إمتداد أثر إتفاق التحكيم للغير

الأستاذة / عبلة خالد عبد السلام عبد المجيد الفقي

المقدمة

أهمية التحكيم:

التحكيم بما يقدمه للخصوم من مزايا يشجع الكثيرين علي اللجوء إليه كبديل عن القضاء العادي. فأهم ما يميز التحكيم أنه يعلى سلطان الإرادة، حيث يمنح الأطراف سلطة إختيار هيئة التحكيم التي ستتولي الفصل فى النزاع وكذلك إختيار القانون الذي يحكم الإجراءات أمامها ومكان التحكيم ولغته وغير ذلك من المسائل المتعلقة بالخصومة التحكيمية. كما أن اللجوء للتحكيم يوفر للأطراف السرية والخبرة وسرعة الفصل في المنازعات.

كذلك فإن العديد من التشريعات الوطنية تحبذ اللجوء للتحكيم وتسعى إلي تفعيل إتفاقات التحكيم التي يبرمها الأطراف إحتراماً للقوة الملزمة للعقود في المقام الأول، وكذلك تخفيفا للعبء الملقي علي عاتق محاكمها الوطنية.

وأهمية التحكيم تظهر بوضوح على الصعيد الدولي. فمع غياب التنظيم القضائي الموحد علي المستوى الدولي من جهة، وحاجة التجارة الدولية للإستقرار بفض المنازعات التي تثور بين القائمين عليها من جهة أخرى، يأتي دور التحكيم وتظهر أهميته. فالتحكيم كطريق إتفاقي لفض المنازعات يوفر للمتعاملين في مجال التجارة الدولية القضاء الذي يحتاجون إليه، كما يضمن للأطراف إختيار الهيئة التحكيمية التي ستتولي الفصل في نزاعهم وإختيار القانون الحاكم لإجراءات الخصومة مما يجعل قضاء التحكيم أكثر قبولا من جانب الأطراف وأحكامه أكثر قابلية للتنفيذ من جانبهم.

الإشكالية محل البحث:

على الرغم من المميزات الكثيرة التي يقدمها التحكيم للأطراف، إلا أن إتفاق التحكيم بلا شك تترتب عليه آثارا خطيرة أهمها حرمان الأطراف من اللجوء لقاضيهم الطبيعي وتكليفهم باللجوء للتحكيم. وكان من الطبيعي أن تدفع هذه الأثار الخطيرة الفقه والقضاء إلي التشديد على ضرورة قصر إتفاق التحكيم على أطرافه حماية لمصالح الغير، إلا أن الواقع العلمي يؤكد على أنه في كثير من الأحيان يقتضى تحقيق العدالة وإستقرار المعاملات وكذلك حسن النية في تنفيذ الإلتزامات ومنع التواطؤ إلزام الغير بإتفاق التحكيم أو إلزام الأطراف به في مواجهة الغير. الأمر الذي يتطلب البحث عن المبادئ والأسس الواضحة التي يمكن الإستناد إليها لمد هذا الإتفاق للغير دون توسع أو تضييق يؤدى للإضرار بمصالح الغير أو بمصالح الأطراف.

ونقطة البدء في محاولة إستخلاص المبادئ والأسس الواضحة التي يمكن الإستناد إليها لمد إتفاق التحكيم للغير هى الحقيقة المتمثلة في أن التحكيم ولو كان قضاءا بما يخوله للهيئة التحكيمية القائمة عليه من سلطات عديدة لا تتمتع بها إلا الهيئات القضائية وأهمها سلطة الفصل في المنازعات القائمة بين الأطراف بحكم ملزم يجب عليهم الخضوع له وتنفيذه، إلا أنه في الأصل قضاء إتفاقي أساسه التعاقد. فالتحكيم هو إتفاق بين طرفين أو أكثر علي عرض المنازعات التي نشأت بينهم أو ستنشأ في المستقبل بصدد علاقة قانونية معينة علي محكم أو هيئة تحكيم يتم إختيارهم بواسطة الأطراف. ومن هنا فإن التحكيم بإعتباره عقدا يخضع للقواعد العامة الحاكمة للعقود ومنها بلا شك قاعدة الأثر الملزم للعقد ومبدأ نفاذ العقد أو السريان.

مبدأ الأثر الملزم للعقد ومبدأ نفاذ العقد:

العقد هو تلاقي إرادتين متطابقتين على إحداث أثر قانوني معين. والعقود بإعتبارها تصرفات قانونية لا ترتب آثارها إلا في مواجهة الأطراف وحدهم، فالأثر الملزم للعقد أو قوته الملزمة قاصرة على أطرافه وهذا ما

يعرف بمبدأ نسبية العقود. والهدف من قصر القوة الملزمة للعقد علي أطرافة هو حماية المصلحة الخاصة للغير الذي لم يرتضي هذا العقد ومراعاة حريته وإستقلاله. على أن العقود أو التصرفات القانونية كما تؤثر فى المراكز القانونية لأصحابها فإنها تؤثر فى المجتمع ككل. ومن هنا فإن العقد أيضا يشكل واقعة إجتماعية وقانونية يجوز للغير أن يحتج بها كما يجوز للأطراف الإحتجاج بها فى مواجهته وهو ما يعرف بمبدأ نفاذ العقد أو مبدأ السريان. والمقصود من تقرير هذا المبدأ هو حماية المصالح الخاصة للأطراف والغير على السواء، فالأطراف نتيجة لنفاذ عقدهم ملتزمون بإحترام ما قررته إرادتهم بنفس القدر الذي يلتزم به الغير بإحترام هذه الإرادة وما أفرزته من علاقة قانونية.[1] كما يهدف إلي حماية مصالح المجتمع ككل من خلال تحقيق العدالة وإستقرار المعاملات داخل المجتمع.

ومن هنا يتضح أن الحد الفاصل بين نطاق تطبيق الأثر الملزم للعقود ونطاق سريانها هو فكرة الحماية أو الغرض منها، إذا كان محل الحماية هي المصلحة الخاصة للغير كنا بصدد تطبيق الأثر الملزم للعقد، أما إذا كان محلها هو مصالح الأطراف والغير معا وبالتالي مصلحة المجتمع ككل بالتبعية كنا بصدد نطاق السريان.

وسريان العقد في مواجهة الغير إما أن يتم بوصفة واقعة إجتماعية أو بوصفة واقعة قانونية. فإذا كان نفاذ العقد في مواجهة الغير يتم بوصفة واقعة إجتماعية كان للغير الإحتجاج به بوصفه مصدرا للمعلومات أو كوسيلة للإثبات دون أن يكتسب الغير من العقد أي حقوق أو يتحمل بأي إلتزامات. ونفاذ العقد بهذا الشكل يتم في مواجهة كل طوائف الغير أي سواء كان الغير حقيقيا أي لا تربطه صلة أو علاقة مباشرة بالعقد أو أطرافه أو كان الغير وهميا أي له مصلحة أو تربطه علاقة بأحد أطراف العقد. أما إذا كان نفاذ العقد يتم بوصفة واقعة قانونية فإن الوقائع القانونية يرتب عليها القانون آثارا قانونية بصرف النظر عما إذا كانت الإرادة قد إتجهت

---

(1) د/ عاطف محمد كامل فخري، الغير في القانون المدني المصري، رسالة لنيل درجة الدكتوراة، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، عام ١٩٧٦، ص ١٠

لذلك من عدمه، بخلاف التصرف القانوني الذى يتطلب إتجاه الإرادة إلي إحداث الأثر القانوني.[1] و نفاذ العقد بهذه الصفة يحمل الغير إلتزاما بإحترام عقود الأخرين و عدم التدخل فيها تدخلا يكون شأنه الإخلال بالإشتراطات التى تتضمنها هذه العقود و هذا واجب عام يقع على الكافة، كما قد يكسبه حقا.

على أن العقود بإعتبارها و قائع قانونية كما تؤثر فى المراكز القانونية لأصحابها فإنها تؤثر فى المجتمع ككل بما في ذلك الأغيار. فإذا كان الغير تجمعه بأحد الأطراف أو كلاهما مصلحة أو رابطة قانونية، و حاول هذا الغير تحصيل فائدة أو منفعة مباشرة من العقد المبرم بين الأطراف وجب عليه الإلتزام بتلك العقود أو ببعض شروطها بحسب مقدار المنفعة التي تعود عليه.

و يتضح من ذلك أن كل ما عدا الأطراف يعتبر غيرا بالنسبة للأثر الملزم للعقد و شخصا من أشخاص السريان. إلا أن المصالح التي تجمع الغير بالأطراف و حصوله علي منافع مباشرة من العقد يقتضي من ناحية مد آثار هذا العقد إليه فتقل دائرة الغير ويضيق مفهومه، بما يعني زيادة النطاق الشخصي للأثر الملزم للعقد. كما يقتضي من ناحية أخرى وضع قيود بالنسبة للسريان فيصبح هناك أغيار لا يسرى عليهم العقد.

و مما لا شك فيه أن هذه القواعد تنطبق علي إتفاق التحكيم شأنه شأن سائر العقود و بالتالي يمكن القول بأن إتفاق التحكيم يلزم الغير كلما إتسع النطاق الشخصي للأثر الملزم للعقد الأصلي الذي يتضمنه بإعتباره أحد بنود هذا العقد.

وضع المسألة:

وغني عن البيان ما يتمتع به موضوع إمتداد أثر إتفاق التحكيم للغير من أهمية بالغة بالنظر لما يثيره من مشكلات سواء أمام القضاء أو أمام هيئات التحكيم، نتيجة لتعقد العلاقات الإقتصادية وظهور أشكال معقدة

---

(1) د/ عاطف محمد كامل فخري، المرجع السابق، ص ١٢.

للكيانات والتجمعات الإقتصادية القائمة علي إبرام العقود الإقتصادية خاصة الدولية منها، وتنفيذ تلك العقود. ومن هنا تظهر الأهمية القصوي لتحديد الأسس والمبادئ التي يمكن الإستناد إليها لمد آثار العقود للغير في مجال التحكيم: لأن إتفاق التحكيم يرتب أثرا خطيرا يتمثل في حرمان من يلتزم به من اللجوء للقضاء بما يوفره للخصوم من ضمانات، منها على سبيل المثال إمكانية نظر موضوع الدعوي أكثر من مره أمام محكمتين من درجتين مختلفتين، بعكس التحكيم هذا فضلا عما يتمتع به القاضي من سلطة الأمر والتي يفتقدها المحكم.

ناهيك عما إستقر عليه الحال علي الصعيدين الدولي والوطني من التوسع في اللجوء للتحكيم وإنتشاره كوسيلة لفض المنازعات خاصة في مجال الإستثمار والعلاقات التجارية الدولية، علي نحو يمكن معه القول دون أى تردد أن التحكيم قد أصبح هو الوسيلة المعتمدة بين أطراف العلاقات التجارية الدولية لفض المنازعات التي قد تنشأ بينهم، بل أكثر من ذلك فإن المستثمر الأجنبي في الأغلب والأعم من الأحوال قد جعل شرط التحكيم من الشروط الأساسية الواجب إدراجها في العقود التي يبرمها سواء مع الدولة أو مع أحد المستثمرين الوطنين التابعين لها بدونه لا يتم توقيع العقد. فإذا ربطنا كل ذلك بمحاولة بعض الأطراف في بعض الأحيان التهرب من الإلتزام بإتفاق التحكيم الذي سبق لهم التوقيع عليه بإدعاء أنهم من الغير، أو يحاولون في أحيان أخري إقحام الغير في خصومة تحكيم لا ناقة له فيها ولا جمل بإدعاء أنه طرف في إتفاق التحكيم وأنه ملزم به تتضح مدي أهمية محاولة ضبط القواعد التي يرجع إليها لمد إتفاق التحكيم للغير.

ولقد تكدست محاكم الدول المختلفة بالعديد من الدعاوي التي يتطلب الفصل فيها تحديد صفة الشخص ومدي إلتزامه بإتفاق التحكيم، مما إستوجب علي القضاة التعرض لهذه المسألة علي نطاق واسع وإيجاد الحلول لها والتي تتناسب مع وقائع النزاع المعروض وتحقق العدالة. علي أن السياسة التي إتبعتها الهيئات القضائية للفصل في هذه المسألة إختلفت

من دولة إلي أخرى، ففي الوقت الذي وضع فيه القضاء الأمريكي والقضاء الإنجليزي قواعد عامة تحكم مد إتفاق التحكيم للغير يتم تطبيقها علي القضايا المختلفة، تعامل القضاء في مصر وفرنسا مع كل حالة علي حدة وأعطاها حكمها.

ومن قراءة مختلف الأحكام القضائية والتحكيمية المتعلقة بمنازعات التجارة الدولية نجد المحاكم تحبذ إعطاء الغير مفهوما ضيقا يتماشى مع حاجات التجارة الدولية بما بإلزام أشخاص بإتفاق التحكيم هم في الأصل ليسوا أطرافا فيه، فلو تم التقيد بالمفهوم الداخلي الموسع للغير لما أمكن إلزامهم بالإتفاق. والسبب فى هذا التوجه من قبل المحاكم وهيئات التحكيم هو أن اللجوء للتحكيم أصبح القاعدة العامة والوسيلة المثلي لفض المنازعات التجارية علي الصعيد الدولي.

منهج البحث:

لقد حاولنا في هذا البحث عرض أهم النتائج التي توصل إليها الفقه والقضاء في الولايات المتحدة الأمريكية وإنجلترا بإعتبارهما أبرز دول القانون العام، ومقارنة تلك النتائج بما إستقر عليه الأمر في النظام القانوني المصري علي وجه الخصوص وكذلك نظيره الفرنسي بالنظر للإرتباط القائم بينهما وبإعتبارهما من نظم القانون المدني. ولقد إعتمدنا في دراستنا بشكل أساسي علي المنهج الوصفي حيث عرضنا للنتائج المختلفة التي توصل لها الفقه والقضاء في تلك النظم والأسس التي بني عليها كلا منهم وجهة نظره. علي أن ذلك لم يمنع من إتباع المنهج التحليلي عند قيامنا بمقارنة تلك النتائج بعضها ببعض لمعرفة أوجه التشابه والإختلاف بينها وأيهما أولي بالإتباع في نظرنا.

ولحسن العرض رأينا أن نخصص الفصل الأول لتحديد المقصود بالغير في إتفاق التحكيم لتميزه عن غيره من الأشخاص، وخصصنا الفصل الثاني لبيان أثر إتفاق التحكيم علي هذا الغير ونعرض ذلك في كل من الولايات المتحدة الأمريكية ومصر علي وجه الخصوص وكذلك في إنجلترا وفرنسا، ورأينا أن إستكمال الصورة في هذا الصدد يقتضي في النهاية أن

نعرض لموقف الغير من خصومة التحكيم، فقمنا بتقسيم البحث إلي الفصول الآتية:

الفصل الأول: مفهوم الغير في التحكيم.

المبحث الأول: الطرف الأصلي في إتفاق التحكيم.

المبحث الثاني: الطرف الحكمي في إتفاق التحكيم.

الفصل الثاني: الغير وآثار إتفاق التحكيم.

المبحث الأول: الوضع في الفقه القضاء الأمريكيين.

المبحث الثاني: الوضع في النظام القانوني المصري.

المبحث الثالث: تحليل الوضع فى كل من النظامين.

الفصل الثالث: الغير وخصومة التحكيم.

المبحث الأول: مدي إمكانية تدخل الغير في خصومة التحكيم.

المبحث الثاني: مدى إمكانية إختصام الغير في خصومة التحكيم.

الفصل الأول

مفهوم الغير في التحكيم

تمهيد:

إتفاق التحكيم هو العقد الذي بمقتضاه يتفق الأطراف علي عرض النزاع القائم بينهم أو الذي سينشأ في المستقبل علي هيئة تحكيم يتم إختيارها بواسطتهم. فالتحكيم في الأساس عقد، أي إتفاق بين طرفين أو أكثر، يخضع كباقي العقود للنظرية العامة للإلتزامات المنصوص عليها في مختلف التقنينات المدنية في الدول المختلفة.

بالتالي فإن إتفاق التحكيم يخضع من ناحية لقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا بإتفاق الطرفين" وطبقا لهذا المبدأ يلتزم كلا طرفيّ العقد بما إتفقاً عليه ولا يجوز لأي منهما التحلل من إلتزامه بإرادته المنفردة. كما يخضع من ناحية أخري لمبدأ نسبية أثر العقد، فلا يلزم إلا أطرافه دون الغير كما سنرى. علي أن عدم التزام الغير بإتفاق التحكيم لا يستند فقط الي مبدأ النسبية، ولكن أيضا الي الطبيعة الخاصة لموضوع

هذا الإتفاق. فإتفاق التحكيم يهدف الي إخراج طائفة محددة من المنازعات من ولاية القاضي الوطني، بوصفة القاضي الطبيعي للأطراف، والعهدة بها إلي محكم أو هيئة تحكيم مختاره للفصل فيها. وإتفاق التحكيم بهذه المثابة يمثل تنازلا من الأطراف عن الضمانات التي يتمتعون بها أمام القضاء العادي إذا ما عرض النزاع عليه.[1] مما يستوجب ألا يجبر أي شخص علي الخضوع للتحكيم رغما عن إرادته.

والسؤال الذي يطرح نفسه الآن من هو الغير وكيف يمكن تحديده؟ والواقع أنه لا يوجد تعريف محدد للغير. فمصطلح الغير له دلالات مختلفة في فروع القانون المختلفة، بل في الفرع الواحد قد تلعب فكرة الغير أكثر من دور ويكون له أكثر من معنى، فهو يعتبر بشكل ما فكرة وظيفية.[2] وأكثر من ذلك فإن أحد الفقهاء الفرنسيين قد وصف فكرة الغير بأنها "فكرة متلونة سريعة التملص وهي فكرة مستعصية تماما عن أي تعريف عام يمكن أن يحيط بها في كل جوانبها"، [3] فهذا المفهوم له دلالات كثيرة بحسب الموضع الذي يستخدم فيه. لذلك ففي رأينا إن الإجابة علي هذا السؤال تأتي عن طريق تحديد من هو الطرف في إتفاق التحكيم، لأن القدر المتفق عليه لدي الكافة أن الغير هو كل من لم يكن طرفا في العقد أو الإتفاق، وبناء عليه يمكن تحديد من هو الغير.

علي أن تحديد من هو الطرف يثير الكثير من الصعوبات. فعلي ما سنري ليس كل من يوقع علي العقد أو يذكر إسمه فيه هو طرف في العقد أو ملزم بأثاره. فمجرد إعتماد الوزير المسئول أو تصديقه علي عقد تبرمه إحدي الشخصيات الإعتبارية العامة لتنفيذ أحد المشروعات لا يؤدي إلي جعل الدولة أو الحكومة طرفا في هذا العقد بإعتبار الوزير ممثلا لها كما هو

---

(1) أ.د/ حفيظه الحداد، الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، ص ١٣٥.

(2) د/ محمد عبد الفتاح ترك، شرط التحكيم بالإحالة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦، ص ٣٨٦.

(3) د/ نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، ط ٢٠٠٥، ص٢٩٣.

الحال في قضية هضبة الأهرام الشهيرة. في حين أنه قد يؤدي إنصراف إرادة الشخص الي الإرتباط بعقد ما وتحمل ما ينتجه من إلتزامات إلي أن يصبح طرف في عقد أخر.

وكذلك إذا لاحظنا أن هناك طائفه من الأشخاص لا يقومون بإبرام العقد أو الإتفاق بأنفسهم، كما يصعب القول بأن غيرهم قد قاموا بإبرامه نيابة عنهم. وكذلك لا يمكن القول أن إرادتهم قد إنصرفت إلي الإرتباط بالعقد، مع ذلك فإن العقد ينصرف إليهم ويلتزمون به بإعتبارهم أطرافا فيه وهؤلاء هم الخلف العام والخاص.[1]

وإذا علمنا أن المبدأ العام في السياسة القضائية الأمريكية هو تدعيم إتفاق التحكيم والتأكيد علي وجوب الإلتزام به، خاصة في مجال المعاملات الدولية، والتوسع في تفسير ألفاظه علي نحو يساعد علي إمتداده ليشمل كافة المنازعات التي قد تنشأ عن العلاقة القانونية الأصلية وكذلك محاولة إلزام كل من له علاقة بهذه العلاقة القانونية بشرط التحكيم. ذلك كله بالطبع شريطة التأكد من وجود إتفاق التحكيم ذاته وصحته وإتجاه إرادة الأطراف للإلتزام به.

والوضع في القانون والقضاء المصريين لم يختلف كثيرا، فتدعيم إتفاق التحكيم وإلزام الأطراف به خاصة في مجال المعاملات الدولية هو مبدأ من المبادئ العامة في السياسة التشريعية والقضائية المصرية. إلا أن القضاء لا يميل إلي التوسع في تفسير ألفاظ إتفاق التحكيم خاصة علي المستوي الداخلي مخافة مد إتفاق التحكيم لأشخاص ليسوا أطرافا فيه بما يحرمهم من حقهم في اللجوء للقضاء العادي الذى مازال الإعتقاد راسخا بأنه الطريق الوحيد والمضمون لتحقيق العدالة.

ومن جانبه يعتمد القانون الإنجليزي علي ما يمكن أن نطلق عليه مبدأ "تحليل المنفعة المشروطة"[2] لمد إتفاق التحكيم لإشخاص هم بحسب الأصل

---

(1) د/ الأنصاري حسن النيداني، الأثر النسبي لإتفاق التحكيم، دار الجامعة الجديدة، ط ٢٠٠٩، ص٢٤.

(2) "Conditional Benefit Analysis"

من الغير بالنسبة لإتفاق التحكيم. وطبقا لهذا المبدأ مد المشرع الإنجليزي نطاق مفهوم الطرف في إتفاق التحكيم ليشمل كل من يدعي حقا متعلقا بإتفاق معين من خلال أحد أطرافه. أي كل من يعتمد علي حق مقرر لأحد أطراف العقد الأصلي المتضمن شرط تحكيم ليحصل منفعة خاصة به، وذلك في المادة ٨٢ في الفقرة الثانية من قانون التحكيم ١٩٩٦. وذلك تحقيقا للعدالة وحتي لا يستفيد الغير، بشكل مباشر، بكل أو بعض الحقوق الناشئة عن عقد لم يكن طرفا فيه دون التحمل أو التقيد بأي إلتزام ناجم عنه. وسيتم شرح ذلك تفصيلا خلال الدراسة.

كل ذلك يعني أن وصف الطرف ينطبق علي نطاق واسع من الأشخاص تختلف مراكزهم القانونية، مما يدعونا إلي محاولة تحديد من هو الطرف فى إتفاق التحكيم وما هي صوره وذلك في مبحثين يتناول الأول منهما الصورة البسيطة للطرف وما يمكن ان تثيره من صعوبات تحت عنوان الطرف الأصلي لإتفاق التحكيم، أما الثاني فيتعلق بصورة أكثر تعقيدا وهي ما أطلقنا عليها الطرف الحكمي في هذا الإتفاق، وذلك علي النحو التالي:

المبحث الأول: الطرف الأصلي في إتفاق التحكيم.

المبحث الثاني: الطرف الحكمي في إتفاق التحكيم.

المبحث الأول

الطرف الأصلي في إتفاق التحكيم

ثار التساؤل فى الفقة والقضاء فى شأن تحديد من هو الطرف الأصيل فى إتفاق التحكيم وما يميزه عن مفهوم الغير. وقد وجد فى هذا الشأن عدة إتجاهات فقهية. فالبعض إعتمد معايير شكلية للتفرقة منها ضرورة أن يتم إفراغ الإرادة في شكل كتابيّ لإعتبار الشخص طرفا في الإتفاق. ومنهم من إعتمد معايير موضوعية قوامها الإرادة الصريحة وأثر الإتفاق ومدي سلطة المتعاقدين في إبرام الإتفاق.[1]

---

(1) محمد عبد الفتاح ترك، شرط التحكيم بالإحالة، المرجع السابق، ص ٣٦٨.

ومن مجمل تلك المعايير يمكن القول أن الطرف الأصلي في إتفاق التحكيم هو كل من أبرم إتفاق تحكيم بإسمه ولحسابه. ومن نافلة القول أنه حتي ينتج التعبير عن الإرادة أثره القانوني لابد أن يكون صادرا عن ذي أهلية وفقا للقواعد العامة.والأهلية المتطلبة هي أهلية التصرف في الحق المتنازع عليه، مما يعني أن القاصر، صبيا كان أو محجوراً عليه، لا يملك لا هو ولا من يمثله إبرام إتفاق التحكيم، ما لم تأذن المحكمة المختصة للقاصر بأن يكتسب صفة الطرف فى هذا الإتفاق.

وإذا كان من المنطقي أن التوقيع علي إتفاق التحكيم يكسب صاحبه صفة الطرف، إلا أنه يصعب إتخاذ التوقيع كمعيار قاطع. فمجرد ذكر إسم شخص أو ورود توقيعه علي الإتفاق لا يكفي ليعتبر طرفا فيه، كذلك فإن عدم توقيع الشخص على الإتفاق لا يحول دون إمكانية إعتباره طرفا فيه، فالأمر يتوقف في النهاية علي صلة الشخص بالأثر المترتب علي الإتفاق فضلا عن صفته التي وقع بها.[1] وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في جلسة ١٤ مارس ١٩٧٩ حين قضت بأن " إسباغ وصف المتعاقد إنما ينصرف الي من يفصح عن إرادة متطابقة مع إرادة أخرى علي إنشاء إلتزام أو نقله أو تعديله أو زواله في خصوص موضوع معين يحدد العقد نطاقه، دون أن يعتبر بإطلاق كل من يرد ذكره بالعقد أنه أحد أطرافه، طالما لم يكن له صله بشأن ترتيب الأثر القانوني الذي يدور حوله النزاع الناشئ بسبب العقد...."[2].

فالمعيار إذا هو الصفة التي وقع بها الشخص علي الإتفاق وصلته بموضوع العقد من ناحية، مع إتجاه إرادته للأرتباط بإتفاق التحكيم والتحمل بأثاره من ناحية أخرى.

---

(1) د/ باسمه لطفي دباس، شروط إتفاق التحكيم وآثاره، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، ط ٢٠٠٥، ص ٤٦.

(2) الطعن رقم ٦٦٩ لسنة ٤٢ ق، جلسة ١٤ مارس ١٩٧٩، مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفني لمحكمة النقض، السنة الثلاثون من يناير إلي مارس سنة ١٩٧٩، ص ٧٨٦.

ولقد ظهرت العديد من الصور التي أثارت جدلا حول ما إذا كان الشخص قد إرتضي فعلا أن يكون طرفا في الإتفاق أم لا ، وذلك على النحو التالى :

أولاً: حالة العقد النموذجي المتضمن إتفاق علي التحكيم

في هذه الحالة يرتضي أطراف الإتفاق أحد العقود النموذجية ويقومون بالتوقيع عليه متخذين منه الإطار المنظم لعلاقتهم الأصلية. فإذا كان هذا العقد يتضمن شرط تحكيم فهل يعد هذا الشرط ملزما للطرفين بإعتبارهم أطرافا في الإتفاق علي التحكيم؟

ولقد أثير هذا التساؤل أمام القضاء الإيطالى، نظرا لأن القانون المدني هناك يشترط فيما يتعلق بالعقود التي تتضمن شروطا عامة مطبوعة أن يوقع الأطراف علي شرط التحكيم ذاته، فلا يكفي التوقيع العام علي العقد برمته. في حين أن إتفاقية نيويورك فى شأن الإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، والتي تعتبر إيطاليا طرفا فيها، لا تتطلب مثل هذا الشرط. ولقد حسم القضاء الإيطالي الخلاف حول هذه المسألة حيث إستقر علي أن شرط التحكيم في هذه الحالة يكون ملزما للأطراف إستناداً علي عدم إشتراط الإتفاقية ضرورة التوقيع الخاص علي الشرط من ناحية، ومن ناحية أخري علي أن الإتفاقية تنص علي وجوب الإعفاء من الشروط الأكثر شدة أو قسوة المنصوص عليها في الشريعات الداخلية للدول الأعضاء. كل ذلك بطبيعة الحال شريطة أن تكون الشروط العامة التي تضمنت شرط التحكيم جزءا من العقد الأصلى وقت إبرامه.

ولقد حسمت هذه المسألة فى باقى التشريعات والنظم القانونية كالتشريع الفرنسي والإنجليزي وغيرهما، حيث إستقرت على أن شرط التحكيم فى هذه الحالة ملزم للأطراف. ولم يخالف المشرع المصري باقى التشريعات فى هذا الصدد فنص علي أنه"... ويكون إتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو

برقيات أو غيرها من وسائل الإتصال المكتوبة".[1]

والواقع أن الدافع وراء طرح هذا التساؤل كان محاولة التأكد من أن إرادة كلا الطرفين قد ذهبت للإرتباط بإتفاق التحكيم مما يقتضي أن يكون علي علم به أو علي الأقل في إستطاعته أن يعلم بذلك. ومما لاشك فيه أن كلا من الطرفين فى هذه الحالة يعلم أوفي إستطاعته أن يعلم بوجود شرط التحكيم من خلال إطلاعه علي العقد النموذجي وقراءته. وبالتالي فإن توقيعهم عليه يعني بلا شك إتجاه إرادتهم للإلتزام بشرط التحكيم الوارد به، وأنهم أطراف أصليون في هذا الإتفاق.[2]

ثانياً: الإحالة إلي وثيقة أخري تتضمن شرط تحكيم

في هذه الحالة يتضمن العقد الأصلي الذي يحكم العلاقة بين الأطراف نصا يحيل إلى وثيقة أخرى، سواء أكانت عقدا آخر أو عقداً نموذجياً أو غير ذلك، تنص ضمن شروطها علي اللجوء للتحكيم. وعندئذ يثور التساؤل حول مدي علم الأطراف بوجود هذا الشرط ومن ثم مدي توافر الإرادة اللازمة لإنعقاده.

ولقد حسم المشرع المصري الخلاف من حيث المبدأ، فنص في المادة (١٠) من قانون التحكيم الجديد علي أنه " ويعتبر اتفاقا علي التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلي وثيقة تتضمن شروط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد." وبمقتضي هذه المادة فإن المشرع المصري أعترف بالإحالة بشرط أن تكون واضحة كوسيلة للإتفاق علي التحكيم.

وجدير بالذكر أن قضاء التحكيم وكذلك القضاء الوطني في الدول المختلفة مجمع علي أن شرط التحكيم يمتد من أحد العقود إلي أخر إذا

---

(1) ويجب ملاحظة أنه عند إعمال هذه القاعدة يجب إحترام النصوص الخاصة في القوانين المختلفة، كالنص المتعلق بعقد التأمين في القانون المصري والذي يشترط التوقيع الخاص علي شرط التحكيم إذا ورد ضمن الشروط العامة المطبوعة في عقد التأمين لا في صورة إتفاق خاص.

(2) د/ الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص٢٦.

أحال هذا الأخير – الخالي بحسب الأصل من شرط تحكيم – الي العقد الأول الذي يتضمن هذا الشرط.

علي أن خلافا أخر قد ظهر حول طبيعة الإحالة المتطلبة، فهل تكفي الإحالة العامة أم يجب أن تكون الإحالة خاصة الي شرط التحكيم ذاته؟ وأساس هذا الخلاف هي الرغبة في التأكد من توافر العلم والرضي بإتفاق التحكيم حتي يصبح الشخص طرفا في الإتفاق. وفى هذه المسألة ثمة إتجاهين:

الأول: الإحالة العامة كافية

إكتفت أغلب أحكام القضاء المصري وكذلك جانب من أحكام القضاء الإنجليزي والأمريكي[1] بمجرد الإحالة من عقد لا يتضمن شرط التحكيم إلى آخر يتضمنه لإلزام أطراف العقد الأول بهذا الشرط.

فقد ذهبت محكمة النقض المصرية، مؤيده في ذلك من جانب الفقه، إلي أنه يستوي أن تكون الإحالة عامة أو خاصة حتي يلتزم بها الأطراف شريطة ألا تكون الإحالة مجهلة. حيث قضت بأنه" إذا كان الحكم المطعون فيه قد إنتهي في نطاق سلطته الموضوعية إلي أن سند الشحن قد تضمن الإحالة إلي شرط التحكيم الوارد في مشارطة الإيجار، فإن مقتضي هذه الإحالة أن يعتبر شرط التحكيم ضمن شروط سند الشحن فتلتزم به الطاعنة (المرسل إليها) لعلمها به من نسخة سند الشحن المرسلة إليها".[2]

ولقد ذهبت المحكمة إلى أبعد من ذلك بصدد سندات الشحن عندما إستقرت على أنه لا يشترط في حالة صدور سند الشحن محيلا إحالة عامة إلي شروط مشارطة الإيجار أن يكون الشاحن قد وقع السند الذي لا يعدو أن يكون في هذه الحالة إيصالا بإستلام البضاعة وشحنها علي ظهر السفينة

---

(1) د/ عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري متعدد الأطراف دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٧، ص٦٩.

(2) نقض مدني ٢٥ فبراير ١٩٦٥ مجموعة النقض السنة ١٦ صفحة ٢٢٠. مذكور في مرجع د/ أحمد السيد الصاوي، التحكيم طبقا لقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤، ط ٢٠٠٢، ص٤٧.

حتي يلتزم المرسل إليه بشروط مشارطة الإيجار.[1] فالمحكمة ألزمت المرسل إليه الذي لم يوقع على مشارطة الإيجار بشرط التحكيم الوارد فيها بمجرد أن يتضمن سند الشحن إحالة عامة للمشارطة. بل إن عدم توقيع الشاحن نفسه علي السند لا يمنع من إلزام المرسل إليه بشرط التحكيم المحال إليه.

ولا يختلف موقف القضاء الإنجليزى عن نظيره الأمريكي بصدد هذه المسألة. فقد ذهب جانب من أحكام كلا القضائيين إلي أن الإحالة العامة خاصة الواردة في سند الشحن إلي مشارطه الإيجار كافية لدمج شرط التحكيم الوارد في المشارطة في السند.

ففي إنجلترا قضت محكمة الإستئناف الإنجليزية في قضية " The Merak" [2] بأن بند الإحالة الوارد في سند الشحن والذي نص علي أن " كل النصوص والشروط والإعفاءات الموجودة بالمشارطة تطبق علي هذا السند." هو شرط عام لكنه واضح خاصة مع وجود عبارة " أو أي سند شحن صادر تنفيذا له" يكفي لجعل شرط التحكيم مندمجا في سند الشحن. وفي الولايات المتحدة الأمريكية قضي في إحدي الدعاوي بأن " الإحالة التي تنص علي أن(كل الشروط والإعفاءات كما في المشارطة) وإن زعم المدعي علية أنها لم تكن واضحة بما فيه الكفاية، وكانت مبهمة وغير محددة، ولذا لا يمكن الإحتجاج عليه بشرط التحكيم الوارد بالمشارطة، إحالة كافية ومحددة تسمح بالإحتجاج بشرط التحكيم الوارد بالمشارطة علي حامل سند الشحن." [3]

الثاني: وجوب الإحالة الخاصة

ذهبت أحكام التحكيم وأحكام القضاء الفرنسي إلي وجوب التأكد من أن الأطراف قد إرتضوا بالفعل إتفاق التحكيم. وهو الأمر الذي يقتضي أن

---

(1) د/ عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص٧٠

(2) C.A, The Mark,LIoyd's.Rep.1964,P.527.
مذكور فى د/ عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص٧٠.

(3) Lowry&Co.C.S.SS. Lemoune d'Aberville, (S.D.N.Y. 1966), A.M.C, 1966, 2195.
مذكور في د/ عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص٧٢.

تكون الإحالة خاصة واضحة وصريحة تتضمن علي وجه التخصيص ذكر شرط التحكيم. فالإحالة علي هذا النحو هي وحدها التي تثبت إنصراف الإرادة بالفعل إلي شرط التحكيم.

وفى إنجلترا تتطلب أغلب الأحكام القضائية أن تكون الإحالة خاصة لشرط التحكيم حتى يلتزم به الأطراف. من ذلك ما قضي به في دعوى " Hamilton"[1] حيث جاءت الإحالة فى صيغة عامة مضمونها الأتي " كل النصوص والشروط الأخري كما وردت بالمشارطة". عندئذ رفضت المحكمة الإحالة العامة كوسيلة كافية لإدماج شرط التحكيم في السند. وفي نفس الإتجاه ذهبت بعض أحكام المحاكم الأمريكية. فقضي بأن سند الشحن أحال بشكل غير كافي إلي مشارطة الإيجار الأمر الذي لا يمكن معه دمج شرط التحكيم في سند الشحن، لأن السند في إحالته إلي المشارطة لم يعين أطرافها أو تاريخها أو مكان الإبرام. كما لم توجد أية إشارة لشرط التحكيم أو إدماجه في السند.

ولقد أيدت محكمة النقض الإيطالية في بادئ الأمر وجهة النظر القائلة بأن الإحالة العامة لا تكفي للقول بتوافر إتفاق التحكيم، حتي وفقا لمفهوم المادة الثانية من إتفاقية نيويورك، ما لم يكن هناك دليل يسمح بالتأكد من ذلك. إستناداً على أن القانون الإيطالي يشترط التوقيع الخاص علي شرط التحكيم. ثم ما لبثت أن تبنت وجهة النظر المخالفة، فقضت في حكمها الصادر بتاريخ ١٢ مايو١٩٧٨ بأن تبني شروط نموذجية معدة سلفا يعتد به علي نحو قاطع متي كان ذلك نابعا عن إختيار وتعاون بين الأطراف وعلم بمضمون الشروط وليس من قبيل الإذعان من جانب طرف ضعيف لم يحط علما بحقائق الأمور.[2]

---

(1)C.A, Hamilton& Co.V. Makie and Sons,1889, in Russell, on the law of Arbitration, 1982,P.46.

مذكور فى د/ عاطف الفقي، المرجع السابق، ص ٧٥.

(2) د/ سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، ، الكتاب الأول، إتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ط ١٩٨٤، ص٢٥٤.

وفي تقديرنا أن الأصوب هو ما ذهب إليه أنصار الرأي الأول. لأن الموافقة علي الإحالة من حيث المبدأ تقتضي ضرورة علم كل من الطرفين بمحتوي الوثيقة الأخري وشروطها قبل الموافقة علي الإحالة إليها، أو علي الأقل قدرة كل منهما على الإطلاع عليها قبل الموافقة، وبالتالى فإن عدم إطلاع أحدهم عليها يعد تقصيرا من جانبه فلا يقبل منه بعد ذلك الدفع بعدم علمه، وهذا ما يقتضيه حسن النية في تنفيذ الألتزامات التعاقدية.

ثالثاً: حالة تجديد العقد وإمتداده

تجديد العقد وفقا للقواعد العامة يتم إما بتغير الدائن وذلك إذا إتفق الدائن والمدين مع أجنبي علي أن يحل هذا الأخير محل الدائن، أو بتغير المدين إذا إتفق الدائن مع أجنبي علي أن يكون هذا الأجنبي مدينا مكان المدين الأصلي أو حصل المدين علي رضاء الدائن بشخص أجنبي ليحل محله وهاتين الحالتين تقتربان من حوالة الدين وحوالة الحق. كما قد يتخذ تجديد العقد شكل تغيير الدين إذا إتفق الدائن والمدين علي أن يستبدلا الإلتزام الأصلي بإلتزام جديد يختلف في محله أو مصدره عن الإلتزام الأصلي. وأهم ما يميز التجديد أن الإلتزام الأصلي ينقضي ويحل محله إلتزام جديد بضمانات وصفات ودفوع مختلفة عن تلك التي كانت تلحق الإلتزام الأصلي.[1]

وإستناداً إلي هذا التعريف أو التحديد فإننا نري أن إتفاق التحكيم في هذه الحالة لا يلزم الأطراف إلا إذا إتفقوا صراحة علي ذلك في العقد الجديد أو علي الأقل أتضح من الظروف أن إرادتهم الضمنية قد ذهبت إلي الإلتزام بهذا الشرط.

أما إمتداد العقد فهي حالة تتعلق بعقود المدة، كعقد الإيجار وعقد التوريد وغيره. والإمتداد يعنى أن العقد بعد إنتهاء مدته الأصلية يظل قائما

---

(1) د/ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزامات، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٣، ص٣١٢.

وصحيحا ومنتجا لأثره بين طرفيه لفترة جديدة قد تكون هي ذات الفترة المتفق عليها في العقد أو فترة أخري. والإمتداد إما أن يتم بإتفاق صريح بين الطرفين أو بصورة ضمنية من خلال إستمرار الأطراف في أداء الإلتزامات التي يوجبها عليهم العقد. وبذلك فإن هذه الحالة تختلف عن حالة التجديد، ففي الإمتداد يلتزم الأطراف بذات العقد الأصلي مع مده لفترة جديدة بينما التجديد يتضمن إنشاء عقد جديد يختلف عن العقد الأساسي في ركن أو أكثر من الأركان. فإذا إتفق أطراف العقد المتضمن شرط التحكيم على إمتداده فترة أخرى فهل يظل الإتفاق علي التحكيم قائما منتجا لأثاره أم أن الشرط يسقط بإنقضاء المدة الأصلية؟

وعندما أثيرت هذه المسألة أمام محكمة النقض الإيطالية بصدد دعوى متعلقة بعقد من عقود المدة أبرم بين إحدي الشركات الإيطالية وشركة أجنبية متضمنا شرط تحكيم والذي تم مده عدة مرات متتالية كان أخرها قد تم كتابة. قضت المحكمة بدوائرها مجتمعة في ١٢ مايو١٩٧٧ بإستمرار شرط التحكيم في ظل الإمتدادات المتتالية، حيث لا يشترط أن ينص الإتفاق علي المد صراحة علي إستمرار نفاذ شرط التحكيم. ولقد أسست المحكمة حكمها علي أن إتفاق التحكيم يعد جزءا من العقد الممتد بالإحالة، وأن الإحالة في هذا الصدد قد إستوفت شرط الكتابة المنصوص عليه في إتفاقية نيويورك. وأن العقد قد تم مده بشكل صريح بين نفس الأطراف ومتعلق بذات الموضوع.[1]

علي أننا نتفق مع الرأي القائل بضرورة التفرقة بين التجديد الصريح والتجديد الضمني للعقد. فإذا كان الإتفاق علي الإمتداد صريحا وجب أن يتضمن النص علي شرط التحكيم أو النص علي أن التمديد يشمل كافة البنود المنصوص عليها في العقد الأصلي أوعلي الأقل يمكن بالنظر للظروف المحيطة بالتعامل التأكد من أن الإرادة الضمنية للأطراف قد ذهبت

---

(1) حكم رقم (٦٣) المنشور فى ١٠٩ – ١٥٦.Gaja.v ورد فى: د/ سامية راشد، المرجع السابق، ص٢٧١.

إلي ذلك.[1]

أما إذا كان التمديد ضمنياً، فإن شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي يسري أيضا علي العقد الممتد، إستناداً على الرضاء الضمني للأطراف بهذا الشرط. كما أنه ليس من شأن التمديد الضمنى إنهاء شرط التحكيم الذي يتضمنه العقد، ذلك أن إنتهاء المدة الأصلية يؤدي إلي إنتهاء الحقوق والإلتزامات المتعلقة بهذه المدة ولا ينهي العقد ذاته في هذه الحالة لأنه تم تمديده.[2]

رابعاً: سلسلة العقود من نوع واحد:

الأطراف في هذه الحالة، بحكم التعامل القائم بينهم، يبرمون سلسلة من العقود من نفس الطبيعة متضمنة جميعها شرط تحكيم، ثم يقوم الأطراف بإبرام عقد جديد من ذات الطبيعة دون أن ينص فيه على هذا الشرط، فهل تخضع المنازعات المتعلقة بهذا العقد الأخير للتحكيم؟

إستقر الوضع في القضاء الفرنسي علي إمتداد إتفاق التحكيم للمنازعات الناشئة عن العقد الأخير، حيث يستنتج من معاملات الأطراف السابقة قبولهم الضمني إخضاع كافة معاملاتهم للتحكيم. ذلك ما لم يتبين من الظروف أن الطرفين قد قصدا من عدم ذكر شرط التحكيم في التعامل الجديد إغفاله أو عدم سريانه علي التعاقد الجديد.

و في تأييد ما إنتهت إليه المحاكم الفرنسية ذهب جانب من الفقه إلي أنه " طالما أن المعاملات السابقة كانت من الأهمية بمكان بحيث يمكن أن يستخلص منها القبول الضمني للتحكيم بالنسبة للعقد الأخير الذي لا ينص عليه، وبالتالي لا يوجد ما يحول والحال كذلك من خضوع المنازعات الناشئة عنه للتحكيم ".[3]

والحكم لا يختلف في الحالة التي تبرم فيها سلسلة من العقود من نفس

---

(1) د/ الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص ٣٠.

(2) د/ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأ المعارف، ط ٢٠٠٧، ص ١٦٨.

(3) د/ حفيظه الحداد، الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص ١٧٢.

النوع ومتعلقة بذات المحل إلا أنها بين أطراف مختلفة كالبيوع المتتالية علي ذات المبيع وعقود النقل المتتابعة علي ذات البضائع. ففي هذه الحالة إذا تضمن عقد أو عقود البيع الأولي شرط تحكيم فإن هذا الشرط يلزم المشترين اللاحقين. وفي هذا الإتجاه قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه في سلسلة العقود المتجانسة والمتعلقة بنقل البضائع شرط التحكيم الدولي ينتقل بإنتقال الحق الموضوعي سبب الدعوي، ما لم يكن المتلقي جاهلا بوجود شرط التحكيم.(١)

وأخيراً، فإننا نلاحظ أن الأحكام الصادرة فى شأن تحديد الطرف فى إتفاق التحكيم ترتكز فى الأساس علي الوقائع والملابسات المتعلقة بكل دعوى على حده. فإختلاف الوقائع والظروف من قضية إلي أخري هي التي تدفع هيئات التحكيم والجهات القضائية المختلفة إلي إصدار أحكام قد تبدو متعارضة. فقد يثبت من ظروف وملابسات إحدى الدعاوي توافر الرضي باللجوء للتحكيم، وينتفى توافره من ظروف وملابسات دعوي أخري مع وحدة السبب القانوني المعتمد عليه في كلا الدعويين. ونظرا لخطورة هذا الوضع يتعين علي هيئات التحكيم والهيئات القضائية أن تسبب أحكامها الصادرة بهذا الشأن على نحو يمكن من مراقبتها وصولا إلي صياغة معيار عام منضبط.

المبحث الثاني

الطرف الحكمي في إتفاق التحكيم

يقصد بالطرف الحكمي في إتفاق التحكيم كل شخص لم يبرم هذا الإتفاق لا أصالة ولا نيابة. لكن نظرا لعلاقته بأحد أطراف التحكيم أوكليهما، فإنه يلتزم به بإعتباره طرفا حكميا فيه، ويمثله خلفه العام أو الخاص.

وإنتقال إتفاق التحكيم للخلف، عاما كان أو خاصاً، بالتبعية لإنتقال العقد الأصلي من السلف إلي الخلف هو تطبيق للقواعد العامة. فالعقد،

---

(1) Dr.Jean-Francois Poudert & Dr Sebastien Besson, "Comparative Law of International Arbitration", 2nd edition, p.245, para.284.

وإن كان لا يلزم إلا المتعاقدين، إلا أن مفهوم كلمة المتعاقدين لا يقتصر علي الأطراف فقط وإنما يشمل من يمثلانه في العقد.[1] وقد يتصور البعض أن مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الوارد فيه يحول دون إنتقاله بالتبعية لإنتقال العقد الأصلي. وهذا تصور غير صحيح بالمرة فإستقلال شرط التحكيم لا يعني إنفصاله عن العقد الأصلي، بل إنه في خدمة هذا العقد.[2]

فإستقلال شرط التحكيم مجاله حماية هذا الشرط وعدم المساس به عند إبطال العقد الأصلي أو فسخه أو إنقضائه. وقد عبر جانب من الفقة عن ذلك بمقولة أن " مبدأ إستقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي مجاله هو صحة وفاعلية الإتفاق التحكيمي. لكنه يستبدل هنا بمبدأ مختلف، وإن لم يكن متعارضا، وهو مبدأ التبعية الذي يؤدي للإنتقال السلس لإتفاق التحكيم."[3] كما أن تبعية إتفاق التحكيم للعقد الأصلي والتي تستهدف حماية هذا العقد من خلال الدفاع عن الحق الموضوعي محله،[4] تقتضي أن يتبع العقد الأصلي وينتقل بإنتقاله وإلا أفرغ من مضمونة وفقد قيمته لإنعدام محله.

ولقد أكدت غرفة التجارة الدولية عام ١٩٧٧ علي إنتقال إتفاق التحكيم حين قضت بأنه " وفقا للفقه القانوني السائد فإن إتفاق التحكيم لا يكون صحيحا بين الأطراف فحسب، بل إنه يفرض نفسه أيضا علي الخلف العام والخلف الخاص لهم كما يفرض نفسه علي المحال إليهم، وكل من تنتقل إليهم الإلتزامات، ولا يستثني من ذلك إلا الحالات التي

---

(1) د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني " نظرية الإلتزام"، دار إحياء التراث العربي، ط ١٩٥٢.

(2) د/ محمد نور شحاتة، مفهوم الغير في التحكيم، دار النهضة العربية، ط ١٩٩٦، ص ٩٨.

(3) د/ حسام الدين فتحي ناصف، نقل إتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ط ٢٠٠٣، ص ١٦، ١٥.

(4) د/ حسام الدين فتحي ناصف، نقل إتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، ط ٢٠٠٣، ص ١٦، ١٥.

يعد فيها إتفاق الحكيم محررا بطريقة تستبعد هؤلاء الخلفاء والمحال إليهم."[1]

وينتقل العقد الأصلي إلي الخلف إما بنص القانون كالميراث فنكون بصدد خلف عام، أو بالإتفاق بين الأطراف والغير بