

الفصل الثالث

الغير بين القوة الملزمة لاتفاق التحكيم ونفاذه

تمهيد وتقسيم :

بداية وقبل تحديد موقف الغير بين القوة الملزمة لاتفاق التحكيم ونفاذه ، فلا بد من التفرقة بين القوة الملزمة للعقد ونفاذه وذلك باعتبار أن اتفاق التحكيم عقد من العقود - كما سبق وأن أوضحنا - ومن خلال هذه التفرقة نصل لمدى امتداد القوة الملزمة للعقد إلى الغير، وبالتالي امتداد القوة الملزمة لاتفاق التحكيم إلى الغير .

الفرق بين القوة الملزمة للعقد ونفاذه :

المقصود بالقوة الملزمة للعقد : لقد أخذ العقد معنى القوة الملزمة له من القانون الرومانى الذى كان يعبر عن الارتباط القانونى بما كان يسميه الإلتزام فى العقد وهو عبارة عن الأثر الذى يترتب عليه ، وأن هذا الإلتزام هو الذى نصت عليه التشريعات المختلفة ، وهو الذى تتطلبه الضرورات الإجتماعية ، إذ أنه يُعتبر من أولى مستلزمات الحياة الإنسانية فى الجماعة ^(١) .

والعقد (اتفاق التحكيم) يعتمد فى نفاذه على المتعاقدين ويستمد قوته من إرادتهما وقد كان الهدف الذى تسعى إليه معظم التشريعات فى هذا الصدد هو العمل على تنظيم أحكام تلك القوة الملزمة للعقد والتي أراد المتعاقدين الخضوع لها وتحديد مداها ^(٢) .

(١) د/ حسين عامر - القوم الملزمة للعقد - الطبعة الأولى - مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية - ١٩٤٩ - ص ٩ وما بعدها .

(٢) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض فى حكم لها بأن (التنظيم القانونى للتحكيم إنما يقوم على رضا الأطراف وقبولهم به كوسيلة لحسم كل أو بعض المنازعات التى نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية ، فأرادة المتعاقدين هى التى توجد التحكيم وتحدد نطاقه من المسائل التى يشملها والقانون الواجب التطبيق وتشكيل هيئة التحكيم وسلطاتها وإجراءات التحكيم وغيرها ، وعلى ذلك فمتى تخلف الاتفاق امتنع القول بقيام التحكيم وهو ما يستتبع نسبية أثره فلا يحتج به إلا فى مواجهة الطرف الذى ارتضاه وقبل خصومته)

الطعن رقم ٤٧٢٩ ، والطعن رقم ٤٧٣٠ لسنة ٧٠ قضائية - جلسة ٢٢/٦/٢٠٠٤ - مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى - منشور فى المرجع العام فى التحكيم المصرى والعربى والدولى - المرجع السابق - ص ٢٥٩ .

وحتى تستكمل القوة الملزمة للعقد ، فإنه يجب أن يصدر الإيجاب والقبول من المتعاقدين ، وفي حالة توافق الإرادتين ، فإنه يصبح العقد صحيحا ويجب على المتعاقدين أن يقوموا بتنفيذ ما تم التزامهم به في هذا العقد .

ويلاحظ أن الآثار التي تترتب على العقد من حقوق والتزامات تقتصر على المتعاقدين وحدهم ولا تنصرف إلى غيرهما إلا في أحوال معينة وتلك هي القومة الملزمة للعقد .

بالإضافة إلى ماسبق فإن العقد هو ما ابتكرته الإنسانية في تقدمها كأداة لإمكان تبادل النفع في الحال ووسيلة يتوفر بها الضمان لما قد يحدث من تغيير في المستقبل في معاملات الأطراف ، ولذلك يجب أن يكون له من القوة والاستقرار ما يكفل له هذا الغرض ، وبالتالي فإنه على قدر ما للعقد من قوة وثبات ، يكون هناك قوة واطمئنان في المعاملات بين الأطراف . ومن أجل هذا أحاطت التشريعات المختلفة العقد بسياج من الحماية وذلك من خلال نصوص القوانين الخاصة بكل منها وهذا هو ما نصت عليه قوانين دول الخليج العربي - الدول محل البحث ^(١) .

كل ذلك حتى يكون هناك دليل على ما يكون للعقد من أثر في الإلتزام بما جاء فيه ، وأن الأصل هو أنه لا يجوز لأحد الأطراف في العقد أن يستقل بنقضه أو تعديله ، أيضا لا يجوز ذلك للقاضي حيث يقتصر دوره على تفسير العقد فقط دون إضافة إليه ^(٢) .

(١) حيث نصت المادة ١٤٧ من القانون المدني المصري على القوة الملزمة للعقد بأن (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون) ونص المشرع الكويتي أيضا على القوة الملزمة للعقد في المادة ٩٦ من القانون المدني على أن (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضى به القانون) ونص المشرع البحريني على القوة الملزمة للعقد في المادة ١٢٨ من القانون المدني على أن (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه ، إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضى به القانون) وأيضا نص المشرع الإماراتي في القانون المدني على القوة الملزمة للعقد في المادة ٢٦٧ على أن (إذا كان العقد صحيحا لازما فلا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولافسخه إلا بالتراضي أو التقاضى أو بمقتضى نص القانون) .

(٢) وتطبيقا لذلك قضت هيئة التحكيم في الحكم الصادر عن مركز القاهرة الإقليمي بأن (العقد شريعة المتعاقدين ولكنه شريعة اتفاقية فهو يلزم عاقيه بما يرد في الاتفاق عليه متى وقع صحيحا ، والأصل أنه لا يجوز لأحد طرفي التعاقد أن يستقل بنقضه أو تعديله ، بل ولا يجوز ذلك للقاضي لأنه لايتولى إنشاء العقود عن عاقيها وإنما يقتصر عمله على تفسير مضمونها الرجوع إلى نية هؤلاء المتعاقدين ، فلا يجوز إذن نقض العقد أو تعديله إلا بتراضي عاقيه ويكون هذا التراضي بمثابة تعاقد جديد أو بسبب من الأسباب المقررة في القانون ، ومن ناحية أخرى فإنه بالنسبة لتنفيذ العقد فقد ورد بالأعمال التحضيرية بمذكرة المشروع ، فالمشروع جمع بين معيارين أحدهما ذاتي قوامه نية العاقد والآخر مادي يقيد بعرف التعامل ، فليس ثمة عقود تحكيم فيها المباني دون =

وبناء عليه فإن العقد شريعة المتعاقدين تعنى أن العقد (اتفاق التحكيم) هو بمثابة القانون الخاص بالنسبة للمتعاقدين والذي يجب عليهم الإلتزام به وبما اتفقوا عليه والعمل على تنفيذه ، وبذلك تصبح القاعدة العامة المتفق عليها هي أن الأصل في العقد (اتفاق التحكيم) أنه يلزم المتعاقدين بكل ما يجئ فيه ، وهو يتضمن قوة تحكم على طرفيه الإلتزام به وبكل ما جاء فيه ، وهذه القوة هي القوة الملزمة للعقد (١) .

وقد أجمع الفقه على أن القاعدة العامة هي أن العقد (اتفاق التحكيم) بما ينشئه من حقوق والتزامات لايسرى إلا فى العلاقة بين المتعاقدين ويطلق على هذه القاعدة مبدأ نسبىة العقد (اتفاق التحكيم) أو (مبدأ نسبىة الأثر الملزم) حيث لايتلقى الغير حقا ولايتحمل التزاما بمقتضى هذا العقد (اتفاق التحكيم) الذى لم يكن طرفا فيه (٢) .

= المعانى ، فحسن النية يظل العقود جميعها سواء فيما يتعلق بتعين مضمونها أو فيما يتعلق بكيفية تنفيذها ، ومن ثم فقد أستقر القضاء على أن تفسير العقد طبقا لما اشتمل عليه يجب أن يتم بحسن النية ، وحسن النية من مسائل الواقع التى تخضع لسلطان محكمة الموضوع ، وعلى القاضى استخلاص الطبيعة القانونية للعقد وإعطاء الوصف القانونى للأثار الأساسية التى ينبغى على العاقدان تحقيقها بغض النظر عن أية تسميات يطلقها الطرفان على مقصدهما من العقد أو أثاره الأساسية ، فالقاضى ملزم دائما بتكييف العقد إذ يتوقف على ذلك معرفة أحكام القانون التى تنطبق عليه ، ولايعتبر ذلك منه تغييرا لسبب الدعوى مادام لم يضيف إلي الوقائع المعروضة عليه جديدا إذ هو يلتزم بعدم الخروج على هذه الوقائع فإذا كانت العبارة واضحة فلايجوز إخضاعها لقواعد التفسير للحصول على معنى آخر باعتباره هو مقصود المتعاقدين ، أما إذا شاب العبارة غموض أو إيهام فاللحكمة السلطة فى تفسيرها بما يتفق مع المقصود منها مستعينة فى ذلك بظروف الدعوى وملابساتها ومن وسائل التفسير أنه لايجوز الوقوف عند عبارة معينة وإنما يتعين الأخذ بما تفيده مجموع عبارات العقد وذلك إذا قام التناقض بين بنود العقد وإستعصى التوفيق بينهم لإعمالهم جميعا وللقاضى الإستعانة بالظروف التى أحاطت بتحرير العقد وما قد يكون سبقه أو عاصره من اتفاقات تتصل بموضوع التعاقد ، مع الإستعانة بكيفية تنفيذ العقد والنية (القضية التحكيمية رقم ١٨٦ لسنة ٢٠٠٠ - جلسة ٢٢/٢٠٠٢ - الحكم الصادر عن مركز القاهرة الإقليمى - مجلة التحكيم العربى - العدد الخامس - سبتمبر ٢٠٠٢ - ص ١٩٣ .

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي- موسوعة القانون المدنى المصرى - نظرية العقد والإرادة المنفردة - طبعة ١٩٨٤ - بند ٢٧٠ - ص ٥٨٣ .

(٢) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض فى حكم لها بأن (عدم امتداد اتفاق التحكيم إلى عقد لم تنصرف إليه إرادة أطرافه حيث أن مفاد ما نصت عليه المادة ٥٠١ من قانون المرفعات وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تخويل المتعاقدين الحق فى الإلتجاء إلى التحكيم لنظر مما قد ينشأ بينهم من نزاع كانت تختص به المحاكم أصلا ، فأختصاص جهاز التحكيم بنظر النزاع وإن كان يرتكن أساسا إلى حكم القانون الذى أجاز إستثناء سلب إختصاص جهات القضاء ، إلا أنه يبنى مباشرة على اتفاق الطرفين ، وأنه ليس فى القانون ما يمنع أن يكون التحكيم فى=

والعقد (اتفاق التحكيم) فى هذا الصدد يعتبر تصرفاً قانونياً بالنسبة للمتعاقدين ولكنه فى نفس الوقت يعتبر واقعة قانونية لايجوز للغير أن ينكرها ولا المتعاقدين ، وذلك لأن المركز القانونى للغير يتأثر بناء على ما أنشأه العقد (اتفاق التحكيم) من حقوق والتزامات . وبناء عليه فإنه يكون للغير الإحتجاج بالعقد (باتفاق التحكيم) فى مواجهة الأطراف ، وأيضاً يكون للغير الإحتجاج بالعقد (باتفاق التحكيم) فى مواجهة الغير وهذا هو ما يطلق عليه مبدأ نفاذ العقد .

وعلى الرغم من أن الفقه التقليدى لم يعترف بأية آثار للعقد خارج دائرة الأطراف المتعاقدة ولم يتصور الفقه والقضاء، فى هذا الفقه أن العقد يرتب آثاراً أياً كانت فى مواجهة الغير . لكن مع تطور الحياة وظهور العديد من العمليات الاقتصادية والمشروعات الكبيرة ووجود سلسلة العقود وتطور الفكر القانونى حتى يواكب هذا التطور فى الحياة الإقتصادية ظهر الفقه الحديث الذى

= الخارج وعلى يد أشخاص غير مصريين . التحكيم طريق استثنائى لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق النقاضى العادية فهو مقصور على ما تتصرف إرادة المحكّمين إلى عرضه على هيئة التحكيم ، يستوى فى ذلك أن يكون الاتفاق على التحكيم فى نزاع معين بوثيقة خاصة أو انصراف إلى جميع المنازعات التى تنشأ عن تنفيذ عقد معين فلا يمتد اتفاق التحكيم إلى عقد لم تتصرف إرادة الطرفين إلى فض النزاع بشأنه عن طريق التحكيم ، أو إلى اتفاق لاحق له ما لم يكن بينهما رباط لاينقسم بحيث لا يستكمل - دون الجمع بينهما - اتفاق ، أو يفض مع الفصل بينهما خلاف لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تحصيل فهم الواقع فى الدعوى وإعطائها وصفها الحق وتكييفها القانونى الصحيح وتفسير العقود والإقرارات وسائر المحررات والشروط المختلف عليها ، وإستظهار نية طرفيها بما تراه أو فى بمقصودهما ما دامت قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة وطالما لم تخرج فى تفسيرها عن المعنى الظاهر لعبارتها لما كان ذلك البين من الحكم الإبتدائى - المئيد بالحكم المطعون فيه أنه خالص وفى نطاق ما لمحكمة الموضوع من سلطة تقديرية - إلى أن المديونية الثابتة بالمحرر المؤرخ ١٩٧٨/١٠/٢٢ الناشئة عن عقد المقاوله المؤرخ ١٩٧٤/٧/٣١ المبرم الطرفين والذى تضمن البند ٢٤ منه تنظيم وسيلة التحكيم فى جميع المنازعات والخلافات التى تثار بينهما عند تنفيذ هذا العقد أو تفسيره أو التى تنشأ بسببه أو فى حالة وقفه أو إنهائه مطروحا دفاع الطاعنة بأن المطالبة محل الدعوى سندها إقرار بالمديونية مستقل بذاته عن العقد ورتبت على ذلك قضاءها بقبول الدفع المبدى من المطعون عليها بعدم اختصاصها بنظر الدعوى وإختصاص هيئة التحكيم بجنيف بالفصل فيها طبقاً لشروط التحكيم المتفق عليه بالعقد سالف الإشارة وكان هذا الإستخلاص سائغا وله سنده من أوراق الدعوى ويكفى لحمل قضاء الحكم المطعون فيه والرد على دفاع الطاعن الذى تمسك به فإن النعى على الحكم يكون على غير أساس (نقض مدنى - الطعن رقم ٥٢ - لسنة ٦٠ قضائية - جلسة ١٩٩٤/٢/٢٧ - مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى س ٤٥ - منشور فى المرجع العام فى التحكيم المصرى والعربى والدولى - المرجع السابق - ص ٢٨٤ .

ينظر إلى العقد بصفته واقعة قانونية وعلى هذا الأساس يتم الاحتجاج بالعقد فى مواجهة الغير وأيضاً يكون للغير الاحتجاج بالعقد فى مواجهة طرفيه (١) .

أى أنه أصبح هناك مبدأ آخر بجانب مبدأ نسبية أثار العقد ، وهو مبدأ نفاذ العقد أو ما يطلق عليه مبدأ سريان العقد ، أو مبدأ الاحتجاج بالعقد وهو يعنى أنه إذا كانت حدود العقد نسبية وقاصرة على طرفيه فى إطار مفهوم الأثر الملزم له ، فإنه يوجد هناك إطار آخر يتعلق بالأثار غير المباشرة للعقد ، ألا وهو نفاذ هذا العقد فى مواجهة الكافة ، وفرض احترامه عليهم (٢) .

وقد ذهب الفقه الموضوعى إلى التفريق بين القوة الملزمة للعقد أو الاتفاق وذلك بوصفه تصرفاً قانونياً ويقصرها على أطرافه والاحتجاج بالعقد بوصفه واقعة قانونية تجاه الغير . ونفاذ العقد بصفته واقعة قانونية يضى على طوائف الغير واجب عام هو احترام عقود الآخرين بمعنى أنه يشكل فى مضمونه التزاماً بالامتناع عن عمل عام مؤداه عدم أنتهاك عقود الآخرين بتصرفات تؤثر فى الاشتراطات العقدية التى تتضمنها هذه العقود بما قد يؤدى إلى إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته تجاه المتعاقدين الآخرين .

ويلاحظ أنه لا يوجد صلة لذلك بمبدأ نسبية أثر العقد وإنما هذا الواجب هو إحترام الأثر الخارجى أو الأثر غير المباشر للعقد باعتباره واقعة قانونية كما سبق وأن أوضحنا فى المبحث الثالث من الفصل الأول (٣) .

وبناء على ما تقدم فإن الأصل فى العقد أو الاتفاق هو تراضى الطرفين على إبرامه ، أى أنه لا ينشئ علاقة إلتزام ، إلا بين الطرفين اللذين تراضيا على إنشاء هذه العلاقة فلا ينشئ فى ذمة الغير التزاماً ولا يكسبه حقاً وهذا هو ما يعرف بمبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد . إلا أن العقد بما ينشأه من حقوق والتزامات بين طرفيه هو عبارة عن واقعة إجتماعية لا يمكن تجاهلها .

(١) د/ اسماعيل غانم- النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - نظرية العقد - المرجع السابق ص ٣٤٠ .

(٢) د/ أحمد سلامة - مذكرات فى نظرية الالتزام - الكتاب الاول - المرجع السابق - ص ١٧٢ وما بعدها

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

د/ السنهورى - الوسيط - مصادر الالتزام - المجلد الاول - نظرية العقد - المرجع السابق - بند ٣٤٢ وما بعده .

د/ عبد المنعم البدر اوى- النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام- المرجع السابق - بند ٣٢٦ وما بعده .

د/ عبد الودود يحيى - الموجز فى النظرية العامة للالتزامات - المرجع السابق - بند ١٠٠ وما بعده .

أيضاً وللغير أن يحتج بالعقد أى أنه يجوز للغير أن يحتج بالعقد بما أنشأه من التزامات فى ذمة التعاقد وبالتالي يقرر له الحق فى الرجوع على المتعاقد مطالباً إياه بالتعويض عن الضرر الذى أصابه بسبب إخلاله بالتزامه العقدى .

أو بمعنى آخر أن التميز بين الاحتجاج بالعقد والأثر الملزم له أساسه هو رغبة الاطراف فى امتداد أثره إلى من ليس بطرف فيه ، وأيضاً رغبة الغير فى البقاء فى مأمن من كل اعتداء على حريته بإعمال الأثر النسبى للعقد حيث أن الأثر الملزم لا يمس الغير وإن كان يمكن الاحتجاج به فى مواجهة الكافة وذلك احتراماً للطابع الاجتماعى للحقوق ^(١) .

ولذلك فإن مبدأ نسبية أثر العقد يجب الا يتواجد بمفرده فى مجال العلاقات القانونية وإنما يجب أن يقوم جانبه مبدأ آخر وهو مبدأ نفاذ العقد أو سريانه أو الاحتجاج به تجاه الغير أى أنه لا يمكن تصور المركز القانونى الناشئ عن العقد ذا أثر نسبى على أساس أن العقد كواقعة اجتماعية قانونية لابد أن يفرض وجوده واحترامه على الكافة .

وبمعنى آخر أنه يوجد هناك أثر مباشراً للعقد على طرفيه وذلك فى إطار الأثر الملزم للعقد ، بالإضافة إلى ذلك يوجد هناك أيضاً آثار غير مباشرة تتعلق بنفاذ العقد أو محاجة الكافة به وفرض احترامهم عليه .

مما سبق يتضح لنا أنه طبقاً لمبدأ نسبية أثر العقد فإن التصرفات لا تولد أثارها إلا فى محيط الأطراف وحدهم فمن لم ترتض إرادته إنصراف هذا الأثر إليه فهو يظل بمنأى عن هذا الأثر فلا يفيد ولا يضار من هذا العقد ، وذلك فى إطار الآثار المباشرة لهذا العقد .

أما إذا خرجنا من دائرة التصرفات القانونية والآثار المباشرة ودخلنا فى نطاق الواقعة القانونية سوف نجد أن العقد باعتباره واقعه قانونية (وليس تصرفاً قانونياً) يمكن أن ينشأ عنه آثار غير مباشرة تتعلق بمحاجة العقد أو نفاذه من عدمه بالنسبة للغير .

والواقع أنه على الرغم من أن مبدأ القوة الملزمة للعقد قد يتعارض مع مبدأ الاحتجاج به ، إلا أنه لا يمكن تصور إحداهما بدون الآخر وذلك لأن كلا منهما يكمل الآخر .

وبالتالى فإنه يمكن القول بأن هناك فرقاً بين آثار العقد الداخلية وهى التى تنشأ لوجود العقد كتصرف قانونى وتؤثر على أطراف العقد ، وبين آثار العقد الخارجية أو غير المباشرة وهى التى تنشأ عن العقد كواقعة قانونية ويحتج به الغير أو يحاج به عليه .

(٢) د/ محمد عبد الفتاح ترك - التحكيم البحرى النطاق الشخصى لإتفاق التحكيم - المرجع السابق -

كما أن مبدأ نسبية العقود يهدف إلى حماية المصلحة الخاصة للغير بما يولده من قيود على حرية المتعاقدين وذلك مراعاة لحرية الغير واستقلاله .

فإن مبدأ نفاذ العقد يهدف إلى حماية المصلحة الخاصة للأطراف والغير على حد سواء بمعنى أن الأطراف نتيجة لنفاذ عقدهم فهم ملتزمون باحترام ما قرره إرادتهم بنفس القدر الذى يلتزم به الغير باحترام هذه الإرادة وما نجم عنها من علاقة عقدية .

أى أن نفاذ العقد مؤداه هو الامتناع عن كل ما من شأنه الإخلال بما يحتويه هذا العقد من حقوق والتزامات سواء يتعلق بها حق الأطراف أو حق الغير ، وإذا كان النفاذ يحقق مصلحة للأطراف والغير على حد سواء فإنه أيضاً يحقق مصلحة للمجتمع ذاته وذلك بالنظر إلى ما يكفله هذا الاحترام المتبادل من استقرار فى التعاملات بين الأفراد .

واتفاق التحكيم باعتباره عقد فإنه ينطبق عليه كل ما ينطبق على العقود بالنسبة لنسبية أثر العقد ونفاذه . وبناء على ذلك فإنه من الممكن أن يحتج باتفاق التحكيم فى مواجهة الغير باعتباره واقعة قانونية وأيضاً يحتج الغير به فى مواجهة الأطراف بناء على نفس الصفة .

وسوف نعرف لامتداد القوة الملزمة لاتفاق التحكيم إلى الغير ثم بعد ذلك الاحتجاج باتفاق التحكيم فى مواجهة الغير وذلك على النحو التالى :

المبحث الاول : امتداد القوة الملزمة لاتفاق التحكيم إلى الغير .

المبحث الثانى : الاحتجاج باتفاق التحكيم فى مواجهة الغير .

المبحث الأول

امتداد القوة الملزمة لاتفاق التحكيم إلى الغير

تمهيد وتقسيم :

لقد تبين لنا أن الفقه قد أجمع على أن القاعدة العامة فى العقود هي أن الغير لا ينقيد بعقد لم يكن طرفاً فيه ، ولذلك لا تشمل القوة الملزمة للعقد ولا ينصرف إليه ، وبالتالي فإن آثاره القانونية لا تنصرف إليه ، بالإضافة إلى ذلك فإنه لا يكتسب منه حقاً ، ولا تتحمل التزاماً^(١) .

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي - موسوعة القانون المدنى المصرى - نظرية العقد والإرادة المنفردة - بند ٢٧٠ .

وتطبيقاً لذلك قضيت هيئة التحكيم (لايلزم ولايستفيد من شرط التحكيم إلا من كان طرفاً فيه ، وأن دفع الشركة المحتكم ضدها بعدم قبول الدعوى التحكيمية لرفعها على غير ذى كامل صفة على سند من القول أن الشركة المحتكمة قد أقامت هذا التحكيم ضد الشركة المحتكم ضدها فقط ، فى حين أن هناك مشترين آخرين وكان يجب اختصاصهم جميعاً فى =

وإتفاق التحكيم باعتباره عقدا من العقود - كما سبق بيانه - فإنه وفقا للقاعدة العامة لا يلزم إلا طرفيه ، وأن القوة الملزمة للإتفاق لا تصل إلى غير الموقعين عليه ولا تصل آثاره القانونية إلى غيرهم . إلا أنه مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية أصبح يُنظر إلى العقد نظرة أوسع من ذي قبل ، وذلك لأنه نشأ في المجتمع ويتأثر به ويؤثر فيه ، مما أدى إلى وجود بعض الاستثناءات على هذه القاعدة السابقة وأصبحت القوة الملزمة للعقد تمتد إلى الغير ، وهذه الاستثناءات إما أنها قانونية ، أي أنها يتم تقريرها بناء على نص في القانون ، وإما أنها إردية تتم بناء على اتفاق طرفي العقد^(٢).

= هذا التحكيم ، في هذا التحكيم هو دفع مردود ، ذلك لأن هؤلاء الأشخاص ليسوا أطرافا في عقد الوديعة ، وبالتالي لايشملهم شرط التحكيم المنصوص عليه في هذا العقد ، حيث لايلتزم ولايستفيد من شرط التحكيم إلا من كان طرفا فيه (القضية التحكيمية رقم ٦٤٧ لسنة ٢٠٠٩ والتي صدر فيها حكم التحكيم بتاريخ ٢٦/٣/٢٠١١ - من الأحكام الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم الدولي - مجلة التحكيم العربي - العدد السادس عشر - يوليو ٢٠١١ - ص ٢٠٦ .

(٢) وقد جاء في إحدى المقالات المنشورة في مجلة lovella عدد مايو ٢٠٠٥ للكاتب Daniel Busse متى يكون اتفاق التحكيم ملزم لمن لم يوقع عليه حيث أنه من طرق إنجاح المشروعات في علم التمويل الدولي للمشروعات inter project finance national تجميع المخاطر المحيطة بالمشروع بأنواعها كافة والعمل على إبرام عدد كاف من العقود تتضمن نقل كل جانب من هذه المخاطر إلى أشخاص آخرين (كالشركاء ومصدري السندات) أو إلى مجموعة من الشركات أو أكثر من مجموعة أحيانا وقد تم إنشاء شركات متعددة ومستقلة لهذه الأغراض وعند القيام بهذا الدور المتنوع تنشور مسألة من يوقع على هذه العقود وغيرها : هل هو مجموعة معينة أو فرد من أفرادها ، ويثير التساؤل أكثر التعرض لمن يقوم بالتنفيذ من بين هذه المجموعات أو أفرادها ، وهل من حقهم أن يكونوا من الموقعين ليضمنوا حقوقهم وإذا ثار نزاع فهل يجوز اختصامهم إذا لم تكن لهم فرصة التوقيع على العقود وبصفة أدق على طريق فض المنازعات الذي ينص عليه شرط الاختصاص . هل من حق الخصم في مواجهة كل هؤلاء أن يختار الرجوع على الموردين ولو لم يكن موقعا على العقد أو العقود المعنية ؟ وهل يجوز ذلك إذا كان التحكيم هو الطريق المختار ؟ قامت المحاكم التحكيمية بذلك في عديد من القضايا ، ولكن البعض الآخر لم يسمح بذلك . وفي هذا القبول أوداك الرضا أثبتت بعض القوانين الوطنية ، ولكن في حالات أخرى كل القرار مبني على اعتبارات عامة مثل عادات التجارة أو مثل القصد المفترض للأطراف ، وفي مختلف جهات الاختصاص القضائية (إذا واجهت طعنا في حكم تحكيمى) كان الإتجاه غير متوافق مع الإتجاهات الدولية للممارسة التحكيمية . وقد تنوع امتداد اتفاق التحكيم إلى شمول غير الموقعين عليه بحسب المواقف التالية : ١- مواقف الشركة الأم أو الوليدة ٢- مواقف تحاول مد نطاق شرط التحكيم من المقاول العام إلى المقاول من الباطن والعكس بالعكس وذلك بإدخال مقاول الباطن المقاول العام في إجراءات لسير فيها ٣- مواقف المشروعات المشتركة حيث يحاول أحد الشركاء فى المشروع المشترك إقامة إجراءات تحكيمية ليس فقط شريك آخر ولكن ضد المشروع المشترك كوحدة قائمة ٤- فى معاملات الإدماج والإستمرار حيث يحاول المشتري أن يلقى بالمسؤولية على الشركة المستهدفة (ربما لإقرارات لم يتم الوفاء بها) بالإضافة إلى البائع وأن يحاول إدخال الشركة المستهدفة فى إجراءات التحكيم ٥- عندما يكون غير الموقع يلتزم بشرط التحكيم المدرج فى عقد يضيف عليه فوائد ومنافع . جولة فى النشرات التحكيمية د/ محيى الدين علم الدين - مجلة التحكيم العربي - العدد الثامن - أغسطس - ٢٠٠٥ - ص ١٥٩ .

ولذلك فإن اتفاق التحكيم أصبح هو الآخر وباعتباره عقد من العقود - كما تم بيانه فيما سبق - ووفقا لهذه الاستثناءات والتوسع في مفهوم الطرف أصبحت هناك حالات كثيرة يتم فيها امتداد آثار اتفاق التحكيم إلى الغير منها حالة المجموع العقد ، العقود الجماعية ، والمرسل إليه في عقد النقل البحري ، ، بالإضافة إلى امتداد اتفاق التحكيم في العقود المرتبطة ومجموعة العقود وأيضا مجموعة الشركات التي يمتد إليها اتفاق التحكيم . وسوف نعرض هذه الحالات بشيء من التفصيل وذلك على النحو التالي :

المطلب الأول : حالات امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير باعتباره طرفا في العقد .

المطلب الثاني : امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير في مجموعة العقود ومجموعة الشركات .

المطلب الأول

حالات امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير

باعتباره طرفا في العقد

تمهيد وتقسيم :

لقد سبق لنا القول بأن الغير هو كل شخص لا يتوافر فيه صفة المتعاقد أو صفة الخلف - سواء كان عاما أو خاصا - وهو لا تتصرف إليه آثار العقد سواء كانت حقا أو التزاما وذلك باعتباره أجنيا عن العقد .

وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن بأن (شرط التحكيم الوارد في عقد البيع لا يمتد أثره إلى الشركة الناقلة التي لم تكن طرف فيه ، ولا يجوز من ثم التمسك به عند قيام النزاع بين هذه الأخيرة وبين المشتري ، وذلك تطبيقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد ...)^(١) .

(١) (... شرط التحكيم لا يمتد إلى من لم يكن طرفا فيه ، آثار العقد وفقا لنص المادة ١٤٥ من القانون المدني لا تتصرف إلى الغير الذي لم يكن طرفا فيه ولم تربطه صلة بأى من طرفيه ، سواء كانت هذه الآثار حقا أم التزاما وإذا كان يتبين من تدوينات الحكم المطعون فيه أن الطاعنة (المشتري) قد اتفقت مع الشركة البائعة بمقتضى عقد البيع المبرم بينهما على أن كل نزاع ينشأ عن هذا العقد يكون الفصل فيه من اختصاص هيئة التحكيم ، وإذا لم تكن الشركة الناقلة طرفا في هذا العقد وإنما تتحدد حقوقهما والتزاماتهما على أساس عقد النقل المبرم بينها وبين الشركة البائعة فإن شرط التحكيم الوارد في عقد البيع لا يمتد أثره إلى الشركة الناقلة ولا يجوز من ثم ..) نقض مدنى - الطعن رقم ٥١٠ لسنة ٣٥ قضائية - عشرون من يناير - سنة ١٩٧٠ - السنة الواحد والعشرين مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى - ص ١٤٩ وما بعدها .

إلا أن الغير قد تربطه صلة بأحد أطراف العقد ، يترتب عليها وجود بعض التعارض بين مصالحه وبين مصالح الأطراف ، وهذا هو الذي أدى إلى الاتجاه بامتداد أثر العقد إلى الغير ، وبالتالي امتداد آثار اتفاق التحكيم إلى الغير باعتباره عقدا من العقود ، وذلك لمحاولة تفادي هذا التعارض بين مصلحة الأطراف ، ومصلحه الغير، وأيضا لاستقرار المعاملات بين الأفراد فى المجتمع خصوصا على مستوى العلاقات التجارية (١) .

وذلك على الرغم من أنه لم يكن خلفا عاما أو خاصا أو من الدائنين، حيث تم اعتبار الغير طرفا فى العقد ، في بعض الحالات التى يتم فيها اعتبار الغير طرفا في العقد ، وهي حالة العقد الجماعي ، وحالة المجموع العقدى ، وحالة المرسل إليه في عقد النقل البحري . وسوف نعرض لكل منها على النحو التالي :

(١) وتطبيقا لذلك فإن القضاء السويسرى نص على امتداد شرط التحكيم إلى الغير فى إحدى القضايا من خلال مراقبة اختصاص هيئة التحكيم تجاه غير الموقعين على اتفاق التحكيم وذلك فى الحكم الصادر عام ٢٠٠٨ من المحكمة الفيدرالية العليا السويسرية (حيث وافقت المحكمة على إدخال غير الموقعين على شرط التحكيم فى الخصومة التحكيمية رغم سبق رفض ذلك بواسطة محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية ، وكذا حكم التحكيم الجزئى الصادر من المحكم الفرد المعين فى هذه القضية التحكيمية ، وتتلخص وقائع النزاع فى أن إحدى الشركات قد أقامت دعوى تحكيمية أمام غرفة التجارة الدولية استنادا لشرط التحكيم الوارد فى عقد عمل موقع مع شركة أخرى والتي طلبت من محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية مد شرط التحكيم ليشمل لثلاثة شركات أخرى = لم تكن موقعة على هذا الشرط استنادا إلى علاقات تربطهم بالشركة الطرف فى العقد موضوع النزاع . وقد رفضت محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية مد أثر شرط التحكيم إلى تلك الشركات معتبرة أنه لا يوجد من ظاهر الأوراق prima faice اتفاق تحكيم بينهم وبين الأطراف ، وذلك استنادا لسلطتها فى التأكد من ظاهر الأوراق من وجود اتفاق التحكيم المنصوص عليه فى الفقرة الثانية من المادة السادسة من قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية ، وقد عرضت تلك المسألة على المحكم الفرد المعين لنظر الدعوى والذى أصدر حكم تحكيم (وقتى) فى مسألة الاختصاص وبعض المسائل الإجرائية الأخرى أيد فيه ما قرره محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية ، إذ قرر عدم قبول ورفض طلب مد شرط التحكيم على الشركات الثلاث الغير موقعين عليه ، وقد قامت الشركة المحكمت ضدها بالطعن على هذا الحكم بالبطلان أمام المحكمة العليا السويسرية استنادا إلى نص المادة ١٩٠/٢ب من القانون الخاص السويسرى مطالبة بمد شرط التحكيم على غير الموقعين ، وقد عاملت المحكمة العليا السويسرية الحكم الوقتى على أنه جزئى قابل للطعن وقبلت طلبات الشركة المحكمت ضدها ، إذ قررت مد شرط التحكيم ليشمل الشركات الثلاث الغير موقعة عليه ، كما ألزمت المحكم الفرد بالإستمرار فى التحكيم بعد إدخالهم فيه كأطراف . وتجدر الإشارة إلى أنه طبقا للقانون السويسرى لا يملك القضاء سوى قبول أو رفض الطعن بالبطلان . واستثناء من ذلك يجوز للمحكمة العليا السويسرية فقط فى الطعون بالبطلان ضد الأحكام المتعلقة باختصاص هيئات التحكيم أن تقضى بما تراه فى هذا الشأن بشكل ملزم لهيئة التحكيم . وقد تبنت المحكمة العليا السويسرية اتجاها موسعا =

الفرع الأول

امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير فى

العقد الجماعى والمجموع العقدي

تمهيد وتقسيم :

من حالات امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير، هى امتداد اتفاق التحكيم في العقد الجماعي والمجموع العقدي و هما من الحالات التي يتم فيها اعتبار الغير طرفا في العقد . وسوف نعرض لكل منهما وذلك على النحو التالي :

أولاً : امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير في العقد الجماعي .

ثانياً : امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير في المجموع العقدي .

أولاً : امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير فى العقد الجماعى :

لقد أجمع الفقه على أن : العقد الجماعي هو عبارة عن عقد يتم توقيعه بين مجموعة من الأفراد بصفتهم الجماعية وبين فرد أو مجموعة من الأفراد . ومثال هذا العقد هو عقد العمل الذي يوقع بين نقابة العمال وبين صاحب العمل ، وعقد تأجير المال الشائع ، ومثل هذه العقود ينصرف أثرها ليس فقط إلى من إشتراك في إبرامها من أفراد المجموعة ، وإنما يمتد إلى سائر أفرادها حتى من لم يشترك فيها منهم في إبرامها طالما كان هذا العقد تم إنعقاده من الأغلبية التي

= لنطاق اختصاص هيئة التحكيم من حيث الأشخاص . وطبقا لهذا الإتجاه طالما أن اتفاق التحكيم قد استوفى شرائطه الشكلية فيما يتعلق بالموقعين عليه ، فإن امتداده ليشمل غير الموقعين عليه لا يخضع لمتطلبات شكلية بل يكفى فى هذا المجال إلزام هؤلاء باتفاق التحكيم التعرف على مسلكهم أثناء التفاوض وتنفيذ موضوع النزاع المتضمن لهذا الإتفاق . وقد وجدت المحكمة العليا أن الشركات الغير موقعة على اتفاق التحكيم يتمتع بسلطات فعلية فى مجال إنهاء عقد العمل موضوع النزاع مثلها مثل رب العمل فضلا عن الحق فى الحصول على معلومات محاسبية ، كما إنها تملك الحق فى أن تمارس اختصاصات مدير الشركة المتعاقدة حال تخلفه عن ممارستها فضلا عن إمكانية عزله . بناء على ما تقدم قامت المحكمة العليا بضم هذه الشركات إلى التحكيم على أساس (تورطها القوي) فى التفاوض وتنفيذ العقد موضوع النزاع ، هذا فضلا عن كون الشرط المعنى مطابقا لشرط آخر واقعوا عليه فى عقد آخر مرتبط بذات العقد موضوع النزاع . مشار إليه فى نشرة الأنباء الصادرة فى شهر إبريل ٢٠٠٩ من مكتب Charles Russel مجلة التحكيم العربى - العدد الثانى عشر - يوليو ٢٠٠٩ - ص ١١٧ - ١١٨ .

يتطلبها القانون (١) .

وبناء عليه فإذا ما تضمن العقد الجماعي اتفاق على التحكيم فإن هذا الاتفاق يكون ملزماً لكافة الأفراد سواء من اشترك منهم في إبرام العقد المتضمن اتفاق التحكيم أو من لم يشترك منهم .

بالإضافة إلى ذلك إذا أبرمت هذه الأغلبية اتفاق تحكيم مستقل عن العقد الأصلي فإنه أيضاً يسري في مواجهة جميع الأطراف سواء من اشترك منهم فيه أو لم يشترك .
وقد قضت محكمة التحكيم المنعقدة في جينف ١٩٧٥ م في حكم لها نصت فيه على (أن شرط التحكم المدرج في عقد بناء مصنع أبرم بين شركة وطنية وشركة أجنبية عضو في مجموعة صناعية متعددة الجنسيات يلزم سائر شركات المجموعة استثناء إلى طبيعته العملية وإلى الإرادة المشتركة بين الأطراف) (٢) .

مما سبق يتضح لنا أن العقد الجماعي يتميز بأمرين هما :

أولاً : أنه يعقد بموافقة أغلبية أفراد الجماعة التي يتم إبرام العقد بإسمها .
ثانياً : أن جميع أفراد هذه الجماعة يلتزمون بهذا العقد من وافق منهم عليه ومن لم يوافق جميعهم على حد سواء ، وهو بذلك يتضمن خروجاً على مبدأ نسبية العقود .
وبناء عليه فإذا ما تم إبرام عقد من عقود الجماعة - التي تم النص عليها سابقاً - من قبل الأغلبية المخولة التعاقد باسم الجماعة ، وتضمن هذا العقد شرط تحكيم ، فإن هذا الشرط يكون ملزماً لكافة أفراد الجماعة من اشترك منهم فيه ومن لم يشترك في إبرامه .

ثانياً : امتداد اتفاق إلى الغير في حالة المجموع العقدي :

لقد أجمع الفقه على أن المجموع العقدي هو عبارة عن مجموعة من العقود التي تقوم على

(١) ومثال العقد الجماعي أيضاً عقد الصلح الواقع من الإفلاس الذي ينعقد بين المدين التاجر وبين جماعة الدائنين بصفتهم الجماعة ، وعقد العمل الذي ينعقد لابين عامل فرد ورب العمل وإنما بين نقابة أو أكثر من نقابات العمال وبين رب العمل أو منظمة من منظمات أرباب الأعمال بقصد تنظيم شروط العمل ، وعقد تأجير المال الشائع أو عقد بيعه الذي يعقده أغلبية الشركاء التي يتطلبها القانون مع المستأجر أو البائع . فكل هذه العقود تلزم جميع أفراد الجماعة التي عقدتها حتى من لم يشترك منهم في إبرامها وتكسبهم ما يترتب عليها من حقوق . د/ مصطفى جمال - د/ عاكشة عبد العال - التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة والدولية - المرجع السابق - بند ٣٣٨ - ص ٤٩٣ . د/ طلعت دويدار - ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم - المرجع السابق - ص ٣٢١ .

(٢) مشار إليه لدى د/ على سيد قاسم - نسبية اتفاق التحكيم - دراسة في أحكام القضاء وقرارات المحكمين - دار النهضة العربية - طبعة ٢٠٠٠ - ص ٤٠ هامش رقم (١) .

فكرة واحدة إما وحدة السبب أو حدة المحل ، أي أن هذه العقود تمثل وحدة إقتصادية واحدة تهدف إلى تحقيق نفس العملية التجارية ^(١) .

ويلاحظ أنه كثير ما يحدث في الواقع العملي أن تجتمع عدة عقود حول محل واحد ، حيث أنها تتعاقب عليه ويكون محلا لكل منها ، أو حول غرض واحد ممثلا أحدها يمثل الالتزامات المحققة له ، والأخر يشمل تنفيذ هذه الالتزامات أو يساعد عليها أو تقديم الضمان اللازم من أجل إتمام تنفيذها .

وبناء عليه فإن مجموعة العقود تنقسم إلى صورتين هما :

الصورة الأولى : هي تلك الصورة التي تتضافر فيها العقود المتعددة لتحقيق هدف واحد مشترك رغم إختلاف أطرافها ، مكونه بذلك مجموعة عقدية متناسقة ، كما هو الحال في العقود التي تربط عدة مقاولين أصليين بصاحب عمل واحد ، أو العقود التي تربط عدة مقاولين من الباطن بمقاول أصلي واحد ، أو العقود التي تربط مهندسين مدنيين أو معماريين وميكانيكي بصاحب عمل واحد يشتركون في وضع التصميمات لمشروع معين وفي هذه الصورة توجد رابطة بين

(١) د/ طلعت دويدار - ضمانات النقاضى فى خصومة التحكيم - المرجع السابق - ص ٣٢٢ . د/ مصطفى الجمال - د/ عكاشة عبد العال - التحكيم فى العلاقات الداخلية والدولية - بند ٣٣٩ - ٤٩٤ . د/ سميحة القليوبى - الأسس القانونية للتحكيم التجارى وفقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ - المرجع السابق - ص ٩٠ .

- وتطبيقا لذلك قضت هيئة التحكيم فى حكم لها صادر عن مركز القاهرة الإقليمى نصت فيه على امتداد شرط التحكيم إلى غير الموقعين عليه على أساس فكرة المجموع العقدى (إن فكرة المجموع العقدى ومجالها إطار الشركات التى تنظمها مجموعة واحدة عندما تبرم هذه الشركات عقودا مع الغير تضمن شرط التحكيم ، ويقع الخلاف بين الغير وبين بقية أفراد المجموعة (أو إحدى شركاتها) حول ما إذا كان شرط التحكيم يمتد إلى العقود التى تربطه - أى الغير - ببقية أفراد المجموعة (أو إحداها) على الرغم من خلو هذه العقود من هذا الشرط ، ولقد ذهب قضاء التحكيم الدولى إلى أنه توجد عادة ليست محل خلاف جدى فى التجارة مقتضاها أن شرط التحكيم الموقع عليه من شركة فرد فى مجموعة شركات يمكن أن تمتد إلى شركة أخرى فى المجموعة لم تكن قد وقعت عليه مادامت هذه الشركة كان لها يد فى إبرام العقد محل النزاع أو تنفيذه . ولما كان ذلك فإن المستندات المقدمة فى الدعوى من طرفى الخصومة قد قطعت بأن الشركة المحتكم ضدها والطرف الثانى فى العقد ما هى إلا شركتان أفراد فى مجموعة شركات وتكونان مجموعة إقتصادية واحدة يرأسها شخص واحد . ومن ثم وإعمالا لما سبق إيراده من مبادئ ، فإن شرط التحكيم الوارد بالعقد يمتد إلى الشركة المحتكم ضدها رغم عدم توقيعها عليه باعتبار أن العقد موضوع النزاع يتعلق بعملية إقتصادية واحدة تتعلق بنشاط الشركتين (القضية التحكيمية رقم ٦٣١ لسنة ٢٠٠٩ والتي صدر فيها الحكم بتاريخ ٢٠١٠/٥/٥ - حكم صادر عن مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى - مجلة التحكيم العربى - العدد الخامس عشر - ديسمبر سنة ٢٠١٠ - ص ٢١٧ - ٢١٨ .

أطراف متعددين في أحد الجانبين أو كليهما أيضا تظهر فكرة المجموع العقدي في إطار الشركات التي تنظمها مجموعة واحدة .

وبناء عليه فإنه عندما تبرم هذه الشركات عقودا مع الغير تتعلق جميعها بعملية اقتصادية واحدة ، وكثيرا ما يتضمن أحد هذه العقود المبرم بين إحدى هذه الشركات وبين الغير شرط تحكيم ، ويقع الخلاف بين الغير وبين أفراد المجموعة حول ما إذا كان شرط التحكيم يمتد إلى العقود التي ترتبطه - أى الغير - ببقية أفراد المجموعة ، على الرغم من خلو هذه العقود من هذا الشرط ، وقد تم النص في قضاء التحكيم الدولي على انصراف آثار اتفاق التحكيم إلى بقية العقود الأخرى في المجموعة ^(١) .

وذلك على أساس قانوني متمثل في أن هؤلاء الأفراد (أطراف العقد) تجمعهم رابطة واحدة وأن العقود التي أبرموها تتضافر جميعها من أجل تحقيق هدف اقتصادي واحد. وقد أيدت محكمة إستئناف باريس هذا القضاء وذلك في حكمها الصادر في ١٤ فبراير سنة ١٩٨٩ م حيث قضت (بأن شرط التحكيم المدرج في عقد دولي يتمتع بالصحة تقتضى طبيعته التعامل مد تطبيقه إلى الأطراف المعنية بتنفيذ العقد وفي المنازعات التي تأتي عنه ، متى تبين أن مركزهم التعاقدى ونشاطهم يعترض قبولهم لشرط التحكيم الذي يعلمون بوجوده وبمدها على الرغم من عدم توقيعهم على العقد الذي تضمنه) ^(٢) .

وقد أخذ المشرع المصري بفكرة المجموع العقدي وذلك عندما أجاز المشرع للمؤجر حق الرجوع مباشرة على المستأجرين من الباطن ، كما قرر للمقاول من الباطن الحق في الرجوع مباشرة على رب العمل وهذا هو ما نصت عليه المادة ٦٦٢ مدنى مصري (يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول فى تنفيذ العمل ، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لايجاوز القدر الذى يكون مدينا به للمقاول الأسمى وقت رفع الدعوى ، ويكون لعمال المقولين من الباطن مثل هذا الحق كل من المقاول الأسمى ورب العمل) .

(١) مشار إليه لدى د/ على سيد قاسم - نسبية اتفاق التحكيم دراسة فى احكام القضاء وقرارات المحكمين - المرجع السابق - ص ٤٠ هامش رقم ١ . د / محمد ماهر أبو العنين - د / عاطف محمد عبد اللطيف - موسوعة قضاء التحكم . الكتاب الأول - ص ٤٠٣ - دار طبع طنطا ، د/ محمد نور شحاته - مفهوم الغير فى التحكيم - المرجع السابق - ص ٧٧ ، د / مصطفى الجمال - د / عكاشه عبد العال - التحكيم فى العلاقات الخاصة والدولية - المرجع السابق - ص ٤٩٧ .

(2) paris . 14 Feb1989 ,Rev. Arb .1989 , p691 et s.

الصورة الثانية : وهي تلك الصورة التي تتمثل في سلسلة العقود ، وفي هذه الصورة تتابع العقود على ذات المحل رغم إختلاف أطرافها مكونه بذلك سلسلة عقديه متصلة ، كما هو الحال في العقود المبرمة بين كل من صاحب العمل والمقاول الأصلي ، وبين المقاول الأصلي مع المقاول من الباطن الأول ، وبين هذا الأخير والمقاول من الباطن الثاني وهكذا وفي هذه الصورة تتعلق العقود بعمل واحدا ، أو بمشروع واحد ، إلا أنها تجمع أطرافا متعددين ^(١).

وقد اتجه الفقه الحديث إلى دراسة هذه الظاهرة في صور متعددة منها تحت مسمى واحد جامع، وهو مجموعة العقود وقد كشفت الدراسة عن وجود نوع من التبعية المتبادلة أحيانا والمنفردة أحيانا أخرى بين عقود المجموعة الوحدة ، يجعل منها كلا واحدا يصعب الفصل بين وحداته من الناحيتين الاقتصادية والقانونية على حد سواء .

وهذا هو ما يجعل من أطراف كل عقد من العقود المكونة للمجموعة أطرافا في (الكل) الذي تمثله المجموعة ، دون حاجة لأن يكونوا أطرافا في بقية العقود الداخلة في المجموعة ، وذلك خلافا لما يفرضه منطق مبدأ نسبية أثر العقود بمفهومه التقليدي ^(٢) .

(١) وتطبيقاً لذلك قضت هيئة التحكيم في الحكم الصادر عن مركز القاهرة الإقليمي أن (امتداد شرط التحكيم في العقود المتصلة وأنه يجوز امتداد شرط التحكيم من عقد يتضمنه إلى عقد آخر لا يتضمنه وذلك إذا كان العقدان متصلين ، وقد ينتج الإرتباط بين العقدين في حالة ما إذا كان العقد الثاني قد أبرم نتيجة الإخلال بالعقد الأول ، فيكون بالتالي مكمل له) القضية التحكيمية رقم ٤٥٩ لسنة ٢٠٠٥ - الحكم الصادر عن مركز القاهرة الإقليمي بتاريخ - ٩ يوليو - سنة ٢٠٠٨ . مجلة التحكيم العربي - العدد الثالث عشر - ديسمبر - سنة ٢٠٠٩ - ص ٢٤١ .

(٢) مثال ذلك إذا كان هناك عقد بين المنتج وبين الموزع وكان هذا العقد يوجد به شرط تحكيم ، وهناك عقد آخر بين الموزع وبين شخص آخر كتاجر تجزئة أو مستهلك ، هذا العقد لا يوجد به إحالة إلى العقد الأول أو إشارة إلى شرط التحكيم الوارد به ، ثم أراد تاجر التجزئة أو المستهلك الرجوع مباشرة على المنتج بالضمان الناشئ عن عيوب البضاعة مثلا أو أراد مطالبته بالوفاء بالتزاماته في العقد الأول باعتباره صاحب مصلحة في الوفاء ، أو أراد الرجوع عليه بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء عدم تنفيذه لإلتزاماته في العقد المذكور .

وتطبيقاً لذلك قضت هيئة التحكيم في حكم لها على أنه (لاينال من توافر مقومات الوحدة الاقتصادية ، ومن ثم ارتباط المحتكمة بالمحتكم ضدهم الثلاثة بعلاقة عقدية تتيح لها التمسك بشرط التحكيم الوارد بها ، القول بأن المحتكمة لاتعدو أن تكون مقاولا من الباطن أو أن دورها في إبرام العقد اقتصر على كونها ممثلة للشركة المحتكم ضدها الثانية ، وذلك أن المقرر في قضاء التحكيم أن شرط التحكيم ينصرف من عقد إلى آخر في مجموعة العقود المتتالية التي ترد على محمل واحد وأيضا إلى العلاقات العقدية المركبة التي تتضمنها وثيقة واحدة ، أن العقد محل النزاع نص على أنه ملزم لأطرافه ولخلفائهم تباعا والمتنازل إليهم المعتمدون . كما نص على أنه يحق=

الفرع الثاني

مدى إمكانية امتداد اتفاق التحكيم إلى المرسل إليه

فى عقد النقل البحري

تمهيد وتقسيم :

بالنسبة لمدى إمكانية امتداد اتفاق التحكيم إلى المرسل إليه هناك حالتين بالنسبة لسند الشحن المحرر للمرسل إليه وهما (١) .

الحالة الأولى : هى تلك الحالة التى يكون فيها سند الشحن الذى يصدره مالك السفينة إلى المستأجر للسفينة ، والذى يقوم بعد ذلك بنقل هذا السند إلى الغير عند قيامه بيع البضاعة أو جزء

= للمنتج تنفيذ التزاماته الواردة فى العقد من خلال الشركة المحكمة كما أن اطراف العقد والشركة المحكمة قد حرصوا على وضع توقيعهم عليه . تبرز فكرة المجموعة العقدية الواحدة أيضا رجوع الدائن على مدين مدينه بطريق التحكيم المنصوص عليه فى العقد الذى يربطهما حتى ولو لم يكن الدائن طرفا فى هذا العقد ما دام قد شارك فى تنفيذ هذا العقد . وقد اكتسبت هذه الفكرة دعما تشريعيا حيث نص القانون المدنى المصرى (م ٦٦٢) على حق المفاوض من الباطن فى الرجوع مباشرة على صاحب العمل للمطالبة بما يكون فى ذمة الأخير من مستحقات للمفاوض الأصلي . أن كون علاقة المحكمة بالمحكّم ضدهم تتحلل إلى مقاوله من الباطن - مع الوضع فى الاعتبار خصوصية عقود البوت - لا يحول دون توافر المناط فى امتداد شرط التحكيم إليها وإلى المحكّم ضدها الثالثة) . القضية التحكيمية رقم ٧٢٣ لسنة ٢٠١٠ والتى صدر فيها حكم بتاريخ ٢٠١٢/١/٣١ - الحكم الصادر عن مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى - مجلة التحكيم العربى - العدد الثامن عشر - يونيو ٢٠١٢ - ص ٢٤١ .

(١) د/ محمد نور شحاته - مفهوم الغير فى التحكيم - المرجع السابق - بند ٧٦ - ص ٥٧ .

ونطبقا لذلك قضت محكمة النقض فى حكم لها بخصوص شرط التحكيم فى عقد النقل البحرى جاء فيه (إن قانون التجارة البحرى يجعل من المرسل إليه طرفا ذا شأن فى سند الشحن باعتباره صاحب المصلحة فى عملية الشحن يتكفا مركزه - حينما يطالب بتنفيذ عقد النقل - ومركز الشاحن يرتبط بسند الشحن كما يرتبط به الشاحن ، ومنذ ارتباط الأخير به فإذا كان الحكم المطعون فيه قد انتهى فى نطاق سلطته الموضوعية إلى أن سند الشحن قد تضمن الإحالة إلى شرط التحكيم الوارد فى مشارطة الإيجار فإن مقتضى هذه الإحالة ، هو أن يعتبر شرط التحكيم ضمن شروط سند الشحن فتلتزم به الطاعنة (المرسل إليه) لعلمها به من نسخة سند الشحن المرسله إليها) .

(نقض مدنى - الطعن رقم ٦٠ لسنة ٣٥ قضائية - جلسة الخامس والعشرون - فبراير - سنة ١٩٦٥ - س ١٦ - مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى - ص ٢٢٠ - منشور فى المرجع العام للتحكيم - المرجع السابق - ص ٢٢١) .

منها، وقد يكون سند الشحن الذى أصدره المالك إلى المستأجر فيه شرط تحكيم (مشاركة الإيجار) ، أى أنه يشترط عرض أى نزاع محتمل بخصوص تنفيذ العقد على التحكيم ^(١) .

الحالة الثانية : وهى تلك الحالة التى يصدر فيها المالك سند الشحن ابتداء إلى الشاحن لنقل البضاعة وقد يتضمن هذا السند شرط تحكيم ^(٢) .

ويلاحظ أن القاعدة هى أن سند الشحن فى شقه الخاص بنقل البضاعة ، ينتج أثره فى حق المرسل إليه وذلك بصرف النظر عن الأساس الذى تستند عليه هذه القاعدة ^(٣) .

السؤال هنا ما مدى التزام الغير وهو المرسل إليه بشرط التحكيم الموجود فى سند الشحن ؟ وهل من الممكن أن يستفيد منه المرسل إليه ؟ وهل من الممكن أن يتم التمسك بشرط التحكيم فى مواجهته ؟

(١) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض فى حكم لها بأن (شرط التحكيم الذى أحال إليه سند الشحن عاما شاملا لجميع المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقد النقل وكانت عملية تفريغ حمولة السفينة تعتبر على ما يستفاد من قانون التجارة البحرى جزءا متما لعملية النقل فمن ثم تسرى عليه أحكام عقد النقل البحرى وكانت مشاركة إيجار السفينة قد تضمنت أيضا نصا صريحا لتنظيم عملية التفريغ ومواعيدها ومقابل التأخير ومكافأة السرعة وهو من نصوص مشاركة الإيجار التى شملتها الإحالة الواردة فى سند الشحن فإن المطالبة المتفرعة من التفريغ طبقا لهذا النص تكون من المنازعات التى ينصرف إليها شرط التحكيم ويكون الحكم المطعون فيه إذا قضى بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل عرض النزاع على التحكيم لم يخالف القانون ...) .حكم نقض - الطعن رقم ٤٠٦ - جلسة ١٧/٦/١٩٦٥ - سنة ٣٠ قضائية مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى السنة ١٦ - ص ٧٧٨ - منشور فى المرجع العام فى التحكيم المصرى والعربى والدولى - م/ أحمد محمد عبد الصادق - المرجع السابق - ٢٢٢ (٢) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض فى حكم آخر لها بأن (قانون التجارة البحرى يجعل من المرسل إليه طرفا ذا شأن فى سند الشحن باعتباره صاحب مصلحة يتكافأ مركزه - حينما يطالب بتنفيذ عقد النقل ، ومركز الشاحن يرتبط بسند الشحن كما يرتبط به الشاحن ، ومنذ إرباط الأخير به فإن مقتضى ذلك أن يلتزم المرسل إليه باعتباره فى حكم الأصيل فيه ، ومن ثم فلا يعتبر الشاحن نائبا عنه فى سند الشحن حتى يتطلب الأمر وكالة خاصة أو حتى يقال أن الشاحن قد تصرف فى شأن من شؤون المرسل إليه وهو لا يملك حق التصرف فيه) نقض مدنى - الطعن رقم ١٣٥ - سنة ٣٥ قضائية - جلسة ١٩٦٨/٢/٧ - مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى - السنة ١٧ - ص ٣٠٠ وما بعدها - منشور فى المرجع العام فى التحكيم المصرى والعربى والدولى - المرجع السابق - ص ٢٢٢ .

(٣) د/ محمد فريد العرينى - التحكيم فى المنازعات البحرية - المرجع السابق - ص ١٦٠ - بند ٦ .
- د/ محمد نور شحاته - مفهوم الغير فى التحكيم - المرجع السابق - بند ٧٦ - ص ٥٧
د/ محمد عبد الفتاح ترك - التحكيم البحرى - النطاق الشخصى لاتفاق التحكيم فى عقد النقل البحرى - المرجع السابق - ص ٥٧١ وما بعدها .

