درجة الحكم، فلا يجوز حجية الأمر المقضي به التي تكون للأحكام الفاصلة في موضوع النزاع²، أما إذا تجاهل المحكمون هذا الاتفاق واستمروا في نظر النزاع، كان ما سيصدر عنهم من حكم في النزاع عرضة للبطلان³.

2- التسوية الودية للنزاع⁴:

إلى جانب اتفاق طرفي عقد النقل البحري للبضائع المتنازع بشأنه أمام هيئة التحكيم على إنهاء إجراءات التحكيم، فقد يبادر الطرفان بأن يتفقا على إنهاء الإجراءات ودياً عن طريق الصلح أو أي طريق اتفاقي آخر، على أن يراعي الأطراف في تسويتهم للنزاع ودياً ما يلي⁵:

¹ الأصل أن يكون إنهاء إجراءات التحكيم بناءً على اتفاق صريح مكتوب، إلا أنه يمكن استخلاص إنهاء هذه الإجراءات ضمناً من مسلك الأطراف، كعدم متابعتهم سير الإجراءات أو لجوئهم جميعاً إلى قضاء الدولة. د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 572.

² وفي هذا يختلف إنهاء إجراءات التحكيم اتفاقاً عن إنهاؤها بطريق التسوية الودية الذي سنتناوله فيما سيأتي، حيث تستلزم هذه الأخيرة إثباتاً لوجود هذه التسوية من قبل هيئة التحكيم والذي يعقبه بعد ذلك إصدار أمر بإنهاء الإجراءات ودياً، يكون له نفس الحجية التي تكون لحكم التحكيم، وهذا بخلاف الإنهاء الاتفاقي الذي لا يرتقي فيه الأمر المنهي للإجراءات إلى درجة أحكام التحكيم، مما يعني بقاء النزاع قائماً لعدم الفصل في الحق موضوع النزاع. لمزيد من التوضيح ينظر، د أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 573.

³ وما يدل على أن قرار هيئة التحكيم بإنهاء الإجراءات لا يأخذ شكل الحكم، استخدام المشرع المصري في المادة 48 المشار إليها سابقاً اصطلاحاً "قرار"، ويكفي إثبات هذا القرار في محضر الجلسة، ولا تسري عليه قواعد إصدار أحكام التحكيم، كما لا يلزم صدوره في الميعاد المقرر للتحكيم، ولا تسلم نسخة منه للطرفين، ولا يودع لدى قلم كتابة الضبط. راجع في ذلك، د فتحي والي، المرجع السابق، ص 388-389.

⁴ نص على هذه الطريقة قانون التحكيم المصري في المادة 41، والمادة 30 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، والمادة 34 من قواعد اليونيسترال، والمادة 7/16 من لائحة تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي، ولائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، ولا يوجد نظير لهذه النصوص في القانون الجزائري.

⁵ د أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 569 وما يليها.

- أن يتفق جميع الأطراف صراحة على تسوية النزاع بطريقة سلمية وودية بينهم، وذلك بمبادرة منهم أو بناءً على دعوة من هيئة التحكيم ذاتها، إن قدرت أن ظروف القضية ومصالح أطرافها، لا يلائمها الفصل فيها بحكم ينفذ جبراً عليهم في الأخير.

- يمكن الاتفاق على هذه التسوية في أي مرحلة كانت عليها خصومة التحكيم، فلا مجال للكلام عن وجود تسوية ودية قبل إبرام اتفاق التحكيم، لأنه إذا سُويّ النزاع ودياً قبل إبرام اتفاق التحكيم، فليست هناك حاجة لإبرامه أصلاً، كما أنه لا مجال للكلام عن التسوية الودية إذا كانت القضية قد تهيأت للفصل فيها، وتم إقفال باب المرافعة وحجزها للحكم فيها، ولا لزوم للقول بضرورة الاقتصاد في الإجراءات وتوفيرها، لأننا نكون بصدد مراكز قانونية أوشكت على نشأتها وتكوينها.

- أن تلتزم هيئة التحكيم بإثبات شروط التسوية وإصدار الحكم بإنهاء الإجراءات، دون أعمال لسلطتها التقديرية في ذلك، ويكون لهذا الحكم نفس الحجية والقوة، ونفس الأثر الذي يكون لحكم التحكيم الذي كان سيصدر في النزاع لولا إنهاء الإجراءات، ومن ثم يمكن شموله بأمر التنفيذ، ولا يمكن بعده إعادة طرح النزاع مجدداً لا أمام قضاء الدولة ولا أمام قضاء التحكيم، وفي هذا يختلف إنهاء إجراءات التحكيم بطريق التسوية الودية عن إنهائها بالاتفاق الذي رأيناه قبل قليل، حيث تستلزم التسوية الودية إثباتاً لوجود هذه التسوية من قبل هيئة التحكيم، والذي يعقبه بعد ذلك إصدار أمرها بإنهاء الإجراءات ودياً، بحيث يكون لهذا الأمر نفس الحجية التي تكون لحكم التحكيم، وهذا بخلاف الإنهاء الاتفاقي الذي لا يرتقي فيه الأمر المنهي للإجراءات إلى درجة أحكام التحكيم، مما يعني بقاء النزاع قائماً لعدم الفصل في الحق موضوع النزاع¹.

3- ترك خصومة التحكيم:

إذا كان من شروط الإنهاء الاتفاقي لخصومة التحكيم، هو ضرورة اتفاق جميع الأطراف عليه على النحو السابق بيانه، فإن هذا الاتفاق قد لا يكون متحققاً في جميع الأحوال، فقد يتم إنهاء إجراءات التحكيم بإرادة المدعي وحده، وهذا ما يصطلح عليه بترك الخصومة تمييزاً له عن إنهائها باتفاق الطرفين، ويستمد هذا الترك شرعيته من كون افتتاح الخصومة يتم بإرادة المدعي، فيكون له أن ينهيها بإرادته أيضاً²، وذلك لعدة أسباب، إذ قد يعمد المدعي إلى ترك الخصومة إذا

¹ د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 573 بالمقارنة مع ص 571.

² د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 800.

ما قدّر أثناء سيرها أنه قد تسرع في تقديم طلبه للتحكيم دون أن يعد أدلة الإثبات الكافية لدعواه، فيترك الخصومة حتى يتسنى له رفعها من جديد، أو يتبين له بعد تقديم طلب التحكيم أن النزاع لا يدخل في ولاية هيئة التحكيم، فيترك الخصومة حتى لا يتحمل مزيداً من المصاريف¹.

ويتميز ترك الخصومة عن النزول عنها، في أن الترك لا يكون إلاّ من المدعي وينصب على الخصومة برمتها، أما النزول فهو يكون من المدعي أو المدعى عليه ولا ينصب على الخصومة برمتها، وإنما يرد على إجراء معين من إجراءاتها، كما لو قدم المدعي طلباً إضافياً ثم تنازل عنه، أو قدم المدعى عليه دعواً ثم تنازل عنه، وعموماً حتى يصح الترك لا بد من توافر ما يلي²:

- أن يصدر الترك من المدعي كما سبق وليس من المدعى عليه، فليس لهذا الأخير إلاّ أن يتنازل عن طلبه المقابل إذا كان قد قدمه، وتبقى خصومة التحكيم قائمة، وإذا تعدد المحكمون فإن لأي منهم ترك الخصومة، ولكن لا ينتج الترك أثره إلاّ إذا صدر منهم جميعاً.

- أن تتوافر في من يقوم بالترك الأهلية الإجرائية الكاملة، وإذا قام به وكيله فيجب أن يكون ذلك بمقتضى وكالة خاصة، فلا تصح الوكالة العامة في التحكيم³.

- أن يتم الترك بإعلان صريح من المدعي، فلا يستفاد ضمناً من سلوك يُنمُّ عنه، ولا يعني ذلك أنه يجب إفراغه في شكل معين، وإنما يكفي أن يكون بأي شكل يعبر صراحة عن إرادة المحكم في ترك الخصومة.

- ألاّ تكون للمدعى عليه مصلحة جدية في استمرار إجراءات الخصومة، فإذا كانت له مصلحة في استمرار هذه الإجراءات، فلا يتم الترك إلاّ بقبوله⁴، وعليه إقامة الدليل على هذه المصلحة، فلا يكفي مجرد اعتراضه على الترك، وإذا تعدد الخصوم وأثبت أحد المدعى عليهم مصلحته في استمرار الإجراءات، فعندئذ تستمر الخصومة بالنسبة له وحده وتنتهي بالنسبة للآخرين، وإذا ترك المدعي الخصومة، فله أن يرجع في قراره ما لم يقبل المدعى عليه هذا الترك، ومتى توافرت شروط هذا الترك أنتج أثره منذ إعلانه من المدعي، ويكون لهيئة التحكيم السلطة التقديرية في الموازنة بين شروط

¹ د فتحي والي، المرجع السابق، ص 389.

² أنظر، المرجع نفسه، ص 389-390، وكذلك، د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 573 وما بعدها.

³ إذ لا بد من وجود وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة، والتي من بينها اتفاق التحكيم إعمالاً لنص المادة 547 من القانون المدني الجزائري.

⁴ نصت على ذلك المادة 48/ب من قانون التحكيم المصري.

الترك من جهة، ومصصلحة المدعى عليه في استمرار الإجراءات من جهة أخرى، لتتخذ قرارها بإنهاء أو عدم إنهاء إجراءات التحكيم.

- أن ترك الخصومة يظل أمراً ممكناً أمام المدعي المحتكم طيلة إجراءات الخصومة، إلا أنه يتعين عدم قبول الترك إذا حجزت القضية للحكم فيها، لئلا تكون هناك فرصة للمدعي للتحايل، حينما يستشعر أن الحكم سيصدر في غير صالحه فيتهرب منه بترك الخصومة.

تجدر الإشارة في الأخير، إلى أن قرار هيئة التحكيم في إنهاء إجراءات التحكيم بناء على ترك المحتكم لدعواه، هو قرار كاشف وليس منشىء، فلا يجوز حجية الأمر المقضي به، بحسبان أنه لم يفصل في الحق الموضوعي الذي تناوله الترك، وتلك المثابة يكون بمقدور تارك الخصومة أن يبدأ إجراءات تحكيم جديدة، وذلك ابتداءً من الحالة التي كان عليها الأطراف قبل بدء الإجراءات، على أن هذا الترك لا يمس اتفاق التحكيم ذاته، حيث يمكن الانطلاق منه لمعاودة إجراءات تحكيم جديدة، خصوصاً وأن قرار هيئة التحكيم هو قرار كاشف لا يجوز حجية الأمر المقضي به¹، على نحو ما أشرنا إليه قبل قليل.

ب- إنهاء إجراءات خصومة التحكيم بسبب خارج عن إرادة الأطراف:

إلى جانب الأسباب الإرادية السابقة، قد تنتهي إجراءات التحكيم بأسباب أخرى خارجة عن إرادة الأطراف، وقد حددت المادة 1024 من ق.إ.م.إ. الجزائري الحالات التي تنتهي فيها إجراءات التحكيم وفقاً للأسباب المذكورة كالاتي²:

1- إنهاء إجراءات التحكيم بسبب راجع إلى المحكم:

من بين الأسباب التي تؤدي إلى إنهاء إجراءات التحكيم والتي ترجع إلى المحكم نفسه، وفاة المحكم، أو حصول مانع له من القيام بمهمته، أو امتناعه عن القيام بها، حيث تنتهي مهمته

¹ د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 576.

² تنص المادة 1024 على أنه: "ينتهي التحكيم:

- بوفاة أحد المحكمين أو رفضه القيام بمهمته بمبرر أو تنحيته أو حصول مانع له، ما لم يوجد شرط مخالف، أو إذا اتفق الأطراف على استبداله أو استبداله من قبل المحكم أو المحكمين الباقين. وفي حالة غياب الاتفاق تطبق أحكام المادة 1009 أعلاه،
- بانتهاء المدة المقررة للتحكيم، فإذا لم تسترط المدة، فبانتهاء مدة أربعة (4) أشهر،
- بفقد الشيء موضوع النزاع أو انقضاء الدين المتنازع فيه،
- بوفاة أحد أطراف العقد".

وتنتهي تبعاً لها خصومة التحكيم، إلا إذا اتفق الأطراف على استمرار إجراءات التحكيم رغم قيام المانع، فيتم تعيين محكم بديل عنه¹، وفي حالة عدم الاتفاق يتم اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة في هذا التعيين، عملاً بأحكام المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

2- إنهاء إجراءات التحكيم بمضي المدة المقررة للتحكيم:

تجدر الإشارة بدايةً، إلى أن انتهاء إجراءات خصومة التحكيم الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع بانتهاء المدة التي حددها الأطراف، أو التي حددها القانون عند غياب الاتفاق، لا يقصد بها سقوط خصومة التحكيم لمضي هذه المدة، إذ لا ينطبق على خصومة التحكيم القواعد المقررة بالنسبة للخصومة أمام المحكمة، وفقاً للمواد 222 وما يليها من ق.إ.م.إ. الجزائري، فخصومة التحكيم لا تخضع إلاً لنظام خاص بها هو نظام إنهاء إجراءات التحكيم²، ولعل ذلك ما دفع المشرع إلى عدم النص على حالة سقوط الخصومة في مجال التحكيم.

وعموماً إذا انتهى ميعاد التحكيم قبل صدور الحكم المنهي لخصومة التحكيم، انتهت معه ولاية هيئة التحكيم تماماً كما لو انتهت مهمتها بصدور الحكم، فلا تكون لها أي صفة في اتخاذ أي إجراء، باستثناء ما قد يقدم بشأن تفسير أو تصحيح القرار³ كما سنرى ذلك في موضعه، أما إذا استمرت الهيئة في إجراءات التحكيم وأصدرت حكمها في النزاع، كان الحكم باطلاً لصدوره من جهة غير مختصة، على أنه يجوز لأي من الطرفين أن يطلب من رئيس المحكم المختصة إصدار أمر بإنهاء الإجراءات، وذلك حتى لا تظل الخصومة قائمة رغم سقوطها، مما يمنع قانوناً من رفع الدعوى مرة أخرى⁴.

لكن يثور هنا تساؤل مهم، وهو هل يؤدي صدور الأمر بإنهاء إجراءات التحكيم إلى انتهاء اتفاق التحكيم ذاته أيضاً؟.

¹ د محمد نور عبد الهادي شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكّمين، نطاقها ومضمونها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 261 وما بعدها.

² د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 779 وما بعدها، د فتحي والي، المرجع السابق، ص 386.

³ د محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 126.

⁴ د فتحي والي، مرجع سابق، ص 413-414.

ذهب البعض إلى أن اتفاق التحكيم يزول بانقضاء المدة المقررة للتحكيم، بما في ذلك الآثار المترتبة عليه كزوال سلطة واختصاص هيئة التحكيم، وكزوال الأثر المانع لقضاء الدولة من نظر النزاع المتفق بشأنه على التحكيم¹، بينما يذهب رأي آخر -وهو الرأي الذي يميل إليه الباحث-، إلى أن هذا القول لا يستقيم مع ما هو مقرر في فقه إجراءات التحكيم، من أن إنهاء إجراءات الخصومة أياً كان سببه، لا يؤدي إلى إنهاء اتفاق التحكيم، وإنما يجب قصر نطاقه على الإجراءات التي يشملها هذا الإنهاء، دون غيرها من الأوجه التي تم الاتفاق بشأنها على التحكيم، فسقوط خصومة التحكيم لا يعني بأي حال من الأحوال زوال الحق الموضوعي محل النزاع المتفق بشأنه على التحكيم، أو منع المطالبة به من جديد، ما لم يكن الحق ذاته قد سقط بالتقادم، كما أن السقوط لا يمس بالأحكام القطعية التي تكون قد صدرت في الخصومة، أو بشأن الإجراءات السابقة على هذه الأحكام².

3- انتهاء إجراءات التحكيم لعدم الجدوى في استمرارها أو لاستحالة هذا الاستمرار:

ويخضع تقدير عدم الجدوى أو استحالة الاستمرار في إجراءات التحكيم، إلى السلطة التقديرية لهيئة التحكيم، كتقديرها لهذا الإنهاء بسبب تخلف الأطراف عن تقديم مستنداتهم أو عدم تعاونهم مع الخبر مثلاً³، وينبغي على هيئة التحكيم أن تراعي في إعمالها لسلطتها التقديرية في هذا الإنهاء ما يلي⁴:

أولاً، أن يتوفر من الأسباب ما يجعل الاستمرار في الإجراءات التحكيمية عديم الجدوى أو مستحيلاً، من ذلك إذا تبين لهيئة التحكيم أن النزاع يدخل في المسائل التي لا يجوز فيها التحكيم، أو أن اتفاق التحكيم مُشابه بعبء من شأنه أن يبطله، أو غير ذلك من الأسباب.

ثانياً، عدم اعتراض أحد الأطراف على هذا الإنهاء، فقد يتأكد لأحد الأطراف أن الحكم سيصدر لصالحه، ويتوفر له من الأسباب الجدية ما يُمكنه من هذا الاعتراض، فيكون ذلك حائلاً دون تمكن هيئة التحكيم من إنهاء الإجراءات.

¹ د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 582.

² د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 798-799، د فتحي والي، المرجع السابق، ص 414-415.

³ د فتحي والي، المرجع نفسه، ص 391.

⁴ د أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 580.

وعموماً إذا كان إنهاء إجراءات خصومة التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة، قد يكون أحياناً لعارض معين وفقاً لما تقدم، يؤدي إلى إنهاؤها بغير صدور حكم في موضوعها على النحو السابق، فإن المجرى العادي والطبيعي لسير عملية التحكيم، ينتهي بإصدار الحكم الحاسم في النزاع الذي اتفق الأطراف على إخضاعه لنظام التحكيم، وهذا الحكم يعتبر آخر مرحلة من القاعدة التي أسسنا عليها هذا البحث، والتي مفادها أن: "التحكيم أوله اتفاق، ووسطه إجراء، وآخره حكم"، وسوف نعرض لهذه المرحلة الأخيرة من القاعدة المذكورة من خلال هذا الفصل الأخير من هذا البحث، تحت عنوان: حكم التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع.

الفصل الثاني

حكم التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

إنتهينا فيما سبق، إلى أنه متى جرت خصومة التحكيم، في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة، مجراها العادي والطبيعي، دون أن يعرض لها عارض معين من شأنه أن يؤدي إلى إنهاء إجراءاتها من غير إصدار حكم في موضوعها، فإن الطريق العادي والطبيعي لإنهاء سير العملية التحكيمية، يتمثل في إصدار هيئة التحكيم حكمها في موضوع النزاع، وهذا الحكم كما سبقت الإشارة يعتبر آخر مرحلة من القاعدة التي أسسنا عليها هذا البحث، والتي مفادها أن: "التحكيم أوله اتفاق، ووسطه إجراء، وآخره حكم".

وللوقوف على ماهية حكم التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري، يقتضي ذلك بيان مفهوم هذا الحكم (المبحث الأول)، ثم نعالج حاجة هذا الحكم لأمر صادر من قضاء الدولة يسمح بتنفيذه، وذلك ما لم يتعرض هذا الحكم للطعن عليه بالبطلان (المبحث الثاني):

المبحث الأول

مفهوم حكم التحكيم

في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

من المهم في معرض تطرقنا لمفهوم حكم التحكيم بصورة عامة، أن نعرض للنظام القانوني الذي يجري عليه هذا الحكم (المطلب الأول)، ثم التعرف على إجراءات إعداده وإصداره (المطلب الثاني):

المطلب الأول

النظام القانوني لحكم التحكيم

في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

من أهم النتائج التي انتهينا إليها في هذا البحث، أن التحكيم هو نظام قضائي ذو أساس اتفاقي، فالمحكم بهذه المثابة يعتبر كالقاضي، إلا أن ولايته يحددها اتفاق الخصوم في الحدود التي رسمها لهم القانون، لذلك سوف نتناول بالدراسة تعريف حكم التحكيم وبيان أنواعه في (الفرع الأول)، ثم تحديد طبيعته في (الفرع الثاني):

الفرع الأول

تعريف حكم التحكيم وأنواعه

لم تضع التشريعات في معظم الدول ولا حتى أنظمة التحكيم تعريفاً محدداً لحكم التحكيم، وهو ما أدى إلى تباين الفقه في شأن تعريفه لحكم التحكيم (أولاً)، وهذا التباين أثر أيضاً على بعض أوصاف وأنواع هذا الحكم (ثانياً):

أولاً: تعريف حكم التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

نظراً لخلو التشريعات وأنظمة التحكيم من تعريف محدد لحكم التحكيم، فإنه يكون من اللازم أن نبحث عن تعريف لهذا الحكم عند فقه التحكيم الدولي، ثم نستعرض بعد ذلك مذهب المشرع الجزائري في تعريفه لحكم التحكيم:

أ- تعريف الفقه لحكم التحكيم:

المتتبع للتعريفات الفقهية المتعددة لحكم التحكيم، يجد أن الفقه في تعريفه لهذا النوع من الأحكام بالمعنى الفني الدقيق قد انقسم على اتجاهين، اتجاه موسع وآخر ضيق¹:

فبالنسبة للتعريف الموسع، والذي يمثله الفقيه E. Gaillard يذهب إلى أن "حكم التحكيم هو ذلك القرار الصادر عن المحكم والذي يفصل بشكل قطعي، على نحو كلي أو جزئي، في المنازعة المعروضة عليه، سواء تعلق هذا القرار بموضوع المنازعة ذاتها أو بالاختصاص أو بمسألة تتصل بالإجراءات، أدت بالمحكم إلى إنهاء الخصومة".

أما التعريف المضيق لحكم التحكيم، ويمثله الفقيهان Lalive و Reymond، فيذهب إلى أن "أحكام التحكيم هي تلك القرارات الفاصلة في موضوع المنازعة المعروضة"، وبالتالي يخرج من هذا التعريف الأحكام التي تقتصر على الفصل في طلب محدد، والتي لا تؤدي إلى إنهاء النزاع بشكل كلي أو جزئي، كتلك الأحكام التي تقتصر على الفصل في اختصاص هيئة التحكيم، أو بتحديد القانون الواجب التطبيق، أو صحة العقد الأصلي - وهو في هذا المقام يتمثل في عقد النقل البحري للبضائع محل البحث -، أو مسؤولية ناقل هذه البضائع، فهذه لا تعدو أن تكون مجرد

¹ أنظر في شأن هذه الاتجاهات، د حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 294 وما بعدها.

أحكام تحضيرية أو أولية، ومن ثم لا يمكن أن تكون محلاً للطعن عليها بالبطلان استقلالاً عن الحكم التحكيمي.

ويلاحظ أن هذا الاتجاه الأخير يفسر حكم التحكيم في أضيق نطاق، لاستناده إلى مفهوم ضيق لفكرة الطلب، فإذا كان هذا الطلب يرمي مثلاً إلى مجرد الحصول على تعويض معين، ولم يتعداه إلى حد المطالبة بتقرير مبدأ المسؤولية، فإن ما سيصدر من قرار لا يرتقي إلى درجة الأحكام، أما إذا كان يهدف إلى تقرير المسؤولية على أساس انتهاك العقد مثلاً، فإن القرار الصادر يعتبر حكماً بالمعنى الفني الدقيق لهذا الحكم¹.

والذي يظهر من خلال تتبع مختلف التعريفات²، أن غالبيتها يميل إلى الأخذ بالمفهوم الموسع لحكم التحكيم، وعلى هذا النحو إذا أردنا أن نختار تعريفاً جامعاً مانعاً لحكم التحكيم، في المنازعة الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة نقول: أن المقصود بحكم التحكيم هو ذلك القرار النهائي الصادر عن هيئة التحكيم، الفاصل في نزاع موضوعي أو إجرائي، مما يدخل في ولايتها واختصاصها، يشتمل على كافة المتطلبات الشكلية والموضوعية الواجب توافرها في الأحكام بصفة عامة، وسواء فصل هذا القرار كلياً في موضوع المنازعة، أم جزئياً يفصل في شق منها، وسواء تعلق القرار بموضوع المنازعة ذاتها أو بالاختصاص، أو بمسألة تتعلق بالإجراءات ترتب عنها استنفاد المحكم لولايته، وأدّت به إلى الحكم بإنهاء إجراءات الخصومة³.

¹ أنظر تعليق الفقيه E. Gaillard المشار إليه عند، د حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 297.

² للإطلاع على مختلف التعريفات الفقهية في شأن حكم التحكيم يرجع إلى، د سيد أحمد محمود، خصومة التحكيم القضائي المختلط وفقاً للقانون الكويتي رقم 11-1995، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص 201، د خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 233، د محمد محمد بدران، مذكرات في حكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 8، د حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 273.

³ وترتيباً على ذلك يخرج من هذا المفهوم الفني الدقيق لحكم التحكيم، القرارات الصادرة عن هيئة التحكيم والتي لا تستنفذ بها ولايتها، مثل القرارات المتعلقة بتحديد زمان ومكان انعقاد خصومة التحكيم، أو تأجيل نظر الدعوى، أو تلك القرارات التي تستهدف إعداد خصومة التحكيم للفصل فيها، مثل القرار بندب خبير أو اتخاذ إجراء معين كالمعاينة أو سماع شاهد. مستفاد من، د حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 300-301، د نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 283. وقارن عكس ذلك، د فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 397، حيث يذهب إلى أنه وإن كان الأصل أن تصدر هيئة التحكيم حكماً في موضوع النزاع منهيماً للخصومة كلها، إلا أنها قد تصدره دون فصل في الموضوع -على نحو ما رأينا في نهاية الفصل السابق-، كما أنها قد تصدر أحكاماً غير منهيمة للخصومة كلها، مثل الأحكام =

ب- مذهب المشرع الجزائري في تعريف حكم التحكيم:

على غرار التشريعات المقارنة وأنظمة التحكيم التجاري المشار إليها سابقاً، لم يعرض قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري لأي تعريف لحكم التحكيم، سوى أنه تعرض لبعض أحكامه من خلال المادتين 1044 و1049، وعلى كلِّ سوف نحاول مناقشة هاتين المادتين على ضوء الاتجاهين السابقين في تعريف حكم التحكيم، وصولاً إلى موقف المشرع الجزائري من هذا التعريف:

تنص المادة 1044 على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع.

تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم، أولى إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطاً بموضوع النزاع".

وتنص المادة 1049 على أنه: "يجوز لمحكمة التحكيم إصدار أحكام اتفاق أطراف أو أحكام جزئية، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك".

الفرض الأول، إذا أخذنا بمفهوم التعريف الموسع لحكم التحكيم، فإن الحكم الأولي المشار إليه في الفقرة الثانية من المادة 1044 والفاصل في مسألة الاختصاص، يعد من قبيل الأحكام التحكيمية الجزئية الفاصلة في شق محدد من النزاع، والتي استنفذ بها المحكم ولايته في نظر النزاع، وأدت به إلى إنهاء الخصومة، ومن ثم يمكن ممارسة حق الطعن عليه.

الفرض الثاني، إذا أخذنا بمفهوم التعريف الضيق لحكم التحكيم، فإن الحكم الأولي الفاصل في مسألة الاختصاص، لا يعد حكماً بالمعنى الفني الدقيق لهذا الحكم، لاقتصاره على الفصل في طلب محدد، دون أن يؤدي إلى إنهاء النزاع بشكل كلي أو جزئي، فهو لا يعدو أن يكون مجرد حكم تحضيري أو أولي، ومن ثم لا يمكن أن يكون محلاً للطعن عليه بالبطلان استقلالاً عن الحكم التحكيمي.

البادي من النصين السالفي الذكر، أن المشرع الجزائري عبر عما تصدره هيئة التحكيم "بالأحكام"، سواء كانت أولية فاصلة في مسألة إجرائية كمسألة الاختصاص (الفقرة 2 من المادة 1044)، أو فاصلة في جزء من موضوع النزاع (المادة 1049)، أو كانت نهائية أي منهيبة للخصومة

= المتعلقة بالإجراءات، كما لو قضت بندب خبير أو بوقف الخصومة أو انقطاعها، ومثل الأحكام الوقتية على نحو ما سنرى لاحقاً.

كلياً (الفقرة 2 من المادة 1044)، ولاشك أن هذا الاصطلاح يتفق مع مفهوم التعريف الموسع لحكم التحكيم، في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع محل البحث، على أن ما ينبغي التنبه له في هذا الخصوص، أنه إذا رفضت هيئة التحكيم الدفع بعدم الاختصاص، ومضت في نظر الدعوى التحكيمية، فإن حكمها هذا الرفض للدفع بعدم الاختصاص وإن كان غير حائز لدرجة الشيء المقضي فيه، بحيث يمكن الطعن فيه بدعوى البطلان، إلا أنه لا يمكن مباشرة هذا الطعن استقلالاً، إذ أنه رغم اعتباره حكماً بالمعنى السابق للتعريف الموسع، إلا أنه حكم أولي يصدر قبل الحكم المنهي للخصومة كلها، وبالتالي لا بد أن يطعن فيه بدعوى البطلان مع هذا الحكم المنهي للخصومة كلها¹، لكن متى انقضى ميعاد دعوى البطلان²، فإن حكم هيئة التحكيم بالفصل في النزاع أو برفض الدفع بعدم الاختصاص، تستنفذ به هيئة التحكيم ولايتها في نظر النزاع، فلا يجوز طرحه عليها مرة أخرى³.

ثانياً: أنواع أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

إن وصف حكم التحكيم بأنه حكم نهائي يستنفذ به المحكم ولايته في نظر النزاع، سوف نلاحظ أنه لم يمنع من خلع هذا الوصف على تلك الأحكام، التي لا يكون لها نفس الأثر المنهي للخصومة كلها على ما سوف نرى لاحقاً، مثل الأحكام التمهيدية أو الوقتية أو الجزئية، فهذه الأحكام رغم أنها لا تعتبر أحكاماً بالمعنى الفني الدقيق، كونها لا تضع نهاية لمهمة المحكم، إلا أن العادة جرت عند الفقه وحتى التشريعات على وصفها بأحكام التحكيم.

وعلى هذا النحو، يمكن تقسيم أحكام التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة، إلى أحكام قطعية منهيبة للخصومة كلها، وأحكام جزئية، وأحكام تمهيدية، وأحكام غيايية، وأحكام اتفاقية، وأحكام إضافية، وأحكام تفسيرية، وأحكام تصحيحية، وكذلك أحكام وقتية أو مستعجلة:

¹ د فتحي والي، المرجع السابق، ص 148.

² سيأتي الحديث عن دعوى البطلان من خلال المطلب الثاني من المبحث الثاني من هذا الفصل.

³ د أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، المرجع السابق، ص 564.

أ- أحكام التحكيم القطعية أو المنهية للخصومة¹:

بناء على التعريف السابق لحكم التحكيم، بأنه ذلك القرار النهائي الذي تصدره هيئة التحكيم في موضوع النزاع، سواء كان شاملاً لكل النزاع أو لجزء منه، وسواء فصلت في بعض طلبات الأطراف كمسألة أولية، وترجى البت في الطلبات الأخرى لتفصل فيها في وقت لاحق، ومثاله أن يكون النزاع المثار بشأن عقد النقل البحري للبضائع أمام التحكيم، حول سعر البضائع المراد نقلها من جهة، وجودة هذه البضائع من جهة أخرى، فيمكن لهيئة التحكيم الفصل في مسألة السعر بحكم، وفي مسألة الجودة بحكم آخر، أو الفصل فيهما بحكم واحد حسب تقدير الهيئة، ففي هذا الفرض نكون بصدد حكمي تحكيم، يجب أن يتوفر في كل منهما شروط الحكم، ويخضعان لنفس الأحكام من حيث التنفيذ والظعن².

ب- أحكام التحكيم الجزئية:

إزالة لأي لبس أو غموض بين المفهوم السابق للحكم المنهية للخصومة كلها، والحكم الجزئي، فالأول كما رأينا ينصب على كل المنازعة أو على جزء منها، فلفظ حكم التحكيم النهائي بهذه المثابة يشير إلى الأثر المترتب على هذا الحكم، وهو استنفاد هيئة التحكيم ولايتها بإصداره، حتى ولو كان منصباً على جزء من المنازعة المعروضة، أما أحكام التحكيم الجزئية فهي تقابل أحكام التحكيم الكلية أو الشاملة لموضوع الدعوى، ولا تقابل أحكام التحكيم النهائية³، وهي في ذات الوقت تختلف عن الأحكام الوقتية⁴، باعتبارها أحكام موضوعية تفصل في الموضوع بالنسبة لبعض الطلبات على وجه التحديد، دون موضوع المنازعة ككل، فتكون بهذه المثابة غير منهية للخصومة، ولا تستنفذ بها هيئة التحكيم ولايتها إلا بالنسبة للجزء الذي فصلت فيه، مع استمرارها في نظر باقي المسائل⁵.

¹ رغم أن البعض يعتبر وصف النهائية والقطعية من المترادفات، إلا أن الواقع أنهما يختلفان من الناحية الفنية، فالنهائية وصف للحكم متعلق بالقابلية للطعن العادي، أما القطعية وصف ذاتي مستمد من صلب الحكم ومن حيث قطعه فيما فصل فيه. أشار إلى ذلك، د نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 285-286.

² أنظر في هذا المعنى، د حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 381 وما بعدها.

³ د حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 305.

⁴ قارن في ذلك، د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 614، حيث لا يرى هناك اختلاف بين الأحكام الجزئية والتمهيدية والوقتية، وهذا بخلاف ما سوف نرى من أن هناك فرق واضح وبيّن بين هذه الأنواع الثلاثة، وذلك سواء من حيث مفهومها أو من حيث الأثر المترتب عنها.

⁵ د فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 397-398.

وقد نصت على هذا النوع من الأحكام صراحة المادة 1049 من ق.إ.م.إ. الجزائري بقولها: "يجوز لمحكمة التحكيم إصدار أحكام اتفاق أطراف أو أحكام جزئية، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك"¹، وهذا يعني أنه وإن كان لا يشترط اتفاق الأطراف على تحويل هيئة التحكيم السلطة في إصدار أحكام جزئية، إلا أنه يكون لهم الاتفاق على الحد من هذه السلطة وذلك بمنعها من إصدار أي حكم جزئي²، وتصدر هذه الأحكام الجزئية طبقاً لنفس الأشكال والأوضاع التي تصدر بها الأحكام الموضوعية المنهية للخصومة كلها، كما أنها تخضع لنفس قواعد الاعتراف والتنفيذ التي تخضع لها هذه الأحكام، وهو ما قضت به المادة 1035 من نفس القانون بقولها: "يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلاً للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها، ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمله التعجيل".

وتظهر الحاجة إلى إصدار هذا النوع من الأحكام، خاصة في بعض المنازعات المتعلقة بالمقاولات ذات الطبيعة العقدية المركبة، والتي تحتاج إلى الإمداد بالأموال بصورة متكررة لضمان استمرار المقاول في عمله، ونظراً لما قد يتفرع من مشاكل تبعاً لتفرع العقود المركبة والمرتبطة بعقد المقاول الأصلي، ظهرت الحاجة إلى إصدار أحكام تحكيم جزئية، تفصل في كل طلب أو منازعة على حدا مع استمرار عقد المقاول الأصلي، وهو ما يظهر بوضوح في بعض أحكام التحكيم التي أصدرتها غرفة التجارة الدولية بباريس في نزاع ناشئ عن عقد مقاول، حيث بلغ عدد أحكام التحكيم الجزئية التي أصدرتها الغرفة بشأن هذا النزاع حوالي خمسة عشر حكماً، وهو ما ساعد الأطراف على الاستمرار في مشروعهم³.

ج- أحكام التحكيم التمهيدية:

لم ينص قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على إمكانية إصدار هيئة التحكيم لأحكام تمهيدية، إلا أنه بتتبع نصوصه نلاحظ أنه أشار إلى بعضها، مثل فصل هيئة التحكيم في

¹ بينما جاءت المادة 42 من قانون التحكيم المصري أكثر وضوحاً من النص الجزائري، حيث ميزت بوضوح بين الأحكام المنهية للخصومة والأحكام الجزئية بقولها: "يجوز أن تصدر هيئة التحكيم أحكاماً وقتية أو في جزء من الطلبات وذلك قبل إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها".

² د فتحي إسماعيل والي، المرجع السابق، ص 398.

³ المرجع نفسه، ص 398، د حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 311.

الاختصاص الخاص بها¹ وفقاً لما نصت عليه المادة 1044 من القانون المذكور، وإصدارها حكماً بنذب خبير، فهذه الأحكام لا تفصل في موضوع النزاع كلياً أو جزئياً، وليست منهيّة للخصوصية، كما أنّها لا تصدر في مسائل وقتية²، وإنما ترمي إلى مجرد التمهيد لإصدار حكم موضوعي أو جزئي أو وقتي³.

د- أحكام التحكيم الغيابية:

ذكرنا فيما سبق⁴، إلى أن غياب أحد الأطراف عن حضور جلسات التحكيم، ليس من شأنه أن يؤدي إلى عرقلة إجراءات التحكيم، ولا يحول دون إمكانية صدور حكم التحكيم، ومن ثم لا يختلف هذا الحكم الصادر في غيبة أحد الأطراف عنه في حالة حضورهم أمام هيئة التحكيم لحظة النطق به، فلا يعد ذلك إخلالاً بمبدأ المواجهة، ولا يترتب عليه أي طريق من طرق الطعن، شريطة أن يتم إعلان الخصم إعلاناً صحيحاً، وإخطاره وتكليفه بالحضور قبل التاريخ الذي تعينه هيئة التحكيم بوقت كاف.

هـ- أحكام التحكيم الاتفاقية:

نصت على هذا النوع من الأحكام المادة 1049 من ق.إ.م.إ. الجزائري بقولها: "يجوز لمحكمة التحكيم إصدار أحكام اتفاق أطراف أو أحكام جزئية، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك"، وعلى هذا يمكن أن تصدر هيئة التحكيم حكماً ليس بما فصلت فيه في موضوع النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، ولكن بما اتفق عليه الأطراف في ذلك، حيث قد يحدث أثناء سريان إجراءات التحكيم، وبعد تشكيل هيئة التحكيم، وتبادل الوثائق والمذكرات، وعقد عدة جلسات، أن يصل الأطراف إلى تسوية ودية لموضوع نزاعهم، مع تتويج هذه التسوية عن طريق حكم تصدره هيئة التحكيم يتضمن إنهاء الإجراءات، بعد إثبات شروط التسوية⁵.

¹ على أن البعض يعتبر هذه الأحكام الفاصلة في مسألة الاختصاص أحكاماً جزئية وليست تمهيدية، أنظر، د حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 304.

² قارن في ذلك، رأي د عاطف محمد الفقي، المشار إليه في الهامش السابق.

³ د فتحي إسماعيل والي، المرجع السابق، ص 398-399.

⁴ راجع ما سبق، فيما يتعلق بسير إجراءات التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، في الفصل الأول من هذا الباب.

⁵ وقد سبق وأن أشرنا إلى وجه الاختلاف بين إنهاء إجراءات التحكيم بطريق التسوية الودية وإنهائها عن طريق الاتفاق، حيث تستلزم التسوية الودية إثباتاً لوجود هذه التسوية من قبل هيئة التحكيم، والذي يعقبه بعد ذلك إصدار أمر بإنهاء الإجراءات ودياً، يكون له نفس الحجية التي تكون لحكم التحكيم، وهذا بخلاف الإنهاء الاتفاقي الذي لا يرتقي فيه الأمر =

و- أحكام التحكيم التفسيرية والتصحيحية والإضافية:

قد تصدر أحكام التحكيم مشوبة ببعض الغموض والإبهام، لاسيما أن فكرة "منطوق الحكم" في أحكام التحكيم لا يفترض أن تكون واردة على النحو الذي تتميز به أحكام القضاء، فقد يندمج هذا المنطوق ضمن الأسباب، وهو أمر لا يعيب حكم التحكيم، لكنه قد يفتح باب الخلاف حول التحديد الدقيق لما فصل فيه لمحكمون وما انتهوا إليه، الأمر الذي يحتاج الأطراف معه إلى ضرورة تفسير الحكم، كما قد يتضمن حكم التحكيم بعض الأخطاء المادية، كتابية أو حسابية، فتقوم الحاجة إلى طلب تصحيحه، على ألا يؤدي هذا التفسير أو هذا التصحيح على ما قضى به الحكم في موضوع النزاع من حقوق والتزامات¹، كما قد يثبت أن هيئة التحكيم قد أغفلت الفصل في بعض الطلبات التي قدمت لها، فيجوز للأطراف أن يطلبوا من الهيئة إصدار حكم تحكيم إضافي يفصل فيما أغفلت عنه من طلبات².

وفي هذا تنص المادة 1030 من ق.إ.م.إ الجزائر على أنه: "يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه.

غير أنه يمكن للمحكم تفسير الحكم أو تصحيح الأخطاء المادية والإغفالات التي تشوبه، طبقاً للأحكام الواردة في هذا القانون".

الملاحظ من هذا النص، أن المشرع الجزائري اقتصر على إمكانية تفسير وتصحيح أحكام التحكيم، دون أن يعرض لإمكانية إصدار أحكام إضافية، لا في نصوص التحكيم ولا حتى في النصوص الأخرى التي يتضمنها قانون المرافعات، بخلاف المشرع المصري الذي نص على هذا النوع من الأحكام³، في المادة 51 من قانون التحكيم المصري بقوله: "1- يجوز لكل من طرفي التحكيم ولو بعد انتهاء ميعاد التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم خلال الثلاثين يوماً التالية

=المنهي للإجراءات إلى درجة أحكام التحكيم، مما يعني بقاء النزاع قائماً لعدم الفصل في الحق موضوع النزاع. أنظر ما سبق، فيما يتعلق بإنهاء إجراءات خصوصية التحكيم بإرادة الأطراف، في نهاية الفصل الأول من هذا الباب.

¹ تراجع في ذلك المادة 287 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

² على أنه إذا كان يحق لهيئة التحكيم أن تتصدى لتصحيح الأخطاء المادية ولو من تلقاء نفسها، فإن القانون كما سوف نرى لم يخولها هذا الحق في التصدي من تلقاء نفسها لتفسير الأحكام أو إصدار أحكام إضافية، أنظر في شرح هذه الأحكام، د محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 201 وما يليها.

³ وهو ما نصت عليه أيضاً المادة 35 من قواعد اليونيسترال، والمادة 5/33 من القانون النموذجي للتحكيم الدولي، والمادة 2/29 من لائحة غرفة التجارة الدولية باريس.

لتسلمه حكم التحكيم، إصدار حكم تحكيم إضافي في طلبات قدمت خلال الإجراءات وأغفلها حكم التحكيم، ويجب إعلان هذا الطلب إلى الطرف الآخر قبل تقديمه.
2- وتصدر هيئة التحكيم حكمها خلال ستين يوماً من تاريخ تقديم الطلب، ويجوز لها مد هذا الميعاد ثلاثين يوماً أخرى إذا رأت ضرورة لذلك".

لكن على الرغم من عدم تطرق القانون الجزائري صراحة للحكم الإضافي، إلا أنه يبدو في تقديرنا أنه وضع نظاماً قانونياً موحداً من خلال المادة 1030 السالفة الذكر، يمكن أن تتحدد على أساسه طبيعة هذا النوع من الأحكام، فمن خلال المقارنة بين النصين الجزائري والمصري من جهة، وبالمطابقة أيضاً بين النص الجزائري والمادتين 49 و50 من قانون التحكيم المصري¹، التي تضمنت النص على الأحكام التفسيرية والتصحيحية التي تشوب أحكام التحكيم، فإننا سوف نلاحظ أن هذا النظام المتعلق بالأحكام التفسيرية والتصحيحية، يسري أيضاً على الأحكام الإضافية، فإذا كان الخطأ الوارد في الحكم يحتاج إلى تصحيح، والغموض الذي يكتنفه يحتاج إلى تفسير، فإن إغفال المحكم الفصل في طلب من الطلبات المقدمة خلال مرحلة الإجراءات، يقتضي منه إصدار حكم إضافي يفصل فيما أغفل عنه من طلبات، على أن هذه الأحكام الإضافية كما هو واضح من ظاهر النصوص السابقة لاسيما الفقرة الثالثة من المادة 49، تعتبر أحكاماً مكتملة ومنتمة لحكم التحكيم المنهي للخصوصية.

1 المادة 49:

- يجوز لكل من طرفي التحكيم أن يطلب من هيئة التحكيم خلال الثلاثين يوماً التالية لتسلمه حكم التحكيم، تفسير ما وقع في منطوقه من غموض، ويجب على طالب التفسير إعلان الطرف الآخر بهذا الطلب قبل تقديمه لهيئة التحكيم.
 - يصدر التفسير كتابة خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تقديم طلب التفسير لهيئة التحكيم، ويجوز لهذه الهيئة مد هذا الميعاد ثلاثين يوماً إذا رأت ضرورة لذلك.
 - ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متمماً لحكم التحكيم الذي يفسره وتسري عليه أحكامه.
- المادة 50:

- تتولى هيئة التحكيم تصحيح ما يقع في حكمها من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية، وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم، وتجري هيئة التحكيم التصحيح من غير مرافعة خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ صدور الحكم أو إيداع طلب التصحيح بحسب الأحوال، ولها مد هذا الميعاد ثلاثين يوماً أخرى إذا رأت ضرورة لذلك.
- ويصدر قرار التصحيح كتابة من هيئة التحكيم ويعلن إلى الطرفين خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره، وإذا تجاوزت هيئة التحكيم سلطتها في التصحيح جاز التمسك ببطان هذا القرار بدعوى بطلان تسري عليها أحكام المادتين (54/53) من هذا القانون.

وترتيباً على ذلك، فإن هذه الأحكام سواء كانت تفسيرية أو تصحيحية أو إضافية، يمكن الطعن عليها أيضاً بالبطلان شأنها شأن حكم التحكيم المنهي للخصومة¹، لكن هل يطعن عليها استقلالاً أم مع هذا الحكم المنهي للخصومة، التي صدرت بمناسبة تصحيحه أو تفسيره أو فيما أغفله؟، لم تجب المادة 1030 من ق.إ.م.إ. الجزائري على ذلك، ولعل السبب في ذلك مرده إلى عدم تحديد المشرع الجزائري للمواعيد والآجال، التي يتعين على طالب التفسير أو التصحيح أو طالب إصدار الحكم الإضافي أن يتقيد بها في طلبه، فضلاً على عدم تحديده لإجراءات هذا الطلب، والآثار المترتبة عن الإخلال بها²، بخلاف قانون التحكيم المصري الذي نظم هذه المسائل في النصوص المشار إليها آنفاً، حيث أجابت المادة 3/50 منه على التساؤل المذكور بقولها: "... وإذا تجاوزت هيئة التحكيم سلطتها في التصحيح جاز التمسك ببطلان هذا القرار بدعوى بطلان تسري عليها أحكام المادتين (54/53) من هذا القانون"³، وهاتين المادتين الأخيرتين تقابلان أحكام المادتين 1058 و1059 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، والتي حدد المشرع من خلالهما أسباب دعوى البطلان والمواعيد المقررة في ذلك.

وبالرجوع إلى هذه المواد، نلاحظ بالنسبة للمشرع المصري أنه حدد ميعاد رفع الطلب بثلاثين يوماً، سواء تضمن الطلب تفسير أو تصحيح أو إضافة، تسري من يوم تسلم الطالب لحكم التحكيم، على أن يصدر الحكم التفسيري أو التصحيحي أو الإضافي خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تقديم الطلب، مع جواز تمديدها إلى ثلاثين يوم أخرى، وتعتبر الأحكام الصادرة بالتفسير أو التصحيح أو الإضافة متممة لحكم التحكيم، وتسري عليها أحكامه على نحو ما رأينا، فهي بهذه المثابة تخضع لنفس أحكام دعوى البطلان التي يخضع لها حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها طبقاً للمادة 54 المشار إليها، وبناء عليه، نلاحظ أن المشرع المصري أعطى الحق لصاحب الطلب، بأن يتقدم بطلبه الرامي إلى تفسير حكم التحكيم أو تصحيحه أو إصدار حكم إضافي

¹ د حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 317.

² ولاشك أن ذلك يشكل عقبة أمام الأطراف خاصة إذا كان القانون الجزائري هو الواجب التطبيق، وعلى هذا يكون من الجدير اقتراح إعادة صياغة المادة 1030، وذلك بإضافة بند ينظم إجراءات طلب التفسير أو التصحيح أو الإضافة، فضلاً عن تحديد المواعيد الإجرائية في ذلك.

³ وهذه المادة وإن كانت تتعلق بالحكم التصحيحي، إلا أن هذا الأخير كما سبق وأن رأينا يسري عليه نفس النظام القانوني الذي يسري على الأحكام الأخرى سواء التفسيرية أو الإضافية، ومن ثم فإن الشطر الأخير من هذه المادة والمتعلق بالبطلان لا يقتصر فقط على الأحكام التصحيحية، وإنما يسري أيضاً على الأحكام التفسيرية والإضافية على حد سواء.

فيما أغفل عنه، وفقاً للآجال السابقة، وفي حالة تجاوز هيئة التحكيم لسلطتها في تفسير الحكم أو في تصحيحه أو في إصدارها للحكم الإضافي، يبقى أمام صاحب المصلحة أن يسلك طريق البطلان على هذا الحكم تبعاً لدعوى بطلان الحكم الأصلي المنهي للخصومة.

أما المشرع الجزائري فقد سبق وأن أشرنا إلى أنه لم يحدد مواعيد معينة يتعين التقيد بها في الدعاوى السابقة، واقتصر في ذلك على الإحالة على القواعد العامة، حيث جاء في المادة 1030 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه: "يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه. غير أنه يمكن للمحكم تفسير الحكم أو تصحيح الأخطاء المادية والإغفالات التي تشوبه، طبقاً للأحكام الواردة في هذا القانون".

وبالرجوع إلى القواعد العامة لاسيما المواد 285 و286 و287 من القانون المذكور، نلاحظ أنها نصت في مجملها على أنه يجوز تقديم طلب تفسير أو تصحيح الحكم بموجب عريضة إلى الجهة التي أصدرته، ولو بعد حيازة الحكم قوة الشيء المقضي به، حيث تقوم هذه الجهة بالتأشير بهذا التصحيح أو التفسير على أصل الحكم، غير أنه ما يلاحظ على هذه النصوص أنها هي الأخرى لم تحدد المواعيد التي يتعين مراعاتها في تقديم هذا الطلب وما يترتب عنها من آثار.

وفي ظل هذا الفراغ المتعلق بمواعيد تقديم الطلب، فإنه يتعين في تقديرنا على صاحب المصلحة المبادرة بتقديم طلبه الرامي إلى تفسير أو تصحيح أو تعديل حكم التحكيم أمام هيئة التحكيم، وذلك في وقت معقول يمكن تحديده عن طريق الاتفاق أو عن طريق هيئة التحكيم، مع مراعاة مقتضيات السرعة التي يتطلبها التحكيم، وبعد صدور قرار التفسير أو التصحيح أو التعديل، يمكن الطعن عليه بالبطلان وذلك مع حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وليس استقلالاً عنه، إذ بصدور الحكم تنتهي مهمة المحكم لاستنفاد سلطته ولا تكون له أي صفة في إجراء أي تعديلات، ولو كان الحكم مشوباً بما يبطئه، فيصبح الطريق الوحيد هو رفع دعوى البطلان¹.

وما يؤكد هذه الوجهة، هو عدم اشتراط صدور قرار التصحيح أو التفسير أو التعديل في ورقة مستقلة عن الحكم، وإنما يصدر كما هو الحال أمام القضاء في ذيل النسخة الأصلية لحكم

¹ د محمود مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 202، د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص 323-324.

التحكيم، ويعتبر جزءاً لا يتجزأ منه¹، ولعل هذا الحل يتفق مع أحكام المادة 1059 السالفة الذكر والمتعلقة بدعوى البطلان من جهة، ويتفق مع خصوصيات التحكيم، وما يقتضيه من اقتصاد في الإجراءات وسرعة البت في النزاع من جهة أخرى².

يبقى في الأخير أن نتساءل عن الفرض الذي قد يستحيل معه الرجوع إلى ذات الهيئة، لتفسير أو تصحيح أو تعديل حكم التحكيم الذي أصدرته، ومدى إمكانية تدخل القضاء في ذلك؟.

لم يواجه المشرعين الجزائري والمصري هذا الفرض، والذي يمكن تصوره عملاً عند استحالة الرجوع إلى ذات الهيئة التي أصدرت حكم التحكيم، كما في حالة وفاة المحكم الفرد الذي تشكل منه محكمة التحكيم، أو وفاة المحكم المرشح بعد إصدار الحكم، أو انقضاء ميعاد التفسير عند التشريعات التي تنص على هذا الميعاد، أو لأي سبب آخر يستحيل معه الرجوع إلى ذات الهيئة ثانية، وقد تصدت اتفاقية واشنطن للجزء الأول من هذا الفرض في مادتها 2/50، حيث قضت بأنه يجب في مثل هذه الحالات تشكيل محكمة تحكيم جديدة، وذلك إما بتعيين محكم بديل عن المحكم المتوفى، أو استكمال تشكيل هيئة التحكيم عند وفاة المحكم المرشح³.

أما الجزء الآخر من التساؤل، وهو مدى إمكانية تدخل القضاء في شأن تفسير أو تصحيح أو تعديل حكم التحكيم، إذا ما تعذر هذا الحل الأخير المتمثل في إمكانية تشكيل هيئة تحكيم جديدة أو استكمال تشكيلها، فقد ذهب المشرع الفرنسي في نص المادة 2/1475 من قانون المرافعات، إلى تحويل الاختصاص في تفسير حكم التحكيم أو تصحيحه إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، ما لم يوجد اتفاق بين الأطراف يقضي بغير ذلك، وهو الحل الذي أخذت به بعض أحكام القضاء في فرنسا⁴، واستحسنه جانب من الفقه في مصر⁵، بينما استبعده البعض الآخر، حيث يرى أن سلطة القاضي -حتى أثناء نظره لدعوى بطلان حكم التحكيم- لا تمتد

¹ وهو ما قضت به المادة 3/29 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس.

² على أن إعمال هذا الحل الذي توصلنا إليه يكون في مجال التحكيم الداخلي، نظراً لغياب النص عليه في هذا المجال كما رأينا، أما إذا تعلق الأمر بالتحكيم الدولي فإن تحديد المواعيد السابقة تخضع إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع الذي يختاره الأطراف، أو تختاره هيئة التحكيم عند غياب اتفاق الأطراف عليه تطبيقاً لنص المادة 1043 من ق.إ.م.إ. الجزائري.

³ أشار إليه، د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص 327-328.

⁴ Cour d'appel de paris, 19 Nov 1993, Rev. Arb, 1996, note Fouchard, p. 427.

⁵ د فتحي والي، المرجع السابق، ص 466-467.

لمراجعة الحكم وتقدير ملاءمته، أو مراقبة مدى حسن تقدير المحكمين وفهمهم للوقائع وتكييفها، باعتبار أن هذه المسائل لا تملك النظر فيها إلاّ جهات الاستئناف، ومن ثم تقف سلطة القاضي عند استظهار المستندات للتحقق من وجود اتفاق تحكيم صحيح ومنتج لآثاره¹.

غير أن هذا الاتجاه - في تقديرنا - اقتصر على بيان السبب المانع من اختصاص قاضي دعوى البطلان في نظر طلبات التفسير أو التصحيح، دون إعطاء الحلول الممكنة للخروج من الإشكال السابق، كما أنه من جهة أخرى قد ضيق من نطاق سلطات القاضي المختص أصلاً في نظر النزاع، وعلى هذا الأساس فإن الحل الذي يمكن أن تجتمع عليه الآراء السابقة، والذي يتفق مع القواعد العامة، فإن الاختصاص بطلب تفسير أو تصحيح حكم التحكيم عند تعذر الرجوع إلى هيئة التحكيم التي أصدرته، لا مناص من أن ينعقد للمحكمة المختصة بنظر النزاع وفقاً للرأي الأول، ويستحسن أن تتولى البت في هذه الطلبات جهات الاستئناف نظراً لسلطاتها الواسعة في هذا المجال وفقاً للرأي الثاني، وفي حالة عدم وجود نص يقرر اختصاص هذه الأخيرة²، فإن ذلك "لا يمنع من تولي المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تفسير أو تصحيح أي جزء من منطوق الحكم، يكون تفسيره لازماً بالقدر اللازم للبت في هذا الطلب، وإصدار حكمها في هذه الدعوى"³.

¹ وسبب استبعاد هذا الفقه لاختصاص القضاء في نظر طلبات تفسير أو تصحيح حكم التحكيم، عند استحالة الرجوع إلى هيئة التحكيم التي أصدرته، يرجع على ما يبدو إلى حظر المشرع المصري إمكانية الطعن على أحكام التحكيم أمام جهات الاستئناف - بخلاف ما هو مقرر في القانون الجزائري بالنسبة لأحكام التحكيم الداخلية كما سوف نرى -، ولما كان الاختصاص في تفسير أو تصحيح الأحكام يعود لهذه الجهات وحدها دون غيرها، امتنع على قضاء البطلان أن ينظر هذه الطلبات، د محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 220.

² لولا ما قد يعكر على هذا الحل، من اقتصر المشرع الجزائري على إجازته الطعن بالاستئناف على أحكام التحكيم في المجال الداخلي دون الدولي، وبالتالي فإن هذا الحل وإن كان مستساغاً في التحكيم الذي يجري في الجزائر وفقاً للمادة 1033 من ق.إ.م.إ، فإنه يعتبر متعديراً في مجال التحكيم الدولي الذي لا تقبل أحكامه سوى طريق الطعن بالبطلان وفقاً للمادة 1058 من نفس القانون، فلا مناص إذن في تقديرنا من تولي المحكمة التي تنظر في دعوى البطلان تفسير أو تصحيح حكم التحكيم، ونفس الإشكال يثار بالنسبة للمشرع المصري الذي يمنع الطعن بالاستئناف على أحكام التحكيم، فلا يبقى إذن سوى تقرير الاختصاص في تفسير وتصحيح هذه الأحكام لقاضي البطلان.

³ وهو الحل الذي اختاره، د فتحي والي، المرجع السابق، ص 467-468.

ي- أحكام التحكيم الوقتية أو المستعجلة:

قد تقتضي طبيعة موضوع المنازعة الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، أو ظروف وملابسات الدعوى المعروضة على هيئة التحكيم، تقرير نوع من الحماية المؤقتة للحقوق والمراكز القانونية، ومرجع هذه الحماية أن الحق أو المركز القانوني قد يتعرض لخطر داهم أو ضرر محقق، قد يصيبه نتيجة الانتظار حتى صدور حكم التحكيم المنهي للخصومة، الأمر الذي يتطلب معه اتخاذ بعض الإجراءات العاجلة لحمايته إلى حين الفصل في النزاع حوله¹، كأن تأمر هيئة التحكيم بإيداع البضائع المنقولة محل النزاع في مستودع خاص تجنباً لتلفها، وذلك في حالة رفض المرسل إليه استلامها، أو أن تأمر ببيعها خشية فوات فرص البيع أو انتهاء صلاحية البضائع.

وقد كان الفقه يجري على أن الاتفاق على التحكيم لا يخول هيئة التحكيم إلا إصدار حكم في الدعوى الموضوعية²، فهو بذلك لا يخولها سلطة إصدار أحكام و أوامر وقتية أو مستعجلة، لافتقارها سلطة الجبر والأمر في تنفيذ ما تتخذه من أحكام وقرارات، فهي من اختصاص قضاء الدولة الذي يملك هذه السلطة³، غير أن الاتجاه الجديد في فقه القانون الدولي⁴، وتابعه على ذلك العديد من التشريعات وأنظمة التحكيم التجاري الدولي⁵، وسع من نطاق اختصاص هيئات التحكيم، إذ أصبح يعترف لها بسلطة إصدار أحكام ليس في الموضوع فقط، بل أيضاً إصدار

¹ د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، ص 198-199.

² من أنصار هذا الاتجاه، د أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 134، حيث يرى أن اختصاص القاضي بالأمور المستعجلة يتعلق بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز أن يسلب التحكيم هذا الاختصاص ولو اتفق الأطراف على ذلك.

³ أشار إلى ذلك، د فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 399، د محمود مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 147، قارن خلاف ذلك، د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 199، اللذان يريان أن هذه المسألة لم تكن محل خلاف فقهي يذكر.

⁴ أنظر في تفصيل هذا الاتجاه وعرض الحجج التي يستند إليها، د محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 151.

⁵ أنظر مثلاً، المادة 1/23 من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس، والمادتين 1/13 و 4/15 من لائحة تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي، والمادة 17 من القانون النموذجي للتحكيم، والمادة 23 من قواعد اليونيسترال، والمادة 42 من قانون التحكيم المصري، والمادة 1046 من قانون المرافعات الجزائري.

أحكام وأوامر وقتية قبل الحكم في الموضوع، فهي بذلك لا تعتبر أحكام منهيبة للخصوصية كلها، ومن ثم لا يمكن أن تكون محلاً لدعوى البطلان.

وهذا الاتجاه هو الذي سار على نهجه المشرع الجزائري، حيث نص في المادة 1046 من ق.إ.م.إ بأنه: "يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف، ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك.

إذا لم يرقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إرادياً، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي.

يمكن لمحكمة التحكيم أو للقاضي أن يخضع التدابير المؤقتة أو التحفظية لتقديم الضمانات الملائمة من قبل الطرف الذي طلب هذا التدبير".

واستناداً إلى هذا النص، يلاحظ أن المشرع وضع جملة من الضوابط التي يتعين على هيئة التحكيم مراعاتها عند أمرها باتخاذ تدابير مؤقتة أو مستعجلة تتمثل في:

أولاً، توافر حالة الاستعجال وفقاً للمفهوم الذي سبق بيانه، ويخضع تقدير توافر حالة الاستعجال من عدمها لهيئة التحكيم، فليس لها أن تستجيب لطلب الخصم إذا لم يوجد هناك مبرر لاتخاذ هذه التدابير¹.

ثانياً، أن يكون اتخاذ هيئة التحكيم لهذه التدابير، بناءً على طلب من أحد الخصوم وليس من تلقاء ذاتها.

ثالثاً، أن سلطة المحكم في اتخاذ تدابير مؤقتة تتحدد وفق ما هو مخول له قانوناً، وهو طبقاً للفقرة الأولى من المادة المذكورة، يقتصر على سلطة إصدار أمر باتخاذ هذه التدابير دون سلطة الإكراه على تنفيذها التي يتمتع بها القضاء وحده²، وعلى هذا النحو يجوز لهيئة التحكيم أن تتخذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على البضائع المنقولة وإيداعها في أماكن مخصصة لها، أو بيعها في حالة الخوف من تلفها، لكن لا يجوز لها مثلاً أن تأمر بتعيين حارس على السفينة الناقلة أو على البضائع المنقولة عليها، أو أن تأمر بتوقيع حجز على أموال أحد طرفي عقد النقل البحري للبضائع، فهذه الأوامر ومثلها تخرج من نطاق اختصاص هيئة التحكيم وتدخل في اختصاص

¹ د أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 549.

² د سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة، المرجع السابق، ص 143.

القضاء، وهذا يعني أن شرط التحكيم لا يحول دون بقاء الولاية منعقدة للقضاء في الأمور المستعجلة، ولا يؤثر على ذلك ثبوت ولاية المحكم في نظر هذه الأمور¹.

رابعاً، إذا كان الأصل كما تقدم هو تحويل هيئة التحكيم صلاحية النظر في المسائل المستعجلة، وأن ذلك لا ينفي بقاء ولاية النظر فيها معقودة للقضاء، غير أنه قد يتفق طرفا التحكيم صراحة على اختصاص هيئة التحكيم وحدها بالنظر في هذه الأمور، وهو ما يمكن فهمه من الفقرة الثانية من المادة 1046 المذكورة بقولها: "إذا لم يقر الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إرادياً، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي"، فتدخل القضاء في عملية تنفيذ هذه التدابير بناءً على طلب هيئة التحكيم²، هو أمر جوازي كما هو واضح من النص، فإذا لم يقر الطرف الذي صدر الأمر لصالحه بطلب تدخل القضاء بناءً على ما تم الاتفاق عليه، فإن ولاية القضاء ستحسر عن النظر في هذه المسائل³، إلا في بعض الحالات الاستثنائية التي توجب تدخل القضاء، كما إذا كانت هيئة التحكيم لم يتم تكوينها بعد، وكان الإجراء المطلوب لا يحتمل التأخير، أو كان الإجراء المطلوب اتخاذه على وجه الاستعجال لا يدخل أصلاً في نطاق ولاية التحكيم⁴.

خامساً، وبناءً على نفس الفقرة المشار إليها سابقاً، فإن الإجراءات الواجب اتباعها في حالة طلب تدخل القضاء في تنفيذ التدبير الوقي أو التحفظي، تخضع لقانون الدولة التي ينتمي إليها

¹ د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 202-203.

² وإن كان الأولى في تقديرنا أن طلب تدخل القضاء هو حق مخول للأطراف لا لهيئة التحكيم، التي ينبغي أن يقتصر دورها على الجانب التنظيمي لإجراء هذا الطلب، بل إن القول بخلاف ذلك لاشك يتعارض مع أصل مهم من أصول التحكيم، والذي يمثل جوهر الاتفاق على التحكيم من اختيار نظام التحكيم كبديل عن القضاء، ولا يتعارض ذلك مع بقاء ولاية النظر في الأمور المستعجلة والوقائية للقضاء، وإنما يتعلق الأمر هنا بمجرد طلب تدخل القضاء، فإذا لم يتفق الأطراف على تدخله، فإن ولاية نظر هذه الأمور تبقى من اختصاص هيئة التحكيم على نحو ما رأينا، ولا يسع هيئة التحكيم بعد ذلك أن تطلب تدخل القضاء، إلا في بعض الحالات التي سوف نشير لها بعد قليل، وقد تفتن المشرع المصري لهذه المسألة عندما نص على أن الحق في طلب تدخل القضاء هو حق مقرر أصلاً للخصم الذي صدر الأمر لصالحه، وهو ما يتبين بوضوح من نص المادة 2/24 من قانون التحكيم المصري بقولها: "وإذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه، جاز لهيئة التحكيم بناءً على طلب الطرف الآخر أن تأذن لهذا الطرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه، وذلك دون إحلال بحق هذا الطرف في أن يطلب رئيس المحكمة المشار إليها في المادة (9) من هذا القانون الأمر بالتنفيذ".

³ وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في الحكم:

Cass. Civ, 10 juin 1982, Rev Arb, 1983, note Mayeau.

⁴ د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 204-205.

هذا القضاء، وهذه الحالة تشكل استثناءً من القاعدة العامة التي نصت عليها المادة 1043 من ق.إ.م.إ. الجزائر، من أن الأصل في تحديد النظام الإجرائي الواجب التطبيق يخضع لاتفاق الأطراف، أو تحدده هيئة التحكيم عند عدم الاتفاق عليه، وتطبيقاً لهذا الأصل، فإن ولاية القضاء ستحسر أيضاً عن النظر في الأمور المستعجلة، إذا ما اتفق الطرفان على وضع تنظيم إجرائي معين لنظر هذه الأمور، أو اتفقا على إجراء التحكيم وفقاً للقواعد المعمول بها لدى مؤسسة تحكيم معينة، كما لو اختاروا أن يتم التحكيم في المنازعات التي نشأت أو ستنشأ، عن عقد النقل البحري للبضائع المبرم بينهما أمام غرفة التجارة الدولية بباريس،¹ وكان هذا النظام المختار لا يقر تدخل القضاء في تنفيذ التدبير الوقي أو التحفظي.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية لحكم التحكيم

في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

يرتكز الفقه في دراسته للطبيعة القانونية لحكم التحكيم، على الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ذاته، بوصفه عملية متكاملة تبدأ باتفاق الأطراف عليه، وتنتهي بصدور حكم فاصل في موضوع النزاع²، وقد سبق وأن رأينا في معرض تطرقنا لطبيعة التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، بأن هذا التحكيم كأى تحكيم في أي نزاع ناشئ عن عقد آخر تتنازعه عمليتين رئيسيتين: الأولى هي عمل أطراف عقد النقل البحري للبضائع، المتمثل في الاتفاق على التحكيم، والثانية هي عمل المحكم والمتمثل في إصدار الحكم في النزاع الناشئ عن هذا العقد، وكل من الاتفاق والحكم يخضع لنظام قانوني خاص به، فإذا كان الاتفاق يخضع من حيث صحته وبطلانه إلى قواعد القانون المدني، فإنه من حيث نفاذه وآثاره وإجراءاته وتنفيذ حكمه والطعن عليه يخضع لقانون الإجراءات المدنية³.

وبناءً على هذه التركيبة التي يتميز بها التحكيم، تباينت الآراء في تحديد طبيعة نظام التحكيم بداية، ثم انعكس هذا الخلاف على نتيجة هذا التحكيم والمتمثلة في الحكم الناتج عنه، حيث

¹ في هذا المعنى، د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 204

² د عزت محمد علي البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 17.

³ د أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 18.

اختلف الفقه في تحديد طبيعة هذا الحكم تبعاً لاختلافهم في تحديد طبيعة التحكيم، فظهرت بذلك عدة نظريات بين من يقول بالطبيعة التعاقدية لحكم التحكيم، ومن يقول بالطبيعة القضائية، وبين من يراه ذو طبيعة مركبة، ومن يرى أنه نظام خاص ومستقل، والمتبع لهذه النظريات التي ظهرت بشأن تحديد طبيعة حكم التحكيم، يجد أنها استندت في أسسها ومبرراتها ومفاهيمها، إلى ذات الأسس والمبررات والمفاهيم التي استندت إليها النظريات التي تصدت لتحديد طبيعة التحكيم ذاته، ولذلك سوف نحيل على هذه النظريات لسبق التفصيل فيها وتفادياً لتكرارها¹، ونقتصر على إعطاء تكييف مناسب لطبيعة حكم التحكيم حسب الراجح من أقوال الفقه، وعليه يمكن القول:

أن حكم التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة، لا يختلف في طبيعته عن أي حكم تحكيم آخر، فهو ليس عملاً إرادياً بحتاً - وفقاً للنظرية التعاقدية- كالصلح الذي يكون فيه حل النزاع مرهوناً بتراض محض من قبل الأطراف، وليس عملاً قضائياً بحتاً - وفقاً للنظرية القضائية- يكون الحل فيه مرهوناً بإنزال حكم القانون على النزاع بصورة مفروضة على الأطراف، وبغض النظر عن تراضيهما، كما لا يمكن إضفاء الوصف العقدي والوصف القضائي في آن واحد على حكم التحكيم، وفقاً لما ذهب إليه النظرية المختلطة، فهذه النظرية وإن كادت تقترب من جوهر حكم التحكيم، إلا أنها لم توفق عندما وضعت حداً زمنياً فاصلاً بين الطبيعة الاتفاقية والطبيعة القضائية، أي أنها صورت أن التحكيم يتحول في مرحلة معينة من الطابع الاتفاقي إلى الطابع القضائي، وانقسمت هذه النظرية فيما بينها، بين من يرى أن حكم التحكيم لا يعد حكماً قضائياً إلا بعد صدور الأمر بتنفيذه، وهو قبل ذلك يبقى مجرد عقد²، ومن يرى أن الحكم التحكيمي يعتبر حكماً قضائياً من الوقت الذي يبدأ فيه المحكم بالقيام بمهمته في نظر النزاع، إلى أن يصدر حكمه في هذا النزاع³.

لينتهي الفقه الراجح إلى أن للتحكيم طبيعته الذاتية والمستقلة، وبالنتيجة فإن حكم التحكيم يعد أيضاً عملاً ذاتياً مستقلاً⁴، فاتفاق التحكيم وعمل المحكم الذي سينتج عنه حكم التحكيم

¹ راجعها مفصلة في، المطلب الثاني من المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الأول.

² د ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 56.

³ أشار إليه، د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 44-54.

⁴ د حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 17.

في الأخير، هما عمليتان متلازمتان في كل مراحل التحكيم دون فاصل زمني بينهما، إذ أن الحكم لم يوجد إلا من محكم، وهذا لا يباشر وظيفته إلا باتفاق الأطراف على تحويله عملية التحكيم، وفقاً لما يرسمه له القانون من حيث تحديد شكل الحكم وآثاره وطرق الطعن عليه، فلا يمكن إذن الحديث عن التحكيم كعملية متكاملة، بالحديث عن اتفاق الأطراف بمنأى عن عمل المحكم، وإلا فإن الحديث عن الاتفاق لحل النزاع بنظرة مجردة عن عمل المحكم، قد يضعنا أمام نظام آخر غير التحكيم كما لو كان مجرد صلح.

