نطاق استقلال اتفاق التحكيم

د. عطية محمد عطية[1]

مقدمة

لا ريب أنّ التحكيم ليس بدعا من القضاء، وإنّما هو أصله نشأ وارتدى ثوبه القشيب وحقّق مراده قبل أن يوجد القضاء، بيد أن التحكيم كأداة لتسوية المنازعات بين الأشخاص له خصوصية قوامها أمران: الأول إرادة المحتكمين، حيث يتفقان على طرح النزاع على شخص معيّن أو أشخاص محدّدين، يفصلون فيه بحكم ملزم لهما، والثاني اعتراف النظام القانوني بتلك الإرادة، ومن هنا فإنّ التحكيم في حالة توافر الأمرين يقف على قدم سواء مع القضاء، بل يفوقه في بعض المنازعات – لا سيما التجارية منها– فهو يعني المرونة، ولذلك فهو يعيش الآن أوج تألقه في ظلّ عقود الاستثمار العابر للحدود.

ويعد التحكيم اتفاقا حقيقيا متكاملا، له أركانه وشروطه، سواء اتخذ شكل شرط أو مشارطة' وإن كان في الثاني أكثر وضوحاً منه في الأول، فالأول بمثابة عقد داخل العقد، ولا مراء في ارتباط اتفاق التحكيم بالاتفاق الأصلي ارتباطا عضويا ووظيفياً حسب الصورة التي تتّخذها[2].

ويبقى التساؤل حول الارتباط القانوني بينهما؟ والإجابة عليه – بطبيعة الحال – لها انعكاسات على سطح العلاقات القانونية، إذ القول بوجود ارتباط قانوني بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي يعني أن بطلان العقد الأصلي يستتبعهُ بالضرورة بطلان اتفاق التحكيم[3]، وبالحتمية فإن القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي يكون هو ذاته الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، وعلى النقيض تماماً، فإن القول بالاستقلال يعني أن بطلان العقد الأصلي لا

---

[1]- عضو هيئة التدريس بكلية القانون بجامعة بنغازي.

[2]- إذا كانت الصورة التي يتخذها التحكيم شرطا فإنه يرتبط بالعقد الأصلي ارتباطا عضوياووظيفياً،أما إذا كانت الصورة التي يتخذها الاتفاق مشارطه فإنه يرتبط بالعقد الأصلي ارتباطا وظيفياً

[3]- راجع د. مصطفى الجمال: ص67.

يؤثر على صحة اتفاق التحكيم، وكذلك لن يوجد ارتباط حتمي بين القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي والقانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم.

لقد اتخذ القضاء الانجليزي في بداية الأمر مسار التبعية، استناداً إلى سابقة قرار مجلس اللوردات عام 1926م، في قضية تتلخص وقائعها في قيام أحد المتعاقدين باستخدام حقه في فسخ العقد، مما حدا بالطرف الآخر أن يطلب تعويضاً دون أن يعترض على اعتبار العقد مفسوخا، فدفع الأول بوجود شرط التحكيم، ذاك الدفع الذي رفضه مجلس اللوردات، مؤسساً ذلك على أنّ الفسخ قد نال العقد برمّته، بما في ذلك شرط التحكيم، وقد عبر عن ذلك اللورد (سميتر) بقوله: "إن شرط التحكيم ليس عنقاء، يمكن أن تعود للحياة بعدما غطاها رماد الموت"[4].

غير أن الرأي قد استقر في الفقه[5] والقضاء[6] على أن اتفاق التحكيم – أيا كانت الصورة التي أقرها شرط أو مشارطة- هو اتفاق مستقل عن العلاقة الأصلية بين الأطراف.

ويقصد باستقلال اتفاق التحكيم[7] انفصال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الذي ورد فيه أو ارتبط به، بحيث ينظر دائما في تقدير صحة اتفاق التحكيم إلى ذات ماهيته، أي من حيث وجوده هو، لا من حيث وجود العقد الأصلي[8]، ومفاد ذلك أنّ اتفاق التحكيم يُشكل عقداً معادلا للعقد الأصلي، فاستقلال اتفاق التحكيم على هذا النحو يعكس نتيجة غاية في الأهمية وهي عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي، لا فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق، ولا فيما يتعلق بوجوده.

---

[4]- د . أحمد عمر بوزقية: أوراق في التحكيم،ص 60-61.

[5]- لقد كرست العديد من المعاهدات الدولية ولوائح هيئات التحكيم الدولية وكذلك التشريعات المنظمة للتحكيم التجاري – على حد ما أعلم – استقلال اتفاق التحكيم. راجع في ذلك تفصيلا د. حفيظة السيد الحداد: ص 13 وما بعدها .

[6]- راجع من القضاء الليبي والقضاء اللاتيني لاستقلال اتفاق التحكيم د. أحمد بوزقية: المرجع السابق، ص 61-62

[7]- د. أحمد عبد الكريم سلامة: ص467 وما بعدها.

[8]- د. أحمد مخلوف: ص 224 .

اشكالية البحث:

الاشكالية التي يطرحها البحث تتجسد في محاولة الإجابة على تساؤل مؤداه هل مبدأ استقلال اتفاق التحكيم يعمل في كل حالات العوار التي تصيب حالات الاتفاق الأصلي أم يقتصر على حالة البطلان فقط؟

منهجية البحث:

اتبع الباحث في سبيله للوصول إلى حل هذه الاشكالية منهج الاستقراء الناقص

خطة البحث:

ينقسم البحث إلى المباحث الآتية:

المبحث الأول:إطلاق مبدأ استقلال اتفاق التحكيم.

المبحث الثاني:تقييد مبدأ استقلال اتفاق التحكيم

المبحث الثالث: رأينا الخاص.

المبحث الأول

إطلاق مبدأ استقلال اتفاق التحكيم

انقسم الفقه القانوني حول تحديد نطاق استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي إلى رأيين، الرأي الأول ذهب إلى إطلاق مبدأ الاستقلال، مستندا إلى حجج عدة، وعليه نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نعرض في المطلب الأول فحوى هذا الرأي، والأسانيد التي استند عليها في مطلب ثانٍ.

