السنة الثانية ماستر : قانون بحري والنقل

الأستاذة : خلادي إيمان

محاضرات المنازعات والتحكيم البحري

المحور الثاني : التحكيم البحري

مقدمة :

يعتبر التحكيم البحري نظام قانوني لحل المنازعات البحرية، وهو نظام معروف منذ القدم. ساعدت على إزدهارهوإنتشاره العديد من الإعتبارات منها تجنب طول وبطئ التقاضي أمام المحاكم، خاصة وأن عامل السرعة يعتبر من العوامل الهامة في تنفيذ المعاملات التجارية إضافة إلى سرية جلسات التحكيم وكذا إلى الخبرة التي يتميز بها المحكمون على أساس أن أطراف التحكيم يراعون في إختيارهم المحكمين مدى تخصصهم في موضوع النزاع، وعلمهم بمقتضيات التجارة البحرية والنقل البحري، وهذا ما جعل اللجوء إلى التحكيم أمرا منتشرا في مجال العلاقات التجارية الدولية بصفة عامة وفي مجال العلاقات البحرية بصفة خاصة.

وفي الجزائر يعتبر المرسوم التشريعي رقم 93-09 المؤرخ في 25-04-1993 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية أول قانون يكرس التحكيم التجاري الدولي صراحة وبوضوح، بعد سنوات عديدة من رفض اللجوء إليه في تسوية المنازعات. حيث أصبح من الجائز للأفراد وكذا للأشخاص المعنوية العامة فيما يتعلق بعلاقاتها التجارية والدولية اللجوء إلى التحكيم.

I/ ماهية التحكيم البحري

أولا : مفهوم التحكيم البحري

01-تعريف التحكيم البحري

التحكيم قانونا هو إتفاق طرفين في نزاع معين على إحالته إلى شخص ثالث أو أكثر لحسمه دون اللجوء إلى القضاء قبل نشوء النزاع أو بعده، فإذا كان الاتفاق قبل نشوء النزاع سمي ذلك شرك التحكيم، وإذا كان بعده سمي مشارطة التحكيم.

وعرفه جانب من الفقه بأنه الطريقة التي يختارها الأطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد عن طريق طرح النزاع والبث فيه أمام شخص أو أكثر يطلق عليه إسم المحكم أو المحكمين دون اللجوء إلى القضاء.

02-أنواع التحكيم البحري

أ-التحكيم البحري المؤسسي

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

ب-التحكيم البحري الحر

هو التحكيم الذي يتفق فيه الأطراف من خلال إتفاق التحكيم على إدارة وتنظيم عملية التحكيم البحرية، وبالتالي يقوم الأطراف بتشكيل هيئة التحكيم والإتفاق على تحديد كافة القواعد المطبقة على الإجراءات التحكيمية وإختيار مكان التحكيم والقانون المطبق على موضوع النزاع.

إن معيار التفرقة بين النوعين، هو أن التحكيم البحري المؤسسي يقوم على شقين مجتمعين أحدهما وجود مؤسسة تحكيم دائمة ذات هيكل عضوي وإداري، والثاني تدخل هذه المؤسسة في العملية التحكيمية تنظيما وإدارة وإشرافا (مثل التحكيم أمام غرفة التحكيم البحري بباريس).

03-خصائص التحكيم البحري

أ-التحكيم البحري نظام قضائي ذاتي :بمعنى أنه نظام قضائي إرادي، تلعب فيه إرادة الأطراف دورا كبيرا أو صغيرا في تحديد القواعد الموضوعية والإجرائية التي تنظم العملية التحكيمية.

ب- التجكيم البحري نظام قضائي خاص : حيث يتولى الفصل في المنازعة شخص خاص وهو المحكم البحري أو هيئات التحكيم البحرية.

ج-التحكيم البحري نظام قضائي مؤقت :بمعنى أن المحكمين البحريين يتم إختيارهم لأداء مهمة مؤقتة وهي الفصل في خصومة بحرية محددة، بعدها تزول تلك الهيئة.

ثانيا : موقف الجزائر من التحكيم الدولي

مر الموقف الجزائري من التحكيم التجاري الدولي بمرحلتين أساسيتين :

-المرحلة الأولى : منذ الإستقلال إلى أواخر الثمانينات

إن أول إحتكاك للدولة الجزائرية بالتحكيم التجاري الدولي كان بشأن نزاع متعلق بالمحروقات، حيث إتخذت الجزائر موقفا سياسيا للتحكيم الدولي لا يختلف عن موقف باقي الدول العربية الأخرى وهو موقف مناهض. وتظهر إنعكاسات هذه المناهضة في عدة نقاط أهمها :

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

-عدم الإنضماملإتفاقيات دولية فاعلة مثل إتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالإعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية.

-مجموعة من الإنتقادات وجهت إلى النظام التحكيمي الدولي في إطار خطاب الرئيس الراحل هواري بومدين الذي ألقاه أمام الجمعية العامة للأمم المتحدة والقاضي بإقامة نظام إقتصادي عالمي جديد.

