الاتجاهات القانونية الحديثة بشأن استقلال اتفاق التحكيم في مسائل التجارة الدولية "دراسة مقارنة"

الدكتور/ يوسف محمد محمود شندي
كلية الحقوق - الجامعة العربية الأمريكية
فلسطين

ملخص:

تناولت الدراسة الاتجاهات القانونية الحديثة بشأن قاعدة استقلال اتفاق التحكيم في عدد من الأنظمة القانونية وفي الفقه والقضاء، خصوصاً المتعلقة بمفهوم قاعدة الاستقلال. وقد تبين لنا خلالها وجود مفهومين لتلك القاعدة: مفهوم تقليدي يتمثل في عدم ربط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي في حال بطلان أو فسخ أو انقضاء هذا الأخير، ومفهوم حديث يتمثل في الاعتراف باستقلال اتفاق التحكيم باعتباره قاعدة موضوعية من قواعد التحكيم التجاري الدولي.

فعلى الرغم من سعي كلا المفهومين لتحقيق هدف واحد، وهو ضمان إعمال اتفاق التحكيم إلى أقصى حد ممكن، لا سيما في مجال التحكيم التجاري الدولي، حتى لو كان العقد الأصلي باطلاً أو مفسوخاً أو منقضياً، وبمعزل عن تعقيدات القوانين الوطنية للدول، وعن محاولات الأطراف التهرب من إعمال اتفاق التحكيم المبرم بينهم، فإن كل من المفهومين يثير العديد من التساؤلات والإشكاليات القانونية والعملية المستقلة، وقد حاولت هذه الدراسة الوقوف على معظمها، وإبراز أهم الاتجاهات الحديثة بشأنها، خصوصاً المتعلقة بنطاق تطبيق وقيود كل منهما.

مقدمة:

لا ينكر أحد في الوقت الحاضر الدور الأساسي الذي يؤديه التحكيم في حسم المنازعات، خصوصاً في مجال التجارة الدولية، فلا يكاد يخلو أي عقد دولي حالياً من اتفاق تحكيم. ويعود اختيار التحكيم كوسيلة بديلة لحل منازعات التجارة الدولية إلى عدة أسباب، أهمها: الحرية الكبيرة التي يتمتع بها الأطراف في مجال التحكيم الدولي، والتي يعجز عن توفيرها أي نظام قانوني وطني مهما بلغت درجة حداثته وتطوره، ويظهر ذلك جلياً من خلال حرية الأطراف في تحديد نوع التحكيم بأن يكون فردياً أو مؤسسياً، وفي تعيين هيئة التحكيم، وفي تحديد معظم القواعد الموضوعية والإجرائية التي تحكم عملية التحكيم منذ بدايتها وحتى نهايتها، هذا بالإضافة إلى رغبة المتعاملين بمجال التجارة الدولية في تكوين بيئة خاصة بهم، بعيداً عن تعقيدات القوانين والأنظمة القضائية للدول، ومحاولة ترسيخ واتباع قواعد خاصة بهم تتناسب

بشكل أفضل مع متطلبات وحاجات التجارة الدولية، وما تقتضيه من سرعة ومرونة وتخصص في إبرام العقود وتنفيذها، ويتبع ذلك أن التحكيم يأخذ بعين الاعتبار الأعراف والعادات السائدة في مجال التجارة الدولية أكثر من القضاء الوطني للدول.

والتحكيم سواء أكان دولياً أم داخلياً، يقوم على اتفاق؛ ويأتي في العادة على شكل شرط تحكيم وارد في العقد الأصلي أو في اتفاق منفصل، يقضي بحسم جميع أو بعض المنازعات التي قد تنشأ عن إبرام أو تفسير أو تنفيذ هذا العقد عن طريق التحكيم، وقد يأتي في حالات قليلة على شكل مشارطة تحكيم، بحيث يتفق الأطراف بعد نشوء النزاع على حسمه عن طريق التحكيم.

غير أن هذا الطابع الاتفاقي للتحكيم، قد يثير بعض الإشكاليات المتعلقة بصحة العقد الأصلي أو بصحة اتفاق التحكيم؛ فقد يلحق بأحدهما أو كليهما عيب أو سبب يستدعي بطلانه أو فسخه أو انقضائه، فالسؤال الذي يثور بهذا الصدد هو، ما مصير اتفاق التحكيم في حال بطلان أو فسخ أو انقضاء العقد الأصلي المدرج به اتفاق التحكيم أو المرتبط به؟ فلو كان العقد الأصلي باطلاً أو مفسوخاً أو منقضياً لأي سبب كان، فهل يمتد أثر هذا البطلان أو الفسخ أو الانقضاء إلى اتفاق التحكيم أيضاً، بحيث يصبح هذا الاتفاق بدوره باطلاً أو مفسوخاً أو منقضياً تبعاً للعقد الأصلي؟

إن الإجابة على هذا السؤال تقتضي الإجابة على سؤال آخر على درجة كبيرة من الأهمية، وتتمثل في تحديد القانون الواجب التطبيق أو على الأقل تحديد القاعدة القانونية التي يمكن إعمالها لتحديد درجة الارتباط بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، والتي من شأنها تقرير تبعية أو استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، في حال بطلان أو فسخ أو انقضاء هذا الأخير؟

يعبر الفقه والقضاء عن هذه الإشكالية باسم "استقلال اتفاق التحكيم" أو "مبدأ أو قاعدة استقلال اتفاق التحكيم"[1] (قاعدة أو مبدأ الاستقلال). وقد حظي هذا

(١) تستخدم القوانين والفقه والقضاء العربي مصطلح "الاستقلال" للتعبير عن قاعدة استقلال اتفاق التحكيم، في المقابل توجد عدة مصطلحات يستخدمها الفرنسيون للتعبير عن قاعدة الاستقلال: فالقانون الفرنسي والفقه والقضاء يستخدمون في العادة مصطلح Autonomie، ولكن الفقيه Mayer يستخدم مصطلح Séparabilité بمعنى الانفصال، ويستخدم الفقيه Motulsky مصطلح Indpendance بمعنى الاستقلال؛ فاستخدام المصطلحين الأخيرين جاء بهدف الإشارة إلى أنه على الرغم من إمكانية فصل مصير اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، إلا أن هناك حالات يتعلق فيها مصير اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي.

الموضوع باهتمام عالمي واسع، وكتبت حوله العديد من الدراسات. بالتالي، فإن هذه الدراسة لا تهدف إلى ترديد ما كتب حول هذا الموضوع، إنما تحديد الإطار القانوني الناظم لتلك القاعدة في التشريعات والفقه والقضاء، مع التركيز بشكل خاص على بعض الإشكاليات التي تثيرها، وإبراز التوجهات الحديثة بشأنها، والتي لم يتناولها الفقه بالقدر الكافي من الشرح والتفصيل على الرغم من أهميتها، ولأن النصوص القانونية بشأنها، خصوصاً العربية، جاءت مقتضبة واكتفت بترسخ المبدأ دون تفصيل.

لتحقيق هذا الهدف، فسيتم اتباع التقسيم الفقهي والقضائي لقاعدة الاستقلال، والذي يميز بين معنيين لتلك القاعدة: معنى تقليدي تأخذ به معظم الأنظمة القانونية، ويتمثل في الاعتراف **باستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي** ونتناوله في مبحث أول، ومعنى حديث لم يترسخ كقاعدة عامة حتى الآن، ويتمثل في الاعتراف **باستقلال اتفاق التحكيم عن أي قانون وطني** ونتناوله في مبحث ثان.

المبحث الأول
استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

يتمثل الوجه الأول لقاعدة الاستقلال، في عدم ربط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي[٢]؛ فإذا بطل العقد الأصلي أو فسخ أو انقضى، فلا يؤثر ذلك على اتفاق التحكيم الذي يبقى صحيحاً منتجاً لآثاره رغم انقضاء العقد الأصلي؛ ما يعني احتفاظ هيئة التحكيم بسلطة الفصل في وجود وصحة وانقضاء العقد الأصلي، استناداً إلى اتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف، ما دام هذا الاتفاق صحيحاً في ذاته.

وعليه، سنقوم بدراسة كيفية ترسيخ هذه القاعدة في عدد من الأنظمة القانونية **(المطلب الأول)**، ثم نبحث بعض الإشكاليات المتعلقة بتحديد نطاق تطبيقها **(المطلب الثاني)**، والقيود الواردة عليها **(المطلب الثالث)** على التوالي.

المطلب الأول
ترسيخ قاعدة الاستقلال

لاقت قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي رواجاً عاماً على نطاق جميع الأنظمة القانونية؛ فمعظم الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم والقوانين الوطنية وقواعد وأنظمة التحكيم لغرف ومراكز التحكيم الدائمة، قامت بترسيخها كقاعدة إما بصورة صريحة أو ضمنية.

وعليه، سنقوم بدراسة مسألة الاعتراف بتلك القاعدة، وعرض مبررات وجودها على التوالي.

الفرع الأول: تأكيد قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في التشريع والقضاء

لقد سار في اتجاه الاعتراف الصريح بقاعدة الاستقلال، القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (CNUDCI) لعام ١٩٨٥ (القانون النموذجي)، وذلك بنصه في المادة (١/١٦) على أنه: "١- يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أية اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته، ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد كما لو كان

(٢) J. Robert, L'arbitrage: droit interne, droit international privé 6e d. Dalloz 1993, spéc. p. 250 et s.

اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر عن هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم". وقد سار من قبله في ذات الاتجاه أيضا، نظام التحكيم وفقاً لقواعد لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة (CNUDCI) لعام ١٩٧٦(قواعد الأونسترال)، حيث نصت المادة (٢١/ الفقرة ١) على أن: "تتمتع هيئة التحكيم بسلطة الفصل في أية منازعة تثور حول اختصاصها ولو تعلقت المسألة بوجود أو صحة شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي أو شرط التحكيم المقرر في اتفاق مستقل". وأضافت الفقرة (٢) من نفس المادة: "تتمتع هيئة التحكيم بسلطة الفصل في وجود أو صحة العقد الأصلي الذي يكون شرط التحكيم الوارد به جزءاً لا يتجزأ منه.... تنظر إلى هذا الشرط باعتباره اتفاقاً مستقلاً عن النصوص الأخرى لذلك العقد".

ولم تبتعد معظم القوانين الوطنية عن النهج السابق، حيث اعترفت صراحة بقاعدة الاستقلال[٣]، ومن بينها قانون التحكيم الفلسطيني رقم (٣) لسنة ٢٠٠٠ الذي رسخ قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في المادة (٥/ ٥) منه، حيث جاء فيها: "٥- يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً ولا يتأثر ببطلان العقد أو فسخه أو انتهائه". وقد سارت على هذا النحو أيضا العديد من مراكز وهيئات التحكيم الدائمة، حيث اعترفت صراحة بقاعدة الاستقلال[٤].

وقد سارت في اتجاه الاعتراف الضمني بقاعدة الاستقلال، اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨، حيث جاء في مادتها (٢/ ٣) أنه: "٣. على محكمة الدولة المتعاقدة التي

(٣) من هذه القوانين: قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المادة (٢٣)، قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ المادة (٢٢)، قانون التحكيم اليمني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢ المادة (١٦)، قانون التحكيم البحريني رقم ٩ لسنة ١٩٩٤ المادة (١/١٦)، قانون التحكيم التونسي ٤٢ لسنة ١٩٩٣ المادة (١/٦٢)، وقانون التحكيم العماني رقم ٤٧ لسنة ١٩٩٧ المادة (٢٣).

(٤) ومنها: المادة (٥) من قواعد مركز دبي؛ والمادة (٢/٢١) من القواعد المطبقة أمام مركز القاهرة؛ والمادة (١/٢١) من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي لعام ١٩٨٥؛ والمادة (٢١/ فقرة ٢) من قواعد التحكيم الاونسترال لعام ١٩٧٦. أما المادة (٤/٦) من قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس فقد اعترفت ضمناً بقاعدة الاستقلال انطلاقاً من مبدأ الاختصاص بالاختصاص، وذلك بنصها على أنه: "ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، فإن الادعاء ببطلان العقد أو الزعم بانعدامه لا يترتب عليه عدم اختصاص المحكم إذا قبل صحة اتفاق التحكيم، ويظل مختصاً حتى في حال انعدام أو بطلان العقد ليقوم بتحديد حقوق الأطراف والبت فيما يدعونه ونتائجه".

يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم، وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق". فإحالة الأطراف إلى التحكيم، إعمالاً للأثر الملزم لاتفاق التحكيم، يشير إلى الأخذ بقاعدة الاستقلال متى تأكدت المحكمة من سلامة اتفاق التحكيم، كما أن الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي الصادرة في جنيف عام ١٩٦١ قد اعترفت بشكل ضمني أيضاً بقاعدة الاستقلال وذلك في المادتين (٥ و ٦)؛ فهي وإن كانت لم تتعرض لأثر بطلان العقد الأصلي على شرط التحكيم، فإنها قد أعطت الأطراف حق التمسك بالبطلان، سواء أمام المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع متى أبدى أحد الخصوم دفعاً بالتحكيم أمامها، أو أمام هيئة التحكيم، وقد خولت الاتفاقية هيئة التحكيم سلطة الفصل في اختصاصها والفصل في وجود وصحة شرط التحكيم أو صحة العقد الأصلي الذي تعلق به الشرط، وهذا دليل على الأخذ بقاعدة استقلال شرط التحكيم بصورة ضمنية.

وقد لعب القضاء في معظم الدول دوراً فاعلاً في ترسيخ قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وتحديد إطارها القانوني، وذلك قبل ترسيخها كقاعدة قانونية في معظم التشريعات، فقد اعترف القضاء الإنجليزي بقاعدة الاستقلال في عدة أحكام(٥)، وذلك قبل أن تصبح قاعدة قانونية(٦)، كان أهمها، الحكم الصادر عن مجلس اللوردات في العام ١٩٧٠، بشأن عقد كان يخضع للقانون البريطاني، واتفاق تحكيم كان يقضي بإجراء التحكيم في اسكتلندا(٧). ثم عاد القضاء الإنجليزي ليؤكد على قاعدة الاستقلال في حكم آخر في نفس العام، بشأن عقد كان يخضع للقانون الفرنسي، وشرط تحكيم كان خاضعاً للقانون الإنجليزي على أساس أن الأطراف كانوا قد اتفقوا على إجراء التحكيم في لندن(٨).

---

(٥) See Heyman v. Darwins Ltd. (1942) A.C. 356; Dalmia Dairy Industries Ltd. v. National Bank of Pakistan (1978) 2 Lloyd's Rep. 223; Ashville Investments Ltd. v. Elmer Contractors Ltd. (1988) 2 All ER 577; Paul Smith Ltd. v. H & S International Holdings Co. Inc. (1991) 2 Lloyd's Rep. 127; Harbour Insurance Co. Ltd. v. Kansa General Insurance Co. Ltd (appeal), (1993) 1 Lloyd's Rep. 455.

(٦) أصبحت قاعدة الاستقلال قاعدة قانونية صريحة في القانون الإنجليزي بموجب: Arbitration Act 1996 (Section 7).

(٧) James Miller and Partners Ltd v. Whitworth Street Estates Ltd (1970) 2 W.L.R. 728 (1970) I All E.R. 796.

(٨) Cie d'armement maritime S.A. v. Cie Tunisienne de navigation S.A. (1970) 3 W.L.R. 389 (1971) A.C. 572.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، قامت المحكمة العليا للولايات المتحدة بترسيخ قاعدة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي في قضية Lawrence عام ١٩٥٩[٩]. ولكن الفقه يشير في العادة إلى قضية Prima Paint الصادرة عام ١٩٦٧[١٠] للتأكيد على قاعدة الاستقلال في القضاء الأمريكي، حيث تم الاعتراف فيها صراحة باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه، وذلك في المسائل الخاضعة للقانون الاتحادي، ووضعت قرينة بسيطة على قاعدة الاستقلال تقبل إثبات العكس، وقد استقر القضاء الأمريكي منذ ذلك الحين على الأخذ بقاعدة الاستقلال[١١].

ويعود الفضل الأكبر في ترسيخ قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وتحديد إطارها القانوني إلى القضاء الفرنسي، فقد جاء في حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية Gosset بتاريخ ١٩٦٣/٥/٧ أنه: "في إطار التحكيم الدولي، فإن اتفاق التحكيم، سواء أبرم على انفصال أو أدمج في التصرف القانوني المتعلق به، يكون له دائماً، إلا في ظروف خاصة، استقلال قانوني تام يحول دون إمكانية تأثره بعدم الصحة المحتملة لهذا التصرف"[١٢]. ثم عادت ذات المحكمة وأكدت على قاعدة الاستقلال في إطار التحكيم الدولي مع إسقاط التعبير "إلا في ظروف خاصة" في قضية Impex[١٣] الصادرة بتاريخ ١٩٧١/٥/١٨، وفي قضية

---

(٩) Robert Lawrence Co. Inc. v. Devonshire Fabrics Inc., 271 F. 2d 402 (1959).

(١٠) Prima Paint v. Flood & Cocklin, 388 U. S. 395 (1967): Coulson (R.), ''Prima Paint. An Arbitration Milestones'', 22 Arb. Journal (1967), 237-245. See J. Prilleux, "Propos relatifs à l'autonomie de la clause compromissoire", RIDC 1978, p. 185.

(١١) في قضية حديثة، قامت المحكمة الإتحادية العليا للولايات المتحدة الأمريكية، بإلغاء حكم صادر عن المحكمة العليا في ولاية فلوريدا، على أساس رفض هذه الأخيرة إعطاء الصيغة التنفيذية لقرار التحكيم، مما أفسح المجال أمام المحكمة الفيدرالية لتعود مرة أخرى لتؤكد على قاعدة استقلال اتفاق التحكيم:
Supreme Court, Buckeye Check Cashing INC. v. Cardegna et AL,. 21 February 2006.
وفي قضايا أخرى في الولايات المتحدة، انظر:
Information Sciences Inc. v. Mohawk Data Science Corp., 43 NY 2d 198 (1978); Peoples Security Life Insurance Company Inc. v. Monumental Life Insurance Company, 867 F. 2d 809 (1989).

(١٢) Cass. 1re civ., 7 mai 1963, Gosset: Bull. civ. I, n 246; JCP 1963, II, 13405, note B. Goldman; JDI 1964, 82, note J.-D. Bredin; Rev. crit. DIP 1963, 615, note H. Motulsky; D. 1963, 545, note J. Robert.

(١٣) Cass. 1re civ., 18 mai 1971, Impex: JDI 1972, 62, 3 arrêts, B. Oppetit; Rev. crit. DIP 1972, 124, E. Mezgen; Rev. arb. 1972, 2, Ph. Kahn; D 1972, 37. = Cass. 1re civ., 4 juill. 1972, Hecht: JDI 1972, 843, B. Oppetit; Rev. crit. DIP

Dalico[١٤] الصادرة بتاريخ ١٩٩٣/١٢/٢٠، وفي مجموعة أحكام أخرى[١٥]. وقد استند القضاء الفرنسي في تكريس قاعدة الاستقلال إلى نص المادة (١٤٦٦) من

1974, 82, P. Level. Cass. 1re civ., 14 déc. 1983: Rev. arb. 1984, 483, M.-C. Rendeau-Rivier.

لقد تم في هذا الحكم وفي جميع الأحكام اللاحقة إسقاط تعبير "إلا في ظروف خاصة"، وقد قصد من هذا التعبير الأخذ بعين الاعتبار الحالة التي يتفق فيها الأطراف صراحة على اعتبار شرط التحكيم جزءاً لا يتجزأ من العقد الأصلي، انظر في هذا الصدد:

H. Motulsky, note sous l'arrêt Gosset, note précitée, 33.

(١٤) Cass. 1re civ., 20 déc. 1993: Dalico: Bull. civ. I, n 372.

وقد جاء في هذا الحكم أنه: "بموجب قاعدة موضوعية في القانون الدولي للتحكيم، فإن شرط التحكيم يكون مستقلاً قانوناً عن العقد الأصلي الذي يتضمنه فعلاً أو بالإحالة ووجوده وفاعليته يقدران، بشرط احترام القواعد الآمرة في القانون الفرنسي والنظام العام الدولي، استنادا إلى الإرادة المشتركة للأطراف، بدون أن يكون هناك حاجة إلى الرجوع إلى قانون وطني".

(١٥) وكذلك جاء في حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٩٧٢/٧/٤ على أنه: "يكون شرط التحكيم مستقلاً عن العقد الأصلي وليس بالضرورة أن يخضع للقانون الذي يحكمه، فصحته لا تتطلب إذا مطابقته لهذا القانون":

Cass. 1re civ., 4 juill. 1972: JDI 1972, 843, note Oppetit; Rev. crit. DIP 1974, 82, note Leveneur; Rev. arb. 1974, 89; RTD com. 1973, 499, obs. Loussouarn.

