

الباب الأول

نسبية اتفاق التحكيم ونفاذه

تمهيد وتقسيم :

لقد ارتبط نمو المعاملات التجارية الدولية والمحلية في القرن الحالى بتزايد اللجوء إلى التحكيم كطريق لحل المنازعات حتى أنه أصبح سمة بارزة في نمو تلك المعاملات ، والذي ساعد على انتشاره هو رغبة المتعاملين في التحرر بقدر الإمكان من القيود التى تفرضها النظم القانونية للتقاضى ، وذلك بالقدر الذى يحقق لهم سرعة الفصل فى المنازعات عموما ، وخصوصا فى المنازعات التجارية ^(١) .

تلك المنازعات التى يتعين الفصل فيها فى أقصر وقت ممكن حتى تستقر المراكز القانونية بين المتنازعين وبأقل قدر ممكن من العلانية والنشر، وبإجراءات مبسطة تتيح فى مجملها احتواء النزاع فى أضيق نطاق ، بالإضافة إلى ذلك توافر التخصص المهنى لدى الأشخاص الذين يعهد إليهم بحل تلك المنازعات التى تتسم بالتعقيدات المدنية والتجارية ، وأعراف ومصطلحات تحتاج للوقوف عليها والكشف عن مقدار تعلقها بالنزاع ومدى أثرها على حقوق المتنازعين إلى تخصصات فنية دقيقة ، وهؤلاء الأشخاص يتم اختيارهم عادة بمعرفة الأطراف أصحاب الشأن فى النزاع ، وهم يرتضون بما ينتهون إليه من أحكام تحسم النزاع .

(١) وتطبيقا لذلك قضت محكمة استئناف الإسماعلية فى حكم لها : " أن التحكيم يكون تجاريا إذ أنشأ النزاع حول علاقة قانونية ذات طابع اقتصادى أى أنه يتضمن كل نشاط يتصل باستثمار رؤوس الأموال ، والحصول على عائد من هذا النشاط بغض النظر عما إذا كان من قبيل الأعمال المدنية أو الأعمال التجارية فى معنى المادتين الثانية والثالثة من القانون التجارى الدولى المصرى ، فالأعمال التجارية هى الأعمال التى تقع بمناسبة استقلال مشروع تجارى والذي يشكل وحدة اقتصادية تقوم بأنواع الإستقلال الإقتصادى سواء يتمثل فى استقلال تجارى بالمعنى التقليدى أو فى استقلال زراعى أو استخراجى أو صناعى أو مالى . وقد استقر الرأى الراجح على الأخذ بمعيار المضاربة الذى يتجلى فى أهم أنواع الأعمال التجارية وهى عمليات الشراء لأجل البيع ، كما يستبعد هذا المعيار التصرفات العقارية من نطاق الأعمال التجارية " (حكم محكمة استئناف الإسماعلية - الطعن رقم ١٦٦٠ - لسنة ٣٣ قضائية - جلسة ٢٨/١/٢٠٠٩ - مجلة التحكيم العربى - العدد الثالث عشر - ديسمبر - ٢٠٠٩ - ص ٢٢٠) .

ونظراً لهذه الأهمية للتحكيم فقد سارعت الدول العربية إلى الأخذ بنظام التحكيم نظراً للتطور السريع للتجارة الدولية ، وأيضاً لمسايرة هذه السرعة في التبادل التجاري ، وأصدرت قوانين التحكيم خاصة بها ، ويلاحظ أن الدول العربية اختلفت في إصدار قوانين التحكيم الخاصة بها ، وقد كان المنهج الذي انتهجته هذه الدول في إصدار قوانين التحكيم الخاصة بها ، ينقسم إلى ثلاث مجموعات وذلك على النحو التالي :

المجموعة الأولى : هي تلك المجموعة التي تأثرت بالقانون الفرنسي وحدث حذوه ، ومن الدول التي أخذت به هي الجزائر والمغرب ولبنان .

المجموعة الثانية : وهي تلك المجموعة التي أخذت بالقانون النموذجي لليونسبيرال ومن الدول التي أخذت به مصر والأردن وسلطنة عمان وسوريا وتونس والبحرين والسودان .

المجموعة الثالثة : وهي تلك المجموعة التي لم تتأثر بأى من هذه المجموعات السابقة ، وإنما أصدرت لنفسها قانون تحكيم خاصاً بها طبقاً لقوانين دولتها ومن هذه الدول الكويت والسعودية وقطر واليمن والإمارات العربية ، مع استفادتها من الأنظمة الدولية في مجال التحكيم ^(١) .

ويلاحظ أن هذه القوانين تتفق جميعها ، على أن المصدر الأساسي للتحكيم هو اتفاق التحكيم وبغير هذا الاتفاق لا يوجد تحكيم ، كما أنها تتفق على أن تشكيل هيئة التحكيم يتم أيضاً كقاعدة عامة باتفاق الأطراف سواء كان ذلك بصورة مباشرة أو غير مباشرة ، كما أن إجراءات التحكيم تخضع لاتفاق الأطراف ، بل أن الاتفاق قد يتدخل أيضاً في حكم التحكيم ، كأن يتفق الأطراف على ضرورة صدور هذا الحكم بالإجماع وليس بالأغلبية ، ولكن بالمقابل تختلف قوانين الدول العربية فيما بينها حول بعض تفاصيل التحكيم وسوف نعرض لذلك بالتفصيل لاحقاً . مما يترتب عليه حكماً هو اختلاف التطبيق في بعض الدول عنه في دول أخرى . ونظراً لأهمية اتفاق التحكيم بالنسبة للعملية التحكيمية ككل .

ونظراً لهذه الأهمية الكبيرة للتحكيم فإننا سوف نتعرض لأهم جزء في التحكيم ، وهو اتفاق التحكيم ومدى نسبيته ونفاذه في القانون المصري وقوانين دول الخليج العربي محل البحث

(١) د/ طلعت دويدار - ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم دراسة مقارنة في التشريعات الدولية وأنظمة مراكز التحكيم والتشريعات الوطنية العربية - دار الجامعة الجديدة - ٢٠٠٩ - ص ٣٧ وما بعدها .
د/ عبد الحميد الأحذب - قوانين واتفاقات التحكيم في البلاد العربية - مجلة التحكيم العربي - مجلة متخصصة تصدرها الأمانة العامة للاتحاد العربي للتحكيم الدولي - العدد ١٣ - ديسمبر ٢٠٠٩ - ص ٩ وما بعدها .

- الكويت والإمارات والبحرين - لأنه فى الواقع هو الأساس الذى يُبنى عليه موضوع التحكيم نفسه بل هو دستور التحكيم (١) .

أيضا اتفاق التحكيم هو حجر الأساس الذى تقوم عليه العملية التحكيمية وذلك نظرا لأهميته البالغة فى الكشف عن مدى صحة عملية التحكيم ككل ، فإذا ما صدر هذا الاتفاق صحيحا مكتملا لأركانه وشروطه فإنه ينتج أثره المراد منه ، ويترتب على ذلك أن يتم تحصين التحكيم من عدم توافر شرطه الصحيح ، أيضا أنه يحمى حكم التحكيم من الكثير من دعاوى البطلان التى تتعلق أغلبها بوجود عيب أو نقص فى الشروط الموضوعية أو الشكلية لاتفاق التحكيم (٢) .

والأساس الجوهرى الذى يقوم عليه اتفاق التحكيم هو وجود الإرادة الحرة والصريحة لأطرافه وأهم مقومات هذه الإرادة الحرة الاتفاق وذلك عن طريق اختيارهم التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات التى تثور بينهم بشأن علاقاتهم الأصلية ، وذلك سواء كانت عقدية أو غير عقدية وذلك وفقا لنص المادة ٤ / ١ من قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ التى تنص على أنه :

(١) وتطبيقاً لذلك فقد عرفت محكمة استئناف القاهرة اتفاق التحكيم من خلال حكم لها بأن (الإتفاق على التحكيم يعد دستور التحكيم وأساس مشروعيته ومنه يستمد المحكم سلطته فى الفصل فى النزاع كما أنه يعد الأساس القانونى المباشر لإخراج النزاع من اختصاص المحاكم صاحبة الولاية العامة ، وبالتالي فإن عدم وجود اتفاق تحكيم صحيح أدى إلى انعدام حكم التحكيم لإنعدام ولاية المحكم فى إصداره الحكم وإفتئات المحكم المذكور على السلطة القضائية فى الدولة وغصبه ولايتها بما يشكله من اعتداء على النظام العام) حكم محكمة استئناف القاهرة - جلسة السابع والعشرون من إبريل - سنة ٢٠٠٥ - الدائرة ٩١ تجارى - الدعوى المقيدة بجدول التحكيم التجارى - برقم ١٩٥ لسنة ١٢ قضائية . وقضت أيضا محكمة استئناف القاهرة فى حكم آخر لها بأن (اتفاق التحكيم هو عبارة عن اتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التى نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية ، وكان المقرر قانونا أن اتفاق التحكيم هو دستوره وأساس مشروعيته ومنه يستمد المحكم سلطته فى الفصل فى النزاع ، كما أنه يعد الأساس القانونى المباشر لإخراج النزاع محله من اختصاص المحاكم صاحبة الولاية العامة وبالتالي فإن انعدام حكم التحكيم ، لإنعدام ولاية المحكم فى إصداره وأفتئات المحكم المذكور على السلطة القضائية فى الدولة وغصبه ولايتها بما يشكله من اعتداء على النظام العام كما يشترط فى الإتفاق على اللجوء إلى التحكيم أن يكون سببه مشروعا وإلا كان باطلا ، ويكون السبب غير مشروع إذا انطوى على إحدى حالات الغش نحو القانون) حكم محكمة استئناف القاهرة - الدعوى رقم ٩٥ لسنة ١٢٢ قضائية - جلسة ٣٠ / ٥ / ٢٠٠٦ - الدائرة ٩١ تجارى - استئناف القاهرة - مجلة التحكيم - العدد التاسع - أغسطس ٢٠٠٦ - ص ٢٨٣ .

(٢) د/ أحمد محمد عبد البديع شتا - شرح قانون التحكيم دراسة مقارنة وفقا لأراء الفقه وأحكام القضاء ومراكز التحكيم العربية والدولية - الطبعة الرابعة - سنة ٢٠٠٩ - ص ٩ .

(ينصرف لفظ التحكيم فى حكم هذا القانون إلى التحكيم الذى يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة) .

وقد عرفه جانب من الفقه بأنه عقد من عقود القانون المدنى بمقتضاه يتفق الأطراف على عرض النزاع الذى ينشأ بينهم بصدد علاقة قانونية ^(١) .

وقد عرف جانب آخر من الفقه اتفاق التحكيم بأنه عبارة عن عقد بين الأطراف ^(٢) .

وبالعرض الآخر عرفه بأنه يعتبر من العقود المسماة لأن المشرع وضع له تنظيمًا خاصًا وذلك من خلال قانون التحكيم ^(٣) .

بالإضافة إلى ذلك هناك العديد من التعريفات المختلفة لاتفاق التحكيم وجميعها تركز على أن اتفاق التحكيم هو اتفاق الأطراف على حل المنازعات التى تنشأ بينهم سواء فى الحاضر أو المستقبل عن طريق التحكيم بل أنه يمكن القول أنه بدون اتفاق التحكيم لا يوجد تحكيم من الأساس .

ويلاحظ أن معظم هذه التعريفات ركزت على أن اتفاق التحكيم هو عبارة عن عقد من العقود وبالتالي فهو ينطبق عليه القواعد التى تطبق على العقود الموجودة فى نظرية العقد فى القانون المدنى وقد كان هذا هو الدافع لمعرفة مدى نسبية اتفاق التحكيم باعتباره عقد من العقود وأثر ذلك على الغير .

وذلك من خلال عرضنا لنظرية العقد فى القانون المدنى والقواعد التى تطبق عليها وتطورها من النظرية التقليدية التى تأخذ بالنسبية والمتمثلة فى (نظرية التصرف القانونى) إلى النظرية الحديثة التى تأخذ بالواقعة القانونية وذلك لأنه مع تطور الحياة الإجتماعية والإقتصادية ، وظهور العديد من العقود مثل عقود العمل الجماعية ، والعقود التى تنشأ بين مجموعات الشركات ، بالإضافة إلى العديد من الاتفاقيات والعقود التى يلجأ إليها الأفراد لمباشرة نشاطهم الإقتصادى ، التى يترتب عليها تحديد الحقوق والإلتزامات التى تساعد على تنظيم علاقاتهم بالمجتمع وذلك من خلال القواعد القانونية التى تنظم هذه العلاقات ^(٤) .

(١) د/ نبيل اسماعيل عمر - الدفع بعدم القبول ونطاقه القانونى فى قانون المرافعات المدنية والتجارية - الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية - طبعة ١٩٨١ - بند ١٣٨ - ص ١٩٩ .

(2) D/ Jean Vincent - procedure civil - vingt et unieme edition 1987 - Dalloz 11 .

(٣) د/ أمال الفزيرى - دور قضاء الدولة فى تحقيق فاعلية التحكيم - منشأة المعارف - بند ٨ - ص ٤٠ .

(٤) د/ محمد حسين منصور - النظوية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام - دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٦ - ص ٢٤ .

وقد لحق هذا التطور نظرية العقد ذاتها ، وأصبحت القوة الملزمة للعقد تُبنى على أساس التضامن الإجتماعى وليس على الإرادة الحرة للأفراد فقط ، وذلك على خلاف ما كانت تنادى به النظرية التقليدية من وجوب ترك الفرد حر فى تعاقد ، وأن العقد لايلزم سوى الأطراف الموقعين عليه ، دون الأخذ فى الاعتبار مصالح الأطراف الآخرين من الغير وهذا هو مايطلق عليه مبدأ نسبية العقد ^(١) .

الذى ظل لفترة طويلة عائقا أمام إعمال مبدأ نفاذ العقد ، حيث أنه كان لايمكن تصور انتقال آثار العقد إلى غير المتعاقدين ، إلا أنه مع ظهور التطورات الإجتماعية والإقتصادية وظهور العديد من الأفكار والنظريات الحديثة ظهرت عدة استثناءات على مبدأ نسبية العقد ، وظلت هذه الإستثناءات فى التزايد إلى درجة القول أنها أهدرت هذا المبدأ ^(٢) .

وعلى الرغم من تعرض هذه الإستثناءات إلى انتقادات عديدة مثال ذلك توسيع آثار العقد فى مجموعات العقود ، إلا أنها حتمية وقائمة ، خاصة وأن بعضها خاص بنفاذ العقد وليس بالقوة الملزمة له ، وبالتالي جاء مبدأ نفاذ العقد مكملا لمبدأ نسبية العقد ، حيث أن الأول خاص بالآثار الخارجية للعقد ، والثانى يتعلق بالآثار الداخلية للعقد ، أى أن عدم إلزام الغير بعقد لم يكن طرفا فيه يعتبر أساس وجوهر مبدأ النسبية ، (مبدأ نسبية العقد) ، وهو الذى يختص بالآثار المباشرة للعقد .

ويلاحظ أنه كلما تجاوزنا هذا المبدأ (مبدأ نسبية العقد) ويكون ذلك بزيادة الإستثناءات عليه ، فإننا نقرب من مبدأ نفاذ العقد وهو يختص بالآثار غير المباشرة للعقد . ومن هنا يجب النظر إلى العقد (اتفاق التحكيم) على أنه واقعة قانونية وليس تصرف قانونى ، لأنه لايمكن أن يظل التصرف القانونى العقد (اتفاق التحكيم) بمعزل عن المجتمع الذى يعيش فيه ، بل هو يصطدم به ، لأنه يحيط به مجموعة من الحقوق والإلتزامات التى تؤثر وتتأثر

(١) د/ عبد الرزاق السنهورى - النظرية العامة للإلتزام - الجزء الأول - نظرية العقد - الطبعة الأولى - سنة ١٩٣٤ - مطبعة دار الكتب المصرية - ص ٧٢ .

(٢) د/ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - النظرية العامة للإلتزام - الجزء الأول - نظرية العقد بوجه عام - مصادر الإلتزام - سنة ١٩٥٢ - ص ٣ وما بعدها - دار النشر للجامعات المصرية ، الوسيط فى شرح القانون المدنى - نظرية الإلتزام - مصادر الإلتزام - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية ص ١٤٢ ، د/ اسماعيل غانم - النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام - نظرية العقد - سنة ١٩٦٨ - دار النهضة العربية - ص ٣٤٠ وما بعدها .

بالمجتمع^(١) .

وذلك لأن العقد (اتفاق التحكيم) بما له من وجود خارجي يضمن له فعاليته وآثاره ، يؤدي إلى تعرض الغير للحق محل العقد (اتفاق التحكيم) ، كلما أدى ذلك إلى تراحم حق الغير مع الحق المترتب على العقد (اتفاق التحكيم) ، فكان لابد لنا من استخدام مبدأ نفاذ العقد^(٢) .

وبناء عليه فإن ضمان فعالية تنفيذ العقد (اتفاق التحكيم) يستلزم بالضرورة نفاذه ، وهذا يقتضى الأخذ بمبدأ نفاذ العقد (اتفاق التحكيم) كمبدأ مكمل للقوة الملزمة للعقد (لاتفاق التحكيم) أى (مبدأ نسبية آثار العقد أى مبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم) .

وبالتالى يظل الأثر الملزم للعقد (اتفاق التحكيم) خاص بالأطراف وحدهم ، ويصبح الكيان الخارجى للعقد (لاتفاق التحكيم) هو الأساس الذى يترتب عليه حماية مصلحة الغير ، ويصبح العقد (اتفاق التحكيم) نافذا فى مواجهة الغير ، إذ يُحتج عليه به ، كلما تعارض حقه مع الحق المترتب على العقد (اتفاق التحكيم) . أيضا يكون العقد نافذا بالنسبة لغير كواقعة قانونية لا يمكن إنكارها وذلك فى مجال الإثبات أو لإقامة مسئولية المتعاقدين التقصيرية^(٣) .

وبناء عليه تصبح القاعدة هى أنه (كلما أصبح الغير ملتزما بالتزامات تعاقدية فإنه يكون فى مركز المتعاقدين) وبالتالى فإنه يجب لتحديد مركز الغير هل هو غيراً أم هو طرف متعاقد الإعتداد على مدى التزامه الشخصى بالإلتزامات التعاقدية ، ومدى منحه سلطات المتعاقد ، فإذا لم يتوفر فيه ذلك ، فإننا نكون أمام شخص من الغير .

إلا أن هذا الغير قد يتأثر بالعقد (اتفاق التحكيم) كما سبق القول باعتباره واقعة قانونية ، أيضا ومن خلال تطبيق مبدأ نفاذ العقد عليه وهذا ينطبق على جميع الصور التى سوف نتعرض لها عند تحديد مركز الغير بين القوة الملزمة للعقد ونفاذه .

وسوف نقوم بعرض ذلك من خلال الخطة الآتية :

الفصل الأول : نسبية اتفاق التحكيم .

الفصل الثانى : أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للأطراف والغير .

الفصل الثالث : الغير بين القوة الملزمة لاتفاق التحكيم ونفاذه .

(١) د/ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - نظرية الحق بوجه عام - مصادر اقلتزام - المجلد الأول - الطبعة الثالثة - دار النهضة العربية - سنة ١٩٨١ - ص ٢ وما بعدها . د/ عاطف محمد فخرى - الغير فى القانون المدنى - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة الإسكندرية - سنة ١٩٧٦ - ص ٣ .

