



جامعة عبد الحميد بن باديس -مستغانم-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

أطروحة مقدمة

لنيل شهادة دكتوراه للطور الثالث في الحقوق تخصص قانون

التأمينات

## دور التحكيم الدولي في تسوية منازعات التأمين البحري

تحت إشراف الدكتور:  
بلعبدون عواد

من إعداد الطالبة:  
بلخوجة خيرة

لجنة المناقشة			
الاسم واللقب	الدرجة العلمية	المؤسسة الجامعية	الصفة
ماموني فاطمة الزهرة	أستاذة التعليم العالي	جامعة مستغانم	رئيسا
بلعبدون عواد	أستاذ محاضر -أ-	جامعة مستغانم	مشرفا مقرا
بن عديدة نبيل	أستاذ محاضر -أ-	جامعة مستغانم	عضوا
بوزيد خالد	أستاذ محاضر -أ-	جامعة مستغانم	عضوا
بن قادة محمود امين	أستاذ محاضر -أ-	جامعة وهران 2	عضوا
معمر خالد	أستاذ محاضر -أ-	جامعة تيارت	عضوا

السنة الجامعية: 2021/2020

# الثناء

أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع إلى أمي  
العزيزة أطال الله في عمرها، وروح أبي الطاهرة،  
وأخواتي وزوج أختي الكبرى وزميلاتي  
وصديقاتي خاصة صديقتي المقربة وزوجها الذي  
دعمني كثيرا منذ الدراسة في الماستر بمعونة  
صديقه، وأعموان الإدارة على مستوى العمادة  
خاصة الموظفة التي سقتني شجاعة وكل من  
ساهم في إيمانتي في المشوار البحثي ولو بكلمة  
طيبة.

بلخوجة خيرة

## شكر وحمدان

إذا خطى العبد خطوة بدأها بسم الله عليك توكلت وذاقتهما أن الحمد لله  
حمدا مباركا يبلغ جلال عظمتك، لك الحمد حتى ترضى ولك الحمد إذا  
رضيت، لك الشكر وبنعمتك تتم الصالحات أبوء لك بنعمتك علي وما توفيقني  
إلا بك، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين بفخر واعتزاز  
أتشرف بما قدمه لي المشرف من عون وصبره الجميل على مرافقتي لإنجاز  
هذا العمل المتواضع لهذا لا يسعني إلا أن أتوجه إلى الأستاذ الكريم عرفانا  
له بالجميل لأقدم له الشكر الجزيل على إيمانه لي ووقوفه إلى جانبي وقت  
الشدائد، وتشجيعه لي لإتمام مساري البحثي، وأشكر لجنة المناقشة على  
قبولهم مناقشة البحث وصبرهم الجميل على تصحيحه، وأشكر أساتذة التكوين  
وكل أساتذة كلية الحقوق وعمال مكتبة الكلية .

# المقدمة



## مقدمة

يعتبر حق التقاضي مكسب دستوري لكل فرد غايته الحفاظ على الحريات والحقوق وتحقيق العدالة، غير أن تكديس القضايا وتزاحمها نتيجة بطء إجراءات التقاضي وتعقيدها حال دون تسويتها كلها، هذا الوضع أثر على النشاط التجاري الدولي، الأمر الذي فرض على الإقتصاديين البحث عن الوسائل البديلة للتسوية تستجيب لمتطلبات التجارة الدولية القائمة على خاصية السرعة وخفة المبادلات من جهة، والإفراج عن القضايا التي تحبس في أدرج المحاكم أمام متمهين متخصصين في مجال النشاط البحري على الخصوص، سيما وأن المجال البحري تحكمه على الأرجح العادات والأعراف التجارية البحرية أكثر من القواعد القانونية الصماء وتخفيف الضغط على مرفق القضاء من وجهة أخرى، والأهم من ذلك البحث عن الملاذ الآمن لأسرار هؤلاء المتعاملين الإقتصاديين التي لا يتوفر عليها القضاء أمام علنية الجلسات الذي يعد من أهم مبادئ التقاضي<sup>1</sup>.

فإستناد كل من البرلمان والمجلس ولجنة الإتحاد الأوروبيين على المادة 24 من إتفاقية بروكسل الأولى بشأن الإختصاص القضائي والإعتراف وإنفاذ القرارات في المسائل المدنية والتجارية قد ساهم في التشجيع على العمل بالطرق البديلة للقضاء في المسائل المدنية والتجارية من قبل الدول الأعضاء، وبالتالي تسليط الضوء على الدور التكميلي لهذه الأساليب البديلة<sup>2</sup>.

كذلك فإن المشرع الجزائري أولى إهتماما بالتحكيم وإن كان متأخرا، فجاء القانون رقم 09/93 الذي إعترف من خلاله بالتحكيم الدولي الذي ظل لفترة طويلة في موقف سلبي إيماننا منه بأن التحكيم عدالة الأغنياء ووسيلة لتجنب القوانين التي تتعارض مع مصالحهم ضد خصومهم الذين ينتمون إلى الدول النامية.

وإستدراكا للنقص الذي شاب القانون السابق قام المشرع الجزائري بتعديل بعض الأحكام التي تتعلق بالتحكيم التجاري الدولي ضمن نصوص القانون رقم 09/08 المتضمن قانون

<sup>1</sup> عبد الحميد الشواربي، التحكيم والصلح في ضوء الفقه والقضاء، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994، ص 21.

2- SOLIGNAC Philippe, livre vert sur les modes internatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, chambre commerce et d'industrie de paris, Rapport au nom de la commission juridique et adopté par l'assemblée générale du 19/09/2002, p 25. v. www.cci.paris.idf.fr

الإجراءات المدنية والإدارية<sup>1</sup>.

أيضاً عرفت معظم الدول تعديلات في القوانين المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي بما يواكب التطور الحاصل في التجارة البحرية مثلاً في فرنسا صدر المرسوم رقم 48/2011 الذي نتعرض لبعض أحكامه في بحر هذه الدراسة.

هذا التعديل بالضرورة له أثر حاسم وإيجابي إزاء المتعامل الإقتصادي الأجنبي وحتى الفرنسي فلم يعد تفكيره في إختيار غير التحكيم مما أدى إلى شيوعه، ويرجع ذلك حسب الأستاذ jarrosson إلى أن المرسوم رقم 48/2011 قضى على التناقض القائم بين حظر بند التحكيم في المسائل المدنية ومرونة النصوص المتعلقة بالتحكيم في قانون الإجراءات المدنية<sup>2</sup>.

تلك القوانين قد إستمدت أحكامها من القواعد الدولية المتعلقة بالتحكيم البحري من معاهدات وإتفاقيات ثنائية ومتعددة، أهمها القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، إتفاقية نيويورك 1958، إتفاقية الرياض للتعاون القضائي، وعمان للتحكيم التجاري الدولي.

هذه القواعد تطبق على التحكيم بشكل خاص في قطاعات معينة من النشاط، والتي تتعلق بطبيعتها بالتجارة البحرية ذات الطابع الدولي ومنها التأمين<sup>3</sup>، فغالباً ما يكون أطرافه من جنسيات مختلفة، أو أن تحمل السفينة علم دولة أخرى، أو أن تتم العملية التجارية بين مينائين لدولتين مختلفتين فتتعدد الأنظمة القانونية التي يخضع لها النزاع وبالتالي تطبيق قاعدة التنازع، الأمر الذي دفع إلى التفكير في وضع قواعد موحدة نتج عنه إرساء قواعد إتفاقية نيويورك 1958 وهامبورغ لسنة 1978 المتعلقة بالنقل البحري للبضائع، تضمنت بند ينص على التحكيم كوسيلة المنازعات التي تنشأ عن العقود البحرية<sup>4</sup>.

وزاد التحكيم البحري الدولي دعماً وقوة إنتشار مراكز التحكيم البحري في مختلف أنحاء

<sup>1</sup> . القانون رقم 09/08 الصادر في 2008/02/25 المتعلق بقانون إ.م.إ.ج، ج ر عدد 21 الصادرة في 2008/04/25.

2-TURGNE Franck, l'arbitrage en matière d'assurance et de réassurance, Economica, paris, 2007, p269

<sup>3</sup> . راجع المواد من 1492 إلى 1507 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

<sup>4</sup> . سعدي ليندة، إنتهاء عقد التأمين البحري والجهات المختصة بفض النزاعات الناشئة عنه، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2005 . 2008، ص 30.

العالم تضم محكمين متخصصين خبراء فنيين ومهنيين ممارسين للنشاط البحري.

يعتبر التحكيم الوسيلة الأكثر قبولاً لتسوية منازعات التجارة الدولية والأسباب واضحة أن الأطراف لا يفضلون عرض منازعاتهم على المحاكم الوطنية لتجنب الخضوع الجبري لإجراءات غير معروفة يفرضها القانون الواجب التطبيق التي تفضي إليه قاعد إسناد في قانون القاضي<sup>1</sup>. وقد حقق التحكيم نجاحاً يظهر ذلك من إحصائيات مراكز التحكيم CCI·LSIASCC، هذه الأخيرة إرتفع عدد القضايا التي فصلت فيها من 508 إلى 796 سنة 2011<sup>2</sup>.

ظل التحكيم حاضراً لفترة طويلة في المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقود البحرية، ومنها تلك التي تنشأ عن تنفيذ عقد التأمين البحري أو تفسيره، وعلى الخصوص التعويض، لذلك فإن تدخل شركة التأمين في التحكيم البحري يعد أمر طبيعى، هناك نوعان من شركات التأمين التي تتحمل على عاتقها التغطية التأمينية وتكون طرفاً في التحكيم وتتمثل في شركات التأمين على جسم السفينة، وشركات التأمين على البضائع، إلى جانب نوادي الحماية والتعويض التي تتكفل بالتأمين وإعادة التأمين على السفن والبضائع ومسؤولية مالكي السفن<sup>3</sup>.

وما يميز التحكيم في هذا النوع من المنازعات من حيث نشأته أنه تمركز في أقاليم بعض الدول الكبرى ذات الأسطول البحري العتيد، فنشأ التحكيم الحر في لندن، بينما العاصمة الفرنسية إحتضنت التحكيم المؤسسي الذي برزت حركته منذ التسعينات قادتها الرابطة الدولية لقانون التأمين AIDA في باريس، فساهمت في إنشاء هيئات التحكيم منها ARIAS ومركز التحكيم الفرنسي للتأمين وإعادة التأمين CEFAREA الذي إستفاد من نظام التحكيم الجديد بموجب المرسوم رقم 48/2011<sup>4</sup>.

ومن ناحية أخرى فإن التحكيم من شأنه أن يخول للشركات فرصة التقاضي أمام قضاء

<sup>1</sup> . مروان عبد الهادي بشير الدوسري، التحكيم الدولي التجاري في النقل البحري وأثر تطبيق إتفاقية هامبورغ لسنة 1978، مجلة الأنبار للعلوم الاقتصادية والإدارية، المجلد 7، العدد 13، 2015، ص 528.

<sup>2</sup> - ALEXANDRE Job, J. Rosell, Rapport statistique 2011 de la Chambre de Commerce Internationale (ICC) en matière d'arbitrage, lemondeduroit.fr, 28 juin 2012 ; A. Mourre, L'arbitrage ICC consolidé en 2011 sa place de première institution mondiale d'arbitrage, Echanges Internationaux, 2012, p 11.

<sup>3</sup>-Olivier Jambu-Merlin, l'arbitrage et la société d'assurance CEFAREA, v. [www.sefarea-arias.fr/arb\\_i\\_tres](http://www.sefarea-arias.fr/arb_i_tres)

<sup>4</sup> -BOUCKAERT C et DYPERYRE R, le nouveau droit français de l'arbitrage et ses implications en matière d'assurance et de réassurance, RGDA, 2011, p 361.

خاص وفقاً لإجراءات تتكيف مع الخصائص القانونية والثقافية والاقتصادية بواسطة محكمين يتطلعون إلى الانفتاح على الحلول البديلة لما تتميز بالمرونة في الإجراءات غير القضائية، وما يسهل من التسوية الودية التخلي عن الشكليات التي تفرض على القاضي إتباعها وإستبدالها بإجراءات أكثر مرونة تتلاءم مع خصائص العمل التجاري<sup>1</sup>.

وبهذا فإن التحكيم يصلح بديلاً عن القضاء لتسوية منازعات التأمين البحري، وسبب ذلك مزايا التحكيم التي تتوافق مع نوع المنازعات الناشئة عن التأمين من الناحيتين الفنية والمالية إضافة إلى ذلك فإن العلاقة بين التحكيم والتأمين متصلة أنشأها صانعو التأمين منذ القديم وعملوا على تطويرها وتوسيعها<sup>2</sup>.

وتبعاً لذلك حملت شركات التأمين على عاتقها دور تشجيع التحكيم، وذلك عن طريق منح مكافآت للمكاتب الأجنبية الذين يفضلون اللجوء إلى هذه الوسيلة لحل منازعاتهم وذلك لتشجيع الإستثمار<sup>3</sup>، ذلك أن أقساط التأمين تكون مرتفعة في عقد التأمين الدولي إذا لم يتم اللجوء إلى التحكيم بشأن المنازعات المحتملة للتخفيف منها<sup>4</sup>.

وتركيزنا على عقد التأمين من بين العقود البحرية لأهميته وعلاقته بباقي العقود سيما عقد النقل البحري الذي إرتبط به منذ أن كان يعتمد فيه على نماذج تقليدية يفترق إلى التقنيات المتطورة التي تستخدم حالياً.

هذا ما يفيد بأن العلاقة بين التأمين والتحكيم ليست حديثة، ومع ذلك فإنها تظل معقدة ومتناقضة، ويرجع ذلك إلى أن التحكيم أساسه إرادة الأطراف والأثر النسبي لإتفاقاته، مما يصعب التعامل معها أحياناً خاصة وأن عقد التأمين تتعدد أطرافه ليشمل غير الموقعين على العقد كالمستفيد والمضرور والمسؤول عن الضرر المؤمن منه، بسبب هذا التناقض ظل التحكيم غير معترف به ومرفوض في مجال التأمين وخاصة في قضايا إعادة التأمين.

1- ALEXANDRE Job, J. Rosell, op.cit, p 7.

2-PORIN M, sécuisation des engagements, inspect institutionnels, in assurance et protection sociale.dir. GILET J-L , LORIFERNE D et PRETOT X, paris , Dalloz, 2011, p 9

3 - HOCINE Farida, l'influence de l'acueil de la sentence arbitrale par le juge algerien sur l'efficacité De l'arbitrage commercial international, thèse pour le doctorat, univer - tizi wezo, 2012, p 31

4- RACINE Jean Batiste, les raisons de libéralisation du droit de l'arbitrage international dans les pays émergents (le cas particulier de l'algerie), in séminaire : l'algerie en mutation, sous la direction de : R CHARVIN et A GUESMI, p 271

كما أن التأمين بحد ذاته لم يكن مقبولاً، لأن بعض الدول خاصة الدول الإسلامية كانت تستبق النظرة غير الشرعية له وربطته ببعض المعاملات المحرمة منها الربا والمقامرة والرهان.

إلا أن أهمية ودور التأمين في الحياة الإقتصادية سيما في المجال البحري الذي صادف تطور التجارة البحرية الدولية فرض على الدولة الإهتمام به وتطويره وتنظيمه، ويعد أمر Colbert سنة 1981 تدوينا للتأمين قبل أول بورصة أطلقها السيد Lloyd's في القاعة الخلفية لمقهاه وكان التأمين المباشر عن الأخطار الكبرى أول المجالات التي ساد فيها التحكيم وسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عنها، ثم عم جميع فروع التأمين<sup>1</sup>.

تتميز مسائل التأمين البحري بأنها مسائل فنية ومعقدة ودقيقة لإرتباطها بظروف الملاحة البحرية من جهة، وتمحور موضوعها حول السفينة والبضائع وجسامة الأخطار التي تتعرض لها أثناء الرحلة البحرية من جهة أخرى، هذا ما يجعل الفصل فيها يحتاج إلى خبراء فنيين في مجال التأمين البحري التي لا تكتمل لدى القضاة، هذا ما دفع المتعامل الإقتصادي اللجوء إلى التحكيم بديلاً عن القضاء لحل المنازعات التي تنشأ بينهم بعد تحقق الخطر المؤمن منه.

نشأت العلاقة بين التحكيم والتأمين منذ صدور حكم PRINIER الذي فصل في النزاع بين شركة التأمين ومؤمنها عام 1843، ويعتبر أول سابقة قضائية في فرنسا تتعلق بشرط التحكيم بعد أن إعتادت شركة التأمين alliance على وضعه لصرف المؤمن لهم إلى هيئة التحكيم بباريس للفصل في المنازعات التي تنشأ بينهم، إلا أن هذا الشرط أثير الشك حول صحته لأنه شرط مرهق للمؤمن له نتج عنه وضعه في مركز ضعف يتعذر عليه تقديم دفاعه، وقد سبقتها إنجلترا التي تعتبر مهد للتأمين البحري أين تم اللجوء إلى التحكيم بعد توقف نشاط المحكمة الخاصة بقضايا التأمين البحري 1720 التي أنشأها قانون إليزييت سنة 1760 وفي منتصف القرن الثامن عشر منح الإختصاص للمحاكم العادية قبل حضر نشاط التأمين<sup>2</sup>.

ومن الناحية العملية تتوطد العلاقة بين التحكيم والتأمين بحسب المركز القانوني للمؤمن لهم ما إن كانوا مستهلكين أو مهنيين خبراء، لهذا نسلط الضوء في هذه الدراسة على طبيعة هذه

1-ERIC Evian, Arbitrage de l'assurance et assureur en arbitrage, centre français d'arbitrage de réassurance et d'assurance, N 17, 2012, CEFAREA, jp 30/01/2013, p 14.

2. حسن حرب اللصاصة، تسوية الخسائر البحرية المشتركة في الفقه الإسلامي والقانون البحري الدولي (دراسة مقارنة)، ط 1، دار الخليج، عمان، 2015، ص 51.

العلاقة ما إن كانت علاقة إجتذاب وتكامل أم إستقلال وتنافر، كما أنه من الأهمية القصوى إذا كان النزاع القائم بين طرفي إتفاق تحكيم ناشىء عن عقد غير متوازن بطبيعته كما هو الحال في عقد الإذعان الذي يعد عقد التأمين أحدها، فإن ما يجب الحرص عليه في مثل هذه العقود حماية الطرف الضعيف في هذه العلاقة وتسخير التحكيم كآلية لضمان هذه الحماية بديل عن القضاء بدلا من إستعماله لخدمة مصالح المؤمن دون المؤمن له مما يشكل تعسف في حقه.

ولهذا فإن الفقه قد وسع من نطاق مفهوم التعسف ليشمل المستهلك عامة معتبرا أن المؤمن له مستهلك لخدمات التأمين، فيحتمل حينئذ وضعه تحت سقف الحماية المقررة للمستهلك وهي الصفة التي منحها له المشرع على ضوء قواعد التحكيم المقررة للمستهلك.

الواقع أن التأمين البحري تطور كثيرا بإنتشار شركات التأمين الكبرى والتي لها فروع في الخارج تتكفل بإدارة أنظمة التأمين الخاصة بها وتغلغل نطاقه وتعددت بواليص التأمين سيما في المجال البحري وإنتشارها وإستحداث آليات التأمين وتقنياته وتجديدها بشكل دوري والعمل على توحيدها من خلال الإتفاقيات والمعاهدات والقوانين الدولية، كل ذلك يعد عاملا لإرتفاع معدل وضع شرط التحكيم في إتفاقيات التحكيم الدولي الطليق.

وما يضيف على التحكيم في منازعة التأمين البحري أهمية قصوى طابعها الدولي، لأنه فعلا يخلصها من إشكالية تنازع القوانين وتعقيدها وزرع الثقة لدى أطرافها لمعرفتهم المسبقة ليس بالقانون الذي يخضعون منازعاتهم إليه فحسب وإنما أيضا بالأشخاص المحكمتين أمامهم لما يتصفون به من نزاهة وعدالة إلى جانب تخصصهم وخبراتهم المهنية لضمان صدور أحكام وتنفيذها بطرق مختصرة وتكاليف أقل.

إذا كان التحكيم وحده كموضوع مستقل له أهميته مستمدة من المزايا التي يوفرها لطرفي خصومة التحكيم من سرعة الفصل في المنازعة والمحافظة على الأسرار المهنية خاصة إذا تعلق الأمر بشركات ذات سمعة عالية فيكون إختيارها للتحكيم قائم على مبدأ السرية لعدم زعزعة مكانتها الإقتصادية وإلى غيرها من المزايا التي يحققها.

غير أن إقترانه بعقد التأمين يضاعف أهمية الموضوع لكونه يعالج مسألة ذات حدين تتعلق الأولى بالتحكيم بما له من أهمية بإعتباره من أنجع الطرق وأسهلها توصل إلى الحل العادل والمقبول لدى أطراف المنازعة، أما الشق الثاني من الموضوع فيتعلق بالتأمين الذي يفوقه أهمية

من جوانب عديدة إجتماعية وإقتصادية وأخلاقية، لأن عماد التأمين مبدأ حسن النية والتضامن بين أفراد المجتمع البحري، فكلاهما يمثل حل لمشكلة محرجة، فإذا نشأ التحكيم بسبب عدم جدوى اللجوء للقضاء الذي طغت عليه عراقيل تعزل المشكلة عن حلها أدى إلى النفور منه.

إلا أن اللجوء إلى التحكيم في منازعة التأمين البحري لا يتيسر للأطراف إلا في الحالة التي يتعطل فيها التأمين عن وظيفته بسبب إخلال أحد الأطراف بالتزاماته عند تحقق الخطر المؤمن منه، فيختار الأطراف اللجوء إلى أشخاص ذو ثقة لعله، فهل يمكن للتحكيم كوسيلة إستثنائية لتسوية المنازعات حل المنازعات المتعلقة بالتأمين البحري الذي بدوره جاء كحل لمواجهة المخاطر الكبرى التي تعترض سبيل المتعامل الإقتصادي في مجال التجارة البحرية فتعيق سير حركتها القائمة على السرعة؟.

وما يزيد الإشكال تعقيدا ما يتميز به عقد التأمين البحري من خصائص أهمها خاصية الإذعان<sup>1</sup> يمكن أن يعتبر مجازفة لما أدرج بعض المشرعين بطريقة مباشرة أو غير مباشرة منازعات التأمين البحري ضمن المنازعات القابلة للتحكيم على الرغم من عدم التوازن من الناحية الإقتصادية والذي نتج عنه التفاوت في المراكز القانونية وإملاء أحد الطرفين شروطه على الطرف الآخر.

إجتهد بعض الفقهاء والباحثين في توطيد العلاقة بين التأمين البحري والتحكيم وإرساء مبادئ التحكيم البحري وتطبيقها على التحكيم في منازعات التأمين البحري، كان ذلك نتيجة لعدم وجود نظام قانوني ينظم التحكيم في هذا النوع من المنازعات لأهميتها، وإكتفت بعض التشريعات بالإشارة إلى إدراج منازعات التأمين البحري ضمن منازعات القابلة للتحكيم البحري في سياق القواعد المتعلقة بالتحكيم البحري.

وأشارت Gilles HILIGON إلى غياب شبه كلي لشروط التحكيم في العقود البحرية الفرنسية في مرحلة سابقة بإستثناء عقود شركة التأمين البحري AXA comporate التي تضمنت شرط التحكيم وضعه نادي الحماية والتعويض بلندن<sup>2</sup>.

أما حاليا فإن التحكيم البحري قد شاع في مجال النقل البحري وخاصة في عقود الإيجار

<sup>1</sup> . غريب الجمال، التأمين في الشريعة الإسلامية والقانون، دار الفكر العربي، 1975، ص 11  
2- TURGNE Franck, op.cit, p 258.

التي غالبا ما يدرج فيها شرط التحكيم، تبرم تلك العقود من طرف ملاك السفن أو النقابات المهنية للمؤمنين وفقاً للنماذج الموحدة، وبالتالي فإن جوهر النزاع يتعلق بالعلاقة بين وكيل الشحن ومستأجر السفينة، أيضا فإن المنازعات الناشئة عن عقد النقل يتم معالجتها أحيانا بالتحكيم<sup>1</sup>.

ولهذا فإن تطور التحكيم في ميدان النقل قد ساهم في تنسيق السوابق القضائية وأرسى مبادئ عامة تحكم الموضوع على المستوى الدولي، وبالتالي يفصل المحكم في القضايا المشابهة من حيث المبدأ بأحكام مماثلة حتى ولو كان التحكيم مؤسسي، فلا يرتبط على خلاف القاضي بقواعد الإختصاص الوطنية، ولذلك فإنه غالبا ما يلجأ إلى تفسير عقد أو إتفاقية دولية من منظور دولي حقيقي متحرر من المفاهيم والقواعد الوطنية، هذا ما يعزز توحيد النصوص الدولية ويسهل تطبيقها<sup>2</sup>.

إضافة إلى ذلك فإن دور الإرادة عبر مراحل التحكيم بدءا من الإتفاق حتى تنفيذ حكم التحكيم من العوامل التي عززت اللجوء إليه والإفلات من الخضوع للإرادي لقضاة ونظام قانوني تفرضه الدولة عن طريق تطبيق قواعد الإسناد على الرغم من دستورية حق التقاضي.

وإذا كان التحكيم أداة فإن الهدف منه حماية الحقوق وتحقيق العدالة الفورية التي يعترض طريقها طول الإجراءات وتعقيدها في حالة اللجوء إلى القضاء فتصبح بعيدة المنال، فإنه من الأهمية القصوى تحقيق الهدف ذاته بالنسبة لإتفاق تحكيم موضوعه منازعة تتعلق بعقد إذعان.

تبدوا أهمية الموضوع لعدم وجود أبحاث تتعلق به من شأنها أن تشجع على هذه الآلية البديلة لتسوية المنازعات، ففي الجزائر ركزت الدراسات والأبحاث التي قام بها الباحثون على التحكيم في مجال الإستثمار أو التحكيم التجاري الدولي وبصورة محتشمة في مجال التحكيم البحري رغم تطور التجارة البحرية وصعوبة التقاضي وفق القانون الأجنبي وآثاره السلبية.

وبهذا فإن ما يطرحه الموضوع من تعقيد يرجع إلى تشعبه، ذلك أنه يعرض أولا العلاقة القائمة بين التحكيم والتأمين البحري ماضيا وحاضرا من خلال الإشارة إلى التطور التاريخي لهذه العلاقة، ثم يغوص في أغوارها فيكتشف أن هناك خصائص يتميز بها عقد التأمين ذاته سيما عدم التوازن الطبيعي في العلاقة بين المؤمن والمؤمن له بسبب عدم التعادل في المراكز القانونية

1 - LARGOS Cicile, l'arbitrage et transport, A la une doctrine, revue transport, N° 2, 2016, p 01.

2 - LARGOS Cicile, ibid, p 3.

الناشئ عن التفاوت الإقتصادي والفني بينهما<sup>1</sup>، هذا ما يفرض على الباحث تحليل هذه العلاقة.

لذلك وجد الباحث نفسه أمام إشكالية تعين عليه معالجتها تتمحور حول التساؤل التالي:  
ما مدى مساهمة ونجاعة التحكيم التجاري الدولي في حل المنازعات المتعلقة بعقد التأمين البحري بالرغم من خصوصيتها ؟ .

إن موضوع دور التحكيم الدولي في تسوية منازعات التأمين البحري في الحقيقة يتمحور حول إشكالية مركبة، ولذلك إعتدنا على المنهج الوصفي، التحليلي والمقارن لأن دراسة الموضوع تتطلب البحث أولاً عن النظام القانوني للتحكيم البحري وإستجلاء خصائص عقد التأمين البحري ثم نتعرض لإمكانية إخضاع هذه المنازعات المترتبة عنه للتحكيم على ضوء القانون الجزائري ومقارنته بالقوانين الوطنية لبعض الدول وما أتت به النصوص والإتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم ومدى نجاح التحكيم في تسوية المنازعات المتعلقة بالتأمين البحري وإستبعادها عن القضاء وذلك من خلال عرض أهم القضايا التي فصلت فيها هيئات التحكيم أو كانت محل طعن قضائي، ما زاد البحث خصوبة أكثر إلقاء نظرة خاطفة عن مساره التاريخي.

للإجابة عن الإشكالية السابقة إرتأينا أن نقسم خطة العمل إلى إثنين، أولهما يتعلق بعرض دور التحكيم الدولي في إعادة توازن العلاقة العقدية التي تربط المؤمن له بالمؤمن البحري والذي نستله بالحديث عن النظام القانوني للتحكيم وأهم الخصائص التي يتميز بها عقد التأمين البحري (الفصل الأول) ثم التعرف على آليات التسوية عن طريق التحكيم الدولي المكرسة في حل منازعات التأمين البحري (الفصل الثاني).

أما في (الباب الثاني) فتطرقنا إلى سلطة القضاء في إنفاذ والإشراف على دور التحكيم الدولي في منازعات التأمين البحري، تطرقنا أولاً إلى الرقابة القضائية على الحكم التحكيمي في طور الإعتراف والتنفيذ (الفصل الأول)، ثم إنتقلنا إلى الطعن وأثره في عرقلة دور التحكيم الدولي في تسوية منازعات التأمين البحري (الفصل الثاني).

<sup>1</sup> . عبد العزيز داود، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، دراسة تحليلية مقارنة في ضوء نظريتي عقود الإذعان وعقود الإستهلاك،، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص 52



# الباب الأول

دور التحكيم التجاري الدولي  
في إعادة توازن العلاقة بين  
طرفي عقد التأمين البحري



شهد التأمين البحري تطورا ملحوظا موازاة مع تطور التجارة البحرية، يظهر ذلك من خلال إنتشار شركات تأمين وإعادة التأمين وإستحداث نماذج لعقود التأمين البحري تتعلق بمختلف عمليات التأمين على السفينة والبضائع والمسؤولية والتي تتعامل بها هذه الشركات ضمانا للسرعة التي تقتضيها أعمال التجارة البحرية، وأشهر هذه النماذج الفرنسية والإنجليزية والأمريكية<sup>1</sup>.

هذا وطالما أن هذا النوع من التجارة قائم على عنصر السرعة، فإن عرض المنازعات التي تنشأ بين أطرافها على القضاء يعرقل لا محالة سير الحركة التجارية ويؤدي بها إلى الركود ويحمل المتعاملين خسائر معتبرة نظرا لبطء الإجراءات وتعقدها من جهة، وإصطدامها بقاعدة تنازع القوانين من جهة أخرى<sup>2</sup>، الأمر الذي فرض على المتعاملين البحريون البحث عن آلية بديلة عن القضاء، ويعتبر التحكيم الوسيلة الأنسب لتسوية هذا النوع من المنازعات<sup>3</sup>، تحدد لشركات التأمين الدولية مصاريف متفاوتة حسب إختيار الأطراف لإختصاص محكمة التحكيم في تسوية منازعاتهم المحتملة<sup>4</sup>.

ولما كان عقد التأمين البحري يدخل ضمن عقود الملاحة الجافة والتي تشمل العقود البحرية فلا مناصة أن تخضع المنازعات الناشئة عنه إلى التحكيم، إلا أن ذلك لا يتحقق إلا بإتفاق الأطراف على ذلك، ويدرج ضمن محتويات العقد في صورة شرط أو وثيقة مستقلة عنه<sup>5</sup>.

ورغم وجود هذا الإتفاق ضمن محتويات العقد الأصلي إلا أنه يستقل عنه من حيث آثاره لذلك فإنه يعد أساس عملية التحكيم بدء بتعيين المحكم إلى غاية الفصل في النزاع بحكم منهي لخصومة التحكيم، فيحتكم الأطراف إذن وفقا لإرادتهم أمام شخص أو محكمة تحكيم، وبهذا فهو قضاء خاص يختلف من هذا المنظور عن قضاء الدولة، فكل منهما يمثل نظام قائم بذاته

<sup>1</sup> عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية . دراسة مقارنة للتحكيم البحري في لندن ونيويورك وباريس، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 269.

<sup>2</sup> مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ج 1، منشورات حلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 1998، ص 72 . 78.

<sup>3</sup> أفراح عبد الكريم خليل، التحكيم في المنازعات البحرية، مجلة الرافدين، مج 1، عدد 50 لسنة 16، ص 136.  
4-RACINE Jean Batiste, op.cit , p 271 , ZOUAIMIA R, réflexions sur la sécurité juridique de l'enves - tissement en algerie, Revue critique de droit et sciences politiques, N°2, 2009, p 08.

<sup>5</sup> صنف الفقهاء الملاحة البحرية إلى صنفين جافة وتتعلق بالإستغلال التجاري للسفينة والتي تتم عن طريق العقود والملاحة غير الجافة وتتعلق بالحوادث البحرية أفراح عبد الكريم خليل، المرجع نفسه، ص 142- 145.

أحدهما تمليه الإرادة المشتركة للطرفين في الإحتكام إلى شخص أو محكمة خاصة والآخر أسسه المشرع وفقا لإرادته الملزمة تفرض على القاضي والمتقاضي إحترامها تطبيقا لمبدأ الشرعية<sup>1</sup>.

إلا أن التراضي بين الأطراف حول هذا النظام البديل لا يفهم منه إقصاء كلي للقضاء عن نظر النزاع محل إتفاق التحكيم، إنما يستوجب في بعض الحالات تدخله عبر مختلف مراحل عملية التحكيم، غير أن هذا التدخل يمكن القول إنه إيجابي، وبهذا فهو بمثابة إمتياز منحه المشرع للأطراف تحقيقا لمصالحهم وتيسير سير خصومة التحكيم بشكل يدعم التحكيم ويزكيه في أداء دوره في تسوية المنازعة التي تكون محلا للإتفاق بين الأطراف<sup>2</sup>.

إرتأينا تقسيم هذا الباب إلى فصلين، تناولنا في (الفصل الأول) ماهية التحكيم الدولي وإنعكاسه على دور المحكم في تسوية المنازعة، وخصصنا (الفصل الثاني) لآليات تجسيد دور التحكيم الدولي في تسوية منازعات التأمين البحري أثناء سير خصومة التحكيم.

<sup>1</sup> فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، ج5، مكتبة الثقافة، الأردن، 1997، ص207.

<sup>2</sup> -صلاح الدين جمال الدين ومحمود مصيلحي، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 27.

# الفصل الأول

ماهية التحكيم الدولي  
وإنعكاسها على دور المحكم  
في تسوية المنازعة

يطلق مصطلح التحكيم بالمفهوم التقليدي على عملية فك الخصام بين الأشخاص من طرف شخص مشهود له بالإستقامة والعدل، عرفت المجتمعات هذه العملية منذ القديم، إلا أن شيوعه في مجال العقود الدولية خاصة تلك المتعلقة بالمعاملات ذات الطابع الفني والتقني<sup>1</sup>.

وتميزه بالطابع الاجرائي أدى إلى تحوله إلى نظام تتولى تطبيقه مؤسسات خاصة عهد إليها ذلك إما بشكل مباشر على المنازعات أو أنها تساعد الأطراف في رسم معالم الإتفاق من الجانبين الشخصي والموضوعي وتحديد سلطة المحكم وإختيار القانون المطبق على النزاع، وذلك وفق نظام قانوني خاص أو ما يسمى بلوائح التحكيم الحر أو المؤسسي، كل ذلك أضفى على التحكيم نوعا من التعقيد والتشتت في المواقف حول الإحاطة بعناصره وتحديد طبيعته القانونية، فلم يتفق المشرعين والفقهاء وحتى القضاء على منح إتفاق التحكيم مفهوما موحدا وشاملا.

ولما كانت معالم الاتفاق بادية عليه فيقتضي أن تتوفر فيه الشروط العامة لكل إتفاق<sup>2</sup> بالإضافة إلى شروط خاصة تتعلق بشرط التحكيم في عقد التأمين البحري على النحو الذي يستجيب للخصائص التي ينفرد بها هذا العقد ويحقق ذاتية منازعاته ومنها خاصية الإذعان التي تخلق نوع من عدم التوازن بين الحقوق والأداءات التي يربتها في ذمة الطرفين، ويخضع أيضا لمبادئ جوهرية تتوافق مع خصوصيته أهمها مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ومبدأ الإختصاص بالإختصاص والتي تخول للقاضي الخاص بسط سلطته على النزاع، فهذه المبادئ يعتبرهما الفقه من ضمانات التحكيم التي تساعد المحكم على الأداء الجيد لمهامه بشكل يمنح طرفي النزاع القناعة الذاتية في مفاضلته عن القضاء ولو كان يمثل إحدى سلطات الدولة ويفضله أيضا عن غيره من الطرق البديلة المنصوص عليها قانونا، وبهذا فإن هذه المبادئ

<sup>1</sup>- محمد شعبان إمام السيد، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية، دار المناهج، ط1، عمان، 2014، ص 15.

<sup>2</sup> ناصر ناجي محمد جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية، المكتب الجامعي الحديث، عمان، 2008، ص 232.

تشكل دعامة للتحكيم الدولي على الخصوص وترسيمه كنظام قائم بذاته يعهد إليه الدور الأساسي في فك الخصام بين الأطراف المتنازعة أمام أشخاص أو مؤسسة من إختيارهم<sup>1</sup>.

هذا وينعكس دور التحكيم الدولي أيضا من خلال ما يرتبه إتفاق التحكيم من آثار على خصومة التحكيم في كل مراحلها، وما يسعنا في هذا المقام إلا التساؤل عن مفهوم التحكيم التجاري الدولي من حيث الطبيعة والشروط ومدى تجسيد مبدأ إستقلالية عن العقد الأصلي وإستجابتها لخصوصية منازعات عقد التأمين البحري؟ هذا ما نجيب عليه في المبحثين المواليين فنتطرق إلى مفهوم التحكيم (المبحث الأول)، ثم نخرج إلى ذكر الأسس التي تدعمه لأداء دوره في تسوية منازعات التأمين البحري (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: مفهوم التحكيم الدولي

تعتبر الإرادة الأساس الذي يقوم عليه التحكيم، وأن العلاقة التي تربط بين الطرفين هي من طبيعة إتفاقية حول تنفيذ أو تفسير العقد، فيتخذ الإتفاق على التحكيم إحدى الصورتين شرطا أو مشاركة، غير أن إنتهاجهم القواعد الإجرائية وسلوك أسلوب الدعوى القضائية أثناء خصومة التحكيم سواء أكانت هذه الإجراءات متفقا عليها أو كانت محددة قانونا لتنظيم سير المنازعة محل الإتفاق أثناء مباشرة عملية التحكيم وذلك من أجل تحقيق فعاليته في تسوية المنازعات محل الإتفاق على نحو يقاربه بالقضاء قد منح لهذا الإتفاق بعدا ووصفا آخرين، وأعطى للتحكيم مفاهيم متعددة جعلت من الصعب ضبطه وتحديد طبيعته القانونية، فما هي العناصر التي يرتكز عليها في التمييز بين مختلف المفاهيم حول إتفاق التحكيم وإعطائه التكييف القانوني الصحيح؟.

إرتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين تناولنا في (المطلب الأول) إتفاق التحكيم الدولي تعريفًا وتكييفًا وفي (المطلب الثاني) شروط وذاتية إتفاق التحكيم في منازعات التأمين البحري.

### المطلب الأول: التحكيم تعريفًا وتكييفًا

<sup>1</sup> - عبد العظيم أبو غابة، التحكيم وأثره في فض المنازعات، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص 160.

لم يستقر المشرعين والفقهاء على تعريف موحد لإتفاق التحكيم، ويرجع الاختلاف في تحديد معناه إلى الاختلاف حول العناصر التي بنى عليها من جهة والاختلاف في طبيعة إتفاق التحكيم ذاته من جهة أخرى، ذلك لأن هذا الإتفاق يمر بمراحل فينشأ في صورة عقد ويتشارك معه في الشروط ذاتها مما يمكن إعتبره بأنه من طبيعة تعاقدية، إلا أن تنفيذه بعد تحقق الشرط ونشأة المنازعة محل هذا الاتفاق يكشف طبيعته القضائية، هذا ما نلمسه من خلال موقف بعض الفقهاء في الكشف عن عناصر التوأمة بين عملية التحكيم والعمل القضائي، إلا أن بعض الفقهاء قد خالفوا الموقفين السابقين وإعتبروا أن إتفاق التحكيم نوا طبيعة خاصة.

### الفرع الأول: تعريف التحكيم

وجد المتعاملون الإقتصاديون ضالتهم في التحكيم كآلية لتسوية المنازعات التي تنشأ بينهم هروبا من القضاء وإتقاء سلبياته، هذا ولما كان التحكيم بهذه الأهمية فقد قام المشرع بتنظيمه تنظيمًا قانونيًا، إلا أن هذه الأنظمة قلما إحتوت على تعريف للتحكيم وإنما ترك ذلك للفقهاء والقضاء من خلال القضايا المرفوعة إليه، وما يمكننا التساؤل عنه ما المقصود بإتفاق التحكيم التجاري الدولي في ظل التطورات الإقتصادية وملازمته للعقود الدولية؟ .

### أولا . تعريف التحكيم في التشريعات الدولية والوطنية

يشمل التشريع الدولي عديد الإتفاقيات التي أبرمتها الدول ثنائية أو متعددة الأطراف تتعلق بالتحكيم التجاري الدولي وأنظمة مراكز ومنظمات التحكيم الإقليمية والدولية التي أوجدتها ظروف عملية وواقع التحكيم التجاري الدولي.

### 1 - تعريف التحكيم في الإتفاقيات الدولية

نظرا لأهمية وخصوصية إتفاق التحكيم لجأ المشرع الدولي إلى التعريف به تمييزا له عن غيره من النظم المشابهة له ونذكر منها:

**1.1. إتفاقية لاهاي:** عرفت التحكيم بأنه طريق لتسوية الخلافات بين الدول قائم على نقطتين:

- إعتبر المحكمين قضاة يعهد إليهم تسوية المنازعات بين الأطراف.

- حرية الأطراف في إختيار المحكمين والقانون الذي يطبق على المنازعة بناء على إتفاق إما سابق أو لاحق بعد نشأتها<sup>1</sup>.

وبهذا فإن التعريف الذي طرحته إتفاقية لاهاي جاء ناقص يفتقر إلى بعض العناصر منها بيان النزاع والعلاقة الأصلية التي يتعلق بها هذا النزاع موضوع إتفاق التحكيم وصور هذا الإتفاق وغيرها من العناصر التي في مجملها تعطي لنا تعريفا متكاملا يتناسب مع كونه نظام قانوني ينظم عملية التحكيم وفق إجراءات متتالية ومنسقة.

### 2.1 . القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985

عرف القانون النموذجي بأن إتفاق التحكيم هو تراضي أطراف العلاقة التعاقدية أوغير التعاقدية بعرض ما ينشأ عنها من منازعات على التحكيم ويتخذ هذا الإتفاق إحدى الصورتين إما بند يتضمنه العقد الأصلي أو إتفاق لاحق على نشأة النزاع<sup>2</sup>.

وعليه فإن هذا القانون تطرق إلى تعريف إتفاق التحكيم على خلاف إتفاقية نيويورك لسنة 1958 المتعلقة بالإعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيم الأجنبية، ويعود ذلك في رأينا أن المشرع كان يهدف إلى خلق قواعد دولية موحدة في صيغة نموذج شامل ومتكامل، لذلك يعتبر المصدر الذي إستقت منه الكثير من الدول قوانينها الداخلية المتعلقة بالتحكيم ومنها قانون التحكيم المصري<sup>3</sup>.

### 3.1 . إتفاقية هامبورج 1978

لم يعترف بالتحكيم البحري بصفة قانونية على مستوى الدولي إلا من خلال قواعد هذه الإتفاقية التي تعتبر اللبنة الأولى لإرساء نظام التحكيم في المسائل البحرية الذي يرجع له الفضل

<sup>1</sup> - المادة 15 إتفاقية لاهاي الأولى في 1899، والمادة 27 من الإتفاقية الثانية في 1907 التي نصت على أن التحكيم هو "تسوية الخلافات بين الدول عن طريق قضاة من إختيارهم وعلى أساس إختيار القانون".

حسم المنازعات البحرية، ورقة عمل المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، المؤتمر الخامس عشر لمسؤولي إدارات التشريع في الدول العربية، بيروت، 3 - 5 / 5 / 2016، ص 5.

<sup>2</sup> - راجع المادة 07 قانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 . منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995، ص 66.

<sup>3</sup> - نصت على ذلك المادة 4 من قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 المؤرخ في 21/04/1994، ج ر العدد 16، لسنة 1994.

الكبير لتسوية هذا النوع من المنازعات، فعرفت المادة 1/22 منها إتفاق التحكيم بأنه "إتفاق مثبت كتابة بين الطرفين على أن يحال إلى التحكيم أي نزاع ينشأ فيما يتعلق بنقل البضائع بموجب هذه الإتفاقية"<sup>1</sup>.

#### 4.1 . في لوائح التحكيم المؤسسي والحر

عرفت لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس التحكيم بأنه إتفاق بين طرفي العقد على إحالة المنازعات الناشئة عنه إلى التحكيم وفق نظامها القانوني، ولا تباشر الغرفة المهام المتقدمة إلا بناء على طلب يقدمه إليها طرفي إتفاق التحكيم إستنادا إلى إتفاق تحكيم سابق<sup>2</sup>.

#### 2. تعريف التحكيم في القوانين الوطنية

التحكيم من منظور القانون الفرنسي لا يخرج عن كونه إجراء قضائي تتخذه محكمة التحكيم للفصل في النزاع إتفق الأطراف على تسويته تحكيما<sup>3</sup>، وبهذا فإنه ركز على الجانب الإجرائي وتغافل عن الجانب الإتفاقي في مرحلة نشأة إتفاق التحكيم وهذا ما لا يمكن تجاهله.

وعرفه المشرع الأردني بأنه الإتفاق الخطي بين الطرفين على إحالة النزاع أو جزء منه والذي نشأ أو قد ينشأ بينهما إلى التحكيم<sup>4</sup>، بينما نجد أن بعض القوانين قد أناطت مهمة التعريف للفقهاء كالمشرع الجزائري الذي إكتفي ببيان صورته شرط أو إتفاق<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> .عاطف محمد الفقي، النقل البحري للبضائع (في ظل قانون التجارة البحرية رقم 08 لسنة 1990 وإتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بالبحر لعام 1978- قواعد هامبورغ)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 186.

<sup>2</sup> راجع المادة 03 من لائحة التحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس والتي نصت على أن "الخلافاً التي تنشأ عن هذا العقد يتم حسمها نهائياً وفق نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية بواسطة محكم أو عدة محكمين يتم تعيينهم طبقاً لذلك النظام.

يتضمن طلب التحكيم على الأخص إتفاق التحكيم والمعلومات التي توضح ظروف القضية ."

<sup>3</sup> - نصت المادة الأولى من القانون رقم 42 لسنة 1993 بأنه "إجراء خاص لتسوية بعض الخلافات بواسطة محكمة تحكيم يعهد إليها الأطراف بمهمة القضاء فيها بمقتضى إتفاق التحكيم".

<sup>4</sup> .زيد محمود العقابلية، الجامع في التشريعات المتعلقة بالتأمين وفقاً لأحدث التعديلات، دار الثقافة، ط 1، عمان، 2006، ص 245.

<sup>5</sup> - راجع المادة 1040 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

وعليه وبناء على ما تقدم يتضح أن المتفق عليه بين القوانين أن التحكيم هو إتفاق بين الطرفين على إحالة النزاع الذي وقع أو يحتمل وقوعه إلى محكم أو هيئة أو منظمة أو مركز، قد ينشأ هذا النزاع عن علاقة عقدية أو غير عقدية، ويتخذ الإتفاق صورتين شرط أو مشاركة.

### ثانيا . تعريف التحكيم قضاءا

نظرا لما للتحكيم من الأهمية العملية في تسوية المنازعات المستعصية التي تتعلق بقضايا تكون فيها قيمة النزاع مرتفعة يختار أطرافها اللجوء بشأنها إلى التحكيم بديلا عن القضاء. وبالرغم من أن إتفاق التحكيم يجعل المنازعة من إختصاص هيئة التحكيم، إلا أن للقضاء دور مهم بالنسبة للتحكيم، ويتجلى على الأغلب في إزالة العراقيل التي تعترض المحكم أثناء فصله في المنازعة سيما في تحديد الإختصاص، لذلك نجد أنه تعرض لتعريف التحكيم.

وفي هذا الشأن عرفته محكمة باريس بأنه طريق إرادي لفض نزاع بين إدعاءات الخصوم المتعارضة، بينما عرفته محكمة إستئناف القاهرة بأنه طريق إستثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن النقاضي العادية وما تكلفه من ضمانات، فيكون مقصورا حتما على ما تتصرف إليه إرادة المحكمتين عرضه على هيئة التحكيم، إما في وثيقة خاصة تتعلق بنزاع محدد أو أن تكون شاملة لكل المنازعات الناشئة بمناسبة تنفيذ العقد<sup>1</sup>.

وفي عديد القضايا التي واجهتها المحكمة الدستورية العليا المصرية المتعلقة بالتحكيم أعطت تعريفا موسعا بأنه "هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين بإختيارهما أو بتقويض منهما ليفصل المحكم في النزاع بقرار يكون نائيا عن شبهة الممالة مجردا من التحامل وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية"<sup>2</sup>.

وبناء على ما تقدم فإن شرط التحكيم المحدد من الأطراف يتقيد به المحكم ويكون فصله في القضايا بشكل موضوعي إستنادا إلى الإرادة المشتركة للطرفين.

<sup>1</sup> - معتز عفيفي، نظام الطعن على حكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 14 . 15.

<sup>2</sup> - حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 65 سنة 18 الصادر في 2001/01/16 أشار إليه عبد الوهاب قمر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دار المعرفة، 2009، ص 21.

أما مجلس الدولة الفرنسي فقد عرف التحكيم إستنادا إلى المهمة التي يكلف بها أطراف الإتفاق لشخص ثالث من الغير للفصل في المسألة المحددة فيه وسلب سلطة القرار من القضاء مما يكتسب بموجبها الصفة القضائية<sup>1</sup>.

### ثالثا. تعريف التحكيم فقها

إختلف الفقهاء في تعريف التحكيم، البعض إعتبره إتفاق وآخرون عرفه على أساس أنه أداء أو عمل يؤديه المحكم بينما إتجاه آخر إعتبره بأنه نظام قانوني<sup>2</sup>.

### 1. التحكيم إتفاق

يعرف أغلب الفقه بأن التحكيم إتفاق، وهذا ما نستخلصه من التعاريف الموالية :

. إتفاق الأطراف على عرض منازعاتهم للفصل فيها على هيئة خاصة يختارونها<sup>3</sup>.

- أو أنه إتفاق طرفي نزاع معين على إحالته إلى شخص ثالث أو أكثر دون اللجوء إلى القضاء قبل نشوء النزاع ( la clause compromissoire ) أو بعده (compromis)<sup>4</sup>.

في حين عرفه فقهاء آخريين على أنه إتفاق أطراف علاقة معينة على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم أو قد تثور مستقبلا عن طريق أشخاص يتم إختيارهم كمحكمين ويستوي في ذلك إن كانت العلاقة عقدية أو غير عقدية<sup>5</sup>.

هذا وقد عرف فقهاء الشريعة الإسلامية بأنه إتفاق بين طرفي النزاع على تولية محكم أو أكثر ليفصلا فيما تنازعا فيه بحكم الشرع دون القاضي المولى<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة، دارالشروق، القاهرة، 2006، ص 86.

<sup>2</sup> - معتز عفيفي، مرجع سابق، ص 11.

<sup>3</sup> - FOUCHARD Philippe ,Gaillard Emmanue et GOLDMAN Berthold, traité de l'arbitrage commercial international, éditions LITEC et DELTA , France , 1999, p12 .

<sup>4</sup> - مانع جمال عبد الناصر، الإتفاقيات الدولية كمصدر لقواعد التحكيم التجاري الدولي، مجلة العلوم القانونية، جامعة عنابة، الجزائر، ع 13، ص 11 - أيضا أحمد السيد صاوي، التحكيم، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، القاهرة، 2002، ص 10.

<sup>5</sup> - محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 5.

<sup>6</sup> - معتز عفيفي، مرجع سابق، ص 12.

ويتخذ إتفاق التحكيم إحد الصور:

### 1.1 . شرط التحكيم

قد خلت قواعد التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري من تعريف شرط التحكيم (la clause compromissoire) إلا ما تعلق بقواعد التحكيم الداخلي، إنما يدل ذلك على أن المشرع كان يقصد من ذلك أن شرط التحكيم سواء تعلق بالتحكيم الداخلي أو بالتحكيم التجاري الدولي فإن تعريفه يبقى واحد، وبالتالي يجوز إعمال الإحالة بشأنه<sup>1</sup>.

وبهذا يكون قد أغفل نقطة أساسية تتعلق بنطاق تطبيق هذا الشرط على الأشخاص والموضوع، إذ أن هذا النطاق يختلف بين التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي وبالتالي يبقى الإشكال مطروحا حول مدى إمكانية الأخذ بالتعريف الوارد في قواعد التحكيم الداخلي وتطبيقه على شرط التحكيم الذي يتضمنه عقد دولي بإعتبار أن نطاقهما مختلف؟

وفي القانون الدولي فإن كل من إتفاقية نيويورك 1958 والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (CNUDCI)<sup>2</sup> قد تطرقا إلى شرط التحكيم بأنه إتفاق مكتوب يتضمنه العقد<sup>3</sup>، ومن جهة أخرى فقد عرف الفقه شرط التحكيم بأنه بند من بنود عقد ينص على اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي قد تثور مستقبلا بين المتعاقدين حول تفسير العقد أو تنفيذه، ومثال ذلك الشرط الذي تضمنته بوليصية التأمين البحري الفرنسية على جميع السفن، فنصت المادة 5/5 منها "تم تسوية جميع المنازعات الناشئة عن عقد التأمين بواسطة غرفة التحكيم البحري في باريس وفقاً للوائحها أو بواسطة أي هيئة تحكيم أخرى معتمدة"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> نصت المادة 1007 من الأمر رقم 09/08 المتعلق بقانون إ. م . إ. ج على أنه "الإتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".

<sup>2</sup> نصت المادة 7 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي على أنه "يجوز أن يكون إتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة إتفاق منفصل".

<sup>3</sup> نصت المادة 2 من إتفاقية نيويورك على أنه "يقصد بإتفاق مكتوب شرط التحكيم في عقد أو إتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الإتفاق الذي تضمنه الخطابات المتبادلة أو البرقيات".

<sup>4</sup> سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1984، ص 75.

كما تضمنت بوليصة التأمين البحرية الفرنسية للبضائع المنقولة (نموذج معدل في 12/0/1978) شرط تحكيم قابل للتطبيق بإحالة النزاع بعد وقوعه على التحكيم فيما يتعلق ببيانات المخاطر غير الدقيقة والتي تم إغفالها في النماذج اللاحقة بتعليمات من المشتركين، وبعد ذلك تم إلغاء الشرط الذي لم يعد له أي أثر في البوليصة المحررة من صفتين<sup>1</sup>.

## 1. 2 . إتفاق التحكيم

يقصد بإتفاق التحكيم (*compromis d'arbitrage*) الإتفاق الذي يتم بين المتعاملين في

مجال التجارة الدولية على تسوية النزاع الذي وقع بينهم عن طريق التحكيم<sup>2</sup>.

وقد أشار المشرع الجزائري إلى إتفاق التحكيم ضمن قواعد التحكيم التجاري الدولي من خلال الإشارة إلى العناصر المكونة لإتفاقية التحكيم وعرض صورها بطريقة غير مباشرة، إلا أن التفرقة لم تكن كافية<sup>3</sup>.

وإشترطت لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس إعداد وثيقة التفويض التي توقع من الأطراف والمحكمين تتضمن إجراءات التحكيم دون أن تفرق بين شرط أو مشاركة، كذلك فإن قواعد التحكيم الدولي هي الأخرى لم تأت بنص صريح تبين أوجه المفارقة بين الصورتين، ومنها إتفاقية نيويورك قد خلت من ذلك إلا ما جاء سطحيا<sup>4</sup>.

وخلافا لذلك فإن قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي قد تحرت بقليل من الوضوح في بيان صور إتفاق التحكيم وإن لم تتناول جميع عناصر التفرقة<sup>5</sup>.

1-TURGNE Franck, op .cit, p 258.

<sup>2</sup> نور الدين بكلي، دور وأهمية إتفاق التحكيم في العقود التجارية الدولية في القانون الجزائري والقوانين العربية مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، ج1، الطرق البديلة لحل النزاعات: الوساطة والصلح والتحكيم، 2009، ص 280 .

<sup>3</sup> راجع المادة 1/1040 من الأمر رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "تسري إتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية.

<sup>4</sup> نصت المادة 2/2 من إتفاقية نيويورك بقولها "المراد بالإتفاقية المكتوبة الشرط التحكيمي المدرج في العقد أو إتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الإتفاق الذي تضمنه الخطابات المتبادلة أو البرقيات".

<sup>5</sup> المادة 7 من القانون النموذجي 1985 التي بأنه "يجوز أن يكون إتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة إتفاق منفصل".

وفي عقود التأمين تسمح بعض الدول كفرنسا بإدراج شرط تحكيم منفصل عن بنود العقد بخلاف بعض الدول التي تجيز التحكيم بموجب إتفاق أو شرط، وإذا رغب الأطراف باللجوء إلى التحكيم فالأفضل أن يتم إدراجه عند نشأة العقد لأنه نادرا ما يتفق الطرفين باللجوء إلى التحكيم بعد نشأة المنازعة<sup>1</sup>.

وأشار المشرع الأردني إلى أن التعليمات المتعلقة بإجراءات التحكيم وأحكامها تطبق على منازعات التأمين سواء ورد الإتفاق في صورة شرط أو إتفاق<sup>2</sup>.

### 3.1 . إتفاق التحكيم بالإحالة

يقصد بشرط التحكيم بالإحالة (Clause arbitrale par reference) بأنه نقل أثر شرط التحكيم من عقد يتضمن هذا الشرط إلى عقد آخر خاليا منه، لذلك يطلق عليه أيضا شرط التحكيم بالإشارة، يجد هذا الشرط مجال تطبيقه في العقود الدولية، نصت عليه القوانين الدولية منها القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي<sup>3</sup>.

فالأطراف على هذا النحو لم ينتهجوا السبل التقليدية المعروفة في الإتفاق على التحكيم الأمر الذي يجعل العقد خاليا من هذا الإتفاق، ولتدارك هذا الإغفال يتم وضع شروط عامة أو اللجوء إلى الشروط النموذجية لإستكمال نقائص العقد<sup>4</sup>.

يتضح على ضوء المواد السابقة أنه لإدراج إتفاق التحكيم في العقد لا يشترط صيغة محددة، إنما يمكن أن يأتي بأحد الصور الثلاثة إما شرط عاما أو خاصا يحصر المسائل التي

1- TUGNE Franck, op.cit, p 14.

<sup>2</sup>. نصت على ذلك المادة 03 من تعليمات إجراءات التحكيم في نزاعات التأمين وأحكامه رقم 09 لسنة 2005 على أنه " تطبق احكام هذه التعليمات للفصل في نزاعات التأمين بواسطة التحكيم في حالتين: 1- وجود إتفاق تحكيم سابق بين الطرفين على إحالة النزاع الذي قد ينشأ بينهما إلى التحكيم وفقا لإجراءات التحكيم وأحكامها التي تعتمدها هيئة التأمين 2- إتفاق الطرفين على إحالة النزاع بعد نشوئه إلى التحكيم وفقا لإجراءات التحكيم وأحكامها التي تعتمدها هيئة التأمين...".

<sup>3</sup>. نصت المادة 7 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري على أنه " تعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشمل على شرط تحكيم بمثابة إتفاق تحكيم شريطة أن يكون العقد مكتوبا وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزء من العقد".

<sup>4</sup> - نور الدين بكلي، مرجع سابق، ص 279، 260.

يتقيد بها المحكم للفصل في النزاع المحتمل وقوعه، وقد يكون في صورة إتفاق ينشأ بعد وقوع النزاع تكتمل فيه جميع عناصر التحكيم أو أن يتخذ شكل شرط التحكيم بالإحالة.

وهكذا فإن المشرع ترك للمتعاقدین متسع من الحرية في اللجوء إلى التحكيم وإختيار طريقة إبرام إتفاق التحكيم، هذا مايفسر بأن للتحكيم أهمية قصوى ودور فعال في تسوية المنازعات تعادل ما يقوم به قضاء الدولة من أدوار في حل المنازعات، وعليه فإن حق التقاضي المكرس قانونا لكل متقاضى يقابله حق هؤلاء الأشخاص في اللجوء إلى التحكيم بديلا عن القضاء في الأحوال التي يجوز فيها لهم ذلك. فلا شك في أن هؤلاء الذين إعتبروا التحكيم إتفاق أنهم ركزوا على مرحلة نشأة الإتفاق لما يتطلب من شروط، غير أن الإرادة لا يقتصر دورها في اللجوء إلى التحكيم وإستبعاد النزاع عن ساحة القضاء فحسب، وإنما يتجلى أيضا في المراحل اللاحقة بعد نشأة هذا الإتفاق أثناء تنفيذه وخلال ممارسة عملية التحكيم وإجراءاتها تحقيقا للغاية التي يهدف إليها عند اللجوء إلى التحكيم.

## 2 . التحكيم عمل إجرائي

يعتبر أنصار هذا الرأي بأن التحكيم عمل قضائي أو أداء يقوم به المحكم الذي كلفه به الخصوم بغض النظر عن صفتهم، وركزوا على مهمة المحكم ودوره في تجسيد الإتفاق وتفعيله في تسوية المنازعات عن طريق جملة من الإجراءات أي أنه "وسيلة لتسوية المنازعات"<sup>1</sup>.

فالمحكم هو محور التحكيم وليس المحتكم، غير أن هذا القول يتنافى مع المعنى الحقيقي لإتفاق التحكيم الذي يستمد سبب وجوده من إرادة الأطراف وأن تجاوزها يعرض الحكم للبطلان.

## 3 . التحكيم نظام

التحكيم حسب تعريف الأستاذ (ADOLFRibolt) هو نظام يتم عن طريقه الفصل في نزاع بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو أشخاص من الغير غير مفوضين من السلطة، ويستمدون مهمتهم القضائية من إتفاق الأطراف ويصدرون حكما ملزما<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>- أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفصل المنازعات في مجال الإستثمار، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، 1990، ص 8.

<sup>2</sup>- نفس التعريف وضعه الأستاذ (LOIC Cadiet) راجع فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، ط1، الإسكندرية، 2007، ص13.

أيضا عرفه البعض الآخر من الفقهاء بأنه " نظام خاص لفض المنازعات بعيدا عن القضاء في القانون العام من قبل المحكمين يخوّل لهم سلطة الحكم، ويتكون هذا النظام القانوني من عنصرين إتفاقيه وحكم تحكيم منهي للخصومة"<sup>1</sup>.

أو هو " نظام لحل المنازعات المالية بين الأطراف يسري على الأشخاص الطبيعية أو المعنوية سواء كانوا أشخاص معنوية عامة أو خاصة (شركات)"<sup>2</sup>.

من خلال التعاريف السابقة يتبين لنا أن التحكيم نظام، ذلك لأن المشرع نظم أحكامه بدء بالإجراءات التي تسبق سير العملية التحكيمية إلى غاية تنفيذ الحكم التحكيمي وما يترتب من آثار تجسيدا لدور الدولة في الحرص على نشر العدالة والثقة بين الأفراد وحماية مصالحهم، طالما أن الإتفاق على التحكيم نابح من الإرادة الحرة للأطراف المتضاربة، وفي الوقت ذاته يخضع إلى قواعد قانونية تضبط حدود حرية الأطراف، ففي أوله إتفاق وفي وسطه إجراء وفي آخره قضاء .

هذا ما نستخلصه من مصطلحي إتفاق<sup>3</sup> أو أسلوب، مما يجعله يتسم بالنمطية والحركية مواكبة للتطور الإقتصادي، لذلك ينبغي مراعاة هذه الحركية عند تعيين القانون الواجب التطبيق<sup>4</sup>.

هذا وقد ذهب إلى أكثر من ذلك بأنه تقنية<sup>5</sup> تهدف إلى إعطاء حل لمسائل تتعلق بالعلاقات بين طرفين أو أكثر بواسطة شخص أو عدة أشخاص آخرين يستمدون سلطتهم من إتفاق خاص ويستندون عليه دون أن يولي الأطراف تلك المهمة لقضاء الدولة<sup>6</sup>.

يستخلص مما تقدم أن التحكيم يقوم على أربعة عناصر أساسية وتتمثل في:

---

. كذلك عرفه الأستاذ (ch.Jarrosso) بأنه "نظام لحل نزاع بين إثنين أو أكثر من الأطراف عن طريق محكمين تمنح لهم مهمة قضائية".

JARROSSON Charles, la notion d'arbitrage, LGDJ, paris, p 28 et 372 .

<sup>1</sup>. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ط 1، الكويت، 1990، ص 11.

<sup>2</sup>. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم في القانون الدولي الخاص، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص21.

<sup>3</sup>. نبيل زيد سليمان مقابلة، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 22.

<sup>4</sup>. كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، ط1، الإسكندرية، 1991، ص 37، 38.

<sup>5</sup> -RENE David , l'arbitrage dans le commerce international , economica ,paris , 1982 , p 6

<sup>6</sup>. علي الطاهر البياتي، التحكيم التجاري البحري، دار الثقافة، ط1، عمان، 2005، ص 56، 57

- عنصر الإرادة فلا يمكن تصور التحكيم بدون إتفاق سابق أو لاحق بعد نشأة النزاع بعرضه على محكمين دون القضاء .

- العنصر التنظيمي فينظم إتفاق التحكيم في إطار قانوني ويستمد شرعيته منه فهو بذلك نظام قانوني قائم بذاته.

- أن يعهد بالتحكيم لأشخاص يختارهم الخصوم للفصل في النزاع القائم بينهم.

- أن تنشأ خصومة التحكيم بناء على نزاع قائم بين الطرفين إثر تعارض طلباتهم<sup>1</sup>.

هكذا يمكن أن نتوصل إلى التعريف الجامع للتحكيم بأنه نظام قانوني يركن إليه طرفا النزاع بموجب إتفاق سابق باللجوء إلى محكمين للفصل فيما نشأ بينهم من منازعات بحكم ملزم . في حقيقة الأمر لا يكتمل تعريف التحكيم إلا إذا كان جامعا لهذه الأوصاف الثلاثة إحتراما للمراحل التي يخطوها طرفي التحكيم والتي تختتم بحكم فاصل في النزاع محل إتفاق التحكيم بشأن علاقة قانونية تعاقدية أو غير تعاقدية.

وبناء على ما تقدم فإن التحكيم قائم على ثنائية من خلال الجمع بين إرادتين إرادة الأطراف في إختياره كوسيلة لتسوية المنازعات، إضافة إلى إرادة المشرع في تنظيم عملية التحكيم وضبط حدودها في الإطار الذي يحافظ فيه على المصلحة العامة والنظام العام أولا، ومن خلال صور إتفاق التحكيم إما شرط أو مشاركة ثانيا.

وفي المقابل إتجه الفقه إلى خلق فروع للتحكيم إستنادا إلى فروع القانون ومنها القانون البحري تحت تسمية التحكيم البحري، فظهر كحتمية لتفاعل عدة عوامل منها طبيعة النشاط البحري الذي تميّزه السرعة في المعاملة وأنه ميدان فني منازعاته تحتاج تسويتها إلى خبرة فنية وتجارية إضافة إلى الثقافة القانونية فلا يضطلع بها إلا الخبراء المهنيين<sup>2</sup>.

ويقصد بالتحكيم البحري بأنه نظام قانوني لحل المنازعات البحرية بعيدا عن القضاء الوطني حيث يتفق أطراف العلاقات البحرية على أن يعهدوا المنازعات الحالية والمستقبلية الناشئة عن تلك العلاقات إلى محكمين من إختيارهم ممن يشهد لهم بالكفاءة والخبرة في المجال البحري

<sup>1</sup>- معتز عفيفي، مرجع سابق، ص 15، 16.

<sup>2</sup>- رقية عواشيرية، التحكيم المؤسسي ودوره في تحقيق الذاتية الخاصة للمنازعات البحرية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد الثامن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2009، ص 99.

ليفصلوا فيها بأحكام تحكيمية ملزمة، وتتمحور المنازعات البحرية بنسبة كبيرة حول النقل البحري أما ما تبقى فتنقسمه بقية العقود الدولية ومنها عقد التأمين<sup>1</sup>.

وبهذا فإن التحكيم في منازعات التأمين البحري يستدرج تحت مظلة التحكيم البحري يمكن بالتالي إستنتاج تعريف إتفاق التحكيم في منازعات التأمين البحري بأنه "إتفاق يتعهد بمقتضاه كل من المؤمن والمؤمن له بعرض المنازعات التي نشأت أو يحتمل وقوعها مستقبلا تتعلق بعقد التأمين البحري على التحكيم أمام أشخاص يتم إختيارهم بحرية ممن تتوفر فيهم النزاهة والحيدة ولهم خبرة في مجال التأمين البحري، ويصدرون أحكام ملزمة.

#### رابعا . تقسيمات التحكيم

صنف فقهاء القانون الدولي التحكيم الى عدة انواع بالنظر إلى عدة معايير<sup>2</sup> أهمها:

#### 1 . التحكيم من حيث نطاقه المكاني

ينقسم التحكيم من حيث مكان ممارسته إلى:

##### 1.1. تحكيم داخلي

يعتبر التحكيم داخليا إذا كانت إحدى عناصر العلاقة محل النزاع من جنسية أطرافه والمحكمين، إقامتهم، مكان إتفاق التحكيم، القانون الواجب التطبيق تتعلق بذات الدولة<sup>3</sup>.

##### 1.2. تحكيم دولي

أما إذا إحتوت تلك العلاقة على عنصر أو أكثر من العناصر المذكورة سابقا وكان أجنبيا متعلقا بدولة أخرى فإن التحكيم يكون دوليا، وفي هذا الشأن إتجهت القوانين الحديثة إلى معيار جديد يرتكز على نوع المعاملة التي يرتبط بها الأطراف، فتكون دولية متى إتصلت بعلاقات التجارة الدولية أي بالنشاط الإقتصادي وبحركة إنتقال الأموال والخدمات عبر الحدود وبمصالح

<sup>1</sup> - عاطف محمد الفقي، قانون التجارة البحرية، دار الفكر الجامعي، ط 1، الإسكندرية، 2007، ص369.

<sup>2</sup> - تراري ثاني مصطفى، التحكيم البحري مؤسساته قواعده وذاتيته، أشغال الملتقى الدولي في المنازعات البحرية، جامعة وهران، 2 و 3/05/2009.

<sup>3</sup> - شريف الطباخ، التحكيم الإختياري والإجباري، في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر والقانون، القاهرة، 2008 ص 31.

أطراف المنازعة في الخارج<sup>1</sup>، وهذا ما يتجلى في القواعد المتعلقة بالتحكيم التي تندرج تحت نوعين منها ما يتعلق بالتحكيم الداخلي والنوع الآخر يتعلق بالتحكيم التجاري الدولي مثلما فعل المشرعين الجزائري والفرنسي<sup>2</sup>.

## 2 . التحكيم من حيث إلزاميته

الأصل أن التحكيم اختياري لأنه طريق إستثنائي لحل المنازعات بديلا عن القضاء استنادا إلى إرادة طرفي الاتفاق، غير أنه إذا كان لجوئهم إلى التحكيم قد فرض عليهم بشكل يقيد حريتهم فالتحكيم حينئذ يكون إجباري، وهذا ما يتحقق في حالات محددة ويتعلق الأمر بالتحكيم الذي يكون أطرافه الاشخاص المعنوية العامة<sup>3</sup>.

مازالت بعض الدول تتعاطى مع هذا النوع من التحكيم ومنها مصر التي نشأت بها هيئات تحكيم خاصة لحل منازعات قطاع العام للأعمال وشركاته تخضع لقوانين خاصة ومنها شركات المساهمة التي أخضعها المشرع أيضا لنظام التحكيم الإجباري، ويرجع ذلك أن هذه المؤسسات تتميز بطبيعتها المعقدة والدور الذي تؤديه هيئات القطاع العام يتلائم مع هذا النوع من التحكيم<sup>4</sup>.

أما منازعات شركات التأمين فتمتاز بوضع خاص في القانون المصري فهي تخضع لنوعين من التحكيم، ويتوقف ذلك على الشروط التي حددتها المادة 84 من القانون رقم 1981/10 ومفادها أنه إذا تم الإتفاق على التحكيم بعد وقوع النزاع يكون التحكيم إجباري من حيث الهيئة التي تنظر في النزاع يطبق أحكام القانون رقم 1971/60، أما إذا إتفق الأطراف على التحكيم قبل وقوع النزاع، فالتحكيم في هذه الحالة إختياري من حيث حرية الأطراف في

<sup>1</sup>- أشرف عبد العليم الرفاعي، إتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة والدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 238.

<sup>2</sup>- راجع المواد من 1006-1061 المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي الأمر رقم 09/08 المتعلق بقانون إ.م.إ.ج والمواد 1497 إلى 1502 من ق إ م ف السابق.

<sup>3</sup>- ممدوح طنطاوي، التوفيق والتحكيم ولجان فض المنازعات، ط1، مطبعة المعارف، القاهرة، 2003، ص214.

<sup>4</sup>- نصت على ذلك المواد من ( 56 . 96 ) من القانون رقم 109 لسنة 1981 المتعلق بشركات المساهمة، القانون رقم 203 لسنة 1991 المتعلق بقطاع الأعمال العام، ج ر العدد 24 مكرر صادرة بتاريخ 1991/6/19 الذي ألغى القانون رقم 97 لسنة 1983 المتعلق بهيئات القطاع العام للأعمال وشركاته، ج ر العدد 31 صادرة بتاريخ 1983/8/4.

اللجوء إليه ويخضع لأحكام القانون رقم 1994/27، وبهذا فإن التحكيم في منازعات التأمين في ظل القانون المصري ليس بالإجباري المحض ولا بالإختياري المحض<sup>1</sup>.

إلا أن المشرع العراقي قد أخضع منازعات القطاع العام لقواعد التحكيم الإختياري، هذا معارضه للنقد لتعارض التحكيم الإختياري مع دور هيئات القطاع العام في الدولة.

### 3 . من حيث موضوع إتفاق التحكيم

يختلف التحكيم بإختلاف فروع القانون المختلفة منها تجاري بحري، إجتماعي، وما يهمننا في هذا المقام:

#### 1.3. التحكيم البحري

وهو التحكيم الذي يتعلق بالمنازعات البحرية الناشئة عن عقد النقل حيث قامت غرفة التجارة الدولية بالإشتراك مع اللجنة البحرية باعداد قواعد خاصة بالتحكيم البحري الدولي ويختص النظر في منازعاته هيئات خاصة منها محكمة التحكيم البحري بباريس.

#### 2.3. التحكيم التجاري

غالبا ما تتضمن العقود التجارية شرط تحكيم، ويكون أطرافها إما أشخاص طبيعية أو معنوية عامة كالدولة أو إحدى مؤسساتها العامة أو أشخاص معنوية خاصة (شركات)، تنظم هذا النوع من التحكيم اتفاقيات دولية منها اتفاقية نيويورك 1958، إتفاقية عمان للتحكيم التجاري 1987، تختص النظر في منازعاتها هيئات منها محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية والمركز العربي للتحكيم التجاري<sup>2</sup>.

#### 4. من حيث تنظيم التحكيم

#### 1.4. التحكيم الخاص

يعني التحكيم الذي تركز فيه إرادة الأطراف في تنظيم وإدارة عملية التحكيم<sup>3</sup>، إذ أنهم يختارون المحكم الذي يفصل في النزاع والقانون المطبق وكل الإجراءات المنتهجة للسير

<sup>1</sup>. رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 10.

<sup>2</sup> علي الطاهر البياتي، التحكيم التجاري البحري، ط1، دار الثقافة، عمان، 2005، ص 67.

<sup>3</sup> محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري (النطاق الشخصي لإتفاق التحكيم في عقد النقل البحري)، دار الجامعة

في خصومة التحكيم والفصل فيها بحكم ملزم وتطبق في الغالب مبادئ القانون وقواعد العدل والإنصاف<sup>1</sup>.

## 2.4. التحكيم المؤسسي

التحكيم المؤسسي هو الذي يعهد به إلى مؤسسة تحكيم دائمة قد تكون هيئة أو مركز أو منظمة تحكيم تسيير إجراءات التحكيم وفق نظامها القانوني بإيعاز من طرفي إتفاق التحكيم تختص هذه المؤسسات بإعداد قوائم لأشهر المحكمين وتتولى عملية التحكيم، وفي حالة وقوع إشكال يعترض طرفي إتفاق التحكيم يتعلق بتعيين محكميهم أو أي إجراء آخر فإن هذه المؤسسات التحكيمية ملزمة بمواجهة هذه العراقيل<sup>2</sup>.

هذا وفي كل الأحوال فإن إرادة الاطراف تعتبر المرجع في تحديد نوع التحكيم والهيئة التي يعهد إليها تسوية النزاع القائم بينهما أو مجرد الإشراف والمساعدة لضمان حسن سير عملية التحكيم، وفي كلتا الحالتين فإن هيئة التحكيم التي تم اختيارها تطبق نظامها القانوني أو ما تسمى بلوائح التحكيم، وما يميز التحكيم المؤسسي عن التحكيم الخاص نقطتين أساسيتين: - وجود هيكل يشرف عليه عنصر بشري يتولى عملية التنظيم من مقر تحكيم ومجلس ادارة. - وجود نظام داخلي تسهر على تطبيقه سكرتارية وأجهزة إدارية أخرى تقوم بتنظيم العملية التحكيمية من بدايتها الى نهايتها<sup>3</sup>.

لقد عرفت هذه المؤسسات إنتشارا واسعا على المستوى الدولي ومنها تلك المتعلقة بالتجارة البحرية<sup>4</sup> نذكر أهمها:

- **غرفة التحكيم البحري بباريس:** تختص هذه الغرفة في تسوية المنازعات البحرية، تضم أعضاء من مختلف التخصصات البحرية من ناقلين، مقاولي الشحن، ملاك السفن ومستأجرين وريابنة ووكلاء ومؤمنين<sup>1</sup>.

الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 409.

<sup>1</sup>. شريف الطباخ، مرجع سابق، ص 33.

<sup>2</sup>. رقية عواشيرية، مرجع سابق، ص 100.

<sup>3</sup>. نادر محمد ابراهيم، مرجع سابق، ص 50 .

4 -ELHAKIM Jacque, les modes internatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats, Revue internationale de droit comparé, N° 49-2, 1997, p 352.

تتولى الغرفة بتنظيم إجراءات التحكيم<sup>2</sup> من إعداد قوائم المحكمين ومساعدة الأطراف في تعيين المحكم والفصل في طلبات ردهم، كما تتلقي طلبات التحكيم بواسطة سكرتارية الغرفة التي تعتبر همزة وصل بين طالبي التحكيم والمحكمين، لذلك فإنها تقوم بإعلان المذكرات والوثائق والرسائل وضبط الأجل لكل إجراء من الإجراءات أثناء مباشرتها وتحديد رسوم وأتعاب التحكيم وتوزيعها بين الأطراف، ومناقشة الحكم قبل صدوره عن طريق لجنة، وإرشاد المحكمين لمعالجة القضايا.

وبهذا فان الغرفة تتدخل في سير خصومة التحكيم عبر كامل مراحلها بواسطة أجهزته التنظيمية والإدارية على خلاف العديد من مؤسسات التحكيم<sup>3</sup>.

- **غرفة اللويدز للتحكيم البحري:** تعتبر من أعرق مؤسسات التحكيم البحري المختصة في المنازعات البحرية على الاطلاق، مهمتها إعداد قوائم المحكمين الذين تختارهم من أشهر وأكفأ المحكمين في العالم، وأيضاً تنظيم عملية التحكيم وتطبق في ذلك القانون الانجليزي<sup>4</sup>.

- **المنظمة الدولية للتحكيم البحري:** ما يمكن الإشارة إليه أن دور المنظمة<sup>5</sup> دور سلبي إلى حد ما لأنها لا تتدخل في عملية التحكيم، إنما يقع على عاتق سكرتارية المنظمة مهمة ربط الإتصال بينهم وتمكينهم من تبادل الأوراق والوثائق المقدمة من كل طرف، إضافة إلى ذلك تتولى اللجنة الدائمة للمنظمة مساعدتهم على تعيين محكميهم والنظر في طلبات ردهم وإستبدالهم وتحديد أتعاب المحكمين ومصاريف التحكيم، هذا ما يضيفي على التحكيم الطابع المؤسسي<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> تأسست غرفة التحكيم البحري بباريس في 1929 بموجب قانون صادر في 1901/07/01 من طرف اللجنة المركزية الفرنسية لمجهزي السفن . محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، مرجع سابق، ص 413.

<sup>2</sup> عبد الحميد محمد الحوسني، التحكيم البحري وفق قانون الإجراءات المدنية الإماراتي والقانون المصري والإتفاقيات الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 59 . 60.

<sup>3</sup> نصت على ذلك المواد من 06 إلى 15، 21، 54 من لائحة غرفة التحكيم البحري بباريس.

<sup>4</sup> عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص 99.

<sup>5</sup> تأسست هذه المنظمة إثر صدور اللائحة المشتركة سنة 1978 بين غرفة التجارة الدولية (CCI)، واللجنة البحرية الدولية (CMI) مقرها متواجد على مستوى غرفة التجارة البحرية بباريس. محمد عبد الفتاح ترك، مرجع سابق، ص 413.

<sup>6</sup> عاطف محمد الفقي، المرجع نفسه، ص 95، 96.

- يوجد مركز تحكيم في المملكة المتحدة الآن في مجال البنوك أو التأمين الذي تم إنشاؤه وتأطيره بموجب القانون 44/2001، تشرف على التحكيم لجنة ثلاثية تضم محترفين ومستهلكين عملاء البنوك أو التأمين، تقوم بتحكيم حقيقي إلزامي، الواقع أن 99% من الحالات التي يتم تسويتها بواسطة هذا المركز<sup>1</sup>.

كما تم إنشاء لجنة للتحكيم وأخلاقيات التأمين تهدف إلى تكليف المهنيين برفع دعاوى من هذا النوع لهذا الغرض، ومع ذلك فإن القرارات القليلة التي تم اتخاذها في هذا المجال تستند أساساً إلى المساواة، وهذا يعد تبريراً كافياً رغم أنه يفتقر إلى القوة.

هذا وبالنظر إلى العدد المعترف من مؤسسات التحكيم المنتشرة في العالم فإنه يعتبر دلالة قاطعة على الدور الفعال للتحكيم في تسوية المنازعات على الصعيد الدولي سيما في المجال البحري، ويدخل ضمن هذه المنازعات التأمين البحري التي خصصت لها مراكز وهيئات تحكيم ومنها غرفة اللويدز للتحكيم البحري وبالتالي فهو تحكيم مؤسسي.

ومن الناحية العملية في مجال التأمين تشير الإحصائيات أن الأطراف غالباً ما يتجهوا إلى التحكيم المؤسسي ضماناً لإجراءات سليمة وموحدة، مما يسهل عليهم إيجاد حل سريع لهذا النوع من المنازعات التي تمتاز بطابعها الخاص، فالتحكيم المؤسسي قواعد مرنة تجنب الحرية الفردية في إتخاذ الإجراءات، ويساعد الأطراف على إختيار القواعد الإجرائية الأنسب لمنازعاتهم، إلى جانب ذلك فإنها تقدم كل الضمانات لتطبيق المبادئ الأساسية مثل مبدأ حق الدفاع وحياد المحكم وإستقلاليته<sup>2</sup>.

### 5. التحكيم من حيث خضوعه للقانون

**1.5. التحكيم بالصلح:** ويقصد به أن يسلم طرفي النزاع لشخص معين تفويضاً لتسوية ما ينشأ بينهما من نزاعات وفق قناعاته الخاصة دون التقيد بأي قانون وعدم قابلية حكمه للطعن.

1- kessedjian M , Débat du 25 /11/2005 , LOQUIN Eric , l'arbitrabilité du protection des parties faibles, op.cit, p 158.

2 - YARHI M, les litiges dans les assurance spécificités de l'istitution d'arbitrage, colloque risque assurance et arbitrage, revue générale du droit des assurances, 01/01/2012, N° 1 , p 185.

2.5. التحكيم بالقانون: ويقصد به إلزام المحكم بتطبيق القانون الذي إتفق عليه الأطراف على الموضوع وعلى الإجراءات، ويكون الحكم الصادر عن المحكم قابل للطعن في الحالات التي يحددها القانون<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: التكييف القانوني لإتفاق التحكيم في عقد التأمين البحري

إستنادا إلى تعريف التحكيم فإنه وإن كان يشبه القضاء بإعتباره مجموعة من الإجراءات التي يسلكها المدعي في خصومة التحكيم فإن محركه الأساسي الإرادة المشتركة بين الطرفين في اللجوء إلى التحكيم بديلا عن القضاء، وتصاحب هذه الإرادة جميع مراحل العملية التحكيمية من تعيين المحكمين، وإختيار القواعد الإجرائية أو الموضوعية أو القانون الواجب التطبيق، مدة التحكيم وغيرها من الإجراءات التي تتطلب للسير في خصومة التحكيم<sup>2</sup>.

هذا ولما كانت مؤشرات كلا الوصفين ظاهرة فلا بد من تأصيل الصفة الغالبة فيه وترجيحها على نحو يسهل عملية تنفيذ حكم التحكيم لما للتكييف القانوني لإتفاق التحكيم من أثر على الحكم ذاته من الناحية الإجرائية، ومن حيث قوته الإلزامية ونطاقها وتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، سيما وأن التشريعات الدولية إختلفت في تكييف إتفاق التحكيم مما ينعكس على ضبط مفهومه من الوجهة الدولية في مختلف النظم القانونية الأنجلوسكسونية واللاتينية والإشترائية، ويؤدي أيضا إلى تنوع التحكيم، ففي بريطانيا يوجد نوعين من التحكيم أحدهما له طابع تعاقدية ويسمى (COMMON ARBITRATION LAW) والآخر ذات صبغة قضائية ويسمى (ARBITRATION STATORY)<sup>3</sup>.

وبهذا يبدو أن إتفاق التحكيم ليس من ذات الطبيعة القانونية، ولإستجلاء ذلك تجادلت الأراء الفقهية حول الوصف القانوني لإتفاق التحكيم أو بالأحرى ماهي الخانة التي يصنف ضمنها إتفاق التحكيم هل من فئة العقود أم من فئة الأعمال القضائية؟.

<sup>1</sup>- خالد إبراهيم التلاحمة، الدفع بالتحكيم وأثره على الدفوع القضائية، دار جهينة، الأردن، 2006، ص 26، 27.

<sup>2</sup>- جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية وأسباب بطلان القرار التحكيمي وآثاره، منشورات زين الحقوقية، ط 1، لبنان، 2009، ص 66 ، 67.

<sup>3</sup>- فراح مناني، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 33.

## أولا . الطبيعة العقدية لإتفاق التحكيم

يحدد إتفاق التحكيم نطاق مهمة المحكم والسند القانوني الذي يعتمد عليه أثناء أدائه هذه المهمة، بينما يقتصر دور القاضي في تنفيذ أحكامه وإخضاعها للرقابة<sup>1</sup>، ويتخذ إتفاق التحكيم إحدى الصورتين إما شرط أو إتفاق، إلا أن الجدل قد أثير حول شرعيته وتحديد طبيعتهما إن كان يعتبر شرط تحكيم أو أنه عقد أو مجرد وعد بالتعاقد، وهذا ما نسعى إلى الفصل فيه.

### 1 . إتفاق التحكيم عقد

يقوم نظام التحكيم على الإرادة، ولذلك فإن أغلب الفقه يؤكد على الطبيعة التعاقدية لإتفاق التحكيم، فهو عقد مدني من طبيعة خاصة أساسه إرادة الطرفين في اللجوء إلى التحكيم، لا يجوز لأي منهما النكول أو التنازل عنه بالإرادة المنفردة إلا بالتقابل بموجب إتفاق بينهما مالم يعترض الخصم على ذلك أمام الجهة القضائية المطروح عليها النزاع موضوع إتفاق تحكيم على أساس أن إتفاق التحكيم يعد نافذا من لحظة إبرامه مرتبا آثاره إيجابا أو سلبا تطبيقا للقوة الملزمة لإتفاق التحكيم، الأمر الذي يفرض على القاضي التقيد به وتنفيذه إلا إذا توفرت إحدى حالات البطلان الواردة في إتفاقية نيويورك<sup>2</sup>، وبالتالي محو آثاره والتصدي لموضوع النزاع تلقائيا<sup>3</sup>.

تلك الإلتزامات هي من طبيعة خاصة لا تتعلق بالقيام بعمل أو إمتناعا عنه، وإنما يتمثل في الإلتزام باللجوء إلى التحكيم دون قضاء الدولة أو بتنفيذ حكم المحكم الذي إرتضى الأطراف تعيينه لتسوية ما ينشأ بينهم من منازعات تنفيذا إختياريا حتى عند لجوئهم إلى القضاء .

فلا يعدو الأمر أن يكون مشابها بعقد الصلح المصادق عليه من القضاء، لأن عدم تنفيذه يفسر على أنه تنازل ضمني عن الإتفاق يؤدي لا محالة إلى إنقضاء إلتزام اللجوء إلى التحكيم وبالتالي الرجوع إلى القضاء صاحب الإختصاص الأصيل لنظر النزاع<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> محمود سمير الشراوي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 684.

<sup>2</sup> راجع المادة الثانية من إتفاقية نيويورك 1958 والتي نصت على أنه "ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الإتفاق باطلا أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق"، والتي إستتبط منها المشرع الفرنسي نص المادة 1458 من قانون المرافعات المدنية.

<sup>3</sup> - أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 اسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2006، ص 67.

<sup>4</sup> - جعفر مشيمش، مرجع سابق، ص 66.

لذا فالمحكم منوط به مهمة تنفيذ هذا الاتفاق المتمثل في الفصل في النزاع، مما يجعل حكم التحكيم جزء من هذا الإتفاق يصدر عن المحكم مجرد من أية سلطة قضائية، أكدت على ذلك محكمة النقض الفرنسية بموجب الحكم الصادر في 1937/07/27 والذي قضت فيه أن قرارات التحكيم الصادرة على أسس مشاركة تحكيم تكون وحدة واحدة مع هذه المشاركة وتشاركها مع هذه الصفة التعاقدية<sup>1</sup>، غير أنهم اختلفوا في تحديد الوصف القانوني لهذا العقد إنطلاق من التفرقة بين مصطلحي العقد والإتفاق، إذ ينصرف مدلول هذا الأخير حسب الفقهاء الإيطاليين بأنه عمل إجرائي (contratiprocessuali)، فلا ينشأ إلا بعد وقوع النزاع ويخول للأطراف مباشرة الإجراءات والدفع بوجود إتفاق التحكيم ومنع اللجوء إلى القضاء بشأنها<sup>2</sup>.

إضافة إلى ذلك فإنه يمكن للأطراف الإتفاق على إجراءات سير خصومة التحكيم الأمر الذي جعل المشرع الإيطالي يصنف الدفع بعدم وجود إتفاق تحكيم من قبيل الدفع بعدم الإختصاص<sup>3</sup>، وعلى خلاف ما ذهب إليه أحد الفقهاء بأن إتفاق التحكيم من العقود المدنية المسماة ولو ورد في عقد تجاري فهو من العقود المتعلقة بالخدمات (contrats des services) الذي يترتب إلزاما على عاتق أطرافه<sup>4</sup>.

وبهذا فإن التحكيم يخضع لمجموعة من القواعد الإجرائية والموضوعية بشكل يمنح إتفاق التحكيم فاعلية ويضفي عليه القوة الإلزامية، إضافة إلى ذلك فإن ما يظهر هذه الخصوصية موضوعه المتمثل في التقاضي بطريق التحكيم كطريق مواز لقضاء الدولة وخضوع خصومة التحكيم لنظام خاص يختلف عن النظام الذي تخضع له الخصومة القضائية نظمه المشرع تحت تسمية قانون التحكيم كالمرسوم الملكي أو ترد أحكامه في خضم قانون معين على الأغلب في

1. فراح مناني، مرجع سابق، ص 36.

2. وجب التسليم بوجود إختلاف بين مصطلحي العقد والإتفاق في التحكيم التجاري الدولي على خلاف ما عمل عليه الفقه في المواد المدنية. راجع في هذا الشأن نور الدين بكلي، دور وأهمية إتفاق التحكيم في العقود التجارية الدولية في القانون الجزائري والقوانين العربية، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الطرق البديلة لحل النزاعات الواسطة والصلح والتحكيم، ج 1، 2009، ص 271.

3. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، ط5، الإسكندرية، 2007، ص 182.

4. عزمي عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 186.

قانون إجرائي، كما هو الشأن في التشريع الجزائري، وقانون الإجراءات المدنية الفرنسي الصادر في 1981 وقانون المرافعات الإيطالي، هذا ما أثر على طبيعته، فيعهد إلى هيئة التحكيم ولاية النظر في النزاع المتفق إحالته على التحكيم ويمتنع ذلك على قضاء الدولة، ويترتب على ذلك بأن يخول للطرف صاحب المصلحة أن يتمسك بعدم الإختصاص لإنعدام إتفاق تحكيم أو بطلانه كدفع أولي قبل مناقشة الموضوع<sup>1</sup>.

لهذا يطبق على إتفاق التحكيم أحد الحكمين إما أنه واقعة مادية يجب إثباته كتابة أو أنه عقد يتضمنه العقد الأصلي<sup>2</sup>.

غير أن الرضوخ لمبدأ سلطان الإرادة بالنسبة لشرط التحكيم كغيره من العقود ليس مطلقا إنما مقيد بالنظام العام والقواعد الآمرة التي تتعارض مع المصالح الفردية وتهدف إلى حماية المصلحة العامة والمبادئ والقيم كمبدأ حق الدفاع ومبدأ المواجهة<sup>3</sup>.

ولهذا فإن تلك القواعد وطنية أو دولية إنما تهدف إلى سد الفراغات التي قد تتخلل إتفاقات الأطراف وكانت أساسية لسير عملية التحكيم حرصا من المشرع لضمان تنفيذ حكم التحكيم<sup>4</sup>.

## 2 . إتفاق التحكيم وعد بالتعاقد

<sup>1</sup>- راجع المرسوم الملكي السعودي رقم 26 لسنة 1983 الذي ألغى المواد من 493 إلى 497 المتعلقة بالتحكيم التجاري الواردة في قانون المحكمة التجارية رقم 32 لسنة 1932. كذلك قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الصادر في 12/05/1981 تتضمن قواعد التحكيم الدولي في الكتاب الرابع منه الذي تضمن مرسومين متعلقين بالتحكيم الداخلي والآخر بالتحكيم التجاري الدولي، نصت كذلك المواد من الأمر رقم 09/08 الصادر في 25/02/2008 المتضمن قانون إ.م.إ.ج، كذلك المادة 22 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994. راجع المواد من 806 إلى 831 من قانون المرافعات الإيطالي المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي في القسم الثامن في المواد بعنوان (Dell arbitrato) الذي عدل جزء منه يتعلق بالتحكيم المنظم (Arbitrato Rituale) بموجب القانون رقم 28 الصادر في 9/02/1983. آمال أحمد فزائيري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص40.

<sup>2</sup>- أحمد إبراهيم عبد التواب، إتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 140.

<sup>3</sup>- علي الطاهر البياتي، التحكيم التجاري البحري، ط1، دار الثقافة، عمان، 2005، ص 60.

<sup>4</sup>- جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 2007، ص61.

ظهر إلى جانب القائلين بالطبيعة العقدية لإتفاق التحكيم إتجاه يركز على الصبغة الغالبة في إتفاق التحكيم القائم على عنصر الإحتمال، ذلك أن الأطراف عند إدراجهم ذلك الشرط في العقد الأصلي لا يكون تأكيدهم على وقوع النزاع موضوع إتفاق تحكيم قاطعا، مما ينتفي لديهم العلم بوقائعه، وبالتالي غياب بياناته وعدم تمكّنهم من إظهارها بشكل واضح حسب ما يقتضي القانون توفره في محل العقد بأن يكون معينا تعيينا كافيا فيأتي الإتفاق عاما يكتفي فيه الأطراف بالإتفاق على اللجوء إلى التحكيم في حالة وقوع النزاع<sup>1</sup>.

مما يجعلهم بحاجة إلى إتفاق لاحق يتحدد فيه موضوع النزاع ما لم يتضمن الإتفاق على قواعد مادية تحسم النزاع دون أن تكون مخالفة للنظام العام والأداب العامة، وأيضا كل الشروط اللازمة لصحة حكم التحكيم وصلاحيته للتنفيذ<sup>2</sup>.

هذا ما دفع الفقه إلى إعتبار شرط التحكيم وعد بالتعاقد وإخضاعه لأحكامه، وبهذا فإن شرط التحكيم لا يختلف عن الوعد بالتعاقد من حيث شروط صحته عدا الأهلية التي أوجب المشرع أن تكون كاملة للطرفين<sup>3</sup>.

ويترتب على ذلك أنه إذا نشأ النزاع إلتزم طرفي الوعد بإبرام الإتفاق الموعود به يتضمن كافة المسائل الإجرائية والموضوعية التي يتطلبها نظام التحكيم<sup>4</sup>.

غير أنه بالرجوع إلى أحكام الوعد بالتعاقد بأنه عقد ملزم لجانب واحد يجب أن يتضمن المسائل الجوهرية للعقد يحدد فيه الأجل المقرر لإبرامه تحت طائلة البطلان في حالة قبول الموعود له بالإيجاب المقدم له<sup>5</sup>، مما يظهر وجه المفارقة وعدم إنطباقها على شرط التحكيم

<sup>1</sup> - عزمي عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 136.

<sup>2</sup> - شرط التحكيم ليس وعد بإحالة النزاع إلى التحكيم وإنما هو وعد بإبرام إتفاق تحكيم بحسب هذا الإتجاه. محمود السيد التحيوي، الحدود الزمنية والموضوعية لولاية المحكم على الدعوى التحكيمية، ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011، ص 77.

<sup>3</sup> - على خلاف الأصل تشترط الأهلية في الواعد الذي يكون ملزم من جانبه فقط . . مصطفى الجمال وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، دار الفتح للطباعة والنشر، ط1، القاهرة، 1998، ص 344 .

<sup>4</sup> - محمود السيد التحيوي، مرجع سابق، ص 78، ص 79 .

<sup>5</sup> - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص 179.

لإحتماليته أولاً، ولأن الأجل لإبرام إتفاق تحكيم غير محدود ثانياً، والأهم من ذلك أنه لا يمكن تحديد محل النزاع قبل وقوعه.

وعليه وعلى حد تعبير المشرع الفرنسي فإن شرط التحكيم لا يخرج عن إطاره الأصلي كإتفاق قائم بذاته وما يترتب عليه من آثار سواء ورد كبند في العقد الأصلي أو إتفاق يرد في وثيقة مستقلة ناشئا قبل وقوع النزاع دون الحاجة إلى إبرام إتفاق جديد<sup>1</sup>.

بناءً على ما تقدم نستخلص أن شرط التحكيم قد تخلص من الوصف القائل بأنه وعد بإبرام إتفاق تحكيم، وهذا ما يؤكد على إلزاميته، ويتساوى في ذلك مع إتفاق التحكيم المحرر بعد وقوع النزاع من حيث قيمته القانونية وآثاره.

أما عن حقيقة ذلك الوصف ما هو إلا تفسيراً فقهيًا لموقف المشرع الفرنسي السابق الذي كان ينكر شرط التحكيم ونتج عنه إبطال الكثير من قرارات التحكيم القائمة على هذا الشرط، إلا أن هذا الإنكار لم يكن عاماً وإنما إستثنى منه المنازعات المتعلقة بالأعمال التجارية<sup>2</sup>.  
فالتحكيم ورد النص عليه في القانون الخاص الذي يتعلق بالمنازعات ذات الطبيعة التجارية<sup>3</sup>، هذه المنازعات أجاز المشرع قابليتها للتحكيم، وكذلك يعتبر شرط التحكيم الوارد في العقود الدولية ومنها عقود التأمين البحري صحيحاً ولا يجوز إبطاله متى توفرت شروطه<sup>4</sup>، وحتى بالنسبة لهذه العقود فقد تبين للمحاكم الفرنسية أن شركات التأمين في بعض الأحيان تدرج في بواليص التأمين بنود خطيرة إما أنها غير عادلة أو أنها تهدف إلى رفض الإختصاص أو حصره في إقليم باريس، ومع ذلك فإن شرط التحكيم على العموم لا يمكن نفي صحته<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>- المرسوم الفرنسي رقم 354/80 الصادر في 14/5/1980 المعدل لبعض قواعد التحكيم الداخلي الذي ميز بين شرط وإتفاق تحكيم، إلا أنهما يشتركان في الآثار، مما يعني أن الأطراف يباشرون إجراءات التحكيم عند نشأة النزاع دون الحاجة إلى إبرام إتفاق جديد.

<sup>2</sup>. راجع القانون الفرنسي الصادر في 31/12/1925.

<sup>3</sup>- أمال أحمد الفيزايري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995، ص 44 ، 45.

<sup>4</sup> راجع المادة 231 من القانون رقم 626/72 الصادر في 05/07/1972 المتعلق بالقانون التجاري، راجع المادة 332 من القانون الفرنسي للتأمينات.

5 - MOLINIER Victor, clause compromissoire examen critique de la jurisprudence d'a cour cassation qui établit la nullité de la clause compromissoire, Revue de la jurisprudence, arbitrage volontaire en matière civile et en matière commerciale, tome 2, paris, 1852, p 236.

هذا وقد أقر القضاء الفرنسي أيضا بصحة شرط التحكيم اللاحق بعد التعاقد قبل أن تنشأ الخصومة أو تعيين المحكمين بأسمائهم<sup>1</sup>.

وفي الأخير إعترف المشرع الفرنسي بشرط التحكيم قائم بذاته مستقلا عن العقد مصدر العلاقة القانونية بين المتعاقدين مرتبا جميع آثاره دون الحاجة إلى إبرام مشاركة تحكيم مما أفسح المجال للدول مراجعة تشريعاتها المتعلقة بالتحكيم، ومس التعديل معظم قوانين الدول العربية فإعتبرت أن شرط التحكيم يعد آلية لتسوية المنازعات في المعاملات التجارية على الخصوص<sup>2</sup>. غير أن الإعتقاد المتقدم بإعطاء الوصف التعاقدى لإتفاق التحكيم يثير التساؤل ما مدى مساهمة المحكم في تحقيق فعالية إتفاق التحكيم في حسم المنازعات والآليات المكرسة لذلك؟. إن المعطيات السابقة من شأنها أن تسلخ عن إتفاق تحكيم طابعه العقدي المحض، هذا ما دأب إليه موقف المعارضين القائل بالطبيعة القضائية لهذا الإتفاق.

### ثانيا . الطبيعة القضائية لإتفاق التحكيم

يضطلع المحكم بمهمة الفصل في المنازعات وفق إجراءات مرتبة في إتفاق التحكيم على نحو تجعل المحكم يشترك مع القاضي في نفس الدور المتمثل في معالجة القضايا بمجرد أن يشير عليه أطراف النزاع، فيسلك نظاما إجرائيا لسير خصومة التحكيم إلى غاية الفصل فيها مع إحترامه مبادئ التقاضي الأساسية، فهو قاضي خاص يستمد سلطته من القانون الذي يعترف له بالوظيفة القضائية، ويسمح للأطراف إختيار محكمين للفصل فيما ينشأ بينهم من منازعات ويمتتع على القضاء تبعا لذلك قبول النظر في المنازعات محل إتفاق التحكيم<sup>3</sup>.

1. حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 17/12/1936.

2. المرسوم الفرنسي رقم 354/80، ونصت المادة 11 من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 الصادر في 16 أوت 2001 على أنه "ويجوز أن يكون إتفاق التحكيم في صورة شرط أو ورد في عقد أو في صورة إتفاق منفصل"، كما نصت المادة

الأولى من الأمر الملكي السعودي رقم 46/2 الصادر في 25/04/1983، ولا يختلف الأمر بالنسبة لباقي الدول منها سوريا، لبنان السودان، تونس، الإمارات.

3. محمود سمير الشرقاوي، الدور الخلاق في مجال التحكيم التجاري الدولي، المؤتمر السنوي السادس عشر حول التحكيم التجاري الدولي، ص 683.

وتتجلى مظاهر التماثل بين مهام المحكم والقاضي بصفة بارزة على الخصوص في التحكيم بالقانون والتحكيم المؤسسي، فالمحكم ملزم في هذا النوع من التحكيم أن يتبع لسير خصومة التحكيم إجراءات يطبقها القاضي، فتتخذ حينئذ شكل الدعوى القضائية تنشأ بموجب طلب وتبادل الدفع مدعمة بمستندات ووثائق تأسيساً لأي إدعاء أو دفع شكلي أو موضوعي وإتخاذ إجراءات تحفظية أو تدابير مؤقتة إذا كانت لازمة، وبهذا فإن المحكم يعتبر بمثابة القاضي بما يسند إليه من مهام<sup>1</sup>.

والأكثر من ذلك أنه بمجرد أن يتفق الأطراف على التحكيم يصير إجبارياً ويحل محل القضاء العادي في حماية الحقوق على وجه الإلزام<sup>2</sup>.

هذا وقد إترف القضاء الفرنسي للمحكم بالطبيعة القضائية لمهمته لما يمتلك من سلطة ذاتية مستقلة للفصل في المنازعات، وأقر بأن لجوء الأطراف إلى التحكيم إنما هو تعبير عن إرادتهم بإعطاء الغير سلطة قضائية<sup>3</sup>، ورتب التحكيم في مرتبة القضاء الخاص أو الإستثنائي ويمتلك المحكم سلطة مستقلة للفصل في النزاع<sup>4</sup>.

وما يؤكد على الطبيعة القضائية للتحكيم أيضاً القوة الإلزامية للحكم الفاصل في النزاع بمجرد صدوره فهو غير قابل للطعن إلا بالبطلان، وبالتالي فإنه يحوز على حجية الأمر المقضي بمجرد صدوره شأنه شأن الحكم القضائي<sup>5</sup>.

ورغم إختلاف النظامين من حيث مسارهما، إلا أن المصدر يبقى واحداً وهو القانون وإن كانت درجة الإلتزام به متفاوتة، ويتقاسم كلا النظامين ذات الهدف هو الفصل في النزاع مما يضفي على المحكم صفة القاضي وعلى مهمة التحكيم ذاتها الوظيفة قضائية<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>- جعفر مشيمش، مرجع سابق، ص 68، 70.

<sup>2</sup>- راجع حكم محكمة النقض المصرية في الحكم الصادر في 1986/02/06 تحت رقم 2186 سنة 52 ق.

<sup>3</sup>- راجع قرار محكمة التمييز الفرنسية بتاريخ 1962/05/25.

<sup>4</sup>- علي الطاهر البياتي، مرجع سابق، ص 61.

<sup>5</sup>- وإن كان الفارق بينهما أن الحكم التحكيمي غير قابل للتنفيذ إلا بصدر أمر قضائي في دولة التنفيذ.

- DERMINE L, arbitrage commercial en Belgique, larcier, Bruxelles, 1975, p 57.

<sup>6</sup>- مصطفى محمد الجمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات العامة الدولية والداخلية، ط1، بدون دار النشر، 1998، ص 19.

إن فالتحكيم وإن كان عند نشأته عقد، إلا أنه يزول عنه هذا الوصف بمجرد أن يبدأ الأطراف في تنفيذ إتفاق التحكيم فيدخل معترك الإجراءات القضائية لينتهيها بحكم تتشابه بياناته مع الحكم القضائي وفيما يرتبه من آثار، وهو ما يؤكد الطبيعة القضائية للتحكيم<sup>1</sup>.

### ثالثا . الطبيعة الخاصة لإتفاق التحكيم

ونتيجة لهذا التعارض في الآراء بين الفقهاء حول الطبيعة القانونية لإتفاق التحكيم ظهر إتجاه آخر ينفي عليه كلا الوصفين، فإعتبر أنه ذو طابع خاص، يستمد ذلك من الهدف الذي يسعى إليه الطرفان عند إختيارهم التحكيم بديلا عن القضاء لتسوية المنازعات الناشئة بينهم تجنباً لإجراءاته المعقدة والبطيئة وحفاظا على السرية والبحث عن عدالة أكبر عن طريق أشخاص موثوق فيهم، وسند المحكم في ذلك قواعد العرف ومبادئ العدالة، و بهذا فلا يعتبر حكم التحكيم أثرا من آثار العقد، ولا يعد كذلك بمثابة حكم قضائي لإختلاف القواعد التي يخضع لها الحكمين وإختلافهما من حيث الشكل فكل منهما بياناته الخاصة<sup>2</sup>.

والأكثر من ذلك عمد بعض الفقهاء إلى المزج بين الطبيعتين التعاقدية والقضائية وإعتبروا أن إتفاق التحكيم من طبيعة مختلطة، وتبريرهم في ذلك أن التحكيم إتفاق ملزم لأطرافه باللجوء إليه كوسيلة لتسوية المنازعات التي تعترضهم أثناء تنفيذ أو تفسير العقد أمام محكم يوكل إليه مهمة الفصل في المنازعة شأنه شأن القاضي<sup>3</sup>.

هكذا نستخلص أن حسم الخلاف كان بإعطاء إتفاق التحكيم تكييفا خاصا يجمع بين الوصفين فهو إتفاق في أوله إجراء في وسطه وقضاء في آخره ، وحسب رأينا فإن إتفاق التحكيم لا يخرج عن كونه إتفاق نوا طبيعة خاصة تجتمع فيه عناصر العقد، إلا أن كيفية تنفيذه أضفت عليه الصبغة القضائية، سبق وأن عبر الباحث بومدين عبد الباقي عن ذلك بأنه قالبا قانونيا يحتوي على عمليتين مختلفتين هما إتفاق التحكيم وقضاء المحكم، وللووقوف على هذه

1- FOUCHARD.PH , GAILARDS .E et GOLDMAN B, Traite de l'arbitrage Commercialinternation---ale , op. cit , P.11,12.

<sup>2</sup>. ناصر ناجي محمد جمعان، مرجع سابق، ص 28.

<sup>3</sup> - محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 684.

الخصوصية يستلزم تحليل عناصر كل منهما<sup>1</sup>. نقترص على ذكر البعض منها لأن معظمها إعتدها كل موقف من المواقف السابقة، وأهم تلك العناصر :

- تعذر على القضاء إحتواء كل المسائل العالقة في مجال معاملات التجارة البحرية الدولية التي شهدت تطورا وإزادات تعقيدا وصعوبة مما فسح المجال للتحكيم أن يكون بديل عنه.

- ما يميز إتفاق التحكيم عن العقد أنه يعالج الآثار المترتبة عن علاقة ناشئة سابقا وحاليا فلا يهدف إلى إنشاء علاقة قانونية مالية أو شخصية، أما موضوعه يتمثل في إستحداث جهاز للفصل في النزاع قد يكون شخص أو هيئة مستقلة عن الطرفين<sup>2</sup>.

أما أوجه المفارقة بين إتفاق التحكيم والعمل القضائي تبدوا من خلال عنصر الإرادة في الحل الذي يتخذه المحكم، هذا الأخير ملزم بتطبيق القواعد الموضوعية لتسوية النزاع تكريسا لسيادة الدولة بينما يتقيد المحكم بإرادة الطرفين، ويختلفان أيضا من حيث التركيبة الداخلية وحجية الحكم وقوته التنفيذية<sup>3</sup>.

ورغم تميز كل منهما عن الآخر، إلا أن التحكيم له أيضا نظام قانوني إلى جانب النظام القضائي في نطاق المنظومة التشريعية، مما يجعله قضاء مواز لقضاء الدولة، ويتشارك في ذات المبادئ منها مبدأ حق الدفاع، مبدأ المساواة، مبدأ إستقلال المحكم وحياده وغيرها من المبادئ التي يرتكز عليها النظام القضائي<sup>4</sup>.

### المطلب الثاني: شروط صحة إتفاق التحكيم الدولي في منازعات التأمين البحري

<sup>1</sup>. بلباقي بومدين التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتلمسان، 2017/ 2018، ص 56.

<sup>2</sup>. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العالي، مرجع سابق، ص 46.

<sup>3</sup>. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي، مطبعة عباد الرحمان، الكويت، 1996، ص 16، 17.

<sup>4</sup>. وتعتبر هذه المبادئ ضمانات للأطراف وعلى الخصوص الطرف الضعيف، طالما أن عقد التأمين البحري معلوم أن العلاقة بين أطرافه غير متوازنة.

. بلباقي بومدين، مرجع سابق، ص 57.

إنطلاقاً من التعريف القانوني لعقد التأمين بأنه "عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له أو الغير الذي إشتراط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً أو أداء مالي آخر في حالة تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل أقساط أو أية دفعات مالية أخرى"<sup>1</sup>، نتوصل إلى أنه عقد قائم على عنصرَي الاحتمال والإذعان إضافة إلى حسن النية، وبنفس المعنى عرفه مركز التحكيم الإقليمي بالقاهرة<sup>2</sup>.

ترتكز فكرة التأمين على نوعين من الأسس:

1. أسس قانونية : هي تلك الرابطة التي تصل المؤمن بالمؤمن لهم أو المستفيدين من عقد التأمين البحري بعد تحقق الخطر المؤمن منه بعد أن يدفع كل الأقساط المستحقة من المؤمن لهم المشتركين في تعرضهم لنفس الخطر ويساهمون بعد وقوعه في تحمل الخسائر المترتبة عنه .
2. أسس فنية : يستخدم المؤمن عناصر فنية يركز عليها لحساب التعويض عن الضرر الناتج عن الخطر وتوزيع مساهمات المؤمن له الذي لحقه الضرر<sup>3</sup>.

كما أن التأمين البحري إجباري، فلا يمكن لمالك السفينة إستغلال السفينة أو نقل البضائع دون التأمين عليها لدى شركات التأمين المعتمدة في الجزائر، غير أن المشرع سابقاً قد إستثنى من ذلك البضائع والتجهيزات المستوردة عن طريق البحر<sup>4</sup>، لكن حالياً يوجد شركات تأمين دولية في الجزائر تنشط في مجال التأمين وإعادة التأمين.

<sup>1</sup>. يرتكز هذا التعريف على أحكام المادة الثانية من الأمر رقم 07/95 المتعلق بالتأمينات المعدل والمتمم بالقانون 04/06 الصادر في 2006/02/20، ج ر عدد 15، الأمر رقم 01/10 المؤرخ في 2010/08/26 الأمر رقم 11/11 الصادر في 2011/07/18، ج ر عدد 40، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08/13 الصادر في 12/30/2013، ج ر عدد 68.

<sup>2</sup> عرف حكم التحكيم رقم 2002/302 الصادر في 2003/05/29 عن مركز التحكيم التجاري الإقليمي بالقاهرة عقد التأمين البحري بأنه "عقد يلتزم بمقتضاه أن يؤدي المؤمن للمؤمن له أو المستفيد الذي إشتراط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً أو مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث أو تحقق خطر معين وذلك عن طريق تحمله مجموعة من المخاطر التي يجري المقاصة فيما بينها طبقاً لقوانين الإحصاء". موسى محمد فوزي إبراهيم، التحكيم في المنازعات المالية غير المصرفية، أطروحة دكتوراه جامعة المنوفية، 2013، ص 11.

3 . موسى محمد فوزي إبراهيم، المرجع نفسه، ص 12.

<sup>4</sup> راجع المادتين 194، 197 من الأمر رقم 07/95 المتعلق بالتأمينات، المحال إليهما بموجب المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 412/95 المتضمن تحديد البضائع ومعدات التجهيز المستوردة عن طريق البحر والجو من إلزامية التأمين عليها لدى شركات التأمين المعتمدة في الجزائر، ج ر عدد 76، صادر في 1995/12/10.

هذه الخصائص التي يتميز بها عقد التأمين البحري 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 (الفرع الأول) إلى جانب الشروط العامة التي لا تتوفر في سائر العقود (الفرع الثاني) .

### الفرع الأول . الشروط العامة لإتفاق التحكيم في عقد التأمين البحري

تلزم قواعد التحكيم بأن يتوفر في إتفاق التحكيم ما يفرض من شروط لصحة العقد الأصلي بأن يكون مستوفيا جميع الأركان من تراضي ومحل وسبب، وهي ذات الشروط الواردة في القواعد العامة<sup>1</sup>.

#### أولا - التراضي

لا ينشأ إتفاق التحكيم كغيره من العقود دون تراضي طرفيه باللجوء إلى التحكيم بديلا عن القضاء<sup>2</sup>، وبهذا فلا يختلف تعريفه في القواعد العامة عن التعريف الذي وضعه الفقه<sup>3</sup>. أما الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي، فقد قصرت مجال تطبيقها على المنازعات المترتبة عن عمليات التجارة الدولية التي تتضمن إتفاقات التحكيم<sup>4</sup>.

وتطبيقا لذلك فصلت المحكمة الدستورية المصرية في مسألة التراضي من خلال تعريفه للتحكيم بأنه "هو عرض نزاع معين على محكم يعين بإختيارهما أو بتقويض منهما أوعلى ضوء شروط يحددها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائيا من شبهة الممالة مجرد من التحايل وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يدلي كل منهما

<sup>1</sup> راجع المواد من 59 إلى 98 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/9/26 المعدل والمتمم بالقانون رقم

10/05 المؤرخ في 2005/06/20 المتضمن القانون المدني، ج ر، العدد 44.

<sup>2</sup> يعرف قانون الشريعة العامة لمختلف الدول بأن التراضي هو تطابق إرادتين بالإيجاب والقبول . شريف الطباخ، مرجع سابق، ص 48.

<sup>3</sup> يهدف إلى إحداث أثر قانوني بإنشاء إلتزام، . عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، المصادر، الإثبات، الآثار، الأوصاف، الإلتقال، الإلتضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 87، 88.

<sup>4</sup> راجع فالمادة 1/أ من الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي.

بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية، ولا يجوز الإتفاق على خلاف ذلك سواء كان موضوع التحكيم نزاعا قائما أو محتملا ذلك أن التحكيم مصدره الإتفاق<sup>1</sup>.

وتثير مسألة التراضي في عقود الإذعان ميزة خاصة، فإذا كان الإيجاب وفقا للقواعد العامة بالنسبة لعامة العقود، إذ يقدم العرض بموجب وثيقة أو ملحق يحرر من الطرف المدعن بصفة إنفرادية، إلا أن الخصوصية تتجلى بالنسبة للقبول، ذلك أن الطرف المتعاقد لا يمكنه المفاوضة بشأن شروط العقد، فليس له إلا القبول أو الرفض الكلي للوثيقة<sup>2</sup>.

ومع ذلك يعتبر العقد صحيحا مالم يكن مخالفا للقانون أو كان متعارضا مع النظام العام وفق ما تقتضيه المادة 622 من القانون المدني الجزائري فيحكم ببطلانه.

أيضا قضت محكمة النقض المصرية بأنه "إذا إشتراط في عقد التأمين أنه في حالة وقوع حادث يكون الفصل في النزاع بواسطة محكمين، فالشرط صحيح لا يجوز النكول عنه"<sup>3</sup>.

وعليه لا يعتبر كل عرض بإبرام إتفاق تحكيم إيجابا، وإنما يجب أن يكون باتا ونهائيا يتضمن كل العناصر الجوهرية التي يتطلبها شرط التحكيم ولا أثر للمسائل الثانوية<sup>4</sup>.

فالتراضي لا يثبت إلا إذا أفصح الطرف الثاني عن قبوله المطابق للإيجاب الذي لم ينقضي أجله بعد، فهو غير مفترض، مما يعني أنه إذا رفض من وجه إليه الإيجاب التصريح بقبوله خلال أجل محدد إنعدم التراضي، وإن كان ذلك لا يمنع الأطراف من تعديل مقتضيات الإتفاق على التحكيم قبل تنفيذ العقد، وتطبق في هذه الحالة المسائل المعدلة<sup>5</sup>.

1- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم، ط1، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2006، ص 36.

2- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، ط 1، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت (لبنان)، 1998، ص 207، 208.

3- قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 2000/01/12 تحت رقم 6529، 6530. شريف الطباخ، مرجع سابق، ص 48.

4- راجع المادة 65 من القانون المدني الجزائري والمادة 95 من القانون المدني المصري. أحمد لعور نبيل صقر، القانون المدني وتطبيقا لأحدث التعديلات بالقانون 05/07 موسوعة الفكر القانوني، دار الهدى، الجزائر، 2007، ص 17.

5- محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 54.

وفي هذا الموضوع يمكن التطرق إلى القضية التي طرحت على القضاء المصري بين هيئة قناة السويس وشركة قناة السويس للتأمين في دعوى الضمان الفرعية، وفصلت فيها محكمة النقض المصرية على إثر الطعن المقدم من الهيئة بموجب الحكم الصادر في 1994/11/06 "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"<sup>1</sup>.

وفي قضية مشابهة عرضت على القضاء الفرنسي، وتتلخص وقائعها أن البضاعة التي وصلت إلى المرسل إليه والمتمثلة في السيارات المشحونة على متن السفينة أصابها تلف كبير تكفلت شركة التأمين بتعويضه وحلت محله في رفع الدعوى أمام المحكمة التجارية للمطالبة بحقوقه في مواجهة شركة النقل، ودفعت هذه الأخيرة إلى جانب ريان السفينة بوجود شرط تحكيم يتضمنه سند الشحن، بينما تمسكت شركة التأمين بعدم إلتزام المرسل إليه بإتفاق التحكيم لأنه رفض قبوله، وهو ما قضت به المحكمة الابتدائية، إلا أن محكمة الإستئناف قضت بخلاف ذلك مما عرض قرارها للطعن بالنقض على أساس خرقه للإتفاق في سندات الشحن لعام 1924 فصلت محكمة النقض الفرنسية في الطعن بأن قبول مرسل البضاعة في عقد النقل لا يغني عن قبول المرسل إليه<sup>2</sup>.

غير أن موقف محكمة النقض الفرنسية كان منتقدا من عدة أوجه:

أ - أنه من الناحية العملية أن الناقل يحرر يوميا سندات الشحن كثيرة، ولهذا فإنه يتعذر عليه أن يقنع كل مرسل إليه أو من ظهر إليه السند ويلح عليه بقبوله، وتطرح الصعوبة بحدّة إذا حرر سند الشحن لحامله فيصبح من المتعذر على الناقل أن يعرف من هو حائز هذا السند وموقفه من شرط التحكيم الذي يتضمنه السند.

<sup>1</sup> - سعيد أحمد شعله، قضاء النقض في التأمين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 202، 203.

<sup>2</sup> - محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، ج 3، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، بيروت، 1998، ص 59.

ب - كما أن المرسل إليه يعتبر في نظر الفقه أحد أطراف عقد النقل البحري، وبالتالي فإنه يلتزم بتنفيذ شروطه بما في ذلك شرط التحكيم ويكون قبوله به ضمنياً يتجلى إما من خلال عدم إعتراضه على سند الشحن أو بتظهيره للغير .

على إثر ذلك إستحدثت محكمة إكس الفرنسية في حكمها الصادر في 1993/10/28 فكرة جديدة على إعتبار أن المرسل إليه يعد خلفاً خاصاً للشاحن، ويصوغ حينئذ الإحتجاج في مواجهة المؤمن الذي يحل محل المرسل إليه في حقوقه .

إلا أن الفكرة التي أسس عليها الحكم المتقدم لم تحضى بالترحيب لدى محكمة النقض المصرية، فرفضت جميع دعاوى الحلول التي رفعتها شركات التأمين بعد أن دفعت التعويض للمؤمن لهم وسببت ذلك بأن مبلغ التعويض الذي تلتزم به شركة التأمين ليس وفاءاً بدين في ذمة الغير أي ناتجاً عن علاقة مديونية، وإنما تنفيذاً لإلتزاماتها الناتجة عن عقد التأمين ذاته، ولهذا فإنه يمكن إعتبار أداء شركة التأمين التعويض في إطار حوالة الحق هو التصرف القانوني الأنسب<sup>1</sup>، وفي كل الأحوال فإن موافقة الأطراف على اللجوء إلى التحكيم تعد لازمة لكل منازعات التأمين البحري<sup>2</sup>.

## 1. شروط صحة التراضي

يلزم لإبرام طرفاً عقد التأمين البحري إتفاق التحكيم وتفعيل آثاره تطابق إرادتهما بالقدر الذي يجعل كل منهما يدرك حقيقة تصرفه وما يترتب عليه إلتزام اللجوء إلى التحكيم في حالة وقوع النزاع المحتمل، فإذا غاب عنصر الإدراك بسبب عارض يشوب الإرادة كالإكراه، التدليس والغلط الإستغلال<sup>3</sup>، فما حكم هذه العيوب إذا إعتلت بها إرادة طرفي إتفاق التحكيم، وماهي آثار ذلك؟.

### 1.1. الغلط

يرد الغلط في إتفاق التحكيم بإحدى الصورتين إما في القانون ويتعلق بالعقد أو بإتفاق التحكيم ذاته كأن يعتقد الطرفين قابلية حكم التحكيم للمراجعة، وقد يكون الغلط في ذات المتعاقد

1 - محي الدين إسماعيل علم الدين، مرجع سابق، ص 62.

2- راجع المادة 60 من القانون رقم 60 لسنة 1971 المتعلق بالتحكيم الإجباري في منازعات المؤسسات العامة وشركات القطاع العام ، ج ر ، عدد 26 الصادرة في 1971/09/30.

3- محمود السيد التحيوي، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به ، مرجع سابق، ص 123 ، 128 .

أو صفاته أو في العلاقة التي تربط المحكم بأحد طرفي إتفاق التحكيم يجعلها الآخر وفق ما إستقر عليه القضاء الفرنسي<sup>1</sup>،

ففي هذه الأحوال يكون الغلط مؤثرا وجوهريا يؤدي إلى بطلان إتفاق التحكيم ولو ورد في العقد الأصلي، أما الغلط في أسماء المحكمين أو هيئات أو مراكز التحكيم أو عناوينهم فإعتبره محكما غرفة التجارة الدولية والقضاء الأمريكي غلط بسيط يمكن تصحيحه<sup>2</sup>.

وتبعاً لذلك فإن حتمية تدخل القضاء مبدأ لا رجعة فيه طالما أن حكم التحكيم الأجنبي الغلط فيه أمر متوقع وليس على درجة واحدة، فقد يرد بسيطا يمكن تصحيحه، ويكون كذلك إذا كان ماديا، أما الغلط الجوهرى فينصب على القانون أو الوقائع أو على الإجراءات، فقد تصدى المشرع لذلك إما بإجازة إستئناف حكم التحكيم عندما يرد الغلط في القانون المطبق أو الوقائع أما الغلط في الإجراءات فلا يمكن تداركه وإنما أجاز بطلان الحكم، وتعتبر دعوى البطلان صورة من صور الرقابة المباشرة على حكم التحكيم<sup>3</sup>.

## 2.1 . التدلّيس

قد ينطوي إتفاق التحكيم على غش من أحد طرفيه، ومن مظاهر ذلك إشتراط قانون معين أو إستبعاد نصوص الإتفاق التي تنطوي على إجراءات متعارضة مع تلك المصلحة أو السكوت المتعمد من أحد الطرفين عن أمر لا يعلمه المتعاقد لقلّة خبرته<sup>4</sup>،

ومن أمثلة ذلك ما وقعت فيه الشركة الكندية في قضية (Berltroclincs) تعرضها لعملية إحتيال من طرف الشركة الفرنسية التي كانت إرتبطت معها بعقد يتضمن شرط تحكيم، فوجدت

<sup>1</sup> - عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم - التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص 229 . شريف الطباخ، مرجع سابق، ص 51.

<sup>2</sup> - محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، ج4، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2000، ص 86 إلى 88.

<sup>3</sup> - مصلح أحمد الطراونة، مرجع سابق، ص 905

<sup>4</sup> - نصت على التدلّيس المادتين 86 و87 من ف م ح، والمادتين 125.126 من القانون المدني المصري.

الشركة الكندية نفسها في مواجهة حكم تحكيم صوري بتواطؤ المحكمين ومركز التحكيم تحت إمرة وتأثير الشركة الفرنسية بهدف إقتسام المبالغ التي يقضى بها على الشركة<sup>1</sup>.

ولما كان التدليس آثاره تبلغ منتهى الخطورة على من يقع ضحيتها من الأطراف فإن القضاء الفرنسي أقر ببطلان الحكم<sup>2</sup> الذي يكتشف فيه التدليس سواء إنعقدت محكمة التحكيم من جديد أو تم تشكيلها بعد النطق بالحكم أو أمام القضاء، إلا أن دعوى بطلان العقد لهذا السبب يشترط لقبولها إثبات التواطؤ من الطرف الآخر إذا كان الغش والإحتيال صادرا عن الغير<sup>3</sup>.

### 3.1. الإكراه والغبن والإستغلال

يستبعد القضاء التحكيمي الإكراه في إتفاق التحكيم لأن أساس هذا الإتفاق الإرادة المشتركة للطرفين في اللجوء إلى التحكيم إلا إذا ورد شرط التحكيم في العقد الأصلي أبرم عن طريق الإكراه فيأخذ حكمه خروجاً عن مبدأ إستقلال شرط التحكيم<sup>4</sup>.

كذلك بالنسبة للغبن<sup>5</sup> وبإعتباره أن مجاله المعاملات المالية فمن المستبعد تصوره في إتفاق التحكيم لأن موضوعه غير مالي، فلا يؤثر عليه بطلان العقد بسبب الغبن لإستقلاله عنه<sup>6</sup>.

كما أنه يحتمل أن يستغل أحد الطرفين ضعف الطرف الآخر بإملاء شروطه، وهي حالات شائعة جدا بالنسبة لشرط التحكيم في عقد التأمين القائم على عدم التوازن في العلاقة بين المؤمن والمؤمن له وعدم تمكين هذا الأخير من مناقشة شروطه.

يتضح مما تقدم أن الغلط والتدليس والإكراه والغبن والإستغلال كلها عيوب مفسدة للإرادة تحد حقا من فاعلية التحكيم وإن كانت تتوقف على الطرف الذي له مصلحة في إبطال إتفاق

<sup>1</sup> محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم، ج 4، النسر الذهبي للطباعة يسرى حسين إسماعيل، القاهرة، 2000، ص 90.

<sup>2</sup> إستثناء عن القواعد العامة التي تقضي بعدم إمكانية مراجعة حكم التحكيم الدولي، راجع المادة 1507 من قانون المرافعات الفرنسي.

<sup>3</sup> منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 222.

<sup>4</sup> مصطفى محمد الجمال، أضواء على عقد التحكيم، مرجع سابق، ص 225.

<sup>5</sup> راجع المادة 90 من القانون المدني الجزائري رقم 05/07.

<sup>6</sup> أحمد لعور، نبيل صقر، مرجع سابق، ص 42.

التحكيم غير أن جزاء البطلان الذي يلحق إتفاق التحكيم على النحو المتقدم لا أثر له قانونا على العقد الأصلي تطبيقا لقاعدة إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد<sup>1</sup>.

إلا أن الفقه قد إستثنى من تطبيق المبدأ حالتين: أولهما إذا لحقت هذه العيوب المتعاقد ذاته وثانيا إذا كان العيب في قيمة الشيء موضوع التصرف القانوني أو في محله، ففي غير الحالتين المذكورتين فإن بطلان العقد لا يترتب عليه بطلان إتفاق التحكيم، وطبقت محاكم التحكيم بشأن عيوب الإرادة المبادئ العامة للقانون أو أعراف التجارة الدولية<sup>2</sup>.

ويطبق على صحة التراضي في التحكيم التجاري الدولي إما قانون الإرادة أو قانون البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم عملا بإتفاقية نيويورك 1958، وإذا تعارضت أحكام هذه الأخيرة مع قانون داخلي طبقت أحكام الإتفاقية عملا بأحكام المادة الأولى منها<sup>3</sup>.

## 2 . موقف المشرع من الإرادة الخفية لطرفي إتفاق التحكيم

إشترط المشرع أن يكون التعبير عن الرضا صريحا وواضحا، ومع ذلك فلا مانع بأن يكون التراضي بين طرفي إتفاق التحكيم ضمنيا يستنبط من ظروف الإتفاق وملاساته<sup>4</sup>.

غير أن التراضي بهذا الأسلوب إقترن بتوفر شرطين أساسين:

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

- ألا يتضمن إتفاق تحكيم سابق ما يفيد التنازل عن الشرط<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>- نصت المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "...لا يمكن الإحتجاج بعدم صحة إتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي"، نفس ما نصت عليه المادة 23 من قانون التحكيم المصري.

<sup>2</sup>- نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص 46.

<sup>3</sup> راجع المادة 5 من إتفاقية نيويورك 1958.

<sup>4</sup> مصطفى محمد الجمال، أضواء على عقد التحكيم، مجلة الدراسات القانونية، جامعة بيروت، ع 1، المجلد الأول لسنة 1998، ص 223.

<sup>5</sup> محسن شفيق، مرجع سابق، ص 175.

وتبعاً لذلك يمكن القول إن التعبير الصريح عن الرضا هو الأصل وإستثناء جواز التعبير الضمني، وذلك طبقاً للقواعد العامة في القانون المدني<sup>1</sup>، فإتفاق التحكيم وإن كان من العقود الرضائية، إلا أن القوانين الوطنية والدولية حرصت على كتابته كما سنرى لاحقاً.

### 3 . التراضي في إتفاق التحكيم بالإحالة

يعتبر الرضا المستتر من المسائل الجوهرية التي أثارته حفيظة القضاء الدولي في قضايا تتعلق بعقود ذات الطبيعة الإفرادية أو المركبة أو ما يسمى بالمجموع العقدي في المعاملات الدولية سيما بالنسبة للعقود البحرية<sup>2</sup>.

وأهم تلك العقود عقد التأمين البحري<sup>3</sup> بمختلف أنواعه التأمين على السفينة والبضائع أو المسؤولية، وكلها تستوعبها نماذج مختلفة تحت ما يسمى بواليص أو وثائق التأمين تتضمن بعضها شرط التحكيم، وتسهيلاً للمعاملات التجارية البحرية سيما في التأمين على رحلات متعددة يلجأ المتعامل بهذه النماذج وعلى الخصوص بوثيقة التأمين العائمة إلى أعمال الإحالة دون الإتفاق من جديد طالما أن الشرط المحال إليه يستجيب لمتطلبات الأطراف المتعاقد<sup>4</sup>. كما ينتقل شرط التحكيم إلى الخلف الخاص بموجب مبدأ الحلول أيضاً<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>. نصت المادة 2/60 من م ق م ج على أنه "يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان بأن يكون صريحاً". أحمد لعور، نبيل صقر، مرجع سابق، ص 30.

<sup>2</sup>. قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الأطراف الذين يمتد إليهم العقد في مرحلة التنفيذ وأثناء المنازعة يفترض قبولهم بشرط التحكيم لعلمهم به وبنطاقه وإن لم يوقعوا على العقد الذي يتضمنه الشرط.

-Jean Robert et Berterand Moureau ; l'arbitrage drt.dr. intrnational privé , Dalloz éd , paris, 1993  
P 342 - 344

<sup>3</sup>. إيمان فححي حسن الجميل، إتفاق التحكيم البحري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 81.

أيضاً محمد عبد الفتاح ترك، مرجع سابق، ص 436.

<sup>4</sup>. جلال وفاء محمدين، التأمين البحري على البضائع بوثيقة الإشتراك، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2004، ص 34.

<sup>5</sup>. عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، التحكيم في البلدان العربية، الكتاب الأول، الطبعة الثالثة المنقحة والمحدثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 217.

ويتوقف حل هذه القضايا على تقصي إرادة الأطراف للتأكد من مدى رغبتهم في إختيار التحكيم كنظام لتسوية المنازعات محتملة الوقوع وغير محددة وقت إبرام العقد الذي يتضمن شرط التحكيم بواسطة محكم أو هيئة غير قضائية<sup>1</sup>،

ومن التطبيقات العملية للإحالة في المجال البحري أن سند الشحن كثيرا ما تتم إحالة منازعاته إلى شرط التحكيم الوارد في عقد إيجار السفينة المؤمنة، فهل المؤمن الذي لم يكن طرفا في عقد الإيجار المحال إليه يعتبر راضيا بمجرد الإحالة لهذا العقد وإن كانت عامة؟.

أجمعت القوانين على أنه لكي تكون الإحالة تعكس فعلا الإرادة الحقيقية لكل الأطراف الذين تشملهم يجب أن يكون شرط التحكيم موجودا ضمن طيات العقد المحال إليه، وأن تكون الإحالة صريحة وواضحة على نحو يكشف عن رضا جميع الأطراف بلجوئهم إلى التحكيم للفصل في المنازعات المترتبة عن ذلك العقد، ولا يكفي مجرد الإشارة أثناء الإحالة إلى وجود شرط تحكيم في العقد المحال إليه، هذا ما أكد عليه القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي<sup>2</sup>.

إلا أن الفقه إنتقد ذلك لعدم تحديده لشرط الإحالة ومعيار كفايتها لصحة شرط التحكيم الذي تتضمنه الوثيقة بالنسبة للأطراف الذين لم يكونوا طرفا في العقد المحال إليه رغم أنه نص على جواز الإحالة في ربط الشرط بالعقد الأصلي، ووجه إنتقاده أيضا إلى موقف محكمة النقض بإفتراضها قبول الغير لشرط التحكيم في حين أنه في حالات معينة يفرض عليه على الرغم من أنه لم يكن عالما بموضوع العقد الأصلي الذي يحتوي هذا الشرط.

<sup>1</sup> - مصطفى محمد الجمال، أضواء على عقد التحكيم، مجلة الدراسات القانونية، جامعة بيروت، ع1، المجلد الأول، صادرة في جويلية 1998، ص 212.

<sup>2</sup> . نصت المادة 10/3 من قانون التحكيم المصري 27 لسنة 1994 على أنه "يعتبر إتفاق التحكيم كإحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في إعتبار هذا الشرط جزء من العقد" - نصت كذلك المادة 07 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي. وجاءت المادة 10/3 توضيحا للمادة 6 من ذات القانون التي نصت بقولها " إذا إتفقا طرفا إتفاق التحكيم على إخضاع العلاقات القانونية بينهما لأحكام عقد نموذجي أو إتفاقية دولية أو أية وثيقة أخرى وجب العمل بأحكام هذه الوثيقة بما تشمله من أحكام خاصة بالتحكيم". إيمان فتحي حسن الجميل، مرجع سابق، ص 83.

فالفقه يجزم فكرة إفتراض المحكم قبول الأطراف شرط التحكيم<sup>1</sup>، ومرد ذلك أن التحكيم قضاء خاص تخرج عن نطاقه كل معاملة يكون فيها القبول مفترضا، لأن شرط التحكيم آثاره خطيرة بمقتضاه يتنازل طرفي الإتفاق عن حق اللجوء إلى القضاء وما يوفره من ضمانات، ولهذا فإن المحكم يلتزم بالتفسير الضيق لشرط التحكيم بالإحالة إذا ورد غامضا وراوده شك حول رغبة الأطراف في لجوئهم إلى التحكيم<sup>2</sup>.

ولما كان عقد التأمين البحري من عقود الإذعان التي ينفرد أحد الطرفين بوضع شروطها فيسقط حق المؤمن له في اللجوء إلى القضاء دون إرادته<sup>3</sup>.

وحسب ما أكده الفقه يحتمل أن يكون شرط التحكيم فيه تعسفيا، كأن يقضي بوجوب تطبيق قانون أجنبي لا صلة له بالنزاع محل إتفاق تحكيم بينما يكون التحكيم داخلي محض، لذلك حرص المشرع على وجوب علم المؤمن له بشرط التحكيم الذي يتضمنه عقد التأمين، والهدف من ذلك تحقيق مصلحة الطرف المذعن التيحيميها القانون الأجنبي المستبعد ومن الشروط التعسفية مما يحول دون تطبيقه<sup>4</sup>.

وفي هذا المقام يحضرنا رأي مجلس الدولة الفرنسي من خلال قراره الصادر في 24/3/1978 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<sup>5</sup>.

هذا ما يعكسه محتوى القرار الصادر في 3/12/1980 الذي قضى فيه بأن مفهوم الشرط التعسفي لا ينطبق على كل شروط الإحالة والذي من شأنه أن يمنح مزايا مفرطة للطرف المهني المتفوق إقتصاديا<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - علي حسن عوض، التحكيم الإختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية، ط1، دار الفكر، القاهرة، 2001، ص85.

<sup>2</sup> - محمود السيد التحيوي، طبيعة شرط التحكيم وجزاء الإخلال به، مرجع سابق، ص 157، 158.

<sup>3</sup> - بهاء بهيج شكري، بحوث في التأمين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، 2012، الأردن، ص 266.

<sup>4</sup> - ناصر ناجي محمد جمعان، مرجع سابق، ص 143.

5-BIGOT Jean, BAUCHARD Jean, MEUZE Vincent, KULLMANN J  me, MAYAUX Luc  
NICOLAS Véronique , traité de droit des assurances, tome 3, le contrat d'assurance, LGDJ. Paris 2000  
DELTA, liban, 2003 , p 345.

هذا وقد نال قرار محكمة النقض الصادر في 10/04/1996 الذي قضى بصحة شرط الإحالة معارضة الفقه له، وحجتهم في ذلك أن هذا الموقف أخذ بفكرة إفتراض رضا المؤمن له بمجرد توقيعه 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، مما يستوجب التوقيع على شرط التحكيم الذي يثبت في وثيقة منفصلة عن العقد.

