النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم

وامتداده إلى غير اطرافـــه

د. صالح بن إبراهيم بن عبدالله التويجري

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

المملكة العربية السعودية

النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم

وامتداده إلى غير اطرافــه

صالح بن إبراهيم بن عبدالله التويجري.

جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية.

البريد الإلكتروني: S٤٠١١١٢@hotmail.com

ملخص البحث:

تستلزم التطورات الاقتصادية والتجارية والصناعية التي ترتبط بأنشطة وأعمال المنشآت والشركات العاملة بالمملكة، وجود نظام تحكيم شامل متأقلم مع هذه التطورات ليحقق لها عنصر الأمان الاستثماري بضمان السرعة في حسم المنازعات التي تخلقها التعاملات التجارية الدولية بين الشركات والمنشآت المختلفة، ورأى الفقه وقضاء التحكيم تلبية لعنصري السرعة والأمان المتطلبتين في مجال التجارة الدولية مد اتفاق التحكيم إلى غير أطرافه الموقعين عليه، وذلك في أحوال عديدة يكون فيها لهذا الغير نشاط إيجابي ملحوظ في تكوين العقد أو تنفيذه أو إنهائه أو الاستفادة منه.

وقد عرضت هذه الدراسة للنطاق الشخصي لاتفاق التحكيم من خلال بيان القوة الملزمة لاتفاق التحكيم ومدى انطباق مبدأ نسبية آثار العقد في ضوء ما يتمتع به اتفاق من خصوصية، وقامت هذه الدراسة بتحديد مفهوم الطرف في اتفاق التحكيم وبيان مدلوله، كذلك تحديد مفهوم الغير وبيان المعايير التي وضعها الفقه لتحديد من هو الغير في اتفاق التحكيم، وتحييد ما لا يعتبر من الغير بالنسبة لاتفاق التحكيم.

كما عرض هذه الدراسة لتحديد مفهوم انتقال العقد باعتباره استبدال طرف متعاقد بآخر كما في حالات الحوالة الثلاثة (حوالة الحق، وحوالة الدين، حوالة العقد) وانتقال اتفاق التحكيم في حالة اندماج الشركات وفي حالة الحلول، وذلك تميزاً لانتقال اتفاق التحكيم عن امتداد اتفاق التحكيم، وذلك تمهيداً من الباحث لعرض الحالات التي يمتد فيها اتفاق التحكيم دراءً لأي لبس حول انتقال العقد وامتداده إلى الغير.

كما عرضت هذه الدراسة لمفهوم امتداد اتفاق التحكيم وعرضت للاتجاهات الفقهية القابلة لفكرة الامتداد إلى الغير والاتجاهات الفقيه الرافض لفكرة الامتداد إلى الغير وسند كل فريق منهم وحججه.

كما عرضت هذه الدراسة لحالات امتداد اتفاق التحكيم مع تمييز الحالات التي يمتد فيها اتفاق التحكيم إلى الغير وفقاً للقواعد العامة، كما هو الحال بالنسبة للاشتراط لمصلحة الغير والتعهد عن الغير وحالتي الضامن والكفيل، عن الحالات التي يمتد فيها اتفاق التحكيم وفقاً لأحدث الاجتهادات الفقهية والقضائية، كما هو الحال بالنسبة لامتداد اتفاق التحكيم لمن شارك في تنفيذ العقد، وحالة الشركة الفرع، وامتداد الاتفاق وفقاً لمبدأ المنافع المباشرة ومبدأ مجموعة العقود، وكذلك مبدأ النشاط الاقتصادي الواحد.

كما عرضت هذه الدراسة للإجابة على التساؤل بخصوص إمكانية امتداد اتفاق التحكيم الذي تبرمه أحد الهيئات التابعة للدولة إلى الدولة وذلك بعرض حالتي يمتد فيها اتفاق التحكيم إلى الدولة في الحالة التي يكون فيها للدولة نشاط في تكوين العقد الذي تبرمه إحدى هيئاتها أو منشآتها التي تتمتع بشخصية اعتبارية مستقلة أو في حالة وجود اتفاقية دولية.

وقد عرضت هذه الدراسة إلى بيان الآثار المترتبة على امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير والذي خلصت فيه إلى نتيجتين هامتين هما عدم جواز لجوء الغير الذي امتد إليها اتفاق التحكيم إلى قضاء الدولة في شان النزاع المشمول باتفاق التحكيم الممتد إليه، وحرية لجوء هذا الغير إلى التحكيم وإمكانية تدخله فيه.

واختتمت هذه الدراسة بالنتائج والتوصيات والتي تتمثل أهمها في ضرورة حرص الأطراف المتعاقدة على صياغة اتفاقات التحكيم بشكل أكثر تفصيلاً وإبداء رغبة صراحة سواء في قبول امتداد الاتفاق إلى الغير أو عدم قبول ذلك حيث يمكن للأطراف على سبيل المثال أن يتفقوا على أن لا يمتد اتفاق التحكيم الذي أبرمه الشركة الفرع إلى الشركة الأم، أو أن يتفقوا على عدم امتداد اتفاق التحكيم إلى المستفيد في حالة الاشتراط لمصلحة الغير، كما أوصت هذه الدراسة المشرع السعودي بضرورة التدخل تشريعياً لتنظيم مسألة انتقال اتفاق التحكيم وامتداده إلى الغير وأن لا يتركها إلى القواعد العامة لما يمثله ذلك من أهمية خاصة لاستقرار نظام التحكيم الذي ينعكس بدوره على سلاسة العملية التحكيم بما يجعل التحكيم يؤدي دوره المنوط به في تحقيق عنصري الأمان والسرعة في حسم المنازعات.

الكلمات المفتاحية : النطاق الشخصي، اتفاق التحكيم، شرط التحكيم، إجراءات التحكيم، امتداد التحكيم .

The personal scope of the arbitration agreement

And its extension to its limbs

Saleh bin Ibrahim bin Abdullah Al-Tuwaijri

Imam Muhammad Ibn Saud Islamic University, Kingdom of Saudi Arabia.

E-mail : S٤٠١١١٢@hotmail.com

Abstract:

Economic, Industrial and commercial developments that are related to the activities of companies and various economic facilities, Assume a comprehensive arbitration system that complies with these aforementioned development, to achieve investment safety by ensuring speed in resolving international trade disputes between different companies and establishments.

The jurisprudence and the arbitration jurisdiction exist that achieving this safety and that speed in the field of international trade requires, extending the arbitration agreement to others. In the event that there is activity for this third party in Create, execute or terminate a contract that includes an arbitration agreement.

This study discussed Personal domain of an arbitration clause, through Explaining the legal force of the arbitration agreement and the applicability of the principle of relativity of the contract's effects in light of the specificity of the arbitration agreement, this study determined the concept of the party to the arbitration agreement, Also defining the concept of third parties and clarifying the criteria set by jurisprudence to

determine who is third in the arbitration agreement, and neutralizing what is not considered from others in relation to the arbitration agreement.

This study also discussed the concept of contract transmission by replacing a contracting party with another, as in the three cases of assignment (transfer of rights, transfer of debt, transfer of contract) and transfer of the arbitration agreement in the case of merger of companies and in the case of solutions, This is in order to distinguish the transfer of the arbitration agreement from the extension of the arbitration agreement, in preparation for the researcher to present the cases in which the arbitration agreement extends to prevent any ambiguity about the transfer of the contract and its extension to others.

This study also presented the concept of the extension of the arbitration agreement and presented the juristic trends that are subject to the idea of extending to others and the juristic trends rejecting the idea of extending to others and supporting each team and their arguments.

This study has been presented to explain the implications of the extension of the arbitration agreement to others.

It concluded with two important results: the inadmissibility of others resorting to the jurisdiction of the state, the freedom of this third party to resort to arbitration and the possibility of interference in it.

This study ended with findings and recommendations, among the most important of these recommendations is the commitment of the contracting parties to conclude arbitration agreements in more detail and express an explicit desire, whether to accept the extension of the agreement to others or

not, for example, the parties can agree that the arbitration agreement concluded by the company does not extend to the parent company, or they agree that the arbitration agreement does not extend to the beneficiary in the case of stipulation in the interest of others, as this study recommended the Saudi legislator to intervene in a legislative manner to regulate the issue of the transfer of an agreement Arbitration and its extension to others, And not to leave it to the general rules because this represents a special importance for the stability of the arbitration system ,because it achieves the smoothness of the arbitration process and it follows that arbitration can play its role in achieving the elements of safety and speed in resolving disputes.

Key words: personal scope, arbitration agreement, arbitration clause, arbitration procedures, extension of arbitration.

أولاً: التمهيد

(١) مشكلة البحث:

تكمن مشكلة التي يحاول هذا البحث إلقاء الضوء عليها ومعالجتها هي أن تحديد النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم مسألة ذات أهمية في هذا التخصص، فمعظم المؤلفات التي تناولت هذا الموضوع كانت من العمومية بحيث أنها تخلط بين فكرتي امتداد شرط التحكيم إلى الغير وانتقاله إلى الغير، بالرغم من الفرق الذي بين فكرتي الامتداد والانتقال، والتي حاولنا في هذا البحث التمييز بينهما بالنظر إلى ما يترتب على هذه التفرقة من آثار قانونية وإيضاح لغاية البحث، وكذلك تحديد الحالات التي يمتد فيها شرط أو اتفاق التحكيم إلى الغير في ضوء الاتجاهات المعاصرة.

(٢) أهداف البحث:

يسعى هذا البحث إلى دراسة النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم، وبيان النظام القانوني لامتداد اتفاق التحكيم إلى الغير، متناولاً مفهوم الغير في اتفاق التحكيم، ومحدداً لحالات امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير في ضوء الاتجاهات المعاصرة.

(٣) أهمية البحث

تكمن أهمية البحث في أن اتفاق التحكيم، وإن كان من عقود القانون الخاص، وينطبق عليه من ثم أحكام النظرية العامة في العقود، إلا أن له خصوصية فرضت واقعاً قانونياً على امتداده إلى الغير تختلف عن تلك التي تخضع لها العقود الأخرى، وهي مسألة أيضاً قلت فيها مصادر البحث.

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله صلّ الله عليه وسلم على آله وصحبه أجمعين، ثم أما بعد:

ثانياً: المقدمة:

١) التحكيم في المملكة العربية السعودية:

- بدأت ارهاصات العمل بالتحكم في المملكة العربية السعودية منذ أوائل القرن العشرين، وتقريبا في ثلاثينيات ذلك القرن، وكانت الحاجة ملحة لوجود نظام التحكيم أسوة بما هو موجود في أغلب دول العالم وخاصة بعد زيادة النشاط التجاري في المملكة مما يتطلب معه

وجود نظام أو قضاء موازي يحقق المرونة والسرعة في حل المشكلات والمنازعات التي تنتج عن النشاط التجاري[1].

- ويعتبر نظام المحكمة التجارية في المملكة العربية السعودية الصادر في عام ١٣٥٠هـ هو اول تنظيم للتحكيم في المملكة والذي اشتمل على مواد تتعلق بالمسائل الخاصة بالشكل ومحتويات الاتفاقية التحكيمية، وتعين المحكمين ومدة التحكيم وبعض الإجراءات المتعلقة بالعملية التحكيمية، وإمكانية الطعن في حكم التحكيم.

- ثم تلى نظام المحكمة التجارية الصادر عام ١٣٥٠هـ نظام الغرفة التجارية الصناعية الصادر عام ١٣٦٥هـ ، والذي يمثل أول نظام للتحكيم المؤسسي في المملكة حيث أعطى هذا النظام التجار الحق في الاتفاق على تكليف الغرفة التجارية الصناعية لتكون حكماً في فض المنازعات التي تنشب بينهم بمناسبة الأعمال والأنشطة التجارية، ولحق بهذا النظام نظام العمل والعمال الصادر عام ١٣٨٩ه والذي أجاز لأصحاب العمل والعمال إحالة ما ينشأ بينهم من نزاعات إلى التحكيم بدلاً من حلها عن طريق اللجنة الابتدائية لتسوية الخلافات، ثم صدر بعد ذلك نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٤٦) بتاريخ ١٤٠٦/٧/١٢هـ والذي يحتوي على خمسة وعشرون مادة نظمت العديد من المسائل التحكيمية التي غفلت عنها الأنظمة السابقة وقد صدرة اللائحة التنفيذية لهذا النظام بموجب قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (٢٠٢١/٧) بتاريخ ١٤٠٥/٩/٨هـ ثم نظام التحكيم الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٤) بتاريخ ١٤٣٣/٥/٢٤هـ، والذي تضمن ثمانية وخمسون مادة تناول فيها العديد من المسائل التحكيمية التي اغفلت عنها أنظمة التحكيم السابقة.

٢) مشروعية التحكيم في الفقه الاسلامي:

- ومن أسباب العمل بالتحكيم في المملكة هو مشروعيته اذ لا يوجد في العمل بنظام التحكيم ما يخالف الشريعة الاسلامية[2] بل أن الشريعة الاسلامية أقرت التحكيم كنظام لحسم المنازعات بين المتخاصمين[3]، فبداية قد كان التحكيم معروفاً عند العرب فقد قال اليعقوبي: كان للعرب حكام ترجع إليها في أمورها وتتحاكم في مناظراتها ومواريثها ومياهها ودمائها لأنه لم يكن دين يرجع إلى شرائعه فكانوا يحكمون أهل الشرف والصدق والأمانة والرئاسة والسن والمجد والتجربة.

---

[1]- موسوعة قوانين ونظم التحكيم بالدول العربية والخليجية ودول أخرى، الدكتور فارس محمد عمران، ص ٢٤٩، ط ٢٠١٥ المركز القومي للإصدارات القانونية.

[2]- موسوعة قوانين ونظم التحكيم في الدول العربية والخليجية ودول أخرى، مرجع سابق، ص ٢٤٩.

[3]- مشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي، د. زيد عبد الكريم الزيد، صفحة رقم ٨، منشور على الانترنت على الرابط ادناه:
https:// almostsharaltahkemy.yoo.com/t٢٩-topic

- ولما جاء الإسلام كان يقر ما يراه حسنا من أمور العرب، سواء ما كان له صلة بمحاسن الأخلاق أو المعاملات أو غيرها فقد التحكيم محققاً لمقصداً مهما من مقاصد التشريع الإسلامي وهو إقامة العدل بين الناس، والناظر في النصوص الشرعية والتطبيق العملي لها يجد مكانة خاصة للتحكيم حيث ذهب الحنفية والمالكية وأكثر الشافعية والحنابلة إلى القول بجواز التحكيم، ووافقهم على ذلك جمهور أهل العلم من الفقهاء:

وقد استدلوا إلى قوله تعالى بسم الله الرحمن الرحيم [وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها] وقد قال القرطبي (إن في هذه الآية دليل على إثبات التحكيم) وقال الرازي (فهذا أصل في جواز التحكيم)، واستدلوا ايضاً إلى قوله تعالى بسم الله الرحمن الرحيم [يا أيها الذين آمنوا لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم] وقد احتج بهذه الآية ابن عباس رضي الله عنهما أثناء مناقشته للخوارج في شأنه التحكيم الذي اتفق عليه على ومعاوية رضي الله عنهما، واحتج بها أيضا بعض الفقهاء على مشروعية التحكيم ، فقد قال ابن العربي رحمه الله تعالى عند هذه الآية (وهذا دليل على التحكيم)، وقد جاء في الحديث النبوي الشريف أنه عن هاني رضي الله عنه أنه لما وفد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم مع قومه سمعهم يكنونه بأبي الحكم، فدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال [إن الله هو الحكم و إليه الحكم فلم تكنى أبا الحكم ؟] فقال: إن قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم فرضى كلا الفريقين. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: [ما أحسن هذا!، فمالك من الولد؟] قال: لي شريح ومسلم وعبد الله. قال: [فمن أكبرهم؟] قلت: شريح. قال: [فأنت أبو شريح].

٣) اتفاق التحكيم والقوة الملزمة لهذا الاتفاق:

التحكيم نظام شرعي وقانوني لتسوية المنازعات تعترف به الدولة من خلال الإقرار لأحكام التحكيم بذات الأثار القانونية التي تثبت إلى الحكام الصادرة من محاكم الدولة وأقضيتها المختلفة، ومصدر التحكيم يكمن في اتفاق الأطراف عليه، وهذا الاتفاق هو من يحدد نطاقه ومداه، ومنه يستمد المحكمون سلطاتهم للفصل في النزاع.

واتفاق التحكيم يعتبر عقد من عقود القانون الخاص ولكنه ذو طبيعة خاصة ونظراً إلى هذه الطبيعة الخاصة فإن للتحكيم خصوصيات يتميز بها عن غيره من العقود، سواء فيما يتعلق بطبيعته القانونية، أو بشروط صحة انعقاده، أو بالصورة التي يتخذها هذا الاتفاق، أو بطبيعة الالتزام الناشئ عنه.

ويثير مبدأ نسبية أثر العقد تساؤلاً عن إمكانية امتداد آثار اتفاق التحكيم إلى غير من وقع عليه، ويقصد بالامتداد هنا إمكانية إضافة شخص آخر إلى اتفاق التحكيم لم يكن قد وقع عليه ليكون ملزماً به مع أطراف العقد الذين وقعوا عليه في البداية.

والحقيقة أنه مجال التحكيم التجاري الدولي ظهرت اجتهادات فقهيه وقضائية حديثة تتجه إلى مد آثار اتفاق التحكيم إلى غير الموقعين عليه، ومن ذلك على سبيل المثال ـــ وعلى ما سنرى من خلال هذا البحث ـــ مد أثر اتفاق التحكيم الذي تبرمه شركة إلى الشركات أخرى التي تشترك معها في نشاط اقتصادي واحد تحت مجموعة شركات واحدة، وذلك على الرغم من أن هذه الشركات الأخرى، والتي لكن منها شخصية اعتبارية مستقلة وممثل يعبر عن ارادتها لم تكن موقعة على اتفاق التحكيم.

ومن الاتجاهات المعاصرة أيضاً مد أثر اتفاق التحكيم الى الغير الذي لم يوقع على العقد المتضمن الشرط التحكيمي، ولكنه تدخّل فيه وساهم في تنفيذه على نحو حقق له استفاد من ذلك العقد، فكان لازما أن يتحمّل تبعة تدخل في هذا العقد ومساهمته في تنفيذه، بأن يمتد إليه الشرط التحكيمي.

المبحث الأول

(النطاق الشخصي لشرط التحكيم)

تمهيد وتقسيم:

النطاق الشخصي للعقود بصفة عامة يتحدد العاقدان أو الأطراف المتعاقدة الذين تنصرف إليهم الأثار الشرعية للعقد، ويخضعون لقوته الملزمة، فالقاعدة الشرعية هي أن العقد لا يلزم إلا أطرافه فقط دون غيرهم، وهو ما يطلق عليه مبدأ نسبية أثر العقد.

ولكن هناك مبدأ مقابل لمبدأ نسبية أثر العقد، هو مبدأ حجية العقد ومفاده أن الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد يحتج بها من وعلى الغير

وعلى ضوء ما تقدم فإن النطاق الشخص للعقود يتأثر بانتقال العقد أو امتداده من أطرافه إلى الغير وهو ما سوف نتناوله بإذن الله في هذا المبحث حيث سوف نبين النطاق الشخص لاتفاق التحكيم لبيان مدى خضوعه من عدمه للقواعد العامة التي تحكم العقد وذلك في ضوء الخصوصية التي يتمتع بها الاتفاق.

المطلب الأول

نسبية أثر اتفاق التحكيم

تمهيد وتقسيم:

عرفنا أن هذا المبدأ مقتضاه أن العاقدان أو الأطراف المتعاقدة هم فقط دون غيرهم الذين يتلقفوا الحقوق والالتزامات التي تنشأ عن العقد، وأن اتفاق التحكيم عقد يخضع بحسب الأصل لمبدأ النسبية سالف الإشارة إلا أننا علينا ملاحظة الطبيعة الخاصة لهذا الاتفاق عند إعمال مبدأ نسبية العقد وبصفة خاصة فيما يتعلق بتحديد مفهوم الطرف والغير في هذا الاتفاق وبنسبية الأثر المترتب عليه، ولذلك سنتناول في هذا المطلب مفهوم كلاً: الطرف في اتفاق التحكيم، وكذلك الغير في شرط التحكيم.

الفرع الأول

الطرف في اتفاق التحكيم

العاقد أو الأطراف المتعاقدة وفقاً لفقهاء الشريعة الإسلامية هما " المنشآن للعقد والشارع يرتب عليه آثار العقد[1]" وأثر العقد كما عرفه الجرجاني " بأنه النتيجة أو هو الحاصل من الشيء." ويعرف الطرف في النظم المقارنة بأنه هو كل من اتجهت ارادته على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو زواله، وتشترط الشريعة الإسلامية في الطرف المتعاقد أنه تتوافر لديه الأهلية اللازم لإبرام التصرفات، **والأهلية** عند فقهاء الشريعة " هي صلاحية الشخص للالتزام؛ والالتزام بمعنى أن يكون الشخص صالحاً لأن يلزمه حقوق تجاه غيره وتثبت له حقوق قبل غيره[2]." الطرف بالوصف السابق إذن لا ينطبق إلا على كل من يفصح عن إرادة حرة متطابقة مع إرادة أخرى نحو إحداث أثر يقره الشرع، إلا أن بعض الفقه يتوسع في مفهوم الطرف في العقد لتشمل الخلف العام والخلف الخاص للأشخاص المتعاقدة، بل أن جانب منهم يعتبر أن الدائنين طرف في العقد بالنظر إلى أن آثاره تؤثر بطريق غير مباشر في حقوقهم.

التساؤل عما إذا كان اتفاق التحكيم، في ضوء، خصوصيته، يخضع للقواعد العامة في شأن تحديد مفهوم الطرف في العقد، أم أن تلك الخصوصية تحول دون إنزال هذه القواعد عليه؟

وهو ما سنحاول الإجابة عنه فيما يلي:

الغصن الأول

الطرف المتعاقد بالأصالة

- اتفاق التحكيم في الشريعة الإسلامية ونظام التحكيم السعودي:

يعرف اتفاق التحكيم في الشريعة الإسلامية على أنه " تولية خصمين حكماً يحكم بينهم." ويعرفه مجمع الفقه الإسلامي بأنه " اتفاق طرفي خصومة معينة على تولية من يفصل في منازعة بينهما بحكم ملزم يطبق الشريعة الإسلامية."[3] وقد عرفت الفقرة رقم (١) من المادة الأولى من نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/٣٤) بتاريخ ١٤٣٣/٥/٢٤ه اتفاق التحكيم على أنه " اتفاق بين طرفين أو أكثر على أن يُحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينها في شأن علاقة

---

[1]- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الإمام محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي ط ١٩٩٦، ص ٩١.

[2]- الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص ٩٢.

[3]- أثر التحكيم في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون – العدد الثاني العشرون، اعداد الدكتور/عبد المجيد محمد، ذو القعدة ١٤٢٥ هـ، ص ١٠٢.

نظامية محددة، تعاقدية كانت ام غير تعاقدية، سواء أكان اتفاق التحكيم في ضوء شرط تحكيم وارد في عقد أم في صورة مشارطة تحكيم مستقلة."

- اشتراط الكتابة لانعقاد اتفاق وفقاً لنظام التحكيم السعودي:

وفي ضوء ما تقدم، وعلى هدى القواعد العامة، فإن الطرف في اتفاق التحكيم – وكما سبق أن بيناً – هو كل من اتجهت إرادته إلى الالتزام بالآثار الناشئة عن هذا الاتفاق، ويشترط أن تفرغ هذه الإرادة في شكل مكتوب على النحو الورد في الفقرة (٢) من المادة التاسعة من نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي (م/٣٤) في ١٤٣٣هـ " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً، وإلا كان باطلاً. "

واردفت الفقرة (٣) من ذات المادة: " أنه يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر صادر من طرفي التحكيم أو إذا تضمنه ما تبادلاه من مراسلات موثقة، أو برقيات، أو غيرها من وسائل الاتصال الإلكترونية، أو المكتوبة، وتعد الإشارة في عقد ما، أو الإحالة فيه إلى مستند يشتمل على شرط تحكيم، بمثابة اتفاق تحكيم، كما يعد في اتفاق التحكيم المكتوب كل إحالة في العقد إلى أحكام عقد نموذجي أو اتفاقية دولية، او أي وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد."

وعلى ما تقدم فإن الطرف في العقد لا ينصرف إلى كل من ورد ذكره فيه، ولو كان موقعاً عليه، فالفيصل في تحديد الطرف أن إرادة الموقع على العقد قد انصرفت إلى ترتيب الأثر القانوني لهذا الاتفاق.

- معيار الإرادة لإسباغ وصف الطرف في اتفاق التحكيم:

ولذلك، كما سوف يبين لاحقاً، فإن من يقوم بإبرام اتفاق التحكيم باسم ولحساب شخص آخر فإنه لا يكون طرفاً في اتفاق التحكيم، لأن إرادته لم تتجه إلى ذلك، بل أنه ابرم هذا الاتفاق بالنيابة عن شخص أخر ولحسابه.

