

الفصل الثانى

أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للأطراف والغير

تمهيد وتقسيم :

إن العقد (اتفاق التحكيم) بوجه عام لا يتناول أثره إلا المتعاقدين ولا يجاوزهما إلا فى حالات استثنائية كما سنرى فيما بعد - ولذلك إذا تم إبرام العقد (اتفاق التحكيم) صحيحاً ، وبناء على توافق إرادتين صحيحتين وتراضٍ تام بين أطرافه وتوفر فيهم جميع الشروط المطلوب توافرها قانوناً فإن هذا العقد (اتفاق التحكيم) يصبح ملزماً لأطرافه ، وتصبح أحكامه بمثابة القانون الذى يحكم علاقاتهم مع بعضهم البعض، ولا يجوز لأحدهما أن يتحلل من التزامه بإرادته المنفردة ، إلا فى الأحوال الاستثنائية التى يجيزها القانون ، ولذا يقال أن العقد شريعة المتعاقدين - كما سنرى - ويقصد بهذا أن العقد منذ تمامه تصبح أحكامه هى القواعد المنظمة لعلاقة طرفيه ، وأيضاً بالنسبة لموضوعه^(١).

وبعبارة أخرى تقوم شروط هذا العقد (اتفاق التحكيم) مقام قواعد القانون بالنسبة لطرفيه فلا يستطيع أحدهما أن يستقل بتعديل العقد ، أو أن يرجع فيما تعهد به فيه ، ويلزم لإحداث شئ من ذلك أن يتم الاتفاق عليه بين أطراف العقد ، إلا إذا جعل القانون لأحد الطرفين فى حالات

(١) د/ جميل الشرقاوى - النظرية العامة للالتزام الكتاب الأول - مصادر الالتزام - سنة ١٩٧٦ - دار النهضة العربية - ص ٣١٢ وما بعدها .

- المادة ١١٣٤ مدنى فرنسى تقرر أن الاتفاقات المعقودة على نص شرعى تقوم مقام القانون بالنسبة لمن عقدها .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض فى حكم لها على أن : (أثار اتفاق التحكيم لاتتصرف إلى الغير ، وذلك لأن أثار العقد وفقاً لنص المادة ١٤٥ من القانون المدنى لاتتصرف إلى الغير الذى لم يكن طرفاً فيه ولم تربطه صلة بأى من طرفيه سواء كانت هذه الآثار حقاً أم التزاماً وإذا كان يتبين من 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 تحكيم وإذ لم تكن الشركة الناقلة طرفاً فى هذا العقد وإنما تتحدد حقوقها 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 (المشتريّة) وذلك تطبيقاً للقوة الملزمة للعقود) (نقض مدنى - الطعن رقم ٥١٠ - لسنة ٣٥ قضائية - جلسة الثانى من يناير سنة ١٩٧١ - مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى - السنة ٢١ - ص ١٤٦) .

خاصة ، حقا في ذلك ^(١).

والطرف في العقد لا ينحصر معناه في شخص من يبرم العقد وحده ، بل يمتد أثر العقد إلى من تربطهم صلة بالمتعاقدين ، كالخلف العام والخلف الخاص ، وقد يمتد العقد إلى الدائنين في بعض الآراء ^(٢) ، أيضاً قد يمتد أثر العقد إلى غير طرفيه وخلفهم ، فيجوز أن يكتسب الأجنبي حقا من عقد لم يشترك فيه بنفسه أو نائبه ، مثال ذلك إذا تضمن العقد اشتراطاً لمصلحة

(١) وتطبيقاً لذلك قضت هيئة التحكيم في حكم لها بأن : (توافر شرط التحكيم في إحدى الوثائق التي تنظم العلاقة التعاقدية متعددة الوثائق يؤدي إلى أنه يصبح القانون الذي يطبق على تلك العلاقة طالما كشف طرفا هذه العلاقة عن إرادة لاليس فيها بارتضاء التحكيم وسيلة لفض المنازعات التي قد تنشأ عن العلاقة التعاقدية التي ارتضاها في جميع الشروط ، حيث أن الثابت في خصوصية المنازعة الماثلة أن العقد المبرم بين الطرفين بإنشاء مجمع تجارى قد تضمن في اتفاق الطرفين على اختيار التحكيم وسيلة لحل ما قد ينشأ عن تنفيذ علاقاتهم التعاقدية من منازعات ، وأنه ولئن كانت العلاقة التعاقدية التي ربطت بين أطراف المنازعة الماثلة لا يزال منها أو يؤثر في وضعها تعدد الوثائق وتفصح عن إرادة طرفي العلاقة التعاقدية من اعتبارها علاقة قانونية واحدة تتكامل الشروط التي تنظمها وأن تعددت الوثائق العقدية المبرمة بشأنها ، وعلى ذلك فإن شرط التحكيم الذي تضمنه الإتفاق بالترخيص في إنشاء وتسويق المنطقة التجارية المشار إليها فيما سبق ، يتداعى حكمه قانوناً على العلاقة التعاقدية تأسيساً على أن طرفي هذه العلاقة كشفوا عن إرادة لاليس فيها بارتضاء التحكيم وسيلة لفض المنازعات التي قد تنشأ عن العلاقة التعاقدية التي ارتضاها في جميع شروطها) (القضية التحكيمية رقم ٧٣٩ لسنة ٢٠١٢ (AdHoc) الحكم الصادر بتاريخ ٢٠١٢/٧/١٨ - مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي - مجلة التحكيم العربى - العدد التاسع عشر - ديسمبر - ٢٠١٢ - ص ١٩٤ - ١٩٥) .

- وهذا يتضح من نص المادة ١٤٧ / ١ من القانون المدنى المصرى التى تنص على أن (العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون) ، ونص المشرع الكويتى أيضاً على القوة الملزمة للعقد فى المادة ١٩٦ من القانون المدنى على أن (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه إلا فى حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضى به القانون) ونص المشرع البحرينى على القوة الملزمة للعقد فى المادة ١٢٨ من القانون المدنى على أن (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه ، إلا فى حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضى به القانون) ، وأيضاً نص المشرع الإماراتى فى القانون المدنى على القوة الملزمة للعقد فى المادة ٢٦٧ على أن (إذا كان العقد صحيحاً لازماً فلا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضى أو التقاضى أو بمقتضى نص القانون) . وأساس اعتبار العقد شريعة المتعاقدين ، هو ما للإرادة من دور بارز فى نطاق العقد ، وغلبة الأفكار الاجتماعية على الأفكار الفردية فى القوانين الحديثة ، وإن كانت تتركز فى مجال تضيق مجال سلطان الإرادة فى تحديد مضمون الالتزامات التى ترتبت على العقد أو مداها ، وهى على أى حال لاتمس مبدأ القوة الملزمة للعقد إذا تم فى حدود القانون .

(٢) د/ جميل الشرفاوى - النظرية العامة للالتزام الكتاب الأول - مصادر الالتزام - سنة ١٩٧٦ - دار النهضة العربية - ص ٣١٢ .

الغير وهناك عدد من الإستثناءات التي ترد على هذه القاعدة ^(١) .

وبتطبيق ما سبق على اتفاق التحكيم باعتباره عقد من العقود الرضائية ، فإنه يمتد إلى الخلف العام والخلف الخاص ، ولكن بشروط (سوف نتناولها لاحقاً) ، أيضاً يمتد إلى كلا من الدائنين ، وهناك حالات أخرى يمتد فيها اتفاق التحكيم إلى الغير مثل أثر اتفاق التحكيم في حوالة الحق ، وحوالة الدين وحوالة العقد ، والحلول ، والإشتراف لمصلحة الغير ، والتعهد عن الغير في حالة إقراره بالتعهد .

وبناءً عليه سوف نتعرض أولاً إلى أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين ومدى انصراف العقد إليهم ، ثم بعد ذلك أثر العقد بالنسبة للخلف ، سواء كان خلفاً عام أو خاص ، ثم أثر العقد بالنسبة للغير ، والإستثناءات التي ترد على مبدأ نسبية العقد ، والتي يترتب عليها امتداد أثر العقد إلى الغير ، أى امتداد العقد إلى غير عاقديه ثم بعد ذلك تطبيق هذا على اتفاق التحكيم ، ثم بعد ذلك نعرض لأثر اتفاق التحكيم بالنسبة للأطراف والغير في قوانين دول الخليج العربي . وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للأطراف .

المبحث الثاني : امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير .

المبحث الأول

أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للأطراف

تمهيد وتقسيم :

لقد أجمع الفقه والقضاء على أن العقد (اتفاق التحكيم) متى قامت أركانه وشروط صحته ، انعقد صحيحاً وترتبت عليه آثاره القانونية ، وآثار العقد (اتفاق التحكيم) يقتصر نطاقها على المتعاقدين أنفسهم فلا تتصرف إلى الغير وهو الأجنبي عن العقد (اتفاق التحكيم) ، وهذا

(١) وهذا ما نصت عليه المادة ١٥٢ من القانون المدني حيث نصت على أنه (لا يترتب العقد التزاماً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً) وأيضاً نص المشرع الكويتي في المادة ٢٠٣ من القانون المدني على أنه (العقود لا تنفع ولا تضر غير المتعاقدين وخلفائهما ، وإن كانت تؤثر في الضمان العام لدئنيهما ، وذلك كله ما لم يقض القانون بغير ذلك) ونص المشرع الإماراتي في المادة ٢٥٢ على أنه (لا يترتب العقد شيئاً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً) .

هو ما يعرف بنطاق العقد (اتفاق التحكيم)، أو نسبية آثار العقد (اتفاق التحكيم) ^(١). وبناءً على هذه القاعدة فإن المتعاقدان دون غيرهما هما اللذان يلتزمان بالعقد (باتفاق التحكيم)، وإذا قلنا أن العقد لا يتناول أثره إلا المتعاقدين، فيجب أن يكون ذلك مقرونا بالتوسع في فهم كلمة المتعاقدين ^(٢).

(١) د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام - الطبعة الثانية - سنة ١٩٦٤ - ص ٥٩٥، د/ عبد الحى حجازى - مصادر الالتزام - طبعة سنة ١٩٦٢ - ص ٦٩٨، د/ محمد حسين منصور - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - دار الجامعة الجديدة - ٢٠٠٦ - ص ٢٩٥، د/ سليمان مرقس - الوافى في شرح القانون المدني - في الالتزامات المجلد الأول - نظرية العقد والإرادة المنفردة - الطبعة الرابعة - سنة ١٩٨٧ - ص ٥٦٥، د/ جميل الشرفاوى - المرجع السابق - ص ٣١٢، د/ عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد والإرادة المنفردة - سنة ١٩٨٤ - ص ٥٧٤.

(٢) وفي تعريف كلمة المتعاقد تقول محكمة النقض: " أنه من المقرر أنه إذا كان العقد يصدق على كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني، فإن إسباغ وصف المتعاقد إنه ينصرف إلى من يفصح عن إرادة متطابقة مع إرادة أخرى على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو زواله في خصوص موضوع معين يحدد العقد نطاقه، دون أن يقيد بأطلاق كل من يرد ذكره بالعقد أنه أحد أطرافه، طالما لم يكن له صلة بشأن ترتيب الأثر القانوني الذى يدور حوله النزاع في تفهم الواقع في الدعوى، ولا معقب عليه مادام سائغا، مما مفاده أنه إذا تعدد أطراف محرر واحد انطوى على أكثر من عقد فإن وصف المتعاقد في كل عقد منها إنما ينصرف إلى من أفصح المتعاقدون عن إحداثه الأثر القانوني المتعلق بهذا العقد في شأنه - فإذا كان المحرر هو عقد إيجار مشفوعا بضمان كفيل للالتزامات المستأجر فإنه يكون قد انطوى على عقدين، لكل منهما نطاقه، الأول هو عقد الإيجار وطرفا العقد فيه هما المؤجر والمستأجر، والثاني هو عقد الكفالة وطرفا التعاقد فيه هما المؤجر والكفيل وأنه ولئن كان هذا العقد الأخير يتبع العقد الأول، حيث يتبع التزام الكفيل متضامنا أو غير متضامن التزام المكفول في العقد الأصلي إلا أن مؤدى اختلاف العقدين، موضوعا وأطرافا، هو انحسار التزامات الكفيل إلى حدود ما التزم بكفالاته قبل المؤجر في عقد الإيجار دون أن تكون له بهذا العقد في ذاتيته المتعلقة بالعلاقة الإيجارية والحقوق والالتزامات المتبادلة بين طرفيه، وصلة أو صفة، فيما يخرج عن نطاق كفالاته للمستأجر، إذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر، اعتبر كفالة المطعون ضده الثانى للمطعون ضده الأول في عقد الإيجار، مرتبة لعلاقة ذات طبيعة إيجارية بينه وبين الطاعنة، تخول له حق استعمال العين المؤجرة، كذلك اعتبر توقيعه على العقد الثابت التاريخ، ودون أن يكون طرفا فيه تأكيدا لهذه العلاقة، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون، كما شابه الفساد في الاستدلال ". (نقض مدنى - ١١ إبريل - سنة ١٩٨٥ - فى الطعن رقم ١٩٠١ - سنة ١٩٨٥ - سنة ٤٩ قضائية - مجموعة أحكام النقض، وفى هذا المعنى نقض مدنى ٣١ مارس - سنة ١٩٨٥ - رقم ٧٩٤ سنة ٣٥ قضائية، ١٤ مارس سنة ١٩٧٩ - مجموعة أحكام) .

حيث أنه ليس المقصود بهذه الكلمة المتعاقدين فقط ، بل المقصود هما ومن يمثلانهم فى التعاقد ^(١) ، أى أن أثر العقد ينتقل إلى خلفهما سواء كان الخلف العام أو الخلف الخاص أيضا ينصرف أثر العقد إلى دائنوا المتعاقدين وذلك بطريق غير مباشر ، عن طريق ما يتم إبرامه من عقود ، لأنها يترتب عليها زيادة أو نقص الذمة المالية للمتعاقدين والتي تؤثر على الضمان العام للدائنين .

وهكذا يمكن القول أن أثر العقد فيما ينشئه من حقوق والتزامات مقصورة على المتعاقدين ومن يمثلانهم من خلف عام أو خاص ودائنين ^(٢) أما من عدا هؤلاء فيعتبرون من الغير بالنسبة إلى العقد ، والأصل فيهم أنهم لايتأثرون به ، ولكن القانون أورد على هذا الأصل استثناءات يكون فيها للعقد أثر بالنسبة للغير ^(٣) ، ولذلك فإننا سوف نقسم هذا المطلب كالآتى :

المطلب الأول : تحديد مركز الخلف فى اتفاق التحكيم .

المطلب الثانى : صور امتداد اتفاق التحكيم مع العقد الأصلى .

(١) عبد الرزاق السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام - الطبعة الثانية - سنة ١٩٦٤ - ص ٥٩٨ .

(٢) نقض مدنى ٢١ فبراير - سنة ١٩٧٧ - مجموعة أحكام النقض - وقد جاء فيه أن المطعون ضدهم ومورثهم إذ لم يكونوا أطرافا فى عقد القسمة المسجل الذى اختص فيه الطاعنون بأرض النزاع ، فإن القاعدة فى نسبية أثر العقد طبقا لما جرى به نص المادة ١٤٥ مدنى إنها لا تكون ملزمة إلا لعاقديها ، سواء كان العقد عرفيا أو رسميا أو مسجلا .

(٣) نقض مدنى ٢٩ مارس ١٩٧٨ - مجموعة أحكام النقض - وقد جاء فيه أن النص فى المادة ١٥٢ فى القانون المدنى على أنه (لا يترتب العقد التزاما فى ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا) ، وهذا يدل على أن مبدأ نسبية أثر العقد تهيم على قوته الإلزامية بالنسبة للأشخاص والموضوع ، مما يقضى أن أثر العقد إنما يقتصر على طرفيه والخلف العام والخاص والدائنين فى الحدود التى بينها القانون فلا تتصرف الحقوق الناشئة عنه والالتزامات المتولدة عنه إلا عاقديه . غير أنه يحق الخروج على هذا المبدأ السالف الذكر بإرادة طرفيه فى شقه الإيجابى ، وهو إنشاء الحق ، دون شقه السلبي وهو تقرير الالتزام ، بمعنى أنه ليس لطرفى العقد أن يرتبوا باتفاقهما التزاما فى ذمة الغير وإن كان لهما أن يشترطا حقا لمصلحة ذلك الغير (وفى هذا المعنى أيضا نقض مدنى - ٢٢ نوفمبر ١٩٨٧ مجموعة أحكام النقض) . أيضا انظر سليمان مرقس المرجع السابق - مصادر الالتزام - بند ٢٩١ ، د/ عبد الحى حجازى - المرجع السابق بند ٤٦٣ ، د/ أنور سلطان - النظرية العامة للالتزام - الجزء الأول مصادر الالتزام - دار المعارف إسكندرية - سنة ١٩٦٥ - ص ٣٠٢ .

المطلب الأول

مركز الخلف فى اتفاق التحكيم

تمهيد وتقسيم :

الخلف هو من تلقى حقا عن سلفه وهو نوعان خلف عام وخلف خاص . الخلف العام هو من يخلف سلفه فى ذمته المالية كلها ، وهذا هو وضع الوارث الوحيد والموصى له بكل التركة ، أو فى حصة منها باعتبارها مجموعة مالية ، وهذا هو وضع الوارث مع غيره أو الموصى له بحصة فى التركة كالربع أو الثلث .

أما الخلف الخاص فهو من يتلقى من سلفه مالا معيناً أو حقا معيناً كان قائماً فى ذمة السلف ، كالمشتري والموهوب له والموصى له بعين معينة . وقد يكون المال الذى انتقل إلى الخلف الخاص حقا شخصيا كان السلف دائنا به وينقله إلى الخلف بحوالة الحق ^(١) .

وقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن : الخلف العام والخلف الخاص فى منطقة وسطى ، فهم ليسوا أطراف أصليين فى العقد ، وهم أيضا ليسوا أجانب عن الأطراف الأصليين فيه ، بل تربطهم بأحد طرفى العقد صلة خلافة أو دائنية . وبالتالي فإنه يجب لتحديد نطاق الأثر الملزم للعقد (اتفاق التحكيم) ، البحث فيما إذا كانوا يعتبرون من الغير ، أى لا يتحملون بالتزامات ، ولا يكتسبون الحقوق التى تترتب على العقد ، أم إنهم يُلحقون بطرفى العقد ولذلك تتصرف إليهم آثاره ^(٢) .

الفرع الأول

تحديد مركز الخلف العام فى اتفاق التحكيم

تمهيد وتقسيم :

القاعدة العامة أنه يترتب على إنصراف أثر العقد إلى الخلف العام ، أنه يسرى فى حقه ما

(١) د/ اسماعيل غانم - النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - ١٩٦٨ - الناشر مكتبة عبدالله وهبه - ص ٣٤٣ - بند ١٧٦ . ويلاحظ أن الخلافة العامة : لا تكون إلا بسبب الوفاة ، عن طريق الميراث أو الوصية . أما الخلافة الخاصة : فهي قد تكون بسبب الوفاة كما فى حالة الوصية بمال معين ، وقد تكون بين الأحياء . د/ اسماعيل غانم - النظرية العامة للالتزام - المرجع السابق - ص ٣٤٣ - بند ١٧٦ .

(٢) د/ اسماعيل غانم - النظرية العامة للالتزام - المرجع السابق - ص ٣٤٣ - بند ١٧٥ .

يسرى فى حق السلف (أى أنه يصبح فى حكم الطرف بالنسبة للعقد)، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة ، وذلك لأنه توجد هناك استثناءات يكون فيها الخلف العام من الغير ، ولا يكون العقد حجة عليه ، إلا إذا كان ثابت التاريخ ، والسؤال الآن هو متى ينصرف أثر العقد إلى الخلف العام مع بقاءه خلفا ؟ أو بمعنى آخر ماهى الحالات التى يأخذ فيها الخلف العام حكم الطرف فى العقد وبالتالي يلتزم باتفاق التحكيم الموجود فيه ؟ والسؤال الثانى هو متى يصبح الخلف العام من الغير وبالتالي لا تنصرف إليه آثار العقد بما فيها اتفاق التحكيم ؟ والسؤال الثالث ماهو موقف الخلف العام فى كلا الحاتين بالنسبة لإتفاق التحكيم الموجود بالعقد ؟ وسوف نقوم بالإجابة على هذه الأسئلة السابقة من خلال التقسيم التالى :

أولاً : اعتبار الخلف العام طرفاً متعاقد :

الأصل أن الخلف العام يأخذ حكم الطرف المتعاقد بالنسبة للتصرف الذى أبرمه سلفه . فإذا تعاقد المورث فأصبح دائناً أو مديناً بموجب العقد ، كما إذا باع عينا فأصبح دائناً بالثمن ومديناً بنقل ملكية العين المبيعة ، فإن الوارث لا يعتبر من الغير فى عقد البيع ، إنما ينصرف إليه أثر العقد ، وينتقل إليه حق مورثه فى استيفاء الثمن بعد موت المورث ، وأيضاً ينتقل إليه التزام المورث بنقل ملكية العين المبيعة إلى المشتري ، وتخرج هذه العين من التركة إلى المشتري ، أى أن الخلف العام خلف سلفه فى العقد فأصبح فى حكم الطرف المتعاقد . وسوف نناقش هذا الجزء من خلال الآتى :

١ - موقف الفقه من اعتبار الخلف العام طرفاً متعاقد :

يقصد بالخلف العام هو كل من يخلف الشخص فى ذمته المالية من حقوق والتزامات أو فى جزء منها كالوارث أو الموصى له بجزء من التركة^(١)، إلا أنه لا وجود للخلف إلا بعد وفاة السلف ، أى أن آثار العقد لا تنتقل إلى الورثة إلا بعد وفاة المتعاقد المورث .

(١) ويلاحظ أن صفة الخلف لا تقتصر فقط على الشخص الطبيعى ، بل تتوفر أيضاً فى شأن الشخص الاعتبارى ، ويحصل ذلك فى حالة اندماج الشركات أو الجمعيات ، حيث تخلف الشركة الدامجة الشركة المندمجة فى كل حقوقها والتزاماتها ، وتقرر محكمة النقض بأن إدماج الشركات بطريق الضم يترتب عليه أن تتقضى الشركة المندمجة وتتحمى شخصيتها الاعتبارية وذمتها المالية ، وتحل محلها الشركة الدامجة لها من حقوق وما عليها من التزامات ، وتخلفها فى ذلك خلافة عامة . نقض مدنى ١٥ فبراير ١٩٧٧ - س ٢٨ - مجموعة المكتب الفنى - ص ٤٥٤ ، ونفس الحكم بالنسبة للجمعيات نقض ١٤ إبريل ١٩٧٤ - س ١٥ - ص ٦٨٥ ، أنظر د/ محمد حسين منصور - المرجع السابق - ص ٣١٠ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد والأرادة المنفردة - المرجع السابق - ص ٥٧٥ ، د/ أنور سلطان - النظرية العامة للالتزام الجراء الأول مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٣١٠ .

وقد نصت المادة ١٤٥ من القانون المدني على أن (ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ، دون إخلال بالقواعد العامة المتعلقة بالميراث ، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام) .

وبالتالي يتضح من نص المادة ١٤٥ من القانون المدني أن الخلف العام تنصرف إليه آثار العقد كقاعدة عامة فيصبح دائن بالحقوق المتعلقة بالتركة التي آتت إليه ، ويصبح مدين بالالتزامات المتعلقة بهذه التركة ، كما كان السلف محمل بها ، وقد جاء نص المادة ١٤٥ من القانون المدني متفقا مع أحكام الشريعة الإسلامية وخاصة فيما يتعلق بأحكام الميراث ، وبالتالي يجب تفسير أحكام المادة ١٤٥ من القانون المدني على أساس أن الخلافة العامة وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية^(١). وذلك بأن الوارث لا يحصل من التركة على أى حق من الحقوق إلا بعد سداد الديون المتعلقة بها .

ويلاحظ أن مبدأ انصراف آثار العقد إلى الخلف العام لا يعتبر مطلقا وإنما مقيد بمبدأ لائتركة إلا بعد سداد الديون ، وكذلك أيضا يقيد بما يفرضه القانون من قيود على هذا المبدأ ، وهذه القيود تتمثل فيما نصت عليه المادة ١٤٥ من القانون المدني امصرى والتي قررت أنه ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام ، إذن فالمادة ١٤٥ أضافت قيدين على أن مبدأ انصراف آثار العقد بالنسبة للخلف العام هما طبيعة التعامل ونص القانون^(٢) .

(١) يلاحظ أنه فى الشريعة الإسلامية فلا خلاف بين الفقهاء الشرعيين من أن الخلافة العامة ترد على أموال المورث (السلف) دون شخصيته ، حيث لا يعتبر الخلف العام امتداد لشخص (السلف) حيث أن الشريعة الإسلامية يقوم على الفصل بين شخص المورث (السلف) وشخص الوارث (الخلف العام) ، وأساس ذلك فى الشريعة الإسلامية يرجع إلى أن حكم إنتقال التركة أو جزء منها محكوم بمبدأ لا تركة إلا بعد سداد الديون والذي بمقتضاه لا ينتقل إلى الوارث (الخلف العام) من أقوال السلف إلا الحقوق ، إذا فاض منها بعد سداد الديون ، وإذا لم يقض بعد سداد الدين وتنفيذ الوصايا المتعلقة بالتركة شئ فلا يحصل الوارث على شئ ويترتب على هذه النتيجة بأنه لو زادت ديون المورث عما تركه من أموال فلا يلتزم المورث (الخلف العام) لتسديد الديون من أمواله الشخصية .

(١) بالنسبة لطبيعة التعامل حيث أنه من الممكن أن الحق أو الالتزام المترتب عن العقد الذى سبق للسلف أن أبرمه تابى أن ينتقل من شخص إلى آخر من السلف إلى الخلف العام ، وهذا يكون فى الحقوق والالتزامات التى تقوم على أساس الإعتبار الشخصى ، مثال حق الإنتفاع فهو من الحقوق التى تنقضى بموت المنتفع دون أن ينتقل إلى الورثة ، وكذلك إذا حصل شخص بمقتضى عقد على إيراد مرتب طوال الحياة فهذا الإيراد لا ينتقل إلى الورثة لأن طبيعة الإيراد القانونية والمدية تنقضى معا بانتهاه أى بموت صاحب الإيراد ، كذلك كل التزام نشأ عن العقد على أساس الإعتبار الشخصى لأحد الأشخاص أو لصفة خاصة به فإن الالتزام ينقضى بموت الملتزم ولا ينتقل إلى الورثة كرسام يلتزم أمام أحد الأشخاص يرسمه فلو مات فلا ينتقل هذا الالتزام إلى ورثته . =

ويضيف الفقهاء سببا ثالث من الأسباب التي تؤدي إلى عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام وهو الاتفاق وذلك على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين ، فإذا اتفق السلف قبل موته مع المتعاقد على عدم انتقال الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد إلى الورثة أى (الخلف العام) ، فإن ذلك مؤداه أن هذه الحقوق والالتزامات لا يجوز انتقالها إلى الخلف العام ^(١) .

والخلاصة : أن الإستثناءات الواردة على عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام هي :

- ١- إذا اتفق المتعاقدين على عدم انتقال آثار العقد إلى الخلف العام ، كأن يتفق فى عقد الإيجار على أن العقد ينتهى بموت المستأجر .
- ٢- إذا كانت طبيعة العقد تأبى انتقال آثاره إلى الخلف العام ، ومثاله التى تبرم مع أصحاب المهن الحرة كالمحامى ، والمهندس والطبيب .
- ٣- إذا نص القانون على عدم انتقال آثار العقد إلى الورثة كما النص على انقضاء الشركة بموت أحد الشركاء وانقضاء الوكالة بموت الوكيل أو الموكل .
- ٢- **موقف القضاء من اعتبار الخلف العام طرفا فى العقد:**

١- قضت محكمة النقض بأنه : بعد أن يموت العاقد ، تنصرف آثار العقد الذى سبق له أن أبرمه إلى خلفه العام ، أى إلى وارثه ، ومن عساه أن يكون قد أوصى له بحصة من تركته ، هذه هى القاعدة العامة . وإذا كانت آثار العقد الذى أبرمه السلف تسرى على خلفه ، فإن العقد نفسه يسرى على الخلف العام بنفس الوضع الذى كان ساريا به من قبل على سلفه . وهكذا لايلزم لسريان عقد السلف على خلفه العام وانصراف آثاره إليه أن يكون ثابت . كما أن الخلف

= أما بالنسبة لنص القانون أيضا لاينصرف أثر العقد إلى الخلف العام إذا نص القانون على عدم انتقال الحق أو الالتزام إلى الخلف العام كما فى عقد الشركة بموت أحد الشركاء وعلى وجه الخصوص شركات التضامن المادة ٥٢٨/١ تنص على أنه تنتهى الشركة بموت أحد الشركاء أو بالحجز عليه أو باعساره أو بافلاسه ، أيضا وتنص المادة ٥٢٨/٢ على أنه (ومع ذلك يجوز الاتفاق على أنه إذا مات أحد الشركاء تستمر الشركة مع ورثته ولو كانوا قُصر) ، أى أنه من خلال النصوص القانونية السابقة من الممكن انتقال الحق أو الالتزام على الخلف العام حسب مايتفق عليه الشركاء أو وفقا للنص القانونى القاطع بذلك .

