

مبدأ استقلالية شرط التحكيم البحري عن العقد الأصلي
في القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية

**LE PRINCIPE DE L'INDÉPENDANCE DE LA CLAUSE D'ARBITRAGE
MARITIME
DU CONTRAT INITIAL DANS LES LOIS INTERNES ET LES
CONVENTIONS INTERNATIONALE**

أ. زروالي سهام

—أستاذ مساعد قسم "أ"—

كلية الحقوق و العلوم السياسية — جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف—

Zerouali_Siham@yahoo.fr

أ. بخيت عيسى

—أستاذ مساعد قسم "أ"—

كلية الحقوق و العلوم السياسية — جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف—

bekhit.5@gmail.com

الملخص:

إن مبدأ إستقلال شرط التحكيم البحري عن العقد الأصلي الوارد فيه، يعتبر من أهم المبادئ المستقرة حالياً في مجال التحكيم التجاري الدولي بصفة عامة و التحكيم البحري بصفة خاصة، حيث كرسته معظم التشريعات الدولية، وذلك نظراً للأهمية العلمية لهذه المسألة والتي تظهر بصفة خاصة في مدى تأثير هذا الشرط بما يلحق العقد الأصلي من عوارض قانونية.

الكلمات المفتاحية:

التحكيم التجاري، شرط التحكيم، القانون البحري، مبدأ الإستقلالية.

Résumé:

Le principe de l'indépendance de la clause d'arbitrage maritime du contrat initial qui y est contenu, est considéré comme l'un des principes les plus établis actuellement dans le domaine de l'arbitrage commercial international en matière d'arbitrage général et maritime en particulier, où il a consacré la majeure partie de la législation internationale, compte tenu de l'importance scientifique de cette question et qui montre en particulier dans la vulnérabilité cette condition attachée au contrat original, y compris les poutres juridiques.

Mots clés:

Arbitrage Commercial, la Clause D'arbitrage, Droit Maritime, le Principe de L'indépendance.

مقدمة:

يجري العمل على أن يتضمن عقد النقل البحري شرطاً يتفق بمقتضاه الأطراف على حسم ما قد تثور بينهم من منازعات في المستقبل بسبب هذا العقد بواسطة التحكيم وبعيدا عن محاكم الدولة المختصة أصلاً بنظرها، وهذا الشرط هو ما يسمى بـ "شرط التحكيم البحري"، والذي يمكن تعريفه بأنه اتفاق أطراف العلاقة البحرية بموجب نص في العقد المبرم بينهم على عرض المنازعات¹ التي من المحتمل أن تنشأ عن مستقبل هذه العلاقة على التحكيم، وهذه الصورة تستخدم في عقود النقل البحري

سواء تم بسند شحن أو بموجب مشاركة إيجار، وفي عقود التأمين البحري وعقود البيع البحري، وعقود بناء السفن وإصلاحها و شرائها وفي اتفاقات المساعدة البحرية والإنقاذ وبصفة عامة في كافة العقود البحرية.

ومن أهم الإشكالات القانونية التي تواجه هذا الشرط والتي تثار بشأنها جدل فقهي كبير هي مسألة مدى إستقلالية هذا الشرط التحكيمي² عن العقد الأصلي الوارد فيه، خاصة وأن بحث هذه المسألة ظهرت نتيجة لضرورة عملية، فمبدأ الاستقلالية يعد بمثابة حجر الزاوية للتحكيم التجاري الدولي، فمنذ أن أقره القضاء الفرنسي بمناسبة الحكم في قضية GOSSET³ سنة 1963، استقر عليه ولم ينقض بعد ذلك⁴. خاصة وأن أهمية بحث مسألة العلاقة بين العقد الأصلي وشرط التحكيم تظهر في فرضيتين:

الأولى: عند التمسك ببطلان العقد الأصلي أو فسخه أو انقضائه بأحد أسباب الانقضاء، ففي هذه الحالة يثور التساؤل حول مدى تأثير شرط التحكيم بما قد يلحق العقد الأصلي من أسباب البطلان أو الفسخ أو الانقضاء، ومدى إمكانية اللجوء إلى هيئة التحكيم رغم هذا الوضع⁵، **والثانية:** عندما يكون العقد الأصلي صحيحا، لكن شرط التحكيم قد لحق به عارض قانوني.

ونظرا لأهمية هذه المسألة في مجال تفعيل التحكيم التجاري الدولي وتشجيع الأطراف للجوء إليه خاصة في مجال التجارة الدولية، ويهدف إعطاء شرط التحكيم الحصانة اللازمة والضرورية من أجل حمايته من التقاعس وتماطل الأطراف سيئة النية، مما دفع بمعظم القوانين الداخلية للدول، بملء الفراغ الذي تركته الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، وأخذت بالحلول التي أتت بها لوائح التحكيم ذات الطبيعة الدولية وتلك المعتمدة لدى مراكز التحكيم، والتي لم يتأخر المحكمون الدوليون عن تطبيقها كلما طرحت عليهم هذه المسألة.

ومن أجل الإحاطة بكل هذا ارتأينا أن نبرز من خلال هذه الدراسة موقف كل من القوانين الداخلية للدول وكذا الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم إضافة إلى أحكام و لوائح التحكيم البحري من هذه المسألة.

