خصوصية إتفاق التحكيم الدولي في منازعات التأمين البحري

بلخوجة خيرة
طالبة دكتوراه تخصص قانون التامينات
بكلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة مستغانم

المقدمـــة :

إنطلاقا من الخصائص التي يتميز بها عقد التأمين البحري بأنه من عقود الاحتمال والإذعان إضافة الى حسن النية إضافة إلى ذاتيته قد أثرت على إتفاق التحكيم الذي يتضمنه بالرغم أن المشرع متعه بمبدأ الإستقلالية عن العقد الأصلي ، ومن مظاهر ذلك إخضاعه لشروط خاصة إلى جانب الشروط العامة التي لا تتوفر في سائر العقود هذا ما يقودنا إلى التساؤل هل إتفاق التحكيم في عقد التأمين البحري يخضع للشروط ذاتها التي يجب توفرها في إتفاق التحكيم عامة؟ للإجابة عن هذه الإشكالية لابد من التطرق إلى الشروط العامة لإتفاق التحكيم في منازعات التأمين البحري أولا ثم الشرط الخاصة بهذا الإتفاق ثانيا .

المبحث الأول : الشروط العامة لصحة إتفاق التحكيم في عقد التأمين

تلزم قواعد التحكيم أن تتوفر في إتفاق التحكيم ما يفرض لصحة العقد الأصلي بأن يكون مستوفيا جميع الأركان من تراضي ومحل وسبب ، وهي ذات الشروط الواردة في القواعد العامة[1] .

المطلب الاول : التراضـــي

لا ينشأ إتفاق التحكيم كغيره من العقود دون تراضي طرفيه باللجوء إلى التحكيم بديلا عن القضاء . و يعرف قانون الشريعة العامة [2] لمختلف الدول بأن التراضي هو تطابق إرادتين بالإيجاب و القبول قصد إحداث أثر قانوني بإنشاء إلتزام ، وبذات المعنى عرفته إتفاقية واشنطن [3] . أما الإتفاقية الأروبية للتحكيم التجاري الدولي [4] فقد قصرت مجال تطبيقها على المنازعات المترتبة عن عمليات التجارة الدولية التي تتضمن إتفاقات تحكيم [5].و تطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه إذا إشترط في عقد التأمين أنه في حالة وقوع حادث يكون الفصل في النزاع في شأنه بواسطة محكمين ، فالشرط صحيح لا يجوز النكول[6] .

---

[1]. راجع المواد من59 إلى 98 من القانون المدني الجزائري .

[2] . راجع المادة 59 من القانون المدني الجزائري التي نصت بأن" العقد بموجب أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية " .

[3] ـ عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام ، المصادر ، الإثبات ، الآثار ، الأوصاف الإنتقال ، الإتقضاء ، منشأة المعارف ، مصر ، 2004 ، ص 87 ، 88 .

[4]. راجع فالمادة 1/أ من الإتفاقية الأروبية للتحكيم التجاري الدولي .

[5]. أنظر شريف الطباخ التحكيم الإختياري والإجباري ، في ضوء الفقه والقضاء ، دار الفكر والقانون ، مصر 2008 ، ص 48.

[6]ـ قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 2000/01/12 تحت رقم 6529 ، 6530 .

الفرع الاول : التعبير الصريح

لا يثبت التراضي إلا إذا أفصح الطرف الثاني عن قبوله المطابق للإيجاب الذي لم ينقضي أجله بعد ، فهو غير مفترض [1] ، هذا الموضع يمكن التطرق إلى القضية التي طرحت على القضاء المصري بين هيئة قناة السويس وشركة قناة السويس للتأمين في دعوى الضمان الفرعية وفصلت فيه محكمة النقض المصرية على إثر الطعن المقدم من الهيئة بأن ملف الدعوى فارغا من أي دليل يثبت إيجاب أو قبول بإحالة النزاع بعد وقوعه إلى هيئات التحكيم فإن الإختصاص بنظر هذه الدعوى ينعقد للقضاء العادي صاحب الولاية العامة دون هيئات التحكيم [2] ، وإستحدثت محكمة إكس الفرنسية في حكمها الصادر في 1993/10/28 فكرة جديدة على إعتبار أن المرسل إليه يعد خلفا خاصا للشاحن ويصوغ حينئذ الإحتجاج في مواجهة المؤمن الذي يحل محل المرسل إليه في حقوقه ، إلا أن الفكرة لم تحضى بالترحيب لدى محكمة النقض المصرية فرفضت جميع دعاوى الحلول التي رفعتها شركات التامين بعد أن دفعت التعويض للمؤمن لهم وسببت رفضها بأن مبلغ التعويض الذي تلتزم به شركة التأمين ليس وفاءا بدين في ذمة الغير أي ناتجا عن علاقة مديونية وإنما تنفيذا لإلتزاماتها الناتجة عن عقد التأمين ذاته ، وكيفت ذلك على أساس حوالة الحق [3] .

الفرع الثاني : التعبير الضمني

هذا وقد أجاز المشرع بأن يكون التراضي بين طرفي إتفاق التحكيم ضمنيا يستنبط من ظروف الإتفاق وملابساته[4] ، غير أن التراضي بهذا الأسلوب إقترن بتوفر شرطين أساسين :

أولاـ ألا يشترط القانون المطبق على التحكيم بأن يكون التعبير عن الرضا صريحا .

ثانيا ــ ألا يتضمن إتفاق التحكيم شرط التعبير الصريح عن الرضا .

و تبعا لذلك يمكن القول أن التعبير الصريح عن الرضا هو الأصل وإستثناءا جواز التعبير الضمني[5] طبقا للقواعد العامة [6] ، فإتفاق التحكيم وإن كان من العقود الرضائية إلا أن القوانين الوطنية و الدولية حرصت على كتابتة كما سنرى لاحقا .

و من صور التعبير الضمني إتفاق التحكيم بالإحالة ، فعقود التأمين البحري [1] بمختلف أنواعه التأمين على السفينة أو البضائع أو المسؤولية ، وكلها تستوعبها نماذج مختلفة تحت ما يسمى

---

[1]ـ أنظر محمد عبد الفتاح ترك ، المرجع السابق ، ص 145.

[2]ـ أنظر سعيد أحمد شعلة ، قضاء النقض في التأمين ، منشأة المعارف ، مصر، 1997 ، ص 202 ، 203

[3] ـ أنظر محي الدين إسماعيل علم الدين ، نفس المرجع ، ص 62.

[4]ـ مصطفى محمد الجمال ، أضواء على عقد التحكيم ، مجلة الدراسات القانونية ، العدد الأول ، المجلد الأول لسنة 1998 ، ص 223

[5] . أحمد لعور ، نبيل صقر ، القانون المدني و تطبيقا لأحدث التعديلات بالقانون 05/07 موسوعة الفكر القانوني ، دار الهدى ، الجزائر ، 2007 ، ص 30

[6]. راجع المادة 60 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه " يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان أن يكون صريحا " .