وبهذا فإن الإحالة إذا وردت في عقد التأمين فالأغلب أنها تحمل المؤمن له المدعى على شروط تعسفية لا يعلمها ويتحمل تبعاتها بما تملي عليه من إلتزامات إضافية أو تنقص من إلتزامات الطرف المدعى (المؤمن)، فيتحقق وصف التعسف وتنتزع عنه الحماية المقررة له قانونا.

وتكريسا 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، وقد أسس ذلك على مقتضى المادة 313 من قانون المسطرة المدنية المغربي التي إشتطرت لصحة شرط التحكيم بالإحالة أن تكون هذه الإحالة صريحة وواضحة من شأنها أن تصهره في العقد وتجعله جزء منه.

من هنا تبدوا أهمية إظهار البيانات المتعلقة بشرط التحكيم، إذ تعد في نظر الفقه أنها من صميم إلتزامات المؤمن بأن يقدمها للمؤمن له قبل الإكتتاب بعقد التأمين البحري وعدم وجودها في العقد بمثابة رفضها مما يؤدي إلى عدم شرعية شرط الإحالة، وبالتالي فلا يكون ملزما للمؤمن له وتوصل إلى التقرير بأن إلتزام المؤمن بإعلان محتوى شرط الإحالة للمستهلك لإطلاعها عليها وأخذ موافقته بإرادة وحرية تتيح له مناقشة تلك الشروط وتسخيرها لصالح المستهلك، وبهذا توفر ضمانا لحماية رضا المستهلك كطرف ضعيف في العلاقة<sup>2</sup>.

1- ROCHEX Endre Favre & COURTIER Gery, le droit de contrat d'assurance terestre, préface de Hubert Groutel, LGPJ, paris 1998, DELTA liban, 1998, p 21 .

<sup>2</sup>- فؤاد معلال . محمد الهيني، الحماية القانونية والقضائية للمؤمن له . دراسة في عقد التأمين البري، حماية مستهلكي خدمات التأمين، الطبعة الثانية مزيدة ومنقحة، مطبعة الأمنية، الرباط، 2010، ص 175 و 176.

ولما كان شرط الإحالة في منتهى الأهمية والخطورة قد يتعمد المهنيين إدراجه في العقد فإن المشرع الفرنسي رأى أنه من الضروري إدراجه ضمن قائمة الشروط التعسفية المنصوص عليها في ملحق تقنين حماية المستهلك 1995<sup>1</sup>.

لهذا لا يعد 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 اعتبر متعسفا فالسكوت<sup>2</sup> 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، هذا ما استقر عليه القضاء الإيطالي بقوله إن السكوت لا ينتج أثرا<sup>3</sup>.

على خلاف ما أقرته محكمة النقض الفرنسية التي قضت بأن سكوت الطرف المحتج عليه باتفاق تحكيم يعد قبولا إذا تمت الإحالة إلى شروط عامة في وثيقة تتضمن شرط تحكيم وكان عالما بها<sup>4</sup>.

وقد خاضت محكمة التمييز البحرينية في مسألة حكم الإحالة على الشروط السابقة في وثائق التأمين بأن الطلب المقدم من المؤمن له إلى شركة التأمين الذي يفيد إطلاعه على شروط وثيقة التأمين الصادرة عن الشركة وموافقته عليها دون تحفظ ينتج عنه أن عقد التأمين قد أبرم بين الطرفين يصدر الإيجاب من الشركة وقبول المؤمن له وفقا لشروط الوثيقة المعلنة سابقا ولو لم يوقع على الوثيقة النهائية بعد تحريرها ويكون شرط التحكيم الذي تتضمنه الوثيقة المعلن عنها ملزما له<sup>1</sup>.

1. فؤاد معلال . محمد الهيني، المرجع نفسه، ص 81.

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

3- مأمون عبد العزيز إبراهيم، التجارة والتحكيم الدولي، دار الإعمار العلمي، ط1، الأردن، 2016 ص 180.

4- محكمة النقض الفرنسية في السابق كانت تشترط وجود معاملات سابقة قرينة على توفر عنصر العلم القاطع لدى طرفي إتفاق التحكيم . فتحي والي، المرجع السابق، ص 101 . إتفاق التحكيم ينشأ صحيحا إذا لم يصدر الطرف الثاني قبله رغم إنقضاء الأجل، لكنها إشتربت التثبيت من أن خلو العقد الجديد من شرط التحكيم الهدف منه إسقاط شرط التحكيم والتنازل عنه. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، دار حمدي سلامة وشركاؤه، القاهرة، 2002، ص33.

ثانيا . الأهلية:

الأهلية هي صلاحية الشخص لاكتساب حقوق وتحمل إلتزامات، أو هي قدرة التحمل والكسب يجب توفرها في الشخص لقبول الإلتزامات والحقوق المترتبة عن التصرف القانوني الذي قام به<sup>2</sup>.

1. أهلية الشخص الطبيعي: لقد أجمعت القوانين المتعلقة بالتحكيم على أنه لصحة إتفاق التحكيم شرط أو مشاركة وجب أن يمتلك طرفيه الأهلية<sup>3</sup>، وينطبق ذلك على كل منهما سواء بصفته أصيلا أو نائبا<sup>4</sup>.

ورسخت إتفاقية نيويورك 1958 قاعدة مادية<sup>5</sup> تقضي بأن إغفال المحكم شرط الأهلية الكاملة يفقد حكمه قابليته للتنفيذ، ويقع على الطرف الذي يسري الحكم في مواجهته إثبات ذلك<sup>6</sup>.

يرى بعض الفقه أن الأهلية التي قصدها المشرع لإبرام إتفاق التحكيم هي أهلية التصرف غير أن هذا الرأي عارضه بعض الفقهاء من ناحيتين<sup>7</sup>:

---

<sup>1</sup> - حكم محكمة التمييز البحرينية الصادر في 1997/11/06 في الطعن رقم 83 لسنة 1997 . فتحي والي، مرجع سابق، ص 102.

<sup>2</sup> - العوضي عثمان، محمد عبد الغفار بسيوني، مبادئ القانون، مطبعة عبد الهادي فرج، ط 2، مصر، 2006، ص189.

<sup>3</sup> - راجع ما نصت عليه المادة 1006 من قانون إ.م.إ ج بقولها " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها"، نفس ما نصت عليه المادة 1059 من قانون المرافعات الفرنسي والمادة 11 من قانون التحكيم المصري.

<sup>4</sup> - عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص244.

محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 294.

<sup>5</sup> - راجع المادة 1/5 (أ) بقولها "لا يجوز رفض الإعتراف بالقرار وتنفيذه بناء على طلب الطرف المحتج عليه بهذا القرار إلا إذا قدم هذا الأخير للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الإعتراف والتنفيذ الدليل على أن الطرفين في الإتفاق كانوا طبقا للقانون الذي ينطبق عليهما عديمي الأهلية..."

<sup>6</sup> - منير محمد الجنبهي، ممدوح محمد الجنبهي، الإعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 30.

<sup>7</sup> - محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية . إتفاق التحكيم، ج 1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1990، ص 112 وما يليها.

- تشترط أهلية التصرف فقط في التحكيم بالصلح لأن فيه يتنازل أطراف الإتفاق عن حق التقاضي بينما التحكيم بالقانون يحتفظ بهذا الحق، وبالتالي فتكفي أهلية التقاضي.  
- إذا تحصل القاصر المميز على إذن بممارسة التجارة وإدارة أمواله يمكنه إبرام العقود والتصرفات، وتبعاً لذلك أمكنه التنازل عن الحقوق المترتبة عنها إذا تعارضت مع مصلحته<sup>1</sup>، وقياساً بذلك يجوز له اللجوء إلى التحكيم في المنازعات التي تنشأ عنها.

والأهم من ذلك أن إتفاق التحكيم ذات طبيعة عقدية مما تجعله خاضعا لأحكام العقد بما في ذلك أهلية أطرافه وغير متعلق بالنظام العام، فيكون باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا صدر عن عديم الأهلية وقابلاً للإبطال إذا أبرمه ناقص الأهلية متوقفاً على إجازة صاحبه بعد بلوغه سن الرشد القانونية بإعتبار أن إتفاق التحكيم من التصرفات التي تتردد بين النفع والضرر<sup>2</sup>.

أما التاجر المفلس فتغل يده عن أي تصرف قانوني بعد شهر إفلاسه، مالم يكن التصرف سابقاً لتاريخ حكم الإفلاس<sup>3</sup>، ويتولى وكيل التفليسة أمر تنفيذ شرط التحكيم الذي إلتزم به التاجر حماية لحقوق الدائنين<sup>4</sup>، ويستعين به في إبرام إتفاق تحكيم في حالة التسوية القضائية بعد حصوله على الإذن ومصادقة القاضي المختص على ذلك إذا تجاوزت قيمة النزاع إختصاص المحكمة أو كانت غير محددة<sup>5</sup>.

أما في التحكيم بالصلح إذا إكتشف الدائنون تواطؤ الطرف الآخر في الإتفاق مع المدين لعلمه بحالة الإعسار يمكنهم الدفع عن طريق وكيل التفليسة بعدم نفاذ إتفاق التحكيم في حقهم<sup>6</sup>.  
وإذا كان أصل العلاقة القانونية وعد بالتعاقد فإن شرط التحكيم الذي يتضمنه على هذا النحو يشمل كل المنازعات التي تنشأ عند تنفيذ الوعد أو على أحد عناصره الجوهرية فيصبح شرط

1 - رمضان أبو السعود، أصول التأمين، ط2، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003، ص 230.

2 - شريف الطباخ، مرجع سابق، ص 49.

3 - إن التصرف الذي يقوم به التاجر في فترة الريية يعتبر صحيحاً ويسري في مواجهة الدائنين.

4 - ناصر ناجي محمد جمعان، مرجع سابق، ص 157.

5 - راجع المواد 244، 3/275، 2/276، 1/277 من الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26/09/1975، ج ر، عدد 101 الصادرة في 19/12/1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم بالقانون رقم 20/15 المؤرخ في 30/12/2015، ج ر عدد 71 الصادرة في 30/12/2015.

6 - أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 68.

التحكيم من بنود العقد إذا صار في صيغته النهائية، ولهذا يشترط في الواعد الأهلية اللازمة لصحة العقد الموعود به<sup>1</sup>.

## 2 . أهلية الشخص الاعتباري لإبرام إتفاق تحكيم.

إن التشريعات الدولية وإن كانت على العموم أجازت للأشخاص المعنوية إبرام إتفاق تحكيم شأنها شأن الشخص الطبيعي، إلا أنها لم تستقر في ذلك على قاعدة موحدة على خلاف ذلك بالنسبة للأشخاص المعنوية الخاصة<sup>2</sup>.

فالمشرع الجزائري قد حضر على أشخاص القانون العام إبرام إتفاق التحكيم كأصل عام وإستثناء يجوز له في العلاقات الإقتصادية الدولية أو الصفقات العمومية، أما فيما عدا ذلك فإنها مجردة من أهلية إبرام إتفاق التحكيم التجاري<sup>3</sup>.

أما المشرع المصري قد قيد صلاحية إبرام الشخص المعنوي العام إتفاق تحكيم بحصوله على ترخيص من الوزير المختص أو مستخلفه، ولم يجز التحكيم بمجرد التفويض، نفس مذهب إليه المشرع السعودي الذي إشتراط أن يصدر الترخيص عن رئيس مجلس الوزراء<sup>4</sup>.

أما الأشخاص الاعتبارية الخاصة والمقصود بذلك الشركات التجارية فقد أجازت لها مختلف التشريعات إما صراحة بوضع نظام تحكيم خاص لتسوية منازعات التأمين كما هو الشأن في الأردن، وفي العراق التي عهد المشرع في قانون التأمين إلى رئيس الديوان مهمة إصدار قواعد تنظيمية تتعلق بالتحكيم والوساطة، كما قد يجوز التحكيم في منازعات التأمين ضمنا بعدم وجود نص يمنع ذلك<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> شريف الطباخ، مرجع سابق، ص 49.

<sup>2</sup> - الأشخاص الاعتبارية الخاصة هي مجموعة من الأشخاص والأموال تهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة للأفراد لتحقيق غرض محدد، وتشمل الشركات مدنية كانت أو تجارية. ناصر ناجي محمد جمعان، مرجع سابق، ص 164.

<sup>3</sup> - راجع الفقرة 3 من المادة 1006 من الأمر رقم 09/08 المتضمن قانون إ.م.إ.ج.

<sup>4</sup> - راجع المادة الأولى من القانون 09 لسنة 1997 والمادة 8 ق 32 من اللائحة التنفيذية لنظام التحكيم السعودي.

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 وإجباري يطبق على إتفاق التحكيم بعد وقوع النزاع<sup>2</sup>.

وبالتالي ثبت قانونا لشركات التأمين صلاحية إبرام إتفاق التحكيم داخلي أو دولي لكن هل يجوز لها ذلك بصفتها شخص معنوي؟.

إن التعبير عن الإرادة يكون صادرا إما من المتعاقد ذاته أو من الغير الذي يقوم مقامه ويمثله تمثيلا قانونيا أو إتفاقيا حسب الأحوال<sup>3</sup>، 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<sup>4</sup>.

وفي هذا المقام نتفقد صلاحية شركات تأمين لإبرام إتفاق التحكيم، ففي سياق أحكام القانون التجاري الجزائري فإن هذه الشركات على الأغلب تتخذ شكل مساهمة<sup>5</sup>، قد خولت نظم التحكيم لمدير الشركة بصفته ممثلا قانونيا عنها إبرام إتفاق تحكيم في إطار أدائه مهامه الإدارية لإدارة

---

<sup>1</sup>- راجع التعليمات رقم(9 لسنة 2005)، ورقم(7 لسنة 2005)، ج. ر عدد 4726 الصادرة في 10/11/2005 تطبيقا للفقرتين (أ. ب) من المادة 84 من القانون رقم 33 لسنة 1999 وتعديلاته المتعلق بتنظيم أعمال التأمين.

. نصت المادة 79 من قانون تنظيم أعمال التأمين رقم 10 لسنة 2005 العراقي على مايلي " أ - يضع رئيس الديوان قواعد تنظيمية تطبق كحل بديل لمنازعات حملة وثائق التأمين والمنازعات التأمينية الأخرى بضمها التوسط والتحكيم بما لا تتعارض مع أحكام القانون". منذر عباس الأسود، التحكيم في القانون والتأمين على الموقع [www.inssurance4arab.com](http://www.inssurance4arab.com)

<sup>2</sup>- راجع القانون رقم 27 لسنة 1994، القانون رقم 60 لسنة 1971 حول إتفاق التحكيم الذي ينشأ بعد وقوع النزاع.

<sup>3</sup>. أحمد لعور، نبيل صقر، مرجع سابق، ص 244.

<sup>4</sup> - محمد إبراهيمي، الوجيز في الإجراءات المدنية، ج 2، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص 285.

<sup>5</sup>- راجع المواد من 643 إلى 657 و670 من الأمر رقم 27/96 الصادر في 23/12/1996 المتعلق بالقانون التجاري الجزائري.

الشركة، ولم يستقر المشرع على موقف واحد بشأن الترخيص الذي يتحصل عليه رئيس مجلس المديرين لإبرام إتفاق تحكيم دولي، إذ ترك الأمر في البداية للقانون الأساسي للشركة<sup>1</sup>.

إلا أنه تراجع عن ذلك لاحقا وجعل الحصول على الترخيص أمرا لازما وإن لم ينص عليه قانونها الأساسي<sup>2</sup>، أما قوانين بعض الدول فقد أجازت ذلك دون الحاجة إلى توكيل خاص<sup>3</sup>.

ففي التحكيم الدولي على خلاف التحكيم الداخلي وبحكم خضوعه لقواعد غالبا ما تسودها الأعراف والعادات الدولية فإن شرط التحكيم الذي يتضمنه عقد نموذجي دولي يكفي لإبرامه أن يحمل الوكيل أو النائب وكالة عامة كما هو سائدا في مجال عقود التجارة الدولية، وللوكيل صلاحية الإتفاق على التحكيم ضمن مقتضيات العقد الأصلي بتفويض من الأصيل دون الحاجة إلى وكالة خاصة، وليس للطرف الآخر المتعاقد مع الوكيل أن يحتج في مواجهة الأصيل بأن الوكالة عامة فيكفي أنه مفوضا لإبرام العقد الأصلي<sup>4</sup>.

ومن تطبيقات ذلك ما قضت به محكمة الإستئناف باريس 1980 التي قررت بأن التوقيع على عقد التحكيم يعتبر من أعمال الإدارة، وأن الشركة ملزمة بما يوقعه مديرها بغض النظر عن نوع الوكالة، فأى وكالة تمنح لهذا الأخير تضمنت آليا صلاحيته توقيع إتفاق تحكيم فهو الوكيل الظاهر للشركة<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> راجع المواد 2/654، 657، والمواد 643، 670 من الأمر رقم 27/96 الصادر في 1996/12/23 المتعلق بالقانون التجاري الجزائري.

<sup>2</sup> راجع المادة 1/670 من الأمر رقم 27/96.

<sup>3</sup> ناصر ناجي محمد جمعان، مرجع سابق، ص 162، 165.

<sup>4</sup> أكدت كل التشريعات لمختلف الدول أن يحمل الوكيل المفوض للغرض المتقدم وكالة خاصة نصت المادة 1989 القانون المدني الفرنسي والمادة 93 من القانون المدني اليمني "الوكالة الخاصة لا بد فيها من النص في كل عمل ليس من أعمال الإدارة وبوجه خاص البيع، الرهن التركات، الصلح، والإقرار والتحكيم...".

مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ج1، دار الفتح للطباعة والنشر، ط 1، القاهرة، 1988، ص 430.

<sup>5</sup> عبد الحميد الأحديب، مرجع سابق، ص 176.

غير أنه من الناحية العملية والقانونية<sup>1</sup> لا يجوز لمدير الشركة إبرام إتفاق تحكيم مالم يسمح له ذلك القانون الأساسي للشركة أو القانون الذي يسري على الشركات وهو القانون الذي تحيل إليه قاعدة التنازع، وبالمقابل فمن غير الجائز الدفع بعدم صلاحية الممثل القانوني الظاهر أو بفقدان الأهلية إذا لم تكن هذه العيوب معلومة عند إبرام العقد الأصلي تطبيقاً للقواعد القانونية الإحتياطية في التمثيل التي إستقر عليها القضاء الفرنسي سابقاً ثم تبنتها معاهدة روما 1980 والتي كرست نظرية الأخذ بظاهر الأمور<sup>2</sup>.

غير أن الوضع 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) ، وتبعاً لذلك جاز له إبرام إتفاق التحكيم بموجب هذه الوكالة<sup>3</sup>.

### 3 . آثار مخالفة قواعد الأهلية لإبرام إتفاق تحكيم

يميل بعض الفقهاء في ظل إنعدام نص قانوني حول جزاء تخلف الأهلية إلى إعمال القواعد العامة المتعلقة بالأهلية وتطبيقها على إتفاق التحكيم كما هو الشأن بالنسبة لقواعد التحكيم الدولي في القانون الجزائري، على خلاف بعض القوانين ومنها القانون الفرنسي الذي أقر صراحة ببطان الإتفاق المخالف لقواعد الأهلية تقضي به المحكمة تلقائياً ولو سكت عنه الطرف الذي تقرر لصالحه، ويمتلك كل من له مصلحة في ذلك أن يتمسك به أثناء سير خصومة التحكيم، أما بعد صدور حكم التحكيم فلا يجوز التمسك بالبطان إلا لناقص الأهلية الذي يتقرر لصالحه نظراً لطبيعة الإتفاق التعاقدية<sup>4</sup>.

غير أن الحكم المتقدم يطبق على عقود التبرع في حين أن إتفاق التحكيم يعتبر من العقود

<sup>1</sup> تتعارض القاعدة التي تجيز الوكالة العامة مع نص المادة 1989 من القانون المدني الفرنسي . عبد الحميد الأحذب، مرجع سابق، ص 175.

<sup>2</sup> راجع المادة 11 من معاهدة روما 1980 المتعلقة بالقانون المطبق على موجبات العقود.

<sup>3</sup> يسري شرط التحكيم ما يسري على العقد الأصلي وإن كان المشرع قد إشتراط إستقلاله في وثيقة ملحقه.

- يلتزم البائع في البيع (CIF) بإبرام عقد التأمين بنفسه ولحسابه وليس كنائب على المشتري . عبد الحميد محمد الحوسني، التحكيم البحري، دار الجامعة الجديدة، 2007، القاهرة، ص 84.

<sup>4</sup> مصطفى محمد الجمال، أضواء على عقد التحكيم، مرجع سابق، ص 228.

التي تتردد بين النفع والضرر مما يجعلها تأخذ حكم البطلان النسبي لا المطلق إذا كان أحد طرفيه ناقص الأهلية، ومن غير المنطق أن جزاء مخالفة قواعد الأهلية يخضع لنوعين من القواعد (البطلان والقابلية للإبطال) .

ولا يثار أي إشكال بالنسبة للسن القانونية في منازعات التجارة الدولية لأن أطراف العقد الدولي هم أشخاص معنوية تمارس نشاطاً إقتصادياً، وأن الأهلية المطلوبة هي أهلية إدارة، فإذا صدر عن شخص معنوي إيجاب تجاه شخص معنوي آخر لم تكتمل أهليته (في طور التأسيس) فإنه طبقاً للمبادئ العامة وأعراف التجارة الدولية فلا يجوز للموجب أن يتحلل من إيجابه<sup>1</sup>.

### ثالثاً . المحل والسبب في إتفاق التحكيم

إن مسألة تحديد الموضوع في إتفاق التحكيم تعد من الأسس التي إتفق عليها أنصار النظرية العقدية لإتفاق التحكيم أو حتى بالنسبة للفقهاء الذين منحوا لإتفاق التحكيم طبيعة خاصة، فهو مختلف عن المحل في العقد الأصلي ومسقلاً عنه حتى ولو كان مدرجاً معه في وثيقة واحدة<sup>2</sup>.

غير أنه يبقى محتفظاً بخصائص العقد بأن يكون له محل وسبب إلى جانب الشروط الأخرى، هذا ما يقودنا إلى التساؤل هل أن فكرة المحل والسبب في العقد يمكن قياسها على إتفاق التحكيم في عقد التأمين البحري أم أنها تخضع لشروط خاصة؟.

### 1 . الموضوع في إتفاق التحكيم

المحل في إتفاق التحكيم هو موضوع النزاع الذي يتفق الأطراف على إحالته إلى التحكيم مستقبلاً يتعلق بتنفيذ أو تفسير العقد الأصلي، وبهذا فإن من أهم الشروط التي وضعها المشرع أن يكون مما يجوز التصرف فيه<sup>3</sup>، أما الشروط الأخرى يمكن الرجوع بشأنها إلى القواعد العامة

<sup>1</sup> عبد الحميد الأحمد، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، ط1، منشورات حلي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 173 ، 174.

<sup>2</sup> مصطفى محمد الجمال، أضواء على التحكيم، مجلة الدراسات القانونية، مج 1 ، ع 1 ، جامعة بيروت العربية، 1998، ص 218.

<sup>3</sup> راجع المادة 1006 الأمر رقم 09/08 المتعلق بقانون إ. م . إ ج التي نصت " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها " .

لصحة المحل في العقود من أن يكون موجودا ومعينا ومشروعا.

### 1.1. أن يكون موجودا أو ممكنا:

إن وجود إتفاق تحكيم مرتبط بالعقد الأصلي الذي يحتويه، أما إذا كان وجوده أنيا غير ممكن وإنما يمكن تحقيقه في المستقبل، فشرط التحكيم في طبيعته ينصب على منازعات يحتمل وقوعها مستقبلا، وهذا ما ينطبق على منازعات التأمين، فإن من أهم الخصائص التي تتميز بها أنها إحتتمالية لحظة إبرام عقد التأمين البحري الذي يتضمن شرط تحكيم يتوقف وقوعها على تحقق الخطر أو الكارثة المؤمن عليها، ووصفه الفقيه (Targa) بأنه "عقد قد ينتظر الصدفة"، ذلك لأن إلتزام كل طرف يكون مقابله غير معلوم مسبقا ينتظر ما يحمله الخطر البحري فيحدد على إثره الربح والخاسر عند إنقضاء أجل العقد<sup>1</sup>.

أما إذا تم إتفاق تحكيم بعد نشأة المنازعة فإن المحل يكون وجوده ضروري وإشترطت قوانين بعض الدول لصحة إتفاق التحكيم في عقد التأمين أن يكون ناشئا بعد وقوع النزاع، أما إذا إستحال وجوده فإن القانون لا يلزم بمستحيل<sup>2</sup>.

### 2.1. أن يكون المحل معينا

إنطلاقا من الطبيعة العقدية لإتفاق التحكيم فلا ينشأ صحيحا دون محل<sup>3</sup> يتمثل في مجموع المسائل التي يتفق إحالتها إلى التحكيم سواء ما تعلق منها بتفسير أو تنفيذ العقد الأصلي ولهذا فإن مؤسسات التحكيم عملت على صياغة شرط التحكيم في شكل نموذج حسب كل عقد<sup>4</sup>.

### 3.1. أن يكون المحل مشروعا

<sup>1</sup>. علي غانم، التأمين البحري وذاتيته ونظامه القانوني، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 149.

<sup>2</sup>. راجع المادة 132 من القانون المدني المصري " إذا كان محل الإلتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا " ناصر ناجي محمد جمعان، مرجع سابق، ص 169.

<sup>3</sup>. راجع المادة 180 من القانون المدني اليمني " يلزم أن يكون محل العقد معينا تعيينا تاما نافيا للجهالة المؤثرة ونصت المادة 133 " إذا لم يكن محل الإلتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا...".

<sup>4</sup>. ناصر ناجي محمد جمعان، مرجع سابق، ص 171.

نصت إتفاقية نيويورك المتعلقة بالإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم أنه يجوز للدولة المطلوب التنفيذ أمام محاكمها أن ترفضه متى كان فيه مساس بالنظام العام ومنها مثلا مخالفة لقواعد الإختصاص التي يتولد عنها وجود أحكام متعارضة مع قوانينها الداخلية من شأنها إهدار المصلحة العامة التي يحميها النظام العام<sup>1</sup>.

لهذا أوجب المشرع أن يكون محل إتفاق التحكيم من المسائل الجائز تسويتها عن طريق التحكيم تجنباً لفساد الشرط ومن ثم إبطال الحكم لتعارضه مع النظام العام، والقابلية للتحكيم حسب ما أثبتته القضاء تقاس من منظار القانون الذي يسري في دولة التنفيذ مما يعني مراعاة قواعد النظام العام في دولة التنفيذ<sup>2</sup>.

ففي مجال التحكيم الدولي فإن القضاء الفرنسي يجنح إلى إعمال النظام العام الدولي لتحديد مدى قابلية المنازعات للتحكيم، ويترتب على ذلك سقوط ولاية المحكم على المنازعات المتعلقة بالنظام العام الدولي إنما تبقى حكراً 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، هذا وقد خول المشرع للمحكم سلطة البث في مدى قابلية المنازعة للتحكيم تطبيقاً لقاعدة إستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي<sup>3</sup>.

وقابلية منازعات التأمين البحري للتحكيم يمكن أن نستنبطها من النصوص القانونية التي رسمت الإطار العام الذي تدخل ضمنه المنازعات القابلة للتحكيم، فالقانون السوري مثلاً قد حصرها في إطار الروابط التعاقدية وغير التعاقدية<sup>4</sup>.

ومحور العلاقة التي تربط المؤمنين بالمؤمن لهم في المجال البحري والتي تكون محل منازعة تعرض على التحكيم إما أن تتعلق بالسفينة أو البضائع في حالة تعرضها للتلف، تنشأ على إثرها

<sup>1</sup> أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981، ص 87

<sup>2</sup> راجع قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في 09/04/2002.

<sup>3</sup> - عبد الحميد الأحذب، المرجع نفسه، ص 161.

<sup>4</sup> راجع المادة الأولى من قانون التحكيم السوري رقم 08/04 المؤرخ في 25/03/2008 التي نصت على أنه "إتفاق طرفي النزاع على اللجوء إلى التحكيم للفصل في كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية عقدية كانت أو غيرعقدية ". أفراح عبد الكريم خليل، التحكيم في المنازعات البحرية، مجلة الرافدين، العدد 50، السنة 16، ص 139 .

مسؤولية المالك أو المرسل إليه أو المستأجر عن الأضرار جراء الإخلال ببنود عقد التأمين أو العزوف عن تنفيذه، كما قد تنشأ مسؤوليتهم عن الأضرار التي يخلفها التأخير الناتج عن تعطل السفينة التي تتعرض لحادث بحري أو ما يصيب البضائع من تلف وعدم تنفيذ الإلتزام بتسليمها سليمة إلى المرسل إليه، فيترتب على ذلك خسارة فوائد إستغلال السفينة وتعطل نشاطها<sup>1</sup>.

وللتخفيف من عواقب هذه المسؤولية يمكن للأطراف المذكورة (المالك والمستأجر والناقل) التأمين عليها وعلى خطر الدعاوى القضائية، كما يمكنهم إدراج شرط تحكيم في عقود التأمين<sup>2</sup>. كما أن المعيار الإقتصادي الذي يؤخذ به لدولية التحكيم من شأنه أن يجتذب إليه عقد التأمين البحري وأن يشجع له بإستدراج منازعاته ضمن قائمة المنازعات القابلة للتحكيم، ومما لا شك فيه أن الصفة التجارية التي يتصف بها عقد التأمين البحري كونه من الأعمال التجارية بحسب الموضوع والشكل أضفت عليه الطابع الإقتصادي الذي أشارت إليه المادة السابقة مما يؤكد قابليته للتحكيم<sup>3</sup>.

وقد 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 والمادة الأولى من لائحة المنظمة الدولية للتحكيم البحري<sup>4</sup>. إذن ينشأ عقد التأمين البحري صحيحا مرتبا آثاره وقابليته للتنفيذ مرهون بضوابط النظام العام وإن كانت غير مستقرة وغير ثابتة في حيزها الزماني والمكاني، فالمعيار الوحيد لضبط مفهوم النظام العام هو المصلحة أو المنفعة العامة التي إرتبطت حاليا بالنظام العام الإقتصادي ويهدف النظام العام الوليد أساسا إلى رسكلة عقد التأمين بمجموعة من الضوابط يلتزم بها طرفي

1- OLIVIER Jumbu-Merlin, l'assurance maritime terre d'élection de l'arbitrage, arbitre maritime à lachambre maritime de paris, [www.arbitrage.maritime.org](http://www.arbitrage.maritime.org)

2- Olivier Jambu-Merlin, l'arbitrage et société d'assurance maritime, [www.cefarearias.fr>arbitres](http://www.cefarearias.fr>arbitres)

3. راجع المادة 1039 من الأمر رقم 09/08 المتعلق بقانون إ.م. ج بقولها "يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الإقتصادية لدولتين على الأقل".

نصت المادة 215 من الأمر 07/95 المتعلق بالتأمين بقولها " تخضع شركات التأمين و/أو إعادة التأمين في تكوينها إلى القانون الجزائي وتأخذ أحد الشكلين: شركات ذات أسهم (المساهمة) - شركات ذات شكل تعاضدي"

4. رقية عواشيرية، التحكيم المؤسسي ودوره في تحقيق الذاتية الخاصة للمنازعات البحرية، مرجع سابق، ص5.

العقد تظهر من خلال النظام القانوني للتأمين البحري<sup>1</sup>، إضافة إلى القواعد المشتركة بين مختلف أنواع التأمينات الأخرى وهي معظمها قواعد أمرة ملزمة لا يجوز الإتفاق على مخالفتها<sup>2</sup>.

فالمشرع حسب الرأي الخاص ببناء على ماورد في المادة 625 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 الاقتصادي التوجيهي<sup>3</sup>.

والأكثر 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 القانونية والعملية من خلال حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية القائمة بين الطرفين<sup>4</sup>.

وتطبيقا لذلك حدد المشرع الشروط التعسفية التي من المحتمل أن يدسها المؤمن في عقد التأمين ومنها شرط التحكيم الذي يدرج في وثيقة التأمين ضمن شروطها العامة<sup>5</sup>، ووضع سبل الوقاية منه بإشترط كتابته وإستقلاله في وثيقة منفصلة، وإذا لم يراعى الشرط نال جزاء البطلان والمبتغى من ذلك توفير الحماية للطرف الضعيف في العلاقة الذي هو المؤمن له<sup>6</sup>.

مما سبق يتضح أن النظام العام من الضوابط التي تقيد حرية أطراف عقد التأمين بما يحقق المصلحة العامة عن طريق القواعد التنظيمية الإلزامية، وعلى صعيد آخر فإنها تحافظ

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> راجع المادة 625 من الأمر رقم 02/05 المتعلق بالقانون المدني الجزائري التي نصت على أنه " يكون باطلا كل اتفاق يخالف النصوص الواردة في هذا الفصل على أن يكون ذلك لمصلحة المؤمن له أو لمصلحة المستفيد"<sup>3</sup> بوعراب أرزقي، عن إخصاع عقود التأمين للنظام العام، المجلة النقدية، جامعة مولود معمري بتيـزي وزو، 2017، ص 400.

<sup>4</sup> هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2014، ص 67

<sup>5</sup> راجع المادة 4/622 من القانون المدني الجزائري رقم 02/05.

<sup>6</sup> بودالي محمد، المرجع السابق، ص 100.

على الروابط الداخلية بين طرفي عقد التأمين عن طريق المحافظة على التوازن الإقتصادي للعقد وحماية المؤمن له على الخصوص.

## 2 . السبب في إتفاق التحكيم

إشترط المشرع لصحة العقد أن يكون السبب<sup>1</sup> مشروعاً وإلا كان باطلاً<sup>2</sup>، إلا أن البطلان يتوقف على علم الطرف الآخر بعدم مشروعية الباعث، أما إذا توفر عنصر العلم بقي العقد صحيحاً مرتباً جميع آثاره، وأضاف المشرع الفرنسي وواقفه بعض الفقهاء لإبطال العقد لخلل في السبب شرط التأكد من صحته<sup>3</sup>.

وعليه يطرح التساؤل حول ما إذا كان لطرفي الإتفاق المتعلق بشرط التحكيم سبباً لتوقيع هذا الشرط ضمن بنود العقد الأصلي ومدى مشروعيته؟.

إن سبب الإتفاق على التحكيم واضح يعبر عنه في ذاته، ويكمن في إيجاد حل للمنازعات التي من المحتمل وقوعها مستقبلاً بين الأطراف بواسطة التحكيم وإستبعاد عرضه على القضاء وبهذا فإن ما إشترطه المشرع لصحة السبب أولهما وجود السبب الذي دفعهما إلى توقيع الشرط يكمن في رغبة الأطراف في إيجاد حلول مناسبة لما قد يثور بينهم من خلافات تعترضهم أثناء تنفيذ العقد أو تفسيره عن طريق التحكيم بدلاً 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 مشروعاً إلا إذا كانت نية أحد الطرفين في إختيار التحكيم التهرب وعدم الرضوخ للقانون الواجب التطبيق على النزاع لتعارضه مع المصلحة الشخصية لما يفرضه من إلتزامات وقيود، بينما يتيح له التحكيم الحرية في إختيار القواعد الموضوعية الإجرائية أو إختيار

<sup>1</sup>. وسعت النظريات الحديثة من مفهوم السبب ليشمل الجانب الموضوعي، فلا يرتكز على القصد المباشر فحسب وإنما يمتد إلى الباعث الحقيقي لدى المتعاقد الذي يدفعه إلى إبرام عقد.

<sup>2</sup>- راجع المادة 97 من لأمر رقم 02/05 المتعلق بالقانون المدني الجزائري، تقابلها المادة 136 من القانون المدني المصري . رمضان أبو السعود، همام محمد محمود، مرجع سابق، ص 427.

<sup>3</sup>- أحمد خليل حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، ط 1، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 2005، ص 73.

القانون الأنسب لضمان حماية هذه المصلحة، فالسبب في هذه الحالة غير مشروع لما تنطوي نية أحد طرفي الاتفاق على غش وتحايل نحو القانون الواجب التطبيق.

وهكذا فإن الغش نحو القانون لا يستبعد من مجال التأمين سواء من جهة المؤمن وهو الغالب أو من جهة المؤمن له، والهدف في ذلك واحدا يتمثل في مطلق الأحوال التحرر من الإلتزامات التي يفرضها القانون الواجب التطبيق المتعلق بالتأمينات، وما يعزز رغبة المؤمن في اللجوء إلى التحكيم بديلا عن القضاء صفة الإذعان التي يتميز بها عقد التأمين ونزاعته إلى إضفاء شروط من شأنها حرمان المؤمن له من الضمان الكافي من الأخطار التي يحتمل أن يتعرض لها عند إبرامه عقد التأمين مع المؤمن بحكم أن الخطر البحري يبلغ حدا من الجسامة لا تضاهيها بقية الأخطار البرية على الخصوص ذلك أن الشئ المؤمن عليه إما السفينة أو البضاعة ذات قيمة مالية كبيرة، لذلك فإن قيمة الخسائر تكون مكلفة وعالية جدا يصعب تداركها مما تضطر الشركات المؤمنة إلى إعادة التأمين لدى أعتى شركات التأمين .

وثبت من الناحية العملية أن شركات التأمين كثيرا ما تتهرب من تنفيذ إلتزاماتها، أو أنها تتماطل في ذلك مما يضطر المؤمن له إلى مقاضاتها، ولضمان عدم لجوء المؤمن له إلى القضاء والحفاظ 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.

ونافذة 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، ولهذا فإن إتفاق التحكيم قد يكون معيبا إما لإختلال ركن الرضا فيؤدي إلى فساد أو غيره من الأركان فشرط التحكيم المعيب يعد من الحيل التي يلجأ إليها أحد طرفي العقد سيء النية عندما يكون التحكيم في غير صالحه فيتعهد إحداث خلل فيه 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 فأضفى شروط خاصة .

## الفرع الثاني: الشروط الخاصة بإتفاق التحكيم في عقد التأمين البحري

إن صفة الإذعان في عقد التأمين البحري أدت إلى إختلال التوازن في المراكز القانونية لطرفي عقد التأمين لإختلال التوازن الفني والتقني والإقتصادي نتج عنه تغليب إرادة الطرف القوي الذي هو المؤمن على حساب المؤمن له، وخولت له هذه القوة سلطة إملاء شروط معدة سلفا ومنها شرط التحكيم وصياغتها في شكل نماذج بما يتوافق مع مصالحه وإن كانت منهكة للمتعاقد الآخر مستغلا في ذلك حاجته إلى الخدمة التي يقدمها له فيقبل عليها كدليل على رضائه بها إلا أنها في الحقيقة مفروضة عليه<sup>1</sup>، فلا يمكنه مناقشة العقد أو تعديله بما يخفف من عبئه عليه<sup>2</sup> إلا ما كان سطحيا لا يمس جوهر العقد<sup>3</sup>، فيعدم بذلك دور التحكيم كخيار إرادي يلجأ إليه الطرفان.

هذا الوضع المختل أدى إلى تدخل المشرع لتنظيم عقد التأمين وإخضاع بنوده ومنها شرط التحكيم لقواعد قانونية تحافظ على مصلحة المؤمن له من تعسف المؤمن في إطار المصلحة العامة، ومن الوسائل الكفيلة لتحقيق ذلك إلزام الأطراف بكتابة الشرط أولا وضمن إنفصاله في وثيقة خاصة ثانيا.

### أولا . الكتابة

ألزمت جل التشريعات المتعلقة بالتحكيم الوطنية والدولية المتعاقدين كتابة شرط التحكيم<sup>4</sup>.

#### 1 . موقف القوانين الوطنية

قد نص المشرع الجزائري صراحة على شرط الكتابة ويؤكد على حجيتها كإجراء شكلي جوهرى متطلب لتحرير إتفاق تحكيم بين الأطراف<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، مصادر الإلتزام، ط 3، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص 244.

<sup>2</sup> محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، مرجع سابق، ص 15.

<sup>3</sup> عبد القادر العطير، التأمين البري في التشريع الأردني، دار الثقافة، الأردن، 1995، ص 93.

<sup>4</sup> حمزة أحمد حداد، مرجع سابق، ص 95.

<sup>5</sup> راجع المادة 1040 من الأمر رقم 09/08 المتعلق بقانون إ.م.إ. نصت على مايلي " يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم إتفاقية التحكيم كتابة أو بأية وسيلة إتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة".

أيضا ألزم المشرع الفرنسي والإيطالي<sup>1</sup> على تدوين شرط التحكيم فور الإتفاق في أي صورة ورد عليها سواء في العقد الأصلي أو كبنود ضمن وثيقة أخرى تحتوي هذا الشرط تمت الإحالة إليه، وقد يكون في شكل إتفاق لاحق، فإذا لم يكن مكتوبا وجب إبطاله، وبهذا فإن الكتابة تعتبر ركن إنعقاد لا مجرد وسيلة إثبات<sup>2</sup>.

كما لم يقيد المشرع الأطراف 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 ووسيلة للإثبات ورتب على تخلفها جزاء البطلان<sup>3</sup>.

بينما قوانين التحكيم لدى بعض الدول أسقطت شرط كتابة إتفاق التحكيم إذا وقع بين التجار كالسويد والدانمارك وألمانيا، ولازمت قوانين أخرى الصمت حيال موقفها من كتابة شرط التحكيم وتحديد نوعها كما هو الحال بالنسبة لقانون التحكيم في المملكة العربية السعودية<sup>4</sup>.

ويسرت وسائل الإتصال الحديثة والتقليدية للمتعاقدين إبرام مثل هذه العقود التي لا تتطلب الرسمية، لذلك فإن أية وسيلة إتصال مكتوبة أمكن بواسطتها إثبات إتفاق تحكيم ومنها على سبيل المثال البرقيات، التلكسات، والفاكس والرسائل الإلكترونية، إلا أن الإتفاق على هذا النحو لا يكون صحيحا إلا إذا تحقق تطابق الإيجاب مع القبول بشأن التحكيم<sup>5</sup>.

وتسري هذه الأحكام على إتفاقات التحكيم الواردة في وثائق التأمين عموما مع ضرورة مراعاة عدم تعارضها مع القوانين السارية<sup>6</sup>.

## 2 . موقف القانون الدولي

<sup>1</sup>- نصت على ذلك المادة 807 من القانون إ.م. الإيطالي المعدل في 2006، تقابلها المادة 1443 من القانون

رقم 2011/48 المتعلق بالإجراءات المدنية الفرنسية والمادة 12 من قانون التحكيم المصري لسنة 1994.

2-Stéphane Chatillon, Droit des affaires internationnal , 4eme édition , Vubert , paris , 2005, p 288

<sup>3</sup> منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، مطابع الشرطة، القاهرة، 2005، ص94.

<sup>4</sup>- ناصر ناجي محمد جمعان، مرجع سابق، ص187.

<sup>5</sup>- سميحة القليوبي، التحكيم التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 54.

<sup>6</sup> . راجع المادة 79 من القانون رقم 10 لسنة 2005 المتعلق بقانون التأمين العراقي .

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 بالإعتراف وتنفيذ إتفاقيات التحكيم المحررة بين أطراف متعاقدة بشأن المنازعات المتعلقة بها ولم تحدد نوع الكتابة<sup>1</sup>.

ويشترط إضافة إلى ذلك توقيع مشاركة التحكيم المنفصلة عن العقد، ويكفي التوقيع على العقد إذا ورد شرط التحكيم ضمن بنوده ولو أن الشرط بهذه الكيفية غير جائز في منازعات التأمين عامة، هذا وقد أثارت العقود المبرمة بوسائل الإتصال الحديثة إشكالية توقيع شرط التحكيم، فلم تشترط المحكمة الإيطالية توقيع هذه العقود، إنما إكتفت بالتأكد من مصدرها، فلا تحتاج إلى توقيع، هذا ما حكمت به أيضا محكمة إستئناف إيطالية في 1971/12/13<sup>2</sup>.

وعليه فلا يجوز للمحكمة في أية دولة من الدول المصادقة على الإتفاقية السابقة منح الصيغة التنفيذية وقبول تنفيذ حكم التحكيم الدولي أو الأجنبي مالم يكن إتفاق التحكيم مكتوبا كما لايجوز للطرفين التمسك به مالم يكن ثابتا بالكتابة ولاحجة للإتفاق الشفوي<sup>3</sup>.

بينما تركت إتفاقية جنيف 1961 الحرية للأطراف المتعاقدين في تحرير شرط التحكيم وفق الشكل الذي يحدده قانونهم الوطني<sup>4</sup> في الحالة التي لا يشترط فيها كتابة شرط التحكيم<sup>5</sup>.

وقد كان القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة الأونسترال 1985 أكثر تشددا في كتابة شرط التحكيم محددة كفياتها بأن يكون في وثيقة منفصلة وموقعة، وقد تثبت بوسائل الإتصال السلكية أو اللاسلكية المتبادلة بين الطرفين منها الرسائل والتلكسات أو البرقيات وغيرها<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>- راجع المادة 02 من إتفاقية نيويورك 1958 التي نصت على أنه " تعترف كل دولة متعاقدة بإتفاق الأطراف المكتوب الذي يلزمهم بالإلتجاء للتحكيم لحل منازعاتهم التي ستنشأ من علاقة قانونية معينة بينهم، يقصد بالإتفاق المكتوب شرط التحكيم الوارد في عقد أو إتفاق تحكيم وقع عليه الأطراف أو تضمنته رسائل وبرقيات متبادلة بينهم".

<sup>2</sup>- فتحي والي، مرجع سابق، ص 135.

<sup>3</sup>- محمد عبد الفتاح ترك، مرجع سابق، ص 403.

<sup>4</sup>- سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 278، 279.

<sup>5</sup>- ناصر ناجي محمد جمعان، مرجع سابق، 185 نقلا عن عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص 205.

<sup>6</sup>- حسني المصري، مرجع سابق، ص 331.

أما الإتفاقية العربية للتحكيم التجاري<sup>1</sup> فقد إعتدت هي الأخرى بالكتابة، ويستوي في ذلك أن يكون إتفاق التحكيم في صورة شرط في العقد أو بإتفاق لاحق بعد نشأة النزاع للفصل فيه بالتحكيم، وأوصت على صياغة شرط التحكيم في شكل نموذج يدرج في العقود الأصلية<sup>2</sup>.

وأشار نظام غرفة التجارة الدولية بباريس 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 متعلق بالنقل 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، وأن الكتابة تدل علم الطرف الآخر بوجود هذا الشرط<sup>3</sup>.

لهذا يرى بعض الفقهاء أنه من الضروري جدا أن يتضمن شرط التحكيم كل البيانات الشكلية منها تعيين المحكمين بأسمائهم وكيفياتهم وإستبدالهم، وذكر البيانات المتعلقة بالأطراف سواء تعلق بالشخص الطبيعي أو المعنوي، وأن يحمل توقيع الطرفين<sup>4</sup>.

مما سبق يتضح أن التشريعات الوطنية والدولية قد تأرجحت بين كفتين حول أثر الكتابة على حكم التحكيم، فبعضها يتجه إلى الأخذ بالكتابة مجرد وسيلة لإثبات كإيطاليا، بلجيكا، إنجلترا ومعظم قوانين الدول العربية منها مصر، بينما يعتبرها البعض الأخر منه القانون المغربي بأنها شرط إنعقاد<sup>5</sup>، فما الفرق بين الأثرين في حالة تخلفها؟.

### 3 . أثار تخلف شرط الكتابة

إن التمييز بين ما إن كانت الكتابة وسيلة للإثبات أم شرط إنعقاد ينعكس على الأثار التي تترتب في حالة تخلفها، فإذا كانت الكتابة لا تعدو أن تكون مجرد وسيلة مقصودة للإثبات فإن

<sup>1</sup>- راجع المادة 2/2 من الإتفاقية العربية للتحكيم التجاري.

<sup>2</sup> . محمد عبد الفتاح ترك، مرجع سابق، ص 403.

<sup>3</sup> راجع المادة 3/4 من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس الذي نص " يشمل الطلب بوجه خاص: د - الإتفاقات المبرمة وخاصة إتفاق التحكيم".

<sup>4</sup> - عبد الحميد الأحذب، مرجع سابق، ص 153.

<sup>5</sup> شكري أحمد السباعي، الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن، ط2، مكتبة المعارف، المغرب، 1983، ص 202.

تخلفها لا يؤثر على التحكيم وعلى حكم التحكيم، أما إغفاله كشرط وجود يؤدي إلى هدمها فيتصدى له القاضي بالبطلان المطلق<sup>1</sup>، وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا اليمنية على أنه لا تناكر بين الطاعنين بعدم وجود إتفاق تحكيم مكتوب، ومن ثم فإن الجزاء المنصوص عليه قانونا هو بطلان حكم التحكيم<sup>2</sup>.

يتبين من مجمل القوانين السابقة أنها ركزت بشكل كبير على الجانب الشكلي لإتفاق التحكيم في عقود التأمين وتشدت في الحكم على مخالفته بأن يكون مصيره البطلان، وحكمة المشرع من إشتراط كتابة إتفاق التحكيم تكمن في الضمان الذي توفره لمواجهة الخطر الناشئ عن 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 البحري لما ينطوي عليه من خطورة ناتجة عن خصائصه، وكذا الحذر من أن يكون شرط التحكيم تعسفيا، سيما وأن التحكيم يقوم على عنصر الإرادة في التخلي عن الضمانات القضائية<sup>3</sup>.

إضافة إلى ذلك فإن الكتابة وإن كانت بارزة إلا أنها لا تقي بالغرض من منظور الفقه والقضاء لتصنيف عقد التأمين البحري ضمن عقود الإذعان الذي يعتبر التعسف فيه أمر محتمل، لذلك إشتراط وجوب الموافقة الصريحة على التحكيم ويكون ذلك بالتوقيع على إتفاق التحكيم بعبارة "قورئ وصدق عليه" "lu et approuvé" والإعلان عن الموافقة عليه عند الإكتتاب بعقد التأمين البحري ولا يكفي التوقيع عليه، عبر المشرع المغربي على ذلك في المادة 35 من قانون المدني المغربي بأنه "يعد باطلا كل شرط تحكيم لم يوافق عليه المؤمن له صراحة عند إكتتاب العقد"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>- راجع المادة 273 من قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 العراقي التي نصت "يجوز للمحكمة ومن تلقاء نفسها أن تبطل قرار المحكمين في الأحوال التالية:1. إذا كان قد صدر بغير بيئة تحريرية أو بناء على إتفاق باطل... ".

<sup>2</sup>- ناصر ناجي محمد جمعان، مرجع سابق، ص 182، 183.

<sup>3</sup>- محمود عبد الرحيم الديب، الحمابة المدنية للمستهلك . دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 41.

<sup>4</sup>- محمد الهيني، مرجع سابق، ص 251.

فالمشرع قد قصد بدون شك حماية أحد 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<sup>1</sup>، ولا يمكننا تصورهما 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 المدعن منها ونقصد على الأخص شرط التحكيم التعسفي<sup>2</sup>.

- أن الشك في عقد التأمين يفسر لصالح الطرف المدعن (المؤمن له) و لو كان دائنا<sup>3</sup> وإعمال هذه القاعدة قد يؤدي إلى إعتبار إتفاق التحكيم غير موجود إذا ورد ضمن جملة الشروط العامة، الأمر الذي دفع بالمشرع إلى وجوب كتابته قاطعا بالشك باليقين<sup>4</sup>.

فالعناصر المكونة للعقود عامة هي ذاتها تلك التي يبنى عليها إتفاق التحكيم شرط أو مشاركة مما يمكن اللجوء بشأنها إلى القواعد العامة المتبعة في نظام العقود من حيث صحتها ووجودها كأصل عام، لهذا فلا يختلف المحكم عن القاضي بما يصدره من أحكام، غير أن خضوع شرط التحكيم للقواعد العامة لا يؤثر على ذاتيته من حيث شروطه وقواعده وأحكامه التي تجعله مستقلا عن العقد الأصلي وما يترتب على ذلك من آثار<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>. نصت المادة 309 من القانون رقم 31/08 المتعلق الوساطة والتحكيم كمايلي "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 " مما يؤكد على جوازية التحكيم في منازعات المستهلكين، وتدعم ذلك بالمادتين 17، 18 من القانون رقم 31/08 المتعلق بحماية المستهلكين طالما أن هذه المواد لا تتعارض مع قواعد حماية المستهلك لأن حق التقاضي يبقى محفوظا، كما أنه لا يوجد نص يحظر التحكيم في هذا النوع من المنازعات، إلا أن ذلك لقي معارضة بإعتبار أن المهني يستغل الحرية التي يضمنها التحكيم لتحقيق مصالحه على حساب المستهلك كطرف ضعيف مما يصبح وسيلة تعسف وليست حماية . حمزة التريد، مشروعية التحكيم في نزاعات الإستهلاك ومدى ملائمتة لخصوصيتها، مجلة القانون والأعمال الدولية، جامعة الحسن الأول، سبتمبر 2015.

<sup>2</sup>. راجع المادتين 110 ، 4/622 من الأمر رقم 02/05 المتضمن القانون المدني الجزائري.

<sup>3</sup>. موفق حماد عيد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية ط1، منشورات زين الحقوقية، بغداد 2011، ص 272.

<sup>4</sup>. منذر عباس، الموقع الإلكتروني السابق.

<sup>5</sup>-فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 795.

## ثانيا - الإنفصال المادي لشرط التحكيم

إن شرط الكتابة وإن كان من مظاهر التميّز الذي يتصف به شرط التحكيم عن غيره من التصرفات القانونية ذات الطابع الإتفاقي، فإن المشرع أضاف شرط آخر يعطيه 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<sup>1</sup>.

إن إتفاق التحكيم في عقد التأمين يرد في وثيقة منفصلة عن الشروط العامة أوجبه أغلب القوانين الدولية ومنها القانون الجزائري، نفس المغزى تضمنه القانون المدني المصري والعراقي الذي كرس هو الآخر شرط الإنفصال المادي لشرط التحكيم في عقد التأمين<sup>2</sup>، كذلك بالنسبة للدول الأوروبية منها فرنسا، بلجيكا، إنجلترا، إسبانيا والسويس<sup>3</sup>.

وبهذا فيحظر على شركات التأمين أثناء تحريرها لوثائق التأمين النموذجية المعدة سلفا إدراج شرط التحكيم ضمن عامة بنودها، والهدف الذي يتوخاه المشرع من هذا الشرط يتمثل في تقادي إستعمال المؤمن شرط التحكيم وسيلة للإفلات من القانون الواجب التطبيق على النزاع الذي يوفر ضمانات أكثر لحماية حقوق المؤمن له إما بطريقة مباشرة عن طريق إختياره قانون معين بديلا عن القانون الواجب التطبيق أو بطريقة غير مباشرة عند إختياره مكان للتحكيم من أجل تحقيق مصلحته الفردية يضمنها له ذلك القانون أو أن يلجأ إلى وضع قواعد إجرائية أو موضوعية دون إشراك المؤمن له وغيرها من الأمور التي قد يتضمنها شرط التحكيم، و بهذا فإنه يمنع المؤمن له المزايا التي يخولها له القانون المستبعد.

<sup>1</sup>- باسم محمد صالح عبد الله، التأمين أحكامه وأسسسه . دراسة تحليلية مقارنة، دار شتات للنشر والبرمجيات القاهرة، 2011، ص221.

<sup>2</sup> نصت المادة 622 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم " 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 " وأيضاً الفقرة 4 من المادة 985 من القانون المدني العراقي رقم 4 لسنة 1951 المعدل، خالد عبد العظيم أبوغابة، مرجع سابق، ص 161.

3- TURGNE Franck, op.cit, p 140

وقد أخذت محكمة التمييز الأردنية بشرط الإنفصال المادي كمعيار لصحة شرط التحكيم الذي يتضمنه عقد التأمين، والهدف من ذلك حماية الطرف الضعيف<sup>1</sup>، ومع ذلك فإن المنازعات التي تنشأ بين طرفي عقد التأمين بشأن تفسير الشروط العامة التي تتضمنها وثيقة التأمين يتم تسويتها عن طريق التحكيم وفقاً للاتفاق الساري بينهما، إلا إذا لم يتوصلا إلى حل يرضيهما يمكن عرضه على القضاء وتطبيق قواعد قانون التأمين البحري<sup>2</sup>.

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 مجدداً بشأنها، فلا جدوى من الشرط بهذه الصيغة لأن حكم التحكيم المستند عليه مآله البطلان.

والأهم من ذلك أن شرط التحكيم العام يفترض فيه سوء نية المؤمن الذي يحرر عقد التأمين بإرادته المنفردة، دون أن يتمكن الطرف المتعاقد من تعديلها طالما أن عقد التأمين من عقود الإذعان، فيجد نفسه ملزماً بشرط التحكيم في كل ما ينشأ بينهما من منازعات دون إستثناء قد لا يرغب المؤمن له 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<sup>3</sup>.

فلا يخلو شرط التحكيم على هذا المنوال من التعسف بحمل المؤمن له لامحالة على الخضوع عنوة لنظام تحكيم يتضمن مسائل من المؤكد أنه يستبدها من مجال الإتفاق لو أستشيرت إرادته قبلاً، فيمنعه من حق اللجوء إلى القضاء دون إنتباهه<sup>4</sup>.

فلم يوضح المشرع صورة هذا الإنفصال لذلك فبعض الفقه يشدد على الشرط بأن يكون إنفصال مادي لشرط التحكيم عن عقد التأمين في ملحق له، بينما إكتفى البعض الآخر بإنفصال

<sup>1</sup> قرار محكمة التمييز الأردنية، قضية رقم 78، بتاريخ 2012/3/12 منشور على الموقع الإلكتروني : <http://www.aifca.com> v. 12/05/ 2017

<sup>2</sup> يوسف حجيم الطائي ومن معه، مرجع سابق، ص 59 .

<sup>3</sup> بهاء بهيج شكري، بحوث في التأمين، ص 266، 267.

<sup>4</sup> أرزقي بوعراب، حماية المؤمن له من الشروط التعسفية في عقود التأمين، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، 2019، ص 62 . 63.

الشرط عن باقي بنود العقد وذلك بإظهاره بارزا بصورة تمكن المؤمن له من الإطلاع عليه وإمكانية مناقشته وتقرير قبوله أو رفضه<sup>1</sup>.

إلا أن المشرع اللبناني لم يأخذ بهذا الشرط، ذلك أنه لم يفرق بين بنود العقد الأصلي وإعتبر 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 مشاركة<sup>2</sup>، 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<sup>3</sup>.

الملاحظ أن شرط الإنفصال المادي لشرط التحكيم تكرر في قواعد القانون المدني<sup>4</sup>، إلا أن السؤال الذي يمكن طرحه هل تسري أحكام هذه المادة على شرط التحكيم في التأمين البحري؟.

أشار أحد الباحثين إلى أن التأمين البحري يستثنى من نطاق تطبيق المادة 985 من القانون المدني العراقي، فأخذ بعين الاعتبار ما نص عليه المشرع الفرنسي الذي إستثنى التأمين البحري من نطاق تطبيق أحكام القانون الصادر في 13/8/1930 المتعلق بالتأمين البري لإختلافهما في الجانب الفني تبعا لإختلاف الخطر، ومن التبريرات التي قدمها:

- أن عقود التأمين تخضع لقانون التجارة البحرية التي أستثنيت من نطاق الإلغاء طبقا للمادة 510 من قانون التجارة البرية رقم 60 لسنة 1943 وتعديلاته، وأجازت المادة 2/176 من نفس القانون المتعلقة بالتجارة البحرية إدراج شرط تحكيم في عقد المقاوله بين طرفين باللجوء إلى التحكيم لتسوية النزاع في حالة وقوعه، يستخلص من ذلك أن قانون التجارة البحرية لم يمنع من إدراج شرط تحكيم في بوليصة التأمين البحري ولهذا فهو شرط نافذ وصحيح .

فالمشرع العراقي قد إعتترف بشرط التحكيم من خلال المصادقة على بروتوكول جنيف

<sup>1</sup>. باسم محمد صالح عبد الله، مرجع سابق، ص 212، 213.

<sup>2</sup> راجع المادتين 763، 765 من قانون أصول المحاكمات اللبنانية.

<sup>3</sup> - جعفر مشيمش، المرجع السابق، ص 93 .

<sup>4</sup>. نصت على ذلك المادة 610 من ق م ج، والمادة 985 من القانون العراقي.

المتعلق بالتحكيم بموجب القانون رقم 24 لسنة 1928 الذي مازال ساري المفعول<sup>1</sup>، فإذا تضمنت وثيقة التأمين البحري شرط تحكيم وتم عرض النزاع المتعلق بها على المحكمة، تلتزم هذه الأخيرة إحالته على التحكيم إذا تمسك أحد الأطراف بالشرط<sup>2</sup>.

غير أن هذا الموقف لا يتماشى مع أحكامه في التشريع الجزائري، ذلك لأن قواعد التأمين البحري أدرجت في سياق قانون التأمينات الذي خلى من قواعد تتعلق بالتحكيم، وإن كان عقد التأمين يتصف بالطبيعة التجارية، إلا أن القواعد العامة تبقى هي المرجع لسد النقص الذي يتخلل القوانين الخاصة وبالتالي يمكن تطبيق المادة 622 من القانون المدني.

وظل شرط التحكيم محظور لدى المشرع الفرنسي منذ قرار محكمة النقض الصادر في 1843/10/7 الذي ألزم الأطراف تسمية المحكمين تحت طائلة البطلان، منطلقه في ذلك أن شرط التحكيم قائم على عنصر الإحتمال، فلا يعين فيه المحكم ولا يحدد فيه موضوع النزاع بدقة ولا يقدم الضمانات التي يمنحها القضاء<sup>3</sup>.

غير أن قاعدة حظر شرط التحكيم في العقود والتي دأب عليها المشرع الفرنسي بموجب المادة 1006 من قانون المرافعات الفرنسي القديم لم تكن مطلقة وإنما تخللها إستثناء يتعلق بعقد التأمين البحري، فأجاز ضمن أحكام المادة 332 من القانون التجاري الفرنسي لعام 1807 للأطراف الإتفاق على التحكيم في صورة شرط بعد التعاقد ولو لم تكن الخصومة قائمة وأن يلتزم الأطراف بموجب الإتفاق ذكر أسماء المحكمين<sup>4</sup>.

أكد القضاء الفرنسي على ذلك بموجب الحكم الصادر عن محكمة التمييز الفرنسية بتاريخ

<sup>1</sup>. وليد جاسم القيسي، التحكيم في التأمين وإعادة التأمين، مقال منشور على الموقع الإلكتروني :

- WWW.iconiraqinsurance monitor

<sup>2</sup>. محمد ظاهر معروف، شرط التحكيم في القانون الخاص العراقي . دراسة مقارنة، الهيئة العربية الدولية للتحكيم والعلاقات الدبلوماسية، 2014 /1/14 مقال منشور على الموقع الإلكتروني:

[http://m.facebook.com/in\\_fo.aaja](http://m.facebook.com/in_fo.aaja)

. أيضا نصت المادة 253 من قانون المرافعات المدنية العراقي "إذا إتفق الخصوم على التحكيم في نزاع فلا يجوز

رفع الدعوى به أمام القضاء إلا بعد إستفاد طريق التحكيم". بهاء بهيج شكري، مرجع سابق، ص 269.

3-CHARLES Lemonier, commentaire sur les principale polices d'assurances maritime, op cit, p 505

<sup>4</sup>. عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، ص 119، 120

1936/12/17، فالمشرع الفرنسي على النحو السابق عندما أورد إستثناءا على قاعدة حظر شرط التحكيم في المادة 1006 يتعلق بالتأمين البحري، نستنتج من ذلك أنه أخرج من نطاق تطبيقها<sup>1</sup>.

غير أنه من الناحية العملية فإن وثائق التأمين البحري وإن تعلقت بعقد أحد طرفيه أجنبيا فعادة ما تشترط إحالة المنازعات الناشئة عنها إلى محكمة التحكيم تتكون من ثلاثة محكمين<sup>2</sup>.

ويسري على إتفاق التحكيم التجاري الدولي من حيث شروط صحته كأصل عام القانون الإتفاقي، فيطبق القانون الجزائري على النحو السابق في الحالات التي يتفق الأطراف على تطبيقه أو أن يحرر إتفاق التحكيم طبقا له، وما عدا هاتين الحالتين يطبق أي قانون آخر متفق عليه أو القانون الذي يحكم موضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما<sup>3</sup>.

ما يمكن إستخلاصه أنه نظرا للطبيعة العقدية لإتفاق التحكيم 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 مما يعكس طبيعة وخصائص عقد التأمين البحري.

### المبحث الثاني: أسس دعم دور التحكيم الدولي في تسوية منازعات التأمين البحري

إن نجاح التحكيم في أداء دوره كوسيلة لحل المنازعات البحرية عامة مرجعه تقاعل عدة عوامل التي تعد في حقيقتها ركائز يعتمد عليها التحكيم، إذ أن طبيعة المنازعة المستمدة من عناصر ذاتية مشتقة من نوع القواعد التي تخضع لها إما أن تكون بحرية أو تجارية ويكتسبها الطابع الدولي، فتمتد خصائص هذه القواعد إلى التحكيم مما تعطيه فاعلية (المطلب الأول) ومن تلك الأسس ما يتصل بإتفاق التحكيم ذاته أهمها إستقلال هذا الإتفاق عن العقد الأصلي من

<sup>1</sup> جاءت المادة 1006 عامة تتعلق بكل العقود التي يكون فيها التحكيم جائزا مقتصرًا على صيغة الإتفاق بعد نشأة النزاع، إلا أن المادة 332 المتعلقة بعقد التأمين البحري فقد نصت على جوازية الإتفاق على التحكيم في صيغة شرط قبل نشأة النزاع

MOLIGNIER Victor, clause compromissoire, Revue de la jurisprudence, arbitrage volontaire en Matière civile et en matière commerciale, tome 2, 1952, p 236

<sup>2</sup> محمد ظاهر معروف، المرجع السابق.

<sup>3</sup> راجع المادة 3/1040 من الأمر رقم 09/08 المتضمن قانون إ. م. إ. ج.

حيث المصير والقانون المطبق وينعكس ذلك على إختصاص المحكم في توسيع صلاحيته للنظر في المنازعة المتعلقة بإختصاصه دون تدخل من القضاء مما يعطيه دفعا إيجابيا يساعده على البث السريع للفصل في المنازعة، ويزيد من فاعليتها ما يرتبه إتفاق التحكيم من آثار إما إيجابية بأن يلتزم الطرفان بموجبه باللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعاتهم، أو سلبية بأن يمتنع على محاكم الدولة التي يعرض عليها نزاع يتضمن إتفاق التحكيم عن النظر فيه (المطلب الثاني) .

والإشكال الذي يفرض نفسه هل يمكن إعتبار طبيعة منازعة التأمين البحري بما تتمتع به من ذاتية كفيلة لإعتمادها أساس وحيد يساعد المحكم على أداء مهامه للوصول إلى التسوية العادلة لهذه المنازعة؟ .

### المطلب الأول: ذاتية التحكيم الدولي في منازعات التأمين البحري

تعد المنازعة في مجال التأمين البحري من بين المنازعات المتعلقة بالمعاملات البحرية<sup>1</sup> ولذلك فإنها تشترك معها في طبيعتها الخاصة عن غيرها من المنازعات المتعلقة بالمعاملات غير البحرية، وذاتيتها لا تستمد من طابعها الفني والتقني المعقد فحسب، وإنما تستمد أيضا مما تتصف به قواعد القانون البحري الذي تخضع له والتي تختلف عن قواعد فروع القانون الأخرى بأنها من أصول دولية تداولتها معاهدات وإتفاقيات دولية<sup>2</sup>، وقد يكون تطبيق هذه الأخيرة مباشرة من طرف المحكم إذا كانت مصادق عليها، وتكتسب صفة الدولية أيضا مما قد يطبق المحكم من أعراف وعادات بحرية<sup>3</sup> (الفرع الأول) إلى جانب قواعد القانون التجاري الدولي وما يحققه من السرعة والإئتمان الذي يهدف التحكيم إلى تحقيقهما (الفرع الثاني).

### الفرع الأول . الطابع البحري والدولي للتحكيم في منازعات التأمين البحري

تتصف المنازعة الناشئة بين المؤمن والمؤمن له حول تنفيذ عقد التأمين أو تفسيره سواء كان موضوعه السفينة أو البضائع أو المسؤولية بأنها بحرية ويعهد حلها إلى هيئة تحكيم متفق عليها

<sup>1</sup> أفراح عبد الكريم خليل، مرجع سابق، ص 143.

<sup>2</sup> محمود سمير الشراوي، القانون البحري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 39.

<sup>3</sup> تراري ثاني مصطفى، التحكيم البحري مؤسساته وقواعده وذاتيته، مرجع سابق، ص 54.

بين الطرفين أو إلى مركز أو مؤسسة تحكيم متخصصة في هذا المجال، ونظرا لتعلقها بمعاملة تتجاوز الحيز الإقليمي الضيق للدولة الواحدة فإنها تكتسي طابعا دوليا.

### أولا . بحرية التحكيم في منازعات التأمين البحري

أدى ازدهار التجارة البحرية بعد الحرب العالمية الثانية إلى كثرة المنازعات، وتبعاً لذلك إنتشار التحكيم كوسيلة فضلى لتسويتها، وتشمل تلك المنازعات الناشئة في إطار المعاملات البحرية سواء بين الأشخاص المعنوية الخاصة أو بينها وبين أحد الأشخاص المعنوية العامة مختلف المنازعات البحرية ومنها المنازعات الناشئة عن عقد التأمين البحري<sup>1</sup>.

فالقوانين الوطنية والدولية لم تحدد المنازعات الناشئة عن العلاقات البحرية التي تكون قابلة للتحكيم عدا البعض منها، فالقانون الفيديريالي الأمريكي<sup>2</sup> قد عدد المعاملات البحرية التي تحل منازعاتها وفقا لهذا القانون تشمل كل المنازعات التي يتعلق موضوعها بالتجارة الدولية عموما وتخضع لإختصاص القضاء البحري<sup>3</sup>.

كما حددت بعض مراكز التحكيم البحري<sup>4</sup> العلاقات البحرية التي تدخل منازعاتها في نطاق إختصاصها، إذ نصت المادة الأولى من لائحة تحكيم غرفة التحكيم البحري بباريس بأن الغرفة تبث عن طريق التحكيم في المنازعات المترتبة على المعاملات البحرية ومن ضمنها المنازعات الناشئة عن عقد التأمين البحري، كذلك بالنسبة للمنظمة الدولية للتحكيم البحري حسب نص المادة الأولى من لائحته يدخل في إختصاصها المنازعات الناشئة عن عقد التأمين البحري<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>- محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري . النطاق الشخصي لإتفاق التحكيم في عقد النقل البحري، مرجع سابق، ص 343.

<sup>2</sup>- راجع المادة الأولى من القانون الفيديريالي الأمريكي لسنة 1925.

<sup>3</sup>. عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، مرجع سابق، ص 26.

<sup>4</sup>. مراكز التحكيم البحري هي مؤسسات أنشأت بغرض إما تنظيم وإدارة خصومة التحكيم البحري أو أنها تتولى بنفسها الفصل في المنازعات المعروضة عليها إستنادا إلى إتفاق الأطراف.

<sup>5</sup> . محمد عبد الفتاح ترك، المرجع نفسه، ص 344 هامش

هذا وقد أشارت لائحة جمعية المحكمين البحريين بلندن بأنها تطبق على المنازعات التي تحيلها المحكمة العليا الإنجليزية إلى المحكمة البحرية<sup>1</sup>.

أيضا يجوز أن يفصل المحكم في منازعات عقود إعادة التأمين البحري، وبهذا فان هذا النوع من المنازعات لم تخصص لها مراكز تحكيم خاصة، وإنما تحال إلى مراكز التحكيم الدولية ومنها البحرية التي تفصل في عموم المنازعات التجارية ذات الطابع الدولي، فظهر في فرنسا مركز تحكيم CEFAREA مماثل لهيئة اللويدز مختص في منازعات شركات التأمين وإعادة التأمين، إلا أن مهمته تتمثل في مساعدة هيئات التحكيم على التنظيم والإشراف على المنازعات التي تكون شركات التأمين طرفا فيها<sup>2</sup>.

كذلك بالنسبة للهيئة المصرية للرقابة على التأمين ويتوقف على إرادة الأطراف في تعيين الهيئة المخولة لها الفصل في المنازعة في إتفاق التحكيم إلا فيما يتعلق بالحوادث البحرية فيقتصر النظر في منازعاتها على غرفة اللويدز للتحكيم البحري كإختصاص مانع<sup>3</sup>.

إن منازعات التأمين البحري هي تلك المنازعات التي تثور بمناسبة تنفيذ أو تفسير عقد التأمين البحري الحالة أو المحتملة ومنازعات إعادة التأمين البحري، هذه المنازعات التي تلي غالبا عقد النقل البحري تكون موضوع إتفاق تحكيم في صورة شرط مدرج في العقد<sup>4</sup>.

وتختص غرفة التحكيم البحري بباريس بالفصل في المنازعات المتعلقة بالتأمين البحري وفي هذا الشأن صدر عنها رصيد معتبر من الأحكام التي تقر من خلالها بإختصاصها للفصل في هذا النوع من المنازعات، بما في ذلك الحالة التي يتضمن فيها خطاب الضمان الذي يصدر عن شركة التأمين أو البنك يتضمن شرط تحكيم الذي يكون أطرافه إما مالك السفينة أو المستأجر أو الناقل أو الشاحن، المرسل إليه والمؤمن يحيل النزاع إلى هذه الغرفة للفصل فيه وبمقتضى لائحته<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> راجع المادة 3/أ من لائحة جمعية المحكمين البحريين بلندن.

2-BIGOT Jean, Traité de droit des assurances , tome3 , le contrat d'assurance , Delta - L.G.D.J , P1285, 1295.

<sup>3</sup> سعيد أحمد شعله، قضاء النقض في التأمين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 306.

4- PAPANATOU Marina, la convention d'arbitrage dans le contrat de transport maritime de marchandise: étude comparée des droits français, hellénique et anglais, thèse de doctoret en droit, université Pahtéon –Assas, 2014, p 8.

5- PAPANATOU Marinam, ibid, p 50.

وخلاصة القول إن منازعات التأمين البحري قابلة للتحكيم ذات طبيعة بحرية وردت ضمن الأطر العامة للمنازعات الناشئة عن النشاط البحري بوجه عام ضمن قواعد القانون الخاصة ويقصد بذلك المعاملات البحرية بين الأشخاص الطبيعية والأشخاص الاعتبارية الخاصة أو بينها وبين الأشخاص المعنوية العامة<sup>1</sup>، فما هي عناصر الطبيعة البحرية لمنازعات التأمين البحري؟

إن النتيجة المتوصل إليها أعلاه يمكن أن تقودنا إلى الوقوف على العناصر التي تتركز عليها الطبيعة البحرية للمنازعة المنصبة على مسائل التأمين البحري يمكن الإشارة إليها كمايلي:

- إنفراد منازعات التأمين البحري في إطار منازعات التحكيم البحري عامة بنوعين من قواعد التحكيم عملت على إيجادها الظروف المحيطة بالتجارة البحرية التي أدت إلى تزامم القوانين على العلاقة الواحدة التي تربط بين طرفيها لإنتمائهم إلى دول مختلفة نتج عنه تفضيل اللجوء إلى التحكيم لأنه يمنحهم متنفس للإختيار الإرادي للقانون المطبق على النزاع والتخلص من مخاطر تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص<sup>2</sup>.

- وجود قواعد مستمدة من طبيعة المخاطر المرتبطة بالملاحة البحرية، ونوعية المعاملات التي تحكمها أعراف التجارة بحكم أنها تتعلق بالمجال المهني ذات الطابع الفني الذي يضيف على منازعاتها نوع من التعقيد والصعوبة يفرض اللجوء بشأنها إلى أهل التخصص والخبرة في الميدان لإيجاد حلول مرنة وسريعة وعادلة وفعالة<sup>3</sup>.

يتضح مما سبق أن التحكيم في منازعات التأمين البحري تتسم بالطابع البحري، يتجلى ذلك من خلال جملة من العناصر مستوحاة من طبيعة المعاملات المتعلقة بالتجارة البحرية الدولية ومن ظروف الملاحة البحرية المحفوفة بالمخاطر التي تكون مصدر العلاقة بين طرفي عقد التأمين البحري، ويترتب على الطابع البحري لهذه المنازعة إدراج جميع المنازعات المتعلقة بتفسير وتنفيذ هذا العقد ضمن منازعات التحكيم البحري دون حصرها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>. عاطف محمد الفقي، مرجع سابق ص 32.

<sup>2</sup>. عاطف محمد الفقي، النقل البحري للبضائع، مرجع سابق، ص 188، 189.

<sup>3</sup>. بلباقي يومدين، مرجع سابق، ص 60.

<sup>4</sup>. إختلفت معايير تحديد المنازعات التي تدخل ضمن منازعات التحكيم البحري ومن الدول من أخذت بنظام القائمة. تراري ثاني مصطفى، مرجع سابق، ص 50، 51.

هذا ما قامت به مراكز التحكيم منها مثلا غرفة الويترز وغرفة التحكيم البحري بباريس ومركز التحكيم للتأمين وإعادة التأمين الفرنسي وغيرها التي تختص بالفصل في جميع المنازعات التأمينية بمختلف أنواعها ومنها التأمين البحري على السفن والبضائع والتأمين عن المسؤولية<sup>1</sup>. إضافة إلى ذلك خضوع منازعات التأمين البحري لقواعد خاصة قد تكون لوائح مراكز التحكيم البحري يصلح تطبيقها على الإجراءات أو على موضوع المنازعة منها مثلا قواعد هامبورغ أو الأعراف والمعاهدات الدولية والسوابق التحكيمية.

نشأت مؤسسات تحكيم تختص في الفصل في هذا النوع من المنازعات، بدأت تتمركز في الدول التي عرف النشاط البحري فيها ازدهارا بفعل العوامل الجغرافية والتاريخية مثل لندن باريس نيويورك وفي الدول العربية نجد القاهرة، فكان لها باع طويل في الفصل في هذه المنازعات<sup>2</sup>.

### ثانيا . دولية التحكيم في منازعات التأمين البحري

يعتبر المجال البحري مجال دولي بطبيعته، ذلك أن أصل المنازعات البحرية موضوعها النقل البحري والعمليات المصاحبة له، فغالبا ما تتم على مستوى مينائين لدولتين أو أكثر وحركة إنتقال البضائع والخدمات عبر الحدود البحرية ليتشارك فيها أطراف من جنسيات مختلفة<sup>3</sup>.

وبهذا فإن العلاقة البحرية يتسلل إليها عنصر أو أكثر من العناصر الأجنبية كالجنسية الموطن، مكان التحكيم، القانون الواجب التطبيق سواء تعلق بالإجراءات أو بالموضوع وكذا يمكن إبرام العقد أو تنفيذه<sup>4</sup>.

ولهذا يقصد بالتحكيم الدولي ذلك الذي يتعلق بالتجارة الدولية وبالعلاقات التي يكون أطرافها شخصا أجنبيا، وأن الصفة الدولية تقترن بوجود عنصر أجنبي في العلاقة.

1- YARHI Michel, Editorial, centre français d'arbitrage de réassurance et d'assurance –cefarea- rev N°17, 2012, jp 30/01/2013, p 05 – 06.

<sup>2</sup> عاطف محمد الفقي، النقل البحري للبضائع، مرجع سابق، ص 193.

<sup>3</sup> حمزة محمد دياب، التحكيم في المنازعات التجارية البحرية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في قانون

الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، 2016 ص 22، نقلا عن

-J.F Borque, le reglement des litiges multiparties dans l'arbitrage commercial international, thèse potières, 1989, p 365.

<sup>4</sup> محمد عبد الفتاح ترك، مرجع سابق، ص 337.

وأثير الجدل حول إمكانية تطبيق القانون الوطني على العلاقة ذات العنصر الأجنبي للمنازعة البحرية<sup>1</sup>، ونظرا لخصوصيتها فإن القاضي يستبعد تطبيق قانونه الداخلي عليها.

لهذا لجأ أغلب المشرعين في القوانين الداخلية إلى وضع قواعد إجرائية لتنظيم العلاقات في إطار القانون الدولي الخاص بما في ذلك القواعد المتصلة بالتحكيم التجاري الدولي، وترتب على ذلك وجود نمطين من قواعد التحكيم من حيث تطبيقها إلى وطنية ودولية، ومن ثم فإن التحكيم إما أن يكون داخليا أو دوليا.

وقد توصل الفقه إستنادا إلى بعض القواعد القانونية إلى محاولة إيجاد معيار لتحديد وضبط مفهوم دولية التحكيم تحنبا للإشكالات التي قد تطرح على القضاء في النطاق الدولي ويتوخى المشرع من ذلك إقحام فكرة التحكيم في بعض المنازعات التي تخرج من نطاق تطبيق قوانين التحكيم الداخلية من منطلق عدم المساس بمبدأ السيادة، وإنعكس ذلك من خلال إنشاء قوانين تحكيم خاصة بالعلاقات الدولية، تتجسد في الإتفاقيات الدولية التي يستند عليها المحكمون في تفسير العقود الدولية أو الإتفاقيات المتنازع بشأنها من منظور دولي مما يؤدي إلى توحيد تطبيق النصوص الدولية<sup>2</sup>.

فإذا كان سعي الفقهاء في إيجاد معيار لدولية التحكيم جاد وفعال، إلا أنه لا يخلو من التعارض لإختلاف الأسس المرتكز عليها في تبرير وترسيم معيار موحد دوليا.

## 1. المعيار الجغرافي

تتوقف دولية التحكيم وفق هذا المعيار على مدى تجاوز العلاقة القانونية محل التحكيم للحدود الإقليمية للدولة الواحدة، وهو ما أخذت به إتفاقية نيويورك 1958 من خلال تعريفها للتحكيم الدولي، بينما ربطت إتفاقية جنيف 1961 دولية التحكيم بالمكان الذي يجري فيه، نفس ما أخذ به القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> شويرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، 2009، ص 11.

<sup>2</sup> - CICLE Legros, l'arbitrage et transport, TRANSIDIT N° 71-16 www.idit.asso.fr v. le 07 /03/2019

<sup>3</sup> - عرفت إتفاقية نيويورك التحكيم الدولي بأنه "التحكيم الذي يصدر في غير دولة التنفيذ"، ونصت إتفاقية جنيف

1961 على أنه " يكون النزاع قائما بين أشخاص لهم محل إقامة معتاد أو مركز عمل في دول مرتبطة تعاقديا

بهذه الإتفاقية". محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، مرجع سابق، ص 351.

إذ تعد إتفاقتي نيويورك وجنيف مصدر القوانين التحكيم الداخلية للدول، ولذلك فإن أخذها بالمعيار الإقليمي أمر لا جدال فيه، غير أن ما يأخذ عن هذا المعيار إغفاله لطبيعة النزاع ذاته وأثره في إضفاء صفة الدولية على المنازعات، ولذلك فإن بعض قوانين الدول أخذت بالتجارة الدولية معياراً لدولية التحكيم ويمثل ذلك موقف المشرع الفرنسي واللبناني<sup>1</sup>.

## 2 . المعيار الإقتصادي

تشمل التجارة الدولية وفق القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي العلاقات التعاقدية أو غير التعاقدية، معتمداً على المفهوم الموسع للتجارة، وأدخل التأمين في هذا الحيز<sup>2</sup>.

وبهذا فإن التأكيد على دولية التحكيم لدى القضاء الفرنسي بعد قانون الإجراءات 1981 يتوقف على المعيار الإقتصادي طالما أن موضوع العلاقات يتعلق بمعاملة تجارية، وبهذا يمكن تحديد نطاق التحكيم التجاري الدولي "كل نشاط إقتصادي ناشئ عن إنتقال الأموال والخدمات ما بين الدول وبين أطراف يحملون جنسيات مختلفة وإقامات متعددة، فيخرج عن إطار الإقتصاد الوطني بمعزل عن العناصر التي تضيف الصبغة الأجنبية على العقد الأصلي"<sup>3</sup>.

لذلك يمكن القول إن شرط التحكيم لا يستمد طبيعته من العقد ذاته وإنما من إرادة الطرفين عند الإتفاق، فيصبح التحكيم دولياً لإرتباطه بعملية تجارية دولية نابعة من إتفاق تحكيم وارد في العقد، ومن ثم فإن دولية التحكيم مرتبط بموضوع النزاع المتعلق بالمعاملة التجارية الدولية إلى جانب العوامل الأخرى لتأثيرها على دولية التحكيم من جنسية الأطراف أو اللغة القانون المطبق للفصل في النزاع أو لتنظيم عملية التحكيم.

إلا أن هذه الضوابط يخول للقاضي مراعاة كفايتها بحسب درجة تأثيرها على دولية التحكيم فيبسط رقابته على التحكيم لإحتوائه الطابع الدولي من خلال المعايير المتوفرة المستدة من

1- راجع المادة 1492 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي، والمادة 809 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني والتي نصت على أنه " يعتبر دولياً التحكيم الذي يضع في الميزان مصالح التجارة الدولية " .

2- محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، مرجع سابق، ص 376.

3- حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية . دراسة تحليلية وإنتقائية لأحكام القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 ولبعض القوانين الأجنبية والمعاهدات الدولية المنظمة للتحكيم وخاصة معاهدة نيويورك ومعاهدة واشنطن، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997، ص 51.

العناصر المتعلقة بالنزاع، فإذا تحققت دولية التحكيم إلتزم بمراعاة قواعد النظام العام الدولي وبالتالي فإن البحث عن المعيار الإقتصادي يكمن في تعلقه بالتجارة الدولية أي بحركة إنتقال الأموال والبضائع عبر الحدود وإن كان يدخل في صميم الموضوع فإنه يعتبر ضابط أساسي وجوهري كمقياس لدولية التحكيم دون إنكار دور الضوابط الأخرى وتأثيرها على إضفاء صفة الدولية على النزاع .

### 3 . معايير قانونية

ترتبط المنازعة المتعلقة بالتجارة الدولية بعناصر قانونية، فتخضع لقواعد قانونية شرعت لحكم علاقات دولية في إطار النظام القانوني الخاص، يمكن التمييز بين نوعين من العناصر أحدهما مؤثر ويتعلق بالقانون المختار أو مكان التحكيم أو صدور الحكم، وعناصر غير مؤثرة تشمل أطراف العلاقات أشخاص طبيعية ذات جنسيات مختلفة، أو أشخاص معنوية خاصة أو عامة كالدولة أو مؤسساتها وهي عناصر ليس لها أهمية في تحديد دولية التحكيم<sup>1</sup>،

وتشمل المنازعات الدولية البيوع الدولية للمنقولات المادية وما يرتبط بها من عمليات أوعقود تتصل بالنشاط البحري ومنها عقد التأمين، فإذا ظهر لقاضي التنفيذ تعدد معايير دولية التحكيم، فلا يكون ملزما بإظهارها كلها متى كان المعيار المعتمد ذات دلالة قوية وواضحة على دولية التحكيم، ولا مانع من إعتماده على التعريفات العامة لمرونتها في التدليل على دولية التحكيم متى توافقت مع المعنى القانوني<sup>2</sup>.

وخلاصة القول إن دولية التحكيم تتحقق بتفاعل عدة معايير تمثل في حقيقتها معطيات تلازم النزاع محل التحكيم لتقوده في النهاية إلى أن يكون الحكم الفاصل فيه دوليا، وكما تعددت تلك المعايير أكدت الطابع الدولي للتحكيم، ومع ذلك تبقى إرادة الأطراف المرشد الوحيد إلى التحكيم المقصود ما إن كان دوليا أو داخليا.

### الفرع الثاني: تجارية التحكيم في منازعات التأمين البحري

<sup>1</sup> حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 44 . 89.

<sup>2</sup> عبد الحميد الأحذب، مرجع سابق، ص 21، 30، 33.

إستند المشرع الفرنسي على معيار مستمد من طبيعة النشاط البحري وموضوعه وصفة الأشخاص القائمين به في تصنيفه للأعمال التجارية إلى ثلاثة أنواع مدرجا عقد التأمين ضمن الأعمال المختلطة التي تعتبر تجارية فقط من جانب المؤمن<sup>1</sup>، أما بالنسبة المؤمن له فيتوقف ذلك على محل العقد ما إن كان ذو طابع تجاري أو مدني<sup>2</sup>.

فقد نصت المادة 2/110 من قانون التجارة الفرنسي بأن أشهر عقود التجارة تشمل جميع صور العقود البحرية والتأمينات والعقود الأخرى المتعلقة بالتجارة البحرية، أما قانون الإجراءات المدنية الفرنسي 1981 فقد رسم ما إستقر عليه القضاء في الأخذ بالمعيار الإقتصادي، وأقرت بذلك محكمة النقض الفرنسية بصحة إتفاق التحكيم في منازعات عقود المستهلكين الدولية لتوفر صفة الدولية بغض النظر عن الصفة التجارية التي تستند إلى المعيار الإقتصادي، فهو معيار موضوعي لا علاقة له بصفة الأطراف أو موضوع العقد أو القانون الواجب التطبيق على الموضوع ومكان التحكيم أو جنسية الأطراف<sup>3</sup>.

وقد فسرت محكمة إستئناف باريس المقصود بمصالح التجارة الدولية بأنها إنتقال المال والخدمات عبر حدود أكثر من دولة إذ يعد تجاريا كل تحكيم دولي يتعلق بمنازعة تولدت عن عملية إقتصادية دولية متصلة بمصالح التجارة الدولية فلا تتحدد الصفة التجارية بالأطراف أو بالقانون الواجب التطبيق، ولهذا يجب منح مصطلح التجارة تفسيراً موسعاً من أجل تحديد المنازعات الناشئة عن المعاملات ومنها التأمين<sup>4</sup>.

كما توصلت المحكمة من خلال إعمال مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم الدولي وإخراجها من

<sup>1</sup> أعمال تجارية بالطبيعة وتشمل أعمال منفردة أعمال المقاول، أعمال بالتبعية.

<sup>2</sup> عقد تأمين سفن النزهة يعد عمل مدني محض أنظر عمرو موسى الفقي، الجديد في التحكيم في الدول العربية، منشورات المكتب الجامعي للإسكندرية، 2003، ص 369 ، 376.

<sup>3</sup> نصت المادة 1492 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الصادر في 1981/5/12 "يكون التحكيم دوليا إذا أثار مصالح التجارة الدولية"، أيضا المادة 622 من المرسوم الفرنسي المؤرخ في 1981/05/15 المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي، أكدت على ذلك الغرفة المدنية محكمة إستئناف باريس في الحكمين الصادرين في 1970/6/19، وفي 1999/7/5 أنظر

- TURGNE Franck, op.cit, p 255

4- MKARDLEFROISARD Bronwyn, exécution de la sentence arbitrale et les voies recours contre la Sentence rendue, mémoire pour le D.E.S.S transport maritimes et aériens option droit maritime & droit transports, universite D'AIX-MARSEILLE, 1999, P 68.

نطاق تطبيق المادة 2021 من القانون المدني الأعمال المدنية أو الأعمال المختلطة التي تبطل التحكيم في منازعاتها إلى التفرقة بين مفهومي التجارة الداخلية والدولية، وربطت هذه الأخيرة بمصطلح التجارة الدولية لتخلص إلى تعريف التحكيم التجاري الدولي بأنه " التحكيم الذي يرتبط بمنازعة تنشأ بمناسبة عملية إقتصادية دولية وتحقق مصالح التجارة الدولية"<sup>1</sup>.

وإستنادا إلى هذا المعيار فإن القضاء الفرنسي قد توصل إلى إرساء قواعد موضوعية تتعلق بالتحكيم التجاري الدولي في مسائل لم تكن تجارية من منظور قانون التحكيم الفرنسي كإستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي في التحكيم الدولي وصحته حتى ولو تعلق بعقد وكالة تجارية دولية وهو تصرف قانوني مختلط أو كان مدرج في عقد دولي يكون أحد أطرافه شخص معنوي عام وفق مقتضيات التجارة الدولية على الرغم من أن قانون التحكيم الفرنسي يحظر على الأشخاص المعنوية العامة من اللجوء إلى التحكيم<sup>2</sup>.

كما يعتبر التحكيم البحري فرع من فروع التحكيم التجاري الدولي، ويتضمن نوعين من المنازعات، النوع الأول ومنها عقد التأمين ويطلق عليها الفقهاء بأمر الملاحة الجافة أما النوع الثاني فتشمل المنازعات الغير عقدية ويطلق عليها منازعات الملاحة غير الجافة<sup>3</sup>.

وفي هذا الصدد إنقسمت الدول في الأخذ بالنظم القانونية إلى دول القانون المدني وتشمل هذه الفئة كل من فرنسا ومصر التي تعتمد أنظمتها القانونية على التمييز بين نوعين من القواعد بعضها يتعلق بالمعاملات المدنية وأخرى تتعلق بالمعاملات التجارية وأدرجت إليها عقد التأمين بتطبيق المعيار الإقتصادي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - طرح البحور علي حسن، عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 122، 123، ص 222-226.

<sup>2</sup> - عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، مرجع سابق ص 80.

<sup>3</sup> - منازعات الملاحة الجافة تشمل المنازعات العقدية وتتصب هذه الأخيرة على كافة عقود الملاحة البحرية من نقل و شحن، إيجار، بينما تشمل منازعات الملاحة غير الجافة الحوادث البحرية، التصادم، الأنقاذ والمصادرة تحديد المسؤولية الخسارات البحرية المشتركة. فراح مناني، مرجع سابق، ص 142.

<sup>4</sup> - أخذ قانون التحكيم المصري رقم 1994/27 في المادة الثانية منه بالمعيار الإقتصادي بقولها "يكون التحكيم تجاريا في حكم هذا القانون إذا نشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع إقتصادي عقدية أو غير عقدية..."، وكذلك (المادتين 05، 10) من قانون التجارة رقم 1999/17 الذي أخذ بمصطلح "التجاري" بمفهومه الموسع

بينما بعض الدول المعروفة بدول الشريعة العامة (commonlaw) فإنها تخضع كل المعاملات مدنية أو تجارية لنفس الأحكام كما هو سائد في إنجلترا وأمريكا، وإن كانت هذه الدول لا تطرح إشكال في التفرقة بين المعاملات لأنها تخضع لذات القانون وهو القانون المدني وحددت الأعمال التجارية على سبيل الحصر ومنها التأمين البحري إما لطبيعتها أو بالنظر إلى الشخص القائم بها إذا كان تاجرا<sup>1</sup>.

فالقانون الفيديرالي الأمريكي قد فسر مصطلح (تجارة) بمعيار إقليمي ضيق، فكل الأعمال التي وقعت في الدول التي حددها هذا القانون لا تعتبر تجارية، وفي المقابل فإن إتفاقية نيويورك 1958 وضعت تحفظ بشأن تطبيقها وقصره على المنازعات العقدية أو غير العقدية مخولة للأطراف المعنية بتفسير مدلول التجارة على ضوء قانونها الداخلي، ومن ثم إستثنت من نطاق تطبيقها الولايات المتحدة الأمريكية<sup>2</sup>.

غير أن القضاء الأمريكي قد تجاوز هذا التعارض بإستبعاد المادة السابقة تأسيسا على المادة 208، وتطبيقا للمادة 201 التي نصت صراحة على وجوب تطبيق قواعد إتفاقية نيويورك<sup>3</sup>، وهذا مايفسر إقرارها بالأحكام الأجنبية وتنفيذها واللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات<sup>4</sup>.

وتعقبا على قرار محكمة النقض فإن التأمين البحري يعد عمل تجاري لما ينطوي عليه من مضاربة فهو يخضع للقانون التجاري وكل ما يتعلق بالتجارة البحرية<sup>5</sup>.

---

بإعتماده المعيار الإقتصادي ليشمل كافة المعاملات التجارية التعاقدية أو غير التعاقدية التي يندرج عقد التأمين ضمن نطاقها.

<sup>1</sup> .عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص 68.

<sup>2</sup> - عرفت المادة الأولى من القانون الفيديرالي الأمريكي مصطلح التجارة " بأنها العلاقات بين الولايات الأمريكية بعضها البعض والدول الأجنبية". عبد الفتاح ترك، مرجع سابق، ص 387.

<sup>3</sup> - نصت المادة 201 من القانون الفيديرالي الأمريكي " تطبق المحاكم الفيديرالية الأمريكية إتفاقية نيويورك 1958 المتعلقة بالإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية بالشرط المنصوص عليه في هذا الفصل"، ونصت المادة 208 من نفس القانون على أنه " يطبق الفصل الأول على الدعاوى المقدمة بموجب هذا الفصل بالقدر الذي لا يكون هناك تعارض مع أحكام هذا الفصل أو الإتفاقية كما صادقت عليها الولايات المتحدة الأمريكية"،

<sup>4</sup> .عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص 83.

5- MOLINIER Victor, clause compromissoire examen critique de la jurisprudence de la cour de cassation qui etablit la nullité de la clause compromissoire, op.cit, p 215.

كما أن إخضاع التأمين البحري للتحكيم الإلزامي وفقا للمادة 51 من القانون التجاري إستثناء على القاعدة التي تقضي أن التحكيم إختياري في الأصل لا يمكن التسليم به، لأن الحرية في كل إتفاق تشكل القانون المشترك، ولهذا فإن ما تثبته المادة السابقة أن التحكيم يصلح لتسوية المنازعات الناشئة عن العقود التجارية لطبيعتها بما في ذلك التأمين البري والبحري<sup>1</sup>.

إذن فالصفة التجارية للمعاملات تعتبر أساسا للتحكيم التجاري الدولي ومعيارا لتمييز المنازعات في المواد المدنية، وقد عرف مفهوم التجارية تطورا ليرتقي إلى العلاقات الإقتصادية وهو ما كرسته جميع قوانين التحكيم حديثا ولو ضمنا كما هو الحال في القانون المصري الذي تبنى القانون النموذجي الذي نص على أن "التحكيم يكون تجاريا إذا نشأ بشأن علاقة قانونية ذات طابع إقتصادي"، ويكون بذلك قد خالفه بذكر عبارة ذات طابع تجاري<sup>2</sup>.

ففي إنجلترا تختص المحاكم التجارية الإنجليزية بالفصل في المنازعات الناشئة عن المعاملات البحرية التي تكون قابلة للتحكيم وضم إلى ذلك منازعات عقود التأمين، هذا ما يؤكد على تجاريتها إذا كانت ممارستها بين التجار<sup>3</sup>.

ردا على الإعتقاد بأن التحكيم يكون تجاري إذا كان المحكم المعين له صفة التاجر وإن كان الغرض من ذلك هو إقصاء فئة القانونيين تقاديا لتطبيق الإجراءات القانونية التي تتسم بالتعقيد والبطء من شأنها أن تهدر الهدف من التحكيم، فإن الشرط المتقدم لا ينطلق على إتفاقات التحكيم، فقد تخلو بعض المشاركات من شرط المحكم التاجر، فلا يعني ذلك أن التحكيم ليس تجاري، سيما وأن التحكيم البحري في ذاته يعتبر فرع من فروع التحكيم التجاري الدولي مهما كانت صفة المحكم مهندسا، ربانا، محاسبا أو قانونيا<sup>4</sup>.

ذلك أن المنازعات البحرية منازعات خاصة، وأن الفصل فيها بمنتهى العدالة والدقة والسرعة يقضي أن يكون المحكم من أهل الخبرة وله معرفة واسعة بالعلوم البحرية في رتبة ربان أعالي البحار، ولا بد أن يتوفر لديه العلم بالمبادئ القانونية، ومن باب أولى أن يتصف بالحياد

1- MOLINIER Victor, clause compromissoire examen critique de la jurisprudence d'a cour cassation qui établit la nullité de la clause compromissoire, op.cit, p 236 et 240.

<sup>2</sup>- عمرو موسى الفقي، مرجع سابق، ص 388، 389.

<sup>3</sup>- محمد عبد الفتاح ترك، النطاق الشخصي لإتفاق التحكيم، مرجع سابق ص 380.

<sup>4</sup>- حمزة محمد دياب، مرجع سابق، ص 107.

والثقة والنزاهة، وهي شروط مطلوبة خاصة لدى مراكز التحكيم التي غالبا ما تشترط أن يكون المحكم العضو يمتلك الخبرة لا تقل عن عشر سنوات، ولذلك نجد أن المحكمين البحريين هم ممارسين لهذا النشاط، فلا تتوقف تجارية التحكيم على ضرورة اشتراط صفة التاجر في المحكم عند إبرام إتفاق تحكيم<sup>1</sup>.

فالطابع التعاقدى لإتفاق التحكيم يخول للأطراف الحرية في إختيار المحكمين بمقاييس ذاتية، يتضح أن كل التشريعات الوطنية والدولية<sup>2</sup> قد كرست مبدأ سلطان الإرادة في إختيار المحكمين من ربانة أو مجهزين أو ملاك السفن ومؤمنين<sup>3</sup>.

لهذا فقد حدد المشرع الأمريكي من خلال تعريفه للتجارة البحرية نوع المنازعات البحرية التي تكون قابلة للتحكيم مدرجا في ذلك منازعات عقود التأمين، هذا ما يؤكد على تجاريتها من جهة وطابعها البحري من جهة أخرى<sup>4</sup>.

بينما الإشكال يطرح لدى الدول التي ميّزت بين نوعين من المعاملات وأفردت لكل منهما قانونا خاصا، فإختلف الفقهاء حول المعيار الذي على أساسه يمكن التفرقة بين العمل المدني والعمل التجاري، فبعضهم يأخذ بصفة القائم بالعمل فإذا كان تاجرا يعتبر العمل بالنسبة إليه تجاريا، ويعتبر العمل مدنيا إذا كان من قام به لا يتمتع بصفة التاجر، أما إتجاه آخر فيركز على طبيعة العمل ذاته، ويترتب على هذه التفرقة أن تتوفر في المحكم صفة التاجر إضافة إلى الخبرة وجوب الخصوصية منازعات البحرية عموما والتأمين على الخصوص<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - محمد عبد الفتاح ترك، مرجع سابق ص 382.

<sup>2</sup> راجع المادة 1493 من المرسوم الفرنسي المتعلق بالتحكيم 1981، والمادتين 15، 16 من التحكيم الإنجليزي 1996، والمادة 5 من قانون التحكيم الفيدرالي الأمريكي 1925، المادة 1/10 من قانون التحكيم المصري المادة 1/5 من إتفاقية نيويورك والمادة 4 من قانون التحكيم التجاري الدولي 1985 والمادة 2 من لائحة التحكيم جمعية المحكمين البحريين بلندن، المادة 9 من لائحة جمعية المحكمين البحريين بنيويورك.

<sup>3</sup> - محمد عبد الفتاح ترك، مرجع سابق، 384، 385.

<sup>4</sup> راجع المادة الأولى من القانون الفيدرالي الأمريكي للتحكيم 1925 على أنه "يقصد بالتجارة البحرية لأغراض هذا القانون سندات الشحن الصادرة من الناقل البحري، عقود النقل البحري، الخدمات التي تقدم للسفن الإصلاحات البحرية، الحوادث البحرية وغيرها من عمليات التجارة البحرية، والتي إذا حصلت المنازعة بشأنها تكون من صلاحيات المحكمة المختصة بالنظر في المواد البحرية".

<sup>5</sup> عمرو موسى الفقي، مرجع سابق، ص 378.

إلا أن هذا المعيار أنتقد لتمييزه بين نوعين من المعاملات على هذا النحو في نظر فقهاء العصر الحديث مفهوم تقليدي وهو معيار ضيق لا يشمل كل المنازعات ذات الطبيعة التجارية<sup>1</sup>. وقد تبلور التحكيم التجاري الدولي في نظام قانوني جسده المعاهدات منها إتفاقية نيويورك 1958 التي خولت للقوانين تحديد تجارية العمل مع إمكانية قصر تطبيق الإتفاقية على المنازعات الناتجة عن العلاقات التعاقدية أو غير التعاقدية، أيضا الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي التي قصرت مجال تطبيقها على الإتفاقات المتعلقة بتسوية المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ عن عمليات التجارة الدولية، إلا أنها لم توضح المعيار الإقتصادي لتحديد تجارية الأعمال<sup>2</sup>.

هذا المعيار عرف مفهومًا موسعًا لدى فقهاء العصر الحديث وجسده المشرع الدولي، إذ وضحت المادة الأولى من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي معنى التجارية بأنها تشمل كل العلاقات التعاقدية أو غير التعاقدية عند وضعها لقوانين التحكيم ومنها مصر، مما يمكن القول أنها أخذت بذات المعيار المعتمد في القانون النموذجي كأساس للتمييز بين المعاملات المدنية والتجارية، إلا أن النقطة الأساسية التي أحدثت تمايزًا وإن كان طفيفًا في ضبط معيار تجارية المعاملات بالنسبة للدول الشريعة العامة فهي مستثناة من مجال تطبيق القانون النموذجي الذي يقصر على المعاملات التجارية<sup>3</sup>.

ما يمكن أن يستخلص من الآراء والمواقف حول تحديد الطبيعة التجارية للتحكيم التجاري الدولي عموماً والتأمين البحري على الخصوص أن المعيار الإقتصادي لفكرة التجارة جاءت تخدم الإتجاه الحديث نحو توسيع دائرة العلاقات التجارية الدولية لتعم غالبية المنازعات الناشئة عن العلاقات التجارية عموماً والبحرية على الخصوص التي تعرض على التحكيم، مما يترتب

<sup>1</sup> - عمرو موسي الفقي، المرجع نفسه، ص 370.

<sup>2</sup> - راجع المادة الأولى الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي.

<sup>3</sup> - نصت المادة الأولى من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي " ينطبق هذا القانون على التحكيم التجاري الدولي مع مراعاة أي إتفاق نافذ مبرم بين هذه الدولة وأية دولة أو دول أخرى".

عليه أن معظم منازعات التحكيم البحري أنها تجارية سواء كانت تتعلق بالعقود أو الحوادث البحرية ذات الطابع الدولي، ويخرج من هذا النطاق التحكيم الداخلي البحت والتحكيم بين الدول<sup>1</sup>.

فالمشرع من خلال المادة 06 من القانون التجاري لم يحصر الأعمال التجارية التي يكون من الجائز التحكيم فيها، مما يمكن القول أن العمل البحري سواء عقد أو غير ذلك يكون محلا للتحكيم، ويدخل في هذا الإطار التأمين البحري بكل أنواعه (التأمين على السفينة، التأمين على البضاعة، والتأمين على المسؤولية)، إنما حدد بموجب المواد (9.4) مجموعة من الأعمال أخذت وصف العمل التجاري الأصلي لإشترائه في نفس المعيار آل وهو المعيار الإقتصادي وينعكس على التوجه التشريعي في الأخذ بوحدة القواعد المدنية والتجارية لتشمل جميع مجالات النشاط الإقتصادي<sup>2</sup>.

إضافة إلى ذلك فإن الخصوصية التجارية في مجال التحكيم ينظر إليها من الجانب الإقتصادي فيما يلحق السفن والبضائع من أضرار مما يؤدي إلى تعطيل نشاطها وعرقلة حركة إنتقال البضائع فينتج عنه ضرر بالمصالح يسأل عنها إما المالك أو المرسل إليه أو المستأجر<sup>3</sup>.

#### أولا . الصفة التجارية للمؤمن

وإذا كان التحكيم التجاري الدولي ينطوي ضمن فروعه التحكيم البحري فإن منازعات التأمين البحري هي منازعات بحرية، وما يميّز عقد التأمين أنه عقد تجاري طبقا للمادة الثانية من القانون التجاري الجزائري التي تعتبر كل مقابلة للتأمين عملا تجاريا بحسب الموضوع، وتأخذ شركات التأمين أحد الأشكال إما في شكل شركة المساهمة أو تعاقدية<sup>4</sup>.

فإذا كان المؤمن شركة مساهمة يمارس نشاط التأمين البحري أعتبر مقابلة تجارية بحسب الموضوع طبقا لنص المادة الثانية من القانون التجاري، بينما تعتبر تجارية بحسب الشكل لإعتبار أن ممارسة النشاط تقوم به شركة مساهمة طبقا لنص المادة الثالثة من القانون التجاري والمادة 544 من نفس القانون، كذلك بالنسبة لشركات التأمين التعاقدية ممارستها لنشاط

<sup>1</sup> - عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، مرجع سابق، ص 83.

<sup>2</sup> - عمرو موسى الفقي، مرجع سابق، ص 370.

3 - Olivier Jambu, l'arbitrage et la société d'assurance SAFAREA, [www.sefaree-arias.fr/arbitres](http://www.sefaree-arias.fr/arbitres),

<sup>4</sup> راجع المادة 215 من الأمر 07/95 المتعلق بقانون التأمينات الجزائري.

التأمين يعتبر عملا تجاريا بالتبعية، لأنه ينصب على عمل بحري يقوم به المؤمن، وهو ما ينطبق على نوادي الحماية والتعويض.

فالتأمين البحري إذن بالنسبة للمؤمن هو عمل تجاري لأنه يدخل ضمن أنشطة مقاولات التأمين قياسا على ما نصت عليه المادة الثالثة التي تعتبر العمل البحري عمل تجاري تقوم به شركات المساهمة<sup>1</sup>.

### ثانيا . الصفة التجارية للمؤمن له

يعتبر عقد التأمين البحري عملا تجاريا بالنسبة للمؤمن له إذا كان هذا الأخير يمارس عملا تجاريا كالتأمين على السفينة أو البضاعة بصفته مصدرا أو مجهزا أو مستوردا أو شاحنا ويستوي أن يكون العمل التجاري أصلا أو بالتبعية، أما إذا خلت الصفة التجارية من شخص المؤمن له فإن كل أعماله تأخذ طابع مدني محض<sup>2</sup>.

وتعتبر الصفة التجارية من الخصائص التي حققت للتأمين البحري ذاتيته سيما بالنسبة للمؤمن على خلاف التأمين البري الذي قد يكون عملا مدنيا بالنسبة للمؤمن إذا كان التأمين من النوع التعاوني<sup>3</sup>.

وما يترتب على ذلك أن التحكيم الذي ينصب على عمل بحري يكتسب الصفة التجارية بصورة آلية، مما يمكن القول إن التحكيم عندئذ يصبح تحكيم تجاري بحري.

### المطلب الثاني: تفعيل دور التحكيم الدولي من خلال آثار إتفاق التحكيم

لا ينشأ شرط التحكيم من العدم إنما يكون نابعا عن علاقة عقدية قائمة بين طرفين درجت إدارتهما الى تفضيل اللجوء الى التحكيم لتسوية الخلافات الناشئة عن العقد، وإذا كانت العلاقة بين شرط التحكيم والعقد الذي يتضمنه علاقة تلازم وتبعية من حيث الوجود، إلا أن ما يستقطب

<sup>1</sup> - عمل تجاري بحسب الموضوع والشكل - علي بن غانم، التأمين البحري وذاتيته ونظامه القانوني، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، الجزائر، 2005 ص145، 146 .

<sup>2</sup> - فؤاد معلال، محمد الهيني، مرجع سابق، ص 22 .

<sup>3</sup> - علي بن غانم، مرجع سابق، ص 147.

الإهتمام ويطلب التساؤل عن الأثر المترتب عن هذه العلاقة، فهل قيام الرابطة السببية بين شرط التحكم والعقد الأصلي يؤدي الى إمتداد آثار العقد الأصلي إلى إتفاق التحكيم الذي يتضمنه كبند من بنوده متزامنا مع نشأة العقد أو لاحقا به؟

إنطلاقا من الوصف التعاقدى لإتفاق التحكيم فإنه لا يتجرد من آثاره سواء بالنسبة لطرفيه (الفرع الأول) أو أثره بالنسبة للغير وتكون إما شاملة للحقوق والإلتزامات أو أنها تقتصر على الحقوق ويطلق على الغير صفة المستفيد (الفرع الثاني)، وهي على الأغلب نوعين من الآثار منتجة وممانعة.

### الفرع الأول . آثار إتفاق التحكيم بالنسبة لطرفيه

يخلف إتفاق التحكيم أثران أحدهما إيجابي يتمثل في إلتزام الطرفان باللجوء إلى التحكيم في حالة وقوع النزاع موضوع إتفاق التحكيم والآخر سلبي يفكك من القضاء الإختصاص المخول له أصالة ويمنع على الأطراف اللجوء إليه<sup>1</sup>.

وذلك على خلاف ما ذهب إليه بعض الفقهاء في تصنيف آثار إتفاق التحكيم إلى موضوعية وإجرائية، إلا أن إنتمائه إلى الأعمال المدنية يترتب عليه أن آثاره موضوعية لا إجرائية لتعلقه بالخصومة قضائية كانت أو تحكيمية<sup>2</sup>.

### أولا - الأثر الإيجابي لإتفاق التحكيم

ينشئ إتفاق التحكيم في ذمة المتعاقدين الإلتزام بعرض النزاع محل الإتفاق على المحكم أو هيئة التحكيم بمجرد وقوعه، وبهذا فإن الإختصاص ينعقد لمحكمة التحكيم ويثبت لها سلطة الفصل في النزاع بعد أن يباشر الأطراف إجراءات التحكيم تنفيذا لإلتزامهم الناشئ عن الإتفاق

<sup>1</sup> محمد أحمد بديرات، مدى سلطة القاضي في التدخل في إجراءات التحكيم، دراسة في قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001، المؤتمر السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي) ص 727، خالد إبراهيم التلاحمة، مرجع سابق، ص 106

<sup>2</sup> أحمد إبراهيم عبد التواب، إتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، مرجع سابق، ص 41.

ويسلب في المقابل من قضاء الدولة ولايته على النزاع ولو أنه صاحب الإختصاص الأصيل ذلك أن التحكيم بديل عن القضاء<sup>1</sup>.

مما يعني أن إتفاق التحكيم ينشئ لدى الأطراف المتنازعة حق التصدي للقضاء لنظر النزاع محل الاتفاق وإلزام خصمه بالبقاء عليه عن طريق الدفع بوجود إتفاق التحكيم.

### 1. القوة الملزمة لإتفاق التحكيم

يخضع إتفاق التحكيم لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين طبقاً للقواعد العامة السارية في نظام العقود المدنية مما يضيف عليه صفة الإلزام، وكان ذلك إستنباطاً من مبدأ القوة الملزمة للعقد الواردة ضمن القواعد العامة<sup>2</sup>.

هذا المبدأ يلزم الأطراف من وقت رضائهم بالتحكيم وإضافته على عقد التأمين البحري المبرم بينهم إما في صورة شرط أو مشاركة تحكيم، فلا يجوز لهم التخل منه قبل أو أثناء سير إجراءات خصومة التحكيم، وبالتالي فإنه يمتنع عليهم محاولة عرقلتها.

#### 1.1 عدم قابلية إتفاق التحكيم للتنازل بالإرادة المنفردة

يعد إتفاق التحكيم من العقود الملزمة للجانبين، إذ يلتزم كل طرف بتنفيذه وذلك باللجوء إلى التحكيم بمجرد وقوع النزاع، ويترتب عليه أن يلتزم المحكم أو هيئة التحكيم التي تم تعيينها الاستمرار في التحكيم على أساس القوة الملزمة لإتفاق التحكيم طبقاً للقاعدة العامة في المواد المدنية التي تقضي بأن "العقد شريعة المتعاقدين"، لا يجوز لأي طرف نقضه أو تعديله أو إنقضائه إلا بإرادة الطرفين المشتركة الصريحة أو الضمنية<sup>3</sup>.

لهذا حرص المشرع على كتابة إتفاق التحكيم وإعلان طرفي الإتفاق صراحة برضائهم المشترك بعرض النزاع على التحكيم دون قضاء الدولة، وفي هذا الصدد فإن القانون الفيديريالي

<sup>1</sup>. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 158 .

<sup>2</sup>. سعدي ليندة، مرجع سابق، ص 31.

<sup>3</sup>. أحمد إبراهيم عبد التواب، إتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، مرجع سابق، ص 46.

الأمريكي قد نص على أن العقود الكتابية التي تنصب على العمليات التجارية البحرية وتتضمن شرط التحكيم في المنازعات المترتبة عنها يكون صحيحا غير قابل للرجوع عنه وينفذ جبرا<sup>1</sup>.

ولذلك كان من المهم لضمان الأداء الجيد والفعال لدور التحكيم في تسوية المنازعة قيّد حرية طرفي إتفاق التحكيم بعدم إمكانية العدول الإفرادي عنه، ويستتبع ذلك أن آثاره تكون فورية بمجرد نشأته بعد الموافقة على منح إختصاص النظر في النزاع إلى المحكم وإنعقاد خصومة التحكيم والسير فيها إلى غاية الحكم فيها أو الإتفاق على إنهاؤها دون صدور الحكم<sup>2</sup>.

إستنادا لما تقدم فإن القوة الملزمة لإتفاق التحكيم تفرض على طرفي التحكيم وجوبا تنفيذ إلتزاماتها بمقتضى الإتفاق، ولا يجوز لأي منهما التحلل منها بإرادته المنفردة، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية<sup>3</sup> بأنه إذا إشتراط في عقد التأمين أنه في حالة وقوع حادث يكون الفصل في النزاع في شأنه بواسطة محكمين، فالشرط صحيح لا يجوز النكول عنه<sup>4</sup>.

وبهذا فقد إعترف كل من القضاء والفقهاء بصلاحيّة إتفاق التحكيم وإلتزام الطرفين به، ففي إيطاليا توجد بواليص تأمين تتضمن بند يجيز للمؤمن له الإتفاق مع شركة التأمين بعرض النزاع المتعلق بتقدير التعويض على لجنة تحكيم إذا لم يتم تعيين خبراء، ولا ينطبق ذلك إذا كان لأحد الطرفين إمتياز أو شرط، نقصد بذلك الإدارة العامة فإن فرض خضوعها لإتفاق التحكيم غير ممكن فقد تلجأ مباشرة للقضاء رغم وجود شرط تحكيم<sup>5</sup>.

وتبعا لذلك إذا أخل أحد الطرفين بإتفاق التحكيم جاز للطرف الآخر مطالبته بتنفيذه، ويمكن في هذه الحالة التمييز بين وضعين:

<sup>1</sup>- مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، مرجع سابق، ص 307.

<sup>2</sup>- صلاح الدين جمال الدين، محمود مصيلحي، الفعالية الدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 7، 8 .

<sup>3</sup>- قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 2000/01/12 تحت رقم 6529، 6530.

<sup>4</sup>- شريف الطباخ، التحكيم الإختياري والإجباري، في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر والقانون، القاهرة، 2008،

ص 48.

5 -ALPA Guido, la circulation des modèles de résolution extrajudiciaire des conflits, Revue internationale de droit comparé, R.I.D.C, N° 4, 1993, p 776.

أ. أن يلجأ أحد الطرفين إلى القضاء في الوقت الذي لم تباشر فيه إجراءات التحكيم بعد، فيجوز للمدعى عليه الدفع بوجود إتفاق التحكيم، ووجب على المحكمة حينئذ الفصل فيه بعدم الإختصاص أو عدم قبول الدعوى لوجود إتفاق التحكيم، ومثال ذلك ما قضت به محكمة إسكندرية الابتدائية الصادر في 1977/4/30 بين شركة الشرق للتأمين ضد شركة إسكندرية للتوكيلات الملاحية توكيل ممفيس للملاحة وكيلا عن الباخرة سرينا والمؤسسة المصرية العامة للإئتمان الزراعي التعاوني التي إستوردت رسالة سماد نترات نشادر جيرى على متن الباخرة سرينا من ألمانيا وأصابها تلف، وبموجب حوالة حق طالبت شركة التأمين من المرسل إليها بما دفعته والفوائد في مواجهة المدعى عليهما، فدفعت المدعى عليها الأولى بعدم قبول الدعوى لوجود إتفاق التحكيم، وأثبتت ذلك بمشاركة إيجار السفينة الذي يتضمن إتفاق بعرض ما ينشأ عنه من منازعات على التحكيم بميلانو فقضت المحكمة بقبول الدفع، وكان الحكم محل إستئناف فقضت محكمة الإستئناف بإلغاء الحكم وعدم قبول الدفع، وبهذا يكون قرار رفض الدفع بوجود إتفاق التحكيم نهائي حائز على قوة الشيء المقضي فيه لايجوز التمسك به مرة أخرى لسبق الفصل فيه<sup>1</sup>.

ب. أن تكون خصومة التحكيم قائمة وفي هذه الحالة فإن الإستمرار في التحكيم إلتزام يقع على الطرفين لا يجوز الرجوع عنه بالإرادة المنفردة، فإذا خالف أحدهما ذلك إستمرت إجراءات التحكيم في مواجهته دون أن يعتبر ذلك حجة عليه<sup>2</sup>.

بهذا نستنتج أن إتفاق التحكيم يستمد قوته من ذاته، وبالأحرى من إرادة الأطراف وليس بقوة القانون، وإلتفاق على هذا المنوال وقيمته القانونية فإنه يعتبر ضمان للمتعاقدين وباعث للطمأنينة والثقة التي تحفزهم على اللجوء إلى التحكيم لتسوية ما ينشأ بينهم مستقبلا من خلافات.

## 2-1. إمتثال الأطراف لقواعد التحكيم

<sup>1</sup> أحمد محمود خليل، موسوعة التشريعات البحرية، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، 2010، ص 607.

<sup>2</sup> راجع المادة 2/34 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 التي نصت "وإذا لم يقدم المدعي عليه مذكرة بدفاعه وفقا للمادة 2/30 من هذا القانون ووجب أن تستمر هيئة التحكيم في إجراءات التحكيم دون أن يعتبر ذلك إقرارا من المدعي عليه بدعوى المدعي ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك".

. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقا لقانون 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، ص 68 .

يلزم إتفاق التحكيم الأطراف بضمان حسن سير خصومة التحكيم وذلك بالإمتناع عن أي تصرف يعيق مواصلتها سواء عند تعيين المحكمين وغيرها من الإجراءات اللازمة لسيرها.

## 2.1 . عدم الإمتناع عن تعيين المحكمين

أجمعت قواعد التحكيم الدولية والوطنية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي عموما والبحري خصوصا أن الأولوية في تعيين المحكمين وتحديد عددهم وطريقة تعيينهم أو إحالة ذلك إلى نظام تحكيم أحد مراكز أو هيئات تحكيم دولية ترجع للأطراف.

### 1 . تعيين المحكمين في الإتفاقيات والمعاهدات الدولية

لم تغفل القوانين الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي عن هذه المسألة، تركت المادة 11 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي 1985 للأطراف حرية الاتفاق على طرق تعيين المحكم أو هيئة التحكيم أو بالإحالة إلى سلطة معينة أو تقديم طلب إلى الأمين العام لمحكمة التحكيم الدائمة بلاهاي في حالة تعذر الإتفاق أو إلتزامهم الصمت حيال ذلك أو تخاذله أو عدم تنفيذ الإجراءات المتفق عليها حول تعيين المحكم خلال المدة المحددة وخطى الإتفاق من إجراء بديل بتعيين المحكم جاز للقضاء التدخل في تعيين المحكم<sup>1</sup>.

### 2 . تعيين المحكمين في القوانين الداخلية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي

جاءت القوانين الداخلية للدول صريحة في مسألة تعيين المحكمين، فالقانون الجزائري منح هذه المهمة في المقام الأول لأطراف الإتفاق، لكن قيد حريتهم تفاديا لمماطلة أحدهم في تعيين محكمه لعرقلة التحكيم فمنح للطرف الآخر حق الإستعانة بالقضاء لتعيين المحكمين، ولم يخالف المشرع المصري عما سبق ذكرهم من المشرعين في تأكيد حرية الأطراف في إختيار محكميهم وهو ما نصت عليه المادة (17) من قانون التحكيم، وعهد لمحكمة الإستئناف مسألة حل الإشكالات المتعلقة بتعيين المحكمين<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>. لزهري بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة الجزائر، 2012، ص 112. 113.

<sup>2</sup>. نصت المادة 1041 من القانون رقم 09/08 المتضمن إ.م.إ.ج التي تنص " يمكن للأطراف مباشرة أو بالرجوع إلى نظام تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم وإستبدالهم، وفي حالة

وإتبع قوانين دول أخرى نفس الطريقة في تعيين المحكمين، ومن ذلك ما نص عليه القانون الإنجليزي، والقانون الفيديريالي الأمريكي 1965 والفرنسي في المادة 1/1443 "وأن يشتمل على تعيين المحكم أو المحكمين أو النص على الطريقة التي يعين بها"<sup>1</sup>.

يتبين أن المشرع الفرنسي أنه إرتد عن جزاء البطلان، يتضح ذلك من خلال المادة 1444 التي حولت للأطراف إمكانية رفع طلب تعيين المحكم إلى رئيس المحكمة التجارية الذي يتولى مباشرة تعيين المحكم ويشترط في ذلك أن يكون النزاع قائماً<sup>2</sup>.

وما يمكن القول بشأن بطلان إتفاق التحكيم لعدم تعيين المحكم الذي حث عليه القانون الإيطالي في المواد من (811.809) من قانون المرافعات يترتب عليه إهدار إتفاق التحكيم، وهذا لا يتماشى مع هدف الطرفين عند إختيارهم التحكيم كآلية لفض المنازعات التي تنشأ بينهم ويخلق وضعاً متناقضاً مع غاية المشرع في إضفاء القوة الإلزامية على إتفاق التحكيم المستمدة من الطبيعة العقدية لهذا الإتفاق، الأمر الذي دفع المشرعين إلى تقادي البطلان.

يستخلص مجمل القوانين أن القضاء يعد المرجع لحل إشكالات تعيين المحكم مهما كانت التشكيلة فرد أو أكثر، مما يمكن القول معه أن دور القضاء إحتياطي مكمل لإرادة الأطراف ولا

---

صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو إستبدالهم يجوز للطرف الذي يهمله التعجيل القيام بما يأتي: 1- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها التحكيم إذا كان التحكيم يجري في الجزائر 2- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر إذا كان التحكيم يجري في الخارج وإختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر"، وكذلك المادة 17 من قانون التحكيم المصري .

<sup>1</sup>. راجع المادة 16 من قانون التحكيم الإنجليزي، كذلك الأمر بالنسبة للمشرع الكويتي نصت عليه المادة 174 من قانون المرافعات التي تنص " يجب تعيين المحكم في الإتفاق على التحكيم أو في إتفاق مستقل" توضح المادة 175 على أنه قارب مسلك المشرع الفرنسي وغيرهم في إشتراط تعيين المحكمين على سبيل الوجوب، غير أنه لم يعتمد إلى التصريح بالبطلان، وإن كان ذلك لا يغير في شيء طالما أنه إستعمل صيغة الأمر، وبالتالي وقع فيما تورط فيه المشرع الفرنسي وإن كان هذا الأخير قد إستدرك وضعه المتناقض لاحقاً. محمد أحمد بديرات، مدى سلطة القاضي في التدخل في إجراءات التحكيم، دراسة في قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 المؤتمر السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، ص 712.

<sup>2</sup> راجع 1443 من قانون المرافعات المنية الفرنسي "... يجب تحت طائلة البطلان أن يكون الشرط التحكيمي منصوفاً عليه كتابة في العقد أو وثيقة يحيل إليها هذا العقد، وأن يشتمل على تعيين المحكم".

يتعلق بالنظام العام<sup>1</sup>، وبالتالي يجوز الإتفاق على إستخلاف المحكمة بأخرى أو بمركز تحكيم لتعيين المحكم ووفق لائحته، كما أمكن الإتفاق على تعديل الأجل المحدد لتعيين المحكمين.

والمعضلة الحقيقية التي يتجابه معها القاضي في مسألة تعيين المحكمين بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي الذي يجري في الخارج ويتفق الأطراف على إخضاعه للقانون الوطني أنه قد يحدث تناقض بين أحكام قانون مكان التنفيذ والقانون الوطني، ومن صور ذلك أن يدرج القانون المتفق تطبيقه عدم تعيين المحكمين بأسمائهم أو تدخل القاضي في تعيين المحكم ضمن حالات البطالان<sup>2</sup>،

ولا يقتصر دور القضاء في تعيين المحكمين في المرحلة السابقة على بدء خصومة التحكيم إنما يمكنه أيضا التدخل لتعيين المحكم الجديد بعد رد المحكم المعين سابقا أو وفاته أو تغيير أهليته أثناء سيرها<sup>3</sup>.

وتبدوا أهمية هذا الإجراء ليس من أجل إضفاء القوة والحجية التي يتمتع بها العمل القضائي فحسب وإنما مراعاة للسرعة أيضا، ومن مظاهر ذلك عدم قابلية الحكم الذي يقضي بتعيين المحكمين للطعن طبقا لنص المادة 175 من قانون المرافعات الكويتي<sup>4</sup>.

### 3 . تعيين المحكمين في قواعد التحكيم التجاري الدولي

جاءت الأنظمة القانونية المتعلقة بالتحكيم واضحة تحدد كيفية تعيين المحكمين إما وفق ما تقتضيه إرادة الأطراف أو بناء على لائحة من لوائح التحكيم الحر أو المؤسسي.

#### 1.3 . بالنسبة للتحكيم الحر

عهدت لائحة تحكيم جمعية المحكمين البحرينيين بنيويورك 1958 ولندن مهمة تعيين المحكم إلى رئيس الجمعية في حالة الإختلاف أو رفض الأطراف تعيين المحكم<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - لزهرة بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، مرجع سابق، ص 123، 124 .

<sup>2</sup> - مصطفى محمد الجمال، عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 187 ومايليها.

<sup>3</sup> - محمد أحمد بديرات، مرجع سابق، ص 716.

<sup>4</sup> - ناصر ناجي محمد جمعان، مرجع سابق، ص 190.

<sup>5</sup> - عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، مرجع سابق، ص 268.

### 3. 2. التحكيم المؤسسي

تضمنت بوليصية التأمين البحري الفرنسية على أجسام السفن البند 26 الذي نص على أنه " في حالة فشل التسوية الودية بين الأطراف المسؤولة عن الجنوح، مكافأة الإنقاذ، تحدد المسؤولية من محكم واحد وفقا لأحكام الإجراءات المدنية الجديد، وفي حالة عدم الإتفاق يعين المحكم من طرف غرفة التحكيم البحرية بباريس بناء على طلب من الطرف الأكثر إستعجال"<sup>1</sup>.

وتتولى اللجان العامة على مستوى غرفة التحكيم البحري(المادة 6) وغرفة التجارة البحرية (المادة 5 من اللائحة) القيام بالمهمة بعد تلقيها الطلب (المادة 6 فقرة 4)، وإعتمدت غرفة التجارة الدولية بباريس القاعدة ذاتها في المادة 2 بإمكانية تدخل الهيئة الدولية للتحكيم في تعيين المحكم الفرد أو المحكم الثاني أو المحكم المرجح إذا كانت التشكيلة متعددة، وفي حالة عدم إتفاق طرفي النزاع ، يكون التعيين في هذه الأحوال بمساعدة اللجان الوطنية التابعة للغرفة التي تقدم طلبها في شكل إقتراح إلى هيئة التحكيم الدولية، فإذا رفضت هذه الأخيرة هذا الإقتراح أو جاء طلب اللجنة متأخرا، فإنها تتولى تعيين المحكم وتعلن الأمانة العامة لهيئة اللجنة الوطنية للبلد الذي ينتمي إليه المعني في حالة وجودها<sup>2</sup>.

ويتولى مدير مركز القاهرة للتحكيم الدولي وفق نص المادة (2/3) من نظام المركز بتعيين المحكم الفرد أو المحكم المرجح في حالة عدم الإتفاق، أيضا بالنسبة للمركز اليمني للتوفيق والتحكيم فقد عهد نظامه مهمة تعيين المحكم إلى الأمين العام للمركز وفق نص المادة (3-1/24) من لائحة المركز<sup>3</sup>.

ولا يقتصر دور بعض مراكز التحكيم على مجرد المساعدة، إنما تعتبر مهمة تعيين المحكمين أساسية منها هيئة اللويدز للتأمين البحري بلندن وغرفة التحكيم البحري بباريس كما ورد النص عليه في المادة 15 من لائحة الغرفة<sup>4</sup>.

1 - TURGNE Franck, op.cit, p 258.

<sup>2</sup>- لزهرة بن سعيد، مرجع سابق، ص 114 - 116.

<sup>3</sup>. ناصر ناجي محمد جمعان، مرجع سابق، ص 198، 199.

<sup>4</sup>. عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، مرجع سابق، ص 289- 290.

وفي عقود التأمين وإعادة التأمين فإنه غالبا ما تتضمن شروط التحكيم بند يشترط أن تتكون هيئة التحكيم من ثلاثة محكمين يعينهم الأطراف بشكل متكافئ من أوساط المهنيين من مدراء ومسيري شركات التأمين لإمتلاكهم الخبرة والتأهيل، ويعين المحكم الثالث باتفاق مشترك بين الطرفين بأن يكون مستشار قانوني، وتشرط الخبرة والتخصص لخصوصية وتقنية منازعات التأمين البحري غير أن هذا التعيين يثير إشكالية عدم حيادهم لوجود علاقة تربطهم بشركات التأمين طالما أنهم مهنيين<sup>1</sup>.

يستنتج من ذلك أن دور القضاء في تعيين المحكمين أو إستكمال تشكيلة محكمة التحكيم إنما هو عمل إجرائي الغاية منه الحرص على إستمرار السير في عملية التحكيم وإزالة العراقيل التي تصد الأطراف، فيبقى أصل النزاع خارج إختصاص القاضي عدا بعض الحالات التي يكون تدخله فيها ضروريا، والقاضي المثار أمامه الدفع بوجود إتفاق التحكيم بشأن الطلب الموجه له بتعيين المحكم أو هيئة التحكيم أو إستكمال التشكيلة يمتلك سلطة تقديرية بالقبول أو الرفض إستنادا إلى صحة الإتفاق أو بطلانه، وطالما كانت كذلك فإنها مبعث مخاوف يخشى من التوسع فيها بشكل يؤثر على ولاية المحكم وأنها تخرج من غطاء الرقابة اللاحقة مما يشكل خطرا كبيرا على إختصاص المحكم<sup>2</sup>.

## 2 . مسايرة إجراءات التحكيم

إذا باشر أحد طرفي الإتفاق خصومة التحكيم بتقديم طلبه أمام المحكم أو هيئة التحكيم إلترزم الخصم السير في أي إجراء تتطلبه هذه الخصومة، ويستوي ما إن كان إختيار هذه الإجراءات مباشرا أو بالإحالة إلى قانون معين، ومن ثم فإن المماثلة أو الإمتناع عن ذلك سيؤدي بالضرورة إلى عرقلة سير خصومة التحكيم، هذا ما تصدى له المشرع عند تنظيمه للإجراءات أن عدم إيداع بيان الدعوى مطلقا أو تأخيره بعد إنقضاء الأجال القانونية يترتب عليه

1- Compte-rendu de la réunion du groupe de travail « Médiation et arbitrage en matière d'assurance et Réassurance », le 28 novembre 2011, P 4 , v. le site : [www.cfa.arbitrage.com](http://www.cfa.arbitrage.com)

2- مصطفى محمد الجمال، عكاشة عبد العال، المرجع السابق ص 188، 190.

إنهاء إجراءات التحكيم، وبالتالي إنهاء خصومة التحكيم، بينما ترك المشرع الجزائري الأمر للقانون الذي يطبق على الإجراءات<sup>1</sup>.

أما إمتناع المدعى عليه عن تقديم مذكرة الدفاع أو حضور الجلسات وإظهار المستندات لا يحول دون السير في خصومة التحكيم في مجراها العادي، أكدت على ذلك المادة (1/28) من لائحة مركز القاهرة الإقليمي التي نصت "إذا تخلف المدعى عليه دون عذر مقبول تقديم بيان دفاعه خلال المدة التي حددتها الهيئة وجب أن تصدر الهيئة أمراً بإستمرار إجراءات التحكيم"<sup>2</sup>.

بناءً على ذلك يتضح أن التحكيم وإن كان طريقاً إختيارياً يلجأ إليه الأطراف المتنازعة من محض الإرادة إلا أن المشرع وعلى الأخص بالنسبة للتحكيم المؤسسي يمنع الأطراف من التحلل من الإلتزام أو المماطلة في التنفيذ بغية عرقلة مسار خصومة التحكيم.

وبهذا يكون قد أعطى لإتفاق التحكيم قدراً كبيراً من المصادقية مما يجعله أكثر فاعلية ويصبح الإتفاق بنداً في العقد دون جدوى أو وثيقة صماء إنما الإتفاق من أجل التطبيق الفعلي وبهذا الوصف فإن إتفاق التحكيم يشجع المتعاملين في كافة الأنشطة ومنها نشاط التأمين للإقبال على التحكيم دونما عقدة خوف من جانب المؤمن والمؤمن له من عدم تنفيذ الإتفاق إما بالرجوع عنه أو عرقلة سير عملية التحكيم بأي تصرف من التصرفات.

### ثانياً - الأثر المانع لإتفاق التحكيم

يقصد بالأثر المانع لإتفاق التحكيم إستبعاد القضاء وولايته لنظر النزاع والفصل فيما يطرح عليه من قضايا تتعلق بمسائل موضوع إتفاق التحكيم بناءً على دفع يقدمه الخصم<sup>3</sup>.

#### 1. تكريس المشرع للأثر المانع لإتفاق التحكيم

ألزمت كل من إتفاقية نيويورك والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي محاكم دول الأعضاء في حالة ما إذا عرض عليها نزاع محل إتفاق التحكيم أن تحيله إلى التحكيم، وأضاف

<sup>1</sup>- راجع المواد (30، 1/34) من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994، والمادة (1/28) من لائحة مركز القاهرة للتحكيم، والمادة 1043 من الأمر رقم 09/08 المتضمن قانون إ.م.إ.ج .

<sup>2</sup> . فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 330.

<sup>3</sup> تعويلت كريم، دور القاضي في تحقيق فاعلية التحكيم التجاري الدولي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، ع1، 2010، ص 137.

قانون التحكيم التجاري الدولي الأونسترال 1985 بأن تتم الإحالة في أجل أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول المحدد لموضوع النزاع<sup>1</sup>.

وقد عمل القضاء بالأثر السلبي لإتفاق التحكيم منذ 1994، ومن ذلك ما أقرته محكمة النقض الفرنسية في أحكامها الصادرة بعد جويلية 1996<sup>2</sup>.

كذلك تطرق قضاء التحكيم للأثر السلبي لإتفاق التحكيم، ففي 14/01/1990، فصلت محكمة التحكيم في النزاع المائل بين شركة القطاع العام (أ) وشركة التأمين حول قيمة التعويض المطالب به عن التلف الذي أصاب البضاعة المستوردة المتمثلة في معدات مطحن من طرف الشركة السويسرية مؤمن عليها وفق شرط من المخزن إلى المخزن، تقدمت الشركة الأولى بطلب عرض النزاع على التحكيم ملتزمة الحكم لها بالمبلغ المقدر من طرفها وليس القيمة التي قدرها خبير التأمين، إلا أن شركة التأمين دفعت برفض الطلب تأسيسا على المادة 84 من القانون رقم 10 لسنة 1981 المتعلق بالإشراف والرقابة على التأمين التي تشترط لقبول طلب التحكيم أن يتفق الأطراف باللجوء إلى التحكيم بعد نشأة النزاع جاء نصها كالتالي "يكون نظر المنازعات التي تكون الهيئة أو أي من الشركات الخاضعة لأحكام هذا القانون طرفا فيها وذلك على النحو التالي... (ج) هيئات التحكيم المنصوص عليها في الباب السادس من القرار بقانون رقم 60 لسنة 1971 بشأن المؤسسات العامة وشركات القطاع العام وذلك في المنازعات التي تنشأ بين الهيئة وشركات التأمين وإعادة التأمين المشار إليها بهذه المادة وبين جهة حكومية مركزية أو محلية أو هيئة عامة أو إحدى شركات القطاع العام وذلك إذا قبل أطراف النزاع بعد وقوعه إحالته إلى التحكيم..."، إلا أن هذا الشرط منعدم في قضية الحال، لذا حكمت هيئة التحكيم برفض طلب إحالة النزاع إلى التحكيم<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>- راجع المادة 2/3 من إتفاقية نيويورك بشأن الإعراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية بقولها " على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل إتفاق تحكيم بين الأطراف أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم للتحكيم ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الإتفاق باطل ولا أثر له أو غير للتطبيق"، والمادة 1/8 من قانون التحكيم التجاري الدولي الأونسترال 1985.

2- FOUCHARD.Ph, GAILLARD. E, GOLDMAN B, Traité de l'arbitrage commercial international Litec, paris, 1996, p 66, et - GAILLARDE mmanuel, La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international, Bulletin des arrêts de la cour de cassation, p10 - Cass. civ. Ire, 11 juillet 2006.Andhika Lines, Axa Corporate Solutions, Bull. civ. I, n° 366.

<sup>3</sup>.رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 11.

وعرفت محكمة النقض الفرنسية تعارض بين غرفتيها المدنية والتجارية بشأن قبول الإختصاص للنظر المنازعات البحرية أو رفضه إستنادا على إتفاق التحكيم، فالغرفة التجارية تشترط أن يكون إتفاق خاص بين الطرفين بينما الغرفة المدنية تجعله مفترضا<sup>1</sup>

حسم الخلاف بموجب قرار بلماريني المعروف لدي البحريون بقرار سفينة بيلا الذي صدر في 2006/02/26 وورد في تقرير (Trocki) كمايلي: "نظراً لعدم وجود سبب لإلغاء شرط التحكيم أو عدم قابليته للتنفيذ وبدون الاضطرار إلى فحص عدم إمكانية تنفيذ هذا الشرط، فإن محكمة الاستئناف التي أعلنت عن عدم إختصاصها أن يكون للمحكم حسب الأولوية الفصل في إختصاصه القضائي الخاص لا يتطلب تقديم دفع بإنعدام الأساس القانوني لإختصاصه"<sup>2</sup>.