- الشاهد على العقد لا يعتبر طرفاً في اتفاق التحكيم:

لا يعتبر طرفاً في اتفاق التحكيم من وقع عليه بوصفه شاهد لأن ارادته لم تتجه إلى الالتزام بما يرتبه العقد من أثار، وقد يظن البعض ان عدم اعتبار الشاهد على عقد اشتمل على اتفاق التحكيم، طرفاً في هذا الاتفاق، مسألة بديهية ولا يمكن أن يثور بسببها خلاف عملي، فالحقيقة أنه مخطئ لأن الواقع العملي يدعوا إلى ضرورة التأكيد على عدم اعتبار الشاهد

على عقد اشتمل على اتفاق تحكيم طرفاً فيه، ففي تطبيق عملي في الدعاوى التحكيمية[1] تدور وقائعها في أن إحدى شركات الإنتاج الإعلامي كانت قد تعاقدت مع أحد مقدمي البرامج التليفزيونية بغرض إنتاج برنامج ساخر تتحمل الشركة كافة نفقاته على أن تحوز كافة حقوق استغلاله المالية، وتضمن هذا العقد النص على اختصاص القضاء بنظر أي منازعات تنشأ عن تنفيذ هذا العقد، ولاحقاً أبرمت الشركة المنتجة للبرنامج عقداً آخر مع إحدى المحطات التليفزيونية الفضائية لاستغلال حقوق بث البرنامج على هذه القناة الفضائية، وقد تضمن العقد الأخير شرط تحكيم، وقد تضمن العقد الأخير بين الشركة المنتجة والقناة التليفزيونية الفضائية توقيع مقدم البرنامج على هذا العقد بصفته شاهداً على العقد.

وقد قع الخلاف بين الشركة المنتجة والمحطة الفضائية قامت على إثره الشركة المنتجة بفسخ التعاقد مع المحطة، وأقامت دعوى تحكيمية ضدها تطالبها فيها بالتعويض عن الأضرار التي أصابتها من جراء الإخلال ببنود العقد، وفي المقابل أقامت المحطة الفضائية دعوى مقابله بالتعويض عن الأضرار المادية والأدبية التي أصابتها من جراء إخلال

---

[1]- أنظر الحكم التحكيمي الصادر في الدعوى التحكيمية رقم ٩٤١ لسنة ٢٠١٣ مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، وأنظر أيضاً الحكم الصادر من محكمة استئناف القاهرة في دعاوى بطلان الحكم التحكيمي سالف البيان أرقام ١١، ١٢، ١٤ لسنة ١٣٢ ق استئناف القاهرة، وأنظر أيضاً حكم محكمة النقض في الطعون أرقام ٢٦٩٨، ٣١٠٠، ٣٢٩٩، لسنة ٨٦ ق الصادر بجلسة ٢٠١٨/٣/١٣
وقد أوردت محكمة النقض المصرية في حيثيات حكمها: " أن الطاعن عندما وقع كطرف في عقد ٢٠١٢/٧/١ مع المطعون ضدها الأولى اتفق معها على حسم خلافاتهما عن طريق اللجوء إلى محكمة الجيزة بعيدا عن التحكيم الدولي، وأنه عندما وضع توقيعه على عقد ٢٠١٢/٧/٢٥ المبرم بين طرفين فقط هما الطاعنة والمطعون ضدها الأولى كان جليا أن اسمه لم يرد في ديباجة هذا العقد كأحد أطرافه.
وأوضحت الحيثيات أن هذا العقد لم يكسبه أي حق من الحقوق وإنما وقع عليه بصفته شاهدا ومصادقا وضامنا لتنفيذ التزاماته هو، والتوقيع بهذه الصفة يقطع باتجاه إرادته إلى التوقيع على بعض بنود العقد وهي تلك المتعلقة بتنفيذ التزاماته هو دون غيرها من البنود الأخرى.
وأوردت المحكمة أن القول بضمانه لتنفيذ التزاماته المنصوص عليها في العقد الأول المؤرخ ٢٠١٢/٧/١ هو في واقع الأمر ذكر لمفهوم وتحصيل لحاصل، واقتصر تحرير هذا العقد ٢٠١٧/٧/٢٥ على نسختين أصليتين فقط لطرفيه الحقيقيين وكل ذلك يفسر سبب تراضى الأطراف في مجلس العقد على عدم وضع اسمه في ديباجة العقد كطرف ثالث ووقع عليه بهذه الصفة، فإن هذا الاتفاق لم يتضمن الإشارة إلى شرط التحكيم بما يقطع بأنه كان يستخدم إرادته عند توقيع العقود عن بصر وبصيرة.
وتابعت المحكمة في حيثياتها أن الاتفاق التكميلي المؤرخ في ٢٠١٣/٢/٢٤ المتعلق بتوسيع نطاق الحق الحصري لعدد مرات عرض البرنامج والنطاق الجغرافي له والموقع عليه من طرفيه وحدهما حاسما في أنه لم يكن طرفا معهما في عقد ٢٠١٢/٧/٢٥ ملاحقة، وإنما كان وجوده في هذا العقد وملحقه الأول لتأكيد التزاماته تجاه المطعون ضدها الأولى باعتبارها المتعاقد الوحيد معه في عقد ٢٠١٧/٧/١ ثم لتأكيد مسئوليته القانونية وحده عن محتوى البرنامج في عقد ٢٠١٢/١٢/٩ إذ لو كان طرفا حقيقيا في عقد ٢٠١٢/٧/٢٥ لوجب حتما توقيعه على العقد المؤرخ في ٢٠١٣/٢/٢٣ كذلك.
وتابعت الحيثيات، أن المطعون ضدها لجأت إلى التحكيم إعمالا لشرط التحكيم فلم يكن مدعيًا معها في القضية التحكيمية وعندما قامت باختصامه الطاعنة هو والمطعون ضدها الأولى في التحكيم المقابل دفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع بالنسبة له باعتبار أنه طرفا في شرط التوقيع وأن توقيعه كشاهد وضامن لتنفيذ التزاماته، وهو ما لا يشير من قريب أو من بعيد إلى انصراف إرادته إلى الالتزام بشرط التحكيم.

الشركة المنتجة بالتزاماتها التعاقدية، اختصمت فيها الشركة المنتجة ومقدم البرنامج واثناء انعقاد خصومة التحكيم دفع مقدم البرنامج (الذي وقع على العقد كشاهد) بعدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر الدعوى التحكيمية بالنسبة له لكونه لم يوقع على العقد المبرم بين الشركة والمحطة والمتضمن شرط التحكيم، إلا بوصفه شاهد وأن إرادته لم تتجه إلى الالتزام باتفاق التحكيم.

إلا أن رفضت هيئة التحكيم الدفع وحكمت بأغلبية أعضائها بإلزام شركة الإنتاج بمبلغ خمسون مليون جنيه مصري كتعويض عن الأضرار التي أصابتها، وبإلزام مقدم البرنامج بمبلغ مماثل (خمسون مليون جنيه مصري) كتعويض عن الأضرار التي أصابت المحطة الفضائية، لم ترتض شركة الإنتاج ومقدم البرنامج الحكم التحكيمي فطعنا عليه بالبطلان أمام محكمة استئناف القاهرة التي قضت ببطلان حكم التحكيم، فطعنت المحطة الفضائية على حكم محكمة استئناف القاهرة بالبطلان بطريق النقض، فقضت محكمة النقض المصرية بإلغاء هذا الحكم واعتبرت أن **حكم التحكيم باطلاً فقط بالنسبة لمقدم البرنامج وصحيحاً بالنسبة لشركة الإنتاج الإعلامي وارست مبدأ هام مفاده أن اتفاق التحكيم لا يصح، إلا إذا ثبت أن الأطراف اتجهوا إليه بإرادة واضحة ويقين قاطع، وأن توقيع أحد الأطراف على العقد بصفته شاهداً لا يلزمه شرط التحكيم الموجود فيه طالما أن إرادته لم تتجه لقبول الشرط**.

الغصن الثاني

الطرف المتعاقد بالنيابة

- النيابة في الشريعة الإسلامية وآثارها:

النيابة في العقود هي قيام شخص يسمى (الوكيل) بإبرام الاتفاق باسم ولحسابه شخص آخر يسمى (الموكل) ويترتب على ذلك انعقاد العقد انصرف اثار العقد الشرعية (الحقوق والالتزامات) إلى الموكل دون وكيله.

والنيابة في الشريعة الإسلامية تكون كافة حقوق الآدميين المتعلقة بالمال أو ما يجري مجراه فتتم في جميع البيوع، والفسوخ من البيوع والإجارة والقرض والرهن والكفالة والحوالة والوديعة والهبة والإعارة والصلح والوكالة والوقف والوصاية والمجاعلة والمساقة والمزارعة والنكاح والخلع وغيرها وفي العتق والكتابة والطلاق والإقرار والدعاوى والخصومات ودعاوى الحقوق وفي سماع الدعاوى والإجابة عنها وفي طلب الأيمان

الواجبة[1]. ويترتب عليها شرعاً " أن حقوق العقد تتعلق بالموكل مطلقاً سواء كان العقد مما يصح اضافته إلى الوكيل او لا يصح إضافته إلا إلى الموكل كالنكاح[2]."

- النيابة عن الشخص الطبيعي في ابرام اتفاق التحكيم:

والفرض في حالة النيابة في ابرام اتفاق التحكيم: انه قد لا يكون ممكناً في بعض الأحيان، أن يتم إبرام اتفاق التحكيم بين الأطراف بالأصالة عن أنفسهم فإن الشخص يمكنه إبرام اتفاق التحكيم بواسطة الممثل أو الوكيل أو النائب عنه، الذي يتولى إبرام العقد باسم ولحساب موكله بحيث تنصرف إليه وحده آثار هذا الاتفاق. ويصح أن ينعقد اتفاق التحكيم وفقاً لنظام التحكيم السعودي بالنيابة أو الوكالة عن الأصيل، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة العاشرة من نظام التحكيم في المملكة العربية السعودية الصادر في عام ١٤٣٣ هـــ " لا يصح اتفاق التحكيم إلا ممكن يملك التصرف في حقوقه سواء كان شخصاً طبيعياً أو من يمثله أو شخصاً اعتبارياً."

والسمة المميزة للنيابة أن التعبير الذي يصدر من النائب، إنما هو تعبير عن إرادته هو وليس عن إرادة الأصيل.

ويشترط لإبرام اتفاق تحكيم، باعتباره تصرفاً قانونياً، من خلال النائب عن شخص الأصيل وجود وكالة خاصة لذلك فقد قضي بأنه: "وإن كان لا يجوز للوكيل تضمين العقد الموكل في إبرامه شرطاً للتحكيم إلا بناء على توكيل خاص من الموكل يخوله ذلك، إلا أنه متى أجازه الموكل، فإنه يتعين عليه التقيد بهذا الشرط، فالإجازة اللاحقة لشرط التحكيم تعبر كالوكالة السابقة حال تحرير العقد المتضمن شرط التحكيم (٣).

وقد نصت على ذلك أيضاً المادة ٧٦ من نظام المرافعات المدنية والتجارية المصري بأنه "لا يصح بغير تفويض خاص الإقرار بالحق المدعى به ولا التحكيم " وهو ويعتبر هذا النص في النظام المصري مماثلاً ايضاً لما تضمنته المادة ١/٧٢٠ من النظام المدني المصري من أنه: "لابد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة وبوجه خاص في التحكيم،"

١- مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دراسة وتحقيق عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان ومحمد إبراهيم أحمد علي، دار نشر(تهامة) جدة المملكة العربية السعودية طبعة ١٩٨١ ص ٣٤٧

٢- مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، مرجع سابق، ص ٣٥٠.

٣- حكم محكمة تمييز أبو ظبي، الطعن رقم ٥٤٦، لسنة ٢٠١٦، والحكم منشور على موقع المعهد العربي الأمريكي، http://www.aifica.com

- النيابة عن الشخص الاعتباري في ابرام اتفاق التحكيم:

أما الشخص الاعتباري، فإن اتفاق التحكيم يتم إبرامه عن طريق من يمثله قانوناً شريطة أن يكون للشخص الاعتباري وجود قانوني وأن تكون صفة الممثل القانوني عنه قد تم اكتسابها على نحو صحيح القانون، وأن يتم التصرف باسم ولحساب الشخص الاعتباري، وعلى ذلك، فلا ينصرف أثر اتفاق التحكيم إلى الشخص الاعتباري، وإنما إلى ممثله، إذا كان لا وجود له بأن كان شركة أو مجموعة شركات وهمية١.

ويرى جانب الفقه في جمهورية مصر العربية أن ممثل الشخص الاعتباري إنما يباشر مهامه باعتباره عضو في الشخص الاعتباري وليس نائباً عنه٢، ولذلك فإن التعاقدات التي يجريها تعتبر صادرة من الشخص الاعتباري ذاته، ومن ثم فلا يعتبر الممثل القانوني للشخص الاعتباري طرفاً بشخصه في التعاقدات التي يجريها نيابة عن الشخص الاعتباري، كما أن وزال صفته في تمثيل الشخص الاعتباري لا يؤثر على صحة التعاقدات التي أجراها قبل زوال صفته.

وعلى هدى ما تقدم فإنه يثور التساؤل حول ما إذا كان يلزم أن وجود نص خاص في عقد الشركة، أو نظامها الأساسي يخوله للمثل القانوني لها الحق في عقد اتفاق التحكيم، أم لا؟

إن لممثل الشخص الاعتباري في حالة شركات التضامن أو شركة التوصية البسيطة أو التوصية بالأسهم أو شركة المساهمة او الشركة ذات المسؤولية المحدودة أو الشركة ذات رأس المال القابل للتغير أو الشركة التعاونية سلطة واسعة في إدارة الشركة في حدود ما يسمح به غرضها المنصوص عليه في عقد انشاءها أو نظامها الأساسي وبما تستلزمه مصلحة الشركة، ولهذا فإن لممثل الشخص الاعتباري أن يبرم اتفاق التحكيم نيابة عن الشركة، ولو لم يفوض في ذلك صراحة، ما لم يمنعه في ذلك عقد الشركة أو نظامها الأساسي.

ومع أنه يلاحظ أنه في خصوص شركة التضامن أن نظام التحكيم السعودي الصادر بالمرسوم الملكي (م/٦) بتاريخ ٢٢ مارس عام ١٣٨٥ هـ قد تناول بشكل صريح سلطة المدير المسؤول عن شركة التضامن في طلب التحكيم وقيد سلطته في اللجوء إلى التحكيم، وبدلالة الاقتضاء سلطته في ابرام اتفاق التحكيم، **ان يكون ذلك في مصلحة للشركة**، وهو ما نصت المادة (٢٩) من مواد اصدار نظام الشركات السعودي " للمدير ان يباشر جميع أعمال الإدارة العادية التي تدخل في غرض الشركة ما لم ينص عقد الشركة على تقييد سلطته في هذا الخصوص، وله أن يتصالح على حقوق الشركة أو **أن <u>يطلب التحكيم اذا كان في ذلك مصلحة للشركة</u>**،،، "

١- . Sentence C.C.I.n' ٤٩٢٢/١٩٨٩. clunet – ١٩٨٩ obs – Abarez-مشار إليه في د/ محمد نور شحاته، مرجع سابق، هامش ص ٤٨.

٢ ـ د/ وجدي راغب " مبادئ القضاء المدني، دار الثقافة الجامعية، طبعة ١٩٩٩، ص ٥٦٦.

اما في خصوص شركة المساهمة، فالوضع بالنسبة لها يختلف عن شركة التضامن، حيث ان نظام الشركات في المملكة العربية السعودية، قد خول مجلس إدارة الشركات المساهمة أوسع السلطات في إدارة الشركة ولا يوجد ما يقيد هذه السلطة إلا ما ورد النص عليه في المادة (٧٣) من نظام الشركات في المملكة العربية السعودية " مع مراعاة الاختصاصات المقررة للجمعية العامة يكون لمجلس الإدارة أو سع السلطات في إدارة الشركة كما يكون له في حدود اختصاصه أن يفوض واحداً أو أكثر من أعضائه أو من الغير في مباشرة عمل أو اعمال معينه. على أن لا يجوز لمجلس الإدارة عقد القروض التي تجاوز اجالها ثلاث سنوات أو بيع عقارات الشركة أو رهنها أو بيع متجر الشركة أو رهنه أو ابراء مديني الشركة من التزاماتهم إلا إذا كان مصرحاً بذلك في نظام الشركة وبالشروط الواردة فيه. وإذا لم يتضمن نظام الشركة أحكام في هذا الخصوص فلا يجوز للمجلس القيام بالتصرفات المذكورة إلا بإذن من الجمعية العامة العادية وذلك ما لم تكن تلك التصرفات داخلة بطبيعتها في أغراض الشركة."

ويلاحظ في نص المادة (٧٣) من نظام الشركات السعودي، أن المشرع حظر على مجلس إدارة الشركة المساهمة القيام بمناسبة ادارته للشركة ببعض العمليات، على نحو ما تقدم، ليس من بينها ابرام اتفاق التحكيم، مما يعني وفقاً للقاعدة الشرعية أن الأصل في الأشياء الإباحة والاستثناء هو الحظر، أن مجلس إدارة الشركات المساهمة له ابرام اتفاق التحكيم بالنيابة عن الشركة دون حاجة لإذن من الجمعية العمومية او دون حاجة لأن يكون مصرح له بذلك في نظامها الأساسي، هذا بحسب الأصل ما لم يكن قد ورد في نظام الشركة النص على خلاف هذا الأصل.

ونشير في هذا الصدد أن الفقه الفرنسي يرى أن طبيعة اتفاق التحكيم في مجال التجار الدولية لا تتفق مع ضرورة استلزام وجود وكالة خاصة في عقد اتفاق التحكيم باعتبار أن هذا الاتفاق من التصرفات المعتادة للشركات التجارية على الصعيد الدولي، ومن ثم فإن الوكالة العامة تكفي لصحة إبرامه (١)، وتطبيقاً لذلك فإن محكمة النقض الفرنسية (٢) قضت " بأنه يجوز لمدير الشركة الذي يمنحه مجلس الإدارة بعبارة عامة سلطة إدارة الشركة أن يقوم بإبرام اتفاق التحكيم نياب عن الشركة، ولو لم يوكل في هذا العمل على وجه التعيين. "

---

١ - Ph. Fauchard. E. Gaillard. B. Goldman., op. cit. P. ٢٧٢. no. ٤٦٨.

٢- نقض فرنسي ١٩٥٩/٥/٢٥، مشار إليه في مؤلف د/ محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، ص ١٠٣ بند ١١٤-

الغصن الثالث

أطراف أخرى في اتفاق التحكيم

أولاً: الخلف العام للأطراف المتعاقدة في اتفاق التحكيم:

مصطلح الخلف العام هو مصطلح حقوقي معاصر، ولم يستخدمه فقهاء الشريعة الإسلامية القدامى، وإنما كانوا يستخدمون لفظ مرادف له هو الوارث أو الموصى له بجزء من مجموع التركة[1] ويعرف فقهاء الشريعة الإسلامية الخلف العام :بأنه الشخص الذي يقوم مقام مورثه في كل أموره وتركته بأمر من الشارع[2] وهناك قاعدة فقهية مفادها أن كل ما كان مالاً او متعلقاً بمال انتقل إلى الورثة، ولأن المال يورث فإن ما يتعلق بالمال من خيار وعمل يورث ايضاً، ويجمع الفقهاء ان الحقوق الشخصية أو الذاتية للمورث لا تنتقل إلى الورثة إلا أنهم اختلفوا في وضع ضوابط لتحديد تلك الحقوق، فيرى الحنابلة والحنفية كل الحقوق إذا لم تكن مالاً فهي حقوق شخصية تتعلق بمشيئة وارداته الوارث، ولأن مشيئته صفة لا يحتمل أن تنتقل إلى غيره، وإنما يورث ما يحتمل الانتقال إلى الورثة[3].

وفي النظم الوضعية: يعتبر الخلف العام بأنه كل من يخلف الشخص في كامل ذمته المالية بحقوقها والتزاماتها مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث والتي تنظمها الشريعة الإسلامية. ويثور التساؤل هل يمكن اعتبار الخلف العام طرفاً في اتفاق التحكيم؟ ولعل السبب الذي يثير هذا التساؤل هو ما تنص عليه المادة الحادية والأربعون من نظام التحكيم السعودي الصادر عام ١٤٣٣ هـ " لا تنتهي إجراءات التحكيم بموت أحد طرفي التحكيم أو فقد أهليته ما لم يتفق من له صفة في النزاع مع الطرف الآخر على انتهائه، ولكن يمتد الميعاد المحدد للتحكيم ثلاثين يوماً، ما لم تقرر هيئة التحكيم تجديد المدة مدد مماثلة أو يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك."

ومعنى ذلك أن اتفاق التحكيم ينتقل إلى ورثته الذين هم خلف عام لسلفهم وهو العاقد أو الطرف في اتفاق التحكيم، لكن علينا ملاحظة ما تنص عليه المادة العاشرة من نظام التحكيم بالمملكة العربية السعودية من أنه " ١-لا يصح الاتفاق على التحكيم إلا ممن يملك التصرف في حقوقه سواء أكان شخصاً طبيعياً أو من يمثله – أم شخصاً اعتبارياً." وهو الأمر الذي يثير تساؤل آخر هام وهو: ماذا إن كان ورثة أحد العاقدين غير راشدين؟

١- حقوق الغير في العقود المالية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، حسن محمد، دار الجامعة الحديثة، ط ٢٠٠٤ ص ٢١.

٢- أثر الوفاة على عقد الوكالة في الفقه الإسلامي والقانوني المدني، دراسة مقارنة، بيروت -دار الكتب العلمية ٢٠١٧، ص ٢١ منشور على الإنترنت على الرابط: https://books.google.dz/books?isbn=٢٧٤٥١٨٨٣٩٩

٣- السرخسي ، شمس الدين المبسوط، دار الكتب العلمية - بيروت ١٩٩٣، ص ١٣- ١٤ مشار إليه في اثار العقد بالنسبة إلى الخلف العام والخاص، مرجع سابق، هامش رقم ١ ص ٢٨.

والحقيقة أن نظام التحكيم اليمني الصادر برقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢ قد تناول هذا الفرض بالمعالجة على النحو الذي نصت المادة ١٢ منه على أنه: "لا ينقضي التحكيم بوفاة أحد الخصوم، وإذا كان في الورثة ناقص أهلية، فإن التحكيم ينقضي، إلا إذا استمر فيها وليه أو وصيه أو أذنت فيه المحكمة للمنوب عنه بالاستمرار فيه، ويتبع ما تقدم إذا فقد المحتكم أهليته قبل صدور حكم التحكيم.

وأنه لما كانت المادة (٢١) من نظام التحكيم السعودي (م/٣٤) في ١٤٣٣ هـــ تنص على انه " يعد شرط التحكيم الوارد في أحد العقود **اتفاقا مستقلاً** عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد – الذي يتضمن شرط التحكيم – أو فسخه أو انهائه بطلان شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته." ولما كان ذلك وكان اتفاق التحكيم مناطه حسم مشكلة أو نزاع بين أطرافه، فإن الالتزام الذي يترتب على هذا الاتفاق يتمثل في الالتزام بالامتناع عن اللجوء إلى المحاكم الوطنية واللجوء إلى التحكيم بالكيفية المتفق عليها، فإنه لا مانع من إمضاء ما يسري على العقود بصفة عامة في شأن انتقال آثار هذا الاتفاق إلى الخلف العام للعاقدين، ويلتزم ورثة طرفي اتفاق التحكيم باتفاق سلفهم، ولهم أن يتمسكوا بالدفع بعدم الاختصاص القضاء الوطني لوجود شرط أو اتفاق التحكيم كلاً في مواجهة.

ثانياً: الخلف الخاص للطرف المتعاقد في اتفاق التحكيم:

الأصل في الفقه الإسلامي أن أثر العقد ينصرف إلى العاقد نفسه ولا يجوز أن يرتب العقد اثاره الشرعية في مواجهة غير عاقديه، فالعاقد إذا باشر العقد لنفسه انصرف عليه وحده أثر العقد من حكم وحقوق، فقد ورد في المادة ٢٨٧ في مرشد الحيران[١] " انه يجوز للحر العاقل البالغ غير المحجور عليه أن يباشر أي عقد كان لنفسه أو يوكل غيره، فمن يباشر العقد بنفسه لنفسه فهو الملزم دون غيره مما يترتب عليه من حقوق وأحكام." وجاء في المادة ٣٠٦ أنه " إنما تجري أحكام العقود في حق العاقدين ولا يلتزم بها غيرهما."

