اتفاقات التعاون وأثرها على امتداد شرط التحكيم

الدكتور/ بلال عبد المطلب بدوى
أستاذ القانون التجارى والبحرى المساعد
كلية الحقوق – جامعة عين شمس

مقدمة

إن قراءة متأنية للتطورات الاقتصادية التي لحقت بالكثير من الدول، وبخاصة في أعقاب الثورة التكنولوجية، لهي كفيلة لأن تظهر لنا وبوضوح كيف غدت أعمال التشييد والبناء ذات أثر كبير في رسم هذه التطورات، بل لعلنا لا نبالغ إذا ما قلنا بأنها تعد حجر أساس لها، باعتبار أنها ترتبط بالعديد من الأنشطة ذات الصلة بعوامل تقدم الاقتصاد من عدمه، وبما تتطلبه من توافر العديد من الإمكانيات الفنية والمالية.

إلا أنه ومع تلك الأهمية المتزايدة لهذه العقود، فإنها مازالت لا تحظى بتنظيم تشريعي يتناسب مع تلك الأهمية، ليس فقط على الصعيد الوطني، بل وعلى الصعيد الدولي أيضاً، وهو ما جعل من الاتفاقات التي تبرم بين الأطراف المعنيين بموضوعات هذه العقود مصدراً قانونياً للعلاقات الناشئة عنها، وفتح من ثم باب الاجتهاد لكل من الفقه والقضاء لإبداء الرأي فيما لا تحسمه العقود المبرمة بشكل صريح، ومن هنا بدت الدراسات المقدمة في هذا الشأن ذات أهمية خاصة لما تمثله من مساهمة في توفير تنظيم متكامل لهذا النوع من العقود.

ودون الخوض في تفاصيل بنود تلك العقود، فلعل ذلك مما قد يخرج عن نطاق هذه الدراسة، إلا أن ما يستوقفنا هنا هو ذلك البند المتعلق بتسوية المنازعات التي قد تنشأ بين أطراف هذه العقود، خاصة وان إمكانية نشوب منازعات بين أطرافها هو أمر وارد، حتى مع محاولة كافة الأطراف أداء الأدوار المنوطة بهم على النحو المتفق عليه.

ولا شك أن الآلية الأكثر ملائمة لتسوية تلك المنازعات ستكون تلك التي تتناسب وطبيعة تلك العقود، وتستجيب – قدر الإمكان – إلى ما يمكن إن يحافظ على العلاقات بين الأطراف، بما يضمن تنفيذ المشروع موضوع التعاقد على النحو الأمثل، مع حصول كل طرف على حقوقه.

ومن هنا بدا التحكيم هو الأداة المناسبة لتحقيق ذلك بما يوفره من مزايا مختلفة تجعله يفوق كثيرا القضاء، وتلبي احتياجات أطراف تلك العقود، من أبرزها ما يوفره التحكيم من مرونة في الإجراءات الخاصة بنظر المنازعات التي تخضع له، ومن حيث منح الأطراف حرية اختيار القانون واجب التطبيق على منازعاتهم، بالإضافة إلى إمكانية أن تضم هيئة الفصل في النزاع أشخاصا يتمتعون بخبرة كافية تؤهلهم لإصدار أحكامهم على نحو يعبر عن فهم حقيقي لطبيعة المنازعات المعروضة عليهم، خاصة وأن صناعة البناء والتشييد تقوم على أعراف وتقاليد خاصة بها، قد لا يكون من السهل على القضاء الوقوف عليها بذات القدر الذي يمكن أن يقوم به المعنيون في ها المجال، والذين يتم اختيار هيئات التحكيم من بينهم في الغالب.

إلا أن اللجوء إلى التحكيم في هذه العقود لم يظهر بشكل مباشر، فقد فرضت الطبيعة الخاصة للعقود الدولية للإنشاءات وجود حاجة ملحة إلى اللجوء إلى الوسائل الودية لتسوية المنازعات الناشئة عنها قبل اللجوء إلى التحكيم، فكانت آليات التفاوض المباشر والوساطة والتوفيق والخبرة الفنية وغيرها، في محاولة أولية من الأطراف لمنع تفاقم تلك المنازعات، والحد من عرضها على القضاء أو حتى على التحكيم.

وقد استجاب المجتمع الدولي لهذه الحاجة، حتى صدرت نماذج عقدية موحدة تتضمن آلية خاصة بتسوية المنازعات الناشئة عن عقود الإنشاءات تتفق وطبيعة تلك العقود، وصدر في هذا الشأن ما يسمى بنماذج عقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (الفيديك)، والتي نصت على دور هام للمهندس الاستشاري في مجال الفصل في المنازعات

التي يعرضها على أطراف العقد[1]، وهو ما لم يحظ بتأييد واسع على مستوى القوانين المختلفة، وذلك في ضوء الدور المزدوج الذي يمارسه المهندس الاستشاري، والذي يجعل منه خصماً وحكماً على نحو لا يتفق وأصول التقاضي، وقد دفع ذلك بالعاملين في هذا المجال إلى العمل على استبدال وسائل أخرى به، فكانت مجالس تسوية المنازعات، ومن ثم التحكيم بما ينطوي عليه من ايجابيات وسلبيات، وما يسفر عنه من مشكلات.

وإذا كان التحكيم يمثل أهمية كبيرة في مجال فض المنازعات، فإنه مما يزيد من أهميته في مجال العقود الدولية للإنشاءات، بالإضافة إلى قيمتها المادية الضخمة، أن تلك العقود بحسب الأصل هي عقود مركبة، وأن تنفيذها منوط بأكثر من طرف، وأن كل طرف من هؤلاء الأطراف لا يمارس عمله بمعزل عن باقي الأطراف الأخرى، وهو ما يظهر بشكل واضح في إبرام عدد من الاتفاقات بين هؤلاء الأطراف مع بعضهم البعض من ناحية، وبينهم وبين رب العمل من ناحية أخرى.

وبعبارة أخرى يمكن لنا أن نتصور في عقد واحد من العقود الدولية للإنشاءات وجود رب عمل ومقاول أو أكثر ومهندس استشاري ومكتب دراسات هندسية، ومقاولين من الباطن. ولا شك أن مثل هذا التواجد كفيل بأن يخلق نوعاً من التعارض في المصالح بين هؤلاء الأطراف، وهو ما قد يستتبع احتمالية زيادة المنازعات التي قد تنشأ بينهم. وتبدو هذه المسألة أكثر وضوحاً فيما يسمى باتفاقات التعاون، وهي تلك الاتفاقات التي تبرم بين المقاولين في سبيل عقد الإنشاءات، وذلك على اعتبار أن تلك الاتفاقات تمثل إحدى أهم الركائز التي يستند إليها تنفيذ عقد الإنشاءات، وأنه كثيراً ما يكتنفها مشاكل عملية تحول دون أداء أطرافها للأدوار المرتقبة منهم، كل بحسب اختصاصه، فتظهر من ثم المنازعات التي تكون بحاجة إلى تسويتها حتى يستمر تنفيذ العقد بالشكل المناسب.

---

1 انظر البند (٦٧) من الطبعتين الثالثة والرابعة من نماذج عقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (الفيديك).

وإذا كان التحكيم هو الآلية الأنسب في هذا الشأن كما ذكرنا تواً، فإنه – أي التحكيم- لا يلزم بحسب الأصل سوى أطرافه الذين وقعوا على الاتفاق الخاص باللجوء إليه بديلاً عن القضاء، وهنا تكمن المشكلة الحقيقة والتي تقترن بخصوصية التحكيم في عقود الإنشاءات، حيث يكون هناك عقد مركب يتنازع بشأن تنفيذه عدد من الأطراف منهم من وقع على اتفاق التحكيم، ومنهم من لم يوقع، لكن له مصلحة في حسم النزاع، وهو الأمر الذي يثير مسألة إمكانية تدخله في الدعوى التحكيمية عند تشكيل هيئة التحكيم، وسريان الدعوى في مواجهته، ومن ناحية أخرى فإن شقاً آخر للموضوع يفرض نفسه فيما يتعلق بمدى إمكانية الاحتجاج بشرط التحكيم على أطراف في عقد لم يوقعوا على ذلك الشرط.

وهنا تبدو خصوصية التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، بما تتمتع به من ذاتية مركبة تستلزم معالجة الموضوع بمراعاة تلك الطبيعة من ناحية، وبما لا يخرج عن أصول التحكيم الواجب مراعاتها من ناحية أخرى. وهذا ما سنحاول أن نسلط عليه الضوء في دراستنا هذه، وذلك من خلال تقسيمها إلى فصلين، وذلك على النحو الآتي:

الفصل الأول: اتفاقات التعاون في العقود الدولية للإنشاءات.

الفصل الثاني: نطاق شرط التحكيم في اتفاقات التعاون.

الفصل الأول

اتفاقات التعاون في العقود الدولية للإنشاءات

تلعب اتفاقات التعاون دوراً بالغ الأهمية في تنفيذ العقود الدولية للإنشاءات، وذلك نظراً للطبيعة الخاصة لتلك العقود، وما يستغرقه تنفيذها من وقت طويل، وإجراءات معقدة تتطلب الدخول في هذا النوع من الاتفاقات في إطار تنفيذ تلك العقود.

وسوف نعرض في هذا الفصل لهذه الاتفاقات، وصورها المختلفة، والأحكام التي تنظمها، إلا أننا قبل ذلك نرى أن نتعرض – بإيجاز- إلى العقود الدولية للإنشاءات على اعتبار أن اتفاقات التعاون إنما تبرم في إطار

هذه العقود، وهو ما يستلزم الإلمام بالأحكام العامة لها حتى يتسنى فهم اتفاقات التعاون بشكل دقيق.

وعلى ذلك نقسم الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: ماهية العقود الدولية للإنشاءات وخصائصها.

المبحث الثاني: المقصود باتفاقات التعاون وأنواعها.

المبحث الأول

ماهية العقود الدولية للإنشاءات وخصائصها

نتناول في هذا المبحث المقصود بالعقود الدولية للإنشاءات، ثم خصائص العقود الدولية للإنشاءات وتمييزها عن غيرها من العقود، كل في مطلب مستقل.

المطلب الأول

المقصود بالعقود الدولية للإنشاءات

لما كانت العقود الدولية للإنشاءات عقوداً مركبة، يتداخل فيها أطراف متعددون بقصد تنفيذ مهام مختلفة، كل بحسب اختصاصه، فقد أدى ذلك إلى صعوبة وضع تعريف محدد لهذا النوع من العقود، ليس ذلك فحسب، بل ظهرت منها صور مختلفة وأنماط متعددة قريبة الشبه ببعضها، حتى أخذ البعض يطلق هذا المسمى على بعض العقود دون تمييز، فظهرت مسميات مختلفة، من أبرزها العقود الدولية للبناء والتشييد، وعقود المقاولات الدولية للإنشاءات المدنية، والعقود الدولية للأشغال العامة، وغيرها[1].

ومما زاد من صعوبة وضع تعريف محدد لهذه العقود تعدد الصور التي يتم إبرام العقود تنفيذها وفقاً لها، فهناك أشكال مختلفة تتباين بحسب

---

1 من تلك المسميات أيضاً عقود بيع الوحدات الصناعية، وعقود التنمية الدولية، وهذه العقود جميعها تختلف فيما بينها في قليل أو كثير من الأمور.
انظر د. جميل الشرقاوي، محاضرات في العقود الدولية، دبلوم قانون التجارة الدولية، كلية الحقوق بجامعة عين شمس، ١٩٩١- ١٩٩٢، صفحة ٦٢.

طبيعة المشروع المراد تنفيذه، ودور كل طرف فيه، خاصة وأن أحد الأطراف غالباً ما يكون الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة، وهو ما يلقي بمزيد من الصعوبة على وضع تعريف لتلك العقود، وقد انعكس ذلك بشكل واضح على الدراسات الفقهية التي تبدو قليلة نسبياً في هذا الموضوع رغم أهميته بالمقارنة مع العديد من العقود الأخرى التي تحظى بنصيب أوفر من اجتهادات الفقه ومساهماته. ولعله مما يوجب العذر للفقه في هذا الشأن غياب التنظيم التشريعي لهذا الموضوع من ناحية[1]، ثم ندرة الأحكام القضائية الصادرة بشأنه من ناحية أخرى[2]، وذلك لا لنقص في المنازعات المثارة بسببه، وإنما لكون الفصل في تلك المنازعات إنما يتم عن طريق التحكيم، والذي يتم سراً.

وأياً ما كان عليه الحال، فإن ثمة تعريفات قد قيلت في هذا الصدد على سبيل الاجتهاد، لن نخوض فيها هنا على التفصيل الذي وردت عليه، وإنما نكتفي بالتعريف الذي نراه أكثر مناسبة من غيره، ونشير هنا إلى انه في ضوء ما سبق ذكره من أسباب وعوامل محيطة بهذا الشأن، فلعله يكون من الأوفق التوسع في التعريف المقترح بحيث يشمل معظم هذه صور هذه العقود، إن لم يكن كلها، وعلى نحو يتصف بالمرونة.

---

1 تجدر الإشارة هنا إلى أن بعض الدول قد وضعت تعريفاً للعقود الدولية للإنشاءات، إلا أنه تعريف لا يمكن أن يستشف منه خصائص هذا العقد بشكل واضح، ومن أبرز تلك الدول بريطانيا، حيث تم تعريف تلك العقود في ظل القانون الصادر هناك في هذا الشأن في سنة ١٩٩٦ بأنه "الاتفاق مع شخص معين على أي من الأعمال الآتية: أ. القيام بعمليات البناء ب. اتخاذ الترتيبات المناسبة لتنفيذ عمليات البناء بواسطة الآخرين، سواء في صورة تعاقد من الباطن لصالحه أو خلاف ذلك. ج. توفير العمل لنفسه أو العمل للآخرين للقيام بعمليات البناء.

2 من التعريفات التي ساقها القضاء في فرنسا لعقود ذات صلة بالعقود الدولية للإنشاءات ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في تعريفها لعقد المقاولة بأنه "اتفاق بواسطته يكلف شخص ما شخصاً آخر بشكل مستقل بتنفيذ عمل دون أن يكون ممثلاً له".
حكم مشار إليه لدى د. مصطفى رشدي شيحة، بعض المظاهر المالية والقانونية لعقد المقاولة الدولي، بحث منشور في كتاب مقاولات الأعمال المدنية، والصادر عن مكتب الشلقاني للمحاماة والاستشارات القانونية، القاهرة، ١٩٩٥، صفحة ٢٦.

ونحن هنا نؤيد ما انتهى إليه البعض من تعريف العقود الدولية للإنشاءات بأنها" تلك التي تبرم بين طرفين يتعهد أحدهما بتشييد مشروع ما (مثل أعمال البناء أو أشغال هندسية أو غير ذلك)، وما يرتبط بذلك المشروع من أعمال (مثل توريد التكنولوجيا) في مقابل أجر يحصل عليه من الطرف الآخر، والذي قد يكون في صورة حصة في مشروع مشترك توزع أرباحه وخسائره بين أطرافه"[1].

وتجدر الإشارة هنا إلى أن أطراف هذه العقود غالباً ما يكون أحدهما وطنياً، ويتمثل في الدولة أو احد الأشخاص المعنوية العامة، وطرف آخر أجنبي وهو الطرف القائم على تشييد المشروع، وغالباً ما يكون شخصاً خاصاً.[2] وهذا ما تقتضيه الطبيعة الدولية لتلك العقود، والتي ترتكز على اعتبار العقد دولياً متى اتصلت عناصره القانونية بأكثر من نظام واحد، ومن أبرز تلك العناصر ما يتعلق بجنسية المتعاقدين، وإن كان البعض يرى أن عامل اختلاف الجنسية لا يكفي وحده لإضفاء صفة الدولية على العقد، وأنه لا بد من وجود عوامل أخرى أكثر تأثيراً منه لاعتبار عقد الإنشاءات دولياً، وذلك مثل مكان تنفيذ العقد، واختلاف مكان المتعاقدين. واستند في ذلك إلى ما انتهت إليه محكمة النقض الفرنسية من اعتبار أحد العقود المعروضة عليها عقداً وطنياً بالرغم من اختلاف جنسية أطرافه[3]. وينتهي هذا الرأي، ونحن معه، إلى اعتبار أن عقد

---

1 انظر في تعريف العقود الدولية للإنشاءات على هذا النحو أو قريباً منه د. أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، بدون ناشر، بدون تاريخ نشر، صفحة ٥.
ونشير هنا إلى أن الفقه الحديث – مقتدياً بالقوانين المختلفة – قد جرى على استبدال كلمة "أجر" بكلمة "ثمن" التي جرت التشريعات القديمة على استخدامها للتعبير عما يتقاضاه المقاول من أجر.

2 لا يمنع ذلك من أن تبرم هذه العقود بين طرفين من أشخاص القانون العام أو أن يكون كلا الطرفين من أشخاص القانون الخاص، وإن كان ذلك نادراً.

3 Cass, Nov. 2, 1932
مشار إليه لدى د. هشام خالد، ماهية العقد الدولي، الإسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٧، صفحة ٢٦.

الإنشاءات يكون دولياً متى تطرقت الصفة الأجنبية إلى أحد العناصر المؤثرة في العقد كمحل التنفيذ أو مكان إقامة المتعاقدين، علاوة على ضرورة أن يترتب على العقد انتقال الأموال أو السلع أو الخدمات من دولة إلى أخرى[1].

أما محل العقد فيتمثل في الغالب في أعمال البناء أو الأشغال الهندسية المدنية أو التشييدات الصناعية أو غيرها من ذات الطبيعة، وقد تكون هذه الأعمال جميعها مطلوبة، كما قد يكون واحداً أو أكثر فقط هو المطلوب[2].

ويتم إبرام هذه العقود – وفق أكثر الصور انتشاراً لها – من خلال قيام رب العمل بالتعاقد مع مهندس استشاري يتولى إعداد الرسوم والتصميمات والمخططات الخاصة بالمشروع، وقد يعهد إليه بالإشراف على تنفيذ المشروع، كما يقوم رب العمل أيضاً في ذات الوقت بالتعاقد مع مقاول عام يتولى القيام بتنفيذ المشروع، سواء قام بذلك بنفسه أو عن طريق مقاولين من الباطن[3].

وقد يقوم رب العمل – رغبة منه في تقليل التكاليف – بالتعاقد مع عدد من المقاولين ليقوم كل منهم على حده بتنفيذ جزء من المشروع، فيما يكون رب العمل نفسه هو المسئول عن التنسيق بين المهندس الذي تولى تصميم المشروع والمقاولين القائمين على تنفيذ ذلك التصميم، وقد ينيب في ذلك المهندس ليقوم بهذا الدور بدلاً عنه.

وفي حالات أخرى قد يتعاقد رب العمل مع شخص آخر يسمى "مدير المشروع" ليتولى إدارة عملية تنفيذ المشروع عبر مراحلها المتعددة،

---

1 انظر في ذلك د. أحمد حسان حافظ مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧، صفحة ٤١.

2 لا يوجد ما يمنع من أن ترد هذه العقود على منقولات، كما لو كان الأمر خاصاً ببناء سفينة أو طائرة أو غيرهما من المنقولات.

3 غالباً ما يتم اختيار المقاول عن طريق المناقصات، وذلك لضمان الحصول على أفضل الإمكانيات بأقل الأسعار. انظر د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، صفحة ٦٠.

ومن مختلف جوانبها، من حيث تنظيم إدارة الوقت والتكلفة، والتنسيق بين المقاولين والإشراف على تنفيذ الأعمال.

وهناك صورة أخرى منتشرة في هذا الصدد، ونقصد بها ما يسمى بعقود تسليم المفتاح، وفيها يتم التعاقد بين رب العمل وطرف آخر (مقاول) يتولى تنفيذ جميع الالتزامات وأداء كافة المهام اللازمة لإتمام المشروع موضوع التعاقد، بدءاً من إعداد التصميمات، وحتى تنفيذ كافة الأعمال الأخرى المطلوبة، من توريدات وتشييدات، وذلك حتى يتم تسليم المشروع إلى رب العمل، بحيث يكون ذلك الطرف المقاول مسئولاً وحده عن أي إخلال يحدث في المشروع، وبذلك يوفر رب العمل على نفسه الوقت والجهد اللذين قد يبذلهما في حالة التعاقد مع أكثر من جهة لتنفيذ المشروع[1].

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه بالنظر إلى ما تتسم به عقود الإنشاءات من طبيعة فنية معقدة، وما تستتبعه تلك الطبيعة من متطلبات مالية وخبرات، فإنه كثيراً ما يحدث أن تتجمع الشركات المنوط بها تنفيذ تلك العقود بحيث تظهر كمقاول واحد يتولى تنفيذ العقد مع رب العمل، ويأخذ مثل هذا التعاون بين المقاولين أكثر من صورة من أبرزها ما يسمى "باتفاق الكونسرتيوم" و"المشروع المشترك" وهما محل هذه الدراسة تفصيلاً في موضع لاحق منها.

المطلب الثاني

خصائص العقود الدولية للإنشاءات وتمييزها عن غيرها

في ضوء ما سبق ذكره بشأن تحديد المقصود بالعقود الدولية للإنشاءات، وفي سبيل تحديد نطاق هذه الدراسة على وجه الدقة، يبدو من الأهمية بمكان بيان خصائص تلك العقود، وذلك حتى يتسنى لنا التفرقة بينها وبين غيرها من العقود التي تتشابه معها في الخصائص.

---

1 لمزيد من التفاصيل بشأن عقد تسليم المفتاح، انظر د. محسن شفيق، عقد تسليم المفتاح، نموذج من عقود التنمية، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر.

وتتميز العقود الدولية للإنشاءات بمجوعة من الخصائص التي تجعلها مختلفة عن غيرها، من أبرزها أنها عقود مركبة، وهو ما يظهر بشكل واضح في وجود عدد من الأطراف فيها، والذين ينشأ بينهم علاقات متداخلة في صورة عقود متعددة، تختلف بحسب موضوعها.

كذلك فإن تنفيذ هذه العقود يستغرق وقتاً طويلاً، وذلك نظراً لطبيعة الأعمال التي تستلزمها، وهذا بدوره يتطلب وقتاً في المفاوضات التي تجري تمهيداً لإبرامها، والواقع أن طول مدة هذه العقود يزيد من احتمالية نشوب منازعات خلالها، والتي قد تنشأ من أسباب مختلفة مرتبطة بأطراف العقد وإمكانية تعرضهم لظروف قد تحول بينهم وبين تنفيذ التزاماتهم على النحو المتفق عليه، أو مرتبطة بالظروف الاقتصادية التي قد تؤثر على تنفيذ العقد، مثل اختلاف أسعار مواد البناء أو التكاليف المطلوبة لتسليم المشروع أو حتى قد ترتبط بتغير البيئة القانونية الحاكمة للمشروع، فتظهر قوانين جديدة تفرض أحكاماً مختلفة عن تلك التي أبرم العقد في ظلها، أو تفرض إجراءات قد تزيد من صعوبة التنفيذ أو تعرقله. ولعل هذا هو ما دفع المتعاملين في هذه العقود إلى محاولة التعرض لتلك المخاطر ومواجهة احتمالية نشوب منازعات بسببها من خلال آلية تكون أكثر قدرة على التفاعل معها بشكل مناسب، فكان اختيارهم للتحكيم.

في ضوء هذه الخصائص يمكن لنا التفرقة بين العقود الدولية للإنشاءات وغيرها من العقود التي تقترب معها في الخصائص.

ولعل ابرز تلك العقود هي عقود الأشغال العامة الدولية، والتي يعرفها الفقه[1] بأنها "اتفاق بين جهة الإدارة وأحد المقاولين يقوم بمقتضاه المقاول ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات معينة لحساب جهة الإدارة تحقيقاً لمنفعة عامة".

---

1 انظر د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، القاهرة، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة الخامسة، ١٩٩١، صفحة ١٢٥.

والظاهر من التعريف السابق أن هذا العقد يختلف عن العقد الدولي للإنشاءات في أكثر من جانب، ذلك أن هذا الأخير، وعلى نحو ما عرضنا له، وإن كان الغالب أن يبرم بين شخص معنوي عام (رب العمل)، وآخر خاص (المقاول)، إلا أنه ذلك ليس أمراً لازماً، فمن المتصور أن يبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص (كشركتي مساهمة مثلاً)، بحيث يكون الهدف منه تحقيق مصلحة لرب العمل، في حين أن عقد الأشغال العامة لا بد وأن يبرم بين طرفين أحدهما على الأقل شخص معنوي عام، وذلك بقصد تنفيذ أشغال عامة لحسابه[1].

وبعبارة موجزة يمكن القول بأن وجود الدولة أو احد الأشخاص المعنوية العامة هو شرط لازم لقيام عقود الأشغال الدولية، في حين أنه ليس كذلك في العقود الدولية للإنشاءات.

ومن ناحية أخرى، وارتباطاً بالفرق السابق، يبدو هناك فرق آخر بين العقدين، ويتعلق بالهدف من إبرام كل منهما، فعقد الأشغال العامة يرتبط بالضرورة بتحقيق مصلحة عامة (كما في حالة بناء مساكن لمواطنين)، ويكون كذلك إذا ما كانت الأعمال موضوع العقد واردة على عقارات تدخل في الدومين العام، أو حتى في حساب شخص خاص لكن من أجل تنفيذ مهمة مرفق عام.[2] والأمر ليس كذلك بالضرورة في العقود الدولية للإنشاءات، فقد يكون الغرض منها تحقيق مصلحة خاصة برب العمل، دون أن تكون هناك مصلحة عامة من جراء تنفيذه.

---

1 يكفي هنا أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام، ولو كان العقار خاصاً حتى يعد من عقود الأشغال العامة. وفي هذه الحالة، فإن العمل يعد قد تم لحساب شخص معنوي عام إذا كان له إشراف مباشر ودقيق على الأعمال، أو كان مآل العقار إلى شخص عام بعد مدة معينة، علماً بأن القضاء في فرنسا قد أقر بالصفة العامة لعقود الأشغال التي يبرمها أشخاص القانون الخاص بالوكالة عن أحد الأشخاص العامة. انظر د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلب الحقوقية، بدون تاريخ، صفحة ٣١.

