

شرط التحكيم بالإحالة ومدى نفاذه في مواجهة المرسل إليه في عقد النقل البحري للبضائع (دراسة مقارنة في ضوء التطبيقات القضائية)

بلباقي بومدين⁽¹⁾

مقدمة :

نظراً لما يصادفه القضاء من منازعات يُصعب حلها، لتطلبها نوعاً من الخبرة وسرعة الفصل فيها خاصة تلك المتعلقة بالعلاقات التجارية البحرية⁽²⁾، فضلا عن ذلك، أن المنازعات البحرية تحتاج إلى معطيات قانونية وفنية وتجارية معقدة قد لا يستطيع أن يلم بها القاضي الوطني وتكون بحاجة إلى أشخاص ذوي اختصاص بهذا النوع من النشاط المهني⁽³⁾، شكل ذلك مبرراً 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 مستقبلاً، إلى محكمين متخصصين يمتازون بالكفاءة والخبرة في مجال المنازعات البحرية.

وعادة ما يتخذ إتفاق التحكيم إحدى الصورتين⁽⁴⁾، فقد يكون هذا الاتفاق تبعاً لعقد معين يذكر في صلبه ويسمى شرط التحكيم (Clause compromissoire)، وقد لا يذكر في صلب العقد ولكن يتم الاتفاق عليه بمناسبة نزاع قائم بالفعل بين الخصوم، ويسمى في هذه الحالة مشاركة التحكيم أو اتفاق التحكيم (Compromis)⁽⁵⁾.

1 - طالب دكتوراه - سنة أولى - تخصص القانون البحري والنقل - جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان.

2 - 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 بمشروطات الإيجار أو سندات الشحن الصادرة تنفيذاً لهذه المشروطات، وفي إنجلترا بلغت نسبة التحكيم في المسائل البحرية ما يعادل 85% من الرقم العالمي لمجموع طلبات التحكيم. أنظر في ذلك، 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 - أفرح عبد الكريم خليل، التحكيم في المنازعات البحرية، بحث منشور في مجلة الرافيدين، المجلد 14، العدد 50، بتاريخ 2010/03/22، ص 138.

4 - قد عرف المشرع الجزائري الصورة الأولى (شرط التحكيم) والصورة الثانية (مشاركة التحكيم) في المادتين 1007 و 1011 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

5 - د أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2006، ص 223 - 224.

5 - قد أشار المشرع الجزائري في المادة 1008 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى أن شرط التحكيم يثبت بالكتابة إما في الاتفاقية الأصلية أو في وثيقة أخرى تستند إليها لكنه لم يبين معنى الإحالة وشروطها مثل ما فعل المشرع المصري، حيث نص في المادة 3/10 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 والمعدل بالقانون رقم 09 لسنة 1997 والمعدل كذلك بالقانون رقم 08 لسنة 2000، على أنه: «يعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم

غير أن الممارسات العملية الدولية أظهرت شكلا آخر من أشكال اتفاق التحكيم، يعرف بشرط التحكيم بالإحالة أو الإشارة (Clause arbitrale par référence)، حيث يعمد أطراف العلاقة التجارية عادة إلى التفاوض على العناصر الأساسية - دون التفصيلية - بشأن العقد كالمبيع 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 موجودة من قبل⁽¹⁾.

وتظهر هذه الصورة الجديدة من صور شرط التحكيم في العقود الدولية التي تبرم عن طريق الفاكس والتللكس، والتي لا تتضمن بين بنودها شرطا للتحكيم، ولكنها تكتفي عادة بالإحالة إلى وثائق أخرى تلحق بها كالعقود النموذجية، 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 (مشارطة) السفن وسندات الشحن⁽²⁾، حيث أنه عمليا ينذر أن يتضمن سند الشحن شرطا للتحكيم، بينما يوجد هذا الشرط في مشارطة إيجار السفينة فتتم الإحالة من السند إلى هذه المشارطة، فيقال في هذه الحالة أن شرط التحكيم قد تم دمج في سند الشحن عن طريق الإحالة أو الإشارة⁽³⁾.

ومما لاشك فيه أن التعبير عن الرضا هو مناط أي اتفاق قائم بين الأطراف، وعادة ما يكون هذا التعبير واضحا وصريحا بأن يتم عن طريق مشارطة 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 بمثل هذا الوضوح والصرحة، خاصة عندما يتعلق الأمر بعقود النقل البحري، حيث كثيرا ما ينص في هذه العقود على دمج بعض الشروط الموجودة في عقد مشارطة إيجار السفن ضمن بنود سند الشحن البحري والتي من بينها

إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد».

1 - Ph. Fouchard - E. Gaillard - B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec - Delta, 1996, P.290-291.

2 - لم يعرف المشرع الجزائري عقد إيجار السفينة ووثيقة الشحن مكتفيا ببيان الأحكام المتعلقة بكل منها، وذلك من خلال المواد 724، وما يليها، من الأمر رقم: 80-76 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 يتضمن القانون البحري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-04 لسنة 2010، ولعل المشرع الجزائري على غرار التشريعات العربية الأخرى التي تركت ذلك إلى =

3 - د محمد عبد الفتاح ترك، شرط التحكيم بالإحالة، المرجع السابق، ص 288-289.

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 شرط التحكيم فقط على أطراف عقد المشاركة دون عقد النقل البحري⁽¹⁾.

هذا الوضع يثير بلا شك إشكالا من حيث حسم مسألة سريان اتفاق التحكيم على عقد النقل البحري، فلنا إذا أن نتساءل ما إذا كانت الإحالة من مشاركة الإيجار إلى سند الشحن كافية للقول بأنه تم دمج شرط التحكيم ضمن بنود هذا السند، وهل هذا يبرر حقيقة انصراف نية الأطراف في سند الشحن إلى اختيار أسلوب التحكيم طريقا لحل المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، وهل يشترط توافر شكل خاص أو صيغة محددة ومعينة لتلك الإحالة؟، وهل يعتبر المرسل إليه حامل سند الشحن راضيا باتفاق التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار حتى يمكن القول بنفاذ شرط التحكيم بالإحالة في مواجهته؟

مجمل هذه التساؤلات كانت الدافع وراء بحثنا في هذا الموضوع والذي سنحاول أن نستعرضه من خلال الحديث عن اتفاق التحكيم بالإحالة وشروط عملية دمج شرط التحكيم في مبحث أول، ثم نحاول بحث أثر هذه الإحالة على المرسل إليه والذي لم يكن طرفا في العقد في مبحث ثاني.