المحور الأول: مبدأ الإستقلالية في القوانين الداخلية

لقد تطرقت معظم التشريعات الداخلية للدول، إلى مسألة تنظيم العلاقة التي تربط شرط التحكيم بالعقد الأصلي، حيث نصت معظمها على فصله عن العقد الذي يرد فيه وجسدت بذلك المبدأ الذي وضعته محكمة النقض الفرنسية سنة 1963⁶، وبذلك تكون قد سدت الفراغ الذي تركته الاتفاقيات الدولية للتحكيم التي لم تنص بصفة مباشرة على هذا المبدأ كما سنرى لاحقا.

أولا: الوضع في القانون الفرنسي

لم يتناول تشريع 1981 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، مسألة استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، تاركا إياها للاجتهاد القضائي⁷، حيث أن التقرير المقدم إلى رئيس الوزراء من قبل وزير العدل الفرنسي حول التشريع الجديد للتحكيم الدولي، قد أوضح أن هذه النصوص الجديدة لا تتعارض أبدا مع ما أرسته محكمة النقض الفرنسية، بخصوص النظام

القانوني للتحكيم الدولي. وخاصة فيما يتعلق بنطاق شرط التحكيم واستقلاله عن العقد الأصلي وعدم تأثره ببطلان هذا العقد⁸.

لقد طرحت مسألة استقلالية شرط التحكيم على محكمة النقض الفرنسية، بمناسبة القضية المعروفة بقضية GOSSET، وقد قررت في حكمها الشهير الصادر بتاريخ 1963/05/07 مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي مقررته أنه "في مجال التحكيم التجاري الدولي، فإن اتفاق التحكيم سواء كان مبرما على نحو منفصل أو كان مدرجا في التصرف القانوني المتعلق به، فإنه يتمتع دائما- إلا في بعض الظروف الاستثنائية- باستقلالية قانونية كاملة حيث لا يتأثر بما قد يلحق هذا التصرف من بطلان"⁹.

وبذلك تكون محكمة النقض قد قررت بذلك قاعدة موضوعية من قواعد القانون الدولي الخاص الفرنسي، مؤكدة انفصال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وما يترتب عن ذلك من نتائج حول صحة شرط التحكيم رغم بطلان العقد الأصلي، وإمكانية تطبيق قانونين مختلفين أحدهما على شرط التحكيم، والأخر على العقد الأصلي، ومقررة سلطة المحكم في الفصل في الدعوى رغم بطلان العقد الأصلي¹⁰.

ثم توالى الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الفرنسي، والتي تؤكد نفس المبدأ، إلى غاية الإقرار باستقلاله نهائيا عن العقد الأصلي ورفع التحفظ الذي عبرت عنه محكمة النقض الفرنسية في قرارها السابق بـ "الظروف الاستثنائية" نظرا لعدم استنتاج أي نتيجة عملية منها¹¹، و كان ذلك من خلال قضية IMPEX حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأن "اتفاق التحكيم يتمتع باستقلال قانوني في القانون الدولي الخاص الفرنسي".

أما في المجال البحري فقد تقرر إستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي في قضيتين بحريتين، استخدمت في الأولى منهج التنازع لتقرير صحة شرط التحكيم باستبعاد تطبيق قواعد القانون الفرنسي الداخلي، وفي الثانية مقررة صحة شرط التحكيم بعيدا عن منهج التنازع، مشكلة قاعدة موضوعية مقتضاها صحة شرط التحكيم في عقود التجارة البحرية الدولية بصرف النظر عن العقد الأصلي الذي يحتويه.

أ - القضية الأولى: San Carlo يتعلق النزاع بسند شحن أبرم من قبل أحد الأشخاص المعنوية الفرنسية، في 1952/04/02 و بمقتضاه ستحال المنازعات التي ستنشأ عن عملية النقل البحري بواسطة السفينة "سان كارلو" من أثيوبيا إلى مرسيليا، إلى ثلاثة محكمين في مدينة جنوة الإيطالية وفقا للقانون الإيطالي.

وأمام محكمة النقض الفرنسية طعن الشخص المعنوي العام ببطلان شرط التحكيم مكيفا المسألة بأنها مسألة تتعلق بالأهلية وبالتالي يطبق القانون الفرنسي لتحديد أهلية هذا الشخص المعنوي العام للتحاكم. وقد كان القانون الفرنسي آنذاك في المادتين 1004 و 83 من قانون الإجراءات المدنية القديم يمنع إدراج شرط التحكيم وإبرامه من قبل الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة. ولكن محكمة النقض في حكمها الصادر في 1964/04/14 قررت صحة شرط التحكيم الذي تبرمه الدولة أو أحد أشخاصها المعنوية العامة، مسببة حكمها أن المنع من اللجوء إلى التحكيم لا يشكل مشكلة الأهلية في معنى المادة 3/3 من القانون المدني الفرنسي، وأن هذه المسألة تخضع لقانون العقد وليس لقانون جنسية الأطراف المتعاقدة، وبذلك فإن

المنع المقرر في المادة 1004 و المادة 83 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القلم لا يشكل عقبة أمام الشخص المعنوي العام، وخضوعه كباقي أطراف القانون الخاص لقانون أجنبي يجيز صحة شرط التحكيم عندما يكون العقد دولياً¹².

