اشكالات اثار اتفاق التحكيم

الدكتور

طارق عبد العزيز حفني الشيخ

مدرس القانون المدني

كلية الحقوق جامعة الزقازيق

المـــقـــــدمة

ما أحوج البشرية إلى ابتكار حلول غير تقليدية لمواجهة المشكلات التقليدية وغير التقليدية التى تواجهها، فقد خلق الله الانسان وجعله خليفة فى الأرض وميّزه عن بقية المخلوقات بعديد المميزات، لعل أهمها ميزة العقل، فالعقل المفكر المبتكر هو ما مكّن الله به الإنسان ليسود الكرة الأرضية، بل ساد معها جزء من الفضاء الخارجى، هذا الإنسان العاقل المفكر، المفعم بالأمل والطموح، لم تقف أمامه عقبة إلا وأزالها بالجهد وإعمال العقل والفكر.

والتقاضى يعد أداة من الأدوات التى ابتكرها الإنسان وقننها، ليزيل بها عقبة وخطورة التنازع بين الناس حول الحقوق والالتزامات، فلا ينكر أحد فضل وجود النظام القضائى فى كل دول العالم على حياة المواطن، الذى يلجأ إليه طالبا الحماية التى كفلها القانون، فيتحقق له ما أراد بحكم قضائى ملزم واجب النفاذ. غير أنه بمرور الزمان وتبدل الأحوال وزيادة أعداد البشر وتطور المعاملات بينهم، خاصة فى مجال التجارة الدولية، أضحت الطرق التقليدية فى التقاضى عاجزة عن مواكبة حركة تلك المعاملات بما يحقق مصلحة أطرافها، من حيث السرعة والسرية، ومن ثم المصلحة العامة للمجتمعات، فبرزت للمهتمين بالأمر فكرة ابتكار طرق بديلة للتقاضى.

لقد لجأ الانسان المعاصر إلى فكرة التحكيم للتغلب على مشكلة قديمة جديدة تزداد تعقدا يوما بعد يوم، إنها مشكلة بطء إجراءات التقاضى، والتى يترتب عليها عديد المشكلات الأخرى، خاصة فى المعاملات التجارية الداخلية والدولية، فبطء إجراءات المحاكم يترتب عليه فى مجال التجارة، بشقيها الداخلى والدولى، كساد التجارة وتحقيق خسائر للتجار والشركات صاحبة المشروعات العملاقة، ومن ثم عزوف الكثيرين عن العمل بهذا المجال، فيترتب على ذلك خسارة كبيرة للبشرية جميعها.

غير أن نظام التحكيم فى المنازعات ليس بالأمر الجديد، فهو فكرة قديمة، وُجدت قبل أن يوجد النظام القضائى الذى نعرفه فى وقتنا المعاصر، فالتحكيم يقصد به الفصل فى النزاعات المثارة بين طرفين أو أكثر، عن طريق أشخاص يتم اختيارهم بطريقة ما[١]، مع اتباع قواعد تتمتع باحترام الخصوم. وعلى هذا لا يعد التحكيم شكلا من أشكال القضاء، ولا فرعا منه، ولا امتدادا له، بل إن التحكيم هو أصل القضاء، ابتُكر وحقق أهدافه قبل ابتكار القضاء المنظم من قبل الحكام[٢].

فإذا كان الأصل أن القضاء المنظم، الذى يعد مظهرا من مظاهر سيادة الدول، لا يزاول مهامه سوى من خلال هيئات منظمة أنشئت خصيصا لذلك، فإن الدول اليوم لها أن تعترف لبعض الأشخاص بسلطة الفصل فى بعض النزاعات، التى يختص بها القضاء النظامى من حيث الأصل، بشروط معينة وفى نطاق معين[٣]. هؤلاء الأشخاص هم المحكمون، والذين أصبح اللجوء إليهم فى عصرنا الراهن ضرورة ملحة، نظرا للتطور الحادث فى العلاقات العقدية بشكل عام، وما نشأ عن ذلك من تعقد المعاملات وتشعبها، والتى كانت الباعث الرئيس لإيجاد طريقة تُمكّن الخصوم من حل الخلافات بطريقة تكفل السرية والسرعة والفاعلية والمرونة، وهى أمور لا تتوافر غالبا فى قضاء الدولة[٤].

---

[١] قريب من هذا: شحاتة غريب شلقامى ، عقد المحكم ، بين تشريعات التحكيم وتطويع القواعد العامة فى القانون المدنى ، دراسة تحليلية فى ظل التشريعات العربية والفقه الاسلامى ، دار الجامعة الجديدة ، سنة ٢٠١٥ ، ص ١٤.

[٢] قريب من هذا: أحمد عبد الكريم سلامة ، التحكيم فى المعاملات المالية الداخلية والدولية، المدنية والتجارية والادارية والجمركية، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٦ ، ص ٨ وما بعدها.

[٣] فتحى والى ، مبادئ قانون القضاء المدنى ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٠ ، بند ٢٤.

[٤] أيمن أحمد الدلوع ، التحكيم فى العقود المدنية ، دراسة تطبيقية على منظومة العمل القانونى فى الدول العربية ، دار الجامعة الجديدة ، سنة ٢٠١٧ ، ص ٥.

والتحكيم، الذى له كل هذه الأهمية الكبرى، مازال يستأهل التطوير والتحديث بما يجعله قادرا على تحقيق غاياته، وأهمها سرعة الفصل فى المنازعات، والتطوير والتحديث فى كل فروع المعرفة يتطلبان مواصلة البحث والكتابة فى هذا المجال، ولذلك فقد رأينا أن من الجوانب التى تحتاج مزيدا من البحث والدراسة فى نظام التحكيم جانب "آثار اتفاق التحكيم"، فآثار أى تعاقد تبرز فى مرحلة التنفيذ، فتنفيذ العقود هو الهدف من إبرامها، ولذلك يتعين على الفقه إحاطة آثار العقود بشكل عام باهتمام خاص، يتمثل فى تناول تلك الآثار من خلال بحوثهم ودراساتهم، ولذلك جاء اختيارنا لموضوع آثار اتفاق التحكيم كمحل لبحثنا هذا.

مشكلة البحث:

عندما يأتى وقت الاحتياج إلى الاتفاق الذى أبرمه طرفان على التحكيم، سواء كشرط فى عقدهما الأصلى، أو فى صورة مشارطة مستقلة عن العقد الأصلى، تبرز حيئذ العديد من الإشكالات التى تثير الخلاف بين طرفى الاتفاق التحكيمى، وكثرة هذه الإشكالات وتشعبها تنال من فاعلية التحكيم، لأنها قد تطيل أمده، فإذا طال أمد التحكيم فقدَ ميزته الأهم، وهى سرعة الفصل فى المنازعات.

ومن المسائل التى مازالت تثير اللبس والخلاف فى آثار هذا الاتفاق، مدى امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير، سواء الخلف العام أو الخلف الخاص، أو امتداده إلى أشخاص آخرين بمقتضى ما استثناه المشرع من قواعد استثنائية، خروجا على مبدأ نسبية أثر العقد، كالتعهد عن الغير والاشتراط لمصلحته وغيرهما، وكذلك ما عُرف فى الواقع التحكيمى من امتداد اتفاق الحكيم فى نطاق مجموعة الشركات والمجموعة العقدية.

ومن الأمور الهامة فى نطاق التزامات طرفى الاتفاق التحكيمى، مسألة مدى استقلال الشرط التحكيمى عن العقد الأصلى، ومسألة الالتزام بعدم اللجوء

إلى قضاء الدولة مع اللجوء إلى هيئة التحكيم عند نشوء نزاع، كذلك مسألة مراعاة حدود الاتفاق من حيث الشخوص والموضوع، بالإضافة إلى خصوصية نظر بعض المسائل، رغم وجود اتفاق التحكيم، وذلك باستبعاد بعضها من نطاق التحكيم لتعود إلى ولاية قضاء الدولة، إما لتعلقها بمصلحة عامة أولى فى رعايتها، وإما لتعلقها بمنازعات تستعصى على حلها تحكيما.

منهج البحث:

يتناول هذا البحث بصفة رئيسية إشكالات آثار اتفاق التحكيم، وذلك من خلال استعراض القواعد الحاكمة لآثار الاتفاق التحكيمى، شرطا كان أو مشارطة، من تشريعات خاصة وقواعد عامة واتفاقيات دولية، مع تأييد ذلك بأحكام قضاء الدولة وأحكام هيئات التحكيم والمحكمين، الداخليين والدوليين، والبحث فى مدى انطباقها على موضوع الدراسة الخاص بإشكالات الآثار، مع مراعاة ما يتميز به التشريع المنظم للمسألة فى مصر، وبعض الدول كفرنسا والدول العربية، وكذلك ما تضمنته الاتفاقيات الدولية ذات الصلة.

وقد استخدمنا فى هذه الدراسة كل من المنهج المقارن، من خلال الموازنة بين الأنظمة المختلفة فى تنظيمها لقضاء التحكيم وتنظيمها للاتفاق التحكيمى بصفة خاصة. كما استخدمنا المنهج التحليلى للاعتماد على التحليل فى التدليل على الفكرة، بهدف التوصل إلى المراد الحقيقى للمشرع الدولى والمشرع الوطنى، وذلك بُغية تحقيق الفاعلية المثلى لقواعد التحكيم. كما استخدمنا أحيانا المنهج الوصفى لاستعراض بعض القواعد التى وردت بتلك التشريعات وشرحها، وتبيان طريقة تطبيقها فى الواقع العملى فى نطاق التحكيم.

تقسيم البحث:

قسمنا هذه الدراسة إلى فصلين اثنين على الوجه التالى:

أما الفصل الأول: فيتناول الأثر النسبى لاتفاق التحكيم. ويشتمل على مبحثين هما:

المبحث الأول: التزام الأطراف وخلفهم باتفاق التحكيم.

المبحث الثانى: امتداد آثار اتفاق التحكيم إلى الغير.

وأما الفصل الثانى: فيتناول التزامات أطراف التحكيم، وخصوصية نظر بعض الموضوعات، ويشتمل على مبحثين هما:

المبحث الأول: الالتزامات التحكيمية التى تثير خلافا فى التنفيذ.

المبحث الثانى: خصوصية نظر بعض الموضوعات.

الفصل الأول

الأثر النسبى لاتفاق التحكيم

التحكيم كوسيلة من وسائل التقاضى بين الخصوم، هو أداة إرادية سواء فى اختياره أو فى اختيار محكميه، كما يعد وسيلة مختلطة تبدأ باتفاق يتحول إلى إجراء ثم إلى حكم يقوم مقام حكم القاضى، فهو نظام يتصف فى إجراءاته المتوالية بالنسبية فى ترتيب الآثار، فهو مثل كل تصرف إرادى تنصرف آثاره إلى أطرافه فحسب، دون تحقيق فائدة أو ضرر لغيرهم، كما أن إجراءات الخصومة تتصف بذات سمات فكرة النسبية، ونظرا لأصلها الاتفاقى لا يمكن إدخال الغير فيها، كما أنه ليس له أن يتدخل[١].

كذلك يحوز حكم التحكيم ما يحوزه الحكم القضائى من حجية الشىء المقضى فيه، ومؤداه أن كل ما تم القضاء فيه بواسطة المحكم يصبح حجة على طرفيه فيما فصل فيه. لكن الاتجاه الحديث فقها وقضاء يأخذ بفكرة مستحدثة نوعا ما، مؤداها وجود جانب اجتماعى لكل أمر أو موضوع فردى، وهو ما يوجب الإقرار بأن تلك الأمور لا تعنى أصحابها فحسب، ولكنها تعنى المجتمع بكامله، وهو الأمر الذى يسيغ إمكان تجاوز مبدأ النسبية ومن ثم تقبُل فكرة امتداد آثار شرط التحكيم للغير ممن لم يشارك كطرف فى إبرامه.

ولذلك نرى تناول تلك المسائل فى مبحثين، حيث نتناول فى المبحث الأول مدى وصور التزام الأطراف وخلفهم باتفاق التحكيم المبرم، ثم نتناول فى المبحث الثانى مدى امتداد آثار اتفاق التحكيم إلى الغير، على الوجه التالى:

المبحث الأول

[١] Proche de cette - Emmanuel Roux: Panorama des différents modes alternatifes de réglement des litiges, AJ Collevtivités Territoriales, ٢٠١٢, p.١٤٣.

التزام الأطراف وخلفهم باتفاق التحكيم

يؤازر المنطق القانونى ضرورة التزام طرفى أى تعاقد بالالتزامات الناشئة عن هذا الاتفاق، فما التزم طرفين أو أكثر باتفاق تعاقدى إلا من أجل تنفيذه[١]، فالتنفيذ هو الغاية من إبرام هذا الاتفاق أو ذاك. ومن ثم فلا مجال للبحث عن سبيل للتنصل من تلك الالتزامات طالما استجمع الأخير المقومات القانونية لوجوده. كما قد يمتد كل اتفاق بين طرفين إلى خلف كل منهما، سواء الخلف العام أو الخلف الخاص، وفقا لشروط تقتضيها طبيعة التصرف وظروفه ومداه، ووفقا لأحكام القانون الآمرة فى هذا الشأن، لذلك عند تناول تلك المسائل نبدأ بالتزام طرفى التحكيم باتفاق التحكيم المبرم بينهما فى مطلب أول، ثم نتناول مدى التزام الخلف باتفاق التحكيم المبرم بين طرفيه فى مطلب ثان.

المطلب الأول

التزام طرفى التحكيم باتفاق التحكيم المبرم بينهما

إذا طالعنا القواعد العامة فى نظرية الالتزامات فى القانون المدنى لانتهينا إلى أن أى اتفاق قانونى لا يلزم إلا أطرافه، وأن امتداد هذا الالتزام إلى أشخاص آخرين بخلاف الأطراف التى أبرمته ما هو الا استثناء على هذا الأصل الراسخ. وبالتالى يكون التزام طرفى اتفاق التحكيم هو الأولى بضرورة التطبيق، فهو من الأمور التى لا يثار بشأنها خلاف، فما أبرم أشخاص تعاقدا أو اتفاقا إلا ليلتزموا بمقتضاه التزاما قانونيا يوجب وفاءهم به وفقا لبنود الاتفاق، ويضحى عدم الوفاء من جانبهم خطأ عقديا يرتب المسؤولية العقدية على عاتقهم[٢]. إن التزام طرفى الاتفاق فى التحكيم وغيره هو نتيجة منطقية

---

[١] Proche de cette- Bertrand Moreau : Arbitrage international , Dalloz, ٢٠١٥, p. ٢١.

[٢] Clay Th. : clause compromissoire dans un contrat de consommation ٢٠٠٥, p. ١٩.

لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، وكذلك مبدأ النسبية فى نظرية العقد يعنى أن طرفى العقد فقط هم الذين يتحملون بالنتائج والآثار المترتبة عليه[١].

وبالتالى يخضع اتفاق التحكيم بوصفه عقدا لمبدأ "القوة الملزمة للعقود" حيث أن شرط ومشارطة التحكيم يفرضان على طرفى الاتفاق التزاما بعدم اللجوء إلى القضاء العمومى، بل إن اتفاق التحكيم يفرض على طرفيه اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لإجراء العملية التحكيمية[٢]، حيث لا يمكن لطرف من طرفى الاتفاق التنصل بإرادة منفردة من ذلك الاتفاق، ولا يجوز لأحدهما سلوك طريق التداعى أمام قضاء الدولة، فإذا حدث ذلك كان للطرف الثانى أن يتمسك بوجود اتفاق سابق على التحكيم، وأن مقتضى هذا الاتفاق منع القضاء العمومى من نظر النزاع والفصل فيه[٣].

ونتناول فى هذا المطلب مسألتين خاصتين بضرورة الالتزام باتفاق التحكيم، وهما تقيد الأطراف ببنود الاتفاق التحكيمى المبرم بينهما وذلك فى فرع أول، ثم نتناول مسألة التنازل عن اتفاق التحكيم فى فرع ثان.

الفرع الأول

تقيد الطرفين باتفاق التحكيم المبرم

[١] شحاتة غريب شلقامى ، اشكالات اتفاق التحكيم ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٥، ص ٨٩.

[٢] ناجى عبدالمؤمن محمد ، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده فى عقود التجارة الدولية طويلة المدة، بدون ناشر ، ٢٠١٦، ص ٤٩.

[٣] محمد طاهر الهلالى ، نسبية اثر اتفاق التحكيم، رسالة دكتوراة ، حقوق الزقازيق ، ٢٠١٢، ص ١٣٩.

أكد المشرع المصرى فى القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وكذلك نظيره الفرنسى فى قانون التحكيم الفرنسى المعدل سنة ٢٠١١ على[١] ثبوت السلطة القضائية الكاملة للهيئة التحكيمية، وضرورة الخضوع لها وفقا لاتفاق التحكيم المبرم، وقد تجلى ذلك فى التأكيد على المبادئ الإجرائية لدعوى التحكيم وبصفة خاصة مبدأ الاستوبل[٢]، الذى كرسه التعديل بنص صريح، وكذلك السلطة القضائية الكاملة لهيئة التحكيم فى اتخاذ كافة الإجراءات التى خوّلها القانون لقضاء الدولة[٣].

فالتحكيم وليد الإرادة الحرة للطرفين المتفقين عليه، ونابع عن اتفاق الطرفين على عرض نزاعاتهم على هيئة التحكيم كبديل لقضاء الدولة، وبالتالى يكون شرط او مشارطة التحكيم كأى اتفاق آخر يخضع لمبدأ القوة اللازمة للتعاقد، المنبثق بدوره من قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين[٤]. ومقتضى هذا المبدأ هو التزام أطراف التحكيم بعرض المنازعة موضوع الاتفاق على الهيئة التحكيمية المكلفة بنظره[٥].

فالتحكيم بوصفه نظاما قضائيا خاصا ينهض على أساس اتفاق ذوى الشأن، أى اتفاقهم على عرض المنازعة على هيئة التحكيم، بهدف تحقيق

---

[١]- Emmanuel Gaillard: Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international, Recueil Dalloz, jan. ٢٠١١, p. ١٢١.

[٢] مبدأ الاستوبل estopple هو مبدأ مستقر فى دعاوى التحكيم، خاصة الدولية منها، ويطلق عليه البعض مبدأ الحيلولة أو مبدأ الإغلاق، وهو مستمد من قاعدة أنه: "من سعى فى نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه"، والتى تضمنتها المادة ١٠٠ من مجلة الأحكام العدلية.

[٣] أسامة أبو الحسن مجاهد ، قانون التحكيم الفرنسى الجديد، دار النهضة العربية ، ٢٠١٢، ص ٥١.

[٤] ناجى عبدالمؤمن محمد ، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده، مرجع سابق ، ص ٤٩ ؛ جلال وفاء محمدين، التحكيم تحت مظلة المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ، ١٩٩٥، ص ٩ وما بعدها.

[٥] قريب من هذا انظر كل من: محمود سمير الشرقاوى ، التحكيم التجارى الداخلى والدولى ، دراسة قانونية مقارنة ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠١٦، ص ٥٩ ومابعدها؛ محمد طاهر الهلالى ، نسبية اثر اتفاق التحكيم، مرجع سابق ، ص ١٤١.

الفصل السريع فيه، وذلك ليتجنبوا معضلة بطء إجراءات التقاضى أمام قضاء الدولة، وكى يستفيدوا كذلك من بساطة إجراءاته وسهولتها وتجنب بيروقراطية محاكم الدولة التقليدية، ومن ثم يتحقق لهم إنهاء المنازعات فى أقل فترة زمنية ممكنة[١]. فالأصل فى أى نظام تحكيمى هو أن يكون اللجوء إليه معلقا على قبول الأطراف المتنازعة واتفاقهم على تطبيقه بالاحتكام الى شخص محدد أو هيئة محددة. وهو أمر يفترض وجود تكافؤ فى المراكز القانونية والاقتصادية لطرفى الاتفاق على التحكيم[٢]، وإلا كان ذلك الطرف الأضعف عرضة للمشقة والكلفة الزائدة وضياع الحقوق.

فأهلية أطراف اتفاق التحكيم[٣] وشرط التكافؤ بينهما هما ما يمكن الاستناد إليهما لتقرير ضرورة التزام تلك الأطراف باللجوء إلى التحكيم وهو مضمون الاتفاق المبرم بينهما، وغياب الأهلية أو حتى غياب التكافؤ يسقط بهذا الاتفاق إلى هوّة البطلان أو القابلية للابطال.

فإذا ثبتت تلك الافتراضات الأولية، وانعقد اتفاق التحكيم بصورة صحيحة بين طرفيه، سواء ورد الاتفاق فى صورة شرط فى العقد الأصلى بينهما، أو ورد الاتفاق فى صورة مشارطة تحكيم منفصلة، فإن الاتفاق يصبح ملزما

---

[١] حسام عبده على فرج ، التحكيم كوسيلة لحل منازعات العمل ، رسالة دكتوراة ، حقوق الزقازيق ، سنة ٢٠١١ ، ص ١٥٢.

[٢] انظر فى هذا: حسام عبده على فرج ، التحكيم كوسيلة لحل منازعات العمل ، مرجع سابق ، ص ١٥٣.

[٣] ينبغى أن يكون طرفا اتفاق التحكيم مستجمعين لاهلية الاتفاق، بمعنى ان تكون لديهما اهلية التصرف ، والتى تثبت للشخص باكتماله سن الرشد المحدد قانونا، فيكون الشخص بالغا رشيدا متمتعا بالاهلية القانونية لابرام التصرف، ما لم يعترضه عارض من عوارض الاهلية كالجنون او العته او السفه او الغفلة. واشتراط اهلية التصرف والاداء فى طرفى اتفاق التحكيم اساسه ان التحكيم ينطوى على التزامات متبادلة بالنزول على حكم المحكمين، وما قد يترتب عليه لصالح الشخص او عليه، ومراعاة لاحتمالية ان ينصرف التحكيم الى الحكم ضد الشخص مما يعتبر تصرف فى امواله، وهو من الاعمال الضارة ضررا محضا والتى تستلزم توافر اهلية التصرف. كما يعتبر هذا الاتفاق على التحكيم بمثابة تنازل صريح من الشخص الطبيعى عن اللجوء الى القضاء العادى، متخليا بذلك عن الضمانات التقليدية التى يكفلها نظام قضاء الدولة. انظر فى هذا: طارق سمير طلبة دويدار ، الابعاد القانونية لامتداد شرط التحكيم ، رسالة دكتوراة ، حقوق الزقازيق ، سنة ٢٠١٦، ص ٦٢ وما بعدها.

للطرفين، متعينا عليهما اللجوء الى هيئة التحكيم، وعدم اللجوء الى قضاء الدولة لحل النزاع القائم بينهما. ولا يقدح من اعتبار التحكيم طريقا إلزاميا للتقاضى متى اتفق عليه الخصمان، أن حكم المحكم لا يكون قابلا للنفاذ إلا بصدور أمر بتنفيذه، فأحكام التحكيم لا تنفذ إلا إذا صدر أمر بتنفيذها من قضاء الدولة المراد تنفيذه فى أراضيها، ومع هذا لا تؤثر هذه الإجراءات فى اعتبار حكم المحكم الأجنبى متضمنا قضاء ملزما[١].

الفرع الثانى

مسألة التنازل عن اتفاق التحكيم

يحمل التنازل فى القانون المدنى أكثر من معنى، فالتنازل عن عقد الإيجار على سبيل المثال يعنى تنازل المستأجر عن الحقوق الشخصية التى يرتبها له عقد الإيجار، إلى شخص آخر يحل محله فى الحقوق والالتزامات المنبثقة عن عقد الإيجار الأصلى، ولا يكون للمستأجر التنازل عن عقد الإيجار إلا بموافقة المؤجر، وموافقة المؤجر قد يعبّر عنها فى التعاقد الأصلى، وقد يعبر عنها فى اتفاق لاحق، ويجوز أن تكون موافقته ضمنية بالسكوت عن التنازل عند حدوثه، مع قيام المؤجر بالتعامل مع المستأجر الجديد دون اعتراض.

أما التنازل فى اتفاق التحكيم فلا يتصور أحد أن يكون معناه اتجاه إرادة الطرف فى اتفاق التحكيم إلى إحلال شخص آخر محله فى عقد التحكيم، فعقد التحكيم، ورغم استقلاليته النسبية عن العقد الأصلى، الا أنه مرتبط بالعقد الأصلى ارتباطا تاما، غاية ما هنالك أن الطرف يكون له الحق فى التحلل من اتفاق التحكيم بموافقة الطرف الآخر، فلا يكون لأحد الطرفين التحلل منه بارادته المنفردة، غير أنه، وعلى هدى الإقرار بأن التحكيم يجد مصدره فى

[١] أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختيارى والاجبارى ، منشأة المعارف بالاسكندرية ،الطبعة السادسة ، سنة ٢٠٠٠ ، فقرة ٤٩.

الإرادة المشتركة لطرفيه[١]، فإنه يمكن لهما كذلك الاتفاق على الرجوع عن طريق التحكيم والتنازل عنه كطريق لفض النزاع بينهما[٢]، وبالتالى يتمكن كل منهما من اللجوء الى الطريق المعتاد وهو عرض النزاع على قضاء الدولة[٣].

فلأن التحكيم إنما وجد لتحقيق مصالح خاصة للطرفين، فهو بالتالى لا يتعلق بالنظام العام، ومن ثم يجوز لطرفى أى اتفاق على التحكيم التنازل عنه، وسلوك طريق آخر هو اللجوء إلى القضاء التقليدى[٤]، والرجوع وفقا لهذه المحددات هو اتفاق بإرادة حرة بين طرفيه، تمكّن كل منهما من التحلل من هذا الالتزام والعودة إلى المسار الطبيعى للتقاضى.

أما شكل الرجوع أو التنازل عن اتفاق التحكيم فيجوز أن يكون التنازل صريحا كما يجوز أن يكون تنازلا ضمنيا، والتنازل الصريح يكون باتفاق طرفيه اتفاقا صريحا على التداعى أمام قضاء الدولة، وهو اتفاق قد يبرم فى شكل عقد، أو على شكل ورقة من أوراق المحضرين، أو حتى بمجرد رسائل متبادلة بين الطرفين يعلن أحدهما تنازله عن التحكيم، فيقبل الآخر هذا الإعلان[٥].

---

[١] محمد طاهر الهلالى ، نسبية اثر اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٤٦.

[٢] حسام الدين فتحى ناصف ، قاعدة منع قضاء الدولة من نظر موضوع المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم وقيود تطبيقها، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠١٧ ، ص ٨٢ ؛ محمد طاهر الهلالى ، نسبية اثر اتفاق التحكيم، مرجع سابق ، ص ٨٠.

[٣] والتنازل عن اتفاق التحكيم هنا يحمل سمات التقايل، والتقايل هو اتفاق طرفى عقد ما على الغائه، والتحلل مما يربطهما من التزامات ناشئة عنه، وكلمة التقايل تعنى الاقالة، اى ان يقيل كل من العاقدين العاقد الاخر من الالتزام بالرابطة التعاقدية، وطالما ان التقايل يتم بموافقة الطرفين فليس من المفيد البحث عن اسبابه، ويعتبر التقايل تعاقدا جديدا مضمونه ازالة التعاقد القائم بالغائه، ولذلك يشترط فيه ما يشترط فى ابرام العقد عامة من اركان وشروط الصحة، والاقالة بهذا المعنى ترد على اى تعاقد سواء أكان من عقود المعاوضة او من عقود التبرع. انظر: سهير سيد احمد منتصر ، مصادر الالتزام فى القانون المدنى، بدون ناشر ، سنة ٢٠١٤، ص ٢٣٩ وما بعدها.

[٤] قريب من هذا: ناريمان عبد القادر ، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، بدون ناشر ، سنة ١٩٩٦ ، ص ٢٧٨.

[٥] أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختيارى والاجبارى ، مرجع سابق ، فقرة ٦٢؛ أيمن أحمد الدلوع ، التحكيم فى العقود المدنية، دراسة تطبيقية على منظومة العمل القانونى فى الدول العربية، مرجع سابق، ص ٤٠.

كما أن التنازل يصح أن يكون ضمنيا، ويحدث ذلك عندما يلجأ أحد طرفى اتفاق التحكيم إلى قضاء الدولة محركا دعوى بموضوع النزاع بينهما، ثم يعلن الطرف الثانى بها، فيمثل الأخير أمام قضاء الدولة متخذا موقف الخصم قابلا لولاية المحكمة بنظر الموضوع، دون أن يدفع بوجود اتفاق على التحكيم مع المدعى[١]، فتنعقد الخصومة وتنظر المحكمة الدعوى، حتى وإن علمت المحكمة بوجود اتفاق تحكيم بينهما، حيث أن الاتفاق على التحكيم والتنازل عنه ليسا من النظام العام، ولا يجوز للقاضى إثارة هذه المسألة من تلقائه[٢].

فهذه الحالة وغيرها من الحالات التى لا يتفق فيها طرفى التحكيم صراحة على إلغاء الاتفاق، أو التقايل، تعتبر بمثابة اتفاق ضمنى نافذ فى حقهما، وقد أيدت محكمة النقض المصرية الرجوع الضمنى فى اتفاق التحكيم على أساس من اعتبار اللجوء إلى التحكيم ليس من النظام العام، وأن الإرادة الضمنية المشتركة هى إرادة صحيحة معول عليها[٣].

---

[١] قريب من هذا: صفوت أحمد عبدالحفيظ ، دور الاستثمار الاجنبى فى تطور احكام القانون الدولى الخاص، دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية ، سنة ٢٠٠٥ ، بند ٢٢٩.

[٢] محمد طاهر الهلالى ، نسبية أثر اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٤٧.

[٣] وقضت محكمة النقض فى دعوى مماثلة بأنه: "اذا كان مفاد نص المادة ٨١٨ من قانون المرافعات السابق الذى ينطبق على واقعة الدعوى وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض، تخويل المتعاقدين الحق فى اللجوء الى التحكيم، لنظر ما قد ينشأ بينهما من نزاع كانت تختص به المحاكم أصلا، فان اختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع، وان كان يرتكن اساسا الى حكم القانون الذى أجاز استثناء سلب الاختصاص من جهات القضاء، الا انه ينبنى مباشرة وفى كل حالة على حدة على اتفاق الطرفين، وهذه الطبيعة الاتفاقية التى يتسم بها شرط التحكيم وتتخذ قواما لوجوده تجعله غير متعلق بالنظام العام، فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بإعماله من تلقاء نفسها، وانما يتعين التمسك به أمامها، ويجوز الرجوع عنه صراحة أو ضمنا، ويسقط الحق فيه فيما لو أثير متأخرا بعد الكلام فى الموضوع، إذ يعتبر السكوت عن ابدائه قبل نظر الموضوع نزولا ضمنيا عن التمسك به، وإذا كان ما صدر من الخصم صاحب المصلحة فى التمسك به قبل إبدائه من طلب التحكيم فى الدعوى، دون تمسكه بشرط التحكيم، وطلب التأجيل للصلح، والاتفاق على وقف الدعوى لاتمامه يفيد تسليمه بقيام النزاع أمام محكمة مختصة، ومواجهته موضوع الدعوى، فانه بذلك يكون قد رجع ضمنيا عن الدفع المشار اليه، مما يسقط حقه فيه". الحكم فى الطعن رقم ١٦٧ لسنة ٣١ ق بجلسة ٢٤مايو ١٩٦٦، مجموعة المكتب الفنى لمحكمة النقض المصرية، السنة ١٧ العدد الثالث، ص ١٢٢٣ وما بعدها، وقد صدرت كذلك العديد من احكام النقض مشتملة على ذات المبدأ.

وقد أفرز الواقع العملى صورة جديدة من صور الاتفاق على التحكيم هى صورة الاقرار بالتحكيم، وهى حالة إذا ما ثار نزاع أو خلاف بين طرفين متعاقدين جراء إخلال أحدهما ببنود الاتفاق، فيهدد الطرفُ الآخر باللجوء للقضاء، فيحدث أن يعرض الطرف المخل اللجوء إلى التحكيم، فيقر الطرف الثانى هذا الأمر، فيتم سلوك طريق التحكيم بناء على هذا الإقرار[١].

المطلب الثانى

التزام الخلف باتفاق التحكيم المبرم بين طرفيه

تقضى القواعد العامة فى نظرية العقد فى القانون المدنى بعدم إنتاج آثار أى تعاقد إلا قبل أطرافه فقط، وفقا لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ النسبية فى العقود، ونتيجة لتلك القاعدة فلا يجوز أن يتدخل شخص من الغير فى إجراءات التحكيم، كما أن اتفاق التحكيم لا يكون حجة إلا على طرفيه، فلا يكون حجة على الغير إطلاقا، أما الخلف، العام والخاص، فيطبق حيالهم ما ورد بالقانون المدنى من قواعد عامة[٢].

أولا: الخلف العام:

ترتيبا على تلك القواعد العامة لا يجوز لوارثى أحد طرفى التحكيم، وهم خلف عام، أن يتخلى عن شرط التحكيم أو مشارطته، ويحدث أن يضحى أحد طرفى العقد طرفا مركبا وقت نشوء النزاع، وذلك عندما يتوفى طرف، فإذا كان كل الورثة مكتملى الأهلية فإنهم يلتزمون باتفاق التحكيم[٣]، فلا يصح من

---

[١] أيمن أحمد الدلوع ، التحكيم فى العقود المدنية ، مرجع سابق ، ص ٥٨.

[٢] حسام الدين كامل الاهوانى، نظرية الالتزام ، أحكام الالتزام ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٦، ص ١٣٩؛ رمضان محمد أبو السعود ، مبادئ الالتزام فى القانون المصرى واللبنانى ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ببيروت، ١٩٨٥ ، ص ٢٣٧؛ خالد جمال حسن و شحاتة غريب شلقامى ، النظرية العامة للالتزام ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠١٨ ، ص ٨٦.

[٣] شحاتة غريب شلقامى ، إشكالات اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٨٩.

جانبهم تحريك دعوى لدى القضاء العمومى، فإذا كان بعضهم من القصر فاتفاق التحكيم لا يسرى عليه[١]، ما لم يوافق على التحكيم النائب القانونى، الولى أو الوصى بحسب الأحوال، والمحكمة المختصة، فإذا قبل بعض القصّر ورفض البعض، فالتحكيم يقيد القابلين منهم فقط، فلا يلتزم بمقتضاه الرافضون، غير أن مضمون النزاع غير القابل للتبعيض فإن النزاع برمته يصبح من اختصاص قضاء الدولة[٢].

وقد أكدت المادة (١٤٥) من القانون المدنى المصرى على قاعدة امتداد أثر العقد إلى الخلف العام مالم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر أو ذاك لا يمتد إلى الخلف العام[٣]. والخلف العام بحسب الأصل يعتبر من الغير، فإذا طبقت قاعدة النسبية لم يمتد إليه أثر العقد، غير أن المشرع فى القانون المدنى المصرى ونظيره فى أغلب الأنظمة قرر مد أثر العقود إليه[٤] لتحقيق استقرار المعاملات وتحقيق العدالة فى تنفيذ العقود[٥].

وإذا كان السلف شخصية اعتبارية، ويحدث ذلك عندما تكون الشركة طرفا فى اتفاق للتحكيم، ثم تنقضى شخصيتها بالاندماج أو الضم، فإن آثار الاتفاق تنتقل الى الكيان الجديد باعتباره خلفا عاما للشركة الزائلة، وقد قضت

---

[١] أحمد بركات مصطفى ، حق الالتجاء للتحكيم بين القواعد الدستورية والمفاهيم الاتفاقية ، بدون ناشر ، سنة ٢٠١٢ ، ص ٨٤ وما بعدها.

[٢] ناريمان عبد القادر ، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٢٩١.

[٣] عبدالرزاق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ، الجزء الثانى ، آثار الالتزام ، تنقيح مصطفى الفقى ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٥ ، فقرة ٣٤٤.

[٤] قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "يترتب على انصراف اثر العقد الى الخلف العام انه يسرى فى حقه ما يسرى فى حق السلف بشأن هذا العقد، فلا يشترط اذن ثبوت تاريخ هذا العقد أو تسجيله حتى يكون التصرف حجة للخلف أو عليه، لانه يعتبر قائما مقام المورث، ويلتزم بتنفيذ ما التزم به مورثه، طالما أن العقد قد نشأ صحيحا، وخلصت له قوته الملزمة". حكم فى الطعن رقم ٣٤٦ لسنة ٣٦ ق بجلسة ١١مايو ١٩٧٢، مجموعة أحكام المكتب الفنى لمحكمة النقض، السنة ٢٣ العدد الثانى سنة ١٩٧٢، ص ٨٥٢.

[٥] قريب من هذا: عبدالرزاق السنهورى ، الوسيط ، مرجع سابق ، فقرة ٣٤٦ ؛ عبد الودود يحيى ، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ ، فقرة ٢٠١.

محكمة النقض بأن: "اندماج الشركة فى شركة أخرى مؤداه زوال شخصية الشركة المندمجة وخلافة الشركة الدامجة لها خلافة عامة فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات، وتكون الدامجة وحدها هى الجهة التى تختصم فى خصوص هذه الحقوق والالتزامات"[١].

ولكن هناك استثناءات على امتداد أثر العقد إلى الخلف العام، منها اتفاق الطرفين على عدم انتقال بعض الآثار إلى الخلف مثل أجل الوفاء، ومنها الالتزامات والحقوق التى يعتد فيها بالاعتبار الشخصى كحق الانتفاع، أو الحالات التى استبعدها القانون مثل حصر الوصية فى ثلث التركة[٢].

ثانيا: الخلف الخاص:

لا تنصرف آثار أى تعاقد إلى الخلف الخاص إلا بتوافر شروط معينة حددها القانون المدنى فى المادة (١٤٦) منه ونصها: "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوق شخصية تتصل بشىء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشىء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشىء إليه"[٣].

ومن ثم إذا كانت القاعدة أن آثار العقود تمتد إلى الخلف العام بحسب الأصل إلا أنها لا تمتد إلى الخلف الخاص إلا بتوافر شروط أربعة هى:

---

[١] الحكم فى الطعن رقم ١٤٠ لسنة ٣٦ ق ، بجلسة ١٣مايو ١٩٧٢، مجموعة احكام المكتب الفنى، السنة ٢٦ العدد الثانى سنة ١٩٧٢ ص ٩٠٤.

[٢] لمزيد من الايضاح حول تلك الاستثناءات انظر: رمضان محمد أبو السعود ، مبادئ الالتزام ، مرجع سابق ، ص ٢٣٩ وما بعدها.

[٣] وقضت فى هذا الاتجاه محكمة النقض بأنه: "مفاد المادة ١٤٦ من القانون المدنى أن انصراف اثر العقد الى الخلف الخاص لا يصادف محلا إلا اذا كان متعلقا بالشىء الذى انتقل اليه، وكان عقد السلف سابقا على العقد الذى بموجبه انتقل الشىء الى الخلف، أما العقود التى يبرمها السلف فى شأن الشىء المستخلف فيه بعد انتقاله الى الخلف، فيعتبر الاخير من الغير بالنسبة اليها، ولا يسرى أثرها عليه". الحكم فى الطعن رقم ٥٢٩ لسنة ٤٨ ق، بجلسة ٢١فبراير ١٩٧٩ مجموعة احكام المكتب الفنى لمحكمة النقض، السنة ٣٠ العدد الاول سنة ١٩٧٩ ، ص ٥٨٢.

أولا: ينبغى أن يكون التعاقد قد تم إبرامه قبل انتقال الشىء من السلف إلى الخلف.

ثانيا: ينبغى أن يكون التعاقد الصادر من السلف قد أبرم بصدد الشىء المنقول إلى الخلف.

ثالثا: ينبغى أن تكون الآثار المراد انتقالها من مستلزمات الشىء الذى انتقل إلى الخلف.

رابعا: ينبغى أن تكون الالتزامات المراد نقلها قد علم بها الخلف علما يقينيا، أما الحقوق فلا يشترط فيها هذا الشرط[١].

أما فى خصوص اتفاق التحكيم فإنه ينبغى حيال الشرط الثانى أن نميز بين صورتين، فإما أن يكون اتفاق التحكيم قد ورد فى شكل بند داخل العقد الأصلى بين الطرفين، والذى انتقل إلى الخلف الخاص بموجب قواعد الخلافة، فيما يعرف بشرط التحكيم، وفى هذه الحالة يعتبر العلم به علما حقيقيا.

أما إذا كان الاتفاق على التحكيم قد ورد بين طرفيه فى شكل عقد مستقل، فيما يعرف بمشارطة التحكيم، وهنا يكون فى استطاعة الخلف الخاص التمسك بعدم انتقال اتفاق التحكيم اليه بالرغم من انتقال العقد الأصلى، ما لم يثبت السلف أن الخلف الخاص يعلم فعلا بوجود اتفاق التحكيم[٢].

المبحث الثانى

امتداد آثار اتفاق التحكيم الى الغير

قلنا بأن الفقه والقضاء خرجا حديثا على مبدأ نسبية آثار العقد، نظرا للعديد من الاعتبارات لعل فى مقدمتها تأثر الغير تلقائيا ببعض الأمور

---

[١] لمزيد من الايضاح حول تلك الشروط انظر: رمضان أبو السعود ، مبادئ الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٤١ وما بعدها.

