



جامعة الأزهر - غزة  
عمادة الدراسات العليا والبحث العلمي  
كلية الحقوق - قسم القانون الخاص

# مدى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي "دراسة مقارنة"

إعداد الباحث:

أسامة أحمد حسين أبو القمصان

إشراف الدكتور:

حمدي محمود محمد بارود

أستاذ القانون التجاري والبحري المشارك

كلية الحقوق - جامعة الأزهر - غزة

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص  
من كلية الحقوق - جامعة الأزهر - غزة

1432 هـ - 2010 م



جامعة الأزهر - غزة  
عمادة الدراسات العليا والبحث العلمي  
كلية الحقوق - قسم القانون الخاص

## نتيجة الحكم على أطروحة ماجستير

بناءً على موافقة عمادة الدراسات العليا بجامعة الأزهر - غزة على تشكيل لجنة الحكم والمناقشة على أطروحة الطالب/ أسامة أحمد حسين أبو القمصان، المقدمة لكلية الحقوق لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص وعنوانها:

### ( مدى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي ) ( دراسة مقارنة )

والمكونة من السادة :

مشرفاً ورئيساً  
مناقشاً داخلياً  
مناقشاً خارجياً

د. حمدي محمود بارود  
أ.د. خليل أحمد قعادة  
د. عننان يوسف الحافي

وتمت المناقشة العلنية يوم الأحد بتاريخ ٢٦ / ١٢ / ٢٠١٠ م.

وبعد المداولة أوصت اللجنة بمنح الطالب/ أسامة أحمد حسين أبو القمصان، درجة الماجستير في الحقوق تخصص قانون خاص.

توقيع أعضاء لجنة المناقشة والحكم :

.....  
.....  
.....

د. حمدي محمود بارود  
أ.د. خليل أحمد قعادة  
د. عننان يوسف الحافي

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

قال الله تعالى:

{ وَقُلْ اَعْمَلُوا فِى سَبِيْلِ اللّٰهِ عَمَلِكُمْ وَرَسُوْلُهُ وَالْمُؤْمِنُوْنَ }

صدق الله العظيم

سورة التوبة من الآية 105

قال الله تعالى:

{ وَاِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوْا حَكَمًا مِّنْ اَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ اَهْلِهَا اِنْ يُّرِيْدَا

اِصْلَاحًا يُّوْفِقُ اللّٰهُ بَيْنَهُمَا اِنَّ اللّٰهَ كَانَ عَلِيْمًا خَبِيْرًا }

صدق الله العظيم

سورة النساء آية 35

# إهداء

إلى التي يمتد حبها وحنانها وعطاؤها من قبل وجودي وإلى ما بعد مماتي

## إلى أمي

إلى القلب العظيم صاحب السواعد المكافحة عنوان التحدي والصمود

## إلى أبي

إلى من يعبقن حياتي بعبير رقتهن

## إلى اخواني

إلى من شاركني فرحي وحزني وحيرتي إلى رفيقة دربي

## إلى زوجتي

إلى شموع الأمل التي تضيء عتمة أيامي

## إلى أبنائي

ليان ونيسان وأحمد

إلى ملاذي من ضائقة الأيام واختلاط الأفكار

## إلى أصدقائي

إلى الأرض التي ترعرعت في ربوعها إلى وطني الغالي

## إلى بلادي

أهدي هذا الجهد المتواضع

الباحث

## شكر وتقدير

أبدأ شكري لله تعالى العلي القدير الذي لا يتحرك ساكن إلا بأمره وتوفيقه لي في إنهاء هذه الرسالة وأسأله عز وجل التوفيق والأجر من عنده. ثم أعرج بشكري إلى أساتذتي الأفاضل أعضاء الهيئة التدريسية في جامعة الأزهر - غزة، وأخص بالذكر أستاذي الدكتور/ حمدي محمود محمد بارود المشرف على هذه الرسالة، والذي لولا جهوده وإرشاداته وسعة صدره ما كانت هذه الرسالة لترى النور، وأنتهي بالشكر والتقدير لكل من الأستاذ الدكتور/ خليل أحمد حسن قدارة، والدكتور/ عدنان يوسف محمد الحافي، لتكريمهما بمناقشة هذه الرسالة

الباحث

## ملخص للرسالة باللغة العربية

### مدى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي

استعرض الباحث من خلال هذه الدراسة "مدى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي" وقام الباحث بتقسيم هذه الدراسة إلى فصلين يليهما خاتمة، وتناول في الفصل الأول التعريف بشرط التحكيم، وأن المقصود بهذا الشرط: الاتفاق الذي يتم قبل حدوث النزاع وسواء ورد هذا الاتفاق في عقد من العقود، أو في اتفاق لاحق على إبرام العقد الأصلي، ويلتزم الأطراف بمقتضى ذلك بإخضاع ما قد يثور من خلافات بينهم حول تنفيذ العقد، أو تفسيره لمحكمين للفصل فيه بدلاً من قضاء الدولة. وأن هذا الشرط أصبح معترفاً به في معظم القوانين العربية والأجنبية، وكذلك في المعاهدات الدولية المعنية بالتحكيم. وأن المقصود من استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي معناها: أن عدم مشروعية العقد الأصلي، أو بطلانه، أو فسخه، لا يؤثر على شرط التحكيم، وذلك لأن شرط التحكيم يعالج موضوعاً مختلفاً عن موضوع العقد الأصلي. وأن هناك مبررات لمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، ولعل أهم هذه المبررات هو اختلاف موضوع شرط التحكيم عن موضوع العقد الأصلي، فالعقد الأصلي قد يتعلق بشراء أو بيع أو توريد، أما شرط التحكيم فموضوعه حل المنازعات التي من الممكن أن تثور حول تنفيذ أو تفسير العقد الأصلي مستقبلاً. ومن هذه المبررات أيضاً اختلاف سبب كل منهما، فالسبب في شرط التحكيم هو التعهد بعدم اللجوء إلى القضاء، أما السبب في العقد الأصلي فهو مختلف تماماً. وإن مبدأ استقلالية شرط التحكيم نصت عليه الغالبية العظمى من القوانين العربية والأجنبية، وإن هذا المبدأ كرسه أحكام القضاء في العديد من أحكامها، ولذلك فإن هذا المبدأ أصبح معترفاً ومسلماً به. وتناول الباحث في الفصل الثاني النتائج المترتبة على استقلالية شرط التحكيم، وهذه النتائج يمكن إيجازها في أربعة نتائج، وتتمثل النتيجة الأولى، في عدم ارتباط شرط التحكيم بالعقد الأصلي، وتتمثل النتيجة الثانية في إمكانية خضوع شرط التحكيم لقانون مختلف عن القانون الذي يخضع له العقد الأصلي، وتتمثل النتيجة الثالثة، في عدم خضوع شرط التحكيم لأي قانون وطني؛ حيث تسري عليه قواعد قانونية مستمدة من المبادئ العامة للقانون، ومن العادات والأعراف التي نشأت تلقائياً في ميدان التجارة الدولية، وتتمثل النتيجة الأخيرة في أن المحكم هو الجهة المختصة بالفصل في مسألة اختصاصه. وفي الخاتمة فإن الباحث وصل إلى مجموعة من التوصيات والتي يمكن إيجازها على النحو الآتي:

1- نأمل من المشرع الفلسطيني، إضافة فقرة إلى نص المادة الخامسة من قانون التحكيم الفلسطيني، لتصبح على النحو الآتي: "يجوز الاتفاق على التحكيم ولو كانت قد أقيمت بشأنه دعوى أمام جهة قضائية وفي هذه الحالة يجب أن يتضمن الاتفاق موضوع النزاع وإلا كان باطلاً".

2- نأمل من المشرع الفلسطيني إضافة مادة إلى قانون التحكيم الفلسطيني تجيز الإحالة إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم، وتكون على النحو الآتي: "يعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد" لأن الأخذ بمثل هذا الحكم يعمل على توفير الوقت والجهد للمتعاقدين للاتفاق على شرط تحكيم في كل عقد يتم إبرامه بينهما، إذ يكفي الإشارة إلى شرط تحكيم وارد في عقد آخر خاصة إذا كانت هناك أعمالاً متتابعة بين الأطراف.

3- نأمل من المشرع الفلسطيني تعديل الفقرة الخامسة من المادة الخامسة لتصبح على النحو الآتي: "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً ولا يتأثر بفسخ العقد، أو انتهائه، أو بطلانه، إلا في حالتي الغلط في شخص المتعاقد، أو في صفة من صفاته، وفي حالتي الإكراه والتدليس".

4- نأمل من المشرع الفلسطيني إضافة فقرة إلى نص المادة الخامسة تتضمن: "الإفادة بعدم تأثير بطلان شرط التحكيم على العقد الأصلي"، لتصبح على النحو الآتي: "يعتبر العقد الأصلي مستقلاً عن شرط التحكيم ولا يتأثر ببطلان شرط التحكيم أو انتهائه".

5- تعديل المادة الخاصة باختصاص هيئة التحكيم، وذلك عن طريق توضيح وقت إبداء الدفع بعدم الاختصاص، وكيفية قيام هيئة التحكيم بالفصل في هذه الدفوع.

## 1 - موضوع البحث ومشكلته:

يعد التحكيم ضرورة ملحة للتعامل بين الناس، لأنه أصبح مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بعمليات التنمية والاستثمار، ولهذا لا يمكن الاستغناء عنه خاصة في ظل العقود الحديثة<sup>(1)</sup>. وبالتالي فإنه كلما زادت المنازعات زاد اللجوء إلى التحكيم.

ويأتي الإقبال على التحكيم نظراً لما يحققه من مزايا لا يحققها القضاء العادي المثقل بالإجراءات وكثرة النفقات، علاوة على ذلك فإن نظام التحكيم يوفر مزايا للمتعاقد من دول مختلفة لأنه يجنبهم مشكلة عدم العلم بالقواعد الموضوعية والإجرائية في القانون الأجنبي، وما يحققه لأصحاب هذه المنازعات من سرية عزيزة عليهم، هذا بالإضافة إلى العديد من المزايا الأخرى<sup>(2)</sup>.

وقد أورد الفقه عدداً من التعريفات للتحكيم حيث عرفه جانباً من الفقه<sup>(3)</sup> بأنه: الاتفاق الذي يتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم، أو من المحتمل نشوؤها من خلال التحكيم.

ويتضح من هذا التعريف أن الأطراف قد تتفق على التحكيم قبل حدوث أي خلافات بينهم، فيرد اتفاقهم في هذه الحالة في شكل شرط، أو بند من بنود العقد، أو الاتفاق الذي ينظم علاقاتهم الأصلية، وقد يحررون وثيقة، أو اتفاقاً مستقلاً، يضمنونه اتفاقهم على إحالة ما قد يثور بينهم من منازعات بمناسبة عقدهم الأصلي إلى التحكيم، والقاسم المشترك بين الصورتين أن الاتفاق على التحكيم له طابع "التحسب" للمستقبل ويسمى مثل هذا الاتفاق في صورتيه بشرط التحكيم، ويجوز

(1) المتأمل في العقود الدولية المعاصرة كعقود إنشاء البنية التحتية، إقامة المطارات، ومحطات الطاقة، وعقود إنشاء المصانع بنظام المفتاح في اليد، وعقود نقل التكنولوجيا، وعقود خدمات المعلومات، وعقود التأمين التأجير الدولي، يدرك أنها على خلاف العقود اليومية البسيطة كالبيع والنقل أو غيرها، لذلك فهي تنطوي على الكثير من المسائل الفنية، وهذه العقود نظراً لحساسيتها وخطورتها ينبغي أن تحال المنازعات المتعلقة بها إلى التحكيم، وذلك لأن القوانين الوطنية لا تسعها في ذلك. انظر في هذا المعنى: د- أحمد عبد الكريم سلامة- نظرية العقد الدولي التطبيق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية- دار النهضة العربية- دار قاصد كريم للطباعة- 1989- فقرة 223- ص 209- 210.

(2) تتمثل هذه المزايا في أن القاضي في محاكم الدولة قد يكون فقيهاً بارعاً ولكنه رغباً عن ذلك قليل الخبرة بشؤون التجارة الدولية فيتعذر عليه الفصل في النزاع، إلا إذا استعان بخبير يرشده، ويكشف له ما استغلق عليه من جوانب النزاع، فبدلاً من الاستعانة بخبير، فلماذا لا يتم اللجوء إلى شخص تتوافر فيه الخبرة، وهو ما يسمى بالمحكم، ومن ناحية أخرى، القاضي مكبل بنصوص القانون ولذلك لا يسعه الخروج عنها، وهذا يتنافى مع مقومات التجارة الدولية، لأن الإبقاء على العلاقة بين الطرفين تستلزم البعد عن العدالة الصماء-د- محسن شفيق- التحكيم التجاري الدولي- دراسة في قانون التجارة الدولية- دار النهضة العربية- فقرة 22-23- ص 30-31.

(3) انظر: د- حمدي محمود بارود- أحكام قانون التجارة البحرية- دراسة تحليلية مقارنة- وفقاً لمشروع قانون التجارة البحرية الفلسطيني- الطبعة الأولى- 2008- ص 369. أشار إلى هذا التعريف أيضاً- رجاء نظام حافظ بني شمس- الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني- رسالة ماجستير - نابلس- جامعة النجاح الوطنية- 2009- ص 60.



للأطراف الانتظار فإذا ما شجر الخلاف بينهم قاموا بإبرام اتفاق لإحالة النزاع للتحكيم ويسمى هذا الاتفاق بمشارطة التحكيم<sup>(1)</sup>.

ويعد التحكيم من الموضوعات التي تشغل مكاناً بارزاً في الفكر القانوني والاقتصادي على المستوى العالمي، وقد شهدت الآونة الأخيرة حركة تشريعية وفقهية نشطة في مختلف الدول، وأفردت بعض الدول قانوناً مستقلاً للتحكيم بينما أثرت دول أخرى تنظيمه من خلال نصوص قانون المرافعات<sup>(2)</sup>. وقد نظم المشرع الفلسطيني التحكيم بالقانون رقم 3 لسنة 2000م، وكان الهدف من تشريعه جذب الاستثمار للبلاد ليعتبر جسراً للتنمية الاقتصادية، وهي أحوج ما تكون إليه في الوقت الراهن إلا أنه بقي يتمحور في الإطار النظري أكثر منه في الواقع العملي<sup>(3)</sup>.

فقانون التحكيم لم يحط بالضمانات المطلوبة لتفعيله وتطبيقه على أرض الواقع، فعدم الاهتمام بالتحكيم يرجع لحدثة انتشاره، وندرة الكتابات والدراسات الفلسطينية كانت عاملاً مهماً في إبقاء نظام التحكيم يتمحور حول نفسه، وإن تجلى هذا على الصعيد الداخلي، فإن الظرف السياسي الذي عاشته فلسطين وتعيشه حالياً لعب دوراً أساسياً في محاصرة نظام التحكيم، ومنعه من الممارسة على الصعيد الإقليمي والدولي<sup>(4)</sup>.

ونظراً للتطور المستمر والهائل لنظام التحكيم، فإن غالبية الدول انضمت إلى المعاهدات الدولية التي تعني بتنظيم التحكيم التجاري الدولي، وبفعالية أحكامه، ووضع نظام ميسر من أجل الاعتراف بهذه الأحكام، كذلك فإن العديد من الدول تبنت لائحة التحكيم التي أعدتها الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وتبنت أيضاً القانون النموذجي للتحكيم، والذي أعدته نفس اللجنة ودمجت بعض نصوصها في الأنظمة القانونية الوطنية بشأن التحكيم التجاري الدولي<sup>(5)</sup>.

فالتحكيم حسب التعريف الذي أشرنا إليه سابقاً يتخذ إحدى صورتين فهو إما أن يأتي في صورة شرط تحكيم، أو مشارطة تحكيم، والذي يعنينا في هذه الدراسة هو الاتفاق الذي يتم بين الأطراف ويأتي في صورة "الشرط التحكيمي" وهنا يثور التساؤل عن ماهية شرط التحكيم، وما مدى

(1) انظر: د- محمود مختار أحمد بريري- التحكيم التجاري الدولي- الطبعة الثانية- القاهرة- دار النهضة العربية- 1999م- ص 7-8.

(2) كالقانون الفرنسي الصادر عام 1980م، والقانون الإيطالي الصادر عام 1983.

(3) عدنان يوسف محمد الحافي- النظام القانوني للمحكّم- رسالة دكتوراه- القاهرة- معهد البحوث والدراسات العربية- 2008م- ص 2.

(4) المرجع نفسه- ص 2.

(5) د- حفيظة السيد الحداد- الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم- دار الفكر الجامعي- ص 7-8.

استقلاليتها عن العقد الأصلي؟ هل يعتبر هذا الشرط جزءاً من العقد الأصلي، ومن ثم إذا ثبت بطلان هذا الأخير فهل ينسحب هذا البطلان إلى شرط التحكيم؟  
فهل يصبح هذا الشرط باطلاً استناداً إلى قاعدة الفرع يتبع الأصل؟ وأن ما بني على باطل فهو باطل؟ أم أن شرط التحكيم يبقى بمنأى عن البطلان إذا ثبت بطلان العقد الأصلي؟ وهل هناك فرق بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم في هذا الخصوص؟  
كذلك قد تنثور مشكلة عكسية وهي بطلان شرط التحكيم نفسه، فهل يؤثر ذلك على العقد الأصلي، أم أنه يبقى صحيحاً رغم بطلان شرط التحكيم؟ وبعبارة أخرى ما مدى تأثير بطلان شرط التحكيم على العقد الوارد فيه؟  
ومن جهة أخرى إذا ما ثبت أن هناك استقلالية بين شرط التحكيم والعقد الأصلي فما هي النتائج التي تترتب على ذلك؟  
كل هذه التساؤلات سنجيب عليها من خلال هذه الدراسة.

## 2- أهمية البحث:

تظهر أهمية دراسة موضوع مدى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي من الناحية العملية في كونه موضوعاً هاماً من موضوعات التحكيم بشكل عام، حيث ستبين لنا هذه الدراسة مدى العلاقة بين شرط التحكيم والعقد الأصلي، فإذا تم الطعن في العقد الأصلي بالبطلان، أو أن هذا الأخير قد انفسخ أو انتهى، فما هو مصير شرط التحكيم في هذه الحالات؟ وكذلك إذا تبين أن شرط التحكيم باطلاً فما اثر ذلك على العقد الأصلي؟ فإذا ثبت أن هناك استقلالية بين شرط التحكيم والعقد الأصلي، فما هي الآثار التي تترتب على ذلك؟  
ويهدف هذا البحث إلى تعميق دراسة موضوع مدى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي حيث أن الموضوع محل البحث لم يحظ بالبحث الكافي من قبل أي فقيه، أو باحث فلسطيني إلا فيما ندر<sup>(1)</sup>، والسبب في ذلك أن قانون التحكيم الفلسطيني هو قانون حديث حيث أنه صدر عام 2000م.

(1) تحدث عن مبدأ استقلالية شرط التحكيم بصورة عامة: د- درويش مدحت الوحيدى ضمن مؤلفه- التحكيم في التشريع الفلسطيني- والعلاقات الدولية- 1998م، وتحدث عنها أيضاً بإيجاز شديد أيضاً: المحامي- ناظم عويضة ضمن مؤلفه- شرح قانون التحكيم رقم 3 لسنة 2000- غزة- مكتبة ومطبعة دار المنارة- 2001م.

ويهدف هذا البحث إلى تطوير هذه الدراسة من قبل الباحثين المهتمين بهذا الموضوع، ولعل هذه الدراسة تكون دافعاً لاستكمال النقص الوارد فيها، ومحاولة تطويرها للوصول بها إلى نتائج أفضل. أما من الناحية العلمية فإن هذه الدراسة ستبين لنا الإشكاليات القانونية التي تواجه ارتباط شرط التحكيم بالعقد الأصلي مما يستوجب وضع حلول لها.

### 3- منهاج البحث:

سنتبع في كتابة هذا البحث المنهاج التحليلي المقارن في قانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000م، وقانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م، مع الإطلاع على بعض القوانين الأخرى ذات العلاقة به، بالإضافة إلى مجموعة من الاتفاقيات ومراكز التحكيم الدائمة، وقضاء التحكيم، ونلقي الضوء على الآراء الفقهية، وأحكام القضاء في هذا الموضوع.

### 4- خطة البحث:

دراستنا لهذا البحث ستكون في فصلين يليهما خاتمة على النحو الآتي:

الفصل الأول: شرط التحكيم وعلاقته بالعقد الأصلي.

وينقسم إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: ماهية شرط التحكيم.

المبحث الثاني: مضمون استقلالية شرط التحكيم.

المبحث الثالث: موقف القوانين، والفقه، والقضاء، والمعاهدات الدولية، ومراكز التحكيم من مبدأ

استقلالية شرط التحكيم.

الفصل الثاني: النتائج التي تترتب على استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

وينقسم إلى مبحثين:

المبحث الأول: النتائج المباشرة التي تترتب على استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

المبحث الثاني: النتائج غير المباشرة التي تترتب على استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

الخاتمة والتوصيات.

## الفصل الأول

### شرط التحكيم وعلاقته بالعقد الأصلي

#### تمهيد وتقسيم:

باعتبار التحكيم هو الآلية التي بموجبها يتم فض المنازعات التي نشأت، أو التي من الممكن أن تنشأ بين أشخاص القانون الخاص أو العام، وخاصة في ميدان التجارة الدولية، ولكي يحقق هذا النظام الهدف منه يجب أن يكون هناك اتفاق بين الأطراف على إحالة النزاع إلى التحكيم، وهذا الاتفاق قد يأتي في صورة شرط التحكيم، أو في صورة مشاركة تحكيم، وشرط التحكيم إما أن يكون وارداً ضمن بنود العقد الأصلي، ويتحقق ذلك في حالة قيام الأطراف بإبرام عقد فيما بينهم مع إدراج بند في العقد مفاده إحالة المنازعات التي قد تنشأ عن تنفيذ أو تفسير هذا العقد إلى التحكيم. وقد يكون شرط التحكيم مستقلاً عن العقد الأصلي، ويسمى شرطاً تحكيمياً، لأن الاتفاق عليه تم قبل وقوع النزاع، وإذا كان شرط التحكيم الوارد في العقد هو البند الذي يترجم إرادة المتعاقدين في تسوية المنازعات الناشئة عن هذا العقد بطريق التحكيم، وتخلى قضاء الدولة عن الاختصاص به، فإن هذا الشرط قد يتعرض لبعض المخاطر نتيجة اختلال في تكوين العقد الذي يتضمنه مما يهدد شرط التحكيم في تحقيق الغاية المرجوة منه، فإذا لم تتوافر مثلاً أحد أركان العقد، فإن بطلان العقد، أو انعدامه قد يصبح ذريعة لأحد الأطراف في التمسك ببطلان شرط التحكيم، ومن ثم عرقلة الفصل في النزاع، وبدلاً من أن يصبح شرط التحكيم وسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن العقد يتحول إلى شرط غير فعال في هذا المجال، مما ينعكس سلباً على ازدهار حركة التجارة الدولية.

من هذا المنظور ظهر مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، لينأى بهذا الشرط عن أي عيب قد يلحقه من جراء بطلان، أو انعدام العقد الذي ورد به، الأمر الذي أعطى المتعاملين في تلك العقود سواء كانوا من أشخاص القانون الخاص أو العام الطمأنينة الكاملة في استمرار أداء شرط التحكيم للهدف المنوط به في تسوية النزاع، حتى ولو كان العقد الذي ورد فيه، أو تضمنه باطلاً، ومن هذا المنطلق يثور التساؤل عن ماهية شرط التحكيم، وما هو مضمون استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وما هو موقف كل من القوانين المختلفة، والفقهاء، والقضاء، والمعاهدات الدولية، ومراكز التحكيم الدائمة، وقضاء التحكيم من هذه الاستقلالية.

لذلك فان دراسة هذا الفصل تقتضي منا تقسيمه إلى ثلاثة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: ماهية شرط التحكيم.

المبحث الثاني: مضمون استقلالية شرط التحكيم.

المبحث الثالث: موقف القوانين والفقهاء والقضاء، والمعاهدات الدولية، ومراكز التحكيم، وقضاء

التحكيم من مبدأ استقلالية شرط التحكيم.

## المبحث الأول ماهية شرط التحكيم

تمهيد وتقسيم:

الاتفاق على التحكيم هو اتفاق الأطراف المحكّمين على اللجوء إلى نظام التحكيم للفصل في كل أو بعض المنازعات التي نشأت فعلاً بينهم لحظة إبرام اتفاق التحكيم "مشاركة التحكيم"، أو يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل، بمناسبة علاقة قانونية معينة - عقدية، أو غير عقدية - "شرط التحكيم" فالاتفاق على التحكيم يأخذ إحدى صورتين شرط تحكيم، أو مشاركة تحكيم، فكل من شرط التحكيم، ومشارطته يعتبران اتفاقاً على التحكيم، ويرد شرط التحكيم عادة في نفس العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية فيتم الاتفاق على أن ما ينشأ من نزاع حول تفسير العقد أو تنفيذه يفصل فيه بواسطة التحكيم، وليس هناك ما يمنع من الاتفاق على الشرط في اتفاق لاحق قبل نشوء النزاع، وقد يتم الاتفاق على الشرط أيضاً بطريق الإحالة، وعلى الرغم من أن شرط التحكيم، ومشاركة التحكيم هما صورتا اتفاق التحكيم، إلا أنه يوجد عدة فروق بينهما مما يستدعي بيان هذه الفروق، ومن ثم البحث في طبيعة وخصائص شرط التحكيم، لنصل أخيراً إلى موقف القوانين والمعاهدات الدولية من هذا الشرط.

لذلك نرى أنه من المفيد تقسيم دراستنا لهذا المبحث إلى أربعة مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول: المقصود بشرط التحكيم، ومشاركة التحكيم.

المطلب الثاني: الفرق بين شرط التحكيم، ومشاركة التحكيم.

المطلب الثالث: طبيعة شرط التحكيم، وخصائصه، وبيان صورته.

المطلب الرابع: موقف القوانين، والمعاهدات الدولية من شرط التحكيم.

## المطلب الأول

### المقصود بشرط التحكيم ومشاركة التحكيم

دراسة هذا المطلب تقتضي منا أن نبين المقصود بشرط التحكيم، ومشاركة التحكيم، وهذا يقتضي منا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: المقصود بشرط التحكيم.

الفرع الثاني: المقصود بمشاركة التحكيم.

## الفرع الأول

### المقصود بشرط التحكيم

انقسم الفقه حول تعريف شرط التحكيم، فمنهم من ذهب إلى التضييق في تعريف شرط التحكيم حيث عرفه بأنه: "الاتفاق الذي يرد ضمن بنود عقد معين"، بينما وسع آخرون في تعريف هذا الشرط فعرفوه: بأنه: "الاتفاق الذي قد يرد ضمن عقد معين، أو في اتفاق لاحق، ولكنه سبق نشأة النزاع".

لذلك سنقوم بتقسيم هؤلاء الفقهاء إلى اتجاهين، وذلك على النحو الآتي:

#### أولاً - الاتجاه الأول:

يتمثل هذا الاتجاه في مجموعة من الفقهاء، والتي جعلت من شرط التحكيم ما يرد ضمن اتفاق بنود العقد الأصلي فقط، وبمقتضى هذا الاتفاق، فإن أي نزاعات يمكن أن تنشأ مستقبلاً يتم الفصل فيها بواسطة التحكيم، ومن التعريفات التي قيلت في هذا الصدد ما يلي:

1- شرط التحكيم: هو الاتفاق على طرح النزاع على أشخاص يسمون محكمين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به، ويكون هذا الاتفاق تبعاً لعقد معين يذكر في صلبه، ويسمى شرط التحكيم<sup>(1)</sup>.

(1) د- أحمد أبو الوفا- التحكيم الاختياري- مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية- صادرة عن كلية الحقوق- جامعة الإسكندرية- العددان الأول والثاني- السنة السادسة 1952- 1954م- مطبعة جامعة الإسكندرية- فقرة 1- ص 1.

2- شرط التحكيم: اتفاق الأطراف على أن ما ينشأ من نزاع بينهم حول تفسير عقد، أو تنفيذه يفصل فيه بواسطة التحكيم<sup>(1)</sup>.

3- يقصد بشرط التحكيم: بأنه نص وارد ضمن نصوص عقد معين، يقرر اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي قد تنثور مستقبلاً بين المتعاقدين حول العقد وتنفيذه<sup>(2)</sup>.

4- شرط التحكيم: هو قيام الأطراف بتضمين عقدهم بنداً يلخصون فيه اتجاه إرادتهم إلى حل المنازعات التي قد يثيرها العقد بطريق التحكيم، ويسمى هذا الشرط بشرط التحكيم<sup>(3)</sup>.

5- شرط التحكيم: هو الشرط الذي يتم الاتفاق عليه كبنود من بنود عقد معين يكون مبرماً بين الأطراف المحتكمين بشأن الفصل في نزاع محتمل، وغير محدد يمكن أن ينشأ في المستقبل عن تفسيره، أو تنفيذه عن طريق هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين، أو هيئات غير قضائية دون المحكمة المختصة أصلاً بنظره<sup>(4)</sup>.

#### نستخلص من التعريفات السابقة ما يأتي:

أولاً: شرط التحكيم هو الشرط الذي يرد ضمن بنود العقد الأصلي، والذي يتم الاتفاق فيه على إحالة النزاعات التي من الممكن أن تنشأ حول تنفيذ هذا العقد، أو تفسيره إلى التحكيم دون المحكمة المختصة بنظر هذه المنازعات.

ثانياً: في شرط التحكيم لا ينتظر أطراف العلاقة القانونية نشوب النزاع، وإنما يقومون باستباق الأحداث فيتفقون على التحكيم مقدماً في العقد الذي يبرمونه<sup>(5)</sup>.

ثالثاً: شرط التحكيم يتعلق بنزاع غير محدد وذلك لأن الاتفاق على التحكيم تم قبل نشوء النزاع<sup>(6)</sup>.

(1) د- فتحي والي- الوسيط في قانون القضاء المدني- دار النهضة العربية- القاهرة- مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي- 2001م- فقرة 457- ص 934.

(2) د- سامية راشد- التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة- الكتاب الأول- اتفاق التحكيم- دار النهضة العربية- القاهرة- 1984م- فقرة 25- ص 75.

(3) د- إبراهيم أحمد إبراهيم- التحكيم الدولي الخاص- الطبعة الثالثة- دار النهضة العربية- 2000م- ص 85.

(4) د- محمود السيد عمر التحيوي- الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ونطاقه- منشأة المعارف بالإسكندرية- مطبعة الانتصار- 2003م- ص 37.

(5) د- محسن شفيق- مرجع سابق- فقرة 109- ص 171.

(6) د- محمود السيد التحيوي - مرجع سابق- ص 35.



رابعاً: شرط التحكيم الذي تم الاتفاق عليه يؤدي إلى نزع الاختصاص من المحكمة المختصة بنظر النزاع، وإحالاته إلى أشخاص عاديين، أو هيئات غير قضائية<sup>(1)</sup>.

خامساً: إن التعريفات التي أوردناها لم تشر إلى حالة الاتفاق على شرط التحكيم في اتفاق لاحق على إبرام العقد الأصلي، ذلك أن شرط التحكيم، وإن كان يرد ضمن بنود العقد الأصلي المبرم بين أطرافه، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من ورود هذا الشرط في اتفاق لاحق يكون مبرماً بين الأطراف، وفي الحالة الأخيرة لا يؤثر ذلك في وصفه بأنه "شرط تحكيمي" مادام الاتفاق عليه تم قبل نشأة النزاع بالفعل بين الأطراف المحكمة، وهذا ما يدعونا للتعرض للاتجاه الثاني.

### ثانياً - الاتجاه الثاني:

يتمثل هذا الاتجاه في مجموعة من الفقهاء الذين أظهروا من خلال تعريفهم لشرط التحكيم، بأنه الشرط الذي يتم الاتفاق عليه قبل نشأة النزاع، وسواء تم هذا الاتفاق من ضمن بنود العقد الأصلي، أو في اتفاق لاحق على إبرام العقد الأصلي.

وجاء تعريف هذا الاتجاه لشرط التحكيم كما يلي:

يقصد بشرط التحكيم: الاتفاق الذي يتم عند إتمام العقد، وقبل حدوث النزاع، فلا ينتظر فيه أطراف العلاقة القانونية نشوب النزاع، وإنما يستبقون الأحداث فينتفون على التحكيم مقدماً في العقد الذي يبرمونه، أو باتفاق مستقل قد يكون لاحقاً للعقد، ولكنه على أية حال سابق على قيام النزاع<sup>(2)</sup>.

ونحن بدورنا نميل إلى ترجيح هذا التعريف الأخير، وذلك لأن شرط التحكيم هو اتفاق يتم بين الأطراف، وهذا الاتفاق قد يكون ضمن بنود عقد معين، أو يأتي هذا الاتفاق بصورة مستقلة عن العقد الأصلي، وفي هذه الحالة الأخيرة لا يؤثر ذلك في وصفه بأنه شرط تحكيمي ما دام الاتفاق تم قبل نشأة النزاع بين الأطراف المحكمة.

ونحن بدورنا أيضاً نعرف شرط التحكيم بتعريف قريب من التعريف الأخير فنقول بأن شرط التحكيم هو: الاتفاق الذي يتم قبل حدوث النزاع وسواء ورد هذا الاتفاق في عقد من العقود، أو في

(1) د- محمود السيد التحيوي - مرجع سابق- ص35.

(2) د- ناريمان عبد القادر- اتفاق التحكيم- الطبعة الأولى- دار النهضة العربية- 1996م- ص204. د- محسن شفيق- مرجع سابق- ص171. راجع أيضاً: د- نادية محمد معوض- التحكيم التجاري الدولي- الطبعة الثانية- دار النهضة العربية- 2000\2001م- ص80.

اتفاق لاحق على إبرام العقد الأصلي، ويلتزم الأطراف بمقتضى ذلك بإخضاع ما قد يثور من خلافات بينهم حول تنفيذ العقد، أو تفسيره لمحكمين للفصل فيه بدلاً من قضاء الدولة<sup>(1)</sup>.

وسبب اختيارنا لهذا التعريف أنه جاء متضمناً لعناصر شرط التحكيم، فهو من ناحية يتضمن صورتى شرط التحكيم، وتمثل الصورة الأولى في أن يرد شرط التحكيم ضمن بنود العقد الأصلي، بينما تتمثل الصورة الثانية في الاتفاق على شرط التحكيم بعد إبرام العقد الأصلي، ولكنه سابق على نشأة النزاع، ومن ناحية أخرى، فإنه بمقتضى هذا الاتفاق، فإن أي خلاف حول تنفيذ العقد، أو تفسيره يكون من ضمن اختصاص المحكمين، وذلك لأنهم حلوا مكان المحكمة المختصة بنظر النزاع.

وشرط التحكيم شأنه شأن المشاركة يعتبر اتفاقاً على التحكيم يلزم أطرافه، ويرتب آثاره فلا يحتاج من اتفق على شرط التحكيم إلى إبرام مشاركة لاحقة بعد نشأة النزاع، بل يكفي الشرط وحده للالتجاء إلى التحكيم<sup>(2)</sup>.

---

(1) لمزيد من التعريفات حول شرط التحكيم راجع كلا من: د- خالد أحمد حسن- بطلان حكم التحكيم- دار النهضة العربية- 2010- ص145. د- عبد العزيز عبد المنعم خليفة- التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية- الطبعة الأولى- 2006م- ص25. د- أمال أحمد الفزايري- دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم- منشأة المعارف بالإسكندرية- ص45-46. د- درويش مدحت الوحيدي- التحكيم في التشريع الفلسطيني- والعلاقات الدولية- 1998م- ص99. د- سيد أحمد محمود- التحكيم- التحكيم الاختياري أو الفردي- في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي- الطبعة الأولى- 1419هـ - 1998م- ص160. د- عاطف محمد الفقي- التحكيم في المنازعات البحرية- دار النهضة العربية- القاهرة- 1997م- ص118. د- أحمد هندي- أصول المحاكمات المدنية والتجارية- الدار الجامعية- 1989- ص462-463. د- أحمد أبو الوفا- التحكيم الاختياري والإجباري- الطبعة الخامسة- منشأة المعارف بالإسكندرية- 2001- فقرة 1- ص15.

(2) د- فتحي والي- قانون التحكيم في النظرية والتطبيق- الطبعة الأولى- منشأة المعارف بالإسكندرية- 2007- فقرة 43- ص94. وشرط التحكيم قد يكون كلياً، وقد يكون جزئياً فيكون للأفراد الحرية الكاملة في عرض جميع المنازعات التي من الممكن أن تنثور في المستقبل على التحكيم، أو قيامهم بإخضاع جزء من المنازعات دون البعض الآخر، ومن ذلك مثلاً أن يقوم صاحب عمل مقاول بإبرام عقد مقاوله مع مقاول، ويقوم بتقسيم العقد إلى قسمين أحدهما يتعلق بتنفيذ الأعمال، والثاني خاص بالكفالات وصيانة الأعمال بعد انجازه، فيرد شرط التحكيم تحت القسم الأول أو القسم الثاني، وبذلك يكون التحكيم مقيداً بما انصرفت إليه إرادة أطرافه فقط. انظر- ناصر ناجي محمد جمعان- شرط التحكيم في العقود التجارية- المكتب الجامعي الحديث- 2008م- ص67. وهذا الشرط إن كان وارداً ضمن بنود العقد الأصلي، وسواء كان هذا العقد مدنياً أو تجارياً، فيجوز أن يرد ضمن أي مكان في العقد سواء ورد في بدايته أو نهايته. انظر- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي- النظام القانوني لاتفاق التحكيم- الطبعة الثانية- المكتب الجامعي الحديث- 2008م- ص78.

## الفرع الثاني

### المقصود بمشارطة التحكيم

اختلفت الاتجاهات الفقهية في تعريف مشارطة التحكيم حيث عرفها جانب من الفقه<sup>(1)</sup> بأنها: قيام الخصوم باتفاق خاص لطرح النزاع القائم على محكم أو أكثر. في حين عرفها جانب آخر من الفقه<sup>(2)</sup> بأنها: العقد الذي يتضمن اتفاق طرفيه على خضوع نزاع معين، نشأ فعلاً للتحكيم. وذهب اتجاه آخر<sup>(3)</sup> بتعريفها بأنها: اتفاق يبرمه الأطراف منفصلاً عن العقد الأصلي بموجبه يتم اللجوء إلى التحكيم للفصل في نزاع قائم فعلاً بصدد هذا العقد. بينما عرفها اتجاه آخر<sup>(4)</sup> بأنها: الاتفاق الذي يستطيع بمقتضاه أطراف نزاع قائماً بالفعل عرض هذا النزاع على محكم، أو محكمين يختاره هؤلاء الأطراف لحسم النزاع. ولم يضع قانون التحكيم الفلسطيني لمشارطة التحكيم نصاً مستقلاً يتناسب مع اعتبارها اتفاقاً تحكيمياً حقيقياً، وإنما أوردتها ضمن تعريف اتفاق التحكيم بوجه عام، وربما كان قصد المشرع الفلسطيني هو إضفاء الطابع الملزم على شرط التحكيم أسوة بمشارطة التحكيم، ولهذا تم دمجها في تعريف واحد.

والأصل أن مشارطة التحكيم ينبغي أن تتضمن نفس العناصر، والشروط الجوهرية التي ترد في شرط التحكيم ولذلك يطلق في التطبيق العملي مصطلح اتفاق التحكيم على شرط التحكيم، ومشارطة التحكيم<sup>(5)</sup>.

فمشارطة التحكيم هي الاتفاق الذي يتم بين الطرفين بعد قيام النزاع بينهما لعرض هذا النزاع على التحكيم، ولهذا فهو يتضمن تحديد الموضوعات التي تطرح على التحكيم، وتسمى أحياناً وثيقة التحكيم الخاصة، وتصح هذه المشارطة ولو كان النزاع قد أقيمت بشأنه دعوى قضائية، ولو كانت الدعوى أمام محكمة الاستئناف مادام لم يصدر حكم نهائي فيها، وهذا ما نصت عليه المادة (2\10)

(1) د- درويش الوحيدي- مرجع سابق- ص99.

(2) د- نادية معوض- مرجع سابق- ص85.

(3) د- أبو العلا النمر- دراسة تحليلية للمشكلات العملية والقانونية في مجال التحكيم التجاري الدولي- الطبعة الأولى- دار أبو المجد للطباعة بالهرم- 2004م- ص33.

(4) د- عزمي عبد الفتاح عطية- قانون التحكيم الكويتي- الطبعة الأولى- مطبوعات جامعة الكويت- 1990م- ص124.

(5) د- أبو العلا النمر- مرجع سابق- ص33.

من قانون التحكيم المصري بقولها "..... كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع، ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم، وإلا كان الاتفاق باطلاً"، ولا شك أن المشرع المصري يؤكد تشجيعه للتحكيم إلى أقصى حد، فيسمح باتفاق التحكيم بعد قيام النزاع، ولو كانت أقيمت بشأنه دعوى أمام جهة قضائية<sup>(1)</sup>.

ولم يعالج قانون التحكيم الفلسطيني مسألة الاتفاق على التحكيم بعد قيام النزاع أمام المحكمة المختصة، حيث أن المادة الخامسة من قانون التحكيم الفلسطيني لم تشر إلى مثل هذه الحالة، ونرى أن قانون التحكيم المصري كان أكثر توفيقاً من قانون التحكيم الفلسطيني، حيث أن إجازة قانون التحكيم المصري للأطراف الاتفاق على التحكيم، ولو بعد رفع النزاع إلى المحكمة هو إعمال لمبدأ سلطان الإرادة، تلك الإرادة التي منحها المشرع حق اللجوء إلى التحكيم حتى، ولو كان النزاع مرفوعاً أمام المحكمة المختصة بنظر النزاع، طالما لم يصدر حكماً نهائياً في الدعوى لذلك يجب احترام هذه الإرادة وتخويلها صلاحية الاتفاق على التحكيم في أي وقت طالما أن ذلك لا يخالف النظام العام<sup>(2)</sup>.

لذلك نأمل من المشرع الفلسطيني إضافة فقرة إلى نص المادة الخامسة لتصبح على النحو الآتي: "يجوز الاتفاق على التحكيم، ولو كانت قد أقيمت بشأنه دعوى أمام جهة قضائية، وفي هذه الحالة يجب أن يتضمن الاتفاق موضوع النزاع، وإلا كان باطلاً".

(1) د- ناريمان عبد القادر- مرجع سابق- ص210.

(2) يقترن مصطلح النظام العام في القانون الداخلي بالحديث عن القواعد الأمرة، والتي من المتفق عليه أنه لا يجوز للأفراد مخالفة هذه القواعد ولهذا يقال بأن: "النظام العام في الدولة يعد قيداً على سلطان الإرادة"، والهدف من النظام العام الداخلي هو حماية المبادئ والأسس التي تقوم عليها الدولة سواء الأسس الاجتماعية أو الاقتصادية أو السياسية. أنظر: د- أشرف عبد العليم الرفاعي- اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية- الطبعة الأولى- دار الفكر الجامعي- 2003- ص29. راجع أيضاً: د- سالم حماد الدحوح- الوجيز في القانون الدولي الخاص- الجزء الثالث- تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي- الطبعة الثانية- 2002م- ص90. وفكرة النظام العام فكرة نسبية تختلف باختلاف الزمان والمكان وقد تختلف في نفس الدولة باختلاف الأزمنة، فمثلاً في مصر كان شرط الوفاء بالذهب مقبولاً قبل عام1914م، وبعد ذلك أصدر المشرع قانوناً يفرض السعر الإلزامي للعملة الورقية وبالتالي أصبح شرط الوفاء بالذهب مخالفاً للنظام العام في مصر، وفي فرنسا كان القانون المدني يبيح الطلاق وكان هذا الأمر متعلق بالنظام العام وبعد ذلك تم تحريم الطلاق، واعتبر أنه مخالف للنظام العام أيضاً ولهذا فالنظام العام يعتبر أمراً نسبياً.

## المطلب الثاني

### الفرق بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم

شرط التحكيم ومشاركة التحكيم باعتبارهما صورتين اتفاق التحكيم، والذي يجب أن يتوافر في هذا الأخير الشروط الموضوعية<sup>(1)</sup>، والشكلية<sup>(2)</sup>، التي يتطلبها القانون، فإذا استكمل الاتفاق شرائط صحته رتب آثاره القانونية.

ورغم ذلك فإن هناك فروقاً بين الشرط والمشاركة مما يستوجب بيان ذلك، ويمكن إيجاز هذه الفروق على النحو الآتي:

(1) تتمثل الشروط الموضوعية: في الرضا والمحل والسبب والأهلية. أولاً الرضا: يلزم توافر الرضا بين الطرفين وذلك بأن يعقل كل من المتعاقدين معنى التصرف الذي يقصده ويجريه، ولا يكفي أن يتوافر الرضا لدى المتعاقدين، بل يجب أن تتجه إرادتهما إلى إحداث الأثر القانوني الذي يترتب عليه التصرف، وبناءً على ذلك إذا كان الرضا صورياً انتفى الرضا لانتهاء اتجاه الإرادة إلى إحداث الأثر القانوني الذي يترتب عليه العقد، لذلك فالإتفاق على التحكيم لا يقوم إلا إذا اتجهت الإرادة بوضوح إلى فكرة التحكيم بدرجة التحديد على نحو لا يكفي معه مجرد الإتفاق على مجرد اللجوء إلى القضاء للقول بوجود اتفاق على التحكيم. انظر في هذا المعنى: د- درويش الوحيدي- مرجع سابق- ص108. انظر أيضاً: د- نادية محمد معوض- مرجع سابق- ص63-64. راجع كذلك: أسامة أحمد الحواري- القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات الدولية الخاصة- رسالة ماجستير- جامعة الدول العربية- 2007- ص74-75. ثانياً المحل: المحل وهو موضوع النزاع المتفق على التحكيم فيه، وهذا الإتفاق إما أن يتمثل في شرط تحكيم اتفق عليه قبل نشوء النزاع وأدرج في العقد، أو في وثيقة أخرى تتضمن شرط التحكيم أحال إليها العقد أو في اتفاق مستقل، وقد يتمثل الإتفاق في مشاركة تحكيم تبرم بعد قيام النزاع، ويتفق فيها على إحالة النزاع إلى التحكيم للفصل فيه، ويشترط في المحل أيضاً ألا يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة. انظر: د- درويش الوحيدي- مرجع سابق- ص108. د- نادية محمد معوض- مرجع سابق- ص66-67. فضلاً عن اشتراط قوانين التحكيم على عدم جواز التحكيم في المسائل التي لا يجوز الصلح فيها، ومن هذه المسائل كل ما يتعلق باكتساب الجنسية، أو تحديد المسؤولية الجنائية لأن ذلك من اختصاص القضاء فقط ولا تملك هيئة التحكيم الفصل فيها، ومن القضايا التي لا يجوز الصلح فيها أيضاً المنازعات المتعلقة بالاستملاك للغايات العامة، وقضايا التنفيذ العيني، فهذه المنازعات يختص بها القضاء. انظر: المحامي- ناظم محمد عويضة- شرح قانون التحكيم رقم3 لسنة 2000م- غزة- مكتبة ومطبعة دار المنارة- 2001م- ص26. ثالثاً السبب: السبب وهو الهدف من اتفاق التحكيم وهو تحريك إجراءات التحكيم. د- نادية محمد معوض- مرجع سابق- ص67. رابعاً الأهلية: وهو أن يكون الشخص أهلاً للتصرف في موضوع النزاع، ويترتب على ذلك أن كلاً من القصر والمحجور عليهم لجنون أو سفه أو غفلة ليسوا أهلاً لإبرام اتفاقيات التحكيم وإذا أبرم أحدهم اتفاقاً كان الإتفاق باطلاً، والحكمة من اشتراط أهلية التصرف في اتفاق التحكيم: 1- اتفاق التحكيم يترتب عليه فقدان الحق في حالة ما إذا قضى المحكمون لغير صالح الخصوم، وقد يتضمن على الأقل تعديلاً في نطاق مزايا هذا الحق. 2- اتفاق التحكيم يترتب عليه التنازل عن بعض الحقوق الإجرائية من أمثلة ذلك التنازل عن حق رفع الدعوى أمام قضاء الدولة. 3- يترتب على عدم نظر محاكم الدولة الدعوى بشأن المنازعات التي اتفق على التحكيم فيها التخلي عن الضمانات التقليدية أمام قضاء الدولة. انظر في هذا المعنى- د- عزمي عبد الفتاح عطية- قانون التحكيم الكويتي- مرجع سابق- ص98-99. د- نادية محمد معوض- مرجع سابق- ص75.

(2) تتمثل الشروط الشكلية في شرط الكتابة، والكتابة تعد ركناً في اتفاق التحكيم بحيث يكون باطلاً إذا لم يكن مكتوباً، فالكتابة شرطاً شكلياً لازماً لوجود الاتفاق على التحكيم في ذاته، وتكون لازمة ليس فقط لإثباته وإنما تكون لازمة لانعقاده، وصحته، وبحيث لا يكون هناك من سبيل لإثبات الاتفاق سوى الكتابة. د- محمود السيد التحيوي- التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية- دار الجامعة الجديدة للنشر- 1999م- ص73. وشرط الكتابة شرط بديهي تكمن أهميته في إثبات وعي الأطراف بموافقتهم على اللجوء إلى التحكيم لحل النزاع الناشئ بينهم بدلاً من اللجوء إلى طرق التقاضي العادية، وأصبحت معظم التشريعات الحديثة تنص على أن الكتابة تتحقق بعدد من الوسائل التي تأخذ بعين الاعتبار الممارسات التجارية الشائعة ووسائل الاتصال الحديثة. انظر- دراسة في ماهية التحكيم- الجمعية الفلسطينية للعلوم القانونية- ص4. وجاء في نص المادة(35) من قانون التحكيم الفلسطيني على أنه "يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو تضمنه ما تبادلاه من رسائل أو بقرقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة".

1- شرط التحكيم يتم إبرامه قبل حدوث النزاع، أما مشاركة التحكيم فيتم إبرامها بعد حدوث النزاع بين الأطراف، فشرط التحكيم يتعلق بنزاع من الممكن أن يولد مستقبلاً، أما مشاركة التحكيم فإنها تتعلق بنزاع ولد<sup>(1)</sup>.

2- عندما يتم إبرام مشاركة التحكيم فإن الخصوم ينزلون عن اللجوء إلى القضاء بالنسبة للنزاع القائم، أما في شرط التحكيم فإن الخصوم ينزلون عن حقهم في اللجوء إلى القضاء، فيما لو نشأ نزاع مستقبلي بين الأطراف<sup>(2)</sup>.

3- يتميز شرط التحكيم عن مشاركة التحكيم في أن شرط التحكيم يرد على نزاع قد يثور مستقبلاً، ولهذا يصعب تحديد موضوع النزاع، أما مشاركة التحكيم فإنها تبين مضمون النزاع، لأن الأخير وقع فعلاً<sup>(3)</sup>، ومن الجدير ذكره في هذا الشأن أن أغلب القوانين رتبت البطلان في حالة عدم تضمين مشاركة التحكيم المسائل المتنازع فيها، وذلك على عكس الحال في شرط التحكيم لأنه يتعلق بنزاع مستقبلي محتمل الوقوع<sup>(4)</sup>.

4- شرط التحكيم يتم إبرامه في جو تسوده روح الثقة بين الأطراف، لأن النزاع لم يقع، أما في مشاركة التحكيم، فالأمر لا يبدو بهذه البساطة لأن النزاع يكون قد وقع فعلاً، وبالتالي فإن المشاركة تبرم في جو يسودها التوتر، وعدم الثقة<sup>(5)</sup>.

(1) د- محسن شفيق- مرجع سابق- فقرة 109- ص 171-172.

(2) د- أحمد أبو الوفا- التحكيم الاختياري والإجباري- مرجع سابق- فقرة 39- ص 112.

(3) د- أمال الفزائري- مرجع سابق- ص 49. د- أحمد أبو الوفا- التحكيم الاختياري والإجباري- مرجع سابق- فقرة 39- ص 112. د- ناريمن عبد القادر- مرجع سابق- ص 212.

(4) ومن هذه القوانين مثلاً قانون التحكيم الفلسطيني، وقانون التحكيم المصري، وقانون التحكيم الأردني، حيث جاء في المادة (45) تحكيم فلسطيني "إذا تم الاتفاق على التحكيم بعد نشوء النزاع فيجب أن يتضمن الاتفاق موضوع النزاع وإلا كان باطلاً"، وجاء في المادة (2\10) مصري "كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً". وجاء في نص المادة (11) من قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001م. "كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى قضائية، ويجب في هذه الحالة أن يحدد موضوع النزاع الذي يحال إلى التحكيم تحديداً دقيقاً وإلا كان باطلاً". وقضت محكمة الاستئناف العليا بغزة بقولها: "وحيث أنه بالبناء على ما تقدم ولكون مشاركة التحكيم جاءت خالية من تحديد مواضع النزاع محل التحكيم، مما ترتب عليه اشتغال قرار التحكيم على أمور ومواضع ليست خلاف أو نزاع، وعلى أشخاص ليسوا طرفاً في النزاع مما يجعل قرار المحكم موضوع الطعن معيباً، وفي غير محله لمخالفته للحقيقة والواقع ولأصول التحكيم وصحيح القانون، مما يجعل حكم محكمة أول درجة بالتصديق عليه في غير محله مما يتعين معه فسخه، وبالتالي إلغاء حكم المحكم الصادر في 1995\5\5. استئناف حقوق- رقم 99\26 جلسة يوم الخميس 99\6\17- انظر تفصيل الحكم- السوابق القضائية- الجمعية الفلسطينية للعلوم القانونية- 2003- ص 21-22.

(5) د- أمال الفزائري- مرجع سابق- ص 48. ناصر جمعان- مرجع سابق- ص 75.

## المطلب الثالث

### طبيعة شرط التحكيم وخصائصه وبيان صورته

تمهيد وتقسيم:

أثارت طبيعة شرط التحكيم جدلاً فقهيًا واسعاً، فذهب البعض إلى تكييفه بأنه من ضمن الشروط التي ينظمها القانون المدني، وذهب البعض الآخر إلى تكييفه بأنه وعد بالتعاقد، في حين ذهب غيرهم إلى تكييفه بأنه عقد، ولكنه ذو طبيعة إجرائية، وسنعرض لهذه الاتجاهات، ومن ثم نبين خصائص شرط التحكيم، والصور التي يمكن أن يندرج تحتها هذا الشرط، وذلك في ثلاثة فروع على النحو الآتي:

الفرع الأول: طبيعة شرط التحكيم.

الفرع الثاني: خصائص شرط التحكيم.

الفرع الثالث: صور شرط التحكيم.

## الفرع الأول

### طبيعة شرط التحكيم

يثير شرط التحكيم بعض الصعوبة عند تكييفه، هل يمكن اعتباره من ضمن الشروط التي ينظمها القانون المدني؟ أم هو متميز عنها ولا تجمعها إلا وحدة التسمية؟ أم هو مجرد وعد بالتعاقد، أم هو عقد ذو طبيعة إجرائية، وتفصيل ذلك على النحو الآتي:

أولاً - شرط التحكيم من ضمن الشروط التي ينظمها القانون المدني:

لمعرفة هل يعتبر شرط التحكيم من ضمن الشروط التي ينظمها القانون المدني علينا بداية أن نعرف الشرط في القانون المدني، لنرى بعد ذلك هل يعتبر شرط التحكيم من ضمن الشروط التي ينظمها القانون المدني من عدمه.

فالشرط في القانون المدني: أمر مستقبل غير محقق الوقوع، يتوقف على تحققه وجود الحكم أو زواله، وهو نوعان الشرط الواقف، والشرط الفاسخ، والشرط الواقف: يتوقف على تحققه نشوء الالتزام، والشرط الفاسخ: يتوقف على تحققه زوال الالتزام<sup>(1)</sup>.

وشرط التحكيم يشبه الشرط في القانون المدني كون النزاع المتفق بشأنه على التحكيم أمر مستقبل غير محقق الوقوع، وغير مخالف للنظام العام، وهو وارد على أمر جائز قانوناً، إلا أن شرط التحكيم يختلف عن الشرط في القانون المدني، أن الأول يحتاج إلى أهلية خاصة لإبرامه، واشتراط الكتابة لصحة انعقاده، وتحديد الجهة التي يتم بواسطتها تعيين المحكمين، كما أنه يتميز بأنه اتفاق داخل اتفاق<sup>(2)</sup>.

### ثانياً - شرط التحكيم مجرد وعد بالتعاقد أو وعد بالتحكيم:

ذهب اتجاه في الفقه<sup>(3)</sup> بالقول بأن شرط التحكيم يعتبر مجرد وعد بالتعاقد، ولهذا يتوجب إبرام مشاركة تحكيم بعد وقوع النزاع، ويمكن الإجابة على ذلك بأن هناك فروقاً جوهرية بين شرط التحكيم، وبين الوعد بالتعاقد وتتمثل هذه الفروق فيما يلي:

أ- الوعد بالتعاقد هو عقد ملزم لجانب واحد<sup>(4)</sup>، وقد يكون ملزماً للجانبين، ويكون ملزماً لجانب واحد من طرف الواعد الذي يلتزم خلال مدة معينة بإبرام العقد الموعود به إذا اتجهت نية الشخص الموعود له خلال هذه الفترة المحددة لإبرامه<sup>(5)</sup>، وشرط التحكيم يعتبر عقداً، وليس وعداً بالتعاقد اتجهت نية طرفيه إلى حل ما يتم من منازعات بينهما عن طريق التحكيم.

ب- شرط التحكيم لا يقترن بمدة معينة عند الاتفاق عليه بين الأطراف، لذلك فهو يعتبر عقداً نهائياً، وذلك على عكس الحال في الوعد بالتعاقد، حيث إنه يكون مقترناً بمدة معينة، والتي يعبر فيها الموعود له عن نيته في التعاقد<sup>(6)</sup>.

(1) د- موسى سلمان أبو ملح- شرح القانون المدني الأردني- أحكام الالتزام- دراسة مقارنة- الطبعة الأولى- 1997م- ص219. راجع كذلك: د- جلال علي العدوي- أحكام الالتزام- الدار الجامعية- 1986- فقرة 297- ص220.

(2) عبد الباسط الضراسي- مرجع سابق- ص83.

(3) من أنصار هذا الرأي: د- أحمد حسني- عقود إيجار السفن- منشأة المعارف بالإسكندرية- 1985- فقرة 317- ص300. انظر في عرض هذا الاتجاه أيضاً: د- خالد حسن- مرجع سابق- ص147- 148. انظر أيضاً في عرض هذا الرأي: د- مصطفى الجمال- د- عكاشة عبد العال- التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية- الجزء الأول- الطبعة الأولى- الفتح للطباعة والنشر- 1998م - فقرة 231- ص344.

(4) انظر: د- عبد الرزاق أحمد السنهوري- شرح القانون المدني- نظرية العقد- دار إحياء التراث العربي- بيروت- فقرة 259- ص263.

(5) دربال عبد الرزاق- الوجيز في النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام- دار العلوم للنشر والتوزيع- ص44.

(6) د- خالد حسن- مرجع سابق- ص148.



ج- الوعد بإبرام العقد لا ينعقد إلا إذا تم التوافق على جميع العناصر الجوهرية للعقد المزمع إبرامه، أما في شرط التحكيم فالمنازعات لم تقع بعد لأن وقوعها أمر احتمالي<sup>(1)</sup>.

د- اختلاف شرط التحكيم عن الوعد بالتعاقد من حيث الآثار المترتبة على كل منهما، ففي الوعد بالتعاقد إذا أعلن الموعود له عن نيته في التعاقد، ورفض الواعد ذلك يجوز للموعود له اللجوء إلى القضاء الذي يحكم بثبوت العقد<sup>(2)</sup>، أما في شرط التحكيم ففي حالة حدوث النزاع فيستطيع أي من الطرفين اللجوء إلى التحكيم<sup>(3)</sup>.

هـ- إذا كان شرط التحكيم وعداً بالتعاقد معنى ذلك أن العقد الذي ينظمه إذا كان باطلاً انسحب على شرط التحكيم، وهذا يتنافى مع استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي<sup>(4)</sup>.

و- شرط التحكيم يعتبر عقداً وليس وعداً بإبرام عقد في المستقبل، لذلك حينما ينشأ النزاع مستقبلاً، فلا يكون على أطراف هذا الشرط التزام بإبرام مشاركة تحكيم عند وقوع النزاع، بل على الأطراف أن يقوموا بتنفيذ هذا الشرط عند وقوع النزاع<sup>(5)</sup>.

