جامعة محمد الصديق بن يحي /جيجل
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

عنوان المذكرة

استقلالية شرط التحكيم

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في القانون
تخصص: القانون الخاص للأعمال

إعداد الطلبة:
- بن بريكة مريم
- هرموش كنزة

إشراف الدكتور:
مولاه عبد الكريم

لجنة المناقشة:

أ. شويب أمينة. أستاذة مساعرة (أ). جامعة جيجل..... رئيسا
د. مولاه عبد الكريم. أستاذ محاضر (أ). جامعة جيجل.....مشرفا ومقررا
أ. حصايم سميرة، أستاذة مساعرة (أ). جامعة جيجل .....ممتحنا

السنة الجامعية: 2018/2017

إهداء

إلى سندي في الحياة عائلتي الكريمة كل باسمه.

إلى من أحيا بصلاح دعائها، والتي وضعت الجنة تحت أقدامها، أمي الغالية أطال الله في عمرها وأبقاها تاجا فوق رأسي.

إلى من أحسن تربيتي وكان سندا وعونا لي، إلى من عمل لأجلي أبي العزيز أطال الله في عمره

إلى زميلاتي وزملائي

مريم

إهداء

إلى سندي في الحياة عائلتي الكريمة كل باسمه.

إلى من أحيا بصالح دعائها، والتي وضعت الجنة تحت أقدامها، أمي الغالية أطال الله في عمرها وأبقاها تاجا فوق رأسي.

إلى من أحسن تربيتي وكان سندا وعونا لي، إلى من عمل لأجلي أبي العزيز أطال الله في عمره

إلى زميلاتي وزملائي

✍ كنزة

شكر وتقدير

الحمد والشكر لله المستعان به الذي وفقني وأعانني للإنجاز هذا العمل المتواضع.

الشكر الجزيل للأستاذ المشرف الدكتور "مولكة عبد الكريم" عرفانا بجميل فضله وإرشاداته وتوجيهاته.

نتقدم بالشكر إلى كل الأساتذة الذين جمعتني بهم سنوات الدراسة

إلى كل من ساعدنا من قريب ومن بعيد من أساتذة وزملاء

أ/ باللغة العربية

- **ج ر:** جريدة رسمية.
- **د س ن:** دون سنة نشر.
- **ص ص :** من الصفحة إلى الصفحة
- **ص:** صفحة.
- **ط:** الطبعة
- **ف:** فقرة
- **م:** المادة

ب/ باللغة الأجنبية

- **CCI:** Chambre du commerce international.
- **Caass.civ:** Cassation civil.
- **Fasc**: Fascicule.
- **JDI**: Journal de droit international
- **éd:** Edition
- **LGDJ:** Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
- **LITEC:** Librairies Techniques.
- **JCP:** Juris-Classeur Périodique (Semaine juridique).
- **n°:** Numéro
- **Op cit:** *Oper citato*, (référence précédemment citée).
- **Obs:** Observation.
- **OPU**: Office des publications universitaires.
- **P:** Page
- **Rev:** Revue
- **Rev.arb:** Revue Arbitrage.
- **Vol:** Volume

مقدمة

عرف التحكيم منذ بداية تواجد الإنسان حيث عرفته الحضارات القديمة كالحضارة الإسلامية و اليونانية و الرومانية ، فقد مر بمراحل و أتت عليه مرحلة فقد قيمته و ذلك عندما أصبح قضاء الدولة هو القضاء الرسمي لحل النزاعات، لكن هذا الوضع لم يدم طويلا و سرعان ما أسترجع التحكيم مكانته و ذلك من خلال النمو الإقتصادي السريع الذي شهده العالم و كذا مع تطور العلاقات التجارية الدولية.

بالتالي أصبح أسلوب التحكيم محل اهتمام العديد من المؤسسات الدولية و الإقليمية التي سعت إلى تنظيمه، إذ أصبح التحكيم أهم وسيلة يلجأ إليها المتعاملون في التجارة الدولية والمتدخلين في مجالها، لحسم خلافاتهم و ذلك راجع للعديد من المزايا التي يتميز بها التحكيم خاصة ما يتعلق بسهولة و بساطة الإجراءات و السرعة في البث في نزاعاتهم و سرية الجلسات، على خلاف القضاء الذي يتسم بصعوبة إجراءاته وتقيداته نظرا لارتبط المعاملات التجارية الدولي بأكثر من نظام قانون للدول التي يحمل جنسيتها المتدخلون في مجال الإعمال وإبرام العقود الدولية، أضف إلى ذلك أخذ وقت طويل من طرف القضاء في الفصل في النزاعات[1].

و يجب التفريق بين التحكيم الحر الذي يحدد فيه أطراف النزاع القواعد و الإجراءات التي يتم بها التحكيم سواء من ناحية إجرائية أو من ناحية موضوعية و بين التحكيم المؤسساتي و الذي يكون عن طريق اللجوء إلى مؤسسة لتولي الفصل في النزاع وفق لقواعدها الخاصة ووفقا لقواعدها الخاصة ووفقا للإتفاقيات الدولية و الإقليمية التي نظمت في هذا الصدد[2].

حتى يحقق نظام التحكيم هدفه و غايته لابد أن يتفق الأطراف على إحالة النزاع إلى التحكيم و هذا الإنفاق قد يكون في صورة شرط التحكيم إما قد يكون ورد في بنود العقد الأصلي ، و ذلك عند قيام الأطراف بإبراز عقدهم يتم إدراج بندا فيه مفاده في حالة نشوب نزاع فإنه يلجأ إلى التحكيم و قد يكون هذا شرط التحكيم مستقلا عن العقد الأصلي ، و يسمى شرطا تحكيميا ، لأن الإتفاق عليه تم

---

[1] TRARI-TANI Mostefa - Les règles d'arbitrage international en Algérie, Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, Vol 35, n°1, janv.-mars, Alger, 1997, p 265.

[2] **حداد حمزة**، " اتفاق التحكيم (في التحكيم التجاري الدولي"، ورقة عمل مقدمة لندوة التحكيم التجاري الدولي، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي والمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، مركز القانون والتحكيم Arbitration Center Law & مقال منشور على الموقع: .www.lac.com.jo ، القاهرة، 28-01-2000، ص 14.

قبل وقوع النزاع ،وإذا كان شرط التحكيم المنصوص عليه في العقد هو البند الذي يترجم إرادة المتعاقدين في تسوية نزاعاتهم عن طريق التحكيم[3] ، و تخلي قضاء الدولة عن الإختصاص به ، فإن هذا الشرط قد يتعرض لبعض المخاطر في حالة إختلال تكوين العقد الذي يكون نبدا فيه مما يؤدي إلى عرقلة شرط التحكيم من تحقيق الغاية الموجودة منه ، و مثال ذلك في حالة عدم توافر أحد أركان العقد ، فإن بطلان العقد أو إنعدامه يصبح دفعا يأخذ به أحد أطراف العقد كذريعة للتمسك ببطلان العقد ، و من ثم عرقلة البث في النزاع ، و بالتالي يصبح شرط التحكيم أداة غير فعالة بدلا من أن يكون التحكيم آلية لتسوية النزاعات مما يؤدي إلى ركود التجارة الدولية .

في هذا الصدد ظهر مبدأ إستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي ، و أعطى لمتعاملوا التجارة الدولية الطمأنينة الكاملة في إستمرار أداء شرط التحكيم للهدف المرجو منه في تسوية النزاع، حتى و لو كان العقد الذي تضمنه باطلا .

تستمد الدراسة أهميتها كونها تتناول موضوع مهم يتمثل في مبدأ إستقلاليته شرط التحكيم عن العقد الأصلي ، بإعتباره أحد المبادئ المهمة في مجال التجارة الدولية التي عرفت إزدهارا و إنتشارا واسعا في العالم ، كما يعتبر مبدأ إستقلال شرط التحكيم هذا العقد الأصلي من القضايا المهمة في الوقت الحالي و الذي حظي بإهتمام كبير من جانب الفقه و كذا إهتمام الدولية الخاصة في التحكيم به.

و لعل الدافع و الباعث إلى اختيار الموضوع بداية بالأسباب الذاتية و المتمثلة في الإلمام بمختلف جوانب الموضوع، و كذا الميول إلى الموضوع باعتباره موضوع حديث و مهم في مجال التجارة الدولية، أما عن الأسباب الموضوعية فيمكن إيضاحها كالآتي :

- رفع الغموض عن الموضوع بتوضيح مختلف إشكالاته .

- أن البحث في موضوع شرط التحكيم يحظى باهتمام كبير من طرف المحتكمين بالإضافة إلى عدم ملائمة التنظيمات القضائية و القوانين الوضعية لتسوية المنازعات جاء التحكيم بديل لقضاء الدولة.

- تشجيع المستثمرين و تطوير النشاط التجاري و الإقتصادي عن طريق إبرام عقود تتضمن شرط التحكيم .

[3] GAILLARD Emmanuel, L'arbitrage international : la valeur patrimoniale de la clause d'arbitrage*, Revue Annales des Mines*, aout 1999, p 36.

إذ تهدف هذه الدراسة إلى التعرف و التمعن أكثر في إستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي نظرا لما يقدمه هذا الشرط من تسهيلات لمواجهة النزاعات التي يفرزها تنفيذ العقود الدولية، خاصة عندما يتعلق الأمر بتأثرها بتغير الظروف، أضف إلى ذلك الوقوف على التجربة الجزائرية في مجال معالجة استقلالية شرط التحكيم في مجال العقود المبرمة من المتعاملين في مجال التجارة الدولية.

كما لا يمكن أن يخلوا أي بحث علمي من صعوبات أن تواجه الباحث ، أما عن موضوع بحثنا فكان العائق الأساسي هو ندرة المراجع المتخصصة في مبدأ إستقلالية شرط التحكيم و كذا إتساع الموضوع و تشعبه و كذا وجود الغموض في بعضها نصوص التشريعات الوطنية و الإتفاقيات الدولية مما دفعنا إلى البحث فيها من خلال ما إنتهى إليه الفقه في هذا المجال .

يعد موضوع مبدأ استقلالية شرط التحكيم من الإشكالات العميقة التي تثيرها مادة التحكيم، خاصة على مستوى القوانين الدولية، بحيث يظل موضوع علاقة شرط التحكيم بالعقد الأصلي ذات أهمية بمكان على اعتبار أن مصير الأول يتوقف على صحة الثاني، تكريسا للقاعدة المتأصلة والتي مفادها أن ما يسري على الأصل يسري على الفرع .

من خلال ما تقدم يمكن حصر إشكالية الموضوع في الآتي :

مدى ارتباط شرط التحكيم بالعقد الأصلي؟ بمعنى أخر هل هو جزء من هذا الأخير وبالتالي فمصير شرط التحكيم متعلق بمصير العقد وجودا وعدما؟ أم أن لشرط التحكيم مركز مستقل بذاته؟

للإجابة على الإشكالية المطروحة أعلاه والإحاطة أكثر بكل عناصر الموضوع، استوجب الأمر الاعتماد على المنهج الوصفي من خلال عرض المادة العلمية و تفريغها ، و كذا المنهج المقارن في دراسة مبدأ إستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي في بعض التشريعات الوطنية المقارنة ، و كذلك الإتفاقيات الدولية التي تعرضت للتحكيم ، و ذلك من خلال مقارنة النصوص القانونية ، أما عن المنهج التحليلي فهو لازم لهذه المذكرة باعتباره المناسب لمناقشة المادة العلمية المطروحة. و كذا استخلاص النتائج تحليلا لبعض النصوص القانونية والاتفاقيات الدولية.

اقتضت منهجية البحث في موضوع استقلالية شرط التحكيم في العقود الدولية تقسيم هذا الموضوع إلى فصلين، أولهما تم تخصيصه للإطار المفاهيمي لمبدأ استقلالية شرط التحكيم أين تم التركيز فيه على قبول فكرة مبدأ استقلالية شرط التحكيم والأساس القانوني للاستقلالية الخاصة به، بنما تم تخصيص الفصل الثاني للبحث عن النتائج المترتبة عن مبدأ استقلالية شرط التحكيم من خلال التطرق إلى النتائج المباشرة لاستقلالية شرط التحكيم ثم النتائج الغير مباشرة للمبدأ .

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي لاستقلالية شرط التحكيم

إن اللجوء إلى التحكيم قد يرد في صورة اتفاق على التحكيم بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل، ويسمى هذا الاتفاق بمشارطة التحكيم، كما قد يكون الاتفاق على التحكيم تبعا لعقد معين يذكر في صلبه ويتضمن إحالة ما قد ينشأ من منازعات في المستقبل إلى التحكيم، والذي يسمى شرط التحكيم، وهذه الصورة الغالبة في تنظيم التحكيم هي التي يثار بشأنها مبدأ الاستقلالية[4].

رغم أن شرط التحكيم يرد في العقد الأصلي إلا أن له ذاتية متميزة ومستقلة عن العقد الأصلي، والمقصود من الاستقلالية المعنى القانوني وليس المعنى المادي، فهو لا يعني أن شرط التحكيم يجب ان يكون محلا لرضا وقبول مستقل عن الرضاء والقبول في العقد الأصلي[5]، وإنما بقصد بمبدأ الاستقلالية أن عدم مشروعية العقد الأصلي أو عدم صحته أو بطلانه أو فسخه لا يؤثر على شرط التحكيم سواء كان هذا الشرط مدرجا في العقد الأصلي أم كان مستقلا عنه في صورة اتفاق منفصل على العقد ، إلا في حالتين هما أن يكون اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم نفسه غير صحيح أو حالة أخرى أن يكون الأطراف قد اتفقوا على أن يكون شرط التحكيم جزءا لا يتجزأ من العقد الأصلي يرتبط مصيره بمصير العقد الأصلي وجودا وعدما.

وللوقوف على العناصر التي يتطلبها موضوع استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي في إطاره المفاهيمي، استوجب الأمر التطرق إلى قبول فكرة استقلال شرط التحكيم لدى الفقه والقضاء (المبحث الأول) ثم البحث في الأساس القانوني الذي يتم الاستناد إليه لإقرار استقلالية شرط التحكيم (المبحث الثاني).

[4] محمد لحبيب بداع، مبدأ استقلال شرط التحكيم، مجلة القانون والأعمال الالكترونية، المغرب، متاحة على الموقع:
http://www.droitetentreprise.com/

[5] السيد الحداد حفيظة ، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق الحكيم، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001، ص:26.

المبحث الأول

قبول فكرة استقلالية شرط التحكيم

تجدر الإشارة إلى أنّ اتفاق التحكيم قد يكون بموجب عقد يتم بعد نشوب النزاع، ويدون في وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي الذي يمثل العلاقة القانونية بين الطرفين قبل نشوب النزاع، وقد يتم اتفاق التحكيم بموجب شرط يوضع في العقد الأصلي يحيل بمقتضاه إلى حسم النزاع الذي قد ينشأ فيما بعد بطريق التحكيم وسوف نتناول في هذا المبحث: مضمون استقلالية شرط التحكيم (مطلب أول)، وموقف الفقه من مبدأ استقلالية شرط التحكيم (مطلب ثاني).

المطلب الأول

في مضمون استقلالية شرط التحكيم

يعتبر مبدأ استقلال شرط التحكيم حجر الزاوية في تحقيق الفاعلية الكاملة لشرط التحكيم، وللوقوف على مضمون مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، يجب التطرّق بداية إلى تعريف استقلالية شرط التحكيم (فرع أول)، ثم أهمية استقلالية شرط التحكيم (فرع ثاني)، ثم مبررات استقلالية شرط التحكيم (فرع ثالث).

الفرع الأول

تعريف استقلالية شرط التحكيم.

سوف نتناول في هذا الفرع المعنى التقليدي لمبدأ استقلالية شرط التحكيم (أولا)، ثم المعنى الحديث لمبدأ استقلالية شرط التحكيم (ثانيا)، وذلك على التفصيل الآتي:

أولا: المعنى التقليدي لمبدأ استقلالية شرط التحكيم:

يقصد بمبدأ استقلالية مبدأ التحكيم عن العقد الأصلي: أنّ مشروعية العقد الأصلي أو صحته أو بطلانه أو فسخه لا يؤثر على شرط التحكيم، سواء كان هذا الشرط مدرجا في العقد الأصلي، أم كان مستقلا عنه في صورة اتفاق تحكيم، وأساس هذا أنّ اتفاق التحكيم يعالج موضوعا مختلفا عن موضوع العقد الأصلي، لأنّ اتفاق التحكيم تصرف قائم بذاته، له كيان مستقل عن العقد الأصلي.[6]

[6] منير عبد المجيد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي: في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 102.

نلاحظ أن هذا التعريف عالج مسألة واحدة وهي مسألة العيب الذي قد يصيب العقد الأصلي وعدم تأثير هذا العيب على شرط التحكيم.[7]

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

أيضا، التعريف عالج مسألة بطلان العقد الأصلي، وعدم تأثير البطلان على شرط التحكيم من خلال إدراج شرط التحكيم ضمن شروط العقد الأصلي، وكذلك الاتفاق على شرط التحكيم بعد إبرام العقد الأصلي مما يعني أنّ الاتفاق على شرط التحكيم تمّ في صورة اتفاق مستقل.[8]

جانب من الفقه كذلك عرّف استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي أنّه إذا كان الشرط باطلا أو فسخ، فإنّ هذا لا يؤثر على شرط التحكيم، وهذا ما يعبّر عنه باستقلالية أو ذاتية شرط التحكيم، فهو وإن كان يرد في العقد الأصلي. إلا أنّ له ذاتية متميّزة ومستقلة عن العقد الأصلي.[9]

نلاحظ على هذا التعريف أنّه عالج مسألة استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، ومسألة استقلالية العقد الأصلي عن شرط التحكيم.

حصَرَ التعريف هذه الاستقلالية في حالة واحدة وهي إدراج شرط التحكيم ضمن شروط العقد الأصلي.[10]

ثانيا: المعنى الحديث لمفهوم استقلالية شرط التحكيم:

مفهوم استقلالية شرط التحكيم لم يتوقف عند هذا المعنى التقليدي الذي يعني الاستقلال المادي عن العقد الأصلي، وإنما اتخذ مفهوما آخرا حديثا هو استقلاله عن القانون الذي يحكم العقد.

فيقصد باستقلالية شرط التحكيم عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي: أن شرط التحكيم عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي: أن شرط التحكيم يبقى صحيحا إذا ما كان القانون الذي يحكم العقد يبطل شرط التحكيم لعيب في الرضا مثلا أو لاختلاف صفة الأطراف، أو لطبيعة الإلتزامات التعاقدية الوارد بشأنها أو منعه في بعض العقود.[11]

---

[7] أسامة أحمد حسين أبو القمصان، مدى إستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، قدمت هذه الرسالة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجيستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2010، ص 30.

[8] المرجع نفسه، ص 30.

[9] ناريمان عبد القادر، إتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، 1996، ص 311.

[10] أسامة أحمد حسن أبو القمصان، المرجع السابق، ص 31.

[11] المرجع نفسه، ص 32، 33.

فهو: استقلال شرط التحكيم عن كل قانون يؤدي إلى بطلانه وتسري عليه قواعد قانونية مستمدة من مبادئ وعادات التجارة الدولية.[12]

وهذا ما يقصد به خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي، فهذه الاستقلالية تقبل عدم خضوع اتفاق التحكيم بالضرورة إلى نفس القواعد التي يخضع لها العقد الأصلي.[13]

ومما لا شكّ فيه أنّ الإعتراف بهذا الأثر الأول، وهو استقلال اتفاق التحكيم عما يصيب العقد الأصلي من بطلان، لكان معنى ذلك أنّه إذا ورد العقد الأصلي صحيحا وكان القانون واجب التطبيق عليه يحظر شرط التحكيم أو يبطله، فإنّ هذا الاستقلال لن يحول دون وقوع اتفاق التحكيم باطلا.[14]

وبالتالي فاستقلالية شرط التحكيم هي عدم تأثره بالعقد الأصلي، لا من حيث الصحة والتمسّك ببطلانه ولا من حيث القانون واجب التطبيق عليه وإمكانية اللجوء لقواعد الإسناد.[15]

الفرع الثاني

أهمية مبدأ استقلالية شرط التحكيم

يعد مبدأ استقلالية شرط التحكيم الدعامة الرئيسية التي تسعى إلى حماية وأمن عقود التجارة الدولية وتحقيق مصالحها، فحاجات ومصالح التجارة الدولية هي التي أدت إلى تدعيم وتحصين شرط التحكيم من البطلان.[16]

فإذا قام أحد طرفي العقد بالطعن في العقد الأصلي بأحد أوجه البطلان، فإنّ الأخذ بارتباط شرط التحكيم والعقد الأصلي يجعل المحكم لا سلطة له بالنظر في المنازعات المتعلقة بالعقد وبالتالي فإن القضاء هو من سينظر في هذه المسألة.[17]

---

[12] أحمد مخلوف، مفهوم إستقلال شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، دراسة قانونية في التحكم التجاري الدولي، أعمال مهداة إلى روح الأستاذ الدكتور محسن شفيق، دار النهضة العربية، 2002، ص 231.

[13] بشار محمد الأسد، عقدو الإستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006، ص 395.

[14] المرجع نفسه، ص 395.

[15] زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1991، ص 358.

[16] عبد الباسط محمد عبد الواسع، شرط التحكيم في عقد التجاري الدولي: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2014.

[17] ناريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 310.

أما الأخذ بمبدأ الاستقلالية فيؤدي إلى عدم تأثر شرط التحكيم بالعقد الأصلي، وبالتالي فإنه لا يكون عرضه للبطلان في حالة ما إذا تم الدفع ببطلان العقد الأصلي، مما يمكن المحكم من النظر في المنازعات التي لها علاقة ببطلان العقد الأصلي وهذا لأنه إستمد سلطته من اتفاق التحكيم.[18]

وحتى وإن تم إدراج اتفاق التحكيم في العقد الأصلي فاتفاق التحكيم يرد على موضوع غير موضوع العقد الأصلي.[19]

نأخذ على سبيل المثال عقد البيع، فالعقد الأصلي يتناول موضوع وشرط التحكيم يتناول إجراء، فنجد أن موضوع العقد الأصلي هو الشيء محل البيع (سلعة، مواد غذائية ...)، مكان التسليم، أما إذا نظرت إلى اتفاق التحكيم فنجده يتحدث عن إجراء يكون عند نشوب النزاع بين الطرفين، فالعقد والإجراء حتى وإن دوّنا في وثيقة واحدة فإنهما يكونان منفصلين ولا يؤثران في بعضهما البعض.[20]

فلو دفع أحد أطراف العقد بعدم اختصاص هيئة التحكيم بالنظر في النزاع سبب سقوط شرط التحكيم فإن للهيأة أن تقضي برد هذا الدفع وذلك لاستقلالية شرط التحكيم، حتى ولو تم فسخ العقد، وبالتالي فإن الحكم لن يكون قابلا للإبطال بحجة عدم وجود شرط التحكيم، أو فصل المحكم في مسائل لا يشملها شرط التحكيم.[21] وشرط التحكيم يضل معمول به ولا يلحقه بطلان أو فسخ أو إنتهاء، ويتم النظر في النزاع من خلال التحكيم.[22]

الفرع الثالث

مبررات مبدأ استقلالية شرط التحكيم

يحظى مبدأ استقلال شرط التحكيم بعدة مبررات تتمثل فيما يلي:

عند إبرام عقد معين بين طرفين ويتم الاتفاق بينهم على إحالة النزاعات المتعلقة بتنفيذ أو تفسير العقد إلى التحكيم، ويكون هذا الاتفاق في صورة شرط التحكيم الوارد ضمن بنود العقد

[18] محسن شفيق، التحسين التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 195.