[٢] محمد لبيب شنب ، دروس فى نظرية الالتزام ، أحكام الالتزام ، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ ، بند ٣٥٩.

والمسائل التى تعتبر فردية بالأساس، وكذلك لاعتبارات كحاجة الناس أحيانا إلى تحقيق منافع لغيرهم بغض النظر عن الباعث فى ذلك، كذلك قد تقتضى المصلحة العامة الاعتراف ببعض صور امتداد أثر العقد إلى الغير، ولذلك نتناول فيما يلى امتداد اتفاق التحكيم وفقا للقواعد العامة فى مطلب أول، ثم نتناول امتداد اتفاق التحكيم فى حالات التضامن والكفالة فى مطلب ثان، ثم نتناول امتداد اتفاق التحكيم فى إطار مجموعة الشركات فى المطلب الثالث، وأخيرا نكتب فى امتداد اتفاق التحكيم فى إطار المجموعة العقدية فى المطلب الرابع.

المطلب الأول

امتداد اتفاق التحكيم وفقا للقواعد العامة

نتناول فى هذا المطلب صور امتداد آثار اتفاق التحكيم إلى الغير من خلال أفكار قانونية استقر أغلبها عملا وهى: التعهد عن الغير – الاشتراط لمصلحة الغير – الدعوى المباشرة – مركز المرسل اليه فى عقد النقل – حوالة العقد.

أولا: التعهد عن الغير:

قد يحدث أن يتعاقد شخص على قيام غيره بعمل معين دون أن يكون المتعاقد نائبا عن هذا الغير[١]، فهذا الاتفاق يعتبر منعدم الأثر سواء بين العاقدين أو قبل الغير، وهو منعدم الأثر بين العاقدين لأن المتعاقد لم يقصد أن يتولى هو هذا العمل، وهو منعدم الأثر بالنسبة إلى الغير لأن العاقد ليست له سلطة فى إلزام هذا الغير على القيام بهذا العمل. أما إذا تعاقد هذا

[١] يكون هناك تعهد عن الغير إذا تعهد شخص نحو آخر بأن يجعل شخصاً ثالثاً (الغير) يقبل القيام بعمل أو عدم القيام بعمل، وإلاّ عوضه عن ذلك إذا لم يقبل الغير. والأمثلة على التعهد عن الغير كثيرة في الحياة العملية من ذلك الوكيل الذي يتجاوز حدود وكالته ولا يستطيع الحصول على إجازة موكله لهذا التجاوز لبعده عن مكان التعاقد، فيتعهد للطرف الآخر بأن يجعل الموكل يقر العقد، الى غير ذلك من الأمثلة.

الشخص عن الغير مع آخر، وتعهد فى نفس التعاقد بأن يجعل هذا الغير يقبل التعاقد، فإن هذا الأمر جائز[١]، ويسميه المشرع بالتعهد عن الغير، وفقا للمادة (١٥٣) من القانون المدنى المصرى.

الشروط اللازمة لقيام التعهد عن الغير:

١)أن يتعاقد الشخص، وهو المتعهد، بإسمه لا بإسم غيره الذى يتعهد عنه، وهو مناط التفرقة بين التعهد والوكالة، فالوكيل عندما يتعاقد لحساب وباسم الموكل فإنما يقصد انصراف آثار العقد إلى الأصيل مباشرة[٢].

[١] رمضان محمد أبو السعود ، مبادئ الالتزام ، مرجع سابق ، ص ٢٤٧.

[٢] من التطبيقات القضائية ما حسم به مجلس الدولة به نزاعا حول فرق سعر الصرف بين الحكومة و(شركة) الزجاج المسطح، حيث استعرضت الجمعية العمومية لمجلس الدولة الاتفاق الفرعي باعادة اقراض الصندوق العربي للانماء الاقتصادي والاجتماعي للمساهمة في تمويل مشروع مصنع الزجاج المسطح المبرم بين حكومة جمهورية مصر العربية ممثلة بوزارة التعاون الدولي والشركة المصرية للزجاج المسطح. والذي يتضمن أن حكومة جمهورية مصر العربية ابرمت اتفاقية قرض مع الصندوق العربي للانماء الاقتصادي والاجتماعي للمساهمة في تمويل مشروع مصنع الزجاج المسطح, يقدم الصندوق بمقتضاها قرضا للحكومة المصرية مقداره ١٥ مليون دينار كويتي ولما كانت المادة الرابعة من اتفاقية القرض تنص علي أن تلتزم الحكومة بوضع حصيلة القرض تحت تصرف شركة مساهمة مصرية تنشأ لتملك وادارة المشروع وبموجب اتفاقية اعادة اقراض يتم ابرامها بين الحكومة والشركة فقد تم الاتفاق بين الطرفين علي أنه يعتبر هذا التمهيد جزءا لايتجزأ من هذا الاتفاق ويعتبر هذا الاتفاق جزءا لايتجزأ من اتفاقية القرض الموقعة في مايو الماضي بين الحكومة والصندوق العربي ونصت المادة الثانيه منه علي أن: تلتزم الشركة بنصوص اتفاقية قرض الصندوق العربي وجداولها وملحقاتها والتي تعتبر جزءا لايتجزأ منه كما لو كانت الشركة طرفا اصيلا في الاتفاقية بصفتها الجهة المقترضة. و تنص المادة الثامنة من الاتفاق الفرعي: تسدد الفوائد المستحقة علي أصل القرض وأي تكاليف اخري مستحقة في وقت مناسب يتيح لوزارة المالية تدبير الوفاء بالتزاماتها قبل الصندوق ليتم السداد له في الاول من مارس والأول من سبتمبر من كل سنة وتلتزم الشركة بتسديد القرض الفرعي علي اقساط نصف سنوية كما تلتزم بدفع الفوائد بالجنيه المصري وعلي اساس سعر الصرف المعلن في تاريخ السداد وتنص المادة العاشرة منه علي أنه ينتهي هذا الاتفاق وجميع حقوق والتزامات الطرفين المترتبة عليه عندما يتم سداد الشركة للقرض بالكامل مع الفوائد المستحقة وكافة التكاليف الاخري للحكومة. وقد استظهرت الجمعية العمومية أن ثمة اتفاقا نهائيا قائما علي مفهوم التعهد عن الغير تشكله الاتفاقيتين: ١. اتفاقية القرض المبرمة بين الحكومة المصرية والصندوق العربي. ٢. واتفاقية اعادة الاقراض المبرمة بين الحكومة المصرية والشركة المصرية للزجاج المسطح ـ والتي كانت قد وافقت علي عرض المنازعات التي قد تثور في خصوص اتفاق اعادة الاقراض علي

٢)أن يبغى المتعاقد من التعهد أن يلزم نفسه بهذا التعاقد وليس أن يلزم الغير، فلو ألزم المتعهد غيره فلا يكون له ثمة أثر قانونى.

٣)أن يكون التزام المتعاقد المتعهد عن غيره واقعا على حمل الغير على قبول التعهد، فيلتزم المتعهد بعمل محدد هو جعل الغير يوافق، فإذا نجح فى ذلك فإنه يعد منفذا لالتزامه.

آثار التعهد عن الغير:

تقرر المادة (١٥٣) من القانون المدنى المصرى بأنه: "(١) اذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم فلا يلزم الغير بتعهده، فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ الالتزام الذى تعهد به. (٢) أما إذا قبل الغير هذا التعهد، فإن قبوله لا ينتج أثرا إلا من وقت صدوره، ما لم يتبن أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذى صدر فيه التعهد". ويتضح لنا من حكمى المادة (١٥٣) أن المشرع قد حصر دور المتعهد فى الفقرة الأولى منها عن أن يتخطى إلى إلزام الغير بما تعهد به، وهو أمر يتماشى مع مبدأ النسبية الذى اعتنقه المشرع المصرى، غير أن المشرع أجاز للمتعهد أن يتعهد للمتعاقد معه بنيل قبول الغير الذى يرغب المتعاقد الآخر فى إبرام تعاقد معه. فإذا ما توافرت تلك الشروط أصبح التعهد

الجمعية العمومية للفصل فيها. حيث تفيد مواد الاتفاقية الاولي تعهد الحكومة المصرية بحمل شركة تتأسس لغرض ادارة وتملك مشروع الزجاج المسطح علي القيام بمهام المشروع ووضع حصيلة القرض بالكامل تحت تصرفها بموجب اتفاق فرعي لاعادة الاقراض يبرم بين الحكومة المصرية (المتعهد) والشركة المصرية للزجاج المسطح (الغير) وهو الاتفاق الذي يتعين أن يشتمل من الشروط والاحكام علي مايتفق واتفاقية القرض ذاتها. ويضحي دور الحكومة المصرية دور وسيط في العلاقة المالية مابين طرفي الاتفاق، اي بين الصندوق العربي والشركة المصرية للزجاج المسطح, وهو وضع لاتكون معه الحكومة المصرية طرفا اصيلا عن نفسها في هذا الاتفاق وانما ينحصر دورها والتزاماتها مرتبطة كليا بالالتزامات المتبادلة للطرفين الاصليين باعتبارها وسيطا بينهما في تنفيذهما لالتزاماتهما وباعتبارها ضامنا للشركة امام الصندوق.
المصدر: صحيفة الأهرام الاقتصادي، الأثنين ١٤ يوليو ٢٠٠٣، السنة ١٢٦.

صحيحا منتجا لأثره للمتعهد والمتعهد له، ويعد التعهد عن الغير تعاقدا ملزما لجانب واحد هو المتعهد، فيلتزم بإتمام عمل محدد هو جلب موافقة الغير على إبرام تعاقد مع الشخص الآخر[١].

التعهد عن الغير فى خصوص التحكيم:

يترتب على التعهد عن الغير قيام التزام على المتعهد بتحصيل قبول غيره بالتعاقد حتى وإن تضمن شرطا للتحكيم، صحيح أن هذا الغير له حرية قبول أو رفض مضمون التعهد، غير أن المتعهد عنه يكون بالخيار بين فروض ثلاثة، فإما أن يوافق المتعهد عنه على موضوع التعاقد بأكمله وبما تضمنه من شرط التحكيم، وبقبوله ينعقد العقد الأصلى مشتملا على شرط التحكيم[٢].

وإما أن يرفض المتعهد عنه التعاقد جميعه، فلا ينعقد عقد بينه وبين المتعهد له، ويفشل مشروع التعاقد بينهما بما تضمنه من اتفاق على التحكيم فلا ينعقد من الأساس. وإما أن يوافق المتعهد عنه على ابرام العقد مع المتعهد له، ولكنه يستبعد أو يتحفظ على شرط التحكيم، فينعقد العقد بين الطرفين مع استبعاد شرط التحكيم[٣].

وبالتالى نجد أن امتداد شرط التحكيم إلى الغير فى الفرض الماثل يستوجب قبول المتعهد عنه للتعاقد مع المتعهد له، شاملا شرط التحكيم الذى أتى فى صورة بند فى التعاقد الذى تعهد المتعهد بالحصول على موافقة هذا الغير عليه.

ثانيا: الاشتراط لمصلحة الغير:

---

[١] قريب من هذا انظر: رمضان محمد أبو السعود ، مبادئ الالتزام ، مرجع سابق ، ص ٢٤٨ وما بعدها.

[٢] طارق سمير طلبة دويدار ، الأبعاد القانونية لامتداد شرط التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٥٣.

[٣] قريب من هذا انظر: طارق سمير طلبة دويدار ، الابعاد القانونية لامتداد شرط التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٥٤.

تناول المشرع المصرى الاشتراط لمصلحة الغير بالمواد (١٥٤ حتى ١٥٦) من التقنين المدنى، والاشتراط لمصلحة الغير تعاقد يتم بين شخصين يسمى الأول بالمشترط ويسمى الثانى بالمتعهد، ويترتب على انعقاده حق مباشر لشخص ليس طرفا فى هذا التعاقد ويسمى المستفيد أو المنتفع[١]، وبذلك يكون الاشتراط لمصلحة الغير ثلاثى الأطراف فى إبرامه، ويعتبر هذا العقد استثناءً فعليا على مبدأ النسبية فى نظرية العقد، فهو اشتراط يُكسب حق لشخص لم يبرم العقد، لذا لا يتطلب إبرامه أن يكون المشترط مفوضا من قبل المستفيد، وهو شأن يتماشى مع المنطق والعقل، لأن التفويض لو وجد لأصبحنا أمام تعاقد تقليدى بين طرفين أحدهما طرف شكلى، ويبرم العقد كنائب قانونى عن موكله[٢].

وحق المستفيد فى هذه الحالة يجد مصدره فى العقد الأصلى بين المشترط والمتعهد، ويترتب على ذلك أنه يجوز للأخير أن يدفع دعوى المستفيد بكل الدفوع التى تستند إلى عقد الاشتراط، فله أن يدفع ببطلان العقد، كما له الحق أن يدفع بعدم تنفيذ المشترط لالتزاماته، ويكون له الحق أن يطلب فسخ التعاقد لعدم التنفيذ. ووفقا لحكم المادة (١٥٨) مدنى فإنه يترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط، ويستطيع أن يطالبه باستئدائه، ما لم يُتفق على خلاف ذلك، ويكون للمتعهد التمسك تجاه المستفيد بالدفوع الناشئة عن العقد[٣]. ويتفرد عقد الاشتراط لمصلحة الغير بأنه يكسب

---

[١] رمضان محمد ابو السعود ، مبادئ الالتزام ، مرجع سابق ، ص ٢٥١. ومن ابرز امثلة الاشتراط لمصلحة الغير ما يحدث كثيرا فى مجال التأمين، فقد يبرم الشخص بوليصة تأمين لمصلحة زوجته وأولاده أو شخص آخر تربطه به صلة قرابة أو صداقة، فالمشترط هو (المستأمن) والمتعهد هو (شركة التأمين) والمستفيد او المنتفع هو (الزوجة او الاولاد او القريب).

[٢] قريب من هذا: ناصر بدر منيف العنزى ، احكام بطلان اتفاق التحكيم ، رسالة دكتوراة ، حقوق الزقازيق، سنة ٢٠١٦، ص ٢٤٩.

[٣] رمضان محمد ابو السعود ، مبادئ الالتزام ، مرجع سابق ، ص ٢٦٢.

من ليس بطرف فى الاتفاق وليس من الخلف الخاص أو العام حقوق مباشرة قبل المتعهد، فيكون المستفيد مكتسبا لحق قبل المتعهد[١].

أما عن مدى امتداد شرط التحكيم الوارد فى التعاقد الأصلى بين المتعهد والمشترط إلى المستفيد فإن استقراء آراء الفقه بصدده تنبئ عن خلاف بينهم، فذهب رأى إلى أن الاشتراط يرتب حقوقا مباشرة للغير فى مواجهة المتعهد[٢]، ولهذا فإن المستفيد له الحق فى أن يطالب بإعمال شرط التحكيم الذى تم ترتيبه لصالحه، فيطالب المتعهد بحقه بواسطة اللجوء إلى التحكيم، ويجوز أن يكون الغير – المشترَط لصالحه – طرفا فى خصومة التحكيم، سواء بأن يطلب بدأها أو بأن يتدخل فى خصومة التحكيم القائمة بالفعل بين طرفى الاتفاق الأصلى، كما يلتزم الغير المستفيد باللجوء إلى التحكيم وفقا لشرط التحكيم الذى ورد بالتعاقد، فإذا لجأ إلى قضاء الدولة جاز للمتعهد أن يتمسك ضده بشرط التحكيم وفقا لحكم المادة (١٥٤/ ١) مدنى[٣]. كذلك فإن للمشترط، كطرف فى التعاقد الأصلى، تطبيق شرط التحكيم الموجود بالعقد، والذى يشتمل على اشتراط لمصلحة الغير للمطالبة بحقوق المستفيد بواسطة التحكيم، فإذا تقرر حكما لصالح المنتفع فإن للغير المشترط لصالحه أن يستفيد من هذا الحكم[٤].

غير أن هذا الرأى يقصر الامتداد هنا على محض إرادة المستفيد، فإن شاء أعمل شرط التحكيم، وإن شاء استبعد شرط التحكيم ولجأ إلى قضاء الدولة فى حسم منازعاته المترتبة على تنفيذ العقد الأصلى.

---

[١] سعيد سعد عبدالسلام ، مصادر الالتزام المدنى ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣ ، ص ٢٠٨.

[٢] طارق سمير طلبة دويدار ، الابعاد القانونية لامتداد شرط التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٦٢.

[٣] فتحى والى ، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، سنة ٢٠٠٧ ، ص ١٧١.

[٤] قريب من هذا: طارق سمير طلبة دويدار، الابعاد القانونية لامتداد شرط التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٦٢.

بينما نجد اتجاها آخرا يذهب إلى أن اتفاق التحكيم الوارد بعقد الاشتراط لمصلحة الغير هو شرط ملزم كذلك للمستفيد، وذلك بالاستناد إلى أن الاشتراط لمصلحة الغير الذى تقرر لصالح المستفيد هو معقود جملة واحدة بما يشمله من التزامات وحقوق على اختلافها، ولا يجوز للمستفيد أن يأخذ من التعاقد من يفيده ويذر ما يشكل عبئا عليه[١]. ويترتب على ذلك امتداد القوة اللازمة لشرط التحكيم فى التعاقد الأصلى بين المتعهد والمشترط إلى المنتفع، وبالتالى يمكن للأول والثالث أن يتمسكا بشرط التحكيم قبل كل منهما[٢].

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن المنتفع من الاشتراط لا يجوز له أن يتمسك باتفاق التحكيم ما لم نكن بصدد حالة "الشرط المتفق عليه لصالح هذا الغير"، كما يتعين أن يكون الشرط واردا على التحكيم ذاته، فهنا يكون من حق المنتفع وبحسب مشيئته أن يتمسك بالشرط أو لا يتمسك بالشرط قبل المتعهد فى العقد الأصلى، بغير أن يكون المنتفع ملتزما بالشرط رغما عن إرادته فى كل الأحوال[٣].

بينما ذهب رأى آخر –نؤيده– إلى أن شرط التحكيم الموجود فى العقد الأصلى لا يمتد إلى المستفيد ولا يلزمه، وإن كان يمكن للأخير أن يستفيد منه فقط، ولذا فله التمسك بالشرط الخاص بالتحكيم قبل المتعهد. وقد ارتكن هذا الاتجاه إلى أن المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير يظل من الغير بالنسبة للتعاقد الأصلى، وأن الحق يثبت ابتداء للمشترط ثم يتم نقله إلى المنتفع.

---

[١] طارق سمير طلبة دويدار ، الابعاد القانونية لامتداد شرط التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٦٣.

[٢] فايز عبدالله الكندرى ، مفهوم شرط التحكيم وقوته الملزمة بالنسبة للغير ، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس ، عدد يوليو سنة ٢٠٠٠ ، ص ١٠٥؛ محمد نور شحاتة ، مفهوم الغير فى التحكيم ، دراسة تحليلية وتطبيقية مقارنة لمبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٦ ، بند ٨٥.

[٣] قريب من هذا: شحاتة غريب شلقامى ، إشكالات اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٩٦.

وبالتالى فإن المنتفع يكتسب من العقد الاصلى الحق المباشر والمستقل عن الحق الثابت للمشترط[١].

ويستند الرأى الأخير إلى أن كل من التحكيم والاشتراط لمصلحة الغير نظامان استثنائيان، والاستثناء لا يقاس عليه ولا يجوز التوسع فيه[٢]، كما أنه لا يجوز تفسير إرادة المشرع بغير ما انصرفت إليه، فالمشرع عمد إلى إكساب الغير –المستفيد – حقا وليس أن يرتب على عاتقه التزام، والذهاب إلى خلاف هذا معناه إكساب الغير سلطات الطرف، وفى الحقيقة هو ليس طرفا فى العقد الأصلى[٣].

ثالثا: الدعوى المباشرة:

حرص المشرع المدني على تنظيم العلاقات القانونية وما ينتج عنها من حقوق والتزامات، وبمقتضاها يكون الشخص دائناً أو مديناً تجاه الآخرين، حيث اقتضت الضرورة وجود قواعد تنظم العلاقات القانونية من أجل التوفيق بين المصالح المتعارضة، وقد قرر المشرع وسائل كثيرة لحماية الحقوق والالتزامات، ومن أهم هذه الوسائل وسيلة الدعوى القضائية، والتي تعتبر سمة أساسية من سمات حماية الحقوق في القانون بشكل عام، والقانون المدني بشكل خاص، ففي مقابل كل حق يقرره القانون توجد دعوى تحميه، وإن استعمال هذه الدعوى مرهون بتوافر شروطها القانونية، والتي من أهمها وجود علاقة قانونية متنازع عليها بين طرفي الدعوى. ولكن في بعض الأحيان يخرج

---

[١] مصطفى أبو اليزيد بسيونى الحلفاوى ، الحقوق الاجرائية لأطراف خصومة التحكيم ، رسالة دكتوراة ، حقوق طنطا ، سنة ٢٠١٢ ، ص ٢٢٧. وذكر الكاتب حكما لمحكمة النقض الفرنسية يقضى بأنه: "فى حالة اتفاق الطرفين على الاشتراط لمصلحة الغير فان الاشتراط المذكور لا يرتب بالنسبة للغير سوى حقوق وليس التزامات، ولهذا فإن قرار التحكيم المبنى على شرط التحكيم فى الاشتراط لمصلحة الغير، لا يلزم هذا الغير".

[٢] طارق سمير طلبة دويدار ، الأبعاد القانونية لامتداد شرط التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٦٣.

[٣] محمد نور شحاتة ، مفهوم الغير فى التحكيم ، مرجع سابق ، بند ٨٥.

المشرع عن هذا الأصل العام ويقرر الدعوى للدائن تجاه شخص من الغير، والذي لا تربطه أي علاقة قانونية سابقة بهذا الدائن، سوى أن يكون في ذمته حق لمدين هذا الدائن. ومن هذه الدعاوى ما يسمى بالدعوى المباشرة التي قررها المشرع في حالات خاصة ومحددة، والتي يمارسها الدائن تجاه مدين مدينه للمطالبة بما ترتب من حق له في ذمة مدينه، والمتحقق في ذمة مدين المدين. والدعوى المباشرة تبدو وثيقة الصلة بتنفيذ الالتزام، فهي تعتبر من الوسائل التي منحها القانون للدائن في سبيل جبر المدين على تنفيذ التزاماته، لكنها ليست وسيلة متاحة لكل دائن، بل إنها تُمنح للدائن الذي يوجد بين حقه وحق مدينه تجاه الغير صلةً وارتباطاً وثيقا، وبشرط وجود نص قانوني يجيزها ويحكمها. وهناك اختلاف واضح بشأن هذه الدعوى سواءً بين تشريعات البلدان المختلفة، أو بين الفقه والقضاء في تلك البلدان، كونها تعد استثناءً عن القواعد العامة لمبدأ الأثر النسبي للعقد ولمبدأ المساواة بين الدائنين، ففيما يتعلق باختلاف التشريعات كانت تتمثل في الأخذ أو عدم الأخذ بهذه الدعوى، إذ إن بعض القوانين وفي مقدمتها القانون الفرنسي أخذت بالدعوى المباشرة منذ القرن التاسع عشر، أما القوانين العربية فقد أخذت بها منذ منتصف القرن العشرين. وبعد هذا الوقت حدث اختلاف بين تلك التشريعات حول تطبيقات الدعوى المباشرة، وذلك لعدم وجود نظرية عامة لها في تلك القوانين، حيث اقتصرت على حالات وتطبيقات محددة[١].

ومن أمثلة هذه الدعاوى: دعوى المؤجر ضد المستأجر من الباطن، والدعوى التى تعطي المقاول من الباطن والعمال الذين يشتغلون لحسابه الحق في مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، والدعوى التى يرفعها الموكل ضد نائب الوكيل ودعوى لنائب الوكيل ضد الموكل، ودعوى المضرور ضد شركة التأمين.

[١] ياسين أحمد القضاة ، الدعوى المباشرة في القانون المدني ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع بعمان ، سنة ٢٠١٤، ص ٣.

أما التساؤل هنا فهو عن حالة تضمين العقد الأصلى بين الدائن والمدين فى حالة من تلك الحالات شرطا للتحكيم فى المنازعات الناشئة عن العقد الأصلى، فهل يمتد شرط التحكيم الوارد به إلى العقود المتتالية كعقد المقاول من الباطن، أو يمتد الشرط ليستفيد به دائن المتعاقد كالمضرور فى عقد التأمين؟

إن الأمر هنا يتوقف على مضمون العقود المبرمة مع الغير تنفيذا للعقد الأصلى، فإذا اشتملت على إحالة صريحة الى بنود العقد الأصلى امتد إليها شرط التحكيم الوارد بالتعاقد الأصلى، فإذا لم تشتمل على إحالة صريحة إلى بنود العقد الأصلى لم يمتد إليها شرط التحكيم الوارد بالتعاقد الاصلى[١]. ولا يوجد ما يمنع من رجوع دائن الدائن الأصلى على مدين الأخير فى العقد الأول بدعوى غير مباشرة، وذلك إذا ما كان العقد الأول يشتمل على شرط التحكيم، لأنه فى هذه الحالة إنما يستعمل حق مدينه الذى نشأ عن تعاقد ورد فيه اتفاق التحكيم.

بينما ذهب اتجاه آخر فى الفقه[٢] إلى أن الدائن فى هذه الحالة إنما يرجع على مدين مدينه بدعوى غير مباشرة، حيث لا يكون الدائن مستعملا حق مدينه المقيد باتفاق التحكيم، بل يستعمل حالئذ حقا خاصا له فى التقاضى وفقا لنص القانون، فهو حق غير مقيد بشرط التحكيم، لذلك فان اتفاق التحكيم المتضمن فى العقد الأصلى لا يقبل الامتداد إلى الدعوى المباشرة، التى يحركها الدائن ضد مدين مدينه، ولهذا فلا يمكن للمقاول من الباطن أن يرجع على رب العمل بالدعوى المباشرة بوسيلة التحكيم، بالاستناد إلى اتفاق التحكيم

[١] طارق سمير طلبة دويدار، الابعاد القانونية لامتداد شرط التحكيم ، مرجع سابق، ص ١٦٩.

[٢] فتحى والى، التحكيم فى المنازعات الوطنية والتجارية والدولية علما وعملا، منشأة المعارف بالاسكندرية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠١٤ ، ص ١٩٩ وما بعدها؛ رضا السيد عبدالحميد ، مدى جواز مد أثر شرط التحكيم بين عقدى المقاولة (الأصلى والباطن) ، مذكور فى طارق سمير طلبة ص ١٧٠.

الذى تضمنه التعاقد الأصلى، وإنما ينبغى عليه رفع الدعوى المباشرة أمام قضاء الدولة، فلا يفيد من اتفاق التحكيم المتضمن بعقد المقاول الأصلى، ما لم يكن الرجوع على صاحب العمل بوسيلة دعوى غير مباشرة.

رابعا: مركز المرسل إليه فى عقد النقل:

نصت المادة (٢٢٢) من قانون التجارة المصرى على أنه: "تثبت للمرسل إليه الحقوق الناشئة عن عقد النقل ولا يتحمل الالتزامات الناتجة عنه، إلا إذا قبل الحقوق والالتزامات صراحة أو ضمنا، ويعتبر قبولا ضمنيا على وجه الخصوص تسلم المرسل إليه وثيقة النقل أو المطالبة بتسليمه أو بإصدار تعليمات بشأنه". وقد أثار حكم هذه المادة خلافا فى التفسير، حيث أنه يقرر اكتساب شخص من الغير حقوق والتزامات عقد لم يكن طرفا فيه، ومدى اعتبار ذلك استثناءً تشريعيا على مبدأ النسبية، كما أثار تساؤلات عن أسباب وأسس هذا الاستثناء. وقد ذهب أغلب الفقه إلى تبرير هذا الحكم على أساسين هما النيابة الناقصة أو الاشتراط لمصلحة الغير[١]، وكل من الاتجاهين له وجاهته القانونية والمنطقية.

أما من برّر القاعدة الاستثنائية على أساس من فكرة النيابة الناقصة

فقد استند إلى أن الراسل عندما يتعاقد مع متعهد النقل فهو بمثابة نائب قانونى عن المرسل إليه، نيابة ناقصة، حيث يبقى الراسل طرفا فى التعاقد، وكذلك يضحى المرسل إليه طرفا كذلك، باعتبار أن أحكام النيابة تقرر ضرورة أن ينصرف أثر التعاقد إلى الأصيل[٢].

---

[١] عبد الفضيل محمد أحمد ، العقود التجارية وعمليات البنوك ، طبقا لأحكام القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، بدون ناشر، سنة ٢٠٠٩ ، ص ١٧٥ وما بعدها؛ كذلك: محمد طاهر الهلالى ، نسبية اثر اتفاق التحكيم ، مرجع سابق، ص ٢٥٩.

[٢] فتحى والى ، التحكيم فى المنازعات الوطنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص ١٧٠؛ محمد طاهر الهلالى ، نسبية اثر اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٢٦٠.

وقد انتقد أغلب الفقه هذا الرأى على أساس مخالفته قصد كل من الراسل والمرسل اليه، فهما لا ينتويان تلك المحصلة، كما أن تقرير هذا المنطق يجعل المرسل إليه طرفا فى التعاقد منذ انعقاده، وليس منذ حين تسلم مستند الشحن، حيث تضحى النتيجة المنطقية لذلك التزامه بكافة الالتزامات وليس فقط دفع المصاريف والأجرة، كما أن فكرة النيابة تمنع الراسل من تغيير اسم المرسل اليه فى وثيقة النقل، لأن الطرف لا يستبدل بطرف آخر من قبل وكيله.

كذلك ذهب بعض الفقه إلى أن القاعدة فى المادة (٢٢٢) إنما تستند إلى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير على سند من القول بأن فكرة الاشتراط لمصلحة الغير تجعل المرسل اليه منتفعا، وباستصحاب أحكام النظرية فإن حق المرسل إليه لا يصبح نهائيا إلا بموافقته على الاستفادة من الشرط المنعقد لصالحه ولا ريب أن تسلمه لوثيقة النقل هو قبول ضمنى، ولكن قبل القبول يمكن للراسل نقض حق المنتفع المرسل إليه[١].

ولم يسلم هذا الاتجاه من سهام النقد[٢]، حيث رد البعض بأن هذا الاتجاه لم يوضح أساس التزام المرسل إليه بالوفاء بأجر المقاول والمصروفات، كما أن قواعد الاشتراط لمصلحة الغير تستلزم أن يشترط المشترط لنفسه وللمنتفع معا، بينما نجد أن أحكام عقد النقل لا تسمح بهذا المنحى.

غير أن الراجح فقها هو ما ذهب إليه أغلب الفقه من أن مركز المرسل إليه إنما يرتكز على الأعراف التجارية المبنية على تحقيق مصلحة مشروعة، فالارتباط المباشر بين المرسل إليه والناقل وإن كان يستعصى على الدخول تحت مظلة أحكام التقنين المدنى، غير أنه يجد فى البيئة التجارية متمثلة فى العادات التجارية والعرف التجارى ملجأً رحبا يفسر ذلك الارتباط المباشر

[١] محمد طاهر الهلالى ، نسبية اثر اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٢٥٩.

[٢] Proche de cette - Delebecque Ph. : Arbitrage et droit de la consommation, en nouvelles perspectives en matière d'arbitrage, ٢٠٠٢, p. ٦١.

المستقر منذ عهد طويل[١]، وعليه يضحى مركز المرسل إليه قانونيا خاصا أوجده العرف التجارى، ورسّخ له القانون التجارى بالمادة (٢٢٢) المشار إليها[٢].

أما محكمة النقض الفرنسية فقد ذهبت مذهبا آخر حيث أكدت أن شرط التحكيم المتضمن فى وثيقة النقل لا يلزم المنتفع المرسل إليه ما لم يكن عالما بوجوده[٣]، ثم وافق عليه ضمنا أو صراحة عند تسلمه البضاعة محل التعاقد، وقضت كذلك بعدم اعتبار المرسل إليه طرفا فى وثيقة النقل، وبعدم امتداد اتفاق التحكيم إليه، وقد تعرض موقف محكمة النقض الفرنسية للانتقاد الشديد من جانب الفقه، حيث يرى الفقه أن عقد النقل عقد ثلاثى الأطراف وأن اتفاق التحكيم المتضمن فى سند النقل ينتج أثره فى حق المرسل إليه[٤]، حيث أن المقصد من استقلال اتفاق التحكيم عن التعاقد الأصلى استقلال كينونة، بحث لا يتوقف وجوده على وجود التعاقد الأصلى فى استمراره وصحته، وهذا الاستقلال لا يقدح قطعا فى وجود علاقة وثيقة بينهما ناشئة عن أن محل التحكيم هو النزاعات الناتجة عن التعاقد الأصلى[٥].

---

[١] أحمد ابراهيم عبدالتواب، اتفاق التحكيم ، مفهومه وأركانه وشروطه ونطاقه ، دار النهضة العربية، سنة ٢٠١٣ ، ص ٢٨٥

[٢] محمد طاهر الهلالى ، نسبية اثر اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٢٦٢.

[٣] طارق سمير طلبة دويدار، الابعاد القانون لامتداد شرط التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٧٣.

[٤] قريب من هذا: أحمد ابراهيم عبدالتواب ، اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٢٨٥.

[٥] طارق سمير طلبة دويدار، الابعاد القانون لامتداد شرط التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٧٣. وهذا هو ما ذهبت اليه محكمة النقض المصرية والتى اتجهت فى اكثر من حكم لها الى اعتبار المرسل اليه طرفا فى سند الشحن، وبالتالى امتداد شرط التحكيم اليه، على اساس من وجود ارتباط مباشر بين التعاقد الاصلى الذى هو فى ذات الوقت محل اتفاق التحكيم، حيث قضت محكمة النقض المصرية فى هذا السياق بجلسة ٢٩ فبراير سنة ١٩٨١ بأنه: "قانون التجارة البحرية يجعل من المرسل اليه طرفا ذا شأن فى سند الشحن ، يتكافأ مركزه مع الراسل أو مركز الشحن حينما يطالب بتنفيذ عقد النقل، بحيث يرتبط بسند الشحن كما يرتبط به الشاحن". وذهب بعض الفقه إلى تأييد اتجاه محكمة النقض المصرية فى اتجاهها حيث ان المرسل اليه يعتبر طرفا صاحب مصلحة فى سند الشحن، ويفترض علمه بشرط التحكيم، الوارد فى سند الشحن من خلال نسخة سند الشحن المرسلة اليه ، كما ان ذلك

خامسا: حوالة العقد:

تعنى حوالة العقد أن يخلف شخص من الغير أحد العاقدين فى التعاقد الأصلى، حيث يكسب ما يرتبه العقد من حقوق له ويتحمل ما ينشئه من التزامات على عاتقه، فالحوالة تنصب على العقد بكامله وبما يُبنى عليه من حقوق وما ينشأ عنه من التزامات، وبذلك يضحى المحال إليه طرفا أصليا فى العقد وتنصرف إليه آثار التعاقد، دونما إخلال بمبدأ النسبية فى آثار العقد. ويحدث ذلك لما يقوم أحد العاقدين بتحويل عقده بكامله إلى شخص من الغير، وهنا يجوز أن تقتصر الحوالة على الحقوق فقط فنكون أمام حوالة الحق[١]، وقد يقتصر الأمر على احالة الالتزامات فقط فنكون إزاء حوالة دين[٢].

فإذا كنا بصدد حوالة عقد برمته، فان الاتفاق فى العقد الأصلى على شرط التحكيم يمتد إلى ذمة المحال إليه، حيث أن المحال إليه فى هذا الفرض يحل محل المحيل فى كافة الآثار من حقوق والتزامات حلولا كاملا[٣].

أما حوالة الحق فقط فهى تفترض وجود ثلاثة أطراف، الأول هو الدائن "المحيل" الذى يقوم بإحالة حقوقه إلى شخص غير طرف ، والثانى المدين فى

يساعد فى تسهيل حركة التجارة الدولية وسرعة الفصل فيها، وفى المنازعات الناتجة عنها من خلال طريق التحكيم. فمتى كان الشاحن هو مستأجر السفينة فان الزعم بخلو سند الشحن من توقيع الشاحن للقول بعدم التزام الطاعن وهو المرسل اليه بالشروط الاستثنائية المحال اليها فى مشارطة ايجار السفينى لا يجدى لان توقيع الشاحن – وهو فى نفس الوقت مستأجر السفينة – على مشارطة ايجارها بما اشتملت عليه من شروط للتحكيم يلزم الطاعن به باعتباره مرسلا اليه ، وطرفا ذا شأن فى عقد النقل ، ويكون عدم توقيع الشاحن على سند الشحن غير مؤثر على هذه النتيجة". حكم محكمة النقض فى الدعوى رقم ٤٥٠ لسنة ٤٠ ق بجلسة ٥ مارس ١٩٧٥ مجموعة احكام السنة ٢٦ ص ٥٣٥. مذكور فى: طارق سمير طلبة دويدار، الابعاد القانون لامتداد شرط التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٧٥.

[١] محمد عادل عبدالرحمن أحمد، أحكام الالتزام ، الاثار والاوصاف والانتقال والانقضاء ، بدون ناشر ، سنة ٢٠١٨ ، ص ١٧٤ ، وما بعدها.

[٢] طارق سمير طلبة دويدار، الابعاد القانون لامتداد شرط التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٧٦.

[٣] فتحى والى ، التحكيم فى المنازعات الوطنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص ١٦٧ وما بعدها.

العقد ويسمى "المحال عليه"، والثالث هو الذى تلقى الحق من الأول المحيل ويسمى "المحال له". فإذا كنا بصدد عقد تم بين دائن اصلى ومدين واشتمل على اتفاق للتحكيم، فإن حكم المادة (٣١٢) من التقنين المدنى يقضى بأنه: "للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التى كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة فى حقه، كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة". فهذا النص يقضى أن المدين له الحق الكامل فى التمسك بكافة الدفوع فى مواجهة المحال له والتى يكون له حق فى التمسك بها ضد المحيل وهو الدائن الأصلى، فوجود اتفاق التحكيم فى العقد الأصلى بين الطرفين –المدين والدائن المحيل– يعطى للمدين الحق فى أن يتمسك بشرط التحكيم قبل الدائن الجديد المحال له، رغم أنه لم يكن طرفا فى العقد الاصلى.

والرأى **الراجح فى الفقه الفرنسى** هو إمكانية أن يتمسك المدين الأصلى بشرط التحكيم[١] قبل المتنازل إليه وهو المحال له إذا لم يكن طرفا فى العقد، غير أن نص المادة (١٦٩٢) من التقنين المدنى الفرنسى قضت بنص واضح بأن حوالة الحق تتضمن أيضا كافة ملحقات العقد، وعلى ذلك تمضى أحكام محكمة النقض الفرنسية، التى تؤكد دوما على أن التنازل عن الدين يتضمن كذلك الملحقات[٢].

غير أنه ينبغى هنا التأكيد بأن إمكانية تمسك الأطراف باتفاق التحكيم عند التعاقد على حوالة الحق إنما تتوقف على نفاذ حوالة الحق بالفعل، حيث لا يمتد اتفاق التحكيم إلى المحال له قبل المدين إذا لم تبرم حوالة الحق أو كانت معلقة على شرط واقف لم يتحقق، وطبقا لظروف وشروط كل تعاقد على حدة[٣].

---

[١] قريب من هذا انظر: فتحى والى ، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق ، مرجع سابق ، بند ٨٠.

[٢] شحاتة غريب شلقامى ، اشكالات اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٠٠ وما بعدها.

[٣] وهذا هو عين ما استقرت عليه احكام محكمة النقض الفرنسية ومحكمة النقض المصرية.

وفى هذا السياق قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "لما كان العقد شريعة المتعاقدين ولا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب يقررها القانون فإن حوالة العقد ملزمة للمحيل، والمحال إليه كلاهما، فلا يجوز لأحدهما العدول عنه بإرادته المنفردة، وأن الحق المحال به ينتقل إلى المحال إليه بصفاته ودفوعه، كما تنتقل إليه ومعه توابعه"[١]. كذلك قضت محكمة استئناف باريس بأن: "حوالة اتفاق التحكيم لا تنفصم عن مضمون التعاقد الأصلى، وأن شرط التحكيم ينتقل إلى المحال له فى حوالة الحق وفى حوالة العقد"[٢].

المطلب الثانى

امتداد اتفاق التحكيم فى خطاب الضمان والكفالة

إن امتداد الاتفاق التحكيمى إلى الغير قد يتصور فى صور أخرى لعل من أهمها صورة خطاب الضمان الصادر عن البنك، بالإضافة إلى صورة عقد الكفالة، ونتناول أحكام كل منهما فى صدد اتفاقات التحكيم على الوجه التالى.

