جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص: قانون أعمال

إعداد الطالب:

- عبد الحكيم تابعي

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
د. عبد القادر حوبة	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	رئيسا
أ. إبراهيم ديدي	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	مشرفا ومقررا
أ. سعدية قني	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	مناقشا

السنة الجامعية: 2017/2016

جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري

تخصص: قانون أعمال

إعداد الطالب:

- عبد الحكيم تابعي

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
د. عبد القادر حوبة	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	رئيسا
أ. إبراهيم ديدي	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	مشرفا ومقررا
أ. سعدية قني	جامعة الشهيد حمه لخضر – الوادي	مناقشا

السنة الجامعية: 2017/2016

(فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُواْ فِيۤ أَنْفُسِهِمْ حَرَجاً مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيماً}

سورة النساء، الآية 65

الإهداء

قال تعالى : " وقل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا..."صدق الله العظيم.

إلى من كانوا فضلا في وجودي، أبي رحمه الله وأمي (أطال الله في عمرها).

وإلى عمي الغالي حفظه الله.

إلى إخوتي وأخواتي الكرام.

إلى كل الأساتذة الذين تعبوا من أجل تعليمنا.

إلى كل طالب علم.

إلى كل الزملاء والأصدقاء الذين ساعدونا من قريب أو بعيد.

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي، وأتمنى من الله عزّ وجلْ التوفيق والسداد لي ولهم.

شكر وعرفان

الحمد والشكر لله رب العالمين على نعمه الكثيرة التي لا تحصى ولا تعد، وعلى توفيقه لي على إنجاز هذه المذكرة.

بداية، أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان للأستاذ المحترم ديدي ابراهيم رمز الجد والعمل الدءوب والنفس الطويل، على قبوله بواسعة ورحابة صدر الإشراف على هذه المذكرة المتواضعة.

كما يسرني التقدم بأغلى عبارات الثناء للدكتور حوبة عبد القادر على ترأسها لجنة المناقشة.

والشكر كل الشكر للأستاذة الفاضلة الأستاذة قني السعدية لتفضلها وقبولها مناقشة هذه المذكرة.

"عبد الحكيم"

مقدمـة

مقدمـة:

تعتبر العلاقات الدولية بين الدول في مجال التجارة الدولية من أهم العلاقات التي يعيشها العالم عبر العصور، وقد كانت هذه العلاقات تتطور من زمن إلى آخر حتى وصلت إلى ما هي عليه اليوم وذلك من خلال الإصلاحات الدائمة من قبل الاتفاقيات الدولية والتشريعات المختلفة التي تقوم بها الدول المختلفة من أجل الحفاظ على مصالح الأفراد التي قد ينشأ فيم بينها نزاعات مختلفة.

والدول عبر العالم تسعى إلى حل النزاعات التي تنشأ بين الأفراد، خاصة العلاقة العقدية التي تقوم من خلال إبرام عقود دولية في مجال التجارة الدولية خاصة، حيث تكون هذه النزاعات تكون أكثرها بسبب تضارب مصالح الأفراد، فيسعى قضاء الدولة إلى حل هذه النزاعات بصورة صحيحة.

لكن النزاعات التي يسعي قضاء الدولة حلها، وهي ناتجة عن عقود تجارية دولية، تتجاوز صلاحيات الدولة كونها مبنية على أساس عقد دولي، وبالتالي أن تطبيق قانون دولة من دون الآخر فهذا الأمر يجعل حلها بالقضاء غير صحيح، بحيث لو تم تحكيم دولة معينة بدون الأخرى يحدث تصادم بين مصالح أطراف النزاع ويجعل حل النزاع من المستحيل، ولهذا كان لابد من وجود وسيلة أو طريق آخر غير القضاء، بحيث تكون هذه الوسيلة من الوسائل التي تحدث توازن بين مصالح الأطراف، فكانت أحسن وسيلة غير القضاء هي التحكيم.

التحكيم هو عبارة عن طريقة من طرق الحل السلمية، يلجأ إليه أطراف العقد الأصلي من أجل حل النزاعات النشأة بينهم، من خلال إيجاد محكم أو محكمين أو هيئة تحكمية تتولى فض النزاع القائم بين الأطراف وذلك بشكل يرتضيه جميع الأطراف، من خلال إصدار قرار تحكيمي ملزم لجميع الأطراف.

فالتحكيم بالإضافة إلى الانتشار الواسع الذي حضي به وخاصة في التجارة الدولية، فقد كان يمتاز أيضا بالسرعة والسرية وقلة التكاليف بالمقارنة مع القضاء الذي تميز بطول فترة إجراءاته وعلانية جلساته.

وأمتاز أتفاق التحكيم بمبدأ الاستقلالية عن العقد الأصلي، حيث كان هذا المبدأ يتميز بالوجود لكن ليس بصورة واضحة وصريحة في أغلب الاتجاهات الفقهية والاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم وكذا المراكز التحكمية الدائمة والتشريعات المختلفة، حتى حدوث قضية غوسي لسنة 1963 الذي من خلاله حضي هذا المبدأ بوجودها صراحة.

المشرع الجزائري كغيرها من التشريعات الوطنية كرس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وذلك من خلال المرسوم التشريعي 09/93 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات

المدنية، ومن تواصل هذا التكريس حتى في القانون الجديد 09/08 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية دراسة موضوع هذا البحث في الأهمية الكبيرة التي يحظى به مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وذلك من خلال دورها الهام في حماية الأطراف من تملص أحد الأطراف من التزاماته وذلك بالدفع ببطلان العقد الأصلي أو مخالفته للنظام العام.

وتكمن الأهمية أيضا في توضيح مدى تجاوب قواعد التحكيم الواردة في القانون الجزائري خاصة وقوانين التحكيم العالمية ومدى تكريسها لهذا المبدأ.

أسباب اختيار الموضوع:

أما فيما يخص الأسباب التي جعلتنا ندرس الموضوع فهي كالتالي:

أسباب ذاتية: منها الرغبة الشخصية في اختيار الموضوع وكذا الاهتمام الكبير بموضوع التحكيم التجاري الدولي.

أسباب موضوعية: محاولة توضيح الأهمية الكبيرة لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي خاصة في التشريع الجزائري.

إشكالية البحث:

يعد موضوع التحكيم التجاري الدولي من المواضيع الموسعة والمتشعبة، وعلى هذا حددنا بحثنا هذا في موضع استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، ومن هنا قمنا بطرح الإشكالية التالية:

إلى أي مدى تم الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري؟

المنهج المعتمد:

لقد تم أعتمد المنهج الوصفي والتحليلي في هذا الموضوع وذلك لأجل الوصول إلى الحلول والنتائج المنشودة، وذلك بالرجوع إلى الكتب والنصوص القانونية والرسائل وغيرها المتعلقة بموضوع استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي.

خطة البحث:

من خلال دراستنا للموضوع تبين لنا تقسيم هذا البحث كالتالي:

المبحث التمهيدي: مفهوم التحكيم.

الفصل الأول: مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي.

المبحث الأول: ماهية مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي.

المبحث الثاني: مدى الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي.

الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق وآثار مبدأ استقلالية التحكيم التجاري الدولي.

المبحث الأول: محكمة التحكيم والقانون الواجب التطبيق.

المبحث الثاني: آثار مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي.

المبحث التمهيدي:

مفهوم التحكيم

المبحث التمهيدي: مفهوم التحكيم

من خلال هذا المبحث سنتطرق فيه إلى مطلبين الأول سيتضمن كل من تعريف التحكيم والتطور التاريخي للتحكيم، بينما سيكون المطلب الثاني سوف نتناول فيه أنواع التحكيم ومن ثم نميز التحكيم عما يشابهه في المطلب الثالث.

المطلب الأول: تعريف التحكيم ونشأته

في هذا المطلب سنحاول تعريف التحكيم من عدة جوانب في الفرع الأول، ثم نتكلم عن التطور التاريخي أو بمعنى آخر نشأة التحكيم في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف التحكيم

أولا: التعريف اللغوي للتحكيم

يقصد به التفويض ومصدره حكم.

- يقال حكمت فلانا في حالي تحكيما، إذا فوضت إليه الحكم فاحتكم على ذلك الأمر، أي جعلوه حكما فيها بينهم.[1]
- في القرآن الكريم: قال تعالى:﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّىٰ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجًا مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُوا تَسْلِيمًا﴾[2]
- وقال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا﴾[3]
- والتحكيم في اصطلاح الفقهاء هو: تولية الخصمين حكما يحكم بينهما.[4]

أو بمعنى اختيار ذوي الشأن شخص أو أكثر للحكم فيما تنازعا فيه، دون أن يكون للمحكم ولاية القضاء بينهما.[5]

---

[1]– مختار الصحاح: القاموس المحيط للفيروز أباد، المجلد الرابع، دار الفكر، بيروت، 1978،ص 98، معجم لسان العرب لابن منظور، الجزء 15، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والنشر، القاهرة، ص31–32.

[2]– سورة النساء، الآية 65.

[3] – سورة النساء، الآية 35.

[4] – نجيب أحمد عبد الله: التحكيم في القانون اليمني، منشورات مركز لصادق اليمني، 2004، ص16.

[5]– ماهر محمد صالح عبد الفتاح: اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية، بدون ناشر، الإسكندرية، القاهرة،2004،ص42.

والتحكيم شرعا يعني تولية وتقليد من طرفي الخصومة لثالث ليفصل فيما تنازعا. [1]

ومن هنا نستخلص إلى إن التحكيم في المعنى اللغوي، يفيد إطلاق اليد في الشيء أو تفويض الأمر للغير.[2]

ثانيا: التعريف الفقهي للتحكيم

-يعرف التحكيم بأنه " اتفاق على طرح النزاع على شخص معين، أو أشخاص معينين، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به "

-والتحكيم هو " النظر في نزاع بمعرفة شخص أو هيئة يلجأ إليه أو إليها المتنازعون مع التزامهم بتنفيذ القرار الذي يصدر في النزاع".[3]

-والتحكيم هو اختيار الخصمين حاكما فيما وقع بينهما من نزاع دون التقيد بالأجراءات التي ينبغي إتباعها أمام القضاء.[4]

-ويعرف Robert التحكيم" بأنه نظام للقضاء الخاص تقضي فيه خصومة معينة عن اختصاص القضاء العادي وعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها "[5].

ويعرف التحكيم بأنه " نظام خاص للتقاضي، ينشأ من الاتفاق بين الأطراف المعينة، على العهدة إلى شخص أو أشخاص من الغير، بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم بحكم يتمتع بحجية الأمر المقضي"[6]

ومن خلال التعريفات الفقهية السابقة فإن التحكيم لا يخرج من المعنى التالي:" التحكيم هو الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين، أو أشخاص معنيين، ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به، فبمقتضى التحكيم ينزل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء مع التزامهم بطرح

---

[1]– أحمد حسان الغندور: التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998م، ص19.

[2]– غسان علي علي: الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بصددها، رسالة دكتورة، جامعة عين شمس، 2004م، ص244.

[3]– أحمد أبو الوفاء: التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية ،2000، ص 15.

[4]– علي صادق أبو هيف: القانون الدولي العام، منشأة دار المعارف، الطبعة التاسعة، الإسكندرية، 1981م، ص195.

[5]– رضوان أبو زيد: الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981م ص 19.

[6]– حفيظة السيد الحداد: الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي بيروت، 2004م، ص 44.

النزاع على محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بحكم ملزم للخصوم، وقد يكون هذا الاتفاق تبعا لعقد معين يذكر في صلبه ويسمى شرط التحكيم"[1]

ثالثا: التعريف القضائي للتحكيم.

عرفت المحكمة الدستورية العليا في مصر التحكيم بأنه " عرض معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على ضوء شروط يحددانها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نهائي عن شبهة الملائمة، مجردا من التحايل، وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها " التي أحالها الطرفان إليه، بعد إن يدلي كل منهما بوجهة نظره تفعيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية ".

-وعرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر التحكيم بأنه " اتفاق على عرض نزاع معين على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة".[2]

-كما عرفت محكمة النقص في مصر بأنه " اتفاق على عرض نزاع معين على محكمين والتراضي على حكمهم".

-وبأنه" طريق استثنائي لفصل الخصومات قوامة الخروج عن طريق التقاضي العادية[3].

رابعا: التعريف القانوني للتحكيم

عرفت مجلة الأحكام العدلية بمصر " التحكيم هو عبارة عن اتخاذ الخصمين شخص آخر حاكما برضاهما لفصل في خصومتهما ودعواهما"[4].

كما عرفت المادة 27: من اتفاق لاهاي رقم 01 لسنة 1907م الخاص بالحل السلمي للمنازعات الدولية التحكيم كما يلي: " التحكيم الدولي يهدف إلى حل المنازعات بين الدول بواسطة قضاة يختارونهم على أساس احترام القانون ...." ومن هذا النص يتضح أن التحكيم

---

[1]– فؤاد محمد أبو طالب: التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، وفقا لأحكام القانون الدولي العام، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010م، ص 17.

[2]–ماهر محمد صالح عبد الفتاح: مرجع سابق، ص50.

[3]– خالد محمد القاضي: موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة 2002م، ص86.

[4]– مهند عزمي مسعود أبو مغلي: القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي، الطبعة الأولى، بدون ناشر، جامعة عين شمس، القاهرة، 2005م، ص 159.

كوسيلة لحل الخلافات الدولية، فالتحكيم طريق قضائي يعتمد في وجوده وفي تشكيل الهيئة التي تفصل في الخصومة على إرادة أطراف تلك الخصومة، فأطراف النزاع هم الذين يقومون باختيار القضاة الذين يتولون الفصل في الخصومة...."[1]

ونصت المادة الثانية من القانون اليمني رقم 22 لسنة 1992 المعدل بالقانون رقم 23 سنة 1997م التحكيم " اختيار الطرفين برضاهما شخصا آخر أو أكثر للحكم بينهما، دون المحكمة المختصة، فيما يقوم بينهما من خلافات أو نزاعات ".

كما عرف المشرع المصري اتفاق التحكيم في المادة 10 من القانون رقم 27 لسنة 1994م، بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية بأنه " 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، ونصت المادة ذاتها على انه يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع. سواء قام مستقل بذاته أو ورد في عقد معين، كما يجوز أن يتم الاتفاق على التحكيم بعد قيام النزاع، ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية "[2].

ومن خلال كل هذه التعريفات يتضح أن التحكيم أو اتفاق التحكيم هو اتخاذ إرادة طرفي النزاع إلى اللجوء إلى طرف آخر سوى كان شخص أو أشخاص أو هيئة أو مؤسسة لحل النزاع القائم بينهم.

وبعد كل هذه التعريفات لا بد من توضيح الفرق بين مشارطة التحكيم وشرط التحكيم.

مشارطة التحكيم: (اتفاق التحكيم): هو اتفاق بين الخصوم في نزاع معين، قائم بينهم بالفعل يلتزمون بمقتضاه بعرض هذا النوع على المحكم أو محكمين، يختارونهم للفصل فيه بدلا من المحكمة صاحبة الولاية والاختصاص.

---

[1]– عبد العزيز محمد سرحان: دور محكمة العدل الدولية في تسوية المنازعات الدولية، الطبعة الثانية، بدون ناشر، القاهرة، 1986، ص07.

[2]– عادل محمد خير: حجية ونفاذ أحكام المحكمين وإشكالاتها محليا ودوليا، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995م، ص85.

ومن خلال هذا التعريف يتضح أن النزاع في مشارطة التحكيم سابقا لاتفاق التحكيم، فتكون دائما بعد حدوث نزاع بين طرفي العلاقة العقدية يكون اللجوء إلى حل الخصومة عن طريق التحكيم بمحض الإرادة لطرفي العقد.

شرط التحكيم:« هو الاتفاق الذي يرد عادة كبند من بنود عقد من العقود بمقتضاه يلتزم أطراف هذا العقد، بعرض ما قد ينشأ بينهم من منازعات، بخصوص هذا العقد، تنفيذ أو تفسير على محكم أو أكثر يختارونهم للحكم فيها، بدلا من المحكمة المختصة » [1]

ومن هنا نستخلص أن اتفاق التحكيم هنا يكون في العقد الرسمي كبند من بنوده أو يكون في عقد ثانوي أو عقد مستقل (وثيقة التحكيم) بحيث يتبن أن التحكيم يفترض وقوع نزاع معين أو خصومة معينة أو توقع حدوث نزاع مستقبل، بحيث تتوجه إرادة الأطراف إلى تسوية الخصومة بعيد عن القضاء وذلك لأجل عدم الخضوع لإجراءات القضاء التي تتسم بالطول في الوقت، وتوفير الجهد والمال إلى غير ذلك.

الفرع الثاني: نشأة التحكيم وتطوره

لم يكن التحكيم من العلوم القانونية الحديثة بل كانت جذوره تعود إلى العصور القديمة مثل العصور الإغريقية والعصور الوسطى، لكن التحكيم الدولي شهد التطور منذ القرن التاسع عشر، ومن خلال هذا سنحاول التعريج على تطوير التحكيم على ثلاث مراحل:

أولا: نشأة التحكيم في عصر الإغريق

بحيث أن اليونان القدامى عرفوا التحكيم في مجال العلاقات الداخلية والخارجية بطريقة واسعة، حيث كان يلتزم كل مواطن من مواطني أثينا بتسجيل اسمه في القوائم المعدة للمحكمين للقيام بهذه المهمة وذلك لازدياد العبء على المحاكم الشعبية وكان يعاقب كل من يتخلف عن أداء هذا الواجب بحرمانه من بعض الحقوق، حيث كانت مهمة المحكم الإصلاح بين الخصمين، فإن أخفق في ذلك أصدر حكمه أو قراره مشفوعا بقسم ويمكن استثناء الحكم

[1]– أشرف عبد العليم الرفاعي: النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص103 وما بعدها.

الصادر أمام المحاكم الشعبية من قبل الخصم الخاسر، كما عرف اليونان في ذلك العهد أيضا معاهدات التحكيم الدائمة، إضافة إلى حالات التحكيم المنفردة.[1]

ولقد عرف التحكيم عند قدماء المصريين، فلقد كان الملك القاضي، ولكن مع ذلك فقد كان للأفراد حق اللجوء للتحكيم للفصل فيما ينشأ بينهم، من منازعات، وكان أطراف النزاع بموجب اتفاق التحكيم يحددون المحكم والإجراءات الواجب إتباعها أمام المحكم، وحكم هيئة التحكيم فيها وقابل للتنفيذ دون الحاجة لعرضه مرة أخرى على القضاء وكان يسمى بالقضاء الخاص، وقد كان في ذلك الوقت مبدأ عام يسود المجتمع المصري القديم، وهو مبدأ الدفاع المشترك والتضامن بما يعني ذلك المبدأ أن حياة كل مواطن كانت في حماية المجتمع ككل على أساس تضامن الجميع في الدفاع عن المجتمع وعن حياة كل فرد يعيش فيه.[2]

ثانيا: نشأة التحكيم في العصور الوسطى

ظهور التحكيم في القرون الوسطى في ظل المبادئ التي نادى بها فقهاء الكنيسة، وذلك من خلال مبدأ قد سببه العقد حيث اعتبر الإرادة مصدر القوة الملزمة في العقد، ومبدأ حسن النية قاعدة في تنفيذه وتفسيره، فكان للمتعاقدين الحرية في الاتفاق على التحكيم معه احترام والالتزام بقرار المحكم، وأصبحت اتفاقات التحكيم في ذلك الوقت خاصة في مراكز التجارة الدولية كالجهود الإيطالية، وباركت الكنيسة هذا الاتجاه ذلك لان التحكيم يتصف بأخلاقيات عالية وسامية تتفق وتعاليم الكنيسة كالتسامح والصلح والتضحية المتبادلة والاقتصاد.[3]

كما أن ازدياد النشاط في المجال التجاري كان نتيجة ازدياد أهمية التحكيم لأن التجار وجدوا فيه الأسلوب الأمثل كوسيلة لحل مشاكلهم ومنازعاتهم والتراث المستمد أساسا من أعراف وتقاليد التجارة المتراكم لسنوات طويلة، فقد اعتمد التحكيم عليه فيما بين التجار ومن ثم فإن انتشار وشيوع أعراف وعادات المعارض والأسواق التجارية قد شمل الشرق والغرب على السواء،

---

[1]– فخري أبو سيف مبروك: مظاهر القضاء الشعبي لدى الحضارات القديمة، مجلة العلوم القانونية والاقتصاد، العدد الأول، السنة السادسة،كلية الحقوق،جامعة عين شمس، يناير 1974، ص103.وأنظر أيضا

عبد المحسن القطيفي: دور التحكيم في المنازعات الدولية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1969، ص36.