### ثالثاً- شرط التحكيم عقد ذو طابع إجرائي:

ذهب رأي في الفقه الايطالي<sup>(6)</sup>، بالقول بأن شرط التحكيم يعتبر عقداً ذا طابع إجرائي، وذلك على أساس أن عقد التحكيم يؤثر تأثيراً مباشراً في وجود خصومة التحكيم، بدليل أنه يمنع قضاء الدولة من نظر المنازعة التي تم الاتفاق على التحكيم بشأنها، ويمنح المدعى عليه دفعاً بوجود الاتفاق على التحكيم، كما يمنح المحكم أو المحكمين سلطة القضاء بين الأطراف المتنازعة في النزاع موضوع الاتفاق، ومن ناحية أخرى فإن اتفاق التحكيم ينظم خصومة التحكيم في العديد من المسائل التي ترك القانون لأطراف الاتفاق حرية تنظيمها<sup>(7)</sup>. وأجيب على ذلك أن شرط التحكيم

(1) د- خالد حسن- مرجع سابق- ص149.

(2) د- موسى سلمان أبو ملح- شرح القانون المدني الأردني- مصادر الالتزام- الكتاب الأول- 1995م- ص97. راجع أيضاً:

دريال عبد الرازق- مرجع سابق- ص48.

(3) د- خالد حسن- مرجع سابق- ص149.

(4) المرجع نفسه- ص150.

(5) د- سيد أحمد محمود- مرجع سابق- ص158.

(6) انظر في عرض هذا الاتجاه: د- أمال الفزائري- مرجع سابق- ص35-36. راجع أيضاً في عرض هذا الاتجاه: د- فتحي

والي- الوسيط- مرجع سابق- فقرة460- ص942.

(7) د- أمال الفزائري- مرجع سابق- ص36. د- فتحي والي- الوسيط- مرجع سابق- فقرة460- ص942.

يعقد قبل بدء الخصومة فلا يتسنى إذن أن يكون من بين عناصرها المكونة لها وبالتالي فهو لا يأخذ طبيعة أعمال الخصومة الإجرائية<sup>(1)</sup>.

بعد استعراض الآراء والاتجاهات السابقة نرى أن شرط التحكيم هو اتفاق كامل يتم برضا الطرفين فهو كأى عقد يتم بإيجاب وقبول، ويلزم أن تتوافر فيه الشروط العامة للعقود، سواء كان شرط التحكيم وارداً ضمن بنود العقد الأصلي، أم ورد في اتفاق لاحق تم إبرامه قبل نشوء النزاع<sup>(2)</sup>. ولهذا لا يندرج تحت اسم الشرط في القانون المدني ولا يعتبر وعداً بالتعاقد ولا يمكن اعتباره أيضاً عقداً إجرائياً بل هو عقد قائم بذاته.

لذلك حينما ينشأ النزاع في المستقبل فلا يكون على أطراف هذا الشرط التزام بإبرام مشاركة تحكيم، بل يتم اللجوء إلى التحكيم طبقاً للشرط الوارد في العقد أو في اتفاق مستقل<sup>(3)</sup>.

## الفرع الثاني

### خصائص شرط التحكيم

أشرنا سابقاً إلى تعريف شرط التحكيم وعرفناه بأنه: الاتفاق الذي يتم قبل حدوث النزاع وسواء ورد هذا الاتفاق كبنود العقد الأصلي، أو في اتفاق لاحق على إبرام العقد الأصلي، ويلتزم الأطراف بمقتضى ذلك إخضاع ما قد يثور من خلافات بينهم حول تنفيذ العقد على محكمين للفصل فيه بدلاً من قضاء الدولة. ومن خلال هذا التعريف يمكن التعرف على الخصائص التي يتميز بها شرط التحكيم وهي على النحو الآتي:

#### أولاً- يعتبر شرط التحكيم من العقود المشروعة:

يعتبر شرط التحكيم من العقود المشروعة والملزمة للأفراد، وذلك استناداً لما هو حاصل من تطور على صعيد الحياة الاقتصادية، فضلاً على أنه يلعب دوراً هاماً في مجال المعاملات الدولية وأنه من العوامل التي تسهلها<sup>(4)</sup>، وهو شرط غير مخالف للنظام العام<sup>(5)</sup>.

(1) د- أمال الفزائري- مرجع سابق- ص36. راجع أيضاً: د- فتحي والي- الوسيط- المرجع السابق- فقرة 460- ص942.

(2) انظر في تأييد هذا الرأي: د- سيد أحمد محمود- مرجع سابق- ص161.

(3) المرجع نفسه- ص161.

(4) د- عبد الحميد الأحمد- موسوعة التحكيم- التحكيم في البلاد العربية- الجزء الأول- دار المعارف- ص37.

(5) ناصر جمعان- مرجع سابق- ص83.

## ثانياً - يعتبر شرط التحكيم من العقود المسماة:

وذلك بسبب شيوعه في العمل، ولأن المشرع نظمته بقواعد خاصة، ومن ثم فشرط التحكيم تطبق عليه القواعد الموجودة في قانون التحكيم، ثم القواعد الموجودة في التنظيم العام للعقود في القانون المدني، إذا لم توجد القاعدة المطلوبة في قانون التحكيم<sup>(1)</sup>.

## ثالثاً - شرط التحكيم عقد شكلي:

على الرغم من أن شرط التحكيم اتفاق إرادي لأن الإرادة هي التي لجأت إلى التحكيم، إلا أنه يعتبر من العقود الشكلية، فهو لا ينعقد إلا بالكتابة، فإذا لم توجد الكتابة، فلا يجوز انعقاده ولو بالإقرار أو اليمين<sup>(2)</sup>، وقد نصت المادة (215) من قانون التحكيم الفلسطيني بقولها: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً"<sup>(3)</sup>.

## رابعاً - شرط التحكيم عقد ملزم للجانبين:

العقد الملزم للجانبين هو الذي ينشئ التزامات متقابلة على المتعاقدين، حيث يعتبر كلاهما دائماً ومديناً في نفس الوقت<sup>(4)</sup>، فيعتبر تنفيذ التزام الطرف الأول سبباً لالتزام الطرف الثاني، كما أن تنفيذ التزام الطرف الثاني هو أيضاً سبب لالتزام الطرف الأول<sup>(5)</sup>.

وشرط التحكيم ينشئ التزامات متقابلة على عاتق كل من طرفيه، وتتمثل هذه الالتزامات بعدم اللجوء إلى القضاء للفصل في النزاع المتفق بشأنه على التحكيم، فيوجد التزام على كل منهما بطرح النزاع على هيئة التحكيم، والالتزام بالحكم الصادر منها<sup>(6)</sup>، وهكذا تتضح غرابة التحكيم فكل

(1) د- مصطفى الجمال- د- عكاشة عبد العال- مرجع سابق- فقرة 217- ص321.

(2) د- فتحي والي- الوسيط- مرجع سابق- فقرة- 458- ص938.

(3) ويقابلها نص المادة (12) من قانون التحكيم المصري بقولها: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة.

(4) د- موسى أبو ملوح- مصادر الالتزام- مرجع سابق- ص22.

(5) د- عبد الرزاق أحمد السنهوري - مرجع سابق- فقرة- 135- ص130.

(6) د- أحمد أبو الوفا- التحكيم الاختياري والإجباري- مرجع سابق- فقرة- 7- ص26. راجع أيضاً : ناصر جمعان- مرجع سابق- ص85.

التزامات أطرافه متطابقة، وترمي إلى منع فض النزاع بطريق القضاء، وفضه بطريق التحكيم وفرض حكمه عليهم<sup>(1)</sup>.

#### خامساً - شرط التحكيم من عقود المعاوضة:

عقد المعاوضة هو العقد الذي تكون فيه فائدة ومنفعة متبادلة لكل من الطرفين، أو هو العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلاً لما أعطاه<sup>(2)</sup>، وشرط التحكيم يعتبر من عقود المعاوضة لأن كلاً من المتعاقدين يتلقى عوضاً عما التزم به<sup>(3)</sup>، فهو يقدم فائدة ومنفعة لكل من طرفيه، وتتمثل هذه الفائدة في الاستفادة من المزايا التي يقدمها التحكيم، وأهمها السرعة في الفصل في النزاع عن طريق أشخاص متخصصين بطبيعة هذا النزاع.

#### سادساً - شرط التحكيم عقد احتمالي:

العقد الاحتمالي هو العقد الذي لا يتحدد فيه وقت انعقاده مقدار الالتزامات التي يلتزم بها كل من المتعاقدين، بحيث لا يعرف أحدهما مقدار الأداء الذي يبذله، أو يأخذه نظراً لوجود عنصر احتمالي فيه<sup>(4)</sup>.

وشرط التحكيم يعد من ضمن العقود الاحتمالية، لان المنازعات التي ينصب عليها التحكيم هي منازعات محتملة، وغير محددة فهي لم تنشأ بعد.

#### سابعاً - شرط التحكيم عقد وقائي:

يعتبر شرط التحكيم من العقود الوقائية، فهو اتفاق يتحاشى به الطرفان الوقوع في سلسلة من الإجراءات الطويلة فهو له فوائد جمة، ولاسيما في عقود التجارة الدولية التي بات من المستقر

(1) د- أحمد أبو الوفا- التحكيم الاختياري والإجباري- مرجع سابق- فقرة- 7- ص26.

(2) د- عبد الرزاق أحمد السنهوري - مرجع سابق- فقرة- 139- ص134.

(3) د- أحمد أبو الوفا- التحكيم الاختياري والإجباري- مرجع سابق- فقرة- 7- ص26.

(4) د- موسى أبو ملوح- مصادر الالتزام- ص31.

بالنسبة لفض النزاعات المتعلقة بها يكون عن طريق التحكيم بإبرام شرط تحكيم في معظم المعاملات التجارية<sup>(1)</sup>، وبعبارة أخرى يمكن القول: أن الأطراف عندما يبرمون شرط التحكيم فإنهم يقومون بإعداد الدواء لما عسى أن يثور من داء في المستقبل.

## الفرع الثالث

### صور شرط التحكيم

يتخذ شرط التحكيم صوراً متعددة فقد يرد ضمن بنود العقد الأصلي، وقد يرد في اتفاق آخر بعد إبرام العقد الأصلي، ولكنه يكون سابقاً على قيام النزاع، وقد يكون بطريق الإحالة، وفي الآتي البيان وفقاً لما سنبينه تباعاً:

#### أولاً- شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي:

شرط التحكيم يتم عادة إدراجه ضمن بنود العقد الأصلي<sup>(2)</sup>، المبرم بين طرفيه فيتم الاتفاق على أن ما ينشأ من نزاعات حول تفسير العقد، أو تنفيذه يتم الفصل فيه بواسطة التحكيم<sup>(3)</sup>. وسواء كان هذا الشرط وارداً في بداية العقد أو في نهايته، إلا إذا تبين من الشرط أنه قصد به عرض منازعات معينة ناشئة عن العقد وليس جميعها<sup>(4)</sup>. وهذا هو الشائع عملاً في ميدان التجارة الدولية، باعتبار أن الغالبية العظمى من قضايا التحكيم وخاصة في المجال الدولي، تنشأ استناداً إلى شرط التحكيم الذي يكون سابقاً على نشأة النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم بين الأطراف المحتمكين.

(1) أشار إليه- ناصر جمعان- مرجع سابق- ص 87.

(2) د- أمال الفزائري- مرجع سابق- ص 48. د- خالد حسن- مرجع سابق- ص 145.

(3) د- فتحي والي- الوسيط- مرجع سابق- فقرة- 457- ص 934.

(4) د- فتحي والي- الوسيط - مرجع سابق- فقرة- 457- ص 934. راجع أيضاً : ناصر جمعان- مرجع سابق- ص 70،

## ثانياً - شرط التحكيم كاتفاق مستقل:

يمكن أن يرد شرط التحكيم كاتفاق مستقل عن العقد الأصلي، الذي تم إبرامه بين طرفيه بحيث لا يرد شرط التحكيم ضمن بنود العقد الأصلي، ولكنه يرد في اتفاق مستقل عن هذا الأخير فيقوم الأطراف بإبرام شرط التحكيم بعد إبرام العقد الأصلي، فشرط التحكيم يبقى منطبقاً طالما أن الاتفاق تم قبل نشوء النزاع، فهو يقوم بصورة منفصلة عن الوجود المادي للعقد<sup>(1)</sup>.

## ثالثاً - شرط التحكيم بالإحالة:

شرط التحكيم قد لا يرد ضمن بنود العقد الأصلي، وإنما يكتفي العقد بالإحالة إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم، وفي هذه الحالة يكون شرط التحكيم بالإحالة إلى الوثيقة التي تضمنت شرط التحكيم<sup>(2)</sup>. وقد تكون الإحالة إلى عقد نموذجي<sup>(3)</sup>، في مجال النقل البحري، أو بيع البضائع ويلزم في هذه الحالة أن تتضمن الإحالة ما يفيد اعتبار شرط التحكيم الذي تضمنته هذه الوثيقة جزءاً من العقد الأصلي<sup>(4)</sup>.

وقد أجازت محكمة النقض المصرية أن تضمن مستندات الشحن إحالة إلى شرط التحكيم الوارد في مشاركة الإيجار، موضحة أن هذه الإحالة تجعل شرط التحكيم ضمن سند الشحن ويلتزم به المرسل إليه باعتباره في حكم الأصيل رغم عدم توقيعه على سند الشحن وعدم تعاقدته على نقل البضائع إذ يعتبر المرسل إليه طرفاً ذا شأن في عقد النقل<sup>(5)</sup>.

(1) د- خالد حسن- مرجع سابق- ص146. د- فتحي والي- مرجع سابق- ص- 934.

(2) د- فتحي والي- الوسيط- مرجع سابق- فقرة- 457- ص935.

(3) العقود النموذجية أو ما يطلق عليه بالعقود النمطية: هي عبارة عن مجموعة من الشروط العامة، التي استقرت في عادات وواقع التجارة الدولية والمكتوبة، في صيغ معدة سلفاً والمطبوعة بأعداد ضخمة تستعمل كنماذج لعقود يتم إبرامها في المستقبل. وتلعب هذه العقود دوراً هاماً في تسيير عمليات التجارة الدولية الحديثة، والذي يقوم على إعدادها جمعيات والهيئات المهنية. راجع: د- أحمد عبد الكريم سلامة- قانون العقد الدولي- الطبعة الأولى- دار النهضة العربية 2000-2001- فقرة 98-99- ص133-134.

(4) انظر في هذا المعنى: د- محمود مختار أحمد بربري- مرجع سابق- فقرة28- ص43. انظر أيضاً: د- عبد الحميد الشواربي- التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء- الطبعة الثانية- منشأة المعارف بالإسكندرية- طبعة 2000م- ص55. راجع أيضاً: د- أحمد أبو الوفا- التحكيم في القانون الدولي وفي القانون المصري- بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي- المجلد الخمسون- صادرة عن الجمعية المصرية للقانون الدولي- 1994- ص88. انظر في هذا المعنى أيضاً: د- عمر مشهور حديثة الجازي- اتفاق التحكيم في ظل قانون التحكيم الأردني- رقم 31 لسنة 2001- مقال منشور في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي- 2003- العدد الثاني والعشرون- ص4-5.

(5) أشار إليه: د- منير عبد المجيد- قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية- دار المطبوعات الجامعية- 1995م- فقرة54- ص 76.

ويشكل شرط التحكيم بالإحالة طريق ذات أهمية قصوى بالنسبة للمتعاقدين إذ تساعدهم على اختصار الوقت، والجهد الذي يمكن أن يبذل في سبيل تنظيم الأحكام التي يمكن أن تطبق على التحكيم المتعلقة بمنازعاتهم<sup>(1)</sup>.

وأود أن أشير أخيراً إلى أن قانون التحكيم الفلسطيني خلا من أي إشارة تتضمن الإحالة إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم، حيث أن معظم القوانين جاءت متضمنة مثل هذه الإحالة ومن هذه القوانين نذكر نص الفقرة الثالثة من المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري، حيث جاء فيها "ويعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم، إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد".

لذلك نأمل من المشرع الفلسطيني الأخذ بمثل هذه المادة في قانون التحكيم الفلسطيني لأن العمل بها سيعمل على توفير الوقت والجهد للمتعاقدين للاتفاق على شرط تحكيم في كل عقد يتم إبرامه بينهما، إذ يكفي الإشارة إلى شرط تحكيم وارد في عقد آخر، خاصة إذا كانت هناك أعمالاً متتابعة بين الأطراف.

---

(1) ناصر جمعان- مرجع سابق- ص72. ويأخذ شرط التحكيم بالإحالة غالباً الصورة الآتية: (اتفق الأطراف على أن تكون تسوية المنازعات الناشئة عن العقد المائل خاضعة للأحكام المماثلة المنصوص عليها في البنود رقم..... في العقد الميرم.....بين.....). أشار إليه ناصر جمعان- مرجع سابق- ص72.

## المطلب الرابع

### موقف القوانين والمعاهدات الدولية من شرط التحكيم

تمهيد وتقسيم:

أقرت معظم القوانين العربية، والأجنبية، والمعاهدات الدولية الخاصة بالتحكيم، شرط التحكيم باعتباره وسيلة لفض المنازعات بين الأفراد، لذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: موقف القوانين المختلفة من شرط التحكيم.

الفرع الثاني: موقف المعاهدات الدولية من شرط التحكيم.

### الفرع الأول

#### موقف القوانين المختلفة من شرط التحكيم

أقرت معظم القوانين العربية والأجنبية شرط التحكيم ولها مواقف إيجابية من هذا الشرط ومن هذه القوانين:

1- قانون التحكيم الفلسطيني حيث جاء في المادة (1\5) "اتفاق التحكيم هو اتفاق بين طرفين، أو أكثر بإحالة كل أو بعض المنازعات التي نشأت، أو قد تنشأ بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد، أو اتفاق منفصل".

2- قانون التحكيم المصري حيث جاء في نص المادة (2\10) "يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته، أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين.....".

3- قانون الإجراءات المدنية الجزائري حيث جاء في نص المادة (1\458) "تسري اتفاقية التحكيم على المنازعات المستقبلية والقائمة".



4- قانون المرافعات المدني الفرنسي الصادر بمرسوم 14\5\1980م: حيث جاء في نص المادة (1442) "الشرط التحكيمي هو الاتفاق الذي يتعهد بموجبه المتعاقدون على إحالة النزاعات التي تنشأ عن العقد إلى التحكيم"<sup>(1)</sup>.

5- القانون الإنجليزي لعام 1966م المتعلق بالتحكيم: حيث جاء في المادة (1\6) "لأغراض هذا الفصل أن عبارة (العقد التحكيمي) تعني أي اتفاق يحيل إلى التحكيم النزاعات الناشئة، أو التي ستنشأ سواء كانت النزاعات عقدية أو غير عقدية"<sup>(2)</sup>.

6- قانون المرافعات المدنية الهولندي حيث جاء في المادة (1\1020) "يمكن للأطراف الاتفاق على الإحالة إلى تحكيم النزاعات الناشئة، أو التي ستنشأ بينها من خلال علاقة قانونية معينة تعاقدية أو غير تعاقدية"<sup>(3)</sup>.

يتبين من خلال النصوص السابقة الموقف الإيجابي من شرط التحكيم، حيث أن هذا الشرط معترف به في أغلب القوانين الوطنية والأجنبية، وهذا الشرط يتعلق بنزاع من الممكن أن يثار مستقبلاً وذلك من خلال النصوص التي أشارت إلى المنازعات المستقبلية، وبالتالي أصبح شرط التحكيم مسلماً فيه في معظم القوانين العربية والأجنبية.

## الفرع الثاني

### موقف المعاهدات الدولية من شرط التحكيم

أقرت معظم المعاهدات الدولية الخاصة بالتحكيم شرط التحكيم وسنعرض موقف هذه المعاهدات على النحو الآتي:

---

(1) أشار إليه: د- عبد الحميد الأحمد- موسوعة التحكيم الدولي- الجزء الثاني- دار المعارف- ص443. مر شرط التحكيم في القانون الفرنسي بتطور طويل قبل أن يتم الاعتراف به، ليصبح اتفاقاً على التحكيم، فالقانون الفرنسي كان يأخذ بالتفرقة بين شرط التحكيم ومشارطته، وكانت المشاركة هي وحدها الاتفاق الصحيح والمعمول به، أما شرط التحكيم فلا محل للاعتراف به إلا إذا تم تأكيده مرة أخرى بعد وقوع النزاع على اعتبار أنه مرحلة تمهيدية سابقة على إبرام مشارطة التحكيم. انظر: د- سامية راشد- مرجع سابق- فقرة- 25- ص75. انظر أيضاً: د- مصطفى الجمال- د- عكاشة عبد العال- مرجع سابق- فقرة232- ص345.

(2) أشار إليه: د- عبد الحميد الأحمد- الجزء الثاني- مرجع سابق- ص463.

(3) المرجع نفسه- ص521.

أولاً: بروتوكول جنيف لعام 1923م:

أقرت عصبة الأمم هذا البروتوكول في تاريخ (24) أيلول وصادقت عليه (53) دولة ولعل أهم ما ورد في هذا البروتوكول هو نص المادة (1) منه التي اعترفت بشرط التحكيم حيث جاء نص المادة كالاتي: "كل من الدول المتعاقدة تعترف بصحة أي اتفاق سواء كان متعلقاً بالخلافات الحاضرة، أم بالخلافات التي ستحدث في المستقبل، بين طرفين خاضع أحدهما لقضاء دولة متعاقدة والآخر لقضاء دولة متعاقدة أخرى"<sup>(1)</sup>.

ثانياً: اتفاقية نيويورك لعام 1958م.

جاء في المادة (1\2) "تعترف كل دولة متعاقدة بالاعتراف المكتوب التي يلتزم بمقتضاه الأطراف أن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة، أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية، أو غير التعاقدية، المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم"<sup>(2)</sup>.

ثالثاً: الاتفاقية الأوروبية لعام 1961م.

وضعت هذه الاتفاقية موضع التنفيذ بتاريخ 1\7\1961م، وجاء في المادة الأولى منها بأنه تطبق هذه الاتفاقية على "اتفاقيات التحكيم المعقودة بهدف فض النزاعات الناشئة، أو التي قد تنشأ نتيجة لعمليات التجارة الدولية ما بين أشخاص عاديين أو معنويين"<sup>(3)</sup>.

(1) أشار إليه: د- فوزي محمد سامي- التحكيم التجاري الدولي- الجزء الخامس- مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع- 1997م- ص32.

(2) أشار إليه: د- عبد الحميد الأحذب- موسوعة التحكيم- الجزء الثاني- ص379.

(3) المرجع نفسه- ص383.

رابعاً: قواعد التحكيم التي وضعتها الأمم المتحدة عام 1976م.

جاء في المادة الأولى من الاتفاقية المذكورة "إذا اتفق طرفا عقد كتابة على إحالة المنازعات المتعلقة بهذا العقد إلى التحكيم، وفقاً لنظام التحكيم الذي وضعته الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وجب عندئذ تسوية المنازعات وفقاً لهذا النظام مع مراعاة التعديلات التي قد يتفق عليها الطرفان كتابة"<sup>(1)</sup>.

خامساً: القانون النموذجي للتحكيم الدولي (اليونسترال) عام 1985م.

جاء في المادة (117) من القانون النموذجي "اتفاق التحكيم هو اتفاق بين الطرفين على أن يحيلوا إلى التحكيم، جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت، أو يمكن أن تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية، أو كانت غير تعاقدية ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد، أو اتفاق مستقل"<sup>(2)</sup>.

سادساً: اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري.

جاء في المادة (113) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري على أنه "يتم الخضوع للتحكيم بإحدى طريقتين الأولى بإدراج شرط التحكيم في العقود المبرمة بين ذوي العلاقة، والثانية باتفاق لاحق على نشوء النزاع".  
وبذلك يتضح لنا أن شرط التحكيم أضحى معترفاً به في المعاهدات الدولية الخاصة بالتحكيم، بل ونزید الأمر دقة بالقول بأن شرط التحكيم هو الشائع عملاً في ميدان التجارة الدولية.

(1) أشار إليه: د- عاشور مبروك- النظام الإجرائي لخصومة التحكيم- الطبعة الثانية- مكتبة الجلاء الجديدة- المنصورة- 1998م- ص470.  
(2) المرجع نفسه- ص451.

## المبحث الثاني

### مضمون استقلالية شرط التحكيم

تمهيد وتقسيم:

التحكيم هو الاتفاق الذي بموجبه يتم فض المنازعات التي نشأت، أو التي من الممكن أن تنشأ بين أشخاص القانون الخاص، أو العام، وخاصة في ميدان التجارة الدولية، وكون هذا الاتفاق قد يأتي في صورة شرط تحكيم، أو في صورة مشاركة تحكيم. فيثور التساؤل هنا عن مضمون استقلالية شرط التحكيم، هل تعني استقلالية عن العقد الأصلي فقط، أم أن مضمون هذه الاستقلالية تنصرف إلى معنى آخر، وهل هذه الاستقلالية تنصرف إلى شرط التحكيم الوارد ضمن بنود العقد الأصلي، أم أنها تنصرف إلى الشرط الذي تم الاتفاق عليه بعد إبرام العقد الأصلي، وقبل نشأة النزاع، فإذا ما سلمنا بأن هناك استقلالية لشرط التحكيم، فما هي المبررات التي يمكن الاستناد إليها لتبرير ذلك، ومن باب أولى ما هي الأهمية العملية لهذه الاستقلالية.

لذلك ستكون دراستنا لهذا المبحث في ثلاثة مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول: المقصود باستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

المطلب الثاني: أهمية استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

المطلب الثالث: مبررات استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

### المطلب الأول

#### المقصود باستقلالية شرط التحكيم

للقوف على المعنى الحقيقي لمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي يجب أن نتناول بداية معناه التقليدي، ثم المعنى الحديث له وذلك على التفصيل الآتي:

أولاً - المعنى التقليدي لمبدأ استقلالية شرط التحكيم وهو ما يعبر عنه بالاستقلال المادي تجاه العقد:

ينصرف المفهوم التقليدي لمبدأ استقلال شرط التحكيم إلى انفصال هذا الشرط عن العقد الأصلي الذي ورد فيه، أو ارتبط به، بحيث ينظر دائماً في تقدير صحة شرط التحكيم إلى ذات ماهيته، أي من حيث وجوده هو لا من حيث وجود العقد<sup>(1)</sup>، ومن التعريفات التي قيلت بهذا الخصوص ما يلي:

يقصد باستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي: أن عدم مشروعية العقد الأصلي، أو صحته أو بطلانه، أو فسخه، لا يؤثر على شرط التحكيم، سواء كان هذا الشرط مدرجاً في العقد الأصلي، أم كان مستقلاً عنه في صورة اتفاق تحكيم، وأساس هذا النظر أن اتفاق التحكيم يعالج موضوعاً مختلفاً عن موضوع العقد الأصلي، لأن اتفاق التحكيم تصرف قائم بذاته له كيانه المستقل عن العقد الأصلي<sup>(2)</sup>.

نلاحظ على التعريف السابق ما يلي:

أ- عالج التعريف مسألة واحدة، وهي مسألة العيب الذي قد يصيب العقد الأصلي، وعدم تأثير هذا العيب على شرط التحكيم.

ب- التعريف لم يعالج الصورة العكسية، وهي مسألة العيب الذي قد يلحق شرط التحكيم، ومدى تأثيره على العقد الأصلي، وهذه مسألة من الممكن أن تثور مما يستوجب وضع حلول عملية لها.

ج - التعريف عالج مسألة بطلان العقد الأصلي، وعدم تأثير هذا البطلان على شرط التحكيم من خلال صورتين:

الصورة الأولى: صورة إدراج شرط التحكيم، ضمن بنود العقد الأصلي.

الصورة الثانية: صورة الاتفاق على شرط التحكيم بعد إبرام العقد الأصلي، وهذا معناه أن الاتفاق على شرط التحكيم تم في صورة اتفاق مستقل.

ونرى من جانبنا أن مسألة الاستقلالية لا تثار إلا في حالة واحدة، وهي حالة الاتفاق على شرط التحكيم وإدراجه ضمن بنود العقد الأصلي، هنا فقط يثار موضوع استقلالية شرط التحكيم، أما في

(1) د- أحمد مخلوف- مفهوم استقلال شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية- دراسة قانونية في التحكيم التجاري الدولي- مجموعة أعمال مهداة إلى روح الدكتور- محسن شفيق- دار النهضة العربية- 2002- فقرة 9- ص 224.  
(2) د- منير عبد المجيد- قضاء التحكيم- مرجع سابق- فقرة 77- ص 102.

حالة الاتفاق على شرط التحكيم بعد إبرام العقد، وكان ذلك قبل نشوء النزاع، فإن موضوع استقلالية شرط التحكيم لن تثار، ومن باب أولى أن مسألة الاستقلالية لن تثار إذا تم الاتفاق على التحكيم في صورة مشاركة، الأمر الذي يوصلنا إلى نتيجة هامة مفادها "أنه إذا تم الاتفاق على التحكيم في صورة اتفاق مستقل عن العقد الأصلي (شرط تحكيم سابق على نشوء النزاع- مشاركة تحكيم) فإن البحث في موضوع الاستقلالية غير مجدي، لأن اتفاق التحكيم في الصورتين السابقتين سيكون بطبيعته مستقلاً عن العقد الأصلي".

وعرف أحد الفقهاء<sup>(1)</sup>، استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي بأنه: إذا كان الشرط باطلاً، فإن هذا يجب ألا يؤثر في العقد الذي يتضمنه، وإذا كان العقد نفسه باطلاً أو فسخ فهذا لا يؤثر على شرط التحكيم، وهذا ما يعبر عنه باستقلالية أو ذاتية شرط التحكيم، فشرط التحكيم وإن كان يرد في العقد الأصلي إلا أن له ذاتية متميزة ومستقلة عن العقد.

نلاحظ على التعريف الثاني ما يلي:

أ- عالج التعريف مسألتين، مسألة استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، ومسألة استقلالية العقد الأصلي عن شرط التحكيم.

ب- قصر التعريف هذه الاستقلالية فقط في حالة واحدة، وهي حالة إدراج شرط التحكيم ضمن بنود العقد الأصلي.

ونحن نميل إلى ترجيح هذا التعريف، وذلك لأنه تحدث عن استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وعن استقلالية هذا الأخير عن شرط التحكيم، ومن ناحية أخرى جاء التعريف متضمناً شرط التحكيم الوارد ضمن بنود العقد الأصلي فقط.

على ضوء ما سبق يمكننا تعريف استقلالية شرط التحكيم بأنه: "إذا كان العقد الأصلي باطلاً فإن ذلك لا يجب أن يؤثر على شرط التحكيم، وإذا كان شرط التحكيم باطلاً فإن ذلك يجب أن لا يؤثر على العقد الأصلي إذا كان شرط التحكيم وارداً ضمن بنود العقد الأصلي".

فبطلان كلاً من العقد الأصلي أو بطلان شرط التحكيم لا يؤثر على صحة أو بطلان الآخر، فإذا أبطل العقد الأصلي فعندئذ يمكن التمسك بصحة شرط التحكيم، وبالتالي السير في إجراءات التحكيم

(1) د- ناريمان عبد القادر- مرجع سابق- ص311.

وحسم النزاع من قبل المحكم وليس المحكمة، وإذا كان العقد الأصلي صحيحاً، وكان شرط التحكيم باطلاً فإن ذلك لا يؤثر على صحة العقد الأصلي<sup>(1)</sup>.

فاتفاق التحكيم الوارد ضمن بنود العقد الأصلي لا يخضع بالضرورة لمصير هذا الأخير، حيث يجب أن يكون اتفاقاً مستقلاً منفصلاً عن سائر نصوص العقد الأصلي، فإذا قضت هيئة التحكيم ببطان العقد الأصلي بطلاناً مطلقاً فلا يستتبع بالضرورة اعتبار شرط التحكيم غير صحيح<sup>(2)</sup>.

والفكرة التي استند عليها مبدأ استقلال شرط التحكيم هي أن شرط التحكيم والعقد الأصلي يشكلان عمليتين متميزتين، وبالتالي فإن شرط التحكيم هو اتفاقية في الاتفاقية أو عقد في العقد، وبتعبير آخر أنه عقد مواز للعقد الأصلي، وبالتالي فإن قاضي الأصل هو قاضي الفرع، وقاضي العقد هو قاضي شرط التحكيم، لأن قضاء التحكيم قضاء شامل<sup>(3)</sup>.

وأخيراً فإن المقصود من استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، ينصرف إلى المعنى القانوني وليس إلى المعنى المادي، فهو لا يعني مطلقاً أن شرط التحكيم يجب أن يكون محلاً لرضا وقبول مستقلين عن الرضا والقبول بشأن العقد الأصلي<sup>(4)</sup>.

## ثانياً - المعنى الحديث لمفهوم استقلال شرط التحكيم:

لم يقف مفهوم استقلال شرط التحكيم عند المعنى التقليدي الذي ينصرف إلى استقلاله المادي عن حكم العقد الذي ورد فيه، وإنما اتخذ مفهوماً آخر، وهو استقلاله عن حكم القانون الذي يحكم العقد، وعن سائر القوانين الوطنية، ونظراً لأن المعنى الحديث لمفهوم الاستقلالية يعتبر من ضمن النتائج المترتبة على استقلالية شرط التحكيم، فستحدث هنا عن هذا المفهوم بإيجاز تاركين تفصيل ذلك في الفصل الثاني من هذا البحث عند الحديث عن النتائج المترتبة على الاستقلالية.

**فيقصد من استقلالية شرط التحكيم عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي:** أنه إذا كان قانون العقد يبطل شرط التحكيم لعيب في الرضا مثلاً، أو لاختلاف صفة الأطراف، أو لطبيعة الالتزامات

(1) د- فوزي محمد سامي- مرجع سابق- ص208.

(2) د- عبد المنعم دسوقي- التحكيم التجاري الدولي والداخلي- القاهرة- مكتبة مدبولي- 1995م- ص167.

(3) د- ناريمان عبد القادر- مرجع سابق- ص311-312.

(4) د- حفيظة الحداد- مرجع سابق- ص43.

التعاقدية الوارد بشأنها، أو يمنعه في بعض العقود، إلى غير ذلك فإن ذلك لا أثر لهذا كله على صحة الشرط المذكور<sup>(1)</sup>.

ويقصد من استقلالية شرط التحكيم عن سائر القوانين الوطنية: فهو استقلال شرط التحكيم عن كل قانون يؤدي إلى بطلانه، وتسري عليه قواعد قانونية مستمدة من مبادئ وعادات التجارة الدولية<sup>(2)</sup>. ونكتفي بهذا القدر تاركين تفصيل ذلك في الفصل الثاني على اعتبار أن المفهوم الحديث لاستقلال شرط التحكيم من النتائج التي تترتب على استقلالية شرط التحكيم.

## المطلب الثاني

### أهمية استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي

إن الارتباط بين شرط التحكيم بالعقد الأصلي الذي تضمن هذا الشرط يترتب عليه عدم السير في إجراءات التحكيم حتى تفصل الجهة القضائية في المنازعات المتعلقة باختصاص هيئة التحكيم، أو انعدام ولايتها<sup>(3)</sup>، وبصورة أخرى يمكن القول بأن ارتباط شرط التحكيم بالعقد الأصلي يؤدي إلى رفع يد المحكم عن التحكيم، بمجرد أن يطرح أي طرف عدم صحة العقد الأصلي ويصبح المحكم عندئذ ملزماً بإعلان عدم صلاحيته<sup>(4)</sup>.

فإذا قام أحد أطراف العقد بالطعن في العقد الأصلي بأحد أوجه البطلان، فإن الأخذ بالارتباط بين شرط التحكيم والعقد الأصلي يؤدي إلى جعل المحكم غير أهل لنظر المنازعات المتعلقة بالعقد الأصلي، لأنه لا يمكن للمحكم أن يفصل في صحة عقد هو مصدر سلطاته، وعلى ذلك إذا تم الطعن في صحة العقد الأصلي فإن القضاء هو الذي سيتصدي لهذه المسألة، ويمكنه من خلال النظر في صحة العقد الأصلي التصدي لأساس النزاع<sup>(5)</sup>.

(1) د- أحمد مخلوف- مفهوم استقلال شرط التحكيم- مرجع سابق- فقرة 19- ص 231.

(2) انظر في هذا المعنى: د- أحمد مخلوف- مرجع سابق- فقرة 25- ص 235 وما بعدها.

(3) د- مصطفى الجمال- د- عكاشة عبد العال- مرجع سابق- فقرة 235- ص 350. انظر أيضاً: د- مصطفى محمد الجمال- أضواء على عقد التحكيم- بحث منشور في الدراسات القانونية الصادرة عن كلية الحقوق- جامعة بيروت- العدد الأول- 1998م- فقرة 27- ص 214.

(4) د- ناريمان عبد القادر- مرجع سابق- ص 310. انظر أيضاً: د- محسن شفيق- مرجع سابق- ص 195.

(5) د- ناريمان عبد القادر- مرجع سابق- ص 310.



أما الأخذ بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن موضوع العقد الأصلي، فإن ذلك يؤدي إلى عدم تأثر شرط التحكيم ببطلان العقد الأصلي، بحيث يعتبر شرط التحكيم مستقلاً عن العقد الأصلي، وسيكون للمحكم في حالة استقلالية شرط التحكيم النظر في المنازعات المتعلقة ببطلان العقد الأصلي، لأنه لا يستمد ولايته منه وإنما من اتفاق التحكيم المستقل عنه<sup>(1)</sup>، وبذلك يعتبر التحكيم ملزماً ومرتباً لآثاره من حيث عدم اختصاص محاكم الدولة.

فاتفاق التحكيم وإن تم إدراجه في العقد فإنه يرد على موضوع غير موضوع العقد فإذا كان العقد بيعاً مثلاً، وأدرج فيه شرط التحكيم، فإن العقد يتناول مسائل البيع من تعيين الثمن، وزمان تسليم المبيع، ومكانه والمطابقة، وآثار التخلف عن تنفيذ الالتزامات، وغير ذلك من الأمور المتصلة بالبيع، بينما يرد اتفاق التحكيم على إجراء يتبع عند قيام نزاع بشأن البيع، فالعقد والإجراء وإن سكنا وثيقة واحدة فإنهما منفصلان لا يتأثر أحدهما بالآخر ولا يؤثر فيه<sup>(2)</sup>.

ويحقق الاعتراف باستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي في المعاملات الداخلية والخارجية على السواء اقتصاداً في الوقت والإجراءات، بدلاً من أن يوقف المحكم نظر النزاع حتى يفصل القضاء في صحة العقد، فيتولى المحكم بنفسه الفصل في هذه المسألة<sup>(3)</sup>.

لذلك تظهر أهمية استقلال شرط التحكيم عن موضوع العقد الأصلي الذي تم إبرام التحكيم بشأنه في حالة بطلان العقد الأصلي لأي سبب من الأسباب، أو فسخه، أو انتهائه، حيث لا يكفي هذا البطلان أو الفسخ لتسوية موقف الطرفين، بل هناك من الحقوق المترتبة على هذا البطلان أو على الفسخ، ويحتاج الأمر إلى رفع دعوى أمام القضاء ليتم حسم هذه الآثار المتولدة عن البطلان أو الفسخ، فإذا ما وجد شرط تحكيم في هذا الشأن فإنه يظل معمولاً به ولا يلحقه البطلان أو الفسخ أو الانتهاء ومن خلال التحكيم يتم النظر في النزاع<sup>(4)</sup>.

ويرى أحد الفقهاء<sup>(5)</sup> بأن الحكمة من استقلالية شرط التحكيم تكمن في أن اتفاق التحكيم سواء كان شرطاً أو مشاركة، فإنه ليس عقداً موضوعياً من عقود القانون الخاص الذي يؤممه القانون المدني، إنما هو اتفاق إجرائي من اتفاقات القانون الإجرائي، الذي يؤممه قانون المرافعات، ولذلك فإن اتفاق

(1) د- محسن شفيق- مرجع سابق- فقرة 127- ص 195. د- مصطفى الجمال- د- عكاشة عبد العال- مرجع سابق- فقرة 235- ص 350.

(2) د- محسن شفيق- مرجع سابق- فقرة 127- ص 195.

(3) د- ناريمان عبد القادر- مرجع سابق- ص 311.

(4) د- محمد عبد الفتاح ترك- التحكيم البحري- دار الجامعة الجديدة- 2005م- ص 441-442.

(5) د- أحمد محمد حشيش- طبيعة المهمة التحكيمية- شركة الجلال للطباعة- دار الفكر الجامعي- 2000م- فقرة 77- ص 215 وما بعدها.

التحكيم لا يرتبط وجوداً وعدمياً بأي عقد موضوعي حتى ولو كان هذا الاتفاق قد نشأ بمناسبة عقد موضوعي، فاستقلال اتفاق التحكيم يعتبر محضاً لاستقلال الاتفاقيات الإجرائية عن الاتفاقيات الموضوعية، وبذلك فإن الاستقلال ليس حكراً على اتفاق التحكيم وصوره، وإنما يسري على كل الاتفاقيات الإجرائية فالاتفاق على اختصاص محكمة المدعي مثلاً بشأن المنازعات الناشئة عن عقد إيجار هو اتفاق إجرائي مستقل عن العقد الموضوعي.

### المطلب الثالث

#### مبررات استقلال شرط التحكيم

يحظى مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي بعدة مبررات فقهية ويمكن إيراد هذه المبررات على النحو الآتي:

#### أولاً - احترام إرادة الأطراف:

عندما يقوم الأطراف بإبرام عقد معين، ويتم الاتفاق فيما بينهم على إحالة النزاعات المتعلقة حول تنفيذ أو تفسير هذا العقد إلى التحكيم، ويأتي هذا الاتفاق في صورة شرط التحكيم الوارد ضمن بنود العقد الأصلي، والذي يتم الاتفاق بمقتضاه بإحالة المنازعات التي من الممكن أن تنشأ حول تنفيذ أو تفسير العقد المبرم بينهم بواسطة التحكيم، معنى ذلك أن الأطراف قصدوا بذلك عرض كافة المنازعات التي من الممكن أن تنشأ حول هذا العقد بطريق واسع ليشمل أيضاً النظر في صحة أو بطلان العقد الأصلي، ولذلك فإن عدم إجازة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، معناه عدم احترام هذه الإرادة التي قصدت عرض كافة المنازعات التي من الممكن أن تثور حول العقد الأصلي، ولو أراد الأفراد التضييق من نطاق هذه الإرادة لعبروا عن ذلك صراحة<sup>(1)</sup>.

(1) د- عاطف الفقي- مرجع سابق- ص125.

## ثانياً - اختلاف كلاً من موضوع العقد الأصلي وشرط التحكيم المدرج فيه:

من مبررات استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، اختلاف كل من موضوع شرط التحكيم والعقد الأصلي، فالعقد الأصلي قد يتعلق ببيع أو شراء أو توريد أو أي عمل من الأعمال<sup>(1)</sup>، طالما أن هذا العقد لا يخالف النظام العام أو الآداب العامة، أما شرط التحكيم فموضوعه حل المنازعات التي من الممكن أن تثور حول تنفيذ أو تفسير العقد الأصلي مستقبلاً، وبذلك يكون موضوع العقد الأصلي مختلفاً عن موضوع شرط التحكيم، وإن كان هذا الأخير مدرجاً ضمن بنود العقد الأصلي<sup>(2)</sup>، وسبب كل منهما مختلف أيضاً فالسبب في الشرط هو تعهد كل طرف بعدم اللجوء إلى القضاء بالنسبة لما يثور بينهما من نزاع حول عقد معين، أما السبب في العقد الأصلي فهو أمر مختلف تماماً<sup>(3)</sup>.

## ثالثاً - الكتابة شرط من شروط صحة شرط التحكيم بخلاف العقد الأصلي الذي قد تشتط فيه الكتابة من عدمها:

تعتبر الكتابة شرطاً لانعقاد شرط التحكيم، وسلامة وجوده، وليس مجرد شرطاً لإثبات اتفاق التحكيم، فالاتفاق على التحكيم اتفاق شكلي لا ينعقد إلا بالكتابة، فإذا لم توجد الكتابة فلا يجوز إثبات انعقاده ولو بالإقرار أو اليمين، وعلّة اشتراط الكتابة لصحة اتفاق التحكيم هو الحرص على عدم فتح الباب لمنازعات فرعية حول وجود أو مضمون الاتفاق، ويكفي التوقيع من الطرفين على العقد ولو كان شرط التحكيم وارداً ضمن الشروط العامة المطبوعة للعقد ولم يوقع الطرفان بصفة خاصة على شرط التحكيم ذاته ما دام هذا الشرط ملحقاً بالعقد الأصلي، وكان يشير إلى وجوده كملحق<sup>(4)</sup>، على أنه يجدر التنويه هنا إلى أنه يستثنى من حالة التوقيع من الطرفين على العقد الأصلي، الذي أدرج شرط التحكيم من ضمن بنوده، الحالة التي يرد فيها شرط التحكيم ويكون وارداً ضمن الشروط

(1) انظر: ناصر جمعان- مرجع سابق- ص102.

(2) د- نبيل إسماعيل عمر- التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية- الطبعة الأولى- دار الجامعة الجديدة- 2004م- ص56، عبد الباسط الضراسي- مرجع سابق- ص89.

(3) د- فتحي والي- قانون التحكيم- مرجع سابق- فقرة44- ص95.

(4) المرجع نفسه- فقرة64- ص136.

المطبوعة في وثيقة التأمين، إذ يجب أن ترد في صورة اتفاق مستقل منفصل عن الشروط العامة وإلا كان الشرط باطلاً<sup>(1)</sup>.

أما بالنسبة للعقد الأصلي فقد ينعقد بمجرد توافق الإرادتين دون تطلب أي إجراء آخر، والرضائية هي الأساس في إبرام العقود الحديثة، حيث أن الإرادة في هذا النوع من العقود تكفي بذاتها لإنشاء العقد، أي أن العقد ينعقد بمجرد التراضي سواء حصل التعبير عنه صراحة أو ضمناً، ومن أمثلة هذه العقود عقد البيع وعقد الإيجار وعقد الوكالة<sup>(2)</sup>، وقد يكون العقد الأصلي المزمع إبرامه بين الأفراد لا يكفي التراضي لانعقاده بل لابد من إتباع شكل معين يحدده القانون، ومثل ذلك عقد الشركة فيجب كتابة ما تراضى عليه الشركاء في سند موقع عليه منهم جميعاً وإلا اعتبر باطلاً<sup>(3)</sup>. وبذلك يمكن القول أن شرط التحكيم يجب أن يكون مكتوباً، أما العقد الأصلي الذي أدرج شرط التحكيم من ضمن بنوده فقد يشترط القانون فيه الكتابة وقد لا يشترط ذلك<sup>(4)</sup>.

رابعاً- عدم إجازة استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي سيؤدي إلى رفع يد المحكم عن التحكيم بمجرد أن يدفع أي طرف في صحة العقد الأصلي:

إن القول بعدم استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي سيؤدي حتماً إلى عدم صلاحية المحكم للنظر في المنازعات المتعلقة بالعقد الأصلي، إذا دفع أحد الأطراف ببطلان العقد لأن المحكم في هذه الحالة سينظر في أن واحد في صحة العقد الأصلي، وفي صحة شرط التحكيم ومن غير المستساغ أن ينظر المحكم في عقد هو مصدر سلطته<sup>(5)</sup>.

(1) انظر في هذا المعنى: د- على طاهر البياتي- التحكيم التجاري البحري- الطبعة الأولى- الإصدار الأول- دار الثقافة للنشر والتوزيع- 2006م- ص201. راجع أيضاً- د- فتحي والي- قانون التحكيم- مرجع سابق- فقرة64- ص136. ونصت المادة (312) من قانون التأمين الفلسطيني رقم 20 لسنة 2005م، بقولها "يقع باطلاً كل ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط الآتية، شرط التحكيم إذا ورد في الوثيقة بين شروطها العامة المطبوعة، لا في صورة اتفاق خاص منفصل عن الشروط المطبوعة"، وهذا النص يقابل نص المادة 720 من القانون المدني المصري، والمادة 924 من القانون المدني الأردني، والمادة (875د) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، وقد عبر شارحو المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني عن شرح هذه المادة بقولهم: "يعتبر شرط التحكيم الذي يرد في وثيقة التأمين باطلاً، لأن الاعتداد بهذا الشرط يقتضي الاتفاق عليه منفصلاً عن وثيقة التأمين، وسواء كان مكتوباً أو مطبوعاً، والبطالان يرجع هنا إلى الشكل، لأن المادة لا تعتد بمثل هذا الشرط ما لم يرد في اتفاق خاص ومنفصل عن الشروط العامة في عقد التأمين". المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني- ديوان الفتوى والتشريع- 2003م- ص921.

(2) انظر: د- موسى أبو ملوح- مصادر الالتزام- مرجع سابق- ص19.

(3) المرجع نفسه- ص20.

(4) انظر: عبد الباسط الضراسي- مرجع سابق- ص90.

(5) انظر: د- محسن شفيق- مرجع سابق- فقرة127- ص195. راجع أيضاً: د- ناريمان عبد القادر- مرجع سابق- ص310. ناصر جمعان- مرجع سابق- ص103.

خامساً - عدم إجازة استقلالية شرط التحكيم سيؤدي إلى التفريق بين شرط التحكيم ومشارطته:

إذا لم يتم إجازة استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، فإنه سيتم التفريق بين صورتين اتفاق التحكيم (شرط التحكيم ومشارطته)، لأن المحكم في حالة إبرام مشارطة التحكيم سيتمكن من إصدار حكم نهائي حول بطلان أو صحة العقد الأصلي، بعكس الحال في حالة شرط التحكيم حيث سيتعرض فصل المحكم إلى رقابة قضائية لاحقة قد تلغي حكمه وهذه تفرقة بين شرط التحكيم، ومشارطته غير مبررة<sup>(1)</sup>.

---

(1) د- عاطف الفقي- مرجع سابق- ص125. راجع أيضا: ناصر جمعان- مرجع سابق- ص102.

### المبحث الثالث

## موقف القوانين و الفقه والقضاء والمعاهدات الدولية ومراكز التحكيم وقضاء التحكيم من مبدأ استقلالية شرط التحكيم

### تمهيد وتقسيم:

أقرت معظم القوانين مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، ويبدو ذلك من خلال استعراض النصوص ذات العلاقة بموضوع الاستقلالية، أما الفقه فنجدته منقسماً إزاء مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد لأصلي، فمنهم من لم يسلم بمبدأ الاستقلالية ومنهم من سلم بهذا المبدأ، ومنهم من اتخذ موقفاً وسطاً مانحاً للأطراف الحرية بالأخذ بهذا المبدأ إذا رغبوا في ذلك من عدمه. أما على صعيد أحكام القضاء، فنجد أن المحاكم في بعض الدول كرسست هذا المبدأ واعتنقته، وفي بعض الدول الأخرى لم يعول على هذا المبدأ، وبالتالي فهناك اختلاف بين المحاكم في هذا الشأن. أما على صعيد المعاهدات الدولية الخاصة بالتحكيم، فيمكن القول بأن بعض المعاهدات لم تنص صراحة على مبدأ استقلالية شرط التحكيم، وإنما يمكن استخلاص ذلك بطريقة غير مباشرة، وعلى العكس من ذلك فإن بعض المعاهدات نصت بوضوح على مبدأ الاستقلالية، ولم يختلف الأمر أيضاً بخصوص موقف مراكز التحكيم الدائمة، فمنها من نص صراحة، ومنها ما يمكن استخلاص المبدأ بطريقة غير مباشرة.

وأخيراً فإن أحكام محاكم التحكيم كرسست هذا المبدأ في العديد من أحكامها.

على ضوء ما سبق فإن دراستنا لهذا المبحث ستكون في ستة مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول: موقف القوانين المختلفة من مبدأ استقلالية شرط التحكيم.

المطلب الثاني: موقف الفقه من مبدأ استقلالية شرط التحكيم.

المطلب الثالث: موقف القضاء من مبدأ استقلالية شرط التحكيم.

المطلب الرابع: موقف المعاهدات الدولية من مبدأ استقلالية شرط التحكيم.

المطلب الخامس: موقف مراكز التحكيم من مبدأ استقلالية شرط التحكيم.

المطلب السادس: موقف قضاء التحكيم من مبدأ استقلالية شرط التحكيم.

## المطلب الأول

### موقف القوانين المختلفة من مبدأ استقلالية شرط التحكيم

نصت الغالبية العظمى من القوانين الحديثة المتعلقة بالتحكيم صراحة على مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، ومن هذه القوانين قانون التحكيم الفلسطيني، حيث جاء في نص المادة (515) من القانون المذكور "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً لا يتأثر ببطان العقد أو فسخه أو إنهائه" ومن القوانين التي نصت أيضاً على هذا المبدأ نذكر نص المادة (23) من قانون التحكيم المصري حيث جاء في نص المادة المذكورة "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته" وجاء أيضاً في قانون التحكيم البحريني في المادة (16) "ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من العقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم".

يستفاد من خلال النصوص السابقة أن المشرع فرق بين نوعين من الشروط، النوع الأول: شرط التحكيم وقد اعتبره المشرع بمثابة اتفاق مستقل عن كافة الشروط الأخرى التي يتضمنها العقد، والنوع الثاني: هي شروط العقد الأخرى، ورتب المشرع على تلك التفرقة أثراً هاماً وهو أنه إذا قضي ببطلان العقد أو فسخه أو إنهائه لأي سبب من الأسباب، فإن ذلك لا يكون له أثر بالنسبة لشرط التحكيم، طالما كان هذا الشرط في حد ذاته صحيحاً لا تشوبه ثمة عيوب تبطله أو تجعله معيباً<sup>(1)</sup>، فإذا تم الطعن في العقد المتضمن شرط التحكيم، فإن ذلك لا يعني الطعن في شرط التحكيم كونه مستقلاً عنه، على الرغم من أن هذا الشرط وارد ضمن بنود العقد الأصلي، فإذا قضي بفسخ العقد فلا ينصرف ذلك إلى فسخ أو إلغاء شرط التحكيم الوارد فيه، وبمعنى آخر إذا ما قضت هيئة التحكيم ببطلان العقد الأصلي بطلاناً مطلقاً فإن ذلك لا يستتبع بطلان شرط التحكيم، فصحة وسريان شرط التحكيم لا تتوقف على مصير العقد الأصلي، فإذا فسخ العقد أو تم إبطاله، فإن ذلك يجب أن لا يؤثر على فاعلية التحكيم، فإذا تم مثلاً فسخ العقد لعدم الوفاء بالالتزامات التعاقدية فذلك لا يؤثر على شرط التحكيم المدرج في العقد<sup>(2)</sup>.

(1) د- محمد على سكيكر- تشريعات التحكيم في مصر والدول العربية- منشأة المعارف بالإسكندرية- دار الجامعيين- 2006- فقرة 94- ص 87.

(2) د- نبيل محمد أحمد صبيح- دور وكلاء العقود في التجارة الدولية- دار النهضة العربية بالقاهرة- 1995- ص 144.

ومما يجدر التنبيه إليه في هذا الخصوص أن طلب أو فسخ العقد الأصلي الذي ينطوي على شرط التحكيم، وكان سبب البطلان يشمل أيضاً شرط التحكيم فإن مجرد الطلب لا يحول دون إعمال شرط التحكيم، ومن ثم تبقى هيئة التحكيم هي المختصة بنظر المنازعات المتعلقة بطلب البطلان، أو الفسخ للعقد الأصلي مع شرط التحكيم، فإذا صدر الحكم بالفسخ أو البطلان في هذه الحالة يزول العقد بما انطوى عليه من شرط التحكيم<sup>(1)</sup>.

ولا شك أن الأخذ بهذا المبدأ يؤدي إلى الاقتصاد في الوقت والنفقات والإجراءات، فبدلاً من أن يوقف المحكم نظر النزاع حتى يفصل القضاء العادي في صحة العقد الأصلي، فإن المحكم هو من يقوم بنفسه بهذه المهمة، وكذلك فإن الأخذ بهذا المبدأ يمنع التداخلات الإجرائية بحيث لا يستطيع أحد أطراف التحكيم أن يعطل إجراءات التحكيم بسوء نية<sup>(2)</sup>.

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المجال، هل يعتبر هذا المبدأ مطلقاً؟

يرى جانب من الفقه<sup>(3)</sup>، أن هذا المبدأ ليس مطلقاً في كل شيء ويمكن أن نميز في هذا الشأن بين الغلط<sup>(4)</sup>، تلقائياً كان أو مستثاراً (أي نتيجة تدليس أو خداع) وبين الإكراه، وبين الاستغلال، والغبن.

(1) د- ناريمان عبد القادر- مرجع سابق- ص327.

(2) المرجع نفسه- ص328.

(3) د- محمد علي سكيكر- مرجع سابق- فقرة95- ص87. راجع أيضاً: د- مصطفى الجمال- أضواء على عقد التحكيم- مرجع سابق- فقرة32- ص224 وما بعدها.

(4) تنص المادة (120) من مشروع القانون المدني الفلسطيني بقولها: "1- يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد ولو لم يقع في هذا الغلط. 2- يعد الغلط جوهرياً على الأخص: أ- إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرياً في اعتقاد الغالط أو يجب الاعتداد بها كذلك لما يلابس من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية. ب- إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد". وقد عبر شارحو المذكرة الإيضاحية لهذه المادة بقولهم "قد يعتقد شخص بوجود صفة جوهرياً في الشيء تدفعه للتعاقد فيظهر أنه وقع في غلط، حيث أن الصفة الجوهرياً التي دفعته للتعاقد غير موجودة في الشيء محل العقد فيكون له أن يطلب إبطال العقد على أساس الغلط في صفة جوهرياً للشيء، ويجب أن تكون هذه الصفة هي التي دفعته للتعاقد، بحيث يتبين أنه لولا هذه الصفة لما تعاقد، وهذا أخذ بالاعتبار النفسي، وبعد الغلط جوهرياً على الأخص إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرياً في اعتبار المتعاقدين، أو لما يلابس العقد من ظروف ولما يجب توافره في التعامل من حسن النية، وفي هذا الفرض يرتبط تقدير الغلط الجوهري بعامل شخصي هو حسن النية، وبعامل مادي قوامه الظروف التي لا يست تكوين العقد، أو إذا وقع في ذات المتعاقد، أو في صفة من صفاته إذا كانت هذه الذات، أو تلك الصفة السبب الوحيد أو السبب الرئيس في التعاقد، والمعيار في هذا الفرض شخصي، وأخيراً المادة لا تحدد الغلط الجوهري على سبيل الحصر بل تم ذكره على سبيل المثال، لذلك يمكن للمتعاقد التمسك بإبطال العقد إذا كان الغلط واقعاً في أمور يعتبرها من يتمسك بها من المتعاقدين عناصر ضرورية للتعاقد وطبقاً لما تقضي به النزاهة في التعامل". انظر المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني- مرجع سابق- ص129- 130.



أولاً - الغلط:

لمعرفة مدى تأثير الغلط على شرط التحكيم نفرق بين حالتين:

**الحالة الأولى:** إذا وقع الغلط في محل العقد الأصلي، أو في قيمة المعقود عليه، فهذا النوع من الغلط لا يمتد إلى شرط التحكيم، لأن له محلاً آخرًا متميزاً عن محل العقد الأصلي، هو إخراج النزاع من ولاية القضاء وإيصال الفصل فيه إلى هيئة التحكيم<sup>(1)</sup>.

**الحالة الثانية:** إذا كان الغلط وقع في شخص المتعاقد نفسه، أو في صفة من صفاته التي كانت الدافع إلى التعاقد، أو كانت محل الرضا بالتعاقد فإن هذا الغلط يمتد إلى شرط التحكيم لأن المتعاقد الذي وقع في غلط في شخصه أو إحدى صفاته هو بالضرورة متعاقد في شرط التحكيم ذاته، وعلى ذلك تخرج هذه الحالة من نطاق مبدأ الاستقلالية<sup>(2)</sup>.

ثانياً - الإكراه<sup>(3)</sup>:

أما بالنسبة لعيب الإكراه، فهو ينصب بالضرورة على شخص المتعاقد الآخر، ويستهدف إرهابه والتأثير على إرادته، وهذا المتعاقد هو ذاته الطرف الآخر في شرط التحكيم، وشرط التحكيم يتم التعاقد عليه في الغالب دفعة واحدة، وعلى ذلك فالإكراه الذي يبطل العقد الأصلي يؤدي بالضرورة إلى إبطال شرط التحكيم، وعلى ذلك تخرج هذه الحالة أيضاً من نطاق مبدأ الاستقلالية، أما إذا كان شرط التحكيم قد تم الاتفاق عليه بعد إبرام العقد الأصلي، وبعد زوال حالة الإكراه فإنه يتمتع باستقلالية عن العقد الأصلي<sup>(4)</sup>.

(1) د- محمد سكيكر- مرجع سابق- فقرة 95- ص 87. راجع أيضاً: د- مصطفى الجمال- أضواء على عقد التحكيم- مرجع سابق- فقرة 32- ص 224.

(2) د- محمد سكيكر- مرجع سابق- فقرة 87- ص 87. راجع أيضاً: د- مصطفى الجمال- أضواء على عقد التحكيم - مرجع سابق- فقرة 32- ص 224.