أولا: خطاب الضمان الصادر عن البنك:

خطاب الضمان عبارة عن محرر صادر من البنك بناء على طلب أحد عملائه يضمن البنك بموجبه هذا العميل (أو أي شخص آخر يعينه في طلبه) قبل جهة معينة (المستفيد) فى حدود مبلغ معين يُذكر بالخطاب، وذلك تأمينا

[١] حكم لمحكمة النقض المصرية الدائرة المدنية بجلسة ٩ فبراير١٩٨٣ السنة ٤٧ ق مجموعة احكام المكتب الفنى ، الجزء الاول سنة ١٩٨٣ ص ٤٢٢ وما بعدها. كما قضت ذات المحكمة فى حكم أقدم بأنه: "يكون نقل شرط التحكيم للحوالة طبقا للقانون الذى يحكم هذا الاتفاق اى الذى نشأ فى ظله، ذلك لأن حوالة الحق لا تؤثر على القوة الملزمة له رغم تغيير أحد أطرافه ، وان الالتزامات الناجمة عن هذا العقد لا تتغير سواء فى موضوعها او سببها، وكذلك فان حوالة الحق لا تنشئ التزاما جديدا فى ذمة المدين وانما فقط تنقل الالتزامات الثابتة اصلا فى ذمته من الدائن الاصلى الى دائن اخر". حكم لمحكمة النقض المصرية الدائرة المدنية بجلسة ٢٣ ديسمبر ١٩٧٥ السنة ١٨ ق مجموعة احكام المكتب الفنى ، الجزء الثانى، سنة ١٩٧٥ ص ١٧٤٤.

[٢] مذكور فى: طارق سمير طلبة دويدار ، مرجع سابق ، ص ١٧٨.

وضمانا لغرض معين ومحدد فى صلب الخطاب. ويتعهد البنك بموجب خطاب الضمان الصادر منه بأن يدفع للجهة المستفيدة عند أول طلب منها وبدون أى معارضة من جانب العميل أو من أى جانب آخر مبلغ لا يتجاوز قيمة خطاب الضمان بدون عائد مدفوع، على أن ترد المطالبة من المستفيد فى موعد لا يتعدى تاريخ سريان الضمان[١].

ويعتبر التزام البنك فى خطاب الضمان التزاما عرضياً، بمعنى أن احتمال قيام البنك بدفع القيمة ليس أمرا حتميا، فالقاعدة العامة أن يوفى عميل البنك بالتزامه تجاه الجهة المستفيدة ثم يعاد خطاب الضمان للبنك بعد انتهاء الغرض منه، والاستثناء هو ألا يتمكن العميل من الوفاء بالتزامه تجاه الجهة المستفيدة، الأمر الذى يترتب عليه مطالبة الجهة المستفيدة للبنك بالوفاء بقيمة خطاب الضمان، ويمكن القول أن حق الجهة المستفيدة فى خطاب الضمان ينشأ فور استلامها وقبولها لخطاب الضمان، غير أنه لا يكون أمراً نافذاً إلا إذا أخل العميل المضمون بالتزاماته التى من أجلها صدر خطاب الضمان.

أما عن مدى امتداد شرط التحكيم الوارد فى عقد الأساس المنعقد بين العميل الآمر والمستفيد، فهل يمتد الشرط إلى البنك الضامن؟ واذا ورد الشرط فى عقد الضمان المتفق عليه بين البنك والمستفيد .. فما آثار شرط التحكيم على علاقة المستفيد بالبنك، وعلاقة الأول بالعميل الآمر؟

هناك فرضان متصوران فى هذا المجال ، **الفرض الأول** هو فرض ورود شرط التحكيم فى عقد الأساس المبرم بين العميل والمستفيد: والرأى الراجح فى

[١] قريب من هذا: حمدى عبدالرحمن أحمد، التأمينات المدنية ، عقد الكفالة ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠١٤ ، ص ٣١٧ وما بعدها؛ سميحة القليوبى ، النظام القانونى لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الاطراف وبالنسبة للغير، المصرية للطباعة والنشر، سنة ١٩٩٠ ، ص ١٠ وما بعدها؛ رضا السيد عبد الحميد ، التحكيم فى الكفالة المصرفية وخطابات الضمان، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠١ ، ص ٩٧ وما بعدها.

هذه الفرضية هو أن اتفاق التحكيم لا يمتد للبنك الضامن للوفاء بالقيمة، لصالح المستفيد[١]، وقد بنى الفقه هذا الاتجاه على أساسين:

أولا: لاستقلال علاقة الأساس التى تشتمل على شرط التحكيم عن العلاقات العقدية الأخرى، التى يكون البنك طرفا فيها، لان التزام البنك هنا التزام له استقلال تام، فالبنك يدفع القيمة المطلوبة للعميل عند أول مطالبة، فلا يكون له الحق فى التمسك بأى دفوع مستمدة من تعاقد آخر.

ثانيا: أن مبدأ نسبية آثار العقد تجعل من شرط التحكيم المتضمن بعقد الأساس غير مفيد إلا لأطرافه فحسب[٢]، ومن ثم لا تمتد آثاره إلى البنك المصدر للخطاب فى المنازعات الناشئة بين البنك والعميل. ولا حتى المنازعات التى تثار عند تنفيذ الضمان بين البنك والمستفيد، وهو أمر يتماشى مع اعتبار التحكيم نظام استثنائى لا يجوز التوسع فيه.

والفرض الثانى هو أن يكون شرط التحكيم قد ورد فى عقد الضمان المنعقد بين المستفيد والبنك: من المؤكد أن العميل الآمر لا يمكنه التمسك بشرط التحكيم الذى ورد بعقد الضمان لمنع تنفيذ التزام البنك قبل المستفيد، بالاستناد إلى مبدأ استقلال الالتزام البنكى القائم على عقد الضمان عن العلاقة التعاقدية بين العميل الآمر والمستفيد[٣].

خلاصة الأمر أن البنك لا يمكنه أن يتمسك بشرط التحكيم الذى ورد بعقد الضمان المنعقد بين البنك والمستفيد، لأجل امتناعه عن أداء قيمة الخطاب، فى حال إذا أخذ الشرط صورة بند فى التعاقد، ما لم يتفق الطرفان من البداية على تعليق وفاء البنك بالتزامه على إصدار حكم هيئة التحكيم. فإذا كان

---

[١] رضا السيد عبد الحميد ، التحكيم فى الكفالة.....، مرجع سابق ، ص ٧٩.
[٢] محمد نور شحاتة ، مفهوم الغير فى التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٠٨.
[٣] احمد على حسن عثمان ، الغير واتفاق التحكيم ، رسالة دكتوراة ، حقوق الزقازيق ، سنة ٢٠١٨ ، ص ٣٣٢ وما بعدها.

الاتفاق مشارطة فيجوز للبنك أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إلى أن يصدر الحكم المشار إليه.

ثانيا: الكفالة:

الكفالة عقد بمقتضاه يلتزم شخص يسمى (الكفيل) بتنفيذ إلتزام ما. وذلك بأن يتعهد للدائن والذى يسمى (بالمكفول له) بأن يفى بهذا الإلتزام إذا لم يف به المدين نفسه، والذى يسمى (بالمكفول عنه). ومن هذا التعريف يمكن استخلاص عناصر الكفالة وهى:

١- الكفالة عقد ينعقد بين الكفيل والدائن، أما المدين فهو ليس طرفاً فى عقد الكفالة بل إن الكفالة تجوز بغير علمه، بل وتجوز رغم معارضته، على أنه نادراً ما يحصل ذلك فى العمل، لأن الكفيل لا يتقدم عادة للضمان إلا بناء على طلب المدين، فالمدين صاحب المصلحة فى تقديم الكفيل لأنه قد يتعذر عليه الحصول على الثقة والائتمان بدونه. ولا يوجد ما يمنع قانونا أن يكفل شخص واحد الوفاء بالإلتزامات المترتبة فى ذمة طرفين فى عقد واحد، كأن يتعهد الكفيل للمشترى بأن يفى البائع بالتزامه بتسليم المبيع، ويتعهد ذات الكفيل للبائع بأن يفى المشترى بالتزامه بدفع الثمن. وعندئذ ينعقد عقد الكفالة بين كل من المتعاقدين باعتبار كل منهما دائنا للآخر بالإلتزامات المترتبة لكل منهما فى ذمة الآخر بمقتضى عقد البيع المبرم بينهما.

٢- الكفالة تقوم على أساس وجود إلتزام أصلى يقع على عاتق المدين لصالح الدائن، ويتعهد الكفيل بالوفاء به إن لم يف به المدين نفسه. ويكون هذا الالتزام فى الغالب، مبلغاً من النقود، وقد يكون إعطاء شىء غير النقود. كما قد يكون عملاً، أو امتناعا عن عمل، فإن لم يوجد هذا الالتزام الأصلى كان محل التزام الكفيل مستحيلا فى ذاته، وبالتالى يكون عقد الكفالة باطلاً بطلانا مطلقا.

والتساؤل يثور هنا عن مدى جواز تمسك الدائن باتفاق التحكيم الذى أبرمه مع مدينه فى مواجهة الكفيل، وعن مدى جواز أن يتمسك الكفيل بشرط التحكيم قبل الدائن إذا اشترطه الأخير على مدينه، وكذلك حول جواز أن يتمسك الكفيل بشرط التحكيم الأخير عند رجوعه على المدين المكفول.

أما التساؤل الأول، فمعلوم أن المدين الأصلى ليس بطرف فى عقد الكفالة كما أشرنا سلفا، ومشرع قانون التحكيم المصرى لم يشترط أى أحكام خاصة لعقد الكفالة فى شرط التحكيم، فتطبق القواعد العامة الواردة بالقانون المدنى. كما أن التزام الكفيل يختلف بالكلية عن الالتزام الخاص بالمدين، فالتزام المدين مصدره العلاقة الأصلية بينه وبين الدائن، ومحله الدين نفسه، فى حين نجد مصدر التزام كفيله هو الكفالة المعقودة بينه وبين الدائن، ومحل الكفالة تنفيذ التزام المدين إذا لم يف الأخير به[١].

وقد ذهب الرأى الراجح إلى أن المدين ليس بممثل للكفيل فى الاتفاق على التحكيم، سواء كان الكفيل متضامنا أو بسيطا، فلا يمتد اتفاق التحكيم إلى الكفيل، إلا إذا وافق عليه الكفيل، حيث يصبح بهذه الكيفية طرفا فى اتفاق التحكيم، ومن ثم يضحى الدائن فى الحالة الأولى عاجزًا عن مطالبة الكفيل بالالتزام باتفاق التحكيم[٢].

ولكن إذا صدر حكم تحكيمى بين المدين والدائن فإن للأخير الاحتجاج به ضد الكفيل، بدون أن يجيز ذلك للدائن بأن ينفذ هذا الحكم جبريا، وإنما له رفع دعوى قضائية ضد الكفيل لدى محاكم الدولة، ليستطيع تنفيذ الحكم جبريا بواسطة السلطة العامة[٣].

---

[١] محمد نور شحاتة ، مفهوم الغير فى التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٩٦ وما بعدها.

[٢] طارق سمير طلبة دويدار ، مرجع سابق ، ص ١٨٦ وما بعدها.

[٣] فهيمة احمد على القماوى ، اثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير ، دراسة مقارنة فى التشريع المصرى وتشريعات دول الخليج العربى، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠١٥ ، ص ٣٢٩ وما بعدها؛ طارق سمير طلبة دويدار ، مرجع سابق ، ص ١٨٦.

أما التساؤل الثانى فيجيب عنه الفقه الراجح بأن المادة (٧٨٢) من التقنين المدنى تقضى بأن: "يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين". فإن تمسك المدين الأصلى باتفاق التحكيم المعقود مع دائنه جائز، بينما لا يجوز أن يتمسك به الكفيل قبل الدائن. لأن المقصود بالدفوع فى عبارة المادة (٧٨٢) هى تلك التى تفضى لانقضاء الالتزام أو تخفيضه، ولا يسرى ذلك على الدفع الخاص بالتحكيم[١].

وقد ذهب بعض الفقه[٢] للقول بأن الكفالة الواردة بالعقد الأصلى المبرم بين الدائن والمدين، والمنتج للعلاقة بينهما، والذى يشتمل على شرط التحكيم ضمن بنوده، لا يمكننا إلا اعتبار الكفيل طرفا فيه، حيث أن الكفيل وقّع عليه تماما كالمدين، ومن ثم يلتزم الكفيل بشرط التحكيم، ويحتج بالشرط فى مواجهته، ويمكن للكفيل كذلك التمسك بشرط التحكيم قبل الدائن.

وأخيرا حول **التساؤل الثالث** فإنه، ووفقا للمادتين (٣٢٦، ٧٧٩)[٣] من القانون المدنى المصرى، يحل الكفيل محل الدائن بعد سداد الأول للدين محل الالتزام المكفول، فإذا رجع الكفيل على المدين بدعوى الحلول، فيجوز له أن يتمسك باتفاق التحكيم، أما إذا كان الرجوع من خلال الدعوى الشخصية، فلا يمكن للكفيل التمسك باتفاق التحكيم.

---

[١] لمزيد من الاراء الفقهية فى هذا الاطار: محمد نور شحاتة ، مفهوم الغير فى التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٩٩ وما بعدها؛ طارق سمير طلبة دويدار ، مرجع سابق ، ص ١٨٧ وما بعدها.

[٢] لمزيد من الاطلاع انظر: طارق سمير طلبة دويدار ، مرجع سابق ، ص ١٨٧ وما بعدها.

[٣] المادة ٣٢٦ مدنى تنص على أنه: "اذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفى محل الدائن الذى استوفى حقه فى الأحوال الأتية :- (أ) اذا كان الموفى ملزما بالدين مع المدين او ملزما بوفائه عنه . (ب) اذا كان الموفى دائنا ووفى دائنا اخر مقدما عليه بما له تأمين عينى , ولو لم يكن للموفى اى تأمين . (ج) اذا كان الموفى قد اشترى عقارا ودفع ثمنه وفاء لدائنين خصص العقار لضمان حقوقهم . (د) اذا كان هناك نص خاص يقرر للموفى حق الحلول".

فإذا رجع الكفيل على المدين بدعوى الحلول المشار إليها، فله أن يتمسك باتفاق التحكيم المنعقد بين الدائن والمدين، فيعتبر الحلول هنا من الأدوات التى ينشأ عنها انتقال اتفاق التحكيم، فلو أدى الكفيل قيمة الدين إلى الدائن، فإن الكفيل يحل محل الدائن فى حقوقه ومنها اتفاق التحكيم. وبالتالى يضحى اتفاق التحكيم الوارد بالعقد المكفول ملزم للكفيل، بالرغم من أنه لم يوقعه[١]، وذلك عندما يبادر الأخير برفع دعوى حلول ضد المدين، فلو كان الدين ناشئ عن تعاقد تضمن شرط التحكيم، فالشرط يظل قائما، وينبغى العمل به لدى رجوع الكفيل على هذا المدين. ولكن إن رجع الكفيل على المدين بدعوى شخصية، فيستند الكفيل عند الرجوع على الحق الشخصى المستمد من عقد الكفالة ومن القواعد العامة، حيث قد يستند إلى قواعد الإثراء بلا سبب والمسؤولية التقصيرية، ففى هاتين الحالتين لا يكون من حق الكفيل أن يتمسك بشرط التحكيم الذى تضمنه تعاقد الدائن مع هذا المدين المكفول[٢].

المطلب الثالث

امتداد اتفاق التحكيم فى إطار مجموعة الشركات

عرفت المجتمعات المختلفة على مرالعصور فكرة الشركة، ففكرة الشركة ليست وليدة العصر الحديث. إلا أنه نتيجة لتطور المشروعات الاقتصادية التي أصبحت كبيرة وبحاجة إلى رؤوس أموال ضخمة، وأمام عجز الأفراد عن القيام بهذه المشروعات الاقتصادية الضخمة، وإحجامهم عن تحمل عناء القيام بها كلٌّ على حدة، ازدادت الحاجة إلى مختلف أنواع الشركات والتي أصبحت تلعب دورا هاما في الحياة الاقتصادية للمجتمعات الحديثة. وأصبحت بذلك

[١] فهيمة احمد على القماوى، اثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير، مرجع سابق ، ص ٣٢٧ وما بعدها؛ طارق سمير طلبة دويدار الابعاد القانونية لامتداد شرط التحكيم، مرجع سابق ، ص ١٨٨ وما بعدها.

[٢] لمزيد من الايضاح راجع كل من: فهيمة احمد على القماوى ، اثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير ، دراسة مقارنة فى التشريع المصرى مرجع سابق ، ص ٣٢٧ وما بعدها؛ طارق سمير طلبة دويدار ، مرجع سابق ، ص ١٨٨ وما بعدها.

الأداة المثلى للنهوض الاجتماعي والاقتصادي، بل وتعاظمت هذه الأهمية لدرجة أصبحت معها الكثير من هذه الشركات تتمتع بإمكانات كبرى لا نجدها إلا لدى الدول. و شكلت هذه الشركات، وخاصة التجارية منها، قوة اقتصادية هامة مما اضطرت الدول إلى مراقبتها وتوجيهها بما يخدم المصلحة العامة وسنت لهذا الغرض قوانين خاصة[١].

وتتبوأ مجموعات الشركات منذ النصف الثانى من القرن العشرين مكانة كبيرة فى الأهمية والتأثير[٢]، فقد أصبحت تلك المجموعات ذات ثقل كبير يمكنها من التأثير فى الاقتصاد العالمى وتوجيه حركة الأسواق[٣]، بل وخلق الأسواق من خلال خلق الطلب على سلعة جديدة لم تكن موجودة من قبل، وذلك من خلال خلق المثير الذى يهيء لها المجال لدى الأفراد. وكان من الطبيعى أن تلجأ تلك المجموعات وهى تتعاقد على مشروعاتها وتبرم صفقاتها إلى نظام التحكيم كبديل لقضاء الدولة، وقد يبرم اتفاق التحكيم من الشركة الأم وقدم تبرمه إحدى الشركات الوليدة، وهو الشأن الذى يثير التساؤل حول مدى امتداد شرط التحكيم من إحدى شركات المجموعة إلى أخرى من أعلى إلى أسفل أو بالعكس.

أولا: ماهية فكرة مجموعات الشركات:

[١] ويكيبيديا ، الموسوعة الحرة على شبكة المعلومات الدولية الانترنت، رابط المقالة :
https://ar.wikipedia.org/wiki/%D٨٪AA%D٨٪A٣٪D٨٪B٣٪D٩٪٨A%D٨٪B٣_%D٨٪A٧٪D٩٪٨٤٪D٨٪B٤٪D٨٪B١٪D٩٪٨٣٪D٨٪A٧٪D٨٪AA

[٢] -Boynex Isabelle: L'obligation internationale est – il encore véritablement un mode alternatif de reglement des differents , rtd.com, ٢٠١٢, p. ٣٣.

[٣]- Dominique Hascher: Arbitrage du commerce international, Dalloz, ٢٠١٦, p. ٨٩.

تتلاقى الشركات الكبرى فى العالم فى شكل مجموعات لتتشارك بأموالها وأصولها وخبراتها، لتصل سويا إلى أهداف عظمى لن تتمكن من الوصول إليها فرادى. وقد تتكون المجموعة من شركات فى ذات الدولة أو تمتد عبر عدة دول، كما قد يجمع شركات تلك المجموعة نشاط واحد، أو تتجمع على أساس التخصص فى عدة منتجات مرتبطة ومتوالية، وقد تتكون المجموعة من شركات ذات أنشطة مختلفة عن بعضها البعض تماما، حيث لا يربط بينها سوى أهداف تحقيق الربح والسيطرة على الأسواق.

ويتم تجميع الشركات بخضوع مجموعة منها تزاول ذات النشاط الاقتصادى أو أنشطة مكملة لإدارة اقتصادية واحدة ومراقبة على الذمم المالية لكل منها، من خلال شركة توضع على رأس المجموعة يطلقون عليها "الشركة الأم"، حيث تزاول سيطرتها على شركاتها التابعة بطريق السيطرة على الأسهم وملكيتها لدى هذه الشركات. وقد ترتبط ببعضها بوسيلة فروع مشتركة يتم إدارتها بشكل مشترك تمثل فيه تلك المجموعات طبقا لبروتوكول يجسد إدارة كل منها، كما ينسق قواعد وشروط تسوية النزاعات الناشئة عن تنفيذ أعمالها[١].

ثانيا: تعريف مجموعة الشركات:

ذهب الفقه مذاهب شتى فى تعريف مجموعة الشركات، حيث قال البعض بأنها "نظام قانونى يضم عددا من الشركات التى تتميز بترابطها من الناحية الاقتصادية واستقلالها من الناحية القانونية"، وقال البعض بأنها "مجموعة شركات تتميز بوجود علاقة مالية تبعية بين الشركة الأم والشركات الأعضاء فى المجموعة، وأن سلطة اتخاذ القرارات تتحد مع الاغراض والمصالح التى تربط بينها، مع اعتبار أن الترابط المالى لا يرتب انصهار تلك الشركات قانونا، بل تحتفظ كل منها باستقلاليتها القانونية عن بقية الشركات"[٢].

[١] محمد طاهر الهلالى ، نسبية أثر اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٢٩٤ وما بعدها.
[٢] مذكور فى: احمد على حسن عثمان ، الغير واتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٢٩٣.

وقال بعض الفقه بأنها "نظام قانونى يضم عددا من الشركات، تمتاز باتحادها اقتصاديا واستقلالها قانونيا، ويشترط خضوعها لسياسات اقتصادية موحدة تصدر من سلطة مشتركة ولها سلطة موحدة لاتخاذ القرارات"[١]. كما قال البعض بأنها "تجمع لعدد من الشركات يتمتع فيه كل شركة بالشخصية القانونية المستقلة والمتميزة، رغم عدم تمتع هذا التجمع بالشخصية القانونية المستقلة، ولكن يجمعها الوحدة فى اتخاذ القرار والرقابة"[٢].

ومن هذه التعريفات، وهى تعريفات متشابهة إلى حد بعيد، نجد أنها جميعها تذهب إلى التأكيد على فكرة تمتع المجموعة بالاستقلال القانونى رغم أنها ترتبط بأهداف اقتصادية واحدة يجعلها خاضعة للرقابة الموحدة بوسيلة تركيز سلطة إصدار القرارات فى المجموعة[٣]. حيث يتم تنسيق العلاقات بينها سواء بطريق علاقة نظامية بين شركة أم وشركات وليدة، أو بطريق علاقة تعاقدية تبرم فيما بين شركات المجموعة[٤].

وليس خافيا أن تجمع الشركات يختلف تماما عما يعرف **باندماج الشركات**، لأنه عبارة عن عملية ضم لشركتين أو أكثر في شركة أخرى من ذات شكلها القانوني أو شكل آخر، ويفترض الاندماج وجود شركتين قائمتين ذات غرض أو أغراض متشابهة أو متكاملة حتى تتحقق الحكمة من الاندماج، وهنا تنقضى شخصية الشركة المضمومة وتنتقل جميع التزاماتها للشركة الدامجة. كما يعرف اندماج الشركات بأنه "عملية نظامية يتم بمقتضاها تلاحم أو توحد بين شركتين أو أكثر لتكوين شركة واحدة أكبر". ويفهم من هذا أن

---

[١] عمرو فياض ، التحكيم فى منازعات عقد البيع التجارى الالكترونى، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠١٦، ص ١٤٠ وما بعدها.

[٢] مذكور فى: محمد طاهر الهلالى ، نسبية أثر اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٢٩٦ وما بعدها.

[٣] محمود الشرقاوى ، بحث بعنوان: المشروع متعدد القوميات والشركة القابضة كوسيلة لقيامه ، مجلة القانون والاقتصاد، سنة ١٩٧٥ ، ص ٥٠ وما بعدها.

[٤] محسن شفيق ، بحث بعنوان: المشروع القومى ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية ، مرجع سابق ، ص ٢٥.

الاندماج يعني اتحاد مصالح بين شركتين أو أكثر لخلق كيان جديد، يترتب عليه زوال الشخصية الاعتبارية للشركة أو الشركات المندمجة وانطوائهم تحت كيان الشركة الدامجة، أو في بعض الأحيان إنشاء كيان مستقل للشركات المندمجة كشركة جديدة[١].

أما الانفصال فيحدث عندما تنتهي شركة لينتج عنها شركات جديدة بعد تقسيم رأسمالها، فتظهر شركة جديدة أو يظهر تجمع شركات قائمة، ويحدث الانفصال عادة عندما تقوم شركة على وشك الزوال بتقسيم أموالها وتقديمها لشركة واحدة أو عدة شركات موجودة أو حديثة التأسيس، فيتم تجميع الشركات[٢].

ولكن مجموعة الشركات يتعلق أمرها بعدد من الشركات المتمايزة ويكون لكل منها الشخصية القانونية استقلالا، وترتبط ببعضها البعض بروابط دائمة تنتج عن رأس مالها وتبعيتها فى الأهداف والقرارات، والذى يميز شركات المجموعة بمواجهة الشركة الأم[٣].

---

[١] وينبغي أن نلاحظ هنا أن اندماج إحدى الشركات في شركة أخرى يختلف تماماً عن تحول الشركة من كيان نظامي لآخر، كأن تتحول مثلاً شركة تضامن إلى شركة توصية بسيطة. وعلاوة على ذلك فلا يعد اندماجاً انضمام أحد المشاريع الفردية إلى شركة ما. كما يجب أن نفرق كذلك بين الاندماج والانفصال إذ إن الانفصال يكفي لحدوثه وجود شركة قائمة بمفردها حتى تتمكن من الانفصال، حيث تتجزأ إلى شركتين أو أكثر، أما الاندماج فيلزم لتحققه وجود شركتين على الاقل.

[٢] لكل من الاندماج والانفصال مجاله وأسبابه، لكنهما يقتربان من حيث القواعد والإجراءات، فكلاهما يهدف لإعادة تقسيم وتوزيع وسائل الإنتاج وتداولها، فيكون نتيجة حدوث الانفصال ظهور شركات جديدة لها شخصية معنوية مستقلة، كما قد تحدث حالة انفصال يصاحبها اندماج عندما تقدم شركة ما ذمتها المالية لعدة شركات قائمة بالتساوي أو بنسب يحددها الاتفاق، أو تشارك معها في تكوين شركات جديدة، فيجتمع في هذه العملية الصفتين الانفصالية بتجزئة إحدى الشركات وصفة الاندماج بعد اندماجها في شركة أو عدة شركات قائمة. المصدر: موقع المرجع الالكتروني للمعلوماتية على الرابط الالكتروني: http://almerja.com/reading.php?idm=١٠٥٨١٧

[٣] محمد طاهر الهلالى ، نسبية أثر اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٢٩٨ وما بعدها.

وفى ظل التوجه الدولى المتنامى تجاه المشروعات العظمى والكيانات العملاقة، أصبح ظاهرا للعيان أن نظام الشركات بمفهومه التقليدى يتراجع ليترك المجال أمام ما أصبح يسمى مجموعة الشركات، وهو الكيان المقام على وحدة اقتصادية بين عدد من الشركات يديرها ويقودها شركة رئيسية، مع احتفاظ كل شركات المجموعة بالشخصية القانونية المستقلة والذمة المالية الخاصة بكل منها[١].

ثالثا: خصائص مجموعة الشركات:

تختص مجموعة الشركات بعدد من الخصائص المميزة على الوجه التالى:

١) شركات المجموعة تتميز كل منها بالاستقلال القانونى التام: من الأمور التى تميز مجموعة الشركات عن اندماج الشركات تمتع الأولى باستقلال وحداتها المكونة للكيان، فنحن إزاء تجمع اقتصادى مالى، متمثل فى عدد من الشركات المستقلة قانونيا، تتجمع فى اتحاد اقتصادى مكونةً مجموعة شركات، غير أن تجمعها المالى لا ينال من الاستقلال القانونى. كما أن الشركة الأم ذاتها تتمتع هى الأخرى باستقلال قانونى، وهو أمر بدهى فى تقديرنا، وبالإضافة إلى الاستقلال القانونى للمجموعة ككل، فإن كل شركة من شركاتها تظل مستقلة قانونيا عن بقية الشركات، ومن أثر ذلك أن الشركة الأم لا تكون ملتزمة بالديون التى تشغل ذمة الشركات الوليدة، فكل شركة تختص بميزانية خاصة تشكل الوعاء الشامل لكل ديونها وحقوقها، شريطة أن ترتبط تلك الشركات فيما بينها برباط فعلى واقعى، ولكن إذا كان ما يجمعها معا فقط رباط صورى، فإن الشركات الوليدة تفقد الاستقلال القانونى وتضحى الشركة الأم مسؤولة عن ديون تلك الشركات[٢].

---

[١] طارق سمير طلبة دويدار ، مرجع سابق ، ص ١٩٠ وما بعدها.

[٢] شريف محمد غنام ، بحث بعنوان: مدى مسؤولية الشركة الام الاجنبية عن ديون شركتها الوليدة فى مصر، دراسة فى بعض جوانب الافلاس الدولى لمجموعة الشركات متعددة

٢) وجود رابطة اقتصادية بين شركات المجموعة: قلنا سلفا بأن أغلب الفقه أجمع بأن مجموعة الشركات تستقل كل منها قانونا وترتبط فيما بينها بروابط اقتصادية حقيقية، فشركاتها تتقيد فى مزاولة نشاطها بالهدف الذى أنشئت المجموعة من أجله، صحيح أن الشركة الوليدة تتمتع بالشخصية القانونية المستقلة، ولها هيكل إدارى مستقل، غير أنها تمثل وحدات تكمل بعضها بعضا من الجهة الاقتصادية، فهى تروس فى آلة واحدة يقوم كل منه بدوره المرسوم، بينما تتحكم بها رأس واحدة مركزية تديرها وتوجهها، ألا وهى الشركة الأم. وهذا الارتباط نشأ عنه شكل من التبعية الاقتصادية الممزوجة بسيطرة ومراقبة من قبل الشركة الأم على تلك الشركات[١].

وإذا كان تجمع الشركات فى المجموعة[٢] ييسر إمكان دمجها غير أن ذلك لا ينفى تمايز آثار ومدلول كل عملية عن الأخرى، حيث أن اندماج تلك الشركات يوجهها إلى طريق التركيز المالى والاقتصادى، بصورة لا رجوع فيها ولا يمكن بعدها التفرق سوى بطريق القسمة العينية أو التصفية، ولكن تحتفظ كل شركة منها بالاستقلال الذاتى والقانونى. ولذلك فإن الشركات التابعة للمجموعة تتميز بالاستقلال المالى والإدارى والقانونى من الناحية الشكلية فقط، فى حين تبقى كل منها محتفظة بعنوانها واسمها وعملائها وأصولها وباستقلالها المحاسبى، ولكن يبدو الشأن على عكس ذلك فى خصوص المجموعة ذاتها، حيث لا تتمتع الأخيرة بشخصية معنوية اعتبارية على نمط الشركات المكونة لها[٣].

الجنسيات ، القسم الثانى ، مجلة الحقوق، العدد الثانى ، السنة ٢٧، عدد يونيو ٢٠٠٣، ص ١٩٠ وما بعدها.

[١] قريب من هذا انظر: يحيى عبد الرحمن رضا ، الجوانب القانونية لمجموعة الشركات عبر الوطنية، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٤، ص ٤٩٠ وما بعدها.

[٢] Proche de cette- Roullux O. et Rocher A. : clause compromissoire , Université de Lyon ٣, ٢٠٠٥, p. ٦٩.

[٣] لمزيد من الاطلاع انظر: حسين فتحى ، الاسس القانونية لعروض الاستحواذ على ادارات الشركات ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠١٦ ، ص ١٠ وما بعدها؛ حسام الدين

رابعا: امتداد اتفاق التحكيم لعقود أخرى فى المجموعة:

فى إطار مجموعة الشركات، قد تعقد الشركة الأم عقدا متضمنا شرط التحكيم، وذلك لعرض المنازعات الناشئة عنه على محكم أو هيئة تحكيم بدلا من اللجوء الى قضاء الدولة. ولأجل إنجاز هذا التعاقد قد تستعين الشركة الأم بشركة من شركاتها لتنفيذ الالتزامات الواردة بالعقد الأصلى[١]، لذلك يثور التساؤل عن مدى امتداد أثر اتفاق التحكيم للشركة الوليدة المنفذة للالتزام إذا أخلت بشروط التنفيذ، حتى بافتراض أن من قبِل التحكيم هى الشركة الوليدة ذاتها، وأيضا الحال إذا وافقت الشركة الأم على اتفاق تحكيم ورد فى تعاقد لم تكن طرفا فيه، فهل يمتد شرط التحكيم ويسرى قِبل الشركات الوليدة لتلك الشركة الأم القابلة للاتفاق التحكيمى[٢].

عبد الغنى الصغير ، النظام القانونى لاندماج الشركات ، رسالة دكتوراة ، حقوق القاهرة ، سنة ١٩٨٦ ، ص ١٢ وما بعدها.

[١] -Chapal Ph. : L'arbitrage des différends internationaux, H.od a la reforme de l'arbitrage au Japan, ICC, cour international d'arbitrage de la ICC, Bulletin, ٢٠٠٤, p.٥٥.

[٢] محمد طاهر الهلالى ، نسبية أثر اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٣٠٧. ويضيف بأن: إذا كان نطاق اتفاق التحكيم لا يشمل الا اطرافه الذين توافرت فيهم صفة المتعاقدأو الخلف، فان هذا النطاق قد يتسع ليشمل اشخاصا اخرين لا تتوافر فيهم الصفة نتيجة اعتبارات قانونية او اقتصادية معينة بحيث يصبحون اطرافا او فى حكم الاطرافففى اتفاق التحكيم، الامر الذى يؤدى الى تعدد الاطرافداخل القضية الواحدة امام التحكيم التجارى الدولى. مع مراعاة ان التحكيمات الداخلية فى المنازعات الناشئة بين شركات نفس المجموعة ليست كثيرة الحدوث، او غير موجودة على الاطلاق، وذلك لان المنازعات الداخلية من هذا النوع غالبا ما يتم حلها وفق طرق ودية، واكثر سرية من التحكيم، كالوساطة او الصلح، وذلك خشية من تأثر مصالح هذه الشركات فى نفس المجموعة تأثرا سلبيا، خاصة اذا استدعى الامر اللجوء الى الدعاوى القضائية او التحكيمية، وعلى هذا فان المجال الاكبر لتدخل التحكيم فى حل منازعات الشركات الداخلية فى مجموعة هو ما يكون لحل المنازعات الخارجية التى تنشأ بين احدى شركات المجموعة او الشركة الام مع احد الاغيار، وفى هذه الحالة تثار مسألة اتساع نطاق شرط التحكيم الموجود فى عقد موقع من قبل احدى شركات المجموعة او الشركة الام مع الغير، ليشمل شركة اخرى من شركات المجموعة لم توقع على هذا العقد، وبالتالى تتعدد أطراف التحكيم إذا تم هذا الاتساع والعكس صحيح. المرجع السابق ، ص ٣٠٧ وما بعدها.

وقد انقسم الفقه إلى اتجاهين بصدد امتداد اتفاق التحكيم فى نطاق مجموعة الشركات، فأيد بعضهم الامتداد فى حين رفضه البعض الاخر. أما الاتجاه المعارض[١] لامتداد اتفاق التحكيم فقد استند الى أنه إذا صارت مجموعة الشركات تجمعها جميعها وحدة اقتصادية واحدة غير أنها تتميز بالاستقلال القانونى، حيث تكتسب كل منها الشخصية الاعتبارية المستقلة، كما يذهبون الى أن امتداد اتفاق التحكيم فى تلك الصورة يتعارض مع مبدأ النسبية فى العقود، فأصحاب هذا الرأى يعتنقون مبدأ التفسير الضيق لشرط التحكيم، وحاصله أن نظام التحكيم عقد يخضع كما بقية العقود للقواعد العامة لنظرية العقد، وفى مقدمتها قواعد سلطان الإرادة والنسبية والرضائية، فيكون امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى بقية الشركات الوليدة أمرًا منافيا لتلك القواعد، وبالتالى يشترطون توافر الارادة الصريحة الواضحة لامتداد شرط التحكيم فى نطاق مجموعة الشركات[٢]. وقد استند هذا الرأى كذلك لأحكام صدرت عن هيئات تحكيم مختلفة سارت فى هذا الاتجاه، حيث يجرى هذا الاتجاه على رفض مد اتفاق التحكيم الذى ورد بأحد التعاقدات المبرمة بين شركة تنتمى إلى مجموعة شركات وشخص من الغير، وذلك إلى شركات أخرى أو شركة أخرى فى ذات المجموعة، وذلك تأسيسا على المفهوم المضيق لاتفاق التحكيم،

---

[١] فتحى والى ، التحكيم فى المنازعات ، مرجع سابق ، بند ١٠١؛ أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون التحكيم التجارى الدولى والداخلى، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ ، بنود ١٣٢ ، ١٣٣.

[٢] قضت فى هذا الاتجاه محكمة استئناف القاهرة حيث حكمت ببطلان حكم التحكيم الذى قضى بادخال شركة لم توقع على اتفاق التحكيم فى خصومة التحكيم، وبالزامها بالتضامن مع الشركة الموقعة عليه على اساس انهما تجمعهما وحدة اقتصادية واحدة، واستند الحكم بالبطلان الى ان الشركة الاولى ليست طرفا فى النزاع ولم تتفق على اختيار التحكيم كطريق للتقاضى، مما يبطل الحكم التحكيمى ضدها بطلانا متعلقا بالنظام العام تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها. حكم لمحكمة استئناف القاهرة، الدائرة الثانية والستون، تجارية ، فى الدعوى رقم ٨٣ لسنة ١١٨ ق ، بتاريخ ٥ أغسطس ٢٠٠٢. (مع تحفظنا على الزج بفكرة النظام العام فى هذا الشأن، حيث أن اختيار طريقة التقاضى أمر يحمى مصلحة خاصة ولا شأن له بالنظام العام).

والذى ينفى إمكان إلزام أى شركة بالتحكيم، مالم تتجه إرادتها الواضحة إلى التحكيم[١].

أما الاتجاه المؤيد لامتداد اتفاق التحكيم إلى الشركات المكونة لمجموعة شركات، فيستند فى ذلك إلى عدد من الأسس القانونية، منها أن تلك الشركات مرتبطة ببعضها فى المعاملات التجارية التى تكون إحداها طرفا فيها، وأن هذا الارتباط قد يتضح من التشارك فى المفاوضات أو المساهمة فى تنفيذ الالتزام التعاقدى. حيث يذهب هذا الفقه إلى التأكيد بأن اتفاق التحكيم يمتد إلى كافة الشركات المكونة للمجموعة، وبالتالى تلتزم بشرط التحكيم الموقع من قبل أى شركة وليدة أو الشركة الأم، كما أنه لها حق تحريك إجراءات التحكيم باسمها قبل الطرف الثانى[٢].

كما استند هذا الجانب إلى فكرة الارادة الظاهرة حيث رأى أصحاب هذا الاتجاه وجود ضرورة تستلزم التحرر من الاتجاه المضيق لمسألة الطرف فى شرط التحكيم، كى يتم ترتيب شرط التحكيم لأثره بمواجهة الغير غير الموقع على الشرط، وذلك تغليبا لمبدأ الوحدة الاقتصادية التى تعتبر أساسا لفكرة مجموعات الشركات. ومن ثم يكون شرط التحكيم الذى تتفق عليه شركة من المجموعة ملزم لبقية شركاتها المكونة للمجموعة، وذلك فى حالة وجود أى صلة لها بالتعاقد أو بتنفيذه، لأن الصلة القائمة بين تلك الشركات والخاصة

---

[١] محمد طاهر الهلالى ، نسبية أثر اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٣٣٨.

[٢] ويسرى هذا الحكم على المشروع المشترك حيث قضت هيئة التحكيم بغرفة التجارة الدولية سنة ١٩٨٣ بمدينة كوبنهاجن فى الدعوى رقم ٤٣٥٧ والتى تختصر واقعاتها بأن وزارة النقل اليمنية أبرمت عقد مقاولة مع مشروع مشترك مكون من شركة فرنسية ومقاول يمنى للقيام برصف الطريق المؤدى الى مدينة عدن، واثناء التنفيذ حدث خلاف بين الشركة الفرنسية والمدير التنفيذى للمشروع، مما حدا بالشركة الفرنسية الى اللجوء الى التحكيم، فدفعت وزارة النقل اليمنية بعدم قبول اجراءات التحكيم استنادا الى عدم وجود شرط تحكيم، فقضت هيئة التحكيم برفض هذا الدفع وقررت احقية الشركة الفرنسية فى اللجوء الى التحكيم، واستندت هيئة التحكيم فى ذلك الى مد شرط التحكيم داخل مجموعة الشركات والى فكرة القبول الضمنى لاتفاق التحكيم. لتفاصيل الدعوى والوقائع والحكم انظر: محمد طاهر الهلالى، نسبية أثر اتفاق التحكيم، مرجع سابق، ص ٣١٠

بالمعاملة التجارية يشير لتوافر إرادة بالتزامهم باتفاق التحكيم الذى عقدته شركة من شركات المجموعة، ويمكن استنتاج تلك الصلة من خلال مشاركتها فى التفاوض على إبرام التعاقد، أو حتى من مساهمتها فى تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه[١]. كما استقرت أحكام هيئات التحكيم الدولية على أن أى شركة من شركات المجموعة لها أن تمثل بقية الشركات التابعة للمجموعة، وأن اتفاق التحكيم فى تعاقد تبرمه إحداها هو ملزم لجميع شركات المجموعة.

