وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الدكتور مولاي الطاهر

- سعيدة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة بعنوان

مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق،

تخصص قانون الأعمال

من إعداد الطلبة:

- سويح معمر
- تازي خيرة

تحت إشراف :

أ.خالد بن عفان

السنة الجامعية

2022/2021

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الدكتور مولاي الطاهر

- سعيدة -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة بعنوان

مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق،

تخصص قانون الأعمال

من إعداد الطلبة:

- سويح معمر
- تازي خيرة

تحت إشراف :

أ.خالد بن عفان

لجنة المناقشة		
الدكتور	عثماني عبد الرحمان	رئيسا
الدكتور	بن عفان خالد	مشرفا ومقررا
الدكتور	كمال فليح	مناقشا

السنة الجامعية: 2022/2021

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى:

﴿فَتَعَالَى اللَّهُ الْمَلِكُ الْحَقُّ وَلَا تَعْجَلْ بِالْقُرْآنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يُقْضَى إِلَيْكَ وَحْيُهُ وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا﴾،

«سورة طه: الآية 114

شكر وعرفان

"اللهم إني أشكرك على نعمتك التي أنعمت علي وعلى والدي وأن أعمل صالحا ترضاه وأدخلني برحمتك في عبادك الصالحين"

نشكر الله عز وجل الذي أنار دربنا وأعاننا بما فيه من خبر وصلاح، ونتقدم بالشكر أولا للأستاذ المحترم والمشرف على هذا العمل الذي أفادنا بنصائحه وموسوعاته الفكرية،

شكرا للجميع

إهـــداء

نحمد الله عز وجل على منه وعونه لإتمام هذه المذكرة، نهدي ثمرة جهدنا إلى من وضع المولى سبحانه المتعالي الجنة تحت أقدامهن ووقرهن في كتابه العزيز، وإلى من نحمل اسمهم بكل فخر الذين تكبدوا عناء الحياة من اجل وصولنا لهذا اليوم "آباؤنا" أطال الله في أعمارهم.

سويح معمر

تازي خيرة

مقدمة

إن العلاقة في مجال التجارة الدولية تعتبر من أهم العلاقات بين الدول عبر مختلف العصور، وقد أصبحت هذه العلاقة في تطور مستمر من زمن إلى أخر إلى أن وصلت إلى ما هي عليه اليوم وذلك من خلال الإصلاحات الدائمة من قبل الاتفاقات الدولية والتشريعات المختلفة من أجل الحفاظ على مصالح الأفراد التي قد تنشأ بينها نزاعات مختلفة .

وان اغلب دول العالم تسعى إلى حل النزاعات التي تنشأ بين الأفراد خاصة في العلاقات العقدية التي تقوم من خلال إبرام عقود دولية في مجال التجارة الدولية خاصة حيث أن هذه النزاعات تكون بسبب تضارب مصالح الأفراد، فيسعى قضاء الدولة إلى حل النزاعات بصورة صحيحة.

لكن هذه النزاعات ناتجة عن عقود تجارية دولية مبنية على أساس عقد دولي،تتجاوز صلاحيات الدولة ويعتبر حلها عن طريق القضاء غير صحيح، حيث أنه لو تم تحكيم دولة معينة بدون الأخرى يحدث تصادم بين مصالح أطراف النزاع ويجعل حل النزاع مستحيل لهذا لابد من وجود وسيلة أو طريق آخر غير القضاء، بحيث تكون هذه الوسيلة من الوسائل التي تحدث توازن بين مصالح الأطراف، أي وسيلة أخرى غير القضاء وهي التحكيم.

التحكيم هو اتفاق بين أطراف علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية يطلق عليها العقد الأصلي أو العقد الأساسي، وهو الذي يحدد حقوق والتزامات أطراف هذه العلاقة باللجوء لحل كلا بعض المنازعات القائمة أو التي ستنشأ إلى شخص أو أشخاص يسمون المحكمين، وينتهي بصدور قرار تحكيمي .

ظهر التحكيم التجاري الدولي في القانون على إثر تطوره الكبير، وانتشاره السريع في عالم التجارة الدولية، ورغم أن ذلك تحقق منذ فترة وجيزة نسبيا، حيث ظهر اصطلاح

التحكيم التجاري الدولي لأول مرة من الناحية القانونية في اتفاقية جنيف الأوروبية الصادرة في 21افريل 1961 ، أما عن تطوره في التجارة الدولية فكان بعد الحرب العالمية.

فبالإضافة إلى الانتشار الواسع الذي حضي به خاصة في التجارة الدولية فقد كان يمتاز أيضا بالسرعة والسرية، وقلة التكاليف بالمقارنة مع القضاء الذي تميز بطول فترة إجراءاته وعلانية جلساته، وقد يرد اتفاق التحكيم بشأن علاقة قانونية داخلية فنكون بصدد تحكيم داخلي، كما يمكن أن يكون الاتفاق عليه لحل نزاعات ناشئة عن علاقة تجارية دولية، فنكون بصدد اتفاق تحكيم تجاري دولي وهو ما يدخل في إطار دراستنا وهو موضوع من موضوعات القانون الدولي الخاص.

يستفاد من خلال تعريف اتفاق التحكيم أن اتفاق التحكيم يأخذ صورتين:

الأولى هي شرط التحكيم الذي يدرجه المتعاقدان قبل نشأة النزاع في العقد الأصلي المبرم بينهما وينص على أن تحل المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ هذا العقد أو تفسيره عن طريق التحكيم.

الثانية هي مشارطة التحكيم وهي التي يتفق بموجبها الأطراف على حل النزاع الناشئ بينهم بالفعل عن طريق التحكيم.

بما أن التحكيم أصبح في الوقت الحالي الطريقة الشائعة لفض المنازعات في مجال عقود التجارة الدولية ونتيجة هذا الإقبال اختصت العديد من الغرف التجارية في هذا المجال وأنشأت فيها هيئات التحكيم، كما أنشأت مراكز عديدة للتحكيم على الصعيد الدولي أهمها محكمة التحكيم للغرفة التجارية الدولية بباريس، محكمة التحكيم التجاري الدولي في لندن، جمعية التحكيم الأمريكية في نيويورك، لجنة التحكيم للتجارة الخارجية ....

أما بالنسبة المعاهدات الدولية المعنية بالقواعد الدولية في مجال التعامل التجاري الدولي فقد أولت لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة أهمية خاصة بالتحكيم التجاري الدولي فوضعت قواعد التحكيم المعروفة باسمها سنة 1976م، كما أنها أعدت قانونا نموذجيا للتحكيم التجاري الدولي سنة 1985م، ويتسم هذا القانون بالشمولية والصلاة الدولية.

اتفاقية الاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية بنيويورك والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية والأجنبية وتنفيذها سنة 1958م التي انضمت إليها الجزائر بموجب المرسوم رقم 233/88 المؤرخ في 5نوفمبر 1988م، بالإضافة إلى الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي سنة 1961م، وكذلك اتفاقية واشنطن لتسوية النزاعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى سنة 1965م.

أما بالنسبة التشريعات الوطنية المختلفة، فبعد أن كانت أغلبيتها تهتم بالتنظيم الداخلي وهو الذي يخص فص المنازعات الناشئة عن عقود داخلية وحظرها للتحكيم التجاري الدولي لعدة أسباب خاصة الدول النامية ، نظرا لحداثة استقلال معظمها، واعتبارها أن إقرار التحكيم التجاري الدولي يمس سيادتها ، أصبحت اليوم تخصص فصول كاملة من النصوص لمعالجة التحكيم التجاري الدولي كما هو الحال بالنسبة المشرع الجزائري فبعد أن كان التحكيم التجاري الدولي محظورا بموجب الأمر 66/154 المؤرخ في 08 أوت 1966م المتضمن قانون الإجراءات المدنية عدل المشرع الجزائري عن موقفه بموجب القانون 93/09 الذي أصبح يتيح اللجوء إلى التحكيم التجاري بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة في علاقاتها التجارية الدولية.

أما المشرع الفرنسي فقد أضاف إلى قانون المرافعات الصادر سنة 1806م فصلا خاصا بالتحكيم التجاري الدولي وذلك بالمرسوم الصادر في 1981/03/21م، وكذلك

القانون الدولي الخاص السويسري في 1987م، والقانون اللبناني في 1983م، والقانون البلجيكي 1985م، والقانون المصري بموجب القانون الجديد للتحكيم 94/27.

يمكن القول إن اتفاق التحكيم كأول مرحلة من مراحل التحكيم هو اتفاق ككل الاتفاقات الدولي الأخرى، حيث أنه بالإضافة إلا أنه ناتج عن إرادة الأطراف يجب أن يتوفر لإبرامه التراضي بين أطراف العقد الأصلي وخلو هذا التراضي من عيوب الإرادة، أما المحل فهو موضوع النزاع الذي يحال إلى التحكيم ويكون عادة غير محدد في صورة شرط التحكيم ومحددا إذا كان في صورة مشارطة التحكيم التجاري،أما سبب التحكيم هو عرض النزاع على التحكيم بدلا من القضاء العادي، نظرا المزايا التي يتمتع بها التحكيم .

وعليه فلا يمكن تصور وجود اتفاق التحكيم من غير العقد الأصلي، فهو وسيلة لحل النزاعات المرتبطة أساسا بهذا الأخير .

يمتاز اتفاق التحكيم بمبدأ استقلالية عن العقد الأصلي، حيث كان هذا المبدأ يتميز بالوجود لكن ليس بصورة واضحة وصريحة في أغلب الاتجاهات الفقهية، والاتفاقات الدولية المتعلقة بالتحكيم كاتفاقية نيويورك، وواشنطن... وكذا مراكز التحكيم الدائمة لغرفة التجارة وتحكيم لندن وغيرها ... والتشريعات المختلفة، والتشريع الفرنسي، والمصري والجزائرية، وغيرهم من التشريعات.

المشرع الجزائري كغيرها من التشريعات الوطنية كرس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي من خلال المرسوم التشريعي 93/09 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية، وتواصل هذا التدريس حتى في القانون الجديد 09/08 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وتكمن أهداف دراستنا إلى تحديد مفهوم مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي ومصدره وتحديد حالات، ودوافع الأخذ بهذا المبدأ، وكذا موقف الاتفاقيات الدولية، ومراكز التحكيم الدائمة من المبدأ وتبيين أهم الآثار الإيجابية، والسلبية المترتبة على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي.

أما أهمية دراسة هذا الموضوع يعود إلى الأهمية الكبيرة التي يحظى بها مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وذلك من خلال دورها العام في حماية الأطراف من تملص أحد الأطراف من احد التزاماته، وذلك بالدفع ببطلان العقد الأصلي أو مخالفته للنظام العام.

تكمن الأهمية أيضا في توضيح مدى تجاوب قواعد التحكيم الواردة في القانون الجزائري وقوانين التحكيم العالمية ومدى تدريسها لهذا المبدأ.

وتعود أسباب دراستنا الموضوع إلى :

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.

يعد التحكيم التجاري من المواضيع الموسعة والمتشعبة، ومبدأ استقلالية اتفاق التحكيم الذي هو محور دراستنا، فقد تطور هذا المبدأ وأصبح اليوم يناشد بالحكم باستقلالية –اتفاق التحكيم– عن كل قانون وطني يمكن أن يخضع له سواء كان هذا القانون هو قانون العقد الأصلي، أو قانون آخر وهو ما أطلق عليه كذلك مبدأ صحة اتفاق التحكيم التجاري الدولي.

ومن هنا يمكننا طرح الإشكالية التالية:

إلـى أي مـدى تـم الأخـذ بمبـدأ اسـتقلالية اتفـاق التحكـيم التجـاري الـدولي فـي القـانون الجزائري؟

اعتمدنا في دراستنا لهذا الموضوع أكثر من منهج : الوصفي والتحليلي لكونهما يساعدان عل ضبط مفهوم مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي من كل جوانبه، وكذلك تحليـل الأحكـام القضـائية، والقـرارات التحكيميـة التـي تخـص موضـوع الدراسـة، وكـذلك مختلف النصوص القانونية سواء الداخلية أو الدولية، بالإضافة إلى المنهج المقارن، لا سيما أن الموضوع له صلة وثيقة بمعاملات التجارة الدولية، ولقي باهتمام معظم النصوص القانونية الداخلية والدولية، وكذلك الأنظمة والقرارات التحكيمية المعمول بها.

من خلال دراستنا للموضوع قسمنا هذا البحث إلى فصلين :

الفصل الأول : مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي

المبحث الأول: ماهية مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي

المبحث الثاني: تقرير مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي

المبحث الأول: النتائج المباشرة لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي

المبحث الثاني: الآثار غير المباشرة المتصلة بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي.

الفصل الأول

مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي

الفصل الأول: مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي

مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي وجد لكي يحمي مصالح الأفراد، وذلك من خلال عدم تملص احد الأطراف من الالتزامات الملقاة على عاتقه، فإذا كان اتفاق التحكيم مرتبط بالعقد الأصلي فهذا يمسح للطرف الذي يريد التملص من التزامه الدفع ببطلان العقد الأصلي خاصة في حالة إن كان العقد الدولي لا وطني كالدفع بمخالفة العقد الأصلي للنظام العام لدولته.

فقد احتل مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم مكانة كبيرة في اغلب دول العالم للدور المهم الذي يلعبه، فأجمع اغلب الفقه، والاتفاقات الدولية كاتفاقية جنيف، والمراكز التحكيمية الدائمة كغرفة التجارة بباريس، وكذلك التشريعات الوطنية كفرنسا، وسويسرا، ومصر، على أهمية هذا المبدأ وضرورة وجوده في المعاملات التجارية الدولية .

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

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

أولا: ماهية مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي .

ثانيا: تقرير مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي

المبحث الأول: ماهية مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي

سنتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في المطلب الأول والثاني حالات، ودوافع الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في المطلب الثاني .

المطلب الأول : مفهوم مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين الفرع الأول للتعريف بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي والفرع الثاني مصدر هذا المبدأ .

الفرع الأول :تعريف مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي

يعتبر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي من المبادئ المستقرة، والمستقلة في مجال التحكيم التجاري الدولي[1]، وقد تطرق الفقه العربي، والفقه الغربي إلى تحديد تعريف لهذا المبدأ.

[1] – لزهر بن سعيد ، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة ، دار هومة، الجزائر، ص 79.

1) التعريفات في الفقه العربي

عرفت استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي اتفاق التحكيم الوارد في العقد على انه عقد قائم بذاته رغم انه ليس إلا جزء من هذا العقد، أو احد بنوده[1]، والذي يتأثر به وجودا وعدما، صحة وبطلانا فإذا بطل العقد أدى ذلك إلى بطلان كل بنوده وشروطه بالتبعية بما في ذلك شرط التحكيم .

كما عرف أيضا أن المقصود باستقلالية عدم مشروعية العقد، أو عدم صحته، أو بطلانه، أو فسخه لأي سبب كان لا يؤثر على صحة اتفاق التحكيم التجاري الدولي، سواء كان مدرجا في العقد الأصلي، أم كان مستقلا عنه في صورة اتفاق، وسبب في عدم تأثر اتفاق التحكيم التجاري ببطلان العقد الأصلي كون اتفاق التحكيم يعالج موضوع مختلف عن موضوع العقد الأصلي[2] .

[1] – علالي عبد الرحمان ، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي، مجلة حقوق الإنسان والحريات العامة، جامعة مستغانم العدد السادس ، سنة (2008) ص383 .

[2] – مصطفى ناطق صالح مطلوب، مبدأ استقلال اتفاق التحكيم التجاري، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، المجلد 12، العدد 43، سنة (2010)، ص130

وفي تعريف أخر نجد انه لا يؤدي بطلان أو فسخ، أو إنهاء العقد الأصلي المبرم بين الإطراف إلى التأثير على اتفاق التحكيم، وطالما كان اتفاق التحكيم قد استكمل شروط صحته فانه يكون صحيحا قانونا وينتج كافة أثاره[1] .

ونجد تعريف أخر المقصود باستقلالية اتفاق التحكيم، هو إن لا 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 إي أن بطلان اتفاق التحكيم لا يترتب عنه بطلان العقد الأصلي[2] .

2) التعريف في الفقه الغربي

يعني مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يكون من الممكن فصله عن العقد الأصلي المبرم بين الأطراف وثمة يكون متمتعا بالاستقلالية[3].

[1] – محمود مختار احمد البربري، التحكيم التجاري الدول ، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، القاهرة، ص69.

[2] – عائشة مقراني، مبدا استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري، مذكرة ماجيستر في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، قسم الحقوق، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، سنة 2005، ص25.

[3] – عبد الحكيم تابعي، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون التجاري، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الشهيد حمة لخضر، الوادي، 2016، ص22 .

وفي تعريف أخر نجد إن استقلالية اتفاق التحكيم تؤدي إلى عدم التضامن بين ذلك الاتفاق والعقد الذي يتضمنه ماديا[1].

كما يرى البعض أن الاستقلال الموضوعي يتطرق إلى العلاقة بين اتفاق التحكيم، والعقد الأصلي الذي يحتويه، بمعنى انه لا يتأثر باحتمال عدم صحة العقد الأصلي، بمعنى أخر الاستقلالية بهذا المعنى هو تحصين اتفاق التحكيم في مواجهة أسباب احتمال عدم صحة العقد الأصلي[2]، وبالتالي استقلالية اتفاق التحكيم بغض النظر عن كونها تثور في حالة ادعاء الإطراف ببطلان العقد الأصلي أو فسخه، ومن ثم نزع اختصاص المحكم في الفصل في النزاع فجاء هذا المبدأ ليتصدى أمام أي تذرع ببطلان العقد الأصلي للتهرب من الخضوع للتحكيم واللجوء إلى القضاء العادي .

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

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

[1] – عبد الحكيم تابعي ،المرجع نفسه،ص22

[2] – علالي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 383–384.

يؤدي إلى زوال اتفاق التحكيم، فيبقى قائما، ومنتجا لكافة أثاره مادام كان صحيح، اولا يشوبه أي عيب من العيوب التي تبطل اتفاق التحكيم أصلا.

ومن خلال هذه التعريفات نستخلص بعض الملاحظات:

- توضح هذه التعريفات عدم وجود علاقة تربط بين اتفاق التحكيم، والعقد الأصلي الذي يتضمنه في حالة ما إذا أصاب العقد الأصلي عيب يؤدي إلى زواله.

وهناك تعريفات تطرقت إلى ذكر بعض الحالات التي تصور هذه الاستقلالية مثل بطلان، أو فسخ العقد الأصلي حيث لا يؤثر ذلك على اتفاق التحكيم، فيبقى قائما ومنتجات لكافة آثاره (الأثر السلبي ويتمثل في عدم اللجوء إلى القضاء العادي لحل النزاع الأثر الإيجابي يتمثل في إلزامية إخضاع النزاع على التحكيم) مادام كان صحيحا ولا يشوبه أي عيب[1] .

من الممكن أن يحصل اختلاف بين القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم عن ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي، إلا أن تطبيق قانون معين على العقد الأصلي قد يعد قرينة على انصراف نية الأطراف إلى تطبيق ذلك القانون على اتفاق التحكيم ما لم يوجد اتفاق بخلاف ذلك[2].

[1] – عائشة مقراني، المرجع السابق، ص26.

[2] –مصطفى ناطق صالح ، المرجع السابق، ص 131.

