استقلال اتفاق التحكيم الإلكتروني
في منازعات التجارة الدولية

الباحث محمد الراجي
طالب باحث بسلك الدكتوراة بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بالمحمدية
جامعة الحسن الثاني بالدار البيضاء
المغرب

مقدمة:

لقد تطورت أساليب التجارة الدولية في العصر الحديث مستفيدة من التطور العلمي والتكنولوجي اللذين ساهما في سرعتها وفعاليتها، حتى صارت أغلب المعاملات التجارية الدولية اليوم تبرم عبر شبكة الأنترنت بدون حضور مادي لأطراف العقد وإنما بمجرد نقرة زر منهم، ولما كان عدم الحضور المادي للأطراف وعدم معاينتهم للسلع والخدمات قبل إبرام عقود البيع التجارية، يترتب عنه تفاوتات بين مايعتقده المشتري في المنتوج وبين ما هو موجود به فعلا، فقد تزايدت أعداد النزاعات بين أطراف العقد الدولي الإلكتروني، فأصبح فض هذه المنازعات يستلزم استخدام وسائل تراعي عناصر السرعة والفعالية وتفادي عناء حضور الأطراف وهو ما يوفره التحكيم الإلكتروني لأطراف النزاع.

ويعتبر التحكيم الإلكتروني "ذلك التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة اتصال دولية بطريقة سمعية بصرية ودون الحاجة إلى الحضور المادي لأطراف النزاع والمحكمين في مكان معين"[1].

ويعرف اتفاق التحكيم الإلكتروني بأنه: "اتفاق الأطراف على التحكيم بطريقة إلكترونية لحسم المنازعات القائمة بينهم أو التي سوف تقوم بينهم والتي تتعلق بالمعاملات التجارية التي تتم بينهم إلكترونيا عبر شبكة الأنترنت الدولية"[2].

ويترتب عن هذا الاتفاق على التحكيم الإلكتروني في حال ما استجمع شروطه وأركانه مجموعة من الآثار ومن بينها استقلال اتفاق التحكيم، لكن قد يثور الإشكال فيما لو بطل أو جرى إبطال عقد التجارة الأصلي او فسخه او إنهائه أو إلغاؤه أو انتهاء آثاره، هل ينصرف ذلك إلى العقد ككل بما فيه اتفاق التحكيم الإلكتروني، ويعود اختصاص النظر في النزاع إلى القضاء؟ أم أن هذا الاتفاق له حماية قانونية تجعله مستقلا عن مصير العقد الأصلي؟

سنتناول في الفقرة الأولى مبدأ استقلال **اتفاق** التحكيم **الإلكتروني**، وفي الفقرة الثانية آثار استقلال اتفاق التحكيم الإلكتروني.

الفقرة الأولى: مبدأ استقلال اتفاق التحكيم الإلكتروني

يعد استقلال اتفاق التحكيم عموما بما فيه اتفاق التحكيم الإلكتروني عن عقد التجارة الأصلي من أهم خصائص التحكيم[3]، والتي تميزه عن باقي وسائل فض المنازعات، إذ أن استقلال اتفاق التحكيم الإلكتروني يجعله غير مرتبط إطلاقا بالعقد الأصلي بالرغم من أنه ضمن فيه، فهو ينسلخ عنه حتى لو بلغ هذا العقد درجة البطلان المعدم له، بحيث يبطل وحده أو يفسخ دون أن يمتد ذلك إلى شرط التحكيم الذي يبقى صحيحا قائما بذاته ومنتجا لآثاره.

ويتم الاحتكام في صحة شرط التحكيم أو عدمه إلى وجوده وشروط في ذاته هو، لا إلى حكم العقد التجاري المضمن فيه، والعكس بالعكس حينما يبطل شرط التحكيم فإن العقد التجاري يظل صحيحا ولا يتأثر بذلك[4]، عدا إذا بطل كل من الشرط والعقد معا، كما في حالة إبرام عديم أهلية لعقد يتضمن شرط التحكيم، فهنا يبطل الشرط والعقد معا[5].