وقد انتقد بناء امتداد اثر اتفاق التحكيم على الإرادة الظاهرة، حيث أن التوسع فى الاعتداد بالارادة الظاهرة يخالف المبادئ العامة فى التقنين المدنى، والتى تنظم مسائل السكوت واتخاذ الموقف السلبى من جانب المتعاقد، بالإضافة إلى تعارض ذلك مع الطابع الرضائى لاتفاق التحكيم والذى ينبغى أن ينهض على القبول الكتابى الصريح والواضح[٢].

وقد قضت المحاكم وهيئات التحكيم وفقا لهذا الاتجاه فى العديد من الدعاوى، حيث قالت إحدى هيئات التحكيم بأن اتفاق التحكيم الذى وافقت عليه صراحة بعض الشركات الوليدة من المجموعة ملزم قانونا لبقية شركاتها والتى قامت بدور أساسى فى الاتفاق والإبرام والتنفيذ وحتى فسخ التعاقدات المشتملة على شرط التحكيم، والتى بدت طبقا للإرادة المشتركة لكافة خصوم الدعوى كما لو أنها أطراف فعلية بتلك التعاقدات، أو أن العقود وما نتج عنها من نزاعات تخصها وتهمها بشكل كبير جدا[٣].

---

[١] لمزيد من الاطلاع انظر: محمد نور شحاتة ، مفهوم الغير فى التحكيم ، ص ٧٥ وما بعدها؛ فهيمة احمد على القماوى ، اثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير ، دراسة مقارنة فى التشريع المصرى، مرجع سابق، ص ٢٩٨ وما بعدها؛ طارق سمير طلبة دويدار ، الابعاد القانون لامتداد شرط التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٩٢ وما بعدها.

[٢] قريب من هذا: احمد على حسن عثمان ، الغير واتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٣٠٧ وما بعدها.

[٣] حكم لهيئة تحكيم فى باريس مذكور فى: محمد طاهر الهلالى ، نسبية أثر اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٣١٣ وما بعدها. وذكر كذلك أن محكمة الاستئناف قد رفضت الطعن ببطلان هذا الحكم المذكور بالمتن قائلة أن هيئة التحكيم قد فسرت العقد فى حدود سلطتها

كما أنه وتطبيقا لذلك الاتجاه قد حكمت هيئة تحكيم تابعة لمركز القاهرة الاقليمى للتحكيم التجارى الدولى بأن: "شرط التحكيم الذى توقعه إحدى شركات مجموعة اقتصادية تمثل كيانا اقتصاديا واحدًا يمتد أثره لسائر شركاتها، وذلك على أساس أنها جميعها متصلة بالمعاملة التجارية، وأن اتفاق التحكيم الوارد فى اتفاق أبرمته شركة من مجموعة والتى يملكها أحد الأفراد إنما يمتد إلى بقية شركاته بل وإلى هذا الفرد ذاته"[١].

إن تلك الهيئات التحكيمية على اختلافها نشطت فى مسألة توسيع اتفاق التحكيم المنعقد بين إحدى شركات المجموعة وشخص من الغير، ليسع شركة أخرى من المجموعة، من غير أطراف التعاقد، ويتضح ذلك بعمق من خلال العديد من الدعاوى والأحكام حول العالم. ومنها أن هيئة التحكيم التى عقدت بجنيف سنة ١٩٧٥ قد قضت بأن اتفاق التحكيم الموجود بتعاقد إنشاء مصنع تم إبرامه بين شركتين إحداهما وطنية والأخرى أجنبية عضو فى مجموعة تصنيع عابرة القومية، هو اتفاق ملزم لكافة شركات المجموعة اعتمادًا على طبيعة التعاقد، وكذلك لوجود إرادة مشتركة بين تلك الأطراف، فضلا عن الوحدة الاقتصادية بين شركات المجموعة. وقالت هيئة التحكيم بأنه قد تبين لها أن الشركة المحلية قد اتجهت إلى التعاقد مع مجموعة متعددة الجنسية، وثبت من خلال الخطابات المتبادلة بينهما ومن ظروف العملية أن ممثل الشركة الأجنبية قد تفاوض قبل إبرام العقد كمسؤول حقيقى عن المجموعة بالكامل وليس عن شركة واحدة منها[٢].

التقديرية دون معقب عليها، وان اتفاقات الخصوم والمستندات المتبادلة بينهم يستخلص منها وجود ارادة مشتركة بينهم حيث اتجهت ارادتا الشركتين المنتميتين الى ذات المجموعة اليها. وهما تعتبران من الاطراف فى العقود المشتملة على اتفاق التحكيم على الرغم من انهما فعلا لم توقعا عليها ومن ثم تلتزمان باتفاق التحكيم الوارد بالعقد.

[١] حكم هيئة التحكيم فى الدعوى التحكيمية رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٩ ، بجلسة ١٩ يناير سنة ٢٠١١ ، والصادر عن مركز القاهرة الاقليمى للتحكيم التجارى الدولى، منشور بمجلة التحكيم العربى بالعدد ١٦ ، عدد يونيو ٢٠١١ ، ص ٢٠٣.

[٢] مذكور فى: محمد طاهر الهلالى ، نسبية أثر اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٣١١.

وقد أيدت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه حيث قضت بأن: "مجرد كون طرف فى خصومة التحكيم هو شركة من مجموعة شركات تسهم شركة أم فى رأسمالها، لا يعتبر دليلا على أن الأخيرة ملتزمة بالتعاقدات المبرمة من قبل الأولى والمتضمنة لشرط التحكيم، ما لم يثبت أنها تداخلت فى التنفيذ أو كانت سببا فى حدوث خلط بخصوص الالتزام المتفق عليه على نحو تختلط فيه إرادتها بإرادة الشركة الأخرى"[١]. وقد استلزمت محكمة النقض لامتداد اتفاق التحكيم الذى تعقده فروع الشركة أن تكون الشركة الأم قد قامت بدور فعلى فى إبرام الاتفاق أو فى التنفيذ، ونفس الأمر فى الشركات القابضة وتابعاتها، حيث لا يمتد شرط التحكيم الذى تتفق عليه كل منها بمواجهة الأخرى، وذلك ترتيبا على وجود استقلال مالى وقانونى لكل منها[٢].

وقد هاجم بعض الفقه فكرة الإرادة المشتركة فى افتراض الرضا بالتحكيم، لأن تلك الإرادة تبدو فى بعض الحالات مصطنعة، حيث يستدل على توافرها بتفسير إرادة شركات المجموعة وسلوكهم التفاوضى، أو لدى مرحلة التنفيذ بواسطة إحدى الشركات الداخلة بالمجموعة، وهو حل محفوف بالمخاطر فى تقديرهم، ومصدر لعدم الثقة القانونية وعدم الأمان التعاقدى، وهو أيضا مدعاة لإطلاق إرادة هيئات التحكيم وإعطائهم سلطة تقديرية كبيرة تجاه البحث عن الملابسات لهذه الإرادة المفترضة لدى شركات المجموعة، وهو ما يسيّر الأمور بصورة تحكمية بحسب كل حالة من حالات المنازعات المعروضة عليها[٣].

خامسا: الرأى الراجح فى امتداد التحكيم فى مجموعة الشركات:

---

[١] حكم محكمة النقض المصرية الدائرة التجارية فى كل من: الطعن رقم ٤٧٢٩ لسنة ٧٢ ق والطعن رقم ٤٧٣٠ لسنة ٧٢ ق مذكور فى: احمد السيد الصاوى ، الوجيز فى التحكيم طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية ، بدون ناشر ، سنة ٢٠١٠ ، ص ١١٥ وما بعدها.

[٢] أحمد ابراهيم عبد التواب ، اتفاق التحكيم .....، مرجع سابق ، ص ٢٩٣ وما بعدها.

[٣] محمد طاهر الهلالى ، نسبية أثر اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٣٤٥.

من خلال عرض حجج الاتجاهين السابقين بشأن مدى إمكانية امتداد شرط او اتفاق التحكيم داخل ما يعرف بمجموعات الشركات، نجد أن الرأى الأرجح هو ما ذهب إليه الفريق المؤيد لامتداد شرط التحكيم داخل إطار وحدات مجموعة الشركات. ومن ثم يكون شرط التحكيم الذى تبرمه شركة من شركات المجموعة مع الغير قابل للاحتجاج به فى مواجهة بقية شركاتها، وذلك بالاستناد الى عدد من الأسانيد لعل فى مقدمتها فكرة الموافقة الضمنية على شرط التحكيم. حيث أن المشاركة بمشروع اقتصادى وتدشين شبكة من الروابط الاقتصادية، ثم تعاون شركات مجموعة واحدة، لهو قرينة نستنتج منها قبولا ضمنيا لاتفاق التحكيم، وبالتالى يكون ذلك الاتفاق المبرم من قبل شركة من المجموعة ملزم لبقية شركاتها الداخلة فى إطارها، حيث أن المشاركة الفعلية بين الشركات الأعضاء يشير لتوافر إرادة حقيقية لديهم بالالتزام باتفاق التحكيم المبرم بواسطة إحداهن.

ويذهب كثير من الفقه للقول بأن الاتجاه المؤيد للامتداد هنا يؤدى للتحرر من جمود قاعدة عدم امتداد آثار شرط التحكيم داخل نطاق مجموعات الشركات، حيث أن امتداد شرط التحكيم داخل المجموعة، سواء بين شركاتها الوليدة أو بين تلك الشركات والشركة الأم، يحقق الأمان المنشود فى التعاملات التجارية، حيث يستطيع أى شخص من الغير، غير المتعاقد مع إحداها، الاحتجاج باتفاق التحكيم ضد بقية شركات المجموعة أو حتى الشركة الأم والرجوع عليها بطلب تحقق المسؤولية العقدية نظرًا لملاءتها المالية، وذلك إذا كان هذا الغير متعاقد بالفعل مع إحدى تلك الشركات بتعاقد يتضمن شرط التحكيم[١].

[١] قريب من هذا: طارق سمير طلبة دويدار ، الابعاد القانون لامتداد شرط التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٩٦ وما بعدها. وعليه فان اتفاق التحكيم يمتد الى مجموعة الشركات عندما تتولى الشركة الوليدة ابرام العقد الدولى، بينما يقف دور الشركة الأم عند مرحلة

كما يحدث الامتداد لشرط التحكيم داخل نطاق مجموعات الشركات فى الحالات التى يتملك فيها شخص طبيعى لمجموعة اقتصادية خاضعة لرقابة مباشرة منه، ففى مثل تلك الحالة يمتد اتفاق التحكيم من الشركة إلى الفرد أو الشخص الطبيعى ذاته[١] وهو أمر محل إجماع من فقه القانون الخاص.

غير أن أغلب الفقه يرى ضرورة **تقييد امتداد آثار اتفاق التحكيم فى إطار مجموعة الشركات بعدد من القيود** التى تتطلبها العدالة والأمان القانونى والثقة المشروعة والمبادئ المستقرة فى نظرية العقد فى القانون المدنى. فمجموعة الشركات حتى وإن كانت تجمعها وحدة الغرض الاقتصادى غير أنها تظل مستقلة عن بعضها البعض من الجهة القانونية كما بينا، والاستقلال بهذا الشكل يرتب عدد من أوجه الاختلاف، خاصة فى ناحية سعى كل منها إلى تحقيق أهداف المجموعة، حيث نرى أحيانا شركة منها فى طريقها ومنحاها تفضل قضاء الدولة وأخرى ترنو إلى القضاء التحكيمى، وذلك لحل المنازعات التى تعترض طريق تنفيذها لتعاقداتها، وهو ما يترتب عليه تعدد جهات حسم النزاعات الخاصة بتعاقدات المجموعة، والتقرير بتوحيد تلك الجهات لا يحدث سوى وفقا لقبول كتابى صريح أو بتطبيق عدد من القيود والشروط التى تعد بديلا لهذه الموافقة الصريحة[٢].

المفاوضات والتنفيذ، وكذلك عندما تتعاقد اكثر من شركة وليدة مع شخص من الغير ثم تتشارك عدد من الشركات الاخرى من نفس المجموعة فى تنفيذ العقد او الاستفادة منه.

[١] فهيمة احمد على القماوى ، اثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير ، دراسة مقارنة فى التشريع المصرى وتشريعات دول الخليج العربى، مرجع سابق ، ص ٣٠٠ وما بعدها؛ طارق سمير طلبة دويدار ، الابعاد القانون لامتداد شرط التحكيم ، مرجع سابق، ص ١٩٦ وما بعدها.

[٢] ويقول البعض بانه يُستثنى من تلك القيود النزاعات الناشئة عن تنفيذ تعاقدات من تلك التى تبرمها شركات المجموعة الواحدة والتى تكون ذات صلة بمصالح التجارة الدولية، والتى تنشأ عن او فى ظل تشريعات الدول التى تجعل من الكتابة شرط للاثبات لاتفاق التحكيم لا شرطا للانعقاد، او تلك التى لا تتطلب الكتابة اساسا لنشوء اتفاق التحكيم، سواء للانعقاد او للاثبات، فهنا يكفى الاعتماد على معيار الارادة المشتركة او الارادة الضمنية المتمثلة فى المشاركة فى المفاوضات المتعلقة بالعقد المتضمن للاتفاق او ابرامه او تنفيذه او انهائه او مجرد التبعية الاقتصادية التى تجمع بين شركات المجموعة الاقتصادية الواحدة.

ولما كانت الجدلية تدور بخصوص تعاقدات أبرمتها شركات فإن الاتجاهات الفقهية والقضائية دارت بين القانون المدنى والقانون التجارى، ومعلوم أن كلا الفرعين المشار إليها يختص بذات الموضوعات القانونية ولكن من منظور مختلف، هذا الاختلاف يؤثر فى العديد من المحددات خاصة طرق الإثبات على اختلافها، وكذلك يؤثر فى شروط الانعقاد بقدر ما. فأفكار مثل الإرادة الضمنية والإرادة المشتركة للشركات، عند التمسك بامتداد أثر شرط التحكيم، هى أفكار نابعة من النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى، وتقضى بأن العقد غير ملزم إلا لأطرافه الذين توافقوا عليه فقط، وبأن اتفاق التحكيم هو بند داخل التعاقد الأصلى، صحيح أنه يستقل عنه وفقا للرأى الراجح، بيد أن هؤلاء الأطراف هم شركات مستقلة قانونا وتتمتع كل منها بالشخصية المستقلة، وبالتالى يجب البحث عن الإرادة الصريحة أو الضمنية حتى نلزم كل منها بأن تلجأ إلى نظام التحكيم الاختيارى الذى لا يصبح إجباريا إلا بالتعاقد عليه[1].

ومن ثم يضحى الرأى الراجح فى تقديرنا هو امتداد شرط التحكيم الذى تبرمه الشركة الأم فى مجموعاة الشركات أو إحدى الشركات فى المجموعة،

قريب من هذا انظر: عاطف الفقى ، التحكيم التجارى متعدد الاطراف ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠١٧ ، ص ٦٠.

[1] أما فكرتا الارادة المشتركة للاطراف او الشركات الداخلة فى مجموعة الشركات، والوجود الواقعى لمجموعة الشركات كوحدة اقتصادية، فهما فكرتان نابعتان من القانون التجارى وقانون الشركات، والذى يقوم على اشتراك الشركات الداخلة فى المجموعة بارادتها المشتركة فى تكوين كيان واحد يحقق مصلحة اقتصادية واحدة فى اطار من الشراكة والتعاون بين الشركة الام والشركات الوليدة او التابعة وبين هذه الشركات بعضها البعض، للقيام بانشطة اقتصادية متماثلة او متكاملة، الامر الذى يؤدى الى نتيجة مفادها لجوء الكافة الى جهة قضائية واحدة سواء أكانت قضاء التحكيم او قضاء الدولة، بما يبرر الزام جميع الشركات الداخلة فى المجموعة بشرط التحكيم، الوارد فى العقد الذى ابرمته احداها رغم ان بقية الشركات لم توقع على هذا العقد. Ch. Jarrosson d' arbitrage et groups des societies, in.Groupes de societies: contrats et responsabilite, L.G.D.J.P. p. ٦١. مذكور فى : محمد طاهر الهلالى ، نسبية أثر اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٣٤٣.

إلى بقية الشركات فيها، وذلك إذا تبين للمحكمة أو لهيئة التحكيم بحسب الأحوال أن الإرادة الحقيقية لطرفى النزاع قد قبلتا اللجوء الى التحكيم فى صدد منازعات تنفيذ التعاقد القائم بينهما، على أن تقيد السلطة التقديرية لهيئة التحكيم أو المحكم فى استظهار الإرادة الحقيقية للأطراف بقيود واضحة لعل من أهمها:

–أن يثبت لدى هيئة التحكيم أو المحكم أن طرفى النزاع يعلمان علما فعليا بوجود شرط التحكيم فى التعاقد الأصلى للمشروع الذى يتم تنفيذه.

–أن يقبل الطرف صراحة أو ضمنا شرط اللجوء الى التحكيم فى منازعات تنفيذ التزامات العقد الأصلى.

–ويكون امتداد شرط التحكيم إلى كافة الشركات التى يملكها الفرد – الشخص الطبيعى– طالما أنه تعاقد بنفسه أو بواسطة ممثله القانونى تعاقدا يتضمن شرط التحكيم.

–والحالة المؤكدة غير المختلف عليها هى حالة قبول الطرفين اللجوء إلى التحكيم، حتى مع عدم النص عليه صراحة، أو مع النص عليه مع عدم علم الغير به.

المطلب الرابع

امتداد اتفاق التحكيم فى إطار المجموعة العقدية

مرت نظرية المجموعة العقدية بمراحل متتالية من التطور والتحديث، وذلك منذ نشأتها الأولى وصولا إلى يومنا هذا، إذ اختلف الفقه حول هذه الفكرة القانونية القديمة الحديثة، وتحديداً الفقه الفرنسى، إذ أثارت جدلاً واسعاً بين أوساطه وبين أوساط الفقه القانونى العربي، وتباينت بشأنها المواقف، مما أدى إلى التباين في موقف القضاء أيضاً، الذي بدا متردداً في تطبيقها على ما

يعرض عليه من منازعات تتعلق بمجموعة من العقود التي ترتبط برابطة موضوعية، هى رابطة وحدة المحل أو الغاية الاقتصادية المشتركة.

الفرع الأول

مفهوم المجموعة العقدية وأشكالها

أولا: مفهوم وتعريف المجموعة العقدية:

فقد نشأت تلك العقود بناء على تطور الروابط الاقتصادية والعلاقات الحديثة، فهى عقود تتصف بالطبيعة المركبة، وتتسم بمراحل متعددة فى الإبرام وفى التنفيذ، وهذا فى الأحوال التى يرغب عندها فى عقد صفقة أو تعاقد محدد، ويحتاج هذا الشأن تكوين أكثر من تعاقد، فيترتب على ذلك نشوء علاقات متشابكة بين أطرافها، ومن أشهر الامثلة لتعاقدات المجموعة العقدية عقود الإنشاءات العالمية، وعقود البُنى التحتية، وتعاقدات التكنولوجيا الحديثة، وقد أوجد هذا التشابك تساؤلات حول أساس ومدى انعقاد مسؤولية الأطراف بتلك التعاقدات فى مواجهة بعضهم البعض[١].

وقد تعددت التعريفات التى كتبت فى شأن تعريف المجموعة العقدية، حيث بدأ الأمر بخلاف حو الاسم ذاته، فمنهم من أطلق عليها الأسرة العقدية ومنهم من أطلق عليها السلسلة العقدية، ومنهم من أطلق عليها مجموعة العقود. غير أنها جميعها تشير إلى نفس المسمى، لأنها اجتمعت على وجود شكل من التبعية المنفردة تارة والمتبادلة تارة أخرى، بين عقود متعددة، حيث ان هذا النوع من التبعة يجعل جميع تلك العقود كلا واحدًا يصعب فصله أو

[١] انظر لتقريب الفكرة كل من: أحمد ابو الوفا ، التحكيم الاختيارى والاجبارى ، منشأة دار المعارف ، الطبعة السادسة، ٢٠٠٥؛ أحمد السيد صاوى ، الوجيز فى التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١١٠؛ أحمد شرف الدين ، اتفاق التحكيم الدولى، مصادر قواعده الحاكمة، وسلطة القاضى الوطنى فى انفاذه، بدون ناشر ، ٢٠١٥؛ فيصل ذكى عبد الواحد ، المسؤولية المدنية فى اطار الاسرة العقدية ، دار الثقافة الجامعية ، سنة ٢٠٠٠ ، ص ٩٥ وما بعدها.

تجزئة وحداته، سواء من الناحية الاقتصادية أو القانونية، وهو ما يحيل أطراف تلك العقود الى أطراف فى كافة العقود الأخرى المكونة للمجموعة، وذلك استثناء على مبدأ النسبية سابق الاشارة[١]. ويضرب الفقه[٢] أمثلة فجة لنظام المجموعة العقدية لعل أشهرها: حالة إذا ما أبرم مالك الارض تعاقدا مع مقاول فيما يعتبر العقد الأصلى فى المعاملة، وذلك بخصوص إقامة مبنى محدد، فقام المقاول الأصلى بإبرام عدد من التعاقدات مع مقاولين من الباطن، ولكن حدث عيب فى البناء وظهر لصاحبه هذا العيب، فأراد مالك الارض الرجوع على مقاولى الباطن، فما مدى جواز رجوعه عليهم فى تلك الحالة، وما هى الأسس التى يبنى عليها رجوعه عليهم.

ولقد اتجه بعض الفقهاء عند تعريفهم للمجموعة العقدية بأنها "عدد من العقود يسهم جميعهم بتحقيق وتنفيذ التزامات ناشئة عن تعاقد واحد، فكل عقد منهم يسهم جماعيا او بشكل مستقل فى تنفيذ تلك الالتزامات وبالتالى يعتبر طرفا فى المجموعة العقدية"[٣]، وقال البعض بانه "عبارة عن مجموعة تعاقدات تنصب على موضوع واحد وتتتابع وقتيا ومن خلالها يتتابع أى تعاقد ابتداء من المالك أو المؤجر وانتهاء بالمستهلك والمستأجر وغيرهم". بل ذهب بعض الفقه الفرنسى إلى اعتبار المجموعة العقدية عقدا واحد لكنه عقد مركب[٤]. ويذهب أغلب الفقه إلى ضرورة وجود علاقة مباشرة بين أعضاء المجموعة مثل المشترى الأخير والمصنّع للمنتج المعيب الذى اشتراه، أو بين صاحب البناء والمقاولين من الباطن.

---

[١] قريب من هذا: محمد طاهر الهلالى ، نسبية أثر اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٣٦٣.

[٢] -Erdinc André: Droit de l'arbitrage en Turquie a la lumière de la nouvelle loi ICC, cour international d'arbitrage de la ICC, Bulletin, ٢٠٠٢, p.٤٤.

[٣] حسام الدين كامل الاهوانى ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠١٥ ، ص ٢٢٥ وما بعدها.

[٤] ناصر بدر ، أحكام بطلان اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٣٤٧ وما بعدها.

ثانيا: أشكال المجموعة العقدية:

هناك شكلين رئيسيين هما: مجموعة التصرفات المتعاقبة على مال واحد، ومجموعة التصرفات المرتبطة بهدف واحد. ونتناولهما على الوجه التالى:

١) مجموعة التصرفات المتعاقبة على مال واحد:

يسمِى غالب الفقه هذا الشكل بالمجموعة العقدية المتجانسة، وقالوا بأنها تتكون من عدد من التعاقدات التى تمتاز بوحدة محل العقد، واختلاف الاشخاص، بمعنى أنها صاحبة بناء رأسى، يتضمن عقودا أخرى، حيث تبدأ المجموعة بابرام تعاقد محدد، ليضاف إليه عقود أخرى متتالية، ولكن يجب أن تكون تلك التعاقدات متعاقبة وقتيا فى كل الأحوال، كما أنها ينبغى أن تتعاقب فى التنفيذ كذلك[١].

فقد تأخذ المجموعة العقدية شكل من أشكال التصرفات القانونية المتعاقبة على شيء واحد، ومن أمثلة التصرفات المتتالية على مال واحد: البيوع المتتالية لنفس الشيء، والعلاقات الايجارية المتعاقبة على نفس العقار أو ذات المنقول.

ففى نطاق عقود البيع المتتالية على نفس المال، فوحدة محل العقد هنا ربما تكون كاملة مثل البيع بنظام الفليارة، والبيع بالفليارة هو المتبع فى مجال التعاقدات آجلة السداد، لأن العقود بالفليارة عقود كاملة تأتى على ذات المحل، ووقتما يحن موعد استحقاق المقابل يلزم البائع الأول تسليم الشيء المبيع لآخر مشترى حامل للفليارة، ومن ثم يحصل المشترون السابقون على ربحهم من

[١] Bernard Teyssie : Les Groupes des contrats , These , Montellier, ١٩٩٥ , p. ٣٩ et s.

فارق السعر[١]. والمثل المنتشر لتلك التعاقدات قيام شخص بشراء مركبة من توكيل للسيارات، ويكتشف بعد الاستلام وجود عيوب خفية تتعلق بصناعة المركبة، ولأن هذا المشترى يعتبر المالك الأخير والنهائى للمال فله مكنة رجوع على المنتج الأصلى للمركبة، وفقا لمفهوم المجموعة العقدية، ونظرا لأنه أحد الطرفين وذلك بدعوى المسؤولية التعاقدية القائمة على أساس ضمان العيب الخفى[٢].

أما فى نطاق العلاقات الإيجارية الواردة على عقار واحد أو منقول واحد، وأشهر أمثلتها التعاقدات الواردة على محل التزام وحيد كالعقار المؤجر، فالبداية تتمثل فى عقد إيجار أصلى يعقد بين المالك والمستأجر، ثم يحدث أن يقوم المستأجر الأصلى بإعادة تأجير العقار ذاته من الباطن إلى مستأجر آخر، فتنشأ من ثم مجموعة من التعاقدات المتعاقبة بشكل رأسى، ولهذ تسمى بالسلسة العقدية، فواقعة التأجير من الباطن لا تنهى علاقة الإيجار الاصلية، دون خلاف على ذلك بين الفقه، ويبقى التعاقد الأصلى قائما[٣]، ويظل كل من المؤجر الأصلى والمستأجر الأصلى مسؤولان عقديا قبل بعضهما البعض.

فإذا أخل المالك بالتزام على عاتقه، وفقا للعقد الأصلى، يصبح من حق المستأجر من الباطن الرجوع عليه والمطالبة بتعويض طبقا لنظام السلسلة العقدية، وذلك لوجود علاقة عقدية بينهما، رغم أنها علاقة غير مباشرة، غير أنها تخوّل كلا منهما فى مواجهة الآخر حق الرجوع على الثانى فى حالات

---

[١] على سيد قاسم ، نسبية اتفاق التحكيم ، دراسة فى احكام القرارات وقرارات المحكمين ، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٦، ص ٤٤ وما بعدها.

[٢] فيصل ذكى عبد الواحد ، المسؤولية المدنية فى اطار الاسرة العقدية، مرجع سابق ، ص ٥٥؛ محمد طاهر الهلالى ، نسبية أثر اتفاق التحكيم ، مرجع سابق، ص ٣٦٥.

[٣] ناصر بدر ، أحكام بطلان اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٣٥٢ وما بعدها.

الإخلال بالتزام من الالتزامات التى يفرضها التعاقد عليهما وفقا لأحكام المسؤولية العقدية[١].

٢) مجموعة التصرفات المرتبطة بهدف واحد:

قلنا بأن المجموعة العقدية قد تتكون بصورة عدد من أعمال التصرف المترابطة ببعضها والهادفة لتحقيق غرض مشترك، فهذه التعاقدات يربطها معا السبب الواحد، مثل تعاقدات المشروعات النموذجية خاصة المقاولات والتعاقدات المشتركة.

والعقود المشتركة هى مجموعة عقود تستهدف تحقيق هدف واحد لتنفيذ عملية مالية وحيدة، مثل عقود الإنشاءات العالمية، حيث يدخل لجانب المقاول وصاحب العمل البنك القائم بالتمويل وشركات التأمين ومقاولو الباطن بموجب تعاقدات متنوعة، بيد أنها عقود مرتبطة فيما بينها من الوجهة الاقتصادية. ومجموعات العقود المشكِلة للتجمع التعاقدى لا تأخذ دائما صورة واحدة، بل تتعدد أشكالها، ويمكننا جمعها فى شكلين كما سبق القول، الأول الائتلاف التعاقدى ذى الطبيعة التبادلية بين العقود فى مجموعة، ويظهر ذلك بحالة أن تكون تلك العقود واقفة على قدم مساواة بينها. ولا يتحقق الغرض المأمول سوى بتنفيذ كافة التزامات العقود المختلفة فى المجموعة الواحدة. ومن صورها عقد إعلان لسلع وخدمات، وتعاقدات امتياز الأعمال البحرية[٢].

أما الشكل الثانى فهى تلك المجموعات المتسمة بالطبيعة الاحادية، وذلك فى حالات ابرام عقد أساسى بين تعاقدات المجموعة تخضع له بقية التعاقدات، فيكون التعاقد الأساسى كافيا وحده بتحقيق غرض التجمع العقدى، ولا ينال من هذا نصيب بقية التعاقدات، التى تبقى لها الدور المتمم والمساهم

[١] حسام الدين كامل الاهوانى ، احكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص ١١٢ وما بعدها؛ محمد طاهر الهلالى ، نسبية أثر اتفاق التحكيم ، مرجع سابق، ص ٣٦٧.
[٢] أحمد على حسن عثمان ، الغير واتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٢٦٧.

والمفيد للتعاقد الرئيسى[١]، ومن صوره ارتباط عقد القرض بعقد كفالة، بحث يكون هدفه أن يضمن أداء المدين فى القرض لالتزامه، وهو الوفاء بالمبلغ محل القرض فى الموعد المتفق عليه، لأن الكفالة هنا تعد من تعاقدات الضمان الشخصى.

أما العقود المشتركة فلعل منها عقد المقاولة، والذى يعد من أهم أشكال مجموعات العقود فى نطاق القانون المدنى، فقد ينعقد اتفاق لأجل تدشين وتصنيع شىء معين مقابل بدل متوافق عليه، فيقوم المقاول الأصلى الذى تعاقد مع صاحب العمل بأن يعهد بجزء من العمل المسند إليه بمقتضى المقاولة الأصلية إلى كيان آخر أو فرد آخر لمساعدته على تنفيذ الالتزامات التعاقدية، وهو ما يجعل المقاول الأصلى مضطرا لإبرام تعاقدات مع المساهمين الجدد لتنفيذ العقد الأصلى، وهو ما يسمى بعقد المقاولة من الباطن، وهو بالطبع ينبغى أن يكون لاحقا للعقد الأصلى من الناحية الوقتية، ويكون تابعا له كذلك من حيث محله، كما قد يكون عقد الباطن طريقة من طرق تنفيذ التعاقد الأصلى بدون التنازل عن هذا العقد الأصلى[٢].

الفرع الثانى

امتداد أثر شرط التحكيم فى المجموعة العقدية

أثار موضوع امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى سائر تعاقدات المجموعة العقدية الواحدة كتابات فقه القانون الخاص فى فرنسا ومصر والبلدان العربية، فكما قلنا بشأن مجموعة الشركات وتساءلنا عن مدى جواز امتداد شرط التحكيم إلى مجموعات الشركات، نجد ذات التساؤل مازال ماثلا فى حالتنا

---

[١] محمد حسين عبد العال ، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير فى اطار المجموعات العقدية ، دراسة تحليلية فى القانون الفرنسى فى ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٦ ، مرجع سابق ، ص ٤٥ وما بعدها.

[٢] قريب من هذا: فيصل ذكى عبد الواحد، المسؤولية المدنية فى اطار الاسرة العقدية ، مرجع سابق ، ص ٥٩؛ محمد طاهر الهلالى ، نسبية أثر اتفاق التحكيم ، مرجع سابق، ص ٣٦٨.

الراهنة. فهل يمتد اتفاق التحكيم الذى ورد بعقد من تعاقدات مجموعة عقدية إلى بقية العقود، بحيث يذهب الكل إلى المحكم كأطراف متعددين فى دعوى واحدة، أم يقتصر الأثر على الطرفين فى عقد واحد، بما يتضمنه من شرط التحكيم فلا يمتد إلى غيره.

ومن جهة أخرى وعلى نقيض ما تم اقتراحه بواسطة ما تعرف بلجنة التحكيم الفرنسية، فإن المرسوم المعدل لقانون التحكيم بفرنسا قد اعترف بآثار اتفاق التحكيم فى إطار المجموعة العقدية، أو ما يسمى بمجموعات العقود، حيث سَمح هذا النص المستحدث للأطراف فى عقد واحد أو فى عقود متعددة بإخضاع النزاعات الناشئة من ذلك التعاقد أو تلك التعاقدات لقضاء التحكيم، والافتراض الأساسى الذى بنى عليه التعديل التشريعى هو وجود عقد إطارى رئيسى تنتج عنه تعاقدات أخرى متعاقبة زمنيا، ويذهب الفقه إلى أن المشرع الفرنسى إنما أراد إصدار نص صريح لا لبس فيه يحكم نظام التحكيم فى المجموعة العقدية، وعدم ترك الأمر للقواعد العامة أو بقية نصوص قانون التحكيم، بما يترتب عليه خطر الاختلاف فى الرؤى ووجهات النظر الفقهية[١] بعد ذلك.

وقد ذهب الجانب الأكبر من الفقه وأحكام القضاء إلى تأييد امتداد شرط التحكيم فى إطار المجموعة العقدية، ولكن وفقا لضوابط وشروط ينبغى توافرها. وقالوا بأن واقع المعاملات الكبرى والتجارة الدولية والمشروعات العملاقة يتطلب امتداد شرط التحكيم إلى كل أطراف تعاقدات المجموعة، ويعزون ذلك الامتداد إلى أن العلاقة التعاقدية التى ورد بخصوصها التحكيم يمكن أن يحدث بها تغيرات تنتج تعديلا فى مدى تطبيق الاتفاق التحكيمى من

[١] Gaillard (E.) : Le nouveau droit francais de l'arbitrage intern et international, Recueil, Dalloz – ٢٠ Janvier ٢٠١١, p. ٢٨١.

حيث الأطراف، وبالتالى يمتد الاتفاق التحكيمى إلى أطراف أخرى لم توقع عليه إطلاقا[١].

مبررات امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير فى المجموعة العقدية:

١) وجود استثناءات على قاعدة النسبية خاصة للمستفيد:

ناصر البعض امتداد شرط التحكيم لأنه يقوم على إرادات الأطراف التى أبرمت العقد الأصلى، لذا فهو عقد شأن كافة العقود، وخاضع لقاعدة القوة اللازمة للعقد، ولمبدأ النسبية فى آثار العقد، التى تقضى بانحسار آثار العقد بين طرفيه فقط[٢]، بيد أن القاعدة الأخيرة غير مطلقة، وورد عليها عديد الاستثناءات من أجل المصلحة المشروعة، وجاءت الاستثناءات بناء على مقتضى نصوص القانون، المكملة منها والآمرة، فيستطيع الطرفان الاتفاق على أن تمتد آثار التعاقد للغير ليستفيد منها، مثل نظام الاشتراط لمصلحة الغير سالف البيان، كما أن من مبررات الاستثناء هنا التمييز بين القوة اللازمة فى ذاتها وبين الاحتجاج بها فى مواجهة الأطراف وغيرهم، كأساس لمشروعية الوضع القانونى الاجرائى والموضوعى على حد سواء، وبالتالى تكون قوة اتفاق التحكيم، باعتبارها تصرفا إجرائيا، قاصرة على الطرفين من حيث الآثار، وبالتالى يكون اتفاق التحكيم شأنه شأن كافة العقود يقبل الانتقال إلى غير الأطراف.

٢) شرط التحكيم يعتبر عقد، فيمكن لطرفيه نقله والتنازل عنه:

ولأن التحكيم نظام غير اجبارى يتم بالاتفاق، لذا فهو حق للاطراف المتنازعة، فلا يمكن لاحد الطرفين وحده دون قبول الاخر اللجوء للتحكيم

---

[١] منة الله محمود مصيلحى ، بحث بعنوان "خصوصية شرط التحكيم فى المجموعة العقدية" ، بدون ناشر ، سنة ٢٠١٧ ، ص ١٢ وما بعدها.

[٢] حسام الدين فتحى ناصف ، قاعدة منع قضاء الدولة من نظر موضوع المنازعة ، مرجع سابق ، ص ١٧.

منفردا، لذلك وجد الفقه اختلافا فى الحق الموضوعى لشرط التحكيم عن الحق الموضوعى للتعاقد الأصلى[١]، ولأن الاتفاق على التحكيم ينشئ حقا إجرائيا يقتضى اتباع بعض الإجراءات اللازمة لعملية التحكيم، وذلك لحماية الحق الموضوعى الوارد بالعقد الأصلى، فى طريق تحقيق وإنهاء المنازعة القائمة بينهما، فاعتبر الفقه أن شرط التحكيم اتفاق إجرائى، وهو ما يميزه عن الالتزامات الموضوعية الواردة بالعقد الأصلى. وحيث أن طرفى التعاقد الاصلى متفقان على شرط التحكيم صراحة، وذلك فى حالات النزاع حول التنفيذ، فإنهما يستمدان حق اللجوء للتحكيم من الاتفاق ذاته، ولأنه عقد بالمعنى الفنى المعروف فى القانون الخاص[٢]، فيجوز تبعا لذلك مد آثاره إلى الغير، كما يجوز نقل آثاره والتنازل عنه، ما لم يكن اتفاق التحكيم مبنيا على الاعتبار الشخصى فى طرفى العقد الأصلى أو أحدهما.

٣) إلزامية الشرط التحكيمى الوارد بالتعاقد الأصلى تبرر نقله:

يذهب أغلب الفقه[٣] للقول بأن اتفاق التحكيم، ورغم أنه له خصائص الاستقلال عن العقد الأصلى، بحسب الرأى الراجح، إلا أنه ينتقل مع العقد الأصلى إلى الغير المتنازل اليه أو المشروط لصالحه، فشرط التحكيم مقرر لحماية التعاقد الأساسى[٤]، وهو مثال نموذجى للالتزامات الإجرائية الناشئة عن ذلك العقد، ومن ثم ينتقل شرط التحكيم كتابع من توابع الحق الموضوعى

---

[١] لمزيد من الاطلاع انظر: حسام الدين فتحى ناصف ، قاعدة منع قضاء الدولة من نظر موضوع المنازعة، مرجع سابق، ص ١١ وما بعدها.

[٢] قريب من هذا: فيصل ذكى عبد الواحد ، المسؤولية المدنية فى اطار الاسرة العقدية ، مرجع سابق ، ص ٨٧؛ محمد طاهر الهلالى ، نسبية أثر اتفاق التحكيم ، مرجع سابق، ص ٣٧٤.

[٣] حسام الدين فتحى ناصف ، قاعدة منع قضاء الدولة من نظر موضوع المنازعة ، مرجع سابق ، ص ١٧.

[٤] Redfern and Hunter: On international arbitration (٦th edition) Blackaby, Partasides, ٢٠١٥, p.١١.

الناشئ عن العقد الأصلى.فى حين يرى البعض[١] أن اتفاق التحكيم، والتزاما بقاعدة الاستقلال، لا ينتقل مع الالتزام الأصلى إلى الغير إلا باتفاق صريح أو ضمنى بين طرفيه.

٤) امتداد اتفاق التحكيم فى مجموعات العقود يحقق مصالح مشروعة:

أن امتداد اتفاق التحكيم فى حالات كثيرة منها عقود التجارة الدولية ينشأ عنه خضوع المنازعات التعاقدية لعقود المجموعة لقضاء التحكيم كبديل لقضاء الدولة، وما يرتبط بذلك من تطبيق قواعد تنازع الاختصاص الخاصة بالتقاضى. وبالتالى يحقق التحكيم فى مجال التجارة مصالح عظيمة، حيث يمنع إشكالية تعدد جهات الاختصاص، بما يترتب عليها من تضارب فى الاحكام والقرارات القضائية الصادرة بشأنها، رغم أنها جميعها تصدر بشأن نزاع واحد لتعاقد وحيد وبين ذات الاطراف[٢].

كما أن اللجوء إلى التحكيم الاختيارى بشأن عقود التجارة الدولية يؤدى كذلك إلى تطبيق قانون واحد متفق عليه مقدما بين الأطراف، الخصوم، وهو أيضا ما يؤدى إلى سرعة الفصل فى موضوع النزاع، بما ينعكس على التجارة الدولية بالاستقرار وسرعة الإنجاز[٣].