[19] أسامة أحمد حسين أبو القمصان، المرجع السابق، ص 31.

[20] محسن شفيق، المرجع السابق، ص 195.

[21] عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 346.

[22] محمد عبد الفاتح ترك، التحكيم البحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005، ص 441، 442.

الأصلي، معنى هذا أن الأطراف قصدوا بذلك عرض كافة المنازعات التي يمكن أن تنشأ حول هذا العقد بطريق واسع ليشمل حتى النظر في صحة أو بطلان العقد الأصلي.[23]

وعدم إجازة استقلالية شرط التحكيم عند العقد الأصلي يؤدي إلى عدم احترام هذه الإدارة التي تتجه إلى عرض كافة المنازعات التي من الممكن أن تثور حول العقد الأصلي، ولو أراد الأطراف التضييق من نطاق هذه الإرادة لعبروا عن ذلك صراحة.[24]

أيضا، نجد من مبررات استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، إختلاف بنود العقد الأصلي عن شرط التحكيم الوارد فيه، فالعقد الأصلي قد يتعلق ببيع أو شراء أو توريد أو أي عمل من الأعمال طالما أنه لا يخالف النظام العام والآداب العامة،أما شرط التحكيم فمحله حل المنازعات التي يمكن أن تنشأ بمناسبة تنفيذ أو تقسيم العقد الأصلي مستقبلا.[25]

وبذلك يكون لكل من العقدين موضوعا مخالفا عن العقد الآخر، فعلى الرغم من وجود شرط التحكيم في العقد الأصلي المتعلق به في أغلب الحالات، إلا أنه يبقى متميزا عنه، فمحل شرط التحكيم هو عمل إجرائي منفصل عن العقد الأصلي[26].

كذلك، تعتبر الكتابة شرطا لإنعقاد شرط التحكيم وصحته وليست فقط شرطا لإثباته، فالاتفاق على التحكيم يكون شكليا، لا ينعقد إلا بالكتابة، ولا يمكن إثبات إنعقاد شرط التحكيم إذا لم توجد الكتابة، فال يجوز إثبات إنعقاده ولو بالإقرار واليمين،من أجل الحرص على تجنب فتح الباب لمنازعات فرعية حول وجود أو مضمون الاتفاق، ويكفي التوقيع من الطرفين على العقد.[27]

كذلك من مبررات استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي أن القانون واجب التطبيق على شرط التحكيم قد لا يكون بالضرورة هو نفسه الواجب التطبيق على العقد الأصلي.[28]

---

[23] عاطف الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 125.

[24] بفي علي، شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2014، 2015، ص38.

[25] بفي علي، المرجع السابق، ص 38.

[26] المرجع نفسه ص 38.

[27] ناصر ناجي محمد جمعان، شرط التحكيم في العقود التجارية، المكتب الجامعي، 2008، ص 102.

[28] بفي علي، المرجع السابق، ص 38.

كذلك القول بعدم استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي سيؤدي إلى رفع يد المحكم في النظر في المنازعات المتعلقة بالعقد الأصلي، وذلك إذا دفع أحد الأطراف ببطلان العقد الأصلي.[29]

المطلب الثاني

تكريس مبدأ استقلالية شرط التحكيم

أقرت معظم القوانين مبدأ استقلالية التحكيم عن العقد الأصلي، وذلك من خلال نصها على المواد ذات الصلة بموضوع الاستقلالية، أما الفقه فنجده متباين الرأي مابين الأخذ بهذا المبدأ ومنهم من لم يأخذ به وهناك من اتخذ موقفا وسطا مانِحا الحرية للإطراف الأخذ بهذا الموقف إذا رغبوا في ذلك من عدمه.

الفرع الأول

تكريس الفقه من مبدأ استقلالية شرط التحكيم

اختلف رأي الفقه المصري قبل صدور قانون التحكيم رقم 27 لسنة 1994م بخصوص مبدأ استقلال شرط التحكيم، وذلك راجع لخلو قانون المرافعات المصري رقم 13 لسنة 1968، الذي ألغيت النصوص المنظمة للتحكيم بصدور قانون التحكيم المذكور، وكذا قانون المرافعات الملغى رقم 77 لسنة 1949 من النص على مبدأ استقلالية شرط التحكيم، وقد كان في ذلك الصدد وجود تباين في رأي الفقه بين مؤيد ومعارض للمبدأ المذكور، فبعد أن كان قد ذهب رأي إلى القول بأنه في التحكيم يتلاقى البطلان الموضوعي والبطلان الإجرائي عن مخالفة واحدة، وبالتالي يجب التفرقة بين بطلان العقد الأصلي وبطلان شرط التحكيم [30]، وهذا معناه أنه يقر بمبدأ استقلال شرط التحكيم.

كما ذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه على الرغم من النص على شرط التحكيم في العقد الأصلي فإنه يجب القول باستقلاله عن هذا العقد فهو تصرف قانوني مستقل، حتى وإن تضمنه هذا العقد، وينتج عن ذلك أنه قد يكون شرط التحكيم صحيح و العقد الأصلي باطلا الذي تضمن هذا الأخير، إلا إذا كان سبب البطلان يشمل أيضا شرط التحكيم، ومثال ذلك أن يكون العقد قد أبرم من

[29] أسامة أحمد حسين أبو القمصان، المرجع السابق، ص 37.

[30] عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 349.

طرف شخص ناقص الأهلية، وهذه النتيجة الهامة يترتب عليها إمكانية عرض صحة أو بطلان العقد الأصلي للمحكمين وفقا للشرط الذي يتضمن هذا العقد.[31]

وفي نفس الإتجاه ذهب أحد الفقهاء إلى القول بأن استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي راجع إلى إختلاف محل وسبب شرط التحكيم عن العقد الأصلي، إذ يمكن أن يكون المحل في شرط التحكيم هو محل النزاع بينما قد يكون المحل في العقد الأصلي وارد على مقاولة أو بيع وسبب شرط التحكيم هو المحافظة على إستمرار العقد وتنفيذه بينما سبب العقد الأصلي قد يكون الربح، وبالتالي فإن إختلاف المحل والسبب هو أساس استقلالية كل منهما عن الآخر.[32]

ذهب جانب من الفقه المعارض لمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي مستندا في رأيه على أن المحكم يستمد سلطاته من العقد الأصلي، الذي تم فيه الاتفاق على التحكيم، فإذا كان هذا العقد محل خلاف بين الخصوم وتمسكا ببطلانه، أو فسخه، فإنه لا يجوز للمحكم النظر في هذا الأمر أو ذاك، وهذا ما يقضي تماما بعدم استقلال شرط التحكيم، بل يكون تابعا للعقد الأصلي، حيث أن بطلان العقد الأصلي ينتج عنه بطلان شرط التحكيم.[33]

ذهب جانب آخر إلى القول بأن شرط التحكيم لا يكون مستقل عن العقد الذي كان بندا فيه، ونتيجة لذلك فإنه إذا تم الإدعاء أمام هيئة التحكيم ببطلان العقد، فإن هيأة التحكيم بوصفها خارجة عن إطار محاكم الدولة لا تستطيع أن تفصل في ذلك الإدعاء، ويتعين على هيأة التحكيم حينها أن توقف الإجراءات أمامها إلى حين صدور حكم قضائي يفصل في مسألة بطلان العقد من المحاكم القضائية المختصة.[34]

كما نجد أن الفقه اللبناني قد بنى رأيه على أساس حالتين، وتتمثل الحالة الأولى في حالة الطعن في العقد الأصلي، والحالة الثانية في الطعن في البند التحكيمي (شرط التحكيم).[35]

---

[31] أسامة أحمد حسين أبو القمصان، المرجع السابق، ص 47.

[32] المرجع نفسه، ص 47.

[33] أحمد أبو الوفا، التحكيم في القانون الدولي وفي القانون المصري، بحث منشور في المجلة المصرية في القانون الدولي، المجلد 50، صادر عن الجمعية المصرية للقانون الدولي، ص 33، 34.

[34] أسامة أحمد حسين أبو القمصان، المرجع السابق، ص 48.

[35] المرجع نفسه، ص 50.

فإذا كان الطعن في العقد الأصلي، فإنه حسب رأيهم أن هذا الطعن لا يبث فيه سوى القضاء، لأنه موضوع سابق عن شرط التحكيم، الذي يرتبط بصحة العقد الأصلي، وبالتالي فلا يملك المحكم صلاحية النظر فيه إذا كان الطعن موجها إلى العقد الأصلي وهكذا فإن استقلالية شرط التحكيم لم يكن معترف بها لديهم.[36]

أما إذا كان الطعن موجها لشرط التحكيم فإن الفقه اللبناني كان يميل إلى إعتبار أن المحكم هو صاحب الولاية، والفقه يشبه هذا الوضع بالدفع بعدم الصلاحية أمام القضاء الذي يبث هو ذاته في صلاحيته، ويعتبر أن المحكم يملك صلاحية النظر فيه النابعة من شرط التحكيم إذا كان هذا الطعن موجها لشرط التحكيم.[37]

كذلك فإن الفقه اللبناني عالج مسألة استقلال شرط التحكيم من جهة أخرى ففرق بين أن يكون الاتفاق التحكيمي قد نص صراحة على إعطاء المحكم صلاحية هذا الاختصاص أم لم ينص على ذلك فإذا خول البند التحكيمي للمحكم سلطة الفصل في جميع الخلافات بما فيها المتعلقة بصحة نشوء العقد أو بطلانه قد أولو المحكمين الصلاحية خارجا عن العقد، أما في الحالة التي يكون فيها شرط التحكيم لم ينص على ولاية شرط المحكم صلاحية الفصل في الأمر، أو في صحة أو بطلان الاتفاق التحكيمي، فلا يكون للمحكم اختصاص في هذا المجال بل يعود الاختصاص للمحاكم القضائية.[38]

الفرع الثاني

تكريس التشريعات المقارنة لمبدأ استقلالية شرط التحكيم

يتم التطرق إلى التشريعات الأجنبية من اجل البحث في نقطة استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وذلك من خلال البحث في مضمون بعض التشريعات الأوربية ثم التشريعات العربية.

أولا: تكريس التشريعات الأوربية لمبدأ استقلالية شرط التحكيم

تنص معظم التشريعات العصرية المتعلقة بالتحكيم صراحة على مبدأ استقلالية شرط التحكيم، جاء في قانون المرافعات الفرنسي في المادة 1446 «إذا كان شرط التحكيم باطلا فإنه يعتبر غير مكتوب»، وهذا النص يدفعنا للقول بأنه في حالة بطلان شرط التحكيم في العقد الأصلي، بمفهوم

[36] أسامة أحمد حسين أبو القمصان، المرجع السابق ، ص 50.

[37] المرجع نفسه، ص 50.

[38] المرجع نفسه، ص 50.

المخالفة يمكن الاستنتاج بأنه إذا كان العقد الأصلي باطلا فإن ذلك لا يؤثر على صحة شرط التحكيم[39].

كذلك فإن المادة 178 الفقرة 3 من القانون الدولي الخاص السويسري الصادر في سنة 1987 تنص أيضا على أنه«لا يجوز المنازعة في صحة اتفاق التحكيم بمقولة عدم صحة العقد الأصلي»، وأيضا فإن المادة 8 من القانون الإسباني الصادر في 5 ديسمبر 1988 بشأن التحكيم تنص على أن «بطلان العقد لا يؤدي بالضرورة إلى بطلان اتفاق التحكيم المتعلق به». [40]

ولقد نصت المادة 1697 الفقرة الأولى والثانية من التقنين البلجيكي للمرافعات في صياغته الواردة بالقانون الصادر في 4 يوليو 1972 وأيضا المادة 1053 من قانون الإجراءات المدنية الهولندي والتي بصياغتها الواردة في القانون الصادر 1986 أن«اتفاق التحكيم يعتبر مكونا لاتفاق مستقل». [41]

وعلى الرغم من هذا القبول الواسع في معظم الأنظمة القانونية الأجنبية لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، عن العقد الأصلي الذي يتضمنه هذا الاتفاق أو الذي يتعلق بهذا الأخير، فإن القانون الإنجليزي يمثل حالة أو وضع خاص عن باقي التشريعات فإنه لا يقبل الإعتراف بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، فمبدأ الانفصال بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي من المبادئ التي يتم تكريسها بشكل كامل في القانون الإنجليزي. [42]

ثانيا: تكريس التشريعات العربية لمبدأ استقلالية شرط التحكيم

تنص المادة 1040 في الفقرة الثالثة منها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائرية على أنه: «لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي»، وهذا النص يدفعنا إلى القول بأن إذا كان العقد الأصلي باطلا فإن ذلك لا يؤثر على صحة شرط التحكيم، وما يفهم من هذا أن المشرع الجزائري أكد أخذه لمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي. [43]

وقد كرست المادة 23 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية صراحة على هذا المبدأ بنصها «يعتبر شرط التحكيم اتفاق مستقلا عن شروط

---

[39] محمد شهاب، التحكيم التجاري الدولي، مركز الإسكندرية للكتاب، الإسكندرية، 2008، ص 203.

[40] محمد شهاب، المرجع السابق، ص 203.

[41] السيد الحداد حفيظة ، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم: من حيث استقلاليته وآثاره والنظام القانوني الذي يحكمه ومدى تأثر قانون التحكيم المصري بها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 30.

[42] المرجع نفسه، ص 32.

[43] قانون 08-09، مؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر 21 الصادر في 2008، المعدل والمتمم.

العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته». [44]

الفرع الثالث

موقف القضاء من استقلالية شرط التحكيم

أقر القضاء الفرنسي استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي وهذا ما نجده في الحكم الذي أصدرته محكمة النقض الفرنسية في قضية (Cosset) الصادر في 07 مايو 1963 حيث جاء في حيثيات الحكم على أنه في مجال التحكيم الدولي فإن اتفاق التحكيم سواء كان مبرما على نحو مفصل أو كان مدرجا في التصرف القانوني المتعلق به، فإنه يتمتع باستقلال قانوني كامل بحيث لا يتأثر بما قد يلحق هذا التصرف من بطلان إلا في بعض الظروف الاستثنائية. [45]

وقد أشارت المحكمة نفسها إلى المبدأ المذكور في حكمها في قضية (Droga) الصادرة في 14 ديسمبر 1983 حيث جاء فيه بأنه «في مجال التحكيم الدولي يتمتع شرط التحكيم باستقلال كامل اتجاه العقد». [46]

وفي سنة 1971 أكدت المحكمة في قرار (Impex)، على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، والاتجاه اللبناني كذلك قريب من هذا التوجه، إذ جاء في محكمة بيروت التجارية سنة 1972أن البند التحكيمي ضمن إطار القانون الدولي الخاص له كيان مستقل عن كيان العقد الذي يتضمنه، بحيث أن زوال العقد قبل إقامة الدعوى ليس من شأنه أن يؤثر بصحة هذا البند... [47]

هذا ولم يقتصر تقدير مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي والأخذ به على الأحكام الصادرة عن مراكز التحكيم الدائمة فقط بل أخذت به أيضا الأحكام الصادرة عن المحاكم التحكيمية

---

[44] القانون رقم 27 لسنة 1994، في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية: منشور في وزارة العدل لجمهورية مصر العربية، إدارة التشغيل، قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية والمذكرات الإيضاحية المتعلقة به، 1995، ص 16.

[45] السيد الحداد حفيظة ، المرجع السابق، ص 34.

[46] محمد شهاب، المرجع السابق، ص 202.

[47] المرجع نفسه، ص 202.

الخاصة "ad-bx" [48] هذا ما نجده في الأحكام الصادرة في المنازعات البترولية بين ليبيا والشركات الأجنبية والتي ثارت بعد اتخاذ الجماهيرية الليبية لإجراءات التأميم ضدها. [49]

ففي قضية (Texaco) أصدر المحكم الوحيد الأستاذ (Dupuy) حكما تمهيديا في 27 نوفمبر 1975، رفض فيه وجهة النظر الليبية والتي مفادها أن إجراءات التأميم وضعت حدا لعقود الامتياز البترولية ذاتها وهذا الأثر يجب أن يمتد إلى شروط التحكيم، الواردة في هذه العقود، وذلك استنادا إلى مبدأ استقلالية شرط التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي الوارد فيه. [50]

أيضا نجد أن المحكم المنفذ "محمد صبحي المهساني" في قضية"ليامكو ليبيا" في الحكم الذي صدر في 12 أفريل 1977 قال بأنه: "من المتفق عليه عموما سواء في الممارسات العملية أو في القانون الدولي بقاء شرط التحكيم بعد الإنهاء بالإرادة المفقودة من قبل الدولة للعقد الذي يوجد فيه هذا الشرط والذي يضل ساري المفعول حتى بعد هذا الإنهاء. [51]

كذلك كرس حكم التحكيم الصادر في كوبن هاجن في 14 جانفي 1982 في قضية ألف ELF ضدّ نيوك NIOC مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، حيث ذهب المحكم الأستاذ قومارGomardعند فصله في المنازعات بشأن عقد نص فيه على أن محكمة التحكيم أو المحكم المنفرد من أجل إصدار الحكم التحكيمي غير ملزمين بأي وجه من الوجوه بأية قاعدة قانونية محددة ولكن لها السلطة في تأسيس قرارها على الاعتبارات المتعلقة بالإنصاف والمبادئ القانونية المعترف بها ولاسيما مبادئ القانون الدولي، وأنه في حالة عدم اتفاق الأطراف على مقر التحكيم وإجراءاته، فإن للمحكم تحديد هذه المسائل إلى تقرير أن مقر التحكيم هو كوبن هاجن وأن القانون الإجرائي الدانيماركي هو الذي يتعين تطبيقه على الإجراءات. [52]

ولقد اعتبر المحكم أن المسائل المتعلقة باختصاصه في الموضوع، واستقلالية شرط التحكيم يتعين حسمها في ضوء القانون الذي يحكم العقد على المحو القائم في الشرط المذكور أعلاه، وتأسيس

---

[48] إبراهيم إسماعيل إبراهيم الربيعي ماهر محسن عبود الخياكتي، التحكيم ضمانة إجرائية تسوية منازعات الاستثمار: دراسة مقارنة، ص 78.

[49] السيد الحداد حفيظة ، المرجع السابق، ص 35.

[50] المرجع نفسه، ص 36.

[51] بولحية سعاد، استقلالية اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية الدولية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، دس، ص 37.

[52] بولحية سعاد، المرجع السابق، ص 37.

على ذلك قرر المحكم استقلالية شرط التحكيم تعد مبدأ من مبادئ القانون الدولي يتم تطبيقه بشكل مستقر ومستمر في أحكام التحكيم الصادرة عن محاكم التحكيم الدولية، وهذه الاستقلالية التي يتمتع بها هذا الشرط أيدها الفقه المختص في مجال التحكيم التجاري الدولي، ولوائح التحكيم التي أقرتها المنظمات الدولية، والمعاهدات الدولية، كما أنها تشكل جزء من القانون الوطني للتحكيم في العديد من الدول، وبالتالي فشرط التحكيم يلزم الأطراف ويرتب آثاره دون أي تتأثر قوته الإلزامية بإدعاء الشركة المدعى عليها بأن العقد بأكمله باطل لا أثر له.[53]

وسوف نتعرض إلى تكريس هذه الاستقلالية في المعاهدات الدولية ولوائح التحكيم والقوانين الوطنية سواء الأجنبية والعربية لاحقا.

[53] بولحية سعاد، المرجع السابق، ص 38.

المبحث الثاني

الأساس القانوني لاستقلالية شرط التحكيم

يعتبر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي من الأسس المستقرة حاليا، ذلك في إطار القوانين الوطنية أو المعاهدات الدولية ولوائح التحكيم، وتستنتج من الموضوع المختلف لكل من العقد الأصلي وشرط التحكيم، فهذا الأخير هو مجرد عقد يرد عن الإجراءات التي تهدف إلى الفصل في المنازعات الناشئة عن الشروط الموضوعية التي يتضمنها العقد الأصلي.[54]

من هنا قسمنا هذا المبحث إلى: الأساس القانوني لاستقلالية شرط التحكيم على المستوى الدولي (مطلب أول)، والأساس القانوني لاستقلالية شرط التحكيم في القوانين الوطنية (مطلب ثاني).

المطلب الأول

الأساس القانوني لاستقلالية شرط التحكيم على المستوى الدولي

لبيان مدى الاعتراف بمبدأ الاستقلالية شرط التحكيم عند العقد الأصلي من قبل المعاهدات الدولية، يجب الوقوف عند هذه المعاهدات، وذلك وفقا لما سنبينه:

الفرع الأول

موقف الاتفاقيات الدولية

لقد عالجت كل من اتفاقية نيويورك لعام 1958 والاتفاقية الأوروبية جنيف 1961 واتفاقية واشنطن لعام 1965 بالإضافة إلى المبادئ الموحدة للعقود الدولية موضوع التحكيم وتم التطرق فيها إلى استقلالية شرط التحكيم.

أولا: موقف اتفاقية نيويورك الصادرة في 1958

يرى أحد الفقهاء أن اتفاقية نيويورك لم يرد في تصورها ما يدل على مبدأ استقلالية شرط التحكيم، وهذا راجع إلى عدم انتشار هذا المبدأ في ذلك الوقت، وان الحكم على سلامة اتفاق التحكيم يتم تقديره وفقا للقانون الذي اختاره الأطراف، أو وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم، حيث نصت المادة (أ/1/5) من هذه الاتفاقية على انه: لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على

[54] السيد الحداد حفيظة ، المرجع السابق، ص 20.

طلب الخصم الذي يصبح عليه بالحكم إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ، الدليل على أن الاتفاق غير صحيحا وفقا للقانون الذي أخضعه له الأطراف، أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم.[55]

رأي آخر يقول بان هذا النص مفاده إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر لقانون آخر غير الذي يخضع له العقد الأصلي، وبالتالي فتكون اتفاقية نيويورك قبلت ضمنا أن يكون اتفاق التحكيم نظام قانوني مستقل عن العقد الأصلي، أي يمكن إدراجها في إطار الاتجاهات المؤيدة لفكرة استقلالية اتفاق التحكيم.[56]

إن اتفاقية نيويورك كغيرها من الاتفاقيات الخاصة بالتحكيم لم تعطي أهمية بالغة لاتفاق التحكيم كعقد يستلزم لانعقاده توافر شروط معينة، والسبب في ذلك أن هذه الشروط تستند في كل تشريع وطني إلى النظرية العامة للالتزامات، وإلى نصوص خاصة ترتبك بالإجراءات أحيانا وبالنظام العام أحيانا أخرى، مما يتصور معه بلوغ التوحيد التشريعي في شانها ولهذا تفضل الاتفاقيات ترك هذه المسائل للتشريعات الوطنية ولقواعد القانون الدولي الخاص عندما يقع تنازل بينهما.[57]

كذلك رأي آخر يقول أن اتفاقية نيويورك وان لم تنص صراحة على هذا المبدأ، إلا أنها أقرت الاستقلالية بصورة ضمنية، ودعم رأيه بنص المادة (2/3) حيث نصت على مايلي: «على محكمة الدول المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناءا على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل، ولا أثر له أو غير قابل للتطبيق».[58]

وفسر هذا الرأي وجهة نظره لو دفع أحد الأطراف أمام المحكمة المختصة بالنظر في النزاع فإن هذا الدفع لا يحول دون قيام هذه المحكمة بإحالة الخصوم للتحكيم إعمالا بالأثر الملزم لشرط التحكيم، متى تأكدت المحكمة من صحة هذا الشرط وإنتاجه لآثاره وقابليته للتطبيق، الأمر الذي يستفاد منه.استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي ولو كان باطلا.[59]

ثانيا: اتفاقية جنيف الأوروبية الصادرة في 1961

[55] أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 217.

