استقلال شرط التحكيم التجاري عن العقد الأصلي الوارد فيه

(دراسة وصفية وتحليلية مقارنة)(*)

الدكتور/ أحمد محمود عبدالكريم المساعدة
كلية العلوم الإدارية والإنسانية بالمجمعة
جامعة الملك سعود

ملخص:

تهدف هذه الدراسة إلى بيان 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 خلال التحدث عن موقف القضاء الفرنسي وموقف القضاء الإنجليزي، وكذلك موقف القضاء السويسري.

(*) أجيز البحث بتاريخ ٢٠١١/١/٢٦م.

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

المقدمة:

يعتبر التحكيم الطريقة او الوسيلة للفصل في المنازعات القائمة بين الأطراف المعنية، وقد عُرف التحكيم منذ القدم، عندما كانت المجتمعات القديمة تتخذ منه الأداة لفصل المنازعات وحسمها بين أفرادها، إلى أن أصبح الآن محل اعتراف الأنظمة التشريعية الوطنية والدولية. وبما أن العلاقات التجارية أصبحت متنوعة بين الأطراف؛ 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 بعد نشوب النزاع، ويدون الاتفاق في وثيقة مستقلة عن العقد الأصلي الذي يمثل العلاقة القانونية الموجودة بين الطرفين قبل نشوب النزاع، وهذا ما يسمى (مشارطة 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 إن هذه الصورة هي الغالبة في تنظيم التحكيم وهي التي يثار بشأنها مبدأ الاستقلالية(١).

وإذا كان تحليل موقف النظام القانوني الوطني – وفي حالتنا النظام القانوني الأردني– بشأن موضوع ما يحقق قدراً طيباً من الإحاطة بمسائل

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص٤٦٦. 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، ص٣٠٩.

البحث، فإنه ليس من شك في أن مقارنة الحلول والأحكام بما هو مقرر بنظام قانوني آخر يحقق عمقاً آخر ليس مرده فكرة المقارنة بذاتها، بل مرده ما تتيحه المقارنة من قدرة أكثر على إبداء الرأي في حلول النظام القانوني الوطني مدار البحث.

تتمثل مشكلة الدراسة وعناصرها الرئيسية في تحديد 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 تُقسم 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 شرط 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 استقلال شرط التحكيم التجاري كمطلب ثان:

(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 لليونسترال الذي أخذ أيضاً بهذا المبدأ. ومن الدول العربية التي أخذت تشريعاتها بمبدأ استقلالية شرط التحكيم مصر وعُمان وفلسطين والأردن، فقد تم تنظيم التحكيم في مصر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، وفي عُمان بالمرسوم السلطاني رقم ٤٧ لسنة١٩٩٧، وفي فلسطين بالقانون رقم ٣ لسنة ٢٠٠٠، وفي الأردن بالقانون رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١. للمزيد انظر تفصيلاً د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص١١٩ وما بعدها.

المطلب الأول
الطبيعة القانونية لاستقلال شرط التحكيم التجاري

يقصد بمبدأ استقلال شرط التحكيم التجاري أن شرط التحكيم الوارد في عقدٍ 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(١)، وهذا ما نص عليه قانون 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 أن: "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 هذا الشرط صحيحاً في ذاته"(٢).

إذن، الاتفاق على التحكيم هو عقد(٣)، له أركانه وشرائطه، ويبدو ذلك

---

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

(٢) 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".

(٣) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص٣٩ وما بعدها.
وتجدر الإشارة إلى أن القانون الأردني الذي لم يعرّف اتفاق التحكيم أو التحكيم 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 أطراف أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، عقدية كانت أو غير عقدية".

واضحاً في حالة مشارطة التحكيم، حيث يُبرم الاتفاق بعد نشأة النزاع واتضاح معالمه، وهو لا يكون أقل 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(١).

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(٢).

