# الفصل الثالث

# الغير بين القوة الملزمة لاتفاق التحكيم ونفاذه

***تمهيد وتقسيم :***

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

***<u>الفرق بين القوة الملزمة للعقد ونفاذه :</u>***

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

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

---

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

(٢) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض فى حكم لها بأن ( التنظيم القانونى للتحكيم إنما يقوم على رضاء الأطراف وقبولهم به كوسيلة لحسم كل أو بعض المنازعات التى نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية ، فإرادة المتعاقدين هى التى توجد التحكيم وتحدد نطاقه من المسائل التى يشملها والقانون الواجب التطبيق وتشكيل هيئة التحكيم وسلطاتها وإجراءات التحكيم وغيرها ، وعلى ذلك فمتى تخلف الاتفاق امتنع القول بقيام التحكيم وهو ما يستتبع نسبية أثره فلا يحتج به إلا فى مواجهة الطرف الذى ارتضاه وقبل خصومته ) الطعن رقم ٤٧٢٩ ، والطعن رقم ٤٧٣٠ لسنة ٧٠ قضائية – جلسة ٢٠٠٤/٦/٢٢ – مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى – منشور فى المرجع العام فى التحكيم المصرى والعربى والدولى – المرجع السابق – ص ٢٥٩ .

وحتى تُستكمل القوة الملزمة للعقد ، فإنه يجب أن يصدر الإيجاب والقبول من المتعاقدين ، وفى حالة توافق الإرادتان ، فإنه يصبح العقد صحيحا ويجب على المتعاقدين أن يقوموا بتنفيذ ما تم التزامهم به فى هذا العقد .

ويلاحظ أن الآثار التى تترتب على العقد من حقوق والتزامات تقتصر على المتعاقدين وحدهم ولاتنصرف إلى غيرهما إلا فى أحوال معينة وتلك هى القومة الملزمة للعقد .

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

كل ذلك حتى يكون هناك دليل على ما يكون للعقد من أثر فى الإلتزام بما جاء فيه ، وأن الأصل هو أنه لايجوز لأحد الأطراف فى العقد أن يستقل بنقضه أو تعديله ، أيضا لايجوز ذلك للقاضى حيث يقتصر دوره على تفسير العقد فقط دون إضافة إليه [٢].

---

(١) حيث نصت المادة ١٤٧ من القانون المدنى المصرى على القوة الملزمة للعقد بأن ( العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولاتعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون ) ونص المشرع الكويتى أيضا على القوة الملزمة للعقد فى المادة ١٩٦من القانون المدنى على أن ( العقد شريعة المتعاقدين فلايجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه إلا فى حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضى به القانون ) ونص المشرع البحرينى على القوة الملزمة للعقد فى المادة ١٢٨ من القانون المدنى على أن (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه ، إلا فى حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضى به القانون ) وأيضا نص المشرع الإماراتى فى القانون المدنى على القوة الملزمة للعقد فى المادة ٢٦٧ على أن ( إذا كان العقد صحيحا لازما فلايجوز لأحد المتعاقدين الرجوع فيه ولاتعديله ولافسخه إلا بالتراضى أو التقاضى أو بمقتضى نص القانون ) .

(٢) وتطبيقا لذلك قضت هيئة التحكيم فى الحكم الصادر عن مركز القاهرة الإقليمى بأن ( العقد شريعة المتعاقدين ولكنه شريعة اتفاقية فهو يلزم عاقديه بما يرد فى الإتفاق عليه متى وقع صحيحا ، والأصل أنه لايجوز لأحد طرفى التعاقد أن يستقل بنقضه أو تعديله ، بل ولايجوز ذلك للقاضى لأنه لايتولى إنشاء العقود عن عاقديها وإنما يقتصر عمله على تفسير مضمونها الرجوع إلى نية هؤلاء المتعاقدين ، فلايجوز إذن نقض العقد أو تعديله إلا بتراضى عاقديه ويكون هذا التراضى بمثابة تعاقد جديد أو بسبب من الأسباب المقررة فى القانون ، ومن ناحية أخرى فإنه بالنسبة لتنفيذ العقد فقد ورد بالأعمال التحضيرية بمذكرة المشروع ، فالمشروع جمع بين معيارين أحدهما ذاتى قوامه نية العاقد والآخر مادى يقيد بعرف التعامل ، فليس ثمة عقود تحكيم فيها المبانى دون =

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

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

---

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

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

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

والعقد (اتفاق التحكيم ) فى هذا الصدد يعتبر تصرفا قانونيا بالنسبة للمتعاقدين ولكنه فى نفس الوقت يعتبر واقعة قانونية لايجوز للغير أن ينكرها ولا المتعاقدين ، وذلك لأن المركز القانونى للغير يتأثر بناء على ما أنشأه العقد (اتفاق التحكيم ) من حقوق والتزامات .

وبناء عليه فإنه يكون للغير الإحتجاج بالعقد (باتفاق التحكيم ) فى مواجهة الأطراف ، وأيضًا يكون للغير الإحتجاج بالعقد (باتفاق التحكيم ) فى مواجهة الغير وهذا هو مايطلق عليه مبدأ نفاذ العقد .

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

(٢) د/ أحمد سلامة – مذكرات فى نظرية الالتزام – الكتاب الاول – المرجع السابق – ص١٧٢ وما بعدها

(٣) د/ عاطف فخرى – الغير فى القانون المدنى – المرجع السابق – ص٧ وما بعدها .

د/ السنهورى – الوسيط – مصادر الالتزام – المجلد الاول – نظرية العقد – المرجع السابق – بند٣٤٢ وما بعده .

د/ عبد المنعم البدراوى– النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام– المرجع السابق – بند ٣٢٦ وما بعده .

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

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

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

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

وبمعنى آخر أنه يوجد هناك أثر مباشراً للعقد على طرفيه وذلك فى إطار الأثر الملزم للعقد ، بالاضافة إلى ذلك يوجد هناك أيضاً أثار غير مباشرة تتعلق بنفاذ العقد أو محاجاة الكافة به وفرض أحترامهم عليه .

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

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

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

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

---

(٢) د/ محمد عبد الفتاح ترك – التحكيم البحرى النطاق الشخصى لإتفاق التحكيم – المرجع السابق – ص ٥٧٥ .

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

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

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

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

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

المبحث الاول : امتداد القوة الملزمة لاتفاق التحكيم إلى الغير .

المبحث الثانى : الاحتجاج باتفاق التحكيم فى مواجهة الغير .

## *المبحث الأول*

## *امتداد القوة الملزمة لإتفاق التحكيم إلى الغير*

***تمهيد وتقسيم :***

لقد تبين لنا أن الفقه قد أجمع على أن القاعدة العامة في العقود هي أن الغير لا يتقيد بعقد لم يكن طرفا فيه ، ولذلك لا تشمله القوة الملزمة للعقد ولا ينصرف إليه ، وبالتالي فإن آثاره القانونية لا تنصرف إليه ، بالإضافة إلى ذلك فإنه لا يكتسب منه حقا ، ولا تتحمل التزاما [1] .

---

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

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

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

---

=هذا التحكيم ، فى هذا التحكيم هو دفع مردود ، ذلك لأن هولاء الأشخاص ليسوا أطرافا فى عقد الوديعة ، وبالتإلى لايشملهم شرط التحكيم المنصوص عليه فى هذا العقد ، حيث لايلتزم ولايستفيد من شرط التحكيم إلا من كان طرفا فيه ) القضية التحكيمية رقم ٦٤٧ لسنة ٢٠٠٩ والتى صدر فيها حكم التحكيم بتاريخ ٢٠١١/٣/٢٦ – من الأحكام الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم الدولى – مجلة التحكيم العربى – العدد السادس عشر – يوليو ٢٠١١ – ص ٢٠٦ .

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

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

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

المطلب الثانى : امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير فى مجموعة العقود ومجموعة الشركات .

## *المطلب الأول*

## *حالات امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير*

## *باعتباره طرفا فى العقد*

***تمهيد وتقسيم :***

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

وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن بأن ( شرط التحكيم الوارد في عقد البيع لا يمتد أثره إلى الشركة الناقلة التى لم تكن طرف فيه ، ولا يجوز من ثم التمسك به عند قيام النزاع بين هذه الأخيرة وبين المشترية ، وذلك تطبيقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد ...) [1] .

---

(١) ( ...شرط التحكيم لايمتد إلى من لم يكن طرفا فيه ، أثار العقد وفقا لنص المادة ١٤٥ من القانون المدنى لاتتصرف إلى الغير الذى لم يكن طرفا فيه ولم تربطه صلة بأى من طرفيه ، سواء كانت هذه الأثار حقا أم التزاما وإذا كان بتبين من 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 تتحدد حقوقهما والتزاماتهما على أساس عقد النقل المبرم بينها وبين الشركة البائعة فإن شرط التحكيم الوارد فى عقد البيع لايمتد أثره إلى الشركة الناقلة ولا يجوز من ثم ..) نقض مدنى – الطعن رقم ٥١٠ لسنة ٣٥ قضائية – عشرون من يناير – سنة ١٩٧٠ – السنة الواحد والعشرين مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى – ص ١٤٩ وما بعدها .

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

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

---

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

## *الفرع الأول*
## *امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير فى*
## *العقد الجماعى والمجموع العقدى*

***تمهيد وتقسيم :***

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

أولًا : امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير في العقد الجماعي .

ثانيًا : امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير في المجموع العقدي .

**أولًا : امتدا اتفاق التحكيم إلى الغير فى العقد الجماعى :**

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

---

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

يتطلبها القانون [١] .

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

بالاضافة إلى ذلك إذا أبرمت هذه الأغلبية اتفاق تحكيم مستقل عن العقد الأصلى فإنه أيضا يسري في مواجهة جميع الأطراف سواء من اشترك منهم فيه أو لم يشترك .

وقد قضت محكمة التحكيم المنعقدة في جينف ١٩٧٥ م في حكم لها نصت فيه على ( أن شرط التحكم المدرج في عقد بناء مصنع أبرم بين شركة وطنية وشركة أجنبية عضو في مجموعة صناعيه متعددة الجنسيات يُلزم سائر شركات المجموعة استثناء إلى طبيعه العمليه وإلى الارادة المشتركة بين الأطراف ) [٢] .