ومما تجذر الاشارة إليه أن مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي لايشمل سوى شرط التحكيم دون مشارطة التحكيم أو عقد التحكيم لأن هذا الأخير يتم الاتفاق عليه بعد نشوء النزاع، وليس شرطا ضمن عقد التجارة الأصلي، إذ لا يتأثر ببطلان أو فسخ هذا الأخير[6].

وبخلاف ذلك فإنه في حال ما اختل شرط التحكيم فإن هيئة التحكيم تنتهي مهمتها، ويصبح ذلك الشرط في حكم العدم، وهو ما اعتبره بعض الفقهاء عقدا داخل عقد[7].

وتتجلى استقلالية شرط التحكيم عن عقد التجارة الأصلي في تمتعه بحصانة في مواجهة العيوب التي يمكن أن تظهر في العقد الذي ضمن فيه.

وكنتيجة لذلك لا ينتج عن بطلان العقد لفقدانه مشروعيته بطلان الشرط التحكيمي وذلك خلافا لبقية الشروط المضمنة بنفس العقد والتي تتأثر بكل ما يلحق العقد الأصلي، فاستقلالية شرط التحكيم تحميه من أن يطاله البطلان، ويبقى صحيحا يحفظ لطرفيه اختيارهما في اللجوء إلى التحكيم عوض القضاء، مما يفسح المجال للهيئة التحكيمية لمعاينة البطلان أو الحكم بالإبطال أو الفسخ[8].

وقد أيد أغلب الفقه هذا التوجه واعتبروا أن شرط التحكيم يتمتع باستقلالية كاملة عن العقد الأصلي[9]، باعتبار أن شرط التحكيم له خصوصيته ومحله المتمثل في إسناد النظر في النزاع إلى هيئة خاصة يختارها طرفي النزاع، أو يتفقان على طريقة تعيينها، أو يتركان أمر اختيارها إلى القضاء إذا ما سمح لهم القانون بذلك، إذ أن محل شرط التحكيم هو عمل إجرائي صرف[10].

وهو ما أقرته مجموعة من التشريعات والاتفاقيات الدولية والوطنية كما أيدته أحكام بعض المحاكم والتي نصت على استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي كلما كان شرط التحكيم صحيحا، وإن بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه لا يؤثر في شرط التحكيم.

لقد بنى بعض الفقه نظريته المتعلقة باستقلال الشرط التحكيمي عن العقد الأصلي على نظرية انتقاص العقد، وهذه النظرية العريقة مفادها إذا بطل جزء من العقد وبقي منه ما يمكن أن يظل صحيحا ولو في جزء منه، بطل الشرط وبقي العقد[11].

وهذا ما أقرته أغلب التشريعات ومنها القانون الفرنسي، إذ نص قانون المسطرة المدنية الفرنسي في المادة رقم 1447 ما يلي:

" اتفاق التحكيم مستقل عن العقد الذي ضمن فيه، ولا يتأثر بعد فعالية هذا الأخير؛

عندما يكون اتفاق التحكيم باطلا، يعتبر شرط التحكيم كأن لم يكن"[12].

وهو نفس المنحى الذي سلكه قانون التحكيم الانجليزي في المادة 7 لسنة 1996 والذي تضمن استقلال شرط التحكيم عن باقي شروط العقد ولو بطلت هذه الأخيرة أو انفسخ العقد أو صار غير قابل للتنفيذ، إذ يبقى اتفاق التحكيم قائما باعتباره اتفاقا مستقلا[13].

وهو ما أقره القانون المغربي إذ جاء في المادة 8 من قانون التحكيم والوساطة المغربي الجديد رقم 95.17 ما يلي:

" يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب عن بطلان العقد أو إبطاله أو فسخه أو إنهائه أو إلغائه أو انتهاء آثاره لأي سبب كان، أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته".