بواليص أو وثائق التأمين تتضمن بعضها شرط تحكيم ، وتسهيلا للمعاملات التجارية البحرية سيما في التأمين على رحلات متعددة يلجأ المتعامل بهذه النماذج وعلى الخصوص وثيقة التأمين العائمة إلى إعمال الإحالة دون الحاجة إلى الإتفاق من جديد طالما أن الشرط المحال إليه يستجيب لمتطلبات الأطراف المتعاقدة ومن التطبيقات العملية للإحالة في المجال البحري فإن سند الشحن كثيرا ما تتم إحالة منازعاته إلى شرط التحكيم الوارد في عقد إيجار السفينة التي كانت مؤمنة فهل المؤمن الذي لم يكن طرفا في عقد الإيجار المحال إليه يعتبر راضيا بمجرد الإحالة لهذا العقد وإن كانت عامة ؟

لما كان عقد التأمين البحري من عقود الإذعان حسب ما أكده الفقه يحتمل أن يكون شرط التحكيم فيه تعسفيا فقد حرص المشرع على وجوب علم المؤمن له بشرط التحكيم الذي يتضمنه عقد التأمين البحري[2] ، هذا ما قرره مجلس الدولة الفرنسي من خلال قراره الصادر في 1978/3/24 الذي رفض التسليم بشرط الإحالة لما يحمله من مواصفات الشرط التعسفي مما يمتنع على المهنيين إدراجه في العقود حماية لحق المستهلك في العلم بشروط العقد ، إلا أنه تراجع عن موقفه لاحقا بفضل الطعون المقدمة من شركات التأمين ، من خلال القرار الصادر في 1980/12/3 الذي قضى فيه بأن مفهوم الشرط التعسفي لا ينطبق على كل شروط الإحالة.

إلا أن هذا الموقف قد نال معارضة الفقه له ، وحجتهم في ذلك أن هذا الرأي أخذ بفكرة إفتراض رضا المؤمن له وتوقيعه على العقد بما يتضمن من شروط محال إليها يعد قرينة على العلم بملحقاتها ، غير أن الحقيقة أن هذه الشروط غير معلومة لدى المؤمن له وأن رضائه إنصب فقط على العقد الذي وقعه[3] .

و بهذا فإن الإحالة إذا وردت في عقد التأمين فالأغلب أنها تحمل المؤمن له المذعن على شروط تعسفية لا يعلمها ويتحمل تبعتها بما تملي عليه من إلتزامات إضافية أو تنقص من إلتزامات الطرف المذعن (المؤمن) .

و تكريسا لحماية الطرف الضعيف في العقد من الشروط التعسفية وآثارها المحصلة من الإحالة الواردة في العقد الأصلي تم تفعيل دور القضاء عن طريق منح القاضي السلطة التقديرية في تقدير مدى شرعية شرط التحكيم الذي تتضمنه المطبوعات الصادرة عن بعض الشركات ، تجسد ذلك في موقف المجلس الأعلى المغربي الذي فصل بعدم شرعية إتفاق التحكيم غير الموقع عليه من طرفي التعاقد .

من هنا تبدو أهمية إظهار البيانات المتعلقة بشرط التحكيم ، إذ تعد في نظر الفقه أنها من صميم إلتزامات المؤمن ، ويفسر إخلاله بها قبل الإكتتاب بعقد التأمين وعدم وجودها في العقد بمثابة رفضها مما يؤدي إلى عدم شرعية شرط الإحالة ، وبالتالي فلا يكون ملزما للمؤمن له ، وتوصل إلى

---

[1]. أنظر إيمان فتحي حسن الجميل ، إتفاق التحكيم البحري ، دار الجامعة الجديدة ، مصر، 2013 ، ص 81 أيضا محمد عبد الفتاح ترك ، المرجع السابق ، ص 436.

[2] ـ ناصر ناجي محمد جمعان ، المرجع السابق ، ص 143.

[3]ـ أنظر محمد الهيني ، الحماية القانونية والقضائية للمؤمن له ، المرجع السابق ، ص 77.

التقرير بأن إلزام المؤمن بإعلان محتوى شرط الإحالة للمستهلك لإطلاعه عليها وأخذ موافقته بإرادة وحرية تتيح له مناقشة تلك الشروط وتسخيرها لصالح المستهلك وبهذا توفر ضمانا لحماية رضا المستهلك كطرف ضعيف في العلاقة[1].

لهذا لايعد المؤمن له في عقد التأمين على البضاعة الذي يحيل إلى شرط التحكيم الوارد في عقد إيجار راضيا به إلا بالموافقة الصريحة عليه وكان عالما به وإلا أعتبر متعسفا ، فالسكوت [2] هو مؤشر واضح ودلالة على عدم العلم بالإيجاب والذي يعتبر أساس الرضا في التعاقد ، وينعدم تبعا لذلك الركن الأساسي في العقد مما يؤدي إلى بطلانه [3]، هذا ما إستقر عليه القضاء الإيطالي بقوله أن السكوت لا ينتج أثرا [4] ، على خلاف ما أقرته محكمة النقض الفرنسية التي قضت بأن سكوت الطرف المحتج عليه بإتفاق تحكيم يعد قبولا إذا تمت الإحالة إلى شروط عامة في وثيقة تتضمن شرط تحكيم وكان عالما بها [5].

الفرع الثالث : شروط صحة التراضي

يلزم لإبرام طرفا عقد التأمين البحري إتفاق التحكيم وتفعيل آثاره تطابق إرادتهما بالقدر الذي يجعل كل منهما يدرك حقيقة تصرفه وما يرتبه إلتزام اللجوء إلى التحكيم في حالة وقوع النزاع المحتمل ، فإذا غاب عنصر الإدراك بسبب عارض يشوب الإرادة [6] كالإكراه ، التدليس والغلط الإستغلال[7]، فما حكم هذه العيوب إذا إعتلت بها إرادة طرفي إتفاق التحكيم ، وماهي آثار ذلك ؟

إن العيوب التي تصيب الرضا من الغلط والتدليس والإكراه والغبن الإستغلال كلها عيوب مفسدة للإرادة ، تحد حقا من فاعلية التحكيم وإن كانت تتوقف على الطرف الذي له مصلحة في إبطال إتفاق التحكيم .

غير أن جزاء البطلان الذي يلحق إتفاق التحكيم على النحو المتقدم لا أثر له قانونا على العقد الأصلي تطبيقا لقاعدة إستقلال إتفاق التحكيم [8]، ومع ذلك فإن الفقه قد إستثنى من تطبيق المبدأ

---

[1]- محمد الهيني ، المرجع السابق ، ص 78 .

[2] - تقضي القاعدة الفقهية "لا ينسب لساكت قول " التي تقابلها قاعدة أخرى "السكوت في معرض الحاجة بيان " وهذه الأخيرة أخذ بها القضاء المصري .

[3] . محمود السيد التحيوي ، المرجع السابق ، ص 159،160

[4] - مأمون عبد العزيز إبرهيم ، التجارة والتحكيم الدولي ، دار الإعصار العلمي ، الطبعة الأولى ، الأردن ، 2016 ، ص 180.

[5]- محكمة النقض في السابق كانت تشترط وجود معاملات سابقة كقرينة على توفر عنصر العلم القاطع لدى طرفي إتفاق التحكيم أنظر فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 101. إتفاق التحكيم ينشأ صحيحا إذا لم يبدي الطرف الثاني قبوله رغم إنقضاء الأجل ، لكنها إشترطت التثبت من خلو العقد الجديد من شرط التحكيم الهدف منه إسقاط شرط التحكيم والتنازل عنه أنظر أحمد السيد صاوي ، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية ، دار حمدي سلامة وشركاؤه ، مصر ، 2002 ، ص 33 .

[6]- ناصر ناجي محمد جمعان ، المرجع السابق ، ص 135.

[7] - محمود السيد التحيوي ، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به ، ص 123 ، 128.

[8]- راجع المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، والمادة 23 من قانون التحكيم المصري .

المبدأ حالتين أولا إذا لحقت هذه العيوب المتعاقد ذاته وثانيا إذا كان العيب في قيمة الشيء موضوع التصرف القانوني أو في المحل ، ففي هذه الحالات فإن بطلان العقد لا يترتب عليه بطلان إتفاق التحكم [1]، وطبقت محاكم التحكيم بشأن عيوب الإرادة المبادئ العامة للقانون أو أعراف التجارة الدولية [2].

يطبق على صحة التراضي في التحكيم التجاري الدولي إستنادا إلى المادة 5 من إتفاقية نيويورك إما قانون الإرادة أو قانون البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم ، وإذا تعارضت أحكام هذه الأخيرة مع قانون داخلي طبقت أحكام الإتفاقية عملا بأحكام المادة الأولى منها .