(١) د/ عبد الرزاق السنهورى - - المرجع السابق بند ٣٤٧ - ٥٩٨ ، د/ محمد حسين منصور - المرجع السابق ص ٣١٠ ، د/ انور سلطان المرجع السابق - ٣١٢ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق ص ٥٧٤ .
وهذا السبب على الرغم من أن المادة ١٤٥ من القانون المدنى لم تنص عليه صراحة إلا أنه لايتعارض مع القواعد العامة المنصوص عليها فى القانون ، وبالتالي يجب إضافته إلى الأسباب السابقة المنصوص عليها فى المادة ١٤٥ ق م .

- لا يكون له من أدلة الإثبات في مواجهة المتعاقد مع سلفه ، إلا ما كان لهذا الأخير منها ^(١).
- ٢ - وفي حكم آخر لمحكمة النقض جاء فيه أنه : يتبين من نص المادة ١٤٥ من القانون المدني ومذكرته الإيضاحية أنها وضعت قاعدة عامة تقضى بأن آثار العقد لا تقتصر على المتعاقدين ، بل تجاوزهم إلى من خلفهم خلافة عامة عن طريق الميراث أو الوصية ، واستثنى من هذه القاعدة الحالات التي تكون فيها العلاقات القانونية شخصية بحتة ، وهي تستخلص من إرادة المعاقدين سواء كانت صريحة أو ضمنية أو من طبيعة العقد أو من نص القانون ^(٢) .
- ٣- أيضا قضت محكمة النقض بأنه : يترتب على إنصراف أثر العقد إلى الخلف العام أنه يسرى في حقه ما يسرى في حق السلف بشأن هذا العقد ، فلا يشترط إذن ثبوت تاريخ العقد أو تسجيله حتى يكون التصرف حجة للخلف أو عليه ، لأنه يعتبر قائما مقام المورث ، ويلتزم بتنفيذ ما يلتزم به مورثه طالما أن العقد قد نشأ صحيحا وخلصت له قوته الملزمة ^(٣) .
- ٤- أيضا قررت محكمة النقض بأن إدماج الشركات بطريق الضم يترتب عليه أن تنقضى الشركة المندمجة وتنمحي شخصيتها الاعتبارية وذمتها المالية ، وتحل محلها الشركة الدامجة لها من حقوق وما عليها من التزامات ، وتخلفها في ذلك خلافة عامة ^(٤) .
- ٥- وقضت أيضا أن طبيعة التعامل التي تأبى أن ينتقل الحق أو الالتزام بين المتعاقدين إلى خلفهم العام يستوجب أن يكون هذا الحق أو الالتزام متى ينقضى بطبيعته بموت المتعاقد لنشوءه على علاقة شخصية بحتة ^(٥) .

(١) نقض مدني - جلسة الحادي عشر من مايو - ١٩٩٢ - مجموعة أحكام النقض - الصادرة عن المكتب الفني - سنة ٢٣ قضائية - ص ٨٥٢ .

(٢) نقض مدني - جلسة الثالث عشر من فبراير - ١٩٦٨ - طعن ١٠٦ / ٣٣ ق - مجموعة أحكام النقض - الصادرة عن المكتب الفني - سنة ١٩ - ص ٢٥٤ - رقم ٣٨ .

(٣) نقض مدني - جلسة الحادي عشر من مايو - ١٩٧٢ - الطعن رقم ٣٤٦ - سنة ٣٦ قضائية - مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفني - س ٢٣ - ص ٨٥٢ .

(٤) نقض مدني - جلسة الخامس عشر من فبراير - سنة ١٩٧٧ - مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفني - س ٨ - ص ٤٥٤ . وفي حكم آخر قضت محكمة النقض بعدم اقتصار آثار العقد على المتعاقدين ، بل تجاوزها إلى من خلفهم خلافة عامة عن طريق الميراث أو الوصية ، باستثناء العلاقات القانونية الشخصية البحتة م ١٤٥ نقض مدني - الطعن رقم ٦٨٨ لسنة ٩٤ ق - جلسة الثامن - نوفمبر - ١٩٩٥ - مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفني .

(٥) نقض مدني - الطعن رقم ٦٥٧ س ٤٩ ق - جلسة الحادي عشر من مارس - ١٩٨٥ - س ٢٦ ص ٣٦٧ ، الطعن رقم ٢٠٤٤ - س ٥٢ ق جلسة السابع والعشرين فبراير ١٩٨٩ - مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفني - س ٤٤ - ص ٦٦٦ .

٦- أيضًا قضت محكمة النقض في حكم آخر لها بأن الورثة وهم خلف عام لمورثهم لا يملكون من وسائل الإثبات إلا ما كان يملكه مورثهم في صدد منازعته للمشتري منه في ملكيته الثابتة له بالعقد المسجل ^(١) .

ثانيًا : اعتبار الخلف العام من الغير :

الأصل هو أن الشخص له مطلق الحرية حال حياته في أن يعقد ما يشاء من تصرفات سواء كانت معاوضة أو تبرعًا ، حتى ولو أضر ذلك بورثته ، وذلك عن طريق الإنقاص من أمواله ، أو الزيادة في التزاماته . في هذه الحالة فإن الخلف العام يعتبر من الغير بالنسبة لتصرفات سلفه ، أي أنه لا تنصرف إليه آثار العقد وذلك باعتباره من الغير . وسوف نتعرض لموقف الفقه والقضاء بالنسبة لإعتبار الخلف العام من الغير .

أولًا : موقف الفقه من اعتبار الخلف العام من الغير :

أجمع الفقه على أن أثر العقد لا ينصرف إلى الخلف العام واعتباره من الغير في الفروض

الآتية :

الفرض الأول : في هذا الفرض يعطى القانون للوارث حقوقا يتلقاها من القانون مباشرة وليس بطريق الميراث ، وذلك بقصد حماية الوارث من تصرفات مورثه الضارة ^(٢) .

الفرض الثاني : الوصية التي يقوم بها المورث في أثناء مرض الموت ، ويكون مقصودا بها التبرع ^(٣) .

(١) نقض مدني - جلسة الثاني والعشرون من مارس سنة ١٩٦١ - مجموعة أحكام النقض الصادرة عن المكتب الفنى - السنة ١٢ - رقم ٣٥ - ص ٢٦٠ .

(٢) فالقانون أعطى للمورث الحق في التصرف في جميع أمواله حال حياته ، وذلك إما معاوضة أو تبرعا حتى ولو أدى هذا التصرف إلى الإضرار بالورثة . أما إذا كان تصرف المورث في ماله لما بعد الموت عن طريق الوصية ، خصوصا وأن هذا التصرف لا يكلفه شيئا في حياته ، وهو بذلك يتحكم في ما سوف يترك لورثته وهذا التصرف يعتبر تحكما ياباه النظام العام ، وهذا أدى إلى تدخل القانون لحماية الوارث ، والتقيد من تصرفات المورث ، حيث أنه لا يبيح له أن يتصرف في ماله عن طريق الوصية إلا في حدود الثلث .

(٣) وهذا ما نصت عليه المادة ٩١٦ من القانون المدني (١ - كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع ، يعتبر تصرفا مضافا إلى مابعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف . ٢ - وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا . ٣ - وإذا اثبتت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع مالم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك ، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه) .

الفرض الثالث : إذا قام المورث بعمل وصية لغير وارث ، وهذه الوصية تكون قيمتها تزيد على ثلث التركة ، أيضا ويلحق بالوصية تصرفات ثلاثة إذا صدرت من المورث في مرض الموت وهي البيع والهبة والوقف . أما بالنسبة للوصية لوارث فهي لا تجوز إلا إذا أجازها الورثة .

هذه القيود التي وضعها القانون على تصرفات المورث هي لمصلحة الوارث ، فهي حق يستمدّه الوارث من القانون مباشرة لحماية نفسه من تصرفات مورثه ، وهي ليست حقا يتلقاه بطريق الميراث عن المورث ، ولذلك يعتبر الوارث في هذه الفروض الثلاثة من الغير بالنسبة لهذه التصرفات^(١) .

ثانياً : موقف القضاء من اعتبار الخلف العام من الغير :

١- قضت محكمة النقض بأن حق الوارث في الطعن في تصرف المورث بأنه في حقيقته وصية وليس بيع ، وأنه قد قصد به التحايل على أحكام الإرث المقرره شرعا ، هو حق خاص به مصدره القانون وليس حقا يتلقاه عن مورثه ، وإن كان هذا الحق لا ينشأ إلا بعد وفاة المورث . ومن ثم فلا يكون الحكم الصادر قبل المورث بصحة التصرف بالبيع حجة على الوارث ، إذ يعد الوارث في حكم الغير فيما يختص بتصرفات مورثه الضارة به والماسة بحقه في الإرث . وهكذا اعتبرت محكمة النقض أن الخلف العام في حكم الغير بالنسبة لتصرف المورث وذلك حماية للخلف من تصرفات سلفه الضارة^(٢) .

٢ - قضت محكمة النقض بأنه إذا كان البيع الصادر من المورث لأحد ورثته ، يمس حق وارث آخر في التركة ، وقصد به الإحتيال على أحكام الإرث ، كان لهذا الوارث أن يطعن في التصرف وأن يثبت بكافة طرق الإثبات أن البيع في حقيقته ليس تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت ، وبالتالي فهو وصية^(٣) .

(١) ويترتب على ذلك أنه إذا باع المورث عينا معينة وهو في مرض الموت لأحد الورثة أو لغير الورثة ، وكانت العين تزيد على ثلث التركة ، فإن التزام المورث بالنسبة لهذا البيع لا ينتقل إلى الورثة الذين لم يجيزوا البيع ، إلا بقدر الثلث لغير الوارث ولا يسرى العقد في حقهم ، لأنهم يتعبروا من الغير في هذه الحالة .

(٢) نقض مدني - جلسة الواحد والعشرون من يونيو - سنة ١٩٦٢ - مجموعة أحكام النقض - السنة ١٣ قضائية - رقم ٢٣ - ص ٨٢٤ .

(٣) نقض مدني - جلسة الثاني والعشرون من فبراير - سنة ١٩٥٣ - مجموعة أحكام النقض الصادرة المكتب الفني - السنة الرابعة قضائية - رقم ٨٣ - ص ٥٤٨ . وانظر أيضا نقض مدني - جلسة الرابع والعشرون من ديسمبر - سنة ١٩٥٢ - مجموعة أحكام النقض الصادرة عن المكتب الفني - السنة الخامسة قضائية - رقم ٤٦ - ص ٢٩٧ .

أيضاً من خلال هذا الحكم نجد أن القانون يحمي الوارث من تصرفات المورث التي تكون بعد الموت حتى ولو كان هذا عن طريق التبرع ، وذلك حماية لباقي الورثة ، ولا يبيح له القانون التصرف في ماله حتى ولو عن طريق الوصية إلا في حدود الثلث .

٣- أيضاً قضت محكمة النقض بأنه : لا يعتبر الوارث قائماً مقام المورث في صدد حجية التصرف الذي صدر منه لأحد الورثة ، إلا في حالة خلو هذا التصرف من كل طعن ، فإذا كان التصرف يمس حق وارث في التركة عن طريق الغش والتدليس والتحايل على مخالفة أحكام الإرث فلا يكون الوارث ممثلاً للمورث ، بل يعتبر من الأغيار ويباح له الطعن في التصرف وإثبات صحة طعنه بكافة الطرق ^(١) .

٤- أيضاً قضت محكمة النقض في حكم لها أن التصرفات المنجزة الصادرة من المورث حال صحته لأحد الورثة تكون صحيحة ، ولو كان المورث قد قصد بها حرمان بعض ورثته ، وذلك لأن التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته أما ما يخرج من ملكه حال حياته فلا حق للورثة فيه ولا يعتبر الوارث في حكم الغير بالنسبة إلى التصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف على أنه حقيقة وصية ، أو أنه صدر في مرض موت المورث فهو يعتبر عند ذلك في حكم الوصية ، لأنه في هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة وذلك حماية له من تصرفات مورثه ^(٢) .

(١) نقض مدني - جلسة الخامس من إبريل - سنة ١٩٣٧ - مجموعة عمر - سنة ٢ قضائية - رقم ٥٢ - ص ١٥٠ . مشار إليه د/ عبد الرزاق السنهوري - في الوسيط في القانون المدني - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام - الطبعة الثانية - سنة ١٩٦٤ - بند ٣٤٨ - ص ٥٦٠ . وفي حكم آخر لمحكمة النقض قضت بأن الورثة لا يكونوا من الغير إلا إذا أثبتوا أن التصرف صادر في مرض الموت ، ولذلك لم يصبحوا بعد من الغير ، إلا بعد هذا الإثبات ، ولا يكونوا عندئذ حجة عليهم إلا التاريخ الثابت للتصرف نقض مدني - جلسة الثالث عشر من يناير - سنة ١٩٦٦ - مجموعة أحكام النقض - السنة السابعة عشر قضائية - رقم ١٧ ، وأيضاً في نفس المعنى نقض مدني - جلسة السابع من ديسمبر - سنة ١٩٦٧ - مجموعة أحكام النقض السنة ١٨ قضائية .

(٢) نقض مدني - جلسة الثالث عشر من يناير - سنة ١٩٦٦ - مجموعة أحكام النقض الصادرة عن المكتب الفني - سنة ١٧ قضائية - رقم ١٧ - ص ١٢٣ . وفي حكم آخر لمحكمة النقض جاء فيه أن الوارث في طعنه في البيع الصادر من مورثه بأنه وصية أو بأنه في مرض الموت ، يستمد حقه في الطعن من القانون ، لا بما عتباره خلفاً عاماً ، ومن ثم يكون له الإثبات بكل الطرق . أما إذا كان يطعن في تصرف مورثه بالصورية المطلقة ، فهو يعتبر خلفاً عاماً ولا يكون له إلا ما كان لسلفه . نقض مدني - جلسة التاسع من إبريل - سنة ١٩٦٤ - مجموعة أحكام النقض سنة ١٥ ق - رقم ٨٤ - ص ٥٢٥ .

٥- وقضت محكمة النقض أيضا بأنه إذا كان البيع الصادر من المورث لأحد ورثته يمس حق وارث آخر في التركة ، وقصد به الإحتيال على أحكام الإرث المقررة شرعا كان لهذا الأخير أن يطعن في هذا التصرف ، وأن يثبت بكافة طرق الإثبات القانونية أن عقد البيع في حقيقته يستتر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت ، فهو وصية لا تنفذ في حقه متى كان هو لم يجزها ، وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من ظروف الدعوى ومن الأدلة والقرائن التي أوردها والتي من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها أن نية الطرفين قد انصرفت إلى الوصية لا إلى البيع المنجز ، فإنه إذا قضى للمطعون عليها بنصيبها الشرعى في العقارات موضوع النزاع لايكون قد خالف القانون (١) .

ثالثا : امتداد اتفاق التحكيم إلى الخلف العام :

من المتفق عليه فقهاً وقضاءً أن آثار العقد تنتقل إلى الخلف العام ، والقاعدة المستقر عليها في القانون المدنى هي انصراف آثار العقد إلى الخلف العام ، حيث نصت المادة ١٤٥ من القانون المدنى على أن (تنصرف آثار العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون ، أن هذا الأثر لاينصرف إلى الخلف العام) .

والخلف العام هو من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات أو في جزء منها باعتبارها مجموعا من المال ، كالوارث والموصى له بجزء من التركة . والأصل أن الخلف العام لايعتبر من الغير و من ثم تنصرف إليه آثار العقد الذى يبرمه السلف وذلك وفقا لقاعدة النسبية . ويُقصد بذلك أنه يأخذ حكم الطرف بالنسبة للتصرف الذى أبرمه سلفه ، فإذا توفى أحد المتعاقدين انتقلت إلى خلفه الحقوق والإلتزامات الناشئة عن العقد الذى أبرمه قبل وفاته ، إلا أنه توجد هناك حالات استثنائية يكون فيها الخلف العام من الغير .

أيضا قد يكون الخلف العام شخص معنوى أو شخص اعتبارى وذلك في حالة اندماج شركتين ، في هذه الحالة الشركة الدامجة تكون خلفا للشركة المندمجة وتنتقل إليها جميع الحقوق والإلتزامات الخاصة بالشركة المندمجة .

(٢) نقض مدنى - جلسة السادس والعشرون من فبراير - سنة ١٩٥٣ - مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى - س ٤ - رقم ٨٣ - ص ٥٤٨ . (٤) نقض مدنى - جلسة السادس عشر من مايو - سنة ١٩٤٦ - مجموعة القواعد القانونية - ج ٥ - رقم ٧٨ - ص ١٧٤ .

والسؤال الذى يتبادر للذهن مما سبق هو ، ما هو الأثر المترتب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام باعتباره طرفاً فى العقد على اتفاق التحكيم المدرج فى العقد الذى انتقل إليه ؟ وهل يصبح الخلف العام طرفاً فى اتفاق التحكيم على الرغم من أنه لم يكن طرفاً فيه ولم يوقع عليه ؟ أى هل يمتد إتفاق التحكيم إلى الخلف العام ؟ وللإجابة على هذه الأسئلة سوف نناقشها من خلال التعرض لموقف الفقه والقضاء وذلك على النحو التالى :

أولاً : موقف الفقه من اعتبار الخلف العام طرفاً فى اتفاق التحكيم .

ثانياً : موقف القضاء من اعتبار الخلف العام طرفاً فى اتفاق التحكيم .

أولاً : موقف الفقه من اعتبار الخلف العام طرفاً فى اتفاق التحكيم :

لقد سبق القول بأن الفقه أجمع على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام . وأن العقد ينتقل إلى الخلف العام بما فيه من حقوق والتزامات ، فإذا كان هناك شرط تحكيم فى العقد ، فإنه ينتقل مع العقد إلى الخلف العام وذلك لأنه يعتبر فى حكم الطرف ، وعلى الرغم من وجود استثناءات يكون فيها الخلف العام خلفاً وليس طرفاً ، وأن الخلف العام قد يصبح من الغير ، إلا أن اتفاق التحكيم وبما له من طبيعة خاصة ، وهى استقلال شرط التحكيم عن العقد الأسمى ، فإن الخلف العام يلتزم باتفاق التحكيم باعتباره مستقلاً عن العقد الأسمى . وسوف نتعرض للأراء المختلفة للفقه فى هذا الموضوع وذلك على النحو التالى .

١ - امتداد اتفاق التحكيم إلى الخلف العام عندما يكون السلف شخصاً طبيعياً .

ذهب جانب من الفقه إلى أن الخلف العام يأخذ حكم الطرف بالنسبة للتصرف الذى يصدر عن السلف ، وبالتالي إذا توفى أحد المتعاقدين إنتقلت إليه الحقوق الناشئة عن العقد وأيضاً الإلتزامات التى تكون قد نشأت على عاتقه ، وبالتالي فإذا كان السلف طرفاً فى اتفاق تحكيم بخصوص نزاع متعلق بحق من الحقوق التى إنتقلت إليه فإن الخلف فى هذه الحالة يكون ملتزم باتفاق التحكيم ، وذلك وفقاً للقاعدة العامة الخاصة بانصراف آثار العقد إلى الخلف العام .

ويلاحظ أنه بالنسبة للالتزامات فإنها لا تنتقل إلى الخلف العام إلا فى حدود ما آل إليه من التركة وأن هذا القيد ليس له أثر على انتقال آثار اتفاق التحكيم إلى الخلف العام ، وذلك لأن موضوع اتفاق التحكيم هو حقوق والتزامات إجرائية وليس حقوق والتزامات مالية تدخل فى مفهوم التركة وتحدد بحدودها ^(١) .

(١) د/ مصطفى محمد الجمال - د/ عكاشة عبد العال - التحكيم فى العلاقات الخاصة الدولية والداخلية - الجزء الأول - الطبعة الأولى - سنة ١٩٩٨ - دار الجامعة الجديدة - ص ٤٦٦ وما بعدها .

ويرى جانب آخر من الفقه أنه فيما يتعلق باتفاق التحكيم ، إذا توفى أحد أطراف اتفاق التحكيم بعد أن أبرم هذا الاتفاق ، فإن ورثته يخلفونه في مركزه القانوني الناشئ عن هذا الاتفاق ، ويحملون بما ينشأ عن هذا الاتفاق من آثار ، وذلك سواء كانت هذه الآثار سلبية أو إيجابية . حيث أنه يتمتع عليهم اللجوء إلى القضاء وذلك لرفع دعوى على من تعاقد مع مورثهم وإنما يلتزمون بعرض النزاع الذي ينشأ معه على التحكيم . أيضا إذا نشأ نزاع بين الورثة بخصوص العقد الأصلي الذي يخص مورثهم ، فإنه يتمتع عليهم اللجوء إلى القضاء لوجود شرط التحكيم في العقد ^(١) .

وذهب جانب آخر من الفقه إلى أنه عندما يكون السلف شخصا طبيعيا فإنه يراعى الأهلية بالنسبة للورثة ، وذلك عند انتقال اتفاق التحكيم إليهم . حيث أنه يُفترض أن يكون هناك أحد من الورثة قاصرا أو فاقد الأهلية اللازمة عند إعمال اتفاق التحكيم ، وبالتالي فإن التحكيم ينقطع بالنسبة له ، وذلك وفقا للقواعد العامة المقررة في قانون المرافعات بشأن الإنقطاع ^(٢) . وبناء عليه إذا كان بعض الورثة كاملي الأهلية ، وكان أحدهم قاصرا أو فاقد الأهلية لأي سبب من أسباب فقد الأهلية المنصوص عليها في القانون ، استمر شرط التحكيم منتجا لآثاره بالنسبة للورثة كاملي الأهلية ، بينما ينقطع سريان آثاره بالنسبة للقاصر أو فاقد الأهلية ، إلا أنه إذا بلغ القاصر سن الرشد أو زال عنه سبب نقص الأهلية ، فإنه في هذه الحالة يتم استئناف العمل بشرط التحكيم الموجود بالعقد ، وأصبح من الممكن الإحتجاج به في مواجهته باعتباره طرفا في العقد ، أيضا على الصعيد الآخر يكون له الحق في الإحتجاج بشرط التحكيم الموجود بالعقد الأصلي في مواجهة المتعاقد مع السلف ^(٣) .

٢ - امتداد اتفاق التحكيم إلى الخلف العام عندما يكون السلف شخص اعتباري :

أيضا أجمع الفقه على أنه في الحالة التي يكون أحد أطراف اتفاق التحكيم شركة ثم انقضت هذه الشركة بالاندماج مع شركة أخرى ، فإن اتفاق التحكيم ينتقل بكل آثاره إلى الشركة الجديدة الدامجة وذلك باعتباره خلفا عاما للشركة المندمجة ، وتحل بقوة القانون محل الشركة المندمجة في حقوقها والتزاماتها .

(١) د/ الأنصاري النيداني - الأثر النسبي لاتفاق التحكيم - دار الجامعة الجديدة - ٢٠٠٩ - ص ٣٧ وما بعدها .

(٢) أنظر المواد من ١٣٠ إلى ١٣٣ من قانون المرافعات .

(٣) د/ محمد نور شحاته - مفهوم الغير في التحكيم - دار النهضة العربية - سنة ١٩٩٦ - بند ٧١ - ص ٥٣ .

وبالتالى فهي ملتزمة بتنفيذ اتفاق التحكيم الذى أبرمته الشركة المندمجة^(١) . أما بالنسبة للحالة التى يحدث فيها إنقسام لأحد الشركات الكبرى ، فإن الشركة التى تولدة عن هذا الإنقسام فهي أيضا تعتبر خلفا عاما للشركة الأم ، وبالتالي فهي تلتزم باتفاق التحكيم الذى أبرمته هذه الشركة قبل الإنقسام ، ويستطيع الطرف الآخر فى اتفاق التحكيم المدرج فى العقد الأصيل المبرم بينه وبين الشركة الأم بمطالبة الشركة الوليدة بالإنترام باتفاق التحكيم^(٢) .

٣ - فى حالة اتفاق الأطراف على أن اتفاق التحكيم ينقضى بوفاة أحد المتعاقدين ، أو أن طبيعة العقد الذى يتضمن شرط التحكيم تقتضى أن ينتهى العقد بوفاة الطرف المتعاقد . والسؤال هل ينقضى اتفاق التحكيم بانقضاء العقد الأصيل أم يظل قائما ومستقلا عن العقد الأصيل ؟

للإجابة على هذا السؤال نجد أن هناك جانب من الفقه يرى أن قانون التحكيم المصرى رقم ١٩٩٤/٢٧ ينص على أن اتفاق التحكيم مستقل عن العقد الأصيل ، وبالتالي فهو لاينقضى بانقضاء العقد الأصيل ، وذلك من خلال نص المادة ٢٣ من قانون التحكيم التى تنص على (يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ، ولايترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أى أثر على شرط التحكيم الذى يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً فى ذاته) . وهكذا نجد أن هذه المادة وضعت مبدأ أساسيا وهو أن شرط التحكيم مستقل عن العقد الأصيل ولاينقضى بانقضائه^(٣) .

أما الحالة التى يتفق فيها الأطراف على انقضاء العقد الأصيل ، وانقضاء اتفاق التحكيم الوارد فى هذا العقد بوفاة أحد الطرفين .

(١) د/ أحمد عبد الكريم سلامة - قانون التحكيم التجارى الدولى والداخلى - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - طبعة ٢٠٠٤ ص ٤٤٨ - بند ١٣١ .

د/ حسنى المصرى - اندماج الشركات وانقسامها - دراسة مقارنة بين القانون الفرنسى والقانون المصرى - الطبعة الأولى - سنة ١٩٨٦ - ص ٣٣٠ - بند ١٩٧ .

(٢) د/ أحمد عبد الكريم سلامة - قانون التحكيم التجارى الدولى والداخلى - المرجع السابق - ص ٤٤٨ - بند ١٣١ .

(٣) د/ فتحى والى - قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق - الطبعة الأولى - منشأة المعارف - بند ٧٩ - ص ١٦٤ ، د/ مصطفى محمد الجمال - د/ عكاشة عبد العال - التحكيم فى العلاقات الخاصة والدولية - المرجع السابق - بند ٣١٩ - ص ٤٦٧ ، د/ أحمد عبد الكريم سلامة - قانون التحكيم التجارى الدولى والداخلى المرجع السابق - بند ١٣١ - ص ٤٤٨ .

- د/ سامية راشد - اتفاق التحكيم - الكتاب الأول - القاهرة ١٩٨٤ - دار النهضة العربية - ص ٣٦٦ .

فإنه فى حالة وفاة أحد الطرفين يتم إنقضاء اتفاق التحكيم ، لأنه لا بد لنا من احترام إرادة المتعاقدين على اعتبار أن الوفاة ما هى إلا أجل مثل أى أجل آخر ، وذلك لأن اتفاق التحكيم هو فى الأصل نظام قائم على الإرادة الحرة ، وأن الأطراف يكون لهم الحرية المطلقة فى تحديد كل ما يخص اتفاق التحكيم ولا سيما تحديد أجله ، وبما أن الوفاة ما هى إلا أجل كما قلنا ، فإنه يحق للأطراف الإتفاق على إنقضاء اتفاق التحكيم بحلول أقرب الأجلين ، أما التاريخ المحدد لإنقضائه أو وفاة أحد الطرفين .

وذلك لأنه ليس من المعقول إهمال إرادة الأطراف بإنقضاء اتفاق التحكيم بوفاة أحد الأطراف وذلك إعمالاً لمبدأ استقلال شرط التحكيم ، لأن هذا سوف يؤدى إلى الحكم ببطالان حكم التحكيم وذلك لمخالفة أحد أهم حدود اتفاق التحكيم وهو الأجل المحدد لإنقضائه ، بناءً على إرادة أطرافه .