2 ارتبط عقد الأشغال العامة في البداية بفكرة الدومين العام، إلا أنه تم العدول عن تلك الفكرة استناداً إلى استقلال فكرة الأشغال العامة عن الأموال العامة. انظر د. محمد عبد المجيد إسماعيل، المرجع السابق، صفحة ٢٨.

من العقود الأخرى التي تقترب من العقود الدولية للإنشاءات ما تسمى بعقود البوت BOT ، والتي ذهب بعض الفقه[1] إلى وضع تعريف لها في ضوء القصور التشريعي في تنظيمها، وانتهى إلى أنها "العقود التي تتعهد بموجبها الحكومة إلى إحدى الشركات الوطنية أو الأجنبية، وسواء كانت من شركات القطاع العام أو الخاص (وتسمى بشركة المشروع)، وذلك لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية".

والواضح من هذا التعريف، ومن سار على شاكلته[2]، أن عقود البوت ليست إلا عقوداً إدارية[3]، يسري عليها ما يسري على العقود الإدارية من أحكام، من أهمها أن الإدارة لا بد وأن تكون طرفاً فيه، وأن موضوعها يتصل بنشاط مرفق عام، وإنها تتضمن شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص، ولعل هذا هو ما دعا غالبية الفقه[4] إلى اعتبارها – بصورها المختلفة[5]- ليست إلا محض تطبيق لعقود التزام المرافق العامة،

---

1 انظر د. جابر جاد نصار، عقود BOT والتطور الحديث لعقد الالتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٢، صفحة ٣٨.

2 انظر في ذات الاتجاه، د. أحمد السعيد زقرد، عقود البوت واليات الدولة العالمية، تقرير نقدم إلى مؤتمر كلية الحقوق بجامعة المنصورة بعنوان "مؤتمر التأثيرات القانونية والاقتصادية والسياسية للعولمة على مصر والعالم العربي" في الفترة من ٢٦ – ٢٧ مارس ٢٠٠٢، صفحة ١١.
وانظر أيضاً د.ماهر محمد حامد ، النظام القانوني لعقود BOT ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة الزقازيق، سنة ٢٠٠٤، صفحة ٢٦.

3 وهو ما أشار إليه حكم محكمة القضاء الإداري رقم ١٤٦ لسنة ٨ ق. الصادر بجلسة ١٩٥٦/٣/٢٥.

4 انظر د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، صفحة ٥٣.

5 تأخذ عقود BOT صوراً متعددة ، من أبرزها عقود البناء والتملك والتشغيل BOO، وعقود البناء والتملك والتشغيل ونقل الملكية BOOT، وأيضاً عقود التصميم والبناء والتمويل والتشغيل، وعقود البناء والاستئجار والتشغيل والتحويل.
لمزيد من التفاصيل حول هذه الأنواع انظر د. منصور محمد عبد الرحمن، النظام القانوني وقواعد التحكيم لإقامة المشروعات الاستثمارية بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة عين شمس، سنة ٢٠٠٩، صفحة ٢٩ وما بعدها.

وأنها شكل متطور منها، وهنا يكمن الفرق بينها وبين العقود الدولية للإنشاءات، والتي تقوم بشكل أساسي انطلاقاً من مبدأ الرضائية والمساواة بين أطرافها، وذلك على اعتبار أنها من العقود التجارية، ومن ثم فإن أطرافها يملكون إدراج الشروط التي تتفق ومصالحهم، دون أن يملي أحدهم على الآخر شروطه، وهذا مما يتأبى وطبيعة العقود الإدارية، بما فيها عقود BOT على نحو ما سبق ذكره.

المبحث الثاني

المقصود باتفاقات التعاون وأنواعها

لا شك أن العقود الدولية للإنشاءات – وكما سبق أن ذكرنا – أخذت تلعب دوراً كبيراً في تعزيز النمو الاقتصادي لكثير من الدول، وهو ما حدا بتلك الدول إلى تشجيع القطاع الخاص والاستثمارات الأجنبية على تشييد المشروعات الصناعية الكبرى، باعتبارها تمثل حجر الأساس للتنمية الاقتصادية، وساعدها في ذلك توجه الاقتصاد في كثير من الدول نحو اقتصاد السوق الحر، الأمر الذي ساهم في تدخل الشركات الأجنبية في تنفيذ تلك المشروعات الكبرى، بما تملكه من خبرات فنية لازمة لتشييدها، والتي تعجز الشركات الوطنية في كثير من الدول عن القيام بها منفردة[1].

وقد أدى تطور هذه العقود إلى ظهور صور جديدة من التعاون بين المقاولين الدوليين تهدف إلى تنفيذ المشروعات الضخمة موضوع هذه العقود، وذلك من خلال تكتلات اقتصادية بين شركات المقاولات المختلفة، حتى غدت تلك التكتلات إحدى الضرورات اللازمة لتنفيذ المشروعات التي يصعب على شركة واحدة القيام بها، خاصة وأن أغلب تلك العقود يستغرق تنفيذها وقتاً طويلاً، قد يمتد إلى سنوات، مع ما يستتبعه ذلك من الحاجة إلى رؤوس أموال كبيرة.

---

1 من أبرز الأمثلة على العقود التي أبرمت في مجالات البناء والتشييد العقود الخاصة بمصانع الحديد والصلب، والمحطات النووية، وغيرها مما انتشر إبرامه في كثير من الدول، من أهمها انجلترا وفرنسا.

من هنا أخذت تلك الاتفاقات التعاون بين المقاولين تقوم بدور هام في تنفيذ العقود الدولية للإنشاءات، وأصبح على المقاول المتعهد بتنفيذ تلك العقود توفير الخبرات الفنية والموارد المالية اللازمة لانجاز المشروعات موضوع هذه التعاقدات، وهو ما أدى بدوره الى ظهور صور جديدة من التعاون بين المقاولين الدوليين أطراف تلك العقود، حتى أمكن القول بأنه لا يكاد يخلو عقد من العقود الدولية للإنشاءات من مثل هذه الاتفاقات بين المقاولين.

إلا أنه ورغم أهمية هذا النوع من التكتلات وما أسفر عنه من اتفاقات، فإن الأمر كان يتطلب مواكبة تشريعية تتناسب وتلك الأهمية، بحيث يتولى القانون تنظيم الأحكام الخاصة بتلك الاتفاقات ووضع الأطر القانونية التي تضمن تسوية ما قد يثور بشأنها من نزاعات، وهو ما لم يحدث، وذلك فيما عدا بعض التشريعات القليلة التي بادرت على استحياء في هذا المجال، وكان من أبرزها القانون الفرنسي، حيث تبنت الحكومة هناك في سنة ١٩٧٦ مشروع القانون رقم (٢٩٩٤)، والذي ينظم أحكام كونسرتيوم البناء والتشييد، والذي عرف باسم "التجمع المؤقت للمشروعات" Groupment Mpmentane d'Enterprises، وهو المشروع الذي اعترف بالكونسرتيوم باعتباره عقداً مسمى، وذلك في محاولة تشريعية للقضاء على التضارب الذي شاب الأحكام القضائية هناك حول التكييف القانوني لهذا النوع من العقود.

ورغم الآمال التي عقدت على هذا المشروع، إلا أن الحكومة الفرنسية – ولأسباب سياسية – سحبته من البرلمان قبل عرضه، مما أبقى على تنظيم اتفاقات الكونسرتيوم في إطار العلاقة الاقتصادية البحتة، ودون اعتراف تشريعي بها[1].

---

1 انظر د. هاني صلاح سري الدين، اتفاقات الكونسرتيوم وغيرها من اتفاقات التعاون في صناعة الإنشاءات الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٩، بند ١٤، صفحة ١٦ وما بعدها.

ولم يختلف الوضع في مصر كثيراً عما انتهى إليه الوضع في فرنسا في هذا الشأن، حيث غاب وجود تنظيم تشريعي لهذا النوع من الاتفاقات، ولم تحظ بالعناية الكافية على هذا الصعيد[1].

ولا شك أن مثل هذا القصور التشريعي قد استتبعه جدل فقهي دار حول طبيعة الاتفاقات التي يمكن أن تبرم بين مجموعة الشركات المنفذة لعقود الإنشاءات، والتي يمكن أن تأخذ صوراً مختلفة.

ولعل أحد أبرز المسائل التي يمكن أن يثيرها مثل هذا النوع من الاتفاقات يتعلق بشرط التحكيم، حيث إن الغالب أن تتضمن شرطاً خاصاً باللجوء التي التحكيم في حال وجود نزاع بين أطرافها بشأن تنفيذ أحد البنود، وذلك نظراً لما يحتويه التحكيم من مزايا تدفع أطرافها لإيثاره عن القضاء، وهنا يثور التساؤل عن مدى امتداد شرط التحكيم بين هذه العقود والشركات، وهو ما سنحاول الإجابة عليه في الفصل الثاني من هذه الدراسة، وذلك بعد أن نتعرض في هذا المبحث لأبرز اتفاقات التعاون في مجال العقود الدولية للإنشاءات، وصورها المختلفة، وأهم الأحكام التي تنظمها.

وسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: اتفاقات الكونسرتيوم

المطلب الثاني: اتفاق المشروع الدولي المشترك

المطلب الأول

اتفاقات الكونسرتيوم

في ظل عدم وجود تنظيم تشريعي لاتفاق الكونسريتوم، كان من الصعب وضع تعريف منضبط ودقيق له، خاصة وأن مفهوم الكونسرتيوم

---

1 استثناء من ذلك، أولى المشرع المصري تنظيماً خاصاً لعقود الأشغال العالمة التي يتم تمويلها من الاتحاد الأوروبي، حيث نظمها بقرار رئيس الجمهورية رقم (١٦٩) لسنة ١٩٩٠، إلا أنه حتى في هذا التنظيم اقتصر على تنظيم العلاقة بين أطراف الكونسرتيوم ورب العمل.
انظر في ذلك، د. هاني صلاح سري الدين، المرجع السابق، بند ١٦، صفحة ١٩.

ليس مفهوماً قانونياً بالمعنى الدقيق، كما أن نطاقه لا يقتصر على مجال البناء والتشييد كما قد يعتقد البعض، وإنما قد يمتد إلى مجالات أخرى يلجأ المعنيون بها إلى هذا النوع من الاتفاقات، وذلك كما في مجال البنوك، حيث تتفق مجموعة من البنوك على التعاون فيما بينها لتوفير اعتماد مالي مطلوب لتمويل مشروع ما[1].

وإذا كان مجال البناء والتشييد قد تطور على المستوى الدولي بشكل واضح وملحوظ، خاصة في الآونة الأخيرة، فإن ذلك قد أدى إلى انتشار هذا النوع من الاتفاقات في هذا المجال، بل لعلنا لا نبالغ إذا ما قلنا بأنه هو المجال الأكثر لجوءاً إليه عن غيره من المجالات الأخرى، ولعل هذا هو ما دفع البعض إلى وضع تعريف له في محاولة لتحديد الإطار القانوني له بشكل دقيق، فكان أن عرفه بأنه " اتفاق يلتزم بمقتضاه طرفان أو أكثر على التنسيق فيما بينهم، واستخدام إمكانياتهم الفنية والمالية بغرض الدخول في مناقصة أو مفاوضة مع رب العمل، وتنفيذ عقد المقاولة على نحو التضامن قبل رب العمل، ويكون كل طرف في علاقتها لداخلية بالطرف الآخر مسئولا وحده عن تنفيذ جزء من الأعمال، ولا يعد اتفاق الكونسرتيوم نواة لخلق شخصية معنوية أو حتى لتكوين كيان اقتصادي مستقل عن أعضائه"[2].

وغير بعيد عن ذلك التعريف ما انتهى إليه البعض الآخر في هذا الشأن من أن اتفاق الكونسرتيوم هو "اشتراك مؤقت ذو طبيعة تعاقدية بين اثنين أو أكثر من المشروعات التي ترغب في تجميع الوسائل الضرورية التي تمكنها من الفوز بمناقصة بأفضل الشروط لانجاز مشروعات إنشاءات،

---

1 انظر د. ماجد عمار، النظام القانوني لكونسرتيوم المقاولات، بحث منشور في مقاولات الأعمال المدنية، القاهرة، طبعة مكتب الشلقاني للاستشارات القانونية والمحاماة، سنة ١٩٩٥، صفحة ٥٧.

2 انظر د. هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠١، صفحة ٣٣٧.

ويمكن أن يتم الاتحاد بين المشروعات المعنية بصورة ضمنية، وذلك بواسطة قيام هذه المشروعات بتنفيذ مشروع واحد معاً بصورة ضمنية"[1].

بينما عرفه البعض الآخر، وعلى نحو أكثر إيجازا، بأنه "رابطة عقدية تجمع عدداً من الشركات لتحقيق غرض معين ومحدد"[2].

ويجمع بين التعريفات السابقة، وغيرها مما سيق في هذا الشأن[3]، وجود مجموعة من الخصائص التي تميز هذا النوع من الاتفاقات عن غيرها، وهو ما نحاول أن نستعرضه في هذا المطلب، وذلك من خلال بيان طبيعة هذا الاتفاق، وما يميزه، ثم بيان الآثار المترتبة عليه، إلا أننا قبل ذلك علينا أن نؤكد حقيقة لا مراء فيها، ويكشف عنها الواقع في مجال العقود الدولية للإنشاءات، وهي أن الكونسرتيوم هو أحد أهم الوسائل وأكثرها شيوعاً في هذا المجال لما يوفره من مزايا مختلفة يصعب على المشروعات الفردية القيام بها، حيث يعمل على تجميع العناصر البشرية والفنية والمالية في إطار محدد في سبيل تنفيذ أعمال الإنشاءات، وهو بذلك يوفر حلاً لأكثر من صعوبة. فهو من ناحية ، وكما ذكرنا تواً، يتغلب على المشاكل الناجمة عن عدم كفاءة مشروع واحد وقدرته على القيام بتنفيذ تلك المشروعات الضخمة بشكل منفرد، ومن ناحية أخرى فإنه يوفر لرب العمل ميزة هامة، حيث يسهل عليه مهمته بشكل كبير، ذلك أنه غالباً ما لا يلتزم بالتنسيق بين عدد كبير من المتعاقدين معه على تنفيذ الأعمال الإنشائية، إذ توكل إليه هذه المهمة في إطار الكونسرتيوم إلى أحد الأعضاء، والذي يتولى التنسيق مع باقي الأعضاء في سبيل تنفيذ المشروع

---

1 Glavinis (PH.), Le Contrat International de Construction, Paris, GLN Joly 1993, p. 340

2 Mutze (M.), Senff (T.) & Moller (J.), Real Estate Investment in Germany, Berlin, Springer, 2007, p. 156.

3 لمزيد من التعريفات التي ذكرت في شأن اتفاق الكونسرتيوم، راجع د. محمد محمد بدران، عقد الإنشاءات في القانون المصري، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، صفحة ٣٤٧.

وانظر كذلك د. ماجد عمار، مرجع سابق، صفحة ٥٧.

المخطط له، ولا شك أن مثل هذه المهمة تتطلب قدرات وموارد خاصة قد لا تتوافر لدى رب العمل.

ومن هنا يبدو نظام الاتحاد الذي يوفره الكونسرتيوم ذا أهمية متزايدة، خاصة في ظل تطور المنافسة بين العديد من الشركات العاملة غي مجال البناء والتشييد على الصعيد الدولي، والتي تبحث منن وقت لآخر عما يساعدها في أداء مهامها مع ضمان أكبر قدر من الأرباح، وأضيق نطاق للمسؤولية، ولا شك أن الكونسرتيوم يحقق ذلك كله، فمن الناحية المالية يبدو ملائماً للمشروعات الضخمة ، والتي تتطلب نفقات باهظة، ذلك أنه يتم وفقاً له تقسيم نفقات تلك المشروعات بين أكثر من جهة، ومن ثم ينشأ كيان متعدد الأطراف لديه من الملاءة المالية ما يسمح بتوفير تلك النفقات، والتي قد تكون مرهقة للغاية إذا ما فرضت على شركة بعينها.

كذلك، وعلى ذات القدر من الأهمية، تستلزم المشروعات الكبيرة جهوداً وأعمالاً ذات طبيعة فنية معقدة في كثير من الأحوال، ولا شك أن ممارسة تلك الجهود من قبل شركات وجهات مختلفة، كل بحسب تخصصه، من شأنه أن يحقق نتائج أفضل بكثير من تلك التي يمكن أن تتحقق فيما لو بوشرت تلك الجهود من قبل شركة أو جهة واحدة، فبناء مصنع على سبيل المثال يحتاج إلى من يتولى تصميم الإنشاءات المدنية الخاصة به، كما يحتاج إلى من يقوم بأعمال التركيبات والتوصيلات الكهربائية، وكذلك من يعمل على توفير التكنولوجيا اللازمة لإداراته. ولا شك أنه يصعب، إن لم يكن مستحيلاً، أن تتوافر لدى جهة واحدة القدرة على القيام بتلك الأعمال مجتمعة، ومن ثم يبدو نظام الكونسرتيوم مناسباً في مثل هذه الأحوال.

وعلاوة على ما سبق، يمثل نظام الكونسرتيوم أهمية كبيرة للشركات الأجنبية التي ترغب في ممارسة نشاطها في دولة ما، ذلك أنه يسمح بتوفير جهة محلية تقوم على التنسيق بين تلك الشركات، بما قد يوفره ذلك من تسهيلات يمكن أن تحصل عليها تلك الجهة كونها ذات

صفة وطنية، بينما لا تتوافر تلك التسهيلات للشركات الأجنبية لانعدام تلك الصفة[1].

وسوف نعرض لاتفاقات الكونسرتيوم في هذا المطلب في فرعين، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: الطبيعة القانونية لاتفاقات الكونسرتيوم

الفرع الثاني: التنظيم القانوني لاتفاقات الكونسرتيوم

الفرع الأول

الطبيعة القانونية لاتفاقات الكونسرتيوم

يتطلب الحديث عن الطبيعة القانونية لاتفاقات الكونسرتيوم الإشارة إلى أن هناك نوعين من هذه الاتفاقات، ويكمن الاختلاف بينهما استناداً إلى طريقة التعاقد مع رب العمل. بيان ذلك، وفي ضوء التعريف السابق الإشارة إليه بشأن اتفاق الكونسرتيوم، أن التعاقد مع رب العمل قد يكون من خلال مقاول واحد أو شركة واحدة، تلتزم بموجبه نحو رب العمل بالقيام بالبناء والتشييد، ثم تقوم هذه الشركة بدورها بتكوين كونسرتيوم مع شركات أخرى، وذلك حتى تنفذ اتفاقها المبرم مع رب العمل، إلا أن هذه الشركات تظل غير معروفة بالنسبة إلى رب العمل، وإنما تكون في حكم المقاول من الباطن بالنسبة له، وتظل العلاقة قائمة بشكل مباشر بين رب العمل والشركة التي أبرمت معه الاتفاق، ويعرف هذا النوع من الكونسرتيوم باسم الكونسرتيوم الرأسي.

أما النوع الآخر من الكونسرتيوم، والمعروف باسم الكونسرتيوم الأفقي، فيقوم فيه رب العمل بتوقيع العقد مع جميع الأطراف الذين سيقومون بتنفيذ أعمال البناء المراد القيام بها، بحيث يكون كل عضو من الكونسرتيوم طرفاً في العقد الأساسي، ولا يوجد من ثم حاجة لإبرام

---

1 انظر في عرض تلك المزايا د. عوض الله شيبة الحمد السيد، النظام القانوني لعقود إنشاءات المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة (مع دراسة تطبيقية على العقود المصرية)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة أسيوط، سنة ١٩٩٢، صفحة ٢٠٩ وما بعدها.

اتفاقات أخرى إلى جانب هذا الاتفاق، كما هو الحال في الكونسرتيوم الرأسي[1].

وأياً ما كان نوع اتفاق الكونسرتيوم المبرم، فإن الأصل أن هذا الاتفاق لا يقوم على أساس إنشاء شركة أو كيان قانوني يتمتع بشخصية قانونية مستقلة، وإنما يهدف إلى متابعة وتنفيذ مشروع مؤقت، بحيث ينتهي وجود هذا التجمع بمجرد انجاز المشروع الذي تكون من أجله[2].

وإذا كان وجود هذا التجمع واستمراره مرتبطاً على هذا النحو بالمشروع الذي تكون من أجله، فإن الأمر يستلزم الوقوف بشكل دقيق وواضح على كافة ما يتعلق بهذا المشروع من تفاصيل وأحكام، وأن يتم إدراجها في اتفاق الكونسرتيوم، ومن تلك التفاصيل نوع المشروع والمدة المحددة لتنفيذه، وأدوار ومسئوليات كل طرف أثناء تنفيذ العقد والمسئولية المترتبة على عاتق كل منهم، علاوة على آلية الفصل في المنازعات التي قد تنشأ عن ذلك الاتفاق، والغالب في هذه الاتفاقات أن يتفق أطرافها على اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بينهم بمناسبتها، وذلك باعتباره الوسيلة الأمثل لذلك.

وقد أثارت اتفاقات الكونسرتيوم جدلاً فقهياً حول الطبيعة القانونية لها، خاصة في الحالات التي يظهر فيها المقاولون رغبتهم في المشاركة في المشروع على أنهم مستثمرون، وليسوا مجرد مقاولين فحسب، فيطلب رب العمل منهم أن يتخذوا شكل شركة، فإلى أي مدى يمكن اعتبار الكونسرتيوم في هذه الحالة أنه شركة[3].

الواقع أنه مما زاد من حدة الخلاف في هذا الشأن غياب التنظيم التشريعي لهذا النوع من الاتفاقات، وهو ما فتح الباب للقضاء والفقه للإدلاء بآرائهم، وذلك على نحو ما نعرض له في هذا المطلب.

---

1 انظر د. أحمد حسان مطاوع، مرجع سابق، صفحة ٢١٩.

2 انظر د. محمد محمد بدران، مرجع سابق، صفحة ٣٤٧.

3 Glavinis (PH.), op. cit, p. 341

ويجمل الخلاف الدائر في هذا الصدد يكمن فيما إذا كان الكونسرتيوم يعد مجرد اتفاق بين أطرافه أم أنه يتجاوز ذلك إلى كونه شركة، وإذا كان شركة فما نوعها؟

بدا الوضع في فرنسا غير متفق عليه، فبعض الفقه هناك[1] اتجه إلى القول بأن اتفاق الكونسرتيوم هو شركة واقع متى توافرت فيه شروط الشركة، وذلك لأنه لا يقوم بإجراءات الشهر القانوني. ووجد هذا الرأي سنده في حكم صدر من القضاء الفرنسي يؤكد هذه الوجهة[2]، وذلك انطلاقاً من أن هذا الاتفاق إنما يبرم بغرض تحقيق هدف مشترك يتمثل في انجاز المشروع المتفق عليه، وبالتالي فإن كل طرف فيه يشارك في الربح والخسارة الناتجة عن هذا الاتفاق.

وعلى خلاف هذا الرأي، اتجه البعض الآخر في فرنسا إلى أن اتفاق الكونسرتيوم هو مجرد اتفاق تعاقدي محض لا يرقى إلى مرتبة الشركة، واستند في ذلك إلى مجموعة من المبررات المنطقية التي ساقتها عدد من أحكام القضاء الفرنسي، كان من أبرزها حكم محكمة استئناف بواتييه الصادر في سنة ١٩٦٠[3]، والذي صدر بالمخالفة لحكم سابق صادر عن ذات المحكمة في ذات الشأن في سنة ١٩٥٧، حيث رفض اعتبار اتفاق الكونسرتيوم بمثابة شركة نظراً لعدم توافر الأركان الموضوعية لعقد الشركة فيه، كما ذكرت المحكمة أن الاتفاق على المشاركة في الأرباح والخسائر لا يمكن أن يستشف من خلال تقديم سعر واحد في العطاء المشترك، كذلك اعتبرت المحكمة أن مجرد المشاركة في النفقات المشتركة بقصد تخفيض نفقات كل عضو من أعضاء الكونسرتيوم لا يعد تحقيقاً للربح، ذلك أن تحقيق الربح يعني إضافة ذمة مالية للذمة المالية للأطراف.

---

1 Glavinis (PH.), op. cit, p. 342

2 راجع حكم محكمة النقض الفرنسية
Cass. Com., 17 Nov. 1970. D. 1971. P.206.

3 Poitiers, 11 Mai 1960. D.1961

وعلى ذات النهج سارت العديد من أحكام القضاء الفرنسي بعد ذلك[1]، أما في مصر فالخلاف أكثر وضوحاً عما هو عليه في فرنسا، إذ اعتبره البعض أنه شركة، في حين اعتبره البعض الآخر أنه ضمان اتفاقي، وانقسم أنصار الفريق الأول ما بين من يراه شركة محاصة، بينما الآخرون من نفس الفريق يعتبرونه مجرد شركة واقع، وذلك على التفصيل الآتي بيانه:

الاتجاه الأول: اعتبر أن اتفاق الكونسرتيوم لا يعدو أن يكون مجرد شركة، واتجه جانب من هذا الاتجاه إلى القول بأنها شركة محاصة، وذلك تأسيساً على أن هذا الكيان – شأنه شأن شركات المحاصة – لا يتمتع بشخصية معنوية مستقلة عن أطرافه، كما أن الغرض من هذا الاتفاق يتشابه مع الغرض الذي تقوم عليه شركات المحاصة، من حيث إن كلاً منهما يقوم لغرض مؤقت، وهو ما يدعو لتبني هذا التكييف، وذلك على النحو الذي أخذت به هيئة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية، والتي قضت بتاريخ ٢٧ يناير سنة ١٩٨٤ في القضية رقم ٤٦٤٨ بأنه "عند غياب النصوص التعاقدية المنظمة لمن تكون له سلطة تمثيل الكونسرتيوم في تعامله وتقاضيه، فإنه يتعين الرجوع إلى المبادئ القانونية المقررة في شأن شركة المحاصة"[2].