ونشير إلى أن الفقه الإسلامي لم يعرف مصطلح الخلف الخاص الذي يعرفه الفقه الغربي ولم يعالج الخلافة الخاصة في العقد في نظرية العامة. فتحدد مركز الخلف الخاص بالنسبة للعقد الذي أبرمه سلفه لم يكن محل للمعالجة في الفقه الإسلامي بصورة مستقلة.

ولكن جاء في مصادر الحق في الفقه الإسلامي للعلامة رحمه الله عبد الرزاق السنهوري[٢] " ان الخلف الخاص في الفقه الإسلامي – على التحديد الذي عرفنا في الفقه الغربي – ينصرف بوجه عام أثر العقد الذي يبرمه سلفه من حيث الحقوق المكملة للشيء ومن حيث الالتزامات المحددة للشيء كما هو الحكم في الفقه الغربي ويمك القول في هذه المسألة تماثل في مجموعها لأحكام الفقه الغربي.

١- مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، محمد قدري باشا، ط ١ مصر ١٨٣٨، ص ٥٢.
٢- نظرية الالتزام بوجه عام، السنهوري، مصر ، ط ١ ، ص ٤٥٨.

وعلى هدى ما قد سبق، فإننا يمكن القول بأن الخلف الخاص هو كل من يؤول إلى من سلفه حق عين ما، كالذي يلتقي من آخر عين أو شيء على سبيل الهبة.

وقد وضع الفقه الإسلامي شرطين لانصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص نجملها فيما يلي:

الشرط الأول: يجب أن تكون آثار العقد تابعة للشيء المنتقل إلى الخلف الخاص. وقد وضع الفقه الإسلامي أربعة معايير للتعرف على الأثار التابعة للشيء المنتقل إلى الخلف الخاص هي:

١ ـــــ الاتصال: وفقاً لهذا المعيار فإن ما كان متصلاً بالشيء المنتقل فإنه ينتقل معه، وقد فرق المالكية بين ما هو ثابت فينتقل مع المعقود عليه، وما كان منقولاً فلا ينتقل.

٢ ـــــ العرف: يعتبر العرف معيار لمعرفة الحقوق والالتزامات، لأن تنزيل العقود المطلقة على العوائد المتعارف عليها أصل من أصول الشريعة، ومثال ذلك الحكم في أرض بيعت وبها طريق للغير حيث سئل عن رجل باع قطعة ارض وعليها طريق الغير فوقع النزاع في الطريق وفي مقدار اتساع هذا الطريق لأنه للبهائم ولأشياء غيرها، فأجاب: ان الحكم أن يحد لصالح الطريق (من الغير) بقدر ممشاه بذاته وبقدر ممشى بهائمه، لأنه يعمل بالعادة في مثل ذلك[١].

٣ـــــ ضرورات الشيء المنقول: وهو أن تكون الحقوق والالتزامات المستخلف فيها من ضرورات الحقوق والالتزامات المنقولة من ذمة السلف إلى ذمة الخف الخاص طبقاً للقاعدة الشريعة التي تقول: " من ملك شيء ملك ما هو من ضرورته." والحقوق الضرورية للحق المستخلف فيه والتي يتم انتقالها إلى الخلف الخاص مناها ما يكون تابعة للحق المنقول وتكون مكملة لهذا الحق، ومنها ما يكون مقيداً أو محدداً له، ويكون ذلك في الالتزامات كما يلي:

٣/١ الحقوق الضرورية المكلمة: هي التي تضيف إلى عناصر الذمة المالية لصالح الحق المنقول فتحسنه وتزيد من قيمته. مثال حقوق الارتفاق الإيجابية التي يتم تقريرها لعقار على آخر كحق المرور من أرض معينة للوصل إلى الأرض المنقولة.

٣/٢ الالتزامات الضرورية المقيدة للحق المستخلف فيه[٢]: هي تلك الالتزامات التي تنتقص من قيمته المالية، ومثال ذلك حقوق الارتفاق السلبية التي يتم تقريرها على عقار آخر.

٤ـــــ الاشتراط: فإنه إذا اشترط أحد المتعاقدين على انتقال بعض الحقوق أو الالتزامات مع الشيء المنتقل فإنها تنتقل معه في العقد.

---

[١]- المعيار المعرب، أحمد بن يحي الونشريسي، ط الغرب الإسلامي، بيروت، ج ٦، ص ٣٧-٣٩.
[٢]- رضا متولي وهدان، انتقال آثار العقود إلى الخلف الخاص، ط ٢٠٠١ دار الإسكندرية، ص ١٧٥ – ١٧٦.

الشرط الثاني: أن يعلم الخلف الخاص بوجود تلك الآثار:

والمقصود بالعلم هنا أن تكون الحقوق المستخلف فيها معلومة لدى الخلف الخاص، وذلك يأتي اذا نص على تلك الحقوق في العقد المبرم بين السلف وخلفه الخاص، ومعلوم أنه يشترط في العقود الناقلة للملكية رضاء العاقدين على ما اشتمل عليه العقد، ويتحقق هذا الرضا بعلم الخلف الخاص بالحق المنقول إليه وإلا أدى غير ذلك إلى الجهالة التي تفضي إلى النزاع ومن المعروف أن الشريعة الإسلامية تحرص على سد منافذ النزاع وأسبابه بين المتعاقدين، ولهذا فهي تشترط علم الخلف الخاص بالحقوق المنقولة إليه، ويتحقق هذا العلم ببيان جنس هذه الحقوق ونوعها لأن هذه الحقوق تزيد من ذمة الخلف الخاص المالية.

وعلى هدى ما قد سلف، وبالنظر إلى الطبيعة الخاصة لاتفاق التحكيم، فيثور التساؤل فهل اتفاق التحكيم من مستلزمات الشيء أو الحق ومن ثم ينتقل إلى الخلف الخاص أم لا؟

يذهب فقه شراح التحكيم أن اتفاق التحكيم يعتبر من مستلزمات الشيء وتوابعه، ومن ثم فإنه ينتقل إلى الخلف الخاص ويلتزم به. وقضاءً فإن إحدى هيئات التحكيم قضت بأنه: "إذا تضمن عقد الإيجار شرط تحكيم، فإن هذا الشرط ينتقل إلى الخلف الخاص لأي من الطرفين، إذا تنازل أحدهما عن هذا العقد إلى شخص آخر من الغير"(١)، كما وتطبيق قضائي أخر: "إذا كان الطرف الذي وقع اتفاق التحكيم هو مؤسسة فردية مملوكة لصاحبها، ثم تحولت هذه المؤسسة إلى شركة ذات مسئولية محدودة واستمرت في تنفيذ العقد المتضمن شرط التحكيم، فإنها تكون قد حلت محل المؤسسة وأصبحت خلفاً لها فيه، وتحاج بكل ما ورد فيه من شروط ومنها شرط التحكيم (٢).

ثالثاً: الدائنين للأطراف المتعاقدة في اتفاق التحكيم:

يعتبر من اطراف العقد طائفة الدائنون الشخصيون باعتبارهم ممن ينطبق عليهم في بعض الحالات مفهوم المتعاقد أو الطرف في العقود التي يبرمها مدينهم، فتنصرف إليهم آثارها بهذا الوصف، وذلك استناداً لما للدائن من حق الضمان العام على أموال مدينه، والتي تتمثل في مجموعة الوسائل التي تكفل للدائن بموجبها حمايته من التصرفات التي يقوم بها مدينه ويكون من شأنها إضعاف هذا الضمان العام المقرر للدائن على أموال مدينه، ومن ذلك الدعوى المباشرة التي يقيمها الدائن مباشرة باسمه ولحسابه ضد مدين مدينه يطالبه فيها بما في ذمته لصالح مدينه نتيجة عقد أو تصرف قانوني نشأ بينهما، وكذلك الدعوى غير المباشرة التي يقيمها الدائن باسم مدينه ولحسابه للمطالبة بحق له في ذمة الغير، وذلك في

١ــ حكم التحكيم الصادر في الدعوى رقم ٥٠٧ لسنة ٢٠٠٧ مركز القاهرة الإقليمي بتاريخ ٢٠٠٧/١١/٢٠ مشار إليه بمجله التحكيم العربي العدد ١١، يوليو ٢٠٠٨، ص ٢٢٧.

٢ـ محكمة تمييز دبي ٢٠٠٠/٤/٢٣ في الطعن رقم ٥٣٧ لسنة ١٩٩٩ــ مجلة التحكيم ــ العدد السادس، ص ٢٧٦ مشار إليه في مؤلف د/ فتحي والي " التحكيم في المنازعات الوطنية والتجارة الدولية، مرجع سابق، هامش ص ٢١٨ ـ حكم التحكيم الصادر في الدعوى رقم ٥٠٧ لسنة ٢٠٠٧ مركز القاهرة الإقليمي بتاريخ ٢٠٠٧/١١/٢٠ مشار إليه بمجله التحكيم العربي العدد ١١، يوليو ٢٠٠٨، ص ٢٢٧.

الفرض الذي يهمل فيه المدين في المطالبة بهذا الحق، والدعوى البوليصية أو عدم نفاذ التصرف التي يقيمها الدائن ويطالب فيها بعدم نفاذ التصرف أو التصرفات التي أجراها مدينه، ويكون من شأنها إلحاق الضرر به، ومن الوسائل التي منحها المشرع أيضاً للدائن دعوى الصورية التي يقيمها الدائن ليثبت من خلالها صورية العقد الذي أبرمه مدينه على نحو الغش لإخراج بعض أمواله أو كلها من الضمان العام.

التساؤل يثور في الفرض الذي يكون التصرف الذي أبرمه المدين قد تضمن اتفاقاً على التحكيم؟ الحقيقة أن الإجابة على التساؤل السابق يقتضي التمييز بين الوسيلة التي يلجأ إليها الدائن لحماية الضمان العام المقر على أموال مدينه، فإذا كان سيلتجأ إلى الدعوى المباشرة، أو الدعوى غير المباشرة، فإن عليه أن اللجوء للتحكيم، لأن الدائن في كلا الحالتين يستعمل حقوق مدينه الناشئة عن العقد، ومن ثم فإنه في كلا الحالتين ليس له أكثر مما لمدينه، فيتقيد بالطريق الذي اتفق عليه مدينه لحل النزاع الناشئ عن العقد الذي أبرمه، ومن ناحية أخرى فليس للدائن أن يتمسك بالتصرف الذي أجراه مدينه ويطالب بحقوقه الناشئة عنه ثم ينكر اتفاق التحكيم الوارد به أو يتجاهله(١).

أما إذا كان الدائن سيلجأ إلى الدعوى البوليصية أو دعوى الصورية، فإنه لا يتقيد باتفاق التحكيم الوارد في العقد الذي أبرمه مدينه، لأن الدائن يهاجم التصرف أي أنه لا يقره سواء بعدم نفاذه في مواجهته أو بصوريته بما في ذلك اتفاق التحكيم الذي تضمنه، ومن ثم فإنه يعتبر من الغير في اتفاق التحكيم الذي أبرمه مدينه، فلا تمتد إليه آثاره.

الفرع الثاني

الغير عن اتفاق التحكيم

- مفهوم الغير بالنسبة لأثر اتفاق التحكيم:

لما كانت القاعدة، وعلى نحو ما سلف البيان، أن آثار اتفاق التحكيم باعتباره عقداً مثله مثل سائر العقود لا تنصرف إلا إلى عاقديه ولا ترتب التزامات في مواجهة الغير.

وبحكم اللزوم العقلي فإن الغير المقصود هنا هم شخص غير عاقدي اتفاق التحكيم الأصلين، ولا خلفهم العام أو الخاص ولا دائني هؤلاء العاقدين، فالغير هنا شخص لا يلزمه اتفاق التحكيم ولا يحاج به قبله.

١- ويميز جانب من الفقه بين الدعوى غير المباشرة، والدعوى المباشرة ويرى أنه في الحالة الأولى يجب على الدائن أن يلجأ إلى التحكيم، ولا يجوز له اللجوء إلى القضاء، أما في الحالة الثانية (الدعوى المباشرة) فيجوز له أن يرفعها أمام القضاء ولا يلتزم بشرط التحكيم الذي أبرمه المدين أنظر د/ مصطفي الجمال، وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية " مرجع سابق، ص ٤٨٨ وما بعدها.

والسؤال الذي يطرح الأن من هو الشخص الذي يعتبر غيراً عن اتفاق التحكيم ولا يلزمه هذا الاتفاق ولا يحاج به في مواجهته؟

قد أثار معنى الغير جدلاً كبيراً في الفقه نظراً لصعوبة وضع تعريفاً له يحدد مفهومه، ولذلك فقد رأى بعض الفقه[1] أن تحديد مفهوم الغير يتوقف على تحديد مفهوم الطرف فيه، لذلك لابد من بيان مفهوم الطرف في اتفاق التحكيم فالغير في موضع معين يختلف عما يراد به في موضع آخر كذلك فإنه يختلف في ظل نظام معين عنه في ظل نظام او قانون آخر[2] فعلى سبيل المثال فإن مفهوم العير بالنسبة إلى مبدأ نسبية آثار العقد يختلف عن مفهوم الغير بالنسبة للتصرف الصوري، حيث يعتبر الغير في التصرف الصوري على كل من اكتسب حقاً يغاير التصرف الصوري بينما مفهوم الغير بالنسبة لمبدأ نسبية آثار العقد هو كل من ليس طرفاً في العقد.

وقد وضع الفقه معايير ثلاثة لتحديد مفهوم الغير عن اتفاق التحكيم وذلك[3] وفقاً لما يلي:

أولاً: المعيار الشكلي:

وفقاً لهذا المعيار يعتبر طرفاً في اتفاق التحكيم كل من اتجهت إرادته إلى الالتزام به شريطة أن تكون إرادته هذه مكتوبة، فالكتابة ركن في اتفاق التحكيم وليست وسيلة لإثباته، بينما يعتبر من الغير من لم تثبت إرادته في الالتزام باتفاق التحكيم كتابة.

ثانياً: المعيار الموضوعي:

نظراً لعدم دقة المعيار الشكلي للتمييز بين الطرف والغير في اتفاق التحكيم اتجه الفقه إلى محاولة تبني معايير موضوعية لا تستند على الشكل، وإنما تستند إلى أسس موضوعية منها معيار الإرادة، ومعيار أثر الاتفاق، المعيار المختلط، على التفصيل التالي:

(أ) معيار الإرادة.

يقوم هذا المعيار على أن صفة الطرف أو المتعاقد تثبت من إرادة التعاقد، فحرية التعاقد التي هي نتاج مبدأ سلطان الإرادة هي قوام ومعيار تحديد صفة المتعاقد، ولذلك فإن المتعاقدين لا يلتزمون إلا بإراداتهم، ولا يلتزم أحد بعقد ليس طرفاً فيه، ويرى أنصار هذا المعيار أنه وفقاً لهذا المعيار، فإنه إلى جانب الأطراف المتعاقدين أصلاً فإن الطرف يأخذ حكمه طائفتان آخرتان، الطائفة الأولى هم الأشخاص الممثلون، والخلف العام، وينقسم الغير طبقاً لذات المعيار إلى الغير الحقيقي وتشمل هذه الطائفة الأشخاص الذين يعتبرون أجانب عن العقد

---

[1]- محمد أنور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ١ ، ص ٢ وما بعدها
٢- أحمد خليل، أصول المحاكمات المدنية و التجارية، ط ١ ، دار العلوم الحديثة، بيروت، ١٩٩٢.
٣- سحر محمد أحمد در، أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير، بحث منشور في مجلة بحوث الشرق الأوسط، العدد التاسع والأربعون.

كلية، إذ لا توجد أدنى رابطة بينهم، والغير غير الحقيقي أو الوهمي وهم طائفة من الأشخاص ليسوا من الغير وليسوا بأطراف في العقد، ومن هؤلاء الدائنون العاديون والخلف الخاص

(ب) معيار أثر الاتفاق.

يقوم هذا المعيار على التمييز بين فكرة القوة الملزمة للعقد والاحتجاج به، فالأثر الملزم للعقد أو الاتفاق لا ينسحب إلى الغير فلا يكسبه حقاً و يحمله التزاما، إلا أن هذا الغير يحتج في مواجهته بالعقد، فالدائن يعتبر دائناً لمدينه في مواجهة الجميع مع أنه ليس دائناً إلا للمدين فقط والمدين مدين أمام الجميع مع أنه ليس دائناً إلا للدائن فقط، فالاحتجاج بالعقد ينشأ عن واقعة اجتماعية بينما الأثر الملزم مصدره كونه تصرفاً قانونياً، وبذلك تتحقق رغبة الأطراف في بسط آثار العقد على من ليس طرفاً فيه، بمعنى أن يكون لهم الحق في الاحتجاج بالعقد في مواجهة الغير، وفي المقابل يكون للغير الحق في التمسك بإعمال الأثر النسبي للعقد بحيث لا تنصرف آثاره إليه.

الفرع الثالث

نسبية الأثر الإيجابي والسلبي

لاتفاق التحكيم

يتميز اتفاق التحكيم بأن له خصوصية فيما يتعلق بطبيعة الالتزامات الناشئة عنه، ذلك أنه وإن كان اتفاق التحكيم يعد من العقود الملزمة للجانبين، إلا أن الالتزام الناشئ عنه بالنسبة لأطرافه هو التزام من طبيعة واحدة ليست متقابلة يتمثل في التزام الأطراف بطرح منازعتهم على التحكيم والالتزام بالحكم الصادر فيه، وهو ما يسمى بالأثر الإيجابي، والآخر يتمثل في الامتناع عن اللجوء لقضاء الدولة وهو ما يسمى بالأثر السلبي ، وهذين الأثرين يخضعان لمبدأ النسبية، بمعنى أن هذين الأثرين لا يلزمان إلا من كان طرفاً في اتفاق التحكيم في مواجهة الطرف الآخر.

أولاً: نسبية الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم:

الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم يتمثل في التزام أطرافه بالالتجاء إلى التحكيم والاستمرار فيه، فهو الأثر الفني لاتفاق التحكيم باختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع وسلبه من ولاية القضاء العادي، ويستمد الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم أساسه ومصدره من القوة الملزمة لاتفاق التحكيم ذاته إعمالاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فاتفاق الأطراف على التحكيم ورضائهم به يستلزم التزامهم به وعدم نقضه، أو العدول عنه إلا باتفاقهم على ذلك.

ولا يقتصر الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم على التزام أطرافه بالالتجاء إليه والاستمرار فيه، بل يتضمن أيضاً التزاماً بالتقيد بالحكم الصادر فيه بحيث تكون له في مواجهتهم حجية تحول

بينهم وبين إعادة طرح النزاع من جديد سواء أمام التحكيم أو أمام القضاء، وإلا جاز للطرف الآخر أن يدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها.

والأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم لا يلزم إلا من كان طرفاً في اتفاق التحكيم، أما الغير عنه فإنه بداهة لا يلتزم بالمثول في خصومة التحكيم، كما لا يعتبر الحكم الصادر في التحكيم حجة في مواجهته.

كما أن الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم يقتصر على المنازعات التي وارد بشأنها اتفاق تحكيم فقط، ولذلك فإن المنازعات التي لم يتفق الأطراف على إخضاعها للتحكيم وتخرج عن النطاق الموضوعي لاتفاق التحكيم لا يلتزمون بعرضها على التحكيم.

ثانياً: نسبية الأثر السلبي لاتفاق التحكيم:

الأثر السلبي لاتفاق التحكيم أو كما يعرف لدى بعض الفقه بالأثر المانع لاتفاق التحكيم(١) هو منع القضاء الوطني من نظر النزاع الوارد بشأنه اتفاق تحكيم وجعله من اختصاص هيئة التحكيم، ، والأثر السلبي لاتفاق التحكيم مفهوماً بالمعنى المتقدم مصدره اتفاق التحكيم الذي يلزم أطرافه بعدم الالتجاء للقضاء، وتطبيقاً لهذا المبدأ فقد نصت المادة (١١) من نظام التحكيم بالمملكة العربية السعودية " ١ – يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد في شأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم جواز نظر الدعوى اذا دفع المدعى عليه بذلك قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى. ٢ – لا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيه أو اصدار حكم التحكيم."

المطلب الثاني

حجية اتفاق التحكيم

من المقرر في النظرية العامة للعقد أن عدم انصراف آثاره إلى الغير كأصل عام لا يعني أنه لا يكون نافذاً في مواجهة هذا الغير بحيث يجوز له أن يتجاهل ما ترتب على العقد من حقوق والتزامات بين طرفيه، ولا يعني أيضاً أن لطرفي العقد ذاتهما أن ينكرا في مواجهة الغير ما ترتب على عقدهما من حقوق والتزامات نشأت فيما بينهما بموجب العقد، وهو ما يشكل قاعدة مفادها أن العقد بما أنشاءه من حقوق والتزامات بين طرفيه يحتج به بالنسبة للكافة، فللغير أن يحتج به، ويُحتج به عليه، وهو ما يعرف في مقابل مبدأ نسبية أثر العقد بمبدأ الاحتجاج المطلق بالعقد أو مبدأ حجية العقد.

١ـ د/ محمود مختار بريري " التحكيم التجاري الدولي "، مرجع سابق بند ٣١، ص ٤٥ ن وما بعدها، د/ نبيل إسماعيل عمر " التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٤، بند ٨٢، ص ٢٤٧.

فقيام العقد ووجوده كواقعة قانونية اجتماعية يفرض على الكافة واجباً عاماً يلزمهم باحترامه واحترام والآثار المترتبة عليه أيا كانت هذه الآثار عينية أم شخصية، وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض الفرنسية بأن: " العقود التي تصلح سندا للملكية هي العقود التي تبرم بين البائع ومن تلقى هذه الملكية، وأن حق الملكية سيتصدع بصورة دائمة إذا لم تكن للعقود التي تنقلها قيمة إلا في مواجهة أطرافه"(١)، كما قضت أيضاً بأنه: "بإمكان الغير الأجنبي عن العقد، وأن لم يكن دائنا أو مدينا، أن يتذرع لمصلحته بالوضع الذي خلقه العقد كواقعة قانونية، فيحق للكفلاء التمسك بالاتفاقية الحاصلة بين مصرفين أحدهما يستفيد من الكفالة، والتي ترتب عليها إخراج الديون التي ضمن الكفلاء الوفاء بها من ذمة المصرف المدين، مما يجعل الكفالة منتهية قانونا لانتفاء موضوعها"(٢).

هذا ووجوب احترام العقد والآثار المترتبة عليه يجد سنده في مبدأ حجية العقد الذي يجعل من العقد متى ما كان مستوفيا لأركانه وشروطه حجة على الكافة، بحيث لا يجوز للغير اتخاذ أي مسلك من شأنه أن يتعارض مع عقد سابق، فاذا تدخل أحد الأغيار في العلاقة القانونية القائمة بين الدائن والمدين، ونتج عن هذا التدخل تعذر تنفيذ المدين لالتزامه الواجب عليه تنفيذه، ترتبت مسؤولية الغير المدنية نتيجة إخلاله بمبدأ حجية العقد، وهي مسؤولية ذات طبيعة تقصيرية قوامها فكرة الخطأ الثابت، وهو خطأ يتمثل في إخلال الغير بالواجب السلبي العام كما أنها مسؤولية أصلية، وليست مسؤولية يستعيرها من المدين، وإنما تنسب إلي هذا الغير ما دام الخطأ ثابت في حقه شخصياً بغض النظر عن موقف المدين.

واتفاق التحكيم مع مراعاة خصوصيته وذاتيته لا ينفك بدوره عن غيره من العقود في شأن خضوعه لمبدأ الحجية، فهو وإن كان ذا أثر نسبي لا يمتد أثره إلى غير أطرافه، إلا أنه يفرض واجباً على الغير باحترامه، فهو في جميع مراحله يعتبر بالنسبة للغير مجرد واقعة قانونية يمكن أن يستند إليها أو يحتج بها في مواجهته كأساس لشرعية المركز القانوني الموضوعي أو الإجرائي (٣).

المطلب الثالث

انتقال اتفاق التحكيم

تمهيد وتقسيم:

يقصد بانتقال العقد: تبدل أحد أطراف العلاقة القانونية حلول غيره محله. واتفاق التحكيم لا يختلف عن غيره من العقود فيما يتعلق بقابليته إلى الانتقال إلى غير أطرافه، فنكون بصدد

١- Civ. ٢٢ juin ١٨٦٤. V. GHESTIN (J.), op. cit, no ٣٢٤. -
٢ - Cass. Com. ٢٢ October ١٩٩١, Bull. civ. IV, no ٢٠٩, Dalloz-Sirey, ١٩٩٣, p. ١٨١,-
٣- د/ محمد نور شحاته ، مرجع سابق ، بند ٥ ، ص ٧ .

فكرة انتقال شرط التحكيم في حالات حوالة العقد، وحوالة الحق، حوالة الدين، والخلف العام، والدعوى المباشرة (١)، إذ في جميع الحالات السابقة يتغير أحد أطراف شرط التحكيم بحلول غيره محله، فيحل الدائن المحال إليه الدين مكان الدائن الأصلي، ويحل المحال إليه الدين محل المدين الأصلي.