وكذلك في حكم محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ٢٠٠٤/٣/٣٠ حيث قررت أنه: "بموجب قاعدة موضوعية في قانون التحكيم الدولي، فإن شرط التحكيم يكون مستقلاً قانوناً عن العقد الأصلي الذي يتضمنه فعلاً أو بالإحالة ووجوده وفاعليته يقدران، ما عدا قواعد آمرة في القانون الفرنسي والنظام العام الدولي، بالرجوع إلى الإرادة المشتركة للأطراف، وليس بالضرورة بالرجوع إلى قانون وطني":

Cass. 1re civ., 30 mars 2004: Bull. civ. I, n 95; RTD com. 2004, 443, obs. Loquin; JCP 2004, II, 10132, note Charbot; Ibid. 20 dc. 1993: Bull. civ. I, n 372; JCP 1994, IV, 515; Gaz. Pal. 1994, 1, pan. 51; Rev. arb. 1994, 116, note Gaudemet-Tallon; Cass. 2e civ., 4 avril 2002: Bull. civ. II. n 68; D 2003, 1117, note Degos; Procedures 2002, com., 112, note Perrot; ibid. com., 162, note Croze; JCP 2002, II, 10154, note Reifegerste; JCP E 2002, n 1555, note Gout; JCP 2003, I, 105, n 2, obs. Seraglini; Dr. et proc. 2002, 347, note Marmayoun; Rev. arb. 2003, 1034, note Didier; Dr. et patr. Juin 2002, p. 121, obs. Mestre.

ففي حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر عن الدائرة المدنية الثانية بتاريخ ٢٠٠٢/٤/٤ جاء فيه: "يكون لشرط التحكيم، بالنسبة للاتفاق الأصلي، استقلال قانوني والذي يستبعد إمكانية تأثره بعدم فاعلية هذا التصرف، فاحتمالية بطلان العقد ... لا تؤثر على صحة شرط التحكيم".

أنظر في ذات الاتجاه أيضاً:

CA Paris, 1re ch. C, 17 janv. 2008, SCI Tilia c./Systeme U Nord Ouest, RG n 06/06750. Voir aussi: CA Toulouse, 26 oct. 1982, JDI 1984, 603, note H. Synvet: "La clause compromissoire présente par rapport á la convention principale dans laquelle elle s'insre, une autonomie juridique, qui exclut qu'elle puisse être affectée par l'inefficacité de cet acte".

قانون الإجراءات المدنية الفرنسي التي تأخذ "بمبدأ الاختصاص بالاختصاص"، وذلك قبل أن يأتي المشرع الفرنسي ويرسخ قاعدة الاستقلال بنص تشريعي بموجب المرسوم الصادر بتاريخ ٢٠١١/١/١٣[١٦].

وقد سار القضاء في كل من أستراليا[١٧] والسويد[١٨] وإيطاليا[١٩] وألمانيا[٢٠] واليابان[٢١] وفي كثير من الدول في ذات الاتجاه أيضا.

أما في الدول العربية، فقد تم حديثا ترسيخ قاعدة الاستقلال في العديد من القوانين، وجاء ذلك بعد تردد قضائي طويل في عدد من الدول العربية بشأن الاعتراف بتلك القاعدة[٢٢]. فقد أكدت محكمة استئناف بيروت في حكمها الصادر بتاريخ ٤/٣/ ٢٠٠٣، بأنه من المسلم به فقهاً واجتهاداً بأن البند التحكيمي، أي شرط التحكيم، مستقل عن العقد الذي ورد فيه، فيبقى قائماً بذاته بغض النظر عن العقد الذي ورد

---

(١٦) Décret n 2011-48 du 13 janv. 2011 portant sur la réforme de l'arbitrage, Publié au Journal Officiel du 14 janv. 2011 : art. 1447.

(١٧) QH Tours Ltd. v. Ship Design & Management Pty LtdÛ, 105 ALR 371 (1991).

(١٨) Swedish S. Court, 24 March 1976, Hermansson v. AB Asfalsbelaeggnigar, Journal NyttJuridisktArkiv (NJA) 1976, 125, cited in Gary Born, International Commercial Arbitration, p 356.

(١٩) Corte di Appello of Venice, 26 avril 1980, S.P.A. Carapelli v. Ditta Otello Mantovani, P. Sanders, Yearbook Com. Arb. Vol. VII (1982), 340, cited in E. Gaillard and J. Savage, Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999, footnote No 34.

(٢٠) Landgericht Hamburg, 16 mars 1977, Italian Company v. German Firm, P. Sanders, Yearbook Com. Arb. Vol. III (1978), p. 274.

(٢١) Sup. Ct. 15 juill. 1965, Kokusan Kinzoku Kogyo K. K. v. Guard-Life Corp., Minshu 1061; IV Y.B. Com. Arb. 122 (1979).

(٢٢) نظراً لعدم وجود نص في بعض القوانين العربية يأخذ بقاعدة الاستقلال، كالقانون السعودي، فيتم تطبيق القواعد العامة على العلاقة بين شرط التحكيم والعقد الأصلي، ما يعني أنه إذا بطل العقد الأصلي أو فسخ، فإنه يؤدي بالتبعية إلى انقضاء شرط التحكيم المرتبط به، تطبيقاً لقاعدة أن "التابع تابع ولا يفرد بالحكم"، ولقاعدة إذا سقط الأصل سقط الفرع". وقد سارت في هذا الاتجاه محكمة التمييز الأردنية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٨٦/١٢/٤ – وذلك قبل صدور قانون التحكيم الأردني الحالي – والذي جاء فيه: "إن الخلاف يتعلق ببطلان العقد ذاته فإن تقرر البطلان فلا يعمل بأي بند من بنود الاتفاقات"، وقد استندت المحكمة في حكمها إلى نص المادة ١٦٨ مدني أردني التي تنص "إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه": حقوق رقم ٨٧/٣٠٦، الصادر بتاريخ ١٩٨٦/١٢/٤: مجلة المحاماة ١٩٨٨. وقد انتهت المحكمة الاتحادية العليا في (أبو ظبي) في العام ١٩٩٥ إلى أنه يترتب على بطلان العقد الأصلي، بطلان شرط التحكيم تبعاً له، ويكون الاختصاص ببطلان العقد، للقضاء صاحب الولاية العامة في الفصل في المنازعات: طعن ٢٠٩، ١٩٩٥/١/٢٢، سنة ١٥، ص ٦٣.

فيه ذلك البند[٢٣]، ثم عادت ذات المحكمة وأكدت على ذلك مرة أخرى في حكمها الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/١٠/١٤[٢٤]. وقد سارت في ذات الاتجاه أيضاً كل من محكمة تمييز دبي[٢٥]، ومحكمة استئناف قطر[٢٦].

هذا الاعتراف الكبير والعالمي بقاعدة الاستقلال، مبني على أساس وجود توجه عام في معظم الدول والاتفاقيات الدولية نحو إعطاء أكبر قدر ممكن من الفاعلية لاتفاق التحكيم خصوصاً في مجال التجارة الدولية[٢٧]، وعلى أساس افتراض أن نية الأطراف قد اتجهت إلى جعل مصير اتفاق التحكيم مستقلاً عن مصير العقد الأصلي.

الفرع الثاني: مبررات قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

يقف وراء ترسيخ قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي مجموعة مبررات، قانونية وعملية، وقد ساق الفقه العديد منها لتأييد تلك القاعدة، يمكن عرضها على النحو الآتي:

إن المحكم الذي يفصل في النزاع بحكم ملزم للأطراف يكون في موقف مماثل إلى حد ما لموقف القاضي؛ فهو وإن كان يستمد مهمته من اتفاق التحكيم، إلا أنه لا

---

(٢٣) استئناف بيروت، ٢٠٠٣/٤/٣، المجلة اللبنانية، عدد ٢٦، ص ٤٥. وقد كان القضاء اللبناني يرفض الأخذ بقاعدة استقلال اتفاق التحكيم، حيث كان يعتبر البند التحكيمي باطلاً تبعاً لبطلان العقد الأصلي، وتنتفي بهذا البطلان صلاحية المحكم للنظر بكل ما يتعلق بالعقد، ويعود الاختصاص للنظر في النزاع إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع: بتاريخ ١٩٨٣/٨/١، مذكور في حمزة حداد، التحكيم في القوانين العربية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٠، هامش ٣، ص ١٢٨. ثم عاد القضاء اللبناني وأكد على عدم الاستقلال، حيث قضى بأن شرط التحكيم ينقضي بالتقادم تبعاً لانقضاء العقد الأصلي: رئيس الغرفة الابتدائية الأولى في بيروت، ٢٠٠٥/١٠/٢٤، المجلة اللبنانية، العدد ٣٧، ص ٤٣: مذكور في حمزة حداد، المرجع السابق.

(٢٤) استئناف بيروت ٢٠٠٤/١٠/١٤، المجلة اللبنانية، العدد ٣٢، ص ٢١: مذكور في حمزة حداد، المرجع السابق.

(٢٥) تمييز مدني دبي، طعن ١٦٧، بتاريخ ٢٠٠٢/٦/٢، العدد ١٣، ص ٤٨٦: مذكور في حمزة حداد، المرجع السابق.

(٢٦) استئناف ١٥٢ و ١٥٥ و ٩٦/١٧٠، بتاريخ ١٩٩٧/٢/٣: مدنية كبرى ٢٠٠١/١٥٥٠، ٢٠٠٢/٥/٢٩: المرجع السابق.

(٢٧) Catherine Blanchin, L'autonomie de la clause compromissoire: un modèle pour la clause attributive de juridiction?, Paris, LGDJ, Travaux et recherches Panthon-Assas Paris II, 1994, p. 17 et s.

يجوز أن يوضع في وضع أدنى من القاضي، بحيث يتوقف مصير مهمته المستمد من اتفاق التحكيم على مصير العقد الأصلي، فتزول عنه صفة المحكم ومهمة التحكيم بمجرد زوال العقد الأصلي(٢٨). كما أن اختصاص هيئة التحكيم في الفصل في النزاع مستمد من اتفاق التحكيم ذاته وليس من العقد الأصلي، بالتالي فإن الاعتراف باستقلال اتفاق التحكيم يمكن هيئة التحكيم من الفصل في مسألة اختصاصها حتى لو كان العقد الأصلي باطلاً أو مفسوخاً أو منقضياً، أما لو أخذ بالارتباط بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، لحال ذلك دون إمكانية قيام هيئة التحكيم بالبت في مسألة اختصاصها، على أساس أن اتفاق التحكيم يكون قد انقضى تبعاً لانقضاء العقد الأصلي، وقد استخدم القضاء الفرنسي بالفعل قاعدة الاختصاص بالاختصاص(٢٩) المنصوص عليها في المادة (١٤٦٦) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي من أجل تكريس مبدأ استقلال اتفاق التحكيم، وذلك قبل ترسيخ قاعدة الاستقلال بنص تشريعي، ولكن هذا التوجه لم يسلم مع ذلك من النقد(٣٠).

---

(٢٨) أحمد سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي – تنظير وتطبيق مقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، البند ١٣٤، ص ٤٧٠.

(٢٩) تعني قاعدة الاختصاص بالاختصاص، أن هيئة التحكيم هي المختصة بتقرير ما إذا كانت مختصة بنظر النزاع أم لا، وذلك استناد إلى اتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف، وليس قضاء الدولة.

(٣٠) ينتقد البعض هذا التوجه في استخدام مبدأ الاختصاص بالاختصاص لتقرير قاعدة استقلال اتفاق التحكيم. يقول الدكتور محمود مختار بريري في هذا الصدد: "الواقع أننا نجد صعوبة إلى حد ما في الربط بين مبدأ الاختصاص بالاختصاص ومبدأ الاستقلالية، والأكثر قبولاً هو القول بأن مبدأ الاستقلالية يعد من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام التحكيم سواء على الصعيد الوطني أو الدولي، وقد كرسه القضاء الفرنسي بصدد التحكيم التجاري الدولي على نحو قاطع ومتواتر مما يصلح أساساً للقول بوجوده أيضاً في التحكيم الداخلي بدلاً من محاولة التعسف في تفسير النصوص وتحميلها ما لا تحتمله": محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، ط ٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، البند ٣٨، ص ٧٠. ويضيف الدكتور أحمد سلامة: "لا يكون صحيحاً الرأي الذي يعتبر أن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم هو الأساس الحقيقي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، وذلك لعدم إدراكه حقيقة طبيعة الاختلاف بين المبدأين، فمبدأ استقلال اتفاق التحكيم مبدأ موضوعي يتعلق بوجود اتفاق التحكيم، وهو عقد، والحفاظ عليه من أية شائبة قد تتعلق بالعقد الأصلي وتمتد إليه فيصيبه البطلان أو الانعدام أو الفسخ، وبالتالي يتعين كفالة فاعليته تحقيقاً لمآربه التي يتغياها أطرافه. أما مبدأ الاختصاص بالاختصاص، فهو مبدأ إجرائي يتعلق بسلطة المحكم في البت في مسألة اختصاصه من عدمه، أيا كان سبب الدفع بعدم الاختصاص. نرد على ذلك أن مسألة اختصاص هيئة التحكيم تثور في وقت مبكر قبل أن تثور مسألة استقلال اتفاق التحكيم من =

إن أساس استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي هو اختلاف محل وسبب كل منهما: فمحل شرط التحكيم هو الفصل في منازعة تتعلق بموضوع العقد، وسببه رغبة الأطراف في إقصاء منازعاتهم عن قضاء الدولة وطرحها على التحكيم، وهو أمر إجرائي، في حين أن محل وسبب العقد الأصلي ينصب على تحديد حقوق والالتزامات الأطراف، وهو أمر موضوعي. هذا الاختلاف يبرر استقلالهما عن بعضهما، وعدم جواز ربط مصير أحدهما بالآخر، وقد عبرت عن ذلك صراحة محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٨/٤/٨(٣١).

إن الاعتراف بقاعدة الاستقلال تؤدي إلى المحافظة على فاعلية اتفاق التحكيم وكسب الوقت والاقتصاد في الإجراءات، فإذا رفعت دعوى أمام القضاء للطعن ببطلان أو انحلال العقد الأصلي، وانتهت المحكمة إلى صحة هذا العقد، وصحة اتفاق التحكيم تبعاً له، فإن الرجوع إلى التحكيم قد يكون بدون جدوى في هذه الحالة، خصوصاً إذا كانت السرعة والاقتصاد في الإجراءات هي الدافع من لجوء الأطراف إلى التحكيم. وعلى هذا الأساس، فإن الاعتراف بقاعدة الاستقلال، تسمح لهيئة التحكيم بالاستمرار في مهمتها، بما في ذلك بحث صحة أو بطلان العقد الأصلي، فإذا كان النزاع سيحال في جميع الأحوال إلى جهة معينة للفصل فيه، وهي القضاء كقاعدة عامة، فما المانع من الإبقاء على شرط التحكيم وإحالة النزاع إلى جهة التحكيم التي ستقضي فيه

= عدمه، فالمحكم يتصدى للفصل في مسألة اختصاصه عندما يتمسك أحد الأطراف ببطلان اتفاق التحكيم أو انعدامه أو سقوطه أو العدول عنه، أي قبل أن ينظر المحكم في حقيقة ذلك الادعاء بالنظر إلى اتصال أو استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، فكأن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يسمح لهيئة التحكيم بمواصلة مهمتها حتى لو كان اتفاق التحكيم باطلاً في ذاته، أما مبدأ الاستقلال فهو غير قادر على تبرير متابعة هيئة التحكيم مهمتها إذا كان اتفاق التحكيم باطلاً لأسباب ذاتية ترجع إليه": أحمد سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي – تنظير وتطبيق مقارن، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٥٢٩ و٥٣٠، لكن على الرغم من وجاهة هذين الرأيين، يبدو أن هذا الحوار حول العلاقة بين المبدأين لم يعد سوى حوار فقهي محض؛ لأن معظم القوانين والفقه والقضاء يعترف اليوم بالمبدأين: مبدأ الاستقلال ومبدأ الاختصاص بالاختصاص، بل يعتبر كليهما قاعدة موضوعية من قواعد التحكيم خصوصاً الدولي، فلم تعد لهذا الحوار فائدة حقيقية في الواقع العملي، اللهم إلا بالنسبة للدول التي لم تعترف بأحدهما حتى الآن، وهي حالة شبه نادرة.

(٣١) "la clause compromissoire constitue une convention de procédure autonome et distincte de la convention principale liant les parties sur le fond, en sorte que l'ventuelle nullité du contrat... se trouve sans incidence sur la validité de la clause compromissoire".

حسب أحكام القانون، تماماً كما يفصل فيه القضاء، ما دام حكمها سيخضع بالنتيجة إلى الرقابة القضائية عن طريق الطعن بالبطلان إذا تحققت أسبابه[٣٢].

كما أن الاعتراف بقاعدة الاستقلال تضمن فاعلية اتفاق التحكيم من جانب آخر أيضا، إذ يحول تطبيقها دون قيام الأطراف بالتهرب أو التحايل على اتفاق التحكيم، فلا يكفي أحدهما الادعاء ببطلان أو فسخ أو انقضاء العقد الأصلي ليحول دون استمرار هيئة التحكيم في مهمتها، لأنه يعلم سلفاً بأن هيئة التحكيم ستستمر في أداء مهمتها للفصل في النزاع بما في ذلك، الفصل في صحة أو بطلان العقد الأصلي أو اتفاق التحكيم، وفي صحة الادعاء نفسه، أما الأخذ بالفرض المعاكس، وهو ربط مصير اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي، سيؤدي إلى نتائج وخيمة لا تحمد عقباها؛ إذ يكفي قيام أحد الأطراف بالادعاء ببطلان أو انقضاء العقد الأصلي، حتى لو لم يكن لهذا الادعاء سند قانوني، ليحول دون استمرار هيئة التحكيم في أداء مهمتها، مما يحد كثيراً من أهمية التحكيم واللجوء إليه للفصل في المنازعات.

إن الاعتراف بقاعدة الاستقلال يحفظ مصالح التجارة الدولية، لأن ربط مصير اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي، يؤدي إلى خضوع اتفاق التحكيم لتعقيدات القوانين الوطنية، وهذا يهدد استخدام التحكيم كوسيلة أولى لحسم منازعات التجارة الدولية، مما يهدد التجارة الدولية ذاتها، كما أن قاعدة الاستقلال تعبر عن إرادة الأطراف، خاصة في مجال التحكيم الدولي، لأن غالبية العقود الدولية تنص على تسوية المنازعات الناشئة عنها بطريق التحكيم، بل إن الأطراف لا يتوقعون ابتداء، أو حتى لا يرغبون بحسمها عن طريق القضاء، فإذا قيل ببطلان شرط التحكيم تبعاً لبطلان العقد الأصلي، فإن ذلك يعد خروجاً عن إرادة الأطراف بإجبارهم على اللجوء إلى القضاء خلافا لإرادتهم، مما يؤدي بالنتيجة إلى زعزعة اتفاق التحكيم خصوصاً في مجال عقود التجارة الدولية [٣٣].

وقد دفعت هذه المبررات المشرع في معظم الدول إلى ترسيخ قاعدة استقلال اتفاق التحكيم، ويلاحظ أن المقصود بالاستقلال هو الاستقلال القانوني لاتفاق التحكيم عن العقد الأصلي وليس الاستقلال المادي، حيث تطبق قاعدة الاستقلال حتى لو جاء اتفاق التحكيم على شكل شرط وراد في العقد الأصلي، فالغاية من قاعدة الاستقلال هي أن العيوب التي تلحق بالعقد الأصلي لا تؤثر على اتفاق التحكيم ذاته

(٣٢) حمزة حداد، المرجع السابق، البند ١٤٧، ص ١٢٤ ما بعدها.
(٣٣) حمزة حداد، المرجع السابق، البند ١٤٧، ص ١٢٤.

سواء بسبب البطلان أو الفسخ أو الانقضاء أو حتى عدم الوجود(٣٤). وبالتالي، فإن المحكم يحتفظ بكامل سلطته المستمدة من اتفاق التحكيم للفصل في اختصاصه، وذلك رغم بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو انقضائه، ولا يستطيع أحد الأطراف تعطيل إجراءات التحكيم أو السير فيها من خلال تمسكه ببطلان العقد الأصلي.