(3) الإكراه: إجبار غير مشروع يقع على إرادة شخص يولد في نفسه رهبة وخوف تحمله على التعاقد لكي يتفادى نتائج التهديد حتى لا تقع عليه، فالإكراه يولد خوفاً ورهبة تؤثر على الرضاء وتعيبه، والذي يفسد الرضاء ليست الوسائل المستخدمة في الإكراه بل هي الرهبة التي تقع على النفس، وهذا الإكراه لا يعدم الإرادة، لأن إرادة المكره موجودة بالرغم مما يعترها من خوف ورهبة، لأن له الاختيار بين إبرام العقد وبين أن يلحق به الأذى المهدد به، فاخترت انعقاد العقد حتى يتفادى الأذى ولكن الإرادة التي صدرت منه لم تكن حرة الاختيار، وبالتالي تكون فاسدة وينقسم الإكراه إلى نوعين، الأول: الإكراه الملجئ والنوع الثاني: غير الملجئ. انظر: د- موسى أبو ملوح- المصادر- مرجع سابق- ص 122 وما بعدها

(4) د- محمد سكيكر- مرجع سابق- فقرة 95- ص 87. د- مصطفى الجمال- أضواء على عقد التحكيم- مرجع سابق- فقرة 32- ص 224 وما بعدها.

## ثالثاً - التدليس:

التدليس الواقع على شخص المتعاقد، والذي كان القصد منه استعمال طرق احتيالية لتضليله وتجعله يتعاقد، فنرى أن التدليس الذي يعيب العقد الأصلي يجعل شرط التحكيم كذلك، وذلك لأن المتعاقد ما كان ليبرم العقد الأصلي لولا الطرق التي استخدمها الطرف المدلس لحمل الطرف المدلس عليه على التعاقد.

## رابعاً - الغبن والاستغلال:

أما بالنسبة لعيب الاستغلال والغبن: فالاستغلال<sup>(1)</sup>، يتطلب لقيامه شرطان أحدهما عدم التعادل الواضح بين ما يلتزم به أحد الطرفين وما يلتزم به الطرف الآخر، وثانيهما أن يكون عدم التعادل ناشئاً عن استغلال أحد الطرفين لضعف معين في الطرف الآخر، ومن الواضح أن الشرط الأخير وهو شرط استغلال ضعف في المتعاقد الآخر يتصور تحققه بالنسبة لشرط التحكيم، ولكن الشرط الأول، والخاص بعدم التعادل لا يتصور تحققه بالنسبة لشرط التحكيم، لأن له محلاً أو مضموناً متميزاً عن شرط التحكيم، لأنه ينشئ التزامات متعادلة في مواجهة كل من الطرفين لأن كليهما يلتزم بعدم اللجوء إلى القضاء عند قيام النزاع واللجوء إلى التحكيم<sup>(2)</sup>.

أما بالنسبة لعيب الغبن<sup>(3)</sup>، فهو يقوم على عنصر واحد وهو الخاص بعدم التعادل في الالتزامات فيظل شرط التحكيم صحيحاً، رغم إبطال العقد الأصلي لعيب الاستغلال والغبن<sup>(4)</sup>.

(1) الاستغلال: أمر نفسي مصحوب بعدم التعادل في التزامات الطرفين، وهو يفترض في الطرف المغبون توافر عيب يؤثر في سلامة تقديره للأمر كطيش أو هوى، وفي الطرف الغابن قصد استغلال ذلك العيب الموجود في الطرف المغبون للحصول على مزايا تفوق كثيراً قيمة ما يعطيه للطرف المغبون. د- سليمان مرقص- الوافي في شرح القانون المدني- المجلد الأول- نظرية العقد والإرادة المنفردة- الطبعة الرابعة- 1987- فقرة 219- ص 408.

(2) د- محمد سكيكر- مرجع سابق- فقرة 95- ص 87. د- مصطفى الجمال- مرجع سابق- فقرة 32- ص 224.

(3) الغبن: هو عدم التعادل بين التزامات كلاً من المتعاقدين في العقد الملزم للجانبين، فإذا باع شخص شيئاً يساوي مائة جنيه بخمسين جنياً فقط كان في هذا البيع غبن، ويظهر الغبن من مقارنة قيمة التزامات أحد الطرفين بقيمة التزامات الطرف الآخر، فهو أمر مادي ينتج من مقارنة قيمتين ماديتين، فإذا بلغ الفرق بينهما حداً معيناً كان ذلك غبناً، ورتب عليه القانون أثراً خاصاً في بعض العقود، فإذا لم يبلغ هذا الحد أو بلغه ولكنه كان واقعاً في عقد من العقود التي لا يرتب فيها القانون على الغبن أثراً فإنه لا يعتد به. د- سليمان مرقص- مرجع سابق- فقرة 219- ص 407-408. والغبن لا يقع إلا في عقود المعاوضات، حيث لا يتصور وقوعه في العقود الاحتمالية أو عقود التبرع إذ أن طبيعة عقود الغرر- احتمالية- أن يقع الغبن على أحد المتعاقدين وفي عقود التبرع لا يثار تكافؤ البديلين لأن أحد المتعاقدين يعطي بدون مقابل. د- موسى أبو ملح- المصادر- مرجع سابق- ص 141- 142.

(4) د- محمد سكيكر- مرجع سابق- فقرة 95- ص 87. د- مصطفى الجمال- مرجع سابق- فقرة 32- ص 224 وما بعدها.

ونحن بدورنا نؤيد هذا الرأي الذي يجعل من مبدأ استقلال شرط التحكيم ليس مطلقاً فالغلط في شخص المتعاقد، أو في صفة من صفاته، باعتبار أن ذلك كان هو الدافع للتعاقد يتأثر به شرط التحكيم، وكذلك في حالة الإكراه، وحالة التدليس، وليس هناك ما يمنع من الأخذ بهذا الحكم في قانون التحكيم الفلسطيني، وعليه نأمل من المشرع الفلسطيني تعديل الفقرة الخامسة من المادة الخامسة لتصبح على النحو الآتي "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً، ولا يتأثر بفسخ العقد أو انتهائه أو بطلانه، إلا في حالتي الغلط في شخص المتعاقد، أو في صفة من صفاته، وفي حالتي الإكراه والتدليس".

ولم يتضمن القانون الفرنسي نصاً صريحاً يكرس مبدأ استقلال شرط التحكيم، ولكنه كرس مبدأ الاختصاص بالاختصاص، حيث جاء في نص المادة (1466) من القانون المذكور "إذا نازع أحد الأطراف في مبدأ، أو في مدى صلاحية المحكم لنظر القضية المعروضة عليه، يعود لهذا الأخير أن يفصل في صحة أو مدى صلاحيته"<sup>(1)</sup>.

ويستند الفقه الفرنسي إلى هذا النص للقول بأن الأخذ به يؤدي إلى تقرير مبدأ استقلال شرط التحكيم من الناحية العملية، لأن المحكم طالما له سلطة البت في بطلان أو صحة العقد الأصلي بمقتضى اتفاق التحكيم، فإن هذا يعني أن الاتفاق المتمثل في شرط التحكيم يمكن فصله عن موضوع العقد الأصلي وبالتالي يكون متمتعاً بالاستقلالية<sup>(2)</sup>.

ويثور التساؤل عن أثر بطلان شرط التحكيم على العقد الأصلي فهل بطلان شرط التحكيم يستتبع بطلان العقد الأصلي؟

لم تتعرض القوانين العربية لحالة بطلان شرط التحكيم وأثره على العقد الأصلي ولكنها تعرضت للحالة العكسية وهي حالة بطلان العقد الأصلي على شرط التحكيم، وعلى الرغم من ذلك ذهب أحد الفقهاء<sup>(3)</sup>، إلى القول بأن المشرع بتصريحه باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي فذلك يعني عدم تأثر العقد الأصلي ببطلان شرط التحكيم، فبطلان شرط التحكيم ينبغي ألا يؤثر على العقد الأصلي طالما أن هذا الأخير كان صحيحاً.

(1) أشار إليه: د- عبد الحميد الأحمدب- التحكيم الدولي- الجزء الثاني- مرجع سابق- ص447.  
(2) انظر في عرض هذا الرأي: د- مختار بريري- مرجع سابق- فقرة 33- ص50. ويعلق سيادته على هذا الرأي بالقول إننا نجد صعوبة في الربط بين مبدأ الاختصاص بالاختصاص وبين مبدأ الاستقلالية، والأكثر قبولاً هو أن مبدأ الاستقلالية يعد من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام التحكيم سواء على الصعيد الوطني أو الدولي، وقد كرسه القضاء الفرنسي بصدد التحكيم التجاري الدولي على نحو قاطع ومتواتر مما يصلح أساساً للقول بوجوده أيضاً في التحكيم الداخلي بدلاً من التعسف في تفسير النصوص وتحميلها مالا تحتمله، ونحن بدورنا نؤيد هذا الرأي ذلك أن كلاً من المبدئين مستقلين عن بعضهما ولا يوجد ارتباط بينهما.  
(3) د- إبراهيم إبراهيم- مرجع سابق- ص90.

أما في القوانين الأجنبية نجد أن المشرع الفرنسي تطرق إلى النص على مثل هذه الحالة، فجاء في نص المادة (3\1444) من القانون المذكور "إذا كان شرط التحكيم باطلاً أو غير كاف لقيام محكمة التحكيم أعلن رئيس المحكمة التجارية المختصة عدم لزوم تعيين المحكمين"<sup>(1)</sup>.

ومفاد ذلك أن بطلان شرط التحكيم لا يؤثر على العقد الأصلي، وذلك لأن العقد الأصلي يتمتع باستقلال عن شرط التحكيم، والعكس صحيح بمعنى شرط التحكيم أيضاً مستقل عن العقد الأصلي، وسواء كان هذا الشرط كبنود من بنود العقد الأصلي، أو في اتفاق مستقل فمتى كان شرط التحكيم باطلاً يبقى العقد الأصلي صحيحاً<sup>(2)</sup>.

ويرى الباحث أنه على الرغم من عدم تعرض القوانين العربية لمثل هذا الفرض ومنها قانون التحكيم الفلسطيني، إلا أن النصوص الواردة في هذه القوانين تفي بالغرض للقول بأن بطلان شرط التحكيم لا يمكن أن يؤثر على العقد الأصلي، والسبب في ذلك أن شرط التحكيم الوارد ضمن بنود العقد الأصلي هو فرع يتبع أصلاً، وإذا كنا سلمنا باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي على الرغم من أن شرط التحكيم يعتبر فرعاً سكن أصلاً!! فما بالنا بالأصل إذا كان الفرع باطلاً! ورغم ذلك فليس هناك ما يمنع الأخذ بمثل هذا الحكم في قانون التحكيم الفلسطيني حتى يكون القانون واضحاً ومفهوماً للجميع.

ويثور التساؤل أيضاً عن إمكانية تحويل الأطراف سلطة الاتفاق على ارتباط شرط التحكيم بالعقد الأصلي؟ وبعبارة أخرى هل يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة مبدأ استقلال شرط التحكيم الذي يتضمنه بحيث إذا فسخ العقد الأصلي أو أبطل انسحب ذلك على شرط التحكيم؟

لم يتعرض المشرع الفلسطيني والمشرع المصري لمثل هذه الحالة وبمطالعة بعض النصوص العربية الأخرى الخاصة بالتحكيم نجد نص المادة (11) من قانون التحكيم السوري الصادر في 2008\3\17م. حيث جاء في المادة المذكورة "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على إنهاء العقد أو بطلانه أو فسخه أي اثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه متى كان الشرط صحيحاً في ذاته ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك".

ومن القوانين الأجنبية التي تطرقت إلى مثل هذه المسألة نذكر نص المادة السابعة من القانون الإنجليزي "أن عقداً تحكيمياً منصوصاً عليه كجزء من عقد آخر وإن كان مهيباً ليذكر في عقد آخر

(1) أشار إليه: د- عبد الحميد الأحمد- التحكيم الدولي- مرجع سابق- ص443.

(2) د- إبراهيم إبراهيم- مرجع سابق- ص95.

لا يعتبر باطلاً لم ير النور أو فقد فاعليته، ولهذا الغرض يعتبر هذا العقد اتفاقاً مستقلاً ما لم يكن هناك اتفاق مخالف من الأطراف"<sup>(1)</sup>.

ويستفاد من النصين السابقين أن مبدأ استقلال شرط التحكيم لا يعتبر من النظام العام فيجوز للأطراف الاتفاق على تبعية شرط التحكيم للعقد الأصلي<sup>(2)</sup>.

وأخيراً ونظراً للفوائد الجمة التي يحققها هذا النظام والتي من أهمها عدم تأثر بطلان شرط التحكيم وكذلك العقد الأصلي من جراء البطلان الذي قد يلحق بأحدهما دون الآخر أصبح هذا النظام معمولاً ومعتزلاً به في كافة التشريعات وحل محل الفكرة التقليدية التي تعتبر شرط التحكيم جزءاً لا يتجزأ من العقد الذي تضمنه<sup>(3)</sup>.

---

(1) أشار إليه: د- عبد الحميد الأحمدب- التحكيم الدولي- الجزء الثاني- مرجع سابق- ص463.  
(2) د- غسان علي- استقلالية شرط التحكيم عن العقد الذي يتضمنه- مقال منشور عبر الإنترنت- اسم الموقع- شبكة السراب الثقافية- القسم القانوني- الدراسات القانونية- تاريخ النشر 2010\5\15- تاريخ الزيارة- 2010\6\15- ص1.  
(3) د- خالد حسن- مرجع سابق- ص200.

## المطلب الثاني

### موقف الفقه من مبدأ استقلالية شرط التحكيم

أثار موضوع استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي خلافاً فقهيّاً، فذهب البعض إلى القول باستقلاله وذهب البعض الآخر إلى العكس من ذلك، ومنهم من اتخذ موقفاً وسطاً فترك للأفراد حرية الأخذ بمبدأ استقلال شرط التحكيم من عدمه، وسنستعرض بعضاً من مواقف الفقه في بعض البلاد العربية وذلك على النحو الآتي:

#### أولاً - موقف الفقه المصري من استقلالية شرط التحكيم:

ذهبت مجموعة من الفقه المصري إلى رفض فكرة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، في حين ذهبت مجموعة أخرى إلى تأييد فكرة استقلالية شرط التحكيم، وسنستعرض موقف الفقه المصري على النحو الآتي:

#### الاتجاه الرافض لمبدأ استقلال شرط التحكيم:

ذهب جانب من الفقه<sup>(1)</sup> المناهض لمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي بالقول بأن المحكم يستمد سلطانه وسلطته من العقد الذي تم الاتفاق فيه على التحكيم، فإذا كان هذا العقد محل خلاف بين الخصوم وحصل التمسك ببطلانه أو فسخه، فلا يجوز للمحكم نظر هذا الأمر أو ذاك، لأنه لا يملك الحكم بنفسه في شأن توافر صفته كمحكم أو عدم توافرها، أو في جواز طرح التحكيم عليه، أو عدم جوازه، أو بطلانه، أو صحة الاتفاق على منحه سلطة الحكم في النزاع، وأن اتفاق الخصوم على التحكيم في العقد الذي تضمنه لا كيان له إلا إذا سلم جميع الخصوم بقيام العقد وبصحته.

(1) د- أحمد أبو الوفا- التحكيم الاختياري والإجباري- مرجع سابق- فقرة 13- ص33-34. راجع أيضاً: د- عيد محمد القصاص- حكم التحكيم- دار النهضة العربية- القاهرة- طبعة 2000- ص251.

وفي نفس المعنى السابق ذهب جانب آخر<sup>(1)</sup>، للقول بأن شرط التحكيم لا يستقل عن العقد الذي يتضمنه، ونتيجة لذلك فإنه إذا تم الإدعاء أمام هيئة التحكيم ببطلان العقد، فإن هيئة التحكيم بوصفها خارجة عن إطار محاكم الدولة لا تستطيع الفصل في ذلك الإدعاء، ويتعين على هيئة التحكيم عندئذ أن توقف الإجراءات أمامها إلى حين صدور حكم قضائي يفصل في مسألة بطلان العقد من المحاكم القضائية المختصة.

وذهب أحد الفقهاء<sup>(2)</sup> بالقول بأن شرط التحكيم يتأثر وجوداً وهدماً بوجود العقد الذي أدرج فيه أو بانقضائه، وهو بذلك يختلف عن مشاركة التحكيم التي تعتبر عقداً قائماً بذاته يتضمن موضوع نزاع معلوم ومحدد الأبعاد، كما يتضمن أسماء المحكمين وإجراءات التحكيم.

### الاتجاه المؤيد لمبدأ استقلال شرط التحكيم:

ذهب جانب من الفقه<sup>(3)</sup>، إلى تأييد فكرة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وذلك بالقول "على الرغم من ورود شرط التحكيم في العقد الأصلي فإنه يجب القول باستقلاله عن هذا العقد فهو تصرف قانوني مستقل، وإن تضمنه هذا العقد، ويترتب على ذلك أنه قد يتصور صحة شرط التحكيم وبطالان العقد الأصلي الذي تضمن هذا الشرط، إلا إذا كان سبب البطلان يشمل أيضاً شرط التحكيم كما لو كان العقد قد أبرم بواسطة شخص ناقص الأهلية، وهذه النتيجة الهامة يترتب عليها إمكانية عرض صحة أو بطلان العقد الأصلي على المحكمين، وفقاً للشرط الذي يتضمن هذا العقد"، وفي نفس الاتجاه ذهب أحد الفقهاء<sup>(4)</sup>، إلى القول بأن استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي يرجع إلى اختلاف محل وسبب شرط التحكيم عن العقد الأصلي، فالمحل في شرط التحكيم هو حل النزاع بينما قد يكون العقد الأصلي، وارداً على مقابلة أو بيع وسبب شرط التحكيم هو المحافظة على استمرار العقد وتنفيذه بينما سبب العقد الأصلي قد يكون الربح أو إتمام مشروع معين، أو غير ذلك واختلاف المحل والسبب هو أساس استقلالية كل منهما عن الآخر.

(1) انظر في هذا المعنى: د- محسن شفيق- التقرير الوطني عن التحكيم الداخلي في مصر والمنشور في المجلد الرابع من الكتاب السنوي للتحكيم- أشار إليه: د- خالد حسن- مرجع سابق- ص213. أشارت إليه أيضاً: د- سامية راشد- مرجع سابق- فقرة64- ص112-113.

(2) د- أحمد حسني- عقود إيجار السفن- منشأة المعارف بالإسكندرية- 1985م- فقرة317- ص300.

(3) د- فتحي والي- الوسيط - مرجع سابق- فقرة457- ص934.

(4) راجع: د- ناريمان عبد القادر- مرجع سابق- ص320.

وقريباً من القول السابق ذهب بعض الفقهاء<sup>(1)</sup> إلى القول بأن شرط التحكيم له موضوعه أو محله الخاص به، والذي يتمثل في تحية النزاع المشترك التحكيم فيه عن سلطان القضاء، وإسناد ولاية الفصل فيه إلى هيئة خاصة يعينها طرفي النزاع، أو يتفان على كيفية تعيينها، أو يترك أمر تعيينها إلى القضاء كلما كان النظام القانوني يتيح لهما هذه المكنة، وبعبارة أخرى فإن شرط التحكيم هو عمل إجرائي بحت وهو محل منفصل ومستقل تماماً عن موضوع أو محل العقد الأصلي، الذي يضاف إليه كعقد بيع أو إيجار أو نقل أو قرض أو غيره، واختلاف موضوع العقدين أو محلها على هذا النحو يجعل كل منهما عقداً مستقلاً ومنفصلاً عن الآخر حتى وإن تضمنتهما وثيقة واحدة. ويؤيد أيضاً مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي أحد الفقهاء المعاصرين<sup>(2)</sup> حيث يرى أن حاجة الأفراد إلى التحكيم تزيد في حالة عدم صحة اتفاقهم أو وجود سبب من أسباب بطلانه، كما أن في تقرير استقلال شرط التحكيم ما يساعد الأطراف على الوصول إلى حل سريع لخلافاتهم. ومن الجدير ذكره في هذا المجال أن الآراء التي عرضناها سابقاً تحدثت عن الاستقلالية في مجال العلاقات الداخلية، أما بالنسبة للعلاقات الخاصة الدولية فذهب بعض الفقهاء<sup>(3)</sup> إلى القول باستقلال شرط التحكيم عن العقد الذي يضمه رغم اتصاله به مادياً، وذلك لأنه يفترق عنه من عدة وجوه فموضوعه تسوية النزاعات التي يحتمل أن تتولد عن العقد الأصلي، وسببه هو الالتزام المتبادل بين الأطراف بانتزاع هذه المنازعات من ولاية المحاكم، والالتجاء في شأنها إلى محكمين، وهو يتصف بخاصية إجرائية، وبرر فكرة استقلال شرط التحكيم بقوله "إن شرط التحكيم يختلف عن العقد الأصلي بما له من وظيفة اقتصادية وقانونية تبرر خضوعه لقواعد خاصة، غير القواعد التي يخضع لها العقد الأصلي من حيث شكله، ومن حيث سلطة المحكمين، ومن حيث مشروعية موضوعه (قابلية موضوعه للتحكيم) وحيث أنه لا تختلف مطلقاً وظيفة الاتفاق التحكيمي حسب الصورة التي يجيء بها، وليس ثمة شك أن استقلال شرط التحكيم وما يكفله للأطراف من وسيلة ملائمة وسريعة لتسوية المنازعات بينهم ييسر لهم إبرام العقد الأصلي".

(1) د- مصطفى الجمال- د- عكاشة عبد العال- فقرة 236- مرجع سابق- ص354.

(2) د- إبراهيم إبراهيم- مرجع سابق- ص94.

(3) راجع: د- خالد حسن- مرجع سابق- ص215. راجع كذلك: د - إبراهيم إبراهيم- مرجع سابق- ص94.



ومما قاله أحد الفقهاء<sup>(1)</sup> أيضاً عن الاستقلالية في العلاقات الخاصة الدولية "أنه عندما يتعلق اتفاق التحكيم بإحدى العلاقات الدولية الخاصة فإن نطاق البحث يتخذ بعداً جديداً، لأن الأمر لن يقتصر على مجرد دراسة إمكانية أن يعد اتفاق التحكيم صحيحاً رغم بطلان العقد الذي يتعلق به النزاع، أو بالعكس تقرير بطلان اتفاق التحكيم مع التسليم بصحة العقد ذاته، والجهة التي تملك حسم ذلك. بل يتعين تجاوز النطاق المذكور لمعالجة مشكلة جديدة تتصل بالقانون واجب التطبيق وطبيعته. وخالصة الوضع أن التسليم بمبدأ الاستقلالية سيؤدي إلى إخضاع العقد الأصلي لنظام قانوني مختلف عن الذي يخضع له اتفاق التحكيم.

### ثانياً - موقف الفقه اللبناني من استقلالية شرط التحكيم:

فرق الفقه اللبناني بين حالتين في هذا الخصوص، وتتمثل الحالة الأولى في حالة الطعن في العقد الأصلي، وتتمثل الحالة الثانية في الطعن بالبند التحكيمي (شرط التحكيم). فإذا كان هناك طعن في العقد الأصلي، فإن الفقه في لبنان متفق على أن هذا الأمر لا يبيت فيه سوى القضاء، لأنه موضوع سابق على البند التحكيمي الذي يرتبط بمفاعيل وبصحة العقد الأصلي، وبالتالي فلا يملك المحكم صلاحية النظر بصلاحيته، إذا كان الطعن موجهاً إلى العقد الأصلي وهكذا فإن استقلالية البند التحكيمي لم يكن معترفاً به لدى الفقه اللبناني<sup>(2)</sup>. أما إذا كان الطعن موجهاً ليس ضد العقد الأصلي، وإنما ضد البند التحكيمي، فإن الفقه اللبناني كان يميل إلى اعتبار المحكم صاحب ولاية، والفقه يشبه هذا الوضع بالدفع بعدم الصلاحية أمام القضاء الذي يبيت هو ذاته في صلاحيته، ويعتبر أن المحكم يملك صلاحية البت بصلاحيته النابعة من البند التحكيمي إذا كان الطعن موجهاً ضد البند التحكيمي<sup>(3)</sup>.

ومن جهة أخرى فإن الفقه اللبناني أيضاً عالج مسألة استقلال البند التحكيمي من زاوية أخرى ففرق بين أن يكون الاتفاق التحكيمي قد نص صراحة على إعطاء المحكم هذا الاختصاص أم لم ينص على ذلك، فإذا خول البند التحكيمي للمحكم سلطة البت في جميع الخلافات بما فيها المتعلقة بصحة نشوء العقد أو بطلانه، ونص على أن صلاحية المحكمين تشمل جميع الخلافات فيعتبر المتعاقدون

(1) د- سامية راشد- مرجع السابق- فقرة- 30- ص79-80.

(2) أشار إليه: د- عبد الحميد الأحذب- التحكيم في البلاد العربية- الجزء الأول- مرجع سابق- ص599.

(3) المرجع نفسه- ص599.

قد أولوا المحكمين الصلاحية خارجاً عن العقد وبمعزل عنه<sup>(1)</sup>. أما في الحالة التي يكون فيها البند التحكيمي خالياً من أي نص يولي المحكم صلاحية الفصل في أمر ولايته، أو في صحة أو بطلان الاتفاق التحكيمي، فلا يكون للمحكم اختصاص في هذا المجال بل يعود الاختصاص للمحاكم القضائية<sup>(2)</sup>.

### ثالثاً - موقف الفقه السوري من استقلالية شرط التحكيم:

اعتبر الفقه السوري أن من اختصاص المحكم النظر بصحة العقد، وإن كان المحكم يستمد ولايته من الشرط التحكيمي الذي هو جزء من العقد الذي يدلي أحد الخصمين ببطلانه، وبالتالي ببطلان شرط التحكيم.

فالفقه السوري يرى أن التحكيم قضاء شامل ولا تخرج من ولايته سوى المسائل الأولية، أو الطعن بالتزوير، أو الأحداث الجنائية، أما مسألة صحة العقد فهي ليست من المسائل الأولية التي تخرج عن ولاية المحكم، فاتجاه الفقه في سورية اعتبار الشرط التحكيمي عقداً في العقد إذا أبطل المحكم العقد بمقتضى ولايته النابعة من شرط التحكيم فيكون مستنداً إلى عقد تحكيمي لم يبطل داخل العقد الذي أبطل<sup>(3)</sup>.

### رابعاً - موقف الفقه الفلسطيني:

ذهب أحد الفقهاء الفلسطينيين<sup>(4)</sup>، بتأييدهم لمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي وذلك بالقول بأنه إذا كان العقد الرئيسي المتضمن شرط التحكيم باطلاً فإن الشرط الخاص بالتحكيم يبقى صحيحاً إذا كانت شروطه سليمة، ويظل اتفاقاً مستقلاً عن العقد الأصلي فلا يتأثر الشرط الخاص ببطلان العقد الأصلي، وقد يكون عكس ذلك بأن يكون شرط التحكيم باطلاً والعقد الأصلي صحيحاً فلا يؤثر بطلان شرط التحكيم على العقد الأصلي.

(1) أشار إليه: د- عبد الحميد الأحذب- التحكيم في البلاد العربية- الجزء الأول- مرجع سابق- ص599.

(2) المرجع نفسه- ص599-600.

(3) المرجع نفسه- ص425-426.

(4) د- درويش الوحيدي- مرجع سابق- ص52-53.

ويضيف أصحاب هذا الرأي بالقول " بأن العقد الأصلي والشرط الخاص بالتحكيم يصار إلى بطلانهما في حالة عدم توافر الأهلية اللازمة للأشخاص الذين اتفقوا على انعقاد العقد، والشرط الخاص بالتحكيم الوارد فيه".

وذهب رأي آخر في الفقه الفلسطيني<sup>(1)</sup>، مؤيداً للرأي السابق إلى القول بأنه في الحالة التي يتم فيها الطعن في العقد المتضمن شرط التحكيم فإن ذلك الطعن لا يمس شرط التحكيم لأنه مستقل عن العقد الوارد فيه، ويستند هذا الرأي إلى نص المادة (81) من مجلة الأحكام العدلية التي تنص: "قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل"، أما القاعدة التي تقول: "إذا سقط الأصل سقط الفرع"، فلا تنطبق على التحكيم.

### المطلب الثالث

#### موقف القضاء من مبدأ استقلالية شرط التحكيم

باستعراض موقف القضاء من استقلالية شرط التحكيم نجده كرس مبدأ الاستقلالية في العديد من أحكامه وسنستعرض موقف القضاء حول استقلالية شرط التحكيم على النحو التالي:

#### أولاً - القضاء الهولندي:

كان أول ظهور لمبدأ استقلالية شرط التحكيم في العقود التجارية الدولية، جاء من القضاء الهولندي، حيث قرر "أنه في حالة تنازع الأطراف حول صحة أو بطلان العقد، فإن ذلك لا يمنع المحكم من الفصل في النزاع رغم احتمال عدم صحة العقد الوارد فيه شرط التحكيم"<sup>(2)</sup>.

(1) المحامي- ناظم عويضة- مرجع سابق- ص28.

(2) الحكم الصادر في 27 ديسمبر- سنة1935م- أشار إليه: د- أحمد مخلوف- مفهوم استقلال شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية- مرجع سابق- فقرة4- ص212.

## ثانياً - القضاء الألماني والقضاء الإيطالي:

أصدر القضاء الألماني، حكماً يقضي بأنه: يعتبر شرط التحكيم منفصلاً تماماً عن مصير العقد الذي يتضمنه<sup>(1)</sup>، وهو ما قرره القضاء الإيطالي في الحكم الصادر عن محكمة النقض الإيطالية<sup>(2)</sup>.

## ثالثاً - القضاء الفرنسي:

جرى الأمر بداية في القضاء الفرنسي على التمسك بمبدأ تبعية اتفاق التحكيم للعقد الأصلي<sup>(3)</sup>، ورتب على ذلك حرمان المحكم من نظر المنازعات المتعلقة ببطلان العقد<sup>(4)</sup>. وتطور الأمر بعد ذلك فأصدر القضاء الفرنسي في السابع من مايو 1963م، حكماً يقضي باستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي في قضية عرفت باسم "GOSSET" مرفقاً في ذلك بين التحكيم الداخلي والتحكيم التجاري الدولي، فأجاز مبدأ استقلال شرط التحكيم في العلاقات الخارجية الدولية، ومانعاً ذلك في العلاقات الداخلية<sup>(5)</sup>، وتتعلق وقائع هذه الدعوى التي صدر فيها حكم محكمة النقض الفرنسية في النزاع حول تنفيذ حكم تحكيم صدر في إيطاليا إعمالاً لشرط لتحكيم المدرج في العقد بين مستورد فرنسي ومصدر إيطالي، وهذا الحكم الذي قضى بالتعويض للمصدر الإيطالي بسبب خطأ المستورد الفرنسي في تنفيذ التزاماته التعاقدية، الأمر الذي دفع المستورد الفرنسي بعدم تنفيذ حكم التحكيم استناداً إلى أن العقد الذي ورد فيه شرط التحكيم يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً لمخالفته للنظام العام الفرنسي، لعدم احترامه للقواعد الأمرة المتعلقة بالاستيراد، ولما كان العقد الأصلي

(1) الحكم الصادر من المحكمة الفيدرالية الألمانية بتاريخ 14 من مايو 1952م - أشار إليه: د- أحمد مخلوف- مرجع سابق- فقرة 4- ص 212.

(2) نقض ايطالي 12\يناير\1959م- أشار إليه: د- أحمد مخلوف- مرجع سابق- فقرة 4- ص 212.

(3) نقض فرنسي 1958\1\28م- أشار إليه: د- مصطفى الجمال- د- عكاشة عبد العال- مرجع سابق- فقرة 235- ص 351.

(4) نقض فرنسي 1953\10\6م- أشار إليه: د- مصطفى الجمال- د- عكاشة عبد العال- مرجع سابق- ص 351.

(5) انظر: د- محسن شفيق- مرجع سابق- ص 195. راجع أيضاً: د- مصطفى الجمال- د- عكاشة عبد العال- مرجع سابق- فقرة 253- ص 351.

باطلا فإن شرط التحكيم يبطل بالتبعية بناءً على هذا الشرط الباطل، وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية هذا النظر إعمالاً لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي<sup>(1)</sup>

وهذا الحكم قرر مبدئاً قانونياً مقتضاه أنه في مجال التحكيم الدولي فإن اتفاق التحكيم سواء أبرم منفصلاً عن التصرف القانوني، أو متضمناً إياه يمثل دائماً عدا أحوال استثنائية استقلالاً قانونياً متكاملماً كما يستبعد إمكانية تأثره بعدم الصحة المحتمل لهذا التصرف<sup>(2)</sup>.

ومما قالته المحكمة لتبرير هذه الاستقلالية "أن اتفاق التحكيم وإن تم إدراجه في العقد فإنه يرد على موضوع غير موضوع العقد فإذا كان العقد بيعاً مثلاً وأدرج فيه شرط التحكيم، فإن العقد يتناول مسائل البيع من تعيين الثمن، وزمان تسليم المبيع، والمطابقة وآثار التخلف عن تنفيذ الالتزام وغيرها من الأمور المتصلة بالعقد الأصلي، (عقد البيع) بينما يرد اتفاق التحكيم على إجراء يتبع عند قيام النزاع بشأن البيع، فالعقد والإجراء وإن سكتاً وثيقة واحدة فإنهما منفصلان لا يتأثر أحدهما بالآخر ولا يؤثر فيه شرط التحكيم"<sup>(3)</sup>، ويرى جانب من الفقه<sup>(4)</sup>، أن التفرقة التي أقامتها محكمة النقض الفرنسية بين التحكيم التجاري الدولي والتحكيم الداخلي لا مبرر له، وذلك لأن المبررات التي استندت إليها محكمة النقض الفرنسية تصلح للتحكيم الداخلي والخارجي على السواء.

وتأكد هذا المبدأ أيضاً في قضية "impex" وتتعلق وقائع هذه الدعوى بعقد تصدير حبوب إلى إيطاليا على أساس تصوير العملية بأنها بيع من البرتغال وسويسرا ومنها إلى إيطاليا، للحصول على بعض المزايا المقررة في إطار السوق الأوروبية المشتركة، وذلك للتصدير لدول أخرى خارج السوق، مما دعا السلطات الجمركية الفرنسية إلى رفض التراخيص على أساس الغش، وبمناسبة التحكيم الذي جرى في فرنسا حول ذلك أثرت مسألة بطلان العقود الأصلية لعدم مشروعيتها بسبب الغش لا تؤثر على شرط التحكيم الذي يتعين النظر فيه استقلالاً<sup>(5)</sup>.

(1) نقض فرنسي 7/مايو/1963م- أشار إليه: د- أحمد مخلوف- مرجع سابق- فقرة 4- ص213. أشار إليه أيضاً: د- أحمد السيد صاوي- التحكيم- طبقات للقانون رقم 27 لسنة 1994- وأنظمة التحكيم الدولية- 2002- فقرة 43- ص57. د- طالب حسن موسى- قانون التجارة الدولية- الطبعة السابعة- دار الثقافة للنشر والتوزيع- 2010م- ص230. د- نبيل صبيح- مرجع سابق- ص142. وحكمت أيضاً محكمة باريس (بأنه إذا كان رفض تسليم شهادات تصدير الشعير، أدى إلى منع التصدير وعدم إمكان المصدر شحن البضاعة، مما ترتب عليه فسخ عقد البيع، إعمالاً للشرط الفاسخ الصريح في العقد، ومن ثم فإن شرط التحكيم يبقى صحيحاً وتكون هيئة التحكيم هي الجهة المختصة بالفصل في النزاع). حكم محكمة باريس 21 فبراير- 1964م- أشار إليه: د- منير عبد المجيد- قضاء التحكيم- مرجع سابق- فقرة 77- ص102-103.

(2) د- أحمد مخلوف- مرجع سابق- فقرة 4- ص213. د- فوزي سامي- مرجع سابق- ص210.

(3) د- محسن شفيق- مرجع سابق- فقرة 128- ص196.

(4) المرجع نفسه- فقرة 128- ص196.

(5) نقض فرنسي 18 مايو/1971م- أشارت إليه: د- سامية راشد- مرجع سابق- ص94-95. أشار إليه أيضاً: د- محمد ترك- مرجع سابق- ص444.

ومن الجدير بالذكر أن محكمة النقض الفرنسية في حكمها السابق أيدت مبدأ الاستقلالية دون أدنى تحفظ، حيث لم يقرر إمكانية الخروج عليه في حالات استثنائية كما جاء في قضية "GOSSET"<sup>(1)</sup>. وقررت محكمة النقض الفرنسية بقولها: "أنه لما كان عقد الوكالة التجارية الذي يربط بين الأطراف له الصفة الدولية، ويدخل النزاع الناشئ عنه في مجال التحكيم التجاري الدولي، فإن شرط التحكيم الوارد فيه يتصف بالاستقلالية"<sup>(2)</sup>.

وجاء لها في حكم آخر أن الصلح في شأن موضوع العقد الأصلي، لا يؤدي إلى سقوط شرط التحكيم<sup>(3)</sup>.

ولم يكن القضاء البحري بمنأى عن استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي وبمطالعة هذه القضايا نجد أن أحكام محكمة النقض الفرنسية جاءت مؤيدة لمبدأ الاستقلالية في المجال البحري، ومن هذه القضايا نذكر حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية السفينة "san-carlo" حيث كان هناك شرط تحكيم في سند شحن طرفه أحد الأشخاص المعنوية العامة، وطبقاً لشرط التحكيم يتم إحالة كافة النزاعات التي ستنشأ عن عملية النقل البحري بواسطة السفينة المذكورة خلال رحلتها من أثيوبيا إلى مرسيليا للتحكيم فيها أمام ثلاثة محكمين في مدينة جنوة الإيطالية وفقاً للقانون الإيطالي، وقد قام الشخص المعنوي بالطعن أمام محكمة النقض الفرنسية ببطلان شرط التحكيم على أساس أن المسألة تتعلق بالأهلية، ومن ثم يطبق القانون الفرنسي لتحديد أهلية هذه المنشأة العامة، لأن قانون المرافعات الفرنسي كان يمنع إدراج شرط التحكيم وإبرامه بواسطة الدولة، أو أحد الأشخاص المعنوية العامة، وصدر حكم محكمة النقض الفرنسية مقررًا صحة شرط التحكيم الذي تبرمه الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية، لأن المنع المقرر في قانون المرافعات الفرنسي لا يشكل عقبة أمام المنشأة العامة وخضوعها كباقي أطراف القانون الخاص لقانون أجنبي يجيز شرط التحكيم عندما يكون دولياً<sup>(4)</sup>.

ونذكر أيضاً قضية السفينة "Galakis" والتي تعلقت بنزاع خاص بعقد مشاركة تم إبرامه في لندن 1940م، بين وزارة النقل البحري الفرنسية ومالك السفينة اليونانية "Galakis" وكان من بين بنود المشاركة، شرط يقضي بإحالة أي نزاع ينشأ عن هذا العقد إلى التحكيم في لندن، وصدر حكم

(1) - سامية راشد- مرجع سابق- ص95.

(2) نقض فرنسي 4 يوليو- 1972- أشارت إليه: د- حفيظة الحداد- مرجع سابق- ص24.

(3) نقض فرنسي 10 مايو- 1988م- أشار إليه: د- منير عبد المجيد- قضاء التحكيم- مرجع سابق- ص103.

(4) حكم محكمة النقض الفرنسية 14 ابريل- 1964م- أشار إليه: د- محمد عبد الفتاح ترك- مرجع سابق- ص445-446.

التحكيم، إلا أن وزارة النقل البحري دفعت بعدم أهليتها للتحاكم وفقاً لأحكام القانون الفرنسي، ومن ثم امتنعت عن التنفيذ وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية هذا الدفع، مقرررة صحة شرط التحكيم وأقرت بذلك قاعدة موضوعية في القانون الفرنسي تقضي بصحة شرط التحكيم في العقود الدولية المبرمة لحاجات وفقاً لمقتضيات التجارة البحرية<sup>(1)</sup>.

#### رابعاً - القضاء الإنجليزي:

من القضايا الحديثة التي عرضت أمام القضاء الإنجليزي نزاع تعلق بعقد بناء خمس سفن، والمبرم بين مالك ألماني وشركة البانية عام 1981م، نازع المالك الألماني بمخالفة الشركة الألبانية لشروط العقد، وطالب بالتعويض نظراً لمخافتها شروط البناء والتصميم، في حين قررت الشركة الألبانية تقادم الدعوى لرفعها بعد فوات الوقت.

وفي التقرير المقدم بواسطة اللورد "diplock" ورد أن (شرط التحكيم يشكل عقداً مستقلاً بذاته، ويقف جنباً إلى جنب مع عقد بناء السفينة نفسه، إنني سأقبل القول بانقضاء الالتزامات الأولية التي لم تنفذ بواسطة الأطراف، وذلك كأى عقد آخر بواسطة إخفاقهم في تنفيذها، أو باختيار أحد الأطراف عندما لا ينفذ الطرف الآخر التزامه، ولكن شرط التحكيم يبقى للفصل حول هذه المسائل). ويقول اللورد "scarman" في تقريره المقدم في نفس الدعوى أنه (عندما يتفق الأطراف على إحالة نزاعاتهم الحالة أو المستقبلية على التحكيم، فإنهم يدخلون في عقد ضمني يقرر أن لكل منهم الحق في اللجوء إلى التحكيم، هذه الضمنية تنشأ بالضرورة من طبيعة وغرض اتفاقهم على التحكيم والذي هو عرض منازعاتهم على التحكيم بواسطة محكم مستقل ومحايد من اختيارهم، إن مثل هذا العقد يوجد غالباً كشرط تحكيم في عقد تجاري أو صناعي، أو أي عقد آخر، وهو عندما يوجد يكون حسب التحليل الدقيق عقداً منفصلاً عن العقد الأصلي)<sup>(2)</sup>.

وفي قضية أخرى أحدثت من القضية السابقة دعوى "the Hannah Blumenthal" 1982م، حيث تعلق النزاع بعقد بيع سفينة "Hannah Blumenthal" وحيث دفع ببطلان شرط التحكيم، والحكم الصادر بناءً عليه للتأخير في رفع الدعوى، وحيث قرر اللورد "diplock" في تقريره أن العقد

(1) الحكم الصادر في 2 مايو 1966م - أشار إليه : د- محمد ترك- مرجع سابق- ص445-446.

(2) أشار إليه: د- عاطف الفقي- مرجع سابق- ص133-134.

يضع على عاتق أطرافه نوعين من الالتزامات، التزامات أساسية مفروضة على كل طرف بالتعهد بأداء التزاماته، والتزامات ثانوية تابعة للالتزامات الأساسية، بحيث قد يترتب على خرق العقد انقضاء التزامات الأطراف الأساسية، ولكن هذا لا يترتب عليه انقضاء الالتزامات التابعة الثانوية والتي منها شرط التحكيم، والذي يبقى لتحديد المخالفات وتقدير التعويض<sup>(1)</sup>.

### خامساً-القضاء المصري:

بعد انضمام مصر إلى اتفاقية نيويورك، ولم تتضمن هذه الاتفاقية نصاً صريحاً يفيد استقلالية شرط التحكيم، واختصاص محكمة التحكيم، الأمر الذي جعل القضاء المصري يجتهد بخصوص مسألة استقلالية شرط التحكيم، فظهر اتجاهان في هذا الخصوص وسنعرض لكل من الاتجاهين على النحو الآتي:

### الاتجاه الأول- الاتجاه المانع:

وهو الاتجاه الراض لفكرة استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي واختصاص محكمة التحكيم بما يعرض عليها من صحة اتفاق التحكيم، ويلجأ إلى تطبيق نصوص قانون المرافعات الآمرة ولا يأخذ بما تضمنته اتفاقية نيويورك رغم نفاذها في مصر، وهو ما استجاب له قضاء استئناف القاهرة بتاريخ 18\5\1983م، حيث قضى باختصاص القضاء المصري في دعوى الحكومة المصرية ضد شركة وستلاند وضد غرفة التجارة الدولية في باريس على أساس انعدام شرط التحكيم<sup>(2)</sup>.

وتكرر ذلك في الأمر الصادر من رئيس محكمة جنوب القاهرة في 31\12\1983م، بوقف إجراءات التحكيم إعمالاً لنص المادة (506) من قانون المرافعات المدنية والتجارية التي تقضي بوقف التحكيم إذا عرضت أمام المحكمين مسائل أولية تخرج عن ولاية المحكمين تأسيساً على أن

(1) أشار إليه: د- عاطف الفقي- مرجع سابق- ص133-134. د- محمد ترك- مرجع سابق- ص452.

(2) أشارت إليه: د- ناريمان عبد القادر- مرجع سابق- ص322.



القاضي الوطني يستلهم الحلول التي تتفق مع النظام القانوني الوطني، وما يحققه المحافظة على المصالح الأساسية للمجتمع<sup>(1)</sup>.

### الاتجاه الثاني - الاتجاه المجيز:

هذا الاتجاه على عكس الاتجاه الأول يسلم بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي واختصاص هيئة التحكيم بما يعرض عليها من صحة اختصاص التحكيم، وهذا الاتجاه ينادي بضرورة تطبيق المادة الثانية من اتفاقية نيويورك، وذلك عملاً بنص المادة (301) من قانون المرافعات المصري، والتي تقضي "بأن العمل بالقواعد المنصوص عليها في المواد السابقة لا يخل بأحكام المعاهدات المعقودة، أو التي تعقد بين الجمهورية وغيرها من الدول في هذا الشأن".

فاتفاق التحكيم الذي يتم في مصر ولكنه يتعلق بعلاقات تجارية دولية، أي يخضع لاتفاقية نيويورك فإن القانون المصري هو الذي يسري، فإذا وقع تعارض بينهما كانت الأولوية لأحكام الاتفاقية، أما إذا تعلق الأمر باتفاق تحكيم لا يخضع للقانون المصري، فالعبرة بالقانون الأجنبي الواجب التطبيق حتى ولو تعارضت نصوصه مع القانون المصري، ولو كانت نصوص هذا الأخير نصوصاً أمرية وهذا ما أرساه قضاء النقض المصري في قضائه بتاريخ 26/4/1982م، في قضية مبروك للتصدير والاستيراد ضد شركة كونتيننتال العربية للملاحة، وكان النزاع يتعلق بمشارطة إيجار لنقل حمولة إسمنت من الإسكندرية لطرابلس مع شرط تحكيم في لندن، رفضت محكمة الدرجة الأولى واستئناف الإسكندرية أعمال شرط التحكيم، ونقضت المحكمة هذا الحكم على أساس صحة شرط التحكيم رغم عدم تسمية المحكمين حيث أقرت بصحة اتفاق التحكيم رغم عدم تسمية المحكمين، وذلك على أساس أن الاتفاق يخضع للقانون الإنجليزي، ومع التسليم بالصفة الأمرة لنص المادة (302) من قانون المرافعات التي تستوجب بيان أسماء المحكمين في مشارطة التحكيم أو في اتفاق مستقل، إلا أن ذلك لا يمنع من تطبيق القانون الأجنبي المخالف لهذا النص الأمر، والقانون الأجنبي الذي يمتنع تطبيقه هو الذي يخالف النظام العام، أي القانون الذي يمثل تصادماً مع الأسس الاجتماعية أو السياسية أو الخلقية، وإن نص المادة آفة الذكر رغم طابعه الأمر فإنه لا يتصادم مع

(1) أشارت إليه: د- ناريمان عبد القادر- مرجع سابق- ص322.

أي من الأسس التي تقوم عليها الدولة<sup>(1)</sup>، وبقي التحكيم الدولي في مصر مضطرباً حتى حسمت الموضوع أول مرة محكمة النقض المصرية والذي اعتبرت فيه المادة (502) من قانون المرافعات ليست متعلقة بالنظام العام، وبالتالي يمكن مخالفتها، واستندت المحكمة في ذلك إلى عدم جواز زعزعة الثقة في المعاملات الدولية، وعدم مساعدة الأشخاص على التكرار لتعهداتهم السابقة، بعمل إرادي محض من جانبهم، يتمثل في إجماعهم عن الموافقة على تعيين شخص يختار كمحكم كانت من الدوافع القوية لرفض إهدار القوة الإلزامية لاتفاق التحكيم، بدعوى مخالفته للمادة (3\502) من قانون المرافعات على نحو يجعل الاتفاق باطلاً<sup>(2)</sup>.

ومن الأحكام التي أجازت استقلال اتفاق التحكيم أيضاً ما قرره محكمة النقض بأن اتفاق التحكيم سواء كان منفصلاً في هيئة مشاركة تحكيم، أو في بند في العقد الأصلي، فإنه يتمتع باستقلال قانوني، بحيث يصبح بمنأى عن أي عوار قد يلحق بالاتفاق الأصلي، يترتب عليه فسخه أو بطلانه متعيناً إعمال ما ورد بالشرط من أحكام طالما كان صحيحاً<sup>(3)</sup>.

#### سادساً - القضاء القطري:

يذهب القضاء القطري إلى الأخذ بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، فقد جاء في أحد أحكامه "بأن الالتجاء إلى التحكيم قد يكون تنفيذاً لأحد شروط العقد، الذي تمخضت عنه المنازعة، وهو الأمر الشائع في العقود الدولية التجارية، وقد أصبح هذا الشرط يتمتع بذاتية مستقلة لا يتأثر ببطلان أو فسخ محتمل لهذا العقد"، وقضي أيضاً "أن المحكم كالقاضي يملك الحكم في صحة عقد التحكيم أو بطلانه، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه، أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته"<sup>(4)</sup>.

(1) نقض مصري 1984\4\26م- طعن 714س47ق- أشار إليه: د- مختار بريري- مرجع سابق- هامش رقم3- ص57. راجع أيضاً: د- ناريمان عبد القادر- مرجع سابق- ص322.

(2) الطعن رقم 547 لسنة 52ق- جلسة 1991\12\23- أشار إليه: د- أحمد حسني- قضاء النقض البحري- مرجع سابق- ص146. راجع أيضاً: د- ناريمان عبد القادر- مرجع سابق- ص325. د- خالد حسن- مرجع سابق- ص223-224.

(3) الطعن رقم 650 سنة 57 في جلسة 1995\1\23م- أشار إليه: د- أحمد محمود حسني- قضاء النقض التجاري- الطبعة الأولى- منشأة المعارف بالإسكندرية- 2000م- ص309.

(4) استئناف 96\170-155-152- في 1997\2\3م- أشار إليه: د- غسان علي- استقلال شرط التحكيم عن العقد الذي يتضمنه- مرجع سابق- ص3.

## سابعاً - القضاء في دبي:

يذهب القضاء في دبي إلى أن بطلان العقد المتضمن شرط التحكيم، أو فسخه أو إنهائه لا يمنع من أن يظل شرط التحكيم سارياً ومنتجاً لأثاره ما لم يمتد إلى شرط التحكيم ذاته، بإعتبار أن شرط التحكيم له موضوعه الخاص به، والذي يتمثل في استبعاد النزاع المشترك فيه من ولاية المحاكم<sup>(1)</sup>.

## ثامناً - القضاء اللبناني:

يذهب القضاء في لبنان إلى استقلالية شرط التحكيم، وذلك في حكم لمحكمة استئناف بيروت حيث جاء فيه "أن شرط التحكيم مستقل عن العقد الذي ورد فيه، فيبقى قائماً بذاته بغض النظر عن العقد الذي ورد فيه"<sup>(2)</sup>.

وقضت محكمة التمييز اللبنانية أيضاً بأنه "يعود للمحكمن أن ينظروا في صحة عقد بيع التراكتورات، وأن يحكموا بإلغائه لوجود عيب خفي في المبيع، دون أن يؤثر ذلك على صحة البند التحكيمي، ودون أن يؤدي إلى إبطال هذا البند الذي استمدوا منه سلطتهم"<sup>(3)</sup>.

## تاسعاً - القضاء الفلسطيني:

بادئ ذي بدء يجب علينا القول بأن قانون التحكيم الفلسطيني باعتباره قانوناً حديثاً، حيث أنه صدر في عام 2000م، ونظراً للظرف السياسي الذي تمر به بلادنا حتى هذه اللحظة، فإن قانون التحكيم ظل يتمحور حول نفسه، ولم يحقق الهدف المرجو منه وخاصة على صعيد العلاقات الدولية، أما على صعيد العلاقات الداخلية، وإن كان هناك رغبة في اللجوء إلى التحكيم، إلا أنها

(1) تمييز دبي- طعن 167- تاريخ 2002\6\2م- أشار إليه: د- غسان علي- مرجع سابق- ص3.  
(2) استئناف بيروت- تاريخ 2003\4\3م- أشار إليه: د- غسان علي- مرجع سابق- ص4.  
(3) تمييز لبناني- 1962\1\18م- النشرة القضائية 1962- ص28- أشار إليه: د- عبد الحميد الأحمد- موسوعة التحكيم- الجزء الأول- مرجع سابق- ص600.

تبقى رغبة قليلة مشوبة بالحذر، وربما سبب ذلك يرجع إلى حداثة هذا القانون كما سبق وإن أوضحنا.

ورغم ذلك فإن هناك العديد من الأحكام التي صدرت من المحاكم الفلسطينية بخصوص التحكيم، وبمراجعة هذه الأحكام لم نجد من بينها ما يفيد باستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، لأن هذه الأحكام تتمحور كلها حول إما فسخ قرار التحكيم، أو عدم احترام المحكم للإجراءات الواجب إتباعها، أو غياب أحد أطراف التحكيم عن حضور جلسات التحكيم، أو إساءة السلوك من قبل المحكم.

## المطلب الرابع

### موقف المعاهدات الدولية من مبدأ استقلالية شرط التحكيم

إن مسألة الاعتراف بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه لا يستخلص بشكل صريح من المعاهدات الدولية<sup>(1)</sup> الرئيسية المنظمة للتحكيم، ومن هذا المنطلق فإن التصديق على هذه المعاهدات من قبل الدول الأطراف فيها ليس هو السبب في تبني هذا المبدأ<sup>(2)</sup>. واستتدت غالبية المعاهدات إلى مبدأ الاختصاص بالاختصاص والذي يرى بعض الفقه أن هذا المبدأ يعكس مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

ولبيان مدى الاعتراف بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي من قبل المعاهدات الدولية ينبغي التعرض لهذه المعاهدات، وذلك وفقاً لما سنبينه في الفروع الخمسة التالية:

الفرع الأول: موقف اتفاقية نيويورك.

الفرع الثاني: موقف اتفاقية جنيف الأوروبية.

الفرع الثالث: موقف اتفاقية واشنطن.

الفرع الرابع: موقف القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري.

الفرع الخامس: الاتفاقية العربية للتحكيم.

(1) الاتفاقية الدولية (المعاهدة): هي اتفاق ذو طبيعة تعاقدية بين دول ومنظمات مكونة من دول تخلق مجموعة من الحقوق والالتزامات بين أطرافها، وقد اعتادت الدول إبرام الاتفاقيات أو المعاهدات الدولية فيما بينها منذ العهود القديمة، وقبل نشأة القانون الدولي الحديث، وكانت مثل هذه الاتفاقيات تنسم بالإلزام ولكن على أساس ديني أو أخلاقي، وليس على أساس قانوني كما هو الحال الآن، وتملك الدولة سلطة إنشاء الاتفاقية الدولية وذلك ما دامت هذه الأخيرة متمتعة بسيادتها، أما الدول التي لا تملك سيادة كاملة، فيمكنها أن تكون طرفاً في اتفاقية معينة شريطة أن تكون لها أهلية إبرام مثل هذه الاتفاقية، وتجدر الإشارة في هذا الشأن إلى أن بعض الاتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم قامت بإنشاء مراكز تحكيم نظامية، بحيث تقوم هذه الأخيرة بإدارة العملية التحكيمية بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، ومثال ذلك اتفاقية واشنطن لعام 1965، والخاصة بتسوية منازعات الاستثمار، فهذه الاتفاقية قامت بإنشاء مركز متخصص يقوم بعدة مهام ومنها التحكيم في حدود ما قرره الاتفاقية المذكورة، وعلى العكس مما تقدم فإن اتفاقية موسكو لعام 1972 والموقعة بين دول مجلس التعاون الاقتصادي المتبادل، فهذه الاتفاقية لم تنشئ محكمة تحكيم دولية نظامية فقد أحالت هذه الاتفاقية مثل هذه المهمة إلى محاكم التحكيم الداخلية الخاصة بالدول الأعضاء، ولا شك أن إنشاء مراكز تحكيمية أو محاكم تحكيمية بحيث يعهد إليها بتطبيق أحكام الاتفاقية الدولية، هو أمر جدير بالتأييد، حيث ستكون هذه المراكز أو المحاكم الدائمة أكثر قدرة على فهم الاتفاقيات وتطبيقها، ومن ناحية أخرى فإن هذا سيعمل على تراكم السوابق التحكيمية في هذا الشأن، وهذا يترتب عليه إثراء للنظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي، والأعراف التجارية الدولية، على حد سواء. انظر: د- هشام خالد- معيار دولية التحكيم التجاري- دراسة مقارنة- منشأة المعارف بالإسكندرية- 2006- ص206- ص223.

(2) د- حفيظة الحداد- مرجع سابق- ص26-27.

## الفرع الأول

### موقف اتفاقية نيويورك الموقعة في عام 1958م

ذهب أحد الفقهاء<sup>(1)</sup>، بالقول أن اتفاقية نيويورك<sup>(2)</sup> لم يرد بين نصوصها ما يشير إلى مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، والسبب في ذلك يرجع إلى عدم انتشار المبدأ في ذلك الوقت، وأن الحكم على صحة اتفاق التحكيم يتم تقديره وفقاً للقانون الذي اختاره الأطراف، أو بموجب قانون البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم، حيث جاء في نص المادة (115أ) من الاتفاقية المذكورة على أنه "لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناءً على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم، إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ، الدليل على أن الاتفاق غير صحيح وفقاً للقانون الذي أخضعه له الأطراف، أو عند عدم النص على ذلك طبقاً لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم"<sup>(3)</sup>.

وذهب رأي آخر<sup>(4)</sup>، بالقول بان النص المذكور يستفاد منه إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي، وبالتالي فتكون اتفاقية نيويورك قبلت ضمناً أن يكون لاتفاق التحكيم نظام قانوني مستقل عن العقد الأصلي، أي يمكن إدراجها في إطار الاتجاهات المؤيدة لفكرة استقلالية اتفاق التحكيم.

وأجيب على هذا الرأي بأن اتفاقية نيويورك تركت للقوانين الوطنية أمر معالجة هذا الأمر<sup>(5)</sup>.

(1) د- أحمد مخلوف- مرجع سابق- ص 217.

(2) اتفاقية نيويورك: تتكون هذه الاتفاقية من ست عشرة مادة، وهي تقتصر على مسألة معالجة الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية في إقليم الدولة المنضمة إليها، ومن أهم ملامح هذه الاتفاقية أنها تأخذ بمعيار مكان إصدار الحكم لمعرفة الحكم الأجنبي بالنسبة للدولة المراد الاعتراف وتنفيذ الحكم فيها، عملاً بالفقرة الأولى من المادة الأولى من الاتفاقية، وكذلك لا تشترط الاتفاقية لتطبيقها أن يكون حكم التحكيم قد صدر في دولة منضمة إليها، فيجوز أن يكون قد صدر في دولة غير منضمة إليها، فيجوز أن يكون قد صدر في دولة غير منضمة إلى الاتفاقية، ولكن يراد الاعتراف وتنفيذ الحكم المذكور في دولة أخرى صادقت على الاتفاقية، وتسري الاتفاقية أيضاً على أحكام التحكيم التي يكون فيها أطراف النزاع كلاً أو بعضاً من أشخاص القانون العام كالمؤسسات، أو أشخاص القطاع الاشتراكي عند ممارستها للنشاط التجاري، أو عند تعاقدها بموجب عقود تتعلق بمعاملات تجارية، ومن القواعد المهمة في اتفاقية نيويورك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة السابعة من عدم تأثير الاتفاقية على ما ورد في الاتفاقيات الثنائية أو الجماعية التي أبرمتها الدول المنضمة إلى اتفاقية نيويورك في مجال الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم، ويمكن القول أن اتفاقية نيويورك يمكن الاستناد إليها في تسوية المنازعات المتعلقة بالمشروعات الدولية المشتركة. للمزيد حول أحكام الاتفاقية انظر: د- خالد محمد القاضي- موسوعة التحكيم التجاري الدولي- الطبعة الأولى- دار الشروق- 1423 هـ- 2002م- ص 133 وما بعدها.

(3) د- أحمد مخلوف- مرجع سابق- ص 217.

(4) انظر في عرض هذا الرأي: د- حفيظة الحداد- مرجع سابق- ص 27.

(5) د- عبد الحميد الأحديب- الجزء الثاني- مرجع سابق- ص 152.

ذلك أن اتفاقية نيويورك وغيرها من الاتفاقيات الخاصة بالتحكيم قللت اهتمامها باتفاق التحكيم كعقد يستلزم لانعقاده توافر شروط معينة، والسبب في ذلك أن هذه الشروط تستند في كل تشريع وطني إلى النظرية العامة في الالتزامات، وإلى نصوص خاصة ترتبها بالإجراءات أحياناً وبالنظام العام أحياناً أخرى، مما يتصور معه بلوغ التوحيد التشريعي في شأنها ولهذا تفضل الاتفاقيات ترك هذه المسائل للتشريعات الوطنية، ولقواعد القانون الدولي الخاص عندما يقع التنازع بينهما<sup>(1)</sup>.