الفرع الأول: انتقال شرط التحكيم في حالة حوالة الحق والدين والعقد.

الفرع الثاني: انتقال شرط التحكيم في حالة اندماج الشركات والحلول.

الفرع الأول

حالات انتقال اتفاق التحكيم عن طريق الحوالة

تعرف الحوالة في فقه الشريعة الإسلامية على أنها عقد إرفاق يقتضي انتقال الدين من ذمة إلى أخرى، والإحالة هي نقل المدين ما عليه إلى ذمة غير بإيجاب، وتنعقد الحوالة بألفاظها ومما يؤدي معناها الخاص[٢]. باعتبارها تصرف قانوني قد ترد على الحق فقط فتسمى بحوالة الحق، وقد ترد على الدين فتسمى بحوالة الدين، أو قد ترد على العقد بأكمله بما يترتب عليه من حقوق والتزامات، فتسمى بحوال العقد، ولذلك نقسم هذا المطلب إلى غصون ثلاثة على النحو التالي:

الغصن الأول: انتقال اتفاق التحكيم بحوالة الحق.

الغصن الثاني: انتقال اتفاق التحكيم بحوالة الدين.

الغصن الثالث: انتقال اتفاق التحكيم بحوالة العقد.

الغصن الأول

انتقال اتفاق التحكيم في حالة حوالة الحق

تعرف حوالة الحق في مبادئ يونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية في الفصل التاسع المبحث (١) مادة (٩-١-١) على أنها: " اتفاق بين شخص يقال له [المُحيل] وشخص آخر يقال له [المُحال إليه] على حوالة حق للمُحيل قبل الغير [المدين] " ويعرفها الفقه بأنها "عقد

١- د/ سعد بهيني مقال منشور بمجلة التحكيم العالمية، العدد السابع والثلاثون، يناير ٢٠١٨، ص ١٥٣.
٢- مجلة الأحكام الشرعية، للأمام احمد بن حنبل، مواد ١١٥٥ وما بعدها،

أو اتفاق يتم بمقتضاه نقل حق الدائن الشخصي من ذمته إلى ذمة شخص آخر يحل محله في اقتضاء الحق من المدين ويكون دائناً مكانه"(١)،

والفرض هنا انه قد يكون الدائن بحق نقدي أو أي أداء آخر مستحق على مدينه في ظروف كثيرة قد يجد من المفيد حوالة هذا الحق إلى شخص آخر كحوالة الحق إلى بنك والتي تعد من أكثر الوسائل التقليدية لتمويل الائتمان الممنوح للعميل.

والمقصود بحوالة في هذا الصدد الحوالة الاتفاقية، دون الحوالات التي ينص فيها القانون واجب التطبيق على النزول عن بعض الحقوق. (مثال ذلك في بعض النظم المقارنة للحوالة القانونية إلى المتصرف إليه بالنسبة لحقوق البائع تجاه المؤمن على العقار المبيع، او النزول التلقائي عن الحقوق في حالة الاندماج بين الشركات.)

ويثور التساؤل بالنسبة لشرط التحكيم عن حوالة العقد المشتمل عليه؟

والإجابة على هذا التساؤل هي أن شرط التحكيم، وبالرغم من استقلاله عن العقد الذي يرد فيه، إلا أنه ينتقل مع الحق المحال، لارتباطه بالعقد الأصلي على نحو لا يقبل التجزئة، وتطبيقاً لذلك محكمة استئناف باريس " أن شرط التحكيم انتقل مع الحق أو العقد المحال به، لأنه شرط لا ينفصل عن اقتصاديات العقد، وأن شرط التحكيم ـــــ الذي يتعلق بالحق في التقاضي لا بالحق الموضوعي ـــــ يتمتع في المجال الدولي بقابليته للانفصال عن بقية العقد المشتمل عليه، ويخضع لقواعد خاصة دون اللجوء إلى قواعد الإسناد، ولا إلى أي قانون تشير إليه هذه القواعد ولذلك، فإن صحة هذا الانتقال لا تتأثر بالعيوب التي تطرأ على حوالة الحقوق الموضوعية بشرط أن تكون هذه الحوالة ثابتة"

وكان ذلك الحكم بمناسبة دعوى تحكيمية يتحصل وجيزها في أن إحدى الشركات التشيكية كانت قد أبرمت بتاريخ ١٩٨٨/٣/٢٣ عقداً مع شركة أسمنت بوركينا فاسو (CIMAT) لبناء وتشييد وحدة أسمنت في واجادوجو عاصمة دولة بوركينا فاسو، وقد تضمن ذلك العقد شرطاً للتحكيم قامت الشركة التشيكية بحوالة حقوقها في العقد المار بيانه إلى شركة أخرى هي شركة أسمنت أبيدجان، وإثر خلاف احتدم بين شركة أسمنت أبيدجان وشركة أسمنت بوركينا فاسو (CIMAT) قامت الأولى بإقامة دعوى تحكيمية ضد الشركة الأخيرة أمام غرفة التجارة الدولية مستندة إلى شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي الذي تم إحالة الحق الوارد فيه، والمبرم فيما بين الشركة التشيكية (المحيلة) والمحتكم ضدها شركة أسمنت بوركينا فاسو "CIMAT" (المحال عليها) دفعت الشركة الأخيرة (المحتكم ضدها) بعدم اختصاص هيئة التحكيم التي تنظر الدعوى التحكيمية تأسيساً على عدم وجود اتفاق تحكيم بينها وبين شركة أسمنت أبيدجان (المحتكمة)، إلا أن هيئة التحكيم رفضت الدفع وقضت في الدعوى التحكيمية.

١ـ د/ جميل الشرقاوي " النظرية العامة للالتزام، الكتاب الثاني، أحكام الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ٢٤٩.

الغصن الثاني

انتقال اتفاق التحكيم في حالة حوالة الدين.

أن حوالة الدين هي الاتفاق بموجبه ينتقل دين المدين إلى غيره، ويترتب عليه براءة المدين الأصلي، ودخول المدين الجديد في الدين، وهي نظام مقابل لحوالة الحق،

يختلف أثر حوالة الدين على شرط التحكيم في العلاقة ما بين المدين الأصلي والمدين الجديد من ناحية، والعلاقة بين المدينين الأصلي والجديد (المحال عليه الدين) والدائن من ناحية أخرى، كما يختلف أثر حوالة الدين على شرط التحكيم في حالة قبول الدائن للحوالة عن حالة رفضه لها، ففي العلاقة بين المدين الأصلي والمدين الجديد (المحال عليه الدين)، فإن الحوالة تنعقد بينهما صحيحة، ولكنها لا تكون نافذة في مواجهة الدائن، إلا إذا أقرها فإن أقرها، فإن ذلك يعني موافقته على أن يرتبط مع المدين الجديد بشرط التحكيم بشرط موافقة المدين الجديد على شرط التحكيم ورضائه به، أما في حالة عدم إقراره لحوالة الدين، فإن معنى ذلك أن الحوالة لا تكون نافذة في مواجهته، ومن ثم، فلا أثر لها عليه، فتظل علاقة المديونية بينه وبين دائنة الأصلي بما فيها ارتباطهما بشرط التحكيم، أما العلاقة فيما بين المدين الأصلي والمدين الجديد فيحكمها عقد الحوالة المبرم بينهما، فإن كانا قد اتفقا فيه على شرط التحكيم، أو أحالا فيه إلى العقد المنشئ للدين والمتضمن شرط التحكيم، سرى الشرط بينهما، مع ملاحظة أنه في حالة الإحالة إلى العقد المنشئ للدين والمتضمن شرط التحكيم، فإن هذا الإحالة يجب أن تكون واضحة وصريحة في اعتبار شرط التحكيم جزء لا يتجزأ من عقد الحوالة.

أما إذا كانت الحوالة قد أبرمت بين الدائن والمدين الجديد، فإنها تنعقد أيضاً صحيحة ونافذة بمجرد الاتفاق بين الطرفين دون حاجة لقبول المدين الأصلي أو إقراره لها، وفي هذه الحالة، فإن شرط التحكيم الوارد في العقد المنشئ للمديونية ينتقل إلى المدين الجديد، إذا كان هذا الشرط قد ورد في عقد الحوالة أو تمت الإحالة فيه إلى العقد المنشئ للمديونية.

الغصن الثالث

انتقال اتفاق التحكيم في حالة حوالة العقد

وتعرف قواعد يونيدورا المتعلقة بالعقود التجارية الدولة في الفصل الأول المبحث الثالث حوالة العقد على أنها " اتفاق بين شخص يقال له [المُحيل] إلى شخص آخر يقال له [المُحال إليه]

والفرض هنا أنه كما يمكن تحال الحقوق والديون استقلالاً طبقاً للقواعد الخاصة به، فإنه مع ذلك في بعض الحالات يمكن حوالة العقد ككل، وبعبارة أخرى يمكن للشخص أن يحيل إلى آخر من الغير عن العقد، جميع الحقوق والالتزامات المتعرفة عن كونه طرفاً في عقد.

فالمقال على سبيل المثال قد يرغب في أن يدع مقاولاً آخر يحل محله كأحد الأطراف في عقد مقاولة.

ويترتب على حوالة العقد وفقاً للمفهوم المتقدم انتقال شرط التحكيم إلى الطرف المحال إليه العقد باعتبار أن اتفاق التحكيم، وعلى النحو المتقدم عرضه بالنسبة إلى حوالة العقد يعتبر من اقتصاديات العقد المَحيل ومرتبط به ارتباطاً لا يقبل التجزئة.

الفرع الثاني

انتقال اتفاق التحكيم في حالة اندماج الشركات والحلول.

بالإضافة إلى حالات انتقال شرط التحكيم بحوالة الحق وحوالة الدين وحوالة العقد، فإن هناك حالات أخرى لانتقال شرط التحكيم إلى طرف آخر لم يكن طرفاً فيه يحل محل أحد أطرافه، ومن هذه الحالات انتقال شرط التحكيم في حالة اندماج الشركات، وحالة انتقال شرط التحكيم في حالة الحلول، وهو ما نتناوله في الغصنين **التاليين:**

الغصن الأول: انتقال شرط التحكيم في حالة اندماج الشركات.

الغصن الثاني: انتقال شرط التحكيم في حالة الحلول.

الغصن الأول

انتقال شرط التحكيم في حالة اندماج الشركات

تُعد عمليات الاندماج بين الشركات أو استحواذ بعض الشركات على حصص ملكية معتبرة في شركات أخرى، من العمليات التي تتكرر في مشاهدها وتتزايد بشكل مطرد مع تطور في أنماط إنجازها بحيث أصبحت ميزة من ميزات الاقتصاديات الحديثة، وخصوصاً بعد انتشار ظاهرة العولمة الاقتصادية واشتداد المنافسة التجارية بين المنشآت[1].

ولما كان نظام الشركات الجديد في المملكة العربية السعودية لم يعطي لنا تعريفاً محدداً لعملية الاندماج، لذلك فإن الفقه[2] في المملكة العربية السعودية قد استنتج تعريفها وتحديد ركائز وجودها ومكوناتها من خلال مجموعة النصوص التي أوردها نظام الشركات الجديد لأحكام عملية الاندماج؛ فيعرفها على أنها " ذلك الاتفاق الناجم عن توافق شركتين أو أكثر وفق شروط وأوضاع يحددها ذلك الاتفاق على انضمام أحدهما لصهر أصولها وخصومها

---

[1]- بحث بعنوان اندماج الشركات في إجراءات تحققه ونتائج وقوعه وفق النظام التجاري السعودي، خالد عبد العزيز الرويس، مجلة جامعة الملك سعود دورية علمية محكمة، المجلد التاسع والعشرون (الحقوق والعلوم السياسية)، ص ١٩٤.

[2]- بحث بعنوان اندماج الشركات في إجراءات تحققه ونتائج وقوعه وفق النظام التجاري السعودي، خالد عبد العزيز الرويس، مرجع سابق، ص ٢٠٠.

في الشركة الأخرى أو في الشركة الجديدة التي تنشأ مع فناء الشخصية الاعتبارية لكل شركة مندمجة بعد تجميع أصولها وخصومها في الشركة الجديدة."

وإذا استوفت عملية الاندماج كافة الإجراءات وفقاً لنظام الشركات الجديد واستوفت اجراءات شهر قرار الاندماج وفقاً للنظام الجديد، وذلك لكي يعلم كل من يعنيه الأمر بذلك الاندماج سواء كان من الغير أو من الشركاء. فإن الاندماج يرتب آثاره في انتقال جميع عناصر الذمة المالية من الشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة، ويرى الفقه السعودي أن يترتب على ذلك حلول الشركة الدامجة محل الشركة المندمجة في كل ما لها وما عليها باعتبار أن الشركة الدامجة خلفاً للشركة المندمجة فيكون لها حق المطالبة بديون الشركة المندمجة في مواجهة المدينين ويتم اقتضاء تلك الديون دون اللجوء إلى أية إجراءات شكلية لإثبات صفتها لاقتضاء ذلك الدين[1]، وذلك لكون الشركة الدامجة ستصبح خلفاً للشركة المندمجة فتتلقى ذمتها المالية بكامل عناصرها الإيجابية والسلبية وفقاً لنص المادة ١٩٢ من نظام الشركات الجديد. ولا مراء أن اتفاق التحكيم باعتباره عقداً فإنه ينتقل بدوره إلى الشركة الدامجة فتكون ملتزمة به كوسيلة لفض أي نزاع بشأن عقد من العقود التي ابرمتها الشركة المندمجة باعتبار أن الشركة الدامجة حلت محلها واعتبرت خلفاً لها.

وتطبيقاً لذلك قضت إحدى هيئات التحكيم بغرفة التجارة الدولية وفي قضية يتحصل وجيزها:

[في أن أحدى الشركات الإماراتية قد أبرمت عقداً مع إحدى المؤسسات الكويتية وتضمن شرط تحكيم، ثم حدث أن اندمجت الشركة الإماراتية في شركة أخرى بنفس الاسم وأصبحت شركة بحرينية ، وقع خلاف بين الشركة الدامجة (الإماراتية الجنسية سابقاً) والمؤسسة الكويتية التجأت على أثره الدامجة إلى التحكيم في دولة الأردن وفقاً للاتفاق حيث تداول نظر التحكيم لصالح الشركة الدامجة (الإماراتية الجنسية سابقاً) والتي سعت إلى تنفيذ الحكم داخل دولة الكويت، وطعنت الشركة الكويتية على هذا الحكم طالبة إلغائه مستندة إلى عدم صحة الخصومة، وعدم صحة التمثيل القانوني للشركة الدامجة باعتبار أن اتفاق التحكيم كان موقعاً مع الشركة الإماراتية (المندمجة) وليس الشركة البحرينية (الدامجة)، وأنها لم تكن على علم بأن الشركة الإماراتية قد اندمجت في الشركة البحرينية.

رفضت محكمة التمييز الكويتية (٢) دفاع ودفوع المؤسسة الكويتية وقالت إنه وبمقتضى الاندماج فقد أضحت الشركة الدامجة خلفاً عاماً للشركة المندمجة، بما يستتبعه من أيلولة كافة حقوقها والتزاماتها بما فيها شرط التحكيم.

---

[1]- بحث بعنوان اندماج الشركات في إجراءات تحققه ونتائج وقوعه وفق النظام التجاري السعودي، خالد عبد العزيز الرويس، مرجع سابق، ص ٢٢٥

٢ - حكم محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم ١٢٠٢ لسنة ٢٠٠٤ الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/٢/٢١ والنص http://www.aifica.com/

ويبين مما تقدم أن من آثار اندماج الشركات انتقال شرط التحكيم الوارد في العقود التي تكون الشركة المندمجة قد أبرمتها إلى الشركة الدامجة فتلزم بإثاره القانونية، كذلك أن الاندماج يعتبر حالة من حالات انتقال العقد لا امتداده كما عالجه بعض فقه شراح التحكيم على نحو ما سوف يبين لاحقاً.

الغصن الثاني

انتقال شرط التحكيم في حالة الحلول

فكرة الحلول:

الأصل أن تنفيذ الالتزام بالوفاء بالدين يقع على عاتق المدين، فهو الملتزم الأصلي بالوفاء، بيد أنه وإن كان الأصل أن يتم الوفاء بالدين من المدين، إلا أنه ليس هناك ثمة ما يمنع من يقوم بالوفاء شخصاً آخر غير المدين. يترتب على الحلول سواء كان قانونياً كما في حالة الاندماج أو اتفاقياً انتقال شرط التحكيم إلى من حل مكان الدائن (١)، وذلك إعمالاً للأثر الناقل للحلول، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بأن المؤمن يحل محل المؤمن عليه فيما له من حقوق تجاه الغير الذي كان المؤمن له قد تعاقد معه واتفاقا على شرط التحكيم (٢).

١ـ د/أحمد عبد الكريم سلامة " قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي " مرجع سابق، ص ٤٥١، د/ فتحي والي " قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، مرجع سابق ص ١٦٨.

٢- Cass. Com .١٣ mai ١٩٦٦ Re. Crit dr. Int priv ١٩٧٦. ٣٢٥.note .Mezger مشار إليه في مفهوم الغير في التحكيم د/ محمد نور شحاته ص ٦٩

المبحث الثاني

امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير

إن امتداد العقد عموماً يجد مصدره في إرادة الأطراف، كما معروف فإنه لما كان اتفاق التحكيم هو عقد مثله مثل سائر العقود فإنه يخضع لما تخضع له هذه العقود أحكام شرعية، بما في ذلك امتداده إلى الغير وسوف نبين في هذا المبحث إن شاء الله الجدل الفقهي الذي دارت رحاه حول قبول فكرة امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير ما بين مؤيد لها ومعارض، كذلك سوف نتعرض إلى الحالات التي يمتد فيها اتفاق التحكيم إلى غير اطرافه سواء وفقاً للقواعد العامة أو وفقاً للاتجاهات المعاصرة، كما سوف نلقي الضوء بإيجاز حول الآثار المترتبة على امتداد اتفاق التحكيم إلى هذا الغير.

المطلب الأول

الجدل الفقهي حول فكرة امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير

الفرع الأول

الاتجاهات الفقهية الرافضة لفكرة امتداد اتفاق التحكيم إلى غير اطرافه

لا يجمع الفقه الرافض لفكرة الامتداد على سبب محدد يستندون إليه في موقفهم هذا فكرة امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير، حيث أن لكل مجموعة منهم سبب معين يرون أنه يؤيد موقفهم هذا، فبينما يستند البعض، في تأييد موقفهم الرفض لامتداد اتفاق التحكيم إلى غير عاقديه؛ إلى أن قبول هذه الفكرة تهدم الأصل الذي ينبثق منه نظام التحكيم وهو مبدأ سلطان الإرادة (١)، مبررين أن القول بامتداد اتفاق التحكيم إلى غير اطرافه تجعل من التحكيم نظام إجباري لا ينظر بعين اعتبار إلى إرادة هذا الغير الذي امتد إليه اتفاق التحكيم وهو ما يتعارض وفكرة التحكيم من الأساس. ذلك لان اتفاق التحكيم يقوم على الرضاء الصريح بالتحكيم كوسيلة لفض المنازعة بين العاقدين، بينما فكرة امتداد هذا اتفاق الغير تجد أساسها في افتراض رضاء الغير بالتحكيم !! وهذا القول غير مقبول، لأن التحكيم لا يفترض، وإنما يجب أن يقوم على إرادة صريحة[٢].

---

١ - Loquin، Différence et convergences Dans le régime de la transmission et l' extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises, gaz.pal.٢٠٠١ p.٨٩٨

٢- د/ فتحي والي " التحكيم في النظرية والتطبيق " مرجع سابق، بند ٧٦، ص ١٦١.

ومجموعة أخرى من الفقهاء المعارضون لفكرة الامتداد يرون أن مبدأ حرية اللجوء إلى القضاء، وهو من المبادئ الأصولية، يتعارض مع فكرة امتداد اتفاق التحكيم إلى غير أطرافه لأن القبول بها يمثل اعتداء على هذا المبدأ[1]، وهذا الاتجاه الرافض لتمديد شرط التحكيم شايعته محكمة النقض الفرنسية[2]في أحد أحكامها عندما قضت بأنه: "تطبيق شرط التحكيم لا يمكن تمديده إلى علاقة تعاقدية غير ناتجة عن الاتفاق محل النظر".

وقضاءً نجد أن عدم القبول بفكرة امتداد اتفاق التحكيم إلى غير أطرافه لدى بعض الهيئات التحكيمية بغرفة التجارة الدولية، والتي رفضت دفاع أحد اطراف التحكيم بمد اتفاق التحكيم إلى شركة من الغير، مبررة هذا الرفض في أن سلطان إرادة الأطراف يعد أساس التحكيم، وأن سلطة هيئة التحكيم مستمدة من هذه الإرادة، وأن مبدأ نسبية أثر العقود هو نتيجة حتمية لمبدأ سلطان الإرادة، فضلاً عن أن مفهوم الشخصية القانونية المستقلة للشركات هو أمر مستقر منذ وقت طويل في التجارة الدولية، وأن شرعية قيام مجموعة الشركات بتقسيم الحقوق والالتزامات التعاقدية بين مختلف الشخصيات المعنوية أمر يجب احترامه، وأضافت هيئة التحكيم هيئة: أن امتداد اتفاق التحكيم إلى شخص لم يوقع عليه ليست لا علاقة لها بمسألة وجود سيطرة بين لإحدى الشركات على الشركة الأخرى، وإنما هي مسألة متعلقة بإبرام العقد وتنفيذه والمسلك تجاه الطرف الآخر الذي يمكن معه استخلاص الإرادة المشتركة للأطراف في الالتزام باتفاق التحكيم كسب لامتداه إلى شخص لم يوقع عليه، وهذا الاتجاه الذي تبناه هذا القضاء التحكيمي يستند إلى أن القانون السويسري الذي كان هو القانون واجب التطبيق على النزاع المعروض عليها، والذي لا يسمح من بعيد أو قرب بامتداد شرط التحكيم[3]، حيث كانت المادة السادسة من القانون السويسري الخاص بالتحكيم الصادر عام ١٩٦٩ تشترط لصحة اتفاق التحكيم أن يكون مكتوباً وموقعاً عليه من الأطراف، أما في ظل القانون الدولي السويسري الخاص الصادر عام ١٩٨٧ فإن الفقر الأولى من المادة ١٧٨ والتي حلت محل المادة السادسة من قانون الوفاق سالف البيان فلم تعد تشترط لصحة اتفاق التحكيم أن يكون موقعاً عليه، وإنما اكتفت بوجود نص مكتوب، ولو لم يوقع عليه الأطراف حيث نصت على أنه:" يكون اتفاق التحكيم صحيحاً إذا أبرم كتابة ، أو بواسطة تلغراف أو تلكس أو فاكس أو أي وسيلة اتصال أخرى تمكن من إقامة الدليل عليه بواسطة نص مكتوب" .

وتعقيباً على هذا القفه الرافض لفكرة الامتداد فإنه، وبالرغم من وجاهة الأسباب التي استندت إليها، والتي أبرزها تعارضه مع مبدأ حرية الإرادة على نحو يجعله نظام إجبارياً بالنسبة إلى هذا الغير الذي امتد إليه اتفاق التحكيم فإن هذا القول مردود عليه بأن هناك حقيقة قانونية

١ـ د/ أسامه الشناوي " المحاكم الخاصة في مصر " رسالة دكتوراه كلية لحقوق جامعة القاهرة، ١٩٩٠، ص ٤٣٠.

٢ـ Cass. Ler Civ. ١er Juillet ١٩٩٢. Bull Civ ١; n°١; P. ٢٣٢

٣ ـ د/ سعد بهيني مقال منشور بمجلة التحكيم العالمية، العدد السابع والثلاثون، يناير ٢٠١٨، ص ١٥٣.

تؤكد أن امتداد اتفاق التحكيم إلى غير عاقديه تكون مستند في بعض الحالات إلى إرادة الأطراف نفسهم، كما هو في حال الاشتراط لمصلحة الغير.

الفرع الثاني

الاتجاه المؤيد لامتداد اتفاق التحكيم

جانب كبير من الفقه فكرة امتداد اتفاق التحكيم إلى غير أطرافه، سواء كانوا أطرافاً أصليين في الاتفاق أم أطرافاً جدداً[١]، ويستندون في ذلك إلى أن القبول بفكرة امتداد اتفاق التحكيم إلى غير الموقعين عليه يعطي الامن القانوني للعلاقات التجارية الدولية، لأنه يحقق للمتعاملين في التجارة لدولية ميزة كبيرة عند تعاقدهم مع شركات وليده قد تنكث فيما بعد عن تنفيذ التزاماتها التعاقدية فيكون الرجوع على الشركة الأم بما لها من ملاءة ضماناً قوياً لهم"[٢].