المبحث الأول: اتفاق التحكيم بالإحالة وشروط عملية الدمج

اتفاق التحكيم كسائر العقود هو عقد رضائي يتم بتطابق الإيجاب والقبول وذلك في جميع المسائل المتعلقة بالعقد، بما في ذلك الإتفاق على شرط التحكيم، وطبقا لهذا الشرط يصار إلى فض المنازعات التي نشأت أو ستنشأ مستقبلا عن العقد بالتحكيم، وعلى هذا الأساس نجد أن الرضا المتبادل بين الطرفين يشمل كل من العقد الأصلي وشرط التحكيم معا، والسؤال المطروح هل يمتد هذا الرضا ليشمل أيضا شرط التحكيم بالإحالة، أم لا بد من تحقق شروط خاصة للقول بوجود هذا الأخير؟.

المطلب الأول: تعريف إتفاق التحكيم بالإحالة

يمكن تعريف شرط التحكيم بالإحالة (بالإشارة) بأنه: «اتفاق على التحكيم غير مدرج في العقد الذي يترجم اتفاق الأطراف - وهو في هذا المقام يتمثل في سند الشحن - والموقع عادة من قبلهم، ولكنه يوجد في وثائق أخرى مستقلة عن هذا العقد - مشاركة الإيجار- وتحيل إليها إرادة الأطراف

صراحة أو ضمنا، على نحو يؤدي إلى إدماج هذه الوثائق في العقد ذاته»⁽¹⁾.

وعليه إذا كان الاتفاق على التحكيم تبعا لوثيقة يفرغ فيها الأطراف إرادتهم المشتركة حول اللجوء إلى التحكيم، وتحمل توقيعاتهم 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 بها صورا أكثر تعقيدا، فالشائع أن يتفاوض الأطراف على مجرد العناصر الأساسية لمحل التعاقد، مع الإكتفاء بإحالة الشروط العامة الأخرى إلى وثائق نموذجية قد تكون معدة بواسطة منظمات أو هيئات متخصصة أو تجمعات مهنية⁽²⁾.

المطلب الثاني: 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 عقد النقل البحري للبضائع ما يفيد بريان كافة شروط عقد مشاركة السفينة - والتي من بينها شرط التحكيم- على عقد نقل البضائع، 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 السفينة⁽³⁾.

وفيما يلي سنحاول أن نستعرض من خلال هذه الدراسة المقارنة بعض التطبيقات القضائية بشأن عملية الدمج والشروط التي تقتضيها هذه العملية.

الفرع الأول: شرط التحكيم بالإحالة في فرنسا

في فرنسا يظهر موقف المشرع واضحا من خلال نص المادة 1443 من قانون الإجراءات المدنية الجديد⁽⁴⁾ حيث نص على أن يكون اتفاق التحكيم كتابيا، وأن تكون الوثيقة التي يتم الإحالة إليها في الاتفاق الأساسي، وهو ما ذهب إليه محكمة النقض في 09 نوفمبر 1993، من خلال القضية التي تعود

1 د حفيظة السيد الحداد، شرط التحكيم بالإشارة (دراسة تحليلية وانتقادية لأحكام القضاء الفرنسي)، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد الأول والثاني، سنة 1995، ص 02.

2 د محمد عبد الفتاح ترك، المرجع السابق، ص 241-242.

3 وبالتالي فإن عقد إيجار أو مشاركة السفينة طرفاه مالك السفينة (المجيز) والمستأجر والذي غالبا ما يكون هو الشاحن، أما سند الشحن فهو المبرم بين الشاحن صاحب البضاعة والناقل الذي يتعهد بنقلها. أنظر فيما يتعلق بعمليات النقل التي تتم بموجب مشاركات إيجار السفن، د أحمد محمود حسني، النقل الدولي البحري للبضائع، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثانية، 1979، ص 60 وما بعدها.

وقائعها إلى نزاع حصل بين شركة Bamar Oil الهولندية والمؤسسة التونسية للأنشطة البترولية، حيث أن هذه الأخيرة باعت كميات معينة من البترول الخام إلى الشركة الهولندية وذلك بموجب تلكس أحال فيه إلى الشروط العامة، وإثر نزاع حصل بين الشركتين لجأت المؤسسة التونسية إلى التحكيم متمسكة بشرط التحكيم وفقا للمادة 16 من العقد النموذجي الذي أحال إليه الأطراف، لكن الشركة الهولندية دفعت بأن شرط التحكيم لم يرد كتابة في الإتفاق الأساسي، وقضت محكمة النقض في الأخير بأنه: «وفقا لاتفاقية نيويورك فإنه يجوز في مجال التحكيم الدولي إن لم يذكر اتفاق التحكيم في العقد الرئيسي، أن يذكر على الوجه الصحيح عن طريق الإشارة كتابة إلى وثيقة يرد فيها أحكام 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 العقد»⁽¹⁾.

كما جاء موقف آخر أكدت فيه محكمة النقض الفرنسية موقفها الثابت و المستقر من خلال حكمها الصادر في 1986/06/04 في دعوى سفينة Aspilos قررت أن «الحكم الذي يقرر أن حامل سند الشحن بالتظهير، يلتزم بشرط التحكيم الوارد في عقد المشاركة و الذي لم يكن منسوخا بسند الشحن، وكذلك عدم وجود نسخة من مشاركة الإيجار كما أنه لا يعلم شيء عن نص الشرط يعد مخالفا لنص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي و أنه لا يمكن الاحتجاج ضده بشرط في عقد المشاركة لا توجد نسخة منه ولم تكن محلا لموافقة أكيدة من جانبه»⁽²⁾.

من خلال هذه الأحكام يتضح أن القضاء الفرنسي قد وضع ضابطين حتى يعتد باتفاق التحكيم بالإحالة، أحدهما شكلي وهو ضرورة الكتابة⁽³⁾، والثاني موضوعي ويتمثل في علم الأطراف الذين يحتج عليهم بشرط التحكيم⁽⁴⁾، وهكذا نجد أن موقف القضاء الفرنسي كان ولا يزال 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 فيها⁽⁵⁾.