ب - القضية الثانية GALAKIS: فيتعلق النزاع بمشارطة إيجار مبرمة في لندن في عام 1940 بين وزارة النقل البحري الفرنسية، ومالك السفينة اليونانية Galakis، وكان البند 17 من المشارطة، يقضي بأن أي نزاع قد ينشأ بمقتضى هذا العقد سوف يحال إلى التحكيم في لندن، ولكن عندما صدر حكم التحكيم امتنعت وزارة النقل البحري الفرنسية عن تنفيذه، محتجة بعدم أهليتها لإبرام شرط التحكيم وفقاً لأحكام القانون الفرنسي¹³.

ولكن محكمة النقض الفرنسية رفضت في حكمها الصادر في 1966/05/02، هذا الاحتجاج مقررته صحة شرط التحكيم وأسست موقفها هذا ليس على أساس منهج التنازع واستبعاد تطبيق القانون الفرنسي ولكن على أساس قاعدة موضوعية في القانون الفرنسي تفيد بصحة شرط التحكيم، في العقود الدولية المبرمة وفقاً لشروط ومقتضيات التجارة البحرية¹⁴.

وبالتالي يمكن القول أن القضاء الفرنسي قد أخذ بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي بكل أبعاده، بحيث فصل فصلاً تاماً بين مصير شرط التحكيم ومصير العقد الأصلي الذي ورد فيه، وذلك بغض النظر عن أية طوارئ أو مستجدات يمكن أن تلحق بالعقد الأصلي وتؤثر على وجوده أو صحته.

ثانياً: الوضع في القانون المصري

لقد انقسم الفقه المصري حول مسألة استقلالية شرط التحكيم إلى فريقين: فريق رافض للفكرة ويذهب إلى عدم فصل شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وليس لمحكمة التحكيم سلطة البث في صحة أو بطلان الاتفاق الخاص بالتحكيم، وفريق آخر يرى إمكانية الأخذ بمبدأ الاستقلالية¹⁵.

إلا أنه بصدور قانون التحكيم المصري الجديد لسنة 1994، قد وضع حد للخلاف الفقهي حول هذا المبدأ، إذ أكد في مادته 23 على استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي الوارد فيه، بحيث نصت المادة 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".

وبهذا يكون القانون المصري قد وضع حداً ليس فقط للاختلاف الفقهي حول مبدأ استقلالية شرط التحكيم، ولكن وضع حد أيضاً للخلاف حول أسباب إجازة الفقه المصري¹⁶ لهذا المبدأ قبل صدور القانون الجديد للتحكيم فهو بذلك قد اتخذ موقفاً واضحاً أكد به تأييده لمبدأ استقلالية شرط التحكيم، وعدم تأثره بأي بطلان يطرأ على العقد الأصلي الذي ورد فيه، و م يفرق في ذلك بين التحكيم الداخلي و التحكيم الدولي¹⁷.

وعلى عكس المشرع الفرنسي الذي ترك القضاء يؤكد هذه الاستقلالية، فإن المشرع المصري نص عليها صراحة وبشكل واضح لا يدع مجالاً للشك. والجدير بالملاحظة هو أن نص المادة 23 من قانون التحكيم المصري الجديد، لم تقتصر فقط على تقرير مدى تأثير بطلان العقد الأصلي على شرط التحكيم وإنما تعدت ذلك إلى تقرير عدم تأثر شرط التحكيم بفسخ العقد الأصلي أو انقضائه، وهذا ما يفسر تكريس المشرع المصري لهذا المبدأ بكل نتائجه.

ثالثا: موقف المشرع الجزائري

إن قانون الإجراءات المدنية الجزائري القديم و قبل صدور المرسوم التشريعي 09/93 لم يتضمن أي نص خاص بمسألة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي. وفي هذا المجال قال الأستاذ " أحمد محيو " بأن المشرع الجزائري أقر هذا المبدأ و إن كان لم يصرح به¹⁸، واستند في قوله هذا إلى عدة حجج أهمها: عدم وجود أي نص يقضي بغير ذلك، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فقد استند إلى نص المادة 104 من القانون المدني الجزائري، حيث نصت هذه المادة على أنه: " إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابل للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابل للإبطال فيبطل العقد كله ".

إلا أن المعيار الذي اعتمد عليه النص معيار صعب وغير دقيق، وهو قيمة أو مكانة الشق الباطل أو القابل للإبطال، ويصعب تطبيقه في مجال العلاقات الدولية الخاصة، لأن اللجوء إلى التحكيم يعتبر بمثابة ضمان من الضمانات التي تساعد على إبرام العقود، كما يصعب إثبات ذلك لاختلاف موضوع كل منهما بحيث يتمثل موضوع شرط التحكيم في إجراءات تسوية المنازعات بينما موضوع العقد الأصلي هو الالتزامات الموضوعية بين الطرفين، هذا من جهة. ومن جهة أخرى حتى لو اعتمدنا هذه المادة فإنها سوف تحل فقط مسألة تأثير بطلان شرط التحكيم عن العقد الأصلي، لكنها لن تعطينا الحل أو لن تبين لنا أثر بطلان العقد الأصلي على شرط التحكيم، فهل يبطل معه أم لا ؟

و لكن بصدور المرسوم التشريعي 09/93 لم يعد هناك مجالاً لطرح مثل هذا التساؤل فقد نصت المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 2008/02/05، حيث نصت في فقرتها الرابعة أنه: " لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي ".