-رفض الحكومة الجزائرية اللجوء إلى التحكيم في مجال المحروقات بحجة أن إجراءات تأميم البترول والمحروقات تعتبر من أعمال السيادة، وبذلك تم إخضاع كل هذه المنازعات للقانون الوطني.

-المرحلة الثانية : من سنة 1988 إل يومنا هذا

تبدأ هذه المرحلة من سنة 1988 حيث تم تحويل المؤسسات الإشتراكية إلى مؤسسات عمومية إقتصادية تخضع لمبدأ التجارية. فتضمن قانون 01/88 (الصادر بتاريخ 1988/01/12 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية) عدة أحكام تسمح للمؤسسات الاقتصادية باللجوء إلى التحكيم في علاقاتها. وبالتالي قبول التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في النظام القانوني الجزائري.

وفي نفس السياق إنضمت الجزائر إلى إتفاقية نيويورك بموجب المرسوم الرئاسي رقم 233/88 المؤرخ في 1988/11/05 المتضمن إنضمام الجزائر بتحفظ لإتفاقية نيويورك لسنة 1958. يتعلق التحفظ بأن الجزائر لن تطبق أحكام هذه الإتفاقية إلا بشأن الأحكام الصادرة في دولة أخرى تكون طرفا فيها، وعلى النزاعات المتعلقة بالقانون التجاري الدولي.

ضف إلى ذلك تعديل قانون الإجراءات المدنية سنة 1993 بموجب المرسوم التشريعي رقم 09/93 الذي نظم أحكام التحكيم التجاري الدولي في الجزائر. ثم بعد هذا إنضمام الجزائر سنة 1995 إلى إتفاقية واشنطن الخاصة بالمركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار بموجب الأمر 05/95 .

ليأتي بعد ذلك تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي حاول مسايرة مستجدات التجارة الدولية بشأن أحكام التحكيم التجاري الدولي. وبهذا التسلسل تقبلت الجزائر شيئا فشيئا نظام التحكيم التجاري الدولي وتبنته في منظومتها التشريعية. أما عن التحكيم البحري على وجه الخصوص فإن الجزائر لم تضع له أحكاما قانونية خاصة به، وتطبق عليه أحكام التحكيم التجاري الدولي المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك لطبيعة المنازعات البحرية والتي لها طابع دولي وتجاري وبحري.

ثالثا : أسباب اللجوء إلى التحكيم

يعتبر التحكيم البحري نظام قانوني في تسوية المنازعات البحرية وقد تم تطويره من أجل دفع عجلة التجارة البحرية الدولية إلى مزيد من التقدم والإزدهار. فقد سارع أطراف العلاقات البحرية من المتعاملين في المجال البحري إلى تضمين عقودهم شرط التحكيم كبند في العقد، لعدة إعتبارات نوردها على النحو التالي:

01-الأسباب المتعلقة بالطابع البحري :

-رغبة الممارسين للأنشطة البحرية المختلفة في حل المنازعات الناشئة عن علاقاتهم البحرية التعاقدية حلا بحريا عادلا، ينبع من واقع المجال المهني المتخصص(مجال التجارة البحرية)، الذي يتميز بالإفراط في الخصوصية والتعقيد، من حيث خصوصية أنشطته والظروف التي تتم ممارستها فيها والأخطار الكبرى التي تهددها.....

-رغبة الممارسين الأنشطة البحرية المختلفة في حل المنازعات الناشئة عنها من قبل شخص متخصص في المجال البحري. فالمحكمين هم شخص أو أشخاص متخصصين في هذا النوع من النشاط المهني، مارسو الأنشطة البحرية أو مازالو يمارسونها من مجهزي السفن وبنائيها ومالكيها ومستأجريها والمؤمنين على تجارتها ووكلائهم، اللذين أكسبتهم ممارستهم لهذه الأنشطة المختلفة الخبرة بقواعدها وظروفها ولإلمام بعاداتها وأعرافها، ما مكنهم من العلم ببواطن أمورها والقدرة على الفصل المهني العادل في منازعاتها.

02-الأسباب المتعلقة بالطابع التجاري

-رغبة الأطراف في حل منازعاتهم في سرية لا توفرها المحاكم القضائية سواءا بالنسبة لسرية الإجراءات أو بالنسبة لسرية الحكم الصادر عنها، حيث تتم إجراءات التحكيم البحري بأقل قدر ممكن من العلانية وبأكبر قدر ممكن من السرية سواءا من حيث سرية عقد جلساتها، أو من حيث حصر الأشخاص المشاركين فيها، وكذا سرية حكم التحكيم وعدم نشره للكافة وذلك للمحافظة على سرية معاملاتهم ورؤوس أموالهم، حتى لا تتأثر العلاقات البحرية.

-رغبة الأطراف في حل منازعاتهم بسرعة لا تتوفر لهم في المحاكم القضائية التي قد يتأخر الفصل فيها إلى سنوات ما يترتب من هذا التأخير تعطيل الأموال المتنازع عليها وفقدان الكثير من الأموال. أما التحكيم البحري فهو نظام يكفل الفصل في النزاع في شهور قليلة أو ربما أسابيع نظرا لمرونة الإجراءات التحكيمية.