وفي عبارة واحدة يمكن القول، أن حكم التحكيم يعد عملاً متميزاً يتمتع بذاتيته واستقلاله، وبهذه المثابة إذا كان التحكيم هو "قضاء اتفاقي"¹، أو "تحكيم قضائي"²، فإن حكم التحكيم يمكن وصفه بأنه "عمل قضائي من نوع خاص"³، أو أنه "عمل قضائي ذو أساس اتفاقي"⁴.

المطلب الثاني

إجراءات حكم التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

انتهينا فيما سبق، إلى أن أمام هيئة التحكيم في خلال المدة المحددة لإنهاء مهمتها، مجموعة من المنازعات التي قد تثار بشأن الخصومة الناشئة عن عقد النقل البحري محل الدراسة، فيما بيديه الطرفان من طلبات سواء كانت أصلية أو عارضة أو إضافية، أو من دفعات أثناء سير الخصومة قد تتعلق بالاختصاص أو قد تتعلق بالموضوع، أو من طلبات وقتية أو مستعجلة، أو غيرها من الطلبات والدفعات التي يتعين على هيئة التحكيم أن تتصدى للفصل فيها بحسب الأحوال، سواء بموجب أحكام تهديدية أو أحكام جزئية، أو أحكام تفسيرية أو تصحيحية أو إضافية، أو أحكام وقتية أو مستعجلة، وذلك بغية وصولها في الأخير إلى حكم منهي للخصومة كلها تستنفذ به ولايتها، وذلك بمراعاة ما يتطلبه هذا الحكم من إجراءات ابتداءً من مرحلة إعداده (الفرع الأول)، وحتى مرحلة إصداره (الفرع الثاني):

¹ اختار هذا الوصف، د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 49.

² اختاره، د أبو زيد رضوان الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق والشريعة مشار إليها سابقاً، ص 48-49، وأشار إلى ذلك، د حسني المصري، المرجع السابق، ص 16.

³ اختاره، د أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 19.

⁴ أشار إليه، د نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، المرجع السابق، ص 289.

الفرع الأول

إعداد حكم التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

تجدر الإشارة بداية، إلى أن القانون الجزائري 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لم يتضمن نصاً صريحاً بشأن إعلان هيئة التحكيم قفل باب المرافعة تمهيداً لإجراءات إصدار حكم التحكيم، مكتفياً بالنص في المادة 1022 منه على أنه إذا لم يتقدم كل طرف بدفاعه ومستنداته، قبل انقضاء أجل التحكيم بخمسة عشر يوماً على الأقل، فإن لهيئة التحكيم أن تفصل بناء على ما قدم إليها خلال هذا الأجل، وذلك إذا قدرت أن من شأن ذلك تعطيل الفصل في النزاع.

وعليه فإنه بعد انتهاء تبادل المذكرات والمستندات، وتحقيق الدعوى، وسماع المرافعات، على النحو الذي فصلنا فيه في الفصل السابق، تأمر هيئة التحكيم بحجز الدعوى للحكم (أولاً)، على أنه لا يلزم إصدار قرار صريح منها بقفل باب المرافعة، أو بتحديد ميعاد للنطق بالحكم¹، كلما في الأمر أن تأخذ في الحسبان ما يتيح لها توفير فترة زمنية للمداولة اللازمة (ثانياً)، تمهيداً لإصدار حكم التحكيم².

أولاً: حجز الدعوى للحكم

متى تبين لهيئة التحكيم انتهاء الأطراف من عملية تبادل المذكرات والمستندات، وتقديم أوجه دفاعهم وطلباتهم، تأمر بحجز الدعوى صراحة أو ضمناً لإصدار الحكم في موضوعها، ولا يشترط أن تصدر في ذلك قراراً صريحاً تعلن فيه قفل باب المرافعة، أو بتحديد ميعاد للنطق بالحكم، وبحجز الدعوى للحكم يتم قفل باب المرافعة، وتنقطع صلة الخصوم بالقضية، ولا يكون لهم اتصال بها إلاً بالقدر الذي تراه الهيئة لازماً، فإذا ما تقدم أحدهم بمذكرة دفاعية أو طلبات مقابلة أو أي مستند آخر، فإن على الهيئة تجاهله وعدم الرد عليه، وليس لها أن تستند إليه وإلاً كان حكمها عرضة للبطلان، على أن تكون قد منحت الفرصة كاملة للطرفين لإبداء دفاعهما، وتقديم مستنداتها قبل قفل باب المرافعة، احتراماً لمبدأ المساواة وحق الدفاع³، كما يكون لها أن تقرر فتح

¹ د فتحي والي، المرجع السابق، ص 426.

² في هذا المعنى، د محمود مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 172.

³ د فتحي والي، مرجع سابق، ص 426 وما بعدها.

باب المرافعة مرة أخرى سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أي من الخصوم، إذا قدرت توافر أسباب جدية لذلك، كما لو ظهرت واقعة جديدة لها تأثير على الفصل في الدعوى مثلاً¹.

ثانياً: المداولة لإصدار الحكم

ترجع أهمية المداولة إلى إتاحتها الفرصة للمحكّمين، لأجل فحص القضية ومناقشة مختلف جوانبها مناقشة شفوية، وتبادل الرأي حولها بينهم، حتى يصل كل محكم إلى تكوين رأي معين بشأنها، بغية الوصول إلى الإجماع أو الأغلبية اللازمة لإصدار الحكم²، ولم يحدد قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري كيفية إجراء هذه المداولة، واكتفى بالنص على أنه: "تكون مداولات المحكّمين سرية" طبقاً للمادة 1025³، وأن "تصدر أحكام التحكيم بأغلبية الأصوات" طبقاً للمادة 1026، وكأنه ترك مهمة تحديد إجراءات هذه المداولة لهيئة التحكيم⁴، وعليه فقد تتداول هيئة التحكيم مجتمعة إذا كانت مكونة من أكثر من محكم واحد⁵، أو عن طريق المراسلة، أو بأي وسيلة من وسائل الاتصال الإلكتروني في حالة تعذر اجتماعهم، ما لم يتفق الأطراف على استلزام شكل محدد تتم به المداولة⁶.

ويلزم لصحة المداولة أن تجري سرّاً⁷ إعمالاً لنص المادة 1025 من نفس القانون، فلا يحضرها غير المحكّمين، ولو كان رئيس المؤسسة المنظمة للتحكيم، أو كان الكاتب المكلف بتدوين محاضر الجلسات، أو الخبير الذي انتدبته الهيئة، وإن كان إفشاء سر المداولة لا يؤدي حسب رأي البعض إلى بطلان الحكم، ولكنه قد يؤدي إلى قيام المسؤولية المدنية للمحكم⁸، بينما يرى البعض إمكانية ترتيب البطلان إذا ما تمت المداولة بطريقة علنية⁹، وهو الرأي الذي يرححه الباحث، ما دام

¹ وهو ما نصت عليه المادة 1/22 من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، والمادة 29 من قواعد اليونيسترال.

² د حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 454-455.

³ تقابلها نص المادة 1496 من قانون المرافعات الفرنسي.

⁴ وهو ما نص عليه المشرع المصري صراحة في نص المادة 40 من قانون التحكيم.

⁵ ومن البديهي أنه لا مجال للكلام عن المداولة إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة من محكم فرد.

⁶ د محمود مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 172.

⁷ على أن السرية في هذا المقام لا تتعلق بخاصية من خصائص التحكيم، المرتبطة بالمرافعات وإصدار الحكم، وإنما تتعلق السرية في مجال المداولة بالمبادئ الأساسية للتقاضي المتصلة بالنظام العام، تماماً كما هو عليه الحال أمام القضاء.

⁸ لذلك يفضل البعض ألا يجرح المحكّمون محاضر للمداولة خوفاً من تسربها إلى الغير، أنظر في ذلك، د فتحي والي، المرجع السابق، ص 429، مع ما أشار إليه من أحكام قضائية وتحكيمية.

⁹ د محمود مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 173.

هناك نص أمر يستلزم سرية هذه المداولة، واستناداً إلى أن مبدأ السرية في المداولات يعتبر قاعدة إجرائية، تتعلق بالمبادئ الأساسية للتقاضي المتصلة بالنظام العام، والقول بخلاف ذلك من شأنه أن يفتح الباب نحو خرق القواعد الآمرة التي يقرها القانون الواجب التطبيق.

وإلى جانب سرية المداولة، اقتضت المادة 1026 من ق.إ.م.إ. الجزائري وجوب صدور أحكام التحكيم بأغلبية الأصوات، فلا يلزم أن يصدر الحكم بالإجماع كما هو واضح من هذا النص، أي بموافقة جميع المحكمين، وإنما يكفي أن يصدر بالأغلبية، ما لم يتفق الأطراف على أن يصدر بالإجماع، وإذا امتنع أحد المحكمين عن المشاركة في المداولة بما يؤدي إلى تأخير الفصل في طلب التحكيم، مع امتناعه عن تنحيه، فللأطراف أن يتفقوا على عزله، وفي حالة عدم الاتفاق جاز للمحكمة المشار إليها في المادة 4/1016 من نفس القانون، أن تأمر بإنهاء مهمته بناءً على طلب أي من الطرفين، مع تعيين محكم بديل عنه¹.

الفرع الثاني

إصدار حكم التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

يتطلب إصدار حكم التحكيم في النزاعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، مراعاة جملة من الضوابط والشروط، سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع (أولاً)، وذلك حتى يرتب آثاره كاملة من حيث حيازته لحجية الشيء المقضي فيه، وتستنفذ به هيئة التحكيم ولايتها (ثانياً):

أولاً: ضوابط وشروط إصدار حكم التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع

حتى يرتب حكم التحكيم فيما ينشأ عن عقد النقل البحري محل الدراسة من منازعات، يلزم أن يصدر مستوفياً لشروطه الشكلية والموضوعية:

أ- شكل حكم التحكيم:

حرصاً على صحة حكم التحكيم الصادر بشأن النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع من حيث الشكل، وضمناً للاعتراف به وتنفيذه وعدم إبطاله، فإنه ينبغي أن يراعى في

¹ د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص 289-290.

إصداره جملة من الإجراءات الشكلية، بدءاً من توقيعه والنطق به، إلى حين إيداعه، وذلك تمهيداً لتنفيذه:

1- توقيع حكم التحكيم:

تنص المادة 1029 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: "توقع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين. وفي حالة امتناع الأقلية عن التوقيع يشير بقية المحكمين إلى ذلك، ويرتب الحكم أثره باعتباره موقعا من جميع المحكمين".

البادي من هذا النص أن حكم التحكيم يعتبر قد صدر اعتباراً من تاريخ توقيعه، وإن كان المشرع لم يصرح بضرورة كتابته في هذا النص¹، إلا أن ذلك يستفاد ضمناً من التوقيع على الحكم، إذ يستحيل أن يتم التوقيع على بياض، كما يدل عليه أيضاً شرط تدوين البيانات الواجب توافرها في هذا الحكم طبقاً للمادة 1028 من القانون المذكور، وأخيراً فإنه لا يمكن الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه ما لم يُثبِت الطرف الذي صدر الحكم لصالحه أصل هذا الحكم، تطبيقاً للمادتين 1051 و1052 من نفس القانون، وهذا الإثبات لا يمكن إلا عن طريق حكم مكتوب.

على أن توقيع أحكام التحكيم من قبل جميع المحكمين وفقاً لما أفادته المادة 1029 سالفه الذكر، لا يلزم منه موافقتهم جميعاً على الحكم الصادر، وإنما يكفي موافقة الأغلبية عليه على نحو ما رأيناه طبقاً لنص المادة 1026 المشار إليها سابقاً²، فلا تعارض إذن بين النصين، وعليه يكون المقصود -جمعاً بين هذين النصين- بأنه يلزم صدور الحكم من الهيئة بكامل تشكيلها، فلا يكفي لإصدار الحكم أن ينفرد غالبية أعضاء الهيئة بإصداره في غياب الأقلية، أو في حضورها لكن دون أخذ رأيها³، ولا تلتزم أقلية المحكمين بالانضمام إلى أغليبتهم بعكس الحال في القضاء، وإنما يكون للأقلية الخيار إما بين رفض توقيع الحكم، وإما بين توقيعهم عليه مع ذكر رأيهم المخالف لرأي

¹ ويلاحظ أن هذا النص هو ترجمة حرفية لنص المادة 1473 من قانون المرافعات الفرنسي، بخلاف قانون التحكيم المصري الذي نص في المادة 43 منه صراحة على أن يصدر حكم التحكيم كتابة.

² وهنا تظهر أهمية المحكم المرجح الذي تكلمنا عنه سابقاً في معرض كلامنا عن تشكيل هيئة التحكيم، وذلك عندما يكون أحد المحكمين الآخرين موافقاً على الحكم، ويكون الآخر معترضاً عليه، فيأتي دور المحكم المرجح ليضم صوته إلى صوت أحدهما، لتحقق صدور الحكم بالأغلبية.

³ د فتحي والي، المرجع السابق، ص 431-432.

الأغلبية، دون أن ينال ذلك من سلامة الحكم¹، وهو ما يمكن أن يستفاد من الفقرة الثانية من المادة 1029 المذكورة.

2- النطق بالحكم:

لم يتطلب قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري النطق بحكم التحكيم في جلسة علنية، مكتفياً بالإشارة إلى ذلك بالنص على بعض الآثار المترتبة على النطق به، فنص في المادة 1/1030 منه: "يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه"، ونص في المادة 1031: "تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه".

وتطبيقاً لذلك، فإن النطق بالحكم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري المتفق بشأنه على التحكيم، ليس لازماً إلا إذا اشترطه الأطراف في الاتفاق على التحكيم أو في اتفاق لاحق، فعندئذ يجب أن يتم النطق بمنطوقه شفويًا، في الجلسة المحددة لإصداره في غير علانية حفاظاً على السرية، ومن ثم يكون الحكم قد صدر اعتباراً من تاريخ النطق به².

ويترتب على عدم لزوم نطق المحكمين بحكم التحكيم عدم لزوم إعداد مسودة لهذا الحكم، بل لا تكون هذه المسودة لازمة ولو اتفق الأطراف على النطق بالحكم لعدم النص عليها، فلا يسوغ القياس في ذلك على القواعد المعمول بها أمام القضاء، إذ نظم المشرع الجزائري شروط إصدار حكم التحكيم وبياناته تنظيمًا خاصًا، يختلف عن تنظيم إصدار أحكام المحاكم القضائية³.

3- صياغة حكم التحكيم:

يقصد بصياغة حكم التحكيم عموماً، وفي المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة خصوصاً، تلك الصورة التي يتم إفراغ الحكم فيها، وقد قدمنا أن القانون وإن لم ينص صراحة على كتابة حكم التحكيم، إلا أن مبدأ الكتابة يستشف بدلالة الاقتضاء للنصوص الأخرى، التي تستلزم التوقيع على أحكام المحكمين (المادة 1029 ق.إ.م.إ.ج)، وتدوين البيانات الواجب توافرها في هذا الحكم (المادة 1028 من نفس القانون)، ومن إثبات الطرف الذي صدر حكم التحكيم لصالحه أصل هذا الحكم، بغرض الاعتراف به وتنفيذه (المادتين 1051

¹ د حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 455.

² د فتحي ولي، المرجع السابق، ص 433.

³ المرجع نفسه، 433-434.

و1052)، وكذلك من إيداع أصل حكم التحكيم مرفق بالعرائض والوثائق المتعلقة بالدعوى (المادة 2/1035 من نفس القانون)¹.

وعلى هذا النحو، تتطلب صياغة حكم التحكيم ضرورة اشتماله على مجموعة من البيانات الجوهرية، وقد نظمها المشرع الجزائري في نص خاص، تمييزاً لها عن تلك البيانات التي يتطلبها القانون بالنسبة لأحكام المحاكم، وعلى هذا إذا كان القانون الجزائري هو القانون الذي اختاره الأطراف، للتطبيق على النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع محل التحكيم، فإن حكم التحكيم يجب أن يتضمن ذكر البيانات المنصوص عليها في المادة 1028 من ق.إ.م.إ، حيث جاء فيها: "يتضمن حكم التحكيم البيانات الآتية:

1- اسم ولقب المحكم أو المحكمين،

2- تاريخ صدور الحكم،

3- مكان إصداره،

4- أسماء وألقاب الأطراف وموطن كل منهم وتسمية الأشخاص المعنوية ومقرها الاجتماعي،

5- أسماء وألقاب المحامين أو من مثل أو ساعد الأطراف، عند الاقتضاء".

والملاحظ أنه لما كانت هذه البيانات تعتبر لازمة وجوهرية في حكم التحكيم، فقد أوردها المشرع على سبيل الحصر²، ومن ثم فإنه يترتب على إغفال إحداها إمكانية بطلان حكم التحكيم، إذا كان القانون الجزائري هو الواجب التطبيق، وذلك لأنه يترتب على هذا الإغفال عدم تحقق الغاية التي من أجلها أوجب المشرع إثباتها بالحكم³.

كما تتطلب صياغة حكم التحكيم أيضاً إلى جانب كتابته وما يتطلبه من بيانات، تحديد اللغة التي يحرر بها، وقد سبق أن رأينا في الفصل السابق أنه إذا كان التحكيم داخلياً، فإنه وإن

¹ ويلاحظ ترتيباً على هذه النصوص، أن القانون وإن كان قد أعطى للأطراف حرية الاتفاق على الإجراءات الواجب اتباعها في خصومة التحكيم على النحو الذي سبق بيانه، إلا أن هذه الحرية تعتبر مقيدة بهذه النصوص، فلا تشمل الاتفاق على صدور حكم التحكيم بغير الكتابة.

² لذلك لا يعاب حكم التحكيم عدم تضمينه بياناً لم يتطلب القانون ذكره في حكم التحكيم، وتطبيقاً لذلك، فإنه لا يلزم مثلاً أن يبين في الحكم أنه صدر باسم الشعب، وهو ما يتعلق بدياجة الحكم المعروفة في أحكام القضاء طبقاً للمادة 275 ق.إ.م.إ. الجزائري، أو أي بيان آخر لم يرد ذكره في هذا القانون إذا كان هو الواجب التطبيق على النزاع، ومن ثم لا يتعين على المحكم الالتزام به حتى ولو لم يكن معنى من التقيد بقواعد هذا القانون. أنظر في هذا المعنى، د حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 392-393.

³ د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص 298 وما بعدها.

كانت الإجراءات والمرافعات وكتابة الحكم تتم بلغة الدولة التي يجري فيها التحكيم، إلا أن الأصل أن لغة التحكيم هي اللغة التي يتفق الطرفان على استعمالها، وعند عدم الاتفاق تحددتها هيئة التحكيم، مراعية في ذلك ظروف وأحوال كل دعوة على حدة¹.

أما إذا كان التحكيم دولياً، فإن الإشكال يثور من حيث أن أحد الأطراف على الأقل أو أحد أعضاء هيئة التحكيم يكون أجنبياً، فمسألة اختيار لغة التحكيم ينبغي أن تنبني على اختيار المحكمين القادرين على إنجاز مهمة التحكيم بهذه اللغة المختارة، وعموماً ينبغي الأخذ في الحسبان، ما يستلزمه الاعتراف بحكم التحكيم الأجنبي أو الدولي وتنفيذه في إقليم دولة معينة، من تقديم ترجمة رسمية لهذا الحكم باللغة الوطنية لتلك الدولة².

4- ملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم:

تنص المادة 1/1027 من ق.إ.م. الجزائري على أنه: "يجب أن تتضمن أحكام التحكيم عرضاً موجزاً لادعاءات الأطراف وأوجه دفاعهم"، والغرض من هذا الملخص هو تسهيل العمل الرقابي للقضاء على أحكام التحكيم، وذلك للتأكد من مدى التزام هيئة التحكيم بحدود سلطاتها وصلاحياتها في إصدارها لهذه الأحكام، وكذلك معرفة الصلة بين مضمون الحكم وطلبات الخصوم، ومدى استيعابه لوقائع النزاع والدفاع المثارة فيه، ويكفي في ذلك عرض ما يعتبر جوهرياً من هذه الطلبات وأوجه الدفاع، التي يكون لها أثر في الفصل في النزاع المثار بشأن منازعات عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة، والتي يبطل حكم التحكيم لعدم ذكرها، بسبب انعدام أو قصور في التسبيب³.

¹ د حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 294-295، د فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 304.

² وهو ما نصت عليه المادة 4 من اتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها، ولم ينص المشرع الجزائري صراحة على هذه المسألة، فيرجع في تحديد لغة الحكم إلى القواعد العامة، وبالرجوع إلى المادة 8 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نجد أنها توجب أن تكون الإجراءات والمستندات والأحكام الصادرة باللغة العربية تحت طائلة عدم القبول، مع مراعاة الاستثناء الوارد في المادة 1019 من نفس القانون، والمتمثل في اتفاق الأطراف على لغة أو لغات أخرى غير اللغة العربية.

³ وترتيباً على ذلك، يلاحظ أن المشرع الجزائري يكتفي بإعطاء عرض موجز لادعاءات الخصوم وأوجه دفاعهم دون تفصيل، فالمقصود هنا هو بيان الطلبات الجوهرية التي يكون لها أثر فيما انتهى إليه الحكم دون غيرها، والتي بدونها يكون هذا الحكم عرضة للبطلان بسبب القصور في التسبيب، راجع في ذلك، د فتحي والي، المرجع السابق، ص 439-440، د حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 395-396.

5- تسبب حكم التحكيم:

تنص المادة 2/1027 من ق.إ.م.إ. الجزائري على أنه: "يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة"، والمقصود بتسبب الحكم، ذكر حيثياته والأسانيد التي أسس عليها، سواء من حيث الواقع أو القانون، ويشمل أيضاً ردود المحكمين على طلبات الأطراف وأقوالهم وفقاً لما بيناه قبل قليل¹، وهيئة التحكيم مطلق الصلاحية في تسبب حكمها بالأسباب التي تراها مناسبة، على أن حريتها في ذلك مشروطة بشرطين²:

الشرط الأول، أن تبني هيئة التحكيم التسبب على وقائع ثابتة في ملف الدعوى، أو على أحكام قانونية مطبقة على النزاع، وعلى هذا لا يجوز أن يبنى التسبب على وقائع أو أحكام وهمية أو افتراضية لا وجود لها، كأن تفترض هيئة التحكيم افتراضاً بأن البائع سلم البضاعة محل النقل، فتحكم على المشتري بدفع الثمن بناء على هذا الافتراض، أو أن تفترض بأن الناقل البحري تسلم البضاعة من الشاحن، فتحكم بإلزام الناقل بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه.

الشرط الثاني، بأن يؤدي السبب أو الأسباب التي استندت إليها الهيئة إلى النتيجة التي توصلت إليها من خلال الحكم، فإذا كان من بين الأسباب التي ذكرتها الهيئة في النزاع، أن الحق الموضوعي قد سقط بالتقادم، أو أن البضائع تم تسليمها، فإن ذلك يستوجب حتماً الحكم برفض الدعوى في الحالة الأولى لسقوط الحق بالتقادم، أو الحكم بإتمام العقد وعدم فسخ العقد في الحالة الثانية.

وبناءً عليه، فإن أي جزئية في الحكم لم يتم تسببها أصلاً أو غير مبنية على أسباب واضحة، بما يخالف الشرطين المذكورين، تعيب مضمون حكم التحكيم وتجعله مشوباً بالقصور ليعيب عدم التسبب، لكن قد يثور التساؤل هنا حول ما إذا كان لأطراف عقد النقل البحري المتنازع بشأنه أمام التحكيم، الاتفاق على عدم ذكر هذه الأسباب في الحكم، فهل يعيب ذلك حكم التحكيم بما قد يؤدي إلى بطلانه لانعدام الأسباب؟.

¹ د فتحي والي، المرجع السابق، ص 443-444، مع ما أشار إليه من أحكام.

² د حمزة أحمد حداد، المرجع السابق، ص 400-401.

البادي من نص المادة 1027 المذكورة أنها وردت بصيغة أمرة، ولم يستثنى المشرع حالة اتفاق الأطراف¹، وهذا يعني أن أي اتفاق يخالف هذه القاعدة الآمرة يعد باطلاً، ومن ثم لا يجوز للأطراف الاتفاق على عدم تسبب حكم التحكيم، لكن ألا يعكس على أعمال هذه القاعدة ما نصت عليه المادة 1043 من ق.إ.م.إ.ج²، والتي تقرر أن ضبط وتحديد الإجراءات الواجب اتباعها في خصوصية التحكيم يكون للأطراف، أو لهيئة التحكيم عند غياب اتفاق الأطراف، فهل يمكن تطبيقاً لذلك تعطيل أعمال القاعدة الآمرة المذكورة في المادة 1027 إذا كان هناك اتفاق من الأطراف، أو نص القانون الواجب التطبيق أو نظام التحكيم الذي اختاره الأطراف على عدم تسبب الحكم؟.

في تقديرنا أن الإجابة عن هذا التساؤل كان يمكن أن تكون بالإيجاب إعمالاً للمادة 1043 المذكورة، فيكون بإمكان الأطراف التمسك بحقهم بالاتفاق على عدم تسبب حكم التحكيم³، لولا ما قد يؤدي إليه إعمال المادة 1058 من نفس القانون المذكور، والتي تجعل من انعدام الأسباب أو قصورها وجهاً من أوجه الطعن بالبطلان⁴.

¹ وهذا بخلاف المشرع المصري الذي نص صراحة على هذا الاستثناء في المادة 2/43 من قانون التحكيم على أنه: "يجب أن يكون حكم التحكيم مسبباً إلا إذا اتفق طرفا التحكيم على غير ذلك، أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب الحكم".

² المادة 1043: "يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استناداً على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم. إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة، أو استناداً إلى قانون أو نظام تحكيم".

³ ويرى البعض أنه يجوز اتفاق الأطراف على عدم التسبب، في أي مرحلة كانت عليها الدعوى التحكيمية، بل يجوز الموافقة على عدم التسبب حتى بعد صدور الحكم، ما دام هذا الأمر ليس من النظام العام. د حمزة أحمد حداد، حكم التحكيم وشروط صحته، بحث مقدم لدورة التحكيم في العقود الهندسية والإنشائية وإعداد المحكمين، التي نظمتها غرفة التحكيم العربية للعقود الهندسية الإنشائية في دمشق، في الفترة من (2008/11/30 إلى 2008/12/1)، ص 15.

⁴ قد يقال أن المادة 1027 من ق.إ.م.إ.ج قد وردت في مجال أحكام التحكيم الداخلي، وأن المادة 1043 من نفس القانون تتعلق أحكامها بالتحكيم الدولي، وبالتالي تقتصر إلزامية التسبب على أحكام التحكيم الداخلي، ولا تمتد هذه الإلزامية إلى أحكام التحكيم الدولي التي تبقى خاضعة لاتفاق الأطراف، غير أن هذا الحل في تقديرنا يكون مقبولاً في حالة عدم وجود نص يقرر بطلان أحكام التحكيم الدولي لانعدام الأسباب أو قصورها، فكيف وهذا البطلان مقرر في مجال التحكيم الدولي بموجب المادة 1058 من ذات القانون المذكور.

وعلى أي حال فإننا نرى ضرورة الوقوف على هذه النصوص ما أمكن الجمع بينها، مع ما يمكن إبداءه عليها من ملاحظات سيأتي ذكرها، وعليه يمكن القول جمعاً بين هذه النصوص، أن الأصل في هذه المسألة هو وجوب تسبب أحكام التحكيم إعمالاً لنص المادة 1027، وذلك إذا كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري، أما إذا اختار الأطراف تطبيق قانون آخر أو نظام تحكيم لا يُلزم المحكم بتسبب حكمه، فإن عدم اشتغال حكم التحكيم على أسباب لا يعتبر مخالفة للنظام العام الداخلي أو الدولي على حد سواء¹، ما دام سكوت المحكم عن ذكر الأسباب لا يخفي انتهاكاً لحقوق الدفاع أو تطبيقاً لقاعدة قانونية موضوعية مخالفة للنظام العام².

ومع التسليم بهذا الحل الذي توصلنا إليه، إلا أن هناك بعض الملاحظات يمكن إيرادها بشأن المادتين 1027 و1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابق ذكرهما، بخصوص إمكانية الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم بسبب انعدام أو قصور في تسبب³:

الملاحظة الأولى، أن الفقه متفق على عدم معاملة أحكام المحكمين بنفس المعايير التي تعامل بها أحكام القضاة، ذلك أن هذه الأخيرة تصدر من قاض له ثقافة قانونية وخبرة في كتابة الأحكام، أما أحكام المحكمين فقد تصدر من أشخاص ليس لديهم علم بالقانون، أو ليس لديهم خبرة مسبقة بكتابة الأحكام، فلا يتصور محاسبة المحكم، وقد يكون مهندساً أو محاسباً أو إدارياً، محاسبة رجل القانون في مدى تسببه للأحكام التي يصدرها.

الملاحظة الثانية، تظهر من خلال طبيعة الرقابة المقررة على كل من أحكام التحكيم من جهة، وأحكام القضاء من جهة أخرى، فحكم القاضي يخضع عند الطعن فيه إلى رقابة محكمة أعلى، ليس فقط بالنسبة لصحة الأحكام التي يصدرها، وإنما أيضاً بالنسبة لعدالته، بما يترتب عنه إعادة عرض النزاع من جديد على جهة قضائية أخرى غير التي أصدرته، لتقدير مدى تطبيق القاضي للقانون، أما أحكام التحكيم فهي وإن كانت تخضع من حيث الرقابة عليها للجهة القضائية التي صدرت في دائرتها، إلا أن هذه الرقابة تخضع لضوابط تختلف عن الضوابط التي تحكم

¹ وإن كان البعض يفرق في هذا الفرض بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، حيث يرى أن الالتزام بالتسبب يتعلق بالنظام العام في القانون الداخلي، أما في نطاق القانون الخارجي فهو لا يتعلق بالنظام العام. أنظر، د نيبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، المرجع السابق، ص 136.

² في هذا المعنى، د فتحي والي، المرجع السابق، ص 444-445.

³ ينظر في هذا المعنى، المرجع نفسه، ص 454 وما بعدها.

الرقابة على أحكام القضاء، لاسيما فيما يتعلق بتسبيب الأحكام¹، فلا تؤدي دعوى البطلان إلى إعادة عرض النزاع من جديد أمام الجهة القضائية المختصة، فلا تتعرض هذه الأخيرة عند نظرها لدعوى البطلان إلى مراقبة مدى تطبيق المحكم للقانون، ومدى مخالفته أو خطئه في تطبيقه أو تأويله كما هو الحال في الرقابة على أحكام القضاء²، وإنما تقف سلطتها عند استظهار المستندات للتحقق من وجود اتفاق تحكيم صحيح ومنتج لآثاره³.

الملاحظة الثالثة، أن القاعدة عند معظم التشريعات⁴ مؤيداً بجانب من أحكام القضاء⁵، هي وجوب تسبيب أحكام التحكيم الداخلي دون الدولي، لتعلق الأول دون الثاني بالنظام العام، ومع ذلك نلاحظ شذوذ المشرع الجزائري عن هذه التشريعات بخصوص القاعدة المذكورة، حيث أوجب تسبيب أحكام التحكيم الدولي تحت طائلة البطلان في المادة 1058 مع أحكام المادة 1056 ق.إ.م.إ، ولا يخفى ما قد يترتب على معاملة حكم التحكيم الدولي بنفس المعاملة التي يعامل بها حكم التحكيم الداخلي في هذا الخصوص، من صعوبات قد يصادفها حكم التحكيم الدولي عند الاعتراف به وتنفيذه أمام القضاء الجزائري، وما يترتب عنه أيضاً من عرقلة الأهداف المراد تحقيقها من اللجوء إلى التحكيم الدولي، والتي من أهمها ضمان السير الحسن لعلاقات التجارة الدولية، التي تستحوذ على النصيب الأكبر في الاقتصاد الوطني الجزائري، لذلك يكون من الجدير ضرورة إلغاء الحالة الخامسة من نص المادة 1056 المتعلقة بانعدام أو قصور التسبيب، كحالة من حالات الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الدولي، وإقصاها على التحكيم الداخلي فقط.

وهكذا نلاحظ كيف أن الفقه والقضاء مستقر على أن صحة أحكام التحكيم من حيث أسبابها، لا تقاس بنفس المقاييس التي تقاس بها أحكام القضاء، وإنما تخضع لضوابط مختلفة من

¹ ولعل ذلك ما حدا بالمشرع الفرنسي في نص المادة 1502 من قانون المرافعات، إلى عدم اعتبار انعدام أو قصور التسبيب حالة من حالات بطلان التحكيم في المجال الدولي، مراعاة منه لما تقتضيه الطبيعة التعاقدية للتحكيم، وما تتيحه من إمكانية تصور تنازل الأطراف عن التسبيب، وهو ما نصت عليه صراحة أيضاً المادة 7 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961، والمادة 3/32 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

² قارن على سبيل المثال، بين المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المتعلقة بأوجه الطعن بالنقض على أحكام القضاء، والمادة 1058 من نفس القانون المتعلقة بأوجه الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم.

³ د محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 220.

⁴ أنظر مثلاً المادة 1471 من قانون المرافعات الفرنسي مع التعديل الصادر سنة 1981.

⁵ Cass. Paris, mars 1988, pp. 83-96, Rev. Arb, 1989 note E. Loquin.

حيث طبيعتها وشروطها¹، مع مراعاة أيضاً الفوارق بين كل من التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي على النحو السابق تفصيله.

6- تاريخ إصدار حكم التحكيم:

تتفق معظم التشريعات وأنظمة التحكيم التجاري الدولية والبحرية، على وجوب بيان تاريخ صدور حكم التحكيم ضمن بيانات الحكم²، وتظهر أهمية هذا التاريخ من عدة نواحي: فمن ناحية أولى، أنه يضع أمام المحكمين مهلة يتعين عليهم إصدار الحكم المنهي للخصومة خلالها، وفي ذلك يختلف التحكيم عن القضاء لأن القضاة ليسوا ملزمين بإصدار أحكامهم خلال مدة محددة، باعتبار أن قضاء الدولة هو قضاء دائم، بعكس قضاء التحكيم الذي يعتبر قضاءً مؤقتاً نظراً لطبيعته الاستثنائية³.

ومن ناحية ثانية، لكي لا يتراخى المحكمون في نظر النزاع، فتضيع ميزة السرعة التي ينشدها أطراف التحكيم⁴.

ومن ناحية ثالثة، أنه بناءً على تاريخ الحكم يتم التعرف على مدى صدوره في الميعاد أم لا، ولاشك أن لهذا الميعاد فوائد عدة، منها أن صدور الحكم بعد فوات الميعاد يجيز رفع دعوى البطلان، كما أن هذا التاريخ يعتد به لحساب تاريخ إيداع أصل الحكم⁵، واحتساب مواعيد الطعون، على ما سيأتي تفصيله.

وعلى هذا النحو، حرص المشرع الجزائري، مراعاة منه لمقتضيات السرعة التي يتطلبها نظام التحكيم، على ضرورة إتمام مهمة التحكيم خلال أجل محدد، فنص في المادة 1018 من ق.إ.م.إ. بأنه: "يكون اتفاق التحكيم صحيحاً ولو لم يحدد أجلاً لإنهائه، وفي هذه الحالة يلزم المحكمون

¹ ومن هذه الضوابط مثلاً أن المحكم لا يلتزم بتضمين حكمه القواعد القانونية واجبة التطبيق، أو يلتزم ببيان التكييف القانوني للعقد محل الدعوى، كما لا يلتزم بالتعقيب على جميع الأقوال والمستندات والحجج التي يقدمها الخصوم ومناقشتها، كما يفعل القاضي. ينظر في شأن هذه الضوابط والمعايير التي تميز أحكام التحكيم عن أحكام القضاء فيما يتعلق بتسيب الأحكام، د فتحي والي، المرجع السابق، ص 446 وما بعدها.

² د فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 305.

³ د حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 270.

⁴ د محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 162.

⁵ د نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، المرجع السابق، ص 303.

بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة (4) أشهر تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم.

غير أنه يمكن تمديد هذا الأجل بموافقة الأطراف، وفي حالة عدم الموافقة عليه يتم التمديد وفقاً لنظام التحكيم، وفي غياب ذلك يتم من طرف رئيس المحكمة المختصة".

يتضح من هذا النص أن الأصل في تحديد الأجل الذي يلزم إصدار حكم التحكيم خلاله، هو اتفاق الأطراف، فبمفهوم المخالفة لهذا النص، أن اتفاق التحكيم يمكن من حيث الأصل أن يتضمن اتفاقاً من الأطراف على تحديد أجل لإنهاء مهمة التحكيم، والحكمة من إعطاء الأولوية في هذا التحديد للأطراف، حتى لا تبقى مراكزهم ومصالحهم المالية والتجارية عالقة أمام هيئة التحكيم زمناً طويلاً قد يضر بها¹، على أن القانون وإن لم يضع قيوداً على حرية الأطراف في هذا التحديد، إلا أن الواقع يفترض قيوداً في ذلك، وهو أن تكون مدة التحكيم معقولة بحيث تكفي لإصدار حكم التحكيم، فلا تكون هذه المدة بالقصيرة جداً بما يترتب عنه إهدار حق الدفاع، كما لا ينبغي أن تكون متراخية جداً فيظل النزاع قائماً بما لا يتيح للأطراف التفرغ لمصالحهم، أو على الأقل اللجوء إلى القضاء المختص أصلاً بنظره².

أما إذا لم يتفق الطرفان على تحديد هذه المدة صراحة أو ضمناً، ويستوي في ذلك أن يكون الاتفاق مكتوباً أو شفويًا، فإن المشرع يتدخل ويحدد ما يعرف بالمدة القانونية، وهو ما يقرره النص السابق من إلزام المحكمين بإتمام مهمتهم في ظرف أربعة أشهر، تبدأ من تاريخ تعيينهم أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم³.

وغنى عن البيان، أن القانون بإجازته للأطراف الاتفاق على مدة التحكيم ابتداءً، فإنه يجيز لهم الاتفاق أيضاً على مد هذه المدة وفقاً لما تقتضيه ظروف وملايسات الدعوى، ويفضل البعض أن يكون الاتفاق على تمديد هذه المدة قبل انقضاء المدة الأصلية، ذلك لأنه إذا انقضت هذه الأخيرة دون اتفاق صريح أو ضمني من الأطراف على تمديدها، ترتب على ذلك زوال مهمة المحكمين، وانقضاء خصومة التحكيم، وبطلان أي إجراء يتخذه المحكمون بعد ذلك، وإذا ما بدا

¹ د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص 312.

² د حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 271.

³ راجع في مناقشة هذا النص وما يثيره من إشكالات، ما ذكرناه في معرض تطرقنا "لبدء إجراءات خصومة التحكيم" من الفصل السابق.

للأطراف مواصلة التحكيم بعد ذلك تعين عليهم إبرام مشاركة تحكيم جديدة والاتفاق على مدة تحكيم جديدة¹.

أما إذا لم يتفق الأطراف على تمديد هذه المدة صراحة أو ضمناً على النحو المتقدم²، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة 1018 السالفة الذكر، على أن لهيئة التحكيم ذاتها أن تقرر مد الميعاد المتفق عليه من الطرفين أو الذي حدده القانون، وذلك إما من تلقاء ذاتها أو بناء على طلب أي من الطرفين، على أن يكون هذا المد قبل انتهاء الميعاد الأصلي للتحكيم³، وذلك لذات الغاية التي رأيناها قبل قليل في المد الاتفاقي⁴.

أما إذا لم تتصدى هيئة التحكيم لتمديد ميعاد التحكيم رغم غياب اتفاق الأطراف في ذلك، فقد حول المشرع الجزائري رئيس المحكمة المختصة سلطة تمديد ميعاد التحكيم، وذلك بموجب الفقرة نفسها من المادة 1018 المذكورة، ويتأمل هذه الأخيرة يمكن أن نورد بعض الملاحظات:

الملاحظة الأولى، أن المشرع الجزائري قد راعى مقتضيات المرونة والفعالية لنظام التحكيم، وعدم ترك بعض العقوبات التي تعترض العملية التحكيمية دون حلول، من خلال منح قضاء الدولة دوراً مسانداً لقضاء التحكيم، يضمن حيوية خصوصية التحكيم⁵.

الملاحظة الثانية، أن المشرع لم يحدد الجهة أو الشخص المخول له طلب تمديد ميعاد التحكيم، رغم تأسيه الشديد بالمشرع الفرنسي في هذه النصوص، والذي نص في المادة 2/1456 من قانون المرافعات على أن طلب هذا التمديد المقدم إلى رئيس المحكمة، يجب أن يكون بناءً على طلب أحد الطرفين، أو بناءً على طلب هيئة التحكيم، لكن بالرجوع إلى المادة 1048 من القانون الجزائري نجد أنها تنص على أنه: "إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو

¹ د حسني المصري، المرجع السابق، ص 272-273.

² ويكون الاتفاق على تمديد هذه المدة ضمناً، كما لو انتهت مدة التحكيم دون صدور حكم، ومع ذلك استمر الأطراف في الإجراءات دون اعتراض.

³ د مصطفى الجمال ود عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 676.

⁴ ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد حد أقصى لهذا التمديد مثل ما فعل المشرع المصري الذي حددها بستة أشهر، وكأن المشرع الجزائري ترك هذه المسألة للأطراف أو للسلطة التقديرية لهيئة التحكيم بما يستجيب لظروف وملايسات الدعوى، على أنه يجب في جميع الأحوال كما قدمنا أن تكون هذه المواعيد معقولة بما يضمن عدم إطالة أمد النزاع.

⁵ Voir en ce sens, De Boisseson. M, Juglart Michel, Le droit français de L'arbitrage, Edition G.I.D.E, LOYETTE, Paris, 1983, P. 124.

تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى، جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة، أو للطرف الذي يهيمه التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم، أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي".

وما يلاحظ على هذا النص أنه أعطى الأولوية في طلب التمديد لهيئة التحكيم، في حين كان الأولى في تقديرنا هو تحويل هذا الحق للأطراف وليس لهيئة التحكيم، التي يكون لها الدور الاحتياطي فقط عند غياب دور الأطراف، وما يبرر ذلك أن المشرع إذا كان قد أعطى الأولوية في تحديد مدة التحكيم الأصلية للأطراف على نحو ما رأينا، فإنه يكون قد أعطى لهم الأولوية في تمديدها قياساً على ذلك.

الملاحظة الثالثة، أن المشرع الجزائري لم يحدد حد أقصى للتمديد القضائي، على غرار ما فعله في التمديد الاتفاقي، وكأن المشرع الجزائري ترك هذه المسألة للسلطة التقديرية للمحكمة المختصة، مثل تركه لها للأطراف أو للسلطة التقديرية لهيئة التحكيم في حالة التمديد الاتفاقي، بما يستجيب لظروف وملابسات الدعوى، على أنه يجب في جميع الأحوال كما قدمنا أن تكون هذه المواعيد معقولة بما يضمن عدم إطالة أمد النزاع.

7- مكان إصدار حكم التحكيم:

من البيانات التي أوجب المشرع الجزائري ذكرها في حكم التحكيم، مكان التحكيم، وقد مر بنا في معرض الكلام عن بدء إجراءات خصومة التحكيم، أن أهمية اختيار مكان التحكيم تبدو ظاهرة خلال جميع مراحل التحكيم، سواء بالنسبة لطرفي خصومة التحكيم أو بالنسبة لهيئة التحكيم ذاتها، فمن ناحية قرب المكان لطرفي النزاع وهيئة التحكيم والشهود والخبراء، فهو يوفر الكثير من الوقت والنفقات، ويساعد على تتابع الجلسات وانتظامها، وسرعة الفصل في النزاع¹، ومن ناحية أخرى أكثر أهمية، فهو يرتب عدة آثار قانونية في غاية التأثير على نظام التحكيم ذاته، من بدايته ومروراً بسير خصومته وحتى نهايته:

¹ د أحمد السيد صاوي، إجراءات التحكيم طبقاً لقانون التحكيم المصري ووفقاً لأهم قواعد وأنظمة التحكيم الدولية، بحث مشار إليه سابقاً، ص 803.

فمن حيث بداية التحكيم، فإن اتخاذ دولة معينة مكاناً لإجراء التحكيم، يعطي اختصاصاً لمحاكم تلك الدولة لإقالة العقبات التي قد تعترض تشكيل هيئة التحكيم¹، على نحو ما أوضحناه سابقاً، كما يساعد تحديد مكان التحكيم على تحديد طبيعة هذا التحكيم ما إذا كانت وطنية أو دولية أو أجنبية²، أما من ناحية سير خصومة التحكيم، فإن مكان التحكيم يمنح سلطة تطبيق قواعد إجراءات التحكيم المعمول بها في الدولة التي يجري فيها التحكيم، عند غياب اتفاق الأطراف على تحديد القواعد الإجرائية الواجبة التطبيق، كما قد يكون تكأة لاختصاص محاكم هذه الدولة في اتخاذ بعض الإجراءات، أو الأمر ببعض التدابير أو الفصل في بعض المسائل الأولية، وأخيراً يظهر تأثير تحديد مكان التحكيم على نهاية هذا التحكيم، في تدخل قضاء الدولة التي يجري على أرضها التحكيم في العديد من المسائل، مثل تمديد الأجل المحدد لنهاية خصومة التحكيم، أو الأمر بإنهاء إجراءات التحكيم بناءً على طلب أحد أطرافه، أو الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم³ على نحو ما سيأتي تفصيله لاحقاً.

وعلى الرغم من هذه المزايا التي ترجى من وراء تحديد مكان التحكيم، إلا أن البعض لا يرى أي أهمية تذكر من وراء تحديده، ومن ثم فإن إغفال تحديد مكان التحكيم في الحكم لا يؤدي إلى بطلان الحكم⁴، ذلك أن مكان صدور حكم التحكيم يمكن معرفته من محضر الجلسة أو من اتفاق التحكيم⁵، وحسب ذات الرأي، أنه في حالة عدم ذكر هذا المكان، فإنه يفترض أنه صدر داخل أراضي الدولة التي جرى عليها التحكيم إلى أن يثبت العكس، كما أن القول بأن ذكر هذا المكان يساعد على تحديد الجهة صاحبة الاختصاص في نظر دعوى البطلان أو في الاعتراف به وتنفيذه، يعتبر قولاً غير دقيق، حيث أن المقصود بالمحكمة المختصة هو المحكمة ذات الاختصاص بالنظر في النزاع أصلاً لو لم يكن هناك اتفاق تحكيم، بصرف النظر عن مكان التحكيم أو مكان صدور حكم التحكيم.

كما يرى ذات الاتجاه، أن مكان التحكيم تتلاشى أهميته في ظل حرية الأطراف في اتفاقهم على عقد جلسات التحكيم في عدة أماكن دون حصرها في مكان واحد، وقد ينص نظام

¹ H. verbist, la pratique de la cour internationale d'arbitrage de la CCI, en matière de fixation du lieu d'arbitrage, Op. Cit, P. 100 et ss.

² يرجع في تحديد هذه الأنواع من التحكيم، إلى المطلب الثالث من المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الأول.

³ د أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 443 وما بعدها.

⁴ د حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 406 وما بعدها.

⁵ د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 442.

التحكيم المطبق على النزاع أيضاً على هذا التعدد، نظراً لظروف الدعوى، كما لو اضطرت الهيئة إلى عقد جلسة استماع لشاهد في موطنه، أو لخبير في مكان عمله، أو لمكان تواجد البضاعة محل عقد النقل البحري لأجل معاينتها.

وفي تقديرنا أنه رغم وجاهة هذا الرأي في جانب مما ذهب إليه من استبعاد أهمية ذكر مكان التحكيم، وعدم اعتبار ذلك عيباً في الحكم يؤدي إلى الطعن عليه، إلا أنه من جانبنا نرى ضرورة الوقوف على مضمون النصوص التي توجب ذكر تحديد مكان التحكيم في حكم التحكيم، وذلك لعدة أمور، منها أن القول بافتراض صدور الحكم داخل الدولة التي يجري عليها التحكيم، وذلك في حالة عدم وجود ما يشير إلى مكان صدوره، هو قول ترده اعتبارات الكتابة المقررة طبقاً لقواعد الإثبات، ذلك أن أهمية ذكر مكان التحكيم تزداد ولا تتلاشى في الفرض الذي يتفق فيه الأطراف أو قررت فيه هيئة التحكيم عقد عدة جلسات في عدة دول.

فإذا افترضنا أن الجلسة الأولى مثلاً قد تمت في فرنسا والثانية في مصر والثالثة في الجزائر، وصدر حكم التحكيم من غير ذكر لمكان التحكيم، وعند طلب الاعتراف وتنفيذ الحكم، أو عند الطعن عليه بالبطلان حصل نزاع بين الأطراف حول تحديد الجهة التي يناط بها مهمة الاعتراف وتنفيذ الحكم¹، أو نظر دعوى البطلان²، فالسؤال المطروح، أي دولة من بين الدول التي عقدت فيها جلسات التحكيم يفترض أن حكم التحكيم قد صدر فيها، هل هي فرنسا أم مصر أم الجزائر؟، ويزداد الأمر تعقيداً إذا اختار أحد الطرفين دولة معينة، ولتكن الجزائر مثلاً، واختار الآخر فرنسا مكاناً للتحكيم، ومن ثم مكاناً لتنفيذ الحكم أو لرفع دعوى بطلان الحكم فيها، فأأي دولة يسوغ القول بافتراض اعتبارها مكاناً للتحكيم؟، وهل يفترض أيضاً اعتبار حكم التحكيم في هذه الأحوال وطنياً أم أجنبياً؟.

¹ وتظهر أهمية تحديد مكان التحكيم عند تنفيذ حكم التحكيم من خلال المادة 1051 من ق.إ.م.إ. الجزائري بقولها: "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي.

وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها، أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجوداً خارج الإقليم الوطني".

² وتظهر أهمية تحديد مكان التحكيم عند الطعن بالبطلان على حكم التحكيم من خلال المادة 1059 من ق.إ.م.إ. الجزائري بقولها: "يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 1058 أعلاه، أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه، ويقبل الطعن ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم".

وبناء عليه، وإن كنا نتفق مع هذا الرأي في عدم ترتيب بطلان حكم التحكيم، بسبب إغفال أو عدم صحة البيان المتعلق بتحديد مكان صدور الحكم، وذلك طبعاً مشروط بمراعاة القواعد القانونية المطبقة¹، ومع ذلك نرى أن مبدأ تحديد مكان صدور حكم التحكيم كتابة في الحكم لا يمكن الاستعاضة عنه بمجرد الافتراض، أي افتراض صدور الحكم في الدولة التي يجري عليها التحكيم، وبالتالي فإن مكان صدور حكم التحكيم يعتبر بياناً جوهرياً يتعين ذكره في الحكم، إلا إذا ثبت ما يشير إليه في اتفاق التحكيم أو في محضر الجلسات، أو أي وثيقة أخرى تعبر عن الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف بأنهم ارتضوا مكاناً ما يخضع لأحكامه التحكيم، وذلك تفادياً لأي إشكالات قد تترتب على تخلف هذا التحديد، لاسيما عندما يتعلق الأمر بالاختصاص بتنفيذ أو بنظر دعوى بطلان الحكم، وبسط الرقابة القضائية على أحكام المحكمين، وما قد يترتب على ذلك من إطالة أمد النزاع، وإدخال الأطراف في منازعات أخرى إلى جانب نزاعهم الأصلي، يصعب التكهن بما قد تنتهي إليه.

8- منطوق حكم التحكيم:

منطوق الحكم المنهني لخصومة التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، محل الدراسة، هو القرار الذي أصدرته الهيئة أياً كان مضمونه، سواء كان حكماً فاصلاً في الموضوع أو في جزء فيه، أو كان حكماً قد صدر حتى قبل الفصل في الموضوع²، وعادة ما يرد منطوق حكم التحكيم في نهاية الحكم بعد استعراض طلبات وأقوال ودفوع الخصوم، ورد هيئة التحكيم عليها وما قرره بشأنها، لكن قد يرد هذا المنطوق -وهذا نادر في الحياة العملية- على شكل قرارات متعددة ومتفرقة داخل الحكم، وذلك حين الرد على كل طلب أو دفع على حدا، كما قد يأتي منطوق الحكم مندمجاً ضمن الأسباب، وعلى أي حال يشترط أن يصدر منطوق حكم التحكيم بصيغة ملزمة، وأن يكون واضحاً لا يشوبه إبهام أو غموض أو تناقض³.

¹ وذلك بالقياس على القواعد العامة المطبقة على الأحكام الصادرة عن القضاء طبقاً لنص المادة 283 من ق.إ.م.إ. الجزائري، التي نصت على أنه: "لا يترتب على إغفال أو عدم صحة البيانات المقررة لصحة الحكم بطلانه، إذا ثبت من وثائق ملف القضية أو من سجل الجلسات أنه تم فعلاً مراعاة القواعد القانونية".

² د فتحي والي، المرجع السابق، ص 440.

³ د حمزة أحمد حداد، المرجع السابق، ص 404-405.

9- الإجراءات التالية لإصدار حكم التحكيم:

بعد صدور حكم التحكيم المنهي لخصوصية التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة، وتوقيعه من قبل المحكمين، على النحو السابق تفصيله، تسلم هيئة التحكيم نسخة منه إلى كل من الطرفين مع إعلانها إلى المحكوم عليه، ومن ثم يقوم الطرف الذي صدر الحكم لصالحه بإيداع هذا الحكم تمهيداً لتنفيذه، ورغم أهمية هذه الإجراءات، إلا أن المشرع الجزائري لم ينص على أيّ منها في النصوص المنظمة للتحكيم، إلا فيما يتعلق بالإيداع كما سنرى، وعلى هذا سنحاول استناداً إلى القواعد العامة المنظمة لهذه الإجراءات، وكذا بعض الدراسات المقارنة، أن نستعرض بإيجاز هذه الإجراءات تبعاً:

وعليه، تقضي القواعد العامة في قانون المرافعات، بأنه بعد صدور الأحكام وتسجيلها، تسلم نسخة منها إلى المستفيد منها بغرض متابعة تنفيذها (المادة 280 و 2/281 من ق.إ.م.إ.).¹، وكما هو مقرر عند غالبية التشريعات ولوائح وأنظمة التحكيم التجاري الدولي، بأن تتولى أمانة هيئة التحكيم تبليغ الأطراف بنص الحكم موقِعاً عليه من طرف الهيئة²، فلا يقتصر هذا التسليم على المحكوم له فقط، وإنما يكون من حق المحكوم عليه أيضاً أن يتسلم نسخة منه، ويكون التسليم إما شخصياً للمعني، أو في مقر عمله، أو في مقر إقامته المعتاد، أو في عنوانه البريدي المعروف³.

ولم ينص المشرع الجزائري -تبعاً لعدم نصه على التسليم- على مدة يتعين خلالها على هيئة التحكيم تسليم الحكم، وقد حددها قانون التحكيم المصري في المادة 1/44 بثلاثين يوماً تسري من تاريخ صدور الحكم، ولما كان هذا الميعاد لاحق على صدور الحكم، فإنه لا يترتب على مخالفته بطلان الحكم، وإنما يكون لكل طرف الحق في مطالبة المحكمين بالتعويض، وفقاً للقواعد التي تحكم مسؤولية المحكمين، كما أنه يجوز للمحكم أن يمتنع عن تسليم نسخة من الحكم إلى أي طرف لم يلتزم بدفع مصروفات أو أتعاب المحكم⁴.

¹ وقد نظم المشرع المصري هذا الإجراء بنص خاص في المادة 44 من قانون التحكيم بقولها: "تسلم هيئة التحكيم إلى كل من الطرفين صورة من حكم التحكيم موقعة من المحكمين الذين وافقوا عليه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره".

² أنظر المادة 28 من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، والمادة 48 من لائحة مركز تحكيم واشنطن بعد تعديلها في 10 أبريل 2006، والمادة 1/44 من قانون التحكيم المصري.

³ د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص 294.

⁴ د فتحي والي، المرجع السابق، ص 454-455.

ولا يغني تسليم الحكم للأطراف على النحو السابق، عن ضرورة إعلانه وتبليغه للمحكوم عليه على يد محضر قضائي، ولا تخفى أهمية هذا الإعلان أو هذا التبليغ رغم عدم نص المشرع الجزائري عليه، فمن تاريخه يبدأ سريان ميعاد الاستئناف إذا كان التحكيم داخلياً طبقاً للمادة 1033 من ق.إ.م.إ. الجزائري، ومنه أيضاً يبدأ سريان دعوى البطلان إذا كان التحكيم دولياً طبقاً للمادة 1059 من نفس القانون.

غير أن ما يلاحظ على المادتين السابقتين، أنهما قد جعلتا تاريخ النطق بالحكم هو التاريخ الذي يبدأ منه سريان ميعاد رفع الاستئناف أو رفع دعوى البطلان، وهذا خلاف ما هو مقرر في القواعد العامة في المرافعات، والتي تقضي بسريان مواعيد الطعون ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم وليس من تاريخ النطق به¹، وهذا في تقديرنا محل نظر، نظراً لما قد يترتب على تخلف مبدأ إعلان الحكم أو تبليغه من آثار، سواء بالنسبة للمحكوم عليه أو حتى بالنسبة للمحكوم له، حيث أن الإشكال يتعلق هنا بكيفية علم الأطراف بتاريخ النطق بالحكم، خاصة وأنه لا يوجد ما يلزمهم بحضور جلسة النطق بالحكم؟.

فالحكم قد يصدر من طرف هيئة التحكيم وتوقع عليه، ومع ذلك يبقى بحوزتها ما لم تبلغه للمحكوم عليه، فيكون لها بذلك تعديله أو تغييره² دون أن يعلم بذلك المحكوم عليه لاسيما إذا صدر الحكم غيابياً، وحتى وإن صدر الحكم حضورياً فإن القول بسريان ميعاد البطلان المقرر لمصلحة المحكوم عليه من تاريخ النطق بالحكم، من شأنه أن يفوت الفرصة على المحكوم له بتنفيذ هذا الحكم، لاسيما وأن المشرع لم يحدد له مدة معينة يتعين عليه المبادرة بتنفيذه خلالها، في حين أنه ترك مدة الطعن بالبطلان مفتوحة دون تحديد، في الفرض الذي يتراخى فيه المحكوم له عن التنفيذ³.

وترتيباً على ما سبق، فإننا نرى ضرورة إعادة النظر في التاريخ الذي تبني عليه الأحكام والمواعيد السابقة، وهو تاريخ إعلان أو تبليغ الحكم للمحكوم عليه وليس تاريخ النطق به، لا فرق

¹ أنظر مثلاً المادة 329 من ق.إ.م.إ. الجزائري، الخاصة بالطعن بالمعارضة، والمادة 336 منه الخاصة بالاستئناف، والمادة 353 منه الخاصة بالنقض.

² في هذا المعنى، د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص 296.

³ المادة 1059: "يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 1058 أعلاه، أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه. ويقبل الطعن ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم. لا يقبل هذا الطعن بعد أجل شهر واحد (1) من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ".

في ذلك بين الأحكام الصادرة عن محاكم الدولة والأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم، مع تقرير أجل قصير لرفع دعوى البطلان، حتى إذا انقضت كان للمحكوم له أن يطلب تنفيذ الحكم، ولعل هذا الحل يتماشى مع روح التحكيم، وإعطاء فرص متكافئة للأطراف في تقرير ما سينتهي إليه حكم التحكيم.

وإلى جانب الإجراءات السابقين -تسليم الحكم وإعلانه-، يشترط القانون لتنفيذ حكم التحكيم إيداعه من قبل الطرف المعني بالتعجيل، بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة المشار إليها في المادتين 1035 و1053 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري¹، حيث يحجر قلم كتابة المحكمة المختصة محضراً بهذا الإيداع، ويجوز لكل من طرفي التحكيم الحصول على صورة منه².

على أن ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد، أن قانون الإجراءات المدنية الجزائري القديم الصادر بموجب الأمر رقم 71-80، كان يجعل مهمة إيداع أحكام التحكيم منوطة بالمحكمين، وحدد مدة الإيداع بثلاثة أيام من تاريخ صدور الحكم وفقاً للمادة 452 منه³، وبصدور المرسوم الجزائري رقم 93-09 والمتعلق بالتحكيم التجاري الدولي، نصت المادة 458 مكرر 19 منه على أن الإيداع يتم إما بواسطة أحد المحكّمين أو الطرف المعني بالتعجيل، بينما تغير نهج المشرع في القانون الجديد 08-09، سواء من ناحية الملّزم بالإيداع إذ أصبح هو المحكوم له كما هو واضح من النصين السابقين (1035 و1053)، أو من ناحية إلغاء المدة التي يتم فيها الإيداع، فأصبح يقرر أن يتم الإيداع على وجه التعجيل وفقاً لنفس المادتين⁴.

وفي تقديرنا أن المشرع قد أحسن في هذا التعديل الأخير من جهتين، الأولى، بإلقائه مهمة إيداع الحكم على عاتق المحكوم له، كونه الأكثر حرصاً على المسارعة بتنفيذ الحكم الذي صدر

¹ المادة 1035: "يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلاً للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها، ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهّمه التعجيل".

المادة 1053: "تودع الوثائق المذكورة في المادة 1052 أعلاه (حكم التحكيم مرفق بنسخة من اتفاق التحكيم)، بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل".

² د أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص 319.

³ نصت المادة 452 من الأمر 71-80 على أنه: "... يودع -أصل قرار التحكيم- في كتابة الضبط للمحكمة المذكورة، قبل ثلاثة أيام من قبل أحد الخبراء (المحكّمين)".

⁴ مع الملاحظ أنه لا يوجد ما يمنع الطرفين من الاتفاق على إلقاء مهمة إيداع الحكم على عاتق هيئة التحكيم، مع الاتفاق على ميعاد معين يتم فيه هذا الإيداع. أشار إلى ذلك، د فتحي والي، المرجع السابق، ص 457.

لصالحه، بخلاف ما لو تركت هذه المهمة لهيئة التحكيم، لما قد يخشى من تقاعسها في إيداعه، نظراً لكثرة انشغالها بما يعرض عليها من منازعات، والثانية، أنه بإلغائه للمدة التي يتعين خلالها إيداع الحكم، يكون قد ترك المجال لتقدير صاحب المصلحة، بأن يودع الحكم في الوقت الذي يراه مناسباً لمباشرة إجراءات التنفيذ.

وعلى هذا فإنه يمكن أن يتم إيداع حكم التحكيم في أي وقت بعد صدوره، لكن قبل مباشرة إجراءات التنفيذ، لأن القانون يتطلب في المادة 1035 ق.إ.م.إ. الجزائري المشار إليها سابقاً، ضرورة إيداع الحكم أولاً من الطرف الذي يهمله التعجيل، أي التعجيل بطلب التنفيذ، فيكون الإيداع في مفهوم هذه المادة سابقاً على مرحلة التنفيذ.

ولا خلاف بين الفقه من أن مفهوم "حكم التحكيم" الوارد في المادة 1035 المذكورة ينصرف إلى حكم التحكيم المنهي للخصومة، سواء كان كلياً أو جزئياً أو تحضرياً، فهذا الحكم قد استلزم النص إيداعه بلا خلاف، وإنما الخلاف حول الأحكام الصادرة بإجراء أو أمر تحفظي أو وقتي، فهل يستلزم النص المشار إليه إيداعها أم لا؟.

ذهب اتجاه في الفقه¹، إلى أن الأحكام الصادرة بإجراء أو أمر تحفظي أو وقتي تخرج من المفهوم السابق لحكم التحكيم، لعدم إمكانية وصفها بالمعنى الدقيق للأحكام، وبالتالي لم يستلزم النص إيداعها، بينما عارض في ذلك اتجاه آخر في الفقه²، إذ يرى جواز إيداع الحكم الوقتي فور صدوره للمطالبة بتنفيذه، دون انتظار صدور الحكم المنهي للخصومة كلها، وهو الرأي الذي يرححه الباحث، وسندنا في ذلك أنه إذا كان هذا الإيداع هو إجراء مقرر وجائز، طبقاً للقواعد العامة بالنسبة للأوامر الوقتية والاستعجالية في القضاء العادي وفقاً للمادتين 302 و2/303 من ق.إ.م.إ. الجزائري، فإنه لا يوجد في تقديرنا ما يمنع من إيداع أحكام التحكيم الوقتية والاستعجالية طبقاً لهذه القواعد العامة.

وتجدر الملاحظة إلى أن عدم إيداع الحكم، أو عدم إيداعه على الوجه الذي تنص عليه المادة 1035 السابقة الذكر، أو إيداعه لدى أمانة ضبط جهة قضائية غير مختصة، لا يؤدي إلى بطلان حكم التحكيم، إذ أن الإيداع إجراء لاحق على صدور الحكم، لا يؤدي عدم القيام به أو وجود

¹ د محمود مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 200.

² د فتحي والي، المرجع السابق، ص 459.

عيب فيه على بطلان الحكم الصادر قبله، على أن ما ينبغي أخذه في الحسبان، أن الإيداع هو إجراء لازم لصدور الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، يترتب على تخلفه رفض طلب الأمر بالتنفيذ¹. وبعد هذه الإجراءات اللاحقة لصدور حكم التحكيم، من تسليم الحكم وإعلانه ثم إيداعه على النحو السابق، يبقى أن نتساءل في الأخير حول إمكانية نشر حكم التحكيم على غرار إمكانية نشر أحكام القضاء؟.

تحقيقاً لإحدى المزايا الرئيسية التي تدفع أطراف عقد النقل البحري للبضائع، إلى الالتجاء إلى التحكيم لتسوية خلافاتهم، بعيداً عن ساحات القضاء وما تفضي إليه من علانية في عقد الجلسات وإصدار الأحكام، قد تؤدي إلى الإضرار بالمراكز المالية للأطراف وعلاقاتهم التجارية، خاصة وأن التحكيم لا يؤدي إلى تلك القطيعة التي تخلفها الأحكام القضائية، إذ تتواصل العلاقات وتستأنف سيرها بين الأطراف، بعد حسم الخلاف الذي نشب بينهم عن طريق التحكيم، مما يستحسن معه عدم ذبوع وانتشار أمر هذا الخلاف²، ولهذا الاعتبار لا تنعقد جلسات التحكيم علنياً كما قدمنا، ولنفس الاعتبار نصت بعض القوانين ولوائح التحكيم البحري كما سوف نرى، على عدم جواز نشر أحكام التحكيم أو أي جزء منها إلا بموافقة طرفي التحكيم، وإذا تم نشر الحكم دون موافقة من الأطراف، كان لمن أصابه ضرر منهم الرجوع على من تسبب في هذا النشر، على أن ذلك لا يؤدي إلى بطلان الحكم أو المساس بحجتيه³.

ولم يرد في القانون الجزائري ولا في قانون المرافعات الفرنسي، ما يشير إلى الأحكام السابقة التي تقرر مبدأ سرية حكم التحكيم وما يقتضيه من عدم جواز نشره، خلافاً لقانون التحكيم المصري الذي نص على ذلك في المادة 2/44 منه⁴، ونصت على ذات القاعدة قواعد اليونيسترال في مادتها 5/32، والمادة 5/48 من اتفاقية واشنطن، والمادة 24 من لائحة تحكيم جمعية المحكمين البحريين بلندن، وهي القاعدة أيضاً عند التحكيم البحري المؤسسي أمام غرفة اللويدز بلندن، وأمام المنظمة الدولية للتحكيم البحري، على أن الاستثناء في ذلك عند هذه التشريعات والنظم، هو جواز اتفاق الأطراف على نشر أحكام التحكيم.

¹ أنظر، المرجع نفسه، ص 459، وكذلك، د حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 460.

² د محمود مختار بريري، مرجع سابق، ص 197-198.

³ د فتحي والي، المرجع السابق، ص 452.

⁴ المادة 2/44: "... ولا يجوز نشر حكم التحكيم أو نشر أجزاء منه إلا بموافقة طرفي التحكيم".

وعموماً يتم نشر هذه الأحكام بعد موافقة الأطراف عليها بطريقتين¹:

الطريقة الأولى، وهي المعمول بهذا لدى جمعية المحكمين البحريين بنيويورك، حيث تقوم الجمعية بنشر كافة أحكام التحكيم البحري الصادرة عن محكميها وفقاً للائحة تحكيمها، بكامل نصوصها وبياناتها، في صورة مجموعات سنوية، أو ملخصات شهرية تنشر في مجلتها الشهرية "The Maritime Advisor"، تتضمن كافة بياناته من ذكر لأسماء الأطراف وأسماء المحكمين، والعقد محل الحكم وغيرها.

الطريقة الثانية، وهي المعمول بها لدى غرفة التحكيم البحري بباريس، حيث تقوم الغرفة بنشر ملخص للأحكام الصادرة عنها في مجلة القانون البحري الفرنسي "Droit Maritime Français"، وهذه الطريقة تتميز عن سابقتها بعدم ذكر أسماء الخصوم أو المحكمين، أو غيرها من البيانات التي لا يرغب الأطراف في ذكرها.

وفي الواقع، أنه رغم ما يحققه مبدأ السرية في التحكيم كميزة من أهم المزايا التي تميزه عن القضاء، غير أن الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه من شأنه أن يجرّد نظام التحكيم من العديد من المزايا الأخرى، أهمها أن نشر الأحكام التحكيمية سيؤدي في الأخير إلى تكوين مجموعة من السوابق التحكيمية، التي تعد دليلاً ومرشداً يهتدي به الأطراف أو مستشاريهم في الاختيار من بين أنواع التحكيم ومؤسساته ولوائحه وإجراءاته ومحكميه، ما يتلاءم مع طبيعة منازعاتهم، كما سيساعد هذا النشر أيضاً على توفير مجموعة من الحلول، حول مختلف المسائل المتولدة عن العلاقات التجارية البحري والدولية، مما يؤدي بالنتيجة إلى تطور القانون البحري الدولي وقبوله دولياً².

وفي نفس السياق يذهب جانب من الفقه -بحق-، إلى أن تطبيق هذا المبدأ على إطلاقه، أي مبدأ عدم نشر أحكام التحكيم بحجة السرية، يؤدي إلى الإضرار بالبحث العلمي في ميدان التحكيم، فكان يكفي تحقيقاً لحماية الأطراف من العلانية، النص على عدم جواز ذكر أسماء الخصوم أو الإشارة إلى ما يدل عليهم عند نشر الحكم، وعلى العكس فإنه يجوز نشر المبادئ القانونية التي انتهت إليها أحكام التحكيم، كما يجوز نشر التطبيقات العلمية التي تناولتها هذه الأحكام ما لم تتضمن ما يدل على الأشخاص، ومن ناحية أخرى أن أحكام التحكيم في جميع

¹ د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 567 وما بعدها.

² المرجع نفسه، ص 569-570.

الأحوال ستفقد سريتها إذا ما أصبح حكم التحكيم محلاً لدعوى البطلان، التي لا بد أن تنظر في جلسات علنية، ويصدر فيها الحكم علناً، مع ما يتضمنه من بيان كامل للنزاع وأشخاصه¹. والهدف من كل هذه الضوابط والإجراءات، وما تقتضيه من مراعاة الشكل المطلوب في اتخاذها على النحو السابق تفصيله، هو الوصول إلى الفصل في موضوع النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع المحكم فيه، عن طريق حكم منهي للخصوصية كلياً، وإصدار هذا الحكم يقتضي هو الآخر مراعاة جملة من الضوابط والشروط الموضوعية التي يتعين على هيئة التحكيم الالتزام بها، وهو ما سنعرض له في العنصر الموالي:

ب- موضوع حكم التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع:

يقصد بموضوع حكم التحكيم الصادر بشأن النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة، ذلك الحل الذي ينتهي إليه المحكم بالنسبة للمسائل المتنازع عليها، كما يتناول بصورة فرعية الفصل في بعض المسائل التي تتصل بموضوع النزاع، ومن أهمها مصروفات وتكاليف العملية التحكيمية:

1- حل النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع:

يجب أن يتضمن حكم التحكيم الصادر في موضوع النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، حلاً لجميع المسائل المتنازع عليها بين الأطراف، من تحديد المسؤوليات وما يترتب عنها من إدانة أحد الأطراف وتبرئة الطرف الآخر، وتعويض للطرف المضرور نتيجة فسخ العقد أو الإخلال ببوده، كما قد يتضمن حكم التحكيم الفصل في فوائد التأخير المستحقة، نتيجة لعدم تسديد التعويضات المترتبة عن الفسخ أو الإخلال بالالتزامات في وقتها، وأخيراً يمكن أن يتضمن حكم التحكيم القضاء بالضرائب المستحقة للدولة التي يجري التحكيم على إقليمها². وينبغي على المحكم وهو بصدد تكوينه لموضوع الحكم أن يراعي جملة من الشروط الموضوعية تتمثل في:

الشرط الأول، أن يكون موضوع الحكم متوافقاً مع موضوع النزاع المحدد في اتفاق التحكيم، وقد سبق وأن رأينا في معرض تطرقنا لركن المحل في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع،

¹ د فتحي والي، المرجع السابق، ص 452-453.