(٢) د/ نبيل إبراهيم سعد - الإثبات فى المواد المدنية والتجارية - منشأة المعارف - سنة ٢٠٠٠ - ص ٩ .

(٣) د/ محمد حسين منصور - مبادئ الإثبات وطرقه - منشأة المعارف - سنة ١٩٩٨ - ص ٢٤ وما بعدها .

الفصل الأول

نسبية اتفاق التحكيم

تمهيد وتقسيم :

إن اتفاق التحكيم هو الركيزة الأساسية لمباشرة التحكيم كوسيلة لفض المنازعات ، فهو دستور التحكيم ، وأساس مشروعيته ، ومنه يستمد المحكم سلطته في الفصل في النزاع ، كما أنه يُعتبر الأساس القانوني المباشر لإخراج النزاع من اختصاص المحاكم صاحبة الولاية العامة في القضاء ، وهو نقطة البداية في مسيرة التحكيم .

واتفاق التحكيم باعتباره عقد من العقود الرضائية يخضع للقواعد العامة في العقود التي أودعها المشرع في القانون المدني ، بالإضافة إلى ما قد تفرضه ذاتيته الخاصة من قواعد خاصة به .

ولذلك سوف نتناول في هذا الفصل نسبية اتفاق التحكيم باعتباره عقد ، يتم إبرامه وفقاً لإرادة أطرافه ، ورغبتهم في إخضاع المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل على التحكيم .

ووفقاً لمبدأ نسبية العقد (الإتفاق) فإن اتفاق التحكيم لايلزم سوى الأطراف الموقعين عليه ولايجوز الإحتجاج به على غير أطرافه ، وهذا هو ما أخذت به النظرية التقليدية ، إلا أنه مع ظهور العديد من الأفكار والتطورات التي حدثت في المجتمع ، وظهور أنواع متعددة من العقود ، ظهرت النظرية الحديثة ، وأصبح يُنظر إلى العقد على أنه واقعة قانونية إجتماعية وليس تصرف قانوني يعتمد على الإرادة فقط .

فإن الأصل في التصرفات وقوامها هو تراضي الأطراف ، أي أن التصرفات لا تُولد آثارها ، إلا في دائرة الأطراف وحدهم ، وبالتالي فإن الأثر الملزم لهذه التصرفات ليس في الواقع سوى المضمون الداخلي لإرادة الأطراف التي أنشأت هذه التصرفات .

وبناءً على ذلك فإن من لم ترض إرادته إنصراف الأثر الملزم للتصرف إليه فهو يظل بعيداً عن هذا الأثر ، وهو ما يطلق عليه مبدأ نسبية أثر العقد (نسبية أثر الإتفاق) وهذا هو ما سوف نتعرض له لاحقاً ، أي أن أثر العقد (الإتفاق) لاينتقل إلى الغير الذي لم يرتض ذلك ، وبالتالي فإنه لا يصبح بموجب هذا التصرف أو (الإتفاق) دائناً أو مديناً إلا إذا خرجنا من نطاق

نظرية التصرف القانوني إلى نطاق الواقعة القانونية (١) .

وبما أن العقد هو أهم تصرف قانوني في الحياة العملية فإننا قبل التعريف بالعقد وأشاره لابد لنا أن نبدأ أولاً بتعريف التصرف القانوني ودور الإرادة فيه وآثاره والفرق بينه وبين الواقعة القانونية ، ثم تعريف الواقعة القانونية كمصدر للالتزام وأنواعها وشروطها ، و بعد ذلك نعرض لاتفاق التحكيم بين القوة الملزمة للعقد ونفاذه ، ثم نطبق ما وصلنا إليه على اتفاق التحكيم الذي هو موضوع دراستنا وذلك للوصول إلى أثر اتفاق التحكيم كتصرف قانوني ، ثم أثر اتفاق التحكيم كواقعة قانونية ، وأخيراً نبين أثر اتفاق التحكيم بين القوة الملزمة له ونفاذه وذلك من خلال التقسيم التالي :

المبحث الأول : أثر اتفاق التحكيم كتصرف قانوني .

المبحث الثاني : أثر اتفاق التحكيم كواقعة قانونية .

المبحث الثالث : أثر اتفاق التحكيم بين القوة الملزمة له ونفاذه .

المبحث الأول

أثر اتفاق التحكيم كتصرف قانوني

تمهيد :

إن مصادر الحقوق هي إما أن تكون تصرفاً قانونياً أو تكون واقعة مادية ، وأن التصرف القانوني يتميز بأن الإرادة هي التي تُحدد آثاره ، بينما يحدد القانون آثار الواقعة القانونية وذلك دون حاجة إلى أن تكون هذه الإرادة قد اتجهت إلى إحداث هذه الآثار وترتيبها (٢).

والتصرف القانوني هو عمل الإرادة حين تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين لا يحرّمه عليها القانون ، وهو إما أن يقوم على اتفاق إرادتين فيكون عقداً، كالبيع والإيجار والوكالة والوفاء ، أو يقوم على إرادة منفردة ، كما في الوصية والإبراء ، فهو قد يُنشئ حقاً شخصياً أو

(١) د / عاطف محمد فخري - الغير في القانون المدني - رسالة دكتوراه جامعة الإسكندرية - سنة ١٩٧٤ - ص ٥ وما بعدها .

(٢) د/ عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام - دار النهضة العربية سنة ١٩٥٢ - ص ٣ وما بعدها .

يُكسب حقا عينيا أو يقضى هذا أو ذاك أو يُرتب آثار قانونية أخرى^(١) .

والتصرفات القانونية على اختلاف أنواعها وتباين صورها تشترك جميعا في أنها تقوم على اتجاه الإدارة إلى إحداث أثر قانوني ، وفي أن هذا الأثر لا ينصرف إلا إلى أشخاص معينين .

وبناء عليه ووفقاً لتعريف التصرف القانوني فإن اتفاق التحكيم ، ما هو إلا تصرف قانوني يقوم على اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين وأن هذا الأثر لا ينصرف إلا إلى أشخاص معينين^(٢) .

(١) د/ السنهاورى فى شرح القانونى المدنى - نظرية الالتزام بوجه عام - المرجع السابق - ٣ ومابعدھا ،
- د/ جميل الشرقاوى - النظرية العامة للالتزام - الكتاب الأول - مصادر الالتزام - سنة ١٩٧٦ - دار النهضة العربية - ص ٣٩ .

- د/ محمد حسين منصور - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - سنة ٢٠٠٦ - دار الجامعة الجديدة الإسكندرية - ص ٣٠ .

- د/ رمضان أبو السعود - النظرية العامة للحق - سنة ٢٠٠٥ - دار الجامعة الجديدة - ص ٤٦٥ .
- د/ عبد الرزاق السنهاورى فى شرح القانون المدنى - الجزء الأول - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام - الطبعة الثانية - أضاف فى حواشيها ما جد بعد الطبعة الأولى من فقه وقضاء د/ عبد الباسط جيمعوى ، مصطفى محمد الفقى - دار النهضة العربية - ص ١٤٢ ومابعدھا .

(٢) ويلاحظ فى الواقع العملى ، جميع الأحكام التى تطبق على العقد ، تسرى فى نفس الوقت على كل تصرف قانونى وذلك فيما عدا ما يتعلق منها بتوافق إرادتين فهذه ينفرد بها العقد دون غيره من التصرفات الإنفرادية ، ولذلك كان الأولى من الناحية العملية أن يتم النص على أحكام التصرف القانونى بوجه عام ، وبالتالي يصبح لدينا نظرية عامة للتصرف القانونى تسرى أحكامها على العقد وغيره من التصرفات ، على أن يُذكر بعد ذلك مع كل تصرف الأحكام التى يختص بها . وهذه الخطة العملية هى التى أخذ بها القانون الألمانى والقوانين التى حذت حذوه ، حيث أنها تضمنت نصوصا تتناول نظرية التصرف القانونى ، ونصوصا أخرى تتناول نظرية العقد ، أما المشرع المصرى فهو أثر أن يسلك الخطة العملية السائدة فى القوانين اللاتينية ، فذكر أحكام التصرف القانونى بمناسبة تنظيمه للعقد وذلك باعتباره أهم تصرف من الناحية العملية للمزيد من التفاصيل انظر د/ عبد الرزاق السنهاورى فى شرح القانون المدنى الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام - المرجع السابق - سنة ١٩٥٢ - ص ٣ وما بعدها . أيضا انظر د/ محمود أبو عافية - نظرية التصرف القانونى - رسالة دكتوراه - جامعة القاهرة - سنة ١٩٤٧ - ص ١٠ ومابعدھا .

وهذا هو ما يعرف بنظرية التصرف القانوني وتقوم هذه النظرية على على مبدئين أساسيين هما مبدأ سلطان الإرادة ، ومبدأ نسبية الأثر الملزم الذي يترتب عليه التصرف القانوني^(١).

وقد ذكر المشرع هذين المبدئين بمناسبة العقد فنص في المادة ١٤٧ مدني على النتيجة التي تترتب على مبدأ سلطان الإرادة وهي أن (العقد شريعة المتعاقدين) ، ونص المشرع البحريني في المادة ١٢٨ على أن (العقد شريعة المتعاقدين) ، ونص المشرع الكويتي في المادة ١٩٦ / ١ على أن (العقد شريعة المتعاقدين) ؛ ونص المشرع الإماراتي في المادة ٢٦٧ على أن (إذا كان العقد صحيحاً لازماً فلا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع فيه) ، ويعتبر النص على هذه النتيجة هو تسليم بهذا المبدأ . ونص في المادة ١٤٥ مدني على أن (أثر العقد ينصرف إلى المتعاقدين والخلف العام والخلف الخاص)؛ ونص المشرع البحريني في المادة ١٣٣ من القانون المدني على أنه (تنصرف آثار العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث) ونص في المادة ١٣٤ على أنه (إذ أنشأ العقد حقوقاً شخصية متصله بمال معين على نحو يجعلها من توابعه ، ثم انتقل المال إلى الخلف الخاص ، فإن تلك الحقوق والإلتزامات تنتقل معه) ، ونص المشرع الكويتي في المادة رقم ٢٠١ / ١ من القانون المدني أنه (تنصرف آثار العقد إلى المتعاقدين والخلف الخاص) ونص أيضاً في المادة ٢٠٢ على أنه (إذا أنشأ العقد حقوقاً شخصية متصله بمال معين ، ثم انتقل المال إلى الخلف الخاص ، فإن تلك الحقوق والإلتزامات تنتقل معه) ، ونص المشرع الإماراتي أيضاً في المادة رقم ٢٥٠ من القانون المدني على أنه (ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام) ونص في المادة ٢٥١ على أنه (إذا أنشأ العقد

(١) وتطبيقاً لذلك قضي بأن " من المقرر في القوانين المدنية والتجارية الحديثة أن العقود المدنية أو التجارية تقوم على مبدأ سلطان الإرادة بمعنى أن إرادة الطرفين في كل عقد حرة طليقة اليد في أن تيرم أي نوع من العقود شاعت وأن تفصح في العقد ما شاعت من الشروط ولا يلزم أن تكون هذه الشروط منصوصاً عليها في القانون بل يمكن أن تكون ابتداءً من الطرفين .

كما أن إرادة المتعاقدين لها السلطان المطلق في إنشاء وتعديل وإنهاء ما يشاء من الحقوق والإلتزامات وذلك كله في حدود الأسلاك الشائكة البعيدة وهي قواعد النظام العام والأداب العامة في كل دولة .

والقانون المصري يأخذ بهذه المبادئ كاملة ويعتد إلى أبعد الحدود بمبدأ سلطان الإرادة ، وليس في تعديل العقد أو إلغائه انتقاص من سلطان الإرادة ، بل هو على العكس إعلان عن انتصار جديد لمبدأ سلطان الإرادة في مجال نظرية العقد . (القضية التحكيمية رقم ٢٦٥ لسنة ٢٠٠١ جلسة ٢ / ٢ / ٢٠٠٢ من أحكام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي - مجلة التحكيم العربي - العدد الخامس - سبتمبر ٢٠٠٢ ص ١٩١) .

حقوقاً شخصية تتصل بشئ انتقل بعد ذلك إلى الخلف الخاص فإن هذه الحقوق تنتقل إلى هذا الخلف () . وذكر في المادة ١٤٦ مدني على (الشروط التي ينتقل بها أثر العقد إلى الخلف الخاص) ، ونص المشرع الإماراتي في المادة ٢٥٢ على أنه (لا يرتب العقد شيئاً في حق الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً) . وأضاف في المادة ١٥٢ مدني على أن (العقد لا يرتب التزاماً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً) .

وبناء على ما سبق ومن خلال مجموع هذه النصوص السابقة نخلص إلى نسبة أثر التصرف القانوني ، أي نسبة أثر اتفاق التحكيم .

وسوف نتناول الآن دور الإرادة في اتفاق التحكيم كتصرف قانوني ، أما الأثر الثاني وهو نسبة الأثر الملزم لاتفاق التحكيم فسوف نتكلم عنه عند الحديث عن نسبة أثر اتفاق التحكيم ، وذلك على النحو التالي

المطلب الأول : مفهوم اتفاق التحكيم كتصرف قانوني .

المطلب الثاني : اتفاق التحكيم كتصرف قانوني وآثاره .

المطلب الأول

مفهوم اتفاق التحكيم كتصرف قانوني

الفرع الأول

مفهوم اتفاق التحكيم

التصرف القانوني هو عبارة عن إتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين سواء كان هذا الأثر هو إنشاء حق (كالهبة) ، أو نقله أو تعديله (كالتجديد) ، أو إنهائه (كالإبراء)^(١).

(١) ومثال ذلك أيضا الوصية فهي تصرف قانوني يقوم على إرادة منفردة ، ويكسب الحقوق العينية . والوفاء والإبراء ، فالأول تصرف قانوني يقوم على تطابق إرادتين ، والثاني تصرف قانوني يقوم على إرادة منفردة ، وكلاهما يقضى الحقوق الشخصية . أيضا النزول عن حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن ، وهو إرادة منفردة فهو يقضى أيضا الحقوق العينية .

وإجازة العقد القابل للإبطال ، وقبول المنتفع لما اشترط في مصلحته ، وإقرار رب العمل لتصرف الفضولي ، كل هذه التصرفات قانونية ، وفيها جميعا نرى إرادة منفردة نتجه إلى إحداث أثر قانوني ، وهذا الأثر هو تصحيح العقد القابل للإبطال ، أو تأكيد الحق الشخصي الناشئ من الإشتراط لمصلحة الغير وجعله غير قابل للإنقضاء ، أو تحويل الفضولي إلى وكيل ، ولذلك فإن التصرف القانوني سواء قام على تطابق إرادتين أو =

وقد عرفه جانب من الفقه بأنه هو عمل الإرادة حين تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين لا يُحرمه عليها القانون^(١).

وذهب جانب آخر من الفقه إلى أن التصرف القانوني هو عمل إنساني تتجه فيه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين ، بحيث يترتب الأثر القانوني على مجرد اتجاه الإرادة إلى إحداثه^(٢).

وهناك إتجاه آخر يُعرف التصرف القانوني بأنه عبارة عن إتجاه الإرادة إلى إحداث آثار قانونية ، وهذا التصرف هو الذي يُرتب عليه القانون تلك الآثار ، وإذا تم التعبير عنه فالقانون

= قام على إرادة منفردة قد يُنشئ الحقوق الشخصية وقد يُكسب الحقوق العينية ، وقد يقضيها جميعا ، وقد يترتب آثارا قانونية أخرى لمزيد من التفاصيل أنظر :

- د/ عبد الرزاق السنهوري - النظرية العامة للالتزام - الجزء الأول - نظرية العقد - الطبعة الأولى - مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة - ١٩٣٤ ص ٧٢ وما بعدها .

- د/ عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الإلتزام بوجه عام - دار النهضة العربية سنة ١٩٥٢ - ص ٣ وما بعدها .

- د/ عبد الرزاق السنهوري في شرح القانون المدني - الجزء الأول - نظرية الإلتزام بوجه عام - مصادر الإلتزام - الطبعة الثانية - أضاف في حواشيه ما جد بعد الطبعة الأولى من فقه وقضاء د/ عبد الباسط جميعي ، مصطفى محمد الفقى - دار النهضة العربية - ص ١٤٢ وما بعدها ،

- د/ اسماعيل غانم - النظرية العامة للالتزام - مصادر الإلتزام - النشر مكتبة وهبة - سنة ١٩٦٨ - بند ٢٦ - ص ٤٥ وما بعدها .

- د/ عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الإلتزام - دراسة في القانون اللبناني والمصري - دار النهضة العربية - سنة ١٩٧٤ - بند ٣١ - ص ٤٦ .

- د/ جميل الشرقاوى - النظرية العامة للالتزام - الكتاب الأول مصادر الإلتزام - سنة ١٩٧٦ - دار النهضة العربية - بند ٣١ - ص ٤٦ .

- د/ مصطفى الجمال - شرح أحكام القانون المدني - مصادر الإلتزام - سنة ١٩٩١ - دار النهضة العربية - ص ٢٣ .

(١) د/ عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ٣١ - ص ٤٦ .

(٢) أى إننا نكون بصدد حدث معنوي يتمثل في مجرد إرادة أو أكثر تتجه إلى إنشاء التزام أو نقله أو تغييره أو زواله ، فيترتب القانون عليها هذا الأثر ، وخير مثال على ذلك العقود المختلفة التي يُبرمها الشخص ، د/ محمد حسين منصور - النظرية العامة للالتزام - مصادر الإلتزام - دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية - سنة ٢٠٠٦ - ص ٣٠ .

يجعل اتجاه الإرادة إلى إنشاء التزام مثلا ، أساس نشوء الإلتزام وذلك إذا استوفت هذه الإرادة الشروط التى يستلزمها القانون فيها ليكون تصرفا قانونيا ^(١) .

والواقع أن اتجاه الإرادة إلى إحداث الأثر القانونى ، هو العامل الأساسى فى نشوء هذا الأثر ولو كان التعامل يتم عن طريق العقد ، أى بارتباط بين إرادتين أو أكثر، ولذا يمكن القول بأن الإلتزام الإرادى سواء تم إنشاؤه بالعقد أو بالإرادة المنفردة ، هو التزام مصدره التصرف القانونى بالمعنى السابق .

مما سبق يتضح لنا أن العقد ما هو إلا تصرف قانونى يقوم على توافق إرادة المتعاقدين وهذا هو المفهوم الذى أخذت به النظرية التقليدية ، والتى اعتمدت على أن العقد هو عبارة عن توافق إرادتين على إحداث أثر قانونى معين . وأن العقد لا يؤثر إلا فى عاقديه ولا يؤثر على الغير ، وهذا هو ما يطلق عليه مبدأ نسبية العقد ، إلا أن هذا المفهوم تغير وطرأت عليه مجموعة من الإستثناءات (سوف نتعرض لاحقا عند الحديث عن نسبية العقد وآثاره) .

وبناءً عليه ووفقا لهذه التعريفات فإننا إذا نظرنا إلى اتفاق التحكيم على أنه تصرف قانونى يقوم على إرادة الأطراف فإنه لا يؤثر إلا على أطرافه دون الغير وهذا من وجهة النظر التقليدية التى تعتمد على مبدأ نسبية العقد ، وأن العقد لا يخص سوى أطرافه والموقعين عليه ، إلا أن هذه النظرة تغيرت بسبب تغير الظروف ، وهذا أدى إلى التوسع فى امتداد آثار العقد إلى الغير وبالتالي امتداد آثار اتفاق التحكيم باعتباره عقد إلى الغير (وهذا ما سوف نتعرض له بالتفصيل لاحقا) .