وقد اختلفت آراء الفقه والقضاء ما بين مؤيد ومعارض بخصوص مدى سريان العقد فى مواجهة المرسل إليه وهل هو يعتبر من الغير يأخذ حكم الطرف فى العقد ؟ وأيضاً تعددت النظريات لمحاولة ايجاد الأساس القانونى للمرسل إليه مثل نظرية الاشتراط لمصلحة الغير، ونظرية الخلف الخاص ، ونظرية النيابة الناقصة ، ونظرية الحيازة الرمزية للبضاعة وكل هذه النظريات لم تستطيع أن تصل إلى الأساس القانونى للمرسل إليه وتم توجيه النقد إليها جميعاً .

وتأتى أهمية تحديد المركز القانونى للمرسل إليه من علاقاته المتداخلة والمتشعبة إلى حد كبير فى مجال عمليات النقل البحرى للبضائع وذلك من خلال علاقات المرسل إليه مع العديد من الأشخاص وذلك منذ بداية إبرام عقد البيع مروراً بعمليات الشحن المختلفة الخاصة بالبضاعة وإصدار سندات الشحن بأنواعها ، بالإضافة إلى ذلك احتمال تداول هذه السندات بين أكثر من مستفيد حتى تصل إلى المرسل إليه صاحب الحق فى الاستلام وأيضاً قد يلتزم بالشروط الواردة فى سند الشحن .

ونظراً لهذه الأهمية بالنسبة لتحديد المركز القانونى للمرسل إليه ، فإنه يجب أولاً تحديد ما إذا كان المرسل إليه طرفاً أم غيراً له أثره المباشر بالنسبة لموضوع قوة سند الشحن فى الإثبات ثم بعد ذلك نعرض لموقف القضاء تجاه التزام المرسل إليه باتفاق التحكيم ، وذلك على النحو التالى :

- أولاً : المركز القانونى للمرسل إليه ومدى التزامه باتفاق التحكيم .
- ثانياً : موقف القضاء تجاه التزام المرسل إليه باتفاق التحكيم .

أولاً

المركز القانونى للمرسل إليه

ومدى التزامه باتفاق التحكيم

إن فكرة الطرف الثالث ليست فكرة حديثة وإنما هى فكرة قديمة ، وقد كانت محلاً للعديد من البحوث الفقهية والقضائية فى مواضيع عديدة من فروع القانون الخاص ، من الأمثلة التى تنطبق عليها هذه الفكرة هى المرسل إليه ولذلك ظل تحديد مركز المرسل إليه مثار خلاف شديد

فى الفقه والقضاء وتنازعه آراء ونظريات عديدة لم يسلم أى منها من النقد ^(١) .

لقد تبين لنا مما تقدم أن الفقه قد أجمع على أن العقد شريعة المتعاقدين وأنه إذا ما صدر العقد مستكملاً لجميع أركانه وشروط صحته انصرفت آثاره إلى عاقيه دون أن تمتد إلى غيرهما ، وهذا هو ما يتم التعبير عنه بمبدأ نسبية أثر العقود ويعتبر هذا المبدأ بمثابة الحاجز القانونى للروابط العقدية القائمة بما لا يسمح بانصراف آثارها إلا إلى عاقيها فقط و خلفهما العام والخاص ولكن بشروط معينة سبق عرضها ^(٢) .

إلا أنه على الرغم من ذلك فإن القضاء قد تجاوز هذا المبدأ فى بعض الحالات وخرج عن هذا المبدأ ومن أهم هذه الحالات مركز المرسل إليه فى عقد النقل فهو وإن كان ليس طرفاً فى العقد الذى تم إبرامه أساساً بين الناقل والشاحن ، وإنما هو من طائفة الغير إلا أن القضاء قد اعترف له بحقوق وألقى عليه التزامات ناشئة عن هذا العقد ^(٣) .

(١) وتطبيقاً لذلك قضت هيئة التحكيم فى القضية التحكيمية رقم ١٠٩ لسنة ١٩٩٨ (بأن فكرة الطرف فى التحكيم لاتعنى فقط الشخص الموقع على اتفاق التحكيم وإنما تمتد إلى كل من شارك فى تكوين العقد أو تنفيذه أو إنهائه وأن المبدأ السائد فى مجال التجارة الدولية - وخاصة فى مجال التحكيم التجارى الدولى والذى قضت به عدة أحكام صادرة من هيئات تحكيم مختلفة فى منازعات تجارية دولية - إن فكرة (الطرف) فى التحكيم لاتعنى فقط شخص الموقع على الاتفاق ، وإنما تشمل أيضاً خلفه العام وخلفه الخاص ، كما فى حوالة العقود إذ ترد الحوالة على الشروط المنصوص عليها فى العقد ، وكذلك يمتد اتفاق التحكيم معها ، ويشمل جميع المشروعات المؤسسة لمشروع أو فرع مشترك إذا أبرم هذا الفرع عقد تضمن شرط التحكيم ، أيضاً شرط التحكيم الذى يرد فى أحد العقود ويمكن أن يلزم شركات أخرى من أعضاء مجموعة واحدة بالرغم من عدم توقيعها على العقد الذى تضمن شرط التحكيم مادامت قد شاركت فى تكوين العقد وتنفيذه وإنهائه) .القضية التحكيمية رقم ١٠٩ لسنة ١٩٩٨ - تحكيم AD HOC جلسة ١١/٣/ ١٩٩٩ - مجلة التحكيم العربى - العدد الثانى - يناير سنة ٢٠٠٠ - ص ٢٢٣

(٢) - د/ محمد نور شحاته - مفهوم الغير فى التحكيم - المرجع السابق - بند ٦٧ ص ٥٧ . د/ محمد عبد الفتاح ترك - التحكيم البحرى - النظام الشخصى لاتفاق التحكيم فى عقد النقل البرى - المرجع السابق - ص ٥٧٣ وما بعدها .

(٣) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض فى حكم لها (بأن قانون التجارة البحرية يجعل من المرسل إليه طرفاً ذا شأن فى سند الشحن يتكافأ مركزه ، حينما يطالب بتنفيذ عقد النقل ، ومركز الشاحن ، بحيث يرتبط بسند الشحن كما يرتبط به الشاحن ، ومنذ ارتباط الشاحن به ومقتضى ذلك أن يلتزم المرسل إليه بشرط التحكيم الوارد فى سند الشحن حتى يتطلب الأمر وكالة خاصة أو حتى يقال أن الشاحن قد تصرف فى شأن من شئون المرسل إليه وهو لا يملك حق التصرف فيه ، بل ذهبت إلى حد القول ولا يؤثر على هذه النتيجة عدم توقيع الشاحن على سند الشحن الذى يعتبر فى هذه الحالة مجرد إيصال باستلام البضاعة وشحنها على السفينة) . نقض مدنى - الطعن رقم ٦٠ - سنة ٣٠ قضائية - جلسة ٢٥/٢/ ١٩٦٥ - س ١٦ - ص ٢٢٠ - منشور فى المرجع العام فى التحكيم المصرى والعربى والدولى - المرجع السابق - ص ٢٢١ .

أيضاً أن نفاذ العقد بصفته واقعة قانونية تنشئ آثار قانونية قد تكسب الغير حقاً أو تحمله التزاماً ، فهو يتولد عنه التزام يقع على عاتق الغير عن طريق احترام عقود الآخرين والامتناع عن كل ما من شأنه الإخلال بما تتضمنه من حقوق والتزامات ، ولذلك فإن نفاذ العقد بصفته واقعة قانونية فهو يعتبر مدخلاً مناسباً للوصول إلى معرفة المركز القانوني للمرسل إليه في عملية النقل البحري للبضائع وما يتصل بها .

بالإضافة إلى ذلك من الضروري أن يكون الغير ذو رابطة قانونية بأحد أطراف العلاقة العقدية القائمة (وهذا هو ما يعرف بالغير ذو المصلحة) . وواجب الاحترام المتولد من هذه الدرجة من النفاذ يقيم مسؤولية من أخل به ، وذلك وفقاً للمبادئ القانونية العامة وهى مسؤولية مصدرها نفاذ العقد .

وبتطبيق ما سبق على اتفاق التحكيم الوارد فى سند الشحن أو فى مشاركة الإيجار التى تمت إحالة هذا السند إليها ، إحالته واضحة وقاطعة ، فإن هذا الاتفاق وجميع الشروط الموجودة فى سند الشحن يجب احترامها ، وذلك وفقاً لمفهوم نفاذ العقد والاحتجاج به بصفته واقعة قانونية أساسها الالتزام باحترام العقد سواء كان ذلك من المتعاقدين الأصليين أو من المرسل إليه حيث أنهم تضمهم جميعاً مجموعة عقدية واحدة تنتج قوة النفاذ والاحتجاج بالعقد فى مواجهة كافة أعضائها ^(١) . إلا أنه يجب ملاحظة أنه من الضروري توافر شرط العلم سواء أكان هذا العلم علماً حقيقياً أو علماً حكماً .

(١) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض فى حكم لها بأن (الإتفاق صراحة على التحكيم بسند الشحن شرط لازم ولا محل للإحالة المجهلة فى أمره ، وأن التحكيم وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - طريق استثنائى لفض المنازعات قوامه الخروج عن طرق التقاضى العادية بما تكفله من ضمانات - وكان سند الشحن يمثل فى الأصل دليل الشاحن أو المرسل إليه قبل الناقل ، فإنه يتعين أن يفرغ فيه كل الشروط الخاصة بعملية النقل بحيث إذا ما اتفق بين طرفى عقد النقل على الإلتجاء إلى التحكيم فى شأن ما قد يثور من منازعات يتعين أن ينص عليه صراحة فى ذلك السند ولا محل للإحالة المجهلة فى أمره - بالنظر إلى خطورته - إلى مشاركة إيجار السفينة لاسيما وأن الشاحن أو المرسل إليه لم يكن أياً منهما فى تلك المشاركة وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وإعتد بالإحالة العامة الواردة فى سند الشحن إلى كافة شروط وبنود مشاركة إيجار السفينة التى تضمنت فى البند العشرين منها الإتفاق على التحكيم باعتبارها مندمجة فى سند الشحن ، فإنه يكون قد شابه القصور فى التسبب جره إلى الخطأ فى تطبيق القانون وتأويله (نقض مدنى - الطعن رقم ٢٢٦٧ - سنة ٥٤ قضائية - جلسة ١٣/٧/١٩٩٢ - مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى - س ٤٣ - منشور فى المرجع العام فى التحكيم المصرى والعربى والدولى - م/ أحمد محمد عبد الصادق - المرجع السابق - ص ٢٨٣ .

ثانيًا

موقف القضاء تجاه امتداد اتفاق التحكيم إلى المرسل إليه

إن موقف القضاء بالنسبة لاعتبار المرسل إليه طرفاً في العقد وبالتالي فإنه يلتزم باتفاق التحكيم الموجود في العقد صريح . حيث أنه يعتبر المرسل إليه من الأطراف ذوى الشأن في سند الشحن ، وذلك باعتباره صاحب مصلحة في عملية الشحن وأنه يرتبط بسند الشحن كما يرتبط به الشاحن وبناء على ذلك فإن المرسل إليه يلتزم بشرط التحكيم الوارد في سند الشحن المرسل إليه باعتباره في حكم الأصل فيه ، ومن ثم لا يعتبر الشاحن نائباً عنه في سند الشحن حتى يتطلب الأمر وكالة خاصة أو حتى يقال أن الشاحن قد تصرف في شئون المرسل إليه وهو لا يملك حق التصرف ، وعلى الرغم من ذلك فهناك جانب آخر من القضاء يعترض على امتداد اتفاق التحكيم إلى المرسل إليه . وفي ذلك انقسم الفقه إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول : هو ذلك الاتجاه الذى يرى أن مبدأ استقلال شرط التحكيم يحول دون امتداده ، حالة وروده بسند الشحن إلى المرسل إليه ، خاصة وأن هذا الشرط يعبر عن رغبة شخصية في عدم سلوك سبيل القضاء من طرفي النزاع على نحو يقتضى قصر الإلتزام على من عبر بالفعل عن هذه الرغبة ^(١) .

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه بحكمها الصادر في قضية Navire – Soit osprey بتاريخ ٢٩ نوفمبر ١٩٩٤ ، والذى قضت فيه (بأنه لكى يحتج على المرسل إليه بشرط التحكيم الثابت في سند الشحن ينبغى أن يتصل هذا الشرط بعلمه وأن يكون محل قبول من جانبه يصدر في ميعاد لا يتأخر ، على أكثر تقدير ، على لحظة انضمام المرسل إليه إلى عقد النقل بتسليمه البضاعة المرسله) ^(٢) .

(١) د/ مصطفى الجمال - د/ عكاشة عبد العال - التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية - المرجع السابق - ص ٥٠٦ ، د/ محمد فريد العرينى - التحكيم في المنازعات البحرية - المرجع السابق - ص ١٦٠ وما بعدها ، د/ محمد نو شحاته - مفهوم الغير في التحكيم - المرجع السابق - ص ٥٧ - بند ٧٦ .

(٢) D.M.F.1995.200 , Bonssies , D.M.F.1995.218 , NOT YVES TASSEL : OBS ,

مشار إليه لدى د/ محمد فريد العرينى - التحكيم في المنازعات البحرية - المرجع السابق - ص ١٦١ ،

وتأكد هذا الموقف الذى أرسى به المحكمة مبدأ قانونيا ، فى حكم آخر لها بتاريخ ٢٠ يونيو ١٩٩٥ فى قضية Mediterranean shipping co . c/ GafL insurance & others حيث قضت بأن قبول الشاحن شرط التحكيم الوارد بسند الشحن لا يكفى لكى يحتج بهذا على المرسل إليه مادام أن الأخير لم يقبله (١) .

وقضت أيضا محكمة النقض الفرنسية فى حكم آخر لها الصادر بتاريخ السادس والعشرين من مايو ١٩٩٢ حيث قضت فيه على أنه (شرط التحكيم المدرج فى سند الشحن لا يلزم المرسل إليه إلا إذا كان قد علم به ثم قبله صراحة أو ضمنا بتسلمه البضاعة المرسله إليه) (٢) .

وكان هذا القضاء ولا يزال ، محل انتقاد من جانب فقه التحكيم وذلك لمخالفته للنظريات التى يؤسس عليها الزام المرسل إليه بعقد النقل البحرى المبرم بين الشاحن والناقل وأيضا لمخالفته التصور المسلم به لعقد النقل على أساس أنه عقدا ثلاثى الأطراف (٣) .

الاتجاه الثانى : يذهب هذا الاتجاه إلى أن المرسل إليه يلتزم بشرط التحكيم المنصوص عليه فى سند الشحن ، وذلك تأسيسا على أن المقصود باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأسمى الذى ينطوى عليه هو الاستقلال عنه فى كينونته بحيث لا يرتبط مصير أحدهما بالآخر . إلا أن هذا الاستقلال لا ينفى بطبيعة الحال وجود ارتباط بينهما ، مصدره أن محل التحكيم هو المنازعات التى قد تنشأ عن العقد الأسمى ، وهذا وحده كاف للقول بأن الاعتبارات التى أدت إلى التسليم بأن سند الشحن ينتج أثره فى حق المرسل إليه يصبح فى ذات الوقت مبررا لالزامه بشرط التحكيم الوارد به (٤) .

وقد أيد القانون المصرى هذا الإتجاه حيث أنه توجد هناك مجموعة من الأحكام التى تنص على امتداد اتفاق التحكيم إلى المرسل إليه وذلك باعتباره صاحب مصلحة فى عملية الشحن وأنه

(١) Revue de l'Arbitrage , 1995 , 622 , Not Jean – Louis Goutal

مشار إليه لدى د/ محمد فريد العرينى - التحكيم فى المنازعات البحرية - المرجع السابق - ص ١٦١ .

(٢) مجلة التحكيم سنة ١٩٩٥ ص ٦٢٢ مشار إليه لدى د/ مصطفى الجمال - د / عكاشة عبد العال - التحكيم فى العلاقات الخاصة والدولية - المرجع السابق - ص ٥٠٦ .

(٣) د/ محمد عبد الفتاح ترك - النطاق الشخصى لإتفاق التحكيم فى عقد النقل البحرى - المرجع السابق - ٦٠١ ومابعدا ، د/ محمد فريد العرينى - التحكيم فى المنازعات البحرية - المرجع السابق - ١٦١ .

(٤) د/ محمد فريد العرينى - التحكيم فى المنازعات البحرية - المرجع السابق - ص ١٦١ .
د/ مصطفى الجمال - د/ عكاشة عبد العال - التحكيم فى العلاقات الدولية والداخلية - المرجع السابق - ص ٥٠٦ .

يرتبط بسند الشحن كما يرتبط به الشاحن .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض في حكم لها بأنه (متى كان الشاحن هو مستأجر السفينة فإن التحدث بخلو سند الشحن من توقيع الشاحن للقول بعدم التزام الطاعن وهو المرسل إليه بالشروط الإستثنائية المحال إليها في مشاركة إيجار السفينة لايجدى لأن توقيع الشاحب - وهو في نفس الوقت يستأجر السفينة - على مشاركة إيجارها بما اشتملت عليه من شروط التحكيم يلزم الطاعن به باعتباره مرسلًا إليه ، وطرفا ذا شأن في عقد النقل ، ويكون عدم توقيع الشاحن على سند الشحن غير مؤثر على هذه النتيجة ، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد حصل في نطاق سلطته الموضوعية وأن سند الشحن قد تضمن الإحالة على شرط التحكيم المنصوص عليه في مشاركة الإيجار وكان مقتضى هذه الإحالة اعتبار شرط التحكيم من ضمن شروط سند الشحن فيلتزم به وفق هذا النظر ، فإنه لا يكون قد خالف القانون)^(١) .

(١) فيلتزم به الطاعن باعتباره في حكم الطرف الأصيل فيه وانتهى إلى إعمال أثر هذا الشرط وفق هذا النظر ، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه ، إذ كان ما أورده الحكم المطعون فيه في معرض الرد على القول بأن الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد بمشارطة إيجار السفينة يحول بينه وبين عرض النزاع على كل من القضاء المصري وهيئة التحكيم التي نصت عليها المشارطة بمقرها في لندن لأن هذا الشرط في حدود النزاع الحالي باطل في نظر القانون الإنجليزي - يفيد أن الطاعن لم يقدم الدليل المقبول قانوناً على القانون الأجنبي باعتباره واقعة يجب أن يقيم الدليل عليها ، كما يستفاد منه أنه إذا استحال عرض النزاع على التحكيم فإن شرطه يزول ويصبح كأن لم يكن ، ويعود للطاعن حقه في الإلتجاء إلى المحاكم لعرض النزاع عليها من جديد باعتبارها صاحبة الولاية العامة في فض المنازعات ، وكانت إرادة الخصوم هي التي تخلق التحكيم ، ولو تم في الخارج دون أن يمس ذلك النظام العام في مصر ، فإن نص الطاعن على الحكم المطعون فيه بإنكار العدالة إذ قضى بعدم قبول الدعوى يكون غير صحيح . وحيث أن الطعن أقيم على ثلاثة أسباب حاصلها مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه والقصور في التبرير وفي بيان ذلك بقول الطاعن أنه تمسك أمام محكمة الإستئناف بأنه يشترط وفقاً للمادة ١٠٠ من قانون التجارة كي يحتج بسند الشحن على الشاحن أو المرسل إليه باعتباره طرفاً ذا شأن في عقد النقل أن يكون موقعاً عليه من الشاحن وإذا كان السند المقدم في الدعوى قد خلا من هذا التوقيع فلا يحتج على الطاعن بما ورد فيه من إحالة عامة على ماورد بمشارطة إيجار السفينة من شروط استثنائية ومنها شرط عرض النزاع على التحكيم مما يجعل الإختصاص فيه معقوداً للقضاء المصري وقد أغفل الحكم المطعون فيه الرد على هذا الدفاع الجوهري فضلعن أن الحكم حين ذهب إلى الإحتجاج على الطاعن بشرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار بينه وبين عرض النزاع على كل من القضاء العادي وهيئة التحكيم التي نصت عليها المشارطة بمقرها في لندن إذ القضاء الإنجليزي قد استقر على أن الإحالة العامة الواردة بسند الشحن على مشاركة إيجار السفينة لاتجعل شرط التحكيم المنصوص عليه فيها مندمجا في سند الشحن وأن هيئة التحكيم المشار إليها في مشارطات الإيجار لاتختص بنظر هذه المنازعات ، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه بإعراضه عن الفصل في نظر النزاع من اختصاص القضاء العادي يكون قد أنكر العدالة وخالف القانون وأخطأ في تطبيقه وشابه القصور لإغفاله الرد على دفاع جوهري بما يستوجب نقضه (نقض مدني - الطعن رقم ٤٥٠ - سنة ٤٠ قضائية - جلسة ١٩٧٥ / ٣ / ٥ - مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفني - السنة ٢٦ - ص ٥٣٥ .

وفى حكم آخر قضت محكمة النقض (بأن قانون التجارة البحرية يجعل من المرسل إليه طرفاً ذا شأن فى سند الشحن يتكافأ مركزه ، حينما يطالب بتنفيذ عقد النقل ، ومركز الشاحن ، بحيث يرتبط بسند الشحن كما يرتبط به الشاحن ، ومنذ ارتباط الشاحن به ، ومقتضى ذلك أن يلتزم المرسل إليه بشرط التحكيم الوارد فى سند الشحن حتى يتطلب الأمر وكالة خاصة أو حتى يقال أن الشاحن قد تصرف فى شأن من شئون المرسل إليه وهو لا يملك حق التصرف فيه ، بل ذهبت إلى حد القول ولا يؤثر على هذه النتيجة عدم توقيع الشاحن على سند الشحن الذى يعتبر فى هذه الحالة مجرد إيصال باستلام البضاعة وشحنها على السفينة)^(١) .

وفى حكم آخر لمحكمة النقض قضت فيه بأنه (ولما كانت عملية تفريغ حمولة السفينة تعتبر على ما يستفاد من نص المادتين ٩٠ ، ٩١ من قانون التجارة البحرية جزءاً متمماً لعملية النقل ، فإن مطالبة الوزارة الطاعنه بمقابل كسب الوقت وكانت مشاركة إيجار السفينة قد تضمنت أيضاً نصاً صريحاً لتنظيم عملية التفريغ ومواعيدها ، ومقابل التأخير ، ومكافأة السرعة وهو من نصوص مشاركة الإيجار التى شملتها الإحالة الواردة فى سند الشحن فإن المطالبة المتفرعة عنها طبقاً لهذا النص تكون من المنازعات التى ينصرف إليها شرط التحكيم ، ويكون الحكم المطعون فيه إذا ما قضى بعدم قبول الدعوى التى يتم رفعها قبل عرض النزاع على التحكيم ، لم يخالف القانون إذ أن الوزارة لا تعتبر من الغير ، بل أنها بوصفها مرسلة إليها طرف ذو شأن فى سند الشحن بما حواه من نصوص وردت به أو اندمجت فيه نتيجة الإحالة)^(٢) .

بالإضافة إلى ما سبق أن كل ما يجب توافره لإلزام المرسل إليه بشرط التحكيم الوارد فى المشاركة هو أن تتم الإحالة إلى التحكيم سواء وردت الإحالة فى سند الشحن أو تمت إحالة سند الشحن إلى المشاركة فى عبارات عامة حيث يعتبر شرط التحكيم الوارد بالمشاركة فى هذه الحالة مندمجاً فى سند الشحن ولا بد أن تكون هذه الإحالة صريحة .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه (إذا كان النائب بالدعوى أن عملية النقل قد نصت بموجب إشارة إلى الإحالة بالرحلة ، اشتملت على شروط الاتفاق وحرر تنفيذاً لها سند شحن تضمن الإحالة بصيغة - عامة إلى ما تضمنه من شروط - ومن بينها شرط التحكيم وكان

(١) نقض مدنى - الطعن رقم ١٣٥ سنة ٣٥ قضائية - جلسة ١٩٦٨/٢/٧ - مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى - السنة ١٧ - ص ٣٠٠ وما بعدها .

(٢) نقض مدنى - الطعن رقم ١٣٥ لسنة ٣٣ قضائية - ١٩٦٧/٢/٧ - مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى - السنة ١٨ - ص ٣٠٠ وما بعدها .

الشاحن هو مستأجر السفينة ، فإن توقيعه على المشاركة بما اشتملت عليه من شروط التحكيم يلزم الطاعن باعتباره مرسلًا إليه ، وطرفا ذا شأن في عقد النقل ، يتكافأ ، مركزه ومركز الشاحن مستأجر السفينة حينما يطالب بتنفيذ العقد (١) .

وفى حكم آخر لمحكمة النقض بخصوص الإحالة إلى شرط التحكيم الوارد في سند الشحن جاء فيه أنه (توجب المادة ٩٩ من قانون التجارة البحرى ذكر اسم المرسل إليه في سند الشحن كما في المادة ١٠٠ من هذا القانون أوجب أن يكتب سند الشحن من أربع نسخ أصلية يوقع عليها كل من الشاحن والربان ، وخصت المرسل إليه إحدى النسخ ، ثم جاءت المادة ١٠١ من هذا القانون أن سند الشحن المحرر بالكيفية السالف ذكرها يكون معتمدا بين جميع المالكين وهم من عبر عنهم في النص الفرنسى لهذه المادة بـ *les parties intressees au chagement* أى الأطراف ذوو الشأن في الشحن ولما كان الربط بين هذه المادة الأخيرة والمادتين السابقتين عليها يفيد - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - أن قانون التجارة البحرى يجعل من المرسل إليه طرفا ذا شأن في سند الشحن باعتباره صاحب مصلحة يتكافأ مركزه - حينما يطالب بتنفيذ عقد النقل - مركز الشاحن - وأنه يرتبط بسند الشحن كما يرتبط به الشاحن ومنذ ارتباط الأخير له لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى في نطاق سلطته الموضوعية قد تضمنت الإحالة إلى شرط التحكيم الوارد في مشاركة الإيجار فإن مقتضى هذه الإحالة أن شرط التحكيم ضمن شروط سندات الشحن ، فتلتزم به الطاعنة المرسل إليها باعتبارها في حكم الأصيل ..) (٢) .

وقضت أيضاً في الإحالة العامة على شرط التحكيم في سند الشحن وأثره بأنه (متى كان الثابت أن الطاعنة تمسكت أمام محكمة الاستئناف بدفاعها المبين في وجه النعى والذى يتضمن أن

(١) - الطعن رقم ٤٥٣ لسنة ٤٢ قضائية جلسة ٢/٩/١٩٨١ مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى
(٢) الإستناد إلى قانون أجنبى - وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة - واقعة يجب على الخصوم إقامة الدليل عليها ولما كانت الطاعنة لم تقدم ما يثبت أنها تمسكت بهذا الدفاع القائم على القانون الأجنبى - أمام محكمة الموضوع فإنه يكون سببا جديدا لايجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض ، منع المحاكم من نظر النزاع - عند وجود شرط التحكيم لا يكون إلا إذا كان تنفيذ التحكيم ممكنا ويكون للطاعنة المطالبة بحقها - وحتى لا تحرم من عرض منازعتها على أية جهة للفصل فيها - أن يلجأ إلى المحاكم لعرض النزاع عليها من جديد لأنها هى صاحبة الولاية العامة في الفصل في جميع المنازعات إلا ما استثنى منها بنص خاص . نقض مدنى - الطعن رقم ٥١ لسنة ٣٦ قضائية - جلسة ١٤/٤/١٩٧٠ مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى س ٢١ منشور فى المرجع العام فى التحكيم المصرى والعربى والدولى - المرجع السابق - ص ٣٠٦ .

القانون الإنجليزى يحول دون عرض النزاع على هيئة التحكيم - إذا وردت الإحالة فى سند الشحن بصفة عامة على شرط التحكيم الوارد بمشارطة إيجار السفينة كما قدمت ترجمة لحكم من مجلس اللوردات أنه يتضمن هذا المبدأ ، وكان هذا الدفاع جوهريا قد يتغير به إن صح وجه الرأى فى الدعوى حتى لاتحرم الطاعنة من جهة تلجأ إليها للمطالبة بحقها فإن الحكم المطعون فيه إذ أغفل الرد على هذا الدفاع ، ولم يعرض للمستند المقدم من الطاعنة تأييدا له وقضى بعدم قبول الدعوى لسبق الاتفاق على التحكيم ، يكون معيبا بالقصور ، وحيث أن ما تبغاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه والقصور فى التسبيب وفى بيان ذلك بقول أنها تمسكت أمام محكمة الاستئناف بأن فى القضاء بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم إنكارا للعدالة وحرمانا للطاعنة من الحماية القانونية إذ يصبح حقها ليس له جهة يمكن الإلتجاء إليها للمطالبة به سواء كانت قضائية أو هيئة تحكيم وذلك أنه كان الحكم بعدم القبول يلزم الطاعنة بالإلتجاء إلى هيئة التحكيم فى لندن إلا أن القضاء الإنجليزى وعلى رأسه مجلس اللوردات قد استقر على أن الإحالة العامة فى سند الشحن على مشارطة إيجار السفينة لايجعل الاتفاق على التحكيم المنصوص عليه فيها مندمجا فى سند الشحن ، ومؤدى هذا هو تعذر عرض النزاع على هيئة التحكيم لعدم اختصاصها بنظره وقالت الطاعنة أنها قدمت لمحكمة الاستئناف ترجمة رسمية لحكم صادر من مجلس اللوردات فى نزاع مماثل وأن الحكم المطعون فيه أغفل الرد على هذا الدفاع الجوهري وقضى بتأييد الحكم المستأنف مخالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يستوجب نقضه (١) .

ويلاحظ أن المشرع المصرى قد اتفق مع القضاء فيما سبق النص عليه سابقا ونص فى المادة ١٠ / ٣ من قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أنه (يعتبر اتفاق على التحكيم كل إحالة ترد فى العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة فى اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد) .

وهكذا يتضح لنا أن اتجاه محكمة النقض المصرية هو إلزام المرسل إليه باتفاق التحكيم الموجود فى سند الشحن سواء كان ذلك شرطا أو مشارطة وذلك على اعتباره طرفا ذو شأن فى سند الشحن وله مصلحة فيه .