المطلب الثاني : الأهليـــة

الأهلية هي صلاحية الشخص لاكتساب حقوق وتحمل إلتزامات ، أو هي قدرة التحمل و الكسب يجب توفرها في الشخص لقبول الالتزامات والحقوق المترتبة عن التصرف القانوني الذي قام به[3].

الفرع الاول : أهلية الشخص الطبيعي

قد أجمعت القوانين المتعلقة بالتحكيم على أنه لصحة إتفاق التحكيم شرط أو مشارطة وجب أن يمتلك طرفيه أهلية التصرف [4] سواء بصفته أصيلا أو نائبا [5] ، ورسخت إتفاقية نيويورك 1958 قاعدة مادية [6] تقضي بأن إغفال المحكم شرط الأهلية الكاملة يفقد حكمه قابليته للتنفيذ [7] ، ويقع على على الطرف الذي يسري الحكم في مواجهته إثبات ذلك [8] .

---

[1]. نبيل إسماعيل عمر ، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية ، دار الجامعة الجديدة ، مصر 2004 ، ص 46 .

[2]. أنظر عبد الحميد الأحدب ، موسوعة التحكيم ـ التحكيم الدولي ، المرجع السابق ، ص 228.

[3] . العوضي عثمان ، محمد عبد الغفار بسيوني ، مبادئ القانون ، مطبعة عبد الهادي فرج، الطبعة الثانية مصر 2006 ، ص 189.

[4] ـ أهلية الأداء هي قدرة الفرد لإبرام التصرف القانوني وتحمل إلتزامات أنظر عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد و الإرادة المنفردة ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1984 ، 244 .

إشترط المشرع أهلية كاملة توفرها في طرفي إتفاق التحكيم أنظر محي الدين إسماعيل علم الدين ، نظرية العقد ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1994، ص 294.

[5] . راجع ما نصت عليه المادة 1006 من قانون إ .م.إ ج ، والمادة 1059 من قانون المرافعات الفرنسي والمادة 11 من قانون التحكيم المصري.

[6]. راجع المادة المادة 1/5(أ) من إتفاقية نيويورك 1958.

[7] . أنظر أحمد السيد الصاوي ، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 ، المرجع السابق ، ص 35

[8] ـ أنظر منير محمد الجنبيهي ، ممدوح محمد الجنبيهي ، الإعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2005، ص 30

و لهذا فلا يصح تصرف الولي أو الوصي إلا إذا كان في صالح القاصر، أيضا بالنسبة للمقدم إلا بإذن من المحكمة [1] وهو ما إستقرت عليه محكمة النقض المصرية إستادا إلى القانون المتعلق بالولاية [2] وذلك بضم التحكيم ضمن قائمة المسائل التي تخضع لرقابة قاضي الأحوال الشخصية عن طريق الإذن ، وهذا ما يعكس حرص المشرع على مصلحة القاصر وأمواله وما قد ينصب عليها من تصرفات ومنها إبرام إتفاق التحكيم [3].

و الإشكال الذي يطرح بالنسبة للقاصر المميز المأذون له بإدارة أمواله وممارسة التجارة والتقاضي فهل الإذن يجعله أهلا لإبرام إتفاق التحكيم ؟

يجيب جانب من الفقه عن هذا التساؤل بالنفي وبرر ذلك بأن الأهلية التي إشترطها المشرع لإبرام إتفاق التحكيم هي أهلية التصرف[4] ، غير أن هذا الرأي عارضه بعض الفقهاء من ناحيتين :

أولا : أن أهلية التصرف التي قصدها المشرع تخص فقط التحكيم بالصلح لأن فيه يتنازل أطراف الإتفاق عن حق التقاضي بينما التحكيم بالقانون يحتفظ بهذا الحق وبالتالي فتكفي أهلية التقاضي.

ثانيا : إذا تحصل القاصر المميز على إذن بممارسة التجارة وإدارة أمواله فله أن يبرم العقود و التصرفات أيضا في نطاق المجال المسموح له بالإذن [5] ، وتبعا لذلك أمكنه التنازل عن الحقوق المترتبة عنها متى رأى في ذلك مصلحته كأن يتنازل عن صفقة إتضح له أنها ليست في صالحه و بالتالي أمكنه أيضا اللجوء إلى التحكيم بشأن المنازعات التي تنشأ عنها [6].

و الأهم من ذلك أن إتفاق التحكيم ذات طبيعة عقدية مما تجعله خاضعا لأحكام العقد بما في ذلك أهلية أطرافه وغير متعلق بالنظام العام ، فيكون باطلا بطلانا مطلقا إذا صدر عن عديم الأهلية وقابلا للإبطال إذا أبرمه ناقص الأهلية متوقفا على إجازة صاحبه بعد بلوغه سن الرشد القانونية[7] بإعتبار أن إتفاق التحكيم من التصرفات التي تتردد بين النفع والضرر [8].

---

[1]. راجع المادة 88 من القانون المدني رقم 02/05.

. أنظر عبد الحميد الأحدب ، قانون التحكيم الجزائري الجديد ، مجلة المحكمة العليا ، عدد خاص باليومين الدراسيين 15،16 جوان 2008 حول الطرق البديلة لحل النزاعات ، ج 1 ، ص 67.

[2]. راجع المادة 39 من القانون رقم 119 لسنة 1952 المتعلق بالولاية.

[3]. أنظر أحمد السيد الصاوي ، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 ، المرجع السابق ، ص 36.

[4]. أنظر محمود محمد هاشم ، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية (إتفاق التحكيم) ، الجزء 1 ، دار الفكر العربي ، مصر ، 1990 ، ص 112 وما يليها .

[5]. رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ، ص 230.

[6]. أنظر مصطفى محمد الجمال ، أضواء على عقد التحكيم ، المرجع السابق ، ص 227.

[7]. عبد الحميد المنشاوي ، نفس المرجع ، ص 38 .

[8]. شريف الطباخ ، المرجع السابق ، أنظر ص 49 .

أما التاجر المفلس فتغل يده عن أي تصرف قانوني بعد شهر إفلاسه ، مالم يكن التصرف سابقا لتاريخ حكم الإفلاس [1]، و يتولى وكيل التفليسة أمر تنفيذ شرط التحكيم الذي إلتزم به التاجر حماية لحقوق الدائنين [2]، ويستعين به التاجر في إبرام إتفاق تحكيم في حالة التسوية القضائية بعد حصوله على الإذن و مصادقة القاضي المختص على ذلك إذا تجاوزت قيمة النزاع إختصاص المحكمة أو كانت غير محددة [3] ، أما في التحكيم بالصلح إذا إكتشف الدائنين تواطؤ الطرف الآخر في الإتفاق مع المدين لعلمه بحالة الإعسار أمكن لهم التمسك عن طريق وكيل التفليسة بعدم نفاذ إتفاق التحكيم في حقهم[4].

و إذا كان أصل العلاقة القانونية وعد بالتعاقد فإن شرط التحكيم فيشترط في الواعد الأهلية اللازمة لصحة العقد الموعود به[5] .

الفرع الثاني : أهلية الشخص الإعتباري لإبرام إتفاق تحكيم.

إن التشريعات الدولية وإن كانت على العموم أجازت للأشخاص المعنوية [6] إبرام إتفاق تحكيم شأنها شأن الشخص الطبيعي [7]، إلا أنها لم تستقر في ذلك على قاعدة موحدة على خلاف ذلك بالنسبة للأشخاص المعنوية الخاصة .