1 Ph.Fouchard - E.Gaillard - B.Goldman, Op. Cit., p.292-293.

2 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، 1997، ص 149.

3 Ph.Fouchard , L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981, p.375- 385.

4 د عبد الباسط محمد عبد الواسع، شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، سنة 2014، ص 268.

5 محمد عبد الفتاح ترك، شرط التحكيم بالإحالة، المرجع السابق، ص 318.

الفرع الثاني: شرط التحكيم بالإحالة في إنجلترا⁽¹⁾

إستقر 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 أي دراية بنصوص عقد المشاركة، مما ينبغي معه مراعاة حق حامل السند في اللجوء إلى القضاء وعدم حرمانه من هذا الحق، وعلى هذا الأساس نجد أن المحاكم البريطانية من جهة تأكد أن 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 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 فيها شرط التحكيم⁽²⁾.

إلقاعدة 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 الاتفاق على التحكيم.

ويمكن توضيح القاعدة السابقة والاستثناء الوارد عليها عند القضاء الإنجليزي من خلال الأحكام الآتية:

1- في الحكم الصادر في 17 فبراير⁽³⁾ 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 ظلّه تتم تسويتها عن طريق التحكيم في لندن».

1 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 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، محمد ترك، شرط التحكيم بالإحالة، ص 326.

2 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.

3 - محمد ترك، المرجع السابق، ص 329-328.

وتم إصدار وثيقتين للشحن نصت إحداهما على أن: « كل العبارات والشروط بما في ذلك اتفاق التحكيم وشرط الإهمال وكذا الشروط الضريبية، تعتبر جزء من المشاركة»

ونصت الأخرى على أن: « كل العبارات والشروط بما في ذلك اتفاق التحكيم و الإهمال وكذا الشروط الضريبية الموجودة في المشاركة ابتداءً من تاريخ 31 أبريل 1977 تعتبر مندمجة».

وإثر نزاع حصل بين الشركتين، لجأت الشركة المشتريّة إلى إقامة دعوى أمام القضاء الإنجليزي بسبب تلف أصاب شحنتها أثناء الرحلة البحرية، إلا أن الشركة الشاحنة دفعت بعدم جواز نظر الدعوى أمام القضاء بسبب وجود اتفاق التحكيم، لكن الشركة المشتريّة (المدعية) دفعت بأن 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، لابد أن تذكر بين ما تذكره وعلى وجه التخصيص شرط التحكيم، بما لا يدع شكاً من أن نية الأطراف قد اتجهت إلى مد نطاق اتفاق التحكيم ليشمل المنازعات التي تنشأ في ظل العقد الجديد .

وجدير بالملاحظة 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 دعوى السفينة **Hamilton**، حيث جاءت كلمات شرط الإحالة في سند الشحن كالتالي: « كل العبارات والشروط، تعتبر جزء من المشاركة»، أما كلمات شرط التحكيم الواردة بالمشاركة فتتنص على أنه: « كل المنازعات الناشئة عن هذه المشاركة ستحال إلى التحكيم».

وهنا رفضت المحكمة إدماج شرط التحكيم الموجود بالمشاركة داخل سند الشحن، مسببة ذلك بأنه عندما يتضمن سند الشحن عبارة مثل (كافة الشروط الأخرى كما وردت في المشاركة) فإن شروط المشاركة ينبغي قراءتها حرفياً في سند الشحن كم وردت في المشاركة، ومن الواضح أن شرط التحكيم الوارد بالمشاركة لا يحيل إلى المنازعات التي تنشأ عن سند الشحن وإمّا إلى المنازعات الناشئة عن مشاركة الإيجار، ولهذا فإن شرط التحكيم الوارد بالمشاركة لا يمكن تطبيقه على المنازعات الناشئة عن سند الشحن.

كما أضافت المحكمة أن الغرض من رفض الدمج في مثل هذه الحالات هو عدم حرمان مستلم البضاعة والذي لم يكن طرفا في عقد المشاركة من حقه في اللجوء إلى المحكمة⁽¹⁾.

2- دعوى السفينة Merak⁽²⁾: (وهي تجسد الاستثناء عن القاعدة الواردة في القضية الأولى)

حيث جاءت كلمات شرط الإحالة في سند الشحن كالتالي: «كل النصوص والإعفاءات الموجودة في المشاركة تطبق على هذا السند».

أما كلمات شرط التحكيم الواردة في المشاركة فجاءت كالآتي: «أي نزاع ينشأ عن هذه المشاركة أو أي سند شحن صادر تنفيذا 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 النصوص والإعفاءات الموجودة بالمشاركة وبالطبع من بينها شرط التحكيم، وبالنظر كذلك إلى كلمات شرط التحكيم الموجودة بالمشاركة، نلاحظ أنها أشارت إلى أن أي منازعات ناشئة عن المشاركة أو أي سند شحن صادر تنفيذا لها سيحال إلى التحكيم، وهو بهذا يجعل شرط التحكيم الوارد بالمشاركة مندمجا في سند الشحن.

وهكذا نلاحظ أن القضاء الإنجليزي قد تطلب أن تكون كلمات شرط الإحالة واضحة 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 قدرا من الإنسجام والتوافق بين كلمات شرط التحكيم والنزاعات الناشئة عن سند الشحن ومن ثم يمكنه إدماج شرط التحكيم في سند الشحن⁽³⁾.

الفرع الثالث: شرط التحكيم بالإحالة في مصر.

بالرجوع إلى الفقرة الثالثة من نص المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري⁽⁴⁾: «يعتبر اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار

1 - محمد ترك، المرجع السابق، ص 230-231.

2-Marina PAPADATOU, op.cit, p. 221.

3 محمد ترك، المرجع السابق، ص 331.

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

هذا الشرط جزءاً من العقد»، والتي تقابل الفقرة السادسة من المادة السابعة من قانون التحكيم النموذجي⁽¹⁾ على أنه: «تشكل إشارة في العقد إلى أي مستند يتضمن بند تحكيم اتفاق تحكيم مكتوب، شريطة أن تكون الإشارة على نحو يجعل ذلك البند جزءاً من العقد».

