مدلول مبدأ استقلال إتفاق التحكيم في المنازعات البحرية

(دراسة في ضوء الفقه والقضاء وأنظمة التحكيم البحري)

الدكتور: خنفوسي عبد العزيز،جامعة سعيدة

الأستاذ/بلباقي بومدين،جامعة تلمسان

مقدمة:

الاتفاق على التحكيم ليس مجرد شرط وارد في العقد الأصلي، بل هو عبارة عن عقد آخر من طبيعة مختلفة، فهو وإن كان مندمجاً من الناحية المادية في ذلك العقد الأصلي، فإنه من الناحية القانونية يستقل تماماً عنه، هذا الاستقلال يجد أساسه في اختلاف الموضوع الذي ينظمه اتفاق التحكيم، عن ذلك الذي ينظمه العقد الأصلي الذي يتضمنه[1].

وقد كان السائد - تطبيقاً للقواعد العامة- أن العقد إذا تعرض لإحدى الأسباب المؤدية إلى بطلانه أو فسخه أو إنهائه، فإنه منطقياً يزول بكل ما تضمنه، وبالتالي ينتهي أثر اتفاق التحكيم بالتبعية، غير أنه يثور هنا تساؤلات عدة، أبرزها الفرض الذي يكون العقد الأصلي المثار بشأنه النزاع باطلاً، إذ أن أهم ما يتميز به اتفاق التحكيم عن باقي العقود الأخرى، هو استقلاله عن العقد الأصلي، وبالتالي فإنه إذا اختل ركن من أركان العقد الأصلي السالفة الذكر مثل الرضا أو المحل أو السبب أو الكتابة، أو شابه عيب من عيوب الإرادة كالغلط أو الإكراه أو التدليس، فهل يظل هذا الخلل أو هذا العيب محصوراً في العقد الأصلي، ويبقى اتفاق التحكيم بمنأى عن تلك التغيرات التي قد تطرأ على هذا العقد الأصلي، أم أنها تمتد إلى اتفاق التحكيم أيضاً؟، ونفس التساؤل يثور إذا اختل أي ركن من أركان اتفاق التحكيم، أو شابه عيب من عيوب التراضي، فهل ذلك يؤثر على العقد الأصلي أيضاً؟.

[1] د ناجي عبد المؤمن محمد، مدى جواز الاتفاق على التحكيم بطريق الإحالة في القوانين الوطنية وعلاقات التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الأول، سنة 42، جانفي 2000، ص 36.

مجمل التساؤلات السابقة، سوف نحاول الإجابة عنها في مبحثين، نستعرض في (المبحث الأول): مفهوم مبدأ استقلال اتفاق التحكيم في المنازعات البحرية، ثم نتطرق في (المبحث الثاني): إلى بيان موقف الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية وقضاء التحكيم الدولي من مبدأ استقلال اتفاق التحكيم.

المبحث الأول: مفهوم مبدأ استقلال اتفاق التحكيم في المنازعات البحرية

يعد مبدأ استقلالية[1] اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي من المبادئ المستقرة حالياً، سواء في إطار القوانين الوضعية أو المعاهدات الدولية ولوائح التحكيم، إذ يشكل الركيزة الأساسية لمصالح التجارة الدولية، وتحقيقاً لهذه المصالح ظهرت الحاجة إلى تحصين اتفاق التحكيم من كافة ما قد يصيب أو يعتري العقد الأصلي الذي يتضمن اتفاق الحكيم من بطلان[2]، وهذه الاستقلالية تستمد من الموضوع المختلف لكل من العقدين: العقد الأصلي والاتفاق على التحكيم، فالاتفاق على التحكيم هو مجرد عقد يرد على الإجراءات، ولا يهدف إلى تحديد حقوق والتزامات الأطراف الموضوعية[3]، ولكن ينصب محله على الفصل في المنازعات الناشئة عن الشروط الموضوعية التي يتضمنها العقد الأصلي[4].

[1] يرجع حول مبدأ الاستقلالية بصورة عامة إلى:

Ph. FRANCESCAKIS, «Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt HECHT de la Cour de cassation», Rev. Arb, 1974, p. 67 et ss.

C. Blanchin, L'autonomie de la clause compromissoire, un modèle pour la clause attributive de juridiction, Paris, LGDJ, Travaux et Recherches Panthéon-Assas Paris 2, 1994, (spéc), P. 38 et ss.

[2] د عبد الباسط محمد عبد الواسع، شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، سنة 2014، ص 344 وما بعدها.

[3] Jing Li, L'extension de la clause compromissoire dans l'arbitrage international, The Dijon, 1993, p. 17.

[4] د حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 20، ولنفس المؤلف، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 119.

وقد سبقت الإشارة إلى أن القواعد العامة تقضي أن العقد إذا تعرض لإحدى العوارض التي تؤدي إلى بطلانه أو فسخه أو إنهائه، فإنه منطقياً يزول بكل ما تضمنه، وبالتالي ينتهي أثر اتفاق التحكيم بالتبعية[1]، ولكن تطوُّر قضاء وفقه التحكيم التجاري الدولي انتهى إلى عكس ذلك، إذ كرس مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي[2]، فأصبح اتفاق التحكيم لا يتأثر ببطلان أو بفسخ أو إنهاء العقد الأصلي، متى استكمل الاتفاق أركانه وشروط صحته الخاصة به[3].

وترتيباً على ما سبق، سوف نحاول بحث المقصود بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم في المنازعات البحرية في (المطلب الأول)، ثم نعرض لأهم خصوصياته في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المقصود بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم في المنازعات البحرية

يقتضي بيان المقصود مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التطرق إلى تعريف هذا المبدأ في (الفرع الأول)، ثم بيان ضوابط تطبيقه في (الفرع الثاني):

الفرع الأول:تعريف بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم البحري بالنسبة للعقد الأصلي

[1] أنظر تطبيقات ذلك عند القضاء الإنجليزي المشار إليها عند، د سامية الراشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الجزء الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1984، ص 100 وما بعدها.

[2] جدير بالإشارة إلى أن البعض ينادي بتكريس قاعدة "تحول العقد الباطل بدلاً من إعمال مبدأ استقلال اتفاق التحكيم"، حيث يرى أنه بدلاً من استصدار حكم ببطلان العقد الأصلي، أو أن يقرر المحكم الاستمرار في التحكيم على الرغم من بطلان هذا العقد بدعوى استقلال شرط التحكيم، فإن عليه ابتداءً – وقبل إعمال مبدأ الاستقلال- التحقق من توافر شروط تحول العقد، وهي : وجود عقد الباطل، وتضمن ذلك العقد الباطل جميع عناصر عقد غيره، وانصراف نية المتعاقدين المحتملة إلى إبرام هذا العقد الأخير، لو علما ببطلان العقد الذي أبرماه. من القائلين بهذه القاعدة، د عادل محمد خير، بطلان اتفاق التحكيم في القانون البحري المصري واتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع (قواعد هامبورج 1978)، مكتب الدكتور عادل خير للمحاماة والاستشارات القانونية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2001، ص 100-101.

[3] د محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2014، ص 69.

يمكن تعريف مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم[1] على أنه: قابلية هذا الاتفاق للانفصال عن العقد الأصلي الذي يتضمنه، بما يعني معه أن مصير اتفاق التحكيم لا يرتبط بمصير العقد الأصلي، وذلك من حيث الوجود والصحة والبطلان، فلا يترتب على إبطال أو بطلان اتفاق التحكيم أو عدم صحته بطلان العقد الأصلي، كما لا يترتب على بطلان العقد الأصلي أو عدم صحته بطلان اتفاق التحكيم، إلاّ إذا كان البطلان يشمل اتفاق التحكيم والعقد معاً، كما لو تم إبرام العقد من عديم الأهلية[2]، وإن كان ذلك ناذر الحدوث في عقود التجارة الدولية[3]، وهو المبدأ الذي كرسه المشرع الجزائري بموجب المادة 4/1040 من ق.إ.م.إ التي جاء فيها: "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي".

جدير بالذكر، أن مسألة استقلال اتفاق التحكيم لا تثور في الفرض الذي يبرم فيه هذا الاتفاق في صورة مشارطة، إذ تبرم هذه الأخيرة منفصلة عن العقد الأصلي، فهي بذلك مستقلة أساساً عن هذا العقد، وعلى هذا تثار مسألة استقلال اتفاق التحكيم غالباً في الفرض الذي يبرم فيه اتفاق التحكيم في صورة شرط التحكيم كبند مدرج في العقد الأصلي، أو شرط التحكيم الذي يرد في محرر مستقل، أو شرط التحكيم الذي يرد في العقد المحال إليه[4]، وإن كانت هاتين الصورتين الأخيرتين مستقلتين مادياً عن العقد الأصلي[5].

---

[1] Hamdi Ouerghi, L'autonomie de la clause compromissoire en matière d'arbitrage international, Mémoire présenté à la faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de maîtrise en droit (LL.M), Université de Montréal, Mai 2006, p. 03.

[2] د أحمد إبراهيم عبد التواب، صور اتفاق التحكيم واستقلاله، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، السنة 16، العدد الأول، يناير 2008 م، ص 371 وما بعدها. د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2007، ص 96. د أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004، ص 17.

[3] د عبد الباسط محمد عبد الواسع، شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 333.