-تحقيق رغبة المتعاملين في الإختيار، حيث يختار الأطراف نوع التحكيم (إما مؤسسي أو حر)، كما يحدد الأطراف مكان إنعقاد التحكيم وزمانه والقانون الذي يطبق على النزاع، والمدة التي يجب على المحكم حل النزاع ضمنها، كذلك يحددو إجراءات التحكيم.

03-الأسباب ذات الطابع الدولي

-نظرا لإرتباط الأنشطة البحرية بإنتقال الأموال والبضائع والخدمات من دولة إلى أخرى، جعلت الناقل يجهل الأحكام القانونية الواردة في قانون الشاحن أو لا يثق بها، وجعلت الشاحن هو الآخر يجعل قانون دولة الناقل ويخشى تطبيقها خوفا من الهيمنة الاقتصادية للناقل على العلاقة البحرية، وبالتالي لا يريدون تطبيق أحكام يجهلونها. هذه الإعتبارات دفعت بالأطراف إلى اللجوء إلى التحكيم.

04-الأسباب المتعلقة بشخص أطراف العلاقة البحرية

-رغبة الأطراف في تنفيذ الأحكام التحكيمية بسهولة ويسر لا تتوفر بالنسبة لتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية نظرا للإهتمام الدولي بالتحكيم وإبرام المعاهدات التحكيمية الدولية الثنائية والجماعية التي تلزم الدول بإحترام إتفاقات التحكيم الدولي وبالإعتراف بالأحكام التحكيمية وتنفيذها، وعلى رأس هذه الإتفاقيات إتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالإعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية.

-رغبة الأطراف حل النزاع البحري بأقل كلفة ممكنة، فالقضاء المختص بالنظر في النزاعات المتعلقة بالنزاعات المتعلقة بالتجارة الدولية كثيرا ما يكون في بلد أجنبي، الأمر الذي يوجب على أحد الأطراف أوكليهما صرف مبالغ كبيرة.

II- صور إتفاق التحكيم

لإتفاق التحكيم صورتين هما : شرط التحكيم، ومشارطة التحكيم، إلا أن الواقع العملي أظهر صورة أخرة تعرف بشرط التحكيم بالإحالة.

01-شرط التحكيم

أ- مفهوم شرط التحكيم

شرط التحكيم هو نص وارد ضمن نصوص عقد معين يقرر الإلتجاء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي قد تثور مستقبلا بين المتعاقدين حول العقد أو تنفيذه. فهو إتفاق يواجه منازعات مستقبلية ومحتملة ،غير قائمة بالفعل ولكنها قد تنشأ في المستقبل .

وعرف المشرع الجزائري شرط التحكيم في القانون الداخلي في نص المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها:" شرط التحكيم هو الإتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006[1] أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم."

أما فيما يتعلق بالتحكيم التجاري الدولي فالمشرع الجزائري لم يفرق بين شرط التحكيم السابق للنزاع، ومشارطة التحكيم اللاحقة للنزاع كما فعل في القانون الداخلي، وإنما جمعها في نص واحد وذلك في نص المادة 1040 والتي تنص على أنه:" تسري إتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية." فالمقصود بالنزاعات المستقبلية هو شرط التحكيم أما النزاعات القائمة فهو مشارطة التحكيم.

وفي هذا الإطار أجازت إتفاقية هامبورج الإتفاق على إحالة النزاعات التي قد تنشأ فيما يتعلق بنقل البضائع بموجب شرط التحكيم الوارد في سند الشحن.حيث إشترطت الفقرة 01 من المادة 22 أن يكون الإتفاق مكتوبا، مع ضرورة تعيين مكان التحكيم في شرط التحكيم، حيث أتاحت للأطراف الخيار بين أحد الأماكن المنصوص عنها في الفقرة 03 من المادة 22 وأضافت أيضا خيارا إتفاقيا.

وهو نفس الإتجاه الذي سارت عليه إتفاقية روتردام (المادة 75) حيث أجازت للطرفين أن يتفقا على أن يعرض النزاع الذي قد ينشأ عن عقد نقل البضائع بمقتضى هذه الإتفاقية على التحكيم فيكون شرط التحكيم منصوصا عليه في عقد النقل الدولي.

وبما أن شرط التحكيم عبارة عن إتفاق يتم بين الأطراف فإن صحته ونفاذه لا يكون صحيحا، إلا إذا توافرت الشروط اللازمة لصحته. فقد إستقرت التشريعات والإتفاقيات الدولية على

---

[1] المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:" يمكن لكل شخص اللجوء إل التحكيم فى الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.

لايجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

ولا يجوز للاشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ماعدا في علاقاتها الإقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية."

إعتبار شرط التحكيم صحيحا متى كانت إرادة الأطراف سليمة وخالية من عيوب الرضا وكان موضوع النزاع قابلا للفصل فيه عن طريق التحكيم.