الفرع الثانى

اتفاق التحكيم كمصدر للحقوق والإلتزامات

يقصد بمصطلح المصدر هو المنبع الذى تتبع منه الحقوق والإلتزامات سواء كانت هذه الحقوق عامة أو خاصة ، وسواء كانت عينية أو شخصية أو معنوية وما يترتب عليها من التزامات واتفاق التحكيم هو الأساس الذى تقوم عليه العملية التحكيمية وهو عبارة عن

(١) وهذه الإرادة التى تنشئ الإلتزام لا تنتج آثارها فى أغلب الأحوال وهى قائمة على استقلال ، أى وهى إرادة منفردة ، يترتب عليها أثرها فى نشوء الإلتزام ، فى أكثر الأحوال عندما ترتبط بإرادة أو إرادات أخرى وهذا هو ما يسمى بالعقد ، إلا أنه سواء كان الإلتزام ناشئا بالإرادة المنفردة ، أو عن تطابق بين إرادتين كما فى العقد فهو فى الحالتين هو التزام ناشئ بالإرادة ولذلك يوصف بأنه التزام إرادى . د/ جميل الشرقاوى - النظرية العامة للإلتزام - الكتاب الأول مصادر الإلتزام - سنة ١٩٧٦ - دار النهضة العربية - بند ٣١ - ص ٤٦ .

اتفاق أو عقد بين الخصوم يترتب عليه حقوق والتزامات ، تتمثل في حق الأطراف في فض المنازعات التي تنشأ بينهم عن طريق التحكيم ، وبالنسبة للإلتزامات التي تقع على عاتق الأطراف من وجود اتفاق التحكيم هو عدم اللجوء إلى القضاء - الذي يعتبر الحق الطبيعي لهم - وذلك لوجود اتفاق التحكيم .

وبناء عليه فإن اتفاق التحكيم هو المنبع الأساسي والمصدر لتلك الحقوق والتزامات التي يجب على الأطراف القيام بها .

ومما لا شك فيه هو أن المصدر الأساسي للحق هو القانون ، لأن الحقوق تستند في وجودها إلى القانون ، فكل الحقوق تُرد إلى القانون لأنه هو الوحيد الذي يُقرها ويحميها ، حيث أنه لا يوجد حق لا ينص عليه القانون صراحة أو ضمناً أو تقرره القواعد العامة المستقرة المقبولة في نظمه ولا يُتصور وجود حق مجرد عن القانون ، فالقانون هو الذي يعتبر بعض التصرفات والوقائع مصادر تنشأ عنها الحقوق أولاً^(١).

وقانون التحكيم هو بمثابة الشريعة التي تحكم العملية التحكيمية ككل وهو الذي ينظم إجراءات التحكيم والخطوات التي تتبع حتى يتم إصدار حكم التحكيم سليم ، ولا ينصرف للطعن عليه بالبطلان ، وأيضاً يحدد قانون التحكيم الحالات التي يتم فيها الطعن بالبطلان على حكم التحكيم .

وإذا كانت نصوص القانون تتناول إنشاء الإلتزامات في بعض الأحوال ، فإن ذلك لا يمنع من أن القانون يُنشئ هذه الإلتزامات استناداً إلى وقائع أو تصرفات معينة ، بحيث تكون هذه الوقائع أو التصرفات دائماً وأبداً هي المصادر المسببة أو المباشرة للإلتزامات ويكون القانون

(١) د/ محمد حسين منصور - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - ص ٣٥ .

- ولاشك أيضاً أن الإلتزامات هي آثار لقواعد القانون ولذلك فقواعد القانون تعتبر من هذه الزاوية مصدراً لنشوء الإلتزامات ، وإنما تُرتب إنشاء الإلتزامات بناءً على توفر حدث معين أو تصرف معين صدر من شخص تجاه الآخر ترتب عليه الإلتزام .

مثل صدور تصرف من المدين تجاه الدائن ، على سبيل المثال التزام البائع بنقل ملكية المبيع والتزام المشتري بدفع الثمن ، فإن هذا الأثر ترتب على حدوث تصرف معين هو إبرام عقد البيع بينهما ولذلك يصبح هذا الحدث أو التصرف الذي يُرتب عليه القانون القواعد التي يترتب عليها نشوء الإلتزام ، وبتعبير آخر هو المصدر المنشئ للإلتزام من وجهة أخرى . أنظر د/ مصطفى الجمال - شرح أحكام القانون المدني - مصادر الإلتزام - ١٩٩١ ص ٢٣ .

مصدرا مُرتباً أو غير مباشر لها^(١).

أما التصرفات القانونية أو الأعمال القانونية فهي أحداث معنوية تتمثل في مجرد إرادة أو أكثر تتجه إلى إنشاء الإلتزام أو نقله أو تغييره أو زواله فيرتب القانون عليها هذا الأثر^(٢).
مما سبق يتضح لنا أن اتفاق التحكيم كتصرف قانوني فهو يعتمد على قانون التحكيم الذي يمثل الأساس الذي يعتمد عليه التحكيم في تحديد الحقوق والالتزامات التي تقع على عاتق الأطراف من خلال تلك النصوص وأن التصرفات والأعمال القانونية هي عبارة عن الإرادة التي تتجه إلى إنشاء الإلتزام لاتفاق التحكيم وهو عدم اللجوء إلى القضاء لوجود هذا الإتفاق بالإضافة إلى ذلك فإن الأطراف لا يستطيعون عمل أي تعديل أو بتر أو زوال إلا بإرادتهم المشتركة لأن اتفاق التحكيم بإعتباره عقد فهو شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله أو زواله إلا بناء على إرادتهم .

المطلب الثاني

دور الإرادة في اتفاق التحكيم كتصرف قانوني

دور الإرادة في اتفاق التحكيم

لقد اتضح لنا مما تقدم أن اتفاق التحكيم هو مصدر الحقوق والالتزامات الخاصة بالعملية التحكيمية باعتباره تصرفاً قانونياً وهو مميز بأن الإرادة هي التي تحدد آثاره ، بينما يستقل القانون بتحديد آثار الواقعة المادية دون حاجة إلى أن تكون هذه الإرادة قد اتجهت إلى ترتيب هذه الآثار .

(١) فمثلا الالتزامات بين الأباء والأبناء تنشأ عن واقعة معينة هي واقعة القرابة بين أطراف هذه الإلتزامات ، والالتزامات بين الجيران تنشأ عن واقعة أخرى هي واقعة الجوار ، وفي هذه الحالات تكون واقعة القرابة أو واقعة الجوار - بحسب الأحوال - هي المصدر المسبب المباشر للإلتزام ويكون نص القانون هو مجرد مرتب أو غير مباشر له . للمزيد من التفاصيل انظر د/ مصطفى الجمال - شرح أحكام الإلتزام المدني - مصادر الإلتزام - ص ٢٤ وما بعدها .

(٢) ومثالها أن يبيع شخص لآخر شيئاً ، فينشأ عن هذا الحدث التزام البائع بنقل ملكية المبيع للمشتري ، والتزام المشتري بدفع الثمن ، أو أن يوصى شخص لآخر بمبلغ من التركة، فيثبت من حدث (التصرف) الإيصاء التزام الورثة بدفع مبلغ الوصية للموصى له من التركة قبل توزيعها .

د/ محمد حسين منصور - النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام - دار الجامعة الجديدة - الإسكندرية - سنة ٢٠٠٦ - ص ٢٧ .

واتفاق التحكيم باعتباره تصرفاً قانونياً هو عمل الإرادة حين تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين لا يُحرّمه عليها القانون ، وهو يقوم على اتفاق إرادتين فيكون عقداً ، مثال ذلك اتفاق التحكيم المنصوص عليه في عقد البيع أو عقد الإيجار أو الوكالة أو الوفاء . وليست هناك عناصر مشتركة بين الوقائع القانونية المختلفة تسمح بقيام نظرية عامة لتنظيم هذه الوقائع جميعاً .

أما التصرفات القانونية فهي تقوم جميعها على اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين وأن هذا الأثر لا ينصرف إلا إلى أشخاص معينين وبذلك أصبح من الممكن أن تكون هناك نظرية لاتفاق التحكيم كتصرف قانوني .

وتقوم نظرية التصرف القانوني على مبدئين أساسيين هما :

المبدأ الأول : هو مبدأ سلطان الإرادة ودوره في اتفاق التحكيم ، **والمبدأ الثاني :** هو مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد (اتفاق التحكيم) الذي يترتب على التصرف القانوني ، وقد ذكر المشرع هذين المبدئين بمناسبة العقد ^(١) ؛ والآن سوف نتناول المبدأ الأول وهو مبدأ سلطان الإرادة حتى يتبين لنا دور الإرادة في اتفاق التحكيم ، **أما المبدأ الثاني (سوف نتحدث عنه عند الحديث عن نسبية أثر اتفاق التحكيم) .**

دور الإرادة في التصرف القانوني (مبدأ سلطان الإرادة) :

المقصود بمبدأ سلطان الإرادة هو أن الإرادة قادرة على أن تنشئ اتفاق التحكيم كتصرف قانوني وتحدد الآثار التي تترتب عليه ، وهو مبدأ ذو شقين :

يتعلق الشق الأول منه بالشكل : وهو عبارة عن مبدأ الرضائية الذي يجعل الإرادة وحدها مجردة عن أية شكلية .

(١) د/ عبد الرزاق السنهوري - النظرية العامة للالتزام - الجزء الأول - نظرية العقد - المرجع السابق ص ٧٢ وما بعدها . د/ عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية الإلتزام بوجه عام - سنة ١٩٥٢ المرجع السابق - ص ١ - وما بعدها . د/ عبد الرزاق السنهوري - في شرح القانون المدني - الجزء الأول - نظرية الإلتزام بوجه عام - مصادر - المرجع السابق - ص ١٤٢ وما بعدها ، د/ محمود أبو عافية - التصرف القانوني - رسالة دكتوراه جامعة القاهرة المرجع السابق - ص ١٠ وما بعدها د/ حشمت أبو ستيت - النظرية العامة للالتزام - مصادر الإلتزام - بند ٣٣٣ - ص ٢١٨ . د/ عبد الحى حجازى - النظرية العامة للالتزام - مصادر الإلتزام - طبعة ١٩٦٢ - دار النهضة العربية - بند ١٨٣ - ص ٢٧٥ . د/ عبد المنعم فرج الصدة - دراسة في القانون اللبناني والقانون المصرى - المرجع السابق - ص ٤٦ وما بعدها .

أى أن تكون الإرادة كافية لإنشاء اتفاق تحكيم كتصرف قانوني وحدها ، فكل ما هو مطلوب أن يصدر تعبير عن الإرادة . وقد نص المشرع في قانون التحكيم المصري في المادة (١٢) على أنه (يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً ، ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادلته الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة) ، ونص المشرع البحريني في قانون التحكيم الداخلي في المادة (٢) على أنه (لا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة) ، ونص المشرع الإماراتي في قانون التحكيم في المادة ٢٠٣ / ٢ على أنه (ولا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا كتابةً) ؛ ونص المشرع الكويتي في قانون التحكيم في المادة ١٧٣ على أنه (ولا يثبت التحكيم إلا كتابةً) .

أما بالنسبة للشق الثاني : فهو يتعلق بالموضوع وفيه تكون الإرادة هي صاحبة السلطان
في تحديد آثار اتفاق التحكيم كتصرف قانوني ، فتستطيع هذه الإرادة تحديد المنازعات التي يتم فيها اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات (١) (٢) .

(١) وقد نص المشرع الفرنسي على نتيجة هذا المبدأ بالنسبة إلى العقد في المادة ١١٣٤ مدني فرنسي التي تنص على أن (الاتفاقات التي تعقد على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقدتها)

(1) les convention légalement formées tiennent lieu de loi a ceux qui les ont faites
(٢) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف القاهرة بأن " سبب البطلان المؤسس عليه الدعوى حاصله بطلان شرط التحكيم الوارد في عقد التشييد لصدوره ممن ليس له صفه في التعاقد عن الشركة المدعية وبطلان التحكيم عن عقد الخدمات الهندسية لعدم الاتفاق على التحكيم بشأنه ، هذا السبب بشقيه غير صحيح وفي غير محله ذلك أن اتفاق التحكيم شرطاً أم مشاركة هو اتفاق مستقل عن عقد العلاقة الأصلية بين الأطراف ، وقد تم الاتفاق على التحكيم بين المدعية والمدعى عليها في كل ما ينشأ من منازعات عن العلاقة الأصلية بينهما وقد مثل المدعية في علاقتها الأصلية بالمدعى عليها وكذلك في عقد الخدمات أحد أعضاء مجلس الإدارة بتفويض منها في ذلك وقد بدا أن المدعية في تنفيذ التزاماتها التعاقدية في عملية التشييد وما يلزمها من خدمات واستشارات وفق تعاقداتها بشأن المشروع السياحي محل العلاقة وتفيد أوراق الدعوى تمسك المدعية بتعاقداتها كافه وهي بصدد القيام بتنفيذ المشروع

ومن ثم فالمحكمة تأكدت من صحة تعاقد طرفي الدعوى على شرط التحكيم وأنه شمل كل العلاقات التعاقدية المبرمه بين طرفي الدعوى والتي تتعلق بمشروع تشييد التجمع السكني السياحي محل النزاع وأنه لا يصح للمدعية أن تتصل من تعاقداتها على نحو يسيء إلى سمعتها ومكانتها ومن ثم فالمحكمة تقضي برفض الدعوى .
(حكم محكمة استئناف القاهرة - الدائرة ٦٢ تجاري - الطعن رقم ٦ لسنة ١٢٨ ق - جلسة ٢٠١٣ / ٣ / ٢٠١٣ - مجلة التحكيم العربي - العدد العشرون - يونيو ٢٠١٣ - ص ١٣٢) .

أيضاً نص المشرع المصري فى المادة ١٤٧ / ١ مدنى على أن (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقرها القانون) ، فالقاعدة إذن هى حرية التصرف ، حيث أنه كل ما ليس ممنوعاً فهو جائز ، هذا هو المعنى المقصود بمبدأ سلطان الإرادة ^(١) . ونص المشرع الاماراتى فى المادة ٢٦٧ من القانون المدنى على أنه (إذا كان العقد صحيحاً لازماً فلا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضى أو بمقتضى نص القانون) . ونص المشرع البحرينى فى المادة ١٢٨ من القانون المدنى على أنه (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه ، إلا فى حدود ما يسمح به الاتفاق أو بمقتضى القانون) .

إلا أنه مع تطور الحياة السياسية والإقتصادية أخذ مبدأ سلطان الإرادة فى الإنكماش وأيضاً ظهرت مجموعة من الصناعات الكبيرة والمتطورة مع بداية القرن العشرين والتى كانت تضم عدد كبير من العمال ^(٢) . وأيضاً تكونت الشركات الضخمة برؤوس أموال كبيرة ، وهذا أدى إلى وجود عدم توازن بين القوى الإقتصادية الجديدة والسابقة عليها ، مما أدى إلى تنظيم نقابات العمال لإعادة هذا التوازن ^(٣) .

وبذلك ظهرت قوى إجتماعية جديدة وظهرت مذاهب اشتراكية مضادة للمذهب الفردى الذى ساد القرنين الماضيين ، وهذا أدى إلى التحول من النظرية التقليدية التى كانت تعتمد على التصرف القانونى ونسبية الأثر الملزم وأن العقد لا يؤثر إلا على المتعاقدين فقط ولا يمتد أثره إلى الغير ، إلى النظرية الحديثة التى تراعى مصلحة المجتمع قبل كل شئ ، فإذا تعارضت مصلحة الجماعة مع مصلحة الفرد قُدمت الأولى على الثانية ، بالإضافة إلى ذلك أصبحت تلك

(١) هذا هو المبدأ الذى ساد فى القرنين السادس عشر والثامن عشر ، وقد كان هناك مجموعة من المدافعين عن هذا المبدأ إلى حد التطرف وحاولوا الإنتصار له بكل الوسائل الممكنة حتى أنهم أرادوا أن يقيموا أحكام القانون المختلفة اعتماداً على الإرادة فوصل بهم الأمر إلى أنهم قالوا (نتيجة لايقبلها عقل او منطق ، حيث أنه عندهم أن الإرادة هى أساس كل أنواع الإلتزامات والنظم القانونية فهى تسيطر على جميع مصادر الإلتزام إذ هى قوام التصرف القانونى) للمزيد من التفاصيل انظر د / محمود أبو عافية - نظرية التصرف القانونى - رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة - ص ٣٥ وما بعدها .

(٢) د/ عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى نظرية الإلتزام بوجه عام - سنة ١٩٥٢ المرجع السابق - ص ١ وما بعدها ، د/ عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق - ص ٥١ ، ص ٥٢ .

(٣) د/ عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى نظرية الإلتزام بوجه عام - سنة ١٩٥٢ المرجع السابق - ص ١ - وما بعدها ، د/ عبد المنعم فرج الصدة - المرجع السابق - ص ٥١ ، ص ٥٣ بند ٣٢ .

الأفكار الحديثة تُقيم القانون على أساس التضامن الإجتماعى ، وأن الإلتزامات الناشئة عن العقد لا تستند فقط إلى إرادة المتعاقدين وإنما هى تركز على إعتبرات إجتماعية ترجع إلى الإستقرار الواجب فى التعامل والنظام الذى يجب أن يسود المجتمع ^(١) .

أيضا أن الإرادة ليست هى أساس القوة الملزمة للعقود وإنما أساسها هو الإعتبرات التى تتصل بالصالح العام ، وذلك لأن العقد ما هو إلا نظام يُراد به تحقيق التضامن الإجتماعى وليس الخضوع لسلطان الإرادة .

ومع ظهور النظرية الحديثة وما بها من أفكار، وظهور جماعات من أصحاب المصالح المشتركة لحماية مصالح أعضائها ، كنقابات العمل ^(٢) .

وقد أسفر نفوذ هذه الجماعات عن نوع جديد من العقود هو العقود الجماعية النموذجية وأبرز مثال لهذه العقود وهو عقد العمل الجماعى الذى يُبرم بين نقابات العمال وأصحاب الأعمال ويسرى على جميع أشخاص المهنة حتى الذين لم يشتركوا فى إبرامه أو ليسوا أعضاء فى النقابة ، وقد زادت العقود الجماعية اليوم إلى الحد الذى يمكن أن يُقال أنها أصبحت مصدرا لما يسمى بالقانون الجماعى ، ومن أهم خصائص هذه العقود هو أن أحكامها تتمثل فى أن رأى الأغلبية من أصحاب المصلحة المشتركة يسرى فى حق الأقلية التى لم توافق عليه ^(٣) .

(١) د/ رمضان أبو السعود - النظرية العامة للحق - ص ٤٦١ ومابعدا .

(٢) ذهب جانب من الفقه إلى تعريف النقابة بأنها عبارة عن جمعية الهدف منها هو الدفاع عن مصالح أعضائها وتمثيل مهنتهم [د/ محمود جمال الدين زكى - قانون العمل - القاهرة - الطبعة الثالثة - ١٩٨٣ - ص ٦٣٠] وذهب جانب آخر من الفقه إلى أن النقابة هى عبارة عن تلك المنظمة التى تتكون بطريقة حرة من جماعة من العمال لتمارس نشاطا مهنيا بقصد الدفاع عن مصالح أعضائها وترقية أحوالهم والتعبير عنهم على الصعيد المهني والوطني للمزيد انظر : [د/ محمد إسماعيل - القانون النقابي - دار النصر للتوزيع والنشر - القاهرة ١٩٩٣ - ص ٦] . أيضا أنظر د/ راندا محمد صميذة - قانون العمل - - المطبعة الحديثة - ٢٠١٢ - ص ٥٠ وما بعدها .