يذهب جانب كبير من الفقه المصري⁽²⁾ إلى أنه حتى يعتد بشرط التحكيم بالإحالة، أن تكون هذه الإحالة صريحة و مصحوبة بالإشارة إلى وجود الشرط في المستند المحال إليه، وألاً تقتصر على الإحالة العامة⁽³⁾ إلى هذا المستند، على نحو يتضح معه اتجاه إرادة الأطراف إلى الالتزام بشرط التحكيم، وتحقق العلم بوجوده سواء كان ذلك صراحة من خلال إطلاعهم على المستند المتضمن شرط التحكيم، أو ضمناً من خلال وجود معاملات متكررة بينهم.

وقد ثار جدل فقهي حول المعنى الذي أراده المشرع من خلال قوله (إحالة واضحة)، حيث يرى جانب من الفقه⁽⁴⁾ إلى أن الكتابة لا تعد شرطاً في الإحالة، إذ لو كان الأمر كذلك لاستخدم المشرع عبارة «مكتوبة» بدلاً من عبارة «واضحة»، كل ما في الأمر أن الكتابة في نظر المشرع المصري هي شرط للإثبات فقط وليست شرطاً مطلوباً لوجود الإحالة، وعبارة «واضحة» تعني انعدام الشك في انصراف إرادة الأطراف إلى جعل شرط التحكيم الموجود في الوثيقة المحال إليها جزءاً من العقد، وهو ذات المذهب الذي اتجهت إليه محكمة النقض المصرية⁽⁵⁾.

غير أن جانب آخر من الفقه المصري⁽⁶⁾ يرى تفسيراً مغايراً مستنداً في ذلك إلى نص المادة 12 من قانون التحكيم المصري، حيث قرر المشرع فيها أن اتفاق التحكيم يكون مكتوباً إذا تضمنه ما تبادله

1 القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 1985.

2 أنظر على سبيل المثال، د ناجي عبد المؤمن محمد، مدى جواز الاتفاق على التحكيم بطريق الإحالة في القوانين الوطنية وعلاقات التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الأول، سنة 42، جانفي 2000، ص 02، د إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1997، ص 80، د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2007، ص 99.

3 يقصد بالإحالة العامة عندما يحيل سند الشحن إلى مشاركة الإيجار بعبارة عامة مثل (أجرة النقل والشروط طبقاً للمشاركة) - كل المواعيد والشروط والإعفاءات الواردة بالمشاركة تدمج في هذا السند...، بخلاف الإحالة الخاصة التي تكون دقيقة ومحددة مقارنة مع الإحالة العامة مثل عبارة (أي نزاع ينشأ عن هذه المشاركة أو أي سند شحن صادر تنفيذاً لها سيحال على التحكيم).

4 - أنظر، د ناجي عبد المؤمن محمد، المرجع السابق، ص 93.

5 نقض مدني مصري، رقم 60، بتاريخ 25 فبراير 1965، السنة 35 ق، مجموعة أحكام النقض، السنة 16، العدد الأول، 1965، ص 221.

6 أنظر على سبيل المثال، عبد الفتاح ترك، شرط التحكيم بالإحالة، المرجع السابق، ص 237.

الأطراف من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة، ذلك أن مشكلة صحة اتفاق التحكيم بالإحالة تتصل بمشكلة أساسية أصلا هي صحة اتفاق التحكيم بصفة عامة، إذ لا بد من ضرورة تحقق رضا الأطراف بالاتفاق على التحكيم، وبالتالي لا بد من إفراغ هذا الاتفاق في الشكل الكتابي.

والذي يبدو 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 مكتوبا إلا أنه لم يشترط أن تفرغ الكتابة في شكل خاص فيكفي بصريح النص أن ترد في رسالة أو برقية⁽¹⁾».

كما استقرت محكمة النقض المصرية في جملة من أحكامها، قبل صدور قانون التحكيم المصري 1994 على أن: «إحالة سندات الشحن إلى مشاركة الإيجار، سواء كانت إحالة عامة أو خاصة من شأنها أن تجعل شرط التحكيم الوارد بالمشاركة مندمجا في سند الشحن، و ملزما لحامله أو المرسل إليه باعتباره طرفا ذا شأن في سند الشحن يتكافأ مركزه ومركز الشاحن، حينما يطلب تنفيذ عقد النقل باعتباره - أي المرسل إليه - صاحب المصلحة في عملية الشحن و بالتالي يرتبط بالسند كما يرتبط به الشاحن⁽²⁾». وهكذا نجد أن موقف القضاء المصري جاء أكثر تحررا 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 هذا السند بهذا الشرط⁽³⁾.

الفرع الرابع : شرط التحكيم بالإحالة في الجزائر

رغم الأهمية القصوى التي يعنى بها شرط التحكيم على صعيد التجارة الدولية خاصة فيما يتعلق بالمادة البحرية، إلا أن الاجتهاد القضائي الجزائري لم يأتي بكثير أحكام في هذا المجال لاسيما مسألة التزام المرسل إليه بشرط التحكيم بالإحالة، ولعل أبرز موقف للمحكمة 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 يمنع من التمسك به، و حيث يتبين من وثيقة الشحن أنها تشير إلى عقد إيجار السفينة....».

1- طعن مصري بالنقض، رقم 74 لسنة 67، ق. جلسة 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، دار القانون للإصدارات القانونية، الطبعة السابعة، 2014، ص 737، د أحمد محمود حسني، التعليق على نصوص اتفاقية هامبورج الخاصة بنقل البضائع بحرا لسنة 1978، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص 215.
 3- إيمان فتحي حسن الجميل، اتفاق التحكيم البحري (وفقا لقانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 والاتفاقيات الدولية)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 86.

«...حيث أن الإشارة لعقد إيجار السفينة في وثيقة شحن تجعل المرسل إليه المطعون ضدها في قضية الحال طرفا في هذا العقد و لها الحق في استعمال بند التحكيم إن أرادت التمسك به»⁽¹⁾.