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد كرس مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، والذي أصبح حالياً من المبادئ الأساسية للتحكيم التجاري الدولي، نظراً للدور الذي يلعبه في مجال تحقيق فعالية اتفاق التحكيم، لكن على عكس ما يراه البعض، فإن تكريس هذا المبدأ في القانون الجزائري لم يأتي بصفة مباشرة وصریحة، وإنما يستنتج ضمناً من نص هذه المادة بنصها على عدم ارتباط بطلان شرط التحكيم ببطلان العقد الأصلي الوارد فيه¹⁹.

رغم أن المشرع الجزائري قد كرس مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي بموجب المادة 1040 إلا أن نصه هذا اقتصر فقط على تقرير عدم ارتباط بطلان شرط التحكيم ببطلان العقد الأصلي، ولكن لم يبين لنا ماذا عن ارتباط شرط التحكيم بالعقد الأصلي في حالات الانقضاء الأخرى كالفسخ أو الانقضاء...، فمن الأحسن لو تفسر هذه المادة تفسيراً أوسع من هذا، حتى تتماشى مع ما نصت عليه القوانين الداخلية لبعض الدول²⁰ وكذا الأحكام القضائية والتحكيمية في هذا المجال، والتي قررت أن مصير شرط التحكيم غير مرتبط بمصير العقد الأصلي ليس فقط في بطلانه ولكن حتى الانقضاء الكامل للعقد لا يؤثر على شرط التحكيم. فكان الأجدر بالمشرع الجزائري أن يفعل كما فعل المشرع المصري، وينص صراحة على مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي بكل أبعاده.

المحور الثاني: مبدأ إستقلالية شرط التحكيم في الاتفاقيات الدولية

إن غياب النص الصريح على مبدأ استقلالية شرط التحكيم، في أهم الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم التجاري الدولي، أدى إلى اختلاف الفقه في استنتاج تكريسه من طرف هذه الاتفاقيات.

أولاً: اتفاقية نيويورك لعام 1958

إن اتفاقية نيويورك 1958 الخاصة بالاعتراف وتنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية، لم تنص أو بعبارة أدق لم تنظم إجراءات التحكيم في حد ذاتها، وذلك خوفاً من الخروج عن نطاق موضوعها، ولكن بعد النقاش الحاد أثناء صياغتها النهائية²¹، اتفقت الدول المجتمعة لتوقيعها على ضمها مادة خاصة بمعالجة اتفاقات التحكيم، بوصفها أساس الأحكام التحكيمية وهي المادة الثانية من هذه الاتفاقية²².

وهذا ما أدى بجانب من الفقه إلى القول بأن مجال اتفاقية نيويورك أوسع بكثير من موضوع الاعتراف و تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية، وذهب هذا الجانب من الفقه حد القول بأن هذه الاتفاقية قد قننت مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، واستند في ذلك إلى ما تضمنته المادة الثانية منها من قواعد تقضي بإلزام الدول الأعضاء بالاعتراف باتفاق التحكيم المكتوب، ومنع محاكمها من نظر المنازعات التي اتفق الأطراف بشأنها على اللجوء إلى التحكيم²³.

غير أن هذا الرأي لم يصمد أمام الانتقادات الشديدة التي تعرض لها، لأنه حمل نص المادة الثانية من الاتفاقية أكثر من مدلولها حيث وصف ب: "التفسير المغالى فيه"²⁴ لأن هذا النص لم يتعرض لمبدأ استقلال شرط التحكيم، فبرغم من أنه أوجب على الدول الأعضاء الاعتراف باتفاقات التحكيم، ومنع محكمها من نظر المنازعات التي اتفق الأطراف على حلها بطريق التحكيم، إلا أنه لم يتضمن أية إشارة إلى أن ذلك يمكن أن يتحقق في حالة بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو انقضائه، فهذا النص لم يتضمن أية إشارة إلى مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، أو تأثره بما قد يلحق هذا الأخير من أسباب البطلان أو الفسخ أو الانقضاء.

وقد ذهب جانب آخر من الفقه، إلى استخلاص أن اتفاقية نيويورك قد أشارت ضمناً إلى مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي و ذلك في نص المادة 01/05/أ بحيث نصت أنه " يجوز رفض الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه إذا استطاع الطرف المتمسك ضده بالحكم أن يقدم الدليل على أن اتفاق التحكيم لم يكن صحيحاً طبقاً للقانون المختار من قبل الأطراف أو قانون البلد الذي صدر فيه الحكم في حالة عدم وجود أي بيان من قبل الأطراف في هذا الصدد ". فيرى البعض أن نص المادة يستشف منه أنه يمكن أن يخضع اتفاق التحكيم، إلى قانون آخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي، وبالتالي يمكن تصنيف اتفاقية نيويورك ضمن الاتجاهات المؤيدة لمبدأ استقلالية شرط التحكيم²⁵.