أولا: كيفية الامتداد فى مجموعة التصرفات المتعاقبة على مال واحد:

فيما يتعلق بالسلسة العقدية، أو مجموعة التعاقدات الواردة على مال واحد، أو حالات التعاقد المتتالية بين الاشخاص وتتصل بعلاقات عقدية من طبيعة معتادة، أو تلك التى تتعلق بنفس الموضوعات أو المسائل المتشابهة، فإن بعض تلك العقود المتعاقبة قد يتضمن أحدها شرط التحكيم، فقد يتم الاتفاق بين شخصين على إبرام عقود متعاقبة خاصة بتأجير ذات الشقق

[١] محمد نور شحاتة ، مفهوم الغير فى التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٦٦ وما بعدها.
[٢] محمد طاهر الهلالى ، نسبية أثر اتفاق التحكيم ، مرجع سابق، ص ٣٧٥.
[٣] انظر: محمد نور شحاتة ، مفهوم الغير فى التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٦٦ وما بعدها.

المصيفية فى ذات المدينة، ويتكرر التعاقد بينهما سنويا، ويكون اتفاق التحكيم مدرج فى كافة تلك العقود عدا تعاقد واحد لم يتضمن الاتفاق التحكيمى[١]، فما مدى إمكان امتداد الاتفاق التحكيمى إلى ذلك العقد المشار اليه.

مال القضاء الفرنسى منذ زمن بعيد نسبيا إلى إرساء مبدأ الامتداد بشأن الاتفاق التحكيمى فى نطاق العقود المتعاقبة على ذات الشىء، سلسلة التعاقدات لنفس الأطراف، مؤسسا قضاءه على وجود روابط وثيقة بين تلك التعاقدات، لعل من أهم مظاهرها أن تلك التعاقدات تتم فى إطار المعاملات السابقة بين الطرفين، وكذلك تأسيسا على مبدأ العرف التجارى والعادة الاتفاقية. وذهبت بعض أحكام النقض الفرنسية إلى بناء ذلك الاتجاه على وجود شكل من أشكال التبعية الاقتصادية بين التعاقدات المتعاقبة[٢].

فقد صدرت العديد من الأحكام القضائية فى فرنسا على أساس التعاملات السابقة وعرف التعامل، كأساس قانونى يمتد به شرط التحكيم فى نطاق المجموعة العقدية، حيث يحدث فى تعاقدات التجارة الدولية أن تنعقد علاقة مستمرة بين ذات الأطراف، ويستشف ذلك من انعقاد عدد من الاتفاقات تتناول

---

[١] حفيظة السيد الحداد ، بحث بعنوان "التحكيم بالاشارة بين منهج تنازع القوانين ومنهج القواعد المادية"، مجلة الحقوق الصادرة عن حقوق الاسكندرية ، العدد ٩٥ سنة ١٩٩٥، ص ١٧١ وما بعدها.

[٢] وهنا يثور التساؤل حول طبيعة المسألة التى يثيرها شرط التحكيم عندما يتمسك أو يحتج به فى مواجهة الغير, الواقع أن الإجابة تتوقف على تكييف الشرط ،ونعتقد أن المسألة تتعلق بأثر العقد ، فيحكمها إذن قانون العقد ، lexcontractus أو قانون الإرادة، ولكن استقلال شرط التحكيم من شأنه العمل على عدم إخضاع الشرط للقانون الذى يحكم العقد الأصلى، ولكن أى قانون يحكم هذا الشرط ؟ هل القانون الواجب التطبيق على الإجراءات ؟ يذهب بعض الفقهاء الى القول بذلك كما تجرى بعض أحكام القضاء على أن آثار شرط التحكيم من طبيعة إجرائية. بيد أن القضاء الفرنسى يذهب الى ما هو أبعد من ذلك واعتبر استقلال شرط التحكيم وسيلة لمنع تطبيق أى قانون ، وانما يعد بمثابة قاعدة موضوعية على مشروعيته وصحته ، وبهذا تتعقد المشكلة أكثر فأكثر ، فكونها قاعدة صحة فانها يترتب عليها على الفور امتداد آثار شرط التحكيم ، ومنحها بعض الاستمرارية من حيث الزمان ، وهو ما أطلق عليه البعض "بنهائية شرط التحكيم"، ويعنى أنه متى تم الاتفاق على التحكيم فلا يستطيع أحد الطرفين بإرادته المنفردة الانسحاب من هذا الشرط أو عدم تطبيقه ولا أثر لتغيير المراكز العقدية فى العقد الأصلى على بقائه واستمراره.

ذات طبيعة المحل أو حتى طبيعة مشابهة، ويتواتر التعاقد بينهم على إدراج الشرط التحكيمى لتسوية النزاعات الناشئة، ثم يتم إبرام تعاقد لاحق فى ذات السلسلة لا يتضمن الشرط، وقد ذهبت أحكام القضاء وهيئات التحكيم الدولية بتأييد امتداد الاتفاق التحكيمى على العقود اللاحقة فى السلسلة، حتى مع عدم إدراج الشرط، ومن هذا ما حكمت به محكمة استئناف باريس بتنفيذ حكم تحكيمى صدر عن هيئة تحكيم فى الولايات المتحدة ضد إحدى الشركات الفرنسية، حيث امتنعت الأخيرة عن تنفيذ حكم التحكيم بزعم أن الشرط التحكيمى لم يرد بالعقد موضوع المنازعة، حيث أن تلك الشركة أبرمت عقدين مع شركة امريكية متخصصة فى تجارة اللحوم، أحدهما فى يوليو والآخر فى اغسطس من ذات السنة، ولما وصلت الكمية الأولى إلى أحد الموانئ الفرنسية، اتضح للشركة المدعى عليها أن الشحنة غير مطابقة للمواصفات القياسية، فأخطرت نظيرتها الأمريكية بضرورة إرجاء الشحنة الثانية إلى أن تتم تسوية المنازعة الخاصة بالشحنة الأولى، إلا أن الشركة الأخيرة كانت قد حركت السفينة الحاملة للشحنة بالفعل، مما اضطرها إلى بيع شحنة اللحوم الثانية بأسعار أقل لمشترى آخر. فاتخذت الشركة الأمريكية إجراءات دعوى تحكيمية ضد الفرنسية لدى جمعية تحكيم بالولايات المتحدة وطلبت فيها التعويض الكامل.

وقد صدر الحكم هيئة التحكيم الامريكية يلزم فيه الشركة الفرنسية بأن تدفع التعويض لمصلحة الشركة الأمريكية مقدرة الفرق النقدى بين الثمن المتعاقد عليه بينهما والثمن الاضطرارى الذى بيعت به الشحنة الثانية، مضافا اليه فوائد مستحقة طبقا للقانون، ولكن عند تنفيذ ذلك الحكم بفرنسا قدمت الشركة الفرنسية طعنا فى أمر التنفيذ تأسيسا على صدور العقد بين الشركتين غير مشتمل على الشرط التحكيمى، بيد أن محكمة استئناف باريس قد حكمت برفض الطعن وتأييد الحكم الطعين، وقد أسست المحكمة حكمها على امتداد

الشرط التحكيمى، وبأنه إذا كان التعاقد محل التداعى لم يشتمل على اتفاق للتحكيم، فان العقد الأول والمنعقد بين ذات الأطراف ومن ذات الطبيعة قد اشتمل على شرط التحكيم، إضافة لوجود عشرات التعاملات السابقة بين نفس الشركتين، على تصدير واستيراد اللحوم من الولايات المتحدة، وكلها تضمنت شرط التحكيم أمام ذات الهيئة التحكيمية[١].

كما ذهبت بعض أحكام القضاء الفرنسى ذات الاتجاه الخاص بالامتداد، ولكن تأسيسا على فكرة التبعية الاقتصادية القائمة فى نطاق المجموعة العقدية: "فالتعاون بين شركة إيه بى إس الفرنسية المتخصصة فى تصنيع الهواتف المحمولة ومحطات الإرسال وشركة إيه إم أى البلجيكية المتخصصة فى تصنيع الأجهزة الالكترونية، وأن الشركة الفرنسية المشار اليها قد تعاقدت مع شركة أمكور الامريكية على بيع منتجات الكترونية، وكان التعاقد الأخير يشتمل على اتفاق تحكيمى ينعقد الاختصاص به لهيئة تحكيمية أمريكية شهيرة، ثم تعاقدت الشركة الأخيرة مع شركة انام الكورية الجنوبية كأحد مصنعى الأجهزة الالكترونية، واشتمل التعاقد الأخير على شرط تحكيمى ينعقد الاختصاص فيه لجمعية التحكيم بولاية كاليفورنيا، ولما كانت الأجزاء يتم تصنيعها بواسطة المصنع الكورى، فقد كانت تسلَّم مباشرة إلى الشركة الفرنسية، وغلفتها الأخيرة وسلمتها للشركة البلجيكية. ولكن ظهرت بعض العيوب فى الأجزاء المسَلمة، فرفعت الشركة الفرنسية دعوى ضد الشركة الأمريكية وضد شركتين تابعتين لها فى مجموعتها الاقتصادية، كما رفعت دعوى ضد الشركة الكورية أمام قضاء الدولة الفرنسى، فدفعت الشركتان المدعى عليهما بعدم اختصاص قضاء الدولة بنظر النزاع أمام محكمة الاستئناف، على أساس أن الروابط بين تلك الشركات تشكل سلسلة متجانسة من الروابط الناقلة للحقوق، بما مؤداه أن التعاقدات الرابطة بين الأطراف

[١] Court d'appeal de Paris ; ٢٥ mars ١٩٨٣, rev. arb., ١٩٨٤ , p. ٣٦٢ note j. Robert.

جميعها تعد عقود شراكة لا بيوع، فرفضت المحكمة الدفوع وحكمت فى الدعوى.

غير أن الشركتان الأمريكية والكورية طعنتا فى حكم الاستئناف، مؤسستين دفوعهما على أن الروابط بين تلك الشركات تشكل سلسلة متجانسة من الروابط الناقلة للحقوق، بما مؤداه أن التعاقدات الرابطة بين الأطراف جميعها تعد عقود شراكة لا بيوع، ومن ثم يمتد الشرط التحكيمى إليها جميعها، فدفعت الشركة الفرنسية بأن الشرط التحكيمى لا يجوز انتقاله أو مده سوى بصدد العقود المتجانسة والناقلة للملكية فى آن. وبأن التعاقدات بين تلك الشركات المختلفة لا تمثل السلسلة المتجانسة، فبعضها عقد بيع وبعضها عقد مقاولة وبعضها عقد دعم فنى.

فحكمت محكمة النقض الفرنسية بأن العقود المتعاقبة الناقلة للملك ينقل معها الشرط التحكيمى تلقائيا ودون حاجة إلى اتفاق مستقل، حيث ان اتفاق التحكيم تابع لحق التداعى، والأخير يتبع الحق الموضوعى المنتقل، بلا تأثير أو اعتبار لمسألة التجانس، وأضافت المحكمة بأن الشرط التحكيمى فى عقود التجارة الدولية يمتد بين أطراف العقود جميعهم مباشرة عند تنفيذها، كما يمتد إلى المنازعات الناشئة عن تنفيذها"[١].

غير أنه عندما تكون التعاقدات الأخرى مقتصرة بدورها على إتمام التعاقد الأصلى، وبالتالى فهى تعاقدات لاحقة عليه، ومرتبطة به أيضا، فإذا اتفق الاطراف فى التعاقدات اللاحقة على اللجوء إلى قضاء الدولة بشأن المنازعات الناشئة عن العقود الأخيرة، وعلى الرغم من إبرامها بداخل المجموعة العقدية المتجانسة وغير القابلة للتبعيض، فإن هذا الاتفاق الصريح يؤكد بما لا يدع مجالا للشك أن هذه التعاقدات ترمى إلى إقصاء القضاء التحكيمى عن نظر

[١] Cassasion ١ , no; ٠٤-٢٠٨٤٢ , ٢٧ mars ٢٠٠٧ , bull ٢٠٠٧ , ١ , p. ١٢٩.

نزاعاتها، وأنها تسلك مسلكها الأصلى أمام القضاء العام عند حدوث نزاع خاص بها[١].

وقد قررت الجمعية العمومية لدوائر محكمة النقض الفرنسية حسم الخلاف بين دوائرها حول طبيعة حق صاحب العمل فى الرجوع على مقاول الباطن بدعوى المسؤولية، حين أكدت أن الحق يجد مصدره الأول فى قواعد المسؤولية العقدية، بالاستناد لمفهوم المجموعة العقدية، وأن صاحب العمل له الرجوع بتلك المسؤولية من خلال الدعوى المباشرة قبل مقاول الباطن، رغم غياب التعاقد فيما بينهما، نظرا لتواجد علاقة عقدية، بعقد المقاولات الأصلى ثم عقد المقاولة من الباطن. وقررت كذلك بأنه يبين من ظروف المسألة أن أثر الالتزام العقدى، ومن أمثلته الشرط التحكيمى الواقع على عاتق الأطراف، انما تتفق عليه نحو تحقيق غرض جمعى فى مجال عقودهم، فيمتد بالتالى اتفاق التحكيم فى نطاق المجموعة من العقد الوارد به الشرط لبقية التعاقدات، من غير أن يكون لاختلاف الصفة بكل تعاقد أى عائق نحو تحقيق امتداده[٢].

---

[١] وإضافة الى ما تقدم فإن التحكيم طريق استثنائى لفض الخصومات قوامه الخروج عن طريق التقاضى العادى ، ولذلك فان شرط التحكيم يعد من الشروط الاستثنائية ، بمعنى أنه استثناء من قاعدة أساسية وهى اختصاص قضاء الدولة بنظر المنازعات، ووصف الاستثناء يظل لصيقا بهذا الشرط رغم شيوع اللجوء اليه فى التجارة الدولية، والقاعدة أن الاستثناء لا يجوز التوسع فيه ولا يتعدى أطرافه ولا يقاس عليه. وبالتالى لا يعتبر الغير طرفا فى هذا الشرط ولا يلتزم به الا بقبول صريح بناء على نص خاص بالسند المتضمن الإحالة لهذا الشرط التحكيمى.

[٢] مذكور فى: محمد طاهر الهلالى ، نسبية أثر اتفاق التحكيم ، مرجع سابق، ص ٣٧٨.
"أما عن اشتراط التجانس بين عقود المجموعة العقدية لتحقيق امتداد الاتفاق التحكيمى فالاصل ان يكون التجانس موجودا بين عقود تلك المجموعة حتى يمكن القول بوجود غرض مشترك نحو تنفيذ عملية تجارية دولية واحدة، فاذا لم يتحقق هذا التجانس وكان الاختلاف بينا واضحا بين عقود المجموعة فانه يشترط فى هذه الحالة حتى يتحقق الامتداد ان يكون اطراف التعاقدات على علم بشرط التحكيم المدرج. وفى هذا الخصوص رفضت محكمة النقض المصرية امتداد شرط التحكيم من عقد البيع الى عقد النقل على اساس ان الشركة الناقلة لم تكن طرفا فى عقد البيع رغم ان الاخيرة هى التى تمسكت بتطبيق اتفاق التحكيم فى منازعاتها مع الشركة المتعاقدة معها وقد جاء فى حيثيات الحكم انه: "وان كان يبين من مدونات الحكم المطعون فيه ان الشركة الطاعنة المشترية قد اتفقت مع الشركة البائعة بمقتضى عقد البيع المبرم بينهما على ان كل نزاع ينشأ عن هذا العقد يكون الفصل

كما أن محكمة النقض الفرنسية ذهبت للأخذ بمفهوم امتداد اتفاق التحكيم فى حالة ثبوت علم أطراف التعاقدات اللاحقة بوجود شرط التحكيم، ففى دعوى أخرى قررت محكمة الاستئناف بأن يمتد اتفاق التحكيم إلى الشركة الناقلة، وهى شركة تونس للملاحة، بالرغم من أنها لم توقع على العقد الذى ورد به الاتفاق التحكيمى، وجاء حكم المحكمة لثبوت علم الشركة الأخيرة بشروط التعاقد التى وردت بالعقد الأصلى من خلال تدخلها لتنفذ عقد نقل البضاعة المبيعة. وقالت المحكمة بأن الشركة المذكورة عندما وافقت على تنفيذ التعاقد المبرم باعتبارها الناقل للبضاعة، فتكون قد وافقت ضمنا على الشروط الاتفاقية الواردة بالعقد الأصلى، ومنها الشرط التحكيمى. ثم أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الحكم من حيث الموضوع[١].

ثانيا: كيفية الامتداد فى مجموعة التصرفات المرتبطة بهدف واحد:

سبق القول بأن مجموعة التصرفات المرتبطة بهدف واحد يقصد بها تلك التعاقدات المتعددة المبرمة لتحقيق غرض مشترك، وبالتالى يجمع بينها السبب الواحد، وأغلب تلك العقود هى تلك المتعلقة بمجال التجارة الدولية، والتى يصعب إنجازها بوسيلة واحدة أو بتعاقد منفرد، أو حتى بعملية اقتصادية موحدة، فيتحتم إذن أن تتم الصفقة من خلال إبرام عدد من العقود أو عدد من العمليات، بهدف التوصل للغرض المنشود من إبرامها، وفى الواقع العملى تبرم تلك الكيانات عقد إطارى أساسى، وبموجبه يعين الأطراف المبادئ الأساسية الحاكمة للعقود القادمة، وعادة ما تسمى بتعاقدات التنفيذ، وتستهدف الأخيرة

فيه من اختصاص هيئة التحكيم واذا لم تكن الشركة الناقلة طرفا فى هذا العقد وانما تتحدد حقوقها والتزاماتها على اساس عقد النقل المبرم بينها وبين الشركة البائعة، فان شرط التحكيم الوارد فى عقد البيع لا يمتد اثره الى الشركة الناقلة، ولا يمكن لها التمسك به لدى قيام منازعة بين الشركة الاخيرة وبين الشركة الطاعنة، وذلك تطبيقا لمبدأ القوة اللازمة للعقد". حكم لمحكمة النقض المصرية فى الدعوى رقم ٥١٠ لسنة ٣٥ ق بجلسة ٢ يناير سنة ١٩٧١ ، مجموعة المكتب الفنى ، العدد الاول سنة ١٩٧١ ، س ٢٢ ، ص ١٤٥ وما بعدها.

[١] Cassasion ١ , , ٢٥ juin ١٩٩١ , rev. arb., ١٩٩١ , p. ٤٥٣.

تنفيذ الالتزامات المختلفة التى وردت بالتعاقد الرئيسى الإطارى، والذى يتميز بتوافر إرادة حقيقية عند أطرافه، بوضع التصور النموذجى لشكل ومضمون التعاقدات اللاحقة، ومن ثم تخضع التعاقدات اللاحقة للعقد الرئيسى، طبقا لإرادة الاطراف أنفسهم، والتى عبروا عنها من خلال التعاقد الإطارى[١].

ويذهب الجانب الغالب من فقه القانون الخاص إلى أنه إذا ورد الشرط التحكيمى فى العقد الرئيسى، ففى هذه الأحوال يتم مد الشرط لبقية التعاقدات المنفذة للتعاقد الرئيسى، على اعتبار أن الاخيرة أبرمت لتنفيذ العقد الرئيسى، ومن تطبيقات القضاء فى هذا السياق ما جاء فى حكم صادر من إحدى المحاكم الفرنسية فى قضية شركة samin، حيث أبرمت إحدى الشركات تعاقدا مع الشركة العربية للمناجم الموريتانية، وكان التزامها الرئيسى إعادة تشغيل مناجم النحاس والكبريت، ومن أجل تحقيق الهدف الرئيسى للتعاقد أبرم الجانبان عقدين أساسيين، سنتى ١٩٨٢ و١٩٨٣، الأول يهدف إلى دراسة المشروع، بينما يستهدف الثانى تشغيل المناجم، وقد اشتمل كلا العقدين على اتفاق التحكيم، وعلى أن يكون عرض النزاع على غرفة التجارة الدولية، ثم تم التعاقد بينهما لاحقا عدة مرات بهدف تنظيم الدخل المالى للمناجم، ولم يتضمن أى منها شرطا للتحكيم. ولكن منازعة قامت بين الطرفين لخلاف فى طريقة التنفيذ، فرفعت الشركة الفرنسية دعوى أمام محكمة تجارية فى فرنسا، تأسيسا على نشوب النزاع بصدد تنفيذ تعاقد غير متضمن لاتفاق تحكيمى، فدفعت الشركة المدعى عليها بعدم اختصاص المحكمة لوجود شرط تحكيم بالعقد الإطارى، فحكمت المحكمة التجارية بفرنسا فى مارس ١٩٩٠ برفض نظر الدعوى نظرا لامتداد اتفاق التحكيم إلى التعاقد محل النزاع الماثل أمامها. كما قالت المحكمة بأنه من الثابت أن التعاقدات اللاحقة تم توقيعها تنفيذا للعقد الرئيسى، الإطارى، وهو التعاقدين المبرمين بينهما سنتى ١٩٨٢ و١٩٨٣،

[١] داليا عبد المعطى حسين على ، التراضى كأساس لاتفاق التحكيم ، رسالة دكتوراة ، حقوق القاهرة ، سنة ٢٠٠٧ ، ص ٢١٣.

فتضحى التعاقدات اللاحقة لهما خاضعة لذات الأحكام التى وردت بالتعاقد الأساسى، ومن ثم يمتد اليهم جميعا آثار اتفاق التحكيم[١].

وإذا تتبعنا الطرق المتصورة لورود الشرط التحكيمى فى مجموعة العقود المترابطة على أساس من وحدة الهدف أو السبب، لوجدنا أنها تتراوح بين ثلاث صور وهى: إما ورود شرط التحكيم فى العقد الرئيسى فقط، مع عدم ذكره فى العقود اللاحقة المنفذة للعقد الأساسى، وإما ورود شرط التحكيم فى بعض أو كل العقود المنفذة للاتفاق أو العقد الأساسى، مع عدم ورود الشرط فى العقد الأساسى، وإما ورود الشرط التحكيمى فى كل التعاقدات بدءًا من العقد الرئيسى وانتهاء بكافة العقود التنفيذية اللاحقة، سواء جاء الشرط متطابقا فى كافة العقود أو اختلفت أحكامه من عقد الى الآخر. وذلك على التفصيل التالى:

الصورة الأولى: ورود شرط التحكيم بالعقد الأساسى فقط وعدم ذكره فى العقود الأخرى المنفذة له:

فإذا ورد اتفاق الطرفين على التحكيم فى منازعاتهم الناشئة عن التعاقد الرئيسى ففى هذه الصورة يمتد الاتفاق التحكيمى الى العقود الاخرى اللاحقة، على سند من أنها أبرمت جميعها لتنفيذ التعاقد الرئيسى أو حتى بالاشارة الى هذا العقد، فلا تثير هذه الصورة صعوبة كبيرة من الوجهة القانونية، فالامتداد هنا يتم فعلا ويسرى على بقية التعاقدات، بدون حاجة إلى تكرار النص

[١] Trub. Commercial de Bobigny , ٢٩ mars , ١٩٩٠, Arret sofremines c. samin, rev. arb. ١٩٩٢, p. ٦٨.
مذكور فى: محمد طاهر الهلالى ، نسبية أثر اتفاق التحكيم ، مرجع سابق، ص ٣٧٧.

التحكيمى فى بقية التعاقدات المنفذة، فتلك العقود المتأخرة ما أبرمت إلا من أجل وضع العقد الرئيسى موضع التنفيذ[١].

ففى الصورة الماثلة نجد أن ظروف التعاقد تشير بوضوح إلى اتجاه إرادات الأطراف المتعاقدة إلى اللجوء إلى نظام التحكيم، وبأن يمتد شرط التحكيم إلى تلك العقود، فإذا اعتبرنا أن العقد الإطارى الأساسى أصل، تتبعه فروعه المتمثلة فى العقود المنفذة له، لكان من المنطقى تطبيق قاعدة أن الأصل يتبعه الفرع، ومن ثم تحكم منازعات الفروع ما ورد من أحكام بالعقد الإطارى، وذلك بخصوص التحكيم وإجراءاته والقانون واجب التطبيق.

كما يؤيد هذا المنحى ما ورد من أحكام بقانون الإجراءات المدنية فى فرنسا، وخاصة المادة (١/١٤٤٢) منه، والتى تذهب إلى أن اتفاق التحكيم ما هو إلا اتفاق يخضع بموجبه طرفا عقد أو أطراف عدد من الاتفاقات، لأسلوب التحكيم، فى نزاعاتهم الناشئة عن هذا العقد أو هذه العقود، وبذلك يعترف المشرع الفرنسى بامتداد آثار اتفاق التحكيم فى نطاق المجموعة العقدية. كذلك تؤكد المادة المشار إليها أن الصورة التى نحن بصددها، وهى إبرام تعاقد إطارى ينشأ عنه تعاقدات لاحقة متوالية وقتيا، وتهدف إلى تنفيذ التعاقد الأول، فيشير النص بجلاء إلى امتداد شرط التحكيم "إلى عقود"، واللفظ ورد فى صيغة الجمع، وهو ما يؤكد اتجاه قصد المشرع إلى تعاقدات المجموعة العقدية جميعها[٢].

---

[١] أحمد مخلوف ، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية ، دراسة تحليلية تأصيلية ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠١٥، ص ٢٤٥.؛ وقريب منه: داليا عبد المعطى حسين على ، التراضى كأساس لاتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٢١٠ وما بعدها.

[٢] أحمد على حسن عثمان ، الغير واتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٢٧٣. ومن التطبيقات القضائية لهذه الصورة ذلك الحكم الذى أصدرته محكمة تجارية فى فرنسا بتاريخ ٢٩ مارس سنة ١٩٩٠، والذى مد اثر اتفاق التحكيم الذى ورد بالتعاقدات الاطارية الى التعاقدات التابعة لها، وتتلخص واقعات الدعوى فى ان احدى الشركات الفرنسية قد تعاقدت مع احدى الشركات باحدى الدول العربية لاعادة تشغيل منجم للكبريت والنحاس ومن اجل

كما يذهب غالب الفقه إلى أن المادة التالية للمادة المشار إليها تجيز نشوء اتفاق التحكيم من مجرد مراسلات أو وثائق أو مستند واحد، أحال إلى أى منها العقد الإطارى، وأن هذه الأحكام قصد منها المشرع الفرنسى أن يجنب الأطراف نشوء أى خلاف بصدد الامتداد الخاص بشرط التحكيم إلى التعاقدات التنفيذية، خاصة أن المذكرة الايضاحية لتعديلات قانون الإجراءات المدنية بفرنسا أكدت أن تلك النصوص المعدلة تمثل ما ساد فى التطبيق من خلال أحكام القضاء الفرنسى، والتى تفصل فى منازعات نشأت عن عقود تضمنت شرط التحكيم فى مجال المجموعات العقدية، وذلك فى الحالات التى تكون فيها التعاقدات مكملة لبعضها، أو أن أطراف العقد قد قبلوا تنفيذ التعاقد المشتمل على الشرط التحكيمى فى إطار مجموعة عقدية[١].

الصورة الثانية: ورود شرط التحكيم فى بعض أو كل العقود المنفذة للاتفاق أو العقد الأساسى، مع عدم ورود الشرط فى العقد الأساسى:

إذا ورد اتفاق التحكيم فى أحد العقود التنفيذية للعقد الاطارى بدون أن يتضمنه العقد الإطارى، هو أمر محل خلاف من جانب القضاء وفقه القانون الخاص، حيث ذهب بعض الفقه إلى أنه ينبغى تفسير إرادة أطراف التعاقد

هذا تم ابرام عقدين بين هاتين الشركتين، تعلق الاول منها بدراسة المشروع واعداد دراسات الجدوى الاقتصادية، بينما تعلق الاخر بكيفية تشغيل المنجم، وقد تضمن كلا من العقدين شرط يقضى باحالة كل النزاعات الناتجة عن العقدين الى غرفة التجارة الدولية وان يكون مقر التحكيم فى مدينة جنيف، ثما أبرما بعد ذلك عدة عقود بهدف تنظيم العائد المالى لاستغلال المنجم محل العقد، ولم تتضمن التعاقدات اللاحقة شرط التحكيم، وبسبب نشوء نزاع بين الشركتين قامت الفرنسية بتحريك دعوى امام تلك المحكمة بفرنسا على أساس من أن المنازعة التى حدثت كانت بخصوص أحد العقود غير المشتملة على شرط التحكيم، لكن المحكمة التجارية قررت عدم اختصاصها بنظر الدعوى بحجة أن الثابت أن تلك العقود التالية كانت قد ابرمت فى نطاق العلاقات التعاقدية بين الاطراف لتنفيذ العقدين الاساسيين الاطاريين، ونتيجة لذلك تكون تلك العقود اللاحقة خاضعة للاحكام الواردة بالعقودالاطارية،ومن ثم يحكمها شرط التحكيم الوارد بهما. Trub. Commercial de Bobigny , ٢٩ mars , ١٩٩٠, Arret sofremines c. samin, rev. arb. ١٩٩٢, p. ٦٨.

[١] قريب من هذا انظر: اسامة ابو الحسن مجاهد ، قانون التحكيم الفرنسى الجديد ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠١٢ ، ص ٣٧.

بكل حالة على حدة، لنقف على الإرادة الحقيقية لكل منهم إزاء قبولهم لشرط التحكيم[١]، وهو الرأى الذى رفضه جانب آخر من الفقه، على أساس أن امتداد اتفاق التحكيم ينبغى أن يكون مبنيا على أسس قانونية رصينة، فيكون للقضاء إمكانية مراقبة توافر الشرط وكيفية تطبيقه من جانب هيئات التحكيم، ولعل أهم تلك الأسس ورود اتفاق التحكيم فى نطاق تنفيذ ذات العلاقة محل النزاع، فإن تحقق هذا الشرط أضحى امتداده إلى بقية العقود فى المجموعة ملزما، بغض النظر عن موقع العقد الذى اشتمل عليه بالمجموعة العقدية.

فعند ورود اتفاق التحكيم فى عقد من عقود المقاولات من الباطن، رغم عدم تضمينه العقد الرئيسى، فإن صاحب العمل يمكنه رغم ذلك اختصام مقاول التعاقد الأصلى لدى هيئة التحكيم أو المحكم، كما أنه له اختصام مقاولى الباطن لدى ذات القضاء التحكيمى، بالرغم من أنه ليس بطرف فى التعاقد الذى ورد فيه ذاك الشرط، وذلك بالاستناد إلى أن جميع العقود تمضى فى نطاق عملية تجارية واحدة[٢]، أبرمت لأجلها عدة عقود تخدم ذات الهدف.

غير أن هذه الصورة كانت محل خلاف سواء بين الفقه أو بين أحكام القضاء، فذهب جانب إلى أنه إذا اتضح أن رضاء الأطراف فى العقد الإطارى قد تحصّل بشأن تحمل آثار الشرط التحيكمى الوارد بالعقود اللاحقة، فإن الشرط ينتقل إليهم، أما إذا لم يثبت رضاهم به اقتصرت آثاره على أطراف التعاقدات اللاحقة فحسب ولم تمتد إلى أطراف التعاقد الإطارى[٣].

---

[١] Fouchard (Ph.) , Gaillard (E.) et Goldman (B.) ;Traite de l'arbitrage commercial international, ٢٠٠٠. No. ٥٢٢, p. ٣٢٠.

[٢] قريب من هذا انظر: الأنصارى حسن النيدانى ، الأثر النسبى لاتفاق التحكيم ، دار الجامعة الجديدة ، سنة ٢٠٠٩ ، ص ٢٤٣ وما بعدها؛ أسامة ابو الحسن مجاهد ، قانون التحكيم الفرنسى الجديد ، دار النهضة العربية، سنة ٢٠١٢ ، ص ٣٩ وما بعدها؛ محمد طاهر الهلالى ، نسبية أثر اتفاق التحكيم ، مرجع سابق، ص ٣٧٧ وما بعدها.

[٣] سامى سراج الدين ، بحث بعنوان: "اشكالية مجموعة العقود المرتبطة بعقد المشاركة فى القطاع الخاص"، مجلة التحكيم العربى ، العدد ٢٦ بتاريخ يونيو سنة ٢٠١٦، ص ٢٠٤ وما بعدها؛ أحمد على حسن عثمان ، الغير واتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٢٧٤.

إلا أن جانب آخر من الفقه ذهب إلى ضرورة أن يمتد شرط التحكيم من التعاقدات التنفيذية إلى العقد الإطارى بالرغم من عدم ورودها بالأخير، وتم تأسيس هذا الاتجاه على سند من أن الامتداد ينبغى أن يكون قائما على أسس قانونية راسخة[١]، كما سبق القول، حتى يتحقق الدور الرقابى لقضاء الدولة، ومن ثم فالافتراض فى هذه الصورة أن اتفاق التحكيم يدور فى نطاق تنفيذ ذات العلاقة التعاقدية الدولية، وهو ما يبرر الامتداد لبقية العقود فى المجموعة بغض النظر عن موقعها صعودا وهبوطا، أى سواء ورد الشرط بالاتفاق الإطارى أو بالعقود الأخرى المنفذة له[٢].

الصورة الثالثة: ورود الشرط التحكيمى فى كل التعاقدات بدءا من العقد الرئيسى وانتهاء بكافة العقود التنفيذية اللاحقة، سواء جاء الشرط متطابقا فى كافة العقود أو اختلفت أحكامه من عقد الى الآخر:

[١] وقد أسس بعض الفقه الامتداد فى هذه الصورة على سند من فكرة التضامم المعروفة فى القانون الخاص، حيث يجوز للمضرور ان يرجع على المسؤول عن الضرر او على المتعاقد معه مباشرة، كما يمكن له الرجوع عليهما كلاهما معا وفقا لمبدأ التضامم، فقد استقرت محكمة النقض المصرية على ذلك، حيث قد بأن الزام صاحب العمل بتعويض الضرر الذى يلحق بالغير من فعل المقاول له مناطه ثبوت ان الخطأ الناجم عن ذلك الضرر قد وقع من المقاول، واثره جواز الرجوع من قبل المضرور على كل منهما، او على ايهما لاقتضاء التعويض، ومؤدى ذلك التزام محكمة النقض المصرية بموضوع التداعى فى حالة الرجوع على المتبوع والتحقق من وجود السلطة الفعلية او انعدامها ومدى مسؤولية المقاول عن الخطأ الذى تسبب فى الضرر، طعن نقض رقم ٩٨٧ لسنة ٥٨ ق والحكم بجلسة ١٢ مايو سنة ٢٠٠٢. مع العلم بأنه لا تثور هنا اى مشكلات ان كان الشخص المسؤول عن تحقق الاضرار هو المدين المباشر تجاه الدائن المضرور ، فيصح مثلا بذلك الحال مساءلته وفقا لمضمون وطبيعة التعاقد المبرم بينهما، اما الصعوبة فتأتى فى حالات اذا ما انتفى توافر العقد مباشرة مع المسؤول عن تحقق الضرر مع صاحب العمل الاصلى، او الدائن الاصلى. والالتزام التضاممى هنا يقوم على تعدد المسؤولين عن نفس الدين، او تعدد الروابط مع التزام كل منهم امام الدائن باداء الدين كله، فتكون ديونهم متميزة عن بعضها، نظرا لتعدد المصادر، ومن أهم أمثلة التضامم عندما يستخدم المدين بعقد ما شخصا اخر لتنفيذ التزامه العقدى فيكون فى هذه الحالة مسؤولا مسؤولية عقدية عن خطأ الغير المستعان به، مثل المؤجر فهو مسؤول عن تنفيذ التزامه الناشئ عن الايجار نحو المستأجر، فى حالات الترميم التى يقوم بها الاول.

[٢] أحمد مخلوف ، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية ، دراسة تحليلية تأصيلية، مرجع سابق، ص ٢٤٩.؛ وقريب منه: داليا عبد المعطى حسين على ، التراضى كأساس لاتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٢١٩ وما بعدها.

فنحن فى هذه الصورة أمام افتراضين رئيسيين، أما **الافتراض الأول**، وهو تطابق الشرط بكافة العقود، فلن يكون هناك خلاف فى امتداد الشرط إلى جميع عقود المجموعة، بل إنه تنفيذ مباشر لأحكام كل عقد على حدة، بل إن التطابق الخاص بأحكام هذا الشرط داخل كل التعاقدات سوف يزيل أى خلاف يعزى إلى اختلاف العبارات أو الصياغة.

أما فى **الافتراض الثانى** وهو ورود اتفاق التحكيم فى كافة عقود المجموعة، سواء عقدها الأساسى أو العقود اللاحقة، مع اختلاف الأحكام من عقد إلى آخر، فهو ما يثير المشكلات عند التنفيذ، ثم عند التداعى. فقد يرد فى أحدها أن التحكيم يكون أمام مركز معين على سبيل التحديد، ثم يرد الشرط فى تعاقد آخر من المجموعة مقررا التداعى أمام هيئة تحكيمية مختلفة، ثم قد يكون الاختلاف فى حالة تحديد محكم فرد مختلف فى كل عقد على حدة، وأيضا يثور الخلاف فى حالة وجود تعارض بين تلك العقود فيما يخص الإجراءات والقواعد الموضوعية واجبة التطبيق على النزاع.

وللتعامل مع هذا الاختلاف فى أحكام اتفاق التحكيم الواردة بعقود المجموعة الواحدة وضع الفقه والقضاء طريقين لحل الإشكال، الطريق الأول هو اعتماد إرادة أطراف العقد محل النزاع كأساس لحل إشكال تعدد أحكام الاتفاق التحكيمى، أما الطريق الثانى فهو اعتماد نص القانون كأساس لحل الإشكال.

أما عن **الطريق الأول** وهو اعتماد إرادة أطراف العقد محل النزاع كأساس لحل إشكال تعدد أحكام الاتفاق التحكيمى[١]، والحقيقة أن قانون التحكيم المصرى، بل وأغلب تشريعات التحكيم الوطنية لم تتطرق لحل تلك المسألة، فإن الحال هكذا يعيدنا إلى القواعد العامة فى تفسير العقد، حيث يبدأ القاضي

[١] Faddy Nammour: Droit et Pratique de arbitrage interne et international, (٢em édition), J.G.D.J. ٢٠٠٥, p. ١٢.

عند تفسيره العقد بمحاولة تحديد مضمونه على ضوء الإرادة الظاهرة، أي في ضوء التعبير عن الإرادة والعبارات التي استعملها المتعاقدان في إبرام العقد. فإذا لم يُجْدِ ذلك نفعاً، لجأ الى الإرادة الباطنة، أي البحث عن قصد المتعاقدين من وراء الألفاظ التي استعملاها في التعبير عن الإرادة، أي أن القاضي سيلجأ إلى النية المشتركة للمتعاقدين. ويسترشد القاضي بالقواعد التي نص عليها المشرع في التفسير وأغلبها مستمدة من القواعد الكلية فى الفقه الإسلامى[١].

فطريقة البحث عن إرادة الأطراف تحتم البحث عن إرادة كل طرف فى كل اتفاق على التحكيم، فإذا تبين للقاضى أو المحكم أنها اتجهت إلى ضم اتفاقات التحكيم، كان لهم ذلك، وإلا كان حل الإشكال ذو مجرى مختلف، لأن الأصل فى نظام التحكيم أنه طريق بديل، واللجوء اليه اختيارى بتوافق الأطراف، وبالتالى ينبغى أن يكون قرار ضم الاتفاقات قد صدر من إرادات حرة تماما[٢].

إن الوحدة الاقتصادية الماثلة داخل مجموعة العقود إذا ما كانت فاعلة ولها تأثير فى العلاقة الاقتصادية بين جميع عقودها، فيجب أن يصبح الحال على خلاف هذا فيما يتعلق بتأثير تلك الوحدة على الناحية القانونية متمثلة فى الاستقلال القانونى لكل تعاقد منهم، وبالتالى ولأجل إعادة الأمور إلى نصابها فإنه يجب حصر الأمور فى اتفاق التحكيم، باعتباره تعاقد مستقل فى نطاق العقد الذى يتضمنه، وبالتالى يتم البحث عن الاشتراطات الموضوعية التى ينبغى توافرها لتحقيق صحة اتفاق التحكيم، وفى مقدمتها شرط الرضاء الصريح والواضح عن ذلك العقد[٣].

---

[١] فالعبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمبانى، ومعناها أن الأحكام إنما تترتب على قصد المتعاقدين في العقد لا على مطلق المعاني التي تفيدها الألفاظ التي استعملاها في التعاقد.

[٢] حفيظة السيد الحداد ، بحث بعنوان "التحكيم بالاشارة بين منهج تنازع القوانين ومنهج القواعد المادية"، مرجع سابق ، ص ١٦٦ وما بعدها.

[٣] محمد طاهر الهلالى محمد ، نسبية اثر اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٤٣٦ ، ويضيف بأن إرجاع الأمر بهذا الخصوص الى ارادات أطراف العقد هو الامر الجلى من استعراض

أما فيما يخص طبيعة التعبير عن تلك الإرادات عند اعتبارها موافقة لضم الاتفاقات التحكيمية، فالرأى الراجح فقها أن التعبير عن الإرادة يجوز أن يكون تعبيرا صريحا أو تعبيرا ضمنيا، بالرغم من أن اللجوء إلى التحكيم ذاته يحتاج إلى صدور تعبير صريح، غير أن الرضا بضم التحكيمات يجوز التحقق منه بالتعبير الضمنى، على أن يكون الأخير واضحا لا لبس فيه ولا غموض، فى حين ذهب جانب من الفقه، لا نؤيده، إلى أن كل ما يتعلق باتفاقات التحكيم يحتاج إلى تعبير صريح[١].