(٣) العقد الجماعى هو العقد الذى يُبرم بين جماعة من الأفراد بصفتهم الجماعية وفرد من الأفراد أو جماعة أخرى من الأفراد ، وذلك بقصد تنظيم مصالح تلك الجماعة بصورة دائمة .

مثال ذلك عقد العمل الجماعى الذى يُبرم بين نقابة أو أكثر من نقابات العمال وبين واحد أو أكثر من أصحاب الأعمال الذين يستخدمون عمالا ينتمون إلى تلك النقابات ، وهو اتفاق ينظم شروط العمل سواء فيما يتعلق بالأجور أو الأجازات أو السلامة إلى غير ذلك . وعقد العمل الجماعى يكفى لإنعقاده موافقة أغلبية معينة من أفراد الجماعة الممثلة فيه ، ومع ذلك فإن آثاره تنصرف إلى جميع أفراد هذه الجماعة مع أنهم لم يكونوا طرفا فيه ، ورغم إعتراض بعضهم عليه أو إنضمامهم إلى الجماعة بعد إبرامه . =

وبناء عليه إذا كان هناك اتفاق تحكيم في مثل هذه العقود ، فإن هذا الاتفاق يمتد إلى الأطراف الذين لم يوقعوا عليه من الأقلية لأنهم وفقا للخصائص المميزة للعقود الجماعية رأي الأغلبية هو الذي ينفذ ^(١) .

مما سبق يتضح لنا أنه إذا كان هناك اتفاق على التحكيم في عقد من العقود الجماعية فإنه يمتد إلى الغير .

= أنظر د/ محمد حسين منصور - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - المرجع السابق ص ٨٠ .
فعقد العمل الجماعي يُلزم نقابة العمال باحترام شروطه ، ويُلزم صاحب العمل بتنفيذ أحكامه سواء في علاقته بالنقابة العمالية الموقعة على العقد أو في علاقته بعماله أعضاء تلك النقابة .
وتسرى أحكام هذا العقد ، ليس فقط على العمال أعضاء النقابة التي أبرمت العقد أو انضمت إليه ، بل يسرى أيضا على العمال الذين ينضمون إلى هذه النقابة بعد ذلك ، ويسرى كذلك على عمال المنشأة غير الأعضاء في هذه النقابة . - انظر د/ محمد حسين منصور - قانون العمل - دار الجامعة الجديدة - سنة ١٩٩٨ -
- انظر د/ رندا محمد صميده - قانون العمل - المرجع السابق - ص ٢٨ وما بعدها .
(١) وهناك عدة تطبيقات تشريعية أخرى تؤكد هذه الفكرة هي :

١ - نجد منها في القانون التجاري الصلح الوافي من الإفلاس هو عبارة عن عقد ينطوى على تسوية تتم بين تاجر مدين وأغلبية دائنيه وذلك حتى نقيه شر الإفلاس ، وذلك بتأجيل موعد استحقاق ديونه ، أو حط جزء منها أو الأمرين معا .
فيترتب على هذا العقد أن أثره ينصرف إلى جميع الدائنين العاديين ، وحتى من عارض منهم في هذا الصلح أو لم يشترك فيه . وبالتالي إذا كان هناك اتفاق تحكيم في هذا العقد ، فإن هذا الاتفاق يمتد إلى الدائنين المعارضين رغم عدم توقيعهم على العقد الأصلي ، لأنه يسرى في حقهم وفقا لرأي الأغلبية وهذه صورة من صور امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير .
٢- أيضا نجد من هذه التطبيقات في القانون المدني فيما يتعلق بإدارة المال الشائع المادة ٨٢٨ / ١ والتي تنص على أن [ما يستقر عليه رأي أغلبية الشركاء في أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزما للجميع وتُحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصبة] .

وملكية الأسرة حيث تنص المادة ٨٥٤ مدني على أن [لشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص أن يعينوا من بينهم للإدارة واحدا أو أكثر وللمدير أن يدخل على ملكية الأسرة من التغيير في الغرض الذي أعد له المال المشترك] .
وملكية الطبقات م ٨٦٤ مدني التي تنص على [إذا لم يوجد نظام للإدارة أو إذا خلا النظام من نص على بعض الأمور ، وتكون إدارة الأجزاء المشتركة من حق الإتحاد ، وتكون قراراته ملزمة ، وأن تصدر القرارات من أغلبية الملاك محسوبة على أساس قيمة الأنصبة] .

وهكذا فإننا نجد من خلال نصوص هذه المواد أن الإدارة تكون من حق أغلبية الشركاء وهي تكون محسوبة على أساس قيمة الأنصبة ، ويتقيد الأقلية برأي الأغلبية .

وفي هذه الأوضاع وتلك الصور الجديدة من العقود نجد قيودا على الإرادة الفردية ترجع إلى وجود هذه التنظيمات الجماعية التي يُعتد فيها برأي الأغلبية ويهدر رأي الأقلية . د/ عبد المنعم فرج الصدة - دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري - ص ٥٦ .

مما سبق يتضح لنا أن التصرف القانوني أساسه الإرادة ، وهي قد تكون مزدوجة أى صادرة بناء على التوافق بين إرادتين وخير مثال على ذلك هو (العقد) ، وقد تكون منفردة أى صادرة من جانب واحد مثال ذلك (الوصية والوقف) .

بالإضافة إلى ذلك فإننا نجد أنه وفقا لنظرية التصرف القانوني ، أن الإرادة هي الجوهر الأساسي في إنشاء التصرف القانوني وتحديد آثاره ، حيث يكون لها الحق في إنشاء ما تشاء من العقود دون أن تتقيد بأنواع العقود التي نظمها المشرع .

أيضا أن الإرادة يكون لها مطلق الحرية في تحديد آثار التصرف القانوني وغير مقيدة بآثار التي يَرتبها المشرع وإنما يكون لها الحرية في توسيع هذه الآثار أو تضيقها أو حذفها أو تعديلها بعد قيامها ، وكذلك للإرادة الحرية في إنهاء التصرف بعد وجوده .

وهذا هو الأساس الذي قامت عليه النظرية التقليدية للعقد وتحديد آثاره ، والنص على أن العقد لا يخص سوى المتعاقدين ، ولا يؤثر في الغير ، ولا يتأثر بهم ، وبناء على ذلك وعند التسليم بهذه النظرية وما بُنيت عليه من أفكار ، إذا ما تم النظر إلى إتفاق التحكيم المدرج في العقد الأصلي أو الذي نشأ بصورة مستقلة عنه ، وباعتباره عقد من العقود فإنه وفقا لهذه النظرية لا ينتقل أثره إلى الغير .

إلا أن هذه الأفكار لم تستمر طويلا لكنها تغيرت وتطورت مع تطور الحياة السياسية والإقتصادية والإجتماعية ، وظهور الشركات المتعددة الجنسيات ، كل هذا أدى إلى التحول من نظرية التصرف القانوني إلى الواقعة القانونية والتي تنظر إلى العقد على أنه واقعة قانونية تؤثر في المجتمع وتتأثر به وهذا هو ما سوف نتعرض له بالتفصيل .

المبحث الثاني

أثر اتفاق التحكيم كواقعة قانونية

تمهيد وتقسيم :

لقد كان للتطور الفكري والإقتصادي والإجتماعي الذي حدث منذ منتصف القرن التاسع عشر أكبر الأثر في حدوث تطور مواز له في كثير من قواعد نظرية الالتزام .
فظهرت مبادئ جديدة تعارض أحيانا وتعديل أحيانا أخرى المبادئ السابقة عليها ، وذلك حتى تتحقق بها الإستجابة للحاجات المرتبطة بهذا التطور ، من ذلك مثلا ما حدث من تحول بالنسبة لمبدأ سلطان الإرادة ، وهو المبدأ الذي كان يُعتبر الأخذ به مظهرا من مظاهر التقدم ،

وظل فترة طويلة من الزمن أساس النظام القانوني للعقد ، والذي يقتضى أن تُطلق الحرية للإرادة فى نطاق العقد ، فلا تُفرض عليه أى أشكال عند إبرامه ، بل يتم ذلك بمجرد التراضى بين أطرافه ، وقد كان يحدث هذا فى ظل مبدأ الرضاينة ، كما أنه كان يُترك لها تحديد آثاره بحرية كاملة ، لا يتدخل فيها القانون إلا فى أضيق الحدود . ولا يجوز للقضاء أن يُعدل فيها بغير رضا من رتبوها بإرادتهم ، وذلك إنطلاقاً من مبدأ أن (العقد شريعة المتعاقدين) .

ومن مظاهر التحول أيضاً بالنسبة لهذا المبدأ (مبدأ سلطان الإرادة) ما نشاهده من عودة الأشكال تدريجياً إلى نطاق العقد والتصرفات القانونية بصفة عامة ، حيث أنه كثيراً ما يستلزم القانون كتابة الإتفاق أو التصرف كشرط لإنشائه ، وذلك حتى يكفل وجود دليل قاطع على هذا الوجود ، كل هذا من أجل تحقيق الإستقرار فى المعاملات ^(١) .

وقد تأثرت القوانين الحديثة بهذه الأفكار ^(٢) . وهناك العديد من الأمثلة الأخرى على تطور مبادئ نظرية الالتزامات لمسايرة الظروف الإجتماعية . من ذلك ما حدث فعلاً من خروج على مبدأ نسبية أثر العقد ، الذى يقتضى بأن العقد لا يُلزم ولا ينقيد به سوى أطرافه ، فى أحكام بعض النظم التى ظهرت بظهور الإتفاقيات الجماعية ، كالإتفاقيات الجماعية للعمل (عقود العمل المشتركة) التى تبرمها النقابات العمالية مع أصحاب الأعمال وذلك لوضع دستور علاقات العمل الفردية بينهم وبين أعضاء النقابات فيلتزم بها أصحاب الأعمال ويستفيد منها كل أعضاء

(١) أيضاً من الأسباب التى أدت إلى الحد من سلطة مبدأ سلطان الإرادة وما يقتضيه هذا المبدأ من ترك الحرية للأفراد فى تحديد آثار العقود ، هو انتشار الأفكار الإستراكية التى جعلت القانون يتدخل لتحقيق المساواة الفعلية بين أطراف المعاملات وذلك بتقديم الحماية للضعيف منهم . د/ عبد الرزاق السنهورى - النظرية العامة للالتزام - الجزء الأول - نظرية العقد - المرجع السابق - ١٩٣٤ ص ٧٢ وما بعدها . د/ عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى نظرية الإلتزام بوجه عام المرجع السابق سنة ١٩٥٢ - ص ٣ وما بعدها . د/ عبد الرزاق السنهورى فى شرح القانون المدنى - الجزء الأول - نظرية الإلتزام بوجه عام - مصادر الإلتزام - الطبعة الثانية - المرجع السابق - سنة ١٩٦٤ - ص ١٤٢ وما بعدها . د/ عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ٣١ - ص ٤٦ وما بعدها .

(٢) فأباح هدم العقد إن إنطوى على استغلال أحد الطرفين للآخر ، كما أجازت للقاضى تعديل آثاره بما يرفع بها الظلم أو إرهاب حتى ولو كان هذا نتيجة ظروف طارئة حدثت بعد التعاقد .

بل أن كثير من القوانين تُفرض آثار بعض العقود على أطرافها ولا تترك لهم حرية تعديلها ، كما هو الحال فى عقد العمل فى كثير من الدول ، وكذلك الحال فى نطاق أضيق فى عقود أخرى كالإيجار والبيع والتأمين . وفى عقد الإيجار تُحدد الأجرة ويمتنع إنهاء العقد إلا لمبررات محددة ، وفى البيع قد يُفرض السعر الجبرى ، وفى التأمين يُحرم الشروط التعسفية ويُباح للقاضى عدم إعمالها .

النقابة ولو كان انضمامهم إلى النقابة بعد إبرام هذه الإتفاقيات ^(١).

ولذلك فإذا كان هناك اتفاق على التحكيم بين أصحاب الأعمال وأعضاء هذه النقابات فإن هذا الإتفاق يسرى على جميع الأعضاء حتى من لم يكن منهم وقع عليه لحظة الإتفاق أو انضم إلى النقابة بعد ذلك أى أن اتفاق التحكيم ينتقل إلى غير أطرافه الموقعين عليه . وهكذا فإننا نجد أنه من الواضح أن السبب الذى يوجد علاقة قانونية أو يؤثر فيها هو أمر يجد فيحدث تعديلا فى العلاقات القانونية الموجودة ويؤثر فيها ويتأثر بها ^(٢) .

ولذلك فإننا نجد أنه نتيجة للتطور الذى حدث ، تحول الفكر من النظر إلى العقد على أنه تصرف قانونى يعتمد على الإدارة فقط (مبدأ سلطان الإدارة) وذلك وفقاً للنظرية التقليدية القديمة ، إلى النظر إلى العقد على أنه واقعة قانونية إجتماعية تؤثر فى المجتمع وتتأثر به ، أى أن العقد تمتد آثاره إلى غير أطرافه الموقعين عليه وذلك باعتباره واقعة قانونية وهذا هو ما أخذت به النظرية الحديثة .

وبتطبيق ما سبق على اتفاق التحكيم فإنه وفقاً للنظرية الحديثة وباعتباره عقد من العقود فهو يمتد أثره إلى غير الأطراف الموقعين عليه (وسوف نناقش هذا بالتفصيل لاحقاً) . وسوف نعرض لمفهوم اتفاق التحكيم كواقعة قانونية . وذلك من خلال المطلبين التاليين :

(١) د/ إسماعيل غانم - النظرية العامة للالتزام - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ٢٦ - ص ٤٥ وما بعدها .

- د/ عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الإلتزام - دراسة فى القانون اللبنانى والمصرى - المرجع السابق - سنة ١٩٧٤ - بند ٣١ - ص ٤٦ .

- د/ جميل الشرقاوى - النظرية العامة للالتزام - الكتاب الأول مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ٣١ - ص ٤٦ .

- د/ مصطفى الجمال - شرح أحكام القانون المدنى - مصادر الإلتزام - سنة ١٩٩١ دار النهضة العربية - ص ٢٣

- د/ عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ٣١ - ص ٤٦ .

(٢) ولو كان لنا أن نتصور أن الأرض كفت عن الدوران وأن كل مخلوق عليها ركن إلى السكون أمكن أن نقول أن العلاقات القانونية تبقى على حالها دون تغيير فى الفترة التى تجمد فيها كل حركة . فإذا حدثت بعد ذلك أية حركة ، فقد يكون من شأنها أن تعدل فى هذه العلاقات ، فإن هذه الحركة التى وقعت تسمى بالواقعة فإذا كان من شأنها أن تنتج أثر قانونيا سميت بالواقعة القانونية " د/ عبد الرزاق السنهورى - النظرية العامة للالتزام - الجزء الأول - نظرية العقد - المرجع السابق - سنة ١٩٣٤ ص ٧٢ وما بعدها .

المطلب الأول

اتفاق التحكيم كواقعة قانونية

تمهيد :

إتجه الفقه الحديث إلى العناية بالتمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية لما لها من أهمية كبيرة من الناحية النظرية والناحية العملية ^(١) .

لذلك وقبل البدء فى تحديد مفهوم اتفاق التحكيم كواقعة قانونية لابد لنا من التفرقة بين الوقائع القانونية وبين التصرفات القانونية ومن خلال هذه التفرقة نصل إلى مفهوم اتفاق التحكيم كواقعة قانونية .

- الفرق بين الواقعة القانونية والتصرف القانوني:

أولاً : التصرف القانوني : هو الإرادة التى تتجه إلى إحداث أثر قانونى معين فيُرتب القانون عليه هذا الأثر ، مثال ذلك العقد فهو تصرف قانون يقوم على تطابق إرادتين وهو قد يُنشئ الحقوق الشخصية أو يُكسب الحقوق العينية ^(٢) .

ثانياً : الواقعة القانونية : هى واقعة مادية يُرتب القانون عليها أثراً ، وهى قد تكون واقعة طبيعية لا دخل لإرادة الإنسان فيها (كالميلاد) ، وقد تكون واقعة إختيارية حادثة بإرادة الإنسان (كالبناء والغراس) .

(١) أولاً : من الناحية النظرية : تحقق هذه التفرقة ما تحققه التقسيمات العلمية بصفة عامة . فالتقسيمات ضرورية لقيام أى علم من العلوم ، وذلك لأنه بغيرها تصير الحقائق العلمية شتاتاً لارابط بينها . وفى نطاق القانون بصفة خاصة للتقسيمات أهميتها العلمية ، إذ هى تيسر السبيل إلى تمثيل قواعد القانون المتفرقة إلى الهيمنة الفكرية عليها .

ثانياً : من الناحية العملية : فهناك فارق كبير بين كل من الوقائع القانونية والتصرفات القانونية من حيث الإثبات . فالوقائع القانونية هى عبارة عن أحداث مادية تترتب عليها الآثار القانونية بصرف النظر عن اتجاه أو عدم اتجاه الإرادة إلى تحقيق هذه الآثار . وهذا هو ما يستعصى معه إعداد دليل كتابى يسجلها عند وقوعها بحيث يمكن الإلتجاء إليه إذا ما ثار النزاع بشأنها بعد ذلك . أما التصرفات القانونية فهى على العكس من ذلك عبارة عن إرادة تتجه إلى تحقيق أثر محدد ومقصود . لذلك يمكن دائماً إعداد دليل كتابى يُثبت هذه الإرادة عند صدورهما ويُثبت القصد الذى اتجهت إليه ، بحيث يكون الرجوع إليه لإثبات التصرف فى المستقبل ، ومن هنا فالقانون يتطلب عادة الدليل الكتابى لإثبات التصرفات القانونية ، على الأقل إذا ما كانت قيمتها تتجاوز حداً معيناً للمزيد أنظر : د/مصطفى الجمال - شرح القانون المدنى - مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٢٣

(٢) د/ عبد الرزاق السنهورى - شرح القانون المدنى - نظرية الالتزام بوجه عام - المرجع السابق - ص ١ وما بعدها .

وقد يقصد الإنسان من ورائها إحداث أثر قانوني مثل الحيابة وقد لا يقصد إحداث هذا الأثر، هذا مثل دفع غير المستحق ، وسواء كانت الواقعة القانونية طبيعية أو إختيارية ، وسواء قصد أثرها القانوني أو لم يقصد ، فهي دائما واقعة مادية ، وليست إرادية كما هو الحال فى التصرف القانوني .

أيضا الواقعة القانونية كالتصرف القانوني ، قد تنشئ الحقوق الشخصية وقد تُكسب الحقوق العينية ، وقد تُقضيها جميعا ، وقد يُرتب عليها القانون آثارا أخرى ^(١) .

والمقابلة فيما بين التصرف القانوني والواقعة القانونية هي مقابلة بين الإرادة والعمل المادى فعندما تكون الإرادة هي الجوهر فى إحداث الأثر القانوني الذى يُرتبه القانون على هذا الحدث نكون أمام تصرف قانوني ، وعندما يقع عمل مادي حتى ولو خالطته الإرادة ويُرتب عليه القانون أثرا، فإننا نكون أمام واقعة قانونية ^(٢) .

