جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية

فرع: الحقوق

تخصص: قانون أعمال

رقم:.....

إعداد الطالب(ة):

(1) زريقط مروة

(2) عبد الحميد اليسة

يوم: 2025/06/01

شرط الإحالة في التحكيم التجاري الدولي
(دراسة مقارنة)

لجنة المناقشة:

احمد هنية	**أ مح ب**	**الجامعة**	**رئيسا**
بولغب أمال	**أ مح ب**	**الجامعة**	**مشرفا**
حسن كليبي	**أ مح أ**	**الجامعة**	**مناقشا**

السنة الجامعية: 2024 – 2025

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ ادْعُ إِلَى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحِكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُمْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِمَنْ ضَلَّ عَنْ سَبِيلِهِ وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْمُهْتَدِينَ (125) ﴾

سورة النحل الآية: 125

شكر وتقدير

بسم الله الرحمن الرحيم

« رب أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت علي وعلى والدي وأن أعمل صالحا ترضاه لي وأدخلني برحمتك في عبادك الصالحين» النمل آية -19-

نتقدم بشكرنا الخالص وجزيل الامتنان إلى الأستاذة المشرفة: **بولغب أمال**التي تفضلت بقبول الإشراف على مذكرتنا نشكرها على جهودها القيمة وصبرها في تعليمنا وتوجيهنا وحسن متابعتها لنا في هذا البحث فكانت توجيهاتها سندا وعونا لنا بعد عون الله تعالى فجزاك الله خيرا وجعل ذلك كله في ميزان حسناتك وبارك الله في عمرك وعلمك وعملك ومتعك بالصحة والعافية

ثم شكرنا لجميع أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية وخاصة قسم الحقوق الذين كان لهم الفضل في تكويننا

دون أن يفوتنا أن نشكر أعضاء لجنة المناقشة على منحنا شرف مناقشتهم لنا وإبداء ملاحظاتهم القيمة

كما نشكر كل من ساعدنا من قريب أو بعيد في انجاز هذا البحث

ولنا الشكر والعرفان لكل من منحنا معنى أن نكون، وأمل أن نستمر، وقوة أن يخرج هذا العمل بصورة مرضية يرضى الله ويستفيد منه الآخرون

الشكر من قبل ومن بعد لله رب العالمين

إهداء

بسم الله الرحمن الرحيم

إلى من كانت نوراً يهديني في عتمات الأيام، وسنداً لا يميل...
إلى من حملتني في قلبها قبل أن تحملني بين ذراعيها...
إلى أمي الغالية، يا نبع الحنان ومصدر الأمان، كل الكلمات لن تفيكِ قدرك.

وإلى خالي يوسف، الذي كان لي أباً حين غاب الأب، وسنداً حين مالت الأيام.
وإلى أخوالي الأعزاء: سفيان، علي، أحمد، عاطف، ومصطفى...
لكم جميعاً كل الامتنان، فقد كنتم لي عائلة وسنداً في دربي الطويل.

وإلى جدي وجدتي، أمدّ الله في عمركما، فبدعائكما تفتح لي أبواب الخير والتيسير.

وإلى زميلي ضرار، الذي لم يبخل عليّ بالنصيحة، وكان رفيق الدرب والعقل الناضج في لحظات التردد.

وإلى أولئك الذين لا تسمح الظروف بذكر أسمائهم...
أنتم محفورون في قلبي، ولكم مني خالص التقدير والعرفان.

إليسا

إهداء

"وَآخِرُ دَعْوَاهُم أَنِ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ"

الحمد الله عند البدء وعند الختام

ما سلكنا البدايات إلا بتيسيره وما بلغنا النهايات إلا بتوفيقه وما حققنا الغايات إلا بفضله فالحمد الله الذي وفقني لتثمين هذه الخطوة في مسيرتي الدراسية

إلى نفسي الطموحة التي قاومت وصبرت ولم تخذلني أبدا

إلى من حرص على تعليمي بتضحيات جسام وأحمل اسمه بكل افتخار وكلّه الله بالهبة والوقار ﴿**والدي العزيز**﴾

إلى من كان دعاؤها سر نجاحي، داعمتي الأولى ووجهتي التي أستمد منها القوة ﴿**والدتي العزيزة**﴾

إلى من جمعني معهم بيت واحد وكانوا خير سند لي ﴿ **إخوتي وأخواتي**﴾

إلى كل من اتسع قلبي لهم وضاقت هذه الورقة عن ذكرهم

"أهديكم ثمرة نجاحي في أعظم لحظات الفخر في حياتي"

مروة

مقدمة

شهدتالعقود الأخيرة تطورات هائلة في مجالالتجارة الدولية، انعكست بشكل مباشر علىطبيعة العلاقات القانونية والاقتصاديةبين الفاعلين الدوليين سواء كانوا دولاشركات، أو أفرادا وقد فرضت هذه التحولاتالمتسارعة واقعا جديدا اتسم بتشابكالمصالح وتنوع أطراف المعاملات وتشعبالعقود، مما أدى إلى ظهور منازعات تجاريةذات طابع دولي لم تعد وسائل التقاضيالتقليدية قادرة على التعامل معها بالمرونةوالفعالية المطلوبتين.

فبرزالتحكيم التجاري الدولي كآلية موازيةوأكثر تماشياً مع خصوصيات التجارة الدوليةلما يوفره من سرعة في الإجراءات ودرجةعالية من الخصوصية والسرية بالإضافة إلىقابلية قراراته للتنفيذ على نطاق واسع،بفضل الاتفاقيات الدولية، وعلى رأسهااتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعترافبقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها.

ضمنمنظومة التحكيم هذه يكتسي شرط التحكيمأهمية محورية باعتباره الأساس القانونيلانعقاد اختصاص هيئة التحكيم وتزداد هذهالأهمية عندما يكون الشرط واردا بصورةإحالة إلى وثيقة خارجية، سواء كانت هذهالإحالة صريحة أو ضمنية ويُعدّ شرط التحكيمبالإحالة من أكثر الشروط إثارة للنقاشليس فقط لصعوبات تفسيره وتأويله، بل أيضالما يطرحه من إشكاليات متعلقة بصحته نطاقتطبيقه ومدى إلزاميته للأطراف غير الموقعةعلى الوثيقة المرجعية.

وقدأصبح هذا النوع من الشروط واسع الانتشارلاسيما في العقود المركبة والمتسلسلة أوتلك التي تبرم بين عدد كبير من الأطرافكما هو الحال في عقود الإنشاءات الدوليةالعقود البحرية اتفاقات الامتيازوالمشتريات العمومية وتكمن خطورته فيأنه يثير جدلاً فقهيًا وقضائيا واسعاًحول حدود الإرادة التعاقدية وتفسيرالإحالة ومبدأ استقلال شرط التحكيم عنالعقد الأصلي.

تتجلىأهمية هذا البحث من خلال تناوله لموضوعيقع في مفترق طرق بين القانون الخاص الدوليوقانون العقود، وقانون التحكيم مما يجعلهغنياً من حيث الزوايا القانونية المتداخلةكما أن

الجانب العملي يزيد من أهميةالدراسة، بالنظر إلى كثرة المنازعات التييُثار فيها هذا النوع من الشروط أمامالهيئات التحكيمية والمحاكم الوطنية،مما يستدعي تنظيرا دقيقا وتفكيكا قانونيايساعد على توحيد التفسير وتقليل التناقضاتفي التطبيق.

أمامن حيث أهداف الدراسة فهي تسعى إلى تحليلالطبيعة القانونية لشرط التحكيم بالإحالة،وتحديد شروط صحته سواء من الناحية الشكليةأو الموضوعية، مع استعراض تطبيقاتهالعملية في العقود الدوليةوكشف الموضوعاتالتي يطرحها، خاصة تلك المرتبطة بتعارضهمع بعض القوانين الوطنية أو إلزاميتهلأطراف لم يوقعوا صراحة على وثيقة التحكيمكما تهدف إلى إبراز التباين بين الأنظمةالقانونية المختلفة في التعامل مع هذاالنوع من الشروط وخاصة بين النظامينااللاتيني والأنجلوساكسوني.

وقدتم اختيار هذا الموضوع استنادا إلى دوافعذاتية نابعة من اهتمامنا الأكاديميالمتزايد بمجال القانون التجاري الدوليوآليات تسوية المنازعات، ورغبتنا فيالإسهام المعرفي في حقل قانوني متجدد أمامن الناحية الموضوعية فإن قلة الدراساتالعربية المتخصصة في موضوع شرط التحكيمبالإحالة، وغياب الرؤية المقارنة الدقيقةبين التشريعات والأنظمة الدولية المختلفةزاد من إلحاح الحاجة إلى بحث علمييعالجالمسألة بمنهجية أكاديمية دقيقة.

وانطلاقامن هذه المعطيات فإن الإشكالية الرئيسيةالتي تحكم هذا البحث يمكن صياغتها علىالنحو التالي:

إلىأي مدى يُعتبر شرط التحكيم بالإحالة وسيلةقانونية فعالة وشرعية لتسوية المنازعاتالناشئة عن العقود الدولية؟ وما هي حدودصحته وإلزاميته، خاصة في علاقته بالأطرافغير الموقعة؟

وللإجابةعلى هذه الإشكالية اعتمدنا على المنهجالتحليلي المقارن، من خلال تحليل القواعدالقانونية والاتفاقيات الدولية، ومقارنةالمواقف المختلفة للتشريعات الوطنية معالاستفادة

من اجتهادات الفقه والقضاءوالنماذج التطبيقية المستخلصة من العقودالدولية المتداولة في الواقع العملي

وقدتم تقسيم الدراسة إلى فصلين رئيسيين:

الفصلالأول :يعالجالطبيعة القانونية لشرط التحكيم بالإحالة،من خلال تعريفه، وشروط صحته واستقلالهعن العقد الأصلي.

الفصلالثاني :يتناولالتطبيقات العملية لشرط التحكيم بالإحالةفي العقود الدولية، وكذا المواضيعالقانونية التي يثيرها، خصوصا بالنسبةللأطراف غير الموقعة.

الفصل الأول:

الطبيعة القانونية لشرط التحكيم بالإحالة

تمهيد:

يعد شرط التحكيم بالإحالة أحد الآليات الحديثة التي تلجأ إليها الأطراف لحل نزاعاتها خارج إطار القضاء التقليدي، وذلك من خلال تضمين العقد الأساسي إشارة إلى وثيقة أخرى تتضمن اتفاق التحكيم. ويثير هذا النوع من الشروط العديد من الإشكاليات القانونية، سواء من حيث مدى صحته واستقلاله عن العقد الأصلي، أو نطاق تطبيقه على الأطراف المعنية.

وفي هذا الإطار، يتناول هذا الفصل الطبيعة القانونية لشرط التحكيم بالإحالة، من خلال التطرق أولًا إلى مفهومه وشروط صحته، حيث سيتم توضيح ماهيته والفرق بين الإحالة الصريحة والضمنية، ثم بيان الشروط الشكلية والموضوعية الواجب توافرها لضمان سريانه. ثم يتم الانتقال إلى دراسة طبيعة هذا الشرط، من خلال تسليط الضوء على مبدأ استقلاليته عن العقد الأصلي، ومدى تأثير بطلان العقد الأساسي عليه، بالإضافة إلى تحديد نطاق تطبيقه، سواء فيما يتعلق بالعقود المرتبطة أو امتداده إلى أطراف غير موقعة على العقد.

المبحث الأول: تعريف شرط التحكيم بالإحالة وشروط صحته:

يعد شرط التحكيم بالإحالة من الآليات القانونية التي تهدف إلى تنظيم عملية فض النزاعات من خلال تضمين إشارة في العقد إلى وثيقة أخرى تتضمن اتفاق التحكيم. ويتميز هذا الشرط بكونه يسمح للأطراف بالاستفادة من إجراءات التحكيم المنصوص عليها في مستند خارجي دون الحاجة إلى إعادة صياغتها داخل العقد الأصلي. ومع ذلك، فإن فعالية هذا الشرط تتطلب توفر مجموعة من الضوابط القانونية التي تضمن صحته وسريانه.

وفي هذا الإطار، يتناول هذا المبحث مفهوم شرط التحكيم بالإحالة وشروط صحته، حيث سيتم التطرق أولًا إلى ماهيته، من خلال تعريفه وبيان أهميته، مع التمييز بين الإحالة الصريحة والإحالة الضمنية. ثم سيتم دراسة الشروط الواجب توافرها لضمان صحة هذا الشرط، سواء من الناحية الشكلية التي تتعلق بطريقة صياغته وإدراجه في العقد، أو من الناحية الموضوعية التي ترتبط بإرادة الأطراف وقبولهم لهذا الشرط كأساس لحل النزاعات الناشئة عن العقد.

المطلب الأول: ماهية شرط التحكيم بالإحالة:

يعد شرط التحكيم بالإحالة وسيلة قانونية فعالة لتنظيم عملية تسوية النزاعات خارج نطاق القضاء، حيث يتم تضمينه في العقد الأساسي من خلال الإشارة إلى وثيقة أخرى تتضمن اتفاق التحكيم. ويثير هذا الشرط العديد من التساؤلات حول طبيعته وأهميته، لا سيما فيما يتعلق بمفهومه وتمييزه عن غيره من الشروط التحكيمية الأخرى.

وفي هذا السياق، يتناول هذا المطلب ماهية شرط التحكيم بالإحالة، من خلال توضيح تعريفه وأهميته في الفصل في النزاعات التعاقدية، إضافة إلى التمييز بين الإحالة الصريحة، التي تتم بوضوح من خلال نص صريح في العقد، والإحالة الضمنية، التي تستخلص ضمنيًا من سياق العلاقة التعاقدية بين الأطراف.

الفرع الأول: تعريف شرط التحكيم بالإحالة وأهميته:

شرط التحكيم إحدى صور إتفاق التحكيم ويشكل بند يتضمن حل النزاع الذي ينشأ بسبب علاقة قانونية والذي قد يثور مستقبلا بواسطة التحكيم بدلا عن القضاء.[1]

ولقد عرفه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 1007 من ق.إم.م.إ على أنه:" الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثأر بشأن هذا العقد على التحكيم."

ولقد إختلف الفقه وكذا التشريعات المقارنة في وضع تعريف موحد كما يلي:

أولا: في الفقه:

يعرف فقها بأنه:" إرادة الطرفين في اللجوء إلى التحكيم إذا حدث خلاف أو نزاع من العقد أو مسألة معينة يمكن حلها بالتحكيم."[2]

وهانك من يعرفه بأنه:" ذلك الشرط الذي يرد في العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية سواء كان عقدا مدنيا أو تجاريا يتفق طرفاه بموجبه على أن ما ينشأ من نزاع حول تفسير هذا العقد وتنفيذه يحل عن طريق التحكيم."

ومن خلال ما سبق يتبين لنا بأن شرط التحكيم: " بند من بنود العقد يتضمن إتفاق الأطراف على الفصل في أي نزاع قد يحدث مستقبلا حول تفسير العقد أو تنفيذه بطريق التحكيم وينصب هذا البند على نزاعات مستقبيلة محتملة الحدوث ولا تحدث بعد، وهذا النزاع غير محدد تفصيلا وقت إبرامه"

ثانيا: في القانون:

[1] تنص المادة 1006 من ق.إ.م.إ على أنه:" يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في حقوق التي له مطلق التصرف فيها، لا يجوز اللجوء إلى تحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم، لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ماعدا في علاقتها الإقتصادية الدولية أو لفي إيطار الصفقات العمومية"

[2] فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الجزء الخامس، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1990م، ص 111.

عرفه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة عام 1985م في الفقرة الأولى من المادة السابعة تحت عنوان إتفاق التحكيم بأنه:" هو إتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ويجوز أن يكون إتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم واردة في عقد أو في صورة إتفاق منفصل".

جاءت إتفاقية الأمم المتحدة عندما لجأت إلى تفادي إستعمال تعبيري " شرط التحكيم" و " مشارطة التحكيم" وإستخدمت لالة على إندماجهما في مفهوم موحد مصطلح " إتفاق التحكيم".

وما تجدر الإشارة إليه أن الإعتراف التشريعي بشرط التحكيم لم يكن من البداية جيث آثار شرط التحكيم في فرنسا خلافا شديدا وبقى القضاء الفرنسي لفترة طويلة يرفض الإعتراف بصحته وفقا لما قررته محكمة النقض الفرنسية في حكم شهير أصدرته في الأول من يوليو 1943 حيث أجاز فقط الاتفاق الذي يبرمه الأطراف بعد نشوء النزاع للجوء إلى التحكيم وحيث أن اللجوء إلى التحكيم يحتاج إلى توقيع مشارطة التحكيم بين الأطراف بعد قيام النزاع، فإن شرط التحكيم يعد مرحلة تمهيدية سابقة لإبرام مشارطة التحكيم، [1] والمادة 1006 من القانون الفرنسي كانت توجب تحديد النزاع وتعيين المحكم في وثيقة التحكيم وإلا كان التحكيم باطلا.

وعندما إنضمت فرنسا لبروتوكول سنة 1923 الذي يمتد بصحة شرط التحكيم قام المشرع الفرنسي بإصدار تشريع خاص سنة 1925م أجاز بموجبه شرط التحكيم والإعتراف بصحته.[2]

أما القانون الأردني فقد أجاز الشرط وعبر عنه: " يجوز أن يكون إتفاق التحكيم سابقا على نشوء النزاع سواء كان مستقلا أو ورد يف عقد معين بشأن كل المنازعات أو بعضها"

---

[1] سامية راشد، التحكيم في العلاقات التجارية الدولية الخاصة، دون طبعة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1984م، ص ص 87-70.

[2] أبو علي الطبشي، مبدأ الإختصاص في مجال التحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 200.

وبذلك يكون المشرع الأردني قد ساوى بين الشرط والمشارطة وذلك بإيراده عبارة إتفاق التحكيم.

وبالنسبة للقانون المصري فقد أورد في المادة 10 من الفقرة الثانية من قانون التحكيم " يجوز أن يكون إتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع سواء قام مستقلا بذاته أو 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 01 من المادة 15 من هذا القانون، كما يجوز أن يتم إتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الإتفاق المسائل التي يشمله التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلا. وكان القانون النموذجي أكثر وضوحا في بيان صور شرط التحكيم "... يجوز أن يكون إتفاق التحكيم في صورة شرط التحكيم وارد في عقد أو صورة إتفاق منفصل"

وحسمت إتفاقية نيويورك موقفها من شرط التحكيم: " تعترف كل دولة متعاقدة بالإتفاق المكتوب والذي تلتزم بموجبه الأطراف إلى اللجوء إلى التحكيم" ويقصد بالإتفاق المكتوب شرط التحكيم الوارد في عقد أو إتفاق التحكيم الذي وقعه الأطراف وتضمنه رسائل وبرقيات متبادلة بينهم.

