الباب الأول

نسبية اتفاق التحكيم ونفاذه

تمهيد وتقسيم :

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

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

---

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

ونظرًا لهذه الأهمية للتحكيم فقد سارعت الدول العربية إلى الأخذ بنظام التحكـــيم نظـــرا للتطور السريع للتجارة الدولية ، وأيضا لمسايرة هذه السرعة فى التبادل التجـــارى ، وأصـــدرت قوانين التحكيم خاصة بها ، ويلاحظ أن الدول العربية اختلفت فى إصدار قوانين التحكيم الخاصة بها ، وقد كان المنهج الذى انتهجته هذه الدول فى إصدار قوانين التحكيم الخاصة بها ، ينقسم إلى ثلاث مجموعات وذلك على النحو التالى :

المجموعة الأولى : هى تلك المجموعة التى تأثرت بالقانون الفرنسى وحذت حذوه ، ومن الـــدول التى أخذت به هى الجزائر والمغرب ولبنان .

المجموعة الثانية : وهى تلك المجموعة التى أخذت بالقانون النموذجى لليونسيترال ومن الـــدول التى أخذت به مصر والأردن وسلطنة عمان وسوريا وتونس والبحرين والسودان .

المجموعة الثالثة : وهى تلك المجموعة التى لم تتأثر بأى من هذه المجموعات السابقة ، وإنمـــا أصدرت لنفسها قانون تحكيم خاصا بها طبقا لقوانين دولتها ومن هذه الدول الكويت والســـعودية وقطر واليمن والإمارات العربية ، مع استفادتها من الأنظمة الدولية فى مجال التحكيم [١] .

ويلاحظ أن هذه القوانين تتفق جميعها ، على أن المصدر الأساسى للتحكـــيم هـــو اتفـــاق التحكيم وبغير هذا الاتفاق لايوجد تحكيم ، كما أنها تتفق على أن تشكيل هيئة التحكيم يتم أيضـــا كقاعدة عامة باتفاق الأطراف سواء كان ذلك بصورة مباشرة أو غير مباشرة ، كما أن إجراءات التحكيم تخضع لإتفاق الأطراف ، بل أن الاتفاق قد يتدخل أيضا فى حكم التحكيم ، كـــأن يتفـــق الأطراف على ضرورة صدور هذا الحكم بالإجماع وليس بالأغلبية ، ولكن بالمقابـــل تختلـــف قوانين الدول العربية فيما بينها حول بعض تفاصيل التحكيم وسوف نعرض لذلك بالتفصيل لاحقا .

مما يترتب عليه حكما هو اختلاف التطبيق فى بعض الدول عنه فى دول أخرى . ونظرا لأهمية اتفاق التحكيم بالنسبة للعملية التحكيمية ككل .

ونظرا لهذه الأهمية الكبيرة للتحكيم فإننا سوف نتعرض لأهم جزء فى التحكـــيم ، وهـــو اتفاق التحكيم ومدى نسبيته ونفاذه فى القانون المصرى وقوانين دول الخليج العربى محل البحث

---

(١) د/ طلعت دويدار – ضمانات التقاضى فى خصومة التحكيم دراسة مقارنة فى التشريعات الدوليـــة وأنظمـــة مراكز التحكيم والتشريعات الوطنية العربية – دارالجامعة الجديدة – ٢٠٠٩ – ص ٣٧ وما بعدها .

د/ عبد الحميد الأحدب – قوانين واتفاقات التحكيم فى البلاد العربية – مجلة التحكيم العربى – مجلة متخصصـــة تصدرها الأمانة العامة للاتحاد العربى للتحكيم الدولى – العدد ١٣– ديسمبر ٢٠٠٩ – ص ٩ وما بعدها .

– الكويت والإمارات والبحرين – لأنه فى الواقع هو الأساس الذى يُبنى عليه موضوع التحكيم نفسه بل هو دستور التحكيم [١] .

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

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

---

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

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

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

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

وقد عرف جانب آخر من الفقه اتفاق التحكيم بأنه عبارة عن عقد بين الأطراف [٢] .

والبعض الآخر عرفه بأنه يعتبر من العقود المسماه لأن المشرع وضع له تنظيما خاصا وذلك من خلال قانون التحكيم [٣] .

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

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

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

---

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

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

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

(٤) د/ محمد حسين منصور– النظؤية العامة للالتزام ،مصادر الالتزام – دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٦ – ص ٢٤.

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

الذى ظل لفترة طويلة عائقا أمام إعمال مبدأ نفاذ العقد ، حيث أنه كان لايمكــن تصــور انتقال آثار العقد إلى غير المتعاقدين ، إلا أنه مع ظهور التطــورات الإجتماعيــة والإقتصــادية وظهور العديد من الأفكار والنظريات الحديثة ظهرت عدة استثناءات على مبدأ نســبية العقــد ، وظلت هذه الإستثناءات فى التزايد إلى درجة القول أنها أُهدرت هذا المبدأ [٢] .

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

ويلاحظ أنه كلما تجاوزنا هذا المبدأ (مبدا نسبية العقد) ويكون ذلك بزيادة الإســتثناءات عليه ، فإننا نقترب من مبدأ نفاذ العقد وهو يختص بالآثار غير المباشرة للعقد .

ومن هنا يجب النظر إلى العقد (اتفاق التحكيم) على أنه واقعة قانونية وليس تصرف قانونى ، لأنه لايمكن أن يظل التصرف القانونى العقد (اتفاق التحكيم) بمعزل عن المجتمع الذى يعيش فيه ، بل هو يصطدم به ، لأنه يحيط به مجموعة من الحقوق والإلتزامات التى تؤثر وتتأثر

---

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

(٢) د/ عبد الرزاق السنهورى – الوسيط فى شرح القانون المدنى – النظرية العامة للالتزام – الجــزء الأول – نظرية العقد بوجه عام – مصادر الإلتزام – سنة ١٩٥٢ – ص ٣ وما بعدها – دار النشر للجامعات المصرية ، الوسيط فى شرح القانون المدنى – نظرية الالتزام – مصادر الالتزام – الطبعة الثانية – دارالنهضة العربيــة ص ١٤٢ ، د/ اسماعيل غانم – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – نظريــة العقــد – ســنة ١٩٦٨ – دار النهضة العربية – ص ٣٤٠ وما بعدها .

بالمجتمع [١] .

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

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

وبالتالى يظل الأثر الملزم للعقد (اتفاق التحكيم) خاص بـالأطراف وحـدهم ، ويصـبح الكيان الخارجى للعقد (لاتفاق التحكيم) هو الأساس الذى يترتب عليه حمايـة مصـلحة الغيـر ، ويصبح العقد (اتفاق التحكيم) نافذا فى مواجهة الغير ، إذ يُحتج عليه به ، كلما تعارض حقه مـع الحق المترتب على العقد (اتفاق التحكيم) . أيضا يكون العقد نافذا بالنسبة لغير كواقعة قانونيـة لايمكن إنكارها وذلك فى مجال الإثبات أو لإقامة مسئولية المتعاقد التقصيرية [٣] .

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

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

وسوف نقوم بعرض ذلك من خلال الخطة الأتية :

الفصل الأول : نسبية اتفاق التحكيم .

الفصل الثانى : أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للأطراف والغير .

الفصل الثالث : الغير بين القوة الملزمة لاتفاق التحكيم ونفاذه .

---

(١) د/ عبد الرزاق السنهورى – الوسيط فى شرح القانون المدنى – نظرية الحق بوجه عام – مصادر افلتـزام – المجلـد الأول – الطبعة الثالثة – دارالنهضة العربية – سنة ١٩٨١ – ص ٢ وما بعدها . د/ عاطف محمد فخـرى – الغيـر فـى القانون المدنى– رسالة دكتوراه – كلية الحقوق جامعة الإسكندرية – سنة ١٩٧٦ – ص ٣ .