غير أنه و إن كان نص المادة (1/5أ) قد تعرض لمسألة القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وهذا أمر طبيعي لأن اتفاق التحكيم هو مصدر سلطة المحكم بالفصل في النزاع، وبالتالي أساس حكم التحكيم نفسه، إلا أن هذا النص لم يتطرق إلى القانون الذي يحكم العقد الأصلي حتى يمكن لنا استخلاص أن الاتفاقية قد أقرت مسألة استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، فيما يتعلق بالنظام القانوني الذي يحكمه²⁶.

وخلاصة القول أن اتفاقية نيويورك لم تتضمن أي مادة تفيد استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، فالمادة 02 من هذه الاتفاقية قد تحدثت عن الحالات التي لا يمكن معها تطبيق قاعدة عدم اختصاص القضاء الوطني أي لم تبين علاقة شرط التحكيم بالعقد الأصلي. أما المادة 05 فقرة أولى-أ- فإنها بينت القانون الذي يحكم صحة شرط التحكيم، لكن ذلك ليس مقارنة بالقانون الذي يحكم العقد الأصلي، أي لم تنص على إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون غير ذلك الذي يحكم العقد الأصلي، والأكد أن اتفاقية نيويورك لم تتضمن أي نص يحول دون الأخذ بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي و تركت بذلك " تنظيم هذه المسألة إلى القوانين المحتملة تطبيقها على هذا الاتفاق "27.

ثانيا: اتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي " اتفاقية جنيف " 1961

لقد اختلفت الآراء الفقهية حول ما إذا كانت الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي الموقع عليها في جنيف بتاريخ 1961/04/21 قد كرست مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي أم لا، و ذلك لأنه رغم عدم تضمينها أي نص يقر صراحة بهذا المبدأ إلا أنها قد اتخذت موقفا صريحا فيما يتعلق بمسألة اختصاص المحكمين بالفصل في اختصاصهم، وذلك من خلال نص المادة 03/05²⁸.

ولذلك يرى جانب من الفقه²⁹ بالاستناد إلى نص هذه المادة أن اتفاقية جنيف قد كرست بشكل صريح مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وذلك عندما عهدت للمحكم بسلطة الفصل حول وجود أو صحة اتفاق التحكيم أو العقد الذي يعتبر شرط التحكيم جزءا منه، فبالتالي الاتفاقية قد قررت مبدأ استقلالية شرط التحكيم وكذلك مدت سلطة المحكم للفصل حول وجود العقد الأصلي وصحته علحد السواء.

بينما يرى جانب آخر من الفقه³⁰ أنه رغم أن هذه الاتفاقية قد أشارت صراحة في أحكامها على اختصاص المحكم في أحكامه أي قاعدة " الاختصاص بالاختصاص "31 و الذي يعتبر من آثار مبدأ استقلالية شرط التحكيم، إلا أنها لم تتخذ موقفا صريحا بشأن مدى إعمالها لمبدأ استقلالية شرط التحكيم.

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

لقد نص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي على مبدأ استقلالية شرط التحكيم في نص المادة 1/16 والتي تقضي أنه « يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو صحته. ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءا من العقد كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى. وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطالان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم ». و هكذا فإن القانون النموذجي قد قرر بوضوح مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي أو انفصاله القانوني عنه³².

وبما أن هذه اللجنة الدولية مشكلة من شخصيات قانونية تمثل مختلف الأنظمة القانونية في العالم، يمكن القول بأن القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي يعكس الاتجاه السائد في العالم حول المسائل المتعلقة بالتحكيم، وقد نصت هذه اللجنة في المادة المذكورة كما قلنا صراحة على استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

المحور الثالث: استقلالية شرط التحكيم في لوائح وأحكام التحكيم البحري

على عكس الاتجاه الذي اتخذته الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم والتي لم تشير بشكل صريح إلى مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، باستثناء البعض منها فقط، فإن هذا المبدأ قد تم تكريسه بشكل واضح وصريح من قبل العديد من لوائح وأحكام التحكيم البحري.

أولاً: لائحة التحكيم لغرفة التحكيم البحري بباريس

نصت لائحة التحكيم لغرفة التحكيم البحري بباريس³³ عن مبدأ استقلال شرط التحكيم البحري عن العقد الذي ورد فيه و ذلك بموجب نص المادة 10 منها، والتي نصت على: " المحكم أو المحكمون ما هم إلا قضاة يملكون البت في اختصاص غرفة التحكيم البحري، و صحة هذا الاختصاص، كما أنهم على وجه الخصوص أهل للفصل حول وجود و صحة اتفاق التحكيم أو العقد الأصلي الذي يشمل عند الاقتضاء، وأيضا حول نطاق اختصاصهم ".

ثانياً: لائحة تحكيم المنظمة الدولية للتحكيم البحري

في هذه اللائحة أيضا ورد النص على مبدأ استقلالية شرط التحكيم في مادتها الخامسة فقرة الثانية والتي نصت على أنه: " ما لم يشترط العكس، فإن الادعاء ببطالان أو عدم وجود العقد الأصلي لا يؤثر على اختصاص المحكم والذي يستمد من صحة اتفاق التحكيم، ويبقى المحكم مختصا أيضا في حالة عدم وجود أو بطلان العقد الأصلي لتحديد حقوق الأطراف والفصل في طلباتهم ".