والواقع إن هذا الرأي، وإن ارتكز على المفهوم الصحيح لشركة المحاصة، إلا انه لا يستقيم مع الفهم السليم لاتفاق الكونسرتيوم، فالأطراف في اتفاق الكونسرتيوم – وخلافاً للشركاء في شركة المحاصة – معروفون لرب العمل، بل إنهم يوقعون بأسمائهم على عقد المقاولة

---

1 لمزيد من الأحكام الصادرة من القضاء الفرنسي في هذا الصدد، راجع حكم محكمة استئناف باريس في ٢٧ نوفمبر ١٩٨١، وحكم محكمة مونبيليه في ١٩ مارس ١٩٨٥، والمشار إليهما لدى د. هاني صلاح سري الدين، اتفاقات الكونسرتيوم وغيرها من اتفاقات التعاون في صناعة الإنشاءات الدولية، مرجع سابق، صفحة ٦١ وما بعدها.

2 انظر في تفاصيل هذه القضية والحكم الصادر بشأنها د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٤، صفحة ٣٤٠ وما بعدها.

ويتعاملون مع الغير كشركاء في عملية واحدة، وهو ما يجعل لرب العمل الحق في الرجوع على أحدهم بالتضامن مع الآخرين وعلى انفراد.

كما أنه ومن ناحية أخرى فإن شركة المحاصة هي إحدى صور الشركات التي يتعين أن تتوافر بها ما يتطلبه القانون بشأن الشركات من شروط[1]، في حين أن هذه الشروط غير مطلوبة في اتفاق الكونسرتيوم، والذي ينشأ منذ البداية من أجل التعامل مع الغير كتجمع مكون من عدد من الشركات العاملة في مجال المقاولات[2].

هذه الانتقادات لاعتبار اتفاق الكونسرتيوم بمثابة شركة محاصة دفعت جانباً آخر من الفقه إلى اعتبار اتفاق الكونسرتيوم هو شركة تضامن واقعية، وذلك لتوافر كافة الأركان الموضوعية اللازمة لتكوين أية شركة، حتى وإن لم تتجه إرادة الشركاء فيها منذ البداية الى تكوينها على أسس قانونية، وذلك باتخاذ الإجراءات التي يتطلبها القانون للشهر، حيث تبدو من هذا الجانب بمثابة شركة محاصة، إلا انه لا يمكن اعتبارها كذلك حيث إن نية الشركاء في اتفاق الكونسرتيوم هي أن يتعاملوا مع الغير كشركة، والأمر ليس كذلك في شركات المحاصة[3].

وحقيقة هذا الرأي أنه يتجاهل إرادة إطراف الاتفاق، ويرتب آثاراً على نتيجة لم يقصدها هؤلاء الأطراف، حيث إن نيتهم تتجه منذ البداية إلى تكوين شركة، ولا يوجد اتفاق فيما بينهم على تحمل الإرباح والخسائر الناتجة عن هذا التجمع، فكيف يمكن تصور وجود شركة — ولو كانت شركة واقع — من جراء ذلك[4].

---

1 لمزيد من التفاصيل حول شركات المحاصة وشروطها والأحكام الخاصة بها، راجع د. محمد فريد العريني، الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ٢٠٠٦، صفحة ١٢٨ وما بعدها.

2 حول هذا الرأي انظر د. أحمد محمد الصاوي، تسوية المنازعات الناشئة عن العقود الدولية للبناء والتشييد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة ٢٠١٢، صفحة ١٥٦ وما بعدها.

3 انظر د. محمد فريد العريني، المرجع السابق.

4 يشير البعض هنا إلى اختلاف شركة الواقع عن الشركة الفعلية، ذلك أن إرادة الأطراف في الشركة الفعلية تتجه منذ البداية إلى تكوين شركة معينة، إلا أنهم لا يقومون باتخاذ الإجراءات الشكلية المطلوبة قانوناً حيال تلك الشركة، أما في شركة الواقع فإن إرادة=

الاتجاه الثاني: في ضوء ما وجه من نقد إلى الاتجاه الأول القائم على اعتبار هذا الاتفاق بمثابة شركة بين أطرافه ، فإن رأياً آخر[1] ذهب – وبحق- إلى أن اتفاق الكونسرتيوم هو نوع خاص من الضمان الاتفاقي الذي يمنحه المقاولون لرب العمل وفق الاتفاق المبرم بينهم، وانه يتعين الوقوف على البنود الواردة في كل اتفاق على حده مع الملابسات المحيطة بهذا الاتفاق لإضفاء التكييف القانوني الصحيح لهذا الاتفاق، وما إذا كان يعد من قبيل شركات الواقع أم أنه لا يعدو أن يكون مجرد اتفاق تعاقدي، والمعيار في ذلك توافر الأركان الموضوعية اللازمة لوجود الشركة من عدمه، فإن استبان توافر تلك الأركان، فالاتفاق ينطوي على شركة واقع، ويخضع لما تخضع له هذا النوع من الشركات من أحكام، أما إن تخلفت تلك الأركان، فلا يجب إسباغ وصف قانوني على عمل لم تتجه نية أطرافه إلى ذلك الوصف، ويكون العقد في هذه الحالة عقداً غير مسمى، ولا يخضع لما يخضع له عقد الشركة من أحكام، ومن أهمها المشاركة في الأرباح والخسائر، فيظل كل طرف مسئولاً وحده عما يتحقق من ربح أو خسارة، وذلك في إطار الجزء الملتزم بتنفيذه في عقد المقاولة.

ومن الاعتبارات التي يمكن في ضوئها تقدير ما إذا كان اتفاق الكونسرتيوم يعد شركة أم لا الصياغة التي يتم بها الاتفاق، وما اذا كانت تعبر عن اتجاه الأطراف نحو تأسيس شركة أم لا ، كذلك ما إذا كان ما

=الأطراف منذ البداية لا تتجه إلى تكوين الشركة على أسس قانونية، ويترتب على ذلك الاختلاف أنه في حال الاعتراف بالشركة الفعلية ، فإنها تأخذ شكل الشركة التي اتجهت نية الأطراف إلى تكوينها، في حين أن الاعتراف بشركة الواقع يجعل منها شركة تضامن في كل الأحوال، مع ما قد يترتب على ذلك من اختلاف مسؤولية الشركاء في النوعين.

راجع في ذلك د. هاني صلاح سري الدين، اتفاقات الكونسرتيوم وغيرها من اتفاقات التعاون في صناعة الإنشاءات الدولية، مرجع سابق، صفحة ٥٥.

1 انظر في تأييد هذا الاتجاه د. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، مقال منشور في مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، مجلة تصدرها جامعة القاهرة، العدد ٣ ، ابريل ١٩٩٦، صفحة ٧، وانظر أيضاً د. محمد محمد بدران، مرجع سابق، صفحة ٣٤٩، د. هاني صلاح سري الدين، المرجع السابق، صفحة ٥٦ ، د. أحمد حسان حافظ، مرجع سابق، صفحة ٢١٩.

يقدمه كل طرف من بضائع أو خدمات يحصل في مقابلها على عائد مالي أم أنه بمثابة حصة يتم وفقاً لها توزيع الأرباح والخسائر على أطراف الاتفاق، كذلك التحقق من وجود شخص اعتباري مستقل له علامة مميزة أو اسم خاص به أم لا، حيث إن وجود هذه الدلائل من شأنها القول بأن الاتفاق إنما يعبر عن وجود شركة واقع. علماً بأنه لا يوجد ما يمنع من أن يتخذ الكونسرتيوم إحدى أشكال الشركات المتعارف عليها، ويكون له وقتها الشخصية القانونية المستقلة وفق ما يعترف به القانون في هذا الشأن، وله أن يتعامل وفقاً لذلك مع الغير بتلك الصفة، وبشكل مستقل.

الفرع الثاني

التنظيم القانوني لاتفاقات الكونسرتيوم

في ضوء ما انتهينا إليه من أن اتفاق الكونسرتيوم هو اتفاق تعاقدي محض، فإن الحديث عن التنظيم القانوني لهذا الاتفاق يتعين أن يكون من خلال الإطار الذي يرسمه أطرافه له، طالما كان هذا الإطار غير مخالف للنظام العام، وبعبارة أخرى، فإن لأطراف اتفاق الكونسرتيوم الحق في تنظيم أحكامه وفق ما يتراءى لهم، والنص على إدارته بما يتفق ومصالحهم ولا يتعارض مع ما قد يفرضه القانون من قيود على مثل هذا النوع من الاتفاقات.

ونعرض هنا بإيجاز لما دأب عليه المتعاقدون في اتفاقات الكونسرتيوم على إدراجه في اتفاقاتهم، على أنه قبل ذلك نشير إلى أن أطراف اتفاق الكونسرتيوم يمرون في تنظيم علاقاتهم بمرحلتين يفصل بينهما إبرام عقد البناء والتشييد مع رب العمل، ففي المرحلة الأولى يبرم اتفاق مبدئي يحدد الملامح العامة لعلاقة الأطراف وينظم بشكل أولي دور كل منهم في عملية البناء والتشييد، ثم يقوم الطرف الآخر في مرحلة لاحقة وبعد إبرام عقد الإنشاءات مع رب العمل بتنظيم علاقاتهم بشكل نهائي وعلى نحو تفصيلي، بحيث يتولى الاتفاق في هذه المرحلة تحديد الدور المنوط بكل طرف وفق ما يتم الاتفاق عليه مع رب العمل في عقد الإنشاءات. وغالباً ما يعمد أطراف اتفاق الكونسرتيوم إلى تضمين اتفاقهم

عدداً من الأمور التي تساهم في تحديد أدوارهم وتنفيذ التزاماتهم بشكل دقيق، ومن أبرز تلك الأمور تحديد التزامات كل منهم في تنفيذ موضوع العقد من خلال جدول زمني يلتزم كل طرف منهم خلاله بتقديم المستندات المطلوبة منه إلى حتى يتم تقديم العطاء المشترك كاملاً وفي الموعد المحدد له من قبل رب العمل[1].

كما أن اتفاق الكونسرتيوم غالباً ما يضع إطارا عاماً يضمن من خلال أطرافه ولاء كل منهم للكونسرتيوم، وذلك بالالتزام بالتعاون المشترك فيما بينهم، وعدم العمل بشكل منفرد وعلى نحو قد يضر بباقي أطراف الاتفاق، أو أن يعهد أي منهم إلى مقاول من الباطن ليتولى تنفيذ ما هو مكلف به دون أن يكون قد حصل على إذن كتابي من باقي أطراف الاتفاق[2].

كذلك غالباً ما يتم الاتفاق بين أطراف الكونسرتيوم على تنظيم الاشتراك في تمويل بعض الأمور مثل الأيدي العاملة والآلات والمعدات اللازمة لتنفيذ أعمال المشروع، حيث يتم فتح حساب مشترك يتم الإنفاق منه على هذه الأمور، وذلك في حدود المبالغ التي يتم الاتفاق عليها في هذا الشأن، ووفق الإجراءات التي تضمن الاستخدام الأمثل للموارد المتاحة.

---

1 غالباً ما يتم تحديد مشاركة كل طرف في الاتفاق إما بنسبة مئوية من القيمة الكلية للعطاء، وذلك في حالات الاتفاق المبدئي أو بنسبة مئوية من الثمن، ويكون ذلك في حالات الاتفاق بعد إبرام عقد الإنشاءات مع رب العمل، وفي كل الأحوال يتعين أن يعلم كل طرف في الاتفاق بشكل واضح نسبة الأعمال التي سيقوم بها، وذلك حتى يتحقق التوازن بين الأطراف بشأن مساهمة كل منهم في تنفيذ أعمال البناء والتشييد.
Mercadal (B.), Janin (P.), Les contrat de cooperation inter-interprises, 1re ed. , Paris, edition juridiques le febve, p.312

2 يتم الاتفاق عادة على هذا الشرط بشكل واضح، مع النص على أنه في حال تنفيذ جزء من المشروع عن طريق مقاول من الباطن، فإن الطرف يظل مع ذلك مسئولا مسئولية شخصية إزاء المشروعات الأخرى عن أي تقصير في تنفيذ تلك الأعمال التي قام بها المقاول من الباطن.
انظر د.أحمد حسان مطاوع ، مرجع سابق، صفحة ٢٢٥.

من الشروط الأخرى التي يلجأ أطراف الكونسرتيوم إلى تنظيمها تحديد القانون واجب التطبيق على الاتفاق، والغالب أن يتم النص على خضوع اتفاق الكونسرتيوم لذات القانون واجب التطبيق على عقد الإنشاءات الأساسي، وذلك حتى يضمن الأطراف خضوع العقد لمنظومة قانونية واحدة، ومن ثم وحدة القواعد والأنظمة التي تحكم الاتفاق وما يرتبط به من أمور.

ويرتبط تنظيم القانون واجب التطبيق دائماً بتنظيم الآلية التي يتم من خلالها تسوية أية نزاعات قد تنشأ بين أطراف الاتفاق، والغالب في هذا الصدد أن يكون التحكيم هو الآلية التي يتم من خلالها الفصل في تلك المنازعات، وذلك لما يوفره لأطرافه من مزايا كثيرة.

إلا أننا نشير هنا إلى أن اللجوء إلى التحكيم في مثل هذه الاتفاقات غالباً ما يكون مشروطاً بلجوء الأطراف إلى عدد من الوسائل الأخرى البديلة لتسوية منازعاتهم قبل اللجوء إلى التحكيم، كالمفاوضة والوساطة والتوفيق، بحيث لا يحق للأطراف اللجوء إلى التحكيم إلا في حالة عدم قدرتهم على تسوية النزاع القائم بينهم من خلال واحدة من تلك الوسائل أو أكثر، وذلك بحسب الاتفاق، وبحيث يؤدي اللجوء إلى التحكيم دون أن يسبقه اللجوء إلى الوسائل الأخرى المنصوص عليها إلى الحكم بعدم قبول دعوى التحكيم لرفعها قبل الأوان.

أما أبرز ما ينظمه اتفاق الكونسرتيوم بين أطرافه فيتمثل في أمرين، أولهما تحديد الآلية التي يتم من خلالها إدارة الكونسرتيوم، وثانيهما مسؤولية كل طرف فيه. وهو ما نتناوله بقدر من التفصيل لأهميتهما.

إدارة الكونسرتيوم

في إطار ما يتم الاتفاق عليه بين أطراف الكونسرتيوم، تتم إدارة الكونسرتيوم بواسطة قائد، يتولى أعمال التنظيم والإدارة، واتخاذ ما يتعلق بالإدارة من مهام، سواء في نطاق علاقات أعضاء الكونسرتيوم ببعضهم البعض أو في نطاق أطراف الكونسرتيوم برب العمل والغير.

ويأخذ قائد الكونسرتيوم إحدى صورتين[1]، فقد يكون في صورة إحدى المشروعات أو الأطراف، والذي يتم اختياره من بين الأطراف للقيام بهذا الدور، ويتم رسم حدوده، وتحديد نطاق مسؤولياته والأجرة المستحقة له نظير قيامه بأعمال الإدارة.

أما الصورة الثانية فيتم من خلالها إدارة الكونسرتيوم من خلال لجنة للإدارة تتولى اتخاذ القرارات الجماعية في كل ما يتعلق بالكونسرتيوم، والذي يحدد أطرافه أعضاء اللجنة وآلية العمل فيها، وسلطات تلك اللجنة، وقيمة ما يصدر عنها من قرارات في مواجهة أعضائها، والجزاءات المترتبة على مخالفة تلك القرارات.

ولا يوجد ما يمنع من استخدام أي من الصورتين أو كليهما بشكل جزئي إذا ما رأى أطراف الكونسرتيوم ذلك، والأمر متروك لهم في ضوء ما يرونه ملائماً لإدارة المشروع، ما تمليه طبيعة المشروع والأعمال المطلوب تنفيذها بموجبه.

ويتعين على أطراف الكونسرتيوم عند اختيار أي من الصورتين السابقتين مراعاة الدقة والوضوح في تحديد دور قائد الكونسرتيوم، وذلك مراعاة لرب العمل والغير ممن يتعامل معه، وحتى لا يتولد لديه اعتقاد يخالف حقيقة الدور المنوط بهذا القائد، ومن ثم فإن على أطراف الكونسرتيوم بيان ما إذا كان لقائد الكونسرتيوم الحق في الدخول نيابة عن الكونسرتيوم في علاقات مع الغير تسمح له بإبرام عقود مع مقاولين من الباطن، أم أن دوره ينحصر في دور الوسيط الذي يتولى مهمة التنسيق والوساطة بين رب العمل وباقي أعضاء الكونسرتيوم، وفي إطار هذا يتم تحديد مسؤولية القائد عند إخلاله بالالتزامات المفروضة عليه، وإن كان العمل قد جرى في العقود الدولية بصفة خاصة أن يمثل الكونسرتيوم بواسطة مشروع محلي في الدولة التي ينفذ فيها المشروع، وذلك حتى

---

1 انظر د. هاني صلاح سري الدين، المرجع السابق، صفحة ٤٦، وانظر أيضا د. أحمد السيد الصاوي، مرجع سابق، صفحة ١٦٧

يضمن تسهيل الإجراءات وتنفيذ المشروع من خلال جهة تتمتع بخبرة في موقع التنفيذ[1].

مسئولية أطراف الكونسرتيوم

اتفاق الكونسرتيوم، مثله مثل أي اتفاق آخر، يرتب بالضرورة عدداً من الآثار بالنسبة لأطرافه، ومن أهمها ما يتعلق بالمسئولية الناشئة عنه، والحديث عن مسئولية أطراف اتفاق الكونسرتيوم يقتضي منا التفرقة بين نطاقين لتلك المسئولية، وذلك بحسب الأطراف المعنيين بكل نطاق، وعلى النحو الآتي:

ففيما يتعلق بمسئولية الأعضاء فيما بينهم، فإنه يهيمن على هذا النطاق مبدأ المسئولية الشخصية، ومؤدى هذا المبدأ انعقاد مسئولية كل عضو في الكونسرتيوم عما يقوم به من أعمال وفق اتفاق الكونسرتيوم المبرم في هذا الشأن، وهي مسئولية يتحملها هو وحده طالما كان هو المكلف دون غيره بالأفعال التي أدت إلى قيام تلك المسئولية، فإن كان الفعل المكون للمسئولية قد حدث نتيجة تدخل أكثر من عضو، فإن كلاً منهم يسأل في حدود التصرف الذي قام به ومساهمته في حدوث الخطأ المرتكب. ويتفق ذلك مع كون الكونسرتيوم ليس شركة، ومن ثم لا يوجد اشتراك في الأرباح والخسائر.

ويفرق البعض هنا بين نوعين من الالتزامات المترتبة على الأعضاء، حيث يعتبر التزامات الأعضاء المرتبطة بالتبعية بعقد الإنشاءات نحو بعضهم البعض هي التزامات بتحقيق نتائج، وذلك لأن عقد المقاولة يرتب على المقاول التزاما بتحقيق نتيجة وهي تسليم المشروع لرب العمل، وأن دفع المسؤولية في مثل هذه الحالات لا يكون بإثبات بذل العناية اللازمة. أما النوع الثاني من الالتزامات فهي تلك المترتبة على اتفاق الكونسرتيوم نفسه، دون أن تكون ذات صلة بعقد الإنشاءات، كالالتزام بالتنسيق أو التعاون بين أعضاء الكونسرتيوم، وهذا النوع من الالتزامات

---

1 Glavinis (PH.), op. cit, p. 352

هو التزام ببذل عناية، بحيث لا يكون العضو مسئولاً إذا اثبت أنه قام بواجبه على النحو المعتاد، ولو لم تتحقق النتيجة المطلوبة[1].

ومع ذلك يبدو تطبيق مبدأ المسؤولية الشخصية صعباً في حالات كثيرة، ونقصد بها تلك التي يصعب فيها إسناد الخطأ المرتكب إلى عضو بعينه نظراً لتداخل ادوار الجهات التي أدت إلى حدوث هذا الخطأ، وهو أمر متصور جداً في العقود الدولية للإنشاءات. ومن ذلك أن يتأخر عضو في الكونسرتيوم عن تنفيذ مهامه نتيجة عدم قيام عضو آخر بأعمال تكون لازمة لأداء تلك المهام، وقد يكون الخطأ ناشئاً عن تصرفات أكثر من عضو بالكونسرتيوم حيث تزداد الأمور صعوبة بشأن تحديد نطاق مسئولية كل عضو.

والغالب في هذه الحالات، وحتى يتلافى أعضاء الكونسرتيوم مسؤولياتهم نحو رب العمل على نحو ما سنرى، فإنهم إما أن يحلوا محل العضو الذي ارتكب خطأ فيقوموا بتصحيح ذلك الخطأ بأنفسهم، أو أنهم يلجأون إلى جهة أخرى ليعهدوا إليها بتنفيذ تلك الأعمال، وفي كل الأحوال فإنهم يرجعون على العضو المسؤول بكافة التعويضات المترتبة على خطأه، وفي حالة ما إذا كان هذا الخطأ قد أدى إلى إنهاء التعاقد مع رب العمل، فإن العضو المخطئ يتحمل نتيجة ذلك أمام باقي الأعضاء. وفي بعض الأحيان يعمد أعضاء الكونسرتيوم إلى الاتفاق على مواجهة مثل هذه الأخطاء عن طريق حساب مشترك أو ضمان بنكي يقوم فيه كل عضو بالمشاركة بنسبة معينة من المبالغ المودعة فيه، والذي يخصص لتغطية المسئولية المشتركة لكافة الأعضاء[2].

أما النطاق الثاني للمسئولية فيتعلق بمسؤولية أعضاء الكونسرتيوم قبل رب العمل، والغالب في هذا النطاق أن تقوم مسئولية الأعضاء في صورة تضامنية، بحيث يكون لرب العمل الرجوع على باقي الأعضاء فرادى أو مجتمعين في حالة وجود خطأ في تنفيذ المشروعات المتفق عليها.

---

1 انظر د. أحمد محمد الصاوي، مرجع سابق ، صفحة ١٦٩ وما بعدها.
2 انظر د. أحمد حسان مطاوع ، مرجع سابق ، صفحة ٢٢٧.

إلا أن ما يجب الإشارة إليه في هذا المقام أن التضامن – وفق قواعد القانون المنظمة له – لا يمكن أن يفترض، وإنما يتقرر إما بنص القانون أو باتفاق الأطراف، ومن ثم فإن على رب العمل أن يتفق مع أعضاء الكونسرتيوم على أن مسئولياتهم في تنفيذ التزاماتهم هي مسئولية تضامنية، حتى يضمن ذلك بعيداً عما قد يثور من خلاف بشأن اعتبار تلك الأعمال مدنية أم تجارية، حيث يكون التضامن مفترضاً في الحالة الأخيرة فقط.

ولا شك أن المسئولية التضامنية لأعضاء الكونسرتيوم تتفق تماماً مع طبيعة عقود الإنشاءات، والتي يبدو فيها صعباً للغاية على رب العمل أن يقف بوضوح على سبب الضرر نظراً للطبيعة المعقدة والمتداخلة للأعمال موضوع هذا العقود، ولعل هذا هو ما دفع العديد من المؤسسات المعنية بوضع عقود نموذجية في المجال الدولي للبناء والتشييد على إدراج نص يفيد اعتبار المسئولية تضامنية عند تعدد المقاولين[1].

المطلب الثاني

اتفاق المشروع الدولي المشترك

ذكرنا من قبل أن طبيعة عقود الإنشاءات تتطلب آليات خاصة في التعاون والتنسيق بين الجهات القائمة على تنفيذها، وتناولنا في المطلب السابق أحد أهم تلك الصور وهو اتفاق الكونسرتيوم، وفي هذا المطلب نتناول صورة أخرى ذائعة الصيت في هذا الشأن باعتبارها نمطاً يعمل أطرافه من خلاله على توزيع الأدوار فيما بينهم، ومن ثم توزيع المخاطر الناجمة عن تلك العقود، وهو ما سيتضح لنا من خلال دراسة أحكام هذا الاتفاق ذات الصلة بعقود الإنشاءات، والتي نقسمها إلى فرعين على النحو الآتي:

---

1 انظر في ذلك على سبي المثال البند الإضافي رقم (٧٣) من الجزء الثاني (الشروط الخاصة) من الطبعة الرابعة من نموذج عقد الفيديك (الكتاب الأحمر)، حيث يجري النص على النحو الآتي: "إذا شكل المقاول (بموجب القوانين النافذة) مشروعاً مشتركاً أو كونسرتيوم أو أي تجمع لشخصين أو أكثر في شكل يختلف عن الشركة، فإن الأعضاء فيه يكونون مسئولين مسئولية فردية وتضامنية قبل رب العمل.

الفرع الأول: المقصود بالمشروع الدولي المشترك وأطرافه

الفرع الثاني: صور المشروع الدولي المشترك

الفرع الأول

المقصود بالمشروع الدولي المشترك وأطرافه

باستقراء الاتجاهات المختلفة التي تناولت المشروع الدولي المشترك، يتضح لنا عدم الاتفاق فيما بينها على تعريف محدد له، وإنما تعددت تلك الاتجاهات ما بين مضيق له وآخر موسع. فالبعض[1] قيد من مفهوم المشروع المشترك بأن قصره على "التعاون لفترة معينة بين جهتين أو أكثر غير مترابطتين لتقديم كل أو بعض الأعمال الهندسية والاستشارات والتشييد وخدمات الإدارة لمشروع معين، وذلك من خلال تنمية مهارات وموارد المشاركين، وقد يمتد المشروع لمدة أطول ليشمل من خلالها تسويق الخدمات في المستقبل".

في حين اتجه البعض الآخر[2] إلى التوسع في تحديد المقصود بالمشروع المشترك ليشمل أي نوع من أنواع التعاون المشترك من جهتين أو أكثر، وذلك من أجل دمج وتكريس مواردها لتحقيق هدف مشترك". والتعريف على هذا النحو الموسع يتسم بالمرونة الكبيرة، حيث لا يربط المشروع بمدة معينة، فقد يقوم المشروع لمدة قصيرة أو طويلة، كما لا يربطه بشكل قانوني محدد، فقد يتخذ المشروع شكل شركة تتمتع بشخصية اعتبارية، وقد لا يرقى الأمر إلى درجة الشراكة وإنما يقتصر فقط على مجموعة من الاتفاقات والترتيبات، وأياً ما كان حجم التعاون المتفق على الدخول فيه.