المطلب الأول

فحوى إطلاق مبدأ الاستقلال

يرى هذا الرأي أن فحوى مبدأ استقلال اتفاق التحكيم وعدم ارتباطه من ناحية القانون الواجب التطبيق عليه بالعقد الأصلي[9]، كذلك عدم ارتباطه وجودا وعدما بالعقد الأصلي، وأن التحكيم عنده يعني المرونة فإنه لن يحقق فاعليته باعتباره آلية تنصيب قضاء ذاتي خاص، يتلاءم مع مقتضيات التجارة الداخلية والدولية المتسمة بالتطور المستمر، إلا إذا وُضع في مأمن من تعقيدات النظم القانونية والقضائية الداخلية للدول، ولن يتأتى ذلك إلا بالفصل بين مصير اتفاق التحكيم ومصير العقد الأصلي، وعدم تأثر الأول بالآفات القانونية والواقعية التي

---

9 - إن الإيمان بمبدأ ذاتية اتفاق التحكيم يفضي بالضرورة إلى الإيمان بذاتيته فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق عليه، فاتفاق التحكيم يعد جزءً مستقلا عن العقد الأصلي، فللأطراف وأيضا للقضاء الذي يعرض عليه أمر في مسألة وجوده وصحته اخضاعه لقانون يختلف عن ذلك الذي يخضع له العقد، ولعل هذا الأثر لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم أثر فعال لتحقيق الأثر الأول، وإلا لأصبح الأثر الأول فارغ المضمون، فلو اقتصر الأمر على الأثر الأول، وهو عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي، لكان معنى ذلك أنه إذا ورد العقد صحيحا لا بطلان فيه، وكان القانون واجب التطبيق يحظر اتفاق التحكيم أو يجعله باطلا لسبب أو لآخر، فإن هذا الاستقلال لن يحول دون اعتبار اتفاق التحكيم باطلا ، لذلك فإن الأثر الثاني بمثابة طوق النجاة لاتفاق التحكيم الذي ينقذه من البطلان الناشئ عن تطبيق قانون العقد الأصلي. هذا وقد أقر صراحة هذا الأثر مجمع القانون الدولي، في دورة انعقاده بمدينة أمستردام بهولندا 1957م، حيث نصت المادة السادسة من قراره على أن "شرط صحة مشارطة التحكيم وشرط التحكيم لا يخضع بالضرورة لذات القانون المطبق على الرابطة موضوع النزاع"، راجع في هذا النص أحمد عبد الكريم سلامة: ص473.

كما أكدت على ذلك أحكام التحكيم، حيث ذهبت بعض الأحكام إلى القول بأن مصادر القانون الواجبة التطبيق على تحديد نطاق وآثار شرط التحكيم لا تختلط بالضرورة بالقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فإذا كان هذا القانون وقواعده القانونية يمكن في بعض الأحيان أن تتعلق بموضوع النزاع وشرط التحكيم، فإنه من الممكن تماماً أن يكون هذا الأخير محكوما في أحيان أخرى، وبالنظر إلى استقلاله، بمصادر قانونية أخرى خاصة به ومستقلة عن تلك التي تحكم موضوع النزاع. أشار إلى هذا الحكم د.أحمد عبد الكريم: المرجع السابق، نفس الموضع.

كما كرس القضاء الوطني لبعض الدول هذا الأثر في العديد من أحكامه، من ذلك على سبيل المثال حكم محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 31- 3 – 1992م، في سياق ردها على المدعي، والذي ادعى أن محكمة الاستئناف لم تفصل فيما يخص شكل وإثبات شرط التحكيم المدعى به في مسالة القانون الواجب التطبيق على العقد الذي تضمنه،فردت محكمة النقض على ذلك بأنه "ما ينبغي لمحكمة الاستئناف أن تفصل فيما يتعلق بهذه الشروط وإثباتها وفقاً لقانون لا ينطبق عليها، وذلك نظرا لاستقلال هذه الشروط عن العقد الأصلي". وأيضا صدر حكم من محكمة النقض الفرنسية في 14-12-1983م، أبدت بمقتضاه محكمة الاستئناف عدم تطبيق القانون الذي يحكم العقد بصدد تفسير شرط التحكيم الوارد به على نحو ما تمسك به الطاعن، وقررت أن شرط التحكيم في مسائل التحكيم الدولي تتمتع باستقلال قانوني كامل عن العقد المدرج به.– 12– 14 :Cass- civ 1983– rpev. Arb. P 483.

كما رفضت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 26-03-1991م الطعن ببطلان حكم التحكيم المبني على أن المحكمين لم يطبقوا القانون الواجب التطبيق على العقد موضوع النزاع على اتفاق المحكمين، وقضت بأنه "في مجال التحكيم الدولي فإن مبدأ صحة واستقلال شرط التحكيم يكرس استقلال اتفاق التحكيم تجاه الأحكام الموضوعية للعقد المتعلق به". Paris 26 -03- 1991 rev – arb 1991 note hélénegaudement.

قد تلحق بالثاني، كالبطلان أو الفسخ أو الانعدام، وذلك بغض النظر عن الأساس الذي استند إليه في تقرير هذا الاستقلال[10]، وعلى هذا فإن وجود وصحة وسريان اتفاق التحكيم لا يتوقف ولا يتأثر بمصير العقد الأصلي.

وغنيٌ عن البيان أن عدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي رهين بصحة اتفاق التحكيم، وعليه إذا امتد العيب الذي أصاب العقد الأصلي إلى اتفاق التحكيم، كعيب الرضا مثلا، فإن كلاً منهما قد يبطل، وبطلان اتفاق التحكيم في هذه الحالة ليس لكونه تابعاً للعقد الأصلي، وإنما لأن البطلان أصابه في ذاته، ومن ثَّم لا يخل بمبدأ الاستقلال.

فهذا الرأي يرى شمولية مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، فكما يعمل في حال البطلان يعمل كذلك في حال الانعدام، وهذا الرأي ينكر أساسا التفرقة بين فكرة البطلان والانعدام، ويرى أنها لا تقوى على استبعاد استقلال اتفاق التحكيم في حالتي البطلان والانعدام، فزعم أحد أطراف

---

[10]- لقد اختلف الفقه حول الأساس القانوني الذي يقوم عليه مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، فمنهم من أسسه إلى فكرة إنقاص العقد، راجع في عرض هذا الرأي د. أحمد بو زقية، المرجع السابق، ص63. غير أن هذا التأسيس غير مقنع بالقدر الكافي؛ حيث إنّ فحواه يفضي إلى التبعية لا إلى الاستقلال؛ إذ إنه يعتبرها عقدا واحدا، منها جزء صحيح، ومنها جزء باطل، فيظل الصحيح صحيحا والباطل باطلا، فهو لا يخدم بحال فكرة الاستقلال، وإنما يكرس للوحدة.