[56] السيد الحداد حفيظة ، المرجع السابق، ص 27.

[57] محسن شفيق، المرجع السابق، ص 135.

[58] أسامة احمد حسين أبو القمصان، المرجع السابق، ص 64.

[59] المرجع نفسه، ص 64.

تنص المادة (5/3) من اتفاقية جنيف الأوروبية «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 جزء منه».

يتضح من هذا النص أن هذه الاتفاقية نصت على بوضوح على مبدأ استقلالية شرط التحكيم على المبدأ الأصلي، وذلك عندما خولت على المحكم سلطة الفصل حول وجود أو صحة اتفاق التحكيم أو العقد الذي يعتبر اتفاق التحكيم جزءا منه».[60]

ولم تنص الاتفاقية لان بطلان العقد الأصلي على شرط التحكيم، وإن كانت منحت لكل من الطرفين حق التمسك ببطلانه سواء أمام المحكمة المختصة بنظر النزاع متى قدم أمامها أحدهما الدفع بالتحكيم، أو أمام هيئة التحكيم التي حرك هذا الأخير أمامها الدعوى التحكيمية، وفي هذا الوضع منحت الاتفاقية لهيئة التحكيم سلطة الفصل في اختصاصها والفص في وجود وصحة شرط التحكيم، وجود وصحة شرح التحكيم فإنه ينتج أثره، وتصبح هذه الهيأة مختصة بالفصل في النزاع المتعلق بانعدام العقد الأصلي أو بطلانه، وذلك فضلا عن ترتيب حقوق الطرفين على هذا الأساس.[61]

ثالثا: اتفاقية واشنطن الموقعة في مارس 1965

نصت الفقرة الأولى من المادة (41) من اتفاقية واشنطن على انه «هيئة التحكيم هي التي تحدد اختصاصها».

ولتبرير استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي استند بعض الفقهاء على هذه المادة، فهيئة التحكيم هي من تقرر ما إذا كان هناك اتفاق تحكيم أم لا، فهو لن يختص إلا بناء على وجود اتفاق صحيح.[62]

لكن الباحث لا يرى إمكانية الاستناد إلى نص المادة المذكورة للوصول إلى مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، لأن هذه الأخيرة لم توضح بما يفيد باستقلالية شرط التحكيم، حيث أن المادة نصت فقط على مبدأ اختصاص هيأة التحكيم، وهذا الأخير من المبادئ التي أصبحت مستقرة في

[60] أسامة أحمد حسين أبو القمصان، المرجع السابق، ص 65.
[61] المرجع نفسه، ص 65.
[62] السيد الحداد حفيظة ، المرجع السابق، ص 29.

التحكيم التجاري الدولي، وأن الأساس القانوني لمبدأ اختصاص المحكم لا يقوم على مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي.[63]

رابعا: القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري 1985

إتخذ القانون النموذجي قواعد إجرائية تؤكد استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي [64]، وذلك كما ورد في نص المادة (16/1) من القانون النموذجي «يجوز لهيأة التحكيم البث في اختصاصها بما في ذلك البث في أي إعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته، ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءا من عقد، كما لو كان مستقلا عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيأة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم شرط التحكيم».[65] ومن هنا نلاحظ أن القانون النموذجي نص صراحة على استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي.[66]

وما يتضح من النص المذكور أن صلاحية أو صحة أو نفاد شرط التحكيم غير مرتبط بمصير العقد الأصلي، فالإدعاء بأن العقد الأصلي لم يتم إبرامه في الفرض الذي يكون فيه العقد الذي يتضمن شرط التحكيم، ثم توقيعه ولكنه لم يدخل حيز القضاء، أو انه وقع باطلا أو تم فسخه، [67] أو أن الإلتزامات الناشئة عن العقد الأصلي تم النص عليها من جديد أو ما شابه، ذلك من أحكام قد تلحق بالعقد الأصلي فلا يكون لها أثر على فاعلية شروط التحكيم، أو يؤدي إلى المساس به، وفي صياغ ذلك يخول لهيئة التحكيم الاختصاص في الفصل في حقوق والتزامات أطراف النزاع والحكم على الطلبات والدفوع حتى إن كان هذا العقد غير نافد أو وقع باطلا ولا أثر له.

خامسا: الاتفاقية العربية للتحكيم المبرمة عام 1987

لم تنص صراحة على مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي ولكنها تحدثت عن سلطة المحكمين في النظر في اختصاصهم، حيث جاء في نص المادة 24 منها: «يجب إبداء الدفع بعدم

---

[63] أسامة احمد حسين أبو القمصان، المرجع السابق، ص 66.

[64] المرجع نفسه، ص 67.

[65] قانون اليونسترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، لعام 1985، مع التعديلات التي إعتمدت في عام 2006، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، فيينا، 2008، ص 515.

[66] أسامة أحمد حسين أبو القمصان، المرجع السابق، ص 67.

[67] المرجع نفسه، ص 67.

الاختصاص والدفوع الشكلية الأخرى قبل الجلسة الأولى، وعلى هيئة التحكيم أن تفصل فيها قبل الدخول في الموضوع، ويكون قرارها بهذا الشأن نهائي».[68]

ومن نفس الاتفاقية نصت المادة 27 أيضا على «الاتفاق على التحكيم وفق أحكام هذه الاتفاقية يخول دون عرض النزاع أمام جهة قضائية أخرى، أو الطعن لديها بقرار التحكيم».[69]

يرى البعض أنّ عند نص الاتفاقية على منح هيأة التحكيم سلطة النظر في اختصاصها، فهذا يدل بشكل واضح على الأخذ بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وعلى هذا الأساس فإن الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري أخذت بمبدأ الاستقلالية على غرار القواعد القانونية الحديثة في مجال التحكيم الدولي.[70]

الفرع الثاني

الاجتهادات القضائية

تم إقرار العمل في القضايا المطروحة على منصات القضاء والتحكيم بشرط استقلالية التحكيم في العقود الدولية، وهذا ما يتم تبيانه من خلال مواقف مختلف المؤسسات المتخصصة في المجال.

أولا: نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس المعدل في أول يناير 1998

يعد نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس أول نظام تحكيمي كرس قاعدة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، إذ نصت المادة (8/4) منه «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، ويضل المحكم في حالة انعدام العقد نفسه أو بطلانه، مختص لتحديد حقوق الأطراف، والفصل في إدعاءاتهم وطلباتهم، بحيث أن بطلان العقد أو انعدامه، لا يفضي إلى عدم اختصاص المحكمين ولا إلى بطلان أو انعدام العقد التحكيمي».[71]

وما يبادر أذهاننا حسب مفهوم المادة السابقة أنه يمكن القول أنه في حالة الإدعاء بعدم وجود أو انعدام العقد الأصلي، أو ثبوت بطلانه بطلان مطلق، فمعنى ذلك أن ليس للمحكمة سلطة الاختصاص بالنظر في غتفاق التحكيم بصورة مستقلة، فإذا اتفق وجود اتفاق التحكيم ومن صحته،

---

[68] أسامة احمد حسين أبو القمصان، المرجع السابق ، ص 68.

[69] المرجع نفسه، ص 68.

[70] أسامة احمد حسين أبو القمصان، المرجع السابق، ص 68.

[71] المادة (4/8) من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس.

فإنه يستمر في نظر النزاع المطروح، ويكون له بحث الاعتراضات المثارة حول انعدام العقد الأصلي، أو بطلانه بطلانا مطلقويكون له الحق في تحديد الحقوق المتبادلة للأطراف، ويفصل في طلباتهم ومختلف نزاعاتهم.[72]

ثانيا: نظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي 1985

نصت المادة (1/23) من نظام تحكيم لندن للتحكيم الدولي بأنه «يجوز للمحكمة التحكيمية البث في اختصاصها، بما في ذلك البث في أي اعتراضات تتعلق بوجود العقد التحكيمي أو صحته، ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءا من عقد (أو الذي كان من المفروض أن يشكل جزءا من عقد) كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من المحكمة التحكيمية ببطلان العقد أو بعدم وجوده، أو انه غير ذي فاعلية لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان عدم وجود أو عدم فاعلية الشرط التحكيمي».[73]

من خلال هذا النص تكون محكمة تحكيم لندن كرست مبدأ الاستقلالية، وذلك بعدم ربطها اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي، إذ أنها أقرت للمحكم سلطة الفصل في جميع الطلبات والاعتراضات المتعلقة باختصاصه، وله سلطة الفصل في وضع حيز للأمور التي تدخل في نظام اختصاصه ومدى صحة أو بطلان اتفاق التحكيم الذي يستمد منه سلطته.[74] وأنّ أي قرار يصدر عن هيأة التحكيم حول بطلان العقد الأصلي، أو بعدم وجود هذا الأخير فإن هذا القرار الذي صدر بشأن العقد الأصلي، يبقى بمنأى عن شرط التحكيم حيث أنّ هذا الأخير يتمتع باستقلالية تجاه العقد الأصلي الذي صدر قرار ببطلانه أو فسخِه أو انتهائه.[75]

ثالثا: قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 1976

يظهر مبدأ استقلال التحكيم بطريقة واضحة في نظام التحكيم وفقا للقانون التجاري الدولي للأمم المتحدة فتضمن هذا النظام نصوصا صريحة ومباشرة تؤكد هذا الاستقلال فجاء في نص المادة (2/21) من النظام المذكور «تختص هيئة التحكيم بالفصل في وجود أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءا منه وفي حكم المادة المذكورة يعامل شرط التحكيم الذي يكون جزءا من عقد، وينص

[72] سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة: اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص 127.

[73] المادة 1/23 نظام تحكيم لندن للتحكيم الدولي، 1985.

[74] أسامة أحمد حسين أبو القمصان، المرجع السابق، ص 72.

[75] المرجع نفسه، ص 72.

على إجراء التحكيم وفقا لهذا النظام بوصفه اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، وكل قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم».[76]

نستخلص مجموعة من النقاط:

1- المحكم مخول له الفصل في موضوع اختصاصه، حتى ولو كان الاعتراض على الاختصاص مراده المنازعة في وجود أو صحة اتفاق التحكيم في أي من صورتيه، مشارطة التحكيم أو شرط التحكيم الوارد ضمن نصوص العقد الأصلي.[77]

2- من حق المحكم البحث في وجود وصحة العقد الأصلي، وأن يقضي بانعدامه أو بطلانه متى ثبت لديه ذلك حتى لو كان اتفاق التحكيم جزءا لا يتجزأ من العقد الأصلي.[78]

3- اتفاق التحكيم الوارد ضمن نصوص العقد الأصلي، يجب أن يعد اتفاقا مستقلا منفصلا عن العقد الأصلي ولا يخضع بالضرورة لمصير هذا الأخير.[79]

4- لا يعتبر شرط التحكيم غير صحيح، حين قام حكم قضاء هيأة التحكيم ببطلان العقد الأصلي بطلانا مطلقا.[80]

الفرع الثالث

مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في أهم لوائح التحكيم الدولية

لوائح التحكيم الدولية لا تكتسب قوة إلزامية مقارنة مع القوانين الداخلية للدول والاتفاقات الدولية، وإن تكريسها لمبدأ الاستقلالية من الناحية القانونية لا يضيف لهذا الأخير أية قيمة، وذلك بالنظر إلى الطبيعة الاتفاقية لهذه اللوائح، فهي تستمد قوتها وإلزاميتها من إرادة الأطراف على تطبيق أحكامها.[81]

ولهذه القرينة فائدة عملية بالنسبة للمحكمين الذين يرون أن ضرورة تطبيق قانون مختلف عن اتفاق التحكيم، إذا كان هذا القانون جاهلا لهذه التفرقة، على الرغم من إشارة الأطراف لهذه اللائحة.

---

[76] المادة 21 من قانون التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، 1976.

[77] حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي: دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مطابع شتات، 2006، ص 140.

[78] سامية راشد، المرجع السابق، ص 140.

[79] المرجع نفسه، ص 138.

[80] حسين المصري، المرجع السابق، ص 140.

[81] تعويلت كريم، إستقلالية إتفاق التحكيم التجاري الدولي: دراسة على ضوء المرسوم التشريعي رقم 93-09 والقانون المقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون الأعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004،ص 84.

[82] ففي هذه الحال يكفي لهؤلاء الأطراف ملاحظة أن هذا القانون لا يكرسها صراحة، فمن أجل الفصل بين مصير اتفاق التحكيم ومصير العقد الأصلي، فهم يستندون على مبدأ سلطان الإرادة في ذلك. [83]

ومثال ذلك كرست اللائحة التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في صيغتها المعدلة في عام 2010، المادة 23 منها مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، بصفة واضحة لا تدع مجال لأي جدل فقهي. [84] أيضا نظام غرفة التجارة الدولية بباريس سنة 1998، بدوره كرس هذا المبدأ، حيث نصت الفقرة المادة (6/4) على أنه: يتفق الأطراف علة خلاف ذلك، فإن إلا الإدعاء ببطلان الفقد أو انعدامه لا يؤدي بعدم اختصاص المحكم إذا قدر صحة اتفاق التحكيم، ويظل المحكم مختصا حيث في حالة انعدام العقد أو بطلانه، وذلك لتحديد الحقوق المتبادلة الأطراف والفصل في طلباتهم واستنتاجاتهم. [85]

كرس هذا النص استقلالية اتفاق التحكيم بشكل جلي ليس فقط في حالة الادعاء ببطلان العقد الأصلي ولكن أيضا في حالة الادعاء بعدم وجود هذا العقد أصلا. [86]

---

[82] تعويلت كريم، فعالية إتفاق التحكيم التجاري الدولي، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، قسم الحقوق، كلية العلوم السياسية، تيزي وزو، 2017، ص 184.

[83] السيد الحداد حفيظة ، المرجع السابق، ص 38.

[84] جاء في نص المادة 23 (يقابله نص المادة 21 من صياغة 1976 بصياغة مماثلة لذلك التي استعملت فيما بعد في المادة 160 من القانون النموذجي لنفس اللجنة، حيث نصت: (ولهذا الغرض ينظر إلى بند التحكيم الذي يشكل جزاءا عن عقد لما لو كان اتفاقا مستقلا عن بنود العقد الأخرى، ولا يترتب تلقائيا على أي قرار لهيئة التحكيم ببطلان العقد بطلان بند التحكيم)، هذه اللائحة منشورة على موقع اللجنة: www.uncitral.org

[85] جاء النص الأصلي كما يلي:

Sauf stipulation contraire, la prétendue nullité ou insistance alléguée du contrat n'entrant pas l'incompétence de l'arbitre s'il retient la validité de la convention d'arbitrage, il reste compétent, même en cas d'inexistence ou de nullité du contrat, pour détermines les droits respectif des parties et stations sur leur demandes et conclusion, *In: www.iccbo.org*

[86] السيد الحداد حفيظة ، المرجع السابق، ص 39.

كما يتوجب على المحكم في حالة ما إذا كان العقد الأصلي باطلا ألا يتوقف في هذه الحالة، بل عليه استخلاص الآثار المترتبة على هذا البطلان أو الانعدام فيما يتعلق بادعاءات الأطراف وليس له أن يقضي بعدم اختصاصه في الفصل في هذه المنازعة.[87]

يرى بعض الفقهاء أن موقف لوائح التحكيم يكون أقل صراحة إذا تعلق الأمر بمعرفة ما إذا كان يتوج بإتباع هذه القاعدة المتقدمة من قبل المحكمة الدولية للتحكيم، وإذا ما شرعت في فحص مسألة وجود أو صحة اتفاق التحكيم الأول وهلة.[88]

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أنه يتعين الفصل في هذه المسألة في ضوء احترام مبدأ الاستقلالية، وهذا ما يدل على أن الرقابة الظاهرية يجب أن تكون موحية على نحو قاطع للرقابة المحتمل ممارستها فيما بعد من قبل المحكمين بشأن هذا الموضوع، فمبدأ الاستقلالية الذي يقوم المحكمين بتطبيقه يتعين إعماله أيضا بواسطة المحكمة الدولية للتحكيم من باب أولى، فمبدأ الاستقلالية يعبر عن الإرادة المفترضة للأطراف في أن ترى بأنه يجب معاملة اتفاق التحكيم بشكل مستقل عن العقد الأصلي،وهو ما يتماشى مع لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس، فالمسألة التي تفحصها هيأة التحكيم primafacia تتعلق بوجود وصحة اتفاق التحكيم وليس بوجود وصحة العقد الأصلي.[89]

المطلب الثاني

الأساس القانوني لمبدأ استقلالية شرط التحكيم في التشريعات الوطنية

أخذت معظم التشريعات الوطنية الحديثة المتعلقة بالتحكيم صراحة على مبدأ استقلالية شرط التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، بينما التقت دول أخرى بالإشارة إليها بشكل غير مباشر وذلك من خلال تأكيدها على عدم ارتباط مصير شرط التحكيم بمصير العقد الأصلي الوارد فيه.

---

[87] السيد الحداد حفيظة ، المرجع السابق، ص 31.

وهذا إعمالا لنص المادة 8 في فقرتها 3:

« Lorsque l'une des parties soulève une ou plusieurs moyens relatifs à existence ou a la validité de la convention d'arbitrage, la convoyant constaté prima facia l'existence de cette convention, peut décides, sans regagne la recevabilité ou le bien fondé de ces moyens ».

[88] بولحية سعاد، المرجع السابق، ص 35.

[89] السيد الحداد حفيظة ، المرجع السابق، ص 80.

ولدراسة هذا العنصر قسمنا هذا المطلب إلى: مبدأ استقلالية شرط التحكيم في التشريعات الأجنبية (فرع 1)، ومبدأ استقلالية شرط التحكيم في التشريعات العربية (فرع 2).

الفرع الأول

مبدأ استقلالية شرط التحكيم في التشريعات الأجنبية

نجد أن فرنسا لم تجد مبررا للنص على فكرة استقلالية شرط التحكيم صراحة في التعديل الذي أخلته على القانون إلا إجراءات المدنية، حيث تركت إقراره للقضاء الذي خلقه.[90]

طرحت هذه المسألة على محكمة النقد الفرنسية بمناسبة القضية المعروفة بـ (GOSSET) التي تتمثل في النزاع. حول تنفيذ حكم صدر في إيطاليا بناء على شرط التحكيم ورد في عقد أبرم بين مستورد فرنسي ومصدر إيطالي والذي قضى بالتعويض للمصدر الإيطالي بسبب الخطأ الذي كان هذا الأخير تمسك ببطلان العقد الذي يرد فيه شرط التحكيم، ذلك لمخالفة نظام العام الفرنسي، وعدم مراعاته قواعد الآمرة الخاصة بالاستيراد، وبالتالي بطلان شرط التحكيم.[91]

إلا أن محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الدفع وأوردت في حكمها الصادر في 7 ماي 1963 العبارة الشهيرة القائلة بـ: في مجال التحكيم التجاري الدولي، فإن اتفاق التحكيم سواء كان مبرما على نحو منفصل أو كان مندرجا فيه التصرف قانونيا المتعلق به، فإنه يتمتع دائما – إلا في بعض الظروف الاستثنائية- استقلالية قانونية كاملة، حيث لا يتأثر بما قد يلحق هذا التصرف من بطلان.[92]

يرى جانب من الفقه أن عبارة عدا الأحوال الاستثنائية يقصد بها الفرد الحالي، وبالتالي إذا اتفق أطراف العقد صراحة على ربط المصير اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي ففي هذه الحالة يجب احترام اتفاقهم وبالتالي يهدر مبدأ استفاق التحكيم.[93]

فمنذ صدور حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية (GOSSET) تواترت الأحكام القضائية الفرنسية التي أكدت على هذا المبدأ بعبارة مماثلة لتلك الواردة في الحكم المذكور، كما حذف تحفظ الحالات الاستثنائية الذي جاء، ذلك لعدم استنتاج أي عملية منها.[94] حيث قضت محكمة النقض

---

[90] بن سعيد لزهر، التحكيم التجاري الدولي: وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية وقوانين المقارنة، دار هومة، ص 78.

[91] تعويلت كريم، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 78.

[92] المرجع نفسه، ص 78.

[93] عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 365.

[94] تعويلت كريم، فاعلية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 171.

الفرنسية في قضية (Impex) أنه: يكون اتفاق التحكيم مستقلا قانونا في القانون الدولي الخاص الفرنسي، هذا ما أكدت كذلك من قضية (Hecht)، وقضية (Droga).[95]

جاء مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي من أجل إعطاء اتفاق التحكيم كل مفهوم، وبالتالي تشجيع اللجوء إلى التحكيم كوسيلة نقض النزاعات.[96]

كذلك من بين التشريعات التي اعترفت بمبدأ الاستقلال اتفاق التحكيم، نجد القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 في المادة 178/3، والتي نصت على أنه لا يمكن منازعة في صحة اتفاق التحكيم يدافع أن العقد الأصلي غير صحيح، أو أن الاتفاق تعلق بنزاع لم ينشأ بعد.[97] أيضا، قانون التحكيم السويدي لعام 1999 حيث نصت المادة 16/1 على أنه: يعتبر شرط التحكيم الوارد[98] كجزء من عقد، اتفاقا منفصلا (مستقلا) عند الشروط الأخرى في العقد، ولا يترتب بقوة القانون على ثبوت بطلان العقد من جانب محكمة تحكيم بطلان شرط التحكيم[99]. أقره كذلك قانون التحكيم الإنجليزي سنة 1996 في المادة 7 حيث أنه تدارك النقص التشريعي الذي كان قائما في ظل القوانين القائمة.[100]

الفرع الثاني

مبدأ استقلالية شرط التحكيم في التشريعات العربية

أخذت جل الدول العربية بمبدأ استقلالية شرط التحكيم في الدول الأخيرة، حيث غيرت من موقفها المتردد بالنسبة لبعض الدول، والرافض بالنسبة للبعض الآخر، حيث انضمت إلى اتفاقات الدولية الخاصة بهذه وسيلة من وسائل حل النزاعات، وأصدرت قوانين جديدة تتماشى والتوجهات الحالية بشأن المبادئ الجديدة وعلى رأسها مبدأ الاستقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي.[101]

ففي مصر نجد أن المشرع المصري أكد على مبدأ استقلال شرط التحكيم وذلك في القانون الجديد الخاص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادرة سنة 1994، في المادة 23 التي نصت على أنه: يعتبر شرط التحكيم اتفاق مستقلا عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته.[102]

---

[95] أسامة احمد حسين أبو القمصان، المرجع السابق، ص 171.

[96] المرجع نفسه، ص 172.

[97] عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 364.

[98] المادة 1/16 ، من قانون التحكيم السويسري، 1999.

[99] أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية، الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص476.

[100] عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 364-365.

[101] تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 175.

[102] المادة 23 من القانون، رقم 27، 1994، المرجع السابق.

وبذلك يكون المشرع المصري قد أكد استقلالية شرط التحكيم.[103] بصورة واضحة لا تدع مجالا للشك، ولم يفرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، ووضح حدا للخلاف الفقهي الذي كان سائدا في مصر حول هذه المسألة قبل صدور هذا القانون، رغم أن الأغلبية كانت ترى الأخذ بالمبدأ في مجال التحكيم التجاري الدولي.[104]

كذلك نجد أن قانون التحكيم اليمني رقم (22 لسنة 1992) اعترف بمبدأ استقلالية التحكيم وذلك في المادة 16 التي نصت على أنه: يجوز أن يكون اتفاق التحكيم على شكل عقد مستقل (وثيقة التحكيم)، أو على شكل بند في عقد (شرط التحكيم)، وفي الحالة الأخيرة يعامل شرط التحكيم باعتباره اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، وإذا حكم ببطلان العقد الذاتي، فإنه لا يترتب عن ذلك بطلان شرط التحكيم.[105]

يتضح من هذا النص أن المشرع اليمني لم يدع مجالا للاجتهاد الفقهي والقضائي وإنما أورد نصا صريحا يكرّس ما انتهى إليه الرأي بشأن هذه العلاقة، سواء في الاتفاقات الدولية أو أحكام التحكيم الدولي وبذلك يكون المشرع اليمني قد ساير الاجتهادات الحديثة، كما أنه لم يفرق بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي[106].