كما لابد أن يترجم شرط التحكيم في وثيقة مكتوبة[2]،كأن يرد شرط التحكيم في سند الشحن البحري، حيث إعتبر المشرع الجزائري أن أي خروج عن شكلية الكتابة يترتب عليه جزاء البطلان على تخلف الشرط، مما يؤدي بنا إلى إعتبار الكتابة ركن للإنعقاد وليس مجرد شرط للإثبات ويترتب عن غيابها البطلان. أما عن الصيغة التي يرد فيها شرط التحكيم فليس هناك صيغة معينة، وإنما يجب أن تكون الصيغة واضحة ومحددة المعالم كي لا تثير تفسيرات مختلفة لدى الأطراف المتنازعة أو لدى المحكمين.

ومن المتفق عليه أن شرط التحكيم مستقل تمام الإستقلال عن الإتفاق الوارد فيه، فلا يؤدي بطلان أو فسخ أو إنهاء هذا الإتفاق إلى التأثير على شرط التحكيم، فالشرط يظل صحيحا، طالما إستوفى شروط صحته الخاصة به، فهو تصرف قانوني مستقل، لذا فمن المتصور صحة الشرط وبطلان العقد الوارد به، إلا إذا إمتد البطلان إلى الأمرين معا، ومن ثم يجوز اللجوء إلى شرط التحكيم كأمر مستقل عن الإتفاق الأصلي الباطل.وترتيبا على ذلك فإن شرط التحكيم يكفي بذاته لتحريك الدعوى أمام هيئة التحكيم، ويكون للمحكمين سلطة النظر في أي منازعات تنشأ عن بطلان أو فسخ أو إنهاء العقد الأصلي. كما أن المشرع الجزائري قد كرس مبدأ إستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، إلا أن هذا التكريس لم يأتي بصفة مباشرة و صحيحة، وإنما يستنتج ضمنيا من نص المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها على عدم إرتباط بطلان شرط التحكيم ببطلان العقد الأصلي الوارد فيه.

ب-سريان شرط التحكيم على المرسل إليه في عقد النقل البحري للبضائع

مما لا شك فيه أن الشاحن بإعتباره طرفا أصيلا في سند الشحن يلتزم بشرط التحكيم الذي يرد في سند الشحن.أما بالنسبة للمرسل إليه الذي ينتقل إليه سند الشحن بإعتباره من الأطراف

[2] المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، المادة 02 من إتفاقية نيويورك لسنة 1958. المادة 7 فقرة 02 من قانون الأنسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

ذوي الشأن في السند بحيث يعتبر صاحب المصلحة في عملية الشحن، فماذا عن سريان شرط التحكيم في مواجهة المرسل إليه الذي يظهر كطرف ثالث؟

قد ثار جدل واسع في الفقه[3] حول مدى إلتزام المرسل إليه بشرط التحكيم المدرج في سند الشحن، وأمام عدم تدخل المشرع بنصوص حاسمة في هذا بالشأن أصبحت هذه المسألة متروكة لإجتهادات القضاء.

إن الاجتهاد القضائي الجزائر يجد قليل في مسألة إلتزام المرسل إليه بشرط التحكيم. وعليه فحسب القضاء الفرنسي لكي ينفذ شرط التحكيم المدرج في سند الشحن في مواجهة المرسل إليه، إضافة على وجوب علمه بهذا الشرط التحكيمي لابد من توافر شرط هام آخر وهو شرط الموافقة الصريحة أو القبول من طرف المرسل إليه. وبالتالي فإن قبول الشاحن لشروط العقد ومن بينها شرط التحكيم لا يشكل نيابة عن قبول المرسل إليه، بل يجب أن يكون قبول المرسل إليه لهذه الشروط متميزا ومنفصلا عن قبول الشاحن لها.من بين هذه الأحكام قرار –Stoltosprey– (Cass .com,20 juin 1995) الذي جاء فيه :"لكي يلتزم المرسل إليه بشرط التحكيم الوارد بسند الشحن، وينفذ في مواجهته يجب أن يكون هذا المرسل إليه عالما بهذا الشرط وأن يقبل به بنفسه."

---

[3]ذهب البعض من الفقه إلى أنه بالرغم من إلتزام المرسل إليه بالشروط الواردة في سند الشحن،إلا أنه لا يلتزم إلا بالشروط المتعلقة بعقد النقل البحري والناشئة عنه مثل عمليتي الشحن و التفريغ ومسؤولية الناقل....الخ، أما الشروط غير المتعلقة بعقد النقل وليست ناشئة عنه كشرط التحكيم فلا تسري في مواجهة المرسل إليه ، فشرط التحكيم وإن كان مدرجا في العقد الأصلي–سند الشحن– إلا أن مصدره مختلف ويحتاج إلى أهلية خاصة وشروط خاصة، ومحله ليست البضاعة المسلمة أو مسؤولية الأطراف أو إلتزاماتهم ،وإنما محله سلبا لاختصاص القضائي للدولة صاحبة الإختصاص للنظر في المنازعة وإسناده إلى التحكيم.