تقدير موقف المحكمة العليا: الذي يظهر أن المحكمة العليا لم تلزم المرسل إليه ببند التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار والذي تحيل إليه وثيقة الشحن، وفي نفس الوقت لم تمنعه من التمسك به حيث تركت له مطلق الحرية في قبوله أو رفضه، وهذا ما يمكن استخلاصه من عبارة (لها الحق في استعمال بند التحكيم إن أرادت التمسك به)، و في مقابل نصت المحكمة العليا على أن الإشارة لعقد إيجار السفينة في وثيقة الشحن تجعل من المرسل إليه طرفا في هذا العقد، أي أن المرسل إليه يعتبر طرفا في عقد إيجار السفينة والمتضمن شرط التحكيم.

و ما يمكن أخذه على هذا القرار أنه يتسم بالتناقض من جهة اعتبار المرسل إليه طرفا في عقد إيجار السفينة عند الإشارة إلى هذا الأخير في وثيقة الشحن، وفي نفس الوقت عدم إلزامه بشرط التحكيم الوارد في هذا العقد، و إنما تركت له الخيار في التمسك أو عدم التمسك به، ومن جهة أخرى 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 أيا منها لم يجعل من المرسل إليه طرفا في عقد إيجار السفينة، بل الذي يكاد يكون الرأي مجتمعا عليه 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 التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار الذي يعتبر - أي شرط التحكيم - مندمجا في وثيقة الشحن بمقتضى الإحالة.

خلاصة لما تقدم: يمكن القول أنه حتى تكون الإحالة فعالة ومنتجة لآثارها في مابين طرفي عقد النقل البحري للبضائع، ومقبولة للقول بوجود عملية دمج صحيحة للشروط الواردة في عقد مشارطة 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 وسيلة لتسوية النزاعات الحاصلة بشأن تنفيذ عقد النقل البحري للبضائع.

لكن يبقى لنا أن نبحث مسألة ما إذا كانت هذه الإحالة منتجة لآثارها في مواجهة المرسل إليه

1 المحكمة العليا، الغرفة التجارية و البحرية ، ملف رقم 439517 ، بتاريخ 2008/04/09 ، غير منشور.

المستفيد من البضاعة، والذي آل إليه سند الشحن في الأخير والذي لم يكن طرفا موقعا في عقد مشاركة السفينة التي نصت على شرط التحكيم والذي أحال إليها سند الشحن الذي بحوزته، حتى يمكن القول بنفاذ هذه الإحالة في مواجهته والتزامه بشرط التحكيم، أو بعبارة أخرى هل يعتبر حامل السند راضيا بشرط التحكيم الموجود بالإحالة، أم أن هذه الآثار تقتصر فقط على الأطراف الموقعة على العقد؟. هذا ما سنحاول الإجابة عليه في المبحث الموالي.

المبحث الثاني : مدى نفاذ شرط التحكيم بالإحالة في مواجهة المرسل إليه

في الواقع أن مسألة نفاذ شرط التحكيم بالإحالة في مواجهة حامل سند الشحن والذي نفترض في هذا المقام أن يكون هو المرسل إليه إذا لم يكن هو الشاحن نفسه، تعتبر أثرا قانونيا مترتبا على فكرة الدمج التي تكلمنا عليها في المبحث السابق، وقد تقدم أن المرسل إليه يعتبر في الحقيقة طرفا أجنيا عن عقد المشاركة التي تضمنت شرطا للتحكيم، وأن علاقته مع الناقل يحكمها سند الشحن وحده، لكنه يجد نفسه محالاً على عقد المشاركة بمقتضى تلك الإحالة التي تضمنها سند الشحن الذي بحوزته، الأمر الذي يستدعي منّا التساؤل حول رضاه بهذه الإحالة إلى الحد الذي يجعله ملتزما بشرط التحكيم كما لو كان طرفا في عقد النقل.

لاشك أن الاختلاف في وجهات النظر على النحو السابق، كان الهدف من ورائه هو الوصول إلى تقرير الأثر المترتب على إعمال قاعدة الدمج، والمتمثل في مدى سريان أو نفاذ شرط التحكيم بالإحالة والاحتجاج به في مواجهة المرسل إليه والذي لا يكون طرفا في عقد المشاركة، وهذا يقتضي منا الرجوع إلى الاتجاهات السابقة ومعالجة موقف كل منها من مبدأ نفاذ شرط التحكيم بالإحالة (في المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى شرط إعمال مبدأ النفاذ كشرط قد تتفق بشأنه جميع المواقف السابقة وذلك رغم اختلافها في تحديد شروط عملية الدمج (في المطلب الثاني).

المطلب الأول: موقف الإتجاهات السابقة من مبدأ نفاذ شرط التحكيم بالإحالة في مواجهة المرسل إليه أولاً: موقف القضاء في فرنسا

حسب الاتجاه الأول (اتجاه قضاء المحاكم الفرنسية)، رأينا أنه يشترط لاندماج شرط التحكيم الوارد بالمشاركة في سند الشحن الصادر تنفيذاً لها، أن تكون الإحالة الواردة في السند إلى شرط التحكيم الوارد بالمشاركة إحالة واضحة وصریحة ومحددة.

فالفرض حسب هذا الاتجاه يتعلق بضرورة توافر الرضا لدى حامل السند (المرسل إليه) بشرط التحكيم الوارد بالمشاركة والتي لم يكن طرفا فيها، وبالتالي فإنه يلزم للاحتجاج عليه بشرط التحكيم الوارد بالمشاركة أن يكون عالما بالشرط علما يقينيا وثابتا ومؤكداً حتى ينهض هذا العلم دليلا على رضاه بالشرط والتزامه به حتى لا يكون مذعناً، ومستند القضاء في اشتراط العلم هو ما قد يترتب على شرط التحكيم من آثار تفوق في خطورتها أي شرط آخر خاصة في ما يتعلق في استبعاد ولاية القضاء الوطني بنظر النزاع محل اتفاق التحكيم واختصاص قضاء التحكيم به⁽¹⁾.

ثانياً: موقف القضاء في إنجلترا

أما عن موقف القضاء في إنجلترا توصلنا إلى أنه لم يستقر على موقف ثابت، فتارة نجد يشترط صراحة ووضوح الإحالة، وتارة يكتفي بالإحالة العامة، وتارة نجده يراعي مركز حامل السند لعدم حرمانه من ممارسة حقه الطبيعي في اللجوء إلى التقاضي، وبالتالي فإن مسألة نفاذ شرط التحكيم بالإحالة في مواجهة حامل سند الشحن نجدها تختلف من حكم لآخر تبعاً لاختلاف السلطة التقديرية لكل قاضي⁽²⁾.