(١) الواقعة القانونية قد تنشئ الحقوق الشخصية كما هو الحال فى العمل غير المشروع ، والإثراء بلاسبب ، وقد تُكسب الحقوق العينية كما هو الحال فى الحيابة ، وقد تقضى الحقوق الشخصية كما هو الحال فى اتحاد الذمة وقد تُحدث آثارا أخرى ، كما فى القرابة وهى مانع من موانع الزواج وفى إلحاق المنقول بالعقار لخدمته ، وتحويل المنقول إلى عقار بالتخصيص . للمزيد من التفاصيل انظر د/ عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدني نظرية الإلتزام بوجه عام - المرجع السابق سنة ١٩٥٢ - ص ٣ ومابعدا .

(٢) التصرف القانوني والواقعة القانونية هما المصدران اللذان ينشئان كل الحقوق وكل الروابط القانونية ، وذلك لأنهما يمتدان إلى آفاق واسعة ، فهما المصدران اللذان ينشئان الحق الشخصى ، وهما المصدران اللذان يكسبان الحق العينى ، وهما يرتبان فوق ذلك آثارا أخرى غير كسب الحقوق وقضاؤها ، وهما لا ينحصر أثرهما فى دائرة المعاملات المالية ، والأحوال الشخصية ، ولا يقفان عند حدود القانون الخاص ، بل إنهما لهما أثرا بالغ الأهمية فى ميدان القانون العام ، فأية ناحية من نواحي القانون استعرضناها إلا ونجد التصرف القانوني والواقعة القانونية هما العنصران الأساسيان فى الروابط القانونية المتشابهة .

والقانون جميعه يتلخص فى مسألتين هما الحق ومصدره ، وإلى اليوم فإن مسائل القانون تترتب من ناحية الحق إلى الحقوق الشخصية والحقوق العينية ، وتُقسم مباحث القانون إلى قسمين رئيسيين أحدهما يتناول نظرية الإلتزام والعقود والآخر يتعلق بالحقوق العينية من أصلية وتبعية ، وهذا هو الترتيب التقليدى ، أما الآن وفى ظل النظرية الحديثة فإن مصادر الحق تقسم إلى قسمين رئيسيين أحدهما يختص بالتصرف القانوني ، والآخر يختص بالواقعة القانونية للمزيد انظر د/ عبد الرزاق السنهورى د/ عبد الرزاق السنهورى - النظرية العامة للإلتزام - الجزء الأول - نظرية العقد - المرجع السابق - ١٩٣٤ ص ٧٢ وما بعدها . د/ عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدني نظرية الإلتزام بوجه عام المرجع السابق سنة ١٩٥٢ - ص ٣ ومابعدا . د/ عبد الرزاق السنهورى فى شرح القانون المدني - الجزء الأول - نظرية الإلتزام بوجه عام - مصادر الإلتزام - الطبعة الثانية - المرجع السابق - سنة ١٩٦٤ - ص ١٤٢ ومابعدا . د/ عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - بند ٣١ - ص ٤٦ ومابعدا .

وهناك تصرف وسط بين التصرف القانوني والواقعة القانونية ، مثال الواقعة المختلطة الإستيلاء ، والواقعة المركبة كالشفعة . أيضا هناك من الوقائع التي ترجع لإرادة الإنسان وتتجه إلى إحداث نتائج قانونية معينة وهذه الوقائع تسمى أعمالا قانونية تميزها لها عن الأعمال المادية (١).

وبناء عليه يتضح لنا أن الوقائع على إختلاف أنواعها فهي تمثل المصادر القانونية للروابط القانونية المختلفة ، وهي إما أن تكون وقائع طبيعية أو إختيارية ، والوقائع الإختيارية إما أن تكون أعمالا مادية أو أعمالا قانونية ، والأعمال القانونية إما أن تكون صادرة من جانب واحد (كالوصية) أو صادرة من جانبين مثال ذلك (العقد أو الاتفاق) ، والقانون هو الذي يُحدد الآثار القانونية التي تنتج عن هذه الوقائع والأعمال (٢).

وهكذا نصل إلى أن العقد هو عبارة عن واقعة قانونية إرادية إختيارية إجتماعية تؤثر في أطراف العقد (المتعاقدين) ، كما أنها أيضا تؤثر في الغير، وبناء عليه فإن العقد يمتد أثره إلى الغير ، وبالتالي اتفاق التحكيم يمتد أثره إلى الغير بعبارة عقد (و هو ما سوف نتعرض له لاحقا) .

ولذلك من خلال التفرقة السابقة سوف نعرض لمفهوم اتفاق التحكيم كواقعة قانونية ، وذلك من خلال التعرض للوقائع التي هي من فعل الانسان .

(١) مثال الأعمال التي ترجع لإرادة الشخص منفردا الوصية والوقف وهذه الأعمال تسمى بالعمل القانوني الصادر من جانب واحد ، وهناك من الأعمال القانونية التي تصدر من جانبين مثال ذلك العقد لأنه يرجع إلى إرادة المتعاقدين في إنشاؤه . للمزيد أنظر د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح قانون الالتزام بوجه عام - نظرية العقد سنة ١٩٣٤ ص ٧٢- سنة ١٩٥٢ ص ١ وما بعدها .

(٢) وبتحليل ما سبق فإننا نجد إننا تدرجنا من الأعم إلى الأخص على النحو التالي :
أولا : من الوقائع القانونية وهي تشمل الوقائع الطبيعية والوقائع الإختيارية .
ثانيا : الوقائع الإختيارية وتشتمل على الأعمال المادية والأعمال القانونية .
ثالثا : الأعمال القانونية وهي تشتمل على الأعمال الصادرة من جانب واحد والأعمال التي تصدر من جانبين وخير مثال لها هو العقد (وهو موضوع بحثنا) .

المطلب الثاني

أثر اتفاق التحكيم كواقعة قانونية

الواقعة القانونية هي مصدر كل الحقوق ^(١)، وهذه الواقعة قد تكون واقعة مادية اختيارية إرادية من فعل الإنسان أو واقعة طبيعية لا دخل للإنسان فيها ، وسوف تقتصر دراستنا على الوقائع القانونية التي هي من فعل الإنسان ، وذلك حتى نصل إلى مفهوم اتفاق التحكيم كواقعة قانونية وذلك على النحو التالي :

الواقعة القانونية هي عبارة عن الأعمال التي لا أثر للإرادة في إحداث الأثر القانوني المترتب عليها ، وهي تنقسم إلى الوقائع المادية التي لا دخل لإرادة الإنسان فيها، وهي تنقسم إلى الوقائع المادية التي لا دخل لإرادة الإنسان فيها، والوقائع الاختيارية التي تتدخل إرادة الإنسان فيها ^{(٢)(٣)} .

أما الوقائع التي ترجع لإرادة الإنسان ، فهي وإن كانت تخضع هي الأخرى لنواميس طبيعية ، إلا أن حرية الإرادة تجعل لهذه الوقائع صبغة خاصة تميزها عن الوقائع التي لا تدخل لإرادة الإنسان فيها .

(١) د/رمضان أبو السعود - النظرية العامة للحق - أنواع الوقائع القانونية - دار الجامعة الجديدة - سنة ١٩٩٩
(٢) هذا التمييز ، هو التمييز الذي وضعته المادة ١٣٧٠ مدني فرنسي وذلك فيما يتعلق بالالتزامات غير التعاقدية ، فجعلت بعضها ينشأ بحكم القانون وحده عن طريق ما يسمى بالواقعة القانونية غير الإرادية ، والبعض الآخر ينشأ من واقعة قانونية إختيارية إرادية ، فافترض الأول : يترتب القانون التزاما على حالة موجودة ليس لإرادة الإنسان دخل فيها ، وفي الفرض الثاني : ينشأ الالتزام من واقعة قانونية حدثت بإرادة الإنسان . للمزيد من التفاصيل انظر د/ عبد الرزاق السنهوري - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - نظرية العقد - سنة ١٩٣٤ - ص ٧٢ .

(٣) ويجب ملاحظة أن الوقائع التي لا تدخل لإرادة الإنسان فيها سواء كانت من عمل الطبيعة أو آتية من جماد أو من حيوان فهي كلها تخضع للطبيعة وتسمى واقعة طبيعية ، قد تكون الواقعة من عمل الجماد ، مثل انهيار سقف على مستأجر منزل ، فهو قد يسبب مسؤولية المؤجر ، وقد تكون من فعل الحيوان فتؤدي إلى مسؤولية المسئول عن الحيوان ، وقد تكون من عمل إنسان مفقود الإرادة كالمجنون يتلف مال الغير فيلتزم بالتعويض من يكون مسئول عنه وهكذا ، للمزيد من التفاصيل انظر د/ عبد الرزاق السنهوري - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - نظرية العقد - سنة ١٩٣٤ - ص ٧٢ وما بعدها .

والوقائع التي ترجع لإرادة الإنسان أكثرها أعمال مادية ، يريد صاحبها أو لا يريد أن يحدث أثر قانوني في الروابط القانونية الموجودة (١).

وبناء على ماسبق فإن المقصود بالواقعة القانونية هو أنها عبارة عن كل حدث مادي أو فعل مادي أو عمل مادي يُرتب القانون على وقوعه آثار قانونية ، وذلك بغض النظر عن إرادة الشخص سواء اتجهت إليه أم لا ، ولهذا يُعبر عن الواقعة القانونية بالمصادر غير الإرادية للحق ، وينشأ الحق في الواقعة القانونية بقوة القانون وهي تنقسم إلى نوعين وقائع طبيعية لادخل للإنسان فيها والوقائع الاختيارية التي ترجع لإرادة الإنسان .

أيضاً سوف نقتصر على الوقائع الاختيارية التي ترجع لإرادة الإنسان وذلك على النحو التالي :

أولاً : اتفاق التحكيم كواقعة منشأه للحق والالتزام :

يُقصد بمصدر الحق ، الواقعة المنشئة له ، وأيضا يُقصد بالواقعة الأمر الذي يحدث فيُرتب القانون عليه أثراً ، والأثر القانوني لا يمكن إلا أن يكون مصدره القانون الذي ينفرد وحده بترتيب الآثار القانونية (٢) .

إلا أن القانون لا يمكن أن يتدخل مباشرة لترتيب التزام من الإلتزامات أو حق من الحقوق ، ما لم توجد واقعة معينة أو يقع حادث معين يُرتب عليه القانون ذلك الإلتزام

(١) فالإنسان يأكل ويمشى ويتحدث ويعايش الناس ويحاملهم وهو لا يريد عادة من وراء هذا أن يؤثر في علاقاته القانونية ، ولكن هذه العلاقات قد تتأثر دون أن تتجه إرادته إلى شيء من ذلك ، فإذا أكل شيئاً لا يملكه أصبح مسؤولاً عن تعويض المالك ، وإذا مشى دون حيلة فأُتلف شيئاً وجب عليه أن يعرض ما أُتلفه ، إذا تحدث فذكر مثالب للغير فقد يكون هذا سبباً أو قذفاً يجعله مسؤولاً وإذا جامل الغير فقام ببعض شئونهم قد يجد نفسه ملزماً بإتمام ما بدأ به ويكون دائماً لهذا الغير بمقدار ما كلفه العمل .

ويلاحظ أنه في الوقائع السابقة قد قام الشخص بأعمال مادية إختيارية ، وهناك من الوقائع التي ترجع لإرادة الإنسان ، ونتجه إلى إحداث نتائج قانونية معينة ، مثل هذه الوقائع تسمى أعمالاً قانونية وذلك تميزاً لها عن الأعمال المادية مثال ذلك : ما يرجع لإرادة الشخص منفرداً كالوصية والوقف ، ومنها ما يسمى بالعمل القانوني وهو ما يرجع لإرادته مقرونه بإرادة أخرى وهو العقد . للمزيد من التفاصيل .

انظر د/ عبد الرزاق السنهوري - النظرية العامة للالتزام - مصادر الإلتزام - نظرية العقد - سنة ١٩٣٤ - ص ٧٢ وما بعدها .

(٢) د/ رمضان أبو السعود - النظرية العامة للحق - دار الجامعة الجديدة - سنة ٢٠٠٥ - ص ٤٥٩ وما بعدها .

أو هذا الحق ^(١) .

مما سبق يتضح لنا أن دور القانون يقتصر على ترتيب الحقوق والإلتزامات وهو لا يتدخل مباشرة لعمل هذا الترتيب وإنما لابد من وجود واقعة معينة تكون سببا لذلك ويكون هو المصدر المرتب أو غير المباشر لترتيب هذه الحقوق والإلتزامات ، بينما تكون الوقائع المختلفة هي المصدر المباشر والمسبب لها .

وبعبارة أخرى فإن القانون هو المصدر المرتب أو غير المباشر للإلتزام بينما تعد الوقائع القانونية هي المصدر المسبب أو المباشر للإلتزام .

حيث أن كل واقعة لابد وأن يترتب عليها القانون أثرا معيناً ولذلك تسمى واقعة قانونية وهذا الأثر الذي يترتب عليه القانون على حدوث الواقعة ، قد يكون تقرير حق جديد أو (تقرير التزم جديد) أو انقضاء حق قائم (أو انقضاء التزم قائم) أو انتقال هذا الحق أو الإلتزام .

ولذلك تكون الواقعة إما واقعة منشئة للحق أو الإلتزام ، أو قد تكون في حالات أخرى سبب لانتقال الحق أو الإلتزام أو انقضائه . ومن ثم فإن مصدر الحقوق أو الإلتزامات يقصد به السبب القانوني المنشئ لهما وأن الإلتزام هو واجب قانوني خاص لا يتحمل به الشخص إلا بسبب خاص يتوافر بالنسبة له دون غيره من الأشخاص ^(٢) .

(١) فالقانون مثلاً يترتب التزم البائع بنقل ملكية المبيع ، والتزام المشتري بدفع الثمن على واقعة معينة هي إبرام عقد البيع للمزيد من التفصيل انظر د/ حسين منصور - النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - ص ٢٨ .

(٢) ومصادر الإلتزام التي ينص عليها القانون المدني منها العقد ، والقانون ، والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والإثراء بلاسبب ، فالمشتري الذي يدفع الثمن مصدره عقد البيع ، والتزام من أعلن بارادته عن جائزة يعطيها لمن يقوم بعمل معين مصدره الإرادة المنفردة لصاحب الإعلان ، والتزام السائق بتعويض المصاب في حادث سيارته مصدره العمل غير المشروع ، والتزام من تلقى مبلغا من النقود لاحق له فيه برد هذا المبلغ إلى صاحبه مصدره الإثراء بلاسبب ، وفي هذه الحالات تكون الوقائع المذكورة هي المصدر المسبب المباشر للإلتزام ويكون نص القانون هو مجرد مصدر مرتب أو غير مباشر له . للمزيد من التفاصيل انظر د/ محمد حسين منصور - المرجع السابق - ص ٢٨ وما بعدها .

وبناء عليه فإن اتفاق التحكيم يعتبر واقعة قانونية منشئة للحق ويظهر ذلك بوضوح في حق الأطراف في اللجوء إلى التحكيم بدلاً من القضاء وفي نفس الوقت ينشئ التزم ، وهو الإلتزام الذي يقع على عاتق الأطراف التزم باتفاق التحكيم وبجميع ما جاء ببوده طالما أنهم اتفقوا على اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التي تنشأ بينهم ولا يمكن لهم انتقال هذا الحق أو الإلتزام أو إنقاصه إلا بموافقة جميع الأطراف الموقعين على هذا الاتفاق .

وبالتالي فإن اتفاق التحكيم يكون هو مصدر هذا الحق أو الإلتزام ويكون هو السبب القانوني المنشئ لهما وأن الإلتزام الذي ينشأ عنه يكون بمثابة واجب قانوني خاص لا يتحمل به الشخص إلا بوجود سبب خاص يتوافر بالنسبة لهذا الاتفاق وهو حق الأطراف في اللجوء إلى التحكيم دون غيرهم من الأطراف الغير موقعين عليه .

ثانياً : اتفاق التحكيم كواقعة اختيارية :

الواقعة القانونية قد تحدث تلقائياً بفعل الطبيعة دون تدخل لإرادة الإنسان فيها ، وقد تحدث نتيجة لتدخل إرادة الإنسان في إحداثها (الوقائع التي هي من فعل الإنسان) وبناء عليه فإن الوقائع القانونية تنقسم إلى الوقائع الطبيعية ، والوقائع الاختيارية التي هي من فعل الإنسان ، وهي الأساس الذي يعتمد عليه في إثبات مفهوم اتفاق التحكيم كواقعة قانونية ، وسوف نبدأ أولاً بشرح الوقائع الاختيارية حتى نصل إلى مفهوم اتفاق التحكيم كواقعة قانونية ^(١).

الوقائع الطبيعية البحتة التي من فعل الطبيعة :

إن هذا النوع من الوقائع يحدث كما قلنا من الطبيعة دون تدخل لإرادة الإنسان فيه ، وهو قد يكون مصدر للحقوق والالتزامات التي ينتج عن وجودها أثر قانوني ^(٢) ^(٣).

(١) الواقعة قد تكون واقعة طبيعية بحتة ، أي إنها تحدث كما قلنا من فعل الطبيعة دون تدخل لإرادة الإنسان فيها ، وقد تكون واقعة إنسانية أي تنسب في حدوثها إلى تدخل الإنسان ، والواقعة الإنسانية إما أن تكون عملاً مادياً أو عملاً قانونياً أو تصرفاً قانونياً .

(٢) وقد تحدث الواقعة بفعل الطبيعة وفي نفس الوقت قد تُحدث آثار قانونية يترتب عليها إنشاء حق وتحمل إلتزام ، وهي لا يكون للإنسان دخل فيها . أولاً بالنسبة للوقائع الطبيعية التي تحدث بفعل الطبيعة وغير متصلة بالإنسان فهي على سبيل المثال : هبوب العواصف وانفجار البراكين والفيضانات ، وهي جميعها تمثل قوة قاهرة يترتب عليها إعفاء المدين من بعض الدين وذلك لحدوث هذه القوة القاهرة ، أي أن هذه الظواهر الطبيعية التي لادخل للإنسان فيها يترتب عليها إنشاء التزام يقع على عاتق الشخص أو إعفائه من التزام ، أيضاً مثل مرور الزمن فإن الإنسان ليس له دخل فيه ، ولكنه يؤدي إلى إكتساب الشخص الحق في الحيازة للمزيد من التفاصيل أنظر د/ محمد حسين منصور - النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - ص ٢٨ ، د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية افتتازم بوجه عام - مصادر الإلتزام - سنة ١٩٣٤ - المرجع السابق ص ٧٢ وما بعدها و سنة ١٩٥٢ - المرجع السابق - ص ١ وما بعدها ، الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الإلتزام - المجلد الأول العقد - الطبعة الثانية - سنة ١٩٦٤ ، الطبعة الثالثة - دار النهضة العربية - سنة ١٩٨١ ص ٣ وما بعدها .

(٣) وهي أحياناً أخرى تكون متصلة بالإنسان ويترتب عليها أيضاً آثار قانونية . ثانياً بالنسبة للوقائع التي تكون متصلة بالإنسان ويترتب عليها آثار قانونية : مثل الميلاد حيث تبدأ به الشخصية القانونية ويتم بها إثبات النسب ، وأيضاً الوفاة والتي يترتب عليها الشخصية للمتوفى وتصفية الذمة المالية ، كما أنها يترتب عليها حق الورثة في الميراث وحق الموصى له في التركة . للمزيد من التفاصيل أنظر د/ محمد حسين منصور - النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - ص ٢٨ ، د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية الإلتزام بوجه عام - مصادر الإلتزام - سنة ١٩٣٤ - المرجع السابق ص ٧٢ وما بعدها و سنة ١٩٥٢ - المرجع السابق - ص ١ وما بعدها ، الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الإلتزام - المجلد الأول العقد - الطبعة الثانية - سنة ١٩٦٤ ، الطبعة الثالثة - دار النهضة العربية - سنة ١٩٨١ ص ٣ وما بعدها . وفي كلا من الحالتين السابقتين فإن القانون هو الذي يُحدد الآثار القانونية التي تترتب عليها .