وتأييد لفكرة امتداد اتفاق التحكيم إلى غير عاقديه، نجد أن إحدى هيئات التحكيم بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي قامت بمد اتفاق التحكيم إلى المشترط لصالحه في الاشتراط لمصلحة الغير مقررة أن الاشتراط لمصلحة الغير يرتب حقوقاً مباشرة للغير في مواجهة المتعهد، ولذلك فإن للأخير الذي قبل الاشتراط أن يطلب إعماله اتفاق التحكيم لصالحه، فيطالب المتعهد بحقه بواسطة التحكيم باعتبار أن التحكيم من ملحقات الحق[٣]، كما قضت هيئة تحكيم أخرى بأن اتفاق التحكيم يشمل جميع المشروعات المؤسسة لمشروع واحد، وأن شرط التحكيم الذي يرد في أحد العقود يمكن أن يمتد لشركات أخرى من أعضاء مجموعة واحدة بالرغم من عدم توقيعها على العقد المتضمن اتفاق التحكيم ما دامت قد شاركت في تكوين العقد وتنفيذه وإنهائه[٤]، كما قضي أيضاً بأن شرط التحكيم الموقع عليه من شركة في مجموعة شركات تنظمها مجموعة اقتصادية واحدة ويرأسها شخص واحد يمتد إلى شركة أخرى في ذات المجموعة، ولو لم تكن قد وقعت العقد ما دامت هذه الشركة الأخيرة كان لها يد في إبرام العقد المتضمن اتفاق التحكيم أو تنفيذه، وأن العقد موضوع النزاع يتعلق بعملية اقتصادية واحدة تتعلق بنشاط الشركتين[٥].

١- Jean – François Poudret, Sébastien Besson, " Droit comparè de l' arbitra international" , op. cite P.٢١٨.

٢ـ د/ أحمد مخلوف، مرجع سابق، بند ٢٦٣، ص ٢٤٣.

٣ـ حكم التحكيم الصادر في القضية التحكيمية رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٧، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، مجلة التحكيم العربي، العدد الأول ص ١٥١.

٤ـ حكم التحكيم الصادر في القضية التحكيمية رقم ١٠٩ لسنة ١٩٩٨ الصادر بتاريخ ١٩٩٩/٣/١١، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني ص ٢٢٤.

٥ ـ حكم التحكيم الصادر في القضية التحكيمية رقم ٦٣١ لسنة ٢٠٠٩، جلسة ٢٠١٠/٥/٥مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، مجلة التحكيم العربي، العدد الخامس عشر، ص ٢٢٥.

وقد قضت محكمة استئناف باريس[1] بأنه إذا قامت الدولة بإنشاء أتحاد شركات له شخصية اعتبارية للقيام بتنفيذ مشروع بموجب عقد يتضمن اتفاق تحكيم، وبعد زوال هذا الاتحاد، استمرت الدولة في تنفيذ هذا العقد، فإنها تعتبر الطرف الحقيقي في العملية الاقتصادية، وتلتزم باتفاق التحكيم.

كما قضت محكمة استئناف تونس بأنه: "ولئن كان انتماء شركة ما لتجمع شركات غير كاف في حد ذاته لتوسيع الشرط التحكيمي الذي لم يحظ بموافق تلك الشركة ومن ثم إدخالها في إجراءات التحكيم، فإن ذلك الانتماء إذا تعزز بوقائع أخرى تفيد بصفة قطعية علم الشركة التي تم إدخالها بوجود العقد ومشاركتها في المراحل التي سبقت التعاقد يؤول بالضرورة إلى اعتبارها امتداد للشخص المعنوي المتعاقد وإخضاعها بالتبعية لمقتضيات الشرط التحكيمي وآثاره، وأن تجمع الشركات ينطوي على حقيقة اقتصادية واحدة تؤدي إلى اعتبار الشرط التحكيمي المقبول من إحدى شركات المجمع يلزم الشركات الأخرى التي لعبت دور في تكوين وتنفيذ وفسخ العقد أو العقود المتضمنة لذلك الشرط، لا سيما وأنها ظهرت بمثابة الطرف المعني بالعقد بالدرجة الأولى[2].

وقضت محكمة النقض الفرنسية بحكمها الصادر بتاريخ ١١ يونيه ١٩٩١ بتأييد قضت به محكمة استئناف باريس بحكمها الصادر بتاريخ ١١ يناير ١٩٩٠ الذي أيد بدوره حكم التحكيم الصادر من إحدى هيئات التحكيم بغرفة التجارة لدولية بباريس بتاريخ ٢٤ أغسطس، والذي انتهى إلى إلزام رجل أعمال سعودي بشخصه، بأن يؤدي إلى إحدى الشركات الفرنسية تعويضاً عما أصابها من أضرار، نتيجة عدم تنفيذ إحدى الشركات التابعة له التزاماتها التعاقدية على الرغم من أنه لم يكن طرفاً في اتفاق التحكيم، وان هذا الأخير قد أبرم بين إحدى شركاته والشركة الفرنسية، وقد شيدت محكمة استئناف باريس قضاءها المؤيد من محكمة النقض الفرنسية على أن رجل الأعمال السعودي كان يعلم باتفاق التحكيم ونال قبوله بوصفه رئيساً لمجموعة الشركات، وأنه إذا كانت كل شركة تدير عدداً معيناً من السفن، إلا أنهما تشكلان في النهاية وحدة اقتصادية تخضع لسلطة واحدة يمارسها رجل الأعمال السعودي بنفسه[3].

بل وقد تراجع القضاء السويسري عن موقفه الرافض لامتداد اتفاق التحكيم حيث أصدرت المحكمة الفيدرالية السويسرية حكماً بتاريخ ٥ ديسمبر ذهبت فيه إلى أنه: "ينبغي تمديد شرط

١- حكم محكمة استئناف باريس الصادر من الدائرة الأولى بتاريخ ٢٠١١/٢/١٧ في القضية المعروفة باسم حكومة باكستان ضد شركة دلة القابضة للعقارات والسياحة، معلق عليه بمجلة التحكيم العالمية العدد ١١، سنة ٢٠١١، ص ٦١٥.

٢- حكم محكمة استئناف تونس في الصادر في القضية رقم ١٤٧٥٢ بتاريخ ٢٠١١/٣/٨ والحكم منشور على موقع المعهد العربي الأمريكي، http://www.aifica.com

٣- راجع تفصيلات هذه القضية التحكيمية، وحكم محكمة استئناف باريس ومحكمة النقض المؤيد لها، د/ أحمد مخلوف، مرجع سابق، بند ٢٦١، ٢٦٢، ص ٢٤١، وما بعدها .

التحكيم إلى الغير، ولو لم يكن طرأ في العقد الأصلي المبرم بين الطرفين إذا ما شارك في المفاوضات، وفي تنفيذ العقد وكانت مرتبطة بالمدعى عليه بعقد لاحق[١].

ومما تقدم يبين أن اغلب الفقه وأحكام هيئات التحكيم والقضاء يؤيد القبول بفكرة امتداد اتفاق التحكيم إلى غير أطرافه، بل أن بعض الفقه يرى أن مسألة امتداد اتفاق التحكيم ستصبح لا محالة، قاعدة ومبدأ من المبادئ التي استقر عليها الفقه والقضاء التحكيمي كمبدأ "استقلال شرط التحكيم"، ومبدأ "الاختصاص بالاختصاص"، وغيرها من المبادئ الأساسية في التحكيم.

المطلب الثاني

حالات امتداد اتفاق التحكيم وفقاً للقواعد العامة

سبق بيان أن مصدر امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير وفقاً للقواعد العامة هو أراد الأطراف، وذلك بقصد إكساب الطرف الذي ينضم إلى العقد حق أو تحميله بالتزام، كما هو الحال في الامتداد هي الاشتراط لمصلحة الغير والكفالة.

الفرع الأول

الاشتراط لمصلحة الغير وامتداد اتفاق التحكيم

الاشتراط لمصلحة الغير هو: اتفاق صريح أو ضمناً بين طرفين يسمى أحدهم متعهداً والأخر مشترطاً بمنح شخص من الغير يسمى المستفيد حقوقاً ناشئة عن العقد بين المشترط والمتعقد[٢].

الفرض الاشتراط لمصلحة الغير؛ هو أنه لما كانت عادة العقود بين عاقديها أنها تنشئ حقوق والتزامات فيما بينهم، وفي مثل هذه الحالات يتكسب العاقدين الحقوق والالتزامات طبقاً للعقد ولا يرتب أية حقوق للغير، ومثاله أن يبرم أستاذ (أ) عقداً مع جامعة يوتوبيا (ب)، بموجبه يوافق على ان يعطي محاضرات لمدة واحد وأربعين ساعة في موضوع المقارنة ما بين قانون العقد في كل من يوتوبيا وروريتانيا. ويعطي (أ) فقط عشرين محاضرة ولا يشير في محاضراته إلى قانون روريتانيا. وبناء على هذا العقد فإن طالب في جامعة (ت) لن يفيد في العقد ما بين الأستاذ (أ) والجامعة (ب) وذلك وفقاً لقاعدة نسبية آثار العقود.

١- le tribunal fédéral suisse :- T)٠/٢(٥ déc ٢٠٠٨. ; décision ٤A – ٣٧٦/٢٠٠٨
مشار إليه في د/ سعد بهيني، مقال منشور بمجلة التحكيم العالمية ، العدد السابع والثلاثون ، يناير ٢٠١٨ ، ص ١٦٣

٢- قواعد يونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية ٢٠٠٤، ط ثانية ترجمة عربية روما ٢٠٠٨، ص ١٤٦.

إلا أنه قد يحث أن يرغب أطراف العقد صراحة أو ضمناً بمنح حقوق للغير فيتفقوا على ذلك في العقد المبرم بينهم ويطلق على هذا الاتفاق انه اشتراط يلتزم به المتعقد لمصلحة شخص من الغير عن العقد، ومثاله[1] أن يقوم الشخص (أ) ببيع منشأته إلى (ب) ويشترط في عقد بيع هذه المنشآة على الشخص (ب) أن يقوم بدفع مبلغ ألف جنية إسترليني إلى الشخص (أ) كل شهر مدى حياته ويدفع إلى زوجته (ت) مبلغ خمسمائة جنيه إسترليني شهرياً، إذا ما توفى (أ) قبل زوجته. فرض (ب) أن يدفع إلى الشخص (ت) أي شيء عندما توفى زوجها (أ)، فيكون لـــ (ت) الحق في مبلغ خمسمائة جنيها استرلينياً شهرياً طبقاً للعقد المبرم بين (أ) و (ب) لأنه تضمن شرط لمصلحتها بالرغم من كونها من الغير في هذا العقد.

والاشتراط لمصلحة الغير، كما يبين من المثال، المتقدم يرتب حقاً للمستفيد في مواجهة المتعهد ويستطيع أن يطالبه بالوفاء به وإجباره على ذلك في حالة التعنت والرفض. ويعتبر هذا النظام خروجاً على مبدأ نسبية آثار العقود، والذي مقتضاه أن آثار العقود لا تنصرف إلا لأطرافها، وطرف العقد في المفهوم السائد هو من ابرمه باسمه ولحسابه الخاص.

كما أن حق المستفيد ينشأ مباشرة عن العقد المبرم بين المشترط والمتعقد، وهو الذي يحدد أيضاً مضمون هذا الحق ونطاقه، وإن كان قبول المستفيد غير لازم لنشوء ذلك الحق له، إلا ذلك القبول يكون له أثر هام آخر هو إسقاط حق المشترط في نقض الاشتراط[2]، فإنه إذا كان حق المنتفع أو المستفيد ينشأ مباشرة تجاه المتعقد، فإن للمشترط مصلحة في نشوء ذلك لصالحه، لذلك فيجوز له أن يطالب المتعهد بتنفيذه مالم يتبين من العقد ان المنتفع وحده هو الذي يكون له ذلك[3]

أما في شان امتداد اتفاق التحكيم إلى المستفيد، وذلك في الحالة التي يوجد فيها اشتراط لمصلحة هذا (المستفيد) في عقد تضمن شرطاً تحكيمياً، أنه في الواقع لا ضير أن يستفيد المنتفع من اتفاق التحكيم الوارد في العقد الذي تضمن اشتراط لمصلحته، وله أن يعول على هذا الاتفاق ويصبح فيه طرفاً، حيث أنه لما كان الاشتراط لمصلحة الغير يمكن أن يرتب حقوقاً للغير دون أن يرتب عليه أي التزام، فإن اتفاق التحكيم في عقد يتضمن اشتراط لمصلحة الغير، يمكن لهذا الأخير (الغير أو المشترط لصالحه) ان يفيد من ذلك الاتفاق وله ان يسلك طريق التحكيم ليطالب المتعهد بالوفاء بالتزامه وتنفيذ تعهده تجاه المستفيد، وهذا هو ما اتجه إليه فقه التحكيم[4] [5]، فإنه قد قضت إحدى هيئات التحكيم بمركز القاهرة الإقليمي للتحكمي التجاري الدولي، بانصراف أثر اتفاق التحكيم المبرم بين المؤمن والمؤمن

---

[1]- قواعد يونيدروا المتعلقة بالعقود التجارية الدولية ٢٠٠٤، ط ثانية ترجمة عربية روما ٢٠٠٨، ص ١٤٧

[2]- د.مها عبد الرحمن الخواجا، امتداد آثر اتفاق التحكيم إلى الغير، رسالة ماجستير- جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٣، ص ٨٦.

[3]- د.مها عبد الرحمن الخواجا، امتداد إثر اتفاق التحكيم إلى الغير، مرجع سابق، ص ٨٨

[4]- د/ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٤٥٠.

[5]- د/ أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٤٥٠.

له إلى المستفيد الذي قبله إذا كان عقد التأمين يتضمن اشتراطاً لمصلحة الغير، وكان هو المستفيد الوحيد لا يشاركه أحد في مزايا العقد وآثاره[1].

ويلاحظ أنه يجوز للمشترط اللجوء للتحكيم ضد المتعهد إعمالاً لشرط التحكيم الوارد في العقد المتضمن اشتراطاً لصالح الغير للمطالبة بحقوق المستفيد، فإذا صدر الحكم لصالح الغير، فإن لهذا الأخير أن يستفيد من هذا الحكم الصادر لصالحه.

الفرع الثاني

الضامن والكفيل

يعرف الضمان في فقه الشريعة الإسلامية على انه؛ ضم إنسان ذمته إلى ذمته غيره فيما يلزمه حالاً أو مآلاً[2] ويعرف الضامن على أنه الشخص الذي التزم بالتزام ما على غيره، ويسمى غيره هذا بالمضمون عنه، ورب الحق يسمى المضمون له، وينعقد الضمان في الشريعة، بإيجاب الضامن دون الحاجة إلى قبول المضمون عنه أو قبول المضمون له، كما هو المعروف فإنه يشترط لصحة الضمان أن يكون صادراً مما يصح عنه التبرع، فلا يصح الضمان من صغير ولا مجنون ولا سفيه ولا مكاتب، أما المحجور عليه لفلس فإنه يصح ضمانه ويتبع به بعد فك الحجر عنه، كما يشترط لصح الضمان رضي الضامن فلا يصح الضمان من المكره، كما يشترط في الضمان أن يكون الحق المضمون معلوماً حالاً أو آيلاً إلى العلم به، كضمنت مالك على فلان أو ما يثبت لك عليه، وأخيرا فإن القاعدة الشرعية بأن الفرع لا يكون أصلاً لفرع مثله فإذا ضمن اثنان حقاً فلا يصح أن يضمن احدهما الأخر.

أما الكفالة[3] ففي كما عرفها فقهاء الشريعة الإسلامية، أنها التزام إحضار من عليه حق مالي إلى ربه، والكفيل هو من التزام إحضار من عليه الحق ويسمى الذي عليه الحق مكفولاً ومكفولاً به، ورب الحق مكفولاً له، وتنعقد الكفالة بما يتعقد به الضمان من الألفاظ الدالة على التزام إحضار من عليه الحق كالقول، أنا كفيل بإحضاره أو ببدنه أو بنفسه ونحو ذلك، وبالإشارة المفهومة من الأخرس، وتعتبر الكفالة نوع من أنواع الضمان فتصح ممن يصح منه الضمان، وتنعقد بإيجاب الكفيل وحده، ولا تتوقف صحتها على قبول المكفول ولا المكفول له ولا رضاهما.

وفيما يتعلق بالضامن والكفيل، فلما كانت القاعدة، وعلى هدى ما تقدم، أن الضامن مسؤول قبل المضمون والكفيل مسؤول قبل الدائن، فإن التحكيم الذي يجريه المضمون او الدائن لا

١- حكم التحكيم الصادر في القضية التحكيمية رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٧ مركز القاهرة الإقليمي التجاري الدولي، بمجله التحكيم العربي، العدد الأول، ص ١٥١ بند ٣.
٢- مجلة الأحكام الشرعية، للإمام احمد بن حنبل، المادة ١٠٦١، ص ٣١٦.
٣- مجلة الأحكام الشرعية، مرجع سابق، المواد ١١٢٦ وما بعدها، ص ٣٢٩

ينفذ قبل الضامن أو الكفيل إلا إذا قبله أو أجازه وإذا صدر الحكم من المحكم دون أن يكون أحد هؤلاء قد قبل التحكيم فلا يسري عليه إلا في الحدود المتقدمة، ويعتبر تدخل الضامن للدفاع عن المضمون في الخصومة أمام المحكم بين المضمون والغير رضاء منه بالتحكيم.[1]

- إمكانية تدخل الضامن والكفيل في خصومة التحكيم:

الثابت أن للغير أن يتدخل أمام قاضى الدولة كما أنه يمكن إدخاله جبرا عنه لتحقيق مصلحة العدالة، أو لإظهار الحقيقة سواء من تلقاء نفس القاضي أو بناء على طلب أحد الخصوم؛ إلا أنه وبسبب نشأت التحكيم الاتفاقية فلا يمكن للغير كالكفيل مثلا أن يتدخل تدخلا إراديا في خصومة التحكيم القائمة بين المحتكم والمحتكم ضده إلا باتفاقهما كما أنه لا يمكن إجباره على ذلك لافتقار المحكمين لسلطة الأمر كما أن له دائما أن يرفض الاشتراك في تحكيم لم يشارك في اختيار هيئته.

ومما لا شك فيه أنه يمكن للغير أن يتدخل أو يطلب أحد الخصوم إدخاله في خصومة الطعن ببطلان حكم المحكمين باعتبارها خصومة قضائية ينطبق عليها القواعد الإجرائية المعمول بها أمام قضاء الدولة. يجمع الفقه الإجرائي السائد في كل من مصر وفرنسا[2] على أنه إذا كانت الحكمة من منع الغير من التدخل ومنع المحكم والخصوم من إدخال شخص ليس طرفا في اتفاق التحكيم هو احترام إرادة المحتكمين فانه يجوز لأطراف خصومة التحكيم السماح بتدخل الغير إما بإدراج نص في اتفاق التحكيم يسمح بذلك أو باتفاق لاحق على ذلك بعد بدء خصومة التحكيم وفى هذا الفرض الأخير يجب موافقة هيئة التحكيم لأنه من ناحية لا يعد طرفا في عقد التحكيم فضلا عن أنه قد يخشى أن يؤدى تدخله إلى إطالة أمد النزاع وبالتالي عدم إمكان الحكم في الموعد المحدد مما يعرض الحكم للبطلان لتجاوز الميعاد المتفق عليه ومن جنب آخر يجب موافقة المطلوب إدخاله (أي الغير) لأن المحكم لا يملك سلطة الأمر التي يملكها قاضى الدولة .

ومتى توافرت الشروط السابقة فان المدخل أو المتدخل يلتزم بكافة شروط اتفاق التحكيم وتنصرف إليه آثاره ويحتج عليه بالحكم الصدر في النزاع على المتدخل.

ونجد أن بعض التشريعات اتجهت إلى تقنين كيفية تدخل وإدخال الغير في خصومة التحكيم ومن ذلك الوفاق السويسري حيث تنص المادة ٢٨ من الوفاق السويسري: على أنه يجوز تدخل واختصام الغير بناء على اتفاق الغير وأطراف النزاع، ٢-وان اتفاق هؤلاء متوقف على موافقة محكمة التحكيم يجمع الفقه على أن هذه المادة تطبق على كل حالات مساهمة الغير في خصومة التحكيم.

---

[1]- د. مها عبد الرحمن الخواجا، امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير، مرجع سابق، ص ٨٩.

[2]- مشار إليه في بحث بعنوان الغير في خصومة التحكيم، بحث منشور على الإنترنت على الموقع التالي: https://qawaneen.blogspot.com/٢٠١٢/١٢/blog-post_٤٤٧٩.html

الفرع الثالث

التعهد عن الغير

التعهد عن الغير هو اتفاق بين شخصين هما المتعهد والمستفيد من المتعهد (أو المتعهد له) بموجبه يلتزم المتعهد بأن يقنع شخصاً من الغير (المتعهد عنه) بإبرام عقد مع المستفيد من التعهد

ويعتبر التعهد عن الغير تطبيقاً للقاعد في قصور حكم العقد على عاقديه، فإذا وعد شخص بأن يحمل آخر على الالتزام بأمر فلا يلزم الغير بهذا التعهد وله مطلق الحرية في القبول أو الرفض. وعلى ما تقدم، فإن المتعهد يلتزم شخصياً في مواجهة المتعاقد الآخر بجعل الغير يلتزم قبله، والتعهد مفهوماً بالمعنى المتقدم هو تصرف قانوني يقصد به مواجهة ظروف لا يمكن معها الانتظار للحصول على رضا صاحب الشأن، فالتعهد عن الغير رهين بأن تكون هناك عقبة مادية أو قانونية، تحول دون الحصول على رضا المتعاهد عنه وقت التعاقد، ويلاحظ أن التعهد عن الغير لا يحمل أي استثناءات من مبدأ نسبية العقد، ذلك أن المتعهد عنه له مطلق الحرية في أن يلتزم أو لا يلتزم فهو ليس بطرف في هذا العقد، فالتعهد في حقيقته القانونية هو عقد يلتزم بمقتضاه أحد طرفيه، بالحصول على إقرار الغير للعقد، أو لتصرف قانوني أبرمه لحسابه دون أن يكون نائباً عنه.

ويشترط في التعهد عن الغير الشروط الآتية:

١) أن يتعاقد المتعهد باسمه هو وليس باسم الغير الذي يتعهد عنه، إذ أن الغير الذي تم التعهد عنه ليس طرفاً في العقد، ومن ثم فهو يختلف عن الوكالة حيث يتعامل الوكيل باسم الموكل، ويختلف أيضاً عن الفضولي الذي يعمل باسم رب العمل ولمصلحته.

٢) يجب أن تتجه إرادة المتعهد إلى إلزام نفسه هو لا إلزام الغير الذي تعهد عنه، وإلا كان التعهد باطلاً لاستحالة محل الالتزام الناشئ عنه، إذ لا يمكن قانوناً أن يلزم شخص بإرادته المنفردة شخصاً آخر، بمقتضى عقد لم يكن هذا الأخير طرفاً فيه.

٣) يجب أن يكون محل التزام المتعهد به الحصول على رضاء الغير أي حمل هذا الغير الذي تعهد عنه على قبول التعهد، ومن ثم، فإن التزام المتعهد هو إذا التزام بتحقيق نتيجة محددة، وليس التزاماً ببذل عناية، وذلك بأن يجعل غيره يقوم بالأمر الذي تعهد به، أي أن يقوم بإبرام عقد، فهو إذن يلتزم بالتزام بعمل، حيث تنقطع علاقته بين الطرفين بمجرد قبول المتعهد عنه للتعهد.

وفي حالة قبول الغير للتعهد، فإنه وفقاً يترتب على هذا القبول نشوء عقد جديد بينه وبين المتعاقد مع المتعهد من تاريخ هذا الإقرار، أي منذ الوقت الذي قبل فيه التعهد، وليس من وقت التعهد، ومن ثم فلا يصبح المتعهد عنه طرفاً في العقد الأصلي، ولا يكون بالتالي ملزماً

بكل ما ورد فيه بمجرد قبوله، ولذلك فإن شرط التحكيم لا ينفذ في حقه إلا بعلم المستفيد وموافقته صراحة أو ضمناً على ذلك[١].

المطلب الثالث

حالات امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير وفقاً للاتجاهات الحديثة

الفرع الأول

امتداد اتفاق التحكيم إلى من شارك في تنفيذ العقد

قد سمح الفقه والقضاء بأن تُنتج اتفاقية التحكيم آثارها بالنسبة للطرف الذي لم يُوقع عليها، وذلك إذا ثبت من الظروف المحيطة بالعقد أنه ساهم بطريقة أو بأخرى في إبرام العقد أو تنفيذ أو إنهائه، ولذلك يمكن الاحتجاج باتفاقية التحكيم في مواجهته وذلك حماية للغير وإعمالاً لنظرية الوضع الظاهر، وباعتبار أن الطرف الذي لم يوقع على العقد ولكنه تدخل في تكوينه أو تنفيذه قد استفاد منه، لذلك عليه ان يتحمل التبعة من وراء ذلك ويمتد إليه الشرط التحكيم او اتفاقية التحكيم لتشمله اذ يعتبر بهذا السلوك في العقد موافقة ضمنية منه على التحكيم.