(١) نقض مدنى - الطعن رقم ٣٧٦ لسنة ٤١ قضائية - جلسة ١٩٧٥/٤/٣٠ - مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى س٢٦ - منشور فى المرجع العام فى التحكيم المصرى والعربى والدولى - المرجع السابق ص ٢٩٨ .

مما سبق يتضح لنا أنه :

أولاً : بالنسبة للوضع فى القضاء الفرنسى فإنه يعتبر المرسل إليه من الغير فى سند الشحن ، وأنه حتى يلتزم المرسل إليه بشرط التحكيم المنصوص عليه فى سند الشحن فلا بد من قبوله لهذا الشرط .

ثانياً : أما بالنسبة للوضع فى القضاء المصرى فنجد أنه يختلف تماماً عن القضاء الفرنسى وذلك لأن محكمة النقض المصرية قد اسقر قضاؤها على أن المرسل إليه يعتبر طرفاً ذا شأن يتكافأ مركزه ومركز الشاحن ، ويرتبط بسند الشحن كما يرتبط به الشاحن ومنذ ارتباط هذه الأخير به . ومؤدى ذلك أن قضاء النقض المصرى يتبنى العقد ثلاثى الأطراف ، ويجعل من المرسل إليه طرفاً فى سند الشحن بجانب طرفيه الأصليين وهما الشاحن والناقل . ومن ثم فإنه يلتزم ، ومنذ البداية ، كما يلتزمان ، بكل شروط سند الشحن بما فيها شرط التحكيم .

المطلب الثانى

امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير

فى العقود المرتبطة ومجموعة الشركات

تمهيد وتقسيم :

تبين لنا مما تقدم أن التحكيم هو نوع من القضاء وأن مصدر سلطة المحكم تكمن فى إرادة المتعاقدين فى اللجوء إلى التحكيم وهذا هو ما يجعل التحكيم مرتبطاً وخاضعاً لمبدأ النسبية التى تفيد عدم إمكانية فرض هذا القضاء على من لم ترض إرادته به ، وبالتالي فإن التحكيم لا يمكن أن يلزم غير الموقعين عليه ، بمعنى أنه لا يمكن لهيئة التحكيم أن تقضى لصالح من لم يكن طرفاً فى اتفاق التحكيم — وكما سبق لنا القول — أن هذا هو ما كان عليه وفقاً للنظرية التقليدية^(١).

(١) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف القاهرة فى حكم لها على أنه (لايمتد نطاق التحكيم إلى عقد لم تتصرف إرادة الطرفين إلى فض نزاع بشأنه عن طريق التحكيم ، لما كان من المقرر أن اتفاق التحكيم هو مصدر سلطة المحكمين ، وقد نصت المادة ١/١٠ من قانون التحكيم المصرى على أن اتفاق التحكيم هو أن يتفق الطرفان على الإلتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التى نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية ، ومن المقرر أنه يترتب على كون التحكيم طريقاً استثنائياً لفض المنازعات قوامه الخروج عن طرق التقاضى العادية وسلباً لإختصاص جهات القضاء أن تقتصر ولاية هيئة التحكيم على =

ونظراً لأن قضاء التحكيم قضاء واقعي ومتجدد ، واقعي لأن الغرض منه هو الاستجابة إلى متطلبات العولمة والتجارة الدولية والتي لا يمكن أن يتم حل المنازعات الناشئة عنها عن طريق اللجوء إلى القضاء وما يتسم به من بطئ ، بالإضافة إلى وجود مجموعة كبيرة من العراقيل التي تعوق مسيرة العلاقات التجارية .

أيضاً فإن التحكيم يُعتبر نوع من القضاء لكنه قضاء متجدد ومتطور وفقاً للعلاقات الدولية ، وهذا يفسر التعديل المستمر في التشريعات المختلفة لقضاء التحكيم والاتفاقيات الدولية . ولذلك ونظراً للتطور السريع الذي تمر به التجارة والصناعة سواء على المستوى الدولي والمحلي والعربي كل هذا أدى إلى تطور نظام التحكيم وظهور النظرية الحديثة التي تنظر إلى العقود بمنظار آخر حيث بدأ الخروج تدريجياً من إطار النظرية التقليدية والتي تقصر آثار العقد على أطرافه إلى التوسع في مفهوم الطرف وبدأ ظهور الاستثناءات على مبدأ نسبية العقود تدريجياً .

وذلك لمواكبة التطور السريع في العلاقات التجارية ، وذلك لأن العقود أصبح الآن لها آثار عديدة بالنسبة للغير ، أى أنه ينظر إليه على أنه واقعة قانونية وليس تصرف قانوني وبالتالي

= نظر موضوع النزاع الذي تنصرف إليه إرادة المحكّمين فإذا فصلت في مسألة لايشملها هذا الموضوع أو تجاوزت نطاقه فإن قضاءها بشأنه يضحى وارداً على غير محل من خصومة التحكيم وصادراً من جهة لا ولاية لها بالفصل منه لدخوله في اختصاص جهة القضاء صاحبة الولاية العامة بنظره . كما أن المقرر أنه لايمتد نطاق التحكيم إلى عقد لم تنصرف إرادة الطرفين إلى فض النزاع بشأنه عن طريق التحكيم ، ومن ثم فإنه لايصح التحكيم إلا بالنسبة للمنازعات التي تدخل في نطاق شرط التحكيم فإذا تجاوزت هيئة التحكيم حدود شرط التحكيم فإن حكمها يكون باطلاً إعمالاً لنص المادة ١/٥٣/ و من قانون التحكيم ، وحيث أنه لما كان الثابت بالأوراق أن شرط التحكيم الذي جرى التحكيم على أساسه قد ورد بعقد الإفراج الذي أبرم بين المدعى والمدعى عليها وقد تضمن ذلك العقد أنه بحكم علاقة طرفيه وينظمها ، وقد تضمن ذلك العقد أن المدعى هو مخرج العمل الفني وعليه أن يلتزم بالسيناريو الذي أعده وأن المدعى (مخرج العمل الفني) قد أطلع على ذلك السيناريو ، كما أن الثابت أيضاً أن هناك عقد مبرم بين الشركة المدعى عليها (المحتكمة) وبين السينارست وهو عقد مستقل عن عقد الإخراج ، ومن ثم لم يكن خاضعاً لشرط التحكيم الذي جرى التحكيم الطعين بناء على وجوده ، فإن الحكم الطعن إذ قام قضاءه على وجود علاقة تبعية بين المخرج والسينارست ، وأن الأول مسئول عن إخطار الثاني أخذاً بأحكام المسؤولية التقصيرية في علاقة التابع بالمتبوع ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد تجاوز حدود العقد الذي تضمن شرط التحكيم وسلب بذلك ولاية جهة القضاء المختصة بنظر النزاع ، وفصل في نزاع لا اختصاص له به بما يجعله باطلاً وهو ما نقضى به المحكمة (حكم استئناف القاهرة - الدائرة (٦٢) تجارى - الطعن رقم ٤٦ لسنة ١٢٩ قضائية - جلسة ٢٠١٣/٢/٦ - مجلة التحكيم العربى - العدد العشرين - يوليو ٢٠١٣ - ص ١٧٧ .

يؤثر فى المجتمع الذى نشأ فيه ولما كانت العلاقات التجارية متشابكة فيما بينها والعقد لم يعد ينظر إليه كعلاقة منعزلة قائمة بين متعاقدين ، إنما اعتباره حلقة فى سلسلة من العمليات الاقتصادية المترابطة ، من هنا جاءت أهمية بحث مدى امتداد اتفاق التحكيم فى مجموعة العقود والشركات وسوف نعرض لكل منها بشئ من التفصيل وذلك على النحو التالى :

الفرع الأول : امتداد اتفاق التحكيم فى العقود المترابطة .

الفرع الثانى : امتداد اتفاق التحكيم فى مجموعة الشركات .

الفرع الأول

امتداد اتفاق التحكيم فى مجموعة العقود المترابطة

أجمع الفقه على أن امتداد اتفاق التحكيم فى مجموعة العقود وهو عبارة عن وجود سلسلة من العقود التى تفترض وجود مجموعة من العقود المستقلة فى كيانها الظاهرى ، ولكنها مترابطة فيما بينها من الناحية الاقتصادية ، وهذا الترابط من أهم أسبابه هو أن يكون بسبب وحدة الموضوع أو لوجود عنصر التبعية ^(١) .

(١) مثال على سلسلة العقود التى تنشأ نتيجة وحدة الموضوع هى العقود الناقلة للملكية ، ومثال العقود التى تنشأ نتيجة التبعية هى عقود المقاولة من الباطن ، أيضا منها عقود تحدد الإلتزامات ، وعقود تحدد الضمانات وعقود تحدد آليات التنفيذ د/ طلعت دويدار - ضمانات النقاضى فى خصومة التحكيم - المرجع السابق - ص ٣٢٢ . د/ فتحى وإلى - قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق - المرجع السابق - بند ٩١ - ص ١٧٥ . د/ مصطفى الجمال - د/ عكاشة عبد العال - التحكيم فى العلاقات الخاصة والدولية - المرجع السابق - ٤٩٤ .

وتطبيقا لذلك قضت هيئة التحكيم فى حكم لها صادر عن مركز القاهرة الإقليمى قضت فيه بأنه (يتبع شرط التحكيم محل العقد المدرج فى حركته من متعاقدين إلى آخر دون حاجة إلى اتفاق على مجمل العقد أو فى كل حلقة من من حلقات الإلتزامات التحكيم فى منازعات تنفيذها ، وقد تبين من وقائع النزاع ومن الوضع القانونى لأطرافه أن ثمة روابط اقتصادية وقانونية تربط مجموعتين من الشركات الأولى تشمل المحتكم ضدها الثانية وفروعها والممثل القانونى لها شخص واحد ، والثانية تشمل شركة وفروعها فى مصر (المحتكمة) ، استهدفت جميعا إقامة محطة تحلية مياه بنظام البوت لصالح المحتكم ضدها الأولى التى وافقت على قيام المجموعة الثانية من الشركات بتنفيذ التزامات المجموعة الأولى من الشركات والمحددة فى العقد محل النزاع ، وعلمها بأن الممثل القانونى للمجموعة الأولى وضع توقيعه على العقد وأنه قام بتنفيذ بعض التزامات مجموعة الشركات الأولى ، لذلك نص العقد على أنه ملزم لأطرافه ولخلفائهم والتنازل إليهم . فضلا عن أن المحكمة قد وضعت توقيعها على العقد مما يؤكد اتجاه إرادة الأطراف إلى استفادتها من شرط التحكيم الوارد بالعقد . فضلا عن أن الاتجاه =

وعرف البعض الآخر من الفقه مجموعة العقود بأنها عبارة عن ترابط مجموعة من العقود سواء بسبب موضوعها أو بسبب أشخاصها لتحقيق عملية تجارية معينة (١) .

ففى الواقع العملى : يمكن أن تجتمع عدة عقود حول محل واحد وتتعاقب عليه ويكون محلا لكل منها ، أو حول غرض واحد يسهم أحدها فى بيان الإلتزامات المحققة له ، وتسهم الأخرى فى تنفيذ هذه الإلتزامات أو تساعد عليه أو تقوم بتقديم الضمان اللازم لإتمام تنفيذه ، مثل تعاقب عدة عقود بشأن تنفيذ مشروع واحد .

وقد تكون مجموعة العقود مرتبطة من حيث هدفها أو موضوعها المشترك ، ويكون بعض هذه العقود فقط يحتوى على شرط تحكيم .

وقد أثار فكرة مجموعة العقود العديد من التساؤلات وأهمها هو ما مدى امتداد اتفاق التحكيم المنصوص عليه فى أحد عقود المجموعة إلى أطراف عقد آخر من عقود المجموعة والتي لم يتم النص فيها على اتفاق التحكيم أو يتم الاحالة إليها ؟ .

أو بمعنى آخر هل يمتد شرط التحكيم الوارد فى عقد من عقود المجموعة ليندمج فى غيره من العقود الأخرى فى المجموعة ؟ فيذهب الجميع إلى التحكيم كأطراف متعاقدين فى القضية الواحدة ، أم يقتصر أثر اتفاق التحكيم على طرفى العقد الذى يحتويه ، ولا يمتد إلى غيره من أطراف العقود الأخرى الذين لم يوافقوا عليه ولم يحيلوه إلى شرط التحكيم الوارد به ؟ .

= الغالب فى قضاء التحكيم الدولى هو التزام جميع الشركات المنخرطة فى إبرام العقد المتضمن شرط التحكيم وتنفيذه بطرح منازعاتهم على التحكيم ، فإنه من المقرر أن شرط التحكيم يتبع محل العقد المندرج فيه فى حركته من متعاقد إلى آخر دون حاجة إلى اتفاق على محل العقد أو فى كل حلقة من حلقات الإلتزامات التى نص العقد على التحكيم فى منازعات تنفيذها ، أن التصرفات الصادرة عن جميع الأشخاص الذين وضعوا توقيعهم على عقد تحلية المياه تؤكد انصراف إرادتهم المشتركة إلى جعل التحكيم طريقاً لتسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ الإلتزامات التى يضعها هذا العقد على عاتقهم وإلا فإنه لا يستساغ القول بأن الإرادة المشتركة لواضعى التوقيع على العقد قد انصرفت إلى التزام المحكمة بتنفيذ ماتعهدت به الشركة المحتكم ضدها الثانية من التزامات مع حرمان المحكمة من الاستفادة من بند التحكيم الذى هو جزء لا يتجزأ من العقد الذى وقع عليه ممثلها القانونى ، فهذا البند يتبع الإلتزام فى حركته (القضية التحكيمية رقم ٧٢٣ لسنة ٢٠١٠ التى صدر الحكم فيها بتاريخ ٢٠١٠/١/٣١ - مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى - مجلة التحكيم العربى - العدد الثامن عشر - يونيو ٢٠١٠ - ص ٢٤٢ .

(١) د/أحمد مخلوف- إنفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية - المرجع السابق - ص ٢٤٥ .

مثال ذلك إذا كان هناك عقد مقاوله طرفاه صاحب العمل والمقاول ، وعقد مقاوله من الباطن طرفاه المقاول والمقاول من الباطن ، وكان أحد العقدين يشتمل على شرط تحكيم غير منصوص عليه في العقد الآخر أو غير مشار إليه في الآخر، فإذا لم يقم المقاول من الباطن بتنفيذ التزاماته في عقد المقاوله من الباطن ، وأراد صاحب العمل الرجوع مباشرة على المقاول من الباطن بالضمان أو أن يطالبه بالتنفيذ أو أن يرجع عليه بالتعويض . فهل يكون له وعليه أن يلجأ إلى التحكيم وذلك وفقا لشرط التحكيم المنصوص عليه في عقد المقاوله من الباطن رغم أنه ليس طرفا فيه ؟ وبالمثل إذا ما أراد المقاول من الباطن الرجوع على صاحب العمل فهل من الممكن أن يرجع عليه باللجوء إلى التحكيم وذلك إعمالا لشرط التحكيم المنصوص عليه في عقد المقاوله رغم أنه ليس طرفاً فيه ؟^(١)

وللإجابة على هذه الأسئلة سوف نعرض لمدى إمتداد اتفاق التحكيم في مجموعة العقود وذلك من خلال البحث في مدى امتداد اتفاق التحكيم في سلسلة العقود المبرمة بين نفس الأطراف ، ومدى إمتداد اتفاق التحكيم إلى العقود المبرمة لسبب وحدة الموضوع وذلك على النحو التالي :

أولاً : إمتداد اتفاق التحكيم في سلسلة العقود المبرمة بين نفس الأطراف .

ثانياً : إمتداد اتفاق التحكيم إلى العقود المبرمة لسبب وحدة الموضوع .

(١) د/ عاطف محمد الفقى - التحكيم التجارى متعدد الأطراف - طبعة ٢٠١٠ - دار النهضة العربية - ص ٦٥ وتطبيقا لذلك قضت هيئة التحكيم فى حكم لها صادر عن مركز القاهرة الإقليمى بآن (توافر مقومات الوحدة الإقتصادية فى مجموعة الشركات يؤدى إلى انصراف أثر شرط التحكيم إلى هذه الشركات فى شأن مجموعة الشركات التى تضم عددا من الشركات أو المشروعات ترتبط فيما بينهما بنشاط صناعى أو تجارى تنفذه أو تقوم به ، وتبدو كأنها كيان اقتصادى واحد ، مع استقلال كل منها من الناحية القانونية ، أكدت العديد من هيئات التحكيم امتداد شرط التحكيم المدرج فى أحد العقود التى أبرمتها بعض شركات المجموعة إلى غيرها من الشركات رغم عدم توقيعها على ذلك العقد . إن الشركة المحتكم ضدها الثالثة كانت طرفا فى اتفاق التفاهم والذى جاء العقد محل النزاع تنفيذا له وأخذت فيه الشركة المحتكم ضدها الثانية موقع الطرف الثانى وشاركت المحتكم ضدها الثالثة فى تنفيذه ، فهذا يعنى توافر مقومات الوحدة الإقتصادية فى مجموعة الشركات التى ينصرف إليها أثر شرط التحكيم ، وعلى هذا الأساس سواء اعتبرت الشركة المحتكم ضدها الثانية فرعا أو شركة تابعة للشركة المحتكم ضدها الثالثة ، فإن مؤدى توقيع الشركة المحتكم ضدها الثانية على العقد محل النزاع الذى تضمن شرط التحكيم هو أن ينصرف شرط التحكيم فى الحالتين إلى المحتكم ضدها الثالثة وذلك وفقا للمقرر فى أدبيات التحكيم) القضية التحكيمية رقم ٧٢٣ لسنة ٢٠١٠ والتى صدر فيها حكم بتاريخ ٢٠١٢/١/٣١ - مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى - مجلة التحكيم العربى - العدد الثامن عشر - يونيو ٢٠١٢ - ص ٢٤٠ .

أولاً : امتداد اتفاق التحكيم فى سلسلة العقود المبرمة بين نفس الأطراف :

إن الارتباط فى هذه العقود يكون شخصياً أى أنه يعتمد على الأشخاص حيث تبرم بين نفس الأطراف سلسلة من العقود تتصل بالعلاقات التعاقدية المعتادة بينهم ، وتدور حول نفس المسائل ، أو مسائل متشابهة ^(١) ، ومن أمثلة هذه العقود عقود التوريد وعقود التجهيزات الصناعية . وذلك لأنه قد يحدث أحياناً أن الأطراف الذين يقومون بأعمال بشكل دورى يوجد بينهم عدد من العقود التى لها نفس الطبيعة أو التشابه ويكون من بين هذه العقود عقد لا يحتوى على اتفاق تحكيم ، بينما العقود الأخرى السابقة عليه يوجد بها اتفاق التحكيم ^(٢) .

وذلك لأنه قد يحدث أحياناً أن الأطراف الذين يقومون بأعمال بشكل دورى يوجد بينهم عدد من العقود التى لها نفس الطبيعة أو التشابه ويكون من بين هذه العقود عقد لا يحتوى على اتفاق تحكيم ، بينما العقود الأخرى السابقة عليه يوجد بها اتفاق التحكيم ^(٣) .

فمثلاً فى حالة العلاقات التعاقدية بين المورد وأحد عملائه فإذا كان أحد هذه الطلبات قد تم عن طريق الفاكس جمل محددة وذلك دون الإشارة إلى شرط التحكيم المعتاد إدراجه فى الصفقات التى تتم بين المورد وهذا العميل .

والسؤال هنا هل يمتد اتفاق التحكيم إلى العقود اللاحقة التى لا تتضمن هذا الشرط وذلك باعتبارها أحد العقود المنتمية إلى سلسلة العقود السابقة ؟ وهل يمكن استنتاج القبول الضمنى لشرط التحكيم فى العقد الأخير بناء على العقود السابقة والتى كانت تتضمن دائماً شرط التحكيم ؟ ومن الملاحظ أن هذا الفرض يتعلق بمجموعة من العقود المتعددة بين نفس الأطراف مع بقاء كل عقد منها مستقلاً اقتصادياً وقانونياً عن الآخر .

ولذلك فإنه متى كانت هذه العقود لا تستهدف تنفيذ عملية إقتصادية واحدة ، وكانت المشكلة الأساسية للذين نادوا ، بامتداد شرط التحكيم فى هذه الحالة هى البحث عن أساس قانونى لإمتداد شرط التحكيم الوارد فى أحد أو بعض العقود إلى عقد آخر من مجموعة العقود المبرمة بين نفس الأطراف ولم ينص فيه على شرط التحكيم .

(١) د/ أحمد عبد الكريم سلامة - قانون التحكيم التجارى الدولى والداخلى - المرجع السابق - بند ١٣٢ ص ٤٥٥ .

(٢) د/ أحمد مخلوف - اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية - المرجع السابق - بند ٢٧٢ - ص ٢٥٠ .

د/ حفيظة السيد الحداد - الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم - المرجع السابق، ص ١٧١ .

وقد اتجه القضاء إلى امتداد شرط التحكيم الوارد في أحد عقود السلسلة العقدية إلى العقود اللاحقة . التي لا تتضمن شرط التحكيم ، بحيث يمكن فض منازعاتهم عن طريق التحكيم دون قضاء الدولة وذلك وفقاً لما تقتضيه سوابق التعامل بين الأطراف فإذا تخلفت تلك السوابق فلا يمكن امتداد اتفاق التحكيم إلى العقود اللاحقة ^(١) .

ولذلك سوف نعرض لاتجاهات القضاء في مد شرط التحكيم المنصوص عليه في العقود السابقة إلى العقود اللاحقة التي لم يتم النص فيها على شرط التحكيم ، ثم بعد ذلك نعرض لأهم اتجاهات الفقه في مدى امتداد اتفاق التحكيم في مجموعة العقود المتتالية والتي يوجد بها اتفاق على التحكيم إلى العقود اللاحقة والتي لم يكن بها نص على اتفاق التحكيم وذلك على النحو التالي :

١ - اتجاهات القضاء بالنسبة لمد اتفاق التحكيم إلى العقود اللاحقة الواردة

في أحد عقود السلسلة العقدية إلى العقود اللاحقة :

١- قررت محكمة إستئناف باريس في حكمها الصادر في ١٨ مارس سنة ١٩٨٣ علي أنه (عندما تحتوي الأعمال الهامة والمنتظمة السارية بين الأطراف وجميع العوامل الناتجة عن ذلك علي شرط التحكيم يمكن أن نستنتج من ذلك أن الأطراف المتنازعين يعتبرون هذا البند جزء من اتفاقاتهم التقليدية ، وأنهم أدرجوه ضمناً . وأضافت المحكمة في حكمها أن استمرار المعاملات التجارية بين الطرفين واتصالها من ناحية ، وقبول الطرفين الإلتجاء إلي التحكيم ومن ناحية أخرى ، يبرر أن إمتداد شرط التحكيم إلي منازعات جديدة تولدت عن معاملات مشابهة بين نفس الطرفين) ^(٢) .

٢ - قضت محكمة النقض الفرنسية بأن (قبول شركة تونس للملاحة أن تتدخل في تنفيذ العقد بصفتها الشركة الناقلة فهي تكون قد قبلت بالضرورة إشتراطات الإتفاق والتي يأتي من بينها شرط التحكيم) ^(٣) . ويلاحظ أنه وفقاً لهذا الحكم لابد من وجود ما يثبت قبول الطرف الآخر لإتفاق التحكيم حتي يمتد إتفاق التحكيم إلي العقود اللاحقة وهذا هو ما تطلبته محكمة النقض

(١) د/ أحمد عبد الكريم سلامة - قانون التحكيم التجارى الدولى والداخلى - المرجع السابق - بند ٣٢٠ ص ٤٥٠ .

[2]Paris, 25 mars 1988, Rev. arb 1984, P363- 383, note, j. Robet.

(3) Cour d'appel de paris , 28 nov . 1989 , Rev . Arb . 1990 , p . 675 note p , Mayar .

مشار إليه لدى د/ أحمد مخلوف - اتفاق التحكيم كأسلو لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية - المرجع السابق ص ٢٥٠ .

الفرنسية في الحكم السالف الذكر وأعتبرت أن ما يدل على ذلك هو رضا الشركة بتنفيذ العقد وذلك بصفتها الشركة الناقلة فاعتبرت المحكمة ذلك دليلاً على قبولها لكل شروط الإتفاق ومن بينها شرط التحكيم .

٣- أيضاً أكدت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في ٢٥ مارس ١٩٨٣ هنا المعنى في وقائع القضية المعروفة (sorvia) وتتلخص وقائعها في أن الشركة (sorvia) الفرنسية قد تعاقدت على شراء كمية من اللحوم المجمدة من الشركة الأمريكية weimstein بموجب عقدين أبرم الأول في يوليو ١٩٧٩ والثاني في أغسطس من نفس العام . وعلى أثر استلام الشحنة الأولى وظهر عدم مطابقتها للمواصفات المتفق عليها ، أخطرت الشركة الفرنسية الطرف الأمريكي بتأجيل إرسال الشحنة الثانية لحين فض النزاع بخصوص الشحنة الأولى ، ولكن الإخطار جاء متأخراً حيث كانت الشركة الأمريكية قد أرسلت بالفعل تلك الشحنة . فرفضت الشركة المستوردة تسلمها ، مما اضطر الشركة الأمريكية المصدرة إلى بيعها بثمن أقل واتخاذها إجراءات التحكيم ضد الشركة الفرنسية أمام جمعية التحكيم الأمريكية A.A.A حيث حصلت على حكم لصالحها بتعويض يمثل الفارق بين الثمن المتفق عليه مع المحكوم ضدها والثمن الذي بيعت به الشحنة بعد ذلك بالإضافة إلى الفوائد القانونية . وعندما صدر الأمر بتنفيذ ذلك الحكم طعنت الشركة الفرنسية في أمر التنفيذ وذلك استناداً إلى أن العقد الصادر بخصوص الحكم لم يكن يتضمن شرط التحكيم فرفضت محكمة استئناف باريس ذلك الطعن مقررته أنه (إذا كان العقد محل النزاع لم يتضمن شرط التحكيم فإن العقد الآخر المبرم بين نفس الأطراف من ذات طبيعة الصفقة قد احتوى على مثل هذا الشرط فضلاً عن وجود ثمان وعشرين معاملة سابقة بينهم على استيراد وتصدير اللحوم المجمدة كانت تتضمن شرط تحكيم مماثل باختصاص جمعية التحكيم الأمريكية)^(١) .

وهكذا يتضح لنا من هذا الحكم أن محكمة استئناف باريس قد اعتمدت في حكمها على وجود مجموعة من العقود السابقة والمنصوص فيها على شرط التحكيم ، وبين نفس الأطراف بالإضافة إلى ذلك نفس الموضوع وهو استيراد وتصدير اللحوم وقد جاء هذا الحكم مؤيد لفكرة امتداد اتفاق التحكيم في مجموعة العقود الصادرة من نفس الأطراف ووفقاً لما تم النص عليه في العقود السابقة بينهم المتفق فيها على شرط التحكيم . وبالتالي يصبح الحكم مبدأ قانوني يتم العمل به وهو امتداد اتفاق التحكيم في سلسلة العقود المبرمة بين الأطراف .

(1) Cour d'appel de paris , 25 Mars 1983 , Rev . Arb , 1984 , 362 . note j. Robert .

٢ - اتجاهات الفقه بالنسبة إمتداد إتفاق التحكيم في سلسلة العقود المبرمة

بين نفس الأطراف :

بالنسبة لرأي الفقه لمدي إمتداد إتفاق التحكيم في سلسلة العقود المبرمة بين نفس الأطراف ، فقد ذهب جانب من الفقه إلي تأييد هذا الإتجاه بمد إتفاق التحكيم إلى العقود اللاحقة طالما أن المعاملات السابقة كانت من الأهمية بما كان ، بحيث يمكن أن يستخلص منها القبول الضمني للتحكيم بالنسبة لهذا العقد الأخير ، وبالتالي فإنه لا يوجد ما يمنع من إمتداد إتفاق التحكيم إلي العقود اللاحقة في تلك المجموعة العقدية ^(١) .

أيضاً ذهب جانب آخر من الفقه إلي القول بأنه من الممكن نقل إتفاق التحكيم إلي المحال له سواء كان ذلك في حالة حوالة الحق أو حوالة الدين ، وذلك لأنه يكون للمحال له دائماً أن يتمسك بشرط التحكيم في مواجهة المدين ، وذلك باعتباره من توابع الحق الذي انتقل إلي المحال له ، ولكنه اشترط أن يكون هذا الإتفاق ملزماً للمحال له في مواجهة المدين وأن يكون عالمياً به ، أو في مقدوره أن يعلم به وقت الحوالة و ذلك لأن الحوالة لا تنشئ إلزاماً جديداً في ذمة المدين وإنما تتمثل في الإلتزام الثابت أصلاً في ذمته من الدائن إلي دائن آخر ^(٢) .

ذهب جانب آخر من الفقه إلي القول بأن طبيعة عقود المجموعة العقدية الواحدة لها نوع من التبعية القانونية والإقتصادية ، بحيث يجعل منها عملاً واحداً يصعب الفصل بين وحداته وعقوده وعلي ذلك يعتبر كل أطراف عقد من عقود المجموعة العقدية أطرافاً في الكل الذي تمثله المجموعة دون حاجة لأن يكونوا أطرافاً في بقية العقود الداخلة في المجموعة علي عكس ما يفرضه منطق مبدأ نسبية العقود ^(٣) .

وقد إتجه بعض الفقه إلي أنه يجب الرجوع إلي إرادة الأطراف في كل حالة علي حدة فعندما يرد شرط التحكيم في أحد العقود المنفذة للعقد الأصلي دون أن يكون في العقد اللاحق عليه ، وذلك من أجل الوقوف علي إرادتهم الحقيقية بشأن إمتداد آثار إتفاق التحكيم من العقد الأصلي إلي العقد اللاحق عليه التابع له والمنبثق عنه .