وبالتالي شرط التحكيم كأحد بنود العقد يتفق الأطراف فيه على الإلتجاء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات والخلافات التي قد تنشأ بينهما حول تفسير العقد وتنفيذه، وهذا بخلاف المشارطة التي تتميز عن الشرط في كونها تكون في المنازعات الواقعة فعلا وتبين وضوح موضوع النزاع أما الشرط فيرد على منازعات محتملة الوقوع.

ان قانون التحكيم الإنجليزي الصادر سنة 1996 نص على شرط التحكيم بالإحالة في نص المادة 2/6، مقررا بذلك أنه "إذا كانت الإحالة من شأنها أن تجعل شرط التحكيم الوارد في

الوثيقة المحال اليها جزء من اتفاق التحكيم"، وقرر بهذا أن هذه الصورة تعد اتفاقا على التحكيم[1].

وعرفته لجنة الأمم المتحدة بونسيترال على أنه اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا الى التحكيم جميع أو بعض المنازعات، التي نشأت أو قد تنشأ بينهما، بشأن علاقة قانونية محددة، سواء كانت تعاقدية أم غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد، أو في شكل اتفاق منفصل[2].

بالنسبة لفرنسا ظهر رأي المشرع واضحا من خلال نص المادة 1443 من قانون الإجراءات المدنية الجديد حيث نص على أن يكون اتفاق التحكيم كتابة، وأن تكون الوثيقة التي يتم الإحالة اليها في الاتفاق الأساسي، وهو ما ذهبت اليه محكمة النقض في 09 نوفمبر 1993، من خلال نزاع حصل بين شركة هولندية ومؤسسة تونسية حيث حصل نزاع بينهما دفعت الشركة الهولندية بان شرط التحكيم لم يرد كتابة في الاتفاق الأساسي، ومنه قضت محكمة النقض بأنه وفقا لاتفاقية نيويورك فانه يجوز في مجال التحكيم الدولي ان لم يذكر اتفاق التحكيم في العقد الرئيسي، أن يذكر على الوجه الصحيح عن طريق الإشارة كتابة الى وثيقة يرد فيها كأحكام عامو أو عقد نموذجي، وذلك متى كان الطرف المتمسك ضده بشرط التحكيم مدركا لمحتويات الوثيقة وقت ابرام العقد فضلا على أنه قد قبل ادراج الوثيقة في العقد[3].

---

[1] محمد جارد، مدى مشروعية شرط التحكيم بالإحالة في عقود التجارة الدولية –دراسة مقارنة–، مجلة القانون الدولي للدراسات البحثية، العدد 1، 2019، ص136.

[2] خالد بن عبد العزيز بن سيمان آل سليمان، مفهوم التحكيم عند الفقهاء والقانونيين، مجلة دار العلوم، العدد 145، ماي 2023، ص 34.

[3] بلباقي بومدين، شرط التحكيم بالإحالة ومدى نفاذه في مواجهة المرسل اليه في عقد النقل البحري للبضائع (دراسة مقارنة في ضوء التطبيقات القضائية)، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، المجلد 2، العدد 1، مارس 2015، ص ص 100-101.

يتسم القضاء الفرنسي بتشدده في مسائل الإحالة إلى شروط التحكيم، حيث يصر على أن تكون الإحالة خاصة ومحددة وواضحة تمامًا، بحيث يكون حامل سند الشحن على دراية كاملة بوجود شرط التحكيم في العقد المحال إليه. يهدف هذا التشدد إلى ضمان علم حامل السند بوجود شرط التحكيم وقبوله الصريح له، وهذا ما يعتبر جوهر الرضا اللازم لقيام أي اتفاق ملزم. وحتى يتم الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في مشارطة الإيجار على حامل سند الشحن، لا يكفي مجرد العلم بوجوده، بل يجب أن يتبعه قبول صريح ويقيني لهذا الشرط. يتحقق هذا القبول إذا كانت صياغة شرط الإحالة في سند الشحن تشير بوضوح إلى شرط التحكيم في المشارطة، أو إذا أتيحت لحامل السند فرصة الاطلاع على نصوص المشارطة، سواء عن طريق إرفاقها بسند الشحن أو بأي وسيلة أخرى تثبت العلم والقبول. ومع ذلك، ظهرت بعض المحاولات القضائية للتخفيف من هذا التشدد ومنح مساحة أكبر من الحرية في تقدير مدى علم وقبول حامل السند لشرط التحكيم. وقد استند القضاء الفرنسي إلى قرائن معينة تدل على علم وقبول حامل السند، مثل قيامه بإصدار أوامر دفع لبنكه، أو إتاحة الفرصة له للاطلاع على المشارطة دون أن يفعل. تهدف هذه القرائن إلى إثبات توافر الرضا، وهو شرط أساسي لصحة أي اتفاق تحكيمي، مع الحفاظ على حماية حقوق حامل السند وضمان عدم إلزامه بشروط لم يكن على علم بها أو لم يوافق عليها صراحة.[1]

بالنسبة للمشرع الإيطالي اعترف بشرط التحكيم بالإحالة، واشترط في المادتين 1341-1342 من القانون المدني بشأن العقود التي تتضمن شروط عامة مطبوعة، أن يقوم الأطراف بالتوقيع على شرط التحكيم توقيعا خاصا، اذ لا يكفي التوقيع بصفة عامة على العقد في مجموعة. فعلى الرغم من هذا القيد الوارد في نص المادتين المذكورتين أعلاه، الا أنه في العديد من القضايا التي عرضت على القضاء الإيطالي، والتي تم فيها الادعاء ببطلان اتفاق التحكيم الوارد ضمن شروط عامة مطبوعة، وذلك استنادا لعدم قيام الأطراف

[1] محمد عبدالفتاح ترك، الإحالة في فرنسا، دار النهضة العربية، 2006، ص 296.

بوضع توقيع خاص أمام البند المتضمن شرط التحكيم، انتهى القضاء الى استبعاد القيد الوارد في المادتين 1341-1342 من القانون المدني، باعتباره قاصرا على القانون الداخلي الإيطالي، ولم يطبقه على اتفاقات التحكيم الدولية[1].

و عرف نظام التحكيم السعودي في المادة 1 بأنه: "اتفاق بين طرفين أو أكثر على أن يحيلا الى التحكيم جميع أو بعض النزاعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما في شأن علاقة نظامية محددة، تعاقدية كانت أم غير تعاقدية، سواء كان اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أم في صورة مشارطة تحكيم مستقل"[2].

أما قانون التحكيم المصري فقد عرف هذا الأخير بأنه" اتفاق الطرفين على الالتجاء الى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت، أو يمكن أن تنشأ بينهما، بمناسبة علاقة قانونية معينة، عقدية كانت أو غير عقدية[3]. وحتى يعتد بشرط التحكيم بالإحالة يجب أن تكون هذه الإحالة صحيحة ومصحوبة بالإشارة الى وجود الشرط في المستند المحال اليه، وألا تقتصر على الإحالة العامة، الى هذا المستند، على نحو يتفق معه اتجاه إرادة الأطراف الى الالتزام بشرط التحكيم وتحقق العلم بوجوده سواء كان ذلك صراحة من خلال اطلاعهم على المستند المتضمن شرط التحكيم، أو ضمنا من خلال وجود معاملات متكررة بينهم[4].

فيما عرف قانون التحكيم اليمني في المادة 2 التحكيم على أنه "اختيار الطرفين برضائهما شخصا آخر أو أكثر، للحكم بينهما دون المحكمة المختصة، فيما يقوم بينهما من خلافات أو نزاعات"[5].

---

[1] محمد جارد، المرجع السابق، 136.

[2] غالب عبد الله القعيطي ، اتفاق التحكيم دراسة في قانون التحكيم اليمني رقم 22 لسنة 1992 (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة حضرموت للعلوم الإنسانية المجلد 18، العدد 1، يونيو 2021، ص 153.

[3] خالد بن عبد العزيز بن سيمان آل سليمان، المرجع السابق، ص 33.

[4] بلباقي بومدين، المرجع السابق، ص105.

[5] غالب عبد الله القعيطي، المرجع السابق، ص153.

وتعرف المادة نفسها اتفاق الحكيم بأنه، موافقة الطرفين على الالتجاء الى التحكيم، والتي تشملها وثيقة التحكيم (أي عقد مستقل)، أو شرط التحكيم (أي بند مستقل)[1].

أهمية شرط التحكيم:

يتضح من خلال ما سبق أن لشرط التحكيم أهمية كبيرة حيث يعتبر منبع التحكيم التجاري الدولي في معظم الأحيان وأن أكثر من 80%من عقود التجارة تتضمن شرطا تحكيميا.[2]

إن لشرط التحكيم فائدة وقائية فهو يستبعد ذلك الإختلاف والتعطيل[3] في مار عرض النزاع الذي قد ينجم عند إبرام مشارطة التحكيم.

المطلب الثاني: شروط صحة شرط التحكيم بالإحالة:

لقد سبقت الإشارة إلى أن شرط التحكيمذا طبيعة مستقلة وما دام كذلك فهو يلزم لصحته شروط منها ماهو موضوعي ومنها ما شكلي وسنتناول هذه الشروط بالتفصيل في الفرع الأول والثاني.

الفرع الأول: الشروط الموضوعية لصحة شرط التحكيم بالإحالة:

يجب لصحة شرط التحكيم أن تكون الشروط الموضوعية متوفرة وهذه الشروط تتمثل في ثلاثة عناصر أولهما توفر التراضي الصحيح، وثانيهما أن يرد هذا التراضي محل ممكن، ثالثا أن يكون السبب مشروعا كالتالي:

أولا: التراضي في شرط التحكيم:

[1] المرجع نفسه، ص 153.

[2] عبد الحميد الأأحدب، موسوعة التحكيم – التحكيم الدولي – الجزء الثاني، دار المعارف، 1998م، ص 104.

[3] أبو زيد رضوان، الأأسس العامة للتحكيم اتجاري الدولي، دون طبعة، القاهرة، دار الفكر العربي، 1981م، ص 21.

التعبير عن الإرادة الذي يتم إفراغه كتابيا بما يفيد قبول التحكيم كوسيلة لحل المنازعات الحالة أو لمستقلة يصدر بالضرورة عن أشخاص أطراف التحكيم أو ممثليهم، ومن هنا يجب التأكد من:

-أهليتهم القانونية لإبرام هذا النوع من التصرفات.
-سلامة رضاهم عن طريق خلو الإرادة من العيوب.

1 -إن الأهلية المشترطة في طرفي إتفاق التحكيم هي أهلية التصرف، وأهلية التصرف لا تثبت بحسب الأصل إلا لمن بلغ سن الرشد غير محجوز عليه لجنون أو عته أو سفه أو غفلة، كذلك يجب ألا قد أشهر إفلاسه لأنه يترتب على شهر الإفلاس على يد المدين عن التصرف في أمواله من تاريخ إشهار إفلاسه، ومن ثم فإنه يتمتع بالإتفاق على التحكيم إعتبارا من هذا التاريخ، غير أن المنع لا يشمل بالطبع الأموال غير الداخلة في التفليسة.[1]

وعدم توافر أهلية أحد أطراف التحكيم يعد سببا لبطلان الاتفاق على التحكيم وهذا أمر مفترض، ونصت عليه إتفاقية نيويورك في المادة أ/5/01.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو ماهو القانون الواجب التطبيق على أهلية أطراف إتفاق التحكيم حتى يمكن الرجوع إليه لمعرفة أهلية أطراف إتفاق التحكيم؟

بإستقراء قوانين الدول في هذا الشأن نجد أن بعضها يطبق على الأهلية القانونية الجنسية بالنسبة للأفراد وقانون الموقع بالنسبة للأشخاص لمعنوية لقوانين البلاد ذات التقاليد اللاتينية، والبعض الآخر من القوانين يطبق قانون الموطن بالنسبة للأفراد وقانون البلد التأسيس بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة لقوانين البلاد ذات التقاليد الأنجلو سكسونية، وقد تطبق بعض القوانين ضابطا موضوعيا وليس شخصا مثل ضابط محل إبرام العقد المعمول به في الولايات المتحدة الأمريكية أو أن يكون قانون الأهلية هو القانون الذي يخضع له العقد بوجه عام.

[1] سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 234.

ولقد تقرر إتفاقية نيويورك مسألة القانون الواجب التطبيق على الأهلية بل تركت لمحاكم الدول المختلفة أن تطبق قواعد التنازع المعمول بها في كل دولة، ولعل اسبب في عدم وضع قاعدة موحدة بخصوص أهلية أطراف التحكيم هو تخوف واضعي الإتفاقية من الدخول في مسألة التنازع التكييفات، ونظرا لإختلاف قواعد الإسناد ولتعذر وضع نصوص موحدة لذا فقد آثروا ترك تقدير أهلية أطراف إتفاق التحكيم للقانون الذي تشير إليه قاعدة التنازع في قانون الدولة المطلوب إليها.

2 خلو الإرادة من العيوب: لا يكفي فقط أن يتمتع أطراف شرط التحكيم بالأهلية حتى يكون الشرط صحيحا، بل يجب أيضا أن تكون إرادتهم سليمة خالية من عيوب الرضا وسلامة الرضا مطلب ضروري لتلاقي إرادة الطرفين والتحقق من وجود الرضا وعدم وجوده وما يتعلق بصحته أ فساده إنما هي أمور تخضع لقانون الذي يحكم إتفاق التحكيم ذاته، ومن ثم فأبطال شرط التحكيم لعيب في إرادة[1] أحد الطرفين لا تمتد إلى العقد الأأصلي، الذي يبقى صحيحا رغم إبطال شرط التحكيم الملحق به، وفي هذا يصدق مبدأ إستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، الذي سجلته المادة 23 من قانون التحكيم التجاري الجديد، غير أنه يلاحظ في هذا المقام ما قد يؤدي إليه إعمال حكم المادة 143 من القانون المدني، من إمتداد البطلان إلى العقد الأصلي إذ تبين من الظروف أن إرادة المتعاقدين ما كانت لتنتهي إلى إبرام العقد الأصلي فيما لو كان قد تبين أن شرط التحكيم باطل عند التعاقد.

أما إذا كان عيب الإرادة لاحقا بالعقد الأصلي، فإن إبطال العقد الأصلي لهذا السبب لا يكون له أُر على شرط التحكيم إذا كان الشرط[2] صحيحا في ذاته.

وهذا هو حكم المادة 23 من القانون التي قررت مبدأ إستقلال شرط التحكيم، ومن الواضح من هذا الحكم أنه يشرط لإعمال مبدأ الإستقلال أن يكون الشرط صحيحا في ذاته.

[1] سامية راشد، المرجع السابق، ص 312.

[2] مصطفى محمد الجمل، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، المرجع السابق، ص 406.

ومن ثم فالسؤال الجوهري الذي يطرح نفسه هو ما إذا كان عيب الإرادة اللاحق بالعقد الأصلي يمكن أن يمتد إلى شرط التحكيم، ويؤدي بالتالي إلى جعله باطلا، على الرغم من التسليم بمبدأ إستقلال شرط التحكيم؟ ماهي الحالات التي يمكن أن يتحقق فيها هذا لإمتداد؟

- ويمكن أن نميز في هذا الشأن بين الغلط، وبين الإكراه، وبين الإستغلال أو الغبن. ففيما يتعلق بالغلط يلاحظ أن الغلط قد يرد على محل العقد الأصلي أو على قيمة المعقود عليه، وهذا النوع من الغلط لا يمتد بطبيعة الحال إلى شرط التحكيم لأن لا محلا آخر متميزا عن محل العقد الأصلي، هو إخراج النزاع من ولاية القضاء وإيكال الفصل فيه إلى هيئة التحكيم.
- أما فيما يتعلق بالإكراه، فهو ينصب بالضرورة على شخص المتعاقد الآخر ويستهدف التأثير على إرادته، وهذا المتعاقد هو ذاته [1] الطرف الآخر في شرط التحكيم، وشرط التحكيم يتم التعاقد مع العقد الأصلي دفعة واحدة وعلى هذا النحو فالإكراه الذي يبطل العقد الأصلي يؤدي بالضرورة إلى إبطال شرط التحكيم، على نحو يخرج معه الأمر من نطاق تطبيق مبدأ إستقلال شرط التحكيم، ما لم يكن شرط التحكيم قد تم عليه بعد إبرام العقد الأصلي، وبعد زوال حالة الإكراه.
- وأما عن يعب الإستغلال والغبن، فالإستغلال يتطلب لقيامه شرطان أحدهما هو عدم التعادل الواضح بين ما يلتزم به أحد الطرفين[2]، وما يلتزم به الطرف الأخر. وثانيهما هو أن يكون عدم التعادل هذا ناشئا عن إستغلال أحد الطرفين لضعف معين في الطرف البخر، حدده المشرع المصري بالطيش البين أو الهوى الجامح، ومن الواضح أن الشرط الأخير وهو شرط الإستغلل ضعف المتعاقد الأخر، يتصور لتحققه بالنسبة لشرط التحكيم لكن الشرط الأول لا يتصور تحققه بالنسبة له لأن له محلا أو مضمونا متميزا عن محل أو مضمون العقد الأأصلي ولأنه ينشئ إلتزامات متعادلة في مواجهة كل من الطرفين، إذ كل منهما لا يلتزم فيه بأكثر من عدم الإتجاه إلأى القضاء عند قيام النزاع والإلتجاء بدلا منه إلى التحكيم.

---

[1] مصطفى محمد الجمل، امرجع نفسه، ص 406.

[2] مصطفى محمد الجمل، المرجع السابق، ص 407.

ولا يختلف الوضع بالنسبة للغبن من باب أولى لأن الغبن يقوم على عنصر واحد وهو عنصر عدم التعادل في الإلتزامات، وعلى هذا النحو فمبدأ إستقلال شرط التحكيم يجد تطبيقا مطلقا في مجال إبطال العقد الأصلي للإستغلال أو الغبن فيظل شرط التحكيم صحيحا رغم إبطال العقد الأأصلي لهذا السبب.

ثانيا: المحل في شرط التحكيم:

محل العقد يمثل الحق أساسيا من أركانه، والذي لا ينعقد بدونه ومحل العقد هو الإلتزامات التي يولدها أو الشء الذي يلتزم المدعي بعمله، أو الإمتناع عن عمله فالغاية من العقد هي إنشاء الإلتزام، فإن لم يتم الإلتزام لسبب يمس محله فإن العقد لحله تقع باطلا بدوره، بإعتبار أن محل الإلتزام يعتبر في نقس الوقت محلا للعقد الذي يشوبه ويشرط يف محل العقد بصفة عامة فضلا عن وجوده أن يكون معينا، أو على الأقل قابلا للتعيين وأن يكون مشروعا.