*مما سبق يتضح لنا أن العقد الجماعي يتميز بأمرين هما :*

**أولًا :** أنه يعقد بموافقة أغلبية أفراد الجماعة التي يتم إبرام العقد بإسمها .

**ثانيًا :** أن جميع أفراد هذه الجماعه يلتزمون بهذا العقد من وافق منهم عليه ومن لم يوافق جميهم على حد سواء ، وهو بذلك يتضمن خروجا على مبدأ نسبية العقود .

ونباء عليه فإذا ما تم إبرام عقد من عقود الجماعة – التى تم النص عليها سابقا – من قبل الأغلبية المخولة التعاقد باسم الجماعة ، وتضمن هذا العقد شرط تحكيم ، فإن هذا الشرط يكون ملزما لكافة أفراد الجماعة من اشترك منهم فيه ومن لم يشترك فى إبرامه .

## ثانيًا : امتداد اتفاق إلى الغير فى حالة المجموع العقدى :

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

---

(١) ومثال العقد الجماعى أيضا عقد الصلح الواقى من الإفلاس الذى ينعقد بين المدين التاجر وبين جماعة الدئنين بصفتهم الجماعة ، وعقد العمل الذى ينعقد لابين عامل فرد ورب العمل وإنما بين نقابة أو أكثر من نقابات العمال وبين رب العمل أو منظمة من منظمات أرباب الأعمال بقصد تنظيم شروط العمل ، وعقد تأجير المال الشائع أو عقد بيعه الذى يعقده أغلبية الشركاء التى يتطلبها القانون مع المستأجر أو البائع . فكل هذه العقود تلزم جميع أفراد الجماعة التى عقدتها حتى من لم يشترك منهم فى إبرامها وتكسبهم ما يترتب عليها من حقوق . د/ مصطفى الجمال – د/ عكاشة عبد العال ــ التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة والدولية ــ المرجع السابق – بند ٣٣٨ – ص ٤٩٣ . د/ طلعت دويدار – ضمانات التقاضى فى خصومة التحكيم – المرجع السابق – ص ٣٢١ .

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

فكرة واحدة إما وحدة السبب أو حدة المحل ، أي أن هذه العقود تمثل وحدة إقتصادية واحدة تهدف إلى تحقيق نفس العملية التجارية [1] .

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

*وبناء عليه فإن مجموعة العقود تنقسم إلى صورتين هما :*

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

---

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

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

أطراف متعددين في أحد الجانبين أو كليهما أيضا تظهر فكرة المجموع العقدى فى إطار الشركات التى تنظمها مجموعة واحدة .

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

وذلك على أساس قانونى متمثل فى أن هؤلاء الأفراد (أطراف العقد) تجمعهم رابطة واحدة وأن العقود التى أبرموها تتضافر جميعها من أجل تحقيق هدف اقتصادى واحد.

وقد أيدت محكمة إستئناف باريس هذا القضاء وذلك في حكمها الصادر في ١٤ فبراير سنه ١٩٨٩ م حيث قضت ( بأن شرط التحكيم المدرج في عقد دولي يتمتع بالصحة تقتضى طبيعه التعامل مد تطبيقه إلى الأطراف المعنية بتنفيذ العقد وفي المنازعات التى تأتي عنه ، متى تبين أن مركزهم التعاقدى ونشاطهم يعترض قبولهم لشرط التحكيم الذي يعلمون بوجوده وبمداه على الرغم من عدم توقيعهم على العقد الذي تضمنه ) [٢] .

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

---

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

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

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

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

وهذا هو ما يجعل من أطراف كل عقد من العقود المكونة للمجموعة أطرافا فى (الكل) الذى تمثله المجموعة ، دون حاجة لأن يكونوا أطرافا فى بقية العقود الداخلة فى المجموعة ، وذلك خلافا لما يفرضه منطق مبدأ نسبية أثر العقود بمفهومه التقليدى [٢] .

---

(١) وتطبيقًا لذلك قضت هيئة التحكيم فى الحكم الصادر عن مركز القاهرة الإقليمى أن ( امتداد شرط التحكيم فى العقود المتصلة وأنه يجوز امتداد شرط التحكيم من عقد يتضمنه إلى عقد آخر لايتضمنه وذلك إذا كان العقدان متصلين ، وقد ينتج الإرتباط بين العقدين فى حالة ما إذا كان العقد الثانى قد أبرم نتيجة الإخلال بالعقد الأول ، فيكون بالتإلى مكملا له ) القضية التحكيمية رقم ٤٥٩ لسنة ٢٠٠٥ – الحكم الصادر عن مركز القاهرة الإقليمى بتاريخ – ٩ يوليو – سنة ٢٠٠٨ . مجلة التحكيم العربى – العدد الثالث عشر – ديسمبر – سنة ٢٠٠٩ – ص ٢٤١ .

(٢) مثال ذلك إذا كان هناك عقد بين المنتج وبين الموزع وكان هذا العقد يوجد به شرط تحكيم ، وهناك عقد آخر بين الموزع وبين شخص آخر كتاجر تجزئة أو مستهلك ، هذا العقد لايوجد به إحالة إلى العقد الأول أو إشارة إلى شرط التحكيم الوارد به ، ثم أراد تاجر التجزئة أو المستهلك الرجوع مباشرة على المنتج بالضمان الناشئ عن عيوب البضاعة مثلا أو أراد مطالبته بالوفاء بالتزاماته فى العقد الأول باعتباره صاحب مصلحة فى الوفاء ، أو أراد الرجوع عليه بالتعويض عن الأضرار التى لحقت به من جراء عدم تنفيذه لإلتزاماته فى العقد المذكور .
وتطبيقا لذلك قضت هيئة التحكيم فى حكم لها على أنه ( لاينال من توافر مقومات الوحدة الاقتصادية ، ومن ثم ارتباط المحتكمة بالمحتكم ضدهم الثلاثة بعلاقة عقدية تتيح لها التمسك بشرط التحكيم الوارد بها ، القول بأن المحتكمة لاتعدو أن تكون مقاولا من الباطن أو أن دورها فى إبرام العقد اقتصر على كونها ممثله للشركة المحتكم ضدها الثانية ، وذلك أن المقرر فى قضاء التحكيم أن شرط التحكيم ينصرف من عقد إلى آخر فى مجموعة العقود المتتالية التى ترد على محمل واحد وأيضا إلى العلاقات العقدية المركبة التى تتضمنها وثيقية واحدة ، أن العقد محل النزاع نص على أنه ملزم لأطرافه ولخلفائهم تباعا والمتنازل إليهم المعتمدون . كما نص على أنه يحق=

## الفرع الثاني

## مدى إمكانية امتداد اتفاق التحكيم إلى المرسل إليه

## فى عقد النقل البحري

**تمهيد وتقسيم :**

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

(١) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض فى حكم لها بأن ( شرط التحكيم الذى أحال إليه سند الشحن عاما شاملا لجميع المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقد النقل وكانت عملية تفريغ حمولة السفينة تعتبر على ما يستفاد من قانون التجارة البحرى جزءا متتما لعملية النقل فمن ثم تسرى عليه أحكام عقد النقل البحرى .... وكانت مشارطة إيجار السفينة قد تضمنت أيضا نصا صريحا لتنظيم عملية التفريغ ومواعيدها ومقابل التأخير ومكافأة السرعة وهو من نصوص مشارطة الإيجار التى شملتها الإحالة الواردة فى سند الشحن فإن المطالبة المتفرعة من التفريغ طبقا لهذا النص تكون من المنازعات التى ينصرف إليها شرط التحكيم ويكون الحكم المطعون فيه إذا قضى بعدم قبول الدعوى لرفعها قبل عرض النزاع على التحكيم لم يخالف القانون ...) .حكم نقض – الطعن رقم ٤٠٦ – جلسة ١٩٦٥/٦/١٧ – سنة ٣٠ قضائية مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى السنة ١٦ – ص ٧٧٨ – منشور فى المرجع العام فى التحكيم المصرى والعربى والدولى – م/ أحمد محمد عبد الصادق – المرجع السابق – ٢٢٢

(٢) وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض فى حكم أخر لها بأن ( قانون التجارة البحرى يجعل من المرسل إليه طرفا ذا شأن فى سند الشحن باعتباره صاحب مصلحة يتكفأ مركزه – حينما يطالب بتنفيذ عقد النقل ، ومركز الشاحن يرتبط بسند الشحن كما يرتبط به الشاحن ، ومنذ إرتباط الأخير به فإن مقتضى ذلك أن يلتزم المرسل إليه باعتباره فى حكم الأصيل فيه ، ومن ثم فلا يعتبر الشاحن نائبا عنه فى سند الشحن حتى يتطلب الأمر وكالة خاصة أو حتى يقال أن الشاحن قد تصرف فى شأن من شئون المرسل إليه وهو لايملك حق التصرف فيه ) نقض مدنى – الطعن رقم ١٣٥ – سنة ٣٥ قضائية – جلسة ١٩٦٨/٢/٧ – مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى – السنة ١٧ – ص ٣٠٠ وما بعدها – منشور فى المرجع العام فى التحكيم المصرى والعربى والدولى – المرجع السابق – ص ٢٢٢ .

(٣) د/ محمد فريد العرينى – التحكيم فى المنازعات البحرية – المرجع السابق – ص ١٦٠ – بند ٦ .

– د/ محمد نور شحاته – مفهوم الغير فى التحكيم – المرجع السابق – بند ٧٦ – ص ٥٧

د/ محمد عبد الفتاح ترك – التحكيم البحرى – النطاق الشخصى لاتفاق التحكيم فى عقد النقل البحرى – المرجع السابق – ص ٥٧١ وما بعدها .

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

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

ونظرًا لهذه الأهمية بالنسبة لتحديد المركز القانونى للمرسل إليه ، فإنه يجب أولًا تحديد ما إذا كان المرسل إليه طرفا أم غيرا له أثره المباشر بالنسبه لموضوع قوة سند الشحن فى الاثبات ثم بعد ذلك نعرض لموقف القضاء تجاه التزام المرسل إليه باتفاق التحكيم ، وذلك على النحو التإلى :

أولًا : المركز القانونى للمرسل إليه ومدى التزامه باتفاق التحكيم .

ثانيًا : موقف القضاء تجاه التزام المرسل إليه باتفاق التحكيم .

## ***أولًا***

## ***المركز القانونى للمرسل إليه***

## ***ومدى التزامه باتفاق التحكيم***

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

فى الفقه والقضاء وتنازعته آراء ونظريات عديدة لم يسلم أى منها من النقد [١] .

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

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

---

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

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

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

أيضًا أن نفاذ العقد بصفته واقعة قانونية تنشئ آثار قانونية قد تكسب الغير حقا أو تحمله التزاما ، فهو يتولد عنه التزام يقع على عاتق الغير عن طريق احترام عقود الآخرين والامتناع عن كل ما من شأنه الاخلال بما تتضمنه من حقوق والتزامات ، ولذلك فإن نفاذ العقد بصفته واقعة قانونية فهو يعتبر مدخلا مناسبا للوصول إلى معرفة المركز القانونى للمرسل إليه فى عملية النقل البحرى للبضائع وما يتصل بها .

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

وبتطبيق ما سبق على اتفاق التحكيم الوارد فى سند الشحن أو فى مشارطة الايجار التى تمت إحالة هذا السند اليها ، إحاله واضحة وقاطعة ، فإن هذا الاتفاق وجميع الشروط الموجودة فى سند الشحن يجب احترامها ، وذلك وفقا لمفهوم نفاذ العقد والاحتجاج به بصفته واقعة قانونية أساسها الالتزام باحترام العقد سواء كان ذلك من المتعاقدين الأصليين أو من المرسل إليه حيث أنهم تضمهم جميعاً مجموعة عقدية واحدة تنتج قوة النفاذ والاحتجاج بالعقد فى مواجهة كافة أعضائها [١] . إلا أنه يجب ملاحظة أنه من الضرورى توافر شرط العلم سواء أكان هذا العلم علما حقيقيا أو علما حكميا .

---

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

## ثانيًا

## موقف القضاء تجاه امتداداتفاق التحكيم إلى المرسل إليه

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

***الإتجـــاه الأول :*** هو ذلك الإتجاه الذى يرى أن مبدأ استقلال شرط التحكـــيم يحـــول دون امتداه ، حالة وروده بسند الشحن إلى المرسل إليه ، خاصة وأن هذا الشرط يعبـــر عـــن رغبـــة شخصية فى عدم سلوك سبيل القضاء من طرفى النزاع على نحو يقتضى قصر الإلتزام على من عبر بالفعل عن هذه الرغبة [١] .

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الإتجاه بحكمها الصادر فى قضية Navire – Soit ospreyبتاريخ ٢٩ نوفمبر ١٩٩٤ ، والذى قضت فيه ( بأنه لكى يحتج على المرسل إليه بشرط التحكيم الثابت فى سند الشحن ينبغى أن يتصل هذا الشرط بعلمه وأن يكون محل قبول من جانبه يصدر فى ميعاد لايتأخر ، على أكثر تقدير ، على لحظة انضمام المرسل إليه إلـــى عقـــد النقـــل بتسليمه البضاعة المرسلة ) [٢] .

---

(١) د/ مصطفى الجمال – د/ عكاشة عبد العال – التحكيم فى العلاقات الخاصة الدوليـــة والداخليـــة – المرجـــع السابق – ص ٥٠٦، د/ محمد فريد العرينى – التحكيم فى المنازعات البحرية – المرجع السابق – ص ١٦٠ وما بعدها ، د/ محمد نو شحاته – مفهوم الغير فى التحكيم – المرجع السابق – ص ٥٧ – بند ٧٦ .

(٢) D .M .F .1995 , 218 . NOT YVES TASSEL : OBS , Bonssies , D.M.F.1995.200 مشار إليه لدى د/ محمد فريد العرينى – التحكيم فى المنازعات البحرية – المرجع السابق – ص ١٦١ ,

وتأكد هذا الموقف الذى أرست به المحكمة مبدأ قانونيا ، فى حكم أخر لهـا بتـاريخ ٢٠ يونيو ١٩٩٥ فى قضـية Mediterranean shipping co . c/ GafL insurance &others حيث قضت بأن قبول الشاحن شرط التحكيم الوارد بسند الشحن لايكفى لكى يحـتج بهـذا علـى المرسل إليه مادام أن الأخير لم يقبله (١) .

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

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

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

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

---

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

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

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

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

(٤) د/ محمد فريد العرينى – التحكيم فى المنازعات البحرية – المرجع السابق – ص ١٦١ .

د/ مصطفى الجمال – د/ عكاشة عبد العال – التحكيم فى العلاقـات الدوليـة والداخليـة – المرجـع السـابق– ص ٥٠٦ .

يرتبط بسند الشحن كما يرتبط به الشاحن .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض فى حكم لها بأنه ( متى كان الشاحن هو مستأجر السفينة فإن التحدث بخلو سند الشحن من توقيع الشاحن للقول بعدم التزام الطاعن وهو المرسل إليه بالشروط الإستثنائية المحال إليها فى مشارطة إيجار السفينة لايجدى لأن توقيع الشاحب – وهو فى نفس الوقت يستأجر السفينة – على مشارطة إيجارها بما اشتملت عليه من شروط التحكيم يلزم الطاعن به باعتباره مرسلا إليه ، وطرفا ذا شأن فى عقد النقل ، ويكون عدم توقيع الشاحن على سند الشحن غير مؤثر على هذه النتيجة ، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد حصل فى نطاق سلطته الموضوعية وأن سند الشحن قد تضمن الإحالة على شرط التحكيم المنصوص عليه فى مشارطة الإيجار وكان مقتضى هذه الإحالة اعتبار شرط التحكيم من ضمن شروط سند الشحن فيلتزم به ..... وفق هذا النظر ، فإنه لايكون قد خالف القانون ) [1] .

---

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

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

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

بالإضافة إلى ما سبق أن كل ما يجب توافره لإلزام المرسل إليه بشرط التحكيم الوارد فى المشارطة هو أن تتم الإحالة إلى التحكيم سواء وردت الإحالة فى سند الشحن أو تمت إحالة سند الشحن إلى المشارطة فى عبارات عامة حيث يعتبر شرط التحكيم الوارد بالمشارطة فى هذه الحالة مندمجا فى سند الشحن ولابد أن تكون هذه الإحالة صريحة .

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

---

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

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

الشاحن هو مستأجر السفينة ، فإن توقيعه على المشارطة بما اشتملت عليه من شـــروط التحكـــيم يلزم الطاعن باعتباره مرسلا إليه ، وطرفا ذا شأن فى عقد النقل ، يتكافأ ، مركزه ومركز الشاحن مستأجر السفينة حينما يطالب بتنفيذ العقد ) [١] .

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

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

---

(١) – الطعن رقم ٤٥٣ لسنة ٤٢ قضائية جلسة ٢/٩/ سنة ١٩٨١ مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفنى

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

القانون الإنجليزى يحول دون عرض النزاع على هيئة التحكيم – إذا وردت الإحالة فى سند الشحن بصفة عامة على شرط التحكيم الوارد بمشارطة إيجار السفينة كما قدمت ترجمة لحكم من مجلس اللوردات أنه يتضمن هذا المبدأ ، وكان هذا الدفاع جوهريا قد يتغير به إن صح وجه الرأى فى الدعوى حتى لاتحرم الطاعنة من جهة تلجأ إليها للمطالبة بحقها فإن الحكم المطعون فيه إذ أغفل الرد على هذا الدفاع ، ولم يعرض للمستند المقدم من الطاعنة تأييدا له وقضى بعدم قبول الدعوى لسبق الإتفاق على التحكيم ، يكون معيبًا بالقصور ، وحيث أن ما تبغاه الطاعنة على الحكم المطعون فيه مخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه والقصور فى التسبيب وفى بيان ذلك بقول أنها تمسكت أمام محكمة الإستئناف بأن فى القضاء بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم إنكارا للعدالة وحرمانا للطاعنة من الحماية القانونية إذ يصبح حقها ليس له جهة يمكن الإلتجاء إليها للمطالبة به سواء كانت قضائية أو هيئة تحكيم وذلك أنه كان الحكم بعدم القبول يلزم الطاعنة بالإلتجاء إلى هيئة التحكيم فى لندن إلا أن القضاء الإنجليزى وعلى رأسه مجلس اللوردات قد استقر على أن الإحالة العامة فى سند الشحن على مشارطة إيجار السفينة لايجعل الإتفاق على التحكيم المنصوص عليه فيها مندمجا فى سند الشحن ، ومؤدى هذا هو تعذر عرض النزاع على هيئة التحكيم لعدم اختصاصها بنظره وقالت الطاعنة أنها قدمت لمحكمة الإستئناف ترجمة رسمية لحكم صادر من مجلس اللوردات فى نزاع مماثل وأن الحكم المطعون فيه أغفل الرد على هذا الدفاع الجوهرى وقضى بتأييد الحكم المستأنف مخالف القانون وأخطأ فى تطبيقه بما يستوجب نقضه ) [1] .

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

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

---

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

**مما سبق يتضح لنا أنه :**

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

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

## *المطلب الثانى*
## *امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير*
## *فى العقود المرتبطة ومجموعة الشركات*

***تمهيد وتقسيم :***

تبين لنا مما تقدم أن التحكيم هو نوع من القضاء وأن مصدر سلطة المحكم تكمن فى إرادة المتعاقدين فى اللجوء إلى التحكيم وهذا هو ما يجعل التحكيم مرتبطاً وخاضعاً لمبدأ النسبية التى تفيد عدم إمكانية فرض هذا القضاء على من لم ترتض إرادته به ، وبالتإلى فإن التحكيم لا يمكن أن يلزم غير الموقعين عليه ، بمعنى أنه لا يمكن لهيئة التحكيم أن تقضى لصالح من لم يكن طرفا فى اتفاق التحكيم ــ وكما سبق لنا القول ــ أن هذا هو ما كان عليه وفقا للنظرية التقليدية [1].

---

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

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

أيضا فإن التحكيم يُعتبر نوع من القضاء لكنه قضاء متجدد ومتطور وفقا للعلاقات الدولية ، وهذا يفسر التعديل المستمر فى التشريعات المختلفة لقضاء التحكيم والاتفاقيات الدولية .

ولذلك ونظراً للتطور السريع الذى تمر به التجارة والصناعة سواء على المستوى الدولى والمحلى والعربى كل هذا أدى إلى تطور نظام التحكيم وظهور النظرية الحديثة التى تنظر إلى العقود بمنظار آخر حيث بدأ الخروج تدريجيا من إطار النظرية التقليدية والتى تقصر أثار العقد على أطرافه إلى التوسع فى مفهوم الطرف وبدأ ظهور الاستثناءات على مبدأ نسبية العقود تدريجيًا .

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

---

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

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

الفرع الأول : امتداد اتفاق التحكيم فى العقود المترابطة .