ثالثاً: موقف القضاء المصري

موقف القضاء المصري كما رأينا أنه قد جاء أكثر تحرراً، حيث لاحظنا أنه استقر في العديد من أحكامه⁽³⁾ إلى أن إحالة سندات الشحن إحالة عامة إلى الشروط التي تضمنتها مشاركة إيجار السفينة من شأنها أن تجعل شرط التحكيم الوارد بمشاركة الإيجار مندمجا في سندات الشحن، ومن ثم سريانه في مواجهة المرسل إليه، وهذه النتيجة تكاد تكون محل اتفاق عند الفقهاء كما يراها البعض⁽⁴⁾، غير أن جانب آخر قد أبدى اعتراضا على ذلك على أساس أن المرسل إليه في سند الشحن وإن كان يلتزم بالشروط الواردة فيه، فإنه لا يلتزم إلا بالشروط المتعلقة بعقد النقل البحري والناشئة عنه كالتفريغ والاحتجاجات ومسؤولية الناقل، أما الشروط غير المتعلقة بعقد النقل وليست ناشئة عنه كشرط التحكيم فلا تسري في مواجهة المرسل إليه، لأن شرط التحكيم وإن كان مدرجا في العقد الأصلي إلا

1 - 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 197.

2 - أنظر بخصوص هذه الأحكام، عاطف الفقي، المرجع نفسه، ص 196-197. وكذلك الأحكام المشار إليها في المبحث الأول.

3 - أنظر بخصوص هذه الأحكام، أحمد محمود حسني، قضاء النقض البحري، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1997، ص 130 وما بعدها، وكذلك التعليق على نصوص اتفاقية هامبورج الخاصة بنقل البضائع بحرا لسنة 1978 (قواعد هامبورج)، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1998، ص 219 وما بعدها بنفس المؤلف.

4 - أنظر هذا الرأي، د سامية راشد، التحكيم في إطار المركز الإقليمي بالقاهرة، 1986، ص 87، بند 41.

أن مصدره مختلف ويحتاج إلى أهلية خاصة وشروط خاصة، ومحل الشرط ليست البضاعة المسلمة أو مسؤولية والتزامات الأطراف، وإنما محله سلب الاختصاص القضائي لدولة المرسل إليه وإسناده إلى التحكيم⁽¹⁾.

رابعاً: موقف القضاء في الجزائر

يمكن القول أن موقف المحكمة العليا في هذا الشأن قد جانب المنطق القانوني الذي استندت إليه الدول السابقة الذكر في تحديد المركز القانوني لكل طرف من أطراف العلاقة العقدية وبصورة خاصة مركز المرسل إليه، حيث قررت بأن مجرد الإشارة لعقد إيجار السفينة في وثيقة الشحن يجعل من المرسل إليه طرفاً في هذا 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 رغم أنه لم يكن طرفاً في هذا العقد، ولعل غاية المحكمة العليا من تخيير المرسل إليه في القضية المذكورة سابقاً بين قبول بند التحكيم من عدمه، قد أرجعته المحكمة إلى مدى توافر عنصر (العلم) أي علم المرسل إليه بشرط التحكيم الوارد في عقد إيجار السفينة، لولا أنها أضفت عليه صفة الطرف في هذا العقد مما يضع هذا الوصف محل استفسار، إذ كيف يكون المرسل إليه طرفاً في عقد وهو لا يعلم بأهم شرط من شروطه والذي يترتب عليه سلب الاختصاص القضائي لدولة المرسل إليه وإسناده إلى التحكيم؟.

المطلب الثاني: شرط إعمال مبدأ نفاذ العقد في مواجهة المرسل إليه

من المقرر قانوناً أن القوة الملزمة للعقد تقتصر على عاقيه دون سواهما⁽²⁾، وهذا ما يعبر عنه 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 الشأن⁽³⁾ غير أننا لاحظنا أن القضاء قد تجاوز هذا المبدأ عندما يتعلق الأمر بحامل سند الشحن أو المرسل إليه في عقد النقل البحري للبضائع، حيث نجد أن القضاء قد

1- أنظر هذا الرأي، رضا عبيد، شرط التحكيم في عقود النقل البحري، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق أسويط، العدد، السادس، جويلية 4198، ص 195-279. وأيده في ذلك د عاطف الفقي، المرجع السابق، ص 200. حيث يرى أن المرسل إليه إن كان له وضع خاص في عملية النقل البحري فإن ذلك يجب ألا يمتد لشرط التحكيم الوارد في المشاركة التي لم يكن طرفاً فيها، لما لهذا الشرط من آثار تفوق آثار أي شرط آخر في المشاركة.

2- وفي ذلك تنص المادة 113 من الأمر رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 يتضمن القانون المدني أن: «العقد لا يمكن أن يرتب التزاماً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا».

3- عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج 1، المجلد الأول، الطبعة 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2000، ص 719.

اعترف له بحقوق وألقى عليه التزامات ناشئة عن العقد بالرغم من أنه لم يكن طرفا في العقد الذي تم إبرامه أساسا بين الناقل والشاحن، وهذا يجعل مركز المرسل إليه حامل السند يشكل استثناءً من مبدأ النسبية، غير أن الأخذ بالمعنى السائد لمبدأ نسبية العقود سوف يؤدي إلى الخلط بين حدود مبدأ النسبية و حدود مبدأ النفاذ⁽¹⁾، الأمر الذي يستدعي منا التمييز بين المبدأين.

الفرع الأول: معيار التفرقة 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) جراء تصرف لم يشارك فيه⁽²⁾، فالأصل إذًا أن العقد لا يضر الغير بمعنى أنه لا يحمله بالتزام ما، لكن وحسب المادة 113 من القانون المدني الجزائري والمطابق لنص المادة 152 من مدي مصري، إذا كان مبدأ النسبية لا يلزم الغير بصفة عامة وحامل سند الشحن بصفة خاصة إلا بواجب سلبي هو احترام عقود الآخرين وعدم الإخلال بها، فإنه في نفس الوقت يجوز أن يكسبه حقاً مباشراً⁽³⁾.