ورغم تعارض الاتجاهين وتباينهما فيما انتهيا إليه في هذا الصدد، إلا أننا نميل إلى التوسع في التعريف، إذ يتفق هذا النهج مع الاعتبارات

---

1 Cushman (R.) & Myers (J.), Construction Law Handbook, New York, Aspin Law & Business, Vol. 1 , 1999, p. 173.

2 Dimatteo (L.) , Law of International Contracting, The Haugue, Kluwer Law International, 2 ed ,. 2009, p. 380.

العملية في إدارة العلاقات الاستثمارية، والتي تقتضي عدم تقييد المشروع قدر الإمكان، والتوسع ليشتمل على ما قد يستلزمه تنفيذه من متطلبات.

وانطلاقاً من هذا الاتجاه، واستناداً إلى عدم وجود تنظيم قانوني محدد للمشروع الدولي المشترك، فإننا نرى ضرورة مراعاة عدد من الاعتبارات عند الحديث عن المشروع الدولي المشترك، أياً ما كان التعريف الذي يمكن أن يعتمد في هذا الشأن، ومن أهم تلك الاعتبارات أن يعبر المشروع عن وجود اشتراك بين أطرافه يقوم على الثقة المتبادلة بين أطرافه من خلال تجمع يستند إلى أساس تعاقدي يساهم فيه كل طرف بموارد وأدوات مع تمتعه بالحق في إدارة المشروع المشترك والرقابة عليه[1].

أما أطراف المشروع الدولي المشترك فهم أشخاص طبعيه أو معنوية تبرم وتنفذ من خلالها العقود الدولية للإنشاءات، على أنه يلاحظ في هذا الشأن أنه في حالة ما إذا كان المشروع بغرض القيام بأعمال إنشائية في دول نامية، فإن الطرف الأجنبي غالباً ما يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً ينتمي إلى دولة صناعية متقدمة، في حين يكون طرف المشروع الذي ينتمي إلى الدولة النامية هو شخص معنوي يمثل إحدى الجهات الحكومية الراغبة في تنفيذ الإنشاءات موضوع التعاقد، حيث غالباً ما تتأثر المشروعات الدولية في الدول النامية بالسياسات والإجراءات المعمول بها في الدول لمتقدمة، وبخاصة فيما يتعلق بالمؤسسات المالية فيها[2].

الفرع الثاني

صور المشروع الدولي المشترك

يمكن أن يتخذ المشروع الدولي المشترك أكثر من صورة، يمكن إجمالها على نحو ما جرى عليه العمل، وبخاصة في الآونة الأخيرة، في نوعين، يقوم الاختلاف بينهما بشكل أساسي استناداً إلى درجة الاتفاق

---

1 انظر د. أحمد شرف الدين، عقود عمليات البناء والتشييد وتسوية منازعاتها، بدون ناشر، سنة٢٠٠٨، صفحة ٧١، وانظر كذلك د. محمد محمد بدران، عقد الإنشاءات في القانون المصري، مرجع سابق، صفحة ٣٤٥.

2 انظر د. أحمد حسان مطاوع، مرجع سابق، صفحة ٢٣٧..

القائم عليه المشروع ، وما إذا كان الأمر يصل إلى درجة الشراكة بين أطراف المشروع أم أنه لا يعدو مجرد ترتيبات تعاقدية لا ترقى إلى درجة الشراكة، وهو الأمر الذي يرتبط بمدى مساهمة أطراف المشروع فيه. ويمكن وفقاً لذلك تقسيم المشروع الدولي المشترك إلى نوعين: الأول هو المشروع الدولي المشترك في رأس المال، والثاني هو الصيغة التعاقدية للمشروع الدولي المشترك.

النوع الأول: المشروع الدولي المشترك في رأس المال

تعد هذه الصورة من الصور المنتشرة في العقود الدولية للإنشاءات، حيث يتكون بموجبها تحالف بين اثنين أو أكثر من الشركات أو المشروعات المستقلة، يساهم فيها كل طرف بحصة في ذلك التحالف لتحقيق أهداف معينة، سواء كانت مساهمته في صورة دعم مالي أو غير مالي، كخبرة فنية مثلاً، وبذلك ينشأ وفق هذه الصورة كيان مستقل من الناحية القانونية يأخذ شكل الشركة، فأطرافه – كما هو الحال في الشركات – يقدم كل منهم حصة، ويقتسم تكاليف المشروع، ثم يشترك في إداراته وتسويق منتجاته، وأخيراً يتم توزيع الأرباح والخسائر على أطراف المشروع.

وإذا كان الأمر كذلك، فإن على الشركاء في هذا المشروع ، والغالب أنهم ينتمون إلى جنسيات مختلفة، اختيار الشكل القانوني الذي يرغبون أن يضعوا فيه شركتهم، على أن يأخذوا في اعتبارهم بالضرورة القانون الذي يحكم الشركات في الدولة التي يرغبون في تنفيذ مشروعهم فيها، وما يستلزمه من أحكام أو يفرضه من إجراءات بخصوص الأشكال المختلفة للشركات[1]، وذلك علاوة على العوامل الأخرى التي من شأنها نجاح المشروع أو فشله، ومدى تحققها في تلك الدولة، من توافر أيدي عاملة أو مواد لازمة لتنفيذ المشروع واستقرار البيئة الاقتصادية والسياسية وغير ذلك من المزايا والتيسيرات المقررة للشركات.

---

1 من ذلك على سبيل المثال ما يفرضه قانون الشركات في دولة الإمارات العربية المتحدة من ضرورة مساهمة مواطني الدولة بما لا يقل عن ٥١٪ من رأسمال الشركة، وذلك وفق المادة (٢٢) من قانون الشركات التجارية هناك رقم (٨) لسنة ١٩٨٤، وتعديلاته.

على أنه يجب أن يؤخذ في الاعتبار أن الشركة إذ تمارس أنشطة استثمارية، فإن بعض القوانين، ومن بينها القانون المصري، تفرض شكلاً معيناً يتعين على الشركات التي تمارس هذه الأنشطة أن تتخذه، وهو شكل شركة المساهمة، حيث يعد الأنسب للمشروعات الضخمة، ومن ثم يحظر على الأنواع الأخر من الشركات ممارستها[1].

النوع الثاني: الصيغة التعاقدية للمشروع الدولي المشترك

يقوم هذا النوع على عقد يبرم بين أطراف المشروع ينظم حقوقهم وواجباتهم، لكن دون أن ينشأ عن هذا العقد كيان قانوني مستقل، ذلك أنه في هذا النوع والذي غالباً ما يبرم بصدد عقود تشييد بين أطراف من دول صناعية وآخرين من دول نامية، يتم الاتفاق بين المقاولين الذين سيقومون بتنفيذ الأعمال الإنشائية في الدول النامية، ثم يعقب ذلك الاتفاق إبرام عقد بين أحد هؤلاء المقاولين مع مالك المشروع المراد تنفيذه، بحيث يلتزم ذلك المقاول أمام مالك المشروع بتنفيذ ما يرد في العقد، ويكون له بعد ذلك أن يرجع على باقي المقاولين الذين أبرموا معه اتفاق سابق، وذلك بحسب ما جاء في ذلك الاتفاق من أحكام، وقد يفضل مالك المشروع التعاقد بشكل مباشر مع جميع الأطراف المشتركين في التنفيذ[2].

وبعبارة أخرى، فإن هذا النوع يفترض وجود أكثر من مشروع يساهم كل منهم في تحقيق نشاط اقتصادي، وذلك بما يقدمه من خبرات فنية وإدارية من اجل تنفيذ ذلك النشاط، والتي تعد بمثابة الحصة التي

---

1 راجع في هذا الشأن المادة (٥) من قانون الشركات المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ والتي تحظر على الشركات ذات المسئولية المحدودة وشركات التوصية بالأسهم القيام بأعمال التأمين أو أعمال البنوك والادخار أو تلقي الودائع أو استثمار الأموال لحساب الغير.
كذلك حظر القانون الفرنسي على الشركات المدنية مباشرة الدعوة العامة للادخار بغرض جمع الأموال من الجمهور، وإلا بطلت تلك العقود، وذلك وفق المادة ١/١ من القانون الفرنسي رقم ١٣٠٠ لسنة ١٩٧١.

2 انظر د. عصام الدين بسيم، اتفاق المشروع الدولي المشترك، بدون ناشر، سنة ١٩٨٥، صفحة ٩..

يتملكها المشروع في رأس المال، على أن يتم ذلك كله في إطار تعاقدي ودون أن ينشأ عنه كيان قانوني يتمتع بشخصية اعتبارية مستقلة[1].

والواقع أن هذه الصورة أخذت تنتشر بشكل كبير في المشروعات المشتركة التي تبرم بين مستثمرين من دول متقدمة وآخرين من دول نامية، وأخذ العاملون في هذا المجال يلجأون إليها في صورها المختلفة[2] لما بدا لهم فيها من مزايا عديدة.

وهكذا يبدو الفارق بين هذه الصورة وسابقتها من صور المشروع الدولي المشترك في مدى وجود كيان قانوني مستقل يعتمد بشكل أساسي على العقد المبرم بين الأطراف، حيث يظهر هذا الكيان في صورة المشروع المشترك في رأس المال فقط، بينما لا يبدو هذا الفارق على ذات القدر من الوضوح عند التفرقة بين هذه الصورة واتفاق الكونسرتيوم على النحو السابق عرضه، حيث ينشأ كيان مستقل في الحالتين، وهو ما جعل البعض يعتبر اتفاق الكونسرتيوم نوعاً من أنواع المشروعات المشتركة التعاقدية[3].

ومع ذلك يظل الاختلاف بين المشروع المشترك واتفاقات الكونسرتيوم قائماً في أكثر من جانب، من أبرزها أن رأسمال المشروع المشترك هو عبارة عما يقدمه أطرافه من مساهمات، في حين يكون لكل عضو في الكونسرتيوم ميزانية خاصة، ويتحمل نفقات الأعمال المكلف بها. كما يبدو الاختلاف بينهما واضحاً بشأن جني الأرباح وتكبد الخسائر

---

1 وإن كان البعض يرى أن المشروع الدولي المشترك في هذه الصورة لا يعدو كونه شركة تضامن واقعية.
انظر د. هاني صلاح سري الدين، اتفاقات الكونسرتيوم وغيرها من اتفاقات التعاون في صناعة الإنشاءات الدولية، مرجع سابق، صفحة ٥٤.

2 من أبرز الصور التي يأخذها هذا النوع: اتفاقات المعونة الفنية، اتفاقات الخدمات، الاتفاقات بين مقاولي الأعمال المدنية.
انظر في تفاصيل هذه الصور، د. عصام الدين بسيم، الجوانب القانونية للمشروعات الدولية المشتركة في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، سنة ١٩٨٤، صفحة ١٢٠.

3 انظر في ذلك د. محمد شوقي شاهين، الشركات المشتركة، بدون ناشر، سنة ١٩٩٠، صفحة ١٣٤.

الناتجة عن تنفيذ المشروع، حيث يشترك أعضاء المشروع المشترك في تلك الأرباح والخسائر، في حين يتحمل كل عضو في الكونسرتيوم الربح أو الخسارة الناتجة عن تنفيذ الجزء المكلف به من الأعمال[1].

الفصل الثاني

نطاق شرط التحكيم في اتفاقات التعاون

لا شك أن اتفاق التحكيم يعد بمثابة المرجعية القانونية التي يمكن أن يستند إليها نظام التحكيم، حيث ينطلق منه المحكمون في ممارسة سلطاتهم، ويرتكزون عليه عند إصدار أحكامهم حتى تكون بمنأى عن البطلان، علاوة على أن هذه الوثيقة هي التي تحول دون حق الأطراف في اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي، وتسلب منه اختصاصه الأصيل بنظر النزاع لتمنحه بحسب حدود الاتفاق إلى جهة أخرى يعترف لها القانون بسلطة انظر في النزاع والبت فيه.

لهذا كله أخذت الكثير من الدول تضع في قوانينها تعريفاً لاتفاق التحكيم، وذلك على غرار الاتفاقيات والمعاهدات الدولية، ومن هذه التعريفات وأبرزها التعريف الوارد في القانون النموذجي للأمم المتحدة والصادر سنة ١٩٨٥، والذي نص في المادة السابعة منه على أن اتفاق التحكيم هو "اتفاق بين الطرفين على أن يقدم إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة، سواء أكانت تعاقدية أم لا. ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل شرط تحكيم وارد في العقد أو في شكل اتفاق منفصل".

وانطلاقاً من ذات المفهوم عرفت المادة ١/١٠ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ اتفاق التحكيم بأنه "اتفاق الطرفين على الالتجاء للتحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت بينهما بمناسبة علاقة قانونية عقدية أو غير عقدية"[2].

---

1 انظر د. أحمد محمد الصاوي، المرجع السابق، صفحة ١٩٧.

2 انظر في تعريف اتفاق التحكيم على نحو مشابه لما ورد بشأنه في القانون المصري نص المادة ١٤٤٢ من قانون المرافعات الفرنسي الصادر سنة ١٩٧٥، والمعدل بالمرسوم رقم ٥٠٠ لسنة ١٩٨١، وكذلك المادة ١/٦ من قانون التحكيم الانجليزي.

أما على الصعيد الفقهي، فإنه إن اختلفت صياغة التعريفات التي قيلت بشأن اتفاق التحكيم، فإن ذلك لم يمنع من أنها جميعاً دارت حول ذات المضمون الوارد في القوانين والاتفاقيات الدولية، ومن أبرز تلك التعريفات ما جاء من أنه "اتفاق الطرفين على الالتجاء للتحكيم دون قضاء الدولة لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة، عقدية أو غير عقدية[1]".

ولن نعرض هنا تفصيلاً للأحكام الخاصة باتفاق التحكيم، والتي غدت موضع دراسة في كثير من مؤلفات التحكيم، والتي نحيل إليها تلافياً للتكرار، وإنما سنقتصر على ما يتعلق منها بموضوع دراستنا هذه، لنعرض لبعض ما يكتنف هذا الاتفاق من مشكلات عملية تتعلق بشكل أساسي بالضرورات الملحة التي باتت اعتبارات التجارة الدولية تستلزمها، وتستوجب إعادة النظر فيما يعد مستقراً عليه في مجال إبرام العقود وتنفيذها.

ولعل نقطة الانطلاق في هذا الشأن هو ما استقر عليه العمل من أن الآثار المترتبة على أي عقد لا تنصرف بحسب الأصل إلا إلى أطراف ذلك العقد دون غيرهم ممن لم يشاركوا في إبرامه[2]، ولما كان اتفاق التحكيم هو عقد، شأنه شأن أي عقد آخر، فالأصل أنه يخضع لذات المبدأ السابق، فلا يلزم إلا أطرافه، إلا أن اعتبارات التجارة الدولية في مجال العقود الدولية للإنشاءات قد فرضت حالات معينة من شأنها أن

---

1 انظر د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار لنهضة العربية، سنة ٢٠٠١، بند ٤٦٠، صفحة ٩٤٢.

2 ذهبت محكمة النقض المصرية صراحة في هذا الشأن إلى أن "أثر العقد في جميع ما تضمنه – بما في ذلك شرط التحكيم – لا يتعدى طرفي هذا العقد إلى المنازعة القائمة بين الطاعن والمطعون عليه الأول في خصوص رجوع الأخير بما دفعه للطاعن، وإذا كان الحكم قد قضى برفض الدفع بعد اختصاص المحاكم، وبعدم سريان شرط التحكيم على المنازعة فإنه يكون قد انتهى صحيحاً في القانون".
راجع الطعن رقم ٢٨٩ لسنة ٣٠ قضائية، الصادر في جلسة ١١ يناير ١٩٦٦، مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفني لمحكمة النقض، السنة السابعة عشر، العدد الأول، يناير – فبراير ١٩٦٦، صفحة ٧٥.

يتدخل المتعاقد لإبرام العديد من العقود اللاحقة على إبرام العقد الأصلي حتى ينهي الالتزامات المفروضة عليه بموجب ذلك العقد الأخير، أو يدخل في علاقات مع شركات أخرى معنية بتنفيذ العقد، وذلك على نحو ما عرضنا له في الفصل السابق من هذه الدراسة.

وحيث أنه قد يرد النص في هذه الحالات على اللجوء للتحكيم في العقد الأصلي فقط دون غيره، فإنه يثور التساؤل هنا حول إمكانية امتداد التحكيم في مثل هذه الحالات من عقد إلى آخر أو من شركة إلى أخرى، رغم عدم وجود نص يكشف إرادة الأطراف المعنيين بهذه الحالات في اللجوء إلى التحكيم؟ وهل يحول صمت هؤلاء الأطراف دون امتداد التحكيم إليهم، خاصة وأن التحكيم في مثل هذه الحالات يصطدم صراحة بقاعدة نسبية أثر العقود المستقر عليها قانوناً باعتبارها أحد الأصول التي تحكم العقود.

ونظراً لأهمية النتائج المترتبة على الإجابة على هذه التساؤلات، فإننا نرى أن نتعرض في البداية لبيان نطاق تطبيق القاعدة العامة في مجال اتفاق التحكيم مع الإشارة إلى الضرورات التي تقتضي الخروج على تلك القاعدة والأساس إلى تستند إليه تلك الضرورات.

وعلى ذلك نقسم دراستنا في هذا الفصل إلى مبحثين، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: القاعدة العامة بشأن نطاق اتفاق التحكيم ومبررات الخروج عليها

المبحث الثاني: نطاق شرط التحكيم في اتفاقات التعاون

المبحث الأول

القاعدة العامة بشأن نطاق اتفاق التحكيم ومبررات الخروج عليها

ذكرنا أن اتفاق التحكيم، شأنه شأن أي اتفاق آخر، يخضع إلى القاعدة العامة التي تقوم على أن الاتفاق لا يلزم إلا أطرافه، ومع ذلك فهناك عدد من الاعتبارات التي تبرر الخروج على هذه القاعدة، وعدم

تطبيقها على النحو المستقر عليه، لما قد يؤدي إليه ذلك من نتائج تتأبى على الهدف من وضعها.

ونتناول في هذا المبحث القاعدة العامة في هذا الشأن في المطلب الأول، على أن نتعرض في المطلب الثاني لمبررات الخروج عليها.

المطلب الأول

القاعدة العامة بشأن نطاق اتفاق التحكيم

يقتضي منا بيان هذه القاعدة أن نتعرض للمقصود بالطرف في اتفاق التحكيم، لنرى النطاق الطبيعي الذي يمكن أن يمتد إليه هذا الاتفاق، وسنعرض هنا لهذا المفهوم في فرع أول، ثم نلي ذلك بدراسة مدى إمكانية دخول الخلف بنوعيه، العام والخاص، ضمن مفهوم أطراف التحكيم الذين تنصرف إليهم آثاره، وذلك في فرع ثان.

وعلى ذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: المقصود بالطرف في اتفاق التحكيم

الفرع الثاني: اثر اتفاق التحكيم على خلف أطرافه

الفرع الأول

المقصود بالطرف في اتفاق التحكيم

الأصل أن مفهوم الطرف في اتفاق التحكيم يشمل كل شخص وقع على اتفاق التحكيم، سواء قام بذلك بنفسه أو من خلال من يمثله تمثيلاً قانونياً صحيحاً، بحيث يكون له صلة بموضوع الاتفاق. ويقصد بالتوقيع هنا الارتباط به من خلال إحداث أثر قانوني متعلق به، وذلك إما بإنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو زواله في خصوص موضوع معين يحدد العقد نطاقه.

وبعبارة أخرى، فإنه لا يكفي مجرد التوقيع على اتفاق التحكيم لإسباغ صفة "لطرف" على الموقع، وإنما يتعين علاوة على ذلك أ، يكون من شأن هذا التوقيع أن يرتب أثراً قانونياً على من قام به، ذلك أنه من المتصور أن يضع شخص توقيعه على اتفاق التحكيم لا بصفته طرفاً فيه،

وإنما شاهد عليه أو مترجم له أو حتى وكيل عن الطرف الحقيقي أو رقيب عليه.[1]

وترتيباً على ذلك يمكن اعتبار أن مجرد توقيع جهة حكومية على عقد بين مستثمر وإحدى هيئات الدولة من شأنه إضفاء صفة الطرف على الجهة الحكومية، ذلك أن التوقيع في مثل هذه الحالة إنما تمليه اعتبارات المصلحة العامة والتي تقتضي قيام الحكومة بالتوقيع على مثل هذه العقود من منطق مباشرة سلطة الرقابة المنوطة بها عليها[2].

كما أنه وتطبيقاً لذلك لا يمكن اعتبار المقاول من الباطن الذي يكتفي بوضع الحروف الأولى من اسمه على ملحق عقد المقاولة المبرم بين المقاول الأصلي ورب العمل، ودون أن يتحمل بأي التزام مباشر ناتج عن هذا العقد في مواجهة رب العمل على أنه طرف في عقد المقاولة المذكور، ذلك أن توقيعه على مثل هذا الاتفاق لم يتمخض عنه فرض التزام عليه على نحو يكسبه هذا الوصف.

وعلى ذلك المفهوم أكدت محكمة النقض المصرية حين قضت بأنه "لا يمكن اعتبار كل مكن يرد ذكره في العقد أنه أحد أطرافه، طالما لم يكن له صلة بشأن ترتيب الأثر القانوني الذي يدور حوله النزاع الناشئ بسبب العقد، وهو أمر من مطلق حق قاضي الموضوع مستمد من حقه في تفهم الواقع في الدعوى ولا معقب عليه فيه ما دام استخلاصه سائغاً"[3].

كما نحا الفقه إلى ذات الاتجاه حين عرف طرف العقد بأنه "من يصدر عنه التعبير عن إرادة الالتزام به، فيساهم في تكوينه، ولا

---

1 انظر د. علي سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم، دراسة في أحكام القضاء وقرارات المحكمين، دار النهضة العربية، القاهرة، بند ٨، صفحة ١٠.

2 وفي ذات الشأن أثير هذا الأمر في قضية هضبة الأهرام المصرية، حيث اعتمد وزير السياحة المصري العقد المبرم بين الجانب المصري والأجنبي، مما اعتبرت معه غرفة التجارة الدولية بباريس أن الحكومة المصرية هي طرف في اتفاق التحكيم، إلا أن محكمة الاستئناف ألغت هذا الحكم بناء على دفاع الحكومة المصرية، وأيدت محكمة النقض حكم محكمة الاستئناف.

3 راجع الطعن رقم ٦٦٩ لسنة ٤٢ قضائية، جلسة ١٤ مارس ١٩٧٩.

يكفي لذلك أن يرد ذكره فيه، أو أن يوقع عليه بصفة أخرى غير هذه الصفة"[1].

على أن مفهوم الطرف في اتفاق التحكيم لا يقتصر على الشخص الطبيعي، بل يمتد ليشمل الشخص المعنوي طالما كان متمتعاً من الناحية القانونية بتلك الشخصية.

وتأسيساً على ما سبق، فإن تحديد صفة الطرف في حالة وجود وكالة، وما إذا كان الوكيل هو الطرف في اتفاق التحكيم أم الموكل، فالأصل في ذلك أن الموكل هو الطرف، حتى وإن لم يوقع على اتفاق التحكيم، ذلك أنه هو من تنصرف إليه آثار ذلك الاتفاق، أما الوكيل فهو غير ملتزم بهذا الاتفاق. على أنه قد يحدث أن يبرم الوكيل اتفاق تحكيم باسمه ولحسابه، أو بعبارة أخرى لا يظهر صفته كوكيل، أو يتصرف خارج حدود الوكالة الممنوحة له، أو أن الوكالة ذاتها لا تكون صحيحة، أو ليست وكالة خاصة على النحو الذي يتطلبه القانون، ففي مثل هذه الحالات لا يمكن اعتبار أن الموكل هو الطرف في اتفاق التحكيم، وإنما الوكيل نفسه[2].

ويثور في عقود الإنشاءات على وجه الخصوص، نظراً لما يجري فيها من مفاوضات كثيرة من قبل أطراف متعددين، التساؤل حول مدى اعتبار الشخص الذي يقتصر دوره على التفاوض على عقد دون أن يتمتع بسلطة إبرامه من أطراف العقد، ومن ثم امتداد شرط التحكيم إليه ؟

والواقع أن الإجابة على هذا التساؤل يتنازعها اتجاهان[3]، يميل أولهما إلى أن مجرد التدخل في إجراءات المفاوضات السابقة على العقد لا

---

1 انظر د. مصطفى محمد الجمال و د. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٨، بند ٣٠٧، صفحة ٤٤٩.

2 يأخذ ذات الحكم التعاقد باسم مستعار، حيث تنصرف آثار العقد، بما في ذلك شرط التحكيم، الى الوكيل الذي يتعاقد نيابة عن الموكل نيابة مستترة، أي تنصرف آثار اتفاق التحكيم الى صاحب الاسم المستعار في علاقته مع المتعاقد، وذلك دون اخلال بالاثار التي يرتبها عقد الوكالة في علاقة صاحب الاسم المستعار بالموكل.

3 انظر د. محمد نور شحاتة، مفهوم الغير في التحكيم، دراسة لمبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير، ورقة عمل مقدمة الى المؤتمر الثالث للتحكيم التجاري الدولي المنعقد في القاهرة في الفترة من ١٣- ١٤ ابريل ١٩٩٦، بند ٦٠، صفحة ٤٣ وما بعدها.

يعني أن الطرف الذي قام بالتفاوض هو طرف في التحكيم، طالما أن العقد قد ابرم من قبل شخص آخر، وأن الطرف المتفاوض لا يلتزم من ثم بشرط التحكيم الوارد في العقد.