رضامحمدعبيد، ، شرط التحكيم في عقود النقل البحري ، مجلة الدراسات القانونية ، العدد 06 ، كلية الحقوق أسيوط ، مصر ، 1984 ،ص46 ..

وعلى النقيض ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن المرسل إليه يلتزم بشرط التحكيم الوارد بسند الشحن باعتباره طرفا فيه إستنادا إلى النظرية العملية القانونية المكونة من ثلاثة أشخاص، أي أنه تبنى فيهذا الشأن ما انتهى إليه البعض من الفقه الفرنسي بإعتبار عقد النقل عقدا ثلاثيا لأطراف وأن المرسل إليه يعد طرفا إلى جانب كل من الناقل والشاحن ،إلا أن" الدكتور علي جمال الدين عوض " قد أبدى إعتراضه على موضوع العقد ثلاثيا لأطراف، وقد ذكر "لا أفهم تماما أن يكون هنا كعقد ثلاثيا لأطراف، وأن يكون أحد أطرافه غير معلوم وقت إبرامه ."

فيشترط لسريان شرط التحكيم في مواجهة المرسل إليه أن يكون هذا الأخير عالما به، كما يجب أن يوافق عليه ويقبله بنفسه وبصفة صريحة أيضا، إستنادا لإستقلالية شرط التحكيم عن سند الشحن، فقبول هذا السند غير كافي للقول بقبول شرط التحكيم وإنما يتطلب ذلك موافقة خاصة بشأنه.

02- شرط التحكيم بالإحالة

أ- مفهوم شرط التحكيم بالإحالة

شرط التحكيم بالإحالة هو إتفاق على التحكيم يبرم بين الأطراف التعاقدية من أجل فض النزاعات الناشئة مستقبلا بمناسبة تنفيذ عقد النقل البحري للبضائع،إلا أنه غير مدرج في هذا العقد والممثل في سند الشحن، وإنما يوجد في وثائق أخرى مستقلة عن هذا السند –أي في مشارطة الإيجار–،تحيل إليها إرادة الأطراف المتعاقدة صراحة أو ضمنا ،على نحو يؤدي إلى إدماج هذه الوثائق في العقد ذاته.(مشارطة إيجار السفينة هي تمليك منفعة سفينة معلومة بأجر معلوم ،لمدة محددة أو رحلة واحدة أو عدة رحلات معلومة ،بحيث يلتزم مالك السفينة بتمكين المستأجر من الإنتفاع بها سواءا إنصب الإتفاق العقدي على جزء من السفينة أو كلها.)

يقوم شرط التحكيم بالإحالة في عقد النقل البحري للبضائع على عملية دمج شرط التحكيم الموجود في عقد مشارطة الإيجار داخل بنود سند الشحن الممثل لعقد النقل ،وحتى تكون الإحالة فعالة ومنتجة لآثارها فيما بين طرفي عقد النقل،يجب أن تصدر في شكل واضح ودقيق وصريح بما لا يدع مجالا للشك في أن إرادة الأطراف قد إتجهت إلى قبول التحكيم كوسيلة المنازعات الناشئة.كما لابد أن تكون كلمات شرط التحكيم المحال إليه ملائمة ومناسبة وتغطي المنازعات التي نشأت في العقد المطلوب –عقد النقل البحري للبضائع–،مع ضرورة تنافي أي تعارض أو تناقض بين شرط التحكيم وبين موضوع العقد الذي نشأ النزاع حوله.

إن المشرع الجزائري لم يبدي موقفا صريحا بخصوصه ،فبتفسير ما جاء به المشرع في المادة 1008 فقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على أنه : " يثبت شرط التحكيم تحت طائلة البطلان ،بالكتابة في الإتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي يستند إليها...."، فإن عبارة "الإتفاقية الأصلية" يقصد بها سند الشحن المتضمن شرط الإحالة ،أما عبارة " في الوثيقة التي تستند إليها " فيقصد بها وجود إحالة إلى شرط تحكيمي في عقد نموذجي ،أو تنظيم معين ،أو ضمن الشروط العامة ،بحيث يحيل العقد الأصلي إليها وتعتبر جزءا لا يتجزأ منه.

ب-مدى نفاذ شرط التحكيم بالإحالة في مواجهة المرسل إليه.

إن مسألة نفاذ شرط التحكيم بالإحالة في مواجهة المرسل إليه والذي يعتبر طرف أجنبي عن عقد المشارطة،إلا أنه يجد نفسه محالا إلى شرط تحكيمي وارد بهذه المشارطة بمقتضى شرط الإحالة المدرج في سند الشحن الذي بحوزته. وعليه يمكننا القول أن شرط التحكيم بالإحالة مثله مثل شرط التحكيم الوارد في سند الشحن ملزم للشاحن بإعتباره طرفا أصيلا في سند الشحن، إلا أن التساؤل يطرح حول مدى إلزامية شرط التحكيم بالإحالة بالنسبة للمرسل إليه؟.