وهو نفس ما كانت تنص عليه حرفيا المادة 318 من قانون المسطرة المدنية المغربي الملغى.

وكذلك نص قانون التحكيم السعودي لعام 1433 على ما يلي: " يعد شرط التحكيم الوارد في أحد العقود اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد – الذي يتضمن شرط التحكيم- أو فسخه، أو إنهائه، بطلان شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته".

ويعتبر هذا أمرا مستجدا في القانون السعودي، إذ أنه خلافا للنص القديم الذي لم ترد به أية مادة تتناول استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، مما أوجب على أطرافه وضع اتفاق التحكيم في عقد منفصل، أو التأكيد على استقلاليته ضمن باقي الشروط، تفاديا لبطلانه أو فسخه كلما بطل العقد الأصلي[14].

أما قانون التحكيم المصري فقد نص صراحة على استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي بموجب المادة 23 منه والتي جاء فيها: "يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب عن بطلان العقد، أو فسخه، أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته".

وكذلك نحى نفس الاتجاه القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام 1985 الذي جاء فيه"ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءا من العقد كما لو كان اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى أي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم".

من خلال ما سبق ذكره يتبين أن أغلب التشريعات اعتمدت استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، حتى ولو بطل العقد الأصلي، فبطلانه لا يترتب عليه بطلان شرط التحكيم الذي يظل صحيحا في ذاته، فلا علاقة لبطلان أحدهما بالآخر ولو أن حدهما فرع عن الآخر، فلا يترتب عن الاحتجاج أمام الهيئة التحكيمية ببطلان الشرط التحكيمي أي أثر.

ويعتبر الهدف من إقرار مبدأ الاستقلال هو حماية شرط التحكيم من البطلان الذي قد يتعرض له العقد الأصلي، والاقتصار في ذلك فقط على ما يتوافق مع اتفاق التحكيم الداخلي وبشكل أخص الدولي ذي الطابع الخاص[15].

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية ومعها بعض الفقه إلى انه لا يمكن الدفع بشرط التحكيم في التحكيم الداخلي حينما يكون النزاع متعلقا بصحة العقد المتضمن لشرط التحكيم، ويعتبر في هذه الحالة الشرط مجرد فرع عن العقد الأصلي[16].

ولقد كانت قاعدة استقلال الشرط التحكيمي عن العقد الأصلي لا تلقى تطبيقا في فرنسا، إذ كانت الأحكام القضائية تبنى على القواعد العامة، وتقضي بتبعية شرط التحكيم للعقد الأصلي وبالتالي تنزع عن هيئة التحكيم اختصاصها بالنظر في بطلان العقد الأصلي من عدمه[17]، إلا انها تراجعت عن هذا الاتجاه، وأقرت استقلالية شرط التحكيم في الحكم الصادر بتاريخ 7 ماي 1963 في قضية سميت بقضية «Gosset»، إذ كان قد صدر حكم تحكيمي في إيطاليا تنفيذا لشرط تحكيمي لفائدة تاجر إيطالي يبيع البذور يسمى "كارابيلي" في مواجهة مشتري فرنسي اسمه "جوسيي"، وألزم الحكم التحكيمي هذا الأخير بدفع تعويض لعدم تنفيذه العقد المبرم بينهما، إلا أن التاجر الإيطالي "كارابيلي" لما طلب تنفيذ الحكم في مواجهة الفرنسي "جوسيي"، دفع هذا الأخير ببطلان العقد

الأصلي المتضمن لشرط التحكيم بعلة انه باطل بطلانا مطلقا لمخالفته النظام العام الفرنسي المتعلق بالاستيراد والتصدير وبالتبعية بطلان شرط التحكيم[18].