أما **الطريق الثانى** وهو اعتماد نص القانون كأساس لحل الإشكال، فقد قلنا سلفا بأن أغلب التشريعات الداخلية تجاهلت تلك المعضلة، الخاصة بوجود اختلاف بين اتفاقات التحكيم الواردة بتعاقدات المجموعة العقدية، غير أنه يوجد بعض التشريعات وأنظمة هيئات التحكيم الدولية القليلة التى عالجت هذا الشأن، مثل قانون المرافعات المدنية الهولندى، وبعض التشريعات المحلية فى بعض الولايات الامريكية، والنظام الأساسى لغرفة التجارة الدولية الفرنسية، والتى ذهبت جميعها فى اتجاه إعطاء السلطة لقضاء الدولة ولهيئة التحكيم والمحكم فى قبول طلبات ضم القضايا التحكيمية، وضم اتفاقات التحكيم فى إطار المجموعة العقدية، ويشترط هنا أن تكون الخصومات والاتفاقات المنضمة قائمة بين ذات الخصوم، كما اشترطت بعض التشريعات أن تشترك

أحكام القوانين التحكيمية والاتفاقيات الدولية ذات الصلة، بل والقضاء الوطنى والتحكيمى، حيث اتضح من خلال هذه الاحكام أن إرجاع الحل الى ارادة الاطراف كان أسهل من ذلك فيما يتعلق بمجموعة العقود عن مجموعة الشركات، أو بعبارة أخرى فنحن ندرك تماما أن فكرة مجموعات الشركات هى جزء من فكرة مجموعات العقود، ولا تختلف عنها سوى فى أن مجموعة الشركات تنطوى على تعدد فى الاطراف مع وحدة العقد، فى حين تنطوى مجموعة العقود على تعدد فى الاطراف مع تعدد فى العقود. انظر كذلك: عاطف الفقى ، التحكيم فى المنازعات البحرية ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٤ ، ص ١٢٠ وما بعدها.

[١] قريب من هذا انظر: حفيظة السيد الحداد ، "التحكيم بالاشارة بين منهج تنازع القوانين" ، مرجع سابق ، ص ١٦٨؛ احمد على حسن ، مرجع سابق ، ص ٢٨١.

النزاعات فى مجموعة أمور، أو أمر واحد، يتعلق بالقانون أو الواقع وإلا يتم رفض طلب الضم[١].

[١] لمزيد من الاطلاع على تلك التشريعات والنظم انظر كل من: محمد نور شحاتة ، مفهوم الغير فى التحكيم، مرجع سابق، ص ١٣٢ وما بعدها؛ أحمد ابراهيم عبدالتواب ، اتفاق التحكيم .... ، مرجع سابق ، ص ٣٠٨ وما بعدها؛ أحمد على حسن، مرجع سابق ، ص ٢٧٨ وما بعدها.

الفصل الثانى

التزامات أطراف التحكيم وخصوصية بعض الموضوعات

نظرا للأهمية الاستثنائية التى يتسم بها اتفاق التحكيم، ونظرا لأن الغاية الأساسية من اللجوء إلى نظام التحكيم كبديل عن قضاء الدولة، هى غاية الحصول على حكم سريع فى موضوع النزاع، ونظرا للاختلافات الواسعة فى منظور كل بلد من بلدان العالم لنظام التحكيم، من حيث مدى اعتباره أمر مفضل ويجب تشجيعه، أم يعتبره النظام فى الدولة أمر استثنائى غير مرغوب، ومن ثم يجب حصره فى أضيق الحالات. لكل تلك الأسباب وبسبب وجود أطراف من جنسيات مختلفة فى أغلب خصومات التحكيم، تثير مرحلة تنفيذ اتفاق التحكيم صعوبات جمة.

فهناك العديد من المسائل التى تثير خلافا عند تنفيذ الاتفاق التحكيمى كاستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى، والالتزام بعدم التداعى لدى قضاء الدولة، ومراعاة حدود الاتفاق من حيث الموضوع والشخوص، ونتناولها جميعها فى المبحث الأول، كما أن هناك بعض المسائل التى تمتاز بخصوصة معينة، وتستعصى لسبب أو لآخر على الخضوع لنظام التحكيم، لتعود إلى رحاب اختصاص قضاء الدولة باعتباره صاحب الاختصاص الاصيل فى نظر كافة المنازعات العقدية ونتناولها فى المبحث الثانى من هذا الفصل.

المبحث الأول

الالتزامات التحكيمية التى تثير خلافا فى التنفيذ

كما قلنا سلفا بأنه توجد العديد من المسائل التى تثير خلافا عند تنفيذ الاتفاق التحكيمى، كاستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى، والالتزام بعدم التداعى لدى قضاء الدولة، وكذلك ضرورة مراعاة حدود الاتفاق التحكيمى من

حيث الموضوع والأشخاص، ومن ثم نتناول كل مسألة من تلك المسائل فى مطلب مستقل على الوجه التالى:

المطلب الأول

استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى

فكرة استقلال اتفاق التحكيم عن التعاقد الأصلى ليست فكرة جديدة فى حد ذاتها، لكن ما يضطر الباحثين إلى تناولها فى كل بحث متعلق بالتحكيم هو أن تلك المسألة ظلت لفترة طويلة محل خلاف فقهى وقضائى[١]، ومازالت، وكثيرا ما ترتب على هذا الخلاف أضرار تمس بعض أطراف تلك التعاقدات المتضمنة لشرط التحكيم. فقد يحيط التعاقد الأصلى بعض الأسباب المؤدية إلى البطلان أو القابلية للإبطال، أو يتم فسخ هذا العقد، سواء فسخا قضائيا أو بالشرط الصريح، وغير ذلك من طرق الانهاء المبتسرة للعقود، فإذا اشتمل العقد الأصلى على شرط للتحكيم، فما مدى تأثر شرط التحكيم بتلاشى العقد الأصلى بهذ الشكل، خاصة أن المنطق القانونى يقضى بزوال شرط التحكيم مع العقد الذى تضمنه[٢].

أولا: مفهوم استقلال شرط التحكيم وتطوره التشريعى:

المقصود بقاعدة استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى أن يستقل شرط التحكيم عن التعاقد الذى اشتمل عليه، فلا يتأثر به وجودا وانقضاء، ولا يرتبط بمصيره إطلاقا، فيكون المحكم أو هيئة التحكيم بحسب الأحوال، هو المختص

---

[١] شحاتة غريب شلقامى ، اشكالات اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٣٤.

[٢] لم تتضمن اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ والخاصة بالاعتراف وبتنفيذ احكام المحكمين الاجانب الى مبدأ استقلال شرط التحكيم، عن التعاقد الاصلى الذى يحتويه، كل ما هنالك أن الاتفاقية اوضحت بالمادة الخامسة منها إمكان أن يتمسك الطرف بعدم صحة شرط التحكيم، كما اشارت تلك الاتفاقية بالمادة الثانية الى انه يجب على محكمة الدولة المنضمة للاتفاقية والتى تنعقد لديها دعوى ذات علاقة باتفاقية منعقدة بين الخصوم بأن تحيل المنازعة الى نظام التحكيم بموجب طلب من أحد الخصوم ما لم يتبين لها أن هذه الاتفاقية ملغية أو باطلة او غير لازمة التنفيذ من قبل الدولة محل التداعى. قريب من هذا: شحاتة غريب شلقامى ، اشكالات اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٣٦.

بنظر منازعات هذا العقد من صحة وبطلان وخلافه. ولا شك أن القول باستقلال شرط التحكيم أو عدم استقلاله سوف يترتب عليه نتائج هامة إلى حد بعيد، فإذا قررنا استقلال شرط التحكيم عن التعاقد الأصلى المتضمن له، فإن هذا يؤدى إلى تقبل خضوع التعاقد الأصلى إلى نظام قضائى قد يختلف كثيرا عن النظام الذى يحكم مسألة التحكيم. أما اذا أخذنا بعدم استقلال شرط التحكيم عن التعاقد الأصلى فإن هذا يؤدى لخضوع كلا التعاقدين الأصلى والتحكيمى لنظام قضائى وقانونى واحد[١].

فرغم ورود شرط التحكيم بالعقد الأصلى المبرم بين طرفيه، فإنه ينبغى، فى نظرنا، القول باستقلال الشرط عن العقد، فالشرط هنا تصرف مستقل، وقائم بذاته، حتى وإن اشتمل عليه العقد الأصلى مصدر العلاقة العقدية، وبالتالى فقد يتصور صحة الشرط التحكيمى بالرغم من إبطال العقد الأصلى مصدر العلاقة التعاقدية، والمتضمن للشرط التحكيمى، إلا إذا كان البطلان بسبب يشمل أو يغطى اتفاق التحكيم كذلك[٢].

كما أن العمل استقر على ذلك فى نطاق التحكيم الدولى فى غالب الحالات، باعتبار أن شرط التحكيم شرط مستقل عن باقى بنود التعاقد الأصلى وفقا للرأى الراجح، حيث لا يرتب بطلان وفسخ الأخير أية آثار على صحة اتفاق التحكيم الذى اشتمل عليه، طالما أن ذلك الشرط صحيح بذاته، فيكون

---

[١] شحاتة غريب شلقامى ، اشكالات اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٣٥.

[٢] محمود السيد عمر التحيوى ، تحديد المعنى الموضوعى لمحل التحكيم، ودوره فى تحديد طبيعة العمل الذى يصدر من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم ، المكتب العربى الحديث بالاسكندرية ، سنة ٢٠١٦ ، ص ١٥٣ وما بعدها، ويضيف بأن ذلك البطلان قد يحدث اذا ابرم العقد بواسطة شخص ما، كان وقت ابرامه ناقص الاهلية، ثم ثارت المنازعة بعد بلوغه سن الرشد، فلا يؤدى بطلان او فسخ او انهاء العقد الاصلى المبرم بين اطرافه مصدر الرابطة التعاقدية، الى التاثير على اتفاق التحكيم، فطالما ان شرط التحكيم قد استجمع شروط صحته الخاصة به، فانه يكون صحيحا قانونا، وينتج جميع اثاره القانونية، بالرغم مما اصاب العقد الاصلى المبرم بينهم من عوارض، خاصة مع امكانية تصور خضوع شرط التحكيم المبرم بين اطرافه لقانون وضعى يختلف عن القانون الوضعى الذى يخضع له موضوع العقد الاصلى.

لهيئة التحكيم أن تنظر النزاعات الناتجة عن التعاقد الأصلى بما فيه طلبات الإبطال والفسخ والإنهاء وغيره[١].

كما أن التشريعات الداخلية قد استقر أغلبها على تضمين القانون الداخلى حكما يقرر استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلى الذى يتضمنه، وقد جاء بالمادة (٢٣) من قانون التحكيم المصرى أنه: "يعتبر شرط التحكيم اتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أى أثر على شرط التحكيم الذى يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحا فى ذاته"[٢].

وقد نصت المادة الأولى من قانون التحكيم المصرى على انطباق أحكامه فى حالتين اثنتين هما: ما إذا كان هذا التحكيم يجرى داخل مصر، وما إذا كان هذا التحكيم دوليا تجاريا يتم فى خارج مصر مع اتفاق الطرفين على خضوعه لأحكام التشريع المصرى، مع عدم الإخلال بنصوص الاتفاقيات الدولية السارية قانونا فى مصر. أما من الناحية الموضوعية فيسرى قانون التحكيم المصرى على كل من المنازعات المدنية والمنازعات التجارية ومنازعات التعاقدات الإدارية، لكنه لا ينطبق على المنازعات الجنائية حيث لا تجوز الاتفاقات التحكيمية فى مسائل جنائية[٣].

كما أن المشرع الفرنسى قد أكد على هذا المبدأ بمقتضى التعديلات التى أدخلها على قانون التحكيم، حيث أضفى المرونة على اشتراطات صحة شرط التحكيم، حيث كرر التأكيد على استقلالية اتفاق التحكيم، الوارد بأى تعاقد، عن بقية بنود ذلك التعاقد[٤]، وهو ما يعرف بمبدأ "استقلال شرط التحكيم"،

---

[١] أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختيارى والاجبارى ، مرجع سابق ، ص ١٩ وما بعدها.

[٢] المادة الثالثة والعشرون من قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ باصدار قانون فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية.

[٣] أيمن أحمد الدلوع ، التحكيم فى العقود المدنية ، مرجع سابق ، ص ١٧.

[٤] راجع التعديلات الواردة على قانون الاجراءات المدنية فى فرنسا، المواد من ١٤٤٢ وما يليها والخاصة بالتحكيم ، ويطلق عليها البعض قانون التحكيم الفرنسى بالرغم من كونها

فجاء النص الفرنسى على عدم تأثر الشرط التحكيمى بعدم انتاج العقد الأصلى المتضمن له لآثاره، فى حالة إذا ما أصاب الأخير بطلان أو انعدام أو فسخ أو انقضاء بأى طريق. ويعتبر نهج المشرع الفرنسى هذا مجرد ترديد لما استقرت عليه أحكام محكمة النقض الفرنسية، وقد طبقت الأخيرة هذا المبدأ على كل من اتفاقات التحكيم الدولية واتفاقات التحكيم الداخلية على حد سواء[١].

موقف الاتفاقيات الدولية من استقلال شرط التحكيم:

تجاهلت اتفاقية نيويورك، الموقعة سنة ١٩٥٨ والمتعلقة بالاعتراف وبتنفيذ أحكام المحكمين، تناول استقلالية اتفاق التحكيم، غير أنها أعطت شرط التحكيم قوة لم يتمتع بها قبل هذا التاريخ[٢]، غير أن القوة لا تختلط بالاستقلالية، فكافة بنود التعاقد تتمتع بقوة لازمة بحسب القواعد العامة المستقرة. فقد ألزمت تلك الاتفاقية الدول المنضمة لها بالاعتراف باتفاق

جزء من قانون المرافعات الفرنسى، وقد كانت فرنسا سباقة فى اقرار قواعد نظام التحكيم منذ سنة ١٩٨٠، ثم سنة ١٩٨١ بمرسومين سمحا بأن يكون لدى الاطراف الذين يرغبون فى فض منازعاتهم بطريق التحكيم قانونا مميزا للتحكيم فضلته بصفة خاصة المشروعات الاستثمارية الكبرى، وهو ما دفع دولا عديدة الى أن تحذو حذو فرنسا، مثل هولندا فى سنة ١٩٨٦، وسويسرا سنة ١٩٨٧ ، ومصر فى سنة ١٩٩٤ ، وبريطانيا سنة ١٩٩٦ والسويد سنة ١٩٩٩ ، وقد استلمهت هذه التشريعات جميعها وبدرجات متفاوتة روح ونصوص المرسومين الفرنسيين المشار اليهما، كما أخذ القانون النموذجى للتحكيم الدولى الذى تبنته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى بالعديد من نصوصها وأحكامها، الا ان هذا التشريع النموذجى لم يتصف بقدر من الاستقلالية وتبنى مفهوم التحرر، كتلك التى اتصف بها التشريع الفرنسى أو التشريعات الأوربية الاخرى التى استلهمته، وهو ما يعود قطعا ويعزى الى طريقة اعداده التى تفترض وجود اتفاق بين عدد من الدول الاعضاء، ولهذا السبب يعتبر قانون التحكيم الفرنسى من افضل تشريعات التحكيم فى العالم حتى الان. قريب من هذا: اسامة ابو الحسن مجاهد ، قانون التحكيم الفرنسى الجديد، مرجع سابق ، ص ٨ وما بعدها.

[١] اسامة ابو الحسن مجاهد ، قانون التحكيم الفرنسى الجديد، مرجع سابق ، ص ٣٥ وما بعدها.

[٢] شحاتة غريب شلقامى ، اشكالات اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٣٧.

التحكيم[١]، غير أنها لم تتناول أو تمنع المقضاء الدولة لديهم من نظر مدى صحة العقد المتضمن لشرط التحكيم[٢].

أما اتفاقية جنيف الموقعة سنة ١٩٦١ فقد منحت مادتها الخامسة هيئة التحكيم مكنة تحديد اختصاصها، وكذلك تقرير مدى صحة شرط التحكيم، ومدى صحة العقد المشتمل على هذا الشرط، وبالتالى تستمد هيئة التحكيم سلطتها من الاتفاق التحكيمى، وهو ما يعنى ضمنا استقلاله عن التعاقد الاصلى الذى اشتمل عليه. غير أن أحكام الاتفاقية لم تجعل من سلطة هيئة التحكيم سلطة نهائية، حيث ظلت الأخيرة تحت رقابة قضاء الدولة، فسلطة هيئة التحكيم فى نظر المنازعة وعدم تعطل اجراءات دعوى التحكيم تتقيد بمدى إجازة القانون الداخلى الطعن أمام قضاء الدولة ضد قرار التحكيم، فيضحى مصير الأخير معلقا بالتالى على حكم تلك المحكمة الوطنية[٣]، فإن حكمت بقبول الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم سقطت إجراءات الهيئة المحكمة، وكذلك يسقط حكمها تبعا.

أما اتفاقية واشنطن الموقعة سنة ١٩٦٥ فقد خطت خطوة أخرى فى اتجاه الاستقلالية بتقريرها سلطة هيئة التحكيم بأن تقضى فى مسألة الاختصاص، حيث ذهبت المادة الواحدة والأربعون من هذه الاتفاقية إلى تخويل محكمة التحكيم مكنة البت فى مدى اختصاصها بنظر النزاع المحال إليها.

---

[١] ابراهيم أحمد ابراهيم ، التحكيم الدولى الخاص ، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ ، ص ٤٩.

[٢] جاء بالمادة الخامسة من اتفاقية نيويورك أنه يجوز رفض طلب الاعتراف بقرار التحكيم وتنفيذه وذلك بناء على طلب المدعى عليه شريطة أن يقدم هذا الأخيرالى الجهة المقدم اليها ذلط الطلب اثباتا بما يأتى:،،،،، ثم عددت هذه المادة الحالات التى يجوز التمسك بها لاثبات عدم صحة شرط التحكيم، مثل حالة اثبات ان الخصوم فى تلك الاتفاقية كانوا من فاقدى الاهلية، أو أن الخصم الذى صدر قرار التحكيم ضده لم يتم ابلاغه بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم، أو أن أحكام التحكيم تبحث فى منازعة خارجة عن إطار الشروط التى تم بمقتضاها إحالة الدعوى إلى قضاء التحكيم.

[٣] قريب من هذا: محسن شفيق ، التحكيم التجارى الدولى ، مرجع سابق ، بند ٢٣٩ وبند ٢٤٠.

وقد صدرت عدة لوائح تحكيمية استرشادية عن بعض الهيئات الدولية تناولت مسألة الاستقلال الخاص بشرط التحكيم بطريق غير مباشر، وقد غدت تلك اللوائح مصدرا للتشريعات الداخلية التى نظمت التحكيم وهيئاته وإجراءاته فيما بعد، ولعل أبرز هذه اللوائح ما صدر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى، وذلك سنة ١٩٧٦[١]، وكذلك تشريع الأونسترال النموذجى سنة ١٩٨٥[٢]، وأيضا ما صدر عن غرفة لندن للتحكيم الدولى فى نفس السنة[٣]، وكذلك عن غرفة التجارة الدولية فى باريس سنة ١٩٨٨[٤]، وأخيرا ما صدر عن

[١] أشارت لائحة التحكيم الصادرة عن لجنة الامم المتحدة صراحة الى استقلال شرط التحكيم، حيث نصت المادة الواحدة والعشرون على أن تفصل هيئة التحكيم فى الدفوع المثارة بشأن عدم اختصاصها، بما فى ذلك كل دفع يتعلق بوجود وصحة اتفاق التحكيم المستقل، او شرط التحكيم المتضمن. ولهيئة التحكيم الاختصاص فى الفصل فى وجود وصحة التعاقد الذى يعتبر اتفاق التحكيم جزءا منه. وطبقا لهذا النص لا يترتب على قرار هيئة التحكيم بإبطال التعاقد الاصلى، بطلان شرط التحكيم الذى تضمنه.

[٢] رسخ قانون الاونسترال النموذجى فكرة استقلالية شرط التحكيم، فقد جاء بالمادة السادسة عشر منه بجواز بت هيئة التحكيم فى اختصاصها، بما فى ذلك التقرير والفصل فى الاعتراضات المتعلقة بوجود شرط التحكيم او بمدى صحته. ولهذا الهدف ينظر الى شرط التحكيم الذى يشكل جزءا من عقد كما لو كان اتفاقا مستقلا تماما عن بقية بنود العقد، وأية قرارات تصدر عن هيئة التحكيم بابطال العقد الاصلى لا يترتب عليها بطلان اتفاق التحكيم بقوة القانون.

[٣] لقد أقرت لائحة التحكيم التى صدرت عما يعرف بغرفة لندن للتحكيم الدولى ذات الاحكام التى وردت بالمادة الواحدة والعشرون من لائحة التحكيم المعدة من قبل لجنة الامم المتحدة للتحكيم التجارى الدولى، سابق الاشارة فى الهامش قبل السابق، كما أن تلك اللائحة تتفق مع الوارد بالمادة السادسة عشر من قانون الاونسترال النموذجى المشار اليها بالهامش السابق مباشرة.

[٤] أكدت لائحة نظام التحكيم الصادرة عن الغرفة التجارية الدولية فى باريس على فكرة استقلال اتفاق التحكيم، وقد جاء بالمادة الثامنة منها بأنه إذا أثار أحد الأطراف الخصوم دفعا أو دفوعا تتعلق بمدى وجود شرط التحكيم أو بمدى صحته ، فيكون لهيئة التحكيم فقط، بعد أن تتحقق بالفحص الظاهرى من وجود شرط التحكيم، أن تحكم بمواصلة اجراءات التحكيم، دون أن تمس بذلك بقبول تلك الدفوع أو تقضى بسلامتها، وأن لهيئة التحكيم وحدها فى تلك الحالة ان تتخذ أى قرار فيما يتعلق باختصاصها. كذلك اذا لم يكن هناك اتفاق يجرى على خلاف هذا، يكون الزعم ببطلان العقد الاصلى او انعدمه غير منتج لانتفاء اختصاص المحكم تلقائيا وبقوة القانون، وذلك إذا ارتأى المحكم صحة شرط التحكيم، حيث يبقى المحكم مختصا حتى فى حالة بطلان العقد الاصلى أو انعدامه، حيث يظل صاحب اختصاص بتحديد حقوق الخصوم والقضاء فى ادعاءاتهم وطلباتهم.

الهيئة الأمريكية للتحكيم، سنة ١٩٩٢[١]، تحت عنوان لائحة التحكيم التجارى الدولى. والتى ذهبت أغلبها للتأكيد على تقرير قاعدة الاختصاص بالاختصاص، واستقلالية شرط التحكيم، غير أنها لم تتناول شروط اختصاص المحكم فى نظر مدى صحة العقد الأصلى المتضمن لشرط التحكيم[٢].

موقف التشريعات الوطنية من استقلال شرط التحكيم:

توالى صدور التشريعات الداخلية التى تنظم اختصاصات التحكيم وإجراءاته واتفاقات التحكيم، وقد صدر القانون المصرى الخاص بالتحكيم سنة ١٩٩٤ كما سلف القول، وقد أشرنا آنفا إلى نص المادة الثالثة والعشرين منه، والتى تكرس لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلى المبرم بين طرفيه، وقد تجاهل المشرع الفرنسي تناول مبدأ استقلال شرط التحكيم فى المرسومين الصادرين سنتى ١٩٨٠ و١٩٨١، فلم يتضمنا نصا قانونيا صريحا يقرر المبدأ رغم أنه كرس فى المادة (١٤٦٦) منه مبدأ الاختصاص بالاختصاص[٣].

وقد تدارك المشرع الفرنسى هذا الأمر فى التعديلات الأخيرة التى أدخلها سنة ٢٠١١ عندما قرر فى المادة (١/١٤٤٧) منه مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلى، كما سلف القول، وهو ما كانت قد استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية منذ عقود[٤].

---

[١] ذهبت فى ذات الاتجاه المادة الخامسة عشر من لائحة التحكيم التجارى الدولى الصادرة عن الهيئة الامريكية للتحكيم سنة ١٩٩٢، وكذلك المادة السادسة من القواعد التى وضعها معهد القانون الدولى والى أقرت جميعها باستقلال اتفاق التحكيم ، شرطا كان أو مشارطة، عن العقد الاصلى الذى اشتمل عليه، من حيث مدى الوجود ومدى الصحة ، واختصاص هيئة التحكيم بالتالى فى الفصل فى الدفوع المتعلقة بهما.

[٢] شحاتة غريب شلقامى ، اشكالات اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٤٠.

[٣] محمود السيد عمر التحيوى ، تحديد المعنى الموضوعى لمحل التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٥٥.

[٤] اسامة ابو الحسن مجاهد ، قانون التحكيم الفرنسى الجديد، مرجع سابق ، ص ٣٥ وما بعدها.

أما المشرع اليمني فقد أكد على جواز أن ينعقد الاتفاق التحكيمى على شكل وثيقة تحكيم[١] مستقلة أو على شكل شرط كأحد بنود العقد الأصلى، فإذا تضمنه العقد الاصلى فيعامل معاملة الاتفاق المستقل عن بقية شروطه، فإذا قضى ببطلان العقد نفسه أو تم فسخه، فلا يترتب بطلان اتفاق التحكيم على ذلك. كما قضى القانون باختصاص هيئة التحكيم بالفصل فى دفوع الاختصاص وبانتفاء اتفاق التحكيم وبطلانه وسقوطه[٢].

ثانيا: استقلال شرط التحكيم فى أحكام التحكيم وقضاء الدولة:

استبقت أحكام المحاكم وهيئات التحكيم كل من المشرع والفقه فى الاعتراف باستقلال اتفاق التحكيم، شرطا كان أو مشارطة منفصلة، وكانت أول دعوى تتعرض لمبدأ الاستقلالية هى قضية القضية المشهورة باسم "جوسيه"[٣] سنة ١٩٦٣، وتتلخص أحداث القضية في أنه أثيرت منازعة حول

---

[١] انظر المادة (١٦) من قانون التحكيم بدولة اليمن الصادر برقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢.

[٢] حيث تقضى المادة (٢٨) من القانون اليمنى بأنه "تختص لجنة التحكيم بالفصل فى الدفوع المتعلقة باختصاصها بما فيها الدفع المقدم من الخصوم بعدم وجود اتفاق التحكيم او سقوطه او بطلانه او عدم شموله موضوع النزاع، واذا فصلت لجنة التحكيم فى الدفع برفضه جاز الطعن فى هذا الحكم امام محكمة الاستئناف خلال الاسبوع التالى لاخطار الطاعن بالحكم.

[٣] كان أول تكريس صريح لمبدأ استقلالية شرط التحكيم كان من خلال القضاء الفرنسي في تلك القضية المشهورة "جوسيه" Gosset لعام ١٩٦٣ وتتلخص أحداث القضية في انه أثير نزاع حول تنفيذ حكم تحكيم صدر في إيطاليا حيث قضى الحكم بالتعويض للمصدّر الإيطالي نظرا لخطأ المستورد الفرنسي في تنفيذ التزاماته التعاقدية، حيث انه لم يحصل على الترخيص الخاص بالاستيراد بالوقت المناسب، وهذا الحكم واجب التنفيذ بفرنسا، وقد تمسك المستورد الفرنسي بعدم جواز تنفيذ قرار التحكيم وذلك على أساس أن العقد الذي تضمن شرط التحكيم باطل بطلاناً مطلقاً نظراً لعدم مراعاته للقواعد الآمرة الخاصة بالاستيراد والتصدير وتأسيساً على بطلان العقد الأصلي الأمر الذي يستتبع بطلان الشرط التحكيمي وهدر قرار التحكيم الذي صدر بناء عليه. وقد عرض الأمر على محكمة النقض الفرنسية وبموجبه اعتبرت المحكمة أن لاتفاق التحكيم في التحكيم الدولي سواء أكان معقوداً على حدة أم كان العقد مدرجاً فيه وباستثناء ظروف جد خاصة، استقلالية ذاتية تحميه مما يتعرض له العقد الأساسي . وان الفكرة التي ارتكزت عليها نظرية استقلالية الشرط التحكيمي هو أن هذا الاتفاق أنما يشكل عقداً ضمن العقد الأساسي، الأمر الذي يعني بتعبير أخر أن الشرط التحكيمي يشكل عقداً معادلاً للعقد الأساسي، وبالتالي فإن قاضي الأساس هو

تنفيذ حكم تحكيمى صادر في إيطاليا، حيث قضى الحكم بتعويض المصدّر الإيطالي نظرًا لخطأ المستورد الفرنسي في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، حيث أنه لم يحصل على الترخيص الخاص بالاستيراد بالوقت المناسب، وأصبح هذا الحكم واجب التنفيذ بفرنسا، لكن تمسك المستورد الفرنسي بعدم جواز تنفيذ قرار التحكيم، وذلك على أساس أن العقد المتضمن لشرط التحكيم باطل بطلاناً مطلقاً، نظراً لعدم مراعاته للقواعد الآمرة الخاصة بالاستيراد والتصدير، وتأسيساً على بطلان العقد الأصلى، الأمر الذي يستتبع بطلان الشرط التحكيمي وإهدار قرار التحكيم الذي صدر بناءً عليه. غير أن محكمة النقض الفرنسية رفضت هذه الدفوع، وقالت بأن التحكيم التجارى الدولى يقتضى أن يكون شرط التحكيم أو مشارطته يتمتع دوما باستقلال قانونى تام عن ذلك العقد الأصلى، وبالتالى لا يتأثر الشرط التحكيمى بما قد يشوب هذا العقد الأصلى من عدم صحة فى المستقبل، باستثناء بعض الظروف العارضة التى تقتضيها طبيعة بعض العقود وظروف نشأتها[١].

كذلك ذهبت محكمة النقض الفرنسية فى حكم آخر إلى أن هيئة التحكيم هى من تملك وحدها سلطة الفصل فى مسائل الصحة والاختصاص، وبأن محكمة الاستئناف بذلك خالفت القانون لمّا نظرت من البداية صحة اتفاق التحكيم، لأنه كان ينبغى عليها ترك الأمر لهيئة التحكيم لتقضى فى مسألة الاختصاص[٢]. وهو ما يعرف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص.

وفى هذا الاتجاه ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن حكم المادة الثالثة والعشرين من قانون التحكيم المصرى تعتبر قاعدة من القواعد الرئيسية ومن ركائز نظام التحكيم، وبأن اتفاق التحكيم لا يتأثر بما قد يشوب التعاقد

قاضي الفرع وقاضي العقد هو قاضي الشرط التحكيمى. وهذا المبدأ الذي وضعته محكمة النقض الفرنسية سارت عليه أيضاً محاكم الاستئناف الفرنسية.

[١] Cassasion ١ ,civ , ٧ mai ١٩٦٣ , Dalloz, rev. arb., ١٩٦٣ , p. ٥٤٥..

[٢] Cassasion ٥ ,civ , ٥ janvier ١٩٩٩ , rev. arb., ١٩٩٩ , p. ٢٦٠.

من جزاءات كالفسخ وأسباب البطلان والإنهاء، طالما أن الاتفاق التحكيمى صحيح بذاته، شرطا كان أم مشارطة، فهو يتمتع بالاستقلال القانونى، ومن ثم يضحى بمنأى عن كل عوار قد يصيب التعاقد الأصلى، فإذا كان الحكم التحكيمى المؤيد بالحكم الطعين قد أوفى بهذا الالتزام ورفض دفوع الطاعن، وأن شرط التحكيم الذى اشتمل عليه العقد محل النزاع صحيح بذاته، فإن النعى عليه فى هذا الخصوص يكون بغير أساس[١]. وقد تواترت أحكام تلك المحكمة العليا على ذات النهج.

أما بخصوص **تطبيقات مبدأ الاختصاص بالاختصاص**، فطبقا لهذا المبدأ فقضاء التحكيم ينعقد له الاختصاص بتحديد مسألة مدى اختصاصه بنظر النزاع دائما، وبغض النظر عن حكم شرط التحكيم، وسواء كان العقد الأصلى صحيحا أم باطلا. فهيئة التحكيم إذن هى من تختص بنظر مسائل الاختصاص، فتقرر بأنها مختصة أو غير مختصة بنظر الدعوى برمتها، وقد كرست محكمة النقض الفرنسية لهذا المبدأ مبكرا منذ سنة ١٩٤٩، حيث قالت بأن هيئة التحكيم مثل أى جهة قضائية، حتى وإن كانت استثنائية، فيدخل فى سلطة هيئة التحكيم والتزامها ضرورة أن تتحقق عما إذا كانت مختصة أو غير مختصة بنظر المنازعة المطروحة عليها، وفقا لأحكام الاتفاق التحكيمى الذى يتمسك به صاحب المصلحة[٢].

المطلب الثانى

[١] حكم لمحكمة النقض المصرية بالدعوى رقم ٨٢٤ والدعوى رقم ٩٣٣ ، كلاهما لسنة ٧١ ق ، وصدر الحكم فيهما بجلسة ٢٤ مايو ٢٠٠٧، مجموعة المكتب الفنى لسنة ٢٠٠٧.

[٢] Cassasion , com , ٢٢ fevrier ١٩٤٩ , Motoloskee, p. ٢٢٤.
مذكور فى: فتحى والى ، التحكيم فى المنازعات الوطنية .... ، مرجع سابق ، بند ١٢٢.

الالتزام بعدم التداعى لدى قضاء الدولة

إن قيام اتفاق صحيح على التحكيم بين طرفين متعاقدين على التزام ما، مفاده عرض المنازعات التى قد تثور بينهما فى مرحلة تنفيذ العقد على هيئة التحكيم أو المحكم بحسب المتفق عليه بينهما، ومن ثم ينبغى على طرفى التعاقد، ووفقا لاتفاقهم التحكيمى، أن يفى كل منهما بالالتزام الأساسى الذى رتبه هذا الاتفاق، والالتزام الأساسى هنا هو عدم لجوء أى منهما إلى القضاء العمومى بالدولة، وأن حل المشكلات الناشئة بينهما فى مراحل تنفيذ التعاقد يختص بها نظام التحكيم محل الاتفاق.

والالتزام بعدم التداعى أمام قضاء الدولة هو التزام مزدوج، فهو يفرض من ناحية على كل طرف من أطراف العقد التزام عقدى مقتضاه عدم اللجوء إلى قضاء الدولة بخصوص هذا العقد الأصلى المتضمن لاتفاق تحكيم، ولا بالمخالفة لمشارطة التحكيم، فى حالة كون اتفاق التحكيم قد أبرم خارج بنود ذلك العقد الأصلى. ومن ناحية أخرى يفرض هذا الالتزام على طرفى التعاقد واجب اللجوء إلى نظام التحكيم لحل النزاعات التى قد تنشأ مستقبلا بسبب تنفيذ العقد المبرم بينهما. ونتناول كل من هذين الالتزامين على الوجه التالى:

أولا: الالتزام بعدم اللجوء لقضاء الدولة:

إن الاتفاق التحكيمى وليد لإرادة أطرافه المتعاقدة عليه، واتفاقهم بعرض نزاعاتهم على هيئة التحكيم كبديل لقضاء الدولة، ومن ثم فإن شرط أو مشارطة التحكيم مثل أى عقد آخر يخضع لقاعدة القوة اللازمة للعقد، والنابعة من قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين[١]، والذى يعنى التزام طرفى العقد بما اتفقا

[١] قريب من هذا: جلال وفاء محمدين ، التحكيم تحت مظلة المركز الدولى لتسوية المنازعات الاستثمار ، دار الجامعة الجديدة بالاسكندرية ، سنة ١٩٩٥ ، ص ١٠؛ كذلك: ناجى عبدالمؤمن محمد ، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده فى عقود التجارة الدولية طويلة المدة، بدون ناشر ، سنة ١٩٩٦ ، ص ٤٨.

عليه، ومن ثم يستوجب ذلك الوفاء بالالتزام وعرض المنازعات على هيئة التحكيم المتفق عليها بينهما[١].

وبالتالى يترتب على عاتق طرفى العقد الذى تضمن شرط التحكيم، وكذلك على طرفى مشارطة التحكيم، عدم رفع دعاوى قضائية أمام قضاء الدولة، الوسيلة التقليدية لحل المنازعات، طالما كان موضوع الدعوى وسببها ذلك العقد المبرم بينهما[٢]، وقد أكدت محكمة النقض المصرية بأن الطبيعة التعاقدية التى يتصف بها اتفاق التحكيم تتخذ قواما لوجوده وتجعل منه غير متعلق بالنظام العام، فلا يجوز لأى محكمة القضاء وفقا له من تلقاء نفسها، وإنما يتعين على الخصوم أن يتمسكوا به أمامها، ويجوز التنازل عنه صراحة أو ضمنا، حيث يعد السكوت لدى إبدائه قبل نظر موضوع الدعوى تنازلا ضمنيا عن التمسك به من جانب صاحب المصلحة.

وقد رتبت محكمة النقض على ذلك الهدى بأنه وإن كان ما جاء من قبل الخصوم صاحب المصلحة فى أن يتمسك بالشرط قبل ابداء الدفوع، وبالتالى طلب الحكم فى القضية دون أن يتمسك باتفاق التحكيم، حيث طلب التأجيل من أجل الصلح، والاتفاق على وقف سير الدعوى لاتمام الصلح، فإن هذا يفيد تسليم الخصم بانعقاد الخصومة أمام المحكمة المختصة، ومواجهته

---

[١] محمد طاهر الهلالى ، نسبية اثر اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٤٠ وما بعدها.

[٢] ويؤكد الفقه المصرى بأن عدم اختصاص المحاكم بنظر المنازعات المتفق بشأنها على اللجوء الى التحكيم يتماشى مع الاتجاهات الدولية فى هذا الشأن، حيث أكدت اتفاقية نيويورك بسنة ١٩٥٨ على هذا الاتجاه، وهو وجوب قيام المحكمة باحالة الخصوم الى هيئة التحكيم بشرط أن يدفع أحدهم أمامها بوجود الاتفاق التحكيمى، ما لم يثبت للمحكمة انعدام أو بطلان الاتفاق التحكيمى محل الدفع. انظر: شحاتة غريب شلقامى ، اشكالات اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١١٠.

لموضوعها، وبذلك يكون المدعى عليه قد نزل ضمنيا عن الدفع المذكور، الدفع بعدم الاختصاص، بما يُسقط حقه فيه[١].

كذلك استقرت أحكام القضاء الفرنسي على أن الاتفاق التحكيمى يترتب عليه تنازل الخصم عن اللجوء إلى قضاء الدولة، فالمحاكم الفرنسية ينبغى عليها الفصل فى مسألة الاختصاص طبقا للقانون الفرنسى للتحكيم، ومن ثم تعمل الاشتراطات التى يتطلبها هذا التشريع، وذلك فيما يتعلق بشرط صحة الاتفاق التحكيمى. كما استقرت أحكام محكمة النقض الفرنسية على التأكيد على القوة اللازمة للاتفاق التحكيمى، فيكون على المحكمة أن تبحث عن القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، وهو ما أكدته تلك المحكمة فى قضايا شهيرة منها دعوى داليكو التى صدر الحكم فيها فى ديسمبر سنة ١٩٩٣[٢].

وبالتالى ينبغى على كل طرف من طرفى العقد المتضمن لشرط التحكيم الالتزام بألا يلجأ إلى قضاء الدولة بشكل منفرد[٣]، طالما كان شريكه فى التعاقد غير موافق على هذا المنحى، وذلك بالاستناد إلى أحكام الاتفاق التحكيمى، وينبغى على القضاء الرسمى أن يحكم بعدم اختصاصه بنظر هذا النزاع[٤]، فإذا حدث أن قام أحد الطرفين برفع دعوى أمام قضاء الدولة، فقام المدعى عليه بالدفع بعدم الاختصاص، قبل الحديث فى الموضوع، تعين على المحكمة

---

[١] حكم لمحكمة النقض المصرية بجلسة ١٥ فبراير سنة ١٩٧٢ ، مجموعة محكمة النقض ، السنة الثالثة والعشرون ، ص ١٦٨ مذكور فى: شحاتة غريب شلقامى ، اشكالات اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٠٨.

[٢] انظر: محمد طاهر الهلالى ، نسبية اثر اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٤٠ وما بعدها.

[٣] شحاتة غريب شلقامى ، اشكالات اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٠٨.

[٤] محمود محمد هاشم ، النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية والتجارية ، دار الفكر العربى بالقاهرة ، سنة ١٩٩٠ ، ص ٢٤٦ وما بعدها.

المرفوع أمامها الدعوى الحكم بعدم اختصاصها[١]، مؤسسة حكمها على وجود اتفاق تحكيمى بين الخصمين مفاده إقصاء ولاية قضاء الدولة[٢] على منازعاتهما العقدية[٣].