ومنهم من أسسه على استقلال الاتفاقات الإجرائية عن الاتفاقات الموضوعية، فاستقلال اتفاق التحكيم – وفقا لهذا الرأي – ليس إلا محض تطبيق لاستقلال الاتفاقات الإجرائية عن الاتفاقات الموضوعية التي ينظمها القانون الموضوعي، ومن ثم فإن هناك قاعدتين مستجدتين في المادتين 1447 مرافعات فرنسي والمادة 23 تحكيم مصري ليست سوى تطبيق لقاعدة أعم، مفادها "أنّه لا أثر لبطلان الاتفاق الإجرائي على الاتفاق الموضوعي، أياً كان، ولا أثر لبطلان الاتفاق الموضوعي أو فسخه أو إلغائه على الاتفاق الإجرائي، أيا كان، حتى ولو كان هذا الأخير مجرد شرط في الاتفاق الموضوعي". أحمد حشيش: ص219.فالاتفاقان من وجهة نظر هذا الرأي مستقلان، فلا يعتبر أحدهما أصلا للآخر.

على أننا نرى أن التساؤل حول أساس استقلال اتفاق التحكيم ينفي عنه صفة الاستقلال، فإذا كنا نعترف بأن اتفاق التحكيم له أركانه من رضا ومحل وسبب، وشروطه الخاصة به، فهذا يعني أنّ له ذاتية مستقلة، فعلامَ إذًا نبحث عن أساس الاستقلالية، فاستقلاليته تكمن في ذاتيته، أليس كل عقد له ذاتية مستقلة عن غيره من العقود؟ وهل الأساس في العقود الاستقلال أم التبعية لغيرها؟!

إن هذا السؤال مقلوب، (السؤال عن أساس الاستقلال) إذ البحث دائما حول أساس التبعية، وليس أساس الاستقلال، فاستقلال العقود عن بعضها هو الأصل، فإذا ما قلنا بتبعية عقد لعقد آخر فهنا، وهنا فقط، نبحث عن أساس التبعية، وعليه فإن البحث عن أساس الاستقلال لا محل له؛ إلا إذا افترضنا أن ثمة ارتباط قانوني بين العقد الأصلي واتفاق التحكيم، ولا يتصور هذا الارتباط إلا إذا ذهبنا بالأذهان بعيدا، واعتبرنا أن العقد الأصلي يمثل ركن السبب في اتفاق التحكيم، فهنا، وهنا فقط، من الممكن أن نقول بوجود ارتباط، وفي هذه الحالة نتصور البحث عن أساس الاستقلال، وعلى ما نرى لا مناص لتحطيم هذا الرابط القانوني المفتعل إلا باللجوء إلى استعارة فكرة التصرف المجرد من الفكر الجرماني، والذي ينظر إلى التصرفات نظرة مادية مجردة عن سببها، فالتصرف يكون صحيحا بصرف النظر عن سببه. راجع في فكرة التصرف المجرد د. محمود أبو العافية: ص468. وهذه ليست المرة الأولى التي نستعير فكرة التصرف المجرد من الفكر الجرماني، فقد سبق وأن استعرناها في الإنابة والأوراق التجارية، وعليه ينفصل اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي.راجع تفصيلا في تطور مبدأ استقلال اتفاق التحكيم في التشريع والقضاء الفرنسي وكذلك التشريع والقضاء الأمريكي د. أحمد انعيم الصلاجي: ص 74 وما بعدها

الخصومة التحكيمية عدم وجود اتفاق التحكيم، لعدم وجود العقد الأصلي، وبالتالي رفض الاعتراف للمحكم بالفصل في اختصاصه؛ هذا من شأنه أن يفتح الباب من جديد أمام وسائل احتيالية، وما وجدمبدأ استقلال اتفاق التحكيم إلا لتفاديها.

إنّ مجرد الادعاء بعدم وجود العقد لا يكفي لاستبعاد اختصاص المحكم، فللمحكم أن يفحص الأساس السليم لهذا الادّعاء، ثم إذا ما ثبت بالفعل أنّ العقد الأصلي لا وجود له فيجب عليه بدون شك أن يقضي بعدم اختصاصه، إذا تبين له أنّ هذا الانعدام يلحق أيضاً اتفاق التحكيم، ليس لكونه نتيجة مترتبة على انعدام العقد الأصلي، ولكن لأنّ العوار موجود في اتفاق التحكيم ذاته، أما إذا وجد أن العقد الأصلي منعدم، واتفاق التحكيم صحيح، فإنه يستمر في نظر النزاع.

المطلب الثاني

أسانيد هذا الرأي

استند الرأي القائل بإطلاق مبدأ استقلال اتفاق التحكيم بما ذهبت إليه نصوص بعض اللوائح الخاصة بهيئات تحكيم دولية،ومنها على سبيل المثال:

المادة 16 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي 1985م، والتي تقضي بأنه "ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من العقد الأصلي على أنه اتفاق مستقل عن بنود العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد الأصلي لا يترتب عليه بقوة القانون بطلان شروط التحكيم".

وأيضا المادة 6 فقرة 4 من لائحة التحكيم بغرفة التجارة الدولية، والتي نصّت على أنّه "ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك، فإن الادعاء ببطلان العقد الأصلي، أو الزعم بانعدامه، لا يترتب عليه عدم اختصاص المحكَّم، إذا ارتأى صحة الاتفاق التحكيمي، ويظل المحكَّم حتى في حالة انعدام العقد الأصلي أو بطلانه مختصاً في تحديد حقوق الأطراف والبت فيما يدعونه".

كما نصت المادة21 المعدلة بالمادة 23 لسنة 2010 من قواعد الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (Uncitral) 1 ..... 2 .- تختص هيئة التحكيم بالفصل في وجود أو صحة العقد الذي يكون شرط التحكيم جزءاً منه، وفي حكم المادة 21 يعامل شرط التحكيم، الذي يكون جزءًا من عقد، وينص على إجراء التحكيم وفقا لهذا النظام بوصفه اتفاقا مستقلا عن شروط العقود الأخرى، وكل قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بقوة القانون بطلان شروط التحكيم.

وعلى ذلك، ووفقا لهذه النصوص، فإن أي آفة تصيب العقد الأصلي لا يستتبعها بالضرورة انتقالها إلى اتفاق التحكيم، أيا كان نوع هذه الآفة، فهذه النصوص أكدت أنه لا تفرقة بين البطلان والانعدام، فنطاق مبدأ الاستقلال يشملها باعتبارهما شيئا واحد، فاتفاق التحكيم لا يتأثر إلا إذا أصابته آفة من آفات العقود في ذاته.