أيضا نجد أن المشرع التونسي كرس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي على طريقة القانون النموذجي الذي أعدته الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والذي أخذت منه معظم أحكام القانون التونسي، [107] وقد نصت المادة 61/1 من قانون التحكيم الصادر في 26 أفريل 1993 على أنه تبث هيأة التحكيم في اختصاصها وفي أي اعتراض يتعلق بوجود اتفاقية التحكيم أو بصحتها، ولهذا الغرض ينظر في الشرط التحكيمي للعقد كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شروطه الأخرى والحكم ببطلان العقد لا يترتب عنه قانونا بطلان الشرط التحكيمي.[108]

---

[103] خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجماعي، الإسكندرية، 2008، ص 283.

[104] تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 175.

[105] عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السباق، ص 362.

[106] المرجع نفسه، ص 362.

[107] تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 177.

[108] الفصل 61 من القانون عدد 42 لسنة 1993 مؤرخ في 26 أفريل 1993 يتعلق باصدار مجلة التحكيم، (الرائد الرسمي عدد 33 بتاريخ 04 ماي 1993، ص 580).

أما بالنسبة للمشرع الجزائري وقبل صدور المرسوم التشريعي 39-09 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية الملغى، فإنه لم يتضمن نص خاص بمسألة استقلالية شرط التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي.[109]

لكن بعد صدور المرسوم التشريعي السالف الذكر تم تكريس مبدأ الاستقلالية، واقتصر الأخذ به فقط على التحكيم التجاري الدولي، وذلك في المادة 458 مكرر 1 التي تنص على"لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب أن العقد الأساسي قد يكوم غير صحيح.[110]

وقد احتفظ المشرع الجزائري بنفس الصياغة تقريبا في إطار قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر في سنة 2008 في المادة 1040 في فقرتها الأخيرة التي تنص على أنه لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي. [111]

يتبين من هاذين النصين أن المشرع الجزائري اعتمد على الصياغة المعتمدة في القانون السويسري إذ لم يرد فيها مصطلح الاستقلالية، وإنما اكتفى بالنص على أحد الآثار الأساسية التي تترتب على مبدأ الاستقلالية وهو عدم تأثر اتفاق التحكيم بما قد يصيب العقد الأصلي من بطلان.[112]

ومن هنا نستنتج أن اتفاق التحكيم ليس عقد تبعيا، بل هو عقد منفصل على العقد الأصلي، فبطلان هذا الأخير لا يؤدي إلى بطلان شرط التحكيم كما جاء في نص المادة1040 السالفة الذكر.[113]

---

[109] تعويلت كريم، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 81.

[110] مرسوم تشريعي رقم: 39-09 المؤرخ في 25 أفريل 1993، يعدل ويتمم الأمر رقم 154، المؤرخ في 1966/06/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج ر ج ج عدد 27، الصادر في 1993/04/27، ملغى.

[111] قانون رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/25، المرجع السابق.

[112] تعويلت كريم فعالية التحكيم الدولي التجاري، المرجع السابق، ص 177، 178.

[113] بومعزة نبيهة، "الطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيم في القانون الجزائري"، التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، عدد 35، سبتمبر 2013، ص 227، 228.

نأخذ على سبيل المثال عقد صلح بشأن عقد البيع، فإذا فسخ العقد الأصلي فإن ذلك لا يؤدي إلى بطلان التحكيم، وهذا إعمالا لمبدأ استقلالية شرط التحكيم،والذي يقصد به أيضا عدم ارتباط شرط التحكيم بمصير العقد الأصلي، وبالتالي إمكانية تطبيق قانون مستقل ومختلف عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي تطبيقا لنص المادة 1040 في فقرتها 3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[114]

[114] بومعزة نبيهة، المرجع السابق، ص 227.

المادة 1040/3: تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع أو القانون الذي يراه المحكم ملائما.

ALLIOUCH – KERBOUA – MEZIANI Naima, L'arbitrage commercial international en Algérie, OPU, Algie, 2010. p 24.

الفصل الثاني

نتائج استقلالية شرط التحكيم

إن التحكيم نظام يهدف إلى إيجاد حلول لنزاع مطروح بين طرفين أو أكثر، وذلك بواسطة المحكمين ،الذين يستمدون سلطتهم من عقد خاص يحكمون أو يبتون على أساسه في النزاع، دون أن يكون للدولة دخل في إيلائهم هذه الوظيفة، على إثره ينظر المحكمين في المسائل المعروضة أمامهم ،و يصدرون حكما في مداولات تكون سرية، إلا انه عندما يتعلق الأمر بشرط التحكيم يجب عليهم إن يبحثوا أولا في طبيعة هذا الشرط من حيث انه جزء من العقد أو انه منفصل عنه تماما، بالتالي وجب التطرق إلى النتائج المباشرة أو غير المباشرة التي يرتبها مبدأ استقلالية شرط التحكيم.

المبحث الأول

الآثار المباشرة المترتبة على مبدأ استقلالية شرط التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي

يترتب على مبدأ استقلالية شرط التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي أثران مباشران استنتجهما القضاء الفرنسي حيث طبق في البداية هذا المبدأ بمناسبة صدور حكم Gosset من أجل تحصين اتفاق التحكيم من أسباب البطلان المتعلقة بالعلاقة الأصلية ثم ذهب في مناسبات أخرى إلى الاستناد إلى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي ، والحكم بإمكانية خضوع الأول لقانون مختلف عن القانون الذي يخضع له الثاني لذلك فإن مبدأ الاستقلالية يمكن أن يؤثر على انتقال اتفاق التحكيم إلى الغير ، وسوف نعرض لهذه الآثار وفق التقسيم الآتي:

المطلب الأول: عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي.

المطلب الثاني: إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي.

المطلب الثالث: أثر الاستقلالية بالنسبة للعقد الأصلي على أشكال اتفاق التحكيم.

المطلب الأول

عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي

يعد عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي أول وأهم الآثار المترتبة على مبدأ استقلالية شرط التحكيم، وهذا يعني أن وجود وصحة وسريان اتفاق التحكيم لا يتوقف ولا يتأثر بمصير العقد الأصلي الذي يشير إليه هذا الاتفاق و بالتالي فإن الادعاء بأن العقد الأصلي لم يتم إبرامه في الغرض الذي يتضمن شرط التحكيم تم توقيعه ولكن لم يدخل في مرحلة النفاذ، أو أنه باطل، أو تم فسخه أو أن الالتزامات الناشئة عن العقد الأصلي تم تجديدها، لا يؤدي إلى عدم فعالية اتفاق التحكيم أو المساس به.[115]

حيث أن أكثر العقبات تأثيرا على فعالية وأعمال اتفاق التحكيم هي عقبة أو مشكل تعطيل إجراءاته عن طريق المماطلة أو رفض المشاركة فيها من الطرف سيء النية، حيث يستند هذا الأخير إلى بطلان أو انقضاء العقد الأصلي الذي يرد فيه اتفاق التحكيم أو يتعلق به، فبطلان اتفاق التحكيم بالتبعية لبطلان العقد الأصلي يمكن أن يقيد من نظام التحكيم لهذا ظهر الاتجاه قويا من أجل تطهير نظام التحكيم عن طريق الأخذ بمبدأ استقلالية شرط التحكيم.[116]

الفرع الأول

موقف الفقه من ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي

أثار نطاق قاعدة عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي جدلا بين الفقهاء، حيث انقسموا إلى اتجاهين، الاتجاه الأول فرق بين بطلان العقد الأصلي وانعدامه ، أما الجانب الثاني فقد أخذ بعدم التفرقة بين بطلان العقد الأصلي و انعدامه.[117]

أولا : الاتجاه الذي فرق بين بطلان العقد الأصلي وانعدامه

يرى هذا الجانب من الفقه وعلى رأسهم ساندرس P.Sandersإلى القول بأنه إذا كان اتفاق التحكيم لا يتأثر ببطلان العقد الأصلي، فإنه مع هذا يتأثر بمصير العقد في حالة انعدامه،نجد كذلك الأستاذ إيريك لوكن Eric Loquinالذي قال بأنه من الثابت أن انعدام الاتفاق الأصلي يفترض الغياب

[115] السيد الحداد حفيظة: الموجز في النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، 2004، ص 134-144.

[116] تعويلت كريم: فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص51.

[117] بولحية سعاد، المرجع السابق، ص 87.

الكامل لرضا الأطراف، وهذا الانعدام في الرضا يشمل كلا من الاتفاق على التحكيم والعقد الأصلي،فكيف يمكن تصور اتفاق الأطراف على التحكيم للفصل في المنازعات الناشئة عن عقد لم يتم التراضي عليه أصلا،فانعدام الإرادة يؤدي إلى عدم وجود العقد الأصلي وكذلك شرط التحكيم.[118]

والوضع يختلف في حالة ما إذا كان العقد الأصلي معيبا بعيب يؤدي إلى بطلانه، فبطلان العقد الأصلي لا يؤثر بالضرورة على بطلان اتفاق التحكيم،فمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يسمح بالبقاء على اتفاق التحكيم طالما لم يكن هذا الاتفاق في حد ذاته قد لحق به عيب من عيوب الإرادة التي لحقت بالعقد الأصلي، ولم يكن محله أو سببه مخالفا للنظام العام الدولي، أما فيما يخص انعدام التعبير عن رضا الأطراف بالعقد الأصلي فإنه يؤدي إلى عدم وجود اتفاقمستقل في علاقته باتفاق بمعنى أنه لا يوجد أي اتفاق[119] . ولهذا يجب تفسير حكم محكمة النقض الفرنسية الذي يؤكد على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه مع تقييد ذلك المبدأ بضرورة تحقق وجود هذا العقد من حيث الشكل.

ثانيا: الاتجاه الذي أخذ بعدم التفرقة بين بطلان العقد الأصلي وانعدامه

ليس كل الفقه متفق مع الرأي الآخر الآخذ بالتفرقة بين بطلان العقد الأصلي وانعدامه، فتيار آخر من الفقه يعتبر أنه بين اللاوجود والبطلان خيط رفيع والتفريق بينهما صعب،[120] من أنصار هذا الاتجاه نجد كل من قولدمان Goldmanوقيارد Gaillard ، يرى هذا الجانب من الفقه الفرنسي أن هذه التفرقة بين بطلان العقد وانعدامه التي تثير في الذهن التفرقة التي وضعها القضاء الإنجليزي الرافض لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، بين ما إذا كان العقد معيبا 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، بينما كما هو معروف تعد التفرقة بين فكرتي البطلان والانعدام من الأمور الشائكة، وأن فكرة الانعدام منالأمور الصعبة على التحديد، و في جميع الأحوال ذات تطبيق استثنائي يعني قبول المخاطرة والسماح لأحد الأطراف بالالتجاء إلى الحيل التسويقية التي يسعى مبدأ استقلال التحكيم إلى تفاديها.[121]

---

[118] بولحية سعاد، المرجع السابق، ص 87.

[119] السيد الحداد حفيظة، الموجز في النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 147.

[120] الأحدب عبد الحميد، موسوعةالتحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط3، 2008، ص238.

[121] السيد الحداد حفيظة، الموجز في النظرية العامة للتحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 145.

فمجرد الادعاء بانعدام العقد الأصلي لا يكفي في حد ذاته إلى استبعاد اختصاص المحكم، إذ أن للمحكم أن يقدر مدى صحة هذا الادعاء، وإذا لاحظ فعلا أن العقد الأصلي غير قائم ولا وجود له قانونا، وذلك في حالة الانعدام الكامل للرضا المتبادل بين أطراف العقد، فإنه يستخلص من هذا الانعدام، الآثار المتعلقة بموضوع النزاع، فإذا أتضح للمحكم أن الانعدام المدعى به يسري أيضا على اتفاق التحكيم، ليس نتيجة لمجرد استخلاص هذه النتيجة من مجرد انعدام العقد الأصلي، ولكن لأن سبب الانعدام الذي لحق بالعقد الأصلي لحق أيضا باتفاق التحكيم، فإنه يجب عليه في هذه الحالةأن يرتب النتيجة الحتمية المترتبة على ذلك الانعدام لاتفاق التحكيم ذاته ويقضي بعدم اختصاصه.[122]

وقد ذهب الاجتهاد الفرنسي إلى عدم التفرقة بين انعدام وجود العقد الأصلي وإبطاله وأثر ذلك على صحة العقد التحكيمي، وقد تبنت اتفاقيات دولية هامة استقلالية شرط التحكيم، ولم تفرق بين انعدام وجود العقد الأساسي وإبطاله، من بينها معاهدة جنيف الأوروبية لسنة 1961، كذلك قواعد تحكيم اليونيسترال، القانون النموذجي للتحكيم، نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية ونظام الهيئة الأمريكية للتحكيم لسنة 1992، كلها تقول بأن الإدلاء بعدم وجود أو الإبطال ليس من شأنها التأثير على استقلالية شرط التحكيم، وترفض التفرقة بين الإبطال وانعدام العقد الأصلي.[123]

[122] بولحية سعاد،المرجع السابق، ص 88.

[123] الأحدب عبد الحميد، المرجع السابق، ص 238.

الفرع الثاني

تكريس القضاء للرأي الآخذ بالتفرقة بين الانعدام والبطلان

محكمة النقض الفرنسية ذهبت في حكمها الصادر في 10 جويلية 1990 في قضية شركة كاسيا Cassia ضد شركة بيا"Pia "إلى ربط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي الذي يتضمن هذا الشرط، حيث قضت بأنهفي 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 وفقا للقانون الذي تحدده قواعد القانون الدولي الخاص، التيتطبق على شكل العقد الأصلي.[124]

وهذا يوضح أن قضاء محكمة النقض الفرنسية قد كرس الفكرة التي نادى بها الأستاذ بييترساندرسPieter Sandressفي التفرقة بين الانعدام و البطلان، فاتفاق التحكيم لن يكون له وجود إذا كان العقد الأصلي الذي يتضمن هذا الاتفاق لا وجود له[125].

الفرع الثالث

تكريس المعاهدات الدولية ولوائح التحكيم للاتجاه المؤيد لعدم التفرقة بين البطلان والانعدام

رغم تبني محكمة النقض الفرنسية لمسألة التفرقة بين الانعدام والبطلان، فإن هذه التفرقة بين بطلان العقد الأصلي وانعدامه رفضتها بشكل واضح معاهدة جنيف الموقعة عام 1961 والتي نصت على أن «لمحكمة التحكيم أن تفصل في مسألة وجود وصحة العقد الذي يشكل اتفاق التحكيم جزءا منه»وأيضا رفضت لائحة التحكيم التي أعدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي فيالمادة 21/2، كما نص القانون النموذجي للتحكيم الذي أعدته اللجنة السابقة في المادة 1/16 على أنّ تقرير محكمة التحكيم لبطلان العقد الأصلي لا يؤدي بقوة القانون إلى بطلان شرط التحكيم[126].

---

[124]«Casse civ, 10 juillet ; Rev.arb. 1990, P851 note J.H.Moitryetc.Verne, clunet1992, P168 note E. loquin : En matière international, L'autonomie de la clause compromissoire trouve sa limite, en la forme de la convention principale qui contiendrait la clause invoquée et cette existence doit nécessairement s'apprécier d' âpres la loi qui, selon les principes du droit international privé, régit la forme»

[125] السيد الحداد حفيظة ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 146.

[126] المرجع نفسه ، ص 147، 148.

نفس الشيء بالنسبة للائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية في باريس حيث قضت بأن البطلان أو الانعدام المدعى بهما في شأن العقد الأصلي لا يؤديان إلى عدم اختصاص المحكم، في المادة 6/3 كما لم تأخذ لائحة التحكيم الدولي لهيئة التحكيم الأمريكية AAA الصادرة في 01 ماي 1992 في المادة 15/1 بالتفرقة المذكورة بل إنها أعرضت عنها[127]. أما النتيجة المباشرة الأخرى التي تترتب على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي فهي تتعلق بإمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير ذلك الذي يحكم العقد الأصلي.

المطلب الثاني

إمكانية خضوع اتفاق التحكيم والعقد الأصلي لقانونين مختلفين

مفهوم استقلالية شرط التحكيم لم يبقى مقتصرا على المعنى التقليدي لم أخذ بهذا المبدأ مفهوما حديثا، فأصبح يقصد به استقلال شرط التحكيم عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي، وبمعنى آخر إمكانية خضوع شرط التحكيم لنظام قانوني مختلف عن القانون الذي يمكن أن يخضع لها العقد الأصلي، وذلك على الرغم من أن شرط التحكيم ورد كبند من بنود العقد الأصلي[128].

فقاعدة استقلالية اتفاق التحكيم تعني فك الارتباط بالعقد الأساسية، وبالتالي فاتفاق التحكيم يكون خاضعا حتما لنفس القانون الذي يخضع له العقد الأصلي[129].

حيث يؤدي اعتناق مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي إلى قبول عدم خضوع اتفاق التحكيم بالضرورة إلى نفس القواعد التي تحكم العقد الأصلي، سواء تم إخضاع اتفاق التحكيم إلى قانون محدد بالأعمال لقواعد الاستناد التقليدية أو تم إخضاع اتفاق التحكيم على نحو ما ذهب إليه القضاء الحديث في فرنسا، سواء من حيث الفصل في مسألة وجود ذاته أو صحته إلى قواعد عادية تتماشى مع الطابع الدولي للتحكيم[130].

[127] السيد الحداد حفيظة ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ، ص 148.

[128] أسامة أحمد حسين أبو القمصان، المرجع السابق، ص 93.

[129] الأحدب عبد الحميد، المرجع السابق، ص 238، 239.

[130] السيد الحداد حفيظة، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، الرجع السابق، ص 148.

الفرع الأول

موقف الفقه من إمكانية خضوع شرط التحكيم لقانون آخر غير الذي يخضع له العقد الأصلي

يرى بعض الفقهاء أن مسألة صحة واستقلالية اتفاق التحكيم تخضع للقانون واجب التطبيق على العقد الأصلي، لأن شرط التحكيم ما هو إلا جزء من ذلك العقد وبند من بنوده، فإذا كان العقد الأصلي يخضع لقانون دولة معينة، وكان هذا القانون يعتبر شرط التحكيم صحيحا عد لذلك وأنتج آثاره في نزع اختصاص الجهة القضائية الرسمية وعقده لمحكمة التحكيم، يجد هذا الرأي أساسه في كون الرابطة الموجودة بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي تبرر مد اختصاص قانون العقد إلى كافة مشتملاته، ومنها شرط أو اتفاق التحكيم[131].

ويرى الفقه الغالب وعلى رأسهم Gailland أن التسليم بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، تترتب عليه إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لنظام قانوني يختلف عن ذلك الذي يحكم العقد الوارد فيه أو المتعلق به، فبالرغم من أن الواقع العملي يبين أنه كثيرا ما يخضع كل من الاتفاق على التحكيم والعقد الأصلي لنفس القانون أو بصفة عامة لنفس القواعد القانونية من نفس المصدر ومن نفس الطبيعة إلا أن ذلك لا يعتبر نتيجة لتبعية اتفاق التحكيم للعقد الأصلي أي عدم استقلالية وإنما نتيجة الاختيار الصريح لهذه القواعد من قبل الأطراف، أو نتيجة لنفس التركيز القانوني لكل من العقد والاتفاق[132].

فشرط التحكيم يعتد جزء مستقلا partiediatinctعن العقد الأصلي، وللأطراف أيضا وللقضاء الذي قد يعرض إليه الأمر للفصل في مسألة وجوده وصحته، فضاعة لقانون مختلف عن ذلك يخضع له باقي العقد[133].

[131] تعويلت كريم: فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ص 223، 224.

[132] المرجع نفسه، ص 224.

[133] السيد الحداد حفيظة، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 149.

الفرع الثاني

تكريس القضاء لرأي الفقه

تبنت العديد من الأحكام الفرنسية فكرة الفصل بين القانون المحدد لأثار اتفاق التحكيم عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي، ويقدم القضاء الفرنسي العديد من الأمثلة المترتبة على استقلالية اتفاق التحكيم، والخاصة بعدم خضوع اتفاق التحكيم لنفس القانون الذي يحكم العقد الأصلي حيث ذهبت محكمة استئناف باريس إلى القضاء بأن« تنفيذ اتفاق التحكيم لا يخضعبالضرورة إلى القانون الذي يخضع له العقد الأصلي الذي يوجد اتفاق التحكيم بين ثناياه»[134]. وهذا في الحكم الصادر في 1972/01/25.

كذلك قضت ذات المحكمة في التحكيم الذي أصدرته بتاريخ 21 أكتوبر 1983 ردت طلب إبطال الحكم التحكيمي الذي كان موضوع التظلم منه أنه لم يطبق نفس القانون الذي طبق على العقد التحكيمي على العقد الأساسي لحسم النزاع، وفي بحثه عن قواعد الاختصاص اعتمد قواعد الاختصاص غير تلك الواردة في القانون المطبق وبالتالي طبق قانون على الاتفاق التحكيمي غير ذلك المطبق على العقد الأساسي[135]،

حيث قضت بأن:« القانون واجب التطبيق لتحديد نطاق وآثار اتفاق التحكيم المؤسس للتحكيم الدولي لا يكون بالضرورة ذلك القانون الواجب التطبيق على العقد موضوع النزاع»[136].

---

[134] السيد الحداد حفيظة ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 149.

[135] الأحدب عبد الحميد، المرجع السابق، ص 239.

[136] وقد جاء الحكم باللغة الفرنسية كما يلي:

«la loi applicable pour la détermination de la portée et des effets de la clause compromissoire instituant un arbitrages international ne se confondait pas nécessairement avec le droit applicable au fond du litige», cour d'appel de paris, 21 octobre 1983, Rev, arb, 1984.p98, note CHAPPELLE (A)

محكمة النقض الفرنسية كذلك جسدت هذا الأثر في حكمها الصادر بتاريخ 14 جوان 1983، حيث أيدت حكم المحكمة استئناف باريس، الذي قضى بعدم تطبيق القانون الذي يحكم العقد الأصلي من أجل تفسير شرط التحكيم المدرج فيه على نحو ما تمسك به الطاعن، وتوصلت إلى أن «شرط التحكيم من مسائل التحطيم الدولي يتمتع باستقلالية قانون كاملة تجاه العقد الوارد فيه»[137].

وأكدت محكمة النقض الفرنسية هذه النتيجة بمناسبة الطعن الموجه ضد حكم محكمة باريس، والذي قضى بأنه«في مجال التحكيم الدولي فإن مبدأ صحة واستقلالية شروط التحكيم [...] يكرس استقلالية اتفاق التحكيم اتجاه الأحكام الموضوعية للعقد به، وكذلك القانون الداخلي واجب التطبيق على هذا العقد»، وأيدت محكمة النقض هذا الحكم حيث قضت بأنه «ليس لمحكمة الاستئناف أن تفصل فيما يتعلق بشكل هذه الشروط وإثباتها وفقا القانون قد لا ينطبق عليها، وذلك نظرا لاستقلالية هذه الشروط عن العقد في مسائل التحكيم الدولي»[138].

