

## استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي

ط/ علالي عبد الرحمن - طالب دكتوراه

جامعة الدكتور مولاي الطاهر - سعيدة

### الملخص

استعرضنا من خلال هذه الدراسة استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي أين تناولنا التعريف بشرط التحكيم، وأن المقصود بهذا الشرط: الاتفاق الذي يتم قبل حدوث النزاع وسواء ورد هذا الاتفاق في عقد من العقود، أو في اتفاق لاحق على إبرام العقد الأصلي، ويلتزم الأطراف بمقتضى ذلك بإخضاع ما قد يثور من خلافات بينهم حول تنفيذ العقد، أو تفسيره لمحكمين للفصل فيه بدلاً من قضاء الدولة. وأن هذا الشرط أصبح معترفاً به في معظم القوانين العربية والأجنبية، وكذلك في المعاهدات الدولية المعنية بالتحكيم.

وأن المقصود من استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي معناها: أن عدم مشروعية العقد الأصلي، أو بطلانه، أو فسخه، لا يؤثر على شرط التحكيم، وذلك لأن شرط التحكيم يعالج موضوعاً مختلفاً عن موضوع العقد الأصلي. وأن هناك مبررات لمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، ولعل أهم هذه المبررات هو اختلاف موضوع شرط التحكيم عن موضوع العقد الأصلي، فالعقد الأصلي قد يتعلق بشراء أو بيع أو توريد، أما شرط التحكيم فموضوعه حل المنازعات التي من الممكن أن تثار حول تنفيذ أو تفسير العقد الأصلي مستقبلاً. ومن هذه المبررات أيضاً اختلاف سبب كل منهما، فالسبب في شرط التحكيم هو التعهد بعدم اللجوء إلى القضاء، أما السبب في العقد الأصلي فهو مختلف تماماً. وأن مبدأ استقلالية شرط التحكيم نصت عليه الغالبية العظمى من القوانين العربية والأجنبية، وأن هذا المبدأ كرسه أحكام القضاء في العديد من أحكامها، ولذلك فإن هذا المبدأ أصبح معترفاً ومسلماً به.

### Abstract

We reviewed through this study " Independence of the International Commercial Arbitration Agreement for the original contract".. Where we took the

definition provided for arbitration, which means that: the condition is an agreement made before the conflict and whether the condition is mentioned in a contract or in an agreement made after the original contract confirmation. The parties are committed under this subject to give away any conflicts that may arise among them on the implementation, or interpretation of the contract to the arbitrators for decision instead of the state's judgment. This condition has been recognized in most Arab and foreign laws, as well as in international treaties concerned about Arbitration.

The independence of the arbitration clause from the original contract means that the illegality, invalidity or repeal of the original contract do not affect the arbitration clause, because the arbitration clause deals with a different theme from that of the original contract. There are justifications for the principle of the arbitration clause independence from the original contract, and perhaps most important of these is the difference in the subject of the arbitration clause from that of the original contract. The original contract may be related to the purchase, sale or supply, but the arbitration clause resolves the conflicts that may arise on the implementation or interpretation of the original contract in the future. One of these justifications is the difference between each of their reasons. As for the reason of the arbitration clause is the commitment not to resort to justice, but the original contract reason is entirely different. The principle of the independence of the arbitration clause is stipulated in the vast majority of Arab and foreign laws. The judgment provisions have included this principle in many of its provisions, therefore, this principle has been recognized and granted.

#### مقدمة

نظرا لأهمية الدور الذي يلعبه التحكيم في حسم منازعات عقود الاستثمار، فضلا عما تتميز به هذه العقود من خصوصية مستمدة من وجود الدولة طرفا فيها وكذلك تعلقها بمصالح حيوية للدولة المضيفة للاستثمار، فإنه يكون من الهام جدا أن تتوفر عملية تحكيم فعالة وعلى درجة كبيرة من الكفاءة للتعامل مع

هذه المنازعات.

ويستلزم لتحقيق فعالية التحكيم كضمانة إجرائية لحسم منازعات الاستثمار تبنى العديد من المبادئ القانونية الضرورية للوصول إلى عملية تحكيم منظمة وفعالة، أهمها مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي و الذي أضى من المبادئ المستقرة حالياً في إطار القوانين الوضعية أو المعاهدات الدولية و قرارات ولوائح التحكيم.

وتستمد هذه الاستقلالية من اختلاف موضوع كل من العقدين، العقد الأصلي واتفاق التحكيم الذي يعتبر عقداً آخر ذو طبيعة مختلفة مندمجا من الناحية المادية بالعقد الأصلي، فالاتفاق على التحكيم هو مجرد عقد يعنى بالإجراءات ولا يعنى بتحديد الحقوق والالتزامات المترتبة عند العقد الأصلي في حين ينصب محله على الفصل فيما يثور من منازعات ناشئة عن الشروط الموضوعية التي يتضمنها العقد الأصلي.

وعلى الرغم من أن البعض يذهب إلى القول بوجود قاعدة موضوعية عبر دولية مؤداها استقلال اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي إلا أن مسألة الاستقلالية كانت محلاً للجدل و النقاش بين أنصار استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي والمنادين بعدمها، إذ برزت الحاجة جليا في العديد من الأنظمة القانونية إلى ضرورة بحث طبيعة العلاقة التي تربط العقد الأصلي موضوع النزاع وبين اتفاق التحكيم كآلية لحل النزاع.

وعلى الرغم من تعدد الصور التي تثار فيها مسألة العلاقة بين الاتفاق على التحكيم والعقد الأصلي -سواء عند التمسك ببطلان العقد الأصلي أو انقضائه ومدى تأثير ذلك على اتفاق التحكيم أو في حال الفرض المعاكس القاضي بأن يكون العقد الأصلي صحيح و يكون اتفاق التحكيم قد لحق به عارض قانوني - فإن تقرير استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يؤدي إلى قبول إخضاع العقد الأصلي لنظام قانوني يختلف عن ذلك الذي يحكم اتفاق التحكيم، وعلى العكس من ذلك فإن القول بعدم الاستقلالية يعني إخضاع العقدين إلى ذات النظام القانوني.