وفي قضية أخرى سميت بقضي «Galakis» والمتعلقة بعقد كراء مبرم في لندن سنة 1940 بين وزارة النقل البحري الفرنسية ومالك السفينة اليونانية «Galakis» وكان البند 17 من العقد ينص على أن أي نزاع ناشئ عن هذا العقد سيحال على التحكيم في لندن، وصدر حكم التحكيم، وامتنعت وزارة النقل البحري الفرنسي عن التنفيذ، ودفعت بعدم أهليتها لإبرام عقد التحكيم وفقا للقانون الفرنسي، غير أن محكمة النقض الفرنسية أصدرت حكمها في 2 ماي من سنة 1966 لم تقبل الدفع، وأقرت صحة شرط التحكيم بناء على قاعدة موضوعية في القانون الفرنسي فحواها صحة شرط التحكيم في العقود الدولية المبرمة لحاجات وشروط التجارة البحرية ومستلزماتها.

ونفس الاتجاه توالت عليه أحكام القضاء في أغلب دول العالم بما فيها الدول العربية والمغرب[19].

إلا أن هناك بعض الحالات يبطل فيها شرط التحكيم نفسه، كما هو الحال إذا كان موضوع شرط التحكيم من الأمور التي لا يجوز فيها التحكيم، وهو ما سارت عليه جل قوانين التحكيم العربية.

وكذلك يبطل شرط التحكيم عندما تتم الاحالة فيه على مركز تحكيم او مؤسسة تحكيمية لا وجود لها على أرض الواقع او لم يتم اعتمادها ضمن الاتفاقات الدولية، أو في الحالة التي يشوب فيها الغموض شرط التحكيم، أو في حال تم إبرامه من فاقد الأهلية، أو أن يكون قد سبق الاتفاق بين عاقديه على فسخه أو إنهائه، إضافة إلى الحالة التي يكون فيها الشرط مرتبطا بأجل واضح منصوص عليه ضمن الشرط، أو في الحالة التي يتم فيها تحديد موضوع الشرط بدقة بحيث لا يمكن تمديده إلى موضوع نزاع آخر[20].

وفي حالة بطلان الشرط التحكيمي وظل العقد الأصلي صحيحا، فإن هذا البطلان لا يؤثر في صحة العقد، ويسترد القضاء العادي اختصاصه الأصيل في النظر في النزاع[21].

الفقرة الثانية: آثار استقلال اتفاق التحكيم الإلكتروني

إن استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي للتجارة الدولية ليس غاية في ذاته، وإنما الهدف منه حماية الخيار الذي ارتضاه الطرفين في اللجوء إلى التحكيم عوض اللجوء إلى القضاء، وتجاوز أي دفع يستهدف الالتفاف على الشرط التحكيمي تحت ذريعة انقضاء العقد الأصلي.

وحيث إن استقلال اتفاق التحكيم تترتب عنه مجموعة من الآثار، منها منح اتفاق التحكيم الاستقلال عن العقد الأصلي وتمكينه من الفعالية اللازمة ليتطور ويواكب احتياجات هذا القضاء الخاص ويتوافق مع متطلباته لتواكب التجارة الداخلية والدولية، وتمهد له أفضل الظروف والسبل لتحقيقها بعيدا عن تعقيدات الأنظمة القانونية والقضائية الداخلية للدول[22].

كما أن من آثاره اختلاف مصير العقد الأصلي عن مصير اتفاق التحكيم والذي لا يؤثر بطلانه او فسخه أو إنهاؤه على اتفاق التحكيم الذي يبقى صحيحا منتجا لآثاره، وهذا في حال ما لم يكن هو الآخر باطلا لسبب خاص به، كأن تكون أهلية أحد الطرفين ناقصة أو في حال انعدام صفته لإبرام العقد، فمثل هذا العيب يصيب شرط التحكيم ويصيب كذلك العقد الأصلي، لأن العقد كما الشرط يجب أن يبرما ممن له الصفة والأهلية للتعاقد، وعليه فإن البطلان اللاحق بالعقد الأصلي أو الفسخ أو الإنهاء لا يحد من آثار شرط التحكيم الذي يظل صحيحا.