المطلب الثاني
نطاق تطبيق قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

إذا كانت قاعدة استقلال اتفاق التحكيم تطبق على جميع العقود، بصرف النظر عن طبيعة العقد (مدني، تجاري، مختلط)(٣٥)، إلا أن ترسيخ هذه القاعدة يقتضي تحديد نطاق تطبيقها من خلال الإجابة على سؤالين: الأول، هل تطبق قاعدة الاستقلال على التحكيم الدولي والداخلي، أم تقتصر على أحدهما دون الآخر؟ الثاني، هل تشمل قاعدة الاستقلال شرط التحكيم ومشارطة التحكيم، أم أنها مقصورة على الأول فقط؟

الفرع الأول
نطاق تطبيق القاعدة في التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي.

يتفق الفقه بشكل عام على تطبيق قاعدة الاستقلال على التحكيم الدولي، ولا يثير هذا الأمر أي خلاف يذكر، في المقابل فإن إمكانية تطبيق قاعدة الاستقلال على التحكيم الداخلي، أدت إلى انقسام الفقه بشأنها إلى قسمين: قسم يرى بأن قاعدة الاستقلال تقتصر على التحكيم الدولي دون الداخلي(٣٦)، وقسم آخر يرى انطباق هذه القاعدة على التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي على حد سواء(٣٧)؛ لأن المبررات والمميزات التي تحققها قاعدة الاستقلال تقود بالضرورة إلى تطبيق تلك القاعدة على التحكيم الداخلي إلى جانب التحكيم الدولي(٣٨).

---

(٣٤) Antonias Dimolitsa, Autonomie et Kompetenz - Kompetenz, Rev. arb. 1998, 305.

(٣٥) CA Paris, 9 nov. 1984, JDI 1986, 1039, note E. Loquin.

(٣٦) R. David, L'arbitrage dans le commerce international, Paris, Economica 1992, p. 268-270.

(٣٧) B. Moreau, Compromis - clause compromissoire, Rép. civ. Dalloz, juill. 2004, para. 65;

(٣٨) أحمد سلامه, المرجع نفسه، ص ٤٩٣.

وقد أيد القضاء الفرنسي الرأي الثاني الذي يقضي بانطباق قاعدة الاستقلال على نوعي التحكيم: الدولي والداخلي معاً، فقد جاء في حكم محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ ١٩٩٨/٤/٨ أن قاعدة الاستقلال تنطبق على التحكيم الداخلي(٣٩)، مبررة حكمها على أساس موضوعي قوامه أن شرط التحكيم يعد مسألة إجرائية مستقلة عن العقد الأصلي الذي هو مسألة موضوعية، وعلى أساس شخصي قوامه استخلاص النية المفترضة للأطراف التي اتجهت إلى فصل مصير شرط التحكيم عن العقد الأصلي، وبناء عليه، اعترفت باختصاص هيئة التحكيم للفصل في المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي، خصوصاً فيما يتعلق بعدم فاعلية هذا العقد كلياً أو جزئياً.

ثم جاءت محكمة النقض الفرنسية لتؤيد توجه محكمة استئناف باريس في عدة أحكام، أكدت فيها على انطباق قاعدة الاستقلال على التحكيم الداخلي إلى جانب التحكيم الدولي، وذلك في حكم دائرتها التجارية الصادر بتاريخ ٢٠٠٢/٤/٩(٤٠)، ثم عادت محكمة النقض الفرنسية لتحسم الأمر نهائياً لصالح تطبيق قاعدة الاستقلال على التحكيم الداخلي، في حكمين آخرين، أحدهما صادر عن دائرتها المدنية الثانية بتاريخ ٢٠٠٣/٣/٢٠(٤١)، وحكم دائرتها التجارية بتاريخ ٢٠٠٣/٤/٩، حيث جاء في هذا الأخير أنه: "في إطار القانون الداخلي للتحكيم، فإنه يكون لشرط التحكيم، بالنسبة للاتفاق الأصلي المدرج فيه، استقلال قانوني والذي يستبعد، إلا بموجب اتفاق مخالف، بأن يتأثر بعدم الفاعلية المحتملة لهذا الاتفاق"(٤٢). ويبدو أن الدافع الرئيس من وراء اعتراف محكمة النقض الفرنسية بقاعدة الاستقلال في إطار التحكيم الداخلي، هو الحرص من جانبها على تشجيع حسم المنازعات عن طريق التحكيم، وللحيلولة

---

(٣٩) Arrêt précité.

(٤٠) Cass. com. 9 avril 2002 : Bull. civ. IV, n 69 ; Cass. 2e civ., 20 mars 2003 : Bull. civ. II, n 68 ; D 2003 ; som. 2470, obs. Clay ; BRDA 2003, n 7, p. 5 ; CA Paris, 11 mai 2000 : Rev. arb. 2002, 180, Clay.

انظر أيضا في ذات الاتجاه:

CA Paris, 1re ch., 17 janv. 2008, SCI TILIA c./ SYSTEME U NORD OUEST, RG n 06/ 06750.

(٤١) Cass. 2e civ., 20 mars 2003 : Bull. civ. II, n 68 ; D 2003 ; somm. 2470, obs. Clay ; BRDA 2003, n 7, p. 5.

راجع في ذات الإطار :

CA Paris, 11 mai 2000 : Rev. arb. 2002, 180, Clay.

(٤٢) Cass. com. 9 avril 2002 : Bull. civ. IV, n 69.

كذلك دون قيام أحد الأطراف بتعطيل عملية التحكيم أو السير في إجراءاتها من خلال التمسك أو الادعاء ببطلان العقد الأصلي.

ويبدو أن المادة (٥/ فقرة ٥) من قانون التحكيم الفلسطيني، التي تنص على قاعدة الاستقلال، تسير أيضاً في ذات الاتجاه؛ لأن النص جاء من جهة عاماً ومطلقاً، ما يعني شمول قاعدة الاستقلال لنوعي التحكيم: الدولي والداخلي أيضاً، إذ لو أراد المشرع قصر تطبيق هذه القاعدة على التحكيم الدولي، لصرح بذلك، وما دام انه لم يفعل، فهذا يعني أنه أراد شمول هذه القاعدة للتحكيم الداخلي والتحكيم الدولي معاً، إعمالاً للقاعدة العامة التي تفيد أن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يأت نص يقيده. ولأن قانون التحكيم الفلسطيني ذاته، جاء من جهة أخرى ليطبق على نوعي التحكيم، الدولي والداخلي، وبالتالي يصعب القول بأنه أراد انطباق قاعدة الاستقلال على أحد نوعي التحكيم دون الآخر.

الفرع الثاني: نطاق تطبيق القاعدة على كل من شرط التحكيم ومشارطة التحكيم

بالرجوع إلى نص المادة (٥/ فقرة ٥) من قانون التحكيم الفلسطيني فإنها تشير صراحة إلى استقلال شرط التحكيم فقط، مما يفهم منه للوهلة الأولى أن مشارطة التحكيم لا تخضع لقاعدة الاستقلال، ولكن يبدو أن النص يشمله[٤٣]؛ لأن عبارة "اتفاقاً مستقلاً" أوسع من عبارة "شرط التحكيم"، بالتالي فإنها تشمل شرط التحكيم ومشارطة التحكيم معاً، مما يعني ضرورة إعمال قاعدة الاستقلال بالنسبة لمشارطة التحكيم أيضاً وعدم حصرها بشرط التحكيم فقط، ونضيف أيضاً إلى أن الهدف الأساسي من النص صراحة على استقلال شرط التحكيم، جاء لإزالة الغموض واللبس الذي يكتنفه، كونه يأتي في العادة على شكل شرط أو بند داخل العقد الأصلي، مما اقتضى التصريح باستقلاله، ولم يكن الهدف منه باعتقادنا استبعاد مشارطة التحكيم من تطبيق قاعدة الاستقلال، فالمشارطة لا تثير مثل هذا اللبس الذي يثيره شرط التحكيم، كونها تأتي دائماً على شكل اتفاق مستقل، وبالتالي لا داعي للنص على استقلالها كونها منفصلة مادياً عن العقد الأصلي، إضافة إلى ذلك فإن العلة من الاعتراف بقاعدة الاستقلال تكون أكثر وضوحاً في مشارطة التحكيم عنها في

(٤٣) يتفق مع هذا الرأي د. أحمد سلامه، المرجع السابق، ص ٤٧٥.

شرط التحكيم، والمتمثلة في اختلاف اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي في محل وسبب كل منهما؛ فاتفاق التحكيم يبتغي حسم نزاع قائم بين الأطراف عن طريق التحكيم دون قضاء الدولة وهو مسألة إجرائية، في حين أن العقد الأصلي ينصب على تحديد حقوق والتزامات الأطراف وهو مسألة موضوعية، وعليه فإذا كان شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي قد تم الاعتراف له بهذا الاستقلال، فإنه من باب أولى الاعتراف باستقلال مشارطة التحكيم الواردة في اتفاق مستقل.

إضافة إلى هذا كله، فإن كثيراً من قوانين التحكيم الحديثة لا تميز بين شرط ومشارطة التحكيم، بل تأخذ بتسمية واحدة هي "اتفاق التحكيم". وقد رسخت معظم هذه القوانين قاعدة استقلال اتفاق التحكيم، ما يعني شمول هذه القاعدة لجميع صور اتفاق التحكيم وعدم قصره على شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي، بل أكثر من ذلك فإن القانون الفرنسي الذي يميز بين شرط التحكيم ومشارطة التحكيم، يحصر هذا التمييز في إطار التحكيم الداخلي، ولكنه لا يأخذ بهذا التمييز في إطار التحكيم الدولي، حيث يعتمد تسمية واحدة هي "اتفاق التحكيم"، بناء عليه يمكن القول – على الأقل في إطار التحكيم الدولي – بأن قاعدة الاستقلال تشمل كل اتفاقات التحكيم بصرف النظر عن كونها جاءت على شكل شرط أو مشارطة تحكيم، ويؤكد هذا التوجه ما قررته محكمة النقض الفرنسية في قضية Gosset الصادر بتاريخ ١٩٦٣/٥/٧ والذي جاء فيه أنه: "في إطار التحكيم الدولي، فإن اتفاق التحكيم – سواء أبرم منفصلاً أو مدرجاً في العقد المرتبط به – يكون له دائماً – إلا في ظروف استثنائية – استقلال قانوني تام..."، وأيضاً حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر بتاريخ ٢٠٠٥/١٠/٢٥ والذي جاء فيه: "تطبيقاً لمبدأ صحة اتفاق التحكيم في الإطار الدولي...". فالتعبيرات المستخدمة "اتفاق التحكيم" تدلل جميعاً بشكل ضمني على شمول قاعدة الاستقلال لشرط التحكيم ومشارطة التحكيم معاً، كما تشير إلى ذلك أيضا، المادة (٤/٦) من نظام التوفيق والتحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس والتي تنص: "ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، فإن الادعاء ببطلان العقد أو الزعم بانعدامه لا يترتب عليه عدم اختصاص المحكم إذا قبل صحة اتفاق التحكيم، وحتى في حال انعدام العقد أو بطلانه يستمر اختصاص المحكم لتحديد حقوق الأطراف والبت فيما يدعونه". يتبين من هذا النص، بذكره "اتفاق التحكيم" أنه يشمل شرط ومشارطة التحكيم على حد سواء، وهذا التفسير يتطابق مع عدة قرارات لغرفة التجارة الدولية

بباريس حيث ورد فيها مصطلح "اتفاق التحكيم" دون تحديد كونه شرطاً أو مشارطة تحكيم(٤٤). ويبدو أن القانون الدولي الخاص السويسري لسنة ١٩٨٧ يسير في ذات الاتجاه أيضاً(٤٥).

نخلص مما تقدم، إلى أن قاعدة الاستقلال تطبق كقاعدة عامة على كل اتفاق تحكيم، سواء جاء على شرط تحكيم وارد في العقد الأصلي أو في اتفاق منفصل(٤٦)، أو جاء على شكل مشارطة تحكيم(٤٧)؛ نظراً لاتحاد العلة والمبررات للدفاع عن مبدأ الاستقلالية(٤٨). ويطبق ذات الحكم على التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي أيضاً.

المطلب الثالث
الشروط اللازمة لإعمال قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

على الرغم من الاعتراف بقاعدة استقلال اتفاق التحكيم، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة(٤٩)، بل يلزم لإعمالها توافر مجموعة شروط: فالاعتراف بقاعدة الاستقلال يقتضي أن يكون اتفاق التحكيم ذاته صحيحاً، وأن لا يعبر الأطراف عن

(٤٤) فقد جاء في قرار الغرفة في العام ١٩٨٦ على أنه: "للأطراف أن ينصوا في اتفاق التحكيم على رغبتهم في تطبيق القانون الذي يختارونه مرة واحدة على العقد الأصلي وعلى اتفاق التحكيم، وقد يكون ذلك أيضاً بالنسبة للإجراءات". وفي قرارها الصادر في العام ١٩٨٩ التأكيد على ما استقر عليه الرأي في قرارات سابقة في أن تقرير صحة اتفاق التحكيم يجب أن يبحث عنه طبقا لإرادة الأطراف والعادات التي تتفق مع ما تتطلبه التجارة الدولية. القرار في القضية رقم (٤٣٨١) المنشور في:
Journal droit international JDI 1989, p. 1103 et s.

(٤٥) تنص المادة (١٧٨) من هذا القانون على أنه: "لا يمكن الطعن بصحة اتفاق التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي...". فعبارة "اتفاق التحكيم" و "عدم صحة العقد الأصلي" يدللان على شمول قاعدة الاستقلال لمشارطة التحكيم إضافة إلى شرط التحكيم.

(٤٦) أحمد ابراهيم عبد التواب، "اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به"، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، بند ٦٦، ص ٢٠٣.

(٤٧) فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط ١، منشأة المعارف، الإسكندرية، بند ٤٣، ص ٩٤.

(٤٨) حمزة حداد، المرجع السابق، بند ١٤٥، ص ١٢٤.

(٤٩) P. Mayer, Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire, Rev. arb. 1998, 359.

إرادة مخالفة لقاعدة الاستقلال، ولكن ذلك يثير التساؤل عن مدى إمكانية فصل مصير اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي؟

الفرع الأول: أن يكون اتفاق التحكيم صحيحاً في ذاته

إن الاعتراف بقاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي مرهون بأن يكون اتفاق التحكيم ذاته صحيحا(٥٠)، بأن توافرت جميع شروط صحته الشكلية والموضوعية، وأن يكون متعلقاً بمسألة يجوز تسويتها بطريق التحكيم، أما إذا كان اتفاق التحكيم ذاته باطلاً أو مفسوخاً او منقضياً، بسبب عدم توافق الإرادة مثلاً، فلا مجال لإعمال قاعدة الاستقلال، ولم ينص قانون التحكيم الفلسطيني على هذا القيد، وذلك على خلاف قانون التحكيم المصري لعام ١٩٩٤، الذي أشار في المادة (٢٣) إلى استقلال شرط التحكيم مع إيراد ضابط هام، وهو أن يكون الشرط صحيحاً في ذاته: "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته". مع ذلك، فإن دلالة نصوص قانون التحكيم الفلسطيني من شأنها تكملة هذا النقص، على أساس أن قاعدة الاستقلال لا يمكن تطبيقها ولن تكون ذات جدوى إلا إذا كان شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي أو المرتبط به صحيحا في ذاته، وإلا ما الفائدة من النص على قاعدة الاستقلال، فصحة شرط التحكيم هي مفترض أولى على اعتبار أنه يؤدي إلى تفعيل قاعدة الاستقلال، ويفهم ذلك ضمناً من نص المادة (٢١) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني رقم (٣٩) لسنة ٢٠٠٤(٥١)، والتي وضعت قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس على صحة اتفاق التحكيم، بنصها على أنه: "يكون اتفاق التحكيم المقدم أمام هيئة التحكيم صحيحاً ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك".

إضافة إلى ذلك، فإن قاعدة استقلال اتفاق التحكيم هي قاعدة متبادلة، أي أنها تسير باتجاهين؛ بمعنى أن بطلان أو فسخ أو انقضاء العقد الأصلي لا يؤثر على

(٥٠) Cass. 1re civ., 10 juill. 1990: Rev. arb. 1990, 851, 1re esp.; JDI 1992, 168, n. crit. Loquin; CA Paris, 17 nov. 1998, RTD com. 1999, 377; CA Paris, 19 janv. 1999, Rev. arb. 1999, 601, 3e esp., note Jarrosson.

(٥١) قرار مجلس الوزراء رقم (٣٩) لسنة ٢٠٠٤ باللائحة التنفيذية لقانون التحكيم رقم (٣) لسنة ٢٠٠٠، الصادرة عن مجلس الوزراء بتاريخ ١٢/٤/٢٠٠٤.

صحة اتفاق التحكيم، وكذلك بالمقابل فإن بطلان أو فسخ أو انقضاء اتفاق التحكيم لا يؤثر على صحة العقد الأصلي، ما دام أن أحدهما كان صحيحاً في ذاته.

ولكن تطبيق هذه القاعدة المتبادلة يثير إشكالية متعلقة بعدم وجود العقد الأصلي أو انعدامه، فهل يؤدي هذا الانعدام للعقد الأصلي إلى انعدام شرط التحكيم الوارد فيه بالتبعية أم يبقى شرط التحكيم صحيحاً استناداً لقاعدة الاستقلال رغم انعدام العقد الأصلي؟

لقد أجابت على هذا السؤال محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في قضية Cassia بتاريخ ١٩٩٠/٧/١٠ جاء فيه أنه في مجال التحكيم الدولي، فإن استقلال شرط التحكيم مرهون بوجود العقد الأصلي الذي يحتوي الشرط محل الخلاف(٥٢). ويظهر من هذا الحكم أن انعدام العقد الأصلي يؤدي إلى انعدام شرط التحكيم أيضاً، وذلك على عكس بطلان أو فسخ أو انقضاء العقد الأصلي الذي لا يؤثر على قاعدة الاستقلال، ويعود السبب في ذلك، إلى أن الانعدام يفترض انعدام التراضي أصلاً سواء بالنسبة للعقد الأصلي أو بالنسبة لاتفاق التحكيم، مما يبرر استبعاد تطبيق قاعدة الاستقلال في هذه الحالة، أما في حال الفسخ أو البطلان بسبب عدم مشروعية المحل أو السبب مثلاً أو بسبب العيوب التي لحقت بإرادة أحد الأطراف، فإن بطلان العقد الأصلي لا يؤثر بالضرورة على صحة شرط التحكيم، ما دام أن نتائج البطلان يمكن الفصل فيها عن طريق التحكيم(٥٣).

أما الفقه، فقد اختلف بشأن تطبيق قاعدة الاستقلال في حال عدم وجود أو انعدام العقد الأصلي: فبينما يرى جانب أن انعدام العقد الأصلي أو عدم وجوده يؤدي بالضرورة إلى انعدام شرط التحكيم الوارد فيه او المرتبط به، مما يستبعد بالتالي تطبيق قاعدة الاستقلال(٥٤)، في حين يرى جانب آخر العكس، بأن انعدام العقد الأصلي لا يؤدي إلى انعدام شرط التحكيم، إنما يجب بحث مسألة انعدام العقد

(٥٢) Cass. 1re civ., 10 juill. 1990, L. et B. Cassia, JDI 1992, p. 168, note E. Loquin. "en matire d'arbitrage international, l'autonomie de la clause compromissoire trouve sa limite dans l'existence, en la forme, de la convention principale qui contiendrait la clause invoquée".

(٥٣) E. Loquin, note sous l'arrêt Cassia, précité 19.

(٥٤) S. Boyd et V. Veeder, Le développement du droit anglais de l'arbitrage depuis la loi de 1979, Rev. arb. 1991, p. 209, spéc. p. 221; S. Schwebel, International Arbitration: Three Salient Problems, Grotius, 1987, p. 1-60.

الأصلي ومسألة انعدام شرط التحكيم كل منهما على انفصال وبشكل مستقل كلياً عن الآخر(٥٥).