وهذا الحل قد تبنته صراحة عدة تشريعات وطنيه مثل التشريع الهولندي وكذلك قواعد التحكيم الخاصة بالكثير من مراكز التحكيم في العالم على غرار غرفة التجارة الدولية[٢] بباريس ICCالعام ٢٠١٢.

وتطبيقاً لذلك قامت هيئة التحكيم بغرفة التجار الدولية بتاريخ ٢٣ سبتمبر ١٩٨٢ في القضية المعروفة باسم شركة "داو" "Daw chemical"(٣) بمد اتفاق التحكيم إلى الشركة Daw chemical لأنها قامت بلعب دوراً بارزاً في الاشتراك في إبرام العقد المتضمن شرط التحكيم وتنفيذه.

١- د. مها عبد الرحمن الخوجا، امتداد شرط التحكيم إلى الغير، مرجع سابق، ص ٩٣.

http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download ICC-Rules-of-٦٧and- - /Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages

٣ - Sentence CCI . no. ٤١٣١(١٩٨٢) Dow chemical International c/ Isover saint Gobaim Rev.arb.١٩٨٢ .P١٣٩.

حيث تتخلص وقائع القضية في :

[في أن ثلاثة شركات فرنسية (**الشركات – أ**) عقدت اتفاق ١٩٦٥مع شركة تدعى Dow Chemical international (**الشركة - ب**) وهذا الأخيرة تعتبر شركة تابعة للشركة الأم الأمريكية Dow Chemical Company (**الشركة - ج**) .

[وبالإضافة إلى العقد السابق قامت الشركات الفرنسية الثلاثة (**أ**) بعقد اتفاق آخر عام ١٩٦٨ مع شركة Dow Chemical Europ(**شركة – س**) وهذه الأخير تتبع ايضاً الشركة الأم الأمريكية (**ج**) وقد تضمن العقدان شرط تحكيم، ثم آلت حقوق الشركات الفرنسية الثلاثة (أ) الناشئة عن العقدين سالفي البيان إلى شركة أخرى جديدة وهي شركة Isover-Saint-Gobain. (الشركة – د)

وقد حدث أن الشركتين **(ب) و (س) ومعهما** الشركة الأم الأمريكية **(ج)** الأمريكية (الشركة الأم) لجأت إلى تحكيم غرف التجارة الدولية ضد الشركة الفرنسية **(د)** والتي اثناء التحكيم بعدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر الدعوى التحكيمية استناداً إلى عدم وجود اتفاق تحكيم بينها وبين الشركة الأم الأمريكية (**ج**) حيث أنها لم تكن طرفاً في العقدين المتضمنين اتفاق التحكيم.

وقد رفضت هيئة التحكيم الدفع المبدئ من **الشركة (د) <u>على أساس أن الظروف التي أبرم فيها العقدين موضوع النزاع المتضمنين اتفاق التحكيم تبرز أهمية الدور الذي لعبته وقامت به الشركة الأمريكية الأم (ج) أثناء إبرام وتنفيذ العقدين حيث قامت هذه الشركة بالفعل بتنفيذ الالتزامات الواردة في العقدين</u>**، وبالتالي **<u>تعتبر هذه الشركة طرفاً في العقدين المتضمنين اتفاق التحكيم، ونتيجة لذلك فهي طرف في اتفاق التحكيم الوارد في العقدين موضوع النزاع</u>**.]

ويعتبر القضاء الفرنسي هو الذي مهد لفكرة امتداد اتفاق التحكيم وإخضاع غير الموقعين عليه له استناداً إلى الاتجاه القائل بمد اتفاق التحكيم إلى من شارك أو ساهم في مفاوضات إبرام العقد **وتنفيذه ومن هذه الأحكام**:

١ ـ الحكم الصادر من محكمة استئناف مدينة Pau الفرنسية بتاريخ ٢٦ نوفمبر ١٩٨٦ في القضية المعروفة باسم شركة.Sponsor A.B C/Lestrade والتي يتحصل وجيزها:

[في قيام شركة تدعى شركة Sponsor S.A (**الشركة – أ)** بشراء نسبة ٨٠% من أسهم شركتين تابعتين لمجموعة شركات Lestrade **(الشركات – ب)** ، كما أبرمت وعداً بشراء عدة أسهم أخرى من هاتين الشركتين تابعتين لنفس المجموعة، وقد تضمن عقد الوعد بالبيع شرط للتحكيم، وإنفاذاً لبنود عقد الوعد بالشراء أعلنت المجموعة **(الشركات – ب)** عن رغبتها في البيع خلال المدة المتفق عليها، إلا أنها لم تتلق رداً من **الشركة – أ)** مما حدا بالمجموعة **(ب)** إلى طلب اللجوء للتحكيم ضد شركة **(أ)** والشركة الأم التابعة لها، وهي شركSponsor A.B **(الشركة – ج)** وأخطرت به الشركتين وبتسمية محكم لها وطلبت

منهما تعيين محكم عنهما للبدء في إجراءات التحكيم، لم تجب **(أ)** على طلب التحكيم، بينما قامت الشركة الأم **(ج)** بمخاطبة المجموعة المحتكمة **(ب)** تخطرها فيه بأنها لا تعتبر نفسها معنية بإجراءات التحكيم، لأنها ليست طرفاً في العقد الذي تضمن شرط التحكيم، ولم توقع عليه، وهو الأمر الذي حدا بالمجموعة إلى اللجوء إلى رئيس المحكمة التجارية بمدينة تارب طالب منه استصدار أمرا بتعيين محكم عن الشركتين، استجاب رئيس المحكمة إلى الطلب مقرراً خضوع الشركة الأم (ج) إلى التحكيم.

لم ترتض الشركة (ج) هذا القرار، فقامت باستئنافه فيما تضمنه من إخضاعها للعملية التحكيمية وامتداد شرط التحكيم إليها والذي لم توقعه، ولم تكن طرفاً فيه.

فرفضت محكمة استئناف (Pau) إلغاء قرار رئيس المحكمة التجارية بمدينة تارب فيما تضمنه من خضوع الشركة المستأنفة (ج) للتحكيم وامتدا شرط التحكيم إليها والتزامها به على أساس أنه بتحليل العلاق بين الأطراف المتعاقدة والظروف التي تمت المفاوضات على إبرام العقد وتنفيذه يبين أن الشركة المستأنفة الأم (ج) لعبت دوراً هاماً في إبرام عقد الوعد بالشراء المتضمن شرط التحكيم، وفي تنفيذه.

الفرع الثاني

حالة امتداد اتفاق التحكيم في حالة الشركة والفروع التابعة لها

أولاً: الشركة وفروعها التي لا تتمتع بشخصية اعتبارية مستقلة:

الفرض في هذه الحالة يتمثل في أن تقوم شركة لديها فروع عديدة بإبرام عقد يخص أحد هذه الفروع يتضمن شرط تحكيم يلزم عاقديه باللجوء إليه كوسيلة لفض ما قد ينشئ بسبب أو بمناسبة تنفيذ هذا العقد، ففي هذا الفرض فإن اتفاق التحكيم الذي عقدته الشركة الأم يلزمها كما يلزم كذلك الفرع الذي ابرم هذا العقد لصالحه. ولكن يثور التساؤل في حالة الفرض العكسي، وإذا قامت أحد هذه الفروع بإبرام عقد يتضمن شرط تحكيم فهل يمتد اتفاق التحكيم هذا إلى الشركة التي يتبعها الفرع أم لا؟ في الواقع أن العقود التي تبرمها فروع الشركات - التي لا تتمتع بشخصية معنوية مستقلة عن شخصية الشركة التابعة لها – تعقدها بالنيابة عن الشركة التابعة لها، ومن ثم فإن آثر هذه العقود، بما في ذلك اتفاق التحكيم الذي ابرمه الفرع، تسري في مواجهة الشركة التي يتبعها الفرع المتعاقد، باعتبار أن الفرع يبرم هذه الاتفاقات بالنيابة عن الشركة التابع لها، ومن ثم فإن اتفاق التحكيم الذي بيرمه الفرع، في الحالة التي تسمح فيها اللوائح والنظم الخاصة بالشركة الأصل بذلك، يمتد إلى الشركة الأصل وتلتزم به[1].

ثانياً: الشركة وفروعها التي تتمتع بشخصية اعتبارية مستقلة (الشركة القابضة وفقاً لنظام الشركات السعودي الجديد):

---

[1]- فتحي والي، التحكيم بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص ٨٩ وما بعدها.

وهذا الفرض يخص الشركة الأصل التي تدير مجموعة من الشركات تابعة لها وتتمتع كل شركة من هذه الشركات شخصية اعتبارية لها مستقلة عن شخصية الشركة المتبوعة أو الشركة الأصل، أو يعرف النظام السعودي هذا النوع من أنواع الشركات الاقتصادية الكبرى باسم الشركات القابضة، وذلك وفقاً لأخر تحديث لنظام الشركات بالمملكة العربية السعودية والصادر بموجب المرسوم الملكي رقم (م/٣) بتاريخ ١٤٣٧/١/٢٨ هـ. والذي جاء في إطار سعي المملكة العربية السعودية المستمر إلى جذب الاستثمارات الأجنبية في مختلف الأنشطة التجارية إلى أراضيها وخلق فرص عمل للمواطنين في جميع القطاعات.

وقد استحدث نظام الشركات الجديد بابًا خاصًا للشركات القابضة التي تعدُّ نتاجًا مهمًا في ظل التقدم الاقتصادي الذي تشهده الكثير من دول العالم، ويهدف هذا النوع من الشركات إلى التركيز الاقتصادي بين المشاريع لشركات كثيرة تجتمع في كيان واحد، وهو ليس نوعًا مستقلًا بشكله القانوني عن أشكال الشركات المعروفة في الأنظمة التجارية.

وقد نصت المادة (١٨٢) من نظام الشركات الجديد على تعريف الشركة القابضة بأنها " بأنها شركة مساهمة أو ذات مسؤولية محدودة تهدف إلى السيطرة على شركات أخرى مساهمة أو ذات مسؤولية محدودة، تدعى الشركات التابعة، وذلك بامتلاك أكثر من نصف رأس مال تلك الشركات أو بالسيطرة على تشكيل مجلس إدارتها. ويجب أن يقترن اسم الشركة الذي اتخذته بالإضافة إلى نوعها بكلمة قابضة"

وقد حددت المادة (١٨٣)من نظام الشركات الجديد أهداف الشركة القابضة في:

- أن يكون الغرض من الشركة القابضة هو إدارة الشركات التابعة لها.

- المشاركة في إدارة الشركات الأخرى التي تساهم فيها وتوفير الدعم اللازم لها.

ويبين مما تقدم أن هذا النوع من الشركات يقوم على السيطرة المالية والإدارية على شركة أو مجموعة شركات تعرف بالتابعة، وتتم هذا السيطرة وفقاً للنظام السعودي من خلال امتلاك الشركة القابضة أكثر من نصف رأسمالها الشركة الفرع التابعة لها، مع استحواذ الشركات القابضة على سيطرة مجالس إدارات الشركات التابعة لها.

ومن المعروف أن الشركات القابضة أو ما كما يطلق عليها البعض الشركة الأم[1]، والشركات التابعة لها والخاضعة لإدارتها، كلاً يتمتع بشخصية معنوية مستقلة، ولهذا فإن اتفاق التحكيم الذي تبرمه أي من الشركتين لا يسري إلا في مواجهة الطرف الذي أبرمه دون الشركة الأخرى، وهذا ولو كان العقد المبرم من الشركة القابضة المتضمن شرط التحكيم يمس مصالح الشركة التابعة، أو كان العقد المتضمن شرط التحكيم الذي ابرمته الشركة التابعة للشركة القابضة يؤثر في نشاط الأخيرة، هذا ما لم يمتد اتفاق التحكيم الذي تبرمه الشركة الفرع إلى الشركة الأصل وفقاً لأي حالة أخرى من حالة الامتداد كالضمان أو

[1]- مها عبد الرحمن الخواجا، امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير، مرجع سابق، ص ١٠٨

حالة تدخل الشركة القابضة في تنفيذ العقد الذي ابرمته الشركة الفرع والمتضمن شرط تحكيم، هذا النظر ما أيدته محكمة النقض المصرية، والتي قضت بأن " مجرد كون أحد اطراف خصومة التحكيم شركة ضمن مجموعة شركات تساهم شركة أم في رأسمالها لا يعد دليلاً على التزام الأخيرة بالعقود التي تبرمها الأولى المشتملة على شرط التحكيم ما لم يثبت أنها (أي الشركة الأصل أو القابضة) تدخلت في تنفيذها أو تسببت في وقوع خلط بشأن الملتزم به على نحو تختلط ارادتا في إرادة الشركة الأخرى[١]."

الفرع الثالث

حالة امتداد اتفاق التحكيم استناداً إلى مبدأ المنافع المباشرة

يقوم هذا الاتجاه على مد اتفاق التحكيم إلى غير أطرافه الموقعين عليه، إذا كان هذا الطرف استغل بعلم مسبق فوائد وثمرات العقد الذي تضمن شرط التحكيم وتلقى المنافع المباشرة من هذا الاتفاق، وهو ما يعرف بنظرية المنافع المباشرة التي يطبقها القضاء الأمريكي والذي يسمح بمد اتفاق التحكيم لطرف لم يوقع عليه وفقاً للاتجاه السابق.

ففي دعوى يتحصل وجيزها في أن إحدى الشركات قامت بإبرام عقد مع إحدى الشركات الطبية لتقديم التجارب السريرية المتعلقة بالمنتجات الدوائي الجديدة، وتضمن هذا الاتفاق شرط لحل المنازعات التي تنشأ عن هذا العقد عن طريق التحكيم وفقاً لقواعد جمعية التحكيم الأمريكية، اتفقت الشركة الطبية مع شركة أخرى لمساعدتها في تنفيذ الأعمال محل العقد السابق إبرامه مع الشركة الأولى والمتضمن اتفاق التحكيم، وذلك بعقد منفصل باعتبارها مقاول من الباطن، وإثر نزاع بين الشركة الأولى والشركة الطبية تم الالتجاء إلى التحكيم وفقاً للعقد المبرم بينهما والذي لم تكن الشركة الثالث طرفاً فيه ولكنها شاركت كطرف شاهد وتم سماع شهادتها بناء على طلب من هيئة التحكيم، التي قررت بعدها ضمها إلى لإجراءات التحكيم كطرف فيه، إلا أن الشركة المذكورة رفضت ضمها لإجراءات التحكيم مستندة إلى أنها لم توقع على اتفاق التحكيم ولم تكن طرفاً فيه، والتجأت إلى القضاء للاعتراض على قرار هيئة التحكيم بضمها كطرف في التحكيم، حسمت المحكمة العليا في ولاية نيويورك المسألة بحكمها[٢] الصادر في عام ٢٠١٨ مقررة أن الأصل في مسألة الاختصاص أنها تعتبر من صلاحيات هيئة التحكيم، وأنه يمكن إدخال الطرف غير الموقع على اتفاق التحكيم بالقضية التحكيمية استناداً لمبدأ ونظرية المنافع المباشرة التي تطبقها محاكم نيويورك، والتي بموجبها يمكن إجبار الطرف الذي لم يكن موقعاً على اتفاق التحكيم إذا استغل بعلم مسبق

---

[١]- نقض مصري في المواد التجارية، صادر بجلسة ٢٢ يونيو ٢٠٠٤ميلادياً، وذلك في الطعن رقم ٤٧٢٩ لسنة ٧٢- قضائية تجارية والطعن رقم ٤٧٣٠ لسنة ٧٢ قضائية تجارية، منشور على موقع محكمة النقض المصرية.

٢ - IQVIA RDS Ine. " Eisai Co٠ Ltd – ٢٠١٨ NY Slip Op٣٢٩٢٣ (U) November ١٤-٢٠١٨ – Supreme Court New York County – Docket Number: ٦٥٥١٥٣/٢٠١٨ . http://www. Aifica.com/wp-content/uploads/٢٠١٩/٠٢/ny-٣٢٩٢٣.Pdf والنص الكامل للحكم منشور على موقع المعهد العربي الأمريكي

فوائد وثمرات العقد الذي تضمن شرط التحكيم وتلقى المنافع المباشرة من هذا الاتفاق، إلا أن المحكمة ومن استخلاصها لوقائع الدعوى ومستنداتها استبان لها أن الشركة الثالثة لم تتلق منافع مباشرة من الاتفاق الأصلي المتضمن اتفاق التحكيم، وأن المبالغ التي تقاضتها هذه الشركة كانت ناتجة عن اتفاقية منفصلة ولا يمكن اعتبارها قد استفادت من ثمار العقد الأول بمجرد وجود اتفاق استفادت منه بشكل غير مباشر، فالاتفاق الأول كان يسمح للأطراف بالاتفاق مع مقاولين من الباطن لتنفيذ جزء من الأعمال الموكلة إليهم، وأنه في كل الأحوال فإن اتفاق الشركة الثالثة كان منفصلاً تماماً عن الاتفاقية الأولين وأن الشركات الثلاثة هي كيانات تجارية كان يمكن لها أن تنضم في عقد واحد لو أرادوا ذلك.

المحكمة إلى وقف إجراءات التحكيم تجاه الشركة المعترضة التي لم تكن طرفاً في اتفاق التحكيم.

ويبين من الحكم السابق أن ثمة اتجاه يتبناه القضاء الأمريكي يذهب إلى امتداد اتفاق التحكيم لغير أطرافه الموقعين عليه إذا كان هذا الطرف استغل بعلم مسبق فوائد وثمرات العقد الذي تضمن شرط التحكيم وتلقى المنافع المباشرة من هذا الاتفاق، ويبين من الحكم المعروض أن هذا الاتجاه يشترط لامتداد اتفاق التحكيم إلى طرف لم يكن موقع عليه أن يكون هذا الطرف على علم مسبق بالعقد الأصلي المتضمن شرط التحكيم، وأن يكون قد استغل فوائد وثمرات هذا العقد بما عاد عليه بنفع مباشر منه.

ويقترب هذا الاتجاه من الاتجاه الذاهب إلى امتداد اتفاق التحكيم إلى كل من شارك في مفاوضات إبرام العقد الأصلي وفي تنفيذه، إذ أن استغلال فوائد وثمرات العقد الأصلي لا يكون، إلا من خلال المشاركة في تنفيذه، كما يقترب منه أيضاً في وجوب العلم بالاتفاق الأصلي المتضمن شرط التحكيم الذي شارك هذا الطرف في إبرامه أو تنفيذه أو استغل فوائده وثماره، ولكنهما يختلفان في أن الاتجاه الأخير لا يشترط المشاركة في مفاوضات إبرام العقد الأصلي، وإنما يكتفي بعلمه به فقط، كما لا يشترط أيضاً مجرد المشاركة في تنفيذ العقد، بل يجب أن يتلقى الطرف الذي يراد امتداد اتفاق التحكيم إليه ثمار وفوائد الاتفاق الأصلي المتضمن شرط التحكيم .

الفرع الرابع

حالة امتداد اتفاق التحكيم استناداً إلى مبدأ المجموعة التعاقدية الواحدة

(مجموعة العقود)

اقتضى تطور العلاقات الاقتصادية والتجارة الدولية، والاتجاه إلى الاستفادة من فكرة التخصص في العمل، لاسيما في مجال المشروعات الاقتصادية الكبرى، أو العملاقة الدخول في علاقات قانونية متشعبة تحكمها مجموعة من العقود، سواء بين ذات الأطراف أو بين أطراف مختلفة، وهو ما أدى إلى ظهور ما يعرف بنظرية "مجموعة العقود"، التي ولدت في سبعينيات القرن الماضي في كنف الفقه الفرنسي على يد الأستاذ/ برنارد تيسييه في رسالته المعنونة مجموعات العقود[١].

وفي سبيل تأسيس النظرية فرق صاحب الرسالة بين نوعين من مجموعات العقود بحسب المعيار المشترك بين هذه العقود المكونة للمجموعة الواحدة، منهياً إلى أنه إذا كان العنصر المشترك بين هذه العقود هو المحل، بحيث كانت هذه العقود تتعاقب على شيء واحد أو محل واحد، فإننا نكون بصدد ما اسماه الأستاذ/ تيسييه سلسلة العقود "chaine de contrats"، أما إذا كان المعيار المشترك في هذه العقود هو السبب، بأن تهدف جميعها إلى تحقيق هدف واحد، فإننا نكون بصدد ما أسماه "التجمع العقدي" les ensemble contractuels" ، وللتفرقة بين النوعين السابقين من مجموعات العقود أورد الأستاذ/ تيسييه عدة معايير للتمييز بين هذين النوعين من مجموعات العقود، فسلسلة العقود تتميز بأنها ذات بناء رأسي بحيث تكون العقود المكونة للسلسلة متتالية، ومتعاقبة زمنياً من حيث انعقادها أو من حيث تنفيذها بحيث تبدأ بإبرام عقد واحد ثم يضاف إليه عقد ثان أو ثالث، وهكذا[٢] ، ومثال ذلك حالة العقود من الباطن.

أما "التجمعات العقدية" فتتميز بأنها تقوم حول شخص واحد يكون له دور رئيس في المجموعة بحيث تربطه علاقة عقدية مباشرة بكل الأشخاص المشاركين في العقود المكونة للتجمعات العقدية، ولا يشترط خلافاً لسلسلة العقود أن تكون هذه العقود متتالية زمنياً، بل

---

١ ١٩٧٥ ,B. Teyssiè, "Les groupes de contrats", LGDJ -.
ويرى البعض أن الفقيه الفرنسي ديوري " durry " هو أول من أشار إلى وجود مثل هذه الفكرة القانونية أي المجموعة العقدية، وذلك في عام ١٧٩٧ بمناسبة حديثه عن العلاقة التعاقدية التي تربط بين المقاول والشاحن من جهة، والعلاقة التعاقدية بين الناقل ومقاول التفريغ من جهة أخرى، ومدى اعتبار الشاحن من الغير في علاقته بمقاول التفريغ فيما لو أُصيب مقاول التفريغ بضرر ناجم عن خطأ الشاحن، إلا أن غالبية الفقه القانوني على أن أول من نادى بهذه النظرية هو الفقيه تيسي " Teyssiè " ولا يمكن الحديث عن وجود هذه النظرية قبل تاريخ١٧٩١ إذ لم يكن لها وجود لا في الفقه أو في أحكام القضاء ، انظر في تفصيل ذلك، د./ محمد حسين عبد العال، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير في اطار المجموعة العقدية، دار .النهضة العربية، القاهرة، ١١١٩، ص ١٩.
٢ B. Teyssiè -الرسالة السابقة ص ٣٩، ٤٠

أنها تبرم وتنفذ في ذات الوقت ويهدف هذه التجمع من العقود إلى تحقيق هدف مشترك، وله سبب مشترك أيضاً، فهو يكون ذا بناء دائري يميزه عن النوع الأول "سلسلة العقود" التي تكون على هيئة بناء أفقي.

وفي إطار التجمعات العقدية يفرق الأستاذ/ تيسييه بين نوعين منها الأول وهو التجمع العقدي المكون من عقود مترابطة، والثاني التجمع العقدي المكون من عدة عقود تابعة لعقد أصلي، والنوع الأول يكون بين عقود مترابطة تتساوى في درجة الأهمية دون أن تكون هناك علاقة تبعية بينهم، كما أنها قد تكون قابلة للتجزئة أو غير قابلة للتجزئة بالنظر إلى مدى إمكانية تنفيذ الغاية من التعاقد، فإذا تحققت الغاية من التعاقد رغم إبطال أحد عقود التجمع أو إنهائه يكون التجمع قابلاً للتجزئة، ومثال ذلك عقود التأمين المشتركة، أما إذا ترتب على إبطال أو إنهاء أحد هذه العقود واستحال تحقيق الغاية من التعاقد بأكمله، فإننا نكون بصدد تجمع عقدي غير قابل للتجزئة ويترتب على ذلك بالتبعية إبطال كافة عقود التجمع العقدي، ومثال ذلك عقود النقل المتتالية لنقل ذات الشيء إذ يستحيل إتمام عملية النقل إذا أبطل أحد العقود الوسيطة.