الفرع الثانى : امتداد اتفاق التحكيم فى مجموعة الشركات .

## *الفرع الأول*

## *امتداد اتفاق التحكيم فى مجموعة العقود المترابطة*

أجمع الفقه على أن امتداد اتفاق التحكيم فى مجموعة العقود وهو عبارة عن وجود سلسلة من العقود والتى تفترض وجود مجموعة من العقود المستقلة فى كيانها الظاهرى ، ولكنها مترابطة فيما بينها من الناحية الاقتصادية ، وهذا الترابط من أهم أسبابه هو أن يكون بسبب وحدة الموضوع أو لوجود عنصر التبعية [1] .

---

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

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

وعرف البعض الأخر من الفقه مجموعة العقود بأنها عبارة عن تـــرابط مجموعـــة مـــن العقود سواء بسبب موضوعها أو بسبب أشخاصها لتحقيق عملية تجارية معينة [1] .

*ففي الواقع العملي :* يمكن أن تجتمع عدة عقود حول محل واحد وتتعاقب عليـــه ويكـــون محلا لكل منها ، أو حول غرض واحد يسهم أحدها فى بيان الإلتزامات المحققـــة لـــه ، وتســـهم الأخرى فى تنفيذ هذه الإلتزامات أو تساعد عليه أو تقوم بتقديم الضمان اللازم لإتمام تنفيذه ، مثل تعاقب عدة عقود بشأن تنفيذ مشروع واحد .

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

وقد آثارة فكرة مجموعة العقود العديد من التساؤلات وأهمها هو ما مدى امتـــداد اتفـــاق التحكيم المنصوص عليه فى أحد عقود المجموعة إلى أطراف عقد آخر من عقود المجموعة والتى لم يتم النص فيها على اتفاق التحكيم أو يتم الاحالة اليها ؟ .

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

---

= الغالب فى قضاء التحكيم الدولى هو التزام جميع الشركات المنخرطة فى إبرام العقد المتضمن شـــرط التحكـــيم وتنفيذه بطرح منازعاتهم على التحكيم ، فإنه من المقرر أن شرط التحكيم يتبع محل العقد المندرج فيه فى حركته من متعاقد إلى آخر دون حاجة إلى اتفاق على محل العقد أو فى كل حلقة من حلقات الالتزامات التى نص العقـــد على التحكيم فى منازعات تنفيذها ، أن التصرفات الصادرة عن جميع الأشخاص الذين وضعوا توقيعهم على عقد تحلية المياه تؤكد انصراف إرادتهم المشتركة إلى جعل التحكيم طريقا لتسوية المنازعـــات الناشـــئة عـــن تنفيـــذ الالتزامات التى يضعها هذا العقد على عاتقهم وإلا فإنه لا يستساغ القول بأن الإرادة المشتركة لواضعى التوقيـــع على العقد قد انصرفت إلى التزام المحتكمة بتنفيذ ماتعهدت به الشركة المحتكم ضدها الثانية من التزامـــات مـــع حرمان المحتكمة من الإستفادة من بند التحكيم الذى هو جزء لايتجزأ من العقد الذى وقع عليه ممثلها القـــانونى ، فهذا البند يتبع الالتزام فى حركته ) القضية التحكيمية رقم ٧٢٣ لسنة ٢٠١٠ التى صـــدر الحكـــم فيهـــا بتـــاريخ ٢٠١٠/١/٣١ – مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى – مجلة التحكيم العربى – العدد الثامن عشـــر – يونيو ٢٠١٠ – ص ٢٤٢ .

(١) د/أحمد مخلوف– إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية – المرجـــع الســـابق – ص ٢٤٥ .

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

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

أولًا : إمتداد اتفاق التحكيم فى سلسلة العقود المبرمة بين نفس الأطراف .

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

---

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

***أولًا : امتداد اتفاق التحكيم فى سلسلة العقود المبرمة بين نفس الأطراف :***

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

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

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

والسؤال هنا هل يمتد اتفاق التحكيم إلى العقود اللاحقة التى لا تتضمن هذا الشرط وذلك باعتبارها أحد العقود المنتمية إلى سلسلة العقود السابقة ؟ وهل يمكن استنتاج القبول الضمنى لشرط التحكيم فى العقد الأخير بناء على العقود السابقة والتى كانت تتضمن دائما شرط التحكيم ؟

ومن الملاحظ أن هذا الفرض يتعلق بمجموعة من العقود المتعددة بين نفس الأطراف مع بقاء كل عقد منها مستقلا اقتصاديا وقانونيا عن الآخر .

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

---

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

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

د/ حفيظة السيد الحداد – الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم – المرجع السابق، ص ١٧١.

وقد اتجه القضاء إلى امتداد شرط التحكيم الوارد فى أحد عقود السلسلة العقدية إلى العقود اللاحقة . التى لا تتضمن شرط التحكيم ، بحيث يمكن فض منازعاتهم عن طريق التحكـــيم دون قضاء الدولة وذلك وفقا لما تقتضيه سوابق التعامل بين الأطراف فإذا تخلفت تلك الســـوابق فـــلا يمكن امتداد اتفاق التحكيم إلى العقود اللاحقة [١] .

ولذلك سوف نعرض لاتجاهات القضاء فى مد شرط التحكيم المنصوص عليه فى العقـــود السابقة إلى العقود اللاحقة التى لم يتم النص فيها على شرط التحكيم ، ثم بعد ذلك نعرض لأهـــم اتجاهات الفقه فى مدى امتداد اتفاق التحكيم فى مجموعة العقود المتتالية والتى يوجد بهـــا اتفـــاق على التحكيم إلى العقود اللاحقة والتى لم يكن بها نص على اتفاق التحكيم وذلـــك علـــى النحـــو التالى :

**١- إتجاهات القضاء بالنسبة لمد اتفاق التحكيم إلي العقود اللاحقة الـــواردة في أحد عقود السلسلة العقدية إلي العقود اللاحقة :**

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

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

---

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

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

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

مشار أليه لدى د/ أحمد مخلوف – اتفاق التحكيم كأسلو لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية – المرجع الســـابق ص ٢٥٠ .

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

٣- أيضًا أكدت محكمة استئناف باريس فى حكمها الصادر فى ٢٥ مارس ١٩٨٣ هنا المعنى فى وقائع القضية المعروفة (sorvia) وتتلخص وقائعها فى أن الشركة (sorvia) الفرنسية قد تعاقدت على شراء كمية من اللحوم المجمدة من الشركة الأمريكية weimstein بموجب عقدين أبرم الأول فى يوليو ١٩٧٩ والثانى فى أغسطس من نفس العام . وعلى أثر استلام الشحنة الأولى وظهور عدم مطابقتها للمواصفات المتفق عليها ، أخطرت الشركة الفرنسية الطرف الأمريكى بتأجيل إرسال الشحنة الثانية لحين فض النزاع بخصوص الشحنة الأولى ، ولكن الإخطار جاء متأخرا حيث كانت الشركة الأمريكية قد أرسلت بالفعل تلك الشحنة . فرفضت الشركة المستوردة تسلمها ، مما اضطر الشركة الأمريكية المصدرة إلى بيعها بثمن أقل واتخاذها إجراءات التحكيم ضد الشركة الفرنسية أمام جمعية التحكيم الأمريكية A.A.A حيث حصلت على حكم لصالحها بتعويض يمثل الفارق بين الثمن المتفق عليه مع المحكوم ضدها والثمن الذى بيعت به الشحنة بعد ذلك بالاضافة إلى الفوائد القانونية . وعندما صدر الأمر بتنفيذ ذلك الحكم طعنت الشركة الفرنسية فى أمر التفيذ وذلك استنادا إلى أن العقد الصادر بخصوص الحكم لم يكن يتتضمن شرط التحكيم فرفضت محكمة استئناف باريس ذلك الطعن مقررة أنه ( إذا كان العقد محل النزاع لم يتضمن شرط التحكيم فإن العقد الآخر المبرم بين نفس الأطراف من ذات طبيعة الصفقة قد احتوى على مثل هذا الشرط فضلا عن وجود ثمان وعشرين معاملة سابقة بينهم على استيراد وتصدير اللحوم المجمدة كانت تتضمن شرط تحكيم مماثل باختصاص جمعية التحكيم الأمريكية )[1] .

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

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

## ٢- إتجاهات الفقه بالنسبة إمتداد إتفاق التحكيم في سلسلة العقود المبرمة بين نفس الأطراف :

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

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

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

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

---

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

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

(٣) د/ مصطفى الجمال – د/ عكاشة عبد العال – التحكيم فى العلاقات الخاصة والدولية – المرجع السابق –ص ٤٩٥ .

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

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

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

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

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

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

---

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

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

***<u>ثانيًا : إمتداد اتفاق التحكيم في مجموعةالعقود بسبب وحدة الموضوع :</u>***

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

إلا أن هذا العقد وحده لا يمكن أن يشتمل علي جميع العمليات الخاصة بتنفيذ هذا المشروع العملاق ، وإنما يكون هناك مجموعة أخري من العقود والتي تكون تابعة لهذا العقد الأساسى والخاصة بتنفيذ هذا العقد واللازمة لتحقيق الجوانب المختلفة لهذا المشروع والعمل علي إنجازه [٢] .

وقد يحدث أحياناً أن يتم الإتفاق علي التحكيم في بعض العقود الواردة في مجموعة العقود التي تساهم في تحقيق نفس العملية الإقتصادية ولم يرد في العقود الأخري في نفس المجموعة .

والسؤال هناهو ما مدي إمكانية إمتداد إتفاق التحكيم الوارد في أحد أو بعض هذه العقود إلي باقي عقود المجموعة التي لم يرد بها هذا الإتفاق ؟

*<u>وللإجابة علي هذا السؤال يجب التفرقة بين ثلاثة فروض وذلك علي النحو التالي:</u>*

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

---

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

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

بمعني أن إتفاق التحكيم يمتد إلي باقي العقود الأخري باعتبار أنها جاءت لتنفيذ هذا العقد السابق [١] .

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

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

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

---

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

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

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

مشار إليه لدى د/ أحمد عبد الكريم سلامة – قانون التحكيم التجارى الدولى والداخلى – المرجع السابق – بند ١٣٢ – ص ٤٥٨ .

الأصلي ، كأن ينص علي جعل الاختصاص للقضاء الوطني في دولة معينة ، حيث أنه في هـذه الحالة لا يجوز إمتداد اتفاق التحكيم الوارد في العقد الأصلي إلي العقد التبعي أو العقد المنفذ للعقد الاصلي [١] .