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 الخارجية⁽⁴⁾ وغير المباشرة للعقد ألا وهو نفاذ العقد من منطلق حاجة الكافة به وفرض احترامه عليهم، وبالتالي هذا الواجب السلبي 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 مادي⁽⁵⁾، وليس بتصرف قانوني، فهذا العمل يخرج عن المفهوم الدقيق لنفاذ العقود، فالنفاذ هنا يعني نفاذ عقد في مواجهة عقد آخر، حيث يأتي هذا الأخير في صورة انتهاك للاشتراطات العقدية الموجودة في العقد الأول⁽⁶⁾.

1 - محمد ترك، شرط التحكيم بالإحالة، المرجع السابق، ص 386.

2 - د عباس مصطفى المصري، المركز القانوني للمرسل إليه في عقد النقل البحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 147.

3 - هذا الاكتساب يكون على أساس الإشتراط لمصلحة الغير طبقا للقواعد العامة. غير أن مثل هذا الأساس لا يمكن اعتماده في مجال عقد النقل البحري للبيضاء لتبرير مركز حامل سند الشحن فضلا عن النظريات الأخرى كنظرية حوالة الحق والنيابة وما إلى ذلك، نظرا لما عرفته من انتقادات، وبالتالي يعتبر مبدأ النفاذ كما سوف نرى الأساس الوحيد والمقبول لمركز حامل السند أو المرسل إليه، أنظر في ذلك، عباس مصطفى المصري، المرجع نفسه، ص 141.

4 - وهذا الأثر الخارجي المتمثل في احترام عقود الآخرين مصدره نفاذ العقد وليس العقد ذاته.

5 - كما لو أقدم الغير على منع المدين من القيام بالعمل الذي التزم به تجاه الطرف الآخر الذي تعاقد معه، أو قيامه بإتلاف الشيء الذي يرد عليه الالتزام أو السند المثبت له.

6 - د محمد ترك، شرط التحكيم بالإحالة، المرجع السابق، ص 457-458.

ومن ثم فإن عدم الخلط بين مبدأ نسبية العقود ومبدأ نفاذها يؤدي بنا إلى القول بأن العقد من منطلق نفاذه بصفة واقعة قانونية يتولد عنه أثر خارجي مفاده التزام الغير باحترام عقود الآخرين، وذلك متى استوفت شروط نفاذها في مواجهته خاصة شرط العلم الذي سنتناوله في الفرع الموالي، وتأسيساً لذلك فإذا كان هناك شرط تحكيم في سند الشحن أو إحالة في هذا 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 الشحن في الأخير حيث تضمهم مجموعة عقدية واحدة، تجعل حامل السند طرفاً ذا شأن في عقد النقل البحري⁽¹⁾.

الفرع الثاني: العلم شرط هام لإعمال مبدأ نفاذ العقد في مواجهة المرسل إليه.

رغم التباين في وجهات النظر على النحو الذي رأيناه في معرض الكلام عن شروط الإحالة وذلك بين الدول السالفة الذكر، إلا أن هذه الدول وفقاً لما يبدو من أحكامها القضائية أو حتى لما ذهب إليه الفقه، أنه رغم اختلافها في شروط قبول الإحالة بين من يشترط أن تكون الإحالة خاصة ودقيقة ومحددة كتابة، وبين من يكتفي بالإحالة العامة لقيام عملية دمج صحيحة للشروط الموجودة في عقد المشاركة في سند الشحن والتي يعتبر شرط التحكيم واحداً من تلك الشروط، وبالتالي نفاذه في مواجهة حامل هذا السند، فرغم هذا الاختلاف إلا أنها تكاد تتفق⁽²⁾ على أنه حتى يعتبر عقد المشاركة التي لم يكن حامل السند طرفاً فيها، نافذاً في سند الشحن الذي يعتبر

هو طرفاً فيه، على ضرورة توافر شرط واحد ألا وهو شرط العلم⁽³⁾.

وتأسيساً لذلك، 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 عقدية 1 - المرجع نفسه، ص 396.

2 - وإن كانت قلة من الأحكام ذهبت إلى أن شرط التحكيم لا يكون ملزماً لصاحب الحق في تسليم البضائع الذي بالرغم من تلقيه سند الشحن لم يعلن إرادته في قبول شرط التحكيم الوارد به، أنظر مثلاً:

Cour d'appel de Rouen, 2 chambre civile, 8 juillet 1993, Droit Maritime Français, No 536, mars 1994, P. 211.

بينما حكم آخر لذات المحكمة المشار إليها يجعل شرط التحكيم ملزماً للمرسل إليه الذي يرتبط بتنفيذ عقد النقل ما دام يقبل تسلّم البضائع أو يطالب باستلامها:

Cour d'appel de Rouen, 2 chambre civile, 18 novembre 1993, Droit Maritime Français, No 536, mars 1994, P. 215, note TASSEL.

3 - النفاذ كمفهوم قانوني أبرزته الدراسات الحديثة في فرنسا لتبرير العلاقات العقدية بين الغير، وهو يستند إلى ضرورة توافر عنصر العلم أي علم هذا الغير بالعقد حتى يمكن القول بنفاذه في مواجهته، أنظر، محمد ترك، شرط التحكيم بالإحالة، المرجع السابق، ص 464.

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 لذلك⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس رفضت محكمة النقض المصرية إلزام المرسل إليه بشرط عقدي لم يُسَر إليه في سند الشحن⁽²⁾، وبالطبع من الواضح أن الأساس في ذلك هو عدم نفاذ هذا الشرط في مواجهة المرسل إليه لعدم توافر العلم به، كما أُلزمت ذات المحكمة المرسل إليه بشرط التحكيم المنصوص عليه في المشاركة، وذلك بالرغم من عدم النص عليه صراحة في سند الشحن، إلا أن هناك إحالة في سند الشحن إلى مشاركة الإيجار ومن ثم كان بوسعها أن يعلم بما تضمنته هذه المشاركة من بنود وشروط⁽³⁾، وبالتالي ووفقاً لمفهوم النفاذ يكون قد توافر شرط العلم المؤدي إلى نفاذ شرط التحكيم في مواجهة المرسل إليه⁽⁴⁾.