أما النوع الثاني ـ التجمع العقدي المكون من عدة عقود تابعة لعقد أصلي ـ فإنه يكون بين عقود مرتبطة بعلاقة تبعية تربطها بالسبب الذي أبرم من أجله العقد الأصلي، وقد يكون ذلك بين أطراف مختلفة مثل عقد القرض الذي أبرم بين طرفين هما المقترض والمقرض ويرتبط به عقد كفالة لهذا القرض يتم إبرامه مع الكفيل، وهو شخص آخر غير طرفي عقد القرض، فعقد الكفالة يكون تابعاً لعقد القرض، فينتهي بانتهائه أما عقد القرض، فلا أثر عليه بما يطرأ على عقد الكفالة، وقد يكون أطراف التجمع العقدي هم ذات الأطراف في العقد الأصلي، وهم أنفسهم أطراف العقد التبعي، ومثال ذلك عقد القرض الذي يبرمه البنك مع عمليه وعقد الرهن الذي يبرمه مع ذات العميل لضمان القرض

كما عرف جانب من الفقه مجموعة العقود بأنها "ترابط عدة عقود سواء بسبب موضوعها أو بسبب أشخاصها لتحقيق عملية تجارية معينة"

وتبدو أهمية نظرية المجموعات العقدية أو عقود المجموعة في أنها تثير التساؤل في حالة إذ ما تضمن أحد هذه العقود اتفاقاً على التحكيم هل يمتد هذه الاتفاق إلى المنازعات الناشئة عن العقود الأخرى سواء كانت بين ذات الأطراف أو كانت بين أطراف مختلفة؟

وفي هذا الشأن فرق الفقه بين حالتين الأولى تلك التي تكون فيها العقود قد أبرمت بين ذات الأطراف، وهذه الحالة تتعلق بالنطاق الموضوعي لاتفاق التحكيم، أما الحالة الثانية، **فهي التي تكون فيها هذه العقود قد أبرمت بين أطراف مختلفة، وهي الحالة المتعلقة بالنطاق الشخصي** لاتفاق التحكيم، ولذلك، فإننا سنجتزئ الحديث في هذا الفرع بصفة خاصة عن الحالة الثانية الخاصة:

- بامتداد اتفاق التحكيم في المجموعة العقدية أو عقود المجموعة المبرمة بين أطراف مختلفة:

وفي هذا الخصوص فإن قضاء التحكيم اتجه إلى امتداد اتفاق التحكيم الوارد في العقد الأساسي إلى العقود الأخرى المرتبطة به، ولو كانت قد أبرمت بين أشخاص غير تلك التي أبرمت عقد الأساس، ففي دعوى تحكيمية أمام غرفة التجارة الدولية[1] يتحصل وجيزها:

[في أن أحد البنوك السويسرية كان قد أبرم بتاريخ ١٩٩١/١٠/١٠ مع أحد البنوك الجزائرية عقد تسهيل ائتماني لتغطية صادرات إيطالية قادمة إلى دولة الجزائر، وبعد ذلك أبرم ذات البنك مع بنك إيطالي اتفاقاً ــ خلا من شرط تحكيم ــ بموجبه التزام الأخير بتمويل التسهيل الائتماني المذكور في حدود ٩٠% من قيمته، بينما التزم الأول (البنك السويسري) بتمويل ذلك التسهيل في حدود ١٠% المتبقية من قيمته، وإثر خلاف بين طرفي الاتفاق (البنك السويسري والإيطالي) بشأن إحدى عمليات استعمال التسهيل الائتماني المشوبة بالغش والتي قام البنك الإيطالي بدفع قيمتها، فقد لجأ هذ البنك إلى التحكيم طالباً الحكم بإلزام البنك السويسري (المحتكم ضده) بأن يؤدي له قيمة ما دفعه بخصوص العملية المذكورة واستند في طلباته إلى تعهد البنك المحتكم ضده بالضمان بموجب خطاب مؤرخ ١٩٩٣/٣/٢٤.

دفع البنك السويسري المحتكم ضده بعدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع بمقولة أن التعهد بالضمان الذي يستند إليه البنك المحتكم يستقل عن عقد التسهيل الائتماني الأصلي المتضمن شرط التحكيم.

رفضت هيئة التحكيم هذا الدفع، وقضت باختصاصها بنظر النزاع محل التحكيم مستندة في ذلك إلى أسباب حاصلها أن عقد التسهيل الائتماني الأصلي المؤرخ ١٩٩١/١٠/١٠ يمثل الإطار العام للعلاقة بين طرفين بشأن عقد تمويل الصادرات الإيطالية إلى دولة الجزائر، وهذا العقد قد تضمن شرط تحكيم، وأن عقد الضمان الوارد في خطاب البنك المحتكم ضده للبنك المحتكم والمؤرخ ١٩٩٣/٣/٢٤ يتعلق بأحد جوانب العلاقة بين البنكين طرفي النزاع المسؤولين عن تمويل الصادرات سالفة البيان، فهو تابع لتلك العلاقة التي تخضع لشرط التحكيم، وبالتالي فإنه يخضع كذلك لهذا الشرط، وأنه ما دام أن طرفي العقد الأصلي قد اتفقا على إحالة الخلافات الناشئة عن هذا العقد إلى التحكيم، ومن ثم فإنه يجب تفسير هذا الاتفاق على النحو الذي يحقق اختصاص هيئة التحكيم بتسوية جميع المنازعات التي يمكن للطرفين طرحها بشأن العلاقة التعاقدية، وذلك دون اللجوء إلى التفسير الضيق بشأن تحديدي نطاق

١- حكم هيئة التحكيم بغرفة التجار الدولية في الدعوى التحكيمية رقم ٩٢٨٨ الصادر بتاريخ مارس ١٩٩٨ منشور بمجلة التحكيم العدد الثالث ٢٠٠٩.

شرط التحكيم، فضلاً عن أن هذا يتفق مع ما توقعه الطرفان بالنسبة إلى العلاقة التعاقدية بينهما.]

وهكذا يمكن القول بأن العقد الأساسي أو الرئيسي الذي يتعلق بعملية تجارية واحدة يشكل مع العقود الأخرى المكملة أو التابعة أو المنفذة له وحدة واحدة بحيث يتسع نطاق شرط التحكيم الوارد في العقد الأول للمنازعات المتعلقة بالعقود الأخرى المرتبطة به ولو كانت بين أطراف غير أطرافه.

- امتداد اتفاق التحكيم بين أعضاء التجمع العقدي المسمى "كونسورسيوم".

يعرف العمل في مجال عقود المقاولات الدولية نوعاً من التجمع العقدي يطلق عليه اصطلاحا "كونسورسيوم" (Consorium) أي "أتحاد" ويوجد هذا الاتحاد في حالة إذا ما أبرم رب العمل عقد مقاولة مع عدة مقاولين يقوم كل منهم بجزء من العمل حسب تخصصه مقابل ثمن هذا الجزء[١].

ويذهب البعض إلى أن الكونسورسيوم هو نوعاً من الضمان لرب العمل يجيز له عند إخلال أي عضو فيه بإلتزاماته في عقد المقاولة أن يرجع عليه إما منفرداً أو على جميع الأعضاء مجتمعين، ولا يتمتع هذا الكونسورسيوم بالشخصية المعنوية، ولذلك فإن شرط التحكيم الذي يرد في عقد المقاولة يخول رب العمل أن يرفع دعوى التحكيم سواء ضد جميع أعضاء الكونسورسيوم، أو ضد عضو واحد فقط، كما يجوز لأحد أعضاء الكونسورسيوم فقط أن يقيم الخصومة التحكيمية ضد رب العمل دون أن يكون لرب العمل الحق في التمسك بعدم قبول التحكيم(٢)، وإنفاذاً لما تقدم قضت إحدى هيئات التحكيم بغرفة التجارة الدولية(٣) برفض الدفع المبدى من الشركة المحتكم ضدها (شركة قطاع عام مصرية) ضد شركة دانماركية (المحتكمة) بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة، لأن المحتكم ضدها تعاقدت مع كونسورسيوم تعد الشركة الدانماركية المحتكمة عضواً فيه وانفردت الأخيرة برفع الدعوى التحكيمية دون الشركة العضو الآخر في الكونسورسيوم.

وقد أسست هيئة التحكيم حكمها الرافض للدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة على أن الكونسورسيوم يعد شركة محاصة لا تتمتع بالشخصية المعنوية، ويجوز لكل شريك فيها منفرداً وباسمه الخاص أن يتخذ إجراءات التحكيم ضد الطرف الآخر في عقد المقاولة.

على ذات الأساس أيضاً قضت هيئة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بحكمها الصار بتاريخ ١٦سبتمبر في الدعوى التحكيمية رقم ٤٣٥٧، إلا أنها اعتبرت أن الكونسورسيوم هو شركة

١- د/فتحي والي " مرجع سابق "، بند ١٠٠، ص ١٩٤.
٢- د/ سمير محمود الشرقاوي، مرجع سابق، ب ند١٠٦، ص ١٣٠.
٣- حكم هيئة التحكيم في الدعوى التحكيمية رقم ٤٦٤٨الصادر بتاريخ ٢٦ يناير ١٩٨٤ مشار إليه في د/سمير محمود الشرقاوي "التحكيم التجاري الدولي "، مرجع سابق، هامش ص ١٣٠.

واقع، إلا أن البعض يرى أن الحكم الأخير قد جانبه الصواب وخلط بين شركة الواقع وشركة المحاصة، لأن شركة الواقع يثبت لها شخصية معنوية، وبالتالي ذمة مالية مستقلة[١].

ويبدو أن القضاء له رأي آخر في هذا الشأن، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية[٢] بأن الضامن لا يفيد من شرط التحكيم المنصوص عليه في العقد المبرم بين المدين المضمون والدائن، لأنه لم يكن طرفاً في العقد، وذلك على الرغم من أن الالتزام بالضمان هو التزام تابع لالتزام المدين، وبالرغم من الارتباط الوثيق بين العقدين لأنهما يشكلان غاية اقتصادية واحدة.

وفي ذات السياق قضت[٣] أيضاً بأن مصدر خطاب الضمان لا يجوز له الاحتجاج بشرط التحكيم الورد في عقد المقاولة المبرم بين عميل البنك والمقاول المستفيد، ما لم ينص عقد الضمان على ما يخالفه.

الفرع الخامس

حالة امتداد اتفاق التحكيم استناداً إلى مبدأ النشاط الاقتصادي الواحد

تقوم التجارة الدولية على فكرة المشروعات الاقتصادية الكبرى التي تميز هذا المجال عن غيره، والتي تؤدي في الكثير من الأحيان إلى تأسيس عدة شركات لكل منها الشخصية المعنوية المستقلة عن الأخرى، ولكنها تقوم على أساس من وحدة المصالح بغرض تحقيق أهداف مشتركة تعود على هذه الشركات مجتمعة، والتي تخضع في إدارتها إلى نظم موحدة تكفل الترابط والتكامل فيما بينها، بما يسمح بأن تقوم أي منها بالاشتراك في تنفيذ أي من المشروعات التي تتعاقد عليها أو تقوم بها الشركات الأخرى المنضوية معها.

كما أن النشاط الاقتصادي الواحد قد يستلزم تنفيذه إبرام عدة عقود تهدف إلى تنفيذ مشروع اقتصادي واحد بحيث تكون هذه العقود مكونة لمجموعة تعاقدية واحدة لا تقبل التجزئة بحيث تكون كافة هذه العقود غير قابلة للتجزئة الاقتصادية، وأن تساهم في مشروع اقتصادي واحد مشترك، وأن يثبت أن موضوع كل منها يفترض وجود ونفاذ العقود الأخرى في المجموعة بحيث يؤثر بعضها على بعض في حسم النزاع.

١ـ د/سمير محمود الشرقاوي، المرجع السابق، هامش ص ١٣٠.

٢- Cass.com.٢٢ nov. ١٩٧٧ Rav.Arb.P.٤٦١. -مشار إليه في د- علي سيد قاسم " نسبية اتفاق التحكيم" دار النهضة العربية ، بدون سنة نشر ، هامش ص ٦٥

٣- Cass.co,.éà dèc. ١٩٨٢ Rav.Arb.P.٤٧٧. - مشار إليه في المرجع السابق، هامش ص ٦٥

ومن هنا ظهر اتجاه يرى سريان اتفاق التحكيم في مواجهة باقي الشركات المشتركة في نشاط اقتصادي واحد، وامتداد ذات الاتفاق أيضاً إلى العقود التي تشكل جميعها مع بعضها عملية اقتصادية واحدة.

وإنفاذاً لهذا الاتجاه قضت إحدى هيئات التحكيم بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، بأن اتفاق التحكيم يشمل جميع المشروعات المؤسسة لمشروع واحد، وأن شرط التحكيم الذي يرد في أحد العقود يمكن أن يلزم شركات أخرى من أعضاء مجموعة واحدة بالرغم من عدم توقيعها على العقد الذي تضمن شرط التحكيم ما دامت قد شاركت في تكوين العقد وتنفيذه وإنهائه[1].

وتأسيساً على فكرة الوحدة الاقتصادية، قضت أيضاً إحدى هيئات التحكيم بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي[2]، بأن "شرط التحكيم الذي يرد ضمن أحد العقود يمكن أن يلزم شركات أخرى من أعضاء مجموعة واحدة بالرغم من عدم توقيعها على العقد الذي تضمن شرط التحكيم، وذلك تأسيساً على فكرة الوحدة الاقتصادية، إذ استقر قضاء التحكيم على أن لأي شركة أن تمثل جميع الشركات التي تضمها المجموعة، وأن شرط التحكيم الذي تبرمه إحدى هذه الشركات يلزم الشركات الأخرى".

وعلى صعيد القضاء تبنى القضاء اللبناني اتجاه امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير بناء على فكرة الوحدة الاقتصادية، فقد قضت محكمة التمييز بلبنان بـأن" من يدخل في مجموعة عقدية يتضمن أحد بنودها الأساسية بنداً تحكيمياً عليه أن يخضع إلى القواعد الخاصة بالتحكيم، بالاستناد إلى الوحدة العملية الاقتصادية والأهداف التي يرمي كلا العقدين المتتابعين إلى تحقيقها"[3].

وعلى ذات الأساس قضت محكمة الاستئناف بتونس[4] بأن: "المسلم به فقهاً وقضاء أن آثار العقد لا تنصرف إلى الغير الذي لم يكن طرفاً فيه، ولم تربطه صلة بأي من المتعاقدين سواء كانت هذه الآثار حقاً أو التزاماً، وحيث أن تطبيق المبدأ المذكور على مادة التحكيم يؤول بداهة إلى القول بأن الشرط التحكيمي لا يلزم إلا الأطراف الممضية على العقد المتضمن مثل هذا الشرط دون غيرها..... وحيث أن استقلال الذمم المالية للشركات المكونة للتجمع وانفراد كل واحدة منها بشخصية معنوية بذاتها يجب أن لا يحجب وحده الواقع الاقتصادي

١ـ القضية التحكيمية رقم ١٠٩ لسنة ١٩٩٨، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، جلسة ١٩٩٩/٣/١١، مجلة التحكيم العربي، العدد الثاني، ص ٢٢٤.

٢ـ القضية التحكيمية رقم ٦٥٤ لسنة ٢٠٠٩، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، جلسة ٢٠٠٩/١/١٩، مجلة التحكيم العربي، العدد ١٦، ص ٢٠٣.

٣ ـ حكم محكمة التمييز في لبنان في الطعن رقم ١٤ لسنة ٢٠١٨، الصادر بتاريخ ٢٠١٤/١/٢٥، منشور على موقع المعهد العربي الأمريكي للتحكيم التجاري الدولي http://www.aifica.com/

٤ ـ حكم محكمة الاستئناف بتونس، الصادر في القضية رقم ١٤٧٥٢ جلسة ٢٠١١/٣/٨، منشور على موقع المعهد العربي الأمريكي للتحكيم التجاري الدولي http://www.aifica.com/

لتلك الشركات وخضوعها لسلطة موحدة ....، وحيث أنه لا خلاف في أن وجود تجمع الشركات في حد ذاته لا يؤدي بالضرورة إلى وضع قاعدة عامة مفادها إخضاع جميع الشركات المنتمية للتجمع المذكور لموجبات الشرط التحكيمي المضمن بالعقد ... وحيث أن تشعب المعاملات التجارية وتشابك العلاقات الاقتصادية وتعدد الأطراف المُدخلة في العملية الاقتصادية قد أفرز واقعاً عملياً يتمثل في تحرير عدة عقود تجارية بمناسبة معاملة واحدة، أو تحرير عقد واحد تتجاوز فيه الالتزامات والصلاحيات حدود المتعاقدين لتمتد إلى غيرهما من الأطراف، وذلك بالنظر للوحدة الاقتصادية ولتداخل المصالح الموجودة بينهم ...، وحيث أن الفقه والقضاء الفرنسيين مستقرين على اعتبار أن الاتجاه نحو توسيع الشرط التحكيمي أو تضييقه يجب أن يؤسس على دراسة الوضعيات القانونية للشركات المعنية وتفحص نشاطها وبيان مدى علمها بوجود وبمضمون الشرط التحكيمي من عدمه ....، ولئن كان انتماء شركة ما لتجمع عقدي غير كاف في حد ذاته لتوسيع الشرط التحكيمي الذي لم يحظ بموافقة تلك الشركات، ومن ثم إدخالها في إجراءات التحكيم، فإن ذلك الانتماء إذا ما تعزز بوقائع أخرى تفيد بصف قطعية علم الشركة التي تم إدخالها بوجود العقد لمقتضيات الشرط التحكيمي وآثاره... ذلك أن تجمع الشركات ينضوي على حقيقة اقتصادية واحدة تؤدي إلى اعتبار الشرط التحكيمي المقبول من إحدى شركات المجمع يُلزم الشركات الأخرى التي لعبت دوراً في تكوين وتنفيذ وفسخ العقد أو العقود المتضمنة لذلك الشرط".

ولم يحظ الاتجاه السابق بتأييد مطلق من أحكام التحكيم أو القضاء، إذ رفضت بعض هيئات التحكيم الأخذ بهذا الاتجاه، ومن ذلك ما ذهبت إليه أحد هيئات التحكيم بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي من أن "القانون المصري قد حدد في المادتين ١٤٥، ١٥٢ مدني على سبيل الحصر الحالات التي يمتد فيها أثر العقد للغير بما لا يتيح امتداد أثره إلى الغير في غير تلك الحالات، وليس من بينها امتداد أثر العقد إلى الشركات التي تكون في مجموعة اقتصادية واحدة إذا تمتعت كل منها بشخصية معنوية مستقلة "[١].

إلا أن مد اتفاق التحكيم في هذه الحالة وإن كان يؤدي إلى تحقيق فاعلية اتفاق التحكيم ويضمن جمع المنازعات المختلفة المتعلقة بموضوع واحد أمام جهة اختصاص واحدة هي جهة التحكيم، إلا أننا نرى أن هذا الاتجاه يفتقر إلى الأساس القانوني الذي يبرره، وإن كانت أحكام التحكيم أو القضاء التي أخذت بهذا الاتجاه مستندة بشأنه إلى الأخذ بفكرة القبول الضمني لاتفاق التحكيم، فقد رأينا أن فكرة القبول الضمني باتفاق التحكيم كسند قانوني لتبرير امتداد اتفاق التحكيم تتعارض مع طبيعة اتفاق التحكيم الذي يجب أن تكون الإرادة في الالتجاء إليه صريحة.

---

١ ـ حكم هيئة التحكيم بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، القضية رقم ٢٣٤ لسنة ٢٠٠١، مجلة التحكيم العربي، العدد الخامس، ص ١٨٩، ١٩٠.

الفرع السادس

امتداد اتفاق التحكيم إلى الدولة استناداً إلى اتفاقية دولية

تعتبر الاتفاقات الدولية شأنها شأن المعاهدات التي تتم بين الدول قانوناً منفذاً داخل الدولة ولو خالفت نصاً من نصوص نظامها الداخلي، وهو ما يعرف بمبدأ سمو المعاهدات على النظام الداخلي للدولة، ومن ثم فإذا كان اتفاق التحكيم قد تم إبرامه إنفاذاً لاتفاقية دولية فإن هذا الاتفاق يلزم الدولة، ولو كان الذي وقع عليه إحدى الهيئات التابعة لها.

ومن أهم التطبيقات القضائية لهذه الحالة الحكم التحكيمي الصادر عن إحدى هيئات التحكيم (١) بمركز القاهرة الإقليمي التحكيم التجاري الدولي في قضية ويتحصل وجيز وقائعها:

[في أن إحدى الشركات المصرية (**الشركة – أ**) كانت قد أبرمت مع إحدى الوحدات التابعة لأحدى الوزارات المصرية **(الطرف – ب)** عقداً شرطاً للتحكيم، وعلى أثر نزاع فيما بين طرفي العقد (أ و ب) فقام الطرف (أ) بطلب اللجوء إلى التحكيم أمام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، وأثناء نظر الدعوى التحكيمية قامت الطرف المحتكم (أ) بإدخال السيد/ **الوزير (الطرف – ج)** الذي يتبعه الطرف (ب) في الدعوى التحكيمي استناداً إلى نص المادة (٦) من قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي المطبقة على النزاع، فدفع **المحتكم ضدها (ب)** ببطلان شرط التحكيم لعدم موافقة وتوقيع الوزير المختص على العقد المتضمن شرط التحكيم.

رفضت هيئة التحكيم دفاع الوحدة المحتكم ضدها وقضت بقبول إدخال الوزير **(الطرف – ج)** في الدعوى التحكيمية باعتباره طرفاً في العقد على أساس أن الاتفاق الدولي الذي وقع بين جمهورية مصر العربية والبنك الدولي جعل من الوزير (ج) منفذاً لشروط الاتفاقية بكل تفاصيلها في نموذج الشروط والمواصفات التي أعدها أو ساعد في إعدادها ووافق عليها البنك الدولي، وأنه لما كان الوزير (ج) قد أصدر قراراً بإنشاء المحتكم ضدها (أ) التي قامت بالإعلان عن المناقصة وإعداد كراسة الشروط والمواصفات وقامت باختيار المقاول الفائز، وأن شرط التحكيم تضمنه نص اتفاقية المقاولة طبقاً لشروط البنك الدولي موافق عليه من كافة أجهزة الدولة كل في إطاره الدستوري، ومن ثم فلا يشذ عن ذلك وزير عهد إليه تنفيذ ومتابعة المشروع وفقاً لعقد القرض ، وإلا كان هادماً للنظام العام للدولة.

وأيدت محكمة الاستئناف بجمهورية مصر العربية هذا الحكم التحكيمي عندما رفضت دعوى البطلان التي أقامها كلاً من (ب و ج) كما وقد ايدت محكمة النقض المصرية ذلك[٢] برفض الطعن الذي أقيم نعياً على حكم الاستئناف سالف البيان.

---

[٢]- الطعن رقم ٧٢٧٥ لسنة ٨٧ ق تجاري.

ونشير في هذا الصدد أن الفقرة الثانية من المادة العاشرة من نظام التحكيم الجديد بالمملكة تنص على أنه " لا يجوز للجهات الحكومية الاتفاق على التحكيم إلا بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، ما لم يرد نص نظامي خاص يجيز ذلك. " والمتأمل في هذا النص يبين له أن المشرع اشترط لعقد الجهات الحكومية بالمملكة العربية السعودية اتفاقات تحكيم لزوم موافقة السيد/ رئيس مجلس الوزراء، لكن هذا النص تضمن في شطره الثاني استثناء وهو أنه يمكن للجهات الحكومية ابرام عقود تتضمن اتفاقات تحكيم دون الحاجة إلى موافقة الوزير المختص، وذلك في الحالة التي يوجد نص خاص بها، فالاتفاقيات الدولية تكون لها قوة نظامية في المملكة بعدما يتم إصدارها بموجب مرسوم ملكي وفقاً للمادة ٧٠ من النظام السعودي الدستوري ونشرها ونفاذ مفعولها وفقاً للإجراءات المعمول بها في المملكة.

الفرع السابع

امتداد اتفاق التحكيم إلى الدولة إذا شاركت في إبرام أو تنفيذه أو إنهاء العقد الذي أبرمته إحدى هيئاتها.

يعتبر من أحد أحكام التحكيم التي قامت بإعمال هذه الحالة: حكم هيئة التحكيم في القضية التي عرفت باسم شركة الخرافي الكويتية ضد الحكومة الليبية الصادر بتاريخ ٢٢ مارس ٢٠١٣[١]، ويخلص وجيز واقعاتها:

[في أنه بتاريخ ٢٠٠٦/٦/٨، أبرمت شركة الخرافي الكويتية (أ) مع مصلحة التنمية السياحية (ب) ، وهي إحدى الهيئات العامة الليبية عقداً تضمن شرطاً للتحكيم.