اجمع الفقهاء على أن قرار **Gosset** أقر مسائل كانت تردد، حيث أنه ابرز لأول مرة أنه في مجال التحكيم التجاري الدولي تتضمن عبارة "اتفاق التحكيم" مفهوما موحد يعامل على قدم مساواة شرط التحكيم الوارد ضمن نصوص العقد الأصلي ومشارطة التحكيم التي تبرم استقلالا، بحيث يتمتع الاثنان بذات القدر من الاستقلالية، على عكس ما ذهب إليه البعض في أن هذه الاستقلالية تخص فقط شرط التحكيم باعتباره يرد في العقد الأصلي، وان مشارطة التحكيم غير معنية بهذه الاستقلالية لأنها مستقلة أصلا من الناحية المادية عن العقد الأصلي، وهذا الرأي يردد إلى يومنا هذا من قبل بعض المؤلفين، لكن الواقع استقلالية اتفاق التحكيم تخص شرط التحكيم ومشارطته، لان المقصود من الاستقلالية ليس الاستقلالية المادية، وإنما الموضوعية[1].

يمكن للمحكم أو هيئة التحكيم النظر في اختصاصه (أو اختصاصها)، إذ يمكن الاستمرار في الإجراءات التحكيمية وهو الذي يقرر كونه مختصا بالنظر في موضوع النزاع، ويفصل بأي دفع يخص عدم صحة اتفاق التحكيم[2] .

وعليه فان مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي هو من المبادئ المستقرة في نظام التحكيم التجاري .

[1] – عائشة مقراني، المرجع السابق، ص26.

[2] – مصطفى ناطق صالح، المرجع السابق، ص131.

الفرع الثاني : مصدر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي

يعتبر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم في علاقته بالعقد الأصلي من المبادئ المستقرة في بعض القوانين الوضعية بشان التحكيم، ولا سيما في القانون الفرنسي فقد ذهبت محكمة النقد الفرنسية في حكمها الصادر في 1963/05/08م في قضية GOSSETإلى أنه في إطار التحكيم التجاري الدولي فان اتفاق التحكيم سواء تم هذا الاتفاق على نحو منفصل، ومستقل عن التصرف القانوني الأصلي وتم إدراجه به فانه يتمتع دائما إلا إذا ظهرت ظروف استثنائية باستقلال القانوني عام، يستبعد معه إن يتأثر اتفاق التحكيم بأي بطلان محتمل يلحق بهذا التصرف[1]، وهذا المبدأ الذي وضعته محكمة النقض الفرنسية سارت عليه أيضا محاكم الاستئناف الفرنسية في العديد من أحكامها نذكر من أهمها :

قضية IMPEX التي ذهبت فيها محكمة النقض الفرنسية إلى تأييد قاضي الموضوع فيما ذهب إليه من اعتبار اتفاق التحكيم اتفاقا مستقلا من الناحية القانونية، وفقا للقانون الدولي الخاص الفرنسي، بالعقد الوارد على تصدير الحبوب إلى ايطاليا من اجل الاستفادة من القواعد، والمزايا المقررة داخل السوق الأوروبية المشتركة بهدف التصدير لدول أخرى خارج السوق، فرفضت السلطات الجمركية الفرنسية ترخيص التصدير بسبب الغش لكن عندما أثيرت مسالة بطلان العقود نظرا لعدم مشروعية السبب، ومدى تأثر شرط التحكيم بهذا البطلان، وهنا انتهى القضاء الفرنسي إلى أن بطلان العقود

[1] – حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظري العامة في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 121.

الأصلية بسبب الغش ل ايؤثر على صحة شرط التحكيم نزولا عند مبدأ الاستقلالية بالنسبة للعقد الأصلي[1].

وفي قضية HECHT انتهت محكمة النقض الفرنسية في إطار التحكيم الدولي يتمتع شرط التحكيم باستقلالية كاملة [2]، وتتعلق هذه القضية بوكيل تجاري فرنسي، وشركة هولندية التي منحت له ترخيص بامتياز MANDAT EXLUSIF للبيع في فرنسا منتوجا قامت بإنتاجه، وقد اشترط العقد صراحة تطبيق المرسوم الفرنسي في 1958/12/23 م الذي ينضم مهنة الوكيل التجاري، كما ينص من جهة أخرى على شرط تحكيمي يحيل بموجبه لغرفة التجارة الدولية لحل النزاع الذي يمكن أن يثور، وفي هذه الحالة القانون الداخلي الفرنسي لا يسمح بالنص على شرط التحكيم في العقد إذا كان الطرفان تاجران وهذا مالا ينطبق على صفة الوكيل التجاري، وقررت محكمة النقض بتاريخ 1972/07/4م وبعبارة تكاد تتطابق مع عبارتها في حكم غوسي، وتأييدها لمحكمة استئناف باريس فيما ذهبت إليه من إن شرط التحكيم مستقل استقلالا قانونيا كاملا عن العقد الذي أدرج فيه، وفي قضية MENICUCCI ابرم العقد الأصلي بين شركة هولندية، وشخص فرنسي لا يعد تاجرا، ولما

[1] – حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشان اتفاق التحكيم من حيث استقلاليته وأثاره والنظام القانوني الذي يحكمه ومدى تأثر قانون التحكيم المصري الجديد بها، دار الفكر الجامعي، 1996، ص23–24.

[2] – إيهاب عمرو، التحكيم التجاري الدولي المقارن في ضوء تحول سياسات التنمية، الوراق للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، ص 62–63.

كان القانون الفرنسي يحظر إن يتضمن العقد في هذه الحالة شرط التحكيم، فان الطرف الفرنسي لجأ إلى القضاء الفرنسي[1]، متجاهلا بذلك شرط التحكيم الوارد في العقد، وهنا قررت محكمة استئناف باريس صحة اتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية، بالنظر إلى استقلاليته، وبذلك فانه تحول دون إمكانية تأثره بأسباب البطلان، وعدم المشروعية الواردة في أي قانون وطني، ولقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 1993/12/20م وفي القضية المعروفة باسم DALICO بالقضاء بأنه وفقا لقاعدة من القواعد المادية في القانون الدولي للتحكيم فان شرط التحكيم يعد مستقلا من الناحية القانونية عن العقد الأصلي الذي يتضمنه سواء بشكل مباشر، أو عن طريق الإشارة[2].

ويذهب جانبا من الفقه الفرنسي إلى القول بان مبدأ استقلال شرط التحكيم في العقد الأصل يشكل الآن قاعدة مالية من قواعد القانون الفرنسي بشان التحكيم الدولي.

ويرى جانب من الفقه الفرنسي، أنه بالنسبة للقاضي الفرنسي، فان اتفاق التحكيم الذي يهدف إلي الفصل في المنازعة عن طريق التحكيم الدولي يعتبر مستقلا عن العقد الأصلي أيا ما كان الحل الذي يتبناه القانون الأجنبي المحتمل التطبيق على هذا العقد، وأيا ما كانت طبيعة القواعد الواجبة التطبيق على اتفاق التحكيم ذاته، ويؤكد هذا الجانب من الفقه على أن استقلالية اتفاق التحكيم يعد مبدأ من المبادئ العامة للتحكيم، وأيا ما كان القانون الذي يحكم المنازعة المفروضة عليهم.

[1] – حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة للتحكيم، ص123 .

[2] – حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، ص124

ومن خلال هذه القضايا، وغيرها كلها أوضحت وبشكل جيد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي، وبهذا يكون القضاء الفرنسي هو المصدر الأول لهذا المبدأ من خلال كل هذه القضايا.

ولقد أبرزت هذه القضايا، وغيرها بشكل واضح تطبيق مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي، ودرج بعدها تطبيقه في الكثير من القضايا المشابهة حيث لا يزال مبدأ استقلال شرط التحكيم مبدأ قضائيا في فرنسا، أي انه لم يكرس تشريعيا، فالقواعد الناظمة للتحكيم في فرنسا، والوارد في قانون فرنسا أصول المحاكمات الفرنسي، لم تنص عليه صراحة، وحاول بعض الشراح استنباط مبدأ استقلالية شرط التحكيم بدلالة إشارة المادة 1446 من قانون المرافعات الفرنسي لسنة 1981م التي تقضي بأنه " إذا كان شرط التحكيم باطلا فانه يعتبر غير مكتوب "، إذ يمكن فهم النص انه اعتراف ضمني باستقلال مصير العقد الأصلي عن شرط التحكيم و بالمقابل استقلال صحة شرط التحكيم عن مصير العقد الأصلي[1].

المطلب الثاني : حالات ودوافع الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي

في هذا المطلب سنتكلم عن الحالات التي يمكن أعمال بصددها هذا المبدأ في الفرع الأول بالإضافة إلى دوافع الأخذ بهذا المبدأ في الفرع الثاني .

[1] – علالي عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص386-387.

الفرع الأول : حالات العمل بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي

هناك ثلاث حالات يمكن ذكرها من خلالها يمكن العمل بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم وهي حالات البطلان وحالة العقد الأصلي، وكذلك حالة فسخ العقد الأصلي وانقضائه.

1) البطلان

من الأمور التي تتفق حولها مختلف التشريعات أن البطلان يكون إما بطلان مطلق، أو بطلان نسبي ومن هنا سنتكلم عن كل حالة على حدا.

أ) البطلان المطلق

هو انعدام الإرادة بان تكون مثلا من شخص عديم الأهلية، أو إذا كان محله مخالفا للنظام العام والآداب العامة، أو عدم مشروعية سببه[1]، وإذا كان البطلان مطلق جاز لكل ذي مصلحة التمسك به، بل وللمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها، وذلك إعمالا لما تقضي به المادة 102 من القانون المدني الجزائري.

فلو توفرت في عقد دولي (العقد الأصلي)إحدى هذه المسائل يمكن المطالبة ببطلانه، وتقرير إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانت عليها قبل العقد في الحالة التي بدأ الأطراف بتنفيذ التزامهم، وكان هذا العقد يتضمن شرط تحكيم، أو قبل أن يثار موضوع البطلان هذا كان الأطراف قد التزما

[1] – جعفور محمد السعيد، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة، 1997، ص61.

بموجب مشارطة أن يحلا نزاعهما بواسطة التحكيم، ثم وبمجرد صدور قرار التحكيم النهائي، وقبل ذلك ادعى أحد الأطراف أن اتفاق التحكيم باطل لأن العقد الأصلي باطل، فأمام أي جهة يمكن المطالبة بتقرير هذا البطلان أمام القضاء العادي لأن القول ببطلان العقد الأصلي وبالتالي اتفاق التحكيم يؤدي إلى نزع الاختصاص بالفصل في النزاع من المحكم لأن اتفاق التحكيم هو مصدر سلطته، فكيف مبرر سلطته إذا كان هذا المصدر غير موجود ؟

للإجابة عن التساؤل نقول إنه إذا كان العقد الأصلي باطل لانعدام الرضا مثلا فكيف يمكن أن نتصور أن هذا الانعدام لا يمس شرط التحكيم باعتباره وارد في نفس العقد، أي وقت إبرام العقد الأصلي كان احد الأطراف عديم الأهلية لا يمس اتفاق التحكيم[1].

ففي حالة ما إذا مس عدم الأهلية العقد الأصلي، واتفاق التحكيم على حد سواء فانه من المفروض أن يلحق البطلان بالعقدين، فيجب علينا معرفة القانون الواجب التطبيق على أهلية الأطراف للحكم بانعدامها لان العقدين دوليين.

ففي أهلية الأشخاص الطبيعيين فان القاعدة العامة لفقه التحكيم التقليدي تعتبر أنه كل من يملك حرية التصرف في حقوقه يملك الحق في الالتجاء إلى التحكيم فلا يملك الحق في الالتجاء إلى

[1] – سعودي السيد علي، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماستر، قانون أعمال كلية الحقوق، جامعة أكلي محند اولحاج ، البويرة 2018، ص25.

التحكيم إلا الشخص كامل الأهلية الذي يملك حرية التصرف في الحق محل النزاع، بحيث لا بد من تمتع الشخص بالأهلية الكاملة.

ومن هذا المنطلق لا يجوز للقاصر أن للمحجور عليه اللجوء إلى التحكيم وكذلك لا يجوز إبرام اتفاق التحكيم، وبالنسبة للمفلس وان كان غير ناقص الأهلية إلا انه ممنوع من حقوقه، وعليه لا يجوز له الاتفاق على التحكيم وان إبرام الاتفاق لا يعد باطلا وإنما لا يحتج به أمام جماعة الدائنين إما الأشخاص الاعتبارية فأهليتها في الأشخاص الطبيعيين الذين يقومون بتسييرها، مدير الشركة مثلا سواء كانت شركة مدنية، أو تجارية، له الحق في سلطة إدارة الشركة والتصرف في أموالها، وكذلك سلطة إبرام اتفاق التحكيم[1]، فالمدراء هم الذين يعبرون عن إرادة الشخص المعنوي، إما بالنسبة للمحل فهو الشيء المتعاقد عليه، فإذا كان عقد استيراد بين طرفين جزائري، وآخر فرنسي فننظر إلى مشروعية محل هذا العقد ما إذا كان مسموح التعامل به مثل الآلات الصناعية، والأغذية ...الخ، وإما أن كانت غير مسموح بها، ومخالفة للنظام العام كالأسلحة، والمخدرات...الخ، فهنا يصبح العقد باطلا لان المحل غير مشروع، وإذا عرض النزاع أمام المحكم فانه سيقرر هذا البطلان وبالتالي عدم اختصاصه في الفصل في موضوع النزاع المحدد في اتفاق التحكيم، لأنه ملزم بالفصل في نزاعات التجارة الدولية دون مخالفة النظام العام الدولي[2].

[1] – عائشة مقراني، المرجع السابق، ص34

[2] – جعفور محمد السعيد، المرجع السابق، ص61

ب)البطلان النسبي :

يتحقق البطلان النسبي إذا كان احد طرفي العقد ناقص الأهلية، أو كانت إرادته معيبة بعيب من عيوب الإرادة،وهي الغلط، الإكراه، التدليس، الغبن، والاستغلال، وهذه الحالات تعطي الحق للطرف الذي شاب إرادته عيب من عيوب الإرادة طلب إبطال العقد ففي حالة الغلط[1]، الذي هو اعتقاد مخالف للواقع يقع في ذهن الإنسان، ويشترط أن يكون الغلط شيء جوهريا، أي يكون دافع للتعاقد، كان يكون الغلط في حقيقة جوهرية للشيء، أو قيمته فان هذا النوع من الغلط يتعلق بالعقد الأصلي، ولا يمتد لشرط التحكيم لأن شرط التحكيم يختلف محله عن محل العقد الأصلي، إما الغلط في ذات المتعاقد، أو صفة من صفاته، بحيث أن المتعاقد الواقع في الغلط لم يكن ليقوم بالتعاقد لو علم بحقيقة شخصية من تعاقد معه قبل العقد قي هذه الحالة فان إمكانية إبطال العقد الأصلي تمتد إلى شرط التحكيم.

[1]– نصت عليه المواد 81–82 من القانون المدني الجزائري: 81 يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله.82: يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط، ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية وإذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد.

أما بالنسبة للإكراه[1]، فهو يقع على الشخص المتعاقد بهدف بعث الرهبة في نفسه، والتأثير عليه، ومنه إذا وقع الإكراه على الشخص المتعاقد من أجل إبرام عقد معين فان إبطال هذا العقد للإكراه يؤدي إلى بطلان شرط التحكيم، إلا ذا كان الاتفاق على شرط التحكيم بعد إبرام العقد الأصلي وزوال حالة الإكراه.

أما فيما يتعلق بالتدليس[2]، فهو عيب من عيوب الإرادة وهو استعمال طرق احتيالية لخديعة احد المتعاقدين قصد دفعه إلى التعاقد، ويعتبر تدليسا السكوت عن ما هو واجب الإفصاح عنه من

[1] – نصت عليه المواد 88–89 من القانون المدني الجزائري : يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو، أو أحد أقاربه، في النفس، أو الجسم، أو الشرف، أو المال، ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه، وسنه، وحالت هـ الاجتماعية، والصحية، وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه، 89: إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا اثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه.

[2] – نصت عليه المواد 86–87 من القانون المدني الجزائري.86: إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما ابرم الطرف الثاني العقد.ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة.87 : إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس.

معلومات، وذلك بغض النظر عن نية المتعاقد، وعلى هذا النحو فان بطلان العقد الأصلي للتدليس يؤدي إلى بطلان شرط التحكيم، ما لم يكن هذا الأخير أبرم العقد بعد اكتشاف حالة التدليس.

أما عن الاستغلال، والغبن لا يمكن تصورها في اتفاق التحكيم لأن هذا الأخير ينشأ التزامات متعادلة بين الطرفين، فكل منهما يلتزم بعدم اللجوء إلى القضاء، واللجوء إلى التحكيم، ومنه فان بطلان العقد الأصلي لا يؤدي إلى بطلان اتفاق التحكيم .

2) حالة انعدام العقد الأصلي

هناك إجماع يؤكد وجود منوعات من البطلان وهما المطلق والنسبي، ولا يأخذ بالانعدام، لكن بالنسبة الاتجاه الذي يأخذ بانعدام العقد لانعدام أحد أركانه فانه يمكن أعمال مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي بالنسبة للعقد الأصلي في حالة انعدام هذا الأخير، وهو الرأي الذي أخذت به بعض أحكام محكمة النقض الفرنسية، حيث أقرت بصحة اتفاق التحكيم، حتى في حالة الادعاء بانعدام العقد الأصلي الذي لم يدخل حيز التنفيذ إذا انصب النزاع حول إبرامه[1] .

لم تفرق الفقرة الأولى من المادة 5 من اتفاقية جنيف بين انعدام العقد الأصلي، وإبطاله، وكذلك الفقرة الثانية من المادة 21 من نظام التحكيم CNUDCI، وكذلك الفقرة الرابعة من المادة 8 من

[1] – عائشة مقراني، المرجع السابق، ص37.

نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية قد أقرت هذه النصوص أن الاختصاص في المحاكمة أن يفصل في النزاع حتى في حالة انعدام العقد الأصلي.

وقد ذهب بعض الفقه في تبرير هذا الموقف بالقول انه إذا أغلق الباب أمام الأطراف التراجع عن اللجوء إلى التحكيم بشان بطلان العقد الأصلي، فان عدم تطبيق مبدأ الاستقلالية عن العقد الأصلي في حالة انعدام هذا الأخير يفتح المجال أمام الأطراف في النزاع بانعدام العقد الأصلي بدلا من بطلانه، وبالتالي يجب صد هذا الباب كما هو الحال بالنسبة لحالة البطلان[1].

3) حالة فسخ العقد الأصلي وانقضائه

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

أما بالنسبة لحالة إنهاء العقد الأصلي يمكن أن نتصور أن العقد انتهى سواء بتنفيذ الأطراف التزامهما، أو الاتفاق بينهم على إنهاء العقد الأصلي، حيث يقول الأستاذ نور الدين تركي بالنسبة لهذه الحالة أن مبدأ الاستقلالية له مفعول ابعد من مجرد حالات بطلان، أو فسخ العقد، حيث يبقى اتفاق التحكيم قائما حتى في حالة تنفيذ العقد.

[1] – عائشة مقراني، المرجع نفسه ، ص37.

أن أهمية استقلال اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي الذي ابرم بشأنه التحكيم في حالة بطلان العقد الأصلي، أو فسخه، أو انقضائه، تظهر في انه لا يكفي البطلان، أو الفسخ لتسويه موقف الطرفين، بل يحتاج الأمر إلى رفع دعوى أمام القضاء.