أما الفقه فى فرنسا فقد ذهب فى ذات الاتجاه بتأكيده على أن التشريعات غير الفرنسية التى لا تعترف بالقوة اللازمة للعقد التحكيمى، يجوز تنفيذ الأحكام التى صدرت بمقتضاها من قبل هيئات تحكيم، بالرغم من أن تلك التشريعات لا تحمل سندا ينطبق عليه ويعضد تنفيذه بفرنسا، حتى فيما يتعلق بالمنازعة التى ترتبط بالدولة الصادر فيها التشريع، وبالتالى تعترف المحاكم الفرنسية بحكم التحكيم الذى صدر وفقا لهذا الشرط بالاستناد لهذه القاعدة المادية الخاصة بالقوة الملزمة وفقا للقواعد العامة الآمرة[٤].

فإذا عرضت منازعة تنفيذ حكم تحكيمى، لسبب من الأسباب، على محكمة فى فرنسا فإن تلك المحكمة لا ينبغى عليها البحث عن ماهية التشريع واجب التطبيق على الحالة المعروضة، بهدف تحديد ما إذا كان هذا التشريع

---

[١] بسمة لطفى دباس ، اثار اتفاق التحكيم ، رسالة دكتوراة ، حقوق القاهرة ، سنة ٢٠١٠ ، ص ٣٦٤ وما بعدها.

[٢] أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختيارى والاجبارى ، مرجع سابق ، ص ١٢٨ وما بعدها.

[٣] وهذا الاتجاه يتماشى كذلك مع أحكام قانون الأونسترال النموذجى لسنة ١٩٨٥، حيث تقضى مادته الثامنه بأنه: "١-على المحكمة التى ترفع لديها الدعوى فى مسألة أبرم بخصوصها اتفاق تحيكى أن تحيل الطرفين الى التحكيم، اذا طلب منها أحد الطرفين ذلك فى ميعاد أقصاه تاريخ تقديم بيانه الأول فى موضوع المنازعة، إلا إذا اتضح للمحكمة أن الاتفاق على التحكيم باطل أو لاغى أو منعدم الأثر، أو لا يمكن تنفيذه. ٢-إذا رفعت دعوى من النوع المشار اليه بالفقرة السابقة يظل من الجائز البدء فى او الاستمرار فى اجراءات التحكيم، ويجوز إصدار حكم تحكيم والدعوى ما تزال منظورة أمام المحكمة". وإذا كان قضاء الدولة غير مختص بالفصل فى المنازعة المتفق بشأنها على اللجوء الى التحكيم، فى حال دفع احد الطرفين بوجود اتفاق تحكيمى إلا أن المحكمة تلعب دورا هاما فى نطاق التحكيم، سواء فيما يتعلق بتدخله لحل المشكلات الخاصة بتشكيل المحكمين، أو الفصل فى الطعون الخاصة برد أحدهم، أو الفصل فى دعوى ابطال حكم التحكيم. انظر: شحاتة غريب شلقامى ، اشكالات اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١١١.

[٤] قريب من هذا انظر: شحاتة غريب شلقامى ، اشكالات اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٤٠؛ محمود السيد عمر التحيوى ، تحديد المعنى الموضوعى لمحل التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٥٥.

يعترف بتحقيق الاتفاق التحكيمى لآثاره، وطبقا لأية اشتراطات، فالقضاء الفرنسى ينبغى عليه الفصل فى تلك المسائل طبقا للتشريع الفرنسى الخاص بالتحكيم[١]، ويطبق الشروط التى يتطلبها القانون الفرنسى لأجل التيقن من صحة الشرط التحكيمى. ويعزى الفقهاء الفرنسيين موقف القضاء الفرنسى المشار إليه إلى أن قاعدة القوة اللازمة لشرط التحكيم تعد من القواعد الراسخة فى النظام القانونى بفرنسا، بشأن كافة العقود ومنها التحكيم[٢].

وذلك النهج المتبع فى فرنسا منذ عقود يستتبع سلب الطرف المتعاقد على شرط التحكيم سلطة اللجوء إلى قضاء الدولة ابتداء، دون موافقة خصمه فى التداعى، خاصة أن الاتفاق التحكيمى من المسائل التى لا تتعلق بالنظام العام، وهو ما استقرت عليه محكمة النقض المصرية[٣]، ويرجع هذا التوجه إلى أن مصدر التحكيم هو الاتفاق الحر بين الأطراف، ولأن التحكيم واللجوء إليه يحمى مصلحة خاصة لطرفى الاتفاق التحكيمى لا مصلحة عامة، ومن ثم فإذا نشأ اتفاق بين الأطراف على التنازل عن اختصاص هيئة التحكيم والتداعى أمام القضاء التقليدى، فإن هذا التنازل جائز ومنتج لآثاره بينهم.

أما على **صعيد الاتفاقيات الدولية** فقد أكدت المادة الثانية من اتفاقية نيويورك سنة ١٩٥٨ على أن تقر كل دولة منضمة للاتفاقية بالاتفاق التحكيمى المكتوب، والذى يلتزم بموجبه طرفا الاتفاق بالخضوع للتحكيم فى بعض او فى كل النزاعات الناشئة أو التى قد تثار بينهما، بخصوص مسألة من العلاقات العقدية أو غير العقدية المتعلقة بموضوع تجوز تسويته بنظام التحكيم الاتفاقى، فمضمون مبدأ القوة اللازمة للاتفاق التحكيمى تفرض على

---

[١] انظر: محمد طاهر الهلالى ، نسبية اثر اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٤١ وما بعدها.

[٢] حفيظة السيد الحداد ، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعى بالاسكندرية ، سنة ٢٠٠١ ، ص ١١١ وما بعدها.

[٣] راجع حكم النقض السابق كمثال لهذا التوجه القضائى فى مصر.

الأطراف الالتزام بنتيجة مفادها وجوب مساهمة الأطراف فى إجراءات نظام التحكيم، وكذلك عدم التداعى أمام قضاء الدولة التقليدى، فلا يكون فى استطاعتهما النكول عن الشرط التحكيمى المبرم بينهما، كما لا يملكان نقضه أو حتى تعديله بالإرادة المنفردة[١].

أما **الفقه المصرى** فقد ذهب إلى أن منع القضاء التقليدى للدولة من نظر النزاعات[٢] التى اتفق خصومها على عرضها على التحكيم لا يرقى إلى مرتبة الالتزام على عاتق القاضى، وأنه من الخطأ استعمال لفظ "الالتزام" فى هذا الشأن، حيث أن القاضى لا يقضى بعدم[٣] الاختصاص من تلقائه، ولا يقع عليه التزام بهذا، نظرا لعدم تعلق المسألة بالنظام العام، كما سبقت الإشارة سلفا، لكنه يقضى فى موضوع عدم الاختصاص عندما يدفع الخصم بوجود الاتفاق التحكيمى، على أن يكون الدفع قد حصل قبل أن يتكلم فى الموضوع وفقا للقاعدة المستقرة. وقد قضت المادة الثالثة عشر من قانون التحكيم المصرى بأنه لا يحول رفع الدعوى امام قضاء الدولة دون البدء فى إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم. فلا يترتب إذن على رفع أحد الخصوم للدعوى لدى قضاء الدولة، بالرغم من وجود شرط التحكيم، منع هيئة التحكيم من الابتداء فى الإجراءات التحكيمية والاستمرار بها، ولا يمنعها من إصدار الأحكام، لأن التداعى أمام قضاء الدولة لا ينشأ عنه التزام هيئة التحكيم بإيقاف الإجراءات حتى الفصل فى الدعوى المرفوعة[٤].

كما ذهبت **محكمة النقض المصرية** إلى أن تضمن الحكم الصادر عن هيئة التحكيم لمسائل تخضع للتحكيم ومسائل أخرى غير خاضعة له، يكون

---

[١] قريب من هذا: احمد عبدالكريم سلامة ، قانون التحكيم التجارى الدولى والداخلى ،مرجع سابق ، البنود ١٢٨، ١٢٩، ١٣٠.

[٢] انظر: شحاتة غريب شلقامى ، اشكالات اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٠٩.

[٣] يراجع نص المادة الثالثة عشر من قانون التحكيم المصرى بفقرتيها.

[٤] شحاتة غريب شلقامى ، اشكالات اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٠٩.

أثره بطلان الأجزاء المتعلقة بالموضوعات غير الخاضعة للتحكيم فقط، وتعد مسألة تقييم مدى التزام المحكم بشرط التحكيم أو عدم التزامه من مسائل القانون التى يختلط بها الواقع، وبالتالى لا يجوز إثارتها للمرة الأولى لدى محكمة النقض[١].

وأخيرا ينبغى الانتباه إلى أن الدفوع بعدم الاختصاص أمام قضاء الدولة بنظر المنازعة المرفوعة أمامها رغم وجود الاتفاق التحكيمى، لا يجوز البت فيه فى حال الطعن فى وجود الشرط ذاته، ومن ثم ينبغى أن يفصل القاضى أولا فى مدى وجود الاتفاق التحكيمى، ومن ثم ينظر فى الدفع بعدم الاختصاص[٢]، وذلك عندما يتثبت من وجود وصحة الاتفاق التحكيمى، وهو من الأمور المنطقية التى لا تثير ثمة خلاف فى الفقه.

غير أنه ينبغى القول بأن رجوع طرفى الاتفاق التحكيمى عنه هو أمر يماثل النزول عن شرط التحكيم من ناحية الأثر، وينبغى أن يكون رجوعا نهائيا، وبناء عليه إن رفع المدعى الدعوى لدى قضاء الدولة فحضر المدعى عليه أمام نفس المحكمة، دون الدفع بعدم قبول الدعوى، أو تراجع عن الدفع بعد إبدائه أمام هيئة المحكمة، فيكون الخصم قد تنازل عن اتفاق التحكيم، وتنعقد الخصومة بشكل صحيح أمام قضاء الدولة[٣].

ثانيا: واجب اللجوء إلى نظام التحكيم لحل النزاعات الناشئة:

---

[١] حكم محكمة النقض المصرية فى الدعوى رقم ١٦٤٠ لسنة ٥٤ ق بجلسة ١٤ فبراير سنة ١٩٨٨، مجموعة محكمة النقض لسنة ١٩٨٨.

[٢] انظر: شحاتة غريب شلقامى ، اشكالات اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١١٢.

[٣] كذلك ليس للمدعى دفع أو رفض الطلبات الفرعية للخصم الاخر بالاستناد الى وجود اتفاق التحكيم،وذلك لان التنازل يتضمن ليس فقط الطلبات الاصلية، وانما يمتد التنازل الى الطلبات الاضافية والفرعية، وهو ما يعتبر تطبيقا مباشرا لمبدأ التبعية فى التقاضى. راجع: حسام الدين فتحى ناصف ، قاعدة منع قضاء الدولة من نظر موضوع المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم وقيود تطبيقها ، مرجع سابق ، ص ٨٤ وما بعدها.

يترتب على الالتزام الذى ناقشناه فى البند السابق (أولا) التزام آخر هو وجوب لجوء الأطراف المتعاقدة إلى هيئة التحكيم المتفق عليها فى الاتفاق التحكيمى، وذلك فى حالة نشوب نزاع بصدد تنفيذ العقد الأصلى بين الأطراف[١]، لان امتناع أحد الاطراف عن المساهمة فى الإجراءات التحكيمية يعنى الإخلال بمبادئ عقدية، لعل أهمها حسن النية والتعاون فى التنفيذ، وهو ما يرتب تنفيذا عينيا لتلك الالتزامات[٢]، ويحدث هذا بإجبار الطرف غير المتعاون أو غير المساهم على تحديد المحكمة وتقديم المستندات والبدء بإجراءات التحكيم، أو يترتب بالتالى حق الطرف الآخر فى اللجوء لمحكمة أو جهة لها حق تعيين المحكم أو هيئة التحكيم بحسب الأحوال[٣].

فطبقا للاتفاق التحكيمى ينبغى على طرفى المنازعة عرضها على هيئة التحكيم، حيث تبدأ اجراءات نظام التحكيم من وقت تسلم المدعى عليه إعلان التحكيم من قبل المدعى، ما لم يتفق الطرفان على خلاف هذا، وذلك وفقا للمادة (٢٧) من قانون التحكيم المصرى، ويجب على المدعى أن يرسل خلال الموعد المتفق بشأنه إلى خصمه ولهيئة التحكيم بيانا كتابيا بالدعوى، شاملا بيانات المدعى والمدعى عليه وواقعات المنازعة، كذلك يرسل المدعى عليه فى موعد محدد سلفا إلى كل من المدعى وهيئة التحكيم مذكرة تتضمن الدفاع

---

[١] الانصارى حسن النيدانى، الصلح القضائى ، دراسة تاصيلية تحليلية لدور المحكمة فى الصلح والتوفيق بين الخصوم، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠١ ، بند ١٦؛ حماد مصطفى عزب ، الاتجاهات الحديثة فى قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية، بدون ناشر ، ٢٠١٠ ، ص ٢٣ وما بعدها.

[٢] محمد طاهر الهلالى ، نسبية اثر اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٤٤.

[٣] ويرى جانب من الفقه أن اتفاق التحكيم الذى لا يرتب على مخالفته سوى امكان القضاء بالتعويض النقدى ضد الطرف المخل بمبدأ القوة اللازمة لشرط أو مشارطة التحكيم، يعتبر اتفاقا محدود الاثر والفاعلية، وذلك لصعوبة تعيين الاضرار الواقعة على الطرف الاخر الذى لم يخل به، والناشئ عن عدم تمكن هذا الاخير من عرض المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم أمام هيئة التحكيم، وذلك لأن محكمة وطنية محلية قد حكمت بعدم اختصاصها بالفصل فيه. انظر: حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة ....، مرجع سابق ، ص ١١٣ وما بعدها.

والدفوع إن وجدت، وكذلك الرد على ما جاء ببيان دعوى[١] التحكيم طبقا للمادة (٣٠) من ذات القانون.

غير أنه ينبغى التأكيد هنا بأن رفع الدعوى أمام محكمة القضاء المستعجل لا يعتبر رجوع عن الاتفاق التحكيمى، حيث أن الاتفاق التحكيمى لا ينافى اختصاص القضاء العاجل ببعض المسائل، وهو ما يرد تناوله بالمبحث القادم من هذا الفصل، ما لم يكن الطرفان قد أدرجا شرطا بالاتفاق بأن ينعقد الاختصاص فى المسائل المستعجلة لهيئة التحكيم، ولم يكن المدعى بحالة استعجال اضطرارية ألجأته لرفع الدعوى المستعجلة، كأن يكون المحكم غائبا عن مكان المنازعة على سبيل المثال، أو كان أصاب المحكم عارض كمرض أو خلافه منعه من الانتقال على وجه السرعة لمكان المنازعة[٢].

والالتزام بعرض المنازعة على المحكم يراه بعض الفقه على أنه حق لذلك المحكم، هذا الحق مضمونه أن الفصل فى النزاع هو حق لذلك المحكم المتفق عليه بين الخصوم، فهو حق يلتصق بشخص المحكم ذاته[٣]، فلا يمكن عرض المنازعة على محكم سواه، فإذا تم عرضها على غيره فإنه ينبغى تحقق مسؤولية من خالف التزامه من الأطراف، ومن ثم تعويض المحكم صاحب الحق عن الخطأ والأضرار المترتبة عليه، خاصة إذا كان قد مارس بالفعل مهام التحكيم فى هذه المنازعة لفترة مهما قلت مدتها[٤].

---

[١] شحاتة غريب شلقامى ، اشكالات اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٠٤.

[٢] قريب من هذا: ناريمان عبد القادر ، اتفاق التحكيم ....، مرجع سابق ، ص ٢٨٢؛ محمد طاهر الهلالى ، نسبية اثر اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٥٠.

[٣] يذهب اغلب الفقه الى ضرورة احترام حقوق المحكم وان يحترم حكمه ويتم تنفيذه خاصة وان المحكم ليس اقل شأنا من احد قضاة هيئة المحكمة أو أحد أعضائها، فينبغى أن يتمتع المحكم بنفس الحقوق التى يتمتع بها القاضى طبقا للقانون، وان يتم عقاب كل من يعتدى على المحكم كما هو الحال مع القضاة. انظر: شحاتة غريب شلقامى ، عقد المحكم بين تشريعات التحكيم وتطويع القواعد العامة فى القانون المدنى ، دراسة تحليلية فى ظل التشريعات العربية والفقه الاسلامى ، دار الجامعة الجديدة ، سنة ٢٠١٥، ص ٨٢.

[٤] شحاتة غريب شلقامى ، اشكالات اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٠٥؛ محمد سعد خليفة ، اتفاق التحكيم ، بدون ناشر، سنة ٢٠٠٩ ، ص ١٤٢ وما بعدها.

فإذا ما أوفى الأطراف بالتزامهم بعرض النزاع على هيئة التحكيم، فلا يمكن لأى منهم أن يعدل بإرادته المنفردة عن التداعى أمام المحكمين، وهو شأن يؤازره المنطق القانونى، ويتفق مع القوة اللازمة للاتفاق التحكيمى[١]، فلا يجوز لهم كذلك عدم الاستمرار فى التحكيم بعد بدئه، فإذا امتنع أحدهما عن الاستمرار استمر التحكيم فى مواجهته، وفى كل الأحوال لا يجوز اعتبار قيام أحد الطرفين باللجوء إلى قضاء الدولة رغم الشرط التحكيمى، ولا عدوله المنفرد عن اجراءات التحكيم، ولا امتناعه عن الاستمرار فيه، تسليم بطلبات الخصم[٢] الآخر، بل تنظر الدعوى أمام المحكمين وفق قواعد القانون والعدالة[٣].

ومن القواعد المهمة فى شأن الاختصاص طبقا لوجود شرط التحكيم، أنه إذا كان التحكيم شاملا للنزاعات التى تحدث بين الطرفين بشأن رابطتهما العقدية والنزاعات الخاصة بتنفيذ التعاقد وتفسيره، فإن رفع دعوى من قبل أحد الطرفين لدى قضاء الدولة بخصوص نزاع من هذه النزاعات، مع عدم دفع الآخر بوجود اتفاق للتحكيم بينهما، لا يعد بمثابة رجوع عن الاتفاق التحكيمى كاملا، وإنما هو إجازة لعرض نزاع محدد على قضاء الدولة، ويبقى لكل من الطرفين سلطة إجبار الطرف الآخر على الالتزام باللجوء الى هيئة التحكيم فى المنازعات التالية[٤].

---

[١] أسامة شوقى المليجى ، هيئة التحكيم الاختيارى ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٤ ، ص ٢١٧.

[٢] قريب من هذا: شحاتة غريب شلقامى ، اشكالات اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٠٥.

[٣] وقد أكد المشرع الفرنسى فى التعديل الاخير سنة ٢٠١١ بشأن قواعد التحكيم على الطابع القضائى الكامل للدعوى التحكيمية، فقد حافظ التعديل الجديد على هذا الطابع ودعمه ومن مظاهر ذلك أنه لم يعد يستعمل مصطلح المحكم l'arbitre واستبدل به مصطلح المحكمة التحكيمية tribunal arbitral وذلك بطريقة من شأنها التأكيد على الطابع القضائى الكامل للدعوى التحكيمية وما يتم فيها من اجراءات. اسامة ابو الحسن مجاهد ، مرجع سابق ، ص ٥٢.

[٤] قريب من هذا: أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختيارى والاجبارى ، مرجع سابق ، بند ٦٢.

غير أنه إذا تم الرجوع عن شرط التحكيم نهائيا بشكل صريح أو ضمنى، فلا يجوز لطرفى الاتفاق التحكيمى أن يتمسكا به مرة أخرى بعد الرجوع عنه، لأن الرجوع ينشأ عنه سقوط الحق فى التحكيم بشكل بات، فإذا كان لاتفاق التحكيم أن يفرض الفصل فى النزاع أمام المحكمين بدلا عن قضاء الدولة، فإن الأثر الايجابى للرجوع عن الاتفاق التحكيمى هو استعادة قضاء الدولة لاختصاصه فيما يتعلق بالنزاعات التى سبق الاتفاق بخصوصها على التحكيم، وبذلك يعود لقضاء الدولة سلطته الولائية بالفصل فى النزاعات بينهما[١].

المطلب الثالث

مراعاة حدود الاتفاق من حيث الموضوع والاشخاص

أولا: حدود الاتفاق التحكيمى من حيث الموضوع:

تعتبر الحدود التى يلتزمها اتفاق التحكيم من حيث نطاقه الموضوعى من أهم موضوعات التحكيم بشكل عام، فغالبا ما تعين تشريعات الدول الموضوعات التى يجوز القضاء فيها بطريق التحكيم، ومن ثم يعتبر الاتفاق التحكيمى بشأنها صحيحا، كما تعين تلك التشريعات الموضوعات التى لا يجوز فيها التحكيم ومن ثم يغدو الاتفاق التحكيمى بخصوصها باطلا. ولذلك تختلف هذه المسائل من دولة إلى أخرى، ولهذا ينبغى النظر إلى التشريعات الداخلية لكل دولة عند البحث فى هذا الأمر فى كل حالة على حدة، وقبل الشروع فى إبرام اتفاق تحكيمى.

والمتتبع لموقف الدول المختلفة من النطاق الموضوعى لاتفاق التحكيم يجد أنها تختلف بين أخذ الموقف المشجع من الالتجاء الى اتفاق التحكيم ونظام التحكيم حيث تجعل الاصل فى تلك الناحية هو جواز التحكيم فى كل

[١] حسام الدين فتحى ناصف ، قاعدة منع قضاء الدولة ....، مرجع سابق ، ص ٨٥ وما بعدها؛ محمد طاهر الهلالى ، نسبية اثر اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١٥٠.

الموضوعات، مع تقرير بعض الاستثناءات المحدودة حصريا، وأبرز مثال لهذا المنحى بريطانيا والولايات المتحدة ودول شمال أوربا. فى حين نجد على النقيض من ذلك أن بعض الدول تجعل الأصل فى التحكيم الاتفاقى هو الحظر، مع تقرير بعض الاستثناءات الحصرية واعتبارها جائزة وفقا لشروط يضعها المشرع، وذلك مثل أغلب الدول العربية. وهناك طائفة ثالثة من الدول وقفت موقفا وسطا، وذلك عن طريق تقرير المسائل التى لا يجوز بشأنها التحكيم عن طريق تحديدها تشريعا، وأبرز أمثلة هذه الطائفة مصر وفرنسا وايطاليا[١].

وقد أحالت أغلب الاتفاقيات الدولية التى تناولت شأن تحديد النطاق الموضوعى إلى التشريعات الداخلية بالدول المنضمة لها، وذلك بحسب ظروف كل دولة على حدة، حيث أن مسائل الاختصاص الموضوعى تعتبر من الأمور التى تختلف فيها اتجاهات الدول، حيث يحكم ذلك الشأن اعتبارات سياسية واقتصادية وتاريخية فى غالب الأحيان.

ولكن ينبغى على المحكمين فى كل الأحوال، حال النظر فى موضوع دعوى التحكيم المعروضة عليهم، بأن يتقيدوا بالاتفاق التحكيمى من حيث موضوع المنازعة[٢] ومن حيث الشخوص، أما بالنسبة لموضوع المنازعة فنجد أنه لا يجوز للمحكمين الفصل فى موضوعات لا يتضمنها الاتفاق التحكيمى، حيث يكون على المحكمين التقيد عند تحديد النطاق الموضوعى للنزاع، بما توافق عليه الخصوم، كأطراف فى الاتفاق، وقد أشارت إلى ذلك الحكم المادة

---

[١] محمد طاهر الهلالى ، نسبية اثر اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٢٣٣.

[٢] يقصد بمحل التحكيم تلك المنازعة التى يراد حسمها بطريق التحكيم والتى يجب ان تقبل التسوية بواسطته، والذى يرتبط وجوده بوجودها، غير ان المنازعة التى تكون محلا لاتفاق التحكيم قد توجد مستقبلا فى شرط التحكيم، وقد تكون موجودة حالا فى عقد التحكيم الذى تم ابرامه بسبب نزاع قائم بالفعل، وطالما ان اتفاق التحكيم هو كسائر العقود فان محله يجب ان تتوافر فيه الشروط العامة المتطلبة فى محل الالتزامات التعاقدية بوجه عام. انظر: ايمن احمد الدلوع ، التحكيم فى العقود المدنية ، مرجع سابق ، ص ٨٤.

الرابعة والثلاثون من قانون الاونسترال النموذجى، وكذلك فعلت اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ فى مادتها الخامسة لأول مرة[١].

وقد حدد المشروع المصرى فى المادة الحادية عشرة من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ المسائل التى لا يجوز فيها الاتفاق على التحكيم والا كان الاتفاق باطلا بطلانا مطلقا، حيث قضت بأن التحكيم لا يجوز فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح، وتولى القانون المدنى تحديد تلك المسائل التى لا يجوز فيها الصلح، وهى الأحوال الشخصية والمسائل المتعلقة بالنظام العام والمسائل الجنائية وموضوع الجنسية.

وسوف نعود لاستكمال حديثنا عن النطاق الموضوعى ضمن المبحث الثانى من هذا الفصل، والذى تم تخصيصه لتناول المسائل التى لا يجوز فيها التحكيم.

ثانيا: حدود الاتفاق التحكيمى من حيث الأشخاص:

أما فيما يتعلق بأشخاص الاتفاق التحكيمى فالمفترض أن شرط أو مشارطة التحكيم لا يجوز أن تتجاوز آثارهما أى شخص خلاف طرفى الاتفاق، وبالتالى لا يجوز فرض الالتزام على غير الموقعين عليه من حيث الأصل، ولكن ترد على تلك القاعدة استثناءات محدودة اقتضتها طبيعة المعاملات، ومن قبيل هذا فى نطاق أعمال التحكيم الدولى ما يعرف بالتوسع فى مفهوم الطرف فى منازعات التحكيم، حيث لم يقصر محكمو هيئات التحكيم هذا المعنى على من قام بتوقيع الاتفاق التحكيمى فحسب[٢]، بل امتد الأثر إلى أشخاص من الغير، خاصة من كان له دور فاعل فى انعقاد الاتفاق

---

[١] ايناس محيى الدين عبد المعطى ، انقضاء اتفاق التحكيم ، رسالة دكتوراة ، حقوق الزقازيق ، سنة ٢٠١١ ، ص ٥٠؛ أيمن احمد الدلوع ، التحكيم فى العقود المدنية ، مرجع سابق ، ص ١٠٠.

[٢] لمزيد من الايضاح انظر: ايمن احمد الدلوع ، التحكيم فى العقود المدنية ، مرجع سابق ، ص ١٠٠ وما بعدها.

بين طرفى النزاع أو فى انقضائه، ومن ذلك على سبيل المثال ما سبق تناوله من أشخاص يمتد اليهم أثر اتفاق التحكيم، فى حالات المجموعات العقدية ومجموعات الشركات، فنحيل إليه منعا من التكرار.

وينبغى على هيئة التحكيم التى تنظر منازعات الخصوم أن يقتصر حكمها على أطراف العقد، فلا يمتد للغير إلا فى الحالات التى تناولناها فى الفصل الأول من هذه الدراسة، وبعد التحقق من توافر شرائطها القانونية، ولكن فى جميع الأحوال تكتسب أحكام المحكمين ذات القوة التى يكتسبها حكم القاضى، خاصة مبدأ نفاذ الحكم فى مواجهة الكافة، باعتباره حائزا لقوة الأمر المقضى فيما قضى فيه بين الخصوم.

كذلك فان اتفاق التحكيم، ورغم أنه تعاقد كسائر التعاقدات وله حجية نسبية، غير أنه طبقا لقاعدة "نفاذ العقد" وباعتباره واقعة قانونية بالنسبة للغير، فيمكن من ثم الاحتجاج بمضمونه فى مواجهة الغير، ويكون للأخير حق الاحتجاج به، حيث يولد التعاقد آثارا خارجية مؤداها احترام عقد الغير، اذا توفرت شروط نفاذه، خاصة شرط العلم به[١].

المبحث الثانى

[١] طارق سمير طلبة دويدار ، الابعاد القانونية لامتداد شرط التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٢٤٨.

خصوصية نظر المحكم لبعض الموضوعات

قلنا فى مقدمة هذه الدراسة بأن بعض أشكال النزاع بين طرفى التحكيم تأبى أن يختص بها نظام قضاء التحكيم، بوصفه قضاء اختياريا اتفاقيا بين الخصوم، فهناك العديد من الاعتبارات تقتضى أن يختص قضاء الدولة، وهو صاحب الولاية الأصيلة، ببعض المسائل التى تعتبر المصلحة فيها شأن مشترك بين الخصم وبين المجتمع فى بعض الحالات، ومسائل أخرى تتحقق فيها مصالح الخصوم باللجوء إلى قضاء الدولة بالرغم من وجود اتفاق بينهما على التحكيم.

ولتلك الاعتبارات ولغيرها، لجأ المشرع فى مصر، وكذلك فعل فى العديد من دول العالم، إلى حظر نظر هيئة التحكيم فى بعض الموضوعات، حيث يكون الاتفاق على التحكيم فيها باطلا، نظرا لارتباط قواعد الاختصاص تلك بالنظام العام. كذلك وضع المشرع قواعد خاصة بالتقاضى فى المسائل المستعجلة والوقتية لدى قضاء الدولة، بالرغم من اتفاق الخصوم على التحكيم بشأنها أو بشأن منازعاتها الموضوعية، ونبحث كل منهما فى مطلب مستقل فيما يلى.

المطلب الأول

حظر نظر مسائل بعينها

قلنا بأن أغلب الاتفاقيات الدولية التى تناولت شأن تحديد النطاق الموضوعى قد أحالت بذلك إلى التشريعات الداخلية بالدول المنضمة لها، وذلك بحسب ظروف كل دولة على حدة، حيث أن مسائل الاختصاص الموضوعى تعتبر من الأمور التى تختلف فيها اتجاهات الدول، حيث يحكم ذلك الشأن اعتبارات سياسية واقتصادية وتاريخية فى غالب الأحيان. وقد جاء قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بنص يجعل التحكيم جائزا

بحسب الأصل، مع استبعاد بعض الموضوعات من نطاقه، ليظل اختصاص قضاء الدولة بها اختصاصا حصريا.

وقد نصت المادة الحادية عشرة من قانون التحكيم المصرى على أنه: "لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعى أو الاعتبارى الذى يملك التصرف فى حقوقه، ولا يجوز التحكيم فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح". كما قضت المادة (٥٥١) من القانون المدنى المصرى بأنه: "لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام ولكن يجوز الصلح فى المصالح المالية التى تترتب على الحالة الشخصية أو التى تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم".

وفى ضوء تلك النصوص يمكن القول بأن المسائل التى يحظر الاتفاق على التحكيم بشأنها تندرج تحت عنوانين رئيسيين، هما المسائل المتعلقة بالنظام العام والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية، ونتناول كل منهما فى فرع مستقل على النحو التالى:

الفرع الأول

استبعاد المسائل المتعلقة بالنظام العام

إن فكرة "النظام العام" هى مجموعة قواعد ضرورية للحياة الاجتماعية، والمتتبع للمسائل التي عُنيت بهذه الناحية ككتاب "الأحكام السلطانية للماوردي" يقع على تجارب تقنية، ومحاولات تنظيمية في التاريخين العربي والإسلامي، وهذه المحاولات والتجارب ألهمت الفقه والمهتمين بأن يقدّموا دستورا للنظام العام بكل ما يلزم فيه. وتعد فكرة النظام العام الوضعية مقابلة لما يدعى في

الفقه الإسلامى "بحق الله أو حق الشرع"، الذي لا يقل في مداه عن الفكرة الوضعية[١].

غير أن فكرة النظام العام[٢] يراها جانب من الفقه بأنها يتراوح مضمونها بين الضيق والاتساع تبعاً للمذهب السياسي السائد في الجماعة[٣]. ففي ظل المذهب الفردي الذي يقدس حرية الفرد، ويطلق العنان لسلطان إرادته، ويمنع الدولة فيه من التدخل في شئونه الخاصة، يضيق نطاق فكرة النظام العام، وبالتالي تقل القواعد الآمرة. وعلى العكس، حيث تسود المصالح الاشتراكية – التي انكمشت إلى حد كبير في مختلف دول العالم في الوقت الراهن – التي تضحي بالمصالح الفردية في سبيل المصلحة العامة، تطلق يد الدولة في كافة شؤون الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية، ولو كان ذلك على حساب حريات الأفراد وحقوقهم الطبيعية، فيتسع نطاق فكرة النظام العام وتكثر القواعد

---

[١] فمفهوم النظام العام أو فكرته يرجعان إلى نظرية الدولة، وهي ترجع بدورها إلى ثلاث نظريات: فهناك النظرية الفردية التي ترمي إلى قصر عمل الحكومة على رد الاعتداء الخارجي عن الأفراد، وداخلياً المحافظة على الأمن العام، ولعل أبرز دعاة هذه النظرية في أواخر القرن الثامن عشر هو سبنسر. وهناك النظرية الاشتراكية التي تهدف إلى تدخل الحكومة في جميع الأعمال توصلاً إلى هناء الفرد ورفاهيته، وثمة نظرية ثالثة متوسطة بينهما، ليست بالفردية البحتة ولا الاشتراكية وإنما هي مزيج بينهما. ومن الصعوبة تحديد مفهوم النظام العام لأنه مفهوم متطور ونسبي، يتغير بتبدل المكان والزمان، تبعاً لاختلاف الأفكار السائدة في المجتمع، كما أنه يتأثر بالظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي يتعايش معها. فمفهوم النظام العام يكتنفه الكثير من الغموض والإبهام، لدرجة أنه استعصى على الفقه القانوني أن يجد له تعريفاً جامعاً مانعاً، وغموض غائية النظام العام والطابع الظرفي له يأتيان من تعدد المقتضيات التي يواجهها. انظر فى هذا: الموقع الالكترونى "حمد الدبانى النعيمى".

[٢] وينبغى ان يكون الاتفاق على التحكيم سببه مشروعا والسبب غير المشروع هو الذى ينطوى على احدى حالات الغش نحو القانون... انظر: طارق سمير دويدار، الابعاد القانونية ...، مرجع سابق ، ص ٣٣.

[٣] عرف البعض النظام العام بأنه مجموعةٌ من الوسائل الأمنية التي توفّر الحماية العامة لكافة المواطنين والأشخاص الذين يتواجدون على أرض دولة ما، ويُعرف أيضاً بأنّه الأسلوب المستخدم في تنظيم الحياة الاجتماعية في المجتمع الواحد عن طريق فرض سلطة القانون الّتي تمنح الأفراد حقوقهم، وتُعرّفهم بالواجبات القانونية الملزمة لهم. وعرّف بعض الفقهاء القانونيين النظام العام بأنه الواجبات القانونية التي تقوم بها الدولة، وتُحقّق الخير والأمن لكل إنسان، مع الحرص على احتواء أي مشكلات تصدر من أي فرد وعلاجها بالطريقة المناسبة.

الآمرة، في حين لا تظهر القواعد المكملة إلا فيما ندر. وهى فكرة مرنة ونسبية تتأثر بالمكان والزمان والفكر السائد فى الدولة، بل تختلف من بلد إلى آخر، ومن زمان إلى زمان فى نفس البلد، فما يعتبر مسألة نظام عام فى وقت ما قد لا يعتبر هكذا فى وقت آخر وفى ذات الدولة[١].

أولا: تأثير الفكرة على سبب ومحل الاتفاق:

من هذه النظرة حول مفهوم النظام العام يتبين لنا أن فكرة النظام العام تتناول عدد من المسائل لعل أهمها مسائل القانون الجنائى والجنسية، كما أن تلك الفكرة تلعب الدور المهم فى نطاق التحكيم، فهى ذات أثر على سبب الاتفاق التحكيمى، حيث يبطل الأخير لو كان السبب فيه مخالف للنظام العام، وأيضا تؤثر الفكرة على محل الاتفاق التحكيمى، ويتبين هذا الأثر فى الحد من إرادة كل طرف عند توقيع الاتفاق، ومن ثم يمكن التمسك بإبطال الاتفاق ودون حاجة لصدور حكم من هيئة التحكيم بذلك، ولا بصدور حكم من قضاء الدولة طالما كان محل الاتفاق مخالفا للنظام العام[٢].

أما تطبيقات الفكرة فى نطاق القانون العام والذى هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات التي تدخل فيها الدولة باعتبارها سلطة ذات سيادة. فبديهي أن الدولة لا تظهر في العلاقات التي ينظمها القانون إلا لرعاية المصالح الأساسية للمجتمع، الأمر الذي يمكن معه القول بأن قواعد القانون العام تتعلق كلها بالنظام العام طالما أنها تمس الكيان السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي للمجتمع، وبالتالى فهي قواعد آمرة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها. كذلك في مجال القانون الإداري، لا يجوز للموظف أن يتنازل عن وظيفته للغير[٣]، سواء كان ذلك بمقابل أو بغير مقابل، ولا يجوز له الاتفاق

---

[١] شحاتة غريب شلقامى ، المدخل لدراسة القانون ، بدون ناشر ، سنة ٢٠٠٤ ، ص ١٠٦ وما بعدها.

[٢] شحاتة غريب شلقامى ، إشكالات اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٣١.

[٣] كما لا يجوز له أن يتنازل عن حقه في الترقية أو في العلاوة لموظف آخر.

على التحكيم فى النزاعات المنبثقة عن الوظيفة العامة[١]. وأخيرا، وفي نطاق القانون المالي، لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من الضرائب التي تفرضها الدولة، كذلك يقع باطلا الاتفاق الذي بموجبه يتعهد أحد الأشخاص بتحمل الضريبة بدلا من شخص آخر، ويبطل كذلك الاتفاق على التحكيم فى أية مسألة من تلك المسائل.

كما ينبغى الأخذ فى الاعتبار أن معظم القواعد الإجرائية والشكلية متعلقة بفكرة النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على التحكيم فيها، فلا يمكن التحكيم حول مسائل من قبيل قابلية حكم القاضى للطعن أو عدم قابليته، ولا حول مدى زوال الخصومة أمام قضاء الدولة، ولا التحكيم فى مدى انقضاء دعوى بسبب السقوط أو الترك أو غير ذلك من أسباب الانقضاء المبتسر للدعاوى، ولا حول مدى اعتبار الخصوم حاضرين أو غائبين فى جلسة تقاضى لدى قضاء الدولة، ولا غير ذلك من الإجراءات والشكليات، حيث أنها جميعها تتعلق بالنظام العام[٢].

ثانيا: استبعاد الجرائم ومسائل القانون الجنائى:

يستفاد حظر التحكيم فى الجرائم والمسائل الجنائية بمفهوم المخالفة من عجز نص المادة (٥٥١) من القانون المدنى المصرى، حيث أجاز الصلح فى

[١] وفي إطار القانون الجنائي، يقع باطلا الاتفاق على ارتكاب جريمة مقابل مبلغ من المال، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتحمل العقوبة شخص اخر غير الجانى.

[٢] قريب من هذا: شحاتة غريب شلقامى ، إشكالات اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٣٣؛ ناريمان عبد القادر ، اتفاق التحكيم...، مرجع سابق ، ص ٢٥١ وما بعدها. ويذهبان إلى أنه لا يجوز التحكيم حول ما اذا كان حكم القاضى الجنائى او المدنى يقبل الطعن أم لا، أو مدى اعتبار الخصوم غائبين ام حاضرين فى جلسات التقاضى، ولا يجوز التحكيم كذلك فيما اذا كانت دعوى رد القاضى قائمة على أساس أو على غير أساس، حيث ينظم التشريع الاجرائى هذه المسائل تنظيما دقيقا متعلق بالنظام العام، كذلك لا يجوز عقد تحكيم فى منازعات التنفيذ الوقتية ولا الموضوعية التى تترتب عليها صحة أو بطلان الاجراءات الخاصة بالتنفيذ.

المصالح المالية التى تترتب على الحالة الشخصية[١] أو التى تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم، كما أنه مستفاد من فكرة النظام العام فى مجملها، نظرا لارتباط فكرة التجريم والعقاب بالمصالح العليا للدولة.

وفكرة النظام العام تنتشر بين فروع القانون المختلفة لكنها تكون أشد وضوحا فى فروع القانون العام وخاصة القانون الجنائى، نظرا لارتباطها بالمصالح الجوهرية للدولة، فقواعد قانون العقوبات تتعلق بالنظام العام حيث أنها تحمى المجتمع، ومن ثم يكون باطلا كل اتفاق على ارتكاب جريمة أو على حلول فرد محل فرد آخر لتنفيذ عقوبة جنائية موقعة على الأخير، كذلك لا يجوز التعاقد على اللجوء إلى نظام التحكيم للتقاضى بصدد جريمة تم ارتكابها[٢].