[2]–صوفي أبو طالب: تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص 23.

[3]– ناريمان عبد القادر: اتفاق التحكيم دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص33.

وننتهي بالقول إن التحكيم كان موجودا ومعروف في العصور الوسطى كوسيلة يلجأ إليها التجار للفصل فيما ينشب بينهم من نزاع.[1]

ثالثا: ظهور التحكيم الدولي في القرن التاسع عشر.

يتميز القرن التاسع عشر بتطور نظام التحكيم الدولي، والذي تتمثل في إنشاء ما يسمى بلجان المطالبات المختلطة، حيث كانت تتولى أمر تسوية المنازعات التي تحدث فيما يتعلق بالحدود والأمور السياسية المختلفة، وقد كانت هذه اللجان تشكل من بعض رؤساء الدول الذين عملوا كمحكمين لتسوية المنازعات التي تثور بين الدول، فقد تم أيضا إنشاء ما يسمى بمحاكم اللجان المختلطة، وذلك بموجب اتفاقات دولية تبرم بين الدول المعنية، وكانت مهمة هذه اللجان تسوية المنازعات الدولية باعتبارها نظام قضائيا إراديا يرتضي الخضوع له، وأحكامه ملزمة للدول الأعضاء، كما قامت العديد من الدول بإبرام اتفاقيات تحكيم، أو تنص على مشارطات التحكيم، في المعاهدات التي تبرم فيما بينما في المجالات المختلفة ، والموضوعات المشتركة.[2]

كما نجد أيضا التحكيم الدولي في عهد عصبة الأمم في أعقاب الحرب العالمية الأولى، عندما أصبح اللجوء إلى التحكيم أو القضاء ووسائل التسوية السلمية الأخرى، مبدأ أساسي يقوم عليه هذا التنظيم فقد ورد النص صراحة في الفقرة الأولى من المادة (13) من عهد عصبة الأمم على اتفاق أعضاء العصبة على أنه كلما ثار نزاع بينهم رأوا أنه قابل للتسوية بطرق التحكيم أو القضاء، وكان ذلك النزاع لم يتم تسويته بدرجة مرضية بالطرق الدبلوماسية، فإنهم يعرضون موضوع النزاع برمته على التحكيم أو القضاء.

ومن خلال هذه الفترة شهد المجتمع الدولي العديد من الاتفاقيات الثنائية التي أبرمتها الدول من أجل تسوية المنازعات التي تحدث بينها عن طريق اللجوء إلى التحكيم الاختياري بينهم ومن هذه الاتفاقيات نذكر على سبيل المثال معاهدة التحكيم والتوفيق التي أبرمت بين مصر والولايات المتحدة الأمريكية في 17 أغسطس 1929م.[3]

---

[1]–ماهر محمد صالح عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 23.

[2]– رقية رياض إسماعيل: خضوع الدولة للتحكيم ونظرية السيادة التقليدية، رسالة دكتوراه، القاهرة،2001، ص35.

[3]– محمود سامي جنينه: القانون الدولي العام، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1938م، ص578.

أما فيما يخص التحكيم في عهد الأمم المتحدة فإنه في أعقاب الحرب العالمية الثانية، وإقامة منظمة الأمم المتحدة لكي تحقق للعالم السلام والأمن الذي فشل في تحقيق التنظيم الدولي السابق، كان منطقيا أن يكون من بين أهدافها الرئيسية (تسوية الخلافات الدولية بالوسائل السلمية) وذلك من خلال المادة (01) من الميثاق ليس ذلك فقط، بل إن المادة الثانية أيضا أكدت أن من بين المبادئ والتي يجب أن تعمل وفقا لها كل من المنظمة والأعضاء هو تسوية الخلافات الدولية عن طريق الوسائل السلمية، وبناء على اقتراح من المندوب البلجيكي، قررت الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1949م، إعادة الأخذ بميثاق جنيف للتحكيم الذي أعدته عصبة الأمم عام 1928 وأدخلت عليه تعديلات طفيفة حتى يكون متناسقا على الوضع الجديد للمجتمع الدولي.

بحيث أصبح النص على اللجوء إلى التحكيم مألوف في كثير من المعاهدات الخاصة والجماعية، ومن ثم ونظراً لأنها لا تملك أهلية التقاضي إمام محكمة العدل الدولية، فقد عملت على تضمين شرط اللجوء إلى التحكيم في الاتفاقات التي توقعها فيما بينها أو توقعها مع الدول.[1]

ومن ذلك على سبيل المثال الاتفاقية التي أبرمت بين منظمة الأمم المتحدة ومنظمة الصحة العالمية بشأن تخصيص مكاتب منظمة الصحة العالمية في المقر الأوروبي لمنظمة الأمم المتحدة في جنيف 1950 والذي نصت في مادتها (29) على شرط اللجوء إلى التحكيم فيما قد يثور بينهم من خلافات في المستقبل.[2]

المطلب الثاني: أنواع التحكيم

للتحكيم عدة أنواع، وأهمها التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري وأيضا التحكم الخاص والتحكيم المؤسسي وكما نجد التحكيم الوطني والتحكيم الدولي وعليه سوف نتطرق إلى كل نوع على حدا:

[1]–إبراهيم محمد العناني: اللجوء إلى التحكيم الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1973م، ص20.

[2]–مجموعة معاهدات الأمم المتحدة، مجلد 46، ص342.

الفرع الأول: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري

الأصل في التحكم أن يكون اختياريا لأنه يستند في قيامه إلى إرادة أطراف النزاع، وذلك باتفاق يقومون فيه باختيار المحكم والقانون الواجب التطبيق وإجراءات التحكيم[1]، كما قد ينص باللجوء للتحكيم في العقد الدولي المبرم بين الأطراف، في حالة نشوب خلاف أو نزاع متعلق بالعقد[2]، كما يستلزم أيضا إقرار المشرع لهذه الإرادة من ناحية أخرى[3]، ومن ثم فإن التحكيم الاختياري هو الشائع في المعاملات التجارية والاقتصادية[4]، كونه قائم على إرادة الأطراف في اختيار المحكم والقانون الواجب التطبيق.

أما الصورة الأخرى للتحكيم هو التحكيم الإجباري وذلك عندما يفرضه المشرع على الخصوم لتسوية بعض المنازعات بحسب طبيعتها الخاصة، وهنا لا يستطيع الخصوم اللجوء للقضاء للفصل في تلك المنازعات،[5] وأيضا يكون التحكيم إجباريا عندما يكون أطراف العقود الدولية طرفا في معاهدة دولية، جماعية كانت أم ثنائية، والتي تشترط هذه المعاهدات على أطرافها اللجوء للتحكيم في الفصل في منازعاتهم والمتعلقة بموضوع المعاهدة، وهذا لا يعني انعدام الإرادة للدول بل يظل الدور الإرادي قائما على الانضمام أو عدمه إلى هذه المعاهدة.

لكن إذا نظرنا من الناحية الواقعية فإن التحكيم الإجباري لم يعد له إمكانية تذكر على الصعيد الدولي وذلك بعد انهيار الأنظمة الاشتراكية فقد انهار مجلس المعونة الاقتصادية المتبادلة المعروف باسم الكوميكون سنة 1995م وبالتالي زوال اتفاقية موسكو سنة 1972م بشأن التحكيم الإجباري بين المؤسسات الاقتصادية للدول الأعضاء في هذا المجلس[6].

---

[1]–عبد العزيز عبد المنعم خليفة: التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص29.

[2]–منى محمود مصطفى: الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص46.

[3]–مهند أحمد الصانوري: دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005، ص20.

[4]–خالد محمد القاضي، مرجع سابق، ص116.

[5]–عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص28.

[6]–أحمد مخلوف: اتفاق التحكيم كأسلوب بالتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص15.

الفرع الثاني: التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي

إن التحكيم الدولي قد يأخذ إحدى صورتين أخريين، الصودة الأولى وهي التحكيم الخاص أو التحكيم لحالات الخاصة، أو التحكيم الحر، أو التحكيم الذاتي[1]، وهو الصورة التقليدية للتحكيم ويقوم أطراف النزاع فيه بتنظيم إجراءات التحكيم، فيختارون بأنفسهم المحكم أو المحكمة، الذين يتولون الفصل في النزاع كما يتولون في الوقت ذاته تحديد الإجراءات والقواعد التي تطبق بشأنه وتفويضه في تحديد ها حسب ظروف النزاع، فهو تحكيم منظم مخصص في نزاع معين، ويطلق عليه تحكيم الحالات الخاصة.[2]

وأما فيما يخص الصورة الثانية فهو التحكيم النظامي (المؤسسي) فهو التحكيم الذي يعهد به إلى هيئة، أو منظمة، أو مركز من هيئات ومنظمات مراكز التحكيم الدائمة، والذي يتم وفقا لإجراءات وقواعد موضوعة سلفا[3] تحددها الاتفاقات الدولية أو القرارات المنشئة لهذه الهيئات، وقد كثرت مراكز وأجهزة التحكيم المؤسسي، في حين أصبح هذا النوع تتولاه هيئات منظمة دولية أو وطنية، مختصة بمجال منازعات التجارة الدولية والاستثمار[4].

الفرع الثالث: التحكيم الوطني والتحكيم الدولي

التحكيم الوطني هو التحكيم الذي تكون كل مقوماته أو عناصره (من موضوع النزاع إلى الجنسية، ومحل إقامة طرفي النزاع، والمحكمين والقانون الواجب التطبيق ومكان انعقاد التحكيم) منحصرة في دولة معينة.

أما عندما يكون التحكيم أو عناصره لا تنتمي جميعها إلى دولة معينة، فالتحكيم هنا غير وطني أو بتعبير آخر هو تحكيم أجنبي أو دولي[5]، وإذا كان أطراف النزاع ينتمون بجنسيتهم

---

[1]–بشار محمد الأسعد: عقود الاستثمار في العلاقات الدولية الخاصة، رسالة دكتوراه، بدون ناشر، جامعة عين شمس القاهرة، 2004، ص358.

[2]–عبد الباسط محمد الظراسي: النظام القانوني لاتفاق التحكيم، رسالة ماجستير، المكتب الجامعي الحديث، جامعة عدن، الإسكندرية، 2005، ص47.

[3]–مصطفى محمد الجمال و عكاشة محمد عبد العال: التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية،الطبعة الأولى، بدون ناشر، الإسكندرية، 1998، ص127.

[4]–مهند أحمد الصانوري، مرجع سابق، ص49.

[5]– كمال أحمد إبراهيم: التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991، ص100.

لدولة واحدة أو لدول مختلفة، وكان نزاعهم يتعلق بمشروعات أو أموال موجودة في دولة أخرى، أو أن التحكيم في مركز دولي للتحكيم نشأ وفقا لاتفاقية دولية، فذلك يعتبر تحكيما دوليا[1]، أما التحكيم الأجنبي فإنه لا يوصف (بالدولي) وذلك بمجرد وجود طرف أجنبي في النزاع، ولكن يعتمد بمكان التحكيم دون الأخذ بجنسية الأطراف أو طبيعة النزاع، أما جريانه في الخارج فيؤدي إلى وصفه بالأجنبية وإنه غير وطني، وقد تبنت هذا المعيار اتفاقية نيويورك لوصف حكم التحكيم بصفة الأجنبية، حيث نصت على سريان نصوصها على أحكام التحكيم التي تصدر في دولة غير الدولة المراد تنفيذها فيها.[2]

المطلب الثالث: تمييز التحكيم عما يختلف معه

إن التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار قد ينشأ له مع غيره من النظم البديلة للفصل في المنازعات الاستثمار وذلك كالصلح والخبرة والوكالة وكذلك القضاء، ومن هنا يتعين علينا توضيح الفروق الجوهرية بينه وبين هذه النظم.

الفرع الأول: التحكيم والصلح

إن التحكيم والصلح يعتبران من طرق تسوية المنازعات بدلا عن القضاء، وكليهما يعتبران من العقود الوقائية استنادا إلى إرادة أطراف النزاع، والمنازعات التي يتم فصلها بالتحكيم والصلح هي التي ترتب حقوقا مالية، ولا تتعلق بالنظام العام، وبالتالي فإنها تقبل الصلح والتنازل.[3]

التحكيم يختلف عن الصلح لأن الصلح عقد يتم فيما بين أطراف الخصومة أنفسهم أو بمن يمثلونهم، يعملون بموجبه بالفصل في نزاعاتهم عن طريق تنازل كل طرف عن بعض ما يتمسك به، أما في التحكيم فالمحكم يقوم بمهمة القضاء[4]، لأن المحكم هو الذي يفصل في النزاع لأن هذا النزاع يعتبر قضية تدور إجراءاتها أمام المحكم والذي يعتبر شخصا آخر غير أطراف النزاع يتم اختياره من قبلهم، وفي التحكيم قد لا يحدث تنازلا متبادلا من قبل الأطراف

[1]–عبد الباسط محمد الظراسي، مرجع سابق، ص442.

[2]–محمود مختار أحمد بريري: التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1999، ص23.

[3]–ماهر محمد صالح عبد الفتاح، مرجع سابق، ص99.

[4]–أحمد أبو الوفاء، مرجع سابق، ص 30.

لحسم المنازعة أو الخصومة، فإنه قد يكسب أحد الأطراف في الخصومة كل القضية دون الطرف الآخر.[1]

ويشبه الصلح شكل شرط التحكيم أي إذا كان سابقا للنزاع ومشارطة التحكيم إذا كان لاحقا للنزاع، و للمحكم سلطة الفصل في النزاع بحكم، فالتحكيم ينتهي بقرار حاسم قابل للتنفيذ مباشرة بعد وضع الصيغة التنفيذية، ولا تمتد سلطة قاضي التنفيذ للنظر في الموضوع، أما الصلح لا يكون قابل للتنفيذ إلا بعد تصديق القضاء الذي يجعله قابلا لإمكانية وضع الصيغة التنفيذية.[2]

الفرع الثاني: التحكيم والخبرة

الخبير هو شخص فني (طبيب، مهندس، أو محاسب، أو مصرفي...الخ)، ويقوم بإعطاء رأيه الاستشاري فيما يتعلق بمسألة فنية تتطلبها قضية أو منازعة مطروحة على المحكمة ويصعب على المحكمة الإلمام بها فنيا، بناء على قرار تلبية لطلب أحد الخصوم أو من تلقاء نفس المحكمة، وهذا الرأي لا يقيد الخصوم ولا يقيد المحكمة، أما المحكم فهو يقوم بمباشرة مهنته دون وجود قضية أمام المحكمة ودون حكم صدر منها لأنه مختار من الخصوم سواء في شرط أو مشارطة التحكيم، ويصدر المحكم قرار ملزم لأطراف النزاع، دون أن يكون للقضاء سلطة تقديرية في ذلك. وبما أن الخبير لا يفصل في النزاع إنما يعين باستجلاء جانب معين منه، لذلك لا يعتبر الخبير محكما، ولا يوجد هناك ما يمنع أن يكون الخبير محكم وخبير في نفس الوقت، إذا طلب الخصوم ذلك ليقوم بالفصل في منازعاتهم قاصدين الفصل في النزاع وليستعينوا بخبرته بشرط أن يتوفر فيه إلى جانب الخبرة أهليته للتحكيم، وأصبح ذائع هذا النوع من التحكيم في التجارة الدولية.[3]

الفرع الثالث: التحكيم والوكالة

[1]–عصت عبد الله الشيخ: التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص25.

[2]–محمود مختار أحمد بريري، مرجع سابق، ص20، 21.

[3]–ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص56، 57.

الوكالة هي علاقة قانونية يكون فيها لشخص معين سلطة تمثيل شخص آخر عملية تجارية معينة، ويسمى الشخص الأول بالوكيل ويسمى الشخص الثاني بالأصيل.[1]

فالأصل أن التحكيم لا يشبه الوكالة بالرغم من وجود العقد في كل منها، ذلك لأن الأطراف في عقد التحكيم هما طرفا النزاع، وموضوعه هو اختيار طرف آخر (أجنبي) عنهما للفصل فيه وهو المحكم، والمحكم مستقل عن الأطراف أثناء تأديته لمهمته، ويخضع لسلطان ضميره، والقانون الذي يحكم النزاع، أما طرفا عقد الوكالة هما الموكل والوكيل، وموضوعه هو تخويل الوكيل ذاته سلطة النيابة عن الموكل في عمل من الإعمال القانونية والوكيل لا يستقل عن الموكل عند تأديته للعمل الموكل فيه ولا يكون له أكثر مما أوكل فيه ويأتمر بأوامر الموكل فإن تعدى ذلك كان للموكل أن ينفصل من العمل الذي أجراه لحسابه.[2]

الفرع الرابع: التحكيم والقضاء

تعتبر إرادة الأطراف في النزاع أساس اللجوء للتحكيم سواء وردت هذه الإرادة في شرط تحكيمي أو في مشارطة التحكيم، أما اللجوء للقضاء فهو حق عام لا يحتاج إلى اتفاق من أطراف النزاع وكل من له حق يدعيه لدى الطرف الآخر، أن يلجأ للقضاء بطلب الحماية القضائية لحقه الذي ينازعه فيه الآخر، ودون حاجة لموافقة الطرف أو الخصم الآخر، أو الاستناد إلى نص خاص.[3]

فالمحكم في التحكيم شخص خاص، يقوم بإصدار حكمه بناء على الاتفاق المبرم بين الأطراف في الخصومة وهذا الاتفاق هو مصدر سلطاته، ولا يتلقى أي سلطة من الدولة، وبذلك لا يعتبر التحكيم جزء من الجهاز القضائي في الدولة.[4]

وباعتبار أن التحكيم اتفاق ليس من خلق الدولة، فهو لا يسهر في سبيل العمل على احترام القواعد الآمرة في نظام قانون معين، وبالتالي فإنه يؤدي إلى ترك المجال واسع والحرية

[1]–هشام خالد، أوليات التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص159.

[2]–مصطفى محمد الجمال و عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص31.

[3]–عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص15.

[4]–هشام خالد، المرجع السابق، ص166.

الكبيرة في اختيار النظام القانوني الملائم للمحكم في الخصومة المطروحة غير مقيد بهذا أو ذاك، من أنظمة القانون الدولي الخاص، أو قواعد الإسناد.[1]

[1]–عصمت عبد الله الشيخ، مرجع سابق، ص23.

الفصل الأول:

مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

تمهيد:

لا يخفى على أحد الدور الهام الذي يلعبه التحكيم في حل النزاعات القائمة بين الأفراد خاصة في مجال التجارة الدولية في مختلف العصور إلى أن وصل اليوم إلى مظهر من مظاهر الحل السلمي.

ومن خلال هذا الدور المهام، نجد أن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وجد لكي يحمي مصالح الأفراد، وذلك من خلال عدم تملص أحد الأطراف من الالتزامات الملقاة على عاتقه، فلو كان اتفاق التحكيم مرتبط بالعقد الأصلي فهذا سيسمح للطرف الذي يريد التملص من التزامه الدفع ببطلان العقد الأصلي خاصة في حالة أن يكون العقد دولي لا وطني كالدفع بمخالفة العقد الأصلي للنظام العام لدولته مثلا.