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

(٣) د/ محمد حسين منصور– مبادئ الإثبات وطرقه – منشأة المعارف – سنة ١٩٩٨ –ص ٢٤ ومابعدها .

الفصل الأول

نسبية اتفاق التحكيم

تمهيد وتقسيم :

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

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

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

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

فإن الأصل فى التصرفات وقوامها هو تراضى الأطراف ، أى أن التصرفات لاتُولد آثارها ، إلا فى دائرة الأطراف وحدهم ، وبالتالى فإن الأثر الملزم لهذه التصرفات ليس فى الواقع سوى المضمون الداخلى لإرادة الأطراف التى أنشأت هذه التصرفات .

وبناءً على ذلك فإن من لم ترض إرادته إنصراف الأثر الملزم للتصرف إليه فهو يظل بعيدا عن هذا الأثر ، وهو ما يطلق عليه مبدأ نسبية أثر العقد (نسبية أثر الإتفاق) وهذا هو ما سوف نتعرض له لاحقا ، أى أن أثر العقد (الإتفاق) لاينتقل إلى الغير الذى لم يرتض ذلك ، وبالتالى فإنه لا يصبح بموجب هذا التصرف أو (الإتفاق) دائنا أو مدينا إلا إذا خرجنا من نطاق

نظرية التصرف القانونى إلى نطاق الواقعة القانونية [١] .

وبما أن العقد هو أهم تصرف قانونى فى الحياة العملية فإننا قبل التعريف بالعقد وأثـــاره لابد لنا أن نبدأ أولا بتعريف التصرف القانونى ودور الإرادة فيه وآثاره والفرق بينه وبين الواقعة القانونية ، ثم تعريف الواقعة القانونية كمصدر للالتزام وأنواعها وشروطها ، و بعد ذلك نعـــرض لاتفاق التحكيم بين القوة الملزمة للعقد ونفاذه ، ثم نطبق ما وصلنا إليه على اتفاق التحكيم الذى هو موضوع دراستنا وذلك للوصول إلى أثر اتفاق التحكيم كتصرف قانونى ، ثم أثر اتفاق التحكـــيم كواقعة قانونية ، وأخيرًا نبين أثر اتفاق التحكيم بين القوة الملزمة له ونفاذه وذلك من خلال التقسيم التالى :

المبحث الأول : أثر اتفاق التحكيم كتصرف قانونى .

المبحث الثانى : أثراتفاق التحكيم كواقعة قانونية .

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

المبحث الأول

أثر اتفاق التحكيم كتصرف قانونى

تمهيد :

إن مصادر الحقوق هى إما أن تكون تصرفا قانونيا أو تكون واقعة مادية ، وأن التصرف القانونى يتميز بأن الإرادة هى التى تُحدد آثاره ، بينما يحدد القانون آثار الواقعة القانونية وذلـــك دون حاجة إلى أن تكون هذه الإرادة قد اتجهت إلى إحداث هذه الآثار وترتيبها [٢].

والتصرف القانونى هو عمل الإرادة حين تتجه إلى إحداث أثر قانونى معـــين لايٌحرمـــه عليها القانون ، وهو إما أن يقوم على اتفاق إرادتين فيكون عقدا، كـــالبيع والإيجـــار والوكالـــة والوفاء ، أو يقوم على إرادة منفردة ، كما فى الوصية والإبراء ، فهو قـــد يُنشئ حقا شخصيا أو

---

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

(٢) د/ عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى نظرية الإلتزام بوجه عام – دار النهضة العربية سنة ١٩٥٢– ص ٣ وما بعدها .

يُكسب حقا عينيا أو يقضى هذا أو ذاك أو يُرتب آثار قانونية أخرى [١] .

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

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

---

(١) د/ السنهورى فى شرح القانونى المدنى – نظرية الالتزام بوجه عام – المرجع السابق – ٣ ومابعدها ،
– د/ جميل الشرقاوى – النظرية العامة للالتزام – الكتاب الأول – مصادر الالتزام – سنة ١٩٧٦ – دار النهضة العربية – ص ٣٩ .
– د/ محمد حسين منصور – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – سنة ٢٠٠٦ – دار الجامعة الجديدة الإسكندرية – ص ٣٠ .
– د/ رمضان أبو السعود – النظرية العامة للحق – سنة ٢٠٠٥ – دار الجامعة الجديدة – ص ٤٦٥ .
– د/ عبد الرزاق السنهورى فى شرح القانون المدنى – الجزء الأول – نظرية الإلتزام بوجه عام – مصادر الإلتزام – الطبعة الثانية – أضاف فى حواشيها ما جد بعد الطبعة الأولى من فقه وقضاء د/ عبد الباسط جميعى ، مصطفى محمد الفقى – دار النهضة العربية – ص ١٤٢ ومابعدها .

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

وهذا هو ما يعرف بنظرية التصرف القانوني وتقوم هذه النظرية على على مبدأين أساسين هما مبدأ سلطان الإرادة ، ومبدأ نسبية الأثر الملزم الذى يترتب عليه التصرف القانونى [1].

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

---

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

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

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

حقوقاً شخصية تتصل بشئ انتقل بعد ذلك إلى الخلف الخاص فإن هذه الحقوق تنتقل إلى هذا الخلف) . وذكر فى المادة ١٤٦ مدنى على (الشروط التى ينتقل بها أثر العقد إلى الخلف الخاص) ، ونص المشرع الإماراتي في المادة ٢٥٢ على أنه (لا يرتب العقد شيئًا في حق الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقًا). وأضاف فى المادة ١٥٢ مدنى على أن (العقد لا يُرتب التزاما فى ذمة الغير ولكن يجوز أن يُكسبه حقا) .

وبناء على ما سبق ومن خلال مجموع هذه النصوص السابقة نخلص إلى نسبية أثر التصرف القانونى ، أى نسبية أثر اتفاق التحكيم .

وسوف نتناول الآن دور الإرادة فى اتفاق التحكيم كتصرف قانوني ، أما الأثر الثانى وهو نسبية الأثر الملزم لاتفاق التحكيم فسوف نتكلم عنه عند الحديث عن نسبية أثر اتفاق التحكيم ، وذلك على النحو التالى

المطلب الأول : مفهوم اتفاق التحكيم كتصرف قانونى .

المطلب الثانى : اتفاق التحكيم كتصرف قانوني وآثاره .

المطلب الأول

مفهوم اتفاق التحكيم كتصرف قانونى

الفرع الأول

مفهوم اتفاق التحكيم

التصرف القانونى هو عبارة عن إتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانونى معين سواء كان هذاالأثرهو إنشاء حق (كالهبة) ، أو نقله أو تعديله (كالتجديد)، أو إنهائه (كالإبراء) [١].

---

(١) ومثال ذلك أيضا الوصية فهى تصرف قانونى يقوم على إرادة منفردة ، ويُكسب الحقوق العينية . والوفاء والإبراء ، فالأول تصرف قانونى يقوم على تطابق إرادتين ، والثانى تصر ف قانونى يقوم على إرادة منفردة ، وكلاهما يقضى الحقوق الشخصية . أيضا النزول عن حق انتفاع أو حق ارتفاق أو حق رهن ، وهو إرادة منفردة فهو يقضى أيضا الحقوق العينية .

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

وقد عرفه جانب من الفقه بأنه هو عمل الإرادة حين تتجه إلى إحداث أثر قانونى معين لا يُحرمه عليها القانون [١].