ومن وجهة نظرنا، فإن الرأي الأول الذي يرى انعدام شرط التحكيم تبعاً لانعدام العقد الأصلي، هو الأقرب إلى الصواب؛ لأنه لا يمكن من جانب الحديث عن قاعدة استقلال شرط التحكيم إذا كان العقد الأصلي غير موجود أو منعدم، على أساس أن انعدام الرضا بشكل كامل يؤدي إلى انعدام العقد الأصلي والشرط معاً، وهذا ما يفرضه العقل والمنطق؛ فقاعدة الاستقلال تفترض وجود اتفاق تحكيم صحيح في ذاته وهذا غير متحقق، ومن جانب آخر فإن انعدام العقد الأصلي يجعل شرط التحكيم عديم الفائدة نظراً لانعدام محله، وهو حسم المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي عن طريق التحكيم، فإذا انعدم هذا الأخير، انعدم بالضرورة شرط التحكيم المرتبط به تبعاً لذلك؛ لعدم إمكانية تطبيقه، وينجر هذا الحكم على جميع الحالات التي لا يمكن فيها فصل مصير اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، خصوصاً فيما يتعلق باتفاق الإرادة(٥٦)؛ كعدم تطابق الإيجاب والقبول، أو انعدام السلطة في إبرام العقد الأصلي. في المقابل، فإن عدم مشروعية محل العقد الأصلي، وعيوب الرضا لا يمتد أثرها آليا إلى شرط التحكيم، فمثلاً الغلط في صفة جوهرية في محل العقد لا تعيب الرضا المتعلق بشرط التحكيم(٥٧)، أو بعيب الغبن لأن هذا العيب يتعلق بعدم التعادل بين حقوق والتزامات الأطراف، وبالتالي يتعلق بمحل العقد الأصلي وليس له علاقة باتفاق التحكيم الذي يبتغي حسم النزاع بطريق التحكيم، وذلك على خلاف الحالة التي يوجد فيها غلط مانع أو إكراه ملجئ؛ لأن الأمر لا يتعلق هنا بعيب من عيوب الرضا، إنما بانعدام الرضا تماماً، وهذا يعني انعدام العقد الأصلي وانعدام اتفاق التحكيم أيضاً.

---

(٥٥) Fouchard, E. Gaillard, Goldman, International Commercial Arbitration, The Hague, Kluwer, 1990, spc. n 411.

(٥٦) J.P. Ancel, L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire, Trav. com. Fr. DIP 1991 - 1992, 75.
"si le sort de la clause peut être dissocié du sort du reste du contrat lorsque de bonnes raisons le commandent, il n'en est pas toujours ainsi.... la nullité qui affecte le contrat ne laisse pas toujours indemne la clause".

(٥٧) P. Mayer, Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire, Rev. arb. 1998, p. 359. voir aussi: R. David, L'arbitrage dans le commerce international, Paris, Economica 1992, spéc. n 209 s.

الفرع الثاني: عدم وجود اتفاق مخالف لقاعدة الاستقلال

لا يؤخذ بقاعدة الاستقلال إذا وجد اتفاق بين الأطراف يقضي بربط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي، أو الاتفاق على جعل اتفاق التحكيم جزءاً لا يتجزأ من العقد الأصلي من حيث وجود وصحة وترتيب آثار كل منهما. في مثل هذه الحالات، فإن بطلان أو فسخ أو انقضاء العقد الأصلي يؤدي إلى انقضاء اتفاق التحكيم تبعاً له[٥٨]، وذلك إعمالا للإرادة المشتركة للأطراف، فقاعدة استقلال اتفاق التحكيم ليست من النظام العام ويمكن للأطراف مخالفتها[٥٩] سواء بصورة صريحة أو ضمنية[٦٠]، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في أكثر من حكم بذكرها: "ما لم يتفق على خلاف ذلك" أو "إلا بموجب اتفاق مخالف"[٦١]. ويلحق بهذا الحالة من وجهة نظرنا، الحالة التي يكون فيها اتفاق التحكيم هو الباعث الدافع إلى إبرام العقد الأصلي، أي بدون هذا الاتفاق ما كان ممكنا إبرام العقد الأصلي، عندها يمتد أثر بطلان أو فسخ أو انقضاء العقد الأصلي إلى اتفاق التحكيم أيضاً بحيث ينقضي هو الآخر تبعاً له، كل ذلك إعمالاً للقواعد العامة بشأن العقود بوجه عام.

إن تطبيق القيد السابق، مرهون باعتراف القانون الوطني بقاعدة استقلال اتفاق التحكيم، أما إذا كان هذا القانون يرفض بالأساس فكرة الاستقلال، بحيث يربط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي وجوداً وعدماً، فلا مجال لإعمال هذا القيد، بل لا توجد فائدة أصلاً من اتفاق الأطراف على استبعاد قاعدة الاستقلال في هذه الحالة؛ لأن رفض فكرة الاستقلال، ستؤدي حتماً إلى تطبيق القواعد العامة بشأن العقود، والتي تقضي بأن "التابع تابع"[٦٢] و "التابع لا يقرر بالحكم"[٦٣] و "إذا سقط

---

(٥٨) أحمد سلامة، المرجع السابق، البند ١٣٤، ص ٤٦٨ وما بعدها.

(٥٩) انظر في هذا الاتجاه: أحمد سلامة، المرجع السابق. والاستقلالية لا تعتبر من النظام العام، فيجوز للأطراف الاتفاق على خلافها أي جواز الاتفاق على عدم استقلالية شرط التحكيم، إنما تبعية شرط التحكيم للعقد الأصلي، بل يجوز استخلاص هذه الإرادة ضمناً: حمزة حداد، المرجع السابق، البند ١٤٥، ص ١٢٤.

(٦٠) حمزة حداد، المرجع نفسه.

(٦١) انظر على سبيل المثال أحكام محكمة النقض الفرنسية:
Cass. 2e civ., 20 mars 2003 : Bull. civ. II, n 68 ; Cass. com. 9 avril 2002, Bull. civ. IV, n 69.
وقد جاء أيضاً ذكر ذلك صراحة في المادة (٤/٦) من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس : "ما لم يتفق على خلاف ذلك".

(٦٢) المادة ٤٧ من مجلة الأحكام العدلية.

(٦٣) المادة ٤٨ من مجلة الأحكام العدلية.

الأصل سقط الفرع"[٦٤] و "إذا بطل شيء بطل ما في ضمنه"[٦٥]. عندها، فإن اتفاق الأطراف على استبعاد قاعدة استقلال اتفاق التحكيم لن يكون مجدياً، إنما يمكن على العكس الاتفاق صراحة أو ضمناً على تطبيق قاعدة استقلال اتفاق التحكيم، بحيث يستبعد الأطراف في هذه الحالة قاعدة الارتباط أو تبعية شرط التحكيم للعقد الأصلي؛ وبالتالي يؤخذ بقاعدة الاستقلال كشرط عقدي وذلك إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة، وهذا ممكن على أساس أن قاعدة الاستقلال ليست من النظام العام، كما يمكن اعتبار شرط التحكيم مستقلاً عن العقد الأصلي، إذا كان الاتفاق أو القانون يفرض توقيعاً خاصاً من أجل الأخذ بشرط التحكيم، أو عندما يتفق الأطراف صراحة على اعتبار الشرط قائماً بذاته ولا يتأثر ببطلان العقد الأصلي أو فسخه أو انتهائه، عندها يمكن تفسير ذلك على أنه يعبر عن استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي المرتبط به، ويمكن تطبيق ذات الحكم على الحالة التي يتفق فيها الأطراف صراحة على الإحالة إلى قانون معين، أو قواعد تحكيمية تأخذ صراحة باستقلال اتفاق التحكيم، أو إذا كان شرط التحكيم مفروضاً في إطار العرف التجاري أو التعامل السابق بين الأطراف وكان يعتبر الشرط مستقلاً عن العقد الأصلي.

الفرع الثالث: إمكانية فصل مصير اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي

إن البحث في مدى إمكانية فصل مصير اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، يقتضي تحديد طبيعة العلاقة التي تربط بينهما؛ ولهذا التحديد أهمية كبيرة من الناحية العملية؛ فإذا أبرم اتفاق التحكيم منفصلاً عن العقد الأصلي، بحيث جاء كل منهما في مستند مستقل، قد يبدو واضحاً أن بطلان أحدهما يجب ألا ينسحب على الآخر، مع ذلك فإن اتفاق التحكيم الذي لا يرتبط بعقد لا يكون له معنى ولا فائدة عملية من وجوده؛ لأن الفائدة المرجوة من اتفاق التحكيم تتمثل في حسم النزاع الموضوعي الناشئ عن العقد، وبدونه يكون اتفاق التحكيم عديم الفائدة نظر لانعدام محله. في المقابل، لو أدرج اتفاق التحكيم في صلب العقد الأصلي، فيصبح من الضروري تبرير استقلال أحدهما عن الآخر.

وقد أثار تحديد طبيعة العلاقة التي تربط اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي جدلاً

(٦٤) المادة ٥٠ من مجلة الحكام العدلية.
(٦٥) المادة ٢٥ من مجلة الأحكام العدلية.

واسعاً في الفقه: فبينما ينظر جانب إلى اتفاق التحكيم على أنه عقد مستقل قائم بذاته يقوم إلى جانب العقد الأصلي، في حين ينظر جانب آخر إلى اتفاق التحكيم على أنه مجرد شرط وارد في العقد الأصلي ولا يعتبر عقداً مستقلاً قائماً بذاته بل تابعاً للعقد الأصلي(٦٦). وعليه نعرض هذين الاتجاهين على التوالي.

أولاً: اتفاق التحكيم والعقد الأصلي يشكلان عقدين منفصلين عن بعضهما البعض

يرى جانب من الفقه أن اتفاق التحكيم يعتبر عقداً مستقلاً قائماً بذاته يقوم إلى جانب العقد الأصلي؛ وبالتالي يوجد عقدان: اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، ويقول الأستاذ الفرنسي Motulsky أنه: "يوجد، بالضرورة اتفاقان؛ فحسب الطريقة المعتادة في صياغته، فإن شرط التحكيم يسعى إلى حسم الخلافات التي يمكن أن تنشأ عن هذا العقد؛ هذا يشير إلى أن العقد يشكل محل شرط التحكيم وأن هذا الشرط يقع إذن، منطقياً خارجاً عنه"(٦٧). وقد أيدت ذلك، محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٨/٤/٨، بقولها إن: "شرط التحكيم يشكل اتفاقاً إجرائياً مستقلاً ومختلفاً عن العقد الأصلي المبرم بين الأطراف في الموضوع، بحيث إن احتمالية بطلان العقد... لا يكون لها تأثير على صحة شرط التحكيم"(٦٨).

وقد رسخ هذا الاتجاه، قانون التحكيم الإنجليزي لعام ١٩٩٦، حيث ورد فيه أن اتفاق التحكيم حتى لو أدرج في العقد الأصلي فإنه يعامل معاملة مستقلة عن هذا الأخير(٦٩)؛ وجاء ذلك تجسيداً لما رسخه القضاء الإنجليزي بهذا الصدد، خصوصاً

---

(٦٦) Menjucq M. et Beguin J. Droit du commerce International, d. LexisNexis Litec. 2005.

(٦٧) "il y a, de toute nécessité deux conventions; car selon sa rédaction habituelle, la clause compromissoire entend régler les diffrends auxquels le présent contrat pourra donner lieu; c'est assez dire que le contrat constitue l'objet de la clause et que celle-ci se place donc, logiquementá l'extérieur": H. Motulsky, note sous l'arrêt Gosset, précité.

(٦٨) "la clause compromissoire constitue une convention de procédure autonome et distincte de la convention principale liant les parties sur le fond, en sorte que l'ventuelle nullité du contrat... se trouve sans incidence sur la validité de la clause compromissoire".

(٦٩) Section 7, Arbitration Act 1996: ".. shall be treated as a distinct agreement".

في قضية Brumer Vulkan[٧٠]، والذي يجد أساسه في الفقه الإنجليزي الذي يرى أن اتفاق التحكيم والعقد الأصلي يمثلان عقدين منفصلين[٧١].

وقد لقي هذا التوجه معارضة واسعة من معظم الفقه، والذي يرفض فكرة العقدين المنفصلين: "فإذا أمكننا القول بوجود اتفاق خاص بالتحكيم إلى جانب العقد الأصلي، فلا يمكن تأييد ذلك عندما يتعلق الأمر بشرط تحكيم، فالشرط يدرج بطبيعته في عقد، والعقد يتكون من مجموعة شروط"[٧٢]. بل إنه لا يتصور وجود شرط تحكيم منفصلاً عن العقد؛ لأن اللجوء إلى التحكيم لا يمكن أن يكون مجرداً، بل يفترض وجود نزاع متعلق بهذا العقد، وإلا لأصبح شرط التحكيم بدون محل[٧٣]؛ فلو كان محل شرط التحكيم، هو حسم المنازعات التي يمكن أن تنشأ عن تنفيذ عقد، ولم يكن هناك عقد يراد تنفيذه، فلا فائدة من شرط التحكيم[٧٤].

---

(٧٠) وقد جاء في هذه القضية أن:
"The arbitration clause constitutes a self-contained contract collateral or ancillary to the shipbuilding agreement itself": Bremer Vulkan v. South India Shipping Corp., 1981, A.C., 909, 980.

(٧١) ويقول القاضي Schwebel:
"When the parties to an agreement containing an arbitration clause enter into that agreement, they conclude not one but two agreements": S. Schwebel, international arbitration: Three salient Problems, Grotius, 1987, spc. P. 1 60.
وكذلك Alan Redfern يعتبر أن العقد الذي يحتوي شرط التحكيم يمكن اعتباره على أنه يشتمل على "عقدين منفصلين:
Two separate contracts: A. Redfern, The jurisdiction of international commercial arbitrator, J. Int'l. Arb., mars 1986, P. 22.

(٧٢) Valhalla, Cit dans: "L'autonomie de la clause compromissoire - Valhalla": >http//: www.vallhala.fr/2006/11/19/lautonomie-de-la-clause-comromissoire/< visited 26/1/2012. p. 2.

(٧٣) La clause compromissoire "serait inconcevable en l'absence du reste du contrat. On ne peut prévoir le recours l'arbitrage in vacuo... L'objet même de la clause compromissoire est constitué par le reste du contrat: " P. Mayer, Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire, Rev. Arb. 1998, p. 364.

(٧٤) انظر في هذا الاتجاه ولكن بشكل غير مباشر:
E. Loquin, note sous l'arrêt Dalico, JDI 1994, p. 692: "La clause compromissoire a trait la procédure, elle ne concerne pas directement les droits substantiels. Or, quel peut être l'intérêt de définir une procédure totalement abstraite qui ne porterait sur aucun droit ou aucune obligation? La clause compromissoire définit simplement une partie du régime juridique choisi par les parties lors de la conclusion du contrat qui les lie. On peut donc affirmer que la clause compromissoire ne constitue pas un contrat á part entière á côté du contrat principal portant sur le fond".

فعلى الرغم من وجاهة هذه الانتقادات التي ترفض فكرة العقدين المنفصلين، إلا أنه يجب عدم المبالغة في ذلك؛ لأن التمييز بين العقد الأصلي واتفاق التحكيم قد يكون في بعض الحالات مبرراً ويحقق بعض النتائج العملية، ففي قضية رفعت أمام المحكمة الاتحادية السويسرية(٧٥)، تمسك المدعي ببطلان قرار التحكيم، على أساس أن الموافقة على شرط التحكيم جاءت مقترنة بعيب الإكراه، فقضت المحكمة بأنه كان ينبغي على المحكم التحقق أولاً من صحة اتفاق التحكيم ذاته من أجل تحديد ما إذا كان مختصاً أم لا بنظر النزاع؛ فإذا تأكد من صحته، انتقل إلى بحث صحة العقد الأصلي، ويظهر من ذلك أن الحديث يدور حول عقدين مختلفين.

وقد سارت في ذات الاتجاه أيضاً، محكمة النقض الفرنسية(٧٦)، حيث اعترفت بصحة شرط التحكيم بشأن عقد صحيح لكنه لم يدخل حيز النفاذ؛ لأن تنفيذ العقد الأصلي كان متوقفاً على دفع جزء من الثمن ابتداء، وعلى قيام المشتري بتقديم ضمانات بنكية، ولكنه لم يقدم أي منهما أبداً، فتمسك المشتري بعدم اختصاص المحكم استناداً لشرط التحكيم، فقضت المحكمة بأنه ما دام العقد الأصلي قد أبرم صحيحاً، وأن النزاع كان يتعلق فقط بشروط العقد، فإن حسم هذا النزاع يجب أن يتم بطريق التحكيم إعمالاً لشرط التحكيم المبرم بين الأطراف، بالتالي خلصت المحكمة إلى وجود عقدين صحيحين: العقد الأصلي ولكنه غير نافذ، وشرط التحكيم الذي دخل حيز النفاذ، ما يعطي هيئة التحكيم سلطة الفصل في النزاع إعمالاً لهذا الشرط.

ثانياً: شرط التحكيم مجرد شرط وارد في العقد الأصلي وليس عقداً مستقلا

يرى جانب من الفقه أن شرط التحكيم لا يمكن اعتباره عقداً مستقلاً قائماً بذاته إنما مجرد شرط وارد في العقد الأصلي، ويقف على رأس هؤلاء الفقيه الفرنسي P. Mayer الذي يرى أن استخدام مصطلح "الاستقلال" Autonomie للتعبير عن العلاقة بين اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، توحي بأنهما تصرفان منفصلان عن بعضهما البعض وأن مصير كل منهما مختلف تماماً عن الآخر: العقد الأصلي يحدد الالتزامات الأساسية للأطراف، واتفاق التحكيم يأتي كعقد موازٍ يهدف لحسم المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي، ولكنه يرى أن هذا التمييز مصطنع(٧٧)؛ لأنه لا يكفي

(٧٥) Tribunal Fédéral Suisse: 20 déc. 1995: Bull. arrêts du tribunal fédéral, recueil 121, 3e partie, p. 495.

(٧٦) Cass. 6 déc. 1988: JDI 1990, p. 134.

(٧٧) P. Mayer, note sous l'arrêt Cotunav, CA Paris, 28 nov. 1989, Rev. arb. 1990, p. 675.

التركيز على الجانب الشكلي، والنظر فقط إلى أن شرط التحكيم قد أدرج مادياً في العقد الأصلي للقول بأن شرط التحكيم هو مجرد شرط عقدي وارد في عقد، إنما يجب النظر إلى النية المشتركة للمتعاقدين(٧٨)؛ إذ أن مجرد قيام الأطراف بإبرام عقد واحد يشير إلى أنهم أرادوا جعل اتفاق التحكيم والعقد الأصلي وحدة واحدة، وإلا لكان الأجدر بهم إبرام اتفاقين منفصلين(٧٩).

بالتالي، فإن الفقيه ماير Mayer يأخذ بفكرة تبعية شرط التحكيم للعقد الأصلي، ويعتمدها لتفسير الاستقلال المادي لشرط التحكيم عن العقد الأصلي، وعليه فإنه يفضل استخدام مصطلح "الانفصال" séparabilité على مصطلح "الاستقلال" autonomie للتعبير عن قاعدة استقلال اتفاق التحكيم؛ لأن مصطلح "الانفصال" يتطابق من وجهة نظره مع توقعات الأطراف، ويحقق عدة فوائد عملية(٨٠)؛ فإذا لم يكن هناك ثمة ما يمنع من اشتمال نفس المستند على اتفاقين، فإنه يجب أن تكون نية الأطراف واضحة بهذا الشأن، وعليه يمكن معاملة شرط التحكيم على أنه عقد مستقل تماماً عن العقد الأصلي، مع ذلك يبقى هناك ارتباط بينهما، لأن العقد الأصلي يمثل موضوع شرط التحكيم: حيث إن شرط التحكيم يقضي بإخضاع جميع المنازعات الناشئة عن هذا العقد للتحكيم، بالتالي لا يمكن الأخذ بشرط التحكيم دون الأخذ بالعقد الأصلي(٨١).

ويؤيد فكرة التبعية أيضاً الفقيه الفرنسي Mezger والذي يرى أن "اتفاق التحكيم يعتبر تابعاً للعقد الأصلي"(٨٢)، حتى لو جاء هذا الاتفاق منفصلاً مادياً عن العقد الأصلي؛ لأن هذا الانفصال المادي لا يعد انفصالاً فعلياً، بل يبقى يشكل مع

---

(٧٨) P. Mayer, Les limites..., précitée: "l'unité formelle soit démentie par une volonté manifeste de sparation intellectuelle", p. 359 et s.

(٧٩) Ibid.

(٨٠) P. Mayer, L'autonomie de l'arbitre international, Rec. Cours La Haye, 1989, v. T217, p. 327 (spc. P. 346 s.) : "la séparabilité n'indique que la possibilité de séparer lorsque la volonté présumée des parties est en ce sens: il n'en demeure pas moins que la clause compromissoire est partie intégrante du contrat, et l'accessoire des droits qu'il crée".

(٨١) P. Mayer, Les limites..., précitée: "la clause compromissoire est donc bel et bien une clause parmi d'autres dans un contrat unique".

(٨٢) E. Mezger, Prima Paint v. Flood and Conklin, 388, U.S. 395 (1967): "la convention arbitrale est considérée comme un accessoire du contrat de base".