وفصلت محكمة النقض الفرنسية في الآونة الأخيرة في مسألة الإختصاص في القضية التي رفعتها شركة EURL VINI ضد السمسار وشركة التأمين Sunderland Marine MutualInsuranceCompany LTD أمام محكمة بابيتي الابتدائية بشأن مبلغ التأمين الذي إمتنعت التأمين عن دفعه للشركة (المؤمن له)، ودفعت بعدم إختصاص بوجود إتفاق التحكيم، إلا أن الشركة تمسكت بإختصاص المحكمة، ولهيئة التحكيم الفصل في إختصاصها مالم يكن شرط التحكيم مخالف للنظام العام بشكل واضح أو أن النزاع غير قابل للتحكيم، لهذا فإن محكمة الإستئناف قد أخطأت بعدم إحترامها مبدأ الإختصاص بالإختصاص لما أقرت بإختصاص المحكمة للفصل في دعوى مسؤولية السمسار وشركة التأمين مخالفة بذلك أحكام المادة 984 من قانون بولنيزيا الفرنسية، إلا أن قبول السمسار لشرط التحكيم كتابة يجعل القرار المطعون فيه مؤسس وبالتالي رفض الإستئناف<sup>3</sup>.

إذن فالمشرع الدولي قد إستخلص من إتفاق التحكيم أثر سلبي يتمثل في إمتناع طرفي إتفاق التحكيم من اللجوء إلى القضاء في حالة وجود هذا الإتفاق فلا يجوز النكول عنه، إلا أن الملاحظ أن إتفاقية نيويورك (المادة 2/2) لم تراع هدفها كإتفاقية دولية في مخاطبة قوانين الدول وليس المحاكم، لذلك كان على المشرع أن يكتفي بالنص على إلزام الدول بالتحكيم وفق تشريعاتها الداخلية والإعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها دون ذكر الإحالة<sup>4</sup>.

1 -Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 11 juillet 2006, v. J. Beguin, Axa Corporate Solutions, Nemesis shipping, Bull. civ 1 n° 366.

2 -Cass. Com, 21 février 2006, v. Delebecque. Ph, Belmarine, Trident Marine Agency INC, Bull. civ 4, n°41, DMF, 2006, p 379.

3 - cour de cassation, ch.civ1, 28/6/2016,N° 100625.

4. إبراهيم عبد التواب، إتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، مرجع سابق، ص 118

يبدو أن الرأي الأخير مقبولاً وينطبق على التحكيم الداخلي، إلا أن إتفاقية نيويورك تعتبر المنبع الذي إستقى منه المشرعين قوانين التحكيم، فلا يفسر ذلك أن المشرع الدولي يخاطب المحاكم، وإنما أراد أن يدرأ ما قد تقع فيه القوانين الداخلية من إختلافات في تفسير هذه المادة بالنسبة للدول المصادقة عليها، سيما وأن التشريع الدولي الغاية منه وضع قواعد موضوعية مادية للتحرك من قيود القوانين الداخلية وتنازع القوانين وما تخلفه من إشكالات هذا من جهة ومن جهة أخرى فإذا كان الأمر يتعلق بالتحكيم الدولي فلا بد من يكون له أساس قانوني دولي يستمد منه شرعيته دون القوانين الداخلية.

وبهذا فإن القانون النموذجي (المادة 1/8) لم يفرق بين الإحالة التي تقوم بها المحكمة عند وجود إتفاق تحكيم إلى هيئة التحكيم وبين إختصاصها بالفصل في الدفع بوجود إتفاق التحكيم الذي يعد بمثابة طلب يقدمه الخصم، زيادة على ذلك فإن الإحالة لا يمكن تصورها في مجال التحكيم لإختلال التوازن بين الجهة المحلية والمحال عليها<sup>1</sup>، إنما يقتصر إعمالها على هيئات الجهة القضائية من نفس الدرجة ويقصد بذلك المحاكم.

هذا ما قضت به محكمة تمييز دبي في الحكم الصادر في 13/02/1994 الذي قضى بأنه "لا يجوز الإدلاء أمام المحكمة بالدفع بالإحالة إلى المحكم لقيام ذات النزاع أو نزاع آخر مرتبط به أمامه، لأن القاعدة أن الإحالة لا تجوز إلا بين المحاكم في نطاق الجهة القضائية الواحدة مالم ينص القانون على خلاف ذلك، وإذا خلا القانون من نص يجيز الإحالة إلى المحكم فإن وقوف الحكم المطعون فيه عند حد القضاء بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم دون إحالة الدعوى إلى هيئة التحكيم لا يكون قد خالف القانون"

هذا ما تنبه له المشرعين في القوانين المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي التي خلت من ذكر الإحالة<sup>2</sup>، يعكس القول ما أتى به المشرع الجزائري وتؤكد ذلك في القانون الفرنسي (المادة 1458) بأن الحكم الذي يصدر عن المحكمة بعدم الإختصاص ليس تلقائي وإنما يأتي إثر الدفع بوجود إتفاق تحكيم يلزمها بذلك سواء كان ناشئاً قبل أو بعد تشكيل هيئة التحكيم<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 185.

<sup>2</sup> - محمد أحمد البديرات، مرجع سابق، ص 727.

<sup>3</sup>. راجع المادة 1045 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون إ.م.إ. ج "يكون القاضي غير مختص بالفصل في

والأثر ليس ذاته في القانون الفيديريالي الأمريكي الذي ألزم القاضي أن يرجئ الفصل في الدعوى إلى غاية البث في خصومة التحكيم، وقد ترفض الدعوى إذا ثبت وجود إتفاق التحكيم صحيح<sup>1</sup>.

وهذا ما أكده أيضا المشرع السعودي في سياق المادة (7) بتجريد المحكمة المختصة أصلا من نظرها النزاع الذي ينشأ بين طرفي عقد التأمين إذا تضمن شرط أو مشاركة تحكيم وبهذا فإن التشريعات تباينت في تحديد موقف المحكمة في حالة وجود إتفاق التحكيم<sup>2</sup>.

يتضح من النصوص السابقة أن القاسم المشترك بينهم يكمن في أن إتفاق التحكيم بقدر ما يمنح الإختصاص لمحكمة التحكيم لنظرها المنازعات محل إتفاق التحكيم، فإنه في المقابل يمنع القضاء من الفصل في ذات النزاع تلك هي آثار إتفاق التحكيم في جانبه الإيجابي والسلبى.

## 2. موقف الفقه من الأثر المانع لإتفاق التحكيم

لم يستقر الفقه على فكرة موحدة حول مفهوم الأثر السلبى لإتفاق التحكيم، إذ يرى بعضهم أن النتيجة المترتبة عنه سلب القضاء ولايته على النزاع موضوع إتفاق تحكيم<sup>3</sup>. غير أنه يستبعد أن ينصرف مدلول الأثر السلبى لإتفاق التحكيم بأنه سلب الإختصاص نهائيا من القضاء لنظر النزاع محل إتفاق التحكيم وإسناده للتحكيم وجعله صاحب الإختصاص الأصيل لعدة إعتبارات:

---

موضوع النزاع إذا كانت خصومة التحكيم قائمة أو إذا تبين له وجود إتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف"، والمادة 5/203 من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم 11 لسنة 1992 التي عدلت بالمادة 14 من القانون رقم 2006/11، هذه الأخيرة نسخا عن المادة 1/8 من قانون التحكيم التجارى الدولي 1985 أبقى على صيغة الوجوب. فتحي والى، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 185.

<sup>1</sup>- فراح مناني، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، مرجع سابق، ص 307.

<sup>2</sup>- أبيجاد محمد بن ناصر بن محمد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، معهد الإدارة العامة، الرياض، 1999، ص 110 .

<sup>3</sup>- فتحي والى، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 177.

أولاً- أن المنازعات المتعلقة بالمواد المدنية والتجارية كمبدأ عام يختص القضاء بنظرها أما التحكيم يعد إستثناء على المبدأ العام في حالة وجود إتفاق التحكيم، ولهذا فإن ما يترتب على هذا الإتفاق سوى حق أي من الأطراف الدفع بوجود إتفاق التحكيم إذا لجأ خصمه إلى القضاء .

ثانياً- لا ينصرف مضمون الإتفاق إلى الإحجام الكلي للمحكمة عن نظر النزاع محل إتفاق التحكيم إنما يظل إختصاص هذه المحاكم على شاكلته الأصلية قائماً إلى جانب التحكيم .

ثالثاً - إنطلاقاً من الطبيعة العقدية لإتفاق الحكيم فإن ما يرتبه من آثار نسبي لا يلزم غير طرفيه باللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات موضوع الإتفاق وحق أحد الأطراف بالدفع بوجوده وتقضي المحكمة في حالة عدم الإثبات بعدم قبول الدعوى أو رفضها لعدم الإختصاص، لهذا فإن المحكمة أو هيئة التحكيم لا تلتزمان به بإعتبار أن المحتج عليه ليس طرفاً في الإتفاق<sup>1</sup>.

جاء هذا الموقف تأييداً لما إستقر عليه القضاء، ومثال ذلك أن المحكمة العليا التركية رفضت الدعوى القضائية التي رفعت أمامها ضد حامل سند الشحن لعدم الإختصاص، ووقائع القضية أن الشركة TMO إستوردت شحنة من القمح بمقدار 19000,000 طن تحت شروط CFFO مؤمنة ضد جميع الأخطار لدى شركة التأمين من ميناء مانفرو دوني بإيطاليا على متن السفينة M/V YASENA بإتجاه ميناء إزمير وإسكندرونة، وعند التفريع تمت معاينة نقص فادح في البضاعة المشحونة ألحقت ضرر بالمرسل إليه الذي قام برفع دعوى ضد الناقل أمام محكمة سيغورتا التركية، التي إنتهت برفض الدعوى، لأن شرط التحكيم ملزم للمؤمن الذي حل محل مالك البضاعة والذي هو طرف فيه<sup>2</sup>.

أما من منظورنا الخاص أن المنطق يقودنا بالنظر إلى التحكيم بأنه طريق إختياري للأطراف بديلاً عن القضاء لتسوية منازعاتهم المتعلقة بالمسائل التي يجوز فيها ذلك، فإن النص القانوني المنظم للتحكيم من المفترض أن يخلو من القواعد الأمرة وعلى الخصوص فيما يرتبه من آثار في جانبها السلبي بإمتناع المحكمة عن البث في المسألة الموضوعية محل إتفاق التحكيم، إنما تكتفي بالحكم بعدم إختصاصها فيعتبر ذلك تحاملاً على سلطة كفلها القانون

<sup>1</sup> . أحمد إبراهيم عبد التواب، إتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، المرجع السابق، ص 111 ، 112 .

<sup>2</sup> . محمد عبد الفتاح ترك، شرط التحكيم بالإحالة وأساس إلتزام المرسل إليه بشرط التحكيم، ص 348، 349.

الحماية وجنّدها لحماية حقوق المتقاضين دون إستثناء، الأمر الذي يجعل الإحالة منها إلى هيئة التحكيم مستبعدة لأن هذه الأخيرة ليست جهة قضائية .

### 3 . حدود سلطة المحكم على النزاع بين مبدأ الإختصاص وحتمية إستبعاد القضاء

إن إتفاق التحكيم والبدء في إجراءاته لا يحول دون ممارسة الأطراف حقهم في التقاضي أمام المحاكم إذا رفعت إليها الدعوى التي تتصل بموضوع النزاع المشمول بإتفاق التحكيم ولم يتمسك المدعى عليه بوجوده، ذلك أن القضاء هو صاحب الإختصاص الأصيل بنظر المنازعات في المواد المدنية والتجارية بإستثناء ما رخصه المشرع من مسائل يجوز التحكيم فيها والتي يشترط أن تكون قابلة للصلح غير متعارضة مع قواعد النظام العام، لأن التقاضي من عامة الحقوق المخولة لكافة الأفراد لا تقبل التنازل عنها، فالأمر لا يعدو أن يكون ممانعة للأطراف بوجود إتفاق تحكيم عن طرق منصات القضاء، وبهذا ينشأ بمقتضى إتفاق التحكيم لدى طرفيه حق مكتسب موازي للأول يكمن في حق اللجوء إلى التحكيم يشترط لممارسته أن يتمسك به أي من الطرفين أمام القضاء<sup>1</sup>.

أكدت محكمة النقض المصرية على حق معاودة القضاء للفصل في النزاع بموجب ما قضت به في الحكم الصادر في 76/1/6 بأنه "متى كانت محكمة أول درجة قد قبلت الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم وحكمت بعدم قبول الدعوى، فإنها لا تكون قد إستنفذت ولايتها في نظر موضوع الدعوى، فإذا ألغت محكمة الإستئناف الحكم ورفضت الدفع، فإنه كان يتعيّن عليها في هذه الحالة أن تعيد الدعوى إلى محكمة أول درجة لنظر موضوعها لأن هذه المحكمة لم تقل كلمتها فيه ولا تملك محكمة الإستئناف الفصل في الموضوع لما يترتب على ذلك من تقويت على الخصوم إحدى درجات التقاضي"<sup>2</sup>.

فإذا إختار أحد الطرفين طريق الدعوى القضائية رغم وجود إتفاق التحكيم، يترجم ذلك عدولا عنه من جانبه يحق للخصم التمسك به ويخص ذلك موضوع الإتفاق ذاته، ولا يمتد إلى الدعوى المرتبطة به إن وجدت، أما إذا تأكد التنازل من الخصم أو كان الدفع بوجود إتفاق

<sup>1</sup> إن الطرف الذي يتمسك أمام القضاء بوجود إتفاق تحكيم إنما يهدف إلى حماية مصلحة مؤكدة كانت الدافع الرئيسي لإبرام هذا الإتفاق شأنه شأن أي عمل قانوني بإعتباره موضوع خصومة يمتزج فيها الطابع القضائي.

<sup>2</sup> عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية التجارية والإدارية، مرجع سابق، ص 95.

التحكيم متأخراً أو عدم تمسك من له الحق في ذلك أو أن تنتهي خصومة التحكيم دون الفصل في النزاع، فإذا توفرت إحدى هذه الحالات فيعتبر ذلك تنازلاً عن الإتفاق برمته، يترتب عنه معاودة اللجوء إلى القضاء لفصله في النزاع، إلا إذا كان الإتفاق منطوياً على مسائل إستعجالية طرحت عليه أو تعددت أطرافه أمكن لهم الدفع بوجود إتفاق التحكيم بشأنها<sup>1</sup>.

وقضت محكمة النقض بموجب الحكم الصادر في 64/1/20 بأن "إختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع وإن كان يرتكن أساساً لحكم القانون الذي أجاز إستثناء سلب إختصاص جهات القضاء إلا أنه يبني مباشرة وفي كل حالة على حدي على إتفاق الطرفين وهذه الطبيعة الإتفاقية التي يتسم بها شرط التحكيم، وتتخذ قواماً لوجوده تجعله غير متعلق بالنظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بإعماله من تلقاء نفسها، وإنما يتعيّن فيما لو أثير بعد الكلام في الموضوع إذ يعتبر السكوت عن إبدائه قبل نظر الموضوع نزولاً ضمناً عن التمسك به"<sup>2</sup>.

فالتنازل عن إتفاق التحكيم كثيراً ما أثاره القضاء ومن ذلك ما قضت به محكمة الإسكندرية الإبتدائية في الحكم الصادر في 1976/12/26 في النزاع القائم بين شركة التأمين ضد مؤسسة الأهرام وشركة الإسكندرية للتوكيلات الملاحية توكيل آمون للملاحة وكيلا عن الباخرة ديمتري بوزارسكي التي شحنت على متنها رسالة تتمثل في أوراق جرائد من روسيا نحو ميناء الإسكندرية وعند عملية التفريغ وجد بها عجز، فطالبت الشركتين المدعى عليهما من شركة التأمين المدعية تعويضهما عن الخسائر التي لحقت بالبضاعة إستناداً على حوالة الحق من المرسل إليها فدفعت المدعى عليها الأولى بسبق الإتفاق على التحكيم، إلا أن المحكمة قد قضت برفض الدفع لثبوت عدم التمسك به في مذكرتها الختامية بما تعتبره تنازلاً منها عنه<sup>3</sup>.

وفي حكم مماثل صدر عن نفس المحكمة بتاريخ 1976/12/25 في النزاع القائم بين شركة التأمين ضد مؤسسة الإئتمان الزراعي والتعاوني وشركة التوكيلات الملاحية توكيل آمون للملاحة وكيلا عن الباخرة اليستري<sup>3</sup> التي شحنت عليها رسالة سماد يوريا بلغاري بموجب سند شحن وعند التفريغ إتضح فساد البضاعة فطلبت شركة التأمين بموجب حوالة حق من المؤسسة

<sup>1</sup> . مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 199.

<sup>2</sup> . عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية التجارية والإدارية، مرجع سابق، ص 94.

<sup>3</sup> . أحمد محمود خليل، موسوعة التشريعات البحرية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2010، ص 581.

المستوردة شركة التوكيلات الملاحية المدعى عليها بطلب التعويض وقيمة الفوائد، فدفعت هذه الأخيرة بعدم قبول الدعوى لسبق الإتفاق على التحكيم، وفصلت فيه المحكمة بقولها "بأنه لما كان هذا الدفع في حقيقته دفع بعدم الإختصاص ويجوز النزول عنه صراحة أو ضمنا، ولما كانت المدعى عليها غير متمسكة بهذا الدفع في مذكرة دفاعها الختامية، فإن ذلك يكون تنازلا ضمنا منها عن هذا الدفع ومن ثم تلتفت المحكمة عنه"<sup>1</sup>.

نفس ما قضت به في النزاع القائم بين شركة التأمين ضد شركة التوكيلات الملاحية توكيل ممفيس للملاحة وكيلا عن الباخرة إيرين ستار التي شحنت عليها شحنة من زيت ترينتيننا من ميناء تريسنا إلى ميناء الإسكندرية لشركة النصر لصناعة الأقلام المستوردة، وعند عملية التفريغ تبين عجز في الرسالة، فطلبت شركة التأمين التعويض والفوائد بموجب حوالة الحق المتحصل عليها من المرسل إليها(الشركة المستوردة)، فدفعت المدعى عليها الأولى بعدم قبول الدعوى لسبق الإتفاق على التحكيم فقضت المحكمة برفض الدفع لتنازلها عليه لعدم تمسكها به في المذكرة الختامية .

وكررت المحكمة نفس المنطوق في الحكم الصادر في 1977/4/23 بين شركة التأمين وشركة التوكيلات الملاحية بصفتها وكيلا عن الباخرة لبيانون التي شحنت على متنها رسالة ورق كرافت من هامبورغ باتجاه ميناء الإسكندرية لصالح شركة إسمنت بورتلاند طره<sup>2</sup>.

وفي قضية أخرى رفعت أمام ذات المحكمة بين شركة مصر للتأمين ضد شركة إسكندرية للتوكيلات الملاحية بصفتها وكيلا عن الباخرة (HEL) التي شحنت على متنها رسالة خامات صلب إستوردتها شركة المعادن للصناعات الحربية والمدنية من ميناء جدانك إلى الإسكندرية وأثناء عملية التفريغ تبين وجود فساد في البضاعة المشحونة، طلبت شركة التأمين بمقتضى حوالة الحق من شركة التوكيلات الملاحية مبلغ التعويض والفوائد، فدفعت المدعى عليها بعدم قبول الدعوى لسبق الإتفاق على التحكيم<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد محمود خليل، مرجع سابق، ص 627 ، 629.

<sup>2</sup> - أحمد محمود خليل، المرجع نفسه، ص 713 ، 715 ، 716.

<sup>3</sup> - أحمد محمود خليل، المرجع نفسه، ص 656 ، 657.

ولا يعد تنازلاً طلب تأجيل الجلسة من أجل ضم الدعويين أو تقديم مذكرة دفاع، هذا ما تقرر قضاء، أصدرت محكمة تمييز دبي حكم في 20/06/2004 الذي قضى بأنه "يتعين التمسك بشرط التحكيم في أول جلسة (المادة 203 من قانون الإجراءات المدنية) سواء تمت مناقشة موضوع النزاع أو لم يتعرض له، ولا يجدي التمسك بشرط التحكيم لاحقاً لأن الساقط لا يعود"<sup>1</sup>.

نستنتج مما سبق أن اللجوء إلى التحكيم أو الإستمرار فيه دون قضاء الدولة هو إلتزام ذو شقين إيجابي ويظهر من خلال إلتزام طرفي إتفاق التحكيم باللجوء إلى التحكيم بديلاً عن القضاء بينما يمثل الجانب السلبي إمتناعهما عن عرض النزاع محل إتفاق التحكيم على القضاء، وتبعاً لذلك يمتنع عن المحكمة الفصل في أصل النزاع في حالة الدفع بوجود إتفاق التحكيم.

#### 4 . الإستثناء على مبدأ إستبعاد القضاء

خولت بعض القوانين للقضاء صلاحية البث في المسائل الإستعجالية والمؤقتة، والأكثر من ذلك يعد إختصاص أصيل ونوعي لا يجوز مخالفته إلا بإتفاق صريح بين الأطراف، هذا ما أكد عليه كل من القانون البلجيكي والكويتي وقانون المرافعات اليوناني (المادة 1/889) الذي قيد حرية أطراف النزاع باللجوء إلى القضاء بشأن المسائل الإستعجالية والمؤقتة، وألزم المحكم تنفيذ الأوامر القضائية كما وردت على أصلها<sup>2</sup>.

وفي قانون التحكيم المصري ينعقد الإختصاص لمحكمة إستئناف القاهرة كجهة قضائية للبث في هذه المسائل بالنسبة للقضايا المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي دون المساس بحق الأطراف في إختيار محكمة إستئنافية أخرى<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - قضت محكمة القاهرة تجاري كلي في حكمها الصادر في 14/07/1996 بأنه لا يؤثر في ذلك أن وكيل المطعون الأول طلب في تلك الجلسة التأجيل للجواب عن الدعوى ذلك أن المعول عليه في إعتبار شرط التحكيم لاغياً أو غير لاغ هو حصول الإعتراض أو عدمه في الجلسة التي يحضر فيها المدعي عليه بنفسه أو بواسطة وكيله لأول مرة أمام المحكمة بصرف النظر عن تعرض المدعي عليه لموضوع الدعوى أو عدم تعرضه له . أحمد إبراهيم عيد التواب، إتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، مرجع سابق، ص 135، 116.

<sup>2</sup> . أحمد إبراهيم عبد التواب، إتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، المرجع نفسه، ص 80 ، 81.

<sup>3</sup> - راجع المادة 1،2/1046 من الأمر رقم 09/08 المتضمن قانون إ.م.إ.ج " يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف مالم ينص الإتفاق على خلاف ذلك، إذا لم يقم المعني

هذا ما حثت عليه قوانين التحكيم الدولي<sup>1</sup>، ويطبق القاضي في هذه الحالة قانونه الوطني<sup>2</sup> نفس ما أقرته المادة 3 من لائحة الجمعية الأمريكية للتحكيم والمادة 14 من لائحة محكمة لندن للتحكيم، بينما ترك بعض المشرعين<sup>3</sup> الخيار للأطراف في منح الإختصاص لهيئة التحكيم بالبحث في المسائل الإستعجالية وإصدار الأوامر وأن تأذن لهم باللجوء إلى القضاء لتنفيذها وإختيار القواعد الإجرائية المتعلقة بها أو الإحالة إلى جهة نظامية تتضمن لوائحها هذا التنظيم مثال ذلك لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس<sup>4</sup>.

وفي هذا الصدد تطرح إشكالية الإحالة إذا كانت عامة، فلا بد في هذه الحالة من الوقوف على إرادة الأطراف في إبقاء أو إستبعاد المسائل المؤقتة أو الإستعجالية من نطاق إختصاص المحكم وذلك من خلال تفسير إتفاق التحكيم، وكل شك في قصد الطرفين في شرط التحكيم ضمن عقود الإذعان (ومنها عقد التأمين)، وخروجاً عن القواعد العامة فإنه يفسر لصالح الطرف المدعى ولو كان هو من تمسك بإتفاق التحكيم الذي يتضمنه هذا العقد ويبادر بطلب إتخاذ الإجراء الوقي أو التحفظي، فهئية التحكيم تختص في نظر الدعوى الإستعجالية وإصدار الأمر اللازم للفصل في خصومة التحكيم بحكم بات قاطع لأن إتفاق التحكيم يمتد ليشمل المسألة الإستعجالية أو المؤقتة إلى جانب المسائل الموضوعية التي يتضمنها ذلك الإتفاق<sup>5</sup>.

---

بتنفيذ هذا التدبير إرادياً جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي"، نفس ما نصت عليه المادة 24/أ من قانون التحكيم المصري ويعهد الإختصاص إلى رئيس المحكمة المختصة وفق المادة 9 من ذات القانون ما لم يتفقا على محكمة إسائناف أخرى.

<sup>1</sup> راجع والمادة 23/ب من قانون التحكيم الأردني والمادة 183 من قانون المرافعات السويسري التي إستسخها من المادة 5/8 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس.

<sup>2</sup> فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، ج5، مرجع سابق، ص 298.

<sup>3</sup> راجع في ذلك المادتين 13 و2/أ من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001.

<sup>4</sup> خالد إبراهيم التلاحمة، مرجع سابق، ص 105.

<sup>5</sup> مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق ص 201.

وبهذا فإن اللجوء إلى قضاء الدولة بشأن مسألة إستعجالية أو مؤقتة لا يمكن تفسيره على أنه تنازل عن إتفاق التحكيم لبقاء ولاية المحاكم على النزاع قائمة وإن كان إستعجالياً، ولا يمكنه المساس بالمسألة الموضوعية المنشئة لخصومة التحكيم<sup>1</sup>.

غير أن بعض المشرعين حرصوا على تطبيق مبدأ الإختصاص بالإختصاص حتى في المسائل الإستعجالية والمؤقتة دون أن يمنع الأطراف من الاتفاق على اللجوء إلى القضاء بشأن هذه المسائل في حالة إمتناع من صدر الأمر في مواجهته عن تنفيذه طوعاً بإعتبار حكم التحكيم ليست له قوة تنفيذية<sup>2</sup>.

خول قانون الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي الأونسترال 1985 في المواد (9،17،21) لهيئة التحكيم أن تباشر الإجراء الذي يكون إتخاذهُ أمراً ضرورياً للفصل في أصل النزاع بناءً على طلب الخصوم بهدف المحافظة على الشيء محل النزاع، كأن تكون بضاعة مثلاً تأمر بإيداعها في المستودع أو بيعها إذا كانت معرضة للتلف أو إجراء معاينة لتقدير نسبة الخسائر وقد تكلف أحد الأطراف للقيام بالتدابير الوقائية وتأمر في المقابل من الطرف الذي يكلف بالإجراء تقديم ضمان لذلك<sup>3</sup>.

وإعترفت قواعد لائحة غرفة التجارة الدولية والإتفاقية الأوروبية لعام 1961 وقواعد جمعية التحكيم الأمريكية صراحة بإختصاص المحكم في المسائل الإستعجالية بالرغم من إقرارها بأن اللجوء إلى القضاء لا أثر له على الإجراءات السارية أمام هيئة التحكيم، ولا يتعارض ذلك مع إتفاق التحكيم على نحو ينفي وجوده، كما أنه لا يمس بأصل النزاع موضوع إتفاق التحكيم<sup>4</sup>.

وألزم نظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس (المادة 1/23) محكمة التحكيم تسبب الأمر المتضمن التدبير الإستعجالي، إلا أنه أغفل على أن أوامره ليست لها مفعول إن

<sup>1</sup>. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 187، سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 453.

<sup>2</sup>. أحمد إبراهيم عبد التواب، إتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، مرجع سابق، ص 94.

<sup>3</sup>. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 187.

<sup>4</sup>- راجع المادة 12 من قواعد غرفة التجارة الدولية، والمادة 4/6 من الإتفاقية الأوروبية لعام 1961 والمادة 46 من قواعد جمعية التحكيم الأمريكية.

رفض الخصم الذي صدر في مواجهته الأمر بتنفيذه طواعية بإعتبار أن التحكيم خيار إرادي ولا يلزم إلا أطرافه، وأن قضاء التحكيم مجرد من سلطة الجبر لتنفيذ الأحكام وخالية حتى من الجزاء المدني لأنها لا تلزم الممتنع عن التنفيذ بالتعويض لقاء الضرر الذي يلحق المدعي في الأمر<sup>1</sup>.

#### 1.4 . موقف القضاء من الإختصاص في المادة الإستعجالية

شهدت الساحة القضائية إختلافات في مواقفها تجاه الأولوية في نظر إختصاص المسائل المؤقتة أو الإستعجالية من قضاء دولة إلى أخرى، نبتدى بما إستجد في القضاء الفرنسي الذي فصل في الأمر بأن منح كل من قضاء الدولة وقضاء التحكيم صلاحية الفصل في المسائل الإستعجالية كيف ذلك؟.

يظهر ذلك من خلال إعمال القاعدة التي تقضي بأن للقضاء الولاية العامة للفصل في المسائل الإستعجالية أو المؤقتة عند الإتفاق على التحكيم، إلى جانب ذلك يمكن لطرفي إتفاق التحكيم قصر هذا الإختصاص على هيئة التحكيم، فرخص للأطراف الإتفاق على اللجوء إلى هيئة التحكيم لإتخاذ التدابير المؤقتة الواردة في (المادة 809) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي والتي تهدف إلى حماية الحق المتنازع عليه أو حفظ مال كالأمر بإجراء المعاينة أو إثبات حالة أو سماع شاهد، ويبيث في المسائل الإستعجالية وإن تعلقت بالغير كالحجز ما للمدين لدى الغير بوجود دعوى مقابلة أو منع التصرف في ملك الغير دون وجه حق<sup>2</sup>.

وما يلاحظ أن القضاء الفرنسي قد زكى دور التحكيم للفصل في المسائل الإستعجالية والمؤقتة على خلاف ما إستقر عليه سابقا في قصر الإختصاص على القضاء<sup>3</sup>.

ويتجلى ذلك من خلال أحكامه منها القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية في 1982/12/20، أيضا إستقر الإجتهد القضائي الأمريكي على سلب الإختصاص في المواد

<sup>1</sup>. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، ج 5، مكتبة الثقافة، عمان، الأردن، 1997، ص 294، 295.

<sup>2</sup>. أيضا قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 1957/06/17 الذي قضى بأن إتفاق التحكيم لا يمنع القضاء المستعجل في أن يأمر بأي إجراء وقتي طالما وجدت حالة الإستعجال. أحمد إبراهيم عبد التواب مرجع سابق، ص 83 ، 86

<sup>3</sup>. كان موقف القضاء الفرنسي على قدر من المرونة حيث إستقر على أن إتفاق التحكيم لا يشكل حاجزا أمام القضاء لممارسة إختصاصه الأصيل بالفصل في المسائل الإستعجالية أو المؤقتة بعد تشكيل هيئة التحكيم. مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 203.

الإستعجالية المتعلقة بنزاع محل إتفاق التحكيم من القضاء، وهو ما قضت به الحكمة العليا لولاية نيويورك في 1982/01/26 تأسيساً على المادة 3/2 من الإتفاقية التي أمرت بتوحيد الإختصاص بغض النظر عن موضوع إتفاق التحكيم ما إن تعلق بمنازعات بحرية أو غير بحرية، وذلك بعدما كان يؤمن بمبدأ توحيد الإختصاص تحت سلطة القضاء، ثم عدل عن المبدأ من خلال إحداث التفرقة بشأن المسائل الإستعجالية بين نوعين من المنازعات البحرية وغير البحرية وكفل القضاء النوع الأول فقط للنظر فيها، وبهذا فإن الحكم المتأخر قد هدم الحاجز الذي وضعه القضاء لنفسه عندما أفصح عن توسيع الإختصاص ليشمل المسائل المستعجلة أو المؤقتة أيضاً أما القضاء الإنجليزي فقد قضى بأن الأولوية للقضاء لإصدار أوامر تحفظية أو مؤقتة قبل أن تفصل هيئة التحكيم في النزاع<sup>1</sup>.

وعلى خلاف من ذلك فإن محكمة الإستئناف المختلطة المصرية بموجب حكمها الصادر في 1936/04/22 قد قضت بأن شرط التحكيم الوارد في العقد لا يمنع من الإلتجاء إلى طلب إثبات الحالة، ولقاضي الأمور المستعجلة تقدير أسباب الإستعجال من حيث قيامها من عدمه.

وبحكم إختصاصها النوعي في المنازعات المتعلقة بحالات الإستعجال فصلت محكمة الأمور المستعجلة الجزئية بالقاهرة في 1951/12/05 لصالح القضاء، وعللت ذلك بالتركيز على ركني الخطر والنزاع، فإذا ثبت للقاضي توفرها في الدعوى بناء على المستندات المقدمة نشأت حالات الإستعجال التي تستدعي تدخل القضاء الأستعجالي فهو إختصاص وجوبي للقضاء ولو كانت خصومة التحكيم قائمة، وذلك بإتخاذ ما يراه لازماً من الإجراءات أو التدابير الإحترازية المناسبة للنزاع من شأنها حماية الحق المدعى به من خطر الإهدار وإلا يعتبر ذلك إنكار للعدالة، ولا يمس ذلك بأصل الحق موضوع النزاع، كما أن تلك الأوامر لا تحوز على قوة الشيء المقضي فيه، وبهذا فإنه يعين هيئة التحكيم للفصل في النزاع عن ترو وتمحيص<sup>2</sup>.

#### 2.4 . موقف الفقه

<sup>1</sup> . إتخذت محكمة تمييز دبي الموقف ذاته . أحمد إبراهيم عبد التواب، إتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، مرجع

سابق، ص 96 - 98،، ص 82، 84.

<sup>2</sup> خالد إبراهيم التلاحمة، مرجع سابق، ص 106 .

أ . يرى بعض الفقهاء أنه بمجرد تعيين هيئة التحكيم فإنها تسلب من القضاء ولايته على النزاع وطالما أن الأطراف فضلوا اللجوء إلى التحكيم بديلاً عن القضاء لحل المنازعات محل إتفاق التحكيم المبرم بين الاطراف فإنه من منطوق الأمور أن ما إستحق من إجراء تحفظي أو تدبير مؤقت أن تفصل فيه هيئة التحكيم مؤيداً في ذلك موقف بعض المشرعين<sup>1</sup>.

ويقتصر دور القضاء في مسائل محددة سواء قبل البدء في التحكيم، وفي الحالة التي يكون فيها الإتفاق مخالف للنظام العام أو كان الإجراء من إختصاص القضاء طالما أنه كأصل عام صاحب الإختصاص في عموم المنازعات لا يسلبه وجود إتفاق التحكيم الإختصاص بشكل مطلق، لكن يضمن للخصم وسيلة قانونية تكمن في الدفع بوجود إتفاق التحكيم قبل مناقشة الموضوع إذا ما بادر أحد الطرفين برفع دعوى قضائية بشأن المسألة المتنازع عليها محل إتفاق التحكيم، وينتهي معه إمكانية الدفع بعدم قبول طلب إتخاذ التدبير الإستعجالي<sup>2</sup>.

لهذا يجب أن يخضع إتفاق التحكيم للتفسير الضيق، ولا تطبق عليه القاعدة التي تقضي بأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع، فالإختصاص يختلف في كلتا الحالتين ذلك أن نطاق إختصاص محكمة التحكيم يشمل فقط المسائل التي تكون موضوع إتفاق التحكيم وما عداها يتولى القضاء الفصل فيه بإعتبار أنه يمتلك الولاية العامة على جميع المنازعات وكل إتفاق على سحب هذه الولاية ومنها المسائل المستعجلة أو المؤقتة فهو غير نافذ لعدم مشروعيته<sup>3</sup>.

وبرر أنصار هذا الرأي أن تدخل القضاء في حالة الإستعجال بالصعوبات التي تواجه هيئات التحكيم لمعالجتها وتطرح من عدة أوجه منها ما يتعلق بموضوع النزاع من طبيعة دولية ومن ثم تختلف الإجراءات في مكان التحكيم والتنفيذ، كذلك لمنح الأمر الإستعجالي القوة التنفيذية، ولا يتحقق ذلك إلا بتسليمه إلى جهة تمتلك سلطة التنفيذ الجبري وهو ما تقتقر إليه هيئات التحكيم.

كما أن تدخل القضاء في هذه الأحوال لا يتعارض مع مهمة محكمة التحكيم أثناء فصلها في النزاع إنما حسب الرأي الخاص يساعدها على البث السريع في المسائل الموضوعية دون

<sup>1</sup> - سامية راشد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 453.

<sup>2</sup> . أحمد إبراهيم عبد التواب، إتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، المرجع نفسه، ص 94.

<sup>3</sup> . مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 156 ، 157 .

إنظار الفصل فيها عن طريق التحكيم فتتجنب تأخير الفصل في النزاع، وهو ما عبر عنه Mendez بأنه جانباً من جوانب التعاون بين قضاء الدولة وهيئات التحكيم<sup>1</sup>.

ب . ولهذا فرق بعض الفقهاء بين نوعين من الإجراءات منها وقائية هدفها المحافظة على الشيء المتنازع عليه إذا كان سريع التلف أو ضمان حمايته، وأخرى جبرية من صميم الأعمال القضائية كالأمر بالحجز التحفظي على أموال المدين أو على حقوقه لدى الغير<sup>2</sup>.

ج . أما الرأي الثالث فيرى أن الفصل في المسائل الإستعجالية المؤقتة من الإختصاص المطلق للقضاء المستعجل، ويعد إختصاص نوعي متعلق بالنظام العام، ولأثر لإتفاق التحكيم على ذلك وإذا كانت الدعوى مطروحة حول الموضوع فإن قاضي الموضوع هو قاضي الإستعجال وأن نظر هيئة التحكيم في النزاع لا يحجب الأطراف عن حقهم في اللجوء إلى القضاء بإعتبار أن التحكيم قضاء إستثنائي<sup>3</sup>.

ما يمكن إستخلاصه أن إتفاق التحكيم لايسلب من القضاء إختصاص النظر في المسائل الوقتية أو المستعجلة إنما إختصاصه عام شامل بما في ذلك الإجراءات التحفظية أو المؤقتة طالما أن القضاء هو الأصل والتحكيم إستثناء، إلا أن مبدأ الإختصاص بالإختصاص حصر تدخل القضاء بشأن الإجراءات التحفظية والمؤقتة في التنفيذ الجبري في حالة رفض تنفيذ الأوامر إرادياً لدى بعض الدول.

### ثالثاً . أثار إتفاق التحكيم على الحصانة القضائية

تعتبر حصانة الدولة السياج الذي تمارس فيه الدولة سيادتها وتحافظ على مقوماتها فيقتضي الإمتناع عن مقاضاتها أمام قضاء دولة أجنبية، وهنا يمكن التساؤل هل يمكن إعتبار قبول الدولة للتحكيم بشأن المنازعات المتعلقة بشركات التأمين تنازلاً عن حصانتها القضائية؟

إذا كان أصل النزاع يتعلق بتحكيم دولي فيثار بلا منازع مسألة الحصانة القضائية بمنظور مزدوج الحصانة القضائية أمام هيئة التحكيم وأمام محكمة الدولة الأجنبية، وفي هذا الصدد

<sup>1</sup> . فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 295.

<sup>2</sup> . مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 202.

<sup>3</sup> . إبراهيم عبد التواب، إتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، مرجع سابق، ص 96 - 98.

طرحت عدة مواقف فقهية، فالبعض يستبعد أن يسري أثر إتفاق التحكيم أمام قضاء الدولة الأجنبية لتعارضه مع حصانتها القضائية ورفضها الخضوع لقضاء غير قضائها .

غير أن هذا الموقف تمت معارضته بحجة أن الأطراف عند لجوئهم إلى التحكيم فإنهم يطبقون إتفاق التحكيم لا قانون الدولة، وأن التحكيم طريق إستثنائي لحل المنازعات إختارته الدولة بإرادتها الحرة وبالتالي فإنها تساوت في مركزها القانوني مع الخصم كشخص طبيعي خصوصا وأن شركات التأمين كيان إقتصادي ذات طبيعة تجارية، مما يفسر ذلك تخليها عن حصانتها القضائية ويسقط حقها في التمسك بها أمام هيئة التحكيم وأمام محكمة أجنبية<sup>1</sup>.

لذا قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر عن الدائرة المدنية بتاريخ 11/18/1986 بأن الإتفاق على التحكيم بمقتضى الشرط الوارد في العقد الأصلي من طرف الدولة الأجنبية يدل على قبولها بوضع الصيغة التنفيذية على الحكم بعد خضوعها لقضاء الدولة<sup>2</sup>.

على إثر ذلك ظهر إتجاه مخالف يؤكد على أن التنازل عن الحصانة القضائية أمام هيئة التحكيم المترتب عن إتفاق التحكيم ليس قرينة على تنازلها عن الحصانة القضائية أمام قضاء الدولة إلا إذا كان هذا التنازل صريحا غير مفترض.

غير أن هذا الموقف قد أنتقد هو الآخر على أساس أن ولاية القضاء الأجنبي تبقى قائمة للنظر في النزاع موضوع إتفاق التحكيم وللقضاء الوطني صلاحية الرقابة على أعمال هيئة التحكيم، ذلك أن الإتفاق على التحكيم لا يسلب الدولة الأجنبية حق اللجوء إلى قضائها مالم يتمسك الخصم عن طريق دفع أولي بوجود إتفاق تحكيم .

إلا أن هذا الرأي تمت مواجهته بالموقف السابق الذي يقضي بأن اللجوء إلى التحكيم الأجنبي بموجب إتفاق التحكيم لا أثر له على الحصانة القضائية للدولة التي إختارت اللجوء إلى التحكيم، هذا ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية في 69/01/30 التي قضت بأن منع المحاكم من نظر النزاع عند وجود شرط التحكيم لا يصح إلا إذا كان التحكيم ممكنا ويكون للطاعنة المطالبة بحقها، وحتى لا تحرم من عرض منازعاتها على أي جهة للفصل فيها

<sup>1</sup> - أحمد إبراهيم عبد التواب، إتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، المرجع نفسه، ص 55.

<sup>2</sup> - منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995،

أن تلجأ إلى المحاكم لعرض النزاع عليها من جديد، لأنها صاحبة الولاية العامة للفصل في كل المنازعات إلا ما أستثني منها بنص خاص<sup>1</sup>.

غير أن الأمر ليس كذلك فالحصانة القضائية أمر متعلق بالنظام العام لا يجوز التنازل عنه بمجرد الإتفاق على التحكيم .

ويرى البعض أن اللجوء إلى التحكيم كأثر لإتفاق التحكيم لا يعدو أن يتخذ وصف سقوط حق الدولة في التمسك بحصانتها القضائية أمام هيئة التحكيم وأمام القضاء على السواء وليس تنازلاً والقول أن قبول تنازل الدولة عن حصانتها أمام هيئة التحكيم دون أن تتمكن من ذلك أمام القضاء قول يفتقر إلى المنطق، فكيف يمكن للدولة أن تقبل التنازل عن الحصانة القضائية أمام هيئة التحكيم أجنبية التي لا تعدوا أن تكون مجموعة أشخاص سواء كانت منظمة أو مركز لا قيمة لها بالمقارنة مع هيئة قضائية وتمتتع عن ذلك أمام القضاء كما أن الحصانة القضائية لا يؤخذ بها إلا في مواجهة جهة قضائية أخرى، ولا يمكن التنازل عنها أمام هيئة التحكيم لأنها ليست من نفس الدرجة ولا تمتلك إمتيازات السلطة العامة<sup>2</sup>.

هذا ما يؤدي إلى التأكيد على تمسك الدولة بالحصانة القضائية دون هيئة التحكيم ويقتصر ذلك على المسائل التي ليست محل الإتفاق التحكيم عدا المسائل الإستعجالية والمؤقتة التي تعرض على المحاكم تتعلق بموضوع النزاع محل إتفاق التحكيم ولازمة للفصل فيه<sup>3</sup>.

#### رابعاً . الأثر الشخصي لإتفاق التحكيم في عقد التأمين البحري الدولي

يخضع إتفاق التحكيم لمبدأ نسبية إتفاق التحكيم من حيث الأطراف طبقاً للقواعد العامة فلا يلزم غير أطرافه ولا يحتج به إلا في مواجهتهم<sup>4</sup>، غير أنه لا ينصرف مدلول الطرف في إتفاق

<sup>1</sup> عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية، التجارية والإدارية، المكتب العربي الحديث الإسكندرية، 2003، ص 93.

<sup>2</sup> فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 179.

<sup>3</sup> أحمد إبراهيم عبد التواب، مرجع سابق، ص 57.

<sup>4</sup> نصت المادة 108 من القانون المدني الجزائري "ينصرف آثار العقد إلى المتعاقدين وإلى الخلف العام، مالم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص في القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام..."، وتقابلها المادة 145 من القانون المدني المصري .

التحكيم إلى كل من وقع على الإتفاق أو ذكر فيه إسمه، وإنما يشمل أيضا كل من كان رضائه بعرض النزاع المحتمل وقوعه على التحكيم واضحا من خلال التعبير عن إرادته والإعلان عنها إلى الشخص الآخر فيرتب في ذمتهم الإلتزام بتنفيذه<sup>1</sup>.

ويعتبر ذلك إستثناءا وخروجا عن مبدأ نسبية إتفاق التحكيم، ذلك أن ما يرتبه من آثار تمتد إلى خلف الطرفين في الإتفاق.

الإشكال الذي يطرح في هذا الموضوع أن شرط التحكيم في العقد التجاري ألا يمكن التمسك به في مواجهة المؤمن، ثم ألا يحق لهذا الأخير الدفع به أمام القضاء؟.

يسعى المؤمن للإستفادة من شرط التحكيم الذي يتضمنه عقد تجاري يكون المؤمن له مدينا في النزاع ضد دائئه، غير أنه من الضروري هنا التمييز بين ما إن كان شرط التحكيم مدمج في عقد التأمين أم لا، فإذا كانت شركة التأمين غير موقعة على شرط التحكيم فهل من المحتمل أن ما يرتبه من آثار يضمن تنفيذه من طرف الشركة؟.

لجأ الفقه إلى إختيار الحل على أسس قانونية لتمكين المؤمن من تنفيذ شرط التحكيم فالإجراء المناسب الذي يمكّن المؤمن من التعامل بهذا الشرط لا يمكن تصوره دون آلية الحل.

**1 . مبدأ الحل :** يعد الحل من الوسائل القانونية التي يتداول إستعمالها في منازعات التأمين البحري محل إتفاق التحكيم، وبفضل عملية الحل ينتقل أثر إتفاق التحكيم إلى المستفيد الذي حل محل الدائن فيما كان قد إكتسب من حقوق لحظة إلتزامه بالإتفاق، فالمشروع الجزائري أخذ بمبدأ حلول المؤمن محل المؤمن له في حقوقه ودعاويه في مواجهة الغير في حدودما دفع للمؤمن له من تعويض<sup>2</sup>.

يلجأ المؤمن بالضرورة إلى ممارسة الحل في إطار التحكيم لمواجهة من تسبب في وقوع الضرر إذا كان هذا الأخير يرتبط مع المؤمن له بعقد يتضمن شرط التحكيم، لذلك يكون

<sup>1</sup>- ناصر ناجي محمد جمعان، مرجع سابق، ص 136 - 138

<sup>2</sup>- راجع المادة 118 من الأمر رقم 07/95 المتعلق بقانون التأمينات . زهرة ناجي، مبدأ حق الحل القانوني للمؤمن محل المؤمن في الرجوع على الغير في التأمين البحري، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، ع 4، جامعة تلمسان، 2016، ص 52.

من المفيد للمؤمن الإطلاع مسبقاً على شروط الإتفاق الخاصة بالمؤمن له للتحقق من صحتها ومراعاتها للمبادئ المطبقة على التحكيم أو القضاء<sup>1</sup>.

غالباً ما يكون المؤمن طرفاً في التحكيم إلى جانب المدعي بموجب الحلول القانوني بعد أن يقوم بتعويض المؤمن له ولو كان جزئياً في حدود الضمان وذلك في جميع حقوق والتزامات هذا الأخير، وبالتالي يمكن الاستفادة من العقد الذي يحمل شرط التحكيم، إلا في حالة ما إذا كان هذا العقد معيب فلا يمكن للمؤمن ممارسة عملية الحلول والرجوع على الغير المسؤول إلا إذا أثبت حسن نيته في دفع التعويض للمؤمن له<sup>2</sup>.

عالج الإجتهد التحكيمي والقضاء الفرنسي ظاهرة الحلول التي أصبحت متداولة في العقود الدولية، مما يثبت أن القضاء قد كرس مبدأ نفاذ إتفاق التحكيم بالنسبة لطرفيه والغير من خلال قاعدة الحلول التي تبلورت أحكامها القانونية بفضل إهتمام المشرع ودور الإجتهدات القضائية ففضى مركز التجارة الدولية (CCI) في الحكم الصادر في 1977 أنه في حالة الحلول يحل المحيل له بديلاً للمحيل في الأثار القانونية دون تعديلها إذا مارس المحيل الدعوى، وبنفس المفهوم صيغ حكم التحكيم الصادر في 1978/08/31 عن هيئة التحكيم التي تعمل تحت رعاية معهد التحكيم الهولندي بأنه "لم يكن هناك ما يشير وفقاً للعقد فهم الطرفان أن إتفاق التحكيم لم ينطبق في حالة نقل الحق على أساس خاص"<sup>3</sup>.

أما بالنسبة للقضاء فإن محكمة الإسكندرية تجاري جزئي طبقت مبدأ الحلول، يظهر ذلك من خلال القضية رقم 729 لسنة 1979 بين شركة التأمين التي حلت محل الشركة المستوردة للرسالة المتمثلة في أسماك مجمدة وذلك في كافة حقوقها الناشئة عن العجز والتلف الذي أصاب الرسالة بموجب حوالة الحق ضد الشركة التابعة لها السفينة (سوزي يو) الناقلة للبطاعة المؤمن عليها لدى شركة التأمين<sup>4</sup>.

1 -EVIAN Eric , op.cit, p 15.

2- Olivier Jambu-Merlin, l'arbitrage et la société d'assurance maritime, [www.sefarea-arias..fr>arbitres..](http://www.sefarea-arias..fr>arbitres..) v. le 29/03/2017

3- TURGNE Franck , op.cit, p 185.

4. علي حسن عوض، التحكيم الإختياري والإجباري، 2001، مرجع سابق، 312.

وقضت محكمة إستئناف باريس في الحكم الصادر في 13/11/1992 بأنه "من خلال تأثير هذا التحويل الداخلي الذي يشكل أداة يتم نقل شرط التحكيم إلى المؤمن مع الدين وحقوق المؤمن له..."<sup>1</sup>.

وتفصيلا لذلك أقر الحكم الصادر في 06/02/1997 بأن شرط التحكيم ينتقل بمقتضى بوليصة التأمين إلى المؤمن مع بقية شروطها وإستثناءاتها وجميع الأثار المترتبة عن الدين الذي عاتق المؤمن له بمجرد أن يقوم بتعويضه، مما يمكن للمؤمن أن يحتج به أو عليه. ثم أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الأثر في الحكم الصادر في 08/02/2000 بأن الأطراف الذين يرتبطون بحقوق أحد طرفي العقد ملزمين بشرط التحكيم الدولي.

وفي قضية (CIMAT) عام 2002 أقرت محكمة النقض بأنه في الموضوع الدولي أن شرط التحكيم المستقل قانونا عن العقد ينتقل معه أيا كانت صحة الحقوق الأساسية كذلك بالنسبة لمحكمة الإستئناف التي قضت بأن شرط التحكيم الذي يتضمنه عقد دولي له صحة وفعالية خاصة توجب إمتداد نطاقه إلى المحيل إليه الذي يحل ولو جزئيا في حقوق أحد المتعاقدين<sup>2</sup>.

أيضا في قرار محكمة التمييز المدنية الأردنية<sup>3</sup> في قضية تتعلق بالتعويض القائمة بين شركة الواحة للتأمين ضد الشركة العربية لنقل البترول المستأجرة للباخرة Capricmio Gas1 وشركة Salamender S.A Commercial المالكة للباخرة Capricmio Gas1 وشركة American Band نادي الحمابة والذي قضى بأن شرط التحكيم الوارد في بوليصة الشحن ملزم لشركة التأمين رغم كونها من الغير بالنسبة لتلك البوليصة وغير ملزم لها أصلا، ولكن إلتزام شركة التأمين بشرط التحكيم كان ناشئ عن ممارستها حق الحلول محل مالك البضاعة الملزم أصلا ببند بوليصة الشحن بما في ذلك شرط التحكيم متى توفرت فيها الشروط اللازمة لرفع دعوى الحلول القانوني<sup>4</sup>.

1-TURGNE Franck, ibid, p184.

<sup>2</sup> عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص 221

<sup>3</sup> قرار رقم 1483 الصادر بتاريخ 22/09/2011 عن محكمة التمييز المدنية الأردنية

<sup>4</sup> نصت عليها المادة 926 من القانون المدني الأردني على أن تكون المدعية قد دفعت مبلغ التأمين للمؤمن له وأن يكون المؤمن له قد رفع دعوى المسؤولية (تقصيرية أو عقدية) فيحل فيها المؤمن محل المؤمن له للمطالبة

هذا وقد أكدت المحكمة على أن دعوى الحلول التي أقامتتها شركة التأمين في مواجهة الشركة المسؤولة أساسها عقد ترتكز على بوليصة الشحن التي تضمنت شرط التحكيم يقضي بإحالة جميع المنازعات المترتبة عنه إلى التحكيم في لندن، ومن ثم يحق للشركة المسؤولة التمسك بالدفع بوجود شرط التحكيم في مواجهة شركة التأمين التي حلت محل الشركة المؤمن لها مالكة البضاعة بغض النظر على أنها ليست طرف في عقد النقل المثبت ببوليصة الشحن ورغم أنها من الغير إلا أنها ملزمة به، وأن دفع شركة التأمين ببطان شرط التحكيم الذي يقضي بسلب الإختصاص من المحاكم الأردنية<sup>1</sup> يعد خرقاً لإتفاقية هامبورغ الدولية لعام 1978 التي أجازت التحكيم في جميع منازعات عقد نقل البضائع<sup>2</sup> والتي تعتبر قاعدة من قواعد القانون الدولي أولى بالتطبيق من القانون الداخلي بالنسبة للدول المصادقة عليها<sup>3</sup>.

أيضاً صدر حكم آخر عن الغرفة التجارية في 2003/10/08 في القضية المتعلقة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالبضاعة المشحونة، فرغ المؤمن الدعوى أمام المحكمة التجارية بباريس ضد مجهزي السفينة والريان والسلطات المينائية لميناء الوصول بعدما حل محل المرسل إليه حامل سند الشحن الذي إنتقلت ملكية الشحنة المؤمن عليها إليه من الشاحن وقد سبق أن تنازل عن حقوقه للمستأجر، دفع المجهز بعدم إختصاص المحكمة لوجود شرط التحكيم في عقد إيجار السفينة بالرحلة، فأجابته الغرفة التجارية على أنه "يتضح من أوراق الدعوى أن مطالبة المرسل إليه والمؤمن ناتجة عن عقد النقل الذي يفترض أن يحل المؤمن محله فيما يملك من حقوق والتزامات وليست ناشئة عن عقد الإيجار الذي يظل أجنبياً عنه، فيتعذر تنفيذ شرط التحكيم ضد المحيل، وبالتالي لا جدوى من الدفع به في مواجهة المرسل إليه أو المؤمن الذي يحل محله"، وعليه قضت بإختصاص المحكمة التجارية على أساس أن شرط التحكيم ملحق بعقد الإيجار لا بعقد النقل فلا يطبق الشرط<sup>4</sup>.

بما دفعه له ، ويترتب على ذلك تمسك المسؤول بالدفع التي يثيرها في مواجهة المؤمن له.

<sup>1</sup>. راجع المادة 215/ب من قانون التجارة البحرية الأردني لسنة 1972.

2 -JURGEN Basedow, ULRICH Magnus, RUDIGER Wolfrum, the Hamburg lecture on maritime affairs 2007&2008, springer, london, 2010, p 119.

<sup>3</sup>. غسان رياح، التحكيم التجاري البحري مع مقدمة في حل المنازعات الدولية ، ط1، منشورات حلبي الحقوقية لبنان، 2016 ، ص 182 إلى ص 185.

4- cour de cass, 08 /10/2003,DMF, 2006

ولهذا يعتبر الخبير cachard "أن الطعن الفرعي الذي تمارسه شركات التأمين ضد الناقل والمدعى عليهم الآخرين يتعلق بعدم تنفيذ عقد النقل وليس بعدم تنفيذ عقد الإيجار<sup>1</sup>.

غير أن الحل الذي إعتدته الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية<sup>2</sup> لم تقر به غرفتها المدنية، يظهر ذلك من خلال الحكم الصادر بشأن قضية lindos التي تعتبر أن كل سندات الشحن تعتمد على مشاركة الإيجار التي تحدد فيها عناصر التحكيم، ولما كان المرسل إليهم على علم بشرط التحكيم من الخبرات التي أجريت على البضاعة أثناء التفريغ، فإن هيئات التأمين المحال إليهم لا يجوز لهم التذرع بعدم وجود الموافقة الصريحة لتنفيذ الشرط، لأنه من المعتاد أن يكون شرط التحكيم مدرج في عقد النقل البحري الدولي<sup>3</sup>.

ومع ذلك عدلت عن موقفها لاحقا وتبنت موقف المحكمة التجارية فتحققت وحدة موقفهما تجاه مسألة نفاذ شرط التحكيم بالنسبة للمرسل إليه الذي يحل محله المؤمن بإشتراط علمه وقبوله الصريح بشرط التحكيم هذا ما يتضح من قرار الغرفة المدنية في الصادر في 2008/12/16 في قضية Mascareigne Delmas<sup>4</sup>.

كما أن الإلتزامات تتغير حسب نوع البيوع محل المعاملة البحرية بين البيع FOB و CIF وإمكانية إنتقال شرط التحكيم للمؤمن الذي يحل محل المؤمن له أي كان مركزه، ذلك أن المرسل إليه يكون ملزما بالتأمين على خلاف البيع FOB فإن البائع يتحمل أعباء ذلك<sup>5</sup>.

أيضا بالنسبة للطرف المساعد أو المنضم وهو شخص من الغير الذي لم يكن طرفا في شرط التحكيم ومع ذلك يمتد أثره إليه كطرف إضافي في الشرط الذي يتضمنه العقد الأصلي وهو ما عبر عنه الفقه الفرنسي بالقوة الملزمة الممتدة للإتفاقية التحكيمية<sup>6</sup>.

يستخلص ذلك من موقف الفقهاء الفرنسيين من حكم محكمة إكس الفرنسية الصادر في 1993/10/28 الذي نال إستحسانهم عندما أقر بضم المرسل إليه في العلاقة بين الناقل

1 - TURGNE Franck , op . cit, p 181.

<sup>2</sup> حكم صادر عن الغرفة التجارية لمحكمة إستئناف (aix-en-provence) الفرنسية في 2002/10/11.

3 - cass. Ch civ N°03/10087 le 22 /11/2005

4-MKARDLE FROISARD Bronwyn, op.cit, p76.

<sup>5</sup> محمد عبد الفتاح ترك، شرط التحكيم بالإحالة، مرجع سابق، ص 370.

<sup>6</sup> . عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص 218.

والشاحن وبجوازية الإحتجاج بعقد النقل الصحيح عليه وعلى المؤمن الذي حل محله في جميع حقوقه معتبرا أن المرسل إليه خلف خاص للشاحن، وإن كان القضاء الفرنسي قد رفض فكرة حلول شركة التأمين محل المرسل إليه لإعتبار أن إلتزام شركة التأمين غير مترتب على دين وإنما ناشئ عن عقد التأمين، كما هو الشأن في الحلول لذلك إستعاضت عنه بحوالة الحق<sup>1</sup>.

هذا وقد دحضت القضاة الحجة التي إستند عليها المدعي عليه في رفض إعتبار المؤمن طرفا في خصومة التحكيم بموجب وثيقة المهمة التي وقعها المؤمن والمؤمن له إلا إذا قبل جميع الموقعين ووجهوا جميع أثاره القانونية للحلول الجزئي، فيبقى المؤمن طرفا في إجراءات التحكيم.

## 2 . شروط دعوى الحلول

إن إعمال الأثر الناقل لشرط التحكيم بموجب عملية الحلول مقيد بوجود علم المحيل إليه وقبوله بشرط التحكيم الذي إنتقل إليه<sup>2</sup>، وأن إتفاق التحكيم المبرم في إطار القانون الفرنسي الجديد يعد صحيحا بالإحالة على عقد نموذجي<sup>3</sup>، وأكد القضاء أنه لما تتم الإحالة الخاصة إلى عقد يتضمن شرط تحكيم فإن هذا الشرط يندمج في العقد الأول<sup>4</sup>.

فالمرسل إليه لم يبد قبوله بشرط التحكيم المدرج في سند الشحن أو بالإحالة إلى عقد الإيجار، ولذلك فإن المحكمة أكدت على شرط القبول والعلم به لدى المرسل إليه في أجل أقصاه وقت إستلام البضاعة، فألزمت المؤمن بأن يلتزم بشرط التحكيم المدرج في عقد الإيجار وذلك بمقتضى الحكم الصادر في 2004/04/16 الذي فصل في النزاع القائم بين المرسل إليه الذي حل محله المؤمن بما دفعه إلى الشاحن، على خلاف الغرفة المدنية فإن علم المرسل إليه بشرط التحكيم يكفي لقبول معارضته دون أن تشترط العلم والقبول الصريح لهذا الشرط .

وأنهت الغرفة المدنية موقفها من شرط التحكيم بالنسبة للمؤمن بموجب الحكم الصادر في 2005/05/22 بفرض تنفيذه كاملا من طرف شركات التأمين المحال إليها، ولا يجوز لها الدفع

1 . محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، ج3، مرجع سابق، ص61، 62.

2 . محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، مرجع سابق، ص 516.

3 . نصت على ذلك المادة 1443 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

4 . بودالي خديجة، إتفاق التحكيم في عقد النقل البحري (دراسة مقارنة) ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015، ص 88.

بعدم قابليته للتنفيذ في حالة إنعدام موافقته الصريحة إذا كان من المألوف إدخال شرط تحكيم دولي في عقد نقل دولي<sup>1</sup>.

كما حكمت المحكمة التجارية التركية بأن شرط التحكيم في عقد مشاركة بين الناقل والبائع (الشاحن) غير ملزم للمؤمن، الأمر الذي أدى إلى عرض المسألة على الهيئة المدنية، هذه الأخيرة قد أيدتها قرار المحكمة العليا الذي قضى بأن المؤمن قد حل محل الطرف الثالث TMO مستلم البضاعة الذي إنتقلت إليه بوليصة الشحن عن طريق التظهير يعد ملتزماً بشرط التحكيم تطبيقاً للمادة 1361 من القانون التجاري التركي، فغيرت بذلك موقف المحكمة التجارية<sup>2</sup>.

إستناداً إلى ما تقدم يبدوا موقف القضاء من مبدأ الحلول وأثره في نقل شرط التحكيم من المؤمن له إلى المؤمن حتى يكون طرفاً في خصومة التحكيم في مواجهة المتعاقد الثاني في العقد التجاري ضعيف الحجة في نظر الفقهاء لا يركز على أسس قانونية، فلا يمكن التسليم بفكرة ملحق الدين لأن شرط التحكيم ليس عنصر أساسي في العقد فهو مستقل عنه لا يتأثر بغيابه.

هذا وقد أثار القضاء الفرنسي مسألة إلزام وسيط التأمين البحري بشرط التحكيم، إذ ناقش مجلس إستئناف باريس مسؤولية سمسار التأمين في القضية التي رفعتها شركة VINI EURL ألحقت وسيط التأمين Vincent X مسؤوليته عدم إبلاغها بشروط التغطية التأمينية وبشرط التحكيم وأسست إتهامها على عدم قابلية العلاقة بين إلتزامات الأطراف للتجزئة، فالأولى على هيئة التحكيم أن تفحص قابلية تطبيق شروط الضمان على شركة VINI، وأن السمسار قد قبل كتابة لجوئه إلى التحكيم، إلا أن شرط التحكيم الذي ورد في عقد التأمين لا يشمل المنازعة المتعلقة بمسؤولية السمسار، ولا يلزم شركة فيني لهذا رفضت المحكمة طلب الشركة<sup>3</sup>.

وعلى العموم فإن نقل شرط التحكيم إلى المحيل إليه يستند على مبدأ الأثر الناقل للحلول في الحالة التي تفنقر فيه بوليصة التأمين على شرط صريح باللجوء إلى التحكيم، فهل يمكن إمتداد شرط التحكيم إلى الغير إذا تضمن عقد التأمين البحري هذا الشرط ؟

1 - TURGNE Franck, op.cit, p 182 .

2. محمد عبد الفتاح ترك، شرط التحكيم بالإحالة وأساس إلتزام المرسل إليه بشرط التحكيم، ط 1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 348، 349.

3- Cour de cassation, ch.civ 1, 8/6/2016, N°100625

## الفرع الثاني . أثر شرط التحكيم على الغير

توصلنا سابقا إلى أن مبدأ الحلول وسيلة قانونية تضمن توسيع نطاق شرط التحكيم ليشمل أطراف كانوا أجنبان لعدم مشاركتهم في وضعه، فالمؤمن البحري يصبح ملزما بفضل حلوله محل المرسل إليه، ويمكن تصور ذلك في الحالة التي تخلوا بوليصة التأمين من هذا الشرط، لكن هل وجود شرط التحكيم في عقد التأمين يعد مبرر لنقل أثره إلى غير أطرافه؟ .

نعالج المسألة من خلال إستعراض الوضعيات القانونية التي يفترض بموجبها تنفيذ شرط التحكيم في مواجهة أطراف أجنبان عن الشرط، ومن تلك الوضعيات نجد الإشتراط لمصلحة الغير وحالة حوالة الحق أو الدين موضوع العقد .

### 1 . الوضعيات القانونية لتطبيق مبدأ نسبية آثار إتفاق التحكيم

الأصل أن إتفاق التحكيم لا يلزم غير أطرافه، إلا أنه إستثناءا أجاز المشرع أن يرتب إتفاق التحكيم حقوق أو إلتزامات لغير أطرافه، وتتخذ عدة أشكال سنقتصر على تلك التي يعمل بها في المنازعات المتعلقة بالتأمين البحري على الخصوص .

#### 1.1 . الإشتراط لمصلحة الغير

يكسب الإشتراط لمصلحة الغير للمستفيد حقا ولا يفرض عليه إلتزام، ولذلك أقر القضاء الفرنسي بأن إتفاق التحكيم لا يكون الإشتراط فيه جائز ونافذ في حق المستفيد إلا إذا قبله، ومن ثم فإن المشتراط لمصلحته يمكنه الإسفاة من شرط التحكيم دون أن يلتزم به<sup>1</sup>، غير أن المحكمة العليا (الغرفة المدنية الأولى) قضت في الحكم الصادر بتاريخ 2006/07/11 بأنه "يجوز الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في العقد الملزم للطرف المتعهد تجاه الطرف الثالث المستفيد من الإشتراط لمصلحة الغير أو ضده"<sup>2</sup>.

#### 2.1 . حوالة الحق

ينتقل إلى المحيل إليه حقوق المحيل الثابتة في العقد الذي يتضمن إتفاق التحكيم فينشأ له حق التمسك به إتجاه المحال عليه، ويترتب عن ذلك حالة الإستبدال الإرادي للخصوم

<sup>1</sup>. مصطفى محمد الجمال ، عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 487.

<sup>2</sup>- cass. 1ere civ. 11 /07/2006, Bul. Civ.1, N° 368

(substitution volontaire des parties)، إذ أن الحوالة تنطبق عليها أحكام إدخال الضامن جبرا في خصومة التحكيم من الأطراف الأصليين في العقد.

يسري على شركة التأمين ما يسري على المرسل إليه والتي آلت إليها حقوقه ودعواه ضد الناقل مما يمكنها الرجوع على هذا الأخير إستنادا على حوالة الحق بما تتضمن من ودفع فتكون الشركة المحال إليها ملتزمة بشرط التحكيم المدرج في العقد، ومن ثم ينشأ للطرف الآخر حق اللجوء إلى التحكيم في مواجهته<sup>1</sup>.

هذا ما قضى به الحكم المؤرخ في 4/10/1982 الصادر عن المحكمة الفيديرالية لقطاع جزر سان توماس وسان جورج بأن إتفاق التحكيم يمتد إلى شركة التأمين المحيل إليها الحقوق المتعلقة بمطالبة المتسبب في حريق السفينة<sup>2</sup>.

وفي هذا الصدد قضت محكمة إستئناف باريس في الحكم الصادر بتاريخ 13/11/1992<sup>3</sup> بأن شرط التحكيم ينتقل بموجب الأثر الناقل للحلول إلى شركة التأمين حقوق ودعاوى المؤمن له مع ديونه وحقوقه بأوصافه التي ينطوي عليها دون تحديد<sup>4</sup>.

ولا يختلف عن ذلك ما قرره المحكمة العليا في القرار الصادر عن الغرفة التجارية والبحرية بأن "شركة التأمين تحل محل المرسل إليه الذي يحيل إليها حقوقه ودعواه قبل الناقل إستنادا على حوالة الحق"، لكنها إشتطرت لقبول مطالبتها إثبات صفتها بتقديم عقد الحلول<sup>5</sup>.

هذا ما أكدت عليه في قرار آخر بأنه "حيث أنه لا يمكن للشركة الجزائرية لتأمينات النقل أن تحل محل المؤمن له المرسل إليه-شركة سيدار- وترفع دعوى ضد الناقل البحري مؤسسة

---

<sup>1</sup> راجع المادة 243 من ق م ح التي نصت "تشمل حوالة الحق ضماناته كالكفالة والإمياز والرهن، ورهن الحياة، كما تشمل ما حل من أفساط".

<sup>2</sup> قرار رقم 15.119 منشور في مجموعة GATA مشار إليه من سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية مرجع سابق، ص 338.

<sup>3</sup> وبنفس المضمون قضت محكمة إستئناف باريس في الحكم الصادر في 28/01/1988.

<sup>4</sup> منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 127، 129.

<sup>5</sup> يعتبر عقد الحلول سند قانوني لإثبات صفة المؤمن في دعوى قضائية أو تحكيمية ضد الناقل الذي يحل محل المرسل إليه (المؤمن له) .

(س.د) للحصول على تعويضات الخسائر اللاحقة بالبضائع المنقولة، إلا بعد تقديم عقد حلول يثبت أن المؤمن دفع تعويضا للمؤمن له<sup>1</sup>.

هذا ما فصلت به أيضا محكمة الإسكندرية الابتدائية في القضية القائمة بين شركة الشرق للتأمين ضد شركة الإسكندرية للملاحة وكيلا عن الباخرة "إيرنار" حول التعويض والفوائد المستحقة لها عن العجز في الرسالة المشحونة المتمثلة في قطاع غيار من ليفربول إلى ميناء الإسكندرية على متن الباخرة إستنادا إلى حوالة الحق المتحصل عليها من الشركة المستوردة بصفتها المرسل إليه، فدفعت المدعى عليها بعدم قبول الدعوى لإنعدام الصفة، وعند فحص الوثائق تبين أن المدعية لم تقدم حوالة الحق لإثبات صفتها في الدعوى، ذلك أن شركة التأمين يجوز لها الرجوع على المسؤول عن الخطأ إستنادا إلى حوالة الحق<sup>2</sup>، لهذا قضت المحكمة في حكم مماثل بعدم قبول الدعوى لإنعدام الصفة<sup>3</sup>.

وهكذا إستقر القضاء المصري على أنه وباستثناء النائب أو الوكيل إذا إستخلف الأصيل لإبرام إتفاق التحكيم وتصرف بإعتباره أصيلا صح إعتباره طرفا فيه، كما هو الحال بالنسبة لإتفاق التحكيم في سند الشحن المحال إليه في عقد الإيجار، فإن المرسل إليه يعتبر طرف ذا شأن في السند يتكافأ في مركزه بالنسبة للسند مع الشاحن<sup>4</sup>.

غير أن الفقه يرى أن الأمر مختلف بالنسبة للموكل في عقد الوكالة والشخص المعنوي والمدين المتضامن وإن لم يكونوا طرفا في إتفاق التحكيم إلا أنه يسري في مواجهتهم<sup>5</sup>، لذلك فإن العلاقة التي تربط العقد بشرط التحكيم هي التي تبرر إمتداد شرط التحكيم إلى طرف ثالث، فإذا قام هذا الأخير بإبرام معاملة تتضمن شرط تحكيم جاز له إحالة منازعاتها إلى شريك المتعاقد وبهذا ينتقل شرط التحكيم بإنتقال الدعوى أو ملحق بها.

<sup>1</sup> القرار رقم 138267 الصادر بتاريخ 1996/02/27 عن الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا، الإجتهد القضائي للغرفة التجارية والبحرية، المجلة القضائية، عدد خاص، 1999.

<sup>2</sup> راجع قرار محكمة النقض المصرية رقم 218 لسنة 27 ق السنة 13، ع 3، ص 1166.

<sup>3</sup> أحمد محمود خليل، مرجع سابق، ص 593، 595، 596.

<sup>4</sup> قرار محكمة النقض المصرية في الطعن رقم 51 لسنة 36، جلسة 1970/04/14. أحمد محمود حسني

قضاء النقض البحري، منشأة المعارف، ط 4، الإسكندرية، 2007، ص 191.

<sup>5</sup> فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 226، 231.

## 2 . مبدأ الأثر النسبي لإتفاق التحكيم من حيث الموضوع

ونحن بصدد بحث نطاق إتفاق التحكيم من حيث الاشخاص فيما يتعلق بالشركات التجارية نتصادف ببعض الوضعيات القانونية التي تثير إشكال نفاذ اتفاق التحكيم على الغير، وتتمثل في ظاهرة العقود المركبة والعقود المتتالية وهي متداولة كثيرا في مجال النشاط البحري.

فإذا أجاز القانون أن ينتقل التأمين البحري بمجرد التصرف بالشيء المؤمن عليه وينتقل معه جميع الحقوق والإلتزامات المترتبة عليه وشروطه وإستثناءاته إلى المتصرف له<sup>1</sup>، فهل هذا يعني إنتقال شرط التحكيم أيضا؟.

قررت محكمة النقض المصرية بأن إندماج الشركة في شركة أخرى مؤداه زوال شخصية الشركة المندمجة وخلافة الشركة الدامجة لها خلافة عامة فيما لها من حقوق وما عليها من إلتزامات، وتكون الشركة وحدها هي الجهة التي تختصم بشأن الحقوق والإلتزامات، لأن الشركة المندمجة التي لا زالت شخصيتها تنقضي بالإندماج، كذلك بالنسبة للخلف الخاص<sup>2</sup> فتمتد إليهم آثار إتفاق التحكيم<sup>3</sup>.

**1-2 - العقود المركبة:** ويطلق عليها أيضا المجمع العقدي (groupes de contrat) ومفادها أن يبرم أطراف المعاملة التجارية الواحدة عدة عقود مترابطة ومتكاملة حول ذات الموضوع أو أن تكون متصلة به وتتخذ إحدى الصيغ التالية :

- أن تتزاحم عدة عقود على موضوع واحد، ففي هذه الحالة يطرح إتفاق التحكيم في هذه العقود الإفتراضات التالية :

- أن يتفق الاطراف أثناء إبرام العقود على الإحالة على شرط التحكيم الذي يتضمنه العقد الاصيلي فإن الاختصاص للنظر في المنازعات ينعقد للمحكمة المشار إليها في شرط التحكيم المحال إليه.

<sup>1</sup> راجع المادة 135 من قانون التأمين الجزائري رقم 07/95، والمادة 10-121 من القانون التأمينات الفرنسي.

<sup>2</sup> الخلف الخاص هو كل شخص يخلف الأصيل في حق شخصي أو عيني على شيء ناتج عن تصرف قانوني ناقل لمكته، فتنتقل معها الإلتزامات المترتبة عنه بعد إبرام العقد، ويشترط لنفاذها في مواجهة الخلف الخاص علمه بها لحظة إبرام العقد وإنتقالها إليه وكانت من مستلزمات الشيء محل العقد.

<sup>3</sup> . ناصر ناجي محمد جمعان، مرجع سابق، ص 240 - 241.

- فإذا استقلت العقود عن بعضها البعض من حيث موضوعها فإن محكمة التحكيم التي يعينها شرط التحكيم لكل عقد على حدى هي التي تختص للنظر في المنازعات المتفق عليها في الشرط لذا فالأحرى أن ينعقد الإختصاص لمحكمة تحكيم واحدة ولا جدوى من تعدد المحاكم تجنبا لصدور أحكام متعارضة مع شرط الموافقة الصريحة من الخصوم على ذلك .

أما إذا كانت العقود مترابطة والمحكم التي وقع الإختيار عليها لتسويتها متعددة فمن الأجر ضم الدعاوى متى سمح القانون بذلك، وهذا الإجراء يعمل به في هولندا<sup>1</sup>.

. إذا وجدت عدة عقود تنصب على معاملة تجارية بحرية واحدة، إلا أن البعض منها خلى من شرط التحكيم فعلى المحكم في هذه الحالة حسب ما إستقر عليه القضاء الفرنسي أنه لا بد من تقصي إرادة الأطراف ما إن كانت تهدف إلى إحالة المنازعات التي نشأت عن العقود الخالية من هذا الشرط على شرط تحكيم يتضمنه أحد العقود التي يرتبط بها العقد محل المنازعة، وبهد فإن ذلك الشرط يمتد إلى باقي المنازعات الناشئة عن تلك العقود.

## 2.2 - العقود المتتالية

يقصد بالعقود المتتالية تلك العقود التي نشأت بعد العقد الأصلي إلا أنها من طبيعة واحدة فإذا خلت بعض تلك العقود من شرط التحكيم وحدث بشأنها نزاع فإن القضاء الفرنسي قد أجاز إمتداد شرط التحكيم في العقد الأصلي، ويشترط موافقة الأطراف ولو ضمنيا على أعمال شرط التحكيم إستنادا إلى إعتيادهم على التعامل به بشكل آلي ومستمر وثابت ودائم<sup>2</sup>.

ويمكن أن نتصور إمتداد شرط التحكيم في عقد التأمين البحري على هذا النحو بالنسبة للتأمين بالوثيقة المفتوحة وتتضمن شرط التحكيم، فإن هذا الشرط يعتبر ساريا بمجرد تجديد العقد، ويمكن في هذه الحالة الموافقة الصريحة على شرط التحكيم، وغالبا ما يتم ذلك عن طريق وسائل الإتصال الإلكترونية لتعذر إجتماع أطراف العقد في مجلس واحد، لأن المؤمن له عادة ما يكون في هذه الحالة في دولة غير الدولة مقر المؤمن (شركة التأمين أو إعادة التأمين أو نوادي الحماية والتعويض)، إضافة الى ذلك فإن عقد التأمين عقد إذعان تحرر بوليصة المؤمن منفردا دون مشاركة المؤمن له في وضع بنودها، إنما تقتصر مهمته في التوقيع على العقد بعد قبوله

1- TURGNE Franck, op.cit, 185.

<sup>2</sup> عبد الحميد الاحدب، موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص 226.

بشروطه مما يعني أن المؤمن له في وثيقة التأمين المفتوحة يفترض أنه عالما بالشروط المعدة في النموذج حسب نوع التأمين.

ومن جهة أخرى فإن العلاقة بين الشركات التجارية قد تتخذ شكل مجمع مع الاحتفاظ بالشخصية المعنوية والإستقلال المالي، فإن غرفة التجارة الدولية في جنيف عام 1990 أقرت بأن إندماج عدة شركات مساهمة إلى شركة تعتبر مركز الثقل في العلاقة التعاقدية التي تربطها بتلك الشركات كما هو الشأن بالنسبة للشركة القابضة والشركات التابعة فذلك يؤدي إلى عدم إستقلالها وبالتالي فإن شرط التحكيم الذي توقعه إحداها تلتزم به باقي الشركات، غير أن الإجتهد التحكيمي قد أقر بأن قبول الإحتجاج بشرط التحكيم على هذا النحو متروك للسلطة التقديرية للقاضي في الإقرار بمدى الترابط بين هذه الشركات<sup>1</sup>.

### 3.2 . تجديد العقد

إذا كان تجديد العقد صريح فإن شرط التحكيم يشترط أن يكون صريح، أما إذا كان هذا التجديد ضمنيا فإن شرط التحكيم ينتقل ضمنيا إلى العقد الأصلي، فتمتد آثار إتفاق التحكيم إلى المنازعات الناشئة عن العقد الجديد، وإشترطت محكمة النقض الإيطالية أن التحكيم بشأن العقد الجديد يشمل فقط المسائل التي تضمنها إتفاق التحكيم في العقد الأصلي ولا يمتد إلى غيرها<sup>2</sup> فإذا كان العقد الأول متعلق بتغطية شركة التأمين للمخاطر التي تتعرض لها الشركة المالكة للسفينة، فإن إتفاق التحكيم الذي يتضمنه لا يمتد إلى المسائل المتعلقة بعلاقة العمل في العقد الجديد<sup>3</sup>.

يتميز التحكيم في منازعات التأمين البحري بطابعها الخاص الدولي، البحري والتجاري، وما يجعل هذه المنازعات أكثر تميزًا الطابع الإذعاني لعقد التأمين البحري الذي يفرض على محكمة التحكيم مراعاته أثناء الفصل أو المحاكم العادية من خلال الرقابة على شرط التحكيم الذي يندرج ضمن هذه العقود، ويترتب على إتفاق التحكيم آثار إيجابية وسلبية يتجسد من خلالها

1. عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص 210، 211، 212.

2. الأنصاري حسن النيداني، الأثر النسبي لإتفاق التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 31.

3. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، إتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 264.

مبدأ إستقلاله عن العقد وإستئثار المحكم بإختصاصه للفصل في المنازعات المتفق إحالتها إليه هذا ما يستلزم وضع آليات قانونية لتسويتها.



## الفصل الثاني

آليات تجسيد دور التحكيم  
الدولي في تسوية منازعات  
التأمين البحري

يعتبر المحكم قاض خاص يعتمد في أداء دوره لتسوية المنازعات على نظام تحكيم تخضع له خصومة التحكيم في جانبيها الإجرائي والموضوعي، هذا النظام مصدره إما إتفاق التحكيم أو ما تراضى عليه الطرفان من قواعد تتعلق بسير الخصومة عبر كامل مراحلها، أو أن يضعه المحكم من تلقاء نفسه في حالة غياب الإتفاق على قانون محدد متحررا من قانون مكان التحكيم وسبيله في ذلك الصلة التي تربط النزاع بالقانون المهتدى إلى تطبيقه، إلا أن حرية إختيار القانون المطبق على الإجراءات أو موضوع النزاع بالنسبة لطرفي إتفاق التحكيم أو المحكيمين ولو كان التحكيم بالصلح غير مطلقة إنما مقيدة بضوابط النظام العام ومبادئ العدالة، وما يميز نظام التحكيم أن إجراءاته تختلف عن إجراءات النظام القضائي (المبحث الأول)، وبحكم أن المحكم قاض خاص يستمد صلاحيته من إتفاق الأطراف فإنه غير مقيد بالنظام القضائي بل هو إلزام يقع على عاتقه، إلا أن ذلك لا يسمح له بمجافاة المبادئ الجوهرية للنقاضي منها مبدأ حق الدفاع والمساواة ومبدأ الإختصاص بالإختصاص التي إستقرت كمبادئ في نظام التحكيم (المبحث ثاني).

وبهذا تظهر لنا الإشكالية حول ما مدى وجود وسائل قانونية كفيلة بحفظ حقوق الأطراف المتنازعة عن طريق التحكيم في ظل سيادة مبدأ سلطان الإرادة وإستبعاد النظام القضائي الذي يتميز بقوة الجبر؟ .

### المبحث الأول : إستقلال إجراءات التحكيم عن قانون مكان التحكيم

ينتج عن الطبيعة الدولية لمنازعة التأمين البحري تنازع القوانين التي تحكم العلاقة بين الأطراف المتعاقدة، ولذلك فإن اللجوء إلى التحكيم يعد بمثابة الحل الذي يخلص من مشكل التنازع، فالمحكم يتولى ذلك إستنادا إلى القانون المختار، فأعطى المشرع للأطراف مطلق الحرية في إخضاع خصومة التحكيم لقواعد إجرائية، فطرح خيارات متعددة، وذلك لتقادي خضوعهم لقانون مجهل مضمونه، ويستوي في ذلك إن كانت قواعد مادية مباشرة أو قوانين (المطلب الأول)، إلا أن هذه الحرية ليست مطلقة، وإنما يجب على طرفي إتفاق التحكيم مراعاة قواعد النظام العام لدولة مكان التنفيذ ضمانا لتنفيذ الحكم (المطلب الثاني).

وفي هذا الصدد نتساءل عن مدى صحة موقف المشرع وتوفيقه في ترك العنان لإرادة الأطراف في إملاء قواعد الإجراءات على المحكم وما قد ينتج عنه من تجاوزات من شأنها إهدار قواعد النظام العام الإجرائي؟.

### المطلب الأول : الإختيار الإرادي للقواعد الإجرائية

لقد خول المشرع لطرفي إتفاق التحكيم إختيار الإجراءات اللازمة لسير العملية التحكيمية (الفرع الأول)، أو بالإحالة إلى قانون الدولة أو نظام التحكيم، هذا ما أجمعت عليه قوانين التحكيم الوطنية والدولية أويتحررا إطلاقا من الإجراءات بالنسبة للتحكيم بالصلح مالم يتفقا على غير ذلك (الفرع الثاني).

### الفرع الأول - الإتفاق على تطبيق قواعد مادية مباشرة

يتفق الأطراف على تطبيق قواعد إجرائية معينة يسير عليها المحكم أثناء سير خصومة التحكيم دون عناء البحث عن أي نص قانوني يمكن أن يوقعه في إشكال قاعدة تنازع القوانين.

### أولا - موقف القانون الوطني من إرادة الأطراف في إختيار قواعد مادية

يجيز المشرع الجزائري للأطراف وضع قواعد يستند عليها المحكم للسير في خصومة التحكيم أو الإحالة على نظام تحكيم مؤسسي<sup>1</sup>، ولا شك أن هذه القواعد تتناسب مع نوع المنازعة محل خصومة التحكيم وتخدم مصالح طرفي النزاع، فقد يتضمن شرط التحكيم قواعد تتعلق بالإجراء تقيّد المحكم في إدارة خصومة التحكيم أو أن يتم ذلك في إتفاق مستقل<sup>2</sup>.

### ثانيا - موقف القوانين والإتفاقيات الدولية للتحكيم التجاري

كرست القواعد المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي مبدأ حرية الأطراف في إختيار القواعد

<sup>1</sup> نصت المادة 1043 من ق.إ.م.إ.ج بقولها "يمكن أن تضبط في إتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو بالإستناد إلى نظام تحكيم"، وتقابلها نص المادة 25 من قانون التحكيم المصري "لطرفي التحكيم الإتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها".

<sup>2</sup> فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 166.

التي تسري على الإجراءات، نلمس ذلك من خلال ما لوح به بروتوكول جنيف 1923 في المادة الثانية ويطبق على ذلك قانون مقر التحكيم<sup>1</sup>.

وأدرجت إتفاقية نيويورك 1958 مخالفة المحكم للقواعد التي إتفق الأطراف تطبيقها على الإجراءات وعدم إعتداده بقانون مكان التحكيم من حالات رفض التنفيذ (المادة 1/5-د)، إلا إذا كان الإتفاق منعدم<sup>2</sup>.

أما الإتفاقية الأوروبية للتحكيم لعام 1961 فقد تضمنت نصا مباشرا وواضحا حول مبدأ حرية الأطراف في إختيار القواعد التي يسير المحكم على هداها في مباشرة إجراءات التحكيم وأنه من الجائز أيضا أن يتضمن إتفاق التحكيم تحديد نوع التحكيم كالإحالة على لائحة إحدى مؤسسات التحكيم<sup>3</sup>، وفي هذا الشأن فإن المادة 11 من قواعد غرفة التجارة الدولية قد سلطت الضوء على قواعدها في المقام الأول إستنادا إلى رغبة الأطراف، فإذا خلت من النص على قاعدة محددة يلجأ إلى إتفاق الأطراف فإذا إنعدم ذلك الإتفاق فإنها تخول المهمة للمحكم .

وما أفصح عنه القانون النموذجي للأمم المتحدة (الأونسترال) عن حرية الأطراف في إختيار قواعد سير التحكيم لا يحتاج إلى أي تأويل<sup>4</sup>.

وميزت إتفاقية جنيف 1961 بين التحكيم الحر والمؤسسي عند إخضاعه للقواعد الإجرائية إذ يمكن للأطراف الإتفاق على قواعد محددة أو يتولى المحكم ذلك في حالة صمت الأطراف هؤلاء يمتلكون في التحكيم الحر آفاق واسعة في إختيار القواعد التي تطبق على الإجراءات أو تعديلها وإن كان ذلك يتم بعد تعيين المحكمين، أما في التحكيم المؤسسي فتطبق القواعد

---

<sup>1</sup>- رغم أن النص ذكر قانون الإرادة وقانون مكان التحكيم لتطبيقه على الإجراءات إلا أن الفقه درج إلى تغليب القانون المتفق عليه بين الأطراف ويبقى الثاني في الإحتياط . وفاء مزيد فلحوط، النظام القانوني الواجب التطبيق في إطار التحكيم التجاري الدولي، المؤتمر السنوي السادس عشر، التحكيم التجاري الدولي جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية القانون، ص 554.

<sup>2</sup>- فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 166

<sup>3</sup>- نصت على ذلك المادة 4 من الإتفاقية الأوروبية للتحكيم لعام 1961.

<sup>4</sup> المادة 1/19 بقوله "مع مراعاة أحكام هذا القانون يكون للطرفين حرية الإتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم إتباعها أثناء السير في التحكيم" .

الإجرائية في نظام المؤسسة المحال إليها النزاع<sup>1</sup>.

جاء بذلك نظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي<sup>2</sup>، ويقوم الأطراف بذلك إما شخصياً أو بمساعدة مختصين وخبراء من محامين أو مستشارين، لأن إنتقاء الإجراءات تعد مرحلة مهمة لما لها من تأثير على عملية التحكيم يظهر ذلك من خلال الحكم كثرمة للتحكيم، فمثلاً إجراء تعيين المحكم المرجح أو محكمة التحكيم يتوقف على تحديد كيفية الإختيار وضوابطه وخاصة المحكم المرجح لأن رأيه فاصلاً في النزاع بقدر من الحيطة والخبرة<sup>3</sup>.

هذا وقد صدر عن الرابطة المهنية لشركات التأمين (AGI) في المملكة المتحدة بيانين تخضع لهما الشروط المراد إدراجها في وثائق التأمين، فإذا تبنت شركة التأمين البيان فلا مانع من تطبيقه على نزاع دولي كعنصر في العقد أو كقاعدة مادية ضمنية، نص كل بيان على أنه إذا نشأ نزاع بين المؤمن وحامل بوليصة التأمين يمكن التمسك بالأحكام المتعلقة بإجراءات التحكيم عنها في إجراءات التقاضي بما يخدم مصلحة المؤمن له فيما يتعلق بالمسألة التي يتم تسويتها إستناد إلى البيان، فلا يسري تطبيقها إلا على حامل وثائق التأمين المقيم في المملكة المتحدة بصفته من أشخاص القانون الخاص أو شخص طبيعي مرتبط بعقد تأمين بمدة طويلة بإستثناء العقود التي تغطي المخاطر المهنية المبرمة مع الشركات<sup>4</sup>.

إذن فتبقى إرادة الطرفين هي العصب الذي يشد التحكيم في كل مجرياته، يجب على

المحكم أو محكمة التحكيم أن ترضخ لها في كل الأحوال<sup>5</sup>، إلا أن ما يستوقفنا في هذا المقام هل للإرادة دور مطلق غير مكتسب بأي قيد أثناء إختيار القانون الذي يطبق على خصومة التحكيم؟.

<sup>1</sup>- وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص 560.

<sup>2</sup>- نصت المادة 1/14 من اللائحة على أنه "يمكن للأطراف الإتفاق على سير الإجراءات التحكيمية ويشجعون على القيام بذلك .

<sup>3</sup>- تشمل الإجراءات المتفق عليها أيضاً مدة التحكيم، اللغة المستعملة، كيفية تقديم طلب التحكيم وتبادل الوثائق والمذكرات ومواعيد إيداعها وكيفيات ضمان السرية وسرعة الفصل في النزاع . مصطفى محمد الجمال عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 220 .

4 - le contrat international d'assurance face aux regles de police et a l'ordre public international, op .cit p 53

<sup>5</sup>- محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 229

### الفرع الثاني: الإتفاق على إختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات

تعد الإحالة وسيلة قانونية أتاحتها المشرع للأطراف أو للمحكيمين لإختيار القانون الواجب التطبيق، والقواعد المحال إليها إما أن تكون قانون دولة أو قانون دولي أو لائحة من لوائح تحكيم مركز أو منظمة تحكيم المنتشرة في العالم، واللجوء إلى هذه الآلية يجنب العديد من المشاكل التي تنجم عن نقص الخبرة والكفاءة سيما في مجال التأمين البحري الذي يتميز بالتقنية والفنية ولهذا إذا كان التحكيم بالإحالة إلى مؤسسة تحكيم في الغالب يكون من أجل الإحتكام أمام أشخاص مؤهلين لإمتلاكهم الخبرة المتحصل عليها إثر ممارسة النشاط وإطلاعهم على القوانين .

#### أولا . الإحالة إلى قانون وطني

الأصل في التحكيم أن لطرفي النزاع إختيار قانون إجرائي وطني لدولة ما متى تعلق النزاع بمسألة تجارية دولية لأن التحكيم في هذه الحالة يتعلق بأكثر من نظام قانوني، وقد نصت المادة 1/1043 " كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في إتفاقية التحكيم"<sup>1</sup>، وأخضع المشرع (المادة 25) التحكيم الذي يجري في مصر وإن كان دوليا ومهما كان نوع النزاع تجاري مدني، إداري للقانون المصري، أما إذا كان التحكيم يجري في الخارج فيحوز للأطراف الإتفاق على تطبيق قانون معين وطني أو أجنبي<sup>2</sup>.

نستنتج أن المشرع الجزائري قد ترك أمر تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات بالدرجة الأولى من الإختيار المحض للطرفين، فقد خلى من النص على الأخذ بضابط مكان التحكيم لتطبيق قانون محدد، وقد إنتهج في ذلك مسلك المشرع الفرنسي في المادة 1509 من المرسوم 2011/48<sup>3</sup>، على خلاف المشرع المصري الذي قيد حريتهم في ذلك على أن لا تخرج من نطاق سيادة قانون القاضي أو المحكم على منهج التقليديين، وهو ما يتجافى مع مبدأ حرية

<sup>1</sup> المادة 1/ 1043 من قانون الإجراءات الممدنية والإدارية رقم 09/08 .

<sup>2</sup> أحمد محمود عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم دراسة مقارنة، ط2 ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 292 ، 293،

<sup>3</sup> أبقى المشرع الفرنسي على محتوى المادة 1494 من قانون المرافعات القديم التي تنص "بجوز أن يحدد إتفاق التحكيم مباشرة أو عن طريق الإشارة إلى نظام تحكيمي الإجراءات الواجب إتباعها في دعوى التحكيم ويجوز أيضا إخضاع هذه لدعوى إلى قانون إجراءات معين يحدده إتفاق التحكيم ...".  
-MOSTAFA TRARI TANI , op.cit, p 124.

الأطراف التي هي عماد كل تحكيم، عملاً باتفاقية نيويورك طبقاً للفقرة (ب - د) من المادة 05 ونظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية من خلال المادة 15 التي منحت الأهمية لقانون دولة مكان التحكيم كضابط إحتياطي في غياب إتفاق الأطراف في إختيار قواعد إجراءات التحكيم<sup>1</sup>.

ويرى التناقض الذي طرحته المادة 28 من قانون التحكيم المصري من وجهتين :

**الوجهة الأولى** . النظر إلى قواعد التحكيم الدولي على أنها قواعد مكملة يلجأ إليها لسد العجز الذي يشوب إتفاقية التحكيم أو القانون الوطني من إجراءات لازمة لضمان سير خصومة التحكيم وملائمة القانون المختار لظروف الطرفين، وبالتالي فلا مانع من تطبيق القانون الأجنبي المتصل بالنزاع إذا إختاره الأطراف .

**الوجهة الثانية:** أن هذه القواعد مستنسخة من أحكام قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي جعل حرية الأطراف في مصاف الأولويات في إختيار القواعد الإجرائية التي يطبقها المحكم على النزاع، ويستوي أن تكون هذه القواعد وطنية أو دولية دون الإعتبار لمكان التحكيم إن كان في الداخل أو في الخارج<sup>2</sup>، هذا ما سنتطرق له في طرق دور المحكم في إختيار القانون المطبق على الإجراءات.

### ثانياً . الإحالة إلى نظام تحكيم دولي

عمدت الدول إلى تنظيم فروع أنشطتها التجارية عن طريق عقد إتفاقيات ثنائية ومتعددة الأطراف، ونظراً للطابع التجاري لها القائم على السرعة والإتئمان، فإن تلك الإتفاقيات غالباً ما تتضمن نصوص تحيل المنازعات الناشئة عن ممارسة تلك الأنشطة على التحكيم، والأرجح أن تلجأ إلى التحكيم المؤسسي سواء كان مركز أو منظمة أو هيئة تحكيم لتسويتها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> ركزت المادة 25 من قانون التحكيم على إرادة الطرفين في إختيار لوائح مراكز ومنظمات التحكيم الدولية أو الإقليمية، إلا أن ذلك لم يكن بالقدر الكافي لأن القواعد الإجرائية لم تكن هي المقصودة بذاتها ولم يغير المشرع الوضع من خلال المادة 28 من ذات القانون لما إكتفى فقط بالتلميح على الإفراج عن حرية الأطراف بطريقة غير مباشرة تستنتج بمفهوم المخالفة لنص 28 بقولها " لطرفي النزاع الإتفاق على مكان التحكيم في مصر أو خارجها" . محمد الجمال عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 224.

<sup>2</sup> مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 225.

<sup>3</sup> ممدوح الطنطاوي، التوفيق والتحكيم ولجان فض المنازعات، ط 1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص 107.

ولهذا نشأت مؤسسات تحكيم ووضعت تحت تصرف الأطراف المتنازعة لتسوية منازعاتهم نذكر منها الغرفة التجارية الدولية في باريس (ICC)<sup>1</sup>، جمعية التحكيم الأمريكية (A.A.A) المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في لندن (ICIA) المركز الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي في القاهرة وغيرهم<sup>2</sup>.

هذه المراكز إما أن تقوم بإدارة التحكيم أو تتولى الفصل المباشر في النزاع إستنادا إلى قواعدها الخاصة، وهو ما تؤكد لوائح مراكز ومنظمات التحكيم التي تجمع على منح حق الأفضلية لقواعدها في تطبيقها على النزاع موضوع إتفاق التحكيم قبل أي خيار آخر وإن كان من بين تلك الخيارات مصدره إرادة الأطراف طالما أن إتفاقهم على إحالة النزاع على مؤسسة تحكيم كان قاطعا ونهائيا لا تشوبه شائبة<sup>3</sup>.

هذا ما قضت به محكمة إستئناف باريس بقولها "بالنسبة لشرط التحكيم الذي يمنح الإختصاص لغرفة التجارة الدولية فإن نظام هذه الهيئة هو بالضرورة الساري وقت إجراءات التحكيم"<sup>4</sup>.

غير أن وجه المفارقة تبدوا في أن النص الأخير الذي جعل الإرادة هي مركز الثقل وإن كان التحكيم معهود به إلى نظام هذا المركز<sup>5</sup>.

وفي هذا المقام لا تختلف قواعد التوفيق والتحكيم والخبرة للغرف التجارية العربية الأوروبية عن سالفتها في الإقرار بتسبيق العمل بقواعدها<sup>6</sup>، فإذا شابها نقص إتجا المحكمون على مستوى

<sup>1</sup>. دخل نظام غرفة التجارة الدولية حيز التطبيق ابتداء من تاريخ 1998/01/01.

<sup>2</sup>. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 268.

<sup>3</sup>. راجع المادة 1/8 من نظام غرفة التجارة الدولية بقولها "إذا إتفق الأطراف على اللجوء إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية فإنها تخضع لهذا النظام" وأضافت المادة 1/15 مايلي "تخضع الإجراءات أمام محكمة التحكيم لهذا النظام، وفي حال إغفاله يخضع سير الإجراءات للقواعد التي يحددها الأطراف...".

<sup>4</sup>. منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص 127.

<sup>5</sup>. وفاء مزيد فلحوط، مرجع سابق، ص 560.

<sup>6</sup>. نصت على ذلك المادة 1/23 "تطبق على إجراءات التحكيم القواعد الواردة في هذا النظام إن وجدت، وإلا فالقواعد التي إختارها الأطراف صراحة، وإن لم يحصل مثل هذا الإختيار فيطبق القواعد التي يرى المحكم أنها الأكثر ملائمة للوصول إلى حل سريع وإقتصادي ونهائي للنزاع".

هذه الغرف بتطبيق قواعد القانون المختار بشأن الإجراء المتخذ، وإلا فإن المحكم يوظف سلطاته في إدارة النزاع كخيار أخير مراعيًا في ذلك أواصر الصلة بالنزاع<sup>1</sup>.

ويستصاغ من ذلك أنه يعتمد على هذه القواعد بصفة أصلية عند عدم سبق الإتفاق أو أن تكون تلك القواعد مكملة إذا كان الإتفاق قاصر، ويلجأ إلى هذه المراكز أو المنظمات لما تتضمنه لوائحها من إجراءات تتعلق بالتحكيم معترف بها دوليًا، وفي كل المجالات تتميز بالسرعة كقواعد الأونيسترال التي تطبقها المراكز الدولية للتحكيم منها مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم ومحكمة لندن الدولية للتحكيم، إضافة إلى أنها تحترم المبادئ الأساسية كمبدأ المساواة بين الخصوم بغض النظر عن مراكزهم ومستوياتها سواء كانوا دولًا أو شركات<sup>2</sup>.

ولما كانت مراكز التحكيم المشار إليها آفا تطبق قواعد القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، فإن الإتفاق على الإحتكام أمامها في المسائل المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي ماعدا ما يبيده الأطراف من تحفظ أو إتفاقهم على بعض القواعد المعدلة، يعني ذلك موافقتهم على تطبيق قواعد الأونيسيرال فهي متحررة من مبدأ إقليمية القوانين المتميزة بالنمطية والتنازع فيما بينها<sup>3</sup>.

هذا ولم يبق النشاط الإقتصادي على عمومه مرخص التحكيم في منازعاته، وإنما ضيق المشرع الدولي الدائرة لتشمل العقود ومنها التجارية كعقد التوريد المذكور سابقًا، وهذا مواكبة لإنتشار ظاهرة العقود النموذجية الدولية وإمكانية أن تتضمن شرط تحكيم تساق من خلاله المنازعات المترتبة عنها إلى قواعد التحكيم منها تلك الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 أو قواعد التحكيم التي وضعتها اللجنة الاقتصادية الأوروبية التابعة للأمم المتحدة لسنة 1966 والتي حررت وفقا لشروطها العامة<sup>4</sup>.

وفي هذا المجال نصت المادة 35 من قواعد إتفاقية توريد البضائع بين مؤسسات دول أعضاء الكومنكون لعام 1968 على أن تسوى المنازعات الناشئة عن جميع العقود المتعلقة بتوريد السلع بين دول الأعضاء بطريق التحكيم، ويتم تشكيل هيئة التحكيم للنظر في النزاع في

<sup>1</sup>- فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 170، 171.

<sup>2</sup>- مصطفى محمد الجمال عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 222.

<sup>3</sup>- منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص 126.

<sup>4</sup>- فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 173.

دولة المدعي عليه أو أن يتم الإتفاق على تشكيلها في دولة غير التي ينتمي إليها طرفي النزاع على أن تكون في إحدى دول المجموعة<sup>1</sup>.

يصاغ من نص المادة أن المنازعات الناشئة عن التأمين البضاعة المستوردة غير مستثناة من الإتفاقية، وهذا ما عبر عنه في نص الإتفاقية "المنازعات الناشئة عن جميع العقود المتعلقة بتوريد السلع"، كما أن المبادلات التجارية قد تكون عن طريق البحر مما يخص القول كذلك التأمين البحري الذي عرف تطورا كبيرا في المنطقة الأوربية سيما وأن شرط التحكيم كان معترفا به في عقود التأمين البحري لدى الفرنسيين في الوقت الذي كان المشرع ينكر الإعتراف به في بقية العقود، وعمل الأمريكيون في مرحلة السابقة على تعميم التحكيم في المادة الإستعجالية أين ميزوا بين نوعين من المنازعات البحرية وغير البحرية وخص الأولى بالتحكيم دون الثانية بالنسبة لتوزيع الإختصاص في المادة الإستعجالية بين القاضي والمحكم .

ومن الناحية العملية فقد أنشئ مجمع لندن لمكتبي التأمين الذي يتجلى دوره في وضع شروط عامة وموحدة تبنتها الدول في تشريعاتها، وكان ذلك ناتجا عن حركة إنتقال السلع عن طريق عقد النقل، إلا أن ما يهم المستورد التأمين عليها من أخطار النقل، وبهذا فقد إكتسحت الشروط العامة للعقود الدولية - ومنها شرط التحكيم - العقود التجارة الدولية كالنقل والتأمين وهي في مجملها عقود تنشأ بالتبعية لعقد البيع الدولي<sup>2</sup>.

وأشارت المادة 50 من الشروط الجديدة للسوق الإنجليزي لتأمين أجسام السفن إلى التحكيم لتسوية النزاع بين المؤمن والمؤمن له في حالة فشل التفاوض بين الأطراف حول القواعد الإجرائية، هذا يستلزم مطابقتها مع قواعد الإجراءات المعمول بها في المركز لها فعالية أكثر في تسوية الخلاف<sup>3</sup>.

### المطلب الثاني . تحرر سلطات المحكم على الإجراءات من نظام التقاضي

تتقل مكنة إختيار القواعد الإجرائية للمحكمن إذا عهد لهم الأطراف تلك المهمة في الحالة

<sup>1</sup>- فوزي محمد سامي، المرجع نفسه ، ص 175.

<sup>2</sup>- مأمون عبد العزيز إبراهيم، التجارة والتحكيم الدولي، ط 1، دار الإعصار العلمي، الأردن، 2016، ص 63.

3- TURGNE Franck, op.cit, p 59.

التي تتعارض فيها إرادة الأطراف في الإتفاق على القواعد التي تطبق على الإجراءات إما لعدم الإتفاق الكلي أو بإغفال بعض القواعد الجوهرية اللازمة لسير خصومة التحكيم، ولمجابهة هذا الإعسار يتحتم على محكمة التحكيم الاجتهاد في تطبيق قواعد إجرائية<sup>1</sup>، ويشترط في ذلك إحترام إتفاق الأطراف وحق الدفاع وضمانات التق

### الفرع الأول . تحرر المحكم من القواعد الإجرائية للتقاضي

يتحرر المحكم بمجرد الإتفاق على التحكيم من القانون الإجرائي الذي وضعه المشرع للقاضي وحثه على إحترامه لسير الدعوى القضائية، فيستمد شرعية الإجراءات من إتفاق التحكيم ذاته الذي يتحكم في تحديد سلطات المحكم أو من قانون وطني أو نظام تحكيم<sup>2</sup>. وقد ينقل للمحكم السلطة التقديرية لإختيار القواعد الإجرائية عند إكتفاء الأطراف بإتفاق التحكيم دون أن يحدد النظام الإجرائي المتبع في خصومة التحكيم<sup>3</sup>.

يتأثر دور محكمة التحكيم في إختيار القواعد الإجرائية بنوع التحكيم الدولي سواء كان بالصلح أو بالقانون، ففي النوع الأول يعتق المحكم من أي قانون إنما يطبق قواعد العدالة والإنصاف والمبادئ العامة للقانون، أما بالنسبة للنوع الثاني فإن بعض القوانين تفرض عليه تطبيق قواعد الإجراءات في القانون الداخلي سيما إذا كان التحكيم يجري داخل حدود إقليم الدولة، إلا أن هذا القانون لا يمنع هيئة التحكيم من تطبيق قواعد إجرائية مادية أو بالإحالة على نظام تحكيم أو قانون أجنبي فهي إحتياطية لتغطية النقص الذي شاب القانون المطبق، بينما في التحكيم الدولي الذي يجري في الخارج فسلطة المحكم متحررة من قانون دولة مكان التحكيم لذلك تعتمد محكمة التحكيم في إختيار القانون أو نظام التحكيم من الناحية القانونية على المعيار الشخصي، وتأكيدا لذلك نصت المادة 22 من قواعد اللجنة الاقتصادية الأوربية التابعة للأمم المتحدة على مايلي: "مالم ينص على خلاف ذلك في هذه القواعد للمحكم الحق في تطبيق

<sup>1</sup>. راجع المادة 1043 من ق إ م ج، كذلك المادة 25 من قانون التحكيم التجاري المصري.

<sup>2</sup>. خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص 254.

<sup>3</sup>. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 111.

إجراءات التحكيم بالطريقة التي يراها مناسبة"<sup>1</sup>.

كذلك من الناحية العملية فلا يختلف الأمر عن ذلك فيمكن التمييز بين حالتين:

أولهما - يمكن لهيئة التحكيم وفقا للإتجاهات التشريعية الحديثة إختيار قواعد إجرائية مادية مباشرة من عدة قوانين إجرائية لتطبيقها على مسألة تعترضها أثناء سير خصومة التحكيم لم يسبق تطبيقها على باقي الإجراءات في حالة عدم إتفاق الأطراف على ذلك<sup>2</sup>.

ثانيا- في حالة الإحالة إلى قانون تحكيم دولة ما أو نظام تحكيم منظمة أو مركز تحكيم فوجب عليها أعمال أحد المعايير ومنها أن يكون للقانون المختار صلة بالنزاع موضوع إتفاق التحكيم أو بمكان التحكيم، وعند تعدد القوانين فإن المحكمين يلزمون بتبرير إختيارهم .

فالمشرع الجزائري لم يتطرق إلى إستقلال المحكم عن القانون الإجرائي للتقاضي بنص صريح إنما يفهم ذلك من سياق المادة 1043 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي منحت السلطة التقديرية لمحكمة التحكيم في إختيار قواعد إجراءات التحكيم أو تطبيق قانون معين في حالة إغفال الأطراف عن تحديده.

هذا ما سار على هديه الكثير من المشرعين منهم قانون دولة البحرين وكذا القانون العماني من خلال وضع إجراءات خاصة بخصومة التحكيم<sup>3</sup> على خلاف النهج الفرنسي وأتباعه الذي نص صراحة على مبدأ الفصل بين قانون المطبق على إجراءات التحكيم وقانون القاضي أو قانون مكان التحكيم<sup>4</sup>.

1- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، ج5، مكتبة الثقافة، القاهرة، 1997، ص 260 ، 174.

2- عبد الحميد الأحذب، إجراءات التحكيم، المؤتمر السنوي السادس عشر، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص437

3- نصت المادة 25 " لطرفي التحكيم الإتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم بما في ذلك حقهما في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في سلطنة عمان أو خارجها فإذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة " بينما يتقيد المحكم في التحكيم بالصلح بتطبيق قواعد العالة والإنصاف طبقا للمادة 4/39 من نفس القانون .

4- أيضا قوانين دول الكثير من الدول منها المصري، التونسي، اللبناني، اليمني البحريني، البرتغالي لسنة 1987 الإيطالي كلها حثت إستبعاد القانون الإجرائي لدولة القاضي، نصت المادة 1/212 من القانون التحكيم الإماراتي بقوله "1- يصدر المحكم حكمه غير مقيد بإجراءات المرافعات ماعدا ما نص عليه في هذا الباب

فهذا الضابط لإختبار قانون يحكم سير عملية التحكيم لم يكن عملي بما يواتي هدف التحكيم مما حتم الأمر بتغيير مسلك المحكم في عملية إختياره، هذا ما صوب إليه توجه التشريع الجديد بدءا بقانون الإجراءات المدنية الفرنسي الصادر في 1981 بموجب المادة 1494 وتلته حركة تشريعية في عديد الدول ومنها قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

وعلى الصعيد الدولي فإن قوانين التحكيم الدولي هي الأخرى عملت على ترسيخ المبدأ نصت المادة 2/19 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الأونسترال "2...- فإن لم يكن مثل هذا الإتفاق، كان لهيئة التحكيم مع مراعاة أحكام هذا القانون أن تسيّر في التحكيم بالكيفية التي تراها مناسبة، وتشتمل السلطة المخولة لهيئة التحكيم في تقرير جواز قبول الأدلة المقدمة وصلتها بالموضوع وجدواها وأهميتها<sup>1</sup>.

ويظهر تجسيد المبدأ السابق في إتفاقية نيويورك 1958 من خلال الأسباب التي حددتها لرفض تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي<sup>2</sup>، إلا أن الإستبعاد لا يطال الإجراءات التي تطبق على القضاء الإستعجالي ذات الإختصاص الأصيل فيخضع لقانون بلد القاضي<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني . حدود سلطان الإرادة في إختيار قواعد الإجراءات

إن نطاق سلطان الإرادة رسمته القوانين الدولية وبالأخص ماجاءت به إتفاقية نيويورك 1958 المتعلقة بالإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي من خلال تحديدها لأسباب رفض تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي الواردة في الفقرة (ب) من المادة 1/5، وتعتبر ضوابط يتقيد بها الأطراف في إتفاق التحكيم، وعليه فإن كل إتفاق على عدم الإعلان بتعيين المحكم وإجراءات التحكيم إعلانا صحيحا أو مخالفا للقانون المحال إليه أو عدم تمكين الأطراف من ممارسة حق الدفاع يعد إتفاقا باطلا تستوجب رد طلب تنفيذ حكم التحكيم القائم على ذلك الإتفاق، وقد ركزت

---

والإجراءات الخاصة بدعوة الخصوم وسماع أوجه دفاعهم وتمكينهم من تقديم مستنداتهم ومع ذلك يجوز للخصوم الإتفاق على إجراءات معينة يسير عليها المحكم.

<sup>1</sup>- عبد الحميد الأحذب، إجراءات التحكيم، مرجع سابق، ص 439.

<sup>2</sup>- نصت المادة 5/أ(د) بقولها "2 - أن إجراءات التحكيم مخالفة لما إتفق عليه الأطراف، أو متعارضة مع قانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الإتفاق".

<sup>3</sup>. راجع المادة 1048 من القانون رقم 09/08 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

الإتفاقية على هذه الضوابط على الرغم وجود ضوابط أخرى وإن لم تكن مباشرة إنما سبقت تحت غطاء النظام العام الإجرائي وتشمل جميع الإجراءات المتعلقة بضمانات المحاكمة<sup>1</sup>.

ولمنح تنفيذ حكم التحكيم ضمانات إضافية أقر القضاء بأن تكون مخالفة قواعد الإجراءات جسيمة تؤدي إلى التغيير في نتيجة حكم التحكيم، وبهذا فإن ضمانات إجراءات التحكيم الدولي على ضوء إتفاقية نيويورك مزدوجة تختلف من حيث الآثار<sup>2</sup>.

فإذا كان إختيار القواعد الإجرائية مؤسسا من الناحية القانونية، إلا أن طبيعة التحكيم الدولية قد تجعله يصطدم بحواجز النظام العام سواء كان دوليا أو داخليا تجسدها القواعد الآمرة التي يتضمنها القانون الوطني لدولة مقر التحكيم<sup>3</sup>، فإذا كانت الإجراءات متفق عليها بين الأطراف بشكل مخالف للنظام العام أمكن لمحكمة التحكيم إتخاذ أحد الحلول إما بتوجيههم لتصحيح الإجراء قبل النظر في النزاع كأن يختار المحكمين الأطراف تشكل محكمة التحكيم من عدد زوجي بينما يشترط القانون أن يكون عدد هم وترا أو أن تستبدل القاعدة الإجرائية المخالفة للنظام العام التي تم إختيارها بقاعدة من قواعد النظام العام يفرضه نظام التحكيم أحيل عليه النزاع إحتياطيا ويستوي في ذلك أن يكون منظمة أو مركز تحكيم أو قانون دولة أخرى .

أما إذا أسست محكمة التحكيم حكمها على قاعدة مخالفة للنظام العام من إختيارها أو من إختيار الأطراف دون معارضة، ففي كل الأحوال فإن الحكم الصادر عنها باطل، أما إذا كان مصدر هذه القاعدة نظام أو قانون تحكيم محال عليه فإنه يستبعد الإجراء المخالف وتختلف أحكام النظام الإجرائي الذي إختارته كأن تختار قانون لا صلة له بالنزاع أو أنها لم تسبب الحكم ترجيحا لقانون معين<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 126.

<sup>2</sup> - عبد الحميد الأحذب، إجراءات التحكيم، المرجع نفسه، ص 441 ومايليها.

<sup>3</sup> - محسن شفيق، مرجع سابق، ص 294.

<sup>4</sup> - عرف الفقه النظام العام الإجرائي الدولي بأنه الأصول العامة أو المبادئ الأساسية للتقاضي، تهدف إلى تحقيق العدالة وتشمل مختلف النظم القانونية، أهمها مبدأ المساواة، مبدأ المواجهة، مبدأ الحياد، مبدأ عدم قابلية المحكمين للعزل إلا بإتفاق الأطراف، مبدأ إتفاق الأطراف على إختيار القواعد الإجرائية المادية أو بالإحالة، أما النظام العام الإجرائي الداخلي هو مجموعة من المبادئ التي تتضمنها القواعد الإجرائية الداخلية أهمها - تحديد الأجل القانوني لصدور حكم التحكيم - إستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي - عدم جوازية التحكيم الذي يكون الدولة طرفا فيه لدى بعض التشريعات، لغة التحكيم، تسبب الحكم محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع

لهذا أجاز المشرع الفرنسي فيما تعلق بالتحكيم الدولي مخالفة قواعد النظام العام في الأحوال التي يطبق فيها القانون الفرنسي بالرغم من وجود نصوص قانونية تقضي بتطبيق تلك القواعد<sup>1</sup>. وفي حالة عدم الإتفاق يترك تحديد الإجراءات إلى القضاء، فالخصائص القانونية والإقتصادية التي تتميز بها الشركات وطبيعة نشاطها المتعلق بممارسة التجارة تدفع القضاة إلى إختيار إجراءات التحكيم لملائمتها وتكيفها مع منازعاتها، هذا ما نصت عليه المادة 20 (ج) من قواعد تحكيم CEFAREA-CAMP في جميع الحالات تبث المحكمة وفقا لشروط العقد وتأخذ بعين الإعتبار قواعد المهنة<sup>2</sup>.

وأمام فسخ المجال للإرادة في إختيار القواعد التي تطبق على الإجراءات وما قد ينتج عنه من تعارضها مع قانون العقد أو قانون دولة التنفيذ، كأن يشترط قانون العقد وجوب تسمية المحكمين في حين أن القواعد الإجرائية التي وضعها الأطراف مخالفة للنص القانوني أو تكون متعارضة مع النظام العام، وبالتالي فإن تنفيذها مستبعد، هذا ما يطرح التسائل حول جدوى الفقرة (د) من المادة 1/5 من إتفاقية نيويورك التي زكت دور إرادة الأطراف في وضع القواعد الإجرائية إذا كان مصير الحكم المبني على هذه القاعدة التجميد بمجرد تصادم تلك القاعدة مع قانون مكان التحكيم مثلا، وبالرغم من أن الإشكال مازال قائما، إلا أن بعض الفقهاء حسموا الأمر لصالح الإتفاقية<sup>3</sup>، وهذا هو عين الصواب في منظورنا الخاص طالما الإرادة معول عليها في التحكيم من جهة، وأن الإتفاقية أسمى من القانون من جهة أخرى .

### المبحث الثاني: إستقلال المحكم الدولي بتطبيق القواعد الموضوعية على النزاع

إن التأسيس القانوني للمنازعات مهمة جوهرية لكل دعوى قضائية أو تحكيمية، فالقانون الواجب التطبيق هو المسند الذي يرتكز عليه المحكم للفصل في النزاع، ولما كان التحكيم قضاء خاص قائم على الإرادة فإنها تعد المصدر الذي يستقى منه القانون المطبق على النزاع صريحة

سابق ، ص 237 .

<sup>1</sup>- راجع المادة 1510 من المرسوم 2011/48.

2 -ALIXENDRE Job, les nouvelles attentes des entreprises en matière d'arbitrage, revue cente français d'arbitrage de réassurance et assurance, CEFAREA, N° 17, 2012, p 23.

<sup>3</sup> . عبد الحميد الأحمد، إجراءات التحكيم، مرجع سابق، ص 446 - 447.

أو ضمنية، وبذلك أمكنهم الإتفاق على قانون آخر غير الذي يسري في الدولة التي يجري فيها التحكيم وإن كان هذا الإختيار غير مطلق، هذا ما نتطرق إليه في (المطلب الأول)، وفي حالات أخرى قد لا يتضمن إتفاق التحكيم أية إشارة إلى هذا القانون فيقع على المحكم حينئذ مهمة إختياره، وفي هذه الحالة فإنه يتحرر من النظام لقضائي الذي يخضع له النزاع في الأصل وهو ما نتعرض له في (مطلب موالى) .

### المطلب الأول . إستبعاد الأطراف لقانون دولة التحكيم

إن التحرر من قيود القوانين الداخلية للدولة وعناء البحث عن القانون الواجب التطبيق بموجب قواعد الإسناد التي تتضمنها هذه القوانين في الأحوال التي تكون فيها المنازعة ذات طابع دولي تعتبر من أهم العوامل التي تدفع المتعاملين إلى الإتفاق على التحكيم لتسوية منازعاتهم، هذا النظام الذي يقوم على تفعيل دور إرادة الأطراف في إختيار قواعد موضوعية مباشرة وهي على الأغلب تمثل عادات وأعراف مألوفة لدى التجار (الفرع الأول)، وفي غياب هذه الإرادة يمارس المحكم سلطاته في تطبيق قانون معين للفصل في النزاع (الفرع الثاني).

### الفرع الأول . تطبيق القواعد الموضوعية

إتجهت نظم التحكيم الوطنية والدولية إلى إعلاء إرادة طرفي إتفاق التحكيم في إخضاع

موضوع النزاع لقواعد موضوعية<sup>1</sup> تحدد مراكزهم القانونية وحقوقهم والتزاماتهم ونطاقها وأوصافها ولما كان للإرادة الشخصية الدور في إنشاء العلاقات القانونية ذات مصدر عقدي أو تصرف قانوني جعلها محطة بحث لدى الفقه في إختيار ما يلائمها من القواعد التي تحكم هذه العلاقة<sup>2</sup>.

### أولا . الحرية المطلقة للأطراف في المفاضلة بين القوانين والقواعد الموضوعية

ينتج عن حرية إختيار الأطراف للقانون إفتراضات متعددة إما أن يكون قانون دولة الإنتماء الشخصي لهم أو لموكليهم أو إختيار قانون دولة أخرى أو نماذج عقود دولية متناسقة

<sup>1</sup>- أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، ص 203.

<sup>2</sup>. مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق ، ص 244.

مع موضوع المنازعة<sup>1</sup>، أو يسندون النزاع إلى قانون لا صلة له بعقدهم، ولا يشترط أن تتم الإحالة على قانون بأكمله، وإنما جاز لهم أيضا الإكتفاء بتطبيق قواعد محددة ودمجها في العقد الأصلي بشكل يستجيب لتوقعاتهم المشروعة عند إختيارهم التحكيم لتسوية ما ينشأ عن العقد المبرم بينهم من منازعات.

كما أن القوانين ليست معنية وحدها بالإختيار، وإنما يحق للأطراف إختيار قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص وإن كان ذلك لا يقع إلا نادرا لأنه يعد من إختصاص المحكم<sup>2</sup>.

وقد إستحدث الفقه الحديث فكرة تعديل الإختيار بعد التعاقد، إلا أنه إشترط في ذلك عدم المساس بالحقوق الغير مكتسبة بموجب القانون الذي كان ساريا وقت التعاقد<sup>3</sup>.

كما يجوز للمتعاقدين ورغبة منهم في تحقيق عدالة طبيعية إلى جانب العدالة القانونية القاصرة تطبيق مبادئ العدل والإنصاف، فهذه الإحالة لا تختلف عن التسوية الودية<sup>4</sup> التي دعت إليها لائحة التوفيق والتحكيم لغرفة التجارة الدولية<sup>5</sup>.

### 1 . قانون الإرادة في ظل التشريعات الوطنية والدولية

لما كان لإرادة الأطراف الدور الرئيسي في إدارة النزاع والفصل فيه على مقتضى قانون يحدده إتفاقا، فإن ذلك يعد بمثابة الحل لإشكالية تنازع القوانين تبنته كل القوانين الوطنية والدولية ويفتح آفاق واسعة للحرية التعاقدية الدولية تمس مختلف الأنشطة الإقتصادية والتجارية ومنها ما تعلق بالتأمين البحري<sup>6</sup>.

نص على ذلك كل من المشرع الجزائري<sup>7</sup> والإنجليزي والألماني واليوناني والسويسري، أقروا

<sup>1</sup> . مهند أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة، 2005، القاهرة، ص133

<sup>2</sup> . فوزي محمد سامي ، مرجع سابق، ص 187 ، 188.

<sup>3</sup> . هشام علي صادق، تنازع القوانين (دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993، ص 306 ، 307.

<sup>4</sup> . راجع في المادة 19 ملائحة التوفيق والتحكيم لغرفة التجارة الدولية.

<sup>5</sup> . صلاح الدين جمال الدين ومحمود مصيلحي، مرجع سابق، ص 46 ، 47.

<sup>6</sup> . عبد الأمير الفرج، أهمية التأمين والتحكيم، مداخلة أقيمت في المؤتمر الدولي الأول بعنوان النقل البحري وحمايته بالتأمين والتحكيم البحري، مركز قطر الدولي للتوفيق والتحكيم، الدوحة، في 08/05/2018.

<sup>7</sup> . راجع المادة 2/1040 من القانون رقم 09/08 المتعلق بقانون إ.م.إ.ج .

به من خلال الحث على تطبيق الشروط الواردة في قواعد القانون المتفق عليه بين الأطراف لإثبات صحة إتفاق التحكيم من جانبه الموضوعي<sup>1</sup>،

أيضا فإن القانون المصري لعام 1994 والقانون الفرنسي<sup>2</sup> من الأوائل في منح حرية إختيار القانون المطبق على موضوع النزاع وعدم التقيد بالقوانين الوطنية<sup>3</sup>.

أما على المستوى الدولي فإن أنظمة مؤسسات التحكيم<sup>4</sup> وقوانين التحكيم التجاري الدولي قد ألزمت المحكم إحترام إرادة الأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع المنازعة<sup>5</sup>.

## 2. موقف الفقه من إرادة الأطراف في إختيار القانون

قيد بعض الفقهاء حرية الأطراف في إختيار القانون المطبق على الموضوع بالروابط التي تصل بين القانون المتفق على تطبيقه والعلاقة القانونية التي تتضمن إتفاق التحكيم، فالرقابة على حكم التحكيم إستناد على قانون القاضي وفق ما نصت عليه إتفاقية نيويورك وجنيف يمارسها القاضي مع مراعاة عنصر الإتصال في تطبيق القانون على النزاع<sup>6</sup>.

وفي مجال العقود الدولية فإن هذه الصلة التي تربط العقد بالقانون الذي يخضع له من نوع فني، لأن العقود الدولية على العموم تأتي في شكل نماذج تتعلق بنمط محدد من المعاملات الدولية لا يمكن إخضاعها للقانون الذي ينظم تلك المعاملة، كذلك الأمر بالنسبة لنماذج عقد التأمين البحري، يكون هذا الإختيار إما ظاهرا وواضحا ورد النص عليه في شرط التحكيم أو في إتفاق مستقل في نموذج من نماذج العقود المتعلقة بالمعاملات الدولية، وقد تتخفى إرادة الأطراف

<sup>1</sup>- أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الدولية والداخلية، (المدنية والتجارية والإدارية والجمركية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 288.

<sup>2</sup>- راجع المادة 1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وأيضا المادة 61 من القانون الاسباني الجديد رقم 265 لسنة 1988، والمادة 48 فقرة 01 من القانون السويدي 1999 .

<sup>3</sup>- فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 201.

<sup>4</sup>- أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، ص 208.

<sup>5</sup>- راجع المادة 2/34 من القانون النموذجي للجنة للأمم المتحدة التي حددت الحالات إلغاء القرار التحكيمي وكذلك المادة 1/32 الخاصة بقواعد تنفيذ قرار التحكيم.

6- le contrat international d'assurance face aux regles de police et a l'ordre public international, op.cit, p 48

في إختيار القانون يستخلصه المحكم أو القاضي من عناصر النزاع وظروفه وملابساته<sup>1</sup>.  
مما تقدم يتبين أن الإرادة تعتبر الركيزة الأساسية في التحكيم الدولي، فأجمعت كل القوانين الوطنية والدولية على إعطاء الأولوية لحرية الأطراف في إختيار القانون الذي يفصل المحكم على مقتضاه في المنازعات الناشئة بينهم حول تنفيذ أو تفسير العقد أصل الرابطة القانونية، غير أن هذه المكنة قد يستغلها أطراف العلاقة كمنفذ للتخلص من القانون الذي يحكم هذا العقد لتعارضه مع مصالحهم غير المشروعة، هذا ما وصفه الفقه بالغش نحو القانون<sup>2</sup>.

وتطبيقاً لذلك يلجأ الأطراف في إتفاق تحكيم من طبيعة داخلية محضة الإحالة إلى قانون أجنبي لإضفاء صفة الدولية على العلاقة، هذا ما لا يتحقق لأنها لا تتطوي على عنصر أجنبي، ويتأكد المحكم من وجود الغش بالرجوع إلى ما تقضي به القواعد الآمرة في قانون دولة التحكيم التي تقضي نقيض قصد الطرفان في اللجوء إلى التحكيم الدولي<sup>3</sup>.

### ثانياً . آثار مبدأ الإرادة في إختيار القانون الوجوب التطبيق على النزاع

كل ما تحققه حرية طرفي إتفاق التحكيم من إيجابيات منها تجنب تطبيق قانون يتعارض مع إرادتهم فإنها ترتب في ذمة الطرف المحتج به إثباته في مواجهة خصمه سيما في تأسيس دعوى البطلان، وتقادي الأعراض السلبية المترتبة عن الإختيار الخاطئ لقانون يتعارض مع شروط العقد الأصلي فيبطلها.

#### 1 . إثبات القانون الواجب التطبيق من الأطراف

تتحول القاعدة القانونية سواء كانت نصوص منتقاة من قوانين أو قانون معين إلى عامة شروط العقد، فيستمد إلزاميته منه بصفته شرط وليس قانون، وبالتالي يقع على من يتمسك به من الأطراف عبء إثباته بإعتباره واقعة<sup>4</sup>.

إضافة إلى ذلك يمكن أيضا أعمال مبادئ قانونية عامة يرتكز عليها للفصل في النزاع

<sup>1</sup>. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 176.

<sup>2</sup>-خالد شويرب، مرجع سابق، ص 82 .

<sup>3</sup>. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 189.

<sup>4</sup>. صلاح الدين جمال الدين ومحمود مصيلحي، مرجع سابق ص 36 .

والأغلب في المنازعات ذات الطابع الدولي تطبق قواعد العرف والعادات السارية في المعاملات التجارية الدولية (lex mercatoria) أو مبادئ العدالة<sup>1</sup>.

إتجه أنصار المذهب الشخصي إلى إعتبار أن حرية الإختيار تمثل في حد ذاتها قاعدة تتنازع تخضع العقد للقانون فتجعل هذا الأخير محافظا على صفته الأصلية كقانون وليس بصفته شرطا تعاقديا، إلا أن هذا الموقف يبدو متناقضا مع ما جاء به القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري لعام 1985 وتبنته الكثير من القوانين الوطنية والذي حضر الإحالة وألزم المحكم بتطبيق القواعد الموضوعية في القانون المتفق عليه دون قواعد التنازع<sup>2</sup>.

## 2 . الخطأ أو المزوجة في إختيار القانون

لا يختلف أحد بأن التحكيم الطليق يضمن الحرية المطلقة للأطراف في إختيار القانون المراد تطبيقه على المنازعات الناشئة عن العقود المبرمة بينهم، ولهذا يمكننا أن نتصور إختيار قواعد قانونية لتشريعات داخلية لدول مختلفة أو قانون يبطل العقد فيطرح الإشكال التالي :  
مامصير العقد عند إخضاعه لقانون يبطل شروطه ؟

إنقسم الرأي الفقهي بشأن هذه المسألة إلى موقفين :

**الموقف الأول:** يرى أنه يتعين على طرفي النزاع تجنب إختيار قوانين متعددة يخضعون لها علاقاتهم العقدية، وذلك بعدم تجزئة العقد نتيجة الإفراط في حرية الإختيار، مما قد يشكل ذلك منفذا للتحايل قصد إستبعاد القواعد الآمرة في القانون المطبق.

**الموقف الثاني:** يقر بإمكانية تعايش العقد موضوع المنازعة مع قوانين مختلفة، ولا تطرح صعوبة في تطبيقها من طرف المحكم أو القاضي مراعاة لملائمتها للعناصر المكونة للعقد إذا نشأ حولها نزاع وكانت محل إتفاق التحكيم، ذلك أن القانون المتفق على تطبيقه يندمج ضمن شروط العقد ويصير في حكم الشرط التعاقدية، إلا أن هذا الموقف كان معاكس للمبدأ القضائي القائل بأن

<sup>1</sup> جلال وفاء محمدين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لسوية منازعات الإستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1995، ص 43.

<sup>2</sup> سراج حسين أبوزيد، مرجع سابق، ص 567.

العقد الدولي يرتبط دائما بقانون الدولة<sup>1</sup>.

أما واقعة إختيار قانون يبطل العقد محل الرابطة القانونية فقد اختلف الفقه حول آثاره :  
**الرأي الأول :** ينفي أنصار هذا الرأي الإتفاق بين الأطراف على قانون يهدم العلاقة التعاقدية الناشئة بينهم ويناقض إرادتهم في اللجوء إلى التحكيم .

**الرأي الثاني:** ويمثله الفقه الفرنسي القائل بإحتمال الخطأ في إختيار قانون يبطل شروط العقد فأقر القضاء الفرنسي بالبطلان طالما أن إختيار القانون يعني إختيار نظام قانوني بأكمله إعمالا بمبدأ التطبيق الجامع للقانون المختص، مما قد يصطدم بقاعدة أمرة تبطل شروط العقد فتخرج المنازعة من مجال قابليتها للتحكيم على مقتضى قواعد النظام العام في القانون المتفق تطبيقه عليها، وينتج عنه بطلان العقد وتعويض الطرف المتضرر<sup>2</sup>.

وعلى خلاف من ذلك فإن القضاء الأمريكي وإحتراما لإرادة الأطراف قد تجاوز البطلان وألزم المحكم بإختيار قانون بديل على أساس الخطأ في إختياره، وقضى القرار المؤرخ في 121910/5 بتطبيق قانون دولة التنفيذ (الفرنسي) أو قانون يصحح العقد بدلا من قانون مكان العقد (الأمريكي) الذي يبطل شرطا أساسيا في العقد<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني . سلطة المحكم في إختيار القانون المطبق على الموضوع

من اليسير على المحكم تطبيق القانون على موضوع النزاع إذا إتفق عليه الأطراف صراحة إلا أن الصعوبة تطرح إذا غاب هذا الإتفاق أو أشير إليه بطريقة ضمنية، فتعددت الإفتراضات لحل إشكالية إغفال الإتفاق للقانون<sup>4</sup>,

مما يقع على المحكم عبء إظهار نية الأطراف في تطبيق قانون معين على موضوع خصومة التحكيم من خلال القرائن المستخلصة من إتفاق التحكيم ويفتح عندئذ مجالا لتنازع القوانين التي تتزاحم في تطبيقها على العلاقة الأصلية.

<sup>1</sup>. خالد شويرب، مرجع سابق ، ص 54.

<sup>2</sup>. منير عبد المحيد، مرجع سابق، ص 187، 184.

<sup>3</sup>. خالد شويرب، المرجع نفسه، ص 53.

<sup>4</sup>. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 303 - 309.

ثبت دور المحكم في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في القوانين الدولية والمعاهدات المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، تؤكد ذلك في الإتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي (جنيف)، نفس ما ورد النص عليه في قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي<sup>1</sup>، وقد رسم القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي المعدل لإختصاص المحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق بشئ من التفصيل، فحول له تطبيق قواعد التنازع ثم وضع مدى سبطه في التحكيم بالصلح، وألزمه بتطبيق شروط العقد والعادات التجارية.

ولا تختلف لوائح مراكز التحكيم المؤسسي<sup>2</sup> عن تلك القوانين في إظهار سلطة المحكم في إختيار القانون الواجب التطبيق<sup>3</sup>، ومن ذلك ما أتى به نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية (ICC) التي إنتهجت نفس التسلسل في تنظيم السلطة التقديرية للمحكم في إختيار القانون المطبق على النزاع<sup>4</sup>، ففي خطاب الضمان يحدد الاختصاص القضائي لغرفة التحكيم البحري بباريس (CAMP)، فيحيل إلى شرط التحكيم المدرج في سند الشحن الذي ينص على تطبيق القانون الإنجليزي وأن يكون مكان التحكيم في لندن<sup>5</sup>.

إن إشكالية التأسيس القانوني للنزاع لا تطرح فقط في حالة خلو إتفاق التحكيم من تحديد القانون الذي تخضع له العلاقة العقدية محل المنازعة، وإنما تظهر أيضا عند عدم تحديد القواعد التي يقصدها هؤلاء عند إختيارهم قانون معين ما إن كانت قواعد موضوعية أم قواعد التنازع .

### أولا - إخضاع النزاع للقواعد الموضوعية أو قواعد التنازع

في محاولة لحل إشكال تحديد القانون المطبق على النزاع ظهر إتجاهان :

**الإتجاه الأول:** إعترف أنصار هذا الإتجاه بوجود قواعد موضوعية تسمح للمحكم بتطبيقها

<sup>1</sup> راجع المادة 7 من معاهدة جنيف 1961، والمادة 33 من قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي.

<sup>2</sup> نص نظام تحكيم الهيئة الأمريكية للتحكيم على سلطة المحكم في تطبيق القانون على الموضوع، أيضا نظام محكمة لندن للتحكيم الدولي.

<sup>3</sup> - أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، ص 211.

<sup>4</sup> مهند أحمد الصانوري، مرجع سابق، ص 141، 142.

5- PAPANATOU Marinam , op.cit , p 50 .

المباشر على الموضوع الذي يتعلق بالعلاقات الدولية المعروفة بقواعد التجارة الدولية (Lexmercatoria).

**الإتجاه الثاني:** إذا كانت الغاية من التحكيم الإفلات من قواعد التنازع فهذا أمر محقق عندما يكون إتفاق التحكيم صريحا وواضحا في تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعة موضوع خصومة التحكيم، إلا أنه يعد حل لا غنى عنه في حالة عدم تحديده من الأطراف بقصد أو بدونه أو إذا كان القانون المتفق عليه بين الأطراف لا يشمل كل المسائل التي يثيرها النزاع ومنها الأهلية ومسائل النظام العام، لذلك يرى بعض الفقهاء أن قواعد الإسناد التي يطبقها المحكم تحيله إلى القانون الذي يحكم أصل العلاقة القانونية<sup>1</sup>.

وبهذا تتجلى أهمية قواعد التنازع للقانون المسند إليه (Siege d'arbitrage) في مساعدة المحكم للوصول إلى القانون الواجب التطبيق<sup>2</sup>، ويتناسب مع الطبيعة المختلطة لإتفاق التحكيم (إتفاقية وقضائية)، ويراعى في ذلك عنصر الإرتباط بين العقد الأصلي والقانون المسند إليه.

هذا الحل أخذ به المشرع الدولي الذي فوض للمحكم مهمة إختيار القانون المطبق على النزاع عن طريق قواعد التنازع، كما إعتمدت لائحة غرفة التجارة الدولية الحل الذي أتت به القوانين المذكورة<sup>3</sup>، ويستند في ذلك إلى معايير مختلفة منها مكان التحكيم، قانون العقد، مكان التنفيذ، القانون الشخصي للأطراف أو محكميهم (الجنسية،الإقامة) أو قواعد تنازع للقضاء المستبعد، وقد تعقل عدة قواعد تنازع ذات صلة بموضوع المنازعة لبلوغ القانون الأكثر ملائمة لهذه المنازعة وهو ما يعرف بالتطبيق الجامع (L'application Cumulative)<sup>4</sup>.

وقد عمل القضاء بهذا الحل، يتضح ذلك من خلال قرار محكمة النقض المصرية في قضية شركة التأمين ضد شركة التوكيلات الملاحية، ووقائع هذا النزاع تبدأ من إستيراد شركة

<sup>1</sup>. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 266.

<sup>2</sup>. تطبيق قواعد التنازع لقانون دولة التحكيم كان موضوع تقرير أعده الفقيه (Sauser Hall) وقدمه إلى معهد القانون الدولي.

<sup>3</sup>. راجع المادة 33 من قواعد التحكيم للجنة القانون التجاري الدولي للأمم المتحدة 1976، والمادة 2/28 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي 1985 والمادة 3/13 من قواعد نظام غرفة التجارة الدولية.