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

في هذا الفرض أيضاً لا توجد صعوبة وذلك لأنه في هذه الحالة يتم العمل بشرط التحكيم الوارد في كل عقد علي حدة ، وبالتالي يتم تعيين هيئة تحكيم للفصل في المنازعات الناشئة عـن كل عقد من العقود علي حدة . وذلك مالم يتبين أن القانون الواجب التطبيق يـنص علـي ضـم المنازعات المرتبطة ويتم تشكيل هيئة تحكيم واحدة للفصل في كافة المنازعات الناشئة فـي هـذا الإطار التعاقدي [٢] .

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

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

---

(١) د/ أحمد عبد الكريم سلامة – قانون التحكيم التجارى الدولى والداخلى – المرجع السابق – بنـد ١٣٢ – ص ٤٥٨ .

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

(٣) د/ أحمد عبد الكريم سلامة – قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي – المرجع السـابق– بنـد ١٣٢– ص ٤٥٧

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

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

*الاحتمال الثاني :* وهو إذا كان هناك نص في القانون الواجب التطبيق علي ضـــم هـــذه المنازعات المرتبطة في هذه الحالة فإنه يتم تشكيل هيئة تحكيم واحدة تفصـــل فـــي كافـــة هـــذه المنازعات الناشئة في هذا الإطار التعاقدي .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف باريس بأن (هيئة التحكيم تكون مختصة بنظر النزاع في مجموعة العقود إذا ظهرت موافقة ولو ضمنية بالرغبة في الإنضمام علي اتفاق التحكيم )[١] .

***الفرض الثالـــث :*** هو ذلك الفرض الذي يرد فيه اتفاق التحكيم في أحد العقود المنفذة للعقد الأصلي دون أن يكون هناك اتفاق علي التحكيم في هذا العقد الأخير.

لقد ثار خلاف في الفقه بخصوص هذا الفرض ما بين مؤيد ومعـــارض لإمتـــداد اتفـــاق التحكيم الوارد في أحد العقود ولم يكن موجوداً في العقد الأساسي .

**الإتجاه الأول وهو الإتجاه المعارض:** ذهب هذا الإتجاه إلي عدم إمتداد اتفاق التحكيم إلي العقد الأصلي – عقد الأساس– ويري هذا الجانب من الفقه أن شرط التحكيم الذي يرد في العقـــد التنفيذي أو العقد التبعي لا يمتد إلي العقد الأصلي ، والعكس صحيح حيث أنـــه إذا كـــان إتفـــاق التحكيم وارداً في العقد الأساسي فإنه يمتد إلي العقود اللاحقة عليه [٢] .

**بينما ذهب الإتجاه الثاني وهو الإتجاه المؤيد :** وقد ذهب هذا الاتجاه إلى أنه يجـــب أن تفسر إرادة الأطراف فى كل حالة على حده وذلك للوقوف على إرادتهم الحقيقية من اتفاق التحكيم وذلك لأن امتداد شرط التحكيم يجب أن يكون مبنيا على أسباب قانونية يستطيع قضاء الدولـــة أو قضاء التحكيم أن يتحقق من توافرها ومن أهم هذه الأسباب هى أن يرد شرط التحكيم فى إطـــار تنفيذ نفس العملية التجارية ، فإذا تحقق ذلك كان امتداده واجبا إلى بقية عقود المجموعة ، أيا ما

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

مشار إليه لدى د/ أحمد مخلوف – اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدوليةمرجع السابق– ص ٢٥٠ .

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

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

## *الفرع الثاني*

## *امتداد اتفاق التحكيم إلي الغير في مجموعة الشركات*

### *تمهيد القسم :*

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

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

---

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

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

بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلي تعريفها بأنها عباره عن الشركات المتعددة الجنسيات التي تتخذ شكل مشروعا خاصا متعدد القوميات [١] .

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

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

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

٢- من خلال العلاقات التعاقدية التي تتم فيما بينهم .

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

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

أيضًا هناك مجموعة الشركات التي تتعاقد فيما بينها لتحقيق نوعا من التكامل فيما بينها ، كما هو الحال بالنسبة لشركات الانتاج التي تتعاقد مع شركات أخري لتوزيع المنتجات والبضائع [٤] .

---

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

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

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

(٤) د/ باسمة لطفى دباس – اتفاق التحكيم وآثاره – المرجع السابق – ص ٥١٥ .

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

ونظرًا لأهمية مجموعة الشركات في مجال التجارة الدولية ، ولأنها تقوم بتنفيذ العديد من المشروعات الاقتصادية العملاقة والتي ساعدت علي تنشيط حركة التجارة بين سائر دول العالم .

فقد يحدث أحياناً أن تلجأ مجموعة من الشركات أثناء قيامها بتنفيذ تلك المشروعات إلي التوقيع في عقودها علي اتفاق تحكيم في كل عملية تجارية تقوم بها . وقد يكون هذا الاتفاق تم التوقيع عليه من الشركة الأم أو من الشركة الوليدة .

والسؤال هو ما مدي إمكانية امتداد اتفاق التحكيم الذي تم التوقيع عليه من إحدى الشركات إلي الشركة الأخري التي لم توقع عليه ( من الشركة الأم إلي الشركة الوليدة والعكس ) .

أو بمعني آخري هل يمكن الاحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهة شركات المجموعة الواحدة ؟ أي أنه إذا كان هناك شرط تحكيم وارد في عقد أبرم بين شركة تنتمي إلي مجموعة من الشركات وشخص من الغير فهل تمتد آثاره إلي باقي الشركات الأعضاء في هذه المجموعة أو بعض منها أم لا ؟ (١) .

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

## ***أولًا : موقف الفقه من امتداد اتفاق التحكيم فى مجموعة الشركات :***

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

(٣) د/ إبراهيم احمد إبراهيم – التحكيم الدولي الخاص – المرجع السابق – ص ١١٢ .

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

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

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

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

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

*<u>الإتجاه الثاني هو الاتجاه المؤيد لفكرة امتداد اتفاق التحكيم إلي الغير في مجموعة الشركات :</u>*

أو بمعني آخر امتداد اتفاق التحكيم في مجموعة الشركات إلي باقي شركات المجموعة التي لم تكن طرف في هذا الاتفاق . وهذا الاتجاه يأخذ بفكرة الامتداد الأفقي لإتفاق التحكيم والذي يستند إلي فكرة الإرادة الظاهرة [٤] ، وهو يعني أن امتداد شرط التحكيم الذي وافقت عليه شركة أو أكثر إلي عقود وقعتها شركات أخري لا تتضمن شرط تحكيم ولكنها تنتمي لنفس مجموعة الشركات أو الشركة الأولي .

---

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

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

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

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

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

وبناء عليه فإن اتفاق التحكيم الذي تبرمه إحدى شركات المجموعة يلزم الشركات الأخري الداخله في هذه المجموعة ، فإتصال الشركات الداخله في المجموعة بالمعاملة التجارية الدولية يتم عن إرادة ظاهره لديها في الالتزام بشرط التحكيم الذي أبرمته إحدي شركات المجموعة ، ويتضح هذا الإتصال عن طريق المعاملة التجارية إما من خلال المشاركة في المفاوضات علي العقد ، أومن خلال المساهمة في تنفيذ العقد [٢] .

---

(١) د / حفيظة السيد الحداد – الاتجاهات المعاصرة بشان اتفاق التحكم – المرجع السابق ص ١٣٩ .

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

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

*وبناء عليه يتضح لنا أنه يوجد هناك ثلاثة حالات لامتداد اتفاق التحكيم إلـــي مجموعـــة الشركات هي :*

***الحالة الأولي :*** هي تلك الحالة التي تتولي فيها الشركة الوليدة إبـــرام العقـــد التجـــاري الدولي ، بينما يقف دور الشركة الأم عند مرحلة المفاوضات وتنفيذ العقد [١] .

***الحالة الثانية :*** هي تلك الحالة التي تتعاقد فيها أكثر من شركة وليدة مـــع الغيـــر ، ثـــم تشارك عدة شركات أخري من نفس المجموعة في تنفيذ العقد أو الإستفادة منه .

***الحالة الثالثة :*** هي تلك الحالة التي يمتلك فيها شخص طبيعي مجموعة شركات تخضـــع لرقابته المباشرة ، وفي هذه الحالة يمتد شرط التحكيم من الشركة إلي الشخص الطبيعي نفسه [٢] .

---

(١) وتطبيقا لذلك قضت هيئة التحكيم فى حكم لها صادر عن مركز القاهرة الإقليمى بأن ( انصراف فكرة الطرف إلى الشركة الأم التى شاركت فى تنفيذ العقد محل النزاع الذى وقعه الفرع ، وذلك باعتبار أن الفرع الموقع علـــى العقد هو فى الواقع نائبا عن الشركة الأم ، الشخص الذى يفصح عن إرادته بالإرتباط بأخر فـــى علاقـــة عقديـــة قاصدا التزامه بما يرد فى العقد يعتبر طرفا فيه يحق له المطالبة بما يرتبه العقد من آثار . فإذا تبين مـــن وقـــائع النزاع الناشئ عن عقد معين أن الإرادة المشتركة للعاقدين قد اتجهت إلى انصراف أثر العقد إلى غيرهم ممن وقع على العقد عن طريق نائبه ومشاركته فى تنفيذه فإنه يتقيد بشرط التحكيم الوارد فى العقد . وترتب على ذلـــك أن الشخص الذى توافرت فيه شروط إرتباطه بالعقد المتضمن شرط التحكيم يستفيد من هذا الشـــرط فـــى مواجهـــة أطراف العقد الأخرين . حيث يتضح أن الشركة المحتكم ضدها الثالثة تعد طرفا فى اتفاق التحكـــيم ، حيـــث أن الشركة المحتكم ضدها الثانية قد وقعت على العقد بصفتها فرعا للشركة المحتكم ضدها الثالثـــة ، وهـــو مـــايبرر الاحتجاج على الشركة الأخيرة باتفاق التحكيم حيث أن الشركة الموقعة على العقد المتضمن اتفاق التحكيم هى فى الواقع نائب عن الشركة المحتكم ضدها الثالثة ، وحيث جاء هذا العقد تنفيذا لاتفاق التفاهم الذى أبرمتـــه الشـــركة الأخيرة مع شركة أخرى ومما يؤكد انصراف فكرة الطرف إلى الشركة المحتكم ضدها الثالثة حيث أنها شـــاركت فى تنفيذ العقد محل النزاع الذى وقعته الشركة المحتكم ضدها الثانية . ومن المؤكد أن أطراف العقد محل النـــزاع الموقعين عليه على علم بهذه الحقائق وأنهم رتبوا علاقاتهم على هذا الأساس ) القضية التحكيمية رقم ٧٢٣ لســـنة ٢٠١٠ والتى صدر حكم فيها بتاريخ ١/٣١ ٢٠١٢ – مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الـــدولى – مجلـــة التحكيم العربى – العدد الثامن عشر – يونيو ٢٠١٢ – ص ٢٣٩ – ٢٤٠ .