فالمشرع الجزائري قد حضر على الأشخاص القانون العام إبرام إتفاق التحكيم كأصل عام وإستثناءا يجوز له في حالتين في العلاقات الإقتصادية الدولية أو الصفقات العمومية ، أما فيما عدا ذلك فإنها مجردة من أهلية إبرام إتفاق التحكيم التجاري [8]، أما المشرع المصري فقد إشترط وجود ترخيص من الوزير المختص أو من مستخلفه[9] ولم يجز التحكيم بمجرد التفويض ، نفس ما ذهب إليه إليه المشرع السعودي[10] الذي إشترط أن يصدر الترخيص عن رئيس مجلس الوزراء .

أما الأشخاص الإعتبارية الخاصة والمقصود الشركات التجارية أجازت لها مختلف التشريعات إما صراحة بوضع نظام تحكيم خاص لتسوية منازعات التأمين كما هو الشأن في

---

[1] . إن التصرف الذي يقوم به التاجر في فترة الريبة يعتبر صحيحا ويسري في مواجهة الدائنين .

[2] ـ أنظر ناصر ناجي محمد جمعان ، نفس المرجع ، ص 157 الطرق البديلة لحل النزاعات ،ج1 ، ص 67

[3] ـ راجع المواد 3/244 ، 2/275 ، 276 ، 1/277 من القانون التجاري الجزائري ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، ط2 ، 2003 ، ص 70.

[4] ـ أنظر أحمد أبوا الوفا ، المرجع السابق ، ص 68.

[5] ـ أنظر شريف الطباخ ، نفس المرجع ، ص 49.

[6] ـ أنظر ناصر ناجي محمد جمعان ، المرجع السابق ، ص 164.

[7] ـ أنظر سامية راشد ، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، منشأة المعارف ، مصر، د س ط ، ص 61

[8] ـ راجع الفقرة 3 من المادة 1006 من الأمر رقم 09/08 المتضمن قانون إ .م.إ.ج.

[9] ـ راجع المادة الأولى من القانون 09 لسنة1997 .

[10] ـ راجع المادة 8 ق 32 من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي.

الأردن[1]، كما قد يجوز التحكيم في منازعات التأمين ضمنيا بعدم وجود نص يمنع ذلك هذا وقد أدرج المشرع المصري شركات التأمين ضمن شركات القطاع العام وأخضع المنازعات التي تكون طرفا فيها إلى نظام تحكيم مزدوج إختياري ويطبق على شرط التحكيم [2] وإجباري يطبق على إتفاق التحكيم بعد وقوع النزاع[3]، وبالتالي ثبت قانونا لشركات التأمين صلاحية لإبرام إتفاق التحكيم داخلي أو دولي ، لكن هل يجوز لها ذلك بصفتها كيان معنوي ؟ .

إن التعبير عن الإرادة يكون صادرا إما من المتعاقد ذاته أومن الغير الذي يقوم مقامه ويمثله تمثيلا قانونيا أو إتفاقيا حسب الأحوال [4]، فالحرص على سلامة إتفاق التحكيم يصح قانونا للنائب أو الوكيل أو الممثل عن الشخص المعنوي التعبير عن رضائه لإبرام إتفاق تحكيم وفقا لإرادته بدلا عن الأصيل[5] .

و في هذا المقام نتفقد صلاحية شركات تأمين لإبرام إتفاق التحكيم في سياق أحكام القانون التجاري الجزائري فإن هذه الشركات على الأغلب تتخذ شكل مساهمة [6] قد خول لمدير الشركة بصفته ممثلا قانونيا عنها إبرام إتفاق تحكيم في إطار أدائه مهامه الإدارية لإدارة الشركة والملاحظ أنه بالنسبة لإتفاق التحكيم في عقد التأمين البحري غير ذلك ، فقد أقر القضاء بأن المشتري إذا لم يكن لديه وكيل في ميناء الشحن أمكنه أن يعهد إلى البائع إبرام عقد تأمين لحسابه كوكيل عن المشتري بموجب وكالة خاصة فيما يتعلق ببيع (FOB)[7] وتبعا لذلك جاز له يطبق على الأهلية في الحالة التي يكون فيها التحكيم متعلقا بمنازعة دولية القانون الشخصي لطرفي الإتفاق بمعنى مراجعة القانون الدولي الخاص لقاضي التنفيذ [8]، يستمد هذا المعيار وجوده من قاعدة إسناد دولية وضعتها إتفاقية نيويورك[9].

[1] ـ راجع التعليمات رقم (9 لسنة 2005) ، (7 لسنة 2005) ، ج . ر عدد 4726 الصادرة في 10 /11/ 2005 تطبيقا لأحكام المادة 84/ أ من قانون تنظيم أعمال التأمين رقم 33 لسنة 1999 وتعديلاته ـ راجع التعليمات رقم7 لسنة 2005 تطبيقا للفقرتين أ ـ ب من المادة 84 من القانون رقم 33 لسنة 1999.

[2]. راجع القانون رقم 27 لسنة 1994.

[3]ـ راجع القانون رقم 60 لسنة 1971 على إتفاق التحكيم بعد وقوع النزاع أنظر رضا السيد عبد الحميد ، المرجع السابق ، ص 21 .

[4] . أحمد لعور ، نبيل صقر ، المرجع السابق ، ص 244 .

[5] ـ محمد إبراهيمي ، الوجيز في الإجراءات المدنية . الجزء الثاني ، الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، 2006 ، ص 285.

[6]ـ راجع المواد من 643 إلى 657 و670 من الأمر رقم 27/96 الصادر في 12/23 /1996 المتعلق بالقانون التجاري الجزائري.

[7]ـ الحميد محمد الحوسني ، التحكيم البحري ، دار الجامعة الجديدة ، 2007 ، مصر ، ص 84.

[8]ـ أنظر شريف الطباخ ، المرجع السابق ، ص 49.

[9] ـ أنظر فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، ج 5، المرجع السابق ، ص 117 .

و قد سلمت قواعد التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري [1] بصحة إتفاق التحكيم موضوعا إذا إستجاب للشروط التي نص عليها إما القانون المتفق عليه بين الأطراف أو القانون الذي يحكم الموضوع وإذا إنعدمت دلالته يترك الأمر للمحكم في إطار سلطته التقديرية .

أما أهلية الشركات والأشخاص المعنوية في القانون الخاص الأصل أنها تخضع لقانون الإرادة حسب ما إستقرت عليه غرفة التجارة الدولية في حكمها الصادر في 1984 بتطبيق قواعدها التي أحال الأطراف نزاعهم عليها فيما تعلق بصحة ووجود إتفاق التحكيم ، وفي حالة خلو إتفاق التحكيم من الإشارة إلى قانون معين يطبق القانون الوطني وحسب الفقه الفرنسي قانون بلد منشأ الشركة الذي يوجد فيه مركزها الرئيسي ، ويعتد كل من القانون الإنجليزي والهولندي بالقانون الذي يطبق على الإجراءات المتخذة في مرحلة تكوينها[2].

الفرع الثالث : المحل و السبب في إتفاق التحكيم

أولا – المحل في اتفاق التحكيم :

إشترط المشرع أن يكون محل إتفاق التحكيم مما يجوز التصرف فيه [3] ، أما الشروط الأخرى يمكن الرجوع بشأنها إلى القواعد العامة بأن يكون موجودا ومعينا ومشروعا لذلك سنقتصر على شرط القابلية للتحكيم أجازت إتفاقية نيويورك المتعلقة بالإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم للدولة المطلوب التنفيذ أمام محاكمها أن ترفضه متى كان فيه مساس بالنظام العام كأن تكون مخالفة لقواعد الإختصاص التي يتولد عنها وجود أحكام متعارضة مع قوانينها الداخلية من شأنها إهدار المصلحة العامة التي يحميها النظام العام[4] .