ثالثاً: لائحة تحكيم لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية « اليونسترال 1976 »

لقد نصت هذه اللائحة على مبدأ الاستقلال و ذلك عندما نصت مادتها 21 في فقرتها الثانية على أنه: " يكون لمحكمة التحكيم سلطة الفصل في وجود أو صحة العقد الذي يشكل شرط التحكيم جزءا منه، و لأغراض هذه المادة يعتبر شرط التحكيم الذي يشكل جزءا من العقد و الذي ينص على إجراء التحكيم طبقا لهذه القواعد اتفاقا مستقلا عن سائر شروط العقد الأخرى، وإذا صدر القرار من محكمة التحكيم ببطالان العقد فإن ذلك لا يستتبع بقوة القانون عدم صحة شرط التحكيم³⁴ ".

فهذه اللائحة تمنح المحكم بشكل واضح سلطة الفصل والنظر في وجود أو صحة العقد الأصلي، ومقرة باستقلال شرط التحكيم عنه، أي أن للمحكم بموجب هذه المادة سلطة الاستمرار في نظر النزاع حتى ولو ثبت عدم وجود أو بطلان العقد الأصلي.

رابعاً: أحكام التحكيم البحري الصادرة عن غرفة التحكيم البحري بباريس

لقد استخدمت هيئات التحكيم البحري التابعة للغرفة الحق المخول لها من قبل لوائحها في تقرير مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي و عدم ارتباط مصيره بمصير هذا العقد، بحيث تعرضت إلى عدة أمور أهمها " عدم وجود العقد الأصلي - بطلان العقد الأصلي - فسخ العقد الأصلي³⁵ ".

خلاصة

إذا كان مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي، يعتبر حالياً من المبادئ المستقرة في مجال التحكيم التجاري الدولي، فإن ذلك يرجع بالدرجة الأولى إلى تقريره و تكريسه من قبل التشريعات الداخلية للدول الخاصة بالتحكيم وكذا من قبل أهم لوائح التحكيم ذات الطبيعة الدولية وتلك السارية المفعول لدى أهم مراكز التحكيم الدائمة، رغم عدم تطرق أهم الاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم إليه بصفة مباشرة وعدم تكريسه فيها بصفة صريحة، ومعنى آخر إن مسألة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي قد حظي بتأييد أغلبية الفقه الدولي.

قائمة المراجع:

أولاً: باللغة العربية:

أ - الكتب:

- د. محمد ترك، التحكيم البحري، النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2003.
- د. زروقي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري والمقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1991.
- د. عاطف ألقبي، التحكيم في المنازعات البحرية " دراسة مقارنة للتحكيم البحري في لندن ونيويورك وباريس مع شرح أحكام قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية "، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1997.
- د. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.
- د. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الثالثة، 2000.
- د. حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2001.
- د. راشد سامية، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، منشأة المعارف، مصر 1984.
- د. سراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2000.
- د. منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، مصر 2000.

ب- المجالات:

- د. أحمد بلقاسم، استقلالية شرط التحكيم، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 41، عدد 2 لسنة 2004.
- أ. نور الدين بكلي، دور وأهمية اتفاق التحكيم في العقود التجارية الدولية " في القانون الجزائري والقوانين العربية "، مجلة المحكمة العليا-عدد خاص- الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح والوساطة والتحكيم، 15، 16 جوان 2008.
- د. رضا عبيد، شرط التحكيم في عقود النقل البحري، مجلة الدراسات القانونية بحقوق أسيوط العدد السادس، جويلية 1984.

Les Ouvrages en Langue Française

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

Droit Maritime Français (DMF).

FOUCHARD(PH), GAILLARD(E), GOLDMAN(B), Traite de l'arbitrage commercial international, LITEC-DELTA, PARIS, 1996.

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

ROBERT(J), L'arbitrage, Dalloz, 5eme, Edition, PARIS, 1983.

GOLDMAN(B), Arbitrage commercial international, convention d'arbitrage (généralité autonomie et principe de validité, loi applicable), fascicule 586-1, n°23, 1989.

^{1- د/ محمد ترك، التحكيم البحري، النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم في عقد النقل البحري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر 2003، ص 406.}
^{2- يقصد باستقلال اتفاق التحكيم المبرم في صورة شرط تحكيم المدرج ضمن نصوص العقد الأصلي عن هذا العقد، و عن المؤثرات التي قد تأثر في عدم صحته. حيث لا تثار مسألة استقلال اتفاق التحكيم بالنسبة لاتفاق التحكيم المبرم في صورة مشاركة تحكيم إذ أن المشاركة هي بالضرورة عقد منفصل يبرم استقلالا عن العقد الأصلي لحل المنازعات التي نشأت عنه و عن تنفيذه. كما يقصد باستقلالية اتفاق التحكيم عدم تأثره بالعقد الأصلي لا من حيث الصحة و التمسك ببطلانه، و لا من حيث القانون الواجب التطبيق عليه و إمكانية تفادي اللجوء إلى قواعد الإسناد.}

^{3- د/ زروتي الطيب، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري و المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1991، ص 353.}