وأكثر توضيحاً لما استند إليه مبدأ استقلالية شرط التحكيم هو أن شرط التحكيم والعقد الأصلي، يشكلان عملين متمايزين، ومن ثم فإن شرط التحكيم هو عقد داخل عقد، أي بتعبير آخر، هو عقد موازٍ للعقد الأصلي(٣) حيث يتمتع

---

(١) د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص١٢٠ وما بعدها.
ومن الملاحظ أن التحكيم ذو طبيعة عقدية؛ إذ يتفق طرفا النزاع على اللجوء إليه بإرادتيهما وتحديد مدة التحكيم، وكذلك إجراءات القانون الواجب التطبيق، والآلية المتبعة لسداد أتعاب المحكمين الذين 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 الإنترنت.
متاح في: www.kenanaonline.com/ws/dralbakly/blog/76756/.../1

(٢) المادة (٦) من قانون التحكيم الإنجليزي لسنة ١٩٩٦.
6 - Definition of arbitration agreement
1 - In this Part an "arbitration agreement" means an agreement to submit to arbitration present or future disputes (whether they are contractual or not).
2 - 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 reference is such as to make that clause part of the agreement.

(٣) انظر في تفصيل هذه الفكرة د. ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص٣١٢ وما بعدها.

بكيان قائم بذاته، له ذاتيته المتميزة والمستقلة من حيث شروطه وقواعده وأحكامه عن العقد الأصلي، يعالج موضوعاً يختلف عن موضوع 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 أُبرم صحيحاً؛ أي أن يكون قد استوفى أركان وجوده، وصحته القانونية من أهلية وتراض ومحل وسبب، فإن تخلف أحد تلك 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 وعدماً.

وتحقيقاً لذلك فإن رأى 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].

---

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

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

7 - Separability of arbitration agreement

Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement which forms or was intended to form part of another agreement (whether or not in 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 ineffective, and it shall for that purpose be treated as a distinct agreement.

وهذا جاء موافقاً أيضاً لنظام أو لائحة إجراءات غرفة التجارة الدولية بباريس[١] ولائحة التحكيم لدول مجلس التعاون الخليجي[٢].

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 إنه، قد يعمل باتفاق التحكيم ويكون هذا الاتفاق صحيحاً، حتى ولو كان العقد المرتبط به الاتفاق باطلاً أو تم فسخه لأي سبب، وهو ما يطلق عليه بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد المتضمن فيه، الذي أخذت بها العديد من القوانين العربية[٣].

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

---

(١) المادة (٦/٤) من نظام أو لائحة إجراءات غرفة التجارة الدولية بباريس لعام ١٩٩٨ التي نصت على أنه: "ما لم يتفق على خلاف ذلك، فإن الادعاء ببطلان العقد أو الزعم بانعدامه 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".

(٢) 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.

(٣) 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، ٢٠٠٤، ص١٢١. كذلك د. ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص٣١١.

إعطاء أطراف التحكيم الحرية في اختيار الطريق التي يرضون بها لتسوية المنازعات(١).

وفي حالة اتفاق الطرفين على التحكيم يترتب على ذلك حرمان أطراف العقد من الالتجاء إلى القضاء بصدد الخصومة التي اتفقوا فيها على التحكيم لنزولهم عن الالتجاء إلى القضاء بصدده، ولا يجوز الرجوع عن ذلك إلا باتفاقهم ولا يحق لأي منهم العدول عن الاتفاق على التحكيم بإرادته المنفردة؛ إذ يظل شرط التحكيم قائماً(٢).

ولكن هناك من رأى(٣) 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 مؤسسات التحكيم التجاري الدولي، فهذا المبدأ يتعلق في الواقع بقواعد آمرة 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

(١) Hunter and Redfern, Law and Practice of International Commercial Arbitration, Sweet and Maxwell (4th ed. 2004) at 265.

(٢) 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 الإجراءات المدنية (١١) لسنة ١٩٩٢ المعمول به في دولة الإمارات العربية المتحدة، منشور في مجلة الحق (شريعة وقانون) بدولة الإمارات، العدد السابع ١٤٢١هـ/ ٢٠٠١م.

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

بمصير العقد الأصلي؛ لأنه لا يجب تأكيد قاعدة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي بأي ثمن، حتى ولو خالف إرادة أطراف اتفاق التحكيم(١).

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 فاعلية، على الرغم من أنه يكون قد ورد في الأصل صحيحاً.

لذلك، فإنه لا بد من ضرورة إعمال مبدأ استقلال اتفاق التحكيم في جميع الأحوال، ما دام قد ورد 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(٢).

---

(١) 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.

(٢) د. ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص٣١٠.

ومن الملاحظ أن ارتباط شرط التحكيم وجوداً وعدماً بالعقد الأصلي الذي يتضمنه، ينتج عنه عدم إمكانية السير في إجراءات التحكيم، حتى يفصل 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 إعلان عدم صلاحيته(١)؛ لأن الموضوع المطروح أمامه يجعله في وضع ينظر في آن 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(٢).