المبحث الثاني

تقييد مبدأ استقلال اتفاق التحكيم

وعلى النقيض من الرأي القائل بالإطلاق ذهب جانب آخر من الفقه إلى تقييد مبدأ الاستقلال، وانبرى للرد على حجج الرأي الأول، وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نعرض في المطلب الأول فحوى هذا الرأي، وفي المطلب الثاني تفنيد حجج الرأي الأول.

المطلب الأول

فحوى الرأي

ذهب هذا الرأي إلى القول بأنه إذا كان اتفاق التحكيم لا يتأثر ببطلان العقد الأصلي فإنه –مع ذلك وعلى العكس– يتأثر بمصير هذا العقد في حال انعدامه، بمعنى أن العقد الأصلي إذا كان منعدما فإن اتفاق التحكيم ينعدم هو الآخر بشكل تلقائي، وقد كرست محكمة النقض

الفرنسية هذا الرأي في أحد أحكامها، حيث ذهبت في حكمها الصادر سنة 1990م[11]،إلى أنه في إطار التحكيم الدولي فإن مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم يتقيد بوجود العقد الأصلي الذي تضمن شرط التحكيم التمسك به من حيث الشكل؛ ويتم تقدير هذا الوجود بالضرورة وفقا للقانون الذي تحدده قواعد القانون الدولي الخاص الذي ينطبق على شكل العقد الأصلي، وبهذه المثابة يكون حكم محكمة النقض الفرنسية قد كرس التفرقة بين الانعدام والبطلان، ومن ثم فإن اتفاق التحكيم لن يكون له وجود إذا كان العقد المتضمن لهذا الاتفاق لا وجود له هو الآخر[12].

إن انعدام الاتفاق الأصلي يفترض الغياب الكامل لرضاء الأطراف، وهذا الغياب يشمل كلاً من اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، وهذا التصور –وفقاً لهذا الرأي– يتفق مع الواقع والمنطق، حيث إنّه من غير المقبول أن يكون الأطراف قد اتفقوا على اللجوء للتحكيم للفصل في المنازعات الناشئة عن عقد لم يتم التراضي عليه أساسا، ومن ثم فإن انعدام التراضي يؤدي حتما إلى عدم وجود العقد، وكذلك اتفاق التحكيم الذي يتضمنه، وعلى العكس تماما في الحالة التي يكون فيها العقد مشوباً بالبطلان، حيث إن بطلان العقد لا يؤدي بالضرورة إلى بطلان اتفاق التحكيم المتعلق به، وبناء عليه فإن نطاق مبدأ الاستقلال لا يمكن الأخذ به إلا في حالة بطلان العقد دون حالة الانعدام[13].

---

[11]- حفيظة الحداد: ص cass civ :1990/07/ 10N 855Rev . arb. 1990.44

[12]- د. حفيظة الحداد: ص44-45.

[13]- د. سراج حسن أبو زيد: ص 218

المطلب الثاني

تفنيد حجج الرأي الأول

انبرى أنصار هذا الرأي[14] للرد على حجج الرأي الأول، بالقول إن الذي يرفض التفرقة بين الانعدام والبطلان قد ربط ربطا لا يقبل التجزئة بين مبدأين مستقلين، هما: مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه (مبدأ الاختصاص بالاختصاص)، ومبدأ استقلال اتفاق التحكيم، وهو مالا يمكن الأخذ به. فالأول مفاده أنه إذا أثير دفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم في نظر النزاع فإن لهذه الهيئة سلطة الفصل في هذا الدفع، وهي التي تقرر ما إذا كانت مختصة بنظر النزاع من عدمه، بينما الثاني مفاده أن اتفاق التحكيم يظل قائما ومنتجا لكافة آثاره بالرغم من بطلان العقد أو فسخه أو انقضائه، بمعنى أن يظل الأطراف ملزمين باللجوء للتحكيم ويكون للمحكمين الاختصاص بالفصل في النزاع على الرغم من بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو انقضائه.

وعلى ذلك يمكن القول بعدم وجود تلازم أو ارتباط بين كل من هذين المبدأين، وعليه، فتقرير مبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه لا يستفاد منه الأخذ بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم، كما أن تقرير مبدأ استقلال اتفاق التحكيم لا يعني الأخذ في نفس الوقت بمبدأ اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه، فالهدف من تقرير مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، وعدم تأثره بما قد يلحق بالعقد الأصلي من بطلان، ليس تقرير اختصاص المحكم بالفصل في اختصاصه، بل تقرير اختصاص المحكم بالفصل في النزاع الناشئ عن العقد الأصلي والمطروح على هيئة التحكيم، وذلك بالدفع بعدم وجود اتفاق التحكيم ذاته، أو بطلانه، أو بالدفع بعدم وجود العقد الأصلي أو بطلانه، مع تسليمه بأن المحكم هو المختص بالفصل في اختصاصه.

---

[14]- المصدر السابق: ص 222 وما بعدها.

ويستطرد هذا الرأي قائلاً: "أما ما ذهب إليه بعض الفقهاء من القول بأن هذه التفرقة بين حالة انعدام العقد وحالة بطلانه قد رفضتها صراحة الاتفاقية الأوروبية بشأن التحكيم الدولي 1961م، والقانون النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 1985م، ولائحة التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية، فهو قول لا يمكن التسليم به، فالاتفاقية الأوربية لم تتعرض على الأقل صراحة لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، ولا للآثار المترتبة عليه، حتى يمكن القول بأن الاتفاقية الأوربية ترفض التفرقة بين الانعدام والبطلان"[15].

أما بالنسبة للوائح التحكيم فإن لائحة التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 1976م، وكذلك القانون النموذجي الصادر عن نفس اللجنة 1985م قد أشارت صراحة إلى عدم تأثر اتفاق التحكيم ببطلان العقد الأصلي، ولم تُشر إلى حالة الانعدام، ومن ثم يمكن القول – وعلى خلاف ما ذهب إليه أصحاب الرأي القائل بالوحدة بين البطلان والانعدام–إن هذه اللائحة وكذلك القانون النموذجي يُقران باستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في حالة بطلان هذا الأخير دون حالة انعدامه، وذلك استنادا إلى إغفالها حالة الانعدام، وإذا كان من غير الممكن أن نستخلص من إغفال حالة الانعدام أنهما لا يأخذان باستقلال اتفاق التحكيم في هذه الحالة، فعلى الأقل من غير الممكن القول بأنهما قد رفضا الأخذ بالتفرقة بين حالة انعدام العقد وحالة البطلان[16].

أما بالنسبة للائحة التحكيم النافذة لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم منذ عام 1992 فإنها قد اكتفت بالنص على استقلال اتفاق التحكيم دون النص صراحة على الآثار التي تترتب على هذا المبدأ، حتى يمكن القول أنها تقرر استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في حالة انعدامه[17].