العقد الأصلي وحدة واحدة، على اعتبار أن العقد الأصلي والمنازعات الناشئة عنه تمثل محل اتفاق التحكيم ذاته(٨٣)

ونظراً لعدم تعارض فكرة التبعية مع فكرة الاستقلال، فقد أيدها جانب من الفقه الفرنسي؛ فالفقيه الفرنسي Simler يرى أنه على الرغم من أن لشرط التحكيم "قيمة فعلية مستقلة"، إلا أنه يستبعد فكرة العقدين المنفصلين(٨٤). ويسير في ذات الاتجاه أيضاً، الفقيه الفرنسي Samuel حيث يرفض اعتبار شرط التحكيم عقداً منفصلاً عن العقد الأصلي، بل يعتبر شرط التحكيم ذا طبيعة خاصة؛ فعلى الرغم من أنه لا يتعلق بالحقوق والالتزامات الأساسية للأطراف، فإنه لا يمكن مع ذلك اعتباره عقداً مستقلاً قائماً بذاته(٨٥).

أما النتائج المترتبة على صفة التبعية بالنسبة لشرط التحكيم، فيرى Mayer أن فكرة التبعية تجعل الشرط مستقلاً عن العقد الأصلي من حيث البطلان، وأن إرادة الأطراف تتجه إلى إخضاع جميع المنازعات الناشئة عن العقد للتحكيم، بما في ذلك ما تعلق ببطلان شرط التحكيم، بل إن هذه النية مفترضة إلا إذا عبر الأطراف عن إرادة مخالفة بموجب شرط خاص في العقد، كما أن فكرة التبعية تضمن فاعلية شرط التحكيم، من خلال تجنب قيام أحد الأطراف بالتمسك ببطلان هذا الشرط، للتهرب من تطبيق اتفاق التحكيم(٨٦).

وتقييماً للاتجاهين السابقين، فإنه لا يمكن من وجهة نظرنا تغليب أحد الرأيين على الآخر بشكل كامل؛ فصحيح أن شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي يرتبط مادياً بهذا الأخير، مما يجعله يتأثر في بعض الحالات من حيث وجوده وصحته بمصير العقد الأصلي، خصوصاً فيما يتعلق باتفاق الإرادة؛ بالتالي فإن القول بوجود عقد واحد قد يبدو مبرراً من هذه الناحية. في المقابل، فإن الطابع الإجرائي لشرط

(٨٣) M. Mezger, Comptence-Comptence des arbitres et indpendance de la convention arbitrale dans la Convention dite Europenne sur l'Arbitrage Commercial International de 1961, Essais Minoli, AIA/UTET, 1974, p. 321.

(٨٤) Simler, La nullité partielle des actes juridiques, Paris, LGDJ 1969, spéc. P. 102: "par nature même accessoire", puisqu'elle "ne se conçoit pas en dehors d'un contrat principal, même si elle est contenue dans un acte distinct".

(٨٥) A. Samuel, Separability in English Law - Should an Arbitration Clause Be Regarded as an Agreement Separate and Collateral to a Contract in Which It Is Containedȼ, J. Int'l Arb. Sept. 1986, p. 95.

(٨٦) P. Mayer, précitée.

التحكيم والمتمثل في حسم المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي، يجعله يختلف عن هذا الأخير الذي ينصب على تحديد الحقوق والالتزامات الأساسية للأطراف، مما يجعل إمكانية القول بوجود عقدين منفصلين مبرراً أيضاً، ولكن ما يقلل من أهمية هذا الخلاف الذي يغلب عليه الطابع النظري إلى حد بعيد، هو أن كليهما يتفق على أن شرط التحكيم (أو بالأحرى اتفاق التحكيم) الذي لا يكون مرتبطاً بعقد، لا يكون له معنى ولا جدوى من وجوده، كما أن كليهما يعترف باستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي أيضاً في حال البطلان أو الفسخ أو الانقضاء، مما يقلل من الأهمية العملية لهذا الخلاف.

وبالتالي، يمكن القول أن تحديد الطبيعة القانونية لشرط التحكيم قد أصبح تقريباً مجرد مسألة نظرية بحتة لا يوجد لها فعلياً أي انعكاس عملي، في ظل اعتراف معظم الأنظمة القانونية باستقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي(٨٧).

(٨٧) تسير في هذا الاتجاه:
Céline Duquenne, L'autonomie de la clause copromissoire en droit du commerce international, Faculty of Law, McGill University, Montreal, 2000, p. 26 et 27: "le concept d'accessoire" permet de faire de la clause compromissoire un élément du contrat principal, mais un élément "séparable" de ce contrat. Inversement, le recours la notion de contrat fait de la clause un élément en principe autonome, mais, dans une certaine mesure, rattaché au contrat principal, puisqu'il est généralement admis que l'existence du contrat principal est un préalable nécessaire á la validité de la clause. C'est dire combien la distinction entre les deux qualifications est aigüe, et sans doute ni l'une ni l'autre ne permet d'expliquer parfaitement en quoi consiste l'autonomie matérielle de la clause compromissoire. Ainsi, quelque soit la qualification retenue pour la clause, les conséquences pratiques qui en découlent sont sensiblement identiques. Ces conséquences, expression du principe d'autonomie entendue comme autonomie par rapport au contrat principal, sont largement accueillies á travers le monde".

المبحث الثاني
استقلال اتفاق التحكيم عن أي قانون وطني

يعود الفضل الأكبر في ترسيخ هذا المعنى الجديد لقاعدة الاستقلال إلى القضاء الفرنسي؛ فلا تشير قاعدة الاستقلال هذه المرة إلى استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي بالمعنى المشار إليه في المبحث الأول، إنما الاعتراف بقاعدة استقلال اتفاق التحكيم باعتبارها قاعدة موضوعية من قواعد التحكيم الدولي، يتم تطبيقها دون حاجة للرجوع في تقريرها من عدمه لأي قانون وطني، فإذا كانت قاعدة الاستقلال بالمعنى الأول، قد رسختها معظم الأنظمة القانونية الحديثة، فإن المعنى الثاني لتلك القاعدة، لم يحظ حتى الآن بمثل هذا الاعتراف.

وبناء عليه، فإن معظم القوانين ما تزال تطبق قواعد التنازع لتعيين القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، والذي يتم بموجبه تحديد مدى استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، والتحقق من وجود اتفاق التحكيم وصحته، ولكن أمام الصعوبات التي يثيرها تطبيق قواعد التنازع لتعيين القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم (**المطلب الأول**)، جعل الفقه والقضاء يسير باتجاه ترسيخ قاعدة موضوعية لاستقلال اتفاق التحكيم بعيداً عن تطبيق قواعد التنازع (**المطلب الثاني**)، مع ذلك فإن تلك القاعدة الموضوعية ليست مطلقة بل ترد عليها بعض القيود (**المطلب الثالث**).

المطلب الأول
تطبيق قواعد التنازع على اتفاق التحكيم

تتجه معظم الدول إلى تطبيق قواعد التنازع لتعيين القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم؛ وهي لا تمانع من حيث المبدأ تطبيق قانونين مختلفين على اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، ولكن ذلك لا يخلو من صعوبات قانونية وعملية.

الفرع الأول: إمكان تطبيق قانون على اتفاق التحكيم وتطبيق قانون آخر على العقد الأصلي

يترتب على ترسيخ قاعدة الاستقلال، ليس فقط عدم ربط مصير اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي، إنما أيضاً إمكانية خضوع كل من اتفاق التحكيم والعقد الأصلي لقانونين مختلفين؛ بالتالي فإن القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي قد لا يكون بالضرورة هو نفسه المطبق على اتفاق التحكيم، ويبدو أن هذا الأمر لا يثير مشكلة فعلية في الفقه الذي يقبل بمسألة "تجزئة العقد" (Dépeçage du contrat) في إطار

تنازع القوانين(٨٨). هذا التوجه نحو تطبيق قانونين مختلفين على اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، أقر به القضاء الفرنسي في عدة أحكام(٨٩). وقد سار قضاء التحكيم على هذا النحو أيضاً(٩٠)، فقد جاء في أحد قرارات غرفة التجارة الدولية بباريس أن: "للأطراف أن ينصوا في اتفاق التحكيم على رغبتهم في تطبيق القانون الذي يختارونه مرة واحدة على العقد الأصلي وعلى اتفاق التحكيم"(٩١). وجاء في قرارات أخرى لذات الغرفة أن: "شرط التحكيم يمكن أن يخضع، وطبقاً لمبدأ سلطان الإرادة، في التحكيمات الدولية لقانون مختلف عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي"(٩٢)، وأن "للمحكمين سلطة تقدير صحة ونطاق اتفاق التحكيم استقلالاً عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي المدرج به الشرط"(٩٣).

والواقع أن تطبيق قانونين مختلفين على اتفاق التحكيم والعقد الأصلي، لا يثير مشكلة في حال وجود اتفاق بين الأطراف يقضي بذلك، ولكن الإشكالية الحقيقة تتمثل في أنه نادراً ما يقوم الأطراف بتعيين قانونين مختلفين لحكم شرط التحكيم والعقد الأصلي، فهل يمتد عندها تطبيق القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي ليحكم اتفاق التحكيم أيضاً؟

يمكن الرد على هذا السؤال بالإيجاب، لأن شرط التحكيم يمكن اعتباره مجرد شرط وارد في العقد الأصلي، بالتالي فالمنطق يقتضي خضوع الشرط لذات القانون الذي يخضع له العقد الأصلي، ما لم يعبر الأطراف عن إرادة مخالفة، ولكن يبدو أن هذا الحل لا يلقى قبولاً عاماً في القضاء الوطني لمعظم الدول، والتي تتجه في حال سكوت

---

(٨٨) P. Mayer, Les limites á la séparabilité de la clause compromissoire, Rev. arb. 1998, p. 359.

(٨٩) CA Paris, 25 janv. 1972: Rev. arb. 1973, p. 158 note Ph. Fouchard; Cass. 1re civ., 4 juill. 1972, Hecht c. Soc. Buysman's, Rev. arb. 1974, 89; Cass. 1re civ., 14 dc. 1983, Rev. arb. 1984, p. 483, note M.-C. Rondeau-Rivier; Cass. 1re civ., 3 mars 1992, Rev. arb. 1993, p. 273, note P. Mayer.

(٩٠) Sentence CCI n 5730, Elf Aquitaine v. Orri, JDI 1990, p. 1029, note Y. Derains.

(٩١) Sentence CCI n4381, 1986: JDI 1989, p. 1103 et s.
وقد جاء في هذا القرار أيضاً أن ما استقر عليه الرأي في قرارات سابقة من أن تقرير صحة اتفاق التحكيم يجب أن يبحث عنه طبقاً لإرادة الأطراف والعادات التي تتفق مع ما تتطلبه التجارة الدولية.

(٩٢) Sentence CCI n 4504, 1985: JDI 1986, p. 1118, note S. Jarvin.

(٩٣) Sentence CCI n 4381, 1986: JDI 1986, p. 1102, note Y. Derains.

الأطراف عن تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم إما إلى تطبيق القانون الذي يحكم العقد الأصلي، أو تطبيق قانون دولة مقر التحكيم أو قانون آخر(٩٤).

الفرع الثاني: صعوبة تطبيق قواعد تنازع القوانين على اتفاق التحكيم

يثير تطبيق قواعد تنازع القوانين في مجال التحكيم الدولي، لتعيين القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، العديد من الصعوبات القانونية والعملية التي يصعب أحياناً تخطيها.

تتمثل الصعوبة الأولى في صعوبة تحديد الأفكار المسندة بشأن اتفاق التحكيم؛ لأن اتفاق التحكيم يشتمل على مجموعة عناصر: أهلية الأطراف، وسلطة إبرام اتفاق التحكيم، والشروط الشكلية والموضوعية لاتفاق التحكيم، وخصوصاً مسألة قابلية النزاع للتحكيم، فهذه العناصر جميعاً يصعب إدخالها ضمن فئة قانونية معينة، فهل هي عناصر تتعلق بالشكل أم بالموضوع؟ وهل اتفاق التحكيم ذاته، يعد مسألة إجرائية أم موضوعية؟

فإذا أمكن تكييف اتفاق التحكيم على أنه مسألة إجرائية، على أساس أنه يبتغي حسم نزاع، ويؤدي إلى إخراج النزاع من سلطة القضاء، وإعطاء هيئة التحكيم سلطة الفصل فيه، فإنه لا يمكن مع ذلك، إنكار الطبيعة الموضوعية لاتفاق التحكيم، على أساس أن هذا الاتفاق هو في نهاية المطاف عقد، بالتالي هو مسألة موضوعية، كما أن إعطاء اتفاق التحكيم ذات تكييف العقد الأصلي، وإخضاعه بالتالي للقانون الذي يحكم العقد الأصلي، لا يخلو من إشكاليات؛ لأن اتفاق التحكيم والعقد الأصلي يختلفان عن بعضهما البعض في محل وسبب كل منهما، هذا بالإضافة إلى أن إخضاع اتفاق التحكيم لذات القانون الذي يخضع له العقد الأصلي يثير إشكالية حقيقية عند عدم وجود اتفاق صريح أو ضمني بين الأطراف بشأن القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي. وأخيراً، فإنه لا يجوز أن يقتصر القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم على القانون الذي يحكم العقد الأصلي؛ لأن مثل هذا الحصر يخالف من جهة قاعدة الاستقلال ذاتها، ولأنه يتعارض من جهة أخرى مع فكرة الحرية التي يتمتع بها الأطراف في مجال التحكيم الدولي، وإن فرض تطبيق قانون معين يتعارض مع هذه الحرية(٩٥).

(٩٤) Yves Derains, Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale, JDI 1993, p. 829.

(٩٥) E. Gaillard, note sous l'arrêt Dalico, précité.

أما الصعوبة الثانية، فتتمثل في صعوبة تحديد ضوابط الإسناد التي تطبق على اتفاق التحكيم؛ فتطبيق بعض ضوابط الإسناد تثير إشكالية، كضابط مكان إبرام العقد؛ فقد يأتي هذا المكان بمحض الصدفة بحيث لا يعبر عن رابطة فعلية مع العقد تبرر تطبيقه، وكذلك الحال بالنسبة لتطبيق قانون دولة مقر التحكيم، فقد لا يكون لهذا المكان رابطة فعلية مع العقد الذي ثار النزاع بشأنه والمراد حسمه بطريق التحكيم.

بناء على هذه الصعوبات، فقد انتقد جانب من الفقه بشدة مسألة تطبيق قواعد التنازع لتحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم؛ على أساس عدم وجود مبادئ قانونية واضحة تطبقها الدول بهذا الشأن(٩٦). كما أن كثيراً من قواعد التنازع تختلف من دولة إلى أخرى، مما يجعل إمكانية توقع الأطراف للقانون الذي سيطبق على اتفاق التحكيم صعباً، مما يهدد الاستقرار القضائي، ومن هذا المنطلق سعى الفقه والقضاء لترسيخ قاعدة موضوعية لاستقلال اتفاق التحكيم بعيداً عن تطبيق قواعد التنازع التي تتصف بالتعقيد وعدم الملاءمة للتطبيق في مجال التحكيم الدولي، تكون أكثر سهولة ويسراً من قواعد التنازع، وتتمثل الفائدة العملية من هذه القاعدة الموضوعية في أنها تعطي حلولاً موضوعية مباشرة لمعظم المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم دون الرجوع في ذلك لأي قانون وطني؛ وتجعل بمقدور الأطراف العلم المسبق بالقواعد القانونية التي تحكم اتفاق التحكيم، مما يحقق الاستقرار القضائي. وكل ذلك، يصب في صالح تحقيق مصالح التجارة الدولية(٩٧)، ويؤدي إلى تجنب خصوصية القوانين الوطنية وتعقيداتها(٩٨).

المطلب الثاني
تأكيد وجود قاعدة موضوعية لاستقلال اتفاق التحكيم

تجنباً للعديد من الصعوبات التي يثيرها تطبيق قواعد التنازع لتعيين القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، فقد سعى الفقه نحو ترسيخ قاعدة موضوعية لاستقلال اتفاق التحكيم بعيداً عن تطبيق قواعد التنازع، أي بعيداً عن تطبيق أي قانون وطني للدول، وقد لقي هذا التوجه قبولاً واسعاً خصوصاً في القضاء الفرنسي، وقد

(٩٦) R. David, L'arbitrage dans le commerce international, Paris, Economica, 1992, spéc. n 242.

(٩٧) C. Blanchin, précité, spéc. P. 28.

(٩٨) Y. Derains, obs. Sous la sentence CCI rendue en 1991 dans l'affaire n 6840, p. 1030.

مر ترسيخ تلك القاعدة الموضوعية بثلاث مراحل: تتمثل المرحلة الأولى في اعتبار قاعدة استقلال اتفاق التحكيم قاعدة موضوعية، وتتمثل المرحلة الثانية في اعتبار قاعدة استقلال اتفاق التحكيم قاعدة عامة أو مبدأ عاماً، وتتمثل المرحلة الثالثة والأخيرة في وضع قرينة بسيطة على صحة اتفاق التحكيم. ونتناول كل مرحلة من هذه المراحل الثلاث على التوالي.

الفرع الأول
استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي أصبح قاعدة موضوعية في قانون التجارة الدولية

يعتبر جانب من الفقه أن قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي قد أصبحت اليوم قاعدة موضوعية من قواعد التحكيم التجاري الدولي(٩٩). ويمكن تعريف القاعدة الموضوعية على أنها: "قاعدة أو مبدأ قانوني يكتسب قوة ملزمة في مضمونه، بسبب تحقيقه للمصالح المشروعة للأطراف وخدمته لمصالح التجارة الدولية، وذلك استقلالاً عن الأنظمة القانونية للدول"(١٠٠).

ويبرر الفقه هذه القاعدة الموضوعية لاستقلال اتفاق التحكيم عن الخضوع لأي قانون وطني على أساس: "أن استقلال شرط التحكيم ليس قاعدة إسناد، ولكن قاعدة موضوعية في القانون الدولي الخاص، خاصة بالتحكيم الدولي، لا تترك مكاناً لتطبيق أي قانون أجنبي"(١٠١). وتتمثل الفائدة العملية لهذه القاعدة الموضوعية في أنه يجب دائما الاعتراف بقاعدة استقلال اتفاق التحكيم استناداً لهذه القاعدة الموضوعية دون الرجوع في ذلك إلى قواعد تنازع القوانين للدول(١٠٢). بمعنى آخر، يجب الاعتراف بقاعدة استقلال اتفاق التحكيم، حتى لو كان القانون الواجب التطبيق يرفض فكرة

(٩٩) انظر أحمد سلامة: المرجع السابق، البند ١٣٩، ص ٤٨٧ وما بعدها. وانظر أيضا:
F. Deby-Gerard, Le rôle de la règle de conflit dans le réglement de rapports internationaux, Thèse Paris 1971, éd. Dalloz, p. 111.

(١٠٠) D. Vidal, Droit français de l'arbitrage commercial international, éd. Gualino éditeur, Paris 2004, n 201, p. 145.

(١٠١) Goldman، التحكيم (القانون الدولي الخاص) موسوعة القانون الدولي، ١٩٦٩، البند، ٣٦: مذكور في أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٤٨٨.

(١٠٢) أحمد سلامة، المرجع السابق، البند ١٣٩، ص ٤٨٧ و ٤٨٨.

الاستقلال، لأن قاعدة الاستقلال مقررة بموجب قاعدة موضوعية وليس بالرجوع إلى قواعد تنازع القوانين(١٠٣).

ويعود الفضل الأكبر في ترسيخ هذه القاعدة الموضوعية ووضع إطار قانوني لها إلى القضاء الفرنسي، وقضاء التحكيم، واللذين يتطابقان إلى حد كبير مع ما أورده الفقه في هذا الشأن(١٠٤). فقد جاء في حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية Dalico الصادر بتاريخ ١٩٩٣/١٢/٢٠ أنه: "بمقتضى قاعدة موضوعية في القانون الدولي للتحكيم، فإن شرط التحكيم يكون مستقلاً قانوناً عن العقد الأصلي الذي يتضمنه صراحة أو بالإحالة ووجوده وفاعليته يقدران، بشرط احترام القواعد الآمرة في القانون الفرنسي والنظام العام الدولي، بالاستناد إلى الإرادة المشتركة للأطراف، ودون حاجة للرجوع إلى قانون أي دولة"(١٠٥). ويمكن من هذه القضية استخلاص أمرين هامين: الأول، أن المحكمة قامت بترسيخ قاعدة استقلال اتفاق التحكيم ليس فقط من ناحية عدم ربط مصير اتفاق التحكيم بالعقد الأصلي، إنما أيضاً الاعتراف بقاعدة استقلال اتفاق التحكيم بعيداً عن تطبيق القوانين الوطنية للدول. الثاني، التأكيد على أن القاعدة الموضوعية لاستقلال اتفاق التحكيم في إطار التحكيم الدولي ليست مطلقة، إنما مقيدة باحترام القواعد الآمرة والنظام العام الدولي. ويأتي هذا الحكم لمحكمة النقض الفرنسية، تكملة لما بدأته في قضية Hecht بتاريخ ١٩٧٢/٧/٤ حيث قضت فيه بعدم الحاجة للرجوع إلى أي قانون وطني معين لتقرير صحة شرط التحكيم في مجال التحكيم الدولي، وجاء فيه: "إن صحة اتفاق التحكيم يتم تقديره

(١٠٣) انظر بشأن صعوبات تطبيق قواعد التنازع على التحكيم،
Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec 1996, n 422, et 434.