- الوقائع الاختيارية :

هى الوقائع التى تحدث بفعل الإنسان ، أى تتدخل إرادته فى حدوثها ، تنقسم إلى نوعين النوع الأول : الأعمال المادية ، النوع الثانى : الأعمال القانونية . وسوف نعرض لكل منها على التفصيل الآتى :

النوع الأول : الأعمال المادية :

وهى تلك الأعمال التى يقوم بها الإنسان دون أن يقصد من ورائها ترتيب آثار قانونية ، وأحيانا قد يقصد من القيام بهذه الأعمال المادية أن يُرتب عليها آثار قانونية معينة ^(١) . وسواء أكانت الآثار القانونية ، قد إتجهت إليها الإرادة أم لم تتجه ، فإن الواقعة القانونية تعتبر عملا ماديا مادام لابد فيها من فعل مادي ، لترتيب الأثر القانونى عليها .

النوع الثانى : الأعمال القانونية :

العمل القانونى هو الإفصاح عن الإرادة وذلك بقصد إحداث أثر قانونى معين ، أى بقصد إدخال تعديل على التنظيم القانونى القائم ، فقد يكون من نتيجته إنشاء مراكز جديدة ، أو تعديل أو إنهاء مراكز قانونية موجودة ، ويُقسم الفقه الأعمال القانونية بالنظر إلى ما يُحدثه الإفصاح عن الإرادة من آثار فى التنظيم القانونى إلى تقسيمين ^(٢) :

التقسيم الأول : التقسيم الموضوعى . التقسيم الثانى : التقسيم الشكلى .

أولاً : التقسيم الموضوعى للأعمال القانونية :

يقوم هذا التقسيم على أساس العلاقة بين الأعمال القانونية والمراكز القانونية ، إذ أن من شأن تلك الأعمال أن تؤثر على المراكز القانونية وذلك بإنشائها أو تعديلها أو بإنهائها وتقسم الأعمال

(١) مثال النوع الأول من الأعمال المادية التى يأتيناها الإنسان دون قصد ترتيب آثارها القانونية عليها : إرتكاب الشخص لفعل ضار ، كمن يصدم الغير بسيارته ، فهذه الواقعة المادية ، أو هذا العمل المادى غير المقصود ، هو الذى يُرتب عليه القانون أثرا معينا وهو التزام هذا الشخص بتعويض المصاب .

ومثال الأعمال المادية التى يقصد الإنسان أن يُرتب عليها آثارها القانونية : قيام الشخص بوضع يده على شئ غير مملوك لأحد ، فهو يقصد بهذا العمل المادى ، أن يُرتب عليه أثره القانونى وهو تملكه لهذا المال بوضع اليد ، ولذلك يرتب القانون مثل هذا الأثر على هذا الفعل المادى المقصود لآثاره القانونية . للمزيد من التفاصيل انظر د/ رمضان أبو السعود - النظرية العامة للحق - المرجع السابق - ص ٤٥١ وما بعدها .

(٢) د/ رمضان أبو السعود - النظرية العامة للحق - دار الجامعة الجديدة - سنة ٢٠٠٥ - ص ٤٦١ .

د/ جميل الشرفاوى - النظرية العامة للالتزام - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - ص ٣٩ وما بعدها .

القانونية من هذه الناحية إلى ثلاث أنواع : أولاً : أعمال مشروعة ، ثانياً : أعمال ذاتية أو شخصية ، ثالثاً : أعمال شرطية ^(١) .

ثانياً : التقسيم الشكلي للأعمال القانونية :

يقوم هذا التقسيم على أساس الشكل الذى يُتخذ للإفصاح عن الإرادة بغرض إيجاد الأعمال القانونية وهى تنقسم إلى : الأعمال الصادرة من جانب واحد ، والأعمال المتعددة الأطراف .
أولاً : الأعمال الصادرة من جانب واحد :

وهى تلك الأعمال التى تكون نتيجة للإفصاح عن إرادة صادرة من جانب واحد ، ومثالها فى القانون الخاص (الوصية) ومثالها فى القانون العام (اللائحة) .
ثانياً : الأعمال المتعددة الأطراف :

وتنشأ هذه الأعمال نتيجة الإفصاح عن إرادتين أو أكثر ، وتنقسم هذه الأعمال إلى نوعين النوع الأول أعمال الإتفاقية ، النوع الثانى الأعمال الجماعية .
أولاً : الأعمال الإتفاقية :

وهى تلك الأعمال التى تتم بناء على توافق إرادتين أو أكثر تسعى كل منها لتحقيق مصلحة تختلف عن الأخرى ، وأحياناً قد تكون كل مصلحة منها متعارضة مع الأخرى والعقد هو

(١) أولاً : الأعمال المشروعة : وهى الأعمال التى تقرر قاعدة قانونية وتنص عليها ، ومن شأنها التأثير على المراكز القانونية العامة الموضوعية ، وذلك بإنشائها أو بتعديلها أو بإنهائها ، مثال ذلك القوانين واللوائح [فى نطاق القانون العام] ، ومن الأمثلة فى نطاق القانون الخاص هو عقد العمل المشترك وهو الأساس للشركات والنقابات والجمعيات ، فعقد العمل المشترك هو عبارة عن اتفاق بين مجموعة من أصحاب الأعمال ومجموعة من العمال الغرض منها هو تنظيم الشروط التى يجب أن تتم على أساسها عقود العمل الفردية الخاصة بالمهنة المقصودة فى المستقبل .

ثانياً : الأعمال الذاتية أو الشخصية : وهى تلك الأعمال التى تتصل بمركز ذاتى أو فردى يتعلق بشخص معين أو ببعض الأشخاص المعينين ، ومن شأنها إنشاء هذا المركز أو تعديله أو إنهائه ، ويختلف هذا المركز باختلاف مضمون كل عمل ، فكل عمل يُنشئ حقوقاً أو ديوناً ، يُعد عملاً ذاتياً ومثاله (العقد) ، وسواء كان ذلك فى نطاق القانون الخاص أو العام ، حيث يقوم طرفيه بمناقشة نصوص العقد ويحددان مضمون المركز القانونى الذى يُنشئه ومدى خضوعها له وما يتعلق به من آثار . ولا يمكن تعديل هذا المركز فيما بعد إلا باتفاق الطرفين المتعاقدين على ذلك . ثالثاً الأعمال الشرطية ، الأعمال القانونية المختلطة أو المركبة انظر د/ رمضان أبو السعود - النظرية العامة للحق - المرجع السابق - ص ٤٦٢ وما بعدها .

أوضح مثال على الأعمال الاتفاقية (كعقد البيع والإيجار فى القانون المدنى) فنجد أن إرادة كل طرف من الطرفين فى العقد تتعارض مع إرادة الطرف الآخر ، وتسعى فى الوصول إلى أن يقبل الطرف الآخر تحمل التزام معين يحقق مصلحة صاحبها بقدر الإمكان ، مقابل الإلتزام الذى تتحمله هى (١) .

ثانياً : الأعمال الجماعية :

وهى تلك الأعمال التى تنشأ من الإفصاح عن إرادات متعددة ، وهى تشتمل على قرار مشترك ، وليست متعارضة ولا تسعى نحو تقريب وجهات نظر مختلفة أو مصالح متقابلة ، بل إنها تتعاون من أجل تحقيق نفس الغرض وتحقيق نفس الأثر المرجو منها وتعتبر القرارات التى تصدر من الهيئات والمجالس (مثل القرارات التى يصدرها البرلمان عند التصويت على القوانين وقرارات الجمعية العمومية للمساهمين فى الشركات المساهمة) من قبيل الأعمال الجماعية (٢) .

- وبناء عليه فإن اتفاق التحكيم كواقعة قانونية هو يعتبر وفقاً لهذه التقسيمات من الأعمال الاتفاقية والأعمال الجماعية والأعمال المتعددة الأطراف وذلك لأنه ينشأ بناء على اتفاق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض ما ينشأ بينهم من منازعات .

وأيضاً من الأعمال الجماعية لأنه من الحكمة أن تكون العقود الجماعية تحتوي على اتفاق تحكيم وهذا الاتفاق يشتمل على مجموعة من الأفراد التى تتفق عليه .

ولذلك فإنه يكون من الوقائع الاختيارية التى تكون بفعل الانسان والتى يترتب عليها أثر .

(١) د . رمضان أبو السعود - النظرية العامة للحق - المرجع السابق - ص ٤٦٤ وما بعدها .

(٢) الفرق بين الأعمال الاتفاقية والأعمال الجماعية : بالنسبة للأعمال الاتفاقية فهى تنشأ نتيجة لتوافق بين إرادات مختلفة ، ولاتنتج أثراً إلا بالنسبة للأفراد الذين وقعوا عليها ، وهذا الركن الأساسى من أركان الأعمال الاتفاقية يترتب على تطبيق مبدأ سلطان الإرادة ، إذ أن الإنسان حر فى أن يلتزم أولاً يلتزم بالاتفاق . أيضاً أن الغرض من هذه الأعمال هو تحقيق مصالح فردية متساوية ومتبادلة .

أما الأعمال الجماعية : فهى تكون نتيجة لتوارد بين إرادات مختلفة لا لتوافق بينها وإنما لأنها تسعى جميعها لتحقيق غرض واحد ، ولا يمكن أن يقال أن هناك توافقاً بينها لأن كلا من أصحابها لايعرف بعضهم بعض ، وتتم الأعمال الجماعية نتيجة لممارسة إختصاص معين ، وبغرض تحقيق مصلحة الأفراد الذين أصدروا القرارات فأوجدوا الأعمال للمزيد من التفاصيل انظر :

- د/ رمضان أبو السعود - النظرية العامة للحق - المرجع السابق - ص ٤٦٥ .

- د/ جميل الشرقاوى - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - ص ٣٠ وما بعدها .

وبالتالي فهو من الممكن أن يتم الاحتجاج به في مواجهة كافة بوصفه واقعة قانونية وأنه يستطيع هؤلاء الاحتجاج به عليه .

أو بمعنى آخر فإنه يترتب على اتفاق التحكيم مجموعة من الآثار القانونية شأنه في ذلك شأن أي واقعة قانونية تنصرف فيها إرادة الأطراف إلى أحداث أثر قانوني معين ، إلا أنه له خصوصية في الآثار القانونية التي تترتب عليه وهي أنه يترتب عليه ثبوت الاختصاص إلى القضاء بخصوص المنازعات التي تم الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم بشأنها .

الخلاصة :

أنه من خلال استعراضنا لأثر العقد كتصرف قانوني ، وأثره كواقعة قانونية يتضح لنا :

١ - أن التصرف القانوني يمثل مبدأ الأثر النسبي للعقد ، وذلك لأن الأساس الجوهرى الذى يقوم عليه هو إرادة الأطراف ، وأن القانون ليس له دخل فى تحديد الآثار المترتبة على هذا العقد ، وإنما إرادة الأطراف وحدهم هى التى تحدد الآثار القانونية التى تترتب عليه ، وذلك من خلال الاتفاق على جميع البنود الخاصة به ، والشروط والإلتزامات التى يراها الأطراف مناسبة لهم ووفقا لظروفهم . وهذا هو ما يُعرف بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز إلغاؤه أو تعديله أو نقله إلا بناءً على تلك الإرادة (م ١٤٧ من القانون المدنى) ، وهذا هو ما أخذت به النظرية التقليدية ، ويرى أصحاب هذه النظرية أن العقد لا يمتد أثره إلى الغير ، وأنه لا يُلزم سوى المتعاقدين فقط وخلفهم العام والخاص (المادة ١٤٥ من القانون المدنى) ، ويروا أيضا أن أساس القوة الملزمة للعقد هو ما للإرادة من سلطان ذاتى ، وأن العقد لا يستمد قوته الملزمة من القانون ، وإنما من إرادة أطرافه ، ويقتصر دور القانون على الإعراف بهذا الأثر الملزم للعقد كما أراده أطرافه وأيضاً ضمان تنفيذ البنود المتفق عليها فى هذا العقد وذلك عن طريق فرض الجزاء على الإخلال به ، وكانت القاعدة عندهم هى (أن كل ما هو عقدي فهو بالضرورة عادل وأن كل التزام أساسه الرضا والاختيار فهو لابد وأن يحقق العدالة) .

٢- إلا أنه مع تطور الحياة الإقتصادية والإجتماعية والسياسية ، وظهور العديد من الإتجاهات الإجتماعية والإشترائية ، وزيادة التوسع فى الصناعات ، والعمل على زيادة الإنتاج والتوزيع ، وظهور أنواع متعددة من الشركات المتعددة الجنسيات ، ومجموعات الشركات ، وظهور العديد من الإتفاقيات وعقود العمل الجماعية ، وضرورة الإستقرار فى المعاملات .

كل هذا أدى إلى تراجع كبير فى النظرية التقليدية وظهور النظرية الحديثة التى تنظر إلى العقد على أنه واقعة قانونية إجتماعية ، وأن العقد له كيانه الداخلى الذى يخص المتعاقدين وحدهم دون

الغير ، كما أنه أيضا له كيانه الخارجى والذى يؤثر فى الغير ، وذلك لأنه لايمكن أن يعيش العقد بمعزل عن المجتمع الذى نشأ فيه ، وإنما لابد له أن يؤثر فيه ويتأثر به ، بل أنه بما أنشأه من التزامات بين طرفيه يُعتبر واقعة إجتماعية وليس فى وسع أحد أن يتجاهلها ، وأيضا له آثاره المباشرة على أطرافه وآثاره غير المباشرة على الغير ^(١) .

وهذا هو ما يُعرف بمبدأ نفاذ العقد أو (مبدأ الإحتجاج بالعقد) بالنسبة للكافة ، ويُعبر عن ذلك بالقاعدة الآتية وهى (أن العقد بما أنشأه من حقوق والتزامات بين طرفيه يتم الإحتجاج به بالنسبة للكافة) ويكون للغير الحق فى أن يحتج به وفى نفس الوقت يتم الإحتجاج به عليه . (وهذا هو ما سوف نعرض له لاحق) .

وهكذا نصل إلى أن اتفاق التحكيم وباعتباره عقد من عقود القانون المدنى الذى بمقتضاه يتفق الأطراف على عرض النزاع الذى ينشأ بينهم بصدد علاقة قانونية معينة على جهة أخرى غير جهة القضاء العادى التابع للدولة ^(٢) .

ووفقا للنظرية الحديثة فهو يُعتبر واقعة قانونية وإجتماعية ، ووفقا للقاعدة السابق الإشارة إليها فهو يُؤثر فى الغير ويتأثر بهم ، وبعبارة أخرى أن أثر اتفاق التحكيم يمتد إلى الغير . (وهذا هو ما سوف نعرض له لاحقا) .

المبحث الثالث

اتفاق التحكيم بين القوة الملزمة له ونفاذه

تمهيد وتقسيم :

إن النفاذ كفكرة قانونية قائمة يتولد عنه التزام ملقى على عاتق الغير وهو احترام عقود الآخرين ، وذلك عن طريق الإمتناع عن كل ما من شأنه الإخلال بما يتضمنه من حقوق والتزامات ^(٣) .

(١) د/ عاطف فخرى - الغير فى القانون المدنى - المرجع السابق - ص ٩ وما بعدها .

(٢) د/ نبيل اسماعيل عمر - الدفع بعدم القبول ونطاقه القانونى فى قانون المرفعات المدنية والتجارية - منشأة المعارف بالإسكندرية - طبعة ١٩٨١ - ص ١٩٩ .

(٣) ويلاحظ أن هذا الالتزام بالإحترام يجب أن يكون مقررا فى علاقات الحق الشخصى المباشر بين الأطراف وذلك بفضل قوة النفاذ للعقد فى موجهتهم ، بالإضافة إلى شرط المصلحة فى حق كل طرف من الأطراف تجاه الطرف الآخر للمزيد من التفاصيل ينظر د/ محمد عبد الفتاح ترك - التحكيم البحرى النطاق الشخصى لاتفاق التحكيم فى عقد النقل البحرى - دار الجامعة الجديدة - طبعة ٢٠٠٥ - ص ٦٤٠ .

وأنة لايمكن تصور مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم باعتباره عقد (المعروف بمبدأ النسبية) بدون مبدأ نفاذ اتفاق التحكيم (العقد) أو الإحتجاج به . وعلى الرغم وإن كل منهما يكمل الآخر إلا أنه يوجد بينهما فى نفس الوقت تعارض .

فالقوة الملزمة لاتفاق التحكيم (مبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم) تبرر مسئولية المدين الذى يتعاقد مع الغير ويتعهد بتعهدات تتعارض مع تلك التى التزم بها فى مواجهة الدائن .

وفى المقابل نجد أن القوة الملزمة لايمكن أن تبرر إخلال الغير بالتزام عقدى حيث أنه يتم مساءلته بالمسئولية التقصيرية ، وأساس هذه المسئولية هى الخطأ الناتج عن عدم احترام حق يعلم بوجوده ، ناتج عن وجود العقد نفسه (اتفاق التحكيم) ولا تستمد منه مصدرها المباشر .

والفرق بين الأثر الملزم للعقد والإحتجاج به يجد أساسه فى رغبة أطراف العقد (اتفاق التحكيم) فى بسط أثره على من ليس طرفا فيه ، ورغبة الغير فى البقاء فى مأمن من كل اعتداء على حريته بإعمال الأثر النسبى للعقد (بإعمال الأثر النسبى لاتفاق التحكيم) .

فالأثر الملزم للعقد (اتفاق التحكيم) لايمس الغير ، وإن كان يمكن الإحتجاج به فى مواجهة الكافة وذلك إحتراما للطابع الإجتماعى للعقود باعتبارها واقعة قانونية .

ومما لاشك فيه فإن كل محاولة تبذل بغرض إيجاد تبرير أو تفسير قانونى لموضوع العلاقات الثلاثية فإنه تقابله ما يعرف بمبدأ نسبية أثر العقد ، والذى يقضى بعدم انصراف مايرتبه العقد من حقوق والتزامات إلى غير عاقيه كقاعدة عامة أو إلى خلفهما العام والخاص ^(١) .

ومن المعلوم قانونا أن العقد شريعة المتعاقدين وأنه إذا ما صدر واكتملت أركانه وشروط صحته انصرفت آثاره إلى عاقيه دون أن تمتد إلى غيرهما ، أى أن القوة الملزمة للعقد تقتصر

(١) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض فى حكم لها على أن (اتفاق التحكيم لايمتد إلى من لم يكن طرفا فيه وأن آثار العقد وفقا لنص المادة ١٤٥ من القانون المدنى لا تنصرف إلى الغير الذى لم يكن طرفا فيه ولم تربطه صلة بأى من طرفيه ، وسواء كانت هذه الآثار حقا أم التراما وإذ كان يبين من تدوينات الحكم المطعون فيه أن الطاعنة المشتريية قد إنفقت مع الشركة البائعة بمقتضى عقد البيع المبرم بينهما على أن كل نزاع ينشأ عن هذا العقد يكون الفصل فيه من اختصاص هيئة تحكيم ، وإذ لم تكن الشركة الناقلة طرفا فى هذا العقد ، وإنما تتحدد حقوقهما والتزاماتها على أساس عقد النقل المبرم بينهما وبين الشركة البائعة فإن شرط التحكيم الوارد فى عقد البيع لايمتد أثره إلى الشركة الناقلة ، ولايجوز لها التمسك به عند قيام النزاع بين هذه الأخيرة وبين الطاعنة "المشتريية" وذلك تطبيقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد (نقض مدنى - الطعن رقم ٥١٠ لسنة ٣٥ قضائية جلسة ١٩٧٠ / ١ / ٢٠ مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى س ٢١ - منشور فى المرجع العام فى التحكيم المصرى والعربى والدولى - المرجع السابق - ص ٣٠٦ .