من هنا يطرح الإشكال حول العلاقة بين الاتفاق على التحكيم و العقد الأصلي وتقدير مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي؟ وتقتضي منا الاجابة علي السؤال المطروح أولا توضيح مضمون مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ثم نعرض تقدير المبدأ من خلال موقف العديد من الأنظمة القانونية المعاصرة والمعاهدات الدولية و لوائح التحكيم.

### المبحث الأول : مضمون مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

لقد ظهر مفهوم جديد لاستقلالية اتفاق التحكيم يفك الارتباط ليس فقط بينه وبين العقد الأصلي المتعلق به، وإنما ذهب إلى حد الاستقلالية عن كل قانون وطني داخلي يمكن أن يخضع له اتفاق التحكيم بأن أصبح اتفاق التحكيم صحيحا وقائما بمجرد الاتفاق عليه.

#### المطلب الأول: تعريف وطبيعة المبدأ

من الشائع في فقه التحكيم أن المبدأ المذكور ظهر أولا في القضاء الفرنسي حيث كرسته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 7 مايو 1963 في قضية "Gosset"<sup>1</sup> وعلى الرغم من تكريس المبدأ في النصوص و القوانين الداخلية إلا أنها لم تضع تعريفا له أين تركت المسألة للفقه .

#### الفرع الأول: المعنى التقليدي للمبدأ

وهو ما يعبر عنه بالاستقلال المادي اتجاه العقد وينصرف المفهوم التقليدي لمبدأ استقلال شرط التحكيم إلى انفصال هذا الشرط عن العقد الأصلي الذي ورد فيه، أو ارتباط به بحيث ينظر دائما في تقدير صحة شرط التحكيم إلى ذات ماهيته أي من حيث وجوده هولا من حيث وجود العقد<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - حفيفة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 121

<sup>2</sup> - أحمد مخلوف، مفهوم استقلال شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية-دراسة قانونية في التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص 224.

وبهذا الخصوص عُرِفَت استقلالية اتفاق التحكيم أن ننظر إلى اتفاق التحكيم الوارد في عقد على أنه عقد قائم بذاته، رغم أنه ليس إلا جزء من هذا العقد أو أحد بنوده<sup>1</sup>.

و يقصد باستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي: أن عدم مشروعية العقد الأصلي، أو صحته أو بطلانه، أو فسخه، لا يؤثر على شرط التحكيم، سواء كان هذا الشرط مدرجا في العقد الأصلي، أمكان مستقلاً عنه في صورة اتفاق تحكيم وأساس هذا النظر أن اتفاق التحكيم يعالج موضوعاً مختلفاً عن موضوع العقد الأصلي لأن اتفاق التحكيم تصرف قائم بذاته له كيانه المستقل عن العقد الأصلي<sup>2</sup>.

نلاحظ من التعريف أنه عالج مسألة العيب الذي قد يصيب العقد الأصلي وعدم تأثير هذا العيب على شرط التحكيم ولم يعالج الصورة العكسية وهي مسألة العيب الذي قد يلحق شرط التحكيم، ومدى تأثيره على العقد الأصلي، وهذه مسألة من الممكن أن تثور مما يستوجب وضع حلول عملية لها.

### الفرع الثاني: المعنى الحديث للمبدأ

لم يقف مفهوم استقلال شرط التحكيم عند المعنى التقليدي الذي ينصرف إلى استقلاله عن العقد الأصلي، وإنما اتخذ مفهوماً آخر أو التصور الحديث لاستقلالية اتفاق التحكيم عن كل قانون وطني، فالاستقلالية بهذا المعنى لم تعد تعني فقط الاستقلال المادي عن العقد الأصلي، وإنما الاستقلالية بالنسبة لمختلف القوانين الوطنية التي يخضع اتفاق التحكيم لها بتطبيق منهج التنازع المعروف في إطار علاقات القانون الدولي الخاص.

كما يرى البعض أن: " الاستقلال الموضوعي يتطرق إلى العلاقة بين اتفاق التحكيم و العقد الأصلي الذي يحتويه " بمعنى أنه لا يتأثر باحتمال عدم صحة هذا الأخير - العقد الأصلي- بمعنى آخر الاستقلالية هي تحصين لاتفاق التحكيم في مواجهة

<sup>1</sup> - أحمد إبراهيم إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1997، ص 89.

<sup>2</sup> - EL AHDAB (A) , La loi libanaise sur l'Arbitrage , Edition Juridiques, SADER, 1996, p37

أسباب احتمال عدم صحة العقد الأصلي، وبالتالي استقلالية اتفاق التحكيم بغض النظر عن كونها تثور في حالة ادعاء الأطراف ببطلان العقد الأصلي أو فسخه ومن ثم نزع اختصاص المحكم في الفصل في النزاع، فجاء هذا المبدأ ليتصدى أمام أي تدرع ببطلان العقد الأصلي للتهرب من الخضوع للتحكيم و اللجوء إلى القضاء العادي<sup>1</sup>.

على ضوء ما سبق فإن القصد من مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ليس المعنى المادي منه بل المعنى القانوني، فهو لا يعني بالضرورة استقلال محل رضاء وقبول اتفاق التحكيم عن الرضاء والقبول بشأن العقد الأصلي كما أن مبدأ الاستقلالية يعني أن شرط التحكيم يمكنه أن يلقى ذات المصير الذي يلقاه العقد الأصلي في حالة انتقال ما يترتب من حقوق عن هذا العقد.

والفكرة التي استند عليها مبدأ استقلال شرط التحكيم و مشارطته<sup>2</sup> هي أن شرط التحكيم والعقد الأصلي يشكلان عملين متميزين، وبالتالي فإن شرط التحكيم عقد في العقد، وبتعبير آخر أنه عقد مواز للعقد الأصلي، ، فمحل شرط التحكيم هو عمل إجرائي بحت، وهو محل منفصل عن العقد الأصلي الذي يضاف إليه على نحو يجعل كل منهما عقدا متميزا عن الآخر، وإن تضمنتهما وثيقة واحدة حيث أن العمل الإجرائي محل شرط التحكيم إنما يتعلق بحسم المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي الذي يهدف إلى تحديد حقوق والتزامات الأطراف الموضوعية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> -MAYER (P) L'autonomie substantielle ou matérielle envisage la convention d'arbitrage par rapport au contrat. Elle consiste à tenir pour autonome la convention d'arbitrage par rapport au contrat dans laquelle elle est stipulée de sorte qu' elle n'est affectée par l'invalidité de ce dernier. En d'autre terme , l'autonomie substantielle consiste à immuniser la convention d'arbitrage à l'égard de causes d'invalidité susceptible d'affecter le contrat l ladite convention, l'autonomie de l'arbitre dans l'appréciation de sa propre compétence ,R.C.A.D.I.,1989,p79.