(١) د/ حفيظة الحداد - الإتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم - المرجع السابق - ص ١٧٢ .

(٢) د/ حسام ناصف - نقل اتفاق التحكيم - المرجع السابق - ص ٣١ .

(٣) د/ مصطفى الجمال - د/ عكاشة عبد العال - التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية - المرجع السابق ص

وفي نفس الوقت يشترط هذا الرأي لإمتداد اتفاق التحكيم إلي العقود اللاحقة أن يكون هناك تجانس بين عقود هذه المجموعة حتي يمكن القول بوجود هدف مشترك نحو تنفيذ عملية تجارية واحدة ، فإذا لم يتحقق هذا التجانس وكان الاختلاف واضحاً بين عقود المجموعة فإنه يشترط في هذه الحالة أن يكون الأطراف علي علم بشرط التحكيم .

ويشترط أيضاً لإمتداد اتفاق التحكيم إلي العقود اللاحقة في المجموعة العقدية هو أن يكون هذا الاتفاق قد ورد في إطار تنفيذ نفس العملية التجارية بصرف النظر عن العقد الذي أنبثق منه ، حيث أنه لا يوجد هناك سبب للقول بامتداد شرط التحكيم من عقد إلي آخر إذا لم يكن هناك مبرر قانوني يميز ذلك الامتداد ^(١).

وبناء عليه فإن إمتداد إتفاق التحكيم من عقد إلي آخر داخل المجموعة العقدية يجب أن يستند إلي أسباب قانونية وواقعية وهي أن يرد اتفاق التحكيم في إطار تنفيذ نفس العملية التجارية ، وبالتالي إذا ما تحقق ذلك كان الإمتداد واجباً إلي بقية عقود المجموعة أياً ما كان موقع العقد الذي انبثق عنه .

إلا أنه يجب ملاحظة أنه علي الرغم من أن العادات المتبعة بين الأطراف المتعاملة في إطار العلاقات التجارية الدولية هي إدراج شرط التحكيم في العقود المتبادلة ، فقد يحدث في بعض الأحيان أن يتضمن أحد العقود اللاحقة شرط يمنح الأطراف اللجوء إلي القضاء الوطني بدلاً من التحكيم أو يتضمن العقد اللاحق شرطاً تحكيمياً يختلف عن الشروط المعتاد إدراجها في العقود السابقة ، فإنه في مثل هذه الحالة يجب تفسير الاختيار الجديد علي أنه بمثابة استبعاد لاتفاق التحكيم السابق وبالتالي فإنه لا يمكن الإدعاء بأن اتفاق التحكيم يمتد إلي العقود اللاحقة .

وبناء عليه يتضح لنا مما سبق أن إتفاق التحكيم لكي يمتد إلي العقود اللاحقة المبرمة بين نفس الأطراف — رغم عدم وجود شرط التحكيم في تلك العقود— فإنه لابد من توافر شرطين أساسيين هما:

الشرط الأول : هو أن يكون شرط التحكيم من الشروط التي إعتاد الأطراف علي إدراجها في العقود المبرمة بينهم ، وهذا الشرط من الممكن الوصول إليه من خلال الأعمال السابقة ، والعقود المبرمة بين الأطراف بخصوص تلك الأعمال السابقة ، وأيضاً من خلال العرف السائد بينهم في هذا الشأن وبالتالي إذا ما تخلفت هذه السوابق والعرف ، فلا يمكن القول بامتداد اتفاق التحكيم إلي العقود اللاحقة .

[١] د/ أحمد مخلوف - اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية - مرجع السابق - بند ٢٦٨ ص ٢٤٧

الشرط الثاني : هو ألا يكون العقد الأخير المبرم بين الأطراف المطلوب إمتداد إتفاق التحكيم إليه ، ما يشير إلي استبعاد شرط التحكيم السابق، وذلك عن طريق جعل الإختصاص بنظر النزاع إلي قضاء الدولة أو الإتفاق علي وسيلة أخرى لفض المنازعات عند حدوثها بما يمكن معه تفسير هذا الشرط بأنه استبعاد ضمنى لشرط التحكيم السابق .

ثانياً : إمتداد اتفاق التحكيم في مجموعة العقود بسبب وحدة الموضوع :

عادة ما تكون المشروعات الكبيرة التي تتم في التجارة الدولية ، وهي تتميز بضخامتها وتعقيدها، يكون الاتفاق عليها بين طرفيها عن طريق عقد واحد بداية وهو يمثل عقد الأساس الذي يتم فيه تحديد الحقوق والالتزامات الأساسية بينهم ^(١) .

إلا أن هذا العقد وحده لا يمكن أن يشتمل علي جميع العمليات الخاصة بتنفيذ هذا المشروع العملاق ، وإنما يكون هناك مجموعة أخرى من العقود والتي تكون تابعة لهذا العقد الأساسي والخاصة بتنفيذ هذا العقد واللازمة لتحقيق الجوانب المختلفة لهذا المشروع والعمل علي إنجازه ^(٢) .

وقد يحدث أحياناً أن يتم الإتفاق علي التحكيم في بعض العقود الواردة في مجموعة العقود التي تساهم في تحقيق نفس العملية الإقتصادية ولم يرد في العقود الأخرى في نفس المجموعة . والسؤال هنا هو ما مدي إمكانية إمتداد إتفاق التحكيم الوارد في أحد أو بعض هذه العقود إلي باقي عقود المجموعة التي لم يرد بها هذا الإتفاق ؟

وللإجابة علي هذا السؤال يجب التفرقة بين ثلاثة فروض وذلك علي النحو التالي:

الفرض الأول : هو ذلك الفرض الذي يشتمل فيه العقد الأساسي علي إتفاق التحكيم يرجع إليه جميع العقود الأخرى الخاصة بتنفيذ العملية وبالتالي فلا يوجد أي صعوبة في هذه الحالة وذلك لوضوح إرادة الأطراف في أنهم يريدون الخضوع إلي التحكيم عند حدوث إختلافات بالعقد ويلجأوا إلي هيئة التحكيم وذلك بناء إتفاق التحكيم الذي تم النص عليه في العقد الأساسي للمشروع

(١) ومن الأمثلة علي تلك العقود في هذه المجموعة هي عقود الإنشاءات حيث نجد عقد المقاوله الأصلي، وعقد المقاوله من الباطن، وكذلك عقود نقل التكنولوجيا، حيث يوجد عقد المعرفة الفنية وهو العقد الأصلي، وعقود المساعدة الفنية ، وهي العقود الثانوية أو اللاحقة، وهكذا في عقود التوريد والتوزيع... إلي غير ذلك من العقود الخاصة بالمشروعات العملاقة. د/ أحمد مخلوف - اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية - المرجع السابق - بند ٢٦٥ - ص ٢٤٥ .

(٢) د/ حفيظة السيد الحداد - الإتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم - المرجع السابق - ص ١٦٠ .

بمعني أن إتفاق التحكيم يمتد إلي باقي العقود الأخرى باعتبار أنها جاءت لتنفيذ هذا العقد السابق (١) .

وتطبيقاً لذلك : فقد صدر حكم من القضاء الفرنسي من محكمة Bobigny التجارية بتاريخ ٢٩ مارس ١٩٩٠ بمد شرط التحكيم الوارد في العقد الأساسي إلي العقود التابعة له وجاء في سياق هذا الحكم أنه (من الثابت أن هذه العقود اللاحقة التي كانت قد أبرمت في إطار العلاقات التعاقدية بين الأطراف لتنفيذ الإتفاقيين الأساسيين والمؤرخين في ١٦ نوفمبر ١٩٨٢ ، ٢١ ديسمبر ١٩٨٣ فإنه نتيجة لذلك تكون العقود اللاحقة خاضعة للقواعد الواردة في الإتفاقيات الأساسية وبالتالي لشرط التحكيم الوارد بها (٢) .

مما سبق يتضح لنا أن الفقه والقضاء قد اتجهوا إلي أن شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي يمتد إلي العقود التنفيذية اللاحقة عليه وذلك عملاً بقاعدة أن الفرع يتبع الأصل وفي نفس الوقت استناداً إلي الإرادة الضمنية للأطراف.

بالإضافة إلي ذلك فإنه يجب ملاحظة ما سبق الإشارة إليه من ضرورة إشتراط أن لا يكون العقد التبعية أو اللاحق قد تضمن ما يشير إلي استبعاد شرط التحكيم الوارد في العقد

(١) د/ أحمد مخلوف - اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية - المرجع السابق - بند ٢٦٧ - ص ٢٤٦ وما بعدها .

(٢) وتتلخص وقائع القضية في أن شركة (sofremines) الفرنسية تعاقدت مع الشركة العربية للمناجم على إعادة تشغيل منجم الكبريت والنحاس بموريتانيا ، وفي سبيل ذلك تم إبرام عقدين أساسيين : الأول في ١٦ نوفمبر ١٩٨٢ يهدف إلي دراسة المشروع ، والثاني في ٢١/ ديسمبر ١٩٨٣ للبدء في تشغيل المنجم ، واحتوى كلاهما على شرط تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس ، ثم أبرمت بعد ذلك عدة عقود بين الطرفين لتنظيم العائد المادي لاستغلال المنجم ، وقد خلت تلك العقود من أي شرط تحكيم . وعندما حدث نزاع بين الطرفين حول أحد هذه العقود ، قامت الشركة الفرنسية بإقامة دعواها أمام القضاء الفرنسي استناداً إلي عدم وجود اتفاق على التحكيم ، إلا أن المحكمة رفضت الفصل في النزاع وقضت بعدم اختصاصها استناداً إلي فكرة امتداد شرط التحكيم الوارد في العقود الأساسية إلي العقد محل النزاع وقررت في حثيات حكمها " أن هذه العقود اللاحقة كانت قد نشأت في إطار العلاقات التعاقدية المبرمة بين الأطراف لتنفيذ الاتفاق المبرم عنه العقدان الأساسيان المؤرخان في ١٦ - نوفمبر - سنة ١٩٨٢ ، ٢١ - ديسمبر - سنة ١٩٨٣ ، ونتيجة لذلك تخضع العقود التبعية للقواعد التي قررتها الاتفاقية الأساسية ، ومن ثم فإنها تخضع كذلك لشرط التحكيم

Trib de. Commerce de Bobigny, 29 Mars 1990, ArretSofreminesc, Sanim, Rev. arb, 1992, P 68 not LAYNES.

مشار إليه لدى د/ أحمد عبد الكريم سلامة - قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي - المرجع السابق - بند ١٣٢ - ص ٤٥٨ .

الأصلي ، كأن ينص علي جعل الاختصاص للقضاء الوطني في دولة معينة ، حيث أنه في هذه الحالة لا يجوز إمتداد اتفاق التحكيم الوارد في العقد الأصلي إلي العقد التبعية أو العقد المنفذ للعقد الأصلي^(١) .

الفرض الثاني : في هذا الفرض قد يحدث أحياناً أن يتم النص في كل عقد من العقود المنفذة للمشروع علي اتفاق تحكيم محدد ومستقل عن العقد الآخر التابع أيضاً للعقد الأساسي أو بمعنى آخر هو أن تكون جميع العقود المنفذة للمشروع يشتمل جميعها علي اتفاق تحكيم خاص بها وحدها .

في هذا الفرض أيضاً لا توجد صعوبة وذلك لأنه في هذه الحالة يتم العمل بشرط التحكيم الوارد في كل عقد علي حدة ، وبالتالي يتم تعيين هيئة تحكيم للفصل في المنازعات الناشئة عن كل عقد من العقود علي حدة . وذلك مالم يتبين أن القانون الواجب التطبيق ينص علي ضم المنازعات المرتبطة ويتم تشكيل هيئة تحكيم واحدة للفصل في كافة المنازعات الناشئة في هذا الإطار التعاقدي^(٢) .

وقد ذهب جانب من الفقه إلي أنه يمكن القول - كقاعدة عامة - بأن تكرار الأطراف لذات الشرط التحكيمي في جميع العقود المبرمة بينهم فإن هذا يعني إنصراف إرادتهم في إخضاع جميع المنازعات التي تتصل بهذه العلاقة التعاقدية إلي نفس هيئة التحكيم ، وبالتالي فإنه يتم تشكيل هيئة تحكيم واحدة تفصل في كافة المنازعات الناشئة عن الإطار التعاقدي^(٣) .

وبناء عليه يتضح لنا مما سبق أنه بالنسبة للفرض الثاني فإنه لا توجد صعوبة في إمتداد اتفاق التحكيم وذلك لأن جميع العقود الموجودة في المجموعة العقدية يحتوي علي إتفاق تحكيم خاص بها والصعوبة الوحيدة التي من الممكن أن تثور في هذا الفرض هي تتمثل في السؤال التالي وهو :

(١) د/ أحمد عبد الكريم سلامة - قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي - المرجع السابق - بند ١٣٢ - ص ٤٥٨ .

(٢) د/ حفيظة الحداد - الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم - المرجع السابق - ص ١١ وما بعدها .
د/ مصطفى الجمال - إمتداد شرط التحكيم خارج الإطار التقليدي للعقد المتعلق به - المقال المشار إليه سابقاً - بند ٢٧ - ص ١١١ .

(٣) د/ أحمد عبد الكريم سلامة - قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي - المرجع السابق - بند ١٣٢ - ص ٤٥٧ .

هل يمكن ضم المنازعات المرتبطة والناشئة عن العقد الأصلي أمام هيئة تحكيم واحدة ، أم أنه يجب تشكيل هيئات تحكيم بمقدار ما يوجد من عقود ناشئة عن هذه العقود حتي وإن كانت مرتبطة ؟ والإجابة تتلخص في إحتمالين هما :

الإحتمال الأول : هو أنه يتم تعيين هيئة تحكيم للفصل في المنازعات الناشئة عن كل عقد من العقود علي حدة .

الإحتمال الثاني : وهو إذا كان هناك نص في القانون الواجب التطبيق علي ضم هذه المنازعات المرتبطة في هذه الحالة فإنه يتم تشكيل هيئة تحكيم واحدة تفصل في كافة هذه المنازعات الناشئة في هذا الإطار التعاقدي .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف باريس بأن (هيئة التحكيم تكون مختصة بنظر النزاع في مجموعة العقود إذا ظهرت موافقة ولو ضمنية بالرغبة في الإنضمام علي اتفاق التحكيم) ^(١) .
الفرض الثالث : هو ذلك الفرض الذي يرد فيه اتفاق التحكيم في أحد العقود المنفذة للعقد الأصلي دون أن يكون هناك اتفاق علي التحكيم في هذا العقد الأخير .

لقد ثار خلاف في الفقه بخصوص هذا الفرض ما بين مؤيد ومعارض لإمتداد اتفاق التحكيم الوارد في أحد العقود ولم يكن موجوداً في العقد الأساسي .

الإتجاه الأول وهو الإتجاه المعارض: ذهب هذا الإتجاه إلي عدم إمتداد اتفاق التحكيم إلي العقد الأصلي - عقد الأساس- ويرى هذا الجانب من الفقه أن شرط التحكيم الذي يرد في العقد التنفيذي أو العقد التبعية لا يمتد إلي العقد الأصلي ، والعكس صحيح حيث أنه إذا كان إتفاق التحكيم وارداً في العقد الأساسي فإنه يمتد إلي العقود اللاحقة عليه ^(٢) .

بينما ذهب الإتجاه الثاني وهو الإتجاه المؤيد : وقد ذهب هذا الاتجاه إلي أنه يجب أن تفسر إرادة الأطراف في كل حالة على حدة وذلك للوقوف على إرادتهم الحقيقية من اتفاق التحكيم وذلك لأن امتداد شرط التحكيم يجب أن يكون مبني على أسباب قانونية يستطيع قضاء الدولة أو قضاء التحكيم أن يتحقق من توافرها ومن أهم هذه الأسباب هي أن يرد شرط التحكيم في إطار تنفيذ نفس العملية التجارية ، فإذا تحقق ذلك كان امتداده واجبا إلى بقية عقود المجموعة ، أيا ما

[1] Paris, 28 FEV 1992, Rev. arb. 1992. 649.

(٢) د/ أحمد عبد الكريم سلامة- قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي- المرجع السابق- بند ١٣٢، ص ٤٥٧

كان موقع العقد الذى انطلق فيه^(١) . وبناء عليه فإنه فلا محل للقول بامتداد شرط التحكيم إذا لم يكن هناك سبب قانوني وتجانس يبرر ذلك الإمتداد^(٢) .

ومن الشروط التى يجب توافرها لكى يتحقق الإمتداد لشرط التحكيم هو أن يكون الأطراف على علم بوجود شرط التحكيم^(٣) . ويلاحظ أن السبب الأساسى فى إمتداد شرط التحكيم فى هذه الحالة هو أن كافة العقود تدور فى فلك عملية تجارية واحدة^(٤) .

(١) د/ أحمد مخلوف - اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية- المرجع السابق- بند ٢٦٨- ص ٢٤٧.

(٢) وذلك لأن الأصل هو أن يكون هناك تجانس بين عقود المجموعة حتى يمكن القول بوجود هدف مشترك نحو تنفيذ عملية تجارية دولية واحدة فإذا لم يتحقق هذا التجانس ، وكان الاختلاف واضحا بين عقود المجموعة ، فإنه يشترط فى هذه الحالة حتى يتحقق الإمتداد أن يكون الأطراف على علم بشرط التحكيم وفى هذا الخصوص فقد رفضت محكمة النقض المصرية امتداد شرط التحكيم من عقد البيع إلى عقد النقل على أساس أن الشركة الناقلة لم تكن طرفا فى عقد البيع ، رغم أن الأخيرة هى التى تمسكت بتطبيق شرط التحكيم فى نزاعها مع الشركة المشتريّة وقد جاء فى حيثيات الحكم (..وإذا كان يتبين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعنة المشتريّة قد اتفقت مع الشركة البائعة بمقتضى عقد البيع المبرم بينهما على أن كل نزاع ينشأ عن هذا العقد يكون الفصل فيه من اختصاص هيئة التحكيم ، وإذا لم تكن الشركة الناقلة طرفا فى هذا العقد ، وإنما تتحدد حقوقهما والتزاماتها على أساس عقد النقل المبرم بينهما وبين الشركة البائعة ، فإن شرط التحكيم الوارد فى عقد البيع لايمتد أثره إلى الشركة الناقلة ولايجوز لها التمسك به عند قيام النزاع بين هذه الأخيرة وبين الطاعنة وذلك تطبيقا لمبدأ القوة الملزمة للعقود) مشار إليه لدى د/ أحمد مخلوف - اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية - المرجع السابق - بند ٢٧١ - ص ٢٤٩ - هامش (١) .

(٣) د/ أحمد مخلوف - اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية- المرجع السابق- بند ٢٦٨- ص ٢٤٧. د/ باسم لطفي دبّاس- اتفاق التحكيم وآثاره- المرجع السابق- ص ٥٠٩.

مثال ذلك إذا ورد شرط التحكيم مثلا فى عقد المقاولة من الباطن دون عقد المقاولة الأساسى ، فإن رب العمل يستطيع مع ذلك أن يختصم المقاول الأصلي أمام قضاء التحكيم ، كما يستطيع أن يختصم المقاول من الباطن أمام نفس القضاء رغم أنه ليس طرفا فى العقد الوارد به هذا الشرط ، وذلك استنادا إلى أن كافة العقود تدور فى نفس العملية التجارية وبناء عليه فإن رب العمل يستطيع أن اللجوء إلى قضاء التحكيم لاختصاص كل من المقاول الأصلي والمقاول من الباطن وذلك استنادا إلى شرط التحكيم الوارد فى عقد المقاولة من الباطن دون عقد المقاولة الأساسى ، وذلك على الرغم من أنه ليس طرفا فى العقد الوارد به هذا الأخير . وتطبيقا لذلك ذهب القضاء الفرنسى إلى الأخذ بهذا المفهوم فى دعوى قرر فيها امتداد شرط التحكيم إلى الشركة الناقلة (شركة تونس للملاحة) على الرغم أنها لم تقم بالتوقيع على عقد البيع الوارد به هذا الشرط ، وذلك بعد أن ثبت علمها بالشروط التعاقدية الواردة به أثناء تدخلها لتنفيذ نقل البضاعة المباعية ، ومفاد ذلك هو أن شركة تونس للملاحة قد قبلت أن تتدخل فى تنفيذ العقد بصفتها الناقلة ، فهى بذلك تكون قد قبلت بالضرورة اشتراطات الاتفاق والتى يأتى من بينها شرط التحكيم.

(4) cour de cass . 25 Juin ,1991 , Rev . Arb , 1991 , p . 453 .

مشار إليه لدى د/ أحمد مخلوف - اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية- المرجع السابق- ص ٢٥٠ .

وهذا هو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١١ يوليو ١٩٩١ عندما قررت أن لرب العمل الرجوع علي المفاوض من الباطن بالمسؤولية العقدية حتي في ظل غياب العقد بينهما، وذلك استناداً إلي مفهوم مجموعة العقود ، أي لوجود رابطة بين كل من عقد المفاوضة الأساسي وعقد المفاوضة من الباطن حيث قضت بأنه (يبدو منطقياً ألا يقتصر أثر مختلف الإلتزامات التعاقدية التي يتحمل بها الأطراف المتعاقدة ، وهي تسعى نحو تحقيق هدف مشترك علي نطاق تعاقداتهم الخاصة أو المتبادلة وإنما في نطاق المجموعة بأكملها) (١) .

مما سبق يتضح لنا أنه لإمتداد شرط التحكيم الوارد في أحد العقود المنفذة للعقد الأصلي إلي بقية العقود الأخرى ، فإنه يشترط لذلك أن يكون هناك تجانس بين عقود تلك المجموعة ، حتي يمكن القول بوجود هدف مشترك وهو تنفيذ العملية التجارية ، أما في الحالة التي لم يكن فيها تجانس بين هذه العقود فإنه لا مجال للحديث عن امتداد اتفاق التحكيم إلا إذا ثبت علم الأطراف بهذا الشرط .

الفرع الثاني

امتداد اتفاق التحكيم إلي الغير في مجموعة الشركات

تمهيد القسم :

لقد أصبح في ظل الإنفتاح علي العالم وزيادة معدلات النمو الاقتصادي للدول المختلفة سواء كانت العربية أو الأوروبية وزيادة معدلات الاستثمار في هذه الدول كل هذا أدى إلي ظهور المشروعات العملاقة وأدي إلي ظهور مجموعات من الشركات التي تقوم بعمل هذه المشروعات وتساعد علي تنفيذها . وقد تعددت التعريفات لما يعرف باسم مجموعة الشركات .

فقد ذهب جانب من الفقه إلي تعريفها بأنها عبارته عن نظام قانوني يضم عددا معين من الشركات التي تتميز باتحادها من الناحية الاقتصادية واستغلالها من الناحية القانونية (٢) .

(١) د/ أحمد مخلوف - اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية- المرجع السابق- بند ٢٦٨- ص ٢٤٨. نقض فرنسي في ١١ يوليو سنة ١٩٩١ مشار إليه لدي د/ أحمد مخلوف - اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية- المرجع السابق- ص ٢٤٨ .

(٢) د / أحمد مخلوف - اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية - المرجع السابق - بند ٢٥٣ ص ٢٣٢ .

بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى تعريفها بأنها عبارته عن الشركات المتعددة الجنسيات التي تتخذ شكل مشروعا خاصا متعدد القوميات (١) .

وأن الشركات المكونة لهذه المجموعة من الشركات علي الرغم من أنها تتمتع بالاستقلال القانوني ، إلا أنها ترتبط بهدف اقتصادي واحد ، يجعلها تخضع لرقابة موحدة وذلك عن طريق تركيز سلطة اتخاذ القرارات في المجموعة (٢) .

ويلاحظ ان يتم تطبيق هذه الروابط بين شركات تلك المجموعة من الشركات من خلال نوعين من العلاقة :

١- عن طريق العلاقة بين الشركة الأم والشركة الوليدة أو (الشركات الوليدة) .

٢- من خلال العلاقات التعاقدية التي تتم فيما بينهم .

وعرفها البعض الآخر بأنها عبارته تجميع عدد من الشركات التي تتمتع فيها كل شركة بشخصية قانونية مستقلة متميزة ، في حين لا يتمتع هذا التجمع بالشخصية القانونية ، إنما يتمتع بوحدة في القرارات والإدارة والرقابة (٣) .

ومن أمثلة مجموعة الشركات المختلفة : مجموعة الشركات التي تهدف إلى تنفيذ مشروع معين أو أكثر مثل المشروعات الصناعية أو الخدمية ، والمطارات ومحطات الطاقة أو مترو الانفاق .

أيضاً هناك مجموعة الشركات التي تتعاقد فيما بينها لتحقيق نوعا من التكامل فيما بينها ، كما هو الحال بالنسبة لشركات الإنتاج التي تتعاقد مع شركات أخرى لتوزيع المنتجات والبضائع (٤) .

(١) د/ محمود سمير - المشروع متعدد القوميات والشركة القابضة كوسيلة لقيامه - مجلة القانون والاقتصاد - سنة ١٩٧٥ - ص ٥٠ ، ص ٥٩ - بند ٩ .

(٢) محسن شفيق - المشروع القومي ذو القوميات المتعددة من الناحية القانونية - مجلة القانون والاقتصاد ١٩٧٨ - ص ٢٥٢ وما بعدها .

(٣) د / محمد ماهر أبو العينين - قضاء التحكيم دراسة تحليل لاتجاهات العقد - المرجع السابق - ص ٣٧١ .

(٤) د/ باسمه لطفى دباس - اتفاق التحكيم وآثاره - المرجع السابق - ص ٥١٥ .

وتحتل مجموعة الشركات منذ فترة السبعينات أهمية كبيرة في مجال التجارة الدولية ، حيث تقوم بتنفيذ العديد من المشروعات الاقتصادية التي لعبت دورا لا يستهان به في نقل رؤس الأموال وتطوير التكنولوجيا ، مما أعطى دفعة قوية لتبسيط حركة التجارة بين سائر بلدان العالم . وكان طبيعيا أن تلجأ مجموعة الشركات وهي بصدد تنفيذ مشروعاتها المختلفة إلى الأخذ باتفاق التحكيم في كل عملية تجارية دولية . د/ احمد مخلوف - التحكيم كأسلوب لتسوية عقود التجارة الدولية - بند ٢٥٤ - ص ٢٣٣ .

ونظراً لأهمية مجموعة الشركات في مجال التجارة الدولية ، ولأنها تقوم بتنفيذ العديد من المشروعات الاقتصادية العملاقة والتي ساعدت علي تنشيط حركة التجارة بين سائر دول العالم . فقد يحدث أحياناً أن تلجأ مجموعة من الشركات أثناء قيامها بتنفيذ تلك المشروعات إلي التوقيع في عقودها علي اتفاق تحكيم في كل عملية تجارية تقوم بها . وقد يكون هذا الاتفاق تم التوقيع عليه من الشركة الأم أو من الشركة الوليدة .

والسؤال هو ما مدي إمكانية امتداد اتفاق التحكيم الذي تم التوقيع عليه من إحدى الشركات إلي الشركة الأخرى التي لم توقع عليه (من الشركة الأم إلي الشركة الوليدة والعكس) . أو بمعنى آخري هل يمكن الاحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهة شركات المجموعة الواحدة ؟ أي أنه إذا كان هناك شرط تحكيم وارد في عقد أبرم بين شركة تنتمي إلي مجموعة من الشركات وشخص من الغير فهل تمتد آثاره إلي باقي الشركات الأعضاء في هذه المجموعة أو بعض منها أم لا ؟ ^(١) .

سوف نجيب علي هذ السؤال من خلال عرض موقف الفقه والقضاء لهذا الموضوع ، ثم بعد ذلك نعرض حالات امتداد اتفاق التحكيم إلي الغير في مجموعة الشركات وذلك علي النحو التالي :

أولاً : موقف الفقه من امتداد اتفاق التحكيم في مجموعة الشركات :

اختلف الفقه والقضاء بخصوص امتداد شرط التحكيم الوارد في عقد من العقود الذي تم إبرامه بين شركة تنتمي إلي مجموعة شركات وشخص من الغير إلي باقي الشركات الأعضاء في تلك المجموعة أو بعضها البعض ، وانقسم الفقه والقضاء إلي اتجاهين مابين مؤيد ومعارض وسوف نعرض لموقف الفقه بالنسبة لامتداد اتفاق التحكيم إلي الغير في مجموعة الشركات ، ثم نعرض لاحقاً لموقف القضاء بالنسبة لمجموعة الشركات ، وذلك علي النحو التالي :

الاتجاه الأول وهو الاتجاه المعارض : وهو ذلك الإتجاه الذي رفض امتداد اتفاق التحكيم إلي باقي شركات المجموعة ، وقد أخذ هذا الإتجاه بالتفسير الضيق لاتفاق التحكيم .

(١) وقبل أن نجيب على هذه التساؤلات هناك فرض يتعين علينا استبعاده ، ألا وهو أن يكون هناك من أجرى شرط التحكيم هو مجرد فرع للشركة الأم ، إذ أنه في هذه الحالة تنقضي فكرة مجموعة الشركات ، حيث أن الفرع يعتبر بمثابة جزء لا ينفصل عن الشركة الأم ولا يتمتع في ذاته بشخصية معنوية مستقلة ، ومن ثم فهو لا يعدو أن يكون سوى ممثل لها . د/ أحمد مخلوف - اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية - المرجع السابق - بند ٢٥٤ - ص ٢٣٤ .

ويلاحظ أن أنصار هذا الاتجاه يميلوا إلى عدم الأخذ بامتداد اتفاق التحكيم في مجموعة الشركات على أساس أن كل شركة تنتمي للمجموعة يكون لها شخصية معنوية مستقلة عن الأخرى ، وأن اتفاق التحكيم باعتباره يقوم على الطابع الارادى فإنه يصعب أن يحتج به على أية شركة داخل المجموعة التى لم تكن طرفا فى العملية التجارية الدولية (١) .