شروط المحل:

وقد تضمن القانون المدني الجزائري شروط الواجب توافرها في محل العقد بصفة عامة وهذه الشروط هي:

الشرط الأول: أن يكون محل العقد ممكنا غير مستحيل:

يلتزم لنشأة الإلتزام، وبالتالي لقيام العقد الذي يولده أن يكون محله ممكنا، غير مستحيل، وفي ذلك تنص المادة 94 من القانون المدني الجزائري على أنه:

-إذا كان محل الإلتزام مستحيلا في ذاته أو مخالف للناظم العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا بطلان مطلقا.

فإن الإلتزام المدني بما هو مستحيل، بطل إلتزامه وبطل العقد الذي أريد له أن ينشؤه.

الشرط الثاني: أن يكون محل العقد معينا، أو قابلا للتعين:

يشترط في محل الإلتزام أن يكون معينا، أو على الأقل قابلا للتعين وفي ذلك تنص المدة 94 من القانون المدني الجزائري على أنه:

-إذا لم يكن محل الإلتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا.

-ويكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تمكن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره.

الشرط الثالث: أن يكون محل العقد مشروعا:[1]

شرط في محل الإلتزام أن يكون مشروعا أي جائزا قانونا فإن كان محل الإلتزام غير مشروع، ما قام الإلتزم، وبطل العقد الذي كان من شأنه أن يولده، لعدم مشروعية محله، وفي ذلك تنص المادة 93 من القانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 على أنه: إذا كان محل الإلتزام ... مخالفا للنظام العام والآداب كان العقد باطلا.

ثالثا: السبب:

حيث يشرط في السبب أن لا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة هذه الآخيرة تختلف من بلد لآخر، وقد نص المشرع الجزائري على مشروعية السبب من خلال المواد 98-97 من الأمر رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005م حيث نصت المادة 97 منه على مايلي: " إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا".

الفرع الثاني: الشروط الشكلية لتفعيل الشرط:

لا تكتفي الشروط الموضوعية وحدها لصحة شرط التحكيم، بل لا بد من توافر شروط أخرى، هي شروط شكلية يمكن حصرها في شرطين إثنين هما: كتابة شرط التحكيم وتعيين المحكمين.

أولا: كتابة شرط التحكيم:

[1] محمود السيد التحيوي، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به، دار الفكر الجامعي، طبعة 2003م، ص 213.

حيث إختلفت الشتريعات في مدى إعتبار الكتابة شرط لإنعقاد صحة شرط التحكيم أم وسية لإثبات.

1 الموقف التشريعي:

موقف التشريعات الدولية:

إذا كانت القاعدة العامة في شأن شرط التحكيم، تقضي بخضوعه للقانون الموضوعي المطبق على العقد، [1] لذلك يجب الرجوع إلى مثل هذا القانون لمعرفة مدى تطلبه الكتابة لصحة شرط التحكيم من عدمه، وبإستقراء مواقف لقوانين الدول من النص على هذا الشرط نجدها إختلفت وتباينت فمجموعة الدول ذات التقاليد اللاتينية سعت إلى إحاطة شرط التحكيم بضمانات معينة وإدخاله في دائرة التصرفات التي يجب إفراغها في شكل معين كالقيمة والوصية والصلح ومن ثم تطلبت الكتابة لصحة شرط التحكيم وذلك حتى يتمكن التحقق من أن إرادة الأفراد قد إتجهت بالفعل إللى الإتجاه الى التحكيم.

موقع التشريعات الدولية:

إختلفت قواينن الدول العربية في النص على هذا العنصر، بالنسبة للمشرع الجزائري فيتبين جليا أن إعتبر شرطا لصحة شرط التحكيم وذلك ما نكتشفه من خلال قراءة ما نصت عليه المادة 1008/01 من ق أم إ 08/09 المؤرخ في 25 فبراير 2008م التي جاء فيها مايلي:" يثبت شرط التحكيم تحت طالة البطلان بالكتابة في الإتفاقية الأصلية أو في الوثيقة التي تستند عليها."

أما القانون المصري يتطلب الكتابة لصحة شرط التحكيم من خلال نص المادة 12 من قانون التحكيم الجديد، أما القانون اللبناني فيهم من نص المادة 766/01 من قانون أصول المحكمات المدنية أن الكتابة شرط للإثبات.

2 موقف التنظيمات الدولية:

[1] مصطفى محمد الجمل وعكاشة محمد عبد العال، المرجع السابق، ص 308.

أما بخصوص هذا العنصر على مستوى التنظيمات الدولية الموحدة، فإن بروتكول جنيف 1923م وإتفقاية جنيف لعام 1927م، وقد رأيا بأن يتركا الأمر لتقدير كل دولة حسب قانونها الداخلي بالإحالة الى التشريع الوطني لكل دولة تحديد شروط إثبات شرط التحكيم، ولكن إتفاقية نيويورك لعام 1958م حسمت هذا الأمر بالنص صراحة في المادة الثانية على ضرورة الكتابة لصحة شرط اتحكيم.

ثانيا: تشكيل هيئة التحكيم:

يخض تشكيل هيئة التحكيم في الأأصل إلى إرادة الأطراف وإتفاقهم وقد حاولت القوانين تنظيم هذا الأمر من خلال النص على ذلك في التشريعت الوطنية، ومن الأمثلة على ذلك متم النص عليه في مضمون المادة 15 من قانون التحكيم المصري حيث جاء فيها: " تتشكل هيئة التحكيم بإتفاق الطرفين، من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يتفقا على عدد المحكمين كان العدد ثلاثة وإذا تعدد المحكومون وجب أن يكون عددهم وترا وإلا كان التحكيم باطلا."[1]

نلاحظ أن القانون المصري ترك للأطراف الحرية في تشكيل هيئة المحكيمن لكنه تدخل بنص آمر حيث إشترط فيه حال تعدد المحكومين دون تحديد للعدد أن يكون العدد ثلاثة.

وقد عالج قانون اليونيسترال النموذجي بشأن التحكيم التجاري الدولي القواعد الخاصة بتشكيل محكمة التحكيم في المواد من 15-10 حيث أرست هذه المواد مبدأ سلطان الإرادة بترك الحرية للأطراف في تحديد عدد المحكمين وإلا كان العدد ثلاثة.[2]

كما ينص القانون النموذجي على :" أنه في حال عدم وجود إتفاق على تشكيل هيئة التحكيم تتولى الأمر الجهة التي يحددها القانون الوطني لكل دولة وتكون قرراتها في هذا الخصوص غير قابلة للطعن فيها".[3]

---

[1] قانون التحكيم المصري، رقم 27 لسنة 1994م.

[2] بريري محمود مختار أحمد، التحكيم التجاري الدولي، دون طبعة، دون سنة نشر، ص 80.

[3] أنظر المواد 11-12-13-16 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري من خلال ما تم النص عليه في مضمون المادة 1009 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09-08 لتي جاء فيها مايلي:" إذا إعترضت صعوبة تشكيل محكمة تحكيم بفع أحد الأطراف أو بمناسبة تنفيذ الإجراءات تعيين الحكم والمحكمين يعين المحكم أو المحكومون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة إقتصارهما محل إبرام العقد أو محل تنفيذه"[1]

من خلال ما سبق يتبين أن القاعدة العامة في تشكيل هيئة التحكيم منوطة بإرادة الأطراف، لكن في حال عدم الإتفاق بين الأطراف على أية جزئية متعلقة بتشكيل هيئة التحكيم يتم إحالة الأمر إلى الجهة المعنية وفق ما ينظمه القانون الوطني لكل دولة.

يعد شرط التحكيم بالإحالة آلية قانونية فعالة لحل النزاعات التعاقدية خارج نطاق القضاء، حيث يسمح للأطراف بالاحتكام إلى قواعد تحكيم منصوص عليها في وثيقة أخرى دون الحاجة إلى إعادة إدراجها في العقد الأصلي. وقد تبين من خلال هذا المبحث أن لهذا الشرط أهمية كبيرة في تعزيز سرعة وفعالية إجراءات التحكيم، لكنه في المقابل يثير العديد من الإشكاليات القانونية المتعلقة بصحته ونطاق تطبيقه.

ومن خلال دراسة ماهية شرط التحكيم بالإحالة، اتضح أنه قد يكون صريحًا عندما تتم الإشارة إليه بشكل واضح في العقد، أو ضمنيًا عندما يُستدل عليه من سياق العلاقة التعاقدية. كما أن صحة هذا الشرط تستوجب توافر شروط شكلية، تتعلق بكيفية إدراجه في العقد ووضوح الإحالة، وأخرى موضوعية، ترتبط بإرادة الأطراف وقبولهم بهذا الشرط كوسيلة لحل النزاعات.

وبناءً على ذلك، فإن شرط التحكيم بالإحالة يتطلب دقة في صياغته والتزامًا بالشروط القانونية لضمان فعاليته وسريان أحكامه، وهو ما يمهد لدراسة طبيعته القانونية ومدى استقلاليته عن العقد الأصلي في المبحث التالي.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لشرط التحكيم بالإحالة:

[1] عبد الله عز الدين، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، مجلة مصر المعاصرة، القاهرة، مصر، العدد 371 سنة 1978م، ص 54.

يتميز شرط التحكيم بالإحالة بطبيعة قانونية خاصة تجعله منفصلًا في بعض الجوانب عن العقد الأصلي، وهو ما يثير العديد من الإشكاليات القانونية المتعلقة باستقلاله ومدى تأثره بصحة أو بطلان العقد الذي يتضمنه. فبينما يُنظر إلى شرط التحكيم بصفة عامة على أنه اتفاق مستقل، فإن إيراده عن طريق الإحالة إلى مستند آخر قد يطرح تساؤلات حول مدى تمتعه بالاستقلالية القانونية عن العقد الأساسي.

وفي هذا السياق، يتناول هذا المبحث الطبيعة القانونية لشرط التحكيم بالإحالة، من خلال دراسة مبدأ استقلاليته وأثر ذلك على نفاذه، لا سيما عند بطلان العقد الأصلي، بالإضافة إلى البحث في نطاق تطبيقه، سواء من حيث العقود المرتبطة أو امتداده إلى أطراف لم تكن طرفًا مباشرًا في العقد الأساسي.

المطلب الأول: إستقلال شرط التحكيم بالإحالة عن العقد الأصلي:

يعد مبدأ استقلال شرط التحكيم بالإحالة عن العقد الأصلي من المبادئ الراسخة في مجال التحكيم، حيث يتيح للأطراف الاحتكام إلى التحكيم حتى في حال بطلان العقد الذي يحتوي على هذا الشرط. ويكتسي هذا المبدأ أهمية كبيرة في تعزيز استقرار العلاقة التعاقدية، كونه يمنع انهيار شرط التحكيم بمجرد الطعن في العقد الأساسي.

وفي هذا الإطار، سيتم في هذا المطلب تناول مبدأ استقلال شرط التحكيم بالإحالة، وذلك من خلال بيان أهميته في تعزيز فعالية التحكيم، بالإضافة إلى دراسة مدى تأثره ببطلان العقد الأساسي، والنتائج القانونية المترتبة على ذلك.

الفرع الأول: أهمية مبدأ الإستقلال في التحكيم.

1 مدى القول بإستقلالية شرط التحكيم:

إن البحث في مدى القول بإستقلالية شرط التحكيم عن العقد الذي يتضمنه أدى بنا إلى درسة وجهة نظر بهذا الخصوص أولهما تذهب إلى القول بعدم إستقلالية شرط التحكيم وهو

ما جاء به أصحاب النظرية التقليدية في حين ذهبت الثانية إلى الأخذ بهذه الإستقلالية وهو ما نادى به أصحاب النظرية الحديثة.[1]

رأي أصحاب النظرية التقليدية:

يرى أصحاب هذه النظرية أن شرط التحكيم جزء لا يتجزأ عن العقد الذي يتضمنه فهو يشكل بندا من بنوده الذي يتأثر به وجودا وعدما وصحة وبطلانا فإذا بطل العقد أدى ذلك إلى بطلان ك بنوده وشروطه بالتبعية بما فيي ذلك شرط التحكيم لأمر الذي يترتب عليه عدم إتزام أطراف العقد بتنفيذ الإتفاق الذي كان بينهما والإحتكام إلى حكم المحكمين ذلك أن المحكم لا يملك سلطة النظر في الدفوع التي يقدمها أحد الطرفين ببطلان العقد وبالتالي بطلان شرط التحكيم كي ينكر عليه إختصاصه الأمر الذي يدفعه إلى إحالة الطرفين إلى المحكمة المختصة في النظر تلك الدفوع فإذا حكمت المحكمة ببطلان العقد ترتب على ذلك إنتهاء عملية التحكيم.[2]

لقد إستمرت أفكار النظرية التقليدية التي سادت بالوحدة الكاملة بين العقد الأصلي وشرط التحكيم حتى منتصف القرن المضي إلى أن تلقت إنقاذات لاذعة على هذه المفاهيم والمبادئ من قبل أصحاب النظرية الحديثة الذين يرون أن مفايهم النظرية التقليدية من شأنها أن تقف ضد تطور التحكيم وتعزيز دوره ومكانته في التجارة الدولية.[3]

رأي أصحاب النظرية الحديثة:

في منتصف القرن الماضي عند أصحاب النظرية الحديثة إلى القول مبدأ إستقلالية شرط التحكيم لحماية الإنجازات التي حققها أنظمة التحكيم التجاري وإعتبروا شرط التحكيم عقد قائما بذاته مستقلا عن العقد الذي تضمنه وقد أدى قضاء التحكيم التجاري الدولي كقضاء لحل النزاعات التي تنتج عن إبرام العقود التجارية إلى تأكيد إستقلالية شرط التحكيم.

---

[1] مصطفى محمد الجمل وعكاشة محمد عبد الجمال، المرجع السابق، ص 349.

[2] ناريمان عبد القادر، إتفاق التحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1996م، ص 309.

[3] فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 199.

2 مفهوم مبدأ إستقلالية شرط التحكيم:

إختلفت الإتجاهات في تحديد المفهوم الدقيق لمبدأ إستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي فهناك من أخذ بمفهوم الإستقلال المادي لشرط التحكيم عن العقد الذي تضمنه وهناك من أخذ بإستقلال شرط التحكيم عن حكم القانون الذي يحكم العقد، وهذا ما سنوضحه من خلال مايلي:[1]

الإستقلال المادي إتجاه العقد:

لقد قيلت بهذا الصدد تعريفات مختلفة وسنعرض أهمها من خلال مايلي:

عرف الدكتور منير عبد المجيد مبدأ إستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي كما يأتي:" إن عدم مشروعية العقد الأصلي أو صحته أو بطلانه أو فسخه لا يؤثر على شرط التحكيم سواء كان هذا الشرط مدرجا في العقد الأصلي أم كان مستقلا عنه في صورة إتفاق التحكيم وأساس هذا النظر أن إتفاق التحكيم يعالج موضوعا مختلفا عن موضوع العقد الأصلي لأن إتفاق التحكيم تصرف قائم بذاته له كيانه المستقل عن العقد الأصلي."[2]

في حين عرفته الدكتورة ناريمان عبد القادر كالآتي:" إذا كان الشرط باطلا فإن هذا يجب ألا يؤثر في العقد الذي يتضمنه وإذا كن العقد نفسه باطلا أو فسخ فهذا لا يؤثر على شرط التحكيم، وهذا ما يعبر عه بإستقالية شرط اتحكيم، فشرط التحكيم وإن كان يرد في العقد الأصلي إلا أن له ذاتية متميزة ومستقلة عن العقد."[3]

الإستقلال عن قانون العقد:

ويقصد منه خضوع شرط التحكيم لقانون آخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأأصلي فإستقلالية شرط التحكيم تؤدي إلى قبول عدم خضوع شرط التحكيم بالضرورة إلى ذلت القواعد التي تحكم العقد الأصلي فقد ذهبت النقض الفرنسية سنة 1973م في قضية

---

[1] ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 311.

[2] منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، 1995م، ص 102.

[3] ناريمان عبد القادر، إتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 311.

RECHT إلى أن:" لشرط التحكيم إستقلال قانوني كامل في مواجهة العقد الأصلي وأي قانون وطني واجب التطبيق." ومما لا شك في أن الإعتراف بهذا الأثر لمبدأ إستقلال شرط التحكيم من شأنه أن يحقق الفاعلية في مجال إستقلال شرط التحكيم ومن ثم فإن الإقتصار على فكرة الإستقلال المادي دون الإستقلال القانوني لشرط التحكيم عن العقد الأصلي يؤدي بنا إلى القول أنه إذا ورد العقد صحيحا لا بطلان فيه وكان القانون الواجب التطبيق عليه يحظر شرط التحكيم أو يجعله باطلا لسبب أو لآخر فإن هذا الإستقلال لن يحول دون أن يقع شرط التحكيم باطلا.[1]

الأساس القانوني لمبدأ إستقلالية شرط التحكيم:

بعدما تأكد لنا مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم لا بد من بيان الأساس الذي يقوم عليه هذا المبدأ فيمكن أن نجد أساسه في القواعد العامة فيالقانون المدني وبما يطلق عليها نظرية إنتقاص العقد إذ أخذ بها القانون المدني الجزائري في نص المادة 104 والتي جاء فيها:" إذ كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يطل إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله.

الفرع الثاني: أثر بطلان العقد الأساسي على نفاذ شرط التحكيم بالإحالة:

يُعد شرط التحكيم بالإحالة جزءًا من العقد الذي يربط بين الأطراف، إلا أنه يتميز باستقلاليته النسبية عن هذا العقد، مما يثير تساؤلات حول مدى بقائه نافذًا في حال بطلان العقد الأساسي الذي يتضمنه. وتعتبر هذه المسألة من أهم القضايا في مجال التحكيم، نظرًا لما لها من تأثير على استمرارية إجراءات التحكيم ومدى إلزامية الأطراف به، حتى عند بطلان العلاقة التعاقدية الأصلية.[2]

1 -مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأساسي

[1] أحمد مخلوف، إتفاق التحكيم كأسلوب تسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 2003م، ص 130.

[2] عبد الحميد الأحدب، التحكيم في القانون والقضاء، دار العلم للملايين، 2002، ص. 45.

يستند نفاذ شرط التحكيم بالإحالة، رغم بطلان العقد الأساسي، إلى مبدأ "استقلالية شرط التحكيم" الذي تقره التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية. ويعني هذا المبدأ أن بطلان العقد الأساسي لا يؤدي بالضرورة إلى بطلان شرط التحكيم، ما لم يكن هذا البطلان مرتبطًا مباشرة بشرط التحكيم نفسه. فالاتفاق على التحكيم يُنظر إليه على أنه التزام منفصل عن الالتزامات الأخرى الواردة في العقد، مما يمنحه طابعًا ذاتيًا يتيح له الاستمرار رغم زوال العقد الأصلي.[1]

2 -المواقف القانونية والقضائية من أثر بطلان العقد الأساسي

اختلفت المواقف القانونية تجاه أثر بطلان العقد الأساسي على شرط التحكيم بالإحالة، حيث يمكن تصنيفها كما يلي:

الاتجاه المؤيد لاستقلال شرط التحكيم

تتبنى العديد من التشريعات والاتفاقيات الدولية، مثل اتفاقية نيويورك لعام 1958 وقانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم، مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأساسي، مما يعني أن التحكيم يظل نافذًا حتى وإن تم إلغاء العقد لأسباب تتعلق بالبطلان أو الفسخ.