---

[15]- د. سراج حسن أبو زيد: ص220.

[16]- المصدر السابق: ص222.

[17]- المرجع السابق: ص223.

ولا يستثنى من ذلك إلا لائحة التحكيم النافذة لدى غرفة التجارة الدولية بباريس، فهي الوحيدة التي لم تميز بين حالة البطلان والانعدام، حيث نصت صراحة على أن يظل المحكّم مختصاً حتى في حالة عدم وجود عقد أو بطلانه، وبالتالي يمكن أن يستخلص من ذلك أنها قد أقرت مبدأ الاستقلال في كلتا الحالتين[18].

وإذا توجهنا ناحية القوانين الوطنية، المتعلقة بالتحكيم يبدو لنا – ولا يزال الرد مستطردا- أنها تناصر التمييز بين حالة بطلان العقد وانعدامه، فالقانون المصري قد أشار صراحة إلى عدم تأثر اتفاق التحكيم بما قد يلحق العقد الأصلي من بطلان أو فسخ أو انقضاء، دون أن يشير إلى حالة انعدام العقد من أساسه، وفي نفس هذا الاتجاه القانون الجزائري والإسباني والسويسري، حيث أشارت هذه القوانين صراحة إلى عدم تأثر اتفاق التحكيم بعدم صحة العقد الأصلي أو بطلانه، دون أن تشير إلى حالة الانعدام[19].

المبحث الثالث

رأينا الخاص

بعد استعراض الرأيين السابقين حول نطاق مبدأ استقلال اتفاق التحكيم فإننا نرى أنه يجب بحث هذه المسألة في إطار القواعد العامة للاتفاقات، لا سيما المتعلقة منها بالتفرقة بين الانعدام والبطلان، بحسبانها المرتكز الأساسي للقائلين بتقييد مبدأ الاستقلال، ولكن هل يقبل الفقه نظر المسألة في إطار القواعد العامة للاتفاقات؟

هذا يقتضي منا أن نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نستعرض في المطلب الأول مدى امكانية طرح المسألة في إطار القواعد العامة للعقود، ونتناول في المطلب الثاني تحديد النطاق في إطار القواعد العامة.

---

[18]- المرجع السابق: ص223.

[19]- يشير المعترض على الرأي الثاني إلى نص المادة 23 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994م .

المطلب الأول

مدى امكانية طرح المسألة في إطار القواعد العامة للعقود

بعض الفقه يعترض على عرض مسائل التحكيم على قواعد القانون المدني[20]، بحسبان أن اتفاق التحكيم والقواعد العامة للاتفاقات متباعدتان تباعداً واضحاً، ذلك أنّ التصور النموذجي الذي تنبني عليه القواعد العامة للاتفاقات إنما هي علاقات ذات مضمون التزامي، أي تفرض التزامات متبادلة فورية التنفيذ، والحال أنّ اتفاق التحكيم لا يتطابق تماما مع هذا النموذج، فهو لا يحقق أي تبادل مضمونه التزامي؛ إن لم يكن معدوماً فهو على الأقل هامشي، فهدف اتفاق التحكيم ليس تنظيم الحاضر والمستقبل الاحتمالي، ولكن تنظيم مستقبل احتمالي، فالتباين إذًا بين النموذجين جلي، ورد الفعل المباشر لهذا التباين هو استبعاد الحلول التي وضعتها القواعد العامة للاتفاقات، فبالرغم من مرونتها إلا أنها لا تتناسب ولا تكفي لاتفاق التحكيم، لهذا يجب استبعادها واستبدالها بحلول خاصة.

وهنا تبدو الحلول المستقاة من مبدأ ذاتية اتفاق التحكيم، ذلك أن التحكيم التجاري –لا سيما الدولي منه– تمشياً مع مقتضيات التجارة الدولية يتعطش للحلول الخارجة عن القواعد العامة، فنضوب القواعد العامة وشيخوختها يُسرِّع من فقدها التأثير كلما تعلق الأمر بحاجات خاصة. ولما كان التحكيم مغمورا بالنفعية؛ مهتما بالفاعلية، وبفضل القواعد المعدة له خصيصاً فهو –من حيث المبدأ– يتجه إلى تحوير القواعد العامة[21].

ويستنكر بعض أنصار وجهة النظر هذه[22] وتصوير اتفاق التحكيم على أنه قابل للخضوع لنظام العقد الموضوعي (قواعد القانون المدني)، وتقرر أنه تصور يتعارض تمامًا مع طبيعة اتفاق التحكيم، فاتفاقات التحكيم اتفاقات إجرائية تؤمها قواعد قانون المرافعات، بينما

---

[20]- سلفان بولي: ص 917.

[21]- سلفان بولي: ص3.

[22]- د. أحمد حشيش: ص 217 وما بعدها

العقود الموضوعية تؤمها قواعد القانون المدني، وعلى ذلك فتصوير اتفاق التحكيم بأنه قابل للخضوع لقواعد بطلان العقود في القانون المدني –وفقاً لهذا الرأي- أمرٌ في غير محله.

فبطلان العقود وفقاً للقانون المدني بطلان موضوعي، وبالتالي فإن التمسك به يُعدُ دفعاً موضوعيا، يجوز إبداؤه في أي حالة تكون عليها الدعوى، بل ويجوز التمسك به بطريق الدعوى المبتدأة، ولكن ليس هو نظام التمسك ببطلان اتفاق التحكيم أمام المحكم؛ حيث يندرج التمسك بهذا البطلان تحت الدفع بعدم اختصاص المحكم، سواء تعلق الدفع ببطلان أو إبطال اتفاق التحكيم، وهذا الدفع مقيد بقيد زمني[23].

غير أنّنا لا نسلم بوجهة النظر هذه من عدة نواحٍ: فمن ناحية نتساءل هل بحق نال مرور الزمن بما احتواه من تطور اجتماعي وتقني ومعرفي من الأسس الفلسفية العامة، ومن الركائز القانونية الخاصة التي بُني عليها القانون المدني؟

إنّ رصد الواقع القانوني، وما أحاط به من إطار ثقافي، ورصد المصالح الاجتماعية التي جاء القانون المدني لحمايتها، عروجاً على تطور هذه المصالح، وما يتبعها من تطور للقيم والأفكار وانعكاساتها على الواقع القانوني المعاصر وارتباطه بالواقع الاجتماعي، لا يمكن لمنصفٍ بعده أن ينكر أنّ بعض قواعد القانون المدني قد ظهر عليها آثار الزمن، ودبت الشيخوخة فيها، وثقلت خطواتها عن ملاحقة تطورات الواقع الاجتماعي في بعض مناحيه، إلا أنه وعلى الجانب الآخر ليس لمنصفٍ كذلك أن ينكر أنّ الأسس العامة للقانون المدني لا زالت راسخة، وعليه لا تُسَوغ شيخوخة بعض قواعد القانون المدني أن نولي وجوهنا عن قبلته، قبلة العلاقات القانونية ذات الطابع الخاص، وإنما - فقط - علينا أن نحور الجزئيات التي لا تلائم التطور بما يتلاءم مع الواقع الجديد مع المحافظة على الثوابت.