وذهب جانب آخر من الفقه إلى أن التصرف القانونى هو عمل إنسانى تتجه فيه الإرادة إلى إحداث أثر قانونى معين ، بحيث يترتب الأثر القانونى على مجرد اتجاه الإرادة إلى إحداثه[٢] .

وهناك إتجاه آخر يُعرف التصرف القانونى بأنه عبارة عن إتجاه الإرادة إلى إحداث آثار قانونية ، وهذا التصرف هو الذى يُرتب عليه القانون تلك الآثار ، وإذا تم التعبيرعنه فالقانون

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

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

– د/ عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى نظرية الإلتزام بوجه عام – دار النهضة العربية سنة ١٩٥٢ – ص ٣ ومابعدها .

– د/ عبد الرزاق السنهورى فى شرح القانون المدنى – الجزء الأول – نظرية الإلتزام بوجه عام – مصادر الإلتزام – الطبعة الثانية – أضاف فى حواشيها ما جد بعد الطبعة الأولى من فقه وقضاء د/ عبد الباسط جميعى ، مصطفى محمد الفقى – دار النهضة العربية – ص ١٤٢ ومابعدها ،

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

– د/ عبد المنعم فرج الصدة – مصادر الإلتزام – دراسة فى القانون اللبنانى والمصرى – دار النهضة العربية – سنة ١٩٧٤ – بند ٣١ – ص ٤٦ .

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

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

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

(٢) أى إننا نكون بصدد حدث معنوى يتمثل فى مجرد إرادة أو أكثر تتجه إلى إنشاء التزام أو نقله أو تغيره أو زواله ، فيُرتب القانون عليها هذا الأثر ، وخير مثال على ذلك العقود المختلفة التى يُبرمها الشخص ، د/ محمد حسين منصور – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – دار الجامعة الجديدة بالإسكندرية – سنة ٢٠٠٦ – ص ٣٠ .

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

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

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

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

الفرع الثانى

اتفاق التحكيم كمصدر للحقوق والإلتزامات

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

---

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

اتفاق أو عقد بين الخصوم يترتب عيله حقوق وإلتزامات ، تتمثل في حق الأطـــراف فـــي فـــض المنازعات التي تنشأ بينهم عن طريق االتحكيم ، وبالنسبة للإلتزامات التـــي تقـــع علـــى عـــاتق الأطراف من وجود اتفاق التحكيم هو عدم اللجوء إلى القضاء – الذي يعتبر الحق الطبيعي لهم – وذلك لوجود اتفاق التحكيم .

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

ومما لا شك فيه هو أن المصدر الأساسى للحق هو القانون ، لأن الحقـــوق تســـتند فـــى وجودها إلى القانون ، فكل الحقوق تُرد إلى القانون لأنه هو الوحيد الذى يُقررها ويحميها ، حيث أنه لايوجد حق لاينص عليه القانون صراحة أو ضمنا أو تقرره القواعد العامة المستقرة المقبولة فى نظمه ولا يُتصور وجود حق مجرد عن القانون ، فالقانون هو الذى يعتبر بعض التصـــرفات والوقائع مصادر تنشأ عنها الحقوق أولًا [1].

وقانون التحكيم هو بمثابة الشريعة التي تحكم العملية التحكيمية ككل وهـــو الـــذي يـــنظم إجراءات التحكيم والخطوات التي تتبع حتى يتم إصدار حكم التحكيم سليم ، ولا ينصرف للطعـــن عليه بالبطلان ، وأيضًا يحدد قانون التحكيم الحالات التي يتم فيها الطعن بـــالبطلان علـــى حكـــم التحكيم .

وإذا كانت نصوص القانون تتناول إنشاء الإلتزامات فى بعض الأحوال ، فإن ذلك لا يمنع من أن القانون يُنشئ هذه الإلتزامات استنادا إلى وقائع أو تصرفات معينة ، بحيث تكـــون هـــذه الوقائع أو التصرفات دائما وأبدا هى المصادر المسببة أو المباشرة للالتزامات ويكـــون القانـــون

---

(١) د/ محمد حسين منصور – مصادر الالتزام – المرجع السابق – ص ٣٥ .

– ولاشك أيضا أن الإلتزامات هى آثار لقواعد القانون ولذلك فقواعد القانون تُعتبر من هذه الزاوية مصدرا لنشوء الإلتزامات ، وإنما تُرتب إنشاء الإلتزامات بناءً على توفر حدث معين أو تصرف معين صدر من شـــخص تجـــاه الآخر ترتب عليه الإلتزام .

مثل صدور تصرف من المدين تجاه الدائن ، على سبيل المثال التزام البائع بنقل ملكية المبيع والتـــزام المشـــترى بدفع الثمن ، فإن هذا الأثر ترتب على حدوث تصرف معين هو إبرام عقد البيع بينهما ولذلك يصبح هذا الحدث أو التصرف الذى يُرتب عليه القانون القواعد التى يترتب عليها نشوء الإلتزام ، وبتعبير آخر هو المصـــدر المنشـــئ للالتزام من وجهة أخرى . أنظر د/ مصطفى الجمال – شرح أحكام القانون المدنى – مصادر الإلتزام – ١٩٩١ – ص ٢٣ .

مصدرا مُرتِبا أو غير مباشر لها [1].

أما التصرفات القانونية أوالأعمال القانونية فهى أحداث معنوية تتمثل فـــى مجـــرد إرادة أوأكثر تتجه إلى إنشاء الإلتزام أو نقله أو تغيره أو زواله فيرتب القانون عليها هذا الأثر[2].

مما سبق يتضح لنا أن اتفاق التحكيم كتصرف قانوني فهو يعتمد على قانون التحكيم الذي يمثل الاساس الذي يعتمد عليه التحكيم في تحديد الحقوق والاتزامات التي تقع على عاتق الأطراف من خلال تلك النصوص وأن التصرفات والأعمال القانونية هي عبارة عن الإرادة التي تتجه إلى إنشاء الإلتزام لاتفاق التحكيم وهو عدم اللجوء إلى القضاء لوجود هذا الإتفاق بالإضافة إلى ذلـــك فإن الإطراف لا يستطعون عمل أي تعديل أو بتر أو زوال إلا بـــإرادتهم المشـــتركه لأن اتفـــاق التحكيم بإعتباره عقد فهو شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله أو زواله إلا بنـــاء علـــى إرادتهم .

المطلب الثانى

دور الإرادة في اتفاق التحكيم كتصرف قانونـي

دور الإرادة فى اتفاق التحكيم

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

---

(١) فمثلا الالتزامات بين الأباء والأبناء تنشأ عن واقعة معينة هى واقعة القرابة بين أطراف هـــذه الإلتزامـــات ، والالتزامات بين الجيران تنشأ عن واقعة أخرى هى واقعة الجوار ، وفى هذه الحالات تكون واقعـــة القرابـــة أو واقعة الجوار – بحسب الأحوال – هى المصدر المسبب المباشر للالتزام ويكون نص القانون هو مجرد مرتب أو غير مباشر له . للمزيد من التفاصيل انظر د/ مصطفى الجمال – شرح أحكام الإلتزام المدنى – مصادر الإلتـــزام – ص ٢٤ وما بعدها .

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

د/ محمد حسين منصور – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – دار الجامعة الجديدة – الإسكندرية – سنة ٢٠٠٦ – ص ٢٧ .

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

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

وتقوم نظرية التصرف القانونى على مبدأين أساسين هما :

المبدأ الأول :هو مبدأ سلطان الإرادة ودوره في اتفاق التحكيم ، **والمبدأ الثانى :**هو مبدأ نسبية الأثر الملزم للعقد (اتفاق التحكيم) الذى يترتب على التصرف القانونى ، وقد ذكر المشرع هذين المبدأين بمناسبة العقد [1] ؛ والآن سوف نتناول المبدأ الأول وهو مبدأ سلطان الإرادة حتى يتبين لنا دور الإرادة فى اتفاق التحكيم ، **أما المبدأ الثانى** (سوف نتحدث عنه عند الحديث عن نسبية أثر اتفاق التحكيم) .