ثانياً : موقف القضاء من اعتبار الخلف العام طرفاً فى اتفاق التحكيم :

بالنسبة لموقف القضاء لإعتبار الخلف العام طرفاً فى اتفاق التحكيم ، فقد قضت محكمة النقض فى مجموعة من الأحكام والتي من خلالها ، تم وضع المبادئ التى يمكن الإعتماد عليها فى اعتبار الخلف العام طرفاً فى اتفاق التحكيم ، ولذلك سوف نعرض بعض منها على سبيل المثال وليس الحصر كما يلى :

١- قضت محكمة النقض المصرية بأن الطرف فى العقد يصدق على كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانونى ، وإسباغ وصف المتعاقد ، إنما ينصرف إلى من يفصح عن إرادة متطابقة مع إرادة أخرى على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو زواله فى خصوص موضوع معين يحدد بالعقد ، دون أن يُعتبر باطلاً كل من يرد ذكره بالعقد أنه أحد أطرافه ، طالما لم يكن له صلة بشأن ترتيب الأثر القانونى الذى يدور حوله النزاع الناشئ بسبب العقد ^(١) .

٢ - قضت محكمة النقض المصرية فى أحد أحكامها بأنه : يترتب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام أنه يسرى فى حقه ما يسرى فى حق السلف بشأن هذا العقد ، فلا يشترط إذن ثبوت تاريخ العقد أو تسجيله حتى يكون التصرف حجة للخلف أو عليه ، وذلك لأنه يُعتبر قائماً مقام المورث ويلتزم بتنفيذ ما التزم به مورثه طالما أن العقد قد نشأ صحيحاً ، وخلصت له

(١) نقض مدنى - جلسة الرابع عشر من مارس سنة ١٩٧٩ - الطعن رقم ٦٦٩ - لسنة ٤٢ قضائية - مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى - ص ٧٨٦ ، أيضاً نقض مدنى - جلسة الثامن من فبراير - سنة ١٩٩٠ - ١٥٢٠ لسنة ٥٧ قضائية - مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى ٤١ - الجزء الأول - ص ٤٧٧ .

قوته الملزمة^(١) .

٣ - كما قضت في حكم آخر لها على أنه : يتبين من نص المادة ١٤٥ من القانون المدني في مذكرتها الإيضاحية أنها وضعت قاعدة عامة تقضى بأن آثار العقد لا تقتصر على المتعاقدين بل تجاوزهما إلى من يخلفهم خلافة عامة عن طريق الميراث أو الوصية ، واستثنى من هذه القاعدة الحالات التي تكون فيها العلاقة القانونية شخصية بحتة وهي تستخلص من إرادة المتعاقدين سواء كانت صريحة أو ضمنية أو من طبيعة العقد أو من نص القانون^(٢) .

٤ - أيضا ذهبت محكمة النقض في حكم لها فقضت بأن اندماج الشركة في أخرى ، مؤداه زوال شخصية الشركة المندمجة وخلافة الشركة الدامجة فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات ، وتكون الشركة الدامجة وحدها - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - هي الجهة التي تختصم في خصوص هذه الحقوق والالتزامات ، لأن الشركة المندمجة التي زالت شخصيتها قد انقضت بالاندماج^(٣) .

٥- أيضا قضت محكمة استئناف باريس في حكم لها بأن اندماج شركة في شركة أخرى يترتب عليه انتقال شرط التحكيم من الشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة^(٤).

٦ - أيضا قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بأن الشركات السبع الناتجة عن انقسام الشركة التي كانت طرفا في الاتفاق المنصوص فيه على شرط التحكيم يلتزم على وجه التضامن بمقتضى هذا الشرط^(٥) .

(١) نقض مدني - جلسة الحادي عشر من مايو - سنة ١٩٧٢ - الطعن رقم ٣٤٦ لسنة ٣٦ قضائية - مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفني لمحكمة النقض - السنة الثالثة والعشرون العدد الثاني من إبريل إلى يونيو ص ٨٥٢ .

(٢) نقض مدني - جلسة الثالث عشر من فبراير - سنة ١٩٦٨ - الطعن رقم ١٠٦ لسنة ٣٣ قضائية - مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفني لمحكمة النقض - السنة التاسع عشر - العدد الأول من يناير إلى مارس ١٩٦٨ - ص ٢٤٥ .

(٣) نقض مدني - جلسة الثالث عشر من مايو - سنة ١٩٧٢ - طعن رقم ١٤٠ لسنة ٣٦ قضائية - مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفني لمحكمة النقض - السنة الثالثة والعشرون - العدد الثاني من إبريل إلى يونيو - ص ٩٠٥ .

(4) - Cour d'appel de paris. 11 Mars 1993 . Rev. Arb 1998 .p 735 not D. chohen

(5) cour d'appel de paris 29 Mars 1991 .Rev. Arb 1991 p 478 .not 1 - idot .

رابعاً : موقف الخلف العام في اتفاق التحكيم في قوانين دول الخليج العربي :

لقد سبق القول بأن القاعده العامه في القانون المدني هي انصراف آثار العقد الي الخلف العام حيث نصت المادة رقم ٢٠١ / ١ من القانون المدني الكويتي علي أنه (تنصرف آثار العقد إلي المتعاقدين والخلف العام ، دون إخلال بأحكام الميراث) .

ونصت المادة رقم ٢٥٠ من القانون المدني الإماراتي علي أنه (ينصرف أثر العقد إلي المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث) .

ونصت المادة ١/١٣٣ من القانون المدني البحريني علي أنه (تنصرف آثار العقد إلي المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث) .

وبناء عليه ومن خلال تحليل نصوص هذه المواد السابق بيانها فإن الخلف العام وفقاً لهذه النصوص جميعها هو عبارة عن الشخص الذي تؤول إليه كل حقوق السلف والتزاماته أو نسبة معينه منها باعتبارها مجموعه قانونية واحدة ، ومصدر الخلافة العامة يكون في الغالب هو الميراث أو الوصية بجرء من التركة .

أما الخلافة العامة بالنسبة إلي الشخص الاعتباري فهي ترجع إلي الاندماج حيث يتم اندماج شركة في شركة أخرى فتصبح الشركة الدامجة خلفاً عاماً للشركة المندمجة وقد سبق وأن تعرضنا لهذا الجزء بتطبيق القاعده السابقة علي اتفاق التحكيم باعتباره عقداً ، فإن السلف الذي يكون طرفاً في اتفاق التحكيم بخصوص نزاع متعلق بحق من الحقوق التي انتقلت منه إلي الخلف ، وأن آثار هذا الاتفاق تنتقل إلي الخلف العام .

وعلي الرغم من أن القاعده العامة هي انتقال آثار العقد إلي الخلف العام وذلك وفقاً لما نصت عليه مواد القانون المدني في كلا من الإمارات والكويت والبحرين ، إلا أنه قد يعتبر الخلف العام من الغير بالنسبة للعقد في بعض الحالات وهي كما جاء في النصوص التاليه حيث نصت المادة رقم ٢٠١ / ٢ من القانون المدني الكويتي علي أن (آثار العقد لا تنصرف إلي الخلف العام لأحد المتعاقدين لكيليهما ، إذا اقتضي ذلك العقد أو طبيعة التعامل أو نص في القانون) ، ونصت المادة ٢٥٠ من القانون المدني الإماراتي علي أنه (ينصرف أثر العقد إلي المتعاقدين والخلف العام دول إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث مالم يتبين من العقد او من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لاينصرف إلي الخلف العام) ، ونصت المادة ١٣٣/ب من القانون المدني البحريني علي أن (آثار العقد لا تنصرف إلي الخلف العام لأحد المتعاقدين أو لكيليهما إذا اقتضى ذلك العقد أو طبيعة التعامل أو نص القانون) .

وبناء عليه فإنه وفقاً لما جاء في النصوص السابق ذكرها فإنه قد يكون الخلف العام من الغير في بعض الحالات المنصوص عليها سابقاً وهي : أن طبيعة العقد تقتضي ذلك مثال ذلك أن يكون العقد يعتمد أساساً على الطابع الشخصي للمتعاقد كأن يكون المتعاقد فنان أو رسام أو مهندس أي أن التعاقد قائم أساساً على الاعتبار الشخصي، في هذه الحالة فإن أثر العقد لا ينتقل إلى الخلف العام ، أو أن طبيعة التعامل بينهما تقتضي ذلك ، كأن يتم الاتفاق فيما بينهما على انتقال آثار العقد إلى الخلف . أو يوجد نص في القانون يمنع من انتقال آثار العقد إلى الخلف العام .

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه وفقاً لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي والذي سبق وأن أشرنا إليه في المبحث السابق في قوانين دول الخليج العربي - محل البحث . فإن إنقضاء العقد الأصلي سواء كان ذلك بالوفاء ، أو باتفاق الأطراف أو بحكم القانون أو طبيعة التعاقد التي قد تقتضي ذلك ، فإنه لا يكون له أي أثر على اتفاق التحكيم الذي يتضمنه العقد ، وبالتالي فإن اتفاق التحكيم يظل قائماً ويكون ملزماً للخلف العام وبالتالي يبقى النزاع حول تحقق هذا الانقضاء أو عدم تحققه ، وأي نزاع حول الحق الموضوعي خاضع لاتفاق التحكيم ولكن في حدود المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم^(١).

أما في حالة اتفاق الأطراف في العقد الأصلي على أنه يتم انقضاء اتفاق التحكيم تبعاً للعقد الأصلي بوفاء أحد الطرفين ، فإنه في هذه الحالة يقتصر أثر اتفاق التحكيم على أطرافه ولا ينتقل إلى الخلف العام لأي منهما ويصبح من الغير بالنسبة لاتفاق التحكيم .

أما بالنسبة للخلافة العامة في الأشخاص الاعتبارية : فإنه إذا كان أحد أطراف اتفاق التحكيم شركة وانفصلت هذه الشركة عن طريق اندماجها في شركة أخرى . فإن اتفاق التحكيم ينتقل بكل آثاره إلى الشركة الجديدة الدامجة ، وذلك باعتبارها خلفاً عاماً للشركة المندمجة أو الشركة المنضمة إليها وهي محل بقوة القانون محل الشركة المندمجة في حقوقها والتزاماتها ولذلك فهي تكون ملتزمة بتنفيذ اتفاق التحكيم الذي أبرمته الشركة المندمجة^(٢).

(١) د/ مصطفى الجمال - د/ عكاشة عبد العال - التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية - المرجع السابق - بند ٣٢١ - ص ٤٧٠ .

د/ فتحي والي - اتفاق التحكيم في النظرية والتطبيق - المرجع السابق - بند ٧٩ - ص ١٦٤ .

(٢) د/ حسنى المصرى - اندماج الشركات وانقسامها - المرجع السابق - بند ١٩٧ - ص ٣٣٠ .

الفرع الثاني

مركز الخلف الخاص فى اتفاق التحكيم

تمهيد :

الخلف الخاص هو من يخلف سلفه فى ملكية شئ أو فى حق معين ومثال ذلك مشترى العقار الذى انتقلت له الملكية يعتبر خلف خاص ، وصاحب حق الإنتفاع خلف خاص لمن تلقى منه هذا الحق ، والمحال له خلف للمحيل فى الحق المحال به ، وهذا استخلاف فى حق شخصى ، والمرتهن لدين خلف لصاحب هذا الدين الذى رهنه ، وهذا استخلاف فى حق عيني واقع على حق شخصي^(١). أيضاً المتنازل له عن الإيجار ، فهو يعتبر خلفا خاص للمستأجر ، لأن الحقوق الناشئة عن عقد الإيجار كانت فى ذمة المستأجر ثم انتقلت إلى المتنازل إليه ، ونخلص من هذا إلى أن الخلف الخاص هو من يتلقى شيئا سواء كان هذا الشئ حقا عينيا أو حقا شخصيا ، أو يتلقى حقا عينيا على هذا الشئ .

ومن خلال هذه الأمثلة يتضح لنا أن هناك حالات لا ينتقل أثر العقد إلى الخلف الخاص :

١- إذا تعلق الأمر بإنشاء حق فى ذمة شخص معين لصالح شخص آخر ، فى هذه الحالة لا يكون هذا الشخص خلفا خاص وإنما يكون مجرد دائن له فقط^(٢) لأن العلاقة بينهما تقتصر على إنشاء حقوق شخصية ، فعقد الإيجار يؤدى إلى إنشاء حق للمستأجر فى ذمة المؤجر دون أن يكون لهذا الحق وجود من قبل .

٢- اكتساب ملكية الشئ بالتقادم ، فمن يمتلك عينا بالتقادم لا يعتبر خلفا خاصا لمالكها ، لأنه لا يتلقى الملكية عنه ، وإنما اكتسب الملكية بطريق أصلى عن غير طريق صاحبها فهو يمتلك العين بسبب من أسباب الملكية وليس بسبب ناقل .

(١) د/ عبد الرزاق السنهورى - المرجع السابق ص ٦١٠ ، د/ اسماعيل غانم - المرجع السابق - ص ٣٤٥
(٢) وتعتبر محكمة النقض عن ذلك بأن الخلف الخاص هو من يتلقى من سلفه شيئا سواء كان هذا الشئ حقا عينيا على هذا الشئ ، أو كان حقا شخصيا . أما من يترتب له ابتداء حق شخصى فى ذمة شخص آخر فلا يكون خلفا خاصا له بل يكون دائنا ، فالمستأجر لا يخلف المؤجر بل هو دائن له ، إنما خلف المستأجر الأصلى هو المتنازل له عن العين (نقض مدنى ٢ يناير ١٩٧٨ - س ٢٩ ص ٦١ - مجموعة احكام النقض) - انظر د/ محمد حسين منصور - المرجع السابق - ص ٣٠٩ .

٣- إذا تعلق الأمر بمجرد عودة حق من الحقوق إلى صاحبه الأصلي . فالبائع الذى يسترد المبيع من المشتري ، بعد فسخ البيع أو إبطاله ، لا يعد خلفا خاصا للمشتري ، وذلك ليس بالأثر الرجعى للفسخ أو الإبطال يجعل الملكية لم تنتقل أصلا إلى المشتري بل ظلت للبائع ، فلا يصح أن يقال أنه تلقاها من المشتري ثانية .

وفى ذلك تنص المادة ١٤٦ بأنه : (إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشئ انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشئ ، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشئ إليه) ، فإذا أبرم شخص عقداً ، وأنشأ هذا العقد فى ذمته حقوقاً أو التزامات متصلة بشئ معين ، كما إذا باعه له ، فإن الحقوق والالتزامات تنتقل مع انتقال الشئ ، من السلف إلى الخلف الخاص ، على أنه يلزم لحصول هذا الانتقال أن تتوافر الشروط الآتية :

أولاً : أن يكون تاريخ العقد سابقاً على انتقال الشئ إلى الخلف الخاص ، القاعدة هى أن عقود السلف فى شأن الحق الذى انتقل إلى الخلف الخاص لا يحتج بها فى مواجهته ، إلا إذا كان لها تاريخ ثابت وسابق على تاريخ العقد الذى انتقل به إلى الخلف الخاص^(١).

(١) وقد قضت محكمة النقض فى حكم لها وتتلخص وقائع الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم فى أن شخصا تعهد لآخر بأن يقيم مبنى من ستة طوابق ويؤجره له لى يستعمله فندقا ، كما تعهد له بأن يركب فى هذا المبنى مصعدا . أتم المؤجر البناء وسلمه للمستأجر دون أن يركب المصعد ، ثم باع المبنى ، لإبنته حالة كونها تعلم بالتزامه بتركيب المصعد . طالب المستأجر بعد ذلك أن تسمح له المحكمة بتركيب المصعد على أن يرجع بالتكلفة على المشتري ، باعتبار أنها خلف خاص للبائع ينصرف إليها بتركيب المصعد ، دفعت المشتري فى الدعوى بقولها إن العقد الذى وقع عليه سلفها (البائع) والذى ينص فيه على الالتزام بتركيب المصعد ليس ثابت التاريخ قبل انتقال المبنى إليها إلا أن المحكمة لم تسأرها فى هذه الوجهة من النظر ، اعتبارا بأن علمها قبل انتقال ملكية المبنى إليها بالتزام سلفها بتركيب المصعد يغنى عن ثبوت التاريخ بوجه رسمى ، بل إنه فى مقامه . وهى فى ذلك تقول إن مفاد المادة ١٤٦ مدنى، (إذ تقرر القاعدة العامة بشأن انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص اشترطت أن يكون انتقال ملكية الشئ إليه قد جاء بعد إبرام العقد الذى ينصرف أثره إلى هذا الخلف الخاص عالما بالعقد وقت انتقال الملكية إليه . وإذ لم تتطلب هذه المادة أن يكون العقد ثابت التاريخ ، فذلك لأن العلم من جانب الخلف الخاص يقوم مقام ثبوت التاريخ ، ويعد طريقا من طرق إثبات الورقة العرفية ضده ، فتصبح الورقة حجة عليه من وقت علمها بوصفه خلفا خاصا .) انظر نقض ١ فبراير ١٩٦٦ طعن ٣٠٧ / ٣١ ق مجموعة أحكام النقض س ١٧ ص ٢٢١ .

ثانياً : أن تكون الآثار الناشئة عن العقد من مستلزمات الشيء ، أى أن يكون الحق أو الالتزام من مستلزمات الشيء الذى انتقل إليه ، ويقصد بمستلزمات الشيء هو ما كان مكملًا له ^(١) . أما إذا كان الحق أو الالتزام الناشئ من عقد السلف مع الغير لا يعتبر من مستلزمات الشيء الذى انتقل إلى الخلف الخاص فإنه لا يكسب الخلف الخاص حقا ولا يحمله التزاما فمثلا فى عقد البيع لا ينتقل إلى المشتري دعوى التلف الحاصل للمبيع بفعل الغير قبل البيع . وإذا كان العقد الذى أبرمه السلف عقدا ملزما للجانبين ، فإن تمسك الخلف الخاص بالحقوق الناشئة عن هذا العقد باعتبارها من مستلزمات الشيء ، فإنه فى هذه الحالة جاز للمتعاقد الآخر أن يدفع بعدم التنفيذ إذا لم يقيم الخلف بتنفيذ الالتزامات المقابلة ، حتى ولو لم يكن الخلف يعلم بهذه الالتزامات وقت انتقال الشيء إليه ، أو لم تكن هذه الالتزامات من مستلزمات الشيء .

ثالثاً : لا بد أن يعلم الخلف الخاص بالحق أو الالتزام المعتبر من مستلزمات الشيء الذى انتقل إليه (ويقصد بالعلم هنا هو العلم الحقيقى بالحق أو الالتزام) . ويتضح مما تقدم أن الخلف الخاص يعتبر من الغير بالنسبة لعقود سلفه إذا لم تتوافر الشروط التى أوجبتها المادة ١٤٦ ق م لانتقال الحقوق والالتزامات إليه . واتفاق التحكيم باعتباره عقد فإنه ينتقل إلى الخلف الخاص بنفس الشروط السابقة .

(١) صور من الحقوق التى تعتبر من مستلزمات الشيء : الأصل أن يعتبر من مستلزمات الشيء الحقوق المكملية له ، ففى البيع مثلا ينتقل إلى المشتري الدعاوى التى كانت للبائع كدعاوى ضمان الاستحقاق ، ودعاوى ضمان العيوب الخفية ، كما ينتقل إليه دعوى الضمان ضد المقاول والمهندس المعماري عن كل خلل أو تدهم لعباب البناء خلال العشر سنوات التالية لتسليمه (م ٦٥١) ، كذلك ينتقل إلى المشتري حقوق الإرتفاق المقررة للمبيع على العقارات المجاورة لأنها تعتبر مكملية له ، ولا فائدة منها بدونه . وإذا كان المبيع مؤمنا عليه ضد الحريق مثلا بمعرفة البائع ، انصرفت آثار هذا العقد إلى المشتري ، فينتقل إليه حق البائع قبل شركة التأمين ، وفى حوالة الحق ينتقل إلى المحال له ، كما لمحتال بالثمن ، حق البائع فى فسخ البيع إذا لم يستوف الثمن من المشتري .

صور من الالتزامات التى تعتبر من مستلزمات الشيء : لا يتحمل الخلف الخاص كافة الالتزامات التى قررها السلف وإن تعلقت بالشيء الذى انتقل إليه ، فلا يلتزم مشتري العقار مثلا بما للمهندس المعماري من أجر قبل البائع ، ولا بتعويض الغير الذى أصابه ضرر من الشيء المبيع قبل البائع ، غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة ، بل أن التزامات السلف تنتقل إلى الخلف الخاص فى حالات معينة : أولا : الالتزامات المعتبرة من مستلزمات الشيء الذى تلقاه عن السلف ، وهذه هى الحقوق العينية المقررة على الشيء والمشهرة وفقا للقانون مثال الرهن ثانيا : الالتزامات التى يقرر المشرع إنصرافها إلى الخلف الخاص بنص صريح من ذلك ما تنص عليه المادة ٦٠٤ فى فقرتها الأولى من أنه (إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختيارا إلى شخص آخر ، فلا يكون نافذا فى حق هذا الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذى نقل الملكية) .

- موقف الخلف الخاص فى اتفاق التحكيم فى قوانين دول الخليج العربى :

القاعدة العامة فى القانون المدنى أن الخلف الخاص لا تنصرف إليه آثار العقد الذى يبرمه السلف ومع ذلك فإن آثار العقد تنتقل إلى الخلف الخاص ولكن بشروط معينة تم النص عليها فى نصوص القانون المدنى حيث نص فى المادرقم ١/٢٠٢ من القانون المدنى الكويتى على أنه : (اذا أنشأ العقد حقوقاً شخصية متصلة بمجال معين على نحو يجعلها من توابعه أو أنشأ التزامات متصلة به على نحو يجعلها من محدداته ، ثم انتقل المال إلى خلف خاص ، فإن تلك الحقوق والالتزامات تنتقل معه) .

ونصت المادة ٢٥١ من القانون الإماراتى على أنه (إذا أنشأ العقد حقوقاً شخصية تتصل بشئ انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الحقوق تنقل إلى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشئ اذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشئ إليه) ، نصت المادة ١٣٤ فقرة أ من القانون المدنى البحرينى على أنه (اذا أنشأ العقد حقوقاً شخصية متصلة بمال معين على نحو يجعلها من توابعه . أو أنشأ التزامات متصلة به على نحو يجعلها من محدداته ثم انتقل المال إلى خلف خاص فإن تلك الحقوق والالتزامات تنتقل معه) .

وبناء عليه ومن خلال تحليل تلك النصوص فإن الخلف الخاص يقصد به كل من تلقى من السلف حقاً معيناً بالذات كان قائماً فى ذمة السلف ثم انتقل إلى الخلف الخاص ويستوى أن يكون هذا الحق من الحقوق العينية أو من الحقوق الشخصية .

وبالتالى فإن الخلف الخاص هو من يكتسب حقاً عينياً على شئ معين ممن يخلفه ، كالمشتري والموهوب له والمنفع فإذا عقد المستخلف عقداً يتعلق بهذا الشئ انتقل ما يرتبه هذا العقد من حقوق والتزامات إلى الخلف الخاص سبق الإشارة إليها وجاءت بنصوص القوانين محل البحث .

فشرط أن يكون اتفاق التحكيم منفصلاً عن العقد الاصلى وغير مشار إليه فيه ، وفى هذه الحالة يكون شرط العلم غير متحقق ، ومن ثم يكون الخلف الخاص من الغير ويكون بمقدوره التمسك بعدم إنتقال اتفاق التحكيم إليه رغم إنتقال العقد الاصلى. وبعد أن تعرضنا لمعنى الخلف الخاص ما هى شروط إنتقال آثار العقد إلى الخلف الخاص ، وهذا هو مانجده فى نصوص قوانين دول الخليج العربى محل البحث حيث نصت المادة ٢/٢٠٢ من القانون المدنى الكويتى على أن (الإلتزامات المتصلة بالمال لا تنقل معه إلى الخلف الخاص الا اذا كان عندإبرام التصرف يعلم بها أو فى مقدوره أن يعلم بها ما لم يقضى القانون بخلافه) ، ونصت المادة ٢٥١

من القانون المدنى الإماراتى على أنه (إذا أنشأ العقد حقوقاً شخصية تتصل بشئ إنتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الحقوق تنتقل إلى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشئ إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت إنتقال الشئ إليه) .

ونصت المادة ١٣٤/ب من القانون المدنى البحرينى على أن (الالتزامات المتصلة بالمال لا تنتقل معه إلى الخلف الخاص الا اذا كان عند إبرام التصرف يعلم بها أو فى مقدوره أن يعلم بها وذلك ما لم يقضى القانون بخلافه) .

المطلب الثانى

صور امتداد اتفاق التحكيم مع العقد الأسمى

الفرع الأول

امتداد اتفاق التحكيم فى حوالة الحق

تمهيد وتقسيم :

حوالة الحق هى عبارة عن اتفاق بمقتضاه ينقل الدائن ماله من حق قبل المدين إلى شخص آخر يصبح دائناً مكانه . ويسمى الدائن الأسمى فى هذه الحالة (المحيل) والدائن الجديد (المحال له) ، والمدين (المحال عليه) .

وبناءً عليه فإن حوالة الحق ماهى إلا اتفاق بين المحيل والمحال له بنقل الحق من المحيل إلى المحال له ، وهى تتم برضاء كلا من المحيل والمحال له أطراف عقد الحوالة.

أما بالنسبة للمدين (المحال عليه) فهو ليس طرفاً فى اتفاق الحوالة ولا يشترط رضاه لإنعقادها ، حيث تنص المادة ٣٠٣ من القانون المدنى على أنه (يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر ، إلا إذا حال دون ذلك نص فى القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام ، وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المدين) ^(١) .

(١) والعلة فى عدم اشتراط رضاء المدين لإنعقاد الحوالة هى أنه يتساوى لدى المدين بقاء دائنه أو استبداله بدائن آخر طالما أن شخص الدائن ليس محل اعتبار فى الالتزام وأن هذا التعبير لا يترتب عليه زيادة فى عبئ الالتزام . للمزيد انظر د/ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد - نظرية الالتزام بوجه عام - الأوصاف - الحوالة - الإنقضاء - الجزء الثالث - سنة ١٩٥٨ - مكتبة النهضة العربية - ص ٥٦٠ .

د/ محمد لبيب شنب - دروس فى نظرية الالتزام - أحكام الالتزام - بند ٢٦٢ - ص ٣٦٠ .

وتصبح الحوالة نافذة في حق المدين (المحال عليه) عند قبول المدين لها وإعلانه بها ، حيث تنص المادة ٣٠٥ من القانون المدنى على أنه (لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير ، إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها ، على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ) .

يترتب على الحوالة انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بمجرد انتقال الحوالة وينتقل هذا الحق كما هو بماله من صفات ومايشتمل عليه من ضمانات وتوابع وما يلحق به من دفعات حيث تنص المادة ٣٠٧ من القانون المدنى على أنه : (تشمل حوالة الحق ضماناته كالكفالة وإمّياز والرهن كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد وأقساط) (١) .

والسؤال الآن ماهو أثر اتفاق التحكيم المبرم بين الدائن المحيل والمدين المحال عليه على حق المحال له ؟ وهل يمتد اتفاق التحكيم إلى المحال له ؟ .

وللإجابة على هذا السؤال سوف نتعرض لكلا من موقف الفقه والقضاء وذلك النحو التالى :

أولاً : موقف الفقه من امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى المحال له:

لقد أجمع الفقه على أنه يترتب على الحوالة انتقال الحق الثابت من الدائن المحيل فى مواجهة المدين (المحال عليه) إلى المحال له بكل صفاته و ضماناته وبما يرد عليه من دفعات كانت قبل الحوالة وبالتالي فإن اتفاق التحكيم بوصفه من مستلزمات الحق الذى كان ثابتاً للدائن ، ينصرف أثره إلى المحال له ، ولكن يشترط من أجل ذلك ثبوت علم المحال له بوجود اتفاق التحكيم .

وبناءً عليه فإن اتفاق التحكيم يلزم المحال له باعتباره يحل محل الدائن المحيل ، فهو يصبح بالنسبة للحق المحال به كما لو كان طرفاً فى العقد الأسمى الذى تولد منه الحق المحال به ، وذلك لأن المحال له لا يتمتع بحقوق أكثر من تلك التى كانت للمحيل (٢) .

(١) د/ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد - الجزء الثالث - المجلد الأول - المرجع السابق - ص ٥٦٠ ومابعدها .

(٢) فالحق المحال به ينتقل إليه مع الدعوى التى تحميه ، والحق فى الدعوى الذى ينتقل إلى المحال له لا يختلف عن ذلك الذى كان ثابتاً للمحيل نفسه للمزيد من التفاصيل انظر د/ على سيد قاسم - نسبية اتفاق التحكيم - بند ١٥ - ص ٢٠ ومابعدها .