وهذا ما نصت عليه المادة 8 من قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية المغربي الجديد رقم 95.17 والتي جاء فيها: " يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب عن بطلان العقد أو إبطاله او فسخه او إنهائه أو إلغاؤه أو انتهاء آثاره لأي سبب كان، أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، إذا كان هذا الشرط صحيحا في ذاته".

ويترتب على ذلك أن الفصل في النزاع حول صحة العقد الأصلي أو بطلانه أو إبطاله او فسخه او إنهائه أو إلغاؤه أو انتهاء آثاره يظل خارجا عن سلطة القضاء، وتبقى ولاية الفصل فيه للهيئة التحكيمية دون غيرها، وتفصل فيه الهيئة التحكيمية طبقا للقانون الواجب التطبيق على العقد[23].

لكن الشأن يختلف فيما لو أصاب الاتفاق عيب من عيوب الارادة الذي سبق أن أصاب العقد الأصلي خاصة إذا كان محله أو سببه مخالفا للنظام العام، أو كان العقد الأصلي والاتفاق التحكيمي مشتركين في سبب البطلان كما لو أبرما من عديم الإرادة[24].

فإن دفع أحد الطرفين أمام هيئة التحكيم بعدم اختصاصها في نظر النزاع لبطلان العقد الأصلي أو فسخه، فإن الهيئة التحكيمية ستحكم برد الدفع لكون الشرط التحكيمي يظل في منأى عن البطلان أو الفسخ لاستقلال الشرط التحكيمي عن العقد الأصلي، ولو كان الفسخ صحيحا قانونا، وآنذاك لن يصبح الحكم قابلا للابطال بعلة عدم وجود اتفاق تحكيم أو بعلة بث الحكم في مسائل لم يشملها الاتفاق، أو تجاوز حدود اتفاق التحكيم[25].

أما لو تم التسليم بعدم استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي فإن ذلك سينتج عنه فسخ شرط التحكيم لفسخ العقد الأصلي، ويعود فيه الاختصاص للبث في النزاع إلى القضاء العادي، ويصبح الحكم إذاك قابلا للإبطال لعدم وجود اتفاق تحكيم، بعلة أن الشرط التحكيمي صار معدوما بفسخ العقد الأصلي[26].

ومن آثار الاستقلال كذلك قابلية إخضاع اتفاق التحكيم لقانون مختلف عن القانون المطبق على عقد التجارة الأصلي، وهو ما تم إقراره بصراحة في مجمع القانون الدولي في دورة انعقاده في مدينة امستردام بهولندا سنة 1957، حيث نصت المادة السادسة من قراره على أن شروط صحة مشارطة التحكيم وشرط التحكيم لا تخضع بالضرورة للقانون ذاته المطبق على الرابطة محل النزاع[27].

وأن هذه الاستقلالية في الخضوع إلى القانون الواجب التطبيق، يستوي في ذلك إخضاع اتفاق التحكيم إلى قانون وطني طبقا لقواعد الإسناد العادية، أو إلى قانون موضوعي ينطبق على عقود التجارة[28].

وبناء عليه فإن الاستقلال القانوني لاتفاق التحكيم ضرورة تستلزمها الممارسة العملية، إذ أن الاستقلال المادي دون القانوني سينتج عنه آثار مختلفة، منها أنه لو كان العقد الأصلي للتجارة ة صحيحا، وكان القانون الواجب التطبيق لا يبيح إبرام اتفاق التحكيم أو يجعل مآله البطلان، فإن استقلالهما عن بعضهما ينتج عنه بقاء اتفاق التحكيم صحيحا ولا يتعرض للإبطال[29].