[4] وتظهر هذه الصورة في الحالة التي يصدر فيها سند الشحن البحري غير متضمن لشرط التحكيم، لكنه يحيل إلى تطبيق الشروط الواردة في مشارطة إيجار السفينة، بحيث يكون إحدى هذه الشروط ينص على التحكيم لحل أي نزاع بشأن العقد الأصلي. أنظر في هذا الخصوص، بلباقي بومدين، = =شرط التحكيم بالإحالة ومدى نفاذه في مواجهة المرسل إليه في عقد النقل البحري للبضائع (دراسة مقارنة في ضوء التطبيقات القضائية)، مقال منشور في المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، منشورات مخبر القانون البحري والنقل، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، العدد الثالث، لسنة 2015، ص 97 وما تلاها.

[5] د عبد الباسط محمد عبد الواسع، المرجع السابق، ص 336.

وعلى العموم فإن هذا الاستقلال كما يصفه البعض بالاستقلال المتبادل[1]، فقد يبطل العقد الأصلي لمخالفته للنظام العام كأن يكون سببه غير مشروع، بينما يظل اتفاق التحكيم صحيحاً غيرَ متأثر بعدم مشروعية سبب العقد الأصلي، وقد يبطل اتفاق التحكيم لذات السبب أو لسبب آخر، في حين لا تتأثر باقي البنود العقدية بهذا البطلان[2].

وهذا خلافاً لما ذهب إليه البعض[3] من أنه إذا أحاط بالعقد الأصلي أسباب تؤدي إلى بطلانه أو إلى فسخه، نتيجة لعدم وفاء أحد أطرافه بالتزاماته الناشئة عن العقد أو إخلاله بها، أو كان العقد قد انقضى بأحد أسباب الانقضاء كما لو انقضى بطريق الوفاء أو الإبراء مثلاً، فإنه في جميع هذه الفروض ينتهي العقد بجميع شروطه، بما في ذلك اتفاق التحكيم الذي يكون قد تضمنه، لكن هذه القاعدة العامة، لا يمكن تطبيقها في التحكيم التجاري الدولي والبحري، إذ يجري العمل على خلاف ذلك كما رأينا، حيث يعامل اتفاق التحكيم على أنه عقد قائم بذاته ومستقل عن غيره من الشروط الأخرى التي يتضمنها العقد الأصلي، وبالتالي لا يتأثر اتفاق التحكيم بتلك العوارض التي تطرأ على العقد الأصلي.

الفرع الثاني:ضوابط تطبيق مبدأ استقلال اتفاق التحكيم البحري

يفترض اتفاق التحكيم ضوابط معينة للقول بإمكانية استقلاله عن العقد الأصلي[4] تتمثل فيما يلي:

1- فمن ناحية أولى، يجب أن يكون اتفاق التحكيم ذاته قد أبرم صحيحاً، مستوفياً لكافة أركان وجوده وشروط صحته القانونية، فلا مجال للكلام عن وجود اتفاق تحكيم مستقل إذا اختل ركن من أركانه أو شرط من شروطه.

---

[1] د أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2004، ص 493.

[2] د فتحي والي، المرجع السابق، ص 96.

[3] د محمود سمير الشرقاوي، مفهوم التجارية والدولية وفقاً لقانون التحكيم المصري الجديد، مجلة التحكيم الصادرة عن المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، العدد الثاني، مارس 2000، ص 18، مشار إليه عند، د عبد الباسط محمد عبد الواسع، مرجع سابق، ص 335-336.

[4] د أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية المدنية والتجارية والإدارية والجمركية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2006، ص 266-267.

2- ومن ناحية ثانية، ألاّ يكون الأطراف قد اتفقوا على أن يكون اتفاق التحكيم جزءاً لا يتجزأ من العقد الأصلي، بحيث يرتبط مصيره بمصيره وجوداً وعدماً[1]، ففي هذه الحالة لا يسوغ فرض الاعتراف بقاعدة استقلال اتفاق التحكيم، ذلك لأن هذا الاتفاق هو من حيث الأصل ذو أساس اتفاقي، يتحتم معه النزول عند إرادة الأطراف وإن خالفت تلك القاعدة[2].

ويتبادر هنا سؤالين، الأول: إذا كان العقد الأصلي (عقد النقل البحري للبضائع) صورياً، فهل يكون اتفاق التحكيم الوارد به كذلك؟، والثاني: إذا كان هذا العقد الأصلي مقترناً بما يعرف بحق العدول، أي عدول أحد الأطراف عن العقد[3]؟.

ففيما يتعلق بالصورية، فإن جانب من الفقه[4] يذهب إلى امتداد صورية العقد الأصلي إلى جميع البنود التي يتضمنها، بما في ذلك بند اتفاق التحكيم، ما لم تتجه إرادة الطرفين إلى الالتجاء إلى التحكيم فيما يتعلق بالنزاعات التي تنشأ بينهما نتيجة لهذه الصورية.

لكن يفرق ذات الاتجاه في هذا الخصوص بين صورتي اتفاق التحكيم، ففي صورة شرط التحكيم المدرج في التصرف المنشئ للعلاقة الأصلية، يبدو الارتباط واضحاً بين العقد الأصلي الصوري وبين شرط التحكيم، على نحو يبدو معه شرط التحكيم هو الآخر شرطاً صورياً، وذلك استكمالاً للوضع الظاهر الذي أراد الطرفان الظهور به أمام الغير، وعلى هذا فإنه من الصعب تصور الصورية في اتفاق التحكيم استقلالاً عن العلاقة الأصلية التي

---

[1] وتطبيقاً لهذا الشرط، فقد تحفظت العديد من لوائح وأنظمة التحكيم الدولي في معرض ذكرها لمبدأ الاستقلالية بإيرادها لعبارة: "ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك". أنظر مثلاً: المادة 7 من قانون التحكيم الإنجليزي لعام 1996، والمادة 4/6 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس النافذة اعتباراً من 1 يناير 1998، والمادة 18 من لائحة التحكيم لمركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام 1994، وغيرها، وهذا التحفظ دليل على أن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم لا يعد من النظام العام، ومن ثم أجازت التشريعات والنظم السابقة للأطراف الاتفاق على عدم الاستقلالية.

[2] في حين يذهب إلى خلاف ذلك جانب من الفقه، إذ يرى ضرورة احترام مبدأ استقلال اتفاق التحكيم بصرف النظر عما اتفق عليه الأطراف، وسوف نرى أن هذا القول لا يتفق مع فقه وقضاء التحكيم التجاري الدولي. أنظر هذا الرأي، د أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص126.

[3] د عبد الباسط محمد عبد الواسع، شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 343.

[4] د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1998، ص 389-390.

يتعلق التحكيم بالمنازعات الناشئة عنها، وهذا مع مراعاة الاستثناء السابق المتمثل في اتجاه إرادة الأطراف إلى عدم امتداد الصورية إلى اتفاق التحكيم.

أما في الصورة الأخرى وهي صورة مشارطة التحكيم، فالأمر يبدو مختلفاً على نحو يصعب معه تصور صوريتها، إذ يبرم الاتفاق في هذا الفرض بعد قيام النزاع، ولذلك يكون المقصود بها في جميع الأحوال، مواجهة المنازعات الناشئة عن صورية العقد الأصلي، وعلى هذا النحو فإن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يبقى قاصراً على هذه الصورة الأخيرة، بينما لا مجال لإعمال هذا المبدأ في الصورة الأولى ما لم يتبين من إرادة الأطراف أنها قصدت إعماله.

أما فيما يتعلق بحق العدول، فإن العدول – تطبيقاً للقواعد العامة- يشمل جميع ما اتفق عليه الطرفان بما في ذلك أيضاً اتفاق التحكيم، ما لم يتبين خلاف ذلك في العدول ذاته، أي ما لم يتضح أن إرادة الأطراف قد اتجهت إلى أن هذا العدول لا يشمل الاتفاق على التحكيم، بينما يرى البعض[1] أن الأصل هو استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي تماماً كما هو الحال بالنسبة للصورية، وذلك كله ما لم تتجه نية الأطراف إلى العدول عن العقد في مجموعه، بما فيه شرط التحكيم الوارد به.

المطلب الثاني:خصوصيات مبدأ استقلال اتفاق التحكيم البحري بالنسبة للعقد الأصلي

إن تقرير استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي على النحو السابق، يؤدي إلى قبول إخضاع هذا الأخير إلى نظام قانوني يختلف عن ذلك الذي يحكم اتفاق التحكيم، والقول بخلاف ذلك يعني إخضاع كل من العقد الأصلي واتفاق التحكيم إلى ذات النظام القانوني[2]، وعلى هذا النحو يتميز مبدأ الاستقلالية بمجموعة من الخصوصيات أهمها:

[1] د الأنصاري حسن النيداني، الأثر النسبي لاتفاق التحكيم، دراسة في القانون رقم 27 لسنة 1994 في شأن المواد المدنية والتجارية، 2001، ص 14.

[2] د سامية الراشد، المرجع السابق، ص 78 وما تلاها.

أولاً: عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم البحري بمصير العقد الأصلي

سبق وأن أشرنا أن اتفاق التحكيم لا يتوقف صحته أو فسخه أو إنهاؤه على ما يشوب العقد الأصلي من بطلان أو ما يناله من فسخ أو إنهاء، ويستثنى من ذلك حالة اتفاق الأطراف على خلاف ذلك[1]، أي إذا اتفقوا على ارتباط مصير كل من اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، وبالتالي تكون النتيجة على العكس من ذلك.