(١٠٤) حول مراحل تطور القضاء الفرنسي بشأن قاعدة استقلال اتفاق التحكيم عن الخضوع لأي قانون وطني، انظر:
E. Loquin, note sous l'arrêt Dalico, JDI 1994, p. 692 et s.

(١٠٥) "en vertu d'une règle matérielle de droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se réfèrerà une loi étatique: "Cass. 1re civ., 20 déc. 1993: Dalico : Bull. civ. I, no 372 ; Rev. arb. 1994, 116, H. Gaudmet-Tallon ; JDI (JDI) 1994, 432, note E. Gaillard ; Rev. arb. 1994, 690, E. Loquin ; Rev. crit. DIP 1994, 663, P. Mayer ; RTD com. 1994, 254, note J.-C. Dubarry et E. Loquin.

بدون الرجوع إلى القانون الذي يحكمه"[١٠٦]، وهو ذات التوجه الذي أخذت به محكمة استئناف باريس في حكمها في قضية Menicucci بتاريخ ١٣/١٢/١٩٧٥[١٠٧].

يتبين لنا من ذلك، أن استقلال اتفاق التحكيم وتقدير صحته تحكمهما قاعدة موضوعية في القانون الدولي للتحكيم، ويطبقان دون الرجوع في ذلك إلى قواعد تنازع القوانين، وإلى أي قانون وطني تابع لإحدى الدول. وعلى هذا الأساس، نجد محكمة النقض الفرنسية تؤكد في حكمها الصادر في العام ١٩٨٦ على أن: "القانون الأكثر ملاءمة لحكم وجود اتفاق التحكيم ليس هو نظام قانوني وطني محدد ولكن المبادئ العامة للقانون والعادات المقبولة في التجارة الدولية"[١٠٨]، وقضت في العام ١٩٩١ بأن: "مبدأ استقلال شرط التحكيم في مجال التحكيم الدولي، يستخلص من أنه يجب تقدير شروط تكوين هذا الشرط، وبصرف النظر عن شروط العقد الأصلي، بالرجوع فقط إلى عادات التجارة الدولية"[١٠٩]. ثم جاءت محكمة استئناف باريس في حكمها

---

(١٠٦) Cass. 1re civ., Hecht, 4 juill. 1972: JDI 1972, 843, B. Oppetit; Rev. crit. DIP 1974, 82, P. Level; Rev. arb. 1974, 67 et 89, Ph. Francescakis; dans le même sens, Paris 10 sept. 1997: Rev. arb. 1999, 121, note D. Bureau; CA Paris, 7 dc. 1994: Rev. arb. 1996, 245, note Jarrosson; Cass. 1re civ., 21 mai 1997, Rev. arb. 1997, 537, note E. Gaillard.

انظر أيضا:

Cass. 2e civ., 4 avr. 2002, et Cass. com., 9 avril 2002: Rev. arb. 2003, 103, P. Didier.

وقد جاء فيها: "إن البطلان المحتمل للعقد ليس له تأثير على صحة شرط التحكيم".

(١٠٧) CA Paris, 13 dc. 1975, Menicucci, Rev. crit. DIP 1976, 507, note B. Oppetit; Rev. arb. 1977, 147, note Ph. Fouchard; JDI 1977, 106, note E. Loquin: "Compte tenu de l'autonomie de la clause compromissoire instituant un arbitrage dans un contrat international, celle-ci est valable indépendamment de la référence á toute loi étatique".

وهو ذات التوجه الذي أخذت به محكمة النقض الفرنسية في قضية Ecofisa

"le juge français n'est pas tenu de se référer à la loi étatique déclarée compétente en vertu de règles de conflit: " Cass. 1re civ., Ecofisa, 4 déc. 1990.

(١٠٨) JDI 1987, 1039:

مذكور في أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٤٩٢.

(١٠٩) Cass. civ., 22 oct. 1991, aff. Valenciana: Rev. arb. 1992, p. 454, note P. Lagarde; Rev. crit. DIP 1992, p. 113, note B. Oppetit; JDI 1992, p. 177, note B. Goldman.

وفي حكم محكمة استئناف باريس الصادر بتاريخ ٧١ ديسمبر ١٩٩١ جاء فيه: "في مجال التحكيم الدولي، فإن لمبدأ استقلال شرط التحكيم تطبيقاً عاماً، باعتباره قاعدة موضوعية دولية تقرر مشروعية اتفاق التحكيم دون الرجوع إلى أي نظام لتنازع القوانين". انظر أيضاً الحكم الصادر عن ذات المحكمة بتاريخ ٣١ ديسمبر ١٩٧٥.

الصادر بتاريخ ١٩٩١/١٢/١٧ لتبين بطريقة لا لبس فيها أنه: "في مجال التحكيم الدولي، فإن لمبدأ استقلال شرط التحكيم تطبيقاً عاماً، باعتباره قاعدة موضوعية دولية تقرر مشروعية اتفاق التحكيم دون الرجوع إلى أي نظام لتنازع القوانين"(١١٠). وهذا ترسيخ واضح لقاعدة استقلال اتفاق التحكيم، وأن هذه القاعدة تحكمها قاعدة موضوعية، بالتالي فإن استقلال اتفاق التحكيم وتقدير مدى صحته يتمان بالرجوع إلى عادات وأعراف التجارة الدولية وليس إلى أي قانون وطني معين.

وقد سار قضاء التحكيم في ذات اتجاه القضاء الفرنسي، من حيث ترسيخه للقاعدة الموضوعية المتعلقة باستقلال اتفاق التحكيم، فقد جاء في قرار التحكيم رقم (٥٠٥٦) الصادر عن غرفة التجارة الدولية بباريس في العام ١٩٦٠ أنه: "عندما تتعلق المسألة بوجود اتفاق التحكيم، وأن العقد محل النزاع هو عقد دولي بالنظر إلى جوانبه المختلفة، ولم يثر نزاع بشأن أهلية الأطراف وأن الأطراف قد أغفلوا عن قصد اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، فإن القانون الأكثر ملاءمة لحكم مسألة وجود اتفاق التحكيم ليس الرجوع لنظام قانوني معين إنما المبادئ العامة في القانون والأعراف المقبولة في مجال التجارة الدولية"(١١١). وجاء في القضية التحكيمية الصادرة في سويسرا عام ١٩٩٠، حول السؤال عن إمكانية تطبيق قواعد التاجر Lex Mercatoria على اتفاق التحكيم، جاء فيه أن: "استقلال شرط التحكيم، المعترف به على نطاق واسع اليوم، يبرر هذه الإحالة على قواعد غير وطنية تستخلص فقط من عادات التجارة الدولية"(١١٢).

وقد لاقت تلك القاعدة الموضوعية لاستقلال اتفاق التحكيم قبولاً لدى معظم

---

(١١٠) CA Paris, 17 dc. 1991, Rev. arb. 1983, 281, note H. Synvet.

(١١١) JDI 1987, p. 1039. "quand l'existence même de la convention est en jeu, alors que le prétendu contrat est á tout point de vue un contrat international, qu'aucune question de capacité des parties n'est en cause et qu'en plus les ont délibérément omis de choisir le droit applicabe au contrat, le droit le plus approprié pour régir la question de l'existence de la convention d'arbitrage n'est pas celui d'un système national particulier mais les principes généraux du droit et les usages acceptés dans le commerce international".

(١١٢) JDI 1990, P. 1020. "L'autonomie de la clause d'arbitrage, largement reconnue aujourd'hui, justifie cette référence á une règle non étatique déduite des seuls usages du commerce international[a].

الفقه(١١٣)، إلا أن الفقه الفرنسي قد اختلف حول تحديد القيمة القانونية لتلك القاعدة الموضوعية، فهل هي قاعدة ذات تطبيق عالمي أم أنها مجرد قاعدة وطنية فرنسية؟ وقد ظهرت بهذا الصدد أربعة آراء:

الرأي الأول، يرى أنها قاعدة عالمية لا يقتصر تطبيقها على النظام القانوني الفرنسي؛ لأنها تعتبر إحدى القواعد الدولية للتحكيم وليس قاعدة فرنسية للتحكيم الدولي(١١٤).

الرأي الثاني، يرى أنها قاعدة ذات تطبيق عالمي، على اعتبار أنها تمثل جزءاً لا يتجزأ من قواعد Lex Mercatoria نظراً لعملها على تحقيق مصالح التجارة الدولية(١١٥)، أو اعتبارها على أقل تقدير قاعدة وطنية من قواعد التحكيم الدولي(١١٦).

الرأي الثالث، يرى أنها مجرد قاعدة موضوعية فرنسية لكنها ذات تطبيق دولي، وذلك على أساس أن القضاء الفرنسي لا يملك سلطة وضع قواعد عالمية(١١٧)، بل إن القضاء الفرنسي ذاته، لم يدع ولم يسع فعلياً لترسيخ تلك القاعدة الموضوعية على نطاق عالمي(١١٨).

الرأي الرابع والأخير، يرى أن هذه القاعدة الموضوعية هي قاعدة موضوعية فرنسية، ولكنها قد تصبح قاعدة موضوعية دولية تتجاوز النظام القضائي الفرنسي إذا تبنتها الدول الأخرى(١١٩).

وعلى الرغم من وجاهة هذه الآراء جميعاً إلا أننا نؤيد الرأي الرابع؛ لأن القضاء الفرنسي لا يملك بالفعل فرض تلك القاعدة الموضوعية على نطاق عالمي، ولكنها قد تكون مصدر إلهام لقوانين وقضاء الدول الأخرى، مما يؤدي إلى اتساع تطبيقها في مجال التحكيم الدولي، ولا يمكن إغفال مسألة في غاية الأهمية، وهي أنه يمكن تطبيق

---

(١١٣) حول الانتقادات الموجهة لتلك القاعدة الموضوعية، انظر:
P. Level, sous l'arrêt Hecht Cass. 1re civ., 4 juill. 1972, Rev. crit. DIP 1974, p. 82 "prudence génératrice d'équivoque"; B. Oppetit, Sous l'arrt Hecht, JDI 1972, p. 843 "laconisme"; E. Loquin, sous l'arrêt Menicucci, CA Paris, 17 dc. 1975, JDI 1977, p. 106 "lapidaire".

(١١٤) E. Loquin, note sous l'arrêt Dalico, Cass. 1re civ. 20 dc. 1993, JDI 1994, p. 690.

(١١٥) B. Goldman, note sous l'arrêt Hecht, JCP 1971, n 16927.

(١١٦) Ph. Francescakis, Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt Hecht de la cour de cassation, Rev. arb. 1974, p. 67.

(١١٧) H. Gaudmet-Tallon, sous l'arrêt Dalico, Rev. arb. 1994, p. 116.

(١١٨) E. Gaillard, note sous l'arrêt Dalico, JDI 1994, p. 432.

(١١٩) S. Gravel and P. Peterson, French Law and Arbitration Clause, R.D. McGill 1992, P. 511 et s. spéc. P. 521.

تلك القاعدة الموضوعية من قبل المحكمين في مجال التحكيم الدولي، إما لأن الأطراف اتفقوا على تطبيقها فليزم المحكم بذلك، أو لأن المحكم نفسه قد اختار تطبيقها باعتبارها جزءاً لا يتجزأ من قواعد التحكيم الدولي أو قواعد الـ Lex Mercatoria، ولا شيء يمنع المحكم من ذلك سوى وجود اتفاق مخالف بين الأطراف، واحترام النظام العام الدولي.

الفرع الثاني: الاستقلال مبدأ قانوني عام في مسائل التجارة الدولية

إن الرواج الكبير لقاعدة استقلال اتفاق التحكيم على مستوى معظم الأنظمة القانونية، يعود من جهة إلى أنها تحقق المصالح المشتركة للأطراف باتخاذ التحكيم سبيلاً لحسم منازعاتهم، ولأنها من جهة أخرى تحقق وتحفظ مصالح التجارة الدولية. وقد دعى هذا الأمر جانب من الفقه إلى القول بأن قاعدة استقلال اتفاق التحكيم قد أصبحت تشكل في الوقت الحاضر "أحد المبادئ العامة للتحكيم والتي أصبح المحكمون في مجال التجارة الدولية يستندون إليها دائماً بصرف النظر عن المكان الذي يعقد فيه التحكيم"(١٢٠). وقد كان للقضاء الفرنسي دور فاعل في ترسخ هذا المبدأ العام، فقد اعتبرت محكمة استئناف باريس بتاريخ ٢٠٠١/٦/٧ أن: "استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي يعد مبدأ قانونياً عاماً في مجال التحكيم التجاري الدولي"(١٢١). وجاء هذا الحكم استناداً إلى توجه محكمة النقض الفرنسية في قضية Hecht بتاريخ ١٩٧٢/٧/٤، والتي رفضت فيها الرجوع إلى أي قانون وطني معين لتقرير صحة شرط التحكيم في مجال التحكيم الدولي، بقولها: "إن تقرير صحة اتفاق التحكيم يتم دون الرجوع إلى القانون الذي يحكمه"(١٢٢). وعلى هذا الأساس، يرى البعض أن توجه القضاء الفرنسي في هذا الإطار جاء لترسيخ قاعدة مفادها أن اتفاق التحكيم في مجال التحكيم الدولي يعد عقداً بدون تنازع أو عقد بدون قانون(١٢٣).

---

(١٢٠) Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec 1996, n° 392, et 406.

(١٢١) CA Paris, 7 juin 2001, Hellafranca: Rev. arb. 2001, 616.

جاء في هذا الحكم أن:

"L'autonomie de la clause compromissoire par rapport au contrat principal est un principe général de droit de l'arbitrage commercial international".

(١٢٢) Cass. 1re civ., Hecht, 4 juill. 1972: JDI 1972, 843, B. Oppetit; Rev. crit. DIP 1974, 89, P. Level.

(١٢٣) Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, Traité de l'arbitrage commercial international, Litec 1996, n° 442, p. 251.

ويبدو أن الفقه يؤيد هذا التوجه في اعتبار اتفاق التحكيم مبدأ عاماً، حيث يرى البعض(١٢٤): "أن مبدأ الاستقلالية يعد من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام التحكيم سواء على الصعيد الوطني أو الدولي، وقد كرسه القضاء الفرنسي بصدد التحكيم التجاري الدولي على نحو قاطع ومتواتر مما يصلح أساساً للقول بوجوده أيضاً في التحكيم الداخلي...". ويضيف البعض الآخر(١٢٥)، أنه: "يمكن القول أن مبدأ استقلالية شرط التحكيم، أصبح عرفاً تحكيمياً واجب التطبيق، ما دام أنه لا يوجد نص في القانون يحظر ذلك...".

وعلى كل حال، فإنه يترتب على تكييف قاعدة استقلال اتفاق التحكيم على أنها قاعدة عامة أو مبدأ عام نتيجتان هامتان هما: أنه يجب من جهة معاملة اتفاق التحكيم معاملة مستقلة عن العقد الأصلي فلا يتأثر بصحة أو بطلان أو انقضاء هذا الأخير، وأنه يجب من جهة ثانية الرجوع إلى شروط اتفاق التحكيم ذاته لتقرير صحة أو بطلان اتفاق التحكيم، وليس الرجوع إلى أي قانون وطني معين.

خلاصة القول أن تكييف قاعدة الاستقلال على أنها قاعدة عامة أو مبدأ عام من شأنه التأكيد على قاعدة استقلال اتفاق التحكيم، بل والتأكيد أيضاً على انطباق هذه القاعدة حتى دون حاجة للنص عليها في قوانين التحكيم الوطنية، وهذا ما سار عليه القضاء بالفعل في معظم الدول التي لم تنص صراحة أو ضمناً على قاعدة استقلال اتفاق التحكيم، كما هو الحال في بعض الدول العربية(١٢٦). وأخيراً، التأكيد على أن تقدير صحة أو بطلان اتفاق التحكيم ذاته يتم دونما حاجة للرجوع إلى أي قاعدة من قواعد تنازع القوانين، أي بعيداً عن تطبيق أي قانون وطني معين، وهذه القاعدة أو المبدأ العام يأتي تكملة واستمراراً للقاعدة السابقة التي تفيد بأن قاعدة الاستقلال هي قاعدة موضوعية.

---

(١٢٤) محمود مختار بريري، المرجع السابق، البند ٨٣، ص ٧٠ .

(١٢٥) حمزة حداد، المرجع السابق، البند ١٥٦، ص ١٣٠.

(١٢٦) انظر في هذا الإطار: حكم محكمة استئناف بيروت بتاريخ ٢٠٠٣/٤/٣ والذي جاء فيه: "المسلم به فقهاً واجتهاداً بأن البند التحكيمي، أي شرط التحكيم، مستقل عن العقد الذي ورد فيه، فيبقى قائما بذاته بغض النظر عن العقد الذي ورد فيه ذلك البند": المجلة اللبنانية، العدد ٢٦، ص ٤٥، مذكور سابقاً في هامش ٢٣. وكذلك حكم محكمة استئناف بيروت بتاريخ ٢٠٠٤/١٠/١٤، المجلة اللبنانية، العدد ٣٢، ص ٢١، مذكور سابقاً هامش ٢٤. وتمييز مدني دبي، طعن ١٦٧، بتاريخ ٢٠٠٢/٦/٢، العدد ١٣، ص ٤٨٦، مذكور سابقاً، هامش ٢٥.

الفرع الثالث: قرينة صحة اتفاق التحكيم

لم يقف الاعتراف بقاعدة استقلال اتفاق التحكيم عند حد اعتباره قاعدة موضوعية، أو اعتباره قاعدة عامة أو مبدأ عام من مبادئ قانون التحكيم الدولي، إنما تجاوز الأمر ذلك إلى حد وضع قرينة بسيطة على صحة اتفاق التحكيم ذاته، وقد جاء ترسيخ ذلك في حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية Zanzi الصادر بتاريخ ١٩٩٩/١/٥ بقولها: "بالنظر إلى مبدأ صحة اتفاق التحكيم الدولي..."(١٢٧). وقد عادت ذات المحكمة لتؤكد مرة أخرى على مبدأ صحة أو (قرينة صحة) شرط التحكيم في حكمها الصادر بتاريخ ٢٠٠٥/٥/٢٥، والذي جاء فيه أنه: "تطبيقاً لمبدأ صحة اتفاق التحكيم واستقلاله في الإطار الدولي، فإن بطلان أو انقضاء العقد الذي يتضمنه لا يؤثر عليه"(١٢٨). ويرى جانب من الفقه أن هذا التوجه لمحكمة النقض الفرنسية جاء للتأكيد من جهة على أن صحة شرط التحكيم يتم تقديره بالنظر إلى اتفاق التحكيم ذاته ودون الرجوع في ذلك إلى أي قانون وطني معين، وليضمن من جهة أخرى الاعتراف باستقلال اتفاق التحكيم باعتبارها قاعدة موضوعية من قواعد التحكيم التجاري الدولي، التي لاقت اعترافاً عالمياً(١٢٩). ويضيف أيضاً أن هذا التوجه لمحكمة النقض الفرنسية في التأكيد على صحة اتفاق التحكيم من شأنه أن يجعل قاعدة "الاختصاص بالاختصاص" بدورها قاعدة موضوعية، يتم إعمالها دون الرجوع إلى أي قانون وطني(١٣٠).

وينتقد جانب من الفقه الفرنسي بشدة قرينة صحة اتفاق التحكيم، على أساس أنها فكرة يسومها الغموض، لأن "مفهوم الصحة، يرتبط بفكرة أنه لا حاجة للجوء

---

(١٢٧) Cass. 1re civ., 5 janv. 1999, Zanzi: Bull. civ. I, n 2; Rev. arb. 1999. 260, note Ph. Fouchard; RTD com. 1999. 380, obs. E. Loquin; Rev. crit. DIP 1999. 546, note B. Bureau; JDI 1999, 784, note Poillot-Peruzzetto.

أخذت بذات التوجه أيضا محكمة استئناف باريس:

CA Paris, 4 déc. 2002: Rev. arb. 2003, p. 1286.