أيضا يذهب أنصار هذا الإتجاه إلى أنه لايجوز امتداد اتفاق التحكيم الوارد في أحد العقود إلى أطراف عقد آخر ، وذلك تأسيسا على الأخذ بالتفسير الضيق لاتفاق التحكيم ، وهو يقوم على البحث عن الإرادة الحقيقية فى المساهمة فى التحكيم . وذلك لأنه إن كانت شركات المجموعة يجمعها وحدة المصلحة الاقتصادية ، إلا إنها تتمتع باستقلال قانوني حيث يتمتع كل منهم بشخصية قانونية مستقلة كما أن القول بامتداد اتفاق التحكيم يتعارض مع الطبيعة الرضائية للتحكيم لأن اختيار التحكيم كوسيلة لحل النزاع يجب أن يصاحبه إرادة صريحة واضحة ومؤكدة ولذلك يجب الأخذ بمبدأ التفسير الضيق لاتفاق التحكيم (٢) .

أيضا ذهب جانب من الفقه إلى أن شرط التحكيم الذي تبرمه إحدى الشركات لا يلتزم به باقي الشركات في المجموعة ، وهو أيضا قد أخذ بالتفسير الضيق لاتفاق التحكيم مستندا في ذلك إلى أن شركات المجموعة حتي وإن كانت تجمعها وحدة المصلحة الاقتصادية ، إلا إنها تتمتع باستقلال قانوني ، ولها شخصية قانونية مستقلة (٣) .

ويري جانب آخر من الفقه إلى أن العقد الذي تبرمه أى من الشركتين لا يسري في مواجهة الطرف الآخر حتي ولو كان يمس مصالح الشركة الأخرى حيث أنه يقول " أما بالنسبة للشركة الأم والشركة التابعة لها ، فإنه لكل من الشركتين شخصيتها المعنوية المستقلة ، ولهذا فإن اتفاق التحكيم الذي تبرمه أي من الشركتين لا يسري إلا في مواجهة الطرف الذى هى فيه دون الشركة الأخرى . هذا ولو كان العقد المبرم من الشركة الأم المتضمن شرط التحكيم يمس مصالح

(١) وقد عبرت أحد أحكام التحكيم عن هذا الاتجاه برفضه امتداد شرط التحكيم من الشركة الوليدة إلى الشركة الأم وذلك تأسيسا على أن الشركتين المكونتين للمجموعة تشكلان وحدتين متميزتين لكل منهما شخصية قانونية مستقلة ، وقادرة على أن تتعهد بالتزاماتها بوجه منفصل عن الشركة الأخرى مما يترتب عليه عدم سريان آثار التزام أحدهما تجاه الأخرى . د/ أحمد مخلوف - اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية - المرجع السابق - بند ٢٥٥ - ص ٢٣٥ .

(٢) د/ محمد نور شحاته - مفهوم الغير في التحكم - المرجع السابق - ص ٧٦ - بند ٨٩ .

(٣) د/ إبراهيم أحمد إبراهيم - التحكيم الدولي الخاص - المرجع السابق - ص ١١٢ .

د/ أحمد عبد الكريم سلامه - قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي - المرجع السابق بند ١٣٣ ص ٤٦٢ .

الشركة التابعة ، أو كان العقد المتضمن شرط التحكيم الذى أبرمته الشركة التابعة يؤثر فى نشاط الشركة الأم " (١) .

وهناك جانب آخر من الفقه يتجه أيضا إلى نفس الإتجاه وهو رفض امتداد اتفاق التحكيم من عقد إلى آخر سواء كان ذلك بحجة أن العقد الذى تضمن اتفاق التحكيم عقدا أصليا والعقود التى لم تتضمنه تعتبر عقود فرعية أو لأن العقد الذى يتضمنه قد وقعت شركة أصلية والعقود التى لم تتضمنه أبرمتها شركات فرعية تنتمى إليها .

وهو يستند فى ذلك إلى أن الإرادة فى مجال التحكيم هى القانون الأساس للأطراف ، وبالتالي فإرادة الأطراف قد تكون حل النزاع عن طريق التحكيم فيجب أن تكون هذه الإرادة صريحة ومؤكدة وواضحة ، وذلك لأنه من المعروف أن الأطراف يقومون بتحديد إرادتهم فى الإلتجاء إلى التحكيم بصورة صريحة ، بل ويحددون مسائل معينة فى العقد يقتصر التحكيم عليها أو التى لاتخضع للتحكيم من الأصل . وبناء عليه فإن امتداد اتفاق التحكيم وفقا لهذا الرأى يتعارض مع الطبيعة الرضائية والإتفاقية لإتفاق التحكيم (٢) .

وأیضا ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن اتفاق التحكيم المبرم بين أى من الشركات فى علاقة قانونية لايسرى إلا فى حق الشركة التى وقعت عليه ، وذلك لإستقلال الشخصية القانونية لكل منهما ولو كانت الشركة الأم تملك نسبة كبيرة فى رأسمال الشركة التابعة (٣) .

الاتجاه الثانى هو الاتجاه المؤيد لفكرة امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير فى مجموعة الشركات :

أو بمعنى آخر امتداد اتفاق التحكيم فى مجموعة الشركات إلى باقى شركات المجموعة التى لم تكن طرف فى هذا الاتفاق . وهذا الاتجاه يأخذ بفكرة الامتداد الأفقى لإتفاق التحكيم والذي يستند إلى فكرة الإرادة الظاهرة (٤) ، وهو يعنى أن امتداد شرط التحكيم الذى وافقت عليه شركة أو أكثر إلى عقود وقعتها شركات أخرى لا تتضمن شرط تحكيم ولكنها تنتمى لنفس مجموعة الشركات أو الشركة الأولى .

(١) د/ فتحي دالي - قانون التحكم بين النظرية والتطبيق - المرجع السابق - بند ٩٠ - ص ١٧٥ .

(٢) د/ ابراهيم أحمد إبراهيم - تطبيقات عملية لقضايا التحكيم - مقال منشور فى مجلة التحكيم العربى - العدد الثالث - عدد اكتوبر سنة ٢٠٠٠ - ص ١٤٤ .

(٣) د/ سميحة القليوبى - الأسس القانونية للتحكيم وفقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ - طبعة ٢٠١٢ - دار النهضة العربية - بند ٧ - ص ٩٠ .

(٤) د/ محمد نور شحاته - مفهوم الغير فى التحكم - المرجع السابق - ص ٧٦ بند ٨٩ .

ويري هذا الاتجاه أيضا أنه يجب التحرر من فكرة التفسير التقليدي أو الضيق لاتفاق التحكيم و السماح لاتفاق التحكيم ، ولو بشكل جزئي بأن يرتب آثاره في مواجهة الغير الذي لم يكن موقعا علي هذا الاتفاق - أي لم يكن طرفا فيه - وذلك إذا ثبت من الظروف المحيطة بهذا العقد أن هذا الغير ، بالنظر إلي الظروف والروابط الاقتصادية المتصلة بالغير، وبالدور الذي ساهم فيه في إبرام العقد ، فإنه يتعين الاحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهته ، لأنه في هذه الحالة يجب أن يتم تغليب فكرة الوحدة الاقتصادية التي توجد وراء فكرة مجموعة الشركات وذلك علي اعتبار التعدد القانوني للوحدات المكونه لهذه المجموعة ^(١).

وبناء عليه فإن اتفاق التحكيم الذي تبرمه إحدى شركات المجموعة يلزم الشركات الأخرى الداخلة في هذه المجموعة ، فإتصال الشركات الداخلة في المجموعة بالمعاملة التجارية الدولية يتم عن إرادة ظاهره لديها في الالتزام بشرط التحكيم الذي أبرمته إحدى شركات المجموعة ، ويتضح هذا الإتصال عن طريق المعاملة التجارية إما من خلال المشاركة في المفاوضات علي العقد ، أو من خلال المساهمة في تنفيذ العقد ^(٢) .

(١) د / حفيزة السيد الحداد - الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكم - المرجع السابق ص ١٣٩ .

د/ احمد مخلوف - اتفاق التحكيم كاسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية - المرجع السابق - ص ٢٣٥ بند ٢٥٧ .

(٢) وتطبيقا لذلك قضت هيئة التحكيم في الحكم الصادر عن مركز القاهرة الإقليمي بأن (شرط التحكيم الذي توقع عليه شركة واحدة من مجموعة شركات تشكل كيانا اقتصاديا واحدا يمتد إلى سائر شركات هذا الكيان على أساس اتصالها بالمعاملة التجارية ، وأن شرط التحكيم الذي يرد في عقد أبرمته إحدى الشركات التي يملكها شخص طبيعي أن يمتد إلى شركائه الأخرى وإلى الشخص الطبيعي نفسه ، والمقصود بهذا النهج الذي استقر في قضاء التحكيم التجاري الدولي هو حماية الغير حسن النية من أن يتخذ تعدد الشركات وسيلة لصياح حقوقه ، إن تملك رئيس مجلس إدارة الشركة المحتكم ضدها ٩٠% من رأس مال الشركة التي شاركت في تنفيذ العقد وإنهائه وكذلك الشركة الأخرى التي أبرمت العقد المتضمن شرط التحكيم ، كما تملك عائلته للنسب الباقية في كل من الشركتين يؤدي إلى إدخاله بشخصه وبصفته مصفيا للشركة المحتكم ضدها وممثلا قانونيا للشركة الأخرى والتي وقعت على العقد محل التداعي ، ومن ثم يتم إلزامه بتعويض الشركة المحتكمة ، إن الشركات التي تتعامل بشأن عقد معين ، في أثناء تنفيذه أو عند إنهائه مع الطرف الآخر فيه تكون جميعها طرفا في شرط التحكيم ، ومن ثم يمكن للشركة المحتكمة أن تختصمها وتوجه إليها طلباتها في الدعوى التحكيمية . وأن فكرة (الطرف) في التحكيم لاتعني فقط شخص الموقع على الاتفاق وإنما تشمل أيضا خلفه العام والخاص . وكذلك يمتد اتفاق التحكيم ليشمل جميع المشروعات المؤسسة لمشروع أو فرع مشترك إذا أبرم هذا الفرع عقدا تضمن شرط تحكيم . و شرط التحكيم الذي يرد ضمن أحد العقود يمكن أن يلزم شركات أخرى من أعضاء مجموعة واحدة بالرغم من عدم توقيعها على العقد الذي تضمن شرط التحكيم مادامت قد شاركت في تكوين العقد أو تنفيذه أو إنهائه . يأتي هذا تأسيسا على فكرة الوحدة الاقتصادية التي تضم شركات متعددة لكل منها شخصيتها المعنوية المستقلة ، إذ استقر قضاء التحكيم التجاري الدولي على أنه لأي شركة من هذه الشركات أن تمثل جميع الشركات التي تضمها هذه المجموعة ، وأن شرط التحكيم في عقد تبرمه إحدى هذه الشركات يلزم الشركات كافة) القضية التحكيمية رقم ٦٥٤ لسنة ٢٠٠٩ والتي صدر فيها حكم التحكيم بتاريخ ٢٠١١/١/١٩ - الصادر عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي - مجلة التحكيم العربي - العدد السادس عشر - يونيو ٢٠١١ - ص ٢٠٣ - ٢٠٤ .

وبناء عليه يتضح لنا أنه يوجد هناك ثلاثة حالات لامتداد اتفاق التحكيم إلى مجموعة

الشركات هي :

الحالة الأولى : هي تلك الحالة التي تتولي فيها الشركة الوليدة إبرام العقد التجاري الدولي ، بينما يقف دور الشركة الأم عند مرحلة المفاوضات وتنفيذ العقد ^(١) .

الحالة الثانية : هي تلك الحالة التي تتعاقد فيها أكثر من شركة وليدة مع الغير ، ثم تشارك عدة شركات أخرى من نفس المجموعة في تنفيذ العقد أو الإستفادة منه .

الحالة الثالثة : هي تلك الحالة التي يمتلك فيها شخص طبيعي مجموعة شركات تخضع لرقابته المباشرة ، وفي هذه الحالة يمتد شرط التحكيم من الشركة إلى الشخص الطبيعي نفسه ^(٢) .

(١) وتطبيقاً لذلك قضت هيئة التحكيم في حكم لها صادر عن مركز القاهرة الإقليمي بـأن (انصراف فكرة الطرف إلى الشركة الأم التي شاركت في تنفيذ العقد محل النزاع الذي وقعته الفرع ، وذلك باعتبار أن الفرع الموقع على العقد هو في الواقع نائباً عن الشركة الأم ، الشخص الذي يفصح عن إرادته بالإرتباط بأخر في علاقة عقدية قاصداً التزامه بما يرد في العقد يعتبر طرفاً فيه يحق له المطالبة بما يترتب عليه العقد من آثار . فإذا تبين من وقائع النزاع الناشئ عن عقد معين أن الإرادة المشتركة للعاقدين قد اتجهت إلى انصراف أثر العقد إلى غيرهم ممن وقع على العقد عن طريق نائبه ومشاركته في تنفيذه فإنه يتقيد بشرط التحكيم الوارد في العقد . وترتب على ذلك أن الشخص الذي توافرت فيه شروط إرتباطه بالعقد المتضمن شرط التحكيم يستفيد من هذا الشرط في مواجهة أطراف العقد الآخرين . حيث يتضح أن الشركة المحتكم ضدها الثالثة تعد طرفاً في اتفاق التحكيم ، حيث أن الشركة المحتكم ضدها الثانية قد وقعت على العقد بصفتها فرعاً للشركة المحتكم ضدها الثالثة ، وهو ما يبرر الاحتجاج على الشركة الأخيرة باتفاق التحكيم حيث أن الشركة الموقعة على العقد المتضمن اتفاق التحكيم هي في الواقع نائب عن الشركة المحتكم ضدها الثالثة ، وحيث جاء هذا العقد تنفيذاً لاتفاق التفاهم الذي أبرمته الشركة الأخيرة مع شركة أخرى ومما يؤكد انصراف فكرة الطرف إلى الشركة المحتكم ضدها الثالثة حيث أنها شاركت في تنفيذ العقد محل النزاع الذي وقعته الشركة المحتكم ضدها الثانية . ومن المؤكد أن أطراف العقد محل النزاع الموقعين عليه على علم بهذه الحقائق وأنهم رتبوا علاقاتهم على هذا الأساس) القضية التحكيمية رقم ٧٢٣ لسنة ٢٠١٠ والتي صدر حكم فيها بتاريخ ١/٣١ ٢٠١٢ - مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي - مجلة التحكيم العربي - العدد الثامن عشر - يونيو ٢٠١٢ - ص ٢٣٩ - ٢٤٠ .

(٢) د/ احمد مخلوف - اتفاق التحكيم كاسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية - المرجع السابق - ص ٢٣٥ بند ٢٥٧-٢٥٨ .

ثانياً: موقف القضاء من امتداد اتفاق التحكيم في مجموعة الشركات :

اختلف موقف القضاء تجاه امتداد اتفاق التحكيم إلى مجموعة الشركات ، فهناك أحكام تؤيد امتداد اتفاق التحكيم إلى مجموعة الشركات وهذه الأحكام قائمه علي حجج وأسانيد ، وهناك أحكام ترفض فكرة امتداد اتفاق التحكيم إلى مجموعة الشركات وسوف نعرض لكل منها وذلك علي النحو التالي :

١ - موقف القضاء المؤيد لفكرة امتداد اتفاق التحكيم إلى مجموعة الشركات :

هناك جانب من القضاء الدولي وأحكام التحكيم الصادرة من مراكز التحكيم الدولية أيدوا هذا الإتجاه في العديد من الأحكام الصادرة عنهم ، وقد سبق لنا القول أن هناك ثلاث حالات لامتداد اتفاق التحكيم لمجموعة الشركات وسوف نعرض لها أيضا من خلال أحكام التحكيم التجاري الدولي وذلك على النحو التالي :

أولاً : بالنسبة للحالة الأولى : وهي تلك الحالة التي تتعاقد فيها أكثر من شركة وليدة مع الغير ثم تشارك عدة شركات أخرى في نفس المجموعة في تنفيذ هذا العقد أو الاستفادة منه . وقد أكدت هيئة التحكيم بغرفة التجارة الدولية في باريس في حكمها الصادر في ٢٣ ديسمبر لسنة ١٩٨٢ مبدأ امتداد اتفاق التحكيم في مجموعة الشركات لباقي شركات المجموعة التي لم تكن طرفا في هذا الاتفاق ^(١) .

وقد أيدت محكمة استئناف باريس امتداد شرط التحكيم دون أن يعتبر عدم التوقيع المادي من هذه الشركات علي العقد حائلاً دون اكتسابها صفة الطرف في اتفاق التحكيم ، وذلك في

(١) وتتلخص وقائع القضية في أن : شركتين من مجموعة شركات أمريكية تعاقدتا مع شركة فرنسية لتوزيع منتجاتها من العوازل الحرارية في فرنسا ، وبدأت الشركة الفرنسية في تنفيذ بنود العقد بالفعل ثم فوجئت بفسخ العقد من قبل إحدى الشركات الأمريكية الوليدة والموجودة بفرنسا ولكن الشركة الفرنسية لم تعبأ بذلك واستمرت في تنفيذ العقد فقامت مجموعة الشركات الأمريكية باتخاذ إجراءات التحكيم ضدها أمام غرفة التجارة الدولية مطالبة إياها بالتعويض ، دفعت الشركة الفرنسية بعدم اختصاص هيئة التحكيم لأن الشركة الأمريكية الأم لم تكن طرفا في اتفاق التحكيم وأنهت هيئة التحكيم إلى أن الشركة الأمريكية الأم وإن كان بعضها لم يكن طرف في العقد إلا أنها ساهمت بطريقة أو بأخرى في إبرامه أو تنفيذه أو فسخه . ومن ثم : يمتد إليها اتفاق التحكيم باعتبار أنهم يمثلون جميعا في النهاية حقيقة إقتصادية واحدة ولو كانت كل شركة تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الأخرى .

[1] Sentence cci , 23 september 1984 rev. arb 1984 p 137

حكمها الصادر في الطعن المقدم أمامها بشأن حكم التحكيم المذكور ^(١) .

الحالة الثانية: وهي تلك الحالة التي تتولى فيها الشركة الوليدة إبرام اتفاق التحكيم بينما يقف دور الشركة الأم عند مرحلة المفاوضات أو تنفيذ العقد .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة pou في أحد أحكامها بشأن تلك الحالة (بإدخال الشركة الأم طرفا في إجراءات التحكيم ، وذلك لأنه من المقبول قانونا أن شرط التحكيم الذي قبلته صراحة

[1] Cour d'apple de paris 21 oct1983 ,revarb 1984 , p89 not. A .Chapelle

- أيضا قضت هيئة التحكيم في حكم صادر عن مركز القاهرة الإقليمي بامتداد اتفاق التحكيم لغير الموقعين عليه ("وأن الغير الذي لم يكن طرفا في العقد ولا خلفا لأحد من المتعاقدين ، وهو ما يسمى بالغير الأجنبي أصلا عن العقد ، لا ينصرف إليه أثر العقد مادام بعيدا عن دائرة التعاقد . ولم يجز القانون امتداد أثر العقد للغير إلا في حالات محددة ولا اعتبارات ترجع إلى العدالة أو إلى استقرار التعامل " " التعهد عن الغير لا ينصرف أثره إلى الغير ، ولا يرتب في ذمته التزاما والإشترط لمصلحة الغير ينصرف أثره إلى الغير ولكن يكسبه حقا " وفي غير هذه الأحوال لم يعرف القانون المصرى وهو القانون الواجب التطبيق في الدعوى الماثلة حالات أخرى ينصرف فيها أثر العقد إلى الغير " امتداد أثر اتفاق التحكيم الموقع من الشركة أو أكثر من الشركات المكونة للمجموعة على شركة أو أكثر من الشركات الأخرى المكونة لذات المجموعة لم يكون قاعدة عامة مطلقة ، إذ يتوقف تقرير ذلك الأمر على عوامل متغيرة قد تختلف من حالة إلى أخرى كالإرادة المشتركة لشركات المجموعة وعلى وجه أكثر تحديدا تلك الشركات المعنية بالعقد محل المنازعة والمتعاقد معها ، وعلى عامل ثابت هو وجود مجموعة الشركات وعلى وجود ما يؤكد صلة الشركة الأم أو الشركات الفرعية بعملية الإستثمار أو العملية التجارية محل المنازعة ودورها المؤكد في إبرام العقد وفى تنفيذه أو ضمان ذلك التنفيذ " إن هذه الإتجاهات فى أحكام التحكيم الخاصة بامتداد شرط التحكيم (لم تظهر إلا فى التحكيمات الدولية وخاصة فى المنازعات الخاصة بالشركات متعددة الجنسيات التى تكون مجموعة اقتصادية واحدة وتنفذ عملياتها التجارية والاستثمارية فى البلاد المختلفة تحت ستار الشركات الفرعية التى تكتسب جنسيات الدول التى يجرى النشاط فيها بحيث ينظر إلى اكتسابها لجنسية الدولة على أساس أنه عامل يساعدهم على مباشرة نشاطها وييسره لها ولا يكون كيانها القانونى المستقل إلا ستارا يمكنها من أدائها النشاط المذكور فى سهولة ويسر فى البلد الذى اكتسب جنسيته " القوانين الواجبة التطبيق فى القضايا المشار إليها لم يقف حائلا دون امتداد السلطة التقديرية للمحكمين إلى تقدير الحالات التى يمتد فيها أثر اتفاق التحكيم إلى غير أطرافه وإلى تقدير الإستثناءات على مبدأ نسبية أثر العقود فى هذا الشأن " حيث أن البادى من نص المادتين (١٤٥) و(١٥٢) من القانون المدنى المصرى أن القانون حدد على سبيل الحصر الحالات التى يمتد فيها أثر العقد للغير بما لا يتيح امتداد أثره للغير فى غير تلك الحالات وليس من بينها امتداد أثر العقد إلى الشركات التى تكون فى مجموعة اقتصادية واحدة إذا تمتعت كل منها بشخصية قانونية مستقلة (القضية التحكيمية رقم ٢٣٤ لسنة ٢٠٠١ - الحكم الصادر عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجارى الدولى - مجلة التحكيم العربى - العدد الخامس - سبتمبر ٢٠٠٢ - ص ١٨٩ - ١٩٠ .

بعض شركات المجموعة يجب أن يفيد الشركات الأخرى التي تبدو - بالنظر إلى الدور الذي لعبته في إبرام العقود المنطوية على ذلك الشرط أو تنفيذها أو فسخها ، ومن خلال الإرادة المشتركة لكل الأطراف في الإجراءات- وكأنها أطراف حقيقية قى تلك العقود ، أو كأنها معنية في المقام الأول بها وبالمنازعات التي يمكن أن تنشأ عنها ، وقد جاء في حيثيات الحكم أنه إذا كان مما لا شك فيه أن الشركة الوليدة تعد طرفا في هذا النزاع فإن الشركة الأم بما لعبت من دور هام في مرحلة المفاوضات وحتى تمام إبرام العقد، وكذلك بما كان لها من دور في عدم تنفيذ الشركة الوليدة لتعهداتها ، يتضح إنها كانت الرأس المفكر للشركة الوليدة) .

مما يعني أن هذا الحكم قد قرر صراحة أن شرط التحكيم الذي يتم قبوله بواسطة بعض شركات المجموعة يجب أن ترتبط به الشركات الأخرى وذلك للدور الذي تلعبه في إبرام أو تنفيذ أو فسخ العقود المتضمنة تلك الشروط ويعتبر كما لو كانت أطرافا حقيقية في هذه العقود أو معنية في المقام الأول بالمنازعات التي يمكن تنتج عنها ^(١) .

وقد أيدت هذا الاتجاه أيضا غرفة التجارة الدولية في باريس وذلك بحكمها الصادر في ٢٣ سبتمبر ١٩٨٢ حيث قضت بأنه (أخذ بعين الاعتبار بالطابع الاقتصادي الموحد لمجموعة الشركات علي الرغم من الشخصية القانونية التي تتمتع بها كل شركة من الشركات المكونه لهذه المجموعة فإن شروط التحكيم التي تم قبولها صراحة من بعض شركات هذه المجموعة ، يتعين أن يلزم الشركات الأخرى ، التي من خلال الدور الذي تعنيه من إبرام العقود المتضمنة هذه الشروط أو تنفيذها أو نسخها وقد ظهرت علي نحو ما كشفت عنه الإرادة المشتركة لجميع الأطراف في الإجراءات كما لو كانت طرفا فعليا في هذه العقود ، أو أنها معنية بالدرجة الأولى بها وبالمنازعات التي يمكن أن تتمخض عنها)^(٢) .

وقد أيدت محكمة استئناف باريس هذا الحكم الذي انتهت إليه غرفة التجاره الدولية في باريس بحكمها الصادر في ٢١ اكتوبر ١٩٨٣ ،(ورفضت الطعن بالبطلان في هذا الحكم مقررّة بأن المحكمين قضوا في المنازعة المعروضة عليهم بما لهم من سلطة مطلقة في تفسير العقود والوثائق المتبادلة بين الأطراف وقت المفاوضات ووقت فسخ العقود ، وبناء علي الإدارة

[1] Cour d'apple de pau , 26 nov .Rev , Arb 1988 , p 153 , note , A . Chapelle .

[2] sentence: cci . 23 septembre 1982 ,Rev .Arb p .137

المشتركة لكل من الشركات المعنية ، فإن مجموعة شركات (DOW) طرف في العقود علي الرغم من إنها لم تقم بالتوقيع عليها ولهذا يسري شرط التحكيم في مواجهتهم)^(١) .

أيضا وقد أيد هذا الإتجاه مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي :

في الحكم الصادر بتاريخ ١١/٣/١٩٩٩ في الدعوي التحكيمية رقم ١٠٩ لسنة ١٩٩٨ حيث قضت هيئة التحكيم بأنه (لما كانت مجموعة الشركات أوراكل وعلي رأسه الشركة الأم المحتكم ضدها الثانية تكون كياناً واحداً وإن تعددت الشخصية المعنوية التي تتمتع بها كل شركة ، يؤكد ذلك أن الشركة الأم قد شاركت في إعداد العقد وتنفيذه وإنهائه علي النحو الذي تعد معه الشركة الأم طرفا في عقد الوكالة الذي يتضمن شرط التحكيم ، ومن ثم يمكن للشركة المحتكمة أن توجه إليها الدعوي)^(٢) .

أما بالنسبة للحالة الثالثة : التي تخضع فيها مجموعة الشركات للرقابة المباشرة لشخص طبيعي وفي هذه الحالة يمتد شرط التحكيم من الشركة إلي الشخص الطبيعي نفسه .

وتطبيقاً لذلك فقد أصدرت محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية في ٢٤ اغسطس ١٩٨٨ حكما يقضى بإلزام رجل أعمال سعودي بدفع مبلغ تعويض لإحدي الشركات الفرنسية وذلك بسبب مخالفة إحدي شركاته لإلتزاماتها التعاقدية . وقد أيدت محكمة أستئناف باريس في حكمها الصادر

[1] cour d' appel de paris , 21 octobre 1988 ,Rev . Arb , 1974 p 98 . not : Achapelle
(٢) وتتلخص وقائع هذه القضية في أن شركة سرهناك تعاقدت مع شركة أوراكل المحدودة للنظم على عقد وكالة مؤرخ في ١٩٩١/٦/١ ، وقامت شركة سرهناك بالوفاء بجميع التزاماتها التعاقدية ، بل قامت بتنفيذ التزامات أخرى تجاوز عقد الوكالة إلا أن شركة أوراكل المحدودة للنظم (المدعى عليها) قد قامت بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة وبطريقة خاطئة لاتتفق مع مبدأ حسن النية ، فلجأت شركة سرهناك إلى التحكيم مختصة كلا من شركة أوراكل المحدودة للنظم وشركة أوراكل العالمية مطالبة بالتعويض . إلا أن الشريكتين المحتكمتين ضدهما طلبا استبعاد شركة أوراكل العالمية المحتكم ضدهما طلبا استبعاد شركة أوراكل العالمية المحتكم ضدها الثانية - من النزاع المائل ، وذلك لكون طرفي الاتفاق الذي يتضمن شرط التحكيم هما شركة سرهناك وشركة أوراكل المحدودة للنظم ، وأن شركة أوراكل العالمية لاتعد طرفا في اتفاق التحكيم فلا يصح إدخالها طرفا في الدعوى وقد رفضت هيئة التحكيم هذا الدفع وقضت بقضائها الوارد في المتن ، بل وقررت (أنه لما كان المبدأ السائد في مجال التجارة الدولية وخاصة في مجال التحكيم الدولي أن فكرة الطرف في التحكيم لا تعنى فقط شخص الموقع على الاتفاق ... وإنما ... يمتد ليشمل جميع المشروعات المؤسسة لمشروع أو فرع مشترك إذا أبرم هذا الفرع عقد تضمن شرط التحكيم . القضية التحكيمية رقم ١٠٩ لسنة ١٩٩٨ - الحكم الصادر عن مركز القاهرة الإقليمي - جلسة ١١/٣/١٩٩٩ - مجموعة الأحكام الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمي - مجلة التحكيم العربي - العدد الأول - سنة ١٩٩٩ .

بتاريخ ١١ يناير ١٩٩٠ حكم التحكيم هذا فيما ذهب إليه من امتداد شرط التحكيم إلي رجل الأعمال السعودي علي أساس إنه كان يعلم بهذا الشرط ونال قبوله وذلك بوصفه رئيساً لمجموعة الشركات ، وإذا كانت كل شركة تدير عدداً معيناً من السفن إلا أنها تشكل في النهاية وحدة إقتصادية تخضع لسلطة واحدة يمارسها رجل الأعمال السعودي بنفسه وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الحكم الاستثنائي بحكمها الصادر في ١١ يونيو ١٩٩١ (١) .

٢- أحكام القضاء المعارضه لإمتداد اتفاق التحكيم إلي مجموعة الشركات:

أخذت بعض أحكام القضاء وهيئات التحكيم بهذا الإتجاه وهو عدم امتداد اتفاق التحكيم إلي مجموعة الشركات .