<sup>2</sup> محمود مختار أحمد بريري. التحكيم التجاري الدولي، دراسة خاصة للقانون المصري الجديد بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دارلهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 1995، ص36.

<sup>3</sup> - مصطفى الجمال ، امتداد شرط التحكيم خارج الإطار التقليدي للعقد المتعلق به، مجلة الدراسات القانونية ، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية العدد السابع، بيروت، 2001، ص67.

## المطلب الثاني: مصدر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

ذهب أغلب رجال القانون في مؤلفاتهم إلى القول بأن أول تكريس صريح لهذا المبدأ كان من خلا القضاء الفرنسي ، في الحكم الشهير في القضية المعروفة<sup>1</sup> Gosset.

### الفرع الأول: تطبيق القضاء الفرنسي لاستقلال شرط التحكيم

إن الشائع في فقه التحكيم بأن أول تكريس صريح لهذا المبدأ كان من خلال القضاء الفرنسي سنة 1962، من خلال قضية المعروفة<sup>2</sup> Gosset أين قضت محكمة النقض الفرنسية بما يلي: " في إطار التحكيم التجاري الدولي، فإن اتفاق التحكيم سواء تم هذا الاتفاق على نحو منفصل ومستقل عن التصرف القانوني الأصلي أو تم إدراجه به فإنه يتمتع دائما -إلا في ظروف استثنائية- باستقلال قانوني كامل، يستبعد معه أن يتأثر اتفاق التحكيم بأي بطلان محتمل يلحق بهذا التصرف"<sup>3</sup>.

ثم تكرر تطبيق مبدأ استقلال شرط التحكيم في القضاء الفرنسي، مع ملاحظة أن القيد السابق الذي أوردته محكمة النقض بخصوص عدم تطبيق المبدأ "في حالات استثنائية" لم يرد دائما<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - على الرغم أن هناك قرارات أخرى صادرة قبل هذا القرار لكن ليس بالصراحة التي جاء بها قرار Gosset حيث أكدت المحكمة في عبارات ذات مغزى على الاستقلالية.

<sup>2</sup> - إذ أصدرت محكمة النقض الفرنسية (الدائرة المدنية) في 7 مايو 1963 حكماً يقر صراحة بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي في التحكيم الدولي، وقد أكد الحكم المذكور " في إطار التحكيم التجاري الدولي، فإن اتفاق التحكيم سواء تم هذا الاتفاق على نحو منفصل ومستقل عن التصرف القانوني الأصلي أو تم إدراجه به فإنه يتمتع دائما —إلا في ظروف استثنائية— باستقلال قانوني كامل، يستبعد معه أن يتأثر اتفاق التحكيم بأي بطلان محتمل يلحق بهذا التصرف"الحكم المذكور مع التعليق في: (H.): MOTOLUSKY

Cass.Civ. 07 mai 1963, Rev. Crit.D.I.P: P. 615.,

<sup>3</sup> - يلاحظ أن القضاء الفرنسي كان يرفض مبدأ استقلال شرط التحكيم صراحة حتى أواخر الخمسينيات من القرن العشرين، انظر مصطفى الجمال ، عكاشة عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية في ضوء القانون المصري 94/27، الطبعة الأولى، منشورات حلي الحقوقية، 1998، ص 351.

<sup>4</sup> - حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم من حيث استقلاليته وآثاره و النظام القانوني الذي يحكمه ومدى تأثير قانون التحكيم المصري الجديد بها، دار الفكر الجامعي، 1996، ص 23.

وهذا المبدأ الذي وضعته محكمة النقض الفرنسية سارت عليه أيضا محاكم الإستئناف الفرنسية في العديد من أحكامها فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قضية <sup>1</sup>IMPEX إلى تأييد قاضي الموضوع فيما ذهب إليه من اعتبار اتفاق التحكيم اتفاقا مستقلا من الناحية القانونية، وفقا للقانون الدولي الخاص الفرنسي، بالعقد الوارد على تصدير الحبوب إلى إيطاليا<sup>2</sup>.

وفي قضية <sup>3</sup>MENICUCCI، أبرم العقد الأصلي بين شركة هولندية وشخص فرنسي لا يعد تاجرا، ولما كان القانون الفرنسي يحظر أن يتضمن العقد في هذه الحالة شرط التحكيم، فإن الطرف الفرنسي متجاهلا شرط التحكيم الوارد في العقد قام باللجوء إلى القضاء العادي الفرنسي.

ولقد قررت محكمة استئناف باريس صحة اتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية، بالنظر إلى أن استقلاليته تحول دون إمكانية تأثره بأسباب البطلان أو عدم المشروعية الواردة في أي قانون وطني<sup>4</sup>.

ولقد أبرزت هذه القضايا وغيرها بشكل واضح تطبيق مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي، ودرج بعدها على تطبيقه في الكثير من القضايا المشابهة حيث لا يزال مبدأ استقلال شرط التحكيم مبدأ قضائيا في فرنسا أي أنه لم يكرس تشريعا، فالقواعد النازمة للتحكيم في فرنسا والواردة في قانون

<sup>1</sup> -ALEXENDRE : Cass.Civ.Fr. du 18 mai 1971, J.D.I., p124

<sup>2</sup> - والذي صور على أنها عملية بيع إلى البرتغال وسويسرا ومنها إلى إيطاليا للاستفادة من القواعد والمزايا الموفرة في داخل السوق الأوروبية المشتركة بهدف التصدير لدول أخرى خارج السوق، فرفضت السلطات الجمركية الفرنسية تراخيص التصدير بسبب الغش. وعندما أثبتت مسألة بطلان العقود نظرا لعدم مشروعية السبب ومدى تأثر شرط التحكيم بهذا البطلان، انتفى القضاء الفرنسي إلى أن بطلان العقود الأصلية بسبب عدم مشروعية سببها لتوافر الغش لا يؤثر على صحة شرط التحكيم نزولا عند مبدأ الاستقلالية التي يتمتع بها هذا الشرط بالنسبة للعقد الأصلي. حفيظة السيد الحداد ، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم المرجع السابق ، ص 23.