يتضح من خلال أحكام القضاء الفرنسي[4] أنه قد وضع ضابطين حتى يعتد بإتفاق التحكيم بالإحالة ،أحدهما شكلي وهو ضرورة الكتابة ،والثاني موضوعي يتمثل في علم الأطراف الذين يحتج عليهم بشرط التحكيم.

أما بالنسبة للإجتهاد القضائي الجزائري بخصوص مسألة إلتزام المرسل إليه بشرط التحكيم بالإحالة فلم يأتي بكثير من الأحكام ولعل أبرز موقف للمحكمة العليا بهذا الشأن القرار رقم 439517 الصادر 2008/04/09، حيث لم تلزم المرسل إليه ببند التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار والذي تشير إليه وثيقة الشحن، ولم تمنعه كذلك من التمسك به بل تركت له مطلق الحرية في قبوله أو عدم قبوله.

III- الآثار الإجرائية لإتفاق التحكيم في عقد النقل البحري

لإتفاق التحكيم نطاق مزدوج أحدهما إيجابي والآخر سلبي. فتعهد الأطراف أن يتم الفصل في المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بواسطة المحكمين وليس بواسطة قضاء الدولة أثران، الأول يعرف بالأثر السلبي، والثاني هو الأثر الإيجابي.

---

[4] من خلال القضية التي تعود وقائعها إلى نزاع حصل بين شركة bamariol 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 09 نوفمبر 1993 بأنه:" وفقا لإتفاقية نيويورك فإنه يجوز في مجال التحكيم الدولي إن لم يذكر إتفاق التحكيم في العقد الرئيسي، 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 قبل إدراج الوثيقة في العقد."

أولا : مضمون الأثر السلبي

الأثر السلبي لإتفاق التحكيم هو حرمان الأطراف الإلتجاء إلى القضاء الوطني لطلب الفصل في المنازعة محل الاتفاق. ويتمثل مضمون هذا الأثر في منع عرض النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم شرطا كان أو مشارطة على القضاء العام في الدولة، ومنع هذا القضاء من الفصل فيه. ويخول المدعي عليه دفعا بذلك وهو ما يسمى بالدفع بوجود الاتفاق على التحكيم.

01-موقف القانون الدولي من مبدأ نقل الإختصاص

يستمد هذا المبدأ وجوده من الإتفاقيات الدولية في مجال التحكيم التجاري الدولي، فقد إستبعدتإتفاقية نيويورك لسنة 1958 إختصاص القضاء الوطني في نظر النزاع الذي أبرم بشأنه إتفاق التحكيم شرطا أو مشارطة، حيث يفيد نص المادة 02 فقرة 03 منها على فرض حظر على محاكم الدول في نظر الدعوى المتفق على فضها بواسطة التحكيم، حيث تلتزم بها محاكم كل الدول الأعضاء المنضمة للإتفاقية أيا ما كان نزاع الأطراف في إتفاق التحكيم وأيا كان المكان المتفق على جعله مقرا للتحكيم. فبما أن هذه القاعدة ذات طبيعة دولية فهي تسري بأثر مباشر، فعلى المحاكم أن ترتب على إتفاق التحكيم أثره السلبي وجوبا فور تمسك أحد الأطراف به.

02-الإستثناءات الواردة على مبدأ الأثر السلبي لإتفاق التحكيم

إن القاعدة العامة هي عدم إختصاص القضاء بالفصل في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم، إلا أن هذه القاعدة العامة ترد عليها بعض الإستثناءات :

-جواز نزول أطراف إتفاق التحكيم في عقد النقل البحري عن هذا الاتفاق :إن إبرام إتفاق التحكيم في عقد النقل البحري يصير نهائيا ونافذا في مواجهة أطرافه، وبالتالي لا يجوز الرجوع فيه بالإرادة المنفردة لأحد الأطراف. ومن جهة أخرى يجوز التنازل الصريح عن هذا الاتفاق التحكيمي بموافقة طرفيه، وذلك بتصريحهما أمام المحكمة القضائية التي رفع أمامها النزاع محل إتفاق التحكيم عن تنازلهما عن هذا الاتفاق بعد إبرامه، ورغبتهما في نظر الدعوى من طرف القضاء الوطني. فللأطراف وحدهم الحق بالتنازل عن إتفاق التحكيم ولا يمكن للقضاء الوطني إثارة الدفع من تلقاء نفسه.

كما هناك ما يعرف بالتنازل الضمني، الذي يتحقق في حالة لم يدفع المدعي عليه بعدم إختصاص المحكمة الوطنية فإن الإمتناع والسكوت يفسر بأنه تنازل ضمني عن إتفاق التحكيم، وهذا النزول يكون ضمنيا وناتجا عن حضور الأطراف أمام المحاكم الوطنية وعدم تمسكهم بإتفاق التحكيم قبل إتخاذ أي إجراءات في الموضوع.