- وتطبيقاً لذلك قضت هيئة التحكيم فى حكم لها بأنه (المحيل ينقل حقه إلى المحال إليه مقيداً بشرط التحكيم ، فإذا رفع المحال إليه دعوى على المدين للمطالبة بالحق أمام محكمة الدولة ، كان للمدعى عليه التمسك بعدم قبول الدعوى لوجود =

ومن ثم فإن شرط التحكيم الذى أبرمه المحيل يُحتج به فى مواجهة المحال له وذلك إعمالاً للقاعدة الأصولية التى تنص على أن الشخص لا ينقل إلى الغير حقوق أكثر من تلك الثابتة له .
أما بالنسبة للمحال عليه (المدين) فلا شك أنه ملزم باتفاق التحكيم وذلك لأنه يعتبر من توابع الحق الذى انتقل إلى المحال له ، وبالتالي فإنه يجوز للمحال له أن يحتج بشرط التحكيم دائماً فى مواجهة المدين .

والسؤال هل يجوز للمدين أن يحتج بشرط التحكيم فى مواجهة المحال له ؟ هنا يجب التفرقة بين حالتين:

أولاً : ما إذا كان شرط التحكيم مدرجاً فى سند الحق المحال به .

ثانياً : إذا كان اتفاق التحكيم مستقل غير مدرج فى سند الحق المحال به.

الحالة الأولى : إذا كان شرط التحكيم مدرجاً فى سند الحق المحال به ، فإن المحال له يلتزم بشرط التحكيم ، لأنه بلا شك يعلم أو يمكنه أن يعلم بشرط التحكيم .

= شرط التحكيم ، وذلك لأن الحوالة لا تنشئ التزاماً جديداً فى ذمة المدين ، وإنما تنقل الحق المحال بالحوالة إلى المحال إليه بصفاته ودفعه وتوابعه لما كان من المقرر فى قضاء محكمة النقض المصرية أن حوالة الحق هى اتفاق بين المحيل وبين المحال له على تحويل حق الأول الذى فى ذمة المحال عليه الثانى وأنه يترتب على نفاذ الحوالة حلول المحال له محل المحيل بالنسبة إلى المحال عليه فى ذات الحق المحال به بكامل قيمته وجميع مقوماته وخصائصه ، فيصبح المحال له دون المحيل ، بما لا يصح معه على المحال عليه (المدين) الاتفاق مع المحيل على انقاص قيمته إلا بموافقة المحال له الذى أصبح طرفاً فى هذه الحوالة فلا يجوز تجاهله ، فإذا ما تم الانتقاص دون موافقة فلا يحتج عليه باعتبار الحوالة ملزماً للمحيل والمحال له فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاقهم صراحة أو ضمناً ، ولما كان الفقه يذهب إلى أنه إذا أحال طرف فى عقد يتضمن شرط تحكيم حقه الناشئ عن هذا العقد إلى الغير ، وكانت الحوالة صحيحة وتحقق شرط نفاذها فى مواجهة المدين بقبول المدين للحوالة إذا أعلنها له ، فإن المحيل ينقل حقه إلى المحال إليه مقيداً بشرط التحكيم ، فإذا رفع المحال إليه دعوى على المدين للمطالبة بالحق المحال أمام محكمة الدولة كان للمدعى عليه التمسك بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم . ذلك أن الحوالة لا تنشئ التزاماً جديداً فى ذمة المدين ، وإنما ينتقل الحق المحال بالحوالة إلى المحال إليه بصفاته ودفعه وتوابعه ، ولهذا تنص المادة ٣٠٧ مدنى على أنه " تشمل حوالة الحق ضماناته كالكفالة والإمтиاز والرهن " كما تنص المادة ٣١٢ مدنى على أنه " للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفع التى كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة فى حقه " القضية التحكيمية رقم ٦٦٣ لسنة ٢٠١٠ - الحكم الصادر بتاريخ ٢٢م٩/٢٠١١ - عن مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى - مجلة التحكيم العربى - العدد السابع عشر - ديسمبر ٢٠١١ .

الحالة الثانية : إذا كان شرط التحكيم عبارة عن اتفاق منفصل عن سند الحق المحال به فإنه في هذه الحالة لا يلتزم المحال له بشرط التحكيم ، إلا إذا كان يعلم بوجود الشرط المستقل عن العقد الأصلي للحوالة ، أما إذا كان لا يعلم فهو غير ملتزم بوجود شرط التحكيم ^(١) .

ويرى جانب آخر من الفقه أنه عندما يكون من الصعب إلزام المحال له بشرط التحكيم قبل المدين ، ما لم يستطيع المدين إثبات علم المحال له بشرط التحكيم . وفي هذه الحالة إن لم يستطيع المدين إثبات ذلك فهو لا يستطيع التمسك بشرط التحكيم في مواجهة المحال له وبالتالي لا يوجد أمامه سوى الرجوع على الدائن الأصلي (المحيل) بالتعويض على أساس خطئه المتمثل في عدم إعلان المحال له بالاتفاق على التحكيم المستقل عن العقد الأصلي عند إجراء الحوالة ^(٢) .

وذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأنه : على الرغم من أنه يمكن للمحال إليه التمسك بشرط التحكيم المستقل عن عقد الحوالة ، إذا علم به في مواجهة المدين .

إلا أن المدين لا يستطيع أن يرجع على الدائن الأصلي (المحيل) بالتعويض في حالة عدم إبلاغ المحال له بشرط التحكيم الموجود في محرر مستقل عن عقد الحوالة الأصلي ، وذلك لأنه عندما أحال الدائن الأصلي (المحيل) حقه إلى المحال له (الدائن الجديد) وأصبحت الحوالة نافذة ، فإنه يصبح المحيل أجنبيا بالنسبة لهذا الحق ولا يستطيع المدين الرجوع عليه بشرط التحكيم ^(٣) .

ثانياً : موقف القضاء من امتداد اتفاق التحكيم في حوالة الحق :

١- قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت الحوالة نافذة قبل المحال عليه لإعلانه بها فإن للمحال له أن يقاضيه في شأن الحقوق المحال بها دون حاجه إلى اختصاص المحيل، وذلك لأن الحق المحال به ينتقل إلى المحال له مع الدعاوى التي تؤكد ومنها دعوى الفسخ لعدم تنفيذ البائع لأنها تكفل للمشتري أن يسترد الثمن فيعتبر بمثابة ضمان له ينتقل بالحوالة مع حقه المحال به ^(٤) .

(١) د/ الأنصارى النيداني - الأثر النسبي لإتفاق التحكيم - دار الجامعة الجديدة - ٢٠٠٩ - بند ١٨ - ص ٤٢ .

(٢) د/ مصطفى محمد الجمال - د/ عكاشة عبد العال - التحكيم في العلاقات الدولية والداخلية - المرجع السابق بند ٣٢٥ - ص ٤٧٧ .

(٣) د/ فتحى والى - قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق - الطبعة الأولى - منشأة المعارف - ص ١٦٦ .

(٤) نقض مدنى جلسة الثانى والعشرين من فبراير - سنة ١٩٦٨ - مجموعة أحكام النقض - سنة ١٩ قضائية - ص ٣٥٧ .

٢- قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى عدم الإعتداد بعقد البيع المحال من الطاعن المشتري للمطعون ضده الأول (المحال له) لأن الأخير لم يكن طرفاً فيه ، ولم تتم حوالته إليه طبقاً للقانون فإنه أثره في جميع ما تضمنه - بما في ذلك شرط التحكيم - لا يتعدى طرفي هذا العقد إلى المنازعة القائمة بين الطاعن والمطعون ضده الأول في خصوص رجوع الأخير بما دفعه للطاعن وذلك تأسيساً على عدم نفاذ عقد الحوالة ، وإذا كان الحكم قد قضى برفض الدفع بعدم اختصاص المحاكم وبعدم سريان شرط التحكيم على هذه المنازعة ، فإنه يكون قد انتهى صحيحاً في القانون (١).

٣- وقضت محكمة النقض أيضاً أنه إذا أحال طرف في عقد يتضمن شرط تحكيم حقه الناشئ عن هذا العقد إلى الغير ، وكانت الحوالة صحيحة وتحقق شرط نفاذها في مواجهة المدين ، وذلك بقبول المدين للحوالة ، أو إعلانها له ، فإن الحق المحال ينتقل إلى المحال إليه مقيداً بشرط التحكيم (٢) .

٤ - وفي حكم حديث لمحكمة استئناف القاهرة : جاء في حيثيات الحكم سند له أن حوالة الحق (لا تنشئ التزاماً جديداً في ذمة المدين وإنما ينتقل الإلتزام الثابت أصلاً في ذمته إلى دائن آخر ليس طرفاً في العلاقة الأصلية مصدر الحق المحال به ، إلا أن هذا الدائن الجديد يعد في مفهوم نص المادة ١٤٦ مدنى - خلفاً خاصاً للدائن الأصلي (المحيل) . وإعمالاً للقاعدة التي تقضى بأن الشخص لا يملك أن ينقل إلى غيره أكثر مما كان له فإن الحق الذي ينقله السلف (المحيل) إلى الخلف (المحال له) ينتقل بالحالة التي كان السلف قد تلقاها عليها . كما أن لحوالة الحق - في ذاتها - أثراً ناقلاً (م ٣٠٧) حيث ينتقل الحق إلى المحال له بجميع أوصافه وتوابعه والدفع التي تحميه ، وتلك التي تنتقله .

ومن ثم فإن الحوالة تؤدي بالضرورة إلى انتقال شرط التحكيم باعتباره من توابع الحق الذي انتقل إلى المحال له رغم عدم تعاقد وعدم توقيعه على العقد الأصلي المتضمن شرط التحكيم وذلك فضلاً عن الحق المحال به .

(١) نقض مدنى - جلسة الحادى عشر من نوفمبر - سنة ١٩٦٦ - الطعن رقم ٢٨٩ - سنة ٣٠ قضائية - مجموعة المكتب الفنى ١٧ - الجزء الأول ص ٦٥ .

أيضاً نقض مدنى - جلسة التاسع من فبراير - سنة ١٩٨٣ - الطعن رقم ١٨١ - سنة ٤٧ قضائية - مجموعة المكتب الفنى ٩٦ - ص ٤٤٢ .

(٢) نقض تجارى - جلسة السادس والعشرون من نوفمبر - سنة ٢٠٠٢ - الطعن رقم ٧٦ - لسنة ٧٠ قضائية

فالحق طالما انتقل ، انتقل معه الحق فى الدعوى أو الدعاوى باعتبارها من مستلزماته وبالتالي يظل الإتفاق على التحكيم قائما رغم الحوالة وذلك بوصفه جزءا من الحق المحال به ، بشرط بديهى هو أن لا تكون إرادة الأطراف المعبر عنها وقت الحوالة قد اتجهت إلى ترك اتفاق التحكيم .

وبطبيعة الحال لاينصرف شرط التحكيم إلى الخلف إذا تضمن الشرط ذاته ما يفيد هذا المعنى ومؤدى انصراف اتفاق التحكيم إلى المحال له أن يصبح هذا الأخير بالنسبة للحق الذى آل إليه - وفى حدود هذا الحق - كما لو كان طرفا فى العقد الأصيل الذى تولد منه الحق الذى انتقل إليه ، ويجوز للمحال عليه أن يتمسك تجاهه بشرط التحكيم الوارد فى العقد الأصيل) .

وأضاف الحكم أنه (لايقدر فى ذلك القول بأن الحوالة لم ترد على التعاقد بأكمله وذلك لأن شرط التحكيم هو وصف أو قيد سواء فى الحق أو الإلتزام وأيا كانت طبيعة الشئ فى الحوالة وطبقا لقواعد حوالة الحق ، فإن الحق ينتقل من المحيل إلى المحال له وهو مهدد بنفس الدفع التى كانت تهدده من قبل .

ويترتب على ذلك أن للمدين أن يتمسك فى مواجهة المحال له بالدفع نفسها التى كان يسوغ له أن يتمسك بها فى مواجهة المحيل وقت نفاذ الحوالة فى حقه م ٣١٢ مدنى) .

و) أنه لامحل لما يزعمه المحال له من أنه لم يكن عالما بشرط التحكيم الوارد بالعقد الأصيل ، فهذا الزعم تنفيه طبيعة أحكام الحوالة ذاتها باعتبار أن حولات التداعى هى نفسها محل التعاقد الأصيل الذى يحدد ذاتية موضوع الحوالة) .

وأنه إذا (كان الثابت من حوالات الحق محل التداعى أن المدير وقع على كل منهما بما يفيد قبوله لها ، وأن عبارات هذا القبول ظاهرة واضحة فى أن إرادة المدين اتجهت إلى مجرد القبول ، وبالتالي يكون المحال له غير محق فيما ذهب إليه من أن قبول المدين جاء مطلقا دون ثمة تحفظ مما يقيد تنازله عن الدفع التى كان له التمسك بها قبله وذلك لأن النزول عن الحق لا يقتضى (١).

أيضا قضت محكمة استئناف باريس بأن حقوق المحيل التى تتضمن شرط التحكيم الناتجة عن عقد الحوالة ينتقل إلى المحال له (الدائن الجديد) لأنه قبل هذا الشرط وأن هذا الشرط لا

(١) استئناف محكمة استئناف القاهرة الدائرة رقم ٧ تجارى - جلسة التاسع من إبريل - سنة ٢٠٠٢ - والإستئناف رقمى ١٢٩٤ - ٢٠٣٧ - سنة ١١٧ قضائية تجارى القاهرة - مشار إليه فى د/ فتحى والى - قانونالتحكيم فى النظرية والتطبيق - هامش ص ١٦٥ .

ينفصم عن اقتصاديات العمل ^(١) .

وقد قضت أيضا محكمة استئناف باريس فى حكم آخر لها بأن (اتفاق التحكيم يكون ملزما للمحال له قبل المدين كلما كان عالما أو يستطيع العلم به وقت إبرام الحوالة كما لوتعلق الأمر بشرط تحكيم مدرج فى سند الحق المحال ذاته أو مشار إليه فيه ، ويلاحظ أن الحكم لم يشترط قبول المحال إليه (المدين) لشرط التحكيم بل اكتفى بمجرد العلم أو استطاعت العلم بهذا الشرط عند إبرام الحوالة حتى يكون شرط التحكيم نافذا فى حقه ^(٢) .

وهذا هو ما ونصت المادة ٣٦٤ من القانون المدنى الكويتى على أنه (يجوز للدائن أن يحيل إلى غيره ماله من حق فى ذمة مدين الا إذا منع من ذلك نص فى القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المدين) . ونص المادة ١١٠٦ من القانون الإماراتى على أنه (الحوالة هى نقل الدين والمطالبة من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه) ، ونص المادة ٢٨٧ من القانون المدنى البحرينى على أنه (يجوز للدائن أن يحيل حقه فى ذمة مدين إلى شخص آخر الا إذا منع ذلك نص فى القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المدين) ، أما بالنسبة للوضع فى المملكة العربية السعودية فلا يوجد نص فى ذلك .

وهكذا فإننا نجد أنه من خلال هذه النصوص السابق ذكرها أن القانون المدنى ينص على جواز حوالة حق الدائن قبل المدين إلى شخص آخر .

ويترتب على الحوالة انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بمجرد انعقاد الحوالة ، وينتقل هذا الحق كما هو بما له من صفات وما يشتمل عليه من ضمانات وتوابع وما يلحق به من دفع .

والسؤال ماهو أثر حوالة الحق على اتفاق التحكيم المبرم بين الدائن المحيل والمدين على حق المحال له ؟

وذلك طبقا لما جاء فى نصوص المواد ١١٠٦ من القانون المدنى الإماراتى ، المادة ٢٨٧ من القانون المدنى البحرينى ، والمادة ٣٦٤ من القانون المدنى الكويتى .

(1) Paris , 28 janvier , 1988 Société c.c.c film kunst gmbh c / société établissement de Diffusion internationale de film – Rev – Arb . p565

(2) cour d'appel de paris 28 oct 1988 Rev – Arb – 1988 p 565 .

بالإضافة إلى ذلك فقد نصت المادة ٢٩١ من القانون المدني البحريني على أنه (ينتقل الحق إلى المحال له بصفاته وتوابعه وتأميناته) ، ونصت المادة رقم ٣٦٨ من القانون المدني الكويتي فقرة ١ على أنه (ينقل الحق إلى المحال له بصفاته وتوابعه وتأميناته) ، ، ونصت المادة ١١١٧ من القانون المدني الإماراتي على أنه (ينقل الدين المال عليه بصفته التي كان عليها) . وبناء عليه فإنه وفقا لهذه النصوص فإن الحق المحال ينتقل إلى المحال له مقيداً باتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف^(١).

ولما كانت الحوالة تنقل الحق الثابت للدائن المحيل في مواجهة الدين إلى المحال له بكل صفاته وضمائنه وما يرد عليه من دفعات كانت قبل الحوالة ، فإن اتفاق التحكيم - باعتباره من مستلزمات ذلك الحق الذي كان ثابتاً للدائن - ينصرف أثره إلى المحال له ولكن يشترط من أجل ذلك ثبوت علم المحال له بوجود اتفاق التحكيم^(٢).

وإذا كان اتفاق التحكيم مدرج في العقد الأصلي أحيل الحق الناشئ عنه إلى المحال إليه ، فإنه في هذه الحالة ينتقل اتفاق التحكيم إلى المحال ما لم يتضمن الاتفاق على الحوالة ما يشير إلى غير ذلك أما إذا كان اتفاق التحكيم مستقل عن العقد الأصلي ولم يكن العقد الأصلي مشاراً فيه إلى هذا الاتفاق فإن شرط التحكيم - كقيد على الحق المحال - لا ينتقل إلى المحال إليه ما لم يكن قد أعلن إليه مع العقد الأصلي ، أو كان قد قبله ، فإن لم يكن المحال إليه قد قبل الحوالة أو أعلن بها فليس للمدين التمسك بشرط التحكيم في مواجهة المحال إليه وإن كان يمكن للمحال إليه التمسك بهذا الاتفاق في مواجهة المدين^(٣).

[١] د/ فتحي والي - اتفاق التحكيم بين النظرية والتطبيق - المرجع السابق - ص ١٦٥ .

[٢] د/ مصطفى الجمال - د/ عكاشة عبد العال - التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية - المرجع السابق - بند ٣٢٥ - ص ٤٧٦ ومابعداها .

[٣] د/ فتحي والي - قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق - المرجع السابق - ص ١٦٦ .

د/ محمد نو شحاته - مفهوم الغير في التحكيم - المرجع السابق - بند ٥٥ - ص ٧٤ .

د/ سامية راشد - التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة - الجزء الأول - اتفاق التحكيم - المرجع السابق - بند ١٨٤ - ص ٣٣٦ .

الفرع الثانى

امتداد اتفاق التحكيم فى حوالة الدين

تمهيد وتقسيم :

حوالة الدين هى عبارة عن اتفاق يتم به نقل عبئ الدين بجميع مقوماته (يبقى للدين المحال به ضماناته م ١/٣١٨) وخصائصه من المدين الأصلي إلى شخص آخر من الغير . وهذا الإتفاق يتم بين ثلاثة أشخاص المدين الأصلي (المحيل) والمدين الجديد الذى يتحمل الدين والدائن .

حوالة الدين لها صورتين هما :

الصورة الأولى : وهى الصورة العادية للحوالة والتى تتم باتفاق المدين الأصلي (المحيل) وشخص آخر الذى يتحمل عنه هذا الدين (المدين الجديد) وذلك وفقا لما نصت عليه المادة ٣١٥ من القانون المدنى حيث نصت على أنه (تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين) .

الصورة الثانية : وهذه الصورة نادرة الحدوث فى الحياة العملية حيث أنه تتم الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه وهو (المدين الجديد) وهذا النوع من الحوالة للدين تتم بصرف النظر عن موافقة المدين الأصلي وذلك وفقا لما نصت عليه المادة ١/٣٢١ من القانون المدنى على أنه (يجوز أيضا أن تتم حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه يتقرر فيه أن يحل المدين الأصلي فى التزامه)^(١) .

ويتم إنعقاد الحوالة بمجرد اتفاق المدين الأصلي والمحال عليه (أى الشخص الذى يتحمل عنه الدين) وذلك ما نصت عليه المادة ٣١٥ من أنه (تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين) .

وحوالة الدين تؤثر مباشرة فى مصالح الدائن وذلك لأنها تؤدي إلى إحلال المحال عليه محل المدين الأصلي ومن الثابت أن المدينين يتفاوتون فى يسارهم .

(١) وحوالة الدين قد تتم على سبيل التبرع وذلك إذا كان لدى المحال عليه هذه النية ، وقد يقصد من الحوالة إقراض المحال عليه للمحيل عليه للمحيل قيمة الدين الذى تحمله عنه ، وأخيرا قد يقصد بها وفاء المحال عليه بدين قد ترتب فى ذمته من قبل المحيل للمزيد - د/ محمد لبيب شنب - دروس فى النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام - المرجع السابق - بند ٣٧ - ص ٣٦٨ .

ولذلك فإن حوالة الدين لا تكون نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها وذلك مانصت عليه المادة ٣١٦ من القانون المدني على أنه (لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها) ^(١) . وبناءً عليه فإنه وفقاً لهذه المادة لا يكفي إعلان الدائن بالحوالة حتى يتحقق نفاذها بل لابد أن يقرها .

ويلاحظ أن إقرار الدائن للحوالة لا يعتبر قبولا ينعقد به عقد جديد يترتب آثاره من وقت الإقرار ، وإنما هذا الإقرار يرد على عقد قد تم تكوينه باتفاق طرفيه المدين الأصلي والمحال عليه ، وأن الإقرار تبدأ آثاره من تاريخ انعقاده الحوالة .

ويترتب على ذلك أن يصبح المحال عليه في علاقته بالدائن بعد إقراره بالحوالة وقبوله لها بمثابة خلف خاص للمحيل من هذا التاريخ ، لكن إذا رفض الدائن الحوالة فإنها لا تنفذ ولا ينقل الدين من المحيل (المدين الأصلي) إلى المحال عليه (المدين الجديد) بل يظل المحيل ملتزماً بالدين في مواجهة الدائن .

والسؤال ما هو أثر حوالة الدين على اتفاق التحكيم المبرم بين الدائن والمدين الأصلي في مواجهة المحال عليه ؟ وهل يمتد أثر اتفاق التحكيم إلى المحال عليه على الرغم أنه لم يكن طرفاً في اتفاق التحكيم المبرم بين المدين الأصلي (المحيل) والدائن ؟.

وللإجابة على هذا السؤال نعرض لموقف الفقه والقضاء في هذا الصدد :

أولاً : موقف الفقه من امتداد اتفاق التحكيم إلى المحال عليه في حوالة الدين :

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه إذا تمت حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه وهذه هي الصورة الأولى للحوالة ، فإن شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي ينتقل إلى المحال عليه - وذلك ما لم يتضمن الاتفاق على الحوالة ما يشير إلى غير ذلك - فإن لم يكن الشرط وارد في العقد الأصلي أو مشار إليه فيه فلا يكون نافذاً في مواجهة المحال عليه إلا إذا وافق عليه ^(٢) .

وذهب جانب آخر إلى القول بأن المحال عليه يحل محل المدين الأصلي ، ومن ثم فهو يعد خلفاً خاصاً للمدين الأصلي وينقل إليه الدين المحال به بجميع صفاته وخصائصه ولما كان اتفاق التحكيم من مستلزمات العقد الأصلي المبرم بين الدائن والمدين الأصلي فإن حوالة الدين

(١) د/ عبد الودود يحيى - حوالة الدين - دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانونين الألماني والمصري - دار النهضة العربية - ١٩٩٢ - ص ٩ .

(٢) د/ فتحي والي - قانون التحكيم في النظرية والتطبيق - المرجع السابق بند ٨١ - ص ١٦٧ .

تنتقل بنفس الصفات ، وبالتالي ينتقل اتفاق التحكيم بالتبعية للمدين الجديد المحال عليه ^(١) .
وأيضاً ذهب جانب آخر من الفقه إلى القول بأنه في الحوالة التي تتم باتفاق بين الدائن والمحال عليه فإن التزام المحال عليه (المدين الجديد) باتفاق التحكيم يتوقف على ما صار الإتفاق عليه في الحوالة ، وكلما تعلق الأمر بشرط تحكيم مدرج في سند الدين أو مشار إليه فيه ، كان اتفاق التحكيم ملزماً للمحال عليه المدين ، وذلك باعتباره من توابع الدين الذي انتقل إليه مالم ينص اتفاق الحوالة على غير ذلك . أما إذا تمت حوالة الدين باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه (الصورة الثانية) فإنه سواء تضمنه العقد الأصلي أو أشار إليه أو كان في محرر مستقل فهو لا ينتقل إلى الدائن ^(٢) .

ولا يكون الدائن ملزماً بالتحكيم في مواجهة المحال عليه إلا إذا وافق عليه . حيث لا يجوز للمدين الجديد (المحال عليه) أن يتمسك باتفاق التحكيم المبرم بين المدين الأصلي والدائن . وإنما يجب عليه الإتفاق مع الدائن على كيفية فض المنازعات التي يمكن أن تنشأ بشأن الدين محل الحوالة ، فإذا وافق الدائن على شرط التحكيم كان ملزماً به ^(٣) .

ثانياً : موقف القضاء من امتداد اتفاق التحكيم في حوالة الدين :

- ١- قضت محكمة النقض المصرية بعدم الإعتداد بعقد البيع المحال من المشتري لآخر لكونه ليس طرفاً فيه ولم تتم حوالاته طبقاً للقانون وأثار هذا العقد فيما تضمنه بما في ذلك شرط التحكيم ، مقصورة على طرفيه ولا تمتد إلى رجوع المحال له على المحيل بما دفعه له ^(٤) .
- ٢- أيضاً قضت محكمة النقض المصرية في حكم آخر حيث بينت صور الحوالة في حكمها فقضت فيه بأن (مفاد المواد ٣١٥ - ٣١٦ - ٣٢١) من القانون المدني أن حوالة الدين تتحقق إما بين المدين الأصلي والمحال إليه الذي يصبح بمقتضاه مديناً بدلاً منه ، ولا ينفذ في مواجهة الدائن بغير إقراره ، وإما باتفاق بين الدائن والمحال عليه بعد رضا المدين الأصلي ^(٥) .

(١) د/باسمة لطفي دباس - نسبية اتفاق التحكيم وآثاره دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه جامعة القاهرة - ص ٤٨٤ .

(٢) د/مصطفى محمد الجمال - د/عكاشة عبد العال التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية - المرجع السابق - بند ٣٢٦ - ص ٤٧٧ وما بعدها .

(٣) د/أحمد عبد الكريم سلامة - قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي - المرجع السابق - بند ١٣١ - ص ٤٥٢ .

(٤) نقض مدني - جلسة الحادى عشر من يناير - سنة ١٩٦٦ - مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفني - سنة السابع عشر قضائية - ص ٦٥ .

(٥) نقض مدني - جلسة التاسع عشر من إبريل - سنة ١٩٧٨ - مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفني - الطعن رقم

٦٠٦ - سنة ٤٣ قضائية - الجزء الأول - ص ١٠٣١ .

أيضاً قضت محكمة النقض الفرنسية بأن شرط التحكيم الوارد في عقد النقل يسرى أيضاً في مواجهة شركة التأمين التي حلت محل المستفيد في حقوقه^(١).

ثالثاً : امتداد اتفاق التحكيم في حوالة الدين في قوانين دول الخليج العربي :

من القواعد المستقرة في القانون المدني هو جواز حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه هذا الدين وهذا هو ما نصت عليه المادة ٣٧٧ من القانون المدني الكويتي علي أنه (يترتب علي حوالة الدين نقل الدين من ذمة المدين إلي ذمة المحال عليه) ، ونص القانون الإماراتي في المادة ١١٠٦ علي أن الحوالة هي (نقل الدين من ذمة المحيل إلي ذمة المحال عليه) ، ونصت المادة ٣٠٠ من القانون المدني البحريني علي أنه (يترتب علي حوالة الدين نقل الدين من ذمة المدين الأصلي إلي ذمة المحال عليه) .

فنصت المادة ١/٣٧٨ من القانون المدني الكويتي علي أنه (إذا عقدت الحوالة بين المدين الأصلي والمحال عليه فأنها لا تكون نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها) ، ونص أيضاً علي أنه (إذا ما قام المدين الأصلي أو المحال عليه بإعلان الحوالة إلي الدائن وعين له أجلاً مناسباً لإقرارها ثم انقضي الأجل دون أن يصدر هذا الاقرار اعتبر سكوت الدائن رفضاً للحوالة) .

وهنا نجد أن المشروع الكويتي نص علي ضرورة موافقة الدائن علي حوالة الدين وإذا ما تم إعلان الدائن بالحوالة ولم يرد وسكت إعتبر سكوته هذا رفضاً ولا تصح الحوالة في هذه الحالة .