وذهب جانب آخر<sup>(2)</sup>، إلى القول بأن اتفاقية نيويورك وأن لم تكن قد نصت صراحة على مبدأ استقلالية شرط التحكيم، إلا أنها قررت هذه الاستقلالية بصورة ضمنية، ويستند هذا الرأي إلى نص المادة (3\2) حيث جاء في نص المادة المذكورة "على محكمة الدول المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة، أن تحيل الخصوم بناءً على طلب أحدهم إلى التحكيم، وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل، ولا أثر له أو غير قابل للتطبيق"<sup>(3)</sup>.

وفسر هذا الرأي وجهة نظره بأنه لو فرض بطلان العقد الأصلي بحسب زعم أحد الطرفين أمام المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع الناشئ عنه، فإن هذا الزعم لا يحول دون قيام هذه المحكمة بإحالة الخصوم إلى التحكيم إعمالاً للأثر الملزم لشرط التحكيم، متى اطمأنت المحكمة إلى صحة هذا الشرط لإنتاج أثره وقابليته للتطبيق، الأمر الذي يستفاد منه استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي ولو كان باطلاً حقاً<sup>(4)</sup>.

ونحن بدورنا نؤيد الرأي الأخير الذي يرى أن اتفاقية نيويورك قد تعرضت لمبدأ استقلال شرط التحكيم بطريقة ضمنية طبقاً للمادة (3\2) من الاتفاقية المذكورة، حيث أن الدفع أمام المحكمة المختصة بوجود اتفاق تحكيم وكان هذا الاتفاق صحيحاً، وجب على المحكمة أن تحيل النزاع إلى هيئة التحكيم إذا ما تم الدفع من أحد الأطراف، وبمفهوم المخالفة إذا ثبت للمحكمة أن اتفاق التحكيم

(1) د- محسن شفيق- مرجع سابق- 135- ص202.

(2) د- حسني المصري- التحكيم التجاري الدولي- دراسة مقارنة- دار الكتب القانونية- مطابع شتات- المحلة الكبرى- 2006- ص138.

(3) أشار إليه: د- عبد الحميد الأحمد- مرجع سابق- ص379.

(4) د- حسني المصري- مرجع سابق- ص138، ويضيف سيادته بالقول بأن شرط التحكيم لو كان باطلاً في نظر المحكمة المختصة التي رفع أمامها النزاع الناشئ عن العقد الأصلي ومن ثم لم تحل الخصوم إلى التحكيم تطبيقاً للمادة (3\2) سالفة الذكر فإن ذلك لا يمنع هيئة التحكيم من اعتبار الشرط صحيحاً، وحينئذ ينعقد لها الاختصاص بنظر هذا النزاع وإصدار حكم فيه، إلا أن هذا الحكم يتعذر تنفيذه في إقليم الدولة التي توجد بها المحكمة المختصة المذكورة، إذا بني على وجود العقد الأصلي وصحته متى كانت هذه المحكمة قد قضت بفسخه أو ببطلانه، حيث يقوم التعارض في هذه الحالة بين الحكم التحكيمي، والحكم القضائي مما يحول دون صدور الأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي في الإقليم المشار إليه.

باطل فإنها لن تحيل الأطراف إلى التحكيم، ولا علاقة للمحكمة بصحة العقد الأصلي من عدمه لأن نص المادة جاء متحدثاً عن صحة اتفاق التحكيم دون العقد الأصلي.

## الفرع الثاني

### اتفاقية جنيف الأوروبية الصادرة في 21 أبريل 1961م

جاء في نص المادة (315) من اتفاقية جنيف الأوروبية<sup>(1)</sup> "مع التحفظ لجهة المراقبة القضائية اللاحقة المحددة بموجب قانون القاضي، فإنه يقتضي على المحكم المطعون بصلاحيته ألا يتخلى عن القضية وله الحق باتخاذ القرار المناسب بصدد تلك الصلاحية، وكذلك بصدد وجود وصحة اتفاقية التحكيم أو العقد الذي تشكل الاتفاقية جزءاً منه"<sup>(2)</sup>.

يستفاد من النص السابق أن الاتفاقية الأوروبية نصت بوضوح على مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وذلك عندما عهدت إلى المحكم سلطة الفصل حول وجود أو صحة اتفاق التحكيم أو العقد الذي يعتبر اتفاق التحكيم جزءاً منه<sup>(3)</sup>.

ولم تتعرض الاتفاقية لأثر بطلان العقد الأصلي على شرط التحكيم، وإن كانت خولت لكل من الطرفين حق التمسك ببطلانه سواء أمام المحكمة المختصة بنظر النزاع متى أبدى أمامها أحدهما الدفع بالتحكيم، أو أمام هيئة التحكيم التي حرك الأخير أمامها الدعوى التحكيمية، وفي هذه الحالة خولت الاتفاقية لهيئة التحكيم سلطة الفصل في اختصاصها والفصل في وجود وصحة شرط التحكيم، أو وجود أو صحة العقد الأصلي الذي تعلق به الشرط، ويعني ذلك -على أية حال- استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي وصحة وبطلانه، إذ لو فرض وتبين لهيئة التحكيم وجود وصحة شرط التحكيم فإنه ينتج أثره، وتصبح هذه الهيئة المختصة بالفصل في النزاع المتعلق بانعدام العقد الأصلي أو بطلانه، وذلك فضلاً عن ترتيب حقوق الطرفين على هذا الأساس<sup>(4)</sup>.

(1) الاتفاقية الأوروبية: هذه الاتفاقية من ثمار عمل اللجنة الاقتصادية الأوروبية فقد تبين للجنة وهي بصدد إعدادها للعقود النموذجية والشروط العامة، بغية إقامة علاقات اقتصادية متينة وتنمية المبادلات التجارية بين البلدان الأوروبية أن مثل هذا الغرض يحتاج أيضاً إلى وسيلة ملائمة لفض المنازعات التي تنور في مجرى هذه المعاملات، فلم يكن ثمة بد من اللجوء إلى التحكيم، وأصبحت هذه الاتفاقية نافذة دولياً في 7 يناير عام 1964م. للمزيد حول أحكام هذه الاتفاقية انظر: د- كمال إبراهيم- التحكيم التجاري الدولي- دار الفكر العربي- فقرة 72- ص122.

(2) أشار إليه : د- عبد الحميد الأحذب- مرجع سابق- ص386.

(3) د- إبراهيم إبراهيم- مرجع سابق- ص97. راجع أيضاً: د- عاطف الفقي- مرجع سابق- ص141. د- درويش الوحيدي- مرجع سابق- ص54.

(4) د- حسني المصري- التحكيم التجاري الدولي- مرجع سابق- ص139.



## الفرع الثالث

### اتفاقية واشنطن الموقعة في 18 مارس 1965م

نصت الفقرة الأولى من المادة (41) من اتفاقية واشنطن<sup>(1)</sup> على أنه "هيئة التحكيم هي التي تحدد اختصاصها"<sup>(2)</sup>.

واستند بعض الفقهاء<sup>(3)</sup> إلى نص هذه المادة لتبرير استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، فهئية التحكيم هي من تقرر ما إذا كان هناك اتفاق تحكيم أم لا، فهو لن يختص إلا ببناءً على وجود اتفاق صحيح.

ويرى الباحث أنه لا يمكن الاستناد إلى نص المادة السابقة للوصول إلى مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، لأن النص المذكور لم يأت بما يفيد باستقلالية شرط التحكيم، حيث أن النص تحدث فقط عن مبدأ اختصاص هيئة التحكيم، وهذا المبدأ الأخير يعتبر من المبادئ التي أصبحت مستقرة في التحكيم التجاري الدولي، وأن الأساس القانوني لمبدأ اختصاص المحكم لا يقوم على مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

فبالأساس القانوني لهذا المبدأ يقوم على أساس قضائي وهو الاعتراف للمحكم بالنظر في اختصاصه، وسنتطرق إلى هذا الموضوع تفصيلاً عند الحديث عن مبدأ الاختصاص بالاختصاص، باعتبار هذا الأخير هو من ضمن النتائج التي رتبها الفقهاء على مبدأ استقلالية شرط التحكيم<sup>(4)</sup>.

(1) اتفاقية واشنطن: كان هدف هذه الاتفاقية إلى بعث الثقة والطمأنينة في نفوس أصحاب رؤوس الأموال في الدول المتقدمة، والذين يسعون دائماً إلى حماية أموالهم واستثماراتهم من إجراءات قد تتخذها الحكومات في بعض الدول كالتأميم، وبموجب هذه الاتفاقية تم إنشاء مركز في واشنطن تكون مهمته فض المنازعات التي تتعلق بالاستثمارات أطلق عليه المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار، وبالنظر إلى أحكام الاتفاقية فإن أحكامها لا تطبق على أطراف النزاع إلا بمحض إرادتهم، ويكون اللجوء إلى حسم النزاع وفقاً للاتفاقية بطلب كتابي لم تحدد الاتفاقية صياغة محددة له، وأخذت الاتفاقية بمبدأ سلطان الإرادة أو بعبارة أخرى حرية الأطراف في تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، وعلى الإجراءات وفي حالة اختلاف الأطراف تتولى المحكمة تطبيق قانون الدولة المتعاقدة التي هي طرف في النزاع بما في ذلك القواعد الخاصة بتنازع القوانين كما تطبق المحكمة أيضاً مبادئ القانون الدولي التي تتعلق بموضوع النزاع. للمزيد من أحكام الاتفاقية انظر: د- خالد القاضي- مرجع سابق- ص 138 وما بعدها، وانظر أيضاً: د- فوزي سامي- مرجع سابق- ص 59 وما بعدها.

(2) أشار إليه: د- إبراهيم إبراهيم- مرجع سابق- ص 97. راجع أيضاً: د- عبد الحميد الأحمد- الجزء الثاني- مرجع سابق- ص 433. راجع كذلك: د- حفيظة الحداد- مرجع سابق- ص 29.

(3) د- إبراهيم إبراهيم- مرجع سابق- ص 98. ناصر جمعان- مرجع سابق- ص 115.

(4) انظر لاحقاً- ص 142 وما بعدها من هذه الرسالة.

## الفرع الرابع

### القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري

#### الدولي (اليونسترال) لعام 1985

لقد اعتمد القانون النموذجي<sup>(1)</sup> قواعد إجرائية تؤكد استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وذلك كما ورد في نص المادة (1\16) من القانون النموذجي "يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته، ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد، كما لو كان مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم"<sup>(2)</sup>.

وبهذا يكون القانون النموذجي نص صراحة على استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي<sup>(3)</sup>. ويستفاد من النص المذكور أن صلاحية أو صحة أو نفاذ شرط التحكيم غير مرتبطة بمصير العقد الأصلي، فالإدعاء بأن العقد الأصلي لم يتم إبرامه في الفرض الذي يكون فيه العقد الذي يتضمن شرط التحكيم تم توقيعه ولكنه لم يدخل حيز النفاذ، أو أنه وقع باطلاً أو تم فسخه أو أن الالتزامات الناشئة عن العقد الأصلي تم تجديدها أو ما شابه ذلك من أحكام قد تلحق بالعقد الأصلي، فلا يكون لها أثر على فاعلية شرط التحكيم، أو يؤدي إلى المساس به، وتبعاً لذلك يكون لهيئة التحكيم معقوداً لها الاختصاص للفصل في حقوق والتزامات أطراف النزاع، والحكم في الطلبات والدفع حتى إذا كان هذا العقد غير نافذ أو وقع باطلاً ولا أثر له<sup>(4)</sup>.

(1) صدر قانون التحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (17\140\أ) بتاريخ 11 ديسمبر 1985، وذلك في اجتماعها العام رقم 112، والذي دعت فيه الحكومات الدول الأعضاء إلى الأخذ بالاعتبار قواعد هذا القانون وتطبيقه عند حاجتها لمباشرة التحكيم التجاري الدولي في علاقاتها التجارية الدولية. د- خالد القاضي- مرجع سابق- هامش رقم 1- ص 145.

(2) أشار إليه: د- عبد الحميد الأحمد- الجزء الثاني- مرجع سابق- ص 414.

(3) د- درويش الوحيدي- مرجع سابق- ص 54.

(4) د- غسان علي- مرجع سابق- ص 2.

## الفرع الخامس

### الاتفاقية العربية للتحكيم المبرمة عام 1987م

لم يرد في الاتفاقية العربية للتحكيم<sup>(1)</sup> ما يشير صراحة إلى مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، ولكنها تحدثت عن سلطة المحكمين للنظر في اختصاصهم<sup>(2)</sup>. حيث جاء في نص المادة (24) من الاتفاقية المذكورة "يجب إيداء الدفع بعدم الاختصاص والدفع الشكلية الأخرى قبل الجلسة الأولى، وعلى هيئة التحكيم أن تفصل فيها قبل الدخول في الموضوع، ويكون قرارها بهذا الشأن نهائياً"<sup>(3)</sup>.

وجاء في نص المادة (27) من الاتفاقية المذكورة أيضاً "الاتفاق على التحكيم وفق أحكام هذه الاتفاقية يحول دون عرض النزاع أمام جهة قضائية أخرى، أو الطعن لديها بقرار التحكيم"<sup>(4)</sup>. ويرى البعض<sup>(5)</sup>، أن الاتفاقية بنصها على منح هيئة التحكيم سلطة النظر في اختصاصها، فهذا يدل دلالة واضحة على الأخذ بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وعلى هذا الأساس فإن الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري شأنها شأن القواعد القانونية الحديثة في مجال التحكيم الدولي، أخذت بمبدأ الاستقلالية.

وذهب أحد الفقهاء<sup>(6)</sup> بالقول إن الاتفاقية المذكورة لم تأت على ذكر استقلالية شرط التحكيم، الأمر الذي سيتيح للطرف الذي يريد التهرب من التحكيم أن يماطل في إجراءاته. ونرى أن الاتفاقية العربية لم يأت بين نصوصها ما يفيد باستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، حيث أن المادة تحدثت عن مبدأ الاختصاص بالاختصاص، وأن كلا من المبدئين مستقلاً عن الآخر.

(1) تعتبر الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987 هي أول اتفاقية عربية تعني بشئون التحكيم التجاري، وتنص على إنشاء مركز للتحكيم على صعيد الوطن العربي، وجاءت هذه الاتفاقية لشعور الدول العربية المتزايد حول ضرورة قبول التحكيم كوسيلة فعالة لفض المنازعات التجارية، ولكون هذه الاتفاقية ترمي إلى وضع نظام عربي للتحكيم التجاري. انظر: د- فوزي محمد سامي- مرجع سابق- ص 86-87. راجع أيضاً: د- هشام خالد- مرجع سابق- ص 505-506.

(2) د- درويش الوحيدي- مرجع سابق- ص 56.

(3) د- فوزي محمد سامي- مرجع سابق- ص 219.

(4) أشار إليه: د- درويش الوحيدي- مرجع سابق- ص 56. د- فوزي محمد سامي- مرجع سابق- ص 219.

(5) د- درويش الوحيدي- مرجع سابق- ص 56. د- فوزي محمد سامي- مرجع سابق- ص 219.

(6) د- عبد الحميد الأحديب- الجزء الثاني- مرجع سابق- ص 861.

## المطلب الخامس

### موقف مراكز التحكيم الدائمة من مبدأ استقلالية شرط التحكيم

تمهيد وتقسيم:

ارتبط تطور نظام التحكيم في العلاقات الدولية نتيجة تطور هيئات التحكيم الدائمة والمتخصصة، نظراً لما تتطوي عليه من وضع نظم خاصة ملزمة لها، فتقوم على إدارتها وتطبيق أنظمتها بكل دقة وأمانة ولما تضم هذه المراكز من أشخاص متخصصين بمسائل التحكيم بصورة عامة<sup>(1)</sup>.

ومن جهة أخرى فإن مراكز التحكيم الدائمة قامت بدورها بإرساء القواعد التي ساعدت على استقلال شرط التحكيم، باعتباره حقيقة قانونية تستلزمها متطلبات التجارة الدولية<sup>(2)</sup>.

ومن المراكز التي كرست مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، ونظام تحكيم لندن للتحكيم الدولي، ونظام تحكيم الهيئة الأمريكية للتحكيم، وقواعد التحكيم التي وضعتها الأمم المتحدة. وهو ما سنفرده لكل منهما فرع مستقل على النحو الآتي:

الفرع الأول: نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس المعدل في أول يناير 1998.

الفرع الثاني: نظام تحكيم الهيئة الأمريكية للتحكيم بعد تعديله ودخوله حيز التنفيذ عام 1992.

الفرع الثالث: نظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي 1985.

الفرع الرابع: قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 1976.

## الفرع الأول

### نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس المعدل في أول يناير 1998

كثيراً ما تحيل اتفاقيات التحكيم على أنظمة تحكيمية تطبق على التحكيم، وتكون متبينة لهذه القاعدة فيكون الأطراف كأنهم اختاروا تطبيق هذه القاعدة بسلطان الإرادة، ولكن سلطان الإرادة

(1) د- درويش الوحيدي- مرجع سابق- ص62.

(2) المرجع نفسه- ص62.

حتى ولو أحال إلى نظام تحكيمي إلا أنه يبقى دائماً للأطراف تعديل هذا النظام وإزالة هذه القاعدة إذا أراد الأطراف ذلك، وإذا كان القانون المطبق على التحكيم لا يفرق بين الاتفاق التحكيمي والعقد الأصلي، فإن سلطان الإرادة يبقى قادراً على التفريق إلا إذا ربط المشرع العقدين ببعضهما وهذا نادراً ما يحصل<sup>(1)</sup>.

وأول نظام تحكيمي كرس قاعدة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس<sup>(2)</sup> فجاء في نص المادة (48) منها "إذا لم يكن ثمة اتفاق على خلاف ذلك فإن الإدعاء ببطلان العقد أو الزعم بانعدامه، لا يترتب عليهما عدم اختصاص المحكم إذا ارتأى صحة اتفاق التحكيم، ويظل المحكم في حالة انعدام العقد نفسه أو بطلانه، مختصاً لتحديد حقوق الأطراف، والفصل في ادعاءاتهم وطلباتهم، بحيث أن بطلان العقد أو انعدامه، لا يفضي إلى عدم اختصاص المحكمين ولا إلى بطلان أو انعدام العقد التحكيمي"<sup>(3)</sup>.

ووفقاً لمفهوم المادة السابقة فإن نظام تحكيم الغرفة التجارية الدولية بباريس أخذت بمبدأ الاستقلالية بالمعنى الواسع، وذلك بإقرارها سلطة المحكم في النظر في أي إدعاء يثار حول موضوع بطلان العقد الأصلي، ومدى تأثير ذلك على شرط التحكيم ذاته، وكافة الآثار المترتبة على ثبوت أي من تلك الادعاءات<sup>(4)</sup>.

وبمعنى آخر يمكن القول أنه في حالة الإدعاء بعدم وجود أو انعدام العقد الأصلي، أو ثبوت بطلانه بطلاناً مطلقاً، فذلك لا يعني عدم اختصاص المحكم بالنظر في اتفاق التحكيم بصورة مستقلة، فإذا اطمأن إلى وجود اتفاق التحكيم ومن صحته، فإنه يستمر في نظر النزاع المطروح، ويكون له بحث الاعتراضات المثارة حول انعدام العقد الأصلي، أو بطلانه بطلاناً مطلقاً، ويكون له أن يحدد الحقوق المتبادلة للأطراف، ويفصل في طلباتهم ومختلف نزاعاتهم<sup>(5)</sup>.

(1) د- عبد الحميد الأحمدب- الجزء الثاني- مرجع سابق- ص151.

(2) منذ إنشاء هيئة التحكيم الدولية سنة 1933، فإن التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية بباريس يزداد خيرة باطراد، مكتسباً إياها من خلال دراسة ما يقرب من عشرة آلاف قضية بدقة، أصبحت الآن تطل كل سنة أطرافاً مختلفة ومحكمين ينتمون إلى أكثر من دولة، وذلك في سباقات قانونية واقتصادية وثقافية ولغوية مختلفة، وأن نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس الذي دخل حيز النفاذ سنة 1998، هو أول تعديل مهم يطرأ على النظام فيما يزيد عن 20 عاماً، وهو ثمرة سلسلة استشارات مكثفة على الصعيد العالمي وكان هدف التعديلات التي أدخلت هو سد بعض الثغرات أخذاً بعين الاعتبار تطور ممارسة التحكيم. انظر: د- أحمد السيد صاوي- مرجع سابق- ص392.

(3) أشار إليه: د- أحمد مخلوف- مرجع سابق- فقرة 5- ص218. راجع أيضاً: د- عبد الحميد الأحمدب- الجزء الثاني- مرجع سابق- ص151.

(4) د- درويش الوحيدي- مرجع سابق- ص66.

(5) د- سامية راشد- مرجع سابق- فقرة 74- ص127.

## الفرع الثاني

### نظام تحكيم الهيئة الأمريكية للتحكيم بعد تعديله ودخوله حيز التنفيذ في 1\5\1992م

نصت المادة (2\15) من نظام تحكيم الهيئة الأمريكية للتحكيم<sup>(1)</sup> بقولها "المحكمة التحكيمية صالحة للبت في مسألة وجود أو صحة العقد الذي يتضمن الشرط التحكيمي، ويعتبر الشرط التحكيمي كشرط مستقل عن شروط العقد الأخرى"<sup>(2)</sup>.

يلاحظ من خلال نص المادة السابقة أن شرط التحكيم يعتبر اتفاقاً مستقلاً عن الشروط الأخرى في العقد، ويلاحظ أيضاً أن المادة لم ترتب على هذه الاستقلالية عم تأثر شرط التحكيم ببطان العقد الأصلي<sup>(3)</sup>.

ويذهب جانب من الفقه<sup>(4)</sup>، إلى القول بأنه لا يتعين تفسير هذا الإغفال من قبل المادة المذكورة على أنه رفض للفكرة، لأن هذه الفكرة ليست إلا نتيجة حتمية لمبدأ استقلالية شرط التحكيم، ولذلك فإنه من غير اللازم الإشارة إليها صراحة.

ويرى الباحث أن النص الوارد في نظام تحكيم الهيئة الأمريكية قاطع في مسألة الفصل بين شرط التحكيم والعقد الأصلي، وقاطع أيضاً في مسألة عدم تأثر شرط التحكيم ببطان العقد الأصلي، وذلك لأن النص على مبدأ الاستقلالية يكفي لترتيب النتيجة المنطقية، وهي عدم تأثير بطلان العقد الأصلي على شرط التحكيم، وإذا قلنا بعكس ذلك فما هي الفائدة المرجوة من الاعتراف بمبدأ الاستقلالية.

(1) للإطلاع على مواد نظام تحكيم الهيئة الأمريكية- راجع: د - عبد الحميد الأحمد- الجزء الثاني- مرجع سابق- ص568 وما بعدها.

(2) المرجع نفسه- ص572.

(3) د - حفيظة الحداد- مرجع سابق- ص42.

(4) انظر في عرض هذا الرأي: د- حفيظة الحداد- مرجع سابق- ص42.

## الفرع الثالث

### نظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي 1985

جاء في نص المادة (1\23) من نظام تحكيم لندن للتحكيم الدولي<sup>(1)</sup> بأنه "يجوز للمحكمة التحكيمية البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود العقد التحكيمي أو صحته، ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد (أو الذي كان من المفروض أن يشكل جزءاً من عقد) كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من المحكمة التحكيمية ببطان العقد أو بعدم وجوده، أو أنه غير ذي فاعلية لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان عدم وجود أو عدم فاعلية الشرط التحكيمي"<sup>(2)</sup>.

ووفقاً لمفهوم هذا النص تكون محكمة تحكيم لندن كرست مبدأ الاستقلالية، وذلك بعدم ربط مصير اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي، حيث أنها قررت أنه من سلطة المحكم أن يفصل في جميع الطلبات والاعتراضات المتعلقة باختصاصه، وله سلطة الفصل في تحديد دائرة الأمور الداخلة في نظام اختصاصه ومدى صحة أو بطلان اتفاق التحكيم الذي يستمد منه سلطته<sup>(3)</sup>. وأن أي قرار يصدر عن هيئة التحكيم حول بطلان العقد الأصلي، أو بعدم وجود هذا الأخير فإن هذا القرار الذي صدر بشأن العقد الأصلي، يبقى بمنأى عن شرط التحكيم حيث أن هذا الأخير يتمتع باستقلالية تجاه العقد الأصلي الذي صدر ببطلانه أو فسخه أو انتهائه.

(1) تعتبر محكمة لندن للتحكيم الدولي من أقدم الكيانات التحكيمية على مستوى العالم، حيث تم إنشاؤها عام 1892 وكانت تسمى في ذلك الوقت غرفة لندن للتحكيم، وتغير اسمها عام 1903 فأصبحت محكمة لندن للتحكيم، وفي عام 1981 أصبح اسمها محكمة لندن للتحكيم الدولي، ومثل هذا الوضع يكشف نطاق عمل هذه المحكمة فلقد انصرفت منذ عام 1981 وحتى الآن إلى حسم المنازعات التجارية الدولية بالكامل، وقد تم تكوين المحكمة الماثلة في صورتها الحالية منذ عام 1985 حيث أصبحت محكمة مركزية تقوم على تسهيل مهمة الهيئة التحكيمية المعنية، والتي ستفصل في النزاع المعني، وتتكون المحكمة من 24 عضواً، تم اختيارهم بعناية شديدة من مختلف أنحاء العالم ومن قطاعات تجارية متنوعة، والهدف من كل ما تقدم هو الارتقاء بالعمليات التحكيمية على مستوى العالم. د- هشام خالد- مرجع سابق- ص241-242.

(2) أشار إليه: د- عبد الحميد الأحمد- الجزء الثاني- مرجع سابق- ص592.

(3) د- درويش الوحيدي- مرجع سابق- ص69.

## الفرع الرابع

### قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 1976م

يتجلى مبدأ استقلال شرط التحكيم في أبهى صورته في نظام التحكيم وفقاً للقانون التجاري الدولي للأمم المتحدة، فاشتمل هذا النظام على نصوص صريحة ومباشرة تؤكد هذا الاستقلال<sup>(1)</sup> فجاء في نص المادة (21\2) من النظام المذكور "تختص هيئة التحكيم بالفصل في وجود أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءاً منه، وفي حكم المادة المذكورة يعامل شرط التحكيم الذي يكون جزءاً من عقد، وينص على إجراء التحكيم وفقاً لهذا النظام بوصفه اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وكل قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم"<sup>(2)</sup>.

يتضح من النص المذكور ما يلي:

أولاً: أن من سلطة المحكم الفصل في موضوع اختصاصه، حتى ولو كان الاعتراض على اختصاصه مرده المنازعة في وجود أو صحة اتفاق التحكيم في أي من صورتيه، مشاركة التحكيم أو شرط التحكيم الوارد ضمن نصوص العقد الأصلي<sup>(3)</sup>.

ثانياً: أحقية المحكم أن يبحث وجود وصحة العقد الأصلي، وأن يقضي بانعدامه أو بطلانه متى ثبت لديه ذلك حتى ولو كان اتفاق التحكيم جزءاً لا يتجزأ من العقد الأصلي<sup>(4)</sup>.

ثالثاً: اتفاق التحكيم الوارد ضمن نصوص العقد الأصلي، لا يخضع بالضرورة لمصير هذا الأخير حيث يجب أن يعد اتفاقاً مستقلاً منفصلاً عن سائر العقد الأصلي<sup>(5)</sup>.

رابعاً: قيام حكم قضاء هيئة التحكيم ببطان العقد الأصلي بطلاناً مطلقاً، لا يستتبع بالضرورة اعتبار شرط التحكيم غير صحيح<sup>(6)</sup>.

(1) د- حسني المصري- مرجع سابق- ص139.

(2) أشار إليه: د- عبد الحميد الأحمد- الجزء الثاني- مرجع سابق- ص400-401.

(3) د- حسني المصري- التحكيم التجاري الدولي- مرجع سابق- ص140. د- سامية راشد- مرجع سابق- فقرة-81- ص138.

(4) د- سامية راشد- مرجع سابق- فقرة-81- ص138.

(5) المرجع نفسه- فقرة-81- ص138.

(6) د- حسني المصري- التحكيم التجاري الدولي- مرجع سابق- ص140. د- سامية راشد- مرجع سابق- ص138.



## المطلب السادس

### موقف قضاء التحكيم الدولي من مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي

أبرزت العديد من أحكام التحكيم استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، على اعتبار أن الأمر يتعلق بمبدأ عام من مبادئ القانون التجاري الدولي، وذلك دون أن تستشعر أدنى حاجة من أجل تبرير هذه الاستقلالية، إلى الإشارة إلى قانون وطني محدد<sup>(1)</sup>.

وبالتالي فليس مستغرباً أن تباشر هيئات التحكيم في أحكامها الفصل في الادعاءات المثارة حول اختصاصها، وتقرير مدى صحة اتفاق التحكيم الذي تستمد منه ولايتها، وكذلك النظر في أي شبهات مثارة حول وجود أو صحة العقد الأصلي، الذي ورد اتفاق التحكيم كأحد نصوصه<sup>(2)</sup>.

ففي تحكيمات ثلاثة صدرت في المنازعات الناشئة بين ليبيا والشركات الأجنبية، قامت محاكم التحكيم المعنية، بإعمال مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم مؤكدة أن اتفاق التحكيم يظل قائماً على الرغم من إنهاء عقد الامتياز الذي قامت به الحكومة الليبية، وأن هذا الاتفاق يعد أساساً لاختصاص محكمة التحكيم<sup>(3)</sup>.

وكان حكم الدكتور صبحي المحمصاني في قضية "LIAMCO" الصادر سنة 1977، أكثر هذه الأحكام صراحة الذي اعتبر فيه أن الشرط التحكيمي يبقى قائماً في عقد جرى فسخه من طرف واحد ويبقى ساري المفعول حتى بعد فسخه<sup>(4)</sup>.

كذلك فإن حكم التحكيم الصادر في كوبنهاجن في "14 يناير 1982"، في قضية "ELF" ضد "NIOC" كرس أيضاً مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بقوله: "إن استقلال شرط التحكيم يعد مبدأ من مبادئ القانون الدولي، تم تطبيقه بشكل مستقر ومستمر في أحكام التحكيم الصادرة عن محاكم التحكيم الدولية، وأن هذه الاستقلالية التي يتمتع بها الشرط المذكور محل تأييد من الفقه المتخصص في مجال التحكيم التجاري الدولي"، وانتهى بالقول بأن "شرط التحكيم يلزم الأطراف ويرتب آثاره دون أن تتأثر قوته الإلزامية بإدعاء الشركة المدعى عليها من أن العقد بأكمله باطل ولا أثر له"<sup>(5)</sup>.

(1) د - حفيظة الحداد- مرجع سابق- ص33-34.

(2) د- سامية راشد- مرجع سابق- فقرة 82- ص140.

(3) د- حفيظة الحداد- مرجع سابق- ص35. د- عبد الحميد الأحذب- الجزء الثاني- مرجع سابق- ص154.

(4) Rev.de l'arb.1980-132- أشار إليه: د- عبد الحميد الأحذب- الجزء الثاني- مرجع سابق- ص154.

(5) أشارت إليه: د- حفيظة الحداد-مرجع سابق- ص37.

وطرح موضوع استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي أمام غرفة التجارة الدولية بباريس، والغريب في الأمر أن المحكمين اللذين فصلوا في النزاع انتهيا في حكمهما إلى نتيجتين مختلفتين بسبب تباين مفهومهما لمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي<sup>(1)</sup>.

وتتلخص وقائع الدعوى الأولى في أن شخصاً أرجنتيني الجنسية اتفق مع شركة بريطانية على التدخل لدى المسؤولين الأرجنتينيين لتسهيل حصول الشركة البريطانية على عقد مقولة كبرى باستغلال قرابته لأولئك المسؤولين مقابل الحصول على عمولة، وحدث أن حصلت الشركة البريطانية على عقد بعد فترة من الزمن، واتفق على اللجوء إلى التحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية للنظر في إدعائه استحقاق العمولة لجهوده السابقة في سبيل ذلك.

ورغم أن الطرفين أديا مباشرة أمام المحكم الذي عينته غرفة التجارة الدولية وهو القاضي السويدي "Lagregren" دفاعهما الموضوعي لإثبات ما إذا كان المدعي يستحق العمولة أو لا يستحقها بحسب الظروف التي أحاطت بالصفقة، إلا أن المحكم أثار من تلقاء نفسه سؤالاً مبدئياً وهو ما إذا كان الاتفاق بين المدعي الذي تبين أن دوره مجرد وسيط بالنفوذ وبين الشركة البريطانية المدعي عليها يعد صحيحاً أم باطلاً لمخالفته للنظام العام.

ولم يقتصر على بحث أسباب عدم مشروعية مثل ذلك النشاط في القوانين الوطنية بما فيها القانون الفرنسي (قانون مقر التحكيم) والقانون الأرجنتيني قانون (محل النشاط)، وإنما استند أيضاً إلى النظام العام الدولي بالمعني الكامل للفظ الدولية.

وانتهى في هذا الصدد إلى تقرير أنه وفقاً لمبادئ القانون الدولي لا يمكن للقضاء عموماً، سواء أكان عن طريق محاكم الدولة أو بواسطة المحكمين، أن يحمي الأوضاع من هذا القبيل.

والجدير بالانتباه أن المحكم السويدي قضى برفض تقرير اختصاصه بنظر النزاع، ولم يقبل أن ينظر الدعوى ويحكم برفض الدعوى، والسند الأساسي الذي استند إليه المحكم هو أن الأفراد الذين يشاركون في نشاط من هذا القبيل يجب أن يوقنوا أنهم بعملهم هذا قد اسقطوا أي حق لهم في الحصول على معاونة أجهزة القضاء، سواء أكانت محاكم وطنية أو هيئات تحكيم، للفصل في منازعاتهم<sup>(2)</sup>.

(1) د- سامية راشد- مرجع سابق- فقرة 83- ص140.

(2) أشارت إليه: د- سامية راشد- فقرة 84- ص141- هذا الحكم منشور في:

وظاهر هذه الحجة يوحي بأن رفض تقرير الاختصاص جاء تطبيقاً لقاعدة عامة توجب أن يكون الشخص "ذا أيد نظيفة".

ويذهب أحد الفقهاء<sup>(1)</sup> إلى القول بأن السبب القانوني الذي يببرر حكم المحكم السويدي برفض تقرير الاختصاص هو اعتبار أن عدم مشروعية العقد الأصلي، انعكست على اتفاق التحكيم بحيث صار هو الآخر غير مشروع.

وبعبارة أخرى فإن المحكم السويدي لم يجد في ظروف الدعوى المطروحة عليه ما يببرر الأخذ باستقلالية اتفاق التحكيم وانفصاله عن العقد الأصلي.

وعلى خلاف الحكم السابق وفي ظروف مشابهة، أصدر محكم نمساوي وفي إطار قواعد غرفة التجارة الدولية كذلك حكماً حديثاً مغايراً يمكن تلخيصه على النحو الآتي:

اتفقت شركة مقاولات يونانية مع مجموعة أشخاص من إحدى دول الشرق الأوسط الإسلامية على رأسهم موظف كبير حينذاك على مبلغ من المال يتمثل في نسبة مئوية من قيمة الأعمال مقابل تسهيل حصولهم على تعاقد حكومي عن طريق الممارسة، ونص في الاتفاق على التحكيم في باريس وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية، وتم الحصول على العقد الموعد ودفعت بالفعل النسبة المتفق عليها من المستخلصات الأولى، على أنه نظراً لقيام ثورة في البلاد وتوقف عمل الشركة اليونانية مع غيرها من الشركات الأجنبية، لم تقبض الشركة دفعات جديدة وبالتالي لم تقم بسداد المبالغ المتبقية حسب القيمة الأصلية للاتفاق، وأقامت المجموعة التي يرأسها الموظف الحكومي السابق دعوى تحكيم للمطالبة بباقي مستحقاتها، وتمسكت الشركة المدعى عليها بأن خسائر جسيمة قد لحقتها ولم تقبض أي مبالغ من الحكومة الثورية يمكن أن تسدد منها العمولات المتفق عليها.

بدأ المحكم النمساوي حكمه بإبراز أن الدولة المعنية كان قد استشرى فيها الفساد إلى درجة لم يعد معها من المجدي محاربتة بالتشريعات التي تعاقب عليها جنائياً، وبعد أن استعرض القواعد التي تحكم بطلان العقود التي تتضمن رشوة الاتجار بالنفوذ وفقاً لقانون الدولة التي تم فيها النشاط وفي القانون الفرنسي بوصفه قانون مقر التحكيم، خلص المحكم النمساوي هو الآخر إلى مجارات سابقة المحكم السويدي في وجوب النظر إلى المسألة المطروحة من زاوية تسمو على القوانين الوطنية، ولكنه لم ينته إلى تقرير عدم اختصاصه، وذلك على أساس أن عدم مشروعية العقد الأصلي لا تؤثر

(1) د- سامية راشد- مرجع سابق- فقرة 85- ص 143.

على شرط التحكيم الذي يتعين النظر إليه استقلاً، فالمحكم استند صراحة إلى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم لإعطائه طابعاً مطلقاً يجعله منفصلاً عن العقد الأصلي.

وبناءً على ذلك صدر الحكم برفض الدعوى موضوعياً، وليس بعد الاختصاص كما فعل من قبل المحكم السويدي<sup>(1)</sup>.

وخلص القول، أنه في إطار قواعد غرفة التجارة الدولية، وفي ظروف مشابهة تدور حول عدم مشروعية سبب العقد الأصلي، ومدى تأثير ذلك على اتفاق التحكيم، صدر حكمان متعارضان، فربط الحكم الأول بين العقد الأصلي واتفاق التحكيم، ورفض تطبيق مبدأ الاستقلالية فأهدر اتفاق التحكيم وقضى بعد الاختصاص، بينما أخذ الحكم الثاني صراحة بمبدأ الاستقلالية وذلك على أساس أن عدم مشروعية العقد الأصلي لا ينصرف إلى اتفاق التحكيم الذي يظل صحيحاً منتجاً لأثاره في عقد الاختصاص لهيئة التحكيم.

ويرى جانب من الفقه<sup>(2)</sup> أن التعارض بين منطق الحكمين يعد شاهداً كافياً على أن المفاهيم القانونية وإن كانت قد استقرت حول تطبيق مبدأ الاستقلالية ونطاقه نتيجة تقنينه في القواعد التي أصدرتها مختلف هيئات التحكيم الدائمة، إلا أن ظروفًا استثنائية خاصة قد تبرر الخروج عنه كما لو كانت عدم مشروعية العقد الأصلي من الجسامة بحيث تستتبع استبعاد أي أثر لاتفاق التحكيم.

ويرى الباحث أن مبدأ الاستقلالية أصبح معترفاً به في كافة النظم القانونية، وإذا ما تم الخروج عن هذا المبدأ، فإن هذا الخروج لا يكون مطلقاً بدون قيد، بل لابد من ظروف استثنائية تحول دون تطبيق هذا المبدأ كما سبق ورأينا في القضية الأولى.

(1) ص 12 من الحكم غير المنشور الصادر في باريس في 15\12\1982 أشارت إليه: د- سامية راشد- مرجع سابق- فقرة 86-

(2) د- سامية راشد- مرجع السابق- فقرة 87- ص 146.

## الفصل الثاني

### النتائج التي تترتب على استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي

تمهيد وتقسيم:

رتب الفقهاء على مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي مجموعة من النتائج، وهذه الأخيرة تنقسم إلى نتائج مباشرة وأخرى غير مباشرة، والنتائج المباشرة التي تترتب على استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي يمكن إدراجها في نتيجتين، وتتمثل النتيجة الأولى في عدم ارتباط مصير شرط التحكيم بمصير العقد الأصلي، والعكس صحيح بمعنى عدم ارتباط العقد الأصلي بمصير شرط التحكيم.

وتتمثل النتيجة الثانية في إمكانية خضوع شرط التحكيم لنظام قانوني مختلف عن القانون الذي يخضع له العقد الأصلي.

أما النتائج غير المباشرة التي تترتب على استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، فهما أيضاً نتيجتين وتتمثل النتيجة الأولى في استقلالية شرط التحكيم عن الخضوع لأي قانون وطني، أما النتيجة الثانية غير المباشرة التي تترتب على استقلالية شرط التحكيم، فتتمثل في أن المحكم هو الجهة المختصة بالفصل في مسألة اختصاصه.

هذه النتائج التي رتبها الفقهاء على استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، لذلك سنتناول دراسة هذه النتائج لنرى هل هذه النتائج تترتب فعلاً على مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، أم أنها مبادئ يمكن أن تكون قائمة بذاتها دون أن تستند لمبدأ استقلاليه شرط التحكيم.

لذلك ستكون دراستنا في هذا الفصل في مبحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول: النتائج المباشرة التي تترتب على استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

المبحث الثاني: النتائج غير المباشرة التي تترتب على استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

## المبحث الأول

### النتائج المباشرة التي تترتب على استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي

#### تمهيد وتقسيم:

من النتائج المباشرة التي تترتب على مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي نتيجتين وتتمثل النتيجة الأولى في عدم ارتباط شرط التحكيم بمصير العقد الأصلي، وعلى ذلك فإن بطلان العقد الأصلي لا يؤثر على شرط التحكيم، والعكس صحيح فبطلان شرط التحكيم لا يؤثر على العقد الأصلي، وبمعنى آخر فإن هناك استقلالية بين شرط التحكيم وبين العقد الأصلي الذي يتضمنه شرط التحكيم، وأيضاً هناك استقلالية ما بين شرط التحكيم باعتباره إجراء يتبع عند وقوع النزاع وبين غيره من طرق الإجراءات الأخرى، فإذا انتهينا من بيان ذلك يثور التساؤل حول التكييف القانوني لعدم الارتباط بين شرط التحكيم والعقد الأصلي.

والنتيجة الثانية التي تترتب على استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي فهي إمكانية خضوع كل من شرط التحكيم والعقد الأصلي لنظام قانوني مختلف، وذلك على الرغم من أن شرط التحكيم ورد ضمن بنود العقد الأصلي، والذي يقتضي أن يكون هذا الشرط تابعاً لنفس القانون الذي يخضع له العقد الأصلي، إلا أنه يمكن القول كذلك أيضاً من الممكن أن يخضع شرط التحكيم لقانون غير الذي يخضع له العقد الأصلي.

لذلك فإن دراستنا لهذا المبحث ستكون في مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: عدم ارتباط شرط التحكيم بمصير العقد الأصلي.

المطلب الثاني: إمكانية خضوع شرط التحكيم لقانون مختلف عن القانون الذي يخضع له العقد الأصلي.

## المطلب الأول

### عدم ارتباط شرط التحكيم بمصير العقد الأصلي

تمهيد وتقسيم:

يعتبر عدم ارتباط مصير شرط التحكيم بمصير العقد الأصلي أول وأهم الآثار المترتبة على مبدأ استقلالية شرط التحكيم، وهذا معناه أن هناك استقلالاً بين شرط التحكيم والعقد الأصلي، وأن هذا الاستقلال أيضاً هو استقلال شرط التحكيم عن العقد الموضوعي الذي يتضمنه شرط التحكيم، وهو أيضاً استقلال شرط التحكيم باعتباره إجراء يتبع عند وقوع النزاع عن سائر الاتفاقات الإجرائية، مما يستتبع منا بيان ذلك لنصل أخيراً إلى التكييف القانوني لعدم الارتباط بين شرط التحكيم والعقد الأصلي، لهذا فإن دراستنا لهذا المطلب ستكون في أربعة فروع على النحو الآتي:

الفرع الأول: استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

الفرع الثاني: استقلال شرط التحكيم عن العقد الموضوعي.

الفرع الثالث: استقلال شرط التحكيم عن الاتفاقيات الإجرائية.

الفرع الرابع: التكييف القانوني لعدم ارتباط شرط التحكيم بالعقد الأصلي.

## الفرع الأول

### استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي

يقصد باستقلال كل من شرط التحكيم والعقد الأصلي عن الآخر، أن بطلان كل من العقد الأصلي أو بطلان شرط التحكيم، لا يؤثر على صحة أو بطلان الآخر، فإذا أبطل العقد الأصلي فعندئذ يمكن التمسك بصحة شرط التحكيم، وبالتالي السير في إجراءات التحكيم وحسم النزاع من قبل المحكم، وليس من قبل المحكمة، أما إذا كان العقد الأصلي صحيحاً، وكان شرط التحكيم باطلاً

ففي هذه الحالة يمكن لكل من الطرفين اللجوء إلى القضاء الوطني للفصل في النزاع، ولا يمكن اللجوء إلى التحكيم بسبب بطلان الشرط الخاص بذلك<sup>(1)</sup>.

فمصير العقد الأصلي ليس له أثر على شرط التحكيم المتعلق به، فهذا الشرط يبقى صحيحاً منتجاً لآثاره القانونية، بصرف النظر عن زوال العقد الأصلي، أو فسخه، أو انتهائه، ولا يمنع من إنتاج شرط التحكيم لآثاره<sup>(2)</sup>.

وعلى ذلك فإن فسخ العقد أو إبطاله لا يؤدي إلى شل فاعلية التحكيم، وعلى ذلك مثلاً إذا تم فسخ أو إنهاء عقد وكالة العقود بسبب عدم وفاء أحد الطرفين بالتزاماته التعاقدية، كعدم وفاء الموكل بالأجر المتفق عليه، أو إخلال الوكيل بالتزاماته التعاقدية، فإن ذلك لا يؤثر على صحة اتفاق التحكيم المدرج فيه عقد الوكالة، طالما أن هذا الاتفاق لم يلحق به عيب من عيوب الإرادة التي لحقت بالعقد الأصلي، أو طالما لم يكن محله أو سببه مخالفاً للنظام العام الدولي<sup>(3)</sup>.

والواقع أن نطاق القاعدة المتقدمة بشأن عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي قد أثار الكثير من الجدل، فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي<sup>(4)</sup> إلى القول بأنه إذا كان اتفاق التحكيم لا يتأثر ببطلان العقد الأصلي، فإنه ومع ذلك وعلى عكس ما تقدم فإنه يتأثر بمصير هذا العقد في حالة انعدامه<sup>(5)</sup>.

---

(1) د- فوزي محمد سامي- مرجع سابق- ص208. د- درويش الوحيدي- مرجع سابق- ص49-50.  
(2) انظر في هذا المعنى: د- مصطفى الجمال- د- عكاشة عبد العال- مرجع سابق- فقرة 237- ص355. راجع أيضاً: د- نبيل إسماعيل عمر- مرجع سابق- ص57.  
(3) د- نبيل صبيح- مرجع سابق- ص143-144.  
(4) انظر في عرض هذا الرأي: د- حفيظة الحداد- مرجع سابق- ص44.  
(5) فرقت النظرية التقليدية بين البطلان والانعدام، حيث وجدت نظرية انعدام العقد بمناسبة عقد الزواج حيث لم ينص المشرع المدني الفرنسي صراحة على بطلان هذا العقد إذا لم تتوافر بعض شروطه الجوهرية، كما لو اتحد الزوجان في الجنس، أو قام بإبرام العقد من ليست له صفة في ذلك، لذلك لجأ الفقه إلى إيجاد هذه النظرية لمواجهة أمثال هذه الحالات التي لم يرد بخصوصها نص. وفرق الفقه التقليدي بين حالة تخلف ركن من أركان العقد وبين ما إذا كان محل العقد غير مشروع، وفي الحالة الأولى يكون العقد منعدماً، وفي الحالة الثانية يكون العقد باطلاً، ولا تؤدي هذه التفرقة إلى آثار مختلفة تترتب على الانعدام، حيث أن آثار الانعدام والبطلان واحدة حيث لا تترتب على أي منهما أية آثار مغايرة، وقد هجر الفقه الحديث التفرقة بين الانعدام والبطلان، حيث أدخل كل حالات الانعدام ضمن حالات البطلان المطلق، لأن العقد لا ينتج آثاراً في أي منهما، وقد هجرت معظم القوانين الحديثة التفرقة بين الانعدام والبطلان المطلق وأخذت بفكرة البطلان المطلق فقط. د- موسى أبو ملوح- المصادر- مرجع سابق- ص220-221. ويرى الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري أنه ينبغي تعديل النظرية التقليدية في تقسيمها الثلاثي للبطلان وجعل التقسيم ثنائياً، فينقسم البطلان إلى مطلق ونسبي، ويدخل في البطلان المطلق الانعدام، فلا فرق بين هاتين المرتبتين من الناحية العملية، لهذا لا يجب أن يوجد فرق من الناحية المنطقية. د- عبد الرزاق أحمد السنهوري - مرجع السابق- فقرة 576- ص609.



ويرى جانب آخر من الفقه الفرنسي<sup>(1)</sup> أن هذه التفرقة بين بطلان العقد وانعدامه، وذلك إذا كان العقد معيباً بعيب لحق به منذ انعقاده، بالمقابلة بالعيب الذي يؤدي إلى بطلانه تفرقة لا داعي لها، فاستبعاد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنظر إلى أن أحد الأطراف يزعم عدم وجود العقد الأصلي، يعني قبول المخاطرة والسماح لأحد الأطراف بالالتجاء إلى الحيل التسويقية التي يسعى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي إلى تفاديها.

فمجرد الإدعاء بانعدام العقد الأصلي لا يكفي في حد ذاته إلى استبعاد اختصاص المحكم، لأن الأخير له أن يقدر مدى صحة هذا الادعاء، فإذا لاحظ فعلاً أن العقد الأصلي غير قائم ولا وجود له قانوناً، وذلك في حالة الانعدام الكامل للرضا المتبادل بين الأطراف، وتبين للمحكم أن الانعدام المدعى به يسري أيضاً على اتفاق التحكيم، فإنه يجب عليه أن يرتب النتيجة الحتمية على ذلك الانعدام لاتفاق التحكيم ذاته ويقضي بعدم اختصاصه<sup>(2)</sup>.

ويؤكد هذا الفقه الفرنسي<sup>(3)</sup> على أن التفرقة بين مجرد البطلان والانعدام للعقد الأصلي، لم تجد لها أدنى صدى في القضاء الفرنسي، الذي تعرض للفصل في مسألة صحة اتفاق التحكيم من حيث الموضوع.

ومع ذلك فلقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 10 يولية 1990، في قضية "Cassia" ضد شركة "pia" إلى ربط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الذي يتضمن هذا الشرط، إذ ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى القضاء بأنه في إطار التحكيم الدولي، فإن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يتقيد بوجود الاتفاق الأصلي الذي يتضمن شرط التحكيم المتمسك به من حيث الشكل، ويتم تقدير هذا الوجود بالضرورة وفقاً للقانون الذي تحدده قواعد القانون الدولي الخاص التي تطبق على شكل العقد الأصلي<sup>(4)</sup>، وبهذه المثابة يكون قضاء محكمة النقض الفرنسية قد كرس فكرة التفرقة بين الانعدام والبطلان، فاتفاق التحكيم لن يكون له وجود إذا كان العقد الأصلي الذي يتضمن هذا الاتفاق لا وجود له في حد ذاته<sup>(5)</sup>.

(1) انظر في عرض هذا الرأي: د- حفيظة الحداد- مرجع سابق- ص45.

(2) انظر في هذا المعنى: د- حفيظة الحداد- مرجع سابق- ص45-46.

(3) المرجع نفسه- ص46.

(4) Cass. Civ, 10 juillet, rev. arb. 1990، أشارت إليه: د- حفيظة الحداد- مرجع سابق- ص46.

(5) المرجع نفسه- ص46.

ولقد ذهب بعض الفقهاء<sup>(1)</sup> إلى القول بأنه من الثابت أن انعدام الاتفاق الأصلي يفترض الغياب الكامل لرضا الأطراف، وهذا الانعدام في الرضا يشمل كل من الاتفاق على التحكيم والعقد الأصلي، فكيف يمكن للمرء أن يتصور أن الأطراف قد اتفقت على التحكيم للفصل في المنازعات الناشئة عن عقد لم يتم التراضي عليه أصلاً، فانعدام الإرادة يؤدي إلى عدم وجود العقد الأصلي وكذلك اتفاق التحكيم، والوضع يختلف بطبيعة الحال إذا كان العقد الأصلي معيباً بعبء يؤدي إلى بطلانه، فبطلان العقد الأصلي لا يؤثر بالضرورة على بطلان اتفاق التحكيم.

فمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يسمح بالإبقاء على اتفاق التحكيم طالما لم يكن هذا الاتفاق في حد ذاته قد لحقه عيب من عيوب الإرادة التي لحقت بالعقد الأصلي، وطالما لم يكن محله أو سببه مخالفاً للنظام العام الدولي، أما انعدام التعبير عن رضا الأطراف بالعقد الأصلي فإنه يؤدي إلى عدم وجود اتفاق مستقل في علاقته باتفاق آخر إذ لا يوجد أي اتفاق<sup>(2)</sup>.

وعلى الرغم من تبني محكمة النقض الفرنسية التفرقة بين الانعدام والبطلان، فإن هذه التفرقة بين مسألتين بطلان العقد وانعدامه رفضتها بشكل واضح معاهدة جنيف الموقعة في 1961 والذي جاء في نص المادة (315) "وهو له الحق باتخاذ القرار المناسب بصدد تلك الصلاحية وكذلك بصدد وجود وصحة اتفاق التحكيم، أو العقد الذي تشكل الاتفاقية جزءاً منه"<sup>(3)</sup>. وأيضاً رفضت لائحة التحكيم التي أعدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في المادة (2121) التفرقة المتقدمة حيث جاء في نص المادة المذكورة "تختص هيئة التحكيم في وجود أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءاً منه"<sup>(4)</sup>.

وكذلك فإن لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية في باريس ذهبت إلى أن "البطلان أو الانعدام المدعى بهما في شأن العقد لا يؤدي إلى عدم اختصاص المحكم"<sup>(5)</sup>. كذلك فإن لائحة التحكيم لهيئة التحكيم الأمريكية لم تأخذ بالتفرقة بين البطلان والانعدام، بل أعرضت عنها حيث جاء في نص المادة (315) من اللائحة المذكورة "المحكمة التحكيمية صالحة للبت في مسألة وجود أو صحة العقد الذي يتضمن الشرط التحكيمي"<sup>(6)</sup>.

(1) انظر في عرض هذا الرأي: د- حفيظة الحداد- مرجع سابق- ص47.

(2) المرجع نفسه- ص47.

(3) أشار إليه: د- عبد الحميد الأحمد- الجزء الثاني- مرجع سابق- ص386.

(4) المرجع نفسه- ص400.

(5) أشارت إليه: د- حفيظة الحداد- مرجع سابق- ص48.

(6) أشار إليه: د- عبد الحميد الأحمد- الجزء الثاني- مرجع سابق- ص572.

ويري الباحث أن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، يسمح بالإبقاء على شرط التحكيم إذا كان العيب الذي لحق العقد الأصلي لا يؤثر على شرط التحكيم، وسبق أن أشرنا إلى عيوب الإرادة التي تلحق بالعقد الأصلي، وأثرها على شرط التحكيم، وانتهينا إلى أن الغلط إذا كان واقعاً في شخص المتعاقد، أو في صفة من صفاته، فإن ذلك ينسحب على شرط التحكيم، وكذلك الإكراه والتدليس، الواقعان على شخص المتعاقد أيضاً يتأثر به شرط التحكيم، أما باقي عيوب الإرادة التي تلحق بالعقد الأصلي فلا أثر لها على شرط التحكيم.

وإذا كان العقد منعماً أو باطلاً بطلاناً مطلقاً فيظل أيضاً هناك استقلالاً ما بين شرط التحكيم والعقد الأصلي، والسبب في ذلك يرجع إلى التفرقة ما بين البطلان النسبي والبطلان المطلق فالبطلان النسبي يمر بمرحلتين: المرحلة الأولى ويكون له وجود قانوني كامل وينتج كل الآثار القانونية التي كانت تترتب عليه فيما لو نشأ صحيحاً، والمرحلة الثانية: بعد أن يتقرر بطلانه وينعدم في هذه المرحلة وجوده القانوني انعداماً تاماً وتزول كل الآثار القانونية التي أنشأها، ويكون للبطلان أثر رجعي، وبذلك لم يعد هناك فرق بين البطلان النسبي والبطلان المطلق، لذلك فالعقد لا يكون إلا صحيحاً أو باطلاً بطلاناً مطلقاً، وليس هناك إلا نوع واحد من البطلان يندمج فيه البطلان النسبي كما يندمج فيه الانعدام، فالبطلان هو العدم. و"العدم لا تتفاوت درجاته"<sup>(1)</sup>.

ومن جهة أخرى لماذا نقرر أن هناك استقلالية ما بين شرط التحكيم وبين العقد القابل للإبطال ومنع هذه الاستقلالية في حالة البطلان المطلق أو الانعدام، فإذا كان العقد قابلاً للإبطال ولم يجزه صاحب المصلحة ألا ينقلب هذا العقد إلى عقد باطل بطلاناً مطلقاً، ومن ثم يصبح هو والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً من البداية سواء، لذلك نرى أن الاستقلالية قائمة سواء كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً أو قابلاً للإبطال، ولينظر المحكم في وجود وصحة العقد الأصلي، فإذا اتضح بطلان العقد الأصلي فلا أثر لذلك على شرط التحكيم وبالتالي يبقى هو المختص بنظر النزاع أما إذا اتضح أن شرط التحكيم باطل لعيب في ذاته عاد الأمر إلى المحكمة المختصة لنظر النزاع.

(1) انظر: د- عبد الرزاق أحمد السنهوري - مرجع سابق- فقرة 582- ص 617- 618.

## الفرع الثاني

### استقلال شرط التحكيم عن العقد الموضوعي

مبدأ استقلال اتفاق التحكيم أو مبدأ سلطان اتفاق التحكيم، لا يعني فقط استقلال شرط التحكيم، فشرط التحكيم لا يعدو أن يكون صورة من صورتى اتفاق التحكيم، ولولا أن اتفاق التحكيم مستقل بحكم طبيعته، ما كان شرط التحكيم مستقلاً وهكذا فاتفاق التحكيم مستقل عن العقد الأصلي، سواء كان شرطاً أو مشارطة، أي بصرف النظر عن صورتيه<sup>(1)</sup>.

ومبدأ استقلال اتفاق التحكيم، لا يعني فقط استقلال هذا الاتفاق عن العقد الموضوعي، خاصة أن المسلم به جواز التحكيم في العلاقات القانونية غير العقدية، ولهذا فاتفاق التحكيم مستقل سواء كان موضوع النزاع علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية، أي بصرف النظر عن موضوع النزاع<sup>(2)</sup>.

فاتفاق التحكيم ليس جزءاً مندمجاً أو تابعاً للعقد الموضوعي أياً كان، ولا هو عقد موضوعي قائم بذاته من عقود القانون الخاص الذي يؤمه القانون المدني، إنما هو اتفاق قائم بذاته من الاتفاقيات الإجرائية، وبالتالي فلا اتفاق التحكيم يخضع لنظام صحة أو بطلان العقد الموضوعي في القانون المدني، ولا العقد الموضوعي يخضع لنظام صحة أو بطلان اتفاق التحكيم في القانون الإجرائي حتى ولو كان اتفاق التحكيم قد نشأ بمناسبة علاقة قانونية عقدية، إنما يخضع كل واحد منهما لنظامه الخاص سواء في الصحة أو البطلان<sup>(3)</sup>.

ومن ثم فلا بطلان اتفاق التحكيم يستتبعه بالضرورة بطلان أي عقد موضوعي، ولا بطلان أي عقد موضوعي يستتبعه بالضرورة بطلان اتفاق التحكيم حتى ولو كان اتفاق التحكيم قد نشأ بمناسبة علاقة قانونية عقدية<sup>(4)</sup>.

(1) د- أحمد حشيش- مرجع سابق- فقرة 87- ص243-245.

(2) المرجع نفسه- فقرة 88- ص245.

(3) المرجع نفسه- فقرة 77- ص214.

(4) المرجع نفسه- فقرة 77- ص214.

## الفرع الثالث

### استقلال شرط التحكيم عن الاتفاقات الإجرائية

اتفاق التحكيم وإن كان من الاتفاقيات الإجرائية التي تتبع عند وقوع النزاع إلا أنه يتمتع باستقلالية عن هذه الاتفاقيات وذلك لأكثر من سبب:

أولاً: اتفاق التحكيم ليس فقط أكثر الاتفاقيات الإجرائية ذبوعاً وانتشاراً في الحياة العملية، إنما هو أيضاً أقدمها من الوجهة التاريخية فاتفق التحكيم قديم قدم عالم القانون أي قدم عالم الحضارة<sup>(1)</sup>. وقد رأى الشارع في تقرير حق التحكيم لما يحققه من فائدة للجمهور يغنيهم عن الالتجاء إلى القضاء النظامي، فيرفع عنهم كثيراً من المصاريف التي ربما تكبدوها أمام هذا القضاء، ويكفيهم مؤونة بطء ذلك القضاء النظامي الذي لا يحكم في قضية إلا إذا جاء دورها، وبعد أن تتال من التأجيلات مما لا يتسع معه صدر الخصوم ومما لا يتفق مع مصلحتهم في كثير من الأحوال<sup>(2)</sup>.