<sup>4</sup>. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 187 إلى 194.

مصرية بضائع من فرنسا على متن السفينة ديمونتريدر وإيصالها إلى ميناء الإسكندرية وخلال الرحلة تعرضت للتلف، فقامت شركة التأمين بتعويض الشركة المستوردة وحلت محلها في الدعوى التي رفعتها في مواجهة الشركة الناقلة، إلا أن هذه الأخيرة دفعت بوجود إتفاق التحكيم صدر حكم برفض الدعوى الذي كان محل إستئناف، إلا أن محكمة الإستئناف رفضت الدعوى على الحال طعنت فيه شركة التأمين بالنقض وأسست ذلك على مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، ذلك أن المادة 3/502 ألزمت طرفي إتفاق التحكيم تعيين المحكمين بأسمائهم، غير أنه بإعمال قاعدة الإسناد بموجب المادة 28 من القانون المدني المصري قد أحالت إلى تطبيق القانون الفرنسي الذي يجيز تعيين المحكمين دون تحديد أسمائهم ولا يتعلق ذلك بالنظام العام وبالتالي فإن مخالفة الحكم للمادة 3/502 لا يعدوا كونه مجرد مخالفة لقاعدة أمره على نحو لا يؤدي إلى إستبعاد قانون أجنبي إتفق الأطراف على تطبيقه طالما أن القانون الفرنسي يعترف بصحة هذا الشرط ويرتب آثاره، فلا وجه للخطأ في تطبيق القانون أو المخالفة في تطبيقه<sup>1</sup>.

وبهذا فإن القوانين الوطنية للدول والدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي أخذت بفكرة نقل حرية إختيار القانون الملائم لتطبيقه على المنازعة إلى المحكم في الحالة التي ينعدم فيها الإتفاق على ذلك بين الأطراف مع الأخذ في الإعتبار العادات والأعراف التجارية الدولية السارية إضافة إلى ما إستقر عليه القانون الفرنسي<sup>2</sup>,

ويلزم المحكم في دولة جيبوتي بمراعاة شروط العقد، أما في الإتحاد السويسري فإنه أسس إختياره فقط على الإرتباط القائم بين القانون وموضوع المنازعة، ولا يحول ذلك عند الفقهاء دون تطبيق مبادئ القانون الدولية<sup>3</sup>.

ففي حالة وجود غموض في تحديد القانون المطبق على النزاع لا بد من تفسير كل حالة على حدى لإستخلاص ما إذا كانت القاعدة أو القانون المراد تطبيقه يحقق الهدف منه ويعكس

<sup>1</sup>. أشرف عبد العليم الرفاعي، مرجع سابق، ص 63 . 70.

<sup>2</sup>. راجع المادة 1496 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي التي نصت على أنه " يفصل المحكم في النزاع وفقا للقواعد القانونية التي إختارها الأطراف، وإلا وفقا للقواعد التي يراها مناسبة، ويأخذ بعين الإعتبار الأعراف التجارية في جميع الأحوال " .

<sup>3</sup>. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 201، 202.

إرادة المشرع الضمنية، فهذا المعيار مختلف عن ذلك الذي يطبق في قواعد التنازع، ولهذا يجب تحليل الدور الذي تلعبه القاعدة القانونية في الوسط الإقتصادي والإجتماعي، ويمكن تطبيق ذلك على النزاع وإستنتاجها من معطياته، ولذلك تمنح للقاضي المختص السلطة التقديرية ولا يخلو الأمر بذلك من التعسف<sup>1</sup>.

وفي كل الأحوال يلتزم المحكم عند إختيار القانون المطبق على النزاع بدقة تحديد القواعد المأخوذة من القانون الذي إختاره، ولهذا فلا بد عليه الحرص على سلامة تفسير القانون المطبق على موضوع النزاع وملائمته له<sup>2</sup>، ويعتمد في ذلك على أحد المعايير التي حددها الفقه :

**النظرية الموضوعية:** يركز أنصار هذه النظرية على وجود إرتباط بين العقد الأصلي والقانون المطبق عليه، وتعد فكرة الأداء المميز (la prestation caracteristique) من أهم التطبيقات التي إعتمدت عليها هذه النظرية<sup>3</sup>.

ومن وجهة نظر المعارضين فإن هذه النظرية عممت العمل بمبدأ الإقليمية (قانون مكان التحكيم) حتى بالنسبة للعلاقات الشخصية نافية بذلك الدور المباشر للإرادة في إختيار القانون المطبق على الموضوع .

**النظرية الشخصية:** ويرى أنصار هذه النظرية أن المرجع في تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع هو إرادة الأطراف، هذه الإرادة تؤدي إلى تركيز العلاقة القانونية تركيزا شخصيا ليسري عليها القانون المراد تطبيقه وتلتزم محكمة التحكيم بتطبيقه.

غير أن الإعتماد على عنصر الإرادة يجعل تطبيق النظرية أمر نسبي، ذلك لأن الإرادة قد تغيب في بعض العلاقات ولو بصورة مفترضة، سيما في الحالات التي يصعب الوقوف على الإرادة الحقيقية للأطراف، ويحتفظ القانون الذي تم إختياره بصفته ولا يندرج ضمن شروط العقد

1 -Y. DERAÏNS, Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale, Litec, Paris, 1982 p.30.

<sup>2</sup> منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص 184.

<sup>3</sup> ذلك أن العلاقة التي تربط بين الطرفين تفرض عليهما أداءات مختلفة، إلا أن طغيان إحدى هذه الأداءات على العلاقة تضفي عليها خصوصية تميزها عن غيرها من العلاقات وتؤدي إلى توطنها في المكان الذي يقدم فيه الأداء ومن ثم خضوعها لقانون الدولة الذي ينفذ فيه الأداء .

ويتولى القاضي بمراقبة تطبيق هذا القانون وإعطاء التكييف الملائم القائم على قوة الإرتباط بالعلاقة الأصلية<sup>1</sup>، وينتج عن إعمال المعايير السابقة إلى تطبيق أحد القوانين :

• إما القانون الذي يحكم العقد موضوع النزاع، هذا ما أخذ به المشرع الجزائري الذي يعتبر أن موضوع إتفاق التحكيم يستمد صحته من القانون الذي يحكمه إذا لم يحدد الأطراف قانون آخر والأكثر من ذلك تعد شروط العقد لدى بعض المشرعين بمثابة القانون الذي يقيد المحكم<sup>2</sup>.  
إلا أن ذلك يؤدي إلى تعذر توحيد النظام القانوني الذي يخضع له النزاع لإختلاف محال العقود والعقد الأصلي عن محل إتفاق التحكيم ومن ثم لا يمكن إخضاعهما لذات القانون، هذا ما يبرر عدم النص عليه في القوانين الدولية وهيئات التحكيم ومنها غرفة التجارة الدولية بباريس<sup>3</sup>.  
\* وقد يلجأ المحكم إلى تطبيق العادات والأعراف الدولية ليس في حالة غياب قانون الإرادة فحسب، وإنما أيضا في حالة عدم كفايتها، كما يمكنه تطبيق قانون مكان التحكيم، وبذلك يظهر الدور الإحتياطي للمحكم في إختيار القانون المطبق على النزاع، ويتجلى بشكل ظاهر عندما يرتبط الطرفين بموجب عقد نموذجي دولي كعقد تأمين بحري، معلوم أنه مهما صيغ بشكل دقيق ومفصل إلا أنه يبقى مشوب بالنقص بإعتباره وليد ظروف محددة، إضافة لذلك فإن مصدر إلزاميته نظام قانوني دولي تتعدد صورته<sup>4</sup>.

• وإذا كان التحكيم بالصلح فإن المحكم الدولي يطبق قواعد العدل والإنصاف، ولا يلتزم بأي قانون وطني، والمؤكد أن هذا النوع من التحكيم يلجأ إليه المحكم في الأحوال التي تتعدم فيها القوانين الدولية والمعاهدات على نصوص تعالج المسألة الموضوعية للنزاع، مستندا على إعتبرات موضوعية في تطبيقه لمبادئ العدالة حسب ما أكد عليه القضاء الفرنسي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>. نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 267، 268.

<sup>2</sup>. نصت على ذلك المادة 3/1040 من القانون رقم 09/08 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، وأيضا المادة 33 /1 من قواعد التحكيم للجنة القانون التجاري الدولي للأمم المتحدة 1976.

<sup>3</sup>. مصطفى تراري ثاني، مجلة دراسات قانونية، العدد الأول، جوان 2002، دار النشر والتوزيع، ص 40

<sup>4</sup>. مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص 285

<sup>5</sup>. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، ص 212

تبعاً لذلك فإنه يجوز للمحكم إحداث مرونة في نظام التحكيم، كأن يقبل مستندات خارج الآجال القانونية في القانون المطبق في التحكيم بالصلح بما يتناسب مع موضوع المنازعة ويحقق العدالة، ويشترط في ذلك ألا يمس التعديل النص المتعلق بالنظام العام، ومن ذلك أنه يجوز تقدير التعويض بالمخالفة لما تقضي به النصوص القانونية المسند إليها في عملية التقييم أو التخلي عن إجراء الإعذار القانوني للتعويض المستحق عن التأخير أو الإمتناع عن التنفيذ ويمكن أن يمتد إلى العقد وذلك من خلال التخفيف من الآثار المترتبة عن شروطه ومنها الشرط الفاسخ الفوري لما يضمن من عدالة واستبدال الإلتزامات تتوافق مع القصد المشترك للطرفين<sup>1</sup>.

### ثانياً . قيود سلطة المحكم في إختيار القانون المطبق على النزاع

إذا كان للمحكم متسع من الحرية في إنتقاء القواعد التي على أساسها يفصل في المنازعات التي تعرض عليه في غياب إرادة الأطراف من شأنها أن تقيده<sup>2</sup>، هذا ما يثير التساؤل التالي: هل إرادة المحكم في إختيار القواعد التي تحكم النزاع مطلقة ؟ .

كان الفقه في هذه المسألة واضحاً، حيث أنه من المتفق عليه أن المحكم في التحكيم بالصلح أو بالإستناد على قاعدة التنازع الإلتزام بمايلي:

- إحترام قواعد النظام العام التي أطلق عليها "فرانس كاكيس" بقواعد التطبيق المباشر (les lois d'aplication immédiate) ترتبط بمجالات حيوية، نشأت نتيجة لتدخل الدولة في إطار سياسة التوجيه الإقتصادي، فوضع المشرع نظم قانونية تتضمن قواعد أمرت تلك المجالات تحمل الأفراد وطنيين أو أجانب على تطبيقها، ونجد من ضمنها بعض نصوص قانون التأمين فإنها واجبة التطبيق وإن كان النزاع دولياً<sup>3</sup>.

ويضيف بأن العلاقات ذات الطابع الدولي تخضع للنظام العام الدولي<sup>4</sup> والمبادئ الأساسية للقانون<sup>1</sup> وقواعد البوليس، هذه القواعد أولى بالتطبيق من أي قانون وطني إذا تعارضت مع أحد

<sup>1</sup> . منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص 224.

<sup>2</sup> محمد عبد الفتاح ترك، مرجع سابق، ص 434 إلى 445.

<sup>3</sup> شويرب خالد، مرجع سابق، ص 67.

<sup>4</sup> النظام العام الدولي وفق المفهوم الحديث هو مجموعة من المبادئ التي تستهدف إلى المحافظة على العلاقات الدولية، ويستمد مصدره من المعاهدات والإتفاقيات الدولية والإعلانات والتوصيات والقرارات الدولية.

هذه المبادئ فلا تجوز مخالفتها من الأطراف عند إبرام العقود من حيث موضوعها مما يؤدي إلى إبطالها، ولهيئة التحكيم إحترام قواعد النظام العام في دولة التنفيذ<sup>2</sup>، ومنها القاعدة التي تلزم تسبب الحكم إذا إشتراطته قاعدة أمره في قانون البلد الذي ينفذ فيه حكم التحكيم كما هو الحال في القانون الجزائري<sup>3</sup>، وأن يكون عدد المحكمين وترا<sup>4</sup>، أو القاعدة التي تفرض الحصول على الإذن لصحة التعاقد أو وجوب إفرغ العقد أو التصرف في قالب معين<sup>5</sup>.

هذا وقد أجمعت القوانين الوطنية والدولية أن تكون أحكام التحكيم غير مخالفة للنظام العام ويشير الفقه إلى نوع آخر من القواعد التي يرى أنها من الجدير على المحكم مراعاتها عند الفصل في المنازعات وهي قواعد الأمن المدني التي يعبر عنها بقواعد التطبيق المباشر، ودرءا لما قد يترتب عن إحتمال عدم الموازنة في الإلتزامات التعاقدية الناتجة عن الإفراط في حرية التعاقد عند إختيار قانون العقد دفع القضاء التحكيمي إلى تفعيل دور هيئة التحكيم في إختيار ما تراه ملائم من قواعد الأمن المدني في القانون المتفق عليه ضمنا بين الأطراف<sup>6</sup>.

ويرى جانب من الفقه أنه في مجال التأمين فإن القاضي يراعي الإرتباط الخاص بالقانون الأجنبي بغض النظر عن الخطر، سيما إذا كان العقد يخضع لقواعد إلزامية فلا يمكن إستبعاد قواعد البوليس، وأن يراعي الشرط المتعلق بحظر التحكيم في العلاقات الداخلية والدولية فتسود هذه القواعد على قانون العقد (lex contractus) وعلى القواعد المادية للقانون الدولي الخاص وبالتالي فإن شرط التحكيم يستمد شرعيته من قواعد البوليس الداخلية أو الأجنبية.

أما بالنسبة للمحكم فإنه يتقيد بإتفاق التحكيم وغير ملزم بقواعد البوليس سيما تلك السائدة في المكان المحتمل تنفيذ حكم التحكيم فيه إلا لإعتبارات أخلاقية ولأجل تفعيل حكم التحكيم

1- TRARI TANI Mostefa , Droit algerien d'arbitrage comercial international , op.cit, p 136.

<sup>2</sup> فوزي محمد سامي، مرجع سابق ، ص 181.

<sup>3</sup> راجع المادة 5/1056 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون إم، الجزائر في ذكر حالات إستئناف أمر الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الدولي " إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها أو إذا وجد تناقض في الأسباب".

<sup>4</sup> قرار محكمة النقض المصرية رقم 52 /1083 الصادر في 1986/2/6.

<sup>5</sup> مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص 290.

<sup>6</sup> مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، مرجع سابق، ص 195.

فالمبدأ أن يطبق القانون الذي يخضع له موضوع العقد على النزاعات المتعلقة بعقد التأمين، لهذا فإن المحكم الدولي لا يكتفي بفحص قابلية المنازعة للتحكيم إستناد إلى القانون الذي إختاره الطرفان وإنما يراعي قبل ذلك قواعد البوليس التي توفر حماية للمصلحة العامة.

غير أن إقرار بعض القوانين بعدم شرعية حكم التحكيم في عقد التأمين تهدف أساسا إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، لهذا فليس من الضروري اللجوء إلى قواعد البوليس، إلى جانب القواعد الإلزامية الدولية التي تحكم العلاقات الخاصة في عقد التأمين البحري تظهر أثر قوانين حماية المستهلك على صحة وشرعية هذا العقد والشروط التي يتضمنها قصد التصدي للشروط التعسفية في عقود الإستهلاك<sup>1</sup>.

ومن التطبيقات العملية لتحديد مدلول النظام العام في القانون الدولي الخاص ما قضت به محكمة النقض المصرية إثر الطعن الذي أقامته شركة التأمين، فأقرت بأن نص المادة 3/502 التي توجب على الأطراف تعيين المحكمين بأسمائهم هي قاعدة لا تتعلق بالنظام العام لأنها لا تتعارض مع المبادئ الأساسية للدولة والمجتمع، وبالتالي فإن مخالفة الحكم للمادة 3/502 من قانون التحكيم مجرد مخالفة لقاعدة آمرة وطنية لا يمكنها أن تستبعد تطبيق قانون أجنبي إتفق الأطراف على تطبيقه<sup>2</sup>.

- يجب على المحكم في التحكيم بالصلح أن يكون تفويضه من الأطراف صراحة، هذا الشرط أكد ت عليه كل القوانين التي تجيز التحكيم بالصلح، إلا أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذا النوع من التحكيم مما يفيد أنه لا يجيز غير التحكيم بالقانون وبالأعراف<sup>3</sup>.

وتبعاً لذلك فإن المحكم يخضع لرقابة قاضي الموضوع في تطبيقه للقوانين، يتضح ذلك فيما فصلت به المحكمة العليا بالسودان على إثر النزاع القائم بين أصحاب الباخرة التعاون العربي وأصحاب الباخرة شيبا التي أشارت في إحدى حيثيات حكمها الصادر في 1998/12/28 بأن مراقبة محكمة الموضوع للجنة التحكيم في تطبيقها لأي من القوانين أمر يقع من صميم

1- le contrat international d'assurance face aux règles de police et a l'ordre public international , op cit P 47, 48.

<sup>2</sup> أشرف عبد العليم الرفاعي، إتفاق التحكيم والمشكلات العملية، مرجع سابق ، ص 70.

<sup>3</sup> راجع المادة 1050 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون إ.م.إ.ج .

إختصاصها ولو وافق الأطراف على قرار التحكيم تطبيقاً لما نصت عليه المادة 148/ج ذلك إذا إنطوى القرار على مخالفة واضحة للقانون، ومن ثم فعدم تعرض محكمتي أول وثاني درجة للتحقيق من صحة تطبيق اللجنة لتلك القوانين ومدى إلتزام السودان بها يجعل حكمها مشوباً بالقصور في التسبب فيغل يدنا على التعرض لما ذكره الطاعنون حول هذه القوانين، وإنتهى الطعن بنقض الحكم المطعون فيه وإعادة الأوراق لمحكمة الإستئناف للتأكد من صحة تطبيق النصوص القانونية المشار إليها في قرار التحكيم ثم إصدار حكمها بعد ذلك مع مراعاة ما ورد في هذا الحكم وذلك لعدم تعرضها لهذه النصوص رغم إثارتها أمامها<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني . مجانية المحكم للنظام القضائي لدولة التحكيم

يستقل التحكيم في منازعات التأمين البحري كغيرها من المنازعات البحرية ضمن المنازعات البحرية كفرع من فروع التحكيم التجاري الدولي بقواعد إجرائية أو موضوعية إما أن تكون مادية أو بالإحالة إلى قانون دولة معينة أو نظام تحكيم حر أو مؤسسي لمراكز أو منظمات تحكيم مما يجعلها تتسم بخصوصية تسمح بإستبعاد النزاع من ولاية القضاء والإبتعاد عن النظام القضائي الذي يخضع له القاضي، ويترتب على ذلك إستبعاد قانون المكان الذي يجري فيه التحكيم، وبهذا يختلف المحكم عن القاضي فيخضع هذا الأخير على وجه اللزوم لقانونه الوطني حرصاً على تطبيق مبدأ السيادة التي لا يأخذ لها أي إعتبار في نظام التحكيم وإنما يستخلفه مبدأ سلطان الإرادة (الفرع الأول).

وترتبط على ذلك فإنه لا يجوز للقاضي التدخل في عملية التحكيم إلا في إطار الدور المنوط به قانوناً في إطار الرقابة على أحكام التحكيم ومدى إحترامها للمبادئ الأساسية والضمانات الإلزامية للحصول على حكم سليم (الفرع الثاني).

### الفرع الأول . إستقلالية المحكم عن النظام القضائي من خلال إجراءات التحكيم

إن الإطلاع على نظم التحكيم المتعلقة بسير عملية التحكيم والفصل فيها يتبين أن المحكم

<sup>1</sup> محمد علي خليفة، أهم القضايا البحرية الصادرة من المحاكم السودانية، الطبعة الثانية، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2002. ص 130، 133.

قاضي خاص لخصوصية الإجراءات المتبعة عبر كامل مراحل الخصومة التحكيمية إذ أنه يستبعد الإجراءات القضائية التي يلتزم بها القاضي، ويمتنع على هذا الأخير التدخل إلا حيث يريد الأطراف ذلك أو كان تدخله بمقتضى القانون في حالة الضرورة القصوى في حالات محددة حصريا تجنباً للوقوع في مخالفة إغتصاب سلطات المحكم أو تجاوز حدود إختصاصه، وتدعيماً لهذه الإستقلالية إستحدث القضاء مبدأ الإختصاص بالإختصاص الذي إعترفت به التشريعات الوطنية والدولية لاحقاً .

دعت إلى هذه الإستقلالية قواعد التحكيم الدولي، أهمها القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985 الذي نفى تدخل المحاكم القضائية في مسار عملية التحكيم التي يحكمها هذا القانون ما عدا الحالات التي يرخص فيها ذلك، نصت المادة 05 منه على أنه "لا يجوز لأية محكمة أن تتدخل إلا حيث يكون منصوص على ذلك في هذا القانون" موضحاً نطاق التدخل المسموح به للقضاء، هذا ما يؤكد إستقلالية محكمة التحكيم كقاعدة عامة، وإستثناءاً يجوز تدخل القضاء في إطار مساعدتها على أداء دورها أو الرقابة على أعمالها .

أيضاً أكد القضاء على عدم تقيّد المحكم بالإجراءات القضائية، وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية، وعللت ذلك أن الغاية التي يهدف إليها طرفي الخصومة تتمثل في سرعة الفصل في النزاع، وفي حكم آخر قضت فيه بأن المحكمين بالقانون غير ملزمين بإتباع قواعد المرافعات إلا ما تعلق منها بالتحكيم تأسيساً على المادة 506 من قانون المرافعات<sup>1</sup>، وينعكس ذلك على حكم التحكيم فإن ما يتضمنه من بيانات تختلف عن تلك التي يتضمنها الحكم القضائي ومنها مثلاً وجوب أن يدرج ضمن هذه البيانات صورة من وثيقة التحكيم وغاية المشرع في ذلك إمكانية مراقبة إختصاص المحكم، ومن ثم فتعتبر من البيانات الجوهرية يترتب على تخلفها البطلان<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> نصت المادة 506 من قانون المرافعات " يصدر المحكمون حكمهم غير مقيدين بإجراءات المرافعات عدا ما نص عليه هذا القانون ما لم يكونوا مفوضين بالصلح " .

<sup>2</sup> قرار محكمة النقض المصرية رقم 55/1403 الصادر في 1988/11/20، م ق لسنة 40، ج 2، ص 301. قرار محكمة النقض المصرية رقم 56/1524 الصادر في 1993/5/19 المؤسس على المادة 512 من قانون المرافعات المصري .

### أولا . إجراءات التداعي والإثبات في خصومة التحكيم

إن الطبيعة الخاصة للتحكيم التي كشف عنها الفقهاء تتضح معالمها فيما يتبعه المحكم من إجراءات، إما أن تستمد مصدرها من إرادة طرفي إتفاق التحكيم أو إرادة المحكم ذاته المعين للقيام بتسوية النزاع القائم بينهم، إذ أن محكمة التحكيم تتحكم في زمام سير الخصومة من حيث الإجراءات وطرق إثبات الحق المتنازع عليه، ويرى الفقهاء أن الإجراءات في المنازعات البحرية ومنها منازعات التأمين البحري لا تختلف عن غيرها في المنازعات غير البحرية وتتبع في الغالب قواعد التحكيم الخاص (ad hoc)<sup>1</sup>،

بينما يؤكد الفقه الفرنسي على خضوع الإجراءات في منازعات التأمين البحري لقواعد قانون الإجراءات المدنية التي يخضع لها التحكيم في جميع المواد ما لم يتفق على التحكيم بالصلح<sup>2</sup> وتخضع في الجزائر لقانون الإجراءات المدنية والإدارية في قواعده المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي<sup>3</sup>.

ويلزم التشريع الفرنسي وفقا للمادة 332 في التأمين على الأخطار الطرفين المتعاقدين التقيّد ببند بوليصة التأمين في حالة وقوع النزاع<sup>4</sup>.

غير أن المشرع المصري أخضع منازعات التأمين لنوعين من الأحكام حسب نوع التحكيم المتبع إستنادا إلى إتفاق التحكيم ذاته، فإذا نشأ الإتفاق لاحقا لنشأة النزاع كان التحكيم إجباري ويخضع لأحكام المواد من 60 إلى 72 من القانون رقم 60 لسنة 1971 بشأن المؤسسات العامة وشركات القطاع العام، هذه الأحكام تتطابق مع ما ورد في القانون رقم 97 لسنة 1983 فيما يتعلق بإجراءات وتشكيل هيئات التحكيم، أما إذا كان الإتفاق سابقا للنزاع طبق بشأنه أحكام القانون رقم 27 لسنة 1994 المتعلق بالتحكيم الإختياري<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، مرجع سابق، ص 334.

<sup>2</sup> BIGOT Jean, traité de droit des assurances , op cit, p 1286.

<sup>3</sup> سعدي ليندة، إنتهاء عقد التأمين البحري، الجهات المختصة لفض المنازعات الناشئة عنه، مذكرة التخرج لنيل إجازة المحكمة العليا للقضاء، 2005 . 2008، ص 31.

<sup>4</sup> MOLINIER Victor, clause compromissoire examen critique de la jurisprudence de a cour cassation qui établit la nullité de la clause compromissoire, op.cit, p 247.

<sup>5</sup> رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 16.

القانون رقم 60 لسنة 1971 ألغى بموجب القانون رقم 97 لسنة 1983 إلا أن المادة 84 من القانون رقم 10

## 1. إجراءات السير في خصومة التحكيم

تمر الخصومة التحكيم بمراحل تتخللها إجراءات إلى غاية الفصل فيها بحكم نهائي، وقد أجمعت كل القوانين الوطنية والدولية على منح المحكم الحرية في إخضاع عملية التحكيم لقواعد من إختياره في حالة عدم إتفاق الأطراف على ذلك<sup>1</sup>.

### 1.1. طلب مباشرة إجراءات التحكيم

يتقيد المحكم في مباشرة مهامه بالطلب الذي يتقدم به أحد الطرفين إلى الخصم عن طريق وسائل التبليغ العادية بموجبه تبدأ إجراءات التحكيم، فإذا وافق الطرف الآخر على هذا الطلب وتم دفع أتعاب المحكمين بأشرت هيئة التحكيم المعنية بإستكمال الإجراءات، وتبدوا أهمية بيان الدعوى<sup>2</sup> في تحديد إختصاص المحكم من الناحيتين الإجرائية والموضوعية إذا ورد إتفاق التحكيم في صورة شرط تنتقص منه البيانات<sup>3</sup>.

فالمشرع لما إعتبر الطلب بأنه نقطة تحول لمجرى النزاع وطرحه على منصة محكمة التحكيم وبدء الإجراءات إنما يهدف الى تفعيل إتفاق التحكيم لكي يرتب آثاره القانونية مالم يتفق الأطراف على ميعاد آخر يحددانه في اتفاق التحكيم أو في إتفاق لاحق<sup>4</sup>.

لذلك فإن عدم تقديم المدعي البيان في الأجل المحدد يترتب عليه إنهاء الإجراءات قانونا مالم يكن تأخير مبررا، ولا يعتبر الأجل في هذا الموضع من النظام العام وإنما يمكن الإتفاق على تحديد أجل آخر وهو ما يختلف عن النظام القضائي<sup>5</sup>.

يستخلص من المواد السابقة أن المحكم يستمد ولايته على النزاع من إرادة الاطراف في إتفاق التحكيم من خلال تحديدهم أجل بدء إجراءات التحكيم على خلاف القاضي الذي يستمد مهمته من النظام القضائي.

لسنة 1981 كانت قد أحالت إليه وهذا القانون لم يلغى مما يجعل تلك المواد جزء من القانون المحال عليه.

<sup>1</sup> راجع المادة 25 من قانون التحكيم رقم 1994/27.

<sup>2</sup> راجع المادة 30 من قانون التحكيم المصري رقم 1994/27.

<sup>3</sup> محمود السيد عمر التحيوي، مرجع سابق، ص 221.

<sup>4</sup> راجع المادة 2/27 من قانون التحكيم المصري رقم 1994/27.

<sup>5</sup> -مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، مرجع اسابق، 623.

ويتجسد تحرر المحكم بصورة أكبر بصدد التحكيم بالصلح، فالمحكم لا تلزمه غير قواعد العدل والإنصاف، وهو بذلك يتجاوز القيد الزمني لإمكانية التحلل من الإجراءات الإتفاقية أو القانونية إلا ما تعلق منها بالنظام العام منها آجال الإستئناف إذا نشأ إتفاق التحكيم بعد صدور الحكم الابتدائي في موضوع النزاع محل إتفاق التحكيم<sup>1</sup>.

ويعتبر رد الخصم على الطلب إجراء مهم، وفي هذه النقطة تبدوا أوجه المفارقة من حيث الأثر الذي يرتبه تخلف المدعي أو عدم رده على بيان الدعوى، فذلك يعتبر في نظر القاضي إقرارا بما جاءت به عريضة المدعي<sup>2</sup>، ولا يعتبر كذلك بالنسبة للمحكم، وإنما وجب على هذا الأخير البحث في وسائل الإثبات والتحقيق في المسألة محل الخصومة حتى يتوصل إلى الحل للإشكال المطروح عليه، وبهذا تتحقق أهمية التحكيم ودوره في تسوية المنازعات بشكل عادل ومنصف مالم يقدم المدعي عليه إقرارا بما يدعيه المدعي ويصدر حكم نهائي<sup>3</sup>.

### 2.1 . تبليغ الاوراق والمستندات

يلتزم المحكم بمراقبة التبليغات وصحتها بما يفرضه النظام القضائي، إلا أن هذا الإجراء يخضع لأحكام خاصة قد يتفق عليها الأطراف أو نصت عليها نظم التحكيم أهمها قواعد اليونسترال أو لائحة غرفة التجارة الدولية<sup>4</sup>.

يمكن القول بأنها سهلة وميسرة قد لا تكلف القائم بتبليغ المستندات وأوراق الدعوى أو أي

<sup>1</sup> مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، المرجع نفسه، ص 618.

<sup>2</sup> راجع المادة 2/34 من قانون التحكيم المصري رقم 1994/27 التي نصت " إن لم يقدم المدعي عليه مذكرة بدفاعه وفقا للمادة 2/30 من هذا القانون وجب أن تستمر هيئة التحكيم في إجراءات التحكيم دون أن يعتبر ذلك بذاته إقرارا من المدعي عليه بدعوى المدعي مالم يتفق الطرفان على غير ذلك" .

<sup>3</sup> أحمد بربري، مرجع سابق، ص 114.

<sup>4</sup> فتحي والي، التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 310

. نصت المادة 1/2 من قواعد اليونسترال التي تبناها مركز التحكيم الاقليمي بالقاهرة التي نصت بقولها "في مفهوم هذه القواعد يعتبر أي إخطار ويشمل ذلك كل إشعار أو رسالة أو إقتراح أنه قد تسلمه، إذا سلم إلى المرسل اليه شخصيا أو في محل إقامته المعتادة أو في مقر عمله أو في عنوانه البريدي، وفي حالة تعذر التعرف على أحد هذه العناوين يعد إجراء التحريات المعقولة، يعتبر الإخطار هو عموم تسليمه على أي نحو ما ذكر " نفس المعنى أنت به المادة 3 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس .

إجراء آخر يتطلب ذلك، لأنها لا تحتاج إلى الرسمية التي تراعى في التبليغات القضائية، وهو ما يتماشى مع هدف التحكيم في السرعة وقلة التكاليف.

### 3.1 . جلسات المرافعة

لقد شاع العمل في محاكم التحكيم البحري الحر في لندن بعقد جلسات تمهيدية هدفها مناقشة المشاكل التي تعترض سير خصومة التحكيم وإيجاد الحلول المناسبة لها قد تصل مدتها الى خمسة أيام بحسب نوع القضايا، أما بالنسبة للجلسات العادية فإن المحكم يحدد طريقة عقدها إما شفوية أو كتابية، وفي الحالة الأخيرة قد يستغنى عن عقد الجلسة إذا تضمن إتفاق التحكيم ذلك ويحدد المحكم لغة التحكيم وله السلطة التقديرية في قبول الترجمة أو قبول المستندات بلغتها المحررة بها دون الاخلال بحق الدفاع<sup>1</sup>.

ويعد إختيار مكان التحكيم من الإعتبارات الأساسية التي يجب على المحكم مراعاتها<sup>2</sup> لأنه على أساسها يمكن التمييز بين نوعي التحكيم داخليا أو دوليا، فتشريعات بعض الدول لا تقبل التحكيم خارج إقليمها ولو تعلق بمنازعة دولية، ويؤثر أيضا على القانون الذي يطبق على النزاع والذي يحتمل أن يرتبط بمكان التحكيم، الأمر الذي يدفع الطرف الأجنبي إلى الإتفاق على إحالة النزاع على مؤسسات التحكيم تجنباً لتطبيق قانون وطني ضامناً للنزاهة والحياد، ولا يرتب عن إغفال المحكم عن تحديد مكان التحكيم سوى مطالبة الطرف المتضرر بالتعويض مالم يمس ذلك بمبدأ المساواة فيؤدي إلى بطلانه<sup>3</sup>.

وبهذا فإن المحكم يتحرر من النظام القضائي بصورة مطلقة، ويتوقف ذلك على نوع النزاع،

<sup>1</sup> راجع المادة 11 من لائحة جمعية المحكمين البحرين بلندن وملحقها الرابع.

- راجع المادة 10 من لائحة غرفة التحكيم البحري، والمادة 5/11 من لائحة تحكيم المنظمة الدولية للتحكيم البحري، والمادة 27 من لائحة تحكيم جمعية المحكمين البحرين بنيويورك التي نصت "يحق للأطراف عن طريق إتفاق مكتوب اللجوء بمنازعاتهم إلى التحكيم من خلال المستندات فقط".

. عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، مرجع سابق، ص 460

<sup>2</sup> راجع المادة 28 من قانون التحكيم المصري رقم 1994/27 التي نصت " فإذا لم يوجد إتفاق عينت هيئة التحكيم مع مراعاة ظروف الدعوى وملائمة مكان أطرافها، ولا يخل ذلك بسلطة هيئة التحكيم في أن تجتمع في أي مكان تراه مناسباً للقيام بإجراء من إجراءات التحكيم كسماع أطراف النزاع والشهود والخبراء والإطلاع على المستندات أو معاينة بضاعة أو أموال أو إجراء مداولة بين أعضائها أو غير ذلك".

<sup>3</sup> - فتحي والي، مرجع سابق، ص 306، 314 .

إذ أنه عند تقدير مبلغ التعويض عن الخسائر التي تعرضت لها الحمولة المطالب به أمام شركة التأمين يمتلك السلطة في تقرير الإستعانة بخبرة فنية تودع كسند في ملف خصومة التحكيم سيما وأن التأمين تطغى عليه الصبغة الفنية التقنية، مما يزيد من حدة التوتر في الخلافات ويقلص من مجال التفاوض بشأنها بين الأطراف<sup>1</sup>، وتنتهي الجلسة بإعداد جدول أعمال جلسات التحكيم شاملة لكل تفاصيل عملية التحكيم التي يتقيد بها المحكم<sup>2</sup>.

#### 4-1 . إدخال وتدخّل المؤمن في خصومة التحكيم

يتدخّل المؤمن في خصومة التحكيم بعد تحقق الخطر إما أن يكون ناتج عن الأحداث البحرية أو عن الإخلال بالإلتزام الناشئ عن عقد التأمين أوالمسؤولية عن الأضرار المترتبة عن تأخير وصول السفينة في الوقت المحدد من المؤمن له بأي صفة في العقد الذي يرتبط به إما مستأجر أو شاحن أو ناقل أو مالك السفينة<sup>3</sup>.

بما أن شرط التحكيم لا تتساوى آثاره بالنسبة لطرفيه، فإنه ليس من العدل أن يستدعى المؤمن من الغير ليتدخل إراديا في النزاع كضامن أو إدخاله جبرا لإلزامه بالتحكيم عقوبة ناجمة عن مسلكه<sup>4</sup> أو تباشر ضده دعوى الرجوع لصالح الغير عن المسؤولية المدنية للمؤمن له<sup>5</sup>.

ولهذا فإن شركة التأمين لا يصوغ لها التدخّل إلا بوجود شرط يسمح لها بإدارة إجراءات التحكيم التي أصبحت من الشروط المألوفة في منازعات عقود التجارة الدولية نظرا لجسامة المخاطر التي تعجز الشركات على مجابعتها، وبموجب هذا الشرط تتدخل شركة التأمين في القضايا الخاصة بعملائها، وتحمل في النهاية الأعباء المالية التي يفرضها المحكمون على المؤمن له المحكوم عليه<sup>6</sup>، وبهذا لا يمكن أن تكون في مركز الطرف في خصومة التحكيم، هذا ما يقود إلى الإستفسار عن مدى تطبيق مبدأ حياد وإستقلال المحكم إتجاه شركة التأمين وإن كانت تعد طرف ثالث؟.

1- pour une clause représentative de la technicité de la réassurance, CEFAREA, Annexe, p 29.

2. لزهرة بن سعيد، مرجع سابق، ص 277.

3- OLIVIER Jumbu-Merlin, l'assurance maritime, terre d'élection de l'arbitrage, arbitre maritime à la chambre arbitrale maritime de paris, [WWW.arbitrage.maritime.org](http://WWW.arbitrage.maritime.org). le 17/06/2018.

4. عبد الحميد الأحديب، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص 212.

5- EVIAN Eric, l'arbitrage de l'assurance et l'assureur en arbitrage, rev. Centre français d'arbitrage de réassurance et d'assurance, N° 17, CEFAREA, paris, 2012, p 15.

6 - article L113/17 du code des assurances français .

أكدت الإجتهدات القضائية على وجوب إفصاح المحكمين عن علاقتهم بشركة التأمين بكل وضوح وذلك تحاشيا لبطلان الأحكام التي تصدر عنهم إذا تبين للقضاء بعد الطعن بالبطلان إخلال المحكمين بالتزام الإفصاح عن تلك العلاقة<sup>1</sup>.

إن عدم جوازية الإحتجاج بشرط التحكيم بالنسبة للمؤمن في عقد ليس طرفا فيه يعد تطبيقاً لمبدأ الأثر النسبي للعقد، فلا يجوز إجباره بأن يكون طرف في إجراءات التحكيم.

وتشير (CRUSILLEAU) أنه عملياً أن شركات التأمين تقدم ضمان مسبق أثناء التعاقد وفي هذه الحالة فإن ما تقضي به محكمة التحكيم قد يفوق قيمة مبلغ الضمان المتفق عليه، هذا ما يشكل مخاطرة على شركات التأمين.

ولذلك فإنه لحماية شركة التأمين من هذه المخاطرة يمنع إلزامها إستناداً إلى واقعة الدين أو الإشتراك فيه، وإنما إلزامها مستقل عن إلزام المؤمن له المدين بأصل الدين، وتظهر في النزاع بصفقتها ضامن في حدود مبلغ التأمين، هذا المركز القانوني يعفيها من الإلتزام بشرط التحكيم الذي لم تكن طرفاً فيه، إلا إذا باشرت إجراءات التحكيم ضد المؤمن له فإن شرط التحكيم يكون ملزماً لها ويمتد أثره إليها<sup>2</sup>، ويرى (FRANCOIS Gérard) من الأفضل السماح للمؤمن بالتدخل في إجراءات التحكيم<sup>3</sup>.

وتشترط القوانين في هذه الحالة أن يكون الضامن المدخل طرفاً في إتفاق التحكيم، إلا أن ما يعترض هذه الحالة مسألة تعيين المدخل في خصومة التحكيم لمحكمة بإعتباره إجراءً جوهرياً في التحكيم القائم على حرية الإرادة، وتطبيقاً لمبدأ المساواة بين الأطراف في إجراءات التحكيم مما يحول دون إمكانية إجباره على المثول أمام هيئة تحكيم لم يمنح له حق إختيار تشكيلتها سيما في حالة التعدد الوجوبي لا أن يكون محكم فرداً<sup>4</sup>.

وإشترط المشرعون لصحة إتفاق التحكيم عند إدخال الغير كضامن في خصومة التحكيم أن يثبت كتابة كدليل على موافقة من كل الأطراف والضامن المدخل في خصومة التحكيم على حد

1 - EVIAN Eric, op .cit , p 15.

2- TURGNE Franck, l'arbitrage en matière d'assurance et de réassurance , op cite , p 179.

3 - TURGNE Franck, ibid, p 184.

4-EVIAN Eric, op.cit, 19

سواء<sup>1</sup>، وفي هذه الحالة يعتبر إتفاق التحكيم قائما إذا أحال إلى لائحة تحكيم تتعلق بمنازعة أبرم أحد أطرافها ذلك الإتفاق مع الغير، وفي حالة قبول محكمة التحكيم إدخال الغير في خصومة التحكيم بناء على طلب الطرف الذي له مصلحة في إدخاله طرف في التحكيم، فيعتبر الغير طرفا يتعين عليه المشاركة في إختيار إجراءات التحكيم<sup>2</sup>.

## 2. الاجراءات المتعلقة بالإثبات

تتولى هيئة التحكيم التحقيق في المسألة المتنازع عليها لتأكيد صحة الإدعاء أو نفيه والموازنة بين الدفوع، وفي سبيل ذلك تتبع وسائل الإثبات وفقا لقواعد إجرائية قد ترك الأطراف لمحكمة التحكيم الحرية في إتخاذها أو بالإتفاق معهم .

## 1.2 . الإثبات بالمستندات الكتابية

عموما أنه في حالة التحكيم بالإحالة إلى مؤسسات التحكيم البحري فإن لوائح هذه المؤسسات تفرض أن يكون التحكيم كتابة بالإعتماد على المستندات والوثائق، والأكثر من ذلك فإن المحكم خلال عملية التحقيق في النزاع يمنح تلك الصلاحية بأن يأمر هيئة إدارية لتمكينه من مستندات يرى أنها مهمة للفصل فيه إذا لم يكن في وسع الخصوم إحضارها كأن تكون مستندات بنكية أو تقارير تقدمها الشركة المعنية<sup>3</sup>، وفي المقابل فإنه يلتزم أيضا بتمكين هذه الشركات ومنها شركة التأمين التي تكون طرفا في النزاع بنسخة من الوثائق والمستندات وتقارير الخبراء تطبيقا لمبدأ حق الدفاع<sup>4</sup>.

كما أن المحكم عليه أن يلتزم بنظام التحكيم الذي يقضي بسرية الجلسات والمداولات مالم يتفق طرفي النزاع على علانيتهما (المادة 4/25 من قواعد اليونسترال والمادة 7/20 من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس وقواعد جمعية التحكيم الأمريكية وقواعد الغرف التجارية العربية

<sup>1</sup>. نصت المادة 1045 من قانون المرافعات المدنية الهولندي "لايجوز لهيئة التحكيم أن تأذن للغير أن يتدخل تدخلًا إنضماميًا أو إختصاصيًا أو إدخاله كضامن إلا إذا وافق الأطراف كتابة على إنضمام الغير إلى إتفاق التحكيم، فإذا لم يوقع الأطراف على مثل هذا الإتفاق فإن الغير لا يمكن إعتباره طرفا في إجراءات التحكيم".

2- EVIAN Eric ibid, p 21 ، 20

<sup>3</sup>. راجع المادة 31 من قانون التحكيم المصري رقم 1994/27 .

<sup>4</sup>. أحمد السيد صاوي، إجراءات التحكيم طبقا لقانون التحكيم المصري ووفقا لأهم قواعد وأنظمة التحكيم لدولية مرجع سابق، ص 807 .

الأوروبية التجارية الدولية)<sup>1</sup>، وهذا ما لا يمكن توقعه بالنسبة لمنازعات التأمين البحري تماشياً مع خصوصيتها طالما أن المعاملات في المجال البحري قائمة على الإئتمان من جهة وحفاظاً على السمعة لإجتذاب العملاء من جهة أخرى.

وتتصدر وسائل الإثبات الكتابية المراكز الأولى من حيث القيمة القانونية بالمقارنة مع طرق الإثبات الأخرى، فتأسيس الإدعاء أو الدفع أمام هيئة التحكيم المؤسس على المستندات والوثائق تغني عن أي دليل آخر في حالة الإكتفاء به، وما يزيد من أهميتها في التحكيم بأن إجراءات إيداعها سهلة وغير مكلفة<sup>2</sup>.

فقد يستدعي إثبات الواقعة المدعى بها في وثيقة محررة من شركة التأمين أو بنك مثل وثيقة الحلول أو الضمان أو تستدعي لتقديم المعلومات، ذلك أن تعاون هذه المؤسسات يعد ضروري لإستجلاء الحقائق ونقلها فوراً في تقرير تقني لإصداره عن طريق قرار أو أمر مهني تسلم منه نسخة مطابقة معتمدة من طرف أي إتحاد، وإذا تم إستدعاء الأشخاص للإدلاء بتصريحاتهم دون أن يشيروا إلى إستدعاء المحكمين لهم.

وإذا رفض القاضي إستناداً إلى القانون الذي له صلة بشرط التحكيم إدارة أدلة الإثبات التي يطلب المحكمون تقديمها، فذلك يؤدي إلى إفتراض خلو الطلب من ذلك، مثلاً أن يستدعي القاضي المحكمين لإدلائهم بما تم أمامهم من تصريحات، فالقرارات التي يصدرها غير قابلة للإستئناف، وأن الطرف الذي لا يستعين في طلبه بوسائل الدفاع ويرفض تقديم الأدلة المتعلقة بموضوع النزاع أمام المحكم وقبلها يعتبر مخالفاً للقانون في نظر القاضي، وبالتالي فقد لا يصلح التحكيم وسيلة للفصل في النزاعات المتعلقة بإحضار الأدلة، أو إتخاذ تدابير إستعجالية أو مؤقتة سيما بالنسبة للحجز التحفظي والضمانات القضائية<sup>3</sup>.

وعن دور المستندات والوثائق وأهميتها في إثبات الوقائع المدعى بها أمام محكمة التحكيم فصلت المحكمة العليا دائرة ولايتي البحر الأحمر وكسلا ببور تسودان السودانية في الطعن في

<sup>1</sup>. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 284

<sup>2</sup>. عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص 431

3-MOHAMED EL MEHDI Nadjib, l'intervention du juge dans la procédure arbitrale, thèse de doctorat université de Bourdeaux, 2016, p 59, 60

الحكم الذي قضى بالتعويض بالتضامن بين شركة التعاون العربي وشركة قناة السويس للتأمين عن قيمة السلع وغرق الباخرة شيبا الناتج عن الحادث الذي تسببت فيه الباخرة التعاون العربي وذكرت في إحدى حيثياتها بقولها عن الطعن في الوجه الثالث والرابع فإن الثابت أن محكمة الموضوع إعتمدت على شهادة التأمين في تقدير قيمة السفينة وأيدتها في ذلك محكمة الإستئناف بإعتبار أنها أفضل البيانات المقدمة وهذا بواسطة لجنة فنية، إلا أن غرق السفينة يجعلنا نعتمد على وثيقة التأمين إذ يفترض أن يعيد التأمين المؤمن عليه إلى نفس الحالة التي كان عليها قبل وقوع الحادث وذلك عن طريق إعادة المال، فإذا كانت القيمة المؤمن بها هي 500.000 دولار أمريكي، هذه القيمة هي التي تساوي قيمة السفينة قبل الحادث، وبما أن هذه الأخيرة قد غرقت ولم يعد بإمكان التأكد من حسن نية المؤمن له من عدمها أثناء التصريح لدى شركة التأمين بالقيمة الحقيقية للسفينة ومن ثم تتعدم وسائل الإثبات غير وثيقة التأمين المقدمة للمحكمة، مما يجعل إدعاء المطعون عليهم بإنخفاض قيمة السفينة عند الشراء لأنها كانت في وضعية غير صالحة للإيجار وأنهم تحملوا تكاليف الإصلاح والصيانة، وقدر مبلغ تأمينها السابق قدر بـ 750.000 دولار أمريكي مبررا يتناسب مع وقائع الدعوى بني الحكم على أساسها<sup>1</sup>.

وفي الحكم الصادر عن محكمة إستئناف في 1997/9/21 أثبتت المدعية شركة شيبا للتجارة والملاحة كلومبيو صفتها بموجب المستندات المقدمة من صاحب الشركة المتمثلة في شهادة تسجيل الشركة وشهادة تسجيل السفينة تثبت ملكيتها، وفي الموضوع قضت المحكمة إضافة إلى مبلغ التأمين على السفينة أثبتت بشهادة التأمين أيضا التعويض عن قيمة الوقود والغاز والمؤمن المحتفظ بها على متن السفينة المقدر قيمتها بمبلغ 13.500 دولار إستنادا على الفواتير المقدمة ولا يوجد دليل آخر يناقضه، وأن الشركة المدعية تستحق التعويض عن الكسب الفائت بسبب الحادث المقدر بمبلغ 30.000 دولار إستنادا على العقد المستدل به في النزاع والذي تبين أنه كان ساري المفعول وقت وقوع الحادث<sup>2</sup>.

وتعد الخبرة من أهم وسائل الإثبات التي تستعين بها محكمة التحكيم لإثبات الحق المدعى به ومن أجل ذلك تندب خبير للقيام بمهام محددة، ومن ضمن تلك المهام الإطلاع على الوثائق

<sup>1</sup>. محمد علي خليفة، مرجع سابق، ص 531

<sup>2</sup>. محمد علي خليفة، المرجع نفسه، ص 508

وفحصها، ومعاينة الشيء محل المنازعة كالبضائع في خصومة تتعلق بالتعويض عن الخسائر التي تعرضت لها حمولة السفينة، وقد يكون مثول الخبير أمام محكمة التحكيم مهم من أجل التوضيح أو الإجابة عن إستفسار إضافي، ويجوز لهيئة التحكيم أن تعقد جلسة خاصة لمناقشة رأي الخبير ويستعين كل طرف بخبيره الخاص<sup>1</sup>.

وإذا أثير الدفع بوجود إتفاق التحكيم في نزاع موضوع دعوى قضائية يتعلق بمسألة فنية أمكن للمحكمة القضاء بتعيين خبير للبحث في تلك المسألة ثم تفصل في الدعوى بشقيها قبل الفصل في الموضوع وفي أصل النزاع بحكم قاطع، ومن ذلك ما قضت به محكمة الإسكندرية الابتدائية في النزاع القائم بين الشركة المستوردة للبضاعة المتعلقة بشحنة الأسماك المجمدة ضد شركة التوكيلات الملاحية بصفتها وكالة عن الباخرة سوزي يو وشركة التأمين للمطالبة بالفوائد القانونية والتعويض عن الخسائر التي تعرضت لها الشحنة وعدم مطابقتها للموصفات القانونية إستنادا على محضر معاينة، فندبت المحكمة خبيراً لمعاينة الأضرار، وبعد عملية الرجوع بعد إتمام الخبرة قامت المحكمة بضم الدعويين وفصلت بحكم قطعي بتاريخ 1986/11/11 الذي قضت فيه بعدم قبول الدفع بسبق الإتفاق على التحكيم وبقبولها الدعوى<sup>2</sup>.

وفي قضية أخرى تتعلق بالتعويض عن الخسائر التي لحقت شحنة الأسمدة المستوردة من البرتغال من الشركة المنتجة إلى الشركة الألمانية المرسل إليها، فتعرضت آخر شحنة إلى تلف بسبب العاصفة، تقدمت الشركة الألمانية بطلب التحكيم وتحميل الشركة البرتغالية المسؤولية لعدم مطابقة المنتج للمواصفات وبذلك فإنها تتحمل التعويض عن الخسائر، إلا أن الشركة البرتغالية دفعت عنها المسؤولية بقولها أن سبب تلف الأسمدة يرجع إلى العامل الطبيعي وكان بإمكانها إصلاحه بإنكائياتها الخاصة، متمسكة بإنقضاء أجل المطالبة بذلك، وأن ريان السفينة قد أعلن عن الحالة بمجرد وصوله إلى الميناء، وبهذا فإن تبعات الهلاك تتحمله شركة التأمين ولم يكن للمحكم إلا أن يندب خبير للبحث في المسألة ذات الطابع الفني، وإستنادا تقرير الخبرة الذي أقر بأن فساد الأسمدة يرجع من جهة إلى طبيعتها بأنها قابلة للتحول، ومن جهة أخرى إلى الظروف

<sup>1</sup> عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي، 2014، مرجع سابق، ص 71

<sup>2</sup> علي حسن عوض، مرجع سابق، ص 312.

الجوية، وبهذا فإنها حملت شركة التأمين التعويض للسبب الثاني<sup>1</sup>.

وتعد الشهادة من الوسائل القانونية للإثبات التي يأخذ بها المحكم، تخضع للقواعد العامة من حيث الشروط<sup>2</sup>، والفارق أنه في حالة إمتناع الشاهد عن الإدلاء بشهادته حول واقعة ذات صلة وثيقة بالنزاع محل التحكيم تنقطع الخصومة، وتقدم هيئة التحكيم طلب المتابعة الجزائية ضد الشاهد الممتنع أمام محكمة الاستئناف بالقاهرة فيما تعلق بالتحكيم التجاري الدولي لتحريك

الدعوى الجزائية ضده، وتسلب عليه عقوبة الغرامة المالية مع تكليفه بالحضور<sup>3</sup>.

هذا ويمتلك المحكم السلطة التقديرية في قبول الشهادة، يتضح ذلك من خلال الطعن في حكم التحكيم الصادر في 1994/06/06 فيما يتعلق بالتعويض عن قيمة مفقودات البجارة والمقدرة بمبلغ 11.200 دولار جزء منها يخص الشاهد الذي صرح بأنه أثناء وقوع الحادث بأنه كان على متن الباخرة من أجل الصيانة، إلا أن هذا الطلب قد رفض لأن الشاهد ثبت أنه لم يكن مع البجارة، وقد خلى بيان الدعوى وتصريحات أصحاب الباخرة شيئا من هذا الطلب<sup>4</sup>.

## 2.2 . الإجراءات المؤقتة أو التحفظية

تقتضي ظروف الإستعجال وما قد يترتب عليها من فقدان الدليل الذي يرشد إلى الحق ويثبت وجوده إتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية تهدف إلى الحماية من ضرر محتمل، وإختصاص المحكم بهذه المسائل أثار جدلا، فبعض القوانين تعتبره من الإختصاص الأصيل للمحكم كما هو الشأن بالنسبة لقضاء التحكيم الإنجليزي مهتديا بالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (المادة 26) وقواعد لائحة غرفة التحكيم البحري بباريس، ويستمد المحكم هذا الإختصاص من إتفاق التحكيم ذاته أو بالإحالة إلى إحدى لوائح التحكيم البحري .

وعلى خلاف من ذلك فإن بعض القوانين ومنها التحكيم الفيدرالي الأمريكي قد منح الإختصاص في المادة الإستعجالية للقضاء العادي وذلك لدواعي مختلفة منها عدم إمتلاك هيئة

<sup>1</sup> محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم، مرجع سابق، ص 211، 215.

<sup>2</sup> راجع المادتين 79، 80 من قانون الإثبات المصري.

<sup>3</sup> محمود السيد عمر التحيوي، مرجع سابق، ص 238.

<sup>4</sup> محمد علي خليفة، أهم القضايا البحرية الصادرة من المحاكم السودانية، الطبعة الثانية، المكتب العربي الحديث، 2002، ص 507 .

التحكيم الوسائل القانونية الكفيلة لإنفاذها جبرا في حالة عزوف من صدر الأمر في مواجهته إضافة إلى ذلك فإن هيئة التحكيم ملزمة قانونا بإحترام المبادئ الإجرائية العامة وأهمها مبدأ المواجهة وحق الدفاع، مما يفقد حتما الإجراء المؤقت أو التحفظي خاصيته<sup>1</sup>، وبالتالي فإن الرجوع إلى القضاء أمر حتمي، لهذا لم يتخلى القضاء الفرنسي عن إختصاصه للنظر في المسائل المؤقتة أو الإستعجالية رغم وجود شرط التحكيم أو كانت خصومة التحكيم قائمة<sup>2</sup>، إلا أن ذلك يعطل لا محالة سير إجراءات التحكيم ويكلف طالبه أعباء مالية إضافية، إلى جانب ذلك فإن هيئة التحكيم ليست لها سلطة على الغير الذي يحتمل أن يكون معنيا بالإجراء بإعتبار أن إتفاق التحكيم له أثر نسبي لا يلزم غير أطرافه.

مما سبق يتضح أن موقف المشرع في كلا الإتجاهين لا يستجيب للأهداف التي يبتغيها الأطراف من اللجوء إلى التحكيم إقتضاءا لسرعة الفصل في النزاع والإقتصاد في النفقات، هذا ما حاولت بعض القوانين تجاوزه بتحقيق نوع من الإنسجام والتعاون بين محكمة التحكيم والمحكمة العادية في إتخاذ الإجراء المؤقت وتنفيذه، فنجد أن المشرع الجزائري وقرينه المصري قد منح لهيئة التحكيم صلاحية البث في المسائل المؤقتة أو التحفظية، بينما يتجلى دور المحكمة في التنفيذ الجبري في حالة تعنت من صدر الأمر في مواجهته بتنفيذه طوعا، أيضا إذا تعلق الأمر بالغير ليس مشمولاً بولاية المحكم فيحال إلى المحكمة، ومع ذلك فالأمر جوازي يعود للأطراف في عرضه على المحكمة مالم تكن طبيعة الإجراء تقتضي ذلك وجوبا<sup>3</sup>.

ويشمل الإتفاق أيضا القواعد التي تحكم هذا الإجراء إذا لم تطبق هيئة التحكيم نظام تحكيم متفق عليه بين الأطراف ويراعى في ذلك شروط رفع الدعوى الإستعجالية من توفر عنصر

<sup>1</sup> عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص 454.

<sup>2</sup> مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 203.

<sup>3</sup> . نصت المادة 1046 من قانون إ.م.إ.ج على أنه " يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بنا على طلب أحد الأطراف، مالم ينص إتفاق التحكيم على خلاف ذلك إذا لم يقم الطرف المعني بتنفيذ هذا التدبير إراديا جاز لمحكمة التحكيم أن تطلب تدخل القاضي المختص ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي".  
والمادة 145 من قانون التحكيم التي نصت " يجوز للمحكمة المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون أن تأمر بناء على أحد طرفي التحكيم إتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية سواء قبل البدء في إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها".

الإستعجال وعدم المساس بأصل الحق<sup>1</sup> إلى جانب الشروط الخاصة لإختصاص هيئة التحكيم لإصدار أوامر مؤقتة أو تحفظية منها :

- أن يتضمن إتفاق التحكيم أو إتفاق لاحق نص صريح يحدد فيه التدبير أو الإجراء المؤقت المراد إتخاذه كالأمر بإيداع البضاعة في مخزن .

- ألا تباشر هيئة التحكيم هذه الصلاحية إلا بطلب من أحد الخصوم،

- أن يكون التدبير أو الإجراء مناسباً لطبيعة المنازعة وتصدر هيئة التحكيم أمر في شكل نهائي غير قابل للطعن<sup>2</sup>.

### ثانياً . إنهاء خصومة التحكيم

تتعدد طرق إنهاء النزاع القائم بين طرفي إتفاق التحكيم فيستنفذ معها المحكم سلطته على النزاع، ويكون ذلك إما بإنهاء الخصومة دون الفصل في الموضوع عندما يتوصل طرفي الإتفاق إلى حل ودي، أو تنتهي قبل صدور الحكم إذا لم يكن بوسع المحكم إتمامها بفعل المدعي في خصومة التحكيم بإمتناعه عن القيام بالإجراءات اللازمة لسير العملية التحكيمية مما يترتب عليه إنهاء المحكم للإجراءات بقوة القانون، وأيضاً في حالة ترك الخصومة إذا رأى أنه لا جدوى من إتمام الإجراءات لإستحالة تنفيذ الحكم<sup>3</sup>.

وتتوج إجراءات التحكيم بحكم منهي للخصومة أو قبل الفصل في الموضوع عندما يتعلق النزاع بإجراء أو تدبير مؤقت، والحكم المنهي للخصومة قد يكون فاصلاً في النزاع كلياً أو في جزء منه فقط لأن باقي المسائل تخرج من نطاق إختصاص المحكم<sup>4</sup>.

الأصل أن المحكم يلتزم بالميعاد المقرر في إتفاق التحكيم لإصدار الحكم مالم يتفق الطرفين على إحالة النزاع على مؤسسة التحكيم فإنها تطبق قواعدها الخاصة، ولم يحدد قانون الإجراءات المدنية والإدارية الأجل، وإنما يمكن إستنباطه من المادة 1056 المتعلقة بحالات إستئناف أمر منح الصيغة التنفيذية ومنها عدم إحترام مدة التحكيم المحدد في الإتفاق أو بالإحالة

<sup>1</sup> عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، ط 1، عمان، 2009، ص119

<sup>2</sup> -فتحي والي، مرجع سابق، ص103.

<sup>3</sup> منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم، مرجع سابق، ص 331.

<sup>4</sup> فتحي والي، المرجع نفسه، ص 398.

إلى نظم التحكيم المؤسسي<sup>1</sup>.

وفي هذا الصدد فإن أنظمة بعض مراكز التحكيم لم تضع أجل محدد لتتقيد به هيئة التحكيم للفصل في النزاع ولا يمكن حينئذ فسخ أو إبطال إتفاق التحكيم لهذا السبب ومنها قواعد مركز القاهرة الإقليمي ونظام غرفة التجارة الدولية بباريس (icc)، ويمنح بعض الفقهاء لهيئة التحكيم السلطة التقديرية في ضبط الأجل الذي يصدر خلاله حكم التحكيم<sup>2</sup>.

## 1. حكم التحكيم

تتقضي خصومة التحكيم الماثلة بين المؤمن والمؤمن له أو الغير بحكم يتضمن عدة بيانات منها ما هو جوهرى لا يجوز إغفاله والحكم بدونه يكون معرضا للبطلان الوجوبي، أيضا بيانات ثانوية لا يترتب عن إغفالها أي أثر، والسؤال المطروح هل حكم التحكيم كالحكم القضائي فيما يتضمنه من بيانات؟.

لوضع حكم التحكيم موضع التنفيذ إشتراط المشرع إثباته كتابة وأن يتضمن بيانات منها ما هو جوهرى كذكر أسماء الطرفين المتنازعين والمحكمين، وملخص أقوالهم ودفوعهم وطلباتهم والتي لها أثر على حكم التحكيم مع الإشارة إلى المستندات المقدمة، وتتفق معظم قوانين التحكيم على أن يصدر حكم التحكيم بأغلبية آراء المحكمين المشكلين لهيئة التحكيم.

بناء على ما سبق ننتهي إلى القول بأن المحكم يبسط ولايته على النزاع بلا منازع من القاضي إذ أنه بمجرد تعيينه يباشر السير في خصومة التحكيم، ويتقيد في ذلك بإتفاق التحكيم أو بوثيقة المهمة إذا كان الإتفاق لا ينطوي على تفاصيل عملية التحكيم، أو ينطلق في ذلك متحررا من أي نظام قانوني عدا ما تعلق بالنظام العام إذا كان التحكيم بالصلح، وبهذا فيبدو أن القاضي قد شل دوره ولا أساس لتدخله إلا لفك الصعوبات التي تعترض المحكمين عند أداء مهامهم ومساعدتهم تيسيرا للإجراءات أو وضع عمل المحكم موضع التنفيذ .

## 2. إستمرار ولاية المحكم على النزاع بعد الحكم إستثناء

<sup>1</sup>. نصت المادة 45 من قانون التحكيم المصري بقولها "على هيئة التحكيم إصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي إتفق عليه الطرفان" ، ونصت المادة 25 أيضا "لطرفي التحكيم الإتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم للقواعد النافذة في أي منظمة أو مركز تحكيم في جمهورية مصر العربية أو خارجها".

<sup>2</sup>. فراح مناني، مرجع سابق، ص 72.

تقضي القاعدة العامة بأنه بمجرد أن يصدر حكم التحكيم تغل يد المحكم بالنسبة للمسألة التي تم الفصل فيها، إلا أنه يرد على تطبيق هذه القاعدة إستثنائين:

## 1.2 . تفسير وتصحيح حكم التحكيم

إن غموض الحكم وإبهامه أو أن يرد فيه خطأ مادي يشكل عائقا يحول دون تنفيذه، لهذا فإن طلب تفسيره أو تصحيحه يعتبر إجراء تدعوا إليه الحاجة إلى التنفيذ السليم، وإحتراما لحق الدفاع ومبدأ المواجهة ومبدأ المساواة، فقد ألزم المشرع مقدم الطلب بإعلانه للخصم<sup>1</sup>، ويمتتع على المحكم مراجعة الحكم الأصلي من جديد أو تعديله<sup>2</sup>. ويعتبر الحكم الصادر بعد التفسير أو التصحيح جزء من الحكم الأصلي، لذلك فإنه يأخذ حكمه من كل الجوانب بما في ذلك خضوعه لقواعد التنفيذ التي يخضع لها الحكم المفسر أو المصحح وتسري عليه آثاره<sup>3</sup>.

ويمكن تأسيس صحة الإجراء بما دعت إليه قواعد التحكيم الدولي، ومن ذلك ما نص عليه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي وقواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي وقواعد اليونسترال<sup>4</sup> التي تبنتها قوانين الكثير من الدول منها القانون الفرنسي والمصري<sup>5</sup> والتي أجازت للمحكم تفسير الحكم الذي إعتراه غموض أو تصحيحه إذا ورد فيه خطأ مادي، ويقوم المحكم بذلك بناء على طلب أحد الأطراف خلال مدة حددتها المادة 33 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بثلاثين يوما من صدور حكم التحكيم مالم يتفق الطرفان على ميعاد آخر، ويشترط في ذلك مراعاة المبادئ العامة ولذلك يجب إعلان الخصم بالطلب<sup>6</sup>.

## 2.2 . الفصل في الطلبات المغفلة

يستنفذ المحكم ولايته على النزاع بشأن ماتم الفصل فيه بحكم قطعي أما ما جاوزه من مسائل فإن الإختصاص بشأنها يبق قائما فأجاز المشرع له إمكانية البث في الطلبات التي أغفلها

1 . مهند أحمد الصانوري، مرجع سابق، ص 183.

2. مختار أحمد بريري، مرجع سابق، ص 216.

3. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 263، 264.

4. المادة 33 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والمادة 35 من قواعد المركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي والمادة 2/35 من قواعد اليونسترال.

5. راجع المادة 1475 من ق إ م الفرنسي والمادة 49، 50 من القانون التحكيم المصري.

6. مهند أحمد الصانوري، مرجع سابق، ص 185.

أثناء الفصل في النزاع بموجب حكم إضافي<sup>1</sup>، ويصدر الحكم التكميلي حسب المادة 3/33 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي وما تبعه من قوانين الدول<sup>2</sup> خلال مدة ستين يوماً قابلة للتמיד لمدة 30 يوم، ويخطر الطرف الآخر وجوباً بالطلب، معتبراً أن الحكم الإضافي جزء من الحكم الأصلي ويخضع للقواعد التي تطبق عليه، ويتقيد للفصل فيها بإتفاق التحكيم<sup>3</sup>.

يتضح مما تقدم أن المحكم تنتهي سلطته على النزاع بمجرد صدور حكم التحكيم الذي يكتسي حجية الشيء المقضي فيما فصل فيه، ومع ذلك تستمر هذه الولاية بإرادة من الأطراف مؤقتاً في حالات إستثنائية تتعلق بعملية التفسير أو تصحيح الأخطاء التي ترد سهواً في الحكم أو تكملة لمهمته بسبب إغفاله عن طلبات الخصوم دون الفصل فيها، وبهذا فإن عمل المحكم وإن كان يتصف بالطابع القضائي، إلا أن الإرادة تبقى تفرض وجودها في كل إجراء يتخذه المحكم مع إحترامه للمبادئ الأساسية في نظام التحكيم.

### الفرع الثاني . الضمانات الأساسية كحد أدنى لإستبعاد القضاء في منازعات التأمين البحري

لا يختلف أحد أن المحكم ليس لديه قانون إختصاص، ولا يطبق نظام الخصومة القضائية التي تلزم القاضي إتباعها تحت طائلة البطلان، وبمفهوم أعمق أن المحكم يسير إلى حيث تقوده الإرادة من جانب طرفي الخصومة التحكيمية أو من جانبه إذا غابت الأولى، ومع ذلك فإن القاسم المشترك بينه وبين القاضي كحد فاصل لسلطان الإرادة في تسيير عملية التحكيم إحترام المبادئ الجوهرية أهمها مبدأ إحترام حق الدفاع والمواجهة والمساواة في الإجراءات بين الخصوم ومبدأ حياد المحكم<sup>4</sup> نذكر بعضها ونحيل الأخرى إلى حينها.

### أولاً . مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن عقد التأمين البحري

عرف الفقهاء مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم بأنه عدم إرتباطه من حيث وجوده وصحته بالعقد فلا يترتب على بطلان الشرط أو عدم صحته بطلان العقد، كما لا يترتب على بطلان

<sup>1</sup> منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 265.

<sup>2</sup> راجع الفصل 2/77 (ج) والفقرة 3 من مجلة التحكيم التونسية، والمادة 51 من قانون التحكيم المصري رقم 27/1994.

<sup>3</sup> مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، مرجع سابق، ص 282.

<sup>4</sup> مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 658.

العقد أو صحته بطلان شرط التحكيم إلا إذا كان سبب البطلان يخص شرط التحكيم ذاته، فلا تضامن بينها<sup>1</sup>، ويقصد به أيضا إنحصاره عن العقد وما يترتب عليه من آثار إن كان عقدا صحيحا أو باطلا، ولا يسري عليه النظام القانوني الذي يسري على العقد الذي يتضمنه، وإنما يمكن إخضاعه لقواعد التنازع التي تسري على مختلف العقود<sup>2</sup>.

هذا وقد يحتج البعض بالمبدأ في حالة عدم وجود العقد، إنما الهدف من ذلك إفساد العملية التحكيمية وإصابتها بالشلل حماية للمصالح المتعارضة التي لا يحميها التحكيم تجنباً لتنفيذ حكم التحكيم المحتج به عليهم، لذلك سارع الفقهاء لإجهاض القاعدة التي تقضي بعدم إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد، وخول للمحكم صلاحية النظر في المنازعات التي تنصب على وجود وصحة الإتفاق، لأن هناك تماثل بين الحالتين سواء عند عدم وجود إتفاق تحكيم أو في حالة بطلانه .

وحسما لذلك قد أجمعت الإتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي على عدم التفرقة بين عدم وجود العقد وبطلانه في الخضوع لقاعدة إستقلالية شرط التحكيم عن العقد<sup>3</sup> وأيدها الفقه الفرنسي على يد كل من Gaillard, Goldman, Fouchard<sup>4</sup>.

غير أن مبدأ إستقلال التحكيم تطبيقه مرهونا في الحقيقة بصحة إتفاق التحكيم ذاته، فلا أثر له إلا إذا كان العقد معيبا بعيب يكون سببا لبطلانه، كأن يكون العقد محررا بشكل مخالف لقواعد الأهلية فإن البطلان يؤثر على إتفاق التحكيم فيبطل بالتبعية ولا يتعلق مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم في الصورة التي يرد فيها إتفاق التحكيم في وثيقة منفصلة ملحقة بالعقد محررة بعد وقوع النزاع، وإنما كذلك عندما يكون في صيغة شرط مدرج في العقد وقت إبرامه<sup>5</sup>.

وبهذا فإن إتفاق التحكيم إذا إستوفى شروط صحته فإنه يرتب جميع آثاره القانونية بغض النظر عن العقد إن كان صحيحا أو باطلا، ذلك أن المشرع أوجب أن تتوفر فيه شروط خاصة

---

1-JACQUET (J.M) , Principe d'autonomie et contrats internationaux , Economica , Paris , 1983 , P43.  
2 - نور الدين بكلي، الطرق البديلة لحل النزاعات، الوساطة، الصلح والتحكيم، مجلة المحكية العليا، عدد خاص باليومين الدراسييين 16/15 جوان 2008، ج1، 2009، ص 292.  
3. راجع المادة 16 الفقرة الأولى القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، والمادة 5 فقرة 3 من معاهدة جنيف 1961، ونظام غرفة التجارة الدولية.

4- عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص 238.

5-HAMDI ouerghi, l'autonomie de la clause compromissoire en matière d'arbitrage international, mémo - ire présenté à faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de maitrise en droit (L.L.M), faculté de droit, unv.Montréal, 2006, P 22 , 23, p 14.

تستقل عن الشروط التي تلازم العقد وخضوعه لقانون قد لا يكون ذاته القانون الذي يسري على العقد، ولهيئة التحكيم المختصة سلطة النظر في أية منازعة يمكن أن تنشأ عن بطلان أو فسخ أو إنهاء العقد المبرم بين أطرافه<sup>1</sup>.

## 1. تكريس المبدأ تشريعاً وقضاءاً

### 1.1. في القوانين الوطنية للدول

كرست قوانين الدول المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم فالمرجع الجزائري أقر بأنه لا يجوز للأطراف الدفع بعدم صحة إتفاق التحكيم لعدم صحة العقد<sup>2</sup>، وبهذا يبدو أن المشرع الجزائري قد إنتهج المسلك الذي أخذت به إتفاقية نيويورك في الإكتفاء بالإقرار الضمني بمبدأ إستقلال إتفاق التحكيم من خلال النص على إحدى آثاره المتمثلة في مبدأ الإختصاص بالإختصاص"، نفس ما قضت به المادة 61 من قانون التحكيم التونسي، أيضاً بالنسبة للدول الأوروبية نذكر بلجيكا وهولندا سويسرا، إسبانيا وغيرها، بينما البعض الآخر من الدول قد إلتزمت تشريعاتها الصمت حيال المبدأ كالولايات المتحدة الأمريكية، إيطاليا، ألمانيا واليابان ولبنان<sup>3</sup>.

فسر بعض الفقهاء سكوت المشرع الفرنسي عن مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم على إعتباره مبدأ جوهرى الذي يرتكز عليه نظام التحكيم الدولي<sup>4</sup>، لذلك فإن القول بإغفال المشرع النص عليه فهو تفسير خاطئ للنص القانوني الفرنسي<sup>5</sup>.

وبالنسبة لعقود إعادة التأمين ما يبرر القاعدة أن الإشكال الذي يعيق مهمة المهنيين ليس بمطالبتهم كتابة وإدارة العقود التي تتضمن شرط تحكيم، وإنما عندما ترفض تلك الطلبات لأنها

1 - مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 49 ، 50.

2- راجع المادة 4/1040 من القانون رقم 09/08 المتعلق بقانون إ.م.إ.ج، ونص عليه سابقا في المادة 458 مكرر 1 فقرة 4 من المرسوم التشريعي رقم 09/93 الملغى.

3 - عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة المحكمة العليا، مرجع سابق، ص 70.

4- محمود السيد التحيوي، العنصر الشخصي لمحل التحكيم، ط1 ، الدار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 66.

5 - مختار أحمد بريري، المرجع نفسه، ص 50.

تصطدم بقوانين لا تجيز ذلك، فالكثير منها تتردد في قبولها بمبدأ إستقلال شرط التحكيم، ولهذا فإنه من المتصور وضع إتفاق مستقل، وما يؤكد المبدأ أيضا خضوع شرط التحكيم لقانون مستقل عن قانون العقد<sup>1</sup>، ساد هذا الحل في الوقت الذي كانت بعض الدول مثل الدانمارك اليونان تعمل بالمبدأ ويطبق على الإتفاق شرط أو مشاركة في عقود التأمين<sup>2</sup>.

إلا أن المشرع الفرنسي قد خرج لاحقا من صمته وأقر صراحة بقاعدة إستقلال إتفاق التحكيم شرط أو مشاركة عن العقد الأصلي ضمن سياق المادة 1447 من القانون رقم 48/2011، ويعد ذلك إستكمالاً لما مهد إليه القانون السابق والذي كان قد إعترف بشرط التحكيم في المواد التجارية بعدما كان مرفوضاً لإعتبارات مختلفة<sup>3</sup>، فهل الإعتراف بهذا المبدأ كانت له رجعية قضائية؟ وهل يمكن تطبيقه على شرط التحكيم الذي يتضمنه عقد التأمين البحري؟.

### 1. 2. إرساء مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم قضاء

عمد القضاء الفرنسي إلى إرساء قاعدة الإستقلالية في العلاقات الدولية وما ترتبه من آثار طبعاً جاء ذلك في إطار التنسيق للحلول القضائية، ومن ذلك ما توصلت إليه محكمة النقض الفرنسية بأن مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم أصبح من المسلمات في التحكيم التجاري الدولي<sup>4</sup>. وبهذا فإن الإجتهد القضائي كان له الدور في إرساء هذا المبدأ من خلال القضايا التي طرحت في مجال التحكيم التجاري الدولي<sup>5</sup>.

أقرت محكمة إستئناف باريس سابقاً بمبدأ إستقلال إتفاق التحكيم بموجب القرار الصادر في 1991/03/20 والذي إعتبرته بأنه من قبيل القواعد المادية العامة الدولية واجبة التطبيق مالم تكن مخالفة لقاعدة أمرة في القانون الفرنسي أو النظام الدولي العام<sup>6</sup>، ولا حاجة لإعمال قواعد الإسناد في القانون الداخلي للدولة، أيدها في ذلك المحكمة العليا بغرفتيها المدنية والتجارية<sup>7</sup>.

1 - TURGNE Franck, op.cit, p 137.

2- BERNARD Viret, mode de reglement non contentieux des indemnités d'assurance, colloque juridique international magistrats- assurance du CEA en octobre 1991, RGGAT, 1991, p 985.

3- FOUCHARD Ph et autre, traité de l'arbitrage comercial international, op.cit, p 235.

4 . حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 22 .

5 . فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 211،

6 . مصطفى محمد الجمال، أضواء على عقد التحكيم، مرجع سابق، ص 216، 352.

7- CABANIS A, l'apparition de l'arbitrage comme mode alternatif de reglement des differends colloque internationale alger, les modes internatifs de reglement des conflits, 06 & 7 /05/2014, université d'alger, p 82.

وتبعاً لذلك قضت بإلغاء حكم التحكيم الذي أبطل إتفاق تحكيم بسبب بطلان العقد الذي يتضمنه، والسؤال الذي يثار بشأن أثر بطلان العقد على صحة إتفاق التحكيم ما إن كان إنهاء العقد يرتب الأثر ذاته على إتفاق التحكيم؟.

إن حل الإشكال يمكن إستخلاصه من خلال الكشف عن مصير الشروط الإستثنائية في عقد التأمين يمكن إستبعاد هذه الشروط بسبب عدم إعلانها للمؤمن له .

يرى (bigot) أن المؤمن وإن كان بوسعها أن يحتج على الدائن بالإستثناءات التي يضعها المؤمن له تحديداً لمسئوليته، إلا أنه لا يمكنه أن يحتج بوجود شرط التحكيم في العقد التجاري على إعتبار أنه طرف ثالث فيه، فشرط التحكيم مستقل عن وجود الحق الموضوعي المضمون ولا أثر له في تخفيف أو تأخير ديون الضمان<sup>1</sup>.

وحسب رأي اللورد (DIGNING) أن العقد الباطل يستبعد ويبقى شرط إختصاص القضاء الأجنبي على النزاع قائماً<sup>2</sup>.

والملاحظ أن دول الشريعة العامة لم تتبنى المبدأ إلا بعد صدور القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الأونسترال 1985، ففي تاريخ التحكيم في القانون الإنجليزي ورغم نشأته المبكرة منذ قانون إليزييت للتأمين البحري عام 1601<sup>3</sup>، إلا أنه لم يكرس مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم لم يعترف به إلا في العشرية الأخيرة من القرن الماضي حين إعتبرت المحكمة العليا الإنجليزية في القرار الصادر في 1991 أن إتفاق التحكيم الذي يتضمنه العقد صحيح وساري المفعول وبالتالي عدم إختصاص المحكمة للنظر في النزاع، هذا الموقف تبنته فيما بعد محكمة الإستئناف سنة 1993، ليعترف به القانون الإنجليزي في الوقت ذاته بعد مرور ثلاثون عاماً على قضية (gosset)، فأشترط لتطبيق مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد وجوب النص عليه في إتفاقية تحكيم مستقلة بين الطرفين.

1. . TURGNE Franck, op.cit , p183.

2-Justice Steyn,op.cit, p 89.

<sup>3</sup> على إثر قانون إليزييت للتأمين البحري نشأت هيئة تحكيم تتولى الفصل في المنازعات الناشئة بين طرفي وثيقة التأمين البحري . يوسف حجيم الطائي، سنان كاظم الموسوي، حسين جميل البديري، هاشم فوزي العبادي، إدارة التأمين والمخاطر، اليازوري، بغداد، 2016، ص31.

صدر بعد ذلك قرار في 1996 فرض تدوين هذا الإتفاق في وثيقة منفصلة كمؤشر للعمل بالمبدأ بعدما أعاد القضاء الإنجليزي النظر فيه من خلال النزاع ضد شركة التأمين وإعادة التأمين (kansa) لما دفع المدعون بعدم شرعية عقد إعادة التأمين نظرا لخرق لوائح التأمين وبالتالي بطلان إتفاق التحكيم الذي يتضمنه.

إن الموقف القضائي السابق أثر على الحركة التشريعية في إنجلترا، فبنى المشرع الإنجليزي المبدأ بصراحة ووضح بموجب المادة 7 من قانون التحكيم 1996 التي نصت على أنه "مالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، لا يعتبر إتفاق التحكيم الذي يشكل أو يقصد به أن يشكل جزءًا من اتفاق آخر (سواء كتابة أو غير مكتوب) لأن الإتفاق غير صالح أو غير موجود أو إنقضى أجله، ويجب أن يعامل لهذا الغرض كإتفاق متميز"، وعمم المحكمون الأخذ بهذا المبدأ في جميع المنازعات المتعلقة بالقانون التجاري الدولي<sup>1</sup>.

هذا الإتجاه الجديد أيضا فرضه القضاء الإنجليزي، نشأ بناء على حكم المحكمة الإتحادية وتعتبر أول القضايا التي تعد من تطبيقات مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم الدولي في مجال التأمين التي عرفها القضاء الإنجليزي قضية (Herbour) ضد الشركة الدولية للتأمين وإعادة التأمين (kansa)<sup>2</sup> إثر مراجعة المدعين حكم محكمة التحكيم أمام المحكمة العادية، ومن أهم الإشكالات التي أثرت في هذه القضية هل عدم الإعلان عن شرط الإختصاص الإستثنائي في عقد التأمين يؤدي إلى بطلان العقد؟ وما إذا كان يمكن فسخه واللجوء للتحكيم بشأنه بدل من البطلان؟.

طرحت هذه القضية بشأن شرط الإختصاص الإستثنائي الوارد في عقد التأمين البحري والذي تم إستبعاده قانونا بسبب عدم وجوده في العقد، فالتصريح ببطلان شرط الإختصاص الإستثنائي في عقد التأمين البحري يؤدي إلى إستبعاده، لكن لا يلغى شرط إختصاص القضاء الأجنبي ولا يسري البطلان إلا من وقت الحكم به.

أكد القاضي اللورد DELOPPEQUE بأن إلغاء عقد التأمين لعدم صحته لا يؤثر على

1 - GAILLARD E et SAVAGE John, « fouchard, Gaillard, Goldmen on international commercial arbitration », kluwer law international, 1999, P 205.

2 -Harbour Assurance Co. (UK) Ltd. v. Kansa General International Insurance Co. Ltd. [1992] 1 Lloyd's Rep. 81.

سلامة شرط التحكيم الذي يتضمنه هذا العقد<sup>1</sup>، يتضح بناء على ذلك أنه سعى إلى التمييز بين القابلية للفسخ وعدم القابلية للتحكيم الذي ينهي العقد، ففي عقود التأمين فإن عدم إظهار الحقائق المادية يؤدي إلى إفساد الرضا ويجعل الإتفاق الواضح لدى الطرف مضملاً أو غير موجود على الإطلاق فيقع التحاليل، ويعني ذلك أن الوقائع التي تحيط بإتفاق التحكيم الذي وافق الطرف عليه لو علم بها وقت الإتفاق لما أقدم على ذلك، والحجة في ذلك أن شرط التحكيم الذي يتضمنه عقد التأمين باطل لأن المؤمن لهم أخلوا بشروط عقد التأمين ذاته.

منحت محكمة الإستئناف الإنجليزية قاعدة إستقلال شرط التحكيم تكييفاً رفضه المشرع فأعتبرت أن شرط التحكيم رغم عدم صحة العقد لعدم التسبب وإخلال الأطراف بالإلتزامات المترتبة عنه فإنه يبقى صحيحاً وقائماً، وقضت بإحالة النزاع إلى المحكمين للفصل فيه بموجب الحكم المؤرخ في 1993/01/28، نفس ماقضت به المحكمة العليا الإنجليزية في 1992، أيضاً المحكمة العليا (Prima Paint) في الولايات المتحدة الأمريكية<sup>2</sup>، وكان لهذه الإجتهاادات القضائية وقعا كبيرا على إرادة المشرع مما حمله على إصدار قانون التحكيم الإنجليزي الجديد 1996 الذي نص صراحة على قاعدة إستقلال شرط التحكيم ومبدأ الإختصاص بالإختصاص<sup>3</sup>.

### 1. 3. على صعيد إجتهاد القضاء التحكيمي

أخذ بقاعدة إستقلال شرط التحكيم كمبدأ جوهري في التحكيم التجاري الدولي<sup>4</sup> له من القوة ما تجعله في غنى عن موقف القوانين الداخلية بالقبول أو الرفض ويلتزم المحكم بتطبيقه في كل قرارته<sup>5</sup>.

إن عواقب تبعية إتفاق التحكيم للعقد الأصلي دفعت القضاء إلى العمل على خلق قواعد من شأنها تدعيم دور التحكيم في تسوية المنازعات بشكل يحمل المشرع على التخلي عن فكرة التبعية، تجسد هذا من خلال ما ترتب على مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم من آثار منها ظهور مبدأ الإختصاص بالإختصاص وغيرها من الآثار والتي أدت إلى بلورة نظام التحكيم من خلال تحولها

1- JUSTICE Steyn, Harbour assurance co, op.cit, p 89.

2 - Fochard Gaillard, Goldmen on international comercial arbitration, op.cit, p 205..

<sup>3</sup> عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص 236.

4- GAILLARD. E, la jurisprudence de cassation en matière d'arbitrage international, op.cit, p 10.

<sup>5</sup> عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، المرجع نفسه، ص 237.

إلى قواعد يرتكز عليها هذا النظام .

إذن فإستقلال إتفاق التحكيم عن العقد مبدأ جوهري أسس عليه نظام التحكيم بعد أن إستقر القضاء على العمل به في قضايا التحكيم التجاري الدولي.

## 2. آثار مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم

قد تطرق المشرع إلى آثار مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي من خلال النص على المبدأ ذاته<sup>1</sup> الذي تبناه معظم المشرعين في القوانين المتعلقة بالتحكيم وطنيا ودوليا<sup>2</sup>، ويمكن تصنيف هذه الآثار إلى نوعين مباشرة وغير مباشرة والتي كفلت الحماية المتبادلة بين العقد أو الإتفاق مما قد يصيب أحدهما من عيوب قد تؤدي إلى الفسخ أو البطلان، كما تعتقه أيضا من قيود القانون الذي يخضع له العقد، ومن الخضوع لقواعد التنازع في القانون الدولي الخاص .

### 2. 1 - خضوع شرط التحكيم لقانون غير قانون العقد

إن مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي لا يتجسد في إنفصاله عن العقد من حيث المصير فحسب، وإنما يتجسد أيضا من خلال عدم خضوعه لقانون العقد، ويعد ذلك ثاني أثر لمبدأ إستقلال إتفاق التحكيم، وبهذا فإن إتفاق التحكيم ليس بالضرورة أن يشترك مع العقد في القانون الذي يحكمه<sup>3</sup>، وإنما يحتمل إنفراده بقانون يتفق الأطراف على تطبيقه مباشرة على النزاع في حالة وقوعه أو بالإحالة إلى قانون معين أو يترك للمحكم ذلك<sup>4</sup>.

وبهذا فإن إتفاق التحكيم يخضع لمبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع إما بإختيار قانون معين أو وضع قواعد موضوعية أو إجرائية يصلح تطبيقها على التحكيم دون تبعيته أو إنتمائه إلى قانون مكان التحكيم<sup>5</sup>. هذا ما أخذ به المشرع الجزائري<sup>1</sup>، إلى

<sup>1</sup> نورالدين بكلي، مجلة المحكمة العليا، مرجع سابق، ص 297.

<sup>2</sup> راجع المادة 4/1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08.

<sup>3</sup> حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 149.

<sup>4</sup> - عاطف شهاب، إتفاق التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، 2004، ص 310.

<sup>5</sup> نورالدين بكلي، مرجع سابق، ص 312.

جانب ذلك فقد راعى أيضا حالة غياب الإتفاق فيعهد إلى المحكم مهمة إختيار القانون المطبق على التحكيم بما يتلائم وموضوع النزاع ذات الطابع الدولي، ويترتب على ذلك إستبعاد قانون مكان التحكيم في أغلب الحالات، على خلاف ذلك بالنسبة للعقد فإنه يخضع وجوبا تحت طائلة البطلان لقانون دولة القاضي وهكذا تتحقق إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد<sup>2</sup>.

هذا ما أكدت عليه معاهدة روما المنعقدة في 19/06/1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الموجبات التعاقدية والتي نصت على أن شرط التحكيم هو جزء مستقل يمكن للمتعاقدين أو القضاة إخضاعه لقانون مختلف عن القانون الذي تخضع له الشروط الأخرى للعقد<sup>3</sup>، وتبنى ذلك القانون الدولي الخاص السويسري في القواعد المتعلقة بالتحكيم، على خلاف قوانين أغلب الدول العربية فإنها إعترفت بمبدأ إستقلال إتفاق التحكيم دون التطرق إلى آثاره<sup>4</sup>.

إستندت المحكمة الإتحادية في القضية المتعلقة بالنزاع بين شركات مان ضد شركات التأمين (COLINA A.S) على المادة 2/26 من إتفاق توحيد التحكيم التي نصت على أن يرفع الطعن بالإستئناف ضد الحكم الصادر في 19/03/1999 الذي خرق أحكام المادة 5 من قانون OHADA المتضمن القواعد الموحدة للتحكيم التي تحضر على محامي الأطراف تعيينهم كمحكمين للفصل في خلافاتهم<sup>5</sup>، نستخلص من ذلك أن القانون الذي طبق على التحكيم في OHADA يختلف عن القانون الذي يخضع له العقد.

وفي ذات السياق قضت محكمة النقض الفرنسية بموجب قرار صادر في 14/12/1983 بالمصادقة على حكم التحكيم كان محل طعن مؤسسا على عدم تطبيق قانون العقد في تفسيره لشرط التحكيم، أعقبه القرار الصادر في 03/03/1992 المؤيد لقرار الإستئناف الصادر عن محكمة إستئناف باريس والذي قضى بأنه "ليس عليها في التحكيم المتعلق بالعقود الدولية عند

---

<sup>1</sup> - أعطى المشرع الجزائري الأولوية للأطراف في إختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع، وبذلك يكون قد تخلص عن الخيارات الأخرى (تطبيق القانون الجزائري أو قانون العقد) التي سبق النص عليها في الفقرة 3 من المادة 458 مكرر 1 من القانون الملغى.

<sup>2</sup> - فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم بين النظرية والتحكيم، مرجع سابق، ص 96، 97.

<sup>3</sup> - عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص 239.

<sup>4</sup> - نورالدين بكلي، المرجع نفسه، ص 299.

5 - DIALLO Abduo, reflexion sur l'arbitrage dans l'espace OHADA, thèse de doctorat, université perpignan France, 2016, p 178.

النظر في شكل شرط التحكيم وإثباته أن تطبق قانون معين على شرط التحكيم مستقلاً عن العقد سيما وأن هذا القانون يمكن ألا يكون مطبقاً<sup>1</sup>.

تحدد جميع العناصر التي تشكل كل متكامل تساهم في خلق نموذج دولي لشرط تحكيم موحد من المتيسر إدراجه في عقد التأمين أو إعادة التأمين، غير أنه لطرفي الإتفاق مطلق الحرية في إختيار القانون المطبق على شرط التحكيم قد لا يسري على العقد<sup>2</sup>.

## 2. 2 . إستقلال شرط التحكيم عن مشاركته

ما يترتب على شرط التحكيم من آثار لا يمتد إلى الإتفاق الذي يحزر بعد وقوع النزاع من حيث صحته أو بطلانه، ويستثنى من ذلك حالة إتحادهما في سبب البطلان، كأن يحزر إتفاق التحكيم مخالفاً للنظام العام أو لقواعد الأهلية أو أن يكون الطرف النائب يحمل وكالة عامة بينما الوكالة الخاصة هي من الشروط الجوهرية التي فرضها المشرع لصحة إتفاق التحكيم، فإذا توفر سبب من أسباب بطلان شرط أو مشاركة إمتدت آثاره إلى الآخر<sup>3</sup>.

وفي حالة إنتقال العقد للخلف العام فإن مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم لا يمنع من إنتقال شرط التحكيم إلى الخلف العام الذين إنتقل إليهم العقد هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن موضوع إتفاق التحكيم بين الأطراف قد لا يكون نفسه موضوع شرط التحكيم المنقح عليه بين هؤلاء الأطراف<sup>4</sup>. بينما لا يجوز للمحكم أو لهيئة التحكيم بحسب الأحوال الإستمرار في التحكيم إذا تأكدت من بطلان شرط التحكيم ذاته، وينتج عن ذلك أنه لصحة إتفاق التحكيم يجب أن تتوفر فيه جميع الشروط الشكلية والموضوعية المتطلبة لإبرام العقد، إضافة إلى ذلك ألا يتفق الطرفان على بقاء الشرط ضمن أجزاء العقد الأصلي، كل هذه الشروط ألزم المشرع توفرها للأخذ بمبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي التي تقضي بأن بطلان العقد الأصلي لا يتبعه بطلان إتفاق التحكيم<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص 240.

2 - TURGNE Franck, op.cit, p 142.

<sup>3</sup> - أحمد إبراهيم عبد التواب، مرجع سابق، ص 205.

<sup>4</sup> - فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع نفسه، ص 95.

<sup>5</sup> - أحمد إبراهيم عبد التواب، مرجع سابق، ص 208.

### 2.3 . مبدأ صحة إتفاق التحكيم

مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم وما أسفر عنه من آثار تؤدي إلى نتيجة غاية في الأهمية تكمن في الإفلات من القانون الذي يخضع له العقد يدرج فيه إتفاق التحكيم سواء ما تعلق بالموضوع أو بقواعد التنازع على الخصوص، وترتب على هذه النتيجة الإقرار بصحة إتفاق التحكيم بمجرد وجوده في العقد الدولي ومستقلا عنه، مالم يتفق الأطراف على بقاء الإتفاق في تبعيته للعقد ومن ثم خضوعه لذات القانون الذي يخضع له العقد .

وإذا كانت قاعدة إستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي يقصد في جانب منها تفرد الشرط التحكيمي بقانون خاص غير القانون المطبق على العقد الأصلي، فإن الإستقلالية في هذا الجانب لا تقف عند هذا الحد، وإنما تطل كل القوانين في الأحوال التي تستحوذ فيه إرادة طرفي التحكيم على مهمة إختيار القانون الواجب التطبيق، أو يقع إختيارها على نظام تحكيم فيقطع شرط التحكيم الصلة بأي قانون آخر، وبهذا تدعمت قاعدة إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بأبعد ما يكون، هذا ما أكدت عليه بعض القوانين منها ما أتت به إتفاقية نيويورك<sup>1</sup> وتبناه المشرع الجزائري، ويظهر من خلال ما إشرطه لصحة إتفاق التحكيم بتطبيق الشروط الوارد النص عليها في قانون غير قانون العقد<sup>2</sup>، قضت بذلك محكمة إستئناف باريس بموجب الحكم الصادر في 1975 ثم في 1982<sup>3</sup>.

وبناء على ما تقدم نستخلص أن تلك الآثار تحولت إلى قواعد يرتكز عليها نظام التحكيم الدولي فأستدرجت ضمن قواعد التحكيم لتشكل جزءا منها ترافق عملية التحكيم عبر كامل مراحلها إبتداء من أول إجراء إلى غاية الفصل فيها، وبهذا فإنها أضفت على إتفاق التحكيم فاعلية كبيرة<sup>4</sup>.

### ثانيا . مبدأ الإختصاص بالإختصاص

<sup>1</sup> راجع المادة 2 من إتفاقية نيويورك 1958

<sup>2</sup> راجع المادة 1040 من القانون رقم 09/08 من قانون إ.م.إ.ج التي تطابقت لفظا ومعنى الفقرة 2 من المادة

458 مكرر 1 من قانون 03/93 الملغى

<sup>3</sup> عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص 341

<sup>4</sup> نور الدين بكلي، مرجع سابق، ص 301، 302.

يرى بعض الفقهاء ومنهم Gaillard بأن مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم يبقى بلا أهمية وبدون فعالية ما لم يخول للمحكم إمكانية الفصل في إختصاصه وبقائه تحت سلطة القضاء<sup>1</sup>، فالفقه الفرنسي الحديث ومنهم MOTULSKY إعترف بهذا المبدأ بعد صدور الحكم المؤرخ في 1949/2/22 الذي خول للمحكم سلطة البث في إختصاصه ونطاقه وتبناه المشرع الفرنسي<sup>2</sup> لينال لاحقا إعتراف دولي<sup>3</sup>.

يقصد بذلك أنه إذا دفع أحد الخصوم بالإختصاص أمام هيئة التحكيم فإنها تمتلك صلاحية مناقشة الدفع<sup>4</sup>، فإذا تأكدت من صحة العقد وشرط التحكيم أو كان العقد باطلاً جاز لها الفصل في المنازعات المتعلقة بإختصاصها وتشكيلها والفصل في الموضوع<sup>5</sup>، فالمحكم في المنازعات البحرية بمجرد تعيينه تثبت له صلاحية النظر في إختصاصه ونطاق هذا الإختصاص من حيث الأشخاص والموضوع إستنادا إلى إرادة الأطراف بموجب إتفاق التحكيم أو قواعد نظام التحكيم الذي تمت إحالة النزاع إليه بعد الإطلاع على الوثائق والمستندات المقدمة من الأطراف، فإذا ثبت إختصاصه بأثر بإجراءات التحكيم<sup>6</sup>، ويثبت إختصاص المحكم لسببين:

- أن وجود شرط التحكيم في العقد الأصلي ينتج عنه تأثره المباشر بآثاره، مما يشكل خطر على إختصاص المحكم البحري الذي يستمد ولايته وإختصاصه ونطاق هذا الإختصاص من شرط التحكيم المدعى بإنعدامه أو بطلانه، ولتلافي هذه النتيجة نشأ مبدأ إستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي بالنظر إليه على أنه عقد مركب ينفصل أحدهما عن الآخر بطلان أحدهما لا يؤثر على الآخر مالم يكن البطلان الذي لحق العقد الأصلي من النوع المؤثر على ضوء القانون الإنجليزي فإنه يؤدي إلى بطلان إتفاق التحكيم<sup>7</sup>، وبهذا يكون شرط التحكيم قد تخلص من الآثار

1 -E. Gaillard , "Arbitrage commercial international convention d'arbitrage ,autonomie et principe de validité , droit applicable" j.CL.,1994 , n° 28 .

<sup>2</sup> راجع المادة 1466 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم، والمادة 1458 من القانون رقم 48/2011.

3 - MARTINE Rémond - Gouilloud - Philippe Delebecque- Jean-Yves Thomas, communications des arbitres de la chambre au congrès international des arbitres maritimes (ICMA XVI) à signapour, lettre d'information de la chambre marotime de paris, Gazette de la chambre, N° 13, 2007 , p3.

<sup>4</sup> - فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 96.

5 - TURGNE Franck, op.cit, p 141.

<sup>6</sup> راجع المادة 6 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس.

<sup>7</sup> .عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص 385، 386.

التي تلحق العقد الأصلي وحافظ على كيانه القانوني كإتفاق صحيح قائم بذاته<sup>1</sup>، ونتج عن ذلك إستئثار المحكم بولاية الفصل في الدفوع المتعلقة بإختصاصه سلبا أو إيجابا بعد فحص دقيق للوضعية القانونية التي يكون عليها شرط التحكيم من حيث الصحة والوجود<sup>2</sup> فإتسع نطاق سلطات المحكم ليشمل النظر في المنازعات المتعلقة بصحة ووجود إتفاق التحكيم والعقد الأصلي وفي الدفوع المتعلقة بإختصاصه<sup>3</sup>، إلى جانب الفصل في النزاع من الناحية الموضوعية بعد التثبت من صلاحيته، وبهذا تعادلت مهام كل من المحكم والقاضي وأضحى المحكم ملزما قانونا في كل نزاع يعرض عليه بأن يفحص إتفاق التحكيم والعقد الأصلي كإجراء أولي للتحقق من أنه مختص<sup>4</sup> أو غير مختص فيفصل في ذلك<sup>5</sup>.

- يتعلق السبب الثاني بإتفاق التحكيم ذاته من حيث صحته ووجوده والذي يستمد منه المحكم أو هيئة التحكيم ولايتها وإختصاصها، وحدود هذا الإختصاص في الحالة التي تكون المسائل التي فصل فيها المحكم لا يشملها إتفاق التحكيم.

هذا وقد تثار المنازعة حول إختصاص المحكم في أية مرحلة سواء قبل تشكيل هيئة التحكيم برفض هذا التعيين أو عند البدء في الإجراءات أو عند الإنتهاء من عملية التحكيم وذلك عن طريق الطعن بالبطلان في الحكم الفاصل في النزاع<sup>6</sup>.

غير أن الأمر في إنجلترا مختلف، فيمكن للمحكم سلطة البث في إختصاصه في المسائل المتعلقة بالبطلان أو عدم الشرعية الجزئية للعقد بشرط أن يكون إتفاق التحكيم مؤسس على نطاق واسع<sup>7</sup>، ويؤدي إعمال مبدأ الإختصاص بالإختصاص إلى إلزام المحكم بحدود هذا الإختصاص المحدد له في إتفاق التحكيم والخضوع لإرادة الأطراف في ترتيب العملية التحكيمية

1- عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص 240.

2- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 145، 146.

3- يثار الدفع بعدم الإختصاص في أي مرحلة من مراحل التحكيم سواء عند تعيين المحكمين أو بصدد مباشرة إجراءات التحكيم، وقد يتخذ الطرف المحكوم عليه سببا يؤسس عليه دعوى البطلان.

4- أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، ص 59.

5- عبد الحميد الأحذب، المرجع نفسه، ص 254.

6- عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص 387.

شكلا وموضوعا حسب ما يقتضيه القانون المتفق تطبيقه على النزاع<sup>1</sup>، فهل هذا يعني أنه يجوز للمحكم أن يفصل في مسألة إنهاء العقد بسبب من الأسباب لإحتوائه على شرط تحكيم ؟ .

يرى (DENNING) أنه يمكن ربط ما يرتبه شرط التحكيم من أثر إنتهاء العقد الذي يتضمنه بشرط الإختصاص الإستثنائي في عقد التأمين الذي لا ينقضي بسبب عدم صحة هذا العقد وإلغاء شرط الإختصاص الحصري<sup>2</sup>.

لهذا فإن القضاء قد تصدى لأحكام التحكيم التي تشكل خرقا للمبدأ في حالة إنعدام إتفاق تحكيم بتجاوزه صلاحية المحكمة الفصل في جميع المنازعات التي تتعلق بالعقد، لكن وجوده يقيد هذه الصلاحية في بعض المنازعات المتعلقة بالعقد، هذا ما أثير في قضية Gerning Global ضد Réassurance compagny، إذ نص شرط التحكيم في عقد إعادة التأمين على أن للطرفين اللجوء إلى التحكيم في حالة الخلاف حول تفسير العقد، أدت هذه الصياغة لشرط التحكيم إلى التضييق من نطاق إختصاص المحكم، هذا ما أدى بالقاضي الأمريكي إلى إعتبار أن الشرط لم يكن القصد منه أن ينطبق على نزاع يتعلق بتكوين العقد<sup>3</sup>.

هذه القاعدة لا تمنح المحكم سلطة النظر في النزاع المنبثق من إتفاق التحكيم فحسب وإنما يمتد إختصاصه إلى النظر في منازعات العقد وما يلحقه من عيوب تلمس آثاره وتسحب منه قوته بفضل قاعدة إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، غير أن هذه القاعدة تبقى لا أثر لها إذا كان الطعن بسبب إتفاق التحكيم ذاته لما لحقه من عيوب، إذ يمتنع على المحكم البث في صحة وجود شرط التحكيم، ويشكل ذلك قيذا له تكفه عن أداء المهام المنوطة به بموجب هذا الإتفاق الذي يعد من صميم إختصاصه لتعلقها بالإشكالات التي تعترض التحكيم الأمر الذي أدى إلى ظهور قاعدة قانونية تحوّل للمحكم النظر في المنازعات المتعلقة بإختصاصه والتي تنصب على إتفاق التحكيم لما يلحقه من عيوب قد تؤدي إلى إبطاله<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>- نور الدين بكلي، مرجع سابق، ص 301.

2 - STEYN Jistic. ibid, p 89.

3- TURGNE Franck, op .cit, p 141.

4-DELEPECQUE Ph, L'arrêt « pella » et le principe « compétence-compétence » v. le site web cass.com21février2006.

وبذلك فإن مبدأ الإختصاص بالإختصاص جاء مكمل لنقائص قاعدة إستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي التي لم توفر الضمانات الكافية لطرفي التحكيم، وعلى الخصوص الطرف الذي يكون الحكم التحكيمي لصالحه، ويتجاوز بذلك الحواجز التي قد تثور عند الطعن في إتفاق التحكيم الذي جاء معيباً<sup>1</sup>.

### 1. موقف أنظمة التحكيم الوطنية والدولية من المبدأ

إستقر مبدأ إختصاص بالإختصاص (La compétence de la compétence) كقاعدة جوهرية في نظم التحكيم الوطنية والدولية كرسته معظم قوانين التحكيم للبلدان العربية ومنها القانون الجزائري<sup>2</sup>، أما في القانون المقارن فيجدد بنا مراجعة بعض القوانين التي تمثل مهد لنشأة التحكيم البحري والتأمين على حد سواء ونستهل في ذلك بالقانون الفرنسي، فالمشرع الفرنسي ظل فكره متحيزاً عن هذا المبدأ فقط بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي، وظل محصوراً في التحكيم الداخلي، إلا أن هذا التوجه التشريعي لا يخدم واقع التجارة وحجم نشاط المعاملات البحرية الفرنسية، مما أدى بالفقه الفرنسي إلى الدعوة لإعتناق هذا المبدأ والعمل به في المنازعات المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي وذلك لدواعي عملية تمثلت فيما يلي :

- أن المرسوم الفرنسي في سياق المادة 1495 أجاز للأطراف تطبيق البابين 2- 3 المتعلقين بالتحكيم الداخلي سيما في المادة 1466 على التحكيم التجاري الدولي، وبالنتيجة السماح للمحكم الدولي الفصل في إختصاصه<sup>3</sup> ومداه متى إدعى أحد الأطراف بعدم وجود إتفاق التحكيم أو عدم صحته أو تجاوز المحكم لإختصاصه بالفصل في نزاع لم يتناوله إتفاق تحكيم<sup>4</sup>.
- أن أعمال مبدأ إستقلال إتفاق تحكيم عن العقد الأصلي يترتب عليه بالضرورة أعمال مبدأ الإختصاص بالإختصاص، لأن المحكم يمكنه بسط ولايته على النزاع، على أن يكون الحكم قابلاً للإستئناف، وكرست هذا المبدأ المعاهدات والقوانين ولوائح التحكيم.

<sup>1</sup> عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص 241 .

<sup>2</sup> راجع المادة 1045 من القانون رقم 09/08 المتعلق بقانون إ.م.إ.ج نصت "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة أو إذا تبين له وجود إتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف " .

3 -FOUCHARD Philippe, GARILLAD E , et ... , OP. cit , P 412.

<sup>4</sup> عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، مرجع سابق، ص 392.

وبهذا يعتبر مبدأ الإختصاص بالإختصاص في فرنسا<sup>1</sup> أحد القواعد الموضوعية المطبقة على التحكيم الدولي التي يجب على المحكم والقاضي تطبيقها شأنها شأن مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد دون الحاجة إلى الإحالة إلى قانون تحكيم داخلي إلا لضبط حدود إختصاصه من حيث الموضوع<sup>2</sup>.

يتم إحالة النزاع إلى محكمة التحكيم بوجود إتفاق التحكيم، وتكون الدعوى القضائية قد رفعت أو تم رفضها على إثر الدفع بوجود إتفاق التحكيم<sup>3</sup> ما لم يتبين أنه باطل أو عديم الأثر لإستحالة تنفيذه<sup>4</sup>، لأن نشأة خصومة التحكيم تعتبر من موانع رفع الدعوى القضائية إلى غاية البث النهائي في النزاع وفق ما تقضي به قواعد قانون المرافعات المدنية والتنفيذ العراقي<sup>5</sup>.

كذلك فإن قوانين الدول العربية<sup>6</sup> فهي حافلة بالنصوص الملوحة للمبدأ الذي يقضي بأن هيئة التحكيم مخولة لها قانونا تقرير إختصاصها بناء على الدفع المقدم إليها من أحد الأطراف ببطلان أو عدم وجود إتفاق تحكيم بعد أن تتأكد من صحة الدفع، فإذا تغافلت عن ذلك تكون قد تجاوزت إختصاصها<sup>7</sup>.

وفي إتجاه شبه معاكس ذهب القوانين الوطنية في كل من بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية إلى تجريد المحكم من صلاحية الفصل في إختصاصه على الرغم من إقرارها بمبدأ إستقلال إتفاق التحكيم، فالقانون الأمريكي قد قصر هذا الإختصاص على المحاكم القضائية. ولهذا فإن المحكم إذا إصطدم بهذا الدفع عليه أن يوقف إجراءات التحكيم في إنتظار صدور رأي المحكمة حول الدفع، أما المحاكم الأمريكية فلا تكتفي بفحص الإتفاق وإنما تجري تحقيقا عن طريق سماع الأطراف، فإذا ثبت أن رفض التحكيم لا يتعلق بصحة إتفاق التحكيم

<sup>1</sup>. راجع المادة 1466 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي .

2- HAMDI Ouerghi, op. cit, p 70.

<sup>3</sup>. راجع المادة 10 والمادة 12/أ من قانون التحكيم الأردني.

<sup>4</sup>. راجع الفصلين 52، 61 من مجلة التحكيم التونسي.

<sup>5</sup>. عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص 129، 146 .

<sup>6</sup>. راجع المادة 61 من قانون التحكيم التونسي، والمادة 21 من القانون الأردني، المادة 22 من قانون التحكيم المصري.

<sup>7</sup>. أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص 61.

إلترمت بإحالة النزاع إلى محكمة التحكيم<sup>1</sup>، وإن كان هذا المنع ليس بنفس الوتيرة في القانون الإنجليزي، حيث يعتبر حكم المحكم في المسألة مجرد رأي غير ملزم إذا تمت إجراءات التحكيم ويبقى الفصل النهائي للمحكمة حتى ولو كان التحكيم معهود إلى لائحة تحكيم تمنح المحكم سلطة الفصل في إختصاصه، إلا أن المحكمة تغض النظر عن نص اللائحة.

وبهذا فإن الأمر في كلا القانونين يؤدي إلى النتيجة ذاتها تكمن في إعطاء سلطة الفصل النهائي في الإختصاص للمحكمة التي يتعين على طرفي النزاع الدفع أمامها في أية مرحلة كانت عليها خصومة التحكيم لوقفها متى توفرت أحد الأسباب كعدم وجود إتفاق تحكيم أو عدم صحته أو تجاوز المحكم لإختصاصه<sup>2</sup>، تكرر هذا المبدأ دولياً، أكدت عليه المعاهدات والقوانين الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي<sup>3</sup> التي نصت على جواز فصل المحكم في إختصاصه وفي الدفع التي يمكن للأطراف إثارتها، وذلك بالتركيز على أمرين<sup>4</sup> :

**أولاً-** أن محكمة التحكيم يجوز لها الفصل في إختصاصها وفي الإعتراضات التي تتعلق بوجود وصحة إتفاق التحكيم، فإذا تبين لها بأنها غير مختصة فإنها تنهي التحكيم ويلغى حكم التحكيم وللمدعي حق الطعن فيه أمام القضاء.

**ثانياً -** تحديد أجل إبداء الدفع بعدم الإختصاص وهناك فرضين :

**الفرض الأول:** إذا كان الدفع مؤسس على عدم وجود إتفاق التحكيم أو بطلانه أو سقوطه فإنه يثار قبل مناقشة الموضوع أو خلال المدة المقررة لإيداع الخصم بيان دفاعه إما كدفع أولي بحكم إبتدائي قابل للإستئناف خلال 30 يوم من تاريخ تبليغه، ويستأنف مع الحكم القطعي أمام

<sup>1</sup> عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص 527.

<sup>2</sup> عاطق محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، مرجع سلبق، ص394، 395.

<sup>3</sup> راجع المادة 3/5 من إتفاقية جنيف 1961، والمادة 16 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 1985، وأيضاً المادة 21 من لائحة تحكيم اليونسترال 1976 على أن يخول لهيئة التحكيم الفصل في الإعتراضات سواء تعلق بعدم إختصاصها أو بوجود وصحة ونطاق إتفاق التحكيم وذلك بموجب دفع في دعوى فرعية سواء تم إثارته كدفع أولي يفصل فيه بحكم تمهيدي أو أثناء الفصل النهائي في الموضوع.

<sup>4</sup> أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق

المحكمة التي يعينها قانون الدولة التي تبنت القانون النموذجي للمساعدة والإشراف على التحكيم وإما بحكم فاصل في أصل النزاع<sup>1</sup>.

**الفرض الثاني:** إذا كان الدفع مؤسسا على تجاوز هيئة التحكيم إختصاصها لأن موضوع النزاع لم يرد بشأنه نص في إتفاق التحكيم، فيثيره الطرف المعني فور عرض النزاع المدعى خروجه من إختصاص هيئة التحكيم، ويترتب عدم إحترام هذه الآجال سقوط حق الخصم في إبداء الدفع مالم يكن التأخير مبررا<sup>2</sup>.

وجاءت المادة 21 من قانون الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي أكثر إستفاضة عن سابقتها وذلك ببيان نطاق إختصاص المحكم الذي لا يقتصر على الدفع المتعلق بإتفاق التحكيم فحسب وإنما أيضا ما يتعلق بالعقد ذاته من حيث صحته ووجوده مع مراعاة مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم لتستقر هيئة التحكيم في الأخير على قرار نهائي تقرر من خلاله إما الإستمرار في التحكيم أو التصريح بعدم إختصاصها<sup>3</sup>.

وفي هذا الصدد إختلفت لوائح التحكيم البحري في الأخذ بمبدأ الإختصاص بالإختصاص في التحكيم المؤسسي عنه في التحكيم الحر، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 10 من لائحة غرفة التحكيم البحري بباريس على إعتبار أن المحكم هو قاضي خاص على مستوى الغرفة يملك سلطة الفصل في المنازعات المتعلقة بضبط نطاق إختصاصه عند النظر في المنازعات المتعلقة بصحة ونطاق وجود إتفاق التحكيم.

كما أجازت لائحة منظمة التحكيم الدولي البحري في المادة 2/5 للمحكم الفصل في إختصاصه، وبخلاف ذلك فإن لوائح التحكيم البحري الحر قد إنتهجت موقف سلبي من المسألة شأنها شأن بعض القوانين الداخلية كما سلف ذكره<sup>4</sup>.

ومن الناحية العملية فقد صدر عن المحكمة العليا العديد من القرارات المتعلقة بمسألة الإختصاص<sup>1</sup>، من بينها القرار الذي خلصت فيه بأن "التحكيم ينزع إختصاص القضاء، وأن

<sup>1</sup> - عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع نفسه، ص 389، 390.

<sup>2</sup> - عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع نفسه، ص 388.

<sup>3</sup> - عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، مرجع سابق، ص 233.

<sup>4</sup> - عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، مرجع سابق، ص 396.

معاينة القضاء عدم قدرة الطاعة على الوفاء رغم وجود بند تحكيمي لا يعني حكماً أن طريقة التحكيم أصبحت مسدودة<sup>2</sup>.

## 2 . موقف قضاء التحكيم البحري من المبدأ

أكدت لوائح مراكز التحكيم البحري المؤسسي في مطلق الأحوال من تأكيدات على تكريس حرية المحكم في ممارسة سلطته فيما تعلق بالمسائل المتفق عرضها على التحكيم بما في ذلك المنازعة حول إختصاصه، وحث المحكم التمسك بالمبدأ متى سمح له الأطراف ذلك بمقتضى إتفاق التحكيم وإثارة الدفع بإختصاص المحكم أو بصحة وجود إتفاق تحكيم أو ببطلان الحكم بعد إنتضاء الأجل سواء بالنسبة للدفع المتقدم أو برفع دعوى .

هذا ما توصل إليه قضاء التحكيم ذاته، فإستقرت غرفة التحكيم البحري بباريس في الكثير من قراراتها على المبدأ من خلال مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي من حيث صحته وبطلانه، وهكذا فإن جواز فصل المحكم في إختصاصه من المبادئ المستقرة في لائحة غرفة التحكيم البحري بباريس وفي أحكام التحكيم الصادرة عنها<sup>3</sup>.

أما مركز التحكيم الفرنسي (CEFAREA) فقد نصت المادة 11 من لائحته على أن المحكمة تفصل في الإختصاص الإستثنائي بما في ذلك ما يتعلق بوجود وصحة إتفاق التحكيم.

ويلاحظ (سيرجبروسو) أن الإتفاقية لا تشكل إجراءً إلزامياً سابقاً يؤدي عدم الإمتثال لها إلى حرمان المؤمنين المفوضين من حق إتخاذ أي إجراء قانوني "بطاقة حمراء"، لا يمكن إلا الموافقة على هذا المبدأ الذي يجد مصدره في الإرادة لمحاربة سوء نية الأطراف<sup>4</sup>.

بينما قيد المشرع الإنجليزي مبدأ الإستقلالية، فكما كان مجالاً للإعتراف بمبدأ الإستقلال على نحو سابق أي عندما يتعلق الأمر بتحديد أنواع البطلان زال الخطر المهدد لإختصاص المحكم للفصل في إختصاصه، وعلى خلاف ذلك إذا لم يعترف بمبدأ الإستقلالية ترتب عنه

1 -TRARI TANI Mostefa , Droit algerien de l'arbitrage commercial international , OP. cit , p 102.

2 . المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 415468، الصادر بتاريخ 2007/12/05، مجلة المحكمة العليا، ع 4، أكتوبر 2009، ص 251.

3 . عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع نفسه، ص 398.

4-TURGNE Franck, op.cit, p52 .

إعمال قاعدة الفرع يتبع الأصل فيبطل شرط التحكيم لبطلان العقد الأصلي والعكس مثله، فينعقد الإختصاص للمحاكم الوطنية ولا يجوز للمحكم النظر في إختصاصه<sup>1</sup>.

وعصارة القول عن هذا المبدأ أن وجوده إستدعته ضرورة عملية تكمن في تحقيق ضمان فعالية التحكيم الدولي في تسوية المنازعات من خلال سرعة الفصل في النزاع وسد باب المناورة لإطالة أمد من الطرف المحتج عليه بحكم التحكيم متعسفا في إستعمال حقه في اللجوء إلى القضاء، ولهذا حدد المشرع آجال الطعن بميعاد قصير لإصدار حكم قبل الفصل في الموضوع أو في أصل النزاع فاصلا في إختصاصه ودون أن يترتب عن ذلك وقف إجراءات التحكيم وبهذا يكون قد قيّد حق كل طرف من الجانب الإجرائي بالقدر الذي يسد على أي من الطرفين منافذ التعسف في إستعماله .

وأكثر من ذلك فإنه من الضروري تحقيق العدالة وحصول الموازنة في توزيع الإختصاص بين القاضي والمحكم، ولذلك ومن باب المفاضلة فإن مراعاة الترتيب في المهام وألوية كل منهما في ميدانه أمر مرغوب فيه، إذ يمنح الإختصاص لمحكمة التحكيم أولا في الحالة التي يوجد فيها إتفاق تحكيم وذلك بمباشرة إجراءات سير عملية التحكيم لتتولى المحكمة النظر في الطعن الموجه ضد حكم التحكيم في مرحلة تالية وذلك عن طريق الرقابة على الحكم التحكيم.

غير أن هذا الترتيب في توزيع الإختصاص في بعض الحالات يكون غير مجد لإحتمال تردد القاضي في إلغاء حكم التحكيم عندما يصطدم بدفع متعلق بالإختصاص، كما أن اللجوء إلى القضاء في مرحلة أخيرة يترتب عليه إهدار الوقت والزيادة في المصاريف إذا كان مصير الدعوى اللجوء إلى المحاكم القضائية، إلا أن هذه المساوئ تهون على من يتقرر الحكم لصالحه ويجنبه سوء نية الطرف الآخر الذي يلجأ إلى إثارة الدفع بعدم الإختصاص لما يحققه من سرعة الفصل في النزاع التحكيمي<sup>2</sup>.

### ثالثا . مبدأ حياد المحكم

1- عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، مرجع سابق، ص 385، 386 .

2- عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، مرجع سابق، ص 402، 406.

خوّل المشرع للأطراف حرية إختيار محكميهم، ومع ذلك فإن أهم صفة يشترط توفرها في المحكم المعين حياده وإستقلاله، لذلك فإن عملية التعيين لا تتم إلا بالإتفاق بين الطرفين وأي شك حول حياده يترتب عليه حق كل منهما طلب رده، وتجنباً لبطلان حكم التحكيم فقد أزم القانون المحكم المعين بأن يفصح عن أية ظروف تحوم حولها الشبهة عن حيده وإستقلاله<sup>1</sup> ويراعى هذا الشرط إذا تم التعيين من طرف جهة أخرى غير الأطراف، ولضمان ذلك فإنها تعين محكم لا يحمل جنسية الأطراف<sup>2</sup>.

يعتبر التنفيذ المرحلة الحاسمة التي يصبوا إليها طرفي النزاع عند إختيارهما التحكيم بديل عن القضاء، وبهذا يحقق الدور المنوط به، غير أن النتيجة لا تتحقق أحياناً بسبب عدم رضا أحد طرفي النزاع بالحكم فيسلك سبل الطعن المتاحة له قانوناً مما تؤدي إلى عرقلة دور التحكيم للوصول إلى التسوية السريعة للنزاع أو تحول دونها هذا ما سنتعرض إليه في (الباب الثاني).

---

<sup>1</sup> - article 1456 du code procédure civile français .

كذلك نصت المادة 12 / 2 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي بقولها " يجب على الشخص الذي يقصد تعيينه محكماً أن يصرح بكل الظروف التي من شأنها أن تثير شكوكاً حول حيده وإستقلاله " .

<sup>2</sup> منير عبد المحيد، مرجع سابق، ص 118، 119.

## الباب الثاني

سلطة القضاء في إنفاذ والإشراف  
على دور التحكيم الدولي في  
منازعات التأمين البحري



## الباب الثاني : سلطة القضاء في إنفاذ والإشراف على دور التحكيم الدولي في منازعات التأمين البحري

إن إقتران عقد التأمين البحري بعلاقة قانونية دولية لإتصالها بعلاقات دولية غالباً ما تأتي متتالية لعقد النقل البحري للبضائع في نطاق التجارة البحرية ينتج عنه إكسائه بهذه الميزة، ولهذا فإن الحكم الفاصل في المنازعات المترتبة عنه يحتاج إلى تدخل قضاء دولة أجنبية للمساعدة في تنفيذه إذا كان مكان التنفيذ يدخل في نطاق الإختصاص القضائي لتلك الدولة فيكون تنفيذه بنفس الكيفية لتنفيذ الحكم الأجنبي، فالإعتراف الدولي بأحكام التحكيم يكون أكثر ضماناً إذا كانت هذه القرارات قضائية<sup>1</sup>.

إلى جانب ذلك فإن تدخل قضاء دولة التنفيذ يجنب الوقوع في الصعوبات الناجمة عن تنازع القوانين حول تنفيذ حكم التحكيم وكيفياته في حالة الإبقاء على رقابة القضاء الوطني الذي قد يعرقل التنفيذ، والنتيجة ذاتها في حالة إخضاعها لقانون دولة غير دولة التنفيذ قد تصل إلى حد إستحالة التنفيذ فيهدر بالتالي الهدف المرجو من اللجوء إلى التحكيم.

لهذا فإن الرقابة مبدأ عام أجمعت عليه قوانين كل الدول، إلا أن ممارستها مرهون بطبيعة كل نظام قانوني وموقفه من التحكيم والقيمة القانونية التي يمنحها المشرع لحكم التحكيم الدولي سواء صدر في دولة مكان التنفيذ أو في الخارج، إضافة إلى ذلك يجب ضمان عدم تدخل القضاء في أعمال المحكمين إلا في الحد الذي يسمح به القانون إحتراماً لمبدأ سلطان الإرادة الذي هو الركيزة الأساسية في نشأة كل تحكيم (الفصل الأول) .

غير أن السعي وراء تحقيق العدالة يعد المبرر الشرعي يشفع للقضاء بالتدخل، وذلك بالسماح للطرف المتضرر من حكم التحكيم بممارسة طرق الطعن فيه، وتتحدد صور الرقابة بالطلب المقدم من أحد الخصوم إلى الجهة القضائية المختصة في مرحلة التنفيذ أو ما قبلها عند رفع دعوى البطلان، إذ تختص المحكمة في كل الأحوال بفحص مجمل العيوب الشكلية والإجرائية التي قد تشوب الحكم قبل ووقت صدوره، ويمكن أن تمتد إلى ما قبل السير في خصومة التحكيم من خلال فحص إتفاق التحكيم وإجراءات تعيين المحكم، وبصفة عامة البحث عن الحالات المستوجبة للطعن سواء كانت عامة تتعلق بأحكام التحكيم أو خاصة تتعلق بحكم التحكيم الفاصل في منازعات التأمين البحري لطابعها الخاص.

1 - TURGNE Franck, op . cit , P 171

## الباب الثاني سلطة القضاء في إنفاذ والإشراف على دور التحكيم الدولي في منازعات التأمين البحري

---

غير أن المتفق عليه لدى جميع الدول أن القاضي لا يجوز له تعديل حكم التحكيم التجاري الدولي، وإنما يكتفي بالبث في مشروعيته من عدمها<sup>1</sup> (الفصل الثاني).

والإشكال الذي يطرح خلال البحث عن دور القضاء في الإقرار وتنفيذ حكم التحكيم الفاصل في منازعات التأمين البحري كالتالي: . ألا يؤثر منح القضاء سلطة تنفيذ ومراقبة هذا الحكم على نجاح دور التحكيم بإعتباره البديل عن القضاء إختاره الطرفين لتسوية منازعاتهم؟ فماهي وسائل وحدود ممارسة هذه السلطة؟.

---

1- HASCHER D Adde, l'influence de la doctrine sur la jurisprudence française en matière d'arbitrage Rev arbitrage, 2005, p 391

# الفصل الأول

الرقابة القضائية على الحكم  
التحكيمي في طور الإعتراف  
والتنفيذ

من أهم المبادئ التي يركز عليها نظام التحكيم التجاري الدولي مبدأ سلطان الإرادة وعدم تدخل القضاء في عمل المحكم، فإتفاق الطرفين هو الذي ييسر المحكم على نهجه بما يتضمن من قواعد إجرائية وموضوعية، إلا أن دور المحكم ينتهي بصدور حكم التحكيم، ولذلك فلا جدوى من إستصدار حكم دون إمكانية تنفيذه، لذلك لا مفر من اللجوء إلى القضاء لتنفيذ هذا الحكم كما أن نتيجة الحكم قد تكون محل معارضة من أحد الطرفين، هذا ما يستدعي تدخل القضاء للفصل في الخلاف الناتج عن الحكم.

ولهذا فإن وظيفة الرقابة القضائية على حكم التحكيم الأجنبي مزدوجة، فمن جهة محاربة أحكام التحكيم غير العادلة والتي تلحق ضررا بالمحكوم عليه أو كانت غير صحيحة وذلك إما بالقضاء بتصحيحها أو بطلانها<sup>1</sup>.

ومن جهة أخرى تؤدي إلى التثبيت من صحة ومشروعية حكم التحكيم ومدى مراعاة المحكمين للمبادئ الأساسية للقضاء لسيير إجراءات التحكيم إلى غاية صدور الحكم المنهي للنزاع، لما لا وأن الحكم صادر عن شخص عادي وليس قاضي يتمتع بسلطة قضائية مما قد يعرض الحكم لسبب من أسباب البطلان التي تمنع تنفيذه، وبالتالي فإن الرقابة إجراء ضروري لإستبعاد الأحكام المعيبة بإزالة ما ترتبه من آثار بعد إبطالها أو بقائها بحسب نوع ودرجة العيب الذي يعتريها<sup>2</sup>.

1- BREDIN jean-Denis, la paralysie des sentences arbitrales par labus des voies de recours, clunet paris, 1962, p 639.

2- مصلح أحمد الطراونة، تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي الباطل وفقا لإتفاقية نيويورك الخاصة بالإعراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958، دراسة تحليلية لنصوص الإتفاقيات ذات الصلة في ضوء التطبيقات القضائية لها في كل من فرنسا، الولايات المتحدة الأمريكية، المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص 905 ، 909.

### المبحث الأول : الإعراف والتنفيذ لتفعيل دور التحكيم الدولي في منازعات التأمين البحري

ألفنا خلال مسارنا الدراسي والبحثي أن نقرن الإعراف والتنفيذ دائما بالأحكام القضائية الأجنبية التي تستمد قواعدها من القانون الدولي الخاص والإتفاقيات والمعاهدات الدولية فإن الإعراف وتنفيذ أحكام التحكيم الدولي في الجزائر يخضع لقواعد خاصة ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية وإتفاقيات دولية أهمها إتفاقية نيويورك 1958 بالنسبة للدول المصادقة عليها<sup>1</sup> إضافة إلى لوائح التحكيم المؤسسي والحر .

فكل القوانين تجمع على أن الإعراف والتنفيذ من إختصاص قضاء الدولة لما له من قوة الجبر، وكفيل بمراقبة أحكام التحكيم الدولي التي تصدر عن أشخاص عادية (المطلب الأول)، وما يتميز به التحكيم الدولي أنه يصدر حائز لقوة الشيء المقضي فيه، ومن ثم فإن تنفيذه يكون عن طريق أوامر قابلة للطعن، وهنا يمكن التمييز بين أمر التنفيذ ورفضه (المطلب الثاني)، ولما كانت منازعات التأمين البحري لها ذاتية خاصة، فهل يمكن أن تخضع لنفس قواعد الإعراف وتنفيذ حكم تحكيم المألوفة لتنفيذ حكم التحكيم الداخلي؟.

### المطلب الأول : الإعراف بحكم التحكيم الدولي

يعتبر الإعراف جسر عبور يصل بين مرحلتين مرحلة التحكيم يتولاها المحكم ومرحلة التنفيذ من مهام القاضي، فهو إجراء جوهري في بعض القوانين من خلاله تنتقل المهام من المحكم إلى القاضي فيسلم الحكم من يد المحكم إلى القاضي لتفعيل آثاره، ولما كان الإعراف إجراء وجوبي تمهيدا لتنفيذه فهل حكم التحكيم الدولي يكون متجردا من إلزاميته إلا بعد الإعراف به لاحقا؟ .

للإجابة على الإشكال يستلزم التطرق إلى الإعراف بحكم التحكيم الدولي في القوانين الدولية والوطنية (الفرع الأول) ثم نتعرف على شروطه (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> راجع المادة 3 من إتفاقية نيويورك 1958 التي نصت بأنه "تتعرف كل من الدول المتعاقدة بحجية الحكم التحكيمي وتأمّر بتنفيذه طبقا للقانون المتبع في الإقليم المطلوب إليه الإعراف" .

## الفرع الأول: الإعتراف في القوانين الدولية والداخلية

إن الفصل في مدى تأثير الإعتراف على حجية حكم التحكيم الدولي فصلت فيه إتفاقية نيويورك من خلال ما أقرته بأن أحكام التحكيم الدولي على الرغم من أنه يصدر متمتعاً بالقوة الإلزامية إلا أنها تبقى معلقة إلى غاية الإعتراف بها وصدور أمر تنفيذها من قضاء الدولة المقدم إليها الطلب، فطلب الإعتراف الذي يقدمه الطرف الذي صدر لصالحه حكم التحكيم يحقق هدفا مزدوجاً، فمن جهة يهدف إلى إكساء الحكم بالصيغة التنفيذية للمطالبة بتنفيذه، ومن جهة أخرى يعتبر بمثابة إجراء يثبت قوته الإلزامية تمكنه من الدفع بحجية الأمر المقضي فيه أمام المحكمة التي يرفع أمامها النزاع من جديد في المسألة التي سبق الفصل فيها نهائياً.

ولهذا عرفه كل من الفقيهين (M. HUNTER) و (A. RED FERM) بأنه إجراء دفاعي يستعمله من صدر حكم التحكيم في مواجهته لمراجعته، وعلى هذا الأساس يمكن للطرف الذي حاز على حكم التحكيم لصالحه تقديمه للإعتراف به ومنحه حجية الشئ المقضي فيه<sup>1</sup>.

ولذلك يمكن القول بأن الإعتراف هو إجراء يتضمن إقراراً بصحة حكم التحكيم الدولي وإلزاميته فلا يعد مجرد عمل إداري مثل عملية إيداع الوثائق، وإنما هو إجراء جوهري أكدت عليه القوانين الدولية والوطنية.

### أولاً . الإعتراف في إتفاقية نيويورك 1958

نظم المشرع الدولي عملي الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الدولي الصادر في الخارج في إتفاقية نيويورك 1958<sup>2</sup>، وبهذا فإنها ميزت بين الحكم التحكيم الوطني والأجنبي، هذا ما يتضح من خلال تحديد نطاق تطبيقها مستندة في ذلك على معيار إقليمي بالنظر إلى مكان صدورها بأنها تشمل الأحكام التي يطلب الإعتراف بها وتنفيذها خارج الحيز الإقليمي للدولة التي يصدر

<sup>1</sup> - بشير سليم، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2010 . 2011، ص 236 نقلاً عن

- RAHAL Ali, l'excution du sentences arbitrale dans les pays du moyen - orient, these pour abtenir le grade de docteur, l'université paris 1, p 115 .

<sup>2</sup> . يعد النظام القانوني للإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الذي وضعت إتفاقية نيويورك ثمرة للنقاش الذي دار في المؤتمر الذي عقده المجلس الإقتصادي والإجتماعي للأمم المتحدة حول المشروع الذي أعتدته الغرفة التجارية الدولية وإقترحت على المجلس.

فيها الحكم موضوع الطلب، وأحكام التحكيم الدولية من منظار قواعد التكييف في القانون الداخلي لدولة التنفيذ<sup>1</sup>.

وتعتبر إتفاقية نيويورك النظام القانوني الدولي الذي ينظم عملي الإعراف وتنفيذ أحكام التحكيم الدولية الأجنبية، هذا النظام ظهرت بواره في بروتوكول جنيف 1927، إلا أن ظروف إنعقاده حالت دون إعطاء فاعلية للتحكيم كونه ركز على حصول إقرار دولي به في الوقت الذي تصادف بإنكاره كوسيلة لتسوية المنازعات وقصر تطبيقه على الأحكام القطعية الباتة<sup>2</sup>، إضافة إلى أنه لم يميز بين الحكم القضائي والتحكيمي فيما يتعلق بإجراءات التنفيذ<sup>3</sup>.

وعلى مقتضى إتفاقية نيويورك تلتزم دول الأعضاء التي يقدم إليها طلب الإعراف وتنفيذ حكم التحكيم الدولي إذا كان مستوفيا للشروط الواردة في الإتفاقية أن تقر بحجيتها، وأن تقوم بتنفيذه إستنادا إلى قواعد إجراءات التنفيذ العادية في قانونها الوطني والتي يخضع لها تنفيذ حكم التحكيم الداخلي، وبهذا فإن الإتفاقية أحدثت مساواة في معاملة حكم التحكيم الأجنبي مع حكم التحكيم الوطني من حيث الإعراف والتنفيذ في الشروط والإجراءات، ولذلك فإنها لا تخضع لشروط أشد أو رسوم مرتفعة لما هو مقرر للإعراف بتنفيذ حكم تحكيم وطني<sup>4</sup>.

تشمل أحكام التحكيم التي تسري عليها الإتفاقية طبقا للفقرة 2 من المادة الأولى منها تلك التي تصدر عن محكمين أو عن هيئات التحكيم الدائمة، سواء كان أطراف العلاقة أشخاص طبيعية أو معنوية، أما العلاقة فقد تكون تعاقدية أو غير تعاقدية، إلا النزاع يجب أن يكون من طبيعة تجارية، وبشأن هذه النقطة تجيز الإتفاقية للأطراف وضع تحفظ بإدراج نزاع يتعلق بعمل

<sup>1</sup> فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 38.

<sup>2</sup> محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 346.

<sup>3</sup> بشير سليم، مرجع سابق، ص 239 نقلا عن عاشور مبروك، النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، دار النهضة العربية، ط 2، القاهرة، 2002، ص 239.

<sup>4</sup> وتنص المادة الثالثة من إتفاقية نيويورك 1958 على أنه "تعترف كل دولة من الدول المتعاقدة بقوة حكم التحكيم، وتضمن تنفيذه وفقا للنظام الداخلي المتبع في الإقليم الذي صدر فيه، وطبقا للشروط التي يتضمنها هذا القانون لن يكن من الضروري الإعراف أو تنفيذ قرارات التحكيم التي تنطبق عليها هذه الإتفاقية أو فرض شروط أشد أو رسوم أعلى من تلك المفروضة على الإعراف أو تنفيذ أحكام التحكيم الوطنية".

جاري وفقا للقانون الداخلي للدولة المطلوب منها الإعراف وتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي<sup>1</sup>.

### ثانيا . الإعراف في القوانين الوطنية

تضمنت القوانين الداخلية للدول نصوص تتعلق بالاعتراف بأحكام التحكيم الدولي<sup>2</sup>، هذا ما يوضح أن المشرع فرق بين وطنية ودولية حكم التحكيم<sup>3</sup>، وإختفى وصف الأجنبية الذي تأسست عليه إتفاقية نيويورك<sup>4</sup>، يعكس ذلك إتجاه المشرع<sup>5</sup> إلى إعمال المعيار الموضوعي المرتبط بالمصالح الإقتصادية لدولتين على الأكثر<sup>6</sup> بدلا من المعيار الشخصي المهجور في تحديد دولية التحكيم<sup>7</sup> التي تتحدد بموضوع المنازعة بأن يكون متعلقا بمصالح التجارة الدولية<sup>8</sup> ولو صدر في فرنسا وكان طرفيه فرنسيين طبقا للمادة 1492 من قانون الإجراءات المدنية<sup>9</sup>، ويؤثر ذلك على الإعراف بحكم التحكيم الدولي فيحد من نطاقه .

ويعد الإعراف الخطوة السابقة أو العمل التمهيدي الذي يتمكن من خلاله الحائز على حكم التحكيم أمّن له مصلحة مؤكدة أو حق كان محل منازعة أن يقدم على طلب تنفيذه أمام جهة قضائية لدولة غير التي صدر فيها حكم التحكيم، وبهذا فإن الإعراف بأحكام التحكيم أجنبي

<sup>1</sup>. محمود سمير الشراوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 560.

<sup>2</sup> نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على الإعراف بحكم التحكيم في فرع مستقل عن قواعد التنفيذ في إطار الأحكام الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي، بينما تضمن التشريع الفرنسي مادتين 1514، 1515 من المرسوم 48/2011.

<sup>3</sup> كرس المشرع الفرنسي هذه الإستقلالية من خلال المرسومين أحدهما يتعلق بالتحكيم الداخلي والثاني يتعلق بالتحكيم الدولي في المرسوم الصادر في 12/5/1981 المتعلق بالتحكيم الدولي.

<sup>4</sup> عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص83.

<sup>5</sup> -FOCHARD Ph, GAILLARD E et GOLDMAN B, op.cit, p 1030.

<sup>6</sup> نصت المادة 1039 من القانون رقم 09/08 المتعلق بقانون إ.م.إ.ج " يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الإقتصادية لدولتين".

<sup>7</sup> وهو توجه محمود تقتضيه الظروف الراهنة في مجال الإقتصاد الدولي القائم على الحركية والسرعة في المعاملة فرض على الجزائر مسايرتها بحثا عن مكانتها الإقتصادية بين الدول فحاول مشرعا مواكبتها .

<sup>8</sup> راجع المادة 1492 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص "يعتبر التحكيم دوليا إذا كان يتصل بمصالح التجارة الدولية".

<sup>9</sup>- CHARLES Lemonnier, commentaire sur le principale police d'assurance maritime usitées enFrance tome 2 ,eduteurs, paris,p 77.

يكون أكثر ضمانا إذا كانت بقرارات قضائية<sup>1</sup>، ويتوقف ذلك على رغبته إن أراد التنفيذ، الأمر الذي جعل المشرع يفرد الإعراف بأحكام خاصة وشروط مبسطة كما سنرى .

كذلك بالنسبة للقوانين المتعلقة بالتأمين البحري لطابعها الخاص فإنه يترك التنفيذ للمحاكم<sup>2</sup> لأن حسبهم أن مسألة الإعراف بحكم تحكيم دولي غالبا ما تطرح أثناء سير الدعاوى القضائية مثلما يحدث بالنسبة للحكم الأجنبي مما يفرض وضع نظام للإعراف بأحكام التحكيم الدولي<sup>3</sup>.