دور الإرادة فى التصرف القانونى (مبدأ سلطان الإرادة) :

المقصود بمبدأ سلطان الإرادة هو أن الإرادة قادرة على أن تُنشئ اتفاق التحكيم كتصرف قانوني وتُحدد الآثار التى تترتب عليه ، وهو مبدأ ذو شقين :

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

---

(١) د/ عبد الرزاق السنهورى – النظرية العامة للالتزام – الجزء الأول – نظرية العقد – المرجع السابق–ص ٧٢وما بعدها . د/ عبد الرزاق السنهورى الوسيط فى شرح القانون المدنى – نظرية الإلتزام بوجه عام – سنة ١٩٥٢ المرجع السابق – ص ١ – وما بعدها .د/ عبد الرزاق السنهورى – فى شرح القانون المدنى – الجزء الأول – نظرية الإلتزام بوجه عام – مصادر– المرجع السابق – ص ١٤٢ ومابعدها ،

د/ محمود أبو عافية – التصرف القانونى – رسالة دكتوراه جامعة القاهرة المرجع السابق – ص ١٠ وما بعدها

د/ حشمت أبو ستيت – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – بند ٣٣٣ – ص ٢١٨ .

د/ عبد الحى حجازى – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – طبعة ١٩٦٢ – دار النهضة العربية – بند ١٨٣ – ص ٢٧٥ .

د/ عبد المنعم فرج الصدة – دراسة فى القانون اللبنانى والقانون المصرى – المرجع السابق – ص ٤٦ وما بعدها .

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

أما بالنسبة للشق الثانى : فهو يتعلق بالموضوع وفيه تكون الإرادة هى صاحبة السلطان فى تحديد آثار اتفاق التحكيم كتصرف قانوني ، فتستطيع هذه الإرادة تحديد المنازعات التي يتم فيها اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لفض المنازعات [١] [٢] .

---

(١) وقد نص المشرع الفرنسى على نتيجة هذا المبدأ بالنسبة إلى العقد فى المادة ١١٣٤ مدنى فرنسى التى تنص على أن (الاتفاقات التى تعقد على وجه شرعى تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقديها)

(1) les convention légalement formées tiennent lieu de loi a ceux qui les ont faites

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

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

أيضًا نص المشرع المصرى فى المادة ١٤٧ / ١ مدنى على أن (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون) ، فالقاعدة إذن هى حرية التصرف ، حيث أنه كل ما ليس ممنوعا فهو جائز، هذا هو المعنى المقصود بمبدأ سلطان الإرادة [١] . ونص المشرع الاماراتي في المادة ٢٦٧ من القانون المدني على أنه (إذا كان العقد صحيحًا لازمًا فلا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص القانون) . ونص المشرع البحريني في المادة ١٢٨ من القانون المدني على أنه (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه ، إلا فى حدود ما يسمح به الاتفاق أو بمقتضى القانون) .

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

(١) د/ رمضان أبو السعود – النظرية العامة للحق – ص ٤٦١ ومابعدها .

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

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

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

وبناء عليه إذا كان هناك اتفاق تحكيم فى مثل هذه العقود ، فإن هذا الاتفاق يمتد إلـــى الأطـــراف الذين لم يوقعوا عليه من الأقلية لأنهم وفقا للخصائص المميزة للعقود الجماعية رأي الأغلبية هـــو الذي ينفذ [1] .

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

= أنظر د/ محمد حسين منصور – النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام – المرجع السابق ص ٨٠ .

فعقد العمل الجماعى يُلزم نقابة العمال باحترام شروطه ، ويُلزم صاحب العمل بتنفيذ أحكامه سواء فى علاقته بالنقابة العمالية الموقعة على العقد أو فى علاقته بعماله أعضاء تلك النقابة .

وتسرى أحكام هذا العقد ، ليس فقط على العمال أعضاء النقابة التى أبرمت العقد أو انضمت إليه ، بل يسرى أيضـــا علـــى العمال الذين ينضمون إلى هذه النقابة بعد ذلك ، ويسرى كذلك على عمال المنشأة غير الأعضاء فى هذه النقابة . – انظر د/ محمد حسين منصور – قانون العمل – دار الجامعة الجديدة – سنة ١٩٩٨ –

– انظر د/ رندا محمد صميدة – قانون العمل – المرجع السابق – ص ٢٨ وما بعدها .

(١) وهناك عدة تطبيقات تشريعية أخرى تؤكد هذه الفكرة هى :

١ – نجد منها فى القانون التجارى الصلح الواقى من الإفلاس هو عبارة عن عقد ينطوى على تسوية تتم بين تاجر مدين وأغلبية دائنيه وذلك حتى تقيه شر الإفلاس ، وذلك بتأجيل موعد استحقاق ديونه ، أو حط جزء منها أو الأمرين معا . فيترتب على هذا العقد أن أثره ينصرف إلى جميع الدائنين العاديين ، وحتى من عارض منهم فى هذا الصلح أو لم يشـــترك فيه . وبالتالى إذا كان هناك اتفاق تحكيم فى هذا العقد ، فإن هذا الإتفاق يمتد إلى الدائنين المعارضين رغم عدم توقيعهم على العقد الأصلى ، لأنه يسرى فى حقهم وفقا لرأى الأغلبية وهذه صورة من صور امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير .

٢– أيضا نجد من هذه التطبيقات فى القانون المدنى فيما يتعلق بإدارة المال الشائع المادة ٨٢٨ /١ والتى تنص على أن [مـــا يستقر عليه رأى أغلبية الشركاء فى أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزما للجميع وتُحســـب الأغلبيـــة علـــى أســـاس قيمـــة الأنصباء] .

وملكية الأسرة حيث تنص المادة ٨٥٤ مدنى على أن [للشركاء أصحاب القدر الأكبر من قيمة الحصص أن يعينوا من بينهم للإدارة واحدا أو أكثر وللمدير أن يُدخل على ملكية الأسرة من التغيير فى الغرض الذى أعد له المال المشـــترك] .وملكية الطبقات م ٨٦٤ مدنى التى تنص على [إذا لم يوجد نظام للإدارة أو إذا خلا النظام من نص على بعض الأمـــور ، وتكون إدارة الأجزاء المشتركة من حق الإتحاد ، وتكون قراراته ملزمة ، وأن تصدر القرارات من أغلبية الملاك محســـوبة على أساس قيمة الأنصباء].

وهكذا فإننا نجد من خلال نصوص هذه المواد أن الإدارة تكون من حق أغلبية الشركاء وهى تكون محسوبة على أساس قيمة الأنصباء ، ويتقيد الأقلية برأى الأغلبية .

وفى هذه الأوضاع وتلك الصور الجديدة من العقود نجد قيودا على الإرادة الفردية ترجع إلى وجود هذه التنظيمات الجماعية التى يُعتد فيها برأى الأغلبية ويُهدر رأى الأقلية . د/ عبد المنعم فرج الصدة – دراسة فى القانون اللبنانى والقانون المصرى – ص ٥٦ .

مما سبق يتضح لنا أن التصرف القانونى أساسه الإرادة ، وهى قد تكــون مزدوجــة أى صادرة بناء على التوافق بين إرادتين وخير مثال على ذلك هو(العقد)، وقد تكــون منفــردة أى صادرة من جانب واحد مثال ذلك (الوصية والوقف) .