بينما يميل الاتجاه الآخر – ونحن معه – إلى أن دخول شخص (غالباً ما يكون شركة) في مفاوضات سابقة على إبرام عقد متضمن شرط تحكيم إنما يكون باعتباره وكيلاً عن الشركة الموقعة على العقد. وأنه، وإن كان الأصل أن آثار العقد، بما فيها شرط التحكيم، تنصرف إلى الموكل دون الوكيل، فإن فكرة الإرادة الظاهرة من شأنها أن تخلق نوعاً من الاعتقاد المشروع بأن مسلك ممثل الشركة أثناء التفاوض يلزم جميع شركات المجموعة بالعقد الذي أبرمته إحدى شركات المجموعة، والذي لم توقعه باقي الشركات، والمتضمن شرط التحكيم.

على جانب آخر يثور وضع الكفيل، ما إذا كان يمكن النظر إليه على أنه طرف في اتفاق التحكيم الذي يبرم بين الدائن والمدين المشمول بكفالته، أم أن نطاق تلك العلاقة لا يمتد إليه ؟

الإجابة على هذا التساؤل تجد أساسها في أن محل الالتزام يختلف في العقدين كما يختلف في مصدرهما، بيان ذلك أن التزام الكفيل يجد مصدره في عقد الكفالة في حين يجد التزام المدين مصدره في العقد المبرم بينه وبين دائنه، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن محل التزام الكفيل لا يتحقق إلا إذا لم ينفذ المدين نفسه الالتزام الأصلي المفروض عليه. وبناء على ذلك يبدو الكفيل من الغير بالنسبة لاتفاق التحكيم، وليس ثمة حق للدائن أن يتمسك في مواجهته بما اتفق عليه مع مدينه بشأن اللجوء إلى التحكيم، كما أنه ليس للكفيل أن يتمسك بهذا الاتفاق في مواجهة الدائن[1].

ولا يقدح في هذا القول القاعدة التي ينظمها القانون المدني بشأن الكفالة من إعطاء الحق للكفيل بأن يتمسك في مواجهة دائن مدينه بكافة

---

1 E. Loquin, Arbitrage et Cautionnrment, Rev. arab, 1994, p. 240.

الدفوع التي يكون للمدين الأصلي أن يتمسك بها في مواجهة دائنه ما لم تكن متعلقة بشخصه، ذلك أن المقصود بالدفوع هنا هي تلك التي ترتبط بالدين وتؤدي الى انقضائه أو إنقاصه، ولا شك أن الدقة بالتحكيم ليس أحد تلك الدفوع، إذ أنه يتعلق بالحق في الدعوى وليس بالحق الموضوعي الذي يعطى الكفيل الحق في التمسك به[1].

وفي ذات النطاق تبدو هناك أهمية في تحديد مدى امتداد اتفاق التحكيم من مدين أو دائن متضامن إلى آخر، ذلك أن القاعدة أن المتضامن يمثل غيره من المتضامنين فيما ينفعهم دون ما يضرهم، أما فيما يتعلق بالتصرفات التي لا يتضح ما إذا كانت تمثل نفعاً أم ضراً للمتضامنين، فإنه يكون لهم الخيار إما بالتمسك بها أو عدم التمسك بها[2].

وتطبيقاً لذلك، وحيث يبدو أن اللجوء للتحكيم كبديل للقضاء في سبيل تسوية النزاع يعد من الأمور التي قد تحقق مصلحة من عدمه لباقي المتضامنين، فإن تمسكهم باتفاق التحكيم المبرم بواسطة أحدهم يكون حقاً لهم، إن شاءوا استعملوه، وإن شاءوا عزفوا عنه ولجأوا بالتالي إلى قضاء الدولة ليفصل لهم في منازعاتهم.

الفرع الثاني

اثر اتفاق التحكيم على خلف أطرافه

بعد أن بينا المقصود بالطرف في التحكيم، فإن الأمر يتطلب دراسة مدى اعتبار خلف ذلك الطرف، سواء كان خلفاً عاماً أم خلفاً خاصاً، من قبيل الطرف، ومن ثم مدى امتداد اتفاق التحكيم إليه. وهو ما نتناوله في هذا الفرع.

أولاً: أثر اتفاق التحكيم على الخلف العام لأطرافه

يعرف الخلف العام بأنه " من يخلف الشخص في ذمته المالية من حقوق والتزامات أو في جزء منها باعتبارها مجموعاً من المال، كالوارث والموصى له بجزء من التركة في مجموعها"[3].

---

1 انظر د. محمد نور شحاتة، مرجع سابق، بند ١٢٠، صفحة ١٠١ وما بعدها.

2 انظر د. أحمد السيد الصاوي، أثر الأحكام بالنسبة للغير، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٩، بند ٨٠، صفحة ٦١ وما بعدها.

3 انظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، العقد، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨١، بند ٣٤٤، صفحة ٧٢١.

والأصل وفق المبادئ المستقر عليها في القانون أن ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون إخلال بالقواعد المترتبة على الميراث، وذلك ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام[1].

ومؤدى تلك القاعدة عدم اعتبار الخلف العام من الغير، ومن ثم إذا كان السلف طرفاً في اتفاق التحكيم بشأن نزاع متعلق بحق من الحقوق التي انتقلت منه إلى الخلف، فإن هذا الاتفاق، بما يرتبه من آثار، ومن بينها اللجوء إلى التحكيم، ينتقل إلى خلفه. وبهذا قضي صراحة بأن "اتفاق التحكيم لا ينصرف آثاره إلى المتعاقدين فحسب، وإنما أيضاً الى الخلف العام للمتعاقدين، ما لم ينص على خلاف ذلك"[2].

وهذا الأثر ينتقل سواء كان السلف شخصاً طبيعياً أو معنوياً، كما لو كان شركة وتم دمجها في شركة أخرى، حيث تعد الشركة الجديدة الدامجة بمثابة الخلف الذي ينتقل إليه التزامات الشركة المندمجة، ومن بينها اتفاق التحكيم.[3] كما يسري ذات الحكم على الجانب الآخر في حالة انقسام الشركة، إذ تلتزم الشركات الناتجة عن عملية الانقسام بما التزمت به الشركة المنقسمة في اتفاقاتها، بما في ذلك شرط التحكيم[4].

بل إن هذا الأثر يترتب حتى وإن اتفق أطراف العقد صراحة على انقضاء العقد صراحة بوفاة أحد كطرفيه، أو نص القانون على ذلك، أو اقتضت طبيعة العقد تلك النتيجة، إذ أن هذه الأمور لا ترتب أثراً على

---

1 راجع المادة ١٤٥ من القانون المدني المصري، وانظر في تبني القضاء لهذه القاعدة حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ٣٤٦ لسنة ٣٦ قضائية الصادر بتاريخ ١٩٧٢/٥/١١ حيث قضت صراحة بأنه "يترتب على انصراف اثر العقد إلى الخلف العام أنه يسري في حقه ما يسري في حق السلف بشأن هذا العقد، فلا يشترط ثبوت تاريخ العقد أو تسجيله حتى يكون التصرف حجة للخلف أو عليه، لأنه يعتبر قائماً مقام المورث، ويلتزم بتنفيذ ما التزم به مورثه طالما أن العقد قد نشأ صحيحاً، وخلصت له قوته الملزمة".

2 Sentence Rendue dans l'affaire no 2626 en 1977, J.D.I, 1978, P. 980

3 Cour d' appel de Paris, 11 Mars 1993, Rev. arab, 1994, p.735

4 Cour d' appel de Paris, 29 Mars 1991, Rev. arab, 1991, p.478

شرط التحكيم الوارد في العقد المنقضي، فيظل صحيحاً وإن انقضى العقد، وذلك استناداً إلى المبدأ المستقر عليه في قوانين التحكيم المختلفة من استقلال شرط التحكيم عن شروط العقد الأخرى، ومن ثم لا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته[1].

ولا شك أن مثل هذا الانتقال يفترض بالضرورة أنم يكون الخلف صالحاً لإعمال اتفاق التحكيم بشأنه، وإلا انقطع التحكيم بالنسبة له وفقاً لأحكام القانون بشأن الانقطاع[2]، وذلك كما لو كان الخلف فاقد الأهلية اللازمة لإعمال اتفاق التحكيم.

ثانياً: أثر اتفاق التحكيم على الخلف الخاص لأطرافه

يعرف الخلف الخاص بأنه "من يخلف الشخص في عين معينة بالذات، أو في حق عيني عليها، كالمشتري يخلف البائع في المبيع، والمنتفع يخلف المالك في حق الانتفاع"[3].

وإذا كان الأصل أن الخلف الخاص، وخلافاً لما هو عليه الوضع بالنسبة للخلف العام، لا تنصرف إليه آثار العقود التي يبرمها سلفه، فإن تلك القاعدة يتم الخروج عليها في حالة توافر الشرطين المنصوص عليهما في المادة (١٤٦) من القانون المدني، والتي جاء في نصها أن الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشئ إذا كان من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشئ إليه[4].

ووفقاً لهذا النص فإن انصراف آثار العقود السلف إلى الخلف الخاص مرهون بتوافر الشرطين الآتيين، الأول أن يكون الحق أو الالتزام

---

1 انظر في تأييد هذا الرأي د. مصطفى محمد الجمال و د. عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، بند ٣٢١، صفحة ٤٧٠.

2 راجع أحكام انقطاع الخصومة الواردة في المواد من ١٣٠ – ١٣٣ من قانون المرافعات المصري رقم قانون رقم ١٣ لسنة 1968 .

3 انظر د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، بند ٣٤٤، صفحة ٧٢١.

4 وقد أكد القضاء على ذلك في العديد من أحكامه. راجع على سبيل المثال طعن النقض رقم ٣٠٧ لسنة ٣١ قضائية، جلسة ١ فبراير ١٩٦٦، والطعن رقم ٥٢٩ لسنة ٤٨ قضائية، جلسة ٢١ فبراير سنة ١٩٧٩.

من مستلزمات الشئ الذي انتقل إلى الخلف الخاص، ويكون الحق كذلك إذا كان مكملاً لهذا الشئ، كما هو الحال في عقود التامين على سبيل المثال، بينما يكون الالتزام كذلك إذا كان من شأنه أن يحد من حرية الانتفاع بذلك الشئ.

والشرط الثاني أن يعلم الخلف الخاص بالحق أو الالتزام الذي يعد من مستلزمات الشئ الذي انتقل إليه[1].

وبتطبيق هذين الشرطين على اتفاق التحكيم، نجد أن الشرط الأول متحقق في كافة الأحوال، ذلك أن اتفاق التحكيم هو بالضرورة من مستلزمات العقد الأصلي، إذ أنه يقع على منازعة ناشئة عن ذلك العقد وليس غيره. أما الشرط الثاني فإن الأمر يستلزم التحقق منه، وإن كان هذا التحقق قائم بالضرورة في حال ما إذا كان اللجوء إلى التحكيم قد ورد ضمن بنود العقد الأصلي، وعلم به الخلف الخاص، في حين أن هذا الشرط لا يتحقق في حال ما إذا كان اللجوء إلى التحكيم مستنداً إلى مشارطة تم إبرامها بشكل منفصل عن العقد الأصلي، إذ لا يقوم الشرط في هذه الحالة إذا ما استطاع الخلف الخاص إثبات أنه لم يكن على علم بهذه المشارطة، حتى وإن ثبت علمه بالعقد الأصلي.

ومن صور انتقال اتفاق التحكيم إلى الخلف الخاص ما يحدث في حوالة العقد من حلول أحد الأشخاص محل أحد طرفي العقد في كل ما يرتبه العقد من آثار، بحيث يصبح المحال إليه طرفاً في العقد، وتنصرف إليه آثاره وفقاً لقاعدة نسبية أثر العقود، ومن بينها اتفاق التحكيم[2]، وينطبق ذات الحكم في حالة الحلول[3]، حيث يحل أحد الأشخاص محل الدائن فيما

---

1 انظر د. رضا متولي وهدان، انتقال آثار العقود إلى الخلف الخاص، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة ١٩٩٩، صفحة ٤٤.

2 انظر د. حسام الدين فتحي ناصف، نقل اتفاق التحكيم – دراسة مقارنة لقواعد التنازع والقواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على النقل الاتفاقي والقانوني لاتفاق التحكيم في ضوء القانون والقضاء المقارن والاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٣، صفحة ٥٠.

3 راجع المادة (٣٢٩) من القانون المدني المصري.

له من حقوق، وبما تتسم به تلك الحقوق من خصائص وما تلحقها من توابع أو يكفلها من تأمينات أو يرد عليها من دفوع، هنا ينتقل اتفاق التحكيم إلى الغير الموفي ما دام قد علم به، إذ يعد من مستلزمات العقد، شريطة أن يكون قد رجع عليه بدعوى الحلول، أما إن رجع بدعوى شخصية (كالفضالة مثلاً) فإنه لا يكون ملزماً باتفاق التحكيم المبرم بين الدائن والمدين.

المطلب الثاني

مبررات الخروج على القاعدة العامة

ذكرنا فيما سبق أ آثار العقد تقتصر على أطرافه عملاً بمبدأ نسبية أثر العقود، كما رأينا أن مفهوم الطرف يتسع ليشمل علاوة على الأطراف الحقيقيين الخلف العام والخلف الخاص لهم، أما الغير الذي لا يرتبط بصلة بالعقد أو بأحد أطرافه، فالأصل أنه لا يتأثر بما يرتبه العقد من حقوق والتزامات.

وإن كان المشرع قد خرج عن تلك القاعدة حين أجاز للغير أن يكتسب حقاً من العقد، وذلك وفقاً لمفهوم الاشتراط لمصلحة الغير، والذي كرسته المادة (١٥٢) من القانون المدني حين نصت على أنه "لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً". كما أنه وفي بعض الحالات يمكن أن تمتد آثار العقد كلها إلى الغير، بحيث يصبح في حكم طرف العقد، كما هو الحال في مجموعة العقود والشركات، وعلى نحو ما سنوضحه في هذه الدراسة.

والواقع أن هذا الامتداد في مجال اتفاقات التحكيم قد وجد أساسه فيما تستلزمه احتياجات التجارة، وبخاصة الدولية منها، إلى امتداد التحكيم إلى غير أطرافه، ذلك أن العلاقة العقدية الوارد بشأنها اتفاق التحكيم يمكن أن تحدث بها تغييرات من شأنها أن تؤدي بالضرورة لحدوث تعديل بشأن نطاق تطبيق اتفاق التحكيم من حيث الأشخاص، فيمتد اتفاق التحكيم إلى من لم يكن طرفاً فيه أو يوقع عليه.

صفوة القول إذن أن اتفاق التحكيم – سواء أكان في صورة شرط أم مشارطه – من الممكن أن يمتد إلى الغير متى كان لهذا الأخير مصلحة تقتضي مد نطاق اتفاق التحكيم إليه لتشمله حماية له من ضياع حقوقه. ومثل هذا الامتداد له ما يبرره ويستند إليه من الناحية القانونية، علاوة على الاعتبارات العملية التي أشرنا إليها، وأهم تلك المبررات ما يلي:

أولا: يخضع اتفاق التحكيم – باعتباره عقداً – إلى ما تخضع له العقود من أحكام، وإن اختلف موضوعه عن موضوع العقد الأصلي الذي يبرم بمناسبته، ذلك أن موضوع العقد الأصلي إنما يتصل بتنظيم الأحكام الموضوعية لموضوعه، في حين ينصب اتفاق التحكيم على تنظيم الأحكام الإجرائية اللازم إتباعها لإنهاء أي نزاع قد يثور بشأن الأحكام الموضوعية، وبعبارة موجزة إن اتفاق التحكيم هو عقد إجرائي[1]. وإذا كان القانون يعطي لأطراف أي عقد، والتحكيم من بينها، الحق في الاتفاق على نقل آثاره إلى الغير، بحيث يكون له الاستفادة منه، فإن ذلك مرهون بالا يكون اتفاق التحكيم قد روعي في إبرامه الاعتبار الشخصي لأحد أطرافه، إذ لا يمكن في هذه الحالة أن يمتد إلى الغير.

ثانياً: إن قاعدة الأثر النسبي للعقود، والتي تحول دون امتداد آثار العقود إلى أشخاص بخلاف أطرافها، ليست قاعدة مطلقة، وإنما يمكن أن ترد عليها استثناءات تبررها المصلحة، فينص القانون على الخروج عليها أو يتفق الأطراف على ذلك حين يسمح لهم القانون بذلك، كما في حالة الاشتراط لمصلحة الغير على نحو ما اشرنا.

وتجدر الإشارة هنا إلى ما ينظر إليه البعض[2] بشأن مبدأ نسبية العقود، ويميز بين الاتفاق بوصفه تصرف قانوني، ويرى أنه يقتصر على أطرافه، في حين يرى إمكانية امتداده إلى الغير إذا كان بمثابة واقعة مادية لهذا الغير، ويخلص إلى أن التحكيم في مراحله المختلفة لا يعدو أن يكون مجرد واقعة مادية يمكن أن يحتج بها في مواجهة الغير كأساس لشرعية المركز

---

1 انظر د. حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، صفحة ١٠.
2 انظر د. محمد نور شحاتة، المرجع السابق.

القانوني الموضوعي أو الإجرائي الناشئ عن تطبيق قواعد العقد. ومن ثم فإن اتفاق التحكيم شأنه شأن العقود الأخرى يقبل الامتداد إلى غير أطرافه الأصليين.

ثالثاً: كما يبرر امتداد اتفاق التحكيم ونقله مع العقد الأصلي التي تربط بين العقدين، ذلك أن اتفاق التحكيم إنما يبرم في إطار الاتفاق الأصلي وحماية لما يرد في هذا الاتفاق الأخير من أحكام. ومثل هذه العلاقة تبرر إمكانية نقل اتفاق التحكيم مع العقد الأصلي، على أن هذا الأمر هنا يستوجب الوقوف على مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الوارد فيه، لنرى حدود العلاقة بينهما في ضوء ما استقر عليه العمل بموجب هذا المبدأ.

استقلال شرط التحكيم عن العقد الوارد فيه:

يعد مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الوارد فيه من أهم مبادئ التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، ومؤدى هذا المبدأ عدم ارتباط مصير شرط التحكيم بمصير العقد الأصلي الذي تضمنه، وبعبارة أخرى لا يتأثر اتفاق التحكيم بما قد يشوب العقد الأصلي من أسباب تؤدي إلى فسخه أو بطلانه، فيظل اتفاق التحكيم قائماً بذاته، وعلى هيئة التحكيم السير في إجراءات التحكيم للفصل في مسألة اختصاصها من عدمها، والفصل في النزاع المتعلق بالعقد الأصلي، فإذا ما قضت ببطلان العقد الأصلي، فإن ذلك لا يؤثر بالضرورة على شرط التحكيم، والعكس صحيح، أي أن بطلان شرط التحكيم لا يؤثر بالضرورة على بقاء العقد الأصلي.

وقد أكد المشرع المصري على هذا المبدأ حين نص في المادة ٢٣ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أنه "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الآخر ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته".

كما أن المعاهدات الدولية التي نظمت التحكيم الدولي قد أخذت بهذا المبدأ، حتى وإن لم تشر إليه بشكل صريح، وذلك بدءاً من اتفاقية نيويورك سنة ١٩٥٨، حيث ألزمت الدول الأعضاء بالاعتراف باتفاق التحكيم، إلا أنها لم تتعرض بشكل صريح لمبدأ الاستقلالية، ثم جاءت الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي سنة ١٩٦١ لتمنح المحكم سلطة الدفع بعد اختصاصه، كما منحت هيئة التحكيم سلطة الفصل في صحة أو عدم صحة اتفاق التحكيم أو العقد الأصلي، دون أن تتعرض هي الأخرى لمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الوارد فيه بشكل صريح.

وعلى ذات النهج سارت اتفاقية واشنطن سنة ١٩٦٥ حين أكدت على أن هيئة التحكيم هي التي تفصل في مسألة اختصاصها، وذلك دون إشارة صريحة إلى المبدأ.

وأخيراً وليس آخراً تضمنت لائحة التحكيم التي أقرتها الجمعية العمومية تأكيداً على هذا المبدأ في المادة ٢١ منها، حيث نصت على أن "تفصل هيئة التحكيم في الدفوع المثارة بشأن عدم اختصاصها، بما في ذلك كل دفع يتعلق بوجود وصحة شرط التحكيم أو اتفاق التحكيم المستقل".

وغير بعيد عن هذا الاتجاه ما أخذ به قضاء التحكيم، والذي أرسى هذا المبدأ في أكثر من حك، لعل من أبرزها احكم الشهير الصادر في قضية تكساكو ضد الحكومة الليبية، فقد أعمل هذا المبدأ حين رفض الدفع المقدم من الحكومة الليبية من أن التأميم قد أنهى عقد الامتياز، وأن هذا من شأنه أن يمتد إلى شرط التحكيم المدرج فيه، وبنت الهيئة حكمها استناداً إلى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم، وتمسكت بذلك بحقها في الفصل في مسألة اختصاصها بنظر الدعوى[1].

---

1 راجع الحكم التمهيدي الصادر في القضية المذكورة بتاريخ ١٩٧٥/١١/٢٧، . مشار إليه لدى د. عاطف شهاب، اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي، سنة ١٩٩٧، صفحة ٢٩٩.

ويترتب على مبدأ استقلال شرط التحكيم ع العقد الوارد فيه عدم وجود ارتباط حتمي بين مصير العقد الأصلي وشروط التحكيم، فتظل هيئة التحكيم هي المختصة بنظر النزاع المتعلق بالعقد الأصلي – وإن شاب هذا العقد بطلان أو فسخ- ما دام شرط التحكيم صحيحاً.

وعلى الجانب الآخر لا يؤدي بطلان شرط التحكيم لأي سبب، كما لو صدر عن شخص لا يتمتع بسلطة ابرماه، إلى بطلان العقد الأصلي الوارد فيه فيظل العقد صحيحاً رغم ذلك، ويكون على أصحاب الشأن اللجوء إلى القضاء باعتباره صاحب الولاية في الفصل في المنازعات.

وأساس ذلك الفصل هو اختلاف الغاية من كل من العقد الأصلي وشرط التحكيم الوارد فيه، إذ بنما يهدف الأول إلى بيان حقوق وواجبات أطرافه، فإن غاية الثاني هي تنظيم الإجراءات الخاصة بالفصل في المنازعات التي قد تنشأ عن العقد الأصلي، وتنفيذه هو أمر احتمالي ومرهون بوجود منازعات من عدمها.

ويترتب على ذلك أن هيئة التحكيم هي نفسها من تتولى الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها، بما في ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله موضوع لنزاع، وليس بالضرورة أن تطبق ذات القانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي على مسألة اختصاصها، فقد يخضع كل من الأمرين إلى قانون مختلف عن الآخر إذا ما اتجهت إرادة الأطراف إلى ذلك.

يتضح لنا مما سبق وجود ضرورة تبرر نقل اتفاق التحكيم إلى غير أطرافه حيثما اقتضى الأمر، وإن خالف ذلك المبدأ المستقر عليه بشأن نسبية أثر العقود، وذلك لتوفير حماية لهذا الغير من ضياع حقوقه.

بعد أن بينا القاعدة العامة بشأن نطاق اتفاق التحكيم والمبررات التي تدعو إلى الخروج عليها، ننتقل الآن إلى تطبيق ذلك على اتفاقات التعاون، وذلك من خلال الحديث عن نطاق شرط التحكيم في اتفاقات التعاون.

المبحث الثاني

نطاق شرط التحكيم في اتفاقات التعاون

ذكرنا من قبل أن الطبيعة المركبة للعقود الدولية للإنشاءات، والتي أسفر عنها ما يسمى باتفاقات التعاون، قد ساهمت بشكل كبير في لجوء أطراف تلك الاتفاقات إلى النص على تسوية المنازعات التي قد تنشأ بينهم بمناسبة تلك الاتفاقات عن طريق التحكيم.

ولا شك أن هذا الوضع لا يخلو من ثمة آثار تتعلق بشرط التحكيم الوارد في تلك الاتفاقات، وما إذا كان شرط التحكيم يقتصر أثره على أطرافه فقط أم أنه يتجاوزهم إلى غيرهم ممن لم يوقعوا عليه، وبعبارة أخرى هل يمتد شرط التحكيم من عقد إلى آخر ومن شركة طرف في مجموعة عقدية إلى شركة أخرى ليست طرفاً في ذات المجموعة أم لا ؟

هذا ما نحاول الإجابة عليه في هذا الفصل من خلال دراسة نطاق شرط التحكيم في حالة مجموعة العقود في مطلب أول ثم نطاق شرط التحكيم في حالة مجموعة الشركات في مطلب ثان.

وعلى ذلك نقسم الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: نطاق شرط التحكيم في مجموعة العقود

المطلب الثاني: نطاق شرط التحكيم في مجموعة الشركات

المطلب الأول

نطاق شرط التحكيم في مجموعة العقود

تعد اتفاقات التعاون التي يتم إبرامها في إطار تنفيذ العقود الدولية للإنشاءات من أكثر الصور انتشارا في هذا المجال، وقد رأينا صور هذه الاتفاقات، وبينا كيف يقوم رب العمل فيها بإبرام أكثر من عقد مع عدد من المقاولين، بحيث يلتزم كل مقاول بتنفيذ ما يتم الاتفاق عليه بموجب العقد المبرم معه، وبحيث يشكل مجموع هذه العقود تنفيذ المشروع في صورته النهائية.

كذلك رأينا أن المقاول قد يقوم بنفسه بتنفيذ ما ورد النص عليه في الاتفاق ، كما أنه قد يعهد إلى مقاول آخر من الباطن للقيام بذلك التنفيذ، والذي قد يقومك بدوره هو الآخر بالتعاقد مع طرف آخر للقيام بتنفيذ موضوع ذلك الاتفاق.

إن تعاقب هذه العقود وتكاملها في إطار تنفيذ عمل واحد، وهو ما يعرف فقهياً "بمجموعة العقود" أصبح واقعاً قانونياً يستوجب الوقوف أمامه ومعالجة الآثار الناشئة عنه، ذلك أن تلك المجموعة تربط بين عدد من العقود التي يصعب الفصل بينها، حيث تعد وحدة قانونية تجمع كل أطرافها في كيان واحد تمثله تلك المجموعة.