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

***ثانيًا: موقف القضاء من امتداد اتفاق التحكيم في مجموعة الشركات :***

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

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

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

**أولاً : بالنسبة للحالة الأولي :** وهي تلك الحالة التي تتعاقد فيها أكثر من شركة وليدة مع الغير ثم تشارك عدة شركات أخري في نفس المجموعة فى تنفيذ هذ العقد أو الأستفادة منه .

وقد أكدت هيئة التحكيم بغرفة التجارة الدولية في باريس في حكمها الصادر في ٢٣ ديسمبر لسنة ١٩٨٢ مبدأ إمتداد اتفاق التحكيم في مجموعة الشركات لباقي شركات المجموعة التي لم تكن طرفا في هذا الأتفاق [١] .

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

---

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

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

حكمها الصادر في الطعن المقدم أمامها بشأن حكم التحكيم المذكور [1] .

**الحالة الثانيـــة :** وهى تلك الحالة التى تتولى فيها الشركة الوليدة إبرام اتفاق التحكيم بينما يقف دور الشركة الأم عند مرحلة المفاوضات أو تنفيذ العقد .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة pou فى أحد أحكامها بشأن تلك الحالة ( بإدخال الشركة الأم طرفا فى إجراءات التحكيم ، وذلـــك لأنـــه من المقبول قانونـــا أن شـــرط التحكيم الـــذى قبلته صراحـــة

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

المشتركة لكل من الشركات المعنية ، فإن مجموعة شركات (DOW) طرف في العقـود علـي الرغم من إنها لم تقم بالتوقيع عليها ولهذا يسري شرط التحكيم في مواجهتهم ) [١] .

**أيضا وقد أيد هذا الإتجاه مركز القاهره الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي :**

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

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

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

---

[1] cour d' appel de paris , 21 octobre 1988 ,Rev . Arb , 1974 p 98 . not : Achapelle

(٢) وتتلخص وقائع هذه القضية فى أن شركة سرهنك تعاقدت مع شركة أوراكل المحدودة للنظم على عقد وكالة مؤرخ فى ١٩٩١/٦/١ ، وقامت شركة سرهنك بالوفاء تجميع التزاماتها التعاقدية ، بل قامـت بتنفيـذ التزامـات أخرى تجاوز عقد الوكالة إلا أن شركة أوراكل المحدودة للنظم (المدعى عليها ) قد قامت بإنهاء العقـد بإرادتهـا المنفردة وبطريقة خاطئة لاتتفق مع مبدأ حسن النية ، فلجأت شركة سرهنك إلى التحكيم مختصمة كلا من شـركة أواكل المحدودة للنظم وشركة أوراكل العالمية مطالبة بالتعويض . إلا أن الشركتين المحتكمتـين ضـدهما طلبـا استبعاد شركة أوراكل العالمية المحتكم ضدهما طلبا استبعاد شركة أوراكل العالمية المحتكم ضدها الثانية – مـن النزاع الماثل ، وذلك لكون طرفى الاتفاق الذى تضمن شرط التحكيم هما شركة سرهنك وشركة أوراكل المحدودة للنظم ، وأن شركة أوراكل العالمية لاتعد طرفا فى اتفاق التحكيم فلا يصح إدخالها طرفا فى الدعوى وقد رفضت هيئة التحكيم هذا الدفع وقضت بقضائها الوارد فى المتن ، بل وقررت ( أنه لما كان المبدأ السائد فى مجال التجارة الدولية وخاصة فى مجال التحكيم الدولى أن فكرة الطرف فى التحكيم لا تعنى فقط شخص الموقع على الاتفاق ... وإنما ... يمتد ليشمل جميع المشروعات المؤسسة لمشروع أو فرع مشترك إذا أبرم هذا الفرع عقد تضمن شـرط التحكيم . القضية التحكيمية رقم ١٠٩ لسنة ١٩٩٨ – الحكم الصادر عن مركـز القـاهرة الإقليمـى – جلسـة ١٩٩٩/٣/١١ – مجموعة الأحكام الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمى – مجلة التحكيم العربى – العـدد الأول – سنة ١٩٩٩ .

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

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

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

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

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

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

---

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

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

– مشار إليه لدى د/ باسمة لطفى دباس – المرجع السابق – ص ٧٧

(٣) الطعنان رقمى ٤٧٢٩ – ٤٧٣٠ لسنة ٧٢ قضائية – جلسة ٢٢/ ٦/ ٢٠٠٤ . مشار إليه لدى د/ سميحةالقليوبى – الأسس القانونية للتحكيم التجارى وفقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ – المرجع السابق – ص ٩٠ .

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

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

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

---

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

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

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

وذلك لأنه يجب عدم التوسع في تفسير إرادة الأطراف لمحاولة إمتداد اتفاق التحكيم علي الشركة التي تفاوضت أو تدخلت في إبرام العقد أو تنفيذه طالما أن القرائن لم تدل علي قبول تلك الشركة لإتفاق التحكيم أو أن نيتها تتجه إلي أن تكون طرفا في اتفاق التحكيم ، وذلك لأن امتداد اتفاق التحكيم يتعارض مع النشأه الإتفاقية للتحكيم ، كما أنه قد يؤدي إلي ظهور نوع من التحكيم الغيابى الذي لم تتجه إرادة بعض الأطراف إلي إتخاذه وسيلة لفض منازعاتهم ، وبالتالي فإنه يجب عدم التوسع في فكرة امتداد اتفاق التحكيم ، وإنما يجب أن يكون إستثناء علي الأصل وهو عدم التوسع فيه [1] .

## المبحث الثانى

## الإحتجاج باتفاق التحكيم فى مواجهة الغير

***تمهيد وتقسيم :***

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

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

---

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

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

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

الدائن فى حالة وفائه للدائن نيابة عن المدين ؟ وسوف نجيب على هذه الأسئلة على النحو التإلى :
المطلب الأول : الإحتجاج باتفاق التحكيم فى مواجهة الضامن والمتضامن .
المطلب الثانى : الإحتجاج باتفاق التحكيم فى مواجهة الكفيل .

## *المطلب الأول*
## *مدى الاحتجاج باتفاق التحكيم*
## *فى مواجهة الضامن والمتضامن*

***تمهيد وتقسيم :***

التضامن إما أن يكون إيجابيا ( وهو تضامن الدائنين ) وإما أن يكون سلبياً ( وهو تضامن المدينين) وفى كلا من التضامن الإيجابى والتضامن السلبى فإن الالتـزام يكـون واحـد ولكـن الأطراف يكونوا متعدديين [١] .

وأيضًا نص المشرع على أن التضامن لا يفترض فقد نص فى المادة ٢٧٩ مدنى على أن ( التضامن بين الدائنيين أو بين المدينيين لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفـاق أو نـص فـى القانون ) .

والقاعدة هى أن المتضامن يعتبر ممثلاً لغيره من المتضامنين معه فيما ينفعهم وليس فيما يضرهم [٢] .

بمعنى أن باقى المتضامنين يجوز لهم التمسك بما أبرمه أحدهم من تعاقدات فى حالـة أن رأوا أن ذلك فى مصلحتهم ، أما إذا رأوا أن هذه التعاقدات ليست فى مصلحتهم فلهم الحـق فـى اسقاط الالتزامات التى تنشأ عن هذه التعاقدات عن أنفسهم [٣] .

---

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

(٢) وتطبيقا لذلك قضت هيئة التحكيم فى الدعوى رقم ٢٤٨ بأن ( التضامن لايفترض ولايؤخذ فيه بالظن ولكن ينبغـى أن يرد إلى نص فى القانون أو إلى اتفاق صريح أو ضمنى – وعلى قاضى الموضوع إذا استخلصه من عبارات العقد وظروفه أن يبين كيف أفادته هذه العبارات والظروف ، وهناك التزام يقع على عاتق أطراف العقد بصفه عامة يتمثل فى وجوب تنفيذ ماورد فى بنوده بطريقة تتفق مع ما يتطلبه حسن النية ، فالعقد لاينشئ حقا ولايولد التزاما لم يرد بشأنه نص فيه ، والملتزم يقوم بتنفيذ التزامه كما ورد فى العقد دون نقص أو زيادة إلا إذا كان ذلك من مستلزمات التنفيذ ) . القضية التحكيميـة رقـم ٢٤٨ لسنة ٢٠٠١ – جلسة ٣/٧/ ٢٠٠٢ – الحكم الصادر عن مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجـارى الـدولى – مجلـة التحكيم العربى – العدد الخامس – سبتمبر سنة ٢٠٠٢ – ص ١٩٢ .

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

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

ونظرا لأنه لا يوجد فى قانون التحكيم نص خاص بشأن التضامن فى اتفاق التحكيم فإن ما أوردناه بشأن التضامن فى التعاقد فى القانون المدنى سوف نقوم بتطبيقه على التضامن فى اتفاق التحكيم بنوعيه السلبى والإيجابى .

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

الفرع الأول : الاحتجاج باتفاق التحكيم فى مواجهة المدينيين المتضامنيين ( التضامن السلبى )

الفرع الثانى : الاحتجاج باتفاق التحكيم فى مواجهة الدائنيين المتضامنيين ( التضامن الايجابى )

## *الفرع الأول*

## *الاحتجاج باتفاق التحكيم فى مواجهة المدينيين المتضامنيين*

## *( التضامن السلبى )*

التضامن السلبى هو عبارة عن الالتزام الذى يتعدد فيه المدينون بحيث يصبح كل مدين مسئول قبل الدائن عن كل الدين فى مقابل أن وفاء أى مدين بالدين للدائن برئة ذمته وذمة سائر المدينيين المتضامنيين [1] .

ومن أهم المبادئ التى تحكم التضامن السلبى هى وحدة الدين وتعدد الروابط ، النيابة التبادلية فيما ينفع وليس فيما يضر بين المدينيين المتضامنيين

لقد نص المشرع فى المادة ٢٨٤ مدنى مصرى على أنه ( إذا كان التضامن بين المدينيين فإن وفاء أحدهم بالدين يُبرئ لذمة الباقين ) .