² د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 595-596.

أن تحديد موضوع النزاع يعتبر شرطاً لصحة اتفاق التحكيم¹، تتحدد على أساسه ولاية المحكم، وذلك حتى يتسنى له التصدي لجميع النقاط والمسائل التي يثيرها اتفاق التحكيم، وعلى هذا إذا خرج المحكم عن نطاق هذا الموضوع، يكون حكمه معرضاً للطعن عليه بالبطلان².

الشرط الثاني، أن يكون حكم التحكيم منهيماً للنزاع كله، تستثنى من ذلك الحالات التي يسمح له فيها بإصدار أحكام وقتية أو جزئية، ويكون ذلك بالفصل في جميع المسائل التي يثيرها النزاع، فصلاً يستنفذ به ولايته في نظر في هذا النزاع، فإذا أغفل المحكم التصدي لمسألة من جملة المسائل المعروضة عليه، فإن حكمه يكون قابلاً للإبطال، إلا أن يُرجع إليه لإصدار حكم إضافي فيما أغفل عنه الحكم³.

الشرط الثالث، أن يكون حكم التحكيم مؤكداً، وذلك بأن يصدر صريحاً وبتأً على نحو لا يدع أي مجال للشك أو التردد في مقصود المحكم منه، ويتحقق ذلك بتحديد مصير العقد المتنازع بشأنه أمامه، وذلك بالحكم بإتمامه وتنفيذه، أو الحكم بفسخه أو التعديل فيه، وتحديد الطرف الخاسر في الدعوى والطرف الرابع فيها، وتحديد المبالغ المحكوم بها وكيفية دفعها، وبالجملة يجب أن يكون الحكم محدداً للمراكز القانونية للأطراف، ومرتباً للحقوق والالتزامات الناشئة عنها، على نحو يسهل معه تنفيذ الحكم، وإلا كان عرضة للطعن عليه بالبطلان⁴.

2- الفصل في تكاليف التحكيم:

لم يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، أي نص ينظم اختصاص هيئة التحكيم في الفصل في مصاريف العملية التحكيمية، والكيفية التي يتم بها توزيع نفقات التحكيم وإسنادها إلى الملتزمين بها، إلا فيما يتعلق بالإشارة إلى مصاريف الإيداع وفقاً لنص المادة 2/1035 من القانون المذكور⁵، وفي هذا الصدد، فإن الحل يكون حسب تقديرنا وفق فرضين:

¹ حيث رأينا في هذا المقام، أن تحديد موضوع النزاع في اتفاق التحكيم يختلف بحسب ما إذا صدر هذا الاتفاق في صورة شرط عنه في صورة مشاركة، ففي الفرض الأول رأينا أنه من الصعب تحديد موضوع النزاع لعدم قيامه أصلاً، لذلك يتعين تحديده في بيان الدعوى المعلن للخصم، بخلاف إذ صدر الاتفاق في صورة مشاركة التي يعتبر فيها النزاع قائماً قد تحددت معالمه، فيكون تحديد موضوع النزاع شرطاً تبطل مشاركة التحكيم بتخلفه.

² د نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، المرجع السابق، ص 313.

³ د عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص 597.

⁴ المرجع نفسه، ص 597.

⁵ نصت هذه الفقرة بأنه: "يتحمل الأطراف نفقات إيداع العرائض والوثائق وأصل حكم التحكيم".

الفرض الأول، إذا كان التحكيم دولياً، واختار الأطراف تطبيق نظام تحكيم معين، فبديهي أن تستند هيئة التحكيم في تحديدها لمصاريف التحكيم على ما ينص عليه هذا النظام، فإذا كان التحكيم البحري مؤسسياً كما هو الحال أمام غرفة التحكيم البحري بباريس، فإن تقدير تكاليف التحكيم يجري عادة وفق جداول معدة من طرف الغرفة، ووفق أسس ومعايير محددة حسب قيمة كل نزاع معروض¹، أما إذا كان التحكيم البحري حراً، فإن مهمة تقدير المصاريف تقع على عاتق هيئة التحكيم وسكرتاريتها الخاصة².

الفرض الثاني، إذا كان التحكيم داخلياً، فإن تقدير مصاريف ونفقات التحكيم ينظمها القانون الواجب التطبيق على النزاع، فإذا اختار الأطراف تطبيق القانون الجزائري مثلاً، فقد رأينا كيف أن نصوص التحكيم لم تنظم هذه المسألة، فيرجع في تقدير هذه المصاريف إلى ما تنص عليه القواعد العامة في قانون المرافعات، وبالرجوع إلى هذه الأخيرة (المواد من 417 إلى 422 من ق.إ.م.إ. الجزائري)، يمكن تلخيص الكيفية التي يمكن للمحكمين الاهتداء بها في تحديد مصاريف التحكيم:

إذا كسب أحد الطرفين الدعوى برمتها، تحكم هيئة التحكيم بتحميل الطرف الخاسر لمصاريف الدعوى، أما إذا كسب جزءاً من دعواه فقط وخسر الجزء الآخر، توزع هيئة التحكيم المصروفات على الطرفين كل بقدر ما خسر في الدعوى، وتجري هذه القاعدة كذلك في حالة كسب أو خسران الدعوى المقابلة، وإذا كسب أحد الطرفين الدعوى، ورغم ذلك تسبب في مصروفات زائدة، كما لو تأجلت إحدى الجلسات بسبب عدم حضوره، أو قام بتعديل طلباته في مرحلة متأخرة من الخصومة، مما ترتب عليه الإحالة مرة أخرى على الخبرة، فإن الهيئة ستلزمه بهذه المصاريف الإضافية³.

¹ وهذا النظام -أي نظام الجداول- هو نظام إجباري في احتساب مصاريف التحكيم في المنازعات المعروضة أمام غرفة التحكيم البحري بباريس. أنظر في شأن هذه الجداول وكيفية حساب نفقات التحكيم بالتفصيل، د عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص 599 وما بعدها.

² أنظر على سبيل المثال ما نصت عليه المادتين 36 و37 من لائحة تحكيم جمعية المحكمين البحرين بنينويورك، وما تضمنه الملحق الثاني من لائحة تحكيم جمعية المحكمين البحرين بلندن، والمنضوي تحت عنوان "أتعاب هيئة التحكيم"، وكلاهما من مؤسسات التحكيم البحري الحر.

³ د فتحي والي، المرجع السابق، ص 450.

أما إذا أغفلت الهيئة الفصل في مسألة المصاريف، فإن الفصل في ذلك يتوقف على مدى سريان مهلة التحكيم، فإذا كانت هذه المهلة لازالت قائمة، جاز للهيئة أن تفصل فيها بحكم إضافي، أما إذا انقضت مهلة التحكيم، فلا مجال للفصل في المصروفات إلى مع الطعن على حكم التحكيم¹، بالنسبة للقوانين التي تجيز هذا الطعن².

وهكذا، فإنه متى صدر حكم التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة، مستوفياً لشرائطه الشكلية والموضوعية على النحو السابق تفصيله، رتب آثاره القانونية كاملة، ففيما تتمثل هذه الآثار؟ هذا ما سنجيب عنه في العنصر الموالي:

ثانياً: آثار حكم التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع

كما سبق، فإن حكم التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، إذا استوفى شروطه الشكلية والموضوعية فإنه يرتب آثاره القانونية كاملة، وذلك من حيث حيازة الحكم لحجية الشيء المقضي فيه، واستنفاذ هيئة التحكيم ولايتها في نظر النزاع:

أ- حيازة الحكم لحجية الشيء المقضي فيه:

تنص المادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: "تخوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه"، وقد استفاد الفقه في شأن تعريفه لهذه الحجية، فمنهم من يراها قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس، تشهد على أن الحكم صدر صحيحاً شكلاً وموضوعاً، ولا يجوز إهدار هذه الحجية إلا عن طريق الطعن المقرر قانوناً، ومنهم من يرى أنها نظام إجرائي ذو محتوى موضوعي، وهناك من يرى أنها قاعدة قانونية موضوعية³، وجميع هذه التعريفات بشأن حجية الحكم تجتمع حول مفهوم واحد، عبر عنه البعض بقوله، "أن الحكم الصادر يحمل عنوان الحقيقة بخصوص ما فصل فيه، والأساس الذي قام عليه"⁴.

¹ د نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 314.

² من هذه القوانين، كما سوف نرى في معرض الكلام عن دعوى البطلان، القانون الجزائري والقانون الفرنسي، بخلاف القانون المصري الذي لا تجيز أحكامه الطعن في حكم التحكيم بأي طريق من طرق الطعن.

³ أشار إلى هذه التعريفات، د نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 333-334.

⁴ د محمود مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 255.

وتأسيساً على ذلك، فإن هذه الحجية بالنسبة لأحكام التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود النقل البحري، لا تخرج عن مفهوم الحجية بالنسبة لأحكام محاكم الدولة كأصل عام، لتعلق الحكيم بالنظام العام، ومع ذلك قد تختلف عنه من وجه آخر، فهي تتفق معه في:

- أنه لا يجوز رفع الدعوى مرة أخرى بعد الفصل فيها عن طريق التحكيم، سواء أمام محكمة الدولة أو أمام هيئة تحكيم¹، وهو ما يجعل هذه الحجية من النظام العام، لذلك يجب على المحكم أو القاضي الذي يعرض عليه النزاع مرة أخرى أن يُعْمِلَ أثر هذه الحجية من تلقاء نفسه².

- لا يتمتع حكم التحكيم بحجية مطلقة، شأنه شأن أحكام القضاء، وإنما يتحدد نطاق حجيته في حدود الموضوع الذي فصل فيه أي محل النزاع، وسببه، وأشخاصه، وهذه العناصر الثلاث كما رأينا هي أركان اتفاق التحكيم التي لا ينعقد إلا بها، وعلى هذا لا يجوز حكم التحكيم حجته إلا إذا اتحد الموضوع والسبب والخصوم، في الدعوى التي سبق الفصل فيها وفي الدعوى الجديدة، فإذا تخلف أحد هذه العناصر، فلا حجية للحكم السابق، ولا يجوز الدفع في الدعوى الجديدة بسبق الفصل في الدعوى³.

- أنه لا يجوز حكم التحكيم حجية الشيء المقضي فيه، شأنه شأن أحكام القضاء، إلا بالنسبة لأطرافه⁴، فلا يحتاج به على من لم يكن طرفاً في الخصومة التي صدر فيها، ولو كان طرفاً في اتفاق التحكيم، على أنه يكون للغير الذي تضرر من حكم التحكيم، أن يرفع دعوى يدفع من خلالها بعدم نفاذ الحكم في مواجهته، ولا تعتبر هذه الدعوى دعوى بطلان ولا تسري عليها أحكامها⁵.

¹ وذلك لأن المحكم يكون قد تخلى عن النزاع بمجرد الفصل فيه، تطبيقاً لنص المادة 1030 من ق.إ.م.إ الجزائر.

² د فتحي والي، المرجع السابق، ص 461.

³ المرجع نفسه، ص 462.

⁴ على أنه لا يصح في هذا المقام الخلط بين القوة الملزمة لاتفاق التحكيم من جهة، وحجية حكم التحكيم الذي يصدر بناء على هذا الاتفاق من جهة أخرى، فقد رأينا أن اتفاق التحكيم قد تتعدد أطرافه، كما هو الحال في شركة التضامن، فتمتد قوته الإلزامية لجميع الشركاء، ومع ذلك إذا حصل نزاع بين أحد الشركاء والشركة، فإن حكم التحكيم الصادر لا يكون حجة على جميع الشركاء، إذا لم يتم إعلان الجميع بالحضور أمام هيئة التحكيم وعدم مشاركتهم في خصومة التحكيم، ولا يتعارض ذلك مع امتداد هذه الحجية للخلف العام والخاص على النحو الذي رأيناه، إذا كان الحكم قد صدر لمصلحة أحدهم فيستفيد منه باقي الشركاء، مستفاد من، د محمود مختار بريري، المرجع السابق، ص 262 وما بعدها، وراجع ما سبق، (نطاق امتداد آثار اتفاق التحكيم)، ضمن المبحث الثاني من الفصل الثاني من الباب الأول.

⁵ د فتحي والي، مرجع سابق، ص 462.

ورغم اتفاق حجية حكم التحكيم مع حجية أحكام القضاء في الأوجه السابقة، إلا أن جانب من الفقه يرى أن هناك وجه اختلاف بينهما¹، إذ يذهب إلى أنه لا يوجد ما يمنع الطرفين من الاتفاق على الالتجاء إلى القضاء أو إلى التحكيم مرة أخرى بالنسبة لما فصل فيه حكم التحكيم السابق، ذلك أن التحكيم نظام خاص استثنائي يركز على إرادة الأطراف، بخلاف القضاء كمرفق تنظمه الدولة، حيث لا يكون للشخص إمكانية الالتجاء إليه إلا مرة واحدة بالنسبة لنفس الدعوى، ضمناً لحسن سير القضاء، وهذا الاعتبار لا يقوم بالنسبة لهيئات التحكيم باعتبارها هيئات خاصة وليست مرفقا من مرافق قضاء الدولة.

ب- استنفاد ولاية هيئة التحكيم:

يقصد باستنفاد الولاية، أن المحكم كما هو الحال بالنسبة للقاضي، يفقد سلطته في نظر النزاع بمجرد صدور الحكم القطعي فيما فصل فيه²، وفي ذلك تنص المادة 1/1030 من ق.إ.م.إ الجزائر على أنه: "يتخلى المحكم عن النزاع بمجرد الفصل فيه"، ويستثنى من ذلك ما رأيناه بشأن إمكانية تفسير الحكم، أو تصحيح الأخطاء المادية والإغفالات التي تشوبه، طبقاً للفقرة الثانية من نفس المادة، ومبدأ استنفاد الولاية يعتبر أصلاً عاماً من أصول التنظيم القضائي، يجد أساسه في نظرية سقوط المراكز الإجرائية، والتي تعني فقدان مكنة القيام بأي إجراء بسبب بلوغ الحدود التي رسمها القانون، فالحكمة من مبدأ استنفاد الولاية على النحو السابق، تتجلى في ضمان استقرار المراكز القانونية، وذلك عن طريق الوصول إلى حسم موضوع النزاع بأقل قدر من الإجراءات، وهذا لا يتأتى إلا بممارسة الولاية لمرة واحدة فقط على المسألة المتنازع عليها، وهذا ما يتفق مع نظام التحكيم وما يقتضيه من اقتصاد في الإجراءات³.

ونطاق استنفاد الولاية قاصر على المسائل التي حسمها المحكم بحكم قطعي، مما كان يدخل في ولايته حسب اتفاق التحكيم، وهو ما تدل عليه عبارة "فيما فصل فيه" التي وردت في التعريف السابق، فهي تعني أن نطاق الاستنفاد يتحدد بالخصومة التي صدر فيها الحكم الذي

¹ د فتحي والي، المرجع السابق، ص 461-462.

² يقصد بالحكم القطعي في فقه المرافعات، ذلك الحكم الذي يضع حداً للنزاع في جملته، أو في جزء منه أو في مسألة متفرعة عنه، وذلك بشكل حاسم لا رجوع فيه من جانب المحكم، فهو بهذه المثابة يعتبر أثراً لهذه القطعية وليس سبباً لها. د نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 317 و319.

³ وبهذه المثابة يعتبر مبدأ استنفاد الولاية من النظام العام، يجب إعماله حتى مع عدم النص عليه، أنظر أكثر تفصيلاً، المرجع نفسه، ص 317، مع المراجع التي أشار إليها.

استنفذ ولاية المحكم، ومن ثم لا يمتد هذا الأثر إلى غير ذلك من خصومات قد ترفع إلى نفس المحكم من ذات الخصوم، وفي هذا أيضاً تختلف فكرة الحجية عن فكرة الاستنفاد، فإذا كان أثر الاستنفاد يقتصر على كل مسألة فصلت فيها الهيئة، وذلك أثناء نظرها للدعوى وحتى انتهاء الخصومة، فإن فكرة الحجية تقتصر فقط على الأحكام القطعية، ويكون أثرها خارج الخصومة التي صدر فيها الحكم بالنسبة للخصومات المستقبلية¹.

على أن أعمال مبدأ استنفاد الولاية بصدور الحكم القطعي بالمفهوم السابق، لا يحول دون إمكانية ممارسة حق الطعن على حكم التحكيم، ومن ثم فإنه حتى وإن تبين لهيئة التحكيم أن حكمها مشوب بعيوب تبطله، فإنه لا يجوز لها أن تعدل فيه، أو أن تفصل فيه من جديد فيما سبق لها الفصل فيه، تماماً كما هو الحال بالنسبة للقضاء، كما أنه ليس لها أن تستبدل الحكم الصادر بحكم آخر إلاّ بموافقة جميع الخصوم وباتفاق جديد على التحكيم، لكن متى تم إبطال الحكم الصادر سابقاً، فلها أن تنظر النزاع من جديد، على أن يكون ذلك بناءً على اتفاق جديد بين الخصوم².

وهكذا، متى صدر حكم التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، مكتمل الشروط الشكلية والموضوعية على التفصيل السابق، فإنه يجوز حجية الشيء المقضي فيه، ويستنفذ به المحكم ولايته في نظر النزاع، فلا يبقى أمام المحكوم له إلاّ اللجوء إلى المحكمة المختصة لطلب تنفيذه، ما لم يطعن عليه، وهذا ما سنبحثه ضمن المبحث الموالي:

المبحث الثاني

تنفيذ أحكام التحكيم وطرق الطعن عليها

في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

سبق وأن رأينا في معرض الكلام عن طبيعة حكم التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، أن هذا الأخير شأنه شأن أي حكم تحكيم آخر، هو عمل قضائي من نوع خاص³، لذلك لم يشأ المشرع تركه بغير رقابة من القضاء، فقرر ضرورة إصدار أمر بتنفيذ حكم

¹ لأكثر تفصيل ينظر، د فتحي والي، المرجع السابق، ص 462-463، د نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 317 و319.

² د نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 318-319.

³ راجع ما سبق، بشأن تحديد طبيعة حكم التحكيم، المطلب الأول من المبحث الأول من هذا الفصل.

التحكيم من محاكم الدولة من جهة، كما قرر اختصاص هذه المحاكم بنظر الدعاوى المرفوعة بشأن بطلان هذا الحكم من جهة أخرى، وعلى هذا النحو، سوف نعرض لتنفيذ أحكام التحكيم الوطنية والأجنبية ضمن (المطلب الأول)، ثم نستعرض طرق الطعن على هذه الأحكام ضمن (المطلب الثاني)، وذلك بالتطبيق على المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة:

المطلب الأول

تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية والأجنبية

في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

من خلال إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، يتثبت القاضي من وجود اتفاق التحكيم وصحته، دون أن تمتد هذه الرقابة على الحكم من الناحية الموضوعية، ومدى مطابقته للقانون، فهذه الرقابة تختص بما جهات الاستئناف، والقاضي بصدده إصداره لأمر التنفيذ لا يعد هيئة استئنافية، فيقتصر دوره فقط على ممارسة الرقابة الشكلية لحكم التحكيم¹.

والقاعدة هي احترام القرار التحكيمي²، لأنه يكتسب حجية الشيء المقضي فيه من لحظة صدوره، على نحو ما رأينا، طبقاً للمادة 1031 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، ومن ثم لزم تنفيذه اختياراً من الطرف الخاسر، لكن قد يرفض هذا الأخير أو يماطل في التنفيذ، وفي هذه الحالة يسعى الطرف المحكوم لصالحه إلى طلب التنفيذ الجبري³، ونظراً لأن هيئة التحكيم لا تمتلك سلطة الإجبار في تنفيذ الأحكام، اقتضت حكمة المشرع أن يحاط حكم التحكيم بحماية قضائية من الدولة، وذلك بإعطائه الصورة التنفيذية التي ترفعه إلى مرتبة الأحكام القضائية⁴.

¹ د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص 136، د هدى محمد مجدي عبد الرحمان، دور المحكم في خصوصية التحكيم وحدود سلطاته، رسالة دكتوراه مشار إليها سابقاً، ص 363.

² راجع بخصوص هذه القاعدة بصورة عامة:

Bencheikh Noureddine, l'arbitrage dans les relations commerciales Internationales de l'Algérie, Thèse de doctorat d'état, Université du Maine, France, 1992.

³ د فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 353.

⁴ Jean larguier, Droit judiciaire privé, Edition DALLOZ, paris, 1991, p. 33. V. aussi, De Boissesson Mathieu, Le droit français de L'arbitrage interne et internationale, Op. Cit, p. 338-339. Aussi, Glasson, Tissier et Morel, Traité théorique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile, Op. Cit, p. 180.

أما تنفيذ أحكام التحكيم في التشريع الجزائري، فهي تختلف باختلاف طبيعة الأحكام الصادرة¹، أي ما إذا كانت محلية صادرة في الجزائر، أو كانت دولية أو أجنبية صادرة خارج الجزائر، وتطبيقاً لذلك إذا كان حكم التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة، محلياً أو وطنياً أي صدر في الجزائر، فإن هذا الحكم يخضع من حيث تنفيذه إلى أحكام القانون الجزائري، أما إذا كان هذا الحكم دولياً أو أجنبياً قد صدر خارج الجزائر، فإنه يخضع لنظامين مختلفين²، فهو ينفذ وفقاً للقانون الوطني الجزائري أيضاً من جهة، ونصوص اتفاقية نيويورك لسنة 1958 التي انضمت إليها الجزائر في هذا الخصوص من جهة أخرى.

وقد نظم المشرع الجزائري إجراءات طلب تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية، ابتداءً من تقديم هذا الطلب وحتى صدور الأمر بالتنفيذ، في المواد من 1035 إلى 1037 من ق.إ.م.إ.، وهو ما سنحاول عرضه ضمن (الفرع الأول)، وأحال بشأن تنظيم إجراءات طلب تنفيذ أحكام التحكيم الدولية إلى ذات النصوص السابقة، حسبما نصت عليه المادة 1054 من نفس القانون، مع مراعاة أحكام اتفاقية نيويورك على النحو السابق، وتفصيل ذلك نستعرضه ضمن (الفرع الثاني):

الفرع الأول

النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم الداخلية وفقاً للقانون الجزائري وتطبيقاته على المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

حددت المادة 1035 من ق.إ.م.إ. الجزائري الطرف الذي يتقدم بطلب استصدار الأمر بتنفيذ الحكم (أولاً)، والجهة المختصة بإصدار هذا الأمر (ثانياً)، على أن رقابة هذه الجهة وسلطاتها في إصدارها لأمر تنفيذ حكم التحكيم الداخلي يتحدد وفق نطاق معين (ثالثاً)، فإذا صدر الأمر

¹ د فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 353-354.

² وهذه الازدواجية كما يرى البعض تقرها المادة 1/3 من اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958، والتي صادقت عليها الجزائر، حيث تنص على أنه: "تعترف كل من الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم وتأمّر بتنفيذه طبقاً لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب إليه التنفيذ وطبقاً للشروط المنصوص عليها في المواد التالية"، باعتبار أنه بمجرد المصادقة على الاتفاقية أصبحت جزءاً من القانون الداخلي الجزائري. أنظر في ذلك، د سامية الراشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 14، وأشار إلى ذلك أيضاً، د محمود مصطفى يونس، ثنائية الأحكام التي يخضع لها تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وأثر التعارض في تنفيذها بين دولتين وفقاً لاتفاقية نيويورك، دراسة تطبيقية وفقاً لأحكام قانون التحكيم المصري الجديد، مجلة الحق، العدد 15، فبراير 2010، ص 43.

بتنفيذ الحكم، أمكن للطرف الذي صدر لصالحه أن يطلب إشماله بالنفاذ المعجل (رابعاً)، ما لم يستشكل الطرف الذي صدر ضده الأمر بالتنفيذ هذا الأمر (خامساً):

أولاً: طلب استصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الداخلي في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع

الأصل أن طلب تنفيذ حكم التحكيم يقدم من الطرف الذي صدر حكم التحكيم لصالحه، إلا أنه لا يوجد ما يحول دون تقديمه من المحكوم عليه¹، والمعيار في ذلك هو المصلحة، أي المصلحة في طلب التنفيذ، فمراعاة لهذه المصلحة، أورد المشرع الجزائري -وحسنا فعل- نص المادة 1/1035 من ق.إ.م.إ. بصيغة عامة، ولم يحصر مكنة تقديم الطلب في أحد طرفي خصومة التحكيم، حيث جاء فيها: "يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلاً للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها، ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهمله التعجيل".

فعبارة "الطرف الذي يهمله التعجيل"، تدل على أن إيداع حكم التحكيم بغرض متابعة تنفيذه، يستوي أن يقوم به المحكوم له أو المحكوم عليه، ويستوي أن يكون من صدر الحكم لصالحه طرفاً في خصومة التحكيم أو لم يكن طرفاً فيها، طالما كانت له مصلحة في ذلك، كما لو تضمن عقد النقل البحري للبضائع المثار بشأنه النزاع شرطاً لمصلحة الغير، فإن الحكم الصادر سيكون ملزماً بأداء لصالح هذا الغير، فيكون لهذا الغير إيداع الحكم وأن يطلب استصدار أمر بتنفيذه².

على أن المادة 1035 المذكورة إلى جانب المادة 1036 التي تليها، قد تستشكلان على البعض من حيث الترتيب الإجرائي الذي اعتمده المشرع الجزائري في إجراءات التنفيذ، بخلاف الترتيب الذي اعتمده المشرع المصري في قانون التحكيم، وحتى يتضح هذا الإشكال نعرض مقارنة بين القانونين:

نصت المادة 1/44 من قانون التحكيم المصري على أنه: "تسلم هيئة التحكيم إلى كل من الطرفين صورة من حكم التحكيم موقعة من المحكمين الذين وافقوا عليه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدوره"، ثم نصت المادة 47 منه بأنه: "يجب على من صدر حكم التحكيم لصالحه

¹ د عاشور مبروك، الوسيط في النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، المرجع السابق، ص 63.

² في هذا المعنى، د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 484، د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص 425.

إيداع أصل الحكم أو صورة موقع منه ... وذلك في قلم كتاب المحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون"، وفي الأخير نصت المادة 56 من نفس القانون على أنه: "يختص رئيس المحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون أو من يندبه من قضائها بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين ...".

وعلى هذا النحو، نلاحظ كيف أن إجراءات تنفيذ حكم التحكيم وفقاً لقانون التحكيم المصري، جاءت أكثر انضباطاً وانتظاماً وفقاً لتسلسلها الزمني، إذ أنه بعد مرحلة صدور حكم التحكيم تسلم هيئة التحكيم نسخة منه لكل من الطرفين، ثم تأتي مرحلة إيداعه من طرف الخصم الذي صدر الحكم لصالحه، وذلك تمهيداً في الأخير لمرحلة تنفيذ هذا الحكم.

أما المشرع الجزائري، فبعد أن استهل إجراءات تنفيذ حكم التحكيم في المادة 1035 المشار إليها سابقاً بقوله: "يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلاً للتنفيذ ..."، أعقب ذلك بقوله: "... ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة ..."، الأمر الذي يدعونا إلى الاستفسار عن محل وترتيب هذا الإيداع من بين إجراءات تنفيذ حكم التحكيم؟، ثم أين الإجراء المتضمن طلب تنفيذ الحكم، أم أن المشرع يقصد أن عملية الإيداع ذاتها تتضمن طلب التنفيذ؟. بالنسبة للتساؤل الأول، فقد يفهم من هذا النص بأن إيداع حكم التحكيم لدى أمانة ضبط المحكمة المختصة يأتي بعد صدور الأمر بالتنفيذ، لكن هذا التصور هو خلاف ما يقتضيه ترتيب الإجراءات، من أن الإيداع هو مرحلة سابقة عن طلب التنفيذ وليس العكس، بل يعتبر الإيداع شرطاً في طلب التنفيذ، والقاعدة أن تحقق الشرط يلزم قبل القيام بالمشروط.

أما عن التساؤل الثاني، فإن المشرع لم ينص صراحة على ضرورة تقديم طلب استصدار تنفيذ حكم التحكيم، الأمر الذي يجعل عملية الإيداع تلتبس مع عملية الطلب، في حين أن إيداع الحكم مستقل عملاً عن طلب تنفيذ الحكم، ويأتي سابقاً عنه وتمهيداً له على النحو المتقدم، فقد يودع صاحب المصلحة أصل الحكم لدى أمانة الضبط، لكنه يتراخى عن تنفيذه إلى بعد حين.

وما يؤكد هذه الاستقلالية بين الإجراءات اقتضاء القواعد العامة لها¹، وما تنص عليه القوانين المقارنة أيضاً، فلو أخذنا مثلاً نص المادة 56 من قانون التحكيم المصري، فقد جاء فيها: "يختص رئيس المحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون أو من يندبه من قضائها بإصدار الأمر بتنفيذ حكم المحكمين ويقدم طلب تنفيذ الحكم مرفقاً به ما يلي:

¹ راجع المواد 280 و 281 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

- 1- أصل الحكم أو صورة موقعة منه.
 - 2- صورة من اتفاق التحكيم.
 - 3- ترجمة مصدق عليها من جهة معتمدة إلى اللغة العربية لحكم التحكيم إذا لم يكن صادراً بها.
 - 4- صورة من المحضر الدال على إيداع الحكم وفقاً للمادة 47 من هذا القانون".
- وعلى هذا، فإن إيداع حكم التحكيم من قبل الطرف المعني بالتعجيل يعتبر شرطاً لتنفيذ الحكم، وإجراءً مستقلاً عنه، حيث يحرر قلم كتابة المحكمة المختصة محضراً بهذا الإيداع، ويجوز لكل من طرفي التحكيم الحصول على صورة منه، أما طلب استصدار الأمر بالتنفيذ فيتم بموجب عريضة إلى ذات الجهة القضائية المختصة بعد إيداعه، وذلك طبقاً للقواعد المتبعة في استصدار الأوامر العرائض في قانون المرافعات¹، حيث أن القاضي المختص لا يصدر الأمر بالتنفيذ من تلقاء نفسه، بل لابد من طلبه من قبل الطرف الذي يهمله التعجيل، ولا يلزم إعلان طلب الأمر بالتنفيذ إلى أي من الخصوم، ولا يكلف أحد بالحضور أمام القاضي المختص بإصداره، وإنما يتم ذلك في غيبة الخصوم، كما لا يلزم تقديم هذه العريضة بواسطة محام ولا توقيعه عليها، وإنما يكفي تقديمها بواسطة الشخص صاحب المصلحة في طلب التنفيذ أو من يمثله قانوناً²، مع إرفاقها بأصل حكم التحكيم واتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما، تستوفي شروط صحتها طبقاً لنص المادة 1052 من ق.إ.م.إ. الجزائري.

وترتيباً على هذا، كناً نحبذ أن يفرد المشرع الجزائري لكل إجراء من الإجراءات السابقة الذكر نصاً خاصاً، مع الحفاظ على الترتيب والتسلسل الذي تقتضيه هذه الإجراءات على نحو ما ذهب إليه المشرع المصري، من النص على ضرورة إيداع حكم التحكيم أولاً، ثم النص على طلب تنفيذه ثانياً، تجنباً لأي التباس قد يحدث بين هذين الإجراءين.

¹ راجع المواد 310-311-312 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

² د فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 853، د محمود التحيوي، نظام الأوامر على العرائض والقضاء الوقي وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999، ص 114، د أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص 319 و425، د عاشور مبروك، الوسيط في النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، المرجع السابق، ص 65-66.

ثانياً: الجهة المختصة بإصدار الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم الداخلية

يؤول الاختصاص في إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الداخلي، -في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة-، إلى رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها الحكم، وهي محكمة أول درجة أي المحكمة الابتدائية، ويستوي في ذلك حكم التحكيم الداخلي وفقاً لنص المادة 1035 المشار إليها آنفاً، وحكم التحكيم الدولي وفقاً لنص المادة 1053 من ق.إ.م.إ. الجزائري.

وفي تقديرنا أن جعل الاختصاص بإصدار أمر التنفيذ للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع طبقاً لهاتين المادتين محل نظر، إذ ما الفائدة من اشتراط القانون نفسه في المادة 1028 تحديد مكان التحكيم، واعتباره بياناً جوهرياً في حكم التحكيم¹، ألا يكون الأولى جعل الاختصاص المحلي بإصدار هذا الأمر للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان صدور حكم التحكيم، وأن يتم إيداع الحكم لدى قلم كتابة هذه المحكمة؟، والجواب على ذلك لاشك يكون ببلى، احتراماً لإرادة الأطراف المعبر عنها في اتفاق التحكيم، إذا ما وقع اختيارهم على اختصاص مكانٍ آخر غير المشار إليه في المادتين السابقتين.

لكن لعل ما ذهب إليه المشرع الجزائري من جعل الاختصاص بإصدار أمر التنفيذ للمحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع، مرده إلى عدم إفلات أحكام التحكيم من رقابة القضاء الوطني، فإذا كان التحكيم داخلياً فالعلة في ذلك تبدو واضحة من فرض تطبيق النظام الداخلي، طالما أن التحكيم يجري في الجزائر، وإذا كان التحكيم دولياً فللمراقبة مدى موافقة أحكام التحكيم للنظام العام الدولي على نحو ما سنرى.

لكن يبقى الإشكال متعلقاً بالفرض الذي يتضمن فيه حكم التحكيم تحديد مكان آخر غير الجهة المشار إليها في المادتين 1035 و1053، إعمالاً لنص المادة 1028 التي توجب تحديد مكان التحكيم ضمن بيانات الحكم، لذلك وإن كنا نسلم بإرادة المشرع الجزائري من عدم إفلات أحكام التحكيم من رقابة القضاء الوطني على النحو المتقدم، إلا أنه في تقديرنا ينبغي التمييز في هذا الفرض بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، فإذا كان يسوغ جعل الاختصاص المذكور بتنفيذ حكم التحكيم الداخلي للمحكمة المختصة وفق المادة 1035، فإنه لا يسوغ التسليم بجعل

¹ راجع بشأن أهمية تحديد مكان التحكيم ما قلناه في معرض تطرقنا لشروط إصدار حكم التحكيم، باعتباره بياناً جوهرياً في حكم التحكيم بمقتضى المادة 1028 من ق.إ.م.إ. الجزائري.

الاختصاص في تنفيذ حكم التحكيم الدولي لذات الجهة، إلا إذا اتفق الأطراف على ذلك، لكن قد يحدث ألا يتضمن حكم التحكيم بيان المكان الذي صدر فيه، ففي هذه الحالة لا مانع من القول باختصاص المحكمة التي صدر في دائرتها حكم التحكيم إذا كان التحكيم داخلياً، أو المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه إذا كان التحكيم دولياً¹.

ثالثاً: رقابة القضاء وسلطاته في إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الداخلي

لما كان الهدف من اشتراط الحصول على أمر بتنفيذ حكم التحكيم الداخلي، في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة، هو تحقيق رقابة قضائية على أحكام المحكمين، الذين هم بمثابة أفراد عاديين قد لا تتوافر لديهم الثقافة القانونية اللازمة لإصدار حكم تحكيم، على النحو الذي يتطلبه القانون من شروط، علاوة على أن التحكيم لا يزال يوصف بأنه نظام استثنائي للقاضي، وأن القضاء هو صاحب الولاية العامة والاختصاص الأصيل في نظر المنازعات، وعليه فإن القاضي متى تأكد من توافر هذه الشروط، وتثبت من عدم وجود مانع يمنع من تنفيذ الحكم، فإنه يصدر أمره بتنفيذه ليرتقي حكم التحكيم بذلك إلى مرتبة الأحكام القضائية².

على أن سلطات القاضي وهو يمارس الرقابة على حكم التحكيم الداخلي على النحو المتقدم ليست مطلقة، بل هي محدودة ومقيدة بجملة من الضوابط والشروط، نوجزها فيما يلي:

يجمع الفقه لاسيما في فرنسا ومصر، على أن إجراء الأمر بتنفيذ حكم التحكيم هو إجراء شكلي من حيث طبيعته، كما أن عمل القاضي في ذلك هو عمل ولائي، فلا يجوز له التطرق إلى الموضوع الذي فصل فيه حكم التحكيم أو إعادة النظر فيه، طالما لا يملك الخصوم مشاركة القاضي في رقابته على الحكم وإبداء ملاحظاتهم بشأنها³، وذلك بسبب عدم إمكانية إعلانهم وتكليفهم بالحضور لمواجهتهم.

¹ ولعل ما يعضد هذا الذي ذهبنا إليه، ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1042 من ق.إ.م.إ. بقوله: "إذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم، يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ"، فيكون الأصل هو قيام الأطراف بتحديد الجهة المختصة في إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، والاستثناء بأن يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه، في حالة عدم اتفاق الأطراف على هذا التحديد.

² د عاشور مبروك، الوسيط في النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، المرجع السابق، ص 82.

³ د حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 527، وانظر أيضاً:

De Boisseson. M, Juglart Michel, Le droit français de L'arbitrage, Op. Cit, p. 344-345.

ومن أجل ذلك، تنحصر رقابة القاضي على حكم التحكيم الصادر بشأن النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، في الرقابة الشكلية والثبت من المشروعية الظاهرة للحكم، ومدى صدوره خالياً من العيوب الإجرائية ومن أسباب البطلان، فيتحقق بصفة خاصة عما إذا كان حكم التحكيم قد صدر بين طرفي طلب الأمر بالتنفيذ، وما إذا كان مسبباً أو غير مسبب، وما إذا كان يشتمل على أسماء المحكمين، وتاريخ ومكان صدور الحكم وتوقيع المحكمين، كما يتحقق من أن حكم التحكيم لا يتضمن في ظاهره ما يخالف النظام العام، أو ما اتفق عليه الطرفان من شروط¹.

كما وقد سبقت الإشارة، إلى أن القاضي المنوط به مهمة إصدار الأمر بالتنفيذ لا يعد جهة استئناف، فليس له أن يراقب خطأ المحكمين في تكييف الوقائع أو في تطبيق القانون، وليس من سلطته تعديل الحكم أو تكملته²، كما لا يعد هذا القاضي جهة مختصة بنظر بطلان الحكم، إذ لهذا البطلان قواعد خاصة وجهة مختصة بنظره³ على ما سيأتي تفصيله لاحقاً. ويثور هنا سؤال مهم، حول ماذا لو تبين للقاضي المختص بإصدار أمر التنفيذ، عدم وجود اتفاق التحكيم أو بطلانه، أو توفر أي سبب من أسباب البطلان؟.

يبدو أن الفقه غير متفق حول هذه المسألة، فقد ذهب اتجاه إلى أن لقاضي التنفيذ رفض طلب التنفيذ إذا تبين له توافر أحد أسباب البطلان، إذ كيف يتصور أن يقوم القاضي بإصدار أمره بتنفيذ حكم التحكيم، وقد علم أنه مشوب بعيب قد يؤدي إلى بطلانه⁴، بينما يرى اتجاه آخر في الفقه، إلى أن مذهب الاتجاه السابق يمكن أن يكون محل نظر، لأن توفر سبب من أسباب البطلان، وعدم قيام من تقرر البطلان لمصلحته برفع دعوى البطلان، لا يعني إلّا نزول صاحب المصلحة عن التمسك بهذا البطلان، ولو كانت أسباب البطلان في ذلك تتعلق بالنظام العام، لأن حكم التحكيم صدر حائز لقوة الشيء المقضي فيه، وهذه القوة تسمو على اعتبارات النظام العام⁵.

¹ د فتحي إسماعيل والي، المرجع السابق، ص 491-492.

² د عاشور مبروك، الوسيط في النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، المرجع السابق، ص 82.

³ د محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 275-276.

⁴ أنظر، د فتحي والي، مرجع سابق، ص 492، د حسني المصري، المرجع السابق، ص 528.

⁵ د محمود مختار بريري، مرجع سابق، نفس الموضوع.

غير أن المتأمل لهذا الرأي الأخير، يلاحظ أنه يتكلم عن مسألة البطلان وعدم تمسك صاحب المصلحة به رغم قيام أحد أسبابه، وفي تقديرنا أن الكلام عن مسألة البطلان ليس هذا محله، وإنما محل الكلام هنا يتعلق فقط برفض طلب تنفيذ حكم التحكيم لوجود سبب ظاهر قد يؤدي إلى البطلان، ولا يهم بعد ذلك عدم تمسك صاحب المصلحة بهذا البطلان، بل ولا يؤثر عدم تمسكه بالبطلان على سلطة قاضي التنفيذ في رفضه لطلب التنفيذ، إذ أن قاضي التنفيذ ليس مكلفاً بالتأكد من أن صاحب المصلحة قد تمسك به أو تنازل عنه، لاسيما وأن إصداره لأمر التنفيذ يكون في غيبة الأطراف كما تقدم، ومن ثم فإن الكلام عن بطلان حكم التحكيم أو التنازل عنه محله أمام القضاء المختص بالبطلان.

وعلى هذا يترجح لدينا صحة الاتجاه الأول، إذ أن الإجابة على تساؤلنا تتعلق بمدى تطرق أو عدم تطرق قاضي التنفيذ إلى الموضوع الذي فصل فيه حكم التحكيم، وفي مدى التزامه أو عدم التزامه بحدود الرقابة الشكلية أو الظاهرية للحكم، وعليه يمكن القول، بأنه إذا اقتضت سلطة القاضي على التأكد من عدم توافر سبب ظاهر لبطلان الاتفاق على التحكيم أو لسقوطه أو لبطلان الحكم، أو لأي سبب ظاهر لبطلان الحكم، دون التطرق إلى موضوعه وفقاً لما ذهب إليه الاتجاه الأول، فإنه لا يوجد ما يمنع القاضي من رفض طلب التنفيذ إذا تبين له ظاهرياً توافر أحد الأسباب السابقة، أما أن يتطرق القاضي للموضوع الذي فصل فيه حكم التحكيم، ويتمسك ويشير من تلقاء نفسه ببطلان حكم التحكيم لوجود أحد أسبابه وفق الاتجاه الثاني، فهذا لا شك يتعارض مع مقتضى الرقابة الشكلية التي تحدد سلطات القاضي في إصدار الأمر بالتنفيذ، وبالتالي لا يجوز له بناءً على هذا الاعتبار أن يرفض طلب التنفيذ لأحد الأسباب الموضوعية، لخروج ذلك عن اختصاصاته، ودخولها في نطاق اختصاص جهة الاستئناف أو جهة نظر دعوى البطلان على نحو ما رأينا.

رابعاً: النفاذ المعجل لحكم التحكيم الداخلي

بصدور الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الداخلي، يكون لأي من طرفي عقد النقل البحري للبضائع المحكم فيه، سواء الطرف الذي صدر الحكم لصالحه أو الذي صدر ضده، أن يطلب نسخة رسمية موهورة بالصيغة التنفيذية من هذا الحكم¹، يسلمها رئيس أمناء ضبط الجهة القضائية

¹ الصيغة التنفيذية هي خطاب موجه إلى قلم المحضرين المنوط بهم تنفيذ الحكم فور طلبه، وإلى الجهات العمومية المختصة في المعاونة والتنفيذ ولو بالقوة الجبرية، أنظر في ذلك، د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص 432.

المختصة التي أصدرت الأمر بالتنفيذ طبقاً للمادة 1036 من ق.إ.م.إ. الجزائري، ولما كان هذا الأمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم هو أمر صادر على عريضة -أي عريضة طلب استصدار أمر التنفيذ-، فإنه يكون قابلاً للتنفيذ معجلاً بقوة القانون¹، إعمالاً لنص المادة 1037 من القانون نفسه، حيث تنص على أنه: "تطبق القواعد المتعلقة بالنفاذ المعجل للأحكام على أحكام التحكيم المشمولة بالنفاذ المعجل".

وبتطبيق هذه القواعد المتعلقة بالنفاذ المعجل² على حكم التحكيم الداخلي، بشأن النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع المراد تنفيذه على وجه الاستعجال، فإنه يجب أن يراعى في ذلك القواعد الآتية:

1- بعد تقديم عريضة الطلب -في نسختين- إلى رئيس الجهة القضائية المختصة، يجب على هذا الأخير أن يفصل فيها في أجل أقصاه ثلاثة أيام من إيداع الطلب (المادة 2/310 من ق.إ.م.إ. الجزائري)، مع ضرورة تسبيب الأمر الصادر بالتنفيذ طبقاً للمادة 2/311 من القانون نفسه، وإن كان البعض لا يرى لزوماً لذكر الأسباب التي بني عليها الأمر، إلا إذا كان مخالفاً لأمر قد سبق صدوره، فعندئذ يجب ذكر الأسباب التي اقتضت إصدار الأمر الجديد³.

2- يجب على طالب التنفيذ بعد صدور الأمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم، أن يبادر إلى التنفيذ في أجل ثلاثة أشهر من تاريخ صدور الأمر⁴، تحت طائلة سقوط الحق في التنفيذ (المادة 3/311 من ق.إ.م.إ. الجزائري)، ويكون معجل النفاذ بكفالة أو بدونها رغم كل طرق الطعن، على أنه غير قابل للمعارضة ولا للاعتراض (المادة 303 من نفس القانون).

¹ د فتحي والي، المرجع السابق، ص 496.

² راجع المواد 310 و311 و312 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

³ د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص 432.

⁴ يلاحظ بخصوص هذه المدة (ثلاثة أشهر) المطبقة على تنفيذ الأوامر على العرائض الصادرة بشأن تنفيذ أحكام القضاء العادي، هي مدة طويلة لا تتناسب مع ما يتميز به التحكيم من خصوصيات، وما يقتضيه من سرعة في الفصل في المنازعات، فإذا كان المشرع الجزائري قد حدد مهلة التحكيم ذاته في الظروف العادية -بما يتضمنه من إجراءات ومرافعات- بأربعة أشهر فقط طبقاً للمادة 1018 من ق.إ.م.إ.، مراعاة منه لمبدأ السرعة التي يتطلبها التحكيم، فكان عليه من باب أولى بالنسبة لتنفيذ أحكام التحكيم في الظروف غير العادية، والتي تكون فيها الأحكام مشمولة بالنفاذ المعجل، أن ينص على مدة تماشى مع سرعة التحكيم، وألا يحيل على تطبيق القواعد العامة المنصوص عليه في قانون المرافعات لما تتضمنه من مواعيد طويلة، وما قد يترتب عنها من إطالة أمد النزاع.

3- الأمر بتنفيذ حكم التحكيم ينفذ بوضع الصيغة التنفيذية المقررة تنفيذاً لهذا الأمر وليس لمجرد الأمر بتنفيذه، إعمالاً لنص المادة 1036 المذكورة سابقاً، وهذا يعني أن الحكم وإن صدر حائزاً لقوة الشيء المقضي فيه طبقاً للمادة 1031، ورغم صدور الأمر بتنفيذه طبقاً للمادة 1035، فإنه لا يمكن تنفيذه إلاً بقوة القانون، أي بإسباغه بالصيغة التنفيذية طبقاً للمادة 1036، ويترتب على هذا مسألتان:

الأولى، أن السقوط المنصوص عليه في المادة 3/311 السابقة هو جزاء وأثر يمس تنفيذ الحكم الواجب تنفيذه معجلاً، نتيجة للتقاعس في تنفيذه خلال الأجل المقرر له¹، فهو بذلك لا يعني سقوط حكم التحكيم، وإنما يبقى الحكم مع إمكانية استصدار أمر جديد لتنفيذه².

الثانية، أنه بوضع الصيغة التنفيذية على حكم التحكيم تنفيذاً للأمر، يصبح هذا الأمر جزءاً مكماً لحكم التحكيم، فلا يرد عليه السقوط إلاً مع الحكم بانقضاء مدة تقادم الحق الثابت في الحكم، وهي خمسة عشر سنة من صدور الحكم³.

خامساً: الإشكال الوقتي في تنفيذ حكم التحكيم الداخلي

يبقى في الأخير أن نتساءل عن إمكانية تقديم إشكال وقي في تنفيذ حكم التحكيم الداخلي، بخصوص النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، فقد يستشكل من صدر ضده أمر التنفيذ، استناداً إلى أن حكم التحكيم لا يشتمل على أمر التنفيذ مثلاً، أو على أساس وجود خطأ في الصيغة التنفيذية، كما لو وضعت هذه الصيغة على حكم لا يتضمن أمراً بالتنفيذ، أو أنه لم تراعى المواعيد التي يتعين انقضاؤها قبل التنفيذ، فهل يجوز له أن يتقدم بطلب وقف تنفيذ حكم التحكيم بناءً على هذه الإشكالات السابقة؟.

رغم عدم وجود نص صريح من ضمن نصوص التحكيم يبيح ذلك، إلاً أنه لا خلاف بين الفقه في أن يتقدم المحكوم ضده بإشكال وقي في تنفيذ حكم التحكيم طبقاً للقواعد العامة في إشكالات التنفيذ، وذلك أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرت الأمر بالتنفيذ، مادام هذا الإشكال يتعلق بواقعة لاحقة على حكم التحكيم، فهو ليس طريقاً للطعن في هذا الحكم، وإنما

¹ د فتحي والي، المرجع السابق، ص 496.

² د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، مرجع سابق، ص 434.

³ د فتحي والي، مرجع سابق، ص 496، وراجع بخصوص أحكام التقادم المسقط، المواد 308 وما يليها من القانون المدني الجزائري، لاسيما المادتين 308 و2/311.

هو موجه إلى القوة التنفيذية له كسند تنفيذي¹، وإذا ما قدر القاضي المثار أمامه الإشكال جدية هذا الإشكال، فإنه يأمر بوقف التنفيذ مؤقتاً، دون المساس بأصل الحق المتعلق بصحة أو بطلان الحكم².

لكن يبدو أن هناك خلافاً قائماً بين الفقه حول نطاق هذا الإشكال في التنفيذ، وهل يمتد ليشمل حالات البطلان؟، أو بتعبير آخر، هل يجوز لمن صدر أمر التنفيذ ضده أن يرفع إشكالاً في هذا التنفيذ استناداً إلى توافر حالة من حالات البطلان التي ينص عليها القانون، أم أن لهذا الإشكال نطاقاً خاصاً به يختلف عن نطاق البطلان؟.

يذهب اتجاه في الفقه إلى أن مجال دعوى بطلان حكم التحكيم يختلف عن مجال الإشكال، فمجال الإشكال دائماً واقعة لاحقة على الحكم، كما أن أسباب دعوى البطلان لا تتسع لكي تشمل ما يمكن أن يبنى عليه الإشكال من أسباب كالتالي ذكرناها آنفاً³.

في حين يذهب اتجاه آخر - وهو الذي يترجح لدى الباحث - مستنداً في ذلك إلى حكم لمحكمة النقض المصرية، إلى أنه إذا ما قدر القاضي المثار أمامه الإشكال توافر حالة من حالات البطلان التي ينص عليها القانون، والتي استند إليها هذا الإشكال، فإن له أن يأمر بوقف التنفيذ مؤقتاً، دون المساس بأصل الحق المتعلق بصحة أو بطلان الحكم، لكن بشرط أن يراعي قاضي التنفيذ في ذلك القواعد المقررة في البطلان والتي تخرج عن سلطاته، فالوقف يفترض أن يكون ميعاد دعوى بطلان حكم التحكيم المطلوب وقف تنفيذه لا زال ممتداً، أو أن تكون الدعوى ببطلانه قد رفعت ولم يفصل فيها بعد، إذ في كلتا الحالتين يمكن لقاضي التنفيذ أن يحكم بوقف التنفيذ مؤقتاً إلى حين الفصل في دعوى البطلان، أما إذا كان ميعاد دعوى البطلان قد انقضى، أو كان قد حكم برفض هذه الدعوى، فليس لقاضي التنفيذ - باعتباره قاض للأمر المستعجلة - أن يوقف تنفيذه استناداً إلى توافر حالة من حالات بطلان حكم التحكيم التي ينص عليها القانون⁴.

¹ د أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص 438.

² د فتحي والي، مرجع سابق، ص 499-500.

³ د أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص 438.

⁴ د فتحي والي، مرجع سابق، ص 499-500.

الفرع الثاني

النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم الدولية

وفقاً لكل من القانون الجزائري واتفاقية نيويورك لسنة 1958

قد تبدو مشكلة تنفيذ أحكام التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة، كأي أحكام تحكيم أخرى محدودة الأبعاد، إذا ما ظلت في إطار النظام القانوني الداخلي للدولة التي يراد التنفيذ على أرضها، غير أن هذه الحدود تتنامى وتتسع عندما يكون تنفيذ هذه الأحكام صادرة خارج الدولة التي يراد التنفيذ على أرضها، حيث تواجه هذه الأحكام صعوبات ناتجة عن اختلاف الأنظمة القانونية، والإجراءات الواجب اتباعها للاعتراف وتنفيذ تلك الأحكام¹.

وعلى هذا، جرت محاولات عديدة على الصعيد الدولي بهدف توحيد القواعد الخاصة بالاعتراف وتنفيذ هذا النوع من الأحكام، فعقدت عدة اتفاقيات دولية تبين آليات هذا الاعتراف والتنفيذ²، وعلى رأس هذه الاتفاقيات التي تهمنا في هذه الدراسة تأتي اتفاقية نيويورك لعام 1958، باعتبار أن الجزائر تعد من بين الدول التي انضمت إليها، لذلك بات من المحتم علينا أن نعرض لدراسة تنفيذ أحكام التحكيم الدولية وفقاً للقانون الجزائري (أولاً)، ثم نعرض لدراسة تنفيذ أحكام التحكيم الدولية وفقاً لاتفاقية نيويورك لعام 1958 (ثانياً)، في محاولة للتطبيق على المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع محل البحث:

أولاً: تنفيذ أحكام التحكيم الدولية (في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع) وفقاً للقانون الجزائري

تنص المادة 1054 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: "تطبق أحكام المواد من 1035 إلى 1038 أعلاه، فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي".

فالبادي من هذا النص أن المشرع الجزائري يحيل بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الدولي، على القواعد المطبقة على تنفيذ أحكام التحكيم الداخلي، مع مراعاة بعض القواعد الخاصة بأحكام التحكيم الدولي، ذلك أنه عندما يتعلق الأمر بحكم تحكيم دولي، نجد أن الحديث يتطرق -إلى

¹ د عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، المرجع السابق، ص 62، د عزت محمد علي البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، المرجع السابق، ص 139 وما بعدها.

² د فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 360.

جانب مسألة التنفيذ- إلى مسألة أخرى تتعلق بالاعتراف بهذا الحكم، وتفصيل ذلك على النحو الآتي:

أ- الجهة المختصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الدولية وإصدار الأمر بتنفيذها:

تجب الإشارة في هذا الصدد، إلى أن هناك فرق بين الاعتراف بحكم التحكيم وبين تنفيذه، فقد يتم الاعتراف بالحكم ولكن لا ينفذ، كما لو رفض تنفيذه أو لم يبادر المحكوم له بالتنفيذ، أما إذا نفذ فإنه يكون من الضروري قد تم الاعتراف به من الجهة التي منحته القوة التنفيذية، ويعني الاعتراف على هذا النحو، أن حكم التحكيم الصادر بشأن النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، قد صدر صحيحاً وملزماً للأطراف، أما التنفيذ فيعني توجيه الطلب إلى الخصم الذي صدر ضده الحكم المعترف به، وإلزامه بتنفيذ ما جاء في هذا الحكم، وفي حالة امتناعه يجب إجباره على ذلك، بموجب الإجراءات التنفيذية لقانون البلد المراد تنفيذ الحكم فيه¹.

أما عن الاختصاص بطلب الاعتراف بحكم التحكيم الدولي أو تنفيذه، فقد نصت المادة 1051 من ق.إ.م.إ. الجزائري على أنه: "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي.

وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها، أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجوداً خارج الإقليم الوطني".

لكن يبدو أن المشرع الجزائري في معرض حديثه عن الاعتراف في الفقرة الأولى من هذه المادة، لم يحدد الجهة المنوط بها الاختصاص بهذا الاعتراف²، بينما حدد هذه الجهة فيما يتعلق بالتنفيذ بنص الفقرة الثانية من نفس المادة، وإن كان المقام يقتضي خضوع كل من الاعتراف والتنفيذ من حيث الاختصاص إلى نفس الأحكام المشار إليها في الفقرة الثانية المذكورة، وعلى هذا إذا كان الاختصاص نوعياً، فإنه ينعقد لرئيس المحكمة التي صدر هذا الحكم في دائرة اختصاصها إذا كان صادراً في الجزائر، ولما كان الاختصاص النوعي هو اختصاص متعلق بالنظام العام، فإنه إذا ما قدم طلب الاعتراف أو التنفيذ إلى جهة أخرى غير الجهة المختصة، وجب عليها الحكم بعدم

¹ د فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 359.

² تماماً كما هو الحال أيضاً بالنسبة للمرسوم 93-09 الصادر سنة 1993 والمتعلق بالتحكيم التجاري الدولي، حيث خلت المادة 458 مكرر 17 منه من تحديد الجهة المختصة بالاعتراف.

الاختصاص من تلقاء نفسها، أما إذا كان الاختصاص محلياً، فإنه ينعقد لرئيس المحكمة التي يراد التنفيذ في دائرتها، أي دائرة محل التنفيذ¹، متى كان حكم التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع قد صدر خارج الجزائر وطلب تنفيذه في الجزائر.

كما تجدر الإشارة إلى أن طلب الاعتراف قد يقدم في صورة فرعية، أي مرتبطاً بطلب التنفيذ، وقد يكون طلب الاعتراف أصلياً، ففي الصورة الأولى يؤول الاختصاص بالاعتراف لنفس الجهة المختصة بالتنفيذ، أما في الصورة الثانية، فيؤول الاختصاص بالاعتراف للمحكمة التي سينفذ حكم التحكيم في دائرة اختصاصها².

ب- إجراءات طلب الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الدولية:

لم يبين المشرع الجزائري الشكل الذي يلزم اتباعه بشأن طلب الاعتراف، واستصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الدولي، هل يكون عن طريق الطلب القضائي أم بواسطة عريضة؟، كما أن المادة 1051 المشار إليها سابقاً، لم تبين ما إذا كان للمحكوم له أن يحصل بموجب طلب واحد فقط على كل من الاعتراف والأمر بالتنفيذ، أم أن كل منهما لا يتم الحصول عليه إلا بطلب مستقل عن الآخر؟.

جواباً عن التساؤل الأول، فقد ذهب البعض إلى أن هذه المسألة رغم أنها تتعلق بطلب صدور أمر بالتنفيذ، إلا أن هذا الأمر -خلافاً لطلب الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم الداخلية- لا يستصدر وفقاً لقواعد استصدار الأوامر على العرائض، وإنما وفقاً للإجراءات العادية التي ترفع بها الدعاوى أمام المحاكم³، غير أن الذي ظهر لنا من خلال استقراء قوانين المرافعات المختلفة للدول، أن مسألة طلب تنفيذ أحكام التحكيم الدولية والأجنبية، تجري وفق القواعد التي ينص عليها قانون قاضي الدولة التي يطلب إليها تنفيذ الحكم، لذلك نجد أن بعض القوانين تنص على اتباع الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى بناء على طلب عادي، بينما تذهب قوانين أخرى إلى اتباع نظام الأوامر على العرائض⁴.

¹ وتسري على هذا النوع من الاختصاص القواعد المتعلقة بالاختصاص المحلي المنصوص عليها في قانون المرافعات، من وجوب إبداء الدفع بعدم الاختصاص وسائر الدفع المتعلقة بالإجراءات معاً، قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول، وإلا سقط الحق فيه.

² د عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، المرجع السابق، ص 64.

³ د فتحي والي، المرجع السابق، ص 534-535.

⁴ راجع بشأن هذه التشريعات، د حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 580 وما بعدها.

وقد جرى العمل في الجزائر وفق هذا النظام الأخير، أي نظام العرائض، رغم التعديلات التي عرفها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فبعد أن تطرقت المادة 458 مكرر 19 من المرسوم 93-09 الصادر سنة 1993 والمتعلق بالتحكيم التجاري الدولي، في فقرتها الأولى، إلى إيداع اتفاق التحكيم وكذا أصل حكم التحكيم المراد تنفيذه لدى الجهة القضائية المختصة، نصت الفقرة الثانية منها على إلزام الأطراف بالنفقات المتعلقة بإيداع العرائض، وهذا يعني أن طلب الأمر بتنفيذ حكم التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، يجري وفق عريضة يتم تقديمها إلى القاضي المطلوب منه التنفيذ، واستقر هذا النظام حتى بعد صدور القانون الجديد 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما هو واضح من نص المادة 2/1035 منه.

أما بخصوص التساؤل الثاني، فمرده إلى أن المشرع الجزائري كما قد يبدو من الفقرة الثانية من المادة 1051 المذكورة، أنه استلزم صدور أمر بشأن التنفيذ، بينما لم يستلزم صدور هذا الأمر بالنسبة للاعتراف، مما قد يفهم منه أن هذا الإجراء لازم فقط بشأن تنفيذ حكم التحكيم، ولا يلزم منه استصدار أمر بالاعتراف، وفي تقديرنا أن الصواب خلاف ذلك، إذ أن التنفيذ كما أسلفنا يعتبر نتيجة للاعتراف، كما أن الاعتراف هو شرط للتنفيذ، فالاعتراف يعني أن حكم التحكيم قد صدر صحيحاً ومستوفياً لشرائطه الشكلية والموضوعية، وبالنتيجة يتم تنفيذه بتوجيه الطلب إلى الخصم الذي صدر ضده هذا الحكم المعترف به وإلزامه بتنفيذه.

وعلى هذا النحو، فإن هذه المسألة في تصورنا تتوقف على مضمون الطلب الذي يقدمه المحكوم له، فقد يتضمن هذا الطلب استصدار أمر بالتنفيذ فقط دون الإشارة إلى طلب الاعتراف، وهذا هو الغالب عملاً¹، وهو الإجراء الذي تشترك فيه أحكام التحكيم الدولية مع أحكام التحكيم الداخلية، لكن لما كان الأمر يتعلق بحكم تحكيم دولي، فإن هذا الطلب المتضمن استصدار أمر التنفيذ يستلزم بالضرورة وجوب اعتراف مسبق به، بأن يقوم القاضي المرفوع إليه الطلب بالتثبت من عدم مخالفة الحكم للنظام العام الدولي، ومتى تحقق من ذلك فإن هذا يعني إقراراً وتسليماً منه بصحة حكم التحكيم، أي اعترافاً منه بالحكم، فلا يبقى أمامه إلا أن يمهره بالصيغة التنفيذية إعمالاً لنصي المادتين 1035 و1036 من ق.إ.م.إ. الجزائري.

وعلى كل، فقد كان بوسع المشرع الجزائري درءاً لأي إشكال بخصوص هذه المسألة، من شأنه أن يفتح العديد من التأولات، أن ينص صراحة على إجراء موحد يضم طلب كل من

¹ MOREAU Bertrand, Arbitrage internationale, Répertoire de droit commercial, Edition Dalloz, Paris, 2004, p. 20.

الاعتراف والتنفيذ في آن واحد، وذلك بضم الفقرتين الأولى والثانية من المادة 1051 في فقرة واحدة، لتكون صياغتها على النحو الآتي: "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي وتنفيذها في الجزائر بأمر صادر عن رئيس المحكمة ... إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي".

وترتيباً على ما تقدم، يتبين أن الاعتراف بحكم التحكيم الدولي، الصادر بشأن عقد النقل البحري للبضائع المتنازع بشأنه أمام التحكيم، شأنه شأن طلب التنفيذ، مشروط بشترطين أساسيين، أحدهما مادي والآخر قانوني:

1- الشرط المادي:

ومقتضى هذا الشرط، أن يثبت طالب التنفيذ وجود حكم التحكيم الدولي، الصادر في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري محل الدراسة، وفقاً لما نصت عليه المادة 1051 السالفة الذكر، وقد بينت المادتين 1052 و1053 من نفس القانون تفاصيل هذا الإثبات، حيث نصت المادة 1052 على أنه: "يثبت حكم التحكيم بتقديم الأصل مرفقاً باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما، تستوفي شروط صحتها"، وتخضع شروط صحة اتفاق التحكيم إلى أحكام المادة 1040 من نفس القانون، حيث يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة، أما من حيث الموضوع، فيجب أن يراعى لصحة اتفاق التحكيم الشروط التي يضعها القانون الواجب التطبيق على النزاع، وبعد إثبات وجود حكم التحكيم على النحو المتقدم، يقوم الطرف المعني بالتعجيل بإيداع الوثائق المذكورة في المادة 1052 المشار إليها سابقاً، بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة وفقاً لما نصت عليه المادة 1053 من القانون المذكور.

وقد كرس الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا هذه الأحكام، حيث ألزمت هذه الأخيرة الجهات القضائية المناط بها مسألة تنفيذ أحكام التحكيم الدولي، بالألا تمهر القرار التحكيمي الأجنبي بالصيغة التنفيذية، إلا بعد إلزام طالب التنفيذ بتقديم الوثائق المنصوص عليها في المادة 458 مكرر 18 من القانون 09/93، تقابلها المادة 1052 من القانون 08-09، والمادة 4 من اتفاقية نيويورك المشار إليهما آنفاً¹.

¹ مجلة المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 326706، بتاريخ 2004/12/29، العدد الثاني، لسنة 2004، ص 153، قضية (شركة الدهن للغرب الجزائرية) ضد شركة (رازنو انبورة الروسية). أيضاً، مجلة المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف =

هذا ولم يتطرق المشرع الجزائري ضمن أحكام المادة 1052 السابقة، تماماً كما لم يتطرق في القانون القديم رقم 09/93 ضمن المادة 458 مكرر 13، إلى الفرض الذي يكون فيه اتفاق التحكيم وحكم التحكيم محررين بلغة أخرى غير اللغة الرسمية، وفي ظل هذا الفراغ فإنه يرجع إلى أحكام اتفاقية نيويورك لعام 1958، التي تعتمدها الجزائر في تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية إلى جانب القانون الوطني، حيث تلزم المادة 2/4 منها طالب الاعتراف والتنفيذ، إذا كان الحكم أو الاتفاق المشار إليهما غير محررين بلغة البلد الرسمية المطلوب إليها التنفيذ، أن يقدم ترجمة لهذه الأوراق بهذه اللغة¹.

2- الشرط القانوني:

لا يكفي للاعتراف وإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الدولي، الصادر في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، أن يتأكد القاضي من وجود حكم التحكيم فقط، بناءً على ما يتقدم به طالب التنفيذ من الوثائق المشار إليها سابقاً، بل عليه أيضاً أن يتأكد من عدم مخالفة هذا الحكم للنظام العام الدولي، ويقتضي هذا المقام أن يكون القاضي على دراية تامة بالحدود الفاصلة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي²، ففي الأول تكون العلاقات الوطنية محكومة دائماً بالقانون الوطني، ومن ثم يطبق النظام العام في هذا القانون، ويتجسد هذا النظام في مجموع القواعد الآمرة التي ينص عليها هذا القانون، أما النظام العام الدولي، فهو يعني مجموعة الأصول والمبادئ العامة التي يفرضها التعايش المشترك بين المجتمعات، مثل حماية البيئة من التلوث باعتبارها قضية اجتماعية عامة، إذ لم تعد قاصرة على حدود دولة بعينها³، ومكافحة المخدرات

=رقم 461776، بتاريخ 2007/04/18، العدد الثاني، لسنة 2007، ص 207، قضية الشركة الجزائرية للصناعات الغذائية "ساليينا" ضد الشركة الفرنسية ترادينغ أندسارفيس.

¹ TERKI NOUREDDINE, L'arbitrage commercial international en Algérie, Op. Cit, n° 153 et n° 168, PP. 153-163.

² راجع في التفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، ما سبق تفصيله في الفصل الأول من الباب الأول، فيما يتعلق بركن المحل في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع، تحت عنوان: "قابلية محل الاتفاق للتحكيم".

³ أنظر في هذا الموضوع بصفة عامة، د محمد علي حسونة، مسؤولية الدولة عن أضرار التلوث البيئي، المرجع السابق، ص 71 وما يليها.

ومكافحة الإرهاب على المستوى الدولي، ومكافحة غسيل الأموال والفساد والرشوة، وبالتالي فإن العلاقات الدولية تخضع للنظام العام الدولي وحده¹.

وعلى هذا الأساس يتعين على القاضي المطلوب منه تنفيذ حكم التحكيم الدولي، استبعاد آثار تطبيق القواعد الآمرة في القانون الوطني في هذا الخصوص، ولو كان هذا القانون -لو طبق- يقتضي بطلان حكم التحكيم لمخالفته للقواعد الآمرة فيه، ما دام الحكم قد صدر غير مخالف للنظام العام الدولي²، على أن ما ينبغي التنبه إليه في هذا المقام، أن حجية الأمر بالتنفيذ تنحصر في نطاق النظام القانوني للدولة التي صدر فيها هذا الأمر، فلا يلزم الدول الأخرى التي قد يطلب منها الاعتراف والتنفيذ، والسبب في ذلك راجع لعدم وجود محكمة دولية معينة يجب طلب التنفيذ أمامها³، كما أن تعدد علاقات الأطراف وإمكانية تمركزها في عدة دول، وما يستتبع ذلك من تعدد الأنظمة القانونية الدولية المطبقة واختلافها، يجعل من حجية الأوامر الصادرة بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الدولية أمراً نسبياً، يقتصر سريانه في نطاق النظام القانوني للدولة التي صدرت فيها تلك الأحكام، دون أن يمتد إلى باقي الدول الأخرى.

ج- رقابة القضاء وسلطاته في إصدار الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم الدولية:

كما هو الحال بالنسبة للقاضي المختص بإصدار أمر تنفيذ حكم التحكيم الداخلي، فإن القاضي المطلوب منه إصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم الدولي في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، يكون بصدده ممارسة عمل ولائي يتم في غياب الخصوم، لدى فإنه سوف يتصدى لنظر الطلب والفصل فيه وفقاً لقواعد العمل الولائي، فلا حضور ولا مناقشة ولا تدخل ولا إدخال، ومن جهة أخرى، فإن هذا القاضي كما أسلفنا لا يعد درجة أعلى أو جهة استئناف بالنسبة للحكم الذي يراد تنفيذه، وإنما يمارس نوعاً من الرقابة القضائية اللاحقة على أحكام

¹ وهو ما استقر عليه القضاء في فرنسا، من أن تقدير قابلية موضوع اتفاق التحكيم للتسوية بطريق التحكيم في المجال الدولي، يجب أن يتم وفق النظام العام بمفهومه الدولي وليس الداخلي، حيث قضت محكمة استئناف باريس عام 1991 بأنه: "في مجال التحكيم الدولي، فإن صلاحية الاتفاق على التحكيم يجب أن يتم تقديرها بالنظر إلى مقتضيات النظام العام الدولي فقط". أنظر حيثيات هذا الحكم:

Paris, 17 décembre 1991, affaire Gatoil, Rev Arb, 1993, p. 281

² د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، ص 287 وما بعدها.

³ د طرح البحور علي حسن، الاختصاص القضائي بحكم التحكيم الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 15.

المحكّمين، الذين لا يجوزون سلطة الأمر، بغية إسباغها بالقوة التنفيذية أو رفض إسباغها بهذه القوة، تبعاً لتوافر أو عدم توافر الشروط اللازمة في ذلك، لذلك فإن الدور الولائي للقاضي يقتصر على الرقابة الشكلية والخارجية فقط، بناءً على ما تحت يديه من أوراق ومستندات قدمها صاحب المصلحة في تنفيذ الحكم، للتأكد من عدم مخالفته للنظام العام الدولي، ومن ثم يصدر أمره بالتذليل على أصل حكم التحكيم¹، من دون أن يكون قد تعرض لبحث موضوع الحكم لما في ذلك من مساس بروح التحكيم².