لا يعتبر مبدأ استقلالية التحكيم عن العقد الأصلي قاعدة أمرة بل تعد قاعدة موضوعية مكملة يجوز للإطراف مخالفتها على أن يكون ذلك بصفة صريحة وإلا طبق المبدأ بالأخذ بالتعبير الضمني على الرغبة في أعماله[1].

الفرع الثاني : دوافع الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي

يوجد عدة مبررات ودوافع فقهية أخذت بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وعليه سنعرض أهم هذه الدوافع والمبررات :

1) إرادة الأطراف المشتركة

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 بمقتضاها إحالة المنازعات التي من الممكن أن تنشا حول تنفيذ، أو تفسير العقد المبرم بينهم بواسطة التحكيم، معنى ذلك أن الأطراف قصدوا بذلك عرض كافة النزاعات التي يمكن أن تنشا حول هذا العقد بطريق واسع يشمل أيضا النظر في صحة أو بطلان العقد الأصلي، ولذلك فان

[1] – عبد الحكيم تابعي، المرجع السابق، ص27

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 من نطاق هذه الإرادة لعبروا عن ذلك صراحة[1] .

إن رأي الفقيه روبرت ROBERT جدير بالاهتمام حول تبرير الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم حيث يرى أنها مبنية على أساس أكثر عمق، له طابع وظيفي، وهو مستوحى عن إرادة الأطراف، فعندما أدرجوا اتفاق التحكيم، ولما كان اتفاق التحكيم هدفه حل النزاعات الناجمة عن العقد الأصلي، ففي حالة نشوب النزاع حول أحكام العقد الأصلي،يجب اعتبار اتفاق التحكيم وكأنه شخص من الغير بالنسبة لبقية شروط العقد الأخرى، وهذا ليتمكن من أن يقوم بدوره على أكمل وجه[2].

2) عدم تعريض اختصاص المحكم للخطر

إن لم يكن استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي جائزا فان إقرار المحكم حول بطلان العقد الأصلي سيمس في نفس الوقت اختصاصه بحيث سيؤدي بطلان العقد الأصلي الذي يدرج فيه شرط التحكيم إلى بطلان شرط التحكيم، وبالتالي يتعرض اختصاص المحكم للخطر[3].

[1]– عبد الحكيم تابعي، المرجع السابق، ص28.

[2] – سعودي سيد علي، المرجع السابق، ص 23.

[3] – عائشة مقراني، المرجع السابق، ص42.

فإذا دفع احد الأطراف ببطلان العقد فان المحكم سينظر إلى صحة العقد الأصلي، وصحة شرط التحكيم في آن واحد ومن غير المستصاغ أن ينظر المحكم في عقد هو مصدر سلطته.

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

3) عدم التمييز بين شرط التحكيم ومشارطته

إن عدم السماح باستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يؤدي إلى التفريق بين إبرام اتفاق التحكيم في صورة شرط التحكيم، وإبرامه في صورة مشارطة التحكيم، حيث يتمكن المحكم في حالة إبرام اتفاق التحكيم بصورة مشارطة التحكيم 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 رقابة قضائية لاحقة قد تلغي حكمها، وهذه التفرقة بين صورتي اتفاق التحكيم غير مبررة[1].

[1] – عائشة مقراني، المرجع السابق، ص42

وهذا التبرير اخذ به الفقه الذي مزال يأخذ بالتفرقة بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم رغم اعترافه بان هذه التفرقة لا مبرر لها.

4) الأخذ بنظرية انتقاص العقد

هذه النظرية تفترض أن العقد الأصلي ليس باطلا بأكمله بل في جزء منه فيزول الجزء الباطل ويبقى الجزء الصحيح[1]، والتي اخذ بها المشرع الجزائري في المادة 104 من القانون المدني الجزائري حيث تنص على انه " إذا كان العقد في شق منه باطلا، أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع بطلا، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله "، وهي النظرية التي اخذ بها اغلب 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 مع الرأي القائل بان اتفاق التحكيم ليس مجرد شرط في العقد الأصلي وإنما عقد أخر في العقد الأصلي.

لهذا رد احد المؤلفين أن اتفاق التحكيم ليس مجرد شرط في العقد الأصلي، وإنما هو مستقل لكننا لو نظرنا من زاوية أخرى نجد وثيقة واحدة تبدوا من النظرة الأولى عقد واحد ينظم في جزء منه العلاقة بين الطرفين، وفي جزء أخر يمثل الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم فلو انطلقنا من هذه الزاوية سوف

[1] –فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الرابعة، دار النهضة، القاهرة، 2014، ص206.

نستطيع بسهولة تطبيق نظرية انتقاص العقد، وبالتالي نجد أنفسنا أمام مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي[1].

5) 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، فالاتفاق على التحكيم هو مجرد عقد يرد على الإجراءات، ولا يهدف إلى تحديد حقوق، والتزامات الأطراف، ولكن ينصب محله على الفصل في النزاعات الناشئة عن الشروط الموضوعية التي يتضمنها العقد الأصلي، وبذلك يكون موضوع العقد الأصلي مختلف عن موضوع شرط التحكيم، فاستقلالية شرط التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي ترجع إلى اختلاف المحل وسببه المحافظة على استمرار العقد لتنفيذه، بينما سبب العقد الأصلي قد يكون الربح، أو إتمام مشروع معين، أو غير ذلك، واختلاف المحل وسبب أساس استقلالية كل منها عن الأخر[2] .

المبحث الثاني:تقرير مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي

رغم الجدل الذي كان قائم بين مؤيدي، ومعارضي مبدأ الاستقلالية عن العقد الأصلي، إلا انه عرفت معظم القوانين التشريعية سواء الداخلية، أو الدولية، أو لوائح التحكيم تكريس لهذا المبدأ بطريقة

[1] – فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 207 .

[2] – عائشة مقراني، المرجع السابق، ص45.

مباشرة، أوصريحة، أو بطريقة ضمنية، سنتطرق في هذا المبحث إلى موقف الاتفاقات الدولية، ومراكز التحكيم الدائمة في المطلب الأول، وموقف التشريعات المقارنة، والتشريع الجزائري في المطلب الثاني.

المطلب الأول : موقف الاتفاقات الدولية ومراكز التحكيم الدائمة

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين: الفرع الأول سنتطرق فيه إلى موقف الاتفاقات الدولية، والفرع الثاني إلى مراكز التحكيم الدائمة.

الفرع الأول : موقف الاتفاقات الدولية

لم تتعرض الاتفاقيات الدولية صراحة إلى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي، وان كان البعض قد فتح الباب لإمكانية الأخذ بهذا المبدأ ، وسنتعرض لهذه الاتفاقيات:اتفاقية نيويورك، واتفاقية جنيف، واتفاقية واشنطن، والاتفاقية العربية للتحكيم.

1) معاهدة نيويورك 1958 م

معاهدة نيويورك لا تشير إلى مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بطريقة مباشرة، إذ اقتصرت هذه المعاهدة في المادة 1/5 إلى الإشارة إلى إمكانية الاعتراف بحكم المحكم، وتنفيذه إذا اثبت الطرف المطلوب الاعتراف، وتنفيذ حكم التحكيم ضده أن اتفاق التحكيم غير صحيح وفق

للقانون الذي يخضع له اتفاق التحكيم، وفي حالة عدم وجود إشارة صريحة لهذا القانون وفق لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم[1].

ومع ذلك لقد استخلص احد الفقهاء من هذا النص أن اتفاق التحكيم يمكنه أن يخضع إلى قانون أخر غير الذي يخضع له العقد الأصلي، وبالتالي فان معاهدة نيويورك قد قبلت ضمنيا أن يكون الاتفاق التحكيم نظام قانوني مستقل عن العقد الأصلي أي يمكن إدراجها في إطار الاتجاهات المؤيدة لفكرة استقلالية اتفاق التحكيم.

وبإشارة إلى نص المادة 7 من معاهدة نيويورك والتي تنص على انه " لا تخل أحكام هذه الاتفاقية بصحة الاتفاقات الجماعية، أو الثنائية التي أبرمتها الدولة المتعاقدة بشان الاعتراف بأحكام المحكمين، وتنفيذها ولا تحرم أي طرف من حقه في الاستفادة بحكم من أحكام المحكمين بالكيفية، أو بالقدر المقرر في التشريع، أو معاهدات البلد المطلوب إليها الاعتراف والتنفيذ[2] .

2) معاهدة جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي الموقعة في 1961/04/21م

[1] – سميحة القيلوبي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2009 م، ص56

[2] – حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة، ص127 .

لا تتضمن نصا صريحا يقرر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي ومع ذلك ذهب البعض إلى القول بان المادة 5 الفقرة 3 والتي تنص على " أن المحكم له سلطة تقرير اختصاصه، وتقرير صحة اتفاق التحكيم، أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزء منه "، حيث تمنح المحكم سلطة الفصل في اختصاصه، وفي وجود أو صحة التحكيم، أو العقد الذي يعد اتفاق التحكيم جزء منه، وبالتالي تكريس مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم من خلال تكريسها لمبدأ اختصاص المحكم بفصل في اختصاصه، وذلك بنصها على أن للمحكم سلطة الفصل في وجود، أو صحة اتفاق التحكيم، أو العقد الذي يتضمنه، وهو ما يعني أن وجود، أو صحة كل منهما يقدر على نحو منفصل، ويرجعون هذا الحل حسب هذا الرأي إلى وجود ترابط وصلة بين مبدأ الاستقلالية، ومبدأ اختصاص المحكمين بالفصل في اختصاصهم[1].

المادة 5 الفقرة 3 لم تنص بشكل صريح إلى مبدأ الاستقلالية، إلا أنها أقرت بنتائج التي تترتب عليها الأمر الذي يعتبر أن هذه الاتفاقية قد أقرت هذا المبدأ بشكل ضمني وليس بشكل صريح.

3) اتفاقية واشنطن

جاءت اتفاقية واشنطن في 1965/03/18م والتي أنشأت المركز الدولي لفض المنازعات الناشئة عن الاستثمار، فقد اقتصرت في المادة 41 الفقرة الأولى منها على التأكيد أن" محكمة

[1] – علالي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص391

التحكيم هي القاضي بالنسبة لمسالة اختصاصها "، وعلى عكس الاتجاه الذي أخذته المعاهدات الدولية، والتي لم تشر بشكل صحيح إلى قبول مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.

وتم استخلاص هذا المبدأ من قبل جانب من الفقه بالإشارة إلى فكرة التفسير الضمني أن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم كرسته صراحة العديد من القوانين الوضعية، وأيضا أحكام القضاء في العديد من الدول[1].

فقد اختلفت الآراء بشان ما إذا نصت اتفاق واشنطن لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول، ومواطني الدول الأخرى، على مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، أو لم تشر إليه أصلا، فيذهب أصحاب الرأي الأول إلى أن اتفاقية واشنطن أكدت على مبدأ استقلالية شرط التحكيم لكن بطريقة ضمنية، إذ اكتفت بالإشارة من خلال نص الفقرة الأولى من المادة 41 على أن هيئة التحكيم هي التي تحدد اختصاصها، وهو ما يمكن إلحاقه بما جاء في اتفاقية جنيف1961 م[2].

إن هذا الاستنتاج مبالغ فيه لان مبدأ الاختصاص بالاختصاص لا يلتقي مع مبدأ استقلالية التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي إلا بشكل جزئي لذا لا يمكن استنتاج تكريس الاتفاقية لهذا المبدأ رغم أنها لم تنص على ما يحول دون إعماله.

[1] – حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة، المرجع السابق ،ص128.

[2]– سعودي السيد علي، المرجع السابق، ص18.

في حين يذهب أصحاب الرأي الثاني إلى إنكار ما جاء على لسان أصحاب الرأي الأول، نصت الفقرة الأولى من المادة 41 من اتفاقية واشنطن على أنه" هيئة التحكيم التي تحدد اختصاصها".

4) الاتفاقية العربية للتحكيم

هي أول اتفاقية عربية تعني بشان تحكيم تجاري ونصت على إنشاء مركز للتحكيم على صعيد الوطن العربي، وجاءت هذه الاتفاقية لشعور الدول العربية بضرورة 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، فقد جاء ذكرها في المادة 24 منها حيث نصت يجب إبداء الدفع بعدم الاختصاص، والدفع الشكلية الأخرى قبل الجلسة الأولى وعلى هيئة التحكيم أن تفصل فيها قبل الدخول في الموضوع، ويكون قرارها بهذا الشأن نهائيا[1].

وإذا علمنا أن المادة 27 من الاتفاقية المذكورة تنص على أن الاتفاق على التحكيم وفق أحكام هذه الاتفاقية يحول دون عرض النزاع أمام جهة قضائية أخرى، أو الطعن لديها بقرار التحكيم، يمكن القول عندئذ أن نص الاتفاقية عند منحها هيئة التحكيم سلطة النظر في اختصاصها يشكل مؤشر للأخذ بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي[2]، بمعنى تعطي المحكم الفصل في مسألة وجود، أو

[1] – علالي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص392.

[2] – فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مكتبة دار الثقافة، طبعة 1997،ص219.

عدم وجود اتفاق تحكيم صحيح، وهو مصدر سلطته، لكن لا يجب أن ننسى أن المحكم يخضع في ذلك لمراقبة القضاء.

على عكس الاتجاه الذي أخذته المعاهدات الدولية، والتي لم تشر بشكل صريح إلى قبول مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، تم استخلاص هذا المبدأ من قبل جانب من الفقه بالإشارة إلى فكرة التفسير الضمني، فان مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم كرسته صراحة العديد من القوانين الوضعية[1].

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

الفرع الثاني : موقف مراكز التحكيم الدائمة

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

1) نظام التحكيم الغرفة التجارية بباريس C.C.I

[1] – عائشة مقراني، المرجع السابق، ص51.

تعد لائحة التحكيم التي أعدتها الغرفة التجارية الدولية بباريس من أهم لوائح التحكيم التجاري الدولي التي كرست مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، إذ تنص هذه اللائحة في المادة 6 الفقرة 4 على أن "ما لم يوجد اتفاق مخالف، فانه لا يترتب على البطلان أو انعدام العقد المدعى بهما، عدم اختصاص المحكم، إذا تمسك بصحة الاتفاق التحكيم" ويظل مختصا حتى في حالة انعدام، أو بطلان العقد، وذلك بغرض تحديد الحقوق المتبادلة للأطراف، والفصل في طلباتهم وادعائهم[1].

ويتضح من خلال هذا النص أنه يؤكد على استقلالية اتفاق التحكيم بوضوح كامل ليس فقط في حالة الادعاء ببطلان العقد الأصلي، ولكن أيضا في حالة الادعاء بعدم وجود هذا العقد من أساسه.

وعليه فاستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي كرست بصراحة ووضوح وليس فقط في حالة الادعاء ببطلان العقد الأصلي، ولكن حتى في حالة الادعاء بانعدامه،ومنه فليس هناك شك أنه إذا لاحظ المحكم انعدام العقد، أو بطلانه فليس له أن يتوقف هنا، لكن عليه أن يعطي نتائج وادعاءات الأطراف، وليس له أن يعلن عدم اختصاصه، ويعفي نفسه من الحكم إذا رأى أن العقد الأصلي منعدم أو باطل، أو حتى بطلان، أو انعدام اتفاق التحكيم في حد ذاته حيث في هذه الحالة الأخيرة عليه أن يعلن عدم اختصاصه.

2) نظام التحكيم للجنة القانون التجاري الدولي في الأمم المتحدة

[1] – السيد الحداد، النظرية العامة في التحكيم، ص138–139.

نظام التحكيم الذي وضعته لجنة القانون التجاري الدولي في الأمم المتحدة هو ثاني نظام يكرس المبدأ سنة 1976 والذي ينص في مادته 2/21 منه على أن " هيئة التحكيم هي صاحبة الاختصاص في الفصل في الدفوع المتعلقة بوجود شرط التحكيم، أو الاتفاق المنفصل على التحكيم، أو بصحة هذا الشرط، أو الاتفاق[1] .

تختص هيئة التحكيم للفصل في وجود، أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزء منه، وفي حكم المادة 21 يعامل شرط التحكيم الذي يكون جزء منه عقد 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 شر التحكيم.

يكرس هذا النظام قاعدة أن إثارة وبطلان العقد الأصلي لا تؤدي إلى بطلان الاتفاق التحكيمي، وإذا كان العيب المتصل بالعقد الأساسي له علاقة بالشرط التحكيمي (مثلا عيب الرضا) فان المحكم يبقى مختص للنظر بقابلية الأبطال، إن صياغة الجزء الأخير من الفقرة القانية التي تقضي بان تقرير محكمة التحكيم بطلان العقد لا يترتب عليه بقوة القانون بطلان اتفاق التحكيم، فقد يرى جانب من الفقه من بينهم غولدمان هذه الصباغة بقوله بأن واضعي هذا النص ربما اتفقوا الإشارة إلى الحالات التي يكون فيها سبب البطلان الذي يلحق بالعقد الأصلي يلحق أيضا اتفاق التحكيم، فبطلان اتفاق التحكيم

[1] – علالي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص397.

في مثل هذه الحالات، ليس نتيجة مترتبة على بطلان العقد، وإنما لأن اتفاق التحكيم قد أصابه احد أسباب البطلان عليه فليس هناك مساس بمبدأ الاستقلالية .

3) نظام تحكيم الهيئة الأمريكية للتحكيم

بعد التعديل الذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ1992/05/01م، نصت المادة 15 الفقرة 2 على مسالة الوجود، أو صحة العقد الذي يتضمن شرط التحكيم، ويعتبر الشرط التحكيمي كشرط مستقل عن شروط العقد الأخرى.

بحيث أن هذه المادة اعتبرت أن شرط التحكيم هو اتفاق مستقل عن الشروط الأخرى في العقد الأصلي، وأن المادة لم ترتب عدم تأثر شرط التحكيم ببطلان العقد الأصلي[1].

ويرى جانب أخر من الفقه على أن إغفال فكرة عدم تأثر شرط التحكيم ببطلان العقد الأصلي من قبل المادة المذكورة سابقا لا يعتبر رفض للفكرة أصلا، لان هذه الفكرة هي نتيجة حتمية لمبدأ استقلال شرط التحكيم، ولذلك فانه من غير اللازم الإشارة إليها صراحة[1].

[1] – حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة، ص42.

4) نظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي

تعتبر محكمة لندن للتحكيم الدولي من أقدم المحاكم التحكيمية على مستوى العالم، وقد مرت هذه المحكمة على عدة نقاط حتى وصلت إلى صورتها الحالية سنة 1985 م، بحيث أصبحت محكمه مركزية تقوم على تسهيل مهمة الهيئة التحكيمية، وتتكون هذه المحكمة من 14 عضوا، تم اختيارهم بعناية شديدة من مختلف أنحاء العالم، ومن قطاعات تجارية مختلفة من اجل الارتقاء بالعمليات التحكيمية في العالم.

ومن خلال المادة 23 الفقرة 1 من نظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي بأنه " يجوز للمحكمة التحكيمية البث في اختصاصها، بما في ذلك البث في أي اعتراضات تتعلق بوجود العقد التحكيمي أو صحته، ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزء من العقد، أو(الذي كان من المفروض أن يشكل جزء من العقد)، كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شرط العقد الأخر، وأي قرار يصدر من المحكمة التحكيمية ببطلان العقد الأصلي، أو بعدم وجوبه، أو انه غير فعال لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان عدم وجود، أو عدم فاعلية الشرط التحكيمي"[2].