ولقد احتل مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي مكانة كبيرة في أغلب دول العالم للدور الوقائي الذي يلعبه، فأجمع أغلب الفقه والاتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم كاتفاقية جنيف الأوروبية والمراكز التحكمية الدائمة كالغرفة التجارية بباريس، وكذلك أغلب التشريعات كالقانون السويسري والفرنسي والمصري وغيرها على أهمية هذا المبدأ وضرورة وجوده نظرنا للتعاملات التجارية الدولية المنتشرة بصورة كبيرة وكبيرة جدا في العالم.

وقد أتخذ المشرع الجزائري موقف المؤيد لهذا المبدأ على غرار أغلب التشريعات وهذا من خلال المرسوم التشريعي 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية، وواصل المشرع مواكبة العصر في مجال التجارة الدولية وهذا المبدأ تحديد وذلك في القانون الجديد 09/08 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية.

ومن هنا سنتناول هذا الموضوع من خلال الفصل الأول في مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول:ماهية مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي.

المبحث الثاني: مدى الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي.

المبحث الأول: ماهية مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

بحيث سيكون هذا المبحث بمطلبين الأول بعنوان مفهوم استقلالية اتفاق التحكيم حيث سنذكر فيه تعريف هذا المبدأ بالإضافة إلى مصدر هذا المبدأ، بينما سيكون المطلب الثاني بعنوان حالات ودوافع الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم.

المطلب الأول: مفهوم مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، الأول للتعريف بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم والثاني مصدر هذا المبدأ.

الفرع الأول: تعريف مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

أولا: التعريفات في الفقه العربي

عرف استقلالية 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.[1]

كما عرف أيضا أن المقصود بالاستقلالية أنه إذا كان العقد الأصلي باطل أو فسخ، فهذا لا يؤثر في اتفاق التحكيم نفسه، فاتفاق التحكيم وإن كان يرد في العقد الأصلي إلا أن له ذاتية متميزة ومستقلة.[2]

وفي تعريف آخر نجد أنه لا يؤدي بطلان أو فسخ أو إنهاء العقد الأصلي المبرم بين الأطراف إلى التأثير على اتفاق التحكيم، وطالما أن اتفاق التحكيم قد استكمل شروط صحته فإنه يكون صحيحا قانونا وينتج كافة آثاره.[3]

ونجد أيضا تعريف آخر المقصود باستقلالية اتفاق التحكيم هو ألا يتأثر ذلك الاتفاق سواء كان في صورة شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم، بصحة العقد المتعلق به، وهذا ما يترتب عنه استمرار اتفاق التحكيم رغم البطلان المحتمل للعقد الأصلي، والعكس أيضا صحيح أي أن بطلان اتفاق التحكيم لا يترتب عنه بطلان العقد الأصلي.[4]

ثانيا: التعريف في الفقه الغربي

يعني مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم يكون من الممكن فصله عن العقد الأصلي المبرم بين الأطراف ومن ثمة يكون متمتعا بالاستقلالية.[5]

وفي تعريف آخر نجد أن استقلالية اتفاق التحكيم تؤدي إلى عدم التضامن بين ذلك الاتفاق والعقد الذي يتضمنه ماديا.[6]

كما عرف الأستاذ MAYER، المبدأ من زاوية أخرى حيث يرى أن الاستقلال الموضوعي يتطرق إلى العلاقة بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي الذي يحتويه، بمعنى أنه لا يتأثر باحتمال عدم صحة العقد الأصلي، بمعنى أخر الاستقلالية بهذا المعنى هو تمكين اتفاق التحكيم في مواجهة أسباب احتمال عدم صحة العقد الأصلي.

بحيث أن الفقه عرف الاستقلالية من حيث الهدف الذي يهدف إليه، وهو تحصين اتفاق التحكيم من أسباب بطلان العقد الأصلي.

من خلال هذه التعريفات يمكن أن نلاحظ أنه لا يوجد علاقة بين العقد الأصلي واتفاق التحكيم الذي يكون هذا الأخير بند من بنوده أو جزء منه، حيث في حالة ما إذا أصاب العقد

---

[1]- إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1997، ص89.

[2]-محمد عبد الفتاح ترك: التحكيم البحري، دار الجامعية الجديدة للنشر، 2003، ص442.

[3]- محمود السيد عمر التحيوي: أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته وفقا لقانون التحكيم المصري رقم 94/27، دار المطبوعات الجامعية، 2001، ص70.

[4]- عبد العزيز قادري: الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي ضمان الاستثمارات، دار هومة، 2004، ص268.

[5] -ROBERT (J),arbitrage civil et commercial-droit interne et droit international privé، 4 éme ed, Dalloz 1967، P363.

[6] -JAQUET (J.M),Princier d'autonomie et contrat internationaux, Paris Economico, 1983, P43.

الأصلي عيب فهذا العيب لا يؤدي إلى زوال اتفاق التحكيم، فيبقى قائما ومنتجا لكافة آثاره ما دام كان صحيحا ولا يشوبه أي عيب من العيوب التي تبطل اتفاق التحكيم أصلا.

الفرع الثاني: مصدر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

ذهب أغلب رجال القانون في مؤلفاتهم إلى القول بأن أول تكريس صريح لهذا المبدأ كان من خلال القضاء الفرنسي، في الحكم الشهير غوسي، وذلك في محكمة النقض الفرنسية، بعدما كانت هذه المسألة محل تردد في القضاء الفرنسي بحيث كانت الصبغة التعاقدية هي الغالبة على طبيعة التحكيم وربط مصيره بمصير هذه العلاقة التعاقدية، بحيث كانت عيوب العقد الأصلي الذي ينشأ النزاع بسببه تمتد لتشمل اتفاق التحكيم.

وتعود أحداث قضية غوسي في أنه أثير نزاع حول تنفيذ حكم تحكيم صدر في إيطاليا بناء على شرط تحكيم ورد في عقد بين مستورد فرنسي ومصدر إيطالي حيث قضى الحكم بالتعويض للمصدر الإيطالي، لخطأ المستورد الفرنسي في تنفيذ التزاماته التعاقدية، حيث أنه لم يحصل على التصريح الخاص بالاستيراد في الوقت المناسب، وهذا الحكم كان واجب التنفيذ في فرنسا وقد تمسك المستورد الفرنسي بعدم جواز تنفيذ قرار التحكيم وذلك على أساس أن العقد الذي تضمن شرط التحكيم باطل بطلانا مطلقا لمخافته للنظام العام الفرنسي، لعدم مراعاته للقواعد الآمرة الخاصة بالتصدير والاستيراد، وتأسيسا على بطلان العقد الأصلي، فإن الأمر سيتتبع تقرير بطلان شرط التحكيم وإصدار قرار التحكيم الذي صدر بناء عليه[1].

لكن محكمة النقض الفرنسية قد رفضت هذا الدفع وذلك من خلال حكمها الشهير غوسي بتاريخ 07 ماي 1963 حيث قضت أنه" 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 باستقلال قانوني كامل يستبعد معه أن يتأثر اتفاق التحكيم بأي بطلان محتمل يلحق بهذا التصرف، إلا في حالة ظروف استثنائية.وهذا المبدأ الذي وضعته محكمة النقض الفرنسية سارت عليه أيضا محاكم الاستئناف الفرنسية في العديد من إحكامها نذكر من أهمها:

مثل قضية أمبيكسIMPEX، التي ذهبت فيها محكمة النقض الفرنسية إلى تأييد قاضي الموضوع فيما ذهب إليه من اعتباران اتفاق التحكيم اتفاقا مستقل من الناحية القانونية، وفقا للقانون الدولي الخاص الفرنسي، بالعقد الوارد على تصدير الحبوب إلى إيطاليا، والذي صور على أنها عملية بيع إلى البرتغال وسويسرا ومنها إلى إيطاليا من أجل الاستفادة من القواعد والمزايا المقررة في داخل السوق الأوروبية المشتركة بهدف التصدير لدول أخرى خارج السوق، فرفضت السلطات الأوروبية المشتركة بهدف التصدير لدول أخرى خارج السوق، فرفضت السلطات الجمركية الفرنسية ترخيص التصدير بسبب الغش، لكن عندما أثيرت مسألة بطلان العقود نظراً لعدم مشروعية السبب، ومدى تأثر شرط التحكيم بهذا البطلان، وهنا انتهى القضاء الفرنسي إلى أن بطلان العقود الأصلية بسبب الغش لا يؤثر على صحة شرط التحكيم نزولا عند مبدأ استقلاليته بالنسبة للعقد الأصلي.[2]

---

[1]- حفيظة السيد الحداد: الطعن بالبطلان في قرارات التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، 1997م، ص22.

[2]- حفيظة السيد الحداد: الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم من حيث استقلالية وآثاره والنظم القانوني الذي يحكمه ومدى تأثر قانون التحكيم المصري الجديد بها، دار الفكر الجامعي، 1996، ص23 و24.

وفي قضية أخر وهي قضية منيكوكسيMENICWCI، حيث ابرم 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 لجأ إلى القضاء الفرنسي العادي متجاهلا بذلك شرط التحكيم الوارد في العقد، وهنا قررت محكمة استئناف باريس صحة اتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية، بالنظر إلى استقلاليته وبذلك فإنه تحول دون إمكانية تأثره بأسباب البطلان أو عدم المشروعية الواردة في أي قانون وطني.[1]

ومن خلال هذه القضايا وغيرها وقد كانت كثيرة فإنه كلها أوضحت وبشكل جيد مبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي وبهذا يكون القضاء الفرنسي هو المصدر الأول لهذا المبدأ من خلال كل هاته القضايا.

المطلب الثاني: حالات ودوافع الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

في هذا المطلب سنتكلم على الحالات التي يمكن أعمال بصددها هذا المبدأ في فرع أولا، بالإضافة إلى دوافع الأخذ بهذا المبدأ في فرع ثاني:

الفرع الأول: حالات العمل بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

هناك ثلاث حالات يمكن ذكرها ومن خلالها يمكن العمل بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم وهي حالات البطلان وحالات انعدام العقد الأصلي وكذلك حالة فسخ العقد الأصلي وانقضائه.

أولا: حالات البطلان

من الأمور التي تتفق حوله معظم التشريعات، أن البطلان إما يكون بطلان مطلق أو بطلان نسبي ومن هنا سنتكلم عن كل حالة على حد إما مطلق أو نسبي.

1- البطلان المطلق:

حيث أن البطلان المطلق يكون في انعدام الإرادة ومثل ذلك شخص يكون عديم الأهلية أو يكون في المحل كمخالفة المحل للنظام العام والآداب العامة أو عدم مشروعيته،[2]فلو توفرت في عقد دولي (العقد الأصلي) إحدى هذه المسائل التي بسببها يبطل العقد وتقرر إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها في الأولى أي قبل التعاقد.

ففي حالة ما إذا مس عدم الأهلية العقد الأصلي واتفاق التحكيم على حد سواء فإنه من المفروض أن يلحق البطلان بالعقدين، فيجب علينا معرفة القانون الواجب التطبيق على أهلية الأطراف للحكم بانعدامها لأن العقدين دوليين، وهل الأهلية المطلوبة في العقد الأصلي هي نفسه المطلوبة في اتفاق التحكيم.

---

[1]- حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، ص24.

[2]- محمد حبار: نظرية بطلان التصرف في القانون المجني الجزائري وفي الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، الجزائر، 1986، ص486. وأنظر أيضا: محمد السعيد جعفور: نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة،1997، ص61.

ففي أهلية الأشخاص الطبيعيين فإن القاعدة العامة لفقه التحكيم التقليدي تعتبر أنه كل من يملك حرية التصرف في حقوقه يملك الحق في الالتجاء إلى التحكيم[1] فلا يملك الحق في الالتجاء إلى التحكيم إلا الشخص كامل الأهلية الذي يملك حرية التصرف في الحق محل النزاع[2]، بحيث لا بد من تمتع الشخص بالأهلية الكاملة، أي إمكانية إجراء الأعمال القانونية على المال الذي يتناول التحكيم، وهذا يترتب التنازل عن رفع النزاع إلى قضاء الدولة، ومن هذا المنطلق لا يجوز للقاصر أو المحجور عليه اللجوء إلى التحكيم، وكذلك لا يجوز إبرام اتفاق التحكيم للشخص ناقص الأهلية بسبب صغر السن أو لعارض أصاب أهليته بعد بلوغه سن الرشد[3]، وبالنسبة للمفلس وإن كان غير ناقص الأهلية، إلا أنه ممنوع من حقوقه، وعليه لا يجوز له الاتفاق على التحكيم، وأن إبرام هذا الاتفاق فلا يعد باطل وإنما لا يحتج به أمام جماعة الدائنين.[4]

أما بالنسبة للأشخاص الاعتبارية فنجد الأشخاص الاعتبارية الخاصة فأهلية الأشخاص الاعتبارية في من يقوم بتسييرها من الأشخاص الطبيعيين أي مدير الشركة سوى كانت مدينة أو تجارية وله الحق في سلطة إدارة الشركة وهذا يخول له في التصرف في الأموال المملوكة للشركة التي يمثلها وخاصة سلطة إبرام اتفاق التحكيم بحيث أن مجلس إدارة الشركة قد منح بصفة عامة سلطة ، أبرام مثل هذه الاتفاقيات نيابة على الشركة[5] فالمدراء هم الذين يعبرون عن إرادة الشخص المعنوي أما بالنسبة للمحل فهو الشيء المتعاقد عليه، فإذا كان عقد استيراد مثل بين طرفين أحدهما جزائري والآخر فرنسي فنظر إلى مشروعية محل هذا العقد هل هو من المسموح في التعامل به أم لا كالآلات الصناعية أو الأغذية، والألبسة. الخ، وأما إذا كانت غير مسموح به ومخالفة للنظام العام كالأسلحة والمخدرات... الخ فهنا يصبح العقد الأصلي يعتبر باطلا وإذا عرض هذا على المحكم قرار عدم الفصل في هذا النزاع كونها مخالف للنظام العام الدولي، وهنا ننظر إلى محل العقد الأصلي إذا كان مشروعا، أو غير مشروعا من جهة ومن جهة أخرى ننظر إلى محل اتفاق التحكيم في حد ذاته أي موضوع النزاع إذا كان قابل للتحكيم.[6]

2-البطلان النسبي:

يتحقق البطلان النسبي إذا كان أحد طرفي العقد ناقص الأهلية أو كانت إرادته معيبة بأحد عيوب الإرادة[7]، وهي الغلط الإكراه، التدليس، الغبن، الاستغلال، ويترتب على توفر حالة من حالات البطلان النسبي إعطاء الحق للطرف الذي شاب إرادته عيب من عيوب الإرادة السابقة طلب إبطال العقد.[8]

---

[1]- عبد الحميد منشاوي: التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية طبقا لقانون التحكيم المصري رقم 94/27، دراسة مقارنة، منشاة المعارف، 1995، ص29.

[2]- محمد حبار، المرجع السابق، ص486. وأنظر أيضا: محمد السعيد جعفور، المرجع السابق، ص61.

[3]-عاطف شهاب، اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي، دار النهضة العربية، 2002، ص94.

[4]- أحمد أبو الوفاء: التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف الإسكندرية، 1987، ص4.

[5]- منير عبد الحميد: التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء فقه وقضاء التحكيم، منشاة المعارف، 1997م، ص103.

[6]- منير عبد الحميد، المرجع نفسه، ص97.

[7]- محمد السعيد جعفور، مرجع سابق، ص61.

[8]- المرجع نفسه، ص44.

بالنسبة للغلط كعيب من عيوب الرضا، فهو الاعتقاد المخالف للواقع يقع في ذهن الإنسان ويشترط أن يكون الغلط في شيء جوهريا، أي أن يكون هو الدافع للتعاقد[1]، كأن يكون الغلط في حقيقة جوهرية للشيء أو قيمته، ففي هاته الصورة يتعلق الغلط هنا في العقد الأصلي ولا يمتد لشرط التحكيم، لأن شرط التحكيم يختلف محله عن محل العقد الأصلي، فمحل شرط التحكيم هو إخراج ولاية الفصل في النزاع من القضاء العادي إلى المحكم أو المحكمين وهذا محل إجرائي ليس له علاقة بصفة الشيء أو قيمته، أما إذا كان الغلط في صفة من صفات المتعاقد أو في ذاته (المتعاقد)، بحيث أن المتعاقد الواقع في الغلط لو علم بحقيقة شخصية من تعاقد معه قبل العقد لا يتعاقد[2] معه أصلا، فهذا الغلط إذا وقع في العقد الأصلي فإنه يمتد إلى شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي لأن المتعاقد الذي وقع في الغلط في ذاته أو صفة من صفاته هو نفسه المتعاقد في شرط التحكيم ومنه فإن إبطال العقد الأصلي يمتد إلى شرط التحكيم.

أما بالنسبة للإكراه فهو يقع على شخص المتعاقد، بهدف بعث الرهبة في نفسه والتأثير عليه[3] ومنه إذا وقع الإكراه على شخص المتعاقد من أجل إبرام عقد معين فإن إبطال هذا العقد للإكراه يؤدي إلى بطلان شرط التحكيم المدرج به، إلا أذا كان الاتفاق على شرط التحكيم بعد إبرام العقد الأصلي وزوال حالة الإكراه.[4]

وفيما يتعلق بالتدليس فهو استعمال طرق احتيالية لخديعة أحد المتعاقدين خديعة تدفعه إلى التعاقد، ويعتبر أيضا كتمان ما هو واجب الإفصاح عليه من معلومات من التدليس بغض النظر عن نية الشخص المتعاقد، ومن هنا فإن بطلان العقد الأصلي للتدليس يؤدي الى بطلان شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي، إلا في حالة اكتشاف التدليس قبل إبرام شرط التحكيم.[5]

أما بالنسبة لعيب الاستغلال والغبن فلا يمكن تصورهما في اتفاق التحكيم، حيث أنه ينشأ التزامات متعادلة بين الطرفين، فكل طرف من أطراف العقد يلتزم بعدم اللجوء إلى القضاء واللجوء إلى التحكيم على نحو لا يتصور وجود هذه العيوب (الغبن، الاستغلال) في شرط التحكيم، ومنه فإن بطلان العقد الأصلي لا يؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم.

ثانيا: حالة انعدام العقد الأصلي

في هذه الحالة نجد اتجاه فقهي يأخذ بانعدام العقد لانعدام أحد أركانه، حيث نجد أن هناك إجماع يؤكد وجود نوعان من البطلان وهما المطلق والنسبي، لكن نجد أيضا هاته الحالة وهي حالة انعدام العقد الأصلي، بحيث نجد أن بعض أحكام محكمة النقض الفرنسية أقرت صحة اتفاق التحكيم، حتى في حالة الادعاء بانعدام العقد الأصلي الذي لم يدخل حيز التنفيذ، إذا انصب النزاع حول إبرامه، وهذه الحالة أخذت به المادة 1/5 من اتفاقية جنيف، حيث لم تفرق بين انعدام وبطلان العقد الأصلي وإبطاله، وكذلك نجد المادة 2/21 من نظام التحكيم CNUDCI وكذلك المادة 4/8 من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس، ومن هنا فإن اختصاص المحكم هو أن يفصل في النزاع حتى في حالة انعدام العقد الأصلي، وقد برر الفقه هذا الموقف بالقول أنه إذا أغلق الباب أمام الأطراف في التراجع في اللجوء الى التحكيم بشأن بطلان العقد

---

[1]- خليل أحمد قدادة: الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ـ مصادر الالتزام، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994م، ص49. أنظر أيضا: بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ـ التصرف القانوني، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 1990، ص103.

[2]- المرجع نفسه، ص52. أنظر أيضا: : بلحاج العربي، نفس المرجع، ص104.

[3]- المرجع نفسه، ص59. أنظر أيضا: بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص115.

[4]- ميلود سلامي: عقد التحكيم في القانون الداخلي الجزائري، مذكرة ماجستير بجامعة الجزائر، 2003، ص71.