وهل يجوز إخضاع حكم التحكيم الدولي لقواعد التنفيذ المعجل، كما هو الحال بالنسبة لأحكام التحكيم الداخلي؟، لاشك أن الحال يكون كذلك إعمالاً لنص المادة 1054 من ق.إ.م.إ الجزائر التي أحالت على تطبيق الأحكام الخاصة بتنفيذ أحكام التحكيم الداخلي، وعليه يجوز للطرف الذي يهيمه التعجيل، أن يطلب تنفيذ حكم التحكيم الفاصل في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، على وجه الاستعجال طبقاً لنص المادة 1037 من نفس القانون، وتتبع في ذلك نفس الإجراءات الواجب اتباعها بالنسبة لأحكام التحكيم الداخلي³.

ثانياً: تنفيذ أحكام التحكيم الدولية (في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع)

وفقاً لاتفاقية نيويورك لعام 1958

المتبع لمجال تطبيق اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، الموقع عليها في نيويورك بتاريخ 10/06/1958، سيقف بوضوح على مدى أهميتها على الساحة الدولية، لما تتمتع به من خصائص ومزايا عدة، فهي اتفاقية عالمية مفتوحة لكل الدول، وبالتالي فإن من شأن أعمال أحكامها دفع عجلة التحكيم كوسيلة سلمية لفض المنازعات، لما تناله أحكامها الصادرة بشأن هذه المنازعات من احترام وتقدير من قبل الدول، بمقتضى الاعتراف بها ووضعها موضع التنفيذ، كما أنها تتصف بالمرونة والملاءمة، لتبنيها من جهة لأكثر من معيار للدولية⁴، وإتاحتها من جهة أخرى للدول إمكانية إبداء تحفظاتها عند المصادقة عليها، علاوة على أنها قد أرسيت مبدأ معاملة أحكام التحكيم الأجنبية بنفس معاملة أحكام التحكيم الوطنية، مما

¹ د عاشور مبروك، الوسيط في النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، المرجع السابق، ص 379 وما بعدها.

² Mabroukine-Ali, droit applicable aux marchés internationaux des operateurs publics Algériens et l'arbitre , thèse doctorat , paris 1988 , p. 500.

³ راجع ما سبقت الإشارة إليه في الفرع السابق، بشأن إجراءات النفاذ المعجل لحكم التحكيم الداخلي.

⁴ راجع بشأن معايير دولية التحكيم البحري، المطلب الثالث من المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الأول.

يعني تذييلها لجانب كبير من المعوقات التي كانت تحول دون تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وخير دليل على ذلك، ما أثبتته الإحصائيات من أن أكثر من 90% من أحكام التحكيم الأجنبية تم تنفيذها دون عراقيل تذكر¹.

ولعل هذه الخصائص التي تميزت بها اتفاقية نيويورك، هو ما دفع المشرع الجزائري على غرار معظم الدول الأخرى إلى الانضمام إلى الاتفاقية²، وذلك بموجب المرسوم رقم 233/88، المؤرخ في 1988/11/05، المتضمن انضمام الجزائر بتحفظ للاتفاقية، ومرد هذا التحفظ كما سبق، راجع إلى مراعاة الاتفاقية لما بين الأنظمة القانونية للدول المختلفة من تفاوت وتباين، بغية ألا تغلق باب الانضمام إليها من قبل هذه الدول، فأتاحت الفرصة لكل دولة عند التصديق عليها إمكانية مخالفة القاعدة الأصلية التي ورد التحفظ بشأنها³، بأن تشترط عدم إعمالها إلا بالنسبة لأحكام التحكيم الصادرة في دولة أخرى متعاقدة، أو ما يعرف بمبدأ اشتراط المعاملة بالمثل⁴، أو أن تشترط لسريان أحكام هذه الاتفاقية أن تكون المنازعة الناشئة - عن علاقة عقدية أو غير عقدية-، والتي صدر حكم التحكيم بشأنها، متعلقة بعمل تجاري وفقاً لقانونها الوطني⁵.

¹ راجع في تفصيل هذه الخصائص، د عاشور مبروك، الوسيط في النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، المرجع السابق، ص 242 وما يليها.

² ومن بين الدول المنضمة يوجد عشر دول عربية وهي: الجزائر، مصر سوريا، السعودية، تونس، المغرب، الأردن، لبنان، الكويت، البحرين. د محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 558.

³ وهو ما يظهر بوضوح من خلال البند الثالث من المادة الأولى من الاتفاقية، حيث جاء فيه أنه: "لكل دولة عند التوقيع على الاتفاقية أو التصديق عليها أو الانضمام إليها أو الإخطار بامتداد تطبيقها عملاً بنص المادة العاشرة، أن تصرح على أساس المعاملة بالمثل أنها ستقصر تطبيق الاتفاقية على الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة على إقليم دولة أخرى متعاقدة، كما أن للدولة أن تصرح أيضاً بأنها ستقصر تطبيق الاتفاقية على المنازعات الناشئة عن روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية التي تعتبر تجارية طبقاً لقانونها الوطني".

⁴ ومقتضى هذا المبدأ، شرحت المادة الرابعة عشر من الاتفاقية المذكورة، بأنه "لا يجوز لإحدى الدول المتعاقدة أن تحتج بنصوص هذه الاتفاقية في مواجهة دول أخرى متعاقدة إلاّ بالقدر الذي ارتبطت به هي في الاتفاقية"، وعليه فإنه إذا استخدمت إحدى الدول المتعاقدة مبدأ التحفظ، فإنه يجوز للدول المتعاقدة الأخرى غير المتحفظة معاملتها على أساس القاعدة الأصلية معدلة بالتحفظ الذي أدخل عليها، إعمالاً لمبدأ المعاملة بالمثل. د محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 333.

⁵ أنظر، المرجع نفسه، ص 332، د محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 280.

وبناءً على ما تقدم، يتبين أن سريان اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها يتحدد وفق نطاق محدد، وبناءً على شروط وإجراءات محددة، وفق التفصيل الآتي:

أ- نطاق سريان أحكام اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية:

حددت المادة الأولى من اتفاقية نيويورك النطاق الموضوعي لإعمال أحكامها بنصها على أنه: "تطبق الاتفاقية الحالية للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة في إقليم دولة غير التي يطلب إليها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام على إقليمها، وتكون ناشئة عن منازعات بين أشخاص طبيعية أو معنوية، كما تطبق أيضاً على أحكام المحكمين التي لا تعتبر وطنية في الدولة المطلوب إليها الاعتراف أو تنفيذ هذه الأحكام".

وبتطبيق هذا النص على أحكام التحكيم الفاصلة في النزاعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع محل البحث، يتضح أن اتفاقية نيويورك تسري في حالتين:

الحالة الأولى: إذا كانت أحكام التحكيم الفاصلة في النزاعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع محل الاعتراف والتنفيذ، قد صدرت في إقليم دولة أخرى غير الدولة التي يطلب إليها الاعتراف بها وتنفيذها، فالبادي من هذه الحالة أن المعاهدة قد اعتمدت معياراً إقليمياً أو مكانياً¹، من أجل تحديد الصفة الأجنبية لحكم المحكمين المراد الاعتراف به وتنفيذه، فإذا كان حكم التحكيم الصادر في منازعة ناشئة عن عقد نقل بضائع بطريق البحر، قد صدر في فرنسا مثلاً، لكن يراد الاعتراف به وتنفيذه في الجزائر، فإن أحكام الاتفاقية تسري على هذا الفرض استناداً على المعيار السابق، وهو المعيار الذي اعتمده أيضاً المادة 2/1051 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

هذا ويستوي في نظر الاتفاقية، أن يكون حكم التحكيم المراد الاعتراف به أو تنفيذه، قد صدر في إقليم دولة متعاقدة أو في إقليم دولة غير متعاقدة، فإذا كان حكم التحكيم الصادر في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري، قد صدر في دولة ليست طرفاً في الاتفاقية، فإن ذلك لا يمنع من تنفيذه في دولة أخرى تكون طرفاً فيها، إلا إذا استخدمت هذه الأخيرة مبدأ التحفظ المشار إليه سابقاً، والمقرر لها بمقتضى المادة الأولى/3 من الاتفاقية، وذلك بأن تشترط قصر التزامها

¹ د فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 36، د حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 505 وما بعدها.

بتطبيق الاتفاقية على أحكام التحكيم الصادرة في إحدى الدول الأعضاء فقط، ففي هذه الحالة لا يجوز طلب الاعتراف أو التنفيذ في إقليم دولة أخرى غير متعاقدة¹.

كما تسري الاتفاقية كأصل عام على أحكام التحكيم الأجنبية سواء كان التحكيم مؤسسياً أم حراً، وسواء كان في منازعات بين أشخاص طبيعية أو معنوية، أياً كانت المسائل التي نشأت بسببها هذه المنازعات، وسواءً كانت هذه المنازعات ذات طبيعة مدنية أو تجارية، وسواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية، ومع ذلك فإنه يجوز للدولة الطرف في الاتفاقية كما أسلفنا أن تشترط اقتصار تطبيق القواعد الواردة في الاتفاقية على المنازعات الناشئة - عن علاقات عقدية أو غير عقدية -، التي تعتبر تجارية وفقاً لقانونها الوطني، إعمالاً لحق التحفظ المقرر لها بموجب الاتفاقية².

كما يستوي أن يكون طرفاً عقد النقل البحري للبضائع المتنازع بشأنه أمام التحكيم، من جنسية إحدى الدولتين الصادر فيها حكم التحكيم المطلوب تنفيذه فيها، أو من جنسية دول مختلفة، وتطبيقاً لهذا، فإن حكم التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري الصادر خارج الجزائر، يعتبر حكماً أجنبياً يخضع لأحكام الاتفاقية إذا أريد تنفيذه في الجزائر، ولو صدر بين طرفين جزائريين، أو بين طرف جزائري وطرف أجنبي، أو بين طرفين أجنبيين أياً كانت جنسيتهما³.

الحالة الثانية: إذا كانت أحكام التحكيم الفاصلة في النزاعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع محل الاعتراف والتنفيذ، غير وطنية بالنسبة للدولة المطلوب إليها الاعتراف بها وتنفيذها، ولكن إذا كانت الاتفاقية في مادتها الأولى محل المناقشة، قد اعتمدت بالنسبة للحالة السابقة معياراً إقليمياً على النحو المتقدم، فإن البعض⁴ يرى أنها اتخذت معياراً سلبياً بالنسبة لهذه الحالة الأخيرة التي نحن بصدددها، حيث أنها تثير التساؤل عن ما هي المعايير والأسس التي وفقاً لها يعد حكم التحكيم أجنبياً بالنسبة لها؟.

يذهب غالبية الفقه في تحديد الطبيعة الأجنبية لأحكام التحكيم، إلى القول بأن الاتفاقية كما يبدو من النص السابق، قد اتخذت معايير أخرى في محاولة للتوسيع من دائرة ما يعتبر حكماً

¹ د إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 252، د حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 505-506.

² د محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 332، د حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 506.

³ د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 503-504.

⁴ د حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 506-507.

أجنيبياً، فمن الممكن أن يعتبر حكم التحكيم في النزاعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع أجنيبياً، حتى ولو كان صادراً في الدولة نفسها التي يراد تنفيذه فيها، وذلك متى كان هذا الحكم لا يعتبر وطنياً وفقاً لقانون هذه الدولة¹، أو كانت إرادة الأطراف قد حددت قانوناً أجنيبياً للتطبيق على التحكيم، ومن ثم فإنه لا فائدة في هذه الحالة الثانية التي نحن بصدددها، من اعتماد المعيار الإقليمي أو المكاني الذي اعتمده الاتفاقية بخصوص الحالة الأولى، وإنما ينبغي اعتماد المعايير السابقة التي تقتضي بالضرورة حسب الاتفاقية، التوسع في مفهوم أحكام التحكيم التي تعد غير وطنية².

أما عن المشرع الجزائري، فالبادي أنه لم يقف على معيار محدد يمكن اعتماده في تحديد الطبيعة الأجنبية لأحكام التحكيم، وفقاً لهذه الحالة الأخيرة التي نصت عليها اتفاقية نيويورك في المادة الأولى المشار إليها سابقاً، واقتصر على المعيار الإقليمي وفقاً للحالة الأولى حسب ذات النص، ولا أدل على ذلك من استخدام المشرع الجزائري لتعبير "يعد التحكيم دولياً"³، وإفرازه فصلاً كاملاً تحت عنوان "الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي"، ولم يأتي على ذكر الأحكام الأجنبية مطلقاً، رغم اعتماده على الاتفاقية المذكورة في هذا المجال، والتي تستخدم اصطلاح "أحكام التحكيم الأجنبي"، فيكون بذلك قد اقتصر على معيار مكان صدور حكم التحكيم لتحديد الطبيعة الدولية لهذا الحكم⁴، تمييزاً له عن حكم التحكيم الوطني، وبالتالي فإنه لا مناص من الرجوع إلى المعايير السابقة التي أقرها الفقه، بشأن تحديد الطبيعة الأجنبية لأحكام التحكيم، على نحو ما رأيناه في ضوء الحالة الثانية من حالات نطاق سريان اتفاقية نيويورك.

أما عن الاجتهاد القضائي الجزائري، فقد ظهر لنا من خلال استقراء القرارات الصادرة عن المحكمة العليا الجزائرية بشأن أحكام التحكيم في هذا المجال⁵، أن الوصف الغالب الذي تعتمده

¹ د محمود مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 280.

² د حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 507.

³ وذلك في المادة 1039 من ق.إ.م.إ حيث نصت على أنه: "يعد التحكيم دولياً بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل".

⁴ يرجع في مناقشة موقف المشرع الجزائري من معايير دولية التحكيم، إلى المطلب الثالث من المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الأول.

⁵ أنظر مثلاً، المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 543309، بتاريخ 2010/03/18، قضية مؤسسة (ع.ص) الجزائرية ضد شركة ميلتمان أنديكوجي، مجلة المحكمة العليا الجزائرية، العدد الثاني، لسنة 2010، ص 146. وكذلك القرارين رقم 461776 ورقم 326706، المشار إليهما سابقاً.

المحكمة بشأن هذه الأحكام هو وصفها بأنها دولية، لكن هل مقصود المحكمة العليا من استخدام هذا الوصف هو تمييزه عن أحكام التحكيم ذات الطبيعة الأجنبية، أم أن الأمر سواء عندها بين الوصفين؟.

لنأخذ مثلاً قرار للمحكمة العليا¹ جاء في بعض حيثياته أنه: "... حيث يستخلص من وقائع القضية أنه نشأ نزاع بين مؤسسة (ع.ص) الجزائرية ضد شركة ميلتمان أنديكوجي الأجنبية، عند تنفيذ عقد نقل بحري -محله بيع شحنة من السكر- يتعلق بتسديد الأتعاب الإضافية لعملية النقل البحري ومصاريف وفوائد أخرى، وحيث صدر قرار تحكيمي عن جمعية مصفّي السكر بلندن...".

وانتهت المحكمة العليا إلى أنه: "لا يعد أمراً ولائياً، الأمر الصادر عن رئيس المحكمة، المرخص بتسليم نسخة رسمية من قرار تحكيمي دولي، ويمكن بالنتيجة استئنافه أمام المجلس القضائي".

فالبادي من هذا القرار، أن المحكمة العليا تعتمد وصف حكم التحكيم الصادر في هذا الخصوص بأنه "دولي"، وهو الوصف الغالب لديها في هذا المجال كما سبق، وناذراً ما يرد وصف هذه الأحكام بأنها "أجنبية"، وكأن المحكمة لم تخرج في وصفها هذا عن إرادة المشرع الجزائري على نحو ما رأيناه سابقاً، عملاً بمقتضيات المادة 1039 من ق.إ.م.إ، فتكون بذلك على غرار القانون لم تتبنى معياراً محدداً يمكن اعتماده، في التمييز بين ما يكون دولياً وما يكون أجنبياً من أحكام التحكيم، واقتصرت على تحديد معايير دولية هذه الأحكام فقط، رغم أن اتفاقية نيويورك المعتمدة في هذا المجال تستخدم وصف أحكام التحكيم محل الاعتراف والتنفيذ بأنها أجنبية وليست دولية. هذا ونشير إلى أن اتجاهها في الجزائر² ذهب في تعليقه على قرار المحكمة العليا المذكور، إلى أن الأصح في قضية الحال أن يقال "القرار التحكيمي الأجنبي" وليس الدولي، مادام ذلك القرار صادر عن جهة أجنبية، أما المقصود بالقرار التحكيمي الدولي، فهو القرار الصادر في الجزائر والذي يكون دولياً بمفهوم المادة 1039 السابقة الذكر.

¹ أنظر القرار رقم 543309 المشار إليه قبل قليل.

² أ.د الطيب زروقي، إجتهد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقاً عليه، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 396.

وهذا الرأي رغم سلامته، إلا أنه في تقديرنا قد اعتمد معياراً ضيقاً في تحديده للطبيعة الأجنبية لحكم التحكيم، وقد أشرنا قبل هذا، إلى أن اتفاقية نيويورك حسبما ذهب إليه غالبية الفقه¹، قد اتخذت معايير أخرى موسعة في تحديد هذه الطبيعة الأجنبية، إذ يمكن أن يوصف حكم التحكيم بأنه أجنبي، حتى ولو كان صادراً في الدولة نفسها التي يراد تنفيذه فيها، وذلك متى كان هذا الحكم لا يعتبر وطنياً وفقاً لقانون هذه الدولة، أو كانت إرادة الأطراف قد حددت قانوناً أجنبياً للتطبيق على التحكيم، وبالتالي لا جدوى في هذه الحالة من اعتماد المعيار المكاني أو الإقليمي في تحديد الطبيعة الأجنبية لأحكام التحكيم، تمييزاً لها عن الطبيعة الدولية.

وعلى أي حال فإن هذه المسألة كما أشرنا سابقاً²، كانت ولا تزال محل خلاف بين كل من الفقه والقضاء والتشريع³، وذلك تبعاً للمعيار المعتمد أساساً في هذا التمييز، بحيث يمكن أن ينظر لتحكيم واحد على أنه تحكيم وطني من جانب دولة، وأنه تحكيم أجنبي من جانب دولة أخرى وفقاً لقواعد الإسناد، بسبب عدم تبني معيار موحد لوطنية أو أجنبية التحكيم⁴، وهذا راجع إلى أن بعض الاتفاقيات كاتفاقية نيويورك لعام 1958 محل الدراسة، تصف التحكيم التجاري الدولي بأنه "تحكيم أجنبي"، بينما أخذت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي (اليونسترال) باصطلاح "التحكيم التجاري الدولي"، وهو الاصطلاح الذي اعتمده أيضاً المشرع الفرنسي وتبعه في ذلك المشرع الجزائري، رغم تبني هذا الأخير لاتفاقية نيويورك، وكذلك الاتفاقية الأوروبية الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي لعام 1961، واتفاقية واشنطن 1965، وكذلك قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

ب- شروط سريان اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية:

تنص المادة الثالثة من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية على أنه: "تعترف كل من الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم وتأمّر بتنفيذه طبقاً لقواعد المرافعات المتبعة في الإقليم المطلوب إليه التنفيذ، وطبقاً للشروط المنصوص عليها في المواد التالية.

¹ د محمود مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 280، د حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 507.

² راجع المطلب الثالث من المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الأول.

³ أنظر بحث تفصيلي لمجمل هذه الآراء، د عاشور مبروك، الوسيط في النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، المرجع السابق، ص 19 وما بعدها.

⁴ د أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 54.

ولا تفرض للاعتراف أو تنفيذ أحكام المحكمين التي تطبق عليها أحكام الاتفاقية الحالية، شروط أكثر شدة ولا رسوم قضائية أكثر ارتفاعاً بدرجة ملحوظة من تلك التي تفرض للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الوطنيين".

يتضح من هذا النص، أن الاتفاقية تضع التزاماً على عاتق الدول الموقعة بالاعتراف بأحكام التحكيم الدولي وتنفيذها، وذلك بموجب قاعدة إسناد موحدة، مقتضاها خضوع التنفيذ للقواعد المقررة في قانون المرافعات في الدولة المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ¹، ويعتبر هذا الإسناد من أهم المزايا التي تميزت بها اتفاقية نيويورك، إعمالاً لقاعدة من أهم قواعد القانون الدولي الخاص المستقرة في مختلف الدول²، والمتمثلة في الإحالة من الاتفاقية إلى القوانين الداخلية للدول الموقعة، وتطبيقاً لهذه القاعدة على الموضوع محل البحث، فإنه حتى يتم تنفيذ حكم التحكيم الدولي الفاصل في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع في الجزائر، وجب احترام الشروط التي يضعها قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

غير أن الذي يبدو من النص السابق، أن الاتفاقية قد وضعت قيداً على القاعدة السابقة، المتضمنة إسناد وإحالة تحديد إجراءات الاعتراف والتنفيذ لقانون الدول المطلوب إليها هذا التنفيذ والاعتراف، يتمثل في ضرورة التزام هذه الدول بعدم التفرقة في المعاملة بين أحكام التحكيم الداخلية وأحكام التحكيم الدولية، وذلك بعدم فرض هذه الدول شروطاً أخرى إضافية للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الدولي، تكون أقسى وأشد، ولا رسوماً قضائية أكثر ارتفاعاً مقارنة مع تلك التي تفرضها نفس الدول للاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الداخلي³.

لكن النص بصيغته المذكورة يبدو أنه لا يزال يبقى على فارق بين الفئتين من الأحكام، إذ لم يبين المعيار الذي على أساسه يمكن ضبط هذا الفارق، بما يتيح للقاضي المختص بالتنفيذ التأكد من أن حكم التحكيم الدولي قد خضع إلى شروط أو إلى رسوم هي أقسى وأشد، من تلك الشروط أو الرسوم التي يخضع لها حكم التحكيم الوطني⁴، فمن الصعب إذن تطبيق قاعدة المعاملة

¹ د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 709.

² د عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، المرجع السابق، ص 65.

³ د عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 336-337، د عاطف

محمد الفقي، مرجع سابق، ص 709.

⁴ د حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 590.

بالمثل هذه، والتي تقتضي التسوية بين أحكام التحكيم الداخلي وأحكام التحكيم الدولي من حيث التنفيذ، حسب مفهوم المادة الثالثة من الاتفاقية المشار إليها سابقاً. وعلى ذلك، فإنه بالنظر إلى النتائج التي قد تترتب على هذا المسلك الذي وضعته الاتفاقية، فقد رأى جانب من الفقه أن هذا الأسلوب سوف يفتح الطريق أمام الدول الأطراف في الاتفاقية، للتوسع في تحديد الإجراءات الواجب اتباعها في الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الدولية، وذلك بإدخال شروط جديدة لم تنص عليها الاتفاقية، الأمر الذي من شأنه أن يحول دون تنفيذ هذه الأحكام على الوجه الذي يتفق وروح الاتفاقية¹، وبالنتيجة عدم نجاح الاتفاقية في تقريب وتوحيد إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الدولية على المستويين الدولي والداخلي. ودرءاً لمثل هذه النتائج السلبية، فإن بعض الفقهاء يأمل في أن تورد الاتفاقية مستقبلاً، قاعدة واضحة للتسوية التامة بين أحكام التحكيم الدولي وأحكام التحكيم الداخلي بهذا الخصوص، لكسب أكبر قدر ممكن من الإقبال الدولي على هذه الاتفاقية².

ج- إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الدولي الفاصل في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع وفقاً لاتفاقية نيويورك:

تنص المادة الرابعة من اتفاقية نيويورك على أنه: "

- (1) على من يطلب الاعتراف والتنفيذ المنصوص عليهما في المادة السابقة أن يقدم مع الطلب:
 - (أ) أصل الحكم الرسمي أو صورة من الأصل تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند.
 - (ب) أصل الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية أو صورة تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند.
- (2) وعلى طالب الاعتراف والتنفيذ إذا كان الحكم أو الاتفاق المشار إليهما غير محرر بلغة البلد الرسمية المطلوب إليها التنفيذ، أن يقدم ترجمة لهذه الأوراق بهذه اللغة. ويجب أن يشهد على الترجمة مترجم رسمي أو محلف أو أحد رجال السلك الدبلوماسي أو القنصلي".

¹ عصام الدين القصبي، المرجع السابق، ص 67.

² أنظر في هذا الخصوص، د إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 264، د ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 159، د عبد الحميد الأحذب، المرجع السابق، ص 339.

يلاحظ من هذا النص، أن الاتفاقية لم تحدد الإجراءات الواجب اتباعها للاعتراف بأحكام التحكيم الدولية وتنفيذها، واقتصرت على بيان الوثائق الواجب تقديمها عند طلب التنفيذ¹، فتكون بذلك قد تركت هذه المهمة أيضاً لقانون الدولة التي سيجري الاعتراف والتنفيذ على إقليمها²، إعمالاً لقاعدة الإسناد التي أشرنا إليها آنفاً، وتطبيقاً لذلك، فإنه إذا أراد الطرف الذي يهمله التعجيل في تنفيذ حكم التحكيم الدولي، الصادر بشأن النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، وكان هذا التنفيذ سيجري في الجزائر، فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري هو الذي سيتولى تحديد إجراءات هذا التنفيذ، فيتعين وفقاً لهذا القانون بأن يتقدم طالب التنفيذ بعريضة تتضمن طلب تنفيذ حكم التحكيم بشأن هذا النزاع، عملاً بمقتضيات المادة 2/1035 من ق.إ.م.إ. الجزائري، مرفقة بأصل حكم التحكيم واتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما، تستوفي شروط صحتها، مع إيداع هذه الوثائق بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل، إعمالاً لنصوص للمواد 1051 و1052 و1053 من القانون المذكور.

أما بالنسبة للاختصاص القضائي³، فإنه إذا كانت الاتفاقية قد أحالت على تطبيق قانون الدولة التي يجري عليها التنفيذ، على النحو السابق فيما يتعلق بإجراءات التنفيذ، فإنها تكون قد أحالت على تطبيق هذا القانون في حالة تحديد الاختصاص القضائي من باب أولى، على أساس أن القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة هو قانون بلد القاضي، وبالرجوع إلى هذا القانون، والذي نفترض أن يكون هو قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، نجد أنه ينص في المادة 2/1051 على أنه: "وتعتبر قابلة للتنفيذ - أي أحكام التحكيم الدولي - في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها، أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجوداً خارج الإقليم الوطني".

¹ حيث تطبق في ذلك نفس قواعد الإثبات المقررة في القانون الوطني على نحو ما أشرنا إليه سابقاً طبقاً للمواد 1051 و1052 و1053 من ق.إ.م.إ. الجزائري، بأن يثبت طالب التنفيذ وجود حكم التحكيم الدولي الصادر في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري، مرفقاً باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما، تستوفي شروط صحتها، مع إيداع هذه الوثائق بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل.

² د عاشور ميروك، الوسيط في النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، المرجع السابق، ص 258.

³ مستفاد من التعليق على قرار المحكمة العليا، ملف رقم 528940، بتاريخ 2008/05/07، قضية شركة بلكانكار بمبأكس الفرنسية ضد شركة عتاد التعويم والصيانة (جيرمان) الجزائرية، مجلة المحكمة العليا الجزائرية، الغرفة التجارية والبحرية، العدد الأول، لسنة 2008، ص 185، تعليق أ.د الطيب زروقي، إجتهد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقاً عليه، المرجع السابق، ص 366 وما يليها.

وبناء على ذلك، إذا كان الاختصاص نوعياً فإنه ينعقد لرئيس المحكمة التي صدر هذا الحكم في دائرة اختصاصها، إذا كان صادراً في الجزائر، وهو اختصاص متعلق بالنظام العام، يجب على الجهة المرفوع إليها هذا الطلب أن تقضي به من تلقاء نفسها، أما إذا كان الاختصاص محلياً، فإنه ينعقد لرئيس المحكمة التي يراد التنفيذ في دائرتها، أي دائرة محل التنفيذ¹، متى كان حكم التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، قد صدر خارج الجزائر وطلب تنفيذه في الجزائر. هذا ويجب على القاضي المنوط به تنفيذ حكم التحكيم الدولي أو الأجنبي، الفاصل في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع وفقاً للنصوص السابقة، أن يتحقق من مدى التزام القاضي الأجنبي بتطبيق مبدأ المعاملة بالمثل المشار إليه سابقاً وفقاً لاتفاقية نيويورك، ومن ثم إذا تبين له عدم معاملة هذا الأخير لحكم التحكيم الوطني بنفس معاملة حكم التحكيم الدولي أو الأجنبي، من حيث مضمون أمر التنفيذ وحدوده وإجراءاته، تعين عليه رفض طلب تنفيذ الحكم المذكور، كما لو طلب القاضي الأجنبي لتنفيذ حكم التحكيم الوطني مثلاً، أن ترفع أمامه دعوى مبتدأه تتعلق بأصل الحق المتنازع عليه، أو اشترط أن يكون الحكم الوطني مذلياً بالصيغة التنفيذية، فهذا الشرط أو ذاك من القاضي الأجنبي يعني تجاهله لقيمة الأحكام الوطنية، ومساساً منه بهيبة القضاء الوطني، مادامت هذه الشروط تعتبر أشد وأقسى من تلك الشروط التي يتطلبها القضاء الوطني لتنفيذ الأحكام الدولية أو الأجنبية².

وتجدر الإشارة في الأخير، إلى أن اتفاقية نيويورك قد قلبت قاعدة عبئ الإثبات، إذ أعفت طالب الأمر بالتنفيذ من إثبات ما نصت عليه المادة الرابعة المشار إليها سابقاً، واكتفت منه بتقديم الوثائق اللازمة المنصوص عليها في هذه المادة، مفترضة توافر كافة الشروط اللازمة للتنفيذ، وبالمقابل ألفت عبئ إثبات وجود سبب من إحدى الأسباب المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة الخامسة من الاتفاقية³، يبرر رفض الاعتراف بالحكم أو تنفيذه على عاتق الطرف الذي

¹ وقد سبق أن أشرنا إلى أن هذا الاختصاص تسري عليه القواعد المتعلقة بالاختصاص المحلي المنصوص عليها في قانون المرافعات، من وجوب إبداء الدفع بعدم الاختصاص وسائر الدفوع المتعلقة بالإجراءات معاً، قبل إبداء أي طلب أو دفاع في الدعوى أو دفع بعدم القبول، وإلا سقط الحق فيه.

² أنظر شرحاً مفصلاً لهذا المبدأ ومناقشته في ضوء الفقه والقوانين المختلفة، د حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 566-567.

³ حيث نصت على أنه: "لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على: =

صدر أمر التنفيذ ضده، كما أُلقت عبئ إثبات بعض الأسباب الأخرى على عاتق القاضي الأمر بالتنفيذ، نصت عليها الفقرة الثانية من نفس المادة¹، متى تبين له وجود سبب من هذه الأسباب التي تخوله القضاء برفض الطلب².

وهكذا ننتهي إلى أنه متى صدر حكم التحكيم -الداخلي أو الدولي-، الفاصل في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة، صحيحاً مستوفياً لكافة شروطه الشكلية والموضوعية، فإنه يكون قابلاً للتنفيذ طبقاً للإجراءات التي ينص عليها القانون على النحو السابق تفصيله، لكن رغم هذه القوة التنفيذية التي يتمتع بها حكم التحكيم سواء كان داخلياً أو دولياً، إلا أنها لا يمكن أن تكون له بمثابة حصانة مطلقة من أية إمكانية للطعن عليه، حيث يمثل هذا الطعن الوجه الثاني للرقابة التي يباشرها قضاء الدولة على أحكام التحكيم، إلى جانب الوجه الأول

= (أ) أن أطراف الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية كانوا طبقاً للقانون الذي ينطبق عليهم، عديمي الأهلية، أو أن الاتفاق المذكور غير صحيح وفقاً للقانون الذي أخضعت له الأطراف، أو عند عدم النص على ذلك طبقاً لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.

(ب) أن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه لم يعلن إعلاناً صحيحاً بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه.

(ج) أن الحكم فصل في نزاع غير وارد في مشاركة التحكيم أو في عقد التحكيم أو تجاوز حدودها فيما قضي به، ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلاً للتسوية بطريق التحكيم إذا أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم غير المتفق على حلها بهذا الطريق.

(د) أن تشكل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم بشكل مخالف لما اتفق عليه الأطراف أو القانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق.

(هـ) أن الحكم لم يصبح ملزماً للخصوم أو ألغته أو أوقفته الجهة المختصة في البلد التي فيها أو بموجب قانونها صدر الحكم".¹ حيث نصت على أنه: "يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها:

(أ) أن قانون ذلك البلد لا يميز تسوية النزاع عن طريق التحكيم أو

(ب) أن في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد".

² أنظر في شرح هذه الأسباب والدفع الرامية إلى رفض طلب الأمر بتنفيذ حكم التحكيم، وفقاً للمادة الخامسة من اتفاقية نيويورك المشار إليها، د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 505 وما يليها، د عاشور مبروك، الوسيط في النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، المرجع السابق، ص 270 وما يليها، د حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 508 وما يليها، د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 713 وما يليها.

لها المتمثل في الاعتراف بهذه الأحكام وتنفيذها، وهذا النوع الثاني من الرقابة هو ما سنعرض له في المطلب الموالي:

المطلب الثاني

طرق الطعن على أحكام التحكيم

في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

انتهينا مما سبق إلى آخر مرحلة من القاعدة التي أسسنا عليها هذا البحث، والتي مفادها أن: "التحكيم أوله اتفاق، ووسطه إجراء، وآخره حكم"، حيث يعتبر هذا الحكم آخر مرحلة من مراحل التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة، ولما كان هذا الحكم الذي تصدره هيئة التحكيم في شأن هذا النزاع، هو عمل قضائي ذو أساس اتفاقي على نحو ما رأينا سابقاً¹، وحيث سنحت لنا العديد من الفرص، ملاحظة كيف انعكس هذا الأساس على كل التنظيم القانوني لهذا النوع من التحكيم، وأثر في جميع مراحله، بدءاً من إبرام الاتفاق عليه وتشكيل هيئة التحكيم، ومروراً بإجراءاته، وانتهاءً بإصدار حكم فاصل في النزاع المحكم فيه. فلما كان هذا الحكم بهذه المثابة وفقاً للوصف المتقدم، بسبب إسباغ القوة التنفيذية عليه، ورفعته إلى مستوى الحكم القضائي، فإن السؤال الذي يثور في ختام هذا الموضوع، هل يسري على حكم التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، ما يسري على أحكام القضاء من طرق الطعن، إذا ما شابه عيب إجرائي معين، أو خطأ في تكييف الواقع أو في تطبيق القانون، أو انحراف عن أعمال قواعد العدل والإنصاف التي كان من المفترض أن يتقيد بها المحكم؟.

لاحظنا فيما سبق، أن الرقابة القضائية التي يمارسها قضاء الدولة على حكم التحكيم في أي نزاع عموماً، وفي النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع خصوصاً، تختلف صورها استناداً إلى الغاية من هذه الرقابة²، فقد تكون الغاية من هذه الرقابة، هي التأكد من مدى استيفاء حكم التحكيم للشروط التي يتطلبها القانون الوطني، وذلك حتى يتسنى لصاحب المصلحة الحصول على الاعتراف بهذا الحكم وتنفيذه، على اختلاف في هذا الخصوص بين تنفيذ أحكام التحكيم الداخلي وأحكام التحكيم الدولي، على النحو الذي فصلنا فيه سابقاً، وقد تكون الغاية من هذه

¹ راجع بشأن الطبيعة القانونية لحكم التحكيم ما سبق تفصيله في المطلب الأول من المبحث الأول من هذا الفصل.

² د حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 321.

الرقابة التثبت من وظيفة المحكم والمهام المنوطة به، ومدى احترامه للقواعد القانونية، سواء تلك المتصلة باتفاق التحكيم ذاته أو بإجراءات التحكيم، وهذا ما لا يتم إلاّ باتباع طرق الطعن المقررة على أحكام التحكيم.

على أن رقابة القضاء على أحكام التحكيم، الصادرة في شأن المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع وفقاً للمفهوم المتقدم، تعتبر من قبيل الرقابة اللاحقة على صدور هذه الأحكام، أما الرقابة السابقة على أحكام التحكيم، فهي تلك المظاهر التي سبقت الإشارة إليها في الفصل الأول من هذا الباب، نذكر منها تدخل القضاء في تعيين المحكمين، وردهم، وتدخله في تمديد أجل التحكيم، وتدخله في مجال التداير المؤقتة والتحفظية، وتدخله في مجال الإثبات والبحث عن الأدلة.

والرقابة اللاحقة وفقاً لما تقدم، والمتعلقة بموضوع الطعن على أحكام التحكيم، تعتبر نظاماً مقررراً لدى غالبية الدول، فأغلب هذه الدول تجيز تشريعاتها الطعن على حكم التحكيم سواء كان التحكيم داخلياً أم دولياً¹، غير أنها تختلف فيما بينها في تحديد الطرق والكيفيات التي يتم الطعن بها على هذا الحكم، نخذ مثلاً قانون التحكيم المصري الحالي رقم 27 لسنة 1994 في شأن المواد المدنية والتجارية، نجده ينص في المادة 52 على أنه: "1- لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية.

2- يجوز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم وفقاً للأحكام المبينة في المادتين التاليتين"، أي المادة (53 و54).

ومفاد هذا النص، أن حكم التحكيم وفقاً للفقرة الأولى يكون غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن، سواء بطريق الاستئناف أو النقض أو التماس إعادة النظر، لذلك فإنه يجوز تقديم طلب الحصول على الأمر بتنفيذه فور صدوره، ومع ذلك لم يترك المشرع المصري حكم التحكيم دون أية وسيلة، يمكن لمن صدر ضده هذا الحكم عن طريقها أن يتظلم منه، فأجاز

¹ د فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 394 وما بعدها.

إمكانية رفع دعوى بطلان هذا الحكم وفقاً للفقرة الثانية من نفس المادة المذكورة، وبذلك يكون قانون التحكيم المصري قد اعتمد وجهاً للتمييز بين أحكام التحكيم وأحكام القضاء¹. أما قانون المرافعات الفرنسي²، وتبعه في ذلك القضاء³، فقد أورد تفرقة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، فإذا كان حكم التحكيم داخلياً، فقد نص القانون الفرنسي على جواز الطعن عليه بالاستئناف، وبطريق التماس إعادة النظر، وذلك كله بالإضافة إلى الحق في رفع دعوى بطلان حكم التحكيم⁴، بل توسع المشرع الفرنسي في هذا الخصوص وذلك بتقرير حق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة⁵، أما إذا كان حكم التحكيم دولياً، فقد فرق المشرع الفرنسي بين الأحكام الدولية الصادرة في فرنسا، فهذه لا يجوز الطعن عليها إلا بالبطلان، أما إذا كانت هذه الأحكام صادرة خارج فرنسا، فهذه لا تقبل الطعن لا بالبطلان ولا بالاستئناف، وإنما يمكن فقط استئناف القرار الصادر بشأن الاعتراف بها وتنفيذها⁶.

وتقييماً لمسلك المشرع الفرنسي، فقد وصفه جانب من الفقه بأنه الأكثر توفيقاً، فمراعاةً لاعتبارات السرعة وعدم إطالة أمد النزاع، حظر المشرع الفرنسي طرق الطعن في مجال التحكيم الدولي، ولم يسمح إلا بطلب البطلان إذا كان حكم التحكيم قد صدر في فرنسا، أو استئناف القرار الصادر بالاعتراف به وتنفيذه إذ كان الحكم قد صدر خارج فرنسا، أما في التحكيم الداخلي، فلم يشأ المشرع الفرنسي أن يضعها في موضع تسمو فيه على أحكام القضاء، بحيث

¹ د محمود السيد عمر التحيوي، النظام القانوني لدعوى بطلان حكم التحكيم (دراسة مقارنة)، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2011، ص 10 وما بعدها.

² تراجع في ذلك المواد 1481 و1482 و1486 من قانون المرافعات الفرنسي.

³ C. A Paris, 7 Décembre 2000, et 25 Octobre 2001, (CHIFFLOT. C/SA. Amabelle), Rev. Arb, 2003, P. 1353 et s, Note JAEGER Laurent.

⁴ على أنه لا يجوز الطعن على حكم التحكيم الداخلي لا بالمعارضة ولا بالنقض وفقاً للنصوص المشار إليها قبل قليل، كما لا يجوز الجمع بين الطعن بالاستئناف ودعوى البطلان، لأن هذه الأخيرة لا تكون مقبولة إلا إذا كان طريق الاستئناف مغلقاً بتنازل الأطراف عنه، أو بعدم احتفاظهم بالحق برفعه كما في حالة التحكيم بالصلح، أشار إلى ذلك، د علي أبو عطية هيكل، بطلان حكم التحكيم، لاستبعاد القانون الموضوعي المتفق على تطبيقه، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2014، ص 111 على الهامش.

⁵ De Boissesson Mathieu, Le droit français de L'arbitrage interne et international, Op. Cit, P. 356 et s.

⁶ د محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 215، وانظر أيضاً:

Jean Robert, L'Arbitrage droit interne, droit international privé, avec la collaboration de B. Moreau, Op. Cit, P. 292 et s, Aussi, De Boissesson Mathieu, Le droit français de L'arbitrage, Op. Cit, P. 814 et s.

تصبح محصنة حتى لو ثبت صدورها بناء على مستندات مزورة أو شهادة زور، أو بناء على غش من أحد الخصوم¹.

ولنفس الاعتبارات، يبدو أن المشرع الجزائري لم يجد كثيراً في هذا الخصوص عن مسلك المشرع الفرنسي على النحو المتقدم، في التفرقة بين المجال الداخلي والمجال الدولي، فحيث لم يجز المعارضة في أحكام التحكيم الداخلي، نص على جواز الطعن فيها عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة²، كما أجاز إمكانية الطعن عليها بالاستئناف، وبيان ذلك سنتناوله ضمن (الفرع الأول)، وفي هذا يختلف مذهب المشرع الجزائري عن مذهب المشرع الفرنسي، حيث يجيز هذا الأخير فضلاً عن الاستئناف والاعتراض، الطعن بطريق التماس إعادة النظر، والطعن ببطلان حكم التحكيم الداخلي وفقاً للمواد 1481 و1482 و1486 من قانون المرافعات الفرنسي، أما في المجال الدولي، فقد اعتمد المشرع الجزائري ذات التفرقة التي اعتمدها المشرع الفرنسي في التمييز بين أحكام التحكيم الصادرة داخل الدولة، وتلك الصادرة خارجها، ومن ثم وضع طريقاً وحيداً للتظلم من هذه الأحكام سواء صدرت داخل الجزائر أو خارجها، مع إمكانية استئناف القرار الصادر بالاعتراف بهذه الأحكام وتنفيذها، وتفصيل ذلك سنتناوله ضمن (الفرع الثاني):

الفرع الأول

طرق الطعن على حكم التحكيم الداخلي

الصادر في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع

نشير بداية، إلى أن طرق الطعن على الأحكام القضائية بصفة عامة كما هو معلوم، تنقسم إلى طرق طعن عادية وأخرى غير عادية، حيث تتمثل طرق الطعن العادية في المعارضة والاستئناف، وتتمثل طرق الطعن غير العادية فتتمثل في التماس إعادة النظر والنقض، أما في مجال التحكيم، فالبادي أن المشرع الجزائري لم يتطرق البتة إلى الطعن عن طريق التماس إعادة النظر كطريق غير عادي، وهذا بخلاف مسلكه في القانون القديم رقم 93-09 حيث كان ينص على جواز هذا الطعن في المادة 455 منه، فيكون بذلك قد وافق المشرع المصري في قانون التحكيم

¹ د محمود مختار بريري، مرجع سابق، ص 215-216.

² وهذا بخلاف القانون القديم رقم 93-09 الذي كان ينص في مادته 458 على عدم قابلية حكم التحكيم للمعارضة أو الاعتراض عليه.

الجديد خلافاً للقانون القديم، وخالف المشرع الفرنسي الذي أخذ بهذا النوع من الطعن، رغم تأسيه الشديد به، ولا شك أن ذلك يثير التساؤل عن سبب إقصاء المشرع الجزائري لهذا النوع من الطعون؟.

إذا وقفنا على أبرز الانتقادات التي قوبل بها مذهب المشرع المصري في قانون التحكيم الجديد¹، الذي ألغى طريق الطعن بالتماس إعادة النظر كطريق طعن غير عادي على أحكام التحكيم، وهو ما يمكن توجيهه أيضاً إلى المشرع الجزائري الذي سكت عن هذا الباب ولم يفتحه أصلاً²، نجد أن مبنى هذا الانتقاد يرجع إلى وجود حالات وأسباب لا يمكن معها تبرير مبدأ تحصين أحكام التحكيم، خاصة إذا تم اكتشاف إحدى هذه الأسباب بعد انقضاء المدة المقررة للطعن بالبطلان³، لذلك كانت الضرورة مُلِحَّة لفتح الباب أمام المحكوم ضده، لطلب إعادة التماس إعادة النظر في حكم التحكيم المشوب بإحدى تلك الحالات، التي كانت هيئة التحكيم قد سهت عنها، بحيث أنها لو تنبعت لها لتغير حكمها.

ومن هذه الحالات أن يقع من الخصم غش كان من شأنه التأثير على حكم التحكيم، أو حصل بعد صدور الحكم إقرار بتزوير الأوراق التي بني عليها الحكم، أو كان حكم التحكيم قد بني على شهادة شاهد ثبت بعد صدور الحكم أنها مزورة، أو تحصل ملتصق إعادة النظر بعد صدور حكم التحكيم على مستندات حاسمة في الدعوى، كان خصمه قد حال دون تقديمها⁴، فهذه الأسباب وحدها لا يصلحها إلاّ طريق الطعن بالتماس إعادة النظر، وعدم مواجهة حكم التحكيم بهذا النوع من الطعن، من شأنه أن يجعل حكم التحكيم في مركز أفضل من مركز حكم القضاء.

¹ د أكثم أمين الخولي، الاتجاهات العامة في قانون التحكيم المصري الجديد، بحث مقدم إلى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم، مؤتمر القاهرة، يومي 13 و14 سبتمبر 1994، ص 21، أشار إليه، د خالد أحمد حسن، بطلان حكم التحكيم، المرجع السابق، ص 605-606.

² مع الملاحظ أن الطعن على أحكام التحكيم بالتماس إعادة النظر، كان منصوصاً عليه في القانون القديم رقم 66-154 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، طبقاً للمادة 456، إلى أن ألغى بموجب المرسوم التشريعي رقم 09-93، واستمر هذا الوضع في القانون الجديد 08-09.

³ Bellet P et Mezger E : L'arbitrage international dans le nouveau code de procedure civile, Rev. crit. DIP 1981, p. 654.

⁴ نصت على هذه الحالات المادة 392 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

على أن هذا المسلك وإن كان يمليه حرص المشرع الجزائري ومن على شاكلته، على سرعة تحقيق التحكيم للحماية القضائية المطلوبة¹، إلا أن إلغاء طريق الطعن بالتماس إعادة النظر في جميع حالاته السابقة، من شأنه أن يؤدي إلى صدور أحكام تحكيم مبنية على مستندات مزورة أو وقائع غير سليمة، لا سبيل إلى الطعن فيها، وهو ما لا يتفق مع أبسط قواعد العدالة².

أما عن الأنواع الأخرى من الطعن فقد تعرض لها المشرع الجزائري صراحةً، حيث لم يجز المعارضة في أحكام التحكيم الداخلي، وفقاً لمقتضيات المادة 1/1032 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والسبب يعود إلى أن المعارضة كما هو معروف كطريق طعن في الأحكام الغيابية الصادرة في مجال القضاء، تتعارض مع طبيعة وخصوصيات التحكيم³، فقد سبق وأن رأينا أن أحكام التحكيم يمكن أن تصدر حتى في غياب الأطراف أو ممثليهم، فلا يوجد ما يُلزم حضورهم أثناء المرافعة أو حتى عند صدور حكم التحكيم، حيث تكفي هيئة التحكيم - ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك - بتقديم المذكرات والمستندات والوثائق المكتوبة، إذا رأت أن ذلك يغني عن حضور الأطراف، ما دام قد تم إعلانهم إعلاناً صحيحاً، ضف إلى ذلك أن الكل يعلم بالتحكيم وقت إبرام الاتفاق عليه، سواء تم في صورة شرط أو مشاركة، فلماذا اقتضت هذه الخصوصيات عدم إعطاء الفرصة لأي طرف من أطراف عقد النقل البحري المتنازع بشأنه أمام التحكيم، من الاعتراض على حكم التحكيم الذي يصدر في غيابه، ولا يعد ذلك إخلالاً بمدأ المواجهة، لاسيما إذا كان غيابه نتيجة لتقاعسه ومماطلته ونيته في إطالة أمد النزاع.

فلا يبقى إذن إلا سبيلين للطعن على حكم التحكيم الداخلي، الصادر في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، (الأول) عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة التحكيمية، (والثاني) عن طريق استئنائه من قبل الخصوم، على أن المشرع الجزائري فتح طريقين آخرين للطعن، لكن ليس على حكم التحكيم ذاته، وإنما على القرار الصادر في استئناف هذا الحكم من جهة، حيث يمكن أن يكون هذا القرار هو الآخر محل طعن بالاستئناف، وذلك في الحالة التي يتضمن فيها رفض تنفيذ حكم التحكيم (ثالثاً)، ومن جهة أخرى، فإن القرار الصادر في هذا الاستئناف

¹ ولعل هذه النظرة هي ما دفعت جانب من الفقه الفرنسي إلى تأييد مبدأ استبعاد الطعن في أحكام التحكيم عن طريق التماس إعادة النظر، أنظر مثلاً:

Ph.Fouchard, L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981, Op. Cit, P. 374.

² د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 542.

³ د فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 394.

يمكن أن يكون محل طعن بالنقض، وذلك في حالة تأييده للقرار الراض للتنفيذ (رابعاً)، وتفصيل ذلك على النحو الآتي:

أولاً: اعتراض الغير الخارج عن الخصومة على حكم التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع

تنص المادة 2/1032 من ق.إ.م.إ. الجزائري على أنه: "يجوز الطعن فيها -أي أحكام التحكيم- عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام المحكمة المختصة قبل عرض النزاع على التحكيم".

ولما كان هذا الغير الخارج عن خصومة التحكيم، في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة في مفهوم هذه المادة، لا يعدو كونه سوى طرفاً أجنبياً عن هذه الخصومة، فإن السؤال الذي يتبادر هنا، هو هل يعد جواز احتجاج هذا الغير على حكم صادر في خصومة لم يكن طرفاً فيها خروجاً عن مبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم؟، وبالمقابل وطبقاً لذات المبدأ، هل يجوز الاحتجاج على هذا الغير بذات الحكم الصادر في خصوم التحكيم، أم أن حجته تقتصر على طرفيه فقط؟، وإذا أردنا أن نطرح السؤال بصيغة أخرى نقول، ما هو الأساس الذي اعتمده المشرع الجزائري في تقريره لمبدأ جواز احتجاج الغير على الحكم الصادر في خصومة التحكيم؟، ثم ما هي طبيعة النظام القانوني الذي يخضع له هذا الاعتراض، حيث لم يبين المشرع الجزائري الأسباب التي يجب أن ينبنى عليها هذا الاعتراض مثل ما فعل ذلك في الاستئناف والبطلان، ولم يبين الإجراءات الواجب اتباعها في ذلك؟.

الواقع أن مسألة اعتراض الغير على الحكم الصادر في خصوم التحكيم، كانت ولم تزال محل خلاف فقهي واسع، نظراً لكون بعض التشريعات تمنع هذا الاعتراض مثل القانون المصري، وبعضها يجيزه مثل القانون الفرنسي والقانون الجزائري، وعلى كل فإن الجواب على هذا السؤال¹ يحتم علينا الرجوع إلى مبدأ امتداد آثار اتفاق التحكيم، أو ما يعرف بتحديد النطاق الشخصي

¹ اعتمدنا في مناقشتنا لهذه المسألة على ما عرضنا له بشأن مبدأ امتداد آثار اتفاق التحكيم، من خلال المبحث الثاني من الفصل الثاني من الباب الأول، كما اعتمدنا على بعض الدراسات المقارنة التي تطرقت إلى موضوع الغير في خصومة التحكيم منشورة على الموقعين: <http://mm-talaat-sh.blogspot.com> و <http://www.loredz.com>، وذلك في محاولة لتطبيق المبدأ المذكور على مسألة اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، على حكم التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة.

لاتفاق التحكيم، وكذا مفهوم الغير ومدى التزامه باتفاق التحكيم الذي تكلمنا عليه سابقاً، ومن ثم مدى سريان حكم التحكيم على هذا الغير، سواء بالاستفادة منه أو بالالتزام به.

رأينا في معرض تطرقنا للمبدأ المذكور، أنه من المقرر قانوناً أن القوة الملزمة للعقود بصفة عامة تقتصر على العاقدين دون سواهم¹، وهذا ما يعبر عنه في فقه القانون الخاص بـ "مبدأ نسبية أثر العقود"، ومفاده أن الغير لا يستفيد ولا يضر من علاقة عقدية هو أجنبي عنها إلا وفقاً لما يقرره القانون في هذا الشأن²، فإذا كان الطرف في اتفاق التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري، هو ذلك الشخص الذي وقع على اتفاق التحكيم بإرادته الحرة واتجهت إرادته إلى الالتزام شخصياً بهذا الاتفاق، وذلك باختيار التحكيم كوسيلة لفض المنازعات التي تنشأ عن عقد النقل البحري³، إلا أن الظروف كثيراً ما تقتضي ضرورة استفادة هذا الغير من تلك العقود وتأثره بالالتزامات المتولدة عنها، لذلك أصبح القضاء يعترف للغير الأجنبي عن العقد بحقوق ويلقى عليه التزامات ناشئة عن هذا العقد، بالرغم من أنه لم يكن طرفاً فيه، وخير مثال يوضح مركز الغير بالنسبة لاتفاق التحكيم، رأينا مركز المرسل إليه في عقد النقل البحري للبضائع الذي تم إبرامه أساساً بين الناقل والشاحن.

كما انتهينا إلى أن آثار اتفاق التحكيم لا تسري في مواجهة الغير على النحو المتقدم إلاّ بشرطين أساسيين، هما العلم والمصلحة، فالعلم يقصد به علم هذا الغير بأن عقده يشكل جزءاً من مجموعة عقدية تضم عقوداً لأطراف آخرين، فضلاً عن علمه بحدود حقوقهم تجاهه إذا توافرت المصلحة لديهم، في الرجوع على العضو الأول بحقه ومطالبته بتنفيذه⁴، أما المصلحة فهي تفرض على كل عضو في هذه المجموعة تنفيذ التزاماته تجاه هذا الغير صاحب المصلحة، ومن ثم فهي تحول هذا الغير مطالبة أي عضو آخر داخل ذات المجموعة بأن يحترم مصلحته، وينفذ أي التزام قد ينشأ عن العلاقة العقدية الأصلية⁵.

¹ وفي ذلك تنص المادة 113 من القانون المدني أن: "العقد لا يمكن أن يربط التزاماً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً".

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج1، المجلد الأول، المرجع السابق، 2000، ص 719.

³ د محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، المرجع السابق، 1996، ص 34 وما يليها، د علي سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم، دراسة في أحكام القضاء وقرارات التحكيم، المرجع السابق، ص 09.

⁴ د محمد ترك، شرط التحكيم بالإحالة، وأساس التزام المرسل إليه بشرط التحكيم، المرجع السابق، ص 463-464.

⁵ Bernard Teyssie, Les groupes des Contrats, n° 587, Op. Cit, P. 297.

فبمقتضى هذين الشرطين ينشأ للغير حقاً خاصاً ومستقلاً، يكون له بموجبه الاحتجاج على غيره من الأطراف في عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة، رغم أنه لم يكن طرفاً فيها، وبهذه المثابة يكون له حق التمسك بشرط التحكيم الوارد في هذا العقد قبل هؤلاء الأطراف، متى توافرت فيهم المصلحة والعلم على النحو المتقدم، ويكون هؤلاء أن يتمسكوا في مواجهته بهذا الشرط استناداً إلى ذات الشروط المتقدمة.

وتطبيقاً لذلك، فإنه إذا ما انتقلنا إلى المجموعة العقدية التي تضم الناقل والشاحن والمرسل إليه، نجد أن هؤلاء يتوافر لديهم بالتأكيد العلم بأن عقودهم تشكل جزءاً من مجموعة عقدية ينتظمها وحدة المحل أو وحدة السبب، وكذا علمهم بباقي الشروط والضمانات المنصوص عليها في سند الشحن، وبالتالي يكون مبدأ النفاذ أو السريان متحققاً داخل هذه المجموعة، مما يؤدي بنا إلى القول في الأخير بجواز مبدأ احتجاج الغير أو الاحتجاج عليه، باتفاق التحكيم رغم أنه لم يكن طرفاً فيه، وهو ما يجعل مركز هذا الغير يشكل استثناءً من مبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم.

لكن إذا كانت هذه النتيجة التي توصلنا إليها تتعلق بمدى جواز امتداد آثار اتفاق التحكيم إلى الغير بصفته واقعة قانونية، فإن السؤال يبقى متعلقاً بمدى جواز امتداد حكم التحكيم إلى هذا الغير، ففي هذا الفرض، تثور الصعوبة من حيث التمييز بين نطاق حجية الأمر المقضي به لحكم التحكيم بوصفه عملاً قضائياً، والاحتجاج به بوصفه واقعة، وذلك في مواجهة الغير، أو احتجاج الغير به في مواجهة الخصوم طبقاً لنص المادة 2/1032 على النحو السابق.

ومرد هذه الصعوبة راجع لتشابك العلاقات وتربطها بين الأطراف والغير، إذ الواقع أن حجية الأمر المقضي فيه التي يتمتع بها حكم التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، شأنه شأن أي حكم تحكيم آخر، هي حجية نسبية، فهي تقتصر كأصل عام على من كان طرفاً في خصومة التحكيم، وعلى خلفهم العام كالورثة الذين يكونون محكوماً لهم أو عليهم، كما يكون حجة على الخلف الخاص، بشرط أن يكون متعلقاً بالعين التي انتقلت إلى الخلف الخاص¹، ولا يحتج به في مواجهة الغير الذي لم يكن طرفاً في هذه الخصومة، حتى ولو كان طرفاً

¹ تراجع في ذلك المادة 383 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

في اتفاق التحكيم، والعلة في ذلك أن الغير لا يمكن أن يكون محكوماً له أو محكوم عليه، لعدم إمكانية استناد المحكم على إدعاءاته وقت صدور الحكم¹.

ومع ذلك، فقد أثبت الواقع العملي إمكانية تأثر الغير بطريق غير مباشر بحكم التحكيم الصادر في خصومة لم يكن هو طرفاً فيها، بل ولم يكن أصلاً طرفاً في اتفاق التحكيم، ومن ثم يمكنه أن يحتج به كأساس لتبرير مركزه القانوني، واعتماده كدليل في إثبات شرعية هذا المركز ويحتج به في مطالبة الكافة بالحقوق المتولدة عنه، وأساس هذا الاعتراض كما سبق وأن أشرنا ينطوي على المصلحة، أي وجود مصلحة لهذا الغير مرتبطة بمصالح الأفراد في اتفاق التحكيم وخصومة التحكيم، تخوله الحق في دفع الضرر الذي يصيبه نتيجة لصدور الحكم الصادر في هذه الخصومة، وتسمح له بالاعتراض على هذا الحكم، لكن بصفته واقعة مادية وليست قانونية².

على أن امتداد أثر حكم التحكيم إلى الغير على هذا النحو، ليس مرجعه دائماً حجية حكم التحكيم، فهذه الحجية كما رأينا هي حجية نسبية تقتصر على الأطراف الذين صدر الحكم في مواجهتهم، وإنما امتداد أثر الحكم في كثير من الحالات مرجعه إلى القواعد القانونية التي تحكم كل حالة على حدة، تبعاً لطبيعة العلاقة القانونية التي تربط الطرف بالغير، فبالنسبة للخلف مثلاً سواء كان عاماً أو خاصاً، فإن أثر الحكم الصادر في مواجهتهم ينصرف أثره إليهم بحكم قواعد الخلافة وليس كنتيجة لحجية الحكم، وكذلك الحال بالنسبة للوكلاء أياً كان نوع وكالتهم، فإن أثر الحكم الصادر في مواجهتهم ينصرف إلى الأصيل بحكم قواعد النيابة وليس كنتيجة لحجية الحكم، وعليه فإنه لا يصح الخلط بين حجية حكم التحكيم، وبين امتداد أثر الحكم إلى الغير الذي ليس مرجعه حجية الحكم، وإنما القواعد القانونية التي تحكم العلاقة بين من صدر الحكم في مواجهته وبين الغير³.

فحجية الشيء المقضي فيه على هذا النحو، تعني إثبات الحكم بين أطراف الخصومة، أما الاحتجاج بحكم التحكيم فهي تتعلق بآثار الحكم الخارجية، نظراً لتشابك وتداخل العلاقات والروابط بين الأفراد، على نحو يفرض معه على الغير مركزاً قانونياً ناشئاً عن حكم التحكيم، وعلى

¹ د محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، دراسة تحليلية وتطبيقية مقارنة لمبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير، المرجع السابق، ص 170.

² د سميحة القليوبي، الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994، المرجع السابق، ص 198.

³ د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص 414 وما بعدها، ولنفس المؤلف، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص 263 وما بعدها.

هذا النحو فإن الاحتجاج يعتبر صفة قانونية مستقلة، تنسحب من حيث المبدأ على كل الأعمال والتصرفات والحقوق والمراكز القانونية المتولدة عن حكم التحكيم.

ففي مثال الكفالة السابق، فإن الحكم الصادر ضد المدين الأصلي، لا يصح القول أنه قد حاز الحجية في مواجهة الكفيل، لما في هذا القول من خلط بين حجية الحكم والاحتجاج به، فالحكم في يد الدائن في هذه الحالة لا يعدو أن يكون دليلاً للإثبات، وهو بهذه الصفة حجة على الكافة بما أثبتته، باعتباره واقعة تثبت الدين في ذمة المدين الأصلي، ومن ثم وجب أن يلتزم به الكفيل، ولكن التزام الكفيل بالوفاء لا ينتج عن كون الحكم حجة عليه، وإنما ينتج عن التزامه بالوفاء بموجب عقد الكفالة، وبمعنى آخر عندما يثبت الدين قضاءً في مواجهة الكفيل، فإن الحكم يكون دليلاً على صحة وجود الدين في ذمة المدين الأصلي، فالوفاء إذن نتيجة مترتبة عن العلاقة القانونية الناشئة بين أطراف الالتزام وليس نتيجة للحكم الصادر في الخصومة التحكيمية¹.

واستناداً على هذا الأساس الذي انتهينا إليه، يمكن للغير بمفهوم المادة 2/1032 محل المناقشة، أن يعترض على الحكم الصادر بشأن خصومة التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، لكن يبقى الإشكال مطروحاً حول ماهية النظام القانوني الذي يجري عليه هذا الاعتراض، حيث لم يبين المشرع الجزائري ولا حتى الاجتهاد القضائي الجزائري الإجراءات الواجب اتباعها في هذا الاعتراض، كما لم يبين الأوجه والأسباب التي يجب أن يبني عليها مثل ما فعل ذلك في الاستئناف والبطلان، وما إذا كان القرار الصادر في قبول الاعتراض أو رفضه قابلاً للطعن أم لا.

وعليه، فلا مناص إذن من إعمال القواعد العامة المنظمة لاعتراض الغير الخارج عن الخصومة²، فيرجع في إجراءات طلب الاعتراض إلى المواد من 380 إلى 389 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مع التحفظ لبعض الخصوصيات التي تتطلبها التحكيم على النحو الآتي:

¹ مستفاد من، محمد طلعت، الغير في خصومة التحكيم، بحث منشور على موقع: <http://mm-talaat-sh.blogspot.com>، تاريخ الزيارة: 2015/11/09.

² ويرى البعض أن هذا الطلب الذي يقدمه الغير يكون في شكل دعوى تتضمن طلب عدم الاعتداد بحكم التحكيم في مواجهته وذلك وفقاً للقواعد العامة، وهي ليست دعوى بطلان ولا تسري عليها أحكامها، ولا تختص بها محكمة البطلان، وإنما تختص بها محكمة أول درجة. د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 462.

1- بعد إيداع حكم التحكيم الداخلي لدى أمانة الجهة القضائية المختصة¹، يجوز للغير صاحب المصلحة أن يقدم طلب الاعتراض عليه أمام ذات هذه الجهة المختصة، للنظر والفصل فيه من جديد من حيث الوقائع والقانون، عملاً بمقتضيات المادة 2/380 من القانون المذكور، أي أن هذه الجهة تعتبر محكمة موضوع ومحكمة قانون في آن واحد، لكن في حدود الاعتراض المقدم لها، وتلتزم بالرد على هذا الاعتراض بعد استدعاء كل من الخصوم في الدعوى والغير طالب الاعتراض، لسماع أقوالهم ودفوعهم وفق الإجراءات العادية في الدعاوى، ومن ثم تصدر الجهة المختصة قرارها النهائي إما برفض الاعتراض أو تأييده، وفي هذه الحالة الأخيرة تفصل الجهة ذاتها في النزاع².

هذا ولم يبين المشرع الجزائري ما إذا كان هذا القرار الرامي إلى رفض الاعتراض أو تأييده قابلاً للطعن، على خلاف ما فعله بالنسبة للقرارات الفاصلة في الاستئناف أو في البطلان على النحو الذي سيأتي، فتطبق في ذلك الأحكام العامة وفقاً لما نصت عليه المادة 389 من ق.إ.م.إ. الجزائري، ومن ثم يخضع القرار الصادر في الاعتراض لنفس طرق الطعن المقررة في الأحكام، وهي استئناف هذا القرار أمام المجلس القضائي كدرجة ثانية، ومن ثم إمكانية الطعن عليه بالنقض أمام المحكمة العليا.

2- يلاحظ أن الآجال المقررة لرفع اعتراض الغير الخارج عن الخصومة تطبيقاً للقواعد العامة، وهي 15 سنة من تاريخ صدور الحكم أو شهرين من تاريخ التبليغ الرسمي لهذا الحكم، طبقاً لنص المادة 385 من القانون المذكور، لا تتماشى مع مبدأ السرعة الذي يتطلبه نظام التحكيم، وعلى هذا يكون من الجدير اقتراح تنظيم هذا المسألة وفقاً لمواعيد تتفق مع هذه الخصوصيات التي يقتضيها التحكيم.

3- أما عن الأوجه والأسباب التي يجب أن تبنى عليها دعوى اعتراض الغير الخارج عن خصومة التحكيم، فإن المشرع الجزائري على غرار كثير من التشريعات التي تجيز هذا النوع من الطعن لم يبين هذه الأوجه والأسباب، واقتصر فقط على بيان أسباب الطعن بالاستئناف والبطلان كما سيأتي، وتطرق إلى حالة وحيدة طبقاً للقواعد العامة، وهي حالة الغش حسبما نصت عليه المادة

¹ والمقصود بالجهة القضائية المختصة هنا في مفهوم المادة 2/1032، هي المحكمة الابتدائية المختصة أصلاً في النزاع التي كان سيعرض عليها لو لم يكن هناك اتفاق على التحكيم.

² مستفاد من، د حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 455-456.

283 من ق.إ.م.إ، واعتبرها شرطاً لقبول الاعتراض، غير أنه في تقديرنا لا يمكن اعتبار الغش وحده سبباً كافياً لقبول دعوى الاعتراض، فقد سبق وأن رأينا أن أساس هذا الاعتراض ينطوي على وجود مصلحة لهذا الغير، مرتبطة بمصالح الخصوم في اتفاق التحكيم وخصوصية التحكيم، ولذلك لا ينبغي تفسير هذه المصلحة في أضيق نطاق بإقصارها على حالة وحيدة كحالة الغش، فقد يتضرر الغير بحكم التحكيم دون أن يكون ذلك بسبب غش صادر من أحد الخصوم، ولهذا يكون من اللازم التوسع في مضمون هذه المصلحة التي تصلح كأساس لقبول دعوى الاعتراض، بما يكفل الحماية اللازمة للغير، ومن ثم نرى أنه مادام أن المحكمة المختصة المرفوع أمامها الاعتراض، تفصل من جديد في الوقائع والقانون طبقاً لنص المادة 2/380 من ق.إ.م.إ. الجزائري، فإن الاعتراض يجوز أن يبنى على أي سبب قانوني أو واقعي يصلح لنقض الحكم كلياً أو جزئياً.

ومن خلال هذا العرض، نخلص إلى أنه يجب دوماً التفرقة بين تحديد القوة الملزمة لاتفاق التحكيم من جهة وحجية حكم التحكيم من جهة أخرى، وإن كان مبدأ التوسع في مد نطاق هذه القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، قد أصبح أمراً تفرضه علاقات التجارة الدولية المعاصرة، إلى حد إمكانية إلزام أطراف أخرى بهذا الاتفاق رغم عدم توقيعها عليه، إلا أن هذا التوسع لا يمكن أن يمس من حجية حكم التحكيم، إذ تظل مقصورة على الأطراف الذين اتجهت إرادتهم إلى قبول التحكيم سبباً لتسوية منازعاتهم دون غيرهم¹.

ومع ذلك لاحظنا كيف أنه نظراً لتزايد وتشابك الروابط والعلاقات القانونية المختلفة بين الأطراف، وفي ظل تلك الظروف التي رأيناها، أن مركز الغير يتأثر متأثراً مباشراً بحكم التحكيم، حيث يعتمد مركزه على النتيجة التي انتهى إليها هذا الحكم، ومن ثم استلزم ذلك ضرورة فرض حماية قانونية خاصة لهذا الغير الخارج عن خصوصية التحكيم، تقتضى تحويله حق الطعن بالاعتراض على حكم التحكيم، وذلك بصفته واقعة مادية وليست قانونية، ذلك أن امتداد أثر حكم التحكيم كما رأينا، مرجعه إلى القواعد القانونية التي تحكم طبيعة العلاقة التي تربط الطرف بالغير، ولعل هذا يعد مبرراً للاستناد على المفهوم الموسع لمعيار المصلحة كأساس لهذا الاعتراض.

لذلك نرى أن المشرع الجزائري كان موفقاً إلى حد كبير في مواجهته للحالات العملية التي يثيرها نظام التحكيم، وذلك بتقريره حق الغير الخارج عن خصوصية التحكيم بالاعتراض على الحكم الصادر فيها، بمقتضى نص المادة 2/1032 من ق.إ.م.إ، رغم أنه لم يكن طرفاً لا في اتفاق

¹ د محمود مختار بيري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 264.

التحكيم ولا في خصومة التحكيم، وذلك خلافا لبعض التشريعات الأخرى¹، التي بقيت محل انتقاد فقهي واسع بمنعها لهذا النوع من الطعن بحجة تحصين حكم التحكيم من أي طعن، حيث تضع الغير صاحب المصلحة بين شقي رحى، فلا هو طرف يملك ما يملكه الأطراف من الحضور وإبداء أوجه دفاعه، ولا هو أجنبي من الغير الذين لا تمتد إليهم آثار حكم التحكيم وفقاً لما تتجه إليه هذه التشريعات المانعة من الاعتراض².

لكن وإن كنا نشيد بهذا الموقف من المشرع الجزائري الرامي إلى توفير الحماية اللازمة للغير الذي تضرر من حكم التحكيم، إلا أن السؤال الذي يدق في هذا المقام، هو لماذا خص المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي الغير في مجال التحكيم الداخلي بهذه الحماية، دون الغير في مجال التحكيم الدولي، أليس هذا الأخير هو الآخر جدير بالحماية إذا ما تعرض لانتهاكات تضر بحقوقه، بسبب خصومة لم يكن طرفاً فيها، تفرض منحه الحق في التظلم عن طريق اعتراضه على الحكم الصادر فيها؟.