ففي مجال التحكيم الدولي فإن القضاء الفرنسي يجنح إلى إعمال النظام العام الدولي لتحديد مدى قابلية المنازعات للتحكيم [5]، ويترتب على ذلك سقوط ولاية المحكم على المنازعات المتعلقة بالنظام العام الدولي إنما تبقى حكرا على القضاء، لهذا فإن أحكام المحكمين تخضع للرقابة القضائية اللاحقة عن طريق دعوى البطلان أو أثناء تنفيذ حكم التحكيم للتحقق من عدم مخالفتها للنظام العام الدولي[6] ، هذا وقد خول المشرع للمحكم سلطة البث في مدى قابلية المنازعة للتحكيم تطبيقا لقاعدة إستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي[7].

---

[1]- راجع الفقرة 3/1040 من الأمر رقم 09/08 المتضمن قانون إ.م.إ.ج

[2]- منير عبد المجيد ، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر 1995 ، ص 86 و 87

[3]. راجع المادة 1006 الأمر رقم 09/08 المتعلق بقانون إ. م . إ ج

[4] - أبو زيد رضوان ، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، مصر ، 1981 ، ص 87

[5] - عبد الحميد الأحدب ، المرجع السابق ، ص 161

[6]- أفراح عبد الكريم خليل ، التحكيم في المنازعات البحرية ، مجلة الرافدين ، العدد 50 ، السنة 16 ، ص 139

[7] - عبد الحميد الأحدب ، نفس المرجع، ص163،164

كما أن المعيار الإقتصادي [1] الذي يؤخذ به لدولية التحكيم من شأنه أن يجتذب إليه عقد التأمين البحري وأن يشفع له بإستدراج منازعاته ضمن قائمة المنازعات التي القابلة للتحكيم التي إستمدها أيضا من صفتة التجارية كونه من الأعمال التجارية بحسب الموضوع والشكل [2] .

و قد أشارت مراكز التحكيم البحري في لوائحها إلى أن المنازعات عقد التأمين البحري تدخل ضمن إختصاصها للفصل فيها عن طريق التحكيم ومن ذلك ما نصت المادة الأولى من لائحة تحكيم غرفة التحكيم البحري بباريس [3] والمادة الأولى من لائحة المنظمة الدولية للتحكيم البحري [4].

إذن يشترط لنشأ عقد التأمين البحري صحيحا مرتبا آثاره وقابليته للتنفيذ مرهون بضوابط النظام العام الإقتصادي ويهدف النظام العام الوليد أساسا إلى رسكلة عقد التأمين بمجموعة من الضوابط يلتزم بها طرفي العقد تظهر من خلال النظام القانوني للتأمين البحري [5] ، إضافة إلى القواعد القواعد المشتركة بين مختلف أنواع التأمينات الاخرى وهي معظمها قواعد آمرة ملزمة [6] لا يجوز الإتفاق على مخالفتها.

فالمشرع حسب الرأي الخاص وإن ترك للأطراف في عقد التأمين متنفس لممارسة حرية الإتفاق كأساس يقوم عليه النظام القانوني للعقود ، إلا أنه قيدها في الإطار الذي لا تتعارض فيه مع مصلحة الطرف الضعيف سواء كان المؤمن له ذاته أو المستفيد ، مما يمكن إعتبارها على هذا المنوال بأنها حرية مشروطة ، وبهذا تتجلى مظاهر النظام العام الإقتصادي التوجيهي [7] .

و الأكثر من ذلك فإن القواعد الآمرة ترمي أيضا إلى تنظيم العقد خاليا من شبهة التعسف وتحقيق التوازن العقدي في التصرفات القانونية وتجسيد شرط التطابق الفعلي بين الإرادتين ، ومراعاة مبدأ المساواة العلمية (القانونية) والعملية من خلال حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية القائمة بين الطرفان [8].

مما سبق يتضح أن النظام العام من الضوابط التي تقيّد حرية أطراف عقد التأمين بما يحقق المصلحة العامة عن طريق القواعد التنظيمية الإلزامية ، وعلى صعيد آخر فإنها تحافظ على الروابط الداخلية بين طرفي عقد التأمين عن طريق المحافظة على التوازن الإقتصادي للعقد وحماية المؤمن له على الخصوص .

---

[1]. راجع المادة 1039 من الأمر رقم 09/08 المتعلق بقانون إ.م.إ ج

[2]- راجع المادة 215 من الأمر 07/95 المتعلق بقانون التأمينات

[3]- أنظر محمد عبد الفتاح ترك ، المرجع السابق ، ص 344

[4]. رقية عواشرية، التحكيم المؤسسي ودوره في تحقيق الذاتية الخاصة للمنازعات البحرية، المرجع السابق ، ص5

[5] . راجع المواد من (122 إلى 150) ثم المواد من (192 إلى 194) ، من القانون رقم 04/06 المعدل والمتمم للامر 07/95 المتعلق بقانون التأمينات

[6] . راجع المادة 625 من الأمر رقم 02/05 المتعلق بالقانون المدني الجزائري "

[7] - أبو جعفر المنصوري ، المرجع السابق ، ص 332،333

[8]- هانية محمد علي فقيه ، الرقابة القضائية على عقود الإذعان ، منشورات حلبي الحقوقية ، لبنان ، 2014، ص 67

ثانيا: السبـــب في اتفاق التحكيم

التساؤل الذي يمكن طرحه لماذا يلجأ أطراف عقد التأمين البحري إلى وضع شرط تحكيم ؟

السبب واضح يعبر عنه الشرط ذاته ، ويكمن في إيجاد حل للمنازعات التي من المحتمل وقوعها مستقبلا بين الأطراف بواسطة التحكيم وإستبعاد عرضه على القضاء ، وبهذا فإن ما إشترطه المشرع لصحة السبب متوفر أولهما رغبة الأطراف في إيجاد حلول مناسبة لما قد يثور بينهم من خلافات تعترضهم أثناء تنفيذ العقد أو تفسيره عن طريق التحكيم بدلا من القضاء ، أما العنصر الثاني المتمثل في مشروعية السبب فهو الآخر متوفر، لأن إتفاق الأطراف على فك الخصام بينهم عن طريق التحكيم أمر مشروع ، ويعتبر السبب مشروعا إلا إذا كانت نية أحد الطرفين في إختيار التحكيم التهرب وعدم الرضوخ للقانون الواجب التطبيق على النزاع لتعارضه مع المصلحه الشخصية لما يفرضه من إلتزامات وقيود ، وبهذا فإن الغش نحو القانون لا يستبعد من مجال التأمين سواء من جهة المؤمن وهو الغالب أو من جهة المؤمن له ، وما يعزز رغبة المؤمن في اللجوء إلى التحكيم بديلا عن القضاء صفة الإذعان التي يتميز بها عقد التأمين .

وثبت من الناحية العملية أن شركات التأمين كثيرا ما تتهرب من تنفيذ إلتزاماتها ، أو أنها تتماطل في ذلك على نحو يجد المؤمن له نفسه مضطرا إلى مقاضاتها ، ولتفادي ذلك وسعيا للحفاظ على السمعة التجارية بإعتبار أن شركات التأمين لها طابع تجاري فإنها تضمن عقد التأمين شرط تحكيم ، وبهذا فإن سبب اللجوء إلى التحكيم غير مشروع ويقع باطلا .

ونافلة القول أنه إذا نشأ شرط التحكيم صحيحا مبدئيا بتوفر الشروط العامة من رضا ومحل وسبب كان العقد تبعا لذلك صحيحا ، في إنتظار إستجماع الشروط الخاصة .