عليهما فقط ويبقى الغير بعيدا عن أن تمسه الآثار غير المباشرة لهذا العقد بنفع أو ضرر ، اللهم إلا إذا نص القانون على ذلك ^(١) .

إلا أن مبدأ نسبية العقد لا يتواجد بمفرده في مجال العلاقات القانونية وإنما يقوم إلى جانبه مبدأ آخر هو مبدأ آخر هو مبدأ نفاذ العقد أو سريانه أو الإحتجاج به تجاه الغير ^(٢) ، وهى كلها كلمات مترادفة وتحمل معنى واحد وهو أنه لا يمكن تصور أن يكون المركز القانونى الناشئ عن العقد (اتفاق التحكيم) ذا أثر نسبى ، على أساس أن العقد (اتفاق التحكيم) كواقعة قانونية لا بد أن يفرض وجوده واحترامه على الكافة .

أو بمعنى آخر إذا قلنا أن هناك أثرا مباشرا للعقد (اتفاق التحكيم) على طرفيه وذلك فى إطار الأثر الملزم للعقد (اتفاق التحكيم) ، فإن هناك آثار غير مباشرة تتعلق بنفاذ العقد أو محاجة الكافة به وفرض احترامهم عليه .

إلا أنه لى يحتج بالعقد (اتفاق التحكيم) فى مواجهة الكافة ، أو لى ينفذ العقد (اتفاق التحكيم) فى مواجهة الغير، فإنه من الضرورى توافر شرط هام ، هو شرط العلم لدى الغير بهذا الاتفاق .

وبعبارة أكثر تبسيطا فإنه لى يمتد اتفاق التحكيم إلى الغير ، فإنه يجب العلم به ، حيث أنه لا يمكن وفقا للقواعد العامة الزام الغير باحترام واقعة قانونية أو حتى مادية دون أن نضع فى الاعتبار ضرورة علمه بهذه الواقعة وهذا هو نفس الوضع بالنسبة لاتفاق التحكيم .

(١) وهذا هو ما نصت عليه المادة ١٤٧/١ من القانون المدنى المصرى (العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين) وأيضا نصت المادة ١٩٦ من القانون المدنى الكويتى على أن (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه ، إلا فى حدود ما يسمح به الإتفاق أو يقضى به القانون) ، ونصت المادة ٢٦٧ من القانون المدنى الإماراتى على أنه (إذا كان العقد صحيحا لازما فلا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضى أو التقاضى أو بمقتضى القانون) ، ونصت المادة ١٢٨ من القانون المدنى البحرينى على أن (العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه ، إلا فى حدود ما يسمح به الإتفاق أو يقضى به القانون) .

د/ عبد الرزاق السنهورى - مصادر الالتزام - المجلد الأول - نظرية العقد - المرجع السابق - بند ٣٤٢ - ص ٧٩١ وما بعدها .د/ عبد المنعم بدرأوى - النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام - المرجع السابق - بند ٣٣٦ وما بعده د/ عبد الودود يحى - الموجز فى النظرية العامة للالتزامات - المرجع السابق - بند ١٠٠ وما بعده .

(٢) د/ محمد نور شحاته - مفهوم الغير فى التحكيم - المرجع السابق - ص ٦ وما بعدها .

وسوف نعرض فى هذا المبحث لاتفاق التحكيم والقوة الملزمة له ، ثم بعد ذلك نعرض لاتفاق التحكيم ونفاذه أى نطاق نفاذ اتفاق التحكيم فى مواجهة الغير وذلك على النحو التالى :

المطلب الأول : اتفاق التحكيم والقوة الملزمة له .

المطلب الثانى : نطاق نفاذ اتفاق التحكيم .

المطلب الأول

القوة الملزمة لاتفاق التحكيم

من المستقر عليه فقها وقضاءً أن التحكيم يقصد به اتفاق الأطراف بإرادتهما الحرة على إنهاء ما قد ينشأ بينهم من منازعات مستقبلية عن طريق التحكيم بعيدا عن قضاء الدولة ، وذلك لما يتسم به من بطئ فى التقاضى ، بالإضافة إلى الإجراءات المطولة التى تهدر الوقت ، وقد كان هو العامل الأساسى فى لجوء الأطراف إلى التحكيم .

واتفاق التحكيم هو نقطة البداية فى التحكيم والأساس الذى تقوم عليه العملية التحكيمية ككل ، بل هو دستور التحكيم الذى يقوم عليه وأساس مشروعيته ومنه يستمد المحكمون سلطاتهم للفصل فى النزاع وهو الذى ينتزع الخصومة من اختصاص القضاء صاحب الولاية العمة للفصل فى المنازعات ^(١) .

(١) وتطبيقا لذلك قضت محكمة استئناف القاهرة بأن (اتفاق التحكيم هو عبارة عن اتفاق الطرفين على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التى نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية وكان المقرر قانونا أن اتفاق التحكيم هو دستوره وأساس مشروعيته ومنه يستمد المحكم سلطته فى الفصل فى النزاع ، كما أنه يعد الأساس القانونى المباشر لإخراج النزاع محله من اختصاص المحاكم صاحبة الولاية العامة ، وبالتالي فإن عدم وجود اتفاق تحكيم يفرض إلى انعدام حكم التحكيم لإنعدام ولاية المحكم فى إصداره ، وللافتئات المحكم المذكور على السلطة القضائية فى الدولة وغصبه ولايتها بما يشكله من اعتداء على النظام العالم ، كما يشترط فى الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم أن يكون سببه مشروعا وإلا كان باطلا ويكون السبب غير مشروع إذا انطوى على إحدى حالات الغش والإفلات من ضمانات إعلان الخصوم التى توفرها إجراءات التقاضى أمام المحاكم بقصد اغتيال حقوق الآخرين) حكم استئناف القاهرة الدائرة ٩١ تجارى - الطعن رقم ٩٥ لسنة ١٢٢ قضائية - جلسة الثلاثون من - مايو - سنة ٢٠٠٦ ، منشور فى المرجع العام فى التحكيم المصرى والعربى والدولى - م/ أحمد محمد عبد الصادق - شرح المبادئ القانونية الصادرة عن محكمة النقض بشأن التحكيم ، والمبادئ القانونية الصادرة عن دوائر التحكيم بمحاكم الإستئناف ، والمبادئ القانونية الصادرة عن هيئات التحكيم الطبعة الرابعة - ٢٠٠٩ / ٢٠١٠ - ص ٤٧٠ . =

والصورة الأكثر شيوعاً لاتفاق التحكيم هي شرط التحكيم الذى يضعه الأطراف فى العقد المبرم بينهم ويتفقون بمقتضاه على إخضاع المنازعات التى قد تنشأ بينهم عن هذا العقد على التحكيم (١).

= وفى حكم آخر لها قضت فيه بأنه (من المقرر أن التحكيم طريق استثنائى لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضى العادية وما تكفله من ضمانات ، فهو مقصوراً حتماً على ما تتصرف إرادة المحكّمين إلى عرضه على هيئة التحكيم ولا يصح تبعا لذلك إطلاق القول فى خصومة التحكيم بأن قاضى الأصل هو قاضى الفرع ، ومن المقرر أيضاً أن اتفاق التحكيم المعقود بين الطرفين (شرطاً كان أو مشاركة) هو دستور التحكيم ومنه يستمد المحكمون سلطاتهم للفصل فى النزاع وهو الذى ينتزع الخصومة موضوع التحكيم من اختصاص القضاء صاحب الولاية العامة للفصل فى المنازعات ومن ثم تفسيره تفسيراً ضيقاً فيما يتعلق بتحديد المنازعات محل التحكيم ، فيقتصر ولاية المحكّمين على ما ورد صراحة فى ذلك الاتفاق دون قياس أو توسيع) حكم استئناف القاهرة - الدائرة رقم ٦٣ تجارى - الطعن رقم ١١١/٢٢٤٠ قضائية - جلسة الثانى والعشرون من - فبراير - سنة ١٩٩٥ م/ أحمد محمد عبد الصادق المرجع العام فى التحكيم ص ٤٩٥ .

(١) أولاً : قد يكون الاتفاق على التحكيم فى صورة شرط تحكيم منصوص عليه فى العقد :إن اتفاق التحكيم قد يكون عبارة عن شرط يتم إدراجه فى العقد الاصلى الذى ينظم العلاقة القانونية بين الأطراف وهو ما يكثر تطبيقه فى الحياة العملية وفى هذه الحالة يسمى بشرط التحكيم وهو عادة ما يرد بصيغة مقتضبة تتضمن فقط الإحالة إلى التحكيم وأحياناً قد يتوسع الأطراف فى اتفاق التحكيم فيضيفون أحكاماً أخرى لشرط التحكيم ، بالإضافة الى ذلك فقد يتفق الأطراف على أنه يتم حل النزاع عن طريق مركز من مراكز التحكيم أى أن يكون التحكيم مؤسسى وفى هذه الحالة فإنه تكون الإجراءات المتبعة فى التحكيم هي تلك الإجراءات المنصوص عليها فى تلك المؤسسة أو ذلك المركز التحكيمي بما فى ذلك تعيين المحكّمين . ويستوى فى شرط التحكيم أن يرد فى بداية العقد أو نهايته أو فى أى مكان آخر وفى هذه الحالة فإن أى نزاع ينشأ بين الأطراف عن هذا العقد فإنه يخضع للتحكيم .

ثانياً : قد يحدث أحياناً أن ينشأ النزاع بين الأطراف وبعد ذلك يتفقوا على أن يتم حل هذا النزاع عن طريق التحكيم وفى هذه الحالة يكون اتفاق التحكيم لاحق على قيام النزاع وقد أطلق الفقه والقضاء على هذا النوع من الاتفاق على التحكيم بمشارطة التحكيم وذلك لأنه تميز بشكل خاص عن شرط التحكيم .

وبناء عليه فإن الفرق بين مشارطة التحكيم وشرط التحكيم هو فيما إذا كان اتفاق التحكيم قد تم إبرامه قبل نشوب النزاع أو بعده ، فى هذه الحالة الأخيرة فإننا نكون أمام مشارطة تحكيم ولا يوجد لهذه التفرقة أهمية فى كلاً من قانون الإمارات والبحرين والكويت .

إلا أن هذه القوانين تنص على وجوب تحديد موضوع النزاع إما فى وثيقة التحكيم أو أثناء الدعوى كما فى القانون الاماراتى المادة ٢٠٣ ، المادة ٢٣٣ فى القانون البحريني المادة ١٧٣ من القانون الكويتى ، أيضاً نص المشرع السعودى فى المادة ١٨ من قانون التحكيم الجديد . وذلك لأنه من المستحيل تحديد موضوع النزاع فى شرط التحكيم طالما أن هذا الشرط يتعلق بنزاع مستقبلى محتمل الذى قد يقع وقد لا يقع ، ولذلك فإن اشتراط أن يتم النص على موضوع النزاع فى وثيقة التحكيم فى تلك القوانين فإنه يقصد به مشارطة التحكيم وليس شرط التحكيم ويلاحظ أنه ليس من الضرورى أن يتم النص على الموضوع فى مشارطة التحكيم حتى تكون المشارطة صحيحة ، حيث أنه يجوز بيان موضوع النزاع =

وقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن شرط التحكيم لا يفترض ، وإنما يجب أن تتصرف إرادة الأطراف إليه صراحة ، وهذا أمر منطقي ومفهوم وذلك لأن هذا الشرط يسلب من قضاء الدولة ولاية الفصل في نزاع من اختصاصه لصالح قضاء خاص يرتضيه الأطراف ^(١) .

= أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم وذلك لأنه ليس من المعقول أن يتقدم أحد الطرفين بدعوى تحكيمية بدون بيان موضوع النزاع لأنه في هذه الحالة تكون العملية التحكيمية باطلة ، حيث أنه لا يمكن أن تنظر هيئة التحكيم النزاع وتفصل فيه دون أن يكون هذا النزاع محددا وواضحا أمامها .

ثالثاً : قد يكون الاتفاق على التحكيم عبارة عن الإحالة إلى عقد آخر أو وثيقة تتضمن شرط التحكيم : قد يكون الاتفاق على التحكيم هو عبارة عن اتفاق الأطراف على إحالة العقد إلى وثيقة أخرى أو عقد نموذجي آخر ليتم تطبيقها عليها أي أن يتم تطبيق الشروط المنصوص عليها في هذا العقد عليهما حتى ولو لم تكن موجودة في العقد الأصلي الموقع عليه منها ، وقد يكون من ضمن الشروط الموجودة في تلك الوثيقة أو العقد النموذجي الذي تمت الإحالة إليه هو شرط التحكيم فإنه في هذه الحالة يتم حل أي نزاع نشأ بينهما بخصوص هذا العقد يتم حله عن طريق اللجوء للتحكيم . ونظراً لأهمية شرط التحكيم وأنه يؤدي إلى منع الأطراف من اللجوء إلى القضاء وحرمانهم من حقهم الطبيعي وهو حل منازعاتهم عن طريق القضاء فإن تلك القوانين نصت على أنه يجب أن تكون الإحالة واضحة وصريحة بحيث تجعل من شرط التحكيم جزءاً من الاتفاق وهذا هو ما نص عليه صراحة القانون النموذجي حيث نص في المادة ٧ / ٢ على أنه (الإشارة في عقد إلى مستند يشمل على شرط تحكيم يعتبر بمثابة اتفاق تحكيم ، شريطه أن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءاً من العقد)
والخلاصة : أنه ليس من الضروري أن تتم الإحالة إلى شرط التحكيم في العقد الأصلي ذاته وإنما يمكن أن تتم الإحالة باتفاق لاحق عليه .

(١) د/ محمد فريد العريني - التحكيم في المنازعات البحرية - مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية - تصدرها كلية الحقوق جامعة الاسكندرية - العدد الثاني - ٢٠٠٧ - ص ١٥٩ .

وتطبيقاً لهذا قضت محكمة استئناف القاهرة بأن : (التحكيم قضاء استثنائي يقوم على اتفاق الأطراف ، وهذا الإتفاق هو الذي يحدد موضوع النزاع الذي يمكن الفصل فيه عن طريق التحكيم في كل حالة على سقلال ، ومن اتفاق الأطراف يستمد المحكمون سلطاتهم للفصل في موضوع النزاع ، كما حدده ذلك الاتفاق ، وبذلك يتقيد المحكمون باتفاق التحكيم سواء بالنسبة للمسائل محل النزاع أو بالنسبة للسلطات المخولة لهم بمقتضاه ، فإذا كان الأطراف قد قصروا التحكيم على المنازعات على تنفيذ عقد معين فإن ذلك لا يمنح المحكمين ولاية الفصل في المنازعات الناشئة عن مصدر آخر غير تنفيذ ذلك العقد ، ومن ناحية أخرى فإنه لا ينال من تجاوز الحكم الطعين لنطاق شرط التحكيم على النحو السالف الذكر ، قول ذلك الحكم أنه قد استند في قضائه إلى كون هيئة التحكيم مفوضة في الصلح من الطرفين وذلك لأن تفويض المحكم في الصلح وإن وسع من سلطاته فيما يتعلق بالفصل في النزاع دون التقيد بقواعد القانون الموضوعية غير المتعلق بالنظام العام ، فإنه لا يترتب عليه إعطائه سلطة الفصل في مسائل لم يشملها اتفاق التحكيم لما هو مقرر من أنه ليس للمحكم في جميع الأحوال أن يغير من اتفاق التحكيم وهو الذي يرسم له مهمته ، ومنه يستمد ولايته في الفصل في النزاع ، إذ يجب دائماً على المحكم احترام اتفاق الأطراف بشأن موضوع النزاع وما يقررونه من إجراءات لنظره بما لم يطلبونه منه ، وإلا كان قضاؤه عرضة للإبطال لهذا السبب كما يبرر ذلك الإمتناع عن تنفيذه) حكم استئناف القاهرة - الدائرة ٦٣ الطعن رقم ٢٢٤٠ / ١١١ قضائية - جلسة الثاني والعشرون من - فبراير - سنة ١٩٩٥ - م/ أحمد محمد عبد الصادق - المرجع العام في التحكيم - المرجع السابق - ص ٤٩٥ - ٤٩٦

ومن المستقر عليه أيضا أن اتفاق التحكيم يتمتع بالاستقلال عن العقد الذى يحتويه ، ومؤدى هذا الاستقلال أن مصير اتفاق التحكيم متى كان صحيحا فى ذاته ، فإنه لا يرتبط بمصير العقد الذى يتضمنه ، فلا يترتب على بطلان هذا الأخير أو فسخه أو إنهائه أى أثر على اتفاق التحكيم الوارد به ^(١).

(١) وتطبيقاً لذلك قضت هيئة التحكيم فى حكم لها الصادر عن مركز القاهرة الإقليمي بأن (التراضى على شرط التحكيم الوارد فى عقد النزاع قد تحقق بالمفاوضات الى دارت حول كل شروط هذا العقد بما فى ذلك شرط التحكيم ذلك أنه ليس هناك حاجة إلى تراضى خاص بالشرط المذكور ، اعتباراً بأن المقصود بمبدأ استقلال شرط التحكيم هو المعنى القانونى وليس المادى ، فهو لايعنى مطلقاً أن شرط التحكيم يجب أن يكون محلاً لإيجاب وقبول مستقلين عن الإيجاب والقبول بشأن شروط العقد الأخرى . إن الما قول قدم عضو مجلس إدارة الشركة المحتكم ضدها إلى المحكمة على أنه يملك التصرف نيابة عنه سواء بالنسبة لعقد المقاولة الأصلية وتعديله أو شرط التحكيم به ، وأن المحكمة قد اعتمدت على تلك الحقيقة فى التعامل مع الما قول فى خصوص العقد وتعديله المذكورين ، وبالتالي يحق لها أن تتمسك بهما وبشرط التحكيم الوارد فى مواجهته طبقاً لنص المادة (٥٦) من قانون الشركات . كذلك مادام أن الما قول قد قدم عضو مجلس الإدارة للمحكمة على أنه يملك سلطة التصرف عنه بالنسبة لعقد النزاع فإنه لايقبل منه القول بأن تلك السلطة كانت شاملة لجميع شروط العقد دون شرط التحكيم الوارد به ، لأن ذلك القول فضلاً عن مجافاته للحقيقة التى خلصت إليها الهيئة ، فإنه يتعارض مع مبدأ حسن النية فى إبرام العقود ، ويخل بالتوقعات المشروعة للمحكمة التى اعتقدت فى توافر أهلية من تعاقد معها لإبرام اتفاق التحكيم ، فضلاً عن أنه يناهى اعتبارات الشرف واحترام الكلمة فى التعامل ، فنقضى القاعدة الأصولية بأن من سعى إلى نقض ما تم على يديه فسعيه مردود عليه - لما كان ما تقدم ، فإن الدفع ببطلان شرط التحكيم الوارد فى المادة (١٥) من عقد التشييد محل النزاع يكون على غير أساس وتقضى الهيئة برفض الدفع بعدم الاختصاص بنظر النزاع بخصوص العقد المذكور وباختصاصها بنظره) القضية التحكيمية رقم ٦٥٦ لسنة ٢٠٠٩ ، والتى صدر فيها حكم بتاريخ ١٨/١٠/٢٠١٠ - الأحكام الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجارى الدولى - مجلة التحكيم العربى - العدد الخامس عشر - ديسمبر - ٢٠١٠ - ص ٢٣٢ .