<sup>3</sup> -FOUCHARD(PH.): C.A.P. le 13 decembre 1975, Rev.Arb., 1977.1977, P 106.

<sup>4</sup> - حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة، المرجع السابق، ص 24.



أصول المحاكمات الفرنسي، لم تنص عليه صراحة وحاول بعض الشراح استنباط مبدأ استقلالية شرط التحكيم بدلالة إشارة المادة 1446 من قانون المرافعات الفرنسي لسنة 1981 التي تقضي بأنه "إذا كان شرط التحكيم باطلا فإنه يعتبر غير مكتوب"<sup>1</sup>؛ إذ يمكن فهم هذا النص على أنه اعتراف ضمني باستقلال مصير العقد الأصلي عن شرط التحكيم وبالمقابل استقلال صحة شرط التحكيم عن مصير العقد الأصلي<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: أساس استقلال شرط التحكيم في القضاء الفرنسي

من اللافت أن القضاء الفرنسي عند تطبيقه مبدأ استقلال شرط التحكيم لم يتطرق إلى تفسير الشرط محل النزاع وإنما طبق المبدأ المذكور كقاعدة عامة، فقد ذهب محكمة النقض الفرنسية إلى أن مبدأ استقلال شرط التحكيم يطبق كقاعدة مادية في القانون الدولي للتحكيم دون اللجوء إلى أحكام القانون الوطني ويؤكد بعض الفقه أن "استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي لا يعد قاعدة تنازع قوانين بل قاعدة قانون دولي خاص مادي تتعلق بالتحكيم التجاري الدولي ولا تدع محلا لتطبيق أي قانون أجنبي مما قد تحدده قاعدة التنازع"<sup>2</sup>.

ولا نكاد نجد إلا قضية نادرة أشارت فيها محكمة استئناف باريس إلى أن استقلال شرط التحكيم يطبق طالما كان يتسع ليشمل النزاع حول صحة العقد الأصلي<sup>3</sup>، إلا أن الفقه الفرنسي اعتبر موقف محكمة الاستئناف خروجاً على اجتهاد محكمة النقض الفرنسية التي لم تشترط تفسير شرط التحكيم كأساس لتطبيق مبدأ استقلال هذا الشرط<sup>4</sup>، ويرفض بعض الفقه صراحة استبعاد مبدأ استقلال شرط

<sup>1</sup> - حيث يعتبر أن استقلال شرط التحكيم يستفاد بدلالة الاقتضاء من المادة نفسها؛ مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 352.

3-حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة، المرجع السابق، ص 9.

4-قرار محكمة استئناف باريس في قضية *Gefimex v Transgrain* بتاريخ 1996/11/14 مجلة التحكيم، باريس 1997 ص 434.

<sup>4</sup> -Derains, Yves, Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale, 1993, p.829

التحكيم من خلال اتفاق الأطراف أو تفسير شرط التحكيم لأن استبعاد ذلك المبدأ تبعاً لإرادة الأطراف يشكل "تقويضاً خطيراً لمبدأ الاستقلال الذي أصبح من المبادئ المعترف بها عالمياً ، فهذا المبدأ يتعلق في الواقع بقاعدة أمرة في التنظيم القانوني للتحكيم التجاري الدولي لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها"<sup>1</sup>.

ويستفاد من ذلك أن القضاء الفرنسي لم يستند في تطبيق مبدأ استقلال شرط التحكيم إلى القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم التجاري الدولي لذلك يرى جانب من الفقه الفرنسي أنه بالنسبة للقاضي الفرنسي فإن اتفاق التحكيم يعتبر مستقلاً عن العقد الأصلي أياً ما كان الحل الذي يتبناه القانون الأجنبي المحتمل التطبيق على هذا العقد وأياً ما كانت طبيعة القواعد الواجبة التطبيق على اتفاق التحكيم ذاته<sup>2</sup>.

فبحسب القضاء الفرنسي يعد مبدأ استقلال شرط التحكيم مبدأً دولياً؛ وبتصنيفه على أنه قاعدة مادية فإنه يطبق مباشرة على اتفاق التحكيم التجاري الدولي دون حاجة إلى تفسير الاتفاق ولا الرجوع إلى قانون وطني؛ وهو أيضاً مبدأ يتعلق باتفاق التحكيم التجاري الدولي سواء كان شرطاً في عقد أو اتفاقاً منفصلاً عن العقد.

يمكن القول إذن إن القضاء الفرنسي لا يؤسس استقلال شرط التحكيم على سلطان إرادة الأطراف بخلاف نظيره الانجليزي، وعليه يبدو من الصعب التوفيق بين استقلال شرط التحكيم في القضاء الفرنسي والنظرية العقدية للتحكيم، ويؤكد الدكتور أبو زيد رضوان تنافي استقلال شرط التحكيم في القضاء الفرنسي مع سلطان إرادة الأطراف وطبيعة التحكيم العقدية بقوله: "وليس أدل على انتفاء الطبيعة التعاقدية للتحكيم التجاري على الصعيد الدولي، من الاتجاه الذي أصبح مستقراً

<sup>1</sup> - أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 124.

<sup>2</sup> - حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة، المرجع السابق، ص 25.

الآن في القضاء باستقلال شرط التحكيم عن العقد الذي نشبت عنه المنازعة<sup>1</sup>، بل إن موقف القضاء الفرنسي يمكن أن يفسر وفقاً للنظرية المستقلة للتحكيم.