---

[1] – حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، ص42

[2] – تابعي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص34

بالنظر لهذه المادة فان 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.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 اتجاه العقد الأصلي الذي صدر قرار بطلانه، أو فسخه، أو انتهائه[1].

5) نظام الغرف التجارية العربية –الأوروبية

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

هناك العديد من أنظمة التحكيم تعترف بالمبدأ دون صعوبة مثال أنظمة التحكيم دول أعراف القوانين COMMON LAW كرست هذا المبدأ أيضا، ونظام محكمة لندن للتحكيم الدولي،

[1] – عائشة مقراني، المرجع السابق ، ص67

وكذلك الهيئة الأمريكية للتحكيم في المادة 15 من نظامها حيث ذكرت بأنها شرط التحكيم يعتبر مستقلا عن الشروط الأخرى في العقد[1].

المطلب الثاني : موقف التشريعات المقارنة والقانون الجزائري

أن الاعتراف بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي من طرف التشريعات الوطنية الداخلية بعدما استندت إلى المصادر الخاصة بأنظمة التحكيم أدى بها إلى تغيير رأيها حول الأخذ بهذا المبدأ، وبهذا الاعتراف اكتسب المبدأ شرعية اكبر سمحت له بأن يصبح قاعدة دولية فعلية في التحكيم التجاري الدولي، وعليه سنتطرق في هذا المطلب إلى موقف التشريعات المقارنة في الفرع الأول، والموقف المشرع الجزائري في الفرع الثاني.

الفرع الأول : موقف التشريعات المقارنة

ان الاعتراف بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في التشريعات الداخلية بعدما استندت إلى المصادر الخاصة بأنظمة التحكيم التجاري أدى بها إلى تغيير رأيها وتبني هذا المبدأ ، وسنتطرق إلى موقف التشريع الفرنسي والمصري والتشريع الجزائري من مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم.

1) التشريع الفرنسي

[1] – عائشة مقراني، المرجع نفسه، ص67.

اغلب الفقه يعترف بأن القضاء الفرنسي سنة 1963م هو من وضع حد للجدل الذي كان قد ثار في الفقه حول استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وذلك من خلال قضية غوسي[1]، وبالتالي يمكن القول أن القضاء الفرنسي قد اخذ بمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي بكل أبعاده، حيث فصل فصلا تاما بين مصير شرط التحكيم، ومصير العقد الأصلي الذي ورد فيه، بحيث لا يتأثر شرط التحكيم باحتمال فسخ، أو بطلان العقد الأصلي، الذي كان هذا الشطر أحد بدونه، وأصبح شرط التحكيم يتمتع بهذه الاستقلالية، وقد أصبح مبدأ الاستقلالية من الأمور المسلم بها في التحكيم التجاري الدولي حتى وإن لم ينص عليها المشرع الفرنسي في قانونه.

انقسم الفقه حول تفسير مبدأ استقلالية مبدأ التحكيم التجاري الدولي في تشريع 1981/05/12م إلى قسمين :

أ) القسم الأول:

يرى انه لم يتناول تشريع 1981م مسالة استقلالية اتفاق التحكيم، تاركا إياها لقضاء محكمة النقض الفرنسية حيث ورد في التقرير المقدم من وزير العدل الفرنسي إلى رئيس الوزراء حول التشريع الجديد الدولي أنه لا يتعارض البتة مع المبادئ المستقرة في قضاء محكمة النقض الفرنسية فيما يتعلق بالنظام

[1] – تابعي عبد الحكيم، المرجع السابق، ص36.

القانوني للتحكيم الدولي، وخاصة فيما يتعلق بنطاق اتفاقية التحكيم، واستقلاله عن العقد الأصلي، وعدم تأثره ببطلان هذا العقد الأصلي[1].

ب)القسم الثاني:

يرى أن التشريع 1981م تم بواسطته إضافة كتابا جديدا إلى قانون الإجراءات المدنية الفرنسية تناول التحكيم في المواد(1442 إلى 1491)، وقد أجاز المشرع بواسطته هذا التعديل في كافة المسائل مالم يرد نص خاص يخالف ذلك فأصبح الأصل هو جواز التحكيم والاستثناء هو الحظر[2].

ونصت المادة 1446 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية على أنه " إذا كان شرك التحكيم باطلا فانه يعتبر كان لم يكن"، تظهر أهمية هذا النص بالنسبة للحالات التي يتفق فيها الأطراف على التحكيم ثم يتبين أن القانون يمنع التحكيم فيها، أو أن اتفاق التحكيم باطل، فإذا انصب التحكيم على إحدى المساءل التي لا يجوز فيها التحكيم يكون التحكيم باطلا بطلانا مطلقا، ومع ذلك يبقى العقد الأصلي صحيح، ومنتجا لكافة أثارها القانونية، ويفصل القضاء العادي في منازعاته.

2) موقف التشريع المصري

[1] – أيسر عصام داؤد سليمان، الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص124–125.

[2] – علالي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص394.

نص القانون المصري الجديد رقم 27 لسنة 1994م صراحة على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في مادته 23 والتي جاء فيها" يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد، أو فسخه، أو إنهائه، أي اثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته"، ويكون بذلك قد وضع حد للخلاف الفقهي الذي كان سائدا في القانون المصري حول استقلالية اتفاق التحكيم من عدمه ما يترتب على هذه التفرقة من آثار لاسيما مدى سلطة المحكم في الفصل في مسالة اختصاصه[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 لا يقطع أيهما في ذاته مدة التقادم لأن المشاركة ليست إلا اتفاق على عرض نزاع معين على المحكمين والنزول على حكمهم ... "، ومن هنا فاتجاه القضاء المصري يذهب نحو إعمال مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، فان 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، وأثاره المستقلة تمام عن الأخرى[2].

[1] – هاشمي فاطمة، أثار اتفاق التحكيم، مذكرة ماستر، تخصص قانون اقتصادي، كلية الحقوق وعلوم سياسية، قسم الحقوق، جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة، 2018/2017م، ص50 .

[2] –عبد الحكيم تابعي، المرجع السابق، ص38.

لكن يبقى قانون التحكيم رقم 27/94 هو من حسن الخلاف، وذلك من خلال تقرير استقلال اتفاق التحكيم إذا كان هذا الشرط صحيح في ذاته

الفرع الثاني : التشريع الجزائري

لم يشر المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية لسنة 1966 م بقاعدة تنص صراحة، أو على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، وهذا راجع إلى أن أحكام هذا القانون كانت تخص التحكيم الداخل بدون التحكيم الدولي، مع العلم أن هذا المبدأ ظهر ليواجه المعاملات الدولية المتعلقة للمصالح التجارة الدولية، إلا أن المشرع الجزائري لم يأخذ به في ذلك الوقت ويعود عدم الأخذ بهذا المبدأ لأن الجزائر كانت تعرف خلال هذه المرحلة تحفظا اتجاه التحكيم الدولي نظرا للظرف التي كانت تمربها[1]، حيث أن مبدأ الاستقلالية يؤدي إلى فصل اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ما يرتب نتائج خطيرة لكن حين جاء المشرع الجزائري بتعديل قانون الإجراءات المدنية وذلك بموجب المرسم التشريعي 09/93 المؤرخ في 1993/04/25[2]، حيث قام بإضافة قسم ثاني إلى الباب الثامن بعنوان " تنظيم التحكيم التجاري الدولي " فجاءت المادة 458 مكرر 01/56 الفقرة 05 أنه " لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاق التحكيم، بسبب أن العقد الأساسي قد يكون غير صحيح "،

[1] – هلالي عبد الرحمان، المرجع السابق،ص392.

[2] – قانون الإجراءات المدنية وذلك بموجب المرسم التشريعي 09/93 المؤرخ في 1993/04/25م.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد اخذ بالاتجاه المؤيد لفكرة استقلالية اتفاق التحكيم[1]، واتخذ باتجاه القانون السويسري في المادة 3/173، والقضاء الفرنسي أيضا، حيث أن قانون الإجراءات المدنية لسنة 1993 م جاء ليعطي اتفاق التحكيم مدلوله، وذلك من خلال مبدأ الاستقلالية دون أي غموض وبوضوح، أي بمعنى أن اتفاق التحكيم يبقى منتجا لأثاره، حتى في حالة أن يشوب العقد عيب يؤدي إلى بطلانه، بسبب مخالفة لشرط موضوعي، أو شكلي.

كما أن المادة 458 مكرر فقرة 03 قد نكتشف من خلالها أنها أخذت بمبدأ استقلالية التحكيم حين نصت على أن اتفاقية التحكيم تعتبر صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها القانون الذي اتفقت الأطراف على اختياره، وإما القانون المطبق على العقد الأصلي.

قدأقرالمشرعالجزائريمبدأاستقلاليةاتفاقالتحكيمالتجاريالدوليفيمجالالتحكيمالتجاريالدوليفيالقانونرقم08-09 المؤرخ في 2008/02/25 م بتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 1040

[1] – هلالي عبد الرحمان، المرجع نفسه، ص 392.

الفقرة 4 حيث نصت على أنه " لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم، بسبب عدم صحة العقد الأصلي"[1].

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

[1] – لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص79.

الفصل الثاني

الآثار المترتبة على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على مبدأ استقلالية التحكيم التجاري

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 الهام، 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، أو وطني كالدفع بمخالفة العقد الأصلي للنظام العام لدولته مثلا.

وسنستعرض ذلك على الترتيب التالي :

أولا: الآثار المباشرة المترتبة على مبدأ استقلالية التحكيم التجاري عن العقد الأصلي

ثانيا:الآثار غير المباشرة المتصلة بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي

المبحث الأول: الآثار المباشرة المترتبة على مبدأ استقلالية التحكيم التجاري عن العقد الأصلي

يتضمن مبدأ استقلالية مبدأ التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي أثرين ينجمان عنه بشكل مباشر، ولاعتبارات منطقية:

أولها عدم ارتباط اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي، وثانيها إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون أخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي، وسنعرض الأمرين تباعا.

المطلب الأول: عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي:

يعتبر عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي أول وأهم الآثار المترتبة على مبدأ استقلالية شرط التحكيم، ويعني ذلك المبدأ أن وجود، وصحة، وسريان اتفاق التحكيم، لا يتوقف، ولا يتأثر بمصير العقد الأصلي، الذي يشير إليه هذا الاتفاق[1]، وبالتالي فان الإدعاء بأن العقد الأصلي لم يتم إبرامه في الغرض الذي يكون فيه العقد الذي يتضمن شرط التحكيم، تم توقيعه ولكن لم يدخل في النفاد، أو أنه باطل أو تم فسخه، أو أن الالتزامات الناشئة عن العقد الأصلي تم تجديدها، لا يؤدي إلى عدم اتفاق التحكيم أو المساس به[2]، ولا يترتب عليه أي أثر بالنسبة لاتفاق التحكيم، ولكن يشترط لكي يترتب على استقلال اتفاق التحكيم هذا الأثر أن يكون اتفاق التحكيم

[1] –حفيظة السيد حداد، النظرية العامة للتحكيم، ص 143.

[2] – بكلي نور الدين، فعالية التحكيم التجاري الدولي في الأنظمة القانونية العربية، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر1 يوسف بن خده بن عكنون، 2008/2007، ص 256

صحيحا في ذاته[1]، فلو أن العيب الذي يمس العقد من شأنه أن يمس أيضا اتفاق التحكيم (كعيب الرضا مثلا) فانه يبطل الاتفاقان معا، ولا يكون لمبدأ الاستقلالية في هذه الحالة أي أثر، أما إذا كان البطلان خاصا بالعقد (كما لو كان العقد ذاته مخالفا لقاعدة من النظام العام مثلا) فيمكن التمسك في هذه الحالة بمبدأ استقلالية، وبعدم تأثره بما لحق هذا الأخير من أسباب البطلان.

يقوم في هذه الحالة المحكم، أو الهيئة التحكمية بالفصل في المسائل المتعلقة بآثار بطلان هذا العقد وحماية كل طرف فيه، وتحديد الالتزامات بينهما[2]، ونلاحظ أنه عالج مسألة العيب الذي يصيب العقد الأصلي، وعدم تأثير هذا العيب على شرط التحكيم، ولم يعالج الصورة العكسية، وهي مسألة العيب الذي قد يلحق شرط التحكيم[3].

يمكن الوصول إلى هذه النتيجة الأخيرة حتى في ظل الأنظمة القانونية التي لم تنص عليها خاصة القوانين المنظمة للتحكيم، كما هو الحال في القانون الجزائري فهي مكرسة في القواعد العامة بالنسبة لجميع الشروط العقدية، بشرط أن تكون قليلة الأهمية بالمقارنة مع البنود العقدية، التي تكون معها العقد، وذلك تطبيقا لنظرية انتقاص العقد، أو البطلان الجزئي للتصرفات القانونية، غير أن هذه النظرية تثير مسألة تحديد أهمية شرط التحكيم، ودوره في إبرام العقد الذي يرد فيه،

[1] – عائشة مقراني، المرجع السابق، ص 72.

[2] – بكلي نور الدين، المرجع السابق، ص 256.

[3] – علالي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 383.

لأن المعيار المحدد لمدى تأثير بطلان هذا الشرط على العقد ككل يتوقف على تحديد هذه الأهمية[1].

الفرع الأول: موقف الفقه من ارتباط مصير التحكيم بمصير العقد

ثار جدل بين الفقه في مسألة نطاق إعمال هذه القاعدة من حيث عدم ارتباط بمصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي، فيرى البعض بأنه إذا كان اتفاق التحكيم لا يتأثر ببطلان العقد الأصلي، فانه مع ذلك وعلى عكس ما تقدم يتأثر بمصير العقد في حال انعدامه[2]، يرى جانب من الفقه إلى أن هذا القبول العام من الأنظمة القانونية الوطنية لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي ساعد قضاء التحكيم إلى الاستشارة إليه على اعتبار أنه مبدأ عام من مبادئ القانون التجاري الدولي[3]، هذا الطرح يتطابق مع مكان يقره الاجتهاد القضائي الانجليزي، قبل إعادة النظر فيه بصدور قرار (harbour)، هذا القضاء كان متأثرا بمعارضته لمبدأ استقلالية اتفاقية التحكيم عن العقد الأصلي[4].

[1] – تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه في القانون تخصص قانون أعمال، جامعة ملود معمري، تيزي وزو، 2017م، ص 223.

[2] – بكلي نور الدين، المرجع السابق، ص 257.

[3] – حفيظة السيد حداد، النظرية العامة للتحكيم، ص 132.

[4] – بكلي نور الدين، المرجع السابق، ص 257.

بينما يرى جانب من الفقه أنه مجرد رفض القانون الانجليزي في حد ذاته لهذا المبدأ يحول دون اعتبار مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي بمثابة مبدأ من مبادئ التحكيم التجاري الدولي[1]، أما بالنسبة للقاضي الفرنسي فان اتفاق التحكيم الذي يهدف إلى فصل في المنازعة عن طريق التحكيم التجاري الدولي، يعتبر مستقلا عن العقد الأصلي أيا كان الحل الذي يتبناه القانون الأجنبي المحتمل التطبيق على هذا العقد، وأيا كانت طبيعة القواعد الواجبة التطبيق على اتفاق التحكيم ذاته[2].

أخذ الجانب الفرنسي بأن هذه التفرقة بين بطلان العقد وانعدامه أي بين ما إذا كان العقد معيبا بعيب لحقه منذ انعقاده، أو عيب لحق به بعد ذلك، وأدى إلى بطلانه تفرقة لا داعي لها، فاستبعاد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنظر إلى أحد الأطراف يزعم بعدم وجود العقد الأصلي، يعني قبول المساس بهذا المبدأ بالالتجاء إلى حيل لتفادي إقراره[3].

وردا على الرأي المتقدم فان جانبا من الفقه، يرى أن القبول مبدأ عام يفترض مطلقا اعتراف جميع الدول المعنية بالمبدأ محل البحث، وإلا أذا ذلك إلى نزع فعالية المبدأ العام، خاصة وأن الاتجاه العام في الاعتراف بمبدأ استقلالية شرط التحكيم على نحو ما يظهر القانون المقارن

[1] – حفيظة السيد حداد،المرجع السابق، ص 132.

[2] – حفيظة السيد الحداد، المرجع نفسه، ص132.

[3] –بكلي نور الدين، المرجع السابق، ص 257.

والنصوص ذات الطابع الدولي لا تضع ادني شك في أن هذا المبدأ يعد مبدأ عاما من مبادئ القانون التجاري الدولي.

الفرع الثاني تكريس القضاء لرأي الأخذ بالتفرقة بين بطلان العقد وانعدامه

في هذا المقام يرى البعض أن التفرقة بين المسألتين بطلان العقد الأصلي وانعدامه رفضتها بشكل صريح الاتفاقيات الأوروبية بشأن التحكيم التجاري الدولي المبرمة في جنيف عام1961م، وذالك عندما نصت على أن المحكمة التحكيم تفصل في مسألة وجود العقد وصحة العقد الأصلي الذي يشكل اتفاق التحكيم جزء منه[1].

كما رفضتها لائحة التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المادة(21-02) وكذالك القانون النموذجي الصادر عن نفس اللجنة عام 1985م المادة(16-01)، ولائحة التحكيم الدولية المادة (83-04) ، ومع ذلك فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 10جويلية 1990م في قضية شركة cassia ضد شركة Piainversement إلى ربط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الذي يتضمن هذا الشرط[2]، فان مبدأ استقلالية التحكيم يتقيد بوجود الاتفاق الأصلي الذي يتضمن شرط التحكيم المتمسك به من

[1]-بكلي نور الدين،المرجع نفسه، ص 258.

[2] - بكلي نور الدين، المرجع نفسه.258

حيث الشكل ويتم تقدير هذا الوجود بالضرورة وفقا للقانون الذي تحدده قواعد القانون الدولي الخاص التي تطبق على شكل العقد الأصلي.

ذهب جانب من الفقه وعلى رأسهم ساندرس **Sanders** إلى القول بأنه إذا كان اتفاق التحكيم لا يتأثر ببطلان العقد الأصلي ، فإنه مع ذلك ، وعلى عكس ما تقدم ، يتأثر بمصير العقد في حالة انعدامه .ويقول الأستاذ إيريك لوكن **EricLoquin**بأنه من الثابت أن انعدام الاتفاق الأصلي يفترض الغياب الكامل لرضا الأطراف ، وهذا الانعدام في الرضا يشمل كلا من الاتفاق على التحكيم و العقد الأصلي[1].

فمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يسمح بالإبقاء على اتفاق التحكيم طالما لم يكن هذا الاتفاق في حد ذاته قد لحق به أي عيب من عيوب الإرادة التي لحقت بالعقد الأصلي وطالما لم يكن محله أو سببه مخالفا للنظام العام الدولي، أما انعدام التعبير عن رضا الأطراف بالعقد الأصلي فإنه يؤدي إلى عدم وجود اتفاق مستقل في علاقته باتفاق آخر إذ لا يوجد أي اتفاق[2].

[1] – بولحية سعاد، استقلالية اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية الدولية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستر في القانون الخاص تخصص قانون الاعمال، جامعة الجزائر يوسف بن خدة كلية الحقوق، ص 87.

[2] – بولحية سعاد، المرجع نفسه، ص 87 .

نخلص إلى أنه من أهم آثار مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، هو عدم تأثر اتفاق التحكيم بما قد يلحق بالعقد الأصلي الوارد فيه، وأن مصير الاتفاق غير مرتبط بمصير العقد، وهو ما يجعل هذا الاتفاق قائما أو فعالا.