[5]- المرجع نفسه، ص72.

الأصلي، فإن عدم تطبيق مبدأ الاستقلالية عن العقد الأصلي في حالة انعدام هذا الأخير يفتح المجال أمام الأطراف في التذرع بانعدام العقد الأصلي بدل بطلانه.[1]

ثالثا: حالة فسخ العقد الأصلي وانقضائه

حتى في حالة الفسخ أو انفساخ العقد الأصلي، بحيث يبقى المحكم هنا مختصا في الفصل في المسألة، وذلك مع الخضوع لرقابة القاضي الوطني المختص.[2]

أما بالنسبة لحالة إنها العقد الأصلي سواء بتنفيذ الأطراف التزاماتهم أو بالاتفاق بينهم على إنهاء العقد الأصلي، حيث يقول الأستاذ نور الدين تركي، بالنسبة لهذه الحالة أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يبقى قائم حتى في حالة تنفيذ العقد طبقا لمقتضياته، بمعنى أن اتفاق التحكيم يبقى قائم حتى في حال إنهاء العقد الأصلي بعد تنفيذه وبصفة خاصة في حالة ضمان السرية، ضمان العيوب الخفية.... والتي بطبيعتها تظهر مع مرور الوقت.[3]

وتظهر أهمية استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي الذي ابرم بشأنه التحكيم في حالة بطلان أو فسخ أو إنهاء العقد الأصلي، أنه قد لا يكفي هذا البطلان أو الفسخ لتسوية موقف الطرفين، بل يكون هناك حقوق مترتبة على بطلان أو فسخ أو إنهاء العقد، ويحتاج الأمر إلى رفع دعوى أمام القضاء لتصفيتها، فإذا أوجد شرط تحكيم بهذا الشأن فإنه يظل معمول به ولا يلحقه البطلان أو الفسخ أو الإنهاء، ومن خلال التحكيم يتم النظر في النزاع استنادا إلى إرادة الأطراف، بحيث أن مبدأ استقلالية التحكيم هي قاعدة موضوعية، ولا يمكن سلب المحكم اختصاصه في كل مرة ادعى أحد الأطراف ببطلان العقد الأصلي وتركه يفصل في النزاع ما دام هناك اتفاق على التحكيم، كون أن التحكيم لم يكن منذ البداية إجباري بل كان يستند إلى إرادة الأطراف.

وهنا نشير إلى مسألة إلزامية هذا المبدأ حيث أنهلا يعتبر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي قاعدة آمرة بل تعد قاعدة موضوعية مكملة ويجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها، بحيث لو قمنا بالرجوع إلى قرار غوسي لا سيما عبارة " Sauf circanstances exceptionnelles".

بحيث يعتبر مبدأ الاستقلالية قاعدة مكملة يجوز مخالفتها، على أن يكون ذلك بصفة صريحة، وإلا طبق المبدأ بالأخذ بالتعبير الضمني على الرغبة في أعماله.

كما أن عبارة الظروف الاستثنائية، لم ترد في القرارات اللاحقة لقرار غوسي المتعلقة بمسألة استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي[4]، إلا أنها وردت في المادة 4/8 من قانون الغرفة التجارية الدولية حيث جاء فيها:

"Sauf stipulation conraire، …la prétendue nullité au invexistance "

بمعنى أنه يمكن الاتفاق على خلاف هذا المبدأ، وحتى لا يطبق هذا المبدأ يجب أن يتفق الأطراف صراحة على عدم تطبيقه.

<u>الفرع الثاني: دوافع الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم</u>

---

[1]- عبد الحميد الأحداب: موسوعة التحكيم الدولي، الجزء الثاني، دار المعارف، 1998، ص155.

[2] -Sentence rendue le 12/04/1977 dans l'affaire LIAMCO، Sentence sur le compétence rendue le 01/06/1989 sous l'égide de le C.C.I

[3] -C.A.P le 08/10/1998، SAMC/PERRIN، Rev.Arb.1999، P354، note ANCEL (P).

[4]- نور الدين بن الشيخ: شرط التحكيم في العقود الاقتصادية الدولية، رسالة ماجستير بجامعة الجزائر، 1986م، ص92. كما أشار إبراهيم أحمد إبراهيم أيضا إلى أن إشارة الحكم إلى مراعاة الظروف الاستثنائية كانت نتيجة لرغبة المحكمة في التحفظ، باعتبار استقلال شرط التحكيم يمثل قاعدة عامة

يوجد عدة مبررات ودوافع فقهية أخذت بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وعليه سوف نتعرض لأهم هذه الدوافع والمبررات:

أولا: إرادة الأفراد

عندما يقوم الأطراف بإبرام عقد معين، ويتم الاتفاق فيما بينهم على إحالة النزاعات المتعلقة حول تنفيذ أو تفسير هذا العقد إلى التحكيم، ويأتي هذا في صورة شرط التحكيم الوارد ضمن بنود العقد الأصلي، والذي يتم الاتفاق بمقتضاها، بإحالة المنازعات التي من الممكن أن تنشأ حول تنفيذ أو تفسير العقد المبرم بينهم بواسطة التحكيم، معنى ذلك أن الأطراف قصدوا بذلك عرض كافة المنازعات التي يمكن أن تنشأ حول هذا العقد بطريق واسع ليشمل أيضا النظر في صحة أو بطلان العقد الأصلي، ولذلك فإن عدم إجازة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، معناه عدم احترام هذه الإرادة التي قصدت عرض كافة المنازعات التي من الممكن أن تثور حول العقد الأصلي. ولو أراد الأفراد التضييق عن نطاق هذه الإرادة لعبروا عن ذلك صراحة.[1]

ثانيا: عدم تعريض اختصاص المحكم للخطر

بحيث أنه إذا لم يكن استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي جائزا، فإن إقرار المحكم حول بطلان العقد الأصلي سيمس في نفس الوقت من اختصاصه، حيث سيؤدي بطلان العقد الأصلي الذي يدرج فيه شرط التحكيم إلى بطلان شرط التحكيم، وهنا يكون اختصاص المحكم في خطر إذا ارتبط مصير شرط التحكيم بمصير العقد الأصلي[2]، فإذا دفع أحد الأطراف ببطلان العقد فإن المحكم سينظر إلى صحة العقد الأصلي وصحة شرط التحكيم في آن واحد ومن غير المستساغ أن ينظر المحكم في عقد هو مصدر سلطته.[3]

وبالتالي فإن حكم التحكيم نفسه حول بطلان أو صحة العقد الأصلي سيعتبر فصلا في صحة اختصاصه وسيخضع حكمه للرقابة القضائية اللاحقة، وهذا ما يستلزم من القاضي رقابة حول موضوع النزاع لمعرفة ما إذا كان المحكم قد فصل في صحة أو بطلان العقد الأصلي بطريقة سليمة، وبذلك فإن القاضي سيدخل في موضوع النزاع، وهذا التدخل في الموضوع مرفوض في غالبية قوانين التحكيم.[4]

ثالثا: عدم التمييز بين شرط التحكيم ومشارطته

إن عدم السماح باستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، يؤدي إلى التفرقة بين إبرام التحكيم في صورة شرط التحكيم سيمكن من إصدار حكم نهائي حول بطلان أو صحة العقد الأصلي، بعكس إبرام اتفاق التحكيم في صورة شرط التحكيم حيث سيتعرض فصل المحكم في بطلان أو صحة العقد الأصلي إلى الرقابة القضائية اللاحقة قد تلغي حكمه وهذه التفرقة بين صورتي اتفاق التحكيم غير مبررة.[5]

وهذا التبرير أخذ به الفقه الذي ما زال يأخذ بالتفرقة بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم رغم اعترافه بأن هذه التفرقة لا مبرر لها.

---

[1]- عاطف محمد الفقي: التحكيم في المنازعات البحرية، دراسة مقارنة في التحكيم البحري في لندن، نيويورك، باريس، مع شرح أحكام قانون التحكيم المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص125.

[2]- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص350.

[3]- محسن شفيق: التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربي، ص195. أنظر أيضا: ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص310.

[4]-عاطف محمد الفقي، مرجع سابق، ص125.

[5]- المرجع نفسه، ص125، .

رابعا: اختلاف موضوع العقد الأصلي عن اتفاق التحكيم

إن مبررات استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي تكمن في اختلاف كل من موضوع شرط التحكيم والعقد الأصلي، فالعقد الأصلي قد يتعلق في بيع أو شراء أو توريد أو أي عمل من الأعمال، طالما أن هذا العقد لا يخالف النظام العام والآداب العامة، أما شرط التحكيم فموضوعه هو محل المنازعات التي من الممكن أن تثور حول تنفيذ أو تفسير العقد الأصلي مستقبلا، وبذلك يكون موضوع العقد الأصلي مختلفا عن موضوع شرط التحكيم، وإن كان هذا الأخير مدرجا ضمن بنود العقد الأصلي.[1]

كما أن سبب كل منهما مختلف أيضا فالسبب في شرط التحكيم هو تعهد كل طرف بعدم اللجوء إلى القضاء بالنسبة لما يثور بينهما من نزاع حول عقد معين، أما السبب في العقد الأصلي فهو أمر مختلف تماما.[2]

خامسا: الأخذ بنظرية انتقاص العقد

يعتبر البعض أن الحال هو في القواعد العامة للعقد، وقد يوجد في النظرية المسماة بنظرية انتقاص العقد التي أخذت بها أغلب القوانين المقارنة، كما عرفها الفقهاء المسلمون وبعضهم نادى للأخذ بها.

لكن الأخذ بهذه النظرية لتبرير مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي، يتعارض والرأي القائل بأن اتفاق التحكيم ليس مجرد شرط في العقد الأصلي وإنما عقد آخر في العقد الأصلي.

لهذا رد أحد المؤلفين الآخذين بهذا الرأي على هذا الانتقاص، فهو لا ينكر أن اتفاق التحكيم ليس مجرد شرط في العقد الأصلي وإنما عقد مستقل، لكننا لو نظرنا من زاوية أخرى نجد وثيقة واحدة تبدوا من النظرة الأولى عقد واحدا ينظم في جزء منه العلاقة القانونية بين الطرفين، وفي جزء آخر يمثل الاتفاق على اللجوء الى التحكيم، فلو انطلقنا من هذه الزاوية سوف نستطيع بسهولة تطبيق نظرية انتقاص العقد وبالتالي نجد أنفسنا أمام مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي.

المبحث الثاني: مدى الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي

سنتطرق في هذا المبحث إلى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في الاتفاقيات الدولية ومراكز التحكيم الدائمة وموقف القضاء الدولي كمطلب أول، والأخذ بهذا المبدأ في بعض التشريعات المقارنة كمطلب ثاني، وأخير هذا المبدأ في التشريع الجزائري كمطلب ثالث.

المطلب الأول: في الاتفاقيات الدولية والمراكز الدائمة والقضاء الدولي

بحيث سنحاول تحديد أهم المواقف حول مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي في الاتفاقيات الدولية في الفرع الأول، ومن ثم مواقف مراكز التحكيم الدائمة من هذا المبدأ في الفرع الثاني، وأخير موقف قضاء التحكيم الدولي من هذا المبدأ.

---

[1]- نبيل إسماعيل عمر: التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص56.

[2]- فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية- مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 2001، ص95.

الفرع الأول: في الاتفاقيات الدولية

لم تتطرق المعاهدات الدولية صراحة لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي، ولكن هذا لا ينفي أن بعض من الاتفاقيات الدولية لم تفتح الباب للأخذ بهذا المبدأ ومن هنا سنتطرق إلى بعض من هذه الاتفاقيات.

أولا: اتفاقية نيويورك لسنة 1958

لم تتعرض اتفاقية نيويورك لعام 1958 مباشرة لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم. ولكن هذا لم يمنع البعض[1] من الذهاب إلى القول بأن المادة الثانية من الاتفاقية والتي تنص على "تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي تلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخصصوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم....." بحيث أنها لم تتعرض لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم ولا لنتائجه القانونية، لكن رغم ذلك فإنها أعطته قوة لم تكن له من قبل[2]، وعدم التعرض لهذا المبدأ في ذلك الوقت يعود إلى عدم انتشار المبدأ في ذلك الوقت، وأن الحكم على صحة اتفاق التحكيم يتم تقديره وفقا للقانون الذي يختاره الأطراف، أو بموجب قانون البلد الذي صدر فيه حكم التحكيم، ففي نص المادة (1/5/أ) من الاتفاقية نجد أنه" لا يجوز رفض الاعتراف وتنفيذ الحكم بناء على طلب الخصم الذي يحتج عليه بالحكم، إلا إذا قدم هذا الخصم للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ، والدليل على الاتفاق غير صحيح وفق للقانون الذي أخضع له الأطراف أو عند عدم النص على ذلك طبقا لقانون البلد الذي صدر فيه الحكم[3] ".

ومن خلال هذا النص فإن اتفاق التحكيم يستفاد منه إمكانية خضوعه لقانون آخر غير الذي يخضع له العقد الأصلي، ومن خلال كل هذا وكما ذكرنا سابقا أن هذا المبدأ لم يكن منتشر في عهد هذه الاتفاقية فتعتبر هذه الاتفاقية قد قبلت ضمناً أن يكون لاتفاق التحكيم نظام قانوني مستقل عن العقد الأصلي.

حيث أن اتفاقية نيويورك تركت للقوانين الوطنية أمر معالجة هذا الأمر[4]، حيث أن هذه الاتفاقية تعتبر أن اتفاق التحكيم من العقود التي يستلزم لانعقادها توفر شروط معينة وذلك لأن هذه الشروط تستمد من التشريع الوطني إلى النظرية العامة في الالتزامات، والى نصوص خاصة بالإجراءات أحيانا ونصوص بالنظام العام أحيانا أخرى ولهذا تركت هذه الاتفاقية حل هاته المسائل للتشريعات الوطنية، ولقواعد القانون الدولي الخاص عند ما يقع التنازع بينهما.[5]

---

[1]- سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984، ص 164.

[2]- ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 99.

[3]- أحمد مخلوف: مفهوم استقلال شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، دراسة قانونية في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 2002، ص 217.

[4]-عبد الحميد الأحداب، مرجع سابق، ص152.

[5]-محسن شفيق، مرجع سابق، ص 202.

وذهب جانب خر من الفقه[1] إلى اعتبار أنه وأن لم تنص اتفاقية نيويورك صراحة على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم إلا أنه أقرت هذه الاستقلالية بصورة ضمانيه ونجد ذلك في نص المادة 3/2 حيث جاء في نص هذه المادة ما يلي "على محكمة الدول المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في المادة، أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم، وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل، ولا أثر له أو غير قابل للتطبيق[2]".

وفسر هذا الرأي وجهة نظره من خلال هاته المادة أنه لو فرض بطلان العقد الأصلي حسب زعم أحد الطرفين أمام المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع الناشئ عنه، فإن هذا الزعم لا يحول دون قيام المحكمة بإحالة الخصوم إلى التحكيم إعمالا للأثر الملزم لشرط التحكيم، متى اطمأنت المحكمة إلى صحة هذا الشرط لإنتاج أثاره وقابليته للتطبيق الأمر الذي يستفاد منه استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي ولو كان باطلا حقا.[3]

وبالنظر لنص المادة 3/2 من اتفاقية نيويورك فإن على المحكمة المختصة أن تحيل النزاع إلى هيئة التحكيم إذا كان أمامه أتفاق تحكيم وكان هذا الاتفاق صحيحا، إما إذا ثبت للمحكمة أن أتفاق التحكيم باطلا فإنه لن تحيل الأطراف الى التحكيم، لان نص المادة جاء متحدث عن صحة اتفاق التحكيم لا صحة العقد الأصلي في ذاته.

ثانيا: اتفاقية جنيف الأوروبية لسنة 1961

حيث نصت المادة 3/5 من اتفاقية جينيف[4] على أنه "مع التحفظ لجهة المراقبة القضائية اللاحقة المحددة بموجب قانون القاضي، فإنه يقتضي على المحكم المطعون بصلاحيته ألا يتخلى عن القضية وله الحق باتخاذ القرار المناسب بصدد تلك الصلاحية، وكذلك بصدد وجود اتفاقية التحكيم أو العقد الذي تشكل الاتفاقية جزاء منه".[5]

ومن خلال هذا النص يتضح أن هاته الاتفاقية نصت على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وذلك من خلال تخويلها للمحكم بسلطة الفصل في وجود أو صحة وجود أتفاق التحكيم أو العقد الذي يكون اتفاق التحكيم جزاء منه.[6]

ومن هنا يتضح أيضا أنه لا تتأثر هاته الاتفاقية ببطلان العقد الأصلي على اتفاق التحكيم، حتى ولو أعطت الحق لكل من الطرفين التمسك بحق البطلان أمام المحكمة المختصة بالنظر في النزاع متى أبدى أمامها أحدهما الدفع بالتحكيم، أو أمام هيئة التحكيم التي يتم تحريك أمامها الدعوى التحكيمية ومن هنا خولت الاتفاقية لهيئة التحكيم سلطة الفصل في اختصاصها في وجود صحة شرط التحكيم أو صحة العقد الأصلي الذي يكون ضمنه شرط التحكيم، ومن هنا

---

[1]-حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مطابع شتات، المجلة الكبرى، 2006، ص 138.

[2]-عبد الحميد الأحداب، المرجع السابق، ص 379.

[3]-حسني المصري، المرجع السابق، ص138.

[4]- كمال أحمد إبراهيم: التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، ص 122.

[5]- عبد الحميد الأحداب، مرجع سابق، ص 386.

[6]- درويش مدحت الوحيدي: التحكيم في التشريع الفلسطيني والعلاقات الدولية، 1998، ص 54، بالإضافة إلى إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 79.

ولو ثبت لهيئة التحكيم وجود وصحة شرط التحكيم فإنه ينتج أثاره، وتصبح هذه الهيئة مختصة بالفصل في النزاع المتعلق بانعدام العقد الأصلي أو بطلانه، وذلك فضلا عن ترتيب حقوق الطرفين على هذا الأساس.[1]

ثالثا: اتفاقية واشنطن

جاءت اتفاقية واشنطن في 18 مارس 1965 التي أنشأت المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمارات، حيث نصت المادة 41 منها أن "هيئة التحكيم هي التي تحدد اختصاصها ". ومن خلال هذا النص اعتبر بعض الفقهاء[2]الى أن نص هذه المادة وجد لتبرير وجود استقلال لشرط التحكيم عن العقد الأصلي فهيئة التحكيم هي من تقرر ما إذا كان هناك اتفاق تحكيم أم لا، فالمحكم لا يختص إلا بناء على وجود اتفاق صحيح. وهاته المادة بالذات لم تتكلم بما يفيد باستقلالية شرط التحكيم بقدر ما حددت مبدأ اختصاص هيئة التحكيم في النظر في النزاع وهذا المبدأ يعتبر من المبادئ الثابتة في التحكيم التجاري الدولي، بحيث أن الأساس القانوني لمبدأ اختصاص المحكم لا يقوم على مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي. بل يقوم على أساس قضائي وهو الاعتراف للمحكم بالنظر في اختصاصه وهو ما يسمى بمبدأ الاختصاص بالاختصاص، حيث أن هذا الأخير(الاختصاص بالاختصاص) يعتبر من نتائج مبدأ استقلالية شرط التحكيم كما يرى الفقهاء.