كما أكدت المحاكم في العديد من القضايا على أن بطلان العقد لا يترتب عليه بالضرورة بطلان شرط التحكيم، إلا إذا كان سبب البطلان يمس شرط التحكيم ذاته، كحالات الغش أو التدليس في الاتفاق عليه.[2]

الاتجاه الرافض لاستقلال شرط التحكيم

ترى بعض التشريعات والأنظمة القانونية أن شرط التحكيم بالإحالة لا يمكن أن يكون نافذًا إذا كان العقد الأساسي الذي يتضمن الإحالة باطلًا، على أساس أن الإحالة تستمد قوتها من العقد الأصلي،

[1] أحمد شكري السباعي، النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 2007، ص. 112.

[2] محمد عبد الظاهر، التحكيم في العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، 2015، ص. 89.

وبالتالي فإن زواله يؤدي إلى زوال الإحالة ذاتها.[1]

وفقًا لهذا الاتجاه، فإن أي نزاع ينشأ نتيجة بطلان العقد يخضع للاختصاص القضائي العادي وليس للتحكيم، إلا إذا كان هناك اتفاق مستقل على التحكيم خارج نطاق العقد الأساسي.

3 -تطبيقات عملية وآثار قانونية

في الممارسة العملية، يعتمد نفاذ شرط التحكيم بالإحالة على مدى تبني النظام القانوني المعني لمبدأ استقلالية التحكيم. فإذا كان التشريع الوطني يعترف بهذا المبدأ، فإن بطلان العقد لا يؤثر على شرط التحكيم، ويبقى النزاع خاضعًا للتحكيم. أما إذا كان التشريع لا يعترف باستقلال شرط التحكيم، فإن بطلان العقد يؤدي تلقائيًا إلى إلغاء الشرط وإعادة الاختصاص إلى القضاء العادي.[2]

يتوقف أثر بطلان العقد الأساسي على نفاذ شرط التحكيم بالإحالة على مدى استقلال هذا الشرط عن العقد الأصلي. وبينما تؤكد الاتجاهات الحديثة على استقلاليته، فإن بعض الأنظمة القانونية لا تزال تربطه بالعقد الأساسي، مما يؤثر على مدى قابليته للتطبيق عند بطلان العقد. لذلك، فإن تحديد مصير شرط التحكيم بالإحالة يتطلب دراسة متأنية للنظام القانوني المطبق والتشريعات المعمول بها في كل حالة.

المطلب الثاني: نطاق تطبيق شرط التحكيم بالإحالة:

يُعد نطاق تطبيق شرط التحكيم بالإحالة من المسائل الجوهرية التي تؤثر على مدى إلزامية هذا الشرط للأطراف المتعاقدة وغيرهم من الجهات ذات الصلة. فبما أن الإحالة قد تتم إلى مستندات خارجية تتضمن قواعد تحكيمية، فقد يطرح ذلك تساؤلات حول مدى سريان هذا الشرط على العقود المرتبطة وأيضًا على الأطراف غير الموقعة على العقد الأساسي.

[1] مصطفى طه بكر، التحكيم وآثاره القانونية، دار الفكر الجامعي، 2010، ص. 76.

[2] حسن السيد بسيوني، القانون الدولي للتحكيم التجاري، دار المطبوعات الجامعية، 2018، ص. 134.

وفي هذا السياق، تتفاوت الأحكام القانونية بشأن امتداد شرط التحكيم بالإحالة، حيث يُطبَّق أحيانًا على العقود المرتبطة عندما يكون هناك ترابط وثيق بين العقود المتعددة، كما قد يمتد ليشمل أطرافًا لم تكن من ضمن الموقعين الأصليين، إذا كان ذلك متوافقًا مع إرادة الأطراف أو مقتضيات العدالة التعاقدية. ومن هنا، يناقش هذا المطلب تطبيق شرط التحكيم بالإحالة على العقود المرتبطة، بالإضافة إلى مدى قابليته للامتداد إلى الأطراف غير الموقعة على العقد الأساسي.[1]

الفرع الأول: تطبيق الشرط على العقود المرتبطة:

يُثار التساؤل حول مدى امتداد شرط التحكيم بالإحالة إلى العقود المرتبطة التي لم تتضمن صراحةً هذا الشرط، خاصةً في العقود التي تنشأ عن علاقة قانونية واحدة أو تتكامل فيما بينها لتحقيق غاية مشتركة. وتكتسب هذه المسألة أهمية خاصة في العقود المعقدة مثل عقود المقاولات الدولية، وعقود التمويل، والعقود التجارية التي تتضمن عدة أطراف واتفاقيات مترابطة.[2]

مفهوم العقود المرتبطة

العقود المرتبطة هي تلك العقود التي تكون ذات صلة وثيقة ببعضها البعض بحيث يشكل كل منها جزءًا من عملية تعاقدية واحدة. وتتميز هذه العقود بالتكامل فيما بينها من حيث الأطراف أو الموضوع أو الهدف القانوني، ما يستدعي في بعض الحالات توحيد آليات تسوية النزاعات لضمان الاتساق القانوني في تنفيذ الالتزامات التعاقدية.[3]

1 -مدى تطبيق شرط التحكيم بالإحالة على العقود المرتبطة

يمكن أن يمتد شرط التحكيم بالإحالة إلى العقود المرتبطة وفقًا لمجموعة من المعايير التي تعتمدها المحاكم وهيئات التحكيم، ومنها:

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، 2000، ص. 523.

[2] عبد الرزاق السنهوري،المرجع السابق، ص. 523.

[3] أحمد عبد الفتاح، التحكيم في العقود التجارية الدولية، دار الفكر الجامعي، 2015، ص. 197.

وجود إحالة واضحة ومباشرة في أحد العقود إلى التحكيم:

عندما ينص أحد العقود المرتبطة على التحكيم بالإحالة إلى وثيقة تحكيمية، يمكن أن يمتد نطاق تطبيق هذا الشرط إلى باقي العقود إذا كانت هذه العقود تستند إلى نفس العلاقة القانونية.[1]

الطبيعة التكاملية للعقود:

إذا كانت العقود مترابطة إلى درجة تجعل الفصل بينها مستحيلًا عمليًا وقانونيًا، فقد يُعتبر شرط التحكيم بالإحالة سارياً على جميع العقود المتصلة، خاصة إذا كان تنفيذ أحدها يعتمد على الآخر.

إرادة الأطراف المتعاقدة

يُنظر إلى إرادة الأطراف على أنها المعيار الأساسي في تحديد نطاق شرط التحكيم بالإحالة، فإذا ثبت أن الأطراف قد قصدوا إخضاع جميع العقود المرتبطة لنظام تحكيمي موحد، فإن هذا الشرط يمتد إلى هذه العقود.[2]

2 -التطبيقات العملية والاتجاهات القضائية:

في العقود التجارية الدولية:

في بعض النزاعات التحكيمية الدولية، قضت المحاكم بامتداد شرط التحكيم إلى العقود المرتبطة عندما كانت العلاقة بين العقود تفرض حل النزاعات بطريقة موحدة.[3]

في العقود الإنشائية والمقاولات:

[1] محمد وليد الحمراني، شرط التحكيم في العقود المتعددة الأطراف، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2018، ص. 88.

[2] عبد المجيد منصور، الإحالة في العقود وأثرها على التحكيم، دار الجامعة الجديدة، 2021، ص. 145.

[3] يوسف حسن يوسف، النظام القانوني للتحكيم في العقود الدولية، دار المطبوعات الجامعية، 2017، ص. 233.

غالبًا ما تتضمن عقود الإنشاءات عقودًا فرعية مع مقاولين من الباطن، وهنا قد يتم تمديد شرط التحكيم بالإحالة إلى هذه العقود لضمان وحدة جهة الفصل في المنازعات الناشئة عنها.

يعد تطبيق شرط التحكيم بالإحالة على العقود المرتبطة مسألة تتوقف على مدى التكامل بين هذه العقود، وإرادة الأطراف، والموقف القانوني المطبق. وبذلك، فإن هذا الشرط يمكن أن يمتد إلى العقود المرتبطة متى كان ذلك يخدم مبدأ وحدة النزاعات، ويضمن تحقيق العدالة بين الأطراف المتعاقدة.

الفرع الثاني: إمتداد الشرط إلى الأطراف غير الموقعة على العقد:

يُعد مبدأ الأثر النسبي للعقد من المبادئ القانونية الراسخة، والذي يقتضي أن تقتصر آثار العقد – بما في ذلك الالتزامات والشروط التعاقدية مثل شرط التحكيم – على أطرافه فقط دون أن تمتد إلى الغير. غير أن التطورات المتسارعة في الممارسات التجارية والاقتصادية، ولا سيما في العقود المتعددة الأطراف والمعاملات الدولية، أوجدت حالات تستدعي التساؤل حول إمكانية امتداد شرط التحكيم بالإحالة إلى أطراف لم تكن طرفًا مباشرًا في العقد الأصلي.[1]

ففي كثير من الأحيان، تكون هناك أطراف مرتبطة بالعقد بشكل غير مباشر ولكنها تلعب دورًا جوهريًا في تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، مثل الشركات التابعة، والمقاولين من الباطن، وأطراف الضمان، والمستفيدين من العقود التجارية والمالية. وهنا يثار التساؤل حول ما إذا كان بإمكان هذه الأطراف الاستفادة من شرط التحكيم بالإحالة أو التقيّد به، رغم عدم توقيعها على العقد الأصلي الذي يتضمن هذا الشرط.

1 الأساس القانوني لامتداد شرط التحكيم إلى غير الموقعين على العقد:

[1] عبد الرزاق السنهوري،المرجع السابق، ص 1347.

تستند فكرة امتداد شرط التحكيم إلى الأطراف غير الموقعة على العقد إلى مجموعة من المبادئ القانونية والتعاقدية، والتي تختلف بحسب الظروف المحيطة بكل قضية. ومن أبرز الأسس التي يمكن الاستناد إليها في تبرير هذا الامتداد ما يلي:[1]

مبدأ المجموعة الاقتصادية (Group of Companies Doctrine):

في بعض النظم القانونية، يُسمح بامتداد شرط التحكيم إلى الشركات التابعة إذا ثبت أنها كانت تلعب دورًا رئيسيًا في تنفيذ العقد، أو أن الشركة الأم قد ألزمت نفسها ضمنيًا بالشرط التحكيمي الوارد في العقد الذي وقعته إحدى شركاتها التابعة. ويعتمد هذا المبدأ على فكرة أن العقود المبرمة بين كيانات تنتمي إلى مجموعة اقتصادية واحدة لا يمكن النظر إليها بمعزل عن بعضها البعض.[2]

نظرية القبول الضمني (Implied Consent):

يمكن اعتبار الأطراف غير الموقعة على العقد ملتزمة بشرط التحكيم إذا ثبت أنها قد وافقت ضمنيًا عليه، سواء من خلال تنفيذ التزامات ناشئة عن العقد، أو من خلال المشاركة الفعالة في المعاملات التي تحكمها الاتفاقية الأصلية. ويُستدل على ذلك أحيانًا بمراسلات رسمية، أو ممارسات سابقة، أو تصرفات تدل على قبول الطرف المعني بشرط التحكيم.

مبدأ الخلفية القانونية والتبعية (Succession and Assignment):

في بعض الحالات، يمكن أن يمتد شرط التحكيم إلى الأطراف غير الموقعة إذا كانت هذه الأطراف قد ورثت الالتزامات الناشئة عن العقد، كما هو الحال عند تحويل العقد إلى طرف آخر، أو في حالة اندماج الشركات أو الاستحواذات التي تؤدي إلى انتقال الالتزامات التعاقدية إلى كيان قانوني جديد.[3]

نظرية العلاقة القانونية الوثيقة (Close Legal Relationship):

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في العقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية، 2007، ص 152.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع نفسه، ص 152.

[3] محمد عبد اللطيف، شرط التحكيم في العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، 2015، ص 98.

بعض المحاكم التحكيمية قضت بامتداد شرط التحكيم إلى أطراف غير موقعة على العقد إذا كان هناك ارتباط وثيق بينها وبين أطراف العقد الأساسي، وكان النزاع المطروح مرتبطًا بهذه العلاقة. ويكون هذا الأمر شائعًا في العقود المتسلسلة مثل عقود التوريد والمقاولات الفرعية، حيث قد يكون الطرف غير الموقع قد استفاد من العقد الأصلي أو أسهم في تنفيذه.

2 -الاتجاهات القضائية والتحكيمية حول امتداد شرط التحكيم بالإحالة

اختلفت المحاكم الوطنية وهيئات التحكيم الدولية في مواقفها من مسألة امتداد شرط التحكيم بالإحالة إلى الأطراف غير الموقعة على العقد، ويمكن تصنيف هذه الاتجاهات كما يلي:

الاتجاه التقليدي الرافض للامتداد:

بعض المحاكم والقوانين الوطنية تشدد على أن شرط التحكيم هو اتفاق خاص يجب أن يكون صريحًا وواضحًا، ولا يمكن فرضه على طرف لم يوقع عليه. ويستند هذا الرأي إلى مبدأ استقلالية الإرادة التعاقدية، ويؤكد على أن التحكيم لا يجوز فرضه إلا على من قبله صراحة.

الاتجاه المرن الذي يسمح بالامتداد وفقًا للظروف:

بعض المحاكم التحكيمية الدولية، لا سيما تلك العاملة وفق قواعد محكمة التحكيم الدولية في باريس (ICC)، سمحت بامتداد شرط التحكيم إلى أطراف غير موقعة إذا تبين أنها لعبت دورًا أساسيًا في تنفيذ العقد، أو إذا كانت هناك دلائل قوية على قبولها الضمني بالشرط التحكيمي.[1]

الاتجاه الموسع الذي يسمح بامتداد واسع النطاق:

في بعض القضايا التحكيمية الكبرى، تم تبني موقف يسمح بامتداد شرط التحكيم إلى الأطراف غير الموقعة على نطاق واسع، خاصة عندما تكون هناك مجموعة عقود مترابطة أو سلسلة من المعاملات التي تشكل وحدة اقتصادية واحدة.

[1] محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 98.

3 التطبيقات العملية لمسألة الامتداد في بعض العقود

في عقود الإنشاءات والمقاولات:

غالبًا ما تتضمن مشاريع الإنشاءات الكبرى عقودًا فرعية يتم تنفيذها من قبل مقاولين من الباطن، وهنا قد يُطرح تساؤل حول إمكانية إلزام المقاول الفرعي بشرط التحكيم الوارد في العقد الرئيسي بين صاحب المشروع والمقاول الأساسي، خاصة إذا كان المقاول الفرعي قد قبل ضمنيًا بتنفيذ التزاماته وفقًا للعقد الرئيسي.[1]

في العقود التجارية الدولية:

في بعض الصفقات التجارية الدولية، قد يمتد شرط التحكيم إلى الأطراف غير الموقعة، مثل الموردين الثانويين أو الشركات التابعة، إذا كان العقد الأصلي يشملهم ضمنيًا في نطاق الالتزامات التعاقدية.

في عقود التمويل والتأمين:

في بعض عقود التمويل، يمكن أن يمتد شرط التحكيم إلى الكيانات الضامنة أو الأطراف المستفيدة من القرض أو التمويل، خاصة إذا كانت هذه الأطراف قد لعبت دورًا أساسيًا في تنفيذ شروط العقد الأساسي.

تمثل مسألة امتداد شرط التحكيم بالإحالة إلى الأطراف غير الموقعة على العقد أحد الإشكالات القانونية المهمة في مجال التحكيم التجاري، نظرًا لتداخل المصالح القانونية والاقتصادية بين أطراف متعددة في العديد من العقود الحديثة. وبينما يتمسك البعض بضرورة حصر نطاق شرط التحكيم بالأطراف المتعاقدة فقط، فإن الاتجاهات الحديثة في الفقه والقضاء والتحكيم الدولي تميل إلى توسيع نطاق هذا الشرط في حالات محددة، بما يحقق العدالة ويضمن تسوية النزاعات بفعالية.

[1] حسن علي الذنون، القانون التجاري والتحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010، ص 211.

فيما يتعلق بمسألة شرط التحكيم بالإحالة، شهد التشريع المصري تطورًا ملحوظًا، خاصة في ضوء التعديلات التي لحقت بقانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994. فقد أقرَّ المشرع المصري، في التعديل الأخير بموجب القانون رقم 9 لسنة 1997، مبدأ الإحالة إلى مستند يتضمن شرط التحكيم، بشرط أن يكون هذا المستند محددًا ومعروفًا للطرفين وقت إبرام العقد، وألا يكون ذلك مخالفًا للنظام العام، الأمر الذي يعكس تقاربًا نسبيًا مع النموذج الفرنسي في هذا الشأن، مع اختلافات جوهرية في طبيعة القبول المفترض للإحالة. إذ نصت المادة (10) من القانون المصري على وجوب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبًا، ويُعد الاتفاق مكتوبًا إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل للرسائل أو البرقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة. وتُعد الإحالة في العقد إلى مستند يتضمن شرط التحكيم كافية متى كانت هذه الإحالة واضحة في أنها تُعد جزءًا من العقد، وهو ما أكده القضاء المصري في العديد من أحكامه [1].

أما في فرنسا، فإن قانون التحكيم الفرنسي، لا سيما بعد التعديل الذي جرى بموجب مرسوم 2011، فقد تبنى توجهًا أكثر مرونة فيما يتعلق بشرط التحكيم بالإحالة، وخاصة في إطار العقود الدولية. حيث أصبح من الممكن اعتبار الإحالة إلى مستند خارجي يتضمن شرط التحكيم ملزمًا، حتى في حال عدم توقيع الأطراف عليه، طالما تبين بوضوح أن الطرف المُحال إليه قد قبل بالشرط سواء ضمنًا أو صراحةً. وقد اعتمد القضاء الفرنسي هذا الاتجاه من خلال تبني معيار "مجموعة العقود" Groupe de contrats لتوسيع نطاق تطبيق شرط التحكيم ليشمل أطرافًا غير موقعة، متى كانت هذه الأطراف مرتبطة ارتباطًا عضويًا بالعقد الأساسي وشاركت فعليًا في تنفيذه [2].