لذا فإنه من غير المقبول عندما يكون العقد الأصلي باطلاً، أو منحلاً، كأن توقف هيئة التحكيم الفصل في الدعوى، وتحيل الأمر إلى قضاء الدولة للبت في صحة العقد الأصلي أو انحلاله، فإذا انتهى قضاء الدولة إلى صحة العقد الأصلي وبقائه، 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 عدم تأثر شرط التحكيم بمصير العقد الأصلي(٣)، بحيث يعتبر التحكيم ملزماً ومرتباً لآثاره، من

---

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

(٢) د. محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ص ١٩٥.
وكذلك د. ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص ٣١١.

(٣) د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦، ص١٩٩ وما بعدها.

حيث عدم اختصاص قضاء الدولة، ومن ثم تختص هيئة التحكيم بتقرير ولايتها. ويحقق الاعتراف باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي اقتصاداً في الوقت والإجراءات، بدلاً من أن يوقف النزاع حتى يفصل القضاء الوطني في صحة العقد، فيتولى المحكم بنفسه الفصل في هذه المسألة(١).

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن اتفاق التحكيم أو شرط التحكيم هو عقد حقيقي(٢) أو هو الاتفاق(٣)، بحسب ما عرفه القانون النموذجي (UNCIRAL) في المادة (١/٧) بأنه: "هو اتفاق بين الطرفين يقضي بإحالة كل أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية، ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في صورة شرط تحكيم وارد في عقد أو في صورة اتفاق منفصل"، وعرفه

(١) د. ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص٣١١.

(٢) 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 ١٩٩٢. للمزيد انظر كتابة اتفاق التحكيم وتفسيره في القوانين العربية - منتدى قوانين قطر، بحث للدكتور حمزة حداد
متاح في: www.mn840.net/forum/showthread.php?t=7847
كذلك المادة (١/١٠) من قانون التحكيم المصري نصت على أنه: "١ – اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية".

(٣) هذه الصيغة التي اعتمدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في دورتها التاسعة والثلاثين عام ٢٠٠٦.
Article 7. Defi nition and form of arbitration agreement
(As adopted by the Commission at its thirty-ninth session, in 2006)
1 - "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 defi ned legal relationship, whether contractual or not. An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement.

آخرون[1] 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 موضوع 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 على أنه:

أ – يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه مستند وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله 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 أثناء نظر النزاع من قبل المحكمة، فعلى المحكمة أن تقرر إحالة النزاع إلى التحكيم، ويعد هذا القرار بمثابة اتفاق تحكيم مكتوب.

(١) د. حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دون طبعة، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، ١٩٩٨، ص ١٤.

وتنص المادة (٣/١٠) من قانون التحكيم المصري على أنه: "٣ – 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". وكذلك المادة (١٢) من القانون ذاته على أنه: "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويكون أتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة". إذ جاء ذلك موافقاً للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥ وتعديلاته التي اعتمدت عام ٢٠٠٦، الذي نص في المادة (٣/٢/٧) منه على أنه:" يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً. ويعتبر الاتفاق مكتوباً إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي 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 ذلك 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.

---

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

Article 7. Defi nition and form of arbitration agreement
(As adopted by the Commission at its thirty-ninth session, in 2006)
2 - The arbitration agreement shall be in writing.
3 - An arbitration agreement is in writing if its content is recorded in any form, whether or not the arbitration agreement or contract has been concluded orally, by conduct, or by other means.

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، وبتلك المثابة لا ينبغي أن يوضع في وضع أدنى من وضع قاضي الدولة، بربط مصيره ومهمته المستمدة من اتفاق التحكيم، بمصير العقد الأصلي؛ إذ يزول المحكم ومهمته بزوال ذلك العقد(١).

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

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 ومشارطة التحكيم، والاعتراف بهما على قدم المساواة، وإعطاء شرط التحكيم ذات القوة الإلزامية، لمشارطة التحكيم، في مفهوم قانوني واحد(١).