رابعا: الاتفاقية العربية للتحكيم

هي أول اتفاقية عربية تعنى بشأن التحكيم التجاري، كانت عام 1987 ونصت على إنشاء مركز للتحكيم على صعيد الوطن العربي[3]، وجاءت هذه الاتفاقية لشعور الدول العربية المتزايد حول ضرورة قبول التحكيم كوسيلة فعالة لفض المنازعات التجارية، لكون هذه الاتفاقية ترمي إلى وضع نظام عربي للتحكيم التجاري، لكن هذه الاتفاقية لم تشر صراحة إلى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، لكنها تحدثت عن سلطة المحكمين في النظر في اختصاصهم[4]. بحيث جاء في نص المادة 24 من هاته الاتفاقية على أنه" يجب أبداء الدفع بعدم الاختصاص والدفوع الشكلية الأخرى قبل الجلسة الأولى، وعلى هيئة التحكيم أن تفصل فيها قبل الدخول في الموضوع، ويكون قرارها بهذا الشأن نهائيا".[5]

كما جاءت المادة 27 من نفس الاتفاقية على أنه" الاتفاق على التحكيم وفق أحكام هذه الاتفاقية يحول دون عرض النزاع أمام جهة قضائية أخرى، أو الطعن لديها بقرار التحكيم"[6] بحيث يرى جانب من الفقهاء[7]"، أن الاتفاقية بنصها على منح هيئة التحكيم لسلطة النظر في اختصاصها، فهو يدل بوضوح على الأخذ بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي ومن

---

[1]- حسني المصري، مرجع سابق، ص 139.
[2]- إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 98.
[3]- فوزي محمد سامي :التحكيم التجاري الدولي، الجزء الخامس، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع،1997 ، ص 86-87.
[4]- درويش مدحت الوحيدي، مرجع سابق، ص 56.
[5]- محمد سامي فوزي، المرجع السابق، ص219.
[6]- درويش مدحت الوحيدي، مرجع سابق، ص 56.
[7]- المرجع نفسه، ص56.

خلال هذا الأساس فإن الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري تكون شأنها شأن القواعد القانونية الحديثة في مجال التحكيم الدولي التي أخذت بمبدأ استقلالية شرط التحكيم.

ولكن من جهة أخرى يرى جانب من الفقه[1]، أن هاته الاتفاقية لم تذكر استقلالية شرط التحكيم، بحيث هذا الأمر يتيح للطرف الذي يريد التهرب من التحكيم أن يماطل في إجراءاته. بحيث أن هاته الاتفاقية جاء في نصوصها مبدأ اختصاص هيئة التحكيم في النظر في النزاع أي تكملة عن مبدأ الاختصاص بالاختصاص ولم تذكر في نصوصها ما يفيد باستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وأن كلا المبدأين مستقلا عن الآخر.

الفرع الثاني: مراكز التحكيم الدائمة:

لقد قامت مراكز التحكيم الدائمة بإرساء القواعد التي ساعدت على استقلال شرط التحكيم، باعتباره حقيقة قانونية تستلزمها متطلبات التجارة الدولية.[2]

وهناك العديد من مراكز التحكيم الدائمة كرست مبدأ استقلال التحكيم عن العقد الأصلي، ومن هنا سنتطرق لبعض هاته المراكز.

أولا: نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس

بحيث جاء أول نظام تحكيمي كرس قاعدة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وهو نظام تحكيم غرفة التجارة بباريس وذلك لسنة 1998 وهو أول تعديل مهم يطرأ على هذا النظام، وقد جاء في نص المادة 4/8 منها" إذا لم يكن ثمة اتفاق مخالف، فإن الادعاء ببطلان العقد أو الزعم أو انعدامه، لا يرتب 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 التحكمي".[3]

ومن خلال هذه المادة فإن نظام تحكيم غرفة التجارية الدولية بباريس، فإنها أخذت بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بمعناه الواسع، وذلك من خلال أقرار سلطة المحكم في النظر في أي ادعاء يثار حول موضوع بطلان العقد الأصلي، ومدى تأثير ذلك على شرط التحكيم ذاته، وكافة الآثار المترتبة على ثبوت أي من تلك الادعاءات.[4]

أي أنه يمكن القول انه في حالة أدعاء أحد الأطراف بعدم وجود أو انعدام العقد الأصلي، أو ثبوت بطلانه بطلانا مطلقا، وهذا لا يعني عدم اختصاص المحكم بالنظر في اتفاق التحكيم بصورة مستقلة، فإذا اطمأن إلى وجود اتفاق التحكيم ومن صحته، فإنه يستمر في نظر النزاع المطروح، ويكون له البحث في الاعتراضات المثارة حول انعدام العقد الأصلي، أو بطلانه

[1]- عبد الحميد الأحداب، مرجع سابق، ص 861.

[2]- أحمد السيد صاوي: التحكيم - وأنظمة التحكيم الدولية - طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994، بدون ناشر، القاهرة، 2002، ص 392.

[3]- أحمد مخلوف، مرجع سابق، ص 218.

[4]- دويش مدحت الوحيدي، مرجع سابق، ص 66.

بطلانا مطلقا، ويكون له أن يحدد الحقوق المتبادلة للأطراف، ويفصل في طلباتهم ومختلف نزاعاتهم.[1]

ثانيا: نظام تحكيم الهيئة الأمريكية للتحكيم

بعد التعديل الذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 1992/05/01، نصت المادة 02/15 نصت على مسألة وجود أو صحة العقد الذي يتضمن شرط التحكيم، ويعتبر الشرط التحكيمي كشرط مستقل عن شروط العقد الأخرى".[2]

بحيث أن هاته المادة اعتبرت أن شرط التحكيم هو اتفاق مستقلا عن الشروط الأخرى في العقد الأصلي، وأن المادة لم ترتب عدم تأثر شرط التحكيم ببطلان العقد الأصلي.[3]

ويرى جانب آخرى من الفقه أن إغفال فكرة عدم تأثر شرط التحكيم ببطلان العقد الأصلي من قبل المادة المذكورة سابقا لا يعتبر رفض للفكرة أصلا، لأن هذه الفكرة هي نتيجة حتمية لمبدأ استقلالية شرط التحكيم، ولذلك فإنه من غير اللازم الإشارة إليها صراحة.[4]

ثالثا:نظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي

تعتبر محكمة لندن للتحكيم الدولي من أقدم المحاكم التحكيمية على مستوى العالم، وقد مرت هاته المحكمة على عدة نقاط حتى وصلت إلى صورتها الحالية سنة 1985، بحيث أصبحت محكمة مركزية تقوم على تسهيل مهمة الهيئة التحكمية، وتتكون هاته المحكمة من 24 عضوا، تم اختيارهم بعناية شديدة من مختلف أنحاء العالم ومن قطاعات تجارية مختلفة، من أجل الارتقاء بالعمليات التحكمية في العالم.[5]

ومن خلال المادة 1/23 من نظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي بأنه " يجوز للمحكمة التحكيمية البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أي اعتراضات تتعلق بوجود العقد التحكيمي أو صحته، ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزاء من العقد (أو الذي كان من المفروض أن يشكل جزاء من العقد) كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شرط العقد الأخر، وأي قرار يصدر من المحكمة التحكيمية ببطلان العقد أو بعدم وجوده، أو أنه غير فعال لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان عدم وجود أو عدم فاعلية الشرط التحكيمي".[6]

وبالنظر لهذه المادة فإن محكمة تحكيم لندن قد كرست مبدأ اتفاق التحكيم من خلال عدم ربط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي، حيث أعطت المحكم سلطة الفصل في جميع الطلبات والاعتراضات المتعلقة باختصاصه، وله سلطة الفصل في تحديد دائرة الأمور الداخلية في نظام اختصاصه ومدى صحة أو بطلان اتفاق التحكيم الذي يستمد منه سلطته.[7]

---

[1]- سامية راشد، مرجع سابق، فقرة 74، ص 127.

[2]- عبد الحميد الإحداب، مرجع سابق، ص 572.

[3]- حفيظة سيد الحداد: الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم من حيث استقلالية وآثاره والنظم القانوني الذي يحكمه ومدى تأثر قانون التحكيم المصري الجديد بها ، مرجع سابق، ص 42.

[4]- المرجع نفسه، ص 42.

[5]- هشام خالد، معيار دولية التحكيم التجاري - دراسة مقارنة - منشأة المعارف بالإسكندرية، 2006، ص 241-242.

[6]- عبد الحميد الأحداب، مرجع سابق، ص 592.

[7]- درويش مدحت الوحيدي، مرجع سابق، ص 69.

بحيث أن أي قرار يصدر عن هيئة التحكيم حول بطلان العقد الأصلي، أو بعدم وجود العقد الأصلي يبقى هذا القرار بمنأى عن اتفاق التحكيم، حيث أن هذا الأخير يتمتع باستقلالية تجاه العقد الأصلي الذي صدر قرار ببطلانه أو فسخه أو انتهائه.

رابعا: قواعد التحكيم للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

لقد وضعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي قواعد تشتمل على نصوص صريحة ومباشرة وتؤكد مبدأ استقلال شرط التحكيم في أبهى صوره في ظل هذا النظام.[1]

بحيث جاء في نص المادة 2/21 من هذا النظام أنه " تختص هيئة التحكيم بالفصل في وجود أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزاء منه، وينص على إجراء التحكيم وفقا لهذا النظام بوصفه اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، وكل قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم".[2]

ومن خلال دراسة هذه المادة يتضح لنا أنه:

1- للمحكم سلطة الفصل في موضوع اختصاصه، حتى ولو كان الاعتراض على اختصاصه المراد منه ايضاح وجود أو صحة اتفاق التحكيم في صورتيه المشارطة أو شرط التحكيم الوارد ضمن نصوص العقد الأصلي.[3]

2- للمحكم الأحقية في البحث عن وجود صحة العقد الأصلي، وأن يقضي بانعدامه أو بطلانه متى ثبت لديه ذلك حتى ولو كان اتفاق التحكيم جزاء لا يتجزأ من العقد الأصلي.[4]

3- اتفاق التحكيم الوارد في نصوص العقد الأصلي، لا يخضع بالضرورة للعقد الأصلي بل يجب أن يعد اتفاقا مستقلا ومنفصلا عن العقد الأصلي.[5]

بالضرورة اعتبار شرط التحكيم غير صحيح.[6]

الفرع الثالث: موقف قضاء التحكيم الدولي:

لقد أبرزت العديد من أحكام التحكيم استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي باعتبار هذا الأمر يتعلق بمبدأ عام من مبادئ القانون التجاري الدولي، دون الحاجة إلى تبرير هذه الاستقلالية بالإشارة إلى قانون وطني محدد.[7]

مثل نجد حكم التحكيم الصادر في كوبنهاجن بتاريخ 1982/01/14 في قضية "ELF" ضد "NIOC" وذلك من خلال أن أحد طرفي العلاقة دفع ببطلان العقد أصلا، لكنها كرست مبدأ

---

[1]- حسني المصري، مرجع سابق، ص 139.
[2]- عبد الحميد الاحداب، مرجع سابق، ص 400-401.
[3]- حسني المصري، المرجع السابق، ص 140، بالإضافة إلى سامية راشد، مرجع سابق، فقرة 81، ص 138.
[4]- سامية راشد، المرجع السابق، فقرة 81، ص 138.
[5]- المرجع نفسه، فقرة 81، ص 138.
[6]- حسني المصري، مرجع سابق، ص 140.
[7]- حفيظة سيد الحداد: الطعن بالبطلان في قرارات التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية ، مرجع سابق، ص 33-34.

استقلالية اتفاق التحكيم بالقول " إن استقلال شرط التحكيم يعد مبدأ من مبادئ القانون الدولي، تم تطبيقه بشكل مستقر ومستمر في أحكام التحكيم الصادرة عن محاكم التحكيم الدولية، وأن هذه الاستقلالية التي يتمتع بها الشرط المذكور محل تأييد من الفقه المتخصص في مجال التحكيم التجاري الدولي، وفي آخر هذا الحكم قالت المحكمة بأن " شرط التحكيم يلزم الأطراف ويرتب آثاره دون أن تتأثر قوته الإلزامية بادعاء الشركة المدعى عليها من ان العقد بأكمله باطل ولا أثر له"[1]

ـ وفي قضية أخرى تم طرحها على غرفة التجارة الدولية بباريس، وتدور أحداث هاته القضية باتفاق شركة مقاولات يونانية مع مجموعة أشخاص من إحدى دول الشرق الأوسط الإسلامية وكان على رأس هؤلاء الأشخاص موظف كبير على مبلغ من المال من قيمة الأعمال مقابل تسهيل حصولهم على تعاقد حكومي، وتم الحصول على العقد الموعود وتم دفع النسبة المتفق عليه من المستخلصات الأولى، ولكن بعد حدوث ثورة في تلك البلاد توقف عمل الشركة ولم تتحصل الشركة على دفعات جديدة وبالتالي لم تقم بتسديد المبالغ المتبقية حسب القيمة الأصلية للاتفاق، فقام الأشخاص على رأسهم الموظف الحكومي برفع دعوى تحكيمية للمطالبة بباقي المستحقات، وقامت الشركة اليونانية بالتمسك بأنها تعرضت لخسارة جسيمة ولم تقبض مبالغ من الدولة لوجود ثورة، ومن هنا بدأ المحكم في حكمه وهو أنه أولا قد أنتشر الفساد في الدولة إلى درجة لا يمكن محاربتها بالتشريعات الجنائية، وبعدها ذهب إلى قواعد التي تحكم بطلان العقود التي تتضمن رشوة الإتجار بالنفوذ وفق قانون الدولة التي يقوم فيه النشاط وأيضا لقانون مقر التحكيم فرنسا، ومن هنا استخلص المحكم إلى النظر في المسألة المطروحة من زاوية تسموا على القوانين الوطنية وإقرار الاختصاص للمحكم، وذلك على أساس أن عدم مشروعية العقد الأصلي لا تؤثر على شرط التحكيم الذي يجب النظر إليه مستقلا، فالمحكم أستند صراحة إلى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم لإعطائه طابعا مطلقاً يجعله منفصلا عن العقد الأصلي، وعلى ذلك أصدر المحكم قرار برفض الدعوى موضوعياً، وليس بعدم الاختصاص.[2]

المطلب الثاني: في التشريعات المقارنة

لقد كان الاعتراف بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم من التشريعات المقارنة بعدما استندت إلى المصادر الخاصة بأنظمة التحكيم، وبهذا الاعتراف اكتسب هذا المبدأ شرعية كبيرة سمحت له بأن يصبح قاعدة دولية فعلية في التحكيم التجاري الدولي[3]، من هنا سنتطرق لبعض التشريعات التي نادت بهذا المبدأ.

الفرع الأول: في التشريع الفرنسي:

لم ينكر أغلب الفقه بأن القضاء الفرنسي هو من وضع حد للجدل الذي قد يثار حول استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي وذلك من خلال قضية غوسي سنة 1963.

حيث يرى الأستاذ رضوان أبو زيد في كتابه الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي أن القضاء أصبح مستقر باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، إذ لا يتأثر شرط التحكيم

---

[1]- المرجع نفسه، ص 37.

[2]- حكم صادر في باريس بتاريخ 1982/12/15. بالإضافة إلى سامية راشد، مرجع سابق، فقرة 86، ص 144-145.

[2]-عاطف الفقي، مرجع سابق، ص 128.

باحتمال فسخ أو بطلان العقد الذي كان هذا الشرط أحد بنوده، حيث كانت هذه المسألة محل تردد في القضاء الفرنسي يوم كانت الصبغة التعاقدية هي الغالبة على طبيعة التحكيم، بحيث كانت ظلال هذا العقد الذي تنشأ المنازعة بسببه تمتد لتشمل شرط التحكيم وتربط مصيره بمصير هذه العلاقة التعاقدية، غير أن تطور التحكيم التجاري الدولي وتأكيده لأصالته واستقلاليه كقضاء لحل المنازعات إلى تثيرها التجارة الدولية أصبح شرط التحكيم يتمتع بهذه الاستقلالية والأصالة.[1]

ولكن عند التشريع الذي وجد بتاريخ 1981/05/12 فقد أنقسم الفقه حول تفسير مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي إلى قسمين:

- حيث يرى الرأي الأول أن تشريع 1981 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 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 ببطلان العقد الأصلي[2].

- بينما يرى الرأي الثاني أن تشريع 1981 تم بواسطته أضافة كتابا جديد إلى قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، حيث جاء التحكيم في المواد من 1442إلى 1491 وهنا أجاز المشرع التحكيم بواسطة هذا التعديل في كافة المسائل مالم يرد نص خاص بخالف ذلك، فأصبح الأصل هو جواز التحكيم والاستثناء هو الحظر.

ونصت المادة 1446 على أنه" إذا كان شرط التحكيم باطلا فإنه يعتبر كأن لم يكن"

ومن خلال هذا النص فإن في الحالات التي يتفق فيه الأطراف على التحكيم، وتبين أن القانون يمنع فيها التحكيم أو اتفاق التحكيم كان باطلا فإن العقد الأصلي يبقى صحيحا منتجا لكافة أثاره القانونية ويفصل القضاء العادي في منازعاته والعكس صحيح. أي يتضح أن العقد الأصلي باطلا فلا يتأثر اتفاق التحكيم بمصيره بحيث يبقى اتفاق التحكيم صحيحا ملزم ويكون للمحكم بموجب الاختصاص الذي بموجبه يستقل المحكم بالفصل في كل الادعاءات التي تدخل ضمن اختصاصه وسلطته[3].

الفرع الثاني: في التشريع المصري

نجد في التحكيم المصري رقم 27/94 لسنة 1994 النص صراحة على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ويتضح ذلك في المادة 23 التي جاء فيها " يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو أنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته".

[1]-الطيب زروتي: النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتوره، الجزء الأول، جامعة الجزائر، 1991، ص 395.
[3]-عبد الحميد الأحداب، مرجع سابق، ص 152.
[1]-رضوان أبو زيد، مرجع سابق، ص 37.

ومن خلال هذا النص فإن المشرع المصري قطع دابر الشك حول استقلالية اتفاق التحكيم وعلاقته بالعقد الأصلي والذي يربط بين الأطراف.[1]

رغم أن هناك اتجاه في مصر كان يؤيد الأخذ بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم قبل ظهور هذا التشريع، وذلك من خلال محكمة النقض المصرية لما قضت بأن" بمجرد تحرير مشارطة التحكيم والتوقيع عليها لا يقطع أيهما في ذاته مدة التقادم لأن المشارطة ليست إلا اتفاق على عرض نزاع معين على محكمين والنزول على حكمهم..."، ومن هنا فإن اتجاه القضاء المصري يذهب نحو الأعمال بمبدأ استقلال شرط التحكيم، فإن محكمة النقض تفرق بين اتفاق التحكيم وموضوع النزاع المعين المعروض على المحكمين سواء كان الاتفاق في صورة المشارطة أو شرط التحكيم وبين موضوع الحق المتنازع عليه، وتعتبر أن لكل منهما مجاله وقواعده وآثاره المستقلة تماما عن الأخرى.[2]

لكن يبقى قانون التحكيم رقم 27/94 لسنة 1994 هو من حسم الخلاف وذلك من خلال تقرير استقلال اتفاق التحكيم إذا كان هذا الشرط صحيح في ذاته.

المطلب الثالث: في التشريع الجزائري

لم يذهب المشرع الجزائري إلى العمل بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم في البداية، حيث لو نظرنا إلى قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 فإننا لا نرى على ما ينص على هذا المبدأ لا صراحة ولا ضمنا، وهذا قد يرجع إلى أن أحكام هذا القانون كانت تخص التحكيم الداخلي دون التحكيم الدولي[3]، حيث أن هذا المبدأ ظهر ليواجه المعاملات الدولية المتعلقة بالتجارة الدولية إلا أن المشرع لم يأخذ به في ذلك الوقت، ويعود عدم الأخذ بهذا المبدأ أيضا إلى الظروف التي تمر به البلاد فكان هناك تحفظا تجاه التحكيم الدولي، حيث أن مبدأ الاستقلالية يؤدي إلى فصل اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وما يرتب نتائج خطيرة.

ويرجع موقف المشرع الجزائري أيضا إلى أن المبدأ لم يكن قد خطى في ذلك الوقت الخطوات التي هو عليه اليوم.