كذلك توجد تطبيقات لهذا الأثر في الاجتهاد التحكيمي، حيث توصلت العيد من أحكام التحكيم إلى أنه يترتب على استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي إمكانية إخضاع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير ذلك الذي يحكم العقد الأصلي فقد جاء في حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 1507 لعام 1970 في حكم التحكيم الصادر عن غرفة التجارة دولي يمكن أن يخضع بقانون مختلف عن ذلك الذي يحكم العقد الأصلي بناءا عليه فإن اتفاق الأطراف على أن موضوع النزاع يخضع للقانون الألماني لا يستخلص منه أن صحة شرط التحكيم يتم تقديره طبقا للشروط التشكيلية في القانون الألماني[139].

كذلك فأن حكم التحكيم التمهيدي الصادر في القضية رقم 4131 لعام 1982 جاء في نفس السياق، حيث توصل إلى أن القواعد القانونية الواجبة التطبيق لتحقيق نطاق وأثار شرط التحكيم المنشأ لتحكيم دولي لا تختلط بالضرورة مع القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المحال وإلى

[137] وهو الحكم الصادر في 14 ديسمبر 1983

Caass.civ., 1er, 14 Décembre 1983, rev.arb, 1984,p 483,not RONDEAV-RIVIER

[138] وقد جاءت صياغة الحكم باللغة الفرنسية كالتالي:

La cour d'appel n'avait a statuer, quant la forme et la preuve de ces clauses, en fonction d'une loi qui, en raison de leur autonomie en cas d'arbitrage international pouvait, d' ailleurs, ne pas leur être applicable, Cass civ, 3 maro 1992, rev, arb.1993,p, 273,Note MAYER (p)

*أنظر كذلك السيد الحداد حفيظة، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 150.

[139] Sentence rendu dans l'affaire n°1705 en 1970.

هذا التحكيم، وإذا كان هذا القانون أو هذه القواعد قانونية من الممكن في بعض الأحيان أن تتعلق بموضوع النزاع وكذلك شرط التحكيم، إلا أنه من الممكن في أحوال أخرى أن تخضع شرط التحكيم، بالنظر إلى استقلاليته التي تتعلق ليس فقط بصحته بل أيضا بنطاقه وأثاره لقواعد خاصة به ومتميزة عن تلك التي تحكم موضوع النزاع[140].

من خلال هذه الأمثلة من الأحكام يتضح أن القانون واجب التطبيق اتفاق التحكيم لتقرير صمته أو نطاقه أو أثاره، يمكن أن يختلف عن القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي، فتحديد قانون معين يحكم العقد الأصلي لا يطبق بالضرورة على اتفاق التحكيم، بل يوقف تطبيقه على الاتفاق الصريح بين الأطراف[141].

بالنسبة لموقف المشرع الجزائري، تنص الفقرة 3 من المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: تعتبر اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابة للشروط التي يصنعها إما القانون الذي اتفقت الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع، أو القانون الذي يراد أن يحكم ملائما[142].

من خلال هذه المادة يتضح لناأن المشرع الجزائري منح الحرية الكاملة للمحكم في سبيل البحث عن القانون الذي ينظر وفقا له مسألة صحة اتفاق التحكيم وفتح له الباب لتطبيق القانون أو بالأحرى القواعد القانونية التي يراها ملائمة ولو كانت مختلفة من تلك التي يطبقها العقد الأصلي وهذا يعتبر خطوة عملاقة اتجاه تحرير اتفاق التحكيم وتكريس استقلالية المطلقة بالنسبة للعقد الأصلي، بذلك نقول بأن القانون الجزائري مشى على درب القانون الفرنسي في هذا المجال، وتخلى عن الموقف الذي كرسه في المرسوم التشريعي 09/93 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية الملغى، حيث جاء في المادة 458 مكرر 1/3 على أنه: «تعتبر اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت

[140] تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 226.

[141] المرجع نفسه، ص 226.

*هناك الكثير من الأحكام في هذا المجال منها:

Sentence préliminaire rendue dans l'affaire n°4504 en 1985-1986, JDI 1986 p 1118,obs. JARVIN(S). Sentence préliminaire rendue dans l'affaire n ° 5065 en 1986, JDI 1987, p 1039,obs ,DERAINS (Y)

[142] نجد أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح "القانون" بمفهومه الموضوعي وليس بمفهومه الشكلي، حيث أراد من خلال ذلك التأكد على إمكانية خضوع اتفاق التحكيم للقواعد القانونية التي يختارها الأطراف أو المحكم بغض النظر عن مصدرها، وهو يتعد بذلك عن قاعدة التنازع الواردة

للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره وإما القانون المنظم لموضوع النزاع، لاسيما القانون المطبق على العقد الأساسي وإما القانون الجزائري»[143].

يتضح من خلال هذه المادة أن الحالة الوحيدة التي يمكن معها تطبيق قانون مختلف عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي على اتفاق التحكيم، هي حالة اتفاق الأطراف على ذلك صراحة، وفي حالة غياب اتفاق الأطراف على تطبيق قانون مختلف بكم اتفاق التحكيم، فان المحكم أو المحكمة التحكيمية- حسب الأحوال- يطبقان القانون المنظم لموضوع النزاع بما في القانون الذي يحكم العقد الأصلي وفي حالة غياب هذا الأخير يطبق القانون الجزائري[144].

برر البعض موقع المشرع الجزائري بالقول أن تطبيق القانون المنظم بموضوع النزاع، بما فيه القانون المطبق على العقد الأصلي بعد بمثابة تطبيق للإدارة الضمنية للأطراف، أي أن اختيار الأطراف لقانون أو بالأحرى لقواعد قانونية تحكم العقد الأصلي، هو تعبير عن إرادتهم في تطبيقها لذلك على اتفاق التحكيم.[145]

تغير موقف المشرع الجزائري مرحب به لأن الحل الذي اعتمده في السابق يقيد بشكل كبير من مبدأ الاستقلالية، لكونه ينكر أحد النتائج الأساسية التي تتركب عنه، وهو لا يخدم تطور التحكيم التجاري الدولي في الجزائري[146].

في المادة 18 من القانون المدني التي تشترط دائما أن يكون القانون واجب التطبيق من مصدر تشريعي داخلي، وما يؤكد هذا لنص المادة 1040 ق. إ. إ باللغة فرنسية استعمل مصطلح "Droit" وليس" loi" كما جاء في نص المادة 18 من القانون المدني باللغة الفرنسية، فقد جاء نص الفقرة 3 من المادة 1040 باللغة الفرنسية على النحو التالي:

Quand on fond , elle est valable si elle répond aux condition que posent soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l'objet du litige, soit le droit que arbitre estime approprié.

[143] تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 227.

[144] المرجع نفسه، ص ص 127، 128.

[145] تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 228.

* وهذا رغم اعتراف المشرع الجزائري بامكانية تطبيق محكمة التحكيم لمصادر أخرى دون القانون المطبق على العقد الأصلي كاللجوء إلى المبادئ العامة للقانون والعادات التجارية بالرغم من عدم النص عليها في هذه المادة، وبالتالي فهو بمثابة اعتراف بعدم جدوى الحل الذي أتى به المشرع الجزائري لمواجهة هذه المسألة.

[146] المرجع نفسه، ص 228.

* وذلك لأن تطور قانون التحكيم في دولة معينة يقاس على أساس مدى اعترافه بلجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم، ومدى اعترافه بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم.

المطلب الثالث

اثر الاستقلالية للعقد الأصلي على انتقال اتفاق التحكيم

يعتبر أساس التحكيم سواء كان داخليا أو دوليا ، هو إرادة الأطراف بالالتزام به، وبما أن اتفاق التحكيم قائم بذاته ومستقل عن العقد الذي يرد فيه أو يتعلق به، فهذا يعني أن انتقال العقد الأصلي أو الحقوق والالتزامات الموضوعية التي يحتويه لا يؤدي بالضرورة إلى انتقال التحكيم، بل يقتضي قبول عن انتقلت إليه تلك الالتزامات و/أو الحقوق، بانتقال الالتزام باتفاق التحكيم، على هذا الأساس قضت محكمة النقض الايطالية بتاريخ 19 سبتمبر 2003 بأن المحال إليه في الحوالة لا يصبح طرف اتفاق التحكيم، إلا إذا قبله صراحة، كون اتفاق التحكيم، مستقل عن العقد الأصلي[147].

لبيان أثر الاستقلالية بالنسبة للعقد الأصلي على انتقال اتفاق التحكيم، قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع سوف نتطرق إلى: شرط التحكيم المقصور على أطرافه فقط (فرع1) رفع امتداد أثر شرط التحكيم إلى الخلف (فرع 2)، شم امتداد أثر شروط التحكيم إلى الغير (الفرع3).

الفرع الأول

شرط التحكيم المقصور على أطرافه فقط

تطبيقا لقاعدة العمة في القانون المدني لا ينصرف أثر اتفاق التحكيم إلا إلى أطرا فق، سواء باشراه بأنفسهما أو بواسطة من ينوب عنهما، وهذا ما نصت عليه المادة 108 ق. م. ج، وكذلك المادة 14 من القانون المدني المصري، والمادة 1165 من القانون المدني الفرنسي، والمادة 206 من القانون المدني اليمني، أي أن أثار اتفاق التحكيم مقصورة بالنسبة لأطرافه،وأعمال لقواعد العمة تنصرف أثار اتفاق التحكيم إلى أطرافه، فلا يستفيد منها إلا هم ولا يضار منها إلاهم ولا يملك غيرهم التمسك بالبطلان إلا وفق القواعد العمة، وذلك حينما يتصل الأم بالنظام العام، فيكون في هذه الحالة لكل خصم التمسك بهذا الاتفاق[148].

---

[147] تعويلت كريم، المرجع السابق، ص ص 128، 129.

[148] بفي على، المرجع السابق، ص 51، 52، أنظر كذلك عبد الباسط محمد عبد الواسع، النظام القانوني لاتفاق التحكيم: دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص 167، 168.

حيث تنص المادة 108 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 .. ج.ر.ج.ج، عدد31 المعدل والمتمم على أنه«ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ما لم يتبني من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى خلف العام لكل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث».

وطرف العقد هو من يصدر منه التعبير عن إرادة ما تم الالتزام به، بحيث تشارك إرادته في إبرامه بذاته أو بمن يمثلها، فيشترط أن تساهم إرادة الطرف غير هذه الصفة، ويؤدي هذا إلى نتيجة مفادها أن اكتساب الشخص صفة الطرف في اتفاق التحكيم تستلزم التوقيع عليه بهذه الصفة على أن المفهوم القانوني لتعبير الطرف في اتفاق التحكيم يتسع ليشمل الخلف العام كالورثة والخلف الخاص وهذا ما سيتم تناوله لاحقا[149].

الفرع الثاني

انتقال أثر شرط التحكيم إلى الخلف

القاعدة أنه تسري أثار اتفاق التحكيم في مواجهة الخلف العام لأطرافه طبقا لقواعد المقررة في القانون، حيث يتقيد به الخلف العام من الورثة طالما كانوا راشدين، وليس هناك غش، فورثة التاجر الذي أبرم اتفاق التحكيم يلتزمون بهذا الاتفاق، كما يستطيعون التمسك به تجاه طرف آخر[150].

بعض الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الفرنسي استندت على كون اتفاق التحكيم جزء لا تجزأ من اقتصاديات العقد محل الحوالة، أو من العقد الذي نشأ عنه الحق المحال به لتقرير انتقاله من المحيل إلى المحال له، ومن بين هذه الأحكام بجد الحكم الصادر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 25 نوفمبر 1999، وجاء فيه أن " حوالة الحق أو العقد تستلزم حتما أن ينتقل من المحيل إلى المحال إليه الاستفادة من شروط التحكيم وهو شرط لا ينفصل عن اقتصاديات العقد[151]، مثال: قضية " وورمز" التي قضت فيها محكمة النقض الفرنسية بنقل شروط التحكيم إلى المؤسسة البنكية من دون اشتراط موافقتها صراحة، لأن شرط التحكيم الدولي يعتبر صحيحا استناد لإرادة الطرفين المتعاقدين، ويتنقل إلى المحال له مع الحق في علاقة المحيل بالدين المحال له[152].

ويستنتج من هذا القرار أنه رغم استقلال شرط التحكيم، إلا أن ذلك لا يمنعه من الانتقال، ويمكن للأطراف عملا بالقواعد العامة أن تنص على قابلية شروط التحكيم للانتقال.[153]

---

[149] عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص ص 167، 168

[150] عبد الباسط محمد عبد الواسع، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 169.

[151] تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 230.

[152] بفي على، المرجع السابق، ص 52.

[153] المرجع نفسه، ص 52.

الفرع الثالث

انتقال أثر شروط التحكيم إلى الغير

الغير هو كل شخص ليس طرف مدرج في الالتزام ولا خلف لأحد طرفيه والقاعدة في هذه الحالة عدم انصراف العقد إلى الغير، إذ بالرجوع إلى القواعد التجارية فان الالتزامات لا تلزم إلا من كان طرف فيها، إلا أنه في التعامل التجاري الدولي نجد أحيانا أشخاصإلى خارج الاتفاق الخاص بالصفقة التجارية يلتزمون بموجب الاتفاق المذكور، خاصة في تنفيذ المشاريع الكبرى واسطة ما يسمى مجاميع العقود، حيث نجد عقدا رئيسيا وقواعد أخرى ثانوية لإنجاز أعمال مختلفة تتعلق بالمشروع ذاته[154].

كذلك فإن القضاء الفرنسي قد ذهب إلى أنه إذا اشتركت عدة شركات في نشاد اقتصادي واحد أو كونت اتحاد consortiun لمباشرة هذا النشاط فيسري اتفاقالذي تبرمه إحدى هذه الشركات مع الغير في مواجهة باقي الشركات، ويستند في ذلك إلى أن الإرادة المشتركة لهذه الشركات تتمثل في الاشتراك في جميع الاتفاقات يوقعها إحداها ولو لم يقم بعضها بالتوقيع، وأيضا اعتبر القضاء الفرنسي أن شرط التحكيم يمتد في باقي الشركات التي انغمست بهذا العقد على نحو يفترض معه قبولها لشرط التحكيم الذي كانت تعلم بوجوده ومحتواه ولو لمتوقع على العقد الذي يتضمنه[155].

[154] بفي على، المرجع السابق ، ص 52، 53.

[155] عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 172.

المبحث الثاني

النتائج غير مباشرة لمبدأ استقلالية شرط التحكيم

"مبدأ الاختصاص بالاختصاص "

يعد مبدأ الاختصاص بالاختصاص نتيجة غير مباشرة على مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، إذ يعتبر موضوع نقل الولاية، القضائية من المحاكم الرسمية إلى المحاكم الاتفاقية، من أهم الآثار الايجابية المترتبة على شرط التحكيم، حيث تحل هيئة التحكيم محل القضاء في تسوية النزاع موضوع الاتفاق، إذ يحل القضاء ألاتفاقي الذي أختاره الأطراف للفصل في نزاعهم (هيئة التحكيم) محل القضاء، فلا يجوز أن يكون هناك فراغ قضائي نتيجة تخلي القضاء عن دوره، إذ يعتبر هذا المبدأ من أهم المبادئ المكرسة في التحكيم التجاري الدولي، وقد كرس في أغلب التشريعات الوطنية، وكذلك الفقه والاتفاقيات الدولية، سنقوم بتقسيم مبحثنا إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول(فكرة مبدأ الاختصاص بالاختصاص) والمطلب الثاني (إعمال مبدأ الاختصاص بالاختصاص أمام المحكم).

المطلب الأول

فكرة الاختصاص بالاختصاص

يعتبر مبدأ الاختصاص بالاختصاص هو المبدأ الذي يعطي هيئة التحكيم سلطة الفصل في موضوع اختصاصها، سواء تلقائيا، أو بناءا على دفع أحد الخصوم بعدم اختصاصها، من أهم القواعد القانونية ومن أدقها، خاصة في مجال التحكيم التجاري الدولي.

الفرع الأول

مضمون مبدأ الاختصاص بالاختصاص:

أثار المبدأ الاختصاص بالاختصاص compétence compétence جدلا وذلك على الرغم من الاعتراف شبه الكامل به في الأنظمة القانونية الحديثة المتعلقة بالتحكيم[156].

[156]- راشد سامية، المرجع السابق، ص 88.

أولا- مفهوم الاختصاص بالاختصاص

يقصد به أن هيئة التحكيم لها صلاحية الفصل في صحة اختصاصها نظرا لبطلان عقد التحكيم أو بطلان العقد الأصلي[157]. وبمعني آخر أنه يكون للحكم السلطة بالفصل في كل مسألة متعلقة باختصاصه، بعبارة آخري، يكون للمحكم البث في المنازعة المتعلقة بوجود وبصحة اتفاقية التحكيم ونطاقها من حيث الأشخاص أو المواد، فمبدأ الاختصاص بالاختصاص هو عبارة عن نقل ملطف للمبدأ الإجرائي المشترك المتضمن أنه يعود لكل قاض سلطة الفصل بمسألة اختصاصه وبالتالي يعد تنازلا من جانب الأنظمة القانونية لصالح المحكمين، حتى يتسنى لهم إمكانية البث في مسألة اختصاصهم وإن كان ذلك تحت رقابة القضاء[158].

ويقصد كذلك بمبدأ الاختصاص بالاختصاص هو أن المحكم يكون مختص بتحديد اختصاصه ونظر المنازعات المتعلقة باختصاصه وتحديد نطاق سلطة وتقرير فيما إذا كان النزاع صحيحا أم لا.

وينتج عن ذلك أنه في حالة اعتراض أطراف النزاع بعد اختصاص محكمة التحكيم في الفصل في النزاع أو بعدم وجود اتفاق يشير اللجوء إلى التحكيم فإن الذي يفصل في ذلك هو المحكمين أنفسهم وليس للمحكمة القضائية سلطة الفصل في مسألة اختصاص المحكمين، وهذا ما يؤدي إلى تأكيد فعالية التحكيم كوسيلة ضمان لحسم المنازعات من خلال السرعة والمرونة في حسم المنازعات بعيدا عن تضيع الوقت[159].

ومن خلال التعريفات السابقة فإننا يمكن أن نعرف مبدأ الاختصاص بالاختصاص بأنه: حق المحكم أن يقوم بالنظر في اختصاصه، عند قيام أحد الخصوم بالطعن ببطلان العقد الأصلي أو شرط التحكيم، وذلك لحظة قبول المحكم لمهمته وحتى اصدرا حكم التحكيم، وهي التي تقرر حول ما إذا كانت تختص بالنظر في الموضوع أم لا[160]. أما بالنسبة لنا فنعرف مبدأ الاختصاص بالاختصاص بأنه:"يحق للمحكم القيام بالنظر في اختصاصه، من تلقاء نفسه أو عن طريق إدعاء من أحد

---

[157] - حيواني جمال، النظام القانوني لاتفاق الحكيم في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة عن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة ص 51.

[158] - بردان إياد محمود، التحكيم والنظام العام ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2004، ص 461.

[159] - بسكري رفيقة، "التحكيم كضمانة إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار الدولية المحلية"، الباحث للدراسات الأكاديمية، ع 9، جوان 2016، ص182.

[160] - الطشي أنور علي أحمد، المرجع السابق، ص37.

الخصوم، حول بطلان العقد الأصلي أو حول اتفاق التحكيم، وذلك من لحظة قبول المحكم لمهمته وحتى إصدار حكم التحكيم، مع خضوع ذلك لرقابة القضاء بعد صدور حكم التحكيم"[161].

ثانيا- وظيفة الاختصاص بالاختصاص

تكمن وظيفة مبدأ الاختصاص في مواجهة كل الدفوع التي أثيرت بمناسبة التحكيم أيا كان السبب المثير لهذه الدفاعات، فيختص المحكم بها دون الاضطرار إلى وقت إجراءات التحكيم، أو عرضها على قضاء الدولة ليفصل فيها، ومتى تأكد المحكم من اختصاصه فإن المحكم يستطيع البحث في اختصاصه بصلاحية كاملة، فله أن يعلن اختصاصه عند ظروف معينة، منها تحقق صحة اتفاق التحكيم، وله أن يعلن عدم اختصاصه عند ظروف أخرى، ومثال ذلك عدم مشروعية اتفاق التحكيم ، وهذا بعيدا عن الاختصاص الأصيل المتعلق بالفصل في النزاع الناتج عن العقد لأن هذا الاختصاص لا يحصل عليه المحكم إلا بناءا على اتفاق صحيح[162].

ثالثا- مبررات مبدأ الاختصاص بالاختصاص

_ إن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يقف بالمرصاد أمام الطرف السيئ النية ويسد له طريق الغش والتحايل، برفع الدعوى بالنزاع الوقت أمام قضاء الدولة.

- يعمل على ربح الوقت ولإجراءات بعيدا عن التماطل.
- كما أن مقتضيات الثقة الكاملة التي أولاها الأطراف لقضاء التحكيم لا تتشبع نقط الثقة في الحكم الموضوعي بل كذلك الثقة في كل حكم تمهيدي يصدر قبل الفصل في الموضوع، كالحكم بثبوت لاختصاص.
- أن الأثر السالب لاتفاق التحكيم يدعم هذا المبدأ، حيث أن هذا الأثر يحجب على القضاء النظر في المنازعة وبتالي الاعتراف لهذه الهيئة بسلطة الحسم في مسألة اختصاصها[163].

[161] - الطشي أنور علي أحمد، المرجع السابق ،ص37.

[162] - أبو القمصان حسين أحمد أسامة، المرجع السابق، ص 114.

[163] - حيواني جمال، المرجع السابق، ص56.

الفرع الثاني

تكريس مبدأ الاختصاص بالاختصاص

تطرقت غالبية التشريعات الوطنية إلى مبدأ الاختصاص بالاختصاص، على غرار الفقه والاتفاقيات الدولية وأنظمة مراكز التحكيم الدائمة وعليه ستقوم بتناول موقف كل منهم من هذا المبدأ وذلك كما يلي:

أولا- موقف التشريعات الوطنية من مبدأ الاختصاص بالاختصاص

نصت الغالبية العظمى من التشريعات الوطنية التي نظمت التحكيم على مبدأ الاختصاص بالاختصاص، بداية مع قانون التحكيم المصري رقم27 لسنة 1994، حيث نصت المادة (22) منه على أنه :"1- تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها لما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم 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 بتعين 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 أثناء نظر النزاع فيجب التمسك بيه فورا 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 معا، وإذا قضت برفض الدفع فلا يجوز التمسك به إلا بطريق دعوى بطلان حكم التحكيم المهني للخصومة كلها وفق للمادة (53) من هذا القانون"[164].

من الملاحظ من النص فإن المشرع المصري أعطى الحق لهيئة التحكيم أن في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما فيها الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع، ولكن يجب تقديم هذه الدفوع في ميعاد لا يجاوز تقديم دفاع المدعى عليه المشار إليه في الفقرة الثانية من المادة(30) من هذا القانون[165].

[164] -قانون التحكيم المصري، رقم 27 لسنة 1994، المرجع السابق.

[165] - حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (30) من القانون، التحكيم المصري رقم 27سنة 1994على أنه "يرسل المدعى عليه خلال الميعاد المتفق عليه بين الطرفين أو الذي تعينه هيئة التحكيم إلى المدعى وكل واحد من المحكمين مذكرة مكتوبة بدفاعه ردا على ما جاء

كما نصت المادة (17) الفقرة الأولى من قانون التحكيم السوري على هذا المبدأ " تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المتعلقة بعدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو بعدم شموله لموضوع النزاع".

- كما نصت المادة(16) من قانون التحكيم الفلسطيني على مبدأ لاختصاص فجاء في نص المادة ما يلي:" تختص هيئة التحكيم بالفصل في الأمور الآتية:

1- المسائل المتعلقة بالاختصاص.

2- المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم.

3- المسائل المتعلقة برد هيئة التحكيم أو أحد أعضائه.

4- الدفوع المتعلقة بالتحكيم المعروض عليها".

ونصت المادة (1466) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي، على أنه :"إذا نازع أحد الأطراف أمام المحكم في المبدأ، أو في مدى صلاحية المحكم لنظر القضية المعروضة عليه، فيعود لهذا الأخير أن يفصل في صحة أو مدى صلاحيته"[166].

أما بخصوص المشرع الجزائري فنجد أنه كرس مبدأ الاختصاص بالاختصاص في المرسوم التشريعي 93-09 (الملغى في المادة 458 مكرر 7 والتي يقابلها المادة 1044 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها: " تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع"[167]. وقد رفضت الجهات القضائية الجزائرية الفصل في نزاعات معروضة عليها كانت مشمولة باتفاقية التحكيم مكرسا بذلك ضمنيا مبدأ اختصاص بالاختصاص[168].

ببيان الدعوة وله أن ضمن هذه المذكرة أيه طلبت عارضة متصلة بموضوع النزاع أو أن يتمسك بحق ناشئ عنه يقصد الدفع بالمقاصة وله ذلك ولو في مرحلة لاحقة من الإجراءات إذ هيئة التحكيم أن الظروف تبرر التأخير".

[166]- قانون المرافعات الفرنسي، المرجع السابق.

[167]- مرسوم تشريعي رقم 93/ 09 مؤرخ في 23 أفريل 1993 معدل ومتمم للأمر رقم 154/66 المؤرخ في 08- 06- 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية (ملغى).

[168]- بن زين نسرين، حدادي حمزة، الرقابة القضائية على اختصاص المحكم في طل التحكيم التجاري الدولي، مذكرو لنيل شهادة الماستر في الحقوق شعبة القانون الخاص الشامل قسم القانون الخص كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد رحمان ميرة، بجاية 2013- 2014 ص 4.

ثانيا- موقف الاتفاقيات والمعاهدات الدولية من مبدأ الاختصاص بالاختصاص:

تم تكريس مبدأ الاختصاص بالاختصاص في معظم الاتفاقيات التي نظمت مسلة التحكيم، إذ نجد اتفاقية جنيف لسنة 1961 التي نصت عليه بطريقة واضحة في الفقرة الثالثة من المادة الخامسة منها والتي جاءت كما يلي:" مع التحفظ لجهة المراقبة القضائية اللاحقة المحددة بموجب قانون القاضي، فإنه يقضي على المحكم المطعون بصلاحيته ألا يتخلى عن القضية وهو له لحق باتخاذ القرار المناسب بصدد تلك الصلاحية كذلك بصدد وجود وصحة اتفاقية التحكيم أو العقد الذي تشكل الاتفاقية جزء منه "[169].

أما بالنسبة لمعاهدة نيويورك الموقعة ب5 جوان 1958 يرى بعض من الفقه أنها لم تتعرض لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، ولعل هذا الإغفال من جانبها مبعثه الهدف المباشر من هذه الاتفاقية وهو الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية [170] ،إلا أنه يمكن أن نستنتجه ضمنيا من نص المادة 2/3 من الاتفاقية المذكورة للاستناد إلى مبدأ الاختصاص حيث جاء فيها:

" على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أولا أثر له أو غير قابل لتطبيق"[171].

من ثمة نجد معاهدة واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستمارات بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى، قد خولت لمحكمة التحكيم أن تنظر في اختصاصها من تلقاء نفسها، حتى لو لم يتم طلب أحد الأطراف ذلك ، وبذلك يكون للمحكمة أن يفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصها [172]، وهذا في المادة 41من حيث نصت الفقرة الأولى على أنه:" إن المحكمة محكومة باختصاصها"[173].

كما نصت المادة الخامسة من الاتفاقية الأوروبية على أنه:

" 1- الفريق الذي يرغب في إثارة الدفع بعدم كفاءة المحكم يقتضي عليه ما يتعلق الأمر بدفوع مرتكزة على عدم وجود وبطلان وإلغاء الاتفاقية التحكيم، القيام بذلك خلال الإجراءات التحكيمية في موعد

---

[169] - الاتفاقية الأوروبية لتحكيم التجاري الدولي المعقودة في جنيف 21 نيسان 1961.

[170] - المرجع النفسه.

[171] - اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها، الموقع عليها في نيويورك بتاريخ 10جوان1958.
www.uncitral.org

[172] - أبو القمصان حسين أحمد أسامة، المرجع السابق، ص136.

[173] - اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى:
www.egyiac.org

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 تأخير الفرقاء في إثارة هذا الدفع ناتجا عن سبب مشروع وفق لرأي المحكم فإن هذا الأخير يعمد إلى اعتباره مقبولا.

2- أن الدفوع بالصلاحية المحددة في الفقرة أعلاه والتي لم تكن أثيرت في المهل المحددة في هذه الفقرة، لا يمكن للفرقاء أثارتها فيما تبقى من الإجراءات، إذا كان الأمر متعلقا بالدفوع التي للفرقاء وحدهم حق التدرع بها بموجب القانون المطبق من قبل المحكم، والتي لم تكن أثيرت كذلك خلال الإجراءات القضائية اللاحقة في الأساس، أو في مرحلة تنفيذ الحكم إذا كان متعلق بدفوع متروكة لاستعداد الفرقاء وفق القانون التي 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.

3- مع التحفظ لجهة المراقبة القضائية اللاحقة المحددة بموجب قانون القاضي فإنه يقتضي على الحكم المطعون بصلاحيته أن لا يتخلى عن نظر القضية وله الحق باتخاذ القرار المناسب بصدد تلك الصلاحية، كذلك بوجود وصحة اتفاق التحكيم،أو العقد الذي تشكل الاتفاقية جزءا منه"[174].

ثالثا- موقف مراكز التحكيم الدائمة من مبدأ الاختصاص بالاختصاص:

نصت مراكز التحكيم الدائمة على مبدأ الاختصاص بالاختصاص، فقد نصت المادة (6) الفقرة الرابعة 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 مختصا لتحديد حقوق الأطراف والفصل غي إدعاءاتهم وطلباتهم بحيث أن بطلان العقد أو انعدامه لا يفضي إلى عدم اختصاص المحكمين ولا إلى بطلان أو انعدام العقد التحكيمي".

كما نصت المادة (23) الفقرة الأولى من نظام محكمة لندن لتحكيم الدولي على أنه« يجوز للمحكمة التحكيمية البث في اختصاصها، بما في ذلك البث في أي اعتراضات تتعلق بوجود العقد التحكيمي أو صحته، ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءا من عقد كما لو كان

[174] - الأحدب عبد الحميد، المرجع السابق، ص590، 591.

اتفاق مستقلا عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر عن المحكمة التحكيمية ببطلان العقد، أو بإعلان عدم وجوده أو أنه غير ذي فاعلية لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان عدم وجود أو عدم فاعلية الشرط التحكيمي".

كما جاء في نص المادة 21 الفقرة الأولى من قواعد التحكيم التي و ضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري على أنه" هيئة التحكم 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"[175].

الفرع الثالث

الأساس القانوني لمبدأ الاختصاص بالاختصاص

يقصد بأساس مبدأ الاختصاص الفكرة التي يقوم عليها هذا المبدأ، وتعددت الاتجاهات في البحث عن أساس مقبول لمبدأ الاختصاص، وقد تبيان الفقهاء حول لأساس لهذا المبدأ، منهم من يرى [176] ، أن أساس مبدأ الاختصاص ومصدره هو مبدأ استقلال شرط التحكيم، لأن شرط التحكيم مستقل عن العقد الأصلي باعتبار أن شرط التحكيم هو عقد داخل العقد الأصلي، ولو شاب هذا الأخير شيء فإنه لا يمنع أن يقوم المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه، بناء على استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي[177] .

في حين يرى جانب آخر من الفقه أن أساس مبدأ، الاختصاص لا يقوم على أساس استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، لأنه ليس هناك علاقة بين مبدأ الاختصاص بالاختصاص وبين مبدأ استقلالية شرط من شروط التحكيم، كما أن الأخذ بهذه الفكرة تصلح فقط لمواجهة الفرض الذي يأتي اتفاق التحكيم، في صورة شرط من شروط العقد الأصلي، ومن ثم يصبح غير قادر على تبرير سلطة المحكم في الفصل في اختصاصه عندما يكون اتفاق التحكيم مستقلا عن العقد الأصلي إذا ما أخذ هذا الاتفاق صورة المشارطة، ولهذا وجب عدم الخلط بينهما، ولهذا فإن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يستمد أساسه من النص التشريعي في القانون التحكيمي المطبق أو من قانون التحكيم

[176]- راشد سامية، المرجع السابق، ص108.

[177] - عبد القادر ناريمان، المرجع السابق ، ص333.

في دولة المقر، كما أن مضمون كلا من المبدأين مختلف عن الآخر، فمبدأ استقلال شرط التحكيم يتعلق بمسالة موضوعية تحقق التمييز بين شرط التحكيم عن العقد الأصلي، أما مبدأ الاختصاص فيتعلق بمسألة إجرائية تحقق منح المحكم سلطة تقرير اختصاصه، ووقفا لهذا الاتجاه لابد من نص تشريعي في القانون التحكيمي المطبق أو على الأقل قانون تحكيم مكان إجراء التحكيم أو في نظام المركز التحكيمي المطبق على التحكيم[178].

وهناك من يرى أن مبدأ الاختصاص أساسه اتفاق التحكيم وذلك نظرا لعدم قدرة المحكم أن يستمد اختصاصه للنظر في اختصاصه من مبدأ استقلالية إتقان التحكيم، ومنه فإن الفقه عمل على إيجاد أسس آخر يؤسس عليه« مبدأ الاختصاص بالاختصاص» حيث أن هناك من يرى أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يستند إلى اتفاقية التحكيم، فهذا الأخير يسحب الاختصاص من السلطة القضائية ليسنده إلى الهيئة التحكيمية ومن ثمة تبقي هذه الأخيرة ملزمة باحترام إدارة الأطراف في الحدود المنظمة في اتفاق التحكيم[179]، يستند هذا الأخير إلى القاعدة الشائعة في الفقه المدني والتي مفادها:" العقد شريعة المتعاقدين"، والتي تضفي القوة الملزمة على اتفاق التحكيم.

إلا أن رد أساس مبدأ اختصاص إلى اتفاق التحكيم نفسه سيؤدي إلى نتائج غير منطقية، فمن المعروف أن مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه يخول محكمة التحكيم الاستمرار في أداء مهمتها حتى إذا تم إنكار وجود وصحة اتفاق التحكيم ذاته من قبل أحد الأطراف ولأسباب متعلقة مباشرة بشرط التحكيم أو بمشارطة التحكيم، وليس فقط في الأحوال التي يكون الأمر يتعلق باحتمال بطلان العقد الأصلي[180].كون فكرة الاتجاهين السابقين لم يقدم أساس كافي تقرير سلطة المحكم في التصدي للفصل في اختصاصه، استقر الرأي الذي يعتبر مبدأ الاختصاص بالاختصاص أساسه تشريعي، أي أساسه هو النص القانوني الذي يكرس في دولة مقر التحكيم، وفي قوانين الدول الأخرى المحتمل عرض حكم التحكيم الصادر من المحكم، والذي يفصل في مسألة اختصاص هذا الأخير، للاعتراف به أمام محاكمها[181].

---

[178] - الطشي أنور علي أحمد، المرجع السابق، ص 71-72.

[179] - حيواني جمال ، المرجع السابق، ص12.

[180] - تعويلت كريم،" رقابة القاضي على اختصاص المحكم بين مقتضيات الفعالية وضرورة الرقابة." ، ملتقى وطني حول التحكيم التجاري الدولي، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسي، جامعة مولود معمري ،تيزي وزو،يومي 08-09 ماي 2013،ص4.

[181] - السيد الحداد حفيظة ،الاتجاهات المعاصرة بشان اتفاق التحكيم، المرجع السابق ، ص31.

المطلب الثاني

إعمال مبدأ الاختصاص أمام المحكم

من أجل إعمال مبدأ الاختصاص بالاختصاص يتعين على الأطراف الالتزام بالاتفاق المبرم بينهما، وهو عرض النزاع المتفق عليه على هيئة التحكيم والتزام بمتابعة السير أمام المحكم واحترام الحكم الصادر حول النزاع المطروح، وبهذا ينتقل الاختصاص من قضاء الدولة إلى نظام التحكيم، ويؤدي إعمال هذا المبدأ إلى نتائج تتعارض مع المنطلق القانوني المتعارف عليه، من حيث صعوبة تكييف قرار المحكم من الناحية القانونية.

لدراسة هذا المطلب قسمناه إلى: اجراءات إعمال مبدأ الاختصاص باختصاص أمام المحكم ونتائجه (فرع أول) الإشكالات النظرية والقانونية لاعمال المبدأ امام المحكم (فرع ثاني).

الفرع الأول

إجراءات إعمال مبدأ الاختصاص بالاختصاص ونتائجه

نصت القوانين المنظمة للتحكيم التجاري الدولي على مجموعة من القواعد تكرس مبدأ الاختصاص بالاختصاص، حيث يستمد هذا الأخير أساسه من المعاهدات دولية المتصلة بالتحكيم، وكذا القوانين الوطنية المعاصرة للعديد من الدول وأغلبية لوائح التحكيم، ونصت العديد من القوانين المعاصرة على مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه، من أجل تحقيق الفعالية الإجرائية لاتفاق التحكيم وحددت التوقيت الذي ينبغي فيه إثارة الدفع بعدم الاختصاص، تجنبا لاستعمال الحق في التمسك به بسوء نية بغرض تعطيل الإجراءات[182].

سوف نتناول في هذا الفرع: حالة الدفع بعدم اختصاص محكمة التحكيم (أولا) ثم تصدي المحكم لمسألة اختصاصه تلقائي (ثانيا) وأخيرا توقيف تصدي المحكم لمسألة اختصاصه (ثالثا).

[182]- السيد الحداد حفيظة، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 229، 230، أنظر كذلك تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 54، 55.

أولا- حالة الدفع بعدم اختصاص محكمة التحكيم:

تكمن ولاية المحكم في الفصل في المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم في الاتفاق المبرم بين الأطراف على اختيار التحكيم كوسيلة للفصل في المنازعات الناشئة بينهم[183].

وإذا قام أحد الأطراف بالدفع بعدم اختصاص المحكم أو محكمة التحكيم، لعدم وجود اتفاق على التحكيم أو بطلانه أو انقضائه أو سقوطه أو عدم شموله لموضوع النزاع، فإن المحكم يواصل النظر في النزاع ويفصل بالدفع الذي أثير أمامه، على أن يخضع قراره لرقابة القاضي أثناء إعطاء قرار المحكمين صيغة التنفيذ وذلك خشية تعطيل إجراءات التحكيم، ويكون الأمر معلقا كما تقضي به المحكمة[184].

يرى الفقه أن الدفع بعدم اختصاص محكمة التحكيم يمكن إثارته من قبل المدعى عليه، فإذا أثار عدم اختصاص محكمة التحكيم للنظر في الطلبات التي يتقدم بها المدعي، سواء كونها لم تكن موضوع اتفاق التحكيم أصلا ، أولا يشملها اتفاق التحكيم، أو لكونها تتعارض مع النظام العام فإن المدعي يمكن له كذلك الدفع بعدم اختصاص محكمة التحكيم في النظر في الطلبات المقابلة التي تقدم بها المدعي عليه في مذكراته،وبما أن إثارة هذا الدفع سواء من المدعي أو المدعى عليه يمكن أن تشكل بابا من أبواب الإجراءات المعطلة التي تتعارض مع أهداف التحكيم، فإن اعطاء المحكم سلطة الفصل في مسألة اختصاصهأمر في غاية الأهمية، بل ولابد أن تخضع إجراءات إثارة هذا الدفع لقواعد تضمن عدم تأثيره على وضع اتفاق التحكيم ، موضع التنفيذ وتحقيق فعاليته[185].

وإذا قضت المحكمة ببطلان اجراءات التحكيم فلا يمكنها التصدي للنزاع، لأنه وإن ثبت أن إجراءات التحكيم كانت باطلة ، فإن اتفاق التحكيم ذاته صحيح، ومنتج آثاره في سلب ولاية القضاء للنظر في النزاع إلا أنه يجوز لقاضي الأمور المستعجلة إن يقضي بصفة مؤقتة في مسألة يخشى عليها فوات الوقت بشرط ألا تكون اجراءات التحكيم قد افتتحت، إذ يصبح المحكم بعد افتتاحها هو المختص بنظر الطلبات الوقتية[186].

---

[183]-السيد الحداد حفيظة، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 239.

[184]-البستاني سعيد يوسف، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، ط4، 2004، ص 296.

[185]- تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، 60.

[186]- البستاني سعيد يوسف، المرجع السابق، ص 296.

فمبدأ الاختصاص بالاختصاص يعطي لهيئة التحكيم سلطة الفصل في هذه الدفوع، لكنه لا يستطيع سلب اختصاص القاضي بالفصل في هذا النزاع، فإذا طرحت عليه بمناسبة تمسك طرف باتفاق التحكيم ودفع الطرف الآخر ببطلان هذا الاتفاق ، فقاضي الدعوة هو قاضي الدفوع ولا يتصور إلزامه بالحكم بعد قبول الدعوى استنادا إلى تمسك أحد أطراف اتفاق التحكيم بدفع اكتشف القاضي بطلانه،والراجح أنه لكي ينظر المحكم ما يعرض عليه من نزاع لا بد أن يقرر اختصاصه أولا، ولو اقتضى الأمر البحث في وجود وصحة واستمرار اتفاق التحكيم الذي يستند إليه طالب التحكيم، فالمحكم يستمد ولايته من إرادة الطرفين، أي من هذا الاتفاق، فهو يختص بالنظر في مسألة اختصاصه ومبدأ الاختصاص بالاختصاص لا يشمل فقط ما يتعلق ببطلان اتفاق التحكيم، وانما ما يتعلق بوجوده، وما يتعلق بتحديد نطاق ولاية هيئة التحكيم[187].

1- **توقيت إثارة الدفع بعدم اختصاص المحكم:** اختلف الفقه حول مسألة تحديد توقيت تقديم الدفع بعدم اختصاص محكمة التحكيم، ففي الوقت الذي يعتبر فيه الفقه التقليدي أن هذا الدفع يدخل ضمن الدفوع الشكلية التي ينبغي إثارتها قبل البحث والمناقشة في الموضوع، ذهب جانب من الفقه إلى اعتباره دفعا من الدفوع الاجرائية المتعلقة بالنظام العام، والتي يجوز إبدائها حتى بعد البدء والمناقشة في موضوع النزاع، واستندوا على القول بأنه من الأفضل التصدي لمسألة الاختصاص، حتى في وقت متأخر من أن يصدر المحكم حكما في الموضوع يكون مصيره البطلان لعدم الاختصاص، وذلك توفيرا للوقت وتأكيدا لميزة السرعة التي يتميز بها نظام التحكيم[188].

أما الاتجاه الثاني فقد ذهب إلى القول بأن الطابع الاستثنائي والمؤقت لاختصاص محكمة التحكيم لايمكن تصحيحه بالتأخير في التمسك بهذا الدفع لأنه غير موجود أصلا[189]، ويرى هؤلاء أن قرار المحكم في اختصاصهم لن يطعن فيه أصلا إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة، ورقابة المحكمة المختصة لن تعمل إلا بصدور هذا الأخير، لذلك فلا جدوى من عدم قبول الدفع بعدم

[187] - بن السعيد لزهر، المرجع السابق، ص 84، 85.

[188]- تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 56.

لمزيد من التفاصيل حول هذا الجدل، راجع: الطشي أنور علي أحمد، مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 110 ومايليها.

[189]-شحاتة محمد نور عبد الهادي، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993،ص 204

اختصاص المحكم الذي يقدم في وقت متأخر، بل من الأجدر منح الفرصة للمحكم للبحث في مدى اختصاصه بدلا من الانتظار لحين الطعن في الحكم الفاصل في النزاع[190].

تم الرد على هذه الحجج بالقول أن تأخير إثارة الدفع بعدم اختصاص محكمة التحكيم قد يستعمل كوسيلة للمماطلة، أو على الأقل كوسيلة للتأكد من الاتجاه الذي تأخذه القضية، فإذا رأى الطرف سيئ النية أن القضية تسير في صالحه تغاضى عن إثارة هذا الدفع، أما إذا وجد أن القضية ضد مصلحته، استعمل الدفع بعدم الاختصاص لوقف عملية التحكيم أو تعطيل اجراءاتها.

كذلك فان القول بأن اختصاص المحكم استثنائي ومؤقت، فإن الاتجاه الحديث يجعل منه اختصاصا أصليا في مجال التجارة الدولية، حيث نادرا ما نجد عقدا في هذا المجال لا ينص على اختصاص التحكيم ، كما أن الطابع الاستثنائي لاختصاص المحكم مرتبط بإرادة الأطراف فإذا ما تنازلوا عن الدفع بعدم اختصاص محكمة التحكيم، فإن إرادتهم متجهة إلى قبول اختصاص محكمة التحكيم، ولا يلجأ أحدهم بالضرورة إلى الطعن بالبطلان ضد حكم التحكيم الموضوعي .

كذلك بالنسبة للقول بأن قرار المحكم لن يطعن فيه أصلا، إلا بعد صدور الحكم المنهي للخصومة، يعارضه الاتجاه العام في القانون المقارن، حيث أن معظم القوانين المقارنة تسمح بالطعن مباشرة في قرار المحكم الصادر في اختصاصه، أو القرار الذي يعلن فيه عدم اختصاصه[191].

هناك اتجاه ثالث يقول بضرورة تقسيم حالات الدفع بعدم الاختصاص إلى قسمين، بالنظر إلى الأسباب التي تبرر عدم اختصاص محكمة التحكيم، حيث يتعلق القسم الأول بحالات الدفع لمتعلقة بالنظام العام، والتي يجوز اثارتها في أي وقت، ولو بعد الحديث في الموضوع، أما القسم الثاني فيتعلق بحالات الدفع الأخرى التي لا تمس بالنظام العام، وفي هذه الحالات ينبغي تقديم الدفع قبل الحديث في الموضوع تحت طائلة سقوطه[192].

[190]- الطشي أنور علي أحمد، المرجع السابق، ص211.

[191]- تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 57.

[192]- شحاته محمد أنور عبد الهادي، المرجع السابق، ص 206.

بعض التشريعات سمحت بإبداء الدفع بعدم الاختصاص في وقت متأخر، لكن بشرط أن تقبله محكمة التحكيم، إذ أعطت سلطة تقديرية واسعة لهذه المحكمةفي قبول أو رفض هذا الدفع اعتمادا على دراسة سبب التأخير، حيث تقبله إذا كان السبب مقبولا في نظرها[193].