بالإضافة إلى ذلك فإننا نجد أنه وفقا لنظرية التصرف القانونى ، أن الإرادة هى الجــوهر الأساسى فى إنشاء التصرف القانونى وتحديد آثاره ، حيث يكون لها الحق فى إنشاء ما تشاء من العقود دون أن تتقيد بأنواع العقود التى نظمها المشرع .

أيضا أن الإرادة يكون لها مطلق الحرية فى تحديد أثار التصرف القانونى وغيــر مقيــدة بلآثار التى يُرتبها المشرع وإنما يكون لها الحرية فى توسيع هذه الأثار أو تضيقها أو حــذفها أو تعديلها بعد قيامها ، وكذلك للإرادة الحرية فى إنهاء التصرف بعد وجوده .

وهذا هو الأساس الذى قامت عليه النظرية التقليدية للعقد وتحديد أثاره ، والنص على أن العقد لا يخص سوى المتعاقدين ، ولايؤثر فى الغير ، ولايتأثر بهم ، وبناء على ذلك وعند التسليم بهذه النظرية وما بُنيت عليه من أفكار ، إذا ما تم النظر إلى إتفاق التحكيم المــدرج فــى العقــد الأصلى أو الذى نشأ بصورة مستقلة عنه ، وباعتباره عقد من العقود فإنه وفقــا لهــذه النظريــة لاينتقل أثره إلى الغير.

إلا أن هذه الأفكار لم تستمر طويلا لكنها تغيرت وتطورت مع تطور الحيــاة السياســية والإقتصادية والإجتماعية ، وظهور الشركات المتعددة الجنسيات ، كل هذا أدى إلى التحول مــن نظرية التصرف القانونى إلى الواقعة القانونية والتى تنظر إلى العقد على أنه واقعة قانونية تــؤثر فى المجتمع وتتأثر به وهذا هو ما سوف نتعرض له بالتفصيل .

المبحث الثانى

أثر اتفاق التحكيم كواقعة قانونية

تمهيد وتقسيم :

لقد كان للتطور الفكرى والإقتصادى والإجتماعى الذى حدث منذ منتصف القرن التاســع عشر أكبر الأثر فى حدوث تطور مواز له فى كثير من قواعد نظرية الالتزام .

فظهرت مبادئ جديدة تعارض أحيانا وتعدل أحياناً أخرى المبادئ السابقة عليها ، وذلــك حتى تتحقق بها الإستجابة للحاجات المرتبطة بهذا التطور ، من ذلك مثلا ماحــدث مــن تحــول بالنسبة لمبدأ سلطان الإرادة ، وهو المبدأ الذى كان يُعتبر الأخذ به مظهرًا من مظــاهر التقــدم ،

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

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

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

---

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

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

بل أن كثير من القوانين تّفرض أثار بعض العقود على أطرافها ولاتترك لهم حرية تعديلها ، كما هو الحال فى عقد العمل فى كثير من الدول ، وكذلك الحال فى نطاق أضيق فى عقود أخرى كالإيجار والبيع والتأمين . ففى عقد الإيجار تّحدد الأجرة ويمتنع إنهاء العقد إلا لمبررات محددة ، وفى البيع قد يّفرض السعر الجبرى ، وفى التأمين يّحرم الشروط التعسفية ويّباح للقاضى عدم إعمالها .

النقابة ولو كان انضمامهم إلى النقابة بعد إبرام هذه الإتفاقيات [١].

ولذلك فإذا كان هناك اتفاق على التحكيم بين أصحاب الأعمال وأعضاء هذه النقابات فإن هذا الإتفاق يسرى على جميع الأعضاء حتى من لم يكن منهم وقع عليه لحظة الإتفاق أو انضم إلى النقابة بعد ذلك أى أن اتفاق التحكيم ينتقل إلى غير أطرافه الموقعين عليه .

وهكذا فإننا نجد أنه من الواضح أن السبب الذى يوجد علاقة قانونية أو يؤثر فيها هو أمر يجد فيحدث تعديلا فى العلاقات القانونية الموجودة ويؤثر فيها ويتأثر بها [٢] .

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

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

---

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

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

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

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

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

(٢) ولو كان لنا أن نتصور أن الأرض كفت عن الدوران وأن كل مخلوق عليها ركن إلى السكون أمكن أن نقول أن العلاقات القانونية تبقى على حالها دون تغيير فى الفترة التى تُجمد فيها كل حركة .

فإذا حدثت بعد ذلك أية حركة ، فقد يكون من شأنها أن تعدل فى هذه العلاقات ، فإن هذه الحركة التى وقعت تسمى بالواقعة فإذا كان من شأنها أن تنتج أثر قانونيا سميت بالواقعة القانونية " د/ عبد الرزاق السنهورى – النظرية العامة للالتزام – الجزء الأول – نظرية العقد – المرجع السابق – سنة ١٩٣٤ ص ٧٢وما بعدها .

المطلب الأول

اتفاق التحكيم كواقعة قانونية

تمهيد :

إتجه الفقه الحديث إلى العناية بالتمييز بين التصرف القانونى والواقعة القانونية لما لها من أهمية كبيرة من الناحية النظرية والناحية العملية [١] .

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

- الفرق بين الواقعة القانونية والتصرف القانونى:

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

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

---

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

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

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

وقد يقصد الإنسان من ورائها إحداث أثر قانونى مثل الحيازة وقد لايقصد إحداث هذا الأثر، هذا مثل دفع غير المستحق ، وسواء كانت الواقعة القانونية طبيعية أو إختيارية ، وسواء قصد أثرها القانونى أولم يقصد ، فهى دائما واقعة مادية ، وليست إرادية كما هو الحال فى التصرف القانونى .

أيضًا الواقعة القانونية كالتصرف القانونى ، قد تُنشئ الحقوق الشخصية وقد تُكسب الحقوق العينية ، وقد تُقضيها جميعا ، وقد يُرتب عليها القانون آثاراً أخرى [١] .

والمقابلة فيما بين التصرف القانونى والواقعة القانونية هى مقابلة بين الإرادة والعمل المادى فعندما تكون الإرادة هى الجوهر فى إحداث الأثر القانونى الذى يُرتبه القانون على هذا الحدث نكون أمام تصرف قانونى ، وعندما يقع عمل مادى حتى ولو خالطته الإرادة ويُرتب عليه القانون أثراً، فإننا نكون أمام واقعة قانونية [٢] .

---

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

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

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

وهناك تصرف وسط بين التصرف القانونى والواقعة القانونية ، مثال الواقعة المختلطة الإستيلاء ، والواقعة المركبة كالشفعة . أيضا هناك من الوقائع التى ترجع لإرادة الإنسان وتتجه إلى إحداث نتائج قانونية معينة وهذه الوقائع تسمى أعمالا قانونية تمييزا لها عن الأعمال المادية [١].

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

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

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

---

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

(٢) وبتحليل ما سبق فإننا نجد إننا تدرجنا من الأعم إلى الأخص على النحو التالى :

أولا : من الوقائع القانونية وهى تشمل الوقائع الطبيعية والوقائع الإختيارية .

ثانيا : الوقائع الإختيارية وتشتمل على الأعمال المادية والأعمال القانونية .

ثالثا : الأعمال القانونية وهى تشتمل على الأعمال الصادرة من جانب واحد والأعمال التى تصدر من جانبين وخير مثال لها هو العقد (وهو موضوع بحثنا) .

المطلب الثانـي

أثر اتفاق التحكيم كواقعة قانونية

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

الواقعة القانونية هى عبارة عن الأعمال التى لا أثر للإرادة فى إحداث الأثر القانونى المترتب عليها ، وهى تنقسم إلى الوقائع المادية التى لا دخل لإرادة الإنسان فيها، وهى تنقسم إلى الوقائع المادية التى لا دخل لإرادة الإنسان فيها، والوقائع الإختيارية التي تتدخل إرادة الإنسان فيها [٢][٣] .