وأيضاً نص المشرع الإماراتي في المادة ١١٠٩ من القانون المدني علي أنه (يشترط لصحة حوالة رضا المحيل عليه والمحال له) ، ونص أيضاً علي أن (تتعقد الحوالة التي تتم بين المحيل والمحال عليه موقوفه علي قبول المحال له) . وهنا نجد أن المشرع الإماراتي نص علي ضرورة موافقة جميع الأطراف علي الحوالة حتي تكون نافذة و صحيحة ، بالإضافة إلي ذلك نص علي أن الحوالة لا تتعقد إلا بموافقة المحال له وقبوله لها

وبناء على هذه النصوص فإنه يتضح لنا أن حالات حوالة الدين هي : الحالة الأولى ضرورة موافقة الدائن على المدين الجديد .

أما الحالة الثانية فهي تلك الحالة التي تتم باتفاق بين الدائن والمدين الجديد المحال عليه ، وفي هذه الحالة إذا لم يقرها المدين الأصلي فإنه لا يجوز للمحال عليه المدين الجديد أن يرجع

(١) نقض مدني فرنسي - جلسة الثالث عشر من مايو - سنة ١٩٦٠ - مشار إليه في د/ فتحي والي بند ٨١ - ص ١٦٧ .

علي المدين الأصلي وذلك طبقاً لأحكام حوالة الدين .

وهذا هو ما نصت عليه المادة ٣٧٩ من القانون المدني الكويتي علي أنه (تصح الحوالة باتفاق بين الدائن والمحال عليه ، ولكن إذا لم يقرها المدين الأصلي فلا يكون للمحال عليه حق في الرجوع عليه طبقاً لأحكام حوالة الدين) ، وأيضاً نص المشرع البحريني في القانون المدني البحريني علي أنه (تصح الحوالة باتفاق الدائن والمحال عليه ولكن إذا لم يقرها المدين الأصلي فلا يكون للمحال عليه حق في الرجوع عليه طبقاً لأحكام حوالة الدين) .

وهكذا نجد أن نصوص القانون المدني الكويتي والبحريني تتفق مع القانون المصري في أن حوالة الدين تصح باتفاق الدائن والمدين الجديد حتي لو لم يقرها المدين الأصلي إلا أنه لا يجوز للمدين الجديد الرجوع علي المدين الأصلي بأحكام حوالة الدين المنصوص عليها في القانون .

وبالنسبة للوضع في القانون الإماراتي فقد نص المشرع في القانون المدني الإماراتي في المادة ١١١٠ علي أنه (يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل مديناً للمحال له ولا يشترط أن يكون المحال عليه مديناً للمحيل فإذا رضى بالحوالة لزمه الدين للمحال له) ، ونص في المادة ١١٠٩ / ٢ علي أنه (لا تتعد الحوالة التي تتم بين المحيل والمحال عليه موقوفة على قبول المحال له) .

وبناء عليه فإنه يترتب علي حوالة الدين انتقال الدين المحال من المدين إلى المحال عليه وينقل هذا الدين بكل صفاته وضمناته ، باستثناء الضمان إذا كان مقدماً من الغير مثال ذلك الكفالة ، حيث أنه لا تنتقل الكفالة مع الدين إلا برضاء هذا الغير .

وهذا هو ما نصت عليه المادة رقم ٣٨٢ / ١ من القانون المدني الكويتي علي أنه (ينتقل الدين إلى المحال عليه بصفاته وتوابعه وتأميناته) ، ونص المشرع الإماراتي أيضاً في المادة ١١١٩ من القانون المدني علي أنه (تبقى للدين المحال به ضماناته بالرغم من تغير شخص المدين ومع ذلك لا يبقى الكفيل عينياً كان أو شخصياً ملتزماً قبل الدائن إلا إذا رضى بالحوالة) ، ونص المشرع البحريني في المادة ٣٠٤ / ١ من القانون المدني علي أنه (ينتقل الدين إلى المحال عليه بصفاته وتوابعه وتأميناته) ونص أيضاً في المادة ٣٠٤ / ٢ علي أنه (ومع ذلك لا يبقى الكفيل عينياً كان أو شخصياً ملتزماً قبل المحال له إلا إذا رضى بالحوالة) .

والسؤال ماهو أثر اتفاق التحكيم في حوالة الدين المبرم بين الدائن والمدين الأصلي في مواجهة المحال عليه (المدين الجديد) ؟ وللإجابة على هذا السؤال سوف نعرض لانتقال اتفاق التحكيم في حوالة الدين بالنسبة لكل حاله علي حده كما يلي :

أولاً : بالنسبة للحالة الأولى : وهي تلك الحالة التي يتم فيها حوالة الدين عن طريق الاتفاق بين الدائن والمدين الجديد (المحال عليه) ، في هذه الحالة فإن اتفاق التحكيم (شرط التحكيم) الوارد في العقد الأصلي سوف ينتقل إلي المحال عليه (المدين الجديد) وذلك إذا لم يتضمن الاتفاق المبرم بينهم علي الحوالة ينص علي غير ذلك .

ويلاحظ أنه اذا لم يكن اتفاق التحكيم (شرط التحكيم) منصوص عليه في العقد الأصلي أو مشار إليه فيه ، في هذه الحالة فإنه لا يكون نافذا في مواجهة المحال عليه (المدين الجديد) إلا إذا وافق عليه ^(١) .

وذلك لأن المحال عليه (المدين الجديد) يحل محل المدين الأصلي وبالتالي فهو يصبح خلفاً للمدين الأصلي ولذلك فهو ينتقل إليه الدين المحال به بجميع صفاته وذلك وفقاً لما هو منصوص عليه في النصوص السابقة ^(٢) .

ثانياً : بالنسبة للحالة الثانية : وهي تلك الحالة التي تتم فيها حوالة الدين عن طريق الاتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه (المدين الجديد) ، فإنه وفقاً لهذه الحالة سواء تضمن العقد الأصلي اتفاق التحكيم أو تمت الإشارة إليه أو كان في محرر مستقل ، فإنه لانتقل إلي الدائن ، ولا يكون ملزم بالتحكيم في مواجهة المحال عليه (المدين الجديد) إلا إذا وافق عليه ^(٣) .

وذلك لأنه لا يجوز للمدين الجديد (المحال عليه) أن يتمسك باتفاق التحكيم المبرم بين المدين الأصلي والدائن ، وإنما يجب عليه الاتفاق مع الدائن علي كيفية فض المنازعات التي تنشأ بينهم بشأن الدين موضوع الحوالة (محل الحوالة) فإذا وافق علي التحكيم فإنه يكون ملزماً به .

(١) د/ فتحي والى - قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق - المرجع السابق - بند ٨١ - ص ١٦٥ .

(٢) د/ باسمة لطفي دباس - اتفاق التحكيم وآثاره - المرجع السابق - ص ٤٨٤ .

(٣) د/ مصطفى الجمال - د/ عكاشة عبد العال - التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية - المرجع السابق - بند ٣٢٦ - ص ٤٧٧ ومابعداها .

الفرع الثالث

أثر حوالة العقد على اتفاق التحكيم

تتحقق حوالة العقد عندما يقوم أحد الأطراف فى العقد إلى تحويل العقد بأكمله إلى شخص آخر من الغير ^(١) . وقد تقتصر الحوالة على الآثار الإيجابية للعقد فقط وهنا نكون أمام حوالة الحق ، وقد تقتصر الحوالة على الآثار السلبية فقط فنكون أمام حوالة الدين . وبالتالي فإنه تتحقق حوالة العقد عندما يخلف شخص من الغير أحد المتعاقدين فى العقد الأصلي ويصبح المحال إليه طرفا فى العقد ويكون لهذا العقد أثره الملزم تجاه المحيل إليه وذلك دون الإخلال بمبدأ نسبية أثر العقد .

وينتقل العقد إلى الطرف الآخر بجميع مستلزماته من حقوق والتزامات ، مثال ذلك فى حالة حوالة المشتري فى عقد البيع ، هذا العقد إلى شخص آخر ، وبالتالي إذا تمت حوالة العقد واتفق الطرفان فيه أو فى محرر مستقل على التحكيم فإن المحال إليه يلتزم بشرط التحكيم الوارد فى العقد المحال وذلك إذا تحقق بالنسبة له شرط نفاذ حوالة الحق وحوالة الدين التى يرتبها العقد ، وذلك لأن الاتفاق الأصلي يُنقل برمته بكل ما ينبثق عنه من حقوق والتزامات من المحيل إلى المحال إليه الذى يصبح طرفا فى العقد الأصلي ، وقد استقر القضاء بالنسبة لأثر حوالة العقد على الآتى :

(١) وتطبيقا لذلك قضت هيئة التحكيم فى حكم لها صادر عن مركز القاهرة الإقليمي أن (اقرار الطرفين بأن العقد المبرم بينهما قد تضمن اتفاقهما على الإحالة لعقد آخر يعنى أن شروط وملاحق العقد المحال إليه بما فى ذلك شرط التحكيم تعتبر جزء لا يتجزأ من العقد الجديد المبرم بين الطرفين ويتعين الرجوع إليها والإحتكام بها ، حيث تمسك المحتكم ضده بدفع اختصاص هيئة التحكيم استنادا إلى أن الخدمة التى قدمت وتم المطالبة بقيمتها إنما تخرج عن مجال العقد المبرم الطرفين وبالتالي فالاختصاص وفقا - لما يرى - إنما ينعقد للقضاء تأسيسا على انعدام وجود شرط التحكيم ، وحيث أقر الطرفان بأن العقد المبرم بينهما تضمن اتفاق الطرفين على الإحالة لعقد آخر ، ومن ثم فإن الشروط وملاحق العقد المحال إليه يعتبر جزءا لا يتجزأ - من العقد الجديد المبرم بين الطرفين ويعين الرجوع إليها والإحتكام بها ، وحيث أن العقد المحال إليه ينص صراحة على وجوب تسوية المنازعات (دون تحديد) عن طريق التحكيم وفقا لقواعد التحكيم التابعة للمركز الإقليمي للتحكيم التجارى الدولى بالقاهرة ، وحيث أن الخدمة التى يطالب بقيمتها قدمت ونفذت أثناء سريان هذا العقد وعليه فإنه يعد هذا النزاع خاضعا للتحكيم على أساس قانون التحكيم المصرى) القضية التحكيمية رقم ٨٥٤ لسنة ٢٠١٢ الحكم الصادر عن مركز القاهرة بتاريخ ٢٠١٣/٥/١٢ - مجلة التحكيم العربى - العدد العشرون - يونيو ٢٠١٣ .

أكدت محكمة النقض المصرية في حكم لها على أنه (لما كان العقد شريعة المتعاقدين ولا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون ، فإن حوالة العقد ملزمة للمحيل والمحال إليه كليهما ، فلا يجوز لأحدهما العدول عنه بإرادته المنفردة ، وأن الحق المحال به ينتقل إلى المحال إليه بصفاته ودفعه ، كما تنتقل معه توابعه) (١) .

وفي حكم آخر لمحكمة النقض قضت بأن يكون نقل شرط التحكيم بالحوالة طبقا للقانون الذي يحكم هذا الاتفاق ، أى الذى نشأ فى ظله ، وذلك لأن حوالة الحق لا تؤثر على القوة الملزمة له ، رغم تغير أحد أطرافه وأن الإلتزامات الناشئة عن العقد ، لا تتغير سواء فى موضوعها أو سببها ، وكذلك فإن حوالة الحق لا تنشئ التزاما جديدا فى ذمة المدين وإنما هى تنقل الإلتزامات الثابتة أصلا فى ذمته من الدائن إلى دائن آخر (٢) .

قضت محكمة استئناف باريس فى حكم لها على أن حوالة شرط التحكيم لا تنفصل عن مضمون العقد الأصلي وأن شرط التحكيم يُنقل إلى المحال له سواء فى حالة حوالة العقد أو حوالة الدين (٣) .

(١) .. متى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى عدم الإعتداد بعقد البيع الحال من الطاعن (المشتري) للمطعون عليه الأول (المحال إليه) لأن الأخير لم يكن طرفا فيه ولم تتم حوالته إليه طبقا للقانون ، فإن أثره فى جميع ماتضمنه بما فى ذلك شرط التحكيم لا يتعدى طرفى هذا العقد إلى المنازعة القائمة بين الطاعن والمطعون عليه الأول فى خصوص رجوع الأخير بما دفعه للطاعن وذلك تأسيسا على عدم نفاذ الحوالة ، وإذا كان الحكم قد قضى برفض الدفع بعدم اختصاص المحاكم وبعدم سريان شرط التحكيم على المنازعة فإنه يكون قد انتهى صحيحا فى القانون . نقض مدنى - جلسة التاسع من فبراير - سنة ١٩٨٣ - الطعن رقم ١٨١ - سنة ٤٧ قضائية - مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى - الجزء الأول - ص ٤٢٢ .

(٢) نقض مدنى - جلسة الثالث والعشرون من ديسمبر سنة ١٩٧٧ - مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى - س ١٨ - ص ١٧٤٤ .

(3) Paris 15 Mars. 1966 - Rev . Arb - 1966 .p .100 .Et Paris 20 Avr .Rev .Arb . 1988 - P. 570 .

الفرع الرابع

أثر الحلول على اتفاق التحكيم

الوفاء مع الحلول هو نوع من الوفاء يؤدي إلى استيفاء الدائن حقه وحلول الغير الموفى محله في رجوعه على المدين .

وبناءً عليه فإن الوفاء مع الحلول هو نظام قانوني مركب ، فهو بالنسبة للدائن وفاء يترتب عليه إنقضاء الدين وبالتالي براءة ذمة المدين قبل الدائن ، وهو بالنسبة للمدين نقل الحق من الدائن إلى الموفى ، ولذا يحل هذا الأخير محله في الحق الذي كان له قبل المدين ، بما يكفله من تأمينات وما يلحقه من توابع ، وما يرد عليه من دفعات وتنص المادة ٣٢٩ من القانون المدني على أن (من حل قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه لهذا الحق من توابع وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفعات ولا يكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن) . والحلول وفقاً لهذا النص له صورتان :

الصورة الأولى الحلول القانوني : حيث تنص المادة ٣٢٦ مدني على أنه (توجد ثلاث حالات يتم فيها الحلول بقوة القانون وهي ١- إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع المدين أو عنه ٢- وفاء الدائن المتأخر لدائن مقدم ٣- وفاء الحائز للعقار بالدين المضمون) وذلك بالإضافة إلى حالات أخرى وردت في نصوص متفرقة مثل نص المادة ١٥٨ من القانون التجاري والمادة ٧٧١ من القانون المدني .

الصورة الثانية الحلول الإتفاقي : وهو يتم أولاً : بالإتفاق مع الدائن ، ثانياً : بالإتفاق مع المدين .

أولاً : الحلول بالإتفاق مع الدائن : تنص المادة ٣٢٧ مدني على أنه (للدائن الذي استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ذلك . ولا يصح أن يتأخر هذا الإتفاق عن وقت الوفاء) .

هذا الحلول يتم بالإتفاق بين الدائن والغير الذي وفي له حقه ، ولا ضرورة لرضاء المدين بذلك ، كما أنه يجب أن يتم هذا الإتفاق على الحلول بين الدائن والموفى وقت الوفاء وذلك لأن الوفاء إذا تم دون اتفاق على الحلول ترتب عليه انقضاء حق الدائن ، كما أن الإتفاق على الحلول في هذا الوقت يحول دون التواطؤ بين الدائن والمدين للإضرار بباقي الدائنين ، والغالب أن يقع التصريح بالحلول في المخالصة التي يعطيها الدائن للغير الموفى ولا تكون المخالصة حجة على الغير في تاريخها إلا منذ أن يصبح لها تاريخ ثابت .

ثانيًا : الحلول بالإتفاق مع المدين : تنص المادة ٣٢٨ مدنى على أنه (يجوز أيضًا للمدين إذا اقترض مالمًا وفى به الدين ، أن يحل المقرض محل الدائن الذى استوفى حقه . ولو بغير رضا هذا الدائن ، على أن يذكر فى عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء ، وفى المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذى أقرضه الدائن الجديد) ويشترط لحلول المقرض محل الدائن فى هذه الحالة أن يكون القرض سابقا على الوفاء أو معاصرا له على الأكثر .

ويترتب على الحلول فى هذه الحالة استفادة المقرض من التأمينات التى كانت تضمن حق الدائن الذى حل محله فيه . ويشترط للإحتجاج بتاريخ القرض والمخالصة فى مواجهة الغير أن يكون هذا التاريخ ثابتاً .

آثار الحلول : يترتب على الحلول سواء القانونى أو الإتفاقى أن يحل الموفى محل الدائن المستوفى فينتقل إليه ذات الحق الذى كان للدائن بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفع .

والسؤال الذى يثار هنا إذا كان هناك اتفاق تحكيم مبرم بين الدائن والمدين هل ينتج هذا الإتفاق أثره فى حق الموفى عند رجوعه على المدين بما أوفاه عنه ؟

تتوقف الإجابة على هذا السؤال على نوع الدعوى التى يرجع بها الغير الموفى على المدين بما أوفاه عنه . حيث أنه هناك نوعين من الدعاوى التى من الممكن للغير الموفى أن يرجع بهما على المدين ، الأولى هى الدعوى الشخصية ، الثانية دعوى الحلول^(١) .

أولاً : بالنسبة لدعوى الحلول : إذا رجع الموفى بالدعوى الشخصية على المدين مثل دعوى الفضالة ، أو دعوى الإثراء بلا سبب فإنه عندئذ لا يكون طرفا فى اتفاق التحكيم وليس له أن يستفيد منه ، ويكون رجوعه على المدين بالدعوى أمام المحاكم ، وذلك لأنه يرجع على المدين بحق شخصى وليس بالحق الذى وفاه للدائن .

ثانيًا : بالنسبة لدعوى الحلول : فإنه إذا رجع الموفى على المدين بدعوى الحلول ، حيث أنه فى هذا الفرض يحل الغير الموفى محل الدائن المستوفى فى ذات الحق الذى أوفاه بما يتمتع به من خصائص وتوابع وتأمينات ودفع ، فإن الحلول يتضمن أيضا حلول فى شرط التحكيم ،

(١) د/ محمد نور شحاته - مفهوم الغير فى التحكيم - المرجع السابق - ص ١٠٥ .

د/ رضا السيد - مسائل فى التحكيم - الكتاب الثانى - التحكيم فى الكفالة المصرفية وخطابات الضمان - الطبعة الثالثة - ٢٠٠٩ - دار النهضة العربية - ص ٥٥ .

حيث أنه إذا قام شخص من الغير بالوفاء بالدين للدائن ، وحل محل الدائن المستوفى حقه فى دعواه ضد المدين ، فإن هذا الغير - سواء كان حلوله بنص القانون أو بالإتفاق بينه وبين الدائن ، أو بينه وبين المدين - يقيد باتفاق التحكيم المبرم بين الدائن والمدين ، ويحل محل الدائن فى هذا الإتفاق عند رجوعه بالحق على المدين محل الدائن فى حقه .

ويلاحظ أنه يجب أن يكون الموفى عالما بوجود اتفاق التحكيم المبرم بين الدائن والمدين لأنه إذا لم يكن يعلم بهذا الإتفاق وقت قيامه بالوفاء ، كما إذا كان قد أبرم هذا الإتفاق فى تاريخ لاحق على تاريخ الإتفاق الذى نشأ عنه الدين ، فى هذه الحالة لا يكون الإتفاق على التحكيم ملزما له وذلك إعمالا للقواعد العامة فى انتقال الالتزامات إلى الخلف الخاص .

وقد قضت بعض أحكام النقض على أنه عندما يحل الموفى محل الدائن فإن له التمسك بشرط التحكيم فى مواجهة المدين ، وذلك لأن هذا الإتفاق يعتبر من توابع الدين حيث قضت محكمة النقض المصرية : بعدم الإعتداد بعقد البيع المحال من المشتري الآخر وذلك لكونه ليس طرفا فيه ولم تتم حوالته إليه طبقا للقانون وآثار هذا العقد بما يتضمنه بما فى ذلك شرط التحكيم مقصورة على طرفيه ولايمتد إلى رجوع المحال له على المحيل بما دفعه له ^(١).

- أثر الحلول فى قوانين دول الخليج العربى :

بالنسبة لأثر اتفاق التحكيم للغير فى الحلول ، باستعراض نصوص القانون المدنى الخاصة بالحلول فى دول الخليج العربى - دول محل البحث - فقد جاء فى نص القانون المدنى الكويتى فى المادة ٣٩٦ على أنه (من حل قانونا أو اتفاقا محل الدائن ، كان له حق بما لهذا الحق من خصائص وما يلحق من توابع ، وما يلحقه من تأمينات وما يرد عليه من دفع ، ويكون هذا الحل بالقدر الذى أداه من حل محل الدائن) .

ويلاحظ أن هذا النص يتفق مع ما جاء به المشرع المصرى فى نص المادة ٣٢٩ من القانون المدنى على أنه (من حل سواء قانونا أو عن طريق الاتفاق محل الدائن فإن هذا الشخص الذى حل محل الدائن يكون له الحق فى جميع ما يلحق هذا الدين من توابع وإيضا ويكلفه من تأمينات وله الحق أيضا فى استعمال كافة الدفع المتعلقة به ويكون هذا الحل بالقيمة التى أداها عنالدائن) .

(١) نقض مدنى الحادى عشر من يناير سنة ١٩٦٦ - مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى لمحكمة النقض - سنة ١٧ قضائية - ص ٦٥ .

أما بالنسبة للوضع في البحرين فقد نص المشرع البحريني في المادة ٣٢٠ من القانون المدني علي أنه (من حل قانونا أو اتفاقا محل الدائن كان له حق لهذا الحق من خصائص وما يلحق من توابع وما يلحقه من توابع وما يكفله من تأمينات ومايرد عليه من دفعوع ويكون هذا الحلول بقدر ما أداه من حل محل الدائن) ، أما القانون الإماراتي فلايوجد نص صريح خاص بالحلول وإنما جميع النصوص خاصة بالوفاء وليس الحلول ، وأيضا لايوجد في المملكة العربية السعودية ما يدل على الحلول وذلك لأن فقه المعاملات المدنية قائم على الشريعة الإسلامية .
والسؤال ما هو أثر اتفاق التحكيم المبرم بين الدائن والمدين على حق الغير الذي حل محل المدين وذلك عند رجوعه على المدين بما أداه نيابة عنه ؟

الاجابة هنا تتوقف على نوع الدعوى التي يرجع بها هذا الغير المحيل له على المدين بما أداه عنه ، وذلك لأنه يوجد نوعين من الدعاوى هي الدعوى الشخصية ودعوى الحلول .
بالنسبة للنوع الأول وهو الرجوع على المدين بالدعوى الشخصية : مثال دعوى الفضالة أو دعوى الإثراء بلاسبب ، فإنه في هذه الحالة لا يكون الموفى (الغير) طرفاً في اتفاق التحكيم وليس له الحق في الاستفادة منه وذلك لأن رجوعه على المدين بالدعوى الشخصية أمام المحاكم رجوع لحق شخصي وليس للحق الذي أوفاه ^(١) .

بالنسبة للنوع الثاني من الدعاوى وهو دعوى الحلول : فإنه في هذه الحالة ، فإن الموفى (الغير) يحل محل الدائن المستوفى في ذات الحق الذي أوفاه بما يتمتع به من خصائص وتوابع وتأمينات ودفعوع وهذا هو ما جاء في نصوص المواد السابق ذكرها ، بالتالي فإن الحلول يتضمن حلولاً في شرط التحكيم ، ولذلك فإنه إذا ما قام شخص من الغير بوفاء الدين وحل محل الدائن المستوفى حقه في دعواه ضد المدين فإنه يكون له الحق في اللجوء إلى التحكيم بناء على اتفاق التحكيم الموجود في العقد الأصلي طالما كان يعلم به أما إذا كان اتفاق التحكيم في محرر مستقل عن العقد الأصلي ولايعلم به ، وغير مشار إليه في العقد الأصلي فإنه لايمتد إليه اتفاق التحكيم .
وبناء عليه فإن هذا الغير - سواء كان حلوله بنص القانون أو باتفاق بينه وبين الدائن أو بينه وبين المدين ، فإنه يلتزم باتفاق التحكيم المبرم بين الدائن والمدين ، وبالتالي فإنه يحل محل الدائن في هذا الاتفاق عند رجوعه بالحق على المدين حالاً محل الدائن في حقه ولكن مع توافر

[١] د/ مصطفى الجمال - د/ عكاشة عبد العال - التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية - المرجع السابق .

شرط العلم بوجود اتفاق التحكيم^(١).

الفرع الخامس

أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للدائنين

تمهيد وتقسيم :

مما لا شك فيه أن دائنى المتعاقد يعتبرون من الغير بالنسبة للعقود التى يبرمها ، لأنهم ليسوا خلفا عاما له ، وذلك لأنهم لم يتلقوا عنه كل ذمته المالية ، أو حصة منها كالورثة ، والموصى لهم بحصة من التركة ، وأيضا ليسوا خلفا خاصا لأنهم لم يتلقوا عن مدينهم حقا على شئ معين بالذات .

ويلاحظ أن الدائن العادى حتى وإن لم تتصرف إليه آثار العقد الذى يبرمه مدينه ، فإن هذا العقد قد يفيد ، وقد يضره ، وذلك لأن هذا العقد إما أن يدخل حقا فى ذمة مدينه فيزيد تبعا لذلك الضمان العام الذى يعتمد عليه فى استيفاء دينه ، أو إنه يخرج حقا من ذمة هذا المدين ، فينقص بذلك الضمان العام^(٢) .

بالإضافة إلى ذلك فإنه يجب ملاحظة أن الدائن لا يستطيع أن يتمسك فى الظروف العادية بعدم نفاذ العقد فى مواجهته ، وذلك لأن العقد باعتباره واقعة قانونية - كما تم بيانه سابقا - فإنه يكون نافذا فى مواجهته ، كما أنه يكون نافذا فى مواجهة الكافة .

مما سبق يتضح لنا أن الدائن الشخصى ليس خلفا عاما أو خاصا لمدينه ، ولذلك فإننا قبل الحديث عن أثر اتفاق التحكيم بالنسبة إلى الدائنين ، سوف نتناول المركز القانونى للدائن ، ثم بعد ذلك نبين أنواع الدائنين ، ومدى تأثر الدائن بالعقود الصادرة من مدينه ، وذلك عن طريق المقارنة بينه وبين الخلف سواء كان الخلف العام أو الخلف الخاص ، وأيضا عدم انصراف أثر العقد إلى الدائنين ، ثم بعد ذلك نعرض إلى الأثر الملزم للعقد والإحتجاج به بالنسبة للدائنين ثم بعد ذلك نعرض امتداد اتفاق التحكيم إلى الدائنين ، وذلك على النحو التالى :

(١) د/ فتحي والى - قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق - المرجع السابق - بند ٨٢ - ص ١٦٧ د/ أحمد أبو الوفا - عقد التحكيم وإجراءاته - المرجع السابق - بند ٥٦ - ص ١٤٧ د/ حسام الدين فتحي ناصف - نقل اتفاق التحكيم - المرجع السابق - ص ٥٠ وما بعدها .

(٢) د / محمد لبيب شنب - دروس فى نظرية الإلتزام - مصادر الإلتزام - طبعة سنة ١٩٧٦ - ١٩٧٧ - دار انهضة العربية - ص ٢٦٨ - بند ٢١٩ .

أولاً : المركز القانوني للدائنين :

لقد ذهب جانب من الفقه إلى أن الدائن لا يُعتبر خلفاً بالنسبة لمدينه سواء كان ذلك خلفاً عاماً أو خاصاً ، وأيضاً لا يوجد وجه شبه بينهما ، وذلك لأن الدائن ليس له إلا حق الضمان العام على أموال المدين ، وذلك وفقاً لما جاء في نص المادة ٢٣٤ من القانون المدني حيث نصت على أن (أموال المدين جمعها ضامنة للوفاء بديونه) ، وهذا هو ما يجعل الدائن يتأثر بطريقة غير مباشر بأثر العقد وذلك لأنه إما أن يكون عبارة عن زيادة في الحقوق للمدين ، وبالتالي يؤدي إلى زيادة الضمان العام أو زيادة في الإلتزامات ، وبالتالي يؤدي ذلك إلى نقص في الضمان العام^(١) . وبناءً عليه فإن التصرف الذي يبرمه المدين يقتصر أثره في هذا الشأن على أن الدائن يستفيد أو قد يُضار بطريقة غير مباشرة ، وذلك من خلال الحق الذي يكتسبه المدين والذي يترتب عليه زيادة الضمان العام ، أو تحمله بالإلتزام والذي يترتب عليه بطبيعة الحال نقص في الضمان العام للدائنين وذلك لأنه كما سبق لنا القول أن أموال المدين ضامنة لديونه .

ويلاحظ أن الدائن يتمتع بحقوق لا يتمتع بها الخلف ، تلك الحقوق منحها له القانون وهي عبارة عن مجموعة من الوسائل القانونية التي تكفل له حماية حقه من تصرفات المدين الضارة^(٢) .