لبيان 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 ببطلان العقد لايترتب عليه بطلان شرط التحكيم، وتختص هيئة التحكيم بالفصل في الدفوع الخاصة بعدم اختصاصها، ولها أن تستمر في إجراءات التحكيم وأن تفصل في الدفع بعدم الاختصاص في قرارها النهائي(٢)،

(١) 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 ومشارطة التحكيم. انظر تفصيلاً د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ١٩٩٨، ص٣٤٥.

(٢) لقد صدر قانون التحكيم التجاري الدولي الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم (17/140p) بتاريخ ١١ ديسمبر ١٩٨٥، وذلك =

ومن المؤكد أن الاعتراف بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه لا يستخلص بشكل صريح من الاتفاقيات الدولية الرئيسة المنظمة للتحكيم ومن هنا فان التصديق على هذه الاتفاقيات من قبل الدول الأطراف فيها ليس هو السبب في تبني أنظمتها القانونية لهذا المبدأ(١).

أما اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨م بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها لم تتحدث عن قاعدة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الوارد فيه، وان ما ظهر من محاولات فقهية لتفسير المادة الثانية(٢) من تلك الاتفاقية إلى قول

= في اجتماعها العام رقم ١١٢، الذي دعت فيه الحكومات الدول الأعضاء إلى الأخذ بعين الاعتبار قواعد هذا القانون وتطبيقه عند حاجتها لمباشرة التحكيم التجاري الدولي في علاقاتها التجارية الدولية.

راجع نص هذا القرار في:

Official Records of the General Assembly; Forteenth Session, Supplement No. 17 (140/17) Annex l.New york 1985.

(١) د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص١٢٦.

(٢) تنص المادة الثانية من اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها على مايلي:

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 (باتفاق 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.

=

البعض[١]: إن المادة الثانية من اتفاقية نيويورك، وإن لم تكن قد تعرضت صراحة لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ومختلف نتائجه القانونية – أعطته قوة لم تكن له من قبل؛ ذلك أن الاعتراف الوجوبي 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 مبدأً مقبولاً في الروابط بين مختلف الدول وليس مجرد اجتهاد من قضاء وطني. وكذلك الحال بالنسبة للقواعد التي تؤكد مبدأ الاستقلالية الواردة في نظم هيئات التحكيم الدولية؛ إذ يمكن أن تصير هذه بدورها مؤسسات مهنية لا تملك قوة الالتزام تجاه المتعاملين معها الذين يرتضون طواعية الخضوع لقواعدها.

فيما يرى البعض الآخر من الفقه[٢] بخصوص المادة الثانية من اتفاقية نيويورك أن اجتهادات الفقه والقضاء في الدول المتقدمة قد أدت إلى تحميل هذا

= Article II

1 - Each Contracting State shall 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.

2 - 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.

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

(١) للمزيد انظر تفصيلاً د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص٢١٠ وما بعدها. كذلك د. ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص٣١٥.

(٢) د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٩٩. كذلك د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص٤٧٨.

النص نتائج 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 الثالثة من المادة الخامسة منها، إذ نصت على أن: "المحكم له سلطة تقدير اختصاصه وتقرير صحة اتفاق التحكيم أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءاً منه".

Article V - Plea as to Arbitral Jurisdiction

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

وهذا النص يشير بطريقة ضمنية، وأكيدة، إلى قاعدة استقلال اتفاق التحكيم، فالمحكم 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

(١) د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الجزء الخامس، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٧ ص٢١٦.

(٢) المادة (٢١) من قواعد لجنة المم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونسيترال Uncitral بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٧٦م. =

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 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 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.

٤ - بوجه عام، تفصل هيئة التحكيم في الدفع بعدم اختصاصها بوصفه مسألة

= Article 21

1- The arbitral tribunal shall have the power to rule on objections that it has no jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration clause or of the separate arbitration agreement.

2 - The arbitral tribunal shall have the power to determine the existence or the validity of the contract of which an arbitration clause forms a part. For the purposes of article 21, an arbitration clause which forms part of 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.

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

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

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 ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم"[٣].

---

(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 لمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الوارد فيه بجميع أبعاده ونتائجه. للمزيد انظر تفصيلاً الدكتور فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص ٢١٧. وكذلك 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 تتعلق به 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 16. Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction1 - 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.