ويُلاحظ من مقارنة الموقفين المصري والفرنسي أن القانون المصري، وإن كان قد خطا خطوات إيجابية نحو الاعتراف بالإحالة كوسيلة للانعقاد الصحيح لشرط التحكيم، إلا أنه ما زال يربط ذلك بضرورة الكتابة والتوقيع، في حين أن التشريع الفرنسي وقضاءه يتيحان قدراً

[1] أحمد أبو الوفا، التحكيم في القوانين العربية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2015، ص 243.

[2] محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، صـ 187–190.

أكبر من المرونة، خصوصًا في العلاقات الدولية، وهو ما يوفر حماية أوسع لإرادة الأطراف ومرونة أكبر في التفسير والتطبيق [1].

خلاصة الفصل:

من خلال هذا الفصل، تبين أن شرط التحكيم بالإحالة يعد من الوسائل الفعالة لحل النزاعات الناشئة عن العقود، حيث يمنح الأطراف إمكانية الاتفاق على التحكيم بطريقة غير مباشرة من خلال الإشارة إلى وثيقة خارجية تتضمن هذا الشرط. وقد تناولنا في المبحث الأول مفهوم شرط التحكيم بالإحالة، مبينين تعريفه وأهميته، بالإضافة إلى تمييزه بين الإحالة الصريحة والإحالة الضمنية، كما تطرقنا إلى الشروط الشكلية والموضوعية التي يجب توافرها لضمان صحة هذا الشرط وفعاليته.

أما في المبحث الثاني، فقد تم التطرق إلى الطبيعة القانونية لشرط التحكيم بالإحالة، حيث تبين أن هذا الشرط يتمتع باستقلالية عن العقد الأصلي، مما يجعله نافذًا حتى في حالة بطلان العقد الأساسي، وهو ما يعزز مبدأ استقلال شرط التحكيم في القوانين الحديثة. كما تمت مناقشة نطاق تطبيق هذا الشرط، سواء فيما يتعلق بالعقود المرتبطة التي تتطلب تفسيرًا واسعًا لتطبيق الإحالة، أو من حيث إمكانية امتداد الشرط إلى أطراف لم تكن موقعة على العقد الأصلي، وهو ما يثير جدلًا قانونيًا في الأنظمة القضائية المختلفة.

وعليه، فإن شرط التحكيم بالإحالة يمثل أداة قانونية مرنة تسهم في تعزيز فعالية التحكيم كوسيلة بديلة لحل النزاعات، إلا أن نجاح تطبيقه يعتمد على وضوح صياغته والتزام الأطراف بالشروط المتفق عليها، إضافةً إلى مدى تقبل القضاء لهذه الإحالة وفقًا لطبيعة النزاع والتشريعات المعمول بها.

[1] محمد عبد الفتاح ترك، المرجع نفسه، ص ص 191 192.

الفصل الثاني :

التطبيقات العملية لشرط التحكيم بالإحالة والتحديات القانونية

تمهيد

تعدّ تقنية التحكيم بالإحالة من الأدوات القانونية التي باتت تفرض حضورها في فضّ المنازعات التعاقدية لا سيما في العقود ذات الطابع الدولي والتي تتداخل فيها أطراف متعددة ومستندات تعاقدية متنوعة؛ ويقصد بشرط التحكيم بالإحالة ذلك الشرط الذي يُدرج في عقدٍ ما بالإشارة إلى نصّ تحكيمي وارد في وثيقة أو عقد آخر، بحيث يصبح هذا الشرط مُلزِمًا للأطراف بموجب الإحالة، ولو لم يُدرج نصّه صراحة؛وقد ظهرت أهمية هذا الشرط بشكل خاص في العقود الدولية التي تعتمد على أنماط نمطية مثل عقود الفيديك في الإنشاءات أو سندات الشحن في العقود البحرية.

يتناول هذا الفصل التطبيقات العملية لشرط التحكيم بالإحالة، مع إبراز أهميته في مجال الإنشاءات الدولية والعقود البحرية، حيث أصبح أداة حيوية لضمان تسوية فعالة للمنازعات؛كما يتناول الفصل الصعوبات القانونية التي تثيرها هذه التقنية، خصوصا فيما يتعلق بتعارضها مع بعض القوانين الوطنية، ومدى إلزاميتها للأطراف غير الموقعة على الوثيقة التي تتضمن شرط التحكيم المحال إليه.

المبحث الأول: تطبيقات شرط التحكيم بالإحالة في العقود الدولية

يُعد التحكيم أحد أبرز الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، لاسيما في مجال العقود الدولية، حيث تتعدد الأطراف وتتنوع النظم القانونية والثقافات التجارية. ومن بين صور التحكيم التي أثارت اهتمام الفقه والقضاء على السواء، ما يُعرف بـ"التحكيم بالإحالة"، والذي يتمثل في إدراج شرط التحكيم ضمن وثيقة خارجية يُحال إليها في العقد محل النزاع. وتُثير هذه الآلية تساؤلات متعددة تتعلق بمدى وضوح إرادة الأطراف في اللجوء إلى التحكيم، والآثار المترتبة على الإحالة، ومدى كفايتها لتأسيس اتفاق تحكيم ملزم.

حيث يكتسب موضوع التحكيم بالإحالة أهمية متزايدة في العقود الدولية، خاصة مع شيوع العقود المركبة والسلاسل التعاقدية، واعتماد أطرافها على نماذج عقود أو شروط عامة تحت ويعلى بنود التحكيم. ومنه تبرز الحاجة إلى دراسة تطبيقات هذه الصورة من التحكيم، وتحليل مدى قبولها في النظم القانونية المختلفة، وانعكاساتها على فعالية التحكيم الدولي.

المطلب الأول: شرط التحكيم بالإحالة في عقود الإنشاءات الدولية

يُعدّ التحكيم الوسيلة الأبرز لتسوية المنازعات في عقود الإنشاءات الدولية نظرًا لما يوفّره من سرعة ومرونة وخصوصية. ومن بين صور اتفاق التحكيم التي تُثير إشكالات قانونية، يبرز شرط التحكيم بالإحالة، والذي يتم فيه إدراج شرط التحكيم في عقد غير العقد محل النزاع، ويتمّ الإحالة إليه ضمنًا أو صراحة. وهو ما يطرح تساؤلات عديدة حول مدى صحة ونفاذ هذا الشرط، خاصةً في ظلّ اختلاف الأنظمة القانونية والتشريعات الوطنية.[1]

فشرط التحكيم بالإحالة هو ذلك الشرط الذي لا يُدرج صراحة في العقد محلّ التنفيذ، بل تتم الإشارة إليه من خلال إحالة إلى مستند أو وثيقة أخرى تتضمن شرطًا تحكيميًا، كأن ينصّ العقد على أن "تخضع العلاقة لشروط العقد النموذجي الصادر عن الفيديك" والذي يحتوي على شرط التحكيم.[2]

---

[1] مصطفى كامل، **التحكيم التجاري الدولي**، ط1، دار النهضة العربية، 2019، ص77.

[2] عبد الفتاح عبد الله، **شرط التحكيم بالإحالة–دراسة تحليلية–**، مجلة القانون الدولي، العدد34، 2021، ص102.

ويُستخدم هذا النوع من الشروط بكثرة في عقود الإنشاءات الدولية نظرًا لتعقيد هذه العقود وكثرة الوثائق والمستندات المرتبطة بها، مثل العقود النموذجية وشروط المناقصة والمواصفات الفنية.[1]

فالطبيعة القانونية لشرط التحكيم بالإحالة تتمثل في أن شرط التحكيم بالإحالة يُعدّ نوعًا من الاتفاق التحكيمي غير المباشر، ويُثير العديد من الإشكاليات بشأن مدى توافر الرضا الصريح من الطرف المُحال إليه. فالتحكيم يُفترض اتفاقا صريحًا، ما يثير التساؤل حول مدى اعتباره قائمًا بمجرد الإحالة إلى مستند آخر.[2]

وتباينت مواقف التشريعات في هذا الشأن، فبينما تشترط بعض القوانين الوطنية، كالقانون الفرنسي، أن تكون الإحالة صريحة وواضحة بالنسبة لشرط التحكيم، فإن قوانين أخرى كالقانون الإنجليزي أكثر مرونة وتكتفي بالإشارة العامة إلى المستند المحتوي على شرط التحكيم شريطة أن يكون الطرفان على علم بمحتواه وقت التوقيع.[3]

وكان موقف القضاء والاتفاقيات الدولي في أنه تبنّت اتفاقية نيويورك لعام 1958 موقفًا مرنًا نسبيًا، حيث أجازت في المادة 2 اعتبار الإشارة في عقد إلى وثيقة تحتوي على شرط تحكيم بمثابة اتفاق تحكيم، بشرط أن تكون الإحالة "واضحة بما فيه الكفاية".[4]

أما القضاء، فقد اختلف موقفه بحسب الدول. فمثلاً، قضت محكمة النقض الفرنسية في العديد من الأحكام بعدم كفاية الإشارة العامة إلى وثيقة خارجية تتضمن شرط تحكيم ما لم يكن المحتوى التحكيمي واضحًا ووافق عليه الطرفان صراحة. [5] بينما قضت محاكم المملكة

---

[1] عبد العزيز أبو الخير، **عقود الإنشاءات الدولية والتحكيم فيها**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2020، ص145.

[2] محمد عبد الحميد، **مفهوم الرضا في اتفاق التحكيم**، مجلة التحكيم التجاري الدولي، العدد12، 2022، ص61.

[3]Redfern and Hunter, **Law and practice of International Commercial Arbitration**, 6th ed, Oxford Université Press, 2015, p 102.

[4]**United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards** (New York, 1958), Article II (2).

[5]**Cour de cassation**, 1re civ, 5 février 2014, n= 12-29. 550.

المتحدة بصحة شرط التحكيم بالإحالة في حال كانت الإشارة واضحة والطرف الآخر محترفًا ويُفترض علمه بالوثائق المحال إليها.[1]

الفرع الأول: تطبيق الشرط في عقود الفيديك

تُعدّ عقود الفيديك نموذجًا عمليًا شائعًا لتطبيق شرط التحكيم بالإحالة. إذ تعتمد معظم عقود الفيديك على الشروط العامة التي تتضمن شرطًا للتحكيم عبر غرفة التجارة الدولية أو مركز لندن للتحكيم الدولي. وغالبًا ما يتم التعاقد بين الأطراف على شروط خاصة تُحيل إلى الشروط العامة للفيديك، ما يجعل من شرط التحكيم شرطًا مُحالاً إليه وليس مذكورًا صراحة في العقد الرئيسي.[2]

وتعاملت التحكيمات الدولية بكثير من المرونة مع هذا الوضع، خاصة عندما يكون الطرفان محترفين في قطاع البناء، ويُفترض علمهما بمحتويات الشروط النموذجية المُحال إليها.[3]

أولا: مفهوم الشرط في العقود

يُعرّف الشرط بأنه أمر مستقبلي غير محقق الوقوع، يتوقف على تحققه نشوء الالتزام أو زواله أو تعديله. ويُعدّ الشرط من العناصر الأساسية التي تؤثر في مصير الالتزامات التعاقدية، حيث يُصنّف إلى شرط واقف وشرط فاسخ بحسب الأثر المترتب على تحققه أو عدم تحققه.[4]

ثانيا: الإطار العام لعقود الفيديك

---

[1] **Sea Trade Maritime Corporation**v. Hellenic Mutual War Risks Association (Bermuda) Ltd (2006) FWHC 578 (Comm).

[2] Jeremy Glover and Simon Hughes**, Understanding the FIDIC Red Book**, Informa Law, 2011, p 210.

[3] Gary Born, **International Commercial Arbitration,** 2nd ed, Kluwer Law International, 2014, pp 1456-1458.

[4] السنهوري- عبد الرزاق، **الوسيط في شرح القانون المدني**، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ص412.

عقود الفيديك هي مجموعة من النماذج العقدية أعدها الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، وتُستخدم على نطاق واسع في مشاريع البناء والهندسة حول العالم. وتمتاز هذه العقود بأنها متوازنة، وتُعطي أهمية كبيرة لتوزيع المخاطر والمسؤوليات بين الأطراف التعاقدية بشكل واضح.[1]

ثالثا: موقع الشرط ضمن عقود الفيديك

في عقود الفيديك، يتمّ إدراج الشروط ضمن الشروط العامة والخاصة للعقد. وتنطوي الشروط على التزامات متبادلة بين رب العمل (المالك) والمقاول، مثل شروط الدفعات، وتسليم الموقع، وإصدار الشهادات، والمطالبات، وغيرها. ومن أبرز الأمثلة على تطبيق الشرط:

- شرط الإخطار بالمطالبة (sub-Clause 20.1 من فيديك 1999)، والذي يُلزم المقاول بإخطار المهندس خلال مدة محددة (28 يومًا) من حدوث الحدث المؤثر، وإلا سقط حقه في المطالبة بالتعويض.[2]
- الشرط المتعلق بمدة تنفيذ الأعمال (sub-Clause 8.2)، الذي يربط استحقاق المقاول للدفعات أو التعويضات بمدى التزامه بالجدول الزمني للتنفيذ.[3]

وأشار العقد النموذجي لوجود شرط التحكم في الفقرة 06 المادة 20 مجموعة من الخطوات أو الشروط العامة التالية لتسوية النزاعات:

1. **إشعار بالمطالبة** :يجب على الطرف المتضرر تقديم إشعار كتابي بالمطالبة خلال فترة زمنية محددة بعد وقوع حدث الذي أدى إلى النزاع .
2. **محاولة التسوية الودية**:يُشجع الأطراف على محاولة حل النزاع وديًا من خلال التفاوض المباشر .
3. **اللجوء إلى لجنة فض النزاعات (DAB)**:

إذا المتُحل المسألة وديًا ،يتم تقديم النزاع إلى لجنة فض النزاعات ،التي تُصدر قرارًا ملزمًا مؤقتًا .

[1] FIDIC, **Conditions of Contract for Construction (Red Book)**, 1999 Edition, Introduction.

[2] Sub-Clause 20.1, FIDIC Red Book 1999.

[3] Sub-Clause 8.2, FIDIC Red Book 1999.

4. **التحكيم**:فيحالعدمرضاأحدالأطرافعنقرارلجنةفضالنزاعات،يمكنهاللجوءإلىالتحكيمكخطوةنهائيةل تسويةالنزاع .

وفينسخةفيديك 2017،تمتعديلهذاالبندليصبحبندينمنفصلين:

- **البند 20**:يتعلقبالمطالباتوالإشعاراتوالإجراءاتالمتعلقةبها .
- **البند**

21:يُعنىبتسويةالنزاعات،معإدخالالمفهوم"لجنةتجنبوفضالنزاعات"بدلاًمن"لجنةفضالنزاعات"،مم ايُبرزأهميةالوقايةمنالنزاعاتقبلوقوعها.[1]

رابعا: الطبيعة القانونية لشرط التحكيم في الفيديك

الشرط في عقود الفيديك قد يكون من قبيل الشرط التعليقي، أي أنه يعلّق آثار التزام معين على تحقق أمر معين (مثلاً، لا يُصرف الدفعة إلا بعد تقديم ضمان الأداء)، أو الشرط الفاسخ، أي أن تحقّق أمر ما يؤدي إلى زوال الالتزام أو فسخ العقد (مثل عدم تقديم البرنامج الزمني في الوقت المحدد).

هذه الشروط تتمتع بقوة ملزمة، ويرتّب إخلال أحد الأطراف بها آثارًا قانونية مثل الغرامات، وفسخ العقد، أو المطالبة بالتعويض.[2]

خامسا: الرقابة القضائية والتحكيمية على الشروط في الفيديك

تُخضع المحاكم وهيئات التحكيم شروط الفيديك للرقابة من حيث مدى وضوحها، وتوازنها، وعدم مخالفتها للنظام العام. فقد يتم استبعاد شرط تعسفي يتضمن إسقاط حق المقاول بطريقة غير عادلة. إلا أن القاعدة العامة في التحكيم هي احترام إرادة الأطراف ما لم يُشبهها تعسف أو إخلال بالمصلحة العامة.[3]

---

[1] جمال الدين نصار، **شروط عقد التشييد –عقد فيديك الأحمر–**، ط1، الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، القاهرة، مصر، 2001، ص198.

[2] رمضان أبو السعود، **شرح العقود الهندسية وعقود الفيديك**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2020، ص174.

[3] حكم محكمة التمييز الأردنية رقم 2060/2016، مجلة نقابة المحامين، عدد خاص بالتحكيم، 2017.

سادسا: التوصيات العملية في تطبيق الشروط

من الناحية العملية، يوصى بما يلي:

1. صياغة الشروط بدقة ووضوح، لتجنب الخلاف في تفسيرها.
2. تدريب الفرق الهندسية والقانونية على فهم وتطبيق الشروط.
3. توثيق كل إجراء أو مطالبة وفقًا للآجال المحددة في العقد.
4. تفعيل دور المهندس أو الاستشاري كوسيط محايد في تفسير الشروط وتطبيقها.

ومنه، تُعدّ الشروط في عقود الفيديك آلية مهمة لضبط العلاقة التعاقدية وضمان توازن الحقوق والالتزامات. ولذا فإن حسن فهمها وتطبيقها يمثل ركيزة أساسية لنجاح المشاريع وتفادي النزاعات.

الفرع الثاني: دور شرط التحكيم بالإحالة في تسوية منازعات المقاولات الكبرى

دور شرط التحكيم بـالإحالة في تسوية منازعات المقاولات الكبرى يُعدّ من الموضوعات الحيوية في مجال القانون الإداري وقانون الصفقات العمومية، خاصةً لما تشهده المقاولات الكبرى من تعقيدات مالية وتقنية تؤدي في كثير من الأحيان إلى نشوب منازعات.

أولا: دور الإحالة

ويتمثل هذا الدور في ما يلي:

1. التقليل من حدة المنازعة: عبر اللجوء إلى جهة مختصة قبل تطورها إلى خصومة قضائية.
2. توفير الخبرة الفنية المتخصصة: خاصة في النزاعات ذات الطابع التقني المعقد.
3. السرعة والفعالية في البت: مقارنة بالإجراءات القضائية التي قد تستغرق سنوات.
4. الإبقاء على استمرارية المشروع: الإحالة تُعدّ أداة للحفاظ على سير الأشغال دون تعطيل.
5. التمهيد للتحكيم أو القضاء: حيث تعتبر خطوة أولية إلزامية في بعض الأنظمة.[1]

[1]FIDIC Contracts **– Dispute Adjudication Boards (DAB),** 1999 Red Book.

ثانيا: تقييم التحكيم الإحالة كآلية لحل المنازعات

- **الإيجابيات**

-السرعة في حل النزاع.

-الكلفة الأقل مقارنة بالتقاضي الطويل.

-الحفاظ على العلاقات التعاقدية بين الأطراف.

- **السلبيات**

-ضعف حجية بعض القرارات غير القضائية.

-غياب التنفيذ الجبري في بعض الحالات.