-**حالات إنعقاد الإختصاص للمحاكم الوطنية** :إن إستبعاد إختصاص المحاكم الوطنية من المجال التحكيمي ليس إستبعاد نهائي، ولكنه إستبعاد يتحدد نطاقه بالمنازعات الموضوعية محل إتفاق التحكيم حيث يبقى للمحاكم الوطنية دور في العملية التحكيمية في الحالة التالية :

*تعطيل الأثر السلبي لإتفاق التحكيم في حالة الإجراءات الوقتية والتحفظية : وهي الإجراءات التي تهدف إلى الحماية القضائية للحقوق والمراكز القانونية ومنها الحماية القضائية المستعجلة (اللجوء إلى القضاء المستعجل) (كالحجز على السفن)

03-موانع الأثر السلبي لإتفاق التحكيم

قد تكون الهيئة التحكيمية غير مختصة رغم وجود إتفاق التحكيم، بحيث أجمعت المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم وبعض القوانين الوطنية المقارنة على وجود بعض الموانع تحول دون تطبيق الأثر السلبي لإتفاق التحكيم، وهي حالة إذا كان **إتفاق التحكيم باطل** أو **عديم الأثر** ، أو **غير قابل للتطبيق** بحيث لا يمكن تنفيذه.

ثانيا الأثر الإيجابي لإتفاق التحكيم في عقد النقل البحري

بموجبه يتم نقل الإختصاص من قضاء الدولة إلى قضاء التحكيم، بحيث تصبح هيئة التحكيم هي صاحبة الولاية في تسوية النزاع المبرم بشأنه إتفاق التحكيم. فإذا كان الأثر السلبي لإتفاق التحكيم يسلب الإختصاص من قضاء الدولة، فإنه لا ينشأ عن ذلك فراغ قضائي. فالأثر الإيجابي لإتفاق التحكيم يجعل محله القضاء الإتفاقي الذي أراده الأطراف وهو إختيار التحكيم كطريق بديل لحل منازعاتهم.

فعلى الأطراف عرض نزاعهم محل الاتفاق على هيئة التحكيم، ولا يجوز لأي منهم العودة عن ذلك منفردا، تحت طائلة التنفيذ العيني بتدخل المحكمة. بمعنى إذا إمتنع أحد الأطراف على تنفيذ إتفاق التحكيم تقوم المحكمة بناءا على طلب الطرف الآخر بإجراءات التحكيم، ويقوم عمل

المحكمة مقام عمل الخصم المتقاعس بهذا الخصوص، وهذا هو مقتضى التنفيذ للإلتزام بتنفيذ إتفاق التحكيم.

ويعتبر هذا التدخل القضائي في إجراءات التحكيم أحد أشكال المساعدة والتعاون الفني بين النظامين القضائيين الرسمي والخاص، للإبقاء على إحترام الإرادة المشتركة لأطراف الاتفاق في حل نزاعاتهم بواسطة التحكيم.

IIII-تشكيل هيئة التحكيم

نصت المادة 1/1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم تعيين المحكم أو المحكمين و تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم وإستبدالهم. فالأصل أن يتفق طرفا التحكيم بشأن تشكيل هيئة التحكيم وتنظيم ما تخضع له هذه الهيئة من أحكام وهو التشكيل الإتفاقي لهيئة التحكيم، وفي حالة غياب هذه الإرادة فإن تعيين الهيئة يتم إستثناءا بواسطة سلطة يتم تحديدها لهذا الغرض وهو ما يعرف بالتشكيل النظامي .

أولا: التشكيل الإتفاقي لهيئة التحكيم

هو أن يتم تعيين هيئة التحكيم بواسطة أطراف إتفاق التحكيم، فيقومون إما بتعيينهم في إتفاق التحكيم أو بتحديد طريقة تعيينهم في هذا الاتفاق. فللطرفين الحرية في تحديد أعضاء هيئة التحكيم، إما تحديدا مباشرا بالإسم أو بالصفة، أو تحديدا غير مباشر عن طريق بيان الكيفية التي يتم بها إختيارهم، على أن حرية الطرفين في إختيار المحكمين مقيدة بما يقتضيه مبدأ الحرية والمساواة، فيكون باطلا كل شرط يقضي بإستقلال أحد الطرفين عن الآخر بهذا الإختيار، أو بإختيار أحدهما عددا يفوق العدد الذي إختاره الآخر.

إن أهم قاعدة قوم عليها إختيار الطرفين للمحكمين هي **قاعدة الوترية** في تشكيل الهيئة، حيث نص عليها المشرع الجزائري صراحة في المادة 1017 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصه : "تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي"، وهذا تفاديا لما قد يحدث أثناء المحاكمة من إنقسامات حتى يمكن إصدار حكم بالأغلبية.

فلكل طرف تعيين عدد متساوي من المحكمين، على أن المحكم الوتر يعينه إما المحكمين المختارين من طرف الأطراف أو المحكمة، وهو من يتولى رئاسة الهيئة بإعتباره أكثر المحكمين حيادا، فيقوم بإدارة العملية التحكيمية حتى نهاية الخصومة وإصدار الحكم.