### المبحث الثاني تقدير مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

يؤكد جانب من الفقه على أن استقلالية اتفاق التحكيم يعد مبدأ من المبادئ العامة للتحكيم الذي يشير إليه المحكمون في إطار العلاقات الدولية أياً ما كان مقر انعقاد التحكيم وأياً ما كان القانون الذي يحكم المنازعة المفروضة عليهم وعليه فإن تقدير مدى صحة ما سبق يتوقف حول مدى تكريس وإقرار مختلف الأنظمة القانونية الوضعية لهذا المبدأ الذي استخلصه القضاء الفرنسي و مدى اعتراف المعاهدات الدولية المنظمة للتحكيم ولوائح التحكيم به وكذا قضاء محاكم التحكيم به كل ذلك على نحو يمكن معه القول على ما يقال بأن المبدأ يعد من المبادئ العامة للتحكيم التجاري الدولي ؟

**المطلب الأول: موقف المعاهدات الدولية من تكريس مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي**

من الثابت أن الاعتراف بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه لا يستخلص بشكل صريح من المعاهدات الدولية الرئيسية المنظمة للتحكيم، وعليه سنتعرض لبعض هذه الاتفاقيات.

#### الفرع الأول: معاهدة نيويورك الموقعة سنة 1958

لم تتعرض اتفاقية نيويورك لعام 1958 مباشرة لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، ولكن هذا لم يمنع البعض من الذهاب إلى القول بأن المادة 02 من الاتفاقية<sup>2</sup> على أنها وإن لم تكن قد تعرضت لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ومختلف

<sup>1</sup> أبو زيد رضوان ، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، مصر، 1981، ص 37.

<sup>2</sup> تنص المادة اتفاقية نيويورك لعام 1958 على أنه تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخصصوا 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.

نتائجه القانونية، إلا أنها أعطته قوة لم تكن له من قبل<sup>1</sup>.

وعلى الرغم من أن المعاهدة لم تشر إلى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بطريقة مباشرة إلا أنه يستخلص من هذا النص وفق GAILLARD أن اتفاق التحكيم يمكنه أن يخضع إلى قانون آخر غير قانون العقد الأصلي، وبالتالي فإن معاهدة نيويورك تكون قد قبلت ضمناً أن يكون لاتفاق التحكيم نظام قانوني مستقل عن العقد الأصلي أي يمكن إدراجها في إطار الاتجاهات المؤيدة لفكرة استقلالية اتفاق التحكيم ، غير أنه يرى أن هذه المادة لم تكرر مبدأ الاستقلالية وإذ كان نص المادة 02 من هذه الاتفاقية قد أوجب على الدول الأعضاء الاعتراف باتفاق التحكيم، ومنع محاكمها من نظر المنازعات التي اتفق الأطراف على حلها بطريق التحكيم بيد أنها لم تتضمن إشارة إلى أن ذلك يمكن أن يتحقق في حالة بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو انقضائه، بمعنى آخر أن هذه المادة لم تتضمن أي بيان بشأن مسألة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وعدم تأثره بما قد يلحق بهذا الأخير من أسباب بطلان أو فسخ أو انقضاء<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: معاهدة جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي الموقعة في 21 ابريل 1961

لم تتضمن نصاً صريحاً يقرر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي، ومع ذلك ذهب البعض<sup>3</sup> إلى القول بأن المادة الثالثة والتي تنص على أن : " المحكم له سلطة تقرير اختصاصه وتقرير صحة اتفاق التحكيم أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءاً منه " حيث تمنح للمحكم سلطة الفصل في اختصاصه وفي وجود أو صحة اتفاق التحكيم أو العقد الذي يعد اتفاق التحكيم

<sup>1</sup> - عبد القادر ناريمان، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27/94، دراسة مقارنة : اتفاقية نيويورك والقانون الفرنسي والقانون النموذجي، الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 1996، ص 314-315.

<sup>2</sup> - أحمد إبراهيم إبراهيم المرجع السابق ، ص 99.

<sup>3</sup> - أحمد إبراهيم إبراهيم المرجع السابق ، ص 97.

جزءاً منه، و بالتالي تكرر مبدأ استقلال اتفاق التحكيم بشكل ضمني فقط من خلال تكريسها لمبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه، وذلك بنصها على أن للمحكم سلطة الفصل في وجود أو صحة اتفاق التحكيم أو العقد الذي يتضمنه وهو ما يعني أن وجود أو صحة كلا منهما يقدر على نحو منفصل. ويرجعون هذا الحل - حسب هذا الرأي- إلى وجود ترابط وصلة بين مبدأ الاستقلالية ومبدأ اختصاص المحكمين بالفصل باختصاصهم.

### الفرع الثالث: معاهدة واشنطن

بالنسبة لمعاهدة واشنطن الموقعة في 18 مارس 1965 والتي أنشأت المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار، فلقد اقتصر في المادة 41 فقرة أولى منها على تأكيد أن " محكمة التحكيم هي القاضي بالنسبة لمسألة اختصاصها" ويقصد بذلك مثل ما سبق شرحه في الاتفاقية السابقة أن المحكم يختص بتحديد اختصاصه، فهو الذي يقرر ما إذا كان هناك اتفاق تحكيم أم لا، فهو لن يختص إلا ببناء على وجود اتفاق تحكيم صحيح.

وإذا كان البعض<sup>1</sup> يرى عدم ارتباط مبدأ الاختصاص بالاختصاص ومبدأ الاستقلالية، إلا أن الواقع أن المحكم لن يقرر بحال من الأحوال عدم صحة شرط التحكيم كنتيجة لعيب لحق بالاتفاق الأصلي الذي أورد الشرط، فتقرير مبدأ الاختصاص بالاختصاص يعني ترك تقدير مدى الأخذ بمبدأ استقلال شرط التحكيم للمحكم، ولا شك أنه سيكون أكثر ميلاً للأخذ بمبدأ الاستقلال مما يستتبع اختصاصه بالفصل في النزاع.

### الفرع الرابع: الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987

لم تشر هذه الاتفاقية صراحة إلى الأخذ بمبدأ الاستقلالية، أما عن سلطة المحكمين للنظر في اختصاصهم فقد جاء ذكرها في المادة 24 منها حيث نصت: " يجب إبداء الدفع بعدم الاختصاص والدفع الشكوية الأخرى قبل الجلسة الأولى وعلى هيئة

<sup>1</sup> - محمود مختار أحمد بري، المرجع السابق، ص 50.

التحكيم أن تفصل فيها قبل الدخول في الموضوع ويكون قرارها بهذا الشأن نهائياً "وإذا علمنا أن المادة 27 من الاتفاقية المذكورة تنص على أن الاتفاق على التحكيم وفق أحكام هذه الاتفاقية يحول دون عرض النزاع أمام جهة قضائية أخرى أو الطعن لديها بقرار التحكيم. يمكن القول عندئذ أن الاتفاقية عند منحها هيئة التحكيم سلطة النظر في اختصاصها يشكل مؤشراً للأخذ بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي<sup>1</sup>.