الفرع الثالث: تكريس المعاهدات الدولية ولوائح التحكيم للاتجاه المؤيد لعدم التفرقة بين البطلان والانعدام

على الرغم من تبني محكمة النقض الفرنسية لتفرقة بين الانعدام والبطلان، فان هذه التفرقة بين مسألتين بطلان العقد الأصلي وانعدامه رفضتها بشكل واضح معاهدة جنيف الموقعة عام 1961م والتي نصت على أن " لمحكمة التحكيم أن تفصل في مسألة وجود وصحة العقد الذي يشكل اتفاق التحكيم جزءا منه" كما رفضتها لائحة التحكيم التي أعدتها الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في المادة 2/21 كما القانون النموذجي للتحكيم الذي أعدته اللجنة السابقة في المادة 1/16 على إن " تقرير محكمة التحكيم لبطلان العقد الأصلي لا يؤدي بقوة القانون إلى بطلان شرط التحكيم "[1].

في ذات الاتجاه، ذهبت لائحة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية في باريس إلى إن البطلان، أو الانعدام المدعي في شان العقد لا يؤديان إلى عدم الاختصاص المحكم (المادة 3/6)

[1] – بكلي نور الدين،المرجع السابق، ص 89.

كما لم تأخذ لائحة التحكيم الدولي لهيئة التحكيم الأمريكية AAA الصادرة في 1ماي 1992م في المادة 1/15 بالتفرقة المذكورة بل إنها أعرضت عنها[1].

وقد ذهب البعض إلى القول بأن هذه التفرقة بين حالة انعدام العقد وحالة بطلانه رفضتها صراحة اتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم التجاري الدولي لعام 1961م والقانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام 1985م، ولائحة التحكيم التجاري الدولي الصادرة عن نفس اللجنة المذكورة عام 1979م، ولائحة التحكيم النافذة لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم، وتلك السارية لدى غرفة التجارة الدولية ،هو قول لا يمكن التسليم به، فالاتفاقية الأوروبية لم تتعرض صراحة لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي[2].

المطلب الثاني خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير الذي يخضع له العقد الأصلي

يؤدي اعتناق مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي إلى قبول عدم خضوع اتفاق التحكيم بالضرورة إلى ذات القواعد التي تحكم العقد الأصلي، سواء تم إخضاع اتفاق التحكيم إلى

[1]– بكلي نور الدين، المرجع نفسه، ص 90.

[2] – عائشة مقراني، المرجع السابق ص 67.

قانون محدد بالإعمال لقواعد الإسناد التقليدية، أو تم إخضاع لتفاق التحكيم، على النحو ما ذهب إليه القضاء الحديث في فرنسا، سواء من حيث الفصل في مسالة وجود ذاته أو صحته، إلى قواعد مادية تتمشى مع الطابع الدولي للتحكيم[1].

أخذ مجمع القانون الدولي خلال دورة أمستردام عام 1957م بهذه النتيجة المترتبة على مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، فقد نصت المادة السادسة من توصيات التي أصدرها المجمع في هذه الدورة على ما يلي:" إن صحة ومشارطة، وكذلك شرط التحكيم لا تخضع بالضرورة لنفس القانون المطبق على العلاقة محل النزاع"[2].

يترتب على ذلك نتيجة منطقية، وهي عدم خضوع شرط التحكيم في تفسيره لحكم هذا القانون[3]، وقد تأكد ذلك بشكل واضح في عدة قرارات أصدرتها الغرفة التجارية الدولية، وأحدث قرار في هذا الصدد القرار الصادر عام 1986م، والذي جاء فيه : " للأطراف أن ينصوا في اتفاق التحكيم على رغبتهم في تطبيق القانون الذي يختارونه مرة واحدة على العقد الأصلي، وعلى اتفاق التحكيم، وقد يكون ذلك أيضا بالنسبة لإجراءات التحكيم"[4]،كما أكد القرار المذكور أيضا على ما استقر عليه

[1]– حفيظة سيد حداد، النظرية العامة للتحكيم، ص145.

[2]– بكلي نور الدين، المرجع السابق، ص 261.

[3]– أسامة أحمد حسين أبو القمصان، مدى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي "دراسة مقارنة"، ص94.

[4] – فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، طبعة 1997، ص 201.

الرأي في قرارات سابقة، من أن تقرير صحة اتفاق التحكيم يجب أن يبحث طبقا لإرادة الأطراف، والعادات التي تتفق مع ما تتطلبه التجارة الدولية، فإذا لم يتضمن اتفاق التحكيم تطبيق قانون معين،فللمحكم وفقا لقواعد الغرفة التجارية الدولية أن يقرر صحة الاتفاق المذكور بشكل مستقل عن القانون الواجب تطبيقه على العقد الأصلي[1].

الفرع الأول:موقف الفقه من إمكانية إخضاع اتفاق التحكيم لقانون غير الذي يخضع له العقد الأصلي

يرى بعض الفقه أنه رغم كون مسألة تقدير اتفاق التحكيم وصحته يتعين الفصل فيها في ضوء نظام قانوني وضعي فان استقلالية اتفاق التحكيم تقتضي قبول أن هذا القانون لا يشترط بالضرورة أن يكون هو ذلك القانون الذي يخضع له العقد الأصلي[2].

يرى أكثرية الفقهاء، وعلى رأسهم الأستاذ قيار أنه رغم تقدير الاتجاه القائل بأن مسألة تقدير وجود اتفاق التحكيم وصحته يتعين الفصل فيها في ضوء نظام قانوني، إلا أن استقلالية اتفاق التحكيم تحتم القول بأن هذا القانون لا يشترط بالضرورة أن يكون هو ذلك القانون الذي يخضع له العقد الأصلي، فشرط التحكيم يعد جزءا مستقلا عن العقد الأصلي، وللأطراف وأيضا القضاء الذي

[1] – فوزي محمد سامي المرجع نفسه، ص 201.

[2] – حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم،ص 48.

قد يعرض إليه الأمر للفصل في مسألة وجود أو صحة، إخضاعه لقانون مختلف عن ذلك الذي يخضع له باقي العقد[1].

و يرى الفقه الغالب إن التسليم بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم بالنسبة للعقد الأصلي ترتب عليه إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لنظام قانوني يختلف عن رغم من ذلك الذي يحكم العقد الوارد فيه أو المتعلق به، فبالرغم من ان الواقع العملي يبين انه كثيرا ما يخضع كل من الاتفاق على التحكيم والعقد الأصلي لنفس القانون، أو بصفة عامة لنفس القواعد القانونية من نفس المصدر ونفس الطبيعة إلا أن ذالك لا يعتبر نتيجة لتبعية التحكيم للعقد الأصلي، أي عدم استقلاليته، وإنما نتيجة الاختيار الصريح لهذه القواعد من قبل الأطراف، أو نتيجة لنفس التركيز القانوني لكل من العقد والاتفاق[2].

الفرع الثاني: تكريس القضاء لرأي الفقه

يقدم القضاء الفرنسي العديد من الأمثلة المترتبة على استقلالية اتفاق التحكيم، والخاصة بعدم خضوع اتفاق التحكيم لذات القانون الذي يخضع له العقد الأصلي.

[1]– بولحية سعاد، المرجع السابق، ص 91.

[2] – تعويلت كريم، المرجع السابق، ص 224 .

فلقد ذهبت محكمة استئناف باريس إلى القضاء بأن تنفيذ اتفاق التحكيم لا يخضع بالضرورة إلى القانون الذي يخضع له العقد الأصلي الذي يوجد اتفاق التحكيم بين ثناياه.

وأخذ الاجتهاد القضائي وقضاء التحكيم بهذه النتيجة في العديد من أحكامهما، ويمكن أن نذكر من ذلك حكم محكمة استئناف باريس الصادر في 21 أكتوبر 1984م، فقد رفضت بموجبه بطلان حكم التحكيم لأن هيئة التحكيم لم تطبق للفصل في اختصاصها القانون الفرنسي، باعتباره القانون المختار من قبل الأطراف لينظم موضوع النزاع، فجاء في قضاء محكمة الاستئناف باريس بأن:" القانون الواجب التطبيق لتحديد نطاق وأثار شرط التحكيم المنشأ للتحكيم الدولي لا يجب خلطه بالضرورة مع القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع[1].

وفي حكم الصادر عن قضاء محكمة النقد الفرنسية في 14 ديسمبر 1983م، ذهبت المحكمة العليا إلى تأييد قضاء الموضوع فيما ذهبوا إليه من عدم تطبيق القانون الذي يخضع له العقد الأصلي بصدد تفسير شرط التحكيم المدرج به[2]، لقد توثر قضاء محكمة استئناف باريس نص القرار كنتيجة لهذا المبدأ، حيث أخذت مرة أخرى في الحكم الصادر عنها في 26 مارس 1991م، عندما رفضت بموجبه الطعن ببطلان حكم التحكيم المؤسس على أن المحكمين لم يطبقوا القانون الليبي الواجب تطبيق على العقد موضوع النزاع على اتفاق التحكيم كذلك، ورفضت محكمة الاستئناف

[1] – بكلي نور الدين، المرجع السابق، ص262.

[2] – بولحية سعاد، المرجع السابق، ص 92.

بأنه:" في مجال التحكيم الدولي، فان مبدأ صحة واستقلال شرط التحكيم يكرس استقلال اتفاق التحكيم اتجاه الأحكام الموضوعية للعقد المتعلق به، وكذلك القانون الداخلي الواجب تطبيقه على هذا العقد"[1]، كما أن المحكمة العليا الفرنسية في حكمها الصادر 3 مارس 1992م، في قضية سونيتاكس (sonetex)، وافقت محكمة استئناف باريس فيما ذهبت إليه من تقرير وجود اتفاقات التحكيم محل المنازعة دون الاهتمام بالقانون الذي يخضع له العقد من حيث الموضوع، مشيرة إلا انه ليس لمحكمة الاستئناف – من أجل أن تفصل في موضوع شكل واثبات هذه الاتفاقات– أن تقوم هذا الفصل في ظل قانون لا ينطبق عليها بالنظر لاستقلالية هذه الاتفاقيات عن العقد الأصلي في التحكيم الدولي، ويقر قضاء التحكيم الدولي أيضا، انه بإعمال بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يكون القانون الواجب تطبيق على هذا الاتفاق مختلفا عن ذلك الذي يحكم موضوع العقد الأصلي[2].

الفرع الثالث: موقف القانون الجزائري من إمكانية إخضاع اتفاق التحكيم لقانون غير الذي يخضع له العقد الأصلي

كرس القانون الجزائري هذه النتيجة الثانية لمبدأ الاستقلالية في المادة 1036 ق.إ.م.إ فقرة 3، بعد أن كرسها قبل ذلك في نفس الفقرة من المادة 485 مكرر ق.إ.م، القديم حيث كانت تنص: "

[1] – بكلي نور الدين، المرجع السابق، ص 262.

[2] – بولحية سعاد، المرجع السابق، ص 92.

تعتبر صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفقت الأطراف على اختياره، وإما القانون المنظم لموضوع النزاع، لاسيما القانون المطبق على العقد الأصلي[1].

تنص الفقرة الثالثة من المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه :"تعتبر اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفقت الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع النزاع، أو القانون الذي يراه المحكم ملائم"[2].

منح المشرع الجزائري بموجب نص هذه المادة، الحرية الكاملة للمحكم في سبيل البحث عن القانون الذي ينظر وفقا له مسألة صحة اتفاق التحكيم، وفتح له الباب لتطبيق القانون، أو بالأحرى القواعد القانونية، التي يراها ملائمة ولو كانت مختلفة عن تلك التي يطبقها على العقد الأصلي،وهذا يعتبر خطوة عملاقة في اتجاه تحرير اتفاق التحكيم، وتكريس استقلالية المطلقة بالنسبة للعقد الأصلي[3]، بذلك نقول بأن القانون الجزائري مشى على درب القانون الفرنسي في هذا

[1] – بكلي نور الدين، المرجع السابق، ص 265.

[2] – المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

[3] – تعويلت كريم، المرجع السابق، ص 227 .

المجال، وتخلى عن الموقف الذي كرسه المرسوم التشريعي رقم 09/93 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية الملغى.

يتبن من خلال القانون الملغى أن المادة 458 مكرر1 في فقرتها الثالثة[1]، أن الحالة الوحيدة التي يمكن معها تطبيق قانون مختلف عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي على اتفاق التحكيم، هي حالة اتفاق الأطراف على ذالك صراحة،حيث انه في غياب هذا الاختيار،فان المحكم أو المحكمة التحكيمية – حسب الأحوال – يطبقان القانون المنظم لموضوع النزاع بما فيه القانون الذي يحكم العقد الأصلي،أو الأساسي، وفي حالة هذا الأخير يطبق القانون الجزائري[2].

المبحث الثاني:الآثار غير المباشرة المتصلة بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي واستكمالا لتحقيق الفاعلية الكاملة لاتفاق التحكيم الدولي، تظهر مرحلة هامة من

[1] – المادة 458 مكرر الفقرة الثالثة من القانون الإجراءات المدنية (الملغى) جاءت كالتالي: "تعتبر اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع إذا استجابت للشروط التي يضعها القانون الذي اتفقت الأطراف على اختياره وإنما القانون المنظم لموضوع النزاع، لاسيما القانون المطبق على العقد الأساسي، وإنما القانون الجزائري.

[2]– تعويلت كريم، المرجع السابق، ص 228.

عمر هذا الاتفاق، يحتاج فيها إلى تحقيق القوة الملزمة له، وذلك من اجل انعقاد الاختصاص بنظر النزاع لقضاء التحكيم واستبعاد قضاء الدولة من الاختصاص به، وهذه المرحلة هي مرحلة إجراءات التحكيم، والتي يحقق فيها مبدأ الاختصاص بالاختصاص هذه القوة الملزمة، وهذه الفاعلية لا يمكن أن تتحقق في هذه المرحلة لمجرد أن يتم عرض النزاع على قضاء التحكيم (وهو ما يطلق عليه الأثر الإيجابي للاتفاق)، وإنما يجب فوق ذلك وفي نفس الوقت أن يمتنع قضاء الدولة عن الاختصاص به (وهو ما يطلق عليه الأثر السلبي للاتفاق)، فبدون تحقيق هذين الأثرين للاتفاق – الإيجابي والسلبي معا – فإننا نكون أمام فاعلية غير مكتملة يمكن أن تؤدي إلى نتائج ضارة في تسوية منازعات عقود التجارة الدولية، وهذا ما سنتناوله في المطلبين تبعا.

المطلب الأول:مبدأ الاختصاص بالاختصاص

إن مبدأ الاختصاص بالاختصاص هو الذي يعطي لقضاء التحكيم وحده مسألة البت في اختصاصه، وهو من أهم المبادئ الأساسية التي يقوم عليها التحكيم التجاري الدولي، وهو الذي يحتل الآن أهمية كبيرة في قوانين التحكيم[1]، والاتفاقيات الدولية فضلا عن قواعد، ومؤسسات التحكيم، ووفقا لهذا المبدأ فإن قضاء التحكيم يتقرر له الاختصاص بصرف النظر عن حكم اتفاق التحكيم،

[1] – أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية –دار النهضة العربية – طبعة 2001، ص 145.

فسواء ورد الاتفاق صحيحا أم باطلا أم منعدما، فإن قضاء التحكيم هو الذي ينعقد له دائم، وفي جميع الأحوال تقرير مسألة اختصاص[1].

يعد مبدأ الاختصاص بالاختصاص من أهم أثار اتفاق التحكيم من الناحية الإجرائية حيث انه ينقل الاختصاص من قضاء الدولة إلى قضاء خاص أنشاه أطراف اتفاق التحكيم، حيث يصبح هدا الأخير هو صاحب الولاية في تسوية النزاع المبرم بشأنه اتفاق التحكيم، وبهذا يتخلى قضاء الدولة المختص أصلا بنظر النزاع بموجب هدا الأثر إلى القضاء الاتفاقي الذي أراده الأطراف الذي يثبت له سلطة الفصل في النزاع[2].

يقصد بمبدأ الاختصاص بالاختصاص هو أن المحكم يختص بتحديد اختصاصه، فهو الذي يقرر إذ ما كان هناك اتفاق تحكيم أم لا، فهو لا يكون مختصا إلا بناء على وجود اتفاق التحكيم[3]، نتيجة لذلك لو اعترض احد الأطراف النزاع بعدم اختصاص محكمة التحكيم في الفصل في النزاع، أو بعدم اتفاق يشير اللجوء إلى التحكيم، فان الذي يفصل في ذالك هم المحكمين أنفسهم، وليس للمحكمة القضائية أن تفصل في مسألة اختصاص المحكمين، وهذا ما يؤدي إلى إبراز فعالية التحكيم كوسيلة ضامنة لحسم منازعات الاستثمار من خلاه السرعة في حسم المنازعات بعيدا عن

[1]–احمد مخلوف،المرجع نفسه،145

[2] – لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 83.

[3]– إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 1997، ص 98.

طريق المماطلة وإضاعة الوقت[1]، وهكذا يتقرر مبدأ الاختصاص بالاختصاص، بصرف النظر عن استقلال الاتفاق من عدمه، الأمر الذي يؤكد على انه مبدأ مستقل في ذاته ينظمه قانون التحكيم التجاري كقاعدة أساسية من قواعد إجراءات التحكيم فلو أخدنا بقواعد التحكيم أقرتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية عام 1976م، لسوف نجد أن المادة 2/21 تقرر بوضوح أن هيئة التحكيم هي صاحبة الاختصاص بالفصل في الدفوع الخاصة بعدم اختصاصها، ويدخل ذالك الدفوع المتعلقة بوجود الشرط التحكيم، أو الاتفاق المنفصل على التحكيم، أو بصحة هذا الشرط، أو هذا الاتفاق، كذالك ينص القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي في المادة 16 على أن هيئة التحكيم هي التي ثبت في اختصاصها بما في ذالك البث في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم، أو صحته[2].

الفرع الأول: اتفاقيات الدولية ومراكز التحكيم

تبنت معظم الاتفاقيات الدولية،ومختلف الأنظمة القانونية، والقضائية مبدأ الاختصاص بالاختصاص، نظرا لحتمية هذا المبدأ في فعالية اتفاقية التحكيم لذلك سنستعرض موقف كل من الاتفاقات الدولية "أولا" ومراكز التحكيم "ثانيا":

[1] –عز الدين بوجلطي، التحكيم ضمانة إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار الدولي، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد 27، 2021م، ص 258.

[2] – أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص 148.

1) الاتفاقيات الدولية:

أقرت المعاهدات الدولية مبدأ الاختصاص بالاختصاص، ولها مواقف إيجابية منه، وسنستعرض موقف المعاهدات الدولية من مبدأ الاختصاص بالاختصاص وذلك على الترتيب الآتي :

أ – موقف اتفاقية جنيف1961م من مبدأ الاختصاص بالاختصاص .

ب – موقف اتفاقية واشنطن1965م من مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

ج – موقف القانون اونيسترال (النموذجي) من مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

أ) اتفاقية جينيف 1961م :

لقد نصت الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي التي أبرمت في جينيف عام 1961م، على مبدأ الاختصاص بالاختصاص في المادة 2/5 منها بشكل واضح، واعتبرت أنه " لا يلتزم المحكم الذي ينكر الأطراف عليه الاختصاص أن يتخلى عن نظر المنازعة وله أن يفصل في مسألة اختصاصه وفي وجود وصحة اتفاق التحكيم، أو في وجود وصحة العقد، الذي يعد الاتفاق جزء منه، وذلك دون الإخلال بالرقابة القضائية اللاحقة المنصوص عليها في القانون القضائي[1]، وأهم ما تميزت به اتفاقية جنيف 1961م أن:

[1] – بخيت عيسى، مبدأ استقلالية شرط التحكيم البحري عن العقد الأصلي في القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، مجلة الدراسات الدولية المقارنة، العدد 3، 2016م، ص 208.