وتظهر مجموعة العقود في إحدى صورتين[1] ، أولهما أن تبرم تلك العقود بين أطراف مختلفة لكنها تهدف جميعاً إلى تنفيذ موضوع واحد، فيبدو كما لو أن هناك سلسلة عقدية متصلة بين هؤلاء الأطراف، وتبدو هذه الصورة واضحة في اتفاقات التعاون التي يبرمها رب العمل مع المقاول لتنفيذ عمل معين ثم يقوم هذا الأخير بالتعاقد مع مقاول من الباطن لتنفيذ ذات العمل، وقد يمتد الأمر إلى أكثر من طرف في هذا الشأن.

أما الصورة الأخرى فيبدو فيها ائتلاف عقدي بين أطراف تلك العقود، حيث تبرم مجموعة من العقود بغرض تنفيذ عملية اقتصادية معينة، ومثالها في مجال اتفاقات التعاون واضح، وذلك حين يبرم رب العمل عدة عقود مع عدد من المقاولين الأصليين، بحيث يعهد إلى كل مقاول بتنفيذ الجزء المنوط به في إطار تنفيذ المشروع ككل.

وحيث إن تلك العقود تتضمن بالضرورة تنظيماً لحقوق والتزامات كل طرف فيها، كما تحتوي على كافة النصوص المرتبطة بتنفيذها، فإن أبرز ما تتضمنه من الناحية العملية هو ذلك الشرط المتعلق بلجوء أطرافها إلى التحكيم عند وجود نزاع بينهم بشأنها، وهو الشرط

---

1 انظر د. علي سيد قاسم ، مرجع سابق، صفحة ٥٣ وما بعدها. وانظر أيضاً
D. Cohen, Arbitrage et Groupes de Contrats, Rev. Arb, 1997, p.472

الذي لا بد وأن يثير العديد من الأمور في ضوء الإطار الذي يجمع تحت مظلته تلك العقود، ويدور السؤال الأبرز في هذا الشأن حول ما إذا كان شرط التحكيم الوارد في إحدى تلك الاتفاقات سوف يمتد بالضرورة إلى غيرها من الاتفاقات الأخرى في إطار ذات المجموعة العقدية، والتي لم تتضمن مثل ذلك الشرط، بحيث يعد التحكيم هو الآلية التي تفصل بين كافة المنازعات التي تنشأ بمناسبة تنفيذ أي من تلك الاتفاقات، سواء منها ما نص عليه أو ما لم ينص، أم أن نسبية أثر اتفاق التحكيم تحول حدوث مثل هذا الامتداد؟

لا شك أن اتفاقات التعاون التي تبرم في إطار العقود الدولية للإنشاءات تزخر بمثل هذه الحالات، بل لعلنا لا نبالغ إذا ما قلنا بأنها المثال الأكثر خصوبة في هذا الشأن، وذلك بما ينشأ عنها من علاقات مختلفة والتي يثور بمناسبتها مسألة امتداد شرط التحكيم، وأهمها تلك التي تنشأ عن عقد المقاولة من الباطن، وتتمثل تلك العلاقات بشكل أساسي في ثلاث علاقات، أولها العلاقة بين المقاول الأصلي ورب العمل، والتي تخضع في تنظيمها لعقد المقاولة الأصلي والذي يحدد حقوق والتزامات كل طرف، ويكون المقاول من الباطن بمثابة الغير بالنسبة لهذا العقد، وثانيها علاقة المقاول الأصلي مع المقاول من الباطن، والتي تنشأ من جراء عقد المقاولة الأصلي، حيث يعهد المقاول الأصلي إلى المقاول من الباطن بتنفيذ بعض الأعمال الملتزم بها المقاول الأصلي تجاه رب العمل، فيكون المقاول الأصلي في هذا العقد بمثابة رب العمل بالنسبة للمقاول من الباطن، ويكون رب العمل الأصلي من الغير بالنسبة لهذا العقد، وأخيراً هناك العلاقة غير المباشرة والتي تنشأ بين رب العمل والمقاول من الباطن، ذلك أن تلك العلاقة تنشأ في ضوء الدور الذي يقوم به المقاول الأصلي بالنسبة للطرفين باعتباره وسيطاً بينهما[1].

---

1 انظر في ذلك د. رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، الكتاب الخامس، مد أثر شروط التحكيم بين عقود المقاولة، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٩، صفحة ٣- ٤.

في الحالات السابقة قد ينص الاتفاق المبرم بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن على شرط التحكيم في حين لا يتضمن العقد الأصلي المبرم بين رب العمل والمقاول الأصلي مثل هذا الشرط، ثم يثور نزاع من جراء تقاعس المقاول من الباطن عن تنفيذ التزاماته، ويرغب رب العمل في مقاضاته أو مطالبته بالتنفيذ، فهل لرب العمل هنا أن يلجأ إلى التحكيم وفقاً للشروط الواردة في الاتفاق المبرم بين المقاول من الباطن والمقاول الأصلي، والذي لم يكن رب العمل طرفاً فيه، أم أن شرط التحكيم لا يمتد على هذا النحو، ويقتصر أثره على أطرافه دون سواهم[1]؟

وقبل أن نعرض للإجابة على هذا السؤال نرى أن نسلط الضوء على بعض المشاكل القانونية التي تنجم عن اللجوء الى التحكيم في إطار المجموعة العقدية بوجه عام، وفي إطار اتفاقات التعاون على وجه الخصوص.

وأول هذه المشكلات تتعلق بكون التحكيم هو نظام يقوم على التراضي وأن حرية الأطراف هي المكون الأساسي له، حيث تتحدد ملامحه وفق ما تنتهي إليه إرادة الأطراف وفي حدود ما يسمح لها القانون، ومن ابرز الأمور التي يتم الاتفاق عليها في هذا الصدد تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، حيث تظهر المشكلة في اتفاقات التعاون حين يتم إدراج نص في إحدى هذه الاتفاقات باللجوء إلى التحكيم، والخضوع لقانون دولة معينة للتطبيق عليه، في حين ينص اتفاق آخر ذو صلة به على خضوع المنازعات الناشئة عنه إلى قانون دولة أخرى، وفي صورة عملية قد ينص في عقد المقاولة الأصلي المبرم بين طرف مصري (رب العمل) وطرف

---

1 انظر في تفاصيل الفروض التي تتعلق بامتداد شرط التحكيم من عقد المقاولة الأصلي إلى عقد المقاولة من الباطن، والعكس، د. رضا السيد عبد الحميد، مرجع سابق، صفحة ٤ وما بعدها، والتي يجملها في الفروض الآتية:
الفرض الأول: أن يتضمن عقد المقاولة الأصلي شرط تحكيم، ويخلو منه عقد المقاولة من الباطن، الفرض الثاني: أن يتضمن عقد المقاولة من الباطن شرط تحكيم في حين يخلو منه عقد المقاولة الأصلي، الفرض الثالث: أن يتضمن كل منعقد المقاولة الأصلي وعقد المقاولة من الباطن شرطاً تحكيمياً.

انجليزي (المقاول) على خضوع التحكيم للقانون المصري، ثم يبرم عقد مقاولة من الباطن بين المقاول الأصلي (الانجليزي) ومقاول من الباطن (فرنسي) يتم النص فيه على خضوعه للتحكيم وفق القانون الانجليزي، ثم يحدث خلل في التنفيذ يقرر بمقتضاه رب العمل مقاضاة المقاول من الباطن بدعوى التحكيم، فهل يخضع التحكيم للقانون المصري باعتباره هو القانون واجب التطبيق على العقد الأصلي (رغم أن المقاول من الباطن لم يكن طرفاً فيه) أم يكون القانون الانجليزي هو الواجب التطبيق، باعتباره هو المنصوص عليه في عقد المقاولة من الباطن، (رغم أن رب العمل لم يكن طرفاً فيه) ؟

أما حين يتفق الأطراف على اللجوء إلى التحكيم دون تحديد القانون واجب التطبيق عليه، فقد جرى العمل على أن هيئة التحكيم تتمتع بالحرية الكاملة لاختيار القانون واجب التطبيق، وذلك إما بتبني ما جاء في قواعد الإسناد الخاصة بأحد القوانين المتصلة بالنزاع، أو وفق ما تراه الهيئة مناسباً لحسم النزاع وذلك كقانون دولة مقر الحكم أو قانون الدولة التي تختص محاكمها أصلاً بحكم النزاع، أو قانون دولة محل تنفيذ الحكم[1].

وتطبيقاً لذلك فإن القانون المصري على سبيل المثال قد نص في قاعدة الإسناد المتعلقة بالالتزامات التعاقدية على أنه "إذا كان موضوع العقد عقاراً، فإن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار"[2]، ولا شك أن لهذه القاعدة قيمتها من الناحية العملية في حالة ما إذا تم استبعاد القانون الذي اختاره الأطراف ليكون هو الواجب التطبيق، وذلك إما لأن موضوع النزاع يتعلق بأمر يخرج عن

---

1 وهذا هو ما انتهت إليه غرفة التجارة الدولية في حكمها رقم ٢٣٧٥ لسنة ١٩٧٤، والمنشور في مجلة التحكيم العربي، وعلى ذات المضمون نصت المادة ٣/١٣٥ من نظام غرفة التجارة الدولية بباريس على أنه للأطراف حرية تحديد القانون واجب التطبيق، وعلى المحكم تطبيقه على موضوع النزاع، فإذا لم يحدده الأطراف، طبق المحكم القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يراها ملائمة في هذا الخصوص"

2 راجع المادة ١٩ من القانون المدني المصري.

سلطة الأطراف في تنظيمه (كما في أمور الأهلية على سبيل المثال) أو أن هيئة التحكيم رأت وجود غش من جانب الأطراف نحو القانون في اختيارهم للقانون واجب التطبيق، فلجأت بالتالي لقاعدة الإسناد لتطبيقها[1].

على جانب آخر، وحيث يتمتع الأطراف بسلطة تحدي القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، فإن المشكلة قد تثور أيضاً في اتفاقات التعاون، حيث يتم النص فيها على اللجوء إلى التحكيم مع تحديد قانون ليكون هو الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في إحدى هذه الاتفاقات يكون مختلفاً عن القانون المتفق عليه في اتفاق آخر.

والأصل أن إجراءات التحكيم تخضع للقانون الذي يختاره الأطراف ليكون هو واجب التطبيق عليها[2]، على أن تكون هذه الإرادة صريحة وواضحة في اختيار ذلك القانون، إلا أن البعض يرى إمكانية اللجوء إلى إرادة الأطراف الضمنية في حال إذا ما تعذر استخلاص الإرادة الصريحة للأطراف في هذا الشأن[3]، على انه في حال غياب دور الإرادة، فإن الواقع العملي يظهر دوراً بارزاً لهيئة التحكيم لاختيار القانون واجب التطبيق على الإجراءات، والذي غالباً ما يكون هو قانون مقر التحكيم، وذلك عملاً بالمبدأ السائد من أن الإجراءات تخضع دائماً لقانون محل التقاضي.

---

1 انظر د. أبو العلا النمر، القانون واجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٩، صفحة ١٥

2 وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء ولوائح مراكز التحكيم الدولية.
انظر د. أبو العلا النمر، المرجع السابق، صفحة ١٨.

3 انظر د. ابراهيم أحمد ابراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٧، صفحة ١٣٦.
وقد أشار في هذا الشأن إلى ما انتهت إليه هيئة التحكيم في النزاع بين الحكومة الليبية وشركة بترول انجليزية من تطبيق القانون الدنماركي على إجراءات التحكيم على اعتبار أنه القانون الذي انتهت إليه إرادة الأطراف ضمناً، حيث عقد التحكيم على أرض هذه الدولة.

وهكذا يمكن أن تظهر المشكلة في اتفاقات التعاون، حيث يفضل الأطراف عن تحديد القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم، فتلجأ هيئة التحكيم إلى تطبيق قانون مقر التحكيم، والذي قد يختلف من اتفاق إلى آخر، فمقر التحكيم في عقد المقاولة الأصلي قد يختلف عن مقر التحكيم في عقد المقاولة من الباطن، رغم أن العقدين يندرجان في مجموعة واحدة ويرتبطان على نحو وثيق.

من الأمور الأخرى التي يمكن أن تثور في حالات التحكيم المنصوص عليها في اتفاقات التعاون الدولي تلك الحالة المتعلقة باختلاف عدد هيئة التحكيم من اتفاق إلى آخر، حيث قد يتم الاتفاق في عقد المقاولة الأصلي على أن يتم تسوية منازعاته من خلال هيئة تحكيم مشكلة من ثلاثة محكمين، ثم يبرم عقد مقاولة من الباطن يتفق فيه أطرافه على أن تتم تسوية المنازعات الناشئة عنه من خلال هيئة تحكيم مشكلة من خمسة محكمين.

وإذا كان الأصل أن النصوص الواردة في كل اتفاق تحكم قواعده وتحدد إطاره، فإن العلاقة الناشئة بشكل غير مباشر بين رب العمل والمقاول من الباطن، والتي قد تؤدي إلى رجوع احدهما على الآخر، تفرض السؤال حول أي من العقدين يحكم تلك العلاقة على اعتبار انه لا توجد قواعد مباشرة تنظمها وفق إرادة الطرفين (رب العمل والمقاول من الباطن)، وما يستتبعه هذا السؤال في الفرض السابق من تحديد عدد أعضاء هيئة التحكيم التي تختص بالفصل في النزاع.

مجمل القول في المشكلات السابقة، وما قد يثور على غرارها، أن السبب فيها يكمن في الطبيعة المركبة للعقود الدولية للإنشاءات، وما يترتب على تلك الطبيعة من إبرام اتفاقات متعددة تحكمها قواعد متباينة، والأصل أن التحكيم تحدد قواعده إرادة أطرافه، ومن ثم فإن هذا التباين قد يصطدم بأصول التحكيم، على نحو يتعين معه العمل على توفير الحلول اللازمة له، وهو ما سنحاول الوصول إليه من خلال هذا المطلب.

بعد أن عرضنا لبعض المشكلات العملية التي يمكن أن تثور في إطار مجموعة اتفاقات التعاون المبرمة في إطار تنفيذ العقود الدولية للإنشاءات، نتعرض الآن للاتجاهات المختلفة بشأن تلك المشكلات، والتي تباينت ما بين مؤيد لفكرة امتداد التحكيم من اتفاق إلى آخر، وما بين رافض لتلك الفكرة، وذلك على الصعيد التشريعي، والقضائي والفقهي، على أن نعقب ذلك ببيان رأينا الشخصي في الموضوع.

أولاً: الموقف التشريعي

بدا قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ متأثراً بوضوح بالقانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي سنة ١٩٨٥ في موقفه من هذا الموضوع، ذلك أن القانون المصري[1]، كما النموذجي[2]، قد انتهيا إلى عدم امتداد شرط التحكيم الوارد في عقد من العقود إلى عقد آخر ما لم تكن هناك إحالة واضحة من احد العقدين إلى الآخر في هذا الشأن، وعلى نحو يكشف بشكل واضح أن شرط التحكيم المنصوص عليه في أحدهما هو جزء من العقد الآخر. وينبئ هذا الموقف عن رفض هذه التشريعات، ومن سار على نهجها[3]، لفكرة الامتداد التلقائي لشرط التحكيم الوارد في عقد من عقود المجموعة الى غيره.

ثانياً: الموقف القضائي

على غرار الموقف التشريعي السابق عرضه، اتجه القضاء، سواء الوطني أو التحكيمي، إلى التمسك بأن التحكيم هو نظام يقوم على التراضي، وأن ذلك من شأنه عدم مد شرط التحكيم من عقد إلى لآخر، حتى وإن كان ذلك داخل مجموعة عقدية واحدة، ما لم يكن العقد الخالي من شرط التحكيم قد أحال إلى العقد الآخر المتضمن مثل ذلك الشرط،

---

1 راجع المادة ٣/١٠ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

2 راجع المادة ٢/٧ من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسترال) سنة ١٩٨٥

3 من التشريعات التي سارت على هذا النهج قانون التحكيم الانجليزي الصادر سنة ١٩٩٦ في المادة ٢/٦ منه، وعلى الصعيد الدولي اتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بالبحر سنة ١٩٧٨ في المادة ٢/٢٢ منها.

وإن كان الخلاف قد ثار في هذا الصدد حول شكل الإحالة اللازم توافره للقول بامتداد شرط التحكيم.

فقد ذهب اتجاه في القضاء[1] إلى أن مجرد الإحالة العامة كافية في هذا الشأن لامتداد شرط التحكيم من العقد الوارد فيه إلى غيره مما لم يرد فيه، وذلك على اعتبار أن كافة شروط العقد المتضمن شرط التحكيم إنما تندمج في العقد الآخر وتصبح جزءاً منه، وتسري من ثم أحكامها على ذلك العقد.

أما الاتجاه الآخر في القضاء[2] فقد ذهب أنصاره إلى أن الإحالة العامة لا تكفي في هذا الصدد لمد نطاق شرط التحكيم، وإنما لا بد وأن يتضمن العقد إشارة واضحة ومحددة إلى شرط التحكيم الوارد في العقد الذي يحتويه حتى يمكن الاعتداد به باعتبار أن ذلك يمثل دليلاً على علم الأطراف يقيناً بشرط التحكيم، ومن ثم استيفاء المتطلب اللازم لقيام التحكيم.

والواقع أن معظم الأحكام القضائية التي جاءت لتعبر عن موقفها في هذا الصدد إنما وردت بشأن منازعات تتعلق بمنازعات بحرية، حيث كثيراً ما يثار هذا الموضوع عند التطرق لما إذا كان شرط التحكيم الوارد في مشارطة الإيجار يعد مندمجاً في سند الشحن أم لا.

وإذا كان التطرق لتفاصيل هذه الأحكام في هذه الدراسة قد يخرج بنا عن نطاقها المحدد لها، والخاص بالعقود الدولية للإنشاءات، فإن ذلك لا يمنع في رأينا من تطبيق أي من هذين الاتجاهين على موضوع هذه الدراسة، وذلك لوحدة الفكرة، وبالتالي فقد يكتفي القضاء بالإحالة

---

1 انظر في هذا الاتجاه عدد من الأحكام القضائية الصادرة سواء من محكمة النقض المصرية أو المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية أو في انجلترا، والمتعلقة جميعها بإدماج شرط تحكيم المشارطة في سند الشحن.
مشار إليها لدى د. عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري متعدد الأطراف، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٧، صفحة ٦٩ وما بعدها.

2 انظر في هذا الاتجاه عدد من الأحكام القضائية الصادرة من بعض المحاكم الأمريكية والانجليزية والفرنسية، والمشار إليها في المرجع السابق، صفحة ٧٢ وما بعدها.

العامة للتحكيم الواردة في إحدى اتفاقات التعاون (عقد مقاولة أصلي على سبيل المثال) للقول بأن التحكيم هو الوسيلة التي سيتم بها الفصل في المنازعات التي قد تنشأ في اتفاق تعاون آخر جاء خالياً من شرط التحكيم (عقد مقاولة من الباطن مثلاً).

ثالثاً : الموقف الفقهي

ظهر الخلاف بين الفقهاء بشأن هذا الموضوع، فهناك من يؤيد امتداد شرط التحكيم من عقد إلى آخر مرتبط به، في حين رفض نفر أخر من الفقه ذلك الاتجاه وعارضه بشده، ولكل أسانيده التي نعرض لها قبل أن نعرض لرأينا في الموضوع.

➢ **الاتجاه الفقهي المؤيد لامتداد شرط التحكيم داخل المجموعة العقدية**

ينطلق هذا الاتجاه، والذي لقي دعماً من جانب بعض الفقه الفرنسي وكذا المصري، من اعتبار أن العقود اللاحقة على العقد الأصلي والمنبثقة عنه إنما تأتي تنفيذاً للعقد الأصلي، ومن ثم فإن هذه العقود تدور حول مصلحة اقتصادية واحدة، وتهدف بالتالي إلى تحقيق هدف واحد يبرر ضرورة النظر إليها كوحدة واحدة يجمعها مصير واحد. وأن أطراف هذه العقود وهم يدخلون فيها إنما يعلمون مسبقاً بهذه الطبيعة الخاصة لها، وما عساها أن ترتب من نتائج، أهمها أن كلاً منهم قد ارتضى ضمناً كافة ما يترتب على هذه العقود جميعها من نتائج، كما لو كان هو نفسه طرفاً فيها، وذلك في حدود ما يلتزم به في مواجهة الأطراف الآخرين لهذه العقود[1].

بل إن بعضاً من أنصار هذا الاتجاه ذهب إلى إمكانية نقل اتفاق التحكيم إلى المحال إليه، والذي له أن يتمسك بشرط التحكيم في مواجهة المدين على اعتبار أنه من توابع الحق الذي انتقل إلى المحال إليه، بينما اشترطوا في حال تمسك المدين به في مواجهة المحال إليه ضرورة علم هذا الأخير بها أو قدرته على العلم، وذلك على اعتبار أن حوالة الحق لا

---

1 J. Neret, Le sous – Contrat, L. G. D.J. 1979, No 267, p. 199

تنشئ التزاماً جديداً في ذمة المدين، وإنما تتمثل في الالتزام الثابت أصلاً في ذمة الدائن إلى دائن آخر[1]. وبعبارة موجزة، إن من ابرم عقداً من العقود التبعية، فإنه يأخذ مركزاً يماثل مركز المستفيد من حوالة العقد الأصلي[2].

وقد دعم هذا الرأي حجته ببعض الأحكام القضائية التي انتهت إلى هذا الاستخلاص، من أبرزها في مجال اتفاقات التعاون وقضت به محكمة النقض الفرنسية وخلصت بموجبه إلى التأكيد على الطبيعة العقدية لدعوى رب العمل ضد المقاول من الباطن، وأن مجال المسئولية العقدية من ثم يمتد ليشمل كافة العلاقات التي تنشأ بين المشاركين غير المتعاقدين في مجموعة العقود، وأنه بناء على ذلك يمكن للمقاول من الباطن أن يحتج على رب العمل بالدفوع المستمدة من العقد الأصلي المبرم بين رب العمل والمقاول الأصلي، ومن بين تلك الدفوع ما يتعلق بشرط التحكيم إن كان موجوداً[3].

أما على الصعيد الوطني، فقد انتهت محكمة النقض المصرية[4] إلى نتيجة مقاربة لما انتهت إليه محكمة النقض الفرنسية من امتداد شرط التحكيم الوارد في عقد المقاولة الأصلي ليشمل الفصل في الدين المتحصل على الشركة التي قامت بتنفيذ عقد مقاولة من الباطن، حيث تبين

---

1 انظر د. مصطفى الجمال و د. عكاشة عبد العال، مرجع سابق، صفحة ٤٥٢.

2 انظر د. محمد نور شحاتة، مرجع سابق، صفحة ٧٥.

3 Cass. Civ. Ire 27. 8 Mars 1988. JCP. 1988. 11 P. 21070. Note P. Jourdan

كذلك أيدت محكمة النقض الفرنسية ذات الاتجاه في مجالات أخرى بخلاف عقود الإنشاءات، وذلك حين قررت عدم اختصاصها بنظر دعوى مرفوعة أمامها بشأن عقد تحسين استغلال منجم بموريتانيا أبرم بين أطرافه دون أن يتضمن شرط تحكيم، وأسست المحكمة قضاءها على أن العقد مثار النزاع، وإن لم يتضمن شرط تحكيم، إلا أنه ارتبط بعقدين آخرين سبق إبرامهما بين نفس الأطراف بشأن تشغيل المنجم المذكور، وقد تضمنا شرط تحكيم، مما يتعين معه – وفق هذا القضاء – امتداد شرط التحكيم الوارد بهما إلى العقد موضوع النزاع المطروح أمامها. انظر

Trib. Com. De Bobigny, 29 Mars 1990 Arret Sofermines C/Samin,Rev.arb. p 68 note L Aynes.

4 انظر نقض مدني، الطعن رقم ٥٢ لسنة ٦٠ قضائية، جلسة ١٩٩٤/٢/٢٧، س ٤٥، ج ١، صفحة ٤٤٧.

للمحكمة ارتباط ذلك العقد الأخير بعقد المقاولة الأصلي، وأنه بناء على هذا الارتباط تكون المحكمة غير مختصة، وينعقد الاختصاص لهيئة التحكيم وفقاً لشرط التحكيم الوارد بعقد المقاولة الأصلي.

وكانت محكمة النقض في حكمها ذلك، وبعد أن أكدت على أن التحكيم هو طريق استثنائي، وأن اختصاص التحكيم بنظر النزاع إنما يرتكن إلى حكم القانون الذي أجاز للأطراف سلب اختصاص القضاء استثناء، قد ساوت بشأن نطاق التحكيم بين عقد لم تنصرف إرادة طرفي المنازعة إليه، وبين اتفاق خلا من النص على شرط تحكيم ابرم لاحقاً لعقد ورد فيه مثل هذا الشرط، واعتبرت أن التحكيم لا يمتد في هذه الحالة ما لم يكن هناك ارتباط بين العقدين لا ينفصم، وبحيث لا يستكمل دون الجمع بينهما، وأن لمحكمة الموضوع سلطة تحصيل فهم الواقع في العقود والإقرارات وسائر المحررات، واستظهار نية أطرافها بما تراه مناسباً.

وانطلاقاً من هذا التوجه القضائي، والمدعوم بعدد من أحكام محاكم التحكيم[1] التي أكدت على مبدأ نقل الاتفاق التحكيمي بالتبعية للعقد الأصلي، فإن أنصار هذا الاتجاه يرون أن طبيعة عقود المجموعة العقدية الواحدة، والتي تظهر بشكل واضح في العقود الدولية للإنشاءات تفرض وجود نوع من التبعية القانونية والاقتصادية بين تلك العقود، والخروج من ثم على مبدأ نسبية أثر العقود، واعتبار كل طرف في عقد من عقود المجموعة هو طرف في باقي عقود المجموعة، وإن لم يكن كذلك فعلاً، وتنصرف بالتالي آثاره إليه[2].