الذي يظهر أن المشرع كعادته قد سار على نهج المشرع الفرنسي في هذا التخصيص المذكور، غير أن هذا الأخير كانت له وجهة دفعته لهذا التخصيص لا نعتقد أن المشرع الجزائري رآها هو الآخر، فالسبب الذي دفع المشرع الفرنسي في تقريره لحماية خاصة للغير في مجال التحكيم الداخلي دون الدولي حسب البعض³، هو رغبته في اجتذاب القضايا التحكيمية إلى فرنسا، وهو الأمر الذي لم يكن ليتحقق لو كان اعتراض الغير الخارج عن الخصومة التحكيمية ممكناً أمام القضاء الفرنسي في مواجهة أحكام التحكيم الدولية، غير أن هذا التوجه من المشرع الفرنسي قوبل بتحفظ شديد من قبل الفقه⁴، إذ أن قواعد العدالة والإنصاف تقتضي توفير الحماية والضمانات القانونية اللازمة لكل من نال حكم التحكيم من حقوقه، وإن كان شخصاً أجنبياً عن خصومة لم يشارك فيها.

ثانياً: إستئناف حكم التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع

نظراً لأن طبيعة التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع كقضاء خاص واستثنائي، تقوم على أساس استبعاد إخضاع هذه المنازعات لقضاء الدولة، وذلك على نحو

¹ من هذه التشريعات قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

² د محمود مختار بري، المرجع السابق، ص 266.

³ د عبد الحميد الأحمد، التحكيم الدولي، الجزء الثالث، دار نوفل، بيروت، لبنان، 1990، ص 362.

⁴ J. Louis Goutal, L'arbitrage et les tiers, Rev. Arb, 1988, P. 439.

ما رأيناه في معرض الحديث عن مبدأ الأثر السلبي لاتفاق التحكيم، لذلك نجد أن التشريعات تباينت فيما بينها، بين من يمنع إخضاع حكم التحكيم لأي طريق من طرق الطعن بما في ذلك الطعن بالاستئناف، كما هو الحال بالنسبة لقانون التحكيم المصري، إلاّ فيما يتعلق بدعوى البطلان في حالات استثنائية، وبين من يجيزه لكن وفقاً لقواعد وأسس خاصة تختلف عن تلك القواعد التي تخضع لها أحكام القضاء العادي¹.

ويندرج قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري ضمن الفئة الثانية، وعلى غرار قانون المرافعات الفرنسي في المادة 1482²، فبعد أن قررت المادة 2/1032 من ق.إ.م.إ. الجزائري على جواز الطعن على حكم التحكيم، عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة كطريق غير عادي، نصت المادة 1033 من نفس القانون على جواز الطعن عليه عن طريق الاستئناف، حيث جاء فيها: "يرفع الاستئناف في أحكام التحكيم في أجل شهر واحد (1) من تاريخ النطق بها، أمام المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم، ما لم يتنازل الأطراف عن حق الاستئناف في اتفاقية التحكيم"³.

والاستئناف عموماً هو طعن يقدم إلى محكمة الدرجة الثانية، بقصد إلغاء أو تعديل الحكم الصادر عن محاكم الدرجة الأولى طبقاً لما نصت عليه المادة 332 من ق.إ.م.إ. الجزائري، فيكون الهدف من الاستئناف في مجال التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة، هو أيضاً إلغاء أو تعديل حكم التحكيم الصادر عن هيئات التحكيم، غير أن المشرع الجزائري لم يبين على غرار ما فعل في الاعتراض، النظام القانوني الواجب اتباعه في الطعن بالاستئناف على حكم التحكيم، وكذا أوجه هذا الطعن والأسباب التي يجب أن يبني عليها، وعليه يتحتم الرجوع في ذلك إلى الأحكام العامة، من حيث كيفية إجراء الطعن وتبليغه ونظام

¹ وهذا راجع كما رأينا، إلى تلك الصعوبة التي تثيرها الطبيعة غير المتجانسة للتحكيم بوصفه عملاً اتفاقياً في مصدره وقضائياً في آثاره، د فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 394 وما بعدها، د حفيظة السيد الحداد، الموجه في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 324.

² Ph.Fouchard - E.Gaillard - B.Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, Op. Cit, P. 1029.

³ ونشير هنا إلى أن مسألة الاختصاص هذه تخضع إلى القواعد المحددة للاختصاص المحلي أو المكاني، فقد سبق وأن أشرنا في معرض تناولنا لمثل هذه المسائل، إلى أن الاختصاص المكاني يخضع في تحديده كأصل عام إلى إرادة الأطراف، بصرف النظر عن المكان الذي صدر فيه حكم التحكيم، أما في حالة غياب إرادة الأطراف فإنه يرجع في ذلك إلى القانون الواجب التطبيق على النزاع، وهو طبقاً للنص المشار إليه يتمثل في المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم.

الجلسات والحضور وغير ذلك، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالتحكيم¹، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 3/336 من القانون المذكور من "عدم سريان آجال الاستئناف في الأحكام الغيابية إلا بعد انقضاء المعارضة"، فهذه القاعدة العامة تتنافى كما رأينا مع نظام التحكيم، الذي يتيح إمكانية صدور أحكام التحكيم غيابياً إذا لم تر هيئة التحكيم حاجة لحضور الأطراف، كما أن أحكام التحكيم غير قابلة للمعارضة وذلك للسبب ذاته طبقاً للمادة 1/1032 من ق.إ.م.إ. الجزائري.

أما بخصوص أوجه الطعن بالاستئناف، فمحكمة الاستئناف هي محكمة موضوع وقانون، وعليه يجوز أن يبني الطعن على أي سبب يرى فيه الطاعن أن هيئة التحكيم قد ارتكبت خطأً، سواء من حيث الوقائع أو من حيث القانون بشأن حكمها الصادر في النزاع المعروض عليها، ونظراً لأهمية هذا الموضوع، خاصة من الناحية العملية التي يظهر فيها تطبيق الأحكام العامة للاستئناف على أحكام التحكيم، فإننا سوف نعرض بإيجاز للنظام القانوني الذي يجري عليه هذا الطعن، ثم نحاول تقدير نظام الطعن بالاستئناف على أحكام التحكيم:

أ- النظام القانوني للطعن بالاستئناف على حكم التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع:

في مجال الأحكام القضائية يظهر الطعن بالاستئناف بوصفه طعن أصلي من جهة وعادي من جهة أخرى، وبإعمال هذه القاعدة على حكم التحكيم محل الدراسة، فإن الطعن بالاستئناف في هذا الأخير باعتباره طريقاً أصلياً مرده إلى قاعدة التقاضي على درجتين، فهو كحكم صادر عن هيئة تحكيم كدرجة أولى، يقبل الطعن بالاستئناف أمام المجلس القضائي كدرجة ثانية، وذلك دون الحاجة إلى نص خاص يقرر القاعدة، وهو طريق عادي، باعتبار أن الطاعن غير مقيد بأسباب وأوجه معينة لإعمال هذا النوع من طرق الطعن، كما هو الحال بالنسبة لطرق الطعن غير العادية، مثل الطعن بالنقض، والطعن بالتماس إعادة النظر، فيجوز للطاعن بالاستئناف أن يبني طعنه على أي سبب كان سواء كان متعلق بالوقائع أو بالقانون².

¹ في ذات المعنى، د حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 453.

² د أحمد خليل، قواعد التحكيم دراسة متعمقة في طرق الطعن في القرار التحكيمي الصادر في تحكيم داخلي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 205.

والأصل أن الطعن بالاستئناف في حكم التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، هو حق مقرر للخصوم بقوة القانون عملاً بمقتضيات المادة 1033 من ق.إ.م.إ. المشار إليها سابقاً، ومن ثم يجوز إعماله وإن لم يتم الاتفاق عليه مسبقاً في اتفاق التحكيم، غير أن نفس المادة أوردت استثناءً على هذا الأصل، حيث أجازت للأطراف إمكانية الاتفاق على التنازل عن حقهم في رفع الاستئناف، على أن يكون ذلك صراحة في اتفاق التحكيم وذلك قبل صدور حكم التحكيم، وفي هذه الحالة يصبح الحكم نهائياً حائزاً لقوة الشيء المقضي فيه، ومن ثم يمكن مباشرة تنفيذه.

والملاحظ أن المشرع الجزائري قد ساير المشرع الفرنسي في هذا الأصل المتقدم والاستثناء الوارد عليه، حيث جاءت المادة 1033 مطابقة تماماً للمادة 1482 من قانون المرافعات الفرنسي، غير أن هناك ملاحظتين يمكن إيرادهما في هذا الخصوص:

الأولى، وخلافاً للقواعد المعمول بها أمام محاكم الدولة، أن المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي -وحسناً فعلاً- قد ساوى في هذه المسألة بين أن يكون اتفاق التحكيم قد صدر في صورة شرط أو في صورة مشاركة، فيمكن أن يكون التنازل عن الاستئناف محل اتفاق بين الأطراف قبل نشوء النزاع أو حتى بعد نشوئه، إذ لا يوجد ما يمنع من التنازل عن الاستئناف في هذه الصورة الأخيرة¹.

الثانية، أن المشرع الجزائري وخلافاً للمشرع الفرنسي رغم تأسيه الشديد به، لم يبين الحل في حالة تنازل الأطراف عن استئناف حكم التحكيم، رغم كونه مشوباً بعيب من عيوب البطلان، خاصة إذا تعلق الأمر بمخالفة النظام العام أو مبدأ أساسي من مبادئ التقاضي، وهو الأمر الذي تفتن له المشرع الفرنسي في المادة 1484 من القانون السابق ذكره، حيث نصت على أنه يجوز الطعن على حكم التحكيم بالبطلان إذا وجد سبب من الأسباب التي حددتها المادة، وذلك رغم الاتفاق على التنازل عن الاستئناف²، فكان الأولى أن يلتفت المشرع الجزائري لهذا الفرض لأهميته، ولعدم ترك حكم التحكيم المشوب بعيب يقتضي إبطاله دون رقابة قضائية.

¹ Eric Loquin, ARBITRAGE, La décision arbitrale-voie de recours, Edition, J.C.P, Fasc 1046, n° 37.

² وحسب القانون الفرنسي أنه إذا لم يتنازل الأطراف عن حقهم في الاستئناف، فإن الطريق الوحيد للطعن على حكم التحكيم يبقى هو طريق الاستئناف لا غير، بحيث لا يكون طريق الطعن بالبطلان موازياً لطريق الطعن بالاستئناف، لاسيما أن الجهة المختصة في هذه الحالة هي محكمة الاستئناف. لمزيد من التوضيح ينظر:

Ph.Fouchard - E.Gaillard - B.Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, Op. Cit, P. 1029.

لكن قد يقال أن حسم هذه المسألة قد يؤول في الأخير إلى قاضي التنفيذ، إلا أن هذا القول لاشك أنه يخرج قاضي التنفيذ عن حدود سلطاته، فقد سبق وأن رأينا أن إجراء الأمر بتنفيذ حكم التحكيم هو إجراء شكلي من حيث طبيعته، كما أن عمل القاضي في ذلك هو عمل ولائي، فلا يجوز له التطرق إلى الموضوع الذي فصل فيه حكم التحكيم أو إعادة النظر فيه، وإنما تنحصر مهمته في الرقابة الشكلية والتثبت من المشروعية الظاهرة للحكم، ومدى صدوره حالياً من العيوب الإجرائية ومن أسباب البطلان، فالقاضي المنوط به مهمة إصدار الأمر بالتنفيذ لا يعد جهة استئناف، فليس له أن يراقب خطأ المحكمين في تكييف الوقائع أو في تطبيق القانون، وليس من سلطته تعديل الحكم أو تكملته¹، كما لا يعد هذا القاضي جهة مختصة بنظر بطلان الحكم، إذ لهذا البطلان قواعد خاصة وجهة مختصة بنظره² على النحو الذي سيأتي بيانه.

تجدر الإشارة في الأخير، إلى أنه بمجرد الطعن بالاستئناف على حكم التحكيم الداخلي، الصادر بشأن النزاع الناشئ عقد النقل البحري للبضائع، فإن هذا الطعن يترتب عليه وقف تنفيذ حكم التحكيم، وإن كان المشرع الجزائري لم ينص على ذلك صراحة على خلاف ما نص عليه في مجال التحكيم الدولي³، إلا أنه لا فرق في تقديرنا بين المجالين من خضوع هذه المسألة إلى القواعد العامة، حيث يقتضي هذا الطعن رفع يد القاضي المختص بمنح الحكم الصيغة التنفيذية⁴.

ب- تقويم مبدأ جواز الطعن بالاستئناف على أحكام التحكيم:

رغم الدور المساند والفعال الذي يؤديه القضاء في مجال التحكيم على النحو الذي رأيناه، منذ اللحظة التي يتم فيها الاتفاق على هذا التحكيم، ومروراً بإجراءاته، وحتى صدور الحكم المنهي للخصومة، إلا أن فتح المجال على مصراعيه أما القضاء في كل مرة للتدخل في العملية التحكيمية، بدعوى إنقاذ هذه العملية من تلك المعوقات التي قد تعترض سيرها، فإنه من دون أدنى شك سيزج بالقضية مجدداً في مثالب القضاء وما يعرفه من بطء في الإجراءات، فالأطراف ما ارتضوا التحكيم سبيلاً بديلاً عن القضاء، إلا لما يحققه لهم من سرعة وسرية ومرونة، للوصول إلى هدفهم المنشود من تسوية منازعاتهم والخروج بحلول ملائمة لها، وإذا نظرنا بإنصاف إلى النتائج المترتبة عن أعمال

¹ د عاشور مبروك، الوسيط في النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، المرجع السابق، ص 82.

² د محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 275-276.

³ حيث نصت المادة 1060 من ق.إ.م.إ على أنه: "يوقف تقديم الطعون وأجل ممارستها المنصوص عليها في المواد 1055 و1056 و1058 تنفيذ أحكام التحكيم".

⁴ د أحمد خليل، قواعد التحكيم، المرجع السابق، ص 273.

مثل تلك القواعد العامة التي تجري على الأحكام الصادرة عن محاكم الدولة، ونخص منها مجال الطعن بالاستئناف محل التقييم، نجد أن هذا الأخير لا يسعفه الحظ في التماشي مع نظام التحكيم، وذلك من عدة جوانب منها:

- أن القول باستئناف حكم التحكيم أمام محاكم الدرجة الثانية للدولة طبقاً لمبدأ التقاضي على درجتين، يستلزم القول أن قضاء التحكيم يعتبر درجة أولى من درجات التقاضي للدولة، وهذا القول لا يستقيم في ظل التحكيم كنظام خاص للتقاضي يتميز بذاتيته واستقلاله عن قضاء الدولة، كما أن الزج بحكم التحكيم أمام محاكم الاستئناف، ينتهي به إلى إخضاعه لقواعد من شأنها تجريد التحكيم من جملة الخصائص والمزايا التي يتطلبها نظامه الخاص به¹.

- سبقت الإشارة إلى أن الطعن على أحكام التحكيم يوقف تنفيذ هذه الأحكام، وكذلك الطعن على القرار الصادر في الاستئناف بالنقض يوقف تنفيذ هذا القرار المطعون فيه، ولا شك أن كل ذلك يستتبع إحلال الأحكام والقرارات القضائية محل أحكام التحكيم، وهو ما يؤدي إلى إضعاف فاعلية أحكام التحكيم.

- إن تخصيص أحكام التحكيم الداخلي بنظام الطعن بالاستئناف دون أحكام التحكيم الدولي، يثير الاستفسار عن مقصود المشرع من ذلك، فهل هذا يعني أن تحقيق فاعلية التحكيم من حيث السرعة والمرونة والسرية هي حكر على مجال التحكيم الدولي دون الداخلي، أم أن ذلك يعني أن احتمال تحقق أسباب الطعن بالاستئناف في مجال التحكيم الداخلي أكثر منها في المجال الدولي، أم أن الأمر يتعلق بمجرد تشديد الرقابة القضائية في المجال الداخلي، وتحرير أحكام التحكيم الدولي من مظاهر هذا التشديد، وفي جملة واحدة نقول، هل ارتأى المشرع عدم تماشي نظام الطعن بالاستئناف مع نظام التحكيم في المجال الدولي، بينما رأى تماشيه مع التحكيم الداخلي؟.

لعل الإجابة عن جملة هذه التساؤلات، قد تعضد ما ذهبنا إليه من ضرورة التفكير في إعادة تنظيم طرق الطعن التي يخضع لها حكم التحكيم الداخلي، مع أننا وإن كنا ننادي باختزال مرحلة الاستئناف حرصاً على تحقيق البت السريع في النزاع محل التحكيم، إلا أن ذلك لا يعني أن يكون على حساب التطبيق الصحيح للقانون، بل يجب أن يتم ذلك وفق نظام طعن موحد ومختصر ينطبق على المجالين الداخلي والدولي، دعماً لما يتطلبه نظام التحكيم من خصوصيات على النحو المتقدم، وتحريراً له من تلك القيود التي تجري عليها محاكم الدولة طبقاً للقواعد العامة.

¹ مستفاد من، د محمد نور عبد الهادي شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمن، المرجع السابق، ص 377.

ثالثاً: استئناف الأمر الصادر في تنفيذ حكم التحكيم بشأن النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع

سبقت الإشارة إلى أنه من مصلحة المحكوم له أن يبادر إلى استصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم، من الجهة المشار إليها في المادة 1/1035 من ق.إ.م.إ.ج، وهي المحكمة الابتدائية التي صدر في دائرتها حكم التحكيم، غير أنه قد يفاجأ برفض هذه الجهة لطلبه الرامي إلى تنفيذ الحكم، لدى منح له المشرع فرصة الطعن في القرار المتضمن رفض التنفيذ¹، وذلك أمام المجلس القضائي كدرجة ثانية من درجات التقاضي، حيث نص في المادة 3/1035 من ق.إ.م.إ. الجزائر على أنه: "يمكن للخصوم استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ في أجل خمسة عشر (15) يوماً من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي"²، وهو ما قضت به أيضاً المادة 1489 من قانون المرافعات الفرنسي، غير أن ما يمكن ملاحظته على النص الجزائري أمران:

الأول، أن الأصل في استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ أن يقوم به طالب التنفيذ الذي صدر الحكم لصالحه، في حين جاء النص بصيغة عامة تقتضي تمكين الطرفين من القيام بهذا الإجراء، والواقع كما سبق وأن رأينا في معرض الحديث عن طلب تنفيذ حكم التحكيم³، أنه إذا كان بإمكان المحكوم ضده تقديم طلب تنفيذ الحكم شأنه شأن المحكوم له⁴، وكان بإمكان كليهما استئناف حكم التحكيم طبقاً للمادة 1033 على النحو السابق بيانه، فإنه لا يوجد في تقديرنا ما يمنع المحكوم ضده أيضاً شأنه شأن المحكوم له، من استئناف الأمر القاضي برفض تنفيذ حكم التحكيم، رغم كونه يمثل الطرف المراد التنفيذ ضده، والمعيار في ذلك كما أسلفنا هو "المصلحة"، أي المصلحة في طلب التنفيذ، وقياساً عليها، الطعن في الأمر الصادر برفض هذا التنفيذ، فمراعاة لهذه المصلحة، أورد المشرع الجزائري -وحسنا فعل- نص المادة 1035 من ق.إ.م.إ. في فقرتها

¹ ومبادرة المحكوم له بالطعن بالاستئناف في هذا المقام، تدل على أنه لا إحالة من جانب قاضي التنفيذ إلى محكمة الاستئناف بعد صدور القرار المتضمن رفض التنفيذ، وهو الأمر الذي أقره القضاء الفرنسي:

Paris, 13 Septembre 1984, Rev. Arb, 185, P. 327, note T. Bernard.

² ويتبع في استئناف الأمر الصادر برفض تنفيذ حكم التحكيم، نفس الإجراءات المتبعة في استئناف الأحكام طبقاً للقواعد العامة.

³ راجع البحث الثاني من الفصل الثاني من الباب الأول.

⁴ د عاشور مبروك، الوسيط في النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، المرجع السابق، ص 63.

الأولى والثالثة بصيغة عامة، ولم يحصر مكنة تقديم طلب التنفيذ حسب الفقرة الأولى، أو استئناف الأمر الصادر برفض التنفيذ حسب الفقرة الثالثة في أحد طريقي خصومة التحكيم.

على أن الملاحظ من هذه النصوص، أن نطاق المصلحة في مجال طلب تنفيذ حكم التحكيم كما رأينا، أوسع منه في مجال استئناف الأمر الصادر برفض التنفيذ، ففي الأول يستوي أن يكون صاحب المصلحة هو طالب التنفيذ ذاته أو المراد التنفيذ ضده، أو حتى الغير المدخل أو المتدخل في الخصومة، أي سواء كان صاحب المصلحة طرفاً في خصومة التحكيم أو لم يكن طرفاً فيها، كما لو تضمن عقد النقل البحري للبضائع المثار بشأنه النزاع شرطاً لمصلحة الغير، فإن حكم التحكيم الصادر بشأن هذا النزاع سيكون ملزماً بأداء لصالح هذا الغير، فيكون من مصلحة هذا الغير أن يطلب استصدار أمر بتنفيذه¹، بينما في مجال الطعن بالاستئناف على الأمر الصادر برفض التنفيذ، فإن المصلحة لا تتحقق في هذا الغير الخارج عن الخصومة، إعمالاً لمبدأ نسبية حجية الأحكام، ولأن المشرع قد خصه بنظام طعن خاص كما رأينا، يتمثل في الاعتراض على حكم التحكيم الذي أضر بمصلحته، وبالتالي يظل نطاق المصلحة في مجال استئناف الأمر الصادر برفض التنفيذ مقتصرًا على طرفي الخصومة دون غيرهما، ذلك أن هذا الاستئناف الذي يقوم به الخصوم تتعدى نتيجته إلى هذا الغير في جميع الأحوال، سواء تم قبوله أو رفضه².

الثاني، أنه رغم سلوك المشرع الجزائري نهج المشرع الفرنسي في المادة 1489 من قانون المرافعات الفرنسي، بشأن إجازة استئناف الأمر القاضي برفض تنفيذ حكم التحكيم الداخلي على النحو السابق، إلا أنه لم يجدو حدوده في عدم إجازته استئناف الأمر القاضي بتنفيذ هذا الحكم طبقاً للمادة 1488 من القانون المذكور³، فيبقى التساؤل مطروحاً في ظل هذا الفراغ، حول ما إذا كان بإمكان الطرف الذي صدر أمر التنفيذ ضده أن يستأنف هذا الأمر أم لا؟.

¹ في هذا المعنى، د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 484، د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص 425.

² ولعل ما يعضد هذا الذي ذهبنا إليه، ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 1033 المشار إليها سابقاً، من حق الأطراف في التنازل عن الاستئناف صراحة في اتفاق التحكيم، وبالتالي فإن هذا التنازل المشروط باتفاق التحكيم لا يشمل أطرافاً أخرى لم توقع على هذا الاتفاق، وبمفهوم المخالفة إذا لم يتنازل الطرفان عن حقهما في الاستئناف، فإنه يظل سارياً في مواجهتهما دون غيرهما، كما أن استعمال المشرع تعبير "الخصوم" في المادة 3/1035 يشمل من كان طرفاً في خصومة التحكيم دون سواهم، وبالتالي يخرج مفهوم الغير من مقتضى هذه النصوص.

³ Article 1488: "l'ordonnancé qui accord l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours".

البادي أن المشرع الجزائري إما أنه يميز كعادته بين مجال التحكيم الدولي ومجال التحكيم الداخلي، أو أنه غفل عن هذه المسألة في مجال التحكيم الداخلي في الوقت الذي تفتن لها في مجال التحكيم الدولي، إذ ينص في هذا الأخير في المادة 2/1058 من ق.إ.م.إ. على أنه: "لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أي طعن، غير أن الطعن ببطالان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ، إذا لم يتم الفصل فيه".

إن المبادئ الأساسية في التقاضي التي جاء بها الدستور الجزائري¹، تقرر أن القضاء هو حق مكفول للجميع بقوة القانون، يستند إلى مبادئ الشرعية والمساواة أمام القضاء، وبناءً على هذه المبادئ، فإن تقرير المشرع لحق الطرف الذي يراد التنفيذ ضده، في الطعن بالاستئناف على الأمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم، وذلك في المجال الدولي دون الداخلي، يكون قد خالف قاعدة دستورية جوهرية، فإذا كان تقرير الحق في هذا الطعن أمراً مستلزماً في نظر المشرع في المجال الدولي، فإن تقريره مستلزم في مجال التحكيم الداخلي من باب أولى، إعمالاً للقاعدة الدستورية المذكورة.

فكان على المشرع إما أن يقرر صراحة حق المحكوم ضده في استئناف الأمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم، أو على الأقل أن ينص تبعاً للمادة 1033 سالف الذكر والمتضمنة لاستئناف حكم التحكيم، بأن يرتب هذا الطعن بالاستئناف بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ، وذلك إذا كان قاضي التنفيذ قد أصدر أمره بالتنفيذ قبل الطعن بالاستئناف، أي أن الطعن بالاستئناف يشمل حكم التحكيم والأمر القاضي بتنفيذه في آن واحد، أما إذا كان القاضي لم يصدر أمره بالتنفيذ بعد، وقام المحكوم عليه باستئناف حكم التحكيم، فعلى القاضي أن يتخلى عن الفصل في طلب التنفيذ، وإلا كان أمره مجرداً من أي أثر².

لذلك نهب المشرع الجزائري عدم إقراره لحق المحكوم ضده في الطعن بالاستئناف في أمر التنفيذ في مجال التحكيم الداخلي، خلافاً لتقريره إياه في مجال التحكيم الدولي، لما في ذلك من خرق للمبدأ الدستوري السابق ذكره، والذي كرس حق الأطراف في الالتجاء إلى القضاء، سواء

¹ وهذه المبادئ نصت عليها المادة 140 من الدستور الجزائري، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 02-03، المؤرخ في 10 أبريل 2002، والقانون رقم 19-08، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008.

² ويرى البعض في هذه الحالة، أي في حالة صدور أمر التنفيذ بعد الطعن بالاستئناف، أنه يمكن لطالب التنفيذ المطعون ضده أن يستصدر أمراً بالتنفيذ المؤقت وفقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات. أفاده، د محمود مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 289.

كان محكوماً لهم أو محكوماً عليهم من جهة، ومن جهة أخرى، لعدم وجود ما يقتضي التفرقة بين مجال التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي في هذا الخصوص.

رابعاً: الطعن بالنقض في القرار الصادر في استئناف حكم التحكيم بشأن النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع

تبقى آخر مسألة في هذا المقام نص عليها المشرع الجزائري في المادة 1034 ق.إ.م.إ، حيث جاء فيها أنه: "تكون القرارات الفاصلة في الاستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض طبقاً للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون".

على أن هذا الطعن كسابقه -أي استئناف القرار المتضمن رفض التنفيذ-، لا يعد طريقاً من طرق الطعن على حكم التحكيم، فهناك بون شاسع بين المسألتين كما هو واضح من النصوص المنظمة لهاته الأنواع من الطعون، فحكم التحكيم الداخلي في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة، شأنه شأن أي حكم تحكيم آخر، ليس له سوى طريقين للطعن كما رأينا، طريق الاعتراض وطريق الاستئناف، فإذا ما أصدرت المحكمة الابتدائية قرارها في الاعتراض طبقاً للمادة 2/1032، أو أصدر المجلس القضائي قراره في الاستئناف طبقاً للمادة 1033 متضمناً رفض تنفيذ حكم التحكيم طبقاً للمادة 3/1035، فإن هذا القرار أو ذلك باعتباره قرار ذو طبيعة قضائية وليست تحكيمية، يمكن أن يكون محلاً للطعن عليه وفقاً لطرق الطعن المقررة في الأحكام القضائية، فتطبق المادة 389 من ق.إ.م.إ. الجزائري بالنسبة للاعتراض، والمادة 349 إلى جانب المادة 3/1035 بالنسبة للاستئناف، ومن ثم يخضع هذا القرار أو ذلك إلى الاستئناف أمام المجلس القضائي كدرجة ثانية، ومن ثم إمكانية الطعن عليه بالنقض أمام المحكمة العليا.

وعوداً على موضوع الطعن بالنقض، فإذا ما أصدر المجلس القضائي المشار إليه ضمن المادة 1033 من ق.إ.م.إ. الجزائري، قراره بشأن حكم التحكيم المستأنف أمامه على النحو المتقدم، فإن هذا القرار وحده دون حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم، بشأن النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، يكون قابلاً للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، وذلك طبقاً للإجراءات المعمول بها في هذا المجال، حسبما أحالت على ذلك المادة 1034 من ق.إ.م.إ. الجزائري، فتطبق أحكام المادة 560 من نفس القانون، حيث يتم رفع الطعن بالنقض بموجب تصريح أو عريضة، إما أمام أمانة ضبط المحكمة العليا نفسها، أو أمام أمانة ضبط المجلس القضائي المشار إليه في المادة 1033 من القانون المذكور.

غير أنه في تقديرنا أن إحالة المشرع الجزائري بشأن الطعن بالنقض في أحكام التحكيم، على تطبيق الأحكام العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹، يتعارض مع نظام التحكيم وما يقتضيه من خصوصيات، وأهم هذه الخصوصيات سرعة البت في الإجراءات، وهذه لا تتأتى إلاً وفقاً لآجال قصيرة المدى، فحبذا لو نظم المشرع آجالاً قصيرة تماشى وطبيعة التحكيم، وتستجيب لمتطلبات السرعة التي يتطلبها هذا النوع من القضاء.

الفرع الثاني

طرق الطعن على حكم التحكيم الدولي

في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع

من الأهمية بمكان أن نشير في معرض الحديث عن موضوع الطعن على حكم التحكيم الدولي، الصادر بشأن النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، إلى أن هذا الأخير يختلف من حيث طبيعته اختلافاً جوهرياً عن طبيعة الطعن على حكم التحكيم الداخلي، ذلك أن هذا الأخير لا يعرف إلاً نظام الطعن القضائي، وفقاً لتلك القيود والإجراءات التي يفرضها القانون الداخلي على النحو الذي فصلنا فيه سابقاً، بينما أحكام التحكيم الدولية لم تعرف مثل هذه القيود، نظراً للدور الذي يلعبه مبدأ الإرادة مقارنة مع المجال الداخلي.

فأطراف عقد النقل البحري للبضائع المحكم فيه كما رأينا، لهم مطلق الحرية في اختيار النظام الإجرائي الواجب اتباعه بشأن النزاع المثار²، وعلى هذا إذا اختار الأطراف نظام قانوني معين يطبق على النزاع، كما لو اختاروا عرض النزاع على غرفة التحكيم البحري بباريس مثلاً، فإن الطعن على حكم التحكيم الصادر بشأن النزاع، يخضع إلى النظام القانوني الذي تقرره لائحة

¹ حيث نصت المادة 354 من القانون المذكور أن الطعن بالنقض يجب أن يرفع في أجل شهرين من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا كان التبليغ شخصياً، مع إمكانية تمديده إلى ثلاثة أشهر إذا تم التبليغ في الموطن الحقيقي أو المختار، وحسب المادة 563 من نفس القانون، فإنه يجب على الطاعن تبليغ العريضة أو التصريح بالطعن بالنقض خلال شهر واحد من تاريخ هذا التصريح، كما يلزمه إيداع العريضة في غضون شهرين ابتداءً من تاريخ التصريح بالطعن.

² وذلك عملاً بمقتضيات المادة 1043 من ق.إ.م.إ. الجزائري حيث نصت على أنه: "يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة مباشرة أو استناداً على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم.

إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة، أو استناداً إلى قانون أو نظام تحكيم".

تحكيم الغرفة، ويُعرف نظام الطعن في هذه الحالة بنظام الطعن التحكيمي، أما إذا اتفقوا صراحة على تطبيق قانون إجرائي لدولة معينة، فإن الطعن في هذه الحالة يخضع إلى النظام القانوني المتبع في هذه الدولة، وهو ما يعرف بنظام الطعن القضائي.

وعلى هذا الأساس، إذا كان حكم التحكيم الداخلي لا يمكن الطعن عليه إلا أمام القضاء، فإن حكم التحكيم الدولي فضلاً على إمكانية اختيار الطعن عليه أمام القضاء، يمكن للأطراف اختيار الطعن عليه أمام ذات هيئة التحكيم مصدرة الحكم، والتي اختارها الأطراف للفصل في نزاعهم بدلاً من القضاء، وفقاً لما يقرره نظام هذه الهيئة¹، وسوف نقتصر بالدراسة في هذا المقام، على نظام الطعن القضائي -دون التحكيمي- على حكم التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، وفقاً لما هو مقرر في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، مع الإشارة إلى بعض القوانين المقارنة كالقانون الفرنسي والقانون المصري عند الاقتضاء.

الملاحظ في هذا المجال، أن الدول رغم اختلافها في معاملة أحكام التحكيم الداخلية، من حيث تحديد طرق الطعن عليها على النحو الذي رأيناه، إلا أن ما يثير الانتباه أن هناك اتفاقاً ملحوظاً فيما بينها فيما يتعلق بمراجعة حكم التحكيم الدولي، حيث اختزلت غالبيتها سبل هذه المراجعة في طريق واحد هو طريق دعوى البطلان، على اختلاف يسير بينها، بين موسع لنطاق هذا البطلان ومضيق له على نحو ما سنرى، ولعلها بذلك تراعي مبدأ السرعة التي تقتضيها التجارة الدولية حفاظاً على استقرار الحقوق والمراكز القانونية².

أما عن الوضع في الجزائر، فإن المشرع كعادته يفرق بين أحكام التحكيم الدولي الصادرة داخل الجزائر عن أحكام التحكيم الدولي الصادرة خارجها، حيث نجدده يخص كل مجال بنظام قانوني خاص³ على ما سيأتي بيانه، على أنه يجب التمييز في هذا المقام بين الطعن الموجه ضد

¹ تعتمد غالبية مراكز التحكيم البحري المؤسسي أسلوباً واحداً في الطعن على أحكام التحكيم الصادرة عنها في الدرجة الأولى، يقضي باستئناف هذه الأحكام أمام نفس هذه المراكز، على أن الحكم التحكيمي الصادر عن هيئة تحكيم الدرجة الثانية يمكن أن يكون محل طعن لاحق أمام المحاكم الوطنية المختصة، لمزيد من التفصيل يرجع إلى، د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 620 وما يليها.

² د حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دراسة تحليلية وانتقائية لأحكام القانون المصري رقم 27 لسنة 1994، ولبعض القوانين الأجنبية والمعاهدات الدولية المنظمة للتحكيم وخاصة معاهدة نيويورك ومعاهدة واشنطن، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ص 92.

³ عمر زودة، إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، مقال منشور بمجلة المحكمة العليا، القسم الخاص بالوثائق (الطرق البديلة لحل المنازعات)، عدد خاص، لسنة 2009، اليومين الدراسيين 15 و16 جوان 2008، الجزء الأول، ص 22.

حكم التحكيم الدولي، عن ذلك الطعن الموجه ضد الأمر الصادر في شأن الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الدولي، وتوضيحاً لذلك، سوف نستهل هذا الموضوع ببيان مدى قابلية الأمر الصادر في طلب تنفيذ حكم التحكيم الدولي، في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع للطعن فيه (أولاً)، ثم نعرض للنظام القانوني لدعوى بطلان حكم التحكيم الدولي (ثانياً):

أولاً: مدى قابلية الأمر الصادر في طلب تنفيذ حكم التحكيم الدولي بشأن النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع للطعن فيه

رأينا أنه لا إشكال في حكم التحكيم الصادر في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع محل الدراسة، الذي صدر مستوفياً للشروط التي يتطلبها القانون، حيث يلتزم القاضي المختص بإصدار أمر بتنفيذه، وبديهي أن هذه النتيجة ليست في صالح المحكوم ضده، كما أن هذه النتيجة قد لا يحظى بها المحكوم له في جميع الأحوال، إذ قد يفاجأ برفض تنفيذ حكم التحكيم الذي صدر لصالحه، وهذا ما يستدعي التمييز بين إمكانية الطعن على الأمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي، والأمر القاضي برفض هذا التنفيذ:

أ- الطعن على الأمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي بشأن النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع:

تنص المادة 1058 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على أنه: "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه.

لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أي طعن، غير أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ، إذا لم يتم الفصل فيه".

البادي من هذا النص، أن المشرع الجزائري يضع حكم التحكيم الدولي محل التنفيذ الذي صدر في الجزائر في وضع خاص بخصوص مسألة الطعن، وهذا يعني أنه يختلف في ذلك عن حكم التحكيم الذي يصدر خارج الجزائر، فقواعد الطعن في كلا الحالتين كما هو ظاهر من النص تتحدد وفقاً لمعيار مكاني أو جغرافي، وتطبيقاً لذلك نميز بين فرضين:

الفرض الأول، إذا كان حكم التحكيم الدولي في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع محل التنفيذ قد صدر في الجزائر، فقد صرح المشرع بحظر أي طعن على الأمر الذي قضى بتنفيذ حكم التحكيم الدولي، غير أن المشرع لم يجعل الباب موصداً أمام المحكوم عليه في مواجهة

هذا الحكم، وإنما جعل من طريق دعوى البطلان حلاً يمكن على أساسه للمحكوم عليه مهاجمة حكم التحكيم، بما في ذلك الأمر القاضي بتنفيذه، وبذلك تكون دعوى البطلان قد شملت في نفس الوقت وبقوة القانون الطعن على أمر التنفيذ، ومن ثم وجب على المحكمة أن تتخلى عن نظرها في طلب التنفيذ إذا لم تكن قد فصلت فيه بعد، وإلا كان أمرها مجرداً من أي أثر.

الفرض الثاني، إذا كان حكم التحكيم الدولي في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع محل التنفيذ قد صدر خارج الجزائر، ففي هذا الفرض تطبق أحكام المادتين 1056 و1057، حيث يكون الأمر القاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ الصادر عن المحكمة الابتدائية، قابلاً للاستئناف أمام المجلس القضائي الذي تقع في دائرة اختصاصه المحكمة مصدرة الحكم، خلال أجل شهر واحد تسري من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة (المادة 1057)، وذلك متى توافرت إحدى الأسباب الموجبة للطعن بالاستئناف المنصوص عليها في المادة 1056 المشار إليها قبل قليل¹، مع الملاحظ أن هذه الأسباب المتعلقة بالاستئناف، هي ذات الأسباب التي تستوجب الطعن بالبطلان، وسوف يأتي تفصيلها في معرض الحديث عن دعوى بطلان حكم التحكيم.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن الطعن بالاستئناف المقرر ضمن المادة 1060، يعتبر ذو أثر موقوف للتنفيذ خلال هذه المدة حتى يتم الفصل في هذا الطعن، لذلك يتعين على الطرف الذي صدر أمر التنفيذ لصالحه أن يبادر بتبليغه إلى خصمه على وجه السرعة، ذلك أن مدة الشهر يبدأ سريانها من يوم هذا التبليغ، وبالتالي فإن كل تأخير في تبليغ حكم التحكيم يكون على حساب التعجيل بتنفيذه، لاسيما إذا أعقب هذا التأخير طعناً بالاستئناف يوقف التنفيذ إلى حين الفصل في هذا الطعن، فتضاف مدة التأخير إلى كل من المدة التي يتم خلالها الطعن والمدة التي يتم خلالها الفصل في هذا الطعن، فلو افترضنا أن حكم التحكيم لم يبلغ إلا بعد مضي شهرين، ولم يطعن عليه إلا بعد عشرين يوماً من تاريخ هذا التبليغ، ولم يفصل في هذا الطعن إلا بعد شهرين أخرى،

¹ وتمثل هذه الأسباب فيما يلي:

- 1- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية
- 2- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفاً للقانون
- 3- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها
- 4- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية
- 5- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب
- 6- إذا كان حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام الدولي.

كانت المدة إجمالاً هي أربعة أشهر وعشرين يوماً، وهذه المدة كما يظهر من هذا المثال تفوق المدة القانونية المقررة للتحكيم أصلاً وهي أربعة أشهر وفق المادة 1018، وهذا طبعاً يؤدي إلى تجريد نظام التحكيم من أهم خاصية فيه، وهي سرعة إنهاء النزاع حتى يتفرغ الأطراف لمصالحهم.

وغنى عن البيان، إذا لم يباشر المنفذ ضده الطعن بالاستئناف حتى انقضت المدة المقررة له، سقط حقه في مهاجمة أمر التنفيذ الصادر ضده، ومن ثم يصبح حكم التحكيم قابلاً للتنفيذ في مواجهته جبراً، فلا يبقى أمامه إلى طريق البطلان كما سيأتي.

ب- الطعن على الأمر القاضي برفض تنفيذ حكم التحكيم الدولي بشأن النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع:

نصت المادة 1055 من ق.إ.م.إ. الجزائري على أنه: "يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلاً للاستئناف"، وهذا النص يطبق على حكم التحكيم الدولي في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، سواء كان صادراً في الجزائر أو خارجها لورود النص بصيغة مطلقة، بخلاف ما هو مقرر كما رأينا بالنسبة للأمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي، الذي يتعين فيه التمييز بينما إذا كان الحكم قد صدر في الجزائر أو كان قد صدر خارجها وفق التفصيل السابق، فيكون المشرع قد اعتمد المعيار الجغرافي أو المكاني في الفرض المتضمن تنفيذ الحكم، دون الفرض المتضمن رفض التنفيذ.

وتتبع في استئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ نفس الإجراءات المتبعة في استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ، فتطبق بذلك نفس أحكام المادة 1057 المشار إليها آنفاً، حيث يكون الأمر القاضي برفض التنفيذ الصادر عن المحكمة الابتدائية، قابلاً للاستئناف أمام المجلس القضائي الذي تقع في دائرة اختصاصه المحكمة مصدرة الحكم، خلال أجل شهر واحد تسري من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة.

غير أننا نتساءل في هذا الخصوص، لماذا لم يبين المشرع الجزائري الأوجه التي يجب أن يبنى عليها الطعن باستئناف الأمر القاضي برفض التنفيذ، مثل ما بينها بالنسبة للأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ؟.

يبدو أن المادتين 1055 و1056 السابق ذكرهما سوف تضعان الباحث أمام احتمالين اثنين، وهما ذات الاحتمالين اللذين تنازعهما الفقه الفرنسي في تفسير نصي المادتين 1501 و1502 من قانون المرافعات الفرنسي، والمقابلتين للنصين الجزائريين:

الاحتمال الأول، وهو عدم وجود المانع من جواز استناد المجلس القضائي الذي يفصل في استئناف أمر الرفض، على الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 المذكورة هذا من جهة، ومن جهة ثانية، عدم وجود ما يقتضي التمييز بين حالة الأمر برفض تنفيذ حكم التحكيم وحالة الأمر بقبول تنفيذه، وذلك من حيث أوجه الطعن عليهما بالاستئناف¹.

الاحتمال الثاني، وهو أن يقف دور المجلس القضائي المرفوع أمامه الطعن بالاستئناف، على مجرد التثبت من وجود حكم التحكيم، وعدم مخالفته للنظام العام الدولي، دون التطرق إلى فحص مدى توافر الحالات المنصوص عليها ضمن المادة 1056 من ق.إ.م.إ. الجزائري، إذ لو أراد المشرع أن يجعل هذه الأسباب مشتركة بين حالي رفض تنفيذ حكم التحكيم من جهة والاعتراف وتنفيذ هذا الحكم من جهة أخرى، لنص على ذلك صراحة دون أن يعتمد على التخصيص السابق².

ويظهر هذا الاحتمال الأخير أكثر اتفاقاً مع نصوص قانون الإجراءات المدنية والإدارية المنظمة للتحكيم، فلو أمعنا النظر في التسلسل الذي اعتمده المشرع الجزائري، في ترتيب إجراءات التنفيذ وطرق الطعن عليها، نجد بداية قد تطرق إلى مسألة الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم والشروط المطلوبة في ذلك، حيث اشترط في المادة 1051 شرطان لأجل الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم، يتمثل الأول في إثبات الوجود المادي لهذا الحكم، والثاني يتمثل في عدم مخالفة الاعتراف به للنظام العام الدولي، ثم أعقب ذلك إمكانية استئناف الأمر القضائي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ في المادة 1055، فيقتضي المقام الربط بين نصي المادتين 1055 و1051، وذلك بتأسيس الطعن بالاستئناف المنصوص عليه في المادة 1055 على انتفاء الشرطين السابقين المنصوص عليهما ضمن المادة 1051.

أما في معرض تطرق المشرع لاستئناف الأمر القضائي بالاعتراف والتنفيذ ضمن المادة 1056، نجده يقيد هذا الطعن بتحقيق إحدى الحالات المنصوص عليها في هذه المادة، فيكون بذلك قد وسع من نطاق الطعن بالاستئناف في هذا المجال، وخصه بست حالات محددة على سبيل الحصر، بينما ضيق من نطاق الاستئناف في حالة رفض التنفيذ، واقتصر على حالتين فقط وهما، حالة انعدام وجود حكم التحكيم، وعدم مخالفة النظام العام الدولي طبقاً للمادة 1051.

¹ V. Dans ce sens, M. JACQUET, PH. DELEBECQUE, Droit de commerce international, EDITION Dalloz, 2000, N° 594, p. 391.

² Dans ce sens, Jean ROBERT, La réforme de l'arbitrage international en France, décret du 12/05/1981, Rev. Arb, 1981, p. 533 et s.

ومع ذلك نتساءل مرة أخرى، ألا يمكن للقاضي أن يرفض الاعتراف أو التنفيذ إذا ما تبين له وجود حالة من الحالات الأخرى المنصوص عليها في المادة 1056 ولا معقب عليه في ذلك، أم أنه يبقى مقيدا بالتحقق فقط من الحالتين المنصوص عليهما في المادة 1051 على النحو السابق، وإذا ما تجاوز هذا القيد يكون أمره عرضة للطعن بالاستئناف، أو بصيغة أخرى، ألا تعتبر الحالات الأخرى المنصوص عليها في المادة 1056 مبرراً كافياً، يمكن للقاضي استناداً عليها أن يصدر أمره برفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه، حتى يجنب أمره هذا مثالب الطعن بالاستئناف، كما لو كان رفض التنفيذ بسبب "فصل محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم، أو بناء على اتفاقية باطلة، أو انقضاء مدة الاتفاقية، أو بسبب كون تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفاً للقانون، أو لأن هيئة التحكيم قد فصلت في النزاع بما يخالف المهمة المسندة إليها، أو أنها لم تراعى في فصلها مبدأ الوجاهية، أو أنها لم تسبب حكمها أو تضمن حكمها تناقضاً في الأسباب"، أم أن أمره يكون عرضة للطعن لتجاوز الأسباب المنصوص عليها في المادة 1051؟.

فالقاضي المنوط به مهمة الاعتراف والتنفيذ، إما أن يأمر بالتنفيذ وإما أن يرفض التنفيذ، بناءً على توافر أو عدم توافر الشروط التي يتطلبها القانون في حكم التحكيم، فإذا كان الأمر كذلك، فلماذا هذا التمييز بين حالة الرفض وحالة قبول التنفيذ بشأن هذه الأسباب؟، ولماذا سلطة رئيس المحكمة في إصدار الأمر القاضي بالتنفيذ، تكون أوسع منها في حالة إصدار الأمر القاضي برفض الاعتراف والتنفيذ¹؟.

لهذه الأسباب كلها، يترجح لدينا صحة الاحتمال الأول، وهو الذي جنح إليه الرأي الغالب في الفقه الفرنسي²، في معرض تفسيره للمادتين 1501 و1502 من قانون المرافعات الفرنسي، المقابلتين للمادتين 1055 و1056 من ق.إ.م.إ. الجزائري، وهو عدم وجود ما يمنع من استناد المجلس القضائي الذي يفصل في استئناف أمر الرفض، على الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 المقابلة لنص المادة 1502 الفرنسي، ولعدم وجود ما يقتضي التمييز بين حالة الأمر برفض تنفيذ حكم التحكيم وحالة الأمر بتنفيذه، وذلك من حيث أسباب الطعن عليهما بالاستئناف.

¹ وإن كان جانب من الفقه في الجزائر يرى عدم التوسع في نطاق أسباب الاستئناف المنصوص عليه ضمن المادة 1055، لذلك فإن هذا النوع من الاستئناف قد يواجه فرضية احتمال عدم نجاحه دائماً، ويمكن تفسير ذلك بالنظر إلى طبيعة السلطة المخولة لرئيس المحكمة، والتي تجعله يقف عند حد الرقابة الشكلية فقط لحكم التحكيم، وذلك بالثبوت من حالتين فقط، وهما وجود حكم التحكيم، وعدم مخالفته للنظام العام، أنظر في هذا الشأن:

TERKI NOUREDDINE, L'arbitrage commercial international en Algérie, Op. Cit, P. 166.

² M. JACQUET, PH. DELEBECQUE, Droit de commerce international, Op. Cit, p. 391.

ج- الطعن بالنقض في القرار الصادر بشأن تنفيذ أو رفض تنفيذ حكم التحكيم الدولي بشأن النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع:

تنص المادة 1061 من ق.إ.م.إ. الجزائري على أنه: "تكون القرارات الصادرة تطبيقاً للمواد 1055 و1056 و1058 أعلاه قابلة للطعن بالنقض"، وهذه القرارات هي على التوالي: القرار القاضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر، والقرار القاضي برفض تنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر أيضاً، والقرار القاضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر داخل الجزائر.

فإذا ما أصدر المجلس القضائي المشار إليه بالمادة 1057 من القانون المذكور قراره على النحو المتقدم، سواء بتأييد أو عدم تأييد القرار الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية، والمتضمن تنفيذ أو رفض تنفيذ حكم التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، فإن هذا القرار الصادر عن المجلس يكون قابلاً للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا، وإن كان المشرع لم يحل صراحة في ذلك على القواعد العامة المتبعة في الطعن بالنقض، بخلاف ما فعله بالنسبة للقرارات الفاصلة في استئناف أحكام التحكيم طبقاً للمادة 1034 ق.إ.م.إ.، إلا أنه في ظل غياب نص خاص ينظم هذه المسألة، فإنه يتعين الرجوع إلى الأحكام العامة، فتطبق أحكام المادة 560 من ق.إ.م.إ.، حيث يتم رفع الطعن بالنقض بموجب تصريح أو عريضة إما أمام أمانة ضبط المحكمة العليا نفسها، أو أمام أمانة ضبط المجلس القضائي المشار إليه في المادة 1057.

غير أن تطبيق الأحكام العامة المتعلقة بالنقض المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹، على القرارات الصادرة بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الدولي فضلاً عن الداخلي، يتعارض كما سبق وأن أشرنا² مع نظام التحكيم وما يقتضيه من ضرورة البت السريع في الإجراءات، وهذا لا يتأتى إلا وفقاً لآجال قصيرة المدى، فيكون من الجدير مرة أخرى التوصية في هذا الخصوص بتنظيم آجال قصيرة تتماشى وطبيعة التحكيم.

¹ حيث نصت المادة 354 من القانون المذكور أن الطعن بالنقض يجب أن يرفع في أجل شهرين من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا كان التبليغ شخصياً، مع إمكانية تمديده إلى ثلاثة أشهر إذا تم التبليغ في الموطن الحقيقي أو المختار، وحسب المادة 563 من نفس القانون، فإنه يجب على الطاعن تبليغ العريضة أو التصريح بالطعن بالنقض خلال شهر واحد من تاريخ هذا التصريح، كما يلزمه إيداع العريضة في غضون شهرين ابتداءً من تاريخ التصريح بالطعن.

² أنظر العنصر الرابع من الفرع السابق، المتعلق بالطعن بالنقض في القرار الصادر في استئناف حكم التحكيم الداخلي.

يبقى أن نشير في ختام هذه المسألة، إلا أنه وبخلاف الطعن بالاستئناف، ليس للطعن بالنقض أثراً موقفاً للتنفيذ، وهذا إعمالاً لنص المادة 361 من ق.إ.م.إ. الجزائري التي جاء فيها: "لا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم أو القرار، ما عدا في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم، وفي دعوى التزوير"، غير أن الملاحظ أن هذا النص العام يتعارض في جزء منه مع ما نصت عليه المادة 2/1006 من نفس القانون من أنه: "لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم"، لكن بما أن النص الخاص إذا وجد يقيد النص العام، فإن ذلك يقتضي القول بعدم وقف التنفيذ بسبب الطعن بالنقض في جميع الأحوال، باستثناء حالة التزوير فقط، ويخرج من ذلك المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم، لعدم جواز التحكيم فيها أصلاً.

ثانياً: دعوى بطلان حكم التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع

يمكن تعريف دعوى بطلان حكم التحكيم أنها "دعوى مبتدأة، على أساسها يتم مهاجمة هذا الحكم لأسباب محددة، بهدف الحصول على حكم تقريري إيجابي أو سلبى يبطلان أو عدم بطلان الحكم"¹، وانطلاقاً من هذا التعريف تلوح بضعت تساؤلات، أبرزها، هل يعتبر هذا البطلان طريقاً للطعن على حكم التحكيم، في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، وبالتالي يعد هذا الطريق استثناءً على مبدأ "لا دعاوى بطلان ضد الأحكام"؟.

هذا وقد رأينا فيما سبق، أن حكم التحكيم محل البطلان الذي يكون منهيماً للخصومة كلها، ليس هو الحكم الوحيد الذي يمكن أن يصدر في خصومة التحكيم، بل قبل صدور هذا الحكم هناك العديد من الأحكام الفرعية التي قد تصدر أثناء سير الإجراءات وقبل الفصل في النزاع كلية²، فيثور التساؤل حول قابلية هذه الأحكام للطعن عليها، وإذا كان يجوز الطعن عليها، فهل يكون لهذا الطعن أثر واقف للإجراءات الخاصة بموضوع النزاع؟، وأخيراً ما هي الإجراءات المتبعة في رفع دعوى بطلان حكم التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، وما

¹ د علي أبو عطية هيكال، بطلان حكم التحكيم، لاستبعاد القانون الموضوعي المتفق على تطبيقه، المرجع السابق، ص 110.

² من هذه الأحكام، الحكم بإحالة بعض المسائل الفنية إلى الخبير، أو الحكم بوقف الخصومة أو انقطاعها، أو الحكم في المسائل الوقتية أو التحفظية، أو الحكم في بعض الطلبات مع إرجاء الفصل في باقي الطلبات.

هي حالات أو أسباب رفع هذه الدعوى، مجمل هذه التساؤلات سوف نحاول الإجابة عليها تباعاً في العناصر التالية:

أ- الطبيعة القانونية لدعوى البطلان وتمييزها عن طرق الطعن الأخرى:

لا تعدو خصومة الطعن بشكل عام مرحلة من مراحل الخصومة القضائية، يترتب على بقائها بقاء الحق في المطالبة القضائية قائماً ومنتجاً لآثاره، ويظل أي حكم يصدر في هذا الطعن قائماً إلى أن يحكم ببطلانه، فتكون الغلبة للحكم الأخير، فهو وحده الذي يعول عليه¹، لكن متى استنفذ الخصوم طريق الطعن، أو كان الحكم ذاته غير قابل للطعن عليه، ترتب على ذلك زوال خصومة الطعن وحدها دون المساس بالخصومة القضائية السابقة عليها، وبالتالي لا يمكن الرجوع على الحكم بدعوى البطلان، إعمالاً لمبدأ "لا دعاوى بطلان ضد الأحكام"، إذ من شأن هذه الدعوى مخالفة التنظيم القانوني لطرق الطعن، بما قد يؤدي إلى إهدار حجية الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي فيه².

فإذا أعملنا هذه القاعدة، لزم المحكمة إذا ما رفع أمامها دعوى بطلان حكم التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، أن تقضي ولو من تلقاء نفسها بعدم قبول هذه الدعوى، لاستنفاد طرق الطعن فيها أو لعدم قابلية الحكم للطعن عليه أصلاً، غير أن إعمال هذه القاعدة كما هو ملاحظ في مجال التحكيم التجاري الدولي، لم يعد على إطلاقه عند غالبية التشريعات التي تجيز هذا النوع من الطعن المذكور، ومنها القانون الجزائري، حيث قررت -استثناءً على القاعدة المذكورة- إمكانية الرجوع على حكم التحكيم الدولي الصادر داخل إقليم الدولة التي يجري عليها التحكيم بالبطلان في حالات محددة، لكن على اعتبار أن طرق الطعن على هذا الحكم قد تم استنفادها كلها على النحو المتقدم، فإن السؤال الذي يثور هنا، هل يعد هذا البطلان طريقاً من طرق الطعن على حكم التحكيم، رغم هذا الاستنفاد، أم أن لهذا النوع من الطعن طبيعة خاصة تميزه عن باقي طرق الطعن الأخرى؟.

¹ د أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية بمقتضى قانون المرافعات الجديد رقم 13 لسنة 1968 وقانون الإثبات رقم 25 لسنة 1968، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة 15، 1990، ص 698-699.

² د خالد أحمد حسن، بطلان حكم التحكيم، المرجع السابق، ص 533.

يرى اتجاه في الفقه¹، إلى أن الطعن بالبطلان يعتبر في أحد معانيه ضرباً من ضروب الطعن غير العادي، أو يشبه الطعن بالنقض في الأحكام القضائية من حيث التحديد الحصري لأوجه الطعن²، وفي ذات الاتجاه يبرر البعض³ هذه الوجهة بحجتين، تتمثل الأولى في أنه لا يجوز اللجوء إلى طريق الطعن بالبطلان على حكم التحكيم إلا إذا كان طريق الطعن بالاستئناف موصداً أمام الخصوم، سواء لتنازلهم عن الاستئناف أو لتفويتهم ذلك عمداً كان أم سهواً، أما الحجّة الثانية فتتمثل في أن أسباب الطعن بالبطلان تعد واردة على سبيل الحصر، فلا يجوز تأسيس الطعن ببطلان حكم التحكيم على سبب خارج عن هذه الأسباب.

وفي تقديرنا أن القول بأن دعوى البطلان هي ضرب من ضروب الطعن غير العادي، لا يتفق مع النظام القانوني الذي رسمه القانون لطرق الطعن، ذلك أن هذه الطرق سواء كانت عادية أم غير عادية، نظمتها التشريعات على سبيل الحصر، فلا يجوز وصف دعوى البطلان على أحكام التحكيم بوصف لم يتناوله القانون بنص صريح، لهذا كانت القاعدة تقضي بعدم قبول الطعون المرفوعة بطريق غير الذي يقرره القانون، لتعلق هذه المسألة بالنظام العام⁴.

فعلى الرغم من أن حكم التحكيم يعتبر عملاً قضائياً، مما يستتبع عدم جواز المساس به إلا بواسطة طرق الطعن التي يحددها القانون بالنسبة له، إلا أن تأثير الطبيعة الاتفاقية للتحكيم قد أدى إلى فتح سبيل دعوى البطلان ضد حكم التحكيم⁵، وعلى هذا، فإن الرأي الأقرب إلى الصحة والذي يتفق مع طبيعة هذا البطلان، هو الذي يرى أن هذه الدعوى ليست طريقاً من طرق الطعن على أحكام التحكيم، وإنما تعتبر نظاماً خاصاً لمراجعة هذه الأحكام، فلا يجوز تفسير أسبابها تفسيراً ضيقاً، أو تخصيصها بغير نص⁶، وترتيباً على ذلك لا يجوز للجهة القضائية

¹ د نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، المرجع السابق، ص 393-394.

² وهو ما يمكن ملاحظته من خلال المقارنة بين نص المادة 358 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المتعلقة بأوجه الطعن بالنقض على أحكام القضاء، والمادة 1058 من نفس القانون المتعلقة بأوجه الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم.

³ د أحمد خليل، الطعن في القرار التحكيمي طبقاً لقواعد التحكيم الداخلي في القانون اللبناني، مجلة الدراسات القانونية، جامعة بيروت، العدد الرابع، يناير 2000، ص 102 و114، مشار إليه عند، د خالد أحمد حسن، بطلان حكم التحكيم، المرجع السابق، ص 534.

⁴ د فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 667.

⁵ د فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 542-543.

⁶ د السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص 354 وما بعدها.

المختصة، المرفوع أمامها دعوى البطلان أن تقضي بعدم قبول الدعوى، استثناءً على قاعدة "لا دعاوى بطلان ضد الأحكام".

على أن هذه الطبيعة الخاصة لدعوى البطلان وفقاً لما تقدم، إذا كانت أسلوباً جامعاً كما يصفها البعض¹، باعتبارها السبيل الوحيد لمراجعة حكم التحكيم سواء كان داخلياً أم دولياً، وذلك بالنسبة للتشريعات التي لا تجيز الطعن على أحكام التحكيم بأي طريق من طرق الطعن، مثل قانون التحكيم المصري على النحو الذي رأينا، فبديهي أن هذه الطبيعة الخاصة لدعوى البطلان، لا يمكن الحديث عنها إلا في مجال الطعن على أحكام التحكيم الدولي الصادرة داخل الدولة التي يجري عليها التحكيم، بالنسبة للقوانين التي تفرق بين حكم التحكيم الداخلي وحكم التحكيم الدولي، كالقانون الجزائري والقانون الفرنسي مثلاً²، وذلك من جهتين، الأولى، من حيث عدم النص على دعوى البطلان أصلاً على أحكام التحكيم الداخلي بالنسبة للقانون الجزائري -بخلاف القانون الفرنسي-، والثانية، لإخضاع أحكام التحكيم الداخلي لنظام طعن شبيه بنظام الطعن على الأحكام القضائية كما رأينا، وذلك بالاستئناف (كطريق عادي)، وباعتراض الغير الخارج عن الخصومة (كطريق غير عادي).

ب- نطاق دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع:

نظراً للقصور الذي شاب قانون الإجراءات المدنية القديم الصادر بالأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 جوان 1966، استحدثت المشرع الجزائري نظاماً جديداً مسائراً في ذلك أحدثت التشريعات في مجال مراجعة أحكام التحكيم الدولية، وذلك بموجب المرسوم التشريعي 09-93 الصادر في 25 أبريل 1993 المعدل والمتمم للقانون القديم، وقد اعتبره البعض³ الأكثر تحملاً مقارنة مع التشريع الفرنسي والسويسري، حيث استبعد فيه المشرع الجزائري كافة طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات، من معارضة واستئناف واعتراض والتماس إعادة النظر ونقض، واختزلها في نظام واحد جامع هو دعوى البطلان، فنص في المادة 458 مكرر 25 على أنه: "يمكن أن تكون

¹ د السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص 354 وما بعدها.

² حيث تنص المادة 1058 من ق.إ.م.إ. الجزائري - تقابلها المادة 1484 ق.إ.م. فرنسي - على أنه: "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه".

³ د خليل بوصنوبرة، القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه وفقاً للقانون الجزائري، رسالة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، السنة الجامعية 2007/2008، ص 177.

القرارات التحكيمية الصادرة بالجزائر في مجال التحكيم الدولي، موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 458 مكرر 23 أعلاه".

واستمر العمل وفق هذا النظام حتى في ظل القانون الجديد رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث نصت المادة 1058 منه على أنه: "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه"، فيكون المشرع بذلك قد حصن أحكام التحكيم الدولي من كافة طرق الطعن المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وحصر مجال الرقابة القضائية على هذه الأحكام في نطاق واحد، هو نظر دعوى بطلان هذه الأحكام، وذلك وفق نظام قانوني خاص، فما هي آليات هذا النظام؟:

يستند الفقه في تحديده لنطاق بطلان حكم التحكيم الدولي إلى معيارين، الأول يتعلق بنوع أو طبيعة حكم التحكيم الصادر، والثاني يتعلق بالاختصاص المكاني في نظر هذا الحكم: **فبالنسبة للمعيار الأول**، فقد سبق القول أن حكم التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، ليس هو الحكم الوحيد الذي يمكن أن يصدر في هذا النزاع، إذ يمكن أن يسبق صدور هذا الحكم أحكام أخرى فرعية أثناء سير الإجراءات وقبل الفصل في النزاع كلية، من هذه الأحكام، الحكم بإحالة بعض المسائل الفنية إلى الخبير، أو الحكم بوقف الخصومة أو انقطاعها، أو الحكم في المسائل الوقتية أو التحفظية، أو الحكم في بعض الطلبات مع إرجاء الفصل في باقي الطلبات، فيثور التساؤل حول قابلية هذه الأحكام للطعن عليها، أم أنه يلزم انتظار الحكم المنهي للخصومة كلها، وإذا كان يجوز الطعن عليها، فهل يكون لهذا الطعن أثر واقف للإجراءات الخاصة بموضوع النزاع؟.

لم تتضمن التشريعات ولا حتى أنظمة التحكيم المختلفة نصاً يمكن الاعتماد عليه في الإجابة عن هذا التساؤل، لذلك اختلف الفقه في تحديد مدى قابلية أحكام التحكيم الفرعية السابقة عن صدور حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها، للطعن عليها بالبطلان استقلالاً عن هذا الحكم الأخير، فقد اتجه جانب من الفقه الفرنسي، إلى أنه يمكن الطعن بالبطلان الفوري على كل حكم تحكيم يصدر أثناء سير الخصومة، مادام حكماً قطعياً، سواء صدر في مسألة إجرائية أو في مسألة

موضوعية¹، بينما يرى اتجاه آخر إلى أن العمدة في هذه المسألة هي إرادة الأطراف، طالما أن المشرع قد سكت عن ذلك، فيمكن للأطراف الاتفاق على عدم قابلية حكم التحكيم الصادر أثناء سير الخصومة التحكيمية إلى الطعن الفوري عليه بالبطلان، أو الاتفاق على قابلية بعض الأحكام فقط للطعن دون غيرها².

والذي نميل إليه في هذا الخصوص، هو ما ذهب إليه جانب معتبر في الفقه³، من أن هذه المسألة تتحدد وفق قاعدة عامة واستثناء:

فالقاعدة التي يجب الأخذ بها بالنسبة لأحكام المحكمين، هي عدم جواز رفع دعوى بطلان حكم تحكيم صدر أثناء سير الخصومة استقلالاً، إلا بعد انتهاء خصوم التحكيم، أي بالطعن عليه مع الحكم المنهي للخصومة كلها، وذلك لعدة اعتبارات منها:

- أن خصومة التحكيم تخضع لإجراءات وقواعد تختلف عن تلك التي تحكم الخصومة القضائية أمام المحاكم، فالأولى تنظمها القواعد الخاصة بالتحكيم، وهي كما رأينا تعطي سلطات واسعة للأطراف في اختيار الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم، كما يخول لهذه الهيئة اختيار الإجراءات إذا لم يتفق عليها الأطراف، أما الخصومة القضائية فهي تخضع لقانون الإجراءات المدنية، وهي لا تخول الأطراف ولا القاضي تلك السلطات المعروفة في ظل نظام التحكيم، وتفريعاً على ذلك، فإنه لما كانت دعوى البطلان ترفع أمام محاكم الدولة، فإنها تخرج عن نطاق إرادة الأطراف وعن سلطة المحكمين، باعتبارها أصبحت جزءاً من الإجراءات والقواعد التي تحكم الخصومة أمام المحاكم.

- أن من أهم الأهداف المبتغاة من اللجوء إلى التحكيم، هو ما يوفره هذا الأخير من سرعة الفصل في المنازعات، وتحقيقاً لهذا الهدف، تحرص التشريعات على عدم تقطيع أواصل القضية التحكيمية، وتوزيعها بين هيئة التحكيم والمحكمة التي تنظر دعوى البطلان، وهو ما يمكن أن يحدث إذا ما أجاز رفع دعوى البطلان بصفة فورية، على حكم فرعي يصدر أثناء سير الخصومة وقبل انتهائها، ولا شك أن هذا قد يترتب عليه عدة إشكالات تتعلق بملف القضية التحكيمية،

¹ د محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 489 وما بعدها، د حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 190 وما بعدها.

² وقد انتقد هذا الرأي على أساس أن قابلية حكم التحكيم لرفع دعوى بطلانه من عدمها، هي مسألة يستقل المشرع بتنظيمها، ولا دخل لإرادة الأطراف في تحديدها، لمزيد من التفصيل يرجع إلى، د فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 556-557.

³ أنظر، المرجع نفسه، ص 557 وما بعدها، د السيد صاوي، الوجيز في التحكيم، المرجع السابق، ص 392-393.

وهل يمكن ضمه إلى المحكمة المختصة بدعوى البطلان، وما إذا كان لهذا الطعن أثر موقف بالنسبة للدعوى التحكيمية أمام هيئة التحكيم، وإمكانية إبطال حكم التحكيم إذا ما استمرت هيئة التحكيم في نظرها للنزاع، وغير ذلك من الإشكالات التي يمكن تجنبها بمنع الطعن بالبطلان على غير الحكم المنهي للخصومة التحكيمية برمتها.

- أخيراً قد يبادر أحد الخصوم إلى رفع دعوى بطلان على حكم صادر في مسألة فرعية، وقبل صدور الحكم المنهي للخصومة كلها، في حين كان هذا الحكم الأخير سيصدر لصالحه، مما يغنيه عن رفع تلك الدعوى أصلاً لو كان قد انتظر صدور الحكم المنهي للخصومة، فتنتفي المصلحة في تلك الدعاوى المتضمنة بطلان الأحكام الفرعية، فلا حاجة لإرهاق المحاكم في نظرها من جهة، وإطالة أمد النزاع مما يتنافى مع سرعة التحكيم من جهة أخرى.

أما الاستثناء على هذا الأصل المتقدم، وحسب ذات الاتجاه السابق، يتمثل في جواز الطعن فوراً على الأحكام الصادرة بإجراء وقتي، وفي الأحكام الصادرة في الاختصاص، دون انتظار صدور حكم التحكيم المنهي للخصومة، فبالنسبة للنوع الأول من الأحكام، فقد تأمر هيئة التحكيم مثلاً بإيداع البضائع المنقولة محل النزاع في مستودع خاص تجنباً لتلفها، وذلك في حالة رفض المرسل إليه استلامها، أو أن تأمر ببيعها خشية فوات فرص البيع أو انتهاء صلاحية البضائع، فهذا الحكم على الرغم من عدم اعتباره حكماً قطعياً، وهو ما يدعو إلى القول -وفق الاتجاه الفرنسي السابق- بعدم جواز رفع دعوى بطلان فوري عليه، إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة كلها، ومع ذلك يمكن أن يكون هذا الحكم محل دعوى بطلان فوري دون انتظار صدور الحكم المنهي للخصومة كلها، وعلّة ذلك أن هذا الحكم لا أثر له على الفصل في الدعوى الموضوعية، ومن جهة أخرى، فإن تأجيل رفع الدعوى ببطلان هذا الحكم إلى حين صدور الحكم المنهي للخصومة كلها، بإمكانه أن يضر المحكوم عليه ضرراً جسيماً، إذ يجري تنفيذ الحكم ضده بعد الحصول على أمر بتنفيذه، الأمر الذي لا يتمكن معه من التمسك ببطلان الحكم في وقت مناسب¹.

أما بخصوص ما إذا كان لدعوى بطلان حكم التحكيم الوقتي أثر واقف لخصومة التحكيم، إلى حين الفصل في هذه الدعوى، فيذهب ذات الفقه، إلى أنه لما كان حكم التحكيم الوقتي لا يؤثر كما سبق في أي حكم يصدر بعد ذلك في موضوع النزاع، فإن إبطاله لا يؤدي إلى إبطال

¹ د فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 562-563.

الحكم الصادر في الموضوع، فلا مبرر إذن لوقف خصومة التحكيم إلى حين الفصل في دعوى البطلان¹.

أما بالنسبة للأحكام الصادرة في الاختصاص، فإن هيئة التحكيم عندما تقضي باختصاصها، فإنه من المصلحة ترك الحرية للأطراف للطعن على هذا الحكم، نظراً لأن هيئة التحكيم قد تكون غير مختصة من الناحية القانونية، وبصفة خاصة إذا كان موضوع النزاع غير قابل للتحكيم، فإذا استمرت في نظر النزاع رغم ذلك، وأصدرت حكماً ثم طعن عليه بالبطلان، وتم إبطاله لعدم الاختصاص، نكون بذلك قد أهدرنا على الطرف صاحب المصلحة الكثير من الجهد والوقت والنفقات، لاسيما وأن الطعن بالبطلان في الحكم الصادر في مسألة الاختصاص لا يوقف سير التحكيم إلا إذا أمرت المحكمة المختصة بوقفه².