- أنها تمثلت خطوة إلى الأمام متقدمة على اتفاقية نيويورك وشملت اتفاقية جينيف كافة مراحل التحكيم وأسسه[1].

- اعتمدت اتفاقية جينيف مقياسا جغرافيا للدولة مختلفا عن ذلك الذي اعتمدت اتفاقية نيويورك، فيما يخص عقود التحكيم المبرمة لحسم نزاعات نشأت أو تنشأ، عن عمليات ممارسة التجارة الدولية بين أشخاص طبيعيين، أو معنويين، وقت إبرام العقد محل إقامته المعتاد، أو مركز عمل في دول متعاقدة مختلفة[2].

ب)اتفاقية واشنطن 1965م:

أشارت اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار سنة 1965م إلى مبدأ الاختصاص بالاختصاص، وذلك للنص علي في المادة 1/41 من الاتفاقية[3]، على أنه " تخص محكمة التحكيم باختصاصها، أو أي اعتراض، أو دفع يبديه أحد الطرفين بأن النزاع لا يدخل في اختصاص المركز أو المحكمة، وتنظر فيه المحكمة التي تقرر ما إذا كانت تبث فيه باعتباره مسألة أولية، أو تضمه إلى موضوع النزاع[4].

[1] – الأحدب عبد الحميد، موسوعة التحكيم الدولي، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008م، ص103.

[2] – الأحدب عبد الحميد، المرجع نفسه، ص 103.

[3] – سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص 36 .

[4] – حجاج حنان، الأثر المانع لاتفاق في عقود الاستثمارات الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص علاقات دولية خاصة ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، 2015 ، ص15

ج) قانون أونسترال:

بالنسبة للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 حيث أقر في المادة 16 منه على أنه : " يجوز لمحكمة التحكيم أن تفصل في اختصاصها بما في ذلك الدفوع المتعلقة بوجود، أو صحة اتفاق التحكيم" حيث تتجه هي الأخرى إلى منح الهيئة صلاحية الفصل في صحة اختصاصها[1].

2) مراكز التحكيم:

أقرت مراكز التحكيم الدائمة مبدأ الاختصاص بالاختصاص، وتناولت هذه المراكز هذا المبدأ على نحو أكثر تفصيلاً، ومما يلفت النظر إليه أيضاً بأن مراكز التحكيم الدائمة عالجت مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، ومبدأ الاختصاص بالاختصاص ضمن مادة واحدة مما يوحي بأنهما وجهان لعملة واحدة .

سنتناول موقف مراكز التحكيم الدائمة من مبدأ الاختصاص بالاختصاص على النحو الآتي:

أ) لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس:

[1] – سراج حسين أبو زيد، المرجع السابق، ص 36–73 .

نصت لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس لعام 1998م في المادة 3/6 "إذا لم يقدم إي طرف مقدم ضده طلب ردا عليه، أو إذا اثأر دفعا، أو أكثر بشان وجود، أو صحة، أو نطاق اتفاق التحكيم، أو بخصوص مدى إمكانية الفصل في كل الطلبات المقامة في التحكيم في إطار ذات الدعوى التحكيمية[1]، يستمر التحكيم وتفصل هيئة التحكيم مباشرة في أي مسالة تتعلق بالاختصاص، أو أي مسالة بخصوص مدى إمكانية الفصل في كل الطلبات المقامة في التحكيم في إطار ذات الدعوى التحكيمية، وذالك ما لم يحل الأمين العام الأمر إلى محكمة لاتخاذ قرار بشأنه وفقا للمادة 4/6[2].

ب)لائحة جمعية التحكيم الأمريكية

نصت المادة 15 من نظام الجمعية الأمريكية للتحكيم بقولها:

- يمكن للمحكمة التحكيمية أن تبث في اختصاصها، بما في ذلك البث في أي دفاع يتعلق بوجود العقد التحكيمي أو صحته[3].

[1] – تعويلت كريم، المرجع السابق، ص 44 .

[2] – تعويلت كريم، المرجع نفسه،44

[3] – أسامة أحمد حسين أبو القمصان، المرجع السابق، ص 139.

- المحكمة التحكيمية صالحة للبث في مسالة وجود أو صحة العقد الذي يتضمن الشرط التحكيمي، ويعتبر الشرط التحكيمي كشرط مستقل عن شروط العقد الأخرى.
- يتأثر أي دفع بعدم الاختصاص في مهلة لا تتجاوز 45 يوما اعتبارا من بدأ التحكيم، وفي حالة طلب المقابل، في خلال مهلة 45 يوما من تاريخ إيداع الطلب[1].

يتبين من نص المادة السابقة أن المحكمة التحكيمية لها أن تبث في اختصاصها من تلقاء نفسها، ولو لم يتم الدفع بعدم الاختصاص من قبل أحد الأطراف، ولها أن تبث حول أي دفاع يتعلق بوجود العقد التحكيمي أو صحته، وبذلك يكون نظام الجمعية الأمريكية للتحكيم عالج كلا من مبدأ استقلالية شرط التحكيم، والعقد الأصلي فمن مادة واحدة جمعت من خلالها بين مبدأين.

لم تخرج أهم مراكز التحكيم الدولية والوطنية من التوجيه العام لتكريس مبدأ الاختصاص بالاختصاص في الأنظمة المعمول بها لديها إذا كرست محكمة التحكيم بلندن التي تعتبر من أقدم مراكز التحكيم في العالم، مبدأ الاختصاص حيث نصت المادة 1/23 نظامها الساري المفعول على أنه:" يجوز للمحكمة التحكيمية البث في اختصاصها، بما في ذلك البث في أي اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيمي وصحته"[2].

الفرع الثاني : التشريعات الوطنية

[1]– المرجع نفسه، ص 140.

[2] – تعويلت كريم، المرجع السابق، ص43.

تبنت معظم التشريعات الوطنية لمبدأ الاختصاص بالاختصاص إلا أن أنه اختلفت أساليب التعبير عن تبني المبدأ:

1) موقف المشرع الجزائري من مبدأ الاختصاص بالاختصاص

بانضمام الجزائر إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958 ،تكون قد اعتمدت القاعدة الدولية المكرسة والناتجة عن وجود اتفاق التحكيم صحيحا، وهي عدم اختصاص القضاء الوطني بالنظر في النزاع لذا سوف نبين موقف المشرع الجزائري من لمبدأ الاختصاص بالاختصاص[1].

باستقراء نص المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية، والإدارية الجزائري يظهر جليا اعتراف المشرع الجزائري بمبدأ الاختصاص بالاختصاص، حيث نصت على أنه" تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدفع بعد الاختصاص من قبل أي دفاع في الموضوع"، حسب نص المادة1044 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، ومدى تطابق هذا النص مع نص المادة القديم، فقد استبدل المشرع مصطلح " قرار" بمصطلح "حكم"، ويتضح ذالك في الفقرة الثانية من نفس المادة إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطا بموضوع النزاع.

تفصل هيئة التحكيم في اختصاصها بنظر النزاع، عدم قيام إي طرف من أطراف التحكيم إبداء أي وجه من أوجه الدفاع أمامها بشان اختصاصها في النظر النزاع [1].

[1] – تعويلت كريم، المرجع نفسه، ص 25.

بالتالي فانه عند مباشرة هيئة التحكيم مهمة الفصل في النزاع ، فانه يتحتم على القاضي الذي ترفع أمامه دعوى بطلان أو عدم وجود اتفاق تحكيم، الحكم بعدم الاختصاص أما إذا لم تصل هيئة التحكيم بالنزاع فيمكن للقاضي النظر في البطلان الظاهر لاتفاق التحكيم، ورفض الحكم بعدم الاختصاص فثبوت البطلان أمامه القاضي يجب أن يفتح الباب أمامه لطرح اتفاق التحكيم واستعادة اختصاصه الذي لا يصح أن يفقده إلا بوجود اتفاق التحكيم صحيح[2]، وهذا ما أخذ به المشرع الفرنسي كذلك، كما وضع المشرع الجزائري قيدا ثانيا على سلطة هيئة التحكيم في البث باختصاصها، حيث اشترط أن يكون الحكم الذي تصدره هيئة التحكيم فيما يخص تحديد اختصاصها حكما أوليا، إلا انه استثنى من ذلك الأحكام التي تصدر بشأن الفصل في الدفع بعدم الاختصاص إذا كان مرتبطا بموضوع النزاع[3]، فوجب أن يكون الفصل في هذه الدفوع بحكم نهائي، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري يفرق بين التحكيم الداخلي و التحكيم التجاري الدولي وان كان قد تطرق لمسالة استقلال اتفاق التحكيم في مجال التحكيم التجاري الدولي، فانه لم يتطرق لها في مجال التحكيم الداخلي، حيث لم يورد نص صريح ولا حتى إشارة تدعونا إلى اعتناق المبدأ السالف الذكر في مجال التحكيم الداخلي[4]، خلاصة القول إن تقرير مبدأ الاختصاص

---

[1]– لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 87– 88 .

[2] – محمد المختار أحمد البربري، التحكيم التجاري الدولي، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017، ص 68.

[3] – محمد المختار أحمد البربري، المرجع نفسه،68

[4]– محمد المختار احمد البربري ،المرجع نفسه، 68.

بالاختصاص يهدف إلى عدم تعويض سير الخصومة التحكيم، فالهيئة لا توقف سير الإجراءات لحين فصل القضاء في الأمر بل لها أن تواصل نظر النزاع إذا ما قدرت أن هذه الدفوع يرجى من وراءها المماطلة، وإطالة أمر النزاع كما لا يمكن الاحتجاج بهده المبررات لمنع القاضي من التحقيق من صحة، أو بطلان اتفاق التحكيم، بل على العكس تبرر تأكيد سلطته.

لأن رفع الأمر إليه لن يكون سببا لوقف أو منع سير الإجراءات التحكيم، إلا إذا تبين للقاضي بطلان اتفاق التحكيم، فتصدى لموضوع الذي اصدر فيه حكما أصبح نهائيا، ففي هده الحالة يتحتم على هيئة التحكيم، إنها الإجراءات لأن استمرارها سيصبح لا جدوى منه، لأنها لو استمرت وأصدرت حكمها في الموضوع النزاع فلن يثنى تنفيذه لتعارضه مع حكم سبق صدوره من القضاء[1].

2) موقف المشرع المصري من مبدأ لاختصاص بالاختصاص

اعتنق المشرع المصري مبدأ الاختصاص بالاختصاص على بعض التشريعات الوطنية، حيث نصت المادة 1/22 من قانون التحكيم المصري على انه " تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم، أو سقوطه، أو بطلانه"[2]، لهذا فان الدفع الطرف الذي قدم ضده طلب التحكيم بعدم الاختصاص هيئة التحكيم

[1]– لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 88.

[2] – المادة 22 من قانون التحكيم المصري.

بنظر في النزاع استنادا إلى بطلان اتفاق التحكيم، أو قابليته للإبطال، فان هيئة التحكيم تختص بالنظر في مسالة اختصاصها[1].

يرمي مبدأ الاختصاص بالاختصاص إلى تمكين هيئة التحكيم من الفصل في النزاع بدون تعطيل من طرف سيئ النية، وبتطبيق هذا المبدأ لا يجوز أن يطلب أي من الطرفين من هيئة التحكيم وقف إجراءات التحكيم، حتى الفصل في الدعوى البطلان المدفوع بشان اتفاق التحكيم أمام القضاء[2].

كما اقتصر المشرع صلاحيات هيئة التحكيم في هذه الحالة على التحقيق والتحميص الجيد أن كان هناك وجود لإحدى العيوب التي يمكن أن تصيب العقد الأصلي، وتجعله غير صحيح، أو في عدم إصابته بذالك أي صحيحا، و إلا اعتبرت متجاوزة لصلاحياتها إذا أقرت به (إن كان العقد صحيح، أو غير صحيح)[3].

حسب نص المادة سالفة الذكر "1/22" من قانون التحكيم المصري، على اختصاص هيئه التحكيم بالنظر في مسالة اختصاصها، أو كان الدفع مبنيا على عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه

[1] – لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 85.

[2] – لزهر بن سعيد، المرجع نفسه، ص 86.

[3] – أحمد سيد صاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994م وأنظمة الحكم الدولية، دار حمدي سلامة وشركاؤه، مصر، 2002م، ص81.

أو بطلانه، وهذا التعبير عن إرادة المشرع الصريحة في عدم جواز قيام هيئة التحكيم بوقف الخصومة إلى حين الفصل في مسالة وجود أو صحة اتفاق التحكيم من محكمة المختصة [1].

وقد أثير أمام محكمة استئناف القاهرة بعدم دستورية المادة 22 من قانون التحكيم، استناد إلى مخالفتها للمواد (165/166) الخاصة باستقلال السلطة القضائية وكذا المادة 68 الخاصة بحق المواطن في الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي وذالك على أساس إن ما جاءت به يفقد هيئة التحكيم استقلالها إذ يجعل المحكمين مصلحة شخصية في نفس الدفع بعدم الاختصاص حرصا منهم في الحصول على إتباعهم كاملة[2].

وقد رأت المحكمة أن هذا الدفع غير جدي لكون اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في اختصاصها لا يخل لحيادها واستقلالها، ولا يجعل الأمر موكلا كليا لها، إذا أنها إن فصلت في مسألة لا تدخل في اختصاصها فان حكمها يتعرض للبطلان فصدور حكم التحكيم بناءا على اتفاق باطل سيجعل هذا الحكم محلا لطلب بطلانه وفقا لنص المادة 1/53 التي تورد بين أسباب طلب حكم التحكيم استناده إلى اتفاق باطل[3].

[1] – لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 86.

[2] – بربرة عبد الرحمن، قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 المؤرخ 2008/02/23م، منشورات البغدادي، ط1، 2009م، ص 552.

[3] – بربرة عبد الرحمن، المرجع نفسه.

3) موقف المشرع الفرنسي من مبدأ الاختصاص بالاختصاص

نصت المادة 1466 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد لسنة 1980م على انه إذا تنازع احد الأطراف أمام المحكمة في مبدأ،أو في مدى صلاحية المحكم لنظر القضية المعروضة عليه، فيعود لهذا الأخير أن يفصل في صحة أو مدى صلاحيته[1].

وهذه المادة لا تخول المحكمين فقط فحص حدود ولايتهم، بمعنى نطاق سلطاتهم بالنسبة لاتفاق التحكيم، ولكن أيضا وهذا ما استحدثه المشرع الفرنسي من تجديد، فحص مشروعية ولايتهم بمعنى التحقق من اتفاق التحكيم من حيث صحته، أو بطلانه[2].

وأن المحكمين عندما ينازع أحد الأطراف في اختصاصهم فإنهم ليسوا ملزمين بوقف إجراءات التحكيم، بل عليهم الاستمرار في نظر الدعوة، وذلك بعد أن يفصل المحكمون حول صحة

[1] – المادة 1466 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد لسنة 1980.

[2] – أبو القمصان، المرجع السابق، ص 115.

اختصاصهم، وذلك إذا تم الادعاء بعدم وجود اتفاق على التحكيم، وعدم صحته، أو تجاوز المحكم لحدود سلطته بعدم شمول اتفاق التحكيم لموضوع النزاع[1].

المطلب الثاني:عدم اختصاص قضاء الدولة بالنظر 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[2]، إذا كان الأثر السلبي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص يلزم قضاء الدولة بألا يتدخل في تقرير مسألة قضاء التحكيم باختصاص، فان هناك اثر آخر يرتبه اتفاق التحكيم الدولي نفسه هو امتناع قضاء الدولة عن الفصل في النزاع الموضوعي[3].

بمعنى أخر سلب النزاع من سلطة والية 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

[1] – المرجع نفسه.

[2] – أحمد عبد الكريم سالمة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص67.

[3] – أحمد عبد الكريم سالمة، المرجع نفسه، ص67

جهة، وكذا أثر غير مباشر وهو امتناع، أو تخالي قضاء الدولة عن النظر في النزاع، وذلك احترام لوجود أتفاق تحكيم، وجعله آلية إلزامية يختارها الأطراف[1].

فالنزاع الذي يطرح على قضاء الدولة لا يخلو من أحد فرضين:

الأول أن يتعلق النزاع بشأن اتفاق التحكيم الدولي نفسه، وهنا يتعين على قضاء الدولة أن يمتنع عن بحث صحة الاتفاق، تاركا ذلك الأمر لقضاء التحكيم وفقا لمبدأ الاختصاص بالاختصاص.

الفرض الثاني: أن يتعلق النزاع بالعقد الوارد بشأنه اتفاق التحكيم، أي النزاع الموضوعي، وهنا يتعين على قضاء الدولة أن يمتنع عن الاختصاص بنظر هذا النزاع أيضا، وفقا للأثر السلبي الملزم لاتفاق التحكيم الدولي[2].

الفرع الأول: أساس عدم اختصاص قضاء الدولة بنظر النزاع

يعد بروتوكول جنيف الصادر عام 1923م أول نص على عدم اختصاص قضاء الدولة بنظر النزاع الناشئ عن عقد وارد بشأنه شرط تحكيم، أو مشارطه (المادة4)،ثم جاءت اتفاقية نيويورك لتقرر نفس الحكم في المادة (3/2)، حيث ألزمت محاكم الدول المتعاقدة التي يطرح نزاع أمامها حول موضوع أبرم بشأنه اتفاق تحكيم بأن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم،

[1]– احمد عبد الكريم سالمة، المرجع نفسه، ص67

[2] – بولحية سعاد، المرجع السابق، ص108.

كذلك قررت الاتفاقية الأوروبية هذا الحكم (المادة 3/6)كما نص عليه القانون النموذجي المادة1/8 وأغلب التشريعات المقارنة[1].

كان القضاء الإنجليزي قبل انضمام إنجلترا لاتفاقية نيويورك عام 1975م،يتمتع بسلطة تقديرية بالنسبة لعدم اختصاصه بنظر النزاع الوارد بشأنه اتفاق التحكيم، إذا كان يستطيع إذا توافرت له أسباب قوية أن يحكم باختصاصه بنظر النزاع، وعدم الالتفات إلى اتفاق التحكيم وكان من بين ما استند إليه القضاء الإنجليزي في اختصاصه بنظر النزاع، الجنسية الإنجليزية للطرف المدعي، واكتشاف حدوث الضرر في إنجلترا، وتوافر أدلة الإثبات بها[2].

غير أن الملاحظ أن اتفاقية نيويورك وبعض التشريعات المقارنة تشترط حتى يعلن قضاء الدولة عدم اختصاصه بنظر النزاع أن يكون اتفاق التحكيم قد ورد في الأصل صحيحا، وأن يتمسك به أحد الأطراف[3].

[1] – القانون الجزائري (المادة 458 مكرر)، القانون السويسري (المادة 7)، القانون الهولندي (المادة 1022)، القانون الاسباني (المادة11)، القانون البلجيكي (المادة 1679)، القانون الانجليزي (المادة 1/9)، (القانون الألماني المادة 1027) القانون التونسي (المادة 52)، القانون البحريني (المادة 1/18).

[2] – أحمد مخلوف،المرجع السابق، ص155 .

[3] – تنص المادة 3/2 من اتفاقية نيويورك "على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع محل اتفاق الأطراف أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم، وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل، أو لا أثر له، أوغير قابل للتطبيق".