والواقع أن نطاق هذه القاعدة المتقدمة بشأن عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي، قد أثارت كثير من الجدل، خاصة عند الفقه والقضاء الذي يفرق بين حالتي البطلان والانعدام[2]، حيث يذهب رأي[3] إلى القول بأنه إذا كان اتفاق التحكيم لا يتأثر ببطلان العقد الأصلي على النحو السابق، فإنه يتأثر بمصير هذا العقد في حالة انعدامه، بينما يرى اتجاه الغالب إلى أن هذه التفرقة لا يدعمها الفقه والقضاء الغالب خاصة على صعيد التحكيم التجاري الدولي، بل نصت غالبية التشريعات والنظم المتعلقة بالتحكيم على أن الإدعاء بالانعدام أو بالإبطال ليس من شأنها التأثير على استقلال اتفاق التحكيم[4]، ولعل الغاية من كل ذلك هو عدم إتاحة الفرصة أمام الأطراف في إمكانية الالتجاء إلى الحيل التسويفية، والتي يسعى مبدأ الاستقلالية إلى تفاديها[5].

---

[1] د فتحي والي، المرجع السابق، ص 96.

[2] وقد سبق وأن أشرنا، إلى أن هذه التفرقة هي التي استند إليها القضاء الإنجليزي في رفضه لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، حيث يفرق بينما إذا كان العقد معيب بعيب لحقه منذ انعقاده، وبين العيب الذي يؤدي إلى بطلانه بعد انعقاده.

[3] V. Pieter. SANDERS, « L'autonomie de la clause compromissoire », in Hommage à Frédéric Eisemann, Chambre du commerce internationale (CCI), N° 921,1978, p. 34 et s.

[4] أنظر على سبيل المثال، المادة 3/5 من اتفاقية جنيف الأوروبية لسنة 1961، والمادة 2/5 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي، والمادة 2/21 من قواعد تحكيم اليونسترال، والمادة 1/16 من القانون النموذجي للتحكيم، وهو ما أكده أيضاً نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية في المادة 4/8، ونظام الهيئة الأمريكية للتحكيم لسنة 1992.

[5] V. B. Goldman, Arbitrage Commercial International, Convention d'arbitrage, Généralités Autonomie et principe de validité, Loi Applicable, J.CI, droit Inter, Fasc 586-1, 1989, N° 1, p. 10.

أشارت إلى هذا الرأي، د حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 45.

ويميز جانب من الفقه[1] بين عيوب الإرادة التي تخص شرط التحكيم ذاته، وعيوب الإرادة التي تلحق العقد الأصلي، ففي الحالة الأولى إذا كان عيب الإرادة متعلق باتفاق التحكيم ومحصور فيه، فهذا العيب لا يمتد إلى العقد الأصلي الملحق به شرط التحكيم، ومن ثم فإبطال شرط التحكيم لعيب في إرادة أحد الطرفين لا يمتد إلى العقد الأصلي، الذي يبقى صحيحاً رغم إبطال شرط التحكيم الملحق به، وفي هذا يصدق مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي المنصوص عليه في المادة 4/1040 من ق.إ.م.إ الجزائري[2]، ويصدق أيضاً في الحالة المعاكسة، التي يكون فيها عيب الإرادة لاحقاً بالعقد الأصلي، فإن إبطال هذا الأخير لا يكون له أثر على شرط التحكيم إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته.

وتطبيقاً للأحكام السابقة بشأن عيوب الإرادة، فإنه إذا تعلق الأمر بالغلط، فإن الغلط قد يرد على محل العقد الأصلي أو على قيمة الشيء المعقود عليه، وهذا النوع من الغلط لا يمتد بطبيعة الحال إلى شرط التحكيم، لاختلاف محل هذا الأخير عن محل العقد الأصلي على النحو الذي سبق تفصيله في معرض الحديث عن ركن المحل، وقد يرد الغلط على شخص المتعاقد أو على صفة من صفاته في العقد الأصلي، فهذا النوع من الغلط يمتد بالضرورة إلى شرط التحكيم، لأن هذا المتعاقد في العقد الأصلي هو بالضرورة متعاقد في شرط التحكيم ذاته، وبالتالي لا يصدق مبدأ الاستقلال على هذه الحالة الأخيرة.

أما إذا تعلق الأمر بالإكراه، فالإكراه ينصب بالضرورة على شخص المتعاقد الآخر في شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي، وعلى هذا النحو فإن الإكراه الذي يبطل العقد الأصلي، يؤدي بالضرورة إلى إبطال شرط التحكيم، على نحو يخرج معه الأمر من نطاق تطبيق مبدأ استقلال شرط التحكيم، لكن إذا تم الاتفاق على التحكيم بعد إبرام العقد الأصلي الذي تعلق به عيب الإكراه، فإن شرط التحكيم يبقى صحيحاً لزوال الإكراه، إذ لم يكن قد تم الاتفاق على التحكيم بعد.

---

[1] د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 405 وما بعدها.

[2] ما ينبغي ملاحظته في هذا المقام، ما قد يؤدي إليه إعمال المادة 104 من القانون المدني الجزائري بنصها على أنه: "إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابل للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلاّ إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال، فيبطل العقد كله"، فإذا كان الشطر الأول من المادة يجسد تطبيق مبدأ الاستقلالية، فإن الشطر الثاني منها لا يمكن معه تطبيق هذا المبدأ، إذا تبين من الظروف أن إرادة الطرفين ما كانت لتنتهي إلى إبرام عقد النقل بدون الاتفاق على التحكيم الذي يشوبه العيب المؤدي للبطلان، وهذا ما يعرف طبقاً للقواعد العامة بمبدأ انتقاص العقد.

أما عن عيب الاستغلال والغبن، فالاستغلال يتطلب لقيامه شرطان، أحدهما هو عدم التعادل بين التزامات الطرفين، وثانيهما هو أن يكون عدم التعادل هذا ناشئاً عن استغلال أحد الطرفين لضعف معين في الطرف الآخر، وهو ما يعرف بالطيش البين أو الهوى الجامح، ومن الواضح أن هذا الشرط الأخير – أي الاستغلال- يتصور تحققه بالنسبة لشرط التحكيم، بخلاف الشرط الأول، لاختلاف محل شرط التحكيم عن محل العقد الأصلي، ولأن شرط التحكيم ينشئ التزامات متعادلة في مواجهة كل من الطرفين، إذ كل منهما لا يلتزم فيه بأكثر من عدم الالتجاء إلى القضاء عند قيام النزاع، والالتجاء بدلاً منه إلى التحكيم.

ولا يختلف الوضع بالنسبة للغبن من باب أولى، لأن الغبن يقوم على شرط واحد هو عدم التعادل في الالتزامات، وعلى هذا النحو يتجسد تطبيق مبدأ استقلال شرط التحكيم في مجال إبطال العقد الأصلي للاستغلال أو الغبن، فيظل شرط التحكيم صحيحاً رغم إبطال العقد الأصلي لهذا السبب[1].

ثانياً: ارتباط مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم البحري باستقلال المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه

أثار الخلاف الفقهي السابق بشأن استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، ومدى تأثير بطلان هذا الأخير على اتفاق التحكيم الوارد به، خلافاً آخر حول تحديد الجهة المختصة بالفصل في مسألة صحة أو بطلان العقد الأصلي[2]، حيث يظهر هذا الإشكال في الفرض الذي يدفع فيه أحد الأطراف أمام هيئة التحكيم ببطلان العقد الأصلي، فهل يكون الاختصاص للقضاء الوطني أم لهيئة التحكيم؟، كما يزداد الأمر تعقيداً حينما يتعلق الأمر بعقود النقل البحري الدولي، أي إذا تعلق ذلك بعقود التجارة الدولية، إذ تثير هذه الحالة مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق.

[1] للمزيد أنظر، د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، نفس الموضع.

[2] د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، 2013، ص 121 وما تلاها. د بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية - دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 50.

حسم المشرع الفرنسي هذه المسألة[1]، فنص في المادة 1466 من قانون المرافعات الجديد (المعدل بالمرسوم رقم 48 لسنة 2011، المعدل لقانون التحكيم)، على أن المحكم كالقاضي يفصل في اختصاصه، وهو ما يعرف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص، وإعمالاً لهذا المبدأ يفصل المحكم في مدى صحة العقد الأصلي أو بطلانه، حتى يتمكن من السير في إجراءات التحكيم دون الحاجة إلى وقف هذه الإجراءات، وهدف المشرع الفرنسي من ذلك هو تجنب إجهاض العملية التحكيمية بسبب الدفع ببطلان العقد الأصلي، أو على الأقل تجنب وقف سيرها بحيث لا يمكن الاستمرار فيها إلاّ بعد فصل القضاء في مسألة صحة العقد الأصلي[2].

غير أن ما تجدر الإشارة إليه، أن التسليم بحق هيئة التحكيم في الفصل في مسألة مدى صحة العقد الأصلي وبطلانه على النحو المتقدم، لا يعني أنها تملك سلطة الحكم ببطلان العقد الأصلي أو صحته لخروج ذلك عن اختصاصها، وبالتالي تبقى هذه السلطة سلطة بحث فقط وليست سلطة حكم، فهي تبحث فقط في مدى صحة العقد الأصلي أو بطلانه[3]، على أنه يجوز لها الاستمرار في إجراءات التحكيم إذا تبين لها أن العقد باطل أو غير صحيح لترتيب الآثار المالية المترتبة على بطلانه، لكنها لا تملك الاستمرار في التحكيم إذا تبين لها أن اتفاق التحكيم

---

[1] جاء موقف المشرع الفرنسي هذا استجابة منه للفقه والقضاء الذي يكرس المبدأ المعروف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص الذي سنتناوله لاحقاً، أنظر على سبيل المثال:

RUBELLIN-DEVICHI J, L'arbitrage nature juridique, droit interne et droit international privé, Paris, LGDJ, 1965, N° 333, P. 226 et ss.

Cass. Civ, 6 mai 1991, Rev Arb, 1991, p. 58.

Cass. Civ, 2 mais 1966, Rev, Arb, 1966, p. 99.