ثانياً: اتفاق التحكيم ليس فقط أكثر الاتفاقيات الإجرائية اختزالاً لسلطة الخصم الإجرائية، وذلك بالنظر لأنه يستبدل بالدعوى القضائية مجرد دعوى تحكيمية ضيقة النطاق للغاية، إنما هو أكثر هذه الاتفاقيات اختزالاً للخطورة وذلك بالنظر إلى أنه يستبدل الاستثناءات بالأصول<sup>(3)</sup>.

ثالثاً: اتفاقيات التحكيم تعتبر أكثر هذه الاتفاقيات تعرضاً للتكرار والظعن فيه من جانب أحد أطرافه، الذي سرعان ما يلجأ إلى القضاء للطعن في هذا الاتفاق في ذاته أو توصللاً إلى إبطال حكم التحكيم أو منع الأمر بتنفيذ هذا الحكم<sup>(4)</sup>. فلا تكاد تخلو حالة تحكيم من اللجوء إلى القضاء، إما للطعن في صحة التحكيم أو في حكم المحكمين أو بخصوص أتعابهم، ورغم ذلك فإن ذلك لم يحل دون رواج

(1) د- أحمد حشيش- مرجع سابق- فقرة 88- ص246، وكان التحكيم في روما ذائعاً في العقود الرضائية، ولاسيما في مجال التجارة، وكان يتم اختيار شخص لتكملة شروط العقد والإشراف على تنفيذه، وكان قرار المحكم يعتبر جزء من العقد ويستمد قوته الإلزامية من هذه الصفة، وفي القرون الوسطى وجد التحكيم المناخ الصالح للتطور في كنف المبادئ التي نادى بها فقهاء الكنيسة ولاسيما مبدأ قدسية العقد، وقد صادف التحكيم في كل دولة من الدول التي ورثت القانون الروماني عقبات وتيارات متعارضة، فكان له في كل دولة منها طابع خاص. للمزيد حول هذا الموضوع انظر تفصيل ذلك: د- محسن شفيق- مرجع سابق- ص54 وما بعدها.

(2) د- أحمد حشيش- مرجع سابق- هامش رقم 1- ص246-247.

(3) المرجع نفسه- فقرة 89- ص247. ولهذا يعرف الأستاذ robert التحكيم بأنه: نظام للقضاء الخاص تقضى فيه خصومة معينة عن اختصاص القضاء العادي، ويعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها. أشار إليه: د- محسن شفيق- مرجع سابق- فقرة 8- ص13.

(4) د- أحمد حشيش- مرجع سابق- فقرة 89- ص248.

التحكيم واتساع أغراضه في المعاملات التجارية سيما ما كان منها متميزاً بطابع التخصص أو الصفة الدولية<sup>(1)</sup>.

رابعاً: اتفاق التحكيم هو أكثر الاتفاقيات قابلية للتوسع، فهو يتنوع بحسب مدى قيام النزاع فعلاً إلى شرط تحكيم، ومشاركة تحكيم، كما يتنوع بحسب مدى القواعد المتفق على تطبيقها على موضوع النزاع، إلى اتفاق تحكيم بالصلح<sup>(2)</sup>، واتفاق تحكيم بالقضاء<sup>(3)</sup>، وهو يتنوع حديثاً إلى اتفاق دولي للتحكيم<sup>(4)</sup>، واتفاق غير دولي للتحكيم<sup>(5)</sup>.

خامساً: اتفاق التحكيم أكثر الاتفاقيات الإجرائية بحاجة إلى قاعدة لا يجوز لموث أن يحتج بتلوته وبصفة خاصة في الاتفاق الدولي للتحكيم، فقد يتفق شخصان على تحكيم دولي ويكون أحدهما شخصاً عاماً لم يتحصل من السلطات المختصة في دولته على الموافقة اللازمة لهذا الاتفاق، أو محظور عليه قبول شرط التحكيم في عقد إداري، أو يكون أحدهما شخصاً محظوراً عليه بموجب قانون دولته أن يقبل شرط التحكيم على الإطلاق، أو يقبل اتفاق تحكيم يجري في الخارج، أو يقبل شرط تحكيم دون تسمية المحكمين، أو يكون موضوع النزاع يتعلق بتعاقد لابسه تحايل على قوانين الاستيراد في دولة أحدهما، أو موضوع النزاع رشوة تحت مسمى عمولة مقابل استغلال نفوذ لدى دوائر حكومية من أجل تسهيل التعاقد معها<sup>(6)</sup>.

ومع التسليم بوجهة النظر القائلة بأن اتفاق التحكيم مستقل عن العقد الموضوعي على اعتبار أن اتفاق التحكيم ليس جزءاً مندمجاً أو تابعاً للعقد الموضوعي، إلا أننا نختلف مع هذه الوجهة التي تصبغ على اتفاق التحكيم صفة الاتفاق الإجرائي، بل إننا نرى أن شرط التحكيم هو عقد قائم بذاته

(1) د- أحمد حشيش- مرجع سابق- هامش رقم 1- ص 248.

(2) المرجع نفسه- فقرة 89- ص 248. يقصد بالتحكيم بالصلح: ذلك التحكيم الذي لا يلتزم فيه المحكم بقواعد القانون الموضوعي إلا ما يتعلق منها بالنظام العام، حيث يقرر المحكم ما يراه مطابقاً للعدالة بغض النظر عن موافقة رأيه لقواعد القانون الموضوعي أو عدم موافقته، والأصل في التحكيم أن يكون تحكيمياً بالقضاء، والاستثناء أن يكون تحكيمياً بالصلح، ولهذا وجب أن يكون هناك تفويضاً للتحكيم بالصلح من قبل الخصوم لمنح المحكم هذه السلطة. حسام الدين محمود زكريا الدن- حجية أحكام التحكيم في المواد المدنية والتجارية وتنفيذها وفقاً لقانون التحكيم الفلسطيني- رسالة ماجستير- جامعة الدول العربية- القاهرة- 2009- ص 7-8. راجع كذلك: د- نادية معوض- مرجع سابق- ص 20.

(3) التحكيم بالقضاء: هو التحكيم الذي يتقيد فيه المحكم بأحكام القانون، فلا يكون للمحكم سلطة القضاء في النزاع المطروح عليه متقيداً في حكمه بقواعد القانون الموضوعي، ويطلق غالبية الفقه على هذا النوع من التحكيم بالقضاء حيث يمارس المحكم فيه دور القاضي في تطبيق أحكام القانون، والالتزام بالحدود المرسومة لسلطته. انظر: د- نادية معوض- مرجع سابق- ص 20.

(4) التحكيم الدولي: هو التحكيم الذي يتم بشأن علاقات التجارة الدولية والمنازعات المتعلقة بها، وينقسم إلى تحكيم دولي عام وتحكيم دولي خاص، والتحكيم يكون دولياً خاصاً عندما لا يخضع لدولة واحدة في جميع عناصره، سواء من حيث طبيعة النزاع أو من حيث شخصية الأطراف أو المحكمين، أو مكان التحكيم أو إجراءاته. فهو إذا التحكيم الذي يستهدف كل المنازعات المالية والتجارية ذات الطابع الدولي. حسام الدن- الرسالة السابقة- ص 10.

(5) د- أحمد حشيش- مرجع سابق- ص 248. والتحكيم يكون غير دولياً إذا تعلق بنزاع وطني في جميع عناصره بدولة معينة دون غيرها (موضوع النزاع- جنسية الخصوم- جنسية المحكمين- القانون واجب التطبيق- المكان الذي يجري فيه التحكيم). د- نادية معوض- مرجع سابق- ص 28.

(6) د- أحمد حشيش- مرجع سابق- فقرة 89- ص 249 وما بعدها.

ينعقد بإرادة طرفيه وتطبيق عليه القواعد العامة في العقود، والواردة في القانون المدني، وبالتالي فهو ليس عقداً إجرائياً وذلك لأن شرط التحكيم يعقد قبل بدء الخصومة، ولذلك فهو لا يعتبر عنصراً من عناصرها.

## الفرع الرابع

### التكييف القانوني لعدم ارتباط شرط التحكيم بالعقد الأصلي

لم يتعرض الفقهاء بشكل مباشر لمسألة التكييف القانوني لعدم ارتباط شرط التحكيم بالعقد الأصلي، ورغم ذلك يمكن استخلاص ذلك من خلال الآراء الفقهية التي قيلت بهذا الشأن وذلك على النحو الآتي:

ذهب بعض الفقهاء<sup>(1)</sup> بالقول إلى أنه يمكن الاستناد إلى ذلك إلى القواعد العامة للعقود، ويوجد ذلك في نظرية انتقاص العقد، وهذه النظرية تفترض بقاء نفس العقد مع بتر الجزء الباطل منه، إذا كان هذا العقد قابلاً للانقسام، وبمعنى آخر فهذه النظرية تفترض أن العقد الأصلي ليس باطلاً بأكمله بل في جزء منه فيزول الجزء الباطل ويبقى الجزء الصحيح، وعلى ذلك وبموجب هذه النظرية إذا اتضح أن العقد الأصلي الذي تضمن شرط التحكيم باطلاً، فإن الشرط الخاص بالتحكيم قد يبقى صحيحاً إذا توافرت شروطه، وهو يمثل اتفاقاً مستقلاً، وأن الشرط المذكور لا يتأثر ببطلان العقد الأصلي، ويمكن أن يكون العكس فقد يكون شرط التحكيم باطلاً أما العقد الأصلي فيبقى صحيحاً. ويجدر التنويه إلى أن العقد الأصلي وشرط التحكيم يصار إلى بطلانهما في حالة عدم توافر الأهلية اللازمة للأشخاص الذين اتفقوا على انعقاد العقد والشرط.

ويضيف هذا الرأي محل المناقشة بأنه يمكن أن يرد علينا بأن نظرية انتقاص العقد تفترض وجود عقد واحد يكون باطلاً في جزء منه وصحيحاً في الجزء الآخر، الأمر الذي يجعل هذا الجزء عقداً مستقلاً لو توافرت فيه شروط العقد، ولم يعد صاحب هذا الرأي الإجابة على ذلك فيقول، بأن التحكيم نجد فيه عقداً أصلياً يخص العلاقة القانونية بين الطرفين، وعقداً أو اتفاقاً حول النزاع الذي قد ينشأ بينهم بالتحكيم، ويتمثل ذلك بشرط التحكيم في العقد الأصلي وهو ليس مجرد شرط في عقد

(1) د- فوزي سامي- مرجع سابق- ص214. راجع أيضاً في عرض هذا الرأي: د- درويش الوحيد- مرجع سابق- ص52-53.

واحد بل هو اتفاق مستقل ولو نظرنا من زاوية أخرى نجد وثيقة واحدة تبدو من النظرة الأولى عقداً واحداً ينظم في جزء منه العلاقة القانونية بين الطرفين، وفي جزء آخر يمثل الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم، وبانطلاقنا من هذه الزاوية سوف نستطيع بسهولة تطبيق نظرية انتقاص العقد وبالتالي نجد أنفسنا أمام مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

ولا يمكن التسليم بهذا الرأي الذي يذهب إلى الأخذ بنظرية انتقاص العقد للوصول إلى مبدأ استقلالية شرط التحكيم، والسبب في ذلك أن شرط التحكيم وإن كان وارداً ضمن بنود العقد الأصلي فإنه يعتبر اتفاقاً مستقلاً له شروطه الخاصة المنفصلة عن العقد، وأن نظرية انتقاص العقد تفترض وجود عقد واحد وليس عقدين، الأمر الذي لا يمكن معه أن تتحقق نظرية انتقاص العقد تلك الأخيرة التي تفترض وجود عقد واحد ليس باطلاً بأكمله، بل هو باطل في جزء منه، فيزول هذا الجزء مع بقاء الجزء الصحيح.

وذهب رأي آخر<sup>(1)</sup> إلى الاستناد إلى نظرية تحول العقد للوصول إلى عدم الارتباط بين شرط التحكيم والعقد الأصلي، وتتلخص هذه النظرية في أن التصرف الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر تصرف آخر، فيتحول التصرف الذي قصد إليه المتعاقدان وهو التصرف الباطل إلى التصرف الذي توافرت عناصره وهو التصرف الصحيح، وبذلك يكون التصرف الباطل قد أنتج أثراً قانونياً عرضياً لا أصلياً، وأن كل ما يشترطه القانون في اعتبار شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الذي قضى ببطلانه، أو إنهائه، أو فسخه، هو أن يكون شرط التحكيم صحيحاً في ذاته أي تتوافر فيه الشروط والعناصر التي يتطلبها القانون في التصرفات.

وذهب أصحاب الرأي الأول<sup>(2)</sup> إلى القول بأنه لا يمكن الاستناد إلى نظرية تحول العقد للوصول إلى عدم الارتباط بين شرط التحكيم والعقد الأصلي، فهذه النظرية تفترض أن العقد الباطل قد يتضمن رغم بطلانه عناصر عقد آخر، فيتحول العقد الذي قصد إليه المتعاقدان وهو العقد الباطل إلى العقد الذي توافرت عناصره، وهو العقد الصحيح وبذلك يكون العقد الباطل قد أنتج أثراً قانونياً، وبتطبيق هذه النظرية على مبدأ استقلال شرط التحكيم فلا يمكن أن تتحقق لأن العقد لا يتحول إلى عقد آخر إلا إذا كان التصرف الأصلي باطلاً بأكمله، أما إذا كان جزءاً من العقد باطلاً، وكان التصرف قابلاً للانقسام فلا يكون هناك مجالاً لنظرية تحول العقد بل لانقاصه.

(1) د- على عوض حسن- التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية- دار الفكر الجامعي- 2004-  
فقرة 156- ص 131-132.

(2) د- فوزي سامي- مرجع سابق- ص 215.



ونحن بدورنا لا نرى مجالاً لتطبيق نظرية تحول العقد للوصول إلى عدم الارتباط بين شرط التحكيم والعقد الأصلي، لنفس الأسباب التي ذكرناها عند الحديث حول نظرية انتقاص العقد، يضاف إلى ذلك إذا كان العقد الأصلي مثلاً قد تم إبرامه تحت تأثير الإكراه مما يستتبع ذلك بطلان شرط التحكيم، فكيف يمكن أن تتوافر في العقد الأصلي بعض عناصر العقد الصحيح؟ لهذا لا يمكن القول بأن نظرية تحول العقد هي السبيل للوصول إلى عدم الارتباط بين شرط التحكيم والعقد الأصلي.

بينما ذهب جانب من الفقه الفلسطيني<sup>(1)</sup>، إلى الأخذ بنص المادة (81) من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على أنه: "قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل"، وذلك وصولاً لعدم الارتباط بين شرط التحكيم والعقد الأصلي.

ومعنى ذلك أنه لو قال رجل إن فلان على فلان كذا ديناً وأنا كفيل فيه أي (بدون أمر المدين) وبناءً على إنكار الأصيل، ادعى الدائن على الكفيل بالدين، لزم على الكفيل أدائه، قلنا بدون أمر المدين، لأنه لو قال المدين لرجل أكفني بالمبلغ المطلوب مني فلان وكفله يعتبر أمره هذا إقراراً بالدين ويؤخذ به الكفيل، كذلك يؤخذ الكفيل وهو الفرع في الدين دون الأصيل الذي هو في الأصل فيه لو أثبت بالبينة وفاءه الدين قبل كفالة الكفيل<sup>(2)</sup>.

ويمكن الرد على ذلك، بأن الكفالة عقد يقوم بين الكفيل والدائن والمدين ليس طرفاً فيه، ورغم ذلك فالالتزام المدين المكفول يعتبر الأساس الذي يقوم عليه عقد الكفالة، وهو الالتزام الذي يتعهد الكفيل بالوفاء به إذا لم يقم المدين بوفائه عند حلول الأجل<sup>(3)</sup>. وتصح الكفالة حتى ولو عارض المدين ذلك<sup>(4)</sup>. وبهذا تنص المادة (911) من مشروع القانون المدني الفلسطيني بقولها "تجوز كفالة المدين بغير علمه على الرغم من معارضته" وقد عبر شارحو المذكرة الإيضاحية عن ذلك بقولهم أن حكم هذه المادة يعتبر طبيعياً تقتضيه القواعد العامة، فما دامت الكفالة عقداً يتم بين الكفيل والدائن فإنها تتم بمجرد توافق إرادتهما دون حاجة إلى رضا المدين أو علمه<sup>(5)</sup>.

كذلك فإن عقد الكفالة عقد تابع ولهذا فهي تتبع الدين الذي تكفله، ولذلك فإن التزام الكفيل يتبع التزام المدين الأصلي في وجوده وصحته، ومن ثم فالتزام الكفيل لا يقوم إلا بثبوت دين في ذمة المدين

(1) المحامي- ناظم عويضة- مرجع سابق- ص28.

(2) انظر: علي حيدر- شرح مجلة الأحكام- تعريب المحامي- فهمي الحسيني- موقع الكتروني- [www.786bookshop.com](http://www.786bookshop.com) - ص57.

(3) المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني- مرجع سابق- ص958.

(4) د- خليل أحمد حسن قداة- الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني- الجزء الثالث- الحقوق العينية التبعية- القسم الأول- عقد الكفالة- 1998م- 1418هـ- هامش رقم3- ص18.

(5) المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني- مرجع سابق- ص961.

ولا يمكن أن يكون التزام الكفيل صحيحاً إلا إذا كان التزام المدين في الأصل صحيحاً، فالدائن لا يستطيع مطالبة الكفيل بالوفاء إلا بعد أن يكون طالب المدين كما لا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل إلا بعد التنفيذ على أموال المدين<sup>(1)</sup>.

ولهذا فإن الكفالة سواء تمت بعلم المدين أو بدون علمه يبقى التزامه هو الأصل فإذا لم يوف المدين يتم الرجوع على الكفيل، ولهذا يصعب تكيف مسألة قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل، للوصول إلى عدم ارتباط شرط التحكيم بالعقد الأصلي.

### نخلص مما سبق:

بعد تعرضنا للتكليف القانوني لعدم الارتباط بين شرط التحكيم والعقد الأصلي، ورأينا موقف الفقهاء من هذه المسألة والذي اتجه بعضهم إلى الاستناد إلى نظرية انتقاص العقد، بينما اتجه الآخر إلى تكيف المسألة استناداً إلى نظرية تحول العقد، واتجه الرأي الأخير إلى نص المادة (81) من مجلة الأحكام العدلية للوصول إلى عدم الارتباط بين شرط التحكيم والعقد الأصلي، نرى أن التكيف القانوني لمسألة عدم الارتباط بين شرط التحكيم والعقد الأصلي يرجع إلى اختلاف كل من موضوع شرط التحكيم والعقد الأصلي، فالعقد الأصلي قد يتعلق ببيع أو شراء أو توريد أو أي عمل من الأعمال، طالما أن هذا العقد لا يخالف النظام العام أو الآداب العامة، أما شرط التحكيم فموضوعه حل المنازعات التي من الممكن أن تثور حول تنفيذ أو تفسير العقد الأصلي مستقبلاً، وبذلك يكون موضوع العقد الأصلي مختلفاً عن موضوع شرط التحكيم، وإن كان هذا الأخير مدرجاً ضمن بنود العقد الأصلي وسبب كل منهما مختلف أيضاً فالسبب في الشرط هو تعهد كل طرف بعدم اللجوء إلى القضاء بالنسبة لما يثور بينهما من نزاع حول عقد معين، أما السبب في العقد الأصلي فهو أمر مختلف تماماً<sup>(2)</sup>.

ويرى الباحث أيضاً أن النتيجة التي رتبها الفقهاء والتي تتعلق بعدم ربط مصير شرط التحكيم بالعقد الأصلي هي نتيجة منطقية وتستحق التأييد، وذلك لأن شرط التحكيم الذي يتم الاتفاق عليه كبنود من بنود العقد الأصلي أو في اتفاق لاحق، لا بد أن يكون هناك حماية لهذا الشرط لأن بقاء هذا الشرط

(1) د- خليل قداة- مرجع سابق- فقرة 7- ص 24-25.

(2) انظر في هذا المعنى: د- فتحي والي- قانون التحكيم- مرجع سابق- فقرة 44- ص 95.

بغير هذه الحماية معناه إعادة النزاع إلى المحكمة المختصة بمجرد الطعن في صحة العقد الأصلي، وهو ما تجنبه الأطراف منذ البداية بقيامهم بتحبيد دور القضاء العادي في هذا المجال، لذلك لا بد من الإبقاء على شرط التحكيم وإعطائه قوة وفاعلية، وذلك بعدم تأثير بطلان العقد الأصلي على هذا الشرط، ولا سيما إذا كان الطعن في العقد الأصلي كان بقصد المماطلة والتسويف، وإذا ما سمحنا بعدم استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، في هذه الحالة معنى ذلك أننا نكافئ الطرف الذي يسعى إلى عرقلة التحكيم، بأن يبطل شرط التحكيم بمجرد الطعن في صحة العقد الأصلي.

ثم أن هناك من الأمور التي تترتب على بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو انتهائه، ومنها مثلاً إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، مما يستتبع أن تفصل هيئة التحكيم بهذه الأمور على الرغم من بطلان العقد الأصلي، وذلك استناداً إلى مبدأ الفصل بين شرط التحكيم والعقد الأصلي.

## المطلب الثاني

### إمكانية خضوع شرط التحكيم لقانون مختلف عن القانون

#### الذي يخضع له العقد الأصلي

تمهيد وتقسيم:

لم يعد يقتصر مفهوم استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي إلى معناه التقليدي، بل أخذ هذا المبدأ بعداً ومفهوماً جديدين، فأصبح يقصد به، استقلال شرط التحكيم عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي، وبمعنى آخر يقصد من المفهوم الحديث لمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي إمكانية خضوع شرط التحكيم لنظام قانوني مختلف عن القانون الذي يمكن أن يخضع له العقد الأصلي، وذلك على الرغم من أن شرط التحكيم ورد كبند من بنود العقد الأصلي.

وهذا المفهوم الحديث لم يتم الوصول إليه بسهولة، ذلك أن هذا المبدأ لم يكن يوحى في بداية ظهوره بأنه يستقل عن القانون واجب التطبيق على العقد، حيث كان هناك اعتقاد راسخ بأن القانون الذي يحكم العقد هو القانون الذي يحكم شرط التحكيم، غير أن القضاء الفرنسي ومن بعده قضاء التحكيم كرسا هذا المبدأ حتى وصل إلى معناه الحديث.

وباعتبار شرط تحكيم عقد يتم بين الأطراف ويتم الاتفاق عليه ضمن بنود العقد الأصلي، أو في اتفاق لاحق، ولكنه سابق على وقوع النزاع، فمن الممكن أن يخضع شرط التحكيم لقانون آخر غير القانون الذي يخضع له العقد الأصلي.

وباعتبار هذا المفهوم هو من ضمن النتائج التي رتبها الفقهاء على استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، فسنعرض هذه النتيجة حيث سنقف عند مفهوم استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وبيان موقف القضاء من هذا المبدأ، وبيان القانون الذي يخضع له كل من شرط التحكيم والعقد الأصلي.

لذلك فإن دراستنا لهذا المطلب ستكون في ثلاثة فروع على النحو الآتي:

الفرع الأول: مفهوم استقلال شرط التحكيم عن حكم القانون الذي يحكم العقد.

الفرع الثاني: موقف القضاء من استقلالية شرط التحكيم عن حكم القانون الذي يحكم العقد.

الفرع الثالث: القانون واجب التطبيق على كل من شرط التحكيم و العقد الأصلي.

## الفرع الأول

### مفهوم استقلال شرط التحكيم عن حكم القانون الذي يحكم العقد

يقصد باستقلالية شرط التحكيم عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي أن صحة شرط التحكيم لا تتوقف على حكم القانون واجب التطبيق على العقد الأصلي، فإذا كان هذا القانون يبطل شرط التحكيم لعيب في الرضا مثلاً أو اختلاف صفة الأطراف، أو لطبيعة الالتزامات التعاقدية الواردة بشأنها، أو يمنعه في بعض العقود إلى غير ذلك فإنه لا أثر لهذا كله على شرط التحكيم<sup>(1)</sup>. ويرتب على ذلك نتيجة منطقية وهي عدم خضوع شرط التحكيم في تفسيره لحكم هذا القانون<sup>(2)</sup>، ولا شك أن هذا المفهوم في مجال استقلالية شرط التحكيم قد حقق له فاعلية أكبر، إذ لو اقتصرنا على المعنى التقليدي لمفهوم استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وهو أن بطلان العقد الأصلي لا ينسحب على شرط التحكيم، لكان معنى ذلك أنه إذا ورد العقد صحيحاً لا بطلان فيه وكان القانون واجب التطبيق يحظر شرط التحكيم، أو يجعله باطلاً لسبب أو لآخر، فإن هذا الاستقلال لن يحول دون وقوع شرط التحكيم باطلاً<sup>(3)</sup>.

لذلك كان المفهوم الجديد لمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي، بمثابة طوق نجاة لهذا الشرط من تطبيق أحكام قد تؤدي به في أحيان كثيرة إلى بطلانه<sup>(4)</sup>.

## الفرع الثاني

### موقف القضاء من استقلالية شرط التحكيم عن حكم القانون الذي يحكم العقد

تمهيد وتقسيم:

لم يكن مبدأ استقلال شرط التحكيم تجاه العقد الأصلي يوحى في بداية ظهوره أنه يستقل كذلك عن القانون واجب التطبيق على العقد الأصلي، إذ كان هناك اعتقاد راسخ بأن القانون الذي

(1) د- أحمد مخلوف- مرجع سابق- فقرة 19- ص 231.

(2) المرجع نفسه- فقرة 19- ص 231.

(3) المرجع نفسه- فقرة 20- ص 231.

(4) المرجع نفسه- فقرة 20- ص 231.

يحكم العقد هو القانون الذي يحكم شرط التحكيم<sup>(1)</sup> وذلك إعمالاً للاتجاه الفقهي الغالب في تنازع القوانين والخاص بوحدة القانون واجب التطبيق<sup>(2)</sup>.

وهناك بعض الأحكام التي صدرت من جانب القضاء العادي، ومن جانب قضاء التحكيم لذلك سنستعرض أولاً، موقف القضاء العادي، ومن ثم نستعرض موقف قضاء التحكيم على النحو الآتي:

#### أولاً- موقف القضاء العادي من استقلالية شرط التحكيم عن حكم القانون الذي يحكم العقد:

سنستعرض الأحكام التي صدرت من القضاء الفرنسي، والقضاء الإنجليزي على الترتيب الآتي:

#### أ- موقف القضاء الفرنسي:

جرى الأمر بدايةً في القضاء الفرنسي إلى عدم التلازم بين القانون واجب التطبيق على العقد والقانون واجب التطبيق على شرط التحكيم، وحدث ذلك في الحكم الصادر من محكمة استئناف باريس الذي قضى هذا الحكم بأن تنفيذ شرط التحكيم لا يخضع بالضرورة إلى القانون الذي يحكم العقد الأصلي<sup>(3)</sup>. وفي حكم آخر تقرر أن القانون الذي يحكم شرط التحكيم ربما يكون مختلفاً عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي<sup>(4)</sup>.

غير أن الأمر بدأ يستقر في القضاء الفرنسي في الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية والذي تعلق النزاع بقيام إحدى الشركات الهولندية بإلغاء عقد وكالة تجارية مع أحد الفرنسيين وكان غير تاجر، اتخذ الأخير إجراءات التحكيم ضد الشركة الهولندية مطالباً إياها بالتعويض من جراء فسخها للعقد، غير أن الشركة المذكورة دفعت ببطلان شرط التحكيم الوارد في عقد الوكالة، على أساس أن القانون الفرنسي وهو القانون واجب التطبيق على العقد يمنع شرط التحكيم في العقود المبرمة بين

(1) د- أحمد مخلوف- مرجع سابق - فقرة 16- ص 227.

(2) د- منير عبد المجيد- الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقه والقضاء- منشأة المعارف بالإسكندرية- 2000- ص 1.

(3) الحكم الصادر من محكمة استئناف باريس- الصادر في 25 يناير 1972- أشار إليه: د- أحمد مخلوف- مرجع سابق- فقرة 16- ص 227.

(4) أشار إليه: د- أحمد مخلوف- مرجع سابق- فقرة 16- ص 227-228.

التجار وغير التجار، وعند عرض النزاع أمام محكمة النقص الفرنسية رفضت المحكمة هذا الدفع مقرر صراحة مبدأ استقلال شرط التحكيم عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي<sup>(1)</sup>.

وذهبت محكمة استئناف باريس أيضاً إلى القضاء بأن تنفيذ اتفاق التحكيم لا يخضع بالضرورة إلى القانون الذي يخضع له العقد الأصلي الذي يوجد اتفاق التحكيم بين ثناياه<sup>(2)</sup>.

وفي الحكم الصادر عن قضاء محكمة النقض الفرنسية في "14 ديسمبر 1983"، ذهبت المحكمة العليا إلى تأييد قضاء الموضوع فيما ذهبوا إليه من عدم تطبيق القانون الذي يخضع له العقد الأصلي، بصدد تفسير شرط التحكيم المدرج فيه<sup>(3)</sup>.

كذلك فإن محكمة استئناف باريس في قضائها الصادر في "21 أكتوبر 1983"، قامت برفض الدفع ببطلان حكم التحكيم، المستند إلى أن هيئة التحكيم لم تطبق للفصل في مسألة اختصاصها، القانون الذي يحكم موضوع العقد الأصلي، وذلك بملاحظتها أن مسألة القانون واجب التطبيق على الموضوع تم تمييزها على الأقل بشكل ضمني في وثيقة المهمة<sup>(4)</sup> عن القانون الذي يتعلق بتحديد القواعد التي تنظم الاختصاص<sup>(5)</sup>.

وكذلك فإن المحكمة العليا الفرنسية وافقت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في "3 مارس 1992"، فيما ذهبت إليه من تقرير وجود اتفاقيات التحكيم محل المنازعة دون الاهتمام بالقانون الذي يخضع له العقد من حيث الموضوع، وذلك مشيرة إلى أنه ليس لمحكمة الاستئناف من أجل أن تفصل في موضوع شكل وإثبات هذه الاتفاقيات، أن يتم هذا الفصل في ظل قانون لا ينطبق عليها، بالنظر إلى استقلالية هذه الاتفاقيات عن العقد الأصلي في التحكيم الدولي<sup>(6)</sup>.

(1) نقض فرنسي 4 يوليو 1972 - أشار إليه: د- أحمد مخلوف- مرجع سابق- فقرة 16- ص 228.

(2) Rev. arb. 1973, p. 158 not ph. Fouchard أشارت إليه: د- حفيظة الحداد- مرجع سابق- ص 49.

(3) C. Cass. 14 dec. 1983 أشارت إليه: د- حفيظة الحداد- مرجع سابق- ص 49.

(4) وثيقة المهمة: هي الوثيقة التي تم توقيعها من قبل كل الأطراف والمحكمين وفي حالة عدم اتفاق الأطراف يتم توقيعها من قبل المحكمين، وتحدد المسائل التي يتعين على محكمة التحكيم الفصل فيها، ولهذه الوثيقة العديد من المزايا والتي من أهمها تحديد المسائل التي يتعين على هيئة التحكيم الفصل فيها، فاتفاق التحكيم قد لا يكون متضمناً تحديداً واضحاً للمسائل المتنازع عليها والتي يتعين طرحها على محكمة التحكيم وهنا تظهر أهمية وثيقة المهمة التي تحدد على نحو كامل ومحدد ما هي المسائل المتنازع عليها وبالتالي تتحدد مهمة المحكم بشكل واضح. انظر في هذا المعنى: د- حفيظة السيد الحداد- الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الدولية- الدار الجامعية- 1997- ص 115 وما بعدها.

(5) Paris, 21 oct. 1983 أشارت إليه: د- حفيظة الحداد- الاتجاهات المعاصرة- مرجع سابق- ص 39.

(6) C. Cass. 3mars 1992 أشارت إليه: د- حفيظة الحداد- الاتجاهات المعاصرة- مرجع سابق- ص 50.

## ب- موقف القضاء الإنجليزي:

حكم القضاء الإنجليزي في دعوى شهيرة باسم "DST v.RAKOIL" (1987)، بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن القانون واجب التطبيق على العقد الأصلي، ولو كان اختيار هذا القانون قد تم بمحض إرادة الأطراف، وتتلخص وقائع هذه الدعوى في أن إحدى الشركات الألمانية قد تقدمت للقضاء الإنجليزي لتنفيذ حكم تحكيم صادر في سويسرا، يقضي بالتعويض لصالحها ضد شركة بترول تنتمي لإمارة رأس الخيمة.

وعلى أثر منازعة الأخيرة في التنفيذ بدعوى أن شرط التحكيم لم يكن صحيحاً وفقاً للقانون الذي اختاره الأطراف لحكم العقد (قانون رأس الخيمة)، رفضت محكمة استئناف لندن هذا الدفع مقررّة أن شرط التحكيم يشكل في ذاته عقداً مستقلاً عن العقد الأصلي، وأنه لا يخضع لنفس القانون واجب التطبيق عليه، وانتهت إلى تطبيق قانون آخر هو القانون السويسري، باعتباره قانون البلد الذي صدر فيه الحكم<sup>(1)</sup>.

وبشكل عام كان لموقف القضاء في أوروبا بالنسبة لاستقلال شرط التحكيم عن القانون الذي يحكم العقد أثره الواضح على اتفاقية روما بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، حيث استبعدت الاتفاقية المذكورة من مجال تطبيقها شرط التحكيم، باعتباره متميزاً عن بقية الالتزامات الواردة في العقد، وأجازت للمتعاقدين والقضاة أن يخضعوه لقانون مختلف عن الذي يحكم العقد<sup>(2)</sup>.

## ثانياً - موقف قضاء التحكيم من استقلالية شرط التحكيم عن حكم القانون الذي يحكم العقد:

اتجه قضاء التحكيم في بداية الأمر إلى تقرير استقلالية شرط التحكيم عن حكم القانون الذي يحكم العقد في حالة وجود أحكام خاصة تنطبق على شرط التحكيم، فإذا لم توجد هذه الأحكام فإن قانون العقد هو الذي يحكم ضمناً شرط التحكيم<sup>(3)</sup>.

(1) أشار إليه: د- أحمد مخلوف- مرجع سابق- فقرة 16- ص 228-229.

(2) المرجع نفسه- فقرة 17- ص 229.

(3) المرجع نفسه- فقرة 18- ص 230.



ثم سرعان ما تخطى قضاء التحكيم عن شرط وجود الأحكام الخاصة لتقرير مبدأ الاستقلالية، وأعلن أن شرط التحكيم يمكن أن يخضع في القانون التجاري الدولي لقانون مختلف عن الذي يحكم العقد الأصلي الذي ورد فيه<sup>(1)</sup>.

وإزداد الأمر إيضاحاً في حكم التحكيم الصادر في الدعوى رقم "4381 لسنة 1986"، حيث قضى بأن المحكمين لهم سلطة تقدير صحة ومجال شرط التحكيم استقلالاً عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي<sup>(2)</sup>.

وبذلك يكون قضاء التحكيم الدولي أقر مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن القانون الذي يخضع له العقد الأصلي<sup>(3)</sup>.

### الفرع الثالث

#### القانون واجب التطبيق على كل من شرط التحكيم و العقد الأصلي

يخضع كل من شرط التحكيم والعقد الأصلي لقانون الإرادة، والمقصود من قانون الإرادة هو القانون الذي اختاره الأطراف ليحكم العلاقة القائمة بينهما، فاتفق المتعاقدان على اختيار قانون يحكم علاقتهما التعاقدية يعطي للقانون المختار الأولوية، فطالما وجد اتفاق يتم العمل بمقتضاه<sup>(4)</sup>. وكقاعدة عامة لا يختلف اتفاق التحكيم - شرطاً أو مشاركة - عن غيره من العقود ذات الطابع الدولي إذ تخضع في تشريعات مختلفة لقاعدة سلطان الإرادة<sup>(5)</sup>.

وقد تبنى مشروع القانون المدني الفلسطيني هذه القاعدة فجاء في نص المادة (1/25) بأنه "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، فإن اختلفا موطننا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو المراد تطبيقه"<sup>(6)</sup>.

(1) أشار إليه: د- أحمد مخلوف- مرجع سابق- فقرة 18- ص230.

(2) المرجع نفسه- فقرة 18- ص230.

(3) د- حفيظة الحداد- الاتجاهات المعاصرة- مرجع سابق- ص50.

(4) د- حسن الهداوي- تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني- الطبعة الأولى- دار مجدلاوي للنشر

والتوزيع- 1993- ص157.

(5) د- فتحي والي- قانون التحكيم- مرجع سابق- فقرة 66- ص140. راجع أيضاً: أسامة الحواري- مرجع سابق- ص80.

(6) وهي تطابق نص المادة (19) من القانون المدني المصري والمادة (25) من القانون المدني العراقي والمادة (20) من القانون المدني الأردني.

وبالتالي فإنه يمكن للأطراف اختيار القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم، وهذا القانون الذي تم اختياره يكون هو الواجب التطبيق، ويمكن للأطراف الاتفاق على قانون يحكم اتفاق التحكيم ويكون مختلفاً عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي، فليس هناك قيد على هذه الحرية إلا وجوب احترام النظام العام<sup>(1)</sup>.

فإذا لم يكن هناك اتفاق على القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم يتم أعمال الضوابط الاحتياطية التي تنص عليها قواعد الإسناد، كقانون الموطن المشترك للمتعاقدين، أو قانون الدولة التي تم فيها العقد، أو قانون مكان التنفيذ، وهو المكان الذي يجري فيه التحكيم<sup>(2)</sup>.

ونفس الأمر يمكن قوله بشأن القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، أو موضوع العقد الأصلي، فهو أيضاً يخضع لقانون الإرادة، أي القانون الذي اتفق عليه الأطراف، وقد نصت المادة (1\19) من قانون التحكيم الفلسطيني بقولها: "يجوز للأطراف في التحكيم الدولي الاتفاق على القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، فإن لم يتفقوا تطبق هيئة التحكيم القانون الفلسطيني" وجاء في نص المادة (1\39) من قانون التحكيم المصري بأنه "تطبق هيئة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وإذا اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك".

فالمبدأ إذن هو حرية الأطراف في اختيار القواعد الواجبة التطبيق باعتبار ما لهما من سلطان في تحديد حقوقهما والتزاماتهما والتصرف فيها، فإذا تخلف هذا الاختيار كان لهيئة التحكيم أن تطبق القانون الذي تراه أكثر اتصالاً بالنزاع<sup>(3)</sup>.

وبهذا فمن الممكن أن يخضع شرط التحكيم لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي، ومع ذلك فيمكن القول بأن تطبيق قانون معين على العقد الأصلي قد يعتبر قرينة كاشفة عن انصراف نية الأطراف لتطبيق نفس القانون على اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم، طالما لا يوجد اتفاق مخالف، وذلك تطبيقاً للاتجاه الفقهي الغالب في تنازع القوانين والخاص بوحدة القانون واجب التطبيق، إذ أن استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي لا يحول دون امتداد القانون واجب التطبيق على هذا العقد الأصلي على اتفاق التحكيم<sup>(4)</sup>.

(1) د- فتحي والي- قانون التحكيم- مرجع سابق- فقرة 66- ص 140.

(2) د- مصطفى الجمال- د- عكاشة عبد العال- مرجع سابق- فقرة 207- ص 307.

(3) المرجع نفسه- فقرة 176- ص 266.

(4) د- منير عبد المجيد- قضاء التحكيم- مرجع سابق- فقرة 78- ص 105.

بعد تعرضنا للنتيجة الثانية والتي رتبها الفقهاء والمتمثلة في إمكانية خضوع شرط التحكيم لقانون آخر غير الذي يخضع له العقد الأصلي، نريد أن نورد بعض الملاحظات على هذه النتيجة وهي على النحو الآتي:

**أولاً:** الصياغة التي وردت بها هذه النتيجة، فالفقهاء عندما ذكروا هذه النتيجة بدؤها بكلمة "إمكانية" وهذا يفيد الاحتمال، فالأمر ليس بالأكيد لأنها إذا كانت نتيجة مؤكدة لكانت بصياغة أخرى.

**ثانياً:** إذا اتفق الأطراف على الخضوع للتحكيم عن طريق شرط تحكيم مدرج في العقد الأصلي، ولم يتم الاتفاق على القانون الذي يحكم هذا الشرط، وقام المحكم بإخضاعه لنفس القانون الذي يحكم العقد الأصلي، فهذا لا يعني انه لم يعد هناك استقلالية ما بين شرط التحكيم والعقد الأصلي.

**ثالثاً:** إذا كان مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي معترفاً به في مجال العلاقات الداخلية، وذلك عن طريق عدم تأثر شرط التحكيم ببطلان العقد الأصلي، وبالتالي فإذا ما ثبت بطلان العقد الأصلي، فإن ذلك ينبغي أن لا يؤثر على شرط التحكيم، أما إذا ثبت بطلان شرط التحكيم فيعود الأمر إلى المحكمة المختصة، ألا يكفي هذا للوصول إلى مبدأ الاستقلالية.

**رابعاً:** وجهة النظر القائلة بأن استقلالية شرط التحكيم عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي تحقق لهذا الشرط فاعلية، وذلك بعدم بطلان شرط التحكيم، إذا كان القانون واجب التطبيق على العقد الأصلي يبطل شرط التحكيم، فما هو الحل في حالة قيام الأطراف بإخضاع شرط التحكيم لقانون آخر غير القانون الذي يحكم العقد الأصلي، ومن ثم تبين بطلان هذا الشرط طبقاً للقانون الذي تم اختياره من قبل الأطراف، فما هو الحل هل سنعود للقانون الذي يحكم العقد الأصلي، أم نبحث عن قانون آخر لا يبطل شرط التحكيم، وإذا ما تم اختيار قانون آخر وكان هذا القانون يبطل شرط التحكيم مرة أخرى فإلى أي قانون سنخضع شرط التحكيم.

**خامساً:** باستعراض الأحكام الصادرة من القضاء الفرنسي، والقضاء الانجليزي، وقضاء التحكيم نجدها، قد قامت بإخضاع شرط التحكيم لقانون آخر غير القانون الذي يخضع له العقد الأصلي ولكنها لم تشر إلى هذا القانون.

لذلك كان لابد من تحديد القانون الذي يخضع له شرط التحكيم، وذلك حتى يبقى هذا الأخير بعيداً عن أي بطلان قد يلحقه من القانون المطبق على العقد الأصلي، وهذا القانون يتمثل في القواعد القانونية المستمدة من المبادئ العامة للقانون، والعادات المتبعة في التجارة الدولية، كما سنري فيما يلي.

## المبحث الثاني

### النتائج غير المباشرة التي تترتب على استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي

تمهيد وتقسيم:

يترتب على مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي نتائج غير مباشرة، ولعل النتيجة الأولى تتمثل في إمكانية عدم خضوع شرط التحكيم لأي قانون وطني، ومعنى ذلك أن شرط التحكيم سيصبح طليقاً لا يخضع إلي أي قانون، وإذا كان الأمر كذلك فما هو القانون الذي سيتكفل بشرط التحكيم؟ لذلك كان لابد من البحث عن قانون آخر يخضع له شرط التحكيم.

أما النتيجة الثانية فتتمثل في مبدأ اختصاص المحكم في الفصل في مسألة اختصاصه، وبمعنى آخر فإن هيئة التحكيم هي الجهة المختصة للنظر في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، وباعتبار النتيجة السابقة الإشارة إليهما رتبهما الفقهاء على مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، لذلك سنعرض لهاتين النتيجةين تفصيلاً، لنرى بعد ذلك هل هاتين النتيجةين تترتبان فعلاً على مبدأ استقلالية شرط التحكيم، لذلك ستكون دراستنا لهذا المبحث في مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: استقلال شرط التحكيم عن سائر القوانين الوطنية.

المطلب الثاني: مبدأ اختصاص المحكم في الفصل في اختصاصه.

## المطلب الأول

### استقلال شرط التحكيم عن سائر القوانين الوطنية

تمهيد وتقسيم:

اشرنا سابقاً عند الحديث عن مفهوم استقلال شرط التحكيم عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي إلى أن هذا المفهوم يعتبر بمثابة طوق نجاة لشرط التحكيم، وذلك إذا كان شرط التحكيم صحيحاً و كان القانون واجب التطبيق على العقد الأصلي يحظر شرط التحكيم أو يجعله باطلاً في

بعض العقود، فيبقى شرط التحكيم صحيحاً نظراً لاستقلال هذا الأخير عن حكم القانون الذي يحكم العقد الأصلي، ورغم ذلك فمن المتصور أن يقع شرط التحكيم باطلاً فتكون العلة التي استبعدنا تطبيق القانون الذي يحكم العقد الأصلي قد توافرت، لذلك ظهر هناك استقلال جديد وهو استقلال شرط التحكيم عن سائر القوانين الوطنية، وباعتبار أن القضاء كان هو الأسبق في تقرير هذا المبدأ، لذلك سنستعرض موقف القضاء الفرنسي باعتباره نقطة الانطلاق لهذا المبدأ، ثم نعرض لموقف قضاء التحكيم، وانتقاد الفقه لهذا المبدأ، لنصل في نهاية الأمر إلى الآثار المترتبة على هذا المبدأ. لذلك ستكون دراستنا لهذا المطلب في ثلاثة فروع على النحو الآتي:

الفرع الأول: تكريس القضاء الفرنسي لمبدأ استقلال شرط التحكيم عن سائر القوانين الوطنية.

الفرع الثاني: انتقاد الفقه لمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن سائر القوانين الوطنية.

الفرع الثالث: الآثار المترتبة على استقلالية شرط التحكيم عن سائر القوانين الوطنية.

## الفرع الأول

### تكريس القضاء الفرنسي لمبدأ استقلال شرط التحكيم عن سائر القوانين الوطنية

اتجه القضاء الفرنسي الذي استخلص في بداية الستينات مبدأ صحة اتفاق التحكيم من مبدأ استقلالية هذا الاتفاق، إلى بلورة هذه النتيجة في العديد من الأحكام الصادرة عن محكمة استئناف باريس، والتي أكدت بشكل حاسم على أنه في المسائل الدولية، يتمتع شرط التحكيم بصحة وفعالية ذاتية<sup>(1)</sup>.

فبعد أن قررت أحكام القضاء الفرنسي مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي تضمنه، والتي استبعدت بموجبه عدم تأثر بطلان شرط التحكيم لعدم صحة العقد الأصلي، ذهبت هذه الأحكام إلى تقرير استقلالية شرط التحكيم عن كل قانون وضعي<sup>(2)</sup>.

وظهر هذا المفهوم لأول مرة في حكم لمحكمة النقض الفرنسية الذي استخلص مبدأ صحة شرط التحكيم باستقلاله عن سائر القوانين الوطنية، وتتعلق المنازعة التي استخلص فيها القضاء الفرنسي

(1) د - أحمد مخلوف - مرجع سابق - فقرة 27 - ص 237.

(2) د - حفيظة الحداد - الاتجاهات المعاصرة - مرجع سابق - ص 80.

هذا المفهوم الجديد بصحة شرط تحكيم مدرج في عقد دولي للوكالة التجارية، انفقت الأطراف صراحة على إخضاعه للقانون الفرنسي الصادر عام 1958، بشأن الوكلاء التجاريين.

تمسك المدعى عليه بعدم صحة شرط التحكيم استناداً إلى أن القانون الفرنسي، يحرم مثل هذه الاتفاقيات بين التجار وبين غير التجار، وبتاريخ "19 يونيو سنة 1970"، رفضت محكمة استئناف باريس هذه الحجة التي تمسك بها المدعى عليه، مشيرة إلى أنه على الرغم من الإشارة إلى النص الفرنسي المذكور فإن الأطراف المتعاقدة تبنت شرط تحكيم خارج الفروض التي يسمح بها القانون الفرنسي، وأسندت المحكمة هذا الحل إلى استقلال شرط التحكيم عن أي قانون وضعي لدولة ما، ويتم استخلاص صحة هذا الاتفاق من مجرد اتفاق إرادة الأطراف على قبول شرط التحكيم. وبتاريخ 4 يوليو رفضت محكمة النقض الفرنسية الطعن المرفوع ضد ما قضت به محكمة استئناف باريس مشيرة إلى أن القضاء المتقدم لا مطعن عليه، فبعد أن أشار هذا القضاء إلى الطابع الدولي للعقد المبرم بين الطرفين، وذكر أيضاً أن الاتفاق التحكيمي يتمتع في إطار التحكيم الدولي للعقد المبرم بين الطرفين باستقلالية كاملة، وترتيباً على ذلك استخلص القضاء المطعون عليه بالنقض أن الشرط محل المنازعة يجب إعماله على واقعة الحال، وهو استخلاص لا غبار عليه<sup>(1)</sup>.

وكرست المبدأ المتقدم محكمة استئناف باريس في قضائها الصادر في "13 ديسمبر 1975"، وكان الأمر يتعلق بعقد ميرم بين إحدى الشركات الهولندية، وأحد الفرنسيين، ومدرج به شرط تحكيم، وعلى أثر الخلاف بين الطرفين، رفع الأخير دعوى أمام المحاكم الفرنسية للفصل في الخلافات الناشئة بينه وبين الشركة الهولندية، دفعت هذه الأخيرة بعدم اختصاص القضاء الفرنسي، استناداً إلى وجود شرط تحكيم في العقد، وحاول الطرف الفرنسي بالرد بأنه ليس تاجراً، والطبيعة المختلطة للعقد تحول دون صحة الشرط المذكور، ولكن محكمة استئناف باريس لم تجبه إلى طلبه، وقضت بأنه في القضية المعروضة، تتوافر للعقد الصفة الدولية، وأن هذا العقد يعد عقداً دولياً، وأن الحظر الوارد في القانون الفرنسي لا محل لإعماله بشأنه، وقررت بناءً على ذلك صحة شرط التحكيم لما يتمتع به من استقلالية تامة<sup>(2)</sup>.

وبذلك تكون محكمة استئناف باريس أكدت بشكل قاطع، أنه دون الحاجة إلى البحث عن القانون واجب التطبيق على موضوع العقد الأصلي، أو على إجراءات التحكيم والحكم التحكيمي، فإنها

(1) أشارت إليه: د - حفيظة الحداد- الاتجاهات المعاصرة- مرجع سابق- ص 80-81.  
(2) أشار إليه: د - أحمد عبد الكريم سلامة- نظرية العقد الدولي التطبيق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية- مرجع سابق- فقرة 238- ص 224.

قررت أن استقلالية شرط التحكيم الوارد في عقد دولي تؤدي إلى صحة هذا الشرط استقلالاً عن الإشارة إلى أي قانون وطني<sup>(1)</sup>.

كذلك فإن بعض الأحكام القضائية ذهبت إلى أنه في إطار التحكيم الدولي، يعد مبدأ استقلال شرط التحكيم ذو مبدأ عام، يكرس باعتباره قاعدة مادية دولية، دون الإشارة إلى أي نظام لتنازع القوانين، فصحة اتفاق التحكيم لا تخضع إلا لمقتضيات النظام العام الدولي وهو ما قضت به محكمة استئناف باريس في "17 ديسمبر 1991"<sup>(2)</sup>.

كذلك صدر عن محكمة النقض الفرنسية حكم هام بتاريخ "20 ديسمبر 1993"، يقضي بأن مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، يعني تقدير وجوده وفاعليته بحسب الإرادة المشتركة للأطراف دون أن يكون ضرورياً الإحالة إلى قانون أي دولة، إذ ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى القضاء بأنه وفقاً لقاعدة مادية من قواعد القانون الدولي للتحكيم، يعد شرط التحكيم مستقلاً من الناحية القانونية عن العقد الأصلي الذي يتضمنه، فوجود اتفاق التحكيم وصحته تنقرر وفقاً للإرادة المشتركة للأطراف، دون الحاجة إلى الإشارة إلى قانون وطني وضعي، باستثناء التقيد بالقواعد الآمرة في القانون الفرنسي والنظام العام الدولي<sup>(3)</sup>.

وتتعلق وقائع هذه الدعوى أن إحدى الوحدات المحلية التابعة للدولة الليبية أبرمت عقداً مع شركة دنماركية يخول هذه الأخيرة القيام بالأعمال اللازمة من أجل صرف المياه، وتتضمن الاتفاق شرط نموذجي موقع عليه شرط مانح للاختصاص للمحاكم الليبية، بينما عدل الملحق غير الموقع هذا الشرط عن طريق الإحالة إلى شرط التحكيم الوارد في إحدى الوثائق المتعلقة بالمناقصات.

تقدمت الشركة الدنماركية بعرض المنازعات الناشئة بينها وبين الطرف الليبي للتحكيم تحت مظلة غرفة التجارة الدولية بباريس إعمالاً لشرط التحكيم الوارد في المناقصة.

وقررت محكمة التحكيم اختصاصها بنظر المنازعة القائمة بين كل من الشركة الدنماركية والطرف الليبي، وقررت تعيين خبير وانتهت إلى تقرير مسؤولية الطرف الليبي عن فسخ العقد وألزمته بدفع مبالغ متنوعة للطرف الدنماركي.

(1) أشار إليه: د- أحمد عبد الكريم سلامة- نظرية العقد الدولي التطبيق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية- مرجع سابق - ص83.

(2) أشارت إليه: د- حفيظة الحداد- الاتجاهات المعاصرة- المرجع السابق- ص84. د- أحمد مخلوف- مرجع سابق- فقرة 27- ص237.

(3) د- أحمد مخلوف- مرجع سابق- فقرة 27- ص238. د - حفيظة الحداد- الاتجاهات المعاصرة مرجع سابق- ص85-86.

ولقد طعن الطرف الليبي على هذا الحكم، ولعل الذي يعنينا هنا هو تمسك الطرف الليبي بعدم اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في المنازعة المعروضة عليها، استناداً إلى بطلان شرط التحكيم وفقاً لكل من القانون الليبي والقانون الفرنسي.

رفضت محكمة استئناف باريس الطعن بالبطلان، مقدرة أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم وصحته لا يقتضي الإشارة إلى تحديد القانون واجب التطبيق على العقد، فالملحق الذي ينص على شرط التحكيم عن طريق الإشارة قد تم إدماجه نزولاً عن الإرادة المشتركة للأطراف في الإطار التعاقدية الذي يعد بمثابة قانون الأطراف.

وعندما طعن من قبل الطرف الليبي على حكم محكمة استئناف باريس أمام محكمة النقض ذهبت هذه الأخيرة إلى القضاء على النحو المشار إليه أعلاه، مقدرة صحة اتفاق التحكيم دون حاجة إلى الإشارة إلى قانون وطني، باستثناء التقيد بالقواعد الأمرة في القانون الفرنسي والنظام العام الدولي، وقد حرصت محكمة النقض إلى الإشارة إلى أن محكمة استئناف باريس قد أصابت صحيح القانون عندما رفضت في المنازعة القائمة الحجة المستندة إلى القانون الليبي، كقانون يتعين إعماله من أجل تقدير وجود وصحة اتفاق التحكيم<sup>(1)</sup>.

وكذلك قرر هذا المبدأ قضاء التحكيم التجاري الدولي، في أحكام كثيرة نذكر منها الدعوى رقم "4381، لسنة 1986"، حيث جاء في هذا الحكم أن المحكمين لهم سلطة تقدير مجال شرط التحكيم استقلالاً عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي، وبدون اللجوء إلى قانون أي دولة معينة<sup>(2)</sup>. والتكييف القانوني لهذه الحلول القضائية تقود إلى اعتبار استقلال شرط التحكيم عن سائر القوانين الوطنية لا يعتبر قاعدة إسناد، ولكنها قاعدة مادية في القانون الدولي الخاص، وهي خاصة بالتحكيم التجاري الدولي، ولا تترك أي مكان لتطبيق أي قانون أجنبي، وبعبارة أخرى هي قاعدة من قواعد القانون الدولي الحقيقي تلقى اعترافاً من أجل حاجات التجارة الدولية<sup>(3)</sup>.

(1) أشارت إليه: د- حفيظة الحداد- الاتجاهات المعاصرة- مرجع سابق- ص85-86. د- إبراهيم إبراهيم- مرجع سابق- ص92.  
(2) القرار المنشور في مجلة القانون الدولي- رقم 4381 سنة 1986- أشار إليه: د- درويش الوحيدي- مرجع سابق- ص50.  
راجع أيضاً: د- أحمد مخلوف- مرجع سابق- فقرة 28- ص238-239.  
(3) د- أحمد عبد الكريم سلامة- نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية- مرجع سابق- فقرة 239- ص225.



## الفرع الثاني

### انتقاد الفقه لمبدأ استقلال شرط التحكيم عن سائر القوانين الوطنية

انتقد بعض الفقه الفرنسي<sup>(1)</sup>، موقف القضاء الفرنسي الذي يعطي لشرط التحكيم صلاحية مطلقة دون أن يلحقه بالقانون واجب التطبيق عليه وفقاً لقواعد تنازع القوانين، وهو ما يعني أن شرط التحكيم سيصبح بدون قانون يحكمه، مما لا نستطيع أن نتبين معه إذا كان صحيحاً أم باطلاً. وقد لاحظ هذا الفقه أنه من الناحية العملية، فإن استقلالية اتفاق التحكيم لا يمكن أن تكون بشكل كامل، فالقضاء لا يمكنه تقرير صحة اتفاق التحكيم بصورة مطلقة، فلا يمكن للمرء أن يزعم بصحة اتفاق التحكيم بصورة مطلقة، وأن هذا الشرط لا يمكن تقرير بطلانه بسبب نقص في أهلية أحد أطرافه، أو عيب في الإرادة، أو عدم قابلية المنازعة للفصل فيها بواسطة التحكيم، فمثل هذا التقرير لا يمكن أخذه مأخذ الجد<sup>(2)</sup>.

وعلى الصعيد النظري فإن المفاهيم المتعلقة باستقلالية اتفاق التحكيم وفعاليتها الذاتية، ليست بمنأى عن الانتقاد، فالتصرف لا يكون صحيحاً إلا إذا تحققت فيه شروط شكلية، وموضوعية، وهذه القواعد لا يمكن إنكار وجودها<sup>(3)</sup>.

ولذلك فمن الأفضل تحديد القانون واجب التطبيق على اتفاق التحكيم عن طريق منهج تنازع القوانين، وذلك أفضل من تطبيق القواعد المادية عليه، لكي لا يصبح شرط التحكيم بدون قانون يحكمه<sup>(4)</sup>.

ويمكن الرد على ذلك بالقول بأن استقلال شرط التحكيم عن سائر القوانين الوطنية لا يعني أن يصبح هذا الشرط بدون قانون، وإنما فقط بدون تنازع القوانين، أي أنه لا يكون في فراغ قانوني، بل تسري عليه قواعد قانونية أخرى مستمدة من مبادئ وعادات التجارة الدولية<sup>(5)</sup>.

وأكد قضاء التحكيم التجاري هذا المبدأ في الحكم الصادر في الدعوى "5065، لسنة 1986"، إذ قضى هذا الحكم بأن القانون الأكثر ملائمة لحكم مسألة وجود شرط التحكيم ليس هو قانوناً وطنياً خاصاً، وإنما يتمثل في المبادئ العامة للقانون والعادات المتبعة في التجارة الدولية، وهكذا فإن شرط

(1) انظر في عرض هذا الرأي: د- أحمد مخلوف- مرجع سابق- فقرة 29- ص 239.

(2) د- حفيظة الحداد- الاتجاهات المعاصرة- مرجع سابق- ص 88.

(3) المرجع نفسه- ص 88.

(4) المرجع نفسه- ص 88.

(5) د- أحمد مخلوف- مرجع سابق- فقرة 29- ص 239.

التحكيم إذا كان يخرج من بوتقة القوانين الوطنية، فإن ذلك لا يعني أنه يتقاضي كل نظام قانوني، فقد أصبحت المبادئ العامة للتجارة الدولية وعاداتها تشكل الآن قانوناً معترفاً به ويتمثل في القانون الموضوعي للتجارة الدولية<sup>(1)</sup>.

وأن مبدأ استقلال شرط التحكيم ما كان ليتقرر إلا ليعطي هذا القانون الحكم على تقدير صحة الشرط المذكور على اعتبار أن التحكيم نفسه هو من عادات وأعراف التجارة الدولية، وليس غريباً أن تسير لوائح هيئات التحكيم الدولية على إفراح المجال لتطبيق هذا القانون كلما كان ذلك ممكناً<sup>(2)</sup>.

### الفرع الثالث

#### آثار مبدأ استقلال شرط التحكيم عن سائر القوانين الوطنية

اكتسب شرط التحكيم قيمة قانونية ذاتية، استمدتها من قانون التجارة الدولي، بحيث أصبح ينظر إلى هذا الشرط على أنه ذو فاعلية خاصة، وبمعنى آخر يمكن القول بأن شرط التحكيم أصبح ذو فاعلية محضة بمجرد وجوده ضمن عقد من عقود التجارة الدولية<sup>(3)</sup>. وقد استتبع ذلك الأخذ في تفسير شرط التحكيم وفقاً لمبادئ هذا القانون، وعلى ذلك إذا ورد شرط التحكيم مثلاً في صورة غامضة أو مبهمه، ونازع أحد الأطراف في صحته فإن مبدأ حسن النية<sup>(4)</sup> الذي يقوم عليه قانون التجارة يلزمه بهذا الشرط، مادامت إرادته قد اتجهت إلى الأخذ به<sup>(5)</sup>. كذلك إذا كان شرط التحكيم يحتمل معنيين أحدهما يرتب بعض الآثار، والثاني لا يرتب أي أثر فيجب الأخذ بالشرط الذي يرتب بعض الآثار لأنه الشرط النافع<sup>(6)</sup>.