أما بالنسبة للمعيار الثاني، في تحديد نطاق بطلان حكم التحكيم الدولي، فهو يتعلق بالاختصاص المكاني في نظر هذا الحكم، وقد اختلفت الأنظمة القانونية المعاصرة بشأن تحديد هذا النطاق على اتجاهين، الأول موسع والثاني مُضَيِّق³:

فوفقاً للاتجاه الموسع، فإن أي حكم تحكيمي دولي يخضع للبطلان، وذلك بصرف النظر عن مكان صدوره، سواء كان صادراً في إقليم الدولة المرفوع أمام قضائها دعوى البطلان، أو كان قد صدر خارج إقليم هذه الدولة وفقاً لما يقتضيه قانونها⁴.

وقد تعرض هذا الاتجاه للنقد لما قد يؤدي إليه من ازدواجية في الطعن⁵، فقد يصدر حكم التحكيم في الجزائر مثلاً، وهي دولة تسير مع الاتجاه المضيق كما سوف نرى، في حين يكون القانون المتفق على تطبيقه على التحكيم، هو قانون دولة أخرى تعتمد المعيار الموسع لنطاق

¹ د فتحي والي، المرجع السابق، ص 563.

² أنظر في هذا الخصوص، د أكنم أمين الخولي، الاتجاهات العامة في قانون التحكيم المصري الجديد، بحث مشار إليه سابقاً، ص 11، د خالد أحمد حسن، بطلان حكم التحكيم، المرجع السابق، ص 542.

³ حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 325 وما بعدها.

⁴ من القوانين التي تأخذ بهذا الاتجاه الموسع، قانون التحكيم المصري 1994، وقانون التحكيم التونسي 1993، وقانون التحكيم اليمني 1992، وقانون التحكيم السوداني، كما نصت عليه بعض الاتفاقيات مثل، اتفاقية نيويورك 1958، والاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي 1961، وقانون التحكيم النموذجي 1985.

⁵ د إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 229.

البطلان، وهو ما يوقع أصحاب هذا الاتجاه الموسع في مثالب تنازع الاختصاص بين محاكم الدول¹.

أما الاتجاه المضيق من نطاق اختصاص القضاء الوطني بالبطلان، فهو يجعله قاصراً على نظر الدعاوى المقامة ضد أحكام التحكيم الصادرة داخل إقليم الدولة المرفوع أمام محاكمها دعاوى البطلان، ويعتبر القانون الجزائري على غرار القانون الفرنسي من الأنظمة القانونية التي تندرج ضمن هذا الاتجاه، إذ تنص المادة 1058 من ق.إ.م.إ.ج المطابقة لنص المادة 1504 من ق.م.ف على أنه: "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه".

ويرى اتجاه في الفقه الفرنسي² مؤيداً ببعض أحكام القضاء³، أن هذا الحل الذي أتى به المشرع الفرنسي، وتبعه في ذلك المشرع الجزائري، يعتبر حلاً جديراً بالتأييد لتحقيقه مجموعة من المزايا، فمن ناحية هو يساعد على توزيع الاختصاص بين مختلف الدول المعنية بالحكم التحكيمي، وهو مبدأ يتماشى مع العديد من قوانين هذه الدول، وحتى المعاهدات الدولية المنظمة لمسألة الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم، وإعمالاً لذلك تحتص دولة مقر التحكيم وحدها بنظر دعاوى البطلان المرفوعة ضد أحكام التحكيم الدولي، أما باقي الدول الأخرى المطلوب لديها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام، فلا تملك إلاّ قبول أو رفض هذا الاعتراف والتنفيذ، ومن ناحية أخرى، أن تكريس معيار قانون دولة مقر التحكيم، كمعيار تأخذ به غالبية القوانين المقارنة والمعاهدات الدولية المنظمة للتحكيم، من شأنه أن يجنب الدول مثالب الوقوع في التنازع في الاختصاص بين القضاء الوطني والقضاء الأجنبي، لاسيما وأن الأطراف المتنازعة لا تفصح عادة عن تحديد القانون الواجب التطبيق فيما يتعلق بنطاق الرقابة القضائية على أحكام التحكيم.

¹ ومن ثم يرى البعض أن حل مشكلة هذه الازدواجية وما يترتب عنها من تنازع الاختصاص، يكمن في تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص، ومن ثم فإن صدور حكم بالبطلان أو برفض البطلان من أحد المحكمتين المرفوع أمامهما دعوى البطلان، يلزم المحكمة الأخرى بالتخلي عن نظر هذا البطلان. ينظر في ذلك، د طرح البحور علي حسن، الاختصاص القضائي بحكم التحكيم الدولي، المرجع السابق، ص 118.

² E. Gaillard, Arbitrage Commercial International, Control étatique de la sentence, Jurisclasseur procédure civile, Fascicule, 586-10, n° 29, 1992.

³ Cour d'appel de Paris, 9 décembre 1980, Aksa, c. Norsolor, note F. Cl. Jeantet, Rev. Crit Dip, 1981, p. 545, note E. Mezger.

Cour d'appel de Paris, 28 février 1986, Rev. Arb, 1986, p. 583 et s, note G. Flécheux.

ج- حالات بطلان حكم التحكيم الدولي في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع:

يمكن القول بأن أوجه أو حالات البطلان التي يقرها القانون لرقابة مشروعية حكم المحكمين، أنها تترجم بشكل سلبي اعتراف النظام القانوني بالتحكيم كسلطة موازية لقضاء الدولة، وقد تباينت التشريعات بين مضيق وموسع لحالات بطلان أحكام التحكيم، فمنها مثلاً من لا يقيد الطعن بالبطلان بأسباب محددة مثل القانون الإنجليزي، فهو بذلك يمنح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تقدير قيام أو عدم قيام البطلان¹، أما في القانون الجزائري وعلى غرار القانون الفرنسي والمصري، فقد وردت أسباب الطعن على سبيل الحصر، حيث تنص المادة 1058 من ق.إ.م.إ. الجزائري² على أنه: "يمكن أن يكون حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه"، وهذه الحالات هي ذاتها الحالات الموجبة للطعن بالاستئناف على الأمر القاضي بالاعتراف أو بتنفيذ حكم التحكيم الدولي، وهي تتمثل فيما يلي:

- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على اتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.
- إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفاً للقانون.
- إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.
- إذا لم يراع مبدأ الوجاهية.
- إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب.
- إذا كان حكم التحكيم مخالفاً للنظام العام الدولي.

واستناداً إلى هذا النص، يمكن تقسيم أسباب رفع دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي، بشأن النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع محل البحث إلى ثلاث فئات أساسية، فمن هذه الأسباب ما يرجع إلى الأساس الاتفاقي لحكم التحكيم، ومنها ما يرجع إلى الطبيعة القضائية لهذا الحكم، ومنها ما يرجع إلى حكم التحكيم ذاته، وسوف نعرض فيما يلي لبيان هذه الحالات

¹ د نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، المرجع السابق، ص 393-394.

² يقابلها نص المادة 1502 من ق.إ.م. الفرنسي، والمادة 1/53 من ق.ت. المصري.

بحسب الفئات المشار إليها، على نحو ما ورد في نص المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري:

1- الفئة الأولى، أسباب تتعلق باتفاق التحكيم:

لأن أساس حكم التحكيم هو اتفاق الطرفين، فيجب لكي يصح حكم التحكيم، أن يكون هذا الاتفاق صحيحاً وقائماً عند صدور الحكم، وأن يلتزم المحكمون بمحدود هذا الاتفاق باعتباره مصدر سلطتهم، وأن يصدروا حكمهم في الميعاد المحدد¹، وعلى هذا تشمل هذه الفئة حالات ثلاث، هي فصل هيئة التحكيم بدون اتفاق تحكيم، أو بناء على اتفاق تحكيم باطل، أو سقوطه بمضي المدة المقررة له:

الحالة الأولى، فصل هيئة التحكيم بدون اتفاق تحكيم:

هذه الحالة نادرة الحدوث عملياً، إذ يبيُّدُ أن يصدر حكم تحكيم دون أن يوجد اتفاق بين الأطراف على التحكيم، وإنما يمكن تصوره في حالة تمسك المحكم بوجود خطابات متبادلة، كخطاب نوايا أو أوراق باعتبارها تتضمن اتفاقاً على التحكيم، في حين يدفع المحكم ضده بانعدام وجود اتفاق على التحكيم، على أساس أن هذه الخطابات تتعلق بمرحلة مفاوضات لم تصل بعد إلى اتفاق ملزم يتضمن طرح النزاع على التحكيم، كما تظهر أيضاً في حالة وجود اتفاق على التحكيم في عقد ضمن عقود متتابعة، ونشأ خلاف حول ما إذا كان هذا الاتفاق يسري على باقي العقود التي لم تتضمن هذا الاتفاق، أو في حالة تمسك الغير الذي لم يكن طرفاً موقعاً على اتفاق التحكيم بعدم امتداد هذا الاتفاق بالنسبة له².

وعموماً يمكن استخلاص عدم وجود اتفاق التحكيم من انعدام الرضا على اللجوء إلى التحكيم، من جانب الطرف الذي رفع دعوى البطلان، على أنه يجب إثارة الدفع بعدم وجود اتفاق التحكيم قبل صدور حكم التحكيم، لأن حضور الأطراف أمام هيئة التحكيم، والسير في إجراءات الخصومة وانتظارهم لحين صدور حكم التحكيم دون أي تحفظ، دليل على وجود تراض ضمني على التحكيم³، وهذا يعني أن هذا العيب المتمثل في عدم وجود اتفاق تحكيم، يزول إذا

¹ د فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 573.

² المرجع نفسه، ص 574، د حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص 127.

³ أمال يدّر، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 131-132.

حضر الطرفان أمام هيئة التحكيم دون تحفظ، وهو يعني أيضاً أن عدم وجود اتفاق التحكيم لا يصلح سبباً للبطلان، إلا إذا كان أحد الطرفين لم يحظر أمام الهيئة -رغم إعلانه وتبليغه-، أو حضر مع التحفظ، كل ذلك مع ضرورة إثبات هذا الحضور ومباشرة الإجراءات أمام الهيئة في محضر الجلسة أو في مذكرات متبادلة، إذ أن اتفاق التحكيم ولو كان ضمناً يجب أن يكون كتابة¹.

الحالة الثانية، فصل هيئة التحكيم في النزاع بناء على اتفاق تحكيم باطل:

يرجع في بطلان اتفاق التحكيم بشأن النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، للقواعد العامة في بطلان العقود، إلى جانب القواعد الخاصة في التحكيم، فمن هذه القواعد الخاصة، بطلان اتفاق التحكيم إذا كان أحد طرفيه لا يملك حق التصرف في حقوقه²، إعمالاً لنص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، كما لو كان سبب البطلان راجع إلى نقص أهلية الشخص الطبيعي، أو بسبب إبرام اتفاق التحكيم من شخص غير مفوض بالنسبة للشخص المعنوي، أو كان سبب البطلان راجع لسقوط اتفاق التحكيم بعد أن نشأ صحيحاً، مثل فسخه والتنازل عنه من قبل الطرف الذي شرع الاتفاق لمصلحته.

ومن القواعد الخاصة أيضاً، ما نصت عليه المادة 1040 من ق.إ.م.إ. الجزائري من أنه: "يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تميز الإثبات بالكتابة.

تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره، أو القانون المنظم لموضوع النزاع، أو القانون الذي يراه المحكم ملائماً".

فبمقتضى الفقرة الأولى من هذا النص، يمكن أن يكون اتفاق التحكيم موجوداً ولكنه غير مكتوب، فالكتابة تعد ركناً شكلياً لازماً لوجود الاتفاق على التحكيم، فهي ليست لازمة لإثباته فقط، بل تعتبر لازمة لانعقاده وصحته³، بحيث لا يمكن الاستعاضة عنها بوسيلة أخرى، فهي

¹ د فتحي إسماعيل والي، المرجع السابق، ص 574.

² د حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 483.

³ راجع بشأن التمييز بين الكتابة المطلوبة للانعقاد والكتابة المطلوبة للإثبات، المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الأول من الباب الأول.

تستهدف التحقق من أن إرادة الأطراف المحكّمة قد اتجهت بالفعل إلى اختيار التحكيم وسيلة للفصل في نزاعاتهم¹.

وبمقتضى الفقرة الثانية من النص المذكور، فقد يكون سبب البطلان راجع لعدم تضمن اتفاق التحكيم تحديداً لموضوع النزاع، إذ من غير المتصور عملياً وجود دعوى تحكيمية، تصدر من خلالها هيئة التحكيم حكماً دون تحديد لموضوع النزاع، سواء تعلق الأمر بشرط تحكيم أو بمشاركة تحكيم²، وقد يتم تحديد موضوع النزاع غير أن هذا الموضوع يكون غير قابل³ للتحكيم، لكونه غير مشروعاً أو مخالفاً للنظام العام، فيجوز التمسك في هذه الحالة ببطلان حكم التحكيم، إذا لم يتم التمسك بعدم قابلية موضوع النزاع للتحكيم قبل ذلك أمام هيئة التحكيم ذاتها³.

الحالة الثالثة، فصل هيئة التحكيم في النزاع بعد انقضاء الميعاد المحدد للتحكيم:

لا يقتصر التزام المحكمين في نطاق خصومة التحكيم من حيث الموضوع فقط، بل يمتد التزامهم في نفس الوقت بنطاق الخصومة من حيث الزمان، وهي المدة المحددة لإصدار حكم التحكيم⁴، وقد سبق وأن رأينا طبقاً لما نصت عليه المادة 1018 من ق.إ.م.إ. الجزائري، إلى أن الأولوية في تحديد هذه المدة تكون للأطراف، وذلك إما بطريقة مباشرة أو عن طريق اللجوء إلى منظمة تحكيم وفقاً لما تنص عليه لوائحها الداخلية، لكن إذا لم يحدد الأطراف هذه المدة عن طريق الاتفاق، تطبق المدة القانونية التي يحددها المشرع وهي أربعة أشهر، ويمكن تمديد هذه المدة عن طريق الاتفاق، أو وفقاً لما ينص عليه نظام التحكيم، وفي غياب ذلك يتم هذا التمديد من طرف رئيس المحكمة المختصة.

2- الفئة الثانية، أسباب تتعلق بالطبيعة القضائية لحكم التحكيم:

بخلاف الفئة السابقة المتعلقة بالأطراف واتفاقهم على التحكيم، تتعلق هذه الفئة بشكل مباشر أو غير مباشر بهيئة التحكيم التي تفصل في النزاع، وتتعدد الأسباب التي تشتمل عليها هذه الفئة، فمنها ما يتعلق بتعيين المحكمين، ومنها ما يتعلق بتجاوز المحكمين لاختصاصهم، ومنها ما يتعلق بالإخلال بمبدأ الوجاهية، وتفصيل ذلك على النحو الآتي:

¹ د محمود السيد عمر التحيوي، النظام القانوني لدعوى بطلان حكم التحكيم، المرجع السابق، ص 59.

² د حمزة أحمد حداد، المرجع السابق، ص 484.

³ د نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، المرجع السابق، ص 398.

⁴ د محمود عمر التحيوي، مرجع سابق، ص 62.

- أسباب تتعلق بتعيين المحكمين:

ونفرق في هذه الحالة بين فرضين، الأول يتعلق بوجود عيب في تشكيل هيئة التحكيم، والثاني يتعلق بوجود عيب في تعيين محكم معين، ففي الفرض الأول، إذا صدر حكم من هيئة التحكيم مشكلة من اثنين أو أربعة، أي بما يخالف القاعدة الوترية على نحو ما رأيناه في معرض الكلام عن التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم، فإن هذا الحكم يكون محل للطعن عليه بالبطلان، لمخالفته القاعدة المذكورة التي نصت عليها الفقرة الثانية من المادة 1056 من ق.إ.م.إ. الجزائري، أما فيما يتعلق بالفرض الثاني، فإنه إذا لم يتوفر في المحكم ذاته ما يجب توافره من شروط صلاحيته للتحكيم، كما لو كان قاصراً أو محجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية، أو أنه لم يلتزم في حكمه بمبدأ الحياد والاستقلالية، أو أنه أصدر حكمه بعد رده أو تنحيته أو عزله، ففي مثل هذه الحالات يكون حكمه هذا محلاً للطعن عليه بالبطلان¹، لكون أن تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالف للقانون.

- أسباب تتعلق بتجاوز المحكمين لاختصاصهم:

هذه الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة 1056 السابقة الذكر، جاءت تطبيقاً للمادة 1/5 ج من اتفاقية نيويورك لسنة 1958²، ويمكن إرجاع تبرير اعتبار تجاوز المحكم لحدود اتفاق التحكيم سبباً لبطلان حكم التحكيم، أن التحكيم طريق استثنائي لفض المنازعات، قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادي، وما تكفله من ضمانات، فالمحكم ليس قاضياً فلا يجوز تبعاً لذلك إخضاعه لقاعدة "أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع"³.

وخروج المحكم على اتفاق التحكيم قد يتعلق بالشكل أو بالموضوع، فمن حيث الشكل، يشمل بشكل خاص إجراءات التحكيم المتفق عليها بين الأطراف، بما فيها اتفاقهم على القانون

¹ د فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 589-590.

² حيث جاء فيها أنه: "لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يجتج عليه بالحكم، إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ الدليل على: (وذكرت من بينها) أن الحكم فصل في نزاع غير وارد في مشاركة التحكيم أو في عقد التحكيم أو تجاوز حدودهما فيما قضي به، ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلاً للتسوية بطريق التحكيم إذا أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم غير المتفق على حلها بهذا الطريق".

³ د رضا السيد عبد الحميد، تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة والرقابة، ضمن كتاب مسائل في التحكيم، المرجع السابق، ص 128.

المطبق على النزاع، أما من حيث الموضوع، فهو يشمل حالتين، فصل الحكم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم من جهة، وتجاوز المحكم لطلبات الخصوم من جهة أخرى، ويمكن أن يضاف إليها أيضاً حكم المحكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبه الخصوم¹.

- أسباب تتعلق بعدم احترام مبدأ الوجاهية:

من أهم المبادئ التي يجب احترامها أثناء نظر الدعوى التحكيمية، احترام مبدأ الوجاهية، وهو مبدأ يتصل باحترام حقوق الدفاع²، حيث يقتضي تهيئة الفرص المتكافئة للخصوم لإبداء دفاعهم وعرض وجهة نظرهم، لذا كان الإخلال بهذا المبدأ سبباً يستلزم إعطاء الحق في رفع دعوى بطلب بطلان حكم التحكيم الذي صدر مخالفاً لهذا المبدأ³، ومن أهم صور الإخلال بمبدأ الوجاهية وحق الخصوم في تقديم دفاعهم، عدم إخطار أحد الأطراف بالمواعيد المقررة للجلسات المحددة لنظرها، أو عدم تمكينه من الإطلاع على المستندات المقدمة من الطرف الآخر، أو على تقرير الخبير المقدم لهيئة التحكيم⁴.

3- الفئة الثالثة، أسباب تتعلق بحكم التحكيم:

هذه الأسباب أشارت إليها الفقرتين الخامسة والسادسة من المادة 1056 المشار إليها سابقاً، وهي تشمل ثلاث حالات، الأولى تتمثل في عدم تسبب هيئة التحكيم لحكمها، والثانية تتمثل في وجود تناقض في الأسباب⁵، والثالثة تتمثل في مخالفة حكم التحكيم للنظام العام الدولي:

- عدم تسبب هيئة التحكيم لحكمها:

يلاحظ بداية أن المشرع الجزائري ساوى بشأن ضرورة تسبب أحكام التحكيم بين المجال الداخلي والمجال الدولي، إذ نص في المادة 2/1027 من ق.إ.م.إ. الجزائري على أنه: "يجب أن تكون أحكام التحكيم مسببة"، والمقصود بتسبب الحكم، ذكر حيثياته والأسانيد التي أسس

¹ د حمزة أحمد حداد، المرجع السابق، ص 491.

² د محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 244.

³ Paris 18 janvier 1983, Rev. Arb, 1984, P. 87, note P. Mayer, Paris 14 Fevrier 1989, D.M.F, 1990, P. 598, note R. Achard, Paris 19 janvier 1990, rev. Arb, 1991, P. 125, note J. Moitry et C. Vergne, Paris 6 Avril 1990, rev. Arb, 1990, P. 880, note M. De Boisseson, Paris 21 Juin 1990, rev. Arb, 1991, P. 96, note J. Delvolve.

⁴ د محمود السيد عمر التحيوي، النظام القانوني لدعوى بطلان حكم التحكيم، المرجع السابق، ص 267.

⁵ وهذا بخلاف المشرع الفرنسي الذي لم ينص على اعتبار انعدام التسبب كحالة من حالات بطلان حكم التحكيم الدولي، وهو ما يفسر استناده على الطبيعة التعاقدية لاتفاق التحكيم، والتي تسمح بإمكانية اتفاق الأطراف على التنازل عن تسبب حكم التحكيم.

عليها، سواء من حيث الواقع أو القانون، ويشمل أيضاً ردود المحكمين على طلبات الأطراف وأقوالهم وفقاً لما بيناه قبل قليل¹، وقد سبق وأن رأينا² أن هيئة التحكيم مطلق الصلاحية في تسبب حكمها بالأسباب التي تراها مناسبة، على أن حريتها في ذلك مشروطة بشرطين³، الأول، أن تبني هيئة التحكيم التسبب على وقائع ثابتة في ملف الدعوى، أو على أحكام قانونية مطبقة على النزاع، والثاني، بأن يؤدي السبب أو الأسباب التي استندت إليها الهيئة إلى النتيجة التي توصلت إليها من خلال الحكم، فإذا كان من بين الأسباب التي ذكرتها الهيئة عند نظرها للنزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، أن هذه البضائع قد تم تسليمها، أو أن الحق الموضوعي المطالب به قد سقط بالتقادم، فإن ذلك يستوجب حتماً الحكم بإتمام العقد وعدم فسخه في الحالة الأولى، أو الحكم برفض الدعوى لسقوط الحق بالتقادم في الحالة الثانية.

وبناءً عليه، فإن أي جزئية في الحكم لم يتم تسببها أصلاً أو غير مبنية على أسباب واضحة، بما يخالف الشرطين المذكورين، تعيب مضمون حكم التحكيم وتجعله مشوباً بالقصور لعيب عدم التسبب، لكن قد يثور التساؤل هنا حول ما إذا كان لأطراف عقد النقل البحري المتنازع بشأنه، الاتفاق على عدم ذكر هذه الأسباب في الحكم، فهل يعيب ذلك حكم التحكيم بما قد يؤدي إلى بطلانه لانعدام الأسباب؟.

الأصل في هذه المسألة هو وجوب تسبب أحكام التحكيم إعمالاً لنصي المادتين 1027 و1056 من ق.إ.م.إ. الجزائري، وذلك إذا كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الجزائري، لكن إذا اختار الأطراف تطبيق قانون آخر أو نظام تحكيم لا يُلزم المحكم بتسبب حكمه، فإن عدم اشتمال حكم التحكيم على أسباب لا يعتبر مخالفة للنظام العام الداخلي أو الدولي على حد سواء، ما دام سكوت الحكم عن ذكر الأسباب لا يخفي انتهاكاً لحقوق الدفاع، أو تطبيقاً لقاعدة قانونية موضوعية مخالفة للنظام العام⁴.

¹ د فتحي والي، المرجع السابق، ص 443-444.

² راجع ضوابط وشروط إصدار حكم التحكيم من هذا الفصل.

³ د حمزة أحمد حداد، المرجع السابق، ص 400-401.

⁴ في هذا المعنى، د فتحي والي، مرجع سابق، ص 444-445.

غير أن ما تجدر الإشارة إليه، أن القاعدة عند معظم التشريعات¹ مؤيدتاً بجانب من أحكام القضاء²، هي وجوب تسبب أحكام التحكيم الداخلي دون الدولي، لتعلق الأول دون الثاني بالنظام العام، ومع ذلك نلاحظ شذوذ المشرع الجزائري عن هذه التشريعات بخصوص القاعدة المذكورة، حيث أوجب تسبب أحكام التحكيم الدولي تحت طائلة البطلان في المادة 1058 مع أحكام المادة 1056 ق.إ.م.إ، ولا يخفى ما قد يترتب على معاملة حكم التحكيم الدولي بنفس المعاملة التي يعامل بها حكم التحكيم الداخلي في هذا الخصوص، من صعوبات قد يصادفها حكم التحكيم الدولي عند الاعتراف به وتنفيذه أمام القضاء الجزائري، وما يترتب عنه أيضاً من عرقلة الأهداف المراد تحقيقها من اللجوء إلى التحكيم الدولي، والتي من أهمها ضمان السير الحسن لعلاقات التجارة الدولية³، التي تستحوذ على النصيب الأكبر في الاقتصاد الوطني الجزائري، لذلك يكون من الجدير اقتراح ضرورة إلغاء الحالة الخامسة من نص المادة 1056 المتعلقة بانعدام أو قصور التسبب، كحالة من حالات الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الدولي، وإقصارها على التحكيم الداخلي فقط.

- إذا وجد تناقض في الأسباب:

يوجد تناقض في الأسباب إذا كان حكم التحكيم الصادر في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، قد استند إلى أفكار مختلفة ومتناقضة، أو إذا كان قد استند إلى تفسير لمستندات أو وقائع يختلف عنه في موضع آخر من الحكم كأحد أسبابه⁴.

- مخالفة حكم التحكيم للنظام العام الدولي:

سبق وأن تعرضنا لبحث مسألة النظام العام في مواطن عدة من هذا البحث⁵، بما يغني عن إعادته في هذا المقام، لكن لا بأس بالإشارة إلى بعض المسائل المتعلقة بإبطال حكم التحكيم الدولي، في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، بسبب مخالفة النظام العام الدولي:

¹ أنظر مثلاً المادة 1471 من قانون المرافعات الفرنسي مع التعديل الصادر سنة 1981.

² Cass. Paris, mars 1988, pp. 83-96, Rev. Arb, 1989 note E. Loquin.

³ في هذا المعنى، د فتحي والي، مرجع سابق، ص 454 وما بعدها.

⁴ د فتحي والي، المرجع السابق، ص 594.

⁵ أنظر ما سبق تفصيله تحت عنوان: "قابلية محل الاتفاق للتحكيم"، في الفصل الأول من الباب الأول، وكذلك العنصر المتضمن إجراءات طلب الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الدولية وشروطه من هذا الفصل.

فمن ناحية، أن من صلاحيات الجهة القضائية التي تنظر دعوى البطلان، بل من واجباتها أن تقضي ببطلان حكم التحكيم إذا كان مخالفاً للنظام العام من تلقاء نفسها، دون الحاجة إلى إثارته وإثباته من قبل أحد الخصوم، كما لو تعلق الأمر بنقصان أهلية أحد طرفي التحكيم أو المحكم، أو بطلان الحكم بسبب عدم اشتماله على البيانات الأساسية التي يتطلبها القانون، وهذا بخلاف الحالات الأخرى التي ترتبط بإرادة الخصوم، مثل تجاوز المحكم لمهمته المحددة في اتفاق التحكيم، أو إصدار حكم التحكيم خارج المدة المحددة لذلك بالاتفاق، أو تعيين محكم لا تتوافر فيه الشروط والمؤهلات المتفق عليها، فهذه الحالات فقط تجب إثارتها وكذا إثباتها من قبل الخصوم، ولا تقضي بها المحكمة من تلقاء ذاتها ولا تتدخل في إثباتها، ولو ثبت لها توافرها أثناء نظر الدعوى، كما يجب عليها أن تقتصر على السبب المثار فقط من قبل الأطراف دون غيرها، حتى وإن وجد هناك أسباب أخرى تستلزم إبطال الحكم ولم يتمسك بها الأطراف¹.

ومن ناحية أخرى، أن المشرع الجزائري وعلى غرار المشرع الفرنسي، يفرق بين مفهوم النظام العام الدولي والنظام العام الداخلي²، فبتتبع حالات الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم، نلاحظ أنها تضيق في المجال الدولي مقارنة معها في المجال الداخلي، بل إن المتتبع لأحكام القضاء الفرنسي في هذا المجال³، يلحظ أن إبطال أحكام التحكيم في المجال الدولي أمر نادر الحدوث، فقد أثبتت بعض الدراسات في فرنسا، أن من بين ستة وأربعين طعناً بالبطلان مرفوعة ضد أحكام تحكيم، بناء على مخالفتها للنظام العام الدولي أمام محكمة استئناف باريس، في الفترة ما بين 1981 و1990، لم تقضي فيها المحكمة بالبطلان سوى في دعويين فقط⁴.

¹ د حمزة أحمد حداد، المرجع السابق، ص 502 وما بعدها.

² راجع في التفرقة بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي، العنصر المتضمن "قابلية محل الاتفاق للتحكيم"، المشار إليه في الفصل الأول من الباب الأول.

³ Paris, 27 Novembre 1987, Rev. Arb, 1989, p. 62, note Ancel, Paris, 12 mars 1985, Rev. Arb, 1985 p. 299, note E. Loquin, Paris, 21 mars 1986, Rev. Arb, 1991, p. 96, Obs J. Moitry, Paris, 9 Janvier 1983, Rev. Arb, 1983, p. 497, note Vasseur, Paris, 5 Novembre 1985, D.M.F, 1986, P. 427, note R. Achard, Paris, 22 Janvier 1988, Rev. Arb, 1989, p. 251, note Y. Derains.

⁴ S. Crepin, Le Contrôle des Sentences Arbitrales par la cour D'appel de paris de puis les réformes de 1981 et 1990, Rev. Arb, 1991, P. 580.

د- إجراءات دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع:

انتهينا فيما سبق، إلى أن دعوى البطلان هي دعوى أصلية مبتدأة، على أساسها يتم مهاجمة حكم التحكيم الدولي لأسباب محددة حصراً، وأمام جهة مختصة، ووفقاً لقواعد يحددها قانون الدولة التي صدر فيها الحكم¹، كما انتهينا أيضاً إلى أن هذه الدعوى ليست طريقاً من طرق الطعن على حكم التحكيم الدولي، ومع ذلك فهي تخضع إلى شروط معينة لقبولها، تتمثل في تلك الشروط العامة للتقاضي كما هو الحال في سائر الدعاوى الأخرى، إلى جانب بعض الشروط الخاصة التي تميزها عنها، فضلاً على ما يعرف بالشروط السلبية أو موانع الدعوى، وسوف نحاول تباعاً التطرق لكل من هذه الشروط، ثم نعرض في الأخير لشروط الاختصاص في نظر هذه الدعوى:

- الشروط العامة في قبول دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي:

دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع كأى دعوى أخرى، يلزم لرفعها توافر الشروط العامة كالمصلحة والصفة تطبيقاً لنص المادة 1/13 من ق.إ.م.إ. الجزائري التي تنص على أنه: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون".

والملاحظ أن المشرع الجزائري لا يكتفي بالمصلحة لوحدها كشرط لقبول الدعوى، حيث اشترط أن تكون للمتقاضي أيضاً صفة في هذه الدعوى، إلا أن السائد فقهاً² وكذلك عند غالبية التشريعات³، أن المصلحة هي الشرط الوحيد لقبول الدعوى، باعتبارها من أهم شروط قبول

¹ وهذا أخذاً بالاتجاه المضيق الذي رجحناه سابقاً، والذي أخذ به قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في المادة 1058.

² د فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 688.

³ أنظر مثلاً، المادة 3 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري، والمادة 3 من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، والمادة 2 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي.

دعوى البطلان¹، ولأنها تقتضي ضمناً توافر شروط الصفة²، إذ يشترط أن تكون المصلحة قانونية وشخصية، وأن تكون مباشرة بأن يكون المتقاضي هو صاحب الحق أو المركز القانوني المراد حمايته، وهي ذات الشروط التي تقتضيها الصفة في التقاضي³، وعموماً تعتبر المصلحة من النظام العام، فهي لا تكون إلا لمن كان طرفاً محكوماً عليه في الخصومة التي فصل فيها حكم التحكيم⁴.

جدير بالإشارة، أن من شروط المصلحة أن تكون قائمة وحالة، ويلزم من هذا كأصل عام، عدم جواز الطعن الفوري بالبطلان على أحكام التحكيم الفرعية الصادرة أثناء سير الخصومة، وقبل صدور الحكم المنهي للخصومة كلها على النحو الذي بيناه سابقاً، لعدم تحقق المصلحة القائمة والحالة في الطعن على هذا النوع من الأحكام، مع مراعاة الاستثناءات الواردة على هذا الأصل، حيث تكون هناك مصلحة قائمة وحالة في حالة الطعن ببطلان أحكام التحكيم الوقتية، لعدم تأثير هذه الدعاوى على الفصل في الدعوى الموضوعية، وكذلك بالنسبة لأحكام التحكيم الفاصلة في مسألة الاختصاص، فإن هيئة التحكيم عندما تقضي باختصاصها، فإنه من المصلحة ترك الحرية للأطراف للطعن على هذا الحكم، نظراً لأن هيئة التحكيم قد تكون غير مختصة من الناحية القانونية، وبصفة خاصة إذا كان موضوع النزاع غير قابل للتحكيم، فإذا استمرت في نظر النزاع بالرغم من ذلك، وأصدرت حكماً ثم طعن عليه بالبطلان، وتم إبطاله لعدم الاختصاص، نكون بذلك قد أهدرنا على الطرف صاحب المصلحة الكثير من الجهد والوقت والنفقات، لاسيما وأن الطعن بالبطلان في الحكم الصادر في مسألة الاختصاص لا يوقف سير التحكيم إلا إذا أمرت المحكمة المختصة بوقفه⁵.

وطبقاً لنص المادة 1/13 سالفه الذكر، فإن المشرع الجزائري يشترط إلى جانب شرط المصلحة، أن تكون لطالب البطلان صفة في رفع الدعوى، ويختلف الشخص ذو الصفة تبعاً

¹ د محمود سمير الشرفاوي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 522.

² والواقع أن هذه المسألة خلافية بين الفقهاء، حيث يرى جانب أن الصفة تعتبر وجه من وجوه المصلحة، بين يذهب جانب آخر إلى أن الصفة غير المصلحة فيجب توافرها معاً لقبول الدعوى. راجع بشأن هذا الخلاف، د خالد أحمد حسن، بطلان حكم التحكيم، المرجع السابق، ص 540 على الهامش.

³ د عوض أحمد الزعي، أصول المحاكمات المدنية، دراسة مقارنة، التنظيم القضائي-الاختصاص- الجزء الأول، دار وائل للنشر، الأردن، الطبعة الثانية، 2006، ص 451.

⁴ د فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 619.

⁵ د أكثم أمين الخولي، الاتجاهات العامة في قانون التحكيم المصري الجديد، بحث مشار إليه سابقاً، ص 11، د خالد أحمد حسن، بطلان حكم التحكيم، المرجع السابق، ص 542.

لاختلاف سبب البطلان، فإذا كان سبب بطلان حكم التحكيم راجع لبطلان اتفاق التحكيم بسبب نقص أهلية المحكوم ضده، فإن هذا الأخير هو وحده من تكون له الصفة في رفع دعوى البطلان، أما إذا كان البطلان راجع إلى خروج المحكم عن حدود مهمته، أو كان راجع إلى سبب يتعلق بالنظام العام، فإن لكل من أطراف اتفاق التحكيم¹ الحق في رفع هذه الدعوى².

- الشروط الخاصة في قبول دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي:

الشروط الخاصة هي الشروط التي يتطلب القانون توافرها في دعوى معينة دون غيرها من الدعاوى، وتتمثل هذه الشروط بالنسبة لدعوى بطلان حكم التحكيم في الميعاد المقرر لرفع هذه الدعوى³، وفي ذلك تنص المادة 1059 من ق.إ.م.إ. الجزائري -تقابلها المادة 1505 إ.م. فرنسي- على أنه: "يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 1058 أعلاه، أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه، ويقبل الطعن ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم.

لا يقبل هذا الطعن بعد أجل شهر واحد (1) من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ". وتطبيقاً لهذا النص، فإن ميعاد رفع دعوى بطلان حكم التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، لا يسري إلا من تاريخ تبليغ هذا الحكم إلى المحكوم عليه، ويترتب على عدم مراعاتها عدم قبول الدعوى، أما إذا لم يثبت تبليغ حكم التحكيم إلى المحكوم عليه، فإن ميعاد رفع الدعوى يظل مفتوحاً أمام هذا الأخير دون الحاجة إلى انتظار تبليغ الحكم إليه. ويلاحظ أن المشرع الجزائري ينص على تبليغ حكم التحكيم محل الطعن تبليغاً رسمياً، وهذا يقتضي أن يتم التبليغ عن طريق محضر قضائي، خلافاً لما ذهب إليه المشرع المصري، من إمكانية الاستغناء عن هاته الوسائل المتبعة في الإعلان القضائي وفقاً لقواعد المرافعات، حيث نص في المادة 1/8 من قانون التحكيم أن يتم ذلك بمجرد إعلان المحكوم عليه إما شخصياً أو في مقر عمله، أو في محل إقامته المعتاد، أو في عنوانه البريدي المعروف للطرفين أو المحدد في اتفاق

¹ على أن مفهوم الطرف هنا لا يقتصر فقط على من شارك في اتفاق التحكيم أو في خصومة التحكيم، بل يشمل أيضاً خلفهم العام والخاص، على النحو الذي فصلنا فيه سابقاً، ينظر في ذلك، المبحث الثاني من الفصل الثاني من الباب الأول.

² د خالد أحمد حسن، بطلان حكم التحكيم، مرجع سابق، ص 544.

³ د وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2001، ص 91 وما بعدها.

التحكيم، وهذا بخلاف دعوى البطلان ذاتها التي يتطلب رفعها اتباع تلك الوسائل المقررة في قانون المرافعات¹.

ولعل هدف المشرع المصري من ذلك، هو تجنب خصومة التحكيم لتلك الشكليات المتبعة في ظل الخصومة القضائية أمام المحاكم، غير أنه من جانبنا نرى أن مذهب المشرع الجزائري يعتبر جديراً بالتأييد، وذلك من حيث تيسير عملية إثبات التبليغ في حالة وجود محضر رسمي، إذ قد يظل المحكوم له مهدداً برفع دعوى البطلان في أي وقت، ما لم يقم بتبليغ الحكم إلى المحكوم عليه تبليغاً رسمياً، بخلاف تلك الوسائل التي أوردها المشرع المصري، والتي قد تثير صعوبة من حيث إثبات الإعلان.

- عدم توافر الشروط السلبية أو موانع الدعوى:

الشروط السلبية بصفة عامة هي التي يترتب القانون على تحققها عدم قبول الدعوى²، وهي في مجال دعوى بطلان حكم التحكيم تتمثل في شرطين:

الشرط الأول³، ألا يكون المحكوم عليه قد تنازل صراحة أو ضمناً عن حقه في رفع دعوى بطلان حكم التحكيم⁴، أما إذا تنازل عنه سقط حقه في رفع الدعوى، على أنه يشترط لكي يمكن القول بوجود تنازل عن رفع دعوى البطلان، أن يكون ذلك قبل صدور أمر التنفيذ، أما إذا صدر أمر التنفيذ فلا نكون بصدد تنفيذ اختياري، ومن جهة أخرى أن يكون هذا التنازل بعد صدور حكم التحكيم، أما قبله فلا يجوز لأنه ليس لأحد أن يتنازل عن حقه قبل نشأته أصلاً، وهذا بخلاف حق الطعن في الأحكام، إذ يجوز الاتفاق على النزول عنه⁵، وهذا ما يؤكد ما توصلنا إليه سابقاً من أن دعوى البطلان لا تعتبر طريقاً من طرق الطعن على أحكام التحكيم¹.

¹ د محمود سمير الشرفاوي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 525-526.

² د وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة 1986، ص 51.

³ ولم يتعرض المشرع الجزائري لهذا الشرط رغم أهميته وما يترتب عن مخالفته من آثار، وهذا بخلاف بعض التشريعات الأخرى التي نصت عليه صراحة مثل قانون التحكيم الأردني (المادة 50)، وأشار إليه المشرع الفرنسي في المادة 1484 من ق.إ.م. أنظر، أمال يدّر، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 119-120.

⁴ ويكون التنازل صريحاً كأن يرسل المحكوم عليه خطاباً خطياً يتضمن قبوله لحكم التحكيم، أما التنازل الضمني فيستفاد من كل تصرف من المحكوم عليه يشعر برضاه بالحكم، كما لو قام بتنفيذ الحكم اختياراً دون تحفظ. أنظر في ذلك، د عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، المرجع السابق، ص 360.

⁵ د خالد أحمد حسن، بطلان حكم التحكيم، المرجع السابق، ص 548-549، وقارن في ذلك، د حمزة حداد، التحكيم في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 472، إذ يرى أن هذا التمييز بين جواز التنازل عن البطلان بعد صدور الحكم وعدم =

الشرط الثاني، أن يكون حكم التحكيم الدولي المطعون فيه بالبطلان قد صدر في الجزائر، وهذا الشرط هو الذي نصت عليه المادة 1058 سالفه الذكر، وتطبيقاً لذلك، لا تسري أحكام البطلان سواء من حيث الأسباب وميعاد الدعوى وتحديد المحكمة المختصة، على حكم التحكيم الدولي في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع الصادر خارج الجزائر، ما لم يتفق الأطراف على إخضاعه إلى القانون الجزائري، ويعتبر هذا الشرط محض تطبيق لمبدأ إقليمية القوانين من جهة، وتجسيداً للالتزام بالجزائر بمبدأ الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها في إقليمها، طبقاً لاتفاقية نيويورك لسنة 1958 من جهة أخرى².

- المحكمة المختصة بنظر دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي:

الأصل طبقاً للقواعد العامة في الاختصاص، أن الدعوى التي ترفع ابتداءً تكون من اختصاص محاكم الدرجة الأولى، لكن يلاحظ أن المشرع الجزائري في المادة 1059 من ق.إ.م.إ، وعلى غرار كل من المشرع الفرنسي (المادة 1486 ق.إ.م) والمشرع المصري (المادة 2/45 ق.ت)³، قد خرج عن هذا الأصل في ما يتعلق بدعوى بطلان حكم التحكيم الدولي، عندما قضى بأن: يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر، أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه، فيكون بذلك قد جعل نظر دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي، في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع الصادر خارج الجزائر، دعوى مبتدأة وأصلية يختص بها قضاء الدرجة الثانية.

= جوازه قبل ذلك، قول غير دقيق، إذا ينبغي التمييز في هذا الخصوص بين فرضين، الأول، أن يكون سبب البطلان متعلق بالنظام العام وليس بحقوق الأطراف، مثل نقص الأهلية، أو تخلف أحد الشروط الواجب توافرها في المحكم، والثاني، أن يتعلق البطلان بحقوق الأطراف وليس بالنظام العام، مثل انتهاء مدة التحكيم، أو خروج المحكم عن حدود المهمة الموكلة إليه، وعليه فإنه في الفرض الأول لا يكون للأطراف التنازل عن البطلان حتى بعد صدور حكم التحكيم، وذلك بخلاف الفرض الثاني.

¹ مع الملاحظ أن التنازل عن رفع الدعوى بالبطلان لا تسري إلا على الطرف الذي صدر التنازل منه وحده دون غيره من الأطراف الأخرى، كما أن قيام المحكوم عليه بتنفيذ حكم التحكيم المشمول بالنفاذ المعجل، لا يعتبر تنازلاً ضمناً منه عن دعوى البطلان، وغنى عن البيان، أن قيام المحكوم عليه بتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة أثناء سير الخصومة التحكيمية، لا يعد مانعاً له من رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها، لعدم سريان البطلان على هذا النوع من الأحكام كما رأينا، باستثناء ما يتعلق بأحكام التحكيم الوقتية. د خالد أحمد حسن، مرجع سابق، ص 549-550.

² المرجع نفسه، ص 550.

³ وخالفهم في ذلك المشرع الكويتي، عندما نص في المادة 187 من قانون المرافعات على اختصاص المحكمة المختصة أصلاً في نظر النزاع لو لم يوجد تحكيم، وهي محكمة أول درجة.

ويبدو أن جانباً من الفقه قد انتقد هذا الموقف من هذه التشريعات، حيث يرى أنه ولئن كان يتماشى مع السرعة المطلوبة في إصدار أحكام التحكيم، إلا أنه يقضي على ضمانات من أهم ضمانات التقاضي، وهو مبدأ التقاضي على درجتين، حيث يترتب عليه حرمان المحكوم عليه من تعويض ما فاتته في الدرجة الأولى من درجات التقاضي، لأسباب قد لا ترجع لإرادته¹، في حين كان للبعض تفسير آخر لهذا الاختصاص، حيث يعتبر أن ما يصدر من أحكام تحكيم هو بمثابة حكم أول درجة، لذا فهو يطرح على أعلى درجة².

وفي تقديرنا أن هذا القول لا يتفق مع النظام القانوني الذي رسمه المشرع لطرق الطعن على الأحكام، إذ يؤدي بالقول إلى اعتبار هيئة التحكيم درجة أولى من درجات التقاضي، واعتبار محكمة الدرجة الثانية هي جهة استئناف بالنسبة لأحكام التحكيم، وليست جهة نظر لدعوى البطلان، ولا يوجد ما يقرر ذلك في القانون، وعلى هذا نرى أن القول الذي يتماشى مع خصوصيات نظام التحكيم، هو أن دعوى بطلان حكم التحكيم هي دعوى استثنائية، خصها المشرع بنظام خاص للطعن عليها، تختلف عن ذلك النظام المعهود في ظل قضاء محاكم الدولة، مراعيًا في ذلك خصوصيات التحكيم، وما يتطلبه من مزايا تقتضي سرعة الفصل في منازعاته.

يبقى في الأخير أن نشير إلى أن دور المجلس القضائي، الذي ينظر دعوى بطلان حكم التحكيم الصادر في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، يجب أن يقتصر على تقرير بطلان هذا الحكم، أو الحكم برفض دعوى البطلان المرفوعة ضد هذا الحكم، على أن المجلس إذا قضى ببطلان الحكم، أن يكون قضاؤه مبنياً على توافر سبب من الأسباب المنصوص عليها حصراً في المادة 1056 المشار إليها سابقاً، دون أن يتطرق إلى موضوع النزاع، فهذا الأخير ليس سبباً من تلك الأسباب الموجبة للطعن، فلا يملك المجلس التصدي لفحص طلبات الأطراف وإصدار حكم ينهي النزاع³.

فالمجلس رغم كونه درجة ثانية من درجات التقاضي، إلا أنه لا ينظر دعوى البطلان اعتباراً بهذا الوصف، بل ينظر هذه الدعوى باعتبارها قضية جديدة غير القضية التي فصل فيها حكم

¹ د حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 506.

² د خالد أحمد حسن، بطلان حكم التحكيم، المرجع السابق، ص 545.

³ د محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 239-240. وقارن عكس ذلك، د حسني المصري، المرجع السابق، ص 506، إذ يرى أنه لا يوجد ما يمنع محكمة البطلان من أن تتعرض لموضوع النزاع وأن تفصل في طلبات الخصوم إذا طلب منها الخصوم ذلك.

التحكيم محل دعوى البطلان، فلا يكون له بالنسبة لهذا النزاع ما كان لهيئة التحكيم من سلطات، ومن ثم ليس له أن يناقش ما تم طرحه في النزاع أمام هيئة التحكيم، من أدلة إثبات أو دفاع أو دفعات تتعلق بموضوع النزاع، سواء مما سبق تقديمه أمام هيئة التحكيم أو مما لم يسبق تقديمه، كما لا يكون للمجلس أن يبحث في الخطأ في تفسير القانون المطبق من هيئة التحكيم، أو خطأ المحكمين في التكييف القانوني، أو في عدم كفاية التسبب القانوني، أو غير ذلك مما له علاقة بالموضوع¹.

هـ- الآثار القانونية المترتبة على دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع:

لم يعرض قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري لما يترتب على الطعن بدعوى البطلان على أحكام التحكيم الدولي من آثار، إلا فيما يتعلق بوقف تنفيذ هذه الأحكام طبقاً لنص المادة 1060، والواقع أن هناك أثر آخر مترتب على صدور الحكم الفاصل في دعوى البطلان، وهذا الأخير يترتب عنه أثر آخر يتعلق بمصير النزاع الذي تم إبطال حكم التحكيم الصادر بشأنه، لذلك سوف نتناول كل من هذه الآثار فيما يلي:

- الأثر المترتب على رفع دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع:

تنص المادة 1060: "يوقف تقديم الطعون وأجل ممارستها المنصوص عليها في المواد 1055 و1056 و1058 تنفيذ أحكام التحكيم"، وهو نفس الأثر الذي قرره قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في المادة 1506.

وعلى هذا فإن رفع دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، يترتب عليه التزام الجهة القضائية المطلوب منها تنفيذ هذا الحكم بوقف هذا التنفيذ، إلى حين فصل المجلس القضائي المرفوع أمامه دعوى البطلان في هذه الدعوى تأييداً أو رفضاً، على أن تنفيذ حكم التحكيم في جميع الأحوال يظل موقوفاً، ما لم تنقضي المدة المحددة للطعن عليه بالبطلان المنصوص عليها في المادة 1059 من القانون المذكور، فإذا انقضت حاز هذا الحكم قوة الشيء المقضي فيه².

¹ د فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 622.

² TERKI NOUREDDINE, L'arbitrage commercial international en Algérie, Op. Cit, P. 176.

- الأثر المترتب على الحكم الفاصل في دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع:

كما سبق، فإن المشرع الجزائري على غرار نظيره الفرنسي والمصري لم يعرض لهذه المسألة، فلا مناص إذن من إعمال القواعد العامة المطبقة على الآثار المترتبة على صدور الأحكام¹، فالحكم الفاصل في دعوى البطلان قد يصدر إما بتأييد حكم التحكيم الدولي وإما برفضه، وغنى عن البيان أنه إذا قضى المجلس بتأييد حكم التحكيم، وجب عليه أن يأمر بتنفيذه²، أما إذا قضى المجلس ببطلان حكم التحكيم، ترتب على ذلك زوال هذا الحكم كلياً أو جزئياً، ويؤول كل ما ترتب عليه من آثار، وإذا كان قد صدر حكم بتفسيره، فإنه يزول بزواله باعتباره متمماً له، وتنقضي تبعاً لذلك خصوصية التحكيم³، ما لم يطعن على قرار المجلس بالنقض وتم نقضه على نحو ما سنرى.

غير أن السؤال الذي يدق في هذا المقام، هو ما مصير اتفاق التحكيم بشأن عقد النقل البحري للبضائع المتنازع بشأنه، بعد القضاء ببطلان حكم التحكيم الدولي الصادر بشأن هذا النزاع، فهل يظل الاتفاق على التحكيم قائماً، فيكون لصاحب الحق اللجوء إلى التحكيم من جديد للمطالبة به، أم أن اتفاق التحكيم ينقضي ببطلان حكم التحكيم، فلا يسع صاحب الحق بعده إلاّ الالتجاء إلى قضاء الدولة للمطالبة به؟.

الواقع أن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي التمييز بين فرضين، الأول، ما إذا كان سبب بطلان حكم التحكيم الدولي لا يرجع إلى اتفاق التحكيم ذاته، والثاني، إذا كان سبب البطلان راجع إلى هذا الاتفاق⁴:

ففي الفرض الأول، لا أثر للحكم القاضي ببطلان حكم التحكيم الدولي على اتفاق التحكيم، كما لو قضى بالبطلان لعيب في تشكيلة هيئة التحكيم، أو في إجراءات التحكيم، أو

¹ د محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 528.

² نص على ذلك المشرع الأردني في المادة 51 من قانون التحكيم، أنظر في ذلك، أمال يدّر، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 158.

³ د فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 624-625.

⁴ د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية، المرجع السابق، ص 400-401، د محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 528-529.

لعيب في حكم التحكيم ذاته، فيكون لكل ذي مصلحة بعد صدور حكم البطلان، الالتجاء إلى التحكيم تنفيذاً لاتفاق التحكيم، ولا تقبل منه الدعوى أمام القضاء.

أما في الفرض الثاني، إذا قضى الحكم ببطلان حكم التحكيم استناداً إلى بطلان اتفاق التحكيم، أو إلى سقوطه أو عدم نفاذه، فلا يجوز بدهاة اللجوء إلى تحكيم جديد استناداً إلى هذا الاتفاق الباطل، ولا سبيل أمام الطرف الخاسر في دعوى البطلان سوى اللجوء إلى قضاء الدولة، إذا كان الحق موضوع الدعوى لا يزال صالحاً للمطالبة به.

وفي هذا الفرض الأخير يفرق جانب من الفقه والقضاء في مصر بين حالتين¹، الحالة الأولى، إذا كان البطلان يتعلق بشق من النزاع المتفق بشأنه على التحكيم، فإن الحكم الصادر في دعوى بطلان حكم التحكيم لبطلان اتفاق التحكيم أو عدم نفاذه أو سقوطه، لا تكون له حجية إلا بالنسبة لهذا الشق من النزاع الذي فصل فيه حكم التحكيم، دون أي نزاع آخر لم يكن معروضاً على التحكيم، فيبقى للاتفاق على التحكيم أثره بالنسبة لهذا الأخير، بما يتيح إمكانية اللجوء إلى التحكيم من جديد للفصل فيه، أما الحالة الثانية، إذا كان البطلان يتعلق بكل النزاع الذي تم الاتفاق بشأنه على التحكيم، فإن الحكم ببطلان هذا الاتفاق تكون له حجته بالنسبة لكل النزاع الذي فصل فيه حكم التحكيم، بما يمنع الالتجاء مرة أخرى إلى التحكيم، فلا يبقى أمام صاحب المصلحة إلا اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقه، ما لم يبرم الطرفان اتفاق تحكيم جديد.

وهذا الرأي وإن كان هناك من يخالفه، بحجة أن اتفاق التحكيم المحكوم ببطلانه أو سقوطه أو عدم نفاذه، لا يمكن بعث الحياة فيه من جديد بالنسبة لأي نزاع ينشأ عنه²، إلا أنه من جانبنا نرى أن هذه المسألة تحتاج شيئاً من التدقيق، بشأن تحديد الجانب الموضوعي في محل اتفاق التحكيم، فقد سبق وأن رأينا في هذا الخصوص³، أن شروط التحكيم الواردة في عقد النقل البحري للبضائع، يغلب عليها أن ترد بنص عام على نحو لا يحقق معه تحديداً كافياً للنزاع محل اتفاق التحكيم، إذ لا يكون النزاع وقت إبرام اتفاق التحكيم في صورة شرط قد نشأ بعد، بخلاف مشاركة التحكيم، فمن الصعب إذن تحديد النزاع بدقة في شرط التحكيم، ولمواجهة هذا الفرض، يقع على عاتق الأطراف دراسة الصيغ السائدة لاختلاف النتائج القضائية المترتبة عليها، من حيث

¹ د فتحي إسماعيل والي، المرجع السابق، ص 626، د أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص 401.

² د محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 529.

³ أنظر في تفصيل هذا الموضوع، العنصر المتضمن محل اتفاق التحكيم من المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الأول.

ضيق أو اتساع موضوع النزاع محل اتفاق التحكيم، ويقع على عاتق القضاء الوطني التحقق من وجود النزاع من عدمه، أو التحقق مما إذا كان النزاع يعد داخلياً ضمن نص شرط التحكيم الوارد في عقد النقل، وذلك عند النظر في صحة هذا الشرط¹.

لمواجهة ما قد يترتب على وجود شرط تحكيم مبرم بصيغة عامة على النحو المتقدم، فقد جرى العمل عند المحكمين - لحظة تنفيذ اتفاق التحكيم وبدء نظر النزاع - على حث الأطراف على تحرير مشاركة، أو يتولون تحريرها هم ويحثونهم على توقيعها، تتضمن تحديد كافة البيانات التي تسهل العملية التحكيمية، والتي من بينها وأهمها تحديد موضوع النزاع محل التحكيم، بما لا يدع مجالاً للشك والخلاف في تحديد المسائل التي يشملها التحكيم².

وعلى هذا، فإن الحل الأمثل في تقديرنا يكمن في طريقة صياغة الشروط الواردة في اتفاق التحكيم، فقد يرد في هذا الاتفاق أن "كافة المنازعات التي ستنشأ عن عقد النقل البحري للبضائع، يتم تسويتها عن طريق التحكيم"، ففي هذه الحالة إذا ما صدر حكم ببطلان حكم التحكيم بسبب بطلان اتفاق التحكيم، فإن آثار هذا البطلان تسري على كافة المنازعات الناشئة عن عقد النقل المتفق بشأنها على التحكيم، فلا يصر بعد ذلك إلى التحكيم بشأن أي نزاع آخر قد ينشأ عن العقد، أما إذا ورد في اتفاق التحكيم مثلاً أن "المنازعات المتعلقة بتحديد ثمن البيع وجودة السلع يتم تسويتها عن طريق التحكيم"، فإن هذه المنازعات دون غيرها تكون محلاً للتحكيم، فإذا ما صدر حكم ببطلان حكم التحكيم بسبب بطلان اتفاق التحكيم، فإن هذه المنازعات المتعلقة بثمان البيع والجودة وحدها لا يجوز إعادة طرحها من جديد على التحكيم، أما ما عداها من منازعات قد تنشأ بعد ذلك عن تنفيذ العقد، مثل مخالفة المواعيد المحددة لتسليم البضائع أو مكان تنفيذ العقد، فلا يسري عليها البطلان، ومن ثم يكون بإمكان الأطراف طرحها على التحكيم بموجب إبرام مشاركة تحكيم بشأنها.

- مصير موضوع النزاع بعد صدور الحكم ببطلان حكم التحكيم الدولي في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع:

سبق وأن أشرنا إلى أنه لا إشكال إذا تم رفض دعوى البطلان المرفوعة ضد حكم التحكيم الدولي، ففي هذا الفرض وجب على المجلس القضائي المرفوع أمامه الطعن أن يأمر بتنفيذ حكم

¹ د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 199.

² DAVID Reni, L'arbitrage dans le commerce international, Op cit, p. 256.

التحكيم، لكن الإشكال يثور عندما يقضي المجلس ببطان حكم التحكيم، فما مصير النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري بعد إبطال هذا الحكم الذي صدر بشأنه؟.

لم يجب المشرع الجزائري على ذلك، بخلاف المشرع الفرنسي الذي قرر من خلال نص المادة 2/1484 من ق.إ.م بأنه: "إذا أبطلت المحكمة المرفوع أمامها الطعن ببطان حكم التحكيم، فإنها تفصل في الأساس في حدود المهمة المعينة للمحكم، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك"، فيكون المشرع الفرنسي بذلك قد ترك لإرادة الأطراف الحرية في تقرير مصير النزاع الذي أُبطل حكم التحكيم الصادر بشأنه، فيما أنهم يتركون مهمة الفصل فيه لمحكمة البطان، أو أنهم يتفقون على أن يتوقف دور المحكمة على إصدار الحكم بالبطلان فقط، ليتم بعد ذلك الاتفاق من جديد على اللجوء إلى التحكيم.

والواقع أن الفقه مختلف بشأن هذه المسألة، تبعاً للأساس الذي يمكن لمحكمة البطان أن تستند إليه في مباشرتها للفصل في النزاع بعد إصدارها لحكم البطان، ولعل ذلك ما جعل المشرع الجزائري يتوقف في شأن هذه المسألة، فقد ذهب اتجاه في الفقه، إلى أنه ليس للمجلس القضائي بعد أن قضى بالبطلان سلطة نظر موضوع النزاع للفصل فيه، فهو كما رأينا ليس جهة استئناف بالنسبة لحكم التحكيم المطعون فيه بالبطلان¹، في حين يرى اتجاه آخر أن المشرع بتحويله الاختصاص بدعوى البطلان للمحكمة المختصة، يكون بذلك قد قصد تفويضها في الفصل في النزاع بعد الحكم بالبطلان².

وبدون شك، فإن وضع محكمة البطان يدها على القضية لتفصل فيها بعد إبطال حكم التحكيم، يعني سقوط اتفاق التحكيم³، وعلى هذا فإن الخروج من هذا الخلاف في تقديرنا يتوقف على إرادة الأطراف على نحو ما ذهب إليه المشرع الفرنسي، مع الأخذ بعين الاعتبار مدى بقاء اتفاق التحكيم قائماً بمقتضى أثر حكم البطلان عليه، فإذا قضى المجلس القضائي ببطان حكم التحكيم بسبب اتفاق التحكيم ذاته، سقط اتفاق التحكيم، وبالتالي وجب على ذي المصلحة اللجوء إلى قضاء الدولة للمطالبة بحقه⁴، أما إذا قضى المجلس ببطان حكم التحكيم

¹ د فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 624-625.

² د محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 309.

³ د حمزة أحمد حداد، المرجع السابق، ص 482.

⁴ مع الإشارة هنا إلى أن المطالبة بالحق محل النزاع في هذه الحالة يتعين مباشرتها وفقاً للقواعد العامة أمام محكمة الدرجة الأولى بموجب دعوى ابتدائية، وليس أمام المجلس القضائي كدرجة ثانية، والقول بخلاف ذلك يستلزم نص استثنائي صريح من =

لسبب إجرائي آخر غير اتفاق التحكيم، بقي اتفاق التحكيم قائماً، وبالتالي يكون للأطراف طرح النزاع من جديد على هيئة التحكيم.

و- الطعن في الحكم الصادر في دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع:

أياً كان الحكم الصادر في دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي، بشأن النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، سواء تضمن بطلان هذا الحكم أو تضمن رفض الدعوى، فقد نص المشرع الجزائري على قابليته للطعن فيه عن طريق النقض أمام المحكمة العليا، حيث قرر في المادة 1061 من ق.إ.م.إ. أنه: "تكون القرارات الصادرة تطبيقاً للمواد 1055 و 1056 و 1058 أعلاه قابلة للطعن بالنقض".

ولم يبين المشرع الجزائري الإجراءات الواجب اتباعها بخصوص هذا الطعن، فتتبع الإجراءات المعمول بها في هذا المجال طبقاً للقواعد العامة، رغم عدم إحالته عليها كما فعل بشأن القرارات الفاصلة في استئناف أحكام التحكيم طبقاً لنص المادة 1034 من ق.إ.م.إ.، فتطبق في ذلك أحكام المادة 560 من القانون المذكور، حيث يتم رفع الطعن بالنقض بموجب تصريح أو عريضة إما أمام أمانة المحكمة العليا نفسها، أو أمام أمانة ضبط المجلس القضائي المشار إليه في المادة 1059 من القانون نفسه.

وفي تقديرنا، أن تطبيق الأحكام العامة بشأن الطعن بالنقض المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹، على القرارات الفاصلة في دعوى بطلان أحكام التحكيم، وما تتضمنه من مدد طويلة، لا شك أنه يتعارض مع خصوصيات نظام التحكيم، ومن أهمها سرعة البت في الإجراءات، وهذه لا تتأتى إلاً وفقاً لآجال قصيرة المدى، فحبذا لو نظم المشرع آجال قصيرة تتماشى وطبيعة التحكيم، وتستجيب لمتطلبات السرعة التي يتطلبها هذا النوع من القضاء.

=المشرع، وهو ما فعله المشرع الفرنسي عندما قرر اختصاص محكمة الدرجة الثانية في التصدي للفصل في النزاع، بعد الحكم ببطلان حكم التحكيم طبقاً للمادة 2/1484 من ق.إ.م.إ. المشار إليها سابقاً.

¹ حيث نصت المادة 354 من القانون المذكور أن الطعن بالنقض يجب أن يرفع في أجل شهرين من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا كان التبليغ شخصياً، مع إمكانية تمديده إلى ثلاثة أشهر إذا تم التبليغ في الموطن الحقيقي أو المختار، وحسب المادة 563 من نفس القانون، فإنه يجب على الطاعن تبليغ العريضة أو التصريح بالطعن بالنقض خلال شهر واحد من تاريخ هذا التصريح، كما يلزمه إيداع العريضة في غضون شهرين ابتداءً من تاريخ التصريح بالطعن.

خلاصة الباب الثاني

من خلال ما تقدم في هذا الباب، خلصنا إلى أن أبرز مرحلة يتجلى فيها دور اتفاق التحكيم في العملية التحكيمية، بشأن النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، هي المرحلة الوسطى من هذا التحكيم، والمتمثلة في إجراءات التحكيم أو ما يعرف بخصومة التحكيم، بحيث تظل انعكاسات الدور الإرادي لطرفي هذا الاتفاق مستمرة على سلطات المحكم، منذ تعيينه وحتى إصداره للحكم المنهي لهذه الخصومة.

ففي مرحلة أولى من عملية التحكيم، رأينا كيف لعبت إرادة الأطراف دوراً كبيراً في اختيار هيئة التحكيم الفاصلة في موضوع النزاع الناشئ بينهم، ثم في تحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم سواء من حيث إجراءاته أو من حيث موضوعه، مروراً بمرحلة المرافعة وتحقيق الدعوى التحكيمية، كل ذلك تمهيداً لآخر مرحلة من هذه العملية التحكيمية، والمتمثلة في إنزال حكم القانون على وقائع النزاع المتفق بشأنه على التحكيم، وصولاً إلى حكم منهي للخصومة كلها قابل للتنفيذ، وذلك ما لم يطعن عليه بطرق الطعن التي يقررها القانون في هذا المجال.

الخاتمة

في تنمة هذه الدراسة لموضوع التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، ننهي إلى تأكيد القاعدة التي كان عليها مدار هذا البحث منذ بدايته وحتى نهايته، والتي تقرر أن التحكيم: "أوله اتفاق، ووسطه إجراء، وآخره حكم"، ومن خلال تحليل هذه القاعدة ومناقشة مراحلها الثلاث المذكورة، انتهينا إلى جملة من النتائج يمكن تلخيصها فيما يلي:

ففي مرحلة أولى من القاعدة المذكورة، توصلنا إلى تمييز التحكيم كنظام عن اتفاق التحكيم كمرحلة من مراحل هذا النظام، ذلك أن أولى مراحل التحكيم يمثلها الاتفاق عليه، وهي مدار وجوده وبدونها لا ينشأ أصلاً، فبناءً على هذا الاتفاق يلجأ الأطراف إلى عرض النزاعات التي تتولد عن عقد النقل البحري أو عن تنفيذه، سواءً كانت قائمة (مشاركة) أو مستقبلية (شرط)، على التحكيم البحري مؤسساً كان أو حراً، لما يتميز به هذا التحكيم من مزايا لا تتوفر لدى القضاء، وذلك بدلاً من عرضها على القضاء، إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، مادامت هذه الإرادة لا تتعارض مع النظام العام في الدولة.

كما توصلنا إلى أن التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، لا يختلف في طبيعته عن أي تحكيم آخر، فهو ذو طبيعة قضائية ذات أساس اتفاقي، ولكن وجه الخلاف يكمن في خصوصية طبيعة منازعاته، ومدى ارتباطه بالعلاقات التجارية الدولية ذات الطبيعة البحرية، وهو يختلف عن النظم الأخرى المشابهة له في حسم منازعات التجارة الدولية، باعتباره طريق استثنائي لفض الخصومات، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكلفه من ضمانات، وهو وسيلة اختيارية قائمة أساساً على إرادة المحكّمين.

هذا وقد لاحظنا أن المشرع الجزائري وعلى غرار التشريعات الأخرى، كيف أبدى تماشيه مع وسائل الاتصال الحديثة بما يستجيب لمتطلبات التجارة الدولية، طبقاً لما نصت عليه المادة 2/1040 بقولها: "يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة"، ومن ثم يجوز إبرام اتفاق التحكيم بأية وسيلة أخرى تحقق الدور الذي تلعبه الكتابة، كالرسائل والبرقيات، ويمتد ذلك ليشمل كل وسائل الاتصال الإلكترونية كالفاكس والتلكس والانترنت، مع مراعاة الشروط والقواعد العامة لصحة العقد، من تبادل التراضي وتطابق الإيجاب مع القبول، وغيرها من الشروط المقررة لصحة العقود.

وبالنظر إلى الطبيعة الاتفاقية لاتفاق التحكيم، رأينا كيف أن هذا الأخير يخضع في تنظيمه القانوني إلى القواعد العامة التي قررها المشرع بشأن التحكيم، فضلاً عن القواعد المقررة في قوانين وأنظمة التحكيم الدولي، ولما كان اتفاق التحكيم بمثابة حجر الزاوية الذي يبنى عليه النظام

القانوني للعملية التحكيمية، يستند من حيث الأصل إلى سلطة الأطراف في اختيار التحكيم طريفاً لتسوية نزاعاتهم طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة، فكان من اللازم أن ينشأ هذا الاتفاق شأنه شأن أي اتفاق آخر صحيحاً مستوفياً لأركان لا ينعقد إلاّ بها، ولشروط لا يصح وجوده إلاّ بتحققها. ومتى نشأ اتفاق التحكيم صحيحاً على النحو المتقدم، رتب آثاره كاملة حتى وإن كان عقد النقل البحري للبضائع مشوباً بعيب من عيوب الإرادة، طبقاً لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، الذي جاء تكريساً لمصالح التجارة الدولية، وتحقيقاً لهذه المصالح، ظهرت الحاجة إلى تحصيل اتفاق التحكيم من كافة ما قد يصيب أو يعتري العقد الأصلي الذي يتضمن اتفاق التحكيم من بطلان.

أما عن الآثار المترتبة على اتفاق التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، فقد انتهينا إلى أنها لا تقتصر على العاقدین فقط، بل تمتد لتشمل أطراف أخرى من الغير، لم تشارك في إبرام العقد الأصلي ولا في اتفاق التحكيم الوارد به، خروجاً عن مبدأ نسبية آثار العقد، ومن هذه الأطراف الخلف العام والخاص، حيث قادنا هذا الاستثناء عن مبدأ النسبية في الأخير، إلى استجلاء فكرة الغير، وتطبيقها على مركز المرسل إليه في اتفاق التحكيم، لننتهي إلى أن مركز المرسل إليه في عقد النقل البحري للبضائع الذي تم إبرامه أساساً بين الناقل والشاحن، يقوم على فكرة الغير، وهو ما يجعل مركز المرسل إليه حامل السند يشكل استثناءً من مبدأ النسبية المذكور، وبهذه المثابة يكون له حق التمسك بشرط التحكيم الوارد في عقد النقل في مواجهة أطراف هذا العقد، ويكون لهؤلاء أن يتمسكوا في مواجهته بهذا الشرط. على أن سريان شرط التحكيم ونفاذه في مواجهة المرسل إليه على النحو المتقدم، يكون مشروطاً بتوافر العلم والمصلحة في جانب المرسل إليه، أي علمه بشرط التحكيم الوارد بعقد النقل البحري الذي له فيه مصلحة خاصة.

كما خلصنا إلى أن أبرز مرحلة يتجلى فيها دور اتفاق التحكيم في العملية التحكيمية، بشأن النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، هي المرحلة الوسطى من هذا التحكيم، والمتمثلة في إجراءات التحكيم أو ما يعرف بخصومة التحكيم، بحيث تظل انعكاسات الدور الإرادي لطرفي هذا الاتفاق مستمرة على سلطات المحكم، منذ تعيينه وحتى إصداره للحكم المنهي لهذه الخصومة.

ففي مرحلة أولى من عملية التحكيم، رأينا كيف لعبت إرادة الأطراف دوراً كبيراً في اختيار هيئة التحكيم الفاصلة في موضوع النزاع الناشئ بينهم، ثم في تحديد القانون الواجب التطبيق على

التحكيم سواء من حيث إجراءاته أو من حيث موضوعه، مروراً بمرحلة المرافعة وتحقيق الدعوى التحكيمية، كل ذلك تمهيداً لآخر مرحلة من هذه العملية التحكيمية، والمتمثلة في إنزال حكم القانون على وقائع النزاع المتفق بشأنه على التحكيم، وصولاً إلى حكم منهي للخصومة كلها قابل للتنفيذ، وذلك ما لم يطعن عليه بطرق الطعن التي يقررها القانون في هذا المجال.