وأخيراً ما يمكن قوله حول موقف هذه الاتفاقيات أنها لم تكرس مبدأ الاستقلالية صراحة وإنما بصفة ضمنية، وهذا عن طريق تقرير مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه.

#### المطلب الثاني: موقف التشريعات الداخلية من مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

إن الاعتراف بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم من طرف التشريعات الوطنية الداخلية بعدما استندت إلى المصادر الخاصة بأنظمة التحكيم أدى بها إلى تغيير رأيها حول الأخذ بهذا المبدأ، وبهذا الاعتراف اكتسب المبدأ شرعية أكبر سمحت له بأن يصبح قاعدة دولية فعلية في التحكيم التجاري الدولي ، وعليه سيتم التطرق إلى موقف القانون الجزائري، ثم إلى أهم التشريعات المقارنة.

#### الفرع الأول: القانون الجزائري

لم يشر المشرع الجزائري، في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 بقاعدة تنص صراحة أو ضمناً على مبدأ الاستقلالية، إلى أن جاء في تعديل قانون الإجراءات المدنية بموجب المرسوم 93/09 حيث أضاف قسم ثاني إلى الباب الثامن، بعنوان " تنظيم التحكيم التجاري الدولي"، حيث نصت المادة 458 مكرر 1/4: " لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح " و يكون المشرع الجزائري بهذا قد أخذ بالاتجاه المؤيد لفكرة الاستقلالية، حيث أن القانون الجزائري جاء بهذه المادة عند تعديله لقانون الإجراءات المدنية ليكرس مبدأ

<sup>1</sup> - محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، ج.5، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1997 ، ص 219.

الاستقلالية دون أي غموض، وهذا المبدأ يعني أن اتفاق التحكيم يبقى منتجا لآثاره، حتى في حالة كون العقد الدولي الذي يتضمنه مشوب بعيب يؤدي إلى بطلانه، بسبب مخالفته لشرط موضوعي أو شكلي<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: القانون المصري

يعتبر قانون التحكيم المصري الجديد رقم 27 لسنة 1994 من القوانين التي أكدت على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، إذ نصت المادة 22 منه على أنه: "يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته".

وبذلك يكون القانون المصري قد وضع حدا للخلاف الفقهي الذي كان سائدا حول استقلالية اتفاق التحكيم من عدمه و ما يترتب على هذه التفرقة من آثار و لاسيما مدى سلطة المحكم في الفصل في مسألة اختصاصه<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: القانون الفرنسي.

إذا كان مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي قد كرسته النصوص القانونية في العديد من الدول، لا يزال مبدأ قضائيا في فرنسا، أي أنه لم يكرس تشريعيا حيث أجمع شراح القانون الفرنسي أنه لم يكن في نصوص القانون

<sup>1</sup> كما يستشف الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم من نص المادة 458 مكرر 1/3 الذي ينص: "إن اتفاقية التحكيم تعتبر صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفقت الأطراف على اختياره، وإما القانون المطبق على العقد الأصلي"، وعليه فالمادة تشير إلى أثر جوهري من آثار المبدأ وهو إمكانية أن يكون القانون المطبق على اتفاق التحكيم غير ذلك المطبق على العقد الأصلي. وعليه فالقانون الجزائري قد كرس مبدأ الاستقلالية تكريسا صريحا لا غبار عليه بل أكثر من ذلك تطرق إلى أثر من أهم آثاره.

<sup>2</sup> سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1984، ص 78.

الفرنسي ما يشير صراحة أو ضمنا إلى مبدأ الاستقلالية عن العقد الأصلي<sup>1</sup>، وأما تشريع 1981/05/12 حول التحكيم الدولي فقد أنقسم الفقه حول تفسيره إلى قسمين:

قسم يرى أنه لم يتناول مسألة استقلالية اتفاق التحكيم، تاركا إياها لقضاء محكمة النقض الفرنسية حيث ورد في التقرير المقدم من وزير العدل الفرنسي إلى رئيس الوزراء حول التشريع الجديد للتحكيم الدولي أنه لا يتعارض البتة مع المبادئ المستقرة في قضاء محكمة النقض الفرنسية فيما يتعلق بالنظام القانوني للتحكيم الدولي، وخاصة فيما يتعلق بنطاق اتفاق التحكيم واستقلاله عن العقد الأصلي وعدم تأثره بطلان هذا العقد الأصلي؛

وقسم يرى أنه وبصدور التشريع أضاف المشرع بواسطته كتابا جديدا إلى قانون الإجراءات المدنية الفرنسي تناول التحكيم في المواد من 1442 إلى 1491 وقد أجاز المشرع بواسطة هذا التعديل التحكيم في كافة المسائل ما لم يرد نص خاص، فأصبح الأصل هو جواز التحكيم والاستثناء هو الحظر ونصت المادة 1446 على أنه إذا كان شرط التحكيم باطلا فإنه يعتبر كأن لم يكن.<sup>2</sup>

#### الفرع الرابع: القوانين الأنجلو-أمريكية

إن قوانين الدول الأنجلو-أمريكية تشغل موقفا خاصا إزاء مبدأ الاستقلالية بهذا المعنى، ويعود ذلك إلى أصول عميقة تتعلق بالنظرة إلى نظام التحكيم بصفة عامة، حيث مثل القانون الإنجليزي حالة خاصة، إذ أنه لا يقبل الاعتراف بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم إلا بصعوبة شديدة، حيث ساد الاعتقاد أن هناك ارتباط وثيق بين شرط التحكيم وبين العقد الذي يحوي هذا الشرط فإما أن يبقى معا أو يسقطا معا، حيث تعرض مجلس اللوردات لهذا الموضوع من خلال قضية HEYMAN V. DARWINS Ltd. حيث ذكر القاضي ماكميلان: إذا لم يكن هناك عقد أصلا وعلى

<sup>1</sup> - محمود السيد عمر التحيوي، شرط التحكيم وجزاء الإخلال به، دار الفكر الجامعي، 2001، ص 40.