كذلك فإن لائحة المفوضية الأوروبية رقم 2004/44 الصادرة في 2004/12/22 قد حولت للقضاء إختصاص النظر في المسائل ذات الطبيعة المدنية والتجارية والإعراف بأحكامها وتنفيذها وبذلك فإنها تستثني أحكام التحكيم من نطاق هذا الإختصاص.

أما قانون التحكيم المصري فلم يتضمن نص يتعلق بمسألة الإعراف بحكم التحكيم الدولي الصادر في الخارج، ويرجع ذلك إلى أن المشرع لم يفرق بين التحكيم الداخلي المحض والتحكيم الأجنبي أو الدولي كلها تخضع لقانون التحكيم رقم 1994/27<sup>4</sup> بإستثناء أحكام التحكيم التجاري الدولي التي تصدر في الخارج ولم يتفق الأطراف على إخضاعها للقانون المصري، فإنها تخضع لقواعد تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي<sup>5</sup>، أما حكم التحكيم الدولي الذي صدر في مصر أو في الخارج وإتفق الأطراف على تطبيق القانون المصري فإنه يخضع لقواعد التنفيذ التي يتضمنها قانون التحكيم<sup>6</sup>.

مما تقدم نستنتج بأن إتفاقية نيويورك 1958 المتعلقة بتنفيذ حكم التحكيم يفترض أن قواعدها تشكل نظام قانوني موحد للدول التي صادقت عليها، إلا أن قوانين هذه الدول قد خالفت هذه الإتفاقية وأحسن مثال على ذلك القانون المصري الذي تخطى هذا الإجراء بكامله إلى

1- TURGNE franck , op.cit, p 171 .

2- CHARLES Lemonnier, op.cit, p 50.

3. أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 150.

4. راجع قانون التحكيم المصري رقم 1994/27 "مع عدم الإخلال بالإتفاقيات الدولية المعمول به في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أي كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع إذا كان هذا التحكيم يجري في مصر أو كان تحكيميا تجاريا يجري في الخارج وإتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون" .

5. راجع المواد 296 إلى 301 من قانون المرافعات المصري.

6. بشير سليم، مرجع سابق، ص 246.

مباشرة التنفيذ، بينما تتقارب أحكام الإعراف في كل من التشريع الجزائري والفرنسي، إلا أن الفارق بينهما أن المشرع الفرنسي قد أجاز الإعراف وتنفيذ حكم تحكيم ملغى متى لم يكن متعارض مع النظام العام الدولي، ولا يعتبر ذلك خرق للإتفاقية الدولية إنما هو عمل شرعي في إطار الإجازة التي منحتها الإتفاقية ذاتها للتشريع الداخلي بموجب المادة 3 منها .

### الفرع الثاني . شروط الإعراف بحكم التحكيم الدولي

إن الإعراف بالحكم التحكيم الدولي الصادر في الخارج ثم إكسائه بالصيغة التنفيذية لاحقاً لا يكون ممكناً إلا إذا توفر على شروط، ولم تحدد إتفاقية نيويورك تلك الشروط وإنما تركت ذلك للقوانين الداخلية للدول بشرط ألا تكون أشد من تلك التي تطبق على حكم تحكيم وطني<sup>1</sup>، ذلك أن القانونين الجزائري<sup>2</sup> والفرنسي<sup>3</sup> قد أوجبا للإعراف بهذه الأحكام مراعاة شرطين أساسيين من طبيعة مختلفة أحدهما مادي والآخر قانوني :

**أولاً . الشرط المادي :** إعراف القضاء الفرنسي بحكم التحكيم الأجنبي بنفس الشروط التي نص عليها القانون الجزائري بأن يثبت الطرف الذي يطالب بالإعراف وتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي وجوده، وذلك بإيداع طالب التنفيذ أصل حكم التحكيم مصحوباً بإتفاق التحكيم أو نسخ منها تحمل ختم التصديق عليها من جهة رسمية مختصة، وإذا كانت تلك المستندات محررة بغير لغة دولة قاضي التنفيذ إلترم بتقديم ترجمة رسمية إليها، إضافة إلى محضر إيداع حكم التحكيم<sup>4</sup> ويتحمل المودع كطرف مستعجل مصاريف الإيداع<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - محمد عبد المنعم الخلاوي، المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية في مواد المرافعات في 10 سنوات من أول يناير 2003 لغاية أواخر ديسمبر 2012، محكمة النقض، المكتب الفني، مصر، د س ن، ص 219 .

<sup>2</sup> راجع المادة 1051 من القانون رقم 09/08 المتضمن ق إ م إ ج .

<sup>3</sup> راجع المادة 1498 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي التي نصت " تعترف فرنسا بالقرارات التحكيمية إذا تم إثباتها من طرف الجهة التي تستفيد منها، وإذا كان الإقرار بها لا يخالف النظام الدولي العام مخالفة صريحة ويتم إعتبار تلك القرارات قابلة للتنفيذ من قبل قاضي التنفيذ " .

<sup>4</sup> راجع المادتين 1052، 1053 من القانون رقم 09/08 المتعلق بقانون إ.م.إ.ج، والمادة 1499 من قانون الإجراءات الفرنسي.

<sup>5</sup> الإيداع هو إجراء إداري يقوم به أي من الأطراف له مصلحة يوفرها له حكم التحكيم الدولي وهو في الغالب

ويعتبر ذلك بمثابة الإعلان بوجود حكم التحكيم فيمتنع على المحكمة الفصل مجددا في المسألة التي فصل فيها الحكم التحكيمي الدولي عملا بالقاعدة الإجرائية التي تقضي بسبق الفصل في نزاع يتضمن نفس الأطراف والمحل والسبب<sup>1</sup>، فإذا كان الإيداع إجراء وجوبي في التحكيم الداخلي فما حكمه بالنسبة للحكم التحكيمي الدولي ؟

أحال المشرع الجزائري أحكام إيداع حكم التحكيم الدولي للقواعد السارية على حكم التحكيم الداخلي، ورجوعا إلى المادة 1035 التي تعتبر أن الإيداع إجراء وجوبي، غير أن أحكام التحكيم الدولي تنتشر إلى نوعين من الأحكام منها ما يصدر في الجزائر وبالتالي فإن إخضاعها لهذا الحكم لا يثير أية صعوبة، غير أن الإشكال يطرح بالنسبة لحكم التحكيم الدولي الصادر في الخارج<sup>2</sup>، فالمنطق يقضي بأنه لا يمكن أن ينطبق عليه نص المادة السابقة، ذلك أنه لا يمكن إلزام أطرافه إيداع حكمهم لدى محكمة جزائرية إلا إذا أرادوا تنفيذها في الجزائر.

وعبر عن ذلك أحد الفقهاء الفرنسيين بقوله "إذا كان بالإمكان تصور بأن يتم إيداع حكم التحكيم قلم كتاب المحكمة المختصة بواسطة أحد الخصوم أو المحكمين بالنسبة لكل من التحكيم الداخلي وكذلك التحكيم الدولي الذي جرى على أرض فرنسا دون توقفه على صدور الأمر بالتنفيذ، فإنه من غير المتصور أن يتم هذا الإيداع بالنسبة لحكم التحكيم الصادر في الخارج إلا بمناسبة طلب إصدار أمر التنفيذ"<sup>3</sup>.

وإستقر القضاء المغربي على عدم إلزامية إيداع حكم التحكيم الأجنبي، ويتقيد طالب الإعتراف بحكم التحكيم الأجنبي وجوبا بقواعد إتفاقية نيويورك 1958 تحت طائلة البطلان<sup>4</sup>.

وإنشق موقف محكمة النقض المصرية على نفسه، فبعض أحكامها قضت بأنه لا أثر لعدم الإيداع على حكم التحكيم لأنه إجراء لاحق لصدوره ولذلك فلا يترتب عليه البطلان، ولا مانع

---

المحكوم له بأن يبادر بتسليم الحكم لأمين ضبط المحكمة.

<sup>1</sup>. أحمد هند، مرجع سابق، ص 81.

<sup>2</sup>. بن حمو فتح الدين، رقابة القضاء الجزائري على حكم التحكيم البحري، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل ع 1 ، 2015 ، ص 120.

3- GAILLARD Emanuel, arbitrage commercial procédures spéciales à certains litiges , (arbitrage exé - cature ) , 1997.

<sup>4</sup>. قرار محكمة الاستئناف التجارية للدار البيضاء، رقم 2008/3875 الصادر في 2008/08/26.

من تنفيذ حكم التحكيم، بينما قضت في أحكام أخرى بالبطلان في حالة عدم إيداع الحكم المراد تنفيذه تطبيقاً للقانون<sup>1</sup>.

وساير الفقه الموقف الأخير فحول لأمين كتابة الضبط المكلف بمنح الصيغة التنفيذية رد طلب التنفيذ ويحق للقاضي أيضاً رفض التنفيذ<sup>2</sup>، وفسر أحد الباحثين ذلك بأن إيداع حكم التحكيم إجراء جوهري لإجبار الطرف الآخر على التنفيذ في حالة تعنته<sup>3</sup>.

لم يحدد المشرع الجزائري أجلاً لإيداع حكم التحكيم الدولي، ولهذا فقد يكون سابقاً على طلب التنفيذ أو مصاحباً له، إنما ترك الحرية لطالب الإعراف والتنفيذ إختيار الوقت الملائم لذلك لأنه غالباً ما يعجل في التنفيذ، ويسأل في حالة التأخر عن الإيداع المتسبب في ذلك بأن يلزم بدفع تعويض إذا خلف ضرراً، بينما ألزمت بعض أنظمة التحكيم الدولية محاكم التحكيم بأن تتقيد بالأجل الذي تضعه قوانين تحكيم داخلية لإيداع وقيده حكم التحكيم الأجنبي الصادر عنها<sup>4</sup>.

والإيداع لا يتعلق بأحكام التحكيم القطعية النهائية فحسب إنما يجوز ذلك بالنسبة لأحكام التحكيم الجزئية أو التحضيرية<sup>5</sup> ومنها الحكم الذي يقضي بإجراء تحقيق أو بتعيين خبير هذه الأحكام هي الأخرى فإن وجوب إيداعها مرتبط بصدورها في الجزائر، أما إذا صدرت في الخارج فإيداعها مرهون بالإقبال على تنفيذها في الجزائر مالم تجري الخبرة أو التحقيق في الجزائر<sup>6</sup> لكن ماذا لو تم الإيداع لدى محكمة غير مختصة بإصدار أمر التنفيذ؟.

فايداع حكم التحكيم إجراء وجوبي، ومن ثم فإن الإمتناع عن ذلك يترتب عليه رفض إصدار أمر التنفيذ لعدم الإختصاص، فإذا خالف القاضي قاعدة الإختصاص كان الأمر باطلاً

<sup>1</sup> حكم محكمة النقض الصادر في 15/02/1997، الطعن رقم 531 لسنة 44 ق، السنة 29، ص 436.

<sup>2</sup> أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ص 279.

<sup>3</sup> بواب بن عامر، تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في المواد المدنية والتجارية، رسالة دكتوراه، جامعة البليدة 2011، ص 191.

<sup>4</sup> بواب بن عامر، المرجع نفسه، ص 38.

<sup>5</sup> راجع المادة 2/1051 من القانون رقم 09/08 المتضمن ق إ م إ ج التي نصت على أنه "وتعتبر قابلة للتنفيذ وبنفس الشروط، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة إختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجوداً خارج الإقليم الوطني".

<sup>6</sup> بشير سليم، مرجع سابق، ص 275.

غير أن طبيعة البطلان إختلف حوله الفقهاء، فالبعض منهم ربطه بالإختصاص الوظيفي الذي يترتب على مخالفته البطلان لتعلقه بالنظام العام، ولهذا وجب الإحالة على القاضي المختص<sup>1</sup> أو إصدار أمر تنفيذ جديد من القاضي المختص، وآخرون يربطونه بالإختصاص الإقليمي للمحكمة فهو غير متعلق بالنظام العام يجوز الإتفاق على منحه لمحكمة أخرى<sup>2</sup> إما المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها محكمة التحكيم الصادر عنها حكم التحكيم أو المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان التنفيذ بالنسبة لحكم التحكيم الذي يصدر في الخارج<sup>3</sup>.

إضافة إلى ذلك فإن بعض القوانين نصت على نشر حكم التحكيم مثلما ورد في قانون التحكيم المصري، إلا أنه إشتراط موافقة الأطراف وإلا يتعرض المخالف للجزاء المالي تعويضا للأضرار المترتبة على النشر تجسيدا لمبدأ السرية<sup>4</sup>.

**ثانيا . الشرط القانوني:** ويتعلق بصحة حكم التحكيم الدولي من الناحية القانونية بأن يكون هذا الإعراف غير مخالف للنظام العام الدولي مخالفة واضحة<sup>5</sup>، نصت على ذلك قوانين الدول منها الجزائري<sup>6</sup> وقانون التحكيم الفرنسي والتونسي<sup>7</sup> والقانون المغربي رقم 05 /08 المتعلق بالتحكيم والوساطة<sup>8</sup>، وقيد النظام العام في التحكيم الدولي في التشريع الجزائري مستمد من معطيات

<sup>1</sup> وجد راغب فهمي، التنفيذ القضائي وفق أحدث التعديلات التشريعية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، د د ن، 1995، ص 134.

<sup>2</sup> -بواب بن عامر، مرجع سابق، ص 192 .

<sup>3</sup> راجع المادة 2/1051 من القانون رقم 09/08 المتعلق بقانون إ م إ ج .

<sup>4</sup> . راجع المادة 2/44 من قانون التحكيم المصري رقم 1994/27.

5- MKARDEL FROISSARD Bronwyn, Execution de la sentence arbitrale et les voies de recours contre la sentence rendue, mémoire pour le D.E.S.S université de D'AIX MARSEILLE, 1999, p 25.

<sup>6</sup> - راجع المادة 1/1051 من القانون رقم 09/08 المتعلق بقانون إ م إ ج التي نصت "يتم الإعراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها بوجودها، وكان هذا الإعراف غير مخالف للنظام العام الدولي".

<sup>7</sup> - راجع الفصل 81 من مجلة التحكيم التونسية رقم 42 بسنة 1993 مؤرخة في 1993/04/26 منشور على

الموقع الإلكتروني <http://droit7.blogspot.com>>blogspot

<sup>8</sup> - مصطفى حلمي، قاضي التنفيذ في التشريع المغربي والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، 2005، ص 164

دولية، ويقصد به تلك الصورة المخففة للنظام العام من الناحيتين الإجرائية والموضوعية<sup>1</sup> بشكل يستجيب لمتطلبات المعاملات الدولية وينمي دور التحكيم في تسوية المنازعات المتعلقة بها دون النظام العام الداخلي، وبذلك يكون قد وسع من نطاق الإعراف بأحكام التحكيم الأجنبية<sup>2</sup>.

ويعتبر المرسوم الفرنسي شرط إعلان حكم التحكيم الدولي إلى المنفذ عليه أو دائنيه في مكان إقامتهم أو في مكان ممارسة نشاطهم من شروط التنفيذ، وأضاف بعض المشرعين إلى ذلك الشرط التالي<sup>3</sup> :

- أن ينفذ الحكم من طرف محكمة أجنبية بنفس الشروط التي يحددها قانون دولة التنفيذ<sup>4</sup> فإذا نص القانون الأجنبي على فحص حكم التحكيم المصري فحصا شكليا ظاهريا عامل القاضي المصري الحكم الأجنبي المعاملة ذاتها، ويقع عليه أن يتحقق من أن المحكمة الأجنبية طبقت القانون الذي تحيل إليه قاعدة إسناد مصرية إذا كانت المحكمة الأجنبية تشترط لتنفيذ حكم التحكيم المصري أن تطبق المحكمة المصرية القانون المختص وفق قاعدة إسناد أجنبية<sup>5</sup>.

هذا ما يستصاغ أيضا من قرار المحكمة في قضية ALIANZ SPA بأن محكمة الدولة التي تم إختيارها للتنفيذ ليست في وضع أفضل من محكمة دولة المنشأ فيما يخص فصل هذه الأخيرة في إختصاصها، ويمتنع على محاكم دولة العضو من مراجعة أحكامها إستنادا إلى قواعد اللائحة الأوروبية رقم 2001/44<sup>6</sup>.

<sup>1</sup>. مصطفى تراري ثاني، التحكيم التجاري الدولي في الجزائري إثر المرسوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 25/04/1993 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية، مجلة دراسات قانونية، جامعة الجزائر، ع 1 ، جوان 2002، ص 52.

<sup>2</sup>. عبد الحميد الأحذب، التحكيم وأحكامه ومصادره، ج1، دار نوفل، بيروت، 1990، ص 163

<sup>3</sup>. عامر فتحي البطاينة، مرجع سابق، ص 254

<sup>4</sup>. نصت المادة 2/216 "من قانون المرافعات المصري" الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذه"، هذا الشرط يسري على حكم التحكيم والحكم القضائي على السواء بموجب الإحالة من المادة 299 إلى المادة 296 من نفس القانون، مما يدل على أن المشرع المصري رسخ مبدأ التبادل فيما يتعلق بتنفيذ حكم تحكيم أجنبي.

<sup>5</sup>. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2007، ص 143 إلى 146.

6-ALIANZ SPA (Enciennement riunione adrizntica di sicurta) v west tankers INC (execution des juge-ment/ convention des arbitrage) ( THE FRONT COMOR) , ECJ 4 /09/2008 V. WWW .swarb.co.uk/allianz-spa-anciennement

فإذا توفرت هذه الشروط ولم يبد المنفذ عليه معارضته لعدم وجود مانع من موانع تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي تعززت قوته في الإثبات أمام السلطة القضائية، ويسهل على طالب التنفيذ حصوله على أمر التنفيذ، فيمنح لحكم التحكيم الصيغة التنفيذية دون إمكانية دحضه ممن له مصلحة من الأطراف أو الغير<sup>1</sup>.

وبالمفهوم المتقدم فإن رقابة القضاء على هذه الأحكام ضيقة لا تتعدى مجرد فحص ظاهري غايته التثبت من وجود الحكم وعدم مخالفته لمقتضيات النظام العام الدولي<sup>2</sup>، فإذا ثبت للقاضي عدم مخالفة لهذا النوع من القواعد إلتزم بإصدار أمر التنفيذ الذي يتمكن من خلاله المستفيد من الأمر الحصول على الصيغة التنفيذية للحكم المودع للمصادقة<sup>3</sup>.

أما بالنسبة لدور القضاء في إنفاذ أحكام التحكيم الدولي كان من اللازم إستتطاق موقف الإجتهد القضائي ذاته، يمكن الإستشهاد بحكم محكمة التمييز الأردنية "أن وظيفة المحكمة وهي تنظر طلب تصديق قرار المحكمين تنحصر في مراقبة تنفيذ صك التحكيم وتطبيق القانون وتأمين حقوق التقاضي إدعاء ودفعاً وإثباتاً، والتحقق من الفسخ عند الادعاء به، وليس للمحكمة صلاحية محكمة الموضوع في إحلال قناعتها محل قناعة المحكمين بالأدلة والبيانات وتقرير الواقع منها"<sup>4</sup>.

غير أن الرقابة السطحية حسب بعض الفقهاء لا تكون ممكنة إذا تعلق الأمر بطلب الإعراف المعجل أثناء جلسة الحكم، وإنما يجب على القاضي النظر في كافة الدفوع في إطار الحالات المنصوص عليها في المادة 1502 من ق إ ف ج التي يثيرها الطرف المعارض على القرار التحكيمي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> ولد شيخ شريفة، موقف دول المغرب العربي من تنفيذ الأحكام الأجنبية، رسالة دكتوراه، جامعة تيزي وزو 2015، ص 158 . 159.

<sup>2</sup> بومناد هاجرة، الإعراف بأحكام التحكيم الدولي وتنفيذها طبقاً للتشريعات الوطنية والدولية، مجلة الفقه والقانون ع 39، 2016، ص 75 .

<sup>3</sup> أسعد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم وإجراءاته، ط 1 ، دار نيبور، بغداد، 2011، ص 229، 230.

<sup>4</sup> تمييز حقوق رقم 2000/2959، المجلة القضائية لسنة 2000، ص 6/139، أشار إليه بواب بن عامر، مرجع سابق، ص 181

<sup>5</sup> عبد الحميد الأحذب، الطرق البديلة لحل النزاعات، مرجع سابق، ص 164

نستخلص من جملة الشروط التي وردت في كل من القانون الجزائري والفرنسي مايلي :

أ . التقليل من عددها ويسرها .

ب . محتوى هذه الشروط يدل على أنها عناصر أساسية لا يمكن تجاوزها .

ج . خفة وطبيعة هذه الشروط تعتبر ضمانات لقبول الإعراف بحكم التحكيم من شأنها أن تدعم دور التحكيم الدولي في تسوية المنازعات والتقليل من خطر ردها إستنادا على الرقابة المخففة التي يقوم بها القاضي المختص في دولة التنفيذ .

د . توحيد شروط الإعراف والتنفيذ، فما يشترط للإعراف يسري على التنفيذ .

### المطلب الثاني: تنفيذ حكم التحكيم الدولي

تعتبر عملية التنفيذ حصاد للحلول المتوصل إليها من محكمة التحكيم، فيمنح للطرف الذي صدر ضده حكم التحكيم الدولي حرية تنفيذه تلقائيا طالما أن التحكيم أساسه الإرادة الحرة لطرفي الإتفاق في اللجوء إلى إختياره دون القضاء لتسوية ما حل بينهما من منازعات، غير أن المشرع لم يترك لهذه الإرادة العنان في حالة رفض التنفيذ، وإنما منح للخصم صاحب المصلحة حق الإستعانة بالقضاء لتنفيذ حكم التحكيم جبرا، وذلك بعد الحصول على أمر التنفيذ وفق إجراءات خاصة لا تختلف كثيرا عن إجراءات تنفيذ الحكم الأجنبي وأمام جهة قضائية تحدها القوانين التي تخضع لها الإجراءات أثناء التنفيذ تبعا لمكان صدور حكم التحكيم الدولي في الداخل أو في الخارج، ومن ثم فإنه لا شك أن أمر التنفيذ يترتب آثار من جوانب مختلفة سيما بالنسبة للغير إذا تعلق بحكم تحكيم فاصل في منازعات التأمين البحري لما لها من خصائص (الفرع الأول).

لهذا وضع المشرع تحت تصرف طالب التنفيذ آليات قانونية لتنفيذ حكم التحكيم عن طريق القضاء المختص في دولة التنفيذ، هذه الآليات تتعلق بالتنفيذ الجبري لحكم التحكيم الأجنبي شأنه شأن الحكم القضائي وإن كان يختلف عنه من حيث إستعمال هذه الآليات (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: صيغ أمر التنفيذ

#### أولا . صور التنفيذ

يعد التنفيذ المرحلة الحاسمة بعد الإنتهاء من عملية التحكيم، وبإعتبار أن الإرادة الأساس

الذي يقوم عليه نظام التحكيم والتي حملت طرفي إتفاق التحكيم بإختياره آلية لتسوية المنازعات المتفق إحالتها إلى التحكيم دون القضاء، فإنها قد تقود الطرف الخاسر في الخصومة إلى تنفيذ الحكم تلقائيا وطوعيا دون الحاجة إلى تدخل القضاء أولا، إلا أن التنفيذ الإختياري ليس النتيجة المتوقعة في كل الأحوال ولذلك لابد لطالب التنفيذ اللجوء إلى الطريق الجبري للتنفيذ ثانيا.

### 1. التنفيذ الإختياري

يقوم التحكيم على الثقة المتبادلة بين الأطراف، هذه الصفة مستمدة من طبيعة المعاملة التجارية موضوع إتفاق التحكيم القائم على مبدأ حسن النية الذي يجب أن يتصف به الممارسين للعمل التجاري، فالأصل في التحكيم أن ينفذ الحكم إختيارا نظرا للطابع التعاقدى لإتفاق التحكيم<sup>1</sup>، فالرضائية في التنفيذ أضفت على التحكيم في المنازعات المتعلقة بالمعاملات الدولية فاعلية كبيرة بشكل يساهم في تطويرها وتركيتها وتنفيذ العقود الدولية المتعلقة بها<sup>2</sup>، هذا ما يعزز من مكانة التحكيم في أوساط المتعاملين ويشجع إتباعه كآلية لحسم المنازعات بديلا عن الوسائل الأخرى وإن كانت تمثل إحدى سلطات الدولة التي تمارس عن طريقها سيادتها<sup>3</sup> نزولا من المشرع عند إرادة الأطراف الراغبين في إختيار قاضيه الخاص سيما بالنسبة للتحكيم المؤسسي إذ أثبتت الدراسات أن نسبة 90% من القضايا التي حلت بواسطة غرفة التجارة الدولية تنفذ طوعا<sup>4</sup>.

ولما كان على جانب من الأهمية دعت إليه أنظمة وطنية ودولية منها قواعد غرفة التجارة الدولية (CCI)<sup>5</sup>، وقواعد غرفة التحكيم البحري بباريس في مادتها 20<sup>6</sup>، والإتفاقية المشتركة الجزائرية الفرنسية لعام 1983 في المادة 7/17 أن التراضي بين طرفي إتفاق التحكيم على اللجوء إلى التحكيم يجعل أحكام التحكيم تتسم بقابليتها للتنفيذ المباشر خلال أجل تحدده هيئة

<sup>1</sup>. بن حمو فتح الدين، مرجع سابق، ص 126.

<sup>2</sup>. قاسم أحمد الشيخ، التحكيم التجاري الدولي، دارالجاحظ للطباعة، دمشق، 1994، ص 156 .

<sup>3</sup>. إن فكرة السيادة والنظام العام يعتبران عاملين أساسيين في معاملة حكم التحكيم الأجنبي معاملة خاصة لتنفيذه بن حمو فتح الدين، مرجع سابق، ص 120.

<sup>4</sup>. يتعذر ضبط ذلك بالنسبة للتحكيم الطليق نظرا للسرية التامة لمنع النشر وعدم قيد الدعوى. عزت البحري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 1997، ص 141.

<sup>5</sup>. راجع متن المادة 2/24 من لائحة غرفة التجارة الدولية CCI.

6 - reglement d'arbitrage de la chambre arbitrale maritime de paris, www.intracen.org

التحكيم دون الحاجة إلى تدخل القضاء، هذا ما أكدته المادة 8/22 من قواعد غرفة التحكيم البحري بباريس على أنه "ينفذ الحكم فوراً ولا يخضع للطعن بالدرجة الثانية، ما لم يتفق طرفا التحكيم على خلاف ذلك".

إن التلقائية في تنفيذ أحكام التحكيم الدولي نابعة من طبيعة الإلتزامات المهنية التي يتحلى بها طرفي إتفاق التحكيم أو أحدهما بإعتباره يحمل وصف التاجر، وقد أثبت الواقع العملي مدى نجاحه في تسوية المنازعات ذات الطابع الخاص والإحتكام له، وتتمثل في إلتزام الطرف المحتج عليه بحكم التحكيم بمبدأ حسن النية والثقة التي تفرض عليه عدم الإخلال بتنفيذ الحكم .

قد يكون للأطراف غايات تجارية لتنفيذ حكم التحكيم في الشؤون البحرية تتمثل في الحفاظ على المصالح وخاصة عند الحكم بالتعويض عن الخسائر ضد شركات التأمين، كما قد تسعى إلى التنفيذ تجنباً للدعاية السيئة ضد الشركة الممتنعة عن التنفيذ في قطاع تكون فيه المنافسة حادة<sup>1</sup>، غير أنه في حقيقة الأمر ومن خلال صبر أغوار هذه الإرادة يتبين أنها في بعض الحالات تكون ظاهرية فقط تلامس نظرة المنفذ الذي لم يعترض طريقه في التنفيذ، وتقف عند حد إنهاء النزاع بطريقة ودية تآلفية، إلا أن الدوافع التي تحمل المنفذ عليه على ذلك تجعله إجبارياً بمعنى أنه يفر إلى التنفيذ الطوعي تجنباً لما يلي :

**أولاً.** التكاليف الإضافية التي تثقل كاهل المنفذ عليه في حالة التنفيذ الجبري كان بوسعه تقاديتها إذا سلك طريق التنفيذ الإختياري، زيادة على التأخير غير المجدي سيما وأن القوانين قد كفلت لأحكام التحكيم مبدأ القوة الإلزامية لا مفر من تنفيذها حبرياً في حالة تعنت المنفذ عليه<sup>2</sup>.  
**ثانياً.** خشية المنفذ ضده من المساس بمبدأ سرية التحكيم الذي يعتبر دافع رئيسي لإختيار طريق التحكيم وذلك بقيد مضمون حكم التحكيم في السجلات الخاصة بالمحاكم في حالة لجوء المنفذ إلى طريق التنفيذ الجبري، هذا ما حرصت غرفة التحكيم البحري على ضمانه وفقاً للمادة 21 من قواعد هذه الغرفة من خلال تجنب ذكر أسماء الأطراف والسفن عند نشر أحكامها<sup>3</sup>.

1 - MCARDLE FROISSARS Bronwyn, exécution de la sentence arbitrale et les voies de recours contre la sentence rendue, mémoire pour le D .E.S.S, université d'aix-marseille, 1999, p 4.

2. عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص 698 .

3 - reglement d'arbitrage de la chambre arbitrale maritime de paris v. le site :www.intracen.org

ثالثاً. تعرض المنفذ عليه الممتنع عن تنفيذ حكم التحكيم الدولي الحر أوالمؤسسي إلى جزاءات أدبية ومادية أكثر تشددا لا يقوى على تحملها،وتعتبر ضمانات للتنفيذ إلى جانب الضمانات القانونية<sup>1</sup> مالم يتبعأساليب وقائية تحول دون الإمتناع عن التنفيذ منها إلزام طالب التنفيذ بدفع كفالة أو ضمان مالي، إضافة إلى دفع مصاريف وتكاليف التحكيم مسبقاً، ومن أمثلة تلك الجزاءات أن الحاجز يحجز على جميع السفن التي يمتلكها المنفذ عليه وليس فقط السفينة محل المنازعة ويمتنع على من يصدر ضده حكم التحكيم التصرف في الأموال محل المنازعة ذلك أن المجتمع البحري مجتمع مغلق ومحصور يتمركز في الأماكن الساحلية وهي قليلة ويشمل فئة من مالكي السفن ومجهزين ومؤجرين ومستأجرين ومؤمنين... يسهل معرفة الممتنع عن التنفيذ ومقاطعته تجارياً، مما يؤثر على وضعه الإقتصادي قد تؤدي به إلى الإفلاس بسبب الإمتناع عن تنفيذ الأحكام الفاصلة في المنازعات المترتبة عن العقود المبرمة بمحض الإرادة تلك العقود التي تصاغ عادة في نماذج تشكل في أصلها عادات وأعراف دولية<sup>2</sup>.

إتبع هذا الأسلوب نظام غرفة التجارة في ستراسبورج، وغرفة التحكيم البحري، لجنة التحكيم لدى غرفة التجارة الفنلندية، ومحكمة التحكيم البولونية<sup>3</sup>، وأوصى المؤتمر المنعقد بقمة باريس عام 1962 تحت إشراف منظمة التجارة الدولية بإنشاء مكتب مختص بتسجيل أحكام التحكيم الممتنع عن تنفيذها يمكن الإطلاع عليها، فرفضها بعض الفقه لعدم مشروعيتها لإنعدام نص قانوني يجيزها، كما أنها تشكل إحدى صور جريمة التشهير، لهذا يرى أحد الباحثين بوجوب الإتفاق عليها مسبقاً بين الأطراف لإضفاء المشروعية عليها إذا تضمنت لائحة التحكيم ذلك<sup>4</sup>. ولا يكون موقفنا مخالف للرأي الأخير ذلك لأنه من المهم أن يكون للأطراف العلم المسبق

<sup>1</sup>. ومن بين الجزاءات التي إعتمدها مؤسسات التحكيم وإتحادات غرف التجارة منعه من اللجوء إلى التحكيم الدولي مستقبلاً أمامها، وحرمانه من المزايا والإمتيازات التي تطلقها هذه المؤسسات منها مثلاً الدخول في البورصة وسوق السلع، وإذا كان منخرطاً في إحدى النقابات فإن الإتحاد يخضعه إلى إحدى الجزاءات قد تصل إلى حد إلغاء عضويته مؤقتاً أو نهائياً.

<sup>2</sup> -بواب بن عامر، مرجع سابق، ص 66، 165.

<sup>3</sup> عزت البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، مرجع سابق، ص 14 .

<sup>4</sup> بواب بن عامر، مرجع سابق، ص 166.

بنوعية الجزاءات التي يكون عرضة لها في حالة الإمتناع عن التنفيذ فيحملون على التنفيذ الطوعي، إلا أننا لا نؤيده بوضع نماذج تحكيم لأن ذلك يجرد التحكيم من مزيته الأساسية بتكريس سلطان الإرادة وحرية الإتفاق .

يتضح مما سبق أن التنفيذ التلقائي في ظاهره إختيار إلا أن مضمونه إجبار، فلا يمكن للمنفذ عليه عند إختياره لطريق التنفيذ الطوعي بمعزل عن دوافع إختياره، ولما كان التنفيذ الأصل أنه تصرف إرادي فلا يستبعد تعنت الطرف المحتج عليه بحكم التحكيم من تنفيذه إختياراً.

## 2 . التنفيذ الجبري عن طريق القضاء

ما يصدر عن المحكمين من أحكام وأوامر ليست لها قوة التنفيذ التي تتمتع بها الأحكام والأوامر القضائية، مما يجعل من السهل على الخصم الذي صدر الأمر في مواجهته أن يمتنع عن تنفيذه إختياراً، فالتنفيذ الإختياري لا يثير أي إشكال بدليل أن المشرع الجزائري نص على التنفيذ الجبري الذي يتم بأمر من رئيس المحكمة<sup>1</sup>.

وفي هذا الصدد نشير أن 80% من أحكام التحكيم تم تنفيذها جبرياً بما في ذلك الأوامر الإستعجالية<sup>2</sup>، ولمواجهة تعنت الطرف المحتج عليه بالحكم أمكن لمحكمة التحكيم أن تأذن للخصم اللجوء إلى القضاء لتنفيذه تنفيذاً جبرياً<sup>3</sup>، فتبدوا أهمية دور القضاء في تفعيل الأحكام الصادرة عن المحكمين وإضفاء القوة الإلزامية عليها مما يجعلها قابلة للتنفيذ بوسائل التنفيذ الجبري، ويرفق ذلك توقيع الجزاء المقرر قانوناً بفرض غرامة مناسبة<sup>4</sup>.

غير أن إخضاع حكم التحكيم للنظام القضائي في مرحلة التنفيذ يثير صعوبة لأنه صادر عن جهة غير قضائية لذلك فإنه ليس من المنطق مساواته بالحكم القضائي الذي يصدر عن

<sup>1</sup>- يتضح ذلك من فحوى المادة 1051 من قانون الإجراءات المدنية رقم 09/08 بقولها " تعتبر قابلة للتنفيذ وبنفس الشروط بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة إختصاصها أو محكمة محل التنفيذ...".

<sup>2</sup>. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، ج5، مرجع سابق، ص 296.

<sup>3</sup>- أمال بدر، الرقابة القضائية على حكم التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2012، ص 162.

<sup>4</sup>. علي حسن عوض، التحكيم الإختياري والإجباري، مرجع سابق، ص 133 ، 134.

القاضي الذي يتمتع بالحصانة<sup>1</sup>.

## ثانيا . وسائل التنفيذ الجبري

يلجأ طالب التنفيذ إما إلى الدعوى القضائية العادية لمطالبة خصمه بموجب حكم بتنفيذ الإلتزام الذي على عاتقه، أو أن يسلك نظام الأوامر القضائية كما سيم توضيحه.

**1 . التنفيذ عن طريق الدعوى المبتدأة:** وهي الدعوى التي يرفعها طالب التنفيذ أمام محكمة الإختصاص في دولة التنفيذ، ويباشرها بإحدى الطريقتين :

- إما بالمطالبة من جديد بالحق موضوع حكم التحكيم المتحصل عليه في دولة التحكيم دون إستظهار حكم التحكيم، ومن ثم فإن هذا الأخير يجرى من القوة التنفيذية .

- أو أن ترفع هذه الدعوى بناء على حكم التحكيم يستند عليه القاضي في حكمه دون مناقشة موضوعه بعد أن يتحقق من صحته شكلا، ولا يجوز له مراجعته من حيث الوقائع والقانون، وبهذا فإنه يعتبر دليل حاسم في موضوع النزاع، لا يمكن إثبات عكس ما قضى به ذلك أن قانون التحكيم الإنجليزي لعام 1979 قد حصر حالات الإستئناف والطعن بالبطلان<sup>2</sup>.

وهكذا فإن هذا النظام يسمح بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي بطريقة غير مباشرة، وذلك من خلال تنفيذ الحكم الوطني الذي يستند إليه دون إمكانية مراجعته أو إثبات عكسه، ذلك أن الموافقة على منح الصيغة التنفيذية عن طريق دعوى يفحص من خلالها القاضي مدى مشروعية حكم التحكيم من حيث توفره على الشروط القانونية وليست دعوى مبتدأة<sup>3</sup>.

يتضح مما سبق أن قانون التحكيم الإنجليزي فيما يتعلق بمسألة تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي أنه في الظاهر ومن منطلق السيادة إستبعد تنفيذه، غير أنه عمليا نجد أنه يعترف به وينفذه بطريقة غير مباشرة بإعتباره أساس الحكم القضائي، ولا يقبل إستئنافه أو الطعن فيه بالبطلان إلا

<sup>1</sup> شعران فاطمة، إتفاق التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري . دراسة مقارنة. المجلة الجزائرية لحقوق والعلوم السياسية، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بتسيميلت، ع 2، 2016، ص 14.

<sup>2</sup> عزت البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، مرجع سابق، ص 110.

<sup>3</sup> يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، د ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 16.

بعد فحصه من الناحية الشكلية<sup>1</sup>.

ولما كانت الدعوى المبتدأة مرتبطة في موضوعها بحكم التحكيم الأجنبي، فإن رفعها مقيد بشروط ليست تلك الخاصة برفع الدعوى العادية فحسب، وإنما تتعلق بالحكم المتقدم، وتتمثل تلك الشروط حسب القانون الإنجليزي فيما يلي :

- وجود حكم تحكيم صادر عن هيئة تحكيم أو مركز أو منظمة تحكيم.  
- أن يكون هذا الحكم قطعياً ونهائياً، فلا يجوز للقاضي البث في المسألة التي تم الفصل فيها من جديد بإعتباره حائز على قوة الشيء المقضي فيه .

- عدم مخالفة حكم التحكيم الأجنبي للنظام العام  
- خلو حكم التحكيم من أساليب الغش والإحتيال للحصول عليه

فإذا توافرت الشروط السابقة في الدعوى إمتنع على القاضي المختص رفضها، وإمتنع عليه أيضاً رد حكم التحكيم بإعتباره وسيلة إثبات قاطعة ومنتجة في الدعوى لا يجوز إثبات عكسها ولا يقبل الطعن فيه، وإذا تبين للقاضي أن الحق المطالب به قائم وثابت أصدر حكمه قابلاً للتنفيذ<sup>2</sup>.

## 2 . التنفيذ عن طريق الأمر

أخذت الدول العربية والأوروبية منها فرنسا بنظام الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي<sup>3</sup>، وقد تعددت التعريفات الفقهية لأمر التنفيذ.

### 1.2. تعريف الأمر بالتنفيذ

عرف بعض الفقه أمر التنفيذ بأنه "الإجراء الذي يصدر من القاضي المختص قانوناً ويأمر بمقتضاه بتمتع حكم المحكمين وطنياً أو أجنبياً بالقوة التنفيذية، وبالتالي فهو يمثل نقطة الالتقاء

<sup>1</sup> أيضاً أخذ المشرع المصري بالرقابة الشكلية من خلال التركيز على فحص توفر الشروط الشكلية لحكم التحكيم الدولي. أمال أحمد الفيزايري، مرجع سابق، ص 153. 137.

<sup>2</sup> بواب بن عامر، مرجع سابق، ص 172، 173.

<sup>3</sup> راجع المادة 1516 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي "يكون قرار التحكيم قابلاً للتنفيذ بموجب أمر صادر عن محكمة الدرجة الأولى التي صدر في دائرة إختصاصها حكم التحكيم الدولي أو من محكمة إستئناف باريس إذا صدر في الخارج، يقدم الطلب من الطرف الأكثر إستعجال مرفقاً بأصل الحكم ونسخة من إتفاق التحكيم".

بين القضاء الخاص والعام"<sup>1</sup>، أو هو "رقابة المطابقة للشروط التي وضعها المشرع لقبول تنفيذ حكم التحكيم وإحترام الإجراءات الشكلية الخاصة لإصداره ومنحه الصيغة التنفيذية كوثيقة أساسية يشترط إظهارها أمام القائم على التنفيذ"<sup>2</sup>، ولا تمتد هذه الرقابة إلى موضوع الحكم مما يؤثر على مبدأ حجية الشيء المقضي فيه، ولهذا لا يعتبر الأمر بالتنفيذ عمل قضائي أو دليلاً قاطعاً على صحة حكم التحكيم<sup>3</sup>.

فصل الفقه في مدى قابلية حكم التحكيم الدولي للتنفيذ قائلاً بأنه "رغم حججه التي اكتسبها بمجرد صدوره، إلا أنه يكون مجرداً من قوة التنفيذ إلا بعد الحصول على الأمر بالتنفيذ<sup>4</sup> من جهة قضائية مختصة في دولة التنفيذ<sup>5</sup>، ولا يمكن حينئذ لرئيس أمناء الضبط منحه الصيغة التنفيذية إلا إذا أرفقت بهذا الأمر<sup>6</sup> شأنها شأن حكم التحكيم الداخلي"<sup>7</sup>.

وموقف الفقه لا يخرج عم حذى إليه المشرع، إذ أنه إشرط لتنفيذ الأحكام والسندات وجوب مهرها بالصيغة التنفيذية بقوله "كل حكم أو سند لا يكون قابلاً للتنفيذ إلا إذا كان مهوراً بالصيغة التنفيذية"<sup>8</sup>، ويكون ذلك غير ممكناً إلا بعد إجراء الرقابة القضائية على حكم التحكيم الأجنبي في دولة التنفيذ، لذلك فإن أمر التنفيذ هو أداة للرقابة القضائية على حكم التحكيم<sup>9</sup>.

---

<sup>1</sup> - الفقي عمرو عيسى، الجديد في التحكيم في الدول العربية، منشورات المكتب الجامعي للحديث، الإسكندرية 2003، ص 96.

<sup>2</sup> شحاتة محمد نور، الرقابة على أعمال المحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص 163.

<sup>3</sup> عزت البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، مرجع سابق، ص 126.

<sup>4</sup> راجع المادة 56 من قانون التحكيم المصري رقم 1994/27.

<sup>5</sup> محمود السيد عمر التحيوي، مرجع سابق، ص 267.

<sup>6</sup> على خلاف الحكم القضائي النهائي يتحصل صاحبه على الصيغة التنفيذية بمجرد إيداع أصل الحكم مرفقاً بمحاضر التبليغ التي تؤكد على إستنفاده طرق الطعن مالم يكن مشمول بالإنفاذ المعجل .

<sup>7</sup> نصت المادة 1036 على أنه "يسلم رئيس أمناء الضبط نسخة رسمية مهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لمن يطلبها من الأطراف".

<sup>8</sup> راجع المادة 320 من القانون رقم 09/08 المتضمن ق.إ.م.إ.ج .

<sup>9</sup> خنفوسي عبد العزيز، القواعد الإجرائية التي تحكم الإعراف بأحكام التحكيم وإنفاذها وتوجب الطعن فيها في ظل التشريعات المقارنة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، ع 12، جانفي 2015، ص 235.

طرحت تساؤلات عديدة بشأن تنفيذ حكم التحكيم ما جدوى الحصول على أمر التنفيذ من المحكمة؟ وما القيمة القانونية لحكم التحكيم إذا لم يكن تنفيذه مضمونا؟.

يمكن الإجابة على هذا الإشكال بالإستناد إلى جديد القواعد التي أتى بها المرسوم الفرنسي الصادر في 2011 الذي تعززت فيه فعالية حكم التحكيم من خلال نقاط أساسية تتمثل في:

**أولا .** التخفيف من الإجراءات اللاحقة على صدور الحكم بهدف التنفيذ السريع عن طريقالتخلي عن قاعدة الأثر الموقف للطعن على تنفيذ حكم التحكيم.

**ثانيا .** تعزيز القوة التنفيذية لحكم التحكيم الدولي في فرنسا من خلال حصر حالات الطعن.

غير أن المشرع المصري أوجد حالة خاصة تتعلق بأحكام التحكيم الصادرة بشأن منازعات شركات القطاع العام سواء ببعضها البعض أو مع الحكومة المركزية أو المحلية أو أية مؤسسة عامة<sup>1</sup>، هذه الأحكام تمهر مباشرة بالصيغة التنفيذية دون الحاجة إلى أمر التنفيذ، ويرجع ذلك لطبيعة تشكيلة محكمة التحكيم إذ يترأسها قاضي من رتبة مستشار، ويعين كاتبها من وزارة العدل الذي يتولى مهمة منح الصيغة التنفيذية<sup>2</sup>.

وبهذا فإن حكم التحكيم الدولي الصادر في الخارج لا يكون قابلا للتنفيذ إلا بإيعاز من القضاء الذي يملك سلطة الجبر عن طريق الأمر بالتنفيذ بعد قبول طلب الإعتراف به<sup>3</sup>، إذ يعد كل منهما إجراء جوهري، فالأول يكسبه القوة التنفيذية والثاني يعتبر بمثابة تأشيرة المرور التي تسمح بانتقال الحكم من مسقط رأسه إلى مكان آخر يعتبر في نظامه القانوني حكم أجنبي يحتاج المحضر القضائي لتنفيذه حصوله على أمر التنفيذ من الجهة القضائية المختصة.

### 2.2 . الطبيعة القانونية لأمر التنفيذ

يعد الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الدولي أمر ولائي ذات إختصاص وظيفي من النظام العام تنيره المحكمة العليا من تلقاء نفسها، ذلك أن أمر التنفيذ معهود إلى رئيس المحكمة وليس بصفته

<sup>1</sup>. راجع المواد 56 إلى 69 من قانون التحكيم المصري رقم 1994/27.

<sup>2</sup>. محمد السيد عمر التحيوي، مرجع سابق، ص 272 ، 273.

<sup>3</sup>. محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية (1999) مرجع سابق، ص 217.

قاضي الأمور الإستعجالية التي تكون الإجراءات أمامه وجاهية لأنها تتنافى مع قواعد تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والدولية، ولذلك فإن الفصل في الطلب يكون بموجب أمر على ذيل عريضة أو على هامش الحكم يتضمن إذن إلى رئيس أمناء الضبط بمنحه الصيغة التنفيذية ويخضع لنظام الأمر على العرائض<sup>1</sup>، غير أنه يختلف عنه في أن قواعد التحكيم لا تجيز الطعن في حكم التحكيم أو أمر التنفيذ (أو التظلم وفقا للقانون المصري)، إلا إستثناءا على خلاف أمر رفض التنفيذ وذلك لتفادي عرقلة التنفيذ أكثر من المدة القانونية المقررة لرفع دعوى البطلان وهذا لا يتناسب مع خاصية السرعة للفصل في المنازعات عن طريق التحكيم<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني . إجراءات أمر التنفيذ

ولما كان حكم التحكيم الدولي تنفيذه يحال إلى قانون داخلي لدولة قاضي التنفيذ طبقا لإتفاقية نيويورك<sup>3</sup> 1958 فإننا نكون قد سلمنا بإختلاف نظم التنفيذ، يظهر ذلك من خلال آليات التنفيذ وأساليب الرقابة على حكم التحكيم الأجنبي المنصوص في القوانين الداخلية للدول، وهي ذاتها الآليات التي تتبع لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي<sup>4</sup>.

وفي هذا الصدد فإن الإعراف وتنفيذ حكم التحكيم الدولي في القانون الجزائري مستقل في قواعده عن التحكيم الداخلي لطبيعته الدولية<sup>5</sup>، ذلك لأن القواعد التي تطبق على التحكيم الأجنبي مصدرها إتفاقية نيويورك 1958، وتبعا لذلك فإن إجراءات تنفيذها مختلفا عن إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الداخلي إلا ما أحاله على تلك القواعد<sup>6</sup> لإشراكهما في ذات الأحكام<sup>1</sup>، ويكون ذلك عن طريق أمر وليس عن طريق دعوى جديدة ضمانا للسرعة في الإجراءات وعدم قابليتها للطعن

<sup>1</sup>- نصت على إجراءات الأمر على العرائض المواد (310- 312) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتقابلها المواد (194 . 200) من قانون المرافعات المصري .

<sup>2</sup>- أسعد فاضل مندل، أحكام عقد التحكيم وإجراءاته، الطبعة الأولى، دار نيبور، العراق، 2011، ص 234.

<sup>3</sup> راجع المادة 1/3 من إتفاقية نيويورك 1958.

<sup>4</sup> إيهاب عمرو، التحكيم التجاري الدولي المقارن، في ضوء تحولات سياسة التنمية الإقتصادية في الدول النامية ط1، الوراق للنشر والتوزيع، عمان، 2014، ص 170 هامش.

<sup>5</sup> راجع المواد من 1051 إلى 1057 من القانون رقم 09/08 المتضمن ق.إ.م.إ.ج.

<sup>6</sup> أحالت المادة 1054 على المواد 1035 إلى 1038 المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم الداخلي بقولها "تطبق أحكام المواد من 1035 إلى 1038 أعلاه فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي".

إلا حصرياً<sup>2</sup> والتي تعتبر أن قابلية حكم التحكيم للتنفيذ يقرها رئيس المحكمة دون إستناده على مبدأ وجاهية الإجراءات، بينما وُحِدَ المشرع الفرنسي القواعد الإجرائية المتعلقة بتنفيذ حكم التحكيم بالنسبة للتحكيم الداخلي والدولي<sup>3</sup>، لذلك منح القضاء الفرنسي للأطراف حق إبداء ملاحظات شفوية<sup>4</sup>، ويستوي في ذلك إن كان الحكم نهائياً أو تحضيري أو جزئي<sup>5</sup>.

هذا وقد أخضع المشرع المصري تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي لقواعد تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي بناء على دعوى موضوعية<sup>6</sup>، على خلاف أحكام التحكيم الوطنية أو أحكام التحكيم الأجنبية التي إتفق الأطراف على إخضاعها للقانون المصري، فقد أخضعها المشرع لنظام التنفيذ بالأوامر، هذا التمييز خلق ازدواجية في إجراءات تنفيذ حكم التحكيم، وبذلك يكون قد خالف إتفاقية نيويورك التي تمنع وضع شروط أكثر شدة ورسوم أكبر لتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي من تلك التي تفرض لتنفيذ حكم تحكيم داخلي، ولم يكن للقضاء المصري أية مبادرة لفائدة حكم التحكيم الأجنبي في تسهيل إجراءاته جراء إتباعه قواعد الدعوى من خلال الإكتفاء بالإحالة إلى القواعد المتعلقة بتنفيذ الحكم القضائي الوطني<sup>7</sup> وما ترتبه من آثار تعود بالسلب على طالب التنفيذ من تعطيل التنفيذ، الأمر الذي حمل الفقه على الدعوة إلى تعديل مشروع قانون التحكيم الإتحادي بشأن التحكيم في المنازعات التجارية وذلك بتوحيد إجراءات التنفيذ .

ونستثني من الدور السلبي للقضاء المصري تجاه توحيد الإجراءات بين حكم التحكيم الأجنبي أو الوطني إلا بعض المحاولات المحتشمة من خلال القلة من القرارات التي إتخذتها محكمة النقض المصرية منها القرار المؤيد لقرار محكمة الإستئناف الذي قضى بضرورة إخضاع

<sup>1</sup>. بن حمو فتح الدين، مرجع سابق، ص 128.

<sup>2</sup>. بواب بن عامر، مرجع سابق، ص 177.

<sup>3</sup>. خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص 487.

4 - FOUCHARD Ph, GALLIARD. E, GOLDMAN. B, op . cit, P 909.

<sup>5</sup>. بن عصمان جمال، بن عصمان جمال، الإعراف بأحكام التحكيم الدولية وتنفيذها في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مجلة دراسات قانونية، ع 8 ، جامعة تلمسان، 2008، ص 66.

<sup>6</sup>. نظمت دعوى الأمر بالتنفيذ المواد من 296 إلى 298 من قانون المرافعات المصري.

<sup>7</sup>. أحال المشرع الفرنسي تنفيذ حكم التحكيم للقواعد المتعلقة بتنفيذ الحكم الأجنبي بموجب المادة 199 من قانون المرافعات إلى المادة 296، 287، 298 من ذات القانون المتعلقة بتحديد الإختصاص وشروط تنفيذ الأحكام

القضائية أنظر عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 181 ، 187.

إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي لأحكام (المادة 58) من قانون التحكيم المصري وليس لقانون المرافعات ولو لم يتفق الأطراف على إخضاعه لهذا القانون، فيسلك طالب التنفيذ نظام الأمر على ذيل العريضة أمام رئيس محكمة إستئناف القاهرة طبقاً للمادة التاسعة من قانون التحكيم وأساس هذا القرار أن قواعد التحكيم المصري لا تفرض للإعراف وتنفيذ حكم التحكيم شروط أكثر شدة ولا رسوم مرتفعة بإعتبار أنها تتبع نظام الأمر على عريضة من تلك التي يفرضها قانون المرافعات بأن يتبع طريق الدعاوى وفق ما نصت عليه إتفاقية نيويورك<sup>1</sup>.

وبهذا إستقر كل من القضاء والفقهاء في فرنسا ومصر على أن أمر التنفيذ يأخذ طابع الأمر على ذيل العريضة، ولذلك فلا بد من طرق نظام الأمر على العريضة<sup>2</sup>.

غير أن الرأي المعارض لموقف محكمة النقض والشرط الذي جاءت به إتفاقية نيويورك ينفي المساواة بين أحكام التحكيم الأجنبية والوطنية من حيث خضوعهما لنظام الأمر على عريضة طبقاً لقانون التحكيم طالما أن هذا الأخير لم يبلغ قواعد تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية الواردة في قانون المرافعات، ولا يمكنه ذلك لأن النص الخاص لا يلغيه النص العام وإن كان الشرط الذي نصت عليه الإتفاقية تحققه غير مستبعد، لأن نظام الدعوى الذي نص عليه قانون المرافعات قد يكون أشد من نظام الأمر على عريضة الذي نص عليه قانون التحكيم<sup>3</sup>.

وبإستقراء المواد المتعلقة بالتنفيذ يتضح أن مشرعنا إختصر إجراءات الحصول على أمر التنفيذ من رئيس محكمة مكان صدور حكم التحكيم أو مكان التنفيذ حسب نوع الحكم وذلك بناء على طلب يقدمه الطرف المستعجل<sup>4</sup> بعدما يتم إعلان الحكم للأطراف لتنفيذه، وبإعتباره مجرد من القوة التنفيذية فمن الضروري إتباع إجراءات التنفيذ المتعلقة بالعلاقات التعاقدية التي تنظمها

<sup>1</sup> محمود سمير الشراوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 551.

<sup>2</sup> خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص 487.

<sup>3</sup> فتحي والي، التحكيم، مرجع سابق، ص 524. 529.

<sup>4</sup> راجع المادة 1/1035 من القانون رقم 09/08 المتضمن ق إ م إ ج "يكون حكم التحكيم النهائي أو الجزئي أو التحضيري قابلاً للتنفيذ بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة إختصاصها، ويودع أصل الحكم لدى أمانة ضبط المحكمة من الطرف الذي يهيمه التعجيل".

نصوص دولية<sup>1</sup>، ذلك أن تنفيذ أحكام التحكيم تبدو أكثر يسر بالنسبة للأحكام القضائية<sup>2</sup>.

إن طلب التنفيذ لا يتطلب شكلية معينة أو إجراءات معقدة إنما يكفي طالب التنفيذ بتدوين الطلب على مسودة الحكم بعبارة "أطلب...أمر تنفيذ لهذا الحكم وتسليمي نسخة رسمية منه" أو "مرسل للتوقيع عليه بالصيغة التنفيذية"، ويوجه الطلب إلى قاضي التنفيذ الذي يباشر عمله في الرقابة على حكم التحكيم، ويرفق الطلب بالوثائق التالية<sup>3</sup>:

- أصل الحكم التحكيم أو نسخة منه مستوفية للشروط الواجب توفرها لصحة السند الرسمي.
- أصل إتفاق التحكيم أو نسخة منه مستكملة شروط القانونية للسند الرسمي.

إضافة إلى ذلك فقد إشتطرت إتفاقية نيويورك 1958 لقبول طلب التنفيذ إرفاق تلك الوثائق بترجمة رسمية إلى لغة بلد التنفيذ<sup>4</sup>، أما المشرع الجزائري فقد سكت عن ذلك، وعليه فلا بد من الرجوع بشأنها إلى القواعد العامة<sup>5</sup>، بحيث ألزم المشرع بوجود ترجمة الوثائق إلى اللغة العربية متى كانت محررة بلغة مختلفة لإستظهارها أمام القضاء الوطني كوسيلة إثبات في الدعوى ويشمل ذلك كافة الأوراق والسندات والعرائض والمذكرات التي يجب أن تكون محررة باللغة العربية أو ترفق بترجمة رسمية إليها، كما أن تقديم محضر التكليف بالحضور يعتبر من الوثائق المهمة التي من خلالها يتأكد القاضي من مدى إحترام الأجل القانوني لطلب التنفيذ وصحته<sup>6</sup>.

يتولى رئيس المحكمة بعد تسلمه طلب الأمر بالتنفيذ فحص بسيط لحكم التحكيم وإتفاق التحكيم المرفق به للتأكد من إستيفاء الشروط القانونية للأمر بالتنفيذ وخلوها من موانع التنفيذ بإصدار أمر التنفيذ في اليوم الموالي لإيداع الطلب طبقا لقواعد الأمر على عريضة<sup>7</sup>، ثم يباشر

<sup>1</sup> نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985 في المادة 1/35 "يكون قرار التحكيم ملزما بصرف النظر عن البلد الذي صدر فيه وينفذ بناء على طلب كتابي يقدم إلى محكمة مختصة مع مراعاة أحكام المادتين 35، 36 من هذا القانون".

2-TURGNE Franck , L'arbitrage en matière d'assurance et de réassurance, op.cit, p 166.

<sup>3</sup> راجع المادة 1052 من القانون رقم 09/08 المتضمن ق إ م إ ج.

<sup>4</sup> راجع المادة 2/4 من إتفاقية نيويورك لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية .

<sup>5</sup> راجع المادة 8 من القانون رقم 09/08 المتضمن ق إ م إ ج .

<sup>6</sup> بواب بن عامر، مرجع سابق، ص 196.

<sup>7</sup> لم ينص على ذلك في قانون التحكيم وإنما يمكن اللجوء بشأنها للقواعد العامة إذ نصت المادة 1/95 من قانون المرافعات المدنية المصري على مايلي "يجب على القاضي أن يصدر أمره بالكتابة على إحدى نسختي

أمين كتابة الضبط بتسليم نسخة من الحكم ممهورة بالصيغة التنفيذية<sup>1</sup>.

### أولاً - أجل إصدار أمر التنفيذ

ألزم المشرع طالب التنفيذ إحتزام الأجل القانوني لتقديم طلب أمر التنفيذ، وتختلف هذه المدة من قانون دولة لأخرى، ففي القانون الجزائري يكون قابلاً للتنفيذ كل حكم تحكيم دولي إستنفذ جميع إجراءاته وذلك بعد إنقضاء مدة الطعن وفق القانون الساري في دولة مكان صدوره، ومدتها شهر تبتدئ من تاريخ إعلان حكم التحكيم إلى المحكوم عليه، هي المدة ذاتها في القانون النموذجي<sup>2</sup> ونظام التحكيم السعودي، فهي المدة القانونية المقررة لرفع دعوى البطلان<sup>3</sup>.

نفس ما أقره المشرع المصري في ربط التنفيذ بإجراء الطعن بالبطلان التي حددها بمهلة تسعين يوماً من تاريخ تبليغ الحكم إلى المحكوم عليه<sup>4</sup>، وإذا باشر المحكوم ضده هذه الدعوى فإن طلب التنفيذ يعتبر صحيح ولا يحول رفع دعوى البطلان دون مباشرة التنفيذ مالم يفصل فيها بالبطلان أو بوقف التنفيذ بناء على طلب المنفذ ضده الذي يفصل فيه خلال ستين يوماً من تاريخ صدور أمر التنفيذ وفقاً لقانون التحكيم المصري<sup>5</sup>، ويفصل لاحقاً في دعوى البطلان خلال مدة ستة أشهر من تاريخ صدور أمر وقف التنفيذ، وفي الأحوال فإن الأجل المذكورة غير إلزامية يجوز عدم التقيد بها<sup>6</sup>، قصد المشرع من وضع هذا الشرط تجنب تنفيذ حكم قد يكون مآله البطلان<sup>7</sup>، إلا أن الفارق بينهما يظهر في مدة الطعن التي حددها قانون التحكيم المصري بمدة

---

العريضة في اليوم التالي لتقديمها على الأكثر".

<sup>1</sup>- راجع المادة 1036 من قانون إم إج التي نصت "يسلم رئيس أمناء الضبط نسخة رسمية ممهورة بالصيغة التنفيذية من حكم التحكيم لمن يطلبها من الأطراف".

<sup>2</sup>. راجع المادة 1/1059 من القانون رقم 09/08 لايقبل الطعن بعد أجل شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ"، وأيضاً المادة 2/34 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

<sup>3</sup>. إيناس خلف الخالدي، تقييم آلية تنفيذ أحكام التحكيم في نظام التحكيم السعودي، مجلة منازعات الأعمال، ع 22، كلية الدراسات القضائية والأنظمة، جامعة أم القرى، 2017، ص 50.

<sup>4</sup>. راجع المادة 1/58 من قانون التحكيم المصري رقم 1994/27.

<sup>5</sup>. راجع المادة 57 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

<sup>6</sup>. محمود سمير الشراوي، مرجع سابق، ص 544.

<sup>7</sup>. محمود السيد عمر التحيوي، مرجع سابق، ص 313.

تسعين يوم<sup>1</sup>، وبالمقارنة مع التشريع الجزائري تعتبر مدة طويلة لا تتلاءم مع السرعة التي تقتضيها المعاملات الدولية.

هذا وقد قصد المشرع من وجوب إستنفاد حكم التحكيم أجل الطعن حتى يتمكن المنفذ من إيداع طلب تنفيذ حكم التحكيم الدولي المتحصل عليه إستقرار تلك الأحكام دون إمكانية بطلانها بعد أن يصدر بشأنها أمر التنفيذ ومهرها بالصيغة التنفيذية فتصير سندا تنفيذيا<sup>2</sup>.

غير أن المشرع الفرنسي عالج ذلك بطريقة مختلفة، فلم يقيد طلب التنفيذ بمدة محددة وإنما خول لطالب التنفيذ الحرية في إختيار الوقت لتقديم طلب التنفيذ ومسايرة إجراءاته، ويمكن في المقابل للمحكوم عليه الطعن في الحكم بالبطلان، لكن بالرجوع إلى المادة 2/1486 نجدها قد حددت أجل الطعن بالبطلان خلال أجل أقصاه شهر من تاريخ تبليغ الحكم مهورا بالصيغة التنفيذية فلا يقبل الطعن بعد إنقضاء الأجل<sup>3</sup>، مما يعني أن المشرع الفرنسي جعل مرحلة التنفيذ أسبق من مرحلة الطعن بالبطلان على خلاف التشريع السابق الذي ربط التنفيذ بأجل الطعن بالبطلان فلا يسري الأول إلا بعد إنقضاء الأجل الثاني، ويعتبر بعض الفقه أن الأجل من النظام العام للقاضي توقيع الجزاء المنصوص عليه في القواعد العامة<sup>4</sup>.

وقد جرى عمليا أن رئيس المحكمة لا يتقيد بالمدة القانونية المبينة أعلاه لإصدار أمر التنفيذ إنما يترك الفرصة للطرف المنفذ عليه ما إن كان حائزا لحكم معارض لحكم التحكيم المطلوب تنفيذه فيقدمه بإعتبار ذلك من أسباب رفض التنفيذ، والقاضي غير ملزم بتسبيب أمر التنفيذ إلا إذا كان متعارضا مع حكم سابق.

وبهذا يتبين بأن المشرع الجزائري وإن كان حريصا على التعجيل في تنفيذ أحكام التحكيم الدولية من خلال تقصير الأجل، إلا أن المشرع الفرنسي جاوزه في هذه المزية بأن أزاح القيد الزمني لطلب التنفيذ، إذ يمكن لطالب التنفيذ السعي إلى ذلك، ويمكن في ذات الوقت للخصم الطعن بالبطلان، إلا أن ذلك لا يجوز له إلا بعد تبليغ الامر بالتنفيذ، مما يعني أن المشرع كان

<sup>1</sup> . خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص 486.

<sup>2</sup> . محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 239 .

<sup>3</sup> . راجع المادة 2/1486 من قانون المرافعات الفرنسي .

<sup>4</sup> . أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 83.

هدفه عدم ترك الفرصة للمنفذ عليه من المماثلة في التنفيذ<sup>1</sup>.

ثانيا . القانون المطبق على إجراءات أمر تنفيذ حكم التحكيم

يطبق على إجراءات التنفيذ حسب (المادة 02) من إتفاقية نيويورك قواعد القانون الساري في دولة التنفيذ<sup>2</sup>، ما عدا ما تعلق منها بالأهلية فأخضعتها إلى القانون الذي تحيل إليه قاعدة إسناد في قانون الذي يخضع له ناقص الأهلية<sup>3</sup>.

إلا أن قواعد التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري قد خلت من تفاصيل هذا الإجراء وإنما أحالت للقواعد العامة التي تتوافق مع ما كان ساريا في القانون السابق<sup>4</sup>.

لم يستقر الفقه الفرنسي على رأي موحد بشأن القانون الذي يستند إليه القاضي لمراقبة صحة الإجراءات، يرى فريق منهم أن المرجع في ذلك هو قانون البلد الذي باشرت في ظله تلك الإجراءات، بينما إتجاه آخر يؤهل قانون مكان إبرام التصرف بحكم الطبيعة العقدية للتحكيم التي تخضعه لقاعدة إسناد شكل التصرف، ومبررهم في ذلك أن المحكم بموجب هذه القاعدة حر في سلوك هذه الإجراءات دون سواها، طالما لا يوجد نص في قانون آخر يلزم بتطبيقه<sup>5</sup>.

وأضاف الفقه الفرنسي حالة عدم إختصاص القانون الفرنسي، فأوجب تحقق تطابق القانون الفرنسي مع القانون الذي تشير إليه قاعدة إسناد في القانون الفرنسي فيما يتعلق بالحل الذي قضى به الحكم عملا بما إشترطه القضاء الفرنسي، ويكفي أن يكون الحق موضوع الحكم قد نشأ صحيحا وفقا للقانون الواجب التطبيق<sup>6</sup>.

وفصل نباويه في ذلك بالتمييز بين الحالتين، وهو حل عملي ونعتبره إلى حد ما معقول في تحديد القانون الذي على أساسه تقاس صحة إتفاق التحكيم هو قانون مكان تنفيذ حكم التحكيم

1-M. Boissès, le droit français de l'arbitrage interne et international, sall de doit privé exprovaîne Marsseille, 2002, p 343.

<sup>2</sup> خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 482.

<sup>3</sup> بواب بن عامر، مرجع سابق، ص 262 نقلا عن حفيظة الحداد، الاتفاقيات العربية للتحكيم التجاري، ص 52.

<sup>4</sup> بن عصمان جمال، مرجع سابق، ص 66.

<sup>5</sup> عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 181.

<sup>6</sup> عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع نفسه، ص 143.

لأنه لا جدوى من حكم دون تنفيذه إذا كان القانون لا يعترف بصحته في دولة التنفيذ<sup>1</sup>.

بينما أشار المشرع المصري للقانون الذي تحدده قاعدة إسناد في قانون الإرادة أو قانون مكان التحكيم لتقرير صحة إتفاق التحكيم أو بطلانه أو وقفه من طرف السلطة المختصة في البلد الذي فيه وبموجب قانونه صدر حكم التحكيم<sup>2</sup>.

فالتشريع الأردني المتعلق بتنفيذ حكم التحكيم الدولي سواء صدر في الأردن أو في الخارج تبين تفرع أحكامه، إذ تخضع الإجراءات لقانون تنفيذ الحكم الأجنبي لسنة 1952 والتعديلات اللاحقة به مالم يوجد نص في قانون التحكيم الأردني يطبق على المنازعات الناشئة عن العقود<sup>3</sup> بما فيها عقد التأمين<sup>4</sup> إلى جانب اللوائح المتعلقة بالتحكيم في التأمين<sup>5</sup>.

وبهذا فإن المشرع لم يمنح حرية الاختيار للأطراف خشية من أن تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرف في الإتفاق فتختار قصدا القانون الذي يتعارض مع التنفيذ ويجعله مستحيلا أو تتمسك بقانون يمنع الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة من اللجوء إلى التحكيم فيبطل الإتفاق، لذلك فإن بعض الدول تلجأ إلى التحكيم بغرض عدم تنفيذ أحكامها، هذا ما نلمسه في قوانين بعض الدول منهم المصري، الفرنسي، الأمريكي والإنجليزي، فنجد أنها تتخلى عن حصانتها القضائية لإبرام إتفاق التحكيم بحري دولي لرفض تنفيذ الحكم.

لذلك فإن القاضي يراعي في مجال الرقابة على حكم التحكيم التجاري الدولي قواعد الإسناد في دولة مكان التنفيذ أو إصدار الحكم والإلتزام بتطبيق القانون المختص، ومن الناحية العملية فإنه يستبعد أن يحتج بهذه الحالة لتبرير رفض طلب تنفيذ حكم التحكيم الدولي ذلك لأنه غالبا ما

<sup>1</sup> مختار بربري، مرجع سابق، ص 300.

<sup>2</sup> طرح البحور علي حسن، الاختصاص القضائي بحكم التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، ص 97.

<sup>3</sup> عامر فتحي البطينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 236.

<sup>4</sup> بهاء بهيج شكري، مرجع سابق، ص 274.

<sup>5</sup> تعليمات إجراءات التحكيم في نزاعات التأمين وأحكامها رقم 9 لسنة 2005، مرجع سابق.

تثار مسألة الأهلية وعوارضها أمام محكمة التحكيم التي تفصل فيها بشكل قاطع<sup>1</sup>.

إضافة إلى ذلك يشترط في القانون المطبق على المنازعة موضوع حكم التحكيم محل رقابة محكمة التنفيذ أن ينتمي إلى القانون الخاص ينص على التعويض، وبذلك فإنه لا يقبل تنفيذ حكم أجنبي قضى بتوقيع غرامة مدنية تتعلق بإهمال إجراء من إجراءات سير عملية التحكيم مالم يقضى بها لمصلحة الخصم.

غير أن بعض الفقه يرى أنه لا حاجة لإضفاء الشرط الأخير طالما أنه من خصائص الحكم الأجنبي طبقاً للقانون الدولي الخاص أن يتعلق بعقود القانون الخاص<sup>2</sup>، غير أن الإحتجاج بهذا المبدأ في المنازعات المتعلقة بالتأمين من المحتمل أن يرتب ضرر بمصالح المؤمن لهم لما لشرط التحكيم الذي يتضمنه عقد التأمين من خصوصية.

ويرى بعض الفقه أنه عندما يكون العقد المعني خاضعاً للتنظيم الإلزامي، فإن القاضي يستند إلى المعيار السائد في أعراف التعاقد أو بموجب قاعدة مادية في القانون الدولي الخاص الذي يحظر شرط التحكيم وفي قواعد البوليس قابلة للتطبيق في العلاقات الوطنية والدولية والتي تخضع لهذا النظام، وبالتالي فإن شرعية شرط التحكيم مرتبط بقانون البوليس المنظمة لمجال التعاقد أو قوانين البوليس الأجنبية.

كما أن عقود التأمين على المخاطر الواقعة في نطاق تطبيق قانون التوجيه الأوروبي قد إستثنتها المادة 5 من إتفاقية روما من مجال تطبيقها، وطالما أنه يمكن إستخلاف قواعد القانون الداخلي بقواعد التوجيه الأوروبي إذا كانت مخالفة لها من منطلق أن إتفاقية روما تحث على حماية المستهلك في حالة عدم إختيار قانون أجنبي على الرغم من إمكانية إستنباط أساليب الحماية من قواعد القانون الدولي الخاص الأوروبي أو الدولي، ولضمان حماية أكبر لابد من الأخذ بالمعايير المعتمدة في المادة 05 من إتفاقية روما بدل من الإعتماد على المعايير الإقليمية المتضاربة لفشل قانون التوجيه الأوروبي في توحيد قواعد القانون الدولي الخاص<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>. بواب بن عامر، مرجع سابق، ص 227.

<sup>2</sup>. عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 148.

3- le contrat international d'assurance face aux regles de police et a l'ordre public intrnational, op.cit, p 47 , 57.

نستخلص مما سبق أن حالة عدم رفض التنفيذ المتعلقة بإتفاق التحكيم من حيث وجوده وصحته تندرج ضمنها حالات فرعية، غير أن القضاء قد عارض ضم هذه الحالة كسبب من أسباب رفض تنفيذ حكم التحكيم أو البطلان الذي يخول النظر فيه إلى هيئة قضائية مهما كانت درجتها، ذلك لأن فحص مدى صحة ووجود إتفاق التحكيم من صلاحية المحكم وإختصاصه الأصيل تأسيسا على المادة 2/16 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، المبدأ نفسه دعت إليه (المادة 1/22) من قانون التحكيم المصري، هذا ما قضت به المحكمة العليا في برمودا بتاريخ 1994/01/31 في النزاع القائم بين شركة التأمين الدولية سكلنيدا وميركانتيل ضد شركات أخرى إلى جانبها شركة إعادة التأمين<sup>1</sup>.

وإذا كان بإمكان الدولة إبرام عقد يتضمن إتفاق تحكيم دولي ويترتب عن هذا الإتفاق أنه يمكن لطرفيه اللجوء إلى التحكيم دون تعارضه مع حصانة الدولة القضائية فهل هذا الإتفاق يعد تنازلا عن حصانة الدولة بالنسبة لإجراءات التنفيذ؟.

### ثالثا . حصانة الدولة ضد إجراءات التنفيذ

قد يصطدم تنفيذ حكم التحكيم في دولة أجنبية بإشكالية تمسكها بحصانتها لتعارضها مع هذا التنفيذ، لذلك فإنه من الضروري البحث عن أثر إتفاق التحكيم بالنسبة لحصانة الدولة تجاه إجراءات التنفيذ الجبري في دولة أجنبية، وفي هذا الصدد نشأت عدة مواقف فقهية، فبعضهم يرى بأن التنازل عن الحصانة بموجب إتفاق التحكيم يكون شاملا يمس حق اللجوء إلى القضاء وإجراءات التنفيذ الجبري على السواء وقبول الدولة بإضفاء أمر التنفيذ على حكم التحكيم، وبرر الفقه الفرنسي هذا الرأي المستنبط من التشريع الإنجليزي الصادر في 1978/07/2 بأن تجرد الدولة من حصانة التنفيذ راجع إلى أن العلاقة التي تربط أطراف إتفاق التحكيم التي تكون الدولة طرفا فيها ذات طابع خاص تجاري أو إقتصادي، هذا المعيار أخذ به القضاء الفرنسي في منازعات أطرافها شركات القانون الخاص تمارس نشاط إقتصادي<sup>2</sup> كنشاط التأمين.

وعليه فإن الدولة تتصرف بصفتها شخص عادي وليس لها حينئذ أن تتمسك بحصانتها

<sup>1</sup>. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 544، 545.

<sup>2</sup>. منير عبد المحيد، مرجع سابق، ص 69، 70.

ضد التنفيذ، فلا جدوى من الحصول على حكم تحكيم دون أن يكون قابلاً للتنفيذ، ولا يمكن ذلك إلا إذا سمحت الدولة المطلوب منها التنفيذ بذلك عن طريق التنازل عن حصانتها ضد إجراءات التنفيذ، وهو ما يتماشى مع هدف نظام الإعراف وتنفيذ حكم التحكيم الذي يحرص على إعطاء الفعالية لحكم التحكيم وذلك بضمان تنفيذه<sup>1</sup>.

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية في 1969/01/30 "بأنه يمكن التنازل ولو ضمناً عن الحصانة بالنسبة لإجراءات التنفيذ الجبري أمام الدولة الأجنبية"<sup>2</sup>.

ويذهب الرأي الغالب بأن إتفاق التحكيم في الخارج لا يرتب سوى التنازل عن التمسك بالحصانة القضائية في مواجهة الدولة الأجنبية لأنها سلكت خيار اللجوء إلى التحكيم بديلاً عن القضاء مالم تتنازل عنه، ومع ذلك فإن الإتفاق لا يشمل التنازل عن حصانتها ضد إجراءات التنفيذ الجبري باعتبار أن هذا الأخير موكول للدولة ويعد أحد مظاهر سيادتها فتفرض قبول الخضوع لسلطة التنفيذ الأجنبية ضدها، ومن ثم فإن إجراءات التنفيذ تخرج عن نطاق إتفاق التحكيم، ويتأكد حق الدولة في التمسك بحصانتها ضد التنفيذ إذا كان التحكيم أمام منظمة أو مركز تحكيم أجنبي، ذلك لأن إجراءات التنفيذ الجبري لا يشملها إتفاق التحكيم إلا إذا تضمن ذلك الإتفاق عدم تمسك الدولة بهذا الدفع إما بشكل صريح أو ضمني وبغض النظر عن الجهة التي يثار أمامها<sup>3</sup>.

ويمكن تصور الحالات التي يكون فيها تنفيذ حكم التحكيم الدولي غير متعارض مع حصانة الدولة الأجنبية في حالتين:

\* أن يصدر حكم تحكيم أجنبي ضد دولة ما فإن التنفيذ الجبري الذي يتم في مواجهة هذه الدولة ووفقاً لقانونها وأمام قضائها لا يتناقض مع حصانتها<sup>4</sup>.

\* أن يصدر الحكم لصالح الدولة الأجنبية في مواجهة دولة التنفيذ فإن التنفيذ الذي يتم أمام قضائها لا يتعارض مع حصانتها وإن كان في مواجهتها، بينما تتمسك الدولة الأجنبية بحصانتها

1 . عبد الحميد المنشاوي، مرجع سابق، ص 69.

2 . حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة للقانون القضائي الخاص الدولي، مرجع سابق، ص 217.

3 . أحمد إبراهيم عبد التواب، إتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، مرجع سابق، ص 60.

4 . مصطفى محمد الجمال، عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة، المرجع السابق، ص 149.

ضد تنفيذ حكم إذا صدر عن قضاء دولة أجنبية، كأن تنفذ مصر حكم ضد دولة أجنبية فإن هذه الأخيرة لها أن تتمسك بحصانتها أمام القضاء المصري<sup>1</sup>.

يتضح مما سلف في عرض حالات التنفيذ أن الدولة تتمسك بحصانتها ضد التنفيذ إذا وقع تنفيذ الحكم ضدها في الخارج، فتنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر في الخارج لا يكون ممكناً إلا بأمر صادر عن جهة قضائية في دولة التنفيذ، فأى جهة قضائية ينعقد لها إختصاص إصدار أمر تنفيذ حكم تحكيم دولي؟

#### رابعا . الإختصاص القضائي في أمر تنفيذ حكم التحكيم الدولي

لم تتضمن إتفاقية نيويورك 1958 قواعد تتعلق بالإختصاص القضائي، إنما تركت المهمة للتشريع الداخلي لدولة الإعراف والتنفيذ<sup>2</sup>.

ووضعت إتفاقية بروكسل (المادة 25 مكرر 1 من قواعد 2012/1215) نظام قانوني موحد لشروط الإختصاص القضائي للإعراف بأحكام التحكيم وتنفيذها في المواد المدنية والتجارية<sup>3</sup> ولم يحدد كذلك القانون النموذجي للأمم المتحدة 1985 المعدل 2006<sup>4</sup> المحكمة المختصة بإصدار أمر تنفيذ حكم التحكيم<sup>5</sup>.

فالطبيعة الدولية للعلاقات التعاقدية التي يمكن الحفاظ عليها في مجال التأمين وإعادة التأمين تفرض على طالب التنفيذ اللجوء إلى محكمة أجنبية لطلب تنفيذ حكم تحكيم، ولهذا فإن الطرفان لا يقدمان على التحكيم إلا إذا تأكدا أن حكم التحكيم يكون قابل للتنفيذ على إقليم أين يكون للمدين فيه أصول أو ديون<sup>6</sup>

نحن نتساءل هل أمر تنفيذ حكم تحكيم دولي في القانون الجزائري يمكن أن يدخل ضمن

<sup>1</sup> . أحمد إبراهيم عبد التواب، إتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، مرجع سابق، ص 61.

<sup>2</sup> راجع المادة 3 من إتفاقية نيويورك 1958.

3- OPREA Alina, regards sur opposabilite à l'égards des tiers des convention attributives dejurisdiction dans les litiges internationaux ( aspects regarding the enforce ability against third parties of choice of court agreements in international disputes), perspectives of business law journal , volume 5 N°1, 2016 p 34.

<sup>4</sup> - المادة 6 من القانون النموذجي قبل التعديل" تحدد كل دولة تصادق على القانون النموذجي المحكمة أو المحاكم أو السلطة الأخرى عندما يشار إلى تلك السلطة في ذلك القانون المختصة بأداء هذه الوظائف".

<sup>5</sup> حسني المصري، مرجع سابق، ص 539.

6- TURGNE Franck, op.cit, p 171

إختصاص نفس المحكمة التي تأمر بتنفيذ حكم تحكيم داخلي؟.

### 1 . الإختصاص بإصدار أمر التنفيذ

إن البحث عن المحكمة المختصة يفترض أن نراجع قواعد الإختصاص في خضم النصوص الخاصة في القانون النموذجي للأمم المتحدة، واتفاقية نيويورك التي إعتمدت على مكان التحكيم كمعيار لأجنبية حكم التحكيم الدولي، لهذا ميز المشرع الجزائري بين حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر أواخرها<sup>1</sup>، وإستند المشرع الفرنسي زيادة على ذلك على معيار محل إبرام العقد، وتتخذ المحاكم المصرية كضابط للتصريح بإختصاصها، مما يعني الإقرار بالإختصاص المشترك للحكم الأجنبي، إلا أنه في الحقيقة أن تحديد مدى الأخذ بمعيار مشترك للإختصاص من المهام المنوطة بالفقه والقضاء<sup>2</sup>، فهل هذا التصنيف له أثره على تحديد الإختصاص القضائي؟ .

### 1.1 . تحديد الإختصاص بأمر تنفيذ أحكام التحكيم الدولي الصادرة في الجزائر

أناط المشرع مهمة إصدار أمر تنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر داخل الإقليم الجزائري إلى رئيس المحكمة التي صدر في دائرة إختصاصها حكم التحكيم<sup>3</sup>، ويمنح القانون الفرنسي الإختصاص المحلي لقاضي التنفيذ لدى محكمة إستئناف مكان صدور حكم التحكيم الدولي الذي صدر في فرنسا<sup>4</sup>، أما الإختصاص النوعي فيعهد بموجب اللائحة الصادرة في 1992/07/31 لرئيس المحكمة<sup>5</sup>.

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 2008/05/7 بقولها "حيث يجب التذكير بمقتضيات المادة 458 مكرر 17 من نفس القانون المتمثلة في أنه وبنفس الشروط تعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر من لدن رئيس المحكمة التي صدرت هذه القرارات في دائرة إختصاصها أو من رئيس محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجودا خارج تراب الجمهورية.

<sup>1</sup>. بن عصمان جمال، مرجع سابق ، ص 65.

<sup>2</sup>. عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 127.

<sup>3</sup>. بواب بن عامر، مرجع سابق، ص 176.

<sup>4</sup>. راجع المادة 1516 من المرسوم رقم 48/2011.

<sup>5</sup>. راجع اللائحة الصادرة بتاريخ 1992/07/31 التي ألغت الفقرة 2 من المادة 1477 من مرسوم 1981.

لقد نصت المادة 458 مكرر 20 من ذات القانون على أن قرارات المحكمين تكون قابلة للتنفيذ بموجب أمر صادر عن رئيس المحكمة بذيل أصل القرار أو بهامشه وتتضمن الإذن لكاتب الضبط بتسليم نسخة رسمية منه مهوراً بالصيغة التنفيذية، وعليه يكون قضاء المجلس مختصين محليا ونوعيا، وبقضائهم النوعي لم يلتزموا صحيح القانون وعرضوا قرارهم المنتقد للنقض والإبطال<sup>1</sup>.

وإذا أردنا أن نستخلص نية المشرع في توطين الإختصاص في مكان صدور حكم التحكيم لآبد من الرجوع إلى المراحل التي تسبق صدور حكم التحكيم والتي أباح المشرع تدخل القضاء لمساعدة المحكم بشأن المسائل المستعصية التي تعترض التحكيم منها مثلا تعيين المحكمين أو البث في المسائل الإستعجالية، فإن المحكمة المختصة بذلك هي المحكمة التي ينعقد بدائرتها مكان التحكيم، وبهذا فإن هذه المحكمة يفترض أن يكون لها العلم المسبق بتفاصيل النزاع ولو جزئيا، مما يسهل عليها الرقابة ويساعدها على الفصل السريع في الرد على طلب التنفيذ.

## 2.1. تحديد الإختصاص في أمر تنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر في الخارج

إذا كان حكم التحكيم الدولي المطلوب تنفيذه صدر خارج الجزائر فإن محكمة محل التنفيذ يناط بها إصدار أمر التنفيذ<sup>2</sup>.

أما في القانون الفرنسي فيعهد الإختصاص لمحكمة باريس الابتدائية<sup>3</sup>، بينما المشرع المصري نرى أنه قد وَّحد الإختصاص القضائي للنظر في طلب أمر التنفيذ وجعله بيد رئيس محكمة إستئناف القاهرة بالنسبة لحكم التحكيم الدولي الصادر في مصر أو خارجها وإتفق الأطراف على إخضاعه للقانون المصري<sup>4</sup>، هذا الإختصاص يعد إحتياطيا في حالة عدم إتفاق

<sup>1</sup>. قرار رقم 528940 المؤرخ في 2008/05/07، مجلة المحكمة العليا، ع 1، 2008، ص 185 إلى 189.

<sup>2</sup>. بومناد هجيرة، مرجع سابق، ص 75.

<sup>3</sup>. سكت المشرع الفرنسي عن الإختصاص بأمر التنفيذ قبل المرسوم رقم 48/2011. بشير سليم، مرجع سابق، ص 273.

<sup>4</sup>. نصت المادة 9 المحال إليها بالمادة 56 من قانون التحكيم المصري رقم 1994/27 على مايلي "أما إذا كان التحكيم دوليا سواء جرى في مصر أو خارجها فيكون الإختصاص لمحكمة إستئناف القاهرة مالم يتفق الطرفان على محكمة إستئناف أخرى في مصر".

الأطراف على تعيين إحدى محاكم الدرجة الثانية<sup>1</sup>، تماماً كما فعل المشرع السعودي الذي وحد الإختصاص فيما يتعلق بحكم التحكيم الدولي سواء صدر في الداخل أو في الخارج، فإنه يناط بمحكمة الإستئناف المختصة أصلاً بنظر النزاع في مدينة الرياض، ما لم يتفق الأطراف على محكمة إستئناف أخرى في المملكة<sup>2</sup>.

وفي التشريع الأردني المتعلق بتنفيذ حكم التحكيم الدولي سواء صدر في الأردن أو في الخارج تبين تفرع أحكامه<sup>3</sup>، هذا التعدد يؤثر على الإختصاص وعلى الطعن في الحكم الفاصل في طلب التنفيذ، أما من حيث الإختصاص فإنه يعهد للمحكمة الابتدائية للنظر في الطلب المقدم من المحكوم له بتنفيذ حكم تحكيم أجنبي طبقاً لقانون تنفيذ الحكم الأجنبي، ويسلك في ذلك طريق الدعوى العادية، أما محكمة الإستئناف تفصل في طلب تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي الصادر في الداخل وفقاً لقانون التحكيم الأردني<sup>4</sup>.

يبدو أمراً غير منطقي من وجهة نظر الفقه حول توزيع الإختصاص، فكيف لحكم تحكيم تجاري دولي يستدعى لتنفيذه أمام محكمة ابتدائية بحكم قابل للطعن، في حين أن حكم تحكيم وطني يطلب تنفيذه أمام محكمة إستئناف ويكون الأمر الصادر بشأنه باتاً وقطعياً.

وترتيباً على ذلك فإن نتيجة الفصل في الطلب تختلف، فإذا طبق قانون دولة مكان تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي فإن القاضي يصدر حكم ويخضع لأحكام قانون الأصول المدنية، ومن ثم قبوله لكافة طرق الطعن المقررة للحكم القضائي العادي، وبهذا فإن نتائجه غير محمودة، لأن الحكم يصبح بذلك قابل للمراجعة وخضوعه لإجراءات سعى الأطراف إلى تقاديها بلجوئهم إلى التحكيم لشروطها المشددة عكس ما أنتت به إتفاقية نيويورك مما تحول دون تنفيذ ذلك الحكم، أما إذا طبق قانون التحكيم فإن قاضي التنفيذ يصدر أمر يخضع لنظام الأمر على ذيل العريضة ولا

<sup>1</sup> عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والإدارية طبقاً للقانون رقم 27 لسنة، 1994، مرجع سابق، ص 79.

<sup>2</sup> إيناس خلف الخالدي، تقييم آلية تنفيذ أحكام التحكيم في نظام التحكيم السعودي، مرجع سابق، ص 54.

<sup>3</sup> عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 236.

<sup>4</sup> بهاء بهيج شكري، مرجع سابق، ص 274.

يقبل حينئذ الطعن إلا في حالة رفض التنفيذ<sup>1</sup>.

ما نستخلصه من الإختصاص بأمر التنفيذ بالنسبة لحكم التحكيم الدولي سواء صدر في دولة مكان التنفيذ أو في الخارج أن ضبطه غاية في الأهمية، لأنه يسهل على طالب التنفيذ إيداع طلبه دون عناء البحث عن المحكمة التي تختص بذلك، مما يؤثر على دور التحكيم فيضاعف فاعليته كوسيلة لحل النزاعات .

كذلك فإن ترك الرقابة لقضاء دولة التنفيذ يجنب الوقوع في الصعوبات الناجمة عن إختلاف القوانين حول تنفيذ حكم التحكيم وكيفية في حالة الإبقاء على رقابة القضاء الوطني فيعرق التنفيذ، والنتيجة ذاتها في حالة إخضاعها لقانون دولة غير دولة التنفيذ قد تصل إلى حد إستحالة التنفيذ فيهدر بالتالي الهدف المرجو من اللجوء إلى التحكيم، ومثال ذلك الدعوى التي رفعها المقاول أمام محكمة هايت بلندن، إذ أن القاضي الإنجليزي رفض طلب تنفيذ حكم التعويض المقدم من المتضررين من الخسائر الناجمة عن تلف البضائع أثناء الرحلة البحرية ضد شركات التأمين بخلاف ما حكم به المحكم الإنجليزي، وبالتالي منع تنفيذ إجراء من الخارج يشكل إمتناع للأوامر يعاقب بشدة مدنيا أو جزائيا<sup>2</sup>.

إلا أن منحه بشكل بات لمحكمة معينة دون مراعاة إرادة الأطراف في الإختيار في إعتقادنا يشكل مصادرة لحريتهم، ذلك لأنهم أدري بالمكان الذي يلائمهم، ومن ثم يتعين إتاحتهم فرصة تقرير ذلك بإرادتهم، ويبدو ذلك أكثر الحلول جدية وعملية، هذا ما أغفل عنه مشرعنا حين أوقف مفعول الإرادة بمجرد صدور حكم التحكيم ولا شأن لها في الإجراءات التي تتلوه بإعتبارها من صميم الأعمال القضائية على غرار ما أقر به القانون المصري .

فالإتفاق المسبق بين طرفي التحكيم على مكان التنفيذ يلزمهم مراعاة النظام القانوني لتلك الدولة في كامل مراحل عملية التحكيم ضمانا لتنفيذ الحكم الذي يجب أن يتوافق مع أحكام ذلك النظام، وبالتالي يضمن لهذا الحكم الفعالية وتحقيق الهدف من التحكيم في تسوية النزاع بنجاح .

## 2 . دور قواعد الإختصاص في حماية الطرف الضعيف

<sup>1</sup> . عامر فتحي البطينة، مرجع سابق، ص 237، 238.

2 - SALL Abdourahmane, la préservation des recours de l'assureur maritime sur faculté, université cheikh anta diop de dakar, faculté des sciences juridiques et politique, 2006 [www.memoireonline.com](http://www.memoireonline.com)

عمل القانون الدولي الخاص على تقريب عدالة التحكيم من الطرف الضعيف للمطالبة بحقوقه وذلك عن طريق نقل النزاع إلى موطنه، هذا ما أكدت عليه لائحة المجلس الأوروبي لعام 2000 بأن إختصاص المحاكم في المنازعات يكون أحد أطرافها ضعيفا لمحكمة مكان إقامة ذلك الطرف، وهذا إنما يؤكد على الحماية التي توفرها القواعد لهذا الطرف في عقد التأمين.

وبموجب حكم صادر عن مجلس القضاء الإتحاد الأوروبي في 23/07/2000<sup>1</sup> فإنه عدل من قواعد إتفاقية بروكسل وخص المواد من 7 إلى 12 مكرر تتعلق بالإختصاص الخاصة بالتأمين<sup>2</sup>، فإستثنى المنازعات بين معيد التأمين والمؤمن<sup>3</sup>، هذا القرار مؤسس على واقعة أن قواعد الإتفاقية وضعت حماية للطرف الضعيف في العقد بحكم قلة خبرته بالمقارنة مع المتعاقد الآخر من الناحية القانونية<sup>4</sup>.

وقد منح المشرع الفرنسي الإختصاص للمحاكم الفرنسية وجوبا في حالة عدم قابلية النزاع للتحكيم ويطبق في ذلك القانون الفرنسي، وطالما أن قواعد الإختصاص مصدرها القانون الأوروبي فإن الفقه يقترح أن تنشأ قاعدة عامة فرنسية محضة من صلب النظام القانوني الفرنسي وعمل القضاء تفرض عدم الإختصاص لعدم قابلية النزاعات للتحكيم.

غير أن القضاء الفرنسي غير ملزم بأن يحكم بعدم قابلية المنازعات للتحكيم في جميع الأحوال التي تمنح للمحاكم الفرنسية الإختصاص القضائي الإلزامي، فالقاعدة المقترحة لا تجلب للتحكيم سوى النفور منه سيما في عقد التأمين، بيدوا أن الأمر مفرطاً إذا كان المؤمن له ليس مستهلكاً، ذلك أن نقل مقر التحكيم في المسائل الدولية ينتج عنه آثار سلبية تؤثر على الحماية المقررة للطرف الضعيف، فمن جهة قد لا يأخذ قاضي البطلان بعين الإعتبار بإحتمال إحجام المحكمين عن تقديم الطلب، فالهدف من قواعد التحكيم حسب (SHOMOEMAKER-Coipel) "تحديد الشرط الذي يتوافق مع النظام القانوني للإعراف بإختصاص هيئة التحكيم بعد تعيينها"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> نصت على ذلك أحكام المواد من 13 إلى 17 ومن 18 إلى 21 من قواعد المجلس الأوروبي رقم 2001/44 الصادر في 2000 /12/22 .

<sup>2</sup> إتفاقية بروكسل عدلت وأستبدلت بقواعد مشتركة الصادرة في 2000/12/22.

3-DORACHE Caroline, Efficacité de la clause attributive de compétence territoriale en matière d'assurances, revue generale du droit des assurances, N°3, unvers paris 2 Panthéon- assas, 2012, p 547.

4 - TURGNE Franck, op.Cit, P 173.

5- LOQUIN Eric, arbitrabilité et protection des parties faibles, travaux du comité français de droit inter

والمؤكد أن شرط التحكيم يتعارض حتما مع النظام القانوني الفرنسي الذي لا يوفر الحماية الكافية للطرف الضعيف إذا منح الإختصاص للقاضي الفرنسي وإن كانت قواعد الإختصاص الأوروبية تمنح الإختصاص لمحكمة أجنبية.

ولما كان هدف النظام القانوني حماية المؤمن له فإن التحكيم يكون له دور إيجابي وفعال إذا لم يكن المؤمن له مستهلكا، وبذلك فإن هذا الأخير يتمتع بالحماية القانونية سواء كان مستهلكا تحميه قواعد حماية المستهلك أو غير مستهلك ويحميه نظام التحكيم، فلا يثير تنفيذ حكم في فرنسا أي إشكال بالنسبة لهذا النوع من التحكيم على الرغم من معارضة النظام العام الدولي له إذا كان النظام القانوني للمحكمة المختصة التي صدر عنها الحكم يعتبر أن النزاع من المسائل القابلة للتحكيم .

هذا الحل ساهم في التنسيق بين الحلول السابقة وذلك بإتباع قواعد تنازع الإختصاص بوجود شرطين تنفيذهما ينتج عنه تعارض الإختصاص، فمن جهة شرط التحكيم يعارضه الطرف الضعيف، ومن جهة أخرى بند يحدد الإختصاص القضائي يعتبر غير نافذ<sup>1</sup>.

وبهذا فإن للقاضي صلاحية رفض تنفيذ حكم التحكيم الدولي إذا ثبت لديه أن النزاع الذي تم الفصل فيه يدخل ضمن الإختصاص القضائي ولا يجوز تسويته عن طريق التحكيم طبقا لقانونه الوطني<sup>2</sup>، أو أن الأمر بالتنفيذ يؤثر سلبا على حقوق الطرف الثالث.

عمومًا فإن حكم التحكيم يجوز تنفيذه بنفس طرق ووسائل تنفيذ الحكم القضائي وعلى الأغلب فإن الطرف الذي حصل على أمر التنفيذ يستعجل التنفيذ لكنه غير ملزم بذلك.

### المبحث الثاني: آثار أمر رفض التنفيذ في شل دور التحكيم الدولي في منازعات التأمين البحري

لا يمكن تنفيذ حكم التحكيم الدولي إلا بأمر يصدر عن الجهة القضائية المختصة، لذلك تترتب عليه آثار (المطلب الأول)، فإذا كان إتفاق التحكيم مختلا مفقرا أو منقضا لمعايير السلامة التي يتطلبها أي عقد كأن يكون أطرافه طبقا للقانون الذي يطبق عليهم عديمي الأهلية،

- national privé, novembre 2005, édition pedone, paris, 2008, p 138.

1- LOQUIN Eric, arbitrabilité et protection des parties faibles, op.cit, p 151, 152.

<sup>2</sup> راجع المادة 5 من إتفاقية نيويورك 1958.

أو كان إتفاق التحكيم غير صحيح أو شابه عيب من عيوب الإرادة<sup>1</sup>، وهذا ما يقف حؤولاً أمام إرادة الطرفين في اللجوء إلى التحكيم والفصل في النزاع القائم بينهم (المطلب الثاني)، فما آثار أمر التنفيذ وأسباب رفضه على دور التحكيم في تسوية المنازعات؟.

### المطلب الأول . آثار أمر التنفيذ على حكم التحكيم الأجنبي

يكتسي حكم التحكيم الدولي حجية بمجرد صدوره، غير أن هذه الحجية أثارت إشكالاً بالنسبة للغير الذي إمتدت إليه آثار إتفاق التحكيم الذي تضمنه عقد التأمين البحري (الفرع الأول)، ورغم ما يكتسي حكم التحكيم الأجنبي من حجية إلا أنه يصدر مجرداً من قوة التنفيذ<sup>2</sup>، مالم يحصل المحكوم له على أمر من المحكمة المختصة في دولة التنفيذ فيأخذ حينئذ وصف السند التنفيذي (الفرع الثاني) .

### الفرع الأول . حجية الشيء المقضي لحكم التحكيم الدولي في منازعات التأمين البحري

من الثابت قانوناً وقضائياً أن حكم التحكيم بمجرد صدوره يحوز على حجية الأمر المقضي<sup>3</sup> سواء من حيث الموضوع فيمتنع على المحكم أو القاضي إعادة النظر فيما فصل فيه من مسائل<sup>4</sup>، أو من حيث الأشخاص فإن المحكوم له ينشأ له حق التمسك بما قضى به الحكم وحمل الخصم على التنفيذ، فيمتنع على المحكوم عليه التداعي قضاءً أو تحكيمياً بشأن المسألة المفصول فيها<sup>5</sup>.

ويسري هذا الأثر على أحكام التحكيم القطعية التي تفصل في موضوع النزاع أو في مسألة

<sup>1</sup> حسني المصري، مرجع سابق، ص 545.

<sup>2</sup> تختلف حجية الحكم التحكيمي عن قوته التنفيذية، فالأولى تصاحب الحكم بمجرد صدوره، بينما الثانية لا يمكنه إكتسابها إلا بعد صدور الأمر بالتنفيذ مالم يرد طلب التنفيذ، وبذلك يكون الحكم مهياً لتنفيذه تنفيذاً جبرياً.

<sup>3</sup> نصت المادة 55 من قانون التحكيم المصري رقم 1994/27 على أنه " تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ بمرعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون".

<sup>4</sup> راجع المادة 338 من ق م ج التي نصت " الأحكام التي حازت على قوة الشيء المقضي فيه تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة، ولكي لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب"، نصت المادة 55 من قانون التحكيم المصري رقم 1994/27 على أنه " تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لهذا القانون حجية الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ بمرعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون".

<sup>5</sup> أحمد أبو الوفاء، التحكيم الإختياري والإجباري، مرجع سابق، ص 276.

متفرعة عنها أثرت أثناء خصومة التحكيم، وتستثني بذلك الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع متعلقة بإجراء من إجراءات الإثبات التي تهىء الموضوع للفصل فيه ولم تستنفذ ولاية المحكم عليها مما يمكن تعديلها أو الرجوع عنها<sup>1</sup>.

ولما إرتبطت هذه الحجية بصدور حكم التحكيم فإن تاريخ صدوره على جانب من الأهمية ضمن بيانات الحكم<sup>2</sup>، ويتوقف تنفيذ حكم التحكيم الدولي على إرادة الطرف المنفذ عليه إستنادا لمبدأ حسن النية، ومع ذلك فإن هذه الأحكام تصدر ملزمة ونهائية<sup>3</sup>، وتعد قرينة على أن ما قضى به عنوان للحقيقة لا يجوز إثبات عكسها<sup>4</sup>.

فالمشرع الجزائري وإن لم يتعرض إلى حجية حكم التحكيم الدولي بشكل صريح فإن ورود قواعده في سياق الأحكام المشتركة يدل على خضوعها للأحكام التي يخضع لها التحكيم الداخلي ومنها تمتع حكم التحكيم بحجية منذ صدوره سواء كان داخليا أو دوليا<sup>5</sup> تماما مثلما فعل المشرع الفرنسي لما أحال إلى قواعد التحكيم الداخلي المتعلقة بالحجية<sup>6</sup>، وبهذا فإنه أعطى لحجية الشيء المقضي لحكم التحكيم الدولي بعدا أكثر توسعا بغض النظر عن المكان الذي يصدر فيه ودون أن يحددها القانون المطبق<sup>7</sup>.

ويمكن تأسيس ذلك على القرينة القانونية القاطعة بإعتبار الحكم من طبيعة قضائية وبذلك يتشارك مع الحكم القضائي في هذه الخاصية وإن كان غير قابل للطعن، فيصح القياس على الحكم القضائي في حالة غياب نص قانوني، أما قوانين بعض الدول فجاء النص على ذلك

<sup>1</sup> محمود السيد التحيوي، مرجع سابق، ص 258.

<sup>2</sup> نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 207.

<sup>3</sup> حسم المنازعات البحرية، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الخامس عشر لمسؤولي إدارة التشريع في الدول العربية، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، بيروت من 3 إلى 2016/05/5، ص 15.

<sup>4</sup> بشير سليم، مرجع سابق، ص 209، نقلا عن بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطان أحكام التحكيم الدولية دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 98.

<sup>5</sup> سليم بشير، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، أطروحة دكتوراه، جامعة باتنة، كلية الحقوق، 2012، ص 224.

<sup>6</sup> راجع المادة 1476 من ق إ م الفرنسي الصادر في 1980 والمادة 32 من القانون رقم 1993/42.

<sup>7</sup> سليم بشير، المرجع نفسه، ص 216.

صريحا ومنها قانون التحكيم المصري واللبناني<sup>1</sup>، كذلك فإن المشرع المصري يشترط للإعتراف بحجية الحكم الأجنبي ما يشترط للإعتراف به بحكم فاصل في موضوع النزاع ومن ثم تنفيذه<sup>2</sup>.

وقد أقرت محكمة إستئناف القاهرة في الحكم الصادر في 2003/2/26 بأن "شروط التحكيم الوارد في وثيقة التأمين وإن كان يمنح للمحكم مهمة إثبات الأضرار والخسائر الناتج عن الحادث المؤمن منه وتقدير التعويض المستحق للمؤمن له، إلا أنه لا يخول له إلزام شركة التأمين بدفع التعويض المقدر من طرفها إنما يعتبر ذلك من إختصاص القضاء"<sup>3</sup>، مما يتضح أن أحكام التحكيم في المنازعات المتعلقة بالتأمين عامة غير ملزمة، وقضت محكمة إستئناف باريس في القرار الصادر في 1992/7/9 بأن "حكم التحكيم هو قرار قضائي يتمتع بقوة الشيء المقضي منذ النطق به وهو يشكل سندا يمكن بمقتضاه إتخاذ أي إجراء تحفظي"<sup>4</sup>.

#### أولا - حجية حكم التحكيم بالنسبة للمؤمن

أعطت محكمة النقض الفرنسية مفهوما موسعا لقوة الشيء المقضي فيه من خلال توسيع نطاق تطبيق المادة 1351 من القانون المدني من حيث الأشخاص، فالسؤال الذي يطرح أي علاقة تجمع الغير بطرفي عقد التأمين البحري وإلزامه بشرط التحكيم الذي يندرج ضمن محتويات هذا العقد إستثناء على مبدأ الأثر النسبي للعقود؟ .

إختلف الفقهاء حول تطبيق مبدأ الأثر النسبي للعقود على التحكيم وعدم إلزام الغير بآثاره وفق ما نصت عليه المادة 1165 من القانون المدني الفرنسي، هذا التصور ناشىء عن القراءة السطحية للمادة السابقة، غير أنه لا يمكن تجاهل الإستثناءات التي وضعتها من خلال الإحالة إلى المادة 1121 من نفس القانون.

فتحليل العلاقة التي تربط الأطراف بعقد التأمين يؤدي إلى القول أن المؤمن له لا يمكنه

<sup>1</sup> خالد منصور إسماعيل، تسبب أحكام التحكيم التجاري ، ط 1 ، مكتبة القانون والإقتصاد ، القاهرة ، 2015 ص 170 ، 171.

<sup>2</sup> عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص152.

<sup>3</sup> حمزة أحمد حداد، حكم التحكيم وشروط صحته، بحث مقدم لدورة التحكيم في العقود الهندسية، غرفة التحكيم العربية للعقود الهندسية والإنشائية، بتاريخ 2008/11/5 نقلا عن المجلة اللبنانية، عدد 32، ص22.

<sup>4</sup> منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم، مرجع سابق، ص 320، 321.

أن يستبعد العقد الذي يكون محله الخطر الذي يحتمل أن يصيب النشاط الذي يمارسه، لأنه يعتبر واقعة قانونية جديرة بالإحترام من الأطراف، ويكتسب الغير قانونا صفة الطرف بمجرد نشأة الإتفاق<sup>1</sup>، ولهذا يجب أن يعلن شرط التحكيم إلى الغير المستفيد الذي يشترط أحد طرفي العقد لمصلحته للإستفادة من آثار الإتفاق بعد الإعلان عن قبوله في العقد الأصلي ويكون قابل للتنفيذ ضد وكيل الطرف في إتفاق ضمان المسؤولية وذلك عن طريق الإشتراط لمصلحة الغير<sup>2</sup> الذي يعتبر من الآليات المنشئة للإلتزامات التعاقدية في التأمين.

### 1 . نسبية مبدأ الحلول

تطرقنا سابقا إلى أن الحلول من الآليات القانونية لنقل شرط التحكيم من المؤمن له إلى المؤمن كطرف ثالث سواء كان قانوني أو إتفاقي تحقيقا لمصالح الطرفين، إذ يستند المؤمن عند حلوله محل المؤمن له في حقوقه وإلتزاماته ونقل شرط التحكيم إليه على مقتضى المادتين 12/121 من قانون التأمين الفرنسي التي وضحت معنى الحلول بأنه 'إجراء يحل فيه المؤمن الذي دفع إستحقاقات التأمين محل المؤمن له في حدود هذا التعويض في حقوقه ودعواه ضد الغير الذي تسبب في وقوع الضرر نشأت عنه مسؤولية شركة التأمين".

أما الحلول القانوني طبقا للمادة 3/1251 من القانون المدني يشترط أن يمارس لصالح الشخص الذي ألزم مع الآخرين أو الغير بدفع الدين متى كانت له مصلحة في تسديدها، وأكدت الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في الحكم الصادر في 21/01/2003 أنه يصلح تطبيقه في التأمين على الأشياء وتأمين المسؤولية وتشمل النوع الأخير تأمين الأضرار الوارد النص عليها في المادة 12/121<sup>3</sup>.

هذا وقد وتوصل الفقه إلى إمكانية الحلول في خصومة التحكيم المتعلقة بمنازعات اللتأمين البحري سيما في التأمين على الأشياء تأكيدا لموقف القضاء الفرنسي المستخلص من قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر عن الغرفة البحرية في 14/01/2004 بصحة إنتقال شرط

1- STEPHANE Choisez, subrogation et arbitrage, centre français d'arbitrage de réassurance et d'assurance, rev Numéro 17, CEFAREA, 2012, P 32, 33.

2-cass. civ.1ere du 01/07/2006 N° 03 11983,v LEGROS C, JCP G, 10183,2006 .

3 - STEPHANE Choisez, subrogation et arbitrage, ibid, p 33.

التحكيم يتضمنه عقد التأمين البحري للمؤمن بعد حلوله محل المؤمن له<sup>1</sup>، كذلك قضى مجلس إستئناف باريس "بموجب الأثر الناقل للحلول ينتقل شرط التحكيم للمحيل إليه مع الدين والحقوق"<sup>2</sup>. إن بعض الفرضيات التي لم يجد لها حل أدت إلى التشكيك في موقف القضاء الذي يقضي بمبدأ الأثر الناقل لشرط التحكيم في التأمين عن طريق الحلول القانوني أو الإتفاقي بالنسبة للمؤمن<sup>3</sup>، مما يجعل حكم التحكيم موضع طعن سيما إذا تعلق النزاع بالمركز القانوني لأحد الطرفين، فقضت محكمة النقض الفرنسية بالبطلان الواضح لإتفاق التحكيم<sup>4</sup> إذا أبرم بين طرفين لسبب غير مهني<sup>5</sup>، ف جاء هذا القرار تنفيذا لأحكام المادة 2061 من القانون المدني الفرنسي<sup>6</sup> التي تشترط لصحة إتفاق تحكيم أن يكون ذات طابع مهني بالنسبة للطرفين وقت إبرام العقد الذي يتضمن شرط التحكيم<sup>7</sup>.

## 2. آثار مبدأ الحلول

إذا مارست شركة التأمين البحري عملية الحلول في النزاع يكون محله مؤمن عليه، فإن قوة الشيء المقضي فيه لحكم التحكيم تترتب عنها ضمناً أن الأطراف لهم نفس الصفة، ما لم تكن شركة التأمين لها صفة الطرف الثالث بموجب شرط إدارتها للإجراءات، أو تكون وكيل عن المؤمن له تتصرف بإسمه<sup>8</sup>، كما في حالة دمج وإدماج بين الشركتين فإنه عن طريق هذه العملية تنتقل السلطة وجميع حقوق والتزامات الشركة المدمجة إلى الشركة الحاوية.

فالإختلاف بين الفقهاء حول هذه النتيجة لا يؤثر على الإرتباط بين الإجراءات التي يكون فيها المؤمن طرفاً وإمتداد آثار الحكم الذي تصدره هيئة التحكيم ضد المؤمن له إلى المؤمن الذي تصرف بصفته وكيلاً عنه، ومن ثم فإن الحكم الذي يلزم المؤمن له نافذ على المؤمن بقوة

1- EVIAN Eric, op.cit, p 15.

2-cour d'appel de paris du 13/11/1992, rev. De l'arbitrage, 1993, p 632.

3- STEPHANE Choisez, op.cit, P 35.

4-FOUCHARDph,GAILLARD E, GOLDMAN B, traité arbitrage commerciale international, 1996, p 60 – 68.

5 - cass. Civ F du 29/02/2012 N° 11-12782.

<sup>6</sup> راجع المادة 2061 من القانون المدني رقم 626/72 الصادر في 1972/7/5 الملغى بالقانون الصادر في 2001/5/15.

7 -COURT DE FONTIMICHEL Alexander, revue d'Arbitrage, 2012, p 359.

8- cass. Civ 1ere chambre du 18/10/1954 rev.generale Arbitrage (RGAT), 1954, p 424

القانون حتى ولو كان هذا الحكم لا يتمتع بقوة الشيء المقضي فيه ضده<sup>1</sup>.

ففي مجال التأمين بعض شركات التأمين غالبا ما تحافظ على المواعيد لمطالبة المسؤول عن الضرر وإن كان ذلك قبل تعويض شركة التأمين المؤمن له، إلا أنه من الناحية القانونية لا يمكنها أن تحل محله في حقوقه لدى الغير، وخلافا لذلك رخصت محكمة النقض الفرنسية لشركات التأمين ذلك، يجوز قبول المؤمن المحيل إليه وقت النظر في طلبه<sup>2</sup>.

هذا الموقف الذي إتخذته محكمة النقض يجنب المؤمن من حبس دعوى المؤمن له، وإن كان ذلك مخالف للقانون، وقد أثار ذلك إشكالية سيما في التعليل الذي قدمته لهذه الإمكانية<sup>3</sup> فقضت بأنه "يجوز للطرف المدعى عليه إدخال الضامن لتحميله الأعباء المالية التي قد يحكم بها ضده وتختلف هذه الدعوى عن دعوى الرجوع المباشر التي نص عليها قانون التأمينات ولا يفترض أن الضامن قد قام فعلا بتعويض المدعي الأصلي<sup>4</sup>.

الفرضية التي طرحتها محكمة النقض الفرنسية يمكن تطبيقها على التصرف التجاري الذي تقوم به شركة التأمين لما تحل محل المؤمن له بالنسبة للأموال المدفوعة، وخلافا لذلك يمكن إثارة الجدل هل يمكن لشركة التأمين إجراء عملية الحلول قبل دفع مبلغ التأمين أو كان الوفاء به جزئيا؟ ألا يمكن نقل شرط التحكيم إذا لم تتخذ إجراء الحلول الذي هو وسيلة قانونية فعالة إلا من يوم دفع قيمة التعويض؟.

تتعدد الفرضيات المتعلقة بإمتداد إتفاق التحكيم إلى المؤمن الذي لم يكن طرف فيه، وتتعلق بعملية وفاء المؤمن بالتعويض، وأولها إذا كان الوفاء الجزئي فإن المشرع قد أجاز للمؤمن أن يحل محل المؤمن له بالقدر الذي دفعه له ثم يباشر الرجوع على المسؤول، ولا أثر لشرط التحكيم على الدعوى القضائية القائمة بين المؤمن والمؤمن له<sup>5</sup>.

وبهذا فإن المشرع يجيز لشركة التأمين مسائلة المؤمن له لعدم تمسكه بحالات الطعن ضد المسؤول عن الضرر إذا كانت الوقائع تتعلق بمسائل تقع من إختصاص قاضي الموضوع<sup>6</sup>.

1-STEPHANE Choisez, op.cit, p 32.  
- cass.civ 3eme chambre du 30/01/2008 N° 06-191002  
3- STEPHANE Choisez, op.cit, p 35.  
4- cass.civ 3eme chambre du 28/11/2011, N° 11- 16269  
5 - STEPHANE Choisez, op.cit, p 37.  
6- cass.civ. 1ere du 09/11/1999 N° 13- 13287.

أما إذا قام المؤمن بدفع مبلغ التأمين كاملاً للمؤمن له دون أن يباشر إجراءات التحكيم يجوز له إختيار اللجوء إلى محكمة التحكيم أو محكمة عادية<sup>1</sup>، ومع ذلك فإن مبدأ الحلول ليس مطلق إنما يجوز إعفاء المؤمن من مسؤوليته تجاه المؤمن له كلياً أو جزئياً عندما يتعذر عليه ذلك لسبب راجع إلى المؤمن له<sup>2</sup>، أما إذا لم يسدد المؤمن مبلغ التعويض ويطلب بحلولة محل المؤمن له فإن الإختصاص يكون للمحكمة الوطنية.

لم يكن الفقه واضحاً حول المسألة بعد صدور قرار (TAGLIAVINI) الذي تعامل مع تداول شرط التحكيم في مجموع العقود، ولذلك أقدمت محكمة النقض على تقديم توضيح أكثر حول مفهوم الحلول في مجموع العقود ومميزاته، فأغفل القرار أحكام المادة 3/171 من قانون التجاري إلا أنه أبقى على جوهرها المتمثل في حماية الطرف الضعيف، وبالتالي فإن المؤمن عند ممارسة عملية الحلول يواجه خصومة مماثلة بشأن إختصاص محكمة التحكيم<sup>3</sup>.

#### ثانياً . مدى تعلق الحجية بالنظام العام

إذا كان المنطلق أن حكم التحكيم يتمتع بحجية الشيء المقضي به شأنه شأن الحكم القضائي فإن مدى تعلق هذه الحجية بالنظام العام أمر مختلف فيه<sup>4</sup>، إذ أن بعض الفقه ينفي بأن تكون هناك مفارقة بينهما من حيث تعلقها بالنظام العام، حيث أسس فتحي والي موقفه بناء على المادة 55 من قانون التحكيم، فيصير حينئذ من غير الجائر طرح المسألة ذاتها وبين الأطراف أنفسهم على القضاء، وإلا فإن مصير الدعوى في هذه الحالة عدم قبولها<sup>5</sup>، بينما ينفي البعض الآخر هذه العلاقة وحجتهم في ذلك أن النظام العام قواعده مقررّة لحماية المصلحة العامة، وهي وظيفة مخولة لهيئة نظامية تتجسد في مرفق القضاء، بينما حكم التحكيم صادر عن أشخاص لا تتوفر فيهم صفة الموظف مهمتهم الحرص على المصلحة الخاصة لطرفي النزاع موضوع خصومة التحكيم، لهذا فإنه يجوز للأطراف الإتفاق على مخالفة هذه الحجية وعرض النزاع من جديد على محكمة قضائية أو تحكيمية، ويترتب عن ذلك نتيجة مفادها أنه لا يمكن للقاضي أن

1 - STEPHANE Choisez, ibid, p 36

2- article 121/12 alinea 2 du code des assurances français .

3- STEPHANE Choisez, ibid, p 35.

4. خالد منصور إسماعيل، مرجع سابق، ص 174، 175.

5. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 460 . 461.

يثيرها من تلقاء نفسه ما لم يتمسك الطرف الذي تقرر لمصلحته بالدفع بسبق الفصل<sup>1</sup>، غير أننا نميل إلى ما ذهب إليه الرأي القائل بأن منح الحجية لحكم التحكيم لطبيعته القضائية فالأحرى النظر إليها من وجهة تعلقها بالنظام العام إقتداء بالحكم القضائي، وإلا فإن إضفاء الحجية تبقى عديمة الأهمية مما تضعف دور التحكيم في تسوية المنازعات.

يتضح مما سبق أن حكم التحكيم الدولي منذ صدوره عن السلطة المختصة يتمتع بحجية في مواجهة الأطراف والغير نسبيا في كل جزء من النزاع المفصول فيه، فهل هذه الحجية كافية لوضع الحكم موضع التنفيذ المباشر؟ .

### الفرع الثاني . القوة التنفيذية لحكم التحكيم الأجنبي

ما يمكن أن يثيره أمر تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي مصير وصف الأجنبية في حكم التحكيم الصادر في الخارج هل يمكن أن تزول بمجرد صدور أمر تنفيذه ويكتسي صفة الوطنية عوض ذلك؟ وأي منهما أحق بالتنفيذ الأمر بالتنفيذ أم حكم التحكيم الأجنبي؟.

فيما يتعلق بصفة الأجنبية في حكم التحكيم فلا تزول عنه وإن سلطت الرقابة على موضوعه دون أن تتوقف عند الجانب الشكلي، إلا أن ذلك يحول دون الفصل فيه وإنما ينتهي الفحص بإصدار أمر التنفيذ أو رفضه.

علل الفقهاء ذلك بأن أمر التنفيذ لا يعدو أن يكون مجرد رخصة تجيز تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي وترتيب آثاره في دولة التنفيذ، وبهذا يمكن قياسه بالقانون الأجنبي فإن القاضي المختص يطبقه بصفته قانون أحوال إليه قواعد الإسناد ولا يأخذ به كواقعة، كذلك فإن الحكم الأجنبي ينفذ بإيعاز من قاضي دولة التنفيذ بموجب أمر بصفته أجنبي مرتبا جميع آثاره فيها، أما بالنسبة للتنفيذ فإن الفقه إنقسم إلى عدة مواقف، إذ أن بعض الفقهاء الإيطاليين منهم ما يرى أن الحكم الأجنبي معني بالتنفيذ طالما أن هناك إندماج مادي في المضمون بين كل من حكم التحكيم الأجنبي والأمر بالتنفيذ.

ويربط أنصار المذهب الشكلي التنفيذ بما يرتب الحكم الأجنبي من آثار في دولة التنفيذ أما

1. سليم بشير، مرجع سابق، ص 206.

آخرون يستندون إلى التركيبة القانونية المزدوجة لأمر التنفيذ بين كونه أمراً للتنفيذ وحكم التحكيم الأجنبي، وبذلك فإن التنفيذ يطالهما معا مما يستوجب إعلانهما للأطراف<sup>1</sup>.

أكد القضاء الفرنسي بأن الحكم الأجنبي لا يتمتع بحجية الأمر المقضي فيه أو قوة الأمر المقضي إلا بعد صدور أمر التنفيذ وخضوعه للرقابة الشكلية بإستثناء الأحكام المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم والتي تخرج عن إطار دراستنا.

هذا الأمر يضيف على حكم التحكيم الأجنبي قوة تنفيذية يجعلها تتماثل مع ما يتمتع به الحكم الوطني من قوة تنفيذية، تماما مثلما يتساوى حكم التحكيم مع الحكم القضائي بالنسبة لحجيته وقوته التنفيذية، وبالتالي يتشاركان في ذات الأحكام وهي النتيجة المتوقعة بالنظر إلى طبيعة حكم التحكيم، فلا يخرج عن إطار العمل القضائي بإجماع كافة القواعد القانونية والإتفاقيات<sup>2</sup>، إذ أن هذا الحكم يحافظ بمقتضى أمر التنفيذ على تلك القوة التي لازمته عند صدور الأمر وفق ما أكدته المادة السادسة من إتفاقية جامعة الدول العربية، وينصب التنفيذ على منطوق الحكم الأجنبي لذلك إستقر القضاء الفرنسي على وجوب أن يتضمن طلب التنفيذ منطوق حكم التحكيم<sup>3</sup>.

فإذا صدر أمر تنفيذ حكم التحكيم الدولي نزل منزلة الحكم القضائي من حيث قوة التنفيذ التي كان يعوزها من قبل رغم الإعراف له بصفة الحكم القضائي مرتبا جميع آثاره الملزمة التي كانت بدون فعالية<sup>4</sup>، ويصير بعد ذلك في عداد السندات التنفيذية<sup>5</sup>، وتبعاً لذلك يترتب على سيرورته سندا تنفيذيا الجمع بين عنصرين كونه سندا وإملاكه قوة تنفيذية، تشمل هذه الأخيرة جانب إجرائي يتمثل في إضفاء الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم، وجانب موضوعي يتجلى في

<sup>1</sup> عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 150.

<sup>2</sup> بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطلان أحكام التحكيم، مرجع سابق، ص 100.

<sup>3</sup> عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع نفسه، ص 123، 151.

<sup>4</sup> نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، مرجع سابق، ص 212.

<sup>5</sup> راجع المادة 600 من القانون رقم 09/08 التضمن ق.إ.م.إ.ج "لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي والسندات التنفيذية هي: 9. أحكام التحكيم المأمور بتنفيذها من قبل رؤساء الجهات القضائية والمودعة بأمانة الضبط...".

الإقرار بحق التنفيذ الجبري<sup>1</sup>.

غير أن بعض أنظمة التحكيم قد أزاحت هذه الفوارق، ذلك أنها إستعجلت للحكم قوته التنفيذية دون الحاجة إلى مباشرة إجراءات التنفيذ كما هو ساري العمل به في قانون التحكيم المصري<sup>2</sup> ينطبق الأمر على حكم التحكيم الدولي فلا تكون قابلة للطعن فيها إلا بالبطلان، وكل إتفاق على إستئنافه مصيره البطلان<sup>3</sup>، أكدت على ذلك بوليصية التأمين هافر ( Havre ) في البند السادس الذي حظر ممارسة الطعون بما في ذلك الإستئناف على أحكام التحكيم التي تفصل في المنازعات المتعلقة بها<sup>4</sup>، على غرار ما كان سائد في إنجلترا قبل قانون التحكيم 1996 (قانون التحكيم 1979) أين كان يقيد إستئناف حكم التحكيم على بعض المجالات ومنها التأمين البحري ما لم يتقنا على خلاف ذلك، وأجاز لهم أيضا صرف المحكمين عن تسبيب حكمهم<sup>5</sup>.

وبهذا فإن حكم التحكيم يصدر حائزا لقوة الشيء المقضي فيه سواء صدر في الداخل أو في الخارج، غير أنه لا يتمتع بالقوة التنفيذية لأنه لم يصدر عن سلطة عامة، ولذلك أتاح للأطراف حق اللجوء إلى القضاء المختص في دولة التنفيذ لتفعيل أحكام التحكيم التي رفض الخصوم تنفيذها وديا للحصول على أمر التنفيذ، فيصير الحكم بموجبه سند تنفيذي<sup>6</sup> قابل لتنفيذه جبريا<sup>7</sup>، مما يتضح أن التنفيذ إختياري في الأصل أما التنفيذ الجبري عن طريق القضاء لا يتم إلا في حالات إستثنائية عند إمتناع المنفذ عليه الإمتثال لحكم التحكيم بمحض الإرادة<sup>8</sup>.

بناء على ما سبق يبدو أن القاضي قد شل دوره ولا أساس لتدخله إلا لفك الصعوبات

<sup>1</sup>. أحمد محمد حشيش، مرجع سابق، ص 109 . 116.

<sup>2</sup>. راجع المادة 55 من قانون التحكيم المصري رقم 1994/27 التي نصت " تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقا لهذا القانون حجية الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ بمرعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون".

3 -STEPHANE Choisez, op.cit, p 35 .

4 - CHARLES Lemonnier, op.cit, p 504.

5-MKARDLE FROISSARD Bronwyn, exécution de la sentence arbitrale et les voies recours contre la sentence rendue, mémoire pour le D.E.S.S transport maritimes et aériens option droit maritime & droit transports, universite D'AIX-MARSEILLE, 1999, p 101.

<sup>6</sup>- تعتبر سندات تنفيذية أحكام التحكيم التي ترتب آثار ملزمة للطرف الخاسر في خصومة التحكيم يستثنى بذلك أحكام التحكيم المنشئة أو المقررة، في هذا الصدد راجع نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، ص 174.

<sup>7</sup>. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري، ط 1، دار الشروق، القاهرة، 2002، ص484.

8 - TURGNE Franck , op.cit, p 166.

التي تعترض المحكمين عند أداء مهامهم ومساعدتهم تيسيرا للإجراءات أو وضع عمل المحكم موضع التنفيذ.

### المطلب الثاني: موانع التنفيذ

تخضع أوامر التنفيذ لرقابة ضيقة تحددها القيود القانونية المحددة حصرا بموجب قانونها الداخلي المعبر عنها بحالات إستئناف أمر التنفيذ دون أن تبلغ الفحص الموضوعي للحكم فالحالات التي ذكرتها إتفاقية نيويورك 1958 والتي خولت بمقتضاها للطرف الصادر ضده أمر التنفيذ إستئنافه، وتبناها المشرعين في القوانين المتعلقة بالتحكيم، فإن تلك الحالات في الواقع إذا توفرت يترتب عليها رفض التنفيذ.

### الفرع الأول . رفض تنفيذ حكم تحكيم دولي وفقا لإتفاقية نيويورك والقوانين الوطنية

تتميز إتفاقية نيويورك على خلاف سابقتها (جنيف 1927) أنها قلبت عبء الإثبات إذ يكتبني المنفذ بتقديم الطلب مرفقا بالحكم وإتفاق التحكيم، بينما يقع على عاتق المنفذ ضده الذي يرفض التنفيذ أن يقيم الحجة على طلب وقف التنفيذ<sup>1</sup>، كما أنها تركت من خلال المادة 07 للمحكمة السلطة التقديرية في تقرير قبول أو رفض تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي لما نصت على جوازية ذلك في إطار الحالات الحصرية الواردة في المادة الخامسة من إتفاقية نيويورك<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> محمود سمير الشراوي، مرجع سابق، ص 560.

<sup>2</sup> نصت المادة 5 من إتفاقية نيويورك 1958 المتعلقة بالإعراف وتنفيذ الحكم الأجنبي "لا يجوز رفض الإعراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم، إلا إذ قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الإعراف والتنفيذ، الدليل على توافر إحدى الحالات الآتية:  
(أ) إنعدام أهلية أطراف إتفاق التحكيم وفقا للقانون الذي يطبق عليهم، أو عدم صحة الإتفاق وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف، أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم؛  
(ب) أن الخصم المطلوب تنفيذ الحكم عليه لم يعلن إعلان صحيحا بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم، أو كان من المستحيل عليه لسبب آخر أن يقدم دفاعه؛  
(ج) أن الحكم فصل في نزاع غير وارد في مشاركة التحكيم، أو في شرط التحكيم، إذا أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم غير المتفق على حلها بهذا الطريق؛  
(د) إذا كان تعيين هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم لا تتطابق مع اتفاق الطرفين أو في حالة إنعدام الإتفاق طبقا لقانون البلد الذي يجري فيه التحكيم؛

وقد تبني المشرع الجزائري بشكل صريح حالتين لرفض الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الدولي تتعلق بوجود إتفاق التحكيم وعدم مخالفته للنظام العام الدولي<sup>1</sup>، وحالات أخرى ورد ذكرها كأسباب لإستئناف أمر التنفيذ<sup>2</sup> والتي سبق للمشرع الفرنسي الأخذ بها<sup>3</sup>، وخص بها أحكام التحكيم الدولي<sup>4</sup>، وتتقسم إلى صنفين حالات يقع على الأطراف التمسك بها وأخرى تثيرها المحكمة من تلقاء نفسها<sup>5</sup>، إستند عليها القضاء لرفض تنفيذ حكم تحكيم متعلق بمنازعة تأمين بحري.

### 1. أسباب تتعلق بإتفاق التحكيم

أجمع الفقه على أن إتفاق التحكيم هو الأساس الذي يستمد منه المحكم سلطاته للفصل في النزاع ولما كانت طبيعة هذا الإتفاق عقدية فإنه يفرض على كل طرف مراعاة الشروط التي يجب توفرها في العقد لضمان صحته وسلامته، ويستوي في ذلك ما إن ورد في صورة إتفاق أو شرط، ومن ثم فإن عدم مراعاة قواعد السلامة المادية والموضوعية لإتفاق التحكيم ينتج عنه رفض تنفيذه، فإذا صدر حكم تحكيم رغم أن الإتفاق معيب جاز للقاضي رفض تنفيذه هذا

---

(ه) أن الحكم لم يصبح ملزماً للخصوم أو ألغته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد الذي صدر فيها أو صدر الحكم بموجب قانونها؛

(و) أن قانون البلد لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم؛

(ف) أن في الإعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد.

<sup>1</sup> نصت المادة 1051 من القانون رقم 09/08 المتضمن ق إ م إ ج "يتم الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي في الجزائر إذا أثبت من تمسك بها وجوده، وكان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي".

<sup>2</sup> راجع المادة 1056 من القانون رقم 09/08 المتضمن ق إ م إ ج على أنه "لا يجوز استئناف الأوامر لقاضي بالاعتراف أو بالتنفيذ إلا في الحالات الآتية: 1- إذا فصلت محكمة التحكيم بدون اتفاقية تحكيم أو بناء على إتفاقية باطلة أو انقضاء مدة الاتفاقية.

2. إذا كان تشكيل محكمة التحكيم أو تعيين المحكم الوحيد مخالفاً للقانون.

3. إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها

4. إذا لم يراع مبدأ الجاهية

5. إذا لم تسبب محكمة التحكيم حكمها، أو إذا وجد تناقض في الأسباب "

6. إذا كان حكم التحكيم الدولي مخالف للنظام العام الدولي.

<sup>3</sup> راجع المادة 1502 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي

4-TURGNE Franck, op.cit, p 159.

<sup>5</sup> عزت البحيري، مرجع سابق، ص 23.

ما أكدته إتفاقية نيويورك<sup>1</sup> وإتفاقية الرياض بقولها "إذا كان حكم المحكم غير صادر تنفيذًا لشرط أو لعقد تحكيم صحيحين.."<sup>2</sup>، وتتمثل هذه الحالات فيما يلي :

### 1.1 . عدم وجود إتفاق التحكيم

عملا بإتفاقية نيويورك فقد أخذ مشرعنا<sup>3</sup> بحالة عدم وجود وعدم صحة إتفاق التحكيم من الأسباب الموجبة لإستئناف أمر تنفيذ حكم التحكيم الدولي، إذ أنه إشتراط لقبول تنفيذه أن يصدر بناء على إتفاقية تحكيم صحيحة وسارية المفعول.

ويعتبر إتفاق التحكيم الأساس الذي يستند عليه المحكم لتسوية النزاع محل خصومة التحكيم والذي أفصح فيه الطرفين عن إرادتهما في التنازل عن اللجوء إلى القضاء، لذلك ألزمت إتفاقية نيويورك الطرفين تحري الدقة والوضوح لإبراز هذه الإرادة، ويكون ذلك إما بموجب شرط أو إتفاق لاحق بعد نشأة النزاع<sup>4</sup>.

ويمكن الإستدلال بوجود إتفاق تحكيم بالرجوع إلى مستند آخر يتضمن شرط تحكيم، وهنا تثار مسألة وضوح الإحالة<sup>5</sup>، ومن أمثلة الشرط غير الواضح عدم الدقة في تحديد مكان التحكيم في حالة وقوع النزاع بأن يذكر مثلا أن التحكيم في لندن أو باريس أو سنغافورة، أو لا يعين بدقة هيئة التحكيم التي تفصل فيه، كأن يعهد التحكيم إلى جمعية المحكمين البحريين بلندن مع تطبيق القانون الإنجليزي أو إلى غرفة التحكيم البحري بباريس تطبيقا للقانون الفرنسي أو الإنجليزي<sup>6</sup>، أو أن يكون هناك تعارض بين الشروط في حالة تعددها كما هو الحال في الإحالة إلى محاكم

<sup>1</sup>. راجع المادة 1/5 . أ من إتفاقية نيويورك 1958.

<sup>2</sup>- راجع المادة 2/3 من إتفاقية الرياض للتعاون القضائي الصادرة في 06/04/1983 التي صادقت عليها الجزائر من بين 24 دولة . وائل أنور بندق، موسوعة التحكيم، الاتفاقيات الدولية وقوانين الدول العربية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 75 .

<sup>3</sup>. راجع المادة 1056 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

<sup>4</sup>- أجاز قانون التحكيم المصري رقم 1994/27 الإتفاق على التحكيم بموجب شرط، دون الحاجة إلى إبرام مشاركة تحكيم بعد وقوع النزاع، هذا ما أكدته محكمة إستئناف القاهرة لما قضت بأن بطلان الإجراءات لعدم توقيع مشاركة تحكيم مستقلة مفتقدا إلى السند القانوني.

5-HOCINE Farida, L'influence de l'accueil de la sentence arbitrale par le juge algérien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international, Thèse pour le Doctorat, Université Mouloud MAMMERI, Tizi-Ouzou, 2012, p 106.

6 -OLIVIER Jambu Marlin, l'assurance maritime, terre d'élection de l'arbitrage, v. site web [www.arbitrage.maritime.org](http://www.arbitrage.maritime.org) visite le 15/06/2018

seine المشار إليها في بعض الإتفاقيات، لذلك فمن الضروري ضمان وضوح الشرط الذي تتضمنه بوليصة التأمين المتعلق بتسوية المنازعة<sup>1</sup>.

لم يحل هذا الإشكال في قانون التحكيم الإنجليزي 1996 على الرغم من أن السوابق القضائية قد تركت ذلك لإجتهد القاضي المختص بتفسير شروط العقد ما إن كان شرط التحكيم مدرج في وثائق النقل البحري<sup>2</sup>.

إلا أن المشرع الفرنسي تطرق لهذا الشرط في القوانين السابقة، نص عليه قانون التجارة لسنة 1807، وقبل ذلك نص المرسوم 1681 بضرورة وجود شرط تحكيم في عقد التأمين صريح ومكتوب بقبول الأطراف اللجوء إلى التحكيم، وقصرت المادة 332 هذا الشرط على الأطراف المتعاقدة لكن ليست له قوة ملزمة، وبهذا فإن المشرع في مادة التأمين قد تخلى عن مبدأ أصيل<sup>3</sup>.

غير أن محكمة النقض الفرنسية لم يكن موقفها صلب لما قضت بأنه "لا يمكن لشركة التأمين المحال إليها الدفع بعدم وجود شرط التحكيم في غياب الموافقة الصريحة عندما يكون من المعتاد إدراج شرط التحكيم في عقد النقل البحري الدولي"، فإتفاق التحكيم له خصوصيته المميزة للمعاملات التجارية الدولية بأن التحكيم فيه مفترض على خلاف ما يحاول البعض إنكاره<sup>4</sup>.

وقد يتضمن شرط التحكيم بند ينص على وجوب إبرام إتفاق تحكيم بعد نشأة النزاع، وفي هذه الحالة تطرح إشكالية مصير شرط التحكيم إذا لم يتم هذا الإتفاق وفقاً لمقتضيات البند؟.

يفترض في هذه الحالة أن الخصم يدفع بعدم إختصاص هيئة التحكيم لإنعدام إتفاق التحكيم، ولهذا يتعين على هيئة التحكيم الفصل في مسألة إختصاصها أولاً، ويتطلب ذلك فحص إتفاق التحكيم للوقوف على إرادة الطرفين في اللجوء إلى التحكيم، وذلك بالنظر إلى موضوع النزاع والظروف المحيطة بإتفاق التحكيم<sup>5</sup>.

لهذا رفضت هيئة التحكيم طلب المرسل إليه وشركة التأمين التي حلت محله ضد مالك

1-compte rendu de réunion du groupe de travail « médiation et arbitrage en matière d'assurance et réassurance, 28 /11/2011, op.cit, p 4.

2- محمد عبد الفتاح ترك، النطاق الشخصي لإتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص 38.

3 -MOLIGNIER Victor, clause compresseur, Op. cit, p 239.

4 -GAILLARD Emmanuel, la jurisprudence de la cassation de la matière l'arbitrage international, p 7

5. هبة أحمد سالم، الشروط التحكيمية وعيوب صياغتها من واقع قضايا مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري

الدولي، مجلة التحكيم العربي، ع 24، جوان 2015، ص 183.

السفينة التعويض عن الأضرار التي أصابت السفينة التي تعرضت للحادث وكانت تحمل شحنة من الأرز باتجاه مدغشقر، فقامت بالتفريغ في ميناء الصومال، ورفض الطلب كان بسبب عدم وجود إتفاق التحكيم وإنعدام السندات المؤيدة للطلب، إلا أن الإعتراض أسفر عنه قبول الطلب بعد إيداع المستندات<sup>1</sup>.

فعدم وضوح الصياغة في تحديد القانون أو القواعد الإجرائية المتبعة في عملية التحكيم يؤثر على سلامة إتفاق التحكيم فيصعب على الطرفين الإحاطة بجميع الإجراءات المتبعة من هيئة التحكيم على خلاف إختيارهم التحكيم المؤسسي، فإن الإحالة تجعل قواعد مؤسسة التحكيم أولى بالتطبيق حسب ما قضى به مجلس إستئناف القاهرة<sup>2</sup>.

ولا يطرح هذا الإشكال إذا كانت الإحالة بمقتضى الإتفاقيات الدولية الخاصة بنماذج العقود، كما هو الحال بالنسبة لإتفاقية القطن، ذلك لأن الإتفاقيات النموذجية المعتمدة من مؤسسات التحكيم تكون أشد وضوحا ودقة الصياغة وفق القانون المختار من الطرفين يتضمن كل البيانات، فالمنازعات الناشئة عن المطالبة بالتعويض مثلا بسبب ضعف جودة البضاعة فإذا لم يوجد إتفاق مخالف فإن تسويتها تتم بمقتضى الإجراءات التي تحددها قواعد ICA<sup>3</sup>، فإذا لم يكن الشرط واضحا يتضمن كل عناصر التحكيم كان باطلا<sup>4</sup>.