المبحث الثاني : الشروط الخاصة بإتفاق التحكيم

إن صفة الإذعان في عقد التأمين البحري أدت إلى إختلال التوازن في المراكز القانونية لطرفي عقد التأمين البحري لإختلال التوازن التقني والإقتصادي نتج عنه تغليب إرادة الطرف القوي على حساب الطرف الآخر، وخولت له هذه القوة سلطة إملاء شروط معدة سلفا يحتمل أن تكون تعسفية ، وتطبيقا لذلك حدد المشرع هذه الشروط التي قد يدسها المؤمن في عقد التأمين ومنها شرط التحكيم الذي يدرج في وثيقة التأمين ضمن شروطها العامة [1]، ووضع سبل الوقاية منه بإشتراط كتابته أولا وإستقلاله في وثيقة منفصلة ثانيا .

المطلب الاول : شرط الكتـــابة و الجزاء المترتب عن مخالفتها

ألزمت جل التشريعات المتعلقة بالتحكيم الوطنية والدولية المتعاقدين كتابة شرط التحكي ـــم[2] (الفرع الاول) و الإنفصال المادي لشرط التحكيم عن عقد التأمين البحري (الفرع الثاني).

الفرع الاول : شرط الكتـــابة

نص المشرع الجزائري صراحة على شرط الكتابة [1] و يؤكد على حجيتها كإجراء شكلي جوهري متطلب لتحرير إتفاق تحكيم بين الأطراف .

[1] . راجع المادة 4/622 من القانون المدني

[2]- أنظر حمزة أحمد حداد ، المرجع السابق ، ص 95

أيضا يلح المشرع الفرنسي [2] على إلزامية تدوين شرط التحكيم فور الإتفاق في أي صورة ورد عليها الإتفاق سواء ورد في العقد الأصلي أو كبند ضمن وثيقة أخرى تحتوي هذا الشرط تمت الإحالة إليها ، وقد يكون في شكل إتفاق لاحق ، فإذا لم يكن شرط التحكيم مكتوبا وجب إبطاله [3]، وبهذا فإن الكتابة تعتبر ركن إنعقاد لا مجرد وسيلة إثبات [4]، نفس ما أقره المشرع المصري [5]، غير أن حكم هذه القاعدة يصرف تطبيقه إستثناءا بالنسبة لوثائق التأمين إذا تضمنت شرط تحكيم إنما ربطه المشرع[6] بشرط آخر فهذا الشرط وحده غير كاف مالم يوجد إتفاق تحكيم لاحق بين الطرفين في ثابت وثيقة مستقلة [7] ، بينما أسقطت قوانين التحكيم لدى بعض الدول شرط كتابة إتفاق التحكيم إذا وقع بين التجار كالسويد والدانمارك وألمانيا [8] ، ولازمت بعض التشريعات الصمت حيال موقفها من كتابة شرط التحكيم وتحديد نوع الكتابة كما هو الحال بالنسبة لقانون التحكيم في المملكة العربية السعودية [9] .

ورغم أن بعض المشرعين إشترطوا كتابة شرط التحكيم ومنه المشرع الجزائري والإيطالي [10] إلا أنه لم يقيّده بنوع معين من الكتابة ، وترك الأمر لحرية المتعاقدين في ذلك فمن الجائز تحرير شرط التحكيم في وثيقة عرفية أو رسمية من منطلق أن الكتابة كشرط شكلي تعتبر وسيلة للإثبات لا ركن للإنعقاد ورتب على تخلفها جزاء البطلان [11].

و يسرت وسائل الإتصال الحديثة والتقليدية للمتعاقدين إبرام مثل هذه العقود التي لا تتطلب الرسمية[12]، لذلك فإن أي وسيلة إتصال مكتوبة أمكن بواسطتها إثبات إتفاق تحكيم ومنها على سبيل المثال البرقيات ، التلكسات ، والفاكس والرسائل الإلكترونية ، إلا أن الشرط على هذا النحو لا يكون صحيحا إلا إذا تحقق تطابق الإيجاب مع القبول بشأن التحكيم [13].

---

[1] . راجع المادة 1040 من الأمر رقم 09/08 المتعلق بقانون إ.م.إ.ج التي نصت" يجب من حيث الشكل ، و تحت طائلة البطلان أن تبرم إتفاقية التحكيم كتابة أو بأية وسيلة إتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة "

[2]. راجع المادة 1443 من القانون رقم 2011/ المتعلق بالإجراءات المدنية

[3]-Daniel Cohen , Arbitrage et société , Librairie Générale de droit et jurisprudence , paris , 1993 , p 188

[4] -Stéphane Chatillon , Droit des affaires international , 4eme édition , Vubert , paris , 2005, p 288

[5]. راجع المادة 12 من قانون التحكيم المصري 27 لسنة1994 وتقابلها المادة 10 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 .

[6]. راجع المادة 750 من القانون المدني المصري والمادة 750 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل ، أيضا المادة 252 من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969.

[7] . أنظر مأمون عبد العزيز إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 182 .

[8] . محمد عبد الفتاح ترك ، المرجع السابق ، ص 402.

[9] . ناصر ناجي محمد جمعان ، المرجع السابق ، ص187.

[10] . راجع المادة 807 من القانون إ. م. الإيطالي المعدل 2006.

[11] انظر منير عبد المجيد ، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم ، مطابع الشرطة ، مصر 2005 ، ص94.

[12] . أنظر عبد الحميد الأحدب ، موسوعة التحكيم ، التحكيم الدولي ، المرجع السابق ، 1036.

[13] . أنظر سميحة القليوبي ، التحكيم التجاري ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2009 ، ص 54.

و تسري هذه الأحكام على إتفاقات التحكيم الوارد في وثائق التأمين عموما مع ضرورة مراعاة عدم تعارضها مع القوانين السارية [1] .

لا تخلو الإتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم من النص على كتابة شرط التحكيم أهمها إتفاقية نيويورك 1958 المتعلقة بالإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي التي ألزمت دول الأعضاء الإعتراف و تنفيذ إتفاقات التحكيم المحررة بين أطراف متعاقدة بشأن المنازعات موضوع إتفاق التحكيم ، ولم تحدد إلى نوع الكتابة[2] ما إن كان رسائل أو برقيات وأشارت إلى التوقيع على الوثيقة المدونة إذا كان محررا في وثيقة مستقلة في صورة مشارطة تحكيم ، أما إذا ورد هذا الإتفاق كبند في سياق بنود العقد الأصلي في صورة شرط تحكيم يكفي أن يحمل العقد الأصلي على توقيع واحد ينصرف هذا التوقيع إلى كافة بنود العقد .

هذا وقد أثارت العقود المبرمة بوسائل الإتصال الحديثة إشكالية توقيع شرط التحكيم ، إذ عالجت محكمة النقض الإيطالية هذه الإشكالية بجزم التوقيع لإبرام مثل هذا النوع من العقود ، إنما يكتفي التأكد من مصدرها فلا تحتاج إلى توقيع ، هذا ما حكمت به محكمة إستئناف إيطالية في 1971/12/13[3].

وعليه فلا يجوز لأية دولة من الدول المصادقة على الإتفاقية منح الصيغة التنفيذية وقبول تنفيذ حكم التحكيم الدولي أو الأجنبي مالم يكن إتفاق التحكيم مكتوبا ، كما لا يجوز للطرفين التمسك به مالم يكن ثابتا بالكتابة ولا حجة للإتفاق الشفوي[4].

بينما تركت إتفاقية جنيف 1961[5] الحرية للأطراف المتعاقدين في تحرير شرط التحكيم وفق الشكل الذي يحدده قانونهم الوطني[6] في الحالة التي لا يشترط فيها كتابة شرط التحكيم [7] .

و قد كان القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة الأونسترال 1985 أكثر تشددا في كتابة شرط التحكيم محددة كيفياتها بشكل مفصل وذلك في وثيقة موقعة أو وسائل الإتصال السلكية أو اللاسلكية المتبادلة بين الطرفين منها الرسائل والتلكسات أو البرقيات وغيرها[8].