-احتمال الانحياز أو الضغط من أحد الأطراف.[1]

ومنه، تلعب الإحالة دورًا محوريًا في تسوية منازعات المقاولات الكبرى، حيث توفر بديلاً فعالاً للتقاضي، وتضمن مرونة وسرعة في حلّ الإشكاليات، لكن نجاحها يعتمد على وجود إرادة حقيقية للتعاون، ونصوص واضحة بالعقود، وهيئات نزيهة وذات كفاءة.

نستنتج بأن شرط التحكيم بالإحالة في عقود الإنشاءات الدولية يُعدّ وسيلة مرنة وفعالة لتسوية المنازعات، إلاّ أنه يجب أن يُصاغ بدقة وبما يضمن علم وقبول الأطراف به، خاصةً في ضوء تباين مواقف القوانين الوطنية والقضاء الدولي بشأنه. كما أن اعتماد هذا النوع من الشروط يجب أن يأخذ في الاعتبار طبيعة الأطراف، ومدى احترافيتهم، والبيئة القانونية السائدة في الدولة محل تنفيذ العقد.

المطلب الثاني: شرط التحكيم بالإحالة في العقود البحري

يعني باتفاق التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع، الاتفاق الذي يلتزم بموجبه طرفا العقد بإحالة أي نزاع قائم أو قد ينشأ بينهما مستقبلاً، نتيجةً تنفيذ العقد أو تفسيره، إلى التحكيم البحري للفصل فيه بدلاً من اللجوء إلى القضاء.[1]

[1] سعيد بوهلال، **التحكيم في منازعات الصفقات العمومية**، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، 2018، ص210.

ويُعدّ التحكيم في عقد النقل البحري للبضائع امتدادًا للمفهوم العام للتحكيم، إذ يُعرّف بأنه نظام قانوني يلتزم بموجبه أطراف هذا العقد بإحالة المنازعات الناشئة أو المحتمل نشوؤها مستقبلاً إلى هيئة تحكيمية. ويتيح هذا النظام للأطراف حرية اختيار محكمين يتمتعون بالخبرة الكافية والتأهيل الفني والمهني المستمدّ من الأعراف والتقاليد البحرية، ليصدروا قرارات تحكيمية ملزمة لحل تلك المنازعات.[2]

التحكيم يتميز بانخفاض تكلفته وسرعة إجراءاته مقارنة بالقضاء، إضافة إلى طابعه غير الرسمي وسريته العالية، حيث يُبنى القرار غالباً على المستندات دون الحاجة لسماع البينات، ولا تُنشر أحكامه. ويُعد التحكيم وسيلة فعالة لحل المنازعات البحرية، لتفادي تعقيدات القضاء وتنازع القوانين. وقد نظم القانون البحري التحكيم بما يراعي مصلحة المدعي، مانحًا إياه حرية اختيار المحكمة ضمن شروط محددة، ومبطلًا لأي اتفاق يُقيّد هذا الحق قبل وقوع النزاع.[3]

الفرع الأول: إدراج شرط التحكيم في سندات الشحن

يتحقق إدراج شرط التحكيم في سند الشحن عند تضمين بيانات السند اتفاقًا مكتوبًا بين أطراف العلاقة القانونية، بحيث يتم النص على إحالة أي نزاع ينشأ بينهم إلى التحكيم.[4]

ويشترط لصحة هذا الشرط أن يتضمن شروطًا موضوعية وشكلية، أي يجب أن تتوفر فيه شروط اتفاق التحكيم العامة، خصوصًا ما يتعلق بتحديد النزاع محل الاتفاق. فإذا لم يتحقق هذا الشرط، يُعدّ الاتفاق غامضًا، مما قد يؤدي إلى بطلانه ويستحيل حينها حلال نزاع عن طريق التحكيم[5].

---

[1] الفقي، عاطف محمد ، **التحكيم في المنازعات البحرية (دراسة مقارنة للتحكيم البحري في لندن ونيويورك وباريس مع شرح أحكام قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية)**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص118.

[2] ترك، محمد عبد الفتاح، **التحكيم البحري (النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري)** ، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص15

[3] خالد، عدلي أمير، **أحكام دعوي مسؤولية الناقل البحري**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص170.

[4] ناريمان عبد القادر، **اتفاق التحكيم**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص102.

[5] عبد الباسط محمد عبد الواسع، **النظام القانوني لاتفاق التحكيم**، ط2، المكتب الجامعي الحديث، 2008، ص79.

وإذا تم إدراج شرط التحكيم في سند الشحن وتوفرت شروط صحته، فإنه يُعتد به كشرط مستقل عن عقد النقل البحري ذاته وعن سند الشحن نفسه. ويعني ذلك أن بطلان أو انتهاء سند الشحن لأي سبب لا يؤثر على شرط التحكيم، لأنه يُعتبر اتفاقًا قائمًا بذاته مستقلًا عن النزاع الأصلي الناشئ عن السند البحري.[1]

الفرع الثاني: تسوية منازعات النقل البحري بالإحالة

تُعدّ الإحالة من الوسائل المعتمدة لتسوية منازعات النقل البحري، وهي آلية قانونية تتيح إحالة النزاع إلى جهة أخرى للفصل فيه، وغالبًا ما تكون غرفة تجارية بحرية أو هيئة تحكيم. وتتميز الإحالة بالبساطة والسرعة مقارنة بالتقاضي أمام المحاكم التقليدية.

أولاً: مفهوم الإحالة في منازعات النقل البحري

يقصد بالإحالة في هذا السياق الاتفاق بين أطراف العلاقة البحرية (الناقل،الشاحن،أو المرسل إليه) على عرض النزاع على هيئة مختصة، قد تكون محكمة متخصصة أو هيئة تحكيم، بدلاً من اللجوء إلى القضاء العادي. وقد تنص عقود النقل البحري أو سندات الشحن على شرط الإحالة مسبقًا[2].

ثانيًا: الطبيعة القانونية للإحالة

تُعد الإحالة اتفاقًا رضائيًا ذا طبيعة إجرائية، تُقيّد الأطراف وتُبعد الاختصاص عن المحاكم العادية في حال انعقادها بالشكل القانوني السليم. ويشترط لصحة شرط الإحالة وضوحه وموافقة الأطراف عليه[3].

ثالثًا: الإشكالات العملية للإحالة في النقل البحري

رغم الفوائد الكبيرة للإحالة، إلا أنها تطرح عدة إشكالات، من بينها[1]:

---

[1] مصطفى ناطق صالح، **مبدأ استقلال اتفاق التحكيم الإتجاري** ، يحث منشور لدى مجلة الرافدين للحقوق، العدد 43، 2010، ص130.

[2] محمد نصر الدين علام، **النقل البحري للبضائع وفقًا لقواعد هامبورغ**، دار النهضة العربية، 2017، ص245.

[3] عبد العزيز خليل، **شرح القانون البحري المصري**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2020، ص313.

-صعوبة التنفيذ الدولي لقرارات الهيئات المُحالة إليها.
-غموض بعض شروط الإحالة في سندات الشحن.
-رفض بعض المحاكم الوطنية للاعتراف بالإحالة إذا تعارضت مع النظام العام.

ومنه، يتضح أن الإحالة وسيلة فعالة لتسوية منازعات النقل البحري، إلا أن نجاحها مرهون بوضوح شروطها، واحترام إرادة الأطراف، ومدى تعاون الأنظمة القضائية في تنفيذ مايصدر عنها من قرارات.

المبحث الثاني: الإشكاليات القانونية لشرط التحكيم بالإحالة

يُعدّ شرط التحكيم وسيلة قانونية مهمة لحل النزاعات بعيدًا عن القضاء التقليدي، حيث يمنح الأطراف حرية اختيار آلية بديلة وأكثر مرونة للفصل في خصوماتهم. ومن بين الأساليب التي يتم بها إدراج شرط التحكيم، الإحالة إلى مستند أو عقد يتضمّن هذا الشرط، وهو ما يُعرف بـ"شرط التحكيم بالإحالة."

غير أنه ذا الأسلوب يثير عدة إشكاليات قانونية، لا سيما في ما يتعلق بمدى وضوح الإحالة، وتوافر الرضا الحقيقي لدى الأطراف، وتحديد مدى كفاية الإشارة إلى مستند خارجي كمصدر لإنشاء التزام بالتحكيم.

كما يُطرح التساؤل حول مدى إمكانية إلزام أطراف لم يوقّعوا على العقد المُحال إليه بشرط التحكيم الوارد فيه، وما إذا كان ذلك يتعارض مع المبادئ العامة لرضائية التحكيم.

كل هذه الإشكالات تجعل من شرط التحكيم بالإحالة موضوعًا شائكًا يستحق الدراسة القانونية الدقيقة، بهدف الوصول إلى توازن بين مبدأ احترام إرادة الأطراف ومتطلبات الأمن القانوني والوضوح التعاقدي.

المطلب الأول: الإشكاليات المرتبطة بالنظم القانونية الوطنية

[1] عبد القادر العكاري، **منازعات النقل البحري في القانون المغربي والمقارن** ، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد الخامس، 2019، ص ص 178-179.

يشكل شرط التحكيم بالإحالة إشكالية قانونية في النظم الوطنية، نظرًا لاختلاف التشريعات في مدى الاعتراف به. فبينما تقبله بعض الأنظمة مثلا لقانون الفرنسي بشرط أن تكون الإحالة صريحة وواضحة،[1]حيث يتساهل القانون الإنجليزي نوعًا ما ويجيز الإحالة الضمنية في بعض الحالات. [2]أما في القانون المصري، فيتطلب المشرع أن تكون الإحالة صريحة ومباشرة إلى شرط التحكيم، كما نصت المادة (10) من قانون التحكيم رقم 27 لسنة1994. وتكمن الإشكالية الأساسية في ضرورة التوفيق بين احترام إرادة الأطراف وضمان الشفافية والوضوح القانوني.

وقد أكد الفقه، كالدكتور الشواربي، أن هذا النوع من الشروط يثير جدلًا واسعًا ويحتاج إلى تفسير دقيق حمايةً لحقوق الأطراف.[3]

الفرع الأول: تعارض شرط التحكيم بالإحالة مع التشريعات الوطنية

تُعدّ الإحالة الى مستند يتضمن شرطًا تحكيميًا وسيلة غير مباشرة لإدراج هذا الشرط في العقد الرئيسي . غير أن هذه الوسيلة قد تثير إشكاليات قانونية، خاصة في حال تعارضها مع التشريعات الوطنية للدول التي تخضع لها العقود أو النزاعات محل التحكيم. يتجلى هذا التعارض في مسألتين أساسيتين: مدى اعتراف القانون الوطني بشرط التحكيم بالإحالة، ومدى اتفاق هذا الشرط مع القواعد الآمرة المتعلقة بالاختصاص القضائي أو النظام العام.

أولًا، لا تعترف بعض التشريعات الوطنية بشرط التحكيم إلا إذا كان مكتوبًا بوضوح وصراحة في العقد الأساسي، و تعتبر الإحالة الضمنية إلى وثيقة خارجية غير كافية لإنشاء اتفاق تحكيم ملزم. فعلى سبيل المثال، يشترط القانون المصري أن يكون شرط التحكيم مكتوبًا و موقعًا من أطراف النزاع، ولا يعتد بالإحالة مالم تكن الإحالة صريحة و محددة بحيث تُبيّن بوضوح أن الوثيقة المُحال إليها تتضمن شرط تحكيم. [4] و قد أكدت محكمة النقض المصرية

---

[1] محمد سامي عبد الحميد، **التحكيم في العلاقات التجارية الدولية**،دار النهضة العربية، القاهرة، 2016، ص173.

[2]Gary Born, **International Commercial Arbitration**, 2nd ed, Kluwer Law International, 2014, p 755.

[3] عبد الحميد الشواربي، **الوسيط في التحكيم التجاري الدولي**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009، ص221.

[4]**المادة 12 من قانون التحكيم المصري**، رقم 27 لسنة 1994.

هذا المبدأ بقولها: "لا يُعد شرط التحكيم قائمًا بمجرد الإشارة إلى مستند خارجي مالم تكن هذه الإشارة صريحة في الإحالة إلى شرط التحكيم".[1]

ثانيًا ، في بعض الأنظمة القانونية، قد يُعتبر شرط التحكيم بالإحالة مخالفًا للنظام العام، خصوصًا إذا كان من شأنه حرمان أحد الأطراف من الحق في التقاضي أمام القضاء الوطني دون علمه أو رضاه الصريح. و يبرز هذا التوجه في القضاء الفرنسي قبل صدور تعديلات قانون التحكيم، حيث كانت المحاكم الفرنسية تتشدد في تفسير شروط التحكيم بالإحالة، وتُشترط معرفة الطرف المُحال إليه بمحتوى الشرط التحكيمي وقبوله له.[2]

ثالثًا ،ثمة تعارض قد ينشأ عندما تتعارض اتفاقية التحكيم (بالإحالة) مع قواعد اختصاص قضائي إلزامية في القانون الوطني، مثلت لك المتعلقة بالعقود الإدارية أو العقود ذات الطبيعة السيادية. فعلى سبيل المثال، يمنع القانون الجزائري اللجوء إلى التحكيم في بعض العقود الإدارية إلا بترخيص مسبق، ما يجعل شرط التحكيم بالإحالة في هذه الحالة غير نافذ قانونًا حتى لو تم تضمينه ضمن شروط العقد بالإحالة.[3]

و في المحصلة، فإن شرط التحكيم بالإحالة يصطدم أحيانًا بقيود تشريعية صارمة تسعى لحماية الإرادة الحرة للأطراف و ضمان عدم انتقاص حقهم في التقاضي. و يستوجب هذا الوضع على أطراف العقود الدولية التحري المسبق عن موقف القانون الوطني المعني من هذه المسألة، لضمان فاعلية الاتفاق التحكيمي وعدم التعرض لرفض تنفيذه من قبل المحاكم الوطنية.

الفرع الثاني: مدى قبول شرط التحكيم بالإحالة في القضاء الوطني

يُعدّ شرط التحكيم بالإحالة من الموضوعات التي أثارت جدلاً واسعًا في الفقه و القضاء، حيث يُقصد به تضمين عقدٍ ما نصًا يُحيل إلى مستند خارجي يتضمن شرط التحكيم، دون أن يُدرج هذا الشرط صراحة في متن العقد ذاته. وقد اختلفت مواقف القضاء الوطني بشأن

---

[1] **نقض مدني**، الطعن رقم 682 لسنة 70 قضائية، جلسة 2002/2/14.

[2] **Cour de cassation**, 1 re civ, 6 décembre 2005, pourvoi n= 03-15.627.

[3] **المادة 100 من المرسوم الرئاسي الجزائري**، رقم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

مدى قبول هذا النوع من الشروط؛ إذ إن بعض المحاكم تتجه إلى رفضه باعتبار أن شرط التحكيم يُعد اتفاقًا خاصًا يتطلب وضوحًا و تحديدًا لا لبس فيه، مما لا يتحقق في الإحالة الضمنية أو غير المباشرة، خاصةً عندما لا تكون الإحالة واضحة أو لا يتبيّن من العقد أن الأطراف قد وافقوا فعليًا على اللجوء إلى التحكيم. في المقابل، اتجهت محاكم أخرى، مستندةً إلى اجتهادات فقهية ودولية، إلى قبول شرط التحكيم بالإحالة، بشرط أن تكون الإحالة واضحة وصريحة، وأن
يثبتعلمالطرفالمُحالإليهبالمستندالمتضمِّنلشرطالتحكيمورضاهبه،تحقيقًالمبدأحريةالإرادةفيالعقود.

وقدأكدتمحكمةالنقضالمصريةعلىهذاالتوجهفيالعديدمنأحكامها،ومنهاماجاءفيالطعنرقم 8243 لسنة 66 قضائية،حيثقررتالمحكمةأنه
"يصحاتفاقالتحكيمبالإحالةإلىمستندخارجيإذاكانتالإحالةواضحةوصريحةفيتضمينالعقدلشرطالتحكي مالواردبذلكالمستند". [1] كماأشارالفقهإلىأنقبولهذاالنوعمنالشروطينسجممعالاتجاهاتالحديثةفيالتحكيمال تجاريالدولي،التيتراعيطبيعةالعلاقاتالتعاقديةالمتشابكةوالتكاملية،خاصةًفيالعقودالنموذجيةأوالعقودا لمبرمةضمنسلاسلتعاقدية. [2]

المطلب الثاني: الإشكاليات المرتبطة بالأطراف غير الموقعة

تُعدالاتفاقياتالدوليةمنأبرزأدواتتنظيمالعلاقاتبينالدول،حيثتُبرمعلىأساسمبدأالرضائيةالذييضمنلكلطرف سيادتهواستقلالإرادتهفيالقبولأوالرفض. غيرأنالواقعالعمليكثيرًامايشهدحالاتتتعلقبـ"الأطرافغيرالموقعة" أوالدولالتيلمتنضمإلىاتفاقيةمعينة،مايثيرجملةمنالإشكالياتالقانونيةوالعملية.
وتزدادهذهالإشكالياتتعقيدًاعندماتترتبعنالاتفاقيةآثارٌتتعدىأطرافها،أوعندماتمسّالاتفاقيةمواضيعذاتط ابعكونيكحقوقالإنسان،البيئة،أوالأمنالجماعي [3].

[1] عبد الحميد الشواربي، **شرح قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية**، ط4، دار النهضة العربية، 2016، ص98.

[2] حسن مرسي عبد العزيز، **التحكيم في العقود الدولية**، دار الفكر الجامعي، 2018، ص ص 132–134.

[3] **الأمم المتحدة: اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات**، فيينا، 1969، المادة 34، منشورة ضمن: United Nations Treaty Series, vol. 1155, p331.

ومنه lh

يُطرحالتساؤلحولالمركزالقانونيلهذهالأطراف،ومدىالتزامهاأوتأثرهابمضامينهذاالاتفاقلمتكنطرفًافيه،وهوما يفتحالبابأمامإشكالياتمتعددةتتعلقبمبدأنسبيةأثرالمعاهدات،وتداخلالقانونالدوليالعرفي،والممارساتالدولية. وقدأقرّتالمادة 34 منهذهالاتفاقيةفيينالقانونالمعاهداتلسنة 1969 المبدأالعامالقاضيبأن "المعاهدةلاتنشئحقوقًاأوالتزاماتلدولةمنالدولالغيربدونرضاها"[1]،غيرأنهذاالمبدأيعرفيالتطبيق العملي عدة استثناءات، مما يستدعي التعمق في الإشكاليات التي تطرحها وضعية الأطراف غير الموقعة.[2]

الفرع الأول: إلزامية الشرط للأطراف غير الموقعة

يُثار تساؤل حول مدى إلزامية الشرط التعاقدي للأطراف غير الموقعة على العقد. من حيث المبدأ، لا يُلزم العقد إلا أطرافه الموقعين عليه، عملاً بقاعدة نسبية أثر العقد. غير أن هناك استثناءات يمكن أن تجعل بعض الشروط مُلزمة حتى لغير الموقعين، وذلك في حالات محددة، مثل وجود علاقة قانونية أو مصلحة مباشرة تربط الطرف غير الموقّع بالعقد، أو إذا أُدرج الشرط في اتفاقية جماعية أو نظم داخلية تقبل بها الأطراف ضمنًا. كما قد تُلزم بعض الشروط للغير إذا نص القانون صراحة على ذلك أو وُجد تفويض أو وكالة تسمح بالالتزام نيابة عن الغير. وعليه، فإن الأصل في العقود هو عدم إلزام الغير، لكن يمكن أن تنتج آثارًا في مواجهته فيظل ظروف معينة يقرها القانون أو ترتبط بسلوك الطرف غير الموقع.