---

[23]- المرجع السابق: ص218.

ومن ناحية أخرى فإن القول بالتباين بين اتفاق التحكيم والقواعد العامة للاتفاقات مبناه أن اتفاق التحكيم ليس ذا مضمون التزامي، وتسفيه الأثر المترتب على اتفاق التحكيم باعتباره من قبيل التصنع قول ينطوي على إنكار جدية آثار اتفاق التحكيم من الناحيتين الموضوعية والإجرائية[24].

فمن الناحية الموضوعية اتفاق التحكيم يتمتع بالقوة الملزمة للعقد، فأطراف العلاقة التحكيمية يحكمهم مبدأ القوة الملزمة للعقد، إذ أنّه بات من المبادئ المستقرة في العقود الدولية، ولا يوجد في اللحظة الراهنة –على حد تعبير البعض- أي صعوبة بالاعتراف لاتفاق التحكيم بهذا المبدأ[25].

ولا تختلف القوة الملزمة في اتفاق التحكيم، باعتباره اتفاقا عن القوة الملزمة في سائر الاتفاقات الأخرى، ولما كان الأثر الجوهري لهذا الاتفاق هو التزام أطرافه بطرح النزاع على التحكيم، والامتناع عن اللجوء لقضاء الدولة الرسمي؛ فإن مقتضى ذلك أن هناك التزاما بتحقيق نتيجة على عاتق كلٍ من طرفي التحكيم، وهو ضرورة قيام كلٍّ منهما بالمساهمة في اتخاذ إجراءات التحكيم، والامتناع عن عرضه على قضاء الدولة الرسمي، ولا يستطيع أحد طرفي الاتفاق التخلص منه بإرادته المنفردة، وإن حاول أمكن إجباره على تنفيذ التزامه تنفيذا عينياً، وذلك بإجباره بتعيين محكم وتقديم مستنداته وبدء إجراءات التحكيم، فإذا امتنع عن التعيين لجأ الطرف الآخر إلى المحكمة أو السلطة للقيام بعمل الخصم المتقاعس، وهذا هو مقتضى التنفيذ العيني[26]، كما حدث في قضية شركة (تاكسكو) مع الحكومة الليبية، حيث امتنعت الحكومة الليبية عن تعيين محكم، مخلةً باتفاقها مع الشركة المذكورة، فلجأت الأخيرة إلى محكمة العدل الدولية، والتي بدورها عينت محكماً فردا، والذي فصل في النزاع[27].

---

[24]- سلفان بولي: ص3.

[25]- Gaillarde (Emmannual) ; Arbitrage commercial international . 586-8-1. Broce .civ . fasc 1068-1. مشار إليه لدى د. حفيظ الحداد:ص111 في الهامش.

[26]- د. أحمد عبد الكريم سلامة: ص 440.

[27]- راجع تفصيلا هذه القضية عند د . أحمد بوزقية: ص 211.

وقد أيد المضمون الالتزامي لاتفاق التحكيم نص المادة 25 من اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى، والتي نصت على أنه: "إذا اتفق طرفا النزاع كتابة على إحالة أي خلافات قانونية تنشأ مباشرة عن استثمار بين دولة متعاقدة وبين رعايا لدول أخرى متعاقدة إلى المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بطريق التحكيم أو بأي طريق آخر، فإنه لا يجوز لأي من الطرفين أن يسحب الموافقة دون قبول من الطرف الآخر"[28].

بل إن البعض قد ذهب إلى أبعد من ذلك[29]، حيث اعتبر أن القانون الأجنبي الذي لا يعترف بالقوة الملزمة لاتفاق التحكيم لن تكون له – من وجهة نظر القانون الفرنسي– أي فرصة للتطبيق، والبعض منهم ذهب إلى اعتباره قاعدة مادية من قواعد القانون الفرنسي.

وإلى جانب الأثر الموضوعي يوجد الأثر الإجرائي، وهو يقتضي أمرين: الأول عدم طرح النزاع على قضاء الدولة الرسمي، والثاني ثبوت الاختصاص لقضاء التحكيم.

وعليه يتضح أن اتفاق التحكيم يتمتع بمضمون التزامي، لا يمكن إنكاره أو التعامل معه باستخفاف.

ومن ناحية ثالثة فإن القول بعدم امكانية اخضاع اتفاق التحكيم لقواعد القانون المدني، نظراً لاختلاف طبيعة كل منهما؛ حيث إن الأولى ذات طبيعة إجرائية، والثانية ذات طبيعة موضوعية (لا سيما أحكام البطلان)، يدفعنا للقول: إن تكوين أي اتفاق، أيا كانت طبيعته، يخضع للأحكام العامة للعقود، لا سيما من حيث الرضا والمحل والسبب، والاتفاقات الإجرائية من هذه الناحية شأنها شأن أي اتفاق؛ إنما تتجسد خصوصيتها في موضوعها (محلها)، حيث إنّ محلها ينصبّ على أمر إجرائي؛ وحتى في هذا الإطار يخضع المحل لشروط محل أي اتفاق، من امكان ووجود أو إمكانية وجود،وتعيين أو قابلية للتعيين، ومشروعية.

---

[28]- راجع Gaillarde (Emmannual) ; Arbitrage commercial international . 586-8-1. Broce .civ . fasc 1068-1. أيضا نصوص الاتفاقية في الجريدة الرسمية المصرية، عدد45، -الصادر في 11-11-1971.

[29]- Gaillarde (Emmannual) ; Arbitrage commercial international . 586-8-1. Broce .civ . fasc 1068-1.