كذلك فقد قيل في سياق دعم هذا الاتجاه أن اتفاق التحكيم لا يعدو أن يكون مجرد عقد يخضع لما تخضع له العقود من أحكام من أهمها إمكانية التنازل عنه أو نقله إلى الغير، وأنه إذا كان التنازل عن العقد أو نقله إلى الغير يتطلب إرادة الأطراف جميعهم، ولا يتصور أن يتم دون

---

1 انظر على سبيل المثال حكم محكمة استئناف باريس في ١٩٩٦/٣/١٥، والمنشور في:
Revue de l'Arbitrage, 1996, P.100

2 انظر د. مصطفى الجمال ود. عكاشة عبد العال، مرجع سابق، صفحة ٤٩٥.

رضا صريح من هؤلاء الأطراف، فإن طبيعة العلاقة بين الاتفاق الأصلي والاتفاق التحكيمي تبرر - وفق هذا الاتجاه - نقل العقد الثاني بالتبعية للعقد الأول، فاتفاق التحكيم هو نموذج من نماذج الالتزامات الإجرائية المنبثقة عن العقد الأصلي، وتنتقل كتابع من توابع الحق الموضوعي المتولدة عن هذا العقد، وأن مصير اتفاق التحكيم يتبع مصير الالتزامات الجوهرية[1].

➢ **الاتجاه الفقهي المعارض لامتداد شرط التحكيم داخل المجموعة العقدية**

على الجانب الآخر رفض اتجاه آخر[2] امتداد شرط التحكيم داخل المجموعة العقدية، ولم يجد أنصاره صعوبة كبيرة في تأصيل رأيهم، فقد وجدوا في الأصول القانونية التي أرساها القانون المدني خير معين لهم على ذلك، فالمادة ١٤٥ من القانون المدني المصري نصت صراحة على أنه تنصرف آثار العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ثم جاءت المادة ١٥٢ من ذات القانون لتؤكد على أن العقد لا يرتب التزاماً في ذمة الغير، وهو ما يفسره الفقه بأن القوة الملزمة لأي عقد يتحدد نطاقها من حيث الأشخاص باقتصار آثاره على أطرافه فقط دون أن تمتد إلى غيره ممن لم يكن طرفاً فيه، وكذلك يتحدد نطاقه من حيث موضوعه، فلا يتجاوزه لغيره.

والتحكيم بوصفه عقداً من العقود لا يخرج عن تلك القاعدة، ومن ثم فإن كل شخص لم يظهر إرادة واضحة في اللجوء إلى التحكيم لا يجب أن يسري عليه شرط التحكيم، حتى وإن كان وارداً في عقد ضمن مجموعة تعاقدية مرتبطة بالعقد الذي أبرمه ذلك الشخص، ذلك أنه يظل من الغير بالنسبة لكل عقد لم يوقع عليه، ومن ثم غير خاضع لما ورد به من أحكام، خاصة بالنسبة للتحكيم، والذي يعد طريقاً استثنائياً يستوجب موافقة صريحة لمن يطبق عليه، ويتعذر أن يفرض على طرف رغم إرادته.

---

1 انظر د. حسام الدين فتحي ناصف، مرجع سابق، صفحة ١٢.

2 انظر في ذلك د.علي سيد قاسم، مرجع سابق صفحة ٩، د. أحمد الصاوي، مرجع سابق، صفحة ٢٩٤، د. عاطف الفقي، مرجع سابق، صفحة ٦٦، د. حسن محمد سليم، مرجع سابق، صفحة ٢٥٦.

وأما كون العقد هو أحد عقود مجموعة تعاقدية فهذا لا يبرر - وفق هذا الاتجاه - الخروج على مبدأ نسبية أثر العقود، فهي نظرية لا زالت غير واضحة والعلاقات فيها تتفاوت على نحو لا يمكن معه التسليم بأنها تقر استثناء على المبدأ المذكور.

ولم يجد هذا الاتجاه صعوبة في أن يجد في أحكام القضاء ما يساند رأيه، فقضاء النقض[1] زاخر بالأحكام التي تكرس مبدأ نسبية أثر العقود، وعدم امتداد شروطه، بما فيها شرط التحكيم، إلى غير أطرافه. كما لا يجد هذا الاتجاه غضاضة في تطبيق ذلك على عقود الإنشاءات، حتى وإن وردت أحكام القضاء بصدد عقود أخرى.

وهكذا يخلص هذا الرأي إلى أن عدم امتداد شرط التحكيم من عقد الى آخر داخل المجموعة العقدية يجد سنده في أكثر من حجة، من أبرزها أن التحكيم طريق استثنائي لفض المنازعات التي تنشأ بين المتحكمين، وهذا من شأنه أن يكون مقصوراً على ما تنصرف اليه إرادة هؤلاء المتحكمين، ولا يمكن أن يمتد من عقد الى آخر، ما لم يكن بينهما ارتباط لا يكتمل بدون الجمع بينهما. ولا يمكن اعتبار وجود وحدة اقتصادية بين مجموعة من العقود مبرر كاف لامتداد هذا الشرط، ذلك أن تلك الوحدة ليس من شأنها أن تؤثر على أن التحكيم هو عقد رضائي، وأنه لا يمكن أن تقوم له قائمة ما لم يكن أطرافه قد ارتضوا صراحة اللجوء إليه بديلاً عن القضاء، وحددوا له نطاقه ورسموا إجراءاته وسلطات الهيئة التي تتولى ممارسته، أو على الأقل وضعوا أساس ذلك[2].

---

1 انظر على سبيل المثال نقض مدني، الطعن رقم ٥١٠ لسنة ٣٥ قضائية، جلسة ١٩٧١/١/٢٠، وأكدت المحكمة في هذا الحكم على أنه إذا لم تكن الشركة الناقلة طرفاً في العقد المشتمل على شرط التحكيم، فإن حقوقها والتزاماتها تتحدد على أساس عقد النقل المبرم بينها وبين الشركة والبائعة، ولا يمتد شرط التحكيم إلى الشركة الناقلة، ولا يجوز التمسك له عند قيام النزاع بينهما تطبيقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد.

2 انظر د. محمود سمير الشرقاوي، اتفاق التحكيم مع إشارة خاصة إلى القانون المصري، ورقة عمل مقدمة إلى الملتقى العربي الأول "التحكيم والوسائل البديلة لتسوية المنازعات"، بالتعاون بين المنظمة العربية للتنمية الإدارية والمركز اللبناني للتحكيم ببيروت، والمنعقد ببيروت في الفترة من ٣١ مايو - ٢ يونيو ٢٠١٠، صفحة ٨.

وهذا كله يتم في إطار نوع من الاستقلال القانوني لكل عقد من العقود، فيكون لكل عقد أطرافه وموضوعه وقواعده الخاصة به، ومن ثم تنتفي الآثار التي قد تنشأ عن أية رابطة تجمع بين مجموعة من العقود إزاء تلك الاستقلالية[1].

➢ **رأينا الخاص**

إذا كان لنا أن نبدي رأياً في هذا الشأن، فإننا وإن كنا نرى أن للاتجاه الأخير وجاهته التي تستقيم مع الفهم الصحيح لمبدأ نسبية أثر العقود، وتنسجم في ذات الوقت مع طبيعة التحكيم، وما تمليه من اعتبارات خاصة برضاء الأطراف، وأنه لا يمكن أن يكون نظاماً إجبارياً يذعن إليه أحد الأطراف دون قبول مسبق منه، إلا أننا، وفي ذات الوقت، لا يمكن أن نغفل عاملاً هاماً هنا، ونقصد به الوحدة التي تربط تلك العقود ببعضها، ويكون من غير المقبول أن نعامل العقود التي تجمعها رابطة بنفس معاملة العقود التي لا تجمعها مثل تلك الرابطة، وإلا غدا ذلك تجاهلاً غير مبرر لعامل مؤثر في العلاقة التعاقدية.

ومؤدى ذلك أن يكون الأصل هو عدم امتداد شرط التحكيم من عقد إلى آخر، حتى وإن كان العقدان ضمن مجموعة عقدية واحدة، إلا أن هذا الأصل يمكن أن يرد عليه استثناءات يتم تقديرها في كل حالة على حده وفق ظروف التعاقد وأطرافه وموضوعه وغير ذلك مما يفرض ارتباطاً يصعب معه القول بانعزال شرط التحكيم الوارد في أحدهما عن الآخر الخالي من مثل هذا الشرط، بحيث يمكن القول بأنه لا يمتد شرط التحكيم من عقد الى آخر ما لم يكن هناك مبرر قانوني يجيز مثل هذا الامتداد[2].

ومن الظروف التي يتعين الوقوف عليها للقول بامتداد شرط التحكيم من عقد إلى غيره أن يكون هذا الشرط قد ورد بين نفس

---

1 انظر في تأييد ذلك د.علي سيد قاسم، مرجع سابق صفحة ٦٩ ، د. أحمد الصاوي، مرجع سابق، صفحة ٢١٥، د. عاطف الفقي، مرجع سابق، صفحة ٦٦.

2 انظر د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية تأصيلية، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١، صفحة ٢٤٧.

الأطراف في إطار تنفيذ نفس العملية التجارية التي ينظمها العقد الآخر، أو أن يكون هناك تجانس بين عقود المجموعة التعاقدية، بحيث يجمعها هدف مشترك، وبحيث تكمل العقود بعضها البعض، كما لو كان احد العقود قد أبرم بغرض تشييد مشروع معين، ثم تبعه عقد آخر ينظم إعمالا توسعية لذات المشروع، فلا نجد في مثل هذه الحالات ما يحول دون مد شرط التحكيم بصورة تلقائية من عقد إلى آخر، ودون الحاجة إلى وجود إحالة، ذلك أن ارتباط العقود في هذه الحالات من شأنه أن يفترض معه وجود إرادة ضمنية باللجوء إلى التحكيم حتى مع خلو الاتفاق اللاحق من النص على ذلك، طالما ورد ذلك في الاتفاق الأول[1].

وبمفهوم المخالفة، فإنه لا يمكن القول بأن مجرد ذكر شرط التحكيم في أحد عقود المجموعة العقدية من شأنه أن يمد نطاق التحكيم إلى عقد يبرم في إطار تلك المجموعة، فشرط التحكيم الوارد في أحد العقود التي ابرمها رب العمل مع احد المقاولين لا يسري بالضرورة بالنسبة لعقد آخر أبرمه رب العمل مع مقاول آخر، ولو كان ذلك في إطار تنفيذ ذات المشروع.

صفوة القول إذن أن مناط امتداد شرط التحكيم في مجموعة العقود هو إما إرادة الأطراف الصريحة، أو إرادتهم الضمنية التي تقطع ظروف التعاقد وملابساتها باتجاهها إلى مد شرط التحكيم من عقد إلى آخر.

المطلب الثاني

نطاق شرط التحكيم في مجموعة الشركات

النطاق الآخر الذي نحاول تحديده من خلال هذه الدراسة يتعلق بتجمع عدد من الشركات، من خلال إحدى صور اتفاقات التعاون التي

---

1 يذهب البعض هنا إلى أن ما ورد في الاتفاق اللاحق يعد بمثابة تعديل لما ورد في الاتفاق الأول، والمتضمن شرط التحكيم، وهو ما يبرر امتداد شرط التحكيم إلى الاتفاق الثاني، رغم خلوه منه.
انظر د. فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، الإسكندرية، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٧، صفحة ١٧٠.

عرضنا لها من قبل لانجاز المشروع موضوع العقد الدولي للإنشاءات، مع تمتع كل شركة باستقلالها عن باقي الشركات الأعضاء في ذلك التجمع، أو بعبارة أخرى حين لا ينشأ عن هذا التجمع شخصية قانونية مستقلة عن شخصية الشركات الأعضاء فيه.

ولا شك أن هذا الفرض قائم بشكل واضح في العقود الدولية للإنشاءات، وذلك نظراً لضخامة المشروعات التي تبرم هذه العقود من أجل تنفيذها، مما يدعو إلى تدخل أكثر من شركة لإتمام هذا التنفيذ، بحيث يناط بكل شركة القيام بدور معين يتم تحديده بموجب الاتفاق المبرم معها في هذا الشأن، والذي قد يتضمن الى جوار ذلك النص على التحكيم كوسيلة لفض ما ينشأ عن ذلك الاتفاق من منازعات، في حين لا يرد نفس ذلك الشرط في العقد المبرم مع شركة أخرى بغرض تنفيذ جزء آخر من ذات المشروع، وهنا يثور التساؤل حول امتداد شرط التحكيم الوارد في أحد هذه الاتفاقات إلى اتفاق آخر لم يرد فيه مثل ذلك الشرط.

ويجدر بنا قبل أن نشرع في الإجابة على هذا التساؤل أن نحاول تحديد نطاقه في هذه الدراسة على نحو دقيق، ذلك أن مجاله يبدو بشكل واضح حين يقوم رب العمل بإبرام العقد الأصلي مع شركة واحدة، بحيث تتولى تلك الشركة فيما بعد تكوين الكونسرتيوم من خلال الدخول في علاقات تعاقدية مع شركات أخرى لتنفيذ المشروع المطلوب، حيث تبدو أهمية الإجابة على هذا التساؤل وما إذا كان من الممكن أن يمتد شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي المبرم بين رب العمل والشركة إلى العقود التي تبرم فيما بعد بين تلك الشركة والشركات الأخرى بغرض تنفيذ ما جاء في العقد الأصلي، والتي قد لا تتضمن مثل هذا الشرط، خاصة في ضوء عدم وجود علاقة مباشرة بين رب العمل وتلك الشركات، حيث تعد بالنسبة له مثل المقاول من الباطن.

في المقابل، لا تبدو لهذا السؤال ذات الأهمية حين تأخذ اتفاقات التعاون صورة مجموعة من العقود التي يبرمها رب العمل مع أعضاء الكونسرتيوم، بحيث تحدد بنود كل عقد من تلك العقود ملامح العلاقة

بين رب العمل والشركة المتعاقد معها، بما في ذلك آلية تسوية المنازعات الناشئة عنها، وما إذا كانت هي التحكيم أم لا[1].

كذلك يبدو من المناسب أن نخرج من نطاق هذه الدراسة حالة ما إذا كان الأمر يتعلق بشرط تحكيم قامت الشركة بالتوقيع عليه بشأن عمل يتعلق بالفرع، ذلك أن هذا الشرط يلزمها كما يلزم الفرع التابع لها، كون الفرع لا يتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الشركة التي يتبعها، وذلك خلافاً للشركة التابعة لإحدى الشركات القابضة، حيث تتمتع كل منها بشخصيتها المعنوية المستقلة، والتي من شأنها أن تجعل للإجابة على السؤال السابق أهميتها.

وأخيراً فإنه قد يتم الاتفاق بين الأعضاء في المجموعة على تسوية منازعاتهم الداخلية أو الخارجية عن طريق التحكيم. وإن كان الغالب أن المنازعات الداخلية، وهي التي تنشأ بين الشركات في داخل المجموعة، يتم تسويتها بالطرق الودية كالوساطة والصلح، وذلك حفاظاً من تلك الشركات على سمعة المجموعة وعدم المساس بها، وذلك خلافاً للمنازعات الخارجية، وهي التي تنشأ بين شركة أو أكثر من المجموعة وشخص أو أشخاص من الغير، حيث يكون اللجوء فيها إلى التحكيم واضحاً.

بعد هذا التحديد يكون من المناسب أن نشير الى أن مجموعة الشركات تقوم على وجود أكثر من شركة تتمتع كل منها بشخصيتها القانونية وذكتها المالية المستقلة، ولكنها وفي ذات الوقت تخضع لسيطرة شركة واحدة، هي الشركة الأم، والتي يكون لها سلطات على الشركات التابعة لها ، بحيث تظهر هذه الشركات جميعها في النهاية كمل لو كانت مجموعة واحدة، وبعبارة أخرى فإن هناك وحدة اقتصادية تجمع بين هذه الشركات، فتظهر وكأنها وحدة برغم ما تتمع به من استقلال، وتظهر

---

1 تسمى هذه الصورة بالكونسرتيوم الأفقي تميزاً لها عن الصورة الأخرى المشار اليها أعلاه والتي تسمى بالكونسرتيوم الرأسي.
لمزيد التفاصيل راجع د. أحمد حسان مطاوع، مرجع سابق، صفحة ٢١٩.

الشركة الأم بالدور الرئيسي في قيادة تلك الشركات بما تمارسه من سيطرة أو تحكم عليها[1]، وتبدو السيطرة في أكثر من صورة من أبرزها تملك الشركة الأم لأغلبية رأس مال الشركات التابعة لها، أو التحكم في تشكيل مجالس إداراتها أو توجيه جمعياتها العمومية.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن تجمع الشركات يختلف عن اندماجها، ذلك أنه في حالة الاندماج إما أن تزول الشخصية الاعتبارية للشركات المندمجة لصالح الشركة الدامجة والتي تتمتع وحدها بتلك الشخصية، وهو ما يعرف بالاندماج بالضم، أو تزول جميع الشركات المندمجة لصالح شركة جديدة تظهر بشخصية اعتبارية مستقلة عن شخصية كل من الشركات المندمجة، وهو ما يعرف بالاندماج بالمزج، وفي كل الأحوال تفقد الشركات المندمجة الكيان القانوني الذي كانت تتمتع به، وذلك في سبيل تمتع الشركة الدامجة بذلك.

أما في حال تجمع الشركات فالأمر يبدو مختلفاً، ذلك أن كل شركة تحتفظ باستقلالها القانوني والمالي والإداري، فيظل لها أصولها وعملاؤها ومعاملاتها الخاصة بها دون أن تتمتع المجموعة بالشخصية المعنوية على غرار الشركات المكونة لها[2].

بناء على ما سبق يمكن لنا تعريف مجموعة الشركات بأنها "تجمع عدد من الشركات التي تتمتع فيه كل شركة بشخصية قانونية مستقلة، وذلك دون أن يتمتع التجمع نفسه بالشخصية القانونية، وإن كان هناك وحدة في القرارات والرقابة والإدارة".

فإذا عدنا بعد ذلك إلى السؤال الذي طرحناه من قبل بشأن مدى امتداد شرط التحكيم الذي تبرمه إحدى الشركات الأعضاء في المجموعة والقائمة على تنفيذ إحدى مراحل المشروع إلى شركة أخرى في نفس المجموعة لم توقع على هذا الشرط، وهل يمتد الاتفاق المبرم بين شركتين في المجموعة والمتضمن مثل ذلك الشرط إلى الشركة الأم التي لم توقع عليه ؟

---

1 انظر د. ناجي عبد المؤمن، المشكلات العملية في التحكيم، الجزء الأول، شرط التحكيم، بدون ناشر، بدون تاريخ نشر، صفحة ١٠٦.

2 انظر د. عاطف الفقي، مرجع سابق، صفحة ٢٤.

إن ظاهر الإجابة على هذا السؤال تبدو في أنه يصعب القول بمثل هذا الامتداد، وذلك انطلاقاً من فكرة نسبية أثر العقود والتي تحدثنا عنها سابقاً، بالإضافة إلى استقلال الشخصية المعنوية لكل شركة من شركات المجموعة، وهو الاستقلال الذي يبرر عدم التزام أي من تلك الشركات بما لم تتفق عليه. إلا أنه ورغم ذلك، فقد فرض الواقع العملي نفسه، وذلك نظراً لانتشار مجموعات الشركات على النطاق الدولي، وبخاصة في مجال العقود الدولية للإنشاءات، وذلك على نحو ما عرضنا له سابقاً، وانتشار شرط التحكيم في العقود التي تبرمها الشركات الأعضاء في تلك المجموعات، فقد فرضت تلك الظروف إعادة النظر في الإجابة على التساؤل السابق على نحو يلاءم بين الاعتبارات القانونية من ناحية، وبين الواقع العملي من ناحية أخرى.

لا شك إن عزوف النصوص التشريعية عن معالجة هذا الأمر قد القي بظلاله على الفقه الذي أخذ يجتهد في هذا الموضوع مؤسساً اتجاهاته في ضوء ما انتهى إليه القضاء التحكيمي من آراء في هذا الصدد، ومستعيناً بمواقف الأنظمة القضائية من هذا الموضوع.

وحقيقة الأمر أن القضاء التحكيمي، شأنه شأن الأنظمة القضائية، لم يتبنى موقفاً موحداً من هذه المسألة، ففي حين رفضت بعض الأنظمة القضائية اعتبار مجموعة الشركات أساسا يمكن الاعتماد عليه للقول بامتداد شرط التحكيم، كما هو الحال مثلاً في القضاء السويسري، بدا الأمر على خلاف ذلك في عدد من الأنظمة القضائية الأخرى، من أبرزها القضاء الفرنسي الذي اتجه إلى القول بامتداد شرط التحكيم داخل مجموعة الشركات عند وجود ما يبرر ذلك من قبل الطرفين، وبين هذا وذلك بدت بعض الأنظمة القضائية غير مستقرة على موقف محدد في هذا الشأن، من أبرزها القضاء الإنجليزي والأمريكي[1].

---

1 **Redfern (A.) & Hunter (M.), Law and Practice of International Commercial Arbitration, London, Sweet & Maxwell, 4th ed. 2004, P.150**

وعلى ذات الدرب بدا الاختلاف بين القضاء التحكيمي، ما بين مؤيد لهذا الامتداد ومعارض له. وهو ما ترك أثره على الموقف الفقهي إزاء هذا الموضوع، وذلك على نحو ما سنوضحه في هذا المطلب من خلال الحديث عن الاتجاه المؤيد لامتداد شرط التحكيم داخل مجموعة الشركات، والاتجاه المعارض له، مع بيان رأينا في هذا الموضوع.

➢ الاتجاه المؤيد لامتداد شرط التحكيم داخل مجموعة الشركات

يقوم هذا الاتجاه على امتداد شرط التحكيم الوارد في عقد مبرم بين شركة تنتمي إلى مجموعة من الشركات إلى باقي شركات المجموعة، سواء كان انتماء الشركة في شكل كونسرتيوم أو مشروع مشترك، وسواء كانت الشركة التي أبرمت هذا العقد هي شركة قابضة أو إحدى الشركات التابعة، وذلك إذا ما كانت هذه المجموعة تهدف إلى تنفيذ مشروع مشترك.

ويبني هذا الاتجاه رأيه على الكثير من الأحكام الصادرة في هذا الشأن، والتي يقطع بأن شرط التحكيم يمتد من عقد لآخر، وإن اختلفت تلك الأحكام في الأسس التي أقامت عليها أحكامها.

ففي فرنسا ذهبت العديد من الأحكام القضائية إلى التأكيد على امتداد شرط التحكيم في مجموعة الشركات، وأقرت بهذا المبدأ سواء فيما يتعلق بامتداد هذا الشرط من العقود التي أبرمتها الشركة الوليدة إلى الشركة الأم أو العقود التي أبرمتها الشركة الأم إلى الشركة الوليدة.

فقد ذهب القضاء الفرنسي في أكثر من حكم له[1] إلى أن شرط التحكيم الموقع من الشركة الوليدة يلزم الشركة الأم حتى وإن لم توقع عليه الأخيرة بنفسها، ومن أبرز تلك الأحكام ما أقرت به محكمة باريس سنة ١٩٨٩[2] بحق الشركة الأم "سوستيه جنرال" في اللجوء إلى التحكيم للمطالبة بالديون المستحقة لشركتيها الوليدتين في ضوء ما انتهت إليه المحكمة من وجود علاقات وثيقة بين شركات المجموعتين، وأن للشركة الأم السيطرة على تلك الشركات الوليدة.

---

1 CA Pau, Nov. 26 1987 Sponsor AB v. Ferdinand Louis Lestrade (1988), Rev. Arb. P. 153 note Chapelle.

2 Paris 3 Oct. 1989, Rev. Arb. 1992, P. 90

وعلى الجانب الآخر، ذهبت محكمة باريس[1] إلى أن الشركة الوليدة يمتد إليها شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بين الشركة الأم والشركات الأخرى، حتى وإن تكن تلك الشركة الوليدة طرفاً في هذا العقد. وكانت الشركة الوليدة في تلك القضية قد أبرمت عقوداً مع عدد من الشركات في إطار تنفيذها لالتزاماتها نحو الشركة الأم.

على جانب لآخر أيد القضاء الانجليزي ذات الاتجاه حين قضى بوقف الدعوى القضائية المرفوعة أمامه[2]، وكانت تلك الدعوى قد رفعت من قبل أحد الشركات التي أبرمت عقداً مع الشركة الأم بقصد استغلال براءة اختراع في مجال إحدى الصناعات الدوائية، وكان هذا العقد متضمناً شرط تحكيم، ولما ثار نزاع بين ذلك المتعاقد وإحدى الشركات التابعة للشركة الأم، ولم يكن بينهما شرط تحكيم، لجأ المتعاقد إلى القضاء الانجليزي مطالباً بحقوقه لوجود شرط تحكيم بين المتعاقد والشركة الأم، وأن هذا الشرط يمتد إلى الشركة التابعة وإن لم توقع عليه، انطلاقاً من فكرة الوحدة الاقتصادية لمجموعة الشركات.

كذلك قضى في أمريكا بذات الاتجاه، واستند القضاء هناك إلى أكثر من نظرية للقول بامتداد شرط التحكيم إلى غير أطرافه، من أبرزها نظيرة Alter ego وفيها يعتد القضاء بظاهر الأمور، فيعتبر الشخص الذي يدير شركة أو شخصاً معنوياً آخر على أنه جزء من ممتلكاته أنه هو المسئول عن الالتزامات والتعهدات المفروضة على ذلك الشخص المعنوي، ويمتد إليه اتفاق التحكيم ولو لم يوقع عليه[3].

---

1 Paris, 27 Avril, 1988, D. 1b 989, IR. P.2, & Paris, 20 Avril 1988, Rev. Arb., 1988

2 Rouselle – Uclaf v. Searle, 6 Oct. 1977, Y.B. Com. Arb. Vol. IV, 1979, P. 317

3 انظر حول هذه الفكرة

Hanotiau (B.), Complex Arbitrations, The Hague, Kluwer Law International, 2006, p. 47

وراجع أيضاً د. محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الثاني، التحكيم متعدد الأطراف، صفحة ٥١.