كما ينتج عن عدم وضوح الإحالة إلى محكمة التحكيم أو القضاء تنازع الإختصاص السلبى فيواجه طرفي الإتفاق عدم قبول دعواتهما من كلا الجهتين إذا ما تمسك كل منهما بعدم الإختصاص نتيجة الدفع به سواء أمام هيئة التحكيم أو المحكمة، أثبت ذلك القضاء من خلال بعض القضايا، ومثال ذلك النزاع الذي حكم فيه بأن شرط التحكيم الذي أحال على قواعد ICC

1 - J. Y Thomas, les sentences recentes, lettre d'information de la chambre maritime de paris, Gazette de la chambre, N° 13, 2007, p 5 .

2. الإكتفاء بالإحالة إلى قواعد لائحة لمركز أو لمؤسسة أو لغرفة تحكيم معينة تحكم إجراءات التحكيم يترتب عليه إندماج نصوص هذه اللائحة وليست القواعد المكملة في قانون التحكيم المصري هي المعتبرة في شأن إجراءات التحكيم . محمد عبد الرؤوف، التظلم من أمر منح الصيغة التنفيذية، مجلة التحكيم العربي، ع 19، 2012، ص 188.

3 - ANEX A, formulaire de contrat, regles et reglements de( the international cotton association limited)

4. غسان علي القيت، شرط ومشاركة التحكيم في المنازعات البحرية، محاضرة أقيمت في مركز العدالة للتحكيم والدراسات القانونية، 2015، مؤسسة الوحدة للطباعة النشر والتوزيع، اللاذقية، العدد3، ص8817.

تلتزم محكمة التحكيم على مستوى غرفة التجارة في فينيسا الإيطالية بتطبيقها، كذلك ترك الطرفان في إتفاق التحكيم المجال للخيار بالإحالة على محكمة لندن أو ليما في النزاع بين شركة الأمازون للشحن ببيرو ضد الشركة الدولية للتأمين ببيرو<sup>1</sup>.

ويعدل في الإختصاص التحكيم بإنضمام نادي الحماية والتعويض بشكل غير مباشر إلى جانب المدعى عليه عن طريق خطاب الضمان المقدم في الأحوال التي من المقرر الحجز فيها على السفينة بسبب تلف البضائع المشحونة على متنها وفقا لما تقتضيه إتفاقية-HAY VISBY أو HAMBOURG وما تحدده هيئة التحكيم إستنادا إلى هذه القواعد، فيرى أعضاء هيئة التحكيم البحري لغرفة التجارة البحرية (CAMP) التي تضم فنيين أن خطاب الضمان يجعل المدعى عليه مؤمن وإن كان ذلك قبل تحديد إطارها<sup>2</sup>.

وقد صدر عن غرفة التحكيم البحري بباريس الحكم الفاصل في القضية رقم رقم 1134 بأن المؤمن قد أساء توجيه دعواه ضد مالك السفينة الأجنبي بناء على عقد C-P الذي يتضمن شرط تحكيم وأعلن المحكمون عدم إختصاصهم للفصل في الدعوى التي رفعتها شركات التأمين التي حلت محل المرسل إليه ضد مالك السفينة وربانها بعد غرق السفينة وفقدان حمولتها، تبين أن الإجراء ليس قائم على أساس قانوني سليم، كان من اللازم أن يكون موجها ضد المستأجر طالما أن المرسل لا يمكن أن يتجاهل وجود الشاحن(المستأجر)، حيث تستند شركات التأمين في طلب التحكيم على شرط التحكيم المدرج في سند الإيجار الذي حدد بوضوح صفة الشاحن<sup>3</sup>.

إذا كان الإشكال السابق يتعلق بإستظهار إرادة طرفي إتفاق التحكيم كشرط لصحته، فقد إشتراط المشرع وضوح الإحالة، فإن حدة هذا الإشكال تظهر عندما لا يكون المؤمن طرف في الإتفاق، فهل هذا يعني أنه لا يمكن إختصاصه أمام هيئة التحكيم؟.

يهدف المشرع بالدرجة الأولى في العلاقات التعاقدية إلى حماية الطرف الضعيف سيما بالنسبة لعقود الإذعان، فوجود المؤمن تفرضه أكثر من ضرورة عملية، لهذا طبقت محكمة إستئناف باريس مبدأ الحلول بموجب الحكم الصادر في 04/07/2006 في القضية القائمة ضد

1- FOUCHARD Ph , op,cit, P 266.

2 - OLIVIER Jamby Marlin, l'assurance maritime terre d'élection de l'arbitrage, [www.arbitrage-maritime.org](http://www.arbitrage-maritime.org)

3 - GRONDIN Jean yves, op.cit, p 8.

شركة التأمين، إذ أن المؤمن له إستند على طلب التحكيم المقدم من شركة التأمين تأسيسا على المادة 3/111 من قانون التأمين الفرنسي، كان من المفترض التأكد من إرادة الطرفين لتطبيق إتفاق التحكيم وفحصه للتأكد من سرياته، غير أن المحكمة تصدت للإستئناف رفضا بحجة أنه لا يجوز للمؤمن التمسك بالعلاقة القائمة بين المؤمن ومعيد التأمين<sup>1</sup>.

وفي هذه النقطة يؤكد كل من (BESSON و PICARD) على أن شركة التأمين ملزمة بتحمل الخطر بمفردها ولا يجوز لمعيد التأمين التدخل لمقاسمتها الأخطار التي سبق لها الإلتزام بها إتجاه المؤمن له<sup>2</sup>.

كما أن الخصوصية التي يتميز بها نشاط التأمين تجعل شركة التأمين تقبل على فرضيات أخرى مرتبطة بوجود إتفاق التحكيم، كأن يرتبط أحد طرفي إتفاق التحكيم بعقد تأمين يغطي بصورة مباشرة أو غيرمباشرة موضوع النزاع الذي يتعين الفصل فيه أو في جانب منه، يجوز إدخال المؤمن في إجراءات التحكيم إلى جانب المؤمن له وإن لم يوافق الطرف الأصيل على ذلك أثناء إبرام العقد مما يمنحها موقفا فريدا جدا في مواجهة هذه المؤسسة.

وخلافا لذلك لا يمكن تدخل شركة التأمين في إجراءات التحكيم لصالح طرف في عقد التأمين ذلك لأن في منازعات التأمين على المسؤولية مثلا لا يجوز قانونا للمؤمن طلب الضمان أو التدخل الطوعي، أما إذا ورد شرط إدارة إجراءات التحكيم يجوز لشركة التأمين بموجب هذا الشرط التدخل في القضايا التي يكون المؤمن له طرفا فيها نتيجة للمخاطر الكبيرة التي تسمح له مباشرة إجراءات التحكيم بديلا عنه، ويتحمل في الأخير الأعباء المالية التي قد يربتها حكم التحكيم على المؤمن له، هذا ما شاع تطبيقه في قضاء التحكيم.

وفي حالة تدخل شركة التأمين فلا يمكنها أن تأخذ مركز الطرف في التحكيم، مما يمكن التساؤل حول الطبيعة القانونية لهذا التدخل، كذلك أن يلتزم المحكم بالكشف عن علاقته بالمؤمن تطبيقا لمبدأ الإستقلالية والحياد، وفي هذا الشأن فإن القضاة أشد حرصا على إلزام المحكمين بالإفصاح عن أية شبهة بوجود علاقة شخصية مع أحد طرفي عقد التأمين قد تهدد حكم التحكيم

1 -COMOLET Alexandre, la place de l'interdépendance contractuelle dans les contrats d'assurance.

V. le site: [www.memoire.jm.u-psud.fr](http://www.memoire.jm.u-psud.fr).

2- PICARD M BESSON M, les assurances terrestres, T.I, le contrat d'assurance, LGDJ, 1982, p 337.

بخطر الإلغاء<sup>1</sup>.

وثاني الفرضيات تتمثل في حلول شركة التأمين محل المؤمن له بعد أن تدفع له مبلغ التأمين ويعتبر ذلك سابقة قضائية سادت منذ التسعينات على إعتبار أن شرط التحكيم في عقد مدمج في مجموع العقود يجب أن يطبق على المنازعات الناشئة عن العقود الأخرى ضمن هذه المجموعة، هذا ما يتضح من حكم محكمة « بوبيني التجارية » بأن شرط التحكيم في العقد يجب أن يمتد إلى جميع الإتفاقات المبرمة بين الأطراف والتي تعتبر بمثابة ملحقات العقد.

وعلى الرغم من تأكيد المحكمة على أن شرط التحكيم يمتد تطبيقه إلى العقود الأخرى من ذات المجموعة بحكم ترابطها، إلا أنه لا يمكن التعامل بهذه القاعدة كمبدأ عام ومطلق<sup>2</sup>، يمكننا الإشارة هنا إلى التعارض الذي وقع على مستوى محكمة النقض الفرنسية فيما يتعلق بقبول المرسل إليه لشرط التحكيم بالإحالة، إذ تلزم الغرفة التجارية في الشؤون البحرية على أن يكون صريحاً، بينما قضت الغرفة المدنية بأن يكون القبول مفترضاً<sup>3</sup>.

إلا أنه من الناحية العملية في مجال النقل البحري أن التأمين لعدة رحلات لا يتطلب الإكتتاب بالتأمين وفق الطرق العادية وإنما يكفي الإتصال عن طريق وسائل الإتصال الإلكترونية للتأمين على البضاعة أو أعمال شروط المعاملات السابقة دون إعادة الكتابة بما في ذلك شرط التحكيم.

وفي هذا الصدد تثار مسألة شرط التحكيم بالإحالة، فإن محكمة النقض قضت بالنسبة للنقل البحري من خلال صيغة من المرجح أن يتم تعميمها بأنه "لا يمكن لشركات التأمين المحيل إليها الدفع باستبعاد الشرط فيما يتعلق بها من منازعات في غياب موافقة صريحة عندما يكون من المعتاد تضمين بند التحكيم الدولي في عقد النقل الدولي " فالطابع المعتاد لاتفاق التحكيم في أنواع معينة من المعاملات في الواقع في جميع عمليات التجارة الدولية تفسر إفتراض وجود التحكيم من أولئك الذين ينفون وجوده للتنازل عنه<sup>4</sup>، قضت بذلك غرفة التحكيم البحري بباريس

- EVIAN Eric, l'arbitrage de l'assurance et l'assureur en arbitrage, op.cit, p 151.

2- DUBARRY J-C, LOQUIN E, clause compromissoire, groupe de contrats, clause contenue de l'accord de principe, Extension aux litiges portant sur des contrats d'application, RTD ,1992, p 591 .

3-CACHARD.O, cie Axa corporate solutions, Bull,civ. IV, n° 154, rev. Arb, JDI, 2004, p 1187.

4 - GAILLARD Emmanuel , la jurisprudence de la cour de cassation en matière d'arbitrage international, 13 /03/2007, P 7.

بأن الطبيعة المعتادة للشرط تجعل الموافقة الصريحة من المرسل إليه (المؤمن له) وشركات التأمين التي حلت محله غير ضرورية<sup>1</sup>.

## 2 . عدم صحة إتفاق تحكيم

إن رموز الصحة في إتفاق التحكيم يستدل عليها من زوايا مختلفة، إما أن تكون شخصية تتعلق بطرفي الإتفاق في أهليتهم، أو أن تكون متعلقة بإتفاق التحكيم ذاته بإعتباره من طبيعة عقدية يستوجب معها توفر الشروط القانونية التي تمنع بطلانه .

### 1.2 . إنعدام الأهلية أو نقصها

إذا كان أحد طرفي إتفاق التحكيم وقت إبرام العقد المتضمن إتفاق التحكيم لا يملك أهلية التصرف لإبرام إتفاق التحكيم وإن توكل عنه غيره<sup>2</sup> زالت آثار الإتفاق ونتج عنه رفض تنفيذ حكم التحكيم وفق ما نصت عليه إتفاقية نيويورك<sup>3</sup>، لذلك عبر عنها بعض الفقهاء بعدم القابلية للتحكيم من الناحية الشخصية<sup>4</sup>.

وفي هذا الصدد أشار الفقهاء أنه لرفض الإعراف وتنفيذ حكم التحكيم يكفي أن يكون أحد أطراف إتفاق التحكيم ناقص الأهلية ولا يشترط أن تكون منعدمة، وهذا ما عيب عن إتفاقية نيويورك التي ذكرت مصطلح إنعدام الأهلية كسبب لبطلان إتفاق التحكيم<sup>5</sup>، ولأجل رفع اللبس عن مضمون المادة (2/ب) من الإتفاقية التي إعتبرت أن إنعدام الأهلية من أسباب بطلان إتفاق التحكيم، فسر القضاء ذلك بأن خصوصية إتفاق التحكيم تقتضي أن يرد النص عليه مستقلا في بند صريح على عرض النزاع على التحكيم في حالة وقوعه ولو ورد ذلك في شكل إحالة، ولهذا فإن الأهلية المطلوبة في طرفيه هي أهلية التصرف وليست أهلية الإدارة، لذلك فإن بعض الفقه رفض موقف القضاء من إشتراط أهلية التحكيم بإمكانية قياسها على صحة تمثيل الخصوم وذلك لتجلي الإختلاف بينهما<sup>1</sup>.

1-GRONDIN Jean Vves, op .cit, p 2.

<sup>2</sup> . عامر فتحي البطاينة، مرجع سابق، ص 244.

<sup>3</sup> . راجع المادة (1/5 . أ) من إتفاقية نيويورك 1958.

<sup>4</sup> . عزت البحيري، مرجع سابق، ص 238 .

<sup>5</sup> . إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 170 .

كذلك نص القانون النموذجي صراحة على عوارض الأهلية كسبب لرفض تنفيذ حكم التحكيم الدولي<sup>2</sup>، وبهذا فإن قواعده تتماثل مع ما ورد في إتفاقية نيويورك حول الشروط المطلوبة لصحة إتفاق التحكيم وقبول تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي وإن وردت سببا للبطلان<sup>3</sup>.

## 2.2 . بطلان إتفاق التحكيم

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على رفض طلب الإعراف وتنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر في الخارج الذي يكون باطلا وفقا لقانون مكان صدوره، وإنما أدرج ضمن الحالات المستوجبة للرفض أن يكون هذا الحكم مؤسس على إتفاق تحكيم باطل أو إنقضى أجله.

وفي القانون الفرنسي لا يتقيد القاضي المقدم إليه طلب الإعراف وتنفيذ حكم التحكيم الدولي بقواعد البطلان في قانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم، هذا ما سار عليه القضاء الفرنسي، وبهذا فإن حكم التحكيم الأجنبي الباطل يحتمل قبول تنفيذه في فرنسا مخالفا بذلك أحكام المادة 5/هـ من إتفاقية نيويورك التي أدرجت ضمن أسباب منع تنفيذ كل حكم ملغى أو موقف إستنادا إلى قانون مكان صدوره<sup>4</sup>.

## ثانيا . حالات عدم التنفيذ لوجود عيب في الإجراءات

إن الكشف عن الخلل في الإجراءات يعتبر من صميم المهام المخولة للمحكم مراعاتها بدقة تلك الإجراءات تتعلق في الغالب بمبادئ أساسية للسير السليم في العملية التحكيمية بما يضمن حقوق كل طرف في الخصومة بطريقة عادلة ومنصفة، وتشمل تلك المبادئ مبدأ حق الدفاع ومبدأ المواجهة، والمساواة، ولتحقيق ذلك أحاطها المشرع بعدة إجراءات منها إعلان كل طرف

1. عزت البحيري، مرجع سابق، ص 239 .

2. هذا ما يتضح في نص المادة (1/36/أ) بقولها "لايجوز رفض الاعتراف بأي قرار تحكيم أرفض تنفيذه بصرف النظر عن البلد الذي صدر فيه إلا بناء على: أ. طلب الطرف المطلوب تنفيذ القرار ضده إذا قدم هذا الطرف إلى المحكمة المختصة المقدم إليها طلب الاعتراف أو للتنفيذ دليلا يثبت: 1. أن طرف إتفاق التحكيم المشار إليه في المادة (7) مصاب بأحد عوارض الأهلية...".

3. بواب بن عامر، مرجع سابق، ص 228.

4. نصت المادة 5/هـ من إتفاقية نيويورك "أن الحكم لم يصبح ملزما للخصوم أو ألغته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد التي فيها أو بموجب قانونها صدر الحكم".

بالإجراءات المتخذة أثناء سير الخصومة والمتعلقة بالإثبات، ويكون ذلك بطريقة صحيحة ومؤكدة وتوزيعها بقدر متساو بينهما، فلا يقتصر دور المحكم في تلقي الأدلة لتكوين قناعته وإنما ينظر إلى موقف الخصم منها، فلا يأخذها القاضي كحجة مسلمة إلا إذا نفذها الخصم أو لم يثبت عكسها، والغاية التشريعية من التشدد في الرقابة على الإجراءات تتمثل في المحافظة على الضمانات الأساسية للتقاضي التي يرتكز عليها النظام العام، ويمكن بلورة هذه الصورة من الرقابة تحت ما يسمى برقابة حكم التحكيم من جانب الشكل<sup>1</sup>.

عمدت النقابات المهنية للمؤمنين إلى إنشاء مراكز وهيئات التحكيم الخاصة في الدول الغربية كجهاز يتولى إدارة عمليات التحكيم لتسوية المنازعات المترتبة عن ممارسة نشاط التأمين أو الإشراف عليها وتسييرها منها مثلا مركز التحكيم الفرنسي لإعادة التأمين والتأمين CEFAREA<sup>2</sup>، ARAIS UK، والرابطة الدولية للتحكيم الفرنسية AIDA، كما هو الحال بالنسبة لمراكز وهيئات التحكيم الدولية مثل غرفة التحكيم البحري بباريس وغرفة التجارة الدولية وهيئة اللويدز وغيرها المنتشرة في العالم، التحكيم عن طريق هذه المؤسسات يعد تحكيم مؤسسي توفر إطار قانوني يضمن تطبيقها من طرف المحكمين، غير أن التحكيم عن طريق ARAIS UK وAIDA تسمح للأطراف إنتهاج قواعد التحكيم الحر، فلا تفرض رقابتها على المحكمين ولا تلزمهم بتطبيق قواعدها، فمن الناحية العملية أن التحكيم الحر يمنح الحرية للأطراف إختيار الإجراءات التي يتبين لهم أنها مناسبة مع خصوصية منازعاتهم<sup>3</sup>.

نفس النظام إتبعه المركز الدولي للتحكيم الفرنسي للتأمين وإعادة التأمين القائم على قواعد العدالة والإنصاف وإعفاء المحكمين من تطبيق القانون مالم يتفق الأطراف كتابة على غير ذلك، تقوم هيئة التحكيم في إطار قواعد المركز بالتسوية الودية للنزاع، ومع ذلك يسمح لها بتصحيح الحل الذي يمهد لتسببه قانونا إذا بدا لها أنه عادل<sup>4</sup>.

لهذا نجد أن واضعي لوائح CEFAREA حارسون على وضع شروط مبسطة وسهلة تلم

<sup>1</sup>. بواب بن عامر، مرجع سابق، ص 227.

2- CEFAREA annexe,op.cit, p 28.

3- STEPHANE Choisez, ALEXENDRE Job, contentieux en matière d'assurance : Quel reglement arbitrage choisir , revue generale du droit des assurances ,01/07/2013, N° 3, p 501.

4 - JARROSSON Charles, l'arbitrage interne : le contrôle de lasentence , cour de cassation, [www.cour.de.cassation.fr/publications\\_cour\\_26/bulletin\\_information\\_cour\\_cassation](http://www.cour.de.cassation.fr/publications_cour_26/bulletin_information_cour_cassation)

بإجراءات التحكيم البحري منذ بدء عملية التحكيم إلى غاية منتهاها، كما أنها تستعرض نماذج إتفاقات تحكيم تتوفر على جميع عناصر التحكيم بشكل دقيق وشامل لمختلف مراحل التحكيم من تعيين المحكمين أو طريقة تعيينهم، القانون المطبق على الإجراءات وعلى الموضوع مكان التحكيم، آجال صدور الأحكام، اللغة المستعملة<sup>1</sup>، كما أنهم حارسون على عصرنة بنودها بإستمرار باتجاه مواز لتطور النظم القانونية بما تتناسب مع متطلبات المتعاملين والممارسة الميدانية في مجال النشاط البحري، وتمنح للأطراف إمتيازات عند اللجوء إلى هذه المراكز التي تطبق إجراءاتها الخاصة لضمان تطبيق المبادئ الأساسية للتقاضي كضمانات لحماية حقوقهم<sup>2</sup>.

لهذا فإن التوصية الثانية التي خرجت بها لجنة الإتحاد الأروبي المرؤخة في 04/04/2001 أوصت بوضع مبادئ تطبقها هيئة التحكيم التي تتولى الفصل في منازعات المستهلكين<sup>3</sup>.

إذ تعتبر إجراءات التحكيم ومبادئها بمثابة الركائز التي تسند عليها عملية التحكيم، تستمد وجودها إما من إتفاق التحكيم أو من القانون المطبق على الإجراءات، فإذا فسدت تلك الإجراءات خرقا للإتفاق أو للقانون فإن طلب تنفيذ الحكم الذي قدم بمقتضاها مآله الرفض وذلك بإجماع مختلف القوانين والإتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم<sup>4</sup>، فيتحرى القاضي الذي يقدم إليه طلب تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي من سلامة الإجراءات التي سلكها المحكم لإصدار حكمه، تلك الإجراءات تخضع لقواعد تنفيذ حكم الأجنبي في دولة التنفيذ مع مراعاة الطبيعة القانونية للتحكيم<sup>5</sup>.

هذا وقد أدرج الفقهاء تحت هذه الحالة مايلي :

### 1. تجاوز المحكم للمهام المسندة إليه في إتفاق التحكيم

يعد إتفاق التحكيم الإطار الذي يرسم فيه نطاق سلطة المحكم على النزاع، وذلك من خلال

<sup>1</sup>. ليلي بن تركي، التحكيم في عقود إيجار السفن البحرية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 4، العدد 2، 2018، ص 131.

2 - YARHI M, op.cit, p 185.

3 -SOLIGNAC Phippe, Rapport au nom de la commission juridique et adopté par l'assemblée générale du 19/09/2002, livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, chambre de commerce et d'industrie de paris, p 18.

<sup>4</sup>. عامر فتحي البطاينة، مرجع سابق، ص 246.

<sup>5</sup>. عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 179.

تعيين المسائل التي توكل إليه للفصل فيها، ويسهل هذا التحديد بصدد إتفاق التحكيم الذي ينشأ بعد وقوع النزاع، لأنه يتضمن تفاصيل عملية التحكيم من الناحيتين الإجرائية والموضوعية وبالتالي يسهل على القاضي الكشف عن تجاوز المحكم لمهامه.

إلا أن الإشكال يطرح بصدد شرط التحكيم الذي تكون نشأته معاصرة لإبرام العقد الأصلي وسابق عن نشأة النزاع وأن تحققه أمراً إحتمالياً، ولذلك فقد ينتقص منه تفاصيل التحكيم، إلا أن المشرع لم يترك الأمر بل أعطى الحل لهذا الإشكال بأن ترك فرصة للأطراف إضفاء ما نقص في الشرط إما في إتفاق لاحق أو في وثيقة المهمة.

ولهذا أقام المشرع الفرنسي الرقابة القضائية على مهام محكمة التحكيم إستناداً إلى وثيقة المهمة أو ملحقها والتي تقيد سلطات المحكم ليس من الناحية الإجرائية فحسب، وإنما من حيث عدم خروجه عن نطاق المسائل المتفق حلها بالتحكيم، هذا ما إعتمده نظام غرفة التجارة الدولية للتحكيم التي تجعل وثيقة المهمة الأساس الذي يستند عليه الأطراف في تحديد طلباتهم<sup>1</sup>.

غالباً ما تتضمن عقود التأمين الدولي النموذجية شرط تحكيم مسبق يحدد إختصاص المحكم للفصل في المنازعات التي تنشأ عن العقد مالم يتنازل الطرفان عنه لصالح المحكمة المختصة، فيلتزم المحكم بهذا الشرط<sup>2</sup>، فإذا فصل في نزاع غير وارد في شرط التحكيم أو تجاوز نطاقه رفض القاضي المختص تنفيذ حكم التحكيم<sup>3</sup>.

فإذا خالف ذلك وصدر عنه أمر بالتنفيذ رغم وقوع المخالفة جاز للمحتج ضده بهذا الحكم إستئناف أمر تنفيذه وفق ما نصت عليه إتفاقية نيويورك هذا ما تطرق إليه مشرعنا في عرضه لأسباب إستئناف أمر التنفيذ<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>. راجع المادة 16 من نظام غرفة التجارة الدولية للتحكيم .

<sup>2</sup>- إن الخاصية الإذعانية لعقد التأمين عامة سيما في المجال البحري يجعل الإرادة المشتركة للطرفان في وضع شرط التحكيم أمر نادر خاصة وأنها غالباً ما ترد في شكل نماذج معدة مسبقاً.

3 - Le contentieux des contrats internationaux d'assurance, v. [www.fondation-droitcontinental.org](http://www.fondation-droitcontinental.org) visite le 15/06/2018

<sup>4</sup>. راجع المادة (5 / 1- ج) من إتفاقية نيويورك 1958 التي نصت على "أن الحكم فصل في نزاع غير وارد في مشاركة التحكيم أو تجاوز حدودها فيما قضى به، ومع ذلك يجوز الاعتراف وتنفيذ جزء من الحكم الخاضع أصلاً للتسوية بطريقة التحكيم إذا أمكن فصله عن باقي أجزاء الحكم غير المتفق على حلها بهذا الطريق...".

ففي التأمين على البضائع المنقولة مثلاً فإن البند 38 من البوليصة الفرنسية للتأمين البحري ينص على أن شرط التحكيم يطبق في حالة نشأة المنازعات المتعلقة بالإعلان غير الدقيق عن الخطر أو في حالة عدم التصريح الصحيح به، إلا أن الشرط لم يظهر في إصداراتها اللاحقة<sup>1</sup>. لهذا يقترح (M.LATRON) كتابتها في واجهة واحدة على النموذج، على خلاف ما يراه (MARTON) أنه لا بأس على المؤمن كتابة ما تلقاه عن المكتتبين حول بيانات الخطر في جهتي المطبوع، فيقدم إلى المحكم ترجمة منه بإعتباره محرر باللغة الفرنسية<sup>2</sup>.

هذا وتختص محكمة التحكيم بلندن بتسوية المنازعات المتعلقة بمصادرة السفن القائمة بين ملاك السفن ونوادي الحماية والتعويض التابعين لها<sup>3</sup>.

لهذا فإن المحكم أثناء إصداره الحكم عليه أن يتحرى الدقة والوضوح، ويفضل إختيار المحكمين من ذوي الكفاءات في موضوع المنازعة، ومنها المنازعات الناشئة عن بوليصة التأمين، سيما عند الإتفاق على تطبيق قانون التجار (lex mercatoria)، ولهذا قد يرفض المحكم المهمة لعدم إختصاصه وعدم علمه التام بالقانون المذكور<sup>4</sup>.

هذا ما قضت به محكمة إستئناف القاهرة بأنه: "إذا حدد شرط التحكيم في وثيقة التأمين أن مهمة المحكم إثبات الأضرار والخسائر الناشئة عن الحادث المؤمن عليه وتقدير قيمتها ليس للمحكم صلاحية إلزام شركة التأمين بدفع التعويض الناجم عن ذلك للمؤمن له، وإنما يكون ذلك من صلاحية القضاء"<sup>5</sup>.

كذلك حكمت غرفة التحكيم البحري بباريس برفض طلب مالك السفينة القاطرة المتعلق بأجرة المساعدة التي قدمتها للسفينة التي علقت في نهر الصين بسبب عطل أصاب المحرك الرئيسي وسببت رفضها أن السفينة والبضاعة لم تكن معرضتين للخطر<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> نشأت بوليصة التأمين البحري الفرنسية في 1968 /08/10 عدلت في 1970/09/14 ثم في 1978 /12/01

2- TURGNE Franck, op.cit, p 259.

3-Abdourahmane SALL, La préservation des recours de l'assureur maritime sur facultés, Université Cheikh Anta Diop - dakar,2006.

4-PAULSSON Jan, la lex mercatoria dans l'arbitrage C.C .I, Rev. de l'arbitrage, 1990, P 68.

<sup>5</sup> حمزة أحمد حداد، حكم التحكيم وشروط صحته، دورة التحكيم في العقود الهندسية والإنشائية وإعداد المحكمين

في دمشق، غرفة التحكيم العربية للعقود الهندسية والإنشائية، 2008/11/05.

6 - GRONDIN Jean Vves, lettre d'information de la chambre arbitrale maritime, op.cit, p 2.

كما قضت المحكمة التجارية بفرساي في الحكم الصادر 2013/09/20 بأنه إذا أكد المدعي عليه في رسالة سابقة على شرط التحكيم في إتفاقية تأمين المورد فإنه يطبق فقط على المنازعات الناشئة عن الإتفاق، فلا يصح الإحتجاج به مالم يكن متعارض مع شرط التحكيم الوارد في إتفاق أو إتفاقات خاصة، إستثناء على إختصاص المحكمة التجارية للنظر في طلب التعويض عن مسؤولية الإنهاء المفاجيء للمنازعة، فإن هذا الطلب غير متصل بالإتفاق الذي يتضمن شرط التحكيم<sup>1</sup>.

ويمكن لشركة التأمين طلب إخراجها من النزاع إذا وجدت أن الوقائع مخالفة لما تم الإتفاق عليه في العقد، فإن طلب الخروج من النزاع له ما يبرره لوجود وقائع لا تتفق مع العقد، كأن يتأخر الشاحن في تسليم البضاعة إلى المرسل إليه في الأجل المحدد في سند الشحن بخطأ منه وينتج عن هذا التأخير حدوث ضرر، ومع ذلك لا يتم تحميل البائع المسؤولية مسبقاً، إنما على محكمة التحكيم أو المحكمة المختصة أن تفصل في إثبات مسؤولية التأخير<sup>2</sup>.

لهذا فإنه يجب إعطاء إتفاق التحكيم تفسيراً سليماً بما لا يخالف القانون ولا سيما القواعد المتعلقة بإختصاص المحاكم، فعلى سبيل المثال فسرت محكمة إستئناف باريس عبارة "جميع المنازعات المتعلقة بتفسير العقد" على أنها لا تشمل المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد، خلص بعض النقاد الفرنسيين أيضاً إلى أنه يجب تفسير إتفاقات التحكيم الدولية بشكل صارم، لأن قرارات القضاء الإيطالي مثلاً قبل التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية الإيطالي كانت متشابهة<sup>3</sup>.

لذلك فإن تجاوز المحكم للمهام المخولة له بمقتضى الإتفاق يعرض الحكم للبطلان، كأن يتحدد نطاق إتفاق التحكيم من خلال التفسير الصحيح لعباراته، فقد ينصرف إلى جميع المنازعات المتعلقة بالعقد أو على جزء منها، فإذا قصر الإتفاق في عقد التأمين على المنازعات المتعلقة بالتعويض فإن ما عداها من إختصاص القضاء، هذا ما قضت به المحكمة "إن التصل من المسؤولية عن التعويض يمتد سببه إلى أساس شروط العقد، الأمر الذي يحول بين المؤمن

1 -Tribunal de commerce de versailles (3° ch),20/9/2013, sommaire de jurisprudence, revue de l'arbitrage, N° 2, 2014, p 501 - 502 .

2 - MAILLARD Rémi, Y-il, encire, des assureurs en risques politiques ? Ou comment réduire l'insécurité des risques politiques ? les travaux de l'Enass, thèse professionnelles. école nationale d'assurances, l'institut du Cnam, 2009, p 85 v. le site [www.amrae.fr>default>files](http://www.amrae.fr/default>files)

3-GARY B .Born, international commercial arbitration, volume 01, wolters kluswer, america, 2009, p 332.

وبين شرط التحكيم المقيد بالخلاف حول مقدار مبلغ التعويض وليس حول سنده في شروط العقد، ما لم يترك الطرفان الإتفاق مطلقاً مثلما نجده في وثائق التأمين لشركات التأمين العراقية "أي خلاف ناشئ عن هذه الوثيقة ينبغي الرجوع إلى قرار محكم فرد"، أيضاً نجد أن إتفاق التحكيم تأخذ به شركات التأمين الأردنية "إذا نشأ خلاف بين الفريقين يتعلق بتنفيذ هذا العقد وتعذر تسويته ودياً فيحال إلى التحكيم"<sup>1</sup>.

ومع ذلك إذا كان الإتفاق محصور في نزاع فيمكن للطرفين تعديله أو إبرام إتفاق جديد، أو أن يحكم إستناداً إلى القانون في حين إتفق الأطراف على أن يكون التحكيم بالصلح<sup>2</sup>.

### 1.1 . القانون المطبق في تقدير مهمة المحكم

لم تكف إتفاقية الرياض في جعل الإتفاق المصدر الذي يستمد منه المحكم مهامه، وإنما يستمدّها أيضاً من القانون الذي يطبق على النزاع بقولها "إذا كان المحكمون غير مختصين طبقاً لعقد أو شرط التحكيم أو طبقاً للقانون الذي صدر قرار المحكمين على مقتضاه" إلا أنها لم تميّز ما بين قاعدة الإسناد أو القانون الموضوعي يطبقه القاضي لتقرير مدى تحقق المخالفة<sup>3</sup>.

ولم تتعرض إتفاقية نيويورك للقانون الذي يستند إليه القاضي المختص لتقدير تجاوز المحكم حدود إتفاق التحكيم، لذلك إجتهد الفقه في تحديد القانون المناسب لإنطباقه على هذه الحالة فإختلفت آرائهم بعضهم يميل إلى تطبيق قواعد الإسناد الواردة في المادة (1/5- أ) من إتفاقية نيويورك المتعلقة بعدم صحة إتفاق التحكيم الذي تفضي إلى تطبيق قانون الإرادة أو قانون مكان التحكيم إذا لم يتفق الطرفين على ذلك، بينما يفضل إتجاه آخر إلى إعمال القانون الذي يطبق على الإجراءات لأن رفض التنفيذ مرده تجاوز المحكم لمهامه<sup>4</sup>.

### 2.1 . حدود سلطات القاضي في تقدير مهام المحكم

لما كانت الرقابة على حكم التحكيم ليست مقصود بها مراجعته، فإن القاضي يأخذ بالدفع

<sup>1</sup>. بهاء بهيج شكري، مرجع سابق، ص 168.

<sup>2</sup>. راجع المادة 1502 من ق إ م ف السابق.

<sup>3</sup>. راجع المادة 3/3 من إتفاقية الرياض 1983 .

<sup>4</sup>. صرخوه يعقوب يوسف، أحكام المحكمين وتنفيذها في التحكيم التجاري، ط1، د د ن، الكويت، 1986، ص192

المقدم من المنفذ عليه بتجاوز المحكم لمهامه من منظار ضيق، لأن أحكام التحكيم تصدر نهائية غير قابلة للمراجعة، فإذا تبين للقاضي المختص صحة الدفع قضى بأحد الافتراضات:

**الإفتراض الأول:** إذا قضى المحكم بما يخالف إتفاق التحكيم مخالفة تامة، فإن القاضي يرفض تنفيذ حكم التحكيم الدولي.

**الإفتراض الثاني:** مما سبق يتضح أن أهمية ضم حالة تجاوز المحكم مهامه المخولة له بموجب إتفاق التحكيم إلى الحالات المستوجبة لرفض تنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي أنه منح إتفاق التحكيم نوع من النمطية، وذلك من خلال تمكين القاضي من تجزئة الحكم بإصدار أمر التنفيذ فيما يتعلق بالجزئية الصحيحة التي تتوافق مع إتفاق التحكيم طبقاً لنص المادة (1/5ج) من إتفاقية نيويورك<sup>1</sup>، ويعد هذا من الإيجابيات التي إمتازت بها الإتفاقية، ذلك لأنها توفر ضماناً للتنفيذ ولا تهدر إتفاق التحكيم كلياً.

ولم تعالج إتفاقية الرياض مسألة الأحكام الجزئية، إلا أن ذلك لم يمنع بعض الفقهاء الإسترشاد بالمادة 32 المتعلق بجوازية تنفيذ الأحكام الجزئية عملاً بالمادة 37 من الإتفاقية التي تخضع حكم التحكيم والحكم القضائي لنفس القواعد متى كان هذا الجزء يتعلق بمسألة متفق تسوية المنازعات المتعلقة بها عن طريق التحكيم وأمكن فصلها عن المسائل الأخرى التي لم يحتويها إتفاق التحكيم كما نص على ذلك قانون التحكيم الأردني<sup>2</sup>.

## 2. مخالفة قواعد تعيين المحكمين

ألزمت القوانين الدولية والداخلية التي تنظم التحكيم الدولي منها إتفاقية نيويورك التي إستدرجت هذا الشرط، إلى جانب الشرط المتعلق بمخالفة الإجراءات للإتفاق أو لقانون دولة التحكيم، أيضاً القانون النموذجي للأمم المتحدة الأطراف والمحكمة التطبيق السليم لقواعد تعيين المحكمين الواردة في إتفاق التحكيم أو في القانون المطبق في حالة عدم الإتفاق، وكل تعيين

<sup>1</sup> كذلك نصت عليها المادة (9/14ج) من الإتفاقية الأوروبية 1961، والمادة (36/1/3) من القانون النموذجي للأمم المتحدة 1985 المعدل. عزت البحيري، المرجع نفسه، ص 275، 276.

<sup>2</sup> نصت المادة 37 من إتفاقية الرياض "يعترف بأحكام المحكمين وتنفيذها بنفس الكيفية المنصوص عليها في هذا الباب". منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 413.

مخالف لهذه القواعد يشكل سببا لرفض تنفيذ الحكم الصادر عن هذا المحكم أو هيئة التحكيم<sup>1</sup>. وأشارت المادة 29 من بوليصة التأمين البحري لنانت إلى الإستثناء الذي ورد على المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي التي تلزم بتعيين المحكمين بأسمائهم تحت طائلة البطلان، فإن المادة 332 من القانون التجاري المتعلقة بالتأمين البحري تمنح الأطراف حق اللجوء للتحكيم دون الحاجة إلى الإفصاح عن إرادتهم في تعيين المحكمين<sup>2</sup>.

كما أن المنازعات المتعلقة بالتعويض عن الأضرار المترتبة عن مسؤولية المؤمن له بسبب التصادم أو تلك المتعلقة بإحتساب مبلغ الإستفادة من الخدمات المقدمة للسفينة بعد عملية الإنقاذ والتي تكون مملوكة جزئيا أو كليا للمؤمن له يتم تسويتها من طرف محكم واحد يعين من شركة التأمين والمؤمن عليه<sup>3</sup>.

ونشير إلى نص البند 26 من بوليصة التأمين البحري الفرنسية على أجسام السفن بأنه في حالة فشل التسوية الودية بين الأطراف المسؤولة عن الجنوح ومكافأة الإنقاذ تحدد المسؤولية من محكم واحد وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية الجديد، وفي حالة عدم الإتفاق يعين المحكم من طرف غرفة التحكيم البحري بباريس بطلب من الطرف الأكثر إستعجالا<sup>4</sup>.

فما مدى تدخل القضاء في إثبات مخالفة الإتفاق في تعيين المحكمين والتصدي لها ؟. تطرح المادة 332 السابقة إشكالية الإختصاص في تعيين المحكمين في حالة رفض الطرف تعيين محكمه أو رد المحكم المعين من الخصم، فهل المادة السابقة تلزم الطرف الممتنع قبول المحكم الذي تعينه المحكمة جبرا ؟.

للإجابة على هذا الإشكال لابد من التمييز بين نوعين من التحكيم 'الإختياري والإجباري' نصت المادة 29 من بنود بوليصة التأمين والتي لا تتعلق بالتحكيم الإلزامي بأن الطرف الذي وقّع على هذه الوثيقة دون أن تضع شركة التأمين إستثناء بشأن الإختصاص فإنها تكون ملزمة

<sup>1</sup> راجع الماد 1/5(د) من إتفاقية نيويورك بقولها "إن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم مخالفا لما إتفق عليه الأطراف أو لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق...".

2-CHARLES Lemonnier, commentaires sur les principales polices d'assurance maritime, op.cit, p 505 – 506.

3-clauses types de la CNUCED relatives à l'assurance maritime des corps de navire et des marchan - dises, conférence des nations unues sur le commerce et le développement Genève, rev n° 1, nations unies, new york, 1989, p 14,18,36.

4- TURGNE Franck, op.cit, p 158.

به، وبالتالي فإن المحكم تفرضه الإتفاقية وليس القانون وتخضع إجراءات التعيين لإختصاص المحكمة التجارية.

وبهذا يلتزم طرفي إتفاق التحكيم الذين وقعوا بوليصية التأمين بتعيين المحكمين، فيجوز لهم حينئذ رفض تدخل القضاء في إلغاء العقد عند إمتناع أحد الخصوم عن تعيين محكمه أو إستبداله إنما تتوقف مهمة المحكمة عند تحديد أجل التعيين كما هو الشأن بالنسبة للتحكيم الإلجباري، وإذا لم تلتزم شركة التأمين بأحكام المادة 1012 من قانون الإجراءات المدنية عند صياغتها للبند المتعلق بتعيين المحكمين من قبل المحكمة في حالة رفض الطرفين ذلك، فلا يمكنها المطالبة بتفسير حكم المحكمين لإستعمالها نموذج عقد يتصف بطابع العمومية كملحق للقانون التجاري تلجأ إليه شركات التأمين وهو شرط معتاد ، موحد ، عام<sup>1</sup>.

وبصدد بحث دور الإرادة كمرجع في تعيين المحكمين إرتأى بعض الفقه أنه لا بد من إعتماها على مصدر خارجي تستقي منه القواعد التي يتفق الطرفين على إتباعها في مرحلة تعيين المحكمين وهو قانون الدولة التي يجري فيها التحكيم بحكم خضوع الأطراف له.

بينما رأي آخر يعارض هذا الإعتقاد من وجهتين أولاهما أنه لا أساس للإحالة إلى القوانين وخطو إتفاقية نيويورك من ذلك، وثانيا أن الإتفاق على تطبيق نظام تحكيم مؤسسي لدليل على إستقلال إرادة الأطراف عن أي قانون في تعيين الأطراف لقاضيهم الطبيعي<sup>2</sup>.

وتبعا لذلك فإن قانون دولة التحكيم لا يصلح تطبيقه إلا على سبيل الإحتياط، يلجأ إليه في حالتين: إذا كان الإتفاق غير شامل لجميع إجراءات التحكيم وبهذا فيكون له دور تكميلي، أو في حالة غياب الإرادة فيتجلى دوره الأساسي ويستعاض به عن قانون الإرادة .

يمكننا الإستدلال على ذلك بما قضت به محكمة إستئناف فينيسيا الإيطالية بشأن الطلب الذي تقدم به الطرف البنمي بتنفيذ حكم التحكيم صدر عن محكم فرد بعد أن إمتنع الطرف الإيطالي عن تعيين محكمه حسب الإتفاق بين الطرفين، فصدر عن المحكمة المذكورة أمر

1 - CHARLES Lomonier, op .cit, p 505-509.

2. بواب بن عامر، مرجع سابق، ص 236.

التنفيذ تطبيقاً للقانون الإنجليزي الذي يجيز التحكيم من طرف محكم واحد<sup>1</sup>.

وسابقاً فإن إتفاقية جنيف 1927 قد أوردت حالة عدم تعيين المحكمين وفق ما إتفق عليه الطرفين، إلا أنه بالمقارنة مع إتفاقية نيويورك فقد إشتطرت أن يكون إتفاق التحكيم بشأن تعيين المحكم وإجراءاته مطابقاً لنصوص قانون مكان التحكيم، مما يتبين أن دور هذا الأخير في تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي قد تراجع في إتفاقية نيويورك<sup>2</sup>.

أيضاً فإن مشرعنا قد تبنى ما أتت به إتفاقية نيويورك فيما يتعلق بتعيين المحكمين، نسخاً للنص الفرنسي الذي يؤكد على أن خرق قواعد التعيين يترتب عليه رفض طلب تنفيذ حكم التحكيم للتشكيل المنحرف<sup>3</sup>.

إلا أنه لم يلزم القاضي بأن يميز كما فعل المشرع الفرنسي بين حكم التحكيم الدولي وحكم التحكيم الأجنبي الذي لا يتعلق بالتجارة الدولية بالنسبة للقانون المطبق في تشكيلة هيئة التحكيم ذلك أن حكم التحكيم الأجنبي يخضع للقانون الوطني المختص، بينما الأول فيراجع بشأنه إتفاق التحكيم أو النظام القانوني الذي تمت الإحالة إليه<sup>4</sup>.

ويمكن أن يلجأ إلى العقود النموذجية الدولية كمصدر من مصادر قانون التجارة الدولية وهي عبارة عن نماذج عقود مطبوعة معدة مسبقاً من طرف هيئات مهنية تهدف إلى إستبعاد تطبيق قوانين وطنية على النزاع ذات الطابع الدولي إلا لسد الثغرات التي وجدت في العقد، ومنها العقود البحرية التي تبرمها مجموعة توتال تتضمن شرط تحكيم التي إختارت التحكيم المؤسسي بالإحالة إلى مركز تحكيم يتم إختياره بناء على أسس موضوعية وفقاً لمعايير إقتصادية وأخلاقية وفكرية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>. بواب بن عامر، مرجع سابق، ص 239.

<sup>2</sup>. عزت البحيري، مرجع سابق، ص 290.

<sup>3</sup>. بواب بن عامر، المرجع نفسه، ص 274.

<sup>4</sup>. عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة التحكيم، ع2، منشورات الحلبي، بيروت، 2009 ص 143.

<sup>5</sup>. حسب ما أكد الأستاذ ( jarrosson ) من خلال مداخلة في الندوة، وتمثل المنازعات التي تعرض على التحكيم بنسبة 6% ما يعادل قيمتها المالية بمليون أورو.

ALEXANDRE Job, Attente des entreprises en matière d'arbitrage, colloque annuel AFA association française d'arbitrage AFA, paris, 10 septembre 2012, p 2, 4.

ما يمكن إثارته في هذا الصدد أن تصدي محاكم دول التنفيذ بسبب مخالفة الحكم لإتفاق الطرفين غير وارد، ذلك لأنه عمليا بأن تجاوب المحكمين مع إرادة الأشخاص الذين إختاروهم أمر لا يقبل المناقشة .

### 3 . خرق مبدأ المواجهة

ركز المشرع الجزائري على مبدأ وجاهية إجراءات التحكيم وجعله من أهم الأسباب المؤدية إلى إستئناف أمر التنفيذ في حالة إستبعاده، نفس ما قام به المشرع الفرنسي، وذلك لضمان محاكمة عادلة وإنهاء النزاع بحكم غير مشوب بالبطلان إلترم المحكم وجوبا بمنح كل طرف فرصة الدفاع عن حقوقه المخولة له بمقتضى الإتفاق أو القانون حسب نوع التحكيم<sup>1</sup>.

ويعد خرقا لمبدأ المواجهة إذا لم يبلغ الخصم بإجراءات الخصومة ولو أجاز القانون المطبق على الإجراءات خلاف ذلك، أو عدم إعلانه إعلانا صحيحا أو لا يتم إعلانه إطلاقا بإجراءات التحكيم وبتعيين المحكمين، أو عدم تمكين أحد الطرفين من جميع أوراق الدعوى من سندات ومذكرات وكل ما يطرحه أحد الخصوم أثناء سير الدعوى، أو عدم توزيع تلك الإجراءات بشكل متكافئ بين الخصوم، فيتعذر عليه عندئذ ممارسة حق الدفاع لسبب خارج عن إرادته<sup>2</sup>.

كما يقع على المستفيد من الأمر بالتنفيذ إثبات العكس بإرفاق صورة من الإعلان ضمن الوثائق الملحقة بالطلب، وتبدوا أهمية هذا المبدأ بصفة خاصة في التحكيم بالصلح لما يتحرر المحكم من قيود القوانين بإستثناء قواعد النظام العام<sup>3</sup>.

وفي هذا المجال قررت محكمة النقض المصرية أن المحكمين المفوضين في التحكيم بالصلح وإن كانوا متحررين من إجراءات التقاضي فإنهم مقيدون بتطبيق المبادئ الأساسية للتقاضي أهمها مبدأ حق الدفاع، وتطبيقا لذلك فإن تحديد أجل الفصل في أصل النزاع وإخطار الخصوم بها وعدم تحديد جلسة المرافعة بعد البث في طلب وقف الدعوى لحين الفصل في طلب

<sup>1</sup> راجع المادة 4/1502 من ق إ م ف السابق.

<sup>2</sup> أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين . الأمر بتنفيذ الأحكام الوطنية والأجنبية في ضوء قانون المرافعات وقانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 وإتفاقية نيويورك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001، ص 37.

<sup>3</sup> أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية والتشريعات المرتبطة بها، ط3 دار أبو المجد، القاهرة، 1997، ص 238.

الرد المقدم ضد أحد الطاعنين الذي قدم أوراقه ومستنداته فلا يعد ذلك مساساً بمبدأ أساسي في التقاضي المتعلق بحق الدفاع<sup>1</sup>.

هذا ما تبيّن من الإجتهد القضائي والتحكيمي في فرنسا بأن شرط التحكيم الذي تضعه شركة التأمين الضامنة ملزم لمالك السفينة<sup>2</sup>.

هذه الوضعية تطرح إشكالية شرط صحة موافقة الناقل على بند يتعلق بالإختصاص يدرج في خطاب الضمان، وتجدر الإشارة إلى أن الفقه والإجتهد القضائي يؤكدان على أن شركات التأمين (أو نادي الحماية الذي يصدر عنه الخطاب) تمثل مالك السفينة الذي يُفترض موافقته<sup>3</sup>.

وبالتالي فإنه من الناحية العملية أن التثبت من توصل المحكوم عليه بالإعلان يثير إشكالية أنه من الصعب على القاضي التأكد من حصول علم المحتج عليه بحكم التحكيم بوجود طلب التنفيذ طالما أن إجراءات الأمر بالتنفيذ غير واجهية<sup>4</sup> بإستثناء ما تعلق بتنفيذ حكم بتعيين المحكم الذي تلزم المحكمة تبليغه مباشرة للأطراف<sup>5</sup>.

يتضح مما سبق أن إجراءات سير عملية التحكيم تتعلق على الأغلب بمبادئ أساسية منها مبدأ حق الدفاع والمساواة التي يقوم عليها نظام التقاضي والتي رفعت التحكيم إلى مرتبة القضاء ومنحت للمحكم صفة القاضي على الرغم من أنه شخص عادي لا يمتلك سلطاته ويستمد ولايته من إتفاق التحكيم، فإن المشرع الدولي أولى أهمية لهذا المبدأ الإجرائي<sup>6</sup> يمكن للقاضي رفض تنفيذ حكم التحكيم في حالة خرقه<sup>7</sup>، كما يشكل ذلك أيضاً حالة من حالات البطلان<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> راجع قرار محكمة النقض المصرية الصادر في 1976/12/16

<sup>2</sup> يمكن الإستدلال على ذلك بما قضت به غرفة التحكيم البحري بباريس بموجب الحكم رقم 1021 الصادر في 19/12/06، والحكم رقم 1123 الصادر في 2005/12/27.

<sup>3</sup> -PAPADATOU Marinam , op.cit , p 50.

<sup>4</sup> مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، 298.

<sup>5</sup> راجع المادة 1/44 من قانون التحكيم المصري.

<sup>6</sup> أشارت إلى مبدأ حق الدفاع كل الإتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم منها المادة 5/ب من إتفاقية نيويورك 1958 والمادة 1/9(أ) من الإتفاقية الأوروبية 1961، المادة 15 من قواعد لجنة القانون التجاري الدولي للأمم المتحدة والمادة 18 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة، المادة 37 من إتفاقية الرياض 1983 التي نصت "إذا لم يعلنوا الخصوم بالحضور على الوجه الصحيح".

<sup>7</sup> عزت البحيري، مرجع سابق، ص 268 .

هذا ما يؤكد القرار الصادر عن محكمة إستئناف باريس الذي قضى ببطلان حكم التحكيم إذا خرق مبدأ حق الدفاع بعدم إعلان الأطراف بالخبرة التكميلية التي أمر بها الخبير، لكن في مجال التحكيم الدولي لا يفترض تطبيق كل قواعد القانون الإجرائي المتعلقة بمبدأ المواجهة<sup>2</sup>.  
ثالثاً . أسباب تتعلق بحكم التحكيم : تتعلق هذه الأسباب بحيثيات الحكم ومنطوقه من حيث إلزاميته أو عدم سريان مفعوله إما بإلغائه أو وقفه من السلطة المختصة.

### 1 . عدم صيرورة حكم التحكيم نهائي ملزم

ما يميّز حكم التحكيم الصادر في مصر أنه نهائي بمجرد صدوره فهي نهائية وغير قابلة للطعن غير أن نهائية الحكم الأجنبي يحددها قانون مكان صدوره<sup>3</sup>، وخلاف لذلك فإن حكم التحكيم في المملكة السعودية يكون قابل للإستئناف أمام لجنة الإستئناف، هذه الأخيرة قرارها القاضي ببطلان حكم التحكيم يكون قابل للإستئناف، غير أن نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني أضفى على قرارات هذه اللجنة الصفة النهائية وعدم قابليتها للتظلم، هذا التعارض يجب على المشرع رفعه عن طريق قواعد التنظيم بتطبيق المادة 22 من نظام مراقبة شركات التأمين التعاوني التي نصت على نهائية قرار اللجنة الإستئنافية ببطلان حكم التحكيم وقابليته للتنفيذ بينما ترفع أمام اللجنة الابتدائية الدعوى الأصلية لإعادة الفصل فيها من جديد<sup>4</sup>.

إستدرجت إتفاقيات دولية منها إتفاقية نيويورك وإتفاقية الرياض عدم إلزامية حكم التحكيم

ضمن حالات رفض تنفيذ حكم التحكيم، إلا أن كل منهما لم توضح المقصود بالإلزامية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 176، 177.

<sup>2</sup> ممدوح عبد العزيز العنزي، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي، ط 1، منشورات الحقوقية، لبنان، 2006، ص 158، 159.

<sup>3</sup> راجع المادة 509 من قانون المرافعات المصري "يجب أيضا لإعتبار هذا الحكم قابلا للتنفيذ في مصر أن يسبق إجراءه بالأمر بالتنفيذ في البلد الأجنبي".

<sup>4</sup> أسعد عبد العزيز الغامدي، قضايا التأمين في المملكة العربية السعودية . دراسة مقارنة. دار الكتاب الجامعي ط 1، الرياض، 2016، ص 155.

<sup>5</sup> راجع المادة 1/5(هـ) من إتفاقية نيويورك 1958 التي تنص "أن الحكم لم يصبح ملزماً أو ألغته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد الذي صدر فيها أو صدر الحكم بموجب قانونها"، راجع المادة 6/3 من إتفاقية الرياض "إذا كان حكم المحكمين ليس نهائياً في الدولة التي صدر فيها"، والمادة (37/ج) من إتفاقية الرياض للتعاون القضائي 1983.

ومع أن غاية المشرع تجاوز ما وقعت فيه إتفاقية جنيف من خلال توظيفها مصطلح "نهائي" لعدم دقته إلا أنه لم يكن أحسن حال مما أتت به هذه الإتفاقية، ويقصد به عدم قابليته للطعن<sup>1</sup> أو عدم الفصل في موضوعه من جديد<sup>2</sup>، يمكن إستنتاج ذلك مما أقرت به غرفة التحكيم البحري بباريس بأنه في حالة رفض الإعراف وتنفيذ حكم التحكيم فإن مآل شرط التحكيم إما بقاءه ساريا بعد تجديد عقد النقل أو أن يتخلى الطرفان عنه بعد صدور خطاب الضمان<sup>3</sup>.

تعددت الآراء الفقهية لإعطاء مفهوم مناسب لإلزامية حكم التحكيم بما يتوافق مع هدف المشرع الدولي بمنح فاعلية لحكم التحكيم الدولي، لهذا نجد أن بعضهم يرى بأن الحكم يكون ملزم وقابل للتنفيذ إذا حاز على حجية الشئ المقضي فيه سواء صدر في الداخل أو في الخارج<sup>4</sup> وإن كان قابلا للطعن أخذا بالنص الفرنسي<sup>5</sup>، ولا يحوز الحكم على هذه الحجية في بعض القوانين إلا بعد أن يصير نهائي مستنفذا طرق الطعن العادية طبقا لقانون مكان صدوره، لأن خصومة التحكيم لدى بعض المشرعين سيما المشرع الفرنسي تتساوى مع الدعاوى القضائية من حيث خضوعها لدرجات التقاضي ما لم يوجد إتفاق مخالف<sup>6</sup>، على خلاف بعض المشرعين وعلى الخصوص المشرع الإنجليزي والمصري فإن إستئناف حكم التحكيم التجاري الدولي غير جائز إلا بإتفاق الأطراف أو بإذن من القضاء المختص، وترفض مراجعة حكم التحكيم التجاري الدولي سواء صدر في مصر أو طبقا للقانون المصري، ويرجع الفقهاء ذلك أن حكم التحكيم أسمى من الحكم القضائي، أما دعوى البطلان ليست من طرق الطعن، وقد إستقى هذه القاعدة من القانون

<sup>1</sup>. بواب بن عامر، مرجع سابق، ص 241 نقلا عن جمال عمران أغنية، تنفيذ قرارات التحكيم التجاري الأجنبية.

دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2004، ص 161 .

<sup>2</sup>. عامر فتحي البطاينة، مرجع سابق، ص 248.

3-PAPADATOU Marinam , op.cit , p 50.

<sup>4</sup>. عزت البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم، مرجع سابق، ص 239 .

<sup>5</sup>. راجع المادة 1500 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي التي أحالت على المواد (1476 . 1479) من نفس القانون المتعلقة بأحكام التحكيم الدولي، أما في القانون المصري فإن المادة 299 من قانون المرافعات المصري قد أحالت على المواد (296، 298).

<sup>6</sup>. راجع المادة 1482 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

النموذجي للأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي 1985 الذي يعتبر أن حكم التحكيم بات وقطعي لايحوز الطعن فيه إلا بالإلغاء<sup>1</sup>.

وتبدوا أهمية هذا الشرط في تجنب تناقض الأحكام وحماية للمراكز القانونية، وتبعاً لذلك لا يطالب بتنفيذ الأحكام غير القطعية أو المؤقتة، وما يستوقفنا في إتفاقية نيويورك صلاحية حكم التحكيم الأجنبي الجزئي للتنفيذ<sup>2</sup> التي أخذ بها المشرع الجزائري<sup>3</sup>.

ونقلت إتفاقية نيويورك عبء إثبات إلزامية الحكم إلى المنفذ عليه<sup>4</sup>، ولم تحدد القانون الذي يسند إليه لتقدير إلزامية الحكم من عدمه، وإنما تركت ذلك للقوانين الوطنية<sup>5</sup>، الأمر الذي خلق صعوبة في تحديد عناصر الإلزامية لدى القاضي المودع لديه طلب التنفيذ سيما في تحديد اللحظة التي يكتسب فيها هذه الإلزامية.

والسؤال المطروح متى يكتسب حكم التحكيم الدولي القوة الإلزامية؟.

في هذا الصدد أخذ القضاء بقانون مكان التحكيم لتحديد بدء إلزامية حكم التحكيم، نلمس ذلك فيما إستقرت عليه محكمة النقض الإيطالية التي قضت بإلزامية حكم التحكيم طبقاً لقانون الولايات المتحدة الأمريكية الذي كان مطبق على النزاع وقت صدور الحكم<sup>6</sup>.

كما إستقر القضاء الفرنسي على أنه يمكن إعتبار حكم التحكيم ملزماً للأطراف بمجرد صدوره، ومن ذلك ما قضت به محكمة إستئناف باريس في للحكم الصادر في 10/5/1971 بأن " حكم التحكيم يجب اعتباره ملزماً في ضوء ما جاءت به إتفاقية نيويورك منذ صدوره صحيحاً مستوفياً لكافة الشكليات الضرورية لإضفاء قيمة حكم التحكيم عليه وفرضه على الأطراف كما لو

كان حكماً قضائياً ولو كان قابلاً للطعن فيه" ويؤخذ بهذه الإلزامية كقاعدة مادية موحدة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص 476 ، 477.

<sup>2</sup> بواب بن عامر، مرجع سابق، ص 276.

<sup>3</sup> راجع المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية رقم 09/08.

<sup>4</sup> عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص 720.

<sup>5</sup> عزت البحيري، مرجع سابق، ص 298. 300.

<sup>6</sup> عزت البحيري، المرجع نفسه، ص 307 .

غير أن إسناد إلزامية حكم التحكيم لقانون مكان صدوره محل معارضة، ذلك لأن بعض الفقهاء يرون أنه من الآثار المترتبة عن ذلك ازدواجية نظام تنفيذ حكم التحكيم<sup>2</sup>، وهو بهذا يكون قد أباح ما منعه إتفاقية نيويورك وهو أمر غير مقبول، الأمر الذي أدى ببعض الفقهاء إلى إستبعاد قانون مكان التحكيم لأن من شأنه أن يقع في إشكالية عدم إستقرار فكرة الإلزامية، فما يعتبر ملزماً في ظل قانون وطني لدولة قد لا يكون كذلك في قانون دولة أخرى، لذلك فإن إتفاقية نيويورك تجاوزت المفاهيم الضيقة التي تضعها القوانين الداخلية بتجردها من قاعدة الإسناد التي تقضي إلى أي من القوانين الداخلية.

## 2 . إلغاء أو وقف حكم التحكيم من السلطة المختصة

ما يمكن التسليم به أن حكم التحكيم لا يفترض فيه السلامة المطلقة، ذلك لأن الصفة التعاقدية للتحكيم يتوقع معها أن يصدر الحكم مختلاً شكلاً أو مضموناً، ولسحب قوة الشئ المقضي به من الحكم المعيب ومنع تنفيذه منح القانون للطرف المحتج عليه أن يرفع دعوى البطلان التي حصر المشرع حالاتها<sup>3</sup>، فإذا قضي ببطلانه أو وقف تنفيذه إما وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم<sup>4</sup> أو وفقاً لقانون دولة التنفيذ أمر القاضي المختص برفض تنفيذه<sup>5</sup>. وبهذا فإن تنفيذ حكم التحكيم أو رفضه مرتبط بالدعوى المرفوعة أمام محكمة دولة إصدار حكم التحكيم للمطالبة بوقف تنفيذه أو ببطلانه<sup>6</sup>، ولمحكمة دولة التنفيذ سلطة وقف الفصل في طلب التنفيذ متى توفرت أسباب ذلك<sup>7</sup>، ولا يجوز رفض التنفيذ إلا بعد الفصل في دعوى البطلان أو وقف التنفيذ<sup>8</sup>.

<sup>1</sup>. بواب بن عامر، مرجع سابق، ص 242 نقلاً عن جمال عمران أغنية، تنفيذ قرارات التحكيم التجاري، ص 162

<sup>2</sup>. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 391.

<sup>3</sup>. راجع المادة 1/1058 من القانون رقم 09/08 المتضمن ق إ . م . إ . ج .

<sup>4</sup>. عبد الحميد الأحذب، الطرق البديلة لحل المنازعات، مرجع سابق، ص 166 . 170.

<sup>5</sup>. راجع لمادة 5 / 1(هـ) من إتفاقية نيويورك 1958.

<sup>6</sup>. راجع المادة 2/1056 من القانون رقم 09/08 المتضمن ق إ م إ ج .

<sup>7</sup>. عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص 722.

<sup>8</sup>. فوزي محمد سامي، المرجع نفسه، ص 398.

إن إحتواء إتفاقية نيويورك على الإلغاء ضمن حالات رفض التنفيذ<sup>1</sup> قد فسره الفقه من أوجه مختلفة بعضهم نظر إلى ذلك على أنه يشكل حل لإشكالية إزدواجية الرقابة بسبب بعثرة الإختصاص بين جهات قضائية في دولتين مختلفتين سواء تلك الناظرة في دعوى البطلان التي ترفع أمام قضاء الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم وطلب التنفيذ المقدم أمام قضاء دولة التنفيذ، والنتيجة إحتمال تنفيذ حكم مقضي ببطلانه في دولة مكان صدوره<sup>2</sup>.

وهناك حالات أخرى تثيرها المحكمة من تلقاء نفسها إما لدواعي النظام العام أو لعدم قابلية النزاع للتحكيم، وتعتبر الحالتين المتقدمتين أولى الحالات التي يتقصد القاضي وجودهما بغض النظر عم يثيره المنفذ عليه من دفع لرفض التنفيذ أو وقفه.

### 3 . رفض تنفيذ الحكم في حالة مخالفة النظام العام

يعتبر النظام العام القاسم المشترك بين مختلف قوانين الدول كسبب من أسباب رفض تنفيذ حكم التحكيم إذا ما ثبت وقوع مخالفة لقواعده، ويمكن إعتبار النظام العام من أكبر المعوقات التي تقف في وجه أحكام التحكيم الأجنبية يطلب تنفيذها في دولة غير تلك التي صدر فيها، فإذا أرادت عدم نفاذه في إقليمها إحتجت بالنظام العام كونه فكرة نمطية ليس لها ميزان مستقر وإن صدر منضبطا مع النظام العام الداخلي.

وما يمكن أن نثيره في هذا الصدد أن إتفاقية عمان قد أخذت بالنظام العام كحالة وحيدة يؤسس عليها أمر رفض التنفيذ<sup>3</sup>، أما إتفاقية الرياض فقد أضافت مخالفة الشريعة الإسلامية وأخذت بها السعودية، وإن كان يمثل النظام العام دوليا ووطنيا، في حين إعتمدت باقي القوانين الوطنية والدولية على تنوع حالات الرفض، وتشير في سياق المادة 35 منح الإختصاص لقضاء دولة التنفيذ في الرقابة على عدم مخالفة حكم التحكيم للنظام العام دون تحديد القانون المعتمد عليه في تكييف مدى مخالفة النظام العام.

<sup>1</sup>. عامر فتحي البطينة، مرجع سابق، ص 247.

<sup>2</sup>. بواب بن عامر، مرجع سابق، ص 243.

<sup>3</sup>. راجع المادة 35 من إتفاقية عمان 1987 التي نصت " تختص المحكمة العليا لدى كل دولة متعاقدة...إلا إذا كان القرار مخالفا للنظام العام".

والسؤال الذي يثار في هذا المقام أي نظام عام يمكن أن يكون سببا لرفض تنفيذ حكم تحكيم دولي يتعلق بمنازعة تأمينية بحرية؟.

في مجال التحكيم الدولي الخاص إستقر العمل بالنظام العام الدولي، وتعدد التعريفات الفقهية بشأنه إنما يعكس النمطية والحركية لمفهومه التي تسافر به من بلد لآخر ومن زمن لآخر، ومن أهم ما قيل عن النظام العام الدولي بأنه "مجموعة مبادئ العدالة المشتركة بين دول أعضاء المجتمع الدولي والتي يجب إحترامها أيا كان مكان التحكيم، مما يؤدي إلى تضييق مجال تطبيق القواعد الوطنية التي تحتوي على شروط شكلية تفرضه القواعد الآمرة الوطنية التي قد لا تلائم متطلبات التحكيم التجاري الدولي"<sup>1</sup>.

لهذا فإن العديد من أنظمة التحكيم الدولية والوطنية أقرت بأن الرقابة على تنفيذ أحكام التحكيم الدولي في دولة التنفيذ يجب أن تراعي قواعد النظام العام الدولي، وأصدق مثال على ذلك القانون الفرنسي والجزائري<sup>2</sup>، ليس من حيث مضمونه ومنطوقه فحسب وإنما أيضا من حيث مدى تطبيق القواعد الإجرائية المتبعة لسير عملية التحكيم وإصدار الحكم ومدى إحترام الأسس والمبادئ السائدة في ذلك النظام منها مبدأ حق الدفاع والمواجهة ومبدأ المساواة، ويسري ذلك على الحكم التحكيم أجنبي أو دولي يخضع لقانون دولة التنفيذ<sup>3</sup>.

يخضع إتفاق التحكيم للقيود الملزمة التي تفرضها قواعد التأمين فهل يمكن تطبيق هذه القواعد على إتفاق تحكيم في عقد تأمين دولي؟.

تضمنت إتفاقية نيويورك حالة رفض التنفيذ بسبب مخالفة النظام العام، والملاحظ أنها لم تقصح عن أخذها بالنظام العام الدولي مباشرة، وإنما يمكن إستخلاصه من سياق نص المادة (2/5 . ب) التي أسندت إلى قانون دولة التنفيذ لتقرير مدى مخالفة حكم التحكيم الدولي للنظام العام<sup>4</sup> هذا ما جعل بعض الفقه يحيد عن نص الإتفاقية بالقول أن النظام العام الدولي هو

<sup>1</sup> بواب بن عامر، مرجع سابق، ص 251 نقلا عن جمال عمران أغنية، تنفيذ قرارات التحكيم التجاري، ص 170.

<sup>2</sup> حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي . الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 464.

<sup>3</sup> أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 23 .

<sup>4</sup> راجع المادة (2/5 . ب) من إتفاقية نيويورك 1958 والمادة (2/5) من إتفاقية نيويورك بقولها "يجوز للسلطة

المقصود وذلك تبريرا للجوازية ولو أن النص جاء صريحا لا يحتمل التأويل<sup>1</sup> بأن النظام العام لبلد التنفيذ هو الذي يجب أن يحظى بالإحترام ويحدد مدى قابلية حكم التحكيم للتنفيذ وفق ما إقتضته إتفاقية الرياض التي إكتفت بذكر النظام العام<sup>2</sup>.

الواضح أن إتفاقية نيويورك لما تركت مسألة تقدير المخالفة للنظام العام لقضاء دولة التنفيذ فإنها منحتة الشرعية القانونية للخروج من نطاق الحصر الذي جاءت به المادة الخامسة إستنادا إلى قانونه الوطني، مما يجعله يتحكم في رسم معالم النظام العام الدولي ورفض التنفيذ بناء على معطيات فردية قاصرة ومحدودة ذات مرجعية وطنية محضة، ذلك لأن القاضي يصعب عليه الإحاطة بقواعد النظام العام الدولي لتعلقها بمعاملة دولية في مجال التجارة البحرية الدولية خاصة في غياب قواعد موحدة تلم بهذا النظام وعدم وجود هيئة عليا تحدد هذه القواعد بشكل واضح يمكن الإستناد عليها كأساس لرفض التنفيذ في حالة مخالفتها، علما بأن كلا النظامين مختلف عن الآخر وإن كانت بعض المسائل تعتبر القاسم المشترك بينهما.

لهذا يرى الأستاذ قريوع عليوش أنه لتجاوز هذه الصعوبة في تحديد معالم النظام العام الدولي لا بد للقضاة الإلتزام بالقواعد الأمرة الدولية المتعلقة بالمسألة موضوع النزاع بما في ذلك الأحكام الجزائية وقواعد التجارة الدولية<sup>3</sup>.

وساد "الإعتقاد بأن الدولة يمكنها أن توجه الحياة التعاقدية في إتجاه تحقيق العدالة، ويجب أن تتدخل في العلاقات التعاقدية بين أطراف القوى الاقتصادية غير المتكافئة من أجل حماية مصالح الطرف الضعيف"<sup>4</sup>، وبهذا تتجلى وظيفة النظام العام الإقتصادي<sup>5</sup>.

---

المختصة في البلد المطلوب إليه الاعتراف وتنفيذ حكم المحكم بأن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها : أ . أن قانون ذلك البلد لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم ب . أن الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد.."

<sup>1</sup> . عبد الحميد الأحذب، التحكيم الدولي، ج3، مرجع سابق، ص 397 .

<sup>2</sup> . راجع المادة 35 من إتفاقية الرياض " تختص المحكمة العليا لدى كل دولة متعاقدة بإضفاء الصيغة التنفيذية على قرارات هيئة التحكيم ولايجوز رفض الأمر بالتنفيذ إلا إذا كان القرار مخالفا للنظام العام".

<sup>3</sup> - عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 72 ، 73 .

4 - HOCINE Farida , op.cit , P300..

5 - HOCINE Farida, ibi, p 216.

ويبقى الإشكال عالقا متى يمكن الدفع بالنظام العام الدولي من طرف المحتج عليه بحكم التحكيم الدولي ويكون دفعه مجديا ؟.

### 1.3 . مجال الدفع بالنظام العام الدولي

**الموقف الأول :** يدعوا بعض الفقهاء إلى ضرورة التزام قضاء دولة التنفيذ الأخذ بالتفسير الضيق لمفهوم النظام العام الدولي لتأسيس الدفع به، ويمكن تحقيق ذلك من خلال التركيز على نقطتين:

\* الحرص على إستبعاد قواعد النظام العام الداخلي في تأسيس الدفع بالنظام العام الدولي لرفض تنفيذ حكم التحكيم الدولي لإختلاف قواعدهما.

\* مراعاة المبادئ الجوهرية التي تقوم عليها العدالة والأخلاق في الدولة لأنها تمثل قواعد مشتركة بين جميع أنظمة الدول ولا تحدها الحدود الإقليمية<sup>1</sup>.

وكان ذلك إنعكاس لما قضت به المحكمة الفيديرالية السويسرية بأنه لا يمكن إعتباره من حالات رفض التنفيذ إلا إذا صدر حكم التحكيم الدولي خرقا للمبادئ الأساسية للقانون منها مثلا مبدأ حسن النية.

**الموقف الثاني:** وسع هذا الموقف من نطاق الدفع بالنظام العام ليشمل كل مراحل عملية التحكيم وتبعا لذلك يتسع مفهومه، فتجاوز المفهوم التقليدي الذي كان متداولاً في القانون الدولي الخاص من خلال إستبعاد صفة الدولية عن فكرة النظام العام الوطني.

فالقاضي عند رقابته على حكم التحكيم فيما تعلق بالنظام العام الدولي يتجرد من أي إنتماء لدولة معينة ومن ولاءه لنظام قانوني أو حمايته له، إنما يوجه إهتمامه بالمسائل المتعلقة بالتجارة الدولية وبالعلاقات الناشئة بين المتعاملين وإحترام إرادتهم وبالأعراف التجارية الدولية والمبادئ والقيم الأخلاقية المتعلقة بها<sup>2</sup>.

وأستحدث النظام العام الدولي تجنباً للعراقيل التي تضعها الدول لمنح تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي تحت غطاء النظام العام في تلك الدولة، الأمر الذي جعل المشرع الدولي يستدرج هذه الحالة ضمن الحالات التي توّصد أبواب القضاء في دولة التنفيذ في وجه الأحكام المخالفة له

<sup>1</sup> - إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص 245.

<sup>2</sup> - بواب بن عامر، مرجع سابق، ص 255.

دون إتاحة الفرصة لهذه الدول في تكيف أسباب رفض التنفيذ حسب مزاجها الخاص على طبع النظام العام الداخلي .

وما يمكن إثارته أن فكرة النظام العام الدولي في الواقع جاءت خدمة لمصالح غربية لا تتلائم مع وضع الدول النامية وإن كانت بعض هذه الدول قد سيقت على إعماله ومنها الجزائر هذا ما جعل أحد الباحثين يعبر عنه بأنه "مجموعة من القوانين والمعايير التي تخضع لها الدول في التحكيم ذو الطابع الدولي والتي تراعي الحاجة إلى تماسك التجارة الدولية والتعاون الدولي بوجه عام وأن القوانين المنظمة للتحكيم الدولي أكثر تحراً من تلك التي تنظم التحكيم الداخلي"<sup>1</sup> وبالتالي فإن مجال النظام العام الدولي أقل شمولاً من النظام العام الداخلي. ويؤخذ بالنظام العام المخفف وقت صدور أمر التنفيذ بإعتبار أنه يتعلق بحقوق مكتسبة بموجب حكم أجنبي صدر في الخارج يطلب تنفيذه<sup>2</sup>.

لكن ونحن نناقش مسألة النظام العام بيدوا لنا إشكال حقيقي هل فعلاً تجسد نظام عام دولي يتضمن قواعد دولية موحدة تتعلق بنشاط التأمين البحري يمكن لأي قاضي في أية دولة مطلوب منه إصدار أمر تنفيذ حكم تحكيم دولي يتعلق بمنازعة تأمين بحري صدر في الخارج أن يستند عليها ويسهل عليه تطبيقها ؟ .

الواقع أن فكرة النظام العام الدولي في المجال البحري وإن عمل البحريون والمتعاملون في مجال التجارة البحرية على إرساء قواعد موحدة تتعلق بالتحكيم، وذلك من خلال استحداث أنظمة تحكيم دولية تتعلق بالاعتراف وتنفيذ الأحكام الأجنبية والتي نالت العالمية، وتستهدف كلها إلى تفعيل الأحكام الصادرة بشأنها، ومع ذلك فإن وضع قواعد موحدة تتعلق بمضمون المنازعة من شأنها خلق نظام دولي موحد يبقى تصور بعيد المنال ، وينعكس ذلك على دور الرقابة القضائية المقيدة بهذا النظام من الممكن أن يؤدي ذلك إلى شل دور التحكيم ككل في تسوية المنازعات .

كما أن تطبيق قواعد النظام العام الدولي غير ممكن، ذلك لأن الأصل الحقيقي لهذه القواعد مستنبط من قواعد داخلية للدول ورهين بها لبلورة مفهومه، وهو ما عبر عنه أحد الباحثين بأنه "لم تلعب فكرة النظام العام الدولي دوراً توحيدياً في هذا المجال ومازال تحديد مفهومها رهيناً

<sup>1</sup> - عزت البحيري، مرجع سابق ، ص 342 .

2- HOCINE Farida, op.ci,p 218.

بالرؤى الوطنية لكل دولة<sup>1</sup>.

إلا أن المشرع المصري قد حاد عن بقية المشرعين بإشتراطه أن تكون المخالفة في حدود النظام العام الداخلي<sup>2</sup> لا الدولي أخذاً بالقانون النموذجي<sup>3</sup>، ومن ثم إذا قضى حكم التحكيم بما يفوق الحد الأقصى للفوائد القانونية المطالب بها مثلاً فإنه يكون قد خالف قاعدة من قواعد النظام العام المصري التي تتضمن نسب الفوائد المستحقة<sup>4</sup>.

وتوجه المشرع المصري إلى الإنزواء إلى النظام العام الداخلي لتقرير قبول أو رفض أمر التنفيذ فإن ذلك لم يكن خرقاً لإتفاقية نيويورك وإنما عملاً بما أجازته هذه الأخيرة بمخالفة قواعدها<sup>5</sup> عند وجود إتفاقية ثنائية أو متعددة الأطراف أو قانون داخلي يتضمن شروط أخف من تلك التي وردت في الإتفاقية المتعلقة بتنفيذ حكم التحكيم الدولي، ويعتبر ذلك من أكبر الضمانات لتنفيذه الحكم التحكيم<sup>6</sup>.

إلا أنه من وجهة أخرى قد ضيق من مجال تنفيذ أحكام التحكيم الدولية عند قيدها بمعالم جغرافية لدولة التنفيذ، إضافة إلى ذلك أن المحكمين في الغالب لا يكونون على إطلاع تام بالقوانين الداخلية للدول وبنظامها العام مما يحتمل صدور أحكام تتصادم مع هذه القواعد، هذا ما يشكل حجرة عثرة أمام تنفيذ أحكام التحكيم الدولية الأجنبية لعدم مفعول التحكيم وتشل دوره في فك النزاعات، مما يتحنب إختيار مصر كمكان لتنفيذ أحكام التحكيم.

ولهذا نرى أنه حسن ما فعل المشرع الجزائري إقتداءً بنظيره الفرنسي في أخذه بفكرة النظام العام الدولي كعامل تشجيعي للتحكيم الدولي يناسب سياسة الدولة في فتح أبوابها على التجارة الدولية والإستثمار الأجنبي، هذا ما يتضح من عمل الشركات الأجنبية بما فيها شركات التأمين

<sup>1</sup> عزت البحيري، المرجع نفسه، ص 348 .

<sup>2</sup> محمود سمير الشراوي، مرجع سابق، ص 516.

<sup>3</sup> نصت المادة 2/34(ب) من القانون النموذجي " يجوز إبطال حكم التحكيم إذا كان يتعارض مع النظام العام في الدولة".

<sup>4</sup> مختار أحمد بربري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 250.

<sup>5</sup> راجع المادة 1/7 من إتفاقية نيويورك 1958.

<sup>6</sup> عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص 725.

بمختلف أنواعه ومنها التأمين البحري وإستئجار السفن من قبل شركات مقاولاتية للنقل البحري. ومن ناحية أخرى أن مفهوم النظام العام الدولي تترامى أطرافه من الصعب على القاضي الإلمام به وخاصة أن هذه القواعد مبعثرة تتعلق بعادات وأعراف دولية سيما فيما يتعلق بالنشاط البحري والمعاملات الدولية في مجال التجارة البحرية .

ولهذا فقد ترك أمر تحديده للقاضي وعليه في هذه الحالة لإصدار أمر التنفيذ أن يراقب حكم التحكيم للتأكد من عدم تجاوزه لمقتضيات النظام العام الدولي متقيدا بالقواعد الأمرة دوليا والتي لها علاقة بالنزاع، وتحتل القواعد الجزائية الصادرة في ترتيب هذه القواعد، ولا تقل قواعد التجارة الدولية أهمية عند إعمال النظام العام الدولي<sup>1</sup>، ولا يتعدى ذلك إلى صميم الموضوع ودون إعمال قواعد الأمن والبوليس، والأداب العامة أيضا تعد من الضوابط التي يلتزم القاضي بمراقبتها عندما يطرح إليه طلب الإعراف وتنفيذ حكم التحكيم وصدده في حالة ثبوت إنتهاكها إلى جانب النظام العام، وتعتبر من الإضافات التي أتت بها إتفاقية الرياض 1983 في خضم نصوصها "إذا كان في حكم المحكمين ما يخالف النظام أو الآداب العامة في الدولة المطلوب إليها التنفيذ"<sup>2</sup>.

وإذا كانت قاعدة غير تحكيمية من النظام العام فإنها تسري على إتفاق التحكيم الذي يخضع لقانون محدد بالقدر الذي تكون فيه قابلة للتطبيق على المنازعات<sup>3</sup>.

### 2.3 . صدى النظام العام في محاكم دولة التنفيذ

إن الموقف السلبي لمحاكم دولة التنفيذ من حكم التحكيم الأجنبي وسعي الطرف المحتج عليه بحكم التحكيم إلى وقف مفعوله من العوامل التي ساهمت في ترشيح حالة مخالفة النظام العام الدولي في أن تنصدر حالات رفض تنفيذ وذلك بتوسيع تفسير مفهومه، لذلك عمل القضاء على تحديد معالم هذا النظام ومن ثم إستخلاص المسائل التي يجوز التحكيم فيها، أقرت محكمة

<sup>1</sup>. عليوش قربوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، مرجع سابق، 2001، ص 72، 73

<sup>2</sup>. راجع المادة 5/3 من إتفاقية الرياض "إذا كان في حكم المحكمين ما يخالف النظام أو الآداب العامة في الدولة المطلوب إليها التنفيذ".

3 - le contrat international d'assurance face aux regles de police et a l'ordre public international, op.cit, P 45, référence N° 122.

النقض الفرنسية بذلك بقولها أنه " طالما أنها تتضمن لائحة النظام العام التي تحمي المستهلك لا يمكن رفض التنفيذ إلا بموجب القواعد الفرنسية للتحكيم الدولي".

وقضت محكمة النقض المصرية بأنه "لما كان من الثابت أن شرط التحكيم المدرج في سند الشحن قد نص على أن يحال أي نزاع ينشأ عن هذا السند إلى ثلاثة محكمين في مرسيليا وكان المشرع قد أقر الإتفاق على إجراء التحكيم في الخارج ولم يرى في ذلك ما يمس بالنظام العام فإنه يرجع في شأن تقدير إجراءات التحكيم وترتيب لأثاره إلى قواعد القانون الفرنسي بإعتباره قانون البلد الذي إتفق على إجراءات التحكيم فيه طبقا لما تقضي به المادة 22 من القانون المدني بشرط عدم مخالفة تلك القواعد للنظام العام في مصر"<sup>1</sup>.

غير أن إفتتاح نص المادة (2/5 . أ) بالجوازية خلق جدل فقهي حول طبيعة التدخل فمنهم من فسر ذلك بأن للمحكمة السلطة التقديرية في قبول أو رفض التنفيذ، إلا أن حقيقة الأمر أن المسألة تتعلق بالمصلحة العامة التي يحميها النظام العام وبإختصاص المحكمة طالما أن النزاع يخرج من ولاية المحكم، ولهذا فإن تدخله لا يتوقف على محض الإختيار، ذلك لأنه من غير الجائز أن يسمح للقاضي وهو موكل بحماية النظام العام بتنفيذ حكم مخالف له، وتشكل مخالفتها واقعة يأخذ بها القاضي المختص للفصل في طلب التنفيذ بعد فحص مدى هذه المخالفة بسيطة أو جسيمة يرد على أساسها الطلب وجوبا إذا كانت دولة التنفيذ من الدول عضو في الإتفاقية<sup>2</sup>.

#### 4 . رفض التنفيذ لعدم قابلية النزاع للتحكيم

أثارت مسألة القابلية للتحكيم جدلا وعلى الخصوص إذا ما تعلق النزاع بمسائل التأمين فظل شرط التحكيم المدرج في بوليصة التأمين قبل نشأة النزاع لفترة طويلة يعتبر باطلا، ذلك لأنه شرط خطير بالنسبة للمؤمن له الطرف الضعيف في العلاقة لتنازله عن الحماية القانونية المخولة له أوبين التجار أو من قبل شركات،(ألمانيا، بلجيكا، فرنسا، سويسرا، المملكة المتحدة)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>- قرار محكمة النقض المصرية الصادر في 1985/04/23 تحت رقم 1736 لسنة 51 ق أشار إليه عبد المنعم الدسوقي، التحكيم التجاري الدولي والداخلي تشريعا فقها قضاء، مكتبة مراولي، القاهرة، 1995، ص 208 .

<sup>2</sup> عبد الحميد الأحدث، إجراءات التحكيم، مرجع سابق، ص 446.

<sup>3</sup>- le contrat international d'assurance face aux regles de police et l'ordre public international, op.cit p83 .

هذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية منذ القرن التاسع عشر بشأن الشرط الذي يلزم المؤمن له بأن يرفع النزاع ضد شركة التأمين الفرنسية أمام محكم في باريس، وقررت أن الإعراف بشرط التحكيم يتعارض مع القانون وجردته من القوة الإلزامية.

وبعد ذلك تنازل المشرع الدولي جزئياً عن الحظر بشروط، وإستثنى من ذلك إذا تعلق شرط التحكيم بالنزاع بين طرفيه حول التعويض عن الضرر عند تحقق الخطر المؤمن منه، فإن قابليته للتحكيم لا يكون ممكناً إلا إذا كان الضرر محتمل وقوعه، وللقاضي أو المحكم سلطة تقدير التعويض بناء على العناصر الواقعية التي تثبت لديه بالدليل.

ويظهر هذا الشرط كقاعدة موحدة في القانون الدولي مثلما جاءت به المادة 74 من إتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع وقانون الإتحاد الأوروبي للعقود، كذلك القانون النموذجي للتجارة الدولية فإن الأضرار تشمل الخسائر والأرباح الضائعة المقدر وقت إبرام العقد إستناداً إلى الوقائع التي تكون سبباً لهذه الأضرار، ويقدر التعويض في إطار العلاقة التعاقدية وفق مبدأ سائد في قواعد أعراف التجارة الدولية (Lex mercatoria) المعروف بمبدأ (pacta saint servanda)، إذ أنه خلال التعاقد يحدد الخطر المحتمل والتعويض المستحق للمضروب في حالة تحققه<sup>1</sup>.

غير أن الإجتهد التحكيمي لم يكتف بالقاعدة العرفية السابقة، إنما أولى إهتمامه إلى جانب ذلك بمبدأ حسن النية للمدين الملزم بالتعويض إذا كان إخلاله بالعقد ناتج عن الظروف الخارجية التي نتج عنها إختلال التوازن الإقتصادي للعقد، وجعلت تنفيذ الإلتزام مرهقاً<sup>2</sup>، إضافة إلى ذلك أن تكون العلاقة السببية بين الضرر والخطر قائمة<sup>3</sup>.

فشرط التحكيم وضع تلبية لمتطلبات بسببه بقيت العديد من العقود موجودة رغم ما أقرته القرارات القضائية لإزالتها، وتضمنت بواليص التأمين على المخاطر شرط تحكيم كشرط أساسي.

غير أنه ومنذ صدور القانون المدني في 2001/05/15 الذي حدد إلتزامات وحقوق الطرفين في العلاقة التعاقدية الذين تتفاوت مراكزهما القانونية، فإن الأسانيد التي على أساسها يتم

1 -GAMALELDIN Mohamed HOSSAM . Etude regles d'indemnisation du prejudice dans l'arbitrage international : Vers une indemnisation adequate du prejudice, these de doctorat , universite (paris 1) , PATEON- SORBONNE, 2014, p117 .

2- GAMALELDIN Mohamed HOSSAM , op.cit, p 118.

3 -GAMALELDIN Mohamed Hossam , op.cit, p 122.

إنكار شرط التحكيم تغيرت ولم يعد يرتكز على الضعف الإقتصادي لتبرير الحظر، وإنما قد يعود ذلك إلى أسباب موضوعية، وعدم قابلية المسألة محل المنازعة للتحكيم ذاته، وعدم ملائمة لهذا النوع من المنازعات، وبالتالي يمكن للطرف الضعيف أن يكون طرفا في النزاع يتم تسويته عن طريق التحكيم دون الخشية من مخاطره لما يستعين بمحام يحسسه قبلها بمخاطر الشرط فإما أن يقبله بتحفظ أو يرفضه، إضافة إلى ذلك فإن الإعتقاد بأن شرط التحكيم يقترن بوجود طرف قوي في العلاقة التعاقدية فيزيكيها ويدعم مصالحه على حساب الطرف الضعيف لم يعد له وجود، ذلك أن المحكم حينما يفصل في النزاع يحتكم إلى القانون ولا حجة لديه في إنحيازه لطرف دون آخر. ويشير بعض الفقهاء أنه لا يصرف الطرف الضعيف في العقد الدولي أي كان عن التحكيم لإرتفاع تكاليفه مقارنة بالقضاء، ذلك أن الكثير من الأنظمة تفرض تكاليف أقل من تلك التي تصرف لممارسة الإجراءات القضائية كما هو الشأن في الولايات المتحدة<sup>1</sup>.

هذا وقد إستند بعض الفقه في تفسير عدم قابلية النزاع للتحكيم على عدم وجود الحق الذي يقوم عليه هذا النزاع، إلا أن هذه العلاقة في نظر البعض الآخر غير مبررة، كما لا ترجع عدم القابلية للتحكيم إلى وجود طرف غير مهني في العلاقة التعاقدية، فإذا كان المؤمن له لا يملك الحماية الكافية من الشروط التعسفية وهو أمر لا يمكن معارضته، إلا أن الحماية في كل الأحوال متوفرة بموجب النظام العام، وبالتالي فكل الحقوق ممكنة، ولا يؤثر على ذلك قبول التحكيم وتنازل الأطراف عن الضمانات في نطاق النظام العام، وأن مخالفتها يؤدي إلى رفض تنفيذ حكم التحكيم الذي ثبت فيه هذه المخالفة أو الإعراف بالحق الذي يحميه النظام العام في حالة رفض التنفيذ إذا طعن المنفذ في أمر التنفيذ المخول له قانونا.

كما أن هذه العقود هي بحاجة إلى آلية لمعالجة بعض الحالات التي تطرحها بكيفية سلسلة وسريعة ومصاريفها منخفضة مقارنة بالقضاء<sup>2</sup>، وتبعاً لذلك طرحت إشكالية الإختصاص للفصل في بطلان إتفاق التحكيم الذي تتضمنه بوليصة التأمين، وما إن كانت هذه الوثيقة تتضمن ما يبرر اللجوء إلى التحكيم رغم الحظر الضمني في قانون شركات التأمين لسنة 1974، وكان موقف (longmore) معترضا عليه لما إعتبر أن الفصل في مسألة المشروعية للمسائل المتعلقة

1 - LOQUIN Eric, arbitrabilité et protection du partie faible, op.cit, p 137, 138.

2 - MOLINIER Victor, clause compromissoire examen critique de la jurisprudence de a cour cassation qui établit la nillité de la clause compromissoire, op .cit, p 215.

بالتأمين من إختصاص القضاء، إذ كان عليه أن يعترف بأن بوليصة التأمين لا تنفذ إذا كان الأمر يتعلق بإختصاص المحكمين بتقرير بطلان العقد من خلال الفصل في عدم المشروعية إذ نشأت هذه القاعدة منذ أن طرحها كل من (DARWIN It،SINCE Heyman)، أما القواعد القانونية الملزمة فإنها تؤكد بطلان الإتفاق من الناحية الموضوعية.

وحسب الأستاذ (M.Pincott) بأن القضايا البحرية تتضمن المنازعات بين المؤمنين والمكتتبين بالوثائق البحرية، فالضمان يعد من المسائل القابلة للتحكيم في المنازعات المتعلقة به وأن التأمين البحري يعد أحد أغلب مقومات التجارة البحرية، والأرضية المثلى للتحكيم، والحقيقة أنه يعتمد على وثائق التأمين المعمول بها في السوق الإنجليزية، يدرج شرط التحكيم غالبا بعد نشأة المنازعات<sup>1</sup>، وأدرجت إتفاقية CNUCED التأمين ضمن الأعمال التجارية التي تدخل ضمن مجال تطبيقها<sup>2</sup>.

وفي هذا قضى محكموا غرفة التحكيم البحري بباريس في القضية رقم 1134 بأن المؤمن الذي حل محل المرسل إليه قد أساء توجيه دعواه التي رفعها ضد مالك السفينة والريان وتحميلهما المسؤولية الناشئة عن التلف الذي أصاب الشحنة بعد غرق السفينة، إنما يجب أن يكون الإجراء موجها ضد الشاحن (المستأجر)، ذلك لأن طلب التحكيم المقدم من شركة التأمين يستند على شرط التحكيم المدرج في عقد الإيجار يشير بوضوح إلى الشاحن<sup>3</sup>.

غير أن الغرفة قد إستنتجت من مجال المنازعات القابلة للتحكيم تلك المتعلقة بالتعويض عن نقص أو فقدان البضاعة أو التأخير في تسليمها والتأمين عليها من طرف شركة التأمين ويكون أحد أطراف النزاع مفاوض من الباطن لخضوعه الإلزامي لسلطة القضاء لتسويتها<sup>4</sup>.

وفي عقد إيجار السفينة سواء بالرحلة أو لمدة مؤقتة أو كانت السفينة عارية فإن سند الإيجار يتضمن بندا يعين المستأجر فيه إسم نادي الحماية والتعويض الخاص به الذي يتكفل

1 - TURGNE Franck , op.cit , p 257.

<sup>2</sup> راجع المادة (1 ف 5-2) من إتفاقية CNUDCI أنظر

MANIJEH Danay Elmi, la sentence arbitrale et le juge étatique - approche comparative des systèmes français et iranien, thèse de doctorat, univer paris 1 pantheon- sorbonne, 2016, p 103, 344.

3 - GRONDIN Vves Jean, op.cit, p 2 .

4 - GODIN Philippe, la chambre arbitrale maritime de paris, une institution permettant aux opérateurs et auxiliaires de transport de recourir aux mode d'internatifs de reglement des litiges v.www.arbitrage-maritime.org

بتغطية الأخطار يحدد فيه نطاق التغطية، ويتعهد من خلاله بضمان تنفيذ الإلتزام بهذه التغطية خلال المدة المتفق عليها، ولا يمكن الفصل بين شرط التحكيم وشرط التغطية عن طريق النادي المعين في حالة وقوع النزاع<sup>1</sup>.

وأورد المشرع الأردني حالتين لرفض تنفيذ حكم التحكيم الدولي وتتمثل في مخالفة النظام العام وعدم تبليغ المحكوم عليه تبليغا صحيحا<sup>2</sup>، لهذا نشأ خلاف فقهي حول مدى تقيد المحكم بالحالتين بين حصرتها وإمكانية إستدراج حالات أخرى، وحسمت محكمة التمييز الأردنية الجدل برفضها تنفيذ حكم التحكيم في حق شركة كريسدانشينغ الصينية ضد شركة التأمين الأردنية<sup>3</sup> على أن قانون التجارة البحرية الأردني رقم 35 لسنة 1983 كان ينص على بطلان كل شرط أو إتفاق على نزع الإختصاص في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري من ولاية المحاكم القضائية، وعدم قابلية المنازعات الناشئة عن مشاركة السفينة للتحكيم<sup>4</sup>، وتضمن الحكم نفسه بالنسبة للمنازعات الناشئة عن سند الشحن بقوله "يعتبر باطلا كل شرط أو إتفاق ينزع إختصاص المحاكم الأردنية في النظر في الخلافات الناشئة عن وثائق الشحن البحري<sup>5</sup>.

إن تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص يفضي إلى تعدد القوانين التي يحتمل أن تطبق على موضوع النزاع، إلا أنه يجب التمييز بين قابلية موضوع النزاع للتحكيم وصحته من الناحية الشكلية فيطبق إما القانون الذي يختاره الأطراف أو قانون مكان إيداع طلب التنفيذ، ولا يمكن تجاهل القانون الذي تحدده الإتفاقيات الدولية والذي قد يعالج المسألة مباشرة، ولا نقصد بذلك إتفاقية بروكسل أو روما فإنهما تستبعدان إتفاق التحكيم من نطاق تطبيقهما لا بهدف قيد إرادة الأطراف، وإنما لمنع المشرعين من التصريح ببطلان إتفاق التحكيم يتعلق بمنازعة حصرية من

1-OLIVIER Jambu-merlin, extrait du cahier spécial sur les MARC, mode alternatifs de résolution des conflits ,revue l'argus de l'assurance, 2012.

<sup>2</sup> راجع المادة 54/أ من قانون التحكيم الأردني.

<sup>3</sup> سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 393 . 422.

<sup>4</sup> قرار تمييز حقوقي رقم (85 / 496) الصادر بتاريخ 1985/9/9، مجلة نقابة المحامين الأردنيين، العدد (11، 12)، 1987، ص 1919.

<sup>5</sup> راجع المادة 215/ب من قانون التجارة البحرية الأردني رقم 12 لسنة 1972، ج ر الصادرة بتاريخ 5/6/1972، ص 2357.

إختصاص سلطة خاصة<sup>1</sup>.

#### 4 . 1 . معايير القابلية للتحكيم

وعلى العموم فإن القوانين الدولية<sup>2</sup> والوطنية<sup>3</sup> إستدرجت عدم القابلية للتحكيم من ضمن الحالات التي يؤسس عليها القاضي المختص أمر رفض التنفيذ، وأسندت إتفاقية نيويورك القابلية للتحكيم إما إلى القانون الذي يطبق على موضوع النزاع أو قانون مكان طلب التنفيذ<sup>4</sup>، إلا أنها إختلفت حول تصنيف المسائل القابلة للتحكيم، ويمكن حصرها في طريقتين:

**أولا . طريقة القائمة:** تعني الإحصاء المباشر لنوع المنازعات التي تكون محلا للتحكيم<sup>5</sup>، ففي المجال البحري أعد لنا بعض المشرعين قائمة المنازعات التي يجوز للمحكم بسط ولايته عليها وما عداها فتدخل من الإختصاص الأصيل للقضاء، أخذ بهذه الطريقة قانون التحكيم المصري والفرنسي<sup>6</sup> من خلال ذكره للمنازعات غير القابلة للتحكيم، وبمفهوم المخالفة فإنه ما عدا تلك المنازعات فيجوز تسويتها تحكيما، وقد ربط القضاء الفرنسي عدم قابلية للتحكيم بالنظام العام وتعود له إختصاص تقديره<sup>7</sup>.

أما أنظمة التحكيم المؤسسي فقد حددت بوضوح المسائل القابلة للتحكيم منها مثلا لائحة غرفة اللويدز للتأمين البحري والمادة الأولى من لائحة تحكيم غرفة التحكيم البحري بباريس<sup>8</sup> والمادة الأولى من لائحة المنظمة الدولية للتحكيم البحري<sup>9</sup>، وكلها أدرجت المنازعات المتعلقة بالتأمين البحري ضمن المنازعات القابلة للتحكيم، وتشمل لدى بعض المشرعين ما يترتب على

1 -le contrat international d'assurance face aux regles de police et a l'ordre public international, p 44 v. www.dial.uclouvain.be>datastream

<sup>2</sup> راجع المادة (1/5 . أ) ، والمادة (1/2) من إتفاقية نيويورك 1958 .

<sup>3</sup> نصت المادة 299 من قانون المرافعات المصري "يجب أن يكون حكم التحكيم الصادر في بلد أجنبي صادر في مسألة يجوز فيها التحكيم" .

4- le contrat international d'assurance face aux regles de police et a l'ordre du public international,, op.cit, p 45.

<sup>5</sup> مصطفى تراري ثاني، مرجع سابق، ص 50.

<sup>6</sup> راجع المادة 1060، 1061 من القانون المدني الفرنسي .

<sup>7</sup> أحمد هندي، مرجع سابق، ص 62.

<sup>8</sup> . محمد عبد الفتاح ترك، المرجع السابق، ص 344.

<sup>9</sup> رقية عواشيرية، التحكيم المؤسسي ودوره في تحقيق الذاتية الخاصة للمنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 5.

العلاقات التعاقدية وغير التعاقدية، مما يستتج ضمناً أن عقد التأمين البحري هو الآخر يعد التحكيم في منازعاته جائزاً .

هذا وقد تضمنت بوليصية التأمين "نانت الفرنسية" بند ينص على قابلية منازعاتها للتحكيم فيما يتعلق بتنفيذ بنودها مع مراعاة فرق مدة الضمان بين مكان إبرام عقد التأمين ومكان وصول البضاعة المؤمنة وتناسبها مع قسط التأمين الذي تعزم شركة التأمين على رفعه<sup>1</sup>.

**ثانياً . الطريقة المعيارية :** ويقصد بذلك إعتداد المشرعين معيار محدد يقاس عليه القابلية للتحكيم ومن مجمل القوانين يتضح أن هناك معيارين :

**1 . معيار مادي :** ربط بعض المشرعين القابلية للتحكيم بالجانب المالي للمنازعة، فلا يجوز التحكيم إلا إذا كان للأطراف حرية التصرف فيه هذا ما إشتراطه المشرع الجزائري، إلى جانب ذلك فإن المعيار الإقتصادي مهم في التحكيم الدولي كما سبق شرحه .

**2 . معيار القابلية للصلح :** قد علق البعض الآخر من المشرعين القابلية للتحكيم على مدى إمكان توقيع الصلح في المنازعة المتفق إحالتها إلى التحكيم للفصل فيها، فقد تضمنت قواعد التحكيم التجاري الدولي في القانونين الإيطالي والمصري نص صريح على ذلك<sup>2</sup>، وكذلك إتفاقية الجامعة العربية المتعلقة بتنفيذ الأحكام الأجنبية<sup>3</sup>، وتبعاً لذلك إذا فصل المحكم في مسألة غير قابلة للصلح إمتنع على القاضي الأمر بالتنفيذ.

أما في التشريع الجزائري فجاء النص عليه في القواعد المتعلقة بالتحكيم الداخلي بموجب المادة 1006 من ق إ م إ، مما يجعل الإحالة عليها أمر جائز ووارد.

بعض المشرعين قد أحال ذلك إلى القانون الإتفاقي أو القانون الذي يحكم النزاع أو أي قانون آخر يعينه المحكمون، يتضح بناء على ذلك أن المعيارين يصلح تطبيقهما على منازعات التأمين البحري، ذلك أن التعويض عن الخسائر التي تلحق السفينة أو البضاعة أو المسؤولية يجعل المعيار الأول قائم طالما أن موضوع المنازعة يتعلق بالجانب المالي يمتلك الأطراف حق

1 -CHARLES Lemonnier, op.cit, p 470.

<sup>2</sup> حددت المادة 501 من قانون المرافعات المصري المسائل التي يجوز الصلح فيها.

<sup>3</sup> الأحكام الخاصة بالدعاوى الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع 2011/02/11، بحث منشور على الموقع

الإلكتروني: forum »http://tribunaldz.com أطلع عليه في 2019/9/01

التصرف فيه، كما أنه حسب الفقه أن المنازعة قابلة للصلح<sup>1</sup>، وبالتالي من غير الجائز رفضها إستنادا إلى هذه الحالة.

نستخلص أن تشريعات الدول تختلف في تحديد المنازعات التي يجوز أن تكون محل للتحكيم منها ما يخضع جميع المنازعات كأصل عام ثم يستبعد بعضها إستثناءا، ومنها ما يحدد ماهية المنازعات القابلة للتحكيم ويبين الشروط التي تتعلق بها<sup>2</sup>، ومن ثم فإن التنفيذ يكون مقيد بهذه الإستثناءات والشروط .

وما يمكن التنبه إليه بشأن قابلية منازعات التأمين البحري للتحكيم إذا كان بالأمر يثير إشكال لدى بعض الدول كالسعودية التي كانت لا تجيز التحكيم في منازعات التأمين بصفة عامة، إلا أن ذلك لم يدم طويلا وإنما بادرت بإستحداث قوانين تنظم عملية التحكيم المتعلق بهذا النوع من المنازعات نظرا للأهمية التي أصبح يكتسيها التأمين في الحياة الإقتصادية ليس على الصعيد الوطني فحسب وإنما على الصعيد الدولي، والدور الفعال الذي أصبح يؤديه التحكيم كوسيلة بديلة لحل المنازعات المتعلقة بالتأمين البحري، أما في فرنسا فإن عقود التأمين البحري هي وحدها التي إعترف لها التشريع الفرنسي بأن تتضمن شرط التحكيم في الوقت الذي كان يحضر في مختلف العقود الأخرى إلا لاحقا، وبالتالي فإن أمر رفض التنفيذ يستبعد أن يكون مؤسسا على حالة عدم القابلية للتحكيم بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالتأمين البحري، ومن جانب الفقه فإن بعضه يبرر الرفض إنطلاقا من شساعة مفهوم النظام العام<sup>3</sup>، بينما قابلية النزاع للتحكيم يضيق مجالها لتعلقها بالمسألة موضوع إتفاق التحكيم<sup>4</sup>.

ولذلك فإن القابلية للتحكيم تعتبر شرط لصحة إتفاق التحكيم وقبول تنفيذ حكم التحكيم<sup>5</sup> وإن كان بعض الفقهاء يدرجه ضمن النظام العام نظرا لعدم وجود نص صريح على ذلك<sup>6</sup> كما هو

1. محمد عبد الفتاح ترك، مرجع سابق، ص 334.

2. بواب بن عامر، مرجع سابق، ص 247.

3. تقييم بنيانه مجموعة من المبادئ القانونية المتأصلة والجوهرية تلامس كل الجوانب المكونة للمجتمع الدولي إقتصاديا، إجتماعيا، سياسيا.

4. جمال عمران أغنية، تنفيذ قرارات التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 169 .

5. عزت البحيري، مرجع سابق، ص 327 . 335.

6. عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص 723.

الحال في التشريع الفرنسي، وإنما أشار إليها ضمناً كسبب من أسباب إستئناف حكم التحكيم<sup>1</sup> على خلاف بعضهم الآخر ويؤكد على الإستقلالية، ذلك أن عدم قابلية النزاع للتحكيم ليس بالضرورة أن يكون مخالف للنظام العام طالما أن الأصل في المنازعات قابليتها للتحكيم إلا ما أستثني بنص خاص، وكان ذلك رأي المشرع الدولي من خلال إتفاقية نيويورك<sup>2</sup> التي فصلت هذه الحالة عن غيرها وإن كان الوفد الفرنسي في المؤتمر المنعقد لصياغة بنود الإتفاقية قد أبدى معارضته للإستقلالية<sup>3</sup>.

كذلك نصت عليه إتفاقية الرياض لعام 1983 بقولها "وإنما لها أن ترفض طلب تنفيذ حكم المحكمين المرفوع إليها في الأحوال التالية: 1. إذا كان قانون الدولة المطلوب إليها تنفيذ الحكم لا يجيز حل موضوع النزاع عن طريق التحكيم وهي صاحبة الولاية في تقدير ذلك وعدم تنفيذ ما يتعارض منه مع النظام العام أو الآداب العامة فيها"<sup>4</sup>.

وتجاوزا للخلافات القضائية حول العلاقة بين النظام العام وقابلية النزاع للتحكيم تركت إتفاقية نيويورك للقوانين الوطنية مسألة تحديد تلك العلاقة، ويرى بعض الفقه أن يطبق قانون آخر غير قانون دولة التنفيذ لأن نص المادة (1/5. أ) لم يكن صريحاً في تحديد القانون الواجب التطبيق لأن في رأيهم أن دولة التنفيذ تكون مختصة بالتنفيذ لوجود المال المنفذ عليه في إقليمها لكن ذلك ليس قرينة على وجوب تطبيق قانونها في تحديد نطاق القابلية للتحكيم التي تقيمه على معطيات داخلية لذلك فإن هذا التحديد لا يشمل ما نقره قوانين دول أخرى<sup>5</sup>. إضافة على ذلك فإن الإحالة على قانون دولة التنفيذ لا صلة للأطراف به فقط لإقامتهم في تلك الدولة أو لوجود المال المنفذ عليه في إقليمها يجعل خضوعهم لذلك القانون قد يشكل خطورة لجهلهم بمضمونه فيكون سبباً لرفض تنفيذ الحكم المراد تنفيذه لتعارضه مع قواعده، هذا ما يؤثر على فاعلية التحكيم وقد يعدمها تماماً.

<sup>1</sup> راجع المادة 1493 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي .

<sup>2</sup> جاءت المادة (1/5 . أ) من إتفاقية نيويورك نسخاً عن نص المادة (2/1 . ب) من إتفاقية جنيف 1927.

<sup>3</sup> . بواب بن عامر، مرجع سابق، ص 248.

<sup>4</sup> صلاح الدين جمال الدين ومحمود صلاح الدين مصيلحي، مرجع سابق، ص 55 .

<sup>5</sup> عزت البحيري، مرجع سابق، ص 327 .

وتقاديا لهذه النتيجة يرى بعض الفقهاء أنه لا بد من وضع المفاهيم في موضعها الحقيقي وإن تطلب ذلك إعادة صياغة المادة (1/5.أ)، وجاء هذا الموقف ردا على رأي بعض الفقهاء في تشبثهم بقانون دولة التنفيذ كمرجع في تحديد القابلية للتحكيم والذي تم تداوله من الناحية العملية على أساس صراحة المادة السابقة التي نصت على إخضاع رقابة حكم التحكيم في فترة التنفيذ لقانون دولة التنفيذ.

هذا وقد سلم واضعوا إتفاقية نيويورك بإختلاف الرقابة على القابلية للتحكيم في كل مرحلة سواء تلك التي يمارسها القضاء المختص والتي تنصب على إتفاق التحكيم المنصوص عليها في المادة (3/2)<sup>1</sup>، والرقابة على حكم التحكيم في مرحلة التنفيذ الوارد النص عليها في المادة (1/5) وكل منهما يخضع لقانون مختلف عن الآخر، إلا أن موضوع الرقابة واحد ينصب على مدى قابلية المنازعة للتحكيم، مما يزيل التمييز بين نوعي الرقابة التي كانت محل خلاف بين الفقهاء بشأن تفسير التعارض بين النصوص السابقة<sup>2</sup>.

### 4 . 2 . مدى ملائمة التحكيم لمنازعات التأمين البحري

لا يخشى المؤمن من شرط التحكيم في عقد التأمين، ولكن ما قد يعتقده المؤمن له أن إلزامية عقد التأمين الذي يكون فيه المؤمن متفوق من الجوانب الإقتصادية والفنية والقانون ينتج عنه أن إملاء شروط غير عادلة تخل بتوازن العقد<sup>3</sup>، فيراعي المؤمن مصلحته في ذلك<sup>4</sup>، من أهمها شرط التحكيم الذي يتضمنه يفرض عليه اللجوء إلى القضاء الخاص، مما جعل التحكيم خطر في التأمين، الأمر الذي أدى بالغرفة المدنية بمحكمة النقض الفرنسية بعد قرار PRUNIER القضاء ببطلانه لإحتمال إساءة إستعمال القوة على الرغم من الإختلاف بأن شرط التحكيم في تسوية هذه المنازعات من الوجهة الكلاسيكية يكون مناسبا لها.

<sup>1</sup> راجع المادة (3/2) من إتفاقية نيويورك "على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك مالم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق".

<sup>2</sup> عزت البحيري، مرجع سابق، ص 332 .

<sup>3</sup> علي فقيه هانية، مرجع سابق، ص 189 ، 190 .

<sup>4</sup> بركات كريمة، الحماية القانونية للمستهلك في عقود الإذعان، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، ع 2، 2002، ص 282.

فالجاء بين التأمين والتحكيم وفق قواعد الإستهلاك نتج عنه التشكيك في الفرضيات المتعلقة بالحدود التي لم يتمكن من خلالها إجتماع وسيلتين من حلها لعدم وجود منازعة، ومنها تلك المتعلقة بالتأمين على الأضرار بما يسمى بالحلول (subrogation).

وأشار الأستاذ هادي سليم أن شركة التأمين وإن كانت غير طرف في خصومة التحكيم إلا أنها معنية ووجودها مهم، كما أخذ أيضا بعض الفقه موقف مشابه يرى فيه أن التحكيم والتأمين متوافقان ومتكاملان من الناحية القانونية عن طريقهما تم حل معظم المسائل القانونية ومنها ما يشرف على حلها<sup>1</sup>.

فالتحكيم في مجال التأمين مرتبط بالعلاقة بين شركات التأمين والمؤمن لهم التي يمكن تصورها في غياب وسيط التأمين عدم وجود الثقة الحقيقية بفعل إنتشار الفكرة التي تجعل التحكيم أداة في يد الطرف القوي، يمكن أن نستخلص ذلك من نص المواد من 132-210 من قانون المستهلك التي تعتبر أن شرط التحكيم يفترض فيه التعسف إلا إذا أثبت المهني أن هذا الشرط لا يؤدي إلى تفاوت كبير بالنسبة لإلتزامات وحقوق الطرفين<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني . حالات رفض التنفيذ في القوانين

حدد المشرع المصري حالات رفض تنفيذ حكم التحكيم الدولي<sup>3</sup>، فإذا توفرت حال دون منحه القوة التنفيذية ودون إكسائه بالصيغة التنفيذية لتنفيذه جبريا، وتتمثل هذه الحالات فيما يلي:

#### أولا . عدم تعارض حكم التحكيم الدولي مع حكم قضائي وطني سابق

إذا فصل في النزاع بحكم قضائي بين نفس الأطراف عملا بمبدأ حجية الأمر المقضي فيه<sup>4</sup> فيؤدي ذلك إلى رفض التنفيذ وفق ما إشرطه القانون المصري<sup>5</sup>، ويشمل هذا الشرط كل حكم مهما كان نوعه ودرجته إبتدائي نهائي، جزئي، مؤقت .

1- STEPHANE Choisez, subrogation et arbitrage, N°17, 2012, p 32, 37.

2- STEPHANE Choisez, subrogation et réassurance, 2011, op .cit p 24 .

3. حول أسباب رفض تنفيذ حكم التحكيم الدولي في التشريع المصري راجع المادة 58 من قانون التحكيم المصري رقم 1994/27.

4. مختار أحمد بري، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 269.

5 راجع المادة 2/58 من القانون رقم 27 لسنة 1994.

ويستخلص من هذا الشرط أن تنفيذ حكم أجنبي يستلزم وجود خصومة قضائية تتعلق بموضوع النزاع محل حكم التحكيم، وإن نشأت هذه الخصومة بعد صدور حكم التحكيم<sup>1</sup> فلا تجوز مراجعة ما فصل فيه قضاء أو تحكيما، ويشترك مع القانون الفرنسي في هذه الحالة<sup>2</sup> فالأحكام الوطنية لها الأولوية في التطبيق قبل كل حكم أو أمر أجنبيين إذا تعارضت معها<sup>3</sup> وفي هذه النقطة تعترض القاضي إشكالية طريقة العلم بالأحكام السابقة باعتبار أن مبدأ المواجهة بين الطرفين منعدم لسلوك إجراءات الأمر على العريضة، في هذا الصدد إقترح الفقه حلين :

\* إما الحفاظ على مبدأ المواجهة، وبإمكان المنفذ عليه حينئذ الدفع بحجية الأمر المقضي أمام رئيس المحكمة الإستئنافية.

\* أو تمكين المنفذ عليه من تنبيه رئيس المحكمة بوجود حكم قضائي سابق حائز على قوة الشيء المقضي عن طريق الإعدار الغير قضائي بواسطة المحضر الذي يبلغه إلى كاتب ضبط المحكمة، وهذا الأخير يسلمه إلى رئيس المحكمة، وبهذا يتوصل بالحكم دون المساس بخاصية الإجراء القائم على عدم المواجهة باعتباره يأخذ حكم الأمر على عرائض<sup>4</sup>.

أما من الناحية العملية فإن القاضي المختص لمعالجة الطلب يخول له إمكانية إستدعاء المنفذ ضده ليقدم ما بحوزته من دليل على وجود حكم سابق بشأن النزاع ذاته ومتعارضا مع الحكم الأجنبي المطلوب تنفيذه، وعلى أساسه يفصل القاضي في الطلب برفض التنفيذ<sup>5</sup> إلا إذا تخلى المنفذ عليه عن هذا الحكم بقبوله التحكيم وعدم إبدائه أي دفع يشير إلى وجوده، أما مجرد رفع الدعوى القضائية دون صدور الحكم فإن مصير حكم التحكيم إختلف حوله الفقهاء فمنهم من يرى أن ذلك لا يحول دون تنفيذه، وترك بعضهم الأمر للسلطة التقديرية للقاضي في قبول أو رفض التنفيذ.

<sup>1</sup>. عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص 182.

<sup>2</sup> راجع المادة 1493 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي .

<sup>3</sup>. راجع المادة (2/298) من قانون المرافعات المصري التي نصت على رفض تنفيذ الأحكام لوجود حكم سابق وتشمل المنع الأحكام القضائية وأحكام التحكيم المنصوص عليها في المادة 299 ويتعلق المنع حسب نص المادتين (296،298) بالأحكام التحكيم الأجنبية التي لا تخضع لقانون التحكيم المصري . بواب بن عامر، مرجع سابق، ص 279.

<sup>4</sup>. محمود السيد عمر التحيوي، مرجع سابق، ص 316.

<sup>5</sup>. محمود سمير الشراوي، مرجع سابق، ص 545.

غير أنه برأينا أن التفسير الأخير فيما يتعلق بضرورة قيام منازعة قضائية لإثارة مسألة تنفيذ حكم تحكيم يؤدي أولاً إلى إعادة مراجعته والفصل فيه من جديد، وهذا ما يقلل من دور التحكيم ويعدم جدواه في تسوية المنازعات ذات الطابع الدولي أو الأجنبي، كما يعسر من مهمة تنفيذه إضافة إلى إطالة أمد النزاع وإهدار الوقت والأموال، ولذلك فإن الرقابة يجب أن تكون شكلية تتماشى مع طبيعة التحكيم وتتجاوب مع خصائصه.

### ثانياً . إنقضاء مدة إتفاق التحكيم

تعد سرعة الفصل في النزاع من المحفزات التي تدفع إلى إختيار التحكيم الوسيلة البديلة عن القضاء، لذلك فإن القوانين غالباً ما تقيد المحكمين بأجال معقولة لإصدار أحكامهم كما حرصت مراكز التحكيم<sup>1</sup> من خلال لوائحها على المحافظة على هذه الخاصية، مثال ذلك لائحة مركز التحكيم الفرنسي (afa) الذي يحمل على عاتقه إدارة إجراءات التحكيم<sup>2</sup>.

يتضمن إتفاق التحكيم تاريخ نهاية سريانه، فإذا إنقضى الأجل فقد الإتفاق صلاحيته، ومن ثم فإن الحكم الصادر إستناداً على هذه الإتفاقية يعتبر باطل، أما إذا لم يتضمن الإتفاق أجلاً محدداً فيرجع في شأن تحديده إلى القانون المطبق على الإجراءات، وفي هذا الشأن قد اختلف المشرعون حول الأجل القانوني الذي يستند إليه المحكم أو القاضي، فقانون التحكيم المصري حددها بعشرة أشهر، والقانون الفرنسي حددها بستة أشهر تبدأ من يوم قبول المحكم بالمهمة المسندة له<sup>3</sup>، بينما خلت القواعد المتعلقة بالتحكيم الدولي في القانون الجزائري من نص يحدد هذه المدة ربما لأن المشرع قصد إعمال قواعد التحكيم الداخلي المتعلقة بذلك والتي حددتها بأربعة أشهر تحتسب من تاريخ تعيين المحكم<sup>4</sup>.

وتحدد غرفة التحكيم البحري بباريس (CAMP) مدة التحكيم بستة أشهر ابتداء من تشكيل

هيئة التحكيم، والذي يعتمد بشكل أساسي على الأطراف نفسها، لذلك إهتم المركز بتدريب عدد

1- Christine Lecuyer-Thieffry, Le règlement d'arbitrage 2012 de la CCI : efficience et Transparence accrue, Gazette du Palais, 5-7 février 2012, p. 12.

2 - D. Kühner, The new AFA arbitration rules, Journal of international arbitration, 2011, p 519 - 534

<sup>3</sup> راجع المادة 1456 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

<sup>4</sup> راجع المادة 1024 من القانون رقم 09/08 المتعلق بقانون إ.م.إ.ج.

من المحكمين أو ذوي الخبرة في ممارسة نشاط التأمين البحري<sup>1</sup>.

فإذا كان مطلوب من المحكم مراعاة مسألة إختزال الوقت لتسريع وتيرة الفصل في النزاع وذلك لمضاعفة فعالية التحكيم ودوره في حل النزاعات فإنه لا يجب إهمال ما هو أهم من ذلك على ألا يكون ذلك على حساب جودة الأحكام بما أن المحكم يؤدي وظيفة قضائية فإن العدالة مبتغى كل تحكيم، ولذلك فإن الموازنة بين السرعة والجودة لا تكون إلا إذا كان المحكم يمتلك الخبرة وأهلا ومتخصصا وكفأ<sup>2</sup>.

### ثالثا . إنعدام والتناقض في تسبب حكم التحكيم

تركت قواعد إتفاقية نيويورك 1958 للقوانين الداخلية حرية إشتراط تسبب حكم التحكيم الدولي الصادر في الخارج لقبول تنفيذه، وبالرجوع إلى بعض هذه القوانين يتضح أنها اختلفت حول تسبب حكم التحكيم لصحته، فالقانون الجزائري إعتبر أن الحكم الذي يشوبه خلل في التسبب إما لإنعدامه أو لتناقضه معللة أن أهمية التسبب تتمثل في تسهيل عملية الرقابة القضائية على حكم التحكيم الدولي الصادر في الخارج عند تنفيذه أو عند الطعن فيه بالبطلان إلا أن القانون الإنجليزي قد عدل عن فكرة الحكم بدون أسباب، وذلك من خلال إدراج نص في قانون التحكيم يجيز للمحكمة العليا إلزام المحكمين بتسبب قراراتهم<sup>3</sup>.

ولم تعترض محكمة إستئناف تونس عن تنفيذ حكم تحكيم صادر في إنجلترا تم تسببه مخالفة لقانون التحكيم التونسي معتبرة أن ذلك لا يؤثر على النظام العام الدولي في تونس فقضت بأن "عدم سلوك القرارات التحكيمية الأجنبية لطريقتنا في تعليل الأحكام لا يعتبر مخالفا للنظام العام الدولي التونسي"<sup>4</sup>.

ولا يختلف القاضي عن المحكم فيما تعلق بتسبب الحكم، إلا أن هيئة التحكيم تمتلك السلطة التقديرية فيما تراه مناسبا من أسباب دون أن تحمل تناقضا فيما يقضي به منطوق الحكم أو تكون منافية للواقع أو القانون.

1 - OLIVIER JAMBU Birelin, l'assurance maritime – terre d'élection de l'arbitrage, 1

[www.argusdeassurance.com](http://www.argusdeassurance.com) visé le 29/03/201

2 - ALEXANDRE Job, attente des entreprises en matière d'arbitrage, Op.cite, p 6.

<sup>3</sup> راجع المادة 5/1 من قانون التحكيم الإنجليزي الصادر في 1997.

<sup>4</sup> فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري، مرجع سابق، ص 336.

ويعد القانون الجزائري من طائفة القوانين التي تلحق عدم تسبيب الحكم بالحالات المستوجبة للطعن بالبطلان<sup>1</sup>، هذا ما أقر به أيضا القضاء المصري إذ جاءت حيثيات الحكم الصادر عن محكمة النقض المصرية الفاصل في النزاع القائم بين شركة التأمين ضد شركة التوكيلات الملاحية والشركة المستوردة للبضاعة المتمثلة في شحنة من الأسماك المجمدة "بأن إغفال الحكم دفع أعباء الخصم وكان جوهريا ومؤثرا في النتيجة التي إنتهى إليها فيعتبر ذلك الإغفال قصور في أسباب الحكم الواقعية فيؤدي إلى بطلانه، بما مؤداه أنه إذا طرح على المحكمة دفاع كان عليها أن تنتظر في أثره في الدعوى فإن كان منتجا فعليها أن تقدر مدى جديته حتى إذا رأته متمسا بالجدية مضت إلى فحصه لتقف على أثره في قضائها فإن لم تفعل كان حكمها قاصرا لما كان ما تقدم وكان من الثابت من الأوراق أن الطاعنة تمسكت أمام محكمة الموضوع بأنه ليس للمطعون ضدها الأولى الحق في الدفع بعدم القبول لوجود شرط التحكيم إذ أن ما سلكته في الدعوى من طلب التأجيل للصلح والإتفاق على وقفها لإتمامه ما يفيد تسليمها بقيام النزاع أمام محكمة مختصة ومواجهتها موضوع الدعوى وتنازلها فيه لما تمسكت به الطاعنة من دفاع جوهرى في هذا الخصوص مع ما قد يكون له من أثر في قضائه، مما قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى فإنه يكون معيبا بالقصور المبطل بما يوجب نقضه"<sup>2</sup>.

وعلى ذكر هذا الإجراء كسبب من أسباب رفض التنفيذ يمكن إعتبره حالة قائمة بذاتها نصت عليها المادة 5/ (ب) من إتفاقية نيويورك، كما يمكن إدراجها في إطار النظام العام وفق ما نصت عليه المادة 5/ (د)، غير أن أثر كل منهما مختلف، ففي الحالة الأولى يشترط الدفع بها أمام المحكمة للقضاء بها، أما في الحالة الثانية فإن القاضي ملزم بأن يثيرها من تلقاء نفسه ولو سكت عنها المنفذ ضده<sup>3</sup>، وكلا الحاليتين تعد من ضمانات تنفيذ حكم التحكيم.

غير أن محكمة النقض الفرنسية قضت بأن " عدم تسبيب الحكم ليس بحد ذاته مخالفا للنظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص الفرنسي، إذ أن إلتزام الحكم التحكيمي الصمت لا

<sup>1</sup> راجع المادة 5/1056 من ق إ م إ ج المتعلقة بحالات إستئناف أمر التنفيذ التي أحالت إليها المادة 1058

المتعلقة ببطلان حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر.

<sup>2</sup> علي حسن عوض، مرجع سابق، ص 313، 314.

<sup>3</sup> سليم بشير، مرجع سابق، ص 344.

يشكل حلا لأساس النزاع غير متلائم مع النظام العام ولا يشكل مساسا بحق الدفاع<sup>1</sup>.

إلا أنه عيب على إشرط تسبب الحكم التحكيم الأجنبي وإدراجه ضمن حالات رفض التنفيذ لأنه يؤدي إلى مراجعته مما يؤثر على دور التحكيم في فك النزاع بشكل نهائي يتعذر معه تحقيق ذلك بوجود عرقلة في التنفيذ<sup>2</sup>، يمكن تجاوز ذلك في رأي أحد الباحثين إلتزام المحكمين بالفصل المتأني والشامل والعميق في النزاع من شأنه أن يضمن سلامة الحكم ويجنبه الطعن<sup>3</sup>.

ونرى أن ذلك يحول دون الوقوف على المنطلق القانوني أو الواقعي الذي بنى عليه المحكم حكمه، ومن ثم فإنه قد لا يكون عنوان للحقيقة التي يسعى الأطراف الوصول إليها، ويبعد الحكم التحكيمي عن أضواء الرقابة .

#### رابعا . تقييم حالات رفض تنفيذ حكم التحكيم الدولي

نستنتج مما سبق أن موانع التنفيذ التي وردت في إتفاقية نيويورك 1958 والتي تعتبر مصدر أنظمة التحكيم لدى معظم الدول قد تبناها المشرعين ضمن قوانين التحكيم، لكن البعض منهم أضاف حالات أخرى كما هو الشأن بالنسبة لقانون التحكيم المصري بالنسبة لشروط التعارض مع حكم سبق صدوره في مصر .

أما بشأن حصرية حالات قبول تنفيذ حكم التحكيم فيمكن النظر إليها من ناحيتين :

- أنها تهدف إلى منح حكم التحكيم الدولي قيمة وفعالية من خلال خفض شروط التنفيذ.
- ومن الناحية الأخرى فإن حصر حالات عدم التنفيذ غير ممكن، ذلك أن بعض الحالات تفرض نفسها بالرغم من عدم الإشارة إليها والتي لا يمكن لقاضي التنفيذ تحاشي التحري عن وجودها لتقرير نفاذ حكم التحكيم الدولي من عدمه لأنها تتعلق بالنظام العام كالإختصاص النوعي لإصدار أمر التنفيذ كأن يقدم طلب التنفيذ أمام محكمة إستئناف غير مختصة بإصدار

<sup>1</sup> - بواب بن عامر، مرجع سابق، ص 257، نقلا عن الإجتهاادات القضائية الدولية، الإجتهاادات الفرنسية في مجلة التحكيم، ع3، ص817.

<sup>2</sup> - عبد الحميد الأحدث، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مرجع سابق، ص 139 .

<sup>3</sup> . بواب بن عامر، مرجع سابق، ص 294.

أمر التنفيذ<sup>1</sup>.

ويعد النظام العام المعيار السليم الذي يعادل بين الوجهين المتقدمين، ذلك لأنه يمثل النقطة المشتركة بين حالات رفض التنفيذ والبطلان، فالمحكمة المختصة ملزمة فقط في إطار هذه الحالات أن تقضي بها من تلقاء نفسها منها قاعدة الوترية والأهلية، أما ما خرج عن هذا الإطار من حالات منها مثلا تجاوز المحكمين حدود سلطاتهم والتي تمثل ضمانات التنفيذ مقررة لحماية الأطراف إنما يتوقف إثارها على من تقررت لمصلحته من الأطراف ويجوز التنازل عنها حتى ولو تعلقت بقاعدة أمره ليست من قواعد النظام العام، ومن ثم يزول أثرها ويحافظ حكم التحكيم على حجيته وقوته التنفيذية التي لازمت صدوره.

كما أن الدول غير ملزمة بإدراج حالات التنفيذ الواردة في إتفاقية نيويورك 1958 في قانونها الداخلي، ذلك لأن هذه الأخيرة قد تركت مسألة تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية للقوانين الوطنية، فطرفي تنفيذ حكم تحكيم تجاري دولي أدري بقانونهم الداخلي ما إذا كانت شروط التنفيذ في هذا القانون أقل شدة من تلك التي تفرضها الإتفاقية<sup>2</sup>.

أما إتفاقية جنيف فإنها تلزم المنفذ إثبات حكم التحكيم وتنفيذه في دولة أخرى حصوله على أمرين للتنفيذ أحدهما من دولة إصداره والآخر في دولة التنفيذ لمنح حكم التحكيم الصيغة التنفيذية، إلا أن إتفاقية نيويورك قد تداركت ثقل هذه الإجراء على كاهل المنفذ فخففت منها بأن أجازت لطالب التنفيذ أن يصدر أمر تنفيذ واحد يتحصل عليه من دولة التنفيذ.

فبالأسباب الثلاثة الأولى لرفض تنفيذ حكم التحكيم الدولي تؤكد تعزيز رجحان سلطان الإرادة على القوانين، ويعتبر ذلك من أهم مميزات إتفاقية نيويورك، ومن أهم النقاط المستحدثة فيها في مجال قانون التحكيم الدولي. ومع ذلك لا يمكن التسليم المطلق بحصر حالات رفض التنفيذ على أساس أنها نفس الحالات التي يتقرر البطلان بموجبها، لأن ذلك يؤدي إلى توحيد الأسباب لرفض التنفيذ والبطلان معا كما هو الشأن في القانون الجزائري، مما ينتج عنه عدم جدوى التمييز بين مرحلتي التنفيذ والبطلان وممارسة الطعون المتعلقة بكل مرحلة.

<sup>1</sup> أحمد محمد حشيش، مرجع سابق، ص 91.

<sup>2</sup> عامر فتحي البطاينة، مرجع سابق، ص 256 ، 257.

## الفصل الثاني

أثر الطعن على دور التحكيم

الدولي

في تسوية منازعات التأمين

البحري

إن حكم التحكيم شأنه شأن الحكم القضائي قد يشوبه خطأ بإعتباره صادر عن أشخاص وإن تميزوا بالتخصص والخبرة، وقد يكون الخطأ ناشئ عن تصرف عمدي لعدم نزاهة المحكم فلا بد للمحتج عليه بحكم التحكيم المشوب بالخطأ الطعن فيه.

تعد الإرادة المحرك الرئيسي لعمل المحكم مما تنتزع منه صفة القاضي الذي يلتزم بتطبيق مبدأ الشرعية، فهو قاض خاص يحتكم لسلطان الإرادة، ولا تعتبر أحكامه ملزمة وخالية من القوة التنفيذية إلا بأمر قضائي، ولا يجوز للسلطة القضائية في نطاق ممارسة سيادة الدولة على الأحكام المنفذة على أراضيها إصدار هذه الأوامر إلا بعد تمريرها على الرقابة وفق ما تحدده نظم التحكيم التي تتفاوت في درجاتها منها ما تكتفي بالفحص الظاهري لحكم التحكيم المطلوب تنفيذه ومنها ما يتغلغل إلى الفحص الموضوعي لهذا الحكم (المبحث الأول).

تختلف قوانين الدول حول طرق الطعن التي تخضع لها هذه الأحكام، ففي التشريع الجزائري فإن ممارسة الطعن في مجال التحكيم الدولي مميّز بين حكم تحكيم صادر في الجزائر عن ذلك الذي يصدر في الخارج، كما فرق بين حكم التحكيم الدولي وأمر الإعراف به وتنفيذه إذ يتصف حكم التحكيم الدولي بالطابع النهائي لدى بعض التشريعات الوطنية والدولية<sup>1</sup> فلا يجوز للمحكوم عليه الطعن فيه إلا بالبطلان إذا توفرت أسبابه الواردة على سبيل الحصر ما لم يتنازل عنه الطرف الذي تقرر البطلان لصالحه<sup>2</sup>، لذلك أقرت بعض القوانين ولوائح التحكيم المؤسسي الطعن المسبق في حكم التحكيم قبل صدوره ضماناً لصحته وتنفيذه.

فلا يختلف بطلان حكم التحكيم الدولي عن بطلان الحكم القضائي لما يرتبه من آثار على التنفيذ، ونسلط الضوء على الآثار المترتبة عن البطلان بالنسبة للمؤمن الذي يتحمل نتائج الحكم رغم أنه لم يكن طرفاً في إتفاق التحكيم (المبحث الأول).

1-Serge Bouchard et Maeva Ferrer l'abécédaire de la rédaction d'une convention d'arbitrage, MORE - NCY, p 8 v. le site <http://consultation.avocat>

2. حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دراسة تحليلية وإنتقائية لأحكام القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 ولبعض القوانين الأجنبية والمعاهدات الدولية المنظمة للتحكيم وخاصة معاهدة نيويورك ومعاهدة واشنطن، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 92.

والسؤال المطروح في هذا المقام ما مدى إمكانية خضوع حكم التحكيم الدولي المتعلق بمنازعة التأمين البحري للطعن، وماهي إنعكاساته وبالأخص البطلان على دور التحكيم لتسوية منازعات التأمين البحري؟ .

### المبحث الأول: الطعن القضائي في أمر التنفيذ عامل تأخير لعملية التنفيذ

لضمان إستقرار المراكز القانونية والحقوق المكتسبة وضمان سرعة الفصل في المنازعات المتعلقة بالتجارة البحرية<sup>1</sup> لم تخضع قوانين التحكيم حكم التحكيم الدولي للطعن المباشر، وإنما ينصب الطعن على الأوامر المتعلقة بالتنفيذ، فجانبا من الفقه يعتبر أن دعوى البطلان وغيرها من أساليب الطعن تتناقض مع نظام التحكيم القائم على السرعة ويسر الإجراءات للفصل في المنازعات<sup>2</sup> سيما فيما يتعلق بالتأمين البحري.

غير أن الأمر لا يبدو كذلك بالنسبة لبعض المشرعين طالما أن العدالة هي المبتغى، فلا مناص من إتاحة فرص الطعن أمام الأطراف المحتج عليهم بحكم التحكيم صادر عن شخص عادي قد تكون خبرته محدودة، لهذا نتطرق لنطاق الرقابة على الأحكام الصادرة في الداخل والخارج وقابلية الأوامر المتعلقة بتنفيذها للطعن (المطلب الأول) ثم نعرض طرق ممارسته (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: قابلية الأوامر المتعلقة بالتنفيذ للطعن

تتوج عملية الرقابة القضائية على حكم التحكيم الدولي بصدور أحد الأمرين من القاضي المختص إما أمر التنفيذ إذا كانت نتائج الرقابة إيجابية، فينتهي الأمر بوضع الصيغة التنفيذية على الحكم ومنحه قوة التنفيذ يسمح إستنادا عليها بتنفيذه تنفيذا جبريا (الفرع الأول)، أو أن يصدر أمر رفض التنفيذ قد يتعلق بجزء من حكم التحكيم الدولي ويستوفي الباقي شروط صحته وقد يكون الرفض شاملا، وفي هذه الحالة لا بد من التأشير به على الحكم، ويعتبر ذلك تنبيها

<sup>1</sup> حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص 92.

<sup>2</sup> غسان رباح، سلطة القضاء في الرقابة على قرارات المحكمين، مرجع سابق، ص 424.

للمحكمة في دولة التنفيذ بوجود أسباب تستدعي رفض تنفيذه (الفرع الثاني)، فهل يجوز الطعن في أوامر رفض التنفيذ الكلي أو الجزئي؟ .

### الفرع الأول: الطعن في أوامر تنفيذ حكم التحكيم الدولي

بإستقراء المواد المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم التجاري الدولي يتضح أن المشرع الجزائري قد ميّز من حيث الآثار بين حكم التحكيم وأمر التنفيذ<sup>1</sup>، كما ميّز بين نوعين من الأوامر المتعلقة بالتنفيذ المتمثلة في أمر التنفيذ ورفضه، ويعني ذلك أن رئيس المحكمة يفصل في طلب التنفيذ بأحد الأمرين تبعا لما توفر لديه من عناصر الرقابة.

#### أولا . أمر تنفيذ حكم التحكيم الدولي في منازعات التأمين البحري صادر في الجزائر

ميز المشرع الجزائري بين حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر عن ذلك الذي صدر في الخارج<sup>2</sup>، ما يثير الإنتباه أن المشرع قد حصّن أمر التنفيذ الصادر في الجزائر من أساليب الطعن إلا عن طريق الطعن بالبطلان شأنه شأن أحكام التحكيم ذاتها، والطعن بالبطلان يترتب عليه بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ، أو أن تتخلى المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ مالم تكن قد فصلت فيه<sup>3</sup>، ووجد حالاته بالنسبة لأمر التنفيذ والبطلان بالنسبة لحكم التحكيم التجاري الدولي التي جاءت على سبيل الحصر، ومنعت بعض التشريعات ليس فقط من الطعن وإنما أيضا التظلم من أمر تنفيذ حكم التحكيم، والغاية التشريعية من ذلك ضمان سرعة تنفيذ تلك الأحكام طالما قضي بصحتها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>. راجع المواد 1055 ، 1056 من القانون رقم 09/08 من ق إ م إ ج.

<sup>2</sup>. راجع المادة 2/1056 من القانون رقم 09/08 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على أنه "لا يقبل الأمر الذي يقضي بتنفيذ حكم التحكيم الدولي المشار إليه أعلاه أي طعن، غير أن الطعن ببطلان حكم التحكيم يترتب بقوة القانون الطعن في أمر التنفيذ أو تخلي المحكمة عن الفصل في طلب التنفيذ إذا لم يتم الفصل فيه" .

<sup>3</sup>. بن حمو فتح الدين، مرجع سابق، ص 130.

<sup>4</sup>. خلف الخالدي، مرجع سابق، ص 59.