أما الإتفاقية العربية للتحكيم التجاري [1] فقد إعتدت هي الأخرى بالكتابة ويستوي في ذلك أن يكون إتفاق التحكيم في صورة شرط في العقد أو كإتفاق لاحق بعد نشأة النزاع للفصل فيه بالتحكيم وقد أوصت الإتفاقية بصياغة شرط التحكيم في شكل نموذج يدرج في العقود الأصلية[2]،

---

[1] . راجع المادة 79 من القانون رقم 10 لسنة 2005 المتعلق بالتأمين العراقي .

[2] . راجع المادة 02 من إتفاقية نيويورك 1958 .

[3] ـ أنظر فتحي والي ، المرجع السابق ، ص 135 .

[4] ـ أنظر محمد عبد الفتاح ترك ، المرجع السابق ، ص 403.

[5] . راجع المادة 2/1 من إتفاقية جنيف 1961.

[6] ـ سراج حسين أبو زيد ، التحكيم في عقود البترول ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2004 ، ص 278 ، 279

[7] أنظر ناصر ناجي محمد جمعان ، المرجع السابق ، 185 نقلا عن عاطف محمد الفقي ، ص 205

[8] ـ أنظر حسني المصري ، التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي ، مطبعة عباد الرحمان ، الكويت ، 1996 ، ص 331

و أشار نظام غرفة التجارة الدولية بباريس[3] إلى وجوب إرفاق طلب التحكيم بالإتفاق الكتابي. وتثار إشكالية الإثبات بالنسبة لشرط التحكيم بالإحالة إذا كان العقد الأصلي يتضمن إحالة على شرط تحكيم في وثيقة أخرى كأن يكون عقد نموذجي في مجال النقل البحري ، فيعتبر الشرط في هذه الحالة صحيحا إذا إستوفت الإحالة شروطها بأن تتضمن ما يفيد إعتبار شرط التحكيم الذي تتضمنه هذه الوثيقة جزء من العقد الأصلي ولا يتحقق ذلك إلا إذا كانت الإحالة خاصة ، و أن الكتابة تدل علم الطرف الآخر بوجود الشرط .

لهذا يرى الفقه أنه من الضروري جدا أن يتضمن شرط التحكيم كل البيانات الشكلية منها تعيين أسماء المحكمين وكيفياته وإستبدالهم ، البيانات المتعلقة بالأطراف سواء تعلق بالشخص الطبيعي أو المعنوي ، وأن يحمل توقيع الطرفين[4] .

مما سبق يتضح أن التشريعات الوطنية والدولية قد تأرجحت بين كفتين حول أثر الكتابة على حكم التحكيم ، فبعضها يتجه إلى الأخذ بالكتابة مجرد وسيلة إثبات كإيطاليا ، بلجيكا ، إنجلترا ومعظم قوانين الدول العربية منها مصر سوريا والكويت [5]، بينما يعتبرها البعض الأخر منه القانون المغربي أنها شرط إنعقاد[6].

الفرع الثاني : الجزاء المترتب عن تخلف شرط الكتابة

و لهذا فإن التمييز بين ما إن كانت الكتابة وسيلة للإثبات أم شرط إنعقاد ينعكس على الأثار التي تترتب في حالة تخلفها ، فإذا كانت الكتابة لا تعدوا أن تكون مجرد وسيلة مقصودة للإثبات فإن تخلفها لا يؤثر على شرط التحكيم وعلى الحكم التحكيمي ، أما في الحالة المعاكسة فإن إغفاله يؤدي إلى هدم الإتفاق أو الحكم التحكيمي الذي يغفل هذا الشرط ، فيتصدى له القاضي بالبطلان المطلق[7]، وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا اليمنية على أنه لا تناكر بين طرفي الطعن بشأن عدم وجود إتفاق تحكيم مكتوب ، و من ثم فإن الجزاء المنصوص عليه قانونا هو بطلان حكم التحكيم [8].

يتبيّن من مجمل القوانين السابقة أنها ركزت بشكل كبير على الجانب الشكلي لإتفاق التحكيم في عقود التأمين وتشددت في الحكم على مخالفته بأن يكون مصيره البطلان ، وحكمة المشرع من

---

[1]. راجع المادة 2/2 من الإتفاقية العربية للتحكيم التجاري

[2] . محمد عبد الفتاح ترك ، المرجع السابق ، ص 403

[3]. راجع المادة 3/4 من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس الذي نص" يشمل الطلب بوجه خاص : د ـ الإتفاقيات المعقودة وخاصة إتفاق التحكيم "

[4] ـ عبد الحميد الأحدب ، المرجع السابق ، ص 153

[5] . راجع على التوالي المادة 509 ، المادة 173

[6] ـ شكري أحمد السباعي ، الوسيط في القانون التجاري المغربي و المقارن ، مكتبة المعارف ، المغرب ، الطبعة الثانية ، 1983 ، ص 202

[7] . راجع المادة 273 من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969.

[8] . ناصر ناجي محمد جمعان ، المرجع السابق ، ص 182، 183.

إشتراط كتابة إتفاق التحكيم تكمن في الضمان الذي توفره في مواجهة الخطر الناشئ على تنازل طرفي إتفاق التحكيم عن حق التقاضي المكفول دستوريا وسلب القضاء إختصاصه في الفصل في النزاع ليحل التحكيم محله كوسيلة بديلة عنه تتلاءم مع طبيعة المنازعات سيما وأن بعض العقود كعقد التأمين لما ينطوي عليه من خطورة ناتجة عن خصائص عقد التأمين ذاته و باعتياره من عقود الإذعان ، وكذا الحذر من أن يكون هذا الشرط تعسفيا سيما وأن التحكيم يقوم على عنصر الإرادة في التخلي عن الضمانات القضائية [1] .

فالمشرع قد قصد بدون شك حماية لأحد طرفي عقد التأمين لذلك قد أخضعها لتنظيم خاص يكرس هذه الحماية ومنها القواعد المقررة لحماية المستهلكين بإعتبار المؤمن له في التأمين البحري في نظر الفقه مستهلكا دوليا ويكون فيها التحكيم جائزا [2] ، ولا يمكننا تصورها لغير صالح المؤمن له بإعتباره الطرف الضعيف في العلاقة ولهذا فإن هذا التنظيم يقوم على نقطتين :

– منح السلطة التقديرية للقاضي بإبطال الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها [3] ونقصد على الأخص شرط التحكيم التعسفي [4] .

– أن الشك في عقد التأمين يفسر لصالح الطرف المذعن (المؤمن له) ، وإعمال هذه القاعدة قد يؤدي إلى إعتبار إتفاق التحكيم غير موجود إذا ورد ضمن جملة الشروط العامة الأمر الذي دفع بالمشرع إلى وجوب كتابته [5] قاطعا الشك باليقين .

المطلب الثاني : الإنفصال المادي لشرط التحكيم عن عقد التأمين البحري

إن شرط الكتابة وإن كان من مظاهر التميّز التي يتصف بها شرط التحكيم عن غيره من التصرفات القانونية ذات الطابع الإتفاقي ، فإن المشرع أضاف شرط آخر يعطي لشرط التحكيم وجها أكثر تميّزا ، يكمن في وجوب تحريره منفصلا عن بقية البنود العامة للعقد ضمن وثيقة مستقلة ، وإن كان الإتفاق على هذه الشروط جاءت متزامنة في ذات اللحظة ولا يوجد فارق زمني بين الإتفاق على شرط التحكيم وبقية الشروط العامة للعقد .

إن شرط التحكيم في عقد التأمين يرد في وثيقة منفصلة عن الشروط العامة أوجبته أغلب القوانين الدولية ومنها القانون الجزائري [1]، نفس المغزى تضمنه القانون المدني المصري [2] والعراقي [3] الذي كرس هو الآخر شرط الإنفصال المادي لشرط التحكيم في عقد التأمين [4] .