إلا أن أهم دور يقوم به هذا المبدأ هو علاجه لحالات كثيرة من حالات اتفاقيات التحكيم الدولية، وذلك إذا جاء شرط التحكيم في أحد العقود وكان هذا الشرط مريضاً أو معتلاً، فقد تكون الصيغة التي ورد فيها شرط التحكيم فيها بعض الغموض، والتي تحتمل عدة تفسيرات، وبالتالي فإن ظاهر

(1) د- أحمد مخلوف- مرجع سابق- فقرة 29- ص 241.

(2) المرجع نفسه- فقرة 29- ص 241.

(3) المرجع نفسه- فقرة 32- ص 241.

(4) مبدأ حسن النية: لقد حرصت كافة التشريعات على تأكيد مبدأ حسن النية بالنسبة لكل ذوي الشأن في العقود المختلفة، وهو ينصرف إلى الالتزام بالأصول الحميدة في المعاملات التجارية الشريفة، ومبدأ حسن النية يلزم الأطراف وهم يبرمون العقد وينفذونه، وكذلك يلزم القضاة والمحكمين وهم يفسرون شروط العقد. د- حمدي محمود بارود- العقود التجارية- دراسة حول مرحلة التفاوض- الطبعة الأولى- 2007- ص 42.

(5) د- أحمد مخلوف- مرجع سابق- فقرة 32- ص 241-242.

(6) د- أمال الفزائري- مرجع سابق- ص 36. راجع أيضاً: د- فتحي والي- الوسيط- مرجع سابق- فقرة 460- ص 942.

النص قد لا يوحي بما قصده المتعاقدان، وسبب التسمية هذه هو أن الصياغة المعيبة لشرط التحكيم تصيب الشرط بمرض أو علة قد يمكن شفاؤه عن طريق تفسيره بشكل يقترب من الواقع ويلبي حاجة الأطراف، ومن ذلك أن يقوم الأطراف بتحديد مؤسسة غير موجودة، أو يتم تحديدها على نحو خاطئ أو يكون الشرط محل شك<sup>(1)</sup>.

وتكشف لنا الناحية العملية عن تحقيق الفاعلية لهذا الشرط، وذلك بإعمال الأثر النافع له وذلك من خلال عدد من القرارات الصادرة من الغرفة التجارية الدولية، وتتلخص وقائع الدعوى الأولى، بأن عقداً بين أطراف ألمان تضمن شرطاً للتحكيم، وجاء شرط التحكيم كالاتي "في حالة عدم الاتفاق الودي تحسم جميع المنازعات المحتملة وفقاً لقواعد التحكيم والتوفيق للغرفة التجارية الدولية في زيورخ" وعندما نشب الخلاف بين الأطراف طلب أحد الأطراف من غرفة التجارة الدولية في زيورخ اتخاذ ما يلزم للسير في إجراءات التحكيم، ولكن الغرفة المذكورة تبينت أنها غير مقصودة بالشرط لأنها ليست دولية، وقدرت أن المقصود هو غرفة التجارة الدولية التي مركزها بباريس، والتي لها في سويسرا لجنة وطنية تابعة لها، فأحالت ملف القضية لها.

وقررت محكمة التحكيم أن المقصود من الشرط هو أن يتم التحكيم في مدينة زيورخ في سويسرا وأن الجهة التي تم اختيارها من قبل الأطراف لكي تنظم عملية التحكيم هي الغرفة التجارية الدولية. وبهذا التفسير تم شفاء العلة التي كانت تعاني منها صيغة الشرط المذكور، وأصبح المقصود من الشرط أن يجري التحكيم وفقاً لقواعد الغرفة التجارية الدولية، وأن مدينة زيورخ تعتبر مكاناً للتحكيم<sup>(2)</sup>.

وفي حكم آخر لم يحدد شرط التحكيم بشكل دقيق المؤسسة التي ستقوم بالإشراف على التحكيم وكان شرط التحكيم كالاتي: "جميع الخلافات الناتجة عن العقد يصار إلى حسمها نهائياً وفقاً لقواعد التوفيق والتحكيم للغرفة التجارية الدولية في مدينة جنيف".

وفي هذه القضية أستند المحكمون في قرارهم إلى أن الأطراف قد قصدوا أن الخلاف سيتم حسمه بالتحكيم في مكان يتسم بالحياد، وفسرت عبارة الكائنة في جنيف أنه لا تعني مكان أو مقر المؤسسة

(1) د- فوزي محمد سامي- مرجع سابق- ص 220.

(2) القضية رقم 4072 في 1984- أشار إليها: د- فوزي محمد سامي- مرجع سابق- ص 220-221.

المراد منها الإشراف على التحكيم، وإنما الأمر يتعلق بمكان التحكيم أي أن الشرط يعني أن يتم التحكيم في جنيف وفقاً لقواعد الغرفة التجارية الدولية<sup>(1)</sup>.

يتضح من كل ما سبق أن مصطلح شرط التحكيم المريض أو المعتل والذي يشوبه عيب في التعبير يمكن اعتباره صحيحاً وناظراً إذا أمكن التوصل لمعرفة الإرادة المشتركة للطرفين، أما إذا كانت العلة لا يمكن شفاؤها وذلك بسبب عدم التوصل لمعرفة قصد الطرفين فعندئذ يعتبر شرط التحكيم باطلاً لعدم إمكانية شفاؤه<sup>(2)</sup>.

وهكذا فقد حقق استقلال شرط التحكيم عن كل قانون كل دولة نتائج بالغة الأهمية فتحرير هذا الشرط من قيود التباين الوطنية قد جعله يكتسب في ذاته استقلالاً متكاملاً وفاعلية خاصة يستمد من كونه ورد في عقد من عقود التجارة الدولية، فواقع المعاملات التجارية يقوم على كفالة اللجوء إلى التحكيم بلا قيد أو شرط، باعتباره من أهم الوسائل القانونية اللازمة لتنشيط حركة التجارة وازدهارها<sup>(3)</sup>.

ويرى الباحث أن استقلال شرط التحكيم عن سائر القوانين الوطنية، يعتبر نتيجة منطقية لمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وسبق أن أشرنا إلى عدة ملاحظات أوردناها على النتيجة الثانية، والمتمثلة في إمكانية خضوع شرط التحكيم لقانون آخر غير الذي يخضع له العقد الأصلي، ومن ضمن هذه الملاحظات: بأنه مع التسليم بوجهة النظر القائلة بأن استقلالية شرط التحكيم عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي، تحقق لهذا الشرط فاعلية، وذلك بعدم بطلان شرط التحكيم إذا كان القانون واجب التطبيق على العقد الأصلي يبطل شرط التحكيم، فما هو الحل في حالة قيام الأطراف بإخضاع شرط التحكيم لقانون آخر غير القانون الذي يحكم العقد الأصلي، ومن ثم تبين بطلان هذا الشرط طبقاً للقانون الذي تم اختياره من قبل الأطراف، فما هو الحل حينئذ هل سنعود للقانون الذي يحكم العقد الأصلي، أم نبحث عن قانون آخر لا يبطل شرط التحكيم، وإذا ما تم اختيار قانون آخر، وكان هذا القانون باطلاً فإلى متى سنستمر في البحث عن قانون لا يبطل شرط التحكيم. وإذا كان الأمر كذلك، فإنه ينبغي البحث عن حل يلائم شرط التحكيم، ويتمثل ذلك الحل في عدم خضوع شرط التحكيم لأي قانون وطني، مما يحقق لهذا الشرط فاعلية والنأي به عن أي بطلان يمكن أن ينال من هذا الشرط طالما كان هذا الشرط في حد ذاته صحيحاً.

(1) القضية رقم 4023 في 1984- أشار إليها: د- فوزي محمد سامي- مرجع سابق ص 221-222.

(2) المرجع نفسه- ص 223.

(3) د- أحمد مخلوف- مرجع سابق- فقرة 35- ص 244-245.

وبالتالي فإن عدم خضوع شرط التحكيم لأي قانون وطني، يبقى لهذا الشرط الفاعلية، وخاصة في مجال التجارة الدولية، وبالتالي فإن شرط التحكيم يخضع لقواعد قانونية مستمدة من المبادئ العامة للقانون<sup>(1)</sup>، ومن العادات والأعراف التي نشأت تلقائياً<sup>(2)</sup> في مجال التجارة الدولية، وبذلك لا يصبح شرط التحكيم في فراغ قانوني فتسري عليه القواعد سالفة الذكر.

وإن هذه العادات والأعراف هي الأكثر ملائمة للتطبيق أمام هيئات التحكيم، وإن مثل هذه القواعد المرنة ستساعد على تخطي الصعوبات التي تنتج عن وجود ثغرات أو منازعات حول تطبيق القانون الوطني، أو القانون الدولي، على أساس أن هذه القواعد تستمد إلزاميتها من الشعور بأنها مبادئ يعمل بها في المجتمع الدولي<sup>(3)</sup>.

وبذلك يصبح اتفاق التحكيم في المنازعات الدولية يخضع لقواعد موضوعية دولية خاصة به، فحواها أنه يكفي لصحة هذا الاتفاق توافر الإرادتين الخاليتين من عيوب الإرادة دون النظر إلى ما تضعه القوانين الوطنية من قيود إضافية، ودون النظر إلى أسباب البطلان التي قد تصيب العلاقة الأصلية<sup>(4)</sup>.

---

(1) تلعب المبادئ العامة للقانون دوراً هاماً في مجال التجارة الدولية، ومن المبادئ المتعارف عليها: مبدأ القوة الملزمة للعقد، مبدأ توازن الأداءات التعاقدية، مبدأ تنفيذ العقد بحسن نية، مبدأ وجوب تفسير العقد وفقاً للإرادة المشتركة للأطراف، ومبدأ جواز الإثراء بلا سبب، مبدأ بقاء الشيء على حاله، احترام الحقوق المكتسبة، ومبدأ عدم جواز التعسف في استعمال الحق. د- أحمد عبد الكريم سلامة- نظرية العقد الدولي الطليق- مرجع سابق- فقرة 315- ص 29.

(2) إن القواعد التي يتبعها المهنيون وما يجري عليه العمل في أوساط المتعاقدين في التجارة الدولية، من أعراف وعادات وشروط عامة وكذلك القواعد التي يقررها القضاء في أحكامه، خروجاً عن القانون الوطني واجب التطبيق، وخاصة بالتجارة الدولية، كما في صلاحية شرط الوفاء بالذهب أو بقيمة عملية أجنبية في العقود الدولية. وهذه القواعد لا تحتاج إلى تدخل السلطة أو القوة العامة، بل هو قانون تلقائي التطبيق والذي يكفل هذه التلقائية رضاء الأطراف به مقدماً، واستجابته وملائمته للمشكلات التي تنشأ في أوساط التجارة الدولية. د- أحمد عبد الكريم سلامة- نظرية العقد الدولي الطليق- مرجع سابق- فقرة 328- ص 305 وما بعدها.

(3) انظر في هذا المعنى: د- محمود مصيلحي- آثار قبول التحكيم في المنازعات الخاصة الدولية- بحث منشور في- مجلة البحوث الفقهية والقانونية- فرع دمنهور- العدد الخامس عشر- مطبعة البحير لطباعة الاوفست- 1420هـ- 2000م- ص 1604.

(4) د- مصطفى الجمال- د- عكاشة عبد العال- مرجع سابق- فقرة 215- ص 320.

## المطلب الثاني

### مبدأ اختصاص المحكم في الفصل في اختصاصه

تمهيد وتقسيم:

من النتائج غير المباشرة والتي رتبها الفقه على مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي مبدأ الاختصاص بالاختصاص، أو مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه، ويعتبر هذا المبدأ من أهم المبادئ في إطار التحكيم الدولي ومن أدقها في ذات الوقت، ولذلك فإن هيئة التحكيم تكون هي الجهة المختصة بالنظر في اختصاصها، وهذا المبدأ نصت عليه الغالبية العظمى من القوانين المختلفة، وكذلك ورد ذكره في المعاهدات الدولية، ومراكز التحكيم الدائمة. ومن جانب آخر فإن هذا المبدأ أثار جدلاً فقهيًا ما بين مؤيد ومعارض له، وكذلك فإن الكثير من الأحكام القضائية تعرضت لهذا المبدأ، ومن جهة أخرى فإن التساؤل يثور حول الأساس القانوني الذي يستند إليه مبدأ الاختصاص بالاختصاص، هل هو نتيجة تترتب على مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، كما يرى ذلك فريق من الفقهاء، أم أن هذا المبدأ قائم على أساس تشريعي، بمعنى أنه لا يتم تطبيقه إلا إذا كان هناك نص يتناول هذا المبدأ، أم أن عمل المحكم والذي يتشابه مع عمل القاضي، هو الذي يقوم عليه مبدأ الاختصاص بالاختصاص، ولبيان ذلك فإنه ينبغي أن نتعرض لهذا المبدأ من حيث مضمونه، وموقف القوانين من هذا المبدأ، ومن ثم نستعرض موقف الفقهاء لنرى كيف اختلفوا بشأنه، وبمعنى آخر هل أجمع الفقهاء جميعاً على هذا المبدأ، أم أن هناك اختلافاً حوله، ونستعرض أيضاً موقف المعاهدات الدولية ومراكز التحكيم الدائمة من هذا المبدأ، فإذا انتهينا من بيان ذلك تثار مسألة أخرى تتعلق بالأساس القانوني لهذا المبدأ.

لذلك فإن دراستنا لهذا المبحث ستكون في ثلاثة فروع على النحو الآتي:

الفرع الأول: مضمون مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

الفرع الثاني: موقف القوانين والفقه والقضاء والمعاهدات الدولية ومراكز التحكيم الدائمة من مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

الفرع الثالث: الأساس القانوني لمبدأ الاختصاص بالاختصاص.

## الفرع الأول

### مضمون مبدأ الاختصاص بالاختصاص

إن البحث في مضمون مبدأ الاختصاص بالاختصاص ينبغي منا أن نتعرض لمفهوم هذا المبدأ وبيان وظيفته. لذلك ستكون دراستنا لهذا الفرع في نقطتين وذلك على النحو الآتي:

أولاً: مفهوم مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

ثانياً: وظيفة مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

أولاً - مفهوم مبدأ الاختصاص بالاختصاص:

تعددت التعريفات التي قيلت بشأن تعريف مبدأ الاختصاص بالاختصاص، ومن التعريفات التي قيلت بهذا الشأن ما يلي:

أ- يقصد بمبدأ الاختصاص بالاختصاص: أن لهيئة التحكيم دون غيرها ولاية الفصل في جميع الإدعاءات التي تتناول أساس اختصاصها ونطاقه<sup>(1)</sup>.

ب- يقصد بمبدأ الاختصاص بالاختصاص: أن المحكم يختص بتحديد اختصاصه، فهو الذي يقرر ما إذا كان هناك اتفاق تحكيم أم لا، فهو لن يختص إلا بناءً على اتفاق تحكيم صحيح<sup>(2)</sup>.

ج - يقصد بمبدأ الاختصاص بالاختصاص: أن هيئة التحكيم تستمر في إجراءات التحكيم، وهي التي تقرر كونها مختصة بالنظر في الموضوع أم لا<sup>(3)</sup>.

د- يقصد بمبدأ الاختصاص بالاختصاص: أن المحكم يبحث وبحرية كاملة في حقيقة اختصاصه، فإن تبين له صحة اتفاق التحكيم فإنه يعلن اختصاصه بنظر النزاع الموضوعي، وإذا تبين له عكس ذلك فإنه يقضي بعدم اختصاصه<sup>(4)</sup>.

يلاحظ على التعريفات السابقة ما يلي:

(1) د- سامية راشد- مرجع سابق- فقرة 38- ص 88.

(2) د- إبراهيم إبراهيم- مرجع سابق- ص 98.

(3) أشار إليه: أنور الطشي- مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم- الطبعة الأولى- القاهرة- دار النهضة العربية-

2009- ص 37.

(4) المرجع نفسه- ص 37.

1- أن استخدام لفظ "الادعاءات" في التعريف الأول يوحي بأن هذا الاختصاص لا يثار إلا على أساس إدعاء وهذا غير وارد، لأن مبدأ الاختصاص بالاختصاص قد يثار من تلقاء المحكم وذلك إذا ظهر له عدم مشروعية العقد أو اتفاق التحكيم<sup>(1)</sup>.

2- إن استخدام لفظ "اتفاق التحكيم" كما جاء في التعريف الثاني والرابع يوحي بأن مبدأ الاختصاص بالاختصاص، يتعلق ببحث صحة اتفاق التحكيم فقط، وهذا غير صحيح فقد ينظر المحكم في مشروعية العقد الأصلي أو لا ثم في مشروعية اتفاق التحكيم<sup>(2)</sup>.

فضلاً عن أن مبدأ الاختصاص قد يتعلق بمسألة ما تثار إثناء نظر الإجراءات بعد تقرير صحة العقد، واتفاق التحكيم<sup>(3)</sup>.

3- لم تظهر التعريفات السابق الإشارة إليها أن أعمال هذا المبدأ يخضع لرقابة القضاء في مرحلة لاحقة<sup>(4)</sup>.

لذلك حاول البعض وضع تعريفاً آخر لمبدأ الاختصاص بالاختصاص متجنباً الانتقادات التي وجهت للتعريف السابقة، فعرف مبدأ الاختصاص بالاختصاص بأنه: حق المحكم في تكوين عقيدته حول تحديد اختصاصه، وتأكيد ذلك بحكم من أعمال رقابة القضاء على هذا الحكم لاحقاً<sup>(5)</sup>.

وهذا التعريف جمع كل عناصر الاختصاص، فأبرز هذا التعريف حق المحكم ببحث مسألة اختصاصه من تلقاء نفسه، فلا ينتظر المحكم حتى يمنحه الأطراف ذلك الحق، وبهذا تكون له الكلمة الأولى في تحديد اختصاصه من خلال المستندات المطروحة أمامه، وهو لا يكتفي بتكوين عقيدته حول تحديد اختصاصه، بل يقوم بإعلان ذلك عن طريق حكم صادر منه وقبل الشروع في النزاع وبعد كل مسألة تثار إثناء النزاع على أن يخضع حكمه هذا لرقابة القضاء<sup>(6)</sup>.

ونحن بدورنا نعرف مبدأ الاختصاص بالاختصاص: بأنه حق المحكم أن يقوم بالنظر في اختصاصه، سواء كان ذلك بنفسه أو بناءً على إدعاء أحد الخصوم، حول بطلان العقد الأصلي أو حول اتفاق التحكيم، ومدى التأثير المتبادل بينهما، وذلك من لحظة قبول المحكم لمهمته وحتى إصدار حكم التحكيم، مع خضوع ذلك لرقابة القضاء بعد صدور حكم التحكيم.

(1) انظر: أنور الطشي- مرجع سابق- ص 37-38.

(2) د- هدى محمد مجدي عبد الرحمن- دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته- دار النهضة العربية- القاهرة- 1997- فقرة 46- ص 67.

(3) أنور الطشي- مرجع سابق- ص 38.

(4) المرجع نفسه- ص 38.

(5) المرجع نفسه- ص 38.

(6) انظر في هذا المعنى: أنور الطشي- مرجع سابق- ص 38-39.



## ثانياً - وظيفة مبدأ الاختصاص بالاختصاص:

تتمثل وظيفة مبدأ الاختصاص في مواجهة كل الدفوع المثارة بمناسبة التحكيم، أيًا كان السبب المثير لهذه الدفاعات، فيختص المحكم بها دون الاضطرار إلى وقف إجراءات التحكيم، أو عرض هذه الدفوع على قضاء الدولة ليفصل فيها، ومتى تحقق المحكم من هذا الاختصاص فإن المحكم يستطيع البحث في اختصاصه بصلاحيته كاملة، فله أن يعلن اختصاصه عند ظروف معينة، منها عند تحقق صحة اتفاق التحكيم، وله أن يعلن عدم اختصاصه عند ظروف أخرى، منها على سبيل المثال عدم مشروعية اتفاق التحكيم، وهذا بعيداً عن الاختصاص الأصيل المتعلق بالفصل في النزاع الناتج عن العقد، لأن هذا الاختصاص لا يحصل عليه المحكم إلا بناءً على اتفاق صحيح<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني

## موقف القوانين والفقهاء والقضاء والمعاهدات الدولية ومراكز التحكيم الدائمة من مبدأ الاختصاص بالاختصاص

### تمهيد وتقسيم:

أقرت القوانين المختلفة مبدأ الاختصاص بالاختصاص، ولها مواقف إيجابية منه، أما الفقه فقد انقسم موقفه ما بين مؤيد ومعارض لهذا المبدأ، وسبب هذا الانقسام بين الفقهاء هو اختلافهم حول الطبيعة القانونية للتحكيم، ومن جانب آخر فإن أحكام القضاء كرست هذا المبدأ في العديد من الأحكام الصادرة منها، وعلى صعيد المعاهدات الدولية فإنها نصت على هذا المبدأ نظراً للدور الذي يلعبه المحكم في خصومة التحكيم.

لذلك سنستعرض موقف كلاً من القوانين المختلفة وموقف الفقه والقضاء والمعاهدات الدولية من هذا المبدأ وذلك في النقاط الآتية:

أولاً: موقف القوانين من مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

(1) أنور الطشي- مرجع سابق- ص 39.

ثانياً: موقف الفقه من مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

ثالثاً: موقف القضاء من مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

رابعاً: موقف المعاهدات الدولية من مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

خامساً: موقف مراكز التحكيم الدائمة من مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

**أولاً- موقف القوانين من مبدأ الاختصاص بالاختصاص:**

**تمهيد وتقسيم:**

تقوم التشريعات الحديثة على تحديث مضمونها بما يتناسب مع الحياة الاقتصادية والتجارية، ولذلك نجد التشريعات تقوم بوضع أفضل القواعد التي تخدم العلاقات التجارية، وبما يسهل التعامل فيها، ومن بين هذه القواعد التي سعت التشريعات لوضعها قاعدة الاختصاص بالاختصاص، ومن هذه التشريعات فرنسا، وإنجلترا، ومصر، وفلسطين، وعلى الرغم من الإقرار بهذا المبدأ إلا أن هذا المبدأ يختلف مدلوله من دولة لأخرى، سواء من حيث ماهيته ونطاقه ورقابة القضاء عليه. لذلك سنستعرض بعضاً من هذه التشريعات التي نصت على هذا المبدأ لنرى مدى الاختلاف حول هذا المبدأ بين التشريعات المختلفة، وتفصيل ذلك على النحو الآتي:

**أ- مبدأ الاختصاص بالاختصاص في القانون الفرنسي:**

نصت المادة (1466) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد لسنة 1980، على أنه "إذا نازع أحد الأطراف أمام المحكم في مبدأ، أو في مدى صلاحية المحكم لنظر القضية المعروضة عليه، فيعود لهذا الأخير أن يفصل في صحة أو مدى صلاحيته"<sup>(1)</sup>. يتبين من خلال نص المادة السابقة أن المحكمين لهم فحص حدود ولايتهم، وكذلك لهم فحص مشروعية ولايتهم، بمعنى التحقق من اتفاق التحكيم من حيث صحته وبطلانه<sup>(2)</sup>.

(1) أشار إليه: د- عبد الحميد الأحمد- الجزء الثاني- مرجع سابق- ص 447.

(2) د- أشرف الرفاعي- مرجع سابق- ص 60.

وأن المحكمين عندما ينازع أحد الأطراف في اختصاصهم، فإنهم ليسوا ملزمين بوقف إجراءات التحكيم، بل عليهم الاستمرار في نظر الدعوى، وذلك بعد أن يفصل المحكمون حول صحة اختصاصهم، وذلك إذا تم الإدعاء بعدم وجود اتفاق على التحكيم، أو عدم صحته أو تجاوز المحكم لحدود سلطاته بعدم شمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع<sup>(1)</sup>.

## ب- مبدأ الاختصاص بالاختصاص في القانون الإنجليزي:

تنص المادة (30) من قانون التحكيم الإنجليزي لسنة 1966، بقولها:

"1- ما لم يكن هناك اتفاق مخالف من الأطراف، يمكن للمحكمة التحكيمية النظر في صلاحيتها، وهذا يعني أن تقرر:

أ- إذا كان العقد التحكيمي صالحاً.

ب- إذا تم تشكيل المحكمة بصورة قانونية.

ج- إذا كان النزاع المعروض عليها يدخل في إطار العقد التحكيمي.

2- أي قرار يصدر عملاً بالفقرة السابقة يمكن أن يكون موضوع مراجعة استئناف أو مراجعة إعادة النظر في إطار الإجراءات التحكيمية، أو بالشروط المنصوص عليها في هذا الفصل"<sup>(2)</sup>.

وجاء في نص المادة (31) من نفس القانون على أن:

"1- الدفع بعدم صلاحية المحكمة التحكيمية يجب أن يثار من قبل الطرف الذي يدلي به في أول مذكرة يقدمها في أساس المنازعة التي يدلي الدفع بخصوصها، وأن تعيين محكم من قبل طرف أو مشاركته في تعيين المحكم لا يحرم هذا الطرف من حقه في الإدلاء بالدفع بعدم الصلاحية.

2- أي دفع بعدم صلاحية المحكمة التحكيمية المدلي بها خلال الإجراءات يجب أن يثار في أسرع وقت ممكن بعد أن يكون النزاع الذي يدلي بخصوصه الدفع قد ظهر.

3- يمكن للمحكمة التحكيمية أن تعتبر دفعاً بعدم الصلاحية مقبولاً حتى ولو أدلى به بعد مرور المهل المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين إذا ما اعتبرت أن تجاوز المهل مبرر.

(1) د- عاطف الفقي- مرجع سابق- ص 392.

(2) أشار إليه: د- عبد الحميد الأحديب- الجزء الثاني- مرجع سابق- ص 473-474.

4- إذا ما أدلى بعدم الصلاحية بصورة قانونية، وإذا كانت المحكمة التحكيمية صالحة للنظر به يمكنها:

- أ- إما إصدار حكم تحكيمي يتعلق بالدفع المثار.
- ب- ضم الدفع إلى الأساس بانتظار الحكم التحكيمي الذي يصدر.
- وفي جميع الأحوال تنقيد المحكمة التحكيمية بالأحكام التي نص عليها الأطراف في هذا الشأن<sup>(1)</sup>.
- يتبين من النصين السابقين أن المشرع الانجليزي اخذ بمبدأ الاختصاص بالاختصاص، وذلك بإقراره لهيئة التحكيم النظر في صلاحيتها، وذلك إذا لم يكن هناك اتفاق مخالف من الأطراف على عكس ذلك، ولكي تنظر الهيئة في صلاحيتها لابد من أن تتحقق من وجود عقد تحكيمي صحيح، وانه قد تم تشكيل الهيئة التحكيمية بصورة سليمة، وان يشمل اتفاق التحكيم موضوع النزاع.
- وأن الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم يجب أن يبديه الطرف في أسرع وقت بعد أن يكون النزاع الذي يدلي بخصوصه الدفع قد ظهر، ومع ذلك يجوز لهيئة التحكيم أن تقبل الدفع المتأخر إذا ما كان هناك مبرر لذلك، وفي حالة الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم فهذه الأخيرة أن تقوم بالفصل في الدفع المثار، أو أن تقوم بضم هذا الدفع إلى الموضوع، وان اتفاق الطرفين على أي من الخيارين يكون ملزماً لهيئة التحكيم.

#### ج - مبدأ الاختصاص بالاختصاص في القانون المصري:

نصت المادة الثانية والعشرين من قانون التحكيم المصري على مبدأ الاختصاص بالاختصاص حيث جاء في المادة المذكورة "1- تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع. 2- يجب التمسك بهذه الدفوع في ميعاد لا يجاوز تقديم دفاع المدعى عليه المشار إليه في الفقرة الثانية من المادة (30) من هذا القانون ولا يترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكم أو الاشتراك في تعيينه سقوط حقه في تقديم أي من هذه الدفوع، أما الدفع بعدم شمول اتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الآخر من مسائل إثشاء نظر النزاع فيجب التمسك به فوراً

(1) أشار إليه: د- عبد الحميد الأحمد- الجزء الثاني- مرجع سابق- ص 473-474.

وإلا سقط الحق فيه، ويجوز في جميع الأحوال أن تقبل هيئة التحكيم الدفع المتأخر إذا رأت أن التأخير كان لسبب معقول. 3- تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة قبل الفصل في الموضوع أو تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معاً، وإذا قضت برفض الدفع فلا يجوز التمسك به إلا بطريق دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفقاً للمادة (53) من هذا القانون".

يتبين من خلال النص السابق أن المشرع المصري أعطى الحق لهيئة التحكيم أن تقول كلمتها في شأن ما يبدى أمامها من دفوع تتعلق بعدم اختصاصها، أو التي يكون مبنائها انتفاء اللجوء إلى التحكيم، أو سقوط التحكيم، أو بطلانه، أو عدم شموله لموضوع النزاع بأكمله، وذلك لأن هذه الدفوع من صميم اختصاص هيئة التحكيم<sup>(1)</sup>.

والمشرع حدد ميعاداً لإمكان إيداء الدفوع خلالها، وهو ذات الميعاد المحدد لتقديم دفاع المدعى عليه، وهذه المدة هي التي اتفق الأطراف عليها، وفي حالة عدم الاتفاق على هذه المدة فتكون المدة التي حدتها هيئة التحكيم<sup>(2)</sup>.

ولا يترتب على قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكم، أو الاشتراك في تعيينه، سقوط حقه في تقديم أي من هذه الدفوع، أما الدفع بعد شمول اتفاق التحكيم لما يثيره الطرف الآخر من مسائل إثناء نظر النزاع فيجب التمسك به فوراً وإلا سقط الحق فيه، ومع ذلك فإنه يجوز لهيئة التحكيم أن تقبل الدفع المتأخر إذا رأت أن التأخير كان لسبب معقول حسب ظروف موضوع التحكيم<sup>(3)</sup>.

ويحدد المشرع ميعاداً للفصل في الدفع بعدم الاختصاص فيشترط أن تفصل هيئة التحكيم فيه قبل البدء في الفصل في الموضوع، وهو أمر منطقي لأنه من الجائز أن يترتب عليه عدم السير في إجراءات التحكيم الذي يحكم ببطلانه<sup>(4)</sup>.

ولكن المشرع عاد وأجاز لهيئة التحكيم أن تفصل في الدفع بعدم الاختصاص جنباً إلى جنب مع الفصل في الموضوع لتفصل فيهما معاً، وهنا يكون التقدير للمحكم فهو يستطيع أن يفصل في الدفع

(1) د- محمد سكيكر- مرجع سابق- فقرة 85- ص 82. د- عبد الفتاح مراد- شرح تشريعات التحكيم الداخلي والدولي- ص 114. انظر أيضاً: د- عبد الحميد المنشاوي- التحكيم الدولي والداخلي- منشأة المعارف بالإسكندرية- 1995- ص 45.

(2) د- محمد سكيكر- مرجع سابق- فقرة 85- ص 83. د- ناريمان عبد القادر- مرجع سابق- ص 336.

(3) د- عبد الفتاح مراد- مرجع سابق- ص 114-115. د- ناريمان عبد القادر- مرجع سابق- ص 336-337.

(4) د- ناريمان عبد القادر- مرجع سابق- ص 338.

الخاص بعدم اختصاصه أو الخاص ببطلان العقد أو فسخه أو انتهائه قبل أن يعرض لموضوع النزاع أو أن يضمهما معاً، ويؤجل الحكم فيهما إلى صدور الحكم النهائي<sup>(1)</sup>. فإذا قضت هيئة التحكيم برفض الدفع بعدم الاختصاص قبل الحكم في الموضوع، فلا يجوز التمسك به إلا عن طريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها<sup>(2)</sup>.

#### د - مبدأ الاختصاص بالاختصاص في القانون الفلسطيني:

نصت المادة (16) من قانون التحكيم الفلسطيني على مبدأ الاختصاص فجاء في نص المادة المذكورة "تختص هيئة التحكيم بالفصل في الأمور الآتية:  
1- المسائل المتعلقة بالاختصاص. 2- المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم. 3- المسائل المتعلقة برد هيئة التحكيم أو أحد أعضائها. 4- الدفع المتعلقة بالتحكيم المعروض عليها."  
يتبين من نص المادة المذكورة أن المشرع أعطى لهيئة التحكيم صلاحيات واسعة تشمل ما هو أصلاً اختصاصها قضائياً، وذلك بهدف الحد من اللجوء إلى القضاء خلال عملية التحكيم، وأول هذه الاختصاصات هي المتعلقة بالاختصاص، والمنازعة في اختصاص هيئة التحكيم يتمحور في ثلاثة أمور:

الأمر الأول: إذا كان العقد الذي يتضمن الشرط التحكيمي هو موضوع النزاع ومطلوب الفصل في صحته أو بطلانه، فكيف يمكن لهيئة التحكيم أن تفصل فيه طالما أن مصدر اختصاصها نابع من العقد موضوع النزاع، ومن أجل ذلك تبنى المشرع الفلسطيني نظرية استقلال شرط التحكيم عن موضوع العقد الأصلي، لأن هذا الشرط عقد داخل عقد ولكنه مستقل عنه، لذلك فإن الطعن في العقد لا يمس شرط التحكيم الوارد فيه، لأن له كينونة مستقلة عنه، على الرغم من النص عليه في ذات العقد<sup>(3)</sup>.

(1) د- ناريمان عبد القادر - مرجع سابق- ص 338.

(2) د- عبد الحميد المنشاوي- مرجع سابق- ص 46.

(3) المحامي- ناظم عويضة- مرجع سابق- ص 63.

الأمر الثاني: وهي الصورة العكسية للحالة الأولى، حيث يكون موضوع النزاع هو شرط التحكيم الوارد في العقد كما في الحالة التي يطعن فيها الطاعن بالغلط، أو الغش، أو الإكراه مثلاً، وهنا لا مجال للأخذ بنظرية استقلال شرط التحكيم لأن هذا الشرط هو موضوع النزاع<sup>(1)</sup>.

ولعلاج هذا الحالة يتم منح محكمة التحكيم صلاحية الفصل في الدفوع الخاصة بعدم اختصاصها، فيصبح اختصاص هيئة التحكيم نابعاً من القانون، وليس من شرط التحكيم أو العقد، وبذلك يتحقق الاختصاص لهيئة التحكيم<sup>(2)</sup>.

الأمر الثالث: حالة تجاوز هيئة التحكيم حدود المهمة الموكلة إليها، والدخول في أمور خارجة عن اتفاق التحكيم أو موضوع النزاع، فالمسألة هنا تنصب على جزء من اختصاصها مثال ذلك: أن ينصب موضوع النزاع على استحقاق احد الأطراف مبلغاً من المال، فتقوم هيئة التحكيم بالتعرض للفوائد أو العطل والضرر الذي أصاب المدعي، دون أن يطلب هذا الأخير ذلك، فان هيئة التحكيم تكون بذلك تجاوزت طلبات المدعي<sup>(3)</sup>.

أما المسألة الثانية: فهي المتعلقة باتفاق التحكيم، وجاء النص بشمولية مطلقة بحيث أعطى هيئة التحكيم صلاحيات البت في صحة وبطلان هذا الاتفاق أو انقضائه، وحتى تفسيره مع عدم التوسع كثيراً في هذا التفسير، وبما لا يخرج عن الإرادة الحقيقية للأطراف، وبحيث إذا تساوى معنيان في الاتفاق اعتمد المعنى الذي يرتب أثراً على ذلك الذي ليس له أثر<sup>(4)</sup>.

أما المسألة الثالثة: وهي المتعلقة بالطلبات المتعلقة برد هيئة التحكيم أو أحد أعضائها، فإن المشرع أراد أن يعطي هيئة التحكيم سلطة البت في طلب الرد على الرغم من أنه جعل من قرار هيئة التحكيم برفض طلب الرد خاضعاً للرقابة القضائية، كما جاء في نص المادة (14) من قانون التحكيم الفلسطيني<sup>(5)</sup>.

(1) المحامي- ناظم عويضة- مرجع سابق- ص 63.

(2) المرجع نفسه- ص 63.

(3) المرجع نفسه- ص 64.

(4) المرجع نفسه- ص 64.

(5) المرجع نفسه- ص 65، تنص المادة (14) من قانون التحكيم الفلسطيني بقولها: "1- إذا نشأ لدى أحد أطراف النزاع سبب لطلب رد هيئة التحكيم أو أحد من أعضائها فعليه أن يتقدم بطلب الرد كتابياً خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ العلم إلى هيئة التحكيم أو إلى مؤسسة التحكيم إذا كان التحكيم مؤسسياً. 2- إذا رفض طلب الرد يحق لطالبه الطعن في القرار أمام المحكمة المختصة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدوره ويكون قرار المحكمة غير قابل للطعن. 3- يترتب على تقديم طلب الرد أو على الطعن فيه أمام المحكمة وقف إجراءات التحكيم لحين الفصل في الطعن". وجاء في حكم صادر عن محكمة النقض المصرية بأن القواعد المقررة في رد القضاة أو عدم صلاحيتهم إعمالها على المحكمين بالنسبة إلى أسباب الرد أو عدم الصلاحية، وأن رد المحكم لا يكون إلا برفع طلب بذلك. نقض 1986\2\6 طعن رقم 1883 لسنة 52 قضائية- أشار إليه: د- عبد الفتاح مراد- مرجع- ص 116.

أما المسألة الرابعة: وهو المتعلقة بالبت في الدفوع المتعلقة بالتحكيم المعروض عليها وهذه الدفوع لا تشمل كافة الدفوع التي يجوز إثارتها أمام المحكمة، إذ لا يجوز الدفع بعد الاختصاص المحلي أو القيمي أو الدفع بالإحالة، أو الدفع بعدم الاختصاص النوعي أو لانتهاء الولاية، لأن كل هذه الدفوع لا مجال للتمسك بها أمام هيئة التحكيم، بسبب أن اتفاق التحكيم هو الذي تكفل بها برضاء الأطراف<sup>(1)</sup>. أما الدفوع المتعلقة بسبق الفصل في النزاع، أو ببطلان الدعوى لمخالفتها للنظام العام في فلسطين وكذلك الدفع ببطلان أي إجراء تم خلال عملية التحكيم، فيجوز التمسك بها في أي مرحلة أمام هيئة التحكيم للبت فيها<sup>(2)</sup>.

وهيئة التحكيم تكون ملزمة بالفصل فيها قبل الدخول في الأساس، أو مع الحكم الفاصل في النزاع. وان قرار هيئة التحكيم في أي من هذه المسائل يخضع للرقابة القضائية من المحكمة المختصة، على الرغم من عدم النص على ذلك، ولكن هذه الرقابة تكون ضمن الحكم الفاصل في موضوع النزاع إذ لو أراد المشرع منح هذا الحق قبل ذلك لنص على ذلك صراحة<sup>(3)</sup>.

وبعد الانتهاء من موقف القوانين من مبدأ الاختصاص بالاختصاص، ينبغي أن نورد بعض الملاحظات على تنظيم مبدأ الاختصاص بالاختصاص حسب القوانين التي عرضنا لها ويمكن إيجاز ذلك على النحو الآتي:

1- تميز المشرع المصري والمشرع الإنجليزي بتنظيمهما لمسألة مبدأ الاختصاص بالاختصاص تنظيمًا دقيقًا ميزهما عن غيرهما من التشريعات كالتشريع الفرنسي والتشريع الفلسطيني. ولذلك نأمل من مشرعنا الفلسطيني تعديل المادة رقم (16) من قانون التحكيم وذلك بجعلها أكثر تفصيلاً، خاصة أن المادة لم تبين ميعاداً لتقديم الدفوع المتعلقة بعدم اختصاص هيئة التحكيم، ومن جهة أخرى لم تبين المادة كيفية قيام هيئة التحكيم بالفصل في هذه الدفوع، هل تفصل في هذه الأمور وحدها، أم تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معاً.

2- تميز المشرع الفلسطيني عن غيره من التشريعات السابق الإشارة إليها بإضافة حالة تختص بها هيئة التحكيم وهي المتعلقة برد هيئة التحكيم أو أحد أعضائها، وهذه ميزة تسجل للمشرع الفلسطيني، وقريباً من المشرع الفلسطيني، جاء المشرع الإنجليزي أيضاً بقيامه بإضافة الدفع بعدم الاختصاص لعدم صحة تشكيل هيئة التحكيم.

(1) المحامي- ناظم عويضة- مرجع سابق- ص 66.

(2) المرجع نفسه- ص 66.

(3) المرجع نفسه- ص 66.



3- تميز المشرع الفلسطيني، والمشرع المصري، والمشرع الفرنسي، بتقرير مبدأ الاختصاص بالاختصاص دون تعليق هذا المبدأ على إرادة الأطراف، وذلك على عكس الحال في القانون الإنجليزي الذي جعل لإرادة الأطراف دوراً فيه.

### ثانياً - موقف الفقه من مبدأ الاختصاص بالاختصاص:

انقسمت الآراء فيما يتعلق بجدوى مبدأ الاختصاص بالاختصاص، ما بين معارض ومؤيد، ومرجع هذا الاختلاف انقسام الفقه حول طبيعة التحكيم، فمن قال بالطبيعة التعاقدية البحتة للتحكيم تبنى معارضة مبدأ الاختصاص بالاختصاص، ومن قال بالطبيعة القضائية تبنى تأييد مبدأ الاختصاص بالاختصاص، وللتعرف على كل هذا سيتم تقسيم هذا الموضوع إلى النقاط الآتية:

- 1- الطبيعة القانونية للتحكيم.
- 2- موقف الفقه المعارض من مبدأ الاختصاص بالاختصاص.
- 3- موقف الفقه المؤيد لمبدأ الاختصاص بالاختصاص.

### 1- الطبيعة القانونية للتحكيم:

انقسم الفقه حول الطبيعة القانونية لنظام التحكيم إلى عدة نظريات، فمنهم من قال بأن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية، ومنهم من قال بأن نظام التحكيم ذو طبيعة قضائية، واتجه البعض الآخر إلى القول بأن نظام التحكيم ذو طبيعة مختلطة، وأخيراً اتجه بعض الفقهاء إلى القول بأن نظام التحكيم ذو طبيعة خاصة، لذلك سنستعرض الطبيعة القانونية للتحكيم بإيجاز، وذلك لكي نرى موقف الفقهاء من مبدأ الاختصاص بالاختصاص، لذلك سنستعرض هذه النظريات على الترتيب الآتي:

- أ- الطبيعة التعاقدية للتحكيم.
- ب- الطبيعة القضائية للتحكيم.
- ج- الطبيعة المختلطة للتحكيم.
- د - الطبيعة الخاصة للتحكيم.

## أ - الطبيعة التعاقدية للتحكيم:

ترى هذه النظرية أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية<sup>(1)</sup>، وليست قضائية، وقد قيل بهذه النظرية منذ زمن طويل، وتستند هذه النظرية إلى أن الأطراف يرغبون حل نزاعاتهم بطريقة ودية عن طريق إحلال تقدير شخص ثالث هو المحكم محل تقديرهم، وقبولهم لتقدير هذا الشخص، كأساس للتحكيم هو إرادة الأفراد، ولا يمنع من الطبيعة التعاقدية للتحكيم أن يتم تعيين المحكم من جانب السلطة القضائية، فهذه الأخيرة عندما تقوم بتعيين المحكم فهي تحل محل الأفراد في استعمال حقهم في اختيار المحكم، والقضاء يرمي إلى تحقيق مصلحة عامة، أما التحكيم فيرمي إلى تحقيق مصلحة خاصة لأطراف عقد التحكيم<sup>(2)</sup>.

وطالما أن نظام التحكيم يقوم على أساس إرادة الأفراد فإن له طابع تعاقدي، وهم باتفاقهم على التحكيم يتخلون عن بعض الضمانات القانونية والإجرائية التي يحققها النظام القضائي، وذلك بهدف تحقيق مبادئ العدالة والعادات التجارية، وإتباع إجراءات سريعة، وأقل رسمية من إجراءات المحاكم<sup>(3)</sup>.

## ب - الطبيعة القضائية للتحكيم:

ترى هذه النظرية أن نظام التحكيم هو من طبيعة قضائية<sup>(4)</sup>، وذلك على أساس تركيز النظر والاعتماد على طبيعة المهمة التي يؤديها المحكم، فهو يفصل في نزاع شأنه في ذلك شأن القاضي، ويحوز حكمه حجية الأمر المقضي به، بل يتميز حكم التحكيم بعدم قابليته للطعن فيه في ظل معظم التشريعات والاتفاقيات الدولية، في حين أن حكم القاضي قابل للطعن فيه، ويمكن إعادة طرح النزاع أمام محاكم الدرجة الثانية، فالمحكم يؤدي وظيفة القاضي، بل أنه قاضي خاص يقابل قاضي الدولة،

(1) ويؤيد الطبيعة التعاقدية لنظام التحكيم: د- محمد حامد فهمي- تنفيذ الأحكام والسندات التنفيذية- 1951- ص 41. د- أحمد مليحي موسى- تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي- 1979- ص 204. راجع ايضاً: د- إبراهيم إبراهيم- مرجع سابق- هامش رقم 3- ص 28. انظر أيضاً في تأييد هذه النظرية: د- مختار بريري- مرجع سابق- فقرة 3- ص 7- 8. د- محمود السيد التحيوي- الطبيعة القانونية لنظام التحكيم- مرجع سابق- ص 395.

(2) د- فتحي والي- قانون التحكيم- مرجع سابق- فقرة 19- ص 49-50.

(3) د- إبراهيم إبراهيم- مرجع سابق- ص 29.

(4) ويؤيد الطبيعة القضائية للتحكيم: د- أحمد أبو الوفا- التحكيم الاختياري والإجباري- مرجع سابق- فقرة 3- ص 20. د- عيد القصاص- حكم التحكيم- مرجع سابق- فقرة 23- ص 84 وما بعدها. د- فتحي والي- قانون التحكيم- مرجع سابق- فقرة 21- ص 52.

وسند قيام القاضي بوظيفة القاضي، هو قانون الدولة التي سمحت بالتحكيم كوسيلة لحسم المنازعات يمكن للأفراد اللجوء إليها، ويؤدي التسليم بالطبيعة القضائية للتحكيم بأن الدولة يحق لها التدخل لأن القضاء مخول بالسلطة القضائية، ويأتي التحكيم استثناء، يسمح لأشخاص من خارج هذه السلطة بالقيام بوظيفة القاضي، لذلك كان لزاماً أن تراقب الدولة وتتدخل بقواعد أمره تضمن سلامة إجراءات التحكيم، وسلامة الحكم، وتسمح بالطعن فيه أمام القضاء، وتنظم القواعد والإجراءات اللازمة لتنفيذ حكم التحكيم<sup>(1)</sup>.

### ج - الطبيعة المختلطة للتحكيم:

يرى أنصار هذه النظرية أن التحكيم ذو طبيعة مختلطة<sup>(2)</sup>، وذلك في محاولة للتوفيق بين النظرية العقدية والنظرية القضائية للتحكيم، فلا يمكن إنكار أن التحكيم قائم على إرادة الأفراد، ولا يمكن إنكار أن المحكم يقوم بوظيفة القاضي، فكلتا النظريتين أخطأت بالنسبة لطبيعة التحكيم إليها، فالتحكيم يقوم على إرادة الأفراد ثم يمر بمرحلة الإجراءات التي يقررها التشريع ويحدد نظامها، ثم تنتهي بعمل قضائي وهو حكم المحكم، فالتحكيم ليس اتفاقاً محضاً، وليس قضاء محضاً، إنما هو نظام يمر بمراحل متعددة، يلبس في كل منها لباساً خاصاً ويتخذ طابعاً مختلفاً<sup>(3)</sup>.

### د - الطبيعة الخاصة للتحكيم:

يرى أنصار هذه النظرية<sup>(4)</sup> بأن التحكيم لا يمكن النظر إليه بأنه عقد، لأن العقد في حد ذاته لا يحل النزاع، وإذا كان هناك اتفاق بين الأطراف على حل النزاع بواسطة التحكيم فيجب عدم

---

(1) د- مختار بريري- مرجع سابق- فقرة 3- ص 6-7.  
(2) يؤيد الطبيعة المختلطة للتحكيم: د- محسن شفيق- مرجع سابق- فقرة 13- ص 20. د- أحمد السيد صاوي- مرجع سابق- فقرة 6- ص 11. د- سامية راشد- مرجع سابق- فقرة 22- ص 70.  
(3) د- محسن شفيق- مرجع سابق- فقرة 13- ص 20. أنور الطشي- مرجع سابق- ص 28. حسام الدين الدن- الرسالة السابقة- ص 25.  
(4) ويؤيد هذه النظرية: د- وجدي راغب- النظرية العامة للعمل القضائي- 1974- ص 385. د- إبراهيم إبراهيم مرجع سابق- ص 34 وما بعدها.

الخط بين الاتفاق والتحكيم ككل، والعقد ليس هو جوهر التحكيم بدليل عدم وجوده في التحكيم الإجمالي<sup>(1)</sup>.

ومن ناحية أخرى فإن الطبيعة القضائية لا تستقيم مع طبيعة التحكيم، وذلك لأن القضاء سلطة عليا من سلطات الدولة لا يتولاها إلا القاضي الذي يمثل الدولة فيما يصدره من أحكام، والمحكم لا يتمتع بالسلطات الممنوحة للقاضي، فلا يملك توقيع غرامات على الأطراف والشهود، بل إن الإجراءات التي يتبعها المحكم تختلف من نزاع لآخر، والمحكم لا يستند إلى ما يدعم القاضي من حصانة ودوام واستقرار، فإذا اختير لحل نزاع فقد لا يختار لحل نزاع آخر حتى ولو كان يؤدي عمله في إطار هيئة تحكيم دائمة<sup>(2)</sup>.

وكذلك فإنه لا يمكن التسليم بالطبيعة المختلطة للتحكيم لأن الأخذ بهذه النظرية يعتبر هروباً من المشكلة وقد جانبه الصواب من ناحيتين:

الأولى: أنه اعتبر التحكيم عقد، مع أنه تترتب عليه نتائج تجاوز في خطورتها أي عقد آخر، فهو وأن تشابه مع العقد في بعض الأمور إلا أنه يختلف عنه في أمور أخرى، وبمعنى آخر فإن العقد الذي يبدأ به الأطراف نظام التحكيم ليس مجرد عقد يستوي بغيره من العقود<sup>(3)</sup>.

الثانية: أنه اعتبر حكم التحكيم بمثابة حكم قضائي رغم الاختلافات الرئيسية بين الحكامين. وهكذا فإن مجرد التشابه بين العقد والقضاء لا يكفي لوصفه بأنه اتفاق وقضاء متى أشتمل على ما يميزه عنهما<sup>(4)</sup>.

لذلك يرى صاحب هذا الاتجاه أن التحكيم أداة متميزة لحل النزاعات وفيه من الاتفاق والقضاء وفيه ما يميزه عنهما، لهذا لماذا نغير حقيقة التحكيم بهدف الزج به في أحضان أنظمة قانونية يتشابه معها في أمور ويختلف معها في أمور أخرى، لماذا لا نفر أن للتحكيم طبيعته الخاصة وذاتيته المتميزة التي تختلف عن العقود، كما تفترق عن أحكام القضاء<sup>(5)</sup>. فالتحكيم يعتبر أداة خاصة لتطبيق قواعد خاصة يتحقق من ورائها الهدف الذي يسعى الخصوم للوصول إليه<sup>(6)</sup>.

(1) د- إبراهيم إبراهيم- مرجع سابق- ص 34-35. وينظم القانون أحياناً تحكيمياً إجبارياً، يجب على الأفراد اللجوء إليه لحل المنازعات المتعلقة بروابط قانونية معينة، وعادة يرد هذا التنظيم في قانون خاص ينص على هيئة تحكيم لها ولاية النظر في المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا القانون، فيلتزم الأطراف باللجوء إليه بدلاً من القضاء العام. د- فتحي والي- قانون التحكيم- مرجع سابق- فقرة 13- ص 32.

(2) د- إبراهيم إبراهيم- مرجع سابق- ص 34-35.

(3) المرجع نفسه- ص 39.

(4) المرجع نفسه- ص 39-40.

(5) المرجع نفسه- ص 39-40.

(6) د- أحمد أبو الوفا- التحكيم الاختياري والإجمالي- مرجع سابق- فقرة 3- ص 19.

والتحكيم كنظام لا يجد مأواه في قوانين الدول فحسب، بل في غيرها من موثيق دولية، من معاهدات وقرارات لمنظمات دولية، في أنظمة لوائح التحكيم المنتشرة في مختلف دول العالم<sup>(1)</sup>. ويرى الباحث أن نظام التحكيم ذو طبيعة قضائية، والسبب في ذلك أن التحكيم يبدأ بحسب الأصل باتفاق التحكيم، وهذا الأخير يتم الاتفاق بموجبه بإحالة النزاعات التي نشأت، أو من الممكن أن تنشأ إلى هيئة مختصة بالفصل في النزاع، وبمجرد قبول المحكم لهذه المهمة الموكلة إليه تنتهي المرحلة الأولى وهي مرحلة الاتفاق، ثم تبدأ مرحلة جديدة وهي مرحلة الإجراءات، وهذه المرحلة تكتسي بلباس قضائي، فالمحكم بمجرد قبوله للمهمة فإنه يحيد عن إرادة الأطراف، ويستقل في إجراءات الخصومة، وفقاً لما يتم تقديمه من طلبات، وبهذه المثابة فإن عمله يكتسي بالصفة القضائية، صحيح أن المحكم يقوم بالفصل في النزاع وفقاً لما تم الاتفاق عليه من قبل الأطراف، ومن ذلك مثلاً التقيد بالقانون الذي اختاره الأطراف، والتقيد بالإجراءات الواجب إتباعها، ولكن لا أحد من الأطراف يملئ على المحكم كيفية الفصل في النزاع وإلا كان منحازاً لأحدهم، والدليل على ذلك أنه في حالة عدم اختيار القانون واجب التطبيق أو اختيار الإجراءات الواجب إتباعها، فإن المحكم هو الذي يفصل في النزاع بعد أن يختار الإجراءات الواجب إتباعها، وكذلك اختيار قانوناً له صلة بموضوع النزاع، لذلك فإن هذه المرحلة تكتسي بالصفة القضائية. وأخيراً تأتي مرحلة حسم النزاع من قبل المحكم بإصدار حكم التحكيم، وهذه أيضاً لها الصفة القضائية.

## 2- موقف الفقه المعارض لمبدأ الاختصاص بالاختصاص:

يمكن تسمية هذا الاتجاه إن صح التعبير بالاتجاه القديم، لأن أنصار هذا الاتجاه ليسوا في ازدياد بل إن نجمهم قد أفل ولكن هذا لا يمنع من عرض أدلتهم وتقنيدها، وهذا الاتجاه يذكر أن المحكم لا يملك سلطة الفصل في مسألة اختصاصه<sup>(2)</sup>.

(1) أشرف روية- الطبيعة القانونية للتحكيم- بحث منشور على الموقع الإلكتروني - [www.mohamoon.com](http://www.mohamoon.com) - تاريخ النشر- 6- 8- 2006م- ص7. انظر في هذا المعنى أيضاً: د- إبراهيم إبراهيم- مرجع سابق- ص40.

(2) من أنصار هذا الاتجاه: د- أحمد أبو الوفا- التحكيم الاختياري والإجباري- مرجع سابق- فقرة 51- ص 137. د- محسن شفيق- التقرير الوطني عن التحكيم الداخلي في مصر والمنشور في المجلد الرابع من الكتاب السنوي للتحكيم- أشار إليه كلاً من: د- خالد حسن- مرجع سابق- ص 213، د- سامية راشد- مرجع سابق- فقرة 64- ص112.

واستدلوا على ذلك بما يلي:

**أولاً:** أن مهمة المحكم تمنحها إرادة الأطراف، وأن صلاحيته تحددها هذه الإرادة والمحركة في اتفاق التحكيم، وعلى المحكم أن يتقيد بحدود هذه الإرادة دون أن يزل عنها، وإذا أراد تفسير هذا الاتفاق لتحديد سلطاته فليس ذلك مناط به، بل هو مناط بالأطراف فلهم تفسير هذا الاتفاق وفقاً لمبدأ أن لوائح القانون حق تفسيره<sup>(1)</sup>.

**ثانياً:** المحكم مفوض من قبل الأطراف فلا يملك المحكم تفسير اتفاق التحكيم، بل لا بد من العودة إلى أصحاب التفويض لمعرفة نواياهم في هذا الصدد، فالمفوض لا يملك تحديد مدى نطاق هذا التفويض، إنما يجب عليه الرجوع إلى الأطراف لمعرفة نطاق هذا التفويض وبيانه، وبالأخص في حالة الالتباس على المحكم<sup>(2)</sup>.

**ثالثاً:** أستند أصحاب هذا الاتجاه أيضاً إلى القول بأن لقضاء المحكمة المختصة الكلمة العليا في مسألة الاختصاص، والاختصاص توزيع عمل بين محاكم الدولة، وباعتبار المحكم ليس قاضياً فلا محل لبحث مسألة الاختصاص<sup>(3)</sup>.

**رابعاً:** المحكم يستمد سلطانه وسلطاته من العقد الذي تم الاتفاق فيه على التحكيم، فإذا كان العقد محل خلاف بين الخصوم وادعى أحد الأطراف ببطلانه أو فسخه فلا يحق للمحكم نظر هذا الإدعاء، لأنه لا يملك الحكم بنفسه في شأن توافر صفته كمحكم أو عدم توافرها، في جواز طرح التحكيم عليه، أو عدم جوازه، أو بطلان أو صحة الاتفاق في منحه سلطة الحكم في النزاع<sup>(4)</sup>.

**خامساً:** إذا تم التسليم بمنح المحكم سلطة الفصل في الاختصاص أولاً، ثم صدر الحكم، فإنه يعاب على هذا الحل بأن قاضي المحكمة المختصة قد يتردد في إلغاء حكم التحكيم عند نظر مسألة الاختصاص، وبالخصوص بعد إصدار حكم التحكيم أكثر من تردده من إلغاء شرط تحكيم بسيط لم يصدر فيه حكم بعد أمام هيئة التحكيم، وأن اللجوء المتأخر إلى القاضي الوطني سيترتب عليه

(1) أنور الطشي- مرجع سابق- ص 49-50.

(2) المرجع نفسه- ص 50.

(3) انظر في هذا المعنى: د- عزمي عبد الفتاح عطية- مرجع سابق- ص 148. أنور الطشي- مرجع سابق- ص 50.

(4) د- أحمد أبو الوفا- التحكيم الاختياري والإجباري- مرجع سابق- فقرة 13- ص 33. انظر في نفس المعنى أيضاً: د- محسن شفيق- التقرير الوطني عن التحكيم الداخلي في مصر والمنشور في المجلد الرابع من الكتاب السنوي للتحكيم- أشار إليه كلاً من: د- خالد حسن- مرجع سابق- ص 213، د- عزمي عبد الفتاح عطية- مرجع سابق- ص 150.

تضييع للوقت والنفقات التي أنفقها الطرفان معاً والتي من الممكن اقتصادها لو تم اللجوء إلى المحاكم الوطنية في بداية الإجراءات<sup>(1)</sup>.

### 3- موقف الفقه المؤيد لمبدأ الاختصاص بالاختصاص:

هذا الاتجاه يحدد مساره في ضرورة إعطاء المحكم الحق في الفصل في مسألة اختصاصه، لأن معنى نفي سلطة المحكم في البت في مسألة اختصاصه، معناه إعادة النزاع إلى المحكمة المختصة، وهذا من شأنه إصابة عملية التحكيم في مقتل بمجرد إثارة الظن حول صحة اتفاق التحكيم أو نطاقه<sup>(2)</sup>.

واحتج أصحاب هذا الاتجاه بما يلي:

أولاً: إن الأطراف قد وضعوا ثقتهم بالمحكم لحل النزاع القائم بينهم، فمن باب أولى أن تمتد هذه الثقة إلى التقدير الذي يصدره المحكم في مسألة اختصاصه، فضلاً عن أن تأييد هذا المسلك له ميزة مطلوبة وهو التوصل إلى حل النزاع في أقرب فرصة ممكنة وإصدار حكم التحكيم<sup>(3)</sup>.

ثانياً: إن القول بعد الاعتراف للمحكم في الفصل في مسألة اختصاصه يساعد على استخدام الوسائل الاحتياطية، ومحاولة التنصل من التحكيم بأن يلجأ مثلاً إلى محاكم الدولة التي لا تعترف للمحكم بهذا الحق باعتبارها دولة مكان إجراء التحكيم، أو دولة مقر تنفيذ حكم التحكيم، ويتم الترافع أمام المحكمة المختصة بدلاً من محكمة التحكيم<sup>(4)</sup>.