### ثانيا . أمر تنفيذ حكم تحكيم دولي في منازعات التأمين البحري صادر في الخارج

منح المشرع الجزائري لرئيس محكمة الأمر بالتنفيذ قابل للطعن إذا توفرت فيه أحد الأسباب الموجبة للطعن المحددة قانونا<sup>1</sup>، وبهذا فإنه خالف التشريع الفرنسي رقم 2011/48 الذي منح حكم التحكيم القوة التنفيذية بمجرد صدور أمر التنفيذ وإن رفع أحد الطرفين الطعن ببطلانه<sup>2</sup> ولا تخضع للإستئناف المباشر وإنما عن طريق إستئناف أمر الإعتراف أو منح الصيغة التنفيذية أو رفضه<sup>3</sup>، كما أنه أخذ عن المشرع الفرنسي الذي أخضع أوامر الإعتراف والتنفيذ للإستئناف في حالات محصورة والغرض من ذلك تحصين أوامر التنفيذ من ذلك<sup>4</sup>.

### الفرع الثاني . الطعن في أمر رفض تنفيذ حكم التحكيم الدولي

أفسح المشرع لطالب تنفيذ حكم التحكيم المجال للطعن في أمر رفض التنفيذ وذلك لعدم وجاهيته<sup>5</sup>، ولم يفرق في هذه الحالة بين ما إن كان حكم التحكيم صدر في الجزائر أو خارجها ولم يعتد بالمعيار الإقليمي الذي أخذ به بالنسبة لإستئناف أمر التنفيذ<sup>6</sup>، كما لم تحدد الحالات التي يؤسس عليها الطعن رغم أنه أجاز ذلك صراحة، فالطعن إجراء شكلي يعكس سطحية الرقابة على أوامر رفض التنفيذ، ويكون قرار الرفض الصادر عن قاضي الاستئناف قابل للطعن فيه بالنقض أمام المحكمة العليا.

مما سبق يبدو أن هناك إخلال بمبدأ المساواة بين الأطراف في ممارسة حق الطعن لما حوّل للمحكوم له بإمكانية الطعن في أمر رفض التنفيذ إذا رد طلبه، وحرّم المحكوم عليه من التصدي للتنفيذ إلا لأسباب حصرية، إلا أنه حقق التعادل لاحقا من خلال منحه حق مباشرة

<sup>1</sup> راجع بالمادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

<sup>2</sup> - christophe seraglini, jérôme ortschidt, Droit de l'arbitrage interne et international, droit de l'arbitrage interne et international, motchretien, paris, 2015, p 847.

<sup>3</sup> راجع المادة 1/1025 من المرسوم الفرنسي رقم 2011/48 " يجوز إستئناف الحكم الذي فصل في طلب الإعتراف بالحكم التحكيمي الصادر في الخارج أو بإعطائه الصيغة التنفيذية".

<sup>4</sup> راجع المادة 1501 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي .

<sup>5</sup> بن عصمان جمال، مرجع سابق، ص 68.

<sup>6</sup> بلباقي بومدين، التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، مرجع سابق، ص 583.

دعوى بطلان حكم التحكيم<sup>1</sup>، وفي نفس الوقت فإن نية المشرع تتجه إلى تحقيق السرعة وعدم إطالة الإجراءات التي قد يتخذها الطرف المحتج عليه بالحكم ذريعة لعرقلة التنفيذ<sup>2</sup> مما يلتهم المبتغى الأساسي من اللجوء إلى التحكيم الدولي لحل المنازعات المتعلقة بمعاملات دولية.

### المطلب الثاني . طرق الطعن في أمر رفض التنفيذ

لايختلف حكم التحكيم الذي يفصل في منازعات التأمين البحري عن غيره من الأحكام الفاصلة في مسائل التحكيم التجاري الدولي بالنسبة لتنفيذه وفقا لقواعد التحكيم في القانون الجزائري أن أمر رفض التنفيذ قابل لكل طرق الطعن سواء كانت عادية عن طريق الإستئناف (الفرع الاول) أو الغير عادية عن طريق النقض أو إلتماس إعادة النظر شريطة ألا يستهدف الطعن مراجعة حكم التحكيم، لهذا يستثنى من طرق الطعن المعارضة (الفرع الثاني)، غير أن الطعن لا أثر له على التنفيذ (الفرع الثالث).

### الفرع الأول . إستئناف أمر رفض تنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي

من المقرر قانونا أن أمر رفض تنفيذ حكم التحكيم يجوز إستئنافه<sup>3</sup>، إلا أن حالاته غير محددة على خلاف ما قام به المشرع بالنسبة لإستئناف أمر التنفيذ في التشريعين الجزائري<sup>4</sup> والفرنسي هذا السكوت يضع قاضي الدرجة الأولى والباحثين في موقف تردد حول تطبيق حالات

1. محمد السيد عمر التحيوي، مرجع سابق، ص 333.

2. عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي، 1995، مرجع سابق، ص 80 ، 81.

3. نصت المادة 1523 من المرسوم رقم 2011/48 "يجوز إستئناف الحكم الذي يرفض الإعتراف بحكم التحكيم الدولي الصادر داخل فرنسا أو برفض إعطائه الصيغة التنفيذية، ويرفع هذا الإستئناف خلال شهر من تاريخ إعلان الحكم".

4. راجع المادة 1056 من قانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

## الفصل الثاني أثر الطعن على دور التحكيم الدولي في تسوية منازعات التأمين البحري

إستئناف أمر تنفيذ حكم التحكيم الدولي التي وردت على سبيل الحصر<sup>1</sup>، فالإشكال الذي يطرح بالنسبة لرقابة القاضي على حكم التحكيم الدولي الذي صدر بشأنه أمر رفض التنفيذ: - هل يمكن لقضاة المجلس رفض الإستئناف المؤسس على إحدى الحالات الواردة في المادة 1056 المتعلقة بإستئناف أمر التنفيذ أم يبقى محصورا في الحالتين الوارديتين في المادة 1055؟ حاول الفقه الفرنسي الخروج من دائرة الريبة بأحد الحلين وهما في الحقيقة تفسيراً لإرادة المشرع لعدم النص الصريح على ذكر حالات الإستئناف أو الإحالة على المادة 1502 يتمثل هاذين الفرضين :

\* أن المشرع حصر إستئناف أمر رفض تنفيذ حكم التحكيم الدولي في حالتين عدم وجود حكم التحكيم ومخالفته للنظام العام، فإذا تصادف القاضي بغير هاتين الحالتين رفض الإستئناف وعل ذلك بأن المشرع لو أراد الإحالة على المادة 1522 لنص على ذلك صراحة<sup>2</sup>.

\* أن القاضي يجوز له رفض التنفيذ إستنادا إلى المادة 1522 لعدم وجود نص يمنع ذلك، ولا يوجد ما يبرر التمييز بين أمر تنفيذ حكم التحكيم الدولي ورفضه من حيث أسباب إستئنافه<sup>3</sup>.

ويبدو أن هذا الموقف مقبول من الناحية المنطقية بشكل ينفي ما أتى به الإتجاه المعارض الذي يجيز للأطراف بإمكانية تأسيس إستئناف أمر رفض التنفيذ على المادة 1522 المتعلقة بحالات إستئناف أمر التنفيذ.

والوضع في التشريع الجزائري يتشابه بما أتى به المشرع الفرنسي في تحديد حالات إستئناف أمر التنفيذ وإمتناعه عن ذلك بالنسبة لإستئناف أمر رفض التنفيذ، ولذلك يميل بعض الشراح إلى ضرورة الأخذ بالرأي الأول وذلك لإعتبارين :

أولاً- أن أمر التنفيذ الذي يصدر عن المحكمة المختصة يكون وجاهي، ولذلك فإن تحقيق الإستئناف فيه يتم بنفس الطريقة، حيث يتاح للمنفذ عليه إمكانية الدفاع عن نفسه في سياق

<sup>1</sup> يقصد بذلك الإحالة على المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تقابلها في قانون الفرنسي المادة 1522 من المرسوم رقم 2011/48.

2- ROBERT Jean, la réforme de l'arbitrage international en France, decret du 12/05/1981, rev arbitrage 1981, p 533.

3- JACQUET. M, DELEBEQUE.Ph, droit de commerce international , Dalloz ,paris , 2000, P 341.

## الفصل الثاني أثر الطعن على دور التحكيم الدولي في تسوية منازعات التأمين البحري

المادة 1056، على خلاف أمر رفض التنفيذ بإعتباره أمر ولائي فإن إستئنافه من طالب التنفيذ يتبع بشأنه إجراءات الأمر الولائي الذي لا يعمل بمبدأ الوجاهية، ولهذا يقتصر دوره في إثبات عكس ما تأسس عليه أمر رفض التنفيذ، وذلك إما بإثبات وجود إتفاق التحكيم وعدم مخالفته للنظام العام الدولي متبعا نظام الأمر على ذيل العريضة .

**ثانيا-** أن قبول القاضي طلب إستئناف أوامر رفض التنفيذ تأسيسا على الأسباب المتعلقة بإستئناف أوامر التنفيذ يعد خطأ في التفسير، ذلك أن المشرع لم يقصد إخضاعهما لنفس الأحكام ولو أراد ذلك لوضع نصوصا صريحا على ذلك<sup>1</sup>.

يتبين مما سبق أن المشرع الجزائري ونظيره الفرنسي حصر حالات الطعن بالإستئناف في الأوامر المتعلقة بالتنفيذ منتها إجراءات مبسطة وسريعة الفعالية بشكل يضمن تنفيذ أحكام التحكيم الدولي في حل المنازعات.

وقد إعتد مجلس اللوردات تفسيرا قيّد فيه قواعد الإستئناف من خلال قرار (NEMA) المشهور، أثر ذلك على إتجاه المشرع في صياغته لهذه الأحكام التي تضمنها قانون التحكيم الإنجليزي 1996<sup>2</sup>.

يرى أحد الباحثين أن الموازنة بين الحلين الذي سبق للفقهاء الفرنسيين طرحهما خلال الجدل القائم حول تطبيق القاضي للمادتين 1501 ، 1502 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي<sup>3</sup> أنه تماشيا مع الرأي الفقهي الغالب في فرنسا القاضي بتطبيق أحكام المادة 1522 لذات الأسباب التي سبق ذكرها<sup>4</sup>، غير أنه في الحقيقة أن ذلك يتوقف على النظام القضائي السائد في دولة التنفيذ ما إن كان يأخذ بالرقابة الشكلية فإن الحل المقترح قد يؤدي به إلى الفشل ويكون القرار معرضا للطعن بالنقض.

<sup>1</sup>. بن عصمان جمال، مرجع سابق، ص 75.

<sup>2</sup> -MCARDLE FROISSARD Brownyn, execution de la sentence , op.cit, p 78.

<sup>3</sup> - JACQUET. M, DELEBEQUE.Ph, droit de commerce international, op.cit, p 391.

<sup>4</sup>. بلباقي يومدين، التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، مرجع سابق، ص 585.

يستبدل المشرع المصري قواعد إجراءات الإستئناف بنظام التظلم في أمر رفض تنفيذ حكم التحكيم الدولي<sup>1</sup> متبعا في ذلك إجراءات الخصومة العادية المتمثلة في الإعلان وفي إستعمال طرق الإثبات وأوجه الدفاع<sup>2</sup> ثم يفصل فيه إما بتأييد أو تعديل أو إلغاء الأمر يكون قابل للطعن<sup>3</sup>، وبالتالي لا يحوز على حجية الشيء المقضي به، ويترتب على قبول التظلم وقف تنفيذ حكم التحكيم، وبهذا فإن التظلم يعد وسيلة لتغيير النظام الشكلي للنشاط القضائي من النظام الإجرائي للأوامر إلى نظام الخصومة العادية<sup>4</sup>.

يستخلص تراري ثاني أن الأحكام السابقة المتعلقة بتنفيذ حكم تحكيم تجاري دولي لا تشجع الأطراف الأجنبية على طلب تنفيذ الأحكام في الجزائر لإنتماء المنفذ عليه إليها<sup>5</sup>. ويبيث في الإستئناف بأمر غير مسبب مالم يسبقه أمر آخر مخالف<sup>6</sup> فإن قاضي الإستئناف يكون ملزما بتسبيبه، فإن خالف ذلك كان مآله البطلان<sup>7</sup>، هذا مايدل على أنه بإمكان من صدر الحكم لصالحه إذا رفض طلب التنفيذ تجديد هذا الطلب<sup>8</sup>.

يترتب على رفض الإستئناف إستبعاد تطبيق قواعد التحكيم الفرنسي في مكان التحكيم، لأن محكمة الإستئناف لا يجوز لها التطرق للموضوع طالما أن الحكم صدر في فرنسا، ففي هذه الحالة يمكن للقاضي التأكد ما إذا كان حكم التحكيم الدولي يندمج في النظام القانوني الوطني دون فحص موضوع النزاع، فهل قواعد الإختصاص تعتبر من النظام العام وهل يجوز الإتفاق على إستئناف حكم التحكيم رغم عدم جوازه قانونا؟.

<sup>1</sup> نصت المادة 2/198 من قانون المرافعات المدنية "...ويكون التظلم وفقا للإجراءات المعتادة لرفع الدعوى أمام المحكمة وتحكم فيه بتأييد الأمر أو بتعديله أو بإلغائه".

<sup>2</sup> محمود السيد عمر التحيوي، مرجع سابق، ص331.

<sup>3</sup> نصت المادة 2/199 من قانون المرافعات المصري "ويكون حكمه قابلا لطرق الطعن المقررة للأحكام".

<sup>4</sup> أحمد أبو الوفا التحكيم الإختياري والإجباري، منشأة المعارف، ط5، الإسكندرية، 1988، ص 295.

5 - TRARI TANI Mostafa, l'arbitrage commercial internation en algerie, op.cit, p 24.

<sup>6</sup> راجع المادة 2/195 من قانون المرافعات المصري "لا يلزم ذكر الأسباب التي بني عليها الأمر إلا إذا كان مخالفا لأمر سبق صدوره فعندئذ يجب ذكر الأسباب التي إقتضت إصدار الأمر الجديد وإلا كان باطلا".

<sup>7</sup> فتحي والي، الوسيط في القانون والقضاء المدني، دار النهضة العربية، ط3، القاهرة، 1993، ص854 . 855.

<sup>8</sup> راجع المادة 9 من قانون التحكيم المصري رقم 1994/27.

أجاب الفقه على ذلك بالقول أن قواعد الإختصاص المتعلقة بالإستئناف لا تجيز شرط الإستئناف ولا يترتب عليه البطلان، بينما يترتب على إستئناف أمر تنفيذ حكم التحكيم وقف تنفيذه طيلة مدة الإستئناف<sup>1</sup>.

#### أولا . أجل إستئناف أمر التنفيذ

ما يميز قواعد التحكيم الدولي أن إجراءات إستئناف أمر تنفيذ حكم التحكيم الدولي أو رفضه قد أحاله المشرع إلى قواعد التحكيم الداخلي، ولذلك فإن قراءة نص المادتين 1054<sup>2</sup> و 1057 يتضح وجود ازدواجية أجل الإستئناف، وتقاديا للإلتباس فإن المنطق أن المادة 1057 أولى بالتطبيق لورودها ضمن قواعد التحكيم الدولي التي حددت مدة الإستئناف بشهر من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر رئيس المحكمة، فإذا لم يستأنف المحكوم عليه خلال الأجل المحدد سقط حقه وصار حكم التحكيم نهائيا قابل للتنفيذ جبريا مالم يطعن فيه بالبطلان حسب الحالات المحددة قانونا.

#### ثانيا . إمكانية التنازل عن الإستئناف

إن الطابع الإتفاقي للتحكيم بالنسبة للإجراءات لا يقتصر على الإجراءات المطبقة أثناء سير عملية التحكيم فحسب وإنما تشمل أيضا الإجراءات التي تلي حكم التحكيم، ومن ذلك الإتفاق على التنازل عن الطعن في أمر التنفيذ<sup>3</sup>.

تشير إتفاقية التحكيم المشتركة بين (FFSA و GEMA) بموجب المادة السادسة بأنه لا يجوز إستئناف حكم التحكيم إلا في الحالات المشار إليها في المادة 1484 من قانون الإجراءات المدنية<sup>4</sup>، أما المادة 13 من قواعد تأمين سفيرية CEFAREA فقد نصت على "أن قرار التحكيم

1-TOMAS Klay, la connaissance en matière maritime, code de l'arbitrage commenté, lexis nexis paris, 2015, p 206.

<sup>2</sup> أحالت المادة 1054 من ق.إ.م.إ على المواد من 1035 إلى 1038 المتعلقة بالتحكيم الداخلي .

<sup>3</sup> من أهم النقاط التي جاء بها المرسوم رقم 11/48 إمكانية التنازل عن الطعن بموجب المادة 1522 أنظر

- SERAGLINI Christophe et ORTSCHIEDT Jérôme, droit de l'arbitrage interne et international Montchrestion, p 859.

4- TURGNE Franck, op .cit, p 160

## الفصل الثاني أثر الطعن على دور التحكيم الدولي في تسوية منازعات التأمين البحري

يكون نهائياً وملزماً ما لم يحدد إتفاق التحكيم للأطراف حالات الطعن التي يجوز لهم التنازل عنها<sup>1</sup>، وتتمثل هذه الحالات فيما يلي :

. إذا إتفق الطرفين على ذلك ؛

. عندما يُمنح للمحكم مهام التحكيم بالصلح، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك؛

. في الحالات التي يحظر فيها الاستئناف قانوناً.

تصدر منظمات ومؤسسات التحكيم وجمعيات التحكيم قرارات ملزمة، إلا أنها قابلة للإستئناف في حالة مخالفتها للقانون، وتحتص هيئة التحكيم على مستوى غرفة التجارة والصناعة بباريس في تسوية المنازعات الناشئة بين الشركات (بما في ذلك المنازعات القائمة بين شركات التأمين وغيرها من الشركات)<sup>2</sup>، كما يجوز لها التصدي لقرارات المحكم إذا كانت مخالفة للقانون<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني . الطرق غير العادية للطعن في حكم التحكيم الدولي في منازعات التأمين البحري

بالرغم من أن حكم التحكيم البحري الدولي ذات طابع قضائي إلا أنه يصدر نهائي غير قابل للطعن إلا بالبطلان، ومع ذلك فإن الأمر برفض التنفيذ يجوز الطعن فيه بكل الطرق عدا المعارضة.

### أولاً . الطعن بالنقض في حكم التحكيم الدولي

يعد الطعن بالنقض من درجات التقاضي ووسيلة طعن غير عادية يتمكن من خلالها مراقبة الأحكام ومدى تطبيق القانون، فهل حكم التحكيم الدولي قابل للطعن فيه بالنقض شأنه شأن الحكم القضائي؟ وهل للطعن بالنقض في هذه الأحكام أوجه خاصة ؟ وما هي الآثار المترتبة عن الطعن بالنقض إذا كان يمكن ذلك ؟.

1-l'article 13 du reglement du CEFAREA dispose que la sentence arbitrale « est rendue en dernier ressort sauf si la convention d'arbitrage réserve aux parties de recours auxquelles elles peuvent renoncer ».

2. إرتفعت حصيلة المنازعات التي فصلت فيها هذه الهيئات عام 1915 ما يعادل أكثر من 250 مليار يورو إضافة إلى المنازعات البسيطة التي فصلت فيها هيئات أخرى.

3 -EMIEL Feldmen , l'arbitrage- nouveau mode de résolution des litiges en assurance,règlementa tion , 29/12/2016

جملة هذه التساؤلات يمكن أن تجيبنا عنها المادة 1061 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>1</sup> التي من خلالها حدد المشرع القرارات التي تكون محلا للطعن بالنقض، وتشمل الأحكام الفاصلة في الإستئناف في أمر الإعتراف والتنفيذ أو رفضه، وكذلك الحكم المترتب عن الطعن بالبطلان<sup>2</sup> أو بالإستئناف أو بالتماس إعادة النظر في هذا الحكم، وبالتالي فإن هذه القرارات إذا تعلقت بمنازعات التأمين البحري فإنها تخضع للطعن بالنقض أمام المحكمة العليا ويعني ذلك أنه لا يكون الطعن بالنقض ضد حكم التحكيم الدولي مباشرا<sup>3</sup>.

ومع ذلك فإن قوانين بعض الدول أجازت الطعن بالنقض في أحكام التحكيم المستأنف فيها كما هو الشأن في قانون التحكيم في أبيدجان، يتضح ذلك من قرار محكمة العدل المشتركة والتحكيم حينما نقضت الحكم الصادر في النزاع بين الشركة (مان ج) ضد شركة التأمين<sup>4</sup>.

أما عن إجراءاته وأوجهه وآجاله فلم يرد بشأنه نص ضمن قواعد التحكيم، ولذلك يراجع بشأنها القواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>5</sup>، أو فيما يتعلق بتأسيس طلب الطعن بالنقض فإن المشرع لم يأتي بنص خاص<sup>6</sup>، ولم يشر إلى تطبيق مادة معينة، لذلك يتعين الرجوع بشأنها إلى القواعد العامة التي تتضمن تحديد أسباب الطعن بالنقض الواردة في المادة (358 من ق إ م إ) وهي 18 حالة<sup>7</sup>، وبعض الفقه يرى أن تأسيسه لا يخرج عن الحالات الحصرية للطعن طالما ورد النص عليه ضمن أسباب الطعن الأخرى ولم يشر إلى تطبيق القواعد العامة.

ويشمل تطبيق القواعد العامة آجال ممارسة الطعن بالنقض، غير أن ذلك لا يتناسب مع

<sup>1</sup> نصت المادة 1061 من ق إ م إ ج رقم 09/08 على أنه " تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055 1056، 1058 أعلاه قابلة للطعن بالنقض".

<sup>2</sup> يخص الطعن بالنقض الأوامر الواردة في المادتين 1055، 1056، وفي الحكم الوارد في المادة 1058.

<sup>3</sup> أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم 1994/27 وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، ص 217.  
4-ABDOU Diallo, réflexion sur l'arbitrage dans l'espace OHADA, thèse doctorat, universite de perpignan, France, 2016, p 178.

<sup>5</sup> راجع المواد من 349 إلى 379 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>6</sup> سولام سفيان، الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014، ص 253.

<sup>7</sup> . بشير سليم، مرجع سابق، ص 41.

التحكيم من حيث الغايات التي يرمي إلى تحقيقها المتمثلة في إقتضاء سرعة الفصل في النزاع وهذا ما لا يمكن تحقيقه بالرجوع إلى أجل النقض المحددة قانونا، مما يتعين على مشرعنا في إطار التوصية التي سبق لأحد الباحثين المقدمة مراعاة هذه المسألة لأهميتها والعمل على تقصير الأجال بما يتناسب مع هدف التحكيم<sup>1</sup>.

### ثانيا . إلتماس إعادة النظر

أحدث المرسوم الفرنسي رقم 2011/48 الطعن عن طريق إلتماس إعادة النظر في الحكم التحكيم التي لم يتطرق إليها في المرسوم رقم 1981، ويتم ذلك أمام نفس محكمة التحكيم التي صدر عنها ذلك الحكم<sup>2</sup>.

يتضح مما سبق أن بعض قوانين التحكيم وإن كانت تمنع المؤمن من اللجوء إلى الطعن عن طريق إعتراض الغير خارج عن الخصومة لأنه لم يكن ضمن أطراف حكم التحكيم، إلا أن الحظر لم يكن مطلقا وإنما وردت عليه إستثناءات تمنح الحق لممارسة هذا النوع من الطعون .

فالمشرع المصري قد حصن حكم التحكيم من أساليب الطعن المتاحة في قانون المرافعات<sup>3</sup> إلا في حالة إكتشاف التزوير أو الغش في الحكم وهي الحالة الوحيدة المستثناة من المادة 241 من قانون المرافعات المحددة لحالات إلتماس إعادة النظر التي يمكن على أساسها الطعن عن طريق إعتراض الغير خارج عن الخصومة التي تخرج عن نطاق البطلان طبقا للمادة 53 من قانون التحكيم المصري والتي لا تعتبر من طرق الطعن، ولهذا فإنه حماية لمصالح الطرفين تقتضي تخويله إمكانية إعتراضه على حكم التحكيم ولو في نطاق محدود وفق مقتضيات الفقرة الثامنة من المادة 240 من قانون المرافعات المتعلقة بإلتماس إعادة النظر<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> بلباقي بومدين، التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، مرجع سابق، ص 586.

<sup>2</sup> راجع المادة 1506 من المرسوم الفرنسي رقم 2011/48.

<sup>3</sup> حيثالة معمر، طرق الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، ع 15 الصادرة في جانفي 2017، جامعة الوادي، الجزائر، ص 97.

<sup>4</sup> الغير في خصومة التحكيم انظر الموقع الإلكتروني: <http://www.qawaneen.blogspot.com>

أما حكم التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري لا يقبل الطعن بغبر البطلان، أما الطرق الأخرى للطعن لا يمكن مباشرتها إلا إذا تعلق بأمر التنفيذ أو رفضه أو بالحكم الفاصل في دعوى البطلان، على خلاف ما تقدمت به الأستاذة مناني فراح بقبالية حكم التحكيم للطعن.

### ثالثا . التظلم في أمر التنفيذ على ضوء نظام التحكيم المصري

تكون الأوامر المتعلقة بالتنفيذ في التشريع المصري قابلة للتظلم ولا تخضع للطعن<sup>1</sup> ويشمل أمر التنفيذ ورفضه بعدما قضت المحكمة الدستورية بعدم دستورية المادة 3/58 من قانون التحكيم المصري التي ميزت بينهما من حيث الطعن.

ومع ذلك بقي الإشكال نفسه باختلاف إجراءات ومواعيد التظلم في كلا الأمرين فالأمر بالتنفيذ يخضع لنظام الأمر على عريضة بإعتباره أمر ولائي، بينما يختص رئيس محكمة الإستئناف القاهرة أو أية محكمة إستئناف يتفق عليها الطرفين النظر في التظلم من أمر رفض تنفيذ حكم تحكيم دولي طبقا للمادة 3/58 خلال أجل ثلاثون يوما من تاريخ صدوره، هذا التباين في الأجل والإجراءات أثارت إنتقاد الفقهاء لها ودعوتهم إلى توحيدها<sup>2</sup>، هذا ما كانت تتوق إليه بعض مراكز التحكيم الدولية، على سبيل المثال ما قامت به غرفة التجارة البحرية بباريس.

وقد راعى المشرع المصري أجل التظلم من رفض أمر التنفيذ أجل سقوط الأمر في حالة

عدم سعي من صدر الأمر لصالحه عن تنفيذه والمحدد بثلاثين يوما<sup>3</sup>.

وخلافا لذلك فإن القانون الإنجليزي (المادة 30) قد أجاز الإعتراض على حكم التحكيم في حالة صدوره من هيئة غير مختصة ويكون ذلك أمام المحكمة المختصة التي تفصل في موضوع الإعتراض المتعلقة بإختصاص هذه الهيئة، وهو بهذا ينفرد بنظام خاص، فلا يخضع للإستئناف إلا بإذن من جهة مختصة بإستئناف أمر رفض التنفيذ<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - محمود السيد التحيوي، تنفيذ حكم المحكمين وفقا لقانون التحكيم المصري رقم 1994/27 في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 102.

<sup>2</sup> - محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 548.

<sup>3</sup> - أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ، مرجع سابق، ص 239.

<sup>4</sup> - راجع محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 487.

يعهد الإختصاص للنظر في طلب إستئناف أمر التنفيذ الصادر عن المحكمة الابتدائية إلى المجلس القضائي الذي صدر الأمر في دائرة إختصاصه في أجل شهر من تبليغ أمر التنفيذ<sup>1</sup> وتحديد الإختصاص على النحو المتقدم عيب عنه، لأن العلاقة التي تربط الرئيس بمحكمته علاقة تبعية، فالمحكمة تصبح لها رقابة على أعمال رئيسها ومراجعتها<sup>2</sup>، وعلى هذا الأساس فلا يمكن تصور صدور أمر من المحكمة منافيا لأمر صدر عن رئيسها الذي يعتبر المشرف الأول على أعمالها من طبيعة إدارية كانت أو قضائية.

### الفرع الثالث . أثر الطعن على تنفيذ حكم التحكيم الدولي

منح المشرع للطرف الذي يحتج عليه بحكم التحكيم الدولي ممارسة حق الطعن، غير أن آثاره تختلف بالنسبة لطرق الطعن، فلا يحول ذلك دون تنفيذه بصدد الطعن بالنقض<sup>3</sup> وذلك حرصا من المشرع على ضمان السرعة في تنفيذ الأحكام ومعاكسة النوايا السيئة للأطراف في الطعن بالنقض كوسيلة لإطالة أمد النزاع<sup>4</sup>، فإنه أضفى على حكم التحكيم خاصية النفاذ المعجل بقوة القانون، وألزم المحكوم عليه تنفيذه في كل الأحوال<sup>5</sup>.

وعلى خلاف من ذلك فقد أخضع المشرع حكم التحكيم الدولي من حيث آثار الإستئناف للقاعدة العامة في المواد المدنية التي تقضي بأن الإستئناف له أثر موقوف<sup>6</sup>، ويسري هذا الأثر خلال أجل الإستئناف ولو لم يتم ذلك فعلا<sup>7</sup>، ويترتب على الحكم بعدم قبول إستئناف

<sup>1</sup> . راجع المادتين 1057 ، 1060 من القانون رقم 09 /08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>2</sup> . محمود السيد عمر التحيوي، مرجع سابق، ص 329.

3-article 1526/1 du NC P C F " le recours en annulation formé contre la sentence et l'appel de l'ordonnance ayant accordé l'exequatur ne sont pas suspensifs ».

4- NADJIB Mohamed El mehdi, L'intervention du juge dans la procédure arbitrale, thèse doctorat, ecole doctorale de droit (ED N° 41), université de BORDEAUX, 2016, p119.

5MIGNARD Jean-pierre et BENOIT Huet, le caractère non suspensif de l'appel formé contre l'ordonnance d'exequatur, Exequatur des sentences arbitrales : pour une procédure, Gazette du palais, 07/09/2013, p 10.

<sup>6</sup> . راجع المادة 1060 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي نصت على أنه "يوقف تقديم الطعون وأجل ممارستها المنصوص عليها في المواد 1055، 1056، 1058، تنفيذ أحكام التحكيم".

<sup>7</sup> . بن عصمان جمال، مرجع سابق، ص 77.

أمر رفض تنفيذ حكم التحكيم بطلانه كلياً أو جزئياً المساس بموضوعه، ويمكن للمحكمة الإحالة إلى محكمة التحكيم السابقة للفصل فيه مرة ثانية.

تتعدد صور الرقابة على حكم التحكيم الدولي تبعاً للغاية المتوخاة من ممارستها، فقد تكون سابقة على صدور حكم التحكيم، تظهر من خلال تدخل القضاء في إزالة العراقيل التي تعترض سير خصومة التحكيم كتعيين المحكمين أو تحديد القانون الواجب التطبيق أو الإجراءات المنتهجة إذا لم يتم الإتفاق عليها من المحكمين أو الأمر بإجراء مؤقت أو تحفظي والأوامر المتعلقة بوسائل الإثبات التي سبق التعرض إليها في بداية هذه الدراسة، كما قد تكون لاحقة بعد صدور حكم التحكيم إما لوجود خلل إجرائي أو عيب في حكم التحكيم ذاته، وتمارس الرقابة في هذه الحالة عن طريق الطعن فيه<sup>1</sup>.

#### المبحث الثاني : أثر البطلان في إعدام دور التحكيم الدولي في منازعات التأمين البحري

يتصف حكم التحكيم الدولي بالطابع النهائي لدى بعض التشريعات الوطنية والدولية<sup>2</sup> وذلك لضمان إستقرار المراكز القانونية والحقوق المكتسبة وتحقيق الهدف من التحكيم المتمثل في سرعة الفصل في المنازعات المتعلقة بالتجارة البحرية<sup>3</sup>، فلا يجوز للمحكوم عليه الطعن فيه إلا بالبطلان، وذلك عن طريق رفع دعوى البطلان التي تخص العقود المدنية نظراً للطابع الإتفاقي لحكم التحكيم تمييزاً له عن الحكم القضائي<sup>4</sup>.

ولضمان إنسجام طرق الطعن في حكم التحكيم التجاري الدولي حصر المشرع حالات البطلان وأخضع إستئناف أمر التنفيذ لذات الأسباب، وفي هذا الصدد لا يقتصر بطلان حكم

<sup>1</sup> بلباقي بومدين، التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، مرجع سابق، ص 557.

<sup>2</sup> Serge Bouchard et Maeva Ferrer, l'abécédaire de la rédaction d'une convention d'arbitrage, MORE-NCY, p8 v le site <http://consultation.avocat.fr>

<sup>3</sup> حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 92.

<sup>4</sup> راجع المادة 1/52 من قانون التحكيم المصري 27 لسنة 1994 التي نصت "لا تقبل احكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية".

## الفصل الثاني أثر الطعن على دور التحكيم الدولي في تسوية منازعات التأمين البحري

التحكيم في مادة التأمين البحري على الأسباب الواردة في قواعد التحكيم، إنما تتضمن أسباب خاصة يمكن للطرف الذي صدر الحكم في مواجهته رفع دعوى البطلان (المطلب الأول).

فلا يختلف حكم التحكيم عن الحكم القضائي فيما ترتبه هذه الدعوى من آثار تمتد إلى المؤمن وإن كان من الغير ما لم يتم التنازل عنها، أما إذا كان التحكيم مؤسسي فإن الطعن لا يكون إلا أمام هذه الهيئات فيختلف عن الطعن القضائي في إجراءاته وآجاله التي تحددها القواعد التي وضعتها الهيئة أو المركز (المطلب الثاني).

فإذا كان حكم التحكيم الدولي في مادة التأمين البحري غير قابل للطعن المباشر وإنما يطعن في الأمر المتعلق بالتنفيذ فهل يمكن إبطاله؟ وما مدى إمكانية خضوعه لنظام البطلان وانعكاسه على دور التحكيم في تسوية هذا النوع من المنازعات؟.

### المطلب الأول: النظام القانوني لبطلان حكم التحكيم الدولي

يخضع الطعن بالبطلان في أحكام التحكيم للنظام القضائي الذي تخضع له الأحكام القضائية الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأن ممارسته تكون أمام جهة قضائية غير أن تحديد الاختصاص في دعوى البطلان وآجالها وطبيعة حكم التحكيم وما يمكن أن ترتبه من آثار كلها تخضع لقواعد التحكيم (الفرع الأول).

ولما كان البطلان آثاره خطيرة على إتفاق التحكيم وإرادة الأطراف، فإنه يجب على المشرع أن يحدد حالاته ويحصر نطاقه بما لا يتنافى مع خصائص التحكيم ودوره في تسوية المنازعات، لهذا عمل المشرع الدولي على تشجيع تنفيذ حكم التحكيم الدولي من خلال خفض حالات الطعن بالبطلان، ومنع القضاة من إعطاء التفسير الموسع لكل حالة من تلك الحالات التي وردت على سبيل الحصر والتخفيف من آثارها من خلال الإجراءات (الفرع الثاني).

### الفرع الأول - تفعيل دور التحكيم من خلال تضيق نطاق الرقابة القضائية في مرحلة البطلان

يعتبر بعض الفقهاء أن دعوى البطلان تتعارض مع نظام التحكيم، ذلك أن هذه الدعوى تخضع للقواعد العامة بما في ذلك قواعد التقادم في المواد المدنية، مما يتنافى مع هدف التحكيم

الذي يقصد المتعاملين في مجال التجارة البحرية تحقيقه المتمثلة في سرعة الفصل في النزاع مالم يتنازل عنها الطرف الذي له مصلحة في رفعها لأنها لا تتعلق بالنظام العام وذلك بتنفيذ المحكوم عليه حكم التحكيم الدولي تنفيذا طوعيا، ويمتتع على المحكمة إثارته تلقائيا<sup>1</sup>.

### أولا . نطاق بطلان حكم التحكيم الدولي في منازعات التأمين البحري

خلص المشرع أحكام التحكيم الدولي من أساليب الطعن العادية وغير العادية بإستثناء الطعن بالبطلان<sup>2</sup>، كما هو الحال أيضا بالنسبة للقانون النموذجي للأمم المتحدة للتحكيم، وتبعه في ذلك المشرعين المصري والإنجليزي، فلا يكون جائزا إلا في حالة وجود مخالفة جسيمة<sup>3</sup> وتكون كذلك في حالة إخلال أو تجاوز هيئة التحكيم لمهامها، أو عدم إتباع الإجراءات المتفق عليها بين الأطراف أو تنازلها عن الفصل في النزاع، أو إذا أثارت نتيجة حكم التحكيم شك في مصداقيتها أو صدر الحكم بطرق الغش والإحتيال أو بأية وسيلة مخالفة للنظام العام، أو إذا شاب حكم التحكيم عيب إجرائي تقرر به هيئة أو منظمة تحكيم أو شخص خول له الأطراف مهمة تتعلق بالحكم أو بالإجراءات<sup>4</sup>، إلا أنه لم يحدد المجالات التي يمكن ممارسة دعوى البطلان لذلك عمل الفقه على توضيح معالمها ورسم نطاقها من ناحيتين :

#### 1.1 . من ناحية الإختصاص المكاني

تختص للنظر في دعوى البطلان محكمة الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم وإن كانت إجراءاتها تخضع لقواعد أجنبية متفق عليها بين الطرفين سواء كان قانون أو نظام تحكيم لإحدى مؤسسات التحكيم الأجنبية، ولهذا أجاز المشرع الفرنسي رفع دعوى بطلان حكم تحكيم دولي صدر في فرنسا وكان أطراف العلاقة العقدية محل المنازعة شركات غير فرنسية أخضعت منازعاتها

<sup>1</sup> غسان رباح، سلطة القضاء في الرقابة على قرارات المحكمين، مرجع سابق، ص 424.

<sup>2</sup> راجع المادة 1058 من القانون رقم 09/08 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية وتقابلها المادة 1504 من الإجراءات المدنية الفرنسي التي نصت " يمكن أن تكون أحكام التحكيم الدولي الصادرة في الجزائر موضوع طعن بالبطلان في الحالات المنصوص عليها في المادة 1056 أعلاه".

<sup>3</sup> راجع المادتين 33 ، 2/68 من قانون التحكيم الإنجليزي.

<sup>4</sup> محمود سمير الشراوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 488.

لقانون أجنبي، فيمنح الإختصاص للمحاكم الفرنسية نظرا لصدور الحكم في فرنسا<sup>1</sup>، أو بالأحرى محكمة الإستئناف بناء على طلب المحتج عليه بالحكم<sup>2</sup>.

ومن الفرضيات التي أنتت بها المادة 27 من القانون الألماني، أنه في الحالة التي يطبق فيها القانون الإنجليزي المتفق عليه بين الطرفين على العقد المبرم بينهما لمنع تطبيق الشروط التعاقدية غير العادلة UCTA عام 1977 المعتمدة في المملكة المتحدة، فإن المادة إستبعدت تطبيق قواعد UCTA لأنها لا تشجع على اللجوء إلى التحكيم في إنجلترا وتمنع الصادرات<sup>3</sup>.

وبهذا فإن الأحكام الأجنبية لا يجوز الطعن فيها بالبطلان أمام محكمة دولة التنفيذ، إلا إذا إتفق الأطراف على إخضاعها للقانون الوطني، فالإختصاص في هذا النوع من الدعاوى يتحدد بالنطاق التشريعي لدولة مكان صدور الحكم، وتعد هذه القاعدة من المبادئ الأساسية المستقرة في التشريعات الحديثة<sup>4</sup>.

أما الفقه فقد إختلف في تحديد الجهة القضائية المؤهلة للنظر في دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي تبعا لإختلاف النظم القانونية للدول، بعضها يأخذ بالمفهوم الموسع للبطلان يشمل كل حكم تحكيم دولي بغض النظر عن مكان صدوره سواء داخل الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم الدولي أو خارجها وطبقا لقانونها إذا إتفق الأطراف على تطبيقه، إلا أن هذا يؤدي إلى تراحم القوانين في دعوى بطلان واحدة مما يوقع القاضي في مثالب قاعدة تنازع القوانين التي يسعى طرفي النزاع إلى تجنبها عند لجوئهم للتحكيم<sup>5</sup>.

ولهذا يرى فقهاء آخرون ضرورة توحيد الإختصاص بشأن النظر في دعوى البطلان وطلب

1. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 190.

2- Article 1523du NCPC 48/2011 “... Dans ce cas, la cour d’appel connait, à la demande d’une partie de recours en annulations à l’ocontre de la centence à moins qu’elle ait renoncé à celui-ci ou que pour l’exercer soit expire”.

3. FALLON.M, Les accidents de la consommation et le droit, Bruylant, Bruxelles, 1982, p 523.

4. راجع المادة 1/1 من قانون التحكيم المصري رقم 1994/27.

5. طرح البحور علي حسن، الإختصاص القضائي بحكم التحكيم الدولي، مرجع سابق، ص 118.

التنفيذ أمام نفس الجهة القضائية لدولة مكان التحكيم بحكم إرتباطها الوثيق بحكم التحكيم، وبهذا يمكن تقادي مما قد يعترض تنفيذ حكم تحكيم دولي من إشكالات ناتجة عن تعدد القوانين وإختلافها في تنظيم أحكام البطلان.

لهذا أخذت بالإتجاه الضيق الذي أخذ به المشرع الجزائري والفرنسي وتبعهما الفقه<sup>1</sup> والقضاء<sup>2</sup>، فقد منح الإختصاص الحصري لمحاكم الدولة التي تصدر أحكام التحكيم في إقليمها وهذا ما يحقق نوعا ما توحيد الإختصاص وتوزيعه بين الدول ويجنب الوقوع في تنازع القوانين وهو ما يتماشى مع ما دعت إليه المعاهدات والإتفاقيات الدولية للتحكيم في غياب إرادة الطرفين في إختيار قواعد الإختصاص وتحديد نطاق الرقابة على هذه الأحكام.

### 1. 2. من حيث طبيعة حكم التحكيم

ترفع دعوى البطلان في التشريع الجزائري على حكم التحكيم الدولي القطعي النهائي الصادر في الجزائر إلا أن هذا الحكم قد تصدره أحكام تمهيدية مؤقتة أو تحفظية وغيرها من الأحكام ما تتعلق بالإثبات، فهل يجوز الطعن في هذه الأحكام، وهل يمكن الطعن في الأحكام الفرعية مستقلة عن الحكم النهائي الذي يفصل في الموضوع؟

إن منازعات التأمين البحري غالبا ما تتعلق بمسائل فنية تقنية إما لتحديد المسؤولية أو لتقدير التعويض والبت فيها بشكل نهائي قد يتطلب إجراء أولي أو تدبير مؤقت أو تحفظي أو أي إجراء يهدف إلى إثبات واقعة منتجة في خصومة التحكيم، كما قد تؤدي هذه الإجراءات إلى الوقف المؤقت لخصومة التحكيم أو إنقطاعها، أو البت في بعض الطلبات وإرجاء بعضها لتعلقها بدعاوى أخرى، هذا النوع من الأحكام لم يفصل المشرع في مدى قابليتها للطعن بالبطلان وكيفية<sup>3</sup>، وطبقا للقواعد العامة فإنه لا يجوز الطعن في الأوامر الصادرة عن المحكمين أو القضاة إلا مع الحكم القطعي مالم تكن مشمولة بالنفاذ المعجل، وذلك تجنباً لتجزئة خصومة التحكيم قبل الفصل في النزاع، فلا يجوز إعمال قواعد الضم والوقف أو الإنقطاع<sup>4</sup>

1-GAILLARD Emanuel, arbitrage commercial international, controle étatique de la sentence jurisc - lasseur prosédure civile, fascicule, 1992, p 586.

2 - FLECHEUX .G, cour d'appel paris, 28/02/1986, rev.arbitrage, 1986, p 583.

3- SERAGLINI Christophe et ORTSCHIEDT Jérôme, op.cit, p 842.

<sup>4</sup>. قرار محكمة التمييز رقم 17 الصادر بتاريخ 2007/01/31.

مما يحيد التحكيم عن هدفه ويؤدي إلى تعطيل الفصل فيه.

غير أن هذه القاعدة أورد عليها إستثناءات :

- إذا تعلق الطعن بالبطلان بمسائل الإختصاص، ذلك أن إستمرار هيئة التحكيم الفصل في النزاع رغم عدم إختصاصها سيما في حالة عدم قابليته للتحكيم، فإذا تم الطعن بالبطلان في هذا الحكم وإنتهت الدعوى ببطلانه فإن ذلك يسبب إهدار الوقت وزيادة في المصاريف للطرف صاحب المصلحة، لهذا فإن الأمر بوقف الخصومة لعدم الإختصاص أمر يعد ضروريا عن طريق الطعن بالبطلان قبل صدور الحكم المنهي للخصومة طالما أن رفع الطعن بالبطلان في مسائل الإختصاص ليس له أثر موقوف، ولهذا فإنه لتجنب هذه الإشكالات يفضل ترك الأمر لإتفاق الأطراف بشأن الطعن في هذه الأحكام من عدمه<sup>1</sup>.

- إذا تعلق الأمر بإجراء إستعجالي لا يحتمل التأخير، كأن يخشى فساد البضاعة محل المنازعة مما يقتضي الأمر بإيداعها في المخزن أو إقترب إنتهاء مدة صلاحيتها وغيرها من الحالات التي تستوجب القيام بتصريف على وجه الإستعجال، فإن تأجيل الطعن إلى غاية صدور الحكم النهائي قد يلحق بصاحب المصلحة من الأطراف ضررا جسيما جراء عدم تمكنه من التمسك بالدفع بالبطلان لمباشرة خصمه إجراءات التنفيذ<sup>2</sup>، لأنه لا يمكن للطاعن التنبؤ بما قد يقضي به حكم التحكيم النهائي لصالحه، مما يجعل إستعجال الطعن يشكل خسارة محتملة لا يمكن درئها إلا بتأخير الطعن بالبطلان<sup>3</sup>.

أما جانب من الفقه فإنه يجيز الطعن الفوري بالبطلان في حكم التحكيم ولو قبل الفصل في الموضوع مستقلا<sup>4</sup>.

### ثانيا. إجراءات دعوى البطلان

<sup>1</sup>. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص 556.

<sup>2</sup>. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع نفسه، ص 562.

<sup>3</sup>. بلباقي بومدين، التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، مرجع سابق، ص 593.

<sup>4</sup>. حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، مرجع سابق، ص 190.

ترفع دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي وفقا للقواعد العامة لرفع دعوى البطلان، ويتم ذلك بإحدى الطريقتين إما بدعوى البطلان مبتدئة أمام المحكمة، هذا ما أخذ به القانون الجزائري<sup>1</sup> ومجلة التحكيم التونسية، أو عن طريق أمر على ذيل العريضة<sup>2</sup> كما هو الشأن بالنسبة للتنفيذ كما سبق بيانه، ولا يسلك طريق آخر للطعن لأن ذلك يعد بمثابة التنازل عن دعوى البطلان، ولا يجوز إستعمالها من جديد بعد الإستئناف إذا لم يكن القرار في صالحه<sup>3</sup>، ويكون ذلك بموجب طلب يقدمه أحد الخصوم إلى قاضي التنفيذ لدى جهة الإستئناف خلال أجل خمسة عشرة يوم من تاريخ تبليغه رسميا<sup>4</sup>، ففي القانون الفرنسي يكون القاضي مختص إلى حين الفصل في قابلية الطعن بالبطلان في حكم التحكيم<sup>5</sup>.

يكتسي الطعن في الأمر طابع تظلمي، وإن كان بعض الفقهاء عارضوا ذلك على أساس أنه يمكن مباشرة دعوى بطلان حكم التحكيم فور صدوره دون إنتظار صدور أمر التنفيذ، إلا أنه موقف غير موفق أمام صراحة النص<sup>6</sup>.

وما يميز هذه الإجراءات أن المشرع حرص على تطبيق مبدأ حق الدفاع بإعتباره مبدأ جوهرى يلتزم الطرفان بإحترامه، ويرتب على خرقه بطلان حكم التحكيم الدولي، ومع ذلك فإن القضاء وحرصا على تنفيذ حكم التحكيم الدولي فقد منحه ليونة من خلال إعطاء مبدأ المواجهة تفسيرا موسعا، وذلك بعدم إلزام المحكم بتسبيب قرار التحكيم وإمكانية الإستناد على الأحكام

<sup>1</sup>. أحالت المادة 1/1527 من قانون الإجراءات المدنية على المواد من 900 إلى 1/930 من نفس القانون فيما يتعلق بإجراءات رفع دعوى البطلان.

<sup>2</sup>. أحمد محمد الهواري، موقف التشريعات العربية من الإتجاهات الحديثة في التحكيم مع التركيز على موقف قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات ومشروع القانون الإتحادي للتحكيم، المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، كلية القانون، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة، ص 648.

<sup>3</sup>. أسعد فاضل منديل، أحكام عقد التأمين وإجراءاته، مرجع سابق، ص 245 .

<sup>4</sup>. راجع المادة 1/34 من القانون النموذجي للأمم المتحدة على أنه "لا يجوز الطعن في قرار التحكيم إحدى المحاكم إلا بطلب يقدم وفق الفقرتين 1، 2 من هذه المادة".

5 - Cour d'appel paris, 2014/41, (pole 1- Ch.1), ordre CME, 3/4/2014, sommaires de jurisprudence, revue de l'arbitrage, N° 2, 2014, p 512.

<sup>6</sup>. أسعد فاضل منديل، أحكام عقد التحكيم وإجراءاته، المرجع نفسه، ص 246 .

المتعلقة بالعقود أو الإشارة إلى تطبيقها بصورة ضمنية، وألزم الطرف الذي تمسك بمبدأ حق الدفاع بإثبات الضرر الذي نتج عن خرقه.

إضافة إلى ذلك عالج القضاء أسباب البطلان لتقاضي آثارها، وذلك بالسماح للأطراف بالتنازل عن الطعن، كذلك الإقرار بمبدأ عدم التناقض (Estoppel)، وذلك بإشترط قبول الطعن إذا تم الدفع به سابقاً أمام محكمة التحكيم<sup>1</sup>، هذا ما قضت به محكمة التمييز اللبنانية بقولها "وحيث أن رئيس مجلس الإدارة يتمتع حتماً بسلطة تمثيل الشركة أمام القضاء العادي أو التحكيمي وكان بإمكانه بصفته هذه أن يتذرع بالبند التحكيمي...، فيرد إدعائه بهذا الخصوص لوروده متأخراً يخرج بكل تأكيد عن حدود حسن النية، وذلك تطبيقاً للقاعدة العامة التي نصت عليها المجلة والقائلة بأن من سعى في نقض ما تم من جهته يكون سعيه مردود عليه..."<sup>2</sup>.

### ثالثاً - حصرية أسباب البطلان كضمان لتفعيل دور التحكيم الدولي في منازعات التأمين البحري

اختلفت الدول في الأخذ بحالات الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الدولي، بعض نظم التحكيم لم تحدد هذه الحالات إطلاقاً كإنجلترا وتبعتها بعض التشريعات في الدول العربية مثل دولة الإمارات العربية المتحدة، وبذلك يمنح للقاضي سلطة تقديرية واسعة لفحص أحكام التحكيم ويرتكزون في ذلك على معايير ذاتية تتعلق أكثر بما يصدر عن المحكم من تصرفات، كذلك بالنسبة للأطراف في حالة الخطأ أو مخالفة القانون، غير أن بعض أنظمة التحكيم اعتمدت على أسباب متعددة للبطلان موضوعية وقانونية وأخرى ذاتية، هذه الأنظمة في الغالب مستقاة من القانون النموذجي للأمم المتحدة 1985 المعدل في 2006<sup>3</sup> واتفاقية نيويورك، لذلك أخذت بالأسباب ذاتها لتأسيس دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> ميهوب معماري، رقابة قضاء البطلان على القرارات التحكيمية، مرجع سابق، ص 843 . 847.

<sup>2</sup> قرار محكمة النقض اللبنانية، الغرفة الخامسة رقم 142 بتاريخ 20/11/2001.

<sup>3</sup> راجع المادة 34 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985 المعدل سنة 2006 التي نصت على أنه " 2. لا يجوز للمحكمة المسماة في المادة 6 أن تلغي قرار التحكيم إلا إذا:  
. قدم الطرف طالب البطلان دليلاً يثبت:

1. أن أحد طرفي التحكيم المشار إليه في المادة 7 مصاب بإحدى عوارض الأهلية أو أن الإتفاق المذكور غير صحيح بموجب القانون الذي يخضع له طرفاً إتفاق التحكيم ، أو بموجب قانون هذه الدولة ، أو

ميز المشعر الفرنسي بموجب المرسوم رقم 2011/48 بين ما إن كان حكم التحكيم الدولي صدر في فرنسا أو في الخارج بالنسبة لطرق الطعن، ومن ثم خص كل منهما بأساليب طعن خاصة<sup>2</sup>، غير أن ما يميّز هذه الأحكام أنها تشترك في قابليتها للطعن بالبطلان<sup>3</sup>.

ففي المجال البحري قضت محكمة إستئناف باريس (الغرفة B5) في الحكم الصادر في 12/01/1996 في قضية (Delmas-vieljeux-Afrique) ضد شركات التأمين بأن "حكم التحكيم التجاري الدولي قابل للطعن فيه بالبطلان ولا يجوز إستئنافه"<sup>4</sup>، فيلتزم القاضي بمراقبة أسباب البطلان الحصرية التي نص عليها المشعر المتعلقة بالطعن في حكم التحكيم الصادر في فرنسا<sup>5</sup>.

### 1. الأسباب الخاصة للبطلان

إن الحالات التي حددها المشعر الجزائري في سياق المادة 1056 من قانون الإجراءات المدنية لإستئناف أمر التنفيذ هي ذاتها يمكن أن تؤسس عليها دعوى البطلان.

كان حكم التحكيم الدولي في التشريع الفرنسي السابق يخضع فقط للطعن بالبطلان<sup>6</sup> وحدد

2. أن طالب البطلان لم يبلغ على وجه صحيح بتعيين أحد المحكمين أو بإجراءات التحكيم أو أنه لم يستطع لسبب أو لآخر أن يقدم دفاعه ، أو
  3. أن قرار التحكيم يتناول نزاعا لا يشمل إتفاق التحكيم، أو أن بعض المسائل لا يتضمنها هذا الإتفاق إذا كان من الممكن فصل هذه المسائل عن النزاع موضوع التحكيم، فلا يجوز إبطال إلا الجزء الذي يشمل القرار المتعلق بمسائل غير معروضة على التحكيم أو
  4. أن تشكيل هيئة التحكيم أو الإجراءات المتبعة في التحكيم كانت مخالفة لإتفاق الطرفين، ما لم يكن هذا الإتفاق متعارض مع أحكام هذا القانون لا يجوز للطرفين مخالفتها، أو في حالة عدم وجود الإتفاق ، أو
- ب ( إذا تبين للمحكمة :

1. أن موضوع النزاع لا يقبل التسوية بالتحكيم وفقا لقانون هذه الدولة أو

2. أن قرار التحكيم يتعارض مع النظام العام لهذه الدولة..."

<sup>1</sup> غسان رباح، مرجع سابق، ص 421 .

<sup>2</sup> مجاهد أسامة أبو الحسن، مرجع سابق، ص 183.

3 - TOMAS Klay, op.cit, p 229.

4 -MKARDLE FROISARD Bronwyn, op.cit , p 77.

<sup>5</sup> أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع نفسه، ص 190.

<sup>6</sup> راجع المادتين 1518، من مرسوم 1981 التي نصت

حالاته على سبيل الحصر<sup>1</sup>، بينما منع المشرع المصري الطعن في حكم التحكيم الدولي سواء صدر في مصر أو في الخارج وإتفق الأطراف على إخضاعه للقانون المصري إلا بالبطلان ويتم ذلك بموجب دعوى أصلية إذا توافرت شروطها المحددة بموجب قانون التحكيم<sup>2</sup>.  
وصنف الفقه التونسي المستند على قواعد التحكيم حالات البطلان إلى نوعين<sup>3</sup> بعضها يتعلق بصحة إتفاق التحكيم والأخرى ترتبط بفكرة النظام العام في القانون الدولي الخاص<sup>4</sup>.  
بينما المشرع الجزائري كما أسلفنا فقد قصر الطعن بالبطلان على حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر وأحال بيان حالاته على المادة 1056 المتعلقة بحالات إستئناف أمر التنفيذ التي جاءت على سبيل الحصر، يمكن تصنيفها إلى ثلاثة أصناف إنطلاقاً من الطبيعة القانونية للتحكيم بأن أوله إتفاق ووسطه إجراء وآخره قضاء، وبالتالي فإن هذه الحالات منها ما يتعلق بإتفاق التحكيم ومنها ما يتعلق بإجراءات خصومة التحكيم ومنها ما يتصل بحكم التحكيم ذاته.

### 1.1 . عدم وجود إتفاق تحكيم

يعد إتفاق التحكيم السند الذي يقوم عليه التحكيم وجوداً أو عدماً، لذلك ألزم المشرع إثباته كتابة وذلك تحت طائلة البطلان، أيضاً نصت قواعد إتفاقية نيويورك على ذلك، إلا أنها أتاحت إمكانية مخالفتها بوجود نص تشريعي أو معاهدة في بلد التنفيذ، مالم تتضمن شروطاً أشد<sup>5</sup>، وتبعاً

« La sentence rendue en France en matière d'arbitrage international ne peut faire l'objet que d'un recours en annulation ».

1. راجع المادة 1520 من نفس المرسوم "إذا أخطأت المحكمة عند فصلها في الإختصاص .

2. إذا كان تعيين المحكم أو تشكيل محكمة التحكيم مخالف لإتفاق التحكيم أو كان هذا الإتفاق باطل .

3. تجاوز المحكمين للمهام المبيّنة في إتفاق التحكيم

4. خرق مبدأ المواجهة

5. إذا كان الإعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم متعارضين مع النظام العام الدولي.

1. مجاهد أسامة أبو الحسن، مرجع سابق، ص 184.

2. راجع المادتين 53 ، 54 من قانون التحكيم المصري رقم 1994/27.

3. أسس الفقه التونسي تقسيم حالات البطلان على المادة 1/78 من مجلة التحكيم التونسية.

4. منصف الكشو، دور القضاء في تطبيق وإنفاذ الإتفاقيات الدولية في منازعات الإستثمار، ورقة عمل تونس

2013، ص 35.

5. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، مرجع سابق، ص 233 .

لذلك إذا تضمن قانون داخلي نص يجيز إتفاق تحكيم شفوي أمكن تطبيقه دون أن يعاب على القاضي خرقه للإتفاقية<sup>1</sup>.

وجاءت المادة 51 من القانون التجاري عامة تتعلق بالعقود التجارية ولا تخص عقد التأمين وما يشترط لصحة شرط التحكيم إلا ما يشترك مع تلك العقود من الإلتزام بالكتابة، ومع ذلك تعتبر أن الكتابة شرط للإعتراف بإتفاق التحكيم وقبول تنفيذه في الدولة التي يطلب من قضائها ذلك<sup>2</sup>، وكان ذلك حسماً للإختلاف بين القوانين الداخلية وأراء الفقهاء حول طبيعة هذا الشرط وآثاره بالنسبة للدول التي إعتنقت هذه الإتفاقية لسموها على تلك القوانين، ولما كانت للكتابة دور في إثبات وجود إتفاق التحكيم فإنه رتب على تخلفها بطلانه<sup>3</sup>.

غير أن التعامل المباشر بين المؤمنين والمؤمن لهم قد أفرز عرف ملزم بإدراج شرط التحكيم ضمن بوليصة التأمين على الأخطار، تلك الأعراف أراد واضعوا مرسوم 1861 الفرنسي التحذير منها، بل يجب أن يكون شرط تحكيم صريح في بوليصة التأمين، لهذا عارضت VALI رأي MEL VILLE الذي إعتبر أن بوليصة التأمين الخالية من شرط التحكيم باطلة.

وكيفت محكمة النقض المصرية الدفع بوجود إتفاق التحكيم في منازعات بما في ذلك المنازعات المتعلقة بالمجال البحري بأنه دفع بعدم قبول الدعوى الذي لا يؤثر على إختصاص محكمة أول درجة المختصة أصلاً بنظر النزاع إذا قضى المجلس بإلغاء الحكم بعدم قبول الدعوى لإعتباره من الدفع الشكلية التي تثار قبل مناقشة الموضوع، فلا تتعلق بالنظام العام

<sup>1</sup> نصت المادة 1/7 من إتفاقية نيويورك على أنه " لا تخل أحكام هذه الإتفاقية بصحة الإتفاقيات الجماعية أو الثنائية التي أبرمتها الدول المتعاقدة بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها، ولا تحرم أي طرف من حقه في الاستفادة بحكم من أحكام المحكمين بالكيفية أو بالقدر المقرر في تشريع أو معاهدات البلد المطلوب إليه الاعتراف والتنفيذ...".

<sup>2</sup> راجع المادة ( 1/2 . 2 ) من إتفاقية نيويورك على أنه " تعترف كل دولة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم -2... يقصد بإتفاق مكتوب شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنه الخطابات المتبادلة أو البرقيات...".

<sup>3</sup> - الأحكام الخاصة الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع، 2011/12/11 أنظر الموقع الإلكتروني :

أطلع عليه في 2017/4/30 <http://m002.maktoob.com/alfrasha/ups/u26720>

وإنما ذلك رهين بإرادة الطرفين باللجوء إلى التحكيم "لما كان قرار مجلس الوزراء الذي تستند إليه الطاعنة لا يتصل بتنظيم ولاية القضاء وإختصاصه، وإنما يتضمن توجيهات إدارية صادرة إلى جهات الإدارة ووحدات القطاع العام بطلب وقف السير في المنازعات المطروحة بينها على المحاكم، والعمل على فض تلك المنازعات عن طريق هيئات التحكيم التي نص عليها ذلك القرار، وكان مفاد نص المادة 66 من القانون رقم 32 لسنة 1966 أن التحكيم في المنازعات التي تقع بين شركات القطاع العام وبين الأشخاص الطبيعية هو تحكيم إختياري رهين بقبول هؤلاء الأشخاص بعد وقوع النزاع المطروح على المحكمة أن يضم أشخاص طبيعية هم المطعون ضدهم، مما يجعل التحكيم في هذه الحالة إختيارا لا يتعلق بالنظام العام طالما لم يتم دليل على قبولهم له، لما كان ذلك وكان لا يجوز التمسك بسبب من أسباب الطعن غير التي ذكرت بالتقرير ما لم يتعلق بالنظام العام، فإن ماتتعاها الطاعنة بمذكراتها من مخالفة قواعد الإختصاص المتعلقة بالنظام العام يكون غير مقبول"<sup>1</sup>.

بينما يرى جانب من الفقه تحفيزا لدور التحكيم الدولي<sup>2</sup> بأنه من قبيل الدفع بعدم إختصاص المحاكم الداخلية في المنازعات الدولية لصالح التحكيم الدولي<sup>3</sup>.

وفي هذا السياق فإن هذه الدفوع تؤدي إلى إعمال قاعدة مبدأ الإختصاص بالإختصاص فيمتنع على المؤمن حيالها رفع دعوى قضائية على الطرف الآخر الذي يتمسك بإتفاق التحكيم بشأن النزاع القائم بينهما، كذلك فإن نوادي الحماية والتعويض تحرص على تطبيق المبدأ من خلال قاعدة "واجب تقديم الدفع" مما يدل على تأييدها لهذا الحظر، وتدل على مشاركة حقيقية من نادي الحماية والتعويض وإن كانت غير مباشرة في دعم إختصاص التحكيم في مجال التأمين عن طريق خطاب الضمان الذي يعدل إختصاص هيئة التحكيم<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> قرار محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 0306 لسنة 38 بتاريخ 1974/12/30.

<sup>2</sup> . سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة (إتفاق التحكيم)، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص 451 .

<sup>3</sup> أحمد حسني، عقد النقل البحري، ط 1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991، ص 65، 67.

4- OLIVIER Jamby Marlin, l'assurance maritime terre d'élection de l'arbitrage, op.cit

وفي حالة التأكد من وجود إتفاق التحكيم فإن التكييف القانوني الأنسب عدم قبول الدعوى لسبق أوانها لوجود إتفاق التحكيم، يفترض أن تمتنع المحكمة عن الفصل في النزاع المتفق تسويته عن طريق التحكيم أمام محكمة التحكيم قبل عرضه على القضاء<sup>1</sup>.

وفي هذا الصدد ردت محكمة النقض على نعي الطاعن ضد قرار مجلس الإستئناف الذي قضى بوقف الفصل في الإستئناف إلى غاية فصل محكمة أول درجة رفعت في دعوى الحجز وتنفيذ التدابير المؤقتة الواردة في القرار من جرد للمستندات والوثائق وحفظها وحفظ السجلات، ثم إعادة القضية إلى المحكمة للفصل في موضوع إستئناف حكم التحكيم، وكان رد محكمة النقض برفض النعي بقولها "وحيث أن هذا النعي مردود ذلك أنه وإن كان العقد المحرر بين المميز والمميز ضدها في 1987 قد نص فيه على شرط التحكيم من شأن المنازعات التي تقوم بينهما في تفسير بنود الإتفاقية أو أي أمر يخص أعمال التأمين، إلا أن ذلك لا يحول . وطبقا للأصول المقررة دون لجوء أحد أطراف النزاع إلى القضاء بإعتباره جهة الإختصاص الأصلية لإستصدار أمر تحفظي بقصد حماية حقوقه إذا توافرت شروط إستصداره، لما كان ذلك وكان عدم إثارة القرار المطعون فيه لهذا الدفع غير الجوهري، يعد بمثابة رفض ضمنى له، فإن النعي يكون على غير أساس"<sup>2</sup>.

## 2.1 . بطلان إتفاق التحكيم أوإنقضاء أجله

لما كان إتفاق التحكيم من طبيعة خاصة تتسم بالطبيعة التعاقدية، فإنه وجب أن تتوفر فيه الشروط المتطلبة في العقد، ومن ثم يكون إتفاق التحكيم غير صحيح إذا إنطوى على سبب من أسباب البطلان العامة والخاصة بإتفاق التحكيم المتصل بعقد التأمين البحري منها موضوعية وتتعلق بتراضي الأطراف والأهلية اللازمة لإبرام إتفاق التحكيم والشروط المتعلقة بمحلله وسببه وشكلية تتعلق بركن الكتابة لإثباته بالنسبة للتشريعات التي تعتبره ركن للإنعقاد، كما يعد فصل

<sup>1</sup> . حسن حرب اللصاصمة، تسوية الخسائر البحرية المشتركة في الفقه الإسلامي والقانون البحري الدولي . دراسة مقارنة، ط1، دار الخليج، عمان، 2015، ص 258.

<sup>2</sup> . سمير فرنان بالي، قضايا التحكيم في الدول العربية، الجزء الأول، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص 41.

إتفاق التحكيم عن عقد التأمين أو عقد آخر يتضمن شرط الإحالة من الشروط التي يفرضها  
المشرع وجودها ويرتب على مخالفتها بطلان إتفاق التحكيم<sup>1</sup>.

ذلك أن مراعاة وصف التجارية يعد ضروريا لإضفاء شرط تحكيم صريح من شأنها أن  
تمنع تطبيق قاعدة عدم المشروعية التي تؤدي إلى إلغاء شرط التحكيم الصريح الوارد في العقد  
الأصلي وذلك تحقيقا لهدف التحكيم في إتاحة الفرصة للأطراف في إختيار المحكمة التي تفصل  
في نزاعاتهم<sup>2</sup>.

تطرق القضاء لمبدأ البطلان منذ بداية القرن التاسع عشر من خلال حكم صدر في  
1843/07/10 أين قررت محكمة النقض الغرفة المدنية بأن شرط التحكيم يعد باطلا، أما حاليا  
فإن التشريع لم يكن متشددا تجاه شرط التحكيم، فلا يجوز للقاضي إبطال حكم التحكيم إلا إذا  
كان البطلان واضحا حتى يرتب اثاره<sup>3</sup>، فيسترد القضاء ولايته على النزاع، ويشترط في ذلك أن  
تكون محكمة التحكيم لم يتم تعيينها، ويعتبر ذلك إستثناء من مبدأ إختصاص بالإختصاص .

وقد أكدت المحكمة العليا الألمانية الإتحادية أن المنازعات تنشأ عندما تثار عدم شرعية  
الأحكام في الحالات التالية :

أولا. إذا كان هناك ضرورة لإنفاذ إرادة الأطراف ما لم تكن هناك أسباب قاهرة تمنع ذلك.  
ثانيا. إذا لم يذكر في صياغة شرط التحكيم الإحتجاج ببطلان العقد، ويمنح للطرف فرصة للتحلل  
من التزامه بالتحكيم عن طريق الادعاء بأن العقد باطل، في مثل هذه الحالات تصبح المحاكم  
القضائية متورطة حتماً في التصدي لموضوع النزاع، علاوة على ذلك ففي المعاملات الدولية  
التي تحظى فيها حيادية عملية التحكيم بتقدير كبير، فإن إنهيار هذه الطريقة التوافقية لتسوية  
المنازعات يُلزم طرفاً باللجوء إلى المحاكم الوطنية، حيث يلاحظ أحيانا من الناحية الواقعية غياب  
الحياد بالنسبة للأطراف في حين تكون الفعالية المدركة لعملية التحكيم المحايدة شرطاً حيويًا في

<sup>1</sup>. راجع المطلب الثاني من الفصل الأول .

2- Harbour assurance co.(UK) .Ltd.kansa general international insurance co .Ltd , v . le sitewww.  
Trans.lex-org

<sup>3</sup>. راجع المادة 2/1458 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي .

عملية التفاوض على العقد، وإذا كان هذا التصور غائبًا فغالبًا ما يمثل عقبة كبيرة أمام إبرام العقود والصفقات، ولهذا فإن مبدأ الإستقلال يساعد على تسهيل التجارة الدولية.

وحرصا على تطبيق هذا المبدأ<sup>1</sup> فإن إنهاء العقد عن طريق البطلان وغيرها من أسباب الإنقضاء لا أثر له على شرط التحكيم الذي يتضمنه هذا العقد أو يلحقه<sup>2</sup>، إلا إذا إتفق طرفي إتفاق التحكيم على ذلك بصورة واضحة<sup>3</sup>. هذا ما قضت به محكمة الإستئناف الإنجليزية عند الفصل في القضية ضد شركة (kansa) للتأمين الدولي في 1993 بأن البطلان الذي يشوب عقد التأمين أو إعادة التأمين بسبب عدم شرعيته لا أثر له على إتفاق التحكيم الذي يتضمنه بعدما كان الجدل قائما بين للفقهاء قبل صدور قرار Harbour kansa حول مدى إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وعدم تأثره بالحالة التي يكون عليها تعقبا على ما أقره القضاء الإنجليزي بتأثر إتفاق التحكيم بعدم وجود العقد الأصلي لإنعدام أساسه<sup>4</sup>.

وقد تبنت قوانين الوطنية والدولية هذا المبدأ كالقانون الإنجليزي 1996 في المادة 57 التي تعتبر نسخا عن المادة 1/7 من القانون النموذجي للأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي التي تركت الحرية للأطراف في الإتفاق على خلاف ذلك<sup>5</sup>، ونصت عليه أيضا قواعد (ICC,LCIA) التي وصفت إتفاق التحكيم بأنه "إلتزاما قانونيا"، إذ يصلح تطبيقه على النزاع حتى ولو كان العقد الذي يتضمنه باطلا لعدم مشروعيته<sup>6</sup>، وهكذا فإن قانون التحكيم الإنجليزي 1996 قد وفر حل قانوني لوضع حد للنقاشات التاريخية السائدة فيما يتعلق بنطاق مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم في القانون الإنجليزي<sup>7</sup>.

1-THOMAS Lapierre,sens et portée du principe d'autonomie de la clause compromissoire international en droit français et droit américain, arbitrage et ADR, MBDE.

2- HAMD I Ouerghi, op.cit, P 22 , 23..

3 - GEORGIOS I Zekos, intrentional commercial and marine arbitration, routedge cavendish, london 2008, p 210.

4-FOUCHARD , GAILLARD, GOLDMEN, international commercial arbitration, kluwer law international, american, 1999, P 210 , 211.

<sup>5</sup>. تنص فحوى المادة 7 بأنه ما لم يتم الإتفاق على غير ذلك، لا يعتبر إتفاق التحكيم الذي نشأ أو سينشأ جزءا من إتفاق آخر سواء كان مكتوبا أو غير صحيح أو غير موجود أو غير فعال لأن الاتفاقية الأخرى غير صحيحة أو أنها لم تدخل حيز التنفيذ أو أصبحت غير فعالة، إنما يتعامل معه كاتفاق متميز .

6- GEORGIOS I Zekos, op.cit, p 107.

7 -GARY B. Born, op. cit, p 338.

غير أن تطبيق هذا المبدأ لم يرد على إطلاقه، وإنما أقر القضاء بحالات إستثنائية من شأنها أن تبطل إتفاق التحكيم رغم إستقلاله عن العقد الأصلي الباطل، ومن الحالات التي حددتها المحكمة الفيدرالية السويسرية إذا أسس البطلان على إنعدام الوقائع<sup>1</sup>، وفي عام 1992 قضت محكمة الاستئناف في قضية ميناء البندقية بأن عدم المشروعية المزعومة من شركة التأمين لا يمنع المحكم من مهمته<sup>2</sup>، هذا الموقف مستسخ من الفصل السابع من قانون التحكيم الإنجليزي 1996<sup>3</sup>.

وإذا كانت السوابق القضائية فيما مضى قد ساوت بين بطلان شرط التحكيم وعدم القابلية للتحكيم، فإن الإجتهد القضائي الحالي يرى أنه في حالة بطلان شرط التحكيم ليس من الضروري التصريح بعدم صحة شرط التحكيم لعدم قابلية النزاع للتحكيم، هذا ما قضت به الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بموجب القرار الصادر في 2006/02/21، ويعتبر ذلك تأكيداً لموقف الغرفة المدنية الذي يظهر من خلال قرارها الصادر في 2002/10/22، ووقائع القضية أن شركة (MALAISENEMESIS CHOPPING CORPORATE) شحنت على متن سفينتها LINDOS كمية من الأرز المستوردة من الصين والفيتنام بإتجاه أذربيجان، عاين كل من Monrovia و Freetown ضرر لحق بالبضاعة أثناء التفريغ، ثم رفعوا دعوى ضد الناقل والريان أمام محكمة مرسيليا إستناداً على شرط التحكيم مدرج في عقد النقل، حلت شركة التأمين (AXA CORPORATE SOLUTION) محلها، وكان الحكم صادر عن محكمة (aix-en-provence) محل إستئناف في 2005/10/11 بعد تصحيحه في 2005/12/13 والذي قضى بأن سندات الشحن الصادرة بموجب عقد الإيجار عن الرحلة يحدد مكان التحكيم وإجراءاته والقانون المطبق كما يفترض علم المرسل إليهم بشرط التحكيم من خلال إطلاعهم على السند عند التفريغ وبالخبرات المضادة.

تضمن قانون التحكيم قاعدة مادية تؤكد أن للمحكم الأولوية في الإختصاص تحت الرقابة المحتملة لقاضي البطلان على ذلك ما لم يكن بطلان إتفاق التحكيم واضحاً أو غير قابل للتنفيذ

1 - KREINDLER Richard H, competence-competence in the face of illegality in contrats and arbitratio-  
nal pocket, 2013 , p 245.

2-STEYN Justice, op, cit, p 84.

3 - GARY B. Born, international commercial arbitration, op.cit, p 339.

مما يدل على أن التحكيم ليس وسيلة عامة تشمل كل المنازعات، لهذا رفضت المحكمة طلبات الشركة تطبيقاً للمادة 700 من قانون الإجراءات المدنية مع تحميلها المصاريف<sup>1</sup>.

هذا وقد رحبت الغرفة المدنية بالإستثناء الذي أقامه المشرع لنزع الإختصاص من المحكم وإحالته إلى القاضي بسبب البطلان بأن يكون واضحاً، والعمل بهذا القيد يقتضي منح السلطة التقديرية للقاضي الذي يتعامل مع عديد الإتفاقات التي تتلاحم فيما بينها بشكل يؤثر على الأثر النسبي لبودها، له أهمية أساسية على عقد النقل البحري الذي يحكم هذه العقود، وكانت هذه الغرفة قد أكدت في القرار الصادر في 21/04/2006 بأن الإستثناء على إختصاص المحكم في حالة البطلان الواضح يسمح للأطراف اللجوء إلى القضاء، ويعمل هذا القيد في حالة العقود المتتالية التي يتضمن أولها شرط تحكيم<sup>2</sup>.

ولما كانت الكتابة شرط جوهري للشروط المدرجة أو الملحقة بالعقد الأصلي بما في ذلك شرط التحكيم فإن طرفي إتفاق التحكيم ملزمين بتحديد مدته سواء بالنص عليه صراحة في إتفاق تحكيم أو بالإحالة إلى نظام تحكيم معين<sup>3</sup> أو تمديده إتفاقاً أو قضاءً، وفي كل الأحوال يلتزم المحكم بالفصل في خصومة التحكيم في الأجل المحدد، وتبعاً لذلك فإن عدم إحترام الأجل المحدد ينشأ بقتضاه للطرف المحتج عليه بحكم التحكيم حق التمسك بالدفع بسقوطه<sup>4</sup>، فإذا لم تستجيب هيئة التحكيم لهذا الدفع رغم توفر أسبابه جاز له رفع دعوى البطلان<sup>5</sup>، فإن هذا الإنقضاء لا يترتب عليه إنقضاء العقد الذي يتضمنه، ذلك لأن إتفاق التحكيم يخضع لمبدأ إستقلاله عن العقد الأصلي من حيث الموضوع ومن حيث آثاره.

كذلك إشتراط المشرع في إتفاق التحكيم أن ينشأ صحيحاً من جانبيه الشكلي أو الموضوعي بأن يتمتع طرفيه بأهلية التصرف<sup>6</sup> ونابعا من إرادتهما الحرة، خالي من العيوب المبطلة للإتفاق .

1-cass, ch cv1 , arret de 22 novembre 2005, n° 03-10087, ANCEL M, Bulletin de la cour de cassation

2- GRONDIN Jean Yve, op.cit, p 2.

3- FOCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, op.cit, P 949.

4. راجع المادة 1/22 من قانون التحكيم المصري رقم 1994/27.

5. أحمد السيد صاوي، التحكيم، مرجع سابق، ص 229.

6. محمود سمير الشراوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 500.

### 3.1 . فصل هيئة التحكيم في مسألة خارج عن إتفاق التحكيم

يتضمن إتفاق التحكيم حصرا المسائل التي يتعين على المحكم الفصل فيها، فإذا تجاوز نطاق هذا الحصر، فيعد ذلك خرقا لإختصاص السلطة القضائية على المسائل التي لا يشملها إتفاق التحكيم، ويترتب على ذلك بطلان حكم التحكيم، ومن أمثلة ذلك أنه لا يجوز للمحكم الفصل في نزاع يتعلق بتفسير العقد في حين يقتصر الإتفاق على المسائل المتعلقة بالتنفيذ، إلا أن البطلان قد يكون جزئيا إذا فصل الحكم في جزء من النزاع لم يكن محل إتفاق التحكيم<sup>1</sup> فالقانون الفرنسي<sup>2</sup> أجاز للقضاء المختص أن يبطل حكم التحكيم لتجاوز المحكم لمهامه من خلال فحص الوقائع الموضوعية متعارضا بذلك مع إرادة الطرفين<sup>3</sup>.

ويدرج تحت سبب تجاوز المحكم لمهامه إغفال الفصل في الطلبات من أسباب رفع دعوى البطلان، ولا يختص القاضي في دولة التنفيذ النظر فيها، إلا إذا تقرر بطلان الحكم بسببها فيجوز له رفض تنفيذه على أساس البطلان<sup>4</sup>، ويستثنى من مجال تطبيق هذا الحالة الفصل في المنازعات المتعلقة بفسخ العقد، فإنه في هذا الفرض يكفي الإشارة إلى الفصل في المسائل المتعلقة بالتنفيذ، كما لا يدخل في هذا النطاق أيضا مسألة عدم إختصاص المحكم لعدم النص عليها ضمن حالات البطلان<sup>5</sup>.

كما إشرط أيضا أن يتناول إتفاق التحكيم موضوع يدخل ضمن المسائل التي يجوز الصلح فيها وأسباب أخرى للبطلان لا داعي لشرحها بالتفصيل لسبق ذكرها كأسباب مانعة للتنفيذ .

#### 4.1 تعذر أحد الأطراف تقديم دفاعه

<sup>1</sup> راجع المادة 1/53 (و) من القانون المصري 1994/27 " ومع ذلك إذا أمكن فصل الأجزاء الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها ."

<sup>2</sup> راجع المادة 1493 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

3-Cour d'appel de paris,(pole 1.Ch1), 6/5/214,SARL alicantes/SAS gerpro, sommaires de jurisprudence, Revue de l'arbitrage, N° 2, 2014. P 516.

<sup>4</sup> عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص 717.

<sup>5</sup> محمود سمير الشراوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 509.

إذا لم يتمكن أحد طرفي التحكيم من تقديم دفاعه لسبب خارج عن إرادته، وذلك إما لعدم إعلانه بالإجراءات إعلاناً صحيحاً<sup>1</sup> أو عدم تمكنه من وسائل الإثبات سواء فيما يتعلق بالخبرة فلا يتم إستدعائه من طرف الخبير المعين أثناء مباشرة مهامه المتعلقة بالنزاع الذي يكون طرفاً فيه أو عدم حضوره المعاينة التي قام بها الخبير<sup>2</sup>، ويشكل ذلك إخلالاً بضمانات التقاضي التي تمثل مبادئ جوهرية للتقاضي منها مبدأ حق الدفاع ومبدأ المواجهة، الأمر الذي أدى بالمشروع إلى إدراجها ضمن حالات البطلان<sup>3</sup>.

### 5.1 . إستبعاد تطبيق القانون الموضوعي

من أهم المسائل التي يتفق عليها طرفي إتفاق التحكيم الدولي تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع، فإذا قضى المحكم أو هيئة التحكيم إستناداً إلى قانون آخر غير القانون المتفق عليه عرض حكمه للبطلان .

وفي هذا الشأن إختلف الفقهاء حول ما إن كان الإستبعاد يشترط أن يشمل القانون برمته أم يكفي إستبعاد بعض قواعده لتقرير جزاء البطلان، أجاب بعض الفقهاء بأن إستبعاد بعض قواعد القانون المختار دون الآخر لا يخرج عن نطاق الخطأ في تطبيق القانون وهي حالة لا تستوجب البطلان، أما محكمة إستئناف القاهرة فقد أقرت ببطلان حكم التحكيم في حالة إستبعاد القانون المصري فيما يتعلق بقواعد القانون المدني المتعلقة بالفوائد.

ولهذا فإن المشروع المصري قد حسم الأمر وذلك من خلال إلزام هيئة التحكيم بتطبيق القواعد المتفق عليها بين الطرفين على موضوع النزاع مع مراعاتها عند الفصل فيه شروط العقد<sup>4</sup> تفسيراً لعبارة "القواعد العامة" التي تشمل القانون الواجب التطبيق والقواعد الإتفاقية بين الطرفين<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> أحمد صاوي، مرجع سابق، ص 230.

<sup>2</sup> فتحي والي، التحكيم، مرجع سابق، ص 590.

<sup>3</sup> محمود سمير الشراوي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع نفسه، ص 501.

<sup>4</sup> راجع المادة 39 من قانون التحكيم المصري 1994/27.

<sup>5</sup> محمود سمير الشراوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 502 . 510.

من خلال مقارنة بسيطة بين نظم التحكيم المتعلقة بقواعد التحكيم التجاري الدولي وحتى بالنسبة لإتفاقية نيويورك المتعلقة بالإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، يتبين أن الحالة المذكورة أعلاه إنفرد بها القانون المصري ولا مثل لها في القوانين الأخرى .

### 6.1 . مخالفة قواعد تشكيل هيئة التحكيم

يخضع تعيين المحكمين لإجراءات محددة إتقافا أو قانونا، ولذلك فإن صدور حكم تحكيم عن محكم أو عن هيئة تعيينها جاء مخالفا لتلك الإجراءات يؤدي إلى بطلانه، وإستقر على ذلك القضاء الفرنسي في ظل التشريعات القديمة، حيث قضى به مجلس قضاء ليون بموجب القرار الصادر في جوان 1940 ببطلان حكم التحكيم لعدم تعيين موضوع النزاع وأسماء المحكمين دون مراعاة وثيقة التأمين التي نصت على أن "كل المنازعات بين المؤمن له والشركة يتمسويتها بواسطة محكمين يتم تعيينهم من شركة التأمين والمؤمن له، ويعين المحكم الثالث من المحكمين أو رئيس المحكمة"، صدر هذا القرار لصالح شركة التأمين بعد الطعن بالنقض بسبب خرق أو الخطأ في تطبيق المادتين 1003، 1006 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي خرقا للبند 15 من بوليصية التأمين<sup>1</sup>.

يلزم القانون الطرف الذي يتمسك بالبطلان أن يرفع الطلب ويتبع إجراءات الأمر على عريضة وإلا فلا تقبل الدعوى، كما يكون حكم التحكيم باطلا إذا صدر عن هيئة بتشكيلة ثنائية خرقا للأحكام التي تتعلق بذلك<sup>2</sup>، أو إذا توفر سبب من أسباب رد المحكم لم يعلم بها المحكوم عليه إلا بعد صدور الحكم كعدم نزاهته أو إستقلاله وحيدته<sup>3</sup>.

وفي هذا الصدد يمكن الإشارة إلى قرار محكمة العدل والتحكيم لأذربيدجان التي قضت بنقض حكم التحكيم المطعون فيه لخرقه أحكام المادة 2/26 في النزاع القائم بين شركة (Man c) ضد شركة التأمين (colina sa) التي نصت على أنه "يرفع الطعن على أساس مخالفة الحكم

1- Victor Alexis Désiré DALLOZ Ainé et ArmandDALLOZ, jurisprudence generale, répertoire et alphanabatique de légistalation de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial cruminel, administratif, de droit des gens et droit public, tome quatrième, paris, 1846, p 506.

<sup>2</sup> راجع المادة 3 /15 من قانون التحكيم المصري رقم 1994/27.

<sup>3</sup> محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 506.

المطعون فيه للقانون، فإتضح من قرار التحكيم الصادر في 19 مارس 1999 أن محامي أحد الطرفين عين في هيئة التحكيم كمحكم خرقاً للقانون (المادة 5 من قانون التحكيم (OHADA) فلا يجوز له إذا مثل طرف في الخصومة وتولى الدفاع عنه مقابل عمولة أن يعيّن محكم، لأن ذلك يؤدي إلى إختلال في تشكيلة هيئة التحكيم وبالتالي نقض حكم التحكيم.

صدر عن محكمة العدل نفس القرار مؤسسا على خرق حكم التحكيم للقانون من حيث تشكيلة محكمة التحكيم للفصل في النزاع القائم بين شركة (مان ج) ضد شركة التأمين (colinasa)<sup>1</sup>.

وفسر ذلك الأستاذ (ABDOU Diallo) بأن أعضاء محكمة التحكيم لا يجب أن تكون لهم علاقة بأحد طرفي النزاع ظاهرة أو خفية، ومن إلتزامات المحكم أثناء إختياره أن يعلن عن ذلك<sup>2</sup> لهذا تبدو أهمية وضع أحكام تحدد إلتزامات المحكمين ضمن قواعد قانون التحكيم.

ومن جهتنا فلا يمكن معارضة هذا الموقف من باب الحرص على العدالة التي لا تتحقق إلا بضمان قدر كبير من الإستقلالية والنزاهة والحياد، كلها صفات من اللازم أن يتحلى بها المحكم عند إختياره، ويكون حكم التحكيم مراقب من هذه الناحية من طرف القضاء فيتصدى لكل حكم تحكيم يشكل خرقاً للإتفاق أو للقانون الواجب التطبيق.

## 7.1 . بطلان الحكم

قد يتعلق البطلان بحكم التحكيم ذاته أو بالإجراءات المتبعة لإصداره، أما بالنسبة للأسباب المؤدية إلى بطلان الحكم ذاته فهي متعددة منها مثلاً عدم توقيع المحكمين عليه، ولما كانت الرقابة ليست موضوعية فإن قاضي الإستئناف لا يمكنه تأسيس البطلان على حالة متعلقة بالتسبب كتناقض في الأسباب، لأن قاضي محكمة الإستئناف ليست له صلاحية فحص أسباب حكم المحكمين ومدى صحتها، تلك الحالات تعد من الأخطاء الجوهرية غير قابلة للمراجعة يتبين ذلك من خلال قرار محكمة النقض الفرنسية التي قضت بأن " التعليل ليس من مهام

1-CCJA, 001/2002, 10/01/2002, OHADA traité et actes uniformes commentés et annotés, juriscope 2014, p 154 .

2-ABDOU Diallo, op.cit, P 178.

قاضي البطلان"<sup>1</sup>، ومع ذلك فإن بعض المشرعين ومنهم المشرع الجزائري قد أدرج عدم تسبب حكم التحكيم أو التناقض في التسبب ضمن حالات البطلان<sup>2</sup>، والغاية من ذلك التأكد من الأسس التي يقيم عليها المحكم حكمه بما في ذلك وسائل الإثبات والأسانيد القانونية.

كما أن تخلف البيانات الجوهرية التي ينص عليها القانون الواجب التطبيق لبناء الحكم يعد هو الآخر من أسباب البطلان<sup>3</sup>، إلى جانب ذلك فإن العيوب الإجرائية المؤثرة على نتيجة حكم التحكيم تؤدي إلى بطلانه وخاصة الإجراءات التي تتعلق بالضمانات الأساسية للتقاضي<sup>4</sup> منها مبدأ حق الدفاع مبدأ المواجهة، مبدأ المساواة، وهي مبادئ بنيت على أساسها نظرية البطلان بغض النظر ما إذا نص عليها قانون التحكيم الواجب التطبيق.

هذا وقد قيّد المشرع الدفع بخرق إجراءات التحكيم بأجل محدد أمام المحكم أو رفع دعوى بطلان حكم التحكيم إذا وقعت المخالفة من المحكم، ويتعين لقبول دعوى البطلان على الطرف الذي قدم الطلب أن يثبت أنه تمسك بالدفع بخرق الإجراءات في الميعاد المحدد إتفاقاً أو قانوناً<sup>5</sup>. وما يتميز به المحكمين في المجال البحري أنهم يتمتعون بالمرونة الإجرائية من شأنها تقليص حجم الإجراءات وتقصير آجالها والتزامهم بالفصل السريع في النزاع الذي لا تزيد مدته وفق لائحة غرفة التحكيم البحري بباريس CAMP عن ستة أشهر ما لم يحددها الأطراف<sup>6</sup>.

### 8.1 - مخالفة الحكم للنظام العام

تعتبر مخالفة النظام العام من أهم الحالات التي تستوجب البطلان وذلك بإجماع كل التشريعات الدولية، ويتدخل النظام العام الدولي بحسب ما يتوافق مع قواعد قانون البوليس بعد فحص محتوى القانون الأجنبي، وفي هذه الحالة فإن النظام العام الدولي وقوانين البوليس هدفهما

1 - HASCHER D Adde,op .cit, p 391.

<sup>2</sup>. راجع المادة 5/1056 من القانون رقم 09/08 التي أحالت إليها المادة 1058 من نفس القانون.

<sup>3</sup>. راجع المادة 43 من قانون التحكيم المصري رقم 1994/27.

<sup>4</sup>. المقصود بذلك مبادئ التقاضي أنظر،

-GAILLRD.E, la jurisprudence de la cour de cassation en matière d'arbitrage international, op.cit, p 2.

<sup>5</sup>. محمود سمير الشراوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 511.

6 - OLIVIER Jambu-merlin, op.cit

واحد إنطلاقاً من الغرض الذي ترمي إلى تحقيقه ومحتواها، فإن تطبيقها لا يكون ممكناً إذا طبقت قواعد التنازع، وبهذا فلا تطبق إلا في النطاق الذي يسمح بالتكيف مع الهدف الذي وضعت من أجله<sup>1</sup>.

ويجد النظام العام الدولي الحقيقي مصدره في المعاهدات الدولية<sup>2</sup>، وعندما يأخذ بعداً دولياً حقيقياً فإنه يميل إلى الإنحراف عن دوره الوظيفي السالب ويأخذ معنى مطلق، إذ يضطلع المحكمون الدوليون بتطبيق هذا النظام في الحالة التي لا يشير في إتفاق التحكيم إلى تطبيق النظام القانوني للدولة، ولا تثير أي صعوبة عند ترتيب المبادئ الأساسية أو حتى عند تسوية نزاع ناتج عن شرط غير مخالف للقانون<sup>3</sup>.

يعد مبدأ حسن النية من المبادئ التي يركز عليها كل إتفاق بشكل عام، ولهذا يشكل أحد المبادئ المكونة للنظام العام، فإن عدم الإدلاء بكل الحقائق المتعلقة بالخطر المؤمن منه أثناء الإتفاق على التحكيم الذي تم إعلانه للمؤمن يشكل خرق لهذا المبدأ، يعرض حكم التحكيم للبطلان، ذلك أن حسن النية يعد قاعد مادية صالحة للتطبيق العام<sup>4</sup>.

خلصت محكمة النقض إلى أنه: "يكون شرط التحكيم صحيح: أولاً . في حالة وجود معاملة تجارية دولية بغض النظر عن صفة أحد الطرفين إن لم يكن تاجر، وثانياً . في حالة عدم وجود بطلان واضح، فينفذ شرط التحكيم بحكم إستقلاله في القانون الدولي مع مراعاة قواعد النظام العام الدولي، ويتولى المحكمون تنفيذها تحت رقابة قاضي البطلان الذي يتحقق من صلاحياتهم خاصة فيما يتعلق بقابلية النزاع للتحكيم".

إن ما جاءت به محكمة النقض يتوافق مع القانون الفرنسي للتحكيم الدولي لأنه يستند إلى مبادئ تشكل أساس هذا القانون: مبدأ صلاحية شرط التحكيم الدولي، مبدأ الاختصاص ورقابة مطابقة الحكم للنظام العام الدولي.

1-PRIOUX R, Le juge et l'arbitre face aux lois étrangères d'application immédiate dans les contrats internationaux, R.D.C.B, 1988, p 251.

<sup>2</sup>. يشمل مجموعة من المبادئ المشتركة بين الأمم المتحدة التي تحل محل المفاهيم الوطنية.

3-PRIOUX. R, Le droit international privé et les contrats illicites dans le commerce international, J T, op. Cit, p737.

4 - Le gestion des conflits dans les réassurances. www.lepetitjurist.fr

أولاً . فيما يتعلق بمبدأ صحة شرط التحكيم فإن قانون التحكيم الداخلي الفرنسي يعتبر أن هذا الشرط إذا ورد في العقود المبرمة بين المستهلك والمهني يعد باطلاً، وحتى بعد تعديل المادة 2061 بموجب قانون 15 ماي 2001 فإنه لا يصلح إلا في العقود المبرمة لنشاط مهني، ويشمل نطاق شرط التحكيم في هذا القانون الأعمال المدنية والمختلطة، ويشترط لذلك أن يقوم الطرفان بهذه الأعمال بسبب نشاط مهني<sup>1</sup>، أما شرط التحكيم في عقود المستهلكين فهي باطلة لأن المستهلك أجنبي عن كل نشاط أو إذا كان طرف متعاقد يمارس بشكل قانوني نشاط غير مهني تلبية لإحتياجاته الشخصية والعائلية<sup>2</sup>.

سبق الذكر بأن العقود التي تتعلق بمصالح التجارة الدولية والتي تنشأ بهدف تحويل الأموال والخدمات والبضائع عبر الحدود تعتبر عقود دولية، ونظراً لصفقتها هذه فإن شرط التحكيم الذي تتضمنه تشير القاعدة المادية أنه لصلاحيه شرط التحكيم في العقود الدولية أن تستبعد جميع حالات الحظر للشرط المستمد من القانون الداخلي للدولة.

ويندرج ضمن العقود الدولية كذلك العقود الإستهلاكية والتي تنتم إلى جانب ذلك بالصفة التجارية وفق ما يقتضيه قانون الفرنسي للتحكيم الدولي بإعتبارها تساهم في عملية إقتصادية ومن ثم فإن الشرط الذي يتضمنه يعد صحيحاً طالما أن العقد يجمع بين الطابعين الإقتصادي والدولي وبالتالي فإن المنازعات الناشئة عنه قابلة للتحكيم<sup>3</sup>.

ويرى الفقه أنه لا يمكن إنكار مبدأ صحة شروط الحلول البديلة للمنازعات ( Alternative Dispute Resolution ADR) في العقود العامة، إلا أنه يجب التحفظ على بعضها إذا لازمت عقود الإستهلاك لخطورتها على الطرف الضعيف، قد يلجأ إليها المهنيون للتحايل والتخلص من إلتزاماتهم التي يفرضها قانون حماية للمستهلك<sup>4</sup>، لذلك يشترط لصحة شرط التحكيم إدراجه بعد وقوع المنازعة<sup>5</sup>.

1- JARROSSON Charles, le nouvel essort de la clause compromissoire après la loi de 15 mai 2001 JPC. 2001, p 1333.

2 - LOQUIN Eric, l'arbitrabilité et protection des parties faibles, op.cit, p 139.

3 - LOQUIN Eric, ibid, p 140.

4 - RACINE Jean Baptiste, les modes internatifs de résolution des conflits- approche générale et spéciale, op.cit

5-NADJIB Mohamed el mehdi,op.cit , p 159..

ثانياً . أما بالنسبة لمبدأ إختصاص محكمة التحكيم للفصل في إختصاصها فقد أثير الإشكال التالي: هل القانون يفوض للقاضي إجراء مثل هذا الفحص للفصل في مسألة الإختصاص؟

قد أجمعت كل القوانين على أنه بمجرد أن يتضمن عقد دولي شرط تحكيم فإن الفحص الأولي الذي يقوم به المحكم قبل البدء في إجراءات التحكيم أن يتفقد إختصاصه، وعمل القضاء على ترسيخ هذه القاعدة حتى صار مبدأ قائم بذاته يطلق عليه "مبدأ الإختصاص بالإختصاص".

ولما كان الأمر يتعلق بالنظام العام فإن مخالفته ينتج عنه الإقرار بالبطلان تلقائياً من لقاضي المختص ولو لم يتمسك به الطرف الذي تقرر لصالحه، وأن الرقابة القضائية على هذه الأسباب لا يترتب عليها المساس بالحكم من حيث موضوعه<sup>1</sup>.

فقد أجاز المشرع لطرفي عقد التأمين وضع شرط تحكيم بشأن المنازعات الناشئة عن هذا العقد دون أن تتعارض مع القواعد الإلزامية لقانون التأمين<sup>2</sup> إستناداً إلى معايير تتعلق بطبيعة المخاطر المشمولة بالتغطية التأمينية<sup>3</sup>، تعمل القواعد الإلزامية في القانون الداخلي على تنظيم العلاقة التعاقدية بهدف حماية الطرف الضعيف<sup>4</sup>، وتعتبر في فقه القانون الدولي الخاص بمثابة قوانين البوليس، يثبت ذلك بالإستناد على مبدأ إستقلال الإرادة في القانون الدولي الخاص<sup>5</sup>.

غير أن هذا المبدأ ليس له خصوصية في ظل هذا القانون مالم يختار الأطراف قانون معين بكامل عناصره وقواعده الملزمة لما لها من تأثير كبير على محتوى العلاقة التعاقدية<sup>6</sup> فكما إتسع نطاق الإلزام وتدخلت قواعد الضبط في تنظيم العقد تقلصت حدود الإختيار الحر للأطراف وتلاشى مبدأ إستقلال الإرادة في حصره في إطار يحدده القانون الداخلي الذي يحكم العقد، غير أن القواعد المتعلقة بالشروط التعسفية ليست قواعد البوليس بالنظر إلى قواعد التنازع في القانون

<sup>1</sup> - بشير سليم، مرجع سابق، ص 294، 296.

<sup>2</sup> - ورد النص على شرط التحكيم في عقد التأمين في المادة 2/36 من قانون التأمين البلجيكي الصادر في 03/16/1994 .

3- l'article 36/2, les regles imperatives applicables au contrat international d'assurance dans l'espace caummunautaire , p 377, référence N° 31.

4 - MAYER.P, La sentence contraire à l'ordre public au fond, Rev. Arbitrage, n° 13, 1994, p.625.

5- MAYER.P, Traité de droit international privé, 5ème éd, Paris, Monchrestien, 1994, p 123 .

6 - Mélanges Frédérica, L'autonomie de la volonté en droit international privé français et belge, 1965, p 979.

## الفصل الثاني أثر الطعن على دور التحكيم الدولي في تسوية منازعات التأمين البحري

الذي يحكم عقد التأمين أكثر مما ينظر إلى قواعد التنازع التي تنظم العلاقة مع المستهلك، فوجود قواعد مادية تفقد تلك القواعد إلزاميتها الدولية، فالقواعد المتعلقة بالشروط التعسفية في المجال الدولي تطرح إشكاليات حادة عندما يكون مصدرها الأعراف السائدة في سوق التأمين المتضمنة جزاءات وليست نص ملزم كما هو الحال في المملكة المتحدة حيث تخضع شروط التأمين العامة لبيانين أعدتهما الرابطة المهنية لشركات التأمين (ABI)، فتطبيق القواعد العرفية على شركات التأمين الأجنبية غير المنتسبة إلى النقابة المهنية والتي لا تلتزم بهذه القواعد غير مؤكدة ما لم تكن ملزمة لها من خلال نصوص تنظيمية أو تشريعية، فإنه لا يمكن للمتعاملين الأجانب عدم الامتثال لها ما لم يكن إلتزامهم بها إرادياً، إذ يجوز إدراج القواعد المنصوص عليها في هذه البيانات في العقد كمصدر مادي في حالة عدم وجود مصدر صريح ربما لا يؤدي إختيار النظام القانوني الإنجليزي الذي يحكم العقد على الأسس الموضوعية إلى التطبيق الفوري للقواعد العرفية ما لم يثبت ممارستها في المملكة المتحدة<sup>1</sup>.

هذا وقد أصدرت اللجنة توصيتين في 1998/03/30 وفي 2001 04/04 بشأن الحل التوفيقى في نزاعات المستهلكين بأن كل دولة تستبعد المسائل التي تعتبر من النظام العام وتختص المحاكم للنظر في المنازعات الناشئة عنها<sup>2</sup>.

وترى محكمة النقض أن "الأمر متروك للمحكمن لتنفيذ قواعد النظام العام الدولي تحت إشراف قاضي البطلان للتحقق من إختصاصهم خاصة فيما يتعلق بالتحكيم في النزاع، حيث تظل القرارات التي تتخذها محاكم الدول في حالة عدم وجود إختصاص دولي حقيقي على الرغم من أن القانون المطبق في هذا المجال هو في معظم الأحيان اتفاقية دولية، ليس للمحكمن خلافاً للقضاة أي إختصاص وهم بذلك يميلون أكثر إلى تفسير عقد دولي أو إتفاقية دولية من منظور عالمي حقيقي، يحررون أنفسهم من المفاهيم والممارسات الوطنية، مما يعزز توحيد النصوص الدولية ويسهل تطبيقها<sup>3</sup>.

1- Le contrat international d'assurance face aux regles police a l'ordre public international, op.cit,p 55.

2-SOLIGNAK Philippe, les modes internatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, chambre commerce et d'industrie de paris, Rapport au nom de la commission juridique et adopté par l'assemblée générale du 19/09/2002, p 25. v. www.cci.paris.idf.fr

3- LARGOS Cicile, op.cit, p 3.

ثالثاً . هذا ما يفيد أن القاضي يمارس الرقابة على حكم التحكيم بمجرد صدوره، فإذا باشر الطرف الذي صدر حكم التحكيم في مواجهته إجراءات البطلان أمام القاضي الفرنسي بإعتبار أن الحكم صدر في إقليمها، أو تقدم الطرف الآخر بإيداع الحكم المراد تنفيذه في فرنسا مثلاً، فهذا لا يعني أنه من غير المحتمل أن يكون القضاء الفرنسي مطالب بتنفيذ الحكم أو تقدير شرعيته.

يمارس القاضي رقابته على الحكم من خلال دعوى البطلان، وهي في مجال الدولي ضيقة لا تخرج عن نطاق النظام العام الدولي (المادة 2060 من القانون المدني)، فلا يستبعد التحكيم إلا فيما يتعلق بالقواعد الإلزامية المطبقة على محل المنازعات، وللمحكمن صلاحية تطبيق المبادئ والقواعد المتعلقة بالنظام العام التي تخضع لرقابة قاضي الإلغاء في حالة تجاوزها<sup>1</sup>.

غير أن المادة 5/1502 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي تقيم الرقابة على أساس النظام العام الدولي وما يقصده المشرع هو النظام العام الدولي الفرنسي، على خلاف مدلول الفقرة الأولى فإن الرقابة على حكم التحكيم من خلال مدى صحة شرط التحكيم وقابلية النزاع المتعلق به للتحكيم تتطلب فحص الحكم من ناحية الواقع والقانون .

إلا أن الرقابة واحدة سواء كانت مخففة أو مشددة، وقد أرست محكمة النقض الفرنسية مبدأ هام يقضي بأنه "بموجب قاعدة مادية في قانون التحكيم الدولي يتم تقييم فعالية شرط التحكيم وفقاً للإرادة المشتركة للأطراف في نطاق النظام العام الدولي دون الرجوع إلى قانون الدولة"<sup>2</sup>.

كما تعتبر أن قواعد النظام العام الدولي "تتعارض مع المفاهيم الأساسية للقانون الفرنسي" على سبيل المثال تغيير طبيعة التحكيم لا يشكل عيب في النظام العام الدولي، ومع ذلك في التحكيم الدولي الطليق لا يمكن للمحكم تعديل الجانب الإقتصادي للإتفاق وإن كان يتمتع بسلطة التخفيف من الحقوق الناشئة عن العقد لتجنب تبعات التطبيق الصارم للبنود التعاقدية<sup>3</sup>.

فإذا كان القانون الفرنسي ومن تبعه يولي النظام العام الدولي إهتماماً، ويجعله أول السببين لبطلان حكم التحكيم الذي حثت عليه المادة 1502 من قانون الإجراءات المدنية، إلا أن محكمة

1 - LOQUIN Eric, arbitrabilité et protection des parties faibles, op.cit, p 141.

2 - LOQUIN Eric, arbitrabilité et protection des parties faibles, op.cit, p 142.

3 - TURGNE Franck, op.cit, p 156, 157.

النقض الفرنسية على ما يبدو أنها أعطت لهذه المادة معنى مغاير من خلال الحكم الصادر في 2000/04/21 بقولها: "يجب أن يكون إنتهاك النظام العام بالمعنى الوارد في المادة 5/1502 والذي تمت الموافقة عليه بعد الإعراف وتنفيذ الحكم صارخا، فعلا وملموسا"<sup>1</sup>.

## 2 . الأسباب العامة لبطلان حكم التحكيم الدولي في منازعات التأمين البحري

لما كان عقد التأمين من عقود الإذعان الذي يعتبر فيه أن العلاقة بين طرفيه غير متوازنة أمرا مفترضا، ذلك أن شركات التأمين لتفوقها الإقتصادي تنفرد بإعداد وثيقة التأمين البحري مسبقا<sup>2</sup> في شكل نماذج ومنها ما تأتي في شكل نماذج موحدة تعدها إتحادات شركات التأمين الدولية كبواليص التأمين على السفينة أو على البضائع أو التأمين على مسؤولية ملاك السفن يدرج ضمنها شرط تحكيم محدد عناصر التحكيم من حيث تعيين المحكمين، القانون الواجب التطبيق المتعلق بالموضوع وبالإجراءات ومكان التحكيم، أجله، بينما يقبل المتعاقد على الإكتتاب بعد قبول شروطها مجملة دون إمكانية التعديل أو المناقشة<sup>3</sup>، الأمر الذي يجعل هذا الشرط يحمل خطورة كبيرة على المؤمن له إلى جانب كون حكم التحكيم حكم ملزم للطرفين وواجب التنفيذ وغير قابل للطعن إلا بالبطلان في بعض أنظمة التحكيم لدى بعض الدول مثل مصر .

ولهذا كثيرا ما يطرح الإشكال حول أهمية التوفيق بين التحكيم وخاصة الإحتمال التي تعد من أهم الخصائص التي يركز عليها التأمين البحري أثناء تقدير التعويض المستحق للمؤمن له أو المستفيد في حالة تحقق الخطر المؤمن منه، ولهذا فإنه يشترط لإستحقاق المؤمن له التعويض أن يكون الخطر محتمل، هذا ما قضت به غرفة التجارة الدولية التي فرضت تقييم الأشياء بحسب التوقعات المحتملة للخطر دون الإحالة إلى قانون وطني"، ويثير مبدأ التعويض صعوبة في تطبيقه، لذلك إختلف الفقه حول صحته في حين أن القضاء أقر بذلك<sup>4</sup>.

1- GAILLARD Emmanuel, la jurisprudence de la cour de cassation en matière d'arbitrage International . op.cit, p 14

<sup>2</sup> علي بن غانم، مرجع سابق، ص 152.

<sup>3</sup> باسود عبد المالك، ماهية قواعد عبر الدولية في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الدراسات الحقوقية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة، ع 1، 2014، ص 203.

4- GAMALELDIN Hossam Mohamed, op .cit, p 122.

ويتأثر مبلغ التعويض سلبيًا في الحالات التي يعتمد فيها المؤمن له على إعلان المؤمن بالبيانات الصحيحة عن الخطر البحري أو عدم إخطاره بتغيير الظروف أو بتفاقم الخطر خلال الأجل القانوني<sup>1</sup> لما له من تأثير مباشر في تقدير قيمة الأقساط ومبلغ التعويض الذي يقابله وكل منازعة تنشأ بسبب الخلاف حول خفض قيمة التعويض.

هذه الأحكام قد اعتمدت عليها بوليصية التأمين الفرنسية على السفن الصادرة في 01/1969/01 ضمن نص المادة 34 التي خولت للطرفين الموقعين على هذه البوليصة إمكانية اللجوء إلى التحكيم في حالة نشأة المنازعة بشأن مبلغ التعويض، وتمتعت شركة التأمين دفعه في حالة إخلال المؤمن له بالتزامه بالإعلان عن الخطر أو تغييره إستنادًا إلى شرط تحكيم<sup>2</sup>.

ولا يقتصر المحكم في تقدير التعويض عن الضرر على الجانب المادي الذي يلحق الشخص الطبيعي أو الاعتباري كوكيل تجاري في المعاملات الدولية، إنما يشمل كذلك الجانب المعنوي<sup>3</sup> من أمثلة ذلك بالنسبة للشركات المساس بصمعتها التجارية وزعزعة مكانتها في السوق الدولية لهذا فإنها تلزم بدفع التعويض في حالة مخالفة القانون وفق ما أكدته السوابق القضائية<sup>4</sup>.

ويرتكز مبدأ التعويض على العلاقة السببية القائمة بين الخطأ والضرر، لذلك فإن محكمة التحكيم ملزمة بفحص هذه العلاقة لتقدير مبلغ التعويض، ويبرر احتمال وقوع الضرر، ذلك أن إختلال العلاقة التعاقدية بين المؤمن والمؤمن له على الأرجح يكون بسبب عدم تنفيذ أحد الطرفين الإتفاق، لهذا فإن مهمة المحكم تتمثل في إزالة الضرر، وذلك بإلزام الطرف المخل بالتزامه بالتعويض لرد الحال إلى وضعه الطبيعي قبل التعاقد والتنفيذ السليم للعقد<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> راجع المادتين ( 2/6، 1/7 ) من قانون التأمين البحري الفرنسي رقم 67 / 522 المؤرخ في 03/07/1967 تقابلها في قانون التأمينات الجزائري المادتين 108، 152 من الأمر رقم 07/95 المتعلق بالتأمينات الصادر في 25/02/1995، المعدل والمتمم، مرجع سابق.

2-police française d'assurance maritime sur corps de navires de peche, imprimé du 1<sup>er</sup> janvier 1969 fortune de mer, 2001, p 14, v. www.C&MPECHedu 01jan1969

<sup>3</sup> راجع المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي .

« tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

4-GAMALELDIN Hossam Mohamed, op.cit, p 121.

5-GAMALELDIN Hossam Mohamed, ibid, p 97, 98.

إشترط المشرع لصحة شرط التحكيم في عقد التأمين أن يكون خاص ومنفصل عن عامة شروط العقد<sup>1</sup>، نصت المادة 622 من القانون المدني الجزائري على أنه "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..."<sup>2</sup>، والغاية التشريعية من ذلك أن شرط التحكيم العام يفترض فيه سوء نية المؤمن الذي يحرر عقد التأمين بإرادته المنفردة، دون أن يمكن الطرف المتعاقد من تعديلها، طالما أن عقد التأمين من عقود الإذعان، فيجد نفسه ملزما بشرط التحكيم بشأن ما ينشأ بينهما من منازعات دون إستثناء، قد لا يرغب المؤمن له التحكيم فيها على الرغم من أن نظام التحكيم يقوم على مبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وتكريس حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم.

فالعقد أداة للحرية في مواضيع القانون إذا كان الطرفين ذات قوى إقتصادية متوازنة، لكن إذا إختل هذا التوازن فلا ينبغي أن يقع إستغلال أحد طرفي العلاقة للآخر في مرحلة التفاوض لإبرام العقد، مالم يمنع ذلك الإلتزام بالمبادئ الجوهرية التي تشكل في مجملها قواعد النظام العام وإن كانت المعايير القانونية التي تحدد معالم هذا النظام تختلف بإختلاف القيم الإجتماعية.

ولذلك فإن وظيفة نظام الحماية الاقتصادية عامة تتمثل في حماية المصالح المتعارضة من أجل إستعادة التوازن بين طرفي الإتفاق الذي مالت كفته لغير مصلحة الطرف الضعيف الذي هو المؤمن له في عقد التأمين في الحالات الغالبة في مواجهة المؤمن في مركز قوي لعدم علمه المسبق ببند العقد<sup>3</sup>.

لهذا تبدو أهمية التعهدات التي يلتزم بها طرفي عقد التأمين لمواجهة الخطر المحتمل في تحقيق التكافؤ في العلاقة التعاقدية، ولضمان ذلك يلزم الطرف الذي أخل بالإلتزاماته تحمل تبعات الخطأ وما يترتب من ضرر يلحق بالمتعاقد الآخر، إلا أن هذه القاعدة لا تسري بشكل مطلق

<sup>1</sup> بسعيد مراد، عقد النقل البحري للبضائع وفقا للقانون البحري الجزائري والإتفاقيات الدولية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2012، ص 327 .

<sup>2</sup> راجع المادة 622 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم تقابلها المادة 1/113 من قانون التأمين الفرنسي، والمادة 750 من القانون المدني المصري .  
3 -TURGNE Franck, op.cit, p 215.

## الفصل الثاني أثر الطعن على دور التحكيم الدولي في تسوية منازعات التأمين البحري

وإنما وجب على المحكم أن يأخذ بعين الاعتبار مبدأ حسن النية والظروف الخارجية للعقد التي تحول دون تنفيذه " .

إن تقنية أنشطة التأمين وعدم قدرة التحكم فيها من طرف المؤمن له يضاعف من حدة الخلافات مع المؤمن، ويضعف من مبدأ سلطان الإرادة أثناء إبرام العقد أو تنفيذه<sup>1</sup>، لهذا فلا يخلو شرط التحكيم على هذا المنوال من التعسف، إذ يحمل المؤمن له الخضوع عنوة لنظام التحكيم في مسائل يستبعد لها من مجال الإتفاق لو أستشيرت إرادته.

ومع ذلك فإن دور هيئات الرقابة المهنية على شركات التأمين قد تصدت لشرط التحكيم التعسفي، هذا ما يظهر من خلال قائمة الشروط التعسفية التي حددتها الرابطة الفرنسية لشركات التأمين FFSA أهمها أن يضمن المؤمن الإيجاب الذي يصدر عنه إجراءات لمدة 3 أشهر دون أن يمكن المؤمن له أو الطرف الثالث من الإطلاع عليها عند الإكتتاب بالعقد من شأنها أن تمنعه من اللجوء إلى القضاء في حالة وقوع النزاع<sup>2</sup>، أو تخضعه لإجراءات تحكيم غير متكافئة<sup>3</sup>.

يستند هذا النوع من اللوائح على مصدر تشريعي كما هو الحال بالنسبة للقانون رقم 67/2005 الذي حدد الشروط التعسفية للمستهلك على إمكانية تجاوزها عن طريق الوسائل البديلة لتسوية المنازعات، لذلك فإن أغلب الشركات التي تلجأ إلى التحكيم تشعر بخيبة أمل من الطريقة التي أنجز بها المحكمون مهمتهم<sup>4</sup>، ومنذ عشر سنوات تقريباً تم مضاعفة عدد المقالات والندوات أو التقارير التي تندد بما وصفه الفقه بأنه "تعسف"<sup>5</sup>.

لهذا نددت محكمة النقض الفرنسية منذ القرن التاسع عشر بشرط التحكيم حماية للمؤمن له

1- CEFAREA, Annexe, op.Cit, p 29.

2-YVONNE LAMBERT Faivre, ANNEXE, La charte de médiation FFSA, droit des assurances, 10<sup>ème</sup>edition, dalloz, 1998, p 131.

<sup>3</sup>. بناء على القانون رقم 96/95 المؤرخ في 1995/2/1.

-YVONE LAMBERT Faivre, ANNEXE, Liste indicative des clauses abusives, directive CCE du 5/4/1993, op.Cit , p1129.

4-Survey Choices, in International Arbitration : Queen Mary School of Arbitration, <http://www.Arbitrationonline.org>. v. le 26/04/2016.

5-M .Boissésou, L'arbitrage et la fraude (à propos de l'arrêt Fougerolle, rendu par la Cour de cassation le 25 mai 1992, Revue arbitrage, 1993, p 3.

والذي ألزمه المثل أمام المحكم ليرافع ضد شركة التأمين في باريس<sup>1</sup>، ذلك أن شركات التأمين الفرنسية كانت تميل إلى وضع شروط خطيرة في بواليص التأمين تثبت عدم إنصافها وإلى خلق مركزية التحكيم في باريس بعيدا عن المؤمنين لهم، لهذا تصدت المحاكم لأحكام التحكيم بسبب شرط التحكيم التعسفي، فلا ينطبق ذلك على الوعد، فلا يمكن إثبات عدم صحة الوعد بالتحكيم بشكل عام، هذه الظروف كانت من الدوافع التي ساقط القضاء إلى إلحاق شرط التحكيم بالشروط المحظورة .

يتضح ذلك من خلال حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في 1849 /12/19 الذي ألغى البند التعسفي سبق لشركات التأمين وضعه وذلك لإنقاص إلتزاماتهم في حالة عدم إستيفاء قسط التأمين من المؤمن له مع الاحتفاظ بحقوقهم كاملة، وقررت أيضًا بحكم آخر إلغاء الشروط المطبوعة التي لم يتم إعلانها للمؤمن لهم، ولا تخدم مصالحهم وغير ملزمة لهم<sup>2</sup>.

لهذا رأى المشرع أن الحل الأمثل لضمان حماية الطرف المدعن (المؤمن له) القضاء ببطلان شرط التحكيم الذي ورد مخالفًا للقانون حينما يدرج بين الشروط العامة غير منفصل عنها، مما يعني أن المشرع قد صنف شرط التحكيم ضمن قائمة الشروط التعسفية التي تضاهي شروط القائمة السوداء في كل من القانونين الفرنسي والألماني، فإذا تبين للمؤمن له أن شرط التحكيم المدرج في عقد التأمين ورد مخالفًا للقانون جاز له التمسك ببطلانه أمام القضاء تأسيسًا على النص القانوني محل المخالفة، فيلتزم القاضي الحكم ببطلانه، ذلك لأن التعسف فيها مفترض<sup>3</sup>، ومع أنه كذلك إذا ورد في عقد التأمين كغيره من عقود الإستهلاك، إلا أنه كما عبر عنه الأستاذ (BOUCOBZA) "يستفيد من قرينة البراءة في الحكم القضائي"، هذه القرينة تقضى على المدعي ببطلان شرط التحكيم لتعسفه إثباته<sup>4</sup>، فيصدر قرار البطلان مسببا من هذه الناحية.

غير أن القضاء الباريسي قضى بخلاف ذلك في القضايا المتعلقة بالمنازعات الناشئة عن العقود ذات القيمة المالية الكبيرة، فأكد أنه في مثل هذه العقود يمنح للمستهلك الحرية الكافية

1 - LOQUIN Eric, arbitrabilité et protection des parties faibles, op. cit, p 136.

2- MOLINIER Victor, clause compromissoire examen critique de la jurisprudence de la cour de cassation qui établit la nullité de la clause compromissoire, op.cit, p 236, Référence N° 2.

3. بودالي محمد، مرجع سابق، ص 102، 103.

4 - LOQUIN Eric, arbitrabilité et protection des parties faibles, op.cit, p 144.

لإجراء عملية التفاوض والمساومة مع الطرف الآخر قبل توقيع العقد، مما يدحض كل احتمال للتعسف في الشرط، إلا إذا تم تغييب هذه العناصر فلا يمكن نفي أن يكون الحكم تعسفياً ويكون ذلك ناتجاً عن سوء ممارسة الإجراءات الواردة في شرط التحكيم.

وعلى العموم فإن طبيعة وأهمية العقد هي التي تحدد درجة الوضوح في بطلان شرط التحكيم التعسفي الذي يتضمنه، كما هو الحال بالنسبة لعقد الإستهلاك فلا يمكن بأي حال الحكم بغير البطلان لوضوحه، غير أن البطلان في غير الحالات المنصوص عليها قانوناً<sup>1</sup> فإن الإقرار به يستلزم دراسة كل حالة على حدى<sup>2</sup>، تتوقف على أهمية وطبيعة العقد كما أسلفنا الذكر ويقتضي ذلك تدخل القاضي ليس بناء على الإختصاص المقيد والحصري، وإنما إستناد على سلطته التقديرية في فحص مدى التعسف الذي ينطوي عليه شرط التحكيم لتوقيع الجزاء المناسب حسب درجة التعسف ومدى إصلاح العقد كما نرى لاحقاً.

## 1.2 . بطلان إتفاق التحكيم درءاً لتعسفه

تتعدد أسباب البطلان عامة تتعلق بالإتفاق شكلاً إما بطرفي الإتفاق كإنعدام الأهلية ومنها ما يتعلق بإتفاق التحكيم ذاته كالكتابة، يهدف المشرع من إشتراط كتابة إتفاق التحكيم إلى إخضاعه لقواعد الحماية من الشروط التعسفية من وجهة نظر أن المؤمن له يعد مستهلكاً<sup>3</sup>، وهذا ما يفسر جزاء البطلان الذي يلحق هذا الشرط إذا ثبت للقاضي تعسفه إستناداً إلى تلك القواعد سواء ورد في العقد أو وثيقة ملحقة به، ويشترط في ذلك أن يكون واضحاً<sup>4</sup>، وإن كان المشرع لم يحدد نوع هذه الكتابة، ولذلك فإنه يكفي أن تثبت بوسائل الإتصال البريدية أو الإلكترونية فالكتابة وإن كانت من أهم شروط صحة إتفاق التحكيم إلا أن إعدادها يتم مسبقاً دون مشاركة

<sup>1</sup> راجع المادة 2/1458 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي .

<sup>2</sup> - LOQUIN Eric, arbitrabilité et protection des parties faibles, ibid, p 14 .

<sup>3</sup> للتوضيح أكثر يمكن مراجعة المادة 5/3 من القانون رقم 02/04 المتعلق بالممارسات التجارية بشأن تعريف الشرط التعسفي التي نصت "كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركاً مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال بالتوازن الظاهر بين حقوق وواجبات بين أطراف العقد".

<sup>4</sup> محمود عبد الرحيم الديب، الحماية المدنية للمستهلك، مرجع سابق، ص 52.

أحد الطرفين في شكل نماذج تتعلق بعقود الإستهلاك<sup>1</sup>، فالمشرع وإن سلم بهذه العقود من حيث شرعيتها تحقيقا للمصلحة المشتركة للتجار، إلا أنه تصدى لهذه الشروط لإجفافها إما ببطلانها أو بإعفاء الطرف المذعن منها<sup>2</sup>.

وفي إطار حماية المستهلك فقد رتب المشرع جزاء البطلان لشرط التحكيم الوارد في عقد التأمين المبرم مع المهني بإعتباره من العقود المدنية، فيخضع للأحكام التي تخضع لها، على أن يكون هذا الشرط . وفقا للقانون المغربي - قد علم به المؤمن له عند الإكتتاب بالعقد<sup>3</sup>، ويؤشر على قبوله بعبارة " قورء صودق عليه"، إضافة إلى ذلك وجب أن يحمل العقد المتضمن شرط تحكيم توقيع المؤمن له ولا يكفي كتابته وإن كانت بشكل بارز، وذلك ضمانا لعدم إخفاء شرط التحكيم التعسفي ضمن بنود العقد مما يؤثر على رضائه، كما تتمثل أهمية العلم بشرط التحكيم أيضا في تمكين المؤمن له من تجاوز آثاره السلبية أو قبول تحمل نتائجه بمحض الإرادة.

وفي هذا الصدد ميّز بعض المشرعين بين شرط التحكيم الذي يدرج في عقد التأمين عند الإكتتاب به وإتفاق التحكيم الذي يرد بعد نشأة المنازعة<sup>4</sup>، هذا الأخير لا إشكال فيه لأنه يتضمن كل تفاصيل العملية التحكيمية، والمؤمن له يكون على يقين بتفاصيله، لذلك يعتبره المشرع أنه إتفاق صحيح يترتب جميع آثاره، بينما الشك يدور حول شرط التحكيم، فقد أبطله المشرع البلجيكي ما لم يرد نص خاص يقضي بغير ذلك<sup>5</sup>، أما التشريع الفرنسي فقد إشتطت المادة 2061 من القانون المدني الفرنسي لسنة 1925 أن يتعلق النزاع بالمواد التجارية، ولم تجز المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية التحكيم إلا بمشاركة في عامة العقود، إلا أن المادة 332

<sup>1</sup>. راجع المادة 10 فقرة (د) من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 المعدل بالقانون رقم 16 لسنة

2018 ج ر عدد رقم 4496، بتاريخ 2001/07/16، ج ر عدد 5513 بتاريخ 2018/05/02.

<sup>2</sup>. باسود عبد المالك، مرجع سابق، ص 203

<sup>3</sup>. راجع المادة 35 من القانون المدني المغربي .

<sup>4</sup>. بودالي محمد، مرجع سابق، ص 102

<sup>5</sup>. راجع المادة 36 من قانون التأمين البلجيكي الصادر في 1992/06/25 .

إسئنتت عقود التأمين البحري، فنصت على جوازية الإتفاق على التحكيم في صيغة الشرط قبل نشأة النزاع<sup>1</sup>.

كما وسع أيضا من نطاق الشروط التعسفية في عقود الإذعان من خلال ربطها بعقود الإستهلاك<sup>2</sup> لإشراكهما في نفس الخصائص التي تتمثل في التفاوت بين المراكز القانونية لطرفي العقد وتبعية أحدهما للآخر وسيطرة المهني على العلاقة التعاقدية، وغياب التفاوض بين الطرفين حول بنود العقد، على خلاف ذلك فإن الفقه قد حصر الشروط التعسفية في نطاق عقود الإذعان حتى ولو كان للمؤمن له صفة المستهلك، غير أن الأخذ بهذا الموقف من شأنه أن يزيل صفة التعسف في العقد لإمكانية إجراء موازنة بين بنوده بغض النظر عن الشرط ذاته<sup>3</sup>.

أما مشرعنا فقد أجاز التحكيم بصورتيه شرط أو مشاركة، كما هو الشأن بالنسبة للقانون المصري<sup>4</sup>، وقد نتصادف عمليا أن يستدرج في العقد بما في ذلك عقد التأمين البحري شروط مستقاة من قوانين أو لوائح تتضمن شرط تحكيم أو أن يحال بشأن هذا الشرط إلى لائحة تحكيم مؤسسي فهل يعتبر هذا الشرط شرطا تعسفيا يستوجب حماية المؤمن له منه ؟.

يمكن معالجة هذا المسألة من وجهتين:

أولا . لما كانت شروط العقد عبارة عن نصوص قانونية أو لائحية أو مبادئ أساسية مستقرة في إتفاقيات دولية فإنها تعتبر قواعد ملزمة للمهني وللمستهلك على حد سواء، الأمر الذي يخرجها من نطاق الشروط التعسفية لا إرادة للمهني في وضعها.

إسئنتد قانون التوجيه الأوروبي لعام 1993 على قرار محكمة النقض الفرنسية ببطلان الشروط التعسفية في نطاق عقود القانون الخاص المبرمة بين المهني والمستهلك التي تهدف إلى

<sup>1</sup>. جعفر مشيمش، مرجع سابق، ص 93.

<sup>2</sup>. راجع المادة ل 132. 2. 4 من قانون 1978 وقانون الإستهلاك 1995 بأنه: "هذه الشروط تطبق مهما كان شكل أو أساس العقد، وتكون على الأخص...إشتراطات، سواء تم مناقشتها أم لا، أو الإحالة على شروط عامة مقررة سلفا".

<sup>3</sup>. خليفة كرفة محمد، ضرورة التخلي عن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد 4، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2017، ص 58، 59.

<sup>4</sup>. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الإختياري والإجباري، مرجع سابق، ص 109.

## الفصل الثاني أثر الطعن على دور التحكيم الدولي في تسوية منازعات التأمين البحري

تحقيق المصلحة الخاصة وإن كان أحد أطراف العلاقة من أشخاص القانون العام لكنه يمارس نشاط تجاري أو صناعي، وذلك إستثناء على قاعدة حظر تدخل القاضي لإبطال شرط ضمن عقد مبرم بين المصالح العامة الصناعية والتجارية والمستفيد على أساس أنها تعسفية.

ثانياً . لم ينص المشرع على وجوب إبطال الشروط المستنسخة من قواعد قانونية أو لوائح لأنها تعسفية، هذا ما يفسر أن نية المشرع تتجه إلى مساواتها بالقواعد المقررة لحماية المستهلك تعزيراً لها، ولا يشترط أن تكون مدرجة في العقد، وإنما قد تأتي في سند يفرض على المستهلك أن يطلب إثباته كتابة، وأن يتضمن بيانات جوهرية يشترط القانون توفرها في هذا المستند<sup>1</sup>.

وما لا يمكن قبوله بالنسبة للتوجه الأخير إلزام المستهلك دون المهني بإثبات السند الذي يتضمن الشرط التعسفي، وهذا ما ينتقص من الحماية اللازمة للمستهلك، لذلك كان على المشرع مراجعة النص وذلك بفرض الإلتزام المتقدم على الطرفين، فيمتنع حينئذ على المهني التحلل من إلتزاماته مما يضاعف من ضمانات الحماية للمستهلك.

إن عقد التأمين البحري الدولي من العقود النموذجية<sup>2</sup> التي صيغت في شكل بواليص

التأمين البحري بمختلف أنواعها، تتضمن شروط مستقاة من قوانين أو لوائح منها ما تتعلق بالتحكيم سيما لوائح التحكيم المؤسسي مثلاً لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس أو لندن أو نيويورك أو القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، وبحسب الرأي الأخير فإن مثل هذه الشروط نافذة وغير قابلة للبطلان في حالة قبولها من طرف المؤمن له.

وفي هذا الصدد فإن مالك السفينة ممثل من شركة التأمين التي يصدر عنها خطاب الضمان أن توقيعه على شرط التحكيم المدرج في الخطاب يفترض موافقته على هذا الشرط، هذا ما أكدت عليه غرفة التحكيم البحري بباريس بموجب الحكم الصادر في 2003/12/19 بقولها "وثيقة الضمان" قد أكتتبت تحت تعليمات مالك السفينة ولمصلحته وإن كانت غير موقعة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>. محمود عبد الرحيم الديب، مرجع سابق، ص 50 . 55.

<sup>2</sup>. يصنف عقد التأمين البحري الدولي من بين العقود الملاحية التي تصاغ في شكل نماذج معدة مسبقاً تتضمن عدة بنود وعادة ما يدرج فيها شرط تحكيم . بن تركي ليلي، مرجع سابق، ص 130.

3 - PAPADATOU Marinam, op.cit, p 50.

يبدو أن الأمر مختلف لما أقرته المحكمة العليا لسلطنة عمان التي تفرض تحت طائلة البطلان كتابة وتوقيع إتفاق التحكيم الذي يعتبر ملحق لعقد التأمين الذي يلزم المشرع الأطراف فصله عن الشروط الأخرى للعقد، هذا ما يتضح من خلال حيثيات القرار "حيث أن ملحق وثيقة التأمين المتضمنة شرط التحكيم لم يتم التوقيع عليها من المؤمن أو المؤمن له وهو لا يحمل تاريخ وغير مختوم بختم شركة التأمين...وهو بذلك لا تكون له حجية إذ أن حجية الملحق تستمد من التوقيع عليه ... ولما كانت الفقرة 3 من المادة 10 من قانون التحكيم العماني تقضي بأنه (يعتبر إتفاق على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في إعتبار هذا الشرط جزء من العقد)، وبالفعل فقد أحال عقد التأمين المبرم بين الطرفين إلى شرط التحكيم مالم يكن الملحق موقعا، إذ أن التوقيع على وثيقة التأمين . وهي تحتوي على هذه الإحالة . لا تغني بأي حال من الأحوال عن التوقيع أيضا على شروط التحكيم طالما تضمنه إتفاق خاص به منفصل عن الشروط العامة لوثيقة التأمين تتناول ما يخضع للتحكيم من بين ما تم التأمين عليه...إن الحكمة من وراء إستبعاد شرط التحكيم من الشروط العامة لوثيقة التأمين تكمن في أن وثيقة التأمين عادة ما تحمل شروط عديدة قد لا يتمكن المؤمن له من ملاحظة وجود شرط التحكيم من بينها، لذلك جاء القانون لحماية المؤمن له من أن يفاجأ بهذا الشرط عند نشوء النزاع الذي تضمنه شرط التحكيم... وهذا يقتضي أن يطلع المؤمن له ويفهم معناه ويوقع عليه بعد ذلك، وهذا التوقيع وحده هو الذي يؤكد علم المؤمن له بشرط التحكيم وإلتزامه به، فإذا جاء شرط التحكيم خاليا من توقيعه فلا يلتزم به"<sup>1</sup>.

إلا أنه عمليا أن المؤمنين لا يأبهون لهذا الشرط أثناء تحرير بوليصة التأمين إنما تدرج ضمن سياق الشروط العامة، لهذا يمكن القول أن الإطار القانوني أضى معوق يعرقل دور التحكيم في المجال البحري لأنه ضيق منه وقيدته بإجراءات لها صبغة قضائية لا تتناسب مع الخاصية الإتفاقية للتحكيم.

### 1.1.2 . دور القاضي في مواجهة شرط التحكيم التعسفي في عقد الإذعان

<sup>1</sup>. قرار المحكمة العليا لسلطنة عمان تحت رقم 55 لسنة 2005، النشرة الدورية للمعهد العربي الأمريكي للتحكيم

<http://www.aifca.com/2018/10/17>

التجاري الدولي (AIFICA) منشور على الموقع الإلكتروني

إن إختلال المراكز القانونية بين طرفي عقد التأمين دفع المشرع من خلال أحكام القانون المدني إلى منح السلطة للقاضي للتدخل<sup>1</sup>، وإمكانية إزالة الشرط التعسفي الذي قد يتخلل عقد الإذعان إما بتعديله أو إعفاء الطرف المذعن منه تحقيقاً لمبادئ العدالة<sup>2</sup>، ولا يجوز الإتفاق على ما يخالف ذلك وإن كان باطلاً<sup>3</sup>، كما له الحق في تأويل الشك لصالح الطرف الضعيف.

أما التحكيم في مادة التأمين البحري فإنه مرتبط بالعلاقة بين شركات التأمين والمؤمن لهم التي يسودها عدم وجود الثقة الحقيقية بفعل إنتشار الفكرة التي تجعل التحكيم أداة في يد الطرف القوي، يمكن أن نستخلص ذلك من نص المواد من 132-210 من قانون المستهلك التي تعتبر أن شرط التحكيم يفترض فيه التعسف<sup>4</sup> إلا إذا أثبت المهني أن هذا الشرط لا يؤدي إلى تفاوت كبير بالنسبة للإلتزامات وحقوق الطرفين<sup>5</sup>.

### 1. القضاء ببطان شرط التحكيم التعسفي والإعفاء منه

قد يهدف الطاعن في دعوى البطلان مراجعة حكم التحكيم الذي صدر في مواجهته من حيث أسسه الموضوعية محتجا بأحد الأسباب إما لخطأ في القانون أو تناقضه أو عدم عدالته في حين أن مراجعة الحكم أمر محظور في قواعد التحكيم الدولي، كما أن تصحيح الخطأ المادي في تحديد بيانات المدعي بسبب إحتياله أو مخالفة قواعد النظام العام الدولي، أو إذا أثبت أن تنفيذ الأطراف لحكم التحكيم تسبب في عسر وإفلاس الشركة أو أن هذه الشركة إتضح أنها وهمية، وأن وسائل الدفع المنتهجة لم تمكن القاضي من تحديد هوية المدعي الحقيقي في

<sup>1</sup>. بوعراب أرزقي، مرجع سابق، ص 410.

<sup>2</sup>. بحماوي الشريف، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية، مجلة الباحث للدراسات القانونية، ع 2، جامعة حمة لخضر، باتنة، 2014، ص 107.

<sup>3</sup>. راجع المادة 110 من القانون المدني الجزائري رقم 10/05 المؤرخ في 20/07/2005 التي نصت على أنه "إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك".

4-le contrat d'international d'assurance face aux regles de police et l'ordre public international, op. cit, p 49.

<sup>5</sup> -STEPHANE Choisez, subrogation et réassurance, op.cit, p 24 .

## الفصل الثاني أثر الطعن على دور التحكيم الدولي في تسوية منازعات التأمين البحري

خصوصية التحكيم إلا أن السلطة التقديرية تمنح لقاضي محكمة الإستئناف في فحص الأسباب المبني عليها الطلب ليتضح له أن الطعن تعسفي<sup>1</sup>.

فوضع المشرع الرقابة للحد من إحتكار شركات التأمين وإملائها شروطا قد تثقل كاهل المؤمن لهم، يمكن إعتبارها أداة فعالة في يد القاضي، تخلص الطرف المذعن من تلك الشروط وتعيد للعقد توازنه الطبيعي والعاقل، وذلك بإستعمال القاضي لسلطته في تقدير مدى تعسف الشرط الذي يتضمنه عقد الإذعان<sup>2</sup>، فإذا إتضح له أنه ينطوي على إجحاف في حقوق طرف متعاقد، ولا جدوى من إصلاحه قضى ببطلانه وإعفائه منه، ولا قيد لهذه السلطة إلا بما تقرضه قواعد العدالة ودون أن تخضع أحكامه لرقابة قضاء النقض<sup>3</sup>.

ولما كان الأمر متروك للسلطة التقديرية الواسعة للقاضي فإنه لا أثر لإرادة الطرفين على هذه السلطة، وكل إتفاق يقضي بخلاف ذلك مآله البطلان لتعلقها بالنظام العام، لأنه لو ترك ذلك لإرادة الطرفين لأدى بالشركات الإحتكارية إلى إعتبار الشروط التعسفية بأنها شروطا عادية وإضفائها على عقودهم بما يخدم مصالحهم<sup>4</sup>.

وفي حقيقة الأمر أن تدخل القاضي بهذه الصورة يشكل سلاح شديد الخطورة يستعمله القاضي كلما بدى له أن الشرط متعسف يثقل كاهل الطرف الآخر، ولا يزول عنه هذا العيب بإستعمال القاضي للجزاء المخفف عن طريق التعديل فحسب، إنما يقضي بإزالته تماما، ويعفي الطرف المتعسف في حقه منه، ولا يلجأ إلى توقيع هذا الجزاء إلا إذا ظهر أن العقد غير العادل سببه الشرط التعسفي، ومن صوره شرط التحكيم المألوف في العقود الذي لا يكون وليد إرادة الطرفين فلا جدوى من إصلاح العقد إلا بإلغائه أو إعفاء الطرف المتعسف ضده منه<sup>5</sup>.

1 - TOMAS Klay, op .cit, p225 , 232.

2. أنس محمد عبد الغفار، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، دار الكتب القانونية، القاهرة ، 2013 ، ص 197.

3. عبد الرزق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد . مصادر الإلتزام . ج 1، مج 1، مرجع سابق ص 150.

4. شويرب خالد، مرجع سابق، ص 125.

5. حميد بن شنيبي، سلطة القضاء في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1996، ص 47.

والمرجع من خلال المادة 110 من القانون المدني، وضع الإطار العام الذي يجمع سبل الحماية ضد الشروط التعسفية، وإنما حمى القاعدة ذاتها من التجاوز بمخالفتها، فلا يجوز أن يتضمن العقد بند يمنع المتعاقد من طلب إبطال أو تعديل الشرط التعسفي تحت طائلة البطلان وتعتبر تلك ضمانات إضافية وفعالة تدعم حماية الطرف المذعن من الشرط التعسفي، وإسقاطها يؤدي إلى تقوية مركز الطرف المتفوق في إملاء ما يراه من شروط .

كذلك قد أظهر المشرع المغربي عدم مصداقية هذه الشروط في قانون المستهلك من خلال القانون رقم 67/2005 الصادر في 2005/01/28 فحظر على المستهلك إستعمال الطرق البديلة لحل المنازعات وشرط التحكيم التعسفي<sup>1</sup>.