وقد قضت محكمة الاستئناف الأمريكية[1] بامتداد شرط التحكيم إلى بعض الشركات التي ليست طرفاً فيه، وذلك في قضية عرضت عليها، تخلص وقائعها في قيام كل من شركة (Enron) و (Smith) في إبرام عقد بناء وتشييد وإدارة محطة توليد طاقة كهربائية، وأدرجا به شرط تحكيم، ثم تنازلت الشركتان عن حقوقهما في المشروع إلى شركات أخرى تابعة لهما، والتي نشبت بينهما نزاع في وقت لاحق، فأقامت الشركة التابعة لشركة Smith دعوى أمام المحاكم الأمريكية ضد شركة Enron حتى تدفع شرط التحكيم الوارد في العقود التي أبرمتها الشركتان الأم، وهنا قضت الدائرة الثانية بمحكمة الاستئناف الأمريكية بامتداد شرط التحكيم ليشمل شركة Enron بالرغم من أنها لم تعد طرفاً في الاتفاق.

أما على صعيد القضاء التحكيمي، فقد صدرت العديد من الأحكام التي تؤيد هذا الاتجاه، وظهر أكثر من تبرير في هذا الشأن من أبرزها ما جاء في الحكم الصادر في الدعوى رقم ٢٣٧٥/ ١٩٧٥ من أن "القواعد الأصلية لمجتمع التجار الدولي تقضي باختصاص المحكمة في مواجهتهما، لأن الشركتين الأم بتوقيعهما على البرتوكول تكونا قد اشترطتا لنفسيهما وللفروع المعنية ما ورد بهذا البرتوكول". كما جاء في الحكم الصادر في الدعوى رقم (١٥١٠/ ١٩٨٠) انه "ليس من المعقول ولا من مقتضيات العمل استبعاد طلبات الشركات ذات الشأن في النزاع من اختصاصات المحكمين، وهم الأعضاء في نفس المجموعة"[2].

وفي حكم صدر عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي سنة ١٩٩٩ [3] أقرت هيئة التحكيم بموجبه امتداد شرط التحكيم إلى الشركة الأم وفقاً لما هو سائد في مجال التجارة الدولية وما صدر عن غرفة التجارة الدولية بباريس في هذا الشأن.

---

1 Smith Enron Cogeneration Ltd. Partnership Inc. v. Smith Cogeneration International, Inc. 198 F3d (2nd Cir 1999)

2 مشار إليها لدى د. عاطف الفقي، مرجع سابق، صفحة ٣٤- ٣٥.

3 راجع الدعوى التحكيمية رقم ١٠٩ لسنة ١٩٩٨ الصادرة عن مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم، جلسة ١٩٩٩/٣/١١.

وكانت وقائع القضية تدور حول عقد وكالة دولية أبرم بين الشركة الوكيلة والشركة الأم (شركة أمريكية) والشركة الوليدة (شركة قبرصية)، ولما ثار النزاع اختصمت الشركة الوكيلة كلا الشركتين وطالبتهما بالتعويض عما لحق بها من أضرار مادية وأدبية نتيجة إنهاء عقد الوكالة، وفي معرض دفاعها قالت الشركة الأم أنه لا يجب اختصامها أمام التحكيم لأنها لم تكن طرفاً في عقد الوكالة الذي تضمن شرط التحكيم، والذي أبرم بين الشركة الوكيلة والشركة الوليدة، مما لا يجوز معه إدخالها في الدعوى استناداً إلى المبدأ السائد في القانون المصري والمتعلق بعدم انصراف آثار العقد إلى الغير، وأن الشركة الوليدة لها شخصية معنوية مستقلة عنها، وأنها ليست خلفاً عاماً لها مما يعني عدم مسؤوليتها – أي الشركة الأم – عن أعمال الشركة الوليدة.

وقد رفضت هيئة التحكيم هذا الدفع، وانتهت، وبشكل واضح، إلى أن شرط التحكيم الذي يدرج في عقد خاص بشركة من ضمن مجموعة شركات يلزم الشركات الأخرى من أعضاء المجموعة، وإن لم توقع هذه الشركات على العقد الذي تضمن شرط التحكيم، ما دامت هذه الشركات قد قامت بالمشاركة في تكوين العقد وتنفيذه وإنهائه.

وفي ذات السياق أكدت إحدى هيئات التحكيم في غرفة التجارة الدولية في باريس في حكم لها صدر في ١٩٨٢/٩/٢٣ [1] على امتداد شرط التحكيم في الحالة التي تتعاقد فيها أكثر من شركة وليدة ثم تشارك عدة شركات أخرى من نفس المجموعة في تنفيذ العقد أو الاستفادة منه، وأكدت الهيئة على هذا الامتداد حتى ولو كانت كل شركة تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الأخرى طالما كانت تلك الشركات تعمل في إطار حقيقة اقتصادية واحدة.

في ضوء ما سبق من أحكام، قضائية وتحكيمية، وما سار على هديها في إطار دعم امتداد شرط التحكيم في مجموعة الشركات بدا واضحاً أن

---

1 Sentence CCI. No. 4131 (1982) Dow Chemical International C/ Isover Saint Gobain. Rev. Arb. 1984, p. 139.

هذا الاتجاه يرتكز على أكثر من أساس، من أهمها فكرة الإرادة المشتركة للشركات الداخلة في المجموعة، وما تقتضيه تلك الفكرة من اعتبار أن الالتزام بشرط التحكيم إنما يستخلص من إرادة الأطراف المشتركة ، والتي يمكن أن تستخلص بدورها من الانضمام إلى المجموعة، حيث تلتزم الشركة بشرط التحكيم المنصوص عليه في إحدى العقود، حتى ولو لم تكن قد وقعت على هذه العقد، وذلك استناداً إلى تلك الفكرة.

ومن الأسس الأخرى التي ارتكزت عليها الأحكام الصادرة بدعم هذا الاتجاه فكرة الإرادة الضمنية، وهي الإرادة التي يتعين التعويل عليها حال غياب الإرادة الصريحة للأطراف الأعضاء في المجموعة، وهذه الإرادة الضمنية يمكن أن تستشف في حالة مجموعة الشركات من قيام إحدى الشركات بإبرام العقد أو تنفيذه، حتى وإن لم تعبر صراحة عن رغبتها في الالتزام بشرط التحكيم من خلال التوقيع على الاتفاق الذي يتضمنه.

كذلك وجدت بعض الأحكام المؤيدة لهذا الاتجاه سنداً لها فيما يسمى بالوجود الواقعي لمجموعة الشركات، وذلك كوحدة اقتصادية فرضتها ظروف الواقع، وأملت احتياجات المجتمع الدولي ضرورة التعامل معها على نحو يسمح بامتداد شرط التحكيم من عقد الى آخر طالما كانت أطرافه شركات تنتمي الى ذات الوحدة الاقتصادية.

➢ الاتجاه المعارض لامتداد شرط التحكيم داخل مجموعة الشركات

على الجانب الآخر ذهب اتجاه إلى أن شرط التحكيم الوارد في عقد مبرم بين شركة تنتمي إلى مجموعة من الشركات وشخص من الغير لا يمتد إلى شركة أخرى أو شركات تنتمي إلى نفس المجموعة طالما أنها لم توقع عليه.

وقوام هذا الرأي وأساسه هو فكرة الشخصية الاعتبارية المستقلة لكل شركة، والتي يتأبى معها إلزام شركة بغير ما وقعت عليه واتجهت إرادتها صراحة إلى الالتزام به، وهو ما عبرت عنه عدد من الأحكام القضائية والتحكيمية على السواء.

ففي نطاق الأحكام القضائية على الصعيد الدولي، ذهب القضاء الأمريكي[1] إلى رفض الطلب المقدم إليه في إحدى القضايا بوقف الإجراءات القضائية واللجوء إلى التحكيم، واشترط القضاء في تلك القضية والتي كان المدعى فيها شركتان أمريكيتان ضد أربع شركات يابانية أنه لكي يتم اللجوء الى التحكيم لا بد وأن توقع كافة الشركات اليابانية المدعى عليها على ما يفيد موافقتها على اللجوء إلى التحكيم والالتزام بما يصدر عنه من قرارات، وكانت بعض الشركات المدعى عليها قد وافقت على اللجوء إلى التحكيم في هذه القضية، بينما رفضت شركات أخرى ذلك.

أما على الصعيد المحلي فقد ذهبت محكمة استئناف القاهرة[2] صراحة إلى بطلان حكم التحكيم الذي قضى بامتداد شرط التحكيم إلى شركة لم توقع عليه ولم تكن طرفاً فيه، وكان حكم التحكيم الصادر في القضية المنظورة أمام محكمة الاستئناف قد قضى بامتداد اتفاق التحكيم استناداً إلى أن الشركتين تجمعهما وحدة اقتصادية واحدة، وأسس حكم الاستئناف قضاءه على أن الشركة الأولى لم تكن طرفاً في النزاع، وأنها لم تتفق على اختيار التحكيم طريقاً للتقاضي، مما يستوجب بطلان حكم التحكيم الصادر ضدها بطلاناً متعلقاً بالنظام العام على نحو تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها.

وكانت محكمة النقض المصرية قد أصدرت حكماً قضت فيه بأن "مجرد كون أحد أطراف خصومة التحكيم شركة ضمن مجموعة شركات تساهم شركة أم في رأسمالها لا يعد دليلاً كافياً على التزام الأخيرة بالعقود التي تبرمها الأولى المشتملة على شرط التحكيم، ما لم يثبت أنها تدخلت

---

1 **Dale Metals & ODC v. Kiwa Chemical TMK & Al, 442 F. (S.D.N.Y. 1977)**

مشار إليه لدى د. عاطف الفقي، مرجع سابق، صفحة ٤٥.

2 راجع حكم محكمة استئناف القاهرة، الدائرة ٦٢ تجاري في ٢٠٠٢/٨/٥ في الدعوى رقم ٨٣ لسنة ١١٨ ق.

في تنفيذها أو تسببت في وقوع خلط بشأن الملتزم به على نحو تختلط إراداتها مع إرادة الشركة الأخرى"[1].

أما على صعيد القضاء التحكيمي فقد صدرت العديد من الأحكام التي تؤيد هذا الاتجاه بوضوح وتؤسس له باعتبارات مختلفة لعل من أبرزها حكم التحكيم الصادر في الدعوى رقم ٤٤٠٢/١٩٨٣[2]، والذي قضى برفض امتداد شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي الذي أبرمته الشركة التابعة إلى الشركة الأم التي لم توقع على العقد، مؤسسة مثل هذا الرفض على أسس أولها أن التحكيم قضاء استثنائي، وثانيها أن اتفاق التحكيم كان يجب أن يكون مكتوباً وموقعاً عليه من الأطراف وفق القانون السويسري باعتباره القانون الواجب التطبيق، ثالثها أن كل شركة من شركات المجموعة تتمتع باستقلال شخصيتها القانونية، رابعها أنه كان يجب على المدعي أن يثبت أن الشركة الأم طرف في الاتفاق، خامسها أنه كان ينبغي على الشركة المدعية أن تطلب من الشركة الأم المدعى عليها إلزامها بالاتفاق قبل إبرامه إذا ما كانت ترغب في ذلك.

➢ **رأينا الخاص:**

بعد أن عرضنا للاتجاهات المختلفة بشأن امتداد اتفاق التحكيم في مجموعة الشركات، بقي لنا أن نبين موقفنا من هذا الموضوع، وما يمكن أن نتبناه بشأن اتفاقات التعاون التي تبرم في اطار العقود الدولية للإنشاءات، ذلك أن لهذه العقود طبيعة خاصة كونها تبرم في إطار مبادئ التجارة الدولية. وغني عن البيان أن التجارة الدولية تستمد كثيراً من الأحكام المنظمة لها من العادات والأعراف المهنية التي يجري العمل بها لفترات طويلة حتى تستقر في يقين المتعاملين في هذا المجال باعتبارها سلوكاً ملزماً لهم، وهو ما يترك بدوره أثراً على هيئات التحكيم التي تتولى الفصل في

---

1 راجع حكم محكمة النقض الصادر في ٢٠٠٤/٦/٢٢ في الطعنين رقمي ٤٧٢٩ و ٤٧٣٠ لسنة ٧٢ ق.

2 Sentence No. 4402 / 1983, Y. B. Com. Arb. Vol. IX , 1984, P.138

المنازعات الناشئة عن تلك العقود حيث يصعب عليها أن تتجاهل مثل الاعتبارات عند النظر في القضايا المعروضة عليها.

إلا أنه ومن ناحية أخرى يبدو من غير المقبول الافتئات على ما استقر العمل عليه في مجال القانون بشكل عام، وفي إطار التحكيم على وجه الخصوص. فالتحكيم نظام قوامه التراضي، بل إن القوانين تتشدد في هذا الشأن بشكل كبير فتجعل من التعبير عن التراضي بالكتابة أمراً لازماً لانعقاد التحكيم أو لإثباته كحد أدنى، وهذا أمر منطقي في ضوء أن التحكيم هو طريق استثنائي لفض المنازعات، والقانون إذ يقره فإنما يعطي لأطرافه الحق في الخروج على أحد المبادئ الدستورية الهامة والمتمثلة في حق كل شخص في اللجوء الى قاضيه الطبيعي.

وإذا كانت كل شركة من شركات المجموعة تتمتع بشخصية قانونية مستقلة فإن الامتداد التلقائي لشرط التحكيم من شأنه أن يصطدم بالضرورة مع الطبيعة الرضائية للتحكيم، حيث يفرض تحكيماً على أطراف لم يظهروا رغبتهم في تسوية منازعاتهم عن طريق التحكيم.

انطلاقاً مما سبق، وفي محاولة للتوفيق بين تلك الاعتبارات المختلفة يمكن لنا القول بأن امتداد شرط التحكيم في مجموعة الشركات هو أمر تفرضه الاعتبارات العملية، وأنه من ثم يتعين البحث له عن أساس قانوني ينسجم مع أصول التحكيم ومبادئه التي يقوم عليها.

وإذا كنا قد عرضنا لبعض الأسس القانونية التي أقامت عليها أحكام التحكيم والقضاء ممن يؤيد اتجاه امتداد شرط التحكيم قضاءها، فإننا نرى أنه يصعب تجاهل إرادة أطراف التحكيم كلية عند الحديث عن امتداد شرط التحكيم، وأنه في حال غياب الإرادة الصريحة للأطراف فلا مناص من البحث عن الإرادة الضمنية لهم، فإذا ما كانت تلك الإرادة تكشف وبوضح عن رغبتهم في اللجوء إلى التحكيم، فإنه يتعين الاعتداد بها والتسليم بأثرها في امتداد شرط التحكيم، ويكون الكشف عن تلك الإرادة الضمنية من خلال مظاهر لا تدع مجالاً للشك في دلالة ما يستخلص منها، ومن أبرز تلك المظاهر وأكثرها شيوعاً في مجال العقود

الدولية للإنشاءات اشتراك الشركة أو مجموعة الشركات في تنفيذ العقد الأصلي، كذلك دخول الشركة أو مجموعة الشركات في عملية المفاوضات السابقة لإبرام العقد المتضمن شرط التحكيم، وأنها على علم تام بوجود شرط التحكيم.

على أن يظل ماثلاً في الذهن دائماً أن مثل هذه النتيجة إنما تمثل استثناء على القاعدة المستقر على العمل بها بشأن نسبية أثر العقود، واقتصار أثرها على أطرافها الموقعين عليها ، وأن القانون لم ينص على تلك الحالة من بين الحالات التي يمكن أن يمتد فيها أثر العقد إلى الغير ممن يتمتع بشخصية قانونية مستقلة، وأن هذا الاستثناء يتعين عدم التوسع فيه، وإنما يكون في الحالات التي تقتضي الظروف بالضرورة الأخذ به، وفي ضوء ما ذكرنا من ضوابط تكشف وتجلاء عن إرادة ضمنية للشركات المعنية بمثل هذا الامتداد، ودونما تعارض واضح مع نصوص قانونية يمكن أن تحول دون الأخذ به، كما لو كان القانون يشترط موافقة الأطراف الكتابية لانعقاد التحكيم والاعتراف به، ويرتب البطلان على تخلف ذلك، إذ يصعب القول في هذه الحالة بفكرة الإرادة الضمنية للأطراف كأساس لامتداد شرط التحكيم من شركة إلى أخرى، في حين يمكن القول بتلك الفكرة إذا ما كان القانون ينظر إلى الكتابة كشرط لإثبات التحكيم وليس لانعقاده.

خاتمة

تأتي هذه الدراسة في ضوء الأهمية المتزايدة للعقود الدولية للإنشاءات، وما يكتنفها من صعوبات ومشكلات في التنفيذ، والتي تظهر بشكل أساسي نظراً للخصوصية التي تتمتع بها العقود الدولية للإنشاءات من كونها عقوداً مركبة يتدخل في تنفيذها أشخاص متعددون، حيث يقوم كل منهم بنشاط يتم تحديده في إطار ما يتم الاتفاق عليه بين رب العمل وباقي أطراف العقد، كما يزيد من أهمية هذه الدراسة أن هذه العقود غالباً ما تكون عقوداً دولية، وتخضع للأحكام القانونية التي تحكم عقود القانون الخاص، حتى وإن كانت الدولة طرفاً فيها، ويجد المتعاملون في

هذا النوع من العقود في التحكيم الأداة المناسبة لتسوية المنازعات التي قد تنشأ بينهم، وذلك لما ينطوي عليه من مزايا تكفل لهم حلولاً سريعة ومناسبة، وهنا يأتي موضوع هذه الدراسة بشكل محدد حول نطاق اتفاق التحكيم بالنسبة لاتفاقات التعاون التي تبرم بصدد تنفيذ العقود الدولية للإنشاءات، ومدى امتداده إلى غير أطرافه ممن ارتضوا به بديلاً عن القضاء.

وقد تناولنا موضوع هذه الدراسة من خلال فصلين، خصصنا أولهما لاتفاقات التعاون في العقود الدولية للإنشاءات، وذلك باعتبارها تمثل محور هذه الدراسة، حيث تناولنا في البداية المقصود بالعقود الدولية للإنشاءات وخصائصها وتمييزها عن غيرها، ثم انتقلنا بعد ذلك إلى المقصود باتفاقات التعاون وأنواعها المختلفة، واستعرضنا أهم تلك الأنواع وأكثرها شيوعاً في العمل وهما اتفاقات الكونستريوم واتفاق المشروع الدولي المشترك.

ثم انتقلنا في الفصل الثاني من الدراسة إلى الحديث عن نطاق شرط التحكيم في اتفاقات التعاون، فبينا القاعدة العامة في شأن نطاق اتفاق التحكيم والدوافع التي تبرر الخروج عليها، وذلك قبل أن نتناول نطاق شرط التحكيم في اتفاقات التعاون سواء كان ذلك في مجموعة العقود أو في مجموعة الشركات، حيث عرضنا للاتجاهات المختلفة مع بيان رأينا الخاص في كل مسألة منها.

وفي النهاية نجمل القول بأن الطبيعة الخاصة للعقود الدولية للإنشاءات تقتضي ضرورة الاعتداد بإرادة الأطراف في امتداد شرط التحكيم إلى أطراف العقود الأخرى المكونة للمجموعة العقدية التي ينتمي إليها العقد الوارد به شرط التحكيم دون أن يعد ذلك استثناء عن الأصل العام بشأن نسبية أثار اتفاق التحكيم، وأن على المتعاملين في هذا المجال إدراك طبيعة الأعمال القائمين على تنفيذها، والآثار التي يمكن أن تنتج عنها، وبخاصة ما قد لا يكون متوافقاً مع القواعد العامة المطبقة في عقود أخرى.

تم بحمد الله

المراجع

أولاً : باللغة العربية

١. د. أبو العلا النمر، القانون واجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٩

٢. د. أحمد السعيد زقرد، عقود البوت واليات الدولة العالمية، تقرير نقدم إلى مؤتمر كلية الحقوق بجامعة المنصورة بعنوان"مؤتمر التأثيرات القانونية والاقتصادية والسياسية للعولمة على مصر والعالم العربي" في الفترة من ٢٦ – ٢٧ مارس ٢٠٠٢

٣. د. أحمد السيد الصاوي، أثر الأحكام بالنسبة للغير، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٩

٤. د. أحمد حسان حافظ مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٧

٥. د. أحمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، بدون ناشر، بدون تاريخ نشر

٦. د. أحمد محمد الصاوي، تسوية المنازعات الناشئة عن العقود الدولية للبناء والتشييد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة ٢٠١٢

٧. د. أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية تأصيلية، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١،

٨. د. جابر جاد نصار، عقود BOT والتطور الحديث لعقد الالتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٢

٩. د. جميل الشرقاوي، محاضرات في العقود الدولية، دبلوم قانون التجارة الدولية، كلية الحقوق بجامعة عين شمس، ١٩٩١- ١٩٩٢

١٠. د. حسام الدين فتحي ناصف، نقل اتفاق التحكيم – دراسة مقارنة لقواعد التنازع والقواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على النقل الاتفاقي والقانوني لاتفاق التحكيم في ضوء القانون والقضاء المقارن والاتفاقيات الدولية ولوائح هيئات التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٣

١١. د. رضا السيد عبد الحميد، مسائل في التحكيم، الكتاب الخامس، مد أثر شروط التحكيم بين عقود المقاولة، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٩

١٢. د. رضا متولي وهدان، انتقال آثار العقود إلى الخلف الخاص، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة ١٩٩٩
١٣. د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٤
١٤. د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، القاهرة، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة الخامسة، ١٩٩١
١٥. د. عاطف شهاب، اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي، سنة ١٩٩٧
١٦. د. عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري متعدد الأطراف، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٧
١٧. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٣
١٨. د. عصام الدين بسيم، الجوانب القانونية للمشروعات الدولية المشتركة في الدول الآخذة في النمو، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، سنة ١٩٨٤
١٩. د. علي سيد قاسم، نسبية اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ.
٢٠. د.عوض الله شيبة الحمد السيد، النظام القانوني لعقود إنشاءات المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة (مع دراسة تطبيقية على العقود المصرية)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة أسيوط، سنة ١٩٩٢
٢١. د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١
٢٢. د. فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، الإسكندرية، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٧
٢٣. د. ماجد عمار، النظام القانوني لكونسرتيوم المقاولات، بحث منشور في مقاولات الأعمال المدنية، القاهرة، طبعة مكتب الشلقاني للاستشارات القانونية والمحاماة، سنة ١٩٩٥،
٢٤. د.ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقود BOT، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق- جامعة الزقازيق، سنة ٢٠٠٤
٢٥. د. محسن شفيق، عقد تسليم المفتاح، نموذج من عقود التنمية، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر

٢٦. د. محمد فريد العريني، الشركات التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.
٢٧. د. محمد شوقي شاهين، الشركات المشتركة، بدون ناشر، سنة ١٩٩٠
٢٨. د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلب الحقوقية، بدون تاريخ
٢٩. د. محمد محمد بدران، عقد الإنشاءات في القانون المصري، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠١
٣٠. د. محمد نور شحاتة، مفهوم الغير في التحكيم، دراسة لمبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الثالث للتحكيم التجاري الدولي المنعقد في القاهرة في الفترة من ١٣- ١٤ ابريل
٣١. د. محي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الثاني، التحكيم متعدد الأطراف، بدون ناشر
٣٢. د. محمود سمير الشرقاوي، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، مقال منشور في مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية، مجلة تصدرها جامعة القاهرة، العدد ٣ ، ابريل ١٩٩٦
٣٣. د. محمود سمير الشرقاوي، اتفاق التحكيم مع إشارة خاصة إلى القانون المصري، ورقة عمل مقدمة إلى الملتقى العربي الأول "التحكيم والوسائل البديلة لتسوية المنازعات"، بالتعاون بين المنظمة العربية للتنمية الإدارية والمركز اللبناني للتحكيم ببيروت، والمنعقد ببيروت في الفترة من ٣١ مايو – ٢ يونيو ٢٠١٠
٣٤. د. مصطفى رشدي شيحة، بعض المظاهر المالية والقانونية لعقد المقاولة الدولي، بحث منشور في كتاب مقاولات الأعمال المدنية، والصادر عن مكتب الشلقاني للمحاماة والاستشارات القانونية، القاهرة، ١٩٩٥
٣٥. د. مصطفى محمد الجمال و د. عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٨
٣٦. د. منصور محمد عبد الرحمن، النظام القانوني وقواعد التحكيم لإقامة المشروعات الاستثمارية بنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية BOT، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة عين شمس، سنة ٢٠٠٩
٣٧. د. ناجي عبد المؤمن، المشكلات العملية في التحكيم، الجزء الأول، شرط التحكيم، بدون ناشر، بدون تاريخ نشر.

٣٨. د. هاني صلاح سري الدين، اتفاقات الكونسرتيوم وغيرها من اتفاقات التعاون في صناعة الإنشاءات الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ١٩٩٩

٣٩. د. هاني صلاح سري الدين، التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات البنية الأساسية الممولة عن طريق القطاع الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠١

٤٠. د. هشام خالد، ماهية العقد الدولي، الإسكندرية، منشأة المعارف، ٢٠٠٧

ثانياً: باللغة الأجنبية

- **Cushman (R.) & Myers (J.), Construction Law Handbook, New York, Aspin Law & Business, Vol. 1 , 1999**
- **D. Cohen, Arbitrage et Groupes de Contrats, Rev. Arb, 1997**
- **Dimatteo (L.), Law of International Contracting, The Haugue, Kluwer Law International, 2 ed., 2009**
- **E. Loquin, Arbitrage et Cautionnrment, Rev. arab, 1994**
- **Glavinis (PH.), Le Contrat International de Construction, Paris, GLN Joly 1993**
- **Hanotiau (B.), Complex Arbitrations, The Hague, Kluwer Law International, 2006**
- **Mercadal (B.), Janin (P.), Les Contrat de Cooperation inter-Interprises, 1re ed., Paris**
- **Mutze (M.), Senff (T.) & Moller (J.), Real Estate Investment in Germany, Berlin, Springer, 2007**
- **Redfern (A.) & Hunter (M.), Law and Practice of International Commercial Arbitration, London, Sweet & Maxwell, 4th ed. 2004.**