Sentence 787, du 18 octobre 1990, DMF 1991, p 269.

Sentence 795, du 19 décembre 1990, DMF 1991, p 542.

[2] د أحمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص 122.

[3] المرجع نفسه، ص 125.

باطل أو لاغ أو غير مشتمل على موضوع النزاع، إذ يتعين عليها في هذه الحالة الحكم بانتهاء التحكيم أو الحكم بعدم الاختصاص بحسب الأحوال[1].

أما عن المشرع الجزائري، وإن كان قد كرس المبدأ السابق – مبدأ الاختصاص بالاختصاص- بموجب المادة 1044 حيث نص على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها"، غير أنه لم يفصح عن إرادته في تخويل هيئة التحكيم الاختصاص في الفصل في مسألة صحة العقد الأصلي من عدمه، فمحكمة التحكيم تفصل في اختصاصها من عدمه فقط متى تبين لها وجود أو عدم وجود اتفاق التحكيم وفقاً لمفهوم المادة المذكورة، وبالتالي يظل الإشكال متعلقاً بالنسبة لموقف المشرع الجزائري بالجهة المختصة في الفصل في مدى صحة العقد الأصلي[2].

والذي نميل إليه في هذا الخصوص، وبناءً على اعتبارات السرعة التي يتميز بها نظام التحكيم، وتنافيها مع وقف سير إجراءات التحكيم إلى حين الفصل في مسألة صحة العقد الأصلي من قبل القضاء، فإن الأولوية في حسم النزاع حول هذه المسألة لا شك تكون لهيئة التحكيم، ضماناً لاستمرارية سير الإجراءات التحكيمية من جهة، وإعمالاً لاتفاق التحكيم الصحيح الوارد في العقد، لكون هيئة التحكيم تستمد ولايتها أساساً من هذا الاتفاق على التحكيم المستقل عن العقد محل النزاع.

وعوداً إلى مسألة الارتباط بين مبدأ استقلال اتفاق التحكيم ومبدأ الاختصاص بالاختصاص، فإن ما تجدر الإشارة إليه أن الفقه قد اختلف في مسألة وجود ارتباط بين المبدأين من عدمه، فقد ذهب جانب إلى القول بوجود هذا الارتباط، مع اعتبار مبدأ الاختصاص بالاختصاص نتيجة غير مباشرة لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم[3]، ويرى البعض الآخر أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص مكمل لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم[1]، في حين هناك من يعترف بصعوبة الربط بينهما[2].

---

[1] د أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والأثر السلبي لاتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 78.

[2] وقد عمل المشرع المصري على تلافي هذا الغموض وحسناً فعل، لاسيما والأمر متعلق هنا بمسألة الاختصاص، حيث نص في المادة 1/22 من قانون التحكيم المصري على أنه: "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع"، فالذي يظهر من عبارة (الدفوع المتعلقة بعدم اختصاص هيئة التحكيم)، أنها جاءت عامة لتشمل كافة الدفوع بما في ذلك الدفع المتعلق بعدم صحة العقد الأصلي.

[3] د نريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم في المواد المدنية والتجارية، رقم 27 لسنة 1994، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص 313.

ومن جانبنا، فإننا نتجه مع من يرى[3] إلى أن القاعدة السابقة، والمتمثلة في ارتباط مبدأ استقلال اتفاق التحكيم بمبدأ الاختصاص بالاختصاص، هي قاعدة تعوزها الدقة، ذلك أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص هو مبدأ مستقل في ذاته، وليس له علاقة مباشرة أو غير مباشرة بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم، فضلاً على عدم اعتباره خاصية من خصائصه، ولعل ما يبرر هذا القول:

1- أن مجال تطبيق كل مبدأ من المبدأين يختلف تماماً عن الآخر، ذلك أن مجال تطبيق مبدأ الاستقلال يظهر أساساً عند تقدير صحة اتفاق التحكيم، بينما يظهر مجال تطبيق مبدأ الاختصاص بالاختصاص عند البدء في إجراءات التحكيم وقبل تقدير صحة اتفاق التحكيم، أي أن مبدأ الاستقلال يأتي في مرحلة لاحقة يكون فيها مبدأ الاختصاص بالاختصاص قد تقرر، الأمر الذي يؤكد انتفاء وجود علاقة وارتباط بين المبدأين، مما ينفي اعتبار مبدأ الاختصاص بالاختصاص أثر من آثار مبدأ استقلال اتفاق التحكيم.

2- أن مبدأ الاستقلالية يتعلق بمسألة موضوعية تهدف إلى تمييز اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، أما مبدأ الاختصاص بالاختصاص فيتعلق بمسألة إجرائية تهدف إلى منح المحكم سلطة تقرير اختصاصه، خاصة في الحالة التي يثور فيها الشك حول صحة اتفاق التحكيم، ويبدو فيها أن بطلانه نابع من ذاته لا من العقد الأصلي الوارد به، وذللك بصرف النظر عن استقلال اتفاق التحكيم من عدمه.

ثالثاً: استقلال اتفاق التحكيم البحري لا يعني انفصاله عن العقد الأصلي

إن استقلالية اتفاق التحكيم البحري على النحو السابق، تجد سندها في كون أركان هذا الاتفاق وإرادة أطرافه تعتبر مستقلة عن تلك المتعلقة بالعقد الأصلي، فاتفاق التحكيم هو اتفاق مستقل وقائم بذاته، يستقل بشروطه وقواعده التي تميزه عن شروط العقد الأصلي الذي يتضمنه[4]، فمحل اتفاق التحكيم هو الفصل في المنازعة التي نشأت أو ستنشأ بشأن العقد الأصلي (عقد النقل البحري للبضائع)، أما محل هذا العقد هو أمر آخر يتمثل

---

[1] د عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الثاني، دار المعارف، القاهرة، مصر، 1998، ص 148.

[2] د محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 70.

[3] أنظر هذا الرأي، د أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 146-147.

[4] د أسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، المرجع السابق، ص 18. د أحمد إبراهيم عبد التواب، صور اتفاق التحكيم واستقلاله، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، السنة 16، العدد الأول، يناير 2008، ص 371.

في البضائع المراد نقلها بحراً، كما أن سبب الاتفاق على التحكيم هو تعهد كل طرف بعدم الالتجاء إلى قضاء الدولة بسبب ما يثور بينهما من نزاع حول العقد، أما السبب في العقد الأصلي - عقد النقل البحري للبضائع- فهو أمر آخر مختلف تماماً[1]، فسبب التزام الناقل البحري بنقل البضاعة هو الالتزام بدفع الأجرة أو الوعد بدفعها، وسبب التزام المرسل أو الشاحن بدفع الأجرة هو التزام الناقل بنقل البضاعة.

لكن التسليم باستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي على النحو المتقدم، لا يعني بالضرورة عدم ارتباطه به وانفصاله نهائياً عنه، فقد سبقت الإشارة إلى أن اتفاق التحكيم وإن كان من الناحية القانونية يعتبر مستقلاً عن العقد الأصلي، إلاّ أنه يعتبر مندمجاً فيه من الناحية المادية[2]، فهو لا يعني مطلقاً وجوب أن يكون اتفاق التحكيم محلاً لتراض مستقل عن الرضا المتطلب عن العقد الأصلي، على أن هذا الارتباط يظهر أساساً وبصورة خاصة في حالات أو أسباب البطلان التي تلحق العقد الأصلي و اتفاق التحكيم معاً، فلو كان سبب عقد النقل غير مشروع أو مخالف للنظام العام، أو كان أحد الطرفين ناقص أو عديم الأهلية، أو ليست له صفة التوقيع على العقد، أو أن التوقيع قد تم من قبل شخص غير مخول بذلك، مثل مدير الشركة أو مدير مجلس الإدارة الذي لا يخوله نظام الشركة مثل هذه السلطة، وغيرها من الأسباب التي تلحق العقد والاتفاق معاً، فإنه من غير المقبول في ظل هذه الأسباب أن تقضي هيئة التحكيم ببطلان العقد الأصلي مع بقاء اتفاق التحكيم صحيحاً[3].

رابعاً: عدم خضوع اتفاق التحكيم البحري بالضرورة للقانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي

الاستقلال لا يقصد به الاستقلال من حيث البطلان والعيوب فحسب، بل يشمل كذلك استقلال اتفاق التحكيم - شرطاً كان أو مشارطة-، من حيث خضوعه للقانون الذي يحدده الأطراف، فيستطيعون تبعاً لذلك إخضاع اتفاق التحكيم لقانون غير القانون الذي يخضع له العقد الأصلي[4].

---

[1] د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 95.

[2] د ناجي عبد المؤمن محمد، البحث المشار إليه سابقاً، ص 36. د حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 20.

[3] د عبد الباسط محمد عبد الواسع، مرجع سابق، ص 348.

[4] د خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009، ص 283.

وفي هذا الاتجاه سارت معاهدة روما المبرمة في 1980/6/19 حول القانون المطبق على الموجبات التعاقدية، إذ تقرر أن شرط التحكيم يشكل جزءً مستقلاً عن العقد الأصلي، ومن ثم يحق للمتعاقدين كما للقضاة إخضاعه لقانون مختلف عن القانون الذي تخضع له شروط العقد الأصلي، وهو ما نصت عليه أيضاً الغرفة التجارية الدولية في العديد من قرارتها[1]، التي أكدت فيها "حق الأطراف في أن ينصوا في اتفاق التحكيم المبرم بينهم، على رغبتهم في تطبيق القانون الذي يختارونه مرة واحدة على العقد الأصلي وعلى اتفاق التحكيم ... فإذا لم يتضمن اتفاق التحكيم قانوناً معيناً، فللمحكمة أن تقرر صحة الاتفاق بشكل مستقل عن القانون الواجب تطبيقه على العقد الأصلي".

وسار على ذات الاتجاه القضاء الفرنسي في العديد من أحكامه، حيث يقرر دائماً رفضه للدفوع ببطلان أحكام التحكيم، المستندة على أساس أن هيئة التحكيم لم تطبق للفصل في مسألة اختصاصها القانون الذي يحكم موضوع العقد الأصلي، وبالتالي فإن تنفيذ اتفاق التحكيم لا يخضع بالضرورة إلى القانون الذي يخضع له العقد الأصلي الذي يوجد اتفاق التحكيم بين ثناياه[2].

خامساً: استقلال اتفاق التحكيم البحري عن كل قانون

ذهب القضاء الفرنسي في تكريسه لمبدأ الاستقلالية إلى أبعد مدى[3]، فلم يكتف بفك الارتباط بين العقد الأصلي واتفاق التحكيم، والاعتراف بخضوع العقد الأصلي لقانون غير قانون اتفاق التحكيم، بل ذهب إلى فك

---

[1] أشار إلى ذلك، د الوليد بن محمد بن علي البرماني، التحكيم في المنازعات البحرية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص 237-238.

[2] أنظر على سبيل المثال:

Cass. Civ, 14 décembre 1983, Rev Arb, 1984, p. 483, note M.C.Rondeau-Rivier.

Paris, 221 octobre 1983, Rev Arb, 1984, p. 98, note A.Chapelle.

[3] Cass. Civ, 1-4 Juillet 1982, Hecht, JDI, 1982, p. 843.

Paris, 13 décembre 1985, Menicucci, JDI, 1988, n° 108, note E. Loquin, Rev. Arb, 1988, n° 147, Rev. Crit Dip, 1986, p. 506, note B Oppetit.

الارتباط بين اتفاق التحكيم وأي قانون[1]، وهي القاعدة التي كرسها الفقه الفرنسي الراجح أيضاً[2]، حيث يذهب إلى أن استقلال شرط التحكيم ليس قاعدة إسناد، بل هو قاعدة مادية – أو موضوعية- في القانون الدولي الخاص خاصة بالتحكيم الدولي، لا تترك أي مجال لتطبيق قانون أجنبي، وعلى هذا فإن استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وتقدير صحته، يتم استقلالاً عن قانون أية دولة يكون اتفاق التحكيم أو المعاملة المبرم بشأنها على صلة به، ولا مجال لتنازع القوانين بهذا الشأن[3].

المبحث الثاني: مبدأ استقلال اتفاق التحكيم البحري في الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية وقضاء التحكيم الدولي

سوف نستعرض من خلال مطالب ثلاث، موقف كل من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية ثم موقف التشريعات والقوانين الوطنية، وفي الأخير بعض التطبيقات القضائية والتحكيمية لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم:

المطلب الأول:مبدأ استقلال اتفاق التحكيم البحري في الاتفاقيات الدولية

لم تعرض اتفاقيتي جنيف للعامي 1923 و1927 بشأن تنفيذ أحكام التحكيم، لمسألة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي تعلق به هذا الشرط، إذ لم تكن أهمية هذه المسألة قد بزت بعد على المستوى الدولي، حين كانت فكرة التحكيم ذاتها تبدو على استحياء على مسرح التنظيم التشريعي الدولي[4].

أما اتفاقية نيويورك لعام 1958، فعلى الرغم من أنها لم تعرض هي الأخرى صراحة لاستقلال شرط التحكيم[5]، إلاّ أن جانب من الفقه يرى أنها قررت هذا الاستقلال ضمنياً[1]، فبعد أن قررت المادة الثانية منها في

---

[1] د أحمد محمد عبد الصادق، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، دار القانون للإصدارات القانونية، مصر، الطبعة السابعة، 2014، ص 181.

[2] د أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 278-279.

[3] تجدر الإشارة إلى أن منهج تنازع القوانين لم يعد بالمنهج المفضل لدى المتعاملين في مجال التجارة الدولية والبحرية، لما ترتب عليه من إشكالات، وبالتالي أصبح قانون التجارة الدولية المنهج الملائم لحل المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية والبحرية، لما يقدمه من حلول مباشرة تتلاءم مع الطبيعة الخاصة لذلك النوع من المعاملات.

[4] د حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والمقارن، دار الكتب القانونية، 2006، ص 136.

[5] د نريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 315.

فقرتيها 1 و2 اعتراف الدول الأطراف بشرط التحكيم المكتوب، فإنها نصت في فقرتها الثالثة: "على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعني الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق"، حيث يفيد هذه النص – حسب ذات الفقه-، بأنه لو فرض بطلان العقد الأصلي بحسب زعم أحد الطرفين أمام المحكمة المختصة بنظر النزاع الناشئ عنه، فإن هذا الزعم لا يحول دون قيام هذه المحكمة بإحالة الخصوم إلى التحكيم إعمالاً للأثر الملزم لشرط التحكيم، متى اطمأنت المحكمة لصحة هذا الشرط لإنتاج آثاره وقابليته للتطبيق، الأمر الذي يكشف عن استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي ولو كان باطلاً حقاً.

ومن جانبنا، نرى سلامة الرأي[2] الذي يرفض اعتبار المادة 2 من الاتفاقية أساساً قانونياً للقول بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم، فهي لم تتضمن أي إشارة إلى هذا المبدأ، إذا اقتصرت على الإشارة في المادة 1/5/أ إلى "إمكانية الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها إذا أثبت الطرف المطلوب الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم ضده أن اتفاق التحكيم غير صحيح وفقاً للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم..."، على نحو يبدو معه أنها تركت لكل من القوانين المحتملة التطبيق الحرية في الفصل في هذه المسألة[3].

أما الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961، فقد نصت بوضوح على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وذلك من خلال المادة الخامسة والتي جاء فيها: "إذا نوزع في اختصاص المحكم، فلا يتخلى عن نظر القضية، وإنما يكون له سلطة الفصل في مسألة اختصاصه، وفي وجود وصحة اتفاق التحكيم أو العقد الذي يشكل ذلك الاتفاق جزءاً منه"، وهكذا فالاتفاقية صريحة في تقرير الأساس القانوني الذي يستند إليه مبدأ استقلال اتفاق التحكيم[4].

---

[1] د سامية الراشد، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية (ج1)، المرجع السابق، ص 146.

[2] من أنصار هذا الرأي، د نريمان عبد القادر، المرجع السابق، ص 315. د إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1997، ص 98 وما بعدها.

[3] د حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 27-28.

[4] Ph.Fouchard - E.Gaillard - B.Goldman,Traité de l'arbitrage commercial international, Op cit, P. 219. Aussi, B. Goldman, Arbitrage Commércial international, Litec -Delta, 1996, p.8.

كذلك نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985 على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، وذلك في مادته السادسة عشرة في فقرتها الأولى، حيث جاء فيها: "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 اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم"، وهكذا يقرر القانون النموذجي هو الآخر بوضوح مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي أو انفصاله القانوني عنه[1].

المطلب الثاني: مبدأ استقلال اتفاق التحكيم البحري في التشريعات الوطنية

أولاً: الوضع في فرنسا

لم يتعرض المرسوم الفرنسي رقم 1981/582 الصادر في 1981/5/12 المتعلق بالتحكيم الدولي، مسألة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي تاركاً إياها للقضاء[2]، وكانت محكمة النقض الفرنسية قد قضت من خلال حكمها الشهير في قضية "**Gosset**"[3] بأنه: "في مجال التحكيم الدولي يتعين إعطاء عبارة اتفاق التحكيم مفهوماً موحداً، يعامل على قدم المساواة كل من شرط التحكيم الوارد في نصوص العقد ومشارطة التحكيم التي أبرمت استقلالاً، بحيث يتمتع الاثنان بذات القدر من الاستقلالية"، كما قرر ذات الحكم: "أن اتفاق التحكيم في

[1] د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، (دراسة مقارنة للتحكيم البحري في لندن ونيويورك وباريس مع شرح أحكام قانون التحكيم المصري في المواد المدنية و التجارية)، دار النهضة العربية ،القاهرة، 2007، ص 141.

[2] تزامن صدور هذا القانون مع إصدار وزير العدل الفرنسي تقريراً خاصاً إلى رئيس الوزراء، يوضح فيه عدم تعارض التشريع الجديد للتحكيم الدولي مع المبادئ التي استقرت عليها محكمة النقض الفرنسية، فيما يتعلق بالنظام القانوني للتحكيم الدولي، وبالخصوص نطاق اتفاق التحكيم واستقلاله عن العقد الأصلي الوارد به وعدم تأثره ببطلان هذا العقد. د عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص 128.

[3] Cass. Civ, 7 Mai 1963, Gosset Carpelli, Rev. Arb, Crit, Dr, Inter, Pri, 1963, P. 615, note Goldmen.

المجال الدولي يتمتع كقاعدة عامة باستقلالية قانونية لا تتأثر باحتمالات إبطال العقد الأصلي، مع ما يتبع ذلك من إقرار هيئة التحكيم في الاستمرار في نظر النزاع وإصدار حكم واجب الاحترام"[1].

لكن وبصدور المرسوم الفرنسي الجديد المعدل لقانون التحكيم الصادر سنة 1911، يبدو أنه حسم هذه المسألة في تكريسه صراحة لمبدأ الاستقلالية، غير أنه أقصرها في نطاق التحكيم الداخلي دون الدولي، وذلك في المادة 1447[2].

ومن أبرز القضايا البحرية التي طبقت من خلالها محكمة النقض الفرنسية مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، نجد قضية "**San Carlo**"، حيث ورد شرط تحكيم في سند شحن كان أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً، وقد نص هذا الشرط على إحالة كافة المنازعات التي ستنشأ عن عملية النقل البحري بواسطة السفينة المذكورة، خلال رحلتها من أثيوبيا إلى مرسيليا على التحكيم البحري أمام ثلاث محكمين في إيطاليا ووفقاً للقانون الإيطالي، وقد قام الشخص المعنوي العام بالطعن أمام محكمة النقض الفرنسية ببطلان شرط التحكيم، على أساس أن المسألة تتعلق بالأهلية ومن ثم يطبق القانون الفرنسي لتحديد أهلية هذه المنشأة العامة، وقد صدر قرار محكمة النقض مقرراً صحة شرط التحكيم الذي تبرمه الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة طبقاً لقانون العقد وليس لقانون جنسية الأطراف المتعاقدة، ومن ثم فإن المنع المقرر في المادتين 1004 و83 من قانون المرافعات الفرنسي القديم[3]، لا يشكل عقبة أمام المنشأة العامة وخضوعها كباقي أطراف القانون الخاص لقانون أجنبي يجيز صحة شرط التحكيم عندما يكون العقد دولياً[4].

---

[1] د سامية الراشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 92 وما بعدها.

2 Art n° 1447: "La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci.

Lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite".

V. D. Cohen, «L'autonomie de la clause compromissoire après le décret du 13 janvier 2011», LPA 2011, n° 79, P. 31.

[3] حيث كان قانون المرافعات الفرنسي القديم قبل تعديله (المادتين 1004 و83)، يحظر على الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة التابعة لها إدراج شرط التحكيم.

[4] Cass. Civ, 14 Avril 1964, Rev. Arb, Crit, Dr, Inter, Pri, 1966, P. 68, note Batffol.

وهكذا يمكن القول أن القضاء الفرنسي يأخذ بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، فاصلاً بين مصيريهما، مقرراً عدم تأثر اتفاق التحكيم من حيث وجوده وصحته بما يطرأ على العقد الأصلي.

ثانياً: الوضع في إنجلترا

رغم أن القانون الإنجليزي يعد واحداً من أهم الأنظمة القانونية المتطورة في هذا الصدد، إلاّ أن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم من المبادئ التي لم يتم تكريسها بشكل كامل في هذا القانون[1]، بخلاف القضاء الإنجليزي الذي اعترف به منذ عام 1942، فقد جسد مجلس اللوردات في الدعوى الشهيرة "**Heyman V. Darwins**" مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، حيث قرر اللورد **Mac Millan** أن: "إعلان أحد الطرفين عدم تنفيذه التزاماته العقدية أو خرقها كلية، لا يلغي شرط التحكيم ولا يجرده من وجوده رغم انقضاء الالتزامات المتبادلة، حيث يبقى شرط التحكيم لتسوية النزاعات الناشئة عن خرق العقد وعدم تنفيذه ... ولكن إذا لم يكن هناك وجود للعقد الأصلي على الإطلاق، فإن شرط التحكيم المدرج به لا وجود له كذلك، إذ أن الأكثر يشمل الأقل"[2].

لكن الذي يظهر من هذا القرار أنه وإن كان يعترف بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، إلاّ أنه لا يعترف به إلاّ جزئياً وبصورة محدودة[3]، وقد فسر ذلك اللورد **Diplock** في تقرير أصدره بشأن دعوى بحرية سنة 1982 وهي دعوى "**The Hannah Blumenthal**"، حيث دفع ببطلان شرط التحكيم وبطلان الحكم الصادر بناءً عليه أيضاً للتأخير في رفع الدعوى، ومن ثم قرر اللورد أن العقد يضع على عاتق أطرافه نوعيين من الالتزامات: التزامات أساسية مفروضة على كل طرف يتعهد بأدائها، والتزامات ثانوية تابعة للالتزامات

[1] د حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 32-33. وأنظر خلاف ذلك عند د محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري (النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2005، ص 453-454، حيث يرى أن قانون التحكيم الإنجليزي لسنة 1996 في الفصل السابع قد استقر على مبدأ فصل اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.

[2] أنظر في شأن هذه القرارات وغيرها، د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 132.

[3] DAVID Reni, L'arbitrage dans le commerce international, Paris, Edition Économica, 1982, p. 267.

الأساسية، بحيث يترتب على خرق العقد انقضاء التزامات الأطراف الأساسية، في حين لا يترتب عليه انقضاء الالتزامات التابعة الثانوية والتي منها شرط التحكيم، والذي يبقى صالحاً لتحديد المخالفات وتقدير التعويض[1].

غير أن هذه التفرقة بين أنواع البطلان في العقد الأصلي، من حيث اعتبار وجود مسائل أساسية وأخرى ثانوية في العقد، وربط ذلك بمصير شرط التحكيم، قد انتقدها العديد من الفقهاء لصعوبة التفرقة بين مسألة البطلان ومسألة عدم الوجود، وما يترتب عن فتح هذا الباب من مماطلة في الفصل في الدعوى، والتي ما جاء مبدأ الاستقلال إلاّ لتجنبها[2].

3- **الوضع في مصر:**.

لم يتطرق القانون المصري قبل صدور قانون التحكيم الجديد إلى مسألة استقلال اتفاق التحكيم، مما أدى إلى اختلاف الفقه[3] في تلك الفترة حول إجازة استقلال اتفاق التحكيم، فقد ذهب رأي في الفقه المصري إلى عدم جواز إعمال شرط التحكيم الذي يرد في عقد يتمسك فيه أحد الخصوم ببطلانه أو فسخه، ومن ثم لا يملك المحكم سلطة الفصل في النزاع[4]، بينما يذهب اتجاه آخر إلى العكس من ذلك مقراً باستقرار هذا المبدأ على صعيد قضاء التحكيم الدولي وسريانه على العلاقات ذات العنصر الأجنبي تطبيقاً لقواعد القانون الدولي الخاص[5].

---

[1] د محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، المرجع السابق، ص 452-453.

[2] يرجع في تفصيل الموقف الإنجليزي من مبدأ استقلال اتفاق التحكيم بصفة عامة إلى:

B. Goldman, Arbitrage Commercial International, Convention d'arbitrage, Généralités Autonomie et principe de validité, Loi Applicable, J.CI, droit Inter, Fasc 586-1, 1989, N° 1, P. 5, Aussi, P. SANDERS, «L'autonomie de la clause compromissoire », », in Hommage à Frédéric Eisemann, Chambre du commerce internationale (CCI), N° 921,1978, P. 37.

[3] يرجع في تفصيل هذا الخلاف إلى، د سامية الراشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، المرجع السابق، ص 107 وما بعدها.

[4] د أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الطبعة الرابعة، 2001، ص 31 وما يليها.

[5] د أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، ، دار الفكر الجامعي، 1981، ص 37. د سامية الراشد، المرجع السابق، ص 115 وما بعدها.

لكن المشرع المصري حسم هذا الخلاف الفقهي بصدور قانون التحكيم الجديد رقم 27 لسنة 1994، ونص صراحة على تبني مبدأ استقلال اتفاق التحكيم في المادة 23 بأنه: "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 الشرط صحيحاً في ذاته"[1].

4- غمبدأ استقلال اتفاق التحكيم في التشريع الجزائري:

عرف مبدأ استقلال اتفاق التحكيم في القانون الجزائري تطوراً ملحوظاً، فبعد خلو الأمر رقم 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية من أي إشارة للمبدأ المذكور[2]، استدرك المشرع الجزائري هذا الفراغ عند صدور المرسوم رقم 09/93 المعدل والمتمم للأمر السابق، حيث نص في المادة 458 مكرر 1 فقرة 4 على أنه: "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم ، بسبب أن العقد الأصلي قد يكون غير صحيح"[3]، وهو النص الذي استقاه من القانون السويسري المتعلق بالقانون الدولي الخاص لسنة 1988 في مادته 3/178، وأبقى عليه في القانون الجديد رقم 09/08 من خلال المادة 1040[4].

---

[1] أنظر تعليقاً على نص هذه المادة عند، د محمود سمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق ص 106 وما بعدها.

[2] وإن كان الأستاذ محيو يذهب إلى أن المشرع الجزائري رغم أنه لم يشر صراحة لهذا المبدأ من خلال المادة المذكورة، إلاّ أنه يقره بصورة ضمنية، ومستنده في ذلك هو تطبيق مبدأ انتقاص العقد المعروفة في القواعد العامة، إعمالاً لنص المادة 104 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: "إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابل للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلاّ إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال، فيبطل العقد كله". أنظر:

MAHIOU(A), L'arbitrage en Algérie RASJEP, N°4, O.P.U, Alger 1989, P. 714.

لكن في تقديرنا إذا كان الشطر الأول من هذه المادة يجسد تطبيق مبدأ الاستقلالية، فإن الشطر الثاني منها لا يمكن معه تطبيق هذا المبدأ، إذا تبين من الظروف أن إرادة الطرفين ما كانت لتنتهي إلى إبرام العقد بدون الاتفاق على التحكيم الذي يشوبه العيب المؤدي للبطلان، على أن قاعدة انتقاص العقد يمكن تطبيقها في الحالة التي يكون فيها شرط التحكيم باطلاً، ففي هذه الحالة فقط يمكن القول بأن باقي شروط العقد الأخرى تظل صحيحة، ما لم يلحق بها سبب من أسباب البطلان، ولا يبقى أمام الأطراف سوى اللجوء إلى القضاء الوطني لتسوية نزاعاتهم.

[3] يذهب الأستاذ بن عبد الرحمان إلى أن المادة غير صريحة في تقرير مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، وإن كان من الممكن أن يستنتج منها ضمنياً ذلك، أنظر:

BEN ABDERRAHMANE. D, « La réforme du droit Algérien de l'arbitrage commercial international», La gazette du palais n° 101-103, (n° spécial Algérie), 1999, P. 28.

[4] TERKI NOUREDDINE, L'arbitrage commercial international en Algérie, Editions AJED, Alger, 2015, P. 47-48.

لكن النص السابق قد ترد عليه بعض الملاحظات:

الملاحظة الأولى: أن المشرع الجزائري لم يتطرق بصورة صريحة لمبدأ الاستقلال، مخالفاً في ذلك غالبية التشريعات والمعاهدات التي سبق عرضها، واقتصر على حالة وحيدة يمكن أن تترتب على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وهي عدم تأثر اتفاق التحكيم ببطلان العقد الأصلي، في حين أن مبدأ الاستقلال تترتب عليه آثار عدة كتلك التي سبق ذكرها، ومن جهة أخرى أن المشرع الجزائري باقتصاره على حالة البطلان يكون قد أغفل العوارض الأخرى التي قد تطرأ على العقد مثل حالات الفسخ والانقضاء، فهل تؤثر هي الأخرى على اتفاق التحكيم أم لا؟.

الملاحظة الثانية: أن المشرع الجزائري وإن كان قد كرس حقيقة مبدأ الاستقلال كما سبق، غير أنه حصره في نطاق التحكيم الدولي دون الداخلي، الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن مصير اتفاق التحكيم الداخلي الوارد في عقد مهدد بالبطلان، هل يسري عليه ما يسري على اتفاق التحكيم الدولي أم لا؟.

ولعل مرد هذه التفرقة التي اعتمدها المشرع الجزائري، بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي بشأن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، راجع إلى تأثره بتلك التفرقة التي انتهجها جانب من الفقه والقضاء في فرنسا[1]، حيث كان يستند في هذه التفرقة على أن بطلان العقد الأصلي في التحكيم الداخلي ينسحب على التصرفات التابعة والتي منها شرط التحكيم، بينما في التحكيم الدولي يعتبر شرط التحكيم عقداً بالمعنى التام مستقلاً عن العقد الأصلي، ومن ثم فإن بطلان العقد لا يشمل شرط التحكيم.

وقد انتقدت هذه التفرقة على أساس أن المبررات التي سيقت في شأن استقلال اتفاق التحكيم في المجال الدولي تصلح أيضاً في مجال التحكيم الداخلي، وخاصة فيما يتعلق باختلاف السبب في اتفاق التحكيم عن السبب في العقد الأصلي[2].

ولم تزل هذه المسألة محل جدل فقهي وقضائي[1] في فرنسا، بسبب عدم حسم المشرع الفرنسي لها، واقتصاره في المادة 1464 من قانون المرافعات الجديد على عدم تأثر اتفاق التحكيم ببطلان العقد الأصلي شأنه شأن المشرع

[1] R. Robloter – G. Ripert, droit Commercial, Tome L.G.D.J, 1986, P. 251.

[2] د محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 1997، ص 196.

الجزائري في ذلك، وبالتالي فإن أقل ما يمكن قوله في هذا النص ما قيل في سابقه – نص المادة 1040 من ق.إ.م.إ- من رد حكمه إلى فكرة انتقاص العقد السالفة الذكر، وليس فكرة استقلال شرط التحكيم، ومن هنا يكون من الجدير بالمشرع الجزائري أن يتبنى موقفاً واضحاً بشأن تفسير نص المادة 1040 ونصه صراحة على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم مثل ما فعل المشرع المصري في المادة 23 من قانون التحكيم وأسوة أيضاً بالمعاهدات الدولية التي سبقت الإشارة إليها، وذلك لأهمية هذا المبدأ وما يترتب عليه من آثار من جهة، ولعدم وجود ما يبرر إقصاره في مجال التحكيم الدولي دون الداخلي من جهة أخرى.

المطلب الثالث: مبدأ استقلال اتفاق التحكيم في أنظمة التحكيم البحري

كرست لوائح التحكيم البحري مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الذي يتضمنه، كما تظهر تطبيقات هذا المبدأ أيضاً من خلال أحكام التحكيم البحري، فبالنسبة للوائح التحكيم فلا شك سلطتها من إرادة الأطراف التي تشير إلى اختيار هذه اللوائح، وعلى هذا الأساس يؤكد جانب من الفقه أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يتعين تفسيره على أنه يعبر عن إرادة الأطراف، ومن ثم يجب أن يعامل على نحو مستقل عن المعاملة التي يلقاها العقد الأصلي[2].

وقد حظي مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه بتأييد لوائح وأحكام التحكيم البحري:

حيث تعتبر لائحة التحكيم البحري التي أعدتها غرفة التجارة الدولية بباريس، من أهم لوائح التحكيم التجاري الدولي التي كرست مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في المادة الثامنة في فقرتها الرابعة، حيث جاء فيها أنه: "طالما لم يوجد شرط مخالف، فإنه لا يترتب على التمسك ببطلان أو انعدام العقد المدعى به، عدم اختصاص المحكم، إذا تمسك هذا الأخير بصحة اتفاق التحكيم".

---

[1] حيث يبدو من خلال بعض الأحكام التي صدرت في هذا الخصوص أن القضاء الفرنسي لا يفرق فيها بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي بشأن مبدأ استقلال، أنظر على سبيل المثال:

Cour d'appel de paris, 21 mars 1963, Rev. Arb, 1963, P. 125.

Cour d'appel de Orlenanse, 15 Fév 1966, Dalloz, 1966, P. 34.

[2] د حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 38.

يتضح من هذا النص أن الغرفة تؤكد بوضوح من خلال لائحتها السابقة الذكر، على استقلالية اتفاق التحكيم ليس فقط في حالة الإدعاء ببطلان العقد الأصلي، ولكن أيضاً في حالة الإدعاء بعدم وجود هذا العقد من أساسه[1]، فليس للمحكم أن يقضي بعدم اختصاصه إذا لاحظ بطلان أو انعدام اتفاق التحكيم، بل لابد من أن يستخلص الآثار المترتبة على هذا البطلان أو الانعدام فيما يتعلق بادعاءات الأطراف[2].

كما نصت المادة الخامسة في فقرتها الثانية من لائحة تحكيم المنظمة الدولية للتحكيم البحري بأنه: "ما لم يشترط العكس، فإن الادعاء ببطلان أو عدم وجود العقد الأصلي لا يؤثر على اختصاص المحكم، والذي يستمده من صحة اتفاق التحكيم، ويبقى المحكم مختصاً أيضاً في حالة عدم وجود أو بطلان العقد الأصلي لتحديد حقوق الأطراف والفصل في طلباتهم".

كذلك نصت على هذا المبدأ لائحة التحكيم التي أقرتها الجمعية العامة التي أعدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام 1976 (اليونسترال)، عندما قررت المادة 2/1/21 بأن تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المثارة بشأن عدم اختصاصها، بما في ذلك كل دفع يتعلق بوجود وصحة شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم المستقل، مع حق هيئة التحكيم في الفصل في وجود وصحة العقد الذي يعد اتفاق التحكيم جزءاً منه.

وعلاوة على لوائح التحكيم السابقة، فقد كرست اللوائح التابعة لدول Common Law ذات المبدأ، نذكر على سبيل المثال: لائحة التحكيم الصادرة عن غرفة لندن للتحكيم الدولي عام 1985 في المادة 1/14 حيث تبنت ذات الأحكام التي نصت عليها المادة 2/21 من لائحة تحكيم لجنة الأمم المتحدة السابقة الذكر، أيضاً نصت على ذلك لائحة التحكيم التجاري الصادرة عام 1992 عن الهيئة الأمريكية للتحكيم في مادتها الخامسة عشر[3].

ولأغراض هذه النصوص مجتمعة، يتضح كيف أنها أكدت على أن شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي، يعد شرطاً مستقلاً عن سائر الشروط الأخرى التي يتضمنها هذا العقد، وعليه إذا صدر قرار التحكيم ببطلان هذا العقد، فإن ذلك لا يستتبع بقوة القانون عدم صحة شرط التحكيم، فاللوائح السابقة تمنح بوضوح للمحكم

---

[1] وهذا بخلاف ما استقر عليه القضاء الإنجليزي كما رأينا سابقاً، من التمييز بين حالتي الوجود والانعدام بشأن تقرير مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وما تعرض له هذا الموقف من انتقاد.

[2] د حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 39.

[3] د حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق ، ص 41-42.

سلطة الفصل حول وجود أو صحة العقد الأصلي استقلالاً عن شرط التحكيم، وكذا سلطة الاستمرار في نظر النزاع حتى ولو ثبت عدم وجود أو بطلان العقد الأصلي[1].

كذلك أكدت العديد من أحكام التحكيم البحري تبرير مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وعدم ارتباط مصيره بمصيره من حيث تعرضها للفصل في مسألة عدم وجود العقد الأصلي، أو بطلانه، أو فسخه[2]، وهكذا نلاحظ كيف حظي مبدأ الاستقلالية بتأييد أغلبية التشريعات والقوانين الداخلية منها والدولية وأنظمة التحكيم المختلفة، باستثناء من شذ منها كالقانون الإنجليزي مثلاً.

الخاتمة:

نخلص مما تقدم إلى أن اتفاق التحكيم البحري يستقل في مواجهة العقد الأصلي استقلالاً تاماً، وهو ما يجعله متمتعاً بمزايا عدة كأسلوب لتسوية منازعات التجارة البحرية تجعله قادرا على حكم المنازعات التي تنشأ عن هذه العقود دون أن يتأثر بالعوارض التي قد تلحقها، كما نخلص أن استقلال اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن قانون كل دولة كان الغرض منه تحرير الاتفاق من قيود القوانين الوطنية ليكتسب في ذاته استقلالا قانونيا بالمعنى الكامل، وفاعلية خاصة يستمدها من إرادة الأطراف وواقع المعاملات التجارية البحرية الدولية التي تكفل اللجوء

[1] Ph. Fouchard, Les travaux de la C.N.U.D.C.I, Le règlement d'arbitrage, clunet 1979, P. 836 et s.

[2] V. Par Ex: Sentence CAMP, N° 769, du 18 avril 1990, DMF 1991, p. 119.

Sentence CAMP, N° 787, du 18 octobre 1990, DMF 1991, p. 269.

Sentence CAMP, N° 795, du 19 décembre 1990, DMF 1991, p. 542.

إلى التحكيم بلا قيد أو شرط، إلا فيما يتعلق بمقتضيات النظام العام الدولي، وهذا الاتجاه هو الذي يسير عليه قضاء التحكيم التجاري البحري الدولي بما يدعم ويحقق إرادة الأطراف المحتكمة، ولا أدلّ على ذلك من تلك العبارات التي أضحت ترددها أحكام التحكيم في هذا المجال مقررة "أن إرادة الأطراف من خلال إدراج شرط التحكيم في عقودهم، فإنه يجب افتراض أنها قد قصدت إقامة آلية فعالة لتسوية المنازعات عن طريق هذا الاتفاق، بمنأى عن كل ما يصيب العقد الأصلي من عوارض".

كما تجدر التوصية في الأخير بضرورة تطرق المشرع الجزائري، بصورة واضحة وصريحة لمبدأ الاستقلال لأهميته في العلاقات التجارية الدولية، وذلك على غرار غالبية التشريعات والمعاهدات التي سبق عرضها، دون الاقتصار على حالة عدم تأثر اتفاق التحكيم ببطلان العقد الأصلي، إذ أن مبدأ الاستقلال تترتب عليه آثار عدة كتلك التي سبق ذكرها مثل حالات الفسخ والانقضاء.

كما نوصي بتوسيع نطاق مبدأ الاستقلال دون حصره في نطاق التحكيم الدولي دون الداخلي، لما تعرضت له هذه التفرقة من انتقادات، على أساس أن المبررات التي سيقت في شأن استقلال اتفاق التحكيم في المجال الدولي تصلح أيضاً في مجال التحكيم الداخلي.

كما لا يفوتنا أيضاً من خلال رصدنا للنصوص التحكيمية التي نص عليها المشرع الجزائري من خلال القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أن نوصي بما يلي:

أولاً: بضرورة تطوير هذه النصوص بشكل يتماشى مع متطلبات التجارة الدولية بصفة عامة والبحرية بصفة خاصة، لاسيما وأن الجزائر تعتبر من الدول البحرية، وأغلب علاقتها التجارية الدولية تتم عن طريق البحر.

ثانياً: ضرورة التحرر من الجمود الذي تتميز به هذه النصوص، وفق آليات محددة كإتاحة الفرصة لتطبيق أحكام المعاهدات على العلاقات التجارية الدولية، واللجوء إليها لحل مختلف المنازعات الناشئة، مع تقرير ذلك ضمن النصوص الوطنية، لذلك يكون من الأجدر مزامنة ما يعقد من معاهدات واتفاقيات في هذا الخصوص للقول بوجود انفتاح حقيقي على التجارة الدولية.

ثالثاً: الاستفادة من تجارب الدول الأخرى التي حققت قدراً كبيراً من النجاح في هذا المجال، وذلك بخلق قنوات اتصال معها ومع ما تشرف عليه من مراكز تحكيمية.

رابعاً: تشجيع الأبحاث والدراسات المقارنة بين النصوص الوطنية والمعاهدات الدولية المتخصصة في مجال التحكيم التجاري الدولي والبحري، وعقد المؤتمرات أو المشاركة فيها مع الأخذ بعين الاعتبار ما تسفر عنه من توصيات ونتائج، وتكريسها ضمن القوانين الوطنية.

قائمة المراجع باللغة العربية:

- **الكتب المتخصصة:**

- د أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، ، دار الفكر الجامعي، 1981.
- د إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1997.
- د أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والأثر السلبي لاتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.
- د أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الطبعة الرابعة، 2001.
- د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، 2013.
- د أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية المدنية والتجارية والإدارية والجمركية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2006.
- د أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2004.
- د أحمد محمد عبد الصادق، المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي، دار القانون للإصدارات القانونية، مصر، الطبعة السابعة، 2014.
- د أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

- د أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004.
- د الأنصاري حسن النيداني، الأثر النسبي لاتفاق التحكيم، دراسة في القانون رقم 27 لسنة 1994 في شأن المواد المدنية والتجارية، 2001.
- د الوليد بن محمد بن علي البرماني، التحكيم في المنازعات البحرية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010.
- د بليغ حمدي محمود، الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية - دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
- د حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والمقارن، بدون ناشر، الطبعة الأولى، 1996.
- د حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
- د حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
- د خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009.
- د سامية الراشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الجزء الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1984.
- د عادل محمد خير، بطلان اتفاق التحكيم في القانون البحري المصري واتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع (قواعد هامبورج 1978)، مكتب الدكتور عادل خير للمحاماة والاستشارات القانونية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2001.

- د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، (دراسة مقارنة للتحكيم البحري في لندن ونيويورك وباريس مع شرح أحكام قانون التحكيم المصري في المواد المدنية و التجارية)، دار النهضة العربية ،القاهرة، 2007.
- د عبد الباسط محمد عبد الواسع، شرط التحكيم في عقد البيع التجاري الدولي دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، سنة 2014.
- د عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الثاني، دار المعارف، القاهرة، مصر، 1998.
- د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2007.
- د محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 1997.
- د محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري (النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة 2005.
- د محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2014.
- د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1998.
- د نريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم في المواد المدنية والتجارية، رقم 27 لسنة 1994، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996.

البحوث والمقالات:

- د أحمد إبراهيم عبد التواب، صور اتفاق التحكيم واستقلاله، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، السنة 16، العدد الأول، يناير 2008.
- د محمود سمير الشرقاوي، مفهوم التجارية والدولية وفقاً لقانون التحكيم المصري الجديد، مجلة التحكيم الصادرة عن المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، العدد الثاني، مارس 2000.

- د ناجي عبد المؤمن محمد، مدى جواز الاتفاق على التحكيم بطريق الإحالة في القوانين الوطنية وعلاقات التجارة الدولية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الأول، سنة 42، جانفي 2000.
- بلباقي بومدين، شرط التحكيم بالإحالة ومدى نفاذه في مواجهة المرسل إليه في عقد النقل البحري للبضائع (دراسة مقارنة في ضوء التطبيقات القضائية)، مقال منشور في المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، منشورات مخبر القانون البحري والنقل، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، العدد الثالث، لسنة 2015.

قائمة المراجع باللغة الفرنسية:

- B. Goldman, Arbitrage Commercial International, Convention d'arbitrage, Généralités Autonomie et principe de validité, Loi Applicable, J.CI, droit Inter, Fasc 586-1, 1989, N° 1.
- BEN ABDERRAHMANE. D, « La réforme du droit Algérien de l'arbitrage commercial international», La gazette du palais n° 101-103, (n° spécial Algérie), 1999.
- C. Blanchin, L'autonomie de la clause compromissoire, un modèle pour la clause attributive de juridiction, Paris, LGDJ, Travaux et Recherches Panthéon-Assas Paris 2, 1994.
- DAVID Reni, L'arbitrage dans le commerce international, Paris, Edition Économica, 1982.
- Hamdi Ouerghi, L'autonomie de la clause compromissoire en matière d'arbitrage international, Mémoire présenté à la faculté des études

supérieures en vue de l'obtention du grade de maîtrise en droit (LL.M), Université de Montréal, Mai 2006.

- Jing Li, L'extension de la clause compromissoire dans l'arbitrage international, The Dijon, 1993.
- MAHIOU(A), L'arbitrage en Algérie RASJEP, N°4, O.P.U, Alger 1989.
- P. SANDERS, «L'autonomie de la clause compromissoire », », in Hommage à Frédéric Eisemann, Chambre du commerce internationale (CCI), N° 921,1978.
- Ph. Fouchard, Les travaux de la C.N.U.D.C.I, Le règlement d'arbitrage, clunet 1979.
- Ph. FRANCESCAKIS, «Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt HECHT de la Cour de cassation», Rev. Arb, 1974.
- Ph.Fouchard - E.Gaillard - B.Goldman,Traité de l'arbitrage commercial international.
- B. Goldman, Arbitrage Commércial international, Litec -Delta, 1996.
- R. Robloter – G. Ripert, droit Commercial, Tome L.G.D.J, 1986.
- RUBELLIN-DEVICHI J, L'arbitrage nature juridique, droit interne et droit international privé, Paris, LGDJ, 1965, N° 333.
- TERKI NOUREDDINE, L'arbitrage commercial international en Algérie, Editions AJED, Alger, 2015.

- V. B. Goldman, Arbitrage Commercial International, Convention d'arbitrage, Généralités Autonomie et principe de validité, Loi Applicable, J.CI, droit Inter, Fasc 586-1, 1989, N° 1.
- V. Pieter. SANDERS, « L'autonomie de la clause compromissoire », in Hommage à Frédéric Eisemann, Chambre du commerce internationale (CCI), N° 921,1978.