تستمد نظرية البطلان المكرسة قانوناً لحماية طرفي العقد من الشرط التعسفي من مبدأ حسن النية في تنفيذ عقود الإذعان التي تعتبر من مسائل الواقع تمارس محكمة النقض رقابتها عليها من حيث الموضوع، أكدت على ذلك محكمة النقض المصرية بأن السلطة التقديرية التي يمارسها القضاة على شرط التحكيم التعسفي تتعلق بالواقع، بينما تعتبرها محكمة النقض الفرنسية أنها رقابة قانون، هذا الموقف جاء تماشياً مع الوظيفة المنوطة بمحكمة النقض في إرساء معايير مشتركة كأساس للسلطة التقديرية لتقدير تعسف الشروط من شأنها أن تؤدي إلى إرساء قواعد قانونية تساعد على إستقرار المعاملات<sup>2</sup>.

ينطلق القاضي الجزائري عند ممارسة سلطته في تقدير الشرط التعسفي من نص المادة 110 من القانون المدني التي جاءت عامة وشاملة، فالمشرع منح للقاضي صلاحية النظر في الشرط التعسفي دون أن يقيد في ذلك، نتج عنه نقل حماية الطرف الضعيف إلى القضاء بشكل موسع تتضاعف كلما كان تصدي القاضي للإلتزامات غير المبررة التي يحملها الطرف المذعن للمتعاقد معه مستغلاً تفوقه الإقتصادي تجاه الطرف الضعيف بشكل فعال وقوي<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محمد الهيني، فؤاد معلال، مرجع سابق، ص 19.

<sup>2</sup> محمد بودالي، الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري دراسة مقارنة مع قوانين فرنسا وألمانيا ومصر، مرجع سابق، ص 60.

<sup>3</sup> بن شنيني حميد، مرجع سابق، ص 48.

وركزت غرفة التجارة الدولية بموجب قرارها رقم 103/74235 على إعادة التفاوض لإستعادة توازن العقد بسبب إخلال أحد الطرفين بالتزاماته، ونصت على ذلك أيضا قواعد القانون الأوروبي للعقود، وتبعاً لذلك أن عدم قبول التفاوض يترتب عليه خفض مقدار التعويض المقرر منحه للمضرور إذا كان العزوف من جانبه على أساس سوء النية، لذلك خولت (المواد 6.2.3) من مبادئ قانون الإتحاد الأوروبي للمحاكم سلطة إعادة تكييف إلتزامات الطرفين أو إنهاء العقد.

هذا الحل الذي أخذ به قضاء التحكيم أيضا يجب ألا يؤدي إلى تعديل بنود العقد، وأن يشمل التفاوض ما هو ضروري للمحافظة على توازنه وضمنان تنفيذه بدلا من إنهائه، إذا كان الإخلال بالشرط ناتج عن حسن نية<sup>1</sup>.

## 2 - سلطة القاضي في تفسير الشرط

لم يكتف المشرع بالجزاء المتقدم في سلطة التعديل أو الإلغاء، وإنما خول للقاضي أيضا في حالة الريبة في تفسير الشرط المنطوي على عبارات غامضة أو مبهمة والتي تحول دون الوقوف على الإرادة الصريحة للطرفين بأن يفسر الشك لمصلحة الطرف المدعى<sup>2</sup> مدينا أو دائنا على خلاف القاعدة العامة التي تنص على أن الشك يفسر لصالح للمدين<sup>3</sup>، ويجب أن يكون التفسير مقصور على إرادة الطرفين المتعاقدين<sup>4</sup>.

كما إستقر القضاء والفقهاء على العمل بالمبدأ، وذلك لمضاعفة حماية مصالح المتعاقدين

1-GAMALELDIN Hossam Mohamed, op .Cit, p 69 - 73.

<sup>2</sup> أشار المرسوم رقم 93/13 الصادر عن مجلس الإتحاد الأوروبي في 1993/4/5 المتعلق بالشروط التعسفية في عقود الإستهلاك إلى وجوب الحرص على وضوح صياغة شروط العقد وفي حالة الشك فإنه يفسر لصالح المستهلك.

<sup>3</sup> راجع المادة 151 القانون المدني الجزائري .

<sup>4</sup> لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990، ص 148.

المذعن بإعتباره طرف ضعيف في العلاقة التعاقدية في عقود الإذعان، أيضا تحميل الطرف القوي في العلاقة تبعة تقصيره وعدم الحرص على تجنب الغموض بما أنه قد إنفرد بإعداد العقد وترتيب شروطه<sup>1</sup> وإملاكه الوسائل القانونية ما تمكنه من وضع شروط واضحة ومحددة<sup>2</sup>.

لهذا يشير أحد أعضاء فريق العمل للوساطة والتحكيم في إجتماعهم بأنه "عند وضع شرط التحكيم يقع على محرري العقد من مؤمنين أو الهيئة الإدارية للشركة أو وسطاء التأمين مسؤولية صياغة هذه الشروط مراعاة الطبيعة الخاصة لعقد التأمين والحرص التام على وضوحه ضمن وثائق التأمين أو إعادة التأمين التي تحيل منازعاته إلى التحكيم"<sup>3</sup>.

وقضى الحكم الصادر في 2 أبريل 2003 على أنه: " فيما يتعلق بتعارض شروط التحكيم بالنسبة للقواعد القانونية التي تضمن حماية المستهلكين، فإن تقييم حدود وصحة تعيين المحكمين هو في المقام الأول من إختصاص محكمة التحكيم، وبالتالي لا يمكن للمحكمة العادية أن تحل محل المحكمين، حتى قبل أن تكون هيئة التحكيم التي عينها الأطراف قادرة على التعبير عن وجهة نظرها حول هذه المسألة، ما إذا كانت الشرط تعسفا أم لا".

وقضى أيضا الحكم الصادر في 28 أبريل 2004 بأن "الطبيعة الواضحة التي لا جدال فيها لمثل هذا البطلان لا يمكن إستنباطها من النقاش حول تقييم الطبيعة التعسفية لشرط التحكيم في القضية على ضوء قواعد قانون حماية المستهلكين"<sup>4</sup>.

غير أن تدخل قضاة الموضوع في تفسير شرط التحكيم الذي يؤسس عليه المحكم حكمه يشكل خطرا على إرادة الأطراف يمكنهم تجاوزه عن طريق اللجوء إلى متخصصين لتقاضي العيوب التي قد تؤدي إلى بطلانه<sup>5</sup>.

وخلاصة ما تقدم فإن المشرع لم يكتفي بحماية المؤمن له من الشروط التعسفية التي نصت عليها قانون حماية المستهلك لمجرد صفته كمستهلك، ولم يكتفي أيضا بحمايته كطرف مذعن

<sup>1</sup> بوعراب أرزقي، مرجع سابق، ص 411.

<sup>2</sup> شويرب خالد، مرجع سابق، ص 126.

3-Compte-rendu de la réunion du groupe de travail « Médiation et arbitrage en matière d'assurance et réassurance »,op.cit.

4- LOQUIN Eric, arbitrabilité et protection des parties faibles, op.cit, p 143.

5- NADJIB Mohamed el mehdi, op.cit, p 149.

باعتبار أن عقد التأمين من عقود الإذعان، وإنما شددت هذه الحماية بالنسبة لعقود التأمين من خلال القيد الذي وضعه المشرع في المادة 622 من القانون المدني، ومن سبل الحماية أنه أدرج شرط التحكيم ضمن الشروط التعسفية المستوجبة للبطلان إذا لم يضمن وانفصالها عن عامة الشروط لخطرهما على رضا المؤمن له ويضمن علمه به حفاظاً على مبدأ حق الدفاع .

### 2.1.2 . البطلان في مجال التحكيم الإلزامي

ما يميز قانون قطاع الأعمال وشركاته المصري أن التحكيم يكون فيه إجباري<sup>1</sup>، وأن أحكام التحكيم حسب (المادة 66) الصادرة عن هيئاته غير قابلة للطعن، ولما كانت دعوى بطلان حكم التحكيم ليست طريق من طرق الطعن، فإن القانون لم يفصل صراحة في مدى قابلية تلك الأحكام للبطلان، لكن القراءة الأولية للنص السالف توحى بعدم قابلية حكم التحكيم الإلزامي للطعن بما في ذلك البطلان، غير أن بعض الفقهاء يستبعد أن يكون البطلان من طرق الطعن، ولذلك فإن دعوى البطلان تعتبر وسيلة للحفاظ على ضمانات التقاضي سيما في حالة خرق الإجراءات يؤثر على الحكم .

غير أنه وبصدور قانون التحكيم رقم 1994/27 فقد طبقت قواعده المتعلقة بالبطلان على حكم التحكيم الصادر عن هيئات التحكيم الإلزامي باعتبار أن قواعده عامة لعدم وجود نص صريح في القانون رقم 1983/97، وتسري هذه الأحكام على حكم التحكيم بالقانون أو بالصلح<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني . أثر البطلان على تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي

عمل كل من القضاء والفقهاء الفرنسيين على ضمان تنفيذ أحكام التحكيم الدولي التي تطرح على المحاكم الفرنسية على مقتضى النظام العام الدولي وإن صدر باطلاً وفق قانون دولة مقر التحكيم، ويعتبر ذلك من الضمانات التي تضيف على حكم التحكيم الدولي الفاعلية بشكل يزيد للتحكيم ذاته الجاذبية.

<sup>1</sup> راجع المادة 66 من القانون رقم 60 لسنة 1971 المتعلق بالمؤسسات العامة لشركات القطاع العام التي أحالت إليها المادة 84 من القانون رقم 10 لسنة 1981 الذي يتضمن الإشراف والرقابة على التأمين في مصر . رضا السيد عبد الحميد، مرجع سابق، ص 17، 18.

<sup>2</sup> محمود سمير الشراوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 493 ، 495.

ويترتب على الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الدولي الطعن في أمر تنفيذه بقوة القانون فلا يجوز الطعن فيه منفرداً<sup>1</sup>، ولا أثر للبطلان الذي يلحق حكم التحكيم الأجنبي في مكان صدوره على تنفيذه في الدولة المطلوب من قضائها إصدار أمر تنفيذه، ذلك أن للقضاء في دولة التنفيذ السلطة التقديرية في وقف تنفيذه أو إصدار أمر مخالف، وتبرر ذلك وفق إرادتها وطبقاً لقانونها الوطني، وينتج عن ذلك إمكانية تنفيذ حكم تحكيم مقضي ببطلانه وللسلطة المختصة أيضاً تكليف الخصم بتقديم ضمان أو تأمين كافي في حالة الأمر بوقف التنفيذ<sup>2</sup>.

إن موقف إتفاقية نيويورك 1958 من دعوى بطلان أحكام التحكيم الأجنبية وأثرها على التنفيذ وذلك بمنح السلطة التقديرية لقضاء التنفيذ لقبول أو رفض الطلبات المتعلقة بذلك والتي تدعمت بأسلوب الجوازية، إنما يعكس توجه المشرع الدولي نحو تفعيل أحكام التحكيم والعمل على تنفيذها رغم قيام حالة من حالات رفضه، ويعتبر أحد الباحثين ذلك بأنه ضماناً لحقوق طالب التنفيذ الثابتة له بموجب الحكم وفي نفس الوقت الإعتداد بحسن النية التي يقوم عليها التحكيم يفترض تحلي الخصم بها وبذلك يتحقق العدل بين الطرفين<sup>3</sup>.

ويبدو أن هذا الحل لم يعتمد عليه مشرعنا، ذلك لأن القانون قد وحد الأسباب بين البطلان ورفض التنفيذ، والأكثر من ذلك فإن رفع دعوى البطلان تترتب عليه تبعاً وقف تنفيذ حكم التحكيم أو إغفال الطلب إذا قدم حديثاً ولم ينظر فيه بعد<sup>4</sup>، ويمتنع حينئذ على المنفذ مباشرة إجراءات التنفيذ إلا بعد الفصل في دعوى البطلان أو إنقضاء أجلها.

. فما مصير إتفاق التحكيم بعد القضاء ببطلان حكم التحكيم في منازعات التأمين البحري؟ وإذا فصلت المحكمة المختصة في دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي بالبطلان فهل يجوز

1- TOMAS Klay, le code de l'arbitrage commenté, op cit, p 234.

2. راجع المادة 6 من إتفاقية نيويورك التي نصت على أن "السلطة المختصة المطروح أمامها الحكم إذا رأت مبرراً أن توقف الفصل في هذا الحكم إذا كان قد طلب إلغاء الحكم أو وقفه أمام السلطة المختصة المشار إليها في الفقرة (هـ) من المادة السابقة، ولهذه السلطة أيضاً بناء على التماس طلب التنفيذ أن تأمر الخصم الآخر بتقديم تأمينات كافية".

3. بواب بن عامر، مرجع سابق، ص 245 نقلاً عن جمال عمران أغنية، تنفيذ قرارات التحكيم التجاري، ص 164

4- نصت المادة 1060 من القانون رقم 09/08 المتضمن ق إ م إ ج " يوقف تقديم الطعون وأجل ممارستها المنصوص عليها في المواد 1055، 1056، 1058 المتعلقة بتنفيذ أحكام التحكيم".

لها التصدي للموضوع والفصل فيه أم يمنح للأطراف حق التمسك بإتفاق التحكيم والمثول من جديد أمام هيئة التحكيم؟.

ينطلق المشرع الفرنسي من قاعدة الأثر الفوري للأحكام، لذلك يتمتع على محكمة التحكيم من إعادة الفصل في الدعوى من جديد بعد القضاء ببطلان حكم التحكيم، ومع ذلك فإن قانون التحكيم المصري قد خول للأطراف الطعن في الحكم الفاصل في دعوى البطلان<sup>1</sup>.

أما الفقه فإختلف عن القضاء حول تطبيق هذه القاعدة، فقضت محكمة إستئناف باريس بأن إلزام قضاء الإستئناف الفصل في الموضوع لم يسبق معالجته في ظرف وجيز يؤثر على عدالة<sup>2</sup>، وقضت نفس المحكمة بتشكيلة مغايرة بإمكانية فصلها في الموضوع في حدود مهمة المحكم في حالة عدم إختصاص هيئة التحكيم لعدم صحة إتفاق التحكيم أو أي سبب آخر للبطلان وفقا لنص المادة 1485<sup>3</sup>.

فلا يمكن إزالة هذا التعارض إلا من خلال ما أشارت محكمة إستئناف باريس بتطبيق إجراءات التحكيم إحتراما لإرادة الطرفين<sup>4</sup> وتوخي السرعة التي يبتغيها، ولذلك فإنه يحرص على مراقبة الحكم الذي فصل في المسائل المتنازع عليها أمام المحكمين والتي تمت مناقشتها في إطار إتفاق التحكيم، ولضمان عدم إساءة إستعمال القاضي لسلطاته التقديرية لفحص طلب الطعن بالبطلان لابد من مراجعة حالاته والتقليص منها وإستبعاد السبب المؤسس على تجاوز المحكم لمهامه التي من شأنها مراجعة موضوع حكم التحكيم<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> محمود سمير الشراوي، مرجع سابق، ص 530.

<sup>2</sup> قرار محكمة إستئناف باريس 10/12/1985، مجلة التحكيم، 1987، ص 157 أنظر غسان رباح، سلطة القضاء في الرقابة على قرارات المحكمين، مرجع سابق، ص 424.

<sup>3</sup> قرار محكمة الإستئناف باريس 06/11/1987، مجلة التحكيم، 1991، ص 145 أشار إليه غسان رباح سلطة القضاء في الرقابة على قرارات المحكمين، مرجع سابق، ص 425.

<sup>4</sup> راجع المادة 1460 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي "إن جحود إرادة الأطراف ليس وجها للطعن لمن يريد الإحتجاج به لأن عدم إحترام المحكمين للقواعد الإجرائية لا تحرمه من إمكانية التمسك بحقوقه ومن إعلانه بأوجه دفاع الخصم".

<sup>5</sup> غسان رباح، سلطة القضاء في الرقابة على قرارات المحكمين، مرجع سابق، ص 425.

إضافة إلى ذلك فإن محكمة النقض الفرنسية قضت بإلزام الطاعن بإثبات الضرر الناتج عن تحقق إحدى حالات الطعن بالبطلان تطبيقاً للقانون<sup>1</sup>، وإذا أبطل القضاء المختص حكم التحكيم ألزم المحكوم عليه بالتعويض إذا توفرت عناصر المسؤولية التقصيرية وإستيفائه شروط الإتفاق<sup>2</sup>.

لم يتطرق مشرعنا صراحة إلى الآثار التي يمكن أن يترتبها الحكم الذي يقضي ببطلان حكم التحكيم، لهذا يمكن الرجوع بشأنها للقواعد العامة لآثار البطلان وإسقاطها على حكم التحكيم وفي هذا الشأن يمكن التمييز بين البطلان المتعلق بالإجراءات أو بإتفاق التحكيم:

\* . فإذا كان سبب البطلان عيب إجرائي، جاز للأطراف الرجوع إلى التحكيم بشأن المسألة محل المنازعة ما لم تنقضي مدة إتفاق التحكيم أو أن الحق سقط بالتقادم، وينشأ لأي من الطرفين حق التمسك بإتفاق التحكيم والدفع به أمام القضاء لعدم قبول الدعوى إذا لجأ الخصم إلى التقاضي<sup>3</sup>.

\* . أما إذا كان بطلان الحكم بسبب بطلان إتفاق التحكيم، فإن دور المحكم ينتهي بشكل نهائي ويعرض النزاع من جديد على القضاء للفصل فيه ما لم يسقط الحق بالتقادم، ولا يمتد البطلان إلى المسائل المتعلقة بالنزاع موضوع إتفاق التحكيم المقضي ببطلانه، إنما يظل إتفاق التحكيم قائم بالنسبة لتلك المسائل مما يجوز اللجوء بشأنها إلى التحكيم، غير أن هذا الأثر إعتراضه بعض الفقهاء، ذلك لأن إتفاق التحكيم الباطل لا أثر له، ولا يجوز أن يحتج به من جديد<sup>4</sup> طبقاً للقاعدة العامة (ما بني على باطل فهو باطل).

**أولاً . أثر حكم التحكيم على المؤمن بإعتباره كفيل أو ضامن.**

إن أهم صيغ الإحتجاجات بحكم التحكيم التي أجازها القضاء على الغير ما يصدر بين الدائن والمدين في مواجهة الكفيل أو الضامن رغم أنه ليس طرفاً أصلياً في العقد ولهذا الأخير إمكانية الطعن فيه، فأكدت ذلك محكمة إستئناف باريس على أنه يمكن للقاضي المختص بالنظر

<sup>1</sup> نصت المادة 114 من قانون الإجراءات المدنية "البطلان لا يمكن النطق به إلا بعد تكليف الخصم بإثبات الضرر الناجم عن عدم المشروعية".

<sup>2</sup> سؤالم سفيان، مرجع سابق، ص 223.

<sup>3</sup> راجع المادة 13 من قانون التحكيم المصري رقم 1994/27.

<sup>4</sup> محمود سمير الشراوي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 528.

في دعوى التعويض الأخذ بعين الإعتبار الوقائع التي بني عليها حكم التحكيم الذي فصل في النزاع ضد الكفيل.

غير أن هذا الموقف يوحي بأن الإحتجاج بحكم التحكيم في مواجهة الغير يعتبر بمثابة إكتسابه لقوة الشيء المقضي به، إلا أنه في الحقيقة أن المصطلحين مختلفين من حيث الدلالة فإذا كانت الأخيرة تعني إضفاء على الحكم الإستقرار فإن الأول يقصد به مد آثاره إلى الغير.

غير أن محكمة إستئناف باريس تراجعت عن موقفها السابق وذلك بموجب حكم آخر قضت فيه بأن الكفيل ليس طرفا في إجراءات التحكيم، فلا يجوز للدائن التمسك بحجية حكم التحكيم في مواجهته وإن كان مشمولا بالنفوذ المعجل، وإنما يمكنه الإدعاء أمام المحكمة التجارية صاحبة الإختصاص الأصيل للفصل في النزاع المتعلق بالوفاء بالدين المكفول<sup>1</sup>.

والسؤال الذي يمكن أن نثيره في هذه النقطة هل ينبغي إعتقاد قواعد خاصة تخضع لها مسؤولية الطرف الثالث؟ .

#### 1. أسس مسؤولية الغير

الواقع أن مسؤولية الطرف الثالث في إتفاق التحكيم تخضع للقواعد العامة في القانون المدني المتعلقة بأحكام المسؤولية المدنية، ولهذا فإنه من الأولى له أن يؤمن على مسؤوليته تجاه الغير شخصا أو بواسطة الشركة الخاصة<sup>2</sup>، وتصبح العلاقة بين مؤمن المؤمن له ومؤمن الغير المسؤول عن الضرر قائمة، ويمكن للأول مطالبة الثاني اللجوء إلى التحكيم<sup>3</sup>.

يصدر حكم التحكيم فاصلا في النزاع القائم بين الدائن والمدين، هذا الحكم يسري في مواجهة الكافة، وبهذا فهو ملزم للكفيل ولا يجوز لهذا الأخير الإعتراض عليه بحكم مركزه كضامن، فالمؤمن له جاز له أن يحتج على المؤمن بموجب حكم التحكيم الذي يفصل في دعوى التعويض الذي صدر لصالحه، ومن ثم فإن الخطر المؤمن منه يكون قد تحقق، ويعتبر ذلك

<sup>1</sup> الغير في خصومة التحكيم، مرجع سابق، ص 35.

2 - SOLIGNAC Philippe, op.cit, p 41.

<sup>3</sup> راجع المادة الفصل 2/151 من مجلة التأمين التونسية منشور على الموقع الإلكتروني: [WWW.flusanet.org](http://WWW.flusanet.org)

سببا في حرمان المؤمن من إقامة الطعن عن طريق إعتراض الغير خارج عن الخصومة على الحكم المحتج به ضده من المؤمن له، فلا يجوز للمؤمن الإعتراض عليه حتى ولو كان مركزه القانوني بأنه من الغير ولم يكن طرفا في الدعوى إلا إذا ثبت أن الحكم صدر بناء على غش أو تزوير أو تواطؤ<sup>1</sup>.

هذا الحكم يعتبر دليل إثبات على قيام علاقة المديونية بين المدين الأصلي والدائن والتي تنشئ إلتزام في ذمة الكفيل الوفاء بالدين الثابت في ذمة المدين، وذلك بموجب عقد الكفالة وليس عقد التأمين بالنسبة للعلاقة بين المؤمن والمؤمن له، ولا يمكن دفعها إستنادا إلى حجية الحكم، ذلك أن إمتداد أثر الحكم إلى الغير مرجعه القواعد القانونية التي تحكم العلاقة القائمة بينه وبين من صدر ضده حكم التحكيم<sup>2</sup>.

وتجيز قوانين بعض المقاطعات السويسرية إشراك الضامن في خصومة التحكيم عن طريق إدخاله فيها جبرا، وأن حكم التحكيم يكون عندئذ ملزما له بالنظر إلى مركزه كطرف في الحكم مع ضرورة مراعاة قواعد تعيين المحكمين منها مثلا إحترام مبدأ وترية عدد المحكمين وغيرها من الأسباب المعيبة لحكم تحكيم غير قابل للتنفيذ .

كذلك إذا إتخذ الغير وضعية المحيل إليه في حالة الحوالة أو الإبراء أين يتم الإستبدال الإرادي للخصوم (substitution volontaire des parties)، ويشترط في ذلك موافقة جميع أطراف الخصومة، هذا ما نص عليه قانون المرافعات الهولندي<sup>3</sup>، إضافة إلى ذلك أن يكونوا مرتبطين بإتفاق أو أكثر من إتفاقات تحكيم، وأن خصومات التحكيم يفصل فيها نفس المحكمين، ولا يكون ذلك ممكنا ما لم يجز القانون الواجب التطبيق إمكانية الضم.

<sup>1</sup> الغير في خصومة التحكيم، مرجع سابق، ص 38.

<sup>2</sup> أحمد السيد حماوي، التحكيم طبقا للقانون رقم 1994/27 وأنظمة التحكيم الدولية، ط 2 ، د.د.ن، القاهرة، 2008، ص267.

<sup>3</sup> نصت المادة 1045 من قانون المرافعات الهولندي "لا يجوز لهيئة التحكيم أن تأذن للغير أن يتدخل في إجراءات التحكيم أو إختصاميا أو إدخاله كضامن إلا إذا وافق الأطراف كتابة على إنضمام الغير إلى إتفاق التحكيم فإذا لم يوقع الأطراف على مثل هذا الإتفاق فإن الغير لا يمكن إعتباره طرفا في إجراءات التحكيم".

وفي هذا الصدد أكدت محكمة الإستئناف الفرنسية على أن إدراج شرط الإختصاص القضائي الأجنبي تلتزم به شركة التأمين بالنسبة لحقوق مستلم البضاعة مع الأخذ في الإعتبار أن شرط الإختصاص القضائي الأجنبي المدرج في عقد دولي هو جزء من هذا العقد ملزم لشركة التأمين في حقوق المرسل إليه، لكن الشركة المتعاقدة مع المستأجر بصفتها المرسل إليه إذا لم تدفع له التعويض فلا يمكنها أن تتنازل لشركة التأمين عن الحقوق التي للمستأجر لديها<sup>1</sup>.

تعد الأوضاع القانونية السابقة نتاجاً لتطبيق الأحكام المتعلقة بإمتداد أثر حكم التحكيم على الغير، فإن هذا الأخير يعد طرفاً يحتج عليه بحكم التحكيم وبموافقة طرفي التحكيم والمنضم ومن ذلك ما نص عليه قانون السويسري<sup>2</sup>.

## 2. الإستثناءات الواردة على إمتداد أثر حكم التحكيم إلى المؤمن

إذا إتخذ المؤمن أحد الأوصاف السابقة سواء كفيلاً أو ضامناً أو محيل إليه تحمل المسؤولية التي على عاتق المؤمن له بعد أن يحل محله في جميع حقوقه وديونه، فالمؤمن يتأثر بالإجراءات التي تباشر بين المؤمن له والمتعاقد معه، ومن ثم فإن قاعدة الأثر النسبي لحكم التحكيم لا تسري في مواجهته، غير أنه لا أثر لحكم التحكيم على المؤمن في حالتين إما أن يصدر حكم التحكيم بناء على إحتيال من المؤمن له، أو إذا أخل هذا الأخير بالتزاماته تجاه المؤمن في إعلامه بإجراءات التحكيم الممارسة ضده وفي غيابه.

### 1.2 - إحتيال المؤمن له

الإحتيال هو تصرف يهدف إلى إستبعاد تطبيق القواعد القانونية على النزاع، ويمكن أن يبرر إستئناف أو بطلان حكم التحكيم لمخالفته للنظام العام الدولي بالإحتيال في الإجراءات<sup>3</sup> وفي هذا الصدد يمكن الإشارة إلى البند 47 من وثيقة الإيجار الذي سمح بتسليم البضاعة إلى

1- TURGNE Franck, op.cit, p 186.

2. راجع المادة 28 من قانون الإتحاد السويسري التي نصت "1. يجوز تدخل وإختصاص الغير بناء على إتفاقه مع أطراف النزاع، 2. وأن إتفاق هؤلاء متوقف على موافقة محكمة التحكيم، راجع الغير في خصومة التحكيم، مرجع سابق، ص 19 .

3- TOMAS Klay ,op.cit , p 225 .

المرسل إليه رغم عدم حصوله على سند الشحن عند وصول السفينة<sup>1</sup>، ومنح نفس البند للمستأجر الحق في طلب التسليم دون سندات الشحن الأصلية في حالة عدم توفرها في ميناء التفريغ وقبول مالك السفينة تسليم البضائع، يهدف المستأجر إلى الاستفادة منه على الرغم من أنه لم يدفع ثمن البضاعة، ومع ذلك فإن مالك السفينة إمتنع عن تسليم البضائع عندما علم بالوضع، لهذا نجد أن المشرع الفرنسي<sup>2</sup> قد ألزم المؤمن له بالمحافظة على البضاعة المؤمن عليها وضرورة إتخاذ كافة الإجراءات التحفظية للحفاظ على حقوقه لدى الغير المسؤول عن الضرر وأن إخلاله بهذا الإلتزام يترتب عليه مسؤوليته تجاه شركة التأمين<sup>3</sup>.

أما القضاء التحكيمي فقد قضى بأنه لا يمكن إعتبار الشرط بمثابة "وسيلة للاحتيال على حقوق طرف ثالث حامل سند الشحن بسبب سوء تصرف متعمد من مالك السفينة من خلال النص على إعفاء المتعاقد من تعهده وهو ما يثير النزاع حتما ودون أي تغطية تأمينية ممكنة"<sup>4</sup>.

أما محكمة النقض الفرنسية قد أقرت بعدم إلزام المؤمن في حالة إستعمال المؤمن له أساليب إحتيالية أمام هيئة التحكيم بهدف تحميل المؤمن الأعباء المالية التي كان من المفترض الحكم بها عليه، فالعلاقة التي تربط طرفي إتفاق التحكيم بالغير تمنع أي إنفصال بين وظائف الإعتراض على حكم التحكيم وحجبيته، مما يقيد حقهم في ذلك، ويحد من نطاق المعارضة ولذلك وجب على شركة التأمين أن تتحرى من الرغبة الحقيقية للمؤسسة المتعاقدة اللجوء إلى التحكيم وتنفيذ حكم التحكيم الصادر عن هيئة التحكيم طبقا لإتفاق التحكيم أو القانون تجنباً لأحكام تحكيم المجاملة وبالتواطؤ مع المحكمين، سيما وأن هذه الشركات تخشى من خطر عدم تسديد شركة التأمين التعويض، الأمر الذي أدى إلى ظهور شركات تأمين الإئتمان تتحمل عبء ضمان عدم التسديد للمصدرين كما هو الحال بالنسبة لشركة C.O.A.F.A.C.E لضمان

1- DELEBECQUE Phillippe, L'arbitrage maritime une lex maritima pour l'UMP, union pour la méditerranée, & 12, intervention de colloque méditerranéen, journées de tunis, rives sud 11 et 12 / 04 /2014.

2-Article L 172-23 du code des assurances français.

3-MATRINCE Eve, Une marchandisation assumée par le biais de l'indemnisation du préjudice corporel, exemple du droit suisse, L'obligation de minimiser son dommage, Intervention dans le cadre de la journée d'études organisée par l'association Jeunes Chercheurs- RDST et le Centre de recherche en droit médical de l'Université Paris Descartes Le corps humain entre sacralisation et marchandisation Faculté de droit Paris Descartes à Malakoff, 16 décembre 2009.

4-DELEPECQUE Phillippe, l'arbitrage maritime, conférences, l'academie de la marine, le 21/11/2018. [https://www.academiedemarine.com/aff\\_conference](https://www.academiedemarine.com/aff_conference) v. le 30/01/2019

تسديد المتعامل الأجنبي الديون للمصدرين الفرنسيين هذه الشركة ليس لديها الضمان الكافي من شركات التأمين الأمر الذي يخلق لدى المؤمن له القلق من أن يضع نفسه في حالة الإتفاق على التحكيم في وضع غير متساو مع المؤمن، فيحتمل التعسف في حقه جراء سياسة المخاطر وإنكار العدالة.

ومن جهتها فإن شركة التأمين تحرص على إستبعاد شرط التحكيم العام الذي يتطلب إبرام عقود تأمين متعددة كالشرط الذي ينص على أنه "يوافق المؤمن على تغطية آثار شرط التحكيم الخاضعة لقواعد التوفيق والتحكيم الخاصة بالغرفة التجارية الدولية في باريس، جنيف لندن زوريش، أمام محكم أو أكثر يتم تعيينهم وفقاً للائحة المركز بالنسبة للعقود المبرمة مع الشركات الأجنبية التي تضمنت شرط تحكيم، فإذا إرتبطت شركة التأمين التي قدمت ضماناً باتفاقية التسوية الودية وتعيين المحكمين فإنها تخضع للتحكيم دون إستنادها على قواعد التوفيق والتحكيم لغرفة التجارة الدولية"<sup>1</sup>.

## 2.2 . خطأ المؤمن له

قد يكون المؤمن طرفاً في خصومة التحكيم إما لأن المنازعات القائمة ناشئة عن عقد التأمين البحري، فإذا تضمن هذا العقد بند تحكيم أو أشار إليه في القانون المطبق على النزاع فإن تنفيذه يكون بصورة ملزمة أو كان من الغير الذي يمتد إليه آثار الإتفاق على التحكيم الذي تضمنه عقد بحري جراء ممارسة حق الرجوع المباشر على المسؤول أو حلوله محل المؤمن له في حقوقه لدى الغير، إلا أنه لا إلزام للمؤمن بشرط التحكيم إذا كان المؤمن له قد تسبب في وقوع الخطأ المستحق للتعويض، كأن تشحن البضائع على سطح السفينة دون علم المؤمن، فإن الناقل يتحمل مسؤولية ذلك وتبرأ ذمة شركة التأمين من تبعات الخطأ<sup>2</sup>، أو يعتمد المؤمن له بسوء نية عدم إعلان المؤمن بشرط التحكيم الذي تضمنه عقد يربطه بمتعاقدين آخرين وعلى الخصوص في التحكيم الحر الذي يعتبره بيجو من المخاطر التي تضاهي تلك التي نصت عليها المادة 2/113 من قانون التأمين الفرنسي<sup>3</sup>، أو إخفاء بيانات أو إدلائه ببيانات خاطئة عن الخطر المؤمن منه بغرض الإستفادة من التعويض فيسقط حقه في ذلك دون إمكانية إسترداد

1-TURGNE Franck, op.cit, p 201

2-LATIN Pierre, assurance maritime, revue droit maritime française N° 585, paris, 1998, p 1064.

3-TURGNE Franck, ibid, p 202.

القسط المسدد للمؤمن، ويقع على كاهل الشركة أن تثبت أهمية بيانات العقد وشروطه وأسعاره، وتثبت أيضا سوء نية المؤمن له بتعمده إخفاء البيانات أو الإدلاء بها خاطئة<sup>1</sup>.

### 3. آثار القوة القاهرة على حكم التحكيم

يتمثل دور القضاء في تفعيل الأحكام الصادرة عن المحكمين بإضفاء القوة الإلزامية عليها مما يجعلها قابلة للتنفيذ بوسائل التنفيذ الجبري، ويرفق ذلك توقيع الجزاء المقرر قانونا بفرض غرامة مناسبة<sup>2</sup>، وفي هذا الصدد تثار مسألة التنفيذ الجبري ومدى إخضاع حكم التحكيم له وتأثير القوة القاهرة للحد من فعالية إتفاق التحكيم<sup>3</sup>، هذا ما يثير الإشكال ما مصير إتفاق التحكيم في حالة وجود قوة القاهرة إذا حالت دون تنفيذ الحكم ؟ .

أقر القضاء بأن المؤمن البحري يسقط إلتزامه بإتفاق التحكيم بوجود قوة القاهرة، هذا ما قضت به محكمة الإسكندرية تجاري كلي في النزاع المائل بين شركة التأمين وشركة الملاحة البحرية وكيلا السفينة الناقلة للبضاعة، ويدور النزاع حول قيمة التعويض عن الخسائر التي لحقت البضائع بأن مسؤولية السفينة الناقلة بإيصال البضاعة وتسليمها إلى المرسل إليه سليمة قائمة لعدم إثبات ظروف تستدعي إسقاطها ومنها القوة القاهرة أو السبب الأجنبي، وتبعا لذلك فإنه يلزم بالتعويض عن التلف الذي أصاب البضاعة أثناء عملية النقل، وطالما أن البضاعة كانت مؤمنة لدى شركة التأمين، فإن لهذه الأخيرة حق مطالبة الشركة وكيلا السفينة في حدود ما دفعته للمرسل إليه<sup>4</sup>.

وبمفهوم المخالفة لما ورد في الحكم أن القوة القاهرة أو السبب الأجنبي يعفي الناقل من مسؤوليته ويستتبعه تحلل شركة التأمين من إلتزامها بالتعويض، ومع ذلك فإن محكمة النقض المصرية قضت بخلاف ذلك بأنه لا يترتب على القوة القاهرة سوى وقف الأجل المحدد لعرض

<sup>1</sup> زيد منير عبودي، إدارة التأمين والمخاطر، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2006، ص 20.

<sup>2</sup> علي حسن عوض، التحكيم الإختياري والإجباري، مرجع سابق، ص 133 ، 134.

<sup>3</sup> أحمد إبراهيم عبد التواب، إتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص

<sup>4</sup> عبد الفتاح مراد، موسوعة القانون البحري، مرجع سابق، ص 743.

النزاع على هيئة التحكيم وبقاء إتفاق التحكيم قائماً<sup>1</sup>، هذا ما أكدته بقولها بأن "قيام القوة القاهرة لا يكون من شأنه إهدار شرط التحكيم المتفق عليه بين الأطراف وإنما كل ما يترتب عليه هو وقف سريان الميعاد المحدد لعرض النزاع على التحكيم إن كان له ميعاد محدد"<sup>2</sup>.

### ثانياً . وقف التنفيذ كعامل مؤثر على دور التحكيم في تسوية المنازعة

ماعدا حالة رفع دعوى التزوير فإن الطعن بالبطلان لا يؤثر على القرارات والأوامر التي تقضي بالإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم أو رفضها<sup>3</sup>، إلا إذا كان التنفيذ من شأنه أن يسبب للمنفذ عليه ضرراً لا يمكن تداركه لاحقاً، فيجوز له حينئذ طلب وقف تنفيذه<sup>4</sup>، وذلك عن طريق أمر يصدر عن رئيس محكمة الإستئناف وفقاً لقواعد الإستعجال (المادة 2/1526 من المرسوم) إلى غاية البث النهائي في دعوى البطلان في أجل أقصاه 06 أشهر من تاريخ صدور الأمر مع وجوب تكليف الطالب بإيداع كفالة أو ضمان مالي<sup>5</sup>.

فإذا تحصل طالب التنفيذ على أمر التنفيذ من الهيئة القضائية المختصة الذي يمنح حكم التحكيم القوة التنفيذية يحق للمنفذ عليه طلب وقف التنفيذ إذا كان أجل البطلان قائم وتوفرت شروطه، أمكن للقاضي وقف التنفيذ لغاية الفصل في دعوى البطلان، ولا أثر لدعوى البطلان اللاحقة<sup>6</sup>، فلا يقبل طلب وقف التنفيذ إلا إذا توفرت شروطه التالية<sup>7</sup>:

1 . أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً لقانون 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، مرجع سابق، ص 80.

هامش، فتحي إسماعيل والي، مرجع سابق، ص 177.

2 . أحمد إبراهيم عبد التواب، إتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، مرجع سابق، ص 106.

3 . بن عصمان جمال، مرجع، ص 78.

4 . راجع المادة 57 من قانون التحكيم المصري 1994/27 بقولها "لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم التحكيم، ومع ذلك، يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف التنفيذ، إذا طلب المدعي ذلك في صحيفة الدعوى وكان الطلب مبنياً على أسباب جدية، وعلى المحكمة الفصل في طلب وقف التنفيذ خلال ستين يوماً من تاريخ أول جلسة محددة نظره، وإذا أمرت بوقف التنفيذ جاز لها أن تأمر بتقديم كفالة أو ضمان مالي، وعليها إذا أمرت بوقف التنفيذ الفصل في دعوى البطلان خلال ستة أشهر من تاريخ صدور هذا الأمر".

5 . أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي، مرجع سابق، ص 191، 192.

6 . خنفوسي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 243.

7 . خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 493.

1. أن تتضمن عريضة دعوى البطلان طلب وقف التنفيذ غير مستقل عنها.
2. أن تكون دعوى البطلان قائمة غير متنازل عنها، لأن زوال الدعوى الأصلية يؤدي إلى سقوط ما تحتويه من طلبات ومنها وقف التنفيذ.
3. أن يتمسك بطلب وقف التنفيذ من كان في مصلحته، ولا تثيره المحكمة المرفوع أمامها دعوى البطلان تلقائياً.
4. أن يؤسس طلب وقف التنفيذ على أسباب جدية، كأن يبرر ذلك بأن عواقب التنفيذ لا يمكن تداركها إذا ما تم مواصلة التنفيذ إلى غاية الفصل في دعوى البطلان.

### ثالثاً . إشكالية الحكم بإبطال القرار التحكيمي بين القبول والرفض

#### 1. تجاوز الخلافات حول تنفيذ حكم تحكيم باطل

إستند المشرع الفرنسي على أحكام المادة السابعة من إتفاقية نيويورك 1958 التي سمحت بإمكانية تجاوز أحكامها متى أجاز قانون بلد تنفيذ حكم التحكيم ذلك، وبهذا فإنها مكنت الأطراف من الإستناد على المعاهدات والإتفاقيات والقوانين السارية في دولة التنفيذ لتأسيس دعوى البطلان ضد حكم التحكيم الأجنبي، كما حولت لقاضي دولة التنفيذ الرقابة طبقاً لقانونه إذا كان ملائم للإعتراف بحكم التحكيم الدولي وتنفيذه ولا أثر للإلغاء المقضي به سابقاً<sup>1</sup>، وبالتالي يجوز تنفيذه في فرنسا وإن تقرر بطلانه سابقاً، على خلاف المادة (5-1. هـ) التي ترفض تطبيق حكم ملغى في دولة مكان صدوره، لأن حكم التحكيم لا يندرج ضمن النظام القانوني الذي صدر في ظله.

وإستقر القضاء الفرنسي على عدم الإعتداد بالأحكام الصادرة في دولة التنفيذ بما في ذلك بطلان حكم التحكيم وعدم الأخذ بأسبابه التي نص عليها قانون مكان صدورها<sup>2</sup> إذا وردت مخالفة للمادة 1520 من قانون الإجراءات المدنية<sup>3</sup>، فالقضاء الفرنسي إستناداً للمادة 1225 من نفس القانون فيما يتعلق بتنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر في الخارج قد أجاز قبول طلب

1-CHRISTOPHE Seraglini et JÉRÔME Ortsedt, op.cit, p 836.

<sup>2</sup>. إيهاب عمرو، مرجع سابق، ص 169.

3 -Manijeh Danay Elmi, La sentence arbitrale et le juge étatique, thèse Pour obtenir le grade de doct - eur, Université Panthéon-Sorbonne, 2016, p212.

الأمر بتنفيذ حكم التحكيم غير السويسري حتى ولو كان قد قضى ببطلان هذا الحكم في سويسرا رغم أن التحكيم قد جرى في جنيف طالما أنه لم يتم إندماجه في النظام القانوني لهذه الدولة<sup>1</sup>. وفسرت المحكمة الفيدرالية السويسرية ذلك بأن أحكام التحكيم الدولية المقدمة للتنفيذ في سويسرا لا تندمج في النظام القانوني وغير مرتبطة به، ويجوز الإقرار بوجودها رغم بطلائها إنما يتم فحصها طبقاً لقانون دولة التنفيذ .

وأخضعت محكمة التمييز الفرنسية القرارات الأجنبية التي تتعلق بمصالح التجارة الدولية لذات الأسس التي تركز عليها في الرقابة<sup>2</sup> على مثل هذه القرارات دون التمييز بينها أو بين القوانين<sup>3</sup>، وهي رقابة مجددة على حكم التحكيم الدولي لتقرير مدى صحته ومن ثم الأمر بالتنفيذ أو عدمه، وبالتالي يأمر القاضي بتنفيذ حكم تحكيم صدر باطلاً ما لم يكن بطلائه مقررًا بموجب إتفاقية دولية تكون واجبة التطبيق أو جاء متعارض مع النظام العام الدولي في فرنسا، فيرفض القاضي بناء عليه الإعتراف بحكم التحكيم دون فحصه موضوعاً<sup>4</sup>، وكان هذا الحل الذي تبناه القضاء الفرنسي هدفه توحيد الأسباب المؤسس عليها دعوى البطلان وأمر رفض التنفيذ<sup>5</sup>.

هذا الموقف عارضه بعض الفقهاء الفرنسيين على أساس أنه لا يوحد الحلول المتعلقة بالإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الدولي ويضعف الثقة في التحكيم لدى الأطراف بسبب عدم إستقرار الأحكام والمساس بالحق المكتسب بالنسبة للطرف الذي صدر الحكم لصالحه، ذلك أن الأطراف يتنتابهم الشك حول حكم التحكيم الباطل، وإحتمال صدور أمر تنفيذ يهدم الحكم الباطل، ولهذا يرى فقهاء آخرون ضرورة توحيد الإختصاص بشأن النظر في دعوى البطلان وطلب التنفيذ أمام نفس الجهة القضائية لدولة مكان التحكيم بحكم إرتباطها الوثيق بحكم التحكيم

1- أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، مرجع سابق، ص 101.

2- الرقابة مقيدة بقواعد النظام العام الدولي الذي يركز على مبادئ أساسية أهمها مبدأ حق الدفاع، مبدأ المساواة بين الطرفين، إحترام مبدأ المواجهة. عبد الحميد الأحديب، إجراءات التحكيم، مرجع سابق، ص 459.

3- مهيب معماري، رقابة قضاء البطلان على القرارات التحكيمية، المؤتمر السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص 855 .

4- أسعد فاضل مندل، أحكام عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص 540 .

5- عزت البحيري، مرجع سابق، ص 317 .

عملا باتفاقية نيويورك التي أخذت بفكرة الإرتباط بين الدولة التي يخول لقضائها إختصاص النظر في دعوى البطلان وطلب تنفيذ حكم التحكيم الدولي الصادر في الخارج وبين حكم التحكيم المطلوب تنفيذه أو إبطاله، والدولة المعنية بهذه الصورة إما أن تكون دولة مكان صدور الحكم أو تلك التي بموجبها صدر حكم التحكيم الأجنبي<sup>1</sup>.

وبهذا يمكن تقادي مما قد يعترض تنفيذ حكم تحكيم دولي من إشكالات ناتجة عن تعدد القوانين وإختلافها في تنظيم أحكام البطلان، إضافة إلى ذلك فإن القاضي في دولة مكان التنفيذ يمارس رقابة غير مباشرة على حكم التحكيم الدولي.

وإتخذ المشرع الجزائري الموقف ذاته من حكم التحكيم الدولي الصادر في الخارج فأشترط لتنفيذه في الجزائر بأن يكون نهائي<sup>2</sup> عملا باتفاقية نيويورك التي تجيز للأطراف الإستناد على قانون مكان التنفيذ، وعدم تقيد القاضي بأحكام البطلان المقضي به في مكان صدورها<sup>3</sup>.

## 2 . عدم إختصاص القضاء الوطني بمراجعة حكم التحكيم الأجنبي الباطل

لا يقيد القانون الفرنسي القاضي المقدم إليه طلب الإعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الدولي بقواعد البطلان في قانون الدولة التي صدر فيها، إنما يمكنه أن يرفض على النحو المتقدم بطريقة غير مباشرة إختصاص المحاكم التي تصدر عنها أحكام البطلان يطلب تنفيذها في فرنسا بفرض رقبته من جديد على الحكم، فيمارس سلطة تقدير صحتها والأمر بتنفيذها<sup>4</sup>، وبهذا فإن حكم التحكيم الأجنبي الباطل يحتمل قبول تنفيذه في فرنسا مخالفا بذلك أحكام المادة 5/هـ من إتفاقية نيويورك التي أدرجت ضمن أسباب منع التنفيذ كل حكم ملغى أو موقف إستنادا إلى قانون مكان صدوره<sup>5</sup>.

<sup>1</sup>. بواب بن عامر، مرجع سابق، ص 243.

<sup>2</sup>. راجع المادة 1035 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تمت الإحالة إليها.

<sup>3</sup>. سليم بشير، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، مرجع سابق، ص 295.

4 -TURGNE Franck, OP.cit, p 190

<sup>5</sup>. نصت المادة 5/هـ من إتفاقية نيويورك "أن الحكم لم يصبح ملزما للخصوم أو ألغته أو أوقفته السلطة المختصة في البلد التي فيها أو بموجب قانونها صدر الحكم".

وقد عارض القضاء الأردني فكرة تنفيذ حكم تحكيم باطل لعدم قابلية المنازعة للتحكيم يتضح ذلك من مقتضى قرار محكمة التمييز الأردنية لما رفضت تنفيذ قرار التحكيم الصادر بين شركة التأمين الوطنية ضد شركة (كريسدانشينغ كوماني أس.أ) على أساس عدم قابلية موضوع النزاع الناشئ عن مشاركة السفن للتحكيم أفعالاً مخالفاً لأحكام قانون التجارة البحرية الأردني رقم 1983/35<sup>2</sup> الذي يمنع الإتفاق على نزع الإختصاص من المحاكم الأردنية من النظر في المنازعات التي تنشأ عن النقل البحري<sup>3</sup>.

إلا أن بعض الفقهاء الأردنيين سلموا بأحكام التحكيم في منازعات التأمين البحري على أساس أن المعاهدات التي صادقت عليها الأردن أسمى من القانون الداخلي قد عززت حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعاتهم البحرية، وبالتالي لا يمكن أن يكون هذا النص متعارض مع مبدأ سلطان الإرادة في هذا الخصوص، هذا ما إستقر عليه القضاء لاحقاً<sup>4</sup>.

ويرى البعض إخفاق المشرعين في الأخذ بهذا الحل، وذلك لعدة أسباب ومنها أنه يتعارض مع الإتجاه الذي يسعى إلى توحيد الحلول القانونية، كما أن ما يترتب عليه تجول أحكام التحكيم في دول متعددة ليستقر تنفيذه في الدولة التي يجيز قانونها التمسك به.

وبهذا تبدو أهمية إختصاص قضاء دولة التنفيذ في الرقابة على تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في وضع حد لهذه الخلافات، والحقيقة يعتبر ذلك بمثابة الحل التوفيقى للخلاف حول إستبعاد تنفيذ أحكام تحكيم باطلة وذلك بتوفر عنصرين أسس على كل واحد منهما موقف فقهي أحدهما يمنح قضاء دولة التنفيذ صلاحية توقيع الرقابة على حكم التحكيم قبل تنفيذه، بينما الآخر يولي عناية بأحكام التحكيم الباطلة التي تصدر في دولة مقر التحكيم ويربط الرقابة على التنفيذ بمصير أحكام التحكيم، وبذلك تتحقق الجدية في الرقابة على حكم التحكيم .

<sup>1</sup> فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 316.

<sup>2</sup> راجع المادة 215/ب من قانون التجارة البحرية الأردني.

<sup>3</sup> عبد الله السوفاني، الرقابة القضائية على هيئة التحكيم (دراسة نظرية وفقاً لقانون التحكيم الأردني) ، مجلة المنارة، المجلد 20، ع 3 ، كلية القانون . جامعة آل البيت، الأردن، 2014، ص 23.

<sup>4</sup> حمزة محمد دياب، مرجع سابق، ص 21.

## البحري

فالفكر الداعي إلى نقل إجراءات تنفيذ حكم التحكيم من مقر التحكيم إلى موطن التنفيذ قائم على ظاهرة الاندماج الطبيعي لتلك الإجراءات في النظام القانوني السائد في كل المراحل، ذلك أن مباشرة عملية التحكيم ينتج عنه اندماج حكم التحكيم في النظام القانوني لدولة مقر التحكيم إلا أن مروره إلى مرحلة التنفيذ الذي يكون متعذرا في دولة مقر التحكيم يترتب عنه أن الحكم الصادر بعد الأمر بالتنفيذ يكون أكثر ارتباطا بتلك الدولة وأنه ينصهر في نظامها القانوني.

وإذا كان مطلوبا من قاضي التنفيذ الوقوف على ما سبق من أحكام محددة مصير حكم التحكيم صادر من طرف قضاء خاص في دولة مقر التحكيم وبناء على قانونها فإنه يلزم أيضا القاضي المختص في دولة مكان التحكيم الحرص على سلامة حكم التحكيم الدولي من الناحيتين الإجرائية والموضوعية ليس وفق ما يقتضيه قانون الإرادة الذي إختاره الأطراف أوحدته هيئة التحكيم فحسب، وإنما أيضا لقانون دولة التنفيذ وللنظام العام المتبع في هذه الدولة فيما يتوصل إليه من حلول موضوعية للمسائل محل المنازعة، وذلك ضمانا لتنفيذه من جهة ودرا لما قد يحدث من مخاصمة حول صحته من وجهة أخرى<sup>1</sup>.

وبهذا فإننا نتوصل إستنادا لما تقدم إلى أن نجاح دور التحكيم الدولي في تسوية المنازعات الذي لا يتوقف على مجرد الحصول على حكم تحكيم دولي ملزم، وإنما يتوقف هذا الدور في تجسيد الحل على أرض الواقع وذلك من خلال تنفيذه، ولضمان ذلك لابد من إلزام المحكم بقانون دولة التنفيذ والنظام العام السائد فيها أثناء ممارسة عملية التحكيم.

## المطلب الثاني: الطعن أمام الهيئات الخاصة

تعد إرادة الأطراف المحرك الرئيسي لعمل المحكم فتتزع منه صفة القاضي الذي يلتزم بتطبيق مبدأ الشرعية، فهو قاض خاص يحتكم لسلطان الإرادة، ولا تعتبر أحكامه ملزمة وخالية من القوة التنفيذية إلا بأمر قضائي، ولا يجوز للسلطة القضائية في نطاق ممارسة سيادة الدولة على الأحكام المنفذة على أراضيها إصدار هذه الأوامر إلا بعد إجراء الرقابة عليها وفق ما تحدده نظم التحكيم، هذه الرقابة إما أن تتعلق بالبطلان أو بتنفيذ حكم التحكيم الدولي وتكون لاحقة

<sup>1</sup>. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 240، 245.

لصدوره إلا أن الرقابة بالنسبة للتحكيم المؤسسي تمارس قبل صدور حكم التحكيم ولها خصوصية سواء من حيث تشكيل لجنة الطعن أو من حيث الإجراءات المتبعة أمامها وآجال الطعن فما مدى تأثير رقابة مؤسسات التحكيم على قراراتها؟.

### الفرع الأول . رقابة الهيئات الخاصة على حكم التحكيم الدولي في منازعات التأمين البحري

أجاز المشرع لهيئات التحكيم موازاة لعمل قضاة الإستئناف ممارسة الرقابة على حكم التحكيم، كذلك أقرت محكمة زوريخ السويسرية بضرورة التسليم بهذه الرقابة<sup>1</sup>، يعد ذلك منطقياً بالنسبة لنظام يرتكز على الإرادة في إختيار القواعد الإجرائية التي تلتزم بها هيئة التحكيم من خلال الإحالة على لوائح التحكيم المؤسسي، كأن يتفق الطرفين على تطبيق قواعد غرفة التحكيم البحري بباريس، فإن هذه القواعد تطبق على إجراءات الطعن التحكيمي، هذا ما أشارت إليه المادة 21 من اللائحة المتعلقة بها، وكذلك نظام الغرف التجارية العربية الأوروبية (المادة 4/24)<sup>2</sup>، وفي هذه الحالة فإن النظام المتبع في الطعن هو نظام الطعن التحكيمي على خلاف ما إذا تمت الإحالة على قانون دولة فيتبع نظام الطعن القضائي<sup>3</sup>.

تظهر خصوصية قواعد غرفة التحكيم البحري بباريس بالنسبة لإجراء الطعن بالبطلان أنها فتحت إستثناء باب لمراجعة الحكم موضوعاً تحت تسمية "فحص من الدرجة الثانية"، في هذه الحالة يتم إنزال الحكم الأول في مرتبة المسودة، أما الحكم الثاني فهو الذي يقوم المحكمون بإصداره، تمارس هذه المراجعة أمام هيئة خاصة تتشبه لجنة تعمل على مستوى الغرفة، تلتزم بإصدار الحكم بسرعة مراعاة للآجال المحددة للتحكيم دون تعطيل صدور نتيجة التحكيم فتتضمن لائحة المركز قائمة الأحكام القابلة للطعن وإجراءاته وآجاله<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> غسان رياح، سلطة القضاء في الرقابة على قرارات المحكمين، مرجع سابق، ص 420.

<sup>2</sup> خنفوسي عبد العزيز، مرجع سابق، ص 230.

<sup>3</sup> عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، مرجع سابق، ص 620.

<sup>4</sup> عبد الحميد محمد الحوسني، مرجع سابق، ص 180 . 190.

ومن أهم أحكام المراجعة في مجال التأمين حكم الدرجة الأولى الذي قضت فيه المحكمة المعينة من لجنة غرفة التحكيم البحري بباريس بعدم قبول طلب وكيل الشحن إثر الأضرار التي أكتشفت بعد تفريغ السفينة المستأجرة من وكيل الشركة (synacomex)، وبعد المراجعة وتدخل شركة التأمين إلى جانب المدعي صدر حكم الدرجة الثانية الذي قضى بقبول ذلك الطلب<sup>1</sup>.

وفي قضية أخرى تتعلق ببيع شحنة من الأرز ونقلها إلى مدغشقر، فقام مالك السفينة بتفريغ الشحنة في الصومال، طلب كل من المرسل إليهم وشركة التأمين التي حلت محلهم الحكم على مالك السفينة، قضى المحكمون في الدرجة الأولى بعدم قبول الطلب لعدم إختصاصهم بإمتناعهم تقديم عقد الإيجار الموقع عليه من الأطراف والمستندات التي تثبت المعاينة وفي الدرجة الثانية قدم المدعون هذه السندات التي منحت لهيئة التحكيم الإختصاص والحكم ضد مالك السفينة<sup>2</sup>.

وبهذا فإن المشرع قد حصن حكم التحكيم أولاً من العيوب التي قد تشوبه بأساليب وقائية وذلك بتمكين المحكمين من وضع مشروع حكم التحكيم وعرضه على لجنة إنتقاء وتقييم، جرى العمل بذلك في مراكز التحكيم على الخصوص<sup>3</sup>.

هذا الإجراء يحد من تدخل القضاء في عملية التحكيم بإستبعاد رقابته، ولضمان سلامة حكم التحكيم على نحو يجعل تنفيذه مؤكداً أتاح المشرع إخضاعه للرقابة السابقة على صدوره من طرف هيئة مختصة منبثقة عن المركز أو الغرفة مهمتها التصديق على مشروع حكم التحكيم بعد تداول لجنة التحكيم على مستوى مؤسسة التحكيم تتألف من ثلاث محكمين لا يجوز للأطراف إلا حق إستبدالهم<sup>4</sup>.

غالباً ما تتضمن أنظمة التحكيم الدولية قواعد تتعلق بإجراءات الطعن الداخلي في القرارات التحكيمية وسبل ممارستها وفق نماذج، منها على سبيل المثال ما جاء في الإتفاقية العربية

<sup>1</sup> تميزت قواعد غرفة التحكيم البحري بباريس بتفريد طرق الطعن وقصرها فقط على البطلان أنظر

- GRONDIN Jean Yves, op.cit,p 4.

2- Jean Yves Thomas, Gazette de la chambre, communication des arbitres de la chambre au congrès itenatinal des arbitres maritimes, lettre d'information de la chambre arbitrale maritime de paris op.cit, p 5.

<sup>3</sup> ميهوب معماري، رقابة قضاء البطلان على القرارات التحكيمية، مرجع سابق، ص 843 . 847.

<sup>4</sup> راجع المادة 1455 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

للتحكيم التجاري التي خولت لأحد الطرفين اللجوء إلى رئيس مركز التحكيم للطعن في القرار بالبطان إذا توفرت إحدى الحالات الواردة في المادة 34 من الإتفاقية:

أ . التجاوز الواضح من هيئة التحكيم لمهامها.

ب . ظهور واقعة جديدة ثابتة بموجب حكم قضائي تؤثر بشكل جوهري على الحكم دون أن يكون المدعي بالبطان سببا في إخفائها.

ج . سلوك المحكوم له طريق غير مشروع للوصول إلى نتيجة الحكم.

أما عن أجل الطعن بالبطان فإنه يرتبط بالحالات السابقة، بالنسبة للحالة الأولى فأجل الطعن في حكم التحكيم ستين يوما من تاريخ إستلام القرار التحكيمي، والحالات الأخرى تبتدىء من تاريخ إكتشاف الواقعة، وحددت المدة كحد أقصى سنة لتقديم طلب بطلان حكم التحكيم تبتدىء من تاريخ صدور قرار التحكيم<sup>1</sup>.

وما يميّز إصدار الحكم وفق الفقرتين 4،5 من المادة 24 من نظام تحكيم الغرف التجارية العربية الأوروبية أنها تعتبره بمثابة مشروع قانون تعرضه هيئة التحكيم على المجلس الأعلى للتحكيم قبل التوقيع عليه لإبداء رأيه، مما قد يلفت إنتباهه من الناحيتين الموضوعية والشكلية وتتخذ قواعد غرفة التجارة الدولية نفس الإجراء، إذ تتولى محكمة التحكيم مهمة الرقابة القبلية على أحكام التحكيم التي تداولتها هيئة التحكيم (المادة 21 من لائحة الغرفة).

نفس الإجراء تقوم به هيئة التحكيم التابعة لغرفة التحكيم البحري بباريس، ويعهد بمهمة الرقابة الإستشارية إلى اللجنة العامة للغرفة<sup>2</sup>، فمثل هذه الهيئات مهمتها الإشراف على عملية التحكيم والحرص على سلامة الأحكام، ولذلك فإنها غالبا ما تتفد إختياريا مما يقلل من بطلانها<sup>3</sup>. ولما كان هذا الإجراء غير مألوف في الإجراءات القضائية لأنه جاء سابقا لها، فقد اختلف الفقه في تحديد طبيعته القانونية، فبعض الفقه قد إعترض عليه على أساس أنه تدخل في عمل

<sup>1</sup> فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 404.

<sup>2</sup> راجع المادة 19 من لائحة التحكيم لغرفة التجارة البحرية بباريس التي نصت على أنه ينبغي على المحكم أو هيئة التحكيم قبل إعلان الأحكام إلى الأطراف أن يرسل نصوصا إلى اللجنة العامة للغرفة التي لها أن تقترح على المحكمين إدخال أية تعديلات في الشكل ، أو أن تستدعي إنتباههم إلى نقاط تتعلق بالموضوع.

<sup>3</sup> فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 348، 349.

هيئة التحكيم وانتقاص لسلطتها في تسوية النزاع وإضعاف فعالية التحكيم وعدم تمكين الأطراف من إختيار أعضاء الهيئة التي تقوم بفحص حكم التحكيم، وبالتالي فلا يختلف عن الطعن<sup>1</sup> فأزال عنه مشروعيته لمخالفته للنظام العام الدولي<sup>2</sup>، ومنهم من كَيّف الإجراء على أنه طعن داخلي في إطار الرقابة الإدارية التي تختص بها الهيئة الخاصة في إطار مهمتها الإدارية.

إلا أننا نؤيد الموقف الذي يدعم الرقابة القبلية لحكم التحكيم لأثرها المحمود على نظام التحكيم ذاته، ووسيلة لضمان أحكام نوعية قابلة للتنفيذ خالية من العيوب المفسدة وتحسينها من أساليب الطعن الذي يؤخر عملية التنفيذ أو يمنعها تماما، ولا يعد عمل اللجنة المكلفة بالرقابة تدخلا لأنها ليست بهيئة قضائية وإنما يعد في رأينا عمل تكميلي ومتكامل لدور مؤسسة التحكيم التي صدر عنها حكم التحكيم محل الرقابة.

### الفرع الثاني . التنازل عن الطعن ببطلان حكم التحكيم الدولي

أثار المرسوم الفرنسي رقم 48/2011 نقطة قانونية جديدة تتعلق بالتنازل عن الطعن بالبطلان، إذ أنه أجاز ذلك للأطراف بالرغم من توفر حالاته، ومرد ذلك أن الطعن تقرر لمصلحة المنتفع به ومن ثم جاز له التنازل عنه<sup>3</sup>، كما أجاز إستئناف أمر منح الصيغة التنفيذية وتأسيسه على الحالات المقررة للبطلان أو منع المحكمة من النظر في دعوى طلب منحها<sup>4</sup> إلا أن التنازل لا يصح إلا بتوفر شرطين أساسيين<sup>5</sup>:

أولا. أن يثبت التنازل بمقتضى إتفاق خاص، لذلك فإن التنازل الذي أشارت إليه لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس جاء عاما يشمل كل طرق الطعن<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>. غسان رباح، سلطة القضاء في الرقابة على قرارات المحكمين، مرجع سابق، ص 41.

<sup>2</sup>. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص 81، 82.

<sup>3</sup>. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 268.

4- article 1522 du code de procédure civile : « par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation. Dans ce cas elles peuvent toujours faire appel de l'ordonnance d'exequatur pour l'un des motifs prévus à l'article 1520, L'appelle est formé dans le délai d'un mois à compter de la notification de la sentence revenue de L'exequatur. La notification est faite par voie de signification à moins que les parties en conviennent autrement ».

<sup>5</sup>. أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، مرجع سابق، ص 186.

ثانياً . أن يكون التنازل صريحاً، لأن الطعن بالبطلان إجراء قانوني يترتب آثار خطيرة، لذلك فإن التنازل عن دعوى البطلان وفوائدها يشترط أن يثبت باتفاق صريح، فلا يكون مفترض أو ضمنياً<sup>2</sup>.

يترتب على الطعن بالبطلان إستئناف أمر التنفيذ بقوة القانون<sup>3</sup>، والقاضي ملزم بفحص أسباب البطلان التي تؤسس عليها دعوى البطلان مالم يتم التنازل عنها أو ينقضى أجلها<sup>4</sup> وعلى خلاف من ذلك يسقط حق الطعن بالبطلان بمجرد الفصل في الإستئناف إذا أسس على ذات السبب، ويجوز حكم التحكيم بعد الفصل في الطعن حجية الشيء المقضي فيه، أقرت ذلك محكمة التمييز اللبنانية بقولها "حيث أن المشرع وحد طرق الطعن الموجهة ضد القرار التحكيمي وقرار منح الصيغة التنفيذية فدمج بينهما وأخضعهما للأصول الإجرائية ذاتها وذلك بهدف إعطاء الموضوع حل إعتبره واحداً وسريعاً وشاملاً، فإعتبر أن الطعن في قرار التحكيم يفيد الطعن بقرار منحه الصيغة التنفيذية، كما أن الطعن بالقرار الذي رفض منح هذه الصيغة يطرح أمام محكمة الإستئناف الأسباب المتعلقة بصحة القرار التحكيمي"<sup>5</sup>.

علاوة على ذلك فإن التحفظ الذي يتضمنه هذا الشرط فيما يتعلق بالظروف التي من المحتمل أن تميز بعض الحالات الحصرية الواردة في المادة 1522 تقيّد التنازل، ولا يجوز التنازل الجزئي<sup>6</sup>، ويترتب على تنازل الطرف الذي تقرر الطعن بالبطلان لصالحه بقاء الحكم قائماً قابلاً للتنفيذ في دولة مقر أموال المنفذ عليه طرف في إتفاقية نيويورك رغم أن القاضي الفرنسي رفض منحه الصيغة التنفيذية وأستأنف أمر الرفض.

<sup>1</sup> نصت المادة 6/28 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس على مايلي: يعتبر الأطراف قد تنازلوا عن أية طريقة من طرق الطعن التي يجوز التنازل عنها على وجه صحيح"

<sup>2</sup> راجع المادة 1522 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

<sup>3</sup> راجع المادة 2/1058 من ق إ م إ رقم 09/08.

<sup>4</sup> أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص 187.

<sup>5</sup> قرار محكمة التمييز اللبنانية رقم 172 الصادر بتاريخ 2004/12/07 أشار إليه ميهوب معماري، مرجع سابق، ص 841 .

<sup>6</sup> Cour d'appel de paris, 2014/41 (pole 1.Ch 2), ord.CME, 3/4/2014, sommaires de jurisprudence, Re - vue de l'arbitrage n° 2, 2014, p511.

## الفصل الثاني أثر الطعن على دور التحكيم الدولي في تسوية منازعات التأمين البحري

هذا وقد فسرت محكمة إستئناف باريس التنازل على الطعن بأنه رغبة من الأطراف بعدم التمسك بقانون التحكيم الصادر قبل المرسوم الذي يهدف إلى تحديد الشروط التي بموجبها تتحرر هيئة التحكيم من إلتزامها بإصدار حكم التحكيم بعد دفع التكاليف<sup>1</sup>.

أما المشرع المصري فلا يجيز للأطراف التنازل عن البطلان إلا بعد صدور الحكم الذي يقضي في الدعوى المتعلقة به<sup>2</sup>، فإن للمحكوم له أن يتمسك بالحكم أو يتركه وإن كان نهائياً<sup>3</sup>.

إلا أننا نؤيد موقف القضاء الفرنسي، فالواقع أن التنازل عن البطلان من الأجدر إبدائه قبل رفع الدعوى لتفادي تحمل مصاريف إضافية والسرعة في التنفيذ.

1-Cour d'appel de paris, 2014-46 (pole 1.Ch 1), ord CME,6/3/2014, SARL agora technique c/société corta, sommaires de jurisprudence, Revue de l'arbitrage, n°2, 2014, p 504 .

2. راجع المادة 2/54 من قانون التحكيم المصري رقم 1994/27 التي نصت " لا يحول دون قبول دعوى البطلان تنازل مدعي البطلان عن حقه في رفعها قبل صدور الحكم " .

3. محمود سمير الشراقي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص521.

الختامة

## خاتمة :

إن واقع التحكيم في منازعات التأمين البحري حاله حال باقي المنازعات البحرية بين الجوازية والحظر، بعض الدول تعتبره الملاذ الآمن لتسوية هذا النوع من المنازعات التي تبحث عن الإفراج عنها في أجل قصير من طرف أشخاص مؤهلين نالوا رضاء الخصوم، بينما دول أخرى تستهجنه ليس لفشل التحكيم البحري كوسيلة لتسوية المنازعات، وإنما في نظر البسطاء من الشعوب يعتبر عدالة الأغنياء لبسط النفوذ والإستغلال في مواجهتهم، وسلب حقوقهم تحت مظلة التحكيم من طرف الدول المتقدمة التي تسيطر على مؤسسات التحكيم إدارة وتحكيما.

وتوحي الدراسات المقارنة بأن التحكيم البحري بجميع منازعاته بما في ذلك تلك المتعلقة بالتأمين البحري بأن المشرع الدولي قد توصل إلى إرساء أحكامه وتطويرها بما يواكب التطور خاصة وأن التحكيم أصبح الوسيلة المفضلة لتسوية هذا النوع من المنازعات لطابعها الدولي وإتصالها بالتجارة الدولية القائمة على السرعة والسرية، على الرغم من الطابع الإذعاني للعقد الذي هو محل خصومة التحكيم الدولي، إضافة إلى توصيف المؤمن له بالمستهلك الدولي في مواجهة شركات التأمين التي تتفرد بإعداد وثائق التأمين البحري أو بوليصة التأمين وتوزيع خدمات التأمين سواء تعلقت بالسفينة أو البضائع، فالجدل لا يتعلق بمدى قابلية منازعات التأمين البحري للتحكيم، وإنما يدور حول دور المحكم في إزالة الإستغلال الفاحش الذي يمارسه المؤمن لخاصية الإذعان في عقد التأمين البحري على حساب المؤمن له إما بتحميله إلتزامات إضافية أو إنقاص في إلتزاماته وهو ما يعرف بشرط التحكيم التعسفي.

كذلك فإن للقضاء الدور في مساعدة المحكم في أداء مهمة التسوية العادلة بين المؤمن والمؤمن له أو الغير عن طريق التحكيم، ويقف مراقبا لعمل المحكم الذي يصيب حكمه شائبة إما برفض تنفيذه أو ببطلانه وإن كانت في حالات وردت على سبيل الحصر، وذلك للتضييق من تدخل القضاء حفاظا على الطابع الإرادي لإتفاق التحكيم حتى ولو تعلق ذلك بعقد من عقود الإذعان الذي لا تتساوى فيه قوى الطرفين من الناحية الإقتصادية والفنية.

فكثيرا من التشريعات ظلت متحيزة تجاه شرط التحكيم في عقود التأمين المدنية، لكن لم يكن كذلك بالنسبة لعقد التأمين البحري لأهمية التأمين البحري في النشاط الإقتصادي، لذلك فإن دور التحكيم لحل هذه المنازعات جاء مبكرا وساهم في تسوية قضايا قد يعجز القضاء عن حلها

في ظرف وجيز، وهذا إنما تكريسا لمبدأ حرية التعاقد، لذلك فإن بعض الدول أعطت أهمية بالغة للتحكيم في منازعات التأمين البحري بتطوير القواعد المتعلقة به مثل فرنسا، الأردن، إنجلترا السعودية، وإن تعلق بالتحكيم في التأمين عامة أحيانا.

غير أن نظرتنا الجزائرية المحضة للتحكيم مازالت متردية، يعكس ذلك غياب النصوص التشريعية الخاصة بهذا النوع من المنازعات تقتصر فقط على ما جاء به قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي عبارة عن أحكام عامة وناقصة بإستثناء المادة 622 من القانون المدني تتعلق بالتأمين التي أضافت حالة من حالات البطلان الخاصة بشرط التحكيم الوارد في عقد التأمين، ربما مرد ذلك إلى خشية المشرع الجزائري من الأنظمة القانونية الدولية أو عدم وجود قناعة بالتحكيم كوسيلة لحل المنازعات سيما في المجال الدولي فلم يعترف به إلا مؤخرا إنطلاقا من الفكرة السائدة بأن التحكيم عدالة الأقوياء.

هذا التقصير لا يقتصر على المجال التشريعي بغياب تقنين التحكيم البحري في مجال التأمين الذي يمثل ركيزة من ركائز الإقتصاد الوطني، إنما أيضا يفتقر إلى إجتهاادات قضائية في مجال التحكيم البحري عموما وإنعدام الإجتهااد التحكيمي، وحثمية اللجوء إلى القضاء في مرحلة التنفيذ يؤدي إلى تراجع دور التحكيم إلى نقطة البداية مما رسخ الإعتقاد بأن التحكيم ماهو إلا إهدار للوقت والمماطلة في تسوية النزاع .

ويمكن من خلال ما تم عرضه في هذه الورقة البحثية إستخلاص النتائج التالية:

. أن منازعات التأمين البحري لها خصوصياتها المتميزة مستمدة من تنوع طبيعتها المركبة بحرية دولية تجارية.

. يشمل التحكيم في منازعات التأمين البحري الخلافات المترتبة عن نشأة عقد التأمين البحري أو تفسيره أو تنفيذه، سواء تعلقت بالسفينة أو البضائع أو المسؤولية .

. وبما أن عقد التأمين البحري عقد دولي فإن مسألة تنازع القوانين لا يمكن إنكارها، لهذا السبب يلجأ بعض مالكي السفن غير الدوليين إلى هذه الوسائل القانونية.

. التحكيم الدولي في منازعات التأمين البحري تحكيم مؤسسي بإنتشار مراكز التحكيم البحري في العالم، نشأ وتوطد في الدول ذات الأساطيل القوية في أوروبا وأمريكا لتفاعل عدة عوامل إقتصادية جغرافية ثم إنتشر في الدول الساحلية للقارة الإفريقية مثلا مركز التحكيم في الجزائر مؤخرا.

- كذلك فإن التحكيم البحري أيضا تحكيم حر قائم على الأعراف المهنية والتجارة الدولية ونماذج العقود منها بواليص التأمين البحري المتعددة والمختلفة التي تتضمن شرط تحكيم.
- أرسى المشرع الدولي قواعد موحدة تطبق على المنازعات البحرية بما في ذلك المتعلقة بالتأمين عن طريق المعاهدات والإتفاقيات الدولية، وساهم قضاء التحكيم والقضاء العادي في وضع مبادئ عامة في مجال التحكيم البحري من خلال السوابق القضائية، إضافة إلى قواعد تحكم العقود النموذجية الشائعة في ميدان التأمين البحري، كل ذلك دعم إستقلال هذه المنازعات بقواعد خاصة مستقلة من الناحيتين الإجرائية والموضوعية.
- إعتقاد عملية الحلول كلوسيلة إجرائية لتمكين شركات التأمين التي لم تكن طرفا في إتفاق التحكيم أن يمتد أثاره إليها.
- كما يصنف التحكيم إلى تحكيم بحري ذات طابع دولي إستنادا إلى معايير تركز على أسس إقتصادية لتعلق المنازعة بالتجارة الدولية أكثر من العامل الجغرافي أو صفة الأطراف.
- يعتبر التأمين البحري الأرضية الخصبة للتحكيم لأن مجاله دولي، ولذلك فغالبا ما تتضمن عقودها شرط تحكيم، ومع ذلك فإن إتفاق التحكيم الذي يدرج في عقد التأمين البحري مستقل عنه فلا أثر لأحدهما على الآخر فيما يترتب عنهما من آثار قانونية.
- يعمل النظام العام على ضبط العلاقات بين الأطراف، غير أن حدوده غير واضحة على خلاف القواعد القانونية، وتختلف بحسب إختلاف المجتمعات وما إن كان داخليا أو دوليا، ولما كانت منازعات التأمين البحري ذات الطابع الدولي، فقد أجمع الفقهاء على أن المنازعات الدولية تستمد شرعيتها من النظام العام الدولي القائم على الأعراف السائدة في التجارة البحرية التي يقترن بها التأمين، هذا ما جعل مهمة القضاة معقدة عند فرضهم الرقابة على حكم التحكيم الدولي لعدم معرفتهم بهذه الأعراف المتشعبة، لذا يجب عليهم الأخذ بالمفهوم الميسر في تفسير النظام العام الدولي وعدم إستعماله وسيلة لعرقلة تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي.
- ولهذا فإنه لضمان فعالية الرقابة اللاحقة على حكم التحكيم الدولي في منازعات التأمين البحري لابد من منح هذا الإختصاص لجهاز متخصص يتكون من أشخاص مؤهلين يخضعون لتكوين خاص في المجال الدولي خاصة في ميدان التأمين البحري.

. يتبين أن دور الإرادة يتلاشى أثناء مرحلة التنفيذ، ذلك أن إجراءاته تخضع للقانون الذي تحيل إليه قواعد الإسناد في دولة التنفيذ، وبهذا فإن التحكيم وإن نجح في إستبعاد هذه القواعد في مرحلة قبل وأثناء سير خصومة التحكيم إلا أنه لا يسلم منها عند التنفيذ.

- حظر أغلب المشرعين الطعن في حكم التحكيم الدولي إلا عن طريق البطلان، وما دعوى البطلان إلا آلية للرقابة اللاحقة على حكم التحكيم جاءت حالاتها على سبيل الحصر، لا تهدف إلى مراجعة الحكم إنما تتمثل وظيفته القاضي في التصريح بالبطلان من عدمه دون أن يتعدى إلى مناقشة موضوع الحكم إحتراماً لإرادة الأطراف التي أسس عليها إتفاق التحكيم، وضمن تنفيذ حكم التحكيم، وحماية حقوق الأطراف بإستبعاد المعوقات التي يجد فيها سيء النية ظالته تحول دون التنفيذ، هذا ما يؤثر على دور التحكيم في تحقيق العدالة التي يبتغيها الأطراف عند اللجوء إلى التحكيم ويفقدون الثقة فيه.

- فتح المشرع منفذ أمام المحتج عليه بحكم التحكيم لدفع حكم تحكيم غير صحيح عن طريق دعوى خاصة المتمثلة في دعوى البطلان، وللمحد من تدخل القضاء في الرقابة على العمل التحكيمي فإنه ضيق من نطاقها من خلال عدة مسائل أهمها :

- إنتفاء طرق الطعن في حكم التحكيم الدولي إنما يكون ذلك بطريقة غير مباشرة عن طريق الطعن في أمر رفض التنفيذ الذي يخضع للإستئناف فقط دون المعارضة والتي إستبدلها المشرع المصري بالنزاع، وطرق الطعن غير العادية المتمثلة في الطعن بالنقض وإلتماس إعادة النظر وما يمكن أن نشير إليه بشأن هذه الآليات أن المشرع لم يضع لها قواعد تحكمها من حيث الإجراءات والإختصاص والأسباب التي تستدعي الطعن بالنقض وإلتماس إعادة النظر.

أما أمر التنفيذ لا يكون الطعن فيه ممكناً إلا إستثناء في حالات محددة على سبيل الحصر، وفي هذا الصدد فإن المشرع حصر حالات الطعن بالبطلان مستبعداً بعض الحالات التي من المفترض إدراجها لما لها من أثر منتج في الدعوى، فكيف يمكنه تجاهل بعض الحالات كالتزوير أو إكتشاف مستندات بعد صدور الحكم، ولا يملك الخصم طريق آخر للطعن دون الطعن بالبطلان بالتالي حرمانه من درء حكم معيب.

- إمكانية إحالة النزاع إلى هيئة تحكيم دائمة تتولى عن طريق لجنة مؤهلة للإشراف على عمل المحكم في إطار الرقابة الداخلية قبل صدور حكم التحكيم، وبالتالي ضمان أحكام نوعية وسليمة

خلال أجل قصير.

. ومع ذلك فإن الإرادة تبقى الملاذ الأخير في التحكيم، إذ يمكن للطرف المحتج عليه بحكم التحكيم التنازل عن الطعن سواء بالإستئناف أو البطلان، لكن هذا التصرف يقترن بشروط أهمها أن يكون صريحا.

**وعلى ذكر أهم النتائج المستخلصة في هذا الموضوع يمكن وضع بعض التوصيات الآتية:**

. أن برفع القيد الذي وضعه المشرع بفصل شرط التحكيم في وثيقة التأمين عن باقي شروطها العامة وأن يجيز وضع شرط تحكيم عام في كل وثائق التأمين البحري لتسوية كل المنازعات التي تترتب عن عقد التأمين البحري.

. أن يوضع قانون تحكيم يفسح بشكل كبير الحرية للأطراف في تحديد الإجراءات وفقا للقواعد الإجرائية المنتهجة في مؤسسات التحكيم المتخصصة يختارها الطرفين.

. إعتقاد التحكيم المؤسسي من شأنه أن يساهم في إيجاد مراكز تحكيم قطاعية تعمق مفاهيم التحكيم في قطاع التأمين البحري يعتمد على أشخاص مؤهلين لهم قدرة فائقة في التعامل مع نزاعات التأمين البحري.

. وضع تقنين خاص بالتحكيم البحري تدرج فيه قواعد تتعلق بالتأمين البحري أو على الأقل إدراج نصوص ضمن قانون التأمينات والقانون البحري تتعلق بالتحكيم في هذا المجال.

. خلق ثقافة قانونية تتعلق بالتحكيم في أوساط المجتمع البحري للتعريف بهذه الوسيلة الفعالة في تفويض منازعات التأمين البحري، وذلك عن طريق تكثيف الأنشطة العلمية من ندوات وملتقيات مؤتمرات وفتح دورات تدريبية.

. تكوين متخصصين في التحكيم البحري وإختيارهم من فئة المهنيين والخبراء في قطاع التأمين على هدي التحكيم الأوروبي بتعيين محكمين من مدرء تنفيذيين لشركات التأمين ومحامين.

. تفعيل دور القضاء في تشجيع التحكيم وذلك بنشر ما تيسر لديه من أحكام متعلقة به في نشرات قضائية للإطلاع عليها وإزالة عقدة الخوف تجاه التحكيم في الأوساط البحرية والمهنية من أجل الإقبال على هذه الآلية البديلة.

ملاحق

---

---

**ANNEXE 1**  
**Clause compromissoires**  
**et compromis d'arbitrage du CEFAREA**

Article 1 : le demandeur a, pour sa part, désigné en qualité d'arbitre (nom , prénom, domicile) .

La défendresse a, pour sa part, désigné en qualité d'arbitre (nom, prénom, domicile).  
Faute par les deux arbitres de convenir du troisième arbitre dans un délai de trente jours suivant la dernière date de signature de présent compromis, le troisième arbitre sera nommé par CEFAREA à la requête, par lettre recommandée, de la partie la plus diligente, notification de cette requête étant faite simultanément par lettre recommandée à l'autre partie.

Article 2 : les arbitres auront pour mission :

- De trancher les points suivants ( énoncé des points de litige et des demandes présentées) ;
- De se prononcer sur l'exécution provisoire ;
- De chiffrer les frais d'arbitrage et de dire à qui ils incombent ;
- De statuer plus généralement sur toutes questions dont dépendra la solution du litige .

Article 3 : les arbitres statueront en amiable composition  
(variante : les arbitres statueront en droit) .

Le tribunal arbitral siègera à ..... La langue de l'arbitrage sera .....

Article 4 : les arbitres rendront leur sentence dans les 6 mois de la constitution du tribunal.

Il sera précisé suivant le règlement d'arbitrage de CEFAREA .

Fait à ..... le .....

En autant d'exemplaires que de parties et d'arbitres

Signature des parties

## ANNEXE 2

**L'arrêt «Pella» et le principe «compétence/compétence»**

Cass. com. 21 février 2006 :

Il appartient, en principe, à l'arbitre de se prononcer, par priorité, sur sa propre compétence.

Le juge étatique est donc incompétent pour statuer sur l'opposabilité au porteur d'un connaissance de charte-partie d'une clause compromissoire contenue dans la charte dès lors qu'il n'existe pas de cause de nullité ou d'inapplicabilité manifeste de la clause.

1. L'arrêt rapporté valorise le principe «compétence-compétence» dégagé par la jurisprudence (Cass. civ. 22 févr. 1949) et consacré par les textes (v. notam. NCPC, art. 1466 : «si, devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe ou son étendue, le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture»).

Le droit positif est donc devenu très favorable à l'arbitrage. L'arbitre est même prioritaire pour « prendre l'affaire ».

2. Ainsi, l'arbitre dont la compétence reposant sur une clause compromissoire est contestée ne doit pas se dessaisir de l'affaire. Il doit retenir l'affaire, sauf pour lui, bien naturellement, à justifier sa compétence. Il lui appartient de statuer sur la clause qui fonde sa compétence :

- sur sa validité, si la critique porte, par exemple, sur une question de consentement ou de capacité, voire de pouvoir,
- sur son applicabilité, si le caractère contractuel du litige ne va pas de soi,
- ou encore sur son opposabilité, lorsque l'on se demande si la clause contenue dans la charte peut lier le porteur du connaissance ou son assureur.

3. Mais le principe compétence-compétence ne doit pas être compris uniquement sous son angle positif. Il conduit aussi le juge étatique à décliner sa compétence (cf. NCPC art. 1458, et spéc. al. 2 : « si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit ... se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle »).

C'est précisément sur l'aspect négatif du principe compétence-compétence que l'arrêt du 21 février 2006 est important. Dès l'instant que l'une des parties fait état d'une clause compromissoire et n'entend pas y renoncer, le juge étatique doit refuser sa compétence.

L'affaire appartient à l'arbitre, Il lui appartient de se prononcer par priorité sur sa compétence.

4. L'arbitre a alors toute compétence pour se prononcer (comme on l'a vu supra, n° 2)

- sur la validité de la clause, i.e. sur son acceptation par les parties initiales (dans une C/P, sur son acceptation par le fréteur et l'affréteur),
- sur son applicabilité, i.e. sur la question de savoir si le litige opposant les parties entre bien dans le champ d'application de la clause (la rédaction de la clause pouvant être plus ou moins large)
- ou encore sur son opposabilité à un tiers intéressé au contrat contenant la clause ou appelé à y devenir partie.

5. Ce n'est que dans des cas assez exceptionnels que le juge étatique conserve sa compétence :

- d'abord en cas de « nullité manifeste de la clause » (hypothèse difficile à imaginer dans des relations entre professionnels),

- ensuite en cas d'« inapplicabilité manifeste » de la clause, ce qui pourrait se rencontrer si la partie en faveur de qui la clause a été stipulée y a clairement renoncé et entendait néanmoins s'en prévaloir (rapp. dans un litige - maritime - où les parties n'étaient plus liées que par une clause attributive de compétence : Cass. 1ère civ. 27 avr. 2004, Bull. civ. I, n° 112).

### ANNEXE 3

**Cour de Cassation**

**Chambre civile 1**

**Audience publique du 22 novembre 2005 N° de pourvoi : 03-10087**

Publié au bulletin

**Président : M. ANCEL**

### REPUBLIQUE FRANCAISE AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Sur le moyen unique, pris en ses quatre branches, tel que figurant au mémoire en demande et reproduit en annexe ; Attendu que la société maltaise Nemesis Shipping Corporate (Nemesis) a pris en charge sans réserve, à bord de son navire Lindos, des lots de sacs de riz depuis la Chine et le Vietnam pour les acheminer à destination d'Abidjan, Monrovia et Freetown ; que des avaries ont été constatées lors des déchargements à chacune des destinations ; que les assureurs, dont la Compagnie Axa Corporate solutions, dûment subrogés dans les droits du destinataires, ont engagé une action en indemnisation contre le transporteur Nemesis et le capitaine du Lindos devant le tribunal de commerce de Marseille ; que ceux-ci ont invoqué la clause compromissoire contenue au contrat de transport ; Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 11 octobre 2002 rectifié le 13 décembre 2002) d'avoir renvoyé les parties à mieux se pourvoir ; Attendu que l'arrêt retient, d'abord, que les connaissements émis sous couvert d'une charte partie au voyage à laquelle ils se réfèrent expressément permettent de déterminer le pays, la ville, la procédure de Désignation et le droit applicable concernant l'arbitrage, ensuite que les destinataires ont pu avoir connaissance de la clause dès le déchargement et les expertises contradictoires, enfin, que les assureurs subrogés ne peuvent se prévaloir de l'inopposabilité de la clause à leur égard en l'absence de consentement exprès dès lors qu'il est habituel qu'une clause d'arbitrage international soit insérée dans un contrat de transport maritime international ; que la cour d'appel a ainsi légalement justifié sa décision au regard de la règle matérielle du droit de l'arbitrage selon laquelle il appartient à l'arbitre de se prononcer par priorité, sous le contrôle éventuel du juge de l'annulation, sur sa compétence, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause d'arbitrage ; D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli dans aucune de ses branches ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ; Condamne les sociétés demanderesse aux dépens ; Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, rejette les demandes ; Ainsi fait et jugé par la Cour de Cassation, Première chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-deux novembre deux mille cinq

المراجع

قائمة المراجع

أولا . المراجع باللغة العربية

1 . النصوص القانونية :

1 . 1 . القوانين والأوامر:

- القانون رقم 59/75 المؤرخ في 1975/09/26، ج ر عدد 101 الصادرة في 1975/12/19 المعدل والمتمم بالقانون رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/06 المتضمن القانون التجاري، ج ر، عدد الصادرة في 2005/02/06.
- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 21 صادرة في 2008 /04/25.
- الأمر 15/74 المتعلق بالزامية التأمين على المركبات البرية، صدر المرسوم التنفيذي رقم 412/95 الذي حدد البضائع ومعدات التجهيز المستوردة عن طريق البحر والجو من إلزامية التأمين عليها لدى شركات التأمين المعتمدة في الجزائر، ج ر عدد 76، صادرة في 12/10/1995/.
- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/9/26 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 2005/5/13 المتضمن القانون المدني، ج ر، العدد 31، الصادرة بتاريخ 2005/5/13.
- الأمر رقم 07/95 المتعلق بالتأمينات الصادر في 1995/02/25، ج ر عدد 13، صادرة في 1995/03/8 معدل ومتمم بالقانون رقم 04/06 مؤرخ في 2006/02/20، ج ر عدد 15 صادرة في 2006/03/12. الأمر رقم 01/10 المؤرخ في 2010/08/26 الأمر رقم 11/11 الصادر في 2011/07/18، ج ر عدد 40، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08/13 الصادر في 2013/12/30، ج ر عدد 68.
- الأمر رقم 27/96 الصادر في 1996/ 12/23 المتعلق بالقانون التجاري الجزائري.
- المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 1988/11/05 المتضمن الإنضمام بتحفظ إلى إتفاقية نيويورك المتعلقة بالاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي التي أقرها مؤتمر الأمم المتحدة بنيويورك في 1958/06/10، ج ر رقم 23 الصادرة في نوفمبر 1988.

2. 1 . النصوص التنظيمية :

- المرسوم التشريعي رقم 09/93 مؤرخ في 25/04/1993 عدل وتمم الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08/06/1066 المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر عدد 27 صادرة في 27/4/1993.

### 1.3. نصوص أخرى :

- القانون رقم 60 لسنة 1971 المتعلق بالتحكيم الإلزامي في منازعات المؤسسات العامة وشركات القطاع العام ج ر ، عدد 26 صادرة في 30/09/1971.

- القانون المصري رقم 203 لسنة 1991 المتعلق بقطاع الأعمال العام، ج ر العدد 24 مكرر صادرة بتاريخ 19/6/1991 الذي ألغى القانون رقم 97 لسنة 1983 المتعلق بهيئات القطاع العام للأعمال وشركاته، ج ر العدد 31 الصادرة بتاريخ 4/8/1983 .

- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 المؤرخ في 21/04/1994، ج ر العدد 16.

- التعليمات رقم (9 لسنة 2005)، (7 لسنة 2005) المتعلقة بإجراءات التحكيم في نزاعات التأمين وأحكامها، ج ر عدد 4726 الصادرة في 10/11/2005 تطبيقاً لأحكام المادة 84/أ من قانون تنظيم أعمال التأمين الأردني رقم 33 لسنة 1999.

- قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 المعدل بالقانون رقم 16 لسنة 2018 ج ر عدد رقم 4496، بتاريخ 16/07/2001، ج ر عدد 5513 بتاريخ 02/05/2018.

### 2. المؤلفات العامة والمتخصصة

#### 1.2. المؤلفات المتخصصة

1. أسعد عبد العزيز الغامدي، قضايا التأمين في المملكة العربية السعودية. دراسة مقارنة الطبعة الأولى، دار الكتاب الجامعي، الرياض، 2016.

2. أنس محمد عبد الغفار، آليات مواجهة الشروط التعسفية في عقود الإذعان، دار الكتب القانونية، مصر، 2013.

3. باسم محمد صالح عبد الله، التأمين أحكامه وأساسه . دراسة تحليلية مقارنة. دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2011.

4. زيد محمود العقابلية، الجامع في التشريعات المتعلقة بالتأمين وفقاً لأحدث التعديلات، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.

5. زيد منير عبودي، إدارة التأمين والمخاطر، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،

2006

6. سعيد أحمد شعلة، قضاء النقص في التأمين، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1997.
7. علي بن غانم، التأمين البحري وذاتيته ونظامه القانوني، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
8. غريب الجمال، التأمين في الشريعة الإسلامية والقانون، دار الفكر العربي، 1975.
9. هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الإذعان، منشورات حلبي الحقوقية لبنان، 2014.
10. يوسف حجيم الطائي، سنان كاظم الموسوي، حسين جميل البديري، هاشم فوزي العبادي إدارة التأمين والمخاطر، اليازوري، العراق، 2016.
11. لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.

## 2.2. المؤلفات العامة

1. أبجناد محمد بن ناصر بن محمد، التحكيم في المملكة العربية السعودية، معهد الإدارة العامة، الرياض، 1999.
2. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
3. أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.
4. أحمد إبراهيم عبد التواب، إتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
5. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الإختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988.
6. أحمد أبو الوفاء، عقد التحكيم وإجراءاته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
7. أحمد السيد حماوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 1994/27 وأنظمة التحكيم الدولية، الطبعة الثانية، د.د.ن، القاهرة، 2008.
8. أحمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
9. أحمد حسني، عقد النقل البحري، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1991.
10. أحمد خليل حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.

11. أحمد عبد الحميد عشوش، التحكيم كوسيلة لفصل المنازعات في مجال الإستثمار، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1990.
12. أحمد عبد الكريم سلامة، أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
13. أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية والدولية والداخلية، المدنية والتجارية والإدارية والجمركية دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
14. أحمد لعور نبيل صقر، القانون المدني وتطبيقا لأحدث التعديلات بالقانون 05/07، موسوعة الفكر القانوني، دار الهدى، الجزائر، 2007.
15. أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ وفقا لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية والتشريعات المرتبطة بها، الطبعة الثالثة، دار أبو المجد للطباعة والنشر، القاهرة، 1997.
16. أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
17. أحمد محمود حسني، قضاء النقض البحري، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.
18. أحمد محمود خليل، موسوعة التشريعات البحرية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2010.
19. أحمد محمود عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
20. أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين . الأمر بتنفيذ الأحكام الوطنية والأجنبية في ضوء قانون المرافعات وقانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994 وإتفاقية نيويورك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001.
21. أسامة أبو الحسن مجاهد، قانون التحكيم الفرنسي الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
22. أسعد فاضل مندل، أحكام عقد التحكيم وإجراءاته، الطبعة الأولى، دار نيبور، بغداد، 2011.
23. أشرف عبد العليم الرفاعي، إتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006 .
24. أشرف عبد العليم الرفاعي، إتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة والدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
25. آمال أحمد فزائري، دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1995.

26. آمال بدر، الرقابة القضائية على حكم التحكيم التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، منشورات حلبى الحقوقية، 2012.
27. الأنصاري حسن النيداني، الأثر النسبي لإتفاق التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011 .
28. إيهاب عمرو، التحكيم التجاري الدولي المقارن في ضوء تحولات سياسات التنمية الإقتصادية في الدول النامية، الطبعة الأولى، الوراق للنشر والتوزيع، عمان، 2014.
29. جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
30. جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية وأسباب بطلان القرار التحكيمي وآثاره، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2009.
31. جلال وفاء محمدين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لسوية منازعات الإستثمار، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1995 .
32. حسن حرب اللصاصمة، تسوية الخسائر البحرية المشتركة في الفقه الإسلامي والقانون البحري الدولي . دراسة مقارنة، طبعة أولى، دار الخليج، عمان، 2015.
33. حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي، مطبعة عباد الرحمان الكويت، 1996.
34. حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دراسة تحليلية وإنتقائية لأحكام القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 ولبعض القوانين الأجنبية والمعاهدات الدولية المنظمة للتحكيم وخاصة معاهدة نيويورك ومعاهدة واشنطن، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997.
35. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات حلبى الحقوقية، لبنان، 2007 .
36. حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي . الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام التحكيم، الكتاب الثاني، منشورات حلبى الحقوقية، بيروت، 2007.
37. خالد إبراهيم التلاحمة، الدفع بالتحكيم وأثره على الدعوى القضائية، دار جهينة، الأردن 2006.
38. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة مع إشارة خاصة لأحدث أحكام القضاء المصري، الطبعة الأولى ، دار الشروق، القاهرة، 2002.

39. خالد منصور إسماعيل، تسبيب أحكام التحكيم التجاري، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والإقتصاد، الإسكندرية، 2015.
40. رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003 .
41. رمضان أبو السعود، أصول التأمين، الطبعة الثانية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2003.
42. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة (إتفاق التحكيم)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.
43. سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
44. سمير فرنان بالي، قضايا التحكيم في الدول العربية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، 2008.
45. شريف الطباخ، التحكيم الإختياري والإجباري، في ضوء الفقه والقضاء، دار الفكر والقانون، القاهرة، 2008.
46. شكري أحمد السباعي، الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن، الطبعة الثانية، مكتبة المعارف، المغرب، 1983.
47. صلاح الدين جمال الدين ومحمود مصيلحي، الفعالية لدولية لقبول التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
48. طرح البحور علي حسن، الاختصاص القضائي بحكم التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006.
49. طرح البحور علي حسن، عقود المستهلكين الدولية ما بين قضاء التحكيم والقضاء الوطني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،
50. عاشور مبروك، النظام القانوني لتنفيذ أحكام التحكيم، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
51. عاطف شهاب، إتفاق التحكيم التجاري الدولي والداخلي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2004.
52. عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية . دراسة مقارنة للتحكيم البحري في لندن ونيويورك وباريس مع شرح أحكام القانون المصري في المواد المدنية والتجارية 1994، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
53. عاطف محمد الفقي، قانون التجارة البحرية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

54. عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
55. عبد الحميد الأحذب، التحكيم وأحكامه ومصادره، الجزء الأول، دار نوفل، بيروت، 1990.
56. عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، ط1، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2008.
57. عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم، التحكيم في البلدان العربية، الكتاب الأول، الطبعة الثالثة، المنقحة والمحدثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.
58. عبد الحميد الشواربي، التحكيم والصلح في ضوء الفقه والقضاء، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994.
59. عبد الحميد المنشاوي، التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية، التجارية والإدارية، المكتب العربي الحديث، 2003.
60. عبد الحميد محمد الحوسني، التحكيم البحري وفقا لقانون الإجراءات المدنية الإماراتي والقانون المصري والإتفاقيات الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
61. عبد الرزاق السنهوري . الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، المصادر، الإثبات، الآثار الأوصاف الإنتقال، الإنتضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004 .
62. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1 ، م 1، د ط، منشورات حلبي الحقوقية بيروت، 1998.
63. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
64. عبد العظيم أبو غابة، التحكيم وأثره في فض المنازعات، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.
65. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية في مصر، دار الكتب القانونية، 2007.
66. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.
67. عبد القادر العطير، التأمين البري في التشريع الأردني، دار الثقافة، الأردن، 1995.
68. عبد المنعم الدسوقي، التحكيم التجاري الدولي والداخلي تشريعا فقها قضاء، مكتبة مارولي، القاهرة، 1995.
69. عبد الوهاب قمر، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون الجزائري، دار المعرفة 2009.

70. عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم الكويتي، الطبعة الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، 1990.
71. 2007.
72. علي الطاهر البياتي، التحكيم التجاري البحري، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2005.
73. علي حسن عوض، التحكيم الإختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار الفكر، مصر، 2001
74. عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
75. عليوش قريوع كمال، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
76. عمرو عيسى الفقي، الجديد في التحكيم في الدول العربية، منشورات المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية، 2003 .
77. العوضي عثمان، محمد عبد الغفار بسيوني، مبادئ القانون، الطبعة الثانية، مطبعة عبد الهادي فرج، 2006.
78. فتحي إسماعيل والي، الوسيط في القانون والقضاء المدني، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية القاهرة، 1993.
79. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، منشأة المعارف الإسكندرية، 2007.
80. فراح مناني، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات، دار الهدى، الجزائر، 2010.
81. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الجزء الخامس، مكتبة دار الثقافة، عمان، 1997.
82. قاسم أحمد الشيخ، التحكيم التجاري الدولي، دار الجاحظ للطباعة، دمشق، 1994 .
83. كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 1991.
84. لزه بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة، الجزائر، 2012.
85. مأمون عبد العزيز إبراهيم، التجارة والتحكيم الدولي، الطبعة الأولى، دار الإعصار العلمي الأردن، 2016 .

86. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية القاهرة، 1997.
87. محمد إبراهيم، الوجيز في الإجراءات المدنية . الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.
88. محمد شعبان إمام السيد، التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات في العقود الدولية، الطبعة الأولى دار المناهج، عمان، 2014.
89. محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري (النطاق الشخصي لإتفاق التحكيم في عقد النقل البحري)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.
90. محمد عبد الفتاح ترك، شرط التحكيم بالإحالة وأساس إلتزام المرسل إليه بشرط التحكيم الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
91. محمد علي خليفة، أهم القضايا البحرية الصادرة من المحاكم السودانية، الطبعة الثانية، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2002.
92. محمد نور شحاتة، الرقابة على أعمال المحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
93. محمد عبد المنعم الخلاوي، المستحدث من المبادئ التي قررتها الدوائر المدنية في مواد المرافعات في 10 سنوات من أول يناير 2003 لغاية أواخر ديسمبر 2012، المكتب الفني لمحكمة النقض، القاهرة، د س ن.
94. محمود السيد التحيوي، الحدود الزمنية والموضوعية لولاية المحكم على الدعوى التحكيمية، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2011.
95. محمود السيد التحيوي، العنصر الشخصي لمحل التحكيم، الطبعة الأولى، الدار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
96. محمود السيد التحيوي، تنفيذ حكم المحكمين وفقا لقانون التحكيم المصري رقم 27/1994 في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
97. محمود سمير الشراقوي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
98. محمود سمير الشراقوي، القانون البحري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
99. محمود عبد الرحيم الديب، الحماية المدنية للمستهلك . دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.
100. مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
101. محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
102. محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

103. محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الثالث، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998 .
104. محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الرابع، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2000.
105. مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
106. معتز عفيفي، نظام الطعن على حكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
107. ممدوح طنطاوي، التوفيق والتحكيم ولجان فض المنازعات، الطبعة الأولى، مطبعة المعارف، الإسكندرية، 2003 .
108. ممدوح عبد العزيز العنزي، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي، الطبعة الأولى منشورات الحقوقية، بيروت، 2006 .
109. منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995.
110. منير عبد المجيد، التطعيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
111. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
112. منير محمد الجنبهي، ممدوح محمد الجنبهي، الإعراف بقرارات التحكيم الأجنبية وإنفاذها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005 .
113. مهدي أحمد الصانوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة، 2005 2005
114. موفق حماد عيد، الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بغداد، 2011.
115. ناصر ناجي محمد جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية، المكتب الجامعي الحديث عمان، 2008.
116. نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011 .
117. نبيل زيد سليمان مقابلة، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006

118. هشام علي صادق، تنازع القوانين، (دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993 .
119. وجد راغب فهمي، التنفيذ القضائي وفق أحدث التعديلات التشريعية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، د د ن، 1995.
120. يعقوب يوسف صرخوه، أحكام المحكمين وتنفيذها في التحكيم التجاري، الطبعة الأولى د د ن، الكويت، 1986.
121. يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- 3. الرسائل الجامعية:**
- أرزقي بوعراب، حماية المؤمن له من الشروط التعسفية في عقود التأمين، أطروحة دكتوراه جامعة مولود معمري بتيزي وزو، 2019.
1. بلباقي بومدين، التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقد النقل البحري للبضائع ، رسالة دكتوراه كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2017 . 2018.
- 2- بن عامر بواب، تنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية في المواد المدنية والتجارية، رسالة دكتوراه جامعة البليدة، 2011.
3. حميد بن شنيبي، سلطة القضاء في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1996.
4. خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، رسالة دكتوراه، 2009.
- 5- خديجة بودالي، إتفاق التحكيم في عقد النقل البحري (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015.
6. سفيان سولم، الطرق البديلة لحل المنازعات المدنية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014.
- 7- سليم بشير، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2010 . 2011.
- 8- عزت البحيري، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة 1997.
- 9- ليندة سعدي، إنتهاء عقد التأمين البحري والجهات المختصة بفض النزاعات الناشئة عنه مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2005 . 2008.

10. مراد بسعيد، عقد النقل البحري للبضائع وفقا للقانون البحري الجزائري والإتفاقيات الدولية رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2012، ص 327 .
11. مصطفى حلمي، قاضي التنفيذ في التشريع المغربي والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء، 2005.

#### 4 . المقالات العلمية:

1. أرزقي بوعراب، إخصاع عقود التأمين للنظام العام، المجلة النقدية، العدد الثاني، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، 2017.
2. أفراح عبد الكريم خليل، التحكيم في المنازعات البحرية، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 14 العدد 50 لسنة 16.
3. إيناس خلف الخالدي، تقييم آلية تنفيذ أحكام التحكيم في نظام التحكيم السعودي، مجلة منازعات الأعمال، كلية الدراسات القضائية والأنظمة، جامعة أم القرى، 2017.
4. جمال بن عصمان، الإعتراف بأحكام التحكيم الدولية وتنفيذها في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، مجلة دراسات قانونية، العدد الثامن، جامعة تلمسان، 2008.
5. جمال عبد الناصر مانع، الإتفاقيات الدولية كمصدر لقواعد التحكيم التجاري الدولي، مجلة العلوم القانونية، جامعة عنابة، الجزائر، العدد 13
6. حمزة التريد، مشروعية التحكيم في نزاعات الإستهلاك ومدى ملائمته لخصوصيتها، مجلة القانون والأعمال الدولية، جامعة الحسن الأول، سبتمبر 2015.
7. حمزة محمد دياب، التحكيم في المنازعات التجارية البحرية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، 2016.
8. خليفة كرفة محمد، ضرورة التخلي عن ربط الشروط التعسفية بعقود الإذعان من أجل حماية واسعة للمستهلك مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد الرابع، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، 2017
9. رقية عواشيرية، التحكيم المؤسسي ودوره في تحقيق الذاتية الخاصة للمنازعات البحرية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، ديسمبر 2009.
10. زهرة ناجي، مبدأ حق الطول القانوني للمؤمن محل المؤمن في الرجوع على الغير في التأمين البحري، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، العدد الرابع، جامعة تلمسان، 2016.

11. الشريف بحماوي، سلطة القاضي في تعديل الشروط التعسفية، مجلة الباحث للدراسات القانونية، العدد الثاني، جامعة حمة لخضر، باتنة، جامعة حمة لخضر، باتنة، 2014.
12. عبد الحميد الأحذب، قانون التحكيم الجزائري الجديد، مجلة مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، منشورات الحلبي، بيروت، 2009 .
13. عبد العزيز خنفوسي، القواعد الإجرائية التي تحكم الإعراف بأحكام التحكيم وإنفاذها وتوجب الطعن فيها في ظل التشريعات المقارنة، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 12، جانفي 2015.
14. عبد الله السوفاني، الرقابة القضائية على هيئة التحكيم (دراسة نظرية وفقا لقانون التحكيم الأردن)، مجلة المنارة، المجلد 20 ، العدد 3، كلية القانون . جامعة آل البيت، الأردن، 2014.
15. عبد المالك باسود، ماهية قواعد عبر الدولية في التحكيم التجاري الدولي، مجلة الدراسات الحقوقية، العدد الأول كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سعيدة، 2014.
16. فاطمة شعران، إتفاق التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري . دراسة مقارنة. المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي بتسيمسيلات العدد الثاني، 2016.
17. فتح الدين بن حمو، رقابة القضاء الجزائري على حكم التحكيم البحري، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، العدد الأول، مارس 2015.
18. كريم تعويلت، دور القاضي في تحقيق فاعلية التحكيم التجاري الدولي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد الأول، 2010.
19. كريمة بركات، الحماية القانونية للمستهلك في عقود الإذعان، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، العدد الثاني، 2002.
20. ليلي بن تركي، التحكيم في عقود إيجار السفن البحرية، مجلة العلوم القانونية والسياسية المجلد الرابع، العدد الثاني، 2018.
21. محمد ظاهر معروف، شرط التحكيم في القانون الخاص العراقي . دراسة مقارنة، الهيئة العربية الدولية للتحكيم والعلاقات الدبلوماسية، 2014/1/14 مقال منشور على الموقع الإلكتروني: <http://m.facebook.com/in fo.aiaa>

22. محمد عبد الرؤوف، التظلم من أمر منح الصيغة التنفيذية، مجلة التحكيم العربي، العدد 19  
2012.
23. مروان عبد الهادي بشير الدوسري، التحكيم الدولي التجاري في النقل البحري وأثر تطبيق  
إتفاقية هامبورغ لسنة 1978، مجلة الأنبار للعلوم الإقتصادية والإدارية، المجلد 7، العدد 13  
2015
24. مصطفى تراري ثاني، التحكيم التجاري الدولي في الجزائري إثر المرسوم التشريعي رقم  
09/93 المؤرخ في 25/04/1993 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية، مجلة دراسات  
قانونية جامعة الجزائر، العدد الأول جوان 2002.
25. معمر حيتالة، طرق الطعن في أحكام التحكيم التجاري الدولي، مجلة العلوم القانونية  
والسياسية عدد 15، جامعة الوادي، جانفي 2017.
26. نور الدين بكلي، دور وأهمية إتفاق التحكيم في العقود التجارية الدولية في القانون  
الجزائري والقوانين العربية، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء الأول، الطرق البديلة لحل  
النزاعات الوساطة والصلح والتحكيم، 2009 .
27. هاجرة بومناد، الإعراف بأحكام التحكيم الدولي وتنفيذها طبقا للتشريعات الوطنية والدولية  
مجلة الفقه والقانون عدد 39، 2016.
28. هبة أحمد سالم، الشروط التحكيمية وعيوب صياغتها من واقع قضايا مركز القاهرة الإقليمي  
للتحكيم التجاري الدولي، مجلة التحكيم العربي، العدد 24، جوان 2015.
29. يوسف أحمد مفلح، إختصاص المحاكم البحرية في الخلافات الناشئة عن عقود النقل  
البحري ذات الطرف الأردني، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، العدد 27، جانفي، 2017.

##### 5. المدخلات :

1. أحمد محمد الهواري، موقف التشريعات العربية من الإتجاهات الحديثة في التحكيم مع التركيز  
على موقف قانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات ومشروع القانون الإتحادي للتحكيم، المؤتمر  
السنوي السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، كلية القانون جامعة الشارقة، الإمارات العربية  
المتحدة
- 2- حسم المنازعات البحرية، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الخامس عشر لمسؤولي إدارة التشريع  
في الدول العربية، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، بيروت من 3 إلى 5/05/2016.

3. حمزة أحمد حداد، حكم التحكيم وشروط صحته، دورة التحكيم في العقود الهندسية والإنشائية وإعداد المحكمين في دمشق، بحث مقدم لدورة التحكيم في العقود الهندسية والإنشائية وإعداد المحكمين في دمشق، 11/30 و 01/12/2008، غرفة التحكيم العربية للعقود الهندسية والإنشائية، 2008/11/05 نقلا عن المجلة اللبنانية، عدد 32 .
4. عبد الأمير الفرج، أهمية التأمين والتحكيم، مداخلة أقيمت في المؤتمر الدولي الأول بعنوان النقل البحري وحمايته بالتأمين والتحكيم البحري، مركز قطر الدولي للتوفيق والتحكيم، الدوحة في 2018/05/08.
5. عبد الحميد الأحذب، إجراءات التحكيم، المؤتمر السنوي السادس عشر. التحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة.
6. غسان رباح، سلطة القضاء في الرقابة على قرارات المحكمين، المؤتمر السنوي السادس عشر حول التحكيم التجاري الدولي، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة.
7. غسان علي القيت، شرط ومشاركة التحكيم في المنازعات البحرية، محاضرة أقيمت في مركز العدالة للتحكيم والدراسات القانونية، مؤسسة الوحدة للطباعة النشر والتوزيع، اللاذقية العدد3، 2015.
8. محمد أحمد بديرات، مدى سلطة القاضي في التدخل في إجراءات التحكيم، دراسة في قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001، المؤتمر السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي).
9. محمود سمير الشرقاوي، الدور الخلاق في مجال التحكيم التجاري الدولي، المؤتمر السنوي السادس عشر حول التحكيم التجاري الدولي، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة.
10. مصطفى تراري ثاني، التحكيم البحري مؤسساته قواعده وذاتيته، أشغال الملتقى الدولي في المنازعات البحرية جامعة وهران 2 و 3/05/2009.
11. منصف الكشو، دور القضاء في تطبيق وإنفاذ الإتفاقيات الدولية في منازعات الإستثمار ورقة عمل تونس، 2013.
12. ميهوب معماري، رقابة قضاء البطلان على القرارات التحكيمية، المؤتمر السنوي السادس عشر ( التحكيم التجاري الدولي)، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة.

13. وفاء مزيد فلحوط، النظام القانوني الواجب التطبيق في إطار التحكيم التجاري الدولي  
المؤتمر السنوي السادس عشر، التحكيم التجاري الدولي، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية  
القانون .

**6 . مجلات قضائية :**

مجلة التحكيم التونسية رقم 42 بسنة 1993 مؤرخة في 26/04/1993.

مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2008.

مجلة المحكمة العليا، العدد الرابع، أكتوبر 2009.

**7 . مواقع إلكترونية :**

. النشرة الدورية للمعهد العربي الأمريكي للتحكيم التجاري الدولي (AIFICA) منشور على الموقع

<http://www.aifca.com/2018/10/17> الإلكتروني

- [www.swarb.co.uk/allianz-spa-anciennement](http://www.swarb.co.uk/allianz-spa-anciennement)
- [www.intracen.org](http://www.intracen.org)
- [www.intracen.org/reglement darbitrage de la chambre arbitrale maritime de paris](http://www.intracen.org/reglement%20darbitrage%20de%20la%20chambre%20arbitrale%20maritime%20de%20paris)
- [www.cci.paris.idf.fr](http://www.cci.paris.idf.fr)
- [www.mémoire.im.u-psud.fr](http://www.memoire.im.u-psud.fr)
- [www.courdecassation.fr/publications cour 26/bulletion information cour cassation](http://www.courdecassation.fr/publications%20cour%2026/bulletion%20information%20cour%20cassation)
- [www.fondation-droitcontinental.org](http://www.fondation-droitcontinental.org)
- [www.lepetitjurist.fr](http://www.lepetitjurist.fr)
- Harbour assurance co.(UK) .Ltd.kansageneral international insuranceco .Ltd
- [www.cci.paris.idf.fr](http://www.cci.paris.idf.fr)
- [www.C&MPECHedu](http://www.C&MPECHedu) 01jan1969
- [www.sefarea-arias.fr](http://www.sefarea-arias.fr)»arbitres
- [www.argusassurance.com](http://www.argusassurance.com)
- [www.inssurance4arab.com](http://www.inssurance4arab.com)
- [www.arbitrage.maritime.org](http://www.arbitrage.maritime.org)
- [www.idit.asso.fr](http://www.idit.asso.fr)

**ثانيا . المراجع باللغة الأجنبية**

**A -Les ouvrages**

1. BERNARD Viret, mode de reglement non contentieux des indemnité d'assurance, colloque juridique international magistrats- assurance du CEA en octobre 1991 RGGAT, 1991.
2. BIGOT Jean, BAUCHARD Jean et autre, traité de droit des assurances, tome 3, le contrat d'assurance, LGDJ, DELTA, Paris, 2003 .

3. BOUCKAERT C et DYPERYRER, le nouveau droit français de l'arbitrage et ses implications en matière d'assurance et de réassurance, RGDA, 2011,
4. BREDIN Jean-Denis, la paralysie des sentences arbitrales par labus des voies de recours, clunet, paris, 1962.
5. CABANIS A, l'apparition de l'arbitrage comme mode alternatif de règlement des différends, colloque internationale alger, les modes internationaux de règlement des conflits, 06 & 7 /05/2014 université d'alger..
6. CHARLES Lemonnier, commentaire sur le principale police d'assurance maritime usitée en France, tome 2, editeurs, paris.
7. CHRISTOPHE Seraglini et JÉRÔME Ortsedt, droit de l'arbitrage interne et international, motchretien, paris, 2015.
8. DERAIS Y, Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale, Litec Paris, 1982.
9. DERMINE L, arbitrage commercial en Belgique, larcier, Bruxelles, 1975.
10. DUBARRY J-C, LOQUIN E, clause compromissoire, groupe de contrats, clause contenue de l'accord de principe, Extension aux litiges portant sur des contrats d'application, RTD ,1992.
11. EMIEL Feldmen , l'arbitrage- nouveau mode de résolution des litiges en assurance règlementation , 29/12/2016.
12. GAILLARD Emmanuel, La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international, Bulletin des arrêts de la cour de cassation, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 11 juillet 2006.
13. FALLON. M, Les accidents de la consommation et le droit, Bruylant, Bruxelles, 1982
14. FOUCHARD. Ph, GAILLARD.E, GOLDMEN.B, international commercial arbitration, kluwerlaw international, american, 1999 .
15. FOUCHARD.Ph, Gaillard .E, Goldman B, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec, paris, 1996.
16. FOUCHARD Philippe , GAILLARD Emmanuel et GOLDMAN Berthold, traité de l'arbitrage commercial international, éditions LITEC et DELTA, 1999.
17. GAIALLARD. E, Arbitrage commercial international convention d'arbitrage ,autonomie et principe de validite , droit applicablemj.CL.,1994 .
18. GAILLARD Emanuel, arbitrage commercial international, controle étatique de la sentence jurisclasseur procédure civile, fascicule, 1992.
19. GARY B .Born, international commercial arbitration, volume 01, wolter skluswer america, 2009.
20. GEORGIOS I Zekos, international commercial and marine arbitration, routed gecavendish, london, 2008.
21. GRONDIN Jean yves, Gazette de la chambre « lettre d'information de la chambre maritime de paris, les sentences recentes, N° 13, 2007.
22. JACQUET (J.M), Principe d'autonomie et contrats internationaux, Economica, Paris 1983 .

23. JACQUET .M, DELEBEQUE.Ph, droit de commerce international, Dalloz paris 2000.
24. JARROSSON Charles, la notion d'arbitrage, LGDJ, paris. 1987
25. JARROSSON. Charles, le nouvel essort de la clause compromissoire après la loi de 15 mai 2001, JPC. 2001.
26. JURGEN Basedow, ULRICH Magnus, RUDIGER Wolfrum, the Hamburg lecture on maritime affairs 2007&2008, springer, london, 2010.
27. kessedjian M , Débat du 25 /11/2005 .
28. KREINDLER Richard H, competence-competence in the face of illegality in contrats and arbitration, ail pocket, 2013.
29. LATIN Pierre, assurance maritime, revue droit maritime française, N° 585, paris,1998
30. LOQUIN Eric, arbitrabilité et protection des parties faibles, travaux du comité français de droit international privé, novembre 2005,pedone, paris, 2008.
31. MAYER .P, Traité de droit international privé, 5ème éd, Paris, Monchrestien, 1994.
32. MIGNARD Jean-pierre et BENOIT Huet, le caractère non suspensif de l'appel formé contre l'ordonnance d'exequatur, Exequatur des sentences arbitrales : pour une procédure, Gazette du palais, 07/09/2013.
33. PICARD M te BESSON M , les assurances terrestres, T.I, le contrat d'assurance LGDJ,1982.
34. PORIN M, sécurisation des engagements, inspect institutionnels, in assurance et protection sociale,dir.GILET J-L , LORIFERNE D et PRETOT X, paris, Dalloz, 2011
35. PRIOUX R, Le juge et l'arbitre face aux lois étrangères d'application immédiate dans les contrats internationaux, R.D.C.B, 1988.
36. SERAGLINI Christophe et ORTSCHEIDT Jérôme, droit de l'arbitrage interne et international , 2 eme édition , LGDj , Montchrestion , paris, 2019 .
37. RENE David, l'arbitrage dans le commerce international, economica ,paris, 1982.
38. STEPHANE Choisez, subrogation et arbitrage, centre français d'arbitrage de réassurance et assurance, N°17 , CEFAREA, 2012.
39. THOMAS Lapierre, sens et portée du principe d'autonomie de la clause compromissoire international en droit français et droit américain, arbitrage et ADR MBDE
40. TOMAS Klay, code de l'arbitrage commenté , lexis nexis, paris, 2015.
41. TURGNE Franck, l'arbitrage en matière d'assurance et de réassurance, Economica paris, 2007.
42. Victor Alexis Désiré DALLOZ Aîné et Armand DALLOZ, jurisprudence generale répertoire et alphabatique de légistalation de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, cruminel, administratif, de droit des gens et droit public tome quatrième, paris, 1846.

### **B-Les thèses**

1. ABDOU Diallo,réflexion sur l'arbitrage dans l'espace OHADA, thèse de doctorat universite de perpignat, France, 2016.

2. GAMALELDIN Hossam Mohamed, Etude regles d'indemnisation du prejudice dans l'arbitrage international : Vers une indemnisation adequate du prejudice, thèse de doctorat, université (Paris 1), PANTHEON-SORBONNE, 2014.
3. HAMDI Ouerghi, l'autonomie de la clause compromissoire en matière d'arbitrage international mémoire présenté à faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de maîtrise en droit (L.L.M), faculté de droit, univ. Montréal, 2006.
4. HOCINE Farida, l'influence de l'acceptation de la sentence arbitrale de le juge algerien sur l'efficacité de l'arbitrage commercial international, thèse de doctorat, université tizi wezo, 2012.
5. MAILLARD Rémi, Y-il, encore, des assureurs en risques politiques ? Ou comment réduire l'insécurité des risques politiques? thèse professionnelle. les travaux de l'Enass, école nationale d'assurances, l'institut du Cnam, 2009.
6. MANIJEH Danay Elmi, la sentence arbitrale et le juge étatique-approche comparative des systèmes français et iranien, thèse de doctorat, université, Paris 1 Pantheon-sorbonne, 2016.
7. MCARDLE FROISSARS Bronwyn, exécution de la sentence arbitrale et les voies de recours contre la sentence rendue, mémoire pour le D.E.S.S, université d'aix marseille, 1999.
8. NADJIB Mohamed el mehdi, L'intervention du juge dans la procédure arbitrale, thèse de doctorat, école doctorale de droit (ED N° 41), université de BORDEAUX, 2016.
9. PAPADATOU Marina, la convention d'arbitrage dans le contrat de transport maritime de marchandises : étude comparée des droits français, hellénique et anglais thèse de doctorat en droit, université Panthéon –Assas, 2014.
10. SALL Abdourahmane, la préservation des recours de l'assureur maritime sur faculté université Cheikh Antidiop de Dakar, faculté des sciences juridiques et politiques, 2006

### **C -Les articles**

1. ALIXENDRE Job, les nouvelles attentes des entreprises en matière d'arbitrage, revue centre français d'arbitrage de réassurance et assurance, CEFAREA, N° 17, 2012.
2. ALEXANDRE Job, J. Rosell, Rapport statistique 2011 de la Chambre de Commerce Internationale (ICC) en matière d'arbitrage, le monde du droit.fr, 28 juin 2012 .
3. ALPA Guido, la circulation des modèles de résolution extrajudiciaire des conflits Revue internationale de droit comparé, R.I.D.C, N° 4, 1993.
4. BOISSÉSON.M, L'arbitrage et la fraude (à propos de l'arrêt Fougerolle, rendu par la Cour de cassation le 25 mai 1992, Revue arbitrage, 1993 Mélanges Frédérica L'autonomie de la volonté en droit international privé français et belge, 1965.
5. CACHARD.O, Cie Axa corporate solutions, Bull.civ. IV, n° 154, rev. Arb, JDI, 2004.
6. centre français d'arbitrage de réassurance et d'assurance –cefarea- rev N°17, 2012, jp 30/01/2013.
7. Christine Lecuyer-Thieffry, Le règlement d'arbitrage 2012 de la CCI : efficacité et transparence accrue, Gazette du Palais, 5-7 février 2012.

8. Clause types de la CNUCED relatives à l'assurance maritime des corps de navire et des marchandises, conférence des nations unies sur le commerce et le développement – Genève, rev n° 1, Nations Unies, New York, 1989.
9. CABANIS A, l'apparition de l'arbitrage comme mode alternatif de règlement des différends, colloque internationale Alger, les modes alternatifs de règlement des conflits, 06 & 7 /05/2014, université d'Alger.
10. DORACHE Caroline, Efficacité de la clause attributive de compétence territoriale en matière d'assurances, revue générale du droit des assurances, N°3, Université Paris 2 Panthéon- Assas, 2012.
11. EVIAN Eric, L'arbitrage de l'assurance et assureur en arbitrage, centre français d'arbitrage de réassurance et d'assurance, N 17, 2012, CEFARIA, jp 30/01/2013.
12. FLECHEUX .G, cour d'appel Paris, 28/02/1986, rev. arbitrage, 1986.
13. GENERALI France, Assurances et autres. Andhika Lines, Axa Corporate Solutions Bull. civ. I, n° 366.
14. HASCHER D Adde, l'influence de la doctrine sur la jurisprudence française en matière d'arbitrage rev. arbitrage, 2005.
15. KUHNER. D, The new AFA arbitration rules, Journal of international arbitration 2011
16. LARGOS Cicile, l'arbitrage et transport, A la une doctrine, revue transport, N° 2, 2016
17. MAYER .P, La sentence contraire à l'ordre public au fond, Rev. Arbitrage, n°13 1994.
18. MOLINIER Victor, clause compromissoire examen critique de la jurisprudence de la cour de cassation qui établit la nullité de la clause compromissoire, Revue de la jurisprudence, arbitrage volontaire en matière civile et en matière commerciale, tome 2, Paris, 1952.
19. OLIVIER Jambu-merlin, extrait du cahier spécial sur les MARC, modes alternatifs de résolution des conflits, revue l'argus de l'assurance, 2012.
20. PAULSSON Jan, la lex mercatoria dans l'arbitrage C.C .I, Rev. de l'arbitrage, 1990
21. ROBERT Jean, la réforme de l'arbitrage international en France, décret du 12/05/1981, rev. arbitrage, 1981.
22. Sommaire de jurisprudence, revue de l'arbitrage, N° 2, 2014.
23. STEPHANE Choisez, ALEXENDRE Job, contentieux en matière d'assurance : Quel règlement arbitrage choisir, revue générale du droit des assurances ,01/07/2013, N° 3.
24. STEYN Justice, harbour assurance.co.ltd.v.kansa general international insuranceco.ltd
25. YARHI Michel, les litiges dans l'assurance spécificités de l'institution d'arbitrage colloque risque assurance et arbitrage, revue générale du droit des assurances 01/01/2012, N°1.
26. SOLIGNAK Phillippe, les modes alternatifs de résolution des conflits relevant du droit civil et commercial, Rapport au nom de la commission juridique et adopté par l'assemblée générale du , chambre commerce et d'industrie de Paris , 19/09/2002.
27. Attente des entreprises en matière d'arbitrage, colloque annuel AFA association française d'arbitrage AFA, Paris, 10 septembre 2012.
28. DELEBECQUE Phillippe, L'arbitrage maritime une lex maritima pour l'UMP, union pour la méditerranée, & 12

29. MOURRE .A, L'arbitrage ICC consolide en 2011; sa place de première institution mondiale d'arbitrage Echanges Internationaux, 2012.
30. OPREA Alina, regards sur opposabilite à l'égard des tiers des conventions atributives de juridiction dans les litiges internationaux (aspects regarding the enforce ability against third parties of choice of court agreements in international disputes) perspectives of business, law journal, volume 5, N° 1, 2016.
31. RACINE Jean Batiste, les raisons de libéralisation du droit de l'arbitrageinternational dans les pays émergents( le cas particulier de l'algerie), in séminaire : l'algerie en mutation, sous la direction de R.CHARVIN et A GUESMI.
32. ZOUAIMIA Rachid, réflexions sur la sécurité juridique de l'investissement en algerie, Revue critique de droit et sciences politiques, N°2, 2009.

الفهرس

الفهرس

01.....	مقدمة.....
<b>الباب الأول</b>	
<b>دور التحكيم التجاري الدولي في إعادة توازن العلاقة بين طرفي عقد التأمين البحري</b>	
10.....	
<b>الفصل الأول</b>	
<b>ماهية التحكيم الدولي وانعكاسها على دور المحكم في تسوية المنازعة</b>	
13.....	
15.....	المبحث الأول : مفهوم التحكيم الدولي.....
15.....	المطلب الأول : التحكيم تعريفا وتكيفا.....
16.....	الفرع الأول : تعريف التحكيم.....
16.....	أولا - تعريف التحكيم في التشريعات الدولية والوطنية.....
18.....	ثانيا . تعريف التحكيم قضاءا.....
19.....	ثالثا. تعريف التحكيم فقها.....
27.....	رابعا. تقسيمات التحكيم.....
33.....	الفرع الثاني . التكيف القانوني لشرط التحكيم في عقد التأمين البحري.....
33.....	أولا . الطبيعة العقدية لإتفاق التحكيم.....
39.....	ثانيا - الطبيعة القضائية لإتفاق التحكيم.....
40.....	ثالثا . الطبيعة الخاصة لإتفاق التحكيم.....
42.....	المطلب الثاني . شروط صحة إتفاق التحكيم الدولي في منازعات التأمين البحري.....
43.....	الفرع الأول . الشروط العامة لإتفاق التحكيم في عقد التأمين البحري.....
44.....	أولا - التراضي.....
55.....	ثانيا . الأهلية.....
61.....	ثالثا . المحل والسبب في إتفاق التحكيم.....
67.....	الفرع الثاني . الشروط الخاصة بإتفاق التحكيم في عقد التأمين البحري.....
68.....	أولا . الكتابة.....

74.....	ثانيا . الإنفصال المادي لشرط التحكيم
78.....	المبحث الثاني . أسس دعم دور التحكيم الدولي في تسوية منازعات التأمين البحري
79.....	المطلب الأول . ذاتية التحكيم الدولي في منازعات التأمين البحري
79.....	الفرع الأول . الطابع البحري والدولي للتحكيم في منازعات التأمين البحري
80 .....	أولا . بحرية التحكيم في منازعات التأمين البحري
83.....	ثانيا . دولية التحكيم في منازعات التأمين البحري
86.....	الفرع الثاني . تجارية التحكيم في منازعات التأمين البحري
93.....	أولا . الصفة التجارية للمؤمن
94 .....	ثانيا . الصفة التجارية للمؤمن له
94 .....	المطلب الثاني : تفعيل دور التحكيم الدولي من خلال آثار إتفاق التحكيم
95 .....	الفرع الأول . آثار إتفاق التحكيم بالنسبة لطرفيه
95 .....	أولا . الأثر الإيجابي لإتفاق التحكيم
104.....	ثانيا - الأثر المانع لإتفاق التحكيم
119.....	ثالثا - آثار إتفاق التحكيم على الحصانة القضائية
121.....	رابعا . الأثر الشخصي لإتفاق التحكيم في عقد التأمين البحري الدولي
129 .....	الفرع الثاني . أثر شرط التحكيم على الغير
129 .....	أولا . الوضعيات القانونية لتطبيق مبدأ نسبية آثار إتفاق التحكيم
132.....	ثانيا . مبدأ الأثر النسبي لإتفاق التحكيم من حيث الموضوع

## الفصل الثاني

### آليات تجسيد دور التحكيم الدولي في تسوية منازعات التأمين البحري

136.....	
137 .....	المبحث الأول . إجراءات التحكيم وإستقلالها عن قانون دولة إصدار الحكم
138.....	المطلب الأول . الإختيار الإرادي للقواعد الإجرائية
138 .....	الفرع الأول . الإتفاق على تطبيق قواعد مادية مباشرة
138 .....	أولا - موقف القانون الوطني من إرادة الأطراف في إختيار قواعد مادية
138 .....	ثانيا - موقف القوانين والإتفاقيات الدولية للتحكيم التجاري

141	الفرع الثاني . الإتفاق على إختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات .....
141	أولا. الإحالة إلى قانون وطني.....
143	ثانيا. الإحالة إلى نظام تحكيم دولي.....
146	المطلب الثاني . تحرر سلطات المحكم على الإجراءات من نظام التقاضي .....
146	الفرع الأول . تحرر المحكم من القواعد الإجرائية للتقاضي .....
149	الفرع الثاني . حدود سلطان الإرادة في إختيار قواعد الإجراءات.....
151	المبحث الثاني : إستقلال المحكم الدولي بتطبيق القواعد الموضوعية على النزاع .....
151	المطلب الأول . إستبعاد الأطراف لقانون دولة التحكيم.....
151	الفرع الأول . تطبيق القواعد الموضوعية.....
152	أولا . الحرية المطلقة للأطراف في المفاضلة بين القوانين والقواعد الموضوعية .....
154	ثانيا . أثار مبدأ الإرادة في إختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع.....
157	الفرع الثاني . سلطة المحكم في إختيار القانون المطبق على الموضوع. ....
158	أولا . إخضاع النزاع للقواعد الموضوعية أو قواعد التنازع.....
162	ثانيا . قيود سلطة المحكم في إختيار القانون المطبق على النزاع .....
165	المطلب الثاني . مجانية المحكم للنظام القضائي لدولة التحكيم.....
166	الفرع الأول . إستقلالية المحكم عن النظام القضائي من خلال إجراءات التحكيم .....
167	أولا . إجراءات التداعي والإثبات في خصومة التحكيم.....
180	ثانيا . إنهاء خصومة التحكيم.....
183	الفرع الثاني الضمانات الأساسية كحد أدنى لإستبعاد القضاء في منازعات التأمين البحري. ....
183	أولا . مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن عقد التأمين البحري.....
194	ثانيا . مبدأ الإختصاص بالإختصاص.....
203	ثالثا . مبدأ حياد المحكم.....

## الباب الثاني

### سلطة القضاء في إنفاذ والإشراف على دور التحكيم الدولي في منازعات التأمين البحري

204	.....
-----	-------

## الفصل الأول

الرقابة القضائية على الحكم التحكيمي في طور الإعتراف والتنفيذ

207.....	
209..	المبحث الأول . الإعتراف والتنفيذ لتفعيل دور التحكيم الدولي في منازعات التأمين البحري..
209 .....	المطلب الأول . الإعتراف بحكم التحكيم الدولي.....
210 .....	الفرع الأول . الإعتراف في القوانين الدولية والداخلية.....
210 .....	أولا . الإعتراف في إتفاقية نيويورك 1958.....
212.....	ثانيا . الإعتراف في القوانين الوطنية.....
214.....	الفرع الثاني . شروط الإعتراف بحكم التحكيم الدولي.....
214.....	أولا . الشرط المادي .....
217.....	ثانيا . الشرط القانوني .....
220.....	المطلب الثاني: تنفيذ حكم التحكيم الدولي.....
220 .....	الفرع الأول . صيغ أمر التنفيذ.....
220 .....	أولا . صور التنفيذ.....
225 .....	ثانيا . وسائل التنفيذ الجبري.....
229.....	الفرع الثاني . إجراءات أمر التنفيذ.....
233.....	أولا . أجل تقديم الطلب وإصدار أمر التنفيذ .....
235.....	ثانيا . القانون المطبق على إجراءات أمر تنفيذ حكم التحكيم .....
238.....	ثالثا . حصانة الدولة ضد إجراءات التنفيذ.....
240.....	رابعا . الإختصاص القضائي لإصدار أمر تنفيذ حكم التحكيم الدولي .....
245.....	خامسا . دور قواعد الإختصاص في حماية الطرف الضعيف .....
246.....	المبحث الثاني . آثار أمر رفض التنفيذ في شل دور التحكيم الدولي في منازعة التأمين البحري .....
247.....	المطلب الأول: آثار أمر التنفيذ على حكم التحكيم الأجنبي.....
247.....	الفرع الأول . حجية الشيء المقضي لحكم التحكيم الدولي في منازعات التأمين البحري.....
249.....	أولا . حجية حكم التحكيم بالنسبة للمؤمن .....

- 253..... ثانيا . مدى تعلق الحجية بالنظام العام
- 254..... الفرع الثاني . القوة التنفيذية لحكم التحكيم الأجنبي
- 257..... المطلب الثاني: موانع التنفيذ
- 257 ..... الفرع الأول . رفض تنفيذ حكم تحكيم دولي وفقا لإتفاقية نيويورك والقوانين الوطنية.....
- 258 ..... أولا- أسباب تتعلق بإتفاق التحكيم.....
- 266 ..... ثانيا . حالات عدم التنفيذ لوجود عيب في الإجراءات.....
- 279 ..... ثالثا . أسباب تتعلق بحكم التحكيم.....
- 300..... الفرع الثاني . حالات رفض التنفيذ في القوانين.....
- 300 ..... أولا . عدم تعارض حكم التحكيم الدولي مع حكم قضائي وطني سابق.....
- 302..... ثانيا. إنقضاء مدة إتفاق التحكيم.....
- 303..... ثالثا . إنعدام والتناقض في تسبيب حكم التحكيم.....
- 305 ..... رابعا . تقييم حالات رفض تنفيذ حكم التحكيم الدولي.....

## الفصل الثاني

### أثر الطعن على دور التحكيم الدولي في تسوية منازعات التأمين البحري

- 307 .....
- 309..... المبحث الأول . الطعن القضائي في أمر التنفيذ عامل تأخير لعملية التنفيذ.....
- 309..... المطلب الأول . قابلية الأوامر المتعلقة بالتنفيذ للطعن.....
- 310 ..... الفرع الأول . الطعن في أمر تنفيذ حكم التحكيم الدولي .....
- 310 ..... أولا . أمر تنفيذ حكم التحكيم الدولي في منازعات التأمين البحري صادر في الجزائر.....
- 310 ..... ثانيا. أمر تنفيذ حكم التحكيم الدولي في منازعات التأمين البحري صادر في الخارج.....
- 311 ..... الفرع الثاني: الطعن في أمر رفض تنفيذ حكم التحكيم الدولي .....
- 312..... المطلب الثاني . طرق الطعن في أمر رفض التنفيذ.....
- 312 ..... الفرع الأول . إستئناف أمر رفض تنفيذ حكم التحكيم التجاري الدولي.....
- 315 ..... أولا . أجل إستئناف أمر التنفيذ.....
- 316 ..... ثانيا . إمكانية التنازل عن الإستئناف.....

الفرع الثاني . الطرق غير العادية للطعن في حكم التحكيم الدولي في منازعات التأمين البحري	317.....
أولا . الطعن بالنقض في حكم التحكيم الدولي.....	317 .....
ثانيا . إلتماس إعادة النظر.....	318.....
ثالثا . التظلم في أمر التنفيذ على مقتضى نظام التحكيم المصري.....	319 .....
الفرع الثالث . أثر الطعن على تنفيذ حكم التحكيم الدولي.....	320.....
<b>المبحث الثاني . أثر البطلان في إعدام دور التحكيم الدولي في منازعات التأمين البحري...</b>	321...
المطلب الأول . النظام القانوني لبطلان حكم التحكيم الدولي.....	322.....
الفرع الأول . تفعيل دور التحكيم من خلال تضيق نطاق الرقابة القضائية في مرحلة البطلان	323.....
أولا . نطاق بطلان حكم التحكيم الدولي في منازعات التأمين البحري.....	323 .....
ثانيا . إجراءات دعوى البطلان.....	326.....
ثالثا . حصرية أسباب البطلان كضمان لتفعيل دور التحكيم الدولي في منازعات التأمين البحري	328.....
الفرع الثاني . أثر البطلان على تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي .....	361 .....
أولا . أثر حكم التحكيم على المؤمن بإعتباره كفيل أو ضامن .....	364 .....
ثانيا . وقف التنفيذ كعامل مؤثر على دور التحكيم في تسوية المنازعة.....	370 .....
ثالثا . إشكالية الحكم بإبطال القرار التحكيمي بين القبول والرفض.....	371.....
المطلب الثاني . الطعن أمام الهيئات الخاصة .....	375.....
الفرع الأول . رقابة الهيئات الخاصة على حكم التحكيم الدولي في منازعات التأمين البحري	376.....
الفرع الثاني . التنازل عن الطعن ببطلان حكم التحكيم الدولي.....	379 .....
خاتمة.....	382.....
الملاحق.....	388 .....
المراجع .....	393.....
الفهرس.....	415.....