لكن حين جاء المشرع الجزائري بتعديل قانون الإجراءات المدنية وذلك بموجب المرسوم التشريعي 09/93 المؤرخ في 1993/04/25، حيث قام بإضافة قسم ثاني إلى الباب الثامن بعنوان <<تنظيم التحكيم التجاري الدولي>> فجاءت المادة 458 مكرر 1/56 الفقرة 4 أنه " لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح"، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أخذ بالاتجاه المؤيد لفكرة استقلالية اتفاق التحكيم، وأخذ باتجاه القانون السويسري في المادة 3/173 والقضاء الفرنسي أيضا[4]، حيث أن قانون الإجراءات المدنية لسنة 1993 جاء ليعطي اتفاق التحكيم مدلوله وذلك من خلال تكريس مبدأ الاستقلالية دون أي غموض وبوضوح، أي بمعنى أن اتفاق التحكيم يبقى منتجا لآثاره، حتى في

---

[2]- ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 326.

[3]- أحمد مختار بريري، مرجع سابق، ص 49و50.

[1]-نور الدين بكلي: اتفاق التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1997، ص 92.

[4]- مصطفى ثاني تراري: التحكيم التجاري في الجزائر أثر صدور المرسوم التشريعي 09/93، مجلة الدراسات القانونية، دار القبة للنشر والتوزيع، العدد الثالث، 2003، ص 38و39.

حالة أن يشوب العقد الدولي الذي يتضمنه عيب يؤدي إلى بطلانه، بسبب مخالفته لشرط موضوعي أو شكلي.[1]

كما أن المادة 458 مكرر فقرة 3 قد نستشف من خلالها أنه أخذت بمبدأ استقلالية التحكيم حين نصت على أن " إن اتفاقية التحكيم تعتبر صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها القانون الذي اتفقت الأطراف على اختياره، وأما القانون المطبق على العقد الأصلي".

وعليه فالمادة تكملة عن أثر جوهري من أثار المبدأ وهو أمكانية أن يكون القانون المطبق على اتفاق التحكيم ليس هو المطبق على العقد الأصلي.

كما أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 ناد بوجود مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وذلك من خلال نص المادة 1040 الفقرة الرابعة حيث نصت على أن " لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي".[2]

وعليه ومن خلال هاته النصوص القانونية التي أوجدها المشرع سواء في التعديل بالمرسوم التشريعي 09/93 أو بقانون 09/08 للإجراءات المدنية والإدارية فإنه يتضح الموقف الصريح الذي لا يشوبه أي غموض للمشرع الجزائري وهو الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بصورة واضحة وتطرق لأهم أثاره.

[2]- كمال عليوش قربوع: التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001، ص 39.
[3]- أنظر المادة 1040من القانون 09/08المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفصل الثاني:

القانون الواجب التطبيق وآثار مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي

تمهيد:

بعد انعقاد العقد الأصلي بين الأطراف في مجال التجارة الدولية، فإن هؤلاء الأطراف يخافون من حدوث نزاع يوصلهم إلى عدم استمرار هذه العلاقة العقدية وخسارة مصالحهم ولهذا يلتجئون إلى الاتفاق في حالة نشاء نزاع إلى الالتجاء إلى التحكيم عوض القضاء.

واتفاق التحكيم هو عبارة عن عقد منفصل عن العقد الأصلي يختار فيه الأطراف الالتجاء إلى التحكيم عوض القضاء لحل هذا النزاع وفضه.

عقد التحكيم عقد كغيره من العقود لقيامه يجب أن تتوافر فيه أركان العقد، وتشكل هذا العقد هو عبارة على تشكل محكمة تحكيمية يقوم من خلالها الأفراد باختيار من يقوم بالفصل في النزاع القائم، ثم بعد ذلك يختار الأطراف قواعد قانونية تطبق على النزاع القائم وهذا بدرجة أولى أو ترك هذا الاختيار إلى المحكمين.

ولمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي آثار منها الإيجابي والمتمثل في اختصاص المحكم بالنظر في اختصاصه، وأثر سلبي يتمثل في إبعاد تدخل القضاء العادي في النظر في النزاع. ومن خلال هذا الطرح قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين هما كالتالي:

المبحث الأول: محكمة التحكيم والقانون الواجب التطبيق.

المبحث الثاني: آثار مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي.

المبحث الأول: محكمة التحكيم والقانون الواجب التطبيق

من أجل حل المنازعة التحكيمية لابد أولا من اللجوء إلى التحكيم وذلك بالاتفاق من قبل الأطراف بمحض إرادتهم، ومن ثم اختيار المحكم أو المحكمين المؤهلين أو الأكفاء لفض هذه الخصومة، بهذا الاختيار يتم انعقاد محكمة التحكيم التي ستقوم بتطبيق القانون المتفق عليه من قبل الأطراف وفقا لسلطة المحكم، ومن ثم يجب البحث عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع من اجل الوصول إلى التحكيم الأمثل لهذا الموضوع، وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، ففي المطلب الأول سنتطرق إلى انعقاد المحكمة التحكيمية، وفي المطلب الثاني سنتناول القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

المطلب الأول: انعقاد محكمة التحكيم:

بعد اتفاق أطراف العلاقة العقدية إلى اللجوء إلى التحكيم، عليهم اختيار المحكمين التي ستخول لهم مهمة التحكيم وكذلك كيفية انتهاء هذه المهمة.

الفرع الأول: تشكيل محكمة التحكيم

حسب قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والقانون النموذجي، نجد أنه في المادة الخامسة منه أنه ترك تحديد عدد المحكمين لإرادة الأطراف، فإن لم يتفق خلال 15 يوم من تلقي المدعى عليه إعلان التحكيم بمحكم واحد، فإنه يتم تشكيل المحكمة من ثلاثة محكمين.

ونجد أيضا أن غرفة التجارة الدولية بباريس أنه قالت بأنه يجوز أن يكون المحكم فردا أو أن يكون ثلاثيا.

وفيما يتعلق بموقف محكمة لندن، فإنه من خلالها يمكن تشكيل المحكمة من محكم واحد أو عدة محكمين بحيث يقترح أطراف النزاع أسماء المحكمين، غير أن المحكمة التي يتولى رئيسها أو أحد نوابه إصدار ذلك القرار[1].

[1]–عبد العزيز قادري: الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي، ضمان الاستثمارات، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 282.283.

أما فيما يخص التشريع الجزائري فيما يتعلق بتشكيل محكمة التحكيم فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 في المادة 1017 حين نصت على أنه" تتشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي"

أما فيما يخص تعيين المحكم فهذا التعيين يجب أن يتوفر على شروط، لان للمحكم دور مهام جداً من اجل النظر في النزاع التحكيمي بناء على عقد بين أطراف الخصومة والمحكم.

ففي نص المادة 1014 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 نجد أنه ". لا تسند مهمة التحكيم لشخص طبيعي، إلا إذا كان متمتعا بحقوقه المدنية.

. إذا عينت اتفاقية التحكيم شخصا معنويا، تولى هذا الأمر الأخير تعيين عضوا أو أكثر من أعضائه بصفة محكم."

ومن خلال هذا النص نجدا أن المشرع الجزائري اشترط أن الشخص الطبيعي الذي تسند إليه مهمة التحكيم أن يتمتع بحقوقه المدنية، فلا يكون المحكم ناقص أهلية كصغر السن أو محجورا عليه أو أن يكون محكوم عليه بجنحة أو جناية.

وأضاف المشرع في الجزء الثاني من هذه المادة أنه يمكن أن يكون المحكم شخص معنوي.

وكما نجد أن المادة 1041 من القانون 09/08 فإنها نصت على أنه" يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم[1].

في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهمه التعجيل القيام بما يأتي:

1. رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم، إذا كان التحكيم يجرى في الجزائر.

[1] -أنظر المادة 1041 من القانون 09/08 التضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2. رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجرى في الخارج واختار الأطراف على تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.

بالنظر إلى نص هاته المادة نجد أن هناك ثلاث طرق لتعيين المحكم وهي أن يكون التعيين من قبل الأطراف كطريق أولا، أو إلى نظام التحكيم كطريق ثاني، ويكون عن طريق القضاء كأخر طريق يمكن تعيين المحكم به، والمشرع في حالة التعيين بالقضاء قد فرق بين حالتين وهما أما يكون التحكيم داخل البلاد فيرفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكيم.

وأما يكون التحكيم خارج البلاد فيرفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر وذلك إذا اتفق الأطراف على تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر.

ونجد في نص المادة 1042 من القانون ذاته تنص على أنه" إذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكيم، يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ."

ومن خلال هذه المادة نستنتج أنه في حال تعذر الطرق الثلاثة السالفة الذكر وخاصة الطريق الثالث وهو القضائي، فإن الاختصاص يؤول مباشرة إلى القاضي المختص في المحكمة التي يكون مكانها نفس مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذ العقد.

وكما أشرنا سابقا إلى أن هناك عقد يكون بين إطراف الخصومة والمحكم الذي سيقوم بالنظر في الخصومة، وكما نعلم فإن أي عقد يجب أن يقوم على أركان ومن هنا سنحاول إظهار هاته الأركان من خلال ما يلي:

أولا: الرضاء

لكي يكون هناك تحكيم يجب على أن يقبل المحكم المهمة المؤاكلة إليه ونجد ذلك في نص المادة 1015حيث أنه" لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا، إلا إذا قبل المحكم أو المحكمون بالمهمة المسندة إليهم."[1]، ومن خلال هذه المادة نستنتج أنه من الضروري لتشكيل

[1]. أنظر المادة 1015 من قانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المحكمة التحكمية لأبدا من قبول من قبل المحكم أو المحكمون بالسير في المهمة التحكيمية المسندة إليهم، فلو رفض المحكم هاته المهمة يجب تعيين محكم آخر بدلا عنه، حيث أن المحكم ليس بمجبر على القيام بالمهمة التحكيمية فالقبول أو الرفض هو قرار شخصي للمحكم، عكس مهامه القاضي الذي يكون مجبر بالنظر في الدعوى واصدار حكم في المسائل التي تدخل ضمن اختصاصه، وعلى المحكم بعد القبول بالمهمة التحكمية أن يظهر قبوله أما صراحة أو ضمنا عن هذا القبول، ومن هنا يتشكل عقد التحكيم.

وبعد تشكل العقد التحكمي بين المحكم وأطراف النزاع فإنه يجب التفريق بين نوعين من التحكيم، ففي التحكيم الخاص الذي تكون العلاقة بين المحكم والأطراف بصورة مباشرة أي أن العقد التحكمي يكون بين المحكم من جهة والأطراف المتنازعة من جهة أخرى.

بينما لا تكون بنفس الصورة في التحكيم المنظم، أي العقد التحكمي الذي يقوم بين أطراف النزاع والمؤسسة التحكيمية التي تنظم النزاع، فالعلاقة هنا لا تكون بين إطراف النزاع والمحكمون بل تكون بين الأطراف والمؤسسة التي تنظم العملية التحكيمية، والمحكمون هنا ليسوا طرفا في عقد التحكيم بل هما طرفا في عقد أخر مع المؤسسة التحكيمية[1].

ومن هنا نستخلص أن الرضا من أهم أركان عقد التحكيم، فيجب أن يتحقق القبول والرضي صراحة أو ضمنا من قبل المحكم أو المؤسسة التحكيمية، والرضا لا يتوقف هنا فقط فيجب أيضا أن يكون الرضا من الجهة المقابلة من قبل أطراف النزاع، وعلى المحكم أن يضع التوقيع على عقد التحكيم.

ثانيا: المحل

المحل وهو موضوع النزاع المراد تسويته بالتحكيم من قبل المحكم، فهو نزاع ينشأ بين أطراف العلاقة العقدية فيتم تحديدها وعرضها على المحكم ليقوم بالفصل فيها.

ثالثا: السبب

[1]. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الجزء الخامس، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع،1997 ، ص 227.

السبب هو توجه إطراف النزاع في حل وتسوية ما دار بينهم من نزاع بواسطة التحكيم، حيث يرى إطراف النزاع أن التحكيم هو الحل الأمثل لتسوية النزاع بينهم، وعليه فيجب أن يكون النزاع القائم بين الأطراف مشروع أي لا يكون موضوع النزاع في المخدرات أو السلاح أو غيرها من الأشياء الغير مشروعة، وكذلك ألا يكون موضوع النزاع مخالف للنظام العام والآداب العامة.[1]

ومن خلال هاته الأركان يكون لعقد التحكيم آثار ترتب هاته الأخيرة التزامات الأطراف وحقوق كل طرف على حد، بحيث يكون للمحكم التزام النظر في النزاع وإصدار القرار، ومن حقوقه أيضا اختيار التحكيم إذا لم يكون هناك أتفاق من قبل الأطراف، أو تحديد القانون الواجب التطبيق على الإجراءات التحكيمية، ويمكن له طلب الوثائق والأجر وغيرها، بينما يكون التزام الأطراف قبول القرار التحكمي، وهذا القبول لا يمنع من الطعن في الحكم إذا كان هناك أسباب تدفع للطعن.[2]

الفرع الثاني: انقضاء المهمة التحكمية

سابق وذكرنا أن المهمة التحكيمية تقوم على أساس عقد يقوم بين أطراف النزاع والمحكم أو المحكم والمؤسسة التحكيمية، وهناك حالات عديدة يتم من خلالها انتهاء المهمة التحكيمية أو انقضاء العقد التحكمي، وسوف نذكر هاته الحالات من خلال هذا العرض:

أولا: أنجاز المهمة التحكيمية

يقصد به السند الذي يقدمه المحكم ويثبت الانتهاء من الإجراءات الخاصة بالنظر في النزاع وصدور القرار بمقتضى القانون أو القواعد الإجرائية المناسبة، ولا يمكن للمحكم أن يتخلى عن المهمة التحكيمية الموكلة له قبل الانتهاء من هاته المهمة بدون سبب مشروع ونجد ذلك في نص المادة 1021 من قانون 09/08 حيث نصت على " لا يجوز للمحكمين التخلي عن المهمة إذا شرعوا فيها....." .

[1]. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 229.

[2]. المرجع نفسه، ص 230.

ونجد هذا الأمر أيضا في معظم التشريعات وعلى سبيل المثال قانون المرافعات المصري في المادة 503 " عدم إمكانية تنحي المحكم بعد قبوله التحكيم بغير سبب جدي وإلا جاز الحكم عليه من قبل الخصوم بالتعويض عن الضرر" ونجد ذلك ايضا في قانون المرافعات الفرنسي من خلال المادة 1462[1].

ثانيا: عزل المحكم

حيث أنه يمكن عزل المحكم عن مهمة التحكيم في أي مرحلة من مراحل التحكيم، وحتى أن كان بعد صدور الحكم في جانب معين من موضوع النزاع الذي ينظر فيه المحكم.

ونجد أن المشرع الجزائري أخذ موقف من عزل استبعاد المحكمين يخضع لنفس الشروط التي يخضع له التعيين في نص المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وعند النظر في المادة 1018 الفقرة 03 من نفس القانون نجد " لا يجوز عزل المحكمين خلال هذا الأجل إلا باتفاق الأطراف".

والأجل هنا هي مدة مهمة التحكيم المذكورة في الفقرة الأول من نفس المادة والمتمثلة في أربعة أشهر من تاريخ التعيين للمحكمين أو من تاريخ إخطار محكمة التحكيم، وذلك في حالة عدم أتفاق الأطراف على إنهاء مهمة المحكمين بمدة معينة.

ثالثا: رد المحكم

وهو أعطى الحق لأحد أطراف النزاع، وذلك بتقديم طلب عند توافر أسباب تجعله لا يطمئن إلى حياد المحكم وعدالته، وهذا من نصت عليه العديد من التشريعات بحيث يجوز رد المحكم إذا توفرت أسباب تجعله شخص غير صالح لإصدار الحكم.

فنجد مثل في المادة 7/2 من قواعد غرفة التجارة الدولية أنه" في حالة رد المحكم من قبل أحد الأطراف، تفصل المحكمة بذلك حسب تقديرها بقرار غير قابل للطعن" ومن خلال هذا النص يتضح أن المحكمة التحكيمية للغرفة التجارية الدولية هي المخولة بإصدار قرار الرد من

[1]. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 236.

عدمه، بحيث حين يصدر قرار رد المحكم عليه التنحي عن مهامه وليس هناك أي سلطة للطرف الذي لا يقتنع بهذا الرد، وهذا الشكل متبع في العديد من الدول الغربية والعربية.

كما أن المشرع الجزائري أيضا تناول مسألة رد المحكم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 وذلك من خلال المادة 1016 حيث نصت على" يجوز رد المحكم في الحالات الآتية:

1. عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليه بين الأطراف،

2. عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف،

3. عندما تتبين من الظروف شبيهة مشروعة في استقلاليته، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط.

لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه، أو شارك في تعيينه، إلا لسبب علم به بعد التعيين.

تبلغ محكمة التحكيم والطرف الأخر دون تأخير بسبب الرد.

في حالة النزاع، إذا لم يتضمن نظام التحكيم كيفيات تسويته أو لم يسع الأطراف لتسوية إجراءات الرد، يفصل القاضي في ذلك بأمر بناء على طلب من يهمه التعجيل.

هذا الأمر غير قابل لأي طعن.[1]

ومن خلال نص المادة المذكورة فإن المشرع قد حدد المعايير التي يجب أن تكون من اجل رد المحكم، ولم يختلف المشرع عن باقي التشريعات في مسالة الرد، كما انه ترك للأطراف الحرية في مسالة الإجراءات المتعلقة بالرد.

[1]. أنظر المادة 1016 من قانون09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

رابعا: الانقضاء بسبب قانوني أو وفاة المحكم

ومن بين الحالات التي قد ينتهي به عقد التحكيم أيضا أما بوفاة المحكم أو في حالة وجود سبب قانوني يحول دون قيام المحكم بمهمته، كأن يكون المحكم قاضي ونجد ان القانون الواجب التطبيق على الإجراءات لا يسمح بأن يكون المحكم من القضاة، أو عند فقدان المحكم أهليته بسبب مرض، أو لحالة القوة القاهرة التي تحول دون قيام المحكم بمهامه الشيء الذي يؤدي إلى انقضاء العقد.[1]

ونجد إن المشرع الجزائري قد أوضح هاته الحالات من خلال نص المادة 1024 من قانون 09/08 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية نصت بأنه" ينتهي التحكيم:

1. بوفاة أحد المحكمين أو رفضه القيام بمهمته بمبرر أو تنحيته أو حصول مانع له، ما لم يوجد شرط مخالف، أو إذا أتفق الأطراف على استبداله أو استبداله من قبل المحكم أو المحكمين الباقين. في حالة غياب الاتفاق تطبق إحكام المادة 1009 أعلاه،

2. بانتهاء المدة المقررة للتحكيم، فإذا لم تشترط المدة، فبانتهاء مدة أربعة 4 أشهر

3. بفقد الشيء موضوع النزاع أو انقضاء الدين المتنازع فيه،

4. بوفاة أحد أطراف العقد.

خامسا: عدم التوصل إلى حل

انقضاء العقد في هاته الحالة يكون بسبب عجز المحكمين في التوصل لحل، أي لم يكن بإمكانهم اتخاذ القرار المناسب لحسم النزاع، مثل في حالة وجود هيئة تحكيم مكونة من ثلاثة محكمين أو أكثر وانقسمت آرائهم دون تحقيق الأغلبية لرأي معين.[2]

[1]. فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 243.

[2]. المرجع نفسه، ص 243.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع:

تعد مسألة القانون الواجب التطبيق من أصعب المسائل التي تواجه القانون الدولي الخاص، حيث أن هناك اختلاف كبير في مسألة اختيار القانون المناسب بين الفقه والاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، كون أن المحكم لا يملك قانون اختصاص معين يمكن من خلاله تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزع، لكن بالنظر في أغلب المواقف التي تطرقت إلى القانون الواجب التطبيق نجد أغلبه تبنت مبدأ سلطان الإرادة بدرجة في تحديد القانون الواجب التطبيق بدرجة أولى وتركت للمحكمين حرية الاختيار كدور احتياطي، أي في حال غياب إرادة الأطرف.