وفى حكم آخر قضت هيئة التحكيم بأن فسخ العقد أو إلغائه أو زواله لا يؤثر على بقاء شرط التحكيم ونفاذه وإنتاجه لآثاره ، وذلك لما يتمتع به شرط التحكيم من استقلال عن العقد الذى يتضمنه وذهب إلى أن (الدفع المبدى من الشركة المحتكم ضدها بعدم قبول الدعوى التحكيمية لإنعدام سند التحكيم على سند من القول أن الشركة المحكمة قد أرسلت إلى الشركة المحتكم ضدها إنذاراً اعتبرت فيه أن عقد الوديعة يعتبر لاغياً بكافة آثاره ، مما يودى إلى زوال الوديعة سند التحكيم باعتبار أن هذا العقد يتضمن شرط التحكيم فهو دفع مردود ، ذلك أنه يفسر نصوص الإنذار بين الشركة المحكمة ذكرت سبب اعتبارها العقد لاغياً هو إخلال الشركة المحتكم ضدها بتنفيذ التزامها ، ومن المقرر قانوناً وفقاً للمادة ١٥٧ من القانون المدنى أنه يترتب على إخلال طرفى العقد بتنفيذ التزامه فسخ هذا العقد ، وبالتالي فحقيقة ما ورد فى الإنذار هو طلب الشركة المحكمة فسخ العقد محل النزاع وفسخ العقد أو حتى إلغائه وزواله لا يؤثر على بقاء شرط التحكيم ونفاذه وإنتاجه لآثاره ، لما يتمتع به شرط التحكيم من استقلال عن العقد الذى يتضمنه ، بل إنه يمكن القول بأن شرط التحكيم فى معظم الحالات لا يبدأ فى السريان والنفاذ إلا عند فسخ العقد الذى يتضمنه أو إلغائه ، لأن هذا الشرط قد ورد خصيصاً لمواجهة تلك وما ينشأ عنها من منازعات . لذلك فإن سند التحكيم فى الدعوى المائل هو شرط التحكيم الوارد فى عقد الوديعة ذاته ، باعتبار أن شرط التحكيم هو عقد مستقل بذاته عن عقد الوديعة ، ومن ثم فإن شرط التحكيم المستقل لازال قائماً =

واتفاق التحكيم باعتباره عقداً فإن القوة الملزمة له تكون قاصرة على أطرافه ، ولا يمتد أثره كقاعدة عامة إلى غيرهم ممن لم يبرموا هذا الاتفاق ، وهذا هو ما يطلق عليه مبدأ نسبية آثار العقد^(١) .

وهذا هو ما نص عليه المشرع في المادة ١٤٧ من القانون المدني المصري (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون) ، وأيضا نص المشرع الإماراتي في القانون المدني في المادة ١٢٨ على أن (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضى به القانون) ونص المشرع الكويتي في القانون المدني الكويتي في المادة ١٩٦ على أن (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق ، أو يقضى به القانون) ، ونص المشرع الإماراتي في القانون المدني الإماراتي في المادة ٢٦٧ على أنه (إذا كان العقد صحيحا لازما فلا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص القانون) .

وعلى الرغم من أن القوة الملزمة للعقد تقتصر على عاقيه دون أن يمتد إلى غيرهما ، ما لم ينص القانون على غير ذلك ، فإنه يوجد بجانب مبدأ نسبية أثر العقد مبدأ آخر هو مبدأ نفاذ العقد ، وقد يطلق عليه مبدأ سريان العقد ، أو مبدأ الإحتجاج بالعقد .

= ولم بلغ أو يزول ، الأمر الذي يكون معه سند الدعوى التحكيمية لا يزال قائما ومنتجا لآثاره (القضية التحكيمية رقم ٦٤٧ لسنة ٢٠٠٩ والتي صدر فيها حكم التحكيم بتاريخ ٢٦/٣/٢٠١١ - من الأحكام الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي - مجلة التحكيم العربي - العدد السادس عشر - يونيو ٢٠١١ ص ٢٠٣ - ٢٠٤ .

(١) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض في حكم لها بأن : (آثار العقد وفقا لنص المادة ١٤٥ من القانون المدني لا تنصرف إلى الغير الذي لم يكن طرفا فيه ولم تربطه صلة بأى من طرفيه ، سواء كانت هذه الآثار حقا أم التزاما وإذا كان من بين تدوينات الحكم المطعون فيه أن الطاعنة (المشتريّة) قد اتفقت مع الشركة البائعة بمقتضى عقد البيع المبرم بينهما على أن كل نزاع ينشأ عن هذا العقد يكون الفصل فيه من اختصاص هيئة التحكيم . وإذا لم تكن الشركة الناقلة طرفا في هذا العقد وإنما تتحد حقوقها والتزاماتها على أساس عقد النقل المبرم بينها وبين الشركة البائعة فإن شرط التحكيم الوارد في عقد البيع لا يمتد أثره إلى الشركة الناقلة ، ولا يجوز لها التمسك به عند قيام النزاع بين هذه الأخيرة وبين الطاعنة (المشتريّة) وذلك تطبيقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد .

(نقض مدنى - الطعن رقم ٥١٠ السنة ٣٥ قضائية جلسة ٢٠/١/١٩٧٠ مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى س ٢١ ، م / أحمد محمد عبد الصادق - المرجع العام في التحكيم المصري والعربي والدولي - المرجع السابق ص ٣٠٦) .

وهو يعنى أنه إذا كانت القوة الملزمة للعقد نسبية وقاصرة على طرفيه فى إطار مفهوم الأثر الملزم له ، إلا أنه يوجد هناك إطار آخر يتعلق بالآثار غير المباشرة للعقد ألا وهو نفاذ هذا العقد من منطلق محاجة الكافة به وفرض إحترامه عليهم ^(١) .

وقد ميز الفقه الموضوعى بين القوة الملزمة للعقد أو الاتفاق وذلك بوصفه تصرفاً قانونياً ويقصرها على أطرافه وبين الإحتجاج به بوصفه واقعة قانونية تجاه الغير ، كذلك ميز الفقه الإجرائى بين حجية الشئ المقضى للحكم ويقصرها على أطرافه وبين الإحتجاج بالحكم فى مواجهة الكافة بما فيهم الغير ^(٢) .

ونفاذ العقد بصفته واقعة قانونية يضى على طوائف الغير واجب سلبى عام باحترام عقود الآخرين بمعنى أنه يشكل فى مضمونه التزام بامتناع عن عمل مؤداه عدم انتهاك عقود الآخرين بتصرفات لاحقة تؤثر فى الشروط العقدية التى تتضمنها هذه العقود بما قد يؤدى إلى إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته تجاه المتعاقدين الآخرين .

ويلاحظ أنه لا يوجد صلة لذلك بمبدأ نسبية أثر العقود وإنما هذا الواجب بالإحترام هو عبارة عن الأثر الخارجى للعقد أو الأثر غير المباشر له وذلك باعتباره واقعة قانونية ^(٣) . والنفاذ يلعب دوراً هاماً ، وهو يستند على عنصر هام هو العلم ، بمعنى أنه لكى نقول أن العقد نافذ فى مواجهة الغير فلا بد من توافر علم الغير بهذا العقد أو الاتفاق ، وإلا فكيف يمكن احترام واقعة قانونية أو مادية أو اجتماعية دون العلم بها ؟

وبناء عليه يتضح لنا مما سبق أن اتفاق التحكيم وفقاً لمبدأ نفاذ العقد وباعتباره واقعة قانونية فهو يمتد إلى الغير ، ويصبح من الممكن الإحتجاج به فى مواجهة الغير ، وفى نفس الوقت يكون للغير الحق فى الإحتجاج به ، وذلك لأنه من منطلق نفاذه وبصفته واقعة قانونية يتولد عن أثر خارجى هام مؤداه التزام الغير باحترام عقود الآخرين إذا ما توافرت شروط النفاذ وبصفة خاصة شرط العلم مع تقرير مسئوليته فى حالة الإخلال بهذا الإلتزام .

والمسئولية هنا تكون مسئولية مستقلة فى حق الغير المتسبب فى الإخلال بالإلتزام العقدى ، وهذه المسئولية تكون مترتبة على الإخلال بواجب عام قوامه احترام عقود الآخرين

(١) د/ محمد عبد الفتاح ترك - التحكيم البحرى - النطاق الشخصى لإتفاق التحكيم فى عقد النقل البحرى - طبعة ٢٠٠٥ - دار الجامعة الجديدة - ص ٥٧٤ وما بعدها .

(٢) د/ محمد نور شحاته - مفهوم الغير فى التحكيم - المرجع السابق - ص ٦ .

(٣) د/ عاطف فخرى - الغير فى القانون المدنى - المرجع السابق - ص ٧ وما بعدها .

وعدم انتهاكها بتصرفات لاحقة ، ومصدر هذا الواجب هو نفاذ العقد (اتفاق التحكيم) (١) .

المطلب الثانى

نطاق نفاذ اتفاق التحكيم

(نطاق الإحتجاج باتفاق التحكيم)

يختلف نفاذ اتفاق التحكيم (العقد) بصفته واقعة اجتماعية عن نفاذه بصفته واقعة قانونية ، فمن الناحية الأولى يمكن الرجوع إليه كمصدر للمعلومات ، أو كوسيلة للإثبات (٢) ، وهذه الدرجة من درجات النفاذ عديدة ولاحصر لها أو تحديد ، كما أنها تتسم بالبساطة ويستفيد منها كل طوائف الغير سواء الغير الحقيقى أو الغير الأجنبى الوهمى أو غير الحقيقى .

مثال ذلك إمكانية لجوء الدائنين العادين للدعوى البوليصية عندما يتبين لهم أن التصرف الذى أبرمه مدينهم ضار بحقوقهم ، رغم أنهم استقوا هذه المعلومات من عقد ليسوا طرفا فيه ، وهو العقد الذى أبرمه مدينهم مع شخص آخر اضرارا بحقوقهم وذلك وفقاً للمادة ٢٣٧ مدنى مصرى ، ودعوى الصورية المقررة بالمادة ٢٤٤ مدنى مصرى .

وهناك إجماع فى الفقه المصرى على أن العقد كواقعة اجتماعية يمكن أن يستقى منه معلومات يحتج بها الغير أو يحاج دون أن يشكل خروجاً على مبدأ نسبية أثر العقود (٣) . أيضاً يمكن للمضروب أن يتمسك بالعقد للتدليل على علاقة التبعية بين العامل مرتكب الخطأ ورب العمل المسئول عن فعل تابعه وفقاً للقواعد العامة ، والغير هنا يتمسك بالعقد ليس باعتباره تصرفاً ، وإنما كدليل على قيام علاقة التبعية وهى شرط لمسئولية المتبوع عن عمل التابع (٤) .

(١) د/ محمد عبد الفتاح ترك - التحكيم البحرى - النطاق الشخصى لإتفاق التحكيم فى عقد النقل البحرى - المرجع السابق - ص ٥٧٢ ومابعداها .

(٢) د/ جميل الشرقاوى - النظرية العامة للالتزامات التصرف القانونى - المرجع السابق - ص ٣١٩ ومابعداها - د/ عبد المنعم بدرأوى - مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٢٤٠ - د/ محمد نور شحاته - مفهوم الغير فى التحكيم - المرجع السابق - ص ٢٧ - بند ٣٤ .

(٣) د/ محمد نور شحاته - مفهوم الغير فى التحكيم - المرجع السابق - ص ٨ .

(٤) د/ عبد الودود يحيى الموجز فى النظرية العامة للالتزامات - دار انهضة العربية - طبعة ١٩٨٥ - ص ٢٦٠ - وما بعدها . - د/ عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٤٧ ومابعداها .

- د/ سمير تناغو - نظرية الالتزام - المرجع السابق - ص ٣٣١ وما بعدها .

أما من الناحية الثانية فيتولد عن نفاذ اتفاق التحكيم بصفته واقعة قانونية آثار قانونية ، وهى قد تكسب الغير حقا أو تحمله التزاما وهذا يعنى أن النفاذ هنا يتولد عنه التزام يقع على عاتق الغير ، باحترام عقود الآخرين والإمتناع عن كل ما من شأنه الإخلال بما يتضمنه من حقوق والتزامات .

أما نطاق هذا النفاذ أو السريان ، وماهية الالتزامات التى تتولد عنه فهذا يتوقف على نوع الغير الأجنبى تماما عن أطراف العلاقة الأصلية ، أى الذى ليس له أية علاقة أو مصلحة مباشرة بالعقد يقع عليه واجب سلبى باحترام عقود الآخرين ^(١) .

أما الغير الوهمى أو غير الحقيقى فهذه الطائفة وإن كانت تلتزم كمبدأ بواجب الإحترام الناشئ عن سريان العقد بصفته واقعة قانونية مولده لإلتزام سلبى تجاه الغير بعدم انتهاك حقوق الآخرين ، إلا أنها تتمتع بميزة هامة غير متاحة للغير الأجنبى وهى أن مصلحة أى من أفرادها ينتج عنه طلب عدم نفاذ العقود التى تضر بهذه المصلحة فى مواجهته ^(٢) .

وقد يأخذ واجب الإحترام الناشئ عن النفاذ شكلا إيجابيا داخل المجموعة العقدية التى ينظمها وحدة المحل أو وحدة السبب ، بمعنى أنه يعتبر وجه السريان ليكون التزام إيجابى بالقيام بعمل ، حيث ينشأ عن قوة النفاذ داخل هذه المجموعات العقدية مع توافر مصلحة الغير عضو هذه المجموعة قيام علاقات رجوع مباشر بين الأعضاء المكونين للمجموعة للمطالبة بحقوق أو التحمل بالالتزامات ^(٣) .

(١) هذه الطائفة من طوائف الغير التى يعينها نفاذ العقد بصفته واقعة قانونية حيث يقع عليها التزام سلبى عام باحترام عقود الآخرين وعدم الإتيان بتصرف لاحق يؤثر فى الشروط العقدية التى تتضمنها هذه العقود بما قد يودى إلى إخلال أحد أطرافها بالتزاماته تجاه الطرف الآخر . د/ محمد نور شحاته - مفهوم الغير فى التحكيم - ص ٨ .

(٢) وهو وصف ينصرف إلى فئات عديدة من فئات الغير ويدخل فيها الدائنون العاديون والخلف الخاص ، وبمعنى أشمل هم الغير صاحب المصلحة ، وتطلق محكمة النقض المصرية على هذه الطائفة الأطراف ذوى الشأن فى العقد مثل المرسل إليه فى عقد الشحن ، كما عبر عنهم بعض الفقهاء بالغير ذوى المصالح المرتبطة بمصالح أحد الأطراف فى اتفاق وخصومة التحكيم ومنهم الكفلاء . د/ محمد نور شحاته - مفهوم الغير فى التحكيم - المرجع السابق - ص ٨ ومابعدها ، د/ مصطفى الجمال - د/ عكاشة محمد عبد العال - التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة والدولية - المرجع السابق - ص ٤٤٨ ومابعدها .

(٣) قد تأخذ صورة الرجوع مطالبة أحد الأعضاء لعضو آخر داخل المجموعة العقدية بأن يقوم بتنفيذ أداء هو فى الأساس حق خاص ومستقل له يتعلق به مصلحته كما قد يكون هذا الرجوع فى صورة طلب تعويض من عضو نتيجة إخلاله بواجب الإحترام الناشئ عن قوة السريان داخل هذه المجموعات . ومصدر المسؤولية هنا هو سريان العقد وما يتطلبه من واجب الإحترام دون حاجة لتوافر عناصر المسؤولية التقصيرية خطأ - ضرر - علاقة سببية د/ محمد عبد الفتاح ترك - التحكيم البحرى - النطاق الشخصى لاتفاق التحكيم فى عقد النقل البحرى - المرجع السابق - ص ٥٩٠ ومابعدها .

أو بمعنى آخر فإنه ينشأ لهذا الغير صاحب المصلحة حق خاص ومستقل يوفره له النفاذ داخل المجموعة العقدية التي هو عضو فيها حيث ينتج له ذلك أن يطلب من عضو آخر داخل المجموعة العقدية أن يحترم مصلحته وأن ينفذ لصالحه أداء التزم به في العلاقة الأصلية بينه وبين دائنيه ، وهذا الرجوع المباشر بين الأعضاء والمكونين للمجموعة يمكن أن يشكل أساسا قانونيا للغير .

والخلاصة : على الرغم من أن القوة الملزمة للعقد (اتفاق التحكيم) تتعارض مع مبدأ الإحتجاج به إلا أنه لايمكن تصور أحدهما بدون الآخر ، كما أن كلاهما يكمل الآخر وذلك لضمان فعاليته العقد (اتفاق التحكيم) وبالتالي أعمال الحق الشخصي - وهوما سبق أن ذكرناه - بأن الفقه الموضوعي يفرق بين القوة الملزمة للعقد (اتفاق التحكيم) بوصفه تصرفا قانونيا ويقصرها على أطرافه وبين الإحتجاج بالعقد (باتفاق التحكيم) بوصفه واقعة قانونية تجاه الغير .

وبالتالي فإنه يمكن القول أنه يوجد هناك فرقا بين آثار العقد (اتفاق التحكيم) الداخلية وهي التي تنشأ نتيجة لوجود العقد (اتفاق التحكيم) كتصرف قانوني وتؤثر على أطراف العقد (اتفاق التحكيم) وبين آثار العقد (اتفاق التحكيم) الخارجية أو غير المباشرة والتي تنشأ عن العقد (اتفاق التحكيم) كواقعة ويحتج بها الغير أو يحاج ، كما أن مبدأ نسبية العقود (مبدأ نسبية اتفاق التحكيم) يهدف إلى حماية المصلحة الخاصة للغير بما يولده من قيود على حرية التعاقد ، وذلك مراعاة لحرية الغير واستقلاله ، فإن مبدأ نفاذ العقود (اتفاق التحكيم) يهدف إلى حماية المصلحة الخاصة للأطراف والغير على حد سواء .

بمعنى أن الأطراف نتيجة لنفاذ عقدهم (اتفاق التحكيم) ، فهم ملتزمون باحترام ما قرره إرادتهم ، وذلك بنفس القدر الذي يلتزم به الغير باحترام هذه الإرادة وما أردته من علاقة عقدية. أى أن واجب الإحترام الذي يتولد نتيجة لنفاذ العقد (اتفاق التحكيم) مؤداه الإمتناع عن كل ما من شأنه الإخلال بما يوجبه هذا العقد (الاتفاق) من حقوق والتزامات سواء تعلق بها حق الأطراف أو حق الغير .

وإذا كان النفاذ يحقق مصلحة للأطراف والغير على حد سواء فإنه أيضا يحقق مصلحة للمجتمع ذاته وذلك بالنظر إلى ما يكفله هذا الإحترام المتبادل من استقرار للمراكز القانونية القائمة .

(١) د/ محمد عبد الفتاح ترك - التحكيم البحرى - النطاق الشخصى لاتفاق التحكيم فى عقد النقل البحرى - المرجع السابق - ص ٥٩٢ ومابعدھا .