إن انقضاء اتفاق التحكيم بالزوال لا يؤثر في العقد الأصلي للتجارة ة، لهذا فإن زوال شرط التحكيم سواء ببطلانه ذاتيا او سقوطه او غير ذلك لا يؤثر على العقد الأصلي الذي يظل منتجا لآثاره، ويكون الاختصاص في هذه الحالة للقضاء العادي الذي هو صاحب الولاية للفصل في أي منازعة ناشئة عن العقد الأصلي30، وهو ما يحيلنا إلى نظرية انتقاص العقد والتي تبنتها مجموعة من التشريعات بما فيها التشريع المغربي.

وهو ما تضمنه قانون الالتزامات والعقود في الفصلين 308 و309 منه، فقد جاء في الفصل 308 ما يلي: "بطلان جزء من الالتزام يبطل الالتزام في مجموعه، إلا إذا أمكن لهذا الالتزام أن يبقى قائما بدون الجزء الذي لحقه البطلان، وفي هذه الحالة الأخيرة يبقى

الالتزام قائما باعتباره عقدا متميزا عن العقد الأصلي"، أما الفصل 309 فقد جاء فيه: "إذا بطل الالتزام باعتبار ذاته وكان به من الشروط ما يصح به التزام آخر جرت عليه القواعد المقررة لهذا الالتزام الأخير".

ونفس الشيء نصت عليه المادة 143 من القانون المدني المصري التي جاء فيها: " إذا كان العقد في شق منه باطلا، أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله[31].

ومن آثار الاستقلال كذلك، إبقاء فحص الاختصاص بالاختصاص للهيئة التحكيمية، ويتجلى منه ان هيئة التحكيم تظل مختصة في فحص المسائل المتعلقة باختصاصها وتظل لها الولاية للفصل فيه، ويظل مشرفا على إجراءات التحكيم وله أن يصدر القرارات فيما يخص اختصاصه بالنظر في موضوع النزاع من عدمه[32].

وهو ما نصت عليه المادة 9 من قانون التحكيم والوساطة الاتفاقية المغربي رقم 95.17 والتي جاء فيها: " لا يترتب عن تقديم دعوى أمام المحكمة المختصة، ولا عن الدفع ببطلان أو إبطال أو فسخ أو إنهاء أو إلغاء أو انتهاء أثار العقد الأصلي للتحكيم لأي سبب من الأسباب، وقف إجراءات التحكيم، وللهيئة التحكيمية أن تفصل في مدى صحة العقد الأصلي أو بطلانه.

وقد نص القانون الاتحادي الاماراتي على ذلك في المادة 20/1 والتي جاء فيها: " تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق التحكيم أو سقوطه أو بطلانه، أو شموله لموضوع النزاع وذلك قبل الفصل في الموضوع".

أما قانون التحكيم المصري فقد نص في المادة 22/1 على أنه: " تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه او بطلانه، أو عدم شموله لموضوع النزاع".

ومرد التنصيص على استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي، هو عدم تقييد ارادة الاطراف وعدم حرمانهم من اختيارهم الحر في اللجوء إلى التحكيم وفقا لمبدأ سلطان الارادة، إذ أنهم غالبا ما يتفقون على وضع شرط التحكيم في العقد الأصلي بطريقة تمكن الهيئة التحكيمية من بسط سلطتها على كافة النزاع دون استثناء منازعاتهم حول صحة العقد الأصلي أو بطلانه والذي من ضمنه شرط التحكيم.

وعليه فإنه في غياب استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي سيتم تقييد التحكيم بخلاف ما يتفق عليه الأطراف وهو ما سيشكل قيدا لمبدأ سلطان الإرادة.

كما أن عدم التنصيص على استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي كان سيترتب عنه مساس بقرار المحكم في هذا الصدد إذ ان بطلان العقد الأصلي سينجم عنه مباشرة بطلان شرط التحكيم، وبالتبعية سيصبح اختصاص المحكم موضع شك، إذ إن قول هذا الأخير ببطلان العقد الأصلي سيترتب عنه بطلان شرط التحكيم وبالتالي بطلان اختصاصه هو في النظر في هذا البطلان من عدمه.