الفرع الأول: مبدأ سلطان الإرادة المنفردة:

يعد خضوع القانون الواجب التطبيق على النزاع لمبدأ سلطان الإرادة المستقلة للأطراف من المبادئ المسلم به في مجال التحكيم الدولي الخاص، وهذا ما أخذ به أغلب المواقف الدولية والوطنية.

أولا: الفقه

يعترف أغلب الفقه بالحرية أو الإرادة المستقلة لأطراف النزاع في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، بحيث أن تعبير "القواعد القانونية" عوض " القانون" ما هو إلا تعبير يستطيع من خلالها أطراف النزاع الاتفاق على فض النزاع ليس فقط بقانون وطني معين، بل يمكن تطبيق القواعد المشتركة في القوانين المتصلة بموضوع النزاع أو المبادئ العامة أو القانون الوطني الدولي العام آو ما يسمي اليوم بقانون التجارة الدولية[1].

كما أكد أغلب الفقه أن الأشخاص الاعتبارية العامة يمكن أن تختار القانون الواجب التطبيق على النزاع الذي تكون طرف فيه.

ومن خلال هذا الموقف الواضح لأغلب الفقه فإن لأطراف النزاع اختيار القانون الواجب التطبيق بطريقة مباشر وهذا أعمال لمبدأ استقلالية الإرادة للأفراد.

[1]– سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000،ص 567و568.

ثانيا: الاتفاقيات الدولية

تبانة أغلب الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم الدولي مبدأ الإرادة المنفردة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، حيث نجد أن تحديد القانون، مثلا نجد أن الاتفاقية الأوروبية لسنة 1961 قد نصت في المادة السابعة منه على أنه" للأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على موضوع النزاع....."، ونفس الشيء ذهبت إليه اتفاقية البنك الدولي لسنة 1965.

ونجد أيضا القواعد التحكيمية ذات الطبيعة الدولية قد نصت على نفس الشيء في المادة 28من القانون النموذجي الذي وصفته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985 أنه" تفصل محكمة التحكيم في النزاع طبقا للقاعدة القانونية المختارة من قبل الأطراف بوصفها واجبة التطبيق على موضوع النزاع وأي اختيار لقانون دولة ما أو لنظامها القانوني يجب أن يؤخذ على أنه اختيار مباشر للقواعد القانونية الموضوعية لهذه الدولة وليس لقواعدها الخاصة بتنازع القوانين، ما لم يتفق الأطراف صراحة على خلاف ذلك".

وما نصت عليه اتفاقية واشنطن لعام 1965 في المادة 1542 على أنه" تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون المختار بواسطة الأطراف...".

كما أكدت على أنه للدولة والأشخاص العامة عموما بالقدرة على اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد موضوع النزاع الذي تكون طرفا فيه.

ومن خلال كل ما ذكر من نصوص الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم فإنه اعتراف صريح على أعمال مبدأ استقلالية أرادة الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

ثالثا: التشريعات الوطنية

اغلب التشريعات الوطنية تقوم على أساس مبدأ استقلالية الإرادة للأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق موضوع النزاع، ومن أمثلة هذه التشريعات نجدا القانون السويسري، كما

نجدا أيضا القانون الفرنسي للتحكيم الدولي في المادة 1496 قد نصت على أنه" يفصل المحكم في النزاع وفقا للقواعد القانونية المختارة من قبل الأطراف..."

وذهب المشرع المصري أيضا في هذا الاتجاه حيث أعطى الحرية الكاملة للأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق، وقيد هذا الأمر على المحكمين.

أما فيما يخص المشرع الجزائري فقد تبنى المواقف الغالب الذي يدعوا إلى أعمال سلطان الإرادة وذلك من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 وذلك من خلال المادة 1050 التي نصت على أنه" تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والاعراف التي تراها ملائمة"[1]

ومن خلال كل هاته التشريعات ومن بينها التشريع الجزائري، نستنتج أن معظم التشريعات قد أخذت الأعمال بمبدأ سلطان الإرادة المنفردة للأطراف على حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

الفرع الثاني: سلطة المحكمين في التحديد:

كما ذكرنا سابقا أن أغلب المواقف الفقهية والدولية والوطنية قد اتخذت من مبدأ سلطان الإرادة للأطراف من اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، إلا أنه في بعض الحالات قد نجد عقود تحكيمية خالية من هذا الاختيار بحيث أن أطراف النزاع لا تتجه إرادتهم لاختيار أي قواعد قانونية لموضوع النزاع، وقد يعود عدم الاختيار لعدة أسباب ربما يكون بسبب الإهمال للأطراف أو جهلهم لبعض الأمور الذي قد توادي إلى إفشال أتمام العقد، لكن في الغالب يكون عدم الاختيار مقصود من قبل الأطراف ذلك لكي لا يدخل الأطراف في مسائل خلافية في لحظة تؤدي بهم إلى إفشال إتمام العقد كما قلنا بعدما قد يكون الاتفاق من قبل الأطراف على كل الشروط الجوهرية للتعاقد، فالأطراف يكون اهتمامهم قائم على المسائل المالية أو الفنية في عقدهم خاصة أن العقد بالتحكيم التجاري الدولي فيكون محل العقد مصلحة

[1] ـ أنظر المادة 1050 من القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

اقتصادية أو مالية، وعليه يتفادى تحديد القانون الواجب التطبيق ويكتفون بالإشارة مثلا إلى مبدأ حسن النية أو العدالة ويتركون المسألة للمحكمين[1].

كما سابق وذكرنا انه في حالة عدم اختيار أطراف النزاع للقانون الواجب التطبيق فأن الاختيار يؤول إلى المحكمين في الاختيار، لكن هناك سبل للاختيار، يمكن حصرها في طريقين أما بواسطة قواعد تنازع القوانين أو التحديد المباشر، بحيث سنتطرف إلى كل كيفية على حد.

أولا: التحديد بواسطة قواعد تنازع القوانين

حيث يمكن للمحكم أن يلجأ إلى نظام تنازع القوانين في الدولة التي يحمل المحكم

جنسيتها أو دولة الإقامة للمحكم، بالإضافة إلى أمكانية المحكم إلى اللجوء لقواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص الذي يحمل الأطراف جنسيته أو الذي يوجد بها موطنهم المشترك إذا وجد ذلك، كما أن هناك من الفقه من انه على المحكمين تطبيق قواعد الإسناد في قانون الدولة مقر التحكيم، وجاء هذا في توصيات مجمع القانون الدولي سنة 1957 في دورة انعقدت بأمستردام.

لكن هذا الاختيار نجد أنه نال العديد من الانتقادات، بحيث أن المحكم غير مجبر على أتباع قواعد تنازع القوانين في دولة معينة بدل من دولة أخرى، وهذا الرأي الذي أخذت به اغلب الاتفاقيات والتشريعات حيث أكدت أغلبها على حرية المحكم في اختيار القانون الواجب التطبيق عند ثبوت عدم وجود أتفاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق[2].

ثانيا: التحديد المباشر

لقد منحت غالبية القوانين الوطنية المحكمين سلطة التحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع دون أن تلزمهم باللجوء إلى قواعد تنازع القوانين بحيث نجد أن المشرع الفرنسي قد اخذ بالتحديد المباشر في حالة غياب إرادة الأطراف في الاختيار، وهذا

---

[1]. سراج حسين محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص 577.

[2]. المرجع نفسه، ص 583.

أيضا ما أخذ به القانون السويسري للتحكيم الدولي الخاص في المادة 187 بقوله " تفصل محكمة التحكيم في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يختارها الأطراف أو في حال انتفاء هذا الخيار وفقا لقواعد القانون الأكثر ارتباطا بالقضية.

ويجوز للأطراف أن يفوضوا محكمة التحكيم بالبت بالنزاع وفقا لقواعد الأنصاف."

ويتضح من خلال هذا النص ان التشريع الفرنسي والسويسري، وبنص المادة المذكورة سابقا يستخلص أنه للمحكم اختيار القانون الواجب التطبيق وذلك بصورة مباشرة.

ومن أهم التشريعات التي أحذت بالتحديد المباشر للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع نجد المشرع الجزائري وذلك في القانون الإجراءات المدنية

والإدارية 09/08 في مادته 1050 حيث نصت على أنه" تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة"، وهذا أيضا كان معمول به في المرسوم التشريعي 09/93 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية المؤرخ في 25 أفريل 1993، حيث أن المشرع الجزائري كباقي التشريعات أعطت للمحكمين حرية تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وذلك في حالة ما لم يتفق الأطراف تحديد القانون الواجب التطبيق.[1]

المبحث الثاني: آثار مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم

سنتطرق في هذا المبحث إلى آثار مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، من خلال ذكر الأثر الإيجابي في المطلب الأول بعنوان مبدأ الاختصاص بالاختصاص، كما سنتكلم أيضا عن الأثر السلبي لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في مطلب ثاني بعنوان إقصاء القضاء من النظر في النزاع.

[1]. سراج حسين محمد أبو زيد، مرجع سابق، ص 584.

المطلب الأول: مبدأ الاختصاص بالاختصاص:

يقصد بمبدأ الاختصاص بالاختصاص هو أن المحكم يختص بتحديد اختصاصه، فهو الذي يقرر إذا ما كان هناك اتفاق تحكيم أم لا، فهو لا يكون مختصا إلا بناء على وجود اتفاق التحكيم[1]، بحيث انه في حالة دفع أحد الأطراف بالطعن في اختصاص هيئة التحكيم، ودفع بعدم صحة اتفاق التحكيم، فإن لهيئة التحكيم سلطة الفصل في صحة اختصاصها، وهذا المبدأ يسمح بالحيلولة دون قيام احد الأطراف بتأخير سير التحكيم أو عرقلته، وذلك عن طريق الإدلاء أو الدفع بعدم اختصاص المحكمة التحكيمية، وهو الذي يعطي لهيئة التحكيم المحكمين مسألة البت في اختصاصهم[2]، لكافة المنازعات المثارة بشأن اتفاق التحكيم، أو العقد الأصلي الذي تضمنه، دون اللجوء لعرض تلك المشكلات على القضاء الوطني المختص.[3]

وحتى مع مراعاة القوانين الوطنية لم تعط المحكم السلطة الفصل في اختصاصه بصفة نهائية، حيث إنها قد منحة ذلك بصفة مؤقتة، إذ يخضع الحكم الذي يصدره المحكم في مسألة اختصاصه الرقابة القضائية اللاحقة، وذلك من خلال رفع الدعوى بطلان حكم التحكيم، أو أثناء عملية سير إجراءات منح القوة التنفيذية لحكم التحكيم.[4]

حيث أن هذا المبدأ أعطى قضاء التحكيم دون غيره، مسألة البت في اختصاصه، كما أنه يعد من أهم المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التحكيم التجاري الدولي.[5]

وأصبح هذا المبدأ من المبادئ المهمة، التي تقضي بأنه لأية محكمة دولية الاختصاص بالاختصاص، وهو ما أكدته معاهدات الاستثمارات الثنائية[6].

---

[1]. إبراهيم أحمد إبراهيم، مرجع سابق، ص 98.

[2]. بشار محمد الأسعد مرجع، سابق، ص 400.

[3]. هدى محمد مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1997، ص95.

[4]. سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق، ص 365.

[5]. أحمد مخلوف، مرجع سابق، ص 145.

[6]. علي حسين ملحم: دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1998،ص 245.

فالمحكم هو الشخص المختص في الفصل في صحة شرط التحكيم، ومدى تطابقه مع النزاع المعروض أمامه، وعليه فقاعدة الاختصاص بالاختصاص لها أثر إيجابي وهو الذي يسمح للمحكم بالسير في إجراءات التحكيم، والبت في الدفوع التي تنكر عليه هذا الاختصاص[1].

وهذا الأثر كان محل إجماع من قبل المعاهدات الدولية والتشريعات الوطنية الحديثة المنظمة للتحكيم، ومن هنا سنحاول التطرق لبعض المواقف التي نادت بمبدأ الاختصاص بالاختصاص:

كما سابقا وذكرنا بصحة وجود مبدأ الاختصاص بالاختصاص، حيث وجد هذا المبدأ مصدره في الاتفاقيات الدولية ومؤسسات التحكيم الدائمة والتشريعات الوطنية حيث سنتطرق إلى بعض من هاته المواقف على النحو الآتي:

الفرع الأول: الاتفاقيات الدولية ومراكز التحكيم الدائمة:

. اتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 قد اعترفت بهذا المبدأ في المادة 3/5 حيث قالت فيها" للمحكم سلطة تحديد اختصاصه، ووجود اتفاق التحكيم أو العقد الذي يعد اتفاق التحكيم جزاء منه".[2]

. ونجد أيضا اتفاقية واشنطن لعام 1965، الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، وذلك من خلال ما جاء في نص المادة 41 منها على أنه" تختص محكمة التحكيم بتحديد اختصاصها".[3]

. وبالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية نجد أيضا أن معظم مؤسسات التحكيم الدائمة وقواعدها قد تبنت مبدأ اختصاص المحكم في مسألة تحديد اختصاصه ومن مثل ذلك نجد:

---

[1]. علي سيد قاسم: نسبية اتفاق التحكيم دراسة في أحكام القضاء وقرارات المحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر، ص29.

[2]. بشار محمد الأسعد، مرجع سابق، ص 402.

[3]. عادل محمد خير: التحكيم والقانون، مركز الدكتور عادل خير للقانون والتحكيم، المجلد الثالث، القاهرة، 1997، ص 220.

. نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس، وذلك من خلال المادة 2/6 والتي نصت على" ... يعود للمحكمة التحكيمية اتخاذ أي قرار يتعلق باختصاصها..."[1]

وكذلك نجد في قواعد التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، في مسألة مبدأ الاختصاص بالاختصاص وذلك في مادته 1/21 بنصه على أن " هيئة التحكيم هي صاحبة الاختصاص على الفصل في الدفوع الخاصة بعد اختصاصها، وتدخل في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود شرط التحكيم أو الاتفاق المنفصل عن التحكيم أو بصحة هذا الشرط أو هذا الاتفاق.[2]

ومن خلال هذه الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، وكذلك مراكز التحكيم الدائمة قد أجمعت على وجود مبدأ الاختصاص بالاختصاص، أي أن اختصاص المحكم في النظر باختصاصها من المبادئ المسلم في هذه الاتفاقيات والمراكز وذلك من خلال نصوصها الواضحة في هذا الشأن.

الفرع الثاني: التشريعات الوطنية

من أهم التشريعات الوطنية التي أخذت بمبدأ الاختصاص بالاختصاص نجد ما يلي:

. نجد المشرع اليمني في المادة 28 من الفصل الرابع تحت عنوان << اختصاص لجنة التحكيم >>التي نصت على أن " تختص لجنة التحكيم بالفصل في الدفوع المتعلقة باختصاصها، بما فيها الدفع المقدم بعدم وجود اتفاق أو سقوطه، أو بطلانه، أو عدم شموله موضوع النزاع، وإذا فصلت لجنة التحكيم في الدفع برفضه جاز الطعن في هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف خلال الأسبوع التالي لإخطار الطاعن بالحكم".

. وكما نجد موقف المشرع المصري من خلال القانون الخاص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994، حيث نصت المادة 1/22 على انه " تفصل هيئة التحكيم في

[1]. عبد الحميد الأحدب، مرجع سابق، ص 550.

[2]. ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 521.

الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم، أو سقوطه أو بطلانه، أو عدم شموله لموضوع النزاع".

وهذا اعتراف واضح من قبل المشرع المصري لمحكمة التحكيم بالاختصاص في الفصل في اختصاصها، عندما يتقدم النزاع أحد الأطراف أمامها، كما أن للمحكمين ولاية الفصل في مدى مشروعية ولايتهم أو صحتها، وعليهم تقدير اختصاصهم، عند الإدعاء ببطلان اتفاق التحكيم ذاته، أو بسبب عدم قابلية النزاع للتحكيم[1]، تحكيم أو أن يكون الدفع بعدم الاختصاص مبنياً على عدم وجود العقد الأصلي أو بطلانه أو عدم وجود اتفاق أو بطلانه أو انقضائه أو تجاوز القضية موضوع النزاع لنطاق الاتفاق.[2]

. ونفس الموقف كان للمشرع الفرنسي من خلال ما نصت عليه المادة 1465.

. ونجد هذا المبدأ أيضا قد نص عليها المشرع الجزائري وذلك في قانون 09/08 للإجراءات المدنية والإدارية من خلال نص المادة 1044 حيث جاء فيه أنه" تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع.

تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع".

ومن خلال هذا النص فإن المشرع أيد الموقف الذي يدعوا بوجود مبدأ اختصاص المحكمين بتحديد اختصاصهم.

ومما تقدم من خلال الاتفاقيات الدولية والمراكز التحكيمية والتشريعات الوطنية يتضح أن المحكمين ملزمون بالفصل في اختصاصهم، وهذا يمنعهم من التصدي لموضوع النزاع، قبل البت باختصاصهم، فمبدأ الاختصاص بالاختصاص أصبح قاعدة أولية لمباشرة المحكم

[1]. أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 60.

[2]. سراج حسن أبو زيد، مرجع سابق، ص 327 وما بعدها.

لمهمته، ومن ثم فالمحكمون ملزمون وقبل أي شيء بأن يفصلوا أو يتصدوا لموضوع الاختصاص[1].

وثبوت حق المحكم بالبت في مسألة اختصاصه، تمثل نتيجة لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة.[2]

المطلب الثاني: إقصاء القضاء من النظر في النزاع

يترتب على إبرام اتفاق التحكيم صحيحا ووفقا للقانون الواجب التطبيق بشأن نزاع معين امتناع الأطراف من اللجوء إلى قضاء الدولة وعلى هذه الأخيرة الامتناع عن النظر في النزاع وتخليها عنه إذا كان قد طرح بالفعل عليها[3]، أو بمعنى أخر سلب النزاع من سلطة ولاية القضاء العادي وحرمان أطراف العقد من اللجوء إلى القضاء بشأن النزاع الذي وقع الاتفاق على حله عن طريق التحكيم أي أن اتفاق التحكيم ينتج عنه أن الأطراف قد تنازلوا عن القضاء العادي وارتضوا التحكيم.

وإبعاد القضاء من النظر في النزاع يرتب وجود اتفاق تحكيم وهذا الأخير هو ما يمنع أو يحجب رفع هذا النزاع أمام القضاء العادي من جهة، وكذا أثر غير مباشر وهو أمتناع أو تخالي قضاء الدولة عن النظر في النزاع وذلك احترام لوجود أتفاق تحكيم وجعله آلية إلزامية يختارها الأطراف.

ولقد اتجاهات أغلب الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية إلى الأخذ هاته الحقيقة إلا وهي إقصاء القضاء العادي بالنظر في النزاع التحكمي، وذلك لاحترام وجود أتفاق تحكيم، وكذلك لاعتبار أن اختصاص المحكم في النظر في النزاع هو مبدأ مسلم به عند أغلب هاته الاتفاقيات والتشريعات، بحيث يفترض على الجهات القضائية في الدولة الامتناع عن الفصل في موضوع النزاع التي تدخل في اختصاص المحكم، بحيث أنه على قضاء الدولة الالتزام

---

[1]. عبد الحميد الأحدب، موسوعة التحكيم الدولي، الجزء الثاني، ص 164.

[2]. سراج حسين أبو زيد، مرجع سابق، ص 369,

[3]. أحمد عبد الكريم سلامة: قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 67.

بالامتناع بالنظر في النزاع حتى قبل تشكيل هيئة التحكيم، وهذا لان المسألة ليست مسألة أسبقية بل هي قاعدة أساسية مقررة لقضاء التحكيم.