وبذلك يكون القانون النموذجي قد أقر صراحة بمبدأ استقلال شرط التحكيم؛ حيث يتميز القانون النموذجي – على الرغم من تبنيه نظرية استقلالية شرط التحكيم – بأنه لم يقفل باب المحاكم القضائية، ولم يربط القاضي بالمحكم، ولا المحكم بالقاضي بل ترك للاثنين إمكانية العمل، ولا سيما المحكم. فإذا أصدر القاضي حكمه قبل المحكم، امتنع على هذا الأخير السير في التحكيم. أما إذا أصدر المحكم قراره قبل القاضي فإن هذا القرار سيعرض حتماً على قاضي التنفيذ، مما يجعل بالإمكان 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[١].

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[٢].

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

(٢) د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق ص٢١٠.
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:
(a) The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country; or
(b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.

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 العربية 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**"(١).

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 (١٥/٢-٢) 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،

(١) 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 والمشارطات المقدمة للتحكيم أمام المركز، ما لم يقم 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.

يعتبر اتفاق التحكيم مستقلاً عن العقد موضوع النزاع، فإذا أبطل العقد أو انقضى لأي سبب، يبقى اتفاق التحكيم نافذاً"(١).

وهذا النص جاء موافقاً لنص المادة (١٨) من لائحة إجراءات التحكيم، لدى مركز التحكيم التجاري لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام ١٩٩٤م المتقدم بيانه.

وفيما يتعلق بقواعد التحكيم المطبقة لدى مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، "قواعد حسم منازعات التجارة والاستثمار المعدلة عام ٢٠٠٢م" فإنها القواعد نفسها الصادرة عن لجنة 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 (٢١/ ٢) 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 ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم"(٢).

أما عن أنظمة أو لوائح هيئات التحكيم الدولي التي أشارت بطريقة ضمنية، إلى قاعدة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الوارد فيه – غُرفة التجارة الدولية بباريس لعام ١٩٩٨ – حيث نصت المادة (٦/ ٤) منه على أنه: "ما لم

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٤٧٧.

(٢) Article 21 of The United Nations Commissions on International Trad Law (UNCITRAL).
The arbitral tribunal shall have the power to determine the existence or the validity of the contract of which an arbitration clause forms a part. For the purposes of article 21, an arbitration clause which forms part of 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.

يتفق على خلاف ذلك فإن الادعاء ببطلان العقد أو الزعم بانعدامه لا يترتب عليه عدم اختصاص المحكم إذا ارتأى صحة اتفاق التحكيم. وحتى في حالة انعدام العقد أو بطلانه فإن اختصاص المحكم يستمر لتحديد حقوق الأطراف والبت فيما يدعونه(١).

وبالنظر إلى هذا النص فإنه لم 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 ببطلان العقد الأصلي أو انعدامه، وما دامت هيئة التحكيم المختصة قدرت بفصل النزاع فإن اتفاق التحكيم ذاته صحيح. وفي الواقع إن قاعدة الاختصاص بالاختصاص ليست شِقاً أو قريناً لقاعدة استقلال اتفاق التحكيم، ومع ذلك فإنه نظراً للروابط بين القاعدتين، يمكن القول إن نص المادة (٦/ ٤)، 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(٢). والدليل على ذلك أن الفقرة (٤) قد وردت ضمن أحكام المادة السادسة الخاصة بآثار اتفاق التحكيم(٣).

---

(١) د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص١٣٨. وكذلك د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص١٢٨.

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص٤٨٢.

(٣) وهذا النص كان مقرراً من قبل في نظام تحكيم الغرفة الملغى عام ١٩٨٨م؛ 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 قضاء 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 اتفاق 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 العقد 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 تأثر 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

(١) د. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، مرجع سابق، ص١٣٣. ود. سامية راشد، مرجع سابق، ص١٣٩.

(٢) د. أحمد مخلوف، مرجع سابق، ص ١١٨.