أولا: إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد

يتمثل الوجه الثاني للقوة الملزمة للعقد في إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد وفق الشروط التي يتضمنه االالتزام بتنفيذ بنود العقد يبقى هو الأساس والأهم بالنسبة للعقد. لأن العقد بدون الإلزامية لا يحقق أيا من غاياته. والمقصود بإلزامية العقد أن كل طرف من الأطراف

[1]ناصر، عارف، **القانون الدولي العام، المبادئ العامة والنظام الدولي المعاصر** ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان– الأردن، 2018، ص214.

[2]الطراونة، هيثم، **أثر المعاهدات الدولية على الدول غير الأطراف –دراسة تحليلية–**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت– لبنان، 2020، ص91.

المتعاقدة ملزم بتنفيذ كافة البنود وبحسن نية. فمثلا إذا كان هذا العقد بخصوص البيع. فإن البائع يلتزم بتسليم الشيء المبيع مقابل الحصول على الثمن المتفق عليه ضمن بنود العقد وعليه فإن ماهية القوة الملزمة للعقد أساسها الوفاء والالتزام.

1. إلزامية تنفيذ مشتملات ومستلزمات العقد

إن القوة الملزمة للعقد تفرض على جميع الأفراد تنفيذ كل ما اشتمل عليه من بنود،أي جميع الحقوق والالتزامات المقررة. يستنتج من ذلك،أنه يجب على جميع الأطراف المتعاقدة الالتزام بما فيه من حقوق وواجبات، ويجب تنفيذ العقد بكل ما يتضمنه من حقوق وواجبات. كما يجب الالتزام بحسن النية والسلامة للمتعاقدين.

2. إلزامية التنفيذ بحسن نية

يجب إتّباع حسن النية أثناء تنفيذ العقد المتفق عليه فلا يجوز للمتعاقد أن ينفذه بصورة تنم عن سوء النية. وهذه العلاقة تشبه علاقة العمل التي تربط العامل برب العمل. فقد جاء في أحد قرارات القانون الفرنسي أن (المستخدم ملزم بتنفيذ عقد العمل بحسن نية. وعليه واجب ضمان تكييف أجرة الأجراء مع تطور أعمالهم.

ثانيا: مفهوم حسن النية

لقد تعددت واختلفتالآراء الفقهية في تحديد مفهوم حسن النية. ويعتبر حسن النية أساس في القانون بشكل عام وفي العقود بشكل خاص.

وأسمى وأفضل مظهر لحسن النية هو الالتزام بالعقود والالتزام بالبنود المتفق عليها في العقد. ويجب أن يتم الاحترام بين المتعاقدين وأن يتم التنفيذ وفقا لإرادتهما وليس بإرادة منفردة فقط.

فمبدأ حسن النية يعبر عن الأمانة والصدق واستقامة الضمير والنية السوية التي لا تريد الأضرار بالغير والامتناع عن الغش والزيف والخداع.

- **مظاهر حسن النية**

لحسن النية مظهران وهما:

1 واجب الصدق:

يتمثل في أن المتعاقد ملزم بإعلام الطرف الآخر بكل التفاصيل الضرورية ما أجل أحسن تنفيذ للعقد على أكملوجه.

فهو يفرض على المتعاقدين الالتزام بالوفاء والأمانة والنزاهة والإخلاص. وإن المتعاقدين ملزمين بتنفيذ كافة بنود العقد بكل أمانة ونزاهة وإخلاص، ويفرض القانون هذا الواجب.

2 واجب التعاون:

يتمثل في تسهيل شروط العقد للتنفيذ. والالتزام بالمعاملات وحسن النية.

فالعقد يعتبر علاقة تعاونية بين طرفين أو أكثر وليس علاقة خصومة. لأن تعارض مصالح المتعاقدين لا تقف حاجزا يمنعهم من التعاون لتنفيذ كافة بنود العقد كما هو متفق عليه على أكملوجه. فمجهود الفرد ضئيل ومحدود ولابد من التعاون بين كافة الأفراد لتعود المنفعة على الجميع دون استثناء.

ثالثا: 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 يمنعه من التمسك به، وحيث يتبين من وثيقة الشحن أنها تشير إلى عقد إيجار السفينة.

حيث أن الإشارة لعقد إيجار السفينة في وثيقة شحن تجعل المرسل إليه المطعون ضدها في قضية الحال طرفا في هذا العقد ولها الحق في استعمال بند التحكيم إن أرادت التمسك به.

- **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، وفي المقابل 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.[1]

وبالتالي يمكن القول إنه حتى تكون الإحالة فعالة ومنتجة لآثارها فيما بين 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، لابد أن تصدر هذه الإحالة واضحة ودقيقة وصريحة بما لا يدع مجالا للشك في أن إرادة الأطراف قد اتجهت إلى قبول التحكيم وسيلة لتسوية النزاعات الحاصلة بشأن تنفيذ عقد النقل البحري للبضائع.

[1] بلباقي بومدين، **شرط التحكيم بالإحالة ومدى نفاده في مواجهة المرسل اليه في عقد النقل البحري للبضائع**، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، العدد 3، ص 106-107.

المستفيد من البضاعة، والذي آل إليه سند الشحن في الأخير والذي لم يكن طرفا موقعا في عقد مشارطة السفينة التي نصت على شرط التحكيم والذي أحال إليها سند الشحن الذي بحوزته، حتى يمكن القول بنفاذ هذه الإحالة في مواجهته والتزامه بشرط التحكيم.[1]

الفرع الثاني: موقف الفقه والقضاء من توسيع نطاق الإحالة

لقد انقسم الفقه إلى مؤيد ومعارض للإحالة واستند كل منهم إلى حجج لتبرير موقفه واتجاهه.

أولا: الفقه المناصر للإحالة

استند هؤلاء للعديد من الحجج من بينها:

– متى تقرر أن القانون الأجنبي هو القانون الواجب التطبيق فإنه يجب الرجوع إليه كلية بما في ذلك قواعد الإسناد التي يتضمنها. فالأخذ بقواعده الداخلية دون قواعد التنازع، قواعد الإسناد يشكل تجزئة لهذا القانون.

– الإسناد الذي تقوم به قاعدة التنازع الوطنية (قاعدة الإسناد) هو إسناد لقاعدة التنازع الأجنبية.

– قد تشير قاعدة الإسناد في دولة القاضي لاختصاص قانون أجنبي تكون قواعد الإسناد التي يتضمنها هذا الأخير رافضة لهذا الاختصاص، فلو اتجه القاضي مباشرة لتطبيق القواعد الموضوعية للقانون الأجنبي الذي ثبت اختصاصه دون الرجوع لقواعد الإسناد لهذا القانون فإنه سيطبق القانون الأجنبي عنوة – بمعنى أنه يرغم القانون الأجنبي على قبول الاختصاص رغما عنه،وهو أمر غير مقبول لأن فكرة الإحالة أصلا تقوم على أساس احترام قواعد الإسناد في القانون الأجنبي المختص والالتزام بما يقضي به.

– الإحالة أداة لتوحيد الحلول فتطبيق قواعد الإسناد في القانون الأجنبي من شأنها أن تعمل على توحيد الحلول وإن لم يكن بصفة عالمية إنما سيؤدي لتوحيد الحلول فيما بين الدولتين دولة القاضي والدولة التي أحيل لتطبيق قانونها.

---

[1] بلباقي بومدين، **نفس المرجع**، ص 108.

– كما أن الأخذ بالإحالة فيه ضمان لتنفيذ الحكم في الدولة المختص قانونها، إذ يؤدي لاحترام الأحكام التي يصدرها القاضي الوطني وتنفيذه في الدولة الأجنبية التي تم الفصل في النزاع وفقا لما قضتبه قواعد إسنادها. فمثلا الحكم الصادر في قضية **فورجو** يسهل تنفيذه في **بافاريا** مادام القضاء الفرنسي قد طبق قاعدة التنازع في القانون **البافاري**.[1]

وفيسياقالحديثعن"الفقهالمناصرللإحالة"،يمكنالإشارةإلىحكمحديثصادرعنمحكمةتمييزدبيبيتعلقبالإحا لةإلىالشروطالتحكيمفيالعقود .
فيهذهالقضية،تناولتالمحكمةمسألةإدراجشرطالتحكيمبالإحالةإلىالشروطالعامةلعقدالفيديك،وقررتأنا لإحالةالعامةلاتكفيلإثباتاتفاقالأطرافعلىالتحكيم،مالمتكنالإحالةمحددةوواضحةلشرطالتحكيمذاته . هذاالحكميبرزأهميةوضوحالإحالةفيالعقودويعكسالتوجهالفقهيالذييشترطتحديدًادقيقًاعندالإحالةإلىش روطخارجية،خاصةفيمسائلالتحكيم.

ثانيا: الفقه الرافض للإحالة

استند الفقه الرافض للإحالة على فكرة أساسها أنه إذا أشارت قاعدة الإسناد الوطنية إلى تطبيق قانون أجنبي فرن ذلك يقتصر على القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي، دون الأخذ بقواعد الإسناد الأجنبية، على أساس أن الإسناد للقانون الأجنبي هو إسناد موضوعي فحسب وليس إسناد إجمالي،وقد استعان هذا الاتجاه بمجموعة من الحجج لهدم هذه النظرية من أساسها وكانت أهم حججهم ما يلي:

– تعمل قاعدة التنازع في قانون القاضي على تحديد القانون الواجب التطبيق، ومتى تحدد هذا القانون تنتهي مسألة تنازع القوانين ويبقى على القاضي تطبيق القواعد الموضوعية التي يتضمنها القانون الأجنبي الذي ثبت اختصاصه دون أن يكترث القاضي لموقف المشرع الأجنبي في هذه المسألة، فالمشرع الوطني لا يضع قواعد الإسناد عبثا واعتباطا إنما يصوغها على ضوء معطيات العلاقة للوصول إلى اختيار أنسب القوانين لحكم العلاقة، لهذا

[1] مقدس أمينة، **الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري** ، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد 6، العدد 2، ديسمبر 2020، ص 232.

وبحسب هذا الاتجاه فإنه ينبغي مباشرة تطبيق القانون الأجنبي في شقه الموضوعي دون تلك القواعد المتعلقة بتنازع القوانين، لأن تطبيق القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الإسناد الوطنية هو الهدف الذي توخاه المشرع الوطني أول مرة وهو يضع قاعدة الإسناد.

– في الأخذ بالإحالة مساس بسيادة الدولة خصوصا إذا كانت تنظم قواعد الإسناد في دستورها،ذلك لأن المشرع وهو يضع قواعد الإسناد فإنه يرسم حدود سيادته الوطنية والأخذ بالإحالة هو تعطيل لقواعد الإسناد.

– الأخذ بالإحالة خاصة الإحالة من الدرجة الثانية من شأنه أن يؤدي إلى الوقوع في حلقة مفرغة،بمعنى قد يؤدي إلى توالي الإحالة –وكأن الأمر أشبه بلعبة كرة القدم هذه اللعبة التي كلما تلقى اللاعب الكرة مررها لآخر،مثال ذلك: نزاع حول أهلية إنجليزي يتخذ من فرنسا موطنا له وعرض النزاع على قاضي جزائري، فقاعدة الإسناد الجزائرية ستشير لقانون الجنسية طبقا لنص المادة 22من القانونالمدني،بمعنى القانون الإنجليزي وهذا الأخير سيقضي باختصاص قانون الموطن – القانون الفرنسي– وقد يحيل هذا الأخير لتطبيق قانون آخر فيبقى النزاع أمام حلقة مفرغة ويصعب تحديد القانون المختص.

– قد يؤدي الأخذ بنظام الإحالة بالإضرار بحقوق الأفراد المتقاضين بحيث قد يطبق عليهم أحكام ونظم قانونية ليسوا خاضعين لها في بلدهم، ولا تتماشى مع دياناتهم.[1]

- **موقف المشرع الجزائري– تشريعًا وقضاءًا–**

تنص المادة 23مكرر 01من القانون المدني على أنه "إذا تعيّن أن قانون أجنبيا هو الواجب التطبيق، فلا تطبق إلا أحكامه الموضوعية، دون تلك الخاصة بتنازع القوانين من حيث المكان غير أنه يطبق القانون الجزائري، إذا أحالت عليه قواعد تنازع القوانين في القانون الأجنبي المختص".

[1] مقدس أمينة، **نفس المرجع السابق**، ص 233.

إن المتمعّن لهذا النص يجد إشكالا في صياغته، فهناك تناقض بين حكم الفقرة الأولى والثانية،فعندما نقرأ الفقرة الأولى من هذه المادة يتضح لنا للوهلة الأولى أن المشرع الجزائري لا يأخذ إطلاقا بالإحالة، وذلك من خلال تجاهله تماما لقواعد الإسناد في القانون الأجنبي وتطبيقه مباشرة للقواعد الموضوعية لكن بالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 23مكرر 01نجدها تستدرك وتنص على أنه يجب على القاضي الجزائري أن يرجع إلى قواعد التنازع في القانون الأجنبي الواجب التطبيق، فإذا رفضت الاختصاص، وأعادته إلى قانون قاضي الدعوى، فهنا نطبق القانونالجزائري، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد فصل في مسألة قبوله صراحة للإحالة من الدرجة الأولى، مثلما لجأت إليهالعديد من التشريعات الأجنبية.

إن قبول الإحالة من الدرجة الأولى يجنب القاضي الصعوبات التي يثيرها تطبيق القانون الأجنبي كصعوبات البحث عن مضمون القانون الأجنبي وتفسيره واستبعاده في حالة تعارضه مع الأسس والمفاهيم الأساسية المستقر عليها في دولة القاضي.

إذا عرض نزاع على القاضي نزاع يتعلق بزواج صينيين مقيمين بالجزائر، وعقدت قاعدة الإسناد الجزائرية الاختصاص للقانون الصيني، فإذا رجعنا إلى هذا الأخير نجده يعقد الاختصاص لقانون الموطن في مسائل الأحوال الشخصية ومن بينها مسائل الزواج، وبالتالي سيكون القانون الجزائري المستمد من الشريعة الإسلامية هو الذي سيطبق على زواج هؤلاء الصينيين، وقد يكون هذا القانون غير مناسب لحكم زواجهما، وعليه ينبغي أن نراعي عند الأخذ بالإحالة أن يكون القانون الوطني المطبق بموجبها من أكثر القوانين اتصالا بالعلاقة ومناسبا لحكمها.

بالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 23مكرر نجدها، ترفض الأخذ بالإحالة من الدرجة الثانية أو أكثر، على اعتبار أن المشرع الجزائري قرر في حالة ما إذا رفضت قواعد الإسناد في القانون الأجنبي الاختصاص، وأحالته إلى قانون أجنبي آخر، فإنه نطبق مباشرة القواعد

الموضوعية للقانون الأجنبي الأول الذي رفض الاختصاص، ولا يهم إن كان القانون الأجنبي الثاني المحال إليه قبل الاختصاص أم لم يقبله.[1]

- **موقف الفقه من نظرية الإحالة**

ونظرية الإحالة مثل غيرها من النظريات القانونية التي قال بها الفقه في القانون الدولي الخاص لهاأنصار ومعارضون ولكل من الفريقين حججه في تأييد وجهة نظره وموقفه من نظرية الإحالة نستطيع إيضاحها بالشكل الآتي:

1- يذهب أنصار الإحالة أنه يجب أن ينظر إلى القانون المختص بوصفه كلا لا يتجزأ، ذلك أن قواعد الإسناد والقواعد الموضوعية في أي قانون بعضها يكمل بعضها الآخر، فالقانون الوطني عندما يشير إلى تطبيق قانون أجنبي فإنه يقصد ذلك القانون بكل قواعده (الموضوعية وقواعد الإسناد) دون الاقتصار على القواعد الموضوعية فقط.

ويرد معارضو نظرية الإحالة على هذا بأن القواعد الموضوعية في القانون الأجنبي والمتعلقة بحكم العلاقة موضوع البحث هي المقصودة بالتطبيق عندما تقرر قواعد الإسناد الوطنية تطبيق القانون الأجنبي وذلك دون قواعد الإسناد. وأنه إذا كان لازما التمسك بوحدة القانون الأجنبي وعدم تجزئته فأنه من باب أولى التمسك بقواعد القانون الوطني بصورة كاملة ودون تجزئة بين القواعد الموضوعية وقواعد. وتلك حلقة مفرغة لا يمكن معها توصل القاضي إلى القانون الواجب التطبيق مما يفقد أصحاب العلاقة الاطمئنانإلى خضوع علاقتهم لقانون معين.

2- يرى أنصار نظرية الإحالة أيضاً أنّ الأخذ بهذه النظرية يؤدي إلى تنسيق قواعد التنازع فيما بين مختلف الدول وبالتالي إلى اتفاق على القانون الواجب التطبيق وأنّ رفض الإحالة سيؤدي إلى تطبيق قوانين مختلفة تبعا لاختلاف الدول التي يعرض فيها النزاع وصدور أحكام غير موحدة مما يحول دون تنفيذ الحكم الوطني في بلد آخر.

[1] قاري علي، **نطاق الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري**، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 17، العدد 04، 2024، ص 364.

فيما يرى معارضو نظرية الإحالة أنه ليس صحيحا أن الأخذ بالإحالة يؤدي إلى توحيد الحلول فيما بين الدول بالنسبة إلى العلاقات ذي الطابع الدولي اعتمادا على أن الوصول إلى حل واحد لتلك المنازعات يتطلب توحيد قواعد الإسناد فيما بين الدول في حين أن الأخذ بالإحالة يؤدي إلى أن تطبق كل دولة قاعدة الإسناد المقررة في الدولة الأخرى ممّا يستتبع معه أن يتغير الحل النهائي للنزاع تبعا لتغير قواعد الإسناد بين الدول.