^{3- تلخص وقائع قضية GOSSET في نزاع حول تنفيذ حكم صدر في إيطاليا بناء على شرط تحكيم ورد في عقد أبرم بين مستورد فرنسي و مصدر إيطالي، حيث قضى هذا الحكم بالتعويض لصالح المصدر الإيطالي، نظرا لخطأ المستورد الفرنسي في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وقد تمسك هذا الأخير بعدم جواز تنفيذ حكم التحكيم، و ذلك على أساس أن العقد الذي تضمن شرط التحكيم باطلا بطلانا مطلقا لمخالفته للنظام العام الفرنسي، لعدم مراعاته للقواعد الآمرة الخاصة بالاستيراد. و تأسيسا على بطلان هذا العقد الأصلي فإن الأمر يستتبع تقدير بطلان شرط التحكيم و إهدار حكم التحكيم الذي صدر بناء عليه.}

^{4- ROBERT(J), L'arbitrage, Dalloz, 5^{ème}, Edition, PARIS, 1983, P 245.}

^{5- د/ أحمد بلقاسم، استقلالية شرط التحكيم، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزء 41، عدد 2 لسنة 2004، ص 72.}

^{6- إن الفضل في بروز مبدأ استقلالية شرط التحكيم يعود إلى الاجتهاد القضائي، بحيث يمكن القول بأن القضاء الهولندي هو أول من قرر صراحة انفصال شرط التحكيم عن العقد الأصلي فصدر بتاريخ 1935/12/27 حكم عن المحكمة الهولندية يقضي بأنه في حالة تنازع الأطراف حول صحة أو بطلان العقد، فإن ذلك لا يمنع من اختصاص المحكم بالفصل في النزاع رغم احتمال عدم صحة العقد الذي ورد به شرط التحكيم. كما أصدر القضاء الألماني في 1952/05/14 حكما يقضي بأن مصير شرط التحكيم يفصل تماما عن مصير العقد الذي يتضمنه، و هو ما قرره القضاء الإيطالي في الحكم الصادر عن محكمة النقض الإيطالية بتاريخ 1959/01/12.}

^{أ/نور الدين بكلي، دور و أهمية اتفاق التحكيم في العقود التجارية الدولية " في القانون الجزائري و القوانين العربية "، مجلة المحكمة العليا-عدد خاص- الطرق البديلة لحل النزاعات: الصلح و الوساطة و التحكيم، 16، 15، جوان 2008. ص 292، 293.}

^{7- FOUCHARD(PH), GAILLARD(E), GOLDMAN(B), Traite de l'arbitrage commercial international, LITEC-DELTA, PARIS, 1996, P 220.}

^{8- د/ عاطف ألفقي، التحكيم في المنازعات البحرية " دراسة مقارنة للتحكيم البحري في لندن و نيويورك و باريس مع شرح أحكام قانون التحكيم المصري في المواد المدنية و التجارية "، دار النهضة العربية القاهرة، مصر 1997، ص 128.}

^{9- Cass. Civ., 7 Mai 1963, Rev. Arb. 1963 p 60.}

^{10- FOUCHARD (PH), GAILLARD (E), GOLDMAN (B), op-cit, p215.}

^{11- Cass. Civ. 4 juillet 1972, Rev. Arb, 1974. Cité par ROBERT(J), op-cit, p 247.}

¹² - د/ عاطف الفقي، مرجع سابق، ص 130.

¹³ - Cass, Civ, 2 Mai 1966, Rev, Arb, 1966, p 99.

¹⁴ - د/ عاطف الفقي، مرجع سابق، ص 131.

¹⁵ - د/ فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 1997 ص 213.

¹⁶ - لقد كان بعض الفقه المصري قد رد تأييده لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم إلى أن القضاء المصري يأخذ بمبدأ استقلال شرط التحكيم وإن كان لم يصرح به. بحيث قضت المحكمة العليا في مصر بأن: "... مجرد تحرير مشاركة تحكيم و التوقيع عليها لا يقطع أيهما في ذاته مدة التقادم لأن المشاركة ليست إلا اتفاقا على عرض نزاع معين على محكمين، و النزول على حكمهم ولا تتضمن مطالبة بالحق... و إذا تضمنت المشاركة إقرارا من المدين بحق الدائن كما لو اعترف بوجود الدين... فإن التقادم ينقطع في هذه الحالة بسبب هذا الإقرار صريحا كان أو ضمنيا، و ليس بسبب المشاركة في ذاتها " فهذا الحكم قاطع في تحديد اتجاه القضاء المصري نحو أعمال مبدأ استقلال شرط التحكيم. فمحكمة النقض تفرق تماما بين اتفاق التحكيم وموضوعه، سواء كان هذا الاتفاق في صورة شرط تحكيم أو مشاركة تحكيم، و بين موضوع الحق المتنازع عليه، وتعتبر أن كلا منهما له مجاله و قواعده و آثاره المستقلة تماما عن الأخرى - د/ رضا عبيد، شرط التحكيم في عقود النقل البحري، مجلة الدراسات القانونية بحقوق أسبوط العدد السادس، جويلية 1984، ص 233، 234.

¹⁷ - د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، مصر 2000، ص 94، 95.