ثالثاً: إن الدفوع التي تنازع في اختصاص المحكم غالباً لا تتوافر فيها حسن النية، وإنما تسعى إلى تعطيل إجراءات التحكيم، وإطالة أمد فترة النزاع في محاولة لكسب الوقت، لذلك كان لزاماً أمام ذلك أن نعترف للمحكم بمسألة الفصل في مسألة اختصاصه<sup>(5)</sup>.

رابعاً: إن إدخال المحاكم الوطنية في هذا السياق، أو اللجوء إلى سلطة قضائية هو دائماً أمر غير مرغوب فيه عندما يوجد اتفاق تحكيم دولي، فالطرف الذي يعقد الاختصاص لمحكمة قضائية وطنية

(1) د- عاطف الفقي- مرجع سابق- ص 404. أنور الطشي- مرجع سابق- ص 50-51. د- محيي الدين علم الدين- منصة التحكيم التجاري الدولي- الجزء الثالث- النسر الذهبي للطباعة- ص 7.

(2) د- عزمي عبد الفتاح عطية- مرجع سابق- ص 152.

(3) أنور الطشي- مرجع سابق- ص 52.

(4) المرجع نفسه- ص 52-53.

(5) المرجع نفسه- ص 52.

للفصل حول اختصاص المحكم إنما يعمل ضد الروح التي أبرم فيها اتفاق التحكيم، والتي يجب أن تمتد لتشمل الاعتراف بأحكام التحكيم الصادرة بموجب هذا الاتفاق التحكيمي، فالاعتراف للمحكمين بسلطة الفصل في اختصاصهم يمكنهم من الوصول إلى حكم التحكيم سريعاً<sup>(1)</sup>.

**خامساً:** إن إثارة مسألة اختصاص المحكم هي إثارة لمسألة فرعية تفصل فيها ذات الجهة القضائية سواء كانت محكمة دولة أو محكمة تحكيم والتي تنظر النزاع الأصلي، إعمالاً لقاعدة أن قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، لهذا لا تعد مسألة اختصاص المحكم مسألة أولية<sup>(2)</sup>، تفصل فيها استثناء جهة قضائية غير التي تنظر النزاع، وبذلك لا يلتزم المحكم بوقف الخصومة إلى حين صدور حكم من المحكمة المختصة، لأنها ليست مسألة أولية ولكنها مسألة فرعية<sup>(3)</sup>.

**سادساً:** يعتبر مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه من المبادئ الأساسية للنظام العابر للدول وذلك بسبب قبول هذا المبدأ بشكل عام في العديد من الوثائق الدولية<sup>(4)</sup>.

**سابعاً:** إن مبدأ اختصاص المحكم له نتائج إيجابية من الناحية العملية، وذلك لأنه يحقق ميزة السرعة في الفصل في النزاع<sup>(5)</sup>.

**ثامناً:** التطور الحديث والذي أعتبر فيه المحكم قاضياً، وطالما أن القاضي يملك سلطة التحقق من حدود اختصاصه، فإن المحكم يملك نفس السلطة<sup>(6)</sup>.

ولا شك أن الاتجاه المؤيد لمبدأ الاختصاص بالاختصاص هو الراجح لأنه من المبادئ السائدة التي يتولد عنها نتائج منطقية، ويحتل موقعاً حيويًا في عملية التحكيم، بل يعتبر عصب العملية التحكيمية برمتها، ولا وجه للمبالغة في ذلك بل هو حقيقة ملموسة تظهر في تضائل الأنظمة القانونية المعارضة لهذا المبدأ، وفي حقيقة الأمر يتجلى وبوضوح مدى الحاجة إلى مبدأ الاختصاص بالاختصاص، لما يشهده هذا العصر من تطور في عمليات التبادل التجاري والتي قد تنتهي إلى سلوك طريق التحكيم لفض النزاعات القائمة بينهما<sup>(7)</sup>.

(1) د- عاطف الفقي- مرجع سابق- ص 401.

(2) الوقف بسبب إثارة مسألة أولية: وتتحقق هذه الحالة من الوقف عندما تكون خصومة قائمة أمام محكمة الموضوع، وإثناء النظر فيها يتقدم أحد الخصوم بإثارة مسألة ما لها صلة بموضوع الدعوى الأصلية بحيث يقتضي حسن سير العدالة الفصل في المسألة الأولية أولاً للفصل في الدعوى الأصلية، لذلك يسميه البعض بالوقف التعليقي لتعلق الفصل في الدعوى الأصلية بالفصل أولاً في المسألة الأولية. د- مصطفى عياد- الأصول في التنظيم القضائي والمحاکمات المدنية والتجارية- الكتاب الثاني- الطبعة الأولى- 1997- ص 335.

(3) د- عزمي عبد الفتاح عطية- مرجع سابق- ص 142.

(4) د- حفيظة الحداد- الاتجاهات المعاصرة- مرجع سابق- ص 129.

(5) د- عزمي عبد الفتاح عطية- مرجع سابق- ص 152.

(6) المرجع نفسه- ص 151.

(7) أنور الطشي- مرجع سابق- ص 54-55.



لذلك لم يسلم الاتجاه القديم من النقد والمناقشة لما ذهب إليه، لأن حرمان المحكم من هذا الاختصاص يعني إضافة عقبة من العقبات التي يعاني منها التحكيم والتي يحاول الفقه من خلال الدراسات والمؤتمرات والندوات تسهيل صعابها، واحتوائها يوماً بعد يوم، واعتناق التشريع ما توصلت إليه من توصيات<sup>(1)</sup>.

وسنذكر فيما يلي بعض حجج الاتجاه القديم ومحاولة تأكيد مدى الحاجة إلى مبدأ الاختصاص بالاختصاص، وذلك في النقاط الآتية:

أولاً: إن عدم الاعتراف للمحكم أو لهيئة التحكيم بالاختصاص بالفصل حول اختصاصها خطراً يهدد اختصاص المحكم بعقد الاختصاص بنظر هذه المسائل إلى المحاكم الوطنية المختصة، وفي أي مرحلة تكون عليها الإجراءات التحكيمية، مما يفتح الباب للمناورات التسويقية والمماطلة من جانب أحد الأطراف طالما أنه يجب على المحكم الذي يملك سلطة الفصل حول اختصاصه عندما ينازع في اختصاصه، أن يوقف التحكيم حتى تصدر المحكمة القضائية قرارها حول هذه المنازعة<sup>(2)</sup>.

ثانياً: من الحجج التي أستند إليها الاتجاه المعارض لمبدأ الاختصاص بالاختصاص أن قاضي المحكمة المختصة ربما يتردد في إلغاء حكم المحكم عند نظر مسألة الاختصاص بعد إصداره، أكثر من تردده في إلغاء شرط تحكيم بسيط لم يصدر فيه حكم بعد أمام هيئة التحكيم.

ورداً على هذا الإدعاء أنه لم يكن يخفى على واضعي التشريعات الآخذة بهذا الحل، والذي يمثل الاتجاه السائد، بحيث يمكن القول بأن تحمل العيوب البسيطة أفضل من تحمل العيوب الأكبر جسامة، والتي تتمثل في السماح للطرف سيئ النية بتأخير الإجراءات التحكيمية واضطرابها حال سير التحكيم بتمسكه بعدم اختصاص هيئة التحكيم أمام القضاء الوطني، بحيث تعد هذه العيوب قليلة الأهمية<sup>(3)</sup>.

ثالثاً: لا مانع أن تكون للمحكمة المختصة الكلمة العليا في مسألة الاختصاص، ولكن هذا ليس معناه أن لها الكلمة الأولى، وإنما يتعين أن تكون الكلمة الأولى للمحكم فقط ليحدد مسألة اختصاصه، وذلك حتى يكون المحكم أول من يدلي بدلوه حول مسألة اختصاصه، وذلك دفعاً لإعاقة الإجراءات وتعطيل المحكم عن نظر وقائع النزاع<sup>(4)</sup>.

(1) أنور الطشي - مرجع سابق - ص 55.

(2) د- عاطف الفقي - مرجع سابق - ص 399.

(3) د- عاطف الفقي - مرجع سابق - ص 404. انظر أيضاً: أنور الطشي - مرجع سابق - ص 56.

(4) د- عاطف الفقي - مرجع سابق - ص 401. انظر أيضاً: أنور الطشي - مرجع سابق - ص 56.

رابعاً: إن القول بوجود عودة المحكم لتفسير مدى اختصاصه إلى الأطراف دائماً كلما استجد ذلك قول غير منطقي، لأن ذلك لا يتحقق إلا عندما يطلب ذلك من مفوض واحد، لكن نحن هنا بصدد طرفين مفوضين أو أكثر فلن يتوحد التفسير، وبالأخص إذا عارض تفسير أحدهما مصلحة الخصم الآخر، فمن المستحيل اتفاق الأطراف حول مدى اختصاص المحكم وفي كل مرة يثار فيها مثل هذا الطلب، ويعاب على هذا الرأي أيضاً فقدان المحكم استقلاله التام عن الأطراف والذي يعتبر من أهم الخصائص الرئيسية والتي يتمتع بها المحكم<sup>(1)</sup>.

خامساً: ما هي الحكمة من عدم وجوب أن يكون المحكم قاضياً لاختصاصه، طالما أنه ليس متهماً بأن له مصلحة شخصية في نظر النزاع، لأن هذا ربما يثير شكوكاً حول حيده ونزاهته<sup>(2)</sup>.

### ثالثاً-موقف القضاء من مبدأ الاختصاص بالاختصاص:

أقرت الأحكام القضائية مبدأ الاختصاص بالاختصاص، وهناك العديد من القضايا التي صدرت عن القضاء أقرت من خلالها مبدأ الاختصاص بالاختصاص، وسنعرض لقضيتين صدرتا عن القضاء في هذا الخصوص.

### القضية الأولى:

طعن فيليب رينو أمام محكمة النقض الفرنسية (الدائرة الأولى) على حكم محكمة استئناف باريس الذي اعتبر تلك المحكمة غير مختصة بنظر النزاع القائم بينه وبين شركة (جاجور - فرنسا) ومشروع آخر بشأن طلب بضاعة تقومان بتنفيذه لحسابه، وهو الحصول من أحد مصانع السيارات في بريطانيا على سيارة جاجور لاستخدامه الشخصي مصنعة في إطار سلسلة معينة من السيارات، وقد اعتبرت محكمة الاستئناف شرط التحكيم المتفق عليه صحيحاً رغم أنه اتفاق لا يتعلق بالتجارة الدولية، ولا يترتب عليه انتقال أموال عبر الحدود إلى دولة أخرى.

(1) أنور الطشي- مرجع سابق- ص 55-56.

(2) د- عاطف الفقي- مرجع سابق- ص 400.

والغرض من استخدام السيارة هو غرض شخصي بحت أي أنه يستوردها باعتباره مستهلكاً وليس باعتباره تاجراً، ومما يتعارض مع النظام العام الدولي في فرنسا ومع القواعد الآمرة في القانون الفرنسي أن تترك حماية المستهلك ليفصل فيها المحكمون، ولهذه الأسباب مجتمعة كان يجب الحكم ببطلان شرط التحكيم الذي نص على إجرائه في لندن.

وقد رفضت محكمة النقض الفرنسية هذا الطعن في "21 مايو 1997"، وأيدت حكم الاستئناف وهو أن استيراد السيارة من بريطانيا يعتبر من مسائل التجارة الدولية، ولا بد أن يترتب عليها انتقال أموال عبر الحدود، حتى ولو كانت السيارة للاستعمال الشخصي لفيليب رينو، وليست للتجار فيها، والمحكم هو الذي يفصل في مسألة قابلية موضوع النزاع للتحكيم باعتباره يتصل بمستهلك تحميه أوضاع قانونية خاصة، وألزمت رينو بالمصاريف.

وبذلك تكون محكمة النقض الفرنسية قد أقرت مبدأ الاختصاص بالاختصاص في هذا الحكم فلم تنتظر المحكمة في بطلان شرط التحكيم، وإنما تركت ذلك للمحكم نفسه، وحكمه لن يفلت من رقابة القضاء بعد صدوره إذا ما تم الطعن فيه من أحد الأطراف<sup>(1)</sup>.

وبناءً على هذا الاتجاه الفرنسي فإن مسألة بطلان شرط التحكيم لا تحال إلى محكمة قضائية، وإنما تختص بها محكمة التحكيم<sup>(2)</sup>.

### القضية الثانية:

قضت المحكمة الفيدرالية في حكمها الصادر في تاريخ "29 أبريل 1996"، أن الجهات القضائية التي يطلب إليها نظر موضوع النزاع لا تستطيع أن تحكم باختصاصها، إلا إذا تبين من الفحص المبدئي عدم صلاحية اتفاق التحكيم لكونه باطلاً أو غير نافذ أو غير صالح لإعماله<sup>(3)</sup>. وبذلك يكون القضاء أقر مبدأ الاختصاص بالاختصاص، تاركاً لهيئة التحكيم النظر في بطلان شرط التحكيم، مع خضوع القرار الصادر عن الهيئة لرقابة المحكمة إذا ما تم الطعن به من قبل أحد الأطراف وهذا يبدو واضحاً من خلال النظر إلي القضية الأولى.

(1) أشار إليه: د- محيي الدين علم الدين- منصة التحكيم- الجزء الثالث- مرجع سابق- ص 4-5.

(2) المرجع نفسه- ص 5.

(3) المرجع نفسه- ص 6.

أما في القضية الثانية، فإن المحكمة وإن أقرت بحسب الأصل مبدأ الاختصاص بالاختصاص، إلا أنها لم تترك مسألة النظر في اتفاق التحكيم من حيث صحته أو بطلانه لهيئة التحكيم، بل هي التي تنظر موضوع النزاع، إذا كان الفحص المبدئي لاتفاق التحكيم يوحى ببطلانه، أو أنه غير نافذ.

رابعاً - موقف المعاهدات الدولية من مبدأ الاختصاص بالاختصاص:

تمهيد وتقسيم:

أقرت المعاهدات الدولية مبدأ الاختصاص بالاختصاص، ولها مواقف إيجابية منه، وسنستعرض موقف المعاهدات الدولية من مبدأ الاختصاص بالاختصاص وذلك على الترتيب الآتي:

- أ - موقف اتفاقية نيويورك من مبدأ الاختصاص بالاختصاص.
- ب - موقف الاتفاقية الأوروبية من مبدأ الاختصاص بالاختصاص.
- ج - موقف القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة من مبدأ الاختصاص بالاختصاص.
- د - موقف اتفاقية واشنطن من مبدأ الاختصاص بالاختصاص.
- هـ - موقف الاتفاقية العربية للتحكيم من مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

أ - موقف اتفاقية نيويورك من مبدأ الاختصاص بالاختصاص:

يرى بعض الفقهاء<sup>(1)</sup>، أن اتفاقية نيويورك لم تتعرض لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، ولعل هذا الإغفال من جانبها مبعثه الهدف المباشر من هذه الاتفاقية وهو الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية.

ونرى أنه يمكن الاستناد إلى نص المادة (3\2) من الاتفاقية المذكورة للاستناد إلى مبدأ الاختصاص بالاختصاص، حيث جاء في النص المذكور "على محكمة الدول المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع

(1) د- حفيظة الحداد- الاتجاهات المعاصرة- مرجع سابق- ص 128. راجع أيضا: د- حسام الدين فتحي ناصف- قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية- دار النهضة العربية القاهرة- 1999- ص 79.

بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناءً على طلب أحدهم إلى التحكيم، وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل ولا أثر له أو غير قابل للتطبيق<sup>(1)</sup>.

وطبقاً لنص المادة السابقة فإن المحكمة يقع عليها التزام بإحالة النزاع إلى هيئة التحكيم، إذا ما رفع الأمر إليها، ودفع أحد الأطراف بوجود اتفاق على التحكيم، وهذا يعني أن هيئة التحكيم هي المختصة بنظر النزاع، وهي بالطبع لن تنظر في موضوع النزاع إلا بعد التأكد من صحة اتفاق التحكيم، وبمفهوم المخالفة لهذه المادة فإن المحكمة لن تحيل الخصوم إذا كان اتفاق التحكيم باطلاً ولا أثر له.

#### ب- موقف الاتفاقية الأوروبية من مبدأ الاختصاص بالاختصاص:

نصت المادة الخامسة من الاتفاقية المذكورة على أن:

"1- الفريق الذي يرغب في إثارة الدفع بعدم كفاءة المحكم يقتضي عليه عندما يتعلق الأمر بدفوع مرتكزة على عدم وجود وبطلان وإلغاء اتفاقية التحكيم، القيام بذلك خلال الإجراءات التحكيمية في موعد أقصاه تاريخ تقديم دفاعه في الأساس، وعندما يتعلق الأمر بدفوع ناتجة عن أن القضية موضوع النزاع تتجاوز صلاحيات المحكم، يقتضي إثارة الدفع بصددها فور إثارة القضية التي تتجاوز تلك الصلاحيات خلال الإجراءات التحكيمية، وعندما يكون تأخر الفرقاء في إثارة هذا الدفع ناتجاً عن سبب مشروع وفقاً لرأي المحكم فإن هذا الأخير يعمد إلى اعتباره مقبولاً.

2- إن الدفوع بالصلاحية المحددة في الفقرة أعلاه والتي لم تكن أثرت في المهل المحددة في هذه الفقرة، لا يمكن للفرقاء إثارتها في ما تبقى من الإجراءات، إذا كان الأمر متعلقاً بالدفوع التي للفرقاء وحدهم حق التذرع بها بموجب القانون المطبق من قبل المحكم، والتي لم تكن أثرت كذلك خلال الإجراءات القضائية اللاحقة في الأساس، أو في مرحلة تنفيذ الحكم إذا كان متعلقاً بدفوع متروكة لاستعداد الفرقاء وفقاً للقانون الذي تحدده قاعدة تنازع القوانين للمحكمة القضائية التي رفع النزاع أمامها، لو طلب تنفيذ الحكم التحكيمي فيها، ويمكن للقاضي في كل الأحوال مراقبة القرار الذي بموجبه تحقق المحكم من التأخير الحاصل في أداء الدفع.

(1) أشار إليه: د- عبد الحميد الأحديب- الجزء الثاني- مرجع سابق- ص 379.

3- مع التحفظ لجهة المراقبة القضائية اللاحقة المحددة بموجب قانون القاضي، فإنه يقتضي على الحكم المطعون بصلاحيته ألا يتخلى عن نظر القضية، و له الحق باتخاذ القرار المناسب بصدد تلك الصلاحية، كذلك بوجود وصحة اتفاق التحكيم، أو العقد الذي تشكل الاتفاقية جزءاً منه<sup>(1)</sup>.  
يتبين من نص المادة السابقة أن الاتفاقية الأوربية أقرت مبدأ الاختصاص بالاختصاص، وذلك إذا نوزع في وجود اتفاق التحكيم، أو بطلانه، أو سقوطه، أو تجاوز السلطة، وكان اهتمام هذه الاتفاقية مصوباً نحو أمرين:

الأمر الأول: بيان ماذا تفعل هيئة التحكيم إزاء الدفع بعدم اختصاصها، مجيبة في الفقرة الثالثة بمنح هيئة التحكيم الاختصاص بنظر الدفع بعدم اختصاصها، وعدم وقفها للإجراءات التحكيمية انتظاراً لفصل المحكمة القضائية في هذا الدفع، فإن قبلت هيئة التحكيم الدفع بعدم اختصاصها انتهى أمر التحكيم، وإن رفضت الدفع واستمرت في نظر النزاع يكون للمدعي الطعن في الحكم الخاص بالدفع أمام المحكمة القضائية، فإذا قضت المحكمة القضائية بعدم اختصاص هيئة التحكيم سقطت الإجراءات التحكيمية<sup>(2)</sup>.

الأمر الثاني: تعيين الوقت الذي يجوز تقديم الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم، مفرقة في الفقرة الأولى بين فرضين<sup>(3)</sup>:

الفرض الأول: إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مستنداً إلى الإدعاء بعدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه، وفيه يجب إيداء الدفع وقت البدء في المرافعة حول الموضوع<sup>(4)</sup>.

الفرض الثاني: إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مستنداً إلى تجاوز هيئة التحكيم لحدود اختصاصها لعدم شمول اتفاق التحكيم للنزاع المنظور أمامها، وفيه يجب إيداء الدفع فور عرض النزاع المدعي بخروجه عن نطاق اختصاص هيئة التحكيم<sup>(5)</sup>.

وقررت الفقرة الثانية أنه إذا تأخر تقديم الدفع بعد الاختصاص عن المواعيد السابقة سقط الحق في تقديمه، وعد الطرف المتأخر متنازلاً عن تقديمه بحيث لا يجوز إيداءه إثناء إجراءات التحكيم، إلا إذا قررت هيئة التحكيم أن التأخير كان بعذر مقبول حسب ما ورد في الفقرة الأولى من المادة السابق الإشارة إليها، وإذا حدث وعرض النزاع على المحكمة القضائية لطلب الأمر بوضع صيغة

(1) أشار إليه: أنور الطشي- مرجع سابق- ص 258.

(2) د- عاطف الفقي- مرجع سابق- ص 388.

(3) د- محسن شفيق- مرجع سابق- فقرة 195- ص 282-283.

(4) د- عاطف الفقي- مرجع سابق- ص 388.

(5) د- محسن شفيق- مرجع سابق- فقرة 195- ص 283.

التنفيذ على حكم التحكيم، فيجوز للمحكمة القضائية إعادة النظر في حكم هيئة التحكيم باعتبار الدفع متأخراً، فإذا رأت أن التأخير غير قائم كان لها قبول الدفع<sup>(1)</sup>.

### ج- موقف اتفاقية واشنطن من مبدأ الاختصاص بالاختصاص:

نصت المادة (41) من اتفاقية واشنطن بقولها:

"1- المحكمة هي التي تحدد اختصاصها.

2- أي اعتراض من جانب أحد طرفي النزاع على أساس أن النزاع ليس من اختصاص المركز، أو لأسباب أخرى، لا يقع في اختصاص المحكمة وتقرر المحكمة إن كانت ستعالجه كمسألة مبدئية منفصلة أو تقرر ضمه إلى موضوع النزاع".

يتبين من نص المادة السابقة أن اتفاقية واشنطن خولت محكمة التحكيم أن تنظر في اختصاصها من تلقاء نفسها، حتى ولو لم يطلب أحد الأطراف ذلك، وبذلك يكون للمحكمة أن تفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصها. وبينت الفقرة الثانية بأن أي اعتراض من جانب أحد الأطراف بأن النزاع لا يدخل ضمن محكمة التحكيم التابعة للمركز، أو لأي أسباب أخرى تم إثارتها من قبل الأطراف، فإن محكمة التحكيم تبقى مختصة بنظر هذه الاعتراضات.

وهذه الأخيرة يتم الفصل فيها من قبل محكمة التحكيم بإحدى طريقتين:

الطريقة الأولى: الفصل في هذه الاعتراضات كمسألة مبدئية منفصلة عن موضوع النزاع.

الطريقة الثانية: الفصل في هذه الاعتراضات بضمها إلى موضوع النزاع.

ولم يرد ضمن النص جواز الطعن على قرار هيئة التحكيم، بعد أن تفصل في هذه الاعتراضات من عدمه.

### د- موقف القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري:

تنص المادة (16) من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري بقولها:

"1- يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته، ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد كما لو

(1) د- عبد الحميد الأحديب- الجزء الثاني- مرجع سابق- ص 433.

كان مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم.

2- يثار الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في موعد أقصاه تقديم بيان الدفاع، ولا يجوز منع أي من الطرفين من إثارة هذا الدفع بحجة أن عين أحد المحكمين أو أسهم في تعيينه، أما الدفع بتجاوز هيئة التحكيم نطاق سلطاتها فيجب إبداءه بمجرد أن تثار إثناء إجراءات التحكيم، المسألة التي يدعى إنها خارجة عن نطاق سلطاتها، ولهيئة التحكيم في كلتا الحالتين أن تقبل دفعاً يثار بعد هذا الموعد إذا اعتبرت أن التأخير له ما يبرره.

3- يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في أي دفع من الدفوع المشار إليها في الفقرة (2) من هذه المادة، إما كمسألة أولية و إما في قرار تحكيم موضوعي، وإذا ما قررت هيئة التحكيم في قرار تمهيدي أنها مختصة، فلاي من الطرفين في بحر ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانه بذلك القرار، أن يطلب من المحكمة المحددة أن تفصل في الأمر ولا يكون قرارها هذا قابلاً للطعن، وإلى أن يبت في هذا الطلب لهيئة التحكيم أن تمضي في إجراءات التحكيم وان تصدر قرار تحكيم<sup>(1)</sup>.

يتبين من خلال نص المادة السابقة أنها وجهت اهتمامها إلى ثلاثة أمور وهي كما يلي:

الأمر الأول: بيان ماذا تفعله هيئة التحكيم، إذا ما دفع بعدم اختصاصها، فقررت الفقرة الأولى بجواز فصل هيئة التحكيم في اختصاصها بما في ذلك الفصل في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته<sup>(2)</sup>.

الأمر الثاني: وقت تقديم الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم، فقررت الفقرة الثانية وجوب تقديمه في موعد أقصاه تقديم بيان الدفاع إذا كان الدفع مستنداً إلى الإدعاء بعدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلانه أو سقوطه، أو بمجرد عرض المسألة التي يدعي الخصم أنها لا تدخل في نطاق اتفاق التحكيم في حالة ما إذا كان الدفع مستنداً إلى تجاوز هيئة التحكيم نطاق اختصاصها، فإذا لم يتم الدفع خلال المواعيد المذكورة سقط الحق في تقديمه، ولا يجوز إبداءه بعد ذلك، إلا إذا رأت هيئة التحكيم قبول الدفع المتأخر لوجود ما يبرر ذلك، ولا يجوز منع أي من الطرفين من إثارة هذا الدفع بحجة أنه عين أحد المحكمين أو على الأقل أسهم في تعيينه<sup>(3)</sup>.

(1) أشار إليه: د- عبد الحميد الأحذب- الجزء الثاني- مرجع سابق- ص 414.

(2) د- عاطف الفقي- مرجع سابق- ص 389.

(3) المرجع نفسه- ص 389-390.



الأمر الثالث: تقوم الهيئة بالفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها وذلك بقيامها بالفصل فيها إما كمسألة أولية، أو في الحكم النهائي حول موضوع النزاع، وفي حالة قيام الهيئة بالفصل في الدفوع بحكم تمهيدي مقررة اختصاصها، فلأي من الطرفين خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إعلانه بهذا الحكم أن يطلب من المحكمة أن تفصل في الأمر بحكم نهائي، وحتى يصدر هذا الحكم تستمر هيئة التحكيم قدماً في الإجراءات حتى صدور الحكم<sup>(1)</sup>.

#### هـ- موقف الاتفاقية العربية للتحكيم من مبدأ الاختصاص بالاختصاص:

جاء في نص المادة (24) من الاتفاقية المذكورة "يجب إيداء الدفع بعدم الاختصاص والدفوع الشكلية الأخرى قبل الجلسة الأولى وعلى هيئة التحكيم أن تفصل فيها قبل الدخول في الموضوع ويكون قرارها بهذا الشأن نهائياً"<sup>(2)</sup>.

وجاء في نص المادة (27) من الاتفاقية المذكورة أيضاً "الاتفاق على التحكيم وفق أحكام هذه الاتفاقية يحول دون عرض النزاع أمام جهة قضائية أخرى أو الطعن لديها بقرار التحكيم"<sup>(3)</sup>. وبذلك تكون الاتفاقية نصت على منح هيئة التحكيم سلطة النظر في اختصاصها، ويجب إيداء هذه الدفوع قبل الجلسة الأولى، وهيئة التحكيم باعتبارها مختصة بالنظر في هذه الدفوع، تقوم بالفصل فيها قبل الدخول في موضوع النزاع، ويكون قرار هيئة التحكيم نهائياً.

#### خامساً- موقف مراكز التحكيم الدائمة من مبدأ الاختصاص بالاختصاص:

أقرت مراكز التحكيم الدائمة مبدأ الاختصاص بالاختصاص، وتناولت هذه المراكز هذا المبدأ على نحو أكثر تفصيلاً، ومما يلفت النظر إليه أيضاً بأن مراكز التحكيم الدائمة عالجت مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، ومبدأ الاختصاص بالاختصاص ضمن مادة واحدة مما يوحي بأنهما وجهان لعملة واحدة.

وستتناول موقف مراكز التحكيم الدائمة من مبدأ الاختصاص بالاختصاص على النحو الآتي:

(1) د- عاطف الفقي- مرجع سابق- ص 390.

(2) أشار إليه: د- فوزي محمد سامي- مرجع سابق- ص 219. راجع أيضاً: د- درويش الوحيدي- مرجع سابق- ص 56.

(3) أشار إليه: د- درويش الوحيدي- مرجع سابق- ص 56.

## أولاً - نظام غرفة التجارة الدولية بباريس:

نصت المادة (4\6) من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس بقولها "إذا لم يكن ثمة اتفاق على خلاف ذلك فإن الإدعاء ببطلان العقد أو الزعم بانعدامه لا يترتب عليهما عدم اختصاص المحكم إذا ارتأى صحة اتفاق التحكيم، ويظل المحكم في حالة انعدام العقد نفسه أو بطلانه مختصاً لتحديد حقوق الأطراف والفصل في ادعاءاتهم وطلباتهم بحيث أن بطلان العقد أو انعدامه لا يفضي إلى عدم اختصاص المحكمين ولا إلى بطلان أو انعدام العقد التحكيمي"<sup>(1)</sup>.

يتبين من خلال نص المادة السابقة أن هناك ربطاً ما بين مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وبين مبدأ الاختصاص بالاختصاص، وذلك عن طريق إقرارها للمحكم بأن ينظر في أي إدعاء يثار حول موضوع العقد الأصلي، وبطلانه ومدى تأثير ذلك على شرط التحكيم. وبمعنى آخر فإن الإدعاء ببطلان العقد الأصلي لا يترتب عليه عدم اختصاص المحكم، بل إن هذا الأخير يبقى مختصاً بالنظر في النزاع المعروض عليه. ويكون له بحث كافة الاعتراضات المتعلقة بالعقد الأصلي ويقوم بالفصل في النزاع طالما أن اتفاق التحكيم صحيح.

## ثانياً: نظام الجمعية الأمريكية للتحكيم:

نصت المادة (15) من نظام الجمعية الأمريكية للتحكيم بقولها:

"1- يمكن للمحكمة التحكيمية أن تثبت باختصاصها، بما في ذلك البت في أي دفاع يتعلق بوجود العقد التحكيمي أو صحته.

2- المحكمة التحكيمية صالحة للبت في مسألة وجود أو صحة العقد الذي يتضمن الشرط التحكيمي، ويعتبر الشرط التحكيمي كشرط مستقل عن شروط العقد الأخرى.

3- يثار أي دفع بعدم الاختصاص في مهلة لا تتجاوز خمسة وأربعين يوماً اعتباراً من بدء التحكيم، وفي حالة الطلب المقابل، في خلال مهلة خمسة وأربعين يوماً من تاريخ إيداع الطلب".

يتبين من نص المادة السابقة أن المحكمة التحكيمية لها أن تثبت في اختصاصها من تلقاء نفسها، ولو لم يتم الدفع بعدم الاختصاص من قبل أحد الأطراف، ولها أن تثبت حول أي دفاع يتعلق بوجود العقد

(1) أشار إليه: د- أحمد مخلوف- مرجع سابق- فقرة 5- ص 218.

التحكيمي أو صحته، كذلك تكون المحكمة التحكيمية صالحة للبت في مسألة وجود و صحة العقد الأصلي، والذي يتضمن شرط التحكيم، وينظر إلى شرط التحكيم على أنه مستقل عن العقد الذي ورد فيه.

وبذلك يكون نظام الجمعية الأمريكية للتحكيم عالج كلاً من مبدأ استقلالية شرط التحكيم، والعقد الأصلي ضمن مادة واحدة جمعت من خلالها بين المبدئين.

### ثالثاً- نظام محكمة تحكيم لندن للتحكيم الدولي:

تنص المادة (23) من نظام محكمة لندن للتحكيم الدولي على ما يلي:

"1- يجوز للمحكمة التحكيمية البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود العقد التحكيمي أو صحته، ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر عن المحكمة التحكيمية ببطان العقد، أو بإعلان عدم وجوده أو أنه غير ذي فاعلية لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان عدم وجود أو عدم فاعلية الشرط التحكيمي.

2- يثار الدفع بعدم اختصاص المحكمة التحكيمية في موعد أقصاه تقديم بيان الدفاع، ويثار الدفع نفسه من قبل المدعي عليه في الدعوى المقابلة في موعد أقصاه تقديم بيان دفاعه، أما الدفع بتجاوز المحكمة نطاق سلطتها فيجب إيداءه بمجرد أن تثار إثناء إجراءات التحكيم المسألة التي يدعي أنها خارج نطاق سلطتها، وللمحكمة التحكيمية في كلتا الحالتين أن تقبل الدفع الذي يثار بعد هذا الموعد إذا اعتبرت أن التأخير له ما يبرره.

3- يجوز للمحكمة التحكيمية أن تفصل في أي دفع من الدفوع المتعلقة باختصاصها إما كمسألة أولية وإما في حكم تحكيمي موضوعي، وفقاً لما تراه مناسباً.

يتبين من استعراض نص المادة السابقة ما يلي:

1- ربطت المادة المذكورة بين مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وبين مبدأ الاختصاص بالاختصاص وذلك من خلال نص واحد.

2- يجوز للمحكمة التحكيمية أن تنتظر في اختصاصها حتى ولو لم يطلب أحد الأطراف منها ذلك، وكذلك لها النظر في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بعدم صحته أو بطلانه، ومن

باب أولى لها النظر في أي اعتراضات تتعلق بوجود العقد الأصلي، والدليل على ذلك أن الفقرة الأولى رتبت نتيجة مفادها بأن أي قرار يصدر عن الهيئة التحكيمية ببطان العقد لا أثر له على شرط التحكيم، فتكون هيئة التحكيم مختصة بالنظر في أي اعتراضات تتعلق بالعقد الأصلي.

3- تفصل الهيئة في الدفوع المتعلقة بعد اختصاصها في موعد أقصاه تقديم بيان الدفاع، أما الدفع الذي يتعلق بتجاوز هيئة التحكيم نطاق السلطة الممنوحة لها فيجب إيداءه بمجرد عرض المسألة التي يدعي الخصم أنها لا تدخل في نطاق اتفاق التحكيم، ومع ذلك يجوز للمحكمة قبول الدفع المتأخر في كلتا الحالتين إذا كان هذا التأخير له ما يبرره.

4- يكون الفصل في الدفوع المتعلقة باختصاص المحكمة التحكيمية، إما كمسألة أولية أو أن تقوم بضمها إلى موضوع الدعوى وفقاً لما تراه مناسباً بهذا الخصوص.

#### رابعاً- قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي:

جاء في نص المادة (21) من قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري على أن:

"1- هيئة التحكيم هي صاحبة الاختصاص في الفصل في الدفوع الخاصة بعدم اختصاصها، وتدخل في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود شرط التحكيم أو الاتفاق المنفصل على التحكيم أو بصحة هذا الشرط أو هذا الاتفاق.

2- تختص هيئة التحكيم بالفصل في وجود أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءاً منه، وفي حكم المادة (21) يعامل شرط التحكيم الذي يكون جزءاً من عقد وينص على إجراء التحكيم وفقاً لهذا النظام بوصفه اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وكل قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم.

3- يقدم الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في ميعاد لا يتجاوز تقديم بيان الدفاع أو في ميعاد لا يتجاوز تقديم الرد على الطلبات العارضة في حالة وجود مثل هذه الطلبات.

4- بوجه عام تفصل هيئة التحكيم في الدفع بعدم اختصاصها بوصفه مسألة أولية، ومع ذلك يجوز لهيئة التحكيم أن تقرر الاستمرار في الإجراءات وأن تفصل في الدفع بعدم الاختصاص بقرار نهائي<sup>(1)</sup>.

ويترتب على النص المذكور النتائج الآتية:

أولاً: أن من سلطة المحكم الفصل في موضوع اختصاصه، حتى ولو كان الاعتراض على اختصاصه مرده المنازعة في وجود أو صحة اتفاق التحكيم في أي من صورتيه مشاركة التحكيم أو شرط التحكيم الوارد ضمن نصوص العقد الأصلي<sup>(2)</sup>.

ثانياً: أحقية المحكم أن يبحث وجود وصحة العقد الأصلي، وأن يقضي بانعدامه أو بطلانه متى ثبت لديه ذلك حتى ولو كان اتفاق التحكيم جزءاً لا يتجزأ من العقد الأصلي<sup>(3)</sup>.

ثالثاً: اتفاق التحكيم الوارد ضمن نصوص العقد الأصلي لا يخضع بالضرورة لمصير هذا الأخير حيث يجب أن يعد اتفاقاً مستقلاً منفصلاً عن سائر العقد الأصلي<sup>(4)</sup>.

### الفرع الثالث

## الأساس القانوني لمبدأ الاختصاص بالاختصاص

### تمهيد وتقسيم:

يقصد بأساس مبدأ الاختصاص: الفكرة التي يقوم عليها هذا المبدأ، وتعددت الاتجاهات في البحث عن أساس مقبول لمبدأ الاختصاص، وانقسم الرأي إلى ثلاثة اتجاهات، والاتجاه الأول يجد أساس مبدأ الاختصاص في مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، والاتجاه الثاني يجد مبدأ الاختصاص في الأساس التشريعي، والاتجاه الأخير يجد ذلك في الأساس الفني. لهذا سنستعرض هذه الاتجاهات لنرى في النهاية أي من هذه الاتجاهات هو الأجدر بالإتباع. لذلك ستكون دراستنا لهذا المطلب في ثلاثة نقاط وذلك على النحو الآتي:

(1) أشار إليه: د- أحمد صاوي- مرجع سابق- ص 374-375.

(2) د- سامية راشد- مرجع سابق- فقرة 81- ص 138. د- حسني المصري- التحكيم التجاري الدولي- مرجع سابق- ص 140.

(3) د- سامية راشد- مرجع سابق- فقرة 81- ص 138.

(4) المرجع نفسه- فقرة 81- ص 138.

أولاً: مبدأ الاختصاص بالاختصاص نتيجة تترتب على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم.  
ثانياً: مبدأ الاختصاص بالاختصاص يستند إلى أساس تشريعي.  
ثالثاً: مبدأ الاختصاص بالاختصاص يستند إلى أساس قضائي.

أولاً - مبدأ الاختصاص نتيجة تترتب على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم:

يرى جانب من الفقه<sup>(1)</sup>، أن مبدأ الاختصاص يجد أساسه ومصدره في مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وأن قاعدة الاختصاص متفرعة من مبدأ الاستقلالية، وأنه من المبادئ المترتبة على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، ومن نتائج التسليم بمبدأ الاستقلالية إعطاء المحكم سلطة النظر في مسألة اختصاصه، فيكون لهيئة التحكيم ولاية التصدي لكافة الاعتراضات المثارة بمناسبة التحكيم بما في ذلك تلك الناشئة عن مدى التأثير المتبادل بين العقد الأصلي واتفاق التحكيم، دون حاجة إلى وقف إجراءات التحكيم، وطرح تلك المشكلات على القضاء الوطني ليفصل فيها. واستندوا إلى ذلك إلى ما يلي:

1- أن مبدأ الاختصاص أساسه مبدأ استقلال شرط التحكيم، لأن شرط التحكيم منفصل عن العقد الأصلي باعتبار أن شرط التحكيم هو عقد داخل العقد الأصلي، ولو اعترى هذا الأخير شيء فإنه لا مانع من قيام المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه، بناءً على مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي.<sup>(2)</sup>

2- للمحكم سلطة الفصل في المنازعات المتعلقة بالعقد الأصلي، وذلك لأنه من غير المنطقي أن يفصل المحكم في صحة عقد هو مصدر سلطته، فأساس مبدأ الاختصاص هو اتفاق التحكيم المستقل عن العقد الأصلي، وبذلك يرتفع الحرج عن المحكم ويستطيع الفصل في النزاعات المتعلقة بالعقد الأصلي لأنه لا يستمد ولايته منه<sup>(3)</sup>.

3- يتضح من خلال استقراء نصوص قانون التحكيم المصري، والفرنسي، ونصوص الاتفاقيات واللوائح الدولية، أن مبدأ الاختصاص يعد نتيجة طبيعية لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم<sup>(4)</sup>.

(1) د- فوزي محمد سامي- مرجع سابق- ص 208. راجع أيضاً: د- سامية راشد- مرجع سابق- فقرة 60- ص 108. راجع كذلك: د- ناريمان عبد القادر- مرجع سابق- ص 333.

(2) انظر في هذا المعنى: د- ناريمان عبد القادر- مرجع سابق- ص 333.

(3) د- ناريمان عبد القادر- مرجع سابق- ص 333.

(4) أنور الطشي- مرجع سابق- ص 69.

## ثانياً - مبدأ الاختصاص يستند على أساس تشريعي:

يرى جانب من الفقه<sup>(1)</sup> أن أساس مبدأ الاختصاص لا يقوم على أساس استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، لأنه ليس هناك ثمة علاقة بين مبدأ الاختصاص بالاختصاص وبين مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، ولهذا يجب عدم الخلط بينهما ولهذا فإن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يستمد أساسه من النص التشريعي في القانون التحكيمي المطبق، أو من قانون التحكيم في دولة المقر، وبصفة عامة من مجموع الدول المحتمل أن تمنح المحكم سلطة الفصل في مسألة اختصاصه.

ويرى أحد الفقهاء<sup>(2)</sup> أن هذه فكرة استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي لا تقدم أساساً كافياً لتقرير سلطة المحكم في التصدي للفصل في اختصاصه وذلك للمبررات التالية:

1- أن الأخذ بهذه الفكرة تصلح فقط لمواجهة الفرض الذي يأتي اتفاق التحكيم في صورة شرط من شروط العقد الأصلي، ومن ثم يعجز عن تبرير سلطة المحكم في الفصل في اختصاصه عندما يكون اتفاق التحكيم مستقلاً عن العقد الأصلي إذا ما أخذ هذا الاتفاق صورة المشاركة<sup>(3)</sup>.

2- في حالة بطلان اتفاق التحكيم فإن سلطة المحكم ستندم تماماً حيث يفقد المحكم أساس وجوده وسلطاته، فضلاً على أنه يتعذر الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم على إطلاقه، فهناك حالات يبطل فيها اتفاق التحكيم عندما يكون العقد الأصلي باطلاً بطلاناً مطلقاً كما في حالة مخالفة العقد الأصلي للنظام العام مثلاً، في هذه الحالة لا يملك المحكم التصدي لنظر النزاع رغم استقلالية اتفاق التحكيم<sup>(4)</sup>.

3- لا يببر للمحكم أن يفصل في نطاق سلطته أيضاً في حالة الاعتراض الجزئي على الاختصاص، ويتحقق ذلك في حالة اعتراض أحد الخصوم على دخول النزاع المثار ضمن بنود اتفاق التحكيم<sup>(5)</sup>.

(1) د- حفيظة الحداد- الاتجاهات المعاصرة- مرجع سابق- ص 130-131. راجع أيضاً: د- عبد الحميد الأحمد- الجزء الثاني- مرجع سابق- ص 163.

(2) د- هدى عبد الرحمن- مرجع سابق- فقرة 42- ص 62.

(3) المرجع نفسه- فقرة 42- ص 63.

(4) المرجع نفسه- فقرة 42- ص 63.

(5) المرجع نفسه- فقرة 42- ص 63.

4- إن مبدأ الاختصاص يتم إعماله في حالة بطلان اتفاق التحكيم، وبهذا يستمر المحكم في أداء مهمته، بينما استقلال اتفاق التحكيم يتم إعماله في حالة ما يشوب العقد الأصلي عدم الصحة أو الانعدام أو الفسخ، واستقلال اتفاق التحكيم يعجز عن تفسير كيفية استمرار المحكم في أداء مهمته في حالة أسباب البطلان المتعلقة باتفاق التحكيم ذاته<sup>(1)</sup>.

5- إن تعلق كل من المبدئين مختلف عن الآخر، فمبدأ استقلال اتفاق التحكيم يتعلق بمسألة موضوعية تحقق التمييز بين اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، أما مبدأ الاختصاص فيتعلق بمسألة إجرائية تحقق منح المحكم سلطة تقدير اختصاصه، بالأخص عند إثارة الريبة حول صحة اتفاق التحكيم<sup>(2)</sup>.

6- إن إعمال مبدأ الاختصاص يسبق من الناحية الزمنية والعملية مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، فالأول يتقرر عند البدء في إجراءات التحكيم، والثاني يتقرر عند تقدير صحة اتفاق التحكيم، فكيف نؤسس مبدأ الاختصاص على مبدأ الاستقلالية ونعتبره أثراً من آثارها وهو يسبقه في التطبيق العملي<sup>(3)</sup>.

وبذلك يمكن القول وفقاً لهذا الاتجاه أن المحكم غير قادر على أن يستمد اختصاصه للنظر في اختصاصه من الشرط التحكيمي إذا كان هذا الأخير موضع طعن، لذلك لا بد من نص قانوني يعطيه هذه السلطة وهذا الاختصاص، ولا بد أن يكون هذا النص التشريعي في القانون التحكيمي المطبق أو على الأقل قانون تحكيم مكان إجراء التحكيم أو في نظام المركز التحكيمي المطبق على التحكيم<sup>(4)</sup>.

### ثالثاً- مبدأ الاختصاص يستند على أساس قضائي:

يرى بعض الفقه<sup>(5)</sup> أن الطبيعة القضائية لمهمة المحكم هي أساس مبدأ الاختصاص، ويعتمد هذا الاتجاه في تحديد أساس الاختصاص على الطبيعة القضائية لمهمة المحكم، وذلك على اعتبار أن المحكم قاض يملك سلطة الفصل في نطاق اختصاصه، فالقاسم المشترك بين القضاء والتحكيم هي الحماية القضائية، وهذه الحماية لها معطيات ومتطلبات لتحقيق الهدف فالقاضي له سلطات

(1) د- حفيظة الحداد- الاتجاهات المعاصرة- مرجع سابق- ص 131.

(2) أنور الطشي- مرجع سابق- ص 71-72.

(3) المرجع نفسه- ص 72.

(4) د- عبد الحميد الأحذب- الجزء الثاني- مرجع سابق- ص 163.

(5) انظر في عرض هذه الآراء: د- هدى عبد الرحمن- مرجع سابق- فقرة 43- ص 63-64.



ومكثات لبحقق هذه الحماية؁ ولابد من الاعتراف بهذه المكثات للمحكم والمستوحاة من الطبيعة القضائية لمهمة المحكم.

وبشرع المحكم في نظر كافة المنازعات سواء تعلقت بالعقد الأصلي أو باتفاق التحكيم؁ فالمحكم هو المقدر الأول لسلطته القضائية؁ وهذه المهمة تعلق على كافة الاعتراضات أياً كان مصدرها<sup>(1)</sup>. واستدل هذا الاتجاه إلى ما يلي:

1- أن المحكم هو قاضي اختصاصه؁ وبذلك تتحقق الفائدة العملية من تلافي شل فاعلية التحكيم بإثارة مسألة عدم شرعية المحكم أو اختصاصه<sup>(2)</sup>.

2- إن فكرة استقلال اتفاق التحكيم لا يمكن وضعها كأساس لمبدأ الاختصاص بالاختصاص؁ وبصفة خاصة في حالات الاعتراض الجزئي على الاختصاص والذي يتعلق بمسألة لم تكن ضمن بنود اتفاق التحكيم<sup>(3)</sup>.

3- لا يقوم المحكم بالفصل في النزاع إلا بعد أن يتحقق من صحة اتفاق التحكيم؁ وذلك قبل الشروع في إجراءات التحكيم؁ وهو بذلك لا يحسم النزاع إلا بعد أن يحسم مسألة اختصاصه<sup>(4)</sup>.

4- إن تقرير المحكم لمسألة اختصاصه عائدة على ممارسة المحكم لمهمة قضائية؁ وقد عبرت عن هذا المعنى محكمة العدل الدولية بقولها: "إن من يملك سلطة قضائية له الحق في أن يفصل بنفسه كمسألة أولية في اختصاصه"<sup>(5)</sup>.

ويرى الباحث بأن مبدأ الاختصاص بالاختصاص لا يعتبر نتيجة تترتب على استقلالية شرط التحكيم؁ ولا يجده أساسه في الأساس التشريعي؁ بل إن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يجد سنده في الأساس القضائي؁ والسبب في ذلك يرجع إلى عدة أسباب يمكن إيجازها على النحو الآتي:

1- أن المحكم يباشر ذات الوظيفة التي يقوم بها القاضي وهي حسم النزاعات بين الأطراف المتنازعة لذلك يجب الاعتراف للمحكم بالوظيفة القضائية.

2- إن القول بأن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يقوم على أساس تشريعي غير صحيح؁ والسبب في ذلك يرجع إلى أن المحكم عندما يشرع في تسوية المنازعات فإنه يقوم بتطبيق عدة قوانين ولكل

(1) أنور الطشي- مرجع سابق- ص 72.

(2) أشار إليه: أنور الطشي- مرجع سابق- ص 72.

(3) د- هدى عبد الرحمن- مرجع سابق- فقرة 42- ص 63.

(4) المرجع نفسه- فقرة 43- ص 64.

(5) الحكم الصادر في 1928\9\28- أشارت إليه: د- هدى عبد الرحمن- مرجع سابق- هامش- رقم 1- فقرة 43- ص 65.

راجع أيضاً : أنور الطشي- مرجع سابق- ص 74.

نزاع قانون تم اختياره، فهل يمكن القول بأن المحكم يجد أحياناً أساساً تشريعياً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص عندما يجد أحد هذه القوانين نصت عليه، ولا يجد هذا المبدأ إذا لم يتم النص عليه في أحد هذه القوانين، وهذا أمر غير منطقي لأن الأساس دائماً ما يكون ثابتاً لدى الكافة.

أضف إلى ذلك لماذا لا نقر مبدأ الاختصاص بالاختصاص إلا إذا كان هناك نصاً يعالج هذا المبدأ، ومن جهة ثانية نقر بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي ولو بدون نص باعتباره أصبح قاعدة متعارف عليها في التحكيم الدولي.

3- إذا تم الاعتراض أمام هيئة التحكيم على أن النزاع المثار لا يدخل ضمن اتفاق التحكيم، فهل يمكن الاستناد إلى مبدأ استقلالية شرط التحكيم لحل هذه المسألة.

إن مبدأ الاختصاص بالاختصاص هو القادر على حل هذه المسألة وذلك عن طريق قيام المحكم بالتحقق من اتفاق التحكيم ومن حدود النزاع الذي تم الاتفاق عليه للجوء للتحكيم.

4- سبق وأن أيدنا الطبيعة القضائية للتحكيم، وأشرنا بأن نظام التحكيم يبدأ بحسب الأصل باتفاق الأطراف ثم تأتي مرحلة الإجراءات وهذه يجب أن تترك للمحكم، وهنا يأتي دور هذا الأخير لإعمال اختصاصه بأن يقوم بالتأكد من وجود اتفاق تحكيم صحيح قبل أن يفصل في النزاع، والقول بأن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يستند إلى أساس اتفاقي، معناه تقييد المحكم وشل يده عن القيام بواجبه بل سيكون بمثابة وكيل عن الخصمين يملون عليه فعل ما يريدون.

5- بمطالعة النصوص القانونية التي نصت على مبدأ الاختصاص بالاختصاص نص المادة (1466) من قانون المرافعات الفرنسي والتي جاء فيها: "إذا نازع أحد الأطراف أمام المحكم في مبدأ أو مدى صلاحية المحكم لنظر القضية المعروضة عليه، فيعود لهذا الأخير أن يفصل في صحة أو مدى صلاحيته"، أليست هذه المادة دليلاً على أن المحكم يقوم بالفصل في مسألة اختصاصه دون اتفاق الخصوم على ذلك ودون الاستناد إلى مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وكذلك ما ورد في نص المادة (16) من قانون التحكيم الفلسطيني: "تختص هيئة التحكيم بالفصل في الأمور الآتية...."، أليس هذا دليلاً أيضاً على أن المحكم يقوم بالفصل في مسألة اختصاصه دون اتفاق الأطراف على ذلك ودون الاستناد إلى مبدأ استقلال شرط التحكيم.

6- بالرجوع إلى موقف اتفاقية واشنطن، وموقف القانون النموذجي للتحكيم، ونظام الجمعية الأمريكية للتحكيم، ونظام محكمة تحكيم لندن، حيث جاءت نصوصها جميعاً بالقول: بأن هيئة التحكيم هي التي تحدد اختصاصها، ومعنى ذلك أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص لا يتوقف على

إرادة الأطراف، بل إن المحكم يقوم به من تلقاء نفسه وهذا يدل على التسليم بالطبيعة القضائية للمحكم.

7- إذا كان مبدأ الاختصاص بالاختصاص نتيجة تترتب على استقلالية شرط التحكيم فيجب أن يكون الأمر كذلك من حيث نصوص القوانين التي عالجت كلاً من المسألتين، فالمادة (23) من قانون التحكيم المصري مثلاً: نصت على مبدأ استقلالية الشرط التحكيمي عن العقد الأصلي، وإذا كان هناك نتيجة تترتب على هذا المبدأ فيجب أن يرد مبدأ الاختصاص بالاختصاص في نفس المادة أو في مادة لاحقة عليه مباشرة، وهذا لم يتحقق إذ أن المادة التي جاءت بمبدأ الاختصاص بالاختصاص جاءت سابقة على المادة (23) حيث ورد ذكر مبدأ الاختصاص بالاختصاص في المادة (22) فكيف سنرتب نتيجة سابقة على مبدأ لاحق.

ولم يختلف الأمر في قانون التحكيم الفلسطيني أيضاً ف جاء نص المادة (515) متحدثاً عن مبدأ الاستقلالية، ولو كان مبدأ الاختصاص بالاختصاص نتيجة تترتب على مبدأ استقلالية شرط التحكيم لجاء نص المادة المتعلق بمبدأ الاختصاص بالاختصاص مباشرة باعتباره نتيجة تترتب على ذلك لكن النص ورد في نص المادة (16).

لكل ما سبق ذكره نرى أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص هو مبدأ قائم بذاته عن مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، ومستقل أيضاً عن الأساس التشريعي، وأن المحكم عندما يقوم بإعمال مبدأ الاختصاص بالاختصاص لا يقوم بذلك وفقاً لإرادة الأطراف، أو وفقاً لوجود نص يخوله هذه المهمة بل يقوم بذلك باعتباره قاضياً يفصل في النزاع المطروح أمامه.

## الخاتمة والتوصيات:

عرضت من خلال هذه الدراسة لمدى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وفقاً لقانون التحكيم الفلسطيني ومقارنته ببعض القوانين الأخرى محل الدراسة، وقمت بتحليل هذه النصوص على قدر المستطاع، واستندت إلى ما جاء به الفقه المصري، والفلسطيني، والأجنبي، واستندت أيضاً إلى ما جاءت به الاتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم، ومراكز التحكيم الدائمة وأحكام التحكيم التي صدرت بهذا الخصوص، وذلك من أجل الوصول إلى مدى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، ولهذا فإن خطة هذه الدراسة اقتضت منا القيام بتقسيمها إلى فصلين، تناولنا في الفصل الأول التعريف بشرط التحكيم، وعرفنا شرط التحكيم بأنه: "الاتفاق الذي بموجبه يتم اللجوء إلى التحكيم بصدد نزاع لم يقع فعلاً، سواء كان هذا الاتفاق قد ورد ضمن بنود العقد الأصلي أو في اتفاق لاحق"، وأن شرط التحكيم حسب التعريف الذي أوردناه يتكون من عدة صور.

فهذا الشرط إما أن يأتي ضمن بنود العقد الأصلي، وهذا هو الشائع في ميدان التجارة الدولية، وقد يأتي هذا الشرط ضمن اتفاق مستقل عن العقد الأصلي ولكنه سابق على قيام النزاع، وقد يأتي هذا الشرط بالإحالة إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم.

وأن شرط التحكيم على الرغم من أنه أحد صور الاتفاق على التحكيم، والذي قد يكون شرطاً أو مشاركة، وعلى الرغم من وجوب توافر الشروط الموضوعية والشكلية لصحة هذا الاتفاق إلا أنه توجد فوارق بين الشرط والمشاركة، وتتلخص هذه الفروق في أن شرط التحكيم يتم إبرامه قبل حدوث النزاع، أما مشاركة التحكيم فيتم إبرامها بعد حدوث النزاع بين الأطراف، فشرط التحكيم يتعلق بنزاع من الممكن أن يولد مستقبلاً أما مشاركة التحكيم فإنها تتعلق بنزاع ولد.

وأن شرط التحكيم يرد على نزاع قد يثور مستقبلاً ولهذا يصعب تحديد موضوع النزاع، أما مشاركة التحكيم فإنها تبين مضمون النزاع لأن الأخير وقع فعلاً، وأن شرط التحكيم يتم إبرامه في جو تسوده روح الثقة بين الأطراف، لأن النزاع لم يقع أما في مشاركة التحكيم، فالأمر لا يبدو بهذه البساطة لأن النزاع يكون قد وقع فعلاً وبالتالي فإن المشاركة تبرم في جو تسوده التوتر وعدم الثقة.

وأن شرط التحكيم له طبيعة وخصائص يتميز بها، وانتهينا إلى أن شرط التحكيم لا يعتبر من ضمن الشروط التي ينظمها القانون المدني، ولا هو وعداً بالتعاقد، ولا يعتبر كذلك عقداً إجرائياً بل هو عقد قائم بذاته يخضع للعقود التي ينظمها القانون المدني.

وانتقلنا بعد ذلك إلى مضمون مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وأن هذا المبدأ ينصرف إلى أكثر من معنى فهو من ناحية أولى يقصد به: "المعنى التقليدي" والذي ينصرف إلى أن عدم مشروعية العقد الأصلي أو بطلانه يجب أن لا تؤثر على شرط التحكيم، باعتبار أن هذا الأخير ورد ضمن بنود العقد الأصلي، وذلك لأن شرط التحكيم يعالج موضوعاً مختلفاً عن موضوع العقد الأصلي.

أما المعنى الحديث لمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي فهو ينصرف إلى استقلال شرط التحكيم عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي، بمعنى أن هناك استقلالية ما بين القانون الذي يخضع له شرط التحكيم عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي.

وكذلك فإن المعنى الأخير ينصرف أيضاً إلى أن هناك استقلالاً لشرط التحكيم عن سائر القوانين الوطنية، ومعنى ذلك أن شرط التحكيم يمكن ألا يخضع لأي قانون وطني وإنما تسري عليه قواعد قانونية مستمدة من العادات التجارية والمبادئ القانونية العامة.

ورأينا من جانبنا أن مسألة الاستقلالية لا يمكن الحديث عنها إلا في حالة ورود شرط التحكيم ضمن بنود العقد الأصلي، أما إذا كان شرط التحكيم قد تم الاتفاق عليه في اتفاق منفصل عن العقد الأصلي، فإن موضوع البحث في الاستقلالية غير مجدي، وذلك لأن هناك استقلالاً مادياً بين شرط التحكيم والعقد الأصلي، وذلك لأن الاتفاق الذي تم في صورة الشرط تم الاتفاق عليه في صورة منفصلة عن العقد الأصلي، ومن باب أولى فإن مسألة الاستقلالية غير مجدية إذا تم الاتفاق في صورة مشاركة.

وأن هناك مبررات لمبدأ استقلالية شرط التحكيم ولعل أهم هذه المبررات هو اختلاف كل من موضوع شرط التحكيم والعقد الأصلي، فالعقد الأصلي قد يتعلق ببيع أو شراء أو توريد أو أي عمل من الأعمال، طالما أن هذا العقد لا يخالف النظام العام أو الآداب العامة، أما شرط التحكيم فموضوعه حل المنازعات التي من الممكن أن تثار حول تنفيذ أو تفسير العقد الأصلي مستقبلاً، وبذلك يكون موضوع العقد الأصلي مختلفاً عن موضوع شرط التحكيم، وإن كان هذا الأخير مدرجاً ضمن بنود العقد الأصلي، وسبب كل منهما مختلف أيضاً فالسبب في الشرط هو تعهد كل طرف

بعدم اللجوء إلى القضاء بالنسبة لما يثور بينهما من نزاع حول عقد معين، أما السبب في العقد الأصلي فهو أمر مختلف تماماً.

وأن هناك أهمية عملية لمبدأ الاستقلالية وتتمثل في حالة قيام أحد أطراف العقد بالطعن في العقد الأصلي بأحد أوجه البطلان، فإن الأخذ بالارتباط بين شرط التحكيم والعقد الأصلي يؤدي إلى جعل المحكم غير أهل لنظر المنازعات المتعلقة بالعقد الأصلي، لأنه لا يمكن للمحكم أن يفصل في صحة عقد هو مصدر سلطاته، وعلى ذلك إذا تم الطعن في صحة العقد الأصلي فإن القضاء هو الذي سيتصدى لهذه المسألة ويمكنه من خلال النظر في صحة العقد الأصلي التصدي لأساس النزاع.