(١) د/ عبد المنعم فرج الصدة - مصادر الإلتزام طبعة ١٩٧٤ - دار النهضة العربية - بند ٤٤٣ - ص ٣٤٨ .

(٢) ومن أهم الوسائل التي أعطاهها القانون للدائن حماية له من تصرفات المدين الضارة به هي : الدعوى غير المباشرة : حيث يستطيع الدائن المطالبة بحقوق مدينه في ذمة الغير ، مثال ذلك الحق الذي يترتب على عقد يبرمه المدين . يطالب الدائن بحق مدينه نيابة عنه ليحافظ على هذا الحق في الضمان العام ، الدعوى البوليصية حيث يستطيع الدائن أن يطلب عدم نفاذ التصرف الذي يضره في حقه ، كي يتمكن من التنفيذ على المال الذي ورد عليه التصرف ، دعوى الصورية : حيث يجوز للدائن أن يطعن بالصورية في التصرف الصوري الذي يبرمه المدين ، كي يتمكن من التنفيذ بحقه على المال موضوع التصرف باعتباره موجوداً في ذمة المدين - بل إن الدائن طبقاً لمصلحته ، أن يتمسك بالتصرف الصوري إذا كان يجهله ، أو يتمسك بالتصرف الحقيقي ، دعوى الإعسار : حيث يجوز للدائن أن يطلب شهر إعسار المدين حيث يمكن توزيع أمواله على سائر الدائنين . ومتى سجلت صحيفة دعوى الإعسار لايسرى في حق الدائن أي تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته ، ولا أي وفاء يقوم به المدين ، يخول القانون الدائن ، في بعض الأموال ، دعوى مباشرة في مواجهة مدين مدينه ، من الباطن كان للمؤجر دعوى مباشرة في مواجهة المستأجر من الباطن يستطيع أن يطالب بمقتضاها مباشرة بالأجرة المستحقة له في حدود ما على المستأجر من الباطن للمستأجر . انظر د/ سليمان مرقس - الوافي في شرح القانون المدني - مصادر الإلتزام - ص ٥٩٢ .

وهناك نوعان من الدائنين هما :

النوع الأول : هو الدائن العادى الذى له حق الضمان العام على الذمة المالية لمدينه .
بالإضافة إلى ذلك فإن الدائن العادى ليس خلفا خاصا ، وذلك لأنه لم يتلقى عن مدينه حقا على شئ معين بالذات ، وإنما هو يكون من الغير بالنسبة لتصرف مدينه .
بمعنى أنه لايمكن إلزام الدائن بتنفيذ العقد الذى أبرمه المدين ، بالإضافة إلى أنه لايقب للدائن أن يطلب مباشرة ممن تعاقد معه مدينه أن ينفذ التزامه .
النوع الثانى : وهو الدائن غير العادى الذى يتمتع بضمان أو تأمين خاص لسداد حقه ، مثال ذلك الدائن المزود بتأمين عينى كالرهن .

أيضا فإن الوضع بالنسبة للدائن غير العادى يختلف عنه بالنسبة للدائن العادى حيث أنه من الممكن أن يعتبر بمثابة خلف خاص لمدينه وذلك بالنسبة للمال الضامن لحقه (١) .

ثانياً : مدى تأثير الدائن بالعقود الصادرة من مدينه :

لقد انقسم الفقه إلى اتجاهين بالنسبة لمدى انصراف أثر العقود التى يبرمها المدين إلى الدائن .

ذهب الإتجاه الأول إلى القول بعدم إنصراف أثر العقد إلى الدائنين : وذلك على أساس أن ما ينشأ عن العقد من حقوق والتزامات تؤثر فى ذمة المدين المالية ، سواء كان ذلك عن طريق زيادة الحقوق أو زيادة الإلتزامات ، وهذا بالتأكيد سوف يؤثر على حقوق الدائنين ، وأيضا لأنها سوف تؤثر فى الضمان العام لهم ، وهو يمثل الذمة المالية لمدينهم .
إلا أنه يجب ملاحظة أن تأثير الدائنين بالنتائج التى تترتب على عقود مدينهم ، ليس معناه انصراف آثار هذه العقود إليهم ، وذلك لأنهم لاينشأ لهم من هذه العقود حقوق أو يترتب عليها التزامات ، أى إنهم لاينتقل إليهم شئ من ذلك وإنما الذى يتأثر هو الضمان العام لهم سواء كان هذا بالزيادة أو بالنقصان .

مما سبق يتضح لنا أن تأثير الدائنين بالعقود التى يبرمها مدينهم هو تأثير غير مباشر ، يتحقق عن طريق الزيادة أو النقصان فى الضمان العام .
ولذلك فإنه لايمكن إعتبار الدائنين كالخلف العام أو الخاص من حيث إمكان اعتبارهم أطراف فى العقد حكما وبالتالى فهم من الغير بالنسبة لآثار عقود مدينهم .

(١) د/ محمد حسين منصور - النظرية العامة للالتزام - طبعة ٢٠٠١ - دار الجامعة الجديدة - بالإسكندرية .

بينما ذهب الإتجاه الثانى إلى القول بأن الدائنين يتأثرون إلى حد كبير بعقود مدينهم : وذلك لأن هذه العقود تؤثر فى الضمان العام لهم ، وذلك وفقا لما نصت عليه المادة ١/٢٣٤ من القانون المدنى أن (أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه) .

وبناءً عليه فإنه يترتب على ذلك إذا زادت أموال المدين أو نقصت زاد الضمان العام للدائنين والعكس إذا ما نقصت أموال المدين ترتب على ذلك زيادة ديونه ، وبالتالي نقص الضمان العام للدائنين .

مما سبق يتضح لنا أن الدائنين يتأثرون بما يبرمه مدينهم من عقود ، وذلك على الرغم من أن الحقوق والإلتزامات التى تنشأ من هذه العقود لا تنتقل إلى الدائنين ، كما تنتقل إلى الخلف العام أو الخلف الخاص . وإنما يتعدى أثرها إليهم فقط ، من حيث أنها تزيد أو تنقص من ضمانهم العام أى أن يتعدى لهم إلى حد ما بطريق غير مباشر .

ويلاحظ أنه على الرغم من إنصراف أثر العقد إلى الدائنين ، إلا أنه لايعنى أنهم خلف عام أو خلف خاص ^(١) .

ثالثاً : الأثر الملزم للعقد والإحتجاج به بالنسبة للدائنين :

هناك فرق بين الأثر الملزم للعقد والإحتجاج به فى مواجهة الآخرين . والسؤال هو ما مدى تأثير الدائنين بالأثر الملزم للعقد ؟ وما مدى الإحتجاج به فى موجهتهم ؟ ولذلك سوف نعرض لكل منهم بشئ من التفصيل وذلك على النحو التالى :

أولاً : المقصود بالأثر الملزم هو عبارة عن اكتساب الحق أو التحمل بالإلتزام الذى أنشأه الحق . لذلك فإن الأثر الملزم للعقد لاينصرف إلى دائنى المتعاقدين ، وذلك لأن الدائن لايلتزم بأى التزام عقده مدينه ، وأيضا لا يكتسب حقا نشأ عن عقد أبرمه المدين ، فالدائن إذن من الغير بالنسبة لعقود مدينه .

وعلى الرغم من أن الدائن يتأثر بالعقود التى يبرمها المدين ، فيستفيد منها أو يضار وذلك حسب تأثيرها فى الضمان العام - كما تقدم - إلا أن ذلك لايعنى أن للعقد أثرا ملزما بالنسبة للدائنين .

[١] د/ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط - الجزء الأول - نظرية العقد - الطبعة الثالثة - المرجع السابق - ص ٧٣١ . د/ عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق - بند ٢٨٨ - ص ٥٨٣ . د/ سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ٥٩٢ . د/ محمد حسين منصور - المرجع السابق - ص ٣١٥ .

ثانيًا : المقصود بالاحتجاج بالعقد فهو يُقصد به أن العقد بما أنشأه من التزامات بين طرفيه ، أو بمعنى آخر هو عبارة عن واقعة قانونية ليس في وسع أحد أن يتجاهلها ^(١) . وبالتالي فإنه يتم الاحتجاج بالعقد في مواجهة كافة ، كما أنه يتم الاحتجاج به عليهم ، ولذلك فإن الأثر الملزم للعقد ، ولذلك فإن الدائن يستطيع الاحتجاج بالعقد في مواجهة المدين ، وأيضا يستطيع المدين أن يحتج به في مواجهة الدائن .

أيضا للدائن أن يحتج بالعقد الذي اكتسب به مدينه الأموال ، وذلك لكي يحجز على هذا المال ، لإستيفاء دينه . بالإضافة إلى ذلك فإنه من الممكن أن يحتج على الدائن بالعقد الذي خرج به المال من ذمة مدينه إلى شخص آخر فلا يستطيع الدائن الحجز عليه .

أيضا يستطيع الدائن أن يحتج على أى عقد جديد يوقعه مدينه وذلك لأنه يترتب عليه إنشاء التزامات جديدة في ذمة مدينه ، وذلك لأنه سوف ينشأ دائن جديد سوف يشاركه في قسمة الغرماء .

مما سبق يتضح لنا أن الدائن يحتج بعقد المدين ، كما يحتج به عليه ، مثله في ذلك مثل أى شخص آخر ، وذلك تطبيقا لمبدأ الاحتجاج بالعقد مع بقاء الدائن من الغير بالنسبة للأثر الملزم للعقد ، أيضا أن هناك فرق بين مركز الدائن ومركز الخلف العام والخلف الخاص ، وذلك فيما يتعلق بالأثر الملزم لعقود المدين (السلف) فالدائن من الغير ^(٢) .

رابعًا : مدى امتداد اثار اتفاق التحكيم إلى الدائنين :

مما سبق تبين لنا مدى تأثر الدائنين بالعقود التي يبرمها مدينهم ، وذلك لأن هذه العقود يترتب عليها التأثير في ذمة المدين المالية سواء كان ذلك بالزيادة أو النقصان ، وهو ما يؤدى في النهاية إلى التأثير في حقوق الدائنين ، وذلك لأن ذمة المدين المالية تعتبر هي الضامنة للوفاء بديونهم ^(٣) .

والسؤال هو ما مدى امتداد اتفاق التحكيم الذى يبرمه المدين إلى الدائن ؟ أو بمعنى آخر هل يجوز للدائن أن يتمسك باتفاق التحكيم فى مواجهة المدين ؟ وهل من الممكن الاحتجاج باتفاق التحكيم فى مواجهته ؟.

(١) الفصل الأول من البحث .

(٢) د/ اسماعيل غانم - النظرية العامة للالتزام - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - ص ٣٥٥ وما بعدها .

(٣) للمزيد من التفاصيل انظر د/ الأنصارى حسن النيدانى - الأثر النسبى لإتفاق التحكيم - طبعة ٢٠٠٩ - دار

الجامعة الجديدة - بند ٢٩ - ص ٥٢ .

بينما فيما تقدم أن القاعدة هي أن اتفاق التحكيم يسرى فى مواجهة الخلف للأطراف (الخصوم) وذلك طبقاً للقاعدة العامة فى القانون المدنى المادة (١٤٥) .

إلا إنه إذا ما كان القصد من اللجوء إلى التحكيم هو الغش والإضرار بالدائنين فإنهم يجوز لهم التمسك بعدم نفاذه فى مواجهتهم ، وذلك لأن الغش يبطل جميع التصرفات ، بالإضافة إلى ذلك فإن الدائنين فى جميع الأحوال يملكون التدخل فى الخصومة أمام المحكم ، وذلك لمراقبتها ومراقبة تصرف المدين .

ويلاحظ أن الدائن ليس له الحق فى إبرام اتفاق تحكيم مع الغير ضد المدين وذلك فيما يخصه من حقوق قبل المدين ، إلا أنه فى هذه الحالة يكون له الحق فى رفع دعوى غير مباشرة أمام القضاء مطالباً فيها بحقه من المدين وذلك وفقاً لقواعد القانون المدنى ، وكما سبق القول فإنه يملك الحق فى مباشرة الخصومة التحكيمية فى التحكيم الذى سبق وأن عقده مدينه ^(١) .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض فى حكم لها (بعدم الاعتداد بعقد البيع المحال من المشتري الآخر وذلك لكونه ليس طرفاً فيه ولم تتم حوالته إليه طبقاً للقانون وآثار هذا العقد فيما تضمنه بما فى ذلك شرط التحكيم مقصورة على طرفيه ، ولا تمتد إلى رجوع المحال له على المحيل بما دفعه له) ^(٢) .

وذهب جانب آخر من الفقه إلى أنه يجوز لدائن أن يتمسك باتفاق التحكيم الذى أبرمه المدين ، ويترتب على ذلك أنه يجوز له أن يقوم بتحريك الإجراءات أمام هيئة التحكيم ، أيضاً يجوز له التدخل فى خصومة التحكيم ، بالإضافة إلى أنه يجوز له الطعن فى حكم التحكيم مستعملاً بذلك حقوق مدينه . أيضاً يجب أن يلتزم الدائن باتفاق التحكيم الذى أبرمه المدين مع الدائن ، فإذا أراد أن يرفع دعوى غير مباشرة مستعملاً حقوق مدينه فى نزاع اتفق المدين على حله عن طريق التحكيم ، فى هذه الحالة يجب على الدائن اللجوء إلى التحكيم ، ولا يجوز له اللجوء إلى القضاء . أما إذا كان للدائن دعوى مباشرة ، فإنه يجوز له أن يرفعها أمام القضاء ولا يلتزم باتفاق التحكيم الذى أبرمه المدين ^(٣) .

[١] د/ أحمد أبو الوفا - عقد التحكيم وإجراءاته - الطبعة الثانية - سنة ١٩٧٤ - منشأة دار المعارف المصرية - بند ٥٥ - ص ١٤٦ - ١٤٧ .

[٢] نقض مدنى جلسة الحادى عشر من يناير - سنة ١٩٦٦ - ١٧ - ٦٥ [مشار إليه لدى د/ أحمد أبو الوفا - عقد التحكيم وإجراءاته - المرجع السابق - ص ١٤٧ - ١٤٨ .

[٣] د/ الأنصارى حسن النيدانى - الأثر النسبى لاتفاق التحكيم - المرجع السابق - بند ٢٩ - ص ٥٣ .

المبحث الثاني

امتداد آثار اتفاق التحكيم إلى الغير

تمهيد وتقسيم :

من المستقر عليه قانوناً أن القاعدة العامة هي نسبية آثار العقد ، أى أن آثار العقد لا تنصرف إلى غير المتعاقدين والخلف سواء كان عام أو خاص ، وأيضا الدائنين الذين تنتقل إليهم آثار العقد بطريق غير مباشر عن طريق زيادة أو نقص الضمان العام لهم .

وهذا هو ما نصت عليه المادة ١٥٤ من القانون المدنى (ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام) ، ونصت المادة ١٤٦ على أنه (إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشئ انتقل بعد ذلك إلى الخلف الخاص فإن هذه الإلتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشئ إذا كان من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشئ إليه) .

مما سبق يتضح لنا أن الغير هو كل من لا ينصرف إليه أثر العقد وهو ينقسم إلى فرضين أو طائفتين :

الطائفة الأولى : وهى طائفة الخلف والدائنون فهم يصبحون من الغير فى أحوال استثنائية :

قد سبق لنا القول بأن الخلف والدائنون قد يكونوا من الغير فى أحوال استثنائية ، فلا ينصرف إليهم أثر العقد .

أولاً: بالنسبة للخلف العام فإنه يكون من الغير إذا ما أثبت أن التصرف الذى صدر من سلفه ، سواء كان بيع أو هبة قد وقع فى مرض الموت ، إلا أنه يجب عليه إثبات ذلك ، لأنه فى هذه الحالة هو الذى يقع عليه عبئ الإثبات ^(١) .

(١) د/ عبد الرزاق السنهورى - النظرية العامة للالتزامات - الجزء الأول - نظرية العقد - المرجع السابق - ص ٨٦٣ . ويلاحظ أن البيع أو الهبة الذان يصدرهما المورث فى مرض ، ياخذان حكم الوصية فى حق الورثة ، وهم أيضا يأخذان نفس الحكم فى حق الدائنين ، وبالتالي فهم لا ينفذان من التركة إلا بعد أن يستوفى الدائنون حقوقهم كما فى الوصية ، وبناء عليه فإنه يجب على الدائنين إثبات أن العقد قد صدر فى مرض الموت ، لأنه لا يتم الإحتجاج عليهم بالتاريخ العرفى .

ثانيًا : بالنسبة للخلف الخاص : أيضا يكون الخلف الخاص من الغير إذا أثبت أن هذا العقد سابق على انتقال الشئ إليه ، وأن الحق الناشئ عن العقد مكمل للشئ ، وهنا أيضا يقع عبئ الإثبات على الخلف في وقت انتقال الحق إليه ، وعلى عاتق الغير في انتقال الإلتزام .

ثالثًا : بالنسبة للدائن فهو يكون من الغير في الدعوى البوليصة ، وفي الصورية ، فإذا تمسك بأحد العقدين فإنه يكون من الغير بالنسبة للعقد الآخر ويكون عليه هو عبئ الإثبات .

مما سبق يتضح لنا أن الخلف العام ، والخلف الخاص والدائنين يكونوا من الغير في أحوال معينة ، وبالتالي فهم بهذه الصفة لا يمكن أن يتم الإحتجاج عليهم بالعقد إلا إذا كان العقد ثابت التاريخ .

أما بالنسبة للطائفة الثانية من الغير فهو ذلك الغير الأجنبي تماما عن العقد :

أى أنه ليس طرفا في العقد ولا خلفا عاما أو خاصا أو دائنا لأحد من طرفي العقد ، أى أنه لا ينصرف إليه أثر العقد وذلك لأنه بعيد تماما عن دائرة التعاقد ^(١) .

(١) وتطبيقا لذلك قضت هيئة التحكيم في حكم لها صادر عن مركز القاهرة الإقليمي بأن (صدور خطاب الضمان محرر على ورق الشركة ومذيل بتوقيع مديرها يمنع الغير المتعاقد مع من اعتقد بأنه وكيل عن الشخص الأصيل أن يتمسك بانصراف أثر هذا التعامل إلى الشركة على أساس الوكالة الظاهرة ، وإن المشرع قد نهج في القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ فى شأن شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة وتغليب مصلحة الغير الذى يتعامل مع الشركة وحمايته ويركن إلى الأوضاع الظاهرة إذ كرست المادة ٢/٥٦ من القانون المذكور حق هذا الغير فى أن يتمسك بأى تصرف يجربه أحد موظفيها أو وكلائها على أنه يملك سلطة التصرف نيابة عنها واعتمد الغير على ذلك فى تعامله مع الشركة ولا يعتبر نشر أو شهر أى وثيقة (كالسجل التجارى مثلا) بالطرق التى حددها القانون قرينة على العلم بمحتوياتها ويتعين على الشركة إقامة الدليل على أن الغير كان يعلم بالفعل أو كان فى مقدوره أن يعلم . ومن ثم لا يجوز للشركة المحتكم ضدها إنكار ما إلتزمت به بموجب ملحق العقد موضوع النزاع والذى صدر فى شكل خطاب صادر عن مدير عام الشركة المحتكم ضدها والمحرر على ورقتها . أية ذلك أن المقرر فى أحكام الوكالة الظاهرة أنه يشترط لقيامها واعتبار الوكيل الظاهر نائبا عن الموكل قيام مظهر خارجى منسوب إلى الموكل من شأنه أن يخدع المتعامل مع الوكيل الظاهر دون أن يرتكب هذا المتعامل خطأ أو تقصير فى استطلاع الحقيقة - ويجعل هذا المتعامل معذورا فى الإعتقاد بأن ثمة وكالة قائمة بين الموكل والوكيل الظاهر وهو ما يتحقق فى صدور خطاب محرر على ورق الشركة المحتكم ضدها ومذيل بتوقيع مديرها العام - إذ يكون من حق الغير فى هذه الحالة وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض أن يتمسك بانصراف أثر هذا التعامل الذى أبرمه مع من اعتقد بحق أنه وكيل عن الشخص الأصيل على أساس الوكالة الظاهرة) القضية التحكيمية رقم ٧٠٧ لسنة ٢٠١٠ الحكم الصادر بتاريخ ٢٠١١/٦/٤ - عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجارى الدولى - العدد السابع عشر - ديسمبر ٢٠١١ - ص ٢٥٥ .

وهناك أمثلة عديدة لعدم انصراف آثار العقد إلى الغير تعرض بعض منها كما يلي :

- ١- الصلح الذى يقع بين الدائن واحد الورثة فهو عبارة عن عقد بينهما ولايسرى فى حق باقى الورثة ، وبالتالي فإن باقى الورثة يكونوا من الغير بالنسبة لهذا العقد .
 - ٢- عقد يصدر من أحد الشركاء على الشيوخ ، فهذا العقد لايفيد بقية الشركاء إلا فى حدود عمل الفضولى .
 - ٣- فى حالة وجود اتفاق جديد بين المدين والدائن ، فهذا الإتفاق لا يؤثر فى حق الكفيل الذى لم يشترك فيه .
- أيضا فى حالة التعاقد بالنيابة فإن النائب يكون من الغير ولا تنصرف إليه آثار العقد ، بل إن آثار العقد تنصرف إلى الأصل وهو الطرف فى العقد.
- إلا أنه يجب ملاحظة أن هذه القاعدة ليست مطلقة ، فكما رأينا أن آثار العقد أحيانا وفى ظروف استثنائية قد لا تنصرف إلى الخلف والدائنين وذلك بالنسبة للطائفة الأولى من الغير.
- فإنه كذلك بالنسبة للطائفة الثانية من الغير الأجنبى أصلا عن العقد والتي لا تنصرف إليها آثار العقد فهو أيضا قد ينصرف إليه آثار العقد على سبيل الإستثناء فى حالات معينة هذه الحالات هى :
- ١- فى حالة إذا ما كانت إعتبارات العدالة تقتضى انصراف آثار العقد إلى الغير الأجنبى عن العقد
 - ٢- إذا كانت المصلحة العامة تقتضى أن تنصرف آثار العقد إلى الغير الأجنبى عن العقد .

أولاً : انتقال آثار العقد إلى الغير تحقيقا للعدالة : هناك حالات استثنائية يتم فيها انتقال آثار العقد إلى الغير وذلك وفقا لما تتطلبه مصلحة العدالة ، فقد يحدث إن يكون للغير فى بعض الأحوال دعوى مباشرة فى عقد لم يكن طرفا فيه ^(١) .

ثانياً : انتقال آثار العقد إلى الغير عندما تقتضى مصلحة العدالة ذلك : أحيانا تقتضى مصلحة العدالة بوجوب استقرار المعاملات بين الأفراد ، وهذا بطبيعة الحال يقتضى فى بعض الأحوال أن ينصرف أثر العقد إلى من لم يكن طرفا فيه ، وذلك سواء كان هذا العقد من أعمال

(١) مثال ذلك : فى عقد الإيجار من الباطن حيث يكون للمؤجر دعوى مباشرة قبل المستأجر من الباطن ، وأيضا فى عقد التأمين حيث يكون للمصاب حق رفع الدعوى المباشرة من قبل شركة التأمين والدعوى المباشرة تعتبر بمثابة خروج على القاعدة العامة التى تقتضى بأن العقد لا ينصرف أثره إلى الغير .

التصرف أو من أعمال الإدارة^(١) .

أيضا نفس الوضع بالنسبة للدائن الظاهر إذا تقاضى ديناً ليس له ، فإن وفاء المدين للمدين في هذه الحالة يكون صحيحاً وينفذ في حق الدائن الحقيقي ، مع أنه لم يكن طرفاً في هذا الوفاء^(٢) أيضاً بالنسبة للإيجار الذي يصدر من غير المالك دون غش للمستأجر حسن النية في بعض الأحوال .

بالإضافة إلى ماسبق هناك حالات أخرى ينصرف فيها أثر العقد إلى الغير هي :

الحالة الأولى : هي انصراف آثار العقد إلى الغير ولكن دون قصد المتعقدين :

١ - حالة الصلح الواقى من الإفلاس : فإذا اتفق أغلب الدائنين على الصلح مع المفلس وكان لهم ثلاثة أرباع الديون ، فإن هذا الاتفاق يسرى على الأقلية الذين لم يرضوا بهذا الصلح ، ولم يكونوا طرفاً فيه ، في هذه الحالة فإنه تنتقل آثار العقد إلى الغير الذي لم يكن طرفاً فيه .

٢ - أيضاً يتحمل الغير أثر العقد في الإتفاقيات الجماعية ، وفي النقابات والجمعيات ، فإنها تسرى في حق الغير الذي لم يكن طرفاً فيها في حالة انضمامه إليهم فهو ينطبق عليه جميع شروط الإتفاقية بما في ذلك اتفاق التحكيم إذا كان منصوص عليه في العقد .

الحالة الثانية هي الحالة التي يتمسك فيها الغير بعقد لم يكن طرفاً فيه كعنصر من عناصر الإثبات :

مثال ذلك : اتفق صاحب أرض مع شخص آخر على أن يستغل هذا الأخير منجماً في الأرض المملوكة له ، وذلك مقابل مبلغ معين من المال وتم تحديد مقداره في العقد . ثم جاءت الشركة التي تعمل في الأرض ، والعمل في المنجم ووضعت قضبان حديدية لها على هذه الأرض ، وأدى هذا إلى عدم القدرة على استغلال المنجم ، فقام صاحب الأرض برفع دعوى طالب فيها الشركة بالتعويض عما أصابه من ضرر ، وتم تقدير التعويض بنفس التعويض المنصوص عليه في العقد الأصلي ، على الرغم من أن هذه الشركة لم تكن طرفاً في العقد^(٣) .

(١) مثال ذلك التصرفات التي تصدر من الوارث الظاهر ، فإنه يسرى تصرف الوارث الظاهر في حق الوارث الحقيقي مع أن هذا لم يكن طرفاً في العقد (أى أنه يكون من الغير بالنسبة لهذه التصرفات) وذلك لأن من يتعامل مع الوارث الظاهر يكون معتقداً بحسن نية أنه المالك الحقيقي .

(٢) د/ عبد الرزاق السنهوري - النظرية العامة للالتزام - الجزء الأول - المرجع السابق - ص ٨٥٧ .

(٣) د/ عبد الرزاق السنهوري - النظرية العامة للالتزام - الجزء الأول - المرجع السابق - ص ٨٦٣ .

ويلاحظ أن أثر العقد الذى انصرف إلى الغير فى الأحوال المتقدمة هو أثر غير مقصود أى لم يقصده المتعاقدان وقت التعاقد ، وإنما هو مبنى على اعتبارات لا دخل لإرادة المتعاقدان فيها .

الحالة الثالثة : هى تلك الحالة التى ينتقل فيها أثر العقد إلى الغير الذى لم يكن طرفا فى العقد ولكن بإرادة المتعاقدين (أى أن انتقال أثار العقد إلى الغير يكون بناء على إرادة المتعاقدين) . مع تطور الحياة الإقتصادية وزيادة التعاملات بين الناس ، وأصبحت العلاقات التجارية متشعبة بينهم كل هذا أدى إلى اعتراف المتعاقدين بأهمية انتقال أثار العقد إلى الغير .

وأنهم يستطيعون بإرادتهم أن يشترطوا حقاً للغير فى العقد . واقتصر المشرع على نقل الحقوق ، ويلاحظ أنه إلى وقتنا هذا لم يعترف المشرع بأن المتعاقدين يستطيعوا بإرادتهم أن ينشأوا التزامات فى ذمة الغير ، على الرغم أن المنطق القانونى لم يمنع أن يتفق شخصين على إنشاء حق لشخص ثالث (الغير) أو توليد التزام فى ذمته ، وهذا لا يعنى أن هذا الشخص الثالث (الغير) سوف يصبح صاحب حق أو مَحْمَل بالالتزام دون إرادة منه على ذلك ، وإنما قبوله ضرورى فى الحالتين وذلك حتى لا يكون دائنا أو مدينا دون إرادته ، ولكنه إذا ما قبل فإنه يُعتبر الحق الذى اكتسبه أو الإلتزام الذى تعلق فى ذمته قد نشأ من نفس العقد الذى لم يكن طرفا فيه . ولذلك ووفقا لهذا المنطق فإنه لا يوجد فرق بين الإشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير فى ذلك وبناء عليه فإنه لا يجوز أن يقال أن الإشتراط لمصلحة الغير يُنشئ حقاً ، أما التعهد عن الغير يولد التزاماً ، إلا أن هذا المنطق غير معمول به فى الحياة العملية ^(١) .

وقد نص القانون على أن الغير من الممكن أن يكتسب حقاً من العقد ، ولكن لا يمكن أن يتحمل بالإلتزام منه وهذا هو ما نص عليه القانون فى المادة ١٥٢ من القانون المدنى .