¹⁸ - MAHIOU(A), L'arbitrage en Algérie RASJEP, N°4, O.P.U, Alger 1989. , P714.

¹⁹ - 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

²⁰ - لقد نصت العديد من القوانين الداخلية للدول على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي نذكر في سبيل المثال: قانون المرافعات البلجيكي لعام 1972 في المادة 1697 و أيضا قانون الإجراءات المدنية الهولندي لعام 1986 في المادة 1053 قد تضمننا في صياغة كلتا المادتين أن " اتفاق التحكيم يعتبر مكونا لاتفاق مستقل". - كما أشارت المادة 178 من القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 على أنه: " لا تجوز المنازعة في صحة إتفاق التحكيم بمقولة عدم صحة العقد الأصلي". و أيضا ورد في المادة 08 من القانون الإسباني الصادر في 1988/12/05 بشأن التحكيم على أن " بطلان العقد لا يؤدي بالضرورة إلى بطلان اتفاق التحكيم المدرج فيه ".

وتجدر الإشارة إلى أن بعض الدول و إن لم تنص في قوانينها على استقلالية شرط التحكيم فإنها تقبل بهذا المبدأ كالقانون الألماني و الإيطالي و الليبي وحتى التشريع الأمريكي، لكن بعض التشريعات لها رأي آخر في هذه المسألة، بحيث أن القانون البريطاني لا يقبل هذا المبدأ إلا بصعوبة شديدة، فهو لا يفصل بين العقد الأصلي و اتفاق التحكيم. و نفس الأمر بالنسبة للمشرع السوري فهو لا يعترف باستقلالية شرط التحكيم إذ ينص أنه " في حالة ما إذا كان شرط التحكيم واقعا كبنود في العقد فإنه يتبع العقد الأصلي صحة و بطلانا" - أنظر في ذلك: د/ حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2001، ص 30، 31، 32.

²¹ - د/ راشد سامية، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، منشأة المعارف، مصر 1984، ص 148 و ما يليها.

²² - تنص المادة الثانية من اتفاقية نيويورك 1958 على أنه:

تعتمد كل دولة من الدول المتعاقدة الاتفاقية المكتوبة التي يلتزم فيها الأطراف، بأن تعرض على التحكيم جميع الخلافات التي قامت أو يمكن أن تقوم بينهم بخصوص علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أم غير تعاقدية تتضمن قضية من شأنها أن تسوى عن طريق التحكيم.

المراد ب: " الاتفاقية المكتوبة " و هو الشرط التحكيمي المدرج في العقد أو في اتفاق التحكيم الموقع من الأطراف أو المتضمن في رسائل أو برقيات متبادلة.

تقوم أي دولة متعاقدة، يرفع إليها نزاع بشأن قضية أبرم الأطراف بخصوصها اتفاقية حسب مفهوم هذه المادة، بإحالة الأطراف على التحكيم، بناء على طلب أحد الأطراف، إلا إذا لاحظ أن الاتفاقية المذكورة باطلة، أو عديمة الأثر، أو لا يمكن تطبيقها..."

²³ - د/ راشد سامية، المرجع السابق، ص 146

²⁴ - د/ سراج حسين محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 2000، ص 194.

²⁵ - د/ منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي، منشأة المعارف، مصر، 2000، ص 144.

²⁶ - د/ سراج حسين محمد أبو زيد، المرجع السابق، ص 196.

²⁷ - FOUCHARD (PH), GAILLARD(E), GOLDMAN(B), op-cit, p 219.

28 - تنص الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي على: " المحكم له سلطة تقرير اختصاصه و تقرير صحة اتفاق التحكيم أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءا منه " .

29- «... Cette disposition ne consacre pas l'autonomie de la convention d'arbitrage de manière seulement implicite, par la consécration expresse de la compétence-compétence ; on peut penser qu'elle la confirme aussi en prévoyant que l'arbitre a le pouvoir de statuer sur l'existence ou la validité de la convention d'arbitrage ou du contrat principal, ce qui signifie que l'existence ou la validité sont appréciées séparément pour ces deux contrat.»

- **GOLDMAN(B)**, Arbitrage commercial international, convention d'arbitrage (généralité autonomie et principe de validité, loi applicable), fascicule 586-1 , n°23, 1989, p 8.

30 - د/ حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص 29.

31 - قاعدة " الاختصاص بالاختصاص " هي: مشكلة إجرائية تثير مسألة سلطة المحكم في الفصل حول اختصاصه الأصيل، عندما ينازع في صحة اتفاق التحكيم نفسه.

32 - د/ عاطف ألفتقي، المرجع السابق، ص 141.

33 - غرفة التحكيم البحري بباريس تم تأسيسها عام 1929 بموجب قانون 1 يوليو 1901، بواسطة اللجنة المركزية الفرنسية لمجهزي السفن. تمت وقف نشاطها بسبب اندلاع الحرب العالمية الثانية ثم أعيد تنظيمها من جديد في 8 نوفمبر 1966.

34 - د/ عاطف ألفتقي، المرجع السابق، ص 143، 144.

35 - Sentence N° 758 du 12 Décembre 1989, D.M.F 1990, P 637.

- Sentence N° 720 du 20 Janvier 1989, D.M.F 1989, P 480.