ووصلنا في نهاية هذا الفصل إلى موقف القوانين المختلفة وكذلك موقف كل من الفقه والقضاء والمعاهدات الدولية ومراكز التحكيم الدائمة وقضاء التحكيم من مبدأ الاستقلالية.

ورأينا أن معظم القوانين نصت على هذا المبدأ، وذلك من خلال التفريق بين شرط التحكيم وموضوع العقد الأصلي، وأن عدم مشروعية هذا الأخير لا تنسحب على شرط التحكيم، وأن هذا المبدأ ليس مطلقاً فهناك حالات معينة يتأثر شرط التحكيم لما قد يطرأ على موضوع العقد الأصلي وتتمثل هذه الأمور في ما يلي:

1- الغلط في شخص المتعاقد نفسه، أو في صفة من صفاته التي كانت الدافع إلى التعاقد، أو كانت محل الرضا بالتعاقد فإن هذا الغلط يمتد إلى شرط التحكيم لأن المتعاقد الذي وقع في خطأ في شخصه أو إحدى صفاته هو بالضرورة متعاقد في شرط التحكيم ذاته، وعلى ذلك تخرج هذه الحالة من نطاق مبدأ الاستقلالية.

2- عيب الإكراه، فهو ينصب بالضرورة على شخص المتعاقد الآخر ويستهدف إرهابه والتأثير على إرادته، وهذا المتعاقد هو ذاته الطرف الآخر في شرط التحكيم، وشرط التحكيم يتم التعاقد عليه في الغالب دفعة واحدة، وعلى ذلك فالإكراه الذي يبطل العقد الأصلي يؤدي بالضرورة إلى إبطال شرط التحكيم، وعلى ذلك تخرج هذه الحالة أيضاً من نطاق مبدأ الاستقلالية، أما إذا كان شرط التحكيم قد تم الاتفاق عليه بعد إبرام العقد الأصلي وبعد زوال حالة الإكراه فإنه يتمتع باستقلالية عن العقد الأصلي.

3- التدليس الواقع على شخص المتعاقد والذي كان القصد منه استعمال طرق احتيالية لتضليله وتجعله يتعاقد فنرى أن التدليس الذي يعيب العقد الأصلي يجعل شرط التحكيم كذلك، وذلك لأن

المتعاقد ما كان ليبرم العقد الأصلي لولا الطرق التي استخدمها الطرف المدلس لحمل الطرف المدلس عليه على التعاقد.

ورأينا أن القوانين العربية لم تتعرض لحالة بطلان شرط التحكيم، وأثره على العقد الأصلي ولكنها تعرضت للحالة العكسية، وهي حالة بطلان العقد الأصلي على شرط التحكيم، وعلى عكس ذلك في القوانين الأجنبية وجدنا أن المشرع الفرنسي تطرق إلى النص على مثل هذه الحالة، فجاء في نص المادة (31444) من القانون المذكور: "إذا كان شرط التحكيم باطلاً أو غير كاف لقيام محكمة التحكيم أعلن رئيس المحكمة التجارية المختصة عدم لزوم تعيين المحكمين".

ومفاد ذلك أن بطلان شرط التحكيم لا يؤثر على العقد الأصلي، وذلك لأن العقد الأصلي يتمتع باستقلال عن شرط التحكيم والعكس صحيح بمعنى شرط التحكيم أيضاً مستقل عن العقد الأصلي وسواء كان هذا الشرط كبند من بنود العقد الأصلي أو في اتفاق مستقل فمتى كان شرط التحكيم باطلاً يبقى العقد الأصلي صحيحاً.

ومن جانبنا رأينا أنه وعلى الرغم من عدم تعرض القوانين العربية لمثل هذا الفرض ومنها قانون التحكيم الفلسطيني إلا أن النصوص الواردة في هذه القوانين تفي بالغرض للقول بأن بطلان شرط التحكيم لا يمكن أن يؤثر على العقد الأصلي والسبب في ذلك أن شرط التحكيم الوارد ضمن بنود العقد الأصلي فهو فرع يتبع أصل، وإذا كنا سلمنا باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي على الرغم من أن شرط التحكيم يعتبر فرعاً سكن أصلاً!! فما بالنا بالأصل إذا كان الفرع باطلاً!

وعالجنا مسألة جواز الأفراد الاتفاق على مخالفة مبدأ استقلال شرط التحكيم الذي يتضمنه بحيث إذا فسخ العقد الأصلي أو أبطل انسحب ذلك على شرط التحكيم.

ورأينا أن المشرع الفلسطيني والمشرع المصري، لم يتعرضا لمثل هذه الحالة، وطالعنا بعض النصوص العربية الأخرى الخاصة بالتحكيم فوجدنا نص المادة (11) من قانون التحكيم السوري الصادر في 2008\3\17م. حيث جاء في المادة المذكورة: "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على إنهاء العقد أو بطلانه أو فسخه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه متى كان الشرط صحيحاً في ذاته ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك".

وتعرضنا لموقف الفقه من مبدأ الاستقلالية فوجدنا أن هذا الموضوع أثار خلافاً فقهيّاً، فذهب البعض إلى القول باستقلاله وذهب البعض الآخر إلى العكس من ذلك ومنهم من اتخذ موقفاً وسطاً فترك

للأفراد حرية الأخذ بمبدأ استقلال شرط التحكيم من عدمه، واستعرضنا بعضاً من مواقف الفقه في بعض البلاد العربية ورأينا موقف الفقه المصري كيف انقسم ما بين مؤيد ومعارض لهذا المبدأ. ورأينا أيضاً موقف الفقه اللبناني ورأينا موقف الفقه السوري من هذا المبدأ، وانتهينا إلى أن الفقه السوري يرى أن التحكيم قضاء شامل ولا تخرج من ولايته سوى المسائل الأولية أو الطعن بالتزوير أو الأحداث الجنائية أما مسألة صحة العقد فهي ليست من المسائل الأولية التي تخرج عن ولاية المحكم، فاتجاه الفقه في سورية اعتبر الشرط التحكيمي عقداً في العقد إذا أبطل المحكم العقد بمقتضى ولايته النابعة من شرط التحكيم فيكون مستنداً إلى عقد تحكيمي لم يبطل داخل العقد الذي أبطل.

وانتهينا في هذا المجال بموقف الفقه الفلسطيني، ورأينا موقف بعض الفقهاء الفلسطينيين بتأييده لمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وذلك بالقول بأنه إذا كان العقد الرئيسي المتضمن شرط التحكيم باطلاً فإن الشرط الخاص بالتحكيم يبقى صحيحاً إذا كانت شروطه سليمة، ويظل اتفاقاً مستقلاً عن العقد الأصلي، فلا يتأثر الشرط الخاص ببطلان العقد الأصلي، وقد يكون عكس ذلك بأن يكون شرط التحكيم باطلاً، والعقد الأصلي صحيحاً، فلا يؤثر بطلان شرط التحكيم على العقد الأصلي.

واستعرضنا كذلك موقف القضاء من مبدأ الاستقلالية، ورأينا أن العديد من الأحكام الصادرة عن القضاء كرسست مبدأ الاستقلالية، ومن هذه الأحكام القضاء الهولندي، والقضاء الألماني، والقضاء الفرنسي، وبخصوص هذا الأخير وجدناه فرق في هذا الصدد بين التحكيم الوطني، والتحكيم الدولي، حيث أجاز ذلك في التحكيم الدولي ومانع ذلك في التحكيم الداخلي.

واستعرضنا كذلك موقف القضاء الإنجليزي والقضاء المصري، وبخصوص هذا الأخير تحدثنا عن القضاء المؤيد والمعارض لمبدأ الاستقلالية، ويبدو أن هذا الانقسام كان بسبب الانقسام الذي حدث بين الفقهاء المصريين في شأن مبدأ الاستقلالية.

ووصلنا أخيراً إلى موقف القضاء الفلسطيني، وأوضحنا أن هناك العديد من الأحكام التي صدرت من المحاكم الفلسطينية بخصوص التحكيم، وبمراجعة هذه الأحكام لم نجد من بينها ما يفيد باستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، لأن هذه الأحكام تتمحور كلها حول إما فسح قرار التحكيم أو عدم احترام المحكم للإجراءات الواجب إتباعها، أو غياب أحد أطراف التحكيم عن حضور جلسات التحكيم، أو إساءة السلوك من قبل المحكم.



واستعرضنا أيضاً موقف المعاهدات الدولية من مبدأ استقلال شرط التحكيم، ورأينا كيف اختلف الفقهاء حول اتفاقية نيويورك، حيث ذهب البعض إلى أن الاتفاقية لم يأت بين نصوصها، ما يفيد باستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، بينما استند البعض الآخر إلى نص المادة (312) من الاتفاقية المذكورة. وأيدنا بدورنا الرأي الأخير الذي يرى أن اتفاقية نيويورك قد تعرضت لمبدأ استقلال شرط التحكيم بطريقة ضمنية طبقاً للمادة (312) من الاتفاقية المذكورة، حيث أن الدفع أمام المحكمة المختصة بوجود اتفاق تحكيم وكان هذا الاتفاق صحيحاً وجب على المحكمة أن تحيل النزاع إلى هيئة التحكيم إذا ما تم الدفع من أحد الأطراف، وبمفهوم المخالفة إذا ثبت للمحكمة أن اتفاق التحكيم باطل فإنها لن تحيل الأطراف إلى التحكيم، ولا علاقة للمحكمة بصحة العقد الأصلي من عدمه لأن نص المادة جاء متحدثاً عن صحة اتفاق التحكيم دون العقد الأصلي.

واستعرضنا موقف الاتفاقية الأوروبية ورأينا كيف أنها نصت بوضوح على مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وذلك عندما عهدت إلى المحكم سلطة الفصل حول وجود أو صحة اتفاق التحكيم أو العقد الذي يعتبر اتفاق التحكيم جزءاً منه، ومن جهة أخرى لاحظنا أن الاتفاقية الأوروبية عالجت مسألة الاستقلالية ومبدأ اختصاص المحكم ضمن مادة واحدة.

أما اتفاقية واشنطن والذي استند إليها البعض إلى نص المادة (41) من الاتفاقية المذكورة للوصول إلى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وأبدينا رأينا في ذلك وقلنا أنه لا يمكن الاستناد إلى نص المادة السابقة للوصول إلى مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، لأن النص المذكور لم يأت بما يفيد باستقلالية شرط التحكيم، حيث أن النص تحدث فقط عن مبدأ اختصاص هيئة التحكيم، وهذا المبدأ الأخير يعتبر من المبادئ التي أصبحت مستقرة في التحكيم التجاري الدولي، وأن الأساس القانوني لمبدأ اختصاص المحكم لا يقوم على مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

فالأساس القانوني لهذا المبدأ يقوم على أساس قضائي وهو الاعتراف للمحكم بالنظر في اختصاصه، ورأينا موقف القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والذي نص بدوره على مبدأ استقلالية شرط التحكيم وإن كان عالج ذلك ضمن مبدأ اختصاص المحكم.

ووصلنا إلى موقف مراكز التحكيم الدائمة من مبدأ الاستقلالية، وبدأنا في هذا السياق بنظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، ووجدنا بأن المركز المذكور نص على مبدأ استقلال شرط التحكيم ومعطياً في نفس الوقت الحق لهيئة التحكيم النظر في اختصاصها، طالما لا يوجد اتفاق يخالف ذلك،

وفي ذات السياق نظام تحكيم الهيئة الأمريكية للتحكيم حيث تم الربط بين استقلال شرط التحكيم ومبدأ الاختصاص بالاختصاص، وكذلك فعلت محكمة تحكيم لندن والتي بدورها كرست مبدأ الاستقلالية وذلك بعدم ربط مصير اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي، ومعطية لهيئة التحكيم أن تقول كلمتها بشأن أي اعتراضات تثار أمامها.

وكذلك فعلت قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والتي جاءت بمبدأ الاستقلالية ومبدأ الاختصاص بالاختصاص في نفس الوقت.

ووصلنا في نهاية هذا الفصل إلى موقف قضاء التحكيم من مبدأ الاستقلالية ورأينا أن هناك العديد من الأحكام التي كرست هذا المبدأ، ورأينا أيضاً موقف غرفة التجارة الدولية بباريس والتي جاءت بحكمين أحدهما كرس مبدأ الاستقلالية والثاني لم يكرسها على الرغم من أن نظام غرفة التجارة الدولية بباريس كرس هذا المبدأ.

وفي الفصل الثاني من هذا البحث تناولنا النتائج التي تترتب على استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وهذه النتائج كما رأينا تتمحور حول نتائج مباشرة وأخرى غير مباشرة، وبالنسبة للنتائج المباشرة وجدنا أنها تتلخص في نتيجتين الأولى: أن مصير شرط التحكيم غير مرتبط بمصير العقد الأصلي، وأوضحنا أن كلاً من شرط التحكيم والعقد الأصلي مستقلان عن بعضهما، وأن المقصود من هذا الاستقلال أن بطلان كل من العقد الأصلي أو بطلان شرط التحكيم لا يؤثر على صحة الآخر أو بطلانه، فمصير العقد الأصلي ليس له أثر على شرط التحكيم المتعلق به، فهذا الشرط يبقى صحيحاً منتجاً لأثاره القانونية، بصرف النظر عن زوال العقد الأصلي أو فسخه أو انتهائه، ولا يمنع من إنتاج شرط التحكيم لأثاره، بحيث يكون الفصل في النزاع على صحة العقد الأصلي أو بطلانه خارج عن سلطة القضاء، وتكون ولاية الفصل فيه ثابتة لهيئة التحكيم وحدها وعلى هذه الهيئة أن تفصل فيه.

ورأينا من جانبنا أن مبدأ الاستقلالية قائم سواء كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، أو قابلاً للإبطال، ولينظر المحكم في وجود وصحة العقد الأصلي فإذا اتضح بطلان العقد الأصلي فلا أثر لذلك على شرط التحكيم وبالتالي يبقى هو المختص بنظر النزاع أما إذا اتضح أن شرط التحكيم باطل لعيب في ذاته عاد الأمر إلى المحكمة لنظر النزاع.

وإذا كان العقد منعدماً أو باطلاً بطلاناً مطلقاً، فيظل أيضاً هناك استقلال ما بين شرط التحكيم والعقد الأصلي، والسبب في ذلك يرجع إلى التفرقة ما بين البطلان النسبي والبطلان المطلق فالبطلان

النسبي يمر بمرحلتين، المرحلة الأولى ويكون له وجود قانوني كامل وينتج كل الآثار القانونية التي كانت تترتب عليه فيما لو نشأ صحيحاً، والمرحلة الثانية بعد أن يتقرر بطلانه وينعدم في هذه المرحلة وجوده القانوني انعداماً تاماً وتزول كل الآثار القانونية التي أنشأها ويكون للبطلان أثر رجعي، وبذلك لم يعد هناك فرق بين البطلان النسبي والبطلان المطلق لذلك فالعقد لا يكون إلا صحيحاً أو باطلاً بطلاناً مطلقاً، وليس هناك إلا نوع واحد من البطلان يندمج فيه البطلان النسبي كما يندمج فيه الانعدام، فالبطلان هو العدم والعدم لا تتفاوت درجاته.

ومن جانبنا أبدينا رأينا بخصوص هذه المسألة، وقلنا لماذا نقرر أن هناك استقلالية ما بين شرط التحكيم وبين العقد القابل للإبطال، ونمنع هذه الاستقلالية في حالة البطلان المطلق أو الانعدام، فإذا كان العقد قابلاً للإبطال ولم يجزه صاحب المصلحة ألا ينقلب هذا العقد إلى عقد باطل بطلان مطلق، ومن ثم يصبح هو والعقد الباطل بطلاناً مطلقاً من البداية سواء، لذلك نرى أن الاستقلالية قائمة سواء كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً أو قابلاً للإبطال، ولينظر المحكم في وجود وصحة العقد الأصلي، فإذا اتضح بطلان العقد الأصلي فلا أثر لذلك على شرط التحكيم وبالتالي يبقى هو المختص بنظر النزاع، أما إذا اتضح أن شرط التحكيم باطل لعيب في ذاته عاد الأمر إلى المحكمة لنظر النزاع.

ووصلنا إلى مسألة التكييف القانوني لعدم الارتباط بين شرط التحكيم والعقد الأصلي، وأوضحنا أن الفقهاء لم يتعرضوا بشكل مباشر لهذه المسألة، وإنما يمكن استنتاج ذلك من خلال آراء الفقهاء والتي تمحورت حول الأخذ بعدة نظريات، ولعل أولها الأخذ بنظرية انتقاص العقد.

ومن جانبنا أبدينا رأينا حول إمكانية الاستناد إلى نظرية انتقاص العقد للوصول إلى عدم الارتباط بين شرط التحكيم والعقد الأصلي، والسبب في ذلك يرجع إلى أن شرط التحكيم وإن كان وارداً ضمن بنود العقد الأصلي، فإنه يعتبر اتفاقاً مستقلاً له شروطه الخاصة المنفصلة عن العقد، وأن نظرية انتقاص العقد تفترض وجود عقد واحد وليس عقدين الأمر الذي لا يمكن معه أن تتحقق نظرية انتقاص العقد تلك الأخيرة التي تفترض وجود عقد واحد ليس باطل بأكمله، بل هو باطل في جزء منه فيزول هذا الجزء مع بقاء الجزء الصحيح.

ومن الآراء التي قيلت أيضاً أنه يمكن الاستناد إلى نظرية تحول العقد للقول بعدم الارتباط بين شرط التحكيم والعقد الأصلي، ومن جانبنا رأينا أنه لا مجال لتطبيق نظرية تحول العقد للوصول إلى عدم الارتباط بين شرط التحكيم والعقد الأصلي لنفس الأسباب التي ذكرناها عند الحديث حول نظرية

انتقاص العقد، يضاف إلى ذلك إذا كان العقد الأصلي مثلاً قد تم إبرامه تحت تأثير الإكراه مما يستتبع ذلك بطلان شرط التحكيم، فكيف يمكن أن تتوافر في العقد الأصلي بعض عناصر العقد الصحيح؟ لهذا لا يمكن القول بأن نظرية تحول العقد هي السبيل للوصول إلى عدم الارتباط بين شرط التحكيم والعقد الأصلي.

واستند البعض الآخر إلى نص المادة (81) من مجلة الأحكام العدلية التي تنص على أنه: "قد يثبت الفرع مع عدم ثبوت الأصل".

وأوضحنا أنه لا يمكن الاستناد إلى النص الأخير للوصول إلى عدم الارتباط، وأن التكييف القانوني لمسألة عدم الارتباط بين شرط التحكيم والعقد الأصلي يرجع إلى اختلاف كل من موضوع شرط التحكيم والعقد الأصلي، فالعقد الأصلي قد يتعلق ببيع أو شراء أو توريد أو أي عمل من الأعمال، طالما أن هذا العقد لا يخالف النظام العام أو الآداب العامة، أما شرط التحكيم فموضوعه حل المنازعات التي من الممكن أن تثور حول تنفيذ أو تفسير العقد الأصلي مستقبلاً، وبذلك يكون موضوع العقد الأصلي مختلفاً عن موضوع شرط التحكيم، وإن كان هذا الأخير مدرجاً ضمن بنود العقد الأصلي وسبب كل منهما مختلف أيضاً، فالسبب في الشرط هو تعهد كل طرف بعدم اللجوء إلى القضاء بالنسبة لما يثور بينهما من نزاع حول عقد معين، أما السبب في العقد الأصلي فهو أمر مختلف تماماً.

ورأينا من جانبنا أن النتيجة التي رتبها الفقهاء والتي تتعلق بعدم ربط مصير شرط التحكيم بالعقد الأصلي هي نتيجة منطقية وتستحق التأييد، وذلك لأن شرط التحكيم الذي يتم الاتفاق عليه كبنود بنود العقد الأصلي، أو في اتفاق لاحق لا بد أن يكون هناك حماية لهذا الشرط، لأن بقاء هذا الشرط بغير هذه الحماية معناه إعادة النزاع إلى المحكمة المختصة بمجرد الطعن في صحة العقد الأصلي، وهو ما تجنبه الأطراف منذ البداية بقيامهم بتحديد دور القضاء العادي في هذا المجال، لذلك لا بد من الإبقاء على شرط التحكيم وإعطائه قوة وفاعلية، وذلك بعد تأثير بطلان العقد الأصلي على هذا الشرط، ولاسيما إذا كان الطعن في العقد الأصلي كان بقصد المماطلة والتسويف، وإذا ما سمحنا بعدم استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، في هذه الحالة معنى ذلك أننا نكافئ الطرف الذي يسعى إلى عرقلة التحكيم بأن يبطل شرط التحكيم بمجرد الطعن في صحة العقد الأصلي.

ثم أن هناك من الأمور التي تترتب على بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو انتهائه، ومنها مثلاً إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، مما يستتبع أن تفصل هيئة التحكيم بهذه الأمور

على الرغم من بطلان العقد الأصلي، وذلك استناداً إلى مبدأ الفصل بين شرط التحكيم والعقد الأصلي.

وبدأنا في الحديث عن النتيجة الثانية المباشرة، التي تترتب على استقلال شرط التحكيم والتي تتمثل في إمكانية خضوع شرط التحكيم لقانون مختلف عن القانون الذي يخضع له العقد الأصلي، وأوضحنا بأن مفهوم استقلال شرط التحكيم عن حكم القانون الذي يحكم العقد ينصرف إلى أن صحة شرط التحكيم لا تتوقف على حكم القانون واجب التطبيق على العقد الأصلي، فإذا كان هذا القانون يبطل شرط التحكيم لعيب في الرضا مثلاً أو اختلاف صفة الأطراف، أو لطبيعة الالتزامات التعاقدية الواردة بشأنها، أو يمنعه في بعض العقود إلى غير ذلك فإنه لا أثر لهذا كله على شرط التحكيم.

وانتقلنا بعد ذلك إلى النتائج غير المباشرة والتي رتبها الفقهاء على استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي والتي تتمثل في نتيجتين أيضاً، وتتخلص النتيجة الأولى في إمكانية عدم خضوع شرط التحكيم لأي قانون وطني، ورأينا كيف أن القضاء الفرنسي كرس مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن سائر القوانين الوطنية في العديد من الأحكام التي صدرت عنه، ورأينا كيف أن الفقه الفرنسي انتقد موقف القضاء الفرنسي الذي يعطي لشرط التحكيم صلاحية مطلقة دون أن يلحقه بالقانون واجب التطبيق عليه وفقاً لقواعد تنازع القوانين، وهو ما يعني أن شرط التحكيم سيصبح بدون قانون يحكمه، مما لا نستطيع أن نتبين معه إذا كان صحيحاً أم باطلاً.

ورأينا كيف تم الرد على هذه الانتقادات من بعض الفقهاء وذلك بالقول بأن استقلال شرط التحكيم عن سائر القوانين الوطنية ليس معناه أن يصبح هذا الشرط بدون قانون، وإنما فقط بدون تنازع القوانين، أي أنه لا يكون في فراغ قانوني، بل تسري عليه قواعد قانونية أخرى مستمدة من مبادئ وعادات التجارة الدولية.

ونحن من جانبنا رأينا أن استقلال شرط التحكيم عن سائر القوانين الوطنية، يعتبر نتيجة منطقية لمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وسبق أن أشرنا إلى عدة ملاحظات أوردناها على النتيجة الثانية، والمتمثلة في إمكانية خضوع شرط التحكيم لقانون آخر غير الذي يخضع له العقد الأصلي، ومن ضمن هذه الملاحظات: بأنه مع التسليم بوجهة النظر القائلة بأن استقلالية شرط التحكيم عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي، تحقق لهذا الشرط فاعلية، وذلك بعدم بطلان شرط التحكيم إذا كان القانون واجب التطبيق على العقد الأصلي يبطل شرط التحكيم، فما هو الحل في

حالة قيام الأطراف بإخضاع شرط التحكيم لقانون آخر غير القانون الذي يحكم العقد الأصلي، ومن ثم تبين بطلان هذا الشرط طبقاً للقانون الذي تم اختياره من قبل الأطراف، فما هو الحل حينئذ هل سنعود للقانون الذي يحكم العقد الأصلي؟ أم نبحث عن قانون آخر لا يبطل شرط التحكيم! وإذا ما تم اختيار قانون آخر، وكان هذا القانون باطلاً فإلى متى سنستمر في البحث عن قانون لا يبطل شرط التحكيم. وإذا كان الأمر كذلك، فإنه ينبغي البحث عن حل يلائم شرط التحكيم، ويتمثل ذلك الحل في عدم خضوع شرط التحكيم لأي قانون وطني، مما يحقق لهذا الشرط فاعلية والنأي به عن أي بطلان يمكن أن ينال من هذا الشرط طالما كان هذا الشرط في حد ذاته صحيحاً.

وبالتالي فإن عدم خضوع شرط التحكيم لأي قانون وطني، يبقى لهذا الشرط الفاعلية، وخاصة في مجال التجارة الدولية، ولذلك فإن شرط التحكيم يخضع لقواعد قانونية مستمدة من المبادئ العامة للقانون ومن العادات والأعراف التي نشأت تلقائياً في مجال التجارة الدولية، ولذا لا يصبح شرط التحكيم في فراغ قانوني فتسري عليه القواعد سائلة الذكر.

وانتقلنا بعد ذلك إلى النتيجة الثانية غير المباشرة والتي رتبها الفقهاء على مبدأ استقلالية شرط التحكيم، والتي تتمثل بمبدأ الاختصاص بالاختصاص، أو مبدأ اختصاص المحكم في الفصل في اختصاصه، وعرفنا مبدأ الاختصاص بالاختصاص بأنه: "حق المحكم أن يقوم بالنظر في اختصاصه، سواء كان ذلك بنفسه أو بناءً على إيداع أحد الخصوم، حول بطلان العقد الأصلي أو حول اتفاق التحكيم، ومدى التأثير المتبادل بينهما وذلك من لحظة قبول المحكم لمهمته وحتى إصدار حكم التحكيم، مع خضوع ذلك لرقابة القضاء بعد صدور حكم التحكيم".

وأن لهذا المبدأ وظيفة وتتمثل في مواجهة كل الدفاعات المثارة بمناسبة التحكيم أياً كان السبب المثير لهذه الدفاعات، فيختص المحكم بها دون الاضطرار إلى وقف إجراءات التحكيم، أو عرض هذه الدفوع على قضاء الدولة ليفصل فيها.

وانتقلنا بعد ذلك إلى موقف القوانين والفقهاء والقضاء والمعاهدات الدولية ومراكز التحكيم الدائمة من هذا المبدأ، واستعرضنا موقف قانون المرافعات المدنية الفرنسي من هذا المبدأ، ورأينا موقف القانون الإنجليزي كيف أنه أخذ بمبدأ الاختصاص بالاختصاص، وذلك عندما أقر لهيئة التحكيم النظر في صلاحيتها وذلك إذا لم يوجد اتفاق من الأطراف يخالف ذلك، واستعرضنا كذلك موقف القانون المصري والذي بدوره أعطى الحق لهيئة التحكيم أن تقول كلمتها في شأن ما يبدي أمامها من دفوع تتعلق بعدم اختصاصها، أو التي يكون مبنائها انتفاء اللجوء إلى التحكيم أو سقوط التحكيم

أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع بأكمله، وذلك لأن هذه الدفوع من صميم اختصاص هيئة التحكيم.

وانتقلنا الى موقف قانون التحكيم الفلسطيني الذي نص على مبدأ الاختصاص بالاختصاص حسب ما ورد في نص المادة (16) من القانون المذكور، ورأينا بأن قانون التحكيم الفلسطيني لم يعالج مسألة الوقت الذي يقدم فيه الدفع بعدم الاختصاص، وكذلك لم يعالج كيفية قيام هيئة التحكيم بالفصل في هذه الدفوع.

وانتقلنا بعد ذلك إلى موقف الفقه من مبدأ الاختصاص بالاختصاص ورأينا كيف انقسم الفقه إلى ما بين مؤيد ومعارض لهذا المبدأ، ورأينا أن هذا الاختلاف كان سببه اختلافهم حول الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، لذلك رأينا أنه من المناسب أن نتعرض للطبيعة القانونية للتحكيم واستعرضنا النظريات التي قيلت بهذا الصدد، ونحن بدورنا أيدنا الطبيعة القضائية للتحكيم، ووصلنا إلى موقف الفقه المعارض لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، والذي بدوره قام بإيراد الحجج التي استند إليها لتدعيم رأيه لعدم تأييد مبدأ اختصاص المحكم، وانتقلنا بعد ذلك إلى موقف الفقه المجيز لمبدأ الاختصاص بالاختصاص.

وانتقلنا بعد ذلك إلى موقف المعاهدات الدولية من مبدأ الاختصاص بالاختصاص، ووجدنا أن هذه المعاهدات أقرت مبدأ الاختصاص بالاختصاص، وكان لها مواقف إيجابية منه، ومن هذه الاتفاقيات اتفاقية نيويورك، والاتفاقية الأوروبية، واتفاقية واشنطن.

لنتقل بعد ذلك إلى موقف مراكز التحكيم الدائمة من مبدأ الاختصاص بالاختصاص، ومن هذه المراكز ذكرنا غرفة التجارة الدولية بباريس، ونظام الجمعية الأمريكية للتحكيم، ونظام محكمة تحكيم لندن، وقواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة، ولاحظنا أن هذه المراكز عالجت مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي ضمن مادة واحدة مما يوحي بأن المبدئين وجهان لعملة واحدة مع إنهما ليسا كذلك، فكل المبدئين مستقلان عن بعضهما.

وانتهينا في هذا الفصل بالبحث عن الأساس الذي يستند إليه مبدأ الاختصاص ورأينا أن الفقهاء انقسموا إلى ثلاثة اتجاهات في هذا الخصوص، ومن جانبنا رأينا بأن مبدأ الاختصاص بالاختصاص لا يعتبر نتيجة تترتب على استقلالية شرط التحكيم، ولا يعتبر أيضاً قائماً على أساس تشريعي، بل إن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يجد سنده في الأساس القضائي.

## التوصيات:

من خلال دراستنا لبحث مدى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي نوصي بما يلي:

1- نأمل من المشرع الفلسطيني، إضافة فقرة إلى نص المادة الخامسة من قانون التحكيم الفلسطيني، لتصبح على النحو الآتي: "يجوز الاتفاق على التحكيم ولو كانت قد أقيمت بشأنه دعوى أمام جهة قضائية وفي هذه الحالة يجب أن يتضمن الاتفاق موضوع النزاع وإلا كان باطلاً".

2- نأمل من المشرع الفلسطيني إضافة مادة إلى قانون التحكيم الفلسطيني تجيز الإحالة إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم، وتكون على النحو الآتي: "ويعتبر اتفاقاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد"، لأن الأخذ بمثل هذا الحكم يعمل على توفير الوقت والجهد للمتعاقدين للاتفاق على شرط تحكيم في كل عقد يتم إبرامه بينهما، إذ يكفي الإشارة إلى شرط تحكيم وارد في عقد آخر خاصة إذا كانت هناك أعمال متتابعة بين الأطراف.

3- نأمل من المشرع الفلسطيني تعديل الفقرة الخامسة من المادة الخامسة لتصبح على النحو الآتي: "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً ولا يتأثر بفسخ العقد، أو انتهائه، أو بطلانه، إلا في حالتي الغلط في شخص المتعاقد، أو في صفة من صفاته، وفي حالتي الإكراه والتدليس".

4- نأمل من المشرع الفلسطيني إضافة فقرة إلى نص المادة الخامسة تتضمن: "الإفادة بعدم تأثير بطلان شرط التحكيم على العقد الأصلي"، لتصبح على النحو الآتي: "يعتبر العقد الأصلي مستقلاً عن شرط التحكيم ولا يتأثر ببطلان شرط التحكيم أو انتهائه".

5- تعديل المادة الخاصة باختصاص هيئة التحكيم، وذلك عن طريق توضيح وقت إبداء الدفع بعدم الاختصاص، وكيفية قيام هيئة التحكيم بالفصل في هذه الدفوع.

وفي الختام إن وفقت في هذه الرسالة فمن الله وإن أخطأت فمن نفسي والله ولي التوفيق،،،،



## قائمة المراجع

### أولاً- المراجع القانونية:

- 1- إبراهيم أحمد إبراهيم- التحكيم الدولي الخاص- الطبعة الثالثة- دار النهضة العربية- 2000.
- 2- أبو العلا النمر- دراسة تحليلية للمشكلات العملية والقانونية في مجال التحكيم التجاري الدولي- الطبعة الأولى- دار أبو المجد للطباعة بالهرم.
- 3- أحمد أبو الوفا- التحكيم الاختياري والإجباري- الطبعة الخامسة- منشأة المعارف بالإسكندرية-2001.
- 4- أحمد السيد صاوي- التحكيم - طبقاً للقانون رقم 27 لسنة1994- وأنظمة التحكيم الدولية- 2002.
- 5- أحمد عبد الكريم سلامة- نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية- دار النهضة العربية- دار قاصد كريم للطباعة-1989.
- 6- \_\_\_\_\_ قانون العقد الدولي- الطبعة الأولى- دار النهضة العربية2000-2001.
- 7- أحمد محمد حشيش- طبيعة المهمة التحكيمية- دار الفكر الجامعي- 2000- شركة الجلال للطباعة.
- 8- أحمد محمود حسني- قضاء النقص البحري- منشأة المعارف بالإسكندرية-1997م.
- 9- \_\_\_\_\_ قضاء النقص التجاري- الطبعة الأولى- منشأة المعارف بالإسكندرية- 2000.
- 10- \_\_\_\_\_ عقود إيجار السفن- منشأة المعارف بالإسكندرية- 1985.
- 11- أحمد مخلوف- مفهوم استقلال شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية- دراسة قانونية في التحكيم التجاري الدولي- أعمال مهداة إلى روح الأستاذ الدكتور- محسن شفيق- دار النهضة العربية-2002.
- 12- أحمد هندي- أصول المحاكمات المدنية والتجارية-الدار الجامعية-1989.

- 13- أشرف عبد العليم الرفاعي- اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية- الطبعة الأولى- دار الفكر الجامعي- 2003.
- 14- آمال أحمد الفزايري- دور قضاء الدولة في تحقيق فاعلية التحكيم- منشأة المعارف بالإسكندرية.
- 15- أنور الطشي- مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم- الطبعة الأولى- القاهرة- دار النهضة العربية- 2009.
- 16- جلال علي العدوي- أحكام الالتزام- الدار الجامعية- 1986.
- 17- حسام الدين فتحي ناصف- قابلية محل النزاع للتحكيم في عقود التجارة الدولية- دار النهضة العربية القاهرة- 1999.
- 18- حسن الهداوي- تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الأردني- الطبعة الأولى- دار مجدلاوي للنشر والتوزيع- 1993.
- 19- حسني المصري- التحكيم التجاري الدولي- دراسة مقارنة- دار الكتب القانونية- مطابع شتات- المحلة الكبرى- 2006.
- 20- حفيظة السيد الحداد- الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم - دار الفكر الجامعي.
- 21- \_\_\_\_\_ الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الدولية- الدار الجامعية- 1997.
- 22- حمدي محمود بارود- أحكام قانون التجارة البحرية - دراسة تحليلية مقارنة - وفقا لمشروع قانون التجارة البحرية الفلسطيني - الطبعة الأولى - 2008.
- 23- \_\_\_\_\_ العقود التجارية- دراسة حول مرحلة التفاوض- الطبعة الأولى- 2007.
- 24- خالد أحمد حسن- بطلان حكم التحكيم- دار النهضة العربية- 2010.
- 25- خالد محمد القاضي- موسوعة التحكيم التجاري الدولي- الطبعة الأولى- دار الشروق- 1423هـ - 2002.
- 26- خليل أحمد حسن قدامة- الوجيز في شرح القانون المدني الفلسطيني- الجزء الثالث- الحقوق العينية التبعية- القسم الأول- عقد الكفالة- 1998م - 1418هـ.

- 27- دربال عبد الرازق- الوجيز في النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام- دار العلوم للنشر والتوزيع.
- 28- درويش مدحت الوحيدي- التحكيم في التشريع الفلسطيني- والعلاقات الدولية- 1998.
- 29- سالم حماد الدحدوح- الوجيز في القانون الدولي الخاص- الجزء الثالث- تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي- الطبعة الثانية- 2002.
- 30- سامية راشد- التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة- الكتاب الأول- اتفاق التحكيم- دار النهضة العربية- القاهرة- 1984.
- 31- سليمان مرقص- الوافي في شرح القانون المدني- المجلد الأول- نظرية العقد والإرادة المنفردة- الطبعة الرابعة- 1987.
- 32- سيد أحمد محمود- التحكيم الاختياري أو الفردي- في الشريعة الإسلامية والقانون الكويتي- الطبعة الأولى- 1419هـ - 1998.
- 33- طالب حسن موسى- قانون التجارة الدولية- الطبعة السابعة- دار الثقافة للنشر والتوزيع- 2010.
- 34- عاشور مبروك- النظام الإجرائي لخصومة التحكيم- الطبعة الثانية- مكتبة الجلاء الجديدة- المنصورة- 1998.
- 35- عاطف محمد الفقي- التحكيم في المنازعات البحرية- دار النهضة العربية- القاهرة- 1997.
- 36- عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي- النظام القانوني لاتفاق التحكيم- الطبعة الثانية- المكتب الجامعي الحديث- 2008.
- 37- عبد الحميد الأحذب- موسوعة التحكيم- التحكيم الدولي- الجزء الثاني- دار المعارف.
- 38- \_\_\_\_\_ موسوعة التحكيم- التحكيم في البلاد العربية- الجزء الأول- دار المعارف.
- 39- عبد الحميد الشواربي- التحكيم والتصالح في ضوء الفقه والقضاء- الطبعة الثانية- منشأة المعارف بالإسكندرية- طبعة 2000.
- 40- عبد الحميد المنشاوي- التحكيم الدولي والداخلي- منشأة المعارف بالإسكندرية- 1995.

- 41- عبد الرزاق أحمد السنهوري- شرح القانون المدني- نظرية العقد- دار إحياء التراث العربي- بيروت.
- 42- عبد العزيز عبد المنعم خليفة- التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية- الطبعة الأولى- 2006.
- 43- عبد الفتاح مراد- شرح تشريعات التحكيم الداخلي والدولي.
- 44- عبد المنعم دسوقي- التحكيم التجاري الدولي والداخلي- القاهرة- مكتبة مدبولي- 1995.
- 45- عزمي عبد الفتاح عطية- قانون التحكيم الكويتي- الطبعة الأولى- مطبوعات جامعة الكويت- 1990.
- 46- علي طاهر البياتي- التحكيم التجاري البحري- الطبعة الأولى- الإصدار الأول- دار الثقافة للنشر والتوزيع- 2006.
- 47- علي عوض حسن- التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية- دار الفكر الجامعي- 2004.
- 48- عيد محمد القصاص- حكم التحكيم- دار النهضة العربية- القاهرة- طبعة 2000.
- 49- فتحي والي- الوسيط في قانون القضاء المدني - دار النهضة العربية - القاهرة - مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي - 2001.
- 50- \_\_\_\_\_ قانون التحكيم في النظرية والتطبيق- الطبعة الأولى- منشأة المعارف بالإسكندرية- 2007.
- 51- فوزي محمد سامي- التحكيم التجاري الدولي- الجزء الخامس- مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع- 1997.
- 52- كمال إبراهيم- التحكيم التجاري الدولي- دار الفكر العربي.
- 53- محسن شفيق- التحكيم التجاري الدولي- دراسة في قانون التجارة الدولية- دار النهضة العربية.
- 54- محمد عبد الفتاح ترك- التحكيم البحري- دار الجامعة الجديدة- 2005.
- 55- محمد على سكيكر- تشريعات التحكيم في مصر والدول العربية- منشأة المعارف بالإسكندرية- دار الجامعيين- 2006.

- 56- محمود السيد التحيوي- التحكيم في المواد المدنية والتجارية وجوازه في منازعات العقود الإدارية - دار الجامعة الجديدة للنشر - 1999.
- 57- \_\_\_\_\_ الوسيلة الفنية لإعمال الأثر السلبي للاتفاق على التحكيم ونطاقه- منشأة المعارف بالإسكندرية- مطبعة الانتصار- 2003.
- 58- محمود مختار أحمد بريري- التحكيم التجاري الدولي- الطبعة الثانية- القاهرة- دار النهضة العربية- 1999.
- 59- محيي الدين علم الدين- منصة التحكيم التجاري الدولي- الجزء الثالث- النسر الذهبي للطباعة.
- 60- مصطفى الجمال- عكاشة عبد العال- التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية- الجزء الأول- الطبعة الأولى- الفتح للطباعة والنشر- 1998.
- 61- مصطفى عياد- الأصول في التنظيم القضائي والمحاكمات المدنية والتجارية- الكتاب الثاني- الطبعة الأولى- 1997.
- 62- منير عبد المجيد- الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي - في القانون الخاص في ضوء الفقه والقضاء - منشأة المعارف بالإسكندرية -2000.
- 63- \_\_\_\_\_ قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية- دار المطبوعات الجامعية- 1995.
- 64- موسى سلمان أبو ملح- شرح القانون المدني الأردني- أحكام الالتزام- دراسة مقارنة- الطبعة الأولى- 1997.
- 65- \_\_\_\_\_ شرح القانون المدني الأردني- مصادر الالتزام- الكتاب الأول- 1995.
- 66- نادية محمد معوض- التحكيم التجاري الدولي- الطبعة الثانية- دار النهضة العربية- 2000\2001.
- 67- ناريمان عبد القادر- اتفاق التحكيم- الطبعة الأولى- دار النهضة العربية- 1996.
- 68- ناصر ناجي محمد جمعان- شرط التحكيم في العقود التجارية- المكتب الجامعي الحديث- 2008.

- 69- ناظم محمد عويضة- شرح قانون التحكيم رقم3 لسنة 2000م- غزة- مكتبة ومطبعة دار المنارة- 2001.
- 70- نبيل إسماعيل عمر- التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية- الطبعة الأولى- دار الجامعة الجديدة- 2004.
- 71- نبيل محمد أحمد صبيح- دور وكلاء العقود في التجارة الدولية- دار النهضة العربية بالقاهرة- 1995.
- 72- هدى محمد مجدي عبد الرحمن- دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته- دار النهضة العربية- القاهرة.
- 73- هشام خالد- معيار دولية التحكيم التجاري- دراسة مقارنة- منشأة المعارف بالإسكندرية- 2006.
- 74- ياسر محمود نصار- موسوعة دائرة المعارف القانونية- الجزء الأول- الإصدار المدني- المجموعة الدولية للمحاماة- 1998.

#### ثانياً - الرسائل العلمية:

- 1- أسامة أحمد الحواري- القواعد القانونية التي يطبقها المحكم على موضوعات المنازعات لدولية الخاصة- رسالة ماجستير- جامعة الدول العربية- 2007.
- 2- إلهام عزام وحيد الخراز- التحكيم التجاري الدولي في إطار منهج التنازع- رسالة ماجستير- نابلس- جامعة النجاح الوطنية- 2009.
- 3- حسام الدين محمود زكريا الدن- حجية أحكام التحكيم في المواد المدنية والتجارية وتنفيذها وفقاً لقانون التحكيم الفلسطيني- رسالة ماجستير- جامعة الدول العربية- القاهرة- 2009.
- 4- رجاء نظام حافظ بني شمس- الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني- رسالة ماجستير- نابلس- جامعة النجاح الوطنية- 2009.
- 5- عدنان يوسف محمد الحافي- النظام القانوني للمحكم- رسالة دكتوراه- القاهرة- معهد البحوث والدراسات العربية- 2008.

## ثالثاً - البحوث والدوريات والمجلات:

- 1- أحمد أبو الوفا- التحكيم في القانون الدولي وفي القانون المصري- بحث منشور في-  
المجلة المصرية للقانون الدولي- المجلد الخمسون- صادرة عن الجمعية المصرية للقانون  
الدولي - 1994.
- 2- \_\_\_\_\_ التحكيم الاختياري- مجلة الحقوق للبحوث القانونية  
والاقتصادية- صادرة عن كلية الحقوق- جامعة الإسكندرية- العددان الأول، والثاني-  
السنة السادسة 1952-1954م- مطبعة جامعة الإسكندرية.
- 3- أشرف روية- الطبيعة القانونية للتحكيم- بحث منشور على الموقع الإلكتروني-  
<http://www.mohamoon.com/montada/Default.aspx?Action>
- 4- دراسة في ماهية التحكيم- الجمعية الفلسطينية للعلوم القانونية- مشروع تعزيز الديمقراطية  
والمجتمع المدني 2003.
- 5- عمر مشهور حديثة الجازي- اتفاق التحكيم في ظل قانون التحكيم الأردني- رقم 31  
لسنة 2001-مقال منشور في المجلة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي - 2003- العدد الثاني  
والعشرون.
- 6- غسان علي- استقلالية شرط التحكيم عن العقد الذي يتضمنه- مقال منشور عبر الإنترنت-  
اسم الموقع- شبكة السراب الثقافية- القسم القانوني- الدراسات القانونية.
- 7- محمود مصيلحي- آثار قبول التحكيم في المنازعات الخاصة الدولية- بحث منشور في-  
مجلة البحوث الفقهية والقانونية- فرع دمنهور- العدد الخامس عشر- مطبعة البحير  
لطباعة الأوفست- 1420هـ - 2000.
- 8- مصطفى محمد الجمال- أضواء على عقد التحكيم- بحث منشور في الدراسات القانونية  
الصادرة عن كلية الحقوق- جامعة بيروت- العدد الأول- 1998.

#### رابعاً: المجموعات

- 1- السوابق القضائية- الجمعية الفلسطينية للعلوم القانونية- مشروع تعزيز الديمقراطية والمجتمع المدني 2003.
- 2- المذكرات الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني- ديوان الفتوى والتشريع- 2003.
- 3- علي حيدر- شرح مجلة الأحكام- تعريب المحامي- فهمي الحسيني- موقع الكتروني-  
[www.786bookshop.com](http://www.786bookshop.com)



## ملخص الرسالة باللغة الإنجليزية

### Summery of the thesis

#### **To what extent the arbitration condition is independent from the original contract**

The researcher reviews through the study "the independence of the arbitration clause from the original contract". And he divides the study into two chapters followed by a conclusion. The first chapter focuses on the definition provided for arbitration, which means that: the condition is an agreement made before the conflict and whether the condition is mentioned in a contract or in an agreement made after the original contract confirmation. The parties are committed under this subject to give away any conflicts that may arise among them on the implementation, or interpretation of the contract to the arbitrators for decision instead of the state's judgment.

This condition has been recognized in most Arab and foreign laws, as well as in international treaties concerned about Arbitration.

The independence of the arbitration clause from the original contract means that the illegality, invalidity or repeal of the original contract do not affect the arbitration clause, because the arbitration clause deals with a different theme from that of the original contract.

There are justifications for the principle of the arbitration clause independence from the original contract, and perhaps most important of these is the difference in the subject of the arbitration clause from that of the original contract. The original contract may be related to the purchase, sale or supply, but the arbitration clause resolves the conflicts that may arise on the implementation or interpretation of the original contract in the future.

One of these justifications is the difference between each of their reasons. As for the reason of the arbitration clause is the commitment not to resort to justice, but the original contract reason is entirely different. The principle of the independence of the arbitration clause is stipulated in the vast majority of Arab and foreign laws. The judgment provisions have included this principle in many of its provisions, therefore, this principle has been recognized and granted.

In the second chapter the researcher approaches the consequences of the independence of the arbitration clause. These results can be summarized in four results: The first result explains that the arbitration clause is not linked to the original contract.

The second result explains that there is a possibility for the arbitration clause to

be governed by a different law from that law which governs the original contract.

The third result explains that the arbitration clause is not governed by any national law, but governed by rules derived from the general principles of law, or from the customs and traditions that arose automatically in the field of international trade.

The last result explains that the arbitrator is the authority competent to decide the question of competence.

In conclusion, the researcher comes out with a set of recommendations can be summarized as follows:

1 - We hope that the Palestinian legislator, add a paragraph to the text of Article V of the Palestinian Arbitration Act , to read as follows: "may agree to arbitration if they have been set upon it a proceeding before a judicial authority in this case must include the agreement in dispute and otherwise it is null and void" .

2- We hope that the Palestinian legislator add an article to the Palestinian Arbitration Act permits referral to a document containing the arbitration clause, which shall be as follows: " every refer in the contract to a document containing the arbitration clause is considered an arbitration agreement, if the reference is clear in considering this requirement part of the contract". Because the application of such a provision serves to provide the time and effort for contractors to agree on an arbitration clause in each contract to be concluded between them, and it is enough to signal an arbitration clause in the contract of another, especially if there was a sequential acts between the parties.

3 - We hope that the Palestinian legislator amended the fifth paragraph of Article V to read as follows: "The arbitration clause is a separate agreement is not affected by avoidance of the contract, or termination, or invalidity, except in cases of mistake in the person of the contractor, or in one of His attributes, in the cases of Coercion and Fraud. "

4 – We hope that the Palestinian legislature add a paragraph to the text of Article V includes: "to report the impact of non-nullity of the arbitration clause to the original contract", to read as follows: "The original contract is independent from the arbitration clause and is not affected by the invalidity of the arbitration clause or expired. "

5 - Modify the article of the competence of the arbitral tribunal, and that by clarifying the time to make a plea, and how the arbitral tribunal to adjudicate in such defenses.

## الفهرس

الصفحة	الموضوع	مسلسل
أ	الآية القرآنية	.1
ب	الإهداء	.2
ج	الشكر والتقدير	.3
د	ملخص الرسالة باللغة العربية	.4
1	موضوع البحث ومشكلته	.5
3	أهمية البحث	.6
4	منهاج البحث	.7
4	خطة البحث	.8
5	الفصل الأول: شرط التحكيم وعلاقته بالعقد الأصلي	.9
7	المبحث الأول: ماهية شرط التحكيم	.10
8	المطلب الأول: المقصود بشرط التحكيم ومشاركة التحكيم	.11
8	الفرع الأول: المقصود بشرط التحكيم	.12
12	الفرع الثاني: المقصود بمشاركة التحكيم	.13
14	المطلب الثاني: الفرق بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم	.14
16	المطلب الثالث: طبيعة شرط التحكيم وخصائصه وبيان صورة	.15
16	الفرع الأول: طبيعة شرط التحكيم	.16
16	أولاً: شرط التحكيم من ضمن الشروط التي ينظمها القانون المدني	.17
17	ثانياً: شرط التحكيم مجرد وعد بالتعاقد	.18
18	ثالثاً: شرط التحكيم عقد ذو طابع إجرائي	.19
19	الفرع الثاني: خصائص شرط التحكيم	.20
19	أولاً: يعتبر شرط التحكيم من العقود المشروعة	.21
20	ثانياً: يعتبر شرط التحكيم من العقود المسماة	.22
20	ثالثاً: شرط التحكيم عقد شكلي	.23

الصفحة	الموضوع	مسلسل
20	رابعاً: شرط التحكيم عقد ملزم للجانبين	.24
21	خامساً: شرط التحكيم من عقود المعاوضة	.25
21	سادساً: شرط التحكيم عقد احتمالي	.26
22	سابعاً: شرط التحكيم عقد وقائي	.27
22	الفرع الثالث: صور شرط التحكيم	.28
22	أولاً: شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي	.29
23	ثانياً: شرط التحكيم كاتفاق مستقل	.30
23	ثالثاً: شرط التحكيم بالإحالة	.31
25	المطلب الرابع: موقف القوانين والمعاهدات الدولية من شرط التحكيم	.32
25	الفرع الأول: موقف القوانين المختلفة من شرط التحكيم	.33
26	الفرع الثاني: موقف المعاهدات الدولية من شرط التحكيم	.34
29	المبحث الثاني: مضمون استقلالية شرط التحكيم	.35
29	المطلب الأول: المقصود باستقلالية شرط التحكيم	.36
30	أولاً: المعنى التقليدي لمبدأ استقلالية شرط التحكيم وهو ما يعبر عنه بالاستقلال المادي للعقد	.37
32	ثانياً: المعنى الحديث لمفهوم استقلالية شرط التحكيم	.38
33	المطلب الثاني: أهمية استقلالية شرط التحكيم عن العقد الاصلي	.39
35	المطلب الثالث: مبررات استقلالية شرط التحكيم	.40
35	أولاً: احترام إرادة الأطراف	.41
36	ثانياً: اختلاف كلا من موضوع العقد الاصلي وشرط التحكيم المدرج فيه	.42
36	ثالثاً: الكتابة شرط من شروط صحة شرط التحكيم بخلاف العقد الأصلي الذي قد تشتت فيه الكتابة من عدمها	.43
37	رابعاً: عدم إجازة استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي سيؤدي إلى رفع يد المحكم بمجرد أن يدفع أي طرف في صحة العقد الاصلي	.44

الصفحة	الموضوع	مسلسل
38	خامساً: عدم إجازة استقلالية شرط التحكيم سيؤدي إلى التفريق بين شرط التحكيم ومشارطته	.45
39	المبحث الثالث: موقف القوانين والفقهاء والقضاء والمعاهدات الدولية ومراكز التحكيم وقضاء التحكيم من مبدأ استقلالية شرط التحكيم	.46
40	المطلب الأول: موقف القوانين المختلفة من مبدأ استقلالية شرط التحكيم	.47
42	أولاً: الغلط	.48
42	ثانياً: الإكراه	.49
43	ثالثاً: التدليس	.50
43	رابعاً: الغبن والاستغلال	.51
47	المطلب الثاني: موقف الفقه من مبدأ استقلالية شرط التحكيم	.52
47	أولاً: موقف الفقه المصري من استقلالية شرط التحكيم	.53
50	ثانياً: موقف الفقه اللبناني من استقلالية شرط التحكيم	.54
51	ثالثاً: موقف الفقه السوري من استقلالية شرط التحكيم	.55
51	رابعاً: موقف الفقه الفلسطيني من استقلالية شرط التحكيم	.56
52	المطلب الثالث: موقف القضاء من مبدأ استقلالية شرط التحكيم	.57
52	أولاً: القضاء الهولندي	.58
53	ثانياً: القضاء الألماني والإيطالي	.59
53	ثالثاً: القضاء الفرنسي	.60
56	رابعاً: القضاء الإنجليزي	.61
57	خامساً: القضاء المصري	.62
59	سادساً: القضاء القطري	.63
60	سابعاً: القضاء في دبي	.64
60	ثامناً: القضاء اللبناني	.65
60	تاسعاً: القضاء الفلسطيني	.66

الصفحة	الموضوع	مسلسل
62	المطلب الرابع: موقف المعاهدات الدولية من مبدأ استقلالية شرط التحكيم	.67
63	الفرع الأول: موقف اتفاقية نيويورك الموقعة عام 1958م	.68
65	الفرع الثاني: موقف اتفاقية جنيف الأوروبية الصادرة في 21 ابريل 1961م	.69
66	الفرع الثالث: اتفاقية واشنطن الموقع في 18 مارس 1965م	.70
67	الفرع الرابع: موقف القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 1985م	.71
69	الفرع الخامس: الاتفاقية العربية للتحكيم المبرمة عام 1987م	.72
69	المطلب الخامس: موقف مراكز التحكيم الدائمة من مبدأ استقلالية شرط التحكيم	.73
69	الفرع الأول: نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس الموقعة أول يناير 1998	.74
71	الفرع الثاني: نظام تحكيم الهيئة الأمريكية للتحكيم بعد تعديله ودخوله حيز التنفيذ في 15/1/1992م	.75
72	الفرع الثالث: نظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي 1985	.76
73	الفرع الرابع: موقف قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري 1976م	.77
74	المطلب السادس: موقف قضاء التحكيم الدولي من مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الاصيلي	.78
78	الفصل الثاني: النتائج المترتبة على استقلالية شرط التحكيم عن العقد الاصيلي	.79
79	المبحث الأول: النتائج المباشرة التي تترتب على استقلالية شرط التحكيم عن العقد الاصيلي	.80
80	المطلب الأول: عدم ارتباط شرط التحكيم بمصير العقد الاصيلي	.81
80	الفرع الأول: استقلال شرط التحكيم عن العقد الاصيلي	.82

الصفحة	الموضوع	مسلسل
85	الفرع الثاني: استقلال شرط التحكيم عن العقد الموضوعي	.83
86	الفرع الثالث: استقلال شرط التحكيم عن الاتفاقيات الإجرائية	.84
88	الفرع الرابع: التكييف القانوني لعدم الارتباط بين شرط التحكيم والعقد الأصلي	.85
93	المطلب الثاني: إمكانية خضوع شرط التحكيم لقانون مختلف عن القانون الذي يخضع له العقد الأصلي	.86
94	الفرع الأول: مفهوم استقلالية شرط التحكيم عن القانون الذي يحكم العقد	.87
94	الفرع الثاني: موقف القضاء من استقلالية شرط التحكيم عن القانون الذي يحكم العقد	.88
95	أولاً: موقف القضاء العادي من استقلالية شرط التحكيم عن حكم القانون الذي يحكم العقد	.89
95	أ: موقف القضاء الفرنسي	.90
97	ب: موقف القضاء الانجليزي	.91
97	ثانياً: موقف قضاء التحكيم من استقلالية شرط التحكيم عن حكم القانون الذي يحكم العقد	.92
98	الفرع الثالث: القانون واجب التطبيق على كلا من شرط التحكيم والعقد الأصلي	.93
101	المبحث الثاني: النتائج غير المباشرة التي تترتب على استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي	.94
101	المطلب الأول: مفهوم استقلال شرط التحكيم عن سائر القوانين الوطنية	.95
102	الفرع الأول: تكريس القضاء الفرنسي لمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن سائر القوانين الوطنية	.96
106	الفرع الثاني: انتقاد الفقه لمبدأ استقلال شرط التحكيم عن سائر القوانين الوطنية	.97
107	الفرع الثالث: آثار مبدأ استقلال شرط التحكيم عن سائر القوانين الوطنية	.98
111	المطلب الثاني: مبدأ اختصاص المحكم في الفصل في اختصاصه	.99

الصفحة	الموضوع	مسلسل
112	الفرع الأول: مضمون مبدأ الاختصاص بالاختصاص	100
112	أولاً: مفهوم مبدأ الاختصاص بالاختصاص	101
114	ثانياً: وظيفة مبدأ الاختصاص بالاختصاص	102
114	الفرع الثاني: موقف القوانين والفقهاء والقضاء والمعاهدات الدولية ومراكز التحكيم الدائمة من مبدأ الاختصاص بالاختصاص	103
115	أولاً: موقف القوانين من مبدأ الاختصاص بالاختصاص	104
115	أ: مبدأ الاختصاص بالاختصاص في القانون الفرنسي	105
116	ب: مبدأ الاختصاص بالاختصاص في القانون الإنجليزي	106
117	ج: مبدأ الاختصاص بالاختصاص في القانون المصري	107
119	د: مبدأ الاختصاص بالاختصاص في القانون الفلسطيني	108
122	ثانياً: موقف الفقهاء من مبدأ الاختصاص بالاختصاص	109
122	1: الطبيعة القانونية للتحكيم	110
123	أ: الطبيعة التعاقدية للتحكيم	111
123	ب: الطبيعة القضائية للتحكيم	112
124	ج: الطبيعة المختلطة للتحكيم	113
124	د: الطبيعة الخاصة للتحكيم	114
126	2: موقف الفقهاء المعارض لمبدأ الاختصاص بالاختصاص	115
128	3: موقف الفقهاء المؤيد لمبدأ الاختصاص بالاختصاص	116
131	ثالثاً: موقف القضاء من مبدأ الاختصاص بالاختصاص	117
133	رابعاً: موقف المعاهدات الدولية من مبدأ الاختصاص بالاختصاص	118
133	أ: موقف اتفاقية نيويورك من مبدأ الاختصاص بالاختصاص	119
134	ب: موقف الاتفاقية الأوروبية من مبدأ الاختصاص بالاختصاص	120
136	ج: موقف اتفاقية واشنطن من مبدأ الاختصاص بالاختصاص	121
136	د: موقف القانون النموذجي من مبدأ الاختصاص بالاختصاص	122



الصفحة	الموضوع	مسلسل
138	هـ: موقف الاتفاقية العربية من مبدأ الاختصاص بالاختصاص	123
138	خامساً: موقف مراكز التحكيم الدائمة من مبدأ الاختصاص بالاختصاص	124
139	أولاً: نظام غرفة التجارة الدولية بباريس	125
139	ثانياً: نظام الجمعية الأمريكية للتحكيم	126
140	ثالثاً: نظام محكمة تحكيم لندن	127
141	رابعاً: قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة	128
142	الفرع الثالث: الأساس القانوني لمبدأ الاختصاص بالاختصاص	129
143	أولاً: مبدأ الاختصاص بالاختصاص نتيجة تترتب على استقلالية اتفاق التحكيم	130
144	ثانياً: مبدأ الاختصاص بالاختصاص يستند إلى أساس تشريعي	131
145	ثالثاً: مبدأ الاختصاص بالاختصاص يستند إلى أساس قضائي	132
149	الخاتمة والتوصيات	133
162	المراجع	134
170	ملخص الرسالة باللغة الإنجليزية	135
172	الفهرس	136