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

---

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

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

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

ولذلك فاذا ما تم إبرام اتفاق تحكيم بين أحد المدينيين المتضامنيين وبين الدائن فإن هذا الاتفاق لا يلتزم به المدينيين المتضامنيين الاخرين ويكون لهم الحق فى الدفع بعدم إبرامهم لهذا الاتفاق وذلك فى حالة اختصامهم فى الخصومة أمام المحكم [١] .

ولما كانت القاعدة العامة فى التضامن هى أن المتضامن يعتبر ممثلاً لغيره من المتضامنيين معه فيما ينفعهم وليس فيما يضرهم . معنى ذلك أن اتفاق التحكيم الذى يبرمه المدين المتضامن لا يكون ملزما للمدينيين الاخرين المتضامنيين اذا لم يقروه ويتمسكوا به .

ولكن فى الحالة التى يتمسك بها المدينيين المتضامنيين باتفاق التحكيم اذا كان سوف يحقق لهم مصلحة فإنهم يصيرون أطرافا فيه وذلك بمقتضى مبدأ نيابة المدين المتضامن عن غيره من المدينيين المتضامنيين معه [٢] .

---

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

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

وبناء على ما تقدم فإنه إذا ما كان هناك اتفاق على التحكيم بين أحد المدينيين المتضامنيين وبين الدائنيين وتم الفصل فى النزاع بين الطرفين من قبل المحكم ، فإن حكم التحكيم الذى يصدره المحكم فإنه يكون قاصرا بحسب الأصل على طرفى التحكيم فلا يحوز حجيـــة قبـــل المـــدينيين الاخرين .

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

الا أنه وفقا لمبدأ نيابة المدين الذى أبرم اتفاق التحكيم عن باقى المدينيين المتضامنيين معه فيما ينفعهم ، فإنه يجوز للمدينيين المتضامنيين التمسك بهذا الحكم طالما أنه فى صالحهم [١] .

---

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

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

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

## *الفرع الثانى*

## *الاحتجاج باتفاق التحكيم فى مواجهة الدائنين المتضامنيين*

### *التضامن الايجابى*

التضامن الايجابى هو مجرد تسهيل عملية استيفاء الحق ، إذ يكون لكل من الدائنين المتضامنيين أن يستوفى كل الحق من المدين ، وأيضاً يكون للمدين يوفى بالدين كله لأى منهم وفى هذه الحالة تبرأ ذمته بهذا الوفاء والتضامن الايجابى هو أن يوكل الدائنون أحدهم فى قبض الدين نيابة عنهم ، ويتفق التضامن الايجابى مع التضامن السلبى فى المصدر . كما أن المبادئ التى تحكم التضامن السلبى هى ذاتها المبادئ التى تحكم التضامن الايجابى بين الدائنين . والمبادئ الثلاثة التى تحكم التضامن الايجابى هى وحدة الدين وتعدد الروابط والنيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر وهذه هى المبادئ التى تحكم علاقة المدين بالدائنين المتضامنيين [١] .

وبناء عليه فإذا ما تم إبرام اتفاق تحكيم بين أحد الدائنيين المتضامنيين مع المدين فإن هذا الاتفاق لا يُلزم باقى الدائنيين المتضامنيين ولا يمنعهم اللجوء إلى القضاء ، ويكون لهم الحق فى الدفع بإنتفاء صفتهم فى التحكيم إذا ما تم إختصامهم فى الخصومة أمام المحكم .

إلا أنه على الرغم من ذلك ووفقا لنص المادة ٢٨٢ / ٢ فإنه يجوز للدائنيين المتضامنيين التمسك باتفاق التحكيم المبرم بين أحد الدائنيين المتضامنيين والمدين وذلك إذا كان هذا الاتفاق يحقق لهم مصلحة .

---

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

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

وذلك اعتمادًا على مبدأ نيابة الدائن المتضامن عن غيرة من الدائنيين المتضامنيين فيما ينفعهم وليس فيما يضرهم وفى هذه الحالة فإنهم يعتبرون أطرافا فى اتفاق التحكيم .

وبالتالى فإنهم يجوز لهم تحريك الدعوى أمام المحكم ، وذلك على الرغم من عدم توقيعهم على اتفاق التحكيم ولا يستطيع المدين أن يدفع فى مواجهتهم بإنتفاء الصفة .

وبناء عليه اذا كان هناك اتفاق على التحكيم بين أحد الدائنيين المتضامنيين والمدين وتم الفصل فى النزاع بين الطرفين من قبل المحكم ، فإن حكم المحكم الذى يصدر فى النزاع بين الطرفين لا يكون حجة على الدائنيين الاخرين .

الا أنه يجوز لهم التمسك به إذا ما قدروا أنه يحقق لهم مصلحة وذلك إعمالا لمبدأ النيابة القانونية فيما ينفع وليس فيما يضر السابق الاشارة إليه [١].

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

***الفرض الأول :*** أذا كان الدائنيين المتضامنيين قد تمسكوا باتفاق التحكيم والتدخل فى خصومة التحكيم فإنهم يصبحوا أطرافا فى اتفاق التحكيم وفى خصومة التحكيم ، ويحوز الحكم الصادر فيها الحجية فى مواجهتهم سواء صدر لصالحهم أو ضدهم .

***الفرض الثانى :*** وهو اذا إختار الدائنيين المتضامنيين البقاء بعيداً عن اتفاق التحكيم ( أى أنهم يعتبروا أجانب عن هذا الاتفاق ) وخصومته فلهم أن يتمسكوا بحكم المحكم إذا صدر لصالح زميلهم أما إذا صدر الحكم ضد زميلهم فإنه لا يجوز التمسك بهذا الحكم فى مواجهتهم [٢] .

ويلاحظ أنه قد يحدث فى كثير من الأحيان قد يكون الحكم فى شق منه فى مصلحة أحد الطرفين ويكون فى شقة الآخر محققا لمصلحة الطرف الآخر .

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

---

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

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

## الفرع الثالث

## مدى الإحتجاج باتفاق التحكيم فى مواجهة الضامن والمتضامن فى قوانين دول الخليج العربى

من المستقرعليه أن القاعدة العامة في القانون المدني أن المتضـــامن ســـواء فـــي حالـــة التضامن الإيجابي ( وهو تضامن الدائنين ) أو في حالة التضامن السلبى ( تضـــامن المـــدنيين ) يعتبر ممثلا لغيره من المتضامنين ولكن فيما ينفعهم وليس فيما يضرهم أما فيما يتعلق بالتصرفات التى لا يتبين فيها بوضوح مدى تحقق النفع ، ومدى تحقق الضرر فإن المتضامن في هذه الحالة يكون بالخيار ما بين التمسك بها أو عدم التمسك بها . وهذا هو ما نصت عليه المادة٣٤٤ / ٢ من القانون المدني الكويتى على أنه ( إذا أتى أحد الدائنين المتضامنين عملا من شأنه الإضرار بغيره من الدائنين لم ينفذ هذا العمل في حقهم ) ، وتنص المادة ٣٥٥ من القانون المدني الكويتى علـــى أنه ( إذا اعذر الدائن أحد المدنيين المتضامنين أو قاضاه فلا يكون لذلك أثر بالنسبه إلـــى بـــاقي المدنيين ، أما إذا أعذر أحد المدنيين المتضامنين الدائن فإن باقي المدنيين يســـتفيدون مـــن هـــذا الاعذار ) ، ونصت المادة ٣٥٦ من القانون المدني الكويتى على أنه ( إذا تصالح الدائن مع أحـــد المدنين المتضامنين ، وتضمن الصلح الإبراء من الدين أو براءة الذمة فيه بأية وسيله أخـــري ، إستفاد منه الباقون ، أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب في ذمتهم التزاما أو أن يزيد فيمـــا هم ملتزمون به فإنه لا ينفذ في حقهم إلا إذا قبلوه ) ، ونصت المادة رقم ٣٥٧ على أنـــه ( ١-إذا أقر أحد المدنيين المتضامنيين بالدين فلا يسري هذا الاقرار في حق الباقين ٢- وإذا نكـــل أحـــد المدنيين المتضامنين عن اليمين أو وجه إلى الدائن يمينا حلفها فلا يضار بذلك باقي المدنيين ٣ - وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدنيين المتضامنيين فحلفها فإن المدنيين الآخرين يستفيدون من ذلك ) . ونصت المادة ٣٥٨ من القانون المدني الكويتى على أنه ( ١- اذا صـــدر حكم على أحد المدنيين المتضامنين فلا يحتج به على الباقيين ٢- أما إذا صدر الحكـــم لصـــالح أحدهم فإن الباقين يستفيدون منه إلا إذا كان مبنيا على سبب خاص بالمدين الذي صـــدر الحكـــم لصالحة ) .

ونصت المادة ٤٦٠ من القانون المدني الإماراتى على أنه ( لا ينفذ الصلح الذي يعقده أحد المدنيين المتضامنيين مع الدائن إذا رتب في ذمتهم التزاما جديدا أو زاد في التزامهم إلا إذا قبلوه ويستفيدون من الصلح إذا تضمنه إبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأيه وسيلة أخري ) ، ونصت

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

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

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

***ويلاحظ أنه :*** هناك فرق بين الضامن العادى والضامن المتضامن ، حيث أنه للـــدائن أن يرجع على الضامن المتضامن مباشرة للحصول على دينه بينما الوضع بالنسبه للضامن العـــادي فإنه يجب على الدائن أن يتخذ أولا إجراءات التضامن ضد المدين الأصلى ، وفي حالة تعثره فإنه يقوم بالرجوع على الضامن ، أما في حاله إذا ما لجأ الـــدائن إلـــى الضـــامن مباشـــرة ، فإنـــه ( الضامن ) له أن يدفع أمام المحكمة ( بالتجريد ) .

أما بالنسبه للضامن المتضامن فإن حكمه في القانون هو نفس حكم المدين الأصلى وهـــذا هو ما يبرر جواز الاحتجاج بشرط التحكيم في مواجهة الضامن المتضامن على عكس الضـــامن العادى [١] .

وجواز الاحتجاج بشرط التحكيم في مواجهة الضامن فهو يرجع إلى أن كل ذمـــة ماليـــه تكون مسئولة بقدر الذمة الماليه الأخري وذلك لاسيفاء الدين محل ومصدر الالتزام ، وهي كذلك مستغرقة لها في آن واحد ، بمعنى أن الذمة الماليه الواحدة تسأل عن الدين كله .

## ***المطلب الثانى***

## ***الإحتجاج باتفاق التحكيم فى مواجهة الكفيل***

***تمهيد وتقسيم :***

الكفالة هي عبارة عن عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بـــأن يفـــي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه ، ويلاحظ أن الكفالة تجوز بغير علم المدين وتجوز أيضا رغم معارضته ، أى أن الكفالة من الممكن إجازتها سواء رضي المدين أم لم يرضى.

أيضًا فإن عقد الكفالة يختلف عن العقد الأصلي ، وذلك لأن الكفالة هي عقد بين الـــدائن والكفيل ، وهو يعتبر من الغير النسبه لعقد الدين الأصلي .

أما العقد الأصلى للدين فهو ذلك العقد الموقع بين الدائن والمدين الأصلى ويعتبر الكفيـــل من الغير بالنسبة لذلك العقد وبالتالي إذا كان العقد الأصلي الموقع بين المدين والدائن يوجد فيـــه اتفاق على التحكيم بشأن أى نزاع ينشأ بينها فإن الكفيل يكون من الغير بالنســـبه لهـــذا الاتفـــاق ولايمتد إليه أثر اتفاق التحكيم وهذا وفقا للنظرية التقليديه ومبدأ نسبية أثر العقود ، وباعتبـــار أن اتفاق التحكيم هو عبارة عن عقد – كما سبق لنا القول – فإنه لا يمتد إلى الكفيل على أساس أنـــه ليس

---

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

طرف في عقد الدين وذلك وفقا لمبدأ نسبية العقود .

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

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

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

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

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

## *الفرع الأول*

## *مدى إمكانية تمسك الدائن باتفاق التحكيم في مواجهة الكفيل*

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

---

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

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

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

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

وبناء عليه و طبقا للقواعد العامة في القانون المدني فإنه يجب التفرقة بين التزام الكفيل والتزام المدين وذلك لوجدود إختلاف بين كل منهماعن الأخر .

**أولًا :**بالنسبة لالتزام المدين فإن مصدره هوعبارة عن العلاقه الأصليه بينه وبين الدائن ، وبالتإلى فإن محل الالتزام المدين فهو الدين نفسه .

**ثانيًا :** بالنسبة لالتزام الكفيل فإن مصدره هو عبارة عن عقد الكفالة المبرم بين الكفيل والدائن ، وبالتإلى فإن محل التزام الكفيل هو تنفيذ الالتزام الأصلي إذا لم ينفذه المدين بنفسه [١] .

وبناء على ما سبق فإن الكفيل يعتبر أجنبيا بالنسبه لاتفاق التحكيم المبرم بين الدائن والمدين ، وذلك وفقا لقاعدة النسبية ، وبالتالي فإن الدائن لا يستطيع التمسك باتفاق التحكيم المبرم بينه وبين المدين الأصلي في مواجهة الكفيل ، وهذا هو الرأي الذي أجمع عليه الفقه [٢] .

---

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

– د/ فتحى وإلى – قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق – المرجع السابق – بند ٨٨ – ص ١٧٢ .

– د/ باسمة لطفى دباس – اتفاق التحكيم وآثاره – المرجع السابق – ص ٤٦٩ .

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

– د/ الأنصارى حسن النيدانى – الأثر النسبى لإتفاق التحكيم – المرجع السابق – ص ٤٦ .

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

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

***– مدى الإحتجاج باتفاق التحكيم فى مواجهة الكفيل فى قوانين دول الخليج العربى :***

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

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

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

---

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

(٢) د/ مصطفى الجمال – د/ عكاشة عبد العال – التحكيم فى العلاقات الخاصة والدوليه – المرجع السابق – بند ٣١٧ – ص ٤٦٤ .

وبناء عليه فإنه إذا ما أبرم اتفاق تحكيم بين الدائن والمدين الأصلي ، فإن هذا الاتفـــاق لا يسري في مواجهة الكفيل الذي لا يعد طرفا في ذلك الاتفاق ، وذلك لأن التزام الكفيل لـــيس لـــه علاقه بعقد المدينونيه بين الدائن والمدين الأصلى والمتضمن شرط التحكيم ، وأيضا لأن التـــزام الكفيل ينشأ بعقد خاص يتم إبرامه بينه وبين الدائن . وفي هذه الحالة فإن اتفاق التحكيم لا يمتـــد إليه .

أما إذا كانت الكفالة منصوص عليها في نفس عقد المديونيه الأصلي الموقع عليـــه مـــن الدائن والمدين الأصلي وكان هذا العقد يحتوي على اتفاق التحكيم وقبل الكفيل هذا العقد كما هـــو بما فيه اتفاق التحكيم .

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

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

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

وبالتالي فإن التزام الكفيل بشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي لا يجوز من وجهة نظر هذا الرأي إلا إذا قام بالتوقيع على هذا العقد حيث أنه بهذا التوقيع يكون قد وافق عليـــه بإرادتـــه الصريحه وبالتالي أصبح طرفا في اتفاق التحكيم [١] .

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

---

[١] د / رضا السيد عبد الحميد – مسائل في التحكيم [ الكتاب الثاني : التحكيم في الكفالة المصرفيه وخطابات الضمان ] – الطبعه الثانيه – ٢٠٠٧ دار النهضة العربيه ص ٣٦ .

## الفرع الثاني

## مدى إمكانية تمسك الكفيل باتفاق التحكيم في مواجهة الدائن

إذا كان من حق الكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بالدفوع التى يستطيع المدين التمسك بها ضد الدائن، وذلك وفقا لنص المادة ٧٨٢ من القانون المدني والتى تنص على أنه : ( يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين وله أن يتمسك بجميع الأوجه التى يحتج بها المدين ) .

وبناء عليه يتضح لنا أن الكفيل وفقا للقواعد العامة الواردة في القانون المدني له أن يتمسك في مواجهة الدائن بكافة الدفوع التى تكون للمدين الأصلي في مواجهة الدائن ، وذلك ما لم تكن هذه الدفوع متعلقة بشخصية الدائن ،إلا أن هذه الدفوع تقتصر على الدفوع الموضوعيه المرتبطة بالدين التى تؤدى إلى انقضائه أو إنقاصه ، ومن ذلك ( الوفاء – التجديد – الإبراء – المقاصة ، اتحاد الذمة ) .

ولذلك فإن تمسك الكفيل بشرط التحكيم المدرج في العقد المبرم بين الدائن والمدين يرتبط بتحديد مفهوم تلك الدفوع الخاصة التى يجوز للكفيل التمسك بها في مواجهة الدائن .

ويري جانب من الفقه بأن المقصود بهذه الدفوع الخاصة هي تلك الدفوع المتعلقة بالدين ذاته والتى تؤدي إلى انقضاء هذا الدين أو إنقاصه [١] .

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

وهناك جانب آخر من الفقه يؤيد هذا الرأى بالقول أن الدفع المتعلق بشرط التحكيم هو نوع من الدفوع الإجرائيه ولا يؤثر سلبا ولا إيجابا على هذا الدين [٢] .

وبناء عليه يتضح لنا أنه لا يمكن أن يلتزم الكفيل بأكثر مما يلتزم به المدين الأصلي نفسه ، وأن الدفوع المرتبطة بالدين تختلف عن الدفوع الإجرائية التى ليس لها أدني أثر على الالتزام الأصلي فلا تؤدى إلى انقضائه أو التخفيف منه وهذا هو ما ينطبق على شرط التحكم باعتباره دفع إجرائى ، وبالتالي فهو شرط محايد يتوقف إعماله على وجود الحق الموضوع المكفول ، ولذلك لا يستطيع الكفيل التمسك باتفاق التحكيم المبرم بين المدين الأصلى والدائن في مواجهة هذا الأخير [٣] .

---

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

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

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

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

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

***الحالة الثانية :*** وهي تلك الحالة التى قد تكون فيها الكفالة لاحقه على إبرام العقد الأصلي المتضمن لشرط التحكيم ، إلا أنه قد تم الإشارة في الاتفاق على الكفالة إلى هذا العقد المتضمن شرط التحكيم – أو تم الإشارة إلى وجود اتفاق التحكيم الوارد بهذا العقد على وجه الخصوص .

وفي هذه الحالة أيضا يعتبر الكفيل طرفا في اتفاق التحكيم وبناء عليه فهو يلتزم بآثاره ويمتد إليه آثار اتفاق التحكيم وبالتإلى يتم الاحتجاج به عليه ، ويستطيع هو أن يحتج به على الدائن ، وذلك طالما أن الإشارة كانت واضحة في الدلاله على علم الكفيل بشرط التحكيم والتزامه به [1] .

## ***الفرع الثالث***

## ***مدى إمكانية تمسك الكفيل باتفاق التحكيم في مواجهة المدين***

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

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

---

(١) د/ مصطفى الجمال – د/ عكاشة عبد العال – التجكيم فى العلاقات الخاصة والدولية – المرجع السابق – بند ٣١٦ – ص ٤٦٤ .

جميع ماله من حقوق قبل المدين ) .

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

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

وذلك لأن الحلول يعتبر من الآليات التى يترتب عليها انتقال شرط التحكيم ، وبناء عليه فإنه إذا ما قام الكفيل بوفاء الدين للدائن ، فإنه يحل محله في حقه وأيضا في شرط التحكيم [٢] .

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

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

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

---

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

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

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

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

الأصلي بالإجراءات التى اتخذت ضده ٣- ويكون للكفيل الحق في الفوائد القانونيه عن كل ما قام بدفعه إبتداء من يوم الدفع ) .

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

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

وقد يرجع الكفيل على المدين بموجب القواعد العامة في القانون المدني إذا لم تتوافر شروط مباشرة دعوي الكفالة السابق الإشارة إليها وذلك وفقا لما هو منصوص عليه في المادة ٣٤٢ والتى تنص على أنه (١- إذا قام الغير بوفاء الدين ، كان له حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه ٢ - ومع ذلك يجوز للمدين الذي حصل الوفاء بغير إرادته أن يمنع رجوع الموفي بما وفاه عنه كلا أو بعضا ، إذا أثبت أن له أيه مصلحة في الاعتراض على الوفاء ) .

وهذه هي الشروط التى تنطبق على دعوى الإثراء بلا سبب حيث أن المدين يتم إبراءه بالقدر الذي برئت به ذمته بسبب هذا الوفاء [١] .

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

---

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