يكفي أن يدعي أحد الأطراف بطلان اتفاق التحكيم أمام قضاء الدولة حتى يتحلل من التزامه باللجوء إلى التحكيم، لا سيما إذا كانت الدولة التي ينظر قضاؤها هذا النزاع تتخذ من التحكيم التجاري الدولي موقفا عدائيا، إذ سوف يتم تفسير الاتفاق على نحو يؤدي إلى بطلانه، بينما يختلف الأمر إذا أعلن القضاء عدم اختصاصه، وأحال الأطراف إلى التحكيم، حيث لن يكون لهذا الادعاء من أثر على مواصلة هيئة التحكيم لاختصاصها بنظر النزاع[1]

إن القانون النموذجي للتحكيم، وقد أعطى لقضاء الدولة، الحق في عدم إحالة الأطراف إلى التحكيم إذا تبين له أن الاتفاق كان باطلا، أو لاغيا، أو عديم الأثر، أو لا يمكن تنفيذه مادة 1/8 قد عاد وأكد أن ذلك لا يمنع من البدء، أو الاستمرار في إجراءات التحكيم مادة 2/8، مما يؤكد على عدم سلب قضاء التحكيم لولايته في تقرير مسألة اختصاص[2].

ومتى انتهينا إلى التكييف الصحيح حيال وجود اتفاق التحكيم الدولي بإعلان القضاء عدم اختصاصه، فإن ذلك هو الذي يحقق القوة الملزمة لهذا الاتفاق، حيث يصبح القاضي ملتزما بأن يتدخل من تلقاء نفسه لإعمال أثر الاتفاق دون انتظار أن يدفع بذلك أحد الخصوم، وهو ما يغلق

[1] – تنص المادة 2/6 من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس 1998 أنه " إذا أثار أحد الأطراف دفعا، أو أكثر يتعلق بوجود اتفاق التحكيم، وصحته، أو مجاله، كان لمحكمة الغرفة بعد التحقق لأول وهلة من وجود ذلك الاتفاق أن تقرر انعقاد التحكيم، وذلك دون المساس بقبول هذه الدفوع أو سلامتها، ولهيئة التحكيم في هذه الحالة اتخاذ كل قرار يتعلق.

[2] – احمد مخلوف، المرجع السابق، ص 158.

الباب تماما للتحلل من اتفاقات التحكيم وإهدار قيمتها، وإذا كان القاضي يستطيع إذا اتفق الخصوم على التقاضي أمام محكمة غير المرفوعة إليها الدعوى أن يحيلها إلى المحكمة التي اتفقوا عليها، فذلك أهم منه في حالة الاتفاق على التحكيم، لأن الأخير هو القضاء الطبيعي لمنازعات التجارة الدولية[1].

الفرع الثاني: الحالات التي تبرر تدخل قضاء الدولة دون اختصاصه بحكم النزاع

عندما يتفق الطرفان على حل نزاعهما بالتحكيم فإنهما يقصدان في الواقع إبعاد قضاء الدولة عن نظر النزاع، ففي حالة إذا طلب أحد الطرفين عدم النظر في النزاع من قبل المحكمة فيكون اللجوء إلى التحكيم.

في هذه الحالة على المحكمة أن تقرر عدم اختصاصها في نظر النزاع، والتمسك بالتحكيم يعتبر دفعا شكليا فعلى الطرف الذي طلب إحالة النزاع إلى التحكيم بناء على الاتفاق الموجود بينه وبين الطرف الآخر أن يطلب ذلك أمام المحكمة قبل الدخول في أساس الدعوى وهكذا تمتنع المحكمة من النظر في النزاع[2]، سنتناول هذه الاستثناءات على النحو التالي:

1) تعين المحكم:

[1]– احمد مخلوف، المرجع نفسه، ص 161.

[2] – بولحية سعاد، المرجع السابق، ص 112.

من المبادئ العامة المتفق عليها في التحكيم، حرية أطراف النزاع في تعيين هيئة التحكيم، سواء مباشرة باختيار أسمائهم من الأطراف، أو بطريقة غير مباشرة بإحالة الأمر إلى جهة ثالثة تتولى مهمة التعيين مثل الاتفاق على أحد مراكز التحكيم، وفي غياب أي تعيين يجوز رفع الأمر إلى القاضي المختص[1].

ففي هذه الحالات إذا لم يكن الطرفان قد حددا في اتفاق التحكيم شخصا، أو جهة كسلطة تعيين تقوم بتعيين المحكم عند عدم اتفاقهما، عندئذ لأحد أطراف النزاع الطلب من المحكمة تعيين المحكم، وهذا ما تنص عليه القوانين الوطنية[2]، مثال: ما جاء في القانون الجزائري المادة 458 مكرر2 الفقرة 2، والتي تحدثت عن صعوبة تعيين، أو تغيير المحكمين، وهذا التغيير يمكن أن يكون طبعا في حالة موت أحد المحكمين، أو في حالة وجود عائق يعوقه عن القيام بمهمته أو بسبب قانوني كسقوط حقوقه المدنية عنه جاء هذا في المادة (1/206)من قانون المرافعات المدنية العراقية[3].

[1] – حداد طاهر، دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماجستير، فرع قانون التنمية الوطنية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص31 .

[2] – بولحية سعاد، المرجع السابق، ص112.

[3] – فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 288.

قد أعطت الحق للمحكمة في اختيار المحكم الثالث الذي لا يتفق عليه الطرفان كما هو الحال في اختيار المحكم الثاني الذي طلب وكلاء المدعية تعيينه نيابة عن المدعي عليها، ولما كانت قواعد قانون المرافعات بهذا الخصوص من النظام العام، وأن كل اتفاق على مخالفتها يعتبر باطل[1].

تتفق معظم التشريعات واتفاقيات التحكيم على أن تدخل القاضي في هذا المجال لا يكون إلا للقضاء على الصعوبات، والعراقيل التي يفتعلها الأطراف فالقانون الجزائري من خلال المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وينص على أنه لا يتدخل في تشكيل هيئة التحكيم إلا استثنائيا تاركا الحرية الكاملة للطرفين في اختيار محكميهم، أو اختيار نظام تحكيم يتولى المهمة، وقد حصر المشرع الجزائري الحالات التي تستوجب تدخل القضاء في تعيين المحكمين وذلك في الفقرة الثانية من المادة (1041)[2].

كما أن مسألة تعيين المحكم من قبل جهة، أو شخص من غير أطراف النزاع تسمى بسلطة التعيين، وهي من المسائل المعروفة، والمتبعة في التحكيم التجاري الدولي، وقد نصت عليها أهم القواعد التحكيمية الدولية، مثال ما جاء في الفقرة الثالثة من المادة 18 من الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري لعام 1987م، وكذلك النصوص الدولية المعروفة كالفقرة الثانية من المادة 6 من قواعد الأونسترال، والفقرة 3 من المادة 11 من القانون النموذجي للتحكيم، والفقرة الثانية من

[1] – أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء والصلح، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2017م، ص 80

[2] – المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

المادة 21 من قواعد التوفيق، والتحكيم، والخبرة للغرف التجارية العربية والأوروبية، وأخيرا نشير إلى أن تعيين المحكم من قبل المحكمة يكون أيضا في حالة تعيين المحكم البديل عن عزل المحكم أو اعتزاله من تلقاء نفسه، أو في حالة وفاته، أو حدوث مانع قانوني، أو فعلي يجعله غير قادر على الاستمرار[1].

2) اتخاذ إجراءات تحفظية

الحالة الثانية من حالات تدخل القاضي أثناء إجراءات التحكيم هي قيام القاضي بإصدار قرارات مستعجلة لها صفة مؤقتة لحماية حق أو مال من وقوع ضرر قبل فوات الأوان، وقبل البت في أصل الحق، وهذه الإجراءات تنفذ فورا، وبما أن المحكم ليس له سلطة الأمر بالتنفيذ فإن اتخاذه للقرارات الخاصة بالإجراءات التحفظية لا يكون لها أثر فعال من الناحية العملية لأن سلطة التنفيذ محصورة بالسلطة العامة، ويجب أن يصدر الأمر بذلك من قبل القاضي، إلا إذا كان قانون الإجراءات الواجب التطبيق يعطي للمحكم الحق في إصدار مثل تلك الأوامر، ولكن كقاعدة عامة إن القرارات الخاصة بالإجراءات التحفظية تصدر من قبل القاضي، وهذا يمثل ما يقول به مانداز Mendez جانب من جوانب التعاون بين قضاء الدولة وهيئات التحكيم[2].

[1] – سامي محمد فوزي، المرجع السابق، ص 294.

[2] – بولحية سعاد، المرجع السابق، ص 117.

يكون طلب اتخاذ الإجراءات التحفظية من أحد أطراف النزاع، يقدم إلى القاضي في المحكمة المختصة حسب الأحوال كمحكمة مكان التحكيم، أو محكمة مكان المدعي عليه، أو مكان وجود الأموال المراد اتخاذ الإجراءات التحفظية بشأنها، والقرار الذي يتخذه القاضي له صفة الاستعجال، كالحجز الاحتياطي، أو منع وقوع ضرر،أو إيقاف بعض الأعمال، والتصرفات، أو منع التصرف بملك الغير بدون حق وهو ما نصت عليه المادة 1/809 من قانون المرافعات الفرنسي[1].

إن لجوء أحد الأطراف إلى القضاء لا يؤثر على سير الإجراءات الخاصة بالتحكيم ولا يعتبر مناقضا لاتفاق التحكيم، ولا يمكن اعتبار الطلب إلى السلطة القضائية لاتخاذ الإجراءات المذكورة تنازلا عن التمسك بالتحكيم، أو نظر المحكمة في أساس الموضوع [2].

3) عزل المحكمين أو استبدالهم

وقد يكون عزل المحكمين إما عزلا اتفاقيا، أو عزلا قضائيا، فالعزل الإتفاقي يقصد به اتفاق المحتكمين على إيقاف المحكم عن أداء مهمته، وقد نص المشرع الجزائري على هذا النوع من

[1]– بولحية سعاد، المرجع نفسه، ص 118.

[2] – فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 295.

العزل في المادة (1018) في الفقرة الأخيرة كما يلي: "لا يجوز عزل المحكمين خلال هذا الأجل إلا باتفاق جميع الأطراف"[1].

أما عزل المحكم فلا يتم إلا باتفاق طرفي النزاع، ولكن بعض قوانين المرافعات تنص على أن عزل المحكم قد يكون بحكم من القضاء أيضا، وهذا ما نصت عليه المادة 458 مكرر 2 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري بقولها: وفي حالة صعوبة تعيينهم، أو عزلهم، أو استبدالهم يجوز للطرف المعني بالتعجيل أو يقوم بما يأتي:

أ- رفع الأمر أمام المحكمة المختصة، طبقا للمادة 458 مكرر 3 إذا كان التحكيم يجري في الجزائر.

ب- رفع الأمر أمام رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكيم يجري في الخارج[2].

يرد المحكم أو يطلب عزله لذات الأسباب التي يرد بها القاضي، أو يعتبر غير صالح للحكم، ولا يقبل طلب الرد، أو العزل، إذا صدر حكم المحكمين، أو حجزت القضية للحكم، "أما القانون السوري فقد جعل عزل المحكم يكون فقط بتراضي الخصوم جميعا المادة (515)[1].

[1]- قانون رقم 09-08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير، سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد21.

[2]-مرسوم تشريعي رقم 09/93 مؤرخ في 03 ذي القعدة عام 1413 الموافق لـ 25 أفريل سنة 1993م، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 يونيو والمتضمن قانون الإجراءات المدنية.

ومن جانب آخر فإنه لا يعتد بالعزل إذا تم بعد صدور الحكم في موضوع النزاع، وكذلك ردهم بعد تعيينهم إلا لسبب من أسباب الرد، أما بالنسبة للنوع الثاني من العزل وهو العزل القضائي، لم ينص عليه المشرع الجزائري.

يكون الاستبدال ضروريا عندما لا يتمكن المحكم من الاستمرار في وظيفته، أو يفشل فيها بشكل واضح، كما أن فقدان المحكم الوحيد يقود بالضرورة إلى الاستبدال في حالة استمرار عملية التحكيم[2].

نصت المادة (1024)من قانون الإجراءات المدنية الإدارية الجزائري على الاستبدال بقولها أنه: "بوفاة أحد المحكمين أو رفضه القيام بمهمته بمبرر، أو تنحيته، أو حصول مانع له، ما لم يوجد شرط مخالف، أو إذا اتفق الأطراف على استبداله، أو استبداله من قبل المحكم، أو المحكمين الباقين، وفي حالة غياب ذلك تطبق أحكام المادة 1009، وهذه الأخيرة جاء نصها كما يلي: "إذا اعترضت صعوبة تشكيل محكمة التحكيم، بفعل أحد الأطراف، أو بمناسبة تنفيذ إجراءات تعيين

[1] – أحمد أبو الوفا، التحكيم في قوانين البلاد العربية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط1، بدون ذكر سنة الطبع، ص 18.

[2] – آمال بدر، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2012، ص 236.

المحكم، أو المحكمين، يعين المحكم أو المحكمون من قبل رئيس المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد، أو محل تنفيذه[1].

4) دعوى الأمر بتنفيذ حكم التحكيم

إن أهمية تنفيذ حكم التحكيم تكمن في أن نجاح التحكيم يقاس بمدى تنفيذ أحكامه، ففي هذا الوقت يظهر بوضوح أثر كل ما تم اتخاذه في عملية التحكيم بداية من الاتفاق علي اختيار المحكمين، ومكان التحكيم، وإجراءاته وغير ذلك، فحكم المحكم هو الثمرة الحقيقية للتحكيم، هذا الحكم لن يكون له من قيمة قانونية، أو عملية، إذا ظل مجرد عبارات مكتوبة غير قابلة للتنفيذ، فتنفيذ حكم التحكيم يمثل أساس ومحور نظام التحكيم نفسه، وتتحدد به مدى فاعليته لفض وتسوية المنازعات[2].

[1]– عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009 ص 140.

[2]– أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، الأمر بتنفيذ أحكام المحكمين الوطنية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الطبعة2001، ص 12.

بما أن أطراف التحكيم يخضعون للتحكيم بإرادتهم، وكثيرا ما يهمهم الاحتفاظ بعلاقاتهم مع الأطراف الأخرى، لذلك فإنهم ينفذون الحكم رضاء، لكن قد يرفض الطرف المحكوم عليه تنفيذ الحكم اختيارا، وهنا تظهر أهمية تنفيذ هذا الحكم جبريا،وذلك بالحصول على الأمر بتنفيذه[1].

هذه هي أهم حالات تدخل القاضي أثناء إجراءات التحكيم، ويوجد في قانون الإمارات العربية المتحدة نص يجيز أن يطلب الرأي والفتوى من قبل القاضي، حيث نصت المادة 89 على أنه " يجوز للمحكمين إذا وافقت المحكمة أن يطلبوا فتواها من أي موضوع معروض أمامهم للنظر فيه، وتعتبر مثل هذه الفتوى جزء امن قرار المحكمين[2].

نخلص مما تقدم إلى الأثر الهام الذي يرتبه اتفاق التحكيم الدولي في تقرير قضاء الدولة عدم اختصاصه بالفصل في النزاع، وينفرد اتفاق التحكيم بالمقارنة بشرط الاختصاص القضائي الدولي بهذا الأثر القوي في سلب الاختصاص عن قضاء الدولة.

[1]– احمد هندي، المرجع نفسه، ص 13.

[2] –فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص 304.

خاتمة

عرضنا من خلال هذه الدراسة لمدى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وفقاً لقانون التحكيم الجزائري وبعض القوانين الأخرى محل الدراسة، وقمنا بتحليل هذه النصوص على قدر المستطاع، واستندنا إلى ما جاء به الفقه الجزائري، و المصري، والأجنبي، واستندنا أيضاً إلى ما جاءت به الاتفاقيات الدولية المعنية بالتحكيم، ومراكز التحكيم الدائمة، وأحكام التحكيم التي صدرت بهذا الخصوص، وذلك من أجل الوصول إلى مدى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، ولهذا فإن خطة هذه الدراسة اقتضت منا القيام بتقسيمها إلى فصلين، تناولنا في الفصل الأول التعريف بشرط التحكيم الوارد في العقد على انه عقد قائم بذاته رغم انه ليس إلا جزء من هذا العقد، أو احد بنوده، والذي يتأثر به وجودا وعدما، صحة وبطلانا فإذا بطل العقد أدى ذلك إلى بطلان كل بنوده وشروطه بالتبعية بما في ذلك شرط التحكيم .

وأن شرط التحكيم على الرغم من أنه أحد صور الاتفاق على التحكيم، والذي قد يكون شرطاً أو مشارطة، وعلى الرغم من وجوب توافر الشروط الموضوعية والشكلية لصحة هذا الاتفاق إلا أنه توجد فوارق بين الشرط والمشارطة، وتتلخص هذه الفروق في أن شرط التحكيم يتم إبرامه قبل حدوث النزاع، أما مشارطة التحكيم فيتم إبرامها بعد حدوث النزاع بين الأطراف، فشرط التحكيم يتعلق بنزاع من الممكن أن يولد مستقبلاً أما مشارطة التحكيم فإنها تتعلق بنزاع ولد.

وانتقلنا بعد ذلك إلمصدر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدوليفهو ينصرف إلى استقلال شرط التحكيم عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي، بمعنى أن هناك استقلالية ما بين القانون الذي يخضع له شرط التحكيم عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي، وهذا المبدأ الذي وضعته محكمة النقض الفرنسية سارت عليه أيضا محاكم الاستئناف الفرنسية في العديد من أحكامها ومن خلال هذه القضايا، وغيرها كلها أوضحت وبشكل جيد مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي، وبهذا يكون القضاء الفرنسي هو المصدر الأول لهذا المبدأ.

وانتقلنا بعد ذالك إلى حالات ودوافع الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم وتكلمنا عن عن الحالات التي يمكن أعمال بصددها هذا المبدأ وهي حالات البطلان والتي تنقسم إلى (بطلان مطلق و بطلان نسبي) وحالة العقد الأصلي، وكذلك حالة فسخ العقد الأصلي وانقضائه. بمعنى انه لا يمكن لأحد أطراف العلاقة الأصلية ان يحتج بعدم صحة اتفاق التحكيم لسبب أن العقد الأصلي قد طرأ عليه عارض من الحالات التي ذكرنا، وانتقلنا الى أهم مبررات ودوافع فقهية التي أخذت بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد، لعل أهم هذه المبررات هو اختلاف كل من موضوع شرط التحكيم والعقد الأصلي، فالعقد الأصلي قد يتعلق ببيع، أو شراء، أو توريد، أو أي عمل من الأعمال، طالما أن هذا العقد لا يخالف النظام العام، أو الآداب العامة، أما شرط التحكيم فموضوعه حل المنازعات التي من الممكن أن تثور حول تنفيذ، أو تفسير العقد الأصلي مستقبلاً، وبذلك يكون موضوع العقد

الأصلي مختلفاً عن موضوع شرط التحكيم، وتناولنا في المبحث الثاني تقرير مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي وتطرقنا من خلاله إلى موقف كل والمعاهدات الدولية ومراكز التحكيم الدائمة القوانين المختلفة والقانون الجزائري، ورأينا كيف اختلف الفقهاء حول اتفاقية نيويورك، حيث ذهب البعض إلى أن الاتفاقية لم يأت بين نصوصها، ما يفيد باستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، بينما استند البعض الآخر إلى أن معاهدة نيويورك قد قبلت ضمنيا أن يكون الاتفاق التحكيم نظام قانوني مستقل عن العقد الأصلي أي يمكن إدراجها في إطار الاتجاهات المؤيدة لفكرة استقلالية اتفاق التحكيم،وأيدنا بدورنا الرأي الأخير الذي يرى أن اتفاقية نيويورك قد تعرضت لمبدأ استقلال شرط التحكيم بطريقة ما اتفاقية واشنطن والذي استند إليها البعض إلى نص المادة 41 من الاتفاقية المذكورة للوصول إلى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وأبدينا رأينا في ذلك وقلنا أنه لا يمكن الاستناد إلى نص المادة السابقة للوصول إلى مبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، لأن النص المذكور لم يأت بما يفيد باستقلالية شرط التحكيم، حيث أن النص تحدث فقط عن مبدأ اختصاص هيئة التحكيم، ووصلنا إلى موقف مراكز التحكيم الدائمة من مبدأ الاستقلالية، وبدأنا في هذا السياق بنظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، ووجدنا بأن المركز المذكور نص على مبدأ استقلال شرط التحكيم ومعطياً في نفس الوقت الحق لهيئة التحكيم النظر في اختصاصها، وفي ذات السياق نظام تحكيم الهيئة الأمريكية للتحكيم حيث تم الربط بين استقلال شرط التحكيم ومبدأ

الاختصاص بالاختصاص، وكذلك فعلت قواعد التحكيم التي وضعتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والتي جاءت بمبدأ الاستقلالية.