الخاتمة:

كنتيجة لما تقدم، فإن اكتفاء أطراف العلاقة التجارية البحرية بما جرت عليه العادة بالتفاوض على العناصر الرئيسية لموضوع التعاقد، مع إحالة باقي التفاصيل كطريقة فض المنازعات المحتملة بشأن تنفيذ هذه الالتزامات إلى وثائق أخرى معدة سلفاً، أصبح واقعاً تفرضه المعاملات الدولية لاسيما عقود نقل البضائع عن طريق البحر، إذ أن هذه الأخيرة أصبحت لا تتم إلا بموجب عقود مترابطة ومتصلة - إلى جانب العقد الرئيسي (عقد النقل) - ينتظمها وحدة السبب أو وحدة المحل، والمتمثل في سلامة وصول البضاعة، ومثل هذه العقود كما رأينا نجد عقود إيجار السفن إلى جانب سندات الشحن، حيث نجد أن هناك إحالة من الأول والمتضمن شرط التحكيم إلى الثاني الذي لا يتضمن هذا الشرط، وقد رأينا كيف انقسمت الدول بين من يشدد في تحديد هذه الإحالة صراحة بموجب نص خاص مثل القضاء الفرنسي، وبين من يكتفي بالإحالة العامة فقط مثل القضاء المصري، وبين من يراعي نية الأطراف في قبولها للتحكيم مثل القضاء الإنجليزي.

1 د عباس مصطفى المصري، المرجع السابق، ص 150.

2 - طعن رقم 135 لسنة 33 ق، مجموعة أحكام النقض، جلسة 1967/02/07، السنة 18، ص 300. مشار إليه في كتاب، د أحمد حسني، قضاء النقض البحري، المرجع السابق، ص 131-132.

3 - طعن رقم 65 لسنة 30 ق، مجموعة أحكام النقض، جلسة 1965/02/25، السنة 16، ص 220. مشار إليه في نفس المرجع.

4 - د محمد ترك، شرط التحكيم بالإحالة، المرجع السابق، ص 466-467.

أما عن القضاء في الجزائر فقد سبق وأن رأينا كيف أن قرار المحكمة العليا لم يستند إلى أساس واضح يمكن تبنيه إلى جانب المواقف الدولية السابقة، ولعل السبب في ذلك يمكن إرجاعه إلى ذلك الموقف السلبي الذي وقفه المشرع الجزائري إزاء التحكيم، حيث رفضت الجزائر الخضوع للتحكيم التجاري الدولي طيلة 30 عاما، تحفظاً على سيادتها وسلطتها القضائية⁽¹⁾.

إلى أن رضخت الجزائر إلى الأمر الواقع تحت تأثير الأزمة الاقتصادية من جهة و الضغط الأجنبي من جهة أخرى، و بدأت تفتتح على التحكيم التجاري الدولي بانضمامها للعديد من الاتفاقيات الدولية، وإصدارها لبعض النصوص والتعديلات⁽²⁾، إلا أنه رغم هذه القوانين والتعديلات، تبقى غير كافية نظرا لعدم تغطيتها للعديد من المسائل التحكيمية كالتي رأيناها سابقا والتي من أهمها شرط التحكيم بالإحالة ومدى نفاذه في مواجهة المرسل إليه، ونفس الشيء يقال بالنسبة للاجتهاد القضائي للمحكمة العليا الذي لا يزال يعاني نذرة في الأحكام المتعلقة بهذا المجال، لهذا يكون من الضروري وضع قانون خاص بالتحكيم أسوة بالتشريعات الأخرى، إضافة إلى التفكير في إنشاء مركز تحكيمي متخصص في المنازعات البحرية خاصة وأن الجزائر تعتبر من البلدان 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.

و عموما فقد توصلنا أنه حتى تكون هناك عملية دمج صحيحة لشرط التحكيم البحري الموجود في مشاركة الإيجار داخل سند الشحن لابد من توافر شروط أربعة:

1- أن تكون هناك إشارة أو إحالة واضحة صريحة أو ضمنية في العقد الذي نشأ النزاع حوله إلى مستند آخر يشتمل على شرط التحكيم.

1- والسبب كما يراه البعض يرتبط بعوامل تاريخية كالاستعمار، وأخرى اقتصادية تجعل من الدولة تاجرا ومستثمرا ومقاولا وناقلا، وأسباب قانونية حيث يترتب على إعمال التحكيم استبعاد القانون الداخلي ومحاولة تدويل العقود، وبالجملة كانت الجزائر ترى أن في خضوعها للتحكيم تقليصاً لسلطتها القضائية الوطنية وسلبها لهذا الاختصاص، ومساسا بسيادتها. أنظر في ذلك: 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

2- ويظهر هذا التفتح بانضمام الجزائر إلى العديد من الاتفاقيات الدولية والتي من أهمها اتفاقية نيويورك لعام 1958 و المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية، وقد تجسد ذلك أيضا في صدور المرسوم التشريعي 09/93 المؤرخ في 23 أفريل 1993 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية، الذي عدل المادة « 442 » والذي أدخل فصل خاص بالتحكيم التجاري الدولي، ثم في الأخير صدور القانون رقم 09/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 2008/02/25 و الذي نص على التحكيم في الباب الثاني من الكتاب الخامس.

- 2- أن تكون كلمات الدمج أو الإحالة واضحة وملائمة وتشمل صراحة إشارة إلى شرط التحكيم.
 - 3- أن تكون كلمات شرط التحكيم ملائمة ومناسبة وتغطي المنازعات التي نشأت في العقد المطلوب دمجها فيه.
 - 4- ألا يكون هناك تعارض أو تناقض بين شرط التحكيم وبين موضوع العقد الذي نشأ النزاع حوله.
- كما توصلنا أنه إلى جانب هذه الشروط، لا بد من توافر شرط آخر حتى يمكن معه الاحتجاج بشرط التحكيم بالإحالة في مواجهة المرسل إليه، ألا وهو شرط «العلم» .
- وبالتالي متى توفرت الشروط السابقة الذكر نكون بصدد إحالة فعالة ومنتجة لآثارها القانونية سواء فيما بين طرفيها أو حتى في مواجهة المرسل إليه حامل سند الشحن.