(١٢٨) Cass. 1re civ., 25 oct. 2005: Bull. civ. I, n 378; D. 2006, 199, avis Sainte-Rose; D 2005, 3052 et 3060, obs. Clay; Rev. arb. 2006, 103, note Racine.

انظر في ذات الاتجاه أيضاً:

Cass. 1re civ., 2006: Bull. civ. I, n 364; D. 2006, pan. 3027, obs. Clay; JCP 2006, I, 187, n 9, obs. Seraglini et II, 10182, note Call; Rev. arb. 2006, 981.

(١٢٩) Ph. Fouchard, Sous Cass. civ. 1re, 5 janv. 1999, précité, p. 268.

(١٣٠) Ibid.

إلى تطبيق أي قانون وطني، ويترك مجالاً للظن بأن اتفاق التحكيم لا يخضع لأي قانون، إنما يستمد صحته من تلقاء ذاته، وهذا طرح سخيف"(١٣١). كما أنه لا يمكن اعتبار أي تصرف قانوني صحيحاً إلا إذا تحققت فيه الشروط الشكلية الموضوعية التي يفرضها نظام قانوني معين خارج عن هذا التصرف وسابق عليه(١٣٢). وأخيراً فإن فكرة "عقد بدون قانون" Contrat sans loi يثير كثير من الإشكاليات القانونية: "فالعقد يتجرد من كونه بدون قانون من اللحظة التي تقرر فيه المحكمة بأن اتفاق التحكيم يعتبر مستقلاً عن أي قانون وطني"(١٣٣).

ولكن رغم هذه الانتقادات، يبدو أن الدافع الرئيس من وراء تقرير قرينة صحة اتفاق التحكيم، هو جعل اتفاق التحكيم في مأمن من تعقيدات القوانين الوطنية.

وقد وجدت قرينة صحة اتفاق التحكيم صدى لها في القوانين الوطنية، ولوائح وأنظمة مراكز ومؤسسات التحكيم الدائمة. وقد سارت على هذا النهج، المادة (٢١) من اللائحة التنفيذية لقانون التحكيم الفلسطيني لسنة ٢٠٠٤ حيث نصت على أنه: "يكون اتفاق التحكيم المقدم أمام هيئة التحكيم صحيحاً ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك". فالنص رسخ قرينة بسيطة على صحة اتفاق التحكيم، ولكن يمكن نقضها بدليل مخالف، ويلاحظ أن هذا النص – كما ذكرنا سابقاً – لا يفرق بشأن قاعدة استقلال اتفاق التحكيم بين التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي، بالتالي فإننا نرى أن قرينة صحة اتفاق التحكيم الواردة في النص الفلسطيني تنطبق على نوعي التحكيم معاً وليس على التحكيم الدولي فقط، بل أكثر من ذلك، فإننا نرى انطباقها أيضاً على مشارطة التحكيم إضافة إلى شرط التحكيم.

وقد جاءت الإشارة إلى قرينة صحة اتفاق التحكيم أيضاً في المادة (٣) من لائحة إجراءات التحكيم لمركز التحكيم التجاري الدولي لمجلس التعاون لدول الخليج العربية لعام ١٩٩٤، والتي تنص على أنه: "تفترض صحة جميع الاتفاقات والمشارطات المقدمة

(١٣١) "la notion de validité, jointe àl'idée qu'il n'y a pas lieu de recourir á une loi étatique quelconque, peut laisser entendre que la convention d'arbitrage ne serait soumise á aucune norme, qu'elle ne tirerait sa validité que d'elle même, ce qui serait évidemment absurde: " E. Gaillard, note sous l'arrêt Dalico, précit.

(١٣٢) H. Gaudmet-Tallon, sous l'arrêt Dalico, CA Paris, 26 mars 1991, Rev. arb. 1991, p. 456.

(١٣٣) "le contrat cesse d'être sans loi au moment où le tribunal énonce qu'il est valable indépendamment de toute loi étatique:" P. Mayer, sous l'arrêt Cotunav, CA Paris 28 nov. 1989, Rev. arb. 1990, p. 675.

للتحكيم أمام المركز ما لم يقم الدليل على عدم صحتها". ويعلّق الدكتور أحمد سلامة على هذا النص بقوله: "فهذا النص قاطع الدلالة كذلك في إبراز أخذ مفاهيم فكرة الاستقلال التي تنطوي على معنى السلطة التي يتمتع بها اتفاق التحكيم، فذلك الاتفاق صحيح في ذاته، ولو كان العقد الأصلي باطلاً، وتلك صحة مفترضة ما لم يثبت عكسها"(١٣٤). ويبدو أن المادة (١٦) من قواعد القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ تسير في ذات الاتجاه أيضاً ولكن بشكل ضمني، حيث جاء فيها أنه: "يجوز لهيئة التحكيم البت في اختصاصها، بما في ذلك البت في أية اعتراضات تتعلق بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته، ولهذا الغرض ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى، وأي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بقوة القانون بطلان شرط التحكيم". فعبارة "وأي قرار... لا يترتب عليه بقوة القانون بطلان شرط التحكيم"، يمكن تفسيرها على أنها تشير ضمناً إلى افتراض صحة شرط التحكيم، مما يعزز التوجه نحو ترسيخ قرينة صحة اتفاق التحكيم.

خلاصة القول، أن هذه القاعدة الموضوعية التي اعترف بها القضاء الفرنسي وقضاء التحكيم(١٣٥)، تؤدي إلى إخضاع شرط التحكيم ليس إلى قانون وطني معين، إنما إلى المبادئ العامة في القانون وممارسات وعادات التجارة الدولية، هذا الأمر يتطابق مع حاجات التجارة الدولية، ومع إرادة الأطراف، اللذين لا تتجه نيتهم في العادة عند إبرام اتفاق التحكيم، إلى إخضاعه من حيث وجوده وصحته لقواعد قانون وطني معين(١٣٦).

المطلب الثالث

تحديد نطاق القاعدة الموضوعية باستقلال اتفاق التحكيم

إن الاعتراف بقاعدة استقلال اتفاق التحكيم ليست مطلقة، إنما ترد عليها بعض القيود، فهذه القاعدة الموضوعية لا تكفي لحكم جميع المسائل المتعلقة باتفاق

(١٣٤) أحمد سلامة، المرجع السابق، ص ٤٨٠.

(١٣٥) يقول Loquin:

"le principe de l'autonomie de la clause compromissoire est depuis longtemps appliqué par les sentences arbitrales, dans tous ses développements, au titre de la lex mercatoria: " E. Loquin, sous l'arrêt Dalico, Cass. 1re civ. 20 dc. 1993, JDI 1994, p. 690.

(١٣٦) Y. Derains, Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale, JDI, 1993, 829.

التحكيم، مما يقتضي الرجوع إلى قواعد تنازع القوانين بصورة احتياطية لحكم المسائل التي تعجز عن تنظيمها القاعدة الموضوعية، كما أن تطبيق تلك القاعدة الموضوعية يقتضي احترام الإرادة المشتركة لأطراف اتفاق التحكيم، واحترام القواعد الآمرة والنظام العام. ونتناول هذه النقاط الثلاث على التوالي.

الفرع الأول
الالتجاء إلى قواعد تنازع القوانين في مسائل الرضا والأهلية وسلطة إبرام اتفاق التحكيم

يرى جانب من الفقه أن ترسيخ القاعدة الموضوعية لا يمكنها استبعاد تطبيق قواعد التنازع بشكل كامل على اتفاق التحكيم(١٣٧)؛ لأنه أمر لا يمكن تحقيقه من الناحية الفعلية. ويمكن التدليل على ذلك من خلال استعراض بعض المسائل التي يثيرها اتفاق التحكيم؛ كعيوب الرضا عندما تلحق بالعقد الأصلي وباتفاق التحكيم معا؛ وقابلية النزاع للتحكيم، حيث يصعب فصل هذا الأمر عن القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي، إلا إذا تم الاعتراف بوجود قاعدة موضوعية أخرى في مجال التحكيم الدولي تقرر استبعاد النظام العام الداخلي وعدم اعتباره من النظام العام الدولي(١٣٨)؛ وخصوصاً مسألة الأهلية والسلطة في إبرام اتفاق التحكيم، حيث يبدو واضحاً عدم كفاية الاستناد إلى القاعدة الموضوعية لحكم هذه المسائل(١٣٩). بل أكثر من ذلك، يمكن التساؤل عن الجزاء الذي يمكن تقريره بشأن جميع هذه المسائل، في ظل غياب أي قانون وطني يمكن الإحالة إليه لحكمها.

وعلى هذا الأساس، نجد الأستاذ الفرنسي Loquin يقول أنه: "في ظل غياب قواعد موضوعية لحكم هذه المسائل، فإن الحل المنطقي يقتضي الرجوع في حكمها إلى آلية تنازع القوانين"(١٤٠). ويؤيد هذا الطرح أيضاً الأستاذ الفرنسي

(١٣٧) H. Synvet, note sous l'arrêt Behar, CA Toulouse, 26 oct. 1982, JDI 1984, p. 603.

(١٣٨) P. Level, note sous l'arrêt Hecht, Rev. crit. DIP 1974, p. 82.

(١٣٩) H. Synvet, note sous l'arrêt Gatoil, CA Paris, 17 déc. 1991, Rev. arb. 1993, p. 281. spéc. 292.

(١٤٠) "en l'absence de régles matérielles régissant ces questions, la solution la plus raisonnable est de revenir pour celles-ci au mécanisme des conflits de lois: " E. Loquin, sous l'arrêt Menicucci, CA Paris, 13 déc. 1993, JDI 1977, p. 281, spéc. 295.

Oppetit[١٤١]. وهذا يعني ضرورة الاحتفاظ بقواعد تنازع القوانين بصورة احتياطية إلى جانب القاعدة الموضوعية لاستقلال اتفاق التحكيم، بحيث تطبق قواعد التنازع عندما تخرج المسألة عن حدود تلك القاعدة الموضوعية أو لحكم بعض المسائل التي تعجز القاعدة الموضوعية عن حكمها؛ فأهلية إبرام اتفاق التحكيم، يمكن الرجوع فيها إلى قانون الجنسية أو الموطن حسب النظام القانوني المتبع، ففي الدول العربية يُطبّق قانون الجنسية.

في المقابل، فإن الأستاذ Gaillard يعتبر أن الإشكاليات المتعلقة بعيوب الرضا وقابلية النزاع للتحكيم والأهلية وسلطة إبرام اتفاق التحكيم يمكن حلها ليس بالرجوع إلى قانون وطني معين أي بالرجوع إلى قواعد التنازع، إنما بالإحالة إلى متطلبات النظام العام الدولي[١٤٢].

الفرع الثاني: احترام الإرادة المشتركة للأطراف

لا أحد ينكر الدور الأساسي الذي تلعبه الإرادة المشتركة للأطراف في مجال التحكيم، سواء تعلق الأمر بإبرام اتفاق التحكيم أو بتحديد معظم قواعده وإجراءاته، بل إن مجال إعمال تلك الإرادة المشتركة، يتسع في إطار التحكيم الدولي أكثر منه في إطار التحكيم الداخلي؛ لأن الأمر يتعلق من جهة بمصالح التجارة الدولية والتي تقتضي المرونة، ولأن الأطراف من جهة أخرى ينتمون إلى أكثر من نظام قانوني وطني، ما يعني إعطاء حرية أكبر لإرادة الأطراف[١٤٣]. غير أن اتساع مجال إعمال تلك الإرادة في إطار التحكيم الدولي، لا يعني أن تكون مطلقة؛ فإذا أمكن البحث عن الإرادة المشتركة للأطراف بشأن تفسير اتفاق التحكيم[١٤٤] مثلا، فإنه يصعب تحري تلك الإرادة المشتركة بشأن صحة اتفاق التحكيم وترتيب آثاره؛ لأنه لا يمكن أن يترك تحديد هذه الأمر للإرادة المشتركة للأطراف وحدها، بعيداً عن أي قانون وطني، ويعود ذلك لعدة أسباب: فمن جهة قد يكون من الصعب أو حتى من المستحيل أحياناً الوقوف على الإرادة المشتركة للأطراف؛ ومن جهة ثانية، فإن الاستناد إلى الإرادة

(١٤١) P. Oppetit, sous l'arrêt Menicucci, Rev. crit. DIP 1976, p. 507.

(١٤٢) E. Gaillard, note sous l'arrêt Dalico, JDI 1994, p. 432.

(١٤٣) B. Edelman, Accord compromissoire et internationalisation de la volonté, JCP 1972, n 2487.

(١٤٤) حول تفسير اتفاق التحكيم، انظر:
CA Paris, 7 févr. 2002: RTD com. 2002, 659, obs. Loquin.

المشتركة للأطراف وحدها لتقرير صحة اتفاق التحكيم من عدمه، يجعل الإرادة تعلو على القانون، أو أن تصبح مصدراً مستقلاً للقانون، وهذا يخالف المبادئ العامة لنظرية العقد، ويتعارض أيضاً مع قواعد تنازع القوانين بشأن العقود(١٤٥)؛ وأخيراً فإن الإرادة وحدها عاجزة عن حل جميع المسائل المتعلقة باتفاق التحكيم، كمسألة امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير، لأن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو الذي يمكنه تحديد ذلك وليس إرادة الأطراف وحدها.

وبالتالي، فإن إعمال الإرادة المشتركة للأطراف في مجال التحكيم الدولي، كما جاء في حكم محكمة النقض الفرنسية في قضية Dalico ليس مطلقا(١٤٦)؛ فإرادة الأطراف لا تكفي وحدها لتقرير وجود وصحة اتفاق التحكيم وترتيب آثاره؛ لأن أي تصرف قانوني لا يمكن أن يوجد بذاته، إنما يجب أن يسمح القانون لتلك الإرادة بالاتفاق على التحكيم، وتقرير صحته وترتيب آثاره، ولكن لا يهم بعد ذلك مصدر تلك القاعدة القانونية، أكانت وطنية أم دولية، ويبدو أن المقصود بالقاعدة القانونية الدولية في هذا الإطار، هي متطلبات النظام العام الدولي(١٤٧).

الفرع الثالث: احترام القواعد الآمرة والنظام العام الدولي

جاء في قضية Dalico الفرنسية أن استقلال اتفاق التحكيم عن الخضوع لأي قانون وطني، مقيد باحترام القواعد الآمرة الفرنسية والنظام العام الدولي(١٤٨). ويمثل هذا القيد متطلبات دنيا تفرضها العدالة "Exigences minimales de justice"(١٤٩)؛

(١٤٥) يقول E. Gaillard في انتقاده لحكم محكمة النقض في قضية Dalico:
"la solution retenue par la cour de cassation ne suggère nullement que la volonté des parties serait une norme première, se suffisant á elle-même et que la constation de son existence ne supposerait le recours á aucune régle de droit: " note sous l'arrêt Dalico, JDI 1994, p. 432.

(١٤٦) حول الانتقادات المتعلقة بالإرادة المشتركة في قضية Dalico, انظر:
H. Gaudmet-Tallon, note sous l'arrêt Dalico, Rev. arb. 1994, p. 122-123.

(١٤٧) Ibid: "la dernière instance juridique n'étant rien d'autre que l'ordre public, la réfèrence à cet ordre public est l'exacte mesure de l'autonomie de la volonté - c'est ainsi que l'ordre public international détermine l'autonomie de la volonté en droit international privé".

(١٤٨) J.-B. Racine, L'arbitrage commercial international et l'ordre public, Paris, LGDJ 1999, spéc. 183 et s.

(١٤٩) E. Gaillard, note sous l'arrêt Dalico, précité.

بمعنى أن احترام القواعد الآمرة والنظام العام الدولي يمثل حداً أدنى لا يمكن النزول عنه للاعتراف باستقلال اتفاق التحكيم عن الخضوع لأي قانون وطني(١٥٠).

فعلى الرغم من أهمية هذا القيد، إلا أنه يثير العديد من الإشكاليات القانونية، سواء تعلق الأمر بتفسير مصطلحي: "القواعد الآمرة" و "النظام العام الدولي"، أو من حيث كيفية إعمال هذا القيد وتحديد الدور الذي يؤديه في مجال التحكيم الدولي.

فبالنسبة للتفسير، فإن البعض يرى أن مصطلح "النظام العام" يشير إلى النظام العام الدولي عندما يكون مصدره وطنياً(١٥١)، أما البعض الآخر فيرى أن مصطلح "القواعد الآمرة" يشير إلى القواعد البوليصية(١٥٢)، وأخيراً فإن البعض يعتبر القواعد الآمرة هنا جاءت للتعبير عن النظام العام(١٥٣).

أما بالنسبة للدور الذي يؤديه كل من النظام العام والقواعد الآمرة، فإن الفقه يتفق من حيث المبدأ على أن دور النظام العام لا يمكن أن يكون هنا نظام عام استبعادي(١٥٤)؛ نظراً لعدم وجود قانون وطني معين يمكن استبعاد تطبيقه، وعلى هذا الأساس، يرى جانب من الفقه بأن فكرة النظام العام الواردة في قضية Dalico جاءت للتعبير عن فكرة النظام العام التوجيهي "النظام العام الفرنسي التوجيهي"، على اعتبار أن المقصود من قيد النظام العام هو تحقيق حد أدنى من العدالة(١٥٥). ولكن جانب من الفقه، يعترض على هذا الطرح، على أساس وجود اختلاف في وظيفة كل من النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي؛ لأن فكرة النظام العام الدولي تؤدي إلى تقرير بطلان اتفاق التحكيم وليس استبعاد تطبيق قانون أجنبي(١٥٦).

كما يثير تطبيق كل من مفهوم النظام العام والقواعد الآمرة أو البوليصية، مشكلة قانونية في غاية التعقيد؛ لأن تطبيق هذين المفهومين يرتبط بشكل أو بآخر بتطبيق قواعد التنازع؛ فبينما يؤدي النظام العام إلى استبعاد تطبيق القانون الأجنبي المعين بموجب قواعد الإسناد الوطنية، عندما تتعارض أحكامه مع المبادئ الأساسية التي يقوم

---

(١٥٠) E. Loquin, note sous l'arrêt Dalico, JDI 1994, p. 698.

(١٥١) Ibid.

(١٥٢) J.-M. Talau, note sous l'arrêt Abdel Aziz, CA Paris, 24 mars 1995, Rev. arb. 1996, p. 259.

(١٥٣) Gaudmet-Tallon, sous l'arrêt Dalico, Rev. arb. 1994, p. 116.

(١٥٤) E. Gaillard, P. Mayer, H. Synvet.

(١٥٥) E. Gaillard, note sous l'arrêt Dalico, précité.

(١٥٦) P. Mayer, sous l'arrêt Dalico, Rev. crit. DIP 1994, p. 663.

عليها المجتمع في دولة القاضي، كما أن القواعد البوليصية تؤدي إلى استبعاد تطبيق قواعد التنازع ابتداء عندما يظهر للقاضي أن العلاقة القانونية محل النزاع تحكمها قواعد بوليصية آمرة في دولته، كما أن تطبيق مفاهيم النظام العام والقواعد البوليصية تثور من زاوية أخرى، فالمحكم ليس كالقاضي، فهو يستمد مهمته من اتفاق التحكيم ذاته، ولا يوجد له نظام قانوني وطني يلزم بالدفاع عنه؛ لهذا السبب يجب أن توجد رابطة بين اتفاق التحكيم وقانون دولة معينة حتى يمكن إعمال مفاهيم النظام العام والقواعد البوليصية؛ وقد تكون تلك الرابطة ناشئة مثلاً عن إجراء التحكيم على إقليم دولة معينة، أو عن خضوع اتفاق التحكيم لقانون إحدى الدول كقانون مختار من قبل الأطراف، ففي مثل هذه الحالات لا توجد صعوبة في تطبيق مفاهيم النظام العام والقواعد البوليصية على اتفاق التحكيم، أما إذا انتفت مثل تلك الرابطة، فلا مجال لإعمالها.

ولكن تبقى مشكلة أساسية، وهي مسألة الاعتراف باستقلال اتفاق التحكيم دون الخضوع في ذلك لأي قانون وطني، إنما تحكمه قاعدة موضوعية تستبعد تطبيق قواعد التنازع، فكيف يمكن عندها أن نتخيل إمكانية إعمال مفهوم النظام العام لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي المعين، أو تطبيق القواعد البوليصية التي تستبعد تطبيق قواعد التنازع ابتداء؟

يتمثل الحل بالتأكيد في إعطاء مفاهيم النظام العام والقواعد البوليصية دوراً مختلفاً عن الدور الذي تؤديه في مجال تنازع القوانين، وعليه يبدو أن الفكرة الأساسية من فرض قيد ضرورة احترام النظام العام والقواعد البوليصية في مجال التحكيم الدولي، هو احترام إرادة الأطراف إلى أقصى حد ممكن من أجل ضمان إعمال وفاعلية اتفاق التحكيم، وفي نفس الوقت، فرض قيود دنيا على تلك الإرادة من خلال إلزامها باحترام حد أدنى من المبادئ الأساسية لضمان الاستقرار القضائي.