فلو تساءلنا عن مدى جواز الاتفاق على التحكيم في منازعات لا يجوز التحكيم فيها فإن الجواب يكون بالقطع ببطلان هذا الاتفاق، نظرا لعدم مشروعية محله، وكذلك أيضا فإن هذا القول فيه خلط بين تكوين الاتفاق وترتيبه لآثاره والتمسك به، فالبطلان شيء، والتمسك به شيء آخر، فكل الاتفاقات، أياً كانت طبيعتها بما فيها الاتفاقات الإجرائية، هي أولاً وأخيرا اتفاقات تخضع في تكوينها للقواعد العامة، فالاتفاق الإجرائي موضوعي التكوين إجرائي الأثر، والبطلان متعلق بالجانب الموضوعي للاتفاق، أيا كان الاتفاق، فلماذا إذا نستبعد وجود البطلان وفقاً لقواعد القانون المدني؟وعليه فإن تحديد نطاق مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي يكون في إطار النظرية العامة لتكوين العقود.

المطلب الثاني

تحديد النطاق في إطار القواعد العامة

بعد أن انتهينا إلى امكانية نظر المسألة في إطار القواعد العامة التي تحكم الاتفاقات في إطار القانون الخاص، فإننا نرى شمول مبدأ استقلال اتفاق التحكيم لكل حالات العوار التي تصيب العقد الأصلي (انعدام- بطلان- فسخ)، ذلك أننا نرى أنّه لا فرق بين البطلان والانعدام، فقد استنكر الفقه هذه التفرقة، وهذه التفرقة لم تكن إلا بدعة من ثلة من الفقه التقليدي الفرنسي، والتي عمدت إلى إضافة الانعدام كمعول هدم ثالث إلى جانب البطلان المطلق والبطلان النسبي، وما فعلوا ذلك إلا حيلة، ليخرجوا من مأزق واقعي، لم يجدوا ملاذ قانونيا إلا بافتراض فكرة الانعدام، فهي لم تكن موجودة أصلا في القانون الروماني، والعقد يكون عندهم منعدما إذا كان ينقصه أحد أركانه الأساسية كالتراضي والمحل والسبب، ويكون باطلا بطلانا مطلقا إذا وجد الركن ولكنّه اختل شرط من شروطه، كشرط المشروعية في المحل أو السبب[30].

ففكرة الانعدام لم تكن موجودة في القانون الروماني، ولا في القانون الفرنسي القديم، ولا وجود لها في مجموعة نابليون، ولكن ابتدعها الفقه الفرنسي اللاحق لتلك المجموعة، وأول

[30]- راجع تفصيلا د.محمد علي عبده: ص 137 وما بعدها.

ما ثارت مسألة الانعدام في فرنسا كانت بمناسبة زواج أبرم بين شخصين من جنس واحد، فمثل هذا الزواج لا يتصور أن ينتج أثرا، فكان لا بد من أن يقضى ببطلانه، إلا أنّه كانت توجد قاعدة قديمة مفادها "أنّه في مواد الزواج لا بطلان إلا بنصّ"، ثم إنّه لا يوجد في القانون الفرنسي آنذاك نص يحرم الزواج بين شخصين من جنس واحد، وللخروج من هذا المأزق قال الفقه الفرنسي إن العقد هنا منعدم، وليس مجرد عقد باطل، ومن ثم لا حاجة إلى نص يقضي بالبطلان[31].

غير أن غالبية الفقه الحديث ذهبوا إلى إنكار فكرة الانعدام كفكرة مستقلة عن البطلان المطلق، وهاجموها بالآتي:

1-إن فكرة الانعدام غير محددة، وأنصارها لم يستطيعوا أن يحددوا معيارا واضحا لما يعد انعداما وما يعد بطلانا، أو حتى يحدّدوا حالتها.

2-أنها فكرة عقيمة لا فائدة لها، فلا توجد فوائد حقيقية تميّزها عن البطلان المطلق[32].

فلا فرق بين انعدام العقد وبطلانه بطلانا مطلقا، ففي الحالتين لا يرتب العقد أثرا بوصفه عملا قانونيا، فأحكام البطلان المطلق هي عينها أحكام العقد المنعدم[33]، كما نُعِيَ على التمييز بين الانعدام والبطلان المطلق أنه يصطدم بالمنطق، إذ العقد الباطل بطلاناً مطلقا ليس له وجود قانوني، فهو يستوي في الانعدام مع العقد المنعدم، ولا يمكن أن يقال إنّ العقد المنعدم أشدّ انعداما مع العقد الباطل بطلانا مطلقاً، إذ لا تفاوت في العدم[34].

---

[31]- د. عبد الرازق السنهوري: ج1، ص 489، د. محسن عبد الحميد البيه: ص304 وما بعدها.

[32]- د. فتحي عبد الرحيم عبد الله: ج1، ص 183.

[33]-وقد قضت محكمة النقض المصرية أن المشرع لم يرد على ما أفصحت به المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني محلا للتفرقة بين العقد الباطل بطلانا مطلقا والعقد المعدوم، على أساس أن البطلان المطلق يرجع إلى تخلف ركن من أركان العقد في حكم الواقع، والقانون يحول دون انعقاده أو وجوده،ويستتبع اعتبار العقد معدوما إذ قد كان المشروع استبدال عبارة (لا ينعقد)المقابلة لها في المشروع التمهيدي، إلا أن ذلك لم يكن يعدو –وعلى ما جاء في الأعمال التحضيرية لهذا القانون– مجرد تعديل لفظي في صياغة النص، لم يقصد منه الخروج عن التقسيم الثنائي البطلان. راجع حكم محكمة النقض المصرية: 21-4-1973م – مجموعة أحكام محكمة النقض، س24 ، رقم 115، ص 649 .

[34]- د. عبد الرزاق السنهوري: ج1، ص489 وما بعدها، د. فتحي عبد الرحيم: ص183.

ونستخلص من ذلك أن غالبية الفقه الحديث يستنكر التفرقة بين البطلان المطلق والانعدام،وحتى من قال بالتفرقة لم يفرق بين البطلان والانعدام، وإنما صوّر الانعدام على أنه أحد صور البطلان.

وعليه فإن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم وعدم ارتباط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد يعمل في البطلان والانعدام معا، باعتبار أنهما مصطلحان مترادفان، وإذا ما وصلنا إلى أنهما مصطلحان مترادفان، فإن ذلك يعني أنّ من قال بالتقييد يكون على غير أساس؛ حيث إنّ مرتكزه الأساسي التفرقة بين المصطلحين، وهذا ما لم يقره الفقه الحديث وفقا لما سبق.

