

إستقلال شرط التحكيم التجاري عن

العقد الأصلي الوارد فيه

(دراسة وصفية وتحليلية مقارنة)

دكتور

علي حمود الهاجري

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى بيّنا مبدأ استقلال شرط التحكيم التجاري عن العقد الأصلي، في ضوء قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ مقارنة مع قضاء التحكيم الدولي والاتفاقيات الدولية والقانون المصري.

ولتحقيق ذلك قام الباحث بدراسة ما كتب حول هذا الموضوع، واستخلاص المفاهيم والمبادئ الأساسية ذات العلاقة، لموضوع الدراسة.

وقد تمت معالجة هذه الدراسة من خلال أربعة مباحث: حيث تم استعراض المبحث الأول من خلال الطبيعة القانونية لاستقلال شرط التحكيم وأهميته، وكذلك استقلال شرط التحكيم التجاري في ضوء الاتفاقيات الدولية وأنظمة هيئات التحكيم ولوائحها كمبحث ثان.

أما المبحث الثالث: فقد تناول موقف القضاء في التحكيم الدولي من مبدأ استقلال شرط التحكيم التجاري من هلال التحدث عن موقف القضاء الفرنسي وموقف القضاء الإنجليزي، وكذلك موقف القضاء السويسري.

أما المبحث الرابع فقد تم فيه تعريف استقلال التحكيم التجاري وفقاً للقانون الأردني والقانون المصري، وفي ضوء ما تقدم ختمت الدراسة بأهم النتائج والتوصيات التي تم التوصل إليها.

المقدمة:

يعتبر التحكيم الطريقة أو الوسيلة للفصل في المنازعات القائمة بين الأطراف المعنية، وقد عرف التحكيم منذ القدم، عندما كانت المجتمعات القديمة تتخذ منه الأداة لفصل المنازعات وحسمها بين أفرادها، إلى أن أصبح الآن محل اعتراف الأنظمة التشريعية وطنية والدولية، وبما أن العلاقات التجارية أصبحت متنوعة بين الأفراد؛ الأمر الذي أدى إلى تضمين تلك العقود شرط التحكيم التجاري، بهدف تسوية المنازعات التي قد تنشأ عن تلك العقود.

أما عن اتفاق التحكيم فإنه إما أن يكون بموجب عقد يتم بهد نشوب النزاع، ويدون الاتفاق في وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي الذي يمثل العلاقة القانونية الموجودة بين الطرفين قبل نشوب النزاع وهذا ما يسمى (مشاركة التحكيم)، أما إذا كان اتفاق التحكيم بموجب شرط يوضع في العقد الأصلي، فإن ما ينشأ من نزاع فيما بعد، يكون حسمه بطريق التحكيم وهو ما يسمى (شرط التحكيم) حيث أن هذه الصورة هي الغالبة في تنظيم التحكيم وهي التي يثار بشأنها مبدأ الاستقلالية^(١).

وإذا كان تحليل موقف النظام القانوني الوطني - في حالتنا النظام القانوني الأردني- بشأن موضوع ما يحقق قدرأ طيباً من الإحاطة بمسائل البحث، فإنه ليس من شك في أن مقارنة الحلول والأحكام بما هو مقرر بنظام قانون آخر يحقق عمقاً آخر ليس مرده فكرة المقارنة بذاتها، بل مرده ما تتيحه المقارنة من قدرة أكثر على إبداء الرأي في حلول النظام القانوني مدار البحث.

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ٤٦٦، كذلك د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤، ص ١١٩. كذلك د. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦، ص ٣٠٩.

تتمثل مشكلة الدراسة وعناصرها الرئيسية في تحديدي بيان مبدأ استقلال شرط التحكيم التجاري عن العقد الأصلي من خلال التعريف بالطبيعة القانونية لشرط التحكيم التجاري وبيان أهميته وكذلك التطرق إلى موقف الاتفاقيات الدولية التي أخذت بهذا المبدأ وموقف قضاء التحكيم الدولي بالمقارنة مع القانون الأردني وبعض التشريعات العربية التي وضحت هذا الشرط. ويعتمد الباحث في دراسته المنهج الوصفي التحليلي المقارن بشكل رئيسي؛ إذ تنصب هذه الدراسة على مبدأ استقلال شرط التحكيم التجاري عن العقد الأصلي الوارد فيه (دراسة وصفية وتحليلية مقارنة).

وعلى ذلك تقسم دراستنا لموضوع البحث إلى أربعة مباحث على الشكل التالي:
المبحث الأول: الطبيعة القانونية لاستقلال شرط التحكيم التجاري وأهميته.
المبحث الثاني: استقلال شرط التحكيم التجاري في ضوء الاتفاقيات الدولية وأنظمة هيئات التحكيم ولوائحها.

المبحث الثالث: موقف القضاء في التحكيم الدولي من مبدأ استقلال شرط التحكيم التجاري.
المبحث الرابع: استقلال شرط التحكيم وفقاً للقانون الأردني والقانون المصري.

المبحث الأول

الطبيعة القانونية لاستقلال التحكيم التجاري وأهميته

إن استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، يعتبر من المبادئ التي استقر عليها الفقه والاتفاقيات الدولية، وتستمد هذه الاستقلالية من اختلاف موضع كل من العقد الأصلي والاتفاق على التحكيم. فالاتفاق على التحكيم هو مجرد عقد يرد على الإجراءات ولا يهدف إلى تحديد حقوق والتزامات الأطراف الموضوعية، ولكن ينصب محله على الفصل في النزاعات الناشئة عن الشروط الموضوعية التي يتضمنها العقد الأصلي^(١).

في ضوء ما تقدم فإننا سنتعرض في هذا المبحث إلى الطبيعة القانونية لاستقلال شرط التحكيم التجاري كمطلب أول وإلى أهمية شرط التحكيم التجاري كمطلب ثان:

المطلب الأول

الطبيعة القانونية لاستقلال شرط التحكيم التجاري

يقصد بمبدأ استقلال شرط التحكيم التجاري أن شرط التحكيم الوارد في عقد ما يبقى مستقلاً عن العقد ذاته؛ أي أن الطعن في العقد الأصلي لا يؤثر على صحة شرط التحكيم الوارد فيه، أي يمكن في حالة إبطال العقد الأصلي التمسك بشرط صحة التحكيم^(٢)، وهذا ما نص عليه قانون

(١) من الملاحظ أن الاتفاق على التحكيم ليس مجرد شرط وارد في العقد الأصلي بل هو عبارة عن عقد آخر من طبيعة مختلفة، فهو عقد ثان وإن كان مندمجاً من الناحية المادية في العقد الأصلي. ولقد أصبح مبدأ استقلالية شرط التحكيم من مبادئ التحكيم العامة التي أخذت بها قوانين التحكيم الحديثة في مختلف الدول، ومصدر هذه القوانين الأساسي هو القانون النموذجي لليونسفال الذي أخذ أيضاً بهذا المبدأ. ومن الدول العربية التي أخذت تشريعاتها بمبدأ استقلالية التحكيم مصر وعمان وفلسطين والأردن، فقد تم تنظيم التحكيم في مصر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، وفي عمان بالمرسوم السلطاني رقم ٤٧ لسنة ١٩٩٧، وفي فلسطين بالقانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٠، وفي الأردن بالقانون رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١، للمزيد انظر تفصيلاً د. حفيدة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي.

(٢) رجاء نظام حافظ بني شمسة، الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، ٢٠٠٩، ص ٥٥.

التحكيم الأردني الجديد رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١م، إذ أقر المشرع الأردني صراحة مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الوارد فيه، وذلك في المادة ٢٢ التي نصت على: "يعد شرط التحكيم إتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد، أو فسخه، أو إنهائه، أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان العقد صحيحاً في ذاته"^(١).
 إذن الاتفاق على التحكيم هو عقد^(٢)، له أركانه وشروطه، ويبدو ذلك واضحاً في حالة مشاركة التحكيم، حيث يبرم الاتفاق بعد نشأة النزاع واتضح معالمه، وهو لا يقل وضوحاً في حالة شرط التحكيم الوارد في صلب عقد معين فهو ليس مجرد شرط وارد في العقد الأصلي، بل هو عقد آخر من طبيعة مختلفة، فهو عقد ثان وإن كان مندمجاً من الناحية المادية في العقد الأصلي^(٣).

أما القانون الإنجليزي فقد تعرض إلى تعريف اتفاق التحكيم بقوله: إن اتفاق التحكيم يعني لجوء أطراف النزاع إلى تحكيم المنازعات التي قد تنشأ في الحاضر أو المستقبل سواء كانت تعاقدية أم لا، وأشار كذلك إلى أن الاتفاق على شرط التحكيم يكون مكتوباً في وثيقة تتضمن بنداً يشير إلى اتفاق التحكيم^(٤).

وأكثر توضيحاً لما استند إليه مبدأ استقلالية شرط التحكيم هو أن شرط التحكيم والعقد الأصلي، يشكلان عملياً متميزين، ومن ثم فإن شرط التحكيم هو عقد داخل عقد، أي بتعبير آخر،

(١) لقد جاء قانون التحكيم السوري رقم (٤) لسنة ٢٠٠٨ موافقاً، لقانون التحكيم الأردني عندما نص على استقلال شرط التحكيم التجاري بموجب المادة (١١) منه على ما يلي: "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على انتهاء العقد أو بطلانه أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم متى كان (هذا الشرط) صحيحاً في ذاته ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك".

(٢) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربي، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٣٩ وما بعدها.

وتجدر الإشارة إلى أن القانون الأردني الذي لم يعرف اتفاق التحكيم أو بصور مباشرة، وإنما نص على جواز اتفاق التحكيم في النزاعات المدنية والتجارية، في المادة (٣) من قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ التي نصت على أن: "تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم اتفاقي يجري في المملكة ويتعلق بنزاع مدني أو تجاري بين اطراف أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة....."

(٣) د. حفيفة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ١٢٠ وما بعدها.

ومن الملاحظ أن التحكيم ذو طبيعة عقدية؛ إذ يتفق طرفا النزاع على اللجوء إليه بإرادتهما وتحديد مدة التحكيم، وكذلك إجراءات القانون الواجب التطبيق، والآلية المتبعة لسداد أتعاب المحكمين الذي تم اختيارهم، وكذلك الالتزام بالأحكام الصادرة عن هيئة التحكيم، للمزيد انظر د. هيثم عبد الرحمن البقلي، ورقة عمل عن التحكيم الإلكتروني كإحدى وسائل تسوية المنازعات، منشورة على الانترنت،

متاح في: www.kenanaonline.com/ws/dralbakly/blog/٧٦٧٥٦/...../١

(٤) المادة (٦) من قانون التحكيم الإنجليزي لسنة ١٩٩٦.

٦- Definition of arbitration agreement

١- In this part "arbitration agreement" means an agreement to submit to arbitration present or future disputes (whether they are contractual or not).

٢- The reference in an agreement to a written form of arbitration clause or to a document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement if the referency is such as to make that clause part of the agreement .

هو عقد مواز للعقد الأصلي حيث يتمتع بكيان قائم بذاته، له ذاتيته المتميزة والمستقلة من حيث شروطه وقواعده وأحكامه على العقد الأصلي، ويهدف إلى تسوية المنازعات المحتملة التي يظهرها الأخير.

لذلك فقد اتجه بعض فقهاء التحكيم التجاري إلى القول^(١): إن لمسألة استقلال شرط التحكيم التجاري عن العقد الأصلي بعض الفرضيات، منها:

١- أن يكون اتفاق التحكيم ذاته أو شرط التحكيم الوارد ضمن العقد الأصلي، قد أبرم صحيحاً؛ أي أن يكون قد استوفى أركان وجوده، وصحته القانونية من أهلية وتراض ومحل وسبب، فإن تخلف أحد هذه الأركان، كأن أبرمه شخص غير كامل الأهلية أو كان وارداً على مسألة لا يجوز فيها التحكيم، فلا مجال للحديث عن وجود شرط تحكيم مستقل عن العقد الأصلي.

٢- أن لا يكون الأطراف قد اتفقوا على أن يكون اتفاق التحكيم (شرط التحكيم) جزءاً لا يتجزأ من العقد الأصلي، يرتبط مصيره بمصير العقد الأصلي، وجوداً وعدمًا.

وتحقيقاً لذلك فإن رأي الفقه المتقدم بيانه جاء موافقاً لقانون التحكيم الإنجليزي لعام ١٩٩٦، الذي نص في المادة (٧) منه على أنه: "ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، فإن الاتفاق الذي يشكل، أو كان مقصوداً أن يشكل جزءاً من اتفاق آخر مكتوب، أو غير مكتوب، لا ينبغي اعتباره غير صحيح، أو غير موجود أو غير فاعل، بسبب أن ذلك الاتفاق الآخر، غير صحيح أو غير موجود، أو أصبح غير فاعل، وينبغي أن يعامل من أجل ذلك الفرض كاتفاق مستقل"^(٢). وهذا موافقاً أيضاً لنظام أو لائحة إجراءات غرفة التجارة الدولية بباريس^(٣) ولائحة التحكيم لدول مجلس التعاون الخليجي^(٤).

ولا يتصور وجود اتفاق تحكيم دون وجود تلك العلاقة، وإلا كان العقد في هذه الحالة - أي اتفاق التحكيم- غير ذي موضوع أو محل؛ مما يترتب عليه بطلانه. ونعني بوجود العلاقة، وجودها ولو مادياً وليس بالضرورة الوجود القانوني لها؛ إذ أنه، قد يعمل باتفاق التحكيم ويكون هذا الاتفاق صحيحاً، حتى ولو كان العقد المرتبك به الاتفاق باطلاً أو تم فسخه لأي سبب، وهو ما

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٤٦٨.

(٢) المادة (٧) من قانون التحكيم الإنجليزي لسنة ١٩٩٦.

٧- Separability of arbitration agreement

Unless otherwise agreed by parties, an arbitration agreement which forms or was intended to form part of another agreement (whether or not writing) shall not be regarded as invalid, non-existent or ineffective because that other agreement is invalid, or did not come into existence or has become.....

(٣) المادة (٤/٦) من نظام أو لائحة إجراءات غرفة التجارة الدولية بباريس لعام ١٩٩٨ التي نصت على أنه: "ما لم يتفق على خلاف ذلك، فإن الإدعاء ببطلان العقد أو الزعم بإنعدامه لا يترتب عليه عدم اختصاص المحكم إذا قبل صحة اتفاق التحكيم. وحتى في حالة انعدام العقد أو بطلانه يستمر اختصاص المحكم لتحديد حقوق الأطراف والبت فيما يدعونه".

(٤) المادة (١٨) من لائحة التحكيم لدول مجلس التعاون الخليجي لعام ١٩٩٤ التي نصت على أنه: "ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك صراحة يعتبر الاتفاق على التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن العقد موضوع النزاع، فإذا بطل العقد أو انقضى لأي سبب يبقى اتفاق التحكيم نافذاً"، كذلك نص المادة (٥) من نظام التوفيق والتحكيم لغرفة صناعة دبي لعام ١٩٩٤.

يطلق عليه بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد المتضمن فيه، الذي أخذت بها العديد من القوانين العربية^(١).

وبما أن التحكيم التجاري الدولي هو المكان الذي يلجأ إليه الأشخاص من أجل تجنب ما يسمى بتعريض مصيرهم إلى أمر غير معروف؛ وقد أعطى القانون الأشخاص الاستقلالية في التحكيم التجاري، إذ يشير هذا المبدأ إلى إعطاء أطراف التحكيم الحرية في اختيار الطريق التي يرضون بها لتسوية المنازعات^(٢).

وفي حالة اتفاق الطرفين على التحكيم يترتب على ذلك حرمان أطراف العقد من اللجوء إلى القضاء بصدد الخصومة التي اتفقوا فيها على التحكيم لنزولهم عن اللجوء إلى القضاء بصده، ولا يجوز الرجوع عن ذلك إلا باتفاقهم ولا يحق لأي منهم العدول عن الاتفاق على التحكيم بإرادته المنفردة؛ إذ يظل شرط التحكيم قائماً^(٣).

ولكن هناك من رأى^(٤) الاعتراف باستقلال شرط التحكيم وجوبياً، حتى في حالة اتفاق الأطراف على ارتباط مصير ذلك الشرط بمصير العقد الأصلي، بحجة أن مبدأ استقلال شرط التحكيم، أصبح من المبادئ المعترف بها عالمياً، على مستوى الاتفاقيات الدولية، وكذلك أحكام المؤسسات التحكيم التجاري الدولي، فهذا المبدأ يتعلق في الواقع بقواعد أمرة في التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي، لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها، وإلا وقع هذا الاتفاق باطلاً.

وتجدر الإشارة إلى أننا نخالف الرأي القائل بوجوبية الاعتراف باستقلال شرط التحكيم، حتى في حالة اتفاق الأطراف على ارتباط مصير ذلك الاتفاق بمصير العقد الأصلي؛ لأنه لا يجب تأكيد قاعدة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي بأي ثمن، حتى ولو خالف إرادة أطراف اتفاق التحكيم^(٥).

فمثلاً، إن الفصل في المنازعات المتعلقة ببطلان العقد الأصلي، سوف يصبح أمراً غير ممكن لبطلان اتفاق التحكيم بالتبعية؛ وهو الأمر الذي يصبح معه الاتفاق في هذه الحالة بلا جدوى أو فاعلي، على الرغم من أنه يكون قد ورد في الأصلي صحيحاً.

(١) المادة ٢٣ من قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ والمادة ٢٢ من قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ والمادة ١١ من قانون التحكيم السوري رقم ٤ لسنة ٢٠٠٨، للمزيد انظر تفصيلاً د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ٢٠٤، ص ١٢١. كذلك د. ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص ٣١١.

(٢) Hunter and Redfern, law and Practice of International Commercial Arbitration, (٢٠٠٤) at ٢٦٥. Sweet and Maxwell (٤th ed. ٢٠٠٤).

(٣) الطعن رقم ٢٨٢ لسنة ١٩٩٣ حقوق صادر عن محكمة تمييز دبي بجلسة ١٣/٢/١٩٩٤، للمزيد من الاطلاع انظر المحامي جمال حسن النجار، التحكيم وفقاً لقانون الاجراءات المدنية (١١) لسنة ١٩٩٢ المعمول به في دولة الإمارات العربية المتحدة، منشور في مجلة الحق (شريعة وقانون) بدولة الإمارات، العدد السابع ١٤٢١ هـ، ٢٠٠١م.

(٤) د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ١٢٤.

(٥) إن نظام التحكيم نظام اتفاقي. فإن كان الأطراف قد اتفقوا على أمر معين، كالارتباط بين العقد الأصلي وشرط التحكيم الوارد فيه، وجب عليهم احترامه، لأنهم لا يلزمون إلا بما ارتضوه، في تفصيل هذه الفكرة انظر د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق ص ٤٧٢.

لذلك، فإنه لا بد من ضرورة إعمال مبدأ استقلال اتفاق التحكيم في جميع الأحوال، مادام قد ورد في هذا الاتفاق صحيحاً في ذاته، أما إذا ورد اتفاق التحكيم في الأصل باطلاً، أي كان البطلان نابعاً من ذاته وليس مكتسباً، فهنا لا يكون مجالاً لتطبيق مبدأ الاستقلال؛ ذلك أن إعمال المبدأ المذكور ليس من أجل جعل اتفاق التحكيم الباطل اتفاقاً صحيحاً، وإنما من أجل حماية اتفاق التحكيم الصحيح من أن يكون اتفاقاً باطلاً.

المطلب الثاني

أهمية استقلال شرط التحكيم التجاري

إن أهمية استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الوارد فيه، تكمن في الرغبة في تحقيق الاقتصاد في الوقت والإجراءات. أما إذا ورد شرط التحكيم في العقد الأصلي، فإنه يستقل عن هذا العقد، ولهذا فإنه يتصور بطلان العقد وصحة الشرط. وهو ما يؤدي إلى إمكان عرض صحة أو بطلان العقد الأصلي على المحكمين إعمالاً للشرط الوارد فيه^(١).

ومن الملاحظ أن ارتباط شرط التحكيم وجوداً وهدماً بالعقد الأصلي الذي يتضمنه، ينتج عنه عدم إمكانية السير في إجراءات التحكيم، حتى يصل القضاء الوطني في المنازعات المتصلة باختصاص هيئة التحكيم، أو بانعدام ولايتها، وبعبارة أخرى ارتباط شرط التحكيم بالعقد الأصلي يؤدي إلى رفع يد المحكم عن التحكيم، بمجرد أن يطرح أي طرف عدم صحة العقد الأساسي، ويصبح المحكم عندئذ ملزماً بإعلان عدم صلاحيته^(٢)؛ لأن الموضوع المطروح أمامه يجعله في وضع ينظر في أن واحد في صحة العقد الأصلي وفي صحة شرط التحكيم الوارد فيه، إذ من غير المقبول أن يفصل المحكم في صحة عقد هو مصدر سلطته.

ويؤدي الطعن في العقد الأصلي إلى وضع القضاء الطبيعي يده على التحكيم ذاته وإيقاف إجراءاته حتى تفصل الجهة القضائية في صحة العقد الأصلي^(٣).

لذا فإنه من غير المقبول عندما يكون العقد الأصلي باطلاً، أو منحللاً، كأن توقف هيئة التحكيم الفصل في الدعوى، وتحيل الأمر إلى قضاء الدولة للبت في صحة العقد الأصلي أو انحلاله، فإذا أنتهى قضاء الدولة إلى صحة العقد الأصلي وبقيائه، ومن ثم إلى صحة وبقاء شرط التحكيم الوارد فيه، واصلت هيئة التحكيم السير في القضية، أما إذا انتهى قضاء الدولة إلى عكس ذلك فإنه يزول كل أساس لوجود هيئة التحكيم واختصاصها، لذا فإن الأخذ بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه، يؤدي إلى عد تأثير شرط التحكيم بمصير العقد الأصلي^(٤)، بحيث يعتبر التحكيم ملزماً ومرتباً لأثاره، من عدم اختصاص قضاء الدولة، ومن ثم تختص هيئة التحكيم بتقرير ولايتها. يحقق الاعتراف باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي اقتصاداً في الوقت وإجراءات، بدلاً من أن يوقف النزاع حتى يفصل القضاء الوطني في صحة العقد، فيتولى المحكم بنفسه الفصل في هذه المسألة^(٥).

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم هو حقيقي^(٦) أو هو الاتفاق^(١)، الاتفاق^(١)، بحسب ما عرفه القانون النموذجي (UNCITRAL) في المادة (١/٧) بأنه: "هو اتفاق

(١) د. ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص ٣١٠.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٤٧٣.

(٣) د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ص ١٩٥.

(٤) د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦، ص ١٩٩ وما بعدها.

(٥) د. ناريمان عبد القادر مرجع سابق، ص ٣١١.

(٦) تم تنظيم أحكام التحكيم في الأردن بموجب قانون التحكيم رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١، وفي مصر بموجب قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، وفي الإمارات العربية المتحدة بموجب قانون الإجراءات المدنية رقم ١١ لسنة

بين الطرفين يقضي بإحالة أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة بنية معينة تعاقدية كانت غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شرط تحكيم وارد في عقد أو صورة اتفاق منفصل^(١)، وعرفه آخرون^(٢) بأنه "ذلك الاتفاق الذي بمقتضاه يتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو المحتمل نشؤها من خلال التحكيم". الأمر الذي يلتزم بموجبه الطرفان بإحالة نزاعهما المالي في إطار القانون الخاص الناشئ عن العقد الأصلي إلى التحكيم بدلاً من القضاء بحسب أحكام ذلك الاتفاق وشروطه، ومثل هذا الاتفاق جائز وملزم لطرفيه في كل من القانونين الأردني والمصري. وهذا العقد ينفرد ذاتياً عن العقد الأصلي الوارد فيه، فله موضوعه، وسببه، وليس ظلاً للعقد الأصلي الوارد فيه، ولا يختلط بموضوع التحكيم وسبب شرطه بموضوع وسبب العقد الأصلي الوارد فيه. وتجدر الإشارة إلى أن التشريعات محل البحث اشترطت أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً؛ ففي ذلك نصت المادة (١٠) من قانون التحكيم الأردني أنه:

- أ- يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه مستند وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو عن طريق الفاكس أو التلكس أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة التي تعد بمثابة سجل الاتفاق.
- ب- ويعد في حكم الاتفاق المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية أو أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد.
- ج- إذا تم الاتفاق على التحكيم في اثناء نظر النزاع من قبل المحكمة، فعلى المحكمة أن تقرر إحالة النزاع إلى التحكيم، ويعد هذا القرار بمثابة اتفاق تحكيم مكتوب.
- وتنص المادة (٣/١٠) من قانون التحكيم المصري على أنه:

١٩٩٢، للمزيد انظر كتابة اتفاق التحكيم وتفسيره في القوانين العربية - منتدى قوانين قطر، بحث للدكتور حمزة حداد.

متاح في: www.mn٨٤٠.net/forum/showthread.php?t=٧٨٤٧

كذلك المادة (١/١٠) من قانون التحكيم المصري نصت على أنه: "١- اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة معينة عقدية أو غير عقدية".

هذه الصيغة التي اعتمدها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في دورتها التاسعة والثلاثين عام ٢٠٠٦. Article ٧. Definition and form of arbitration (١)

agreement:

(as adopted by the commission at its thirty-ninth session, in ٢٠٠٦)

١- "arbitration agreement" is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not. An arbitration agreement may be in the form of an arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement.

(٢) د. حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دون طبعة، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ٩٩٨، ص ١٤٨.

ويعتبر اتفاق على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد". كذلك المادة (١٢) من القانون ذاته على أنه: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلبي واللاسلكي تكون بمثابة سجل اتفاق. أو في تبادل المطالبة والدفاع التي يدعي فيها أحد الطرفين وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر، وتعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط التحكيم بمثابة اتفاق تحكيم، شريطة أن يكون العقد مكتوباً وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل هذا الشرط جزءاً من العقد^(١).

وبما أن موضوع العقد الأصلي هو تنظيم حقوق ومراكز قانونية تهم الأطراف، كما أن سبب شرط التحكيم، هو رغبة الأطراف في سلب النزاع موضوع اتفاق التحكيم، من قضاء الدولة، وتخويله لقضاء التحكيم للفصل فيه. أما سبب العقد الأصلي فهو الباعث الدافع الذي حمل الأطراف على التعاقد. وهو يقاس بمعيار شخصي، يختلف من شخص لآخر باختلاف أنواع العقود.

ومن ناحية أخرى فإن المحكم، وإن كان قاضياً خاصاً، فإنه يقوم بعمل قضائي من الناحية الفنية يشبه عمل قاضي الدولة. فهو يحسم خصومة التحكيم بحكم ملزم، يتم تنفيذه جبراً على من صدر في مواجهته، وبذلك المثابة لا ينبغي أن يوضع في وضع أدنى من وضع قاضي الدولة، يربط مصيره ومهمته المستمدة من اتفاق التحكيم، بمصير العقد الأصلي؛ إذ يزول المحكم ومهمته بزوال ذلك العقد^(٢).

المبحث الثاني

استقلال شرط التحكيم التجاري في ضوء الاتفاقيات الدولية وأنظمة هيئات التحكيم ولوائحها
لقد تم تكثيف الجهود في إطار عصبة الأمم، بضرورة المساواة بين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، والاعتراف بهما على قدم مساواة، وإعطاء شرط التحكيم ذات القوة الإلزامية، لمشاركة التحكيم، في مفهوم قانوني واحد^(٣).

(١) المادة (٣/٢/٧) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥ مع تعديلاته التي أقرتها عام ٢٠٠٦.

Article ٧. definition and form of arbitration agreement

(as adopted by the commission at its thirty-ninth session, in ٢٠٠٦)

٢- The arbitration agreement shall be in writing.

٣- An arbitration agreement is in writing if its content is recorded in any form whether or not the arbitration agreement or contract has been included orally, by contract, or by other means.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٤٧٢.

(٣) لقد جاء بروتوكول جنيف عام ١٩٢٣م، كخطوة مهمة في سبيل تحقيق ذلك الهدف، كما حرصت اتفاقية الأمم المتحدة المعقودة في نيويورك عام ١٩٥٨م على تأكيد هذا المعنى، فاستعملت مصطلح اتفاق التحكيم للدلالة على شرط التحكيم ومشاركة التحكيم، انظر تفصيلاً د. مصطفى محمد الجمال، ود. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في

لبيات أهمية ذلك سوف نقوم بدراسة هذا المبحث من خلال استقلال شرط التحكيم في ضوء الاتفاقيات الدولية كمطلب أول واستقلال شرط التحكيم وفقاً لأنظمة هيئات التحكيم ولوائحها كمطلب ثان.

المطلب الأول

استقلال شرط التحكيم في ضوء الاتفاقيات الدولية

لا شك أن جميع النظم والقواعد قد أجمعت على أن شرط التحكيم هو شرط مستقل عن باقي شروط العقد الأخرى، وأن كل قرار يصدر عن هيئة التحكيم ببطان العقد لا يترتب عليه بطلان شرط التحكيم، وتختص هيئة التحكيم بالفصل في الدفع الخاصة بعدم اختصاصها، ولها أن تستمر في إجراءات التحكيم وأن تفصل في الدفع بعدم الاختصاص في قرارها النهائي^(١)، ومن المؤكد أن الإقرار بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه لا يستخلص بشكل صريح من الاتفاقيات الدولية الرئيسية المنظمة للتحكيم ومن هنا فإن التصديق على هذه الاتفاقيات من قبل الدول الأطراف فيها ليس هو السبب في تبني أنظمتها القانونية لهذا المبدأ^(٢).

أما اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها لم تتحدث عن قاعدة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الوارد فيه، وإن ما ظهر من محاولات فقهية لتفسير المادة الثانية^(٣) من تلك الاتفاقية إلى قول البعض^(٤): إن المادة الثانية من اتفاقية نيويورك، وإن

العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ١٩٩٨، ص ٣٤٥.

(١) لقد صدر قانون التحكيم الدولي التي وضعته لجنة الأمم المتحدة بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (١٧/١٤٠٠) بتاريخ ١ ديسمبر ١٩٨٥، وذلك في اجتماعها رقم ١١٢، الذي دعت فيه الحكومات الأعضاء إلى الأخذ بعين الاعتبار قواعد هذا القانون وتطبيقه عند حاجتها لمباشرة التحكيم الدولي في علاقاتها التجارية الدولية. راجع نص هذا القرار في:

Official Records of the General Assembly, Fourteenth Session, Supplement No. ١٧ (١٤٠/١٧) Annex ١. New York ١٩٨٥.

(٢) د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ص ١٢٦.
(٣) تنص المادة الثانية من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٨٥ بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها على ما يلي:
١- تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم.

٢- يقصد (لاتفاق مكتوب) شرط التحكيم في عقد أو اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو الاتفاق الذي تضمنته الخطابات المتبادلة أو البرقيات.

٣- 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 يرد للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق.

Article II

لم تكن قد تعرضت صراحة لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ومختلف نتائجه القانونية - أعطته قوة لم تكن له من قبل، ذلك أن الاعتراف الوجودي به دولياً على هدي تنظيم موحد عالمياً يجعل من الممكن اعتبار القواعد التي استقرت أصلاً في القضاء الفرنسي قاعدة دولية بالمعنى الصحيح، بمعنى أنها تعكس مبدأ مقبولاً في الروابط بين مختلف الدول، وليس مجرد اجتهاد من قضاء وطني. وكذلك الحال بالنسبة للقواعد التي تؤكد مبدأ الاستقلالية الواردة في نظام هيئات التحكيم الدولي؛ إذ يمكن ان تصير هذه بدورها مؤسسات مهنية لا تملك قوة الالتزام تجاه المتعاملين معها الذين يرتضون طواعية الخضوع لقواعدها.

فيما يرى البعض الآخر من الفقه^(١) بخصوص المادة الثانية من اتفاقية نيويورك أن اجتهادات الفقه والقضاء في الدول المتقدمة قد أدت إلى تحميل هذا النص لا تحتملها صياغته وأن "استقلالية شرط التحكيم" أو "الاختصاص بالاختصاص" لا يمكن بحال استخلاصها من هذا النص.

أما الاتفاقية الأوروبية حول التحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٦١م، فقد أشارت إلى مبدأ استقلال شرط التحكيم في الفقرة الخامسة منها، إذ نصت على أن: "المحكم له سلطة تقدير اختصاصه وتقرير صحة اتفاق التحكيم أو صحة اتفاق التحكيم أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءاً منه".

Article V- Plea as Arbitral jurisdiction

٣. Subject to any subsequent judicial control provided for under lex fori, the arbitrator whose jurisdiction called in question shall be entitled to proceed with the arbitration, to rule on his own jurisdiction and to decide upon existence or the validity of the arbitration agreement or the contract of which the agreement forms part.

١- Each contracting state shall be recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration.

٢- The term "agreement in writing" shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams.

٣- The court of contracting state, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within in meaning of this article, at the request if one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement us null and void, inoperative or incapable of being performed.

(١) للمزيد انظر تفصيلاً د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم الجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٢١٠ وما بعدها. كذلك د. ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص ٣١٥.

(٢) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٩٩. كذلك د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٤٧٨.

وهذا النص يشير بطريقة ضمنية، وأكيدة، إلى قاعدة استقلال تفاق التحكيم، فلمحكم لا يستطيع الفصل في مسألة اختصاصه ما لم يوجد اتفاق تحكيم يستمد منه سلطته، حتى لو كان العقد الأصلي الوارد به باطلاً^(١).

وكذلك اتفاقية واشنطن لعام ١٩٦٥م، أشارت إلى مبدأ استقلال شرط التحكيم ولكن بطريقة ضمنية في الفقرة الأولى من المادة (٤١) منها، حيث نصت على أن "هيئة التحكيم هي التي تحدد اختصاصها".

ومن الأعمال الدولية ذات الطابع التشريعي التي أخذت بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، المادة (٢١)^(٢) من قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونسيترال Uncitral بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٧٦م التي نصت على ما يأتي:

١- هيئة التحكيم هي صاحبة الاختصاص في الفصل في الدفوع الخاصة بعدم اختصاصها، وتدخل في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود شرط التحكيم أو الاتفاق المنفصل على التحكيم أو بصحة هذا الشرط أو الاتفاق.

٢- تختص هيئة التحكيم بالفصل في وجود أو صحة العقد الذي يكون شر التحكيم جزءاً منه. وفي حكم المادة (٢١)، يعامل شرط التحكيم الذي يكون جزءاً من عقد وينص على إجراء التحكيم وفقاً لهذا النظام بوصفه إتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وكل قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم.

٣- يقدم الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في ميعاد لا يتجاوز تقديم بيان الدفاع أو في ميعاد لا يتجاوز الرد على الطلبات العارضة في حالة وجود مثل هذه الطلبات.

(١) د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الجزء الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧ ص ٢١٦.

(٢) المادة (٢١) من قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونسيترا Uncitral بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٧٦م.

Article ٢١:

١- The arbitral tribunal shall have the power to rule the objections that it has jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration clause or the separate arbitration agreement

٢- The arbitral tribunal shall have the power to determine the existence or validity of the contract of which an arbitration clause forms a part. For the purposes of article ٢١, an arbitration which forms a contract and which provides for arbitration under these Rules shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause.

٣- A plea that the arbitral does not have jurisdiction shall be raised not later than in the statement of defense or, with respect to a counter claim, in the reply to the counterclaim.

٤- In general, the arbitral tribunal should rule on a plea concerning its jurisdiction as preliminary question. However, the arbitral tribunal may proceed with the arbitration and rule on such a plea in their final award.

٤- بوجه عام، تفصل هيئة التحكيم في الدفع بعدم اختصاصها بوصفه مسألة أولية، ومع ذلك يجوز لهيئة التحكيم أن تقرر الاستمرار في الإجراءات وأن تفصل في الدفع بعدم الاختصاص في قرارها النهائي"^(١).

أما القانون النموذجي^(٢) للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام ١٩٨٥، فقد أورد نصوصاً واضحة وصريحة بخصوص مبدأ استقلال شرط التحكيم، حيث نصت المادة (١/١٦) منه وعدلتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في ٧ تموز ٢٠٠٦ على أنه "يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته. ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم"^(٣).

وبذلك يكون القانون النموذجي قد أقر صراحة بمبدأ استقلال شرط التحكيم؛ حيث يتميز القانون النموذجي - على الرغم من تنبيهه نظرية استقلالية شرط التحكيم- بأنه لم يقفل باب المحاكم القضائية، ولم يربط القاضي بالمحكم، ولا المحكم بالقاضي بل ترك للأثنين إمكانية العمل، ولا سيما المحكم. فإذا أصدر القاضي حكمه قبل المحكم. امتنع هذا الأخير السير في التحكيم، أما إذا صدر المحكم قراره قبل القاضي فإن هذا القرار سيعرض حتماً على قاضي التنفيذ، مما يجعل بالامكان قبل ذلك تقديم دعوى إبطال حكم التحكيم النهائي أمام القاضي، كما أنه من الممكن عند الدفع بعدم الاختصاص الإدلاء به أمام القاضي، ولكن في مهلة معينة ومحددة تحت طائلة سقوط هذا الحق، وتنتهي عند تقديم بيان الدفاع^(٤).

(١) وتجدر الإشارة إلى أن نص المادة (٢١) من قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونسيترال Uncitral بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٧٦م قد جاء صريحاً وبتأكيد مطلق مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الوارد فيه بجميع أبعاده ونتائجه، للمزيد انظر تفصيلاً الدكتور فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص ٢١٧. كذلك الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص ١٠٠.

(٢) وضعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي صيغة نموذجية لشرط التحكيم نصت على ما يأتي: "كل نزاع أو خلاف أو مطالبة تنشأ عن هذا العقد أو بمخالفة أحكامه أو نسخه أو بطلانه يسوى بطريق التحكيم وفقاً لقواعد التحكيم الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي كما هي سارية المفعول"

" Any dispute, controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach, termination or invalidity there of, shall be settled by arbitration in accordance with the UNCITRAL Arbitration rules at present in force"

(٣) Article ١٦. Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdictional – The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause.

(٤) د. ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص ٣١٧.

وبما أننا بصدد اتفاقية نيويورك فإن تقرير صحة اتفاق التحكيم يكون وفقاً للقانون الذي اختاره الطرفان، وفي حالة عدم الاتفاق على ذلك فوفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم^(١).

المطلب الثاني

استقلال شرط التحكيم وفقاً لأنظمة هيئات التحكيم ولوائحها

هناك بعض الأنظمة أو لوائح هيئات التحكيم قننت قاعدة استقلال اتفاق التحكيم، إذ نص بعضها على تلك القاعدة صراحة، والبعض الآخر بطريقة ضمنية. فمن اللوائح التي نصت صراحة على قاعدة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الوارد فيه، لائحة إجراءات التحكيم لمركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج لعام ١٩٩٤، حيث نصت المادة ١٨ من اللائحة على أنه: "ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك صراحة، يعتبر الاتفاق على التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن العقد موضوع النزاع، فإذا أبطل العقد أو انقضى لأي سبب، يبقى اتفاق التحكيم نافذاً"^(٢).

أما الأنظمة التي نصت على استقلال شرط التحكيم، فنجد أن نظام جمعية التحكيم الأمريكية للتحكيم التجاري الدولي A.A.A ١٩٩٢، نص على مبدأ استقلال شرط التحكيم في المادة (٢/١٥) منه: "يعتبر شرط التحكيم كما لو كان شرطاً مستقلاً عن باقي شروط العقد". أما نظام التوفيق والتحكيم التجاري لغرفة تجارة وصناعة دبي لعام ١٩٩٤م، فقد نص على ذلك في الفقرة الأولى من المادة الخامسة منه: "ما لم تتفق الأطراف على غير ذلك صراحة، يعتبر اتفاق التحكيم مستقلاً عن العقد موضوع النزاع، فإذا أبطل العقد أو انقضى لأي سبب، يبقى اتفاق التحكيم نافذاً"^(٣). وهذا النص جاء موافقاً لنص المادة (١٨) من لائحة إجراءات التحكيم، لدى مركز التحكيم التجاري لدول التعاون لدول الخليج العربية لعام ١٩٩٤م، المتقدم بيانه.

وفيما يتعلق بقواعد التحكيم المطبقة لدى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، "قواعد حسم المنازعات التجارية والاستثمار المعدلة عام ٢٠٠٢م" فإنها القواعد الصادرة عن لجنة

(١) د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ص ٢١٠ كذلك المادة (٥) الفقرة (٢) من اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ جاء فيها:

Article V:

Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that:

- The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country; or
- The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.

(٢) هذا النص ليس الوحيد في اللائحة الذي يتكلم عن قاعدة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الوارد فيه، بل هناك نص يسبقه، ويدعم تلك القاعدة، وهو نص المادة الثالثة الذي جاء فيه "تفترض صحة جميع الاتفاقات والمشاركات المقدمة للتحكيم أمام المركز، ما لم يقدّم الدليل على عدم صحتها". فهذا النص قاطع في إبراز أحد مفاهيم فكرة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الوارد فيه، التي تعني السلطة الذاتية، التي يتمتع بها اتفاق التحكيم. فذلك الاتفاق صحيح في ذاته، ولو كان العقد الأصلي باطلاً، وتلك الصحة مفترضة ما لم يثبت عكسها. (٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٤٧٧.

الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي UNCITRAL، عام ١٩٧٦م حيث إن نظام التحكيم لدى هذا المركز، يعرف قاعدة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الوارد فيه؛ إذ تنص المادة (٢/٢١) منه على أنه: "تختص هيئة التحكيم بالفصل في وجود أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءاً منه. وفي حكم المادة (٢١) يعامل شرط التحكيم الذي يكون جزءاً من عقد وينص على إجراء التحكيم وفقاً لهذا النظام بوصفه اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى. وكل قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم"^(١).

أما عن أنظمة أو لوائح هيئات التحكيم الدولي التي أشارت بطريقة ضمنية، إلى قاعدة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الوارد فيه - غرفة التجارة الدولية بباريس لعام ١٩٩٨ - حيث نصت المادة (٤/٦) منه على أنه: "ما لم يتفق على خلاف ذلك، فإن الإدعاء ببطان العقد أو الزعم بإنعدامه لا يترتب عليه عدم إختصاص المحكم إذا قبل صحة اتفاق التحكيم. وحتى في حالة انعدام العقد أو بطلانه يستمر اختصاص المحكم لتحديد حقوق الأطراف والبت فيما يدعونه"^(٢).

وبالنظر إلى هذا النص فإنه يتكلم صراحة عن قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الوارد فيه وإنما تكلم عن قاعدة أخرى، هي قاعدة الاختصاص بالاختصاص وبقائها على الرغم من الادعاء ببطان العقد الأصلي أو إنعدامه، وما دامت هيئة التحكيم المختصة قدرت بفصل النزاع فإن اتفاق التحكيم ذاته صحيح. وفي الواقع إن قاعدة الاختصاص بالاختصاص ليست شفاً أو قريباً لقاعدة استقلال اتفاق التحكيم، ومع ذلك فإنه نظراً للروابط بين القاعدتين، يمكن القول إن نص المادة (٤/٦)، يقر ضمناً قاعدة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

إن النص وإن كان يتكلم عن قاعدة الاختصاص بالاختصاص، فهو يتكلم عن أثر من آثار اتفاق التحكيم، وفي الوقت ذاته عن أثر من آثار قاعدة استقلال ذلك الاتفاق^(٣). والدليل على ذلك أن الفقرة (٤) قد وردت ضمن أحكام المادة السادسة الخاصة بآثار اتفاق التحكيم^(٤).

Article ٢١ of the United Nations Commissions on International Trade Law (١)
(UNCITRAL)

The arbitral tribunal shall have the power to determine the existence or validity of the contract of which an arbitration clause forms a part. For the purposes of article ٢١, an arbitration which forms a contract and which provides for arbitration under these Rules shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract. A decision by the arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause.

(٢) د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، وكذلك د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص ١٢٨.

(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٤٨٢.

(٤) وهذا النص كان مقررًا من قبل في نظام تحكيم الغرفة الملغي عام ١٩٩٨م، حيث ورد فيه النص ذاته، والذي نقل حرفياً إلى النظام الجديد، ضمن أحكام المادة الثامنة الفقرة (٤)، تحت عنوان "أثر اتفاق التحكيم". وعلى كل حال فإن عدم وضوح النص لم يكن عائقاً أمام محكمة التحكيم بالغرفة لتؤكد، في قضائها، قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، في العديد من القضايا.

المبحث الثالث

موقف القضاء في التحكيم الدولي من مبدأ استقلال شرط التحكيم التجاري

لقد أكدت العديد من أحكام التحكيم استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي الوارد فيه، على اعتبار أن هذا الأمر يتعلق بمبدأ عام من مبادئ القانون التجاري الدولي، وذلك دون أن تستشعر أدنى حاجة من أجل تبرير هذه الاستقلالية إلى الإشارة إلى قانون وطني محدد^(١).

ففي ذلك ذهب البعض^(٢)، إلى القول إن القضاء الهولندي هو أول من قرر صراحة مبدأ استقلال التحكيم الدولي عن العقد الأصلي، حيث أصدرت محكمة هولندية في ٢٧ كانون الأول ١٩٣٥م، حكماً يقضي بأنه في حالة تنازع الأطراف حول صحة العقد أو بطلانه، فإن ذلك لا يمنع من اختصاص المحكم بالفصل في النزاع، على الرغم من احتمال عدم صحة العد الذي ورد به شرط التحكيم، جاء بعده القضاء الألماني في ١٤ أيار ١٩٥٢م، أصدر حكماً يقضي بأن مصير شرط التحكيم ينفصل تماماً عن مصير العقد الذي يتضمنه.

موقف القضاء الفرنسي:

على الرغم من تأثير القضاء الفرنسي بالأحكام الواردة أعلاه، فإنه وضع حداً للجدل الفقهي حول استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، عندما أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكماً، في السابع من أيار ١٩٦٣م، يقضي باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وذلك في دعوى شهيرة تعرف بدعوى Gosset ضد Carapelli؛ حيث كانت البداية الحقيقية نحو إقرار القضاء الفرنسي واعترافه باستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي التي تتلخص وقائعها في صدور حكم تحكيم في إيطاليا، إعمالاً لشرط تحكيم لصالح مصدر إيطالي، يدعى Carapelli ضد مستورد فرنسي، يدعى Gosset يثبت مديونيته بدفع تعويض، عن عدم تنفيذ العقد المبرم - عقد بيع نذور - معه، وعندما طلب الطرف الإيطالي الأمر بتنفيذ الحكم في فرنسا دفع الطرف الفرنسي برفض طلب الأمر بالتنفيذ إستناداً، إلى أن العقد الأصلي وارد بشأنه اتفاق التحكيم كان باطلاً بطلاناً مطلقاً، لمخالفته قواعد النظام العام المتعلقة بالاستيراد والتصدير في فرنسا، ومن ثم بطلان شرط التحكيم^(٣). حيث محكمة النقض الفرنسية رفضت هذا الدفع وأصدرت حكماً يقرر المبدأ القانوني الذي يقضي باستقلالية شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم، وهذا الحكم مفاده استقلال اتفاق التحكيم بنوعيه (شرط التحكيم ومشاركة التحكيم) عن العقد الأصلي استقلالاً قانونياً تاماً، وبعد ذلك توالى أحكام محكمة النقض الفرنسية لتأكيد هذا المبدأ دون تحفظ.

مثال ذلك أحكامها الصادرة في الدعاوى المعروفة باسم Impex في ١٨ مايو عام ١٩٧١ قضت بأن "شرط التحكيم يكون مستقلاً قانوناً في القانون الدولي الخاص الفرنسي"^(٤). كما أكدت محكمة

(١) د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ١٢٣، ود. سامية راشد، مرجع سابق، ص ١٣٩.

(٢) د. أحمد مخلوف، مرجع سابق، ص ١٨.

(٣) د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٤٨٣.

(٤) د. محسن شفيق، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، ص ٩٢، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص ٩٢، لقد جاء في الحكم المذكور أن اتفاق التحكيم في التحكيم الدولي سواء أكان تم بشكل منفصل أو في التصرف القانوني الذي له علاقة به، يعتبر دائماً إلا في ظروف استثنائية، مستقلاً استقلالاً تاماً، ويمكن أن يتأثر بعدم صحة التصرف القانوني المذكور، للمزيد انظر تفصيلاً د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ص ٢٠٣.

النقض الفرنسية، دعمها لاستقلال شرط التحكيم الدولي، في قضية (Hachet) سنة ١٩٧٢، وذل كفي نزاع يتعلق بقيام إحدى الدول الهولندية بإلغاء عقد وكالة تجارية مع أحد الفرنسيين- وكان غير تاجر - اتخذ إجراءات تحكيم ضد الشركة الهولندية مطالباً إياها بالتعويض من جراء فسخها العقد، غير أن الشرطة المذكورة دفعت ببطلان الشرط الوارد في عقد الوكالة، على أساس أن القانون الفرنسي وهو القانون الواجب التطبيق على العقد يمنع شرط التحكيم في العقود المبرمة بين التجار وغير التجار. وعندما عرض النزاع على محكمة النقض الفرنسية، رفضت المحكمة «الدفع مقررة صراحة مبدأ استقلال شرط التحكيم عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي، بقولها "الاتفاق التحكيم استقلال قانوني كامل في مسائل التحكيم الدولي"^(١).

وفي إشارة إلى قاعدة الاستقلال/ نذكر حكم التحكيم الذي أصدره في كوينهاجن بتاريخ ١٤ كانون الثاني ١٩٨٢م، المحكم B.gomard في قضية الشركة الفرنسية Aquitain Elfa والحكومة الإيرانية المتعلقة بعقد امتياز بترول ادعت تلك الأخيرة ببطلانه، لمخالفته أحكام قانون التأمين الإيراني لسنة ١٩٥١م ومن ثم ببطلانه شرط التحكيم الوارد فيه، وم ثم انهيار أساس اختصاص التحكيم، غير أن المحكم الوحيد في القضية، رفض هذا الادعاء قائلاً/ "إنه من المبادئ المعترف بها عموماً في قانون التحكيم الدولي، أن شروط التحكيم ترتب آثارها حتى لو أثار أحد الأطراف الاعتراض بأن الاتفاق المتضمن شرط التحكيم باطل غير قائم، وأن استقلال شرط التحكيم هو من مبادئ القانون الدولي، الذي طبق بانتظام القرارات الصادرة في التحكيم الدولية"^(٢).

لذلك نلاحظ أن ما جاء في حكم التحكيم السابق يوحي بأن قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الوارد فيه، ليس قاعدة عادية، بل هي قاعدة من طبيعة خاصة، أي قاعدة موضوعية من قواعد القانون الدولي الخاص للتحكيم التجاري الدولي.

موقف القضاء الإنجليزي:

كانت بدايات القضاء الإنجليزي ترفض رفضاً قطعياً مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي تضمنه^(٣)، لكن سرعان من تراجع عن «المسلك»^(٤) وأقر صراحة "استقلالية اتفاق التحكيم" وذهب إلى أنه إذا ما تم فسخ العقد أو إنهائه لسبب من الأسباب، فإن ذلك لا يؤثر على شرط التحكيم، وإذا ما شاب العقد الأصلي بطلان نسبي أو خلاف حول إرادة الأطراف في تفسير العقد الأصلي، فذلك أيضاً لا يؤثر على شرط التحكيم بينما يأخذ شرط

(١) د. سامية راشد، مرجع سابق، ص ٩٥، وكذلك د. إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص ٩٢.
(٢) هذا ما أكدته كتابات المؤلفين الأكثر تخصصاً في التحكيم الدولي، وكذلك لوائح التحكيم المعتمدة لدى المنظمات لدولية، وكذلك الاتفاقيات كما أن مبدأ الاستقلال، يشكل أيضاً جزءاً من القانون الوطني للتحكيم في العديد من البلدان، وقد رتب المحكم على ذلك أن شرط التحكيم يقيد الأطراف، ويرتب آثاره دون أن يبطل قوته ويصبح كأن لم يكن ابتداءً على الرغم مما تمسك به الحكومة الإيرانية من بطلان ذلك الشرط تبعاً لبطلات العقد الأصلي، للمزيد انظر تفصيلاً د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، المصدر نفسه.

(٣) انظر: Clive sehmitthoff, The jurisdiction of the arbitrator, The Art of arbitration; Liber: Amicorm Pieter sander, ١٩٨٣. P. ٢٩٠

(٤) راجع تقرير Styen، المملكة المتحدة، ١٩٨٣، العدد الثامن من الكتاب السنوي للتحكيم التجاري.

التحكيم حكم العقد الأصلي إذا لم يبرم العقد الأصلي أصلاً أو لم يكن له وجود قانوني بالفعل، كما لو كان باطلاً بطلاناً مطلقاً^(١).

موقف القانوني السويسري:

لقد جاء القانون السويسري الجديد بنص أكثر وضوحاً ودقة؛ حيث نص في الفقرة الثالثة من المادة (١٧٨) على أنه: "لا يمكن العن في صحة اتفاق التحكيم بسبب صحة العقد الأصلي أو أن اتفاق التحكيم يتعلق بنزاع لم يحدث بعد"^(٢).

المبحث الرابع

استقلال شرط التحكيم وفقاً للقانون الأردني والقانون المصري

إن أغلب التشريعات والقوانين محل الدراسة تكاد لا تخلو من نصوص تؤكد استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، لذلك سوف نستعرض في هذا المبحث موقف القانون الأردني من استقلال شرط التحكيم التجاري وموقف القانون المصري.

موقف القانون الأردني:

يعتبر التشريع الأردني من التشريعات الحديثة التي عالجت أمور التحكيم الدولي^(٣). إذ جاء في حكم لمحكمة التمييز الأردنية^(٤): "إن ا لخلاف يتعلق ببطلان العقد ذاته فإن تقرر البطلان فلا يعمل بأي بند من بنود الاتفاقيات"، حيث أستندت في قرارها إلى المادة (٢٣١) من القانون المدني الأردني لتي تنص على أنه: "إذا بطل الشيء بطل ما ضمنه". وبناء عليه، فإن بطلان العقد الأصلي يؤدي إلى بطلان شرط التحكيم الموجود في العقد المذكور^(٥)؛ إذ من الممكن تأسيس مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، على نظرية انتقاص العقد^(٦)؛ حيث نصت المادة (١/١٦٩) من القانون المدني الأردني على أنه "إذا كان العد في شق منه باطلاً، بطل العقد كله إلا إذا كانت حصة شق معينة، فإنه يبطل في الشق الباطل، ويبقى صحيحاً في الباقي". وهذه النظرية، تفترض أن العقد الأصلي ليس باطلاً بأكمله، بل في جزء منه، فيزول الجزء الباطل ويبقى الجزء الصحيح، وعليه نستطيع القول بموجب هذه النظرية: إنه إذا كان العقد الأصلي الذي تضمن شرط

(١) انظر تفصيلاً د. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي ف منازعات المشروعات الدولية المشتركة، دار الشروق، ٢٠٠٢، ص ١٤٨ وما بعدها. كذلك انظر د. سامية راشد، مرجع سابق، ص ١٠٠.

(٢) انظر تفصيلاً د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص ٢٠٣ وما بعدها.

(٣) إن قانون التحكيم الأردني القديم (الملغى) رقم ١٨ لسنة ١٩٥٢، لم ينص صراحة على مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي؛ مما كان يعني بطلان شرط التحكيم تبعاً للعقد الأصلي الوارد فيه، عملاً بالقاعدة القانونية لشائعة التي تنص على أنه: "إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه"، ونظراً لعدم وجود النص فإنه يتم الرجوع إلى القواعد العامة التي تنظم أحكام العقد في لقانون المدني لبيان مدى تطبيق مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الوارد ضمنه من عدمه.

(٤) قرار تمييز في القضية الحقوقية رقم ٨٧/٣٠٦، الصادر بتاريخ ١٩٨٦/١٢/٤ والمنشور في مجلة نقابة المحامين، ١٩٨٨.

(٥) د. فوزي محمد سامي، لتحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٢١٠.

(٦) للمزيد من نظرية انتقاص العقد انظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، ٩٨١، ص ٤٤٥، وكذلك د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والارادة المنفردة، الطبعة الرابعة، ١٩٨٧.

التحكيم باطلاً، وهو يمثل اتفاقاً مستقلاً، وإن الشرط المذكور لا يتأثر ببطلان العقد الأصلي ويجوز العكس، فقد يكون شرط التحكيم باطلاً، أما العقد الأصلي فيبقى صحيحاً. وبصدور قانون التحكيم الجديد رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١م، أقر المشرع الأردني بصراحة مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الوارد فيه، وذلك بنصه في المادة ٢٢ منه على أنه: "يعد شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه، أو إنهائه، أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان الشرط صحيحاً في ذاته". ونلاحظ على ذلك أن المشرع الأردني قد ساير الاتجاهات التشريعية والقضائية الحديثة، بخصوص الاعتراف باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الوارد فيه، نظراً لما يحققه هذا المبدأ من اختصار في الوقت والإجراءات، فبدلاً من أن يوقف المحكم نظر النزاع حتى يفصل القضاء العادي في صحة العقد، فإن المحكم يتولى بنفسه الفصل في هذه المسألة^(١). كما أن مبدأ استقلال شرط التحكيم يمنع التداخلات الإجرائية، بحيث لا يستطيع أحد أطراف النزاع أن يعطل إجراءات بسوء نية^(٢).

وقد أتى المشرع الأردني بموضوع جديد من موضوعات التحكيم؛ حيث أصبح شرط التحكيم مستقلاً تماماً عن العقد الأصلي الوارد فيه، ويترتب على ذلك قول أو بطلان العقد أو فسخه أو انفساخه، لا يكون له أي أثر على شرط التحكيم الذي يبقى قائماً، ويجب إعماله ما دام الشرط ذاته صحيحاً، وفي هذه الحالة يحال النزاع إلى التحكيم على الرغم من أن العقد ككل باطل أو تم فسخه.

لذلك إذا كان شرط التحكيم صحيحاً، أي قد استوفى شروط صحته، ولكن العقد كان باطلاً، فإن الأصل في هذه الحالة أن العقد يزول بكل ما تضمنه من أحكام وشروط بما في ذلك شرط التحكيم، لكن بعض القوانين المقارنة قررت عكس ذلك استناداً إلى مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد، حيث نصت صراحة على أن بطلان العقد لا يبطل شرط التحكيم الوارد ضمن بنود هذا العقد^(٣).

موقف القانون المصري:

يعتبر التشريع المصري من أهم التشريعات التي قررت مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الوارد فيه^(٤).

وقبل صدور قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ثار جدل فقهي حول استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، فاتجه رأي إلى إنكار استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي صراحة أحياناً، وضمناً أحياناً أخرى، إذ ذهب الفقه إلى القول إن شرط التحكيم لا يستقل عن العقد الذي تضمنه، ورتب على ذلك أنه إذا تم الادعاء أمام هيئة التحكيم ببطلان العقد، فإن هيئة التحكيم

(١) وهذا ما يعرف اصطلاحاً - الاختصاص بالاختصاص - فإذا قضى بصحة العقد ظلت الإجراءات سائرة في طريقها المرسوم، وإذا قضى بالبطلان انهار العقد، وفي بعض الحالات ينهار التحكيم أيضاً.

(٢) د. ناريمان بعد القادر، مرجع سابق، ص ٣٢٨.

(٣) المادة ١١ من قانون التحكيم السوري رقم (٤) ٢٠٠٨ سبق الإشارة إليها.

(٤) المادة ٢٣ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، التي نصت على أنه: "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته". للمزيد انظر تفصيلاً د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٢٥٣ ود. سامية راشد، مرجع سابق، ص ١٠٧.

بوصفها خارجة عن إطار محاكم الدولة، لا تستطيع الفصل في ذلك الإدعاء، ويتعين على هيئة التحكيم عندئذ أن توقف الإجراءات أمامها، إلى حين صدور حكم قضائي يفصل في مسألة بطلان العقد من المحاكم القضائية المختصة^(١).

فيما ذهب البعض^(٢) إلى قول باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، على الرغم من ورود هذا الشرط في بنود العقد الأصلي وفي مجال التحكيم الدولي، فيما نجد البعض الآخر ذهب^(٣) إلى ضرورة استقلال شرط التحكيم، لأن في استقلال شرط ما يساعد أطراف النزاع على التوصل إلى حل سريع لخلافاتهم.

وفي الاتجاه نفسه، ذهب البعض^(٤) إلى القول إن شرط التحكيم له موضوعه أو محله الخاص به، ويتمثل في تحية النزاع المشترك التحكيم فيه عن سلطان القضاء، وإسناد ولاية الفصل فيه إلى هيئة خاصة يعينها طرفا النزاع أو يتفقان على كيفية تعيينها، أو يترك الأمر تعيينها إلى القضاء عندما تتوافر إمكانية ذلك.

هذا وترجع استقلالية شرط التحكيم إلى اختلاف محله وسببه عن الاتفاق الأصلي؛ ذلك أن محله هو حل النزاع، بينما قد يكون الاتفاق الأصلي وارداً على مقابلة، أو بيع، وسببه الحفاظ على استمرار العقد وتنفيذه، بينما سبب العقد الأصلي قد يكون الربح أو اتمام مشروع معين، أو غير ذلك، واختلاف المحل، والسبب هو أساس استقلالية كل منهما عن الآخر^(٥).

إن مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الذي تعلق به يترتب عليه نتائج مهمة^(٦) أوردتها الدكتور مصطفى الجمال والدكتور عكاشة عبد العال، هي:

النتيجة الأولى: أن مصير العقد ليس له أثر على شرط التحكيم المتعلق به، فهذا الشرط يبقى صحيحاً منتجاً لأثاره، بصرف النظر عن زوال العقد الأصلي ما لم يكن الآخر باطلاً بسبب خاص به، كما لو كان أحد الطرفين ناقص الأهلية، أو ليس له سلطة إبرام العقد؛ إذ أن مثل هذا السبب يلحق العقد الأصلي كما يلحق شرط التحكيم، لأن أيًا منهما يجب أن يبرم ممن يتمتع بالأهلية والسلطة اللازمة للتعاقد، ومن ثم فبطلان العقد الأصلي، أو فسخه، أو إنهاؤه لا يمنع من إنتاج

(١) د. محسن شفيق، رأيه في "استقلال شرط التحكيم" في التقرير الوطني عن التحكيم الداخلي في مصر، المنشور في المجلد الرابع من الكتاب السنوي للتحكيم، ١٩٧٩، ص ٤٧.

(٢) د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والاجباري، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ٣٣.

(٣) د. فتحي والي، الوسيط في القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧.

(٤) د. عز الدين عبد الله، تنازع الوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، مصر المعاصرة، ١٩٧٨، ص ٢٥. أنظر تفصيلاً د. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، ٢٠٠٢، ص ١٧٠ وما بعدها.

(٥) إن استقلالية شرط التحكيم تجع إلى اختلاف محله وسببه عن الاتفاق الأصلي، ذلك إن محله هو حل النزاع، بينما قد يكون الاتفاق الأصلي وارداً على مقابلة، أو بيع وسببه الحفاظ على استمرار العقد وتنفيذه، بينما سبب العقد الأصلي قد يكون الربح، أو اتمام مشروع معين، أو غير ذلك، واختلاف المحل، والسبب هو أساس استقلالية كل منهما عن الآخر. للمزيد من الاطلاع انظر تفصيلاً د. ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص ٣٢٠.