3- كما يرى أنصار الإحالة أيضاً أن القاضي الوطني يجب ألاّ يكون متمسكا بتطبيق القانون الأجنبي أكثر من مشرع القانون الأجنبي نفسه الذي تخلى عن هذا الاختصاص وترك ذلك لقانون القاضي الأمر الذي يؤدي إلى توسيع اختصاص قانون القاضي عن الأخذ بنظرية الإحالة.

وقد رد معارضو نظرية الإحالة على هذه الحجة بالقول أن القاضي يستمد سلطته من قانونه الوطني وليس من القانون الأجنبي الصادر من مشرع أجنبي وأنه على القاضي أن يعمل بمقتضى القانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد المقررة في قانونه هو دون أن يفكر بقابلية تنفيذ الحكم في الخارج.

- **توسيع نطاق تطبيق القانون الجزائري**

إن الأخذ بالإحالة من الدرجة الأولى ينسجم ويتوافق مع النزعة الوطنية للأحكام العامة في القانون الدولي الخاص. كما أن تطبيق الإحالة من الدرجة الأولى يعزز مكانة القانون الجزائري في تنازع القوانين وهو ما يجسد أكثر مبدأ السيادة الإقليمية.

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 طرفا 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 طبعا لا يجعله بمنأى عن الالتزام بشرط التحكيم الوارد في عقد الإيجار بمقتضى الإحالة رغم أنه لم يكن طرفا في هذا العقد، ولعل غاية المحكمة العليا

من تخيير المرسل إليه في القضية المذكورة سابقا 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 طرفا في عقد وهو لا يعلم بأهم شرط من شروطه والذي يترتب عليه سلب الاختصاص القضائي لدولة المرسل إليه وإسناده إلى التحكيم ؟.[1]

[1] بلباقي بومدين: **مرجع سابق**، ص 110.

خلاصة الفصل

أبرز هذا الفصل مدى فاعلية شرط التحكيم بالإحالة في العقود الدولية، وخاصة في قطاعات حيوية كعقود الإنشاءات الدولية والعقود البحرية، فقد أثبتت التطبيقات العملية أن الإحالة تُوفر مرونة كبيرة في صياغة العقود وتُطور من توحيد قواعد التحكيم، إلا أن استخدامها لا يخلو من إشكاليات قانونية،ومن بين هذه الإشكاليات تعارض شرط الإحالة مع بعض التشريعات الوطنية التي تتطلب وضوحا واستقلالا في اتفاق التحكيم، إلى جانب الجدل الدائر حول مدى إلزامية هذا الشرط للأطراف غير الموقعة.وقد تباينت مواقف الفقه والقضاء في مختلف الدول بشأن مدى صحة شرط التحكيم بالإحالة، الأمر الذي يُلقي بظلاله على الأمن القانوني ويجعل من الضروري تطوير قواعد موحدة أو معايير تفسيرية تأخذ بعين الاعتبار طبيعة العلاقات التجارية المعاصرة ومنه فإن الإقرار بشرعية هذا النوع من الشروط التحكيمية يتطلب توازنا دقيقا بين مبدأ احترام إرادة الأطراف ومتطلبات حماية الأمن القانوني في العلاقات التعاقدية الدولية.

خاتمة:

يمثّل شرط التحكيم بالإحالة إحدى أبرز صور تطور الفكر القانوني في مجال العقود والتحكيم التجاري، خاصة في ظل التوسع المتزايد في العلاقات التجارية الدولية وتشابك العقود وتعدد الأطراف. وقد كشف البحث في فصوله المختلفة، وعلى وجه الخصوص من خلال دراسة التطبيقات العملية والتحديات القانونية المرتبطة بشرط التحكيم بالإحالة، عن عمق الإشكاليات التي يثيرها هذا الشرط، سواء على مستوى الصياغة أو مدى انصراف إرادة الأطراف غير الموقعة عليه، أو على صعيد التفسير القضائي له في القوانين المقارنة.

وقد تبين أن شرط التحكيم بالإحالة، رغم ما يحققه من مرونة وتكامل تعاقدي، لا يخلو من صعوبات قانونية، أبرزها تعارضه أحيانًا مع مبدأ الرضائية الذي يُعد من المبادئ الأساسية في قانون التحكيم. كما أن تفاوت مواقف الفقه والقضاء بين القبول والرفض، أو بين التوسع والتقييد، يعكس الحاجة إلى مقاربة منهجية توازن بين احترام الإرادة العقدية من جهة، وضمان الحماية القانونية والعدالة الإجرائية من جهة أخرى.

كما أبرزت الدراسة أن بعض الأنظمة القانونية، مثل القانون الفرنسي والمصري، قد خطت خطوات متفاوتة نحو الاعتراف بشرط التحكيم بالإحالة، لا سيما في ظل التعديلات التشريعية والاجتهادات القضائية المتطورة، وهو ما يستدعي ضرورة تطوير الأطر القانونية الوطنية بما يحقق الاتساق مع الاتجاهات الحديثة في التحكيم الدولي، دون المساس بالضمانات الجوهرية لأطراف العقد.

وممّا سبق، فإن البحث يوصي بضرورة وضع معايير أكثر دقة لصياغة شرط التحكيم بالإحالة، وتحديد نطاقه القانوني بشكل لا يترك مجالًا واسعًا لاختلاف التفسير، كما يُوصى المشرع الوطني، خصوصًا في الدول العربية، بضرورة تأطير هذا الشرط في ضوء الاجتهادات القضائية المقارنة والاتفاقيات الدولية، وذلك بما يُحقق التوازن بين مصلحة الأطراف في تسوية النزاعات عبر التحكيم، ومتطلبات الأمن القانوني.

وفي ضوء الدراسة، أمكن استخلاص النتائج والاقتراحات التالية:

أولا: النتائج

-شرط التحكيم بالإحالة يُعد وسيلة عملية لمواجهة تعدد العقود وتداخل العلاقات التعاقدية، غير أنه يصطدم بمبدأ الرضائية، خاصة في حالة عدم وضوح الإحالة أو غموضها.
-اختلاف المواقف التشريعية والفقهية حيال هذا النوع من الشروط أدى إلى تباين في الممارسات الدولية، ما ينعكس على فعالية التحكيم كآلية لحل النزاعات.
-يفتقر القانون الجزائري إلى نصوص واضحة تنظم شرط التحكيم بالإحالة، ما يؤدي إلى اجتهادات قضائية متضاربة قد تمس بالأمن القانوني.
-غموض صياغة شرط الإحالة أو الإشارة إلى وثائق خارجية دون وضوح كاف، يمكن أن يثير منازعات حول صحة الشرط واختصاص هيئة التحكيم.
-أبرز النظام السعودي للتحكيم تنظيمًا واضحًا لشرط الإحالة ضمن أحكامه (نظام التحكيم السعودي الصادر عام 2012)، مع تحديد ضوابط وشروط تطبيقه، مما يعزز الاستقرار القانوني ويطمئن الأطراف في المملكة.

ثانيا: الاقتراحات

-إدراج شرط التحكيم بالإحالة ضمن القواعد التنظيمية للتحكيم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مع ضبط شروط صحته وآثاره القانونية.
-النص على ضرورة أن تكون الإحالة إلى الوثيقة المتضمنة لشرط التحكيم واضحة وصريحة في العقد الرئيسي، لا سيما عندما تتعلق بعقود نموذجية أو شروط عامة.
-العمل على توحيد التوجه القضائي الجزائري فيما يخص هذا النوع من الشروط، بما يضمن حماية مبدأ الرضائية واستقرار المعاملات التجارية.
-تضمين العقود التجارية الدولية بنودًا تفصيلية عند الإحالة، مع التنصيص الصريح على اعتماد شرط التحكيم في الوثيقة المُحال إليها، لتفادي المنازعات حول صحة الشرط أو تطبيقه.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المراجع العربية

أ. كتب وأطروحات

1. أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دون طبعة، القاهرة، دار الفكر العربي، 1981م.
2. أبو علي الطبشي، مبدأ الإختصاص في مجال التحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة.
3. أحمد أبو الوفا، التحكيم في القوانين العربية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2015.
4. أحمد شكري السباعي، النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 2007.
5. أحمد عبد الفتاح، التحكيم في العقود التجارية الدولية، دار الفكر الجامعي، 2015.
6. أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في العقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية، 2007.
7. أحمد مخلوف، إتفاق التحكيم كأسلوب تسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 2003م.
8. محمد عبدالفتاح ترك، الإحالة في فرنسا، دار النهضة العربية، 2006.
9. بريري محمود مختار أحمد، التحكيم التجاري الدولي، دون طبعة، دون سنة نشر.
10. ترك، محمد عبد الفتاح: التحكيم البحري (النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري)، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
11. جمالالديننصار،شروطعقدالتشييد –عقدفيديكالأحمر – ،ط1،الاتحادالدوليللمهندسينالاستشاريين،القاهرة،مصر، 2001،ص198.
12. حسن السيد بسيوني، القانون الدولي للتحكيم التجاري، دار المطبوعات الجامعية، 2018.
13. حسن علي الذنون، القانون التجاري والتحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010.

14. حسن مرسي عبد العزيز: التحكيم في العقود الدولية، دار الفكر الجامعي، 2018.
15. خالد، عدلي أمير: أحكام دعوي مسؤولية الناقل البحري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
16. رمضان أبو السعود: شرح العقود الهندسية وعقود الفيديك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2020.
17. سامية راشد، التحكيم في العلاقات التجارية الدولية الخاصة، دون طبعة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1984م.
18. سعيد بوهلال: التحكيم في منازعات الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، 2018.
19. الطراونة، هيثم: أثر المعاهدات الدولية على الدول غير الأطراف: دراسة تحليلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت–لبنان، 2020.
20. عبد الباسط محمد عبد الواسع: النظام القانوني لاتفاق التحكيم، ط 2، المكتب الجامعي الحديث، 2008.
21. عبد الحميد الأأحدب، موسوعة التحكيم – التحكيم الدولي – الجزء الثاني، دار المعارف، 1998م.
22. عبد الحميد الأحدب، التحكيم في القانون والقضاء، دار العلم للملايين، 2002.
23. عبد الحميد الشواربي: الوسيط في التحكيم التجاري الدولي: دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009.
24. عبد الحميد الشواربي: شرح قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية، ط 4، دار النهضة العربية، 2016.
25. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، 2000.
26. عبد العزيز أبو الخير: عقود الإنشاءات الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2020.

27. عبد العزيز خليل: شرح القانون البحري المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2020.
28. عبد الفتاح عبد الله: شرط التحكيم بالإحالة: "دراسة تحليلية"، مجلة القانون الدولي، العدد 34، 2021.
29. عبد القادر العكاري: منازعات النقل البحري في القانون المغربي والمقارن، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد الخامس، 2019.
30. عبد الله عز الدين، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، مجلة مصر المعاصرة، القاهرة، مصر، العدد 371 سنة 1978م.
31. عبد المجيد منصور، الإحالة في العقود وأثرها على التحكيم، دار الجامعة الجديدة، 2021.
32. الفقي، عاطف محمد: التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
33. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الجزء الخامس، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1990م.
34. محمد سامي عبد الحميد: التحكيم في العلاقات التجارية الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.
35. محمد عبد الحميد: مفهوم الرضا في اتفاق التحكيم، مجلة التحكيم التجاري الدولي، العدد 12، 2022.
36. محمد عبد الظاهر، التحكيم في العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، 2015.
37. محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
38. محمد عبد اللطيف، شرط التحكيم في العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، 2015.
39. محمد نصر الدين علام: النقل البحري للبضائع وفقًا لقواعد هامبورغ، دار النهضة العربية، 2017.

40. محمد وليد الحمراني، شرط التحكيم في العقود المتعددة الأطراف، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2018.
41. محمود السيد التحيوي، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به، دار الفكر الجامعي، طبعة 2003م.
42. مصطفى طه بكر، التحكيم وآثاره القانونية، دار الفكر الجامعي، 2010.
43. مصطفى كامل: التحكيم التجاري الدولي، ط1، دار النهضة العربية، 2019.
44. مصطفى ناطق صالح: مبدأ استقلال اتفاق التحكيم التجاري، منشور لدى مجلة الرافدين للحقوق، العدد 43، 2010.
45. مقدس أمينة: الإحالة في القانون الدولي الخاص الجزائري، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، المجلد 6، العدد 2، ديسمبر 2020.
46. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، 1995م.
47. ناريمان عبد القادر: اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2016.
48. ناريمان عبد القادر، إتفاق التحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1996م.
49. ناصر، عارف: القانون الدولي العام: المبادئ العامة والنظام الدولي المعاصر، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان–الأردن، 2018.
50. يوسف حسن يوسف، النظام القانوني للتحكيم في العقود الدولية، دار المطبوعات الجامعية، 2017.

ب. أحكام قضائية

1. حكم محكمة التمييز الأردنية رقم 2060/2016، مجلة نقابة المحامين، عدد خاص بالتحكيم، 2017.
2. نقض مدني، الطعن رقم 682 لسنة 70 قضائية، جلسة 2002/2/14.
3. ج. قوانين واتفاقيات عربية ودولية

4. الأمم المتحدة: اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، فيينا، 1969، المادة 34، منشورة ضمن: United Nations Treaty Series, vol. 1155.

5. قانون التحكيم المصري، رقم 27 لسنة 1994م.

ثانياً: المراجع الأجنبية

أ. كتب ومؤلفات أجنبية

1. Gary Born, International Commercial Arbitration, 2nd ed, Kluwer LawInternational, 2014.

2. Jeremy Glover and Simon Hughes, Understanding the FIDIC Red Book, Informa Law, 2011.

3. Redfern and Hunter, Law and practice of International Commercial Arbitration, 6th ed, Oxford University Press, 2015.

ب. أحكام قضائية أجنبية

1. Cour de cassation, 1re civ, 6 décembre 2005, pourvoi n° 03-15.627.

2. Cour de cassation, 1re civ, 5 février 2014, n° 12-29.550.

3. Sea Trade Maritime Corporation v. Hellenic Mutual War Risks Association (Bermuda) Ltd (2006) FWHC 578 (Comm).

ج. اتفاقيات ومقتطفات من FIDIC

1. FIDIC Contracts – Dispute Adjudication Boards (DAB), 1999 Red Book.

2. FIDIC, Conditions of Contract for Construction (Red Book), 1999 Edition, Introduction.

3. Sub-Clause 20.1, FIDIC Red Book 1999.

4. United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958), Article II (2).

فهرس المحتويات

شكر وتقدير 4

إهداء 5

إهداء 6

مقدمة 7

الفصل الأول: 2

تمهيد: 2

المبحث الأول: تعريف شرط التحكيم بالإحالة وشروط صحته: 3

المطلب الأول: ماهية شرط التحكيم بالإحالة: 3

الفرع الأول: تعريف شرط التحكيم بالإحالة وأهميته: 4

الفرع الثاني: الشروط الشكلية لتفعيل الشرط: 5

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لشرط التحكيم بالإحالة: 8

المطلب الأول: إستقلال شرط التحكيم بالإحالة عن العقد الأصلي: 9

الفرع الأول: أهمية مبدأ الإستقلال في التحكيم. 9

الفرع الثاني: أثر بطلان العقد الأساسي على نفاذ شرط التحكيم بالإحالة: 2

المطلب الثاني: نطاق تطبيق شرط التحكيم بالإحالة: 4

الفرع الأول: تطبيق الشرط على العقود المرتبطة: 5

الفرع الثاني: إمتداد الشرط إلى الأطراف غير الموقعة على العقد: 7

خلاصة الفصل: 2

الفصل الثاني : 3

تمهيد 4

المبحث الأول: تطبيقات شرط التحكيم بالإحالة في العقود الدولية 5

المطلب الأول: شرط التحكيم بالإحالة في عقود الإنشاءات الدولية .35.....
الفرع الأول: تطبيق الشرط في عقود الفيديك .....37.....
الفرع الثاني: دور شرط التحكيم بالإحالة في تسوية منازعات المقاولات الكبرى .40.....
المطلب الثاني: شرط التحكيم بالإحالة في العقود البحري .....41.....
الفرع الأول: إدراج شرط التحكيم في سندات الشحن .....42.....
الفرع الثاني: تسوية منازعات النقل البحري بالإحالة .....43.....
المبحث الثاني: الإشكاليات القانونية لشرط التحكيم بالإحالة .....44.....
المطلب الأول: الإشكاليات المرتبطة بالنظم القانونية الوطنية .....44....
الفرع الأول: تعارض شرط التحكيم بالإحالة مع التشريعات الوطنية .45.....
الفرع الثاني: مدى قبول شرط التحكيم بالإحالة في القضاء الوطني .46.....
المطلب الثاني: الإشكاليات المرتبطة بالأطراف غير الموقعة .....47.....
الفرع الأول: إلزامية الشرط للأطراف غير الموقعة .....48.....
الفرع الثاني: موقف الفقه والقضاء من توسيع نطاق الإحالة ..52.....
خلاصة الفصل .....59.....
خاتمة: .....60.....
قائمة المصادر والمراجع .....63.....
الملخص .....
Abstract: .....

الملخص

تناولت هذه الدراسة شرط التحكيم بالإحالة كوسيلة قانونيةفعّالة لتسوية المنازعات، خصوصاً في العقود الدولية التي تتسم بتعدد الوثائق. وقد تبينأن لهذا الشرط دوراً مهماً في تحقيق مرونة إجرائية، خاصة في مجالات كعقود الفيديك وسنداتالشحن، حيث يتيح ربط النزاع بآليات تحكيم منصوص عليها في مستندات أخرى.

ويطرح شرط الإحالة ضوابط قانونيةتتعلق بمدى توافقه مع القوانين الوطنية، وبإمكانيةإلزام أطراف لم توقع على الوثيقة المُحال إليها؛ وقد أظهرت الدراسة تبايناً واضحاًفي مواقف القضاء والفقه من هذه الإشكاليات، مما يؤثر على استقرار المعاملات .

لذلك توصي الدراسة بضرورة توخي الدقة في صياغة شروط الإحالة، وتوفير ضوابط قانونيةواضحة تضمن حماية الإرادة التعاقدية، دون الإخلال بفعالية التحكيم كوسيلة بديلة لحلالنزاعات في المجال التجاري الدولي.

Abstract:

This study examined the arbitration clause by reference as an effective legal mechanism for dispute resolution, particularly in international contracts characterized by the multiplicity of documents. It was found that such a clause plays a significant role in ensuring procedural flexibility, especially in areas such as FIDIC contracts and bills of lading, where it allows the dispute to be linked to arbitration mechanisms stipulated in other documents. However, the referral clause raises legal concerns regarding its compatibility with national laws and the possibility of binding parties who have not signed the referenced document. The study revealed a clear divergence in judicial and scholarly positions on these issues, which impacts the stability of commercial transactions.

Accordingly, the study recommends careful drafting of referral clauses and the establishment of clear legal standards that protect contractual intent without undermining the effectiveness of arbitration as an alternative means of resolving disputes in international commerce.