هذا وقد كان لنا ملاحظات عدة في معرض رصدنا لموقف المشرع الجزائري، بشأن مختلف المسائل المتعلقة بالتحكيم، والتي نص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فقد رأينا من المفيد إيرادها فيما يلي مع إتباعها بجملة من الاقتراحات المناسبة عند الاقتضاء:

من أبرز هذه الملاحظات، أن المشرع الجزائري لم يضبط من خلال التعريفات التي أوردها بشأن اتفاق التحكيم، معياراً دقيقاً يمكن على أساسه التمييز بين صورتى اتفاق التحكيم (الشرط والمشاركة) من جهة، ومن جهة ثانية، ميز بين أحكام هذه الصورتين في كل من التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، فنجد تارة يجمع بين الصورتين كما في مجال التحكيم الدولي تحت مسمى اتفاقية التحكيم (المادة 1040)، وتارة يعبر عن شرط التحكيم بأنه اتفاق (المادة 1007)، وتارة أخرى يعبر عن اتفاق التحكيم ذاته بمشاركة التحكيم، وكأن الاتفاق على التحكيم في المجال الداخلي لا يضم سوى صورة واحدة فقط ممثلة في مشاركة التحكيم، على عكس التحكيم الدولي الذي ضمنه الصورتين معاً، وكل ذلك لا شك أنه يثير التباسات عديدة من حيث ضبط معيار على أساسه يمكن التفرقة بين هذه التعريفات، كما يثير إشكالاً من حيث الفائدة المرجوة من التمييز بين هذه التعريفات على المستويين الداخلي والدولي؟.

لذلك يكون من الجدير التنويه بإعادة النظر في صياغة أحكام المادتين 1007 و1011، وذلك بوضع تعريف موحد يضم الصورتين معاً تحت عنوان (اتفاق التحكيم)، دون تمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، لعدم وجود فائدة ترجى من هذه التفرقة، ولرفع الالتباسات المترتبة عن الخلط بين هذه التعريفات.

بخصوص الكتابة في شرط التحكيم، لاحظنا كيف أن المشرع الجزائري لم يستقر على تكييف محدد لمسألة الكتابة، مع تمييزه في ذات المسألة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي فيما يخص كتابة اتفاق التحكيم، ففي التحكيم الداخلي لاحظنا أنه يعتبر الكتابة شرطاً للإثبات فيما يتعلق بشرط التحكيم إعمالاً لنص المادة 1008 من ق.إ.م.إ، بينما اعتبرها شرطاً للانعقاد فيما يتعلق بمشاركة التحكيم المنصوص عليها في المادة 1012 من نفس القانون.

أما فيما يتعلق بالتحكيم التجاري الدولي، فقد جعل الكتابة شرطاً لانعقاد اتفاق التحكيم الدولي شرطاً كان أم مشاركة، دونما تمييز بينهما بدليل الفقرة الأولى من المادة 1040 المذكورة، ومن ثم رتب جزاء البطلان على مخالفة هذه القاعدة، الأمر الذي يثير الاستفسار عن الغاية من هذا التمييز الذي اعتمده المشرع؟.

ومن جانبنا، فإننا لم نجد مسوغاً لهذه التفرقة لعدم وجود فائدة ترجى عملياً من ورائها، فالنتيجة العملية واحدة وفقاً لما أثبتناه في هذه الدراسة، سواء تعلقت الكتابة بشرط التحكيم أو مشارطته، وسواء كان التحكيم داخلياً أو دولياً، ومن جهة أخرى، فإن اشتراط المشرع الجزائري للشكل المكتوب في اتفاق التحكيم، لاشك أنه سيصطدم مع القانون الواجب التطبيق على النزاع، لاسيما إذا كان قانون دولة أخرى غير القانون الوطني، سواء اختاره الأطراف - وفقاً لقانون الإرادة- أو الذي تختاره هيئة التحكيم في حالة غياب قانون الإرادة، وكان هذا القانون المختار لا يوجب الكتابة، إلا إذا كان المشرع يقصد بتطبيق هذا الشرط في الحالة التي يختار فيها الأطراف تطبيق القانون الجزائري، فمن ثم يلتزمون بكتابة اتفاق التحكيم - شرطاً كان أم مشاركة- كشرط للانعقاد.

وتلافياً لمثل هذه الإشكالات، كان أولى بالمشرع الجزائري أن يقرر هذا الشرط، كشرط لتنفيذ حكم التحكيم الدولي أسوة بالمشرع الفرنسي، ومن ثم يلزم الطرف الذي يسعى إلى تنفيذ حكم التحكيم الدولي في الجزائر، أن يقدم طلب تنفيذ حكم التحكيم إلى المحكمة المختصة، مصحوباً بالاتفاق الأصلي للتحكيم.

كما تجدر الإشارة، إلى أن جزاء البطلان إنما يترتب على الحالة التي تكون فيها الكتابة كشرط للانعقاد لا للإثبات، وفقاً لما ذهب إليه غالبية الأنظمة والتشريعات المقارنة التي عرضنا لها خلال مقدمة هذه الرسالة، بل ووفقاً لما تقتضيه القواعد العامة أيضاً في القانون المدني، وبالتالي فإن موقف المشرع الجزائري في المادة 1008 السالفة الذكر، لا شك يثير الكثير من الاستفهام، فهو من جهة يشير إلى مسألة إثبات شرط التحكيم لا وجوده، لكنه يعود ليجوب هذا الشرط - أي الكتابة- تحت طائلة البطلان، مع أن البطلان يتقرر كأصل عام كما هو معلوم عندما يتعلق الأمر بتخلف الكتابة كشرط للانعقاد، لا لمجرد الإثبات.

ثم يثور الإشكال مرة أخرى بخصوص مشاركة التحكيم بمقتضى المادة 1012 التي نصت على أنه: "يحصل الاتفاق على التحكيم كتابياً..."، فطالما أن المشرع نص على أن مشاركة التحكيم لا تحصل إلا كتابةً، أي أن الكتابة في مفهوم هذه المادة هي شرط للوجود والانعقاد لا

لمجرد الإثبات، فكان الأولى أن يقرر البطلان في هذه الحالة كجزء يترتب عن تخلف كتابة مشاركة التحكيم، بدلاً من أن يقرره المشرع في الحالة السابقة، والمتعلقة بكتابة شرط التحكيم كشرط للإثبات فقط في مفهوم المادة 1008.

بخصوص شرط التحكيم بالإحالة في الجزائر، فرغم الأهمية القصوى التي يعنى بها شرط التحكيم على صعيد التجارة الدولية خاصة فيما يتعلق بالمجال البحري، إلا أن المشرع الجزائري لم يبدي موقفاً صريحاً بخصوص مسألة الإحالة، وعلى غرار التشريع، لم يأتي الاجتهاد القضائي الجزائري هو الآخر بكثير أحكام، يمكن الاسترشاد بها مقارنة مع ما انتهى إليه القضاء الدولي في هذا المجال، لاسيما مسألة التزام المرسل إليه بشرط التحكيم بالإحالة، لذلك نرى من الجدير التوصية بضرورة إعادة صياغة المادة 1008، أو إدراج بند خاص ينص صراحة على مسألة الإحالة أسوة بالتشريعات الأخرى.

فيما يتعلق بمبدأ الاختصاص بالاختصاص، فالمشرع الجزائري وإن كان قد كرس هذا المبدأ بموجب المادة 1044 من ق.إ.م.إ، حيث نص على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها"، غير أنه لم يفصح عن إرادته في تحويل هيئة التحكيم الاختصاص في الفصل في مسألة صحة العقد الأصلي من عدمه، وعليه وبناءً على اعتبارات السرعة التي يتميز بها نظام التحكيم، وتنافيها مع وقف سير إجراءات التحكيم إلى حين الفصل في مسألة صحة العقد الأصلي من قبل القضاء، فإننا نوصي بإعادة صياغة المادة 1044 المذكورة، لتنص صراحة على إعطاء الأولوية في حسم النزاع حول هذه المسألة لهيئة التحكيم، ضماناً لاستمرارية سير الإجراءات التحكيمية من جهة، وإعمالاً لاتفاق التحكيم الصحيح الوارد في العقد، لكون هيئة التحكيم تستمد ولايتها أساساً من هذا الاتفاق على التحكيم المستقل عن العقد محل النزاع.

كما أنه من جهة أخرى، يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يوضح من خلال المادة 1044، الأوجه التي يبني عليها الدفع بعدم الاختصاص، مثل ما فعل المشرع المصري في المادة 22 من قانون التحكيم التي جاء فيها: "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه"، فلم يقتصر المشرع المصري على تحويل هيئة التحكيم مسألة البت في الدفع بعدم اختصاصها في نظر النزاع فقط، بل وسع من نطاق هذا الاختصاص ليشمل أي دفع يتعلق باتفاق التحكيم بصفة، عامة سواء من حيث وجوده أو سقوطه أو بطلانه، لذلك يكون من الأهمية بمكان التوصية بتحديد أوجه الدفع بعدم الاختصاص ضمن المادة 1044 المذكورة.

أما طبقاً لقاعدة الأثر السلبي لاتفاق التحكيم، فقد رأينا كيف قرر المشرع الجزائري هذه القاعدة ضمن نص المادة 1045 من ق.إ.م.إ. بقوله: "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم، على أن تثار من أحد الأطراف".

وقد كان لنا اتجاه هذا النص ملاحظتان:

الملاحظة الأولى، أن المشرع اختص بهذا الأثر السلبي لاتفاق التحكيم مجال التحكيم الدولي دون الداخلي، ومن ثم يبقى الإشكال متعلقاً بمدى أعمال المحكمة لسلطتها التقديرية، بشأن نزاع معروض عليها يكون محل اتفاق تحكيم داخلي، لذلك كان الأولى بالمشرع الجزائري درءاً لهذا الإشكال، توحيد مثل هذه الأحكام على المجالين الدولي والداخلي، أو على الأقل الإحالة بموجب نص على تطبيق أحكام التحكيم الدولي في المجال الداخلي، كما فعل المشرع الفرنسي.

الملاحظة الثانية، من خلال صياغة المادة 1045 المشار إليها، يلاحظ أن المشرع في معرض ذكره للأسباب التي تجعل القاضي غير مختص في النزاع المحكم فيه، ذكر: "... أو إذا تبين له وجود اتفاق التحكيم"، وفي تقديرنا أن هذه العبارة محل نظر، إذ أنها تثير اللبس خاصة من حيث مدى جواز دفع القاضي بعدم الاختصاص، متى تبين له وجود اتفاق تحكيم، فكان الأولى بالمشرع الاستغناء عن هذه العبارة بالشرط الذي أورده بعدها، وهو شرط الدفع المثار من قبل أحد الأطراف، فالعبارة المذكورة توحي بأن للقاضي أعمال سلطته التقديرية، وأن يدفع بعدم الاختصاص متى تبين له أن النزاع المعروض عليه يعتبر محل اتفاق تحكيم مسبق، في حين أنه لا مجال لإعمال هذه السلطة لورود شرط الدفع الذي يلزم الطرف صاحب المصلحة به من جهة، ومن جهة أخرى ليس للمحكمة أن تقضي بالدفع بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها، لعدم اعتبار هذا الدفع من النظام العام، فلا حاجة إذاً لإعمال هذه السلطة التقديرية.

وعليه فإن كل ما على القاضي عمله، هو أن يمضي في نظر النزاع حتى يقوم المدعى عليه بالدفع بوجود اتفاق التحكيم، احتراماً لاتفاق التحكيم من جهة، وحفاظاً على استمرار الإجراءات التحكيمية من جهة أخرى، لذلك يكون من الجدير اقتراح إعادة صياغة المادة 1045 المذكورة، بحيث تكون على النحو الآتي: "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، وذلك بناءً على الدفع المثار من المدعى عليه بوجود اتفاقية تحكيم".

وحول مسألتَي الإحالة والتنازع بين محاكم الدولة وهيئات التحكيم، فعلى الرغم من الاختصاصات التي اعترف بها المشرع الجزائري لهيئة التحكيم، وعلى غرار باقي التشريعات الأخرى، إلى الحد الذي جعل بعض الفقه يعتبر هذه الهيئة هيئة ذات اختصاص قضائي، إلا أنه من جانبنا -على الأقل فيما يتعلق بالتشريع الجزائري- نرى ضرورة الوقوف عند نص المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والذي اكتفى من خلاله المشرع الجزائري بالنص على الحكم بعدم الاختصاص لوجود اتفاق تحكيم، دون أن يتطرق إلى إلزام المحكمة بإحالة النزاع على هيئة التحكيم، ولعل ذلك ما يبرر نظرة المشرع الجزائري ومن على شاكلته للتحكيم، على أنه لا يزال طريقاً استثنائياً مقارنة مع القضاء كطريق أصيل.

أما عن مسألة تنازع الاختصاص القضائي بين المحكمة وهيئة التحكيم، وذلك في الحالة التي تقضي كلاهما إما بالاختصاص أو عدم الاختصاص في نفس النزاع المعروض عليها، فإن الواقع المعاصر للتحكيم يقتضي ضرورة عدم تجاهل نظام التحكيم، كنظام أثبت بشكل كبير جدارته على مستوى التشريع والقضاء الدوليين، وبالتالي حسب تقديرنا، أنه رغم عدم وجود نص صريح يعتبر هيئة التحكيم هيئة ذات طابع قضائي، إلا أن ذلك لا يعني عدم إمكانية إضفاء هذا الوصف عليها باعتبارها طريق خاص استثنائي للتقاضي، وهو ما يؤدي بنا إلى القول بإمكانية قيام تنازع في الاختصاص القضائي، بين محاكم الدولة وهيئات التحكيم باعتبارها هيئة ذات طابع قضائي استثنائي خاص، والقول بخلاف ذلك لا شك يعتبر جموداً على التصورات القانونية، التي تتنافى مع ما يفرضه واقع التجارة الدولية والبحرية، وما تفرضه ظروف وأوضاع المجتمع الراهن، ومن ثم نقترح ضرورة إضافة نص قانوني ينظم هذه المسألة لأهميتها وخطورتها في نفس الوقت.

وفي معرض تقديرنا لموقف المشرع الجزائري من التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم، المنصوص عليه في المادتين 1008 و1012 ق.إ.م.إ. وهما تتعلقان بالتحكيم الداخلي، أن المشرع رتب صراحة بطلان اتفاق التحكيم إذا لم يتضمن تعيين المحكمين أو طريقة تعيينهم، بينما لم يقرر هذا البطلان في مجال التحكيم الدولي حسب ما أفادته المادة 1041 من نفس القانون، الأمر الذي يدعونا إلى التساؤل عن سبب وغاية هذه المفارقة التي وضعها المشرع الجزائري؟.

وجواباً على ذلك، رأينا أن هذه المسألة ترتبط بما إذا كان الاختيار المنصوص عليه في هذه النصوص، أمراً لازماً لوجود اتفاق التحكيم ذاته أو لصحته أم لا يعد كذلك؟، والواقع الذي يتفق مع خصوصيات التحكيم وطبيعته القائمة على إرادة الأطراف يقتضي الإجابة بالنفي، فهذا الاختيار الموكول إلى حرية الأطراف كأصل عام يتنافى مع اعتباره شرطاً لوجود اتفاق التحكيم أو

لصحته، والقول ببطلان اتفاق التحكيم لتخلف هذا الاختيار، لاشك فيه إغفال للهدف الذي ابتغاه الطرفان من اختيارهما للتحكيم، وهو تحقيق مبدأ الإرادة الذي يكفل لهما الحرية في تنظيم الإجراءات، كما أن فيه إغفال لأهم ميزة من مزايا التحكيم وفعاليتها وهي السرعة واستمرارية هذه الإجراءات.

والحاصل أن مسألة الاختيار ليست أمراً لازماً لوجود اتفاق التحكيم ذاته أو لصحته أو لضمان فعاليته، وبالتالي فإن عدم اتفاق الأطراف على اختيار هيئة التحكيم في اتفاق التحكيم، لا يمكن أن يؤدي إلى بطلان هذا الاتفاق، وإلاّ لماذا قد رسم المشرع الجزائري طريقاً آخر لهذا الاختيار عند خلو اتفاق التحكيم منه، وهو انتقال هذا الاختيار في حالة عدم قيام الأطراف به إلى المحكمة المختصة، عملاً بمقتضيات المادة 1009 من القانون المذكور، أو ليس في هذا الطريق ما يغني عن مخاطر البطلان؟.

في حين لم يقرر المشرع الجزائري هذا البطلان عند تخلف الاختيار المذكور عندما يكون التحكيم دولياً طبقاً لنص المادة 2/1041، وهو الأمر الذي يثير الاستفهام دائماً عن غاية المشرع من هذه التفرقة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، في ظل عدم وجود فائدة ترجى من هذه التفرقة، ولأن واقع التحكيم المعاصر أصبح في تقديرنا يتطلب تجاوز مثل هذه الفوارق، نظراً لوحدة خصوصيات التحكيم سواء على الصعيد الدولي أو الداخلي، ولهذا نرى ضرورة توحيد النظام القانوني لمسألة تعيين هيئة التحكيم، دون تمييز بين المجال الداخلي والمجال الدولي للأسباب التي عرضنا لها.

وفي معرض تقديرنا لموقف المشرع الجزائري من قاعدة التوتية، عندما نص في المادة 1017 ق.إ.م.إ. على أنه: "تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي"، فهو وإن كان قد كرس قاعدة التوتية في اختيار عدد المحكمين على غرار باقي التشريعات الأخرى، إلاّ أنه لم يرتب جزاء البطلان على مخالفة هذه القاعدة خلافاً لما ذهبت إليه هذه التشريعات، من تقرير جزاء البطلان في حالة الإخلال بمتطلبات قاعدة التوتية.

ولاشك في تقديرنا أن المشرع الجزائري قد أغفل مسألة من أهم المسائل الجوهرية، التي تتصل بمقتضيات النظام العام لتعلقها بحسن سير العدالة، وهي مسألة تحديد الجزاء المترتب على الإخلال بمتطلبات القاعدة المذكورة، نظراً لعدم إمكانية توفر المرجح في التشكيل الزوجي لهيئة التحكيم، وبالمقارنة بين نص المادة 1017 السالفة الذكر من جهة، والمادتين 1008 و1012 من نفس القانون من جهة ثانية، ففي هاتين الأخيرتين لاحظنا كيف أن المشرع رتب بطلان اتفاق

التحكيم إذا لم يتضمن تعيين المحكمين أو طريقة تعيينهم، في حين أن تقرير البطلان في هذا المقام كما رأينا يعتبر مخالفاً لأصول التحكيم، ذلك أن مسألة الاختيار ليس أمراً لازماً لوجود اتفاق التحكيم ذاته أو لصحته، وإلا لماذا قد رسم المشرع طريقاً آخر لهذا الاختيار عند خلو اتفاق التحكيم منه، يتمثل في انتقال هذا الاختيار في حالة عدم قيام الأطراف به إلى المحكمة المختصة طبقاً لنص المادة 1009 من نفس القانون، فكان أولى بالمشرع أن يستغني بهذا الحل الأخير عن البطلان، لما فيه من خطورة تهدد مسار التحكيم وتمس بخصوصياته.

أما بخصوص المادة 1017 السابقة، فقد كانت الأولى في تقديرنا بتقرير البطلان لتخلف قاعدة الوترية، لتعلق هذا الجزء في هذه الحالة بالنظام العام كما سبق وأن أشرنا، والذي لا يجوز التنازل عنه، فلو صدر حكم التحكيم من هيئة تحكيم زوجية العدد، كان هذا الحكم باطلاً، فكان يحسن بالمشرع أن ينتبه إلى هذه المسألة نظراً لخطورتها، وذلك من حيث وضع حكم البطلان في مقامه المناسب.

كما أغفل المشرع الجزائري النص على تحديد مدة يتعين في غضونهما على كل طرف تعيين محكمه، وهو نفس النهج الذي سلكه المشرع الفرنسي، في حين لم تغفل باقي التشريعات الأخرى عن هذه المسألة لأهميتها، خذ مثلاً قانون التحكيم المصري في مادته 1/17 حيث حددها بثلاثين يوم لكل طرف، تبدأ من اليوم التالي لتسلمه طلباً بتعيين محكمه من الطرف الآخر، وهي ذات المدة المقررة لتعيين المحكم الوتر، إذ يلزم اختياره خلال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ تعيين آخرهما، فإن انقضت هذه المدة اتخذت إجراءات التعيين القضائي.

ولعله قد يفهم من إلزام المشرع الجزائري الأطراف بتعيين المحكمين أو تحديد كيفية تعيينهم، المنصوص عليه في المادتين 1008 و1012 السابق ذكرهما، أنه قد أراد بذلك ترك الحرية للأطراف في اختيار الوقت المناسب لتعيين محكميهم، وذلك تبعاً لتقريره لحرية اختيار محكميهم أصلاً، لكن وعلى فرض صحة هذا التقدير، إلا أن هذا التصور قد يصطدم في اعتقادنا مع الحكمة المرجوة من ذلك القيد الذي وضعته التشريعات السابقة على حرية الأطراف في تحديد مدة الاختيار، والتي تفرضها مقتضيات تفعيل اتفاق التحكيم ومنع تسويق ومماطلة أحد الطرفين، بما يعرقل مبدأ السرعة في سير إجراءات التحكيم وسرعة الفصل في النزاع المعروض، كل ذلك وغيره يوجب ضرورة وضع حد زمني لكل طرف يلتزم في غضونهما بتعيين محكمه، وعليه يحسن بالمشرع الجزائري وضع نص خاص يحدد من خلاله مدة زمنية قصيرة، يلتزم الأطراف خلالها بتعيين محكميهم، على نحو ما ذهبت إليه التشريعات المشار إليها سابقاً، وذلك مراعاة لما يقتضيه

التحكيم من سرعة الفصل في المنازعات من جهة، وسداً لأي تقاعس أو ممانعة قد تبدر من أحد الطرفين من جهة أخرى.

أما فيما يخص طلب تعيين هيئة التحكيم، فقد رأينا أن البعض في الجزائر¹ ذهب إلى أن ذلك يكون بموجب عريضة بسيطة من الطرف الذي يهمله التعجيل، حيث يقوم رئيس المحكمة بهذا التعيين وذلك بأمر على ذيل العريضة. غير أنه في تقديرنا وإن كان ما يتميز به نظام الأوامر على العرائض من سرعة في الإجراءات، إلا أن ما ينبغي التنبه إليه في هذا المقام، هو ما قد يؤدي إليه إعمال المادة 2/312 ق.إ.م.إ.ج من قابلية الأوامر على العرائض للطعن بالاستئناف، بينما لم يرد نص في ذات القانون يقرر قابلية الأمر الصادر بشأن تعيين المحكمين للطعن، وبالتالي فإن القول بأن هذا الأمر الذي يصدره رئيس المحكمة المختصة هو أمر على عريضة، ومن ثم قابليته للطعن، يتنافى بلا شك مع ما تقتضيه روح النصوص والغرض من التدخل القضائي، وهو ضمان التشكيل السريع لهيئة التحكيم².

حقيقة وإن كان إجراء الأوامر على عرائض أكثر يسراً وسرعة، بما يضمن الإسراع في تقديم العون اللازم لتشكيل هيئة التحكيم، غير أن ذلك كما يقرر جانب من الفقه³، يتنافى مع عدة حقائق هامة، منها أن تدخل القضاء هو لتفعيل اتفاق التحكيم، وذلك بإزالة الصعوبات التي تعترض تشكيل هيئة التحكيم، وهذا التفعيل يقتضي بالضرورة إعمال مبدأ المواجهة بين الأطراف المحترمة، إذ يتعين إعلامهم وحضورهم ومناقشتهم للأسباب التي حالت دون اختيار محكميهم، وهذا لا يتأتى إلا برفع دعوى بالطرق العادية المعروفة، هذا على خلاف الأمر على عريضة الذي لا يستدعى فيه الخصوم، ولا يُحتاج فيه إلى إعمال مبدأ المواجهة.

¹ د خليل بوصنوبرة، التدخل القضائي في مجال التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، الجزائر، 2006، ص 131.

² ولعل ما يعضد وجهة نظر الباحث هذه، ما ذهب إليه اتجاه من الفقه، إلى أن المحكمة من نظام التحكيم تقتضي أن يتم مثل هذا الإجراء بشأن تعيين هيئة التحكيم، بواسطة طلب يقدم مباشرة إلى رئيس المحكمة المختصة، أي بواسطة الإجراءات المعتادة لرفع الدعوى وليس بطريق الأمر على عريضة، ومن ثم يصدر رئيس المحكمة قراره بشأن التعيين إما بالرفض أو بالقبول، وهذا القرار ليس حكماً ولا يخضع لنظام الأحكام، لأنه لا يوجد نزاع أو خصومة يصدر فيها حكم. ينظر في ذلك، د نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، المرجع السابق، ص 136.

³ مستفاد من، د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 375 وما بعدها، وفي ذات المعنى، د فتحي والي، المرجع السابق، ص 216.

لكل ذلك، نرى ضرورة وجود نص خاص يحدد طبيعة هذا الإجراء الصادر عن رئيس المحكمة المختصة والمتضمن تعيين المحكمين، إلى جانب بيان مدى قابليته للطعن، مع الأخذ في الحسبان خصوصيات التحكيم المشار إليها.

أما عن إجراءات طلب رد المحكم، فقد رأينا أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري لم يحدد إجراءات واضحة يتعين على طالب الرد اتباعها، فضلاً على عدم تحديد الجهة المعنية التي تناط بها مهمة الفصل في طلبات رد المحكمين، وكذا المدة التي يتعين خلالها تقديم طلب الرد، حيث اكتفت الفقرة الثالثة من المادة 1016 السابقة بالنص على أنه: "تُبلَّغ محكمة التحكيم و الطرف الآخر دون تأخير بسبب الرد".

فهذا الذي ذهب إليه المشرع الجزائري في معرض تنظيمه لإجراءات طلب رد المحكمين، من الاقتصار على إلزام طالب الرد بتبليغ طلبه المتضمن سبب أو أسباب رد المحكم إلى هيئة التحكيم والطرف الآخر الذي عينه، لاشك أنه يثير الجدل خصوصاً فيما يتعلق بالمقصود من هذا التبليغ الذي أراده المشرع، فهل يقصد بذلك مجرد إعلام هيئة التحكيم والطرف الآخر بالطلب المتضمن لأسباب الرد، أم أنه قصد فوق ذلك أن تتولى هيئة التحكيم الفصل في هذا الطلب، وإذا لم يكن المقصود كذلك، فمن هي الجهة المختصة بالفصل في طلب الرد؟.

ولم يقف الجدل بشأن المادة 1016 محل النقاش عند هذا الحد، فقد اقتضت الفقرتين 4 و5 منها على أن إجراءات رد المحكم تتم بناء على طلب من يهيمه التعجيل، حيث يفصل القاضي في هذا الطلب بأمر غير قابل لأي طعن، إذ يظل الإشكال قائماً من جهة عدم توضيحها كيفية الإجراءات التي يتعين على طالب الرد اتباعها، والمدة التي ينبغي عليه أن يودع طلبه خلالها؟.

وهكذا نلاحظ كيف أن هذه المادة لم تأتي ببيان شافٍ لهذه المسائل، الأمر الذي من شأنه أن يفتح باب الجدل والتأولات، لاسيما مع ندرة الاجتهاد القضائي وخلو ساحته من مثل هذه المسائل المتعلقة بالتحكيم، فكان يحسن بالمشرع الجزائري على الأقل تنظيم هذه المسائل بنصوص واضحة تجنباً لأي لبس، وسداً لأي تأولات قد ترد في هذا الخصوص، لاسيما وأن الأمر يتعلق هنا بمسائل إجرائية قد يترتب على مخالفتها بطلان أحكام التحكيم.

كما رأينا بشأن موقف المشرع الجزائري من تدخل القضاء في إصدار أحكام التحكيم الوقفية أو المستعجلة، كيف حول حق طلب هذا التدخل لهيئة التحكيم، عملاً بمقتضيات الفقرة الثانية من المادة 1046 من ق.إ.م.إ. حيث نصت على أنه: "إذا لم يقيم الطرف المعني بتنفيذ هذا

التدبير إرادياً، جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي"، في حين كان الأولى في تقديرنا أن يخول حق طلب تدخل القضاء في إصدار أحكام التحكيم الوقتية أو المستعجلة للأطراف لا لهيئة التحكيم، التي ينبغي أن يقتصر دورها على الجانب التنظيمي لإجراء هذا الطلب، بل إن القول بخلاف ذلك لاشك يتعارض مع أصل مهم من أصول التحكيم، والذي يمثل جوهر الاتفاق على التحكيم من اختيار نظام التحكيم كبديل عن القضاء، لذلك يكون من الجدير التوصية بتعديل هذه المادة، وذلك على نحو ما ذهب إليه المشرع المصري الذي تفتن لهذه المسألة عندما نص في المادة 2/24 من قانون التحكيم بقولها: "وإذا تخلف من صدر إليه الأمر عن تنفيذه، جاز لهيئة التحكيم بناءً على طلب الطرف الآخر أن تأذن لهذا الطرف في اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذه...".

أما بشأن تسبب أحكام التحكيم، فقد توصلنا إلى أن القاعدة عند معظم التشريعات¹ مؤيداً بجانب من أحكام القضاء²، هي وجوب تسبب أحكام التحكيم الداخلي دون الدولي، لتعلق الأول دون الثاني بالنظام العام، ومع ذلك لاحظنا كيف شدّ المشرع الجزائري عن هذه القاعدة، حيث أوجب تسبب أحكام التحكيم الدولي أيضاً، وذلك تحت طائلة البطلان وفقاً لنص المادة 1058 مع أحكام المادة 1056 ق.إ.م.إ، ولا يخفى ما قد يترتب على معاملة حكم التحكيم الدولي بنفس المعاملة التي يعامل بها حكم التحكيم الداخلي في هذا الخصوص، من صعوبات قد يصادفها حكم التحكيم الدولي عند الاعتراف به وتنفيذه أمام القضاء الجزائري، وما يترتب عنه أيضاً من عرقلة الأهداف المراد تحقيقها من اللجوء إلى التحكيم الدولي، والتي من أهمها ضمان السير الحسن لعلاقات التجارة الدولية، التي تستحوذ على النصيب الأكبر في الاقتصاد الوطني الجزائري، لذلك يكون من الجدير التوصية بإلغاء الحالة الخامسة من نص المادة 1056 المتعلقة بانعدام أو قصور التسبب، كحالة من حالات الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الدولي، وإقصارها على التحكيم الداخلي فقط.

وبخصوص الإجراءات التالية لإصدار حكم التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، فقد رأينا أنه رغم أهمية إعلان وتبليغ هذا الحكم للمحكوم عليه على يد محضر قضائي، ومع ذلك لم يتعرض المشرع الجزائري له، إذ من تاريخه يبدأ سريان ميعاد الاستئناف إذا

¹ أنظر مثلاً المادة 1471 من قانون المرافعات الفرنسي مع التعديل الصادر سنة 1981.

² Cass. Paris, mars 1988, pp. 83-96, Rev. Arb, 1989 note E. Loquin.

كان التحكيم داخلياً طبقاً للمادة 1033 من ق.إ.م.إ.، ومنه أيضاً يبدأ سريان دعوى البطلان إذا كان التحكيم دولياً طبقاً للمادة 1059 من نفس القانون.

ومن جهة أخرى يلاحظ أن هذين المادتين، قد جعلتا تاريخ النطق بالحكم هو التاريخ الذي يبدأ منه سريان ميعاد رفع الاستئناف أو رفع دعوى البطلان، وهذا خلاف ما هو مقرر في القواعد العامة في المرافعات، والتي تقضي بسريان مواعيد الطعون ابتداء من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم وليس من تاريخ النطق به¹، وهذا في تقديرنا محل نظر، لما قد يترتب على تخلف مبدأ إعلان الحكم أو تبليغه من آثار، سواء بالنسبة للمحكوم عليه أو حتى بالنسبة للمحكوم له، حيث أن الإشكال يتعلق هنا بكيفية علم الأطراف بتاريخ النطق بالحكم، خاصة وأنه لا يوجد ما يلزمهم بحضور جلسة النطق بالحكم؟.

فالحكم قد يصدر من طرف هيئة التحكيم وتوقع عليه، ومع ذلك يبقى بحوزتها ما لم تبلغه للمحكوم عليه، فيكون لها بذلك تعديله أو تغييره دون أن يعلم بذلك المحكوم عليه لاسيما إذا صدر الحكم غيابياً، وحتى وإن صدر الحكم حضورياً فإن القول بسريان ميعاد البطلان المقرر لمصلحة المحكوم عليه من تاريخ النطق بالحكم، من شأنه أن يفوت الفرصة على المحكوم له بتنفيذ هذا الحكم، لاسيما وأن المشرع لم يحدد له مدة معينة يتعين عليه المبادرة بتنفيذه خلالها، في حين أنه ترك مدة الطعن بالبطلان مفتوحة دون تحديد، في الفرض الذي يتراخى فيه المحكوم له عن التنفيذ².

وترتيباً على ما تقدم، فإننا نرى ضرورة إعادة النظر في التاريخ الذي تنبني عليه الأحكام والمواعيد السابقة، وهو تاريخ إعلان أو تبليغ الحكم للمحكوم عليه وليس تاريخ النطق به، لا فرق في ذلك بين الأحكام الصادرة عن محاكم الدولة والأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم، مع تقرير أجل قصير لرفع دعوى البطلان، حتى إذا انقضت كان للمحكوم له أن يطلب تنفيذ الحكم، ولعل هذا الحل يتماشى مع روح التحكيم، وإعطاء فرص متكافئة للأطراف في تقرير ما سينتهي به حكم التحكيم.

¹ أنظر مثلاً المادة 329 من ق.إ.م.إ. الجزائري، الخاصة بالطعن بالمعارضة، والمادة 336 منه الخاصة بالاستئناف، والمادة 353 منه الخاصة بالنقض.

² المادة 1059: "يرفع الطعن بالبطلان في حكم التحكيم المنصوص عليه في المادة 1058 أعلاه، أمام المجلس القضائي الذي صدر حكم التحكيم في دائرة اختصاصه. ويقبل الطعن ابتداء من تاريخ النطق بحكم التحكيم. لا يقبل هذا الطعن بعد أجل شهر واحد (1) من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ".

وفيما يتعلق بالإنفاذ المعجل لأحكام التحكيم، فقد نصت المادة 1037 من ق.إ.م.إ. الجزائري، على أنه: "تطبق القواعد المتعلقة بالإنفاذ المعجل للأحكام على أحكام التحكيم المشمولة بالإنفاذ المعجل"، وبإعمال هذه القواعد العامة المشار إليها، والمعمول بها في مجال تنفيذ الأوامر على العرائض الصادرة بشأن تنفيذ أحكام القضاء العادي، وبالتحديد ما نصت عليه المادة 3/311 من ق.إ.م.إ. الجزائري، فإنه يجب على طالب التنفيذ بعد صدور الأمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم، أن يبادر إلى التنفيذ في أجل ثلاثة أشهر من تاريخ صدور الأمر، تحت طائلة سقوط الحق في التنفيذ، غير أن ما يلاحظ بخصوص هذه المدة (ثلاثة أشهر)، هي مدة طويلة لا تتناسب مع ما يتميز به التحكيم من خصوصيات، وما يقتضيه من سرعة في الفصل في المنازعات. فإذا كان المشرع الجزائري قد حدد مهلة التحكيم ذاته في الظروف العادية -بما يتضمنه من إجراءات ومرافعات- بأربعة أشهر فقط طبقاً للمادة 1018 من ق.إ.م.إ.، مراعاة منه لمبدأ السرعة التي يتطلبها التحكيم، فكان عليه من باب أولى أن يراعي هذا المبدأ بالنسبة لتنفيذ أحكام التحكيم في الظروف غير العادية، والتي تكون فيها الأحكام مشمولة بالإنفاذ المعجل، وذلك بأن ينص على مدة تماشى مع سرعة التحكيم، وألاّ يحيل على تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها في قانون المرافعات لما تتضمنه من مواعيد طويلة، وما قد يترتب عنها من إطالة أمد النزاع.

وفي معرض مناقشتنا لنص المادة 1051 من ق.إ.م.إ. الجزائري التي جاء فيها أنه: "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي.

وتعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها، أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجوداً خارج الإقليم الوطني".

فقد رأينا كيف أن هذه المادة لم تبين ما إذا كان للمحكوم له أن يحصل بموجب طلب واحد فقط، على كل من الاعتراف والأمر بالتنفيذ، أم أن كل منهما لا يتم الحصول عليه إلاّ بطلب مستقل عن الآخر؟، فقد يبدو من الفقرة الثانية من المادة 1051 المذكورة، أنها تستلزم صدور أمر بشأن التنفيذ، بينما لم يستلزم صدور هذا الأمر بالنسبة للاعتراف، مما قد يفهم منه أن هذا الإجراء لازم فقط بشأن تنفيذ حكم التحكيم، ولا يلزم منه استصدار أمر بالاعتراف، وفي تقديرنا أن الصواب خلاف ذلك، إذ أن التنفيذ كما أسلفنا يعتبر نتيجة للاعتراف، كما أن الاعتراف هو شرط للتنفيذ، ولهذا كان بوسع المشرع الجزائري درءاً لأي إشكال بخصوص هذه المسألة، من شأنه

أن يفتح أي تأولات، أن ينص صراحة على إجراء موحد يضم طلب كل من الاعتراف والتنفيذ في آن واحد، وذلك بضم الفقرتين الأولى والثانية من المادة 1051 في فقرة واحدة، لتكون صياغتها على النحو الآتي: "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي وتنفيذها في الجزائر بأمر صادر عن رئيس المحكمة ... إذا أثبت من تمسك بها وجودها، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي".

رغم الدور المساند والفعال الذي يؤديه القضاء في مجال التحكيم على نحو ما رأيناه خلال المراحل المختلفة للعملية التحكيمية، منذ اللحظة التي يتم فيها الاتفاق على هذا التحكيم، ومروراً بإجراءاته، وحتى صدور الحكم المنهي للخسومة، إلا أن فتح المجال على مصراعيه أما القضاء في كل مرة للتدخل في العملية التحكيمية، بدعوى إنقاذ هذه العملية من تلك المعوقات التي قد تعترض سيرها، فإنه من دون أدنى شك سيزج بالقضية مجدداً في مثالب القضاء وما يعرفه من بطء في الإجراءات، فالأطراف ما ارتضوا التحكيم سبيلاً بديلاً عن القضاء، إلا لما يحققه لهم من سرعة وسرية ومرونة، للوصول إلى هدفهم المنشود من تسوية منازعاتهم والخروج بحلول ملائمة لها، وإذا نظرنا بإنصاف إلى النتائج المترتبة عن إعمال مثل تلك القواعد العامة التي تجري على الأحكام الصادرة عن محاكم الدولة، ونخص منها مجال الطعن بالاستئناف على أحكام التحكيم الداخلي، نجد أن هذا الأخير لا يسعفه الحظ في التماشي مع نظام التحكيم، وذلك من عدة جوانب منها:

- أن القول باستئناف حكم التحكيم أمام محاكم الدرجة الثانية للدولة طبقاً لمبدأ التقاضي على درجتين، يستلزم القول أن قضاء التحكيم يعتبر درجة أولى من درجات التقاضي للدولة، وهذا القول لا يستقيم في ظل التحكيم كنظام خاص للتقاضي، يتميز بذاتيته واستقلاله عن قضاء الدولة، كما أن الزج بحكم التحكيم أمام محاكم الاستئناف، ينتهي به إلى إخضاعه لقواعد من شأنها تجريد التحكيم من جملة الخصائص والمزايا التي يتطلبها نظامه الخاص به.

- سبقت الإشارة إلى أن الطعن على أحكام التحكيم يوقف تنفيذ هذه الأحكام، وكذلك الطعن على القرار الصادر في الاستئناف بالنقض يوقف تنفيذ هذا القرار المطعون فيه، ولا شك أن كل ذلك يستتبع إحلال الأحكام والقرارات القضائية محل أحكام التحكيم، وهو ما يؤدي إلى إضعاف فاعلية أحكام التحكيم.

- إن تخصيص أحكام التحكيم الداخلي بنظام الطعن بالاستئناف دون أحكام التحكيم الدولي، يثير الاستفسار عن مقصود المشرع من ذلك، فهل هذا يعني أن تحقيق فاعلية التحكيم من حيث السرعة والمرونة والسرية هي حكر على مجال التحكيم الدولي دون الداخلي، أم أن ذلك يعني أن

احتمال تحقق أسباب الطعن بالاستئناف في مجال التحكيم الداخلي أكثر منها في المجال الدولي، أم أن الأمر يتعلق بمجرد تشديد الرقابة القضائية في المجال الداخلي، وتحرير أحكام التحكيم الدولي من مظاهر هذا التشديد، وفي جملة واحدة نقول، هل ارتأى المشرع عدم تماشي نظام الطعن بالاستئناف مع نظام التحكيم في المجال الدولي، بينما رأى تماشيه مع التحكيم الداخلي؟.

لعل الإجابة عن جملة هذه التساؤلات، قد تؤكد ضرورة التفكير في إعادة تنظيم طرق الطعن التي يخضع لها حكم التحكيم الداخلي، مع أننا وإن كنا ننادي باختزال مرحلة الاستئناف حرصاً على تحقيق البت السريع في النزاع محل التحكيم، إلا أن ذلك لا يعني أن يكون على حساب التطبيق الصحيح للقانون، بل يجب أن يتم ذلك وفق نظام طعن موحد ومختصر ينطبق على المجالين الداخلي والدولي، دعماً لما يتطلبه نظام التحكيم من خصوصيات على النحو المتقدم، وتحريراً له من تلك القيود التي تجري عليها محاكم الدولة طبقاً للقواعد العامة.

رغم سلوك المشرع الجزائري نهج المشرع الفرنسي في المادة 1489 من قانون المرافعات الفرنسي، بشأن إجازة استئناف الأمر القاضي برفض تنفيذ حكم التحكيم الداخلي على النحو السابق، إلا أنه لم يحدو حدوه في عدم إجازته استئناف الأمر القاضي بتنفيذ هذا الحكم طبقاً للمادة 1488 من القانون المذكور¹، حيث غفل عن هذه المسألة في مجال التحكيم الداخلي، في الوقت الذي تفتن لها في مجال التحكيم الدولي، إذ ينص في هذا الأخير في المادة 2/1058 من ق.إ.م.إ. على أنه: "لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أي طعن، غير أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يرتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ، إذا لم يتم الفصل فيه".

ولا شك أن هذا المنهج من المشرع الجزائري فيه تعارض بين مع المبادئ الأساسية في التقاضي التي جاء بها الدستور الجزائري²، والتي تقرر أن القضاء هو حق مكفول للجميع بقوة القانون، يستند إلى مبادئ الشرعية والمساواة أمام القضاء، وبناءً على هذه المبادئ، فإن تقرير المشرع لحق الطرف الذي يراد التنفيذ ضده، في الطعن بالاستئناف على الأمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم، وذلك في المجال الدولي دون الداخلي، يكون قد خالف قاعدة دستورية جوهرية،

¹ Article 1488: "l'ordonné qui accord l'exequatur n'est susceptible d'aucun recours".

² راجع هذه المبادئ في المادة 140 من الدستور الجزائري، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 02-03، المؤرخ في 10 أبريل 2002، والقانون رقم 19-08، المؤرخ في 15 نوفمبر 2008.

فإذا كان تقرير الحق في هذا الطعن أمراً مستلزماً في نظر المشرع في المجال الدولي، فإن تقريره مستلزم في مجال التحكيم الداخلي من باب أولى، إعمالاً للقاعدة الدستورية المذكورة.

فكان على المشرع إما أن يقرر صراحة حق المحكوم ضده في استئناف الأمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم، أو على الأقل أن ينص تبعاً للمادة 1033 سالفه الذكر والمتضمنة لاستئناف حكم التحكيم، بأن يرتب هذا الطعن بالاستئناف بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ، وذلك إذا كان قاضي التنفيذ قد أصدر أمره بالتنفيذ قبل الطعن بالاستئناف، أي أن الطعن بالاستئناف يشمل حكم التحكيم والأمر القاضي بتنفيذه في آن واحد، أما إذا كان القاضي لم يصدر أمره بالتنفيذ بعد، وقام المحكوم عليه باستئناف حكم التحكيم، فعلى القاضي أن يتخلى عن الفصل في طلب التنفيذ، وإلا كان أمره مجرداً من أي أثر.

لذلك نهب بالمشرع الجزائري عدم إقراره لحق المحكوم ضده في الطعن بالاستئناف في أمر التنفيذ في مجال التحكيم الداخلي، خلافاً لتقريره إياه في مجال التحكيم الدولي، لما في ذلك من خرق للمبدأ الدستوري السابق ذكره، والذي كرس حق الأطراف في الالتجاء إلى القضاء، سواء كان محكوماً لهم أو محكوماً عليهم من جهة، ومن جهة أخرى، لعدم وجود ما يقتضي التفرقة بين مجال التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي في هذا الخصوص.

أما بخصوص الطعن بالنقض في القرار الصادر في استئناف حكم التحكيم بشأن النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع، رأينا أن المشرع الجزائري نص في المادة 1034 ق.إ.م.إ، على أنه: "تكون القرارات الفاصلة في الاستئناف وحدها قابلة للطعن بالنقض طبقاً للأحكام المنصوص عليها في هذا القانون"، وقد رأينا كيف أن تطبيق الأحكام العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹، كثيراً ما يتعارض مع نظام التحكيم وما يقتضيه من خصوصيات، وأهم هذه الخصوصيات سرعة البت في الإجراءات، وهذه لا تتأتى إلا وفقاً لآجال قصيرة المدى، فحبذا لو نظم المشرع آجالاً قصيرة تتماشى وطبيعة التحكيم، وتستجيب لمتطلبات السرعة التي يتطلبها هذا النوع من القضاء.

¹ حيث نصت المادة 354 من القانون المذكور أن الطعن بالنقض يجب أن يرفع في أجل شهرين من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا كان التبليغ شخصياً، مع إمكانية تمديده إلى ثلاثة أشهر إذا تم التبليغ في الموطن الحقيقي أو المختار، وحسب المادة 563 من نفس القانون، فإنه يجب على الطاعن تبليغ العريضة أو التصريح بالطعن بالنقض خلال شهر واحد من تاريخ هذا التصريح، كما يلزمه إيداع العريضة في غضون شهرين ابتداءً من تاريخ التصريح بالطعن.

آخر ملاحظة يمكن إبدائها في هذا الخصوص، تتعلق بالفرض الذي يقضي فيه المجلس القضائي بقبول الطعن المرفوع أمامه ببطلان حكم التحكيم الدولي، فإن المشرع الجزائري لم يبين مصير النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري بعد إبطال هذا حكم التحكيم الذي صدر بشأنه، بخلاف المشرع الفرنسي الذي قرر من خلال نص المادة 2/1484 من ق.إ.م بأنه: "إذا أبطلت المحكمة المرفوع أمامها الطعن ببطلان حكم التحكيم، فإنها تفصل في الأساس في حدود المهمة المعينة للمحكم، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك"، فيكون المشرع الفرنسي بذلك قد ترك لإرادة الأطراف الحرية في تقرير مصير النزاع الذي أُبطل حكم التحكيم الصادر بشأنه، فإما أنهم يتركون مهمة الفصل فيه لمحكمة البطلان، أو أنهم يتفقون على أن يتوقف دور المحكمة على إصدار الحكم بالبطلان فقط، ليتم بعد ذلك الاتفاق من جديد على اللجوء إلى التحكيم، فحذا لو أن المشرع الجزائري وضع نصاً مماثلاً، لمعرفة مصير النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري بعد إبطال حكم التحكيم الذي صدر بشأنه.

كما لا يفوتنا أيضاً في ختام هذا الدراسة، من خلال رصدنا للنصوص التحكيمية التي نص عليها المشرع الجزائري من خلال القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أن نوصي بما يلي:

- بضرورة تطوير هذه النصوص بشكل يتماشى مع متطلبات التجارة الدولية بصفة عامة والبحرية بصفة خاصة، لاسيما وأن الجزائر تعتبر من الدول البحرية، وأغلب علاقتها التجارية الدولية تتم عن طريق البحر.

- ضرورة التحرر من الجمود الذي تتميز به هذه النصوص، وفق آليات محددة كإتاحة الفرصة لتطبيق أحكام المعاهدات على العلاقات التجارية الدولية، واللجوء إليها لحل مختلف المنازعات الناشئة، مع تقرير ذلك ضمن النصوص الوطنية، لذلك يكون من الأجدر مزامنة ما يعقد من معاهدات واتفاقيات في هذا الخصوص، للقول بوجود انفتاح حقيقي على التجارة الدولية.

- الاستفادة من تجارب الدول الأخرى التي حققت قدراً كبيراً من النجاح في هذا المجال، وذلك بخلق قنوات اتصال معها ومع ما تشرف عليه من مراكز تحكيمية.

- تشجيع الأبحاث والدراسات المقارنة بين النصوص الوطنية والمعاهدات الدولية المتخصصة في مجال التحكيم التجاري الدولي والبحري، وعقد المؤتمرات أو المشاركة فيها مع الأخذ بعين الاعتبار ما تسفر عنه من توصيات ونتائج، وتكريسها ضمن القوانين الوطنية.

- إن القوانين والتعديلات التي استحدثتها المشرع الجزائري، تبقى غير كافية نظرا لعدم تغطيتها للعديد من المسائل التحكيمية التي عرضنا لها من خلال هذه الدراسة، ونفس الشيء يقال بالنسبة للاجتهاد القضائي الجزائري، الذي لا يزال يعاني هو الآخر ندرة في الأحكام المتعلقة بهذا المجال، لهذا يكون من الجدير التوصية بوضع قانون مستقل خاص بالتحكيم أسوة بالتشريعات الأخرى، إضافة إلى التفكير في إنشاء مركز تحكيمي متخصص في المنازعات البحرية، فضلا عن عقد دورات تدريبية لتكوين محكمين في هذا المجال، كل ذلك سعيا لتحقيق انفتاح حقيقي نحو التحكيم التجاري الدولي، يجعل الاقتصاد الوطني متكيفا مع التغيرات الاقتصادية والتجارية الدولية.

- آخر ما يمكن قوله في تنمة هذا البحث، أن هذا الموضوع لا يزال مفتوحاً ومتشعباً، والذي أتينا على ذكره من خلال هذه الرسالة لا يمثل إلا النزر اليسير مما يستوعبه موضوع التحكيم في المجال البحري، بما يتيح لنا ولغيرنا من الباحثين من خلال دراسات مستقبلية، التطلع إلى رصد المزيد من المسائل والإشكاليات التي يثيرها التحكيم.

قائمة المراجع

أولاً: قائمة المراجع باللغة العربية

المراجع العامة:

- 1- د أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1981.
- 2- د أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الطبعة الخامسة، لسنة 1988، والطبعة الرابعة، لسنة 2001.
- 3- د أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، بمقتضى قانون المرافعات الجديد رقم 13 لسنة 1968 وقانون الإثبات رقم 25 لسنة 1968، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة 15، 1990.
- 4- د أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة 2002 و2004.
- 5- د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، القاهرة، 2013.
- 6- د أحمد السيد صاوي، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971.
- 7- د أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2004.
- 8- د أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية المدنية والتجارية والإدارية والجمركية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2006.
- 9- د إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، القاهرة، 1997.
- 10- د إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الرابعة، 2005.
- 11- د أحمد محمود حسني، عقود إيجار السفن، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2008.

- 12- د أحمد محمود حسني، البيوع البحرية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 1983.
- 13- د أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004.
- 14- د أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009.
- 15- د أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والأثر السلبي لاتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
- 16- د أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001-2005.
- 17- د أحمد محمد عبد الصادق، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، دار القانون للإصدارات القانونية، مصر، الطبعة السابعة، 2014.
- 18- د أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2012.
- 19- د أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2006.
- 20- د أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية (دراسة في قضاء التحكيم)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1997-1998.
- 21- د أحمد محمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 وتعديلاته، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2004.
- 22- د السيد عبد المنعم المراكبي، التحكيم في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية و مدى تأثيره بسيادة الدولة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر.
- 23- د أمال أحمد الفزائري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم الدولي الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993.
- 24- أمال يدّر، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة-، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2012.

- 25- د إبراهيم حرب محيسن، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية، دراسة مقارنة، دار النشر للثقافة والتوزيع، الطبعة الأولى، 1999.
- 26- أيسر عصام داود سليمان، الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014.
- 27- د الأنصاري حسن النيداني، الأثر النسبي لاتفاق التحكيم، دراسة في القانون رقم 27 لسنة 1994 في شأن المواد المدنية والتجارية، 2001.
- 28- د أيمن سعد سليم، العقود النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- 29- د أحمد خليل، قواعد التحكيم دراسة متعمقة في طرق الطعن في القرار التحكيمي الصادر في تحكيم داخلي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
- 30- د بوكعبان العربي، الوجيز في القانون البحري الجزائري، دار الغرب للنشر والتوزيع، وهران، الجزائر، طبعة 2002.
- 31- د بشار جميل عبد الهادي، التحكيم في منازعات العقود الإدارية، دار وائل للنشر للتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2005.
- 32- د بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطالان أحكام التحكيم الدولية - دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
- 33- د وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2001.
- 34- د وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة 1986.
- 35- د ثروت حبيب، دراسة في قانون التجارة الدولية، مطبوعات جامعة القاهرة (الخرطوم)، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1975.
- 36- د جمال محمود الكردي، القانون الواجب في دعوى التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2003.
- 37- د خالد أحمد حسن، بطلان حكم التحكيم (دراسة مقارنة بين قانون التحكيم المصري والإنجليزي وقواعد الشريعة الإسلامية)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص 19.
- 38- د خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، دار الشروق، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2002.
- 39- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009.

- 40- د خليل إبراهيم محمد خليل، القانون الواجب التطبيق على سندات الشحن البحرية (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015.
- 41- د حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والمقارن، بدون ناشر، الطبعة الأولى، 1996.
- 42- د حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، (دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، مصر، 2006.
- 43- د حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
- 44- د حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دراسة تحليلية وانتقائية لأحكام القانون المصري رقم 27 لسنة 1994، ولبعض القوانين الأجنبية والمعاهدات الدولية المنظمة للتحكيم وخاصة معاهدة نيويورك ومعاهدة واشنطن، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي.
- 45- د حسام الدين فتحي ناصف، نقل اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- 46- د حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
- 47- د حفيظة السيد الحداد، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، الكتاب الأول، تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002.
- 48- د حمد الله محمد حمد الله، النظام القانوني لشرط التحكيم في المنازعات التجارية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.
- 49- د حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2010.
- 50- حسن محمد سليم، النظام القانوني للتحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2007-2008.
- 51- د الطيب زروتي، إجتهد القضاء الجزائري في ميدان القانون الدولي الخاص معلقاً عليه، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
- 52- د زاهية سي يوسف، عقد البيع، دار الأمل، تيزي وزو، الجزائر، الطبعة الثانية، 2000.

- 53- د رضا السيد عبد الحميد، تدخل القضاء في التحكيم بالمساعدة والرقابة، ضمن كتاب مسائل في التحكيم، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2007.
- 54- د رضا السيد عبد الحميد، قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 في الميزان، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- 55- د رضا السيد عبد الحميد، الشركات التجارية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2006.
- 56- د سامية الراشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الجزء الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1984.
- 57- د سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1986.
- 58- سميحة القليوبي، الأسس القانونية للتحكيم التجاري وفقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994، دار النهضة العربية، 2012.
- 59- د سحر عبد الستار إمام، المركز القانوني للمحكم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- 60- د سيد أحمد محمود، التحكيم العادي (التحكيم الاختياري والفردى) في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي، بدون ناشر، الطبعة الأولى، بدون تاريخ نشر.
- 61- د سيد أحمد محمود، خصومة التحكيم القضائي المختلط وفقاً للقانون الكويتي رقم 11-1995، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر.
- 62- د سراج حسين محمود أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، بدون ناشر، 1998.
- 63- د سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، الطبعتين، 1999-2000.
- 64- د سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية نصاً وتعليقاً-شرحاً وتطبيقاً، دار الهدى، الجزائر، الطبعة الأولى، 2001.
- 65- د شاكر العبسي، التحكيم التجاري الدولي، ابن اليمن للطباعة والنشر، صنعاء، 2000 .
- 66- أ شريف الطباخ، التحكيم الاختياري الإجباري في ضوء القضاء والفقهاء، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 2010.
- 67- د طرح البحور علي حسن، عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

- 68- د طرح البحور علي حسن، الاختصاص القضائي بحكم التحكيم الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.
- 69- د عاشور مبروك، الوسيط في النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، دراسة تحليلية وفقاً لأحدث التشريعات والنظم المعاصرة، دار الفكر والقانون، المنصورة، الطبعة الأولى 2011.
- 70- د عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري متعدد الأطراف، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- 71- د عاطف شهاب، اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي، بدون ناشر، 2002.
- 72- د عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم (دراسة تحليلية مقارنة)، الطبعة الثانية، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، مصر، 2008.
- 73- د عبد الباسط محمد عبد الواسع، شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، سنة 2014.
- 74- د عبد الحميد الأحذب، التحكيم، أحكامه ومصادره، الجزء الأول، دار نوفل، بيروت، لبنان، 1990.
- 75- د عبد الحميد الأحذب، التحكيم الدولي، الجزء الثالث، دار نوفل، بيروت، لبنان، 1990.
- 76- د عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، دار المعارف، القاهرة، مصر، 1998.
- 77- د عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الثاني، دار المعارف، القاهرة، مصر، الطبعة 1998 و1990.
- 78- د عبد الحميد الشواربي، التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية، 2000.
- 79- د عبد الرازق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج1، الجمع العربي الإسلامي، منشورات دار محمد الداية، بيروت، لبنان، 1997.
- 80- د عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 2009.

- 81- د عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول والثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الثانية، سنة 1998.
- 82- د عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
- 83- د عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، 1984.
- 84- د علي بن غانم، التأمين البحري وذاتية نظامه القانوني (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري -الفرنسي - الإنجليزي)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، 2005.
- 85- د عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط3، 2005.
- 86- د عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، منشورات جامعة الكويت، الطبعة الأولى، 1990.
- 87- د عصام الدين القصبي، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- 88- د علي عوض حسن، التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية التجارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001.
- 89- د عمر سعد الله، القانون الدولي للأعمال، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 2012.
- 90- د عمر سعد الله، حل النزاعات الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 91- د علي الأمير إبراهيم، مسؤولية الشركاء في شركات الأشخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- 92- د علي سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم، دراسة في أحكام القضاء وقرارات التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.
- 93- د علي أبو عطية هيكل، بطلان حكم التحكيم، لاستبعاد القانون الموضوعي المتفق على تطبيقه، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2014.
- 94- د عبد الفضيل محمد أحمد، القانون الخاص البحري، دار الفكر والقانون، المنصورة، الطبعة الأولى، 2001.

- 95- د عزت محمد علي البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- 96- د عوض أحمد الزعبي، أصول المحاكمات المدنية، دراسة مقارنة، التنظيم القضائي - الاختصاص - الجزء الأول، دار وائل للنشر، الأردن، الطبعة الثانية، 2006.
- 97- د فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001.
- 98- د فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2007.
- 99- د فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.
- 100- د فاروق ملش، النقل المتعدد الوسائط، الأوجه التجارية والقانونية، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري، دار الشنهاي للطباعة والنشر، 1996.
- 101- لزهرة بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي (وفقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.
- 102- د كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي - حتمية التحكيم وحتمية القانون التجاري الدولي -، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 1991.
- 103- د محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 1997.
- 104- د منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي (في القانون الخاص، في ضوء الفقه وقضاء التحكيم)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
- 105- د منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
- 106- د محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية و التجارية، الجزء الأول، دار الفكر العربي، 1990.
- 107- د محمود مختار بري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2014.
- 108- د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1998.

- 109- د محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة قانونية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011.
- 110- محمود سمير الشرقاوي، القانون البحري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الطبعة الثانية، 1992.
- 111- د محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 1999.
- 112- د محمود السيد عمر التحيوي، تحديد المعنى الموضوعي لمحل التحكيم ودوره في تحديد طبيعة العمل الذي يصدر من هيئة التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002.
- 113- د محمود السيد عمر التحيوي، مفهوم التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002.
- 114- محمود السيد عمر التحيوي، أنواع التحكيم وتمييزه عن الصلح والوكالة والخبرة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.
- 115- د محمود السيد عمر التحيوي، النظام القانوني لدعوى بطلان حكم التحكيم (دراسة مقارنة)، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2011.
- 116- محمود السيد عمر التحيوي، الرضا بالتحكيم لا يفترض وإنما لا بد من وجود الدليل عليه، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002.
- 117- د محمود السيد عمر التحيوي، نظام الأوامر على العرائض والقضاء الوقي وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999.
- 118- د مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2005.
- 119- د مصطفى كمال طه - وائل أنور بندق، التوحيد الدولي للقانون البحري، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2012.
- 120- د مصطفى كمال طه، القانون البحري الجديد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995.
- 121- د محمد نور عبد الهادي شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، (دراسة تحليلية وتطبيقية مقارنة لمبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة لغير)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

- 122- د محمد نور عبد الهادي شحاته، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكّمين، نطاقها ومضمونها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- 123- د محمد أحمد إبراهيم محمود، دور قضاء التحكيم التجاري الدولي في خلق قواعد قانونية للتجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2013.
- 124- د محمد محمد بدران، مذكرات في حكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- 125- د معوض عبد التواب، المستحدث في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، 1997.
- 126- د ممدوح عبد العزيز العنزي، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2006.
- 127- د محمد إبراهيم موسى، التوفيق التجاري الدولي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2005.
- 128- د محمد أحمد عبد الرحمان الزرقا، اتفاق التحكيم التجاري - دراسة مقارنة بالتشريع الإسلامي -، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2004.
- 129- د محمد بن ناصر البجاد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، منشورات مركز البحوث والدراسات الإدارية، الرياض، الطبعة الأولى، 1999.
- 130- د محمد بهجت عبد الله، الإفلاس والصلح الواقي منه، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
- 131- د محمد يوسف الزغبي، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.
- 132- د مصطفى عبد الجواد، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية للالتزام، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار الكتب القانونية، بدون طبعة، مصر، 2005.
- 133- د محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الإلتزام، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007-2008.
- 134- د محمد علي حسونة، مسؤولية الدولة عن أضرار التلوث البيئي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015.

- 135- د محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الرغاية، الجزائر، 2002 .
- 136- د محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الأول، شركة مطابع الطناني، 1986.
- 137- د ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم المصري في المواد المدنية و التجارية رقم 27 لسنة 1994، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996.
- 138- د نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011.
- 139- د هشام خالد، أوليات التحكيم التجاري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
- 140- هات محي الدين اليوسفي، الأثر المانع لاتفاق التحكيم ومدى تأثيره على الاختصاص القضائي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014.

المراجع المتخصصة:

- 1- د أحمد محمود حسني، قضاء النقض البحري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
- 2- د أحمد محمود حسني، التعليق على نصوص اتفاقية هامبورج الخاصة بنقل البضائع بحرا لسنة 1978 (قواعد هامبورج)، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1998.
- 3- د الوليد بن محمد بن علي البرماني، التحكيم في المنازعات البحرية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010.
- 4- إيمان فتحي حسن الجميل، اتفاق التحكيم البحري وفقا لقانون التحكيم المصري لسنة 1994 والاتفاقيات الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، الطبعة 2013.
- 5- د عادل محمد خير، بطلان اتفاق التحكيم في القانون البحري المصري واتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع (قواعد هامبورج 1978)، مكتب الدكتور عادل خير للمحاماة والاستشارات القانونية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2001.
- 6- د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية (دراسة مقارنة للتحكيم البحري في لندن ونيويورك وباريس مع شرح أحكام قانون التحكيم المصري في المواد المدنية و التجارية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.

- 7- د عاطف محمد الفقي، النقل البحري للبضائع (في ظل قانون التجارة البحرية رقم 08 لسنة 1990 واتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بالبحر لعام 1978-قواعد هامبورج-)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- 8- د عباس مصطفى المصري، المركز القانوني للمرسل إليه في عقد النقل البحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2002.
- 9- د علي طاهر البياتي، التحكيم التجاري البحري (دراسة قانونية مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2006.
- 10- د عبد الحميد محمد الحوسني، التحكيم البحري وفقا لقانون الإجراءات المدنية الإماراتي والقانون المصري والاتفاقيات الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007.
- 11- د محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري (النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2005.
- 12- د محمد عبد الفتاح ترك، شرط التحكيم بالإحالة وأساس التزام المرسل إليه بشرط التحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2006.
- 13- محمد كمال حمدي، التحكيم في المنازعات البحرية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005.

المعاجم:

- 1- مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، باب الميم فصل الحاء، مؤسسة الرسالة، للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الثامنة، 1426 هـ-2005 م.
- 2- محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، ج 12 دار صادر، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 1414 هـ.

المجلات والمقالات والبحوث والمحاضرات:

- 1- د أبو زيد رضوان، الضوابط العامة في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الحقوق والشريعة، جامعة الكويت، السنة الثالثة، العدد الثاني، 1979.
- 2- د أكثم أمين الخولي، بدء التحكيم وسيره طبقا لنظام التوفيق والتحكيم لغرفة تجارة وصناعة دبي، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر التحكيم التجاري، المنعقد في دبي، يومي 28 و 29 ماي 1995.
- 3- د أكثم أمين الخولي، الاتجاهات العامة في قانون التحكيم المصري الجديد، بحث مقدم إلى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم، مؤتمر القاهرة، يومي 13 و 14 سبتمبر 1994.

- 4- د أحمد إبراهيم عبد التواب، صور اتفاق التحكيم واستقلاله، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، السنة 16، العدد الأول، يناير 2008 م.
- 5- د أحمد السيد صاوي، إجراءات التحكيم طبقاً لقانون التحكيم المصري ووفقاً لأهم قواعد وأنظمة التحكيم الدولية، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2008.
- 6- د أبو اليزيد علي المتيت، التحكيم البحري، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الأول، السنة التاسعة عشر، يناير، مارس، 1975.
- 7- أفرح عبد الكريم خليل، التحكيم في المنازعات البحرية، بحث منشور في مجلة الرافدين، المجلد 14، العدد 50، بتاريخ 2010/03/22.
- 8- أ.د بن سهلة ثاني بن علي، الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم وأثره على تسوية المنازعات التجارية الدولية، مقال منشور بمجلة، دراسات قانونية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، العدد الرابع، 2007.
- 9- أ.د إسعاد مهند، مقال ألقى في إطار الملتقى الخاص بالتحكيم التجاري، المنظم خلال يومي 14 و 15 ديسمبر 1992 بالجزائر العاصمة.
- 10- د إبراهيم أحمد إبراهيم، تطبيقات عملية لقضايا التحكيم، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، الصادر عن الأمانة العامة للاتحاد العربي للتحكيم التجاري الدولي، العدد الثالث، أكتوبر 2000.
- 11- د بوكعبان العربي، دفوزي نعيمي، الاجتهاد التحكيمي الجزائري في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مجلة التحكيم العالمية، العدد 15، السنة الرابعة، بيروت، 2012.
- 12- بلباقي بومدين، شرط التحكيم بالإحالة ومدى نفاذه في مواجهة المرسل إليه في عقد النقل البحري للبضائع (دراسة مقارنة في ضوء التطبيقات القضائية)، مقال منشور في المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، منشورات مخبر القانون البحري والنقل، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، العدد الثالث، لسنة 2015.
- 13- د وفاء مزيد فلحوط، النظام القانوني الواجب التطبيق في إطار التحكيم التجاري الدولي، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2008.

- 14- د حسني المصري، شرط التحكيم التجاري، بحث مقدم لمؤتمر التحكيم التجاري الدولي، العريش، 1988.
- 15- د حفيظة السيد الحداد، شرط التحكيم بالإشارة (دراسة تحليلية وانتقادية لأحكام القضاء الفرنسي)، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الأول والثاني، سنة 1995.
- 16- د حمزة أحمد حداد، دور التحكيم في تسوية المنازعات، بحث منشور في مجلة التحكيم الصادرة عن المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، العدد الخامس، جوان 2000.
- 17- د حمزة أحمد حداد، حكم التحكيم وشروط صحته، بحث مقدم لدورة التحكيم في العقود الهندسية والإنشائية وإعداد المحكمين، التي نظمتها غرفة التحكيم العربية للعقود الهندسية الإنشائية بدمشق، في الفترة من (2008/11/30 إلى 2008/12/1).
- 18- خليل بوضنوبرة، التدخل القضائي في مجال التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، الجزائر، 2006.
- 19- د رضا عبيد، أنواع التحكيم، محاضرات ألقاها في الدورة التمهيدية الإقليمية الأولى، المنعقدة بنقابة المحامين ببور سعيد، والتي نظمها مركز التحكيم الدولي بالقاهرة، الفترة ما بين 23 و 28 جويلية 2005م.
- 20- د رضا عبيد، شرط التحكيم في عقود النقل البحري، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق أسيوط، العدد، السادس، جويلية 1984.
- 21- د رقية عواشيرية، التحكيم المؤسسي ودوره في تحقيق الذاتية الخاصة للمنازعات البحرية، كلية الحقوق، جامعة باتنة، الجزائر، مجلة الباحث، العدد الثامن، السنة الثامنة، 2010.
- 22- د زهير الحسني، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي لنزاعات الاستثمار، بحث منشور في مجلة التحكيم العربي، العدد الثالث عشر، ديسمبر 2009.
- 23- د سيد أحمد محمود، التحكيم العادي في القانون الكويتي، دورة برنامج إعداد المحكمين، الحلقة الأولى، مركز الكويت للتحكيم التجاري، 2001-2002.
- 24- د عكاشة محمد عبد العال، القانون الذي يحكم موضوع النزاع في التحكيم التجاري والأثر المترتب على عدم مراعاته من قبل هيئة التحكيم، (دراسة في ضوء مشروع القانون الاتحادي لسنة 2006 في شأن التحكيم في المنازعات التجارية)، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق، 2008.

- 25- عبد الحسين القطيفي، التحكيم في المنازعات الدولية، مجلة العلوم القانونية، العدد الأول، بغداد، 1969.
- 26- د عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الطرق البديلة لحل النزاعات - الصلح والوساطة والتحكيم -، يومي 15 و 16 جوان 2008.
- 27- عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء الأول، سنة 2009.
- 28- عبد العزيز خنفوسي، القواعد التي توجب أعمال التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، دراسات قانونية (دورية فصلية)، مركز البصيرة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة الجزائر، العدد 13، نوفمبر 2011.
- 29- د عماد الدين محمد، طبيعة وأنماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الإنترنت، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق، 2008.
- 30- د عمر مشهور حديثة الجازي، محاضرة أقيمت في مقر نقابة وكلاء الملاحة البحرية بتاريخ 2002/10/08، نقلا عن موقع: www.jcdr.com.
- 31- عمر زودة، إجراءات تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، مقال منشور بمجلة المحكمة العليا، القسم الخاص بالوثائق (الطرق البديلة لحل المنازعات)، عدد خاص، لسنة 2009، اليومين الدراسيين 15 و 16 جوان 2008، الجزء الأول.
- 32- د فاروق ملش، ماذا تعرف عن حل المنازعات البحرية عن طريق التحكيم؟، مجلة الجمعية البحرية المصرية، العدد السابع، جويلية 1994.
- 33- د فايز الكندري، مفهوم شرط التحكيم وقوته الملزمة بالنسبة للغير، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، صادرة عن كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الثاني، السنة الثانية والأربعون، جويلية، 2000.
- 34- د فايز رضوان، اتفاق التحكيم وفقاً للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، بحث منشور بمجلة الأمن والقانون، العدد الأول، جانفي 2008.
- 35- د محمود سمير الشراوي، مفهوم التجارية والدولية وفقاً لقانون التحكيم المصري الجديد، مجلة التحكيم الصادرة عن المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، العدد الثاني، مارس 2000.