وبخصوص الاستناد للمادة 16 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي والمادة 21 والمعدلة بالمادة 23 لسنة 2010 من قواعد الأمم المتحدة للتحكيم التجاري الدولي (اليونسترال) واللتان نصتا على البطلان دون الانعدام، فهذا لا يعني أنهما ينظران إليهما نظرة ثنائية، فمن قال بثنائية المصطلحين، وكما سبق هم ثلة من الفقه التقليدي، والمسألة ليست محل إجماع، ولذلك فمن المتصور أن يكون واضعو النّصّين ممن يتبنون الوحدة، ومن ثم فإنّ استخدامهما للبطلان يشمل معه الانعدام، لا سيما وأنّ من فرق لم يفرق بين البطلان والانعدام، وإنما فرق بين البطلان المطلق والانعدام، باعتبار أن الانعدام أحد أنواع البطلان، وبناء عليه فإن النص على البطلان يشمل في ثناياه الانعدام، فالنص على الكل يشمل معه الجزء.

وعليه فإنه وفقا للقواعد العامة فإن الاستقلال يشمل البطلان بمفهومه الواسع (المطلق والمعدوم)، لأن التفسير الضيق للمصطلح المستخدم في النصوص سالفة الذكر يحمّلها أكثر مما تحتمل، ويخرج بها عن المعنى المقصود.

وبالنسبة للحجة الخاصة بحكم محكمة النقض الفرنسية فإن الحكم المشار إليه ليس فيه إطلاقا ما يكرس للتفرقة بين الانعدام والبطلان، كذلك فإن القول بأن انعدام العقد الأصلي يفترض الغياب الكامل لاتفاق الأطراف، وهذا الغياب يشمل اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، فإنّه يمكن الرد على هذه الحجة بالقول أننا لو سلمنا جدلا بصحتها فإنّ ذلك يمكن أن يُقبل إذا اتخذ

اتفاق التحكيم صورة الشرط الوارد في صلب العقد الأصلي، فكيف نفسره إذا اتخذ الاتفاق صورة شرط في سند مستقل عن سند العقد الأصلي، أو اتخذ صورة مشارطة التحكيم؟!!

الخاتمة

لئن كان اتفاق التحكيم يمثل انعكاسا تاما لمبدأ سلطان الإرادة، والذي يعطي للأطراف، بإقرار من النظام القانوني، القدرة على سلب النزاع من ولاية القضاء، ومنحه لأشخاص يختارونهم، فإن هذا الاتفاق اتفاق متكامل له ذاتيته المستقلة عن العقد الذي أدرج به، فله أركانه الخاصة به، فرضاه مستقل، ومحله مستقل، وسببه مستقل، فاتفاق التحكيم له ذاتيته بأركانه وشروطه، ولا يضار من أي آفة تصيب العقد الأصلي، إذ لم يوجد إلا ليظهر الآفات التي تصيب العقد الأصلي، أو يؤكد عدم وجود آفات فيه، وينبغي ألا يجهد الفقه القانوني نفسه حول البحث في أساس استقلال اتفاق التحكيم، إذ أن البحث عن أساسه يعد مطعناً فيه، فاستقلاليته كامنة في ذاتيته بأركانه وشروطه المستقلة، والمفترض أنّ العلاقة بين العقود علاقة استقلال لا علاقة تبعية، وإنما البحث يكون عن أساس التبعية، إن وجدت، لا عن أساس الاستقلال.

لمّا كان ذلك كذلك فإن اتفاق التحكيم لا يتأثر ببطلان العقد الأصلي أو انعدامه، ذلك أنّ الانعدام جزء من البطلان، واعتبار البطلان شيئا والانعدام شيئا آخر، وبالتالي فإن الاستقلال يعمل في البطلان دون الانعدام، أمر مجافٍ للمستقر عليه قانونا وفقا للقواعد العامة في الاتفاقات، والتي تقبل التطبيق على قواعد التحكيم.

وعليه فإننا ننتهي إلى أن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم واسع النطاق، يشمل استقلاليته عن العقد الأصلي في كل حالات العقد الأصلي من صحة أو بطلان بمعناه الواسع (البطلان المطلق والانعدام) والفسخ .... إلخ، وبالتالي يجب تفسير نصوص لوائح التحكيم المختلفة والمعاهدات الدولية التي تناولت مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، وكذلك أحكام المحكَّمين، والنصوص الداخلية في التشريعات الوطنية في هذا الإطار، ولا ينبغي تحميلها أكثر ممّا تحتمل، فمصطلح البطلان الوارد في كلّ ما ذكر إنّما يصرف إلى المعنيين باعتبارهما شيئا واحدا.

والله من وراء القصد.....

قائمة المراجع

1- د. أحمد عبد الكريم سلامة: قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، ط1، 2004م، القاهرة، دار النهضة العربية.

2- د. أحمد عمر بوزقية: أوراق في التحكيم، ط1، 2003م، بنغازي، منشورات جامعة قاريونس.

3- د. أحمد انعيم الصلاجي: النظام القانوني للتحكيم التجاري الدولي دراسة مقارنة، ط1، 1994م، صنعاء، مركز الدراسات والبحوث اليمني، منشورات المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع.

4- د. أحمد مخلوف: مفهوم استقلال شرط التحكيم في عقود التجارة الدولية، دراسة قانونية في التحكيم الدولي، 2002 م، القاهرة، دار النهضة العربية

5- أحمد حشيش: طبيعة المهمة التحكيمية، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي

6- د. حفيظة السيد الحداد: الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، 2011م، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي

7- د. سراج حسن أبو زيد: التحكيم في عقود البترول، 2004م، القاهرة، دار النهضة العربية.

8- سلفان بولي: شرط التحكيم والقواعد العامة للاتفاقات، مجلة التحكيم، 2005م، ترجمة د. أحمد بوزقية، بنغازي،محاضرات مقررة على طلبة الدراسات العليا بكلية الحقوق بجامعة بنغازي سنة 2010م.

9- د. عبد الرازق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني – نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الالتزام، القاهرة، دار إحياء التراث العربي.

10- د. فتحي عبد الرحيم عبد الله: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول مصادر الالتزام ،الجزء الأول العقد والإرادة المنفردة، 1999م، المنصورة،مكتبة الجلاء الجديدة.

11-د. محسن عبد الحميد البيه: النظرية العامة للالتزامات – المصادر الإرادية، المنصورة، مكتبة الجلاء.

12- د. محمد علي عبده: دور الشكل في العقود – دراسة مقارنة، 2007م، بيروت، منشورات زين الحقوقية.

13-د. محمود أبو العافية: التصرف القانوني المجرد، ط1، 1954م، القاهرة، دار النهضة العربية.

14- د. مصطفى الجمال: امتداد شرط التحكيم خارج الإطار التقليدي للعقد المتعلق به، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، العدد7، 2011م.

كلية القانون – جامعة بنغازي - Faculty Of Law Benghazi university
مجلة دراسات قانونية
2018