أما الوقائع التى ترجع لإرادة الإنسان ، فهى وإن كانت تخضع هى الأخرى لنواميس طبيعية ، إلا أن حرية الإرادة تجعل لهذه الوقائع صبغة خاصة تميزها عن الوقائع التى لادخل لإرادة الإنسان فيها .

---

(١) د/ رمضان أبو السعود – النظرية العامة للحق – أنواع الوقائع القانونية – دار الجامعة الجديدة – سنة ١٩٩٩

(٢) هذا التميز ، هو التميز الذى وضعته المادة ١٣٧٠ مدنى فرنسى وذلك فيما يتعلق بالإلتزامات غير التعاقدية ، فجعلت بعضها ينشأ بحكم القانون وحده عن طريق ما يسمى بالواقعة القانونية غير الإرادية ، والبعض الآخر ينشأ من واقعة قانونية إختيارية إرادية ، فا فى الفرض الأول : يُرتب القانون التزاما على حالة موجودة ليس لإرادة الإنسان دخل فيها ، وفى الفرض الثانى : ينشأ الإلتزام من واقعة قانونية حدثة بإرادة الإنسان . للمزيد من التفاصيل انظر د/ عبد الرزاق السنهورى – النظرية العامة للالتزام – مصادر الإلتزام – نظرية العقد – سنة ١٩٣٤ – ص ٧٢ .

(٣) ويجب ملاحظة أن الوقائع التى لادخل لإرادة الإنسان فيها سواء كانت من عمل الطبيعة أو آتية من جماد أو من حيوان فهى كلها تخضع للطبيعة وتسمى واقعة طبيعية ، قد تكون الواقعة من عمل الجماد ، مثل انهيار سقف على مستأجر منزل ، فهو قد يسبب مسئولية المؤجر ، وقد تكون من فعل الحيوان فتؤدى إلى مسئولية المسئول عن الحيوان ، وقد تكون من عمل إنسان مفقود الإرادة كالمجنون يتلف مال الغير فيلتزم بالتعويض من يكون مسئول عنه وهكذا ، للمزيد من التفاصيل انظر د/ عبد الرزاق السنهورى – النظرية العامة للالتزام – مصادر الإلتزام – نظرية العقد – سنة ١٩٣٤ – ص ٧٢ و ما بعدها .

والوقائع التى ترجع لإرادة الإنسان أكثرها أعمال مادية ، يريد صاحبها أو لا يريد أن يُحدث أثر قانونى فى الروابط القانونية الموجودة [١].

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

أيضًا سوف نقتصر على الوقائع الإختيارية التي ترجع لإرادة الإنسان وذلك على النحو التالي :

<u>أولًا : اتفاق التحكيم كواقعة منشأه للحق والالتزام :</u>

يُقصد بمصدر الحق ، الواقعة المنشئة له ، وأيضا يُقصد بالواقعة الأمر الذى يحدث فيُرتب القانون عليه أثرا ، والأثر القانونى لا يمكن إلا أن يكون مصدره القانون الذى ينفرد وحده بترتيب الآثار القانونية [٢] .

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

---

(١) فالإنسان يأكل ويمشى ويتحدث ويعايش الناس ويجاملهم وهو لايريد عادة من وراء هذا أن يؤثر فى علاقاته القانونية ، ولكن هذه العلاقات قد تتأثر دون أن تتجه إرادته إلى شئ من ذلك ، فإذا أكل شيئا لايملكه أصبح مسئولا عن تعويض المالك ، وإذا مشى دون حيطة فأتلف شيئا وجب عليه أن يعوض ما أتلفه ، إذا تحدث فذكر مثالب للغير فقد يكون هذا سبا أو قذفا يجعله مسئولا وإذا جامل الغير فا قام ببعض شئونهم قد يجد نفسه ملزما بإتمام ما بدأ به ويكون دائنا لهذا الغير بمقدار ما كلفه العمل .

ويلاحظ أنه فى الوقائع السابقة قد قام الشخص بأعمال مادية إختيارية ، وهناك من الوقائع التى ترجع لإرادة الإنسان ، وتتجه إلى إحداث نتائج قانونية معينة ، مثل هذه الوقائع تسمى أعمالا قانونية وذلك تميزا لها عن الأعمال المادية مثال ذلك : ما يرجع لإرادة الشخص منفردا كالوصية والوقف ، ومنها مايسمى بالعمل القانونى وهو ما يرجع لإرادته مقرونه بإرادة أخرى وهو العقد . للمزيد من التفاصيل .

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

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

أو هذا الحق [١] .

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

وبعبارة أخرى فإن القانون هو المصدر المُرتب أو غير المباشر للإلتزام بينما تعد الوقائع القانونية هى المصدر المسبب أو المباشر للالتزام .

حيث أن كل واقعة لابد وأن يُرتب عليها القانون أثرا معينا ولذلك تسمى واقعة قانونية وهذا الأثر الذى يُرتبه القانون على حدوث الواقعة ، قد يكون تقرير حق جديد أو (تقرير التزام جديد) أو انقضاء حق قائم (أو انقضاء التزام قائم) أو انتقال هذا الحق أو الإلتزام .

ولذلك تكون الواقعة إما واقعة منشئة للحق أو الإلتزام ، أو قد تكون فى حالات أخرى سبب لإنتقال الحق أو الإلتزام أو انقضائه . ومن ثم فإن مصدر الحقوق أو الإلتزامات يقصد به السبب القانونى المنشئ لهما وأن الإلتزام هو واجب قانونى خاص لايتحمل به الشخص إلا بسبب خاص يتوافر بالنسبة له دون غيره من الإشخاص [٢] .

---

(١) فالقانون مثلا يُرتب التزام البائع بنقل ملكية المبيع ، والتزام المشترى بدفع الثمن على واقعة معينة هى إبرام عقد البيع للمزيد من التفصيل انظر د/ حسين منصور – النظرية العامة للإلتزام – مصادر الإلتزام – المرجع السابق – ص ٢٨ .

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

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

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

ثانيًا : اتفاق التحكيم كواقعة اختيارية :

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

الوقائع الطبيعية البحتة التى من فعل الطبيعة :

إن هذا النوع من الوقائع يحدث كما قلنا من الطبيعة دون تدخل لإرادة الإنسان فيه ، وهو قد يكون مصدر للحقوق والإلتزامات التى ينتج عن وجودها أثر قانونى[٢] [٣] .

---

(١) الواقعة قد تكون واقعة طبيعية بحتة ، أى إنها تحدث كما قلنا من فعل الطبيعة دون تدخل لإرادة الإنسان فيها ، وقد تكون واقعة إنسانية أى تُنسب فى حدوثها إلى تدخل الإنسان ، والواقعة الإنسانية إما أن تكون عملا ماديا أو عملا قانونيا أو تصرفا قانونيا .