<sup>2</sup> - عاطف الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية-دراسة مقارنة في التحكيم البحري في لندن، نيويورك، باريس، مع شرح أحكام قانون التحكيم المصري، دار النهضة العربية، 1998، ص 128.



الإطلاق، فإن الاتفاق على التحكيم الوارد كجزء منه لا يكون له وجود حيث الأكبر يشمل الأقل<sup>1</sup>، فمبدأ الانفصال بين اتفاق التحكيم و العقد الأصلي من المبادئ التي لم يكرسها بشكل كامل إلا في وقت قريب بصدور قانون التحكيم الإنجليزي الجديد 1996 و الذي كرس مبدأ الاستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي قد أخذت الصيغة القانونية والقوة التشريعية عن طريق القسم السابع من هذا القانون<sup>2</sup>.

وعلى العموم يعتبر القانون العام الإنجليزي هو الأصل القانوني للتشريع في الولايات المتحدة كما أن اقتباس قانون الولايات المتحدة للمبادئ الأساسية في القانون العام الإنجليزي يشمل مجال التحكيم بدرجة تامة، بينما خرج قانون الإتحاد الأمريكي عن النهج الإنجليزي منذ عام 1967 إذ قبلت المحكمة العليا ضرورة الأخذ بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم، مجارة للاتجاهات الحديثة التي تدعم التحكيم وتشجعه كنظام له خصوصيته وغير المرتبط بالقضاء الداخلي وقد قررت المحكمة المذكورة مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي والذي بمقتضاه أصبح لشرط التحكيم وجودا قانونيا مستقلا عن العقد الأصلي<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - If the dispute is as to whether the contract which contains the clause has ever been entered into at all, that issue cannot go to arbitration under the clause, for the party who denies that he has ever entered into the contract is there by denying that he has ever joined in the submission, similarly if one party to the alleged contract is contending that it is void ab initio (because, for example, the making of such contract is illegal), the arbitration clause cannot operate, for, on this view, the clause itself is also void."

<sup>2</sup> - Sauf convention contraire des parties, une convention d'arbitrage qui fait partie ou était destinée à faire partie d'une autre convention (écrite ou non) n'est pas réputée nulle, inexistante ou privée d'efficacité du fait que cette dernière convention est nulle, n'a pas vu le jour ou se trouve privée d'efficacité. Elle est à cette fin considérée comme une convention autonome.

<sup>3</sup> - أنعم بن ناجي الملاحي، أحمد أنعم بن ناجي الصلاحي، النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي - دراسة مقارنة، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، مركز الدراسات والبحوث اليمني، 1994، ص 131 و 132.

## المطلب الرابع: مدى تكريس لوائح وقرارات التحكيم لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

كثيرا ما تحيل اتفاقات التحكيم على أنظمة تحكيمية تطبق على التحكيم وتكون متبينة لهذه القاعدة، فيكون الأطراف كأنما اختاروا تطبيق هذه القاعدة بسلطان إرادتهم، ولكن سلطان الإرادة حتى ولو أحال إلى نظام تحكيمي إلا أنه يبقى بإمكانه أن يعدل هذا النظام، وسنتطرق فيما يلي إلى مدى تكريس بعض لوائح وأنظمة التحكيم الدولي (أولا) والاجتهاد التحكيمي (ثانيا) لمبدأ الاستقلالية.

### الفرع الأول: تكريس لوائح التحكيم لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

تستمد لوائح التحكيم سلطتها من إرادة الأطراف التي تشي إليها ويرى جانب من الفقه أن تأكيد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، الذي تشير هذه اللوائح إليه، يتعين تفسيره على أنه يعبر عن إرادة الأطراف، في أن يعامل اتفاق التحكيم على نحو مستقل عن المعاملة التي يلقاها العقد الأصلي.

### أولا: نظام التحكيم الغرفة التجارية بباريس

تعد لائحة التحكيم التي أعدتها غرفة التجارة الدولية بباريس أول نظام تحكيمي هام كرس هذا المبدأ وربطه بسلطان الإرادة حيث نص في مادته 6 الفقرة 4 على ما يلي: " ما لم يوجد اتفاق مخالف، فإن الإدعاء ببطان العقد الأصلي أو انعدامه لا يترتب عليهما عدم اختصاص المحكم إذا ارتأى صحة اتفاق التحكيم ويظل المحكم في هذه الحالات مختصا لتحديد حقوق الأطراف والفصل في إدعاءاتهم وطلباتهم، حيث أن بطلان العقد الأصلي أو انعدامه لا يؤدي إلى عدم اختصاص المحكم ولا إلى بطلان أو انعدام اتفاق العقد التحكيمي"<sup>1</sup>.

وعليه فاستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي كرسست بصراحة ووضوح، ليس فقط في حالة الإدعاء ببطان العقد الأصلي ولكن حتى في حالة الإدعاء بانعدامه.

### ثانيا : نظام التحكيم للجنة القانون التجاري الدولي في الأمم المتحدة

<sup>1</sup> - GAILLARD(E.), "Arbitrage commercial international", J.Cla. P.C., Fasc 1054 P. 7

نظام التحكيم الذي وضعته لجنة القانون التجاري الدولي في الأمم المتحدة هو ثاني نظام يكرس المبدأ سنة 1976 والذي ينحى في مادته 02/21 منه على أن: "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 هذا الاتفاق"<sup>1</sup>.

ويكرس هذا النظام قاعدة أن إثارة بطلان العقد الأصلي لا تؤدي إلى بطلان الاتفاق التحكيمي، وإذا كان العيب المتصل بالعقد الأساسي له علاقة بالشرط التحكيمي (مثلا عيب الرضى) فإن المحكم يبقى مختصا للنظر بقابلية الإبطال، وعليه فإن القواعد الوادعة في المادة 21، تعد تقنيا لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بواسطة الجماعة الدولية على نحو يتفق مع ما انتهى إليه القضاء الفرنسي في أحدث تطور له<sup>2</sup>.

### ثالثا: نظام الغرف التجارية العربية -الأوروبية

أخذ نظام الغرف التجارية العربية -الأوروبية بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في المادة 4/21: "إذا نازع أحد الأطراف في صحة اتفاق التحكيم وفق أحكام هذا النظام وتفصل محكمة التحكيم هذه فور تأليفها في صحة تعيينها وفي كل المسائل الأخرى المتعلقة باختصاصها".