(٦) د. مصطفى محمد الجمال، ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٣٥٧.

ووردت هذه النتائج أيضاً في الموقع الإلكتروني:

شرط التحكيم لأثاره، بحيث يكون الفصل في النزاع على صحة العقد الأصلي، أو بطلانه خارجاً عن سلطان القضاء، وتكون ولاية الفصل فيه ثابتة لهيئة التحكيم وحدها.

النتيجة الثانية: أن زوال شرط التحكيم يبطلان ذاتي، أو سقوطه، أو غير ذلك لا يؤثر على بقاء العقد الأصلي منتجاً لأثاره، وفي هذه الحالة يكون القضاء هو صاحب الولاية في الفصل في المنازعات الناشئة عنه، وهذه النتيجة لم يسجلها نص المادة ٢٣ من قانون التحكيم المصري؛ ربما لكونها من البداهة، بحيث لا تحتاج إلى تسجيل، ثم إن حكم القواعد العامة يوصل إليها من دون أي نص يجلبها، أو حتى من دون أي نص يسجل مبدأ استقلال شرط التحكيم -اته، والقواعد العامة هي ما نصت عليه المادة (١٤٣) من القانون المدني المصري، من أنه: "إذا كان العقد في شق منه باطلاً، أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً، أو قابلاً للإبطال، فيبطل العقد كله".

النتيجة الثالثة: هي أحقية هيئة التحكيم في النظر في المسائل المتعلقة باختصاصها^(١).

ومن التشريعات العربية التي أخذت باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، نجد المشرع البحريني الذي أفرد نصاً بخصوص ذلك في قانون التحكيم رقم (٩) لسنة ١٩٩٤م؛ إذ نص في المادة (١٦) منه على أنه: "يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصتها بما في ذلك البت في أية اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق تحكيم أو بصحته، ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم يبطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم"^(٢).

(١) المادة ٢٢، الفقرة ١ من قانون التحكيم المصري نصت على أنه "افصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، في ذلك الدفوع المبنية على عدم جواز اتفاق تحكيم أو سقوطه، أو عدم شموله لموضوع النزاع".

(٢) للمزيد انظر تفصيلاً د. عبد الحميد الحدب، موسوعة التحكيم في البلاد العربية، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ١٥١.

الخاتمة:

من كل ما تقدم يمكننا أن نركز على أهم ما توصلنا إليه من نتائج، ومن ثم سوق نتطرق إلى أهم التوصيات التي تترتب على استقلال التحكيم التجاري، كأسلوب لتسوية المنازعات بين الأطراف، وذلك على النحو التالي:

أولاً- نتائج الدراسة:

١- يعتبر استقلال التحكيم التجاري عن العقد الأصلي الوارد فيه من أهم المبادئ التي استقر عليه الفقه والاتفاقيات الدولية وإن مصدر هذه الاستقلالية جاء من اختلاف موضع كل من العقد الأصلي والاتفاق على التحكيم.

٢- يترتب على اتفاق الطرفين على التحكيم حرمان أطراف العقد من اللجوء إلى القضاء، ولا يجوز الرجوع على ذلك إلا باتفاقهم، ولا يحق لأي منهم العدول عن الاتفاق على التحكيم بإرادة منفردة، إذ يظل شرط التحكيم قائماً.

٣- يتمت شرط التحكيم بوجوده القانوني باستقلال كامل عن العقد الأصلي فلا يتأثر من ثم بحكم هذا العقد فيما يلحقه من بطلان؛ إذ جاء موافقاً لقانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ وكذلك لقانون الإجراءات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم ١١ لسنة ١٩٩٢.

٤- لقد نص قانون التحكيم الأردني على شرط الكتابة في اتفاق التحكيم، وذلك باشتراط كون الاتفاق على التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، إذ جاء موافقاً للقانون النموذجي للتحكيم الدولي لسنة ١٩٨٥ وقانون التحكيم الإنجليزي لعام ١٩٩٦ بالنص.

٥- حظي استقلال شرط التحكيم التجاري باهتمام واسع في نطاق الاتفاقيات الدولية والأنظمة أو اللوائح، المنظمة للتحكيم الدولي، كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية الدولية، حيث أشارت بعض هذه الأنظمة أو اللوائح إلى استقلال شرط التحكيم إما بصورة صريحة وإما بصورة ضمنية.

التوصيات:

إن التوصيات التي توصل إليها الباحث خلال هذه الدراسة هي:

١- أن يحدد المشرع الأردني نصاً صريحاً يتضمن تعريفاً للتحكيم التجاري؛ وذلك انسجاماً مع القوانين الحديثة، كقانون التحكيم الإنجليزي لعام ١٩٩٦ كما ورد في المادة (٦) منه.

٢- إعادة صياغة نص المادة ٢٢ من قانون التحكيم الأردني، بحيث تصبح "يعد شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته". أي إضافة عبارة (ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك).

٣- تضمين قانون التحكيم الدولي الأردني مادة جديدة، مفادها في حالة بطلان العقد أو فسخه، وصحة شرط التحكيم أن يتم إحالة النزاع إلى التحكيم، وذلك انسجاماً مع قواعد لجنة القانون التجاري الدولي للأمم المتحدة لعام ١٩٧٧ التي أكدت استقلال شرط التحكيم عن العقد.

قائمة المراجع

أولاً المراجع العربية:

- ١- الدكتور إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
- ٢- د. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والاجباري، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠١.
- ٣- د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.
- ٤- د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
- ٥- د. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي ف منازعات المشروعات الدولية المشتركة، دار الشروق، ٢٠٠٢.
- ٦- د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والارادة المنفردة، الطبعة الرابعة، ١٩٨٧.
- ٧- د. عبد الحميد الأحذب، موسوعة التحكيم - التحكيم في البلاد العربية - الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- ٨- د. عبد الرازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، ١٩٨١.
- ٩- د. فتحي والي، الوسيط في القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧.
- ١٠- الدكتور فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦.
- ١١- الدكتور فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الجزء الخامس، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧.
- ١٢- د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية.
- ١٣- د. مصطفى محمد الجمال، ود. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ١٩٩٨.
- ١٤- الدكتورة حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤.
- ١٥- د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤.
- ١٦- د. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.

ثانياً- المراجع الأجنبية:

- ١- Hunter and Redfern, law and Practice of International Commercial Arbitration, Sweet and Maxwell (٤th ed. ٢٠٠٤) at ٢٦٥.

٢- Official Records of the General Assembly, Fourteenth Session, Supplement No. ١٧ (١٤٠/١٧) Annex ١. New York ١٩٨٥.

٣- Clive sehmitthoff, The jurisdiction of the arbitrator, The Art of arbitration; Liber Amicorm Pieter sander, ١٩٨٣.

ثالثاً: الرسائل الجامعية:

- ١- رجاء نظام حافظ بني شمسة، الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، ٢٠٠٩.
- رابعاً: القوانين واللوائح والأنظمة:
- ١- قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١.
- ٢- القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.
- ٣- قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.
- ٤- المرسوم السلطاني العماني رقم ٤٧ لسنة ١٩٩٧.
- ٥- قانون التحكيم الفلسطيني رقم ٣ لسنة ٢٠٠٠.
- ٦- قانون التحكيم السوري رقم (٤) لسنة ٢٠٠٨.
- ٧- قانون التحكيم الإنجليزي رقم ١٩٩٦.
- ٨- قانون التحكيم البحريني رقم ٩ لسنة ١٩٩٤.
- ٩- قانون الإجراءات المدنية (١١) لسنة ١٩٩٢ لدولة الإمارات العربية المتحدة.
- ١٠- القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥ وتعديلاته التي أتمدت عام ٢٠٠٦.
- ١١- قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونسيترال UNCITRAL بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٧٦.
- ١٢- قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي السارية المفعول ابتداء من يناير ١٩٩٨م.
- ١٣- لائحة إجراءات غرفة التجارة الدولية بباريس ١٩٩٨.
- ١٤- لائحة التحكيم لدول مجلس التعاون الخليجي لعام ١٩٩٤.
- ١٥- نظام التوفيق والتحكيم لغرفة صناعة دبي لعام ١٩٩٤.
- ١٦- اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨.
- ١٧- الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري ١٩٦١.
- ١٨- جمعية التحكيم الأمريكية للتحكيم التجاري الدولي A.A.A النافذ من أول أيار ١٩٩٢.
- خامساً- المقالات والدوريات:
- ١- مجلة نقابة المحامين الأردنيين.
- ٢- مجلة الحق (شريعة وقانون) بدولة الإمارات، العدد السابع، ١٤٢١هـ، ٢٠٠١م.
- سادساً - المواقع الإلكترونية:
- ١- التحكيم الإلكتروني كأحد وسائل تسوية المنازعات، ورقة عمل للدكتور هيثم عبد الرحمن البقلي متاح في www.kenanaonline.com/ws/dralbakly/blog/٧٦٧٥٦/...../١
- ٢- اتفاق التحكيم وتفسيره في القوانين العربية للدكتور حمزة حداد، متاح في

www.mn940.net/forum/showthread.php?t=7847

٣- التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية د. مصطفى محمد الجمال والدكتور
عكاشة محمد عبد العال، متاح في

www.fjelfa.info/vb/showthread.php?p=1212928