ومن أبرز من كرس الأثر السلبي لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم نجد على سبيل المثال: اتفاقية جنيف لسنة 1961 في المادة 3/6، بالإضافة إلى اغلب التشريعات كالفرنسي والمصري والجزائري حيث نجد أنه دعا إلى عدم اختصاص القضاء العادي في النظر في النزاع وذلك من خلال نص المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 حيث نصت على" يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف[1]".

بحيث أعتبر المشرع الجزائري أنه في حالة أثار أحد الأطراف هذا الطرح أمام القضاء مرتبط بعدم اختصاص القضاء العادي بهذا الشأن أعمال لمبدأ اختصاص المحكم بالنظر في النزاع التحكمي.

وهذا ما يجعل اغلب الاتفاقيات التشريعات ومن بينها المشرع الجزائري تعتبر أن الدفع فع بعدم اختصاص القضاء العادي هو التأكيد على وجود اتفاق التحكيم، بحيث انه في حالة أقرر وجود اتفاق تحكيمي اتفق فيه الإطراق بعدم رفع النزاع على القضاء يجعل هذا النزاع خارجا عن اختصاص القضاء بمقتضى الاتفاق، وإعمال لمبدأ سلطان الإرادة.

ومن خلال كل هذا فإن الدفع بوجود اتفاق تحكيم هو نفسه الدفع بعدم الاختصاص للقضاء العادي بالنظر في نزاع كان مبني على اتفاق الأطراف برفع النزاع القائم

بينهم إلى التحكيم بدل من القضاء، حيث أن الدفع بوجود اتفاق تحكيم قائم على إرادة الأفراد من أهم المبادئ التي نصت عليها التشريعات الوطنية، وذلك لاعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين، فيجب على القضاء احترام إرادة الأطراف والتنحي عن النظر في النزاع وذلك لوجود اتفاق تحكيم، ويعتبر الدفع بعد الاختصاص دفع شكلي لا يتعلق بالنظام العام.

[1]–أنظر المادة 1045من القانون09/08 المضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

خاتمـة

من خلال كل ما تقدم في الموضوع فإن اتفاق التحكيم يبرم لحل المنازعات الناشئة بين الأفراد من خلال علاقة قانونية قائمة على أساس عقود التجارة الدولية، فسعى القضاء إلى أعطى هذا الاتفاق استقلالية عن العقد الأصلي من أجل الوقوف في وجه كل طرف يحاول التملص من اللجوء إلى التحكيم، كون هذا التحكيم لا يخدم مصالحه، وذلك بالدفع بعدم اختصاص الهيئة التحكيمية واعطاء القضاء العادي الاختصاص بالفصل في النزاع نظر لطول إجراءات القضاء العادي وهذا يجعل من قام بهذا الدفع يتماطل ويحول التملص من التزاماته.

أن عقود التجارة الدولية، تتمتع بخصوصية عن غيرها من العقود، وعلى هذا الأساس جاء التحكيم التجاري الدولي ليحمي هذه العقود ويدعمها من خلال:

ـ تقرير مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي، وهذا يعني أنه لا يمكن لأي طرف في العلاقة العقدية الأصلية أن يحتج بعدم صحة اتفاق التحكيم لسبب أو عارض قد يطرأ على العقد الأصلي سواء كان ذلك بالبطلان أو الفسخ أو الانقضاء.

لقد تم تكريس هذا المبدأ من قبل القضاء الفرنسي في قضية غوسي وقضايا أخرى عديدة، ومن ثم عرف هذا المبدأ أنتشار واسع وواضح على مستوى النصوص القانونية الداخلية والخارجية على حد سواء، لما فيها من حماية الاتفاق التحكيم من الزوال، فأصبح هذا المبدأ عصب التجارة الدولية.

لولا وجود هذا المبدأ لبقى التردد والخوف موجود عند المستثمرين وغيرهم في مجال التجارة الدولية خاصة في التعامل مع أشخاص أجانب في إبرام عقود

تجارية دولية، الذي يجعل طرح النزاع على القضاء الوطني لهو أثر سلبي، بينما يكون الأمر متعلق بعقود دولية.

لقد تم تكريس هذا المبدأ أيضا في النصوص القانونية الداخلية والخارجية الدولية كالاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم التجاري الدولي، وكذلك مراكز التحكيم الدائمة واللوائح التنظيمية للتحكيم الدولي.

كما نجدا أن المشرع الجزائري سار في هذا النهج، وذلك من خلال المرسوم التشريعي 09/93 المعدل والمتم لقانون الإجراءات المدنية، الذي أحداث باب جديد يتعلق بالتحكيم التجاري الدولي، بعد تحول الجزائر إلى نهج السوق المفتوحة والاقتصاد الحر، وحاجة الدولة إلى فتح مجال التعاملات الخارجية والاستثمارات الأجنبية، سواء كان للأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية العامة منها والخاصة، ولقد تواصل هذا التكريس حتى بعد القانون الجديد 09/08

المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية، وذلك كون الدولة تواصل مواكبة العالم خاصة في التجارة الدولية وتطوره التعامل فيها بشكل مستمر.

ومن نتائج هذا المبدأ نجد:

ـ عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي، أي في حالة تعرض العقد الأصلي للبطلان أو الفسخ أو الانقضاء أو الانعدام يبقى اتفاق التحكيم صحيح ومنتجا لأثاره ولا يتأثر بتالك العوارض، إلا في حالة تعرض اتفاق التحكيم في حد ذاته لعيب يؤدي إلى بطلانه، هنا يقضي المحكم بعدم الاختصاص كون العيب لحق اتفاق التحكيم.

ـ استقلالية اتفاق التحكيم عن كل قانون وطني، وهذا يجعله يبتعد عن طرق التنازع المعروفة في القانون الدولي الخاص كونها لا تتناسب والتحكيم، ولأنهاتمتاز بالتعقيد، والتحكيم وجد ليواجه بطء القضاء العادي لان التجارة تمتاز بالسرعة والتطور.

ـ كما أن القانون المطبق على اتفاق التحكيم يمكن أن يكون مختلف عن القانون المطبق على العقد، وهذا الأمر يعطي للمحكم سلطة الفصل في مدى اختصاصه.

ـ مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي جاء لمحاربة تهرب وتملص أطراف العلاقة العقدية الأصلية من التحكيم، وذلك بالدفع ببطلان اتفاق التحكيم لعارض معيب للعقد الأصلي وذلك بسوء نية.

وفي الأخير ومن خلال دراسة هذا الموضع يمكن القول أن توحيد قواعد آمرة في مجال التحكيم الدول أمر صعب، لكن هناك سعي دائما من قبل الدول من خلال الاتفاقيات الدولية وغيرها، وذلك من أجل التقليل من هذه الصعوبة، كما أنه لا ينكر جاحد على الأهمية الكبيرة لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وهذا من أجل حماية مصالح الأفراد وكذلك حماية اتفاق التحكيم في حد ذاته.

وفي ختام هذا البحث المتواضع أرجوا أن نكون قد وفينا هذا الموضوع حقه، من خلال الجهد المبذول من أجل الوصول إلى الهدف المرجو من هذا الموضوع، الذي نسأل الله أن يكون مقبول.

قائمة المصادر

والمراجع

أولا: المصادر

القرآن الكريم

أ. كتب اللغة

1. مختار الصحاح، القاموس المحيط للفيروز أباد، المجلد الرابع، دار الفكر، بيروت، 1978، معجم لسان العرب لابن منظور، الجزء 15، المؤسسة المصرية العامة للتأليف والنشر، القاهرة.

ب . النصوص القانونية

1. قانون رقم 08–09 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق ل 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية رقم 21، لسنة 2008.

2. المرسوم التشريعي 09.93 المؤرخ في ذي القعدة 1412 الموافق ل 25 أفريل 1993 يعدل ويتمم الأمر رقم 66–154 المؤرخ في 8 يونيو المتضمن قانون الإجراءات المدنية، الجريدة الرسمية رقم 27، لسنة 1993.

ثانيا: المراجع باللغة العربية

أ. الكتب

1. إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1997.

2. إبراهيم محمد العناني، اللجوء إلى التحكيم الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1973.

3. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والاجباري، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف الإسكندرية، 1987.

4. أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.

5. أحمد السيد صاوي، التحكيم وأنظمة التحكيم الدولية . طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994، بدون ناشر، القاهرة، 2002.

6. أحمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998م.

7. أحمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، تنظير وتطبيق مقارن، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2004.

8. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب بالتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

9. أحمد مخلوف، مفهوم استقلال شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، دراسة قانونية في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 2002.

10. أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.

11. أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في العلاقات ذات العنصر الأجنبي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.

12. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري . التصرف القانوني، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 1990.

13. حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم من حيث استقلالية وآثاره والنظم القانوني الذي يحكمه ومدى تأثر قانون التحكيم المصري الجديد بها، دار الفكر الجامعي، 1996.

14. حفيظة السيد الحداد، الطعن بالبطلان في قرارات التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، 1997م.

15. حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي بيروت، 2004م.

16. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة 2002.

17. خليل أحمد قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري . مصادر الالتزام، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994.

18. درويش مدحت الوحيدي، التحكيم في التشريع الفلسطيني والعلاقات الدولية، بدون ناشر، 1998.

19. رضوان أبوزيد، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981.

20. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984.

21. سراج حسين أبوزيد، التحكيم في عقود البترول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

22. سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم وفقا لقانون المرافعات، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

23. صوفي أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دارا لنهضة العربية، القاهرة، 1982.

24. عادل محمد خير، حجية ونفاذ أحكام المحكمين وإشكالاتها محليا ودوليا، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995م.

25. عادل محمد خير، التحكيم والقانون، مركز الدكتور عادل خير للقانون والتحكيم، المجلد الثالث، القاهرة، 1997.

26. عاطف شهاب، اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي، دار النهضة العربية، 2002.

27. عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، دراسة مقارنة في التحكيم البحري في لندن، نيويورك، باريس، مع شرح احكام قانون التحكيم المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

28. عبد الحميد الأحداب، موسوعة التحكيم الدولي، الجزء الثاني، دار المعارف، 1998.

29. عبد الحميد منشاوي، التحكيم الدولي والداخلي في المواد المدنية والتجارية والإدارية طبقا لقانون التحكيم المصري رقم 94/27، دراسة مقارنة، منشاة المعارف، 1995.

30. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

31. عبد العزيز قادري، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي، ضمان الاستثمارات، دار هومة، 2004.

32. عبد العزيز قادري، الاستثمارات الدولية، التحكيم التجاري الدولي، ضمان الاستثمارات، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.

33. عبد العزيز محمد سرحان، دور محكمة العدل الدولية في تسوية المنازعات الدولية، الطبعة الثانية، بدون ناشر، القاهرة، 1986.

34. عصمت عبد الله الشيخ، التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

35. علي سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم دراسة في أحكام القضاء وقرارات المحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر.

36 – علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة دار المعارف، الطبعة التاسعة، الاسكندرية، 1981م.

37. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية . مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 2001.

38– فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الجزء الخامس، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع،1997

39– فؤاد محمد أبو طالب، التحكيم الدولي في منازعات الاستثمار الأجنبية، وفقا لأحكام القانون الدولي العام، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010م.

40– كمال أحمد ابراهيم، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991.

41– كمال عليوش قربوع، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 2001.

42. ماهر محمد صالح عبد الفتاح، اتفاق وحكم التحكيم في منازعات التجارة الدولية، بدون ناشر، الإسكندرية، القاهرة،2004.

43- محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربي، بدون سنة نشر.

44- محمد السعيد جعفور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة،1997.

45- محمد عبد الفتاح ترك، التحكيم البحري، دار الجامعية الجديدة للنشر، 2003

46- محمود السيد عمر التحيوي، أركان الاتفاق على التحكيم وشروط صحته وفقا لقانون التحكيم المصري رقم 94/27، دار المطبوعات الجامعية، 2001.

47- محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1999.

48- مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الطبعة الاولى، بدون ناشر، الاسكندرية، 1998..

49- منى محمود مصطفى، الحماية الدولية للاستثمار الاجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

50- منير عبد الحميد، التنظيم القانوني للتحكيم الدولي والداخلي في ضوء فقه وقضاء التحكيم، منشاة المعارف، 1997م.

51- مهند أحمد الناصوري، دور المحكم في خصومة التحكيم الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005،

52- مهند عزمي مسعود أبو مغلي، القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي،الطبعةالأولى، بدون ناشر، جامعة عين شمس، القاهرة، 2005م،

53- ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

54- نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، 2004.

55- هشام خالد، أوليات التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2004.

56- هشام خالد، معيار دولية التحكيم التجاري . دراسة مقارنة . منشأة المعارف بالإسكندرية، 2006.

ب- الاطروحات والمذكرات:

1-الطيب زروتي، النظام القانوني للعقود الدولية في القانون الجزائري المقارن، رسالة دكتوراه، ج1، جامعة الجزائر، 1991.

2- بشار محمد الأسعد، عقود الاستثمار في العلاقات الولية الخاصة، رسالة دكتوره، بدون ناشر، جامعة عين شمس، القاهرة، 2004.

3- رقية رياض إسماعيل، خضوع الدولة للتحكيم ونظرية السيادة التقليدية، رسالة دكتوراه، القاهرة،2001.

4- عبد الباسط محمد الظراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، رسالة ماجستير، المكتب الجامعي الحديث، جامعة عدن، الاسكندرية، 2005.

5- علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1998.

6- غسان علي علي، الاستثمارات الأجنبية ودور التحكيم في تسوية المنازعات التي قد تثور بعددها،رسالة دكتورة، جامعة عين شمس، 2004م.

7- محمد حبار، نظرية بطلان التصرف في القانون المجني الجزائري وفي الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، الجزائر، 1986.

8- ميلود سلامي، عقد التحكيم في القانون الداخلي الجزائري، مذكرة ماجستير بجامعة الجزائر، 2003.

9- نور الدين بكلي، اتفاق التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، رسالة ماجستر، جامعة الجزائر، 1997.

10- نورالدين بن الشيخ، شرط التحكيم في العقود الاقتصادية الدولية، رسالة ماجستير بجامعة الجزائر، 1986م.

11- هدى محمد مجدي عبد الرحمن، دور المحكم في خصومة التحكيم وحدود سلطاته، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1997.

ج- المجلات والمعاهدات:

1- حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مطابع شتات، المجلة الكبرى، 2006، ص 138.

2- عبد المحسن القطيفي، دور التحكيم في المنازعات الدولية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1969.

3- فخري أبو سيف مبروك، مظاهر القضاء الشعبي لدى الحضارات القديمة، مجلة العلوم القانونية والاقتصاد، العدد الأول، السنة السادسة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، يناير 1974.

4- مجموعة معاهدات الأمم المتحدة، مجلد 46.

5- مصطفى ثاني تراري، التحكيم التجاري في الجزائر أثر صدور المرسوم التشريعي 09/93، مجلة الدراسات القانونية، دار القبة للنشر والتوزيع، العدد الثالث، 2003.

ثالثا: المراجع باللغة الأجنبية

1-C.A.P le 08/10/1998، SAMC/PERRIN، Rev.Arb.1999، note ANCEL (P)..

2- JAQUET (J.M),Princier d'autonomie et contrat internationaux, Paris Economico, 1983.

3- ROBERT (J),arbitrage civil et commercial-droit interne et droit international privé ،4 éme ed, Dalloz 1967.

4- Sentence rendue le 12/04/1977 dans l'affaire LIAMCO.

5- Sentence sur le compétence rendue le 01/06/1989 sous l'égide de le C.C.I.

فهرس

المحتويات

العنوان	الصفحة
الإهداء	
الشكر والعرفان	
المقدمة	أ-د
المبحث التمهيدي: مفهوم التحكيم	06
المطلب الأول: تعريف التحكيم ونشأته	06
الفرع الأول: تعريف التحكيم	06
الفرع الثاني: نشأة التحكيم وتطوره	10
المطلب الثاني: أنواع التحكيم	13
الفرع الأول: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري	14
الفرع الثاني: التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي	15
الفرع الثالث: التحكيم الوطني والتحكيم الدولي	15
المطلب الثالث: تمييز التحكيم عما يختلف معه	16
الفرع الأول: التحكيم والصلح	16
الفرع الثاني: التحكيم والخبرة	17
الفرع الثالث: التحكيم والوكالة	18
الفرع الرابع: التحكيم والقضاء	18
الفصل الأول: مبدأ استقلالية إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي	
تمهيد	21
المبحث الأول: ماهية مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي	22
المطلب الأول: مفهوم مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي	22
الفرع الأول: تعريف مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم	22
الفرع الثاني: مصدر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم	23

المطلب الثاني: حالات ودوافع الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم	25
الفرع الأول: حالات العمل بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم	25
الفرع الثاني: دوافع الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم	31
المبحث الثاني: مدى الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي	33
المطلب الأول: في الاتفاقيات الدولية والمراكز الدائمة والقضاء الدولي	33
الفرع الأول: في الاتفاقيات الدولية	34
الفرع الثاني: مراكز التحكيم الدائمة:	38
الفرع الثالث: موقف قضاء التحكيم الدولي:	42
المطلب الثاني: في التشريعات المقارنة	43
الفرع الأول: في التشريع الفرنسي:	43
الفرع الثاني: في التشريع المصري	45
المطلب الثالث: في التشريع الجزائري	45
الفصل الثاني: القانون الواجب التطبيق وآثار مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي	
تمهيد:	49
المبحث الأول: محكمة التحكيم والقانون الواجب التطبيق	50
المطلب الأول: انعقاد محكمة التحكيم:	50
الفرع الأول: تشكيل محكمة التحكيم	50
الفرع الثاني: انقضاء المهمة التحكمية	54
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع	58
الفرع الأول: مبدأ سلطان الإرادة المنفردة:	58
الفرع الثاني: سلطة المحكمين في التحديد:	60
المبحث الثاني: آثار مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم	62
المطلب الأول: مبدأ الاختصاص بالاختصاص:	63
الفرع الأول: الاتفاقيات الدولية ومراكز التحكيم الدائمة:	64
الفرع الثاني: التشريعات الوطنية	65

المطلب الثاني: إقصاء القضاء من النظر في النزاع	**67**
الخاتمة	**70**
قائمة المصادر والمراجع	**74**
الفهرس	**84**

الملخص

يعتبر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي من المبادئ المسلم بها في مجال التحكيم الدولي، كونها مبدأ يحمي اتفاق التحكيم من الزوال.

أن دفع أحد أطراف العلاقة العقدية الأصلية بالاحتجاج بعدم صحة اتفاق التحكيم بسبب أن العقد الأصلي تعرض للبطلان أو الانعدام أو الانقضاء والفسخ، فهذا الدفع يجعل مصير اتفاق التحكيم مرتبط بمصير العقد الأصلي، وهذا يتنافى بما جاء به مبدأ استقلال التحكيم.

لمبدأ استقلال التحكيم أثران أحداهم إيجابي وهو الاختصاص بالاختصاص، أي اختصاص المحكم في النظر باختصاصه، وأثر سلبي يتمثل بأقصاء القضاء في النظر في النزاع وجعله فقط دور سطحي ومساعد.

Résumé

Le principe de l'indépendance de l'accord arbitrage commercial international du contrat initial est considéré comme un des principes arbitraires dans le domaine de l'arbitrage international, parce qu'il estun principe de protection de l'accord d'arbitrage de disparaître.

Que le paiement d'une partie à la relation nodal original pour protester contre la non-validité de la convention d'arbitrage en raison de l'exposition du contrat initial l'invalidité ou l'absence ou à l'expiration, et la résiliation ce paiement fait le sort de la convention d'arbitrage lié au sort du contrat initial, ceci est contraire à ce qu'il a apporté le principe de l'indépendance de l'arbitrage.

Le principe de l'indépendance de l'arbitrage deux effets l'un d'entre eux deux effets, dont la compétence positivement compétente la compétence tout arbitre de considérer sa compétence, l'impact négatif est l'exclusion du pouvoir judiciaire en contrepartie du litige et de le rendre seulement un rôle superficiel adjoint.