والخلاصة : هى أن المقصود بالغير هو ذلك الشخص الأجنبى عن العقد تماماً والذى لا تربطه صلة بأحد المتعاقدين أى صلة .

والقاعدة فى هذا الشأن هى أن الغير الذى لاينتقل إليه أثار العقد لايمكن أن يكتسب حقاً أو يثبت على عاتقه إلتزاماً ، إلا أن هذه القاعدة كما قلنا ليست مطلقة فى شقيها ، فهى مطلقة فقط بالنسبة للالتزامات ، حيث أنه لايجوز أن يُنشئ العقد التزاماً فى ذمة الغير .

[١] د/ عبد الرزاق السنهورى - النظرية العامة للالتزام - الجزء الأول - نظرية العقد - المرجع السابق -

أما بالنسبة للحقوق فهي من الممكن أن يرد عليها استثناء ، مؤداه هو أن العقد قد يكسب الغير حقا ، وهذا هو ما نصت عليه المادة ١٥٢ من القانون المدني وذلك بقولها أن (العقد لا يرتب التزاما في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقا) وبتحليل هذا النص نجد أنه يحتوى على شقين :

الشق الأول : فهو يشير إلى التعهد عن الغير والذي يعتبر تطبيقا لقاعدة عدم انصراف اثار العقد إلى الغير بالنسبة للالتزامات .

الشق الثاني : فهو يشير إلى الإشتراط لمصلحة الغير والذي يعتبر استثناء من القاعدة المذكورة ، وذلك فيما يتعلق بالحقوق .

وسوف نعرض لأثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير الذى تعرضنا له فيما سبق وذلك على النحو التالى

المطلب الأول : أثر اتفاق التحكيم فى التعهد عن الغير .

المطلب الثانى : أثر اتفاق التحكيم فى الإشتراط لمصلحة الغير .

المطلب الأول

امتداد اتفاق التحكيم فى التعهد عن الغير

تمهيد وتقسيم :

التعهد عن الغير هو عبارة عن عقد (اتفاق) بين شخصين يتعهد فيه أحدهما وهو المتعهد فى مواجهة الطرف الآخر (المتعهد له) بأن يجعل شخصا ثالثا (الغير) بأن يلتزم بأمر معين ، وقد يكون التعهد عن الغير صريحا باستخدام هذه الصيغة ذاتها ، وقد يكون ضمنيا يستفاد من بنود الإتفاق وملابسات إبرامه .

وسوف نعرض فى هذا الفرع مفهوم التعهد عن الغير ، ثم بعد ذلك نتطرق لأثر التعهد عن الغير ، ومتى يكون المتعهد عنه من الغير فى اتفاق التحكيم ، ومتى يكون المتعهد عنه طرفا فى اتفاق التحكيم وذلك على النحو التالى :

الفرع الأول : مفهوم التعهد عن الغير وشروطه .

الفرع الثانى : آثار التعهد عن الغير .

الفرع الثالث : امتداد اتفاق التحكيم إلى المتعهد عنه .

الفرع الأول

مفهوم التعهد عن الغير وشروطه

أولاً : مفهوم التعهد عن الغير :

لقد أجمع الفقه على أن التعهد عن الغير هو عبارة عقد (اتفاق) يتم بموجبه الإتفاق بين شخصين يتعهد فيه أحد الطرفين ويسمى (المتعهد) في مواجهة الطرف الآخر ويسمى (المتعهد له) بأن يجعل طرف ثالث وهو (الغير) بأن يلتزم بأمر معين ^(١) .

وهذا هو ما نصت عليه المادة ١٥٣ من القانون المدني المصري أنه (إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر ما ، فإذا رفض الغير أن يلتزم بهذا الأمر، وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه ، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ الإلتزام الذى تعهد به ، أما إذا قبل الغير هذا التعهد فإنه بقبوله لاينتج أثراً إلا من وقت صدوره ، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً أن يستند هذا القبول إلى الوقت الذى صدر فيه التعهد) .

وقد تدعو الحاجة إلى مثل هذا التعهد فى مجال التحكيم وذلك عندما يتعذر الحصول على موافقة صاحب الشأن على شرط التحكيم بسبب غيابه وفى نفس الوقت لا توجد نيابة قانونية تسمح بابرار اتفاق التحكيم باسمه نيابة عنه ، مثال ذلك فى حالة إذا ما كان أحد الأطراف ناقص الأهلية ، وفى حالة القاصر حتى يبلغ سن الرشد ^(٢) .

[١] الصور العملية للتعهد عن الغير : التعهد عن الغير يرد به فى الغالب علاج موقف لايمكن فيه الحصول على رضا الطرف المطلوب الحصول على رضائه حالا ، وبالتالي يلتزم عنه غيره فى اقناعه بالموافقة على هذا التصرف ، مثال ذلك الشركاء على الشيوع يتصرفون فى الشئ الشائع وفيهم قاصر ويريدون تجنب إجراءات المحكمة الحسبية ، أو كان أحدهم غير حاضر وقت العقد ولايمكن إنتظاره خوفاً من ضياع الصفقة ، أيضا الوكيل إذا رأى أن يتجاوز حدود الوكالة ، ولم يتمكن من الحصول على إذن فى ذلك من الموكل ، يستطيع فيما يجاوز فيه حدود الوكالة أن يتعاقد باسمه متعهداً عن الموكل . انظر د/ عبد الرزاق السنهورى - النظرية العامة فى الإلتزام - المرجع السابق - ص ٧١٣ ، د. محمد حسين منصور - ص ٣٢٨ ، د/ أنور سلطان - المرجع السابق - ص ٣١٣ ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق - ص ٥٨٦ .

[٢] مثال ذلك أيضا بالنسبة لإتفاق التحكيم : تعرض فرصة أمام الوكيل للتعاهد باسم موكله ، ويكون شرط التحكيم متجاوزا سلطة النيابة الثابتة له بمقتضى الوكالة ، فيبرم العقد باسم الموكل ويتعهد للطرف الآخر فى العقد بالحصول على رضا الموكل بشرط التحكيم . وأيضا قد تدعو الحاجة أحيانا إلى مثل هذا التعهد كما فى حالة نقص الأهلية بالنسبة لصاحب الشأن ، وهذا هو الحال مثلا فى الشركاء على الشيوع عندما يكون بينهم قاصر ، فإذا أراد هؤلاء بيع المال الشائعون الحصول على إذن المحكمة ، فليس أمامهم من سبيل سوى التعاقد مع المشتري عن أنفسهم مع التعهد له بالحصول على موافقة القاصر عند بلوغ سن الرشد للمزيد من التفاصيل أنظر د/ مصطفى الجمال - د/ عكاشة محمد عبد العال - التحكيم فى العلاقات الخاصة والدولية - المرجع السابق - ص ٤٥٧ .

ثانيًا : شروط التعهد عن الغير :

أن يتعاقد المتعهد باسمه لا باسم الغير ، وبهذا يختلف المتعهد عن الوكيل فالوكيل يعمل لحساب الموكل ، ولذلك تنصرف آثار العقد الذى يبرمه الوكيل إلى الأصيل ، أما المتعهد فيعمل باسمه هو ، لذلك تنصرف آثار التعهد إليه هو ، وليس إلى الغير .
أن يقصد المتعهد عن الغير إلزام نفسه وليس إلزام الغير ، لأن الغير لا يلتزم إلا بقبول الأمر الذى تعهد به المتعهد فقط .

أن يكون محل التزام المتعهد هو القيام بعمل مضمونه أن يجعل الغير يقبل التعهد والتزام المتعهد هو التزام بتحقيق نتيجة ، فلا يكفى أن يبذل قصارى جهده لحمل الغير على قبوله التعهد .
أما بالنسبة لشروط صحته فهى نفس شروط صحة أى عقد من العقود ، وذلك وفقا لما جاء فى القواعد العامة فى القانون المدنى ، وعادة ما يكون التعهد عن الغير جزء من اتفاق أصلى ، أى ثابتا بهذا الاتفاق أو ملحقا به .

الفرع الثانى

آثار التعهد عن الغير

بالنسبة لآثار التعهد عن الغير فإن الغير يكون له مطلق الحرية فى قبول أو رفض التعهد وذلك لأن التعهد لم يكن إلزام عليه فى شئ ، فهو من الغير أى أجنبى أصلا عن العقد ولا ينصرف إليه أثره ، وهذا هو ما يجعل التعهد عن الغير مجرد تطبيق للقواعد العامة .
وبناء عليه فنحن هنا أمام فرضين أساسيين بالنسبة للغير هما :

الفرض الأول وهو حالة إذا ما قبل الغير هذا التعهد : فى هذه الحالة فإن المتعهد يكون قد أوفى بالتزامه ، فلا يسأل بعد ذلك عن عدم تنفيذ الغير لإلتزامه ، ولا يستطيع المتعاقد الآخر أن يرجع على المتعهد ، وذلك لأنه ليس كفيلا للغير فى تنفيذه .

الفرض الثانى وهو حالة إذا ما رفض الغير هذا التعهد : فى هذه الحالة فإنه لا يترتب على هذا الرفض أية مسئولية بالنسبة للغير ، وذلك لأن التعهد لم يترتب أى التزام فى ذمته ، إلا أن هذا الرفض معناه إخلال المتعهد بتنفيذ التزامه ، وذلك لأنه التزم بحمل الغير على قبول التعهد وهو التزام بتحقيق نتيجة ، فإذا لم تتحقق النتيجة كان مسئولا عن تعويض من تعاقد معه عما أصابه من ضرر ، بسبب رفض الغير للتعهد ، ولكن إذا كان فى إمكان المتعهد القيام بالعمل الذى تعهد به ، فإنه يجوز له القيام بالتنفيذ ، وفى هذه الحالة لا يلتزم بدفع تعويض لمن تعاقد معه .

الفرع الثالث

امتداد اتفاق التحكيم إلى المتعهد عنه

أما بالنسبة للتعهد عن الغير في مجال التحكيم ومدى امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير ، فقد يحدث في كثير من الأحيان في الواقع العملي أن تدعوا الحاجة إلى اللجوء للتعهد عن الغير ، وذلك عندما يتعذر الحصول على موافقة صاحب الشأن على عقد ما ، وكان هذا العقد يتضمنه اتفاق على التحكيم وذلك بسبب غيابه ، وفي نفس الوقت لا توجد نيابة قانونية تسمح بإبرام الإتفاق نيابة عنه .

ويترتب على التعهد عن الغير هو أن يلتزم المتعهد بالحصول على موافقة الغير على العقد وفي نفس الوقت الموافقة على الإتفاق على التحكيم المنصوص عليه في العقد ، أي أن مضمون هذا التعهد هو جعل هذا الغير أن يلتزم بعقد من العقود والذي يشمل اتفاق التحكيم . ويلاحظ أن الغير يكون له مطلق الحرية في الموافقة على الإلتزام باتفاق التحكيم المذكور أو عدم الموافقة ، وهذا هو ما أكدته محمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٦ يوليو سنة ١٩٩٢ .

فنصت على أن (الإتفاق بين المتعهد وبين المتعهد له لا يلزم الغير بشرط التحكيم المذكور أو عدم الموافقة وبالتالي فهو يظل أجنبيا عن العقد وبالتبعية عن اتفاق التحكيم)^(١). ويظل اتفاق التحكيم مقتصرًا على المتعهد وليس على الغير إلى أن يعلن الغير موقفه من العقد وبالتالي اتفاق التحكيم .

وهنا أيضا فإننا نكون أمام فرضين أساسيين :

الفرض الأول وهو امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير: وذلك في حالة موافقة الغير على العقد الأساسي واتفاق التحكيم الذي يتضمنه العقد ، فإن هذا الإتفاق يصبح مبرما من لحظة قبول الغير لهذا التعهد وذلك وفق ما نصت عليه المادة (١٥٣) من القانون المدني - السابق ذكرها - والتي تنص على أنه (... فإن قبوله لا ينتج أثره إلا من وقت صدوره) ، أي أن قبول الغير للتعهد ليس له أثر رجعي إلا في حالة واحدة ، وهي تلك الحالة التي تم النص عليها في المادة ١٥٣ / ٢ وهي الحالة التي يتبين منها أن المتعهد عنه (الغير) قد قصد صراحة أو ضمنا ، أنه يريد أن يبدأ أثر هذا القبول من الوقت الذي صدر فيه التعهد .

(1) cass .civ 16 juillet 1992 . Rev . Arb 1993 . P 611 . Not Philippe Delbeque .

بالإضافة إلى ذلك فإن الغير فى حالة موافقته على العقد وعلى اتفاق التحكيم المنصوص عليه فيه فإنه يصبح طرفا فى العقد ، وبالتبعية يصبح طرفا فى اتفاق التحكيم .
ويلاحظ أن تحديد ميعاد قبول الغير العقد ، وقبول اتفاق التحكيم المنصوص عليه فى العقد ، يُعتبر من الأمور الهامة بالنسبة لإتفاق التحكيم ، وذلك لأن اتفاق التحكيم يكون محدد بفترة زمنية محددة بمدة معينة يجب أن يصدر حكم التحكيم المنهى للخصومة خلالها ، وفى حالة عدم صدور هذا الحكم خلال تلك المدة فإنه فى هذه الحالة ينقض اتفاق التحكيم ، ويعود الاختصاص بنظر النزاع إلى قضاء الدولة العادى .

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن يعبر الغير عن إرادته بالموافقة على الإلتزام باتفاق التحكيم يجب أن يأخذ الشكل المطلوب فى هذا الإتفاق ، وهو الكتابة وتكون بصورة من صورها المقررة فى المادة ١٢ من قانون التحكيم التجارى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ، ومن ثم فإذا كان شرط التحكيم مدرجا فى عقد اصلى ، فإنه يتعين أن يكون قبول هذا العقد - وتبعاً له شرط التحكيم - كتابة^(٢).

الفرض الثانى هو رفض الغير العقد وبالتالي اتفاق التحكيم : لأنه لايمكن إلزامه بعقد لم يكن طرفا فيه أيضا لايمكن إلزامه باتفاق التحكيم الذى لم يكن طرفا فيه رغما عن إرادته ، وهو لايقع على عاتقه أى مسئولية ، وإنما الذى يترتب عليه هو أن المسئولية تقع كاملة على المتعهد فقط .

الفرع الرابع

امتداد آثار اتفاق التحكيم فى التعهد عن الغير

فى قوانين دول الخليج العربى

التعهد عن الغير هو عبارة عن اتفاق يتعهد فيه أحد الأشخاص بالحصول على موافقة شخص آخر على إجراء عمل قانوني يقوم به هذا الأخير ، وقد يكون التعهد عن الغير صريحا باستخدام هذه الصيغة وقد يكون ضمنيا يستفاد من بنود الاتفاق وملابسات إبرامه وقد نص المشرع الكويتى فى القانون المدنى الكويتى فى المادة رقم ٢٠٤ / ١ (إذا تعهد شخص لآخر بأن يجعل أحدا من الغير يلتزم نحوه بأمر معين ، التزم هو يتعهده دون ذلك الغير فإذا رفض الغير

[٢] د/ مصطفى الجمال - د/ عكاشة عبد العال - التحكيم فى العلاقات الخاصة والدولية - المرجع السابق - بند ٣١٣ - ص ٤٥٩ .

تحمل الالتزام المتعهد به ، كان المتعهد مخلا بتعهده ، والالتزام بتعويض المتعهد له عما يناله من ضرر بسبب إخلاله ، ما لم يعرض هو أن يقوم بنفسه بالأمر المتعهد به ، وكان ذلك في مقدوره من غير ضرر ينال المتعهد له) . ونص أيضا في المادة ٢٠٤ / ٣ على أنه (إذا ارتضى الغير الالتزام ، تحمل به ، وبرئت ذمه المتعهد ويكون تحمله به من وقت رضائه ما لم يتبين أنه قصد أن يستند أثر هذا الرضاء إلى وقت صدور التعهد) .

وأیضا نصت المادة ١٣٥ من القانون المدني البحريني على أنه (أ - إذا تعهد شخص لآخر بأن يجعل أحدا من الغير يلتزم نحوه بأمر معين ، التزم هو بتعهده دون ذلك الغير ب- فإذا رفض الغير تحمل الالتزام المتعهد به ، كان المتعهد مخلا بتعهده ، والالتزام بتعويض المتعهد له عما يناله من ضرر بسبب إخلاله ، ما لم يعرض هو أن يقوم بنفسه بالأمر المتعهد به ، وكان ذلك في مقدوره من غير ضرر ينال المتعهد له ج - فإن ارتضى الغير الالتزام ، تحمل به ، وبرئت ذمة المتعهد ، ويكون تحمله به من وقت رضائه ، ما لم يتبين أنه قصد أن يستند أثر هذا الرضاء إلى وقت صدور التعهد

وأیضا جاء في نص المادة ٢٥٣ فقرة ١ و ٢ من القانون المدني الإماراتی على (١- إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بتعهده ، فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه ويجوز مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به ٢- أما إذا قبل الغير فإنه بقبوله لا ينتج أثر إلا من وقت صدوره ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد) .

وبناء على ما سبق يتضح لنا أن التعهد عن الغير هو عبارة عن قيام شخص بالتوقيع على عقد ما نيابة عن الغير دون علم هذا الغير بهذا العقد أو شروطه ويتعهد هذا الشخص بأن يلزم هذا الغير بالموافقة على هذا العقد وما يحتوي عليه من شروط وفي حالة عدم موافقته على هذا العقد يقوم هو بتنفيذ العقد أو يقوم بتعويض الطرف الآخر في العقد .

وفي حالة الرفض فإن المتعهد يكون أمامه احتمالين هما :

الإحتمال الأول: هو أن يقوم بتعويض الطرف الآخر عما يصيبه من عدم موافقه الغير على هذا العقد .

الإحتمال الثاني: هو أن يقوم هو بتنفيذ ما تعهد به حتى لا يسبب ضرر للطرف الآخر في العقد .

والسؤال هو ما مدى امتداد آثار اتفاق التحكيم إلى الغير في حالة التعهد عن الغير .

قد يحدث أحيانا أن الحاجة تدعوا إلى استخدام التعهد عن الغير وذلك عندما يتعذر الحصول على موافقه صاحب الشأن بالموافقه على عقد ما وكان هذا العقد يوجد فيه شرط تحكيم ولا يوجد نيابه قانونية تسمح بإبرام الاتفاق باسمه نيابة عنه في هذه الحالة فإن المتعهد يقوم بالتوقيع على العقد مع تعهده بالحصول على موافقة الغير على هذا العقد بما فيه اتفاق التحكيم .

ويترتب على تعهد هذا الشخص أن يلزم الغير بقبول العقد بما في ذلك اتفاق التحكيم ، ويكون مضمون هذا التعهد عن الغير هو جعل هذا الغير يلتزم بعقد من العقود .

إلا أنه يجب ملاحظة : أن الغير له كامل الحرية في الموافقة على الالتزام باتفاق التحكيم المذكور أوفضه وهذا يعنى أن التصرف بين المتعهد والمتعاقد الآخر لا يلزم الغير باتفاق التحكيم محل هذا التعهد .

وبذلك يظل الغير أجنبيا عن هذا التصرف وهذا هو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٦ يوليو ١٩٩٢^(١).

وبالتالي يظل أثر هذا التصرف مقتصر على المتعهد وليس الغير ويكون هناك فرضين هما :

الفرض الأول : وهو الفرض الذي يقبل فيه الغير الاتفاق الذي تعهد به المتعهد مع الطرف الآخر وبالتالي يصبح هذا الاتفاق مبرما من لحظة قبول الغير لهذا التعهد وذلك وفقا لما جاء في النصوص السابقة حيث جاء في نص المادة ٢٠٤ فقرة ٢ من القانون الكويتي على أنه (إن ارتضى الغير الالتزام ، تحمل به ، وبرئت ذمة المتعهد ، ويكون تحمله به من وقت رضائه) ، وجاء أيضا في نص المادة ١٣٥ / ج من القانون البحريني على أنه (فإن ارتضى الغير الالتزام ، تحمل به ، وبرئت ذمة المتعهد ، ويكون تحمله به من وقت رضائه) ، وأيضا نص القانون الإماراتي في المادة ٢٥٣ / ٢ على أنه (إذا ما قبل الغير هذا التعهد فإن قبوله لا ينتج أثر إلا من وقت صدوره ، مالم يبين أنه قصد صراحه أوضحنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد) ومن خلال هذه المواد نجد أن قبول الغير للتعهد عنه ليس له أثر رجعي إلا في حاله واحدة ، وهي الحالة أن يتبين فيها أن المتعهد عنه (الغير) قصد صراحه أوضما أن يرتد أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد .

[1] Cass . civ . 16 juillet 1992 .Rev .Arb . 1993 p611 mote philippe Delbeque .

وبالخلاصة : أن تحديد هذا الموعد أمر في غاية الأهمية بالنسبة لاتفاق التحكيم وذلك لأن اتفاق التحكيم يكون محدد بمدة معينة يجب أن يصدر حكم التحكيم خلالها ، وأنه في حاله عدم صدور هذا الحكم في خلال تلك المدة ، فإن اتفاق التحكيم ينقضى وإذا صدر الحكم بعد المدة المحددة كان عرضه للبطلان ، وإذا ما تم إبطاله فإن الاختصاص بنظر النزاع من الممكن أن يعود إلى قضاء الدولة العادى مرة أخرى ، وبناء عليه ووفقا لهذا الفرض فإن أثر اتفاق التحكيم يمتد إلى الغير لكن هنا يكون بموافقة وهنا يتحقق مبدأ سلطان الإرادة الذي هو أساس التحكيم .

أما بالنسبة للفرض الثاني : وهو الفرض الذي يرفض فيه الغير الموافقة على العقد الذي تعهد (المتعهد) بالإلتزامه بتوقيع الغير عليه وأخذ موافقته عليه بما في ذلك اتفاق التحكيم ، وفي هذه الحالة فإنه لا توجد أي مسئولية على هذا الغير ولا يتقيد بشرط التحكيم في مواجهه الطرف الآخر الموقع على العقد وبالتبعية الموقع على اتفاق التحكيم وذلك لأنه لم يكن طرفا في هذا التعهد ومن ثم لا يصبح مسئولا عما ورد به .

وبالتالي ينحصر أثر هذا التعهد عن الغير في التزام المتعهد بتعويض المتعاقد الآخر عما لحقه من ضرر من جراء عدم التنفيذ حيث أنه لا يمكن إلزام المتعهد بالتنفيذ ، وذلك لأن التنفيذ يكون متعلق بشخص آخر غيره وهو الغير الذي قام بالتعهد عنه وفي نفس الوقت لا يمكن إلزام هذا الغير رغما عن إرادته بالتوقيع على العقد وإلزامه بما تعهد به الآخر وأيضا إلزامه باتفاق التحكيم الذي لم يشترك فيه ، وهذا هو ما قضت به محكمة النقض المصرية حيث نصت على أنه (عند تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير تعهده ، فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على الملتزم أن يعرض من تعاقد معه) .

والخلاصة : أنه في حالة التعهد عن الغير ، فإن أثر اتفاق التحكيم لا يمتد إلى الغير إلا إذا وافق عليه هذا الغير وقبله من تاريخ التعهد ويصبح ساري في حقه ، إما إذا رفض التعهد فإن اتفاق التحكيم لا يمتد أثره إليه وذلك لأنه وفقا لما هو مستقر عليه قانونا أن اتفاق التحكيم يعتمد على إرادة الأطراف بدايه ونهايه وبالتالي فإنه لا يمكن إجباره على اتفاق لم يوقع عليه .

المطلب الثاني

امتداد آثار اتفاق التحكيم فى الإشتراط لمصلحة الغير

تمهيد وتقسيم :

الإشتراط لمصلحة الغير هو عبارة عن عقد يتم بمقتضاه أن يلتزم شخص يسمى المتعهد فى مواجهة شخص آخر يسمى المشتراط بأن ينصرف أثر العقد إلى شخص ثالث ويسمى المنتفع أو المستفيد . فى هذه الحالة فإن الغير هنا يكون المنتفع من العقد الذى تم الإشتراط فيه لصالحه (أى هو الشخص الأجنبى عن العقد) ولذلك يُعتبر الإشتراط لمصلحة الغير هو عبارة عن الإستثناء الحقيقى لقاعدة نسبية أثر العقد ، وذلك لأنه يترتب على هذا العقد الذى يتم إبرامه بين المتعهد والمشتراط حقا مباشرا للمستفيد دون أن يكون طرفا فى العقد أو خلفا عاما أو خلف خاصا لأحد الأطراف .

ولذلك وقبل الحديث عن مدى امتداد آثار اتفاق التحكيم إلى الغير المنتفع من العقد فى حالة الإشتراط لمصلحة الغير ، فإننا سوف نعرض أولا لمفهوم الإشتراط لمصلحة الغير ، ثم بعد ذلك شروط الإشتراط لمصلحة الغير وآثاره ، ثم بعد ذلك مدى إمكانية امتداد آثار اتفاق التحكيم إلى الغير المستفيد من عقد الإشتراط فى حالة الإشتراط لمصلحة الغير وذلك على النحو التالى :

الفرع الأول : مفهوم الإشتراط لمصلحة الغير وشروطه .

الفرع الثانى : آثار الإشتراط لمصلحة الغير .

الفرع الثالث : مدى إمكانية امتداد آثار اتفاق التحكيم إلى الغير المستفيد .

الفرع الأول

مفهوم الإشتراط لمصلحة الغير وشروطه

لقد أجمع الفقه على أن الإشتراط لمصلحة الغير - كما سبق ذكره آنفا - هو عبارة عن عقد يشترط أحد أطرافه (المشتراط) على الطرف الآخر (المتعهد) التزاماً لصالح شخص ثالث (المنتفع أو المستفيد) وينشأ من هذا العقد حق مباشر للمنتفع قبل المتعهد^(١) .

(١) د/ عبد الورود يحيى - الموجز فى النظرية العامة للالتزامات - المرجع السابق - بند ١٠٨ ص ١٦١ .

د/ محمد حسين منصور - النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام - المرجع السابق - ص ٣٣٨ .

د/ عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد والإرادة المنفردة - المرجع السابق - ص ٥٩٩ .

وقد نظم المشرع المصرى أحكام الإشتراط لمصلحة الغير فى المواد (١٥٤ - ١٥٥ - ١٥٦) من القانون المدنى المصرى كما يلى :

فنصت المادة ١٥٤ على أنه (١- يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على إلتزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له فى تنفيذ هذه الإلتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية ، ٢ - ويترتب على هذا الإشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الإشتراط ويستطيع أن يطالبه بوفائه ، مالم يتفق على خلاف ذلك ، ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التى تنشأ عن العقد ٣- ويجوز كذلك للمشتراط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع ، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذى يجوز له ذلك) .

ونصت المادة ١٥٥ على أنه (يجوز للمشتراط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشتراط رغبته فى الإستفادة منها ما لم يكن مخالفا لما يقتضيه العقد ٢- ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمة المتعهد قبل المشتراط ، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك ، وللمشتراط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول ، كما له أن يستأثر لنفسه بالإنقاع من المشاركة) .

ونصت المادة ١٥٦ على أنه (يجوز فى الإشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو جهة مستقبلية ، كما يجوز أن يكون شخصا أو جهة لم يعينا وقت العقد متى كان تعيينها مستطاعا وقت أن ينتج العقد أثره طبقا للمشاركة) .

أما بالنسبة لشروط الإشتراط لمصلحة الغير فهي :

يُشترط حتى يكون هناك اشتراط لمصلحة الغير أن يتعاقد المشتراط باسمه وأن يَنْشئ حقا مباشرا للمنتفع (الغير) وأن توجد مصلحة شخصية للمشتراط من خلال هذا الإشتراط . أو بمعنى آخر فإن الإشتراط لمصلحة الغير له شروط بعضها يخص المتعاقد ، والبعض الآخر يخص المنتفع ، وهناك شروط أخرى تتعلق بمصلحة المشتراط فى الإشتراط ^(١) . وسوف نعرض لكل منها بشئ من الفصيل كما يلى :

أولاً : الشروط المتعلقة بإرادة المتعاقدين :

يتم عقد الاشتراط بين المشتراط والمتعهد ، أما المنتفع فهو أجنبى عن العقد ، وبناءً عليه يجب أن تتجه إرادة المتعاقدين (المشتراط والمتعهد) إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع ، أما إذا لم تتجه

[١] د/ عبد الرزاق السنهورى - الوسيط فى شرح القانون المدنى - مصادر الإلتزام - الجزء الأول - المرجع السابق - ص ٧٦٩ ومابعدا .

الإرادة إلى ذلك فإننا لا نكون أمام اشتراط لمصلحة الغير ويستوى أن تكون إرادة المتعاقدين فى إنشاء حق مباشر للمنتفع صريحة أو ضمنية .