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

(٣) وهى أحيانا أخرى تكون متصلة بالإنسان ويترتب عليها أيضا آثار قانونية . ثانيا بالنسبة للوقائع التى تكون متصلة بالإنسان ويترتب عليها آثار قانونية : مثل الميلاد حيث تبدأ به الشخصية القانونية ويتم بها إثبات النسب ، وأيضا الوفاة والتى يترتب عليها الشخصية للمتوفى وتصفية الذمة المالية ، كما أنها يترتب عليها حق الورثة فى الميراث وحق الموصى له فى التركة . للمزيد من التفاصيل أنظر د/ محمد حسين منصور – النظرية العامة للالتزام – مصادر الإلتزام – المرجع السابق – ص ٢٨ ، د/ عبد الرزاق السنهورى – الوسيط فى شرح القانون المدنى – نظرية الالتزام بوجه عام – مصادر الإلتزام – سنة ١٩٣٤ – المرجع السابق ص ٧٢ وما بعدها و سنة ١٩٥٢ – المرجع السابق – ص ١ وما بعدها ، الوسيط فى شرح القانون المدنى – مصادر الإلتزام – المجلد الأول العقد – الطبعة الثانية – سنة ١٩٦٤ ، الطبعة الثالثة – دار النهضة العربية – سنة ١٩٨١ ص ٣ وما بعدها . وفى كلا من الحالتين السابقتين فإن القانون هو الذى يُحدد الأثار القانونية التى تترتب عليها .

- الوقائع الإختيارية :

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

النوع الأول : الأعمال المادية :

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

النوع الثانى : الأعمال القانونية :

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

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

أولًا : التقسيم الموضوعى للأعمال القانونية :

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

---

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

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

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

د/ جميل الشرقاوى – النظرية العامة للألتزام – مصادر الإلتزام – المرجع السابق – ص ٣٩ وما بعدها .

القانونية من هذه الناحية إلى ثلاث أنواع : أولا : أعمال مشروعة ، ثانيا : أعمال ذاتية أو شخصية ، ثالثا : أعمال شرطية [1] .

ثانيًا : التقسيم الشكلى للأعمال القانونية :

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

أولًا : الأعمال الصادرة من جانب واحد :

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

ثانيًا : الأعمال المتعددة الأطراف :

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

أولًا : الأعمال الإتفاقية :

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

---

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

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

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

ثانيًا : الأعمال الجماعية :

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

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

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

ولذلك فإنه يكون من الوقائع الإختيارية التي تكون بفعل الانسان والتي يترتب عليها أثر .

---

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

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

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

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

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

وبالتالي فهومن الممكن أن يتم الاحتجاج به في مواجهة الكافة بوصفه واقعة قانونية وأنه يستطيع هؤلاء الاحتجاج به عليه .

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

الخلاصة :

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

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

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

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

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

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

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

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

المبحث الثالث

اتفاق التحكيم بين القوة الملزمة له ونفاذه

تمهيد وتقسيم :

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

ومما لاشك فيه فإن كل محاولة تبذل بغرض إيجاد تبرير أو تفسير قانونى لموضوع العلاقات الثلاثية فإنه تقابله ما يعرف بمبدأ نسبية أثر العقد ، والذى يقضى بعدم انصراف مايرتبه العقد من حقوق والتزامات إلى غير عاقديه كقاعدة عامة أو إلى خلفهما العام والخاص [1] .

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

---

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

عليهما فقط ويبقى الغير بعيدا عن أن تمسه الأثار غير المباشرة لهذا العقد بنفع أو ضرر ، اللهم إلا إذا نص القانون على ذلك [١] .

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

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

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

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

---

(١) وهذا هو ما نصت عليه المادة ١/١٤٧من القانون المدنى المصرى (العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين) وأيضا نصت المادة ١٩٦ من القانون المدنى الكويتى على أن (العقد شريعة المتعاقدين فلايجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه ، إلا فى حدود ما يسمح به الإتفاق أو يقضى به القانون) ، ونصت المادة ٢٦٧ من القانون المدنى الإماراتى على أنه (إذا كان العقد صحيحا لازما فلايجوز لأحد المتعاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضى أو التقاضى أو بمقتضى القانون) ، ونصت المادة ١٢٨ من القانون المدنى البحرينى على أن (العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه ، إلا فى حدود ما يسمح به الإتفاق أو يقضى به القانون) .
د/ عبد الرزاق السنهورى – مصادر الالتزام – المجلد الأول – نظرية العقد – المرجع السابق – بند ٣٤٢ – ص ٧٩١ ومابعدها .د/ عبد المنعم بدراوى – النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام – المرجع السابق – بند ٣٣٦ ومابعده د/ عبد الودود يحى – الموجز فى النظرية العامة للالتزامات – المرجع السابق – بند ١٠٠ وما بعده .

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

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

المطلب الأول : اتفاق التحكيم والقوة الملزمة له .

المطلب الثانى : نطاق نفاذ اتفاق التحكيم .

المطلب الأول

القوة الملزمة لاتفاق التحكيم

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

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

---

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

والصورة الأكثر شيوعا لاتفاق التحكيم هى شرط التحكيم الذى يضعه الأطراف فى العقد المبرم بينهم ويتفقون بمقتضاه على إخضاع المنازعات التى قد تنشا بينهم عن هذا العقد على التحكيم [1] .

= وفى حكم آخر لها قضت فيه بأنه (من المقرر أن التحكيم طريق استثنائى لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضى العادية وما تكفله من ضمانات ، فهو مقصورا حتما على ماتنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم ولايصح تبعا لذلك إطلاق القول فى خصومة التحكيم بأن قاضى الأصل هو قاضى الفرع ، ومن المقرر أيضا أن اتفاق التحكيم المعقود بين الطرفين (شرطا كان أو مشارطة) هو دستور التحكيم ومنه يستمد المحكمون سلطاتهم للفصل فى النزاع وهو الذى ينتزع الخصومة موضوع التحكيم من اختصاص القضاء صاحب الولاية العامة للفصل فى المنازعات ومن ثم تفسيره تفسيرا ضيقا فيما يتعلق بتحديد المنازعات محل التحكيم ، فيقصر ولاية المحكمين على ما ورد صراحة فى ذلك الإتفاق دون قياس أو توسيع) حكم استئنا ف القاهرة – الدائرة رقم ٦٣ تجارى – الطعن رقم ١١١/٢٢٤٠ قضائية – جلسة الثانى والعشرون من – فبراير – سنة ١٩٩٥ م/ أحمد محمد عبد الصادق المرجع العام فى التحكيم –ص ٤٩٥ .

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

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

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

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

وقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن شرط التحكيم لايفترض ، وإنما يجب أن تنصرف إرادة الأطراف إليه صرحة ، وهذا أمر منطقى ومفهوم وذلك لأن هذا الشرط يسلب من قضـــاء الدولة ولاية الفصل فى نزاع من اختصاصه لصالح قضاء خاص يرتضيه الأطراف [١] .

= أثناء المرافعه أمام هيئة التحكيم وذلك لأنه ليس من المعقول أن يتقدم أحد الطرفين بدعوى تحكيمية بدون بيان موضـــوع النزاع لأنه فى هذه الحالة تكون العملية التحكيميه باطله ، حيث أنه لا يمكن أن تنظر هيئة التحكيم النزاع وتفصل فيـــه دون أن يكون هذا النزاع محددا وواضحا أمامها .

ثالثاً : قد يكون الاتفاق على التحكيم عبارة عن الإحالة إلى عقد آخر أو وثيقة تتضمن شرط التحكيم : قد يكون الاتفاق على التحكيم هو عبارة عن اتفاق الأطراف على إحالة العقد إلى وثيقة أخرى أو عقد نموذجى أخر ليتم تطبيقها عليها أى أن يـــتم تطبيق الشروط المنصوص عليها فى هذا العقد عليهما حتى ولو لم تكن موجودة فى العقد الأصلى الموقع عليه منها ، وقـــد يكون من ضمن الشروط الموجودة فى تلك الوثيقة أو العقد النموذجى الذى تمت الإحالة إليه هو شرط التحكيم فإنه فى هـــذه الحالة يتم حل أى نزاع نشأ بينهما بخصوص هذا العقد يتم حله عن طريق اللجوء للتحكيم . ونظراً لأهمية شرط التحكيم وأنه يؤدى إلى منع الأطراف من اللجوء إلى القضاء وحرمانهم من حقهم الطبيعى وهو حل منازعاتهم عن طريق القضاء فان تلك القوانين نصت على أنه يجب أن تكون الإحالة واضحة وصريحة بحيث تجعل من شرط التحكيم جزءا من الاتفاق وهذا هـــو ما نص عليه صراحة القانون النموذجى حيث نص فى المادة ٧ / ٢على أنه (الاشارة فى عقد إلى مستند يشمل على شـــرط تحكيم يعتبر بمثابة اتفاق تحكيم ، شريطه أن تكون الاشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءا من العقد)

والخلاصة : أنه ليس من الضرورى أن تتم الإحالة إلى شرط التحكيم فى العقد الاصلى ذاته وإنما يمكن أن تتم الإحالة باتفاق لاحق عليه .