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 بذور– معه، وعندما طلب الطرف الإيطالي الأمر بتنفيذ الحكم في فرنسا دفع الطرف الفرنسي برفض طلب الأمر بالتنفيذ استناداً، إلى أن العقد الأصلي الوارد بشأنه اتفاق التحكيم كان باطلاً بطلاناً مطلقاً، لمخالفته قواعد النظام العام المتعلقة بالاستيراد والتصدير في فرنسا، ومن ثم بطلان شرط التحكيم(١). 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 ومشارطة التحكيم) عن العقد الأصلي استقلالاً قانونياً تاماً. وبعد ذلك توالت 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"(٢). كما أكدت محكمة النقض الفرنسية، دعمها لاستقلال شرط التحكيم الدولي، في قضية (Hachet) سنة ١٩٧٢، وذلك في نزاع يتعلق بقيام إحدى الشركات 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 الشركة المذكورة دفعت ببطلان الشرط الوارد في عقد الوكالة، على أساس أن القانون الفرنسي وهو

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

(٢) د. محسن شفيق، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، ص٩٢، د. إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص ٩٢. لقد جاء في الحكم المذكور أن اتفاق التحكيم في التحكيم الدولي سواء أكان قد 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 ص٢٠٣.

القانون الواجب التطبيق على العقد يمنع شرط التحكيم في العقود المبرمة بين التجار وغير التجار. وعندما عرض النزاع على محكمة النقض الفرنسية، رفضت المحكمة هذا الدفع مقررةً صراحة مبدأ استقلال شرط التحكيم عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي، بقولها: "لاتفاق التحكيم استقلال قانوني كامل في مسائل التحكيم الدولي"(١).

وفي إشارة إلى قاعدة الاستقلال، نذكر حكم التحكيم الذي أصدره في كوبنهاجن بتاريخ ١٤ كانون الثاني١٩٨٢م، المحكم B.Gomard في قضية الشركة الفرنسية aquitaine Elfa والحكومة الإيرانية المتعلقة بعقد امتياز بترولي ادعت تلك الأخيرة ببطلانه، لمخالفته أحكام قانون التأميم الإيراني لسنة١٩٥١م ومن ثم ببطلانه شرط التحكيم الوارد به، ومن ثم انهيار أساس اختصاص التحكيم، غير أن المحكم الوحيد في القضية، رفض ذلك 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 التحكيمات الدولية(٢).

لذلك نلاحظ أن ما جاء في حكم التحكيم السابق يوحي بأن قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الوارد فيه، ليست قاعدة عادية، بل هي قاعدة

(١) د. سامية راشد، مرجع سابق، ص٩٥. وكذلك د. إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص٩٢.

(٢) هذا ما أكدته كتابات المؤلفين الأكثر تخصصاً في التحكيم الدولي، وكذلك لوائح التحكيم المعتمدة لدى المنظمات الدولية، 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 ابتداء على الرغم مما تتمسك به الحكومة الإيرانية من بطلان ذلك الشرط تبعاً لبطلان العقد الأصلي، للمزيد انظر تفصيلاً د. أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، المصدر نفسه.

من طبيعة خاصة؛ أي قاعدة موضوعية من قواعد القانون الدولي الخاص للتحكيم التجاري الدولي.

موقف القضاء الإنجليزي:

كانت بدايات القضاء الإنجليزي ترفض رفضاً قاطعاً مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي تضمنه(١)، لكن سرعان ما تراجع عن هذا المسلك(٢) وأقر صراحة "استقلالية اتفاق التحكيم" وذهب إلى أنه إذا ما تم فسخ العقد أو إنهاؤه 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 التحكيم حكم العقد الاصلي إذا لم يبرم العقد الأصلي أصلاً أو لم يكن له وجود قانوني بالفعل، كما لو كان باطلاً بطلاناً مطلقاً(٣).

موقف القانون السويسري:

لقد جاء القانون السويسري الجديد بنص أكثر وضوحاً ودقة؛ حيث نص في الفقرة الثالثة من المادة (١٧٨) على أنه: "لايمكن الطعن في صحة اتفاق التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي أو أن اتفاق التحكيم يتعلق بنزاع لم يحدث بعد"(٤).

---

(١) انظر: Clive sehmitthoff; The jurisdiction of the arbitrator, The Art of Arbitration; Liber Amicorum Pieter sander, 1983. p. 290.

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

(٣) انظر تفصيلاً د. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة، دار الشروق، ٢٠٠٢، ص١٤٨ وما بعدها. كذلك انظر د. سامية راشد، مرجع سابق، ص ١٠٠.