١- وتطبيقاً لهذا جاء في حكم لغرفة التجارة الدولية في باريس في حكم لها (بأن الشركة التي لم توقع علي العقد المتضمن شرط التحكيم لا تلتزم به بصفاتها طرفاً فيه ، حتي وإن تدخلت في المفاوضات التي انتهت إلي إبرامه أو شاركت في تنفيذه فهي لا تقتصر عن أن تكون وكيلة عن الشركة) .

وفي حكم آخر لها قضت هيئة التحكيم بامتداد القوة الملزمة لاتفاق التحكيم وقضت بأنه (إذا ما بدأت إجراءات التحكيم فإنه لا يمكن إدخال الشركة الأم أو أي من الفروع الأخرى في المجموعة) (٢) .

ويعتبر قضاء النقض مستقراً علي ذلك حيث حكم بجلسة ٢٢/٦/٢٠٠٤ بأن (مجرد كون أحد أطراف خصومة التحكيم شركة ضمن مجموعة شركات تساهم شركة أم في رأسمالها لا يعد دليلاً على التزام الأخيرة بالعقود التي تبرمها الأولي المشتملة علي شرط التحكيم ما لم يثبت أنها تدخلت في تنفيذها أو تسببت في موضوع خلط بشأن الملتزم به علي نحو تختلط إرادتها مع إرادة الشركة الأخرى) (٣) .

[1] cass. Com .ire ch . civ 11 juin 1991 orric / sté de lubrifiants Elf Aauitaine ,Rev , Arb ,1992 , p 73 not , D . cohen .

[2] sentence , cci ,n p . 504 / 1985 clunet .1986 .

- مشار إليه لدى د/ باسمة لطفي دباس - المرجع السابق - ص ٧٧

(٣) الطعان رقمي ٤٧٢٩ - ٤٧٣٠ لسنة ٧٢ قضائية - جلسة ٢٢ / ٦ / ٢٠٠٤ . مشار إليه لدى د/ سميحة القلوبى - الأسس القانونية للتحكيم التجارى وفقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ - المرجع السابق - ص ٩٠ .

٣ - أيضاً قضت محكمة استئناف القاهرة (ببطلان حكم التحكيم الذي قضي فيه بإدخال شركة لم توقع علي اتفاق التحكيم في خصومة التحكيم ، وبإلزامها بالتضامن مع الشركة الموقعة عليه ، وذلك علي سند أنه تجمعها وحدة اقتصادية واحدة ، وأسس حكم الاستئناف ببطلان حكم التحكيم علي أن الشركة الأولى ليست طرفا في النزاع ولم توقع علي اتفاق التحكيم وهو الأمر الذي يترتب عليه بطلان الحكم الصادر وهو بطلان تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها لتعلقة بالنظام العام) (١) .

٤ - أيضاً إتجهت إلي نفس الاتجاه هيئة التحكيم المنعقدة بمركز القاهرة الإقليمي في القضية رقم ٢٣٤ لسنة ٢٠٠١ حيث قضت بأن (القانون المصري حدد في المادتين ١٤٥ ، ١٥٢ مدني علي سبيل الحصر الحالات التي يمتد فيها أثر العقد إلي الغير وذلك بما لا يتيح امتداد أثره للغير في غير تلك الحالات وليس من بينها امتداد أثر العقد إلي الشركات التي تكون في مجموعة اقتصادية واحدة اذا تمتعت كل منها بشخصية قانونية مستقلة) (٢) .

وبناء عليه يتضح لنا مما سبق أن الإتجاه الغالب لأحكام القضاء وأحكام التحكيم الصادرة من مراكز التحكيم الدولية هو أنها تؤيد فكرة امتداد أثر اتفاق التحكيم إلي الشركات التي لم توقع عليه طالما أن الظروف المحيطة بالعقد توضح أن هذه الشركة كانت علي إتصال بهذا العقد سواء كان ذلك عن طريق المساهمة في المفاوضات أو التنفيذ أو الفسخ وهذا يجعلها بمثابة طرف يتم الإحتجاج عليه باتفاق التحكيم الوارد في العقد ، بالإضافة إلي ذلك فإنه يمكنه أيضاً أن يتمسك هو الآخر بشرط التحكيم الوارد في العقد ، وهذا يحقق المزيد من التفعيل لاتفاق التحكيم ، ويمثل ميزة كبيرة للمتعاملين في مجال التجارة الدولية في تعاقداتهم التي تتم مع بعض الشركات الوليدة التي تحل بالتزاماتها التعاقدية ، حيث يمكنهم الرجوع في هذه الحالة علي الشركة الأم لما تتمتع به من قدرة إقتصادية تمثل بالنسبة لهم ضماناً قوياً ، ينعكس في النهاية علي مصالح التجارة الدولية وازدهارها وعلي الرغم من أهمية امتداد اتفاق التحكيم إلي مجموعة الشركات بالنسبة للتجارة الدولية فإنه يجب الأخذ في الاعتبار إرادة الأطراف في اتفاق التحكيم ، ولذلك يجب عدم التوسع في فكرة أمتداد اتفاق التحكيم لمجموعة الشركات خصوصاً في الحالات التي تفتقر إلي وجود

(٣) استئناف القاهرة - القضية رقم ٨٣ - لسنة ١١٨ قضائية - جلسة الخامس من أغسطس - الدائرة ٦٢ .

(٤) القضية التحكيمية رقم ٢٣٤ لسنة ٢٠٠١ - الصادرة عن هيئة التحكيم المنعقدة بمركز القاهرة الإقليمي - منشورة في مجلة التحكيم العربي - العدد الخامس - سبتمبر ٢٠٠٢ - ص ١٨٩ .

إرادة صريحة وحقيقية لأطراف المجموعة للارتباط باتفاق التحكيم الذي أبرمه أو وقعه أحد أطراف المجموعة .

وذلك لأنه يجب عدم التوسع في تفسير إرادة الأطراف لمحاولة إمتداد اتفاق التحكيم علي الشركة التي تفاوضت أو تدخلت في إبرام العقد أو تنفيذه طالما أن القرائن لم تدل علي قبول تلك الشركة لإتفاق التحكيم أو أن نيتها تتجه إلي أن تكون طرفا في اتفاق التحكيم ، وذلك لأن امتداد اتفاق التحكيم يتعارض مع النشأ الإتفاقية للتحكيم ، كما أنه قد يؤدي إلي ظهور نوع من التحكيم الغيبي الذي لم تتجه إرادة بعض الأطراف إلي إتخاذ وسيلة لفض منازعاتهم ، وبالتالي فإنه يجب عدم التوسع في فكرة امتداد اتفاق التحكيم ، وإنما يجب أن يكون إستثناء علي الأصل وهو عدم التوسع فيه ^(١) .

المبحث الثاني

الإحتجاج باتفاق التحكيم فى مواجهة الغير

تمهيد وتقسيم :

إن اتفاق التحكيم بالنسبة للغير هو عبارة عن واقعة قانونية يجب عليه احترامها ، وذلك لأن اتفاق التحكيم باعتباره عقد فهو لايمكن أن يعيش فى معزل عن المجتمع الذى نشأ فيه ، فهو يؤثر فيه ويتأثر به ، وذلك لأنه إذا كان أطراف الإتفاق على التحكيم هم وحدهم الملزمون به ، وأيضا هم وحدهم الذين يكون لهم الحق فى الإلتجاء إلى التحكيم بموجب هذا الإتفاق ، فإن تدخل شخص ثالث لضمان الوفاء بالتزام أحد الأطراف فى العقد المتضمن شرط تحكيم فى حالة الوفاء به ، أيا كان التزامه بالضمان سواء كان تابعا للعقد الأصلي أو فى اتفاق مستقل عن هذا العقد .

والسؤال هنا ما مدى إمكانية الإحتجاج بشرط التحكيم الموجود فى العقد الأصلي فى مواجهة الشخص الثالث ؟ وما مدى حقه فى التمسك به ؟ وخاصة فى حالة الضامن سواء كان ضامن تابع أو ضامن مستقل ، أيضا وفى حالة الكفيل ، هل هو له حق التمسك باتفاق التحكيم الموجود فى العقد الأصلي الموقع بين المدين والدائن ؟ وهل له الحق فى الرجوع على الدائن بموجب هذا الإتفاق ؟ وهل له حق الرجوع على المدين بموجب هذا الإتفاق أيضا على أساس أنه يحل محل

(١) د/ محمد نور شحاته - مفهوم الغير فى التحكيم - المرجع السابق - بند ٩١ - ص ٧٨ .

د/ أحمد عبد الكريم سلامة - قانون التحكيم التجارى الدولى والداخلى - المرجع السابق - بند ١٣٣ ٤٦٢ .

د/ حفيظة السيد الحداد - الإتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم - المرجع السابق - ١٤٦ .

الدائن فى حالة وفائه للدائن نيابة عن المدين ؟ وسوف نجيب على هذه الأسئلة على النحو التالى :

المطلب الأول : الإحتجاج باتفاق التحكيم فى مواجهة الضامن والمتضامن .

المطلب الثانى : الإحتجاج باتفاق التحكيم فى مواجهة الكفيل .

المطلب الأول

مدى الإحتجاج باتفاق التحكيم فى مواجهة الضامن والمتضامن

تمهيد وتقسيم :

التضامن إما أن يكون إيجابيا (وهو تضامن الدائنين) وإما أن يكون سلبياً (وهو تضامن المدينين) وفى كلا من التضامن الإيجابى والتضامن السلبى فإن الالتزام يكون واحد ولكن الأطراف يكونوا متعددين ^(١) .

وأيضاً نص المشرع على أن التضامن لا يفترض فقد نص فى المادة ٢٧٩ مدنى على أن (التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون) .

والقاعدة هى أن المتضامن يعتبر ممثلاً لغيره من المتضامين معه فيما ينفعهم وليس فيما يضرهم ^(٢) .

بمعنى أن باقى المتضامين يجوز لهم التمسك بما أبرمه أحدهم من تعاقدات فى حالة أن رأوا أن ذلك فى مصلحتهم ، أما إذا رأوا أن هذه التعاقدات ليست فى مصلحتهم فلم الحق فى اسقاط الالتزامات التى تنشأ عن هذه التعاقدات عن أنفسهم ^(٣) .

(١) د / أحمد السيد الصادى - أثر الأحكام بالنسبة للغير - المرجع السابق - بند ٨ ص ٦١

(٢) وتطبيقاً لذلك قضت هيئة التحكيم فى الدعوى رقم ٢٤٨ بأن (التضامن لا يفترض ولا يؤخذ فيه بالظن ولكن ينبغى أن يرد إلى نص فى القانون أو إلى اتفاق صريح أو ضمنى - وعلى قاضى الموضوع إذا استخلصه من عبارات العقد وظروفه أن يبين كيف أفادته هذه العبارات والظروف ، وهناك التزام يقع على عاتق أطراف العقد بصفه عامة يتمثل فى وجوب تنفيذ ماورد فى بنوده بطريقة تتفق مع ما يتطلبه حسن النية ، فالعقد لا ينشئ حقاً ولا يولد التزاماً لم يرد بشأنه نص فيه ، والملتزم يقوم بتنفيذ التزامه كما ورد فى العقد دون نقص أو زيادة إلا إذا كان ذلك من مستلزمات التنفيذ) . القضية التحكيمية رقم ٢٤٨ لسنة ٢٠٠١ - جلسة ٢٠٠٢ / ٣ / ٧ - الحكم الصادر عن مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى - مجلة التحكيم العربى - العدد الخامس - سبتمبر سنة ٢٠٠٢ - ص ١٩٢ .

(٣) د / أحمد أبو الوفا - عقد التحكيم وإجراءاته - المرجع السابق - بند ٥٩ - ص ١٤٩ .

أما بالنسبة للتصرفات التي لا يتبين فيها بوضوح مدى نفعها أو ضررها فإنه في هذه الحالة يكون المتضامن بالخيار بين التمسك بها أو عدم التمسك بها ، ومن هذه التصرفات التي تدور بين النفع والضرر هي اتفاق التحكيم .

ونظرا لأنه لا يوجد في قانون التحكيم نص خاص بشأن التضامن في اتفاق التحكيم فإن ما أوردها بشأن التضامن في التعاقد في القانون المدني سوف نقوم بتطبيقه على التضامن في اتفاق التحكيم بنوعيه السلبي والإيجابي .

وسوف نعرض لكلا منهما بشئ من التفصيل وذلك على النحو التالي :

الفرع الأول : الاحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهة المدينين المتضامنين (التضامن السلبي)

الفرع الثاني : الاحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهة الدائنين المتضامنين (التضامن الإيجابي)

الفرع الأول

الاحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهة المدينين المتضامنين

(التضامن السلبي)

التضامن السلبي هو عبارة عن الالتزام الذي يتعدد فيه المدينون بحيث يصبح كل مدين مسئول قبل الدائن عن كل الدين في مقابل أن وفاء أى مدين بالدين للدائن برئة ذمته وذمة سائر المدينين المتضامنين^(١) .

ومن أهم المبادئ التي تحكم التضامن السلبي هي وحدة الدين وتعدد الروابط ، النيابة التبادلية فيما ينفع وليس فيما يضر بين المدينين المتضامنين
لقد نص المشرع في المادة ٢٨٤ مدنى مصرى على أنه (إذا كان التضامن بين المدينين فإن وفاء أحدهم بالدين يبرئ لزمه الباقيين) .

وقد رتب المشرع على هذا التضامن أثرا هاما هو أنه يجوز للدائن حسب اختياره ، مطالبة المدينين المتضامنين مجتمعين أو منفردين بالدين كله فنص في المادة ٢٨٥ / ١ من القانون المدني على أنه (يجوز للدائن مطالبه المدينين المتضامنين بالدين مجتمعين أو منفردين ، ويراعى في ذلك ما يلحق رابطة كل مدين من وصف يعدل فيه أثر الدين) .

(١) ١- د/ نبيل إبراهيم سعد النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام - ٢٠٠٥ - دار الجامعة الحديثة هي ٢١٣
والتضامن السلبي كثير الوقوع في الحياة العملية لما يكفله للدائن من ضمان شخصى قوى ، اذ يصبح للدائن نتيجة الضمان أكثر من ضامن عام يستطيع أن يرجع على أى منهما لاستيفاء حقه كاملا .

وبناء عليه فإن المدنيين المتضامنين فى حالة اذا ما كان هناك اتفاق على التحكيم بين أحدهم وبين الدائن فإنهم يكون بالخيار ما بين التمسك بهذا الاتفاق إذا كان يحقق لهم نفع ، أو عدم التمسك به إذا لم يروا هناك مصلحة لهم فيه .

بالإضافة إلى ذلك فإنه لا يجوز للمدين الذى يطالبه الدائن بالوفاء يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدنيين ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدنيين جميعاً . وهذا هو ما نص عليه المشرع فى المادة ٢٨٥ / ٢ (ولا يجوز للمدين الذى يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدنيين ، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدنيين جميعاً) .

ولذلك فإذا ما تم إبرام اتفاق تحكيم بين أحد المدنيين المتضامنين وبين الدائن فإن هذا الاتفاق لا يلتزم به المدنيين المتضامنين الآخرين ويكون لهم الحق فى الدفع بعدم إبرامهم لهذا الاتفاق وذلك فى حالة اختصامهم فى الخصومة أمام المحكم ^(١) .

ولما كانت القاعدة العامة فى التضامن هى أن المتضامن يعتبر ممثلاً لغيره من المتضامنين معه فيما ينفعهم وليس فيما يضرهم . معنى ذلك أن اتفاق التحكيم الذى يبرمه المدين المتضامن لا يكون ملزماً للمدنيين الآخرين المتضامنين اذا لم يقره ويتمسكوا به . ولكن فى الحالة التى يتمسك بها المدنيين المتضامنين باتفاق التحكيم اذا كان سوف يحقق لهم مصلحة فإنهم يصيرون أطرافاً فيه وذلك بمقتضى مبدأ نيابة المدين المتضامن عن غيره من المدنيين المتضامنين معه ^(٢) .

(١) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض فى حكم لها بأن (ماهية إدخال المتضامنين مع المدين فى خصومة التحكيم إذا كان الطاعن قد تمسك بدفاعه محل النعى أمام محكمة الاستئناف بأن رفض طلبه إدخال باقى البائعين المتضامنين معه فى خصومة التحكيم يخالف المقاصد الكبرى للقانون المصرى المتعلقة بالنظام العام التى تقضى بحفظ حقوق المدنيين المتضامنين وعدم تحميل أحدهم بأكثر من نصيبه ، وهو دفاع - إن صح - قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى إلا أن الحكم المطعون فيه لم يسقطه حقه فى البحث والتمحيص وواجهه بأن الدعوى التحكيمية ليست من الدعاوى التى يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين وانتهى إلى رفض طلبه ورتب على ذلك قضاءه بإلزامه بالمبلغ المقضى به ، مما يوجب عن بحث ما إذا كان طلبه لاتخاذ إجراءات الإدخال قد تم فى الميعاد فى الدعوى التحكيمية ومدى مساهمته بأحد المبادئ الأساسية فى التقاضى المتعلقة بالنظام العام ، فجاءت أسباب الحكم المطعون فيه الواقعية مبهمة وقاصرة بحيث تعجز محمة النقض عن مراقبة صحة تطبيق القانون مما يعيبه) . نقض مدنى - الطعن رقم ١٠١٣٢ - السنة ٧٨ قضائية - جلسة ٥/١١/٢٠١٠ - مجلة التحكيم العربى - العدد السابع عشر ٢٠١١ - ص ٢٣٨ .

(٢) د / مصطفى الجمال - عكاشة عبد العال - التحكيم فى العلاقات الخاصة والدولية - المرجع السابق - ص ٤٦٠ - بند ٣١٤ .

وبناء على ما تقدم فإنه إذا ما كان هناك اتفاق على التحكيم بين أحد المدينين المتضامنين وبين الدائنين وتم الفصل في النزاع بين الطرفين من قبل المحكم ، فإن حكم التحكيم الذى يصدره المحكم فإنه يكون قاصرا بحسب الأصل على طرفى التحكيم فلا يحوز حجية قبل المدينين الآخرين .

كما نصت المادة ٢٩٦ من القانون المدنى على أنه (إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين فلا يُحتج بهذا الحكم على الباقيين ، أما اذا صدر لصالح احدهم فيستفيد منه الباقيون إلا إذا كان الحكم مبنيا على سبب خاص بالمدين الذى صدر الحكم لصالحه) .

الا أنه وفقا لمبدأ نيابة المدين الذى أبرم اتفاق التحكيم عن باقى المدينين المتضامنين معه فيما ينفعهم ، فإنه يجوز للمدينين المتضامنين التمسك بهذا الحكم طالما أنه فى صالحهم ^(١) .

(١) د/ مصطفى الجمال - د/ عكاشة عبد العال - التحكيم فى العلاقات الخاصة والدولية - المرجع السابق ص ٤٦١ .

- وتطبيقا لذلك قضت هيئة التحكيم فى حكم لها بأن (الشريك المتضامن لايعتبر من الغير بالنسبة لشرط التحكيم الوارد فى عقد يبرمه أحد الشركاء المتضامنين بعنوان شركة التضامن ، لذلك يجوز بدء إجراءات التحكيم ضد الشركة أو أى شريك متضامن فيها أو ضدهم مجتمعين حيث أن المحتكم ضدهن ثانيا شركاء متضامنون فى الشركة المحتكم ضدها أولا (المدين) وهم المستفيدون الحقيقيون من العقد محل النزاع كما أصدرن إقرارا بصفتهم الشخصية يضمن بموجبه ، بطريق التضامن والتكافل ، المدين فى سداد جميع المبالغ المدينة بها للبنك المحتكم أيا كان سبب المديونية ، والعوائد والعمولات والمصاريف ومصادقتهن مقدما ، على صحة حسابات المدين وموافقتهن عليها حتى سداد كامل المديونية وأن للبنك الحق فى مطالبتهن بها منفردين أو مع المدين المحتكم ضدها أولا مع الترخيص له بخصم مستحقاته فى ذمة المدين من حسابهن ، ومن ثم فإنهن يجمعن بذلك بين صفة المدين وبين صفة الكفيل المتضامن حتى لو كان الدين محل التداعى ثانيا فى ذمة شركة التضامن (المدين) وحدها ومن ناحية أخرى فإن العقد محل النزاع قد أبرمته الشركة الأخيرة ووقعته بعنوان الشركة المدينة شريك متضامن فى الشركة المذكورة ، ومن ثم فإن هذا التوقيع يلزم جميع الشركاء المتضامنين لما هو مقرر طبقا لنص المادة (٢٢) من قانون التجارة القديم (المنطبق) من التزام الشركاء فى شركة التضامن بجميع تعهداتها متى وضع أحدهم الإمضاء عليها بعنوان الشركة . وبناء على ذلك فإن العقد محل النزاع ينصرف أثره بجميع بنوده بما فيها شرط التحكيم إلى سائر الشركاء المتضامنين على الرغم من عدم توقيعهم على ذلك العقد ، ومن ثم يكون للبنك المتعاقد مع الشركة المحتكم ضدها الأولى أن يبدأ إجراءات التحكيم ضدها أو ضد أى شريك متضامن فيها أو ضدهم مجتمعين ، ذلك أن الشريك المتضامن لايعتبر من الغير بالنسبة لشرط التحكيم الوارد فى عقد يبرمه أحد الشركاء المتضامنين بعنوان شركة التضامن) . القضية التحكيمية رقم ٧٠٦ لسنة ٢٠١٠ الحكم الصادر بتاريخ ١/٩/ ٢٠١٢ - مركز القاهرة الإقليمى - مجلة التحكيم العربى - العدد الثامن عشر يونيو ٢٠١٢ .

ويلاحظ أنه قد يحدث في كثير من الأحيان أن يكون حكم التحكيم في شق منه يحقق مصلحة للمدينين المتضامنين بينما في شقه الآخر قد لا يحقق لهم مصلحة ، في هذه الحالة يجب على المدينين المتضامنين مع المدين الذي أبرم اتفاق التحكيم إذا ما أرادوا التمسك بحكم التحكيم قبول الحكم بأكمله لأنه لا يجوز لهم تجزئته عن طريق قبول الشق الذي هو في صالحهم ورفض الشق الآخر ، ما دام هناك تقابل أو إرتباط بين الشقين .

الفرع الثاني

الاحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهة الدائنين المتضامنين

التضامن الايجابي

التضامن الايجابي هو مجرد تسهيل عملية استيفاء الحق ، إذ يكون لكل من الدائنين المتضامنين أن يستوفي كل الحق من المدين ، وأيضاً يكون للمدين يوفى بالدين كله لأى منهم وفي هذه الحالة تبرأ ذمته بهذا الوفاء والتضامن الايجابي هو أن يوكل الدائنون أحدهم في قبض الدين نيابة عنهم ، ويتفق التضامن الايجابي مع التضامن السلبي في المصدر . كما أن المبادئ التي تحكم التضامن السلبي هي ذاتها المبادئ التي تحكم التضامن الايجابي بين الدائنين . والمبادئ الثلاثة التي تحكم التضامن الايجابي هي وحدة الدين وتعدد الروابط والنيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر وهذه هي المبادئ التي تحكم علاقة المدين بالدائنين المتضامنين ^[1] .

وبناء عليه فإذا ما تم إبرام اتفاق تحكيم بين أحد الدائنين المتضامنين مع المدين فإن هذا الاتفاق لا يلزم باقى الدائنين المتضامنين ولا يمنعهم اللجوء إلى القضاء ، ويكون لهم الحق فى الدفع بإنقضاء صفتهم فى التحكيم إذا ما تم إختصاصهم فى الخصومة أمام المحكم .

إلا أنه على الرغم من ذلك ووفقاً لنص المادة ٢٨٢ / ٢ فإنه يجوز للدائنين المتضامنين التمسك باتفاق التحكيم المبرم بين أحد الدائنين المتضامنين والمدين وذلك إذا كان هذا الاتفاق يحقق لهم مصلحة .

(١) د / نبيل ابراهيم سعد النرية العامة لاحكام الالتزام - المرجع السابق ص ٢٤١ .

وقد نص المشرع فى المادة ٢٨٠ / ١ على أنه (إذا كان التضامن بين الدائنين جاز للمدين أن يوفى الدين لأى منهم ، إلا اذا مانع أحدهم فى ذلك) . و نص المشرع فى المادة ٢٨٢ / ٢ على أنه (لا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتى عملاً من شأنه الاضرار بالدائنين الاخرين) .

وذلك اعتماداً على مبدأ نيابة الدائن المتضامن عن غيره من الدائنين المتضامنين فيما ينفعهم وليس فيما يضرهم وفي هذه الحالة فإنهم يعتبرون أطرافاً في اتفاق التحكيم .
وبالتالى فإنهم يجوز لهم تحريك الدعوى أمام المحكم ، وذلك على الرغم من عدم توقيعهم على اتفاق التحكيم ولا يستطيع المدين أن يدفع فى مواجهتهم بإنتفاء الصفة .
وبناء عليه اذا كان هناك اتفاق على التحكيم بين أحد الدائنين المتضامنين والمدين وتم الفصل فى النزاع بين الطرفين من قبل المحكم ، فإن حكم المحكم الذى يصدر فى النزاع بين الطرفين لا يكون حجة على الدائنين الاخرين .
الا أنه يجوز لهم التمسك به إذا ما قدروا أنه يحقق لهم مصلحة وذلك إعمالاً لمبدأ النيابة القانونية فيما ينفع وليس فيما يضر السابق الاشارة إليه ^(١).

وإذا كان المبدأ هو جواز تمسك الدائنين المتضامنين باتفاق التحكيم ، وبحكم التحكيم الا أنه يجب علينا التمييز بين ما إذا كان الدائنين المتضامنين قد إختاروا التمسك باتفاق التحكيم بالتدخل فى خصومة التحكيم ، أم أنهم يكونوا أجنب عن هذا الاتفاق وخصومته ، وهنا نكون أمام فرضين هما كما يلى :

الفرض الأول : إذا كان الدائنين المتضامنين قد تمسكوا باتفاق التحكيم والتدخل فى خصومة التحكيم فإنهم يصبحوا أطرافاً فى اتفاق التحكيم وفى خصومة التحكيم ، ويحوز الحكم الصادر فيها الحجية فى مواجهتهم سواء صدر لصالحهم أو ضدهم .

الفرض الثانى : وهو اذا إختار الدائنين المتضامنين البقاء بعيداً عن اتفاق التحكيم (أى أنهم يعتبروا أجنب عن هذا الاتفاق) وخصومته فلم أن يتمسكوا بحكم المحكم إذا صدر لصالح زميلهم أما إذا صدر الحكم ضد زميلهم فإنه لا يجوز التمسك بهذا الحكم فى مواجهتهم ^(٢) .
ويلاحظ أنه قد يحدث فى كثير من الأحيان قد يكون الحكم فى شق منه فى مصلحة أحد الطرفين ويكون فى شقة الآخر محققاً لمصلحة الطرف الآخر .

فى هذه الحالة فإنه يجب على الدائنين المتضامنين مع الدائن الذى أبرم هذا الاتفاق ، إذا ما أرادوا التمسك بحكم التحكيم قبوله برمته فلا يجوز لهم تجزيئه بقبول الشق الذى هو فى صالحهم ورفض الشق الآخر ما دام هناك تقابل أو إرتباط بين الشقين .

(١) د / مصطفى الجمال - د/ عكاشة عبد العال - التحكيم فى العلاقات الخاصة والدولية - المرجع السابق - ٤٦٢ .

(٢) د / الانصارى حسن النيدانى - الأثر النسبى لإتفاق التحكيم - المرجع السابق - بند ٢٦ - ص ٤٩ .

الفرع الثالث

مدى الإحتجاج باتفاق التحكيم فى مواجهة الضامن والمتضامن فى

قوانين دول الخليج العربى

من المستقر عليه أن القاعدة العامة فى القانون المدنى أن المتضامن سواء فى حالة التضامن الإيجابى (وهو تضامن الدائنين) أو فى حالة التضامن السلبى (تضامن المدنيين) يعتبر ممثلاً لغيره من المتضامنين ولكن فيما ينفعهم وليس فيما يضرهم أما فيما يتعلق بالتصرفات التى لا يتبين فيها بوضوح مدى تحقق النفع ، ومدى تحقق الضرر فإن المتضامن فى هذه الحالة يكون بالخيار ما بين التمسك بها أو عدم التمسك بها . وهذا هو ما نصت عليه المادة ٣٤٤ / ٢ من القانون المدنى الكويتى على أنه (إذا أتى أحد الدائنين المتضامنين عملاً من شأنه الإضرار بغيره من الدائنين لم ينفذ هذا العمل فى حقهم) ، وتنص المادة ٣٥٥ من القانون المدنى الكويتى على أنه (إذا أعذر الدائن أحد المدنيين المتضامنين أو قاضاه فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقى المدنيين ، أما إذا أعذر أحد المدنيين المتضامنين الدائن فإن باقى المدنيين يستفيدون من هذا الإعذار) ، ونصت المادة ٣٥٦ من القانون المدنى الكويتى على أنه (إذا تصالح الدائن مع أحد المدنيين المتضامنين ، وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة فيه بأية وسيلة أخرى ، إستفاد منه الباقون ، أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب فى ذمتهم التزاماً أو أن يزيد فيما هم ملتزمون به فإنه لا ينفذ فى حقهم إلا إذا قبلوه) ، ونصت المادة رقم ٣٥٧ على أنه (١- إذا أقر أحد المدنيين المتضامنين بالدين فلا يسرى هذا الإقرار فى حق الباقيين ٢- وإذا نكل أحد المدنيين المتضامنين عن اليمين أو وجه إلى الدائن يمينا حلفها فلا يضار بذلك باقى المدنيين ٣ - وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدنيين المتضامنين فحلفها فإن المدنيين الآخرين يستفيدون من ذلك) . ونصت المادة ٣٥٨ من القانون المدنى الكويتى على أنه (١- إذا صدر حكم على أحد المدنيين المتضامنين فلا يحتج به على الباقيين ٢- أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم فإن الباقيين يستفيدون منه إلا إذا كان مبنيًا على سبب خاص بالمدن الذى صدر الحكم لصالحه) .