2- تأثير المشاركة في تشكيل محكمة التحكم على الحق في الدفع بعدم اختصاصها: عند قيام أحد طرفي التحكيم بتعيين محكمة التحكيم أو الاشتراك في تعيينها فإن هذا لا يرتب سقوط حقه في تقديم الدفع بعدم الاختصاص، فالقول بعكس هذا هو تشجيع للأطراف على عدم المشاركة في تشكيل محكمة التحكيم وإجراءات التحكيم، مما يفتح باب المماطلة وتعطيل الفصل في النزاع، فمبدأ الاختصاص بالاختصاص جاء لإعطاء اختصاص حقيقي لمحكمة التحكيم للفصل في اختصاصهابما يضمن احترام إرادة الأطراف، ففي الحالة التي تغيب فيها الإرادة سيكون لمحكمة التحكيم سلطة إعلان عدم اختصاصها، دون أن يكون الطرف الذي يشكك في اختصاص هذه المحكمة مضطرا لعدم المشاركة في تشكيل هذه المحكمة ومقاطعة إجراءات الخصومة التحكيمية[194].

ومما لا شك فيه أن عدم مثول أحد الأطراف أمام محكمة التحكم، يستوجب على هذه الأخيرة أن تعلن عن مدى اختصاصها، لأن هناك عنصرا غائبا في النزاع، وهذا الغياب يؤثر بلاشك على سير عملية التحكيم، حيث يتطلب الأمر من محكمة التحكيم في هذه الحالة أن تبذل جهدا أكبروحرصا أكثر لكي تستطيع أن تصل إلى الحل العادل، نتيجة غياب العناصر التي من الممكن أن يقدمها الطرف الغائب والتي من شأنها أن توضح لها الرؤى وتساعدها على فهم النزاع[195].

ثانيا- تصدي المحكم لمسألة اختصاصه تلقائيا

المهمة القضائية التي يقوم بها المحكم تفرض عليه بعض الالتزامات، منها ما ينبثق من القانون ومنها ما يمليه عليه اتفاق الأطراف، فالمحكم ملزم بالتقيد بالمهمة المسندة إليه، ومن ثم إعمال اختصاصه فيما يصح، واستبعاده فيما لا يصلح[196].

[193]- تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 59.

[194]-المرجع نفسه، ص 59.

[195]- الطشي أنور علي أحمد، المرجع السابق، ص 191.

[196]- المرجع نفسه، ص 181.

يتجلى التزام محكمة التحكيم بالتصدي لمسألة اختصاصها، عندما يثير أحد الأطراف الشك في اختصاصها سواء أمامها مباشرة أو أمام إدارة مركز التحكيم، أي أن محكمة التحكيم ملزمة في هذه الحالة المسألة للقاضي، كما ليس لها رفض الفصل فيها مهما كان السبب لأنه من غير الملائم حسب البعض أن تلزم محكمة التحكيم بعرض مسألة اختصاصها على القضاء الوطني في الدولة مقر التحكيم للنظر فيها، لأن ذلك يعبر بطريقة مباشرة على الحذر الذي يطبع بعض التشريعات من العدالة التحكيمية، بل حتى مجرد جعل المسألة جوازية بالنسبة لمحكمة التحكم تعرض التحكيم لنفس المخاطر التي من شأنها أن تفتح باب التدخل في اجراءات التحكيم من قبل الجهات القضائية الوطنية عبر الدفوع المتعلقة بالاختصاص[197].

لا يمكن تشبيه الاختصاص التحكيمي بالاختصاص النوعي،وبالتاليلا يمكن إسقاط القاعدة المستقرة في القوانين الاجرائية على التحكيم، والتي مفادها أن للقاضي سلطة الفصل في اختصاصه تلقائيا، في الحالة التي يكون فيها عدم الاختصاص متعلق بالنظام العام كما هو الحال بالنسبة للاختصاص النوعي، ورغم هذا فإنه ليس هناك ما يحول دون امكانية إثارة المحكمين لعدم اختصاصهم تلقائيا في بعض الحالات[198].

نظر لخصوصية الاختصاص التحكيمي، فإنه يميز عادة بين الحالات التي يكون فيها عدم اختصاص محكمة التحكيم مرتبطا بالنظام العام، والحالات التي لا يكون فيها كذلك، وإذا كانت محكمة التحكيم ملزمة بإثارة مسألة اختصاصها إذا كان سبب عدم الاختصاص متعلقا بالنوع الأول من الحالات، فإنها في المقابل غير ملزمة بالتصدي تلقائيا لمسألة اختصاصها في الحالات الأخرى.

إن عملية تصدي المحكم لمسألة اختصاصه، تختلف تمام الاختلاف عن تصدي إدارة مراكز التحكيم الدائمة لاختصاصها، فإذا كانت سلطة المحكم في التصدي لمسألة اختصاصه تدخل في السلطة القضائية التي يتمتع بها هذا المحكم، إعمالا للطابع القضائي للعمل الذي يقوم به، فإن

---

[197]- تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق60، .

[198]-المرجع نفسه ، ص 61.

حيث تنص المادة 360 من قانون إ.م.إج.على أن " عدم الاختصاص النوعي من النظام العام تقضي بين الجهة القضائية تلقائيا في أية مرحلة تكون عليها الدعوى"- يعتبر المشرع الجزائري نوعي الاختصاص من النظام العام في المواد الإدارية، حيث نصت المادة 807 من نفس القانون على أن الاختصاص النوعي والاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية من النظام .ويجوز إثارة الدفع بعدم الاختصاص من أحد الخصوم في أية مرحلة كانت عليها الدعوى ويجب إثارته تلقائيا من طرف القاضي.

تصدي إدارة مركز التحكيم لمسألة اختصاصه، يدخل في اطار الدور الاداري الذي يتمتع به في تحريك اجراءات التحكيم تحت مظلته وادارته لهذه الاجراءات.

أخيرا تجدر الاشارة إلى أن القوانين الوضعية لم تتطرق بالنص إلى حالة إثارة محكمة التحكيم لمسألة اختصاصها تلقائيا، بل نظمت فقط الحالة التي تثار فيها هذه المسألة من قبل أطراف خصومة التحكيم وبنيت توقيت اثارة هذه الحالة- كما سبقت الاشارة إليه-، إلى جانب ذلك تطرقت هذه القوانين إلى توقيت تصدي محكمة التحكيم لمسألة اختصاصها للفصل فيه[199].

ثالثا- توقيت تصدي المحكم لمسألة اختصاصه

للتوقيت الذي يتولى المحكم فيه الفصل في مسألة اختصاصه أهمية كبيرة في تحقيق سرعة الفصل في النزاع، خاصة إذا كان الدفع بعدم الاختصاص صادرا من احد الأطراف بسوء نية قاصدا به تعطيل إجراءات التحكيم.

عالجت أغلب الأنظمة القانونية هذه المسألة من خلال إعطاء الحرية الكاملة لمحكمة التحكيم في اختيار التوقيت الذي تراه ملائما للفصل في مسألة اختصاصها، اقتداء بالحل الذي أوصت به لجنةالأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في إطار القانون النموذجي للتحكيم الذي أعدته في سنة 1985.[200]إذ لمحكمة التحكيم أن تفصل في هذه المسألة قبل الفصل في الموضوع، أو أن تضمها إلى الموضوع لتفصل فيهما معا وفي نفس الوقت، نأخذ على سبيل المثال نص القانون المصري للتحكيم على أنه "تفصل محكمة التحكيم في الدفوع المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة قبل الفصل في الموضوع أو أن تضمنها إلى الموضوع لتفصل فيها معا".[201]

كذلك بالنسبة للمشرع التونسي الذي أعطى للمحكمة التحكيم هذه الحرية من خلال الفصل رقم 61 من المجلة التونسية للتحكيم في الفقرة 3 على أنه "إذا بثت هيئة التحكيم في أي دفع من الدفوع المشار إليها في الفقرة 2 من هذا الفصل بحكم جزئي يجوز لأي طرف في بحر ثلاثين يوما من

---

[199]- تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 61.

[200]- المرجع نفسه، ص 64.

حيث جاءت الفقرة 3 من المادة 16 من هذا القانون لما يلي: "يجوز لهيئة التحكيم أن تفصل في أي دفع من الدفوع المشار إليها في الفقرة 2 من هذه المادة، إما كمسألة أولية وإما في قرار تحكيمي موضوعي..."

[201]- راجع المادة 3/22 من القانون المصري، رقم 27 لسنة 1994.

تاريخ إعلامه به أن يطلب من محكمة الاستئناف بتونس أن تفصل في الأمر طبقا لأحكام الفصل 78 من هذه المجلة".

يتبين من هذا النص أن المشرع التونسي ترك الحرية كاملة لمحكمة التحكيم للفصل في مسألة اختصاصها بحكم جزئي قبل الفصل في الموضوع أو الفصل فيها بموجب الحكم الفاصل في موضوع النزاع[202]. أما المشرع الجزائري فقد نص في الفقرة الثانية من المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:" تفصل المحكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع.

يتبين لنا من خلالهذا النص أن محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها بموجب حكم أولي صادر عنها، وهذا قبل التصدي لموضع النزاع، من أجل تمكين الأطراف من إفزاغ النزاع المتعلق بالاختصاص في أقرب وقت ربحا للوقت وتدعيما لفعالية اتفاق التحكيم، غير أنه استثنى من ذلك الأحكام التي تصدر بشأن الفصل في الدفع بعدم الاختصاص إذا كان مرتبطا بموضوع النزاع، فوجب أن يكون الفصل في هذه الدفوع بحكم نهائي، بمعنى الفصل في الاختصاص وفي الموضوع في نفس الوقت[203].

تقتضي الإشارة في الأخير إلى أن تقرير مبدأ الاختصاص بالاختصاص يهدف إلى عدم تعويق سير خصومة التحكيم، فالهيئة لا توقف سير الإجراءات لحين فصل القضاء في الأمر بل لها أن تواصل نظر النزاع إذا ما أيقنت أن هذه الدفوع يرجى من ورائها المماطلة وإطالة مدة النزاع . كذلك لا يمكن الاحتجاج بهذه المبررات لمنع القاضي من التحقق من صحة أوبطلان اتفاق التحكيم، بل على العكس فهي تبرر تأكيد سلطته، فرفع الأمر إليه لن يكون سببا لوقف أو منع سير إجراءات التحكيم، إلا إذا توضح للقاضي بطلان اتفاق التحكيم، فتصدى للموضوع بحكم نهائي، في هذه الحالة يتحتم على هيئة التحكيم إنهاء الاجراءات لأن الاستمرار فيها لا جدوى منه، فلو استمرت وأصدرت حكمها في موضوع النزاع، فلن ينفذ لتعارضه مع حكم صدر من القضاء[204].

[202]- تعويلت كريم، المرجع السابق، ص 64.

[203]- بن السعيد لزهر، المرجع السابق، ص 88.

[204]- المرجع نفسه ، ص 88.

مثلا: إذا كان الدفع بعدم الاختصاص غير مؤسسي على أسباب جدية، أثير لتعطيل الإجراءات فمن الأجدر تأجيل الفصل فيه إلى غاية توقيت الفصل في موضوع النزاع، لكن إذا كان الدفع جديا، فمن الأفضل الفصل فيه حالا قبل الشروع في نظر النزاع الموضوعي، وذلك تجنبا للسير في التحكيم وتضييع الوقت والمال لتصل محكمة التحكيم في الأخير لعدم اختصاصها[205].

الفرع الثاني

الإشكالات النظرية والقانونية الناتجة عن إعمال المبدأ أمام المحكم

عند إصدار المحكم القرار في مسألة اختصاصه أثار عدة إشكالات، منها ما يتعلق بالطبيعة القانونية، خاصة إذا تبين عدم اختصاصه، ومنها ما يتعلق بالإشكالات التي يثيرها الطعن في هذا القرار وما يترتب عنه من نتائج. ومن أجل دراسة هذا الفرع قسمناه إلى: صعوبة التكييف القانوني لقرار المحكم في مسألة اختصاصه (أولا)، إبرام اتفاق التحكيم بعد رفع الدعوة (ثانيا)،جواز التنازل عن اتفاق التحكيم (ثالثا).

أولا- في صعوبة التكيف القانوني لقرار المحكم في مسألة اختصاصه:

من بين الصعوبات التي تعيق "مبدأ الاختصاص بالاختصاص" صعوبة تكييف القرار الذي يتخذه المحكم في مسألة اختصاصه، على اعتبار أن اعتراض أحد الأطراف على اختصاص المحكم، سوف يمس بالأساس الذي يتدخل وفقا له هذا المحكم، أو الذي من المفروض أن يتدخل وفقا له[206].

1- القرار الذي يصدر عن المحكم في مسألة اختصاصه لا يتمتع بالطبيعة القضائية:

جانب من الفقه عارض بشدة تكييف قرار المحكم الصادر بمناسبة النظر في اختصاصه بحكم التحكيم، يتجلى هذا الرفض أيضا على مستوى بعض الأنظمة القانونية التي تجنبت استعمال مصطلح "حكم" سواء تمسك المحكم من خلاله باختصاص أو رفضه[207].

---

[205]- تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 65.

[206]- المرجع نفسه، ص66 - 67. ويرى البعض أن:

"contestation du principe même du pouvoir juridictionnel de l'arbitre met en cause tout le fondement a partir du quel le tribunal arbitral intervient ou est censé intervenir". voir: Alain REDFERN, Martin HUNTER, Droit et pratique de l'arbitrage commercial international, traduction Eric ROBINE 2 éme édition LGDJ, paris, 1991, p221.

[207]- تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 67.

أ-الرأي الفقهي المعارض للتكييف القضائي لقرار المحكم: نجد أن الأستاذة-RUBELLIN DEVICHI اعتبرت أن المحكمين لا يلتزمون بإصدار قرار بعدم اختصاصهم لأنه عديم القيمة وصادر عن شخص عادي، وإنما يمكنهم فقط رفض الفصل في النزاع، وما يصدر عنهم في هذه الحالة ما هو إلا وسيلة لمعاينة هذا الرفض تمهيد لرفع النزاع أمام المحاكم الوطنية المختصة ،ولا يقترب من حكم التحكيم إلا من حيث الاسم[208].

نفس الشيء بالنسبة للأستاذ ماير "MAYER" الذي يعتبر أشهر المعارضين لتكيف قرار المحكم الذي يتخذه بشأن اختصاصه بالحكم في مرحلة الأخيرة، أن قرار المحكم باختصاصه سواء كان كليا أو جزئيا ما هو إلا مجرد رأي بالنظر لطابعي المؤقت، والكلمة الأخيرة في هذه المسألة التي يفصل فيها تعود للقاضي الوطني، وأن الرأي المحكم ما هو إلا معاينة لا تلزمه إلا هو شخصيا[209].

ب- تطبيقات هذا الرأي في الأنظمة القانونية: هناك العديد من الأنظمة القانونية المعارضة لتكييف قرار المحكم باختصاصه أو عدم اختصاصه كحكم تحكيم. وذلك في القانون النموذجي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وهو ما استنتج منه البعض أن قرار المحكم بعدم اختصاصه ليس حكما من منظور هذا القانون[210].

نجد أن القانون المصري للتحكيم نص في المادة 22 /3على أنه: "لهيئة التحكيم أن تفصل في الدفوع المشار إليها في الفقرة الأولى من هذه المادة قبل الفصل في الموضوع أو أن تضمنها إلى موضوع لتفصل فيهما معا. فإذا قضت برفض الدفع فلا يجوز التمسك به إلا بطريق رفع دعوى بطلان حكم التحكيم المنهي للخصومة كلها وفق المادة 53 من هذا القانون".

بالنسبة لفرنسا فقد سبق للقضاء أن اعتبر حكم المحكم الصادر في مسألة اختصاصه لا يحوز الصفة القضائية، وتأسيسا على ذلك رفض قبول الطعن الموجه ضده، غير أنه سرعان ما استقر الرأي في فرنسا علي القول بالطبيعة القضائية للقرار الذي يصدره المحكم أثناء الفصل في اختصاصه[211].

---

[208] RUBELLIN-DEVICHI, Essai sur la nature de l'arbitrage. LGDJ, paris, 1965, p234

[209] -تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 68.

[210] ،المرجع نفسه، ص 69.

[211] - المرجع نفسه،ص 70.

لا تعتبر اتفاقيات واشنطن المنشئة للمركز الدولي للتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار القرارات الصادرة عن المحكمين بمناسبة الفصل في مسألة اختصاصهم أحكاما تحكيمية، ولا يمكن الطعن فيها بالبطلان مباشرة أمام اللجنة الخاصة المشكلة لهذا الغرض، على اعتبار أن المادة 52/1 من الاتفاقية حصرت الأحكام القابلة للطعن في الأحكام الفاصلة في موضوع المنازعة فقط ، فتطبيقا لهذا النص رفضت السكرتارية العامة للمركز الدولي قيد الطلب الذي تقدمت به دولة مصر، للطعن في الحكم التمهيدي المتعلق بالاختصاص في المنازعة التي جمعتها مع الشركة الأمريكية (spp)مؤسسة رفضها على اعتبار أن القرار الصادر بهذا الخصوص لا يعد حكما تحكيميا في مفهوم المادة 52 السالفة الذكر[212].

2- القرار الصادر عن المحكم في مسألة اختصاصه حكم كسائر الأحكام القضائية:

يعتبر الاتجاه الغالب في الفقه والأنظمة القانونية الحديثة أن قرار المحكم بمناسبة النظر في مسألة اختصاصه حكم تحكيمي، يتوفر على كل مقومات حكم التحكيم الذي يصدره المحكم بمناسبة الفصل في موضوع النزاع والذي يعتبر بدوره بمثابة حكم قضائي، ويستند هذا الاتجاه إلى عدة حجج يبدو أنها أثرت على الاجتهاد القضائي في بعض الدول، حيث استقر الأخذ بهذا التكيف على غرار القضاء الفرنسي[213].

أ-حجج أصحاب الرأي المدافع عن الطبيعة القضائية لقرار المحكم في اختصاصه: اعتمد هذا الاتجاه على عدة أسانيد ودلائل نذكر منها: اختصاص المحكم وعدم اختصاصه يكونان موضوع نزاع قائم بذاته، ومن شأنه أن يفضي إلى عمل قضائي حقيقي. ويعتبر القرار الذي يصدره المحكم بشأن اختصاصه حكما تحكيميا لأنه يفصل بصفة قطعية في جزء من المنازعة، مما يؤهله لأن يكون محلا للطعن بالبطلان بصفة مباشرة.

ويرى البعض أن عدم اعتبار قرار المحكم الصادر في مسألة اختصاصه سوف يؤدي إلى الحيلولة دون رقابته، في نفس السياق تساءل البعض عن كيفية إعمال اتفاق التحكيم الذي يبقى صحيحا ولا يبطله قرار المحكم بانتفاء اختصاصه في حالة ما إذا كان تقدير المحكم في هذا الصدد خاطئا، أو كان نفي اختصاصه قد صدر بسوء نية من جانبه تحيزا للمدعى عليه، أو لعدم رغبته في الفصل في النزاع المعروض عليه.

---

[212]- السيد الحداد حفيظة، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادر في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997، ص 267.

[213]تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 71.

يظهر لنا من خلال ما سبق أنه يمكن القول بأن الحجج المقدمة لا تؤسس الحل المقترح من الناحيتين النظرية والقانونية، ولا تفسر الطبيعة القضائية لقرار التحكيم الصادر في مجال الاختصاص بقدر ما تظهر الحاجة العملية إلى هذا التكييف[214].

ب-تطبيقات هذا الرأي في الأنظمة القانونية المقارنة: تمت الإشارة أن القانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لم يتضمن بدوره تحديدا للمقصود بحكم التحكيم بعدما استبعد النص المقترح في مشروعه، نظرا للدخل الذي دار بين ممثلي الدول حول مضمونه، خاصة اعتبار المحكم الفاصل في اختصاصه حكما تحكيما[215].

يعمل مركز التحكيم الدولية بغرفة التجارة الدولية بباريس كمحكم دولي بين الأطراف المتنازعة ذات العلاقة الدولية والجنسيات المختلفة وذلك في مجال العلاقات التجارية الدولية، حيث أنشأ نظام موحد وقواعد موحدة للتحكيم لترشد الأطراف الراغبين في اللجوء إلى التحكيم الدولي عن طريق الغرفة، كما وضعت العديد عن قواعد واحكام وشروط التحكيم التي يمكن لأطراف العقود وضعها في صياغة عقودهم[216].

ومن أهم قواعد الغرفة:

* تضمن عقود الأطراف الذي يرغبون في اللجوء إليها للتحكيم في المنازعات التي تنشب في العقود الدولية، الشرط النموذجي التالي: جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد يتم حسمها نهائيا، وفقا لنظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية،بواسطة حكم أو عدة أحكام يتم تعيينهم طبقا لذلك النظام.

---

[214]- تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 71، 72.

[215]Le not sentence doit s'entendre d'une sentence Définitive qui Trache toutes les questions soumises au tribunal arbitral et de toute autre décision du tribunal qui règle définitivement une question de fond quelconque ou la question de sa compétence ou toute question de procédure, mais dans le dernier cas, seulement si le tribunal arbitral qualifie sa décision de sentence. Cite par, Emmanuel GAILLRD , «arbitrage commercial international. Sentence arbitral,», JCP international, 1994, fasc.586-9-2 n°5.

كعوان محمد، التحكيم التجاري الدولي في مجال الصفقات العمومية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون

[216]أعمال ، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، ص 89.

* أتاحت غرفة التجارة الدولية إذا ما رغب الأطراف في جعل الغرفة سلطة تعيين المحكمين طبقا لقواعد لجنة القانون التجارة للتحكيم UNCITRAL في أن تشمل عقودهم الشرط التالي، وهو شرط التحكيم النموذجي:

" يسوى أي النزاع نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو عن خرقه أو انهائه أو بطلانه، أو عن طريق التحكيم وفقا بنظام لجنة القانون التجاري للتحكيم، كما هو ساري حاليا، تكون سلطة التعيين بغرفة التجارة الدولية التي تتصرف تبعا للإجراءات التي اعتمدتها الغرفة"[217].

ثانيا-إبرام اتفاق التحكيم بعد رفع الدعوى: كما هو معروف فإن التقادم على اصل الحق ينقطع بالمطالبة القضائية، ولكنه لا ينقطع في حالة ابرام اتفاق التحكيم، ويظل هذا الأثر ما دامت الخصومة قائمة، ويبقى أصل الحق في مأمن من أي سقوط[218]، وإذا حدث انقطاع كأثرلإبرام اتفاق التحكيم، فان مدة سقوط جديدة للحق تبدأ بعد الانقطاع الذي حدث كأثر للمطالبة بالحق أمام المحكم، ويبدأ حساب مدة السقوط بعد انقضاء الخصومة أمام المحكم دون صدور حكم في الموضوع، سواء بانتهاء المهلة المحددة اتفاقا أو قانونا لإصدار حكم التحكيم، واذا حدد القانون ميعادا يتعين رفع الدعوى خلاله وإلا انقضى الحق في إقامة الدعوى، فان ابرام اتفاق التحكيم حول الحق الذي ترفع الدعوى لاقتضائه يقطع مدة التقادم، فلا يسقط الحق في إقامة الدعوى وتبدأ مدة سقوط جديدة للخصومة، كما ان حدوث قوة قاهرة لايصدر اتفاق التحكيم،وإنما وفق سريان الميعاد المحدد لعرض النزاع على التحكيم إذا كان له ميعاد محدد، لأن أثر القوة القاهرة على المواعيد أصل من أصول التقاضي، سواء تم ذلك أمام القاضي أو المحكم[219].

ثالثا- جواز التنازل عن اتفاق التحكيم:

كما سبق وأن ذكرنا، بأن القوة الملزمة لاتفاق التحكيم تحول دون نقض الاتفاق أو تعديله أو التحلل منه بالإرادة المنفردة لأحد الطرفين، ولما كانت الإرادة المشتركة لأطراف التحكيم هي التي سلبت الاختصاص من قضاء الدولة ومنحته إلى هيئة التحكيم، فإنه يجوز أيضا بالاتفاق المشترك التنازل عن هذا الطريق من طرق الفصل في المنازعات، كون التحكيم شرع لمصلحة الأطراف، ولا يتعلق

[217]- كعوان محمد ،المرجع السابق ،ص89.