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

المبحث الرابع
استقلال شرط التحكيم وفقاً للقانون الأردني والقانون المصري

إن اغلب التشريعات والقوانين محل الدراسة تكاد لا تخلو من نصوص تؤكد استقلال 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(١). إذ جاء في حكم لمحكمة التمييز الأردنية(٢): "إن الخلاف يتعلق ببطلان العقد ذاته فإن تقرر البطلان فلا يعمل بأي بند من بنود الاتفاقيات"، حيث استندت في قرارها إلى المادة (٢٣١) من القانون المدني الأردني التي تنص على أنه: "إذا بطل الشيء بطل ما ضمنه". وبناءً عليه، فإن بطلان العقد الأصلي يؤدي إلى بطلان شرط التحكيم الموجود في العقد المذكور(٣)؛ إذ من الممكن تأسيس مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، على نظرية

(١) 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 الشائعة 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 القانون المدني لبيان مدى تطبيق مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الوارد ضمنه من عدمه.

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

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

انتقاص العقد[١]؛ حيث نصت المادة (١٦٩/١) من القانون المدني الأردني على أنه "إذا كان العقد في شق منه باطلاً، بطل العقد كله إلا إذا كانت حصة كل 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 التحكيم باطلاً، فإن الشرط الخاص بالتحكيم قد يبقى صحيحاً، إذا توافرت شروطه، 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 هذا 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[٢].

---

(١) للمزيد في نظرية انتقاص العقد انظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، ١٩٨١، ص٤٤٥. وكذلك د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، ١٩٨٧.

(٢) 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.

كما أن مبدأ استقلال شرط التحكيم يمنع التداخلات الإجرائية؛ بحيث لا يستطيع أحد أطراف النزاع أن يعطل إجراءات التحكيم بسوء نية(١).

وقد أتى المشرع الأردني بموضوع جديد من موضوعات التحكيم؛ حيث أصبح شرط التحكيم مستقلاً تماماً عن العقد الأصلي الوارد فيه، ويترتب على ذلك القول إن 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(٢).

موقف القانون المصري:

يعتبر التشريع المصري من أهم التشريعات التي قررت مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الوارد فيه(٣).

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

---

(١) د. ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص٣٢٨.

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

(٣) 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، ص٣٥٣ ود. سامية راشد، مرجع سابق، ص١٠٧.

بعض 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 بوصفها خارجة عن إطار محاكم الدولة، لا تستطيع الفصل في ذلك الادعاء، 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 أن المحكم يستمد سلطانه من العقد الذي تم الاتفاق فيه على التحكيم، فإذا كان هذا العقد محل خلاف بين الأطراف، بشأن العقد الأصلي فإن ذلك ينسحب أثره إلى شرط التحكيم، وهو ما يعني تبعية شرط التحكيم للعقد الأصلي.

وذهب رأي(٣) إلى القول 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(٤) إلى ضرورة استقلال شرط التحكيم؛ لأن في استقلال شرط ما يساعد أطراف النزاع على التوصل إلى حل سريع لخلافاتهم.

وفي الاتجاه نفسه، ذهب البعض(٥) إلى القول إن شرط التحكيم؛ له موضوعه أو محله الخاص به، ويتمثل في تنحية النزاع المشترط التحكيم فيه عن سلطان القضاء، وإسناد ولاية الفصل فيه إلى هيئة خاصة يعينها طرفا

---

(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، ص٤٧.

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

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

(٤) د. عزالدين عبدالله، تنازع القوانين في مسائل التحكيم الدولي في مواد القانون الخاص، مصر المعاصرة، ١٩٧٨، ص٢٥. انظر تفصيلاً د. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، ٢٠٠٢، ص١٧٠ وما بعدها.

(٥) د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٣٥٤. =

النزاع، أو يتفقان على كيفية تعيينها، أو يتركان أمر 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 مقاولة، أو بيع، وسببه الحفاظ على استمرار العقد وتنفيذه، بينما سبب العقد الأصلي قد يكون الربح، أو إتمام مشروع معين، أو غير ذلك، واختلاف المحل، والسبب هو أساس استقلالية كل منهما عن الآخر(١).

إن مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الذي تعلق به، يترتب عليه نتائج مهمة(٢) أوردها الدكتور مصطفى الجمال والدكتور عكاشة عبدالعال، هي:

النتيجة الأولى: أن مصير العقد ليس له أثر على شرط التحكيم المتعلق به، فهذا الشرط يبقى صحيحاً منتجاً لآثاره، 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 إن مثل هذا السبب يلحق العقد الأصلي كما

= وتجدر الإشارة إلى أن محل شرط التحكيم هو عمل إجرائي بحت، وهو محل منفصل ومستقل تماماً عن موضوع أو محل العقد الأصلي الذي يضاف إليه كعقد بيع، أو إيجار، أو نقل، أو قرض أو غيره، واختلاف موضوع العقدين أو محلهما على هذا النوع يجعل كلاً منهما عقداً مستقلاً ومنفصلاً عن الآخر، حتى وإن تضمنتهما وثيقة واحدة.