خاتمة:

يعتبر استقلال الشرط التحكيمي ضمانة لطرفي اتفاق التحكيم، إذ يحمي إرادتهم في اللجوء إلى التحكيم لفض منازعاتهم المتعلقة بعقد التجارة، عوض اللجوء إلى القضاء، وقد نصت معظم التشريعات على هذا الاستقلال كاستثناء من القواعد العامة، نظرا للخصوصية التي يتمتع بها التحكيم.

الهوامش:

[1] خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم التجاري في عقود التجارة الدولية، الطبعة 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص248.

[2] تعريف جمعية التحكيم الأمريكية (American Arbitration Association AAA) ينظر: محمد مأمون سليمان، التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2011، ص 112.

[3] صالح محمد الزاهري المصعبي، مرجع سابق، ص 153.

[4] محمود سمير الشرقاوي، مرجع سابق، ص 99.

[5] محمد عبد الخالق الزعبي، مرجع سابق، ص 93.

[6] إيهاب عمرو، التحكيم التجاري الدولي المقارن في ضوء تحول سياسات التنمية الاقتصادية في الدول النامية، الوراق للنشر والتوزيع، الأردن 2014، ص 62.

[7] Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B.GOLDMAN, op.cit, p 213, René DAVID l'arbitrage dans le commerce international, économisa, paris, 1982, p 231.

[8] عمر ازوكار، التحكيم التجاري الداخلي والدولي –قراءة في التشريع والقضاء–، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2015، ص 46.

[9] فتحي والي، قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، 1987، ص 895، ومصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 254.

[10] نجيب عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القانون اليمني، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والانظمة الوضعية، رسالة من الاسكندرية، 1996، ص 89.

[11] الفصل 308 من قانون الالتزامات والعقود المغربي: "بطلان جزء من الالتزام يبطل الالتزام في مجموعه، إلا إذا أمكن لهذا الالتزام أن يبقى قائما بدون الجزء الذي لحقه البطلان، وفي هذه الحالة الأخيرة يبقى الالتزام قائما باعتباره عقدا متميزا عن العقد الأصلي".

الفصل 309: "إذا بطل الالتزام باعتبار ذاته وكان به من الشروط ما يصح به التزام آخر جرت عليه القواعد المقررة لهذا الالتزام الأخير".

[12] **Article1447du code de procédure civil française** : "La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci. Lorsqu'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite".

[13] **The arbitration agreement**, **Separability of arbitration agreement** : "Unless otherwise agreed by the parties, an arbitration agreement which forms or was intended to form part of another agreement (whether or not in writing) shall not be regarded as invalid, non-existent or ineffective because that other agreement is invalid, or did not come into existence or has become ineffective, and it shall for that purpose be treated as a distinct agreement".

[14] صالح محمد الزاهري المصعبي، مرجع سابق، ص 155.

[15] Jean-baptiste Racine, Droit de l'arbitrage, Presses universitaires de France, Thémis, Droit, 2016 p103

[16] Thomas Clay, Code de l 'arbitrage commenté, Edition 2015, Lexisnexis/ Code Bleu, 2015.

[17] مصطفى ناطق صالح مطلوب، مرجع سابق، ص 133.

[18] أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، بند 91، ص275.

[19] قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بمراكش رقم 727 الصادر بتاريخ 10/04/2008 في الملف عدد: 3697/1/2007 والذي جاء فيه:

"حيث تبين للمحكمة من خلال اطلاعها على وثائق الملف والحكم المستأنف أنه قضى ببطلان شرط التحكيم المضمن بالوعد بالبيع المؤرخ في 11/24 و1972/12/19 بعلة أنه انصب على عقار يمنع التداول فيه طبقا لأحكام ظهير1972/12/19.وحيث بنى المستأنف عليه طلب إبطال شرط التحكيم على سبب ثاني وهو خرقه لمقتضيات الفصل 308 من ق م م والذي جاء فيه (يجب أن يتضمن سند التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع واسم المحكمين)، وشرط التحكيم الوارد في الوعد بالبيع لم يعين أسماء المحكمين.لكن حيث إن مقتضيات الفصل 308 المتمسك بها أعلاه تتعلق بسند التحكيم او وثيقة التحكيم في حين ان موضوع طلب البطلان هو شرط التحكيم.