ونصت المادة ٤٦٠ من القانون المدنى الإماراتى على أنه (لا ينفذ الصلح الذى يعقده أحد المدنيين المتضامنين مع الدائن إذا رتب فى ذمتهم التزاماً جديداً أو زاد فى التزامهم إلا إذا قبلوه ويستفيدون من الصلح إذا تضمنه إبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى) ، ونصت

المادة ٤٦١ من القانون المدني الإماراتي على أن (إقرار المدين المتضامن بالدين لا يسري في حق الباقيين ولا يضار باقي المدنيين المتضامنين إذا وجه الدائن إلى المدين يمينا فنكل عنها أو وجه المدين إلى الدائن يمينا فحلفها أما إذا وجه الدائن إلى المدين يمينا فحلفها فإن باقي المدنيين يستفيدون من ذلك) ، وأيضا نصت المادة ٤٦٢ من القانون المدني الإماراتي على أنه (إذا صدر حكم على أحد المدنيين المتضامنين فلا أثر له على الباقيين وإنما يستفيدون منه إذا صدر لصالحه إلا إذا بنى على سبب خاص به] .

ونصت المادة رقم ٢٦٦ / ب من القانون المدني البحريني على أنه (إذا أتى أحد الدائنين المتضامنين عملا من شأنه الإضرار بغيره من الدائنين لم ينفذ هذا العمل في حقهم) ، ونصت المادة رقم ٢٧٧ فقرة ب على أنه (إذا أعذر الدائن أحد المدنيين المتضامنين أو قاضاه فلا يكون لذلك أثر بالنسبة إلى باقي المدنيين ، أما إذا أعذر أحد المدنيين المتضامنين الدائن فإن باقي المدنيين يستفيدون من هذا الإعذار) ، ونصت المادة ٢٧٨ من القانون المدني البحريني على أنه (إذا تصالح الدائن مع أحد المدنيين المتضامنين وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأية وسيلة أخرى ، استفاد منه الباقيون ، أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب في ذمتهم هم ملتزمون به ، فإنه لا ينفذ في حقهم إلا إذا قبلوه) ، ونصت المادة ٢٧٩ من القانون المدني البحريني على أنه (١- إذا أقر أحد المدنيين المتضامنين بالدين ، فلا يسري هذا الاقرار في حق الباقي ٢- وإذا نكل أحد المدنيين المتضامنين عن اليمين أو وجه إلى الدائن يمينا فحلفها فلا يضار بذلك باقي المدنيين ٣- وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدنيين المتضامنين فحلفها فإن المدنيين الآخرين يستفيدون من ذلك) ، ونصت المادة ٢٨٠ من القانون المدني البحريني على أنه (١- إذا صدر حكم على أحد المدنيين المتضامنين فلا يحتج به على الباقيين ٢- أما إذا صدر حكم لصالح أحدهم فإن الباقيين يستفيدون منه إلا إذا كان مبنيا على سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم لصالحه] .

مما سبق يتضح لنا أن التضامن سواء السلبي أو الإيجابي يكون فيما ينفع وليس فيما يضر ولذلك عندما نطبق ما سبق على اتفاق التحكيم الذي يبرمه مدين متضامن فإنه لا يجوز الاحتجاج به على المدين المتضامن معه إلا إذا رأى هذا الأخير أنه في مصلحته ويحصل على نفع من خلال موافقته عليه ، ونفس الوضع يكون بالنسبة للدائن المتضامن أيضا فإنه لا بد من موافقة الدائن المتضامن مع الدائن الذي وقع اتفاق التحكيم وذلك وفقا لما سبق من نصوص القانون المدني .

ويلاحظ أنه : هناك فرق بين الضامن العادى والضامن المتضامن ، حيث أنه للدائن أن يرجع على الضامن المتضامن مباشرة للحصول على دينه بينما الوضع بالنسبة للضامن العادى فإنه يجب على الدائن أن يتخذ أولاً إجراءات التضامن ضد المدين الأصلي ، وفي حالة تعثره فإنه يقوم بالرجوع على الضامن ، أما في حالة إذا ما لجأ الدائن إلى الضامن مباشرة ، فإنه (الضامن) له أن يدفع أمام المحكمة (بالتجريد) .

أما بالنسبة للضامن المتضامن فإن حكمه في القانون هو نفس حكم المدين الأصلي وهذا هو ما يبرر جواز الاحتجاج بشرط التحكيم في مواجهة الضامن المتضامن على عكس الضامن العادى ^[١] .

وجواز الاحتجاج بشرط التحكيم في مواجهة الضامن فهو يرجع إلى أن كل ذمة ماله تكون مسئولة بقدر الذمة الماله الأخرى وذلك لاسيافاء الدين محل ومصدر الالتزام ، وهي كذلك مستغرقة لها في آن واحد ، بمعنى أن الذمة الماله الواحدة تسأل عن الدين كله .

المطلب الثانى

الإحتجاج باتفاق التحكيم فى مواجهة الكفيل

تمهيد وتقسيم :

الكفالة هي عبارة عن عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه ، ويلاحظ أن الكفالة تجوز بغير علم المدين وتجوز أيضا رغم معارضته ، أى أن الكفالة من الممكن إجازتها سواء رضي المدين أم لم يرضى .
أيضاً فإن عقد الكفالة يختلف عن العقد الأصلي ، وذلك لأن الكفالة هي عقد بين الدائن والكفيل ، وهو يعتبر من الغير النسبه لعقد الدين الأصلي .

أما العقد الأصلي للدين فهو ذلك العقد الموقع بين الدائن والمدين الأصلي ويعتبر الكفيل من الغير بالنسبة لذلك العقد وبالتالي إذا كان العقد الأصلي الموقع بين المدين والدائن يوجد فيه اتفاق على التحكيم بشأن أى نزاع ينشأ بينها فإن الكفيل يكون من الغير بالنسبه لهذا الاتفاق ولايمتد إليه أثر اتفاق التحكيم وهذا وفقاً للنظرية التقليدية ومبدأ نسبية أثر العقود ، وباعتبار أن اتفاق التحكيم هو عبارة عن عقد - كما سبق لنا القول - فإنه لا يمتد إلى الكفيل على أساس أنه ليس

[١] د/ باسمه لطفى دباس - شروط اتفاق التحكيم وأثاره - المرجع السابق - ص ٤٦٧ وما بعدها .

طرف في عقد الدين وذلك وفقا لمبدأ نسبية العقود .

والسؤال هو هل يمتد أثر اتفاق التحكيم إلى الكفيل ؟ ومتى يمتد أثر هذا الاتفاق إليه ؟ وهل يجوز للكفيل أن يتمسك باتفاق التحكيم الموقع بين المدين والدائن في مواجهة المدين و أيضا في مواجهة الدائن ؟

أو بمعنى آخر ماهو موقف الكفيل من اتفاق التحكيم المبرم بين المدين والدائن ؟ وما مدى إمكانية تمسك الدائن باتفاق التحكيم الموقع بينه وبين المدين في مواجهة الكفيل ؟ وأيضا ما مدى إمكانية تمسك الكفيل باتفاق التحكيم الموقع بين كل من الدائن والمدين في مواجهة الدائن ؟ بالإضافة إلى ذلك هل يجوز للكفيل التمسك باتفاق التحكيم في مواجهة المدين وسوف نعرض الإجابة على هذه الأسئلة على النحو التالي :

الفرع الأول :مدى إمكانية تمسك الدائن باتفاق التحكيم في مواجهة الكفيل

الفرع الثاني : مدى جواز تمسك الكفيل باتفاق التحكيم في مواجهة الدائن

الفرع الثالث : مدى جواز تمسك الكفيل باتفاق التحكيم في مواجهة المدين

الفرع الأول

مدى إمكانية تمسك الدائن باتفاق التحكيم في مواجهة الكفيل

تنص المادة ٧٧٢ من القانون المدني على أن الكفالة هي (عقد بمقتضاه يكفل شخص بتنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن بالوفاء بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه) أى أن الكفالة هي عبارة عن عقد اتفاق بين الدائن وبين الكفيل على أن يقوم الأخير بالوفاء بالدين نيابة عن المدين وذلك في حالة عدم وفائه بالسداد . ويعتبر الكفيل من الغير بالنسبة للعقد المبرم بين الدائن والمدين أى هو من الغير بالنسبة لعقد الدين الأصلي^(١).

(١) وتطبيقا لذلك قضت هيئة التحكيم في حكم لها بأن (الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يف بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه ، وقد يكون عقد الكفالة يلزم لجانب واحد كما قد يكون عقد تبرعا بالنسبة إلى الكفيل ، الذى يتبرع بكفالته للدين على أن هذا لا يمنع أن تكون الكفالة عقد معاوضة إذا التزم الدائن نحو الكفيل بدفع مقابل نظير كفالته للدين . ويبرم عقد الكفالة بين الكفيل والدائن أما المدين الأصلي فليس طرفا في عقد الكفالة ، وتفترض الكفالة وجود التزام مكفول ، وهذا الالتزام يفترض وجود مدين أصلى به ودائن ، كما تفترض الكفالة وجود عقد بين الكفيل والدائن بالالتزام الأصلي المكفول بموجبه يفى الكفيل بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين الأصلي ، ويترتب على ذلك أنه لايجوز أن يزيد الالتزام الأول على الالتزام الآخر أو أن يكون أشد عيبا أو أن يبقى قائما بعده . القضية التحكيمية رقم ٣٠٢ لسنة ٢٠٠٢ - جلسة ٢٩/٥/٢٠٠٣ - الحكم الصادر عن مركز القاهرة الإقليمي - مجلة التحكيم العربى العدد السادس - أغسطس ٢٠٠٣ - ص ١٦١ .

والسؤال إذا كان هناك اتفاق تحكيم منصوص عليه في عقد الدين الأصلي الموقع بين المدين والدائن فهل من الممكن أن يحتج الدائن على الكفيل بموجب اتفاق التحكيم المبرم بينه وبين المدين ؟ أو بمعنى آخر هل يجوز للدائن أن يتمسك باتفاق التحكيم المبرم بينه وبين المدين (عقد الدين الأصلي) في مواجهة الكفيل ؟

مما سبق يتضح لنا أن الكفالة هي عقد بين الكفيل والدائن ، أما المدين الأصلي فهو ليس طرفا في عقد الكفالة ، بل إن كفالة المدين تجوز بغير علمه ، وتجوز أيضا رغم معارضته وذلك طبقا لما جاء في نص المادة ٧٧٥ من القانون المدني والتي تنص على أنه (تجوز كفالة المدين بغير علمه ، وتجوز أيضا رغم معارضته)

بداية وقبل الحديث عن مدي تمسك الدائن في مواجهة الكفيل باتفاق التحكيم المبرم بينه وبين المدين ، يجب الإشارة إلى أن المشرع لم يشترط في قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ إلى أى أحكام بشأن الكفالة في اتفاق التحكيم ، ونظر لذلك فإن الكفالة في التحكيم سوف ينطبق عليها ما ينطبق على عقود الكفالة بوجه عام والواردة في القانون المدني .

وبناء عليه و طبقا للقواعد العامة في القانون المدني فإنه يجب التفرقة بين التزام الكفيل والتزام المدين وذلك لوجود إختلاف بين كل منهما عن الآخر .
أولاً : بالنسبة لالتزام المدين فإن مصدره هو عبارة عن العلاقة الأصلية بينه وبين الدائن ، وبالتالي فإن محل الالتزام المدين فهو الدين نفسه .

ثانياً : بالنسبة لالتزام الكفيل فإن مصدره هو عبارة عن عقد الكفالة المبرم بين الكفيل والدائن ، وبالتالي فإن محل التزام الكفيل هو تنفيذ الالتزام الأصلي إذا لم ينفذه المدين بنفسه ^(١) .
وبناء على ما سبق فإن الكفيل يعتبر أجنيا بالنسبة لاتفاق التحكيم المبرم بين الدائن والمدين ، وذلك وفقا لقاعدة النسبية ، وبالتالي فإن الدائن لا يستطيع التمسك باتفاق التحكيم المبرم بينه وبين المدين الأصلي في مواجهة الكفيل ، وهذا هو الرأي الذي أجمع عليه الفقه ^(٢) .

[١] د/ مصطفى الجمال - د/ عكاشة عبد العال - التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية - المرجع السابق - بند ٣١٥ - ص ٤٦٢ .

- د/ فتحي وإلى - قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق - المرجع السابق - بند ٨٨ - ص ١٧٢ .
- د/ باسمه لطفي دباس - اتفاق التحكيم وآثاره - المرجع السابق - ص ٤٦٩ .

(٢) د/ مصطفى الجمال - د/ عكاشة عبد العال - التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية - المرجع السابق - بند ٣١٥ - ص ٤٦٣ .

- د/ الأنصاري حسن النيداني - الأثر النسبي لاتفاق التحكيم - المرجع السابق - ص ٤٦ .

بينما يرى جانب من الفقه أن اتفاق التحكيم الذي يبرمه المدين مع الدائن لا يُنفذ في مواجهة الكفيل ، إلا إذا قبله أو أجازه وأيضاً يُعتبر تدخل الكفيل للدفاع عن المدين (المكفول) أمام المحكم - في الخصومة بين المدين وأى شخص من الغير - أيضاً رضاء من الكفيل باتفاق التحكيم ^(١) .

أيضاً ذهب جانب من الفقه إلى أنه إذا صدر حكم في التحكيم بين الدائن والمدين ، فإن للدائن أن يحتج بهذا الحكم في مواجهة الكفيل ، ولكن ليس للدائن أن ينفذ هذا الحكم جبراً ضد هذا الكفيل ، وإنما عليه أن يرفع دعوى ضد الكفيل ويكون رفعها أمام محاكم الدولة ، إذا لم يكن هناك إتفاق تحكيم منصوص عليه في عقد الكفالة المبرم بين الدائن وبين الكفيل ^(٢) .

- مدى الإحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهة الكفيل في قوانين دول الخليج العربي :

الكفالة هي عبارة عن عقد يتم فيه الاتفاق بين الكفيل والدائن على أن يضمن فيه دين المدين وفي حالة عدم قيام المدين الأصلي بالسداد ينوب هو عنه في السداد ويقوم بأدائه أى أن الكفيل يلتزم بدفع دين المدين الأصلي .

وقد نصت المادة ٤٧٥ من القانون المدني الكويتي على أن (الكفالة عقد بمقتضاه يضم شخص ذمته إلى ذمة المدين في تنفيذ الترام عليه ، بأن يتعهد للدائن بأدائه إذا لم يؤده المدين) ، ونصت المادة ٧٥٢ من القانون المدني الكويتي على أنه (تشكل الكفالة الالتزام المكفول وتوابعه) ، ونصت المادة ٧٥٤ من القانون المدني الكويتي على أنه (للكفيل أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين) ، ونصت المادة رقم ٧٦٧ من القانون المدني الكويتي على أنه (يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفع متعلقه بالدين) ، أيضاً ونصت المادة رقم ٧٧٠ من القانون المدني الكويتي على أنه (للكفيل الذي وفي الدين أن يرجع على المدين ، بما أداه من أجل الدين وتوابعه)

ونص القانون الإماراتي في المادة رقم ١٠٥٦ على أن الكفالة هي عبارة عن (ضم ذمه شخص هو الكفيل إلى ذمة المدين في تنفيذ التزامه) ، ونصت المادة رقم ١٠٦٧ على أنه (تشمل الكفالة ملحقات الدين ومصروفات المطالبه ما لم يتفق على غير ذلك) .

(١) د/ أحمد أبو الوفا - عقد التحكيم وإجراءاته - المرجع السابق - بند ٥٩ - ص ١٤٩ .

(٢) د/ مصطفى الجمال - د/ عكاشة عبد العال - التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية - المرجع السابق - بند ٣١٧ - ص ٤٦٤ .

وبناء عليه فإنه إذا ما أبرم اتفاق تحكيم بين الدائن والمدين الأصلي ، فإن هذا الاتفاق لا يسري في مواجهة الكفيل الذي لا يعد طرفا في ذلك الاتفاق ، وذلك لأن التزام الكفيل ليس له علاقة بعقد المدينونية بين الدائن والمدين الأصلي والمتضمن شرط التحكيم ، وأيضا لأن التزام الكفيل ينشأ بعقد خاص يتم إبرامه بينه وبين الدائن . وفي هذه الحالة فإن اتفاق التحكيم لا يمتد إليه .

أما إذا كانت الكفالة منصوص عليها في نفس عقد المدينونية الأصلي الموقع عليه من الدائن والمدين الأصلي وكان هذا العقد يحتوي على اتفاق التحكيم وقبل الكفيل هذا العقد كما هو بما فيه اتفاق التحكيم .

فإنه في هذه الحالة يكون من الممكن أن يحتج في مواجهته باتفاق التحكيم كما أنه أيضا يكون له الحق في الإحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهة الدائن .

وفي حالة وفاء الكفيل بالدائن فإنه في هذه الحالة أيضا له أن يحل محل الدائن في حقه وفي شرط التحكيم في مواجهة المدين المكفول ، ويكون له الحق أيضا في الرجوع عليه عن طريق التحكيم .

إلا أنه يلاحظ أن هناك جانب من الفقه يري أن مجرد علم الكفيل بوجود شرط التحكيم في العقد الأصلي ليس سببا كافيا لمد أثر اتفاق التحكيم إلى الكفيل ، لأن ذلك يخالف صريح القانون الذي يشترط أن يكون شرط التحكيم مكتوبا ، أى موقعا عليه من قبل الملتزم به .

وبالتالي فإن التزام الكفيل بشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي لا يجوز من وجهة نظر هذا الرأي إلا إذا قام بالتوقيع على هذا العقد حيث أنه بهذا التوقيع يكون قد وافق عليه بإرادته الصريحة وبالتالي أصبح طرفا في اتفاق التحكيم ^[1] .

بالإضافة إلى ما سبق فإنه يجب ملاحظة أن الكفيل المتضامن له أن يتمسك بكافة الدفوع التي تتعلق بالدائن وهذا وفقا لنصوص القانون على أنه يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع تتعلق بالدائن ، وذلك لأن الكفيل غير المتضامن له أن يتمسك بجميع الأوجه التي يتمسك بها المدين وذلك لأن الكفيل المتضامن له أن يحتج بأوجه الدفع التي يأتي من ضمنها الدفع بوجود اتفاق التحكيم .

[1] د / رضا السيد عبد الحميد - مسائل في التحكيم [الكتاب الثاني : التحكيم في الكفالة المصرفية وخطابات الضمان] - الطبعة الثانية - ٢٠٠٧ دار النهضة العربية ص ٣٦ .

الفرع الثاني

مدى إمكانية تمسك الكفيل باتفاق التحكيم في مواجهة الدائن

إذا كان من حق الكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بالدفع التي يستطيع المدين التمسك بها ضد الدائن، وذلك وفقا لنص المادة ٧٨٢ من القانون المدني والتي تنص على أنه : (يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين) . وبناء عليه يتضح لنا أن الكفيل وفقا للقواعد العامة الواردة في القانون المدني له أن يتمسك في مواجهة الدائن بكافة الدفع التي تكون للمدين الأصلي في مواجهة الدائن ، وذلك ما لم تكن هذه الدفع متعلقة بشخصية الدائن ، إلا أن هذه الدفع تقتصر على الدفع الموضوعية المرتبطة بالدين التي تؤدي إلى انقضائه أو إنقاصه ، ومن ذلك (الوفاء - التجديد - الإبراء - المقاصة ، اتحاد الذمة) .

ولذلك فإن تمسك الكفيل بشرط التحكيم المدرج في العقد المبرم بين الدائن والمدين يرتبط بتحديد مفهوم تلك الدفع الخاصة التي يجوز للكفيل التمسك بها في مواجهة الدائن . ويرى جانب من الفقه بأن المقصود بهذه الدفع الخاصة هي تلك الدفع المتعلقة بالدين ذاته والتي تؤدي إلى انقضاء هذا الدين أو إنقاصه ^(١) .

وطالما أن اتفاقه التحكيم لا يؤدي إلى هذه النتائج ولا يتعلق بالدين المكفول نفسه فإنه لا يجوز للكفيل أن يتمسك به في مواجهة الدائن .

وهناك جانب آخر من الفقه يؤيد هذا الرأي بالقول أن الدفع المتعلق بشرط التحكيم هو نوع من الدفع الإجرائية ولا يؤثر سلبا ولا إيجابا على هذا الدين ^(٢) .

وبناء عليه يتضح لنا أنه لا يمكن أن يلتزم الكفيل بأكثر مما يلتزم به المدين الأصلي نفسه ، وأن الدفع المرتبطة بالدين تختلف عن الدفع الإجرائية التي ليس لها أدنى أثر على الالتزام الأصلي فلا تؤدي إلى انقضائه أو التخفيف منه وهذا هو ما ينطبق على شرط التحكيم باعتباره دفع إجرائي ، وبالتالي فهو شرط محايد يتوقف إعماله على وجود الحق الموضوع المكفول ، ولذلك لا يستطيع الكفيل التمسك باتفاق التحكيم المبرم بين المدين الأصلي والدائن في مواجهة هذا الأخير ^(٣) .

[1]Cass .com 22 November 1977 . Rev .arb 1978 P461 , note ph fouchard

[٢] د/ محمد نور شحاته - مفهوم الغير في التحكيم - المرجع السابق - بند ١٢٠ - ص ١٠١ .

[٣] د/ محمد نور شحاته - مفهوم الغير في التحكيم - المرجع السابق - بند ١٢٣ - ص ١٠٤ .

إلا أنه يجب ملاحظة : إذا كان الأصل في الكفيل أنه أجنبيا عن اتفاق التحكيم ولا يتقيد به ولا يستفيد منه – كما سبق وأن أوضحنا – إلا أن ذلك لا يمنع من إمكان دخول الكفيل طرفا في هذا الاتفاق ، وذلك على نحو يعطى للدائن حق التمسك باتفاق التحكيم في مواجهة الكفيل ، وأيضا يعطى للكفيل التمسك باتفاق التحكيم في مواجهة الدائن في بعض الأحوال كمايلي :

الحالة الأولى : هي تلك الحالة التي ترد فيها الكفالة في العقد الأصلي المنشئ لعلاقة الدائن بالمدين والمتضمن في نفس الوقت اتفاق التحكيم ذاته ، وبناء عليه وفي هذه الحالة فإن الكفيل يعتبر طرفا في اتفاق التحكيم وذلك بمجرد توقيعه على هذا العقد (العقد الأصلي أى عقد المديونية) . وبالتالي فإنه يكون ملتزما باتفاق التحكيم ، ويتم الاحتجاج به في مواجهته وأيضا يستطيع الكفيل أن يحتج به في مواجهه الدائن .

الحالة الثانية : وهي تلك الحالة التي قد تكون فيها الكفالة لاحقه على إبرام العقد الأصلي المتضمن لشرط التحكيم ، إلا أنه قد تم الإشارة في الاتفاق على الكفالة إلى هذا العقد المتضمن شرط التحكيم – أو تم الإشارة إلى وجود اتفاق التحكيم الوارد بهذا العقد على وجه الخصوص . وفي هذه الحالة أيضا يعتبر الكفيل طرفا في اتفاق التحكيم وبناء عليه فهو يلتزم بأثاره ويمتد إليه آثار اتفاق التحكيم وبالتالي يتم الاحتجاج به عليه ، ويستطيع هو أن يحتج به على الدائن ، وذلك طالما أن الإشارة كانت واضحة في الدلالة على علم الكفيل بشرط التحكيم والتزامه به (١) .

الفرع الثالث

مدى إمكانية تمسك الكفيل باتفاق التحكيم في مواجهة المدين

من المستقر عليه في قواعد القانون المدني أن الكفيل عندما يقوم بالوفاء بالمدين إلى الدائن ، فإنه يحل محل الدائن ، وذلك إعمالا للقاعدة العامة الواردة في نص المادة ٣٢٦ مدني والتي تنص على أنه (إذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفي محل الدائن الذي استوفي حقه) .

بالإضافة إلى ذلك أيضا القواعد الخاصة بالكفالة والتي نص المشرع عليها في المادة ٧٧٩ مدني ، والتي تنص على أنه (إذا وفي الكفيل بالمدين ، كان له أن يحل محل الدائن في

(١) د/ مصطفى الجمال - د/ عكاشة عبد العال - التجكيم في العلاقات الخاصة والدولية - المرجع السابق - بند

جميع ماله من حقوق قبل المدين) .

والسؤال هو هل يجوز للكفيل أن يتمسك بشرط التحكيم المبرم بين المدين والدائن في مواجهة المدين ؟ الإجابة على هذا السؤال هي أنه عندما يقوم الكفيل بسداد قيمة الدين إلى الدائن فهو يستطيع الرجوع على المدين وهنا نكون أمام فرضين :

الفرض الأول : هو رجوع الكفيل على المدين بموجب دعوي الحلول ، وذلك لأنه عندما يوفي الدين للدائن فهو يحل محله فيما أوفاه ، وبالتالي فهو يجوز له بمقتضى هذا الحلول التمسك بشرط التحكيم في مواجهة المدين عند رجوعه عليه ^(١) .

وذلك لأن الحلول يعتبر من الآليات التي يترتب عليها انتقال شرط التحكيم ، وبناء عليه فإنه إذا ما قام الكفيل بوفاء الدين للدائن ، فإنه يحل محله في حقه وأيضاً في شرط التحكيم ^(٢) .

وذلك لأن الكفيل يرجع على المدين بحق الدائن نفسه ، وبما له من خصائص وما يلحقه من توابع ، ومن توابعه الدعاوى التي تحميه ، والحق في الدعوى ينتقل إلى الكفيل بالحالة التي كانت عليها قبل الحلول ، وهذا الحق يتجسد أيضاً في شرط التحكيم ^(٣) .

وبناء عليه فإن شرط التحكيم الوارد في العقد المكفول ملزم للكفيل ، رغم أنه لم يوقع عليه ، وذلك إذا ما بادر إلى رفع دعوى الحلول على المدين فإذا كان الدين ناشئاً عن عقد اتفق فيه على التحكيم ، أو على اختصاص هيئته معينه بنظر ما ينشأ بينهم من منازعات ، فإن هذا الشرط يبقى قائماً ، ويجب العمل به عند رجوع الكفيل ^(٤) .

الفرض الثاني : هو رجوع الكفيل على المدين بالدعوى الشخصية أو دعوى الإثراء بلا سبب ، حيث يستند الكفيل في رجوعه على المدين لإستيفاء قيمة ما وفاه للدائن على حقه الشخصى المستند من عقد الكفالة - إلا أن هذه الدعوى لها شروط يتم النص عليها في المادتين ٨٠٠ ، ٧٩٨ من القانون المدنى ، تنص المادة ٨٠٠ على أنه : (١ - للكفيل الذي وفي الدين أن يرجع على المدين سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه ٢ - ويرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات على أنه في المصروفات لا يرجع إلا بالذي دفعه من وقت إخباره المدين

(١) د/ مصطفى الجمال - د/ عكاشة عبد العال - التحكيم فى العلاقات الخاصة والدولية - المرجع السابق - بند ٣١٧ - ص ٤٦٤ .

(٢) د/ فتحى وإلى - قانون التحكيم فى النظرية والتطبيق - المرجع السابق - بند ٨٨ - ص ١٧٢ .

(٣) د/ محمد نور شحاته - مفهوم الغير فى التحكيم - المرجع السابق - بند ١٢٤ - ص ١٠٤ ومابعداها .

(٤) د/ محمد نور شحاته - مفهوم الغير فى التحكيم - المرجع السابق - بند ١٢٥ - ص ١٠٥ .

الأصلي بالإجراءات التي اتخذت ضده ٣- ويكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع) .

وتنص المادة ٧٩٨ على أنه (١- يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفي الدين أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضى ببطالان الدين أو بإنقضائه ٢- فإذا لم يعارض المدين في الوفاء ، يبقى للكفيل حقه في الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين أو كانت لديه أسباب تقضى ببطالانه أو بإنقضائه) .

وهكذا يتضح لنا من خلال هاتين المادتين أن الشروط التي يجب توافرها حتى يباشر الكفيل الدعوى الشخصية المستندة على عقد الكفالة ضد المدين هي : ١- انعقاد الكفالة لمصلحة المدين ودون اعتراض منه ٢- وقيام الكفيل بالوفاء بالدين وعدم دفعه خطأ من الكفيل في الوفاء سبب ضرراً للمدين ٣ - حلول أجل الدين .

وقد يرجع الكفيل على المدين بموجب القواعد العامة في القانون المدني إذا لم تتوافر شروط مباشرة دعوى الكفالة السابق الإشارة إليها وذلك وفقاً لما هو منصوص عليه في المادة ٣٤٢ والتي تنص على أنه (١- إذا قام الغير بوفاء الدين ، كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه ٢ - ومع ذلك يجوز للمدين الذي حصل الوفاء بغير إرادته أن يمنع رجوع الموفي بما وفاه عنه كلاً أو بعضاً ، إذا أثبت أن له أية مصلحة في الاعتراض على الوفاء) . وهذه هي الشروط التي تنطبق على دعوى الإثراء بلا سبب حيث أن المدين يتم إبراءه بالقدر الذي برئت به ذمته بسبب هذا الوفاء (١) .

والخلاصة : أن الكفيل سواء رجع على المدين بالدعوى الشخصية يستند على عقد الكفالة والغير متضمن شرط التحكيم أو بدعوى الإثراء بلا سبب والتي تكون على أساس المسئولية التقصيرية والتي لا شأن لها بشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي فإنه (الكفيل) في كلتا الحالتين لا يستطيع أن يتمسك في مواجهه المدين بشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي ، وبناء عليه فإنه يكون من الغير بالنسبة لهذا العقد وبالتالي فإن آثار اتفاق التحكيم لا تمتد إليه .

(١) د/ رضا السيد - مسائل في التحكيم - الكتاب الثاني - التحكيم في الكفالة المصرفية وخطابات الضمان - الطبعة الثالثة - ٢٠٠٩ دار النهضة العربية - ص ٥٥ .