[219]- النجار حامد سليم صلاح، الآثار المترتبة على اتفاق التحكيم، قدمت هذه الرسالة لاستكمال متطلبات الحصول درجة الماجستير في القانون الخاص، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2014، ص 50.

بالنظام العام، والتنازل عن اتفاق التحكيم قد يكون صراحة أو ضمنا، وقد يكون قبل رفع الدعوى أمام القضاء، أو خلال النظر في الدعوى أمام القضاء، كما أنه قد يكون أمام المحكم، وقبل الفصل في موضوع النزاع بالاتفاق على إنهاء الإجراءات[220].

[220]- النجار حامد سليم صلاح ، المرجع السابق، ص 51.

الخاتمة

يتبين من خلال هذه الدراسة لموضوع استقلالية شرط التحكيم في مجال العقود الدولية، أن مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي من أهم المبادئ المكرسة في قانون التجارة الدولية، إذ حظي باهتمام كبير من قبل التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية ومراكز التحكيم، من خلال نصها على هذا المبدأ والأخذ به، كونه يفيد بأن عدم مشروعية العقد الأصلي أو بطلانه يجب ألا يؤثر على شرط التحكيم باعتبار أن هذا الأخير ورد ضمن بنود العقد الأصلي بالإضافة إلى استقلال شرط التحكيم عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي.

وتبرز أهمية مبدأ استقلالية شرط التحكيم أنه يسعى إلى حماية وأمن عقود التجارة الدولية وتحقيق مصالحها وهذه الأخيرة هي التي أدت إلى تدعيم وتحصين شرط التحكيم من البطلان، وبما أن الأخذ بمبدأ الاستقلالية يؤدي إلى عدم تأثر شرط التحكيم بالعقد الأصلي، وبالتالي فإنه لا يكون عرضة للبطلان في حالة الدفع ببطلان العقد الأصلي، وهذا يخول للمحكم سلطة النظر في المنازعات المتعلقة بالعقد كونه يستمد سلطته من اتفاق التحكيم، وفيما يخص مبررات استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي اختلاف بنود العقد الأصلي عن شرط التحكيم الوارد فيه، وبذلك يكون لكل من العقدين موضوعا مخالفا، فعلى الرغم من وجود شرط التحكيم في العقد الأصلي المتعلق به في أغلب الحالات إلا أنه يبقى متميزا عنه، فمحل شرط التحكيم عمل إجرائي منفصل عن العقد الأصلي، و القانون واجب التطبيق على شرط التحكيم قد لا يكون بالضرورة هو نفسه المطبق على العقد الأصلي.

تباين رأي الفقه حول الأخذ بمبدأ استقلالية شرط التحكيم بين مؤيد ومعارض، كما أن مختلف القوانين العصرية نصت على مبدأ استقلالية شرط التحكيم إلى جانب الاجتهادات القضائية، ومما لاشك فيه أن مبدأ إستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي من الأسس المستقرة حاليا في إطار القوانين والمعاهدات الدولية ولوائح التحكيم ولعل أبرزها اتفاقية نيويورك الصادرة في 1958 والتي أقرت بصورة ضمنية على مبدأ استقلالية شرط التحكيم، إلى جانبها نجد اتفاقية جنيف الأوربية الصادرة في 1961 التي نصت بوضوح على مبدأ استقلالية شرط التحكيم، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يرد نص خاص بمسألة استقلالية شرط التحكيم سابقا، لكن بعد ذلك تم تكريسه واقتصر الأخذ به فقط على التحكيم التجاري الدولي.

يترتب على الأخذ بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي أثران مباشران يتمثل الأول في عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي والذي يعني أن وجود وصحة وسريان لا يتوقف ولا يتأثر بمصير العقد الأصلي الذي يشير إليه الاتفاق، مما أدى إلى خلق جدل فقهي اتجاه يفرق بين بطلان العقد الأصلي وانعدامه واتجاه آخر أخذ بعدم التفرقة بين البطلان والانعدام، أما الأثر الثاني فيتمثل في إمكانية خضوع اتفاق التحكيم والعقد الأصلي لقانونين مختلفين، وذلك على الرغم من أن شرط التحكيم ورد كبند من بنود العقد الأصلي بالإضافة إلى انتقال اتفاق التحكيم فبما أن اتفاق التحكيم قائم بذاته ومستقل عن العقد الأصلي الذي يرد فيه فهذا يعني أن انتقال العقد الأصلي أو الحقوق والالتزامات الموضوعية الواردة فيه لا يؤدي بالضرورة إلى انتقال شرط التحكيم بل يقتضي ذلك قبول من انتقلت الالتزامات.

وكنتيجة غير مباشرة لمبدأ استقلالية شرط التحكيم نجد مبدأ الاختصاص بالاختصاص وهو من أهم الآثار الإيجابية المترتبة عليه وهو نقل الولاية من المحاكم القضائية إلى المحاكم الاتفاقية، حيث تحل هيئة التحكيم محل القضاء في تسوية النزاع موضوع الاتفاق، ولا يجوز أن يكون هناك فراغ قضائي نتيجة تخلي القضاء عن دوره، إذ يعتبر هذا المبدأ من أهم المبادئ المكرسة في التحكيم التجاري الدولي وقد كرس في أغلب التشريعات الوطنية وكذلك الفقه والاتفاقيات الدولية، ومن أجل إعمال مبدأ الاختصاص بالاختصاص يتعين على الأطراف الالتزام بالاتفاق المبرم بينهما، وهو عرض النزاع المتفق عليه على هيئة التحكيم والالتزام بمتابعة سير الإجراءات أمام المحكم واحترام الحكم الصادر حول النزاع المطروح، ويؤدي إعمال هذا المبدأ إلى نتائج تتعارض مع المنطلق القانوني المتعارف عليه من حيث صعوبة تكييف قرار المحكم من الناحية القانونية.

من خلال ما سبق وبناءً على التحليل الموضوعي لكل الجزئيات الخاصة لموضوع استقلال شرط التحكيم في مجال العقود الدولية، توصلنا إلى مجموعة من النتائج التي يمكن حصرها في مايلي:

1- التحكيم من أهم الوسائل التي يسعى أطراف عقود التجارة الدولية إلى الاتفاق عليه من أجل تسوية أي منازعة قد تحصل بين الطرفين حول تفسير أو تنفيذ العقد وغالبا ما يكون هذا الاتفاق على شكل شرط أو بند يتضمنه العقد الأصلي (شرط التحكيم) الموقع بين الطرفين.

2- شرط التحكيم مستقل عن العقد الأصلي ولا يتأثر ببطلانه وهذا من شأنه أن يمنح للمتعاملين الطمأنينة.

3- نصت الغالبية العظمى من التشريعات الوطنية والمعاهدات الدولية على مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه.

4- أعطت معظم التشريعات والاتفاقيات الدولية للمحكمين سلطة الفصل في اختصاصهم (مبدأ الاختصاص بالاختصاص) لما لهذا المبدأ من دور في تطور نظام التحكيم وازدهاره بالنظر إلى السرعة والمرونة في حسم المنازعات المنبثقة عن تنفيذ العقود الدولية.

بناءً على النتائج السابقة نوصي المشرع الجزائري:

- بوجوب إعادة النظر في الأحكام المنظمة للتحكيم التجاري الدولي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالشكل الذي يتوافق والتشريعات المقارنة والاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وذات الصلة بالتحكيم التجاري الدولي.
- التدقيق أكثر في صياغة النصوص القانونية لتفادي كثرة التأويلات وتضاربها.
- نأمل أن المشرع الجزائري يقوم بصياغة قانون خاص بالتحكيم وفصله عن قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبالتالي التمكن من معالجة كل الجوانب المتعلقة بالتحكيم.

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية

1/ الكتب

- الأحدب عبد الحميد، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط3، 2008.
- الأسعد محمد بشار، عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2006.
- البستاني سعيد يوسف، القانون الدولي الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، ط 4، بيروت، 2004.
- بن سعيد لزهر، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هومة، الجزائر. د س ن.
- ترك عبد الفتاح محمد، التحكيم البحري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- راشد سامية، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة: اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.
- سلامة عبد الكريم أحمد، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- السيد الحداد حفيظة، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم من حيث استقلاليته وآثاره والنظام القانوني الذي يحكمه ومدى تأثر القانون المصري بها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
- السيد الحداد حفيظة، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1997.

- السيد الحداد حفيظة، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
- شحاتة محمد نور عبد الهادي، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.
- شفيق محسن، التحكيم التجاري الدولي: دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- شهاب محمد، التحكيم التجاري الدولي، مركز الإسكندرية للكتاب، الإسكندرية، 2008.
- الطشي أنور علي أحمد، مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
- عبد الباسط محمد عبد الواسع، النظام القانوني لاتفاق التحكيم: دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
- عبد الباسط محمد عبد الواسع، شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي: دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014.
- عبد القادر ناريمان، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- الفقي عاطف، التحكيم في المنازعات البحرية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي: دراسة مقارنة لأحام التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة، الأردن، 2008.
- مخلوف أحمد، مفهوم استقلال شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية: دراسة قانونية في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- المصري حسين،التحكيم التجاري الدولي: دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مطابع شتات، الإسكندرية 2006.
- منير عبد المجيد،التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.

2/ الرسائل والمذكرات الجامعية

أ- رسائل الدكتوراه

- تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، قسم الحقوق، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016،2017.
- زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة، القانون الخاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، 1990،1991.

ب- المذكرات الجامعية

❁ مذكرات الماجستير

- 2- تعويلت كريم، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي: دراسة على ضوء المرسوم التشريعي رقم 93-09 والقانون المقارن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق، جامعة مزلود معمري، تيزي وزو، 2004.
- أبو القمصان حسين أحمد أسامة، مدى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، قدمت هذه الرسالة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2010.
- بولحية سعاد، استقلالية اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية الدولية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، د.س.ن.
- النجار حامد سليم صلاح، الآثار المترتبة على اتفاق التحكيم، قدمت هذه الرسالة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2014.

❁ مذكرات الماستر

- بفي علي، شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر،الوادي 2014، 2015.
- حيواني جمال، النظام القانوني لاتفاق التحكيم في التشريع الجزائري، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2015، 2016.
- كعوان محمد، التحكيم التجاري الدولي في مجال الصفقات العمومية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 20 أوت 1955، سكيكدة، 2016، 2017.
- نورة حليمة، التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماستر، تخصص إدارة الأعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، 2013، .2014

3/ المقالات

- 3-تعويلت كريم، "رقابة القاضي على اختصاص المحكم بين مقتضيات الفعالية وضرورة الرقابة، ملتقى وطني حول التحكيم التجاري الدولي، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، يومي 08، 09 ماي 2013.
- أحمد أبو الوفا، "التحكيم في القانون الدولي وفي القانون المصري"، المجلة المصرية للقانون الدولي، المجلد 50، سنة 1994.
- بومعزة نبيهة، " الطبيعة القانونية لاتفاقية التحكيم في القانون الجزائري"، التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، عدد 35، سبتمبر، 2013.
- **حداد حمزة**، " اتفاق التحكيم (في التحكيم التجاري الدولي"، ورقة عمل مقدمة لندوة التحكيم التجاري الدولي، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي والمعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، مركز القانون والتحكيم Arbitration Center Law & مقال منشور على الموقع: www.lac.com.jo.، القاهرة، 28-01-2000، ص ص 5-20.

4/ النصوص القانونية

- أمر رقم 75-85 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، يتضمن القانون المدني، ج.ر. عدد 78، صادرة في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.
- مرسوم تشريعي رقم 93-09، مؤرخ في 15 أفريل سنة 1993، يعدل و يتمم الأمر رقم 66-154، مؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر. عدد 27، صادرة في 27-04-1993.
- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر. عدد 21، صادرة في 23 أفريل 2008، معدل ومتمم.

5/ النصوص القانونية الأجنبية

- مجلة التحكيم التونسية الصادرة بموجب القانون رقم 93-42، المؤرخ في 26 أفريل 1993، ج.ر.عدد 33، الصادر بتاريخ 04 ماي 1993.
- قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.
- قانون التحكيم السويسري لسنة 1999.

6/ المواقع الإلكترونية

*/ اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول وبين رعايا الدول الأخرى، منشورة على الموقع الأتي:

www.egiac.org

*/ اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها الموقع عليها في نيويورك بتاريخ 10-06-1985، منشورة على الموقع الأتي:

www.uncitral.org

*/ قانون اليونيسترال النموذجي في التحكيم التجاري الدولي لعام 1985 مع التعديلات التي اعتمدت في عام 2006، منشور على الموقع الأتي:

www.uncitral.org

*/ نظام غرفة التجارة الدولية لتسوية المنازعات المنشور على الموقع الأتي:

www.iccbo.org

ثانيا: باللغة الأجنبية

A/ *Ouvrages*

1- ALLIOCH-KERBOUA-MEZIANI Naima, L'arbitrage commercial international, OPU, Alger, 2010.

2- REDFERN HUNTER Alain Martin, Droit et pratique de l'arbitrage commercial international ; traduction ROBINE Eric, 2ème édition, LGDJ, Paris, 1991.

3- RUBELLIN-DEVICHI, Essai sur la nature de l'arbitrage LGDJ, Paris, 1965.

B/*Articles Périodiques*

1- GAILLARD Emmanuel, "Arbitrage commercial international ; sentence arbitral ; production", JCP, 1994, fasc n°5, 586- pp 9-2.

2- GAILLARD Emmanuel, "L'arbitrage international : la valeur patrimoniale de la clause d'arbitrage"*, Revue Annales des Mines*, aout 1999, p 36. pp 36-39.

3- TRARI-TANI Mostefa, " Les règles d'arbitrage international en Algérie", Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, Vol 35, n°1, janv.-mars, Alger, 1997, p 265. pp 264-286.

C/*Jurisprudence*

1- Cass. Civ, 1er ; 14 décembre 1983, Rev.Arb, n°2, 1984, pp 483- 485, note RONDEAU-RIVIER.

2- Cass. Civ, 10 juillet 1990, Rev. Arb, n°1 1992, pp 85-87, note. J.H. Moitry et c.verne .

3- Cass. Civ, 3 mars 1992, Rev. Arb, n°1, 1993 ; pp 273-275, note MAYER (P).

D/*Jurisprudences arbitrales*

1- Sentence rendue à Genève en 1986 dans l'affaire n° L/ 504, JDI n° 4 /1986, p 1118-1119, obs DERAINS (Y).

2- Sentence préliminaire rendue dans l'affaire n° 5065 en 1986, JDI n°4/1987, p 1039-1040, obs. DERAINS (Y).

فهرس الموضوعات

العنوان	الصفحة
الإهداء	/
شكر وتقدير	/
قائمة المختصرات	5
مقدمة	6
الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لاستقلالية شرط التحكيم	10
المبحث الأول: قبول فكرة استقلالية شرط التحكيم	11
المطلب الأول: مضمون استقلالية شرط التحكيم	11
الفرع الأول: تعريف مبدأ استقلالية شرط التحكيم	11
أولا: المعنى التقليدي لاستقلالية شرط التحكيم	11
ثانيا: المعنى الحديث لاستقلالية شرط التحكيم	12
الفرع الثاني: أهمية مبدأ استقلالية شرط التحكيم	13
الفرع الثالث: مبررات مبدأ استقلالية شرط التحكيم	14
المطلب الثاني: موقف الفقه والقوانين المقارنة والقضاء من مبدأ استقلالية شرط	16
الفرع الأول: موقف الفقه من مبدأ استقلالية شرط التحكيم	16
الفرع الثاني: موقف القوانين المقارنة من مبدأ استقلالية شرط التحكيم	18
أولا: موقف القوانين الأجنبية من مبدأ استقلالية شرط التحكيم	18
ثانيا: موقف القوانين العربية من مبدأ استقلالية شرط التحكيم	19
الفرع الثالث: موقف القضاء من مبدأ استقلالية شرط التحكيم	20
المبحث الثاني: الأساس القانوني لاستقلالية شرط التحكيم	23
المطلب الأول: الأساس القانوني لاستقلالية شرط التحكيم على المستوى الدولي	23
الفرع الأول: موقف الاتفاقيات الدولية من مبدأ استقلالية شرط التحكيم	23
أولا: موقف اتفاقية نيويورك الصادرة في 1958	23
ثانيا: موقف اتفاقية جنيف الأوربية الصادرة في 1961	25
ثالثا: موقف اتفاقية واشنطن الموقعة في 18 مارس 1965	25
رابعا: القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري	26

الدولي (اليونسترال) لعام 1985	
خامسا: الاتفاقية العربية للتحكيم المبرمة عام 1987	26
الفرع الثاني: الاجتهادات القضائية	27
أولا: نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس المعدل في أول يناير 1998	27
ثانيا: نظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي 1985	28
ثالثا: قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 1976	28
الفرع الثالث: مبدأ استقلال اتفاق التحكيم في أهم لوائح التحكيم الدولية	29
المطلب الثاني: الأساس القانوني لمبدأ استقلالية شرط التحكيم في التشريعات الوطنية	31
الفرع الأول: مبدأ استقلالية شرط التحكيم في التشريعات الأجنبية	32
الفرع الثاني: مبدأ استقلالية شرط التحكيم في التشريعات العربية	33
الفصل الثاني: نتائج استقلالية شرط التحكيم	37
المبحث الأول: الآثار المباشرة المترتبة على مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي	37
المطلب الأول: عدم ارتباط مصير شرط التحكيم بمصير العقد الأصلي	38
الفرع الأول: موقف الفقه من ارتباط مصير شرط التحكيم بمصير العقد الأصلي	38
أولا: الاتجاه الذي فرق بين بطلان العقد الأصلي وانعدامه	38
ثانيا: الاتجاه الذي أخذ بعدم التفرقة بين بطلان العقد الأصلي وانعدامه	39
الفرع الثاني: تكريس القضاء للرأي الآخذ بالتفرقة بين البطلان والانعدام	41
الفرع الثالث: تكريس المعاهدات الدولية ولوائح التحكيم للاتجاه المؤيد لعدم التفرقة بين البطلان والانعدام	41
المطلب الثاني: خضوع اتفاق التحكيم والعقد الأصلي لقانونين مختلفين	42
الفرع الأول: موقف الفقه من خضوع شرط التحكيم لقانون آخر غير الذي يخضع له العقد الأصلي	43
الفرع الثاني: تكريس القضاء لرأي الفقه	44
المطلب الثالث: أثر الاستقلالية بالنسبة للعقد الأصلي على انتقال اتفاق التحكيم	48
الفرع الأول: شرط التحكيم المقصور على أطرافه فقط	48
الفرع الثاني: انتقال أثر شرط التحكيم إلى الخلف	49

فهرس الموضوعات

الفرع الثالث: انتقال أثر شرط التحكيم إلى الغير	50
المبحث الثاني: الآثار غير المباشرة المترتبة على مبدأ استقلالية شرط التحكيم	51
المطلب الأول: فكرة الاختصاص بالاختصاص	51
الفرع الأول: مضمون مبدأ الاختصاص بالاختصاص	51
أولا: مفهوم مبدأ الاختصاص بالاختصاص	52
ثانيا: وظيفة مبدأ الاختصاص بالاختصاص	53
ثالثا: مبررات مبدأ الاختصاص بالاختصاص	53
الفرع الثاني: تكريس مبدأ الاختصاص بالاختصاص	54
أولا: موقف التشريعات الوطنية من مبدأ الاختصاص بالاختصاص	54
ثانيا: موقف الاتفاقيات والمعاهدات من مبدأ الاختصاص بالاختصاص	56
ثالثا: موقف مراكز التحكيم الدائمة من مبدأ الاختصاص بالاختصاص	57
الفرع الثالث: الأساس القانوني لمبدأ الاختصاص بالاختصاص	58
المطلب الثاني: كيفية إعمال مبدأ الاختصاص بالاختصاص	60
الفرع الأول: إجراءات إعمال مبدأ الاختصاص بالاختصاص ونتائجه	60
أولا: حالة الدفع بعدم اختصاص محكمة التحكيم	61
1- توقيت إثارة الدفع بعدم اختصاص المحكم	62
2- تأثير المشاركة في تشكيل محكمة التحكيم على الحق في الدفع بعدم اختصاصها	64
ثانيا: تصدي المحكم لمسألة اختصاصه تلقائيا	64
ثالثا: توقيت تصدي المحكم لمسألة اختصاصه	66
الفرع الثاني: الإشكالات النظرية والقانونية الناتجة عن إعمال مبدأ الاختصاص بالاختصاص أمام المحكم	68
أولا: في صعوبة التكييف القانوني لقرار المحكم في مسالة اختصاصه	68
1- القرار الذي يصدر عن المحكم في مسألة اختصاصه لا يتمتع بالطبيعة القضائية	69
أ- الرأي الفقهي المعارض للتكييف القضائي لقرار المحكم	69
ب- تطبيقات هذا الرأي في الأنظمة القانونية	69
2- القرار الصادر عن المحكم في مسألة اختصاصه حكم كسائر الأحكام القضائية	70
أ- حجج أصحاب الرأي المدافع عن الطبيعة القضائية لقرار المحكم	70
ب- تطبيقات هذا الرأي في الأنظمة القانونية المقارنة	71
ثانيا: إبرام اتفاق التحكيم بعد رفع الدعوى	72
ثالثا: جواز التنازل عن اتفاق التحكيم	72

الخاتمة	74
قائمة المراجع	77
الفهرس	83

الملخص

يعتبر اللجوء إلى التحكيم التجاري في مجال العقود الدولية من أهم الأساليب المتبعة في مجال تسوية المنازعات الناجمة عن تنفيذ العقود الدولية بعيدا عن القضاء الوطني، وذلك بناءً على اشتراط مسبق في العقد أو الاتفاق باللجوء إلى التحكيم بعد نشوء النزاع، وعلى ذلك يعتبر مبدأ استقلالي شرط التحكيم عن العقد الأصلي أمر مكرس من الناحية العملية الذي يفيد وجود عقدين منفصلين بالتالي عدم مشروعية العقد الأصلي أو بطلانه يجب ألا يؤثر على شرط التحكيم باعتبار أن هذا الأخير ورد ضمن بنود العقد الأصلي بالإضافة إلى استقلال شرط التحكيم عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي، غير انه يمكن أن نكون أمام عكس ذلك أين يؤدي بطلان العقد الأصلي إلى بطلان اتفاقية التحكيم.

Résumé

La résolution des conflits en matière des contrats internationaux par le mécanisme de l'arbitrage commercial est considérée comme l'une des méthodes les plus importantes et primordiale dans les transactions commerciales auxquelles les parties ont recours pour régler leurs différends loin des tribunaux. Cela peut être fait par le biais de certains mécanismes spécifiques qui sont soit une condition d'arbitrage, soit une clause d'arbitrage. Cependant, Le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage amène à penser que cette dernière constitue un objet juridique distinct du contrat principal. Selon une partie de la doctrine, il existerait ainsi une convention de fond et une seconde convention définissant les modalités de règlement des différends qui pourraient surgir à l'occasion de l'exécution de la première. La question est en réalité très discutée : d'une part, les deux negotia peuvent être insérés dans un même cadre, ce qui peut les confondre et rendre leur distinction bien difficile; d'autre part, il peut exister des cas dans lesquels la nullité de la convention principale entraîne la nullité de la convention d'arbitrage.