وعدم تضمين أسماء المحكمين في العقد الذي يتضمن شرط التحكيم لا يترتب عنه البطلان طبقا للفصل 309 من ق م م إلا في الحالة التي يتعلق فيها العقد بعمل تجاري دون أن يكتب شرط التحكيم باليد وتقع الواقعة عليه بين الطرفين.

وحيث بناء عليه، فإن شرط التحكيم المضمن بالوعد بالبيع أعلاه شرط صحيح وملزم للطرفين.

وأخيرا فإن من المتفق عليه فقها وقضاء فإن شرط التحكيم يبقى صحيحا ومنتجا لكافة أثاره ولو كان العقد الذي تضمنه باطلا أو قابلا للإبطال.

وحيث بناء عليه يكون الحكم المستأنف قد تنكب الصواب ويتعين إلغاؤه والحكم من جديد برفض طلب بطلان شرط التحكيم وبعدم قبول طلب الفسخ لكونه سابق لأوانه"[19]. منشور بمؤلف التعليق على قانون التحكيم في ضوء الفقه والقضاء، مصطفى بونجة ونهال اللواح، المركز المغربي للتحكيم ومنازعات الأعمال، مطبعة الأمنية الرباط، الطبعة الأولى 2019 ص 66 و67.

[20] صالح محمد الزاهري المصعبي، مرجع سابق، ص 159.

[21] فتحي والي، المرجع السابق، ص 96.

[22] أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 269.

[23] مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 108.

[24] أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2009، ص123.

[25] قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بمراكش جاء فيه: "لكن حيث ان المتعارف عليه قانونا، فقها وقضاء أنه يجوز للتجار حل النزاعات الناشئة بخصوص معاملاتهم بإدراج شرط التحكيم في العقد الرابط بينهم وأنهم متى ارتضوا ذات الشرط فإنه يكون لزاما عليهم احترامه وبالتالي عدم اللجوء إلى الجهة القضائية لعرض نزاع موضوع شرط التحكيم تحت طائلة عدم قبول الطلب وأنه ثبت لهاته المحكمة أن طرفي النزاع ضمنوا العقد الرابط بينهم البند 18-1 شرط التحكيم بالنسبة لجميع الادعاءات والنزاعات القائمة بين الأطراف سواء حول العقد ذاته أو أي شيء ذي صلة به وأن الدعوى ترمي في الأساس إلى الحكم بتعويض عن الضرر الذي ترتب عن فسخ العقد أعلاه فسخا تعسفيا بمعنى أن النزاع مرتبط بالعقد وأن القول أنه بمجرد ما فسخ العقد من قبل المستانف عليها فلا يمكن إعمال شرط التحكيم يبقى غير مؤسس".

منشور في مؤلف التحكيم التجاري الداخلي والدولي –قراءة في التشريع والقضاء–، عمر ازوكار، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى 2015، ص 46.

[26] خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 284 و285.

[27] أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص269 . 271.

[28] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، المرجع السابق، ص 214.

[29] زهيرة كيسي، مبدأ استقلالية شرط التحكيم التجاري عن العقد، مجلة الاجتهادات للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنراست، الجزائر، العدد 8، يونيو 2015 ص 53.

[30] صالح محمد الزاهري المصعبي، مرجع سابق، ص 163.

[31] نجيب عبد الله ثابت الجبلي، التحكيم في القانون اليمني، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والانظمة الوضعية، رسالة من الاسكندرية، 1996، ص 92.

[32] مصطفى الجمال، وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 356، ومحمد عبد الخالق الزعبي، مرجع سابق، ص 100.