وهناك العديد من أنظمة التحكيم تعترف بالمبدأ فعلاوة على لوائح التحكيم السابق تعدادها فإن لوائح التحكيم التي يقدر لها أن تلعب دورا هاما في

<sup>1</sup> - حيث جاء بالفرنسية:

Aux fins de l'article 21 -c'est à dire de l'appréciation par le tribunal de sa compétence-une clause compromissoire qui fait partie d'un contrat et qui prévoit l'arbitrage en vertu du présent règlement sera considerée comme convention distincte des autres clauses du contrat. La constatation de nullité du contrat par le tribunal arbitral n'entraîne pas de pleine droit la nullité de la clause compromissoire.

<sup>2</sup> - عبد المنعم دسوقي ، التحكيم التجاري الدولي والدخلي ، مكتبة مدبولي، 1994، ص 167.

دول Common Law كرسست أيضا مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: تكريس مبدأ الاستقلالية بواسطة قضاء التحكيم الدولي

أبرزت العديد من أحكام التحكيم استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي على اعتبار أن هذا الأمر يتعلق بمبدأ عام من مبادئ القانون التجاري الدولي، وذلك دون أن تستشعر أدنى حاجة من أجل تبرير هذه الاستقلالية بالإشارة إلى قانون وطني محدد وبالمناسبة ستمت الإشارة إلى التحكميات الثلاثة الصادرة في المنازعات الناشئة بين ليبيا و الشركات الأجنبية أين قامت محاكم التحكيم المعنية، بإعمال مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم.

**أولاً: حكم التحكيم الذي أصدره المحكم المنفرد M.Lagegren في 10 أكتوبر 1973 في قضية B.P ضد ليبيا.**

لقد ذهب المحكم إلى أن القانون الصادر بالتأميم أنهى عقد الامتياز الممنوح إلى شركة B.P رداً على ماتمسكت به شركة B.P من أن التأميم والإجراءات اللاحقة عليه لا أثر لها في إنهاء عقد الامتياز والذي يظل صحيحاً وقابلاً للتطبيق، باستثناء أثر عقد الامتياز الذي يعد أساساً لاختصاص هذه المحكمة ويعد أيضاً أساس لحق الشركة الطالبة في المطالبة بالتعويضات قبل المدعى عليه أمام محكمة التحكيم<sup>2</sup>.

### ثانياً: حكم التحكيم الصادر في قضية Texaco

انتهى الأستاذ René Jean Dupuy في قضية Texaco ضد ليبيا بشكل أكثر صراحة من التحكيم السابق الذي أصدره في 27 نوفمبر 1975 و المتعلق بالفصل في مسألة اختصاصه إلى رفض النظرية والتي وفقاً لها بأن التأميم الذي قامت به قد وضع نهاية لعقد الامتياز وكذلك لشرط التحكيم المدرج فيه، إلا أن انه أقر

<sup>1</sup> - حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة، المرجع السابق، ص 141

<sup>2</sup> - Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration. Front Cover. Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard. Kluwer Law International, 1999p.117

باختصاصه للفصل في النزاع استناداً إلى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم<sup>1</sup>.

### ثالثاً: حكم التحكيم الصادر في قضية Limaco

لقد ذهب المحكم المنفرد صبي المحمصاني في قضية Limaco Libya في الحكم الصادر في 12 أبريل 1977 إلى أنه " من المتفق عليه عموماً سواء في الممارسات العملية أو في القانون الدولي بقاء شرط التحكيم، بعد الإنهاء بالإرادة المنفردة من قبل الدولة للعقد الذي يوجد فيه هذا الشرط، و الذي يظل ساري المفعول حتى بعد هذا الإنهاء"<sup>2</sup>.

كذا فقد اقتضى تحقيق الفاعلية لاتفاق التحكيم الدولي الاعتراف بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، مما يكون من شأنه أن يزيل مخاوف المتعاملين، ويحصن شرط التحكيم من كل أسباب البطلان التي تمس العقد الأصلي، وكذلك قبول إخضاع العقد الأصلي لنظام قانوني يختلف عن ذلك الذي يحكم اتفاق التحكيم.

### خاتمة:

نستخلص من كل ما سبق أن اتفاق التحكيم رغم أنه يبرم من أجل حل نزاعات تتعلق بعلاقة قانونية قائمة بين الأطراف إلا أن القضاء توصل إلى تحقيق الفاعلية لاتفاق التحكيم الدوليين خلال منح هذا الاتفاق الاستقلالية عن العقد الأصلي التابع له، وبالتالي إيجاد حل لصدد المناورات التي يمكن أن يلجأ إليها أحد الأطراف في العقود التجارية الدولية والمتضمنة اتفاق التحكيم للتملص من اللجوء إلى التحكيم وبالتالي عدم إعمال نتائجه والمتمثلة في نزع الاختصاص من القضاء العادي للفصل في النزاع ونقل هذا الالتزام إلى هيئة التحكيم، وبالنتيجة ظهر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي، وتعني أنه لا يمكن لأحد أطراف العلاقة الأصلية أن يحتج بعدم صحة اتفاق التحكيم لسبب أن العقد الأصلي

<sup>1</sup> - حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 136.

<sup>2</sup> - المرجع السابق، ص 136.

قد طرأ عليه أي عارض سواء بالبطلان، أو الانعدام أو الفسخ أو الانقضاء.

وبعد أن كرس هذا المبدأ من طرف القضاء الفرنسي في عدة قضايا، بدأ يعرف تكريسا واضحا على مستوى النصوص القانونية سواء الداخلية أو الدولية إلى جانب نصوص لوائح وأنظمة التحكيم الدولي، وكذلك قرارات التحكيم، لما في هذا المبدأ من تحصين لاتفاق التحكيم من الزوال. وبما أن اتفاق التحكيم هو اتفاق دولي، فإن تكريس هذه القاعدة في معظم النصوص القانونية أعطاه صفة القاعدة المادية الدولية، حيث أصبح هذا المبدأ يطبق دون حاجة إلى الاستناد إلى النصوص القانونية أو الأحكام القضائية سواء طرح النزاع على التحكيم أم أمام القضاء.