إضافة إلى ذلك، فإن تطبيق القاعدة الموضوعية بشأن استقلال اتفاق التحكيم عن الخضوع لأي قانون وطني، لا يعني استبعاد تطبيق قواعد التنازع بشكل كامل، لأن القاعدة الموضوعية لا يمكنها حل جميع المسائل المتعلقة بوجود وصحة اتفاق التحكيم؛ فتحديد أهلية الأطراف لإبرام اتفاق تحكيم مثلا، لا يمكن حلها عن طريق تلك القاعدة الموضوعية، إنما بالرجوع إلى قانون الجنسية أو الموطن، وفق ما هو مبين أعلاه.

ولكن السؤال المطروح هو، كيف يمكن تحديد مضمون كل من مفهوم النظام العام والقواعد البوليصية في مجال التحكيم الدولي؟

بالنسبة للأستاذ الفرنسي Gaudmet-Tallon، يمكن اعتبارها قواعد بوليصية في مجال التحكيم الدولي: القواعد المتعلقة بقابلية النزاع للتحكيم، وتلك المتعلقة بشكل

اتفاق التحكيم وشروطه الموضوعية خصوصاً المتعلقة بالرضا وعيوبه(١٥٧). كما يرى الأستاذ الفرنسي Ancel كأمثلة على النظام العام: احترام مبدأ المساواة بين الأطراف، حتى في حال التحكيم مع التفويض بالصلح، فلا يجوز مثلاً لأحد الأطراف تعيين محكمين والآخر تعيين محكم واحد، أو قيام أحد الأطراف بإكراه الآخر على إبرام اتفاق تحكيم، فهذه المسائل جميعاً، تستدعي تطبيق فكرة النظام العام الدولي(١٥٨).

(١٥٧) H. Gaudmet-Tallon, note sous l'arrêt Dalico, Rev. arb. 1994, p. 124.

(١٥٨) Cit dans: "L'autonomie de la clause compromissoire - Valhalla", précité, p. 6.

الخاتمة:

هدفت الدراسة إلى تلمس الاتجاهات القانونية الحديثة بشأن قاعدة استقلال اتفاق التحكيم في عدد من الأنظمة القانونية وفي الفقه والقضاء، ويمكن عرض أهم الاتجاهات التي توصلت إليها الدراسة في ثلاث نقاط وذلك على النحو الآتي:

الأولى: لقد تبين لنا أن لقاعدة الاستقلال مدلولين: أحدهما تقليدي والآخر حديث. فأما المدلول التقليدي فيشير إلى عدم ربط مصير اتفاق التحكيم بمصير العقد الأصلي، فإذا بطل هذا الأخير أو فسخ أو انقضى، فلا يؤثر ذلك على صحة اتفاق التحكيم، بحيث يبقى صحيحاً منتجاً لآثاره، ما يعني احتفاظ هيئة التحكيم بسلطة الفصل في صحة أو بطلان العقد الأصلي استناداً لاتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف. ونظراً لأهمية هذا الوجه لقاعدة الاستقلال، فقد رسخته معظم الأنظمة القانونية، وبمساندة قوية من الفقه والقضاء في معظم الدول، ويهدف إلى جعل اتفاق التحكيم بمعزل عن العيوب التي تلحق بالعقد الأصلي، ومنع الأطراف من التحايل على اتفاق التحكيم للتهرب من تطبيقه من خلال الادعاء ببطلان أو فسخ أو انقضاء العقد الأصلي، وهذا يحقق فائدة عملية تتمثل في تشجيع الأطراف على اختيار التحكيم كوسيلة بديلة لحسم منازعاتهم، والمحافظة على مصالح التجارة الدولية، وأما المفهوم الحديث، فيشير إلى الاعتراف باستقلال اتفاق التحكيم بمعزل عن تطبيق القوانين الوطنية للدول، باعتباره قاعدة موضوعية من قواعد التحكيم الدولي، وعلى الرغم من أهمية هذا الوجه الحديث لقاعدة الاستقلال في تفعيل اتفاق التحكيم، فإنه لم يحظ حتى الآن باعتراف واسع، رغم وجود عدة تطبيقات له لا سيما في القضاء الفرنسي وقضاء التحكيم، ولكن سيروج استخدامه باعتقادنا خلال السنوات القادمة، لأنه يكمل من جهة المدلول التقليدي لقاعدة الاستقلال من حيث ضمان فاعلية اتفاق التحكيم استقلالاً عن محاولات الأطراف في التهرب من تطبيق اتفاق التحكيم، ولأنه يحافظ من جهة أخرى على مصالح التجارة الدولية من خلال تجنب تعقيدات القوانين الوطنية، خصوصا تلك المتعلقة بتطبيق قواعد تنازع القوانين على اتفاق التحكيم.

الثانية: إن المفهوم التقليدي لقاعدة الاستقلال، رغم الاعتراف شبه العالمي به، إلا أنه ما زال يثير العديد من الإشكاليات، لا سيما تلك المتعلقة بنطاق تطبيقه وبالقيود الواردة عليه، وقد تبين لنا خلال هذه الدراسة أن قاعدة الاستقلال هي قاعدة ذات تطبيق عام، فهي تشمل التحكيم الدولي والتحكيم الداخلي أيضا، وتشمل شرط التحكيم ومشارطة التحكيم كذلك، وقد بني هذا الحكم من جهة على أساس أن المبررات والأسباب التي أدت إلى ترسيخ قاعدة الاستقلال تنطبق عليها جميعا، لا سيما تلك المتمثلة بجعل اتفاق التحكيم بمنأى عن محاولات الأطراف التهرب من تطبيق اتفاق التحكيم، ومن جهة

أخرى على أساس اتجاه نية الأطراف المفترضة إلى فصل مصير اتفاق التحكيم عن مصير العقد الأصلي، ومن جهة أخيرة على أساس اختلاف طبيعة اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي. بل إن مبررات تطبيق قاعدة الاستقلال هي أكثر وضوحاً في مشارطة التحكيم عنها في شرط التحكيم، فإذا كان شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي يعترف له بهذا الاستقلال، فمن باب أولى أن يعترف باستقلال مشارطة التحكيم التي تأتي في اتفاق مستقل. مع ذلك، فإن قاعدة الاستقلال ليست مطلقة، إنما ترد عليها بعض القيود، فتطبيق قاعدة الاستقلال تفترض أن يكون اتفاق التحكيم ذاته صحيحاً، وأن يكون العقد الأصلي موجوداً وليس منعدماً، وأن لا يعبر الأطراف عن إرادة مخالفة لقاعدة الاستقلال على اعتبار أن قاعدة الاستقلال ليست من النظام العام مما يجيز للأطراف مخالفتها صراحة أو ضمناً، كما أن تطبيق قاعدة الاستقلال، تفترض إمكانية فصل مصير اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، وقد أثار هذا الأمر خلافاً واسعاً في الفقه من حيث بيان الطبيعة القانونية لقاعدة الاستقلال، ولكن تبين لنا في النهاية أن هذا الحوار يغلب عليه الطابع النظري البحت وليس له انعكاس فعلي من الناحية العملية، في ظل اعتراف معظم الأنظمة القانونية حالياً بقاعدة الاستقلال.

الثالثة: إن المفهوم الحديث لقاعدة الاستقلال يثير أيضاً العديد من الإشكاليات القانونية والعملية؛ فهو وإن لم يحظ حتى اللحظة باعتراف عالمي واسع، إلا أنه يكمل المفهوم التقليدي لقاعدة الاستقلال، على أساس أنه يسعى إلى تفعيل قاعدة الاستقلال من خلال اعتبارها قاعدة موضوعية من قواعد التحكيم التجاري الدولي، وضمان فاعلية اتفاق التحكيم وجعله بمعزل عن تعقيدات القوانين الوطنية، ولم يأت الاعتراف بهذا المدلول الحديث لقاعدة الاستقلال من فراغ، بل جاء لتخطي العديد من الصعوبات القانونية والعملية التي يثيرها تطبيق قواعد تنازع القوانين على اتفاق التحكيم، سواء تعلق الأمر بصعوبة تحديد الأفكار المسندة او ضوابط الإسناد بالنسبة لاتفاق التحكيم، إلا أن تلك القاعدة الموضوعية، رغم أهميتها، لا يمكنها حل جميع الإشكاليات المتعلقة باستقلال اتفاق التحكيم، مما يقتضي الاحتفاظ بقواعد التنازع بصورة احتياطية لحسم كل ما يخرج عن تطبيق تلك القاعدة الموضوعية، كما أن هذه القاعدة الموضوعية تقتضي احترام الإرادة المشتركة للأطراف، واحترام قواعد النظام العام والقواعد البوليصية، ولا يمكن أن يتحقق ذلك في مجال التحكيم، إلا إذا أعطي مفهوم كل من النظام العام والقواعد البوليصية مدلولاً ونطاق تطبيق مختلف عن مدلولها ونطاق تطبيقها الذي تؤديه في مجال تنازع القوانين.

قائمة المراجع الرئيسية

المراجع العربية:

- أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
- أحمد سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي – تنظير وتطبيق مقارن، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
- حمزة حداد، التحكيم في القوانين العربية، ج ١، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.
- فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط ١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، ط ٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

المراجع الأجنبية:

- Ancel J.P., L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire, Trav. com. fr. DIP 1991 - 1992, 75.
- Antonias Dimolitsa, Autonomie et" Kompetenz - Kompetenz", Rev. arb. 1998, 305.
- Blanchin C., L'autonomie de la clause compromissoire : un modèle pour la clause attributive de juridiction ?, Paris, LGDJ, Travaux et recherches Panthéon-Assas, Paris II, 1994.
- Boyd S. et Veeder V., Le développement du droit anglais de l'arbitrage depuis la loi de 1979, Rev. arb. 1991, p. 209.
- Bredin J.-D., note sous Cass. 1re civ., 7 mai 1963, JDI 1964, 82.
- Bureau, note sous Cass. civ. 1re, 5 janv. 1999, Zanzi, Rev. crit. DIP 1999. 546.
- Bureau, note sous CA Paris, 10 sept. 1997, Rev. arb. 1999, 121.
- Callé note sous Cass. 1re civ., 2006, JCP 2006, II, 10182.

- Charbot, note sous Cass. 1re civ., 30 mars 2004, JCP 2004, II, 10132.
- Clay obs. sous Cass. 1re civ., 2006, D. 2006, pan. 3027.
- Clay obs. sous Cass. 1re civ., 25 oct. 2005, D 2005, 3052 et 3060.
- Clay obs. Sous Cass. civ. 2e, 20 mars 2003, D 2003, somm. 2470.
- Clay. note sous CA Paris, 11 mai 2000, Rev. arb. 2002, 180.
- Coulson R., Prima Paint. An Arbitration Milestones, 22 Arb. Journal (1967), 237-245.
- Croze, note sous Cass. 2e civ., 4 avril 2002, Procédures 2002, com., 162.
- David R., L'arbitrage dans le commerce international, Paris, Economica 1992.
- Deby-Gerard F., Le rôle de la règle de conflit dans le règlement de rapports internationaux, Thèse Paris 1971, éd. Dalloz.
- Degos, note sous Cass. 2e civ., 4 avril 2002, D 2003, 1117.
- Derains Y., Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale, JDI 1993, p. 829.
- Derains Y., note sous Sentence CCI nº4381, 1986, JDI 1986, p. 1102.
- Derains Y., note sous Sentence CCI nº5730, Elf Aquitaine v. Orri, JDI 1990, p. 1029.
- Derains Y., obs. sous Sentence CCI rendue en 1991 dans l'affaire nº6840, p. 1030.
- Didier P., note sous Cass. 2e civ., 4 avril 2002, Rev. arb. 2003, 103.
- Dubarry J.-C. et Loquin E., note sous Cass. 1re civ., 20 déc. 1993, Dalico, RTD com. 1994, 254.

- Duquenne C., L'autonomie de la clause compromissoire en droit du commerce international, Faculty of Law, McGill University, Montréal, 2000, p. 26 et 27.
- Edelman B., Accord compromissoire et internationalisation de la volonté, JCP 1972, nº2487.
- Fouchard Ph., Gaillard E. et Goldman B., International Commercial Arbitration, The Hague, Kluwer, 1990.
- Fouchard Ph., Gaillard E. et Goldman B., Traité de l'arbitrage commercial international, Litec 1996.
- Fouchard Ph., note sous CA Paris, 13 déc. 1975, Menicucci, Rev. arb. 1977, 147.
- Fouchard Ph., note sous CA Paris, 25 janv. 1972, Rev. arb. 1973, p. 158.
- Fouchard Ph., note sous Cass. civ. 1re, 5 janv. 1999, Zanzi ; Rev. arb. 1999. 260.
- Francescakis Ph., Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire après l'arrêt Hecht de la cour de cassation, Rev. Arb. 1974, p. 67.
- Gaillard E. note sous Cass. 1re civ., 21 mai 1997, Rev. arb. 1997, 537.
- Gaillard E. note sous Cass. 1re civ., 20 déc. 1993, Dalico, JDI 1994, 432.
- Gaudemet-Tallon note sous Cass. 1re civ., 20 déc 1993, Dalico, Rev. arb. 1994, 116.
- Gaudmet-Tallon H., note sous CA Paris, 26 mars 1991, Rev. Arb. 1991, p. 456.
- Goldman B., Arbitrage (droit international privé), Répertoire de droit international, éd. Francescakis, Paris, 1968.
- Goldman B., note sous Cass. 1re civ., 7 mai 1963, Gosset, JCP 1963, II, 13405.

- Goldman B., note sous Cass. civ., 22 oct. 1991, Valenciana, JDI 1992, p. 177.
- Goldman B., note sous Cass. 1re civ., 4 juill. 1972, Hecht, JCP 1971, nº16927.
- Gout O., note sous Civ. 2e, 4 avril 2002, Cass. Com., 9 avril 2002, JCP E 2002, p. 1555.
- Gravel S. and Peterson P., French Law and Arbitration Clause, R.D. McGill 1992, P. 511.
- Jarrosson, note sous CA Paris, 19 janv. 1999, Rev. arb. 1999, 601, 3e esp.
- Jarrosson, note sous CA Paris, 7 déc. 1994, Rev. arb. 1996, 245.
- Jarvin S., note sous Sentence CCI nº4504, 1985, JDI 1986, p. 1118.
- Kahn Ph., note sous Cass. 1re civ., 18 mai 1971, Impex, Rev. arb. 1972, 2.
- L'autonomie de la clause compromissoire - Valhalla : http://www.vallhala.fr/2006/11/19/lautonomie-de-la-clause-comromissoire/ visited 26/1/2012.
- Lagarde P. note sous Cass. civ., 22 oct. 1991, Valenciana, Rev. arb. 1992, p. 454.
- Level P., note sous Cass. Civ. 1re, 4 juill. 1972, Hecht RCDIP1974, 82.
- Leveneur note sous Cass. 1re civ., 4 juill. 1972, Rev. crit. DIP 1974, 82.
- Loquin E., note sous Cass. 1re civ. 20 déc. 1993, Dalico, JDI 1994, p. 690.
- Loquin E. note sous CA Paris, 9 nov. 1984, JDI 1986, 1039.
- Loquin E. note. sous CA Paris, 13 déc. 1975, Menicucci, JDI 1977, 106.

- Loquin E. obs. sous Cass. 1re civ., 5 janv. 1999, Zanzi, RTD com. 1999. 380.
- Loquin E., note sous CA Paris, 13 déc. 1993, Menicucci, JDI 1977, p. 281.
- Loquin E., note sous.Cass. 1re civ., 10 juill. 1990, Cassia, JDI 1992, p. 168.
- Loquin E., obs. sous Paris, 7 févr. 2002, RTD com. 2002, 659.
- Loquin E., obs. sous Civ. 1re, 30 mars 2004, RTD com. 2004, 443.
- Loussouarn, obs. sous Cass. 1re civ., 4 juill. 1972, RTD com. 1973, 499.
- Marmayoun, note sous Cass. 2e civ., 4 avril 2002, Procédures 2002, Dr. et proc. 2002, 347.
- Mayer P. note sous Cass. 1re civ., 20 déc. 1993, Dalico, RCDIP 1994, 663.
- Mayer P. note sous Civ. 1re , 3 mars 1992, Rev. arb. 1993, p. 273.
- Mayer P., L'autonomie de l'arbitre international, Rec. Cours La Haye, 1989, v. T217, p. 327.
- Mayer P., Les limites à la séparabilité de la clause compromissoire, Rev. arb. 1998, p. 359.
- Mayer P., note sous CA Paris 28 nov. 1989, Cotunav, Rev. arb. 1990, p. 675.
- Menjucq M. et Bâeguin J. Droit du commerce International, éd. LexisNexis Litec. 2005.
- Mestre, obs. sous Civ. 2e, 4 avril 2002, Procédures 2002, Dr. et patr. Juin 2002, p. 121.
- Mezger E., Compétence-Compétence des arbitres et indépendance de la convention d'arbitrage dans la Convention dite

Européenne sur l'Arbitrage Commercial International de 1961, Essais Minoli, AIA/UTET, 1974, p. 321.

- Mezger E., Prima Paint v. Flood and Conklin, 388, U.S. 395 (1967).
- Mezger E., note sous Cass. 1re Civ., 18 mai 1971, Impex, Rev. crit. DIP 1972, 24.
- Moreau B., Compromis - clause compromissoire, Rép. civ. Dalloz, juill. 2004, para. 65.
- Motulsky H. note sous Cass. Civ. 1re, 7 mai 1963, RC 1963, 615.
- Oppetit B., note sous Cass. civ., 22 oct. 1991, Valenciana, Rev. crit. DIP 1992, p. 113.
- Oppetit B., note sous Cass. 1re civ., Hecht, 4 juill. 1972, JDI 1972, 843.
- Oppetit B., note sous l'arrêt Menicucci, Rev. crit. DIP 1976, p. 507.
- Oppetit B. note sous CA Paris, 13 déc. 1975, Menicucci, Rev. crit. DIP 1976, 507.
- Oppetit B., note sous Cass. 1re civ., 18 mai 1971, Impex, JDI 1972, 62, 3 arrêts.
- Périlleux J., Propos relatifs à l'autonomie de la clause compromissoire, RIDC 1978, p. 185.
- Perrot, note sous Cass. 2e civ., 4 avril 2002, Procédures 2002, com., 112.
- Poillot-Peruzzetto, note sous Cass. 1re civ., 5 janv. 1999, Zanzi, JDI 1999, 784.
- Racine J.-B., note sous Cass. 1re civ., 25 oct. 2005, Rev. arb. 2006, 103.
- Racine J.-B., L'arbitrage commercial international et l'ordre public, Paris, LGDJ 1999.

- Redfern A., The jurisdiction of international commercial arbitrator, J. Int'l. Arb., mars 1986, P. 22.
- Reifegerste S., note sous Civ. 2e, 4 avril 2002, JCP G 2002, II, 10154.
- Robert J., L'arbitrage: droit interne, droit international privé, 6e éd. Dalloz 1993.
- Robert J., note sous Cass. 1re civ., 7 mai 1963, D. 1963, 545.
- Rondeau-Rivier M.-C., note sous Cass. 1re civ., 14 déc. 1983, Rev. arb. 1984, p. 483.
- Sainte-Rose, Avis sous Cass. 1re civ., 25 oct. 2005, D. 2006, 199.
- Samuel A., Separability in English Law - Should an Arbitration Clause Be Regarded as an Agreement Separate and Collateral to a Contract in Which It Is Contained?, J. Int'l Arb. Sept. 1986, p. 95.
- Schwebel S., International Arbitration: Three Salient Problems, Grotius, 1987, p. 1.
- Seraglini, obs. sous Cass. 1re civ., 2006, JCP 2006, I, 187.
- Seraglini, obs. sous Cass. 2e civ., 4 avril 2002, Procédures 2002, JCP 2003, I, 105.
- Simler P., La nullité partielle des actes juridiques, Paris, LGDJ 1969.
- Synvet H., note sous CA Paris, 17 déc. 1991, Gatoil, Rev. Arb. 1993, p. 281.
- Synvet H., note sous CA Toulouse, 26 oct. 1982, Behar, JDI 1984, p. 603.
- Talau J.-M., note sous CA Paris, 24 mars 1995, Abdel Aziz, Rev. Arb. 1996, p. 259.
- Vidal D., Droit français de l'arbitrage commercial international, éd. Gualino éditeur, Paris 2004.