(١) د/ محمد فريد العرينى – التحكيم فى المنازعات البحرية – مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية – تصدرها كلية الحقوق جامعة الاسكندرية – العدد الثانى – ٢٠٠٧ – ص ١٥٩ .

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

ومن المستقر عليه أيضا أن اتفاق التحكيم يتمتع بالإستقلال عن العقد الذى يحتويه ، ومؤدى هذا الاستقلال أن مصير اتفاق التحكيم متى كان صحيحا فى ذاته ، فإنه لايرتبط بمصير العقد الذى يتضمنه ، فلا يترتب على بطلان هذا الأخير أو فسخه أو إنهائه أى أثر على اتفاق التحكيم الوارد به [1].

---

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

وفى حكم أخر قضت هيئة التحكيم بأن فسخ العقد أو إلغائه أو زواله لايؤثر على بقاء شرط التحكيم ونفاذه وإنتاجه لآثاره ، وذلك لما يتمتع به شرط التحكيم من استقلال عن العقد الذى يتضمنه وذهبت إلى أن (الدفع المبدى من الشركة المحتكم ضدها بعدم قبول الدعوى التحكيمية لإنعدام سند التحكيم على سند من القول أن الشركة المحتكمة قد أرسلت إلى الشركة المحتكم ضدها إنذارا اعتبرت فيه أن عقد الوديعة يعتبر لاغيا بكافة آثاره ، مما يؤدى إلى زوال الوديعة سند التحكيم باعتبار أن هذا العقد يتضمن شرط التحكيم فهو دفع مردود ، ذلك أنه يفسر نصوص الإنذار بين الشركة المحتكمة ذكرت سبب اعتبارها العقد لاغيا هو إخلال الشركة المحتكم ضدها بتنفيذ التزامها ، ومن المقرر قانونا وفقا للمادة ١٥٧ من القانون المدنى أنه يترتب على إخلال طرفى العقد بتنفيذ التزامه فسخ هذا العقد ، وبالتالى فحقيقة ما ورد فى الإنذار هو طلب الشركة المحتكمة فسخ العقد العقد محل النزاع وفسخ العقد أو حتى إلغائه وزواله لايؤثر على بقاء شرط التحكيم ونفاذه وإنتاجه لآثاره ، لما يتمتع به شرط التحكيم من اسقلال عن العقد الذى يتضمنه ، بل إنه يمكن القول بأن شرط التحكيم فى معظم الحالات لايبدأ فى السريان والنفاذ إلا عند فسخ العقد الذى تضمنه أو إلغائه ، لأن هذا الشرط قد ورد خصيصا لواجهة تلك وما ينشأ عنها من منازعات . لذلك فإن سند التحكيم فى الدعوى الماثل هو شرط التحكيم الوارد فى عقد الوديعة ذاته ، باعتبار أن شرط التحكيم هو عقد مستقل بذاته عن عقد الوديعة ، ومن ثم فإن شرط التحكيم المستقل لازال قائما =

واتفاق التحكيم باعتباره عقدا فإن القوة الملزمة له تكون قاصرة على أطرافه ، ولايمتد أثره كقاعدة عامة إلى غيرهم ممن لم يبرموا هذا الإتفاق ، وهذا هو ما يطلق عليه مبدأ نسبية آثار العقد [1] .

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

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

= ولم يلغ أو يزول ، الأمر الذى يكون معه سند الدعوى التحكيمية لايزال قائما ومنتجا لآثاره) القضية التحكيمية رقم ٦٤٧ لسنة ٢٠٠٩ والتى صدر فيها حكم التحكيم بتاريخ ٢٠١١/٣/٢٦ – من الأحكام الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى – مجلة التحكيم العربى – العدد السادس عشر – يونيو ٢٠١١ ص ٢٠٣ – ٢٠٤ .

(١) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض فى حكم لها بأن : (آثار العقد وفقا لنص المادة ١٤٥ من القانون المدنى لاتنصرف إلى الغير الذى لم يكن طرفا فيه ولم تربطه صلة بأى من طرفيه ، سواء كانت هذه الآثار حقا أم التزاما وإذا كان من بين تدوينات الحكم المطعون فيه أن الطاعنة (المشترية) 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 تتحد حقوقها وإلتزاماتها على أساس عقد النقل المبرم بينها وبين الشركة البائعة فإن شرط التحكيم الوارد فى عقد البيع لايمتد أثره إلى الشركة الناقلة ، ولا يجوز لها التمسك به عند قيام النزاع بين هذه الأخيرة وبين الطاعنة (المشترية) وذلك تطبيقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد .

(نقض مدنى – الطعن رقم ٥١٠ السنة ٣٥ قضائية جلسة ١٩٧٠/١/٢٠ مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى س٢١ ، م / أحمد محمد عبد الصادق – المرجع العام فى التحكيم المصرى والعربى والدولى – المرجع السابق ص ٣٠٦) .

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

المطلب الثانى
نطاق نفاذ اتفاق التحكيم
(نطاق الإحتجاج باتفاق التحكيم)

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

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

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

---

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

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

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

(٤) دم عبد الودود يحيى الموجز فى النظرية العامة للالتزامات – دار انهضة العربية – طبعة ١٩٨٥– ص ٢٦٠ – وما بعدها . – د/ عبد المنعم فرج الصدة – مصادر الالتزام – المرجع السابق – ص ٤٧ ومابعدها . – د/ سمير تناغو – نظرية الالتزام – المرجع السابق – ص ٣٣١ وما بعدها .

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

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

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

وقد يأخذ واجب الإحترام الناشئ عن النفاذ شكلا إيجابيا داخل المجموعة العقديـــة التـــى ينظمها وحدة المحل أو وحدة السبب ، بمعنى أنه يعتبر وجه السريان ليكون التزام إيجابى بالقيـــام بعمل ، حيث ينشأ عن قوة النفاذ داخل هذه المجموعات العقدية مع توافر مصلحة الغير عضوهذه المجموعة قيام علاقات رجوع مباشر بين الأعضاء المكونين للمجموعـــة للمطالبـــة بحقـــوق أو التحمل بالإلتزامات [٣] .

---

(١) هذه الطائفة من طوائف الغير التى يعنيها نفاذ العقد بصفته واقعة قانونية حيث يقع عليها التزام سلبى عام باحترام عقود الأخرين وعدم الإتيان بتصرف لاحق يؤثر فى الشروط العقدية التى تتضمنها هذه العقود بما قد يؤدى إلـــى إخـــلال أحـــد أطرافها بالتزاماته تجاه الطرف الآخر . د/ محمد نور شحاته – مفهوم الغير فى التحكيم– ص ٨ .

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

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

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

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

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

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

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

---

(١) د/ محمد عبد الفتاح ترك – التحكيم البحرى – النطاق الشخصى لإتفاق التحكيم فى عقد النقل البحرى – المرجع السابق – ص ٥٩٢ ومابعدها .