ثانيًا: الشروط المتعلقة بشخص المنتفع :

هو أن يكون المنتفع موجودا فى الوقت الذى يرتب الاشتراط أثره ، أما إذا لم يكن موجودا فإن الاشتراط يبطل ، أما العقد فهو يظل صحيحا . ومصلحة المشتري فى الاشتراط لمصلحة الغير قد تكون مادية أو أدبية .

ومن أبرز تطبيقات الاشتراط لمصلحة الغير^(١) هو عقد التأمين ، فالمشتري هو المؤمن له ، والمتعهد شركة التأمين ، والمنتفع أو المستفيد (الغير) هو الذى يتم التأمين لمصلحته . أيضا عقد الهبة والبيع ، فقد يشترط الواهب أو البائع على الموهوب له أو المشتري ترتيب حق ما للغير (المستفيد) كأن يشترط البائع أن يؤدي المشتري الثمن إلى شخص ثالث (الغير المستفيد) .

الفرع الثاني

آثار الإشتراط لمصلحة الغير

يترتب على الإشتراط لمصلحة الغير أن المنتفع أو المستفيد وهو من الغير أن يكتسب حقا مباشرا قبل المتعهد ومصدره عقد الإشتراط الذى لم يكن طرفا فيه وهذا هو ما يُعد خروجا على قاعدة نسبية أثر العقد .

وقد أكدت محكمة النقض المصرية هذا المعنى فى العديد من أحكامها حيث قضت بأنه (مفاد نص المادتين ١٥٤ - ١٥٥ - من القانون المدنى - وكما ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون المدنى ومذكرة المشروع التمهيدي أن الإشتراط لمصلحة الغير أصبح قاعدة عامة ، بعد أن كان استثناء لا يعمل به إلا فى حالات بخصوصها ، وهو ينطوى على خروج طبيعى على قاعدة اقتصار منافع العقود على المتعاقدين دون غيرهم فالمتعهد يلتزم قبل المشتري لمصلحة

[١] التأمين إما على سبيل التبرع ، وهو الغالب كما إذا أمن شخص على حياته لمصلحة أولاده أو لمصلحة زوجته شخص تربطه به صلة قرابة أو مودة ، وإما أن يكون التأمين لمصلحة الغير معاوضة ، كما أمن المدين على حياته لمصلحة دائنه ضمانا للوفاء بالدين ، ولا يقتصر الاشتراط لمصلحة الغير على عقد التأمين ، ففي البيع قد يشترط البائع على المشتري أن يؤدي الثمن أو جزء منه إلى شخص ثالث ، وفى الهبة قد يشترط الواهب على الموهوب له ترتيب إيراد لشخص من الغير مدى حياته . أنظر د/ انور سلطان - المرجع السابق .

المنتفع الأخير حقا مباشرا ولو أنه ليس طرفا في التعاقد ، وبهذه المثابة يكون التعاقد ذاته مصدرا لهذا الحق فيجوز له أن يُطالب بتنفيذ الإشتراط) .

أما بالنسبة لآثار الإشتراط لمصلحة الغير :

فإنه يترتب على الإشتراط لمصلحة الغير قيام ثلاثة أنواع من العلاقات القانونية ١- علاقة المشترط بالمتعهد ٢- علاقة المشترط بالمنتفع ٣- علاقة المنتفع بالمتعهد .

أولاً :علاقة المشترط بالمتعهد: هذه العلاقة يحكمها عقد الإشتراط الذى تم بين المشترط والمتعهد : والاشترط لا ينشئ التزاما على عاتق المتعهد فى مواجهة المشترط فالمتعهد لا يلتزم إلا فى مواجهة المنتفع ، ولكن لما كان للمشترط مصلحة شخصية فى تنفيذ المتعهد لإلتزامه قبل المنتفع ، فإن المشترط له الحق فى أن يطالب المتعهد بتنفيذ التزامه ، كما أن له أن يطلب من القضاء الحكم على المتعهد بتعويض المنتفع وتعويضه هو شخصا عن الضرر الذى يترتب على عدم التنفيذ ، ولكن قد يتبين من العقد أن المتعاقدين قد قصدا أن يكون حق مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه للمنتفع وحده فى مثل هذه الحالة لا يكون للمشترط أن يطالب المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المتعهد .

ثانياً : علاقة المشترط بالمنتفع : هذه العلاقة لا تكون بعقد ، وإنما تقوم على أساس السبب من الإشتراط ، وذلك لأن المنتفع أجنبى عن العقد ، أى أن العلاقة بين المشترط والمنتفع تقوم فى الأساس على الدافع من الإشتراط ، وهو قد يكون بقصد التبرع من المشترط إلى المنتفع ، أو بقصد إنهاء أو إنشاء علاقة معاوضة بينهما .

فإذا كانت العلاقة بين المشترط والمنتفع هى الهبة ، فلا بد أن يتوافر فى المشترط أهلية التبرع ، ويلاحظ أنه يجوز لدائنى المشترط الطعن فى التبرع بدعوى عدم نفاذ تصرفاته ، وذلك حتى لو كان المنتفع شخص حسن النية (لا يعلم بأن ديون المشترط قد استغرقت أمواله) . أما إذا لم يكن القصد من الإشتراط هو التبرع للمنتفع ، فإن العلاقة بين المشترط والمنتفع يحددها عقد المعاوضة الموجود بينهما .

أيضاً أنه يجوز للمشترط نقض إشتراطه ولكن بشرط أن يكون ذلك قبل أن يعلن المنتفع رغبته فى الاستفادة من الإشتراط ، وحق نقض الإشتراط يكون خاص بالمشترط ولا يجوز لورثته مباشرة هذا الحق ، ولا لدائنى المشترط هذا الحق أيضا ، ولكنه لايجوز للمشترط استعمال حقه فى نقض الإشتراط دون موافقة المتعهد ، ولا يشترط أن يتخذ نقض الإشتراط شكل معين فقد يكون صريحا أو ضمنيا .

أما إذا قبل المنتفع الاشتراط ، فإنه بذلك ينقضى حق المشتراط ، وقبول المنتفع لا يشترط فيه شكلا معينا فهو قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا ، أيضا أن حق المنتفع الناتج من عقد الاشتراط يكون مكتسب له ، من وقت إنعقاد عقد الاشتراط وليس من وقت قبوله ، مع ملاحظة أن سكوت المنتفع لا يجب أن يفهم منه عدم قبوله بل بالعكس يفترض فيه القبول ، أيضا القبول يجب إعلانه للمشتراط والمتعهد . أيضا ليس هناك مدة محددة يجب فيها على المنتفع إبداء رأيه بالقبول أو الرفض ، إلا إذا كان المشتراط قد حدد هذه المدة في عقد الاشتراط ، لأنه في حالة تحديد المدة ، فإنه إذا انقضت المدة دون أن يعلن المنتفع قبوله ، في هذه الحالة فهو يعتبر رافضا للاشتراط .

ثالثا : علاقة المنتفع بالمتعهد : إن المنتفع في علاقته بالمتعهد هي علاقة مديونية ، بمعنى أنه يصبح دائما شخصا للمتعهد ، وله مطالبته بتنفيذ التزامه ، والرجوع عليه بالتعويض في حالة امتناعه ، وكذلك له الاستفادة من التأمينات المقدمة من المتعهد لضمان تنفيذ التزامه ، إلا إذا كانت هذه التأمينات قاصرة على ضمان حق المشتراط الشخصي قبل المتعهد (يقصد بالتأمينات هي تأمينات الدين كالرهن) . كما لا يجوز للمنتفع أن يطلب فسخ عقد الاشتراط في حالة عدم تنفيذ المتعهد لالتزامه ، لأنه لم يكن طرفا في هذا العقد .

الفرع الثالث

مدى امكانية امتداد آثار اتفاق التحكيم إلى المستفيد (الغير)

بعد عرض أحكام الإشتراط لمصلحة الغير والقواعد العامة الخاصة به ، فإذا ما كان هناك عقداً من العقود تم إبرامه بين طرفين وتضمن اشتراطاً لمصلحة الغير ، على سبيل المثال عقد تأمين أبرمه مدين على حياته مع شركة التأمين لصالح دائئه ، وكان هذا العقد يتضمن اتفاقاً على التحكيم ، السؤال هنا هو هل يمتد اتفاق التحكيم المنصوص عليه في العقد إلى الدائن الذي تم الإشتراط لصالحه على الرغم أن هذا الإتفاق تم بين المؤمن له المدين وشركة التأمين وحدهما دون أن يكون هو طرف في هذا الإتفاق أى أنه يكون من الغير بالنسبة لإتفاق التحكيم .

أو بمعنى آخر إذا كان عقد الإشتراط لمصلحة الغير يتضمن اتفاقاً على التحكيم فهل آثار اتفاق التحكيم تمتد إلى المنتفع الذي يعتبر من الغير بالنسبة للعقد ، أم أن آثار هذا الإتفاق تقتصر على طرفي العقد وهما المشتراط والمتعهد ؟

إن الإجابة على هذا السؤال وفقا للقاعدة العامة لنسبية آثار العقد تجاه الغير : فإن آثار اتفاق التحكيم تُلزم أطراف عقد الإشتراط وهما المشتراط والمتعهد ، إلا أنه مع التطور فى الحياة الإجتماعية والإقتصادية بدأ الإعتراف بأن المتعاقدين يستطيعوا بإرادتهم أن يشرطوا حقا للغير وهذا هو ما جاء به المشرع فى نص المادة (١٥٢) من القانون المدنى .

وعلى الرغم من ذلك فقد انقسم الفقه إلى اتجاهين بالنسبة لمدى إمكانية امتداد آثار اتفاق التحكيم المتفق عليه فى عقد الإشتراط لمصلحة الغير وذلك على النحو التالى :

الإتجاه الأول : فقد ذهب هذا الإتجاه إلى أنه لما كان حق المنتفع هو حق مباشر اكتسبه عن طريق عقد الإشتراط ، ولذلك فإنه عندما يُطالب بهذا الحق يستطيع أن يستند فى مطالبته إلى العقد الذى أنشأ له هذا الحق (أى عقد الإشتراط) وبالتالي فإنه يجب عليه أن يلتزم بما جاء فى هذا العقد من شروط ومن بينها شرط التحكيم ، وذلك مالم يتم الإتفاق على غير ذلك ^(١).

هناك جانب آخر من الفقه يؤيد هذا الإتجاه فيقول " أنه يمكن للغير (المشتراط لصالحه) فى اتفاق يتضمن اشتراط لمصلحة الغير أن يطلب إعماله لصالحه فيطالب المتعهد بحقه بواسطة التحكيم ، سواء بأن يطلب بدءها أو بأن يتدخل فى خصومة التحكيم التى بدأت من أحد طرفى الإتفاق ، ويلتزم الغير باللجوء إلى التحكيم وفقا لشرط التحكيم الوارد فى العقد ، فإذا لجأ إلى محكمة الدولة فإن المتعهد له أن يتمسك فى مواجهته بشرط التحكيم وذلك إعمالا للمادة ٢/١٥٤ مدنى والتى تنص (على أن للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التى تنشأ عن العقد) " ^(٢) .

وتطبيقا لذلك قضت هيئة التحكيم على أنه (ينصرف أثر اتفاق التحكيم بين المؤمن والمؤمن له إلى المستفيد الذى قبله ، إذا كان عقد التأمين يتضمن اشتراطا لمصلحة الغير ، وكان هو المستفيد الوحيد ولا يشاركه أحد فى مزايا العقد وآثاره) ^(٣) .

وفى نفس الإتجاه أيضا نجد أن هناك جانب من الفقه الفرنسى يتفق على أن الإشتراط المقرر لمصلحة المنتفع ، إنما هو مقرر جملة واحدة بما يتضمنه من فائدة ، وما يترتب عليه من أعباء ، حيث أنه لا يمكن القول بأن المنتفع يستطيع أن يأخذ ما ينفعه ويترك ما قد يمثل عبئ

[١] دم مصطفى الجمال - د/ عكاشة عبد العال - التحكيم فى العلاقات الخاصة والدولية - المرجع السابق - بند ٣٣٣ - ص ٤٨٦ وما بعدها .

[٢] د/ فتحى والى - اتفاق التحكيم بين النظرية والتطبيق - المرجع السابق - بند ٨٧ - ص ١٧١ .

[٣] القضية التحكيمية رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٧ - مركز القاهرة الإقليمى - مجلة التحكيم العربى - العدد الأول - مايو سنة ١٩٩٩ - ص ١٥١ .

عليه ، وبناء عليه فإنه إما أن يأخذ بالكل أو يترك الكل ولا يأخذ شيئاً ، فإذا أراد الإستفادة من الإشتراط فإنه يتعين عليه أن يأخذ فى نفس الوقت شرط التحكيم المنصوص عليه فى عقد الإشتراط ، أو أن يرفض الإشتراط ، ويترتب على ذلك أنه يمكن الإحتجاج بشرط التحكيم قبل المستفيد من الإشتراط ^(١).

الإتجاه الثانى : ذهب هذا الإتجاه إلى أن شرط التحكيم لا يحمل المنتفع بالإلتزامات ، وإنما يترتب له حقوقاً فقط ، ومن ثم فهو لا يلزم المنتفع أو المستفيد (الغير) بشرط التحكيم الوارد فى عقد الإشتراط ، ولكن ليس هناك ما يمنع من أن يتمسك المنتفع بشرط التحكيم الذى أبرمه المشترط ^(٢) .

وذهب جانب آخر من الفقه إلى تأييد هذا الرأى تأسيساً على أن الإشتراط لمصلحة الغير يعد استثناء من مبدأ نسبية أثر العقد ، والإستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع فيه ، ولا ينبغى تفسير إرادة المشرع إلى غير ما انصرفت إليه ، وذلك لأن المشرع إنما قصد من الإشتراط لمصلحة الغير الإعتراف لهذا الأخير بإمكانية اكتساب حق من العقد ، دون أن يترتب عليه أى التزام ، ومن ثم يكون القول بغير ذلك ، معناه إعطاء الغير نفس إمكانيات الطرف فى العقد ، وهو بطبيعته ليس طرف فى العقد ، وبناء عليه إذا كان القانون يعطى الغير حق التمسك ببعض آثار القوة الملزمة للاتفاق فإنه ليس معنى ذلك أنه يتمتع بنفس إمكانيات الطرف فى العقد ، فليس له سلطة طلب إبطاله أو تعديله ، والمنطق القانونى لنظام الإشتراط لمصلحة الغير يقتضى عدم التمسك فى مواجهة المنتفع بشرط التحكيم الذى يتضمنه عقد الإشتراط ، وإن كان لهذا الأخير التمسك به وذلك باعتباره حقاً له وليس التزاماً عليه ^(٣) .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية إلى تأييد هذا الرأى الأخير بحكمها الصادر فى العشرين من أكتوبر سنة ١٩٨٧ حيث قضت بأنه (فى حالة اتفاق الطرفين على الإشتراط لمصلحة الغير فإن الإشتراط المذكور لا يترتب بالنسبة للغير سوى حقوق وليس التزامات ولهذا

[١] انظر عرض آراء الفقه الفرنسى د/ محمد نور شحاته - مفهوم الغير فى التحكيم - المرجع السابق - بند ٨٥ - ص ٧٣ .

[٢] J . Louis Goutal : Larbitrage et les tirs , Rev . Arb . 1988 . P 468 .

[٣] د/ أحمد عبد الكريم سلامة - قانون التحكيم التجارى الدولى والداخلى - المرجع السابق - ص ١٩٣ .

د/ باسمه لطفى دباس - اتفاق التحكيم وأثاره - المرجع السابق - ص ٥٠٣ وما بعدها .

فإن قرار التحكيم المبني على شرط التحكيم في الإشتراط لمصلحة الغير لا يلزم هذا الغير ^(١) .
مما سبق يتضح لنا أنه يوجد فرضين بالنسبة لإمتداد آثار اتفاق التحكيم إلى الغير هما :

الفرض الأول هو أن يكون اتفاق التحكيم وارداً في العقد الأصلي [عقد الإشتراط] :

و في هذا الفرض يمكن القول بأن اتفاق التحكيم يكون ملزم للمنتفع (الغير) ، وأيضاً يجوز للمتعهد أن يتمسك بوجود اتفاق التحكيم في مواجهته (الغير) ، وذلك تأسيساً على أنه وفقاً للقاعدة العامة في الإشتراط لمصلحة الغير ^(٢) و أيضاً وفقاً لنص المادة ١٥٤ - ١٥٥ من القانون المدني أنه يجب على المنتفع أن يقوم بإعلان رغبته إلى المتعهد أو إلى المشتري في الاستفادة من عقد الإشتراط لصالحه .

وأنه لا بد من صدور إقرار المنتفع بحقه حتى يتم إثبات الحق له في عقد الإشتراط ، وذلك لأنه لا يمكن أن يتم إثبات حق له لم يرضى عنه ، وبالتالي بناء على هذه الموافقة فإن (الغير) يجب عليه أن يلتزم بما جاء في العقد من شروط ومن بينها اتفاق التحكيم ، بالإضافة إلى ذلك فإن قبول المنتفع لعقد الإشتراط يمكن أن يعد قبولاً ضمناً لاتفاق التحكيم الذي تضمنه عقد الإشتراط .

الفرض الثاني هو أن يكون اتفاق التحكيم وارداً في اتفاق مستقل عن عقد الإشتراط :

وفقاً لهذا الفرض لا يمكن القول بأن المنتفع يعلم بوجود اتفاق التحكيم الذي تم بين المشتري والمتعهد وذلك لأنه لم يكن منصوص عليه في العقد وإنما مستقل عنه ، وبطبيعة الحال لا يمكن أن يلتزم باتفاق التحكيم المبرم بينهما ، لأن إرادته لم تتصرف صراحة أو ضمناً إلى قبول اتفاق التحكيم وإن كان ذلك لا يمنع من أن يتمسك المنتفع (الغير) باتفاق التحكيم الذي أبرمه المشتري ، وعندئذ يصبح طرفاً في اتفاق التحكيم ويلتزم به ^(٣) .

[١] د/ محمد نور شحاته - مفهوم الغير في التحكيم - المرجع السابق - بند ٨٥ - ص ٧٣ .

[٢] Cass . Civ Octobre 1987 . Rev Arb . P . 439 , 559 . Not . Louis Goutal .

[٣] انظر قواعد الإشتراط لمصلحة الغير د/ عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر

الإلتزام - المجلد الأول - المرجع السابق - بند ٣٨٣ - ص ٧٩٤ .

الفرع الرابع

امتداد آثار اتفاق التحكيم فى الإشتراط لمصلحة الغير

فى قوانين دول الخليج العربى

الإشتراط لمصلحة الغير هو عبارة عن عقد يشترط فيه أحد أطرافه وهو (المشتراط) على الطرف الآخر وهو (المتعهد) التزاما لصالح شخص ثالث (المنفع أو المستفيد) وينشأ من هذا العقد حق مباشر للمنتفع قبل المتعهد (١) .

أى أنه عبارته عن إنشاء حق مباشر عن العقد لغير أطرافه وهو المشتراط لصالحه [المستفيد] مما يعنى أن هذا الغير يستطيع أن يصبح طرفا بمجرد قبوله هذا الإشتراط لمصلحته . وقد نظم المشرع الإماراتى أحكام الإشتراط لمصلحة الغير فى المواد ٢٥٤ ، ٢٥٥ ، ٢٥٦ ، التى كان نصها كما يلى :

أولاً : المادة ٢٥٤ حيث أنها نصت على أنه (١- يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على حقوق يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له فى تنفيذها مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية ٢- ويترتب على هذا الإشتراط أن يكسب الغير حقا مباشرا قبل المتعهد بتنفيذ الإشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه مالم يتفق على خلاف ذلك ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التى تنشأ عن العقد ٣- ويجوز أيضا للمشتراط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنفع إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو صاحب الحق فى ذلك) .

ثانياً : نصت المادة ٢٥٥ من القانون المدنى الإماراتى على أنه (١- يجوز للمشتراط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشتراط رغبته فى الاستفادة منها مالم يكن ذلك مخالفا لما يقتضيه العقد ٢- ولا يترتب على نقض المشاركة أن تبرأ ذمه المتعهد قبل المشتراط إلا إذا اتفق صراحة أو ضمنا على خلاف ذلك) .

ونظم المشرع البحرينى الإشتراط لمصلحة الغير فى القانون المدنى البحرينى من المواد رقم ١٣٦ - ١٣٧ - ١٣٨ - ١٣٩ ، فنصت المادة ١٣٦ من القانون المدنى البحرينى على أنه (يجوز للشخص ، فى تعاقده عن نفسه ، أن يشترط على المتعاقد معه التزامات معينه يتعهد بأدائها للغير ، إذا كان للمشتراط فى تنفيذ هذه الالتزامات ، مصلحة مادية أو أدبية) ونصت المادة ١٣٧

[١] نقض مدنى جلسة السادس والعشرين من ديسمبر - سنة ١٩٧٩ - مجموعى الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى س ٣٣ - ص ٣٧٥ .

من القانون المدني البحريني على أنه (أ- يترتب على الاشتراط لمصلحة الغير أن يثبت للمستفيد في ذمة المتعهد حق شخصي له يكون له أن يستأديه منه مباشرة ، وذلك ما لم يتفق على خلافه ، ومع مراعاة ما تقضى به المادة التالية ب - ويجوز للمشتراط أن يطالب المتعهد بأداء الحق المشتراط للمستفيد ، ما لم يتبين من العقد أن ذلك مقصور على المستفيد وحده)، ونصت المادة ١٣٨ من القانون المدني البحريني على أنه (يجوز للمتعهد أن يتمسك ، في مواجهة المستفيد ، بكل الدفع التي تنشأ له من عقد الاشتراط ، والتي كان يمكنه أن يتمسك بها في مواجهة المشتراط) ، ونصت المادة ١٣٩ من القانون المدني البحريني على أنه (١- يجوز للمشتراط ، دون ورثته أو دائنيه ، أن ينقض المشارطة ، قبل أن يعلن المستفيد للمشتراط أو للمتعهد رغبته في الإفادة منها ، ما لم يتعارض ذلك مع مقتضيات العقد أو نص من القانون ب - ولا يترتب على نقض المشارطة براءة ذمة المتعهد الذي يبقى ملتزما قبل المشتراط ما لم يتفق على غير ذلك ، أو كانت طبيعة الالتزام تقتضيه) .

وأيضاً نظم المشرع الكويتي الاشتراط لمصلحة الغير من المواد من ٢٠٥ إلى ٢٠٨ فنصت المادة رقم ٢٠٥ من القانون المدني الكويتي على أنه (١- يجوز للشخص من تعاقدته عن نفسه ، أن يشترط على المتعاقد معه التزامات معينة يتعهد بأدائها للغير ، إذا كان للمشتراط في تنفيذ هذه الالتزامات ، مصلحة مادية أو أدبية ٢ - ويجوز ، في الاشتراط لمصلحة الغير ، أن يكون المستفيد شخصاً مستقبلاً ، كما يجوز أن يكون شخصاً غير معين بذاته عند الاشتراط ، إذا كان من الممكن تعيينه ، وقت الوفاء بالالتزام المشتراط) . ونصت المادة رقم ٢٠٦ على أنه (١ - يترتب على الاشتراط لمصلحة الغير أن يثبت للمستفيد ، في ذمة المتعهد ، حق شخصي له ، يكون له أن يستأديه منه مباشرة ، وذلك ما لم يتفق على خلافه ، ومع مراعاة ما تنص به المادة التالية ويجوز للمشتراط أن يطالب المتعهد بأداء الحق المشتراط للمستفيد ، ما لم يتبين من العقد أن ذلك مقصور على المستفيد دونه) ونصت المادة رقم ٢٠٧ على أنه (يجوز للمتعهد أن يتمسك ، في مواجهة المستفيد ، بكل الدفع التي تنشأ له من عقد الاشتراط والتي كان يمكنه بها في مواجهة المشتراط) ، ونصت المادة رقم ٢٠٨ على أنه (١- يجوز للمشتراط ، دون ورثته أو دائنيه ، أن ينقض المشارطة ، قبل أن يعلن المستفيد للمشتراط أو للمتعهد رغبته في الإفادة منها ما لم يتعارض ذلك مع مقتضيات العقد ٢- ولا يترتب على نقض المشارطة براءة ذمة المتعهد الذي يبقى ملتزماً قبل المشتراط ، ما لم يتفق على غير ذلك ، أو كانت طبيعة الالتزام تقتضيه) .

مما سبق ومن خلال نصوص المواد السابقة لقوانين دول الخليج العربي - محل البحث - السابق ذكرها نجد أنها تنص على أن الاشتراط يكون باسم المشتري وليس باسم المستفيد وإلا أصبح الاشتراط غير صحيح .

كما أنها أيضا تنص على أنه يترتب على هذا الاشتراط أن يكتسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه وذلك ما لم يتفق على خلاف ذلك ، ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد ، أي أن النصوص تضمنت الاشتراط بإنشاء حق مباشر للمستفيد في مواجهة المتعهد فإذا كان الاشتراط لمصلحة المشتري نفسه فقط فإن الأمر يخرج عن نطاق الاشتراط لمصلحة الغير .

مما سبق يتضح لنا أن الاشتراط لمصلحة الغير يقوم على أساسين رئيسيين هما :
الاساس الأول : هو أن يكون الشخص المستفيد من الاشتراط لمصلحة الغير هو شخص أجنبي عن العقد فلا يدخل فيها التعاقد بطريق النيابة لأن النائب يقوم بدور الأصيل وتتصرف آثار العقد إلى الأصيل مباشرة .

الأساس الثاني : يتمثل في يتم إنشاء حق مباشر للمستفيد في ذمة المشتري عليه ويجب أن يتم التأكد من ذلك من خلال النظر لاتجاه إرادة الطرفين لذلك .

والسؤال الذي يهمننا الإجابة عليه هو هل يجوز تطبيق القواعد التي تحكم الاشتراط لمصلحة الغير على اتفاق التحكيم المدرج في عقد الاشتراط للمصلحة الغير أم لا ؟ أو بمعنى آخر هل تمتد آثار اتفاق التحكيم إلى المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير باعتباره من الغير بالنسبة لعقد الاشتراط الأصلي ؟

عند تطبيق القواعد التي تحكم الاشتراط لمصلحة الغير على اتفاق التحكيم المدرج في عقد الاشتراط الأصلي وهل تمتد آثاره إلى الغير (المستفيد) في هذا العقد فإننا نصل إلى النتائج التالية

أولاً : يجوز أن يتم الاتفاق على التحكيم بين المشتري والمتعهد في عقد الاشتراط لمصلحة الغير ، والصعوبة التي تكمن هنا هي أن الاشتراط لمصلحة الغير هو عبارة عن إنشاء حقوق فقط للغير وليس إنشاء التزامات بينما اتفاق التحكيم يوجب إنشاء حقوق والتزامات في نفس الوقت .

وقد رأى جانب من الفقه الفرنسي أنه في هذه الحالة وهي حالة إبرام اتفاق تحكيم عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير فإن المشتري لمصلحته يجوز له الاستفادة من هذا الاشتراط إذا

أراد التمسك باتفاق التحكيم ولكنه لا يتحمل التزامات هذا الشرط ، وهذا يعنى أنه لا يجوز له أن يحتج ضد المستفيد بشرط التحكيم ولكن يجوز لهذا المستفيد أن يتمسك به إذا أراد .

وهذا هو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ٢٠ أكتوبر ١٩٨٧^(١) . والذي تضمن أنه (يجوز للشركتين عقد اشتراط لصالح شركة ثالثة وهذا الاشتراط لا يمكن أن ينشئ إلا حقوق ولا يفرض التزامات مما يعنى أنه يجوز اشتراط شرط تحكيم لصالحها ولها أن تتمسك به ولكن لا يمكن الاحتجاج به ضدها)^(٢) .

ثانياً : يسقط الاشتراط لمصلحة الغير بسقوط العقد المبرم بين المشتري والمتعهد طالما أن هذا الاشتراط ورد داخل هذا العقد فإذا ما تم إبطال العقد بين المشتري والمتعهد يبطل الاشتراط لمصلحة الغير ولكن اتفاق التحكيم يحكمه مبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد المبرم من أجله هذا الاتفاق والذي يترتب عليه أنه إذا ما تم إبطال العقد الأصلي فإن ذلك لن يؤثر على صحة اتفاق التحكيم نفسه ومن ثم فإن إبرام اتفاق التحكيم عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير يظل صحيحاً حتى ولو تم إبطال العقد الذي تضمن شرط التحكيم داخله . ولكن هذا الأمر يصعب تحقيقه في هذه الصورة لأنه لا يوجد اتفاق تحكيم تم إبرامه بصورة مباشرة وإنما هذا الاتفاق تم عن طريق الاشتراط لمصلحة الغير .

1) Ropport Général Rev . Arb 1988 p. 441 .(

(2) Ropport Général , op . cit , Rev . Arb 1988 p. 441 .