ووصلنا في نهاية هذا الفصل بموقف التشريع الجزائري حيث أن قانون الإجراءات المدنية لسنة 1993 م جاء ليعطي اتفاق التحكيم مدلوله، وذلك من خلال مبدأ الاستقلالية دون أي غموض وبوضوح، أي بمعنى أن اتفاق التحكيم يبقى منتجا لأثاره، حتى في حالة أن يشوب العقد عيب يؤدي إلى بطلانه،وفي الفصل الثاني من هذا البحث تناولنا النتائج التي تترتب على استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وهذه النتائج كما رأينا تتمحور حول نتائج مباشرة وأخرى غير مباشرة، وبالنسبة للنتائج المباشرة وجدنا أنها تتلخص في نتيجتين الأولى: أن مصير شرط التحكيم غير مرتبط بمصير العقد الأصلي، وأوضحنا أن كلاً من شرط التحكيم والعقد الأصلي مستقلان عن بعضهما، وأن المقصود من هذا الاستقلال أن بطلان كل من العقد الأصلي أو بطلان شرط التحكيم لا يؤثر على صحة الآخر أو بطلانه، ورأينا من جانبنا أن مبدأ الاستقلالية قائم سواء كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، أو قابلاً للإبطال، ولينظر المحكم في وجود وصحة العقد الأصلي فإذا اتضح بطلان العقد الأصلي فلا أثر لذلك على شرط التحكيم وبالتالي يبقى هو المختص بنظر النزاع أما إذا اتضح أن شرط التحكيم باطل لعيب في ذاته عاد الأمر إلى المحكمة لنظر النزاع

النتيجة الثانية المباشرة، التي تترتب على استقلال شرط التحكيم والتي تتمثل في إمكانية خضوع شرط التحكيم لقانون مختلف عن القانون الذي يخضع له العقد الأصلي، وأوضحنا بأن مفهوم استقلال شرط التحكيم عن حكم القانون الذي يحكم العقد ينصرف إلى أن صحة شرط التحكيم لا تتوقف على حكم القانون واجب التطبيق على العقد الأصلي.

وانتقلنا بعد ذلك إلى النتائج غير المباشرة والتي تتمثل في نتيجتين أيضاً الأولى كانت من خلال الدراسات القانونية السابقة لمبدأ "الاختصاص بالاختصاص" استخلصنا إلى تقديم تعريفا لهذا المبدأ " بأنه حق المحكم في أن يفصل في مسالة اختصاصه وتأكيد ذلك بحكم مع إعمال رقابة القضاء على هذا الحكم لاحقا، كما يعتبر هذا المبدأ من أهم المبادئ القانونية التي توصل إليها المجتمع الدولي و اتفقت على تبنيه مختلف التشريعات المقارنة، وتم النص عليه في مختلف الاتفاقيات الدولية و أهم مراكز التحكيم الدولي و هذا ما يعطي لنظام التحكيم مزيدا من الثقة كوسيلة للتقاضي أكثر مرونة من القضاء الرسمي .وبهذا نكون قد توصلنا إلى جملة من النتائج والاقتراحات أو التوصيات سوف ندرجها كما يلي:

يعتبر مبدأ "الاختصاص بالاختصاص" بأنه بند من بنود اتفاق التحكيم، وأنه حكم لابد على المحكم النطق به، ومشكلة تستوجب تدخل المحكمة المختصة على حلها، وسلطة يستلهمها المحكم من طبيعة مهمته القضائية.

مبدأ "الاختصاص بالاختصاص" مبدأ وقائي، يتعلق بجانب الإجراءات لأجل الحد من طرف سيء النية الذي يحاول التشكيك باختصاص المحكم وإ طالة أمد النزاع، دون الفصل في الموضوع.

لقد أصبح من الضروري الأخذ بمبدأ "الاختصاص بالاختصاص"، لأنه يجسد فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي الذي يعطي لمحكمة التحكيم سلطة البت في اختصاصها، غير أن هذا المبدأ يصطدم مع ضر ورة الرقابة التي يمارسها القاضي على اختصاص محكمة التحكيم، ذلك لان التحكيم يقوم على أساسين وهما، تطابق إرادة الأطراف على اللجوء إلى التحكيم وسماح المشرع لهذه الإرادة بإحداث أثرها القانوني، لذلك من الضروري البحث في كيفية تحقيق الفعالية المرجوة من اللجوء إلى التحكيم وبالمقابل الإبقاء على الرقابة القضائية على اختصاص محكمة التحكيم. قمنا بتقديم اقتراحات بخصوص موضوع بحثنا، مادامت الجزائر كغيرها من الدول التي اعتنقت وتبنت مبدأ "الاختصاص بالاختصاص" في نظام التحكيم الخاص بها وهي في أمس الحاجة إلى أعماله نقترح أن تنشئ مركز دولي لتسوية نزاعات الاستثمار في الجزائر، وتكوين محكمين ذوي كفاءة عالية دوليين، كون الجزائر دولة غنية بثرواتها وتستقطب أكبر عدد ممكن من الاستثمارات الأجنبية.

والنتيجة الثانية هو امتناع قضاء الدولة عن الفصل في النزاع الموضوعي لأساسين هامين أولهما أنه يتعين على قضاء الدولة أن يمتنع عن بحث صحة الاتفاق تاركا ذلك الأمر لقضاء التحكيم وفقا لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، والأساس الثاني، أن يتعلق النزاع بالعقد الأصلي أي النزاع الموضوعي ، وهنا يتعين على قضاء الدولة أن يمتنع عن الاختصاص بنظر النزاع أيضا وفقا للأثر السلبي الملزم لاتفاق التحكيم التجاري الدولي . ورأينا أن هناك بعض الاستثناءات التي تتيح للقاضي التدخل في مهمة المحكم الدولي تخص المجال الإجرائي و اتخاذ بعض التدابير لأنه قد تحدث بعض الأمور أثناء إجراءات التحكيم تستدعي تدخل قاضي الدولة لتسويتها . و أخيرا وفي مجال الاختصاص دائما حسب رأيي أنه يمكن أن يحدث تنازع في الاختصاص بين قضاء الدولة و قضاء التحكيم فهناك التنازع في حالة الاختصاص القاصر لقضاء الدولة، وذلك في الحالات التي تتعلق بالنظام العام ، وبالتالي تخرج من اختصاص المحكم التجاري الدولي.

ومما سبق نخلص إلى أن التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية الدولية يستقل على شرط الاختصاص القضائي و يسمو عنه ، ويأتي تفضيله باعتباره من أعمال الإدارة المعتادة في التجارة الدولية ، مما يجعل له مجالا أوسع في التطبيق إذا تعارض مع شرط الاختصاص القضائي عند تسوية النزاع الناشئ عن عقد من العقود التجارية الدولية ، وأن القاضي لا يتدخل في مهمة المحكم إلا في حالات مذكورة على سبيل الحصر أين يتطلب ذلك تدخل القوة العمومية أو التنفيذ الجبري، ويلاحظ أن قضاء التحكيم التجاري الدولي

ينفي أساسا اصطلاح تنازع الاختصاص بينه وبين قضاء الدولة ، حيث يقرر أن هذا التنازع لا يكـون إلا بـين قضـائين تـابعين لـنفس الدولـة، أو لـدولتين مختلفتـين تقـرر قواعـد الاختـصاص لدولـة القاضـي فـي كـل منهمـا نظـر نفـس النـزاع وهـذا الوضـع مـن الاختصـاص المشترك لا ينشأ بين قضاء الدولة و قضاء التحكيم على أساس أن وجود اتفاق التحكيم الدولي يمنع قضاء الدولة من الاختصاص به.

توصيات :

- على المشرع الجزائري تنظيم النصوص المتعلقة بالتحكيم سواء الداخلية أو الدولية بقانون مستقل يكفل عدم تعارض الأحكام المنظمة والمنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الاستثمار.
- إنشاء مراكز التحكيم في الجزائر لتسهيل على الأطراف اللجوء إليها.

قائمة المصادر والمراجع

المصادر:

النصوص القانونية:

أ) النصوص القانونية:

1. المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

2. المادة 1041 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

3. المادة 81-82 من القانون المدني الجزائري.

4. المادة 88-89 من القانون المدني الجزائري.

5. المادة 86-87 من القانون المدني الجزائري.

6. المادة 22 من قانون التحكيم المصري.

7. قانون رقم 09-08 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير، سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد21.

8. المادة 1466 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد لسنة 1980.

ب) النصوص التشريعية:

1. مرسوم تشريعي رقم 09/93 مؤرخ في 03 ذي القعدة عام 1413 الموافق لـ 25 أفريل سنة م1993، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 يونيو والمتضمن قانون الإجراءات المدنية.

2. قانون الإجراءات المدنية وذلك بموجب المرسم التشريعي 09/93 المؤرخ في 1993/04/25م.

المراجع:

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

2. الأحدب عبد الحميد، موسوعة التحكيم الدولي، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، 2008م.

3. أحمد أبو الوفا، التحكيم بالقضاء والصلح، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2017م.

4. أحمد أبو الوفا، التحكيم في قوانين البلاد العربية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط1، بدون ذكر سنة الطبع.

5. أحمد سيد صاوي، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994م وأنظمة الحكم الدولية، دار حمدي سلامة وشركاؤه، مصر، 2002م.

6. أحمد عبد الكريم سالمة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م.

7. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية –دار النهضة العربية – طبعة 2001 م.

8. أحمد هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، الأمر بتنفيذ أحكام المحكمين الوطنية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الطبعة2001م.

9. آمال بدر، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، منشوارت الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2012م.

10. أيسر عصام داؤد سليمان ، الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود التجارة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2014م.

11. إيهاب عمرو، التحكيم التجاري الدولي المقارن في ضوء تحول سياسات التنمية ، الوراق للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى، عمان.

12. بربرة عبد الرحمن، قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 المؤرخ 2008/02/23م، منشورات البغدادي، ط1، 2009م.

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

14. حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 1996م.

15. حفيظة السيد حداد، الموجز النظرية العامة للتحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، القاهرة، 2004م.

16. سراج حسين أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010م.

17. سميحة القيلوبي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 2009م.

18. عامر فتحي البطاينة، دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009م.

19. فوزي محمد سامي ، التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الرابعة ، دار النهضة ، القاهرة، 2014.

20. فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة 1997.

21. لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المقارنة، دار هوما، الجزائر، 2012م.

22. محمد المختار أحمد البربري، التحكيم التجاري الدولي، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017م.

23. محمد مختار احمد البربري ، التحكيم التجاري الدولي ، دار النهضة العربية ، الطبعة الرابعة ، القاهرة.

ج) الرسائل الجامعية:

1. أسامة أحمد حسين أبو القمصان، مدى استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي "دراسة مقارنة"، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص من كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2010م.

2. بكلي نور الدين، فعالية التحكيم التجاري الدولي في الأنظمة القانونية العربية، أطروحة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون الخاص، جامعة الجزائر1 يوسف بن خده بن عكنون سنة الجامعية 2008/2007 م.

3. بولحية سعاد، استقلالية اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية المنازعات التجارية الدولية، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستر في القانون الخاص تخصص قانون الاعمال، جامعة الجزائر يوسف بن خدة كلية الحقوق.

4. تعويلت كريم، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، رسالة دكتوراه في القانون تخصص قانون أعمال، جامعة ملود معمري، تيزي وزو، 2017م.

5. حجاج حنان، الأثر المانع لاتفاق في عقود الاستثمارات الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص علاقات دولية خاصة ، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، 2015م.

6. سعودي السيد علي، فعالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي ، مذكرة ماستر ، قانون أعمال ، كلية الحقوق، جامعة أكلي محند اولحاج ، البويرة 2018م.

7. عائشة مقراني، مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون الجزائري – دراسة مقارنة–، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص عقود ومسؤولية، جامعة احمد بوفرة بومرداس، السنة الجامعية 2005م.

8. عبد الحكيم تابعي، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي في القانون التجاري ، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم الحقوق، جامعة الشهيد حمة لخضر ، الوادي ، 2016م.

9. هاشمي فاطمة، أثار اتفاق التحكيم ، مذكرة ماستر ، تخصص قانون اقتصادي ، كلية الحقوق وعلوم سياسية، قسم الحقوق، جامعة الدكتور مولاي الطاهر ، سعيدة ، 2018/2017م.

المقالات:

3. بخيت عيسى، مبدأ استقلالية شرط التحكيم البحري عن العقد الأصلي في القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية، مجلة الدراسات الدولية المقارنة، العدد 3، 2016م.

حقوق الإنسان والحريات العامة، جامعة مستغانم، العدد6، جوان 2018م.

3. عزالدين بوجلطي، التحكيم ضمانة إجرائية لتسوية منازعات الاستثمار الدولي، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، العدد 27، 2021م.

1. علالي عبد الرحمن، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي، مجلة

4. مصطفى ناطق صالح مطلوب، مبدأ استقلال اتفاق التحكيم التجاري ، مجلة الرافدين للحقوق ، جامعة الموصل ، المجلد 12 ، العدد 43 ، سنة (2010).

الفهرس

الفهرس

البسملة	–
شكر وعرفان	–
الاهداء	–
مقدمة	أ
الفصل الأول مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي	
المبحث الأول: ماهية مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي	08
المطلب الأول : مفهوم مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي	08
الفرع الأول :تعريف مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي	09
الفرع الثاني : مصدر مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي	14
المطلب الثاني : حالات ودوافع الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي	18
الفرع الأول : حالات العمل بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي	18
الفرع الثاني : دوافع الأخذ بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي	25
المبحث الثاني: تقرير مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي	29
المطلب الأول : موقف الاتفاقات الدولية ومراكز التحكيم الدائمة	29
الفرع الأول : موقف الاتفاقات الدولية	29
الفرع الثاني : موقف مراكز التحكيم الدائمة	34
المطلب الثاني : موقف التشريعات المقارنة والقانون الجزائري	39
الفرع الأول : موقف التشريعات المقارنة	40
الفرع الثاني : التشريع الجزائري	
	43

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي

المبحث الأول: النتائج المباشرة لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي	48
المطلب الأول: عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي:	48
الفرع الأول: موقف الفقه من ارتباط مصير التحكيم بمصير العقد	50
الفرع الثاني تكريس القضاء لرأي الأخذ بالتفرقة بين بطلان العقد وانعدامه	51
الفرع الثالث تكريس المعاهدات الدولية ولوائح التحكيم للاتجاه المؤيد لعدم التفرقة بين البطلان والانعدام	53
المطلب الثاني خضوع اتفاق التحكيم لقانون آخر غير الذي يخضع له العقد الأصلي	55
الفرع الأول: موقف الفقه من إمكانية إخضاع اتفاق التحكيم لقانون غير الذي يخضع له العقد الأصلي	56
الفرع الثاني: تكريس القضاء لرأي الفقه	57
الفرع الثالث: موقف القانون الجزائري من إمكانية إخضاع اتفاق التحكيم لقانون غير الذي يخضع له العقد الأصلي	59
المبحث الثاني: الآثار غير المباشرة المتصلة بمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي عن العقد الأصلي.	61
المطلب الأول: مبدأ الاختصاص بالاختصاص	61
الفرع الأول: اتفاقيات الدولية ومراكز التحكيم	63
الفرع الثاني : التشريعات الوطنية	68
المطلب الثاني: عدم اختصاص قضاء الدولة بالنظر في النزاع	73
الفرع الأول: أساس عدم اختصاص قضاء الدولة بنظر النزاع	75
الفرع الثاني: الحالات التي تبرر تدخل قضاء الدولة دون اختصاصه بحكم النزاع	77
خاتمة	85
قائمة المصادر والمراجع	93
الفهرس	–

الملخص:

يعتبر مبدأ استقلال التحكيم التجاري من المبادئ المعترف بها في مجال التحكيم التجاري الدولي،كونه مبدأ يحمي مصالح الأفراد من خلال عدم تملص أحد أطراف من الالتزامات الملقاة على عاتقه ، واندفع أحد أطرافا لعلاقة العقدية الأصلية بالاحتجاج بعدم صحة اتفاق التحكيم بسبب أن العقد الأصلي تعرض للبطلان أو الانعدام أوال انقضاء والفسخ ،فهذا يجعل مصير اتفاق التحكيم مرتبط بمصير العقد الأصلي، وهذا يتنافى بما جاء به مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، أي أن اتفاق التحكيم يبقى منتجا لكافة آثاره حتى في حالة أن العقد عيب يؤدي إلى بطلانه، احتل مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم مكانة كبيرة في أغلب دول العالم للدور المهم الذي يلعبه فاجمع أغلب الفقه و الاتفاقيات الدولية ومراكز التحكيم وكذا التشريعات الوطنية على أهمية هذا المبدأ وضرورة وجوده في المعاملات التجارية.

لمبدأ استقلالية اتفاق التحكيم اثران اثر مباشر يتمثل فيعدم ارتباط اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي، واثر غير مباشر يتمثل في إمكانية خضوع اتفاق التحكيم لقانون أخر غير ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي.

Abstract :

The principle of independence of the commercial arbitration of recognized principles in international commercial arbitration field, as the principle of protecting the interests of individuals by not evade one of the parties of the incumbent upon obligations and payment of one party to the original nodal relationship to protest the non-validity of the arbitration agreement because the original contract was null and void or lack or expiration and termination, it makes the fate of the arbitration agreement to the fate of the contract is linked to the original, and this is contrary to what was brought by the principle of the independence of the arbitration agreement, that the arbitration agreement remains a product for all of its effects even in the event that the contract defect. Leads to .

Nullity occupied the principle of the independence of the arbitration agreement is a great place in most countries of the world Doralmanm so collect played most of Jurisprudence and international conventions and arbitration centers, as well as national legislation on the importance of this principle and the need for its presence in commercial transactions.

The principle of the independence of the arbitration agreement after the two effects is the lack of a direct link of the arbitration agreement to the fate of the original

contract, and the indirect effect is the possibility of arbitration subject to the law other than that agreement, which is subject to his original contract.