وتطبيقا لذلك ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أنه: "مفاد نص المادة (٥٥١) من القانون المدنى أنه لا يجوز التحكيم بشأن تحديد مسؤولية الجانى عن جريمة جنائية، وإلا اعتبر ذلك باطلا لمخالفة النظام العام، فإذا كانت المسألة التى انعقد التحكيم بصددها وكانت بالتالى سببا لهذا الالتزام الموثق بالسند إنما تتناول جريمة فى ذاتها وتستهدف تحديد المسؤول عنها، وهى من الموضوعات المتعلقة بالنظام العام، فلا يجوز أن يأتى الصلح عليه، ومن ثم لا يجوز أن يكون محلا لتحكيم، وهو ما يترتب عليه أن يكون الالتزام الثابت فى المستند باطلا نظرا لعدم مشروعية السبب، وليس ممنوعا طبقا لأحكام القانون أن يلجأ الجانى والمجنى عليه إلى التحكيم لتسوية الآثار المدنية"[٣].

---

[١]- Louis Frédéric Pignarre: convention d'arbitrage, Dalloz, jan. ٢٠١٤, p. ٦٤.

[٢] ايمن احمد الدلوع ، التحكيم فى العقود المدنية ، مرجع سابق ، ص ٨٥؛ شحاتة غريب شلقامى ، إشكالات اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٣٢.

[٣] حكم لمحكمة النقض المصرية فى الدعوى رقم ٥٦٢ لسنة ٤٧ ق، بجلسة ٢٢ يناير سنة ١٩٨٠، مجموعة محكمة النقض، السنة الحادية والثلاثين ، العدد الاول، سنة ١٩٨٠ ، ص ١٩٧٩.

وبالتالى فمن غير الجائز عقد تحكيم حول تحديد مسؤولية الفاعل فى جريمة، فإذا تم مثل هذا الاتفاق فهو باطل لمخالفة النظام العام، فإذا كان موضوع التحكيم تحديد مسؤولية الجانى فهو اتفاق تحكيم باطل، وقد أشار بعض الفقهاء لأن الدعوى الجنائية هى حق للمجتمع ككل وأن النيابة العمومية أمينة عليها، تباشرها كطرف أصلى فى الخصومة، فلا يجوز بالتالى أن تكون الأخيرة طرفا فى نزاع معروض على التحكيم[١].

وإن اشتمل اتفاق التحكيم على مسائل متعددة، فكان بعضها يقبل التحكيم والبقية لا يجوز فيها تحكيما، فإن شرط التحكيم أو مشارطته يكون باطلا فيما يتعلق بالمسائل غير الجائزة ويكون صحيحا فيما عدا ذلك من مسائل، غير أنه إذا كان الموضوع غير قابل للتبعيض، أو تم التحكيم صلحا، فبطلان الجزء المتعلق بالمسائل غير الجائزة يؤدى حتما لبطلان الاتفاق التحكيمى بالكامل. وفى نطاق الموضوعات التى يجوز التقاضى فيها تحكيما فالخصوم أحرار فى الاتفاق على عرض نزاعاتهم التى تثار بصدد رابطة قانونية محددة على التحكيم، أو قصر الاتفاق على بعض تلك النزاعات، بحيث تكون بقية النزاعات المثارة بصدد ذات الرابطة خاضعة للقضاء التقليدى دون مساس بالاختصاص[٢].

ثالثا: استبعاد المسائل الخاصة بالجنسية:

لم ترد مسألة الجنسية ضمن الأمور المستبعدة من جواز التحكيم، لكنها مستفادة من حظر التحكيم فى المسائل المتعلقة بالنظام العام، وقد قلنا سلفا بأن أغلب روابط القانون العام تتعلق بالنظام العام لأسباب كثيرة، والجنسية من

[١] فتحى والى ، الوسيط فى قانون القضاء المدنى ، اصدارات جامعة القاهرة ، سنة ١٩٩٣ ، ص ٩٠٧ وما بعدها.

[٢] قريب من هذا انظر: فتحى والى ، الوسيط فى قانون القضاء المدنى ، مرجع سابق ، ص ٨٥٠ وما بعدها؛ محمد طاهر الهلالى ، نسبية اثر اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٢٣٦.

المسائل التى تمس سيادة الدولة ولازمة من لوازمها، فلا يجوز التحكيم فيها بغير خلاف بين الفقه.

ولا يجوز بالتالى التحكيم فى مسألة الإقرار بالجنسية أو نفيها أو التخلى عنها، غير أن الأمور المالية المترتبة على تلك المسألة كحالة إصدار قرار مخالف للقانون بخصوص الجنسية، فهو مما يجوز التحكيم فيه طبقا لنص المادة (٥٥١) من القانون المدنى المصرى[١].

الفرع الثانى

استبعاد مسائل الأحوال الشخصية

ومن المسائل التى حُظرت صراحة بنص القانون، مسائل الأحوال الشخصية[٢]، ويقصد بها المنازعات التى تتعلق بالزواج والنسب والطلاق والأهلية، ومن أمثلتها الفصل فى شرعية الأبناء، وصحة وبطلان عقود الزواج وإشهادات الطلاق، وما اذا كان الشخص وارث أو ليس بوارث عند تحقق واقعة الميراث.

---

[١] ايمن احمد الدلوع ، التحكيم فى العقود المدنية ، مرجع سابق ، ص ٨٥؛ شحاتة غريب شلقامى ، إشكالات اتفاق التحكيم، مرجع سابق ، ص ٣٣.

[٢] وقد تعرضت محكمة النقض المصرية مبكرا لتعريف مصطلح الاحوال الشخصية فذهبت الى انه مجموعة ما يتميز به الانسان عن غيره من السمات الطبيعية والعائلية التى يرتب القانون عليها اثارا قانونية فى حياته الاجتماعية، مثل كون الانسان ذكرا أو أنثى، وكونه زوجا او ارملا او مطلقا أو إبنا شرعيا أو كونه تام الاهلية او ناقصها لصغر فى السن او عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيودها، لسبب من الاسباب القانونية، كذلك قالت المحكمة أن الامور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الاصل من الأحوال العينية وإذن فالوقف والهبة والوصيات والنفقات على اختلافها، فى الانواع والمنشأ، من الاحوال العينية. غير أن المشرع المصرى وجد أن الوقف والهبة والوصية وكلها من عقود التبرعات تقوم على فكرة التصدق المندوب اليه ديانة، فألجأه هذا الى اعتبارها من قبيل مسائل الاخوال الشخصيةكما أخرجها من اختصاص المحاكم المدنية التى ليس من نزامها النظر فى المسائل التى تتضمن عنصرا دينيا ذا أثر فى تقرير حكمها، على أن أية جهة من جهات الاحوال الشخصية إذا نظرت فى شيء مما تختص به من تلك العقود، فان نظرها فيه بالبداهة مشروط باتباع الانظمة المقرار قانونيا نظرا لطبيعة الاحوال الموقوفة والموهوبة والموصى بها. حكم لمحكمة النقض المصرية بجلسة ٢١ يونيو سنة ١٩٣٤ ، مجلة المحاماة ، ص ١٥.

فلا يجوز بل لا يُتصور انعقاد تحكيم فى نزاع يتعلق بثبوت النسب لمولود ما، ولا التقاضى تحكيما حول شرعيته، وكذلك حول مسائل الحضانة وثبوتها وانتقالها وأجرها، ومسائل النفقات من حيث وجوبها والأشخاص المستحقين لها فحسب. غير أن المسائل المالية التى تترتب على منازعات الأحوال الشخصية يمكن التحكيم حيالها، مثل دعاوى المطالبة بتعويض والتى ترفع عند نشوء أضرار نتيجة فسخ خطبة أنثى، وكذلك عند تحديد مقدار النفقة التى يستحقها أحد الأقارب والأزواج والصغار[١].

وقد جاءت محاولات عديدة من جانب الفقه والقضاء والمشرع لوضع تعريف جامع مانع لمسائل الأحوال الشخصية، غير أنه لم يتم الاتفاق على مثل هذا التعريف حتى الآن، غير أن مسائل الأحوال الشخصية نفسها ليست محل خلاف كبير، فهى تتراوح بين مسائل حالة الشخص والأهلية، والمسائل الخاصة بنظام الأسرة من خطبة وزواج ونسب وطلاق وتطليق، ومسائل الولاية والوصاية والقوامة والحجر والإذن بالإدارة وبالتجارة، والغيبة وباعتبار المفقود ميتا، وكذلك المواريث والوصية. غير أنه فيما يخص عقد الهبة فقد وضع له القانون المدنى منذ سنة ١٩٤٨ تنظيما شاملا وقواعد موحدة باعتباره عقدا مدنيا خالصا، وبالتالى فقد فصل المشرع الهبة عن مسائل الأحوال الشخصية، وألحقها بنظام العقود المدنية[٢].

[١] قريب من هذا: ايمن احمد الدلوع ، التحكيم فى العقود المدنية ، مرجع سابق ، ص ٨٥؛ شحاتة غريب شلقامى ، إشكالات اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٢٦.
[٢] شحاتة غريب شلقامى ، إشكالات اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٣٠.

المطلب الثانى

نظر المسائل الوقتية والمستعجلة

قلنا بأن اتفاق التحكيم المبرم بين أطراف العقد الأصلى يضع على عاتق كل منهم التزاما سلبيا[١]، مضمونه الامتناع عن اللجوء إلى قضاء الدولة فيما يتعلق بالنزاعات الناشئة عن تنفيذ العقد الأصلى، كما أنه يقع على كاهلهم التزام آخر إيجابى، مفاده اللجوء إلى هيئة التحكيم المتفق عليها عند حدوث نزاع بينهما، وعلى الخصم الآخر –الطرف الثانى– الاستجابة لذلك بتعيين المحكمين وبتقديم البيانات والمثول أمام الهيئة التحكيمية أو المحكم بحسب الأحوال.

ولا شك أن الضرورات العملية لواقع الأعمال يتطلب استمرار قضاء الدولة مختصا بنظر بعض المسائل التى تحقق مصالح الأطراف أو المصلحة العامة، وتحديدا ما استقر عليه الفقه والقضاء باختصاص قضاء الدولة بنظر المسائل المستعجلة والوقتية رغم وجود اتفاق التحكيم، لأن تلك الموضوعات تحتاج إلى التدخل السريع، خاصة وأن هذا التدخل لا يتعارض مع الاختصاص الاستثنائى المنعقد للهيئة التحكيمية، بنظر الموضوعات المتعلقة بمحل العقد المتضمن لبند الاتفاق التحكيمى، كما أن التداعى أمام قضاء الدولة فى تلك المسائل لا يعد بحال من الأحوال تنازلا عن اتفاق التحكيم[٢]. حيث استقرت أحكام المحاكم منذ عهد طويل على أن كل من القضاء المستعجل والقضاء الوقتى يختصان ببعض المسائل رغم وجود شرط التحكيم، لأن هذا الشرط لا يحول دون التداعى لدى القاضى الطبيعى بخصوص طلب ما، مثل إثبات الحالة[٣] أو الحكم فى شق عاجل، كما أن قاضى الدولة

---

[١]- Laquin E. : Legislation , Les metamorphoses de la clause compromissoire, RTD, ٢٠٠١, p. ٩٩.

[٢] على بركات ، خصومة التحكيم فى القانون المصرى والقانون المقارن ، رسالة دكتوراة ، حقوق القاهرة ، ١٩٩٦، ص ٤٠٥ وما بعدها.

[٣] شحاتة غريب شلقامى ، إشكالات اتفاق التحكيم ، مرجع سابق ، ص ١١٣.

المعروض عليه المسألة هو من يستقل بتقدير مدى وجود حالة الاستعجال أو الضرورة فى الطلب المنظور أمامه.

وأحيانا ما يكون القضاء المستعجل والوقتى مختصا، بموضوعات معينة، اختصاصا نوعيا، فيكون الاتفاق على التحكيم فيما يتعلق بالمسائل التى يختص بها قضاء الدولة اختصاصا نوعيا اتفاقا باطلا، نظرا لتعلق قواعد الاختصاص النوعى بالنظام العام، حيث لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، فتكون حالئذ اختصاص أصيل لقضاء الدولة لا لقضاء التحكيم، على الرغم من أن ذلك النهج لا يمنع هيئة التحكيم من نظر بعض الموضوعات المستعجلة والوقتية التى تتعلق بمحل اتفاق التحكيم فحسب دون غيره، غير أن ذلك لا يعتبر سلبا لولاية قضاء الدولة، فى نظر المسائل المستعجلة والوقتية على إطلاقها، فهى اختصاص أصلى له، فيكون نظر هيئات التحكيم لبعض تلك المسائل هو استثناء من الأصل، والاستثناء كما هو معروف لا يتوسع فيه ولا يقاس عليه، فيكون الخروج هنا فى حدود موضوع اتفاق التحكيم فحسب، دون سلب حق القضاء المستعجل فى نظرها[١].

وقد أكدت المادة الرابعة عشر من قانون التحكيم المصرى على تلك القاعدة، حيث قضت بأنه يجوز لقضاء الدولة المشار إليه بالمادة التاسعة من القانون بأن يأمر بناء على طلب طرفى التحكيم باتخاذ التدابير التحفظية والمؤقتة، سواء قبل بداية إجراءات التحكيم أو أثناء سيرها، وبالتالى فنظر تلك المسائل هى أمر جوازى، لأن وجود الاتفاق التحكيمى لا يمنع قضاء الدولة من نظرها، كما يمكن لأطراف الاتفاق التحكيمى أن يتفقوا على أن يصبح للمحكم سلطة اتخاذ تدابير تحفظية أو وقتية، بناء على طلب الخصوم. وبالتالى إذا ما لجأ شخص للقضاء طالبا تقدير الدين مؤقتا، وإصدار أمر

[١] أحمد ابراهيم عبد التواب ، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، دار الجامعة الجديدة ، سنة ٢٠٠٩ ، ص ١٢٢ وما بعدها.

بالحجز التحفظى بقيمة المبلغ محل الدين، رغم وجود اتفاق التحكيم، فذلك لا يعتبر من قبيل النزول عن شرط التحكيم، فإذا حصل الخصم على الأمر بالحجز التحفظى وتم إعلانه وفقا للقانون[١]. فإن هذا الإجراء صحيح قانونا، كما أنه لا يمس صحة وسريات الاتفاق التحكيمى.

والمتفحص لذلك المبدأ الخاص بنظر المسائل المستعجلة والوقتية الناشئة بين طرفى اتفاق التحكيم، وهو الاتفاق الذى يخرج النزاع من دائرة اختصاص قضاء الدولة ليرميه فى بوتقة اختصاص قضاء التحكيم، لربما يجد تحيّرا عما إذا كان هذا المبدأ استثناء على قواعد اختصاص هيئة التحكيم، أم أنه من قبيل رد الشىء إلى أصله فى صورة استثناء من الاستثناء، غير أننا إذا تذكرنا الرأى القائل بأن التحكيم يعتبر شعبة من القضاء[٢] لزالت الدهشة، فكل من المحكم والقاضى يكتسب ولاية القضاء بموجب القانون المنظم لاختصاصه، كما يتقيد كل منهما بما يقيده به المشرع من حدود والتزامات، خاصة ما يتعلق بالزمان والمكان وقواعد الاختصاص[٣]، فكان منطقيا أن يلتزم كل من القاضى والمحكم بما فرضه القانون من حدود وقواعد، وأن يقوم كل منهما بعمله كما رسمه القانون، فتتحقق فى النهاية غايات النظام القانونى، وفى مقدمتها غاية رد الحقوق لأصحابها.

---

[١] قريب من هذا: ناريمان عبد القادر ، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٣٠١ وما بعدها. كما يجب حينئذ اتخاذ إجراء مكمل فرضه قانون المرافعات فى المواد المدنية والتجارية، هو تحريك دعوى تثبيت ذلك الحجز فى الميعاد القانونى وإلا سقط أمر الحجز.

[٢] أيمن أحمد الدلوع ، التحكيم فى العقود المدنية ، مرجع سابق ، ص ١٨.

[٣] قريب من هذا: أيمن أحمد الدلوع ، التحكيم فى العقود المدنية ، مرجع سابق ، ص ١٨.

الخـاتـمـــة

تناولنا على مدار صفحات هذه الدراسة، بالأساس، الآثار المترتبة على اتفاق التحكيم، شرطا كان أو مشارطة، خاصة تلك الآثار غير النمطية، التى تثير خلافا فى التطبيق واختلافا فى الفهم وتشتتا فى التفسير ونزاعا فى التنفيذ، فمرحلة تنفيذ كافة العقود على اختلافها، ونظرا لأهميتها للطرفين، بل ولغيرهم أحيانا، تنشأ عنها وخلالها العديد من الإشكالات التى تعترض تلك المرحلة، وفى اتفاق التحكيم تحديدا نجد أن الإشكال يتفاقم، لأن اتفاق التحكيم، سواء ورد كشرط أو بند بالعقد الأصلى وسواء ورد كاتفاق مستقل تابع للعقد الأصلى، فإننا فى الحالين أمام عقدين لا عقد واحد، حيث قد تثور منازعة فى تنفيذ العقد الأصلى يترتب عليها أو يأتى معها دون ترتب نزاع جديد حول تنفيذ الاتفاق التابع وهو اتفاق التحكيم.

ونظرا لهذه الأهمية، وللدور الذى يلعبه التحكيم فى حياتنا المعاصرة من علاج فعال لمشكلة بطء إجراءات التقاضى، بالإضافة إلى ما يوفره نظام التحكيم من سرية للبيانات وغير ذلك من المميزات، التى تفيد فى المعاملات التجارية الدولية وغيرها من التعاقدات الكبرى ذات الأهمية، كان تناولنا لهذه الإشكالات التى تحيط مرحلة التنفيذ، وقد بحثنا خلالها عدد من المسائل الهامة التى تثير خلافا فى الرأى واختلافا فى أحكام القضاة والمحكمين.

وقد انتهينا من خلال دراستنا هذه إلى رجحان الرأى القائل باستقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلى الذى يتبعه، وهو ما يترتب عليه إخضاع التعاقد الأصلى لنظام قانونى مختلف عن ذاك النظام الذى يحكم الاتفاق التحكيمى، نظرا لما رأيناه من نصوص الاتفاقيات الدولية، والاتجاه الذى ساد أغلب تشريعات بلدان العالم، وكذلك أحكام قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤. وذلك رغم وجاهة حجج القائلين بعدم الاستقلالية والتى سقناها خلال صفحات الدراسة.

كذلك تبين لنا أن اتفاق التحكيم يكون ملزما لأطرافه شأنه شأن كافة العقود، طبقا لمبدأ نسبية أثر العقود، بيد أن ظروفا واعتبارات عديدة جعلت اتفاق التحكيم يسرى كذلك فى مواجهة البعض من غير أطرافه، مثل سريانه على الخلف الخاص وعلى الخلف العام، وسريانه قبل المنتفع فى حالات الاشتراط لمصلحة الغير، وسريانه فى مواجهة المتعهد عنه فى حالات التعهد عن الغير، وغيرها من الحالات التى استمدت من نصوص القانون المدنى.

كذلك فإنه من أهم الالتزامات المترتبة على إبرام اتفاق التحكيم التزام طرفى الاتفاق التحكيمى على عدم التداعى أمام قضاء الدولة، والتزام كل منهما بعرض النزاعات الناشئة عن تنفيذ العقد الأصلى على هيئة التحكيم المتفق عليها بينهما. وضرورة أن يلتزما كلاهما بمضمون ونطاق الاتفاق التحكيمى، سواء فى خصوص الاشخاص أو فى خصوص الموضوع أو المحل.

كما تبين لنا كذلك أن الالتزام بمقتضى ابرام اتفاق التحكيم لا يترتب عليه سقوط الحق فى أن يتمسك أيا منهما بواقعة التقادم فى حال توافرها، حيث أن توافر الاتفاق التحكيمى فى ذاته لا يشكل أثرا فيما يتعلق بتقادم الحقوق المتنازع عليها. حيث أن اتفاق خصمين على اللجوء للتحكيم أو حتى اللجوء إلى القاضى الطبيعى لا يترتب عليه إقرار أيا منهما بالدين، ولا تنازلا منه عن مدد السقوط القانونية، سواء كان الاتفاق شرطا فى العقد الأصلى، أو تم التعاقد عليه وفق مشارطة لاحقة.

وأخيرا تناولنا بعض المسائل التى ظلت تحت ولاية قضاء الدولة، نظرا لاعتبارات عديدة، بعضها مستمد من النظام العام، وبعضها مستمد من نص القانون، وكذلك من اعتبارات الصالح العام، بل وأحيانا لاعتبارات تتعلق بمصلحة الخصوم أنفسهم، حيث يمتنع على قضاء التحكيم نظر بعض المسائل، خاصة المتعلقة بالأحوال الشخصية والجرائم الجنائية ومسائل

الجنسية، كما أن القضاء الوقتى والمستعجل ظل محتفظا بولايته على المسائل الداخلة فى اختصاصه رغم وجود اتفاق التحكيم.

التوصـــيات

من خلال دراستنا لإشكالات تنفيذ وآثار الاتفاق التحكيمى، توصلنا إلى صياغة عدد من التوصيات اللازمة من أجل تحقيق الفاعلية القصوى لنظام التحكيم لعل أبرزها ما يلى:

أولا: نوصى بتعديل قانون التحكيم المصرى بالنص صراحة على أن يختص قضاء الدولة بالنظر فى مدى صحة العقد الأصلى، بالنظر إلى أن نظام التحكيم هو نظام استثنائى، فلا يجوز التوسع فى سلطاته، وبالتالى يكفى اختصاص المحكم بالنظر فى صحة وبطلان الاتفاق التحكيمى فحسب، وكذلك مدى الاختصاص بنظر موضوع المنازعة.

ثانيا: وارتباطا بالتوصية السابقة نوصى المشرع بتعديل نص المادة (٢٢) من قانون التحكيم المصرى لأنها تقضى بتخويل المحكم فقط سلطة الفصل فى الدفع بعدم اختصاصه إذا كان الدفع مبنيا على وجود اتفاق للتحكيم أو سقوط هذا الاتفاق أو بطلانه، وذلك دون أن يخول المحكم سلطة القضاء بتوافر الاتفاق وبطلانه وصحته، ولذلك ينبغى تعديله كى يقضى بعبارة صريحة بمنح المحكم صلاحية الفصل فى توافر ومدى صحة ونفاذ الاتفاق التحكيمى، حيث ينبغى أن يكون اختصاص المحكم بهذا القضاء نابعا من نص القانون لا من اتفاق الأطراف عليه.

ثالثا: نوصى المشرع بضرورة إضافة نص صريح يقضى بامتداد آثار اتفاق التحكيم، شرطا كان أم مشارطة، إلى كافة الأطراف فى نطاق مجموعة العقود ومجموعة الشركات، وعدم ترك الأمر للاجتهاد الفقهى والقضائى، نظرا لحدوث إشكالات كثيرة فى تنفيذ تعاقدات هذين النطاقين، وذلك نظرا لأهمية كل من

مجموعة الشركات ومجموعة العقود فى مجال الشركات الكبرى والصفقات العظمى، بل والمشروعات القومية الهامة.

رابعا: نوصى بدعم تنفيذ أحكام هيئات التحكيم فى مصر من خلال الجهات المناط بها هذا التنفيذ، وخاصة الجهات القضائية المختصة بمنح الصيغة التنفيذية على سند حكم التحكيم، لأن عدم إعطاء الصيغة التنفيذية أو التسويف فى منحها، أو منحها بطرق تصعب عملية تنفيذها، كلها أمور تنال من فاعلية أحكام التحكيم، فتفقده ميزاته العظيمة، وتقلل من فرص اللجوء إليه مستقبلا، بما ينعكس بالسلب على حركة المعاملات الدولية والرخاء الاقتصادى.

خامسا: نوصى بتعديل قانون التحكيم المصرى بما يسمح بسريان أحكامه على منازعات العقود الإدارية جميعها، بحيث يكون من الجائز الاتفاق على أن تفصل هيئات التحكيم فى هذه المنازعات بطريق نظام التحكيم، خاصة وأن الأعمال التحضيرية لهذا القانون تكشف عن هذا المعنى وتشهد عليه، غير أن إرادة المشرع لم تنعكس على نصوص القانون.

سادسا: نوصى المشرع والمهتمين بأمر التحكيم ومراكز التحكيم المعتمدة ووزارة العدل، بالعمل على التوصل إلى طريقة لتقليل نفقات التحكيم بما لا يرهق أطرافه، وذلك بهدف التشجيع على ولوج هذا الطريق كبديل عن قضاء الدولة، وبما يحقق سرعة الفصل فى المنازعات بشكل عام.

سابعا: نوصى بضرورة تعديل تشريع التحكيم المصرى بإعطاء صلاحيات أوسع للمحكمين، لعل فى مقدمتها منح المحكم سلطة استصدار أوامر إحضار الأطراف والشهود جبرا إلى مقر جلسة التحكيم، وإجبار كل منهما على تقديم المستندات الموجود تحت يد أي منهما، بشرط أن تكون المستندات حاسمة

ومنتجة فى موضوع النزاع، على أن يكون للطرف وللشاهد التظلم من تلك الأوامر أمام قضاء الدولة للتحقق من عدم انحراف مصدرها.

ثامنا: نوصى بتغليظ العقوبات المالية المتمثلة فى الغرامة، والتى وضعها المشرع فى يد المحكم لمعاقبة الشاهد الممتنع عن الحضور أمامه أو حضوره مع امتناعه عن الاجابة، حيث أن العقوبة المالية الضئيلة تعد مدعاة للمخالفة وعدم الاكتراث.

تاسعا: نوصى كل ذوى الشأن، خاصة أطراف التعاقدات الكبرى ورجال القانون ومراكز التحكيم، بضرورة توخى الحرص فى صياغة الاتفاق التحكيمى، سواء ورد كبند فى العقد الأصلى بين أطرافه، أو ورد الاتفاق فى صورة مشارطة مستقلة عن العقد الأصلى، حيث أن الصياغة الركيكة أو التى تحمل أكثر من معنى، تعطى فرصة للأطراف غير الأمينة للتسويف والمماطلة والتلاعب بإجراءات التحكيم، وهو ما يدعونا للتذكير دائما بأهمية صياغة العقود بواسطة رجالة قانون مختصين.

قائمة مراجع البحث

أولا: المراجع العربية:

(أ): المراجع العامة:

- احمد السيد الصاوى ، الوجيز فى التحكيم طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية ، بدون ناشر ، سنة ٢٠١٠.

- حسام الدين كامل الاهوانى، نظرية الالتزام ، أحكام الالتزام ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٦.

- حسام الدين كامل الاهوانى ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠١٥.

- حمدى عبدالرحمن أحمد، التأمينات المدنية ، عقد الكفالة ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠١٤.

- خالد جمال حسن و شحاتة غريب شلقامى ، النظرية العامة للالتزام ، دار النهضة العربية، سنة ٢٠١٨.

- رمضان محمد أبو السعود ، مبادئ الالتزام فى القانون المصرى واللبنانى ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ببيروت، ١٩٨٥.

- سعيد سعد عبدالسلام ، مصادر الالتزام المدنى ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٣.

- سهير سيد احمد منتصر ، مصادر الالتزام فى القانون المدنى، بدون ناشر ، سنة ٢٠١٤.

– شحاتة غريب شلقامى ، المدخل لدراسة القانون ، بدون ناشر ، سنة ٢٠٠٤.

– عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ، الجزء الثانى ، آثار الالتزام ، تنقيح مصطفى الفقى ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠١٥.

– عبد الفضيل محمد أحمد ، العقود التجارية وعمليات البنوك ، طبقا لأحكام القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، بدون ناشر، سنة ٢٠٠٩.

– عبد الودود يحيى ، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ.

– فتحى والى ، مبادئ قانون القضاء المدنى ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٠.

– فتحى والى ، الوسيط فى قانون القضاء المدنى ، اصدارات جامعة القاهرة ، سنة ١٩٩٣.

– محمد لبيب شنب ، دروس فى نظرية الالتزام ، أحكام الالتزام ، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ.

– محمد عادل عبدالرحمن أحمد، أحكام الالتزام ، الاثار والاوصاف والانتقال والانقضاء ، بدون ناشر ، سنة ٢٠١٨.

– ياسين أحمد القضاة ، الدعوى المباشرة في القانون المدني ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع بعمان ، سنة ٢٠١٤.

(ب): المراجع المتخصصة:

– ابراهيم أحمد ابراهيم ، التحكيم الدولى الخاص ، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ.

– أحمد ابراهيم عبد التواب ، اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به، دار الجامعة الجديدة ، سنة ٢٠٠٩.

– أحمد ابراهيم عبدالتواب، اتفاق التحكيم ، مفهومه وأركانه وشروطه ونطاقه ، دار النهضة العربية، سنة ٢٠١٣.

– أحمد أبو الوفا ، التحكيم الاختيارى والاجبارى ، منشأة المعارف بالاسكندرية ،الطبعة السادسة ، سنة ٢٠٠٥.

– أحمد بركات مصطفى ، حق الالتجاء للتحكيم بين القواعد الدستورية والمفاهيم الاتفاقية ، بدون ناشر ، سنة ٢٠١٢.

– أحمد شرف الدين ، اتفاق التحكيم الدولى، مصادر قواعده الحاكمة، وسلطة القاضى الوطنى فى انفاذه، بدون ناشر ، سنة ٢٠١٥.

– أحمد عبد الكريم سلامة ، التحكيم فى المعاملات المالية الداخلية والدولية، المدنية والتجارية والادارية والجمركية، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٦.

– أحمد عبد الكريم سلامة ، قانون التحكيم التجارى الدولى والداخلى، دار النهضة العربية ، بدون تاريخ.

– احمد على حسن عثمان ، الغير واتفاق التحكيم ، رسالة دكتوراة ، حقوق الزقازيق ، سنة ٢٠١٨.

– أحمد مخلوف ، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية ، دراسة تحليلية تأصيلية ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠١٥.

– أسامة أبو الحسن مجاهد ، قانون التحكيم الفرنسى الجديد، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠١٢.

– أسامة شوقى المليجى ، هيئة التحكيم الاختيارى ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٤.

– الأنصارى حسن النيدانى ، الأثر النسبى لاتفاق التحكيم ، دار الجامعة الجديدة ، سنة ٢٠٠٩.

– الانصارى حسن النيدانى، الصلح القضائى ، دراسة تاصيلية تحليلية لدور المحكمة فى الصلح والتوفيق بين الخصوم، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠١.

– أيمن أحمد الدلوع ، التحكيم فى العقود المدنية ، دراسة تطبيقية على منظومة العمل القانونى فى الدول العربية ، دار الجامعة الجديدة ، سنة ٢٠١٧.

– ايناس محيى الدين عبد المعطى ، انقضاء اتفاق التحكيم ، رسالة دكتوراة ، حقوق الزقازيق، سنة ٢٠١١.

– بسمة لطفى دباس ، اثار اتفاق التحكيم ، رسالة دكتوراة ، حقوق القاهرة ، سنة ٢٠١٠.

– جلال وفاء محمدين ، التحكيم تحت مظلة المركز الدولى لتسوية المنازعات الاستثمار ، دار الجامعة الجديدة بالاسكندرية ، سنة ١٩٩٥.

– جلال وفاء محمدين ، التحكيم تحت مظلة المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ، سنة ١٩٩٥.

– حسام عبده على فرج ، التحكيم كوسيلة لحل منازعات العمل ، رسالة دكتوراة ، حقوق الزقازيق ، سنة ٢٠١١.

– حسام الدين فتحى ناصف ، قاعدة منع قضاء الدولة من نظر موضوع المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم وقيود تطبيقها، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠١٧.

– حسام الدين عبد الغنى الصغير ، النظام القانونى لاندماج الشركات ، رسالة دكتوراة ، حقوق القاهرة ، سنة ١٩٨٦.

– حسين فتحى ، الاسس القانونية لعروض الاستحواذ على ادارات الشركات ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠١٦.

– حفيظة السيد الحداد ، بحث بعنوان "التحكيم بالاشارة بين منهج تنازع القوانين ومنهج القواعد المادية"، مجلة الحقوق الصادرة عن حقوق الاسكندرية ، العدد ٩٥ سنة ١٩٩٥.

– حفيظة السيد الحداد ، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعى بالاسكندرية ، سنة ٢٠٠١.

– حماد مصطفى عزب ، الاتجاهات الحديثة فى قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية، بدون ناشر ، ٢٠١٠.

– داليا عبد المعطى حسين على ، التراضى كأساس لاتفاق التحكيم ، رسالة دكتوراة ، حقوق القاهرة ، سنة ٢٠٠٧.

– رضا السيد عبدالحميد ، مدى جواز مد أثر شرط التحكيم بين عقدى المقاولة (الأصلى والباطن) ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠١٥.

– رضا السيد عبد الحميد ، التحكيم فى الكفالة المصرفية وخطابات الضمان، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠١.

– سامى سراج الدين ، بحث بعنوان: "اشكالية مجموعة العقود المرتبطة بعقد المشاركة فى القطاع الخاص" ، مجلة التحكيم العربى ، العدد ٢٦ بتاريخ يونيو سنة ٢٠١٦.

– سميحة القليوبى ، النظام القانونى لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الاطراف وبالنسبة للغير، المصرية للطباعة والنشر، سنة ١٩٩٠.

– شحاتة غريب شلقامى ، عقد المحكم ، بين تشريعات التحكيم وتطويع القواعد العامة فى القانون المدنى ، دراسة تحليلية فى ظل التشريعات العربية والفقه الاسلامى ، دار الجامعة الجديدة ، سنة ٢٠١٥.

– شحاتة غريب شلقامى ، اشكالات اتفاق التحكيم ، دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠١٥.

– شريف محمد غنام ، بحث بعنوان: مدى مسؤولية الشركة الام الاجنبية عن ديون شركتها الوليدة فى مصر ، دراسة فى بعض جوانب الافلاس الدولى لمجموعة الشركات متعددة الجنسيات ، القسم الثانى ، مجلة الحقوق ، العدد الثانى ، السنة ٢٧، عدد يونيو ٢٠٠٣.

– صفوت أحمد عبدالحفيظ ، دور الاستثمار الاجنبى فى تطور احكام القانون الدولى الخاص، دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية ، سنة ٢٠٠٥.

– طارق سمير طلبة دويدار ، الابعاد القانونية لامتداد شرط التحكيم ، رسالة دكتوراة ، حقوق الزقازيق ، سنة ٢٠١٦.

– عاطف الفقى ، التحكيم التجارى متعدد الاطراف ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠١٧.

– عاطف الفقى ، التحكيم فى المنازعات البحرية ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠٠٤.

– على بركات ، خصومة التحكيم فى القانون المصرى والقانون المقارن ، رسالة دكتوراة ، حقوق القاهرة ، ١٩٩٦.

– على سيد قاسم ، نسبية اتفاق التحكيم ، دراسة فى احكام القرارات وقرارات المحكمين ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٦.

– عمرو فياض ، التحكيم فى منازعات عقد البيع التجارى الالكترونى، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠١٦.

– فايز عبدالله الكندرى ، مفهوم شرط التحكيم وقوته الملزمة بالنسبة للغير ، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس ، عدد يوليو سنة ٢٠٠٠.

– فتحى والـى، التحكيم فى المنازعات الوطنية والتجارية والدولية علما وعملا، منشأة المعارف بالاسكندرية، سنة ٢٠١٤.

– فتحى والى ، قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق ، منشأة المعارف بالاسكندرية ، سنة ٢٠٠٧.

– فهيمة احمد على القماوى ، اثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير ، دراسة مقارنة فى التشريع المصرى وتشريعات دول الخليج العربى، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠١٥.

– فيصل ذكى عبد الواحد ، المسؤولية المدنية فى اطار الاسرة العقدية ، دار الثقافة الجامعية، سنة ٢٠٠٠.

– محمد حسين عبد العال ، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير فى اطار المجموعات العقدية ، دراسة تحليلية فى القانون الفرنسى فى ضوء اراء الفقه واحكام القضاء ، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٦.

– محمد سعد خليفة ، اتفاق التحكيم ، بدون ناشر، سنة ٢٠٠٩.

– محسن شفيق ، بحث بعنوان: المشروع القومى ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية، مجلة القانون والاقتصاد ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٧٨.

– محمد طاهر الهلالى محمد أحمد ، نسبية أثر اتفاق التحكيم، رسالة دكتوراة ، حقوق الزقازيق، سنة ٢٠١٢.

– محمد نور شحاتة ، مفهوم الغير فى التحكيم ، دراسة تحليلية وتطبيقية مقارنة لمبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٦.

– محمود السيد عمر التحيوى ، تحديد المعنى الموضوعى لمحل التحكيم، ودوره فى تحديد طبيعة العمل الذى يصدر من هيئة التحكيم المكلفة بالفصل فى النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم ، المكتب العربى الحديث بالاسكندرية ، سنة ٢٠١٦.

– محمود الشرقاوى ، بحث بعنوان: المشروع متعدد القوميات والشركة القابضة كوسيلة لقيامه، مجلة القانون والاقتصاد، سنة ١٩٧٥.

– محمود سمير الشرقاوى ، التحكيم التجارى الداخلى والدولى ، دراسة قانونية مقارنة ، دار النهضة العربية ، سنة ٢٠١٦.

– محمود محمد هاشم ، النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية والتجارية ، دار الفكر العربى بالقاهرة ، سنة ١٩٩٠.

– مصطفى أبو اليزيد بسيونى الحلفاوى ، الحقوق الاجرائية لأطراف خصومة التحكيم ، رسالة دكتوراة ، حقوق طنطا ، سنة ٢٠١٢.

– منة الله محمود مصيلحى ، بحث بعنوان "خصوصية شرط التحكيم فى المجموعة العقدية"، بدون ناشر ، سنة ٢٠١٧.

– ناجى عبد المؤمن محمد ، مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده فى عقود التجارة الدولية طويلة المدة، بدون ناشر ، سنة ٢٠١٦.

– ناصر بدر منيف العنزى ، احكام بطلان اتفاق التحكيم ، رسالة دكتوراة ، حقوق الزقازيق ، سنة ٢٠١٦.

– ناريمان عبد القادر ، اتفاق التحكيم وفقا لقانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، بدون ناشر ، سنة ١٩٩٦.

-يحيى عبدالرحمن رضا،الجوانب القانونيةلمجموعةشركات عبرالوطنية،النهضة العربية،١٩٩٤

ثانيا: المراجع الأجنبية:

-Bertrand Moreau: : Arbitrage international , Dalloz, ٢٠١٥.

-Boynex Isabelle: L'obligation internationale est – il encore véritablement un mode alternatif de reglement des differents , rtd.com, ٢٠١٢.

-Chapal Ph. : L'arbitrage des différends internationaux, H.od a la reforme de l'arbitrage au Japan, ICC, cour international d'arbitrage de la ICC, Bulletin, ٢٠٠٤.

-Clay Th. : clause compromissoire dans un contrat de consommation ٢٠٠٥.

-Delebecque Ph. : Arbitrage et droit de la consommation, en nouvelles perspectives en matière d'arbitrage, ٢٠٠٢.

-Dominique Hascher: Arbitrage du commerce international, Dalloz, ٢٠١٦.

-Emmanuel Roux: Panorama des différents modes alternatifes de réglement des litiges, AJ Collevtivités Territoriales, ٢٠١٢.

-Emmanuel Gaillard: Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international, Recueil Dalloz, jan. ٢٠١١.

-Erdinc André: Droit de l'arbitrage en Turquie a la lumière de la nouvelle loi ICC, cour international d'arbitrage de la ICC, Bulletin, ٢٠٠٢.

-François Terré & Dominique Fenouillet: Droit civil – les Personnes-incapacité , Dalloz, ٢٠١٢.

-Faddy Nammour: Droit et Pratique de arbitrage interne et international, (٢em édition), J.G.D.J. ٢٠٠٥.

-Fouchard (Ph.) , Gaillard (E.) et Goldman (B.) ;Traite de l'arbitrage commercial international, ٢٠٠٠.

Jarrosson Ch. : d' arbitrage et groups des societies, in.Groupes de societies: contrats et responsabilite, L.G.D.J.P.

-Laurence Franc-Menget: Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international, Paris, e-bulletin , jan. ٢٠١١.

-Louis Frédéric Pignarre: convention d'arbitrage, Dalloz, jan. ٢٠١٤.

-Laquin E. : Legislation , Les metamorphoses de la clause compromissoire, RTD, ٢٠٠١.

-Manina Papadatou: La convention d'arbitrage dans la contrat de transport maritime de marchandises, étude comparé des droit français, hellenique et anglais, Thèse, Panthéon-Assas, ٢٠١٤.

-Maeva Zwirn: Etude de voies dr recours des tiers en arbitrage en droit français et en droit anglais, Université de Paris, sud, ٢٠١٤.

-Olivier Rollux: La clause compromissoire, Fiche Pédagogique virtuelle, faculté de droit virtuel, Université de Lyon ٣, ٢٠١٢.

- Redfern and Hunter: On international arbitration (٦th edition) Blackaby, Partasides, ٢٠١٥.

Proche de cette- Roullux O. et Rocher A. : clause compromissoire , Université de Lyon ٣, ٢٠٠٥.

-Sauphanor-Brouillaud N. : La clause compromissoire abusive, petites affiches, ٢٠٠٩.