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

(٢) د. مصطفى محمد الجمال ود. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص ٣٥٧.
ووردت هذه النتائج أيضاً في الموقع الإلكتروني:
www.djelfa.info/vb/showthread.php?p=1212978

يلحق شرط التحكيم؛ لأن أياً منهما يجب أن يُبرم ممن يتمتع بالأهلية والسلطة اللازمة للتعاقد. ومن ثم فبطلان العقد الأصلي، أو فسخه، أو إنهاؤه، لا يمنع من إنتاج شرط التحكيم لآثاره؛ 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 ببطلان ذاتي، أو سقوطه أو غير ذلك، لا يؤثر على بقاء العقد الأصلي منتجاً لآثاره، 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 يسجلها، أو حتى من دون أي نص يسجل مبدأ استقلال شرط التحكيم ذاته. 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 اختصاصها بما في ذلك البت في أية اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق تحكيم أو بصحته، ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي**

(١) المادة ٢٢، الفقرة١ من قانون التحكيم المصري نصت على أنه "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، في ذلك الدفوع المبنية على عدم جواز اتفاق تحكيم أو سقوطه أو عدم شموله لموضوع النزاع".

يشكل جزءاً من عقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى. وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم"(١).

الخاتمة:

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

أولاً – نتائج الدراسة:

١ – يعتبر استقلال شرط التحكيم التجاري عن العقد الأصلي الوارد فيه من أهم المبادئ التي استقر عليها 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 الالتجاء إلى القضاء بصدد الخصومة التي اتفقوا فيها على التحكيم لنزولهم عن الالتجاء إلى القضاء، ولا يجوز الرجوع عن ذلك إلا باتفاقهم، ولا يحق لأي منهم العدول عن الاتفاق على التحكيم بإرادته المنفردة؛ إذ يظل شرط التحكيم قائماً.

٣ – يتمتع شرط التحكيم بوجوده القانوني باستقلال كامل عن العقد الأصلي الوارد فيه، فلا يتأثر من ثم بحكم هذا العقد فيما يلحقه من بطلان؛ حيث أخذ المشرع الأردني بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الوارد فيه؛ إذ جاء موافقاً لقانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، والقانون النموذجي

(١) للمزيد انظر تفصيلاً د. عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم في البلاد العربية، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص١٥١.

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 التجاري 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 من 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 "يُعد 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 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 لعام١٩٧٧ 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 – الدكتور أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الرابعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠١.

٣ – الدكتور أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.

٤ – الدكتور أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.

٥ – الدكتور خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي في منازعات المشروعات الدولية المشتركة دار الشروق، ٢٠٠٢.

٦ – الدكتور سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، ١٩٨٧.

٧ – الدكتور عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم – التحكيم في البلاد العربية – الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية.

٨ – الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، ١٩٨١.

٩ – الدكتور فتحي والي، الوسيط في قانون 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- الدكتور محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية.

١٣- الدكتور مصطفى محمد الجمال، والدكتور 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- الدكتورة سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤.

١٦- الدكتورة 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:

1 - Hunter and Redfern, Law and Practice of International Commercial Arbitration, Sweet and Maxwell (4th ed. 2004).

2 - Official Records of the General Assembly; Forteenth Session, Supplement No. 17 (140/17) Annex l.New york 1985.

3 - Clive sehmitthoff; The jurisdiction of the arbitrator, The Art of Arbitration ; Liber Amicorum Pieter sander, 1983.

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 العُماني رقم ٤٧لسنة١٩٩٧.

٥ – قانون التحكيم الفلسطيني رقم ٣لسنة٢٠٠٠.

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 لسنة١٩٨٥ وتعديلاته التي اعتمدت 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 أيار١٩٩٢.

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 كإحدى وسائل تسوية المنازعات، ورقة عمل للدكتور هيثم عبد الرحمن البقلي، متاح في
www.kenanaonline.com//ws.dralbakly/blog/76756/.../1

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 = 1212978