ثانيا: التشكيل النظامي لهيئة التحكيم

إذا غابت إرادة طرفي إتفاق التحكيم في تعيين المحكمين، فمن أجل تفعيل إتفاق التحكيم والتسريع في إتخاذ التدابير اللازمة لإنهاض هيئة التحكيم وتشكيلها لابد من اللجوء إلى جهة أو سلطة نظامية يحددها الأطراف أو القانون لتعيين هيئة التحكيم، قد تكون هذه الجهة مركز من مراكز التحكيم البحري المؤسسي، من بين هذه المراكز : المنظمة الدولية للتحكيم البحري الدولي؛ غرفة التحكيم البحري بباريس؛ مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي؛ غرفة اللويدز للتحكيم البحري.

وإما أن يتم تعيين هذه الجهة من قبل الأطراف مسبقا على أن تقوم بتعيين الهيئة التحكيمية عند نشوء النزاع. وفي حالة عدم تحقق الفرضين السابقين يتم الرجوع إلى القاضي من أجل تشكيل الهيئة التحكيمية. فللطرف الذي يهمه التعجيل في مباشرة العملية التحكيمية الحق في الإستعانة بالقضاء ليقوم هذا الأخير بتشكيل الهيئة. علبى أنه وكما يظهر يبقى دور القاضي هنا مجرد دور إحتياطي إذ لا يتم اللجوء إليه إلا في حالة غياب التعيين من قبل الأطراف أو صعوبة ذلك، وهذا هو المقرر صراحة في المادة 2/1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولقد حددت نفس المادة أن القاضي المختص للتعيين هو رئيس المحكمة، أما إقليميا فيكون الإختصاص كالآتي :

***إذا كان مقر التحكيم بالجزائر**، فطبقا لمقتضيات المادة 1041 و 1042 سيكون :

–تحديد الجهة القضائية المختصة بناءا على إتفاق أطراف إتفاق التحكيم(م.1042).

–في حالة عدم تحديد الأطراف للمحكمة المختصة، هنا يمكن أن يقدم الطلب إما إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها التحكيم، وإما إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ.

***إذا كان التحكيم يجري خارج الجزائر** ينعقد الإختصاص لرئيس محكمة الجزائر العاصمة.

V-الإجراءات التحكيمية :

أولا : تحديد القواعد الإجرائية المطبقة على النزاع

أقرت المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إعطاء أطراف إتفاق التحكيم الحرية التامة في تحديد القواعد الإجراءات للتطبيق على النزاع، مع ترك دور إحتياطي لمحكمة التحكيم. ففي حالة لم جاء إتفاق التحكيم خاليا من أي إشارة لمسألة الإجراءات وضعت المادة 1043 من ق إ م إ حلا إحتياطيا يتمثل في إعطاء محكمة التحكيم مهمة ضبط الإجراءات .

ثانيا: تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع

طبقا للمادة 1050 ق إ م إ يقوم الأطراف بتحديد القانون الواجب التطبيق، وهو القانون الذي على محكمة التحكيم تطبيقه من أجل الفصل في النزاع. ويتم اللجوء إلى المحكمة في حال عدم إتفاق الأطراف.

ثالثا: سير الخصومة التحكيمية

تبدأ إجراءات سير الخصومة من خلال **تقديم طلب التحكيم**، الذي هو طلب يوجهه أحد طرفي إتفاق التحكيم أو ممثله القانوني إلى الطرف الآخر أو إلى هيئة التحكيم المتفق عليها، يخطره فيه برغبته في رفع النزاع إلى التحكيم. يجب أن يصدر مكتوبا يتضمن مجموعة من البيانات الأساسية المتمثلة عموما في :

-البيانات الشخصية لطالب التحكيم

-إسم المدعى عليه وعنوانه

-تفصيل وقائع الدعوى

-تحديد موضوع النزاع

-كافة البيانات المتفق عليها في إتفاق التحكيم.

وعليه تبدأ إجراءات التحكيم من اليوم الذي يتسلم فيه المدعي عليه طلب التحكيم من المدعي ما لم يتفق الطرفان على موعد آخر.

لتبدأ مرحلة **المرافعة**،فتعقد هيئة التحكيمجلسات المرافعة وتعلم بها الخصوم، ثم تطلب منهم تقديم ما لديهم من مستندات ولوائح ليشرحو فيها طلباتهم وأدلتهم ولها أن تحد فترة معينة لكل طرف لتقديم مستنداته وأوجه دفاعه، وإذا تخلف أحد الخصوم عن ذلك جاز لهيئة التحكيم الإستجابة للطلبات التي تقع في حدود إختصاصها، وذلك بناءا على الطلبات والمستندات المقدمة من جانب واحد.

ثم إجراء **المداولة وإصدار الحكم**، حيث يقوم المحكمين بفحص القضية ومناقشة مختلف جوانبها مناقشة شفوية، وتبادل الآراء بينهم، حتى يصل كل محكم إلى تكوين رأي معين بشأنها بغية الوصول إلى الإجماع أو الأغلبية اللازمة لإصدار الحكم.