---

[1]- ناصر ناجي محمد جمعان ، المرجع السابق ، 137.

[2]. راجع المادة 309 من القانون رقم 31/08 المتعلق الوساطة والتحكيم التي نصت "مع مراعاة مقتضيات الفصل 308 أعلاه لايجوز ان يبرم إتفاق التحكيم بشأن تسوية النزاعات التي تهم حالة الأشخاص وأهليتهم أو الحقوق الشخصية التي لا تكون موضوع تجارة ".

[3]- راجع المادة 110 من الأمر رقم 02/05 المتضمن القانون المدني .

[4] . راجع المادة 4/622 من القانون المدني الجزائري .

[5]- منذر عباس ، نفس المرجع ، ص 4.

و بهذا فيحظر على شركات التأمين أثناء تحريرها لوثائق التأمين النموذجية المعدة سلفا إدراج شرط التحكيم ضمن العامة بنودها ، والهدف الذي يتوخاه المشرع من هذا الشرط يتمثل في تفادي إستعمال المؤمن شرط التحكيم وسيلة لتحقيق المصلحة الخاصة على حساب المؤمن له وذلك للإفلات من القانون الواجب التطبيق على النزاع الذي يوفر ضمانات أكثر لحماية حقوق المؤمن له إما بطريقة مباشرة عن طريق إختيارها قانون معيّن بديلا عن القانون الواجب التطبيق أو بطريقة غير مباشرة عند إختيارها مكان للتحكيم من أجل تحقيق مصلحتها الفردية يوفرها لها ذلك القانون أو أن يلجأ إلى وضع قواعد إجرائية أو موضوعية دون إشراك المؤمن له وغيرها مما يتضمنه شرط التحكيم وبهذا فإنها تحرم المؤمن له من المزايا التي يمنحها له القانون المستبعد للمؤمن له .

إضافة إلى ذلك وحسب الرأي الخاص فإن النص على شرط التحكيم ضمن قائمة الشروط العامة يجعل هذا الشرط يتصف بالعمومية ويفتقر إلى العناصر الأساسية المتطلبة في إتفاق التحكيم والحاجة إلى الإتفاق مجددا بشأنها ، فلا جدوى من الشرط بهذه الصيغة لأن حكم التحكيم المستند عليه مآله البطلان .

و الأهم من ذلك أن شرط التحكيم العام يفترض فيه سوء نية المؤمن الذي يحرر عقد التأمين بارادته المنفردة ، دون أن يتمكن الطرف المتعاقد من تعديلها طالما أن عقد التأمين من عقود الإذعان ، فيجد نفسه ملزما بشرط التحكيم في كل ما ينشأ بينهما من منازعات دون إستثناء قد لا يرغب اللجوء إلى التحكيم بشأنها على الرغم من أن نظام التحكيم من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها مبدأ الإستقلالية وتكريس حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم بدلا من القضاء .

فلا يخلو شرط التحكيم على هذا المنوال من التعسف تحمل المؤمن له لامحالة على الخضوع عنوة لنظام تحكيم يتضمن مسائل من المؤكد أنه يستبعدها من مجال الإتفاق لو أستشيرت إرادته قبلا مما يجعل شرط التحكيم ذاته على هذا المنوال تعسفيا .

إلا أن المشرع اللبناني لم يأخذ بهذا الشرط ، ذلك أنه لم يفرق بين بنود العقد الأصلي معتبرا أن شرط التحكيم من الشروط العادية فلا حاجة لعزلها عن بقية تلك الشروط أن يرد ضمن بنود العقد الأصلي أو بوثيقة مستقلة بعد نشأة النزاع في شكل مشارطة [5]، ولهذا فإن الشرط الذي يتخلل عقد التأمين المبرم بين الطرفين ويقضي بإحالة النزاع إلى التحكيم في حالة وقوعه يعتبر شرط صحيح لا يجوز النكول عنه[6].

---

[1] ـ راجع المادة 622 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم " يكون باطلا ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية: شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط العامة ".

[2] ـ أنظر منير عبد المجيد ، المرجع السابق ، ص 96.

[3] ـ راجع الفقرة 4 من المادة 985 من القانون المدني العراقي رقم 4 لسنة 1951 المعدل.

[4] ـ أنظر خالد عبد العظيم أبوغابة ، التحكيم وأثره في فض المنازعات ، دار الفكر الجامعي ، الطلعة الأولى ، مصر ، 2011 ، ص 161.

[5] . راجع المادتين 763 ، 765 من قانون أصول المحاكمات اللبنانية

[6] ـ جعفر مشيمش ، المرجع السابق ، ص93

و ظل شرط التحكيم محظورا لدى المشرع الفرنسي لفترة طويلة من الزمن ، منطلقه في ذلك أن شرط التحكيم قائما على عنصر الإحتمال لتعلقه بالمستقبل ، غير أن قاعدة حظر شرط التحكيم في العقود والتي دأب إليها المشرع الفرنسي بموجب المادة 1006 لم تكن مطلقة وإنما تخلّلها إستثناء يتعلق بعقد التأمين البحري ، فأجاز ضمن أحكام المادة 332 للأطراف الإتفاق على التحكيم في صورة شرط بعد التعاقد ولو لم تكن الخصومة قائمة ، ولا يلزم الأطراف بموجب الإتفاق ذكر أسماء المحكمين ، أكد القضاء الفرنسي على ذلك بموجب الحكم الصادر عن محكمة التمييز الفرنسية بتاريخ 1936/12/17[1] .

و يسري على إتفاق التحكيم التجاري الدولي من حيث شروط صحته كأصل عام القانون الإتفاقي إذ يطبق القانون الجزائري على النحو السابق في الحالات التي يتفق الأطراف على تطبيقه أو أن يحرر إتفاق التحكيم طبقا له ، وما عدا هذه الحالات يطبق أي قانون آخر متفق عليه أو القانون المتصل بموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما[2] .

الخاتمـــة :

مما تقدم أن إتفاق التحكيم لما كان يكتسي الطبيعة العقدية أوجب المشرع لصحته إستيفاء الشروط القانونية التي وجب توفرها في العقد الأصلي شكلية وموضوعية ، وخص إتفاق التحكيم في منازعات التأمين بشروط وأحكام خاصة تتجسد في شرط الكتابة وإنفصاله المادي عن بنود العقد الأصلي في وثيقة مستقلة ذلك ما يعكس طبيعة وخصائص عقد التأمين البحري .

و لهذا فإن شرط التحكيم قد يكون معيبا إما لإختلال ركن الرضا يؤدي إلى فساده بسبب ما يصيب الرضا من عيوب ، فشرط التحكيم المعيب يعد من الحيل التي يلجأ إليها أحد طرفي العقد سيء النية عندما يكون التحكيم في غير صالحه فيتعمد إحداث خلل في الشرط لفتح ثغرة يتسلل منها ليتخلص من آثار الإتفاق ببطلان الحكم وإعدام أثره وبالتالي ضمان عدم تنفيذه ، ويبقى طالب التنفيذ يتأرجح بين القضاء والتحكيم لإيجاد حل للنزاع دون جدوى ، فإذا لجأ إلى القضاء إصطدم بتمسك الطرف الآخر بعدم الإختصاص ، أما إذا توجه إلى التحكيم فإنه قد يصطدم إما برفض الدعوى لعدم صحة شرط التحكيم أو عدم وجوده ، ولهذا فإن المشرع قد تصدى لهذه الحيل الهادفة إلى تظليل الطرف الآخر، لذلك أضفى شروط خاصة .

[1] ـ جعفر مشيمش ، نفس المرجع ، ص 95

[2] ـ راجع المادة 3/1040 من الأمر رقم 09/08 المتضمن قانون إ . م. إ. ج