- 36- د مجدي قاسم، محاضرة بعنوان (إجراءات حكم التحكيم وتسببيه)، أقيمت في حلقت نقاش أعدها معهد التدريب القضائي بوزارة العدل، عقدت في أواخر شهر يناير 2008، بالجمع الثقافي بأبوظبي.
- 37- د محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي (دراسة في قانون التجارة الدولية، مجموعة محاضرات، دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص)، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، 1973-74.
- 38- د محمود سلام زناطي، التحكيم عند العرب، بحث مقدم لمؤتمر التحكيم في القانون الداخلي والقانون الدولي، العريش، المطبعة العربية الحديثة، القاهرة، 1987.
- 39- د محمود مصطفى يونس، ثنائية الأحكام التي يخضع لها تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وأثر التعارض في تنفيذها بين دولتين وفقاً لاتفاقية نيويورك، دراسة تطبيقية وفقاً لأحكام قانون التحكيم المصري الجديد، مجلة الحق، العدد 15، فبراير 2010.
- 40- د محي الدين إسماعيل علم الدين، التحكيم البحري، البرنامج التدريبي حول العقود البحرية، الأكاديمية البحرية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري، الإسكندرية، 24-28 جويلية 2004.
- 41- د محمد فتوح محمد عثمان، الاتجاهات القانونية والقضائية الحديثة في التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود الدوائر الحكومية في إمارة دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، بحث منشور في مجلة العدالة الصادرة عن وزارة العدل لدولة الإمارات العربية، العدد 103 س، 27 جويلية 2000.
- 42- د محمد أبو العينين، المبادئ القانونية التي يقوم عليها التحكيم في الدول العربية والإفريقية التي تبنت قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم، مجلة التحكيم العربي، العدد الأول، 1999.
- 43- د محمد سامي الشوا، التحكيم التجاري الدولي (أهم الحلول البديلة لحل المنازعات الاقتصادية)، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق، 2008.
- 44- د محمود سمير الشراوي، الدور الخلاق للقضاء في مجال التحكيم التجاري الدولي، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2008.
- 45- د مصلح أحمد الطراونة، تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي الباطل، وفقاً لاتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958، دراسة تحليلية لنصوص

الاتفاقية ذات الصلة في ضوء التطبيقات القضائية لها في كل من فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الحقوق، 2008.

46- د موسى خليل متري، التحكيم في العمليات المصرفية في الدول ذات الاقتصاد المتحول، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2008.

47- د ناجي عبد المؤمن محمد، مدى جواز الاتفاق على التحكيم بطريق الإحالة في القوانين الوطنية وعلاقات التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الأول، سنة 42، جانفي 2000.

48- د ناجي عبد المؤمن محمد، الاتجاهات الكبرى في امتداد شرط التحكيم، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، صادرة عن كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الثاني لسنة 2006.

49- د توجان فيصل الشريدة، ماهية وإجراءات التحكيم الإلكتروني، (التحكيم عبر الإنترنت) كوسيلة لفض منازعات التجارة الإلكترونية، بحث مقدم إلى المؤتمر السنوي السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2008.

50- د تراري ثاني مصطفى، التحكيم البحري-مؤسساته وقواعده وذاتيته-، أشغال الملتقى الدولي في المنازعات البحرية، تحت إشراف د فاطمة بوخاتمي، مخبر قانون النقل والنشاطات المائية، منشورات الألفية الثالثة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، يومي 2 و 3 ماي 2009.

الرسائل:

1- د باسمة لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، رسالة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2005.

2- بسعيد مراد، عقد النقل البحري للبضائع وفقاً للقانون البحري الجزائري والاتفاقيات الدولية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، السنة الجامعية 2011/2012.

3- د خالد أحمد حسن، بطلان حكم التحكيم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2006.

- 4- د خليل بوصنوبرة، القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه وفقاً للقانون الجزائري، رسالة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، السنة الجامعية 2007/2008.
- 5- سامي محسن حسين السري، القواعد الإجرائية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2004.
- 6- سليم بشير، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، رسالة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، السنة الجامعية 2010-2011.
- 7- د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، رسالة دكتوراه منشورة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1997.
- 8- د علي رمضان بركات، خصومة التحكيم في القانون المصري والقانون المقارن، رسالة دكتوراه، منشورة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1996.
- 9- د ماهر محمد صالح عبد الفتاح، اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 2004.
- 10- د محمود السيد التحيوي، اتفاق التحكيم وقواعده في قانون المرافعات وقانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، 1994م.
- 11- د هدى محمد مجدي عبد الرحمان، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1997، منشورة، دار النهضة العربية، 1997.
- 12- ضحى إبراهيم الزباني، شرط التحكيم في العقود المدنية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2003.
- 13- نادر محمد إبراهيم، مركز القواعد عبر الدولية أمام التحكيم الإقتصادي الدولي، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، سنة 1998.

الاتفاقيات والمعاهدات الدولية:

- 1- معاهدة بروكسل الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن لسنة 1924، والمعروفة بقواعد لاهاي، دخلت حيز النفاذ دولياً عام 1931، وعدلت بموجب بروتوكول موقع في 23 فبراير 1968 ثم عدلت مرة أخرى سنة 1979، المصادق عليها من طرف الجزائر، بموجب المرسوم رقم 71/64 المؤرخ في 2 مارس 1964 الجريدة الرسمية رقم 28 لسنة 1964.

- 2- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها الموقع عليها في نيويورك بتاريخ 10/06/1958. المصادق عليها من طرف الجزائر بموجب المرسوم رقم 88 / 233، المؤرخ في 05/11/1988.
- 3- اتفاقية لاهاي حول المبيعات الدولية للمنقولات لسنة 1946.
- 4- اتفاقية جنيف الأوروبية حول التحكيم التجاري الدولي المؤرخة في 21/04/1961.
- 5- الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي، المعقودة في جنيف بتاريخ 21 أبريل 1961، وضعت موضع التنفيذ في 07/1/1964.
- 6- إعلان المبادئ (بين فرنسا والجزائر) الصادر في 15 مارس 1962 والمتعلق بالتعاون في ميدان المحروقات.
- 7- الاتفاقية الأوروبية للحصانات الدولية، التي أقرها المجلس الأوروبي، المنعقد في بازل بتاريخ 16 ماي 1972.
- 8- اتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بالبحر لعام 1978، والمعروفة بقواعد هامبورج، حيث تعتبر أول نص دولي متخصص في التحكيم البحري.
- 9- اتفاقية روما لسنة 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.
- 10- اتفاق نظام التحكيم الجزائري الفرنسي الموقع في 23/03/1983، والمجسد للاتفاق المبرم في 21/06/1982، والمتعلق بالتعاون الاقتصادي بين الدولتين.
- 11- اتفاقية لاهاي في شأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للبضائع لسنة 1986.
- 12- 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 90 / 319 المؤرخ في 17 أكتوبر 1990 ، ج. ر رقم 45، لسنة 1990.
- 13- الاتفاق الموقع عليه في الجزائر بتاريخ 24 أبريل 1991 بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية والاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي، المتعلق بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي رقم 91/345 المؤرخ في 5 أكتوبر 1991، ج. ر رقم 46 ، لسنة 1991.

- 14- الاتفاق الموقع عليه بالجزائر في 1994/02/03 بين الحكومة الجزائرية و الحكومة الفرنسية حول تشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات، المصادق عليه بموجب المرسوم الرئاسي 01/94 المؤرخ في 1994/01/02.
- 15- الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، الموقعة في روما، بتاريخ 4 نوفمبر 1950، المعدلة بالبروتوكولين رقم 11 و 14، و متممة بالبروتوكول الإضافي والبروتوكولات رقم 4 و 6 و 7 و 12 و 13.
- 16-
- 17- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمد ونشر بقرار الجمعية العامة رقم 217 ألف (د-3)، المؤرخ في 10 ديسمبر 1948.

القوانين الوطنية

- 1- الأمر 1111/58 المؤرخ في 1958/11/22 والمتضمن القانون البترولي الصحراوي.
- 2- المرسوم رقم 63/ 364 الصادر في 14 سبتمبر 1963، ج ر عدد 67 مكرر، بتاريخ 17 سبتمبر 1963، متضمن نشر الاتفاق الجزائري الفرنسي حول التحكيم، و ملحق خاص بنظام التحكيم المبرم في باريس بتاريخ 26 جوان 1963.
- 3- المرسوم رقم 71/64 المؤرخ في 2 مارس 1964، الجريدة الرسمية رقم 28 لسنة 1964، المتضمن انضمام الجزائر إلى معاهدة بروكسل الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن لسنة 1924 المرسوم رقم 63 / 364 الموافق ل 14 سبتمبر 1963، ج. ر عدد 67 مكرر، الصادرة في 17 سبتمبر 1963، متضمن نشر الاتفاق الجزائري الفرنسي حول التحكيم.
- 4- أمر رقم 287/65، الموافق ل 18 نوفمبر 1965، يصادق وينشر الاتفاق المبرم في الجزائر العاصمة بين الجزائر وفرنسا في 1965/07/29، والخاص بالفصل في المسائل المتعلقة بالمحروقات والتنمية الصناعية في الجزائر، ج.ر. 19 نوفمبر 1965، ص 980 وما بعدها.
- 5- أمر رقم 66-154، مؤرخ في 18 صفر 1386، الموافق ل 8 جوان 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، جريدة رسمية عدد رقم 47 لسنة 1966.
- 6- الأمر 74- 59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم، يتضمن القانون التجاري.
- 7- الأمر رقم: 76-80 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 يتضمن القانون البحري، المعدل و المتمم بالقانون رقم 10-04 لسنة 2010. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل

- والمتمم، والمتضمن القانون المدني ج. ر رقم 75/78، صادرة بتاريخ : الثلاثاء 30 سبتمبر 1975.
- 8- المرسوم رقم 233/88، المؤرخ في 05/11/1988، المتضمن انضمام الجزائر بتحفظ للاتفاقية الخاصة بالاعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية و تنفيذها، الموقع عليها في نيويورك بتاريخ 10/06/1958، ج.ر، عدد 48، المؤرخة في 23/11/1988، دخلت حيز التنفيذ في 08/05/1989.
- 9- المرسوم رقم 09/93 المؤرخ في 25 أبريل 1993، والمتعلق بالتحكيم التجاري الدولي، جريدة رسمية عدد رقم 27 لسنة 1993.
- 10- القانون رقم 230/2000 المؤرخ في 13 مارس 2000، المتعلق بالإثبات الإلكتروني للمعلومات والتوقيع الإلكتروني.
- 11- الأمر رقم 03/01، المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية، العدد 47، المؤرخة في 22 أوت سنة 2001. القانون العضوي رقم 04- 11 المؤرخ في 21 رجب 1425، الموافق ل 6 سبتمبر 2004، يتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج.ر.ع 57، لسنة 2004، السنة 41.
- 12- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد رقم 21 لسنة 2008.

قوانين أخرى

- 1- القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجريدة الرسمية العدد 32 بتاريخ 10/08/1995، والمعدل بالقانون رقم 09 لسنة 1997 والمعدل كذلك بالقانون رقم 08 لسنة 2000.
- 2- قانون التحكيم التونسي، الصادر بالقانون رقم 42 لسنة 1993.
- 3- قانون التحكيم اليمني، الصادر في 31 مارس 1992.
- 4- القانون السوري رقم 4 لعام 2008، الخاص بالتحكيم في المنازعات المدنية والاقتصادية والتجارية (كوسيلة أساسية لتسوية كل المنازعات الناشئة عنها).
- 5- قانون التحكيم التجاري الدولي البحريني، الصادر بموجب المرسوم رقم 9 لعام 1994م.
- 6- قانون التحكيم العماني الصادر بموجب المرسوم 97/47 لعام 1997، المتعلق بالتحكيم في المنازعات المدنية والتجارية.

- 7- قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الصادر عام 1975، المعدل بالمرسوم رقم 500/81، بتاريخ 12 ماي 1981، وكذا المرسوم رقم 48 لسنة 2011، المعدل لقانون التحكيم.
- 8- القانون الفرنسي رقم 93/42، الصادر في 1993/04/26، المتعلق بإصدار مجلة التحكيم.
- 9- قانون التحكيم الإنجليزي لسنة 1975 و 1979 و 1996.
- 10- قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي لسنة 1925.
- 11- القانون السويسري المتعلق بالقانون الدولي الخاص لسنة 1988.
- 12- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 1985 والمعدل سنة 2006، والمعروف باليونسترال.
- 13- القانون النموذجي للجنة العامة للأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والمتضمن نظام التوفيق، الصادر بقرار من الجمعية العامة للأمم المتحدة، تحت رقم 35-53 بتاريخ 1985/11/04، وقد أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي UNICTRAL.
- 14- القانون النموذجي (الأونسترال) للتجارة الإلكترونية الصادر عن الأمم المتحدة عام 1996.

ثانياً: قائمة المراجع باللغة الفرنسية

I. Ouvrages:

- 1- ALLIOUCH KERBOUA-MEZIANI Naima, l'arbitrage commercial international en Algérie, O.P.U, 2010.
- 2- ADAM charles, Les Organismes internationaux spécialisés, L.G.D.J, Paris, 1967.
- 3- A. MAHIOU, L'arbitrage en Algérie RASJEP, N°4, O.P.U, Alger 1989.
- 4- BOUZANA Belkacem, « Le contentieux des hydrocarbures entre l'Algérie et les sociétés étrangères», OPU, publisud, 1985.
- 5- BEN ABDERRAHMANE. D, « La réforme du droit Algérien de l'arbitrage commercial international», La gazette du palais n° 101-103, (n° spécial Algérie), 1999.
- 6- Bernard Teyssie, Les groupes des Contrats, th. L.G.D.J, 1975, n° 69, et 178.
- 7- CHRISTIAN Gavalda, DELEYSSAC Claude Lucas, L'ARBITRAGE, Edition Dalloz, Paris, 1993.
- 8- COUCHEZ Gérard, JP. LANGLANDE, D.LEBEAU, Droit judiciaire privé, Edition DALLOZ, paris, 1998.
- 9- C. Blanchin, L'autonomie de la clause compromissoire, un modèle pour la clause attributive de juridiction, Paris, LGDJ, Travaux et Recherches Panthéon-Assas Paris 2, 1994.

- 10- P. Catala, Ecriture électronique et actes juridiques, in Mélanges, M. Cabrillac, Dalloz – litec, 1999.
- 11- DAVID Reni, L'arbitrage dans le commerce international, Paris, Edition Economica, 1982.
- 12- De Boisseson Mathieu, Le droit français de L'arbitrage interne et international, G.L.N, Edition paris, 1990.
- 13- De Boisseson Mathieu, Juglart Michel, Le droit français de L'arbitrage, Edition G.I.D.E, LOYETTE, Paris, 1983.
- 14- Dominique Bureau, L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de Lois, Mélanges en hommage a François terré, presses universitaires de France, Edition Dalloz, Paris, 1999.
- 15- EL AHDAB Abdulhamid, «L'arbitrage dans les pays Arabes», Edition ECONOMICA, Paris, 1988.
- 16- Emmanuele Gaillard, Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international, Recueil Dalloz, 20 janvier 2011.
- 17- Eric Loquin, ARBITRAGE, La décision arbitrale-voie de recours, Edition, J.C.P, Fasc 1046.
- 18- FADI- NAMMOUR, Droit et Pratique de L'arbitrage Interne et International, 4^{ème} édition, L.G.D.J, 2014.
- 19- Glasson, Tissier et Morel, Traité théorique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile, 3^{ém} éd, 1925 – 1936, TV n° 1802.
- 20- G. HAMONIC, L'arbitrage en droit commercial, L.G.D.J, Edition paris, 1950.
- 21- MOUSSERON Jean-Marc, RAYNARD Jacques, FABRE Régis, PIERRE Jean-Luc, Droit du commerce international- droit international de l'entreprise, 3ème Ed, LITEC, paris, 2003.
- 22- MOREAU Bertrand, Arbitrage international, Répertoire de droit commercial. Edition Dalloz, Paris, avril, 2004.
- 23- Jean Michel JACQUET, Philippe DELEBECQUE, Droit du commerce international, EDITION Dalloz, 2000.
- 24- JARROSSON Charles, La notion d'arbitrage, Paris, Edition LGDJ, 1987.
- 25- Jean- christophe pommier, "La résolution du conflit de lois en matière contractuelle en présence d'une élection de droit", Le Rôle de L'arbitre, J.D.I, 1992.
- 26- Jean- Christophe pommier, Principes d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel, Edition Paris, N° 270-271.
- 27- Jean Robert, L'Arbitrage droit interne, droit international privé, avec la collaboration de B. Moreau. D, 6^{ème} Edition, DALLOZ, paris, 1993.
- 28- Jean larguier, Droit judiciaire privé, 2^{ème} Edition, DALLOZ, paris, 1991.
- 29- Jing Li, L'extension de la clause compromissoire dans l'arbitrage international, The Dijon, 1993.
- 30- J. Huet et S. Valmachino, Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international, Gaz. Pal, Rec 2000.
- 31- KASSIS Antoine, problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international, T.1, Edition L.G.D.J, Paris, 1987.

- 32- KASSIS Antoine, Réflexions sur le règlement d'arbitrage de la chambre de commerce international, (les déviations de l'arbitrage institutionnel), Edition L.G.D.J, paris, 1988.
- 33- KASSIS Antoine, la réforme du droit de l'arbitrage international, réflexions sur le texte proposé par le comité français de l'arbitrage L'HARMATTAN, paris, 2008.
- 34- KASSIS Antoine, Théorie générale des usages du commerce, Edition L.G.D.J, Paris, 1984.
- 35- L. Degos, la CNUDCI abandonne l'exigence décrit pour la convention d'arbitrage, GAZ. PAL, Avril 2007.
- 36- MOTULSKY Henri, Ecrits, Etudes et notes sur l'arbitrage, Paris, Edition Dalloz, 1974.
- 37- Ph.Fouchard - E.Gaillard - B.Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec-Delta, 1996.
- 38- Pierre Jullien, Natalie Fricero, « droit judiciaire privé », L.G.D.J, Edition paris, 2011.
- 39- Pierre BONASSIES, Ch. SCAPEL, Traité de droit maritime, 2ème éd, Paris, LGDJ-Lextenso, éd, 2010.
- 40- REDFERN Alain, Hunter Martin, droit et pratique de l'arbitrage commercial international, 2ème Edition, L.G.D.J, paris, 1994.
- 41- RACINE Jean- Batista, L'arbitrage commercial international et l'ordre, Edition public, LGDJ, Paris, 1999.
- 42- RUBELLIN-DEVICHI J, L'arbitrage nature juridique, droit interne et droit international privé, Paris, LGDJ, 1965.
- 43- R. Bourdin, la convention d'arbitrage international en droit français de puis le décret du 12 Mai 1981, in Y. Derains, droit et pratique de l'arbitrage international en France, 1984.
- 44- SAMUEL Assante, Jurisdictional problems in international commercial arbitration, Publication de l'Institut Suisse de droit comparé, 1989.
- 45- SIMONE Rozes, La procédure arbitrale et L'indépendance des arbitres, Edition Paris, 1991.
- 46- TYAN Emile, Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam, E.Y. Brill, leiden, 2ème éd, 1960.
- 47- Thomas Clay, L'arbitre, Edition paris, Dalloz, 2001.
- 48- TERKI NOUREDDINE, L'arbitrage commercial international en Algérie, Edition AJED, Alger, 2015.
- 49- VINCENT Jean et GUINCHARD Serge, Procédure civile, Edition DALLOZ, 1999.

Revue

- 1- B. Goldman, Arbitrage Commercial International, Convention d'arbitrage, Généralités Autonomie et principe de validité, Loi Applicable, J.CI, droit Inter, Fasc 586-1, 1989, N° 1.
- 2- BEDJAOUI MOHAMED, L'évolution des conceptions et de la pratique algériennes en matière d'arbitrage international, «nécessité ou fatalité» Revue Mutations N°03, Alger 1994.

- 3- Burdeau Geneviève, Nouvelle perspectives pour l'arbitrage dans le contentieux économique intéressant les états, Rev Arb, N°01, 1995.
- 4- Bernard FILLION et Ph LÉBOULANGER, Le nouveau droit Egyptien de l'arbitrage, Rev. Arb, 1994, n° 4.
- 5- Bellet P et Mezger E , L'arbitrage international dans le nouveau code de procedure civile, Rev. crit. DIP 1981.
- 6- Charles. JARROSSON, J. PELLERIN, « Le droit français de l'arbitrage après le décret du 13 janvier 2011 », Rev. arb. 2011, n°1.
- 7- Delvolvé Jean louis, Vraies et Fausses Confidences ou les petits et les grands secrets de l'arbitrage, Rev. Arb, n° 12 et 17, 1996.
- 8- D. Papadatou, L'arbitrage byzantin , Revue des études Byzantines, Tome 67, 2009.
- 9- D. Cohen, L'autonomie de la clause compromissoire après le décret du 13 janvier 2011, LPA 2011, n° 79.
- 10- Emmanuel Gaillard, Trente ans de Lex Mercatoria Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit, Journal du Droit international, 122^{em} année (1995), N° 01.
- 11- E. Gaillard, Convention d'arbitrage effets, droit commun et droit conventionnel, J.C.I, Dr. Inter, Fasc 586-5, 1994.
- 12- E. Gaillard, Arbitrage Commercial International, Controle étatique de la sentence, Jurisclasseur procédure civile, Fascicule, 586-10, 1992.
- 13- E. Du Pontavice ,Un Centre Spécialisé, La chambre Arbitrale Maritime de Paris, Bulletin du Comité Français de L'arbitrage, Année 1991, n° 2, Rev. Arb, 1990.
- 14- Frédéric Eisemann, Le règlement CCI – CMI du comité international d'arbitrage maritime, DMF, 1980.
- 15- FRANÇON. A, l'arbitrage en matière de brevets et la jurisprudence, Rev Arb, 1975.
- 16- 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.
- 17- HANOTIAU Bernard, LA loi applicable a l'arbitrabilité du litige, Rev. Dr. Aff. int, N° 07, 1998.
- 18- H. verbist, la pratique, de la cour internationale d'arbitrage de la CCI, en matière de fixation du lieu d'arbitrage, Rev. Arb, aff. Int, 1995.
- 19- J. Trappe, L'arbitrage en Matière d'assistance Maritime, Dr. Eur. Trans, 1983.
- 20- Jan . Paulsson, Les obligations des partenaires dans un accord de développement économique, la sentence arbitrale CAMEROUN, C/klockner, Rev. Arb, N° 01/1984.
- 21- Jan . Paulsson , La Lex Mercatoria dans l'Arbitrage C.C.I, Rev.d.Arb. 1990.
- 22- LAINE, « De l'exécution en France des sentences arbitrales étrangères », Clunet 1899.

- 23- Jean ROBERT, La réforme de l'arbitrage international en France, décret du 12/05/1981, Rev. Arb, 1981.
- 24- J. Louis Goutal, L'arbitrage et les tiers, Rev. Arb, 1988.
- 25- J. Rubellin-Devichi, L'arbitrage et les tiers, le droit de l'arbitrage, les solutions juridictionnelles, Rev. Arb, 1988.
- 26- Laure BERNHEIM –VAN DE CATEELE, Cour d'appel de paris (pole 1- Ch .1), 17 janvier 2012, Revue de l'arbitrage 2012, N°3.
- 27- Mebroukine Ali, Le Règlement d'arbitrage Algéro- Français, du 27 mars 1983, Revue de L'arbitrage, 1986.
- 28- Mohand ISSAD, Yearbook of Commercial Arbitration, Vol. IV, 1979.
- 29- Pr. Mohammed KAHLOULA, Le cadre juridique régional de la protection de la Méditerranée, Revue Algérienne de Droit Maritime et de Transports, ED, Laboratoire de Droit Maritime et de Transports, Université Abou Bekr Belkaid Tlemcen, N° 4-2016.
- 30- Mgdelain, Aspects arbitraux de la justice civile archaïque a Rome, Revue. Intern. Dr. Antiq, 1980, 205 spéc.
- 31- P. SIMON, «La Philosophie de l'arbitrage maritime», DMF 1990.
- 32- Ph. FRANCESKAKIS, «Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt HECHT de la Cour de cassation», Rev. arb. 1974.
- 33- Philippe FOUCHARD, «La laborieuse reforme de la clause compromissoire par loi 15 mai 2001 », Revue de l'arbitrage, 2001, n° 3.
- 34- Philippe FOUCHARD, « La loi-type de la C.N.U.D.C.I sur l'arbitrage commercial international», Clunet 1987.
- 35- Ph. Fouchard, « l'arbitrage commercial international», DALLOZ, Paris, 1965, n° 114, 115.
- 36- Ph.Fouchard, L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981, JDI, N° 02, Paris, 1982.
- 37- Ph. Fouchard, Le règlement d'arbitrage de la C.N.U.D.C.I, clunet, 1972.
- 38- Ph. Fouchard, Les travaux de la C.N.U.D.C.I, Le règlement d'arbitrage, clunet 1979.
- 39- Ph. Fouchard, L'arbitrage Elf Aquitaine Iran, C. National Iranian oil company, une nouvelle contribution au droit international de l'arbitrage, Rev. Arb, 1984.
- 40- Philippe LEBOULANGER, Groupes d'Etat et arbitrage, Rev. Arb, 1989.
- 41- Pieter. SANDERS, Aspects de L'arbitrage International, Rev. Dr. Inter. & Dr. Comp, 1976.
- 42- Pierre Bourel, Arbitrage International et Immunités des Etats étrangers, Rev. Arb,1982.
- 43- P. SANDERS, « L'arbitrage dans les transactions commerciales a long terme », Rev. Arb. 1975.
- 44- P. SANDERS, « L'autonomie de la clause compromissoire », in Hommage à Frédéric Eisemann, Chambre du commerce internationale (CCI), N° 921,1978.
- 45- S. Crepin, Le Contrôle des Sentences Arbitrales par la cour D'appel de paris de puis les réformes de 1980 et 1990, Rev. Arb, 1991.

46- ZAALANI. A, L'intervention des personnes publiques et parapubliques dans l'arbitrage international commercial (point de vue du droit Algérien), in RASJEP, N°3 Alger, 1997.

Thèse et mémoires

1- Bencheikh Nouredine, l'arbitrage dans les relations commerciales Internationales de l'Algérie, thèse de doctorat d'état, Université du Maine, France, novembre 1992.

2- Binde Binde, la procédure de l'arbitrage maritime en droit français, Mémoire (D.E.S.S), Transports maritimes et aériens, Faculté de droit Marseille, Année universitaire 2002-2003.

3- Cristian Bonhomme, La sentence arbitrale de droit international privé, thèse de doctorat, 1964 Aix -Marseille.

4- FOUSTOUCOS, L'arbitrage –interne et international– en droit privé hellénique, Thèse Université de Paris II, Litec, 1976.

5- HOCINE Farida, L'influence de l'accueil de la sentence arbitrale par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international, Thèse pour le Doctorat en Droit, Université Mouloud MAMMARI de Tizi- Ouzou, Faculté de Droit et Sciences Politiques, 20 Juin 2012.

6- Hamdi Ouerghi, L'autonomie de la clause compromissoire en matière d'arbitrage international, Mémoire présenté à la faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de maîtrise en droit (LL.M), Université de Montréal, Mai 2006.

7- Marina PAPADATOU, La convention d'arbitrage dans le contrat de transport maritime de marchandises, étude comparée des droits français, hellénique et anglais, thèse de doctora en droit, Université, Panthéon-Assas, Paris, 26 mai 2014.

8- M. Monetti, Arbitrage et Affrètement Maritime, Etude Comparée des sentences françaises et Américaines, Thèse, Rouen-Haute-Normandie, 1981.

9- M. Cossi Hervé Assongba, Les contentieux en transport maritime de marchandises par conteneurs, THESE Pour obtenir le grade de DOCTEUR en droit Discipline: Droit des transports maritimes, Université du Droit et de la Sante-Lille-France II, Le 28 novembre 2014.

10- Wei HOU, La Liberté Contractuelle En Droit Des Transports Maritimes De Marchandises, Thèse en vue de l'obtention du Doctorat en droit, Faculté de Droit et de Science Politique, Université Paul Cézanne -Aix-Marseille Iii, Présentée et soutenue publiquement Le 20 décembre 2010.

Etudes :

1- D. Ruzie, Le régime juridique de la Moselle, Annuaire Français de Droit International, 1964.

2- H. BATIFFOL, « La loi appropriée au contrat », Etudes offertes à Berthold Goldman, Litec, Paris, 1983.

3- JAMBU-MERLIN R, «L'arbitrage maritime», Etudes offertes à René Rodière, Dalloz, 1981.

4- Jean Robert, Le choix entre différents types d'arbitrage, Exposé a l'institut du droit et des pratiques des Affaires Internationales, CCI, Paris, juin 1982.

- 5- Pierre Lalive, Avantages et Inconvénients de L'arbitrage AD-HOC, Etudes offerts a Pierre Bellet, 1991.
- 6- Pierre Lalive, problèmes relatifs a L'arbitrage International commercial, Recueil des cours, 1967.
- 7- Pierre. MAYER, «L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence», Rec. des cours, T. 2, Vol. 5, 1989.

Sentence et Jurisprudence:

- 1- Sentence Arbitrale de la Chambre arbitrale maritime de Paris, N° 487, du 25 Mai 1983, D.M.F, 1984.
- 2- Sentence Arbitrale de la Chambre arbitrale maritime de Paris, N° 280, du 25 Septembre 1978, D.M.F, 1979.
- 3- Sentence de 1983, JDI, 1987, Obs. E. GAILLARD.
- 4- Sentence CAMP, N° 863, du 4 Janvier 1993, D.M.F, 1993.
- 5- Sentence CAMP, N° 424, du 26 Novembre 1981, (Second degré), D.M.F, 1982.
- 6- Sentence CAMP, N° 116, du 24 Avril 1974, D.M.F, 1974.
- 7- Sentence CAMP, N° 772, du 1 Juin 1990, (Second degré), D.M.F, 1991.
- 8- Sentence CAMP, N° 626, du 10 Juin 1986, D.M.F, 1987.
- 9- Sentence CAMP, N° 835, du 26 Février 1992, D.M.F, 1993.
- 10- Sentence CAMP, N° 803, du 10 Mai 1991, D.M.F, 1991.
- 11- Sentence CAMP, N° 360, du 20 Aout 1979, D.M.F, 1980.
- 12- Sentence CAMP, N° 805 du 14 Mai 1991, (Second degré), D.M.F, 1991.
- 13- Sentence CAMP, N° 865 du 2 Juin 1993, (Second degré), D.M.F, 1994.
- 14- Sentence CAMP, N° 787, du 18 octobre 1990, DMF 1991.
- 15- Sentence CAMP, N° 795, du 19 décembre 1990, DMF 1991.
- 16- Sentence CCI, N° 4131, du 23 sep 1982, Dow Chemical, C/Isover-Saint-Gobain, Clunet 1983, P. 899, obs. Derains, Rev. Arb, 1984.
- 17- Sentence C.C.I, n° 2375, du 1975, Clunet 1976.
- 18- Cass. Com, 3 janv. 1985, Rev. Arb, 1986, p. 263. Note mayer.
- 19- Cass. Com, 14 janv 2004, JCP, E, 2004, n° 11.
- 20- C.A Paris, 21 Mais 1996, Rev. Arb, 1996, not Viandier.
- 21- C.A Paris, 26 Mais 1992, Rev. Arb, 1993, Note L.AYNES.
- 22- C.A Paris, 7 Décembre 2000, et 25 Octobre 2001, (CHIFFLOT. C/SA. Amabelle), Rev. Arb, 2003, Note JAEGER Laurent.
- 23- Cass. Civ, 6 Novembre 1990, Rev. Arb, 1991.
- 24- Cour. Cass. (2^{ém} ch. civil), 27 juin 1999, Rev. Arb, 2001.
- 25- Cour d'appel de Rouen, 2 chambre civile, 18 novembre 1993, Droit Maritime Français, No 536, mars 1994, P. 215, note TASSEL.
- 26- Cour d'appel de Rouen, 2 chambre civile, 8 juillet 1993, Droit Maritime Français.
- 27- Cour d'appel de paris, 1^{er} Ch, 1 décembre 1993, Rev. arb. 1994.
- 28- Cour d'appel de paris, 1^{er} Ch, 1 décembre 1993, Rev. arb. 1994.
- 29- Cour d'appel de paris, 19 Nov 1993, Rev. Arb, 1996, note Fouchard.
- 30- Cour d'appel de paris, 21 mars 1963, Rev. Arb, 1963.
- 31- Cour d'appel de paris, 4 Mai 1988, Rev. Arb, 1988, note Fouchard.

- 32- Cour d'appel de Paris, 28 Nov 1989, Rev. Arb, 1990, P. 675, note P. Mayer.
- 33- Cour d'appel de Orléans, 15 Fév 1966, Dalloz, 1966.
- 34- Cour d'appel de Paris, 9 décembre 1980, Akxa, c. Norsolor, note F. Cl. Jeantet, Rev. Crit Dip, 1981, p. 545, note E. Mezger.
- 35- Cour d'appel de Paris, 28 février 1986, Rev. Arb, 1986, p. 583 et s, note G. Flécheux.
- 36- Arrêt Ganz rendu par la Cour d'appel de Paris le 29 mars 1991, Rev. Arb. 1991, note Idot.
- 37- Arrêt Labinal, de la Cour d'appel de Paris du 19 mai 1993, Rev. Arb, 1993.
- 38- Trib.Com. Nantes, 3 Avril 1980, D.M.F, 1981.
- 39- Aix-en – Provence 14 février 1984, D.M.F, 1985.
- 40- Cass. civ. 13 mars 2007, n° 04-10.970.
- 41- Cass. civ. 11 juill. 2006, « Turicia », Bull. civ. I, n° 365.
- 42- Cass. civ. 20 févr. 2007, Bull. civ. I, n° 62.
- 43- Cass. civ. 11 juill. 2006, Bull. civ. I, n° 367.
- 44- Cass. civ. 11 juill. 2006, Bull. civ. I, n° 368.
- 45- Cass. civ. 6 mars 2007, n° 04-16.204.
- 46- Cass. civ. 27 mars 2007, n° 04-20.842.
- 47- Cass. civ. 28 nov. 2006, Bull. civ. I, n° 513.
- 48- Cass. civ. 11 juill. 2006, Bull. civ. I, n° 366.
- 49- Cass. civ. 9 janv. 2007, Bull. civ. I, n° 1.
- 50- Cass. Civ, 6 mai 1991, Rev Arb, 1991, p. 58.
- 51- Cass. Civ, 2 mai 1966, Rev, Arb, 1966, p. 99.
- 52- Cass. Civ, 14 décembre 1983, Rev Arb, 1984, p. 483, note M.C.Rondeau-Rivier.
- 53- Cass. Civ, 7 Mai 1963, Gosset CarPELLI, Rev. Arb, Crit, Dr, Inter, Pri, 1963, P. 615, note Goldmen.
- 54- Cass. Civ, 14 Avril 1964, Rev. Arb, Crit, Dr, Inter, Pri, 1966, P. 68, note Batiffol.
- 55- Cass. civ, 9 nov 1993, Bomar Oil II, JDI, 1994, p. 690, note E. Loquin, Rev. arb. 1994. 108, note C. Kessedjian.
- 56- Cass. Civ, 16 juillet 1992, rev. Arb, 1993, P. 611, note Ph. Delebecque.
- 57- Cass. Civ, 2 Mai 1982, rev. Arb, 1983, P. 75, note Rubellin-Devichi.
- 58- Cass. Civ, 6 November 1990, Rev. Arb, 1991.
- 59- Paris, 21 octobre 1983, Rev Arb, 1984, p. 98, note A.Chapelle.
- 60- Cass. Com, 19 juillet 1989, rev. Arb, 1989, p. 321.
- 61- Cass. Com, 10 janvier 1984, rev. Arb, 1989, p. 492.
- 62- Cass. Com, 12 février 1985, rev. Arb, 1985, p. 275.
- 63- Cass. Civ, 1-4 Juillet 1982, Hecht, JDI, 1982, p. 843.
- 64- Cass. Civ, 16 juin 1988, Rev Arb, 1989, p. 390 et s, note Charles Jarrosson.
- 65- Cass, 25 juin 1991, Rev Arb, 1991, p. 453.
- 66- Cass. civ. 7 janvier 1992, Rev. Arb, 1992, P. 470 et s, note Pierre Bellet.

- 67- Paris, 13 décembre 1985, Menicucci, JDI, 1988, n° 108, note E. Loquin, Rev. Arb, 1988, n° 147, Rev. Crit Dip, 1986, p. 506, note B Oppetit.
- 68- Paris, 9 décembre 1987, note G. PLUYETTE, Rev. Arb, 1988.
- 69- Paris, 13 Septembre 1984, Rev. Arb, 185, P. 327, note T. Bernard.
- 70- Paris, 7 décembre 1994, Rev. Arb, 1996, P. 245, note Jarsson.
- 71- Paris 18 janvier 1983, Rev. Arb, 1984, P. 87, note P. Mayer.
- 72- Paris 14 Fevrier 1989, D.M.F, 1990, P. 598, note R. Achard.
- 73- Paris 19 janvier 1990, rev. Arb, 1991, P. 125, note J. Moitry et C. Vergne.
- 74- Paris 6 Avril 1990, rev. Arb, 1990, P. 880, note M. De Boisseson.
- 75- Paris 21 Juin 1990, rev. Arb, 1991, P. 96, note J. Delvolve.
- 76- Paris, 27 Novembre 1987, Rev. Arb, 1989, p. 62, note Ancel.
- 77- Paris, 12 mars 1985, Rev. Arb, 1985 p. 299, note E. Loquin.
- 78- Paris, 21 mars 1986, Rev. Arb, 1991, p. 96, Obs J. Moitry.
- 79- Paris, 9 Janvier 1983, Rev. Arb, 1983, p. 497, note Vasseur.
- 80- Paris, 5 Novembre 1985, D.M.F, 1986, P. 427, note R. Achard.
- 81- Paris, 22 Janvier 1988, Rev. Arb, 1989, p. 251, note Y. Derains.
- 82- See Lowry & Co. V.S.S, Nadir, 223 F. Supp, 871, 1965, AMC 1340, (S.D.N.Y. 1963).
- 83- Trib de commerce de bobigny, 29 mars 1990, Rev. Arb, 1992, P. 68, note L' Aynes.

Sources électroniques:

- 1-<http://fdsp.univ-biskra.dz>
- 2-<http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net>
- 3-<http://libraries.najah.edu>
- 4-<http://www.neelwafurat.com>
- 5-<http://9alam.com>
- 6-www.sndl.crist.dz
- 7-<http://www.dandis.ps>
- 8-<http://droitmaritime.blogspot.com>
- 9-<http://aladalacenter.com>
- 10-<http://gallica.bnf.fr>
- 11-<http://www.aiadr.com>
- 12-WWW.Eastlaws.com
- 13-<http://www.trans-lex.org>
- 14- <http://mm-talaat-sh.blogspot.com>
- 15- <http://www.loredz.com>
- 16- www.arbitrage-maritime.org

الفهرس

| | |
|----------|---|
| 1..... | مقدمة |
| 27..... | الباب الأول: النظام القانوني للتحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع |
| 29 | الفصل الأول: ماهية التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع |
| 29 | المبحث الأول: مفهوم التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع |
| 29 | المطلب الأول: تعريف التحكيم وتمييزه عن اتفاق التحكيم |
| 30 | الفرع الأول: تعريف التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع |
| 30 | أولاً: تعريف التحكيم على ضوء بعض المعاهدات الدولية والتشريعات الوطنية |
| 33 | ثانياً: المقصود بالتحكيم على ضوء بعض أحكام القضاء |
| 33 | ثالثاً: التعريف الفقهي للتحكيم |
| 37 | الفرع الثاني: تعريف اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع وتحديد صورته |
| 37 | أولاً: تعريف اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع |
| 38 | ثانياً: صور اتفاق التحكيم الوارد في عقد النقل البحري للبضائع |
| 38 | أ- شرط التحكيم (Clause compromissoire) |
| 41 | ب- مشاركة التحكيم (Compromis) |
| 43 | ثالثاً: موقف المشرع الجزائري من اتفاق التحكيم |
| 44 | رابعاً: ملاحظات بشأن هاتين الصورتين لاتفاق التحكيم |
| 49 | المطلب الثاني: طبيعة التحكيم وتمييزه عما يشابهه من الوسائل الأخرى لحسم المنازعات |
| 49 | الفرع الأول: طبيعة التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع |
| 50 | أولاً: الطبيعة القانونية للتحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع |
| 50 | أ- الطبيعة التعاقدية للتحكيم |
| 52 | ب- الطبيعة القضائية للتحكيم |
| 53 | ج- الطبيعة المركبة للتحكيم |
| 54 | د- الطبيعة المستقلة للتحكيم |
| 58 | ثانياً: الطبيعة البحرية للتحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع |
| 59 | أ- خصوصيات الطبيعة البحرية للتحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع |
| 60 | ب- النتائج المترتبة عن الطبيعة البحرية للتحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع |

| | |
|-----|--|
| 62 | الفرع الثاني: تمييز التحكيم البحري عما يشابهه من الوسائل الأخرى لحسم المنازعات..... |
| 63 | أولاً: التحكيم البحري والقضاء..... |
| 63 | أ- العلاقة بين التحكيم البحري والقضاء..... |
| 65 | ب- أوجه الاختلاف بين التحكيم البحري والقضاء..... |
| 69 | ثانياً: التحكيم البحري والنظم الأخرى البديلة عن القضاء..... |
| 70 | أ- تمييز التحكيم البحري عن الصلح..... |
| 73 | ب- تمييز التحكيم البحري عن التوفيق والوساطة..... |
| 76 | ج- تمييز التحكيم البحري عن الخبرة..... |
| 80 | د- تمييز التحكيم البحري عن الوكالة..... |
| | المطلب الثالث: تقسيمات التحكيم وبيان التحكيم الأنسب لتسوية المنازعات الناشئة عن عقد النقل |
| 82 | البحري للبضائع..... |
| 82 | الفرع الأول: أنواع التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع..... |
| 83 | أولاً: التحكيم البحري الاختياري والتحكيم البحري الإلزامي..... |
| 85 | ثانياً: التحكيم البحري الداخلي والتحكيم البحري الدولي..... |
| 87 | أ- معايير دولية التحكيم وتطبيقها في مجال المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع..... |
| 87 | 1- معايير مستمدة من ارتباط التحكيم البحري بنظام قانوني معين..... |
| 93 | 2- المعيار الاقتصادي المستمد من طبيعة المنازعة..... |
| 94 | 3- المعيار المختلط أو المزدوج..... |
| 96 | 4- موقف المشرع الجزائري من معايير دولية التحكيم..... |
| 98 | ب- أهمية التمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي..... |
| 99 | 1- من حيث نطاق مبدأ سلطان الإرادة..... |
| 99 | 2- من حيث الرقابة التي يمارسها قضاء الدولة على حكم التحكيم..... |
| 102 | 3- من حيث طرق الطعن على حكم التحكيم..... |
| 103 | ج- التمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي والتحكيم الأجنبي..... |
| 105 | ثالثاً: التحكيم بالقضاء والتحكيم مع التفويض بالصلح..... |
| 105 | أ- معيار التفرقة بين نوعي التحكيم..... |
| 106 | ب- النتائج العملية المترتبة عن المفارقة بين نوعي التحكيم..... |

- 107 رابعاً: التحكيم البحري الحر والتحكيم البحري المؤسسي.....
- 107 أ- تعريف التحكيم البحري الحر والتحكيم البحري المؤسسي.....
- 108 ب- معيار التفرقة بين التحكيم البحري الحر والتحكيم البحري المؤسسي.....
- 111 ج- مراكز التحكيم البحري (الحر والمؤسسي).....
- 120 الفرع الثاني: بيان التحكيم الأنسب لتسوية المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع.....
- 121 أولاً: مزايا وعيوب التحكيم البحري.....
- 121 أ- مزايا وعيوب التحكيم البحري الحر.....
- 126 ب- مزايا وعيوب التحكيم البحري المؤسسي.....
- 128 ثانياً: التحكيم البحري الأنسب لتسوية المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع.....
- 128 أ- موازنة بين الآراء حول نوعي التحكيم البحري.....
- 130 ب- تقدير الآراء السابقة حول نوعي التحكيم البحري.....
- 131 المبحث الثاني: إنعقاد اتفاق التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع.....
- 134 المطلب الأول: الأركان العامة لاتفاق التحكيم الوارد في عقد النقل البحري للبضائع.....
- 134 الفرع الأول: ركن الرضا في اتفاق التحكيم الوارد في عقد النقل البحري للبضائع.....
- 135 الفقرة الأولى: رضا الأطراف أساس نظام التحكيم.....
- 135 أولاً: ضرورة توافق الإرادتين على اللجوء إلى التحكيم.....
- 136 ثانياً: الأهلية في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع.....
- 136 أ- أهلية الشخص الطبيعي في إبرام اتفاق التحكيم.....
- 136 1- الحالات العامة.....
- 140 2- حالات خاصة بأهلية بعض الأشخاص الطبيعيين في إبرام اتفاق التحكيم.....
- 140 - أثر الاتفاق على التحكيم الذي يبرمه القاصر ومن في حكمه.....
- 142 - أثر الاتفاق على التحكيم الذي يبرمه التاجر المفلس.....
- 144 - أثر الاتفاق على التحكيم الذي يبرمه الوكيل.....
- 146 ب- أهلية الشخص الاعتباري في إبرام اتفاق التحكيم.....
- 147 1- أهلية الأشخاص الاعتبارية الخاصة لإبرام اتفاق التحكيم.....
- 147 - أهلية الشركة.....
- 148 - سلطة ممثل الشركة في إبرام اتفاق التحكيم.....

- 2- أهلية الأشخاص الاعتبارية العامة لإبرام اتفاق التحكيم..... 149
- الوضع في الاتفاقيات الدولية 150
- الوضع في التشريع الجزائري 151
- ج- التحكيم ومبدأ الحصانة القضائية 155
- الفقرة الثانية: الرضا لا يفترض بل لابد من وجود الدليل عليه..... 156
- أولاً: ضرورة وجود الدليل على الرضا بالتحكيم في عقد النقل البحري للبضائع..... 157
- ثانياً: بعض الصور الخاصة بالتراضي (شرط التحكيم البحري بالإحالة أو بالإشارة) (Clause arbitrale par référence) 159
- أ- تعريف شرط التحكيم البحري بالإحالة 161
- ب- دمج شرط التحكيم الموجود في عقد المشاركة في سند الشحن 162
- ج- موقف التشريع والقضاء الدوليين من شرط التحكيم البحري بالإحالة..... 163
- ثالثاً: القانون الواجب التطبيق على التراضي 173
- الفرع الثاني: ركن المحل في اتفاق التحكيم الوارد في عقد النقل البحري للبضائع..... 173
- أولاً: تحديد الجانب الموضوعي في محل الاتفاق على التحكيم بصورة عامة..... 174
- ثانياً: تحديد الجانب الموضوعي في محل الاتفاق على التحكيم بحسب صوره (الشرط والمشاركة)..... 175
- ثالثاً: قابلية محل الاتفاق للتحكيم..... 180
- رابعاً: القانون الواجب التطبيق على قابلية موضوع النزاع للتحكيم..... 183
- الفرع الثالث: ركن السبب في اتفاق التحكيم الوارد في عقد النقل البحري للبضائع..... 184
- المطلب الثاني: الأركان الخاصة لاتفاق التحكيم الوارد في عقد النقل البحري للبضائع..... 186
- (ضرورة توافر الشكل المكتوب لاتفاق التحكيم)
- الفرع الأول: مفهوم الكتابة في اتفاق التحكيم الوارد في عقد النقل البحري للبضائع..... 186
- أولاً: التمييز بين الكتابة المطلوبة للانعقاد والكتابة المطلوبة للإثبات..... 187
- ثانياً: صور تحقق الكتابة في شرط التحكيم الوارد في عقد النقل البحري للبضائع..... 189
- أ- الصورة التقليدية (المحررات المكتوبة) 190
- ب- الصورة الحديثة (الكتابة الالكترونية) 191
- الفرع الثاني: موقف التشريعات من مبدأ الكتابة في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع 194
- أولاً: الأنظمة التي تتطلب توافر الشكل المكتوب لصحة اتفاق التحكيم..... 194

- 198 ثانياً: الأنظمة التي لا تتطلب توافر الشكل المكتوب لصحة اتفاق التحكيم.
- 200 ثالثاً: موقف المشرع الجزائري من شرط الكتابة في اتفاق التحكيم.
- 201 رابعاً: ملاحظات بشأن موقف المشرع الجزائري من شرط الكتابة في اتفاق التحكيم.
- 203 خامساً: القانون الواجب التطبيق على الشكل الكتابي لاتفاق التحكيم.
- الفصل الثاني: مبدأ استقلال اتفاق التحكيم بالنسبة لعقد النقل البحري للبضائع والآثار المترتبة عن هذا الاتفاق 207
- المبحث الأول: مبدأ استقلال اتفاق التحكيم بالنسبة لعقد النقل البحري للبضائع 208
- المطلب الأول: ماهية مبدأ استقلال اتفاق التحكيم بالنسبة لعقد النقل البحري للبضائع 209
- الفرع الأول: المقصود بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي 209
- أولاً: تعريف مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم 210
- ثانياً: شروط تطبيق مبدأ استقلال اتفاق التحكيم 211
- الفرع الثاني: خصوصيات مبدأ استقلال اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي 213
- أولاً: عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي 213
- ثانياً: ارتباط مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم باستقلال المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه 216
- ثالثاً: استقلال اتفاق التحكيم لا يعني انفصاله عن العقد الأصلي 219
- رابعاً: عدم خضوع اتفاق التحكيم بالضرورة للقانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي 220
- خامساً: استقلال اتفاق التحكيم عن كل قانون 221
- المطلب الثاني: مبدأ استقلال اتفاق التحكيم في الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية وأنظمة التحكيم الدولي 221
- الفرع الأول: مبدأ استقلال اتفاق التحكيم في الاتفاقيات الدولية 222
- الفرع الثاني: مبدأ استقلال اتفاق التحكيم في التشريعات الوطنية 223
- الفرع الثالث: مبدأ استقلال اتفاق التحكيم في لوائح وأحكام التحكيم البحري 229
- المبحث الثاني: آثار اتفاق التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع ونطاق امتدادها 232
- المطلب الأول: آثار اتفاق التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع 232
- الفرع الأول: الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع 233

- أولاً: التزام الأطراف بإخضاع المنازعة التي ستنشأ بينهما إلى التحكيم..... 233
- أ- مفهوم القوة الملزمة لاتفاق التحكيم الوارد في عقد النقل البحري للبضائع..... 233
- ب- التنفيذ العيني لاتفاق التحكيم الوارد في عقد النقل البحري للبضائع..... 235
- ج- موقف التشريع والقضاء الجزائري من مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم..... 235
- ثانياً: اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها (مبدأ الاختصاص بالاختصاص)..... 237
- أ- المقصود بمبدأ الاختصاص بالاختصاص وطبيعته وأساسه القانوني..... 239
- ب- التطبيق العملي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع..... 243
- ج- موقف المشرع الجزائري من مبدأ الاختصاص بالاختصاص..... 245
- الفرع الثاني: الأثر السلي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع..... 246
- أولاً: مفهوم الأثر السلي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع..... 246
- أ- المقصود بالأثر السلي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع..... 247
- ب- شروط إعمال الأثر السلي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع..... 247
- ج- موقف التشريعات الدولية والوطنية وأحكام القضاء من الأثر السلي لاتفاق التحكيم..... 249
- د- موقف التشريع والقضاء الجزائري من الأثر السلي لاتفاق التحكيم..... 250
- ثانياً: طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع..... 252
- أ- نظرية الدفع بعدم الاختصاص..... 253
- ب- نظرية الدفع بعدم القبول..... 255
- ج- نظرية الدفع ببطلان المطالبة القضائية..... 256
- د- موقف التشريع والقضاء الجزائري من طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم..... 256
- هـ- رأينا في التكييف الأنسب للدفع بوجود اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع..... 257
- ثالثاً: أهم الإشكالات التي يثيرها مبدأ الأثر السلي لاتفاق التحكيم في ضوء التشريع الجزائري..... 258
- أ- مناقشة الجدل حول مسألتي الإحالة والتنازع في الاختصاص القضائي بين محاكم الدولة وهيئة التحكيم..... 259
- ب- رأينا حول مسألتي الإحالة والتنازع..... 260
- رابعاً: الاستثناءات الواردة على مبدأ الأثر السلي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع... 261
- المطلب الثاني: نطاق امتداد آثار اتفاق التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع

- 262.....(النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم)
- 262 الفرع الأول: مفهوم الطرف والخلف والغير في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع.....
- 263 أولاً: مفهوم الطرف في اتفاق التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع.....
- 265 أ- الوكالة النيابية في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع.....
- 266 ب- الكفالة في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع.....
- 267 ج- التضامن في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع.....
- 268 ثانياً: مفهوم الخلف في اتفاق التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع.....
- 268 أ- الخلف العام في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع.....
- 268 1- القاعدة العامة: الخلف العام يعتبر طرفاً في اتفاق التحكيم.....
- 268 2- الاستثناء: الخلف العام في حكم الغير في اتفاق التحكيم.....
- 269 ب- الخلف الخاص في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع.....
- 271 1- حوالة الحق في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع.....
- 272 2- حوالة الدين في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع.....
- 273 3- حوالة العقد في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع.....
- 273 4- الحلول في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع.....
- 274 ثالثاً: مفهوم الغير في اتفاق التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع.....
- 275 أ- العلاقة بين مفهوم الغير ومركز المرسل إليه في اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع....
- 275 ب- فكرة الغير عند الفقه الحديث وتطبيقاتها على مركز المرسل إليه.....
- 277 الفرع الثاني: مركز المرسل إليه ومدى التزامه باتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع.....
- 279 أولاً: مركز المرسل إليه وفقاً للنظريات التقليدية.....
- 279 أ- نظرية الاشتراط لمصلحة الغير.....
- 285 ب- نظرية الخلف الخاص.....
- 287 ج- نظرية النيابة الناقصة.....
- 288 د- نظرية الحيازة الرمزية للبضاعة.....
- 291 ثانياً: مركز المرسل إليه وفقاً لفكرة مجموعة الشركات.....
- 292 أ- تطبيقات فكرة مجموعة الشركات في مجال التحكيم.....
- 296 ب- تقدير مدى صلاحية أعمال فكرة مجموعة الشركات كأساس لمركز المرسل إليه.....

- 298 ثالثاً: فكرة المجموعة العقدية.
- 298 أ- تطبيقات فكرة المجموعة العقدية في مجال التحكيم الدولي.
- 304 ب- تطبيقات فكرة المجموعة العقدية في مجال التحكيم الداخلي.
- 306 ج- تقدير مدى صلاحية أعمال فكرة المجموعة العقدية كأساس لمركز المرسل إليه.
- 307 رابعاً: مبدأ النفاذ أو السريان كأساس قانوني لمركز المرسل إليه.
- 307 أ- التمييز بين مبدأ النسبية ومبدأ النفاذ.
- 309 ب- العلم شرط هام لإعمال مبدأ نفاذ العقد في مواجهة المرسل إليه.
- 310 خلاصة الباب الأول.
- 313 الباب الثاني: خصومة التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع.**
- 314 الفصل الأول: إدارة التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع.**
- المبحث الأول: النظام القانوني لهيئة التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري
للبضائع. 314
- المطلب الأول: تشكيل هيئة التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع. 315
- الفرع الأول: التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري
للبضائع. 315
- أولاً: كيفية التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم. 316
- ثانياً: قاعدة الترتيب في التشكيل الاتفاقي لهيئة التحكيم البحري. 319
- الفرع الثاني: التشكيل النظامي لهيئة التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري
للبضائع. 323
- أولاً: تعيين هيئة التحكيم البحري بواسطة مراكز التحكيم البحري المؤسسي. 324
- ثانياً: اختيار هيئة التحكيم البحري بواسطة سلطة تعيين معدة سلفاً. 328
- ثالثاً: اختيار هيئة التحكيم البحري بواسطة الجهة القضائية المختصة. 329
- رابعاً: قبول المحكم البحري لمهمة القيام بالتحكيم. 333
- المطلب الثاني: ضوابط اختيار المحكم البحري. 338
- الفرع الأول الشروط التي يتعين توافرها في المحكم البحري. 338
- أولاً: الشروط الشخصية للمحكم البحري. 339

- 339 أ- أهلية المحكم البحري
- 342 ب- تخصص المحكم البحري
- 345 ثانياً: الشروط الموضوعية للمحكم البحري
- 346 أ- مبدأ الحيادة والاستقلال في المحكم البحري
- 348 ب- نطاق حيادة واستقلال المحكم البحري
- 350 الفرع الثاني: الجزاءات المترتبة على انتفاء شروط المحكم البحري
- 350 أولاً: تنحي المحكم البحري عن نظر النزاع
- 352 ثانياً: رد المحكم البحري عن نظر النزاع
- 352 أ- ضوابط وإجراءات رد المحكم البحري
- 358 ب- الآثار المترتبة على تقديم طلب رد المحكم البحري
- 362 ثالثاً: عزل المحكم البحري عن نظر النزاع
- 362 أ- العزل الاتفاقي للمحكم البحري
- 363 ب- العزل القضائي للمحكم البحري
- 364 رابعاً: استبدال المحكم البحري
- 365 خامساً: مسؤولية المحكم البحري
- 366 أ- أسس ومبررات مسؤولية المحكم البحري
- 367 ب- طبيعة مسؤولية المحكم البحري
- المبحث الثاني: النظام القانوني لإجراءات التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري
للبضائع 369
- المطلب الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري
للبضائع 369
- الفرع الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل
البحري للبضائع 370
- 372 أولاً: تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم استناداً إلى مبدأ قانون الإرادة
- 376 ثانياً: تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم بواسطة هيئة التحكيم
- 377 أ- تطبيق قانون إجرائي وطني
- 380 ب- تطبيق القانون الإجرائي للدولة التي يطبق قانونها على موضوع النزاع

- ج- تطبيق القواعد الإجرائية اللائحية لدى هيئات التحكيم الدائمة..... 381
- الفرع الثاني:** تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع..
- 384
- أولاً: تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع استناداً لقانون الإرادة..... 385
- أ- تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في النظام الداخلي..... 385
- 1- المقصود بمبدأ قانون الإرادة في النظام الداخلي..... 386
- 2- نطاق تطبيق قانون الإرادة في النظام الداخلي..... 387
- 3- تحديد موقف المشرع الجزائري من مبدأ قانون الإرادة في النظام الداخلي..... 390
- ب- تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في النظام الدولي..... 395
- 1- نطاق سلطة المحكم في تفسير إرادة الأطراف..... 397
- 2- نطاق تطبيق قانون الإرادة في النظام الدولي..... 399
- 3- التنازع بين الشروط العقدية والنظام العام..... 401
- ثانياً: تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع بواسطة هيئة التحكيم..... 402
- أ- حرية هيئة التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع..... 403
- 1- تطبيق هيئة التحكيم البحري لقانون وطني..... 403
- 2- تطبيق هيئة التحكيم البحري لقانون غير وطني (القانون البحري الدولي)..... 409
- ب- القيود الواردة على حرية هيئة التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع..... 414
- المطلب الثاني:** إنعقاد خصومة التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع
- 417
- الفرع الأول:** بدء إجراءات التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع..... 417
- أولاً: طلب التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع..... 418
- أ- ماهية طلب التحكيم..... 418
- ب- مكان بدء إجراءات التحكيم..... 419
- ج- وقت بدء إجراءات التحكيم..... 420
- 1- تحديد وقت بدء الإجراءات في التحكيم البحري المؤسسي..... 421

- 2- تحديد وقت بدء الإجراءات في التحكيم البحري الحر..... 421
- 3- تحديد وقت بدء إجراءات التحكيم في التشريع الجزائري..... 422
- ثانياً: طرح النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع على هيئة التحكيم..... 425
- أ- بيان دعوى التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري 425
- ب- مذكرة الرد على بيان الدعوى التحكيمية..... 426
- الفرع الثاني: نطاق خصومة التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع..... 427
- أولاً: النطاق الشخصي لخصومة التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع..... 427
- أ- أهلية الأطراف في خصومة التحكيم..... 428
- ب- تعدد أطراف خصومة التحكيم..... 433
- 1- الإدخال في خصومة التحكيم..... 429
- 2- التدخل في خصومة التحكيم..... 430
- ثانياً: النطاق الموضوعي لخصومة التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع..... 433
- أ- الطلبات الخاصة بخصومة التحكيم..... 433
- ب- الدفوع الخاصة بخصومة التحكيم 435
- الفرع الثالث: سير إجراءات التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع..... 439
- أولاً: جلسات التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع..... 439
- أ- حضور الأطراف وتمثيلهم في إجراءات التحكيم..... 439
- ب- غياب وتخلف الأطراف عن جلسات التحكيم..... 443
- ثانياً: المرافعة والتحقيق في خصومة التحكيم الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع..... 445
- أ- تنظيم المرافعات..... 445
- ب- لغة التحكيم..... 445
- ج- نظام المرافعة 446
- د- إجراءات التحقيق 447
- الفرع الرابع: قواعد الإثبات في خصومة التحكيم الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع..... 448
- أولاً: الإثبات بالأدلة الكتابية..... 449
- أ- تقديم المستندات الكتابية..... 449

- ب- الفصل في المسائل العارضة (تحقيق الخطوط والادعاء بالتزوير) 451
- ثانياً: شهادة الشهود..... 452
- ثالثاً: انتداب الخبراء..... 454
- رابعاً: المعاينة..... 455
- خامساً: بعض الأدلة الأخرى (الاستجواب واليمين)..... 456
- الفرع الخامس: عوارض خصومة التحكيم الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع..... 457
- أولاً: وقف إجراءات خصومة التحكيم الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع..... 458
- أ- الوقف الاتفاقي لخصومة التحكيم..... 458
- ب- وقف خصومة التحكيم بقرار من هيئة التحكيم..... 460
- ج- وقف خصومة التحكيم بقوة القانون..... 461
- ثانياً: انقطاع إجراءات خصومة التحكيم الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع..... 462
- أ- أسباب انقطاع إجراءات خصومة التحكيم..... 463
- ب- آثار انقطاع إجراءات خصومة التحكيم..... 465
- ثالثاً: إنهاء إجراءات خصومة التحكيم بغير حكم في موضوعها..... 466
- أ- إنهاء إجراءات خصومة التحكيم بإرادة الأطراف..... 466
- 1- اتفاق الطرفين على إنهاء إجراءات التحكيم..... 466
- 2- التسوية الودية للنزاع..... 467
- 3- ترك خصومة التحكيم..... 468
- ب- إنهاء إجراءات خصومة التحكيم بسبب خارج عن إرادة الأطراف..... 470
- 1- إنهاء إجراءات التحكيم بسبب راجع إلى المحكم..... 470
- 2- إنهاء إجراءات التحكيم بمضي المدة المقررة للتحكيم..... 471
- 3- انتهاء إجراءات التحكيم لعدم الجدوى في استمرارها أو لاستحالة هذا الاستمرار..... 472
- الفصل الثاني: حكم التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع..... 474**
(إجراءاته وتنفيذه وطرق الطعن عليه)
- المبحث الأول: مفهوم حكم التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع..... 474
- المطلب الأول: النظام القانوني لحكم التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع..... 474
- الفرع الأول: تعريف حكم التحكيم وأنواعه..... 475

- أولاً: تعريف حكم التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع..... 475
- أ- تعريف الفقه لحكم التحكيم..... 475
- ب- مذهب المشرع الجزائري في تعريف حكم التحكيم..... 477
- ثانياً: أنواع أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع..... 478
- أ- أحكام التحكيم القطعية أو المنهية للخصومة..... 479
- ب- أحكام التحكيم الجزئية..... 479
- ج- أحكام التحكيم التمهيدية..... 480
- د- أحكام التحكيم الغياية..... 481
- هـ- أحكام التحكيم الاتفاقية..... 481
- و- أحكام التحكيم التفسيرية والتصحيحية والإضافية..... 482
- ز- أحكام التحكيم الوقتية أو المستعجلة..... 488
- الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لحكم التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع. 491
- المطلب الثاني: إجراءات حكم التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع.... 493
- الفرع الأول: إعداد حكم التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع..... 494
- أولاً: حجز الدعوى للحكم..... 494
- ثانياً: المداولة لإصدار الحكم..... 495
- الفرع الثاني: إصدار حكم التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع..... 496
- أولاً: ضوابط وشروط إصدار حكم التحكيم..... 496
- أ- شكل حكم التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع..... 496
- 1- توقيع حكم التحكيم..... 497
- 2- النطق بالحكم..... 498
- 3- صياغة حكم التحكيم..... 498
- 4- ملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم ومستنداتهم..... 500
- 5- تسبيب حكم التحكيم..... 501
- 6- تاريخ إصدار حكم التحكيم..... 505
- 7- مكان إصدار حكم التحكيم..... 508
- 8- منطوق حكم التحكيم..... 511

- 9- الإجراءات التالية لإصدار حكم التحكيم (تسليم الحكم وإعلانه وإيداعه)..... 512
- ب- موضوع حكم التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع..... 518
- 1- حل النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع..... 518
- 2- الفصل في تكاليف التحكيم..... 519
- ثانياً: آثار حكم التحكيم في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع..... 521
- أ- حيازة الحكم لحجية الأمر المقضي فيه..... 521
- ب- استنفاذ ولاية هيئة التحكيم..... 523
- المبحث الثاني: تنفيذ أحكام التحكيم وطرق الطعن عليها في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع..... 524
- المطلب الأول: تنفيذ أحكام التحكيم الداخلية والدولية في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع..... 525
- الفرع الأول: النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم الداخلية وفقاً للقانون الجزائري، وتطبيقاته على المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع..... 526
- أولاً: طلب استصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الداخلي في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع..... 527
- ثانياً: الجهة المختصة بإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الداخلي..... 530
- ثالثاً: رقابة القضاء وسلطاته في إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الداخلي..... 531
- رابعاً: النفاذ المعجل لحكم التحكيم الداخلي..... 533
- خامساً: الإشكال الوقتي في تنفيذ حكم التحكيم الداخلي..... 535
- الفرع الثاني: النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم الدولية وفقاً لكل من القانون الجزائري واتفاقية نيويورك لسنة 1958..... 537
- أولاً: تنفيذ أحكام التحكيم الدولية (في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع) وفقاً للقانون الجزائري..... 537
- أ- الجهة المختصة بالاعتراف بأحكام التحكيم الدولية وإصدار الأمر بتنفيذها..... 538
- ب- إجراءات طلب الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الدولية..... 539
- ج- رقابة القضاء وسلطاته في إصدار الأمر بتنفيذ أحكام التحكيم الدولية..... 543

- ثانياً: تنفيذ أحكام التحكيم الدولية (في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع) وفقاً لاتفاقية نيويورك لعام 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية..... 544
- أ- نطاق سريان أحكام اتفاقية نيويورك 546
- ب- شروط سريان اتفاقية نيويورك 550
- ج- إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الدولي الفاصل في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع وفقاً لاتفاقية نيويورك 552
- المطلب الثاني:** طرق الطعن على أحكام التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع..... 556
- الفرع الأول:** طرق الطعن على حكم التحكيم الداخلي الصادر في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع..... 559
- أولاً: اعتراض الغير الخارج عن الخصومة على حكم التحكيم الداخلي في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع..... 562
- ثانياً: إستئناف حكم التحكيم الداخلي في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع..... 569
- أ- النظام القانوني للطعن بالاستئناف على حكم التحكيم الداخلي في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع..... 571
- ب- تقويم مبدأ جواز الطعن بالاستئناف على أحكام التحكيم الداخلية..... 573
- ثالثاً: استئناف الأمر الصادر في تنفيذ حكم التحكيم الداخلي بشأن النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع..... 575
- رابعاً: الطعن بالنقض في القرار الصادر في استئناف حكم التحكيم الداخلي بشأن النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع..... 578
- الفرع الثاني:** طرق الطعن على حكم التحكيم الدولي في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع..... 579
- أولاً: مدى قابلية الأمر الصادر في طلب تنفيذ حكم التحكيم الدولي بشأن النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع للطعن فيه..... 581
- أ- الطعن على الأمر القاضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي بشأن النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع..... 581

| | |
|---|-----|
| ب- الطعن على الأمر القاضي برفض تنفيذ حكم التحكيم الدولي بشأن النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع..... | 583 |
| ج- الطعن بالنقض في القرار الصادر بشأن تنفيذ أو رفض تنفيذ حكم التحكيم الدولي بشأن النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع..... | 586 |
| ثانياً: دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع..... | 587 |
| أ- الطبيعة القانونية لدعوى البطلان وتمييزها عن طرق الطعن الأخرى..... | 588 |
| ب- نطاق بطلان حكم التحكيم الدولي في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع..... | 590 |
| ج- حالات بطلان حكم التحكيم الدولي في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع..... | 596 |
| د- إجراءات دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع. | 605 |
| هـ- الآثار القانونية المترتبة على دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع..... | 611 |
| و- الطعن في الحكم الصادر في دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي في النزاع الناشئ عن عقد النقل البحري للبضائع..... | 616 |
| خلاصة الباب الثاني..... | 617 |
| خاتمة..... | 618 |
| قائمة المراجع..... | 638 |
| الفهرس..... | 669 |

ملخص:

يكتسي التحكيم منذ القدم أهمية قصوى في مجال المنازعات التي تعتري تنفيذ عقود النقل البحري للبضائع، وهذا راجع إلى ما يتميز به هذا الأسلوب من خصوصيات مقارنة مع قضاء الدولة، حيث يتفق أطراف عقد النقل البحري للبضائع، بموجب شرط يقضي بإحالة أي نزاع ناشئ عن هذا العقد على التحكيم دون قضاء الدولة.

وعلى هذا النحو، فإن موضوع التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، يطرح العديد من المسائل القانونية الجديدة بالبحث، بدءاً من تحديد مضمونه وطبيعته، ومروراً بانعقاد الاتفاق عليه، وانتهاءً بنشأة خصومة التحكيم بين أطرافه، والفصل فيها بموجب حكم قابل للتنفيذ ما لم يطعن عليه.

الكلمات المفتاحية:

التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، خصوصيات التحكيم البحري، طبيعة التحكيم البحري، شرط التحكيم البحري، مشاركة التحكيم البحري، شرط التحكيم البحري بالإحالة، أطراف اتفاق التحكيم البحري، الغير في اتفاق التحكيم البحري، المركز القانوني للمرسل إليه، خصومة التحكيم البحري.

Résumé

L'arbitrage a joui, depuis des temps immémoriaux, d'une importance extrême en matière de contentieux qui jalonnent l'exécution de contrats de transport maritime de marchandises. Cela est dû aux particularités de ce moyen comparé à la justice d'État, puisque les parties, engagées dans un contrat de transport maritime de marchandises, se mettent d'accord en vertu d'une clause dudit contrat qui stipule de référer tout contentieux résultant de cette contraction à l'arbitrage en exclusion de la justice d'État.

De cette façon, aborder l'arbitrage de contentieux résultant d'un contrat de transport maritime de marchandises, soulève plusieurs problématiques juridiques dignes d'être l'objet d'une recherche académique, à commencer par la précision du contenu et de la nature de cet arbitrage, en passant par la conclusion de l'accord sur ce dernier, et aboutissant à l'émergence du conflit à arbitrer et statuer entre les parties en vertu d'un jugement exécutoire sauf recours.

Mots-clés

Arbitrage de contentieux résultant d'un contrat de transport maritime de marchandises, particularités de l'arbitrage maritime, Clause Compromissoire, Compromisse, clause compromissoire par référence, parties de l'accord de l'arbitrage maritime, le tiers dans l'accord de l'arbitrage maritime, centre juridique du destinataire, contentieux de l'arbitrage maritime.

Abstract

Arbitration possesses, since ancient times, a great importance in terms of litigation that occurs when executing contracts for maritime carriage of goods. This is due to the fact that such a means has some features compared to State's jurisdiction, as once contracting parties agree upon a maritime carriage of goods, they refer, in virtue of a clause in the contract, any litigation stemming from this latter to the arbitration excluding State's jurisdiction.

In the light of what it has been noted, this research work addresses the arbitration of litigation pertaining to contracts for maritime carriage of goods, with full knowledge that such a subject raises many legal problems worthy of academic research, starting from an accurate identification of the aforementioned arbitration's content and nature, via the conclusion of the agreement on the contract, to resurgence of conflicts to be arbitrated and ruled on between the parties, having regard to an enforceable judgment unless in case of recourse filing.

Key Words

Arbitration of litigation pertaining to contracts for maritime carriage of goods, features of maritime arbitration, arbitration clause, maritime submission clause, arbitration clausereference, parties of maritime arbitration agreement, third parties in maritime arbitration agreement, receiver's juridical center, litigation of maritime arbitration