١ـ بالرغم من أن الدعوى التحكيمية نظرت بمقر مركز القاهرة الإقليمي إلا أن التحكيم لم يكن تحكيمياً مؤسسياً بل كان تحكيماً حراً على نحو ما أورده مدير المركز بمقالة المنشور بمجلة التحكيم العالمية العدد (٣٩) يوليو ٢٠١٨ والذي قرر فيه ما نصه:" . وجب التنويه إلى استشراء فهم خاطئ لدى البعض ألا وهو الاعتقاد خطأ بأن القضية التحكيمية ....قد أديرت وصدر حكمها تحت مظلة مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي " مركز القاهرة " وطبقاً لقواعد هذا الأخير ، وقد نتج عن ذاك الفهم المغلوط نتيجة لواقعة مادية لا تنتج أي أثر قانوني بخصوص النزاع التحكيمي ، وهو لجوء طرفي النزاع إلى تأجير قاعة جلسات مجهزة بأحدث التقنيات وغرفتي انتظار واستراحة لفريقي الدفاع عن الطرفين ، وذلك بمقر المركز بحي الزمالك ، وهو ما نتج عنه نشوء علاقة محض إيجاريه بين طرفي النزاع ومركز القاهرة وانتهت علاقة المركز بالطرفين بانعقاد جلسات المرافعة ، أية ذلك أن تحكيم الخرافي ودولة ليبيا ــ وكما أوضح بحق الحكم محل التعليق ــ هو تحكيم حر أو غير مؤسسي وفقاً لأحكام الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية الموقعة في عمان ..... وهو ما يجعل التحكيم طبقاً لها تحكيماً حراً غير مؤسسي ، وهو ما يترتب عليه عدم خضوع أطرافه لقواعد المركز وعدم وجود أي التزام على مركز القاهرة بإدارة هذا التحكيمي أو تقديم خدمات التحكيم المؤسسي لأطرافه إذ لم يطلبوا إليه أي من ذلك على وجه الأطلاق ، وبطبيعة الحال لم يشارك مركز القاهرة في تشكيل هيئة التحكيم الموقرة التي أصدرت الحكم واقتصر دوره كما أوضحنا على القيام بعمل مادي هو تمكين أطراف النزاع من استخدام قاعاته المجهزة كمقر لجلسات الدعوى التحكيمية تنفيذاً للعلاقة الإيجارية التي ربطته بالأطراف والتي انتهت بانعقاد جلسات التحكيم ، وقد رأينا توضيح تلك الحقيقة منعاً للبس والالتباس الذي ساد لدى البعض."

وعلى أثر خلافات حول تسليم الأرض للشركة للبدء في تنفيذ المشروع اتخذت اللجنة الشعبية العامة للصناعة والاقتصاد والتجارة بدولة ليبيا (الطرف ممثل عن الدولة – ج) قراراً بإلغاء المشروع، وهو ما حدا بالشركة الكويتية (أ) إلى اللجوء للتحكيم ضد مصلحة التنمية السياحية (ب) التي أبرمت معها العقد إنفاذاً لبند التحكيم الوارد في العقد طالبة الحكم لها بتعويضها عن جميع الخسائر التي لحقتها.

وأثناء سريان التحكيم قامت الشركة الكويتية (أ) بإدخال كل من الدولة الليبية ووزارة الاقتصاد الليبية والهيئة العامة لتشجيع الاستثمار ووزارة المالية (الأطراف – د) إلى جانب مصلحة التنمية السياحية (ب) باعتبارهم أطراف في اتفاق التحكيم المبرم مع مصلحة التنمية السياحية.

اعترض دفاع الحكومة الليبية على إدخالها وإدخال الأطراف (د) ودفع الدفاع أمام هيئة التحكيم بعدم جواز الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في العقد موضوع النزاع في مواجهتها، أو في مواجهة وزارة الاقتصاد، لأنهما لم يكونا من الموقعين على شرط التحكيم

وفي المقابل تمسكت الشركة المحتكمة بامتداد اتفاق التحكيم إلى (الأطراف – د) استناداً إلى أن امتداد اتفاق التحكيم إلى كل من تداخل أو شارك في إبرامه أو تنفيذه مبدأ راسخ بذاته في مجال التحكيم عموماً، وفي مجال التحكيم التجاري الدولي على وجه الخصوص ما دام أن ما بدر من المراد إدخالهم في التحكيم كطرف في الاتفاق من مواقف أو أعمال يفترض معها أنهم كانوا على بينة من وجود اتفاق التحكيم ونطاقه.

رفضت هيئة التحكيم دفاع الدولة الليبية ووزارة الاقتصاد والمالية (المحتكم ضدهم) وقضت بصحة الاحتجاج بالشرط التحكيمي الوارد في العقد موضوع النزاع في مواجهة المحتكم ضدهم الأطراف (ب – د)

كما علق الأستاذ الدكتور/ أحمد صادق القشيري على الحكم[1] بقوله :"عالجت هيئة التحكيم مزيجاً من المسائل جمعتها جميعاً تحت عنوان " في اختصاص الهيئة التحكيمية وتضم من الناحية النظرية مبدأ "الاختصاص بالاختصاص "أي أحقية هيئة التحكيم في أن تتناول المسائل المتعلقة بمدى اختصاصها مطبقة ذلك على المسألة الأولية المتعلقة بوجود مشروع استثماري يدخل في إطار الاتفاقية الدولية المطلوب التحكيم تحت مظلتها، ومدى قبول الدعوى التحكيمية أو اعتبارها مرفوعة قبل الأوان لعدم استنفاد المرحلة السابقة المتعلقة بالمساعي الودية لحل النزاع قبل اللجوء إلى التحكيم ثم تحديد النطاق الشخصي للشرط التحكيمي(personae rationi) وكذلك الاختصاص الموضوعي (rationai materae) لبيان ما هي الأمور الداخلة في إطار ولايتها والتي يحق لهيئة التحكيم أن

٩٠-الأستاذ الدكتور/ أحمد صادق القشيري أستاذ القانون نائب رئيس محكمة التحكيم في غرفة التجارة الدولية مقال منشور بمجلة التحكيم العالمية العدد التاسع عشر ٢٠١٣(عدد خاص) تحت عنوان "باكورة القضاء التحكيمي العربي الواعد في مجال الاستثمار صـ ٥٠٥٥١٣

تنظرها وتفصل فيها " ولا شك في سلامة المنطق القانوني والتحليل المتكامل الذي انتهت إليه هيئة التحكيم في هذا الشأن وصولاً إلى النتيجة التي سجلتها بوضوح تام "، كما أورد سيادته في تعليقه أيضاً "وقد دعمت هيئة التحكيم قضاءها هذا الذي يمثل مرتبة عالية من الإبداع القانوني باللجوء إلى إبراز أهم مظاهر اتجاه الاجتهاد الليبي من حيث امتداد أثر الشرط التحكيمي إلى القرارات الإدارية انتهت في ظل ذلك التحليل الرصين إلى النتيجة التي لخصتها في القول بأن "مطالب التعويض عن الضرر المقدمة من الجهة المدعية مشمولة بالشرط التحكيمي الذي يحيل إلى تطبيق أحكام الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية، وبالتالي أن الدعوى التحكيمية الحاضرة لا تخرج البتة عن اختصاص هيئة التحكيم ولا تدخل في الاختصاص الحصري للقضاء الإداري".

كما علق المغفور له بإذن ربه الأستاذ الدكتور/ يحيى الجمل على هذا الحكم التحكيمي[1] قائلاً "أن هذا الحكم الأول في ظل هذه الاتفاقية جاء مؤسساً تأسيساً عميقاً رصيناً معتمداً على حجج قانونية واضحة وقوية سواء من ناحية الفقه أو من ناحية السوابق القضائية.

المطلب الرابع

الآثار المترتبة على امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير

تناولنا في هذا البحث في مواضع سابقة انه يترتب على اتفاق التحكيم حرمان عاقديه أو أطرافه من اللجوء إلى اقضيتهم، كما يكون لهم اللجوء إلى هيئات التحكيم وفقاً للاتفاق حول ذلك وهو ما عبرنا عنه بالأثر السلبي والأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم، وبعدما بينا في المبحث السابق حالات امتداد اتفاق التحكيم إلى غير اطرافه يبقى لنا في هذا المبحث الأخير إلقاء الضوء بإيجاز حول الأثار المترتبة على امتداد هذا الاتفاق إلى الغير وفقاً لأي حالة من الحالات سالفة البيان وذلك في فرعين:

الفرع الأول: منع الغير من اللجوء إلى القضاء.

الفرع الثاني: حرية الغير في اللجوء إلى التحكيم.

الفرع الأول

منع الغير من اللجوء إلى القضاء

ينشئ اتفاق التحكيم التزاماً سلبياً متبادلاً على عاتق عاقديه، كما بينا من ذي قبل، يتمثل في التزام كل طرف بالامتناع عن الالتجاء إلى القضاء العادي في شأن النزاع الذي يتضمن

١ـ مقال المغفور له الأستاذ الدكتور / يحيى الجمل أستاذ القانون بحقوق القاهرة تعليقاً على الحكم التحكيمي منشور بمجلة التحكيم العالمية العدد التاسع عشر ٢٠١٣ (عدد خاص) صـ ٥٤٣

شرط تحكيم، فإذا حدث عكس هذا، وقام أحد الأطراف، على نحو النكوص عن تنفيذ الالتزام بالامتناع سالف البيان، فإن للطرف الأخر في اتفاق التحكيم إجباره على ذلك من خلال إبداء الدفع بوجود اتفاق تحكيم في شأن النزاع المعروض على القضاء بالمخالفة لنظم التحكيم.

- الدفع بوجود اتفاق تحكيم وأثره في حرمان الغير من اللجوء إلى القضاء:

ثار خلاف في الفقه حول تحديد الطبيعة النظامية للدفع بوجود اتفاق تحكيم فهمن من ذهب إلى اعتباره دفع بعدم اختصاص[1]أساس أن اتفاق الطرفين على عدم طرح النزاع على القضاء وإقرار المشرع لهم على هذا الاتفاق يجعل النزاع خارجاً عن اختصاص القضاء بمقتضى هذا الاتفاق.

وذهب رأي آخر٢ اعتبار الدفع بوجود اتفاق تحكيم هو دفع بعدم القبول، ويستند انصار هذا الرأي على أن الاتفاق على التحكيم ليس له القدرة على إخراج النزاع من اختصاص القضاء، وهو فوق ذلك لا يهدف من الأصل إحداث هذا الأثر وإنما يستهدف مجرد إقامة مانع مؤقت من سماع الدعوى أمام القضاء رغم كونه مختصاً بها من الأصل، ورغم استمرار اختصاصه بها اثناء مسيرة التحكيم وبعد انتهاء هذه المسيرة، وهو بإقامة هذا المانع إنما يقيد حق الطرفين في الالتجاء إلى القضاء أو حق كل منهما في الدعوى، والنتيجة المنطقية لهذا التقييد هي أن تصبح الدعوى غير مقبولة أمام القضاء ما دام المانع من قبولها موجود، فإن زال المانع لسبب أو آخر عادت الدعوى مقبولة أمام القضاء باعتباره مختصاً بها، وباعتبار اتفاق التحكيم غير ذي أثر على هذا الاختصاص، والبعض من انصار هذا الرأي يرى ان الدفع بعدم القبول يقوم على أن أحد العاقدين قام بإثارة النزاع بغير الطريق المتفق عليه٣

وآخيراً يرى جانب من الفقه ٤أن الدفع بوجود اتفاق تحكيم هو دفع ببطلان المطالبة القضائية على أساس أنه يعد دفعاً من قبيل الدفوع الإجرائية بسبب عيب موضوعي وهو عدم قابلية الطلبات التي تتضمنها لائحة الدعوى القضائية لأن تكون محلاً للمطالبة القضائية بسبب الاتفاق على التحكيم بخصوصها وهو ما يؤدي إلى بطلان المطالبة القضائية.

يعتبر الدفع بوجود اتفاق تحكيم، وهكذا نطلق عليه، من الدفوع التي لا علاقة لها بموضوع النزاع، ويجب ابداءه قبل الحديث في موضع النزاع المطروح على القضاء وإلا سقط الحق في التمسك بالتحكيم وحرمان الطرف الأخر من القضاء، وذلك حسب ما ورد في نظام التحكيم بالمملكة العربية السعودية " – يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد في

---

[1]- مصطفى محمد جمال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ١٩٩٨، ط أولى، ص ٥١٦

[2]- فتحي والي، مرجع سابق، ص ١٤٨.

[3]- نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة ط ٢٠١٠، دار منشأة المعارف بجمهورية مصر العربية، الطبعة الثانية ص ٦٦.

[4]- اشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي ط ٢٠٠٣ ، الإسكندرية بجمهورية مصر العربية، ص ١١٤.

شأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم جواز نظر الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل أي طلب أو دفاع في الدعوى. ٢ – لا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيه أو اصدار حكم التحكيم." وهو ما يعني أن حرمان الطرف الأخر من اللجوء إلى القضاء بشأن نزاع يتضمن شرط تحكيم هو حرمان مؤقت يتحدد مصيره من قبل الطرف الآخر فإما يتمسك باتفاق التحكيم ويدفع بوجوده ومن ثم يصير الحرمان المؤقت دائم وإما أنه يمسك عن إبداء هذا الدفع ويخوض في مناقشة موضوع القضية أمام القضاء.

الفرع الثاني

حرية الغير في اللجوء إلى التحكيم

متى التزام أطراف الاتفاق بالتحكيم وجب حسم النزاع الذي يثور بينهم بهذا الطريق، وكما سبق وأن تحدثنا أن حرية الغير في اللجوء إلى التحكيم تعبر عن الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم، فإن حدث وامتد اتفاق التحكيم إلى أحد من الغير وفقاً للحالات السابقة، فإنه يكون له الحق في إخطار الطرف الأخر باللجوء إلى التحكيم لحسم النزاع القائم بينهم، كما يكون له تسمية محكم عنه واتخاذ كافة إجراءات التحكيم حتى الحصول على حكم حاسم لهذا النزاع. وينتهي التحكيم بطبيعة الحال عند انجاز هيئة التحكيم المحكمة التحكيمية أو في الحالات الأخرى الواردة في النظام الخاص بالتحكيم حيث ورد في نظام التحكيم الجديد في المملكة في المادة الحادية والأربعون: " تنتهي إجراءات التحكيم بصدور الحكم المنهي للخصومة أو بصدر قرار من هيئة التحكيم بإنهاء الإجراءات في الأحوال الآتية:

١ – إذ اتفق طرفا التحكيم على إنهاء التحكيم.

٢- إذا ترك المدعي خصومة التحكيم، ما لم تقرر هيئة التحكيم بناء على طلب المدعى عليه أن له مصلحة جدية في استمرار الإجراءات حتى يحسم النزاع.

٣- إذا رأت هيئة التحكيم لأي سبب آخر عدم جدوى استمرار إجراءات التحكيم أو استحالته.

٤- صدور أمر بإنهاء إجراءات التحكيم وفقاً لحكم الفقرة (١) من المادة الرابعة والثلاثين من هذا النظام.

كما يكون للغير الذي امتد إليه اتفاق التحكيم كل ما للطرف المتعاقد الأصلي فيكون الحكم الصادر في التحكيم حجة في مواجهة كما ويكون له استلام الحكم واستلام صورة لها قوة تنفيذية منهم وتنفيذ الحكم داخل المملكة أو خارجها.

الخاتمة

قامت الدارسة على بحث موضوع النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم، وامتداده لغير الموقعين عليه في ضوء الاتجاهات الحديثة في فقه القانون وأحكام القضاء التحكيم. وتناولنا في هذا البحث ان اتفاق التحكيم يمثل الأساس القانوني له وهو الذي يحدد نطاقه من حيث الأشخاص والمنازعات التي يشملها، وتناولنا أن إعمال مبدأ نسبية العقد يدق بشأنه، وبصفة خاصة فيما يتعلق بتحديد مفهوم الطرف والغير في هذا الاتفاق، أن مسألة نسبية أثر العقد بالنسبة لاتفاق التحكيم تدق فيما يتعلق بالخلف العام، وكذلك الحال بالنسبة إلى الخلف الخاص رأينا أن هناك خلافاً كبيراً في الفقه، فقد ذهب بعض الفقه إلى أن اتفاق التحكيم لا يعد من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص استناداً إلى ما يتمتع به اتفاق التحكيم من استقلال عن العقد الأصلي، وأنه عقداً قائماً بذاته، ومن ثم فإنه لا ينتقل إلى الخلف الخاص، بينما يرى جانب آخر من الفقه أن شرط التحكيم يعتبر من مستلزمات الشيء وتوابعه، ومن ثم فإنه ينتقل إلى الخلف الخاص ويلتزم به. وبالنسبة للدائنين ومدى اعتبارهم طرفاً في اتفاق التحكيم، وكذلك بالنسبة للكفيل والضامن ومدى اعتبارهما طرفاً في اتفاق التحكيم فقد أسفرت الدراسة عن أنه وبالرغم من كون عقد الكفالة ذاته عقد تابع للعقد الذي طرفاه الدائن والمدين الأصلي والذي يكفل الكفيل الالتزامات الناشئة عنه، ولو لم يشترك فيه المدين الأصلي فيه، وبالرغم من أن الالتزامات المترتبة على العقد الأصلي التي يكفلها الكفيل، وهي في الغالب التزامات مالية تختلف عن التزامات اتفاق التحكيم، فإنه يجوز للكفيل أن يتمسك بشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي في مواجهة الدائن، لأن الكفيل له الحق في أن يتمسك بالأوجه التي يمكن للمدين أن يحتج بها في مواجهة الدائن، كما تناولت البحث أيضا مسألة انتقال اتفاق التحكيم من أطرافه إلى الغير باعتبارها من المسائل المتعلقة بالنطاق الشخصي لهذا الاتفاق، كذلك فقد القينا الضوء في هذا البحث على الفارق بين حالات انتقال العقد إلى الغير وبين حالات امتداده وتناولنا اغلب الحالات التي ينتقل فيها العقد إلى غير أطرافه وكان أبرزها حالات الحوالة والحلول واندماج الشركات، وقد تناولنا في البحث أيضا الاتجاهات المؤيد والرافضة لفكرة امتداد اتفاق التحكيم إلى غير أطرافه وتعرفنا على حجج كل طرف وقمنا بالتعقيب عليها، وكذلك تناولنا في هذا البحث حالات امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير وتناولنا امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير في حالة الاشتراط لمصلحة الغير ثم في حالة الضامن والكفيل، ثم في حالة الاشتراط عن الغير والتمييز بينها وبين الاشتراط لمصلحة الغير، كذلك تناولنا حالات استحدثها الفقه وقضاء التحكيم لامتداد اتفاق التحكيم إلى غير أطرافه فتناولنا في هذا البحث امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير في حالة الاشتراك في تنفيذ العقد، وفي حالة المنافع المباشرة، وفي حالة المجموعة التعاقدية، والنشاط الاقتصادي الواحد، كذلك حالة الشركة الأصل والشركة الفرع أو الشركة الأصل والفرع التابع لها إذا لم يكن للفرع شخصية معنوية مستقلة عن شخصية الشركة التابع لها، كما قد تناولنا في هذا البحث إلقاء الضوء عن الاتجاهات الحديث في مد اتفاق التحكيم إلى الدولة في حالة اشتراكها في تكوين العقد أو تنفيذه وكذلك في حالة وجود اتفاقية دولية تسمح لأحد هيئات الدولة بالقيام بإبرام اتفاقيات تحكيم دون اشتراط الحصول على موفقة المسئول المختص، كما قد القينا الضوء في هذا البحث على الآثار التي تترتب على امتداد اتفاق

التحكيم إلى الغير وبينا الخلاف الذي ثار في الفقه حول طبيعة الدفع بوجود اتفاق تحكيم كأحد أهم الآثار المترتبة على امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير والقاضي بحرمانه من اللجوء إلى القضاء.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع القانونية

(أ) المراجع القانونية العربية:

١) الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الإمام محمد أبو زهرة، دار الفكر العربي ط ١٩٩٦.

٢) مشروعية التحكيم في الفقه الإسلامي، د. زيد عبد الكريم الزيد، صفحة رقم ٨، منشور على الانترنت على الرابط ادناه:

https:// almostsharaltahkemy.yoo.com/t٢٩-topic

٣) اثر التحكيم في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون – العدد الثاني العشرون، اعداد الدكتور/عبد المجيد محمد، ذو القعد ١٤٢٥ هـ.

٤) د/ وجدي راغب " مبادئ القضاء المدني، دار الثقافة الجامعية، طبعة ١٩٩٩.

٥) مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، دراسة وتحقيق عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان ومحمد إبراهيم أحمد علي، دار نشر(تهامة) جدة المملكة العربية السعودية طبعة ١٩٨١.

٦) حقوق الغير في العقود المالية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، حسن محمد، دار الجامعة الحديثة، ط ٢٠٠٤.

٧) أثر الوفاة على عقد الوكالة في الفقه الإسلامي والقانوني المدني، دراسة مقارنة، بيروت -دار الكتب العلمية ٢٠١٧، ص ٢١ منشور على الإنترنت على الرابط:

https://books.google.dz/books?isbn=٢٧٤٥١٨٨٣

٨) السرخسي، شمس الدين المبسوط، دار الكتب العلمية - بيروت ١٩٩٣.

٩) مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، محمد قدري باشا، ط ١ مصر .١٨٣٨

١٠) المعيار المعرب، أحمد بن يحي الونشريسي، ط الغرب الإسلامي، بيروت، ج ٦.

١١) رضا متولي وهدان، انتقال آثار العقود إلى الخلف الخاص، ط ٢٠٠١ دار الإسكندرية.

١٢) د. محسن شفيق: الوسيط في القانون التجاري، الجزء الأول، دار نشر الثقافة بالإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة ١٩٥١.

١٣) د. مصطفي كمال طه: القانون التجاري "الشركات التجارية"، دار الجامعة الجديدة، سنة ١٩٩٦.

١٤) د. أحمد محمد محرز: الوسيط في القانون التجاري: منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثانية، سنة ٢٠٠٤.

١٥) د/ أسامه الشناوي " المحاكم الخاصة في مصر " رسالة دكتوراه كلية لحقوق جامعة القاهرة، ١٩٩٠.

١٦) د/ سعد بهيني مقال منشور بمجلة التحكيم العالمية، العدد السابع والثلاثون، يناير ٢٠١٨.

١٧) د. مها عبد الرحمن الخواجا، امتداد آثر اتفاق التحكيم إلى الغير، رسالة ماجستير- جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٣.

١٨) الغير في خصومة التحكيم، بحث منشور على الإنترنت على الموقع التالي:

https://qawaneen.blogspot.com/٢٠١٢/١٢/blog-post_٤٤٧٩.html

١٩) نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة ط ٢٠١٠، دار منشأة المعارف بجمهورية مصر العربية، الطبعة الثانية.

٢٠) أشرف عبد العليم الرفاعي، القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي ط ٢٠٠٣، الإسكندرية بجمهورية مصر العربية.

(د) المواقع الإلكترونية

١ ـ موقع المعهد العربي الأمريكي للتحكيم التجاري الدولي

http://www.aifica.co

(هـ) المجلات القانونية

١. مجلة جامعة الملك سعود

٢ ـ مجلة التحكيم العالمية.

٣ ـ مجلة أحكام التحكيم بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي.

٤ ـ مجلة التحكيم العربي.

٥ ـ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية.

المراجع والدوريات باللغة الفرنسية:

- A kassis, Réflexious sur le Règlement d'Arbitrage de La Chambre de Commerce International, ١٩٨٨ .

- A Zelcevic-Duhamel,"La notion d' èconomie du contrat en droit privè" , J.C.P, ٢٠٠١.

- B. Teyssiè, "Les groupes de contrats", L.G.D.J, ١٩٧٥.

-D. Cohen, note sous pqris, ٢٥ novembre ١٩٩٩, Rev. Arb. ٢٠٠١.

- DELEBEQUE : La transmisson de la clause compromissoire » . Rev. Arb ; n.١,١٩٩١ .

- F. Berlingieri, International Maritime Arbitration; J. mar L& com, VOl ١٠ No. ٢ January ١٩٧٩.

- Hanotiau , B., Journal of International Arbitration, ٢٠٠١

المراجع باللغة الانجليزية:

- Shcwebel, "The severability of the Arbitration Agreement in Lnternqtionql Qrbitrqtion Three Sqlient Problem", Grotius ١٩٨٧.

الأحكام:

- Tribunal Fèdèral Suiss, ١٩ juilet ١٩٨٨, Rev. Arb. ١٩٨٩.

-Trib. Federal, ١٦ October ٢٠٠٣, Rev. Arb . ٢٠٠٤, P.٦٩٥, not Levy et Stucki

- le tribunal fédéral suisse: T (٠/٢) ٤A – ٣٧٦/٢٠٠٨ ; décision ٥ déc ٢٠٠٨

- Cour d'app.de Paris, ٤jan. ١٩٨٠. Rev . arb. ١٩٨١, p. ١٦٠. Note P. Level

- Caas. lère civ.٢٥ november ١٩٨٦, Siaci, Rev. Crit.١٩٨٧, p.٣٩٦,note H. Gaudemet-Tallon.

- Cass. Com. ٢٢ octobre ١٩٩١, Bull. civ. IV, no ٢٠٩, Dalloz-Sirey, ١٩٩٣, p. ١٨١.

- Caas.lèrè civ, ٥ Janvier ١٩٩٩, Rev. Crit. ١٩٩٩, D. Bureau

- Caas. lère civ.١٢ juillet ٢٠٠١, Bonastar II, DMF dèc. ٢٠٠١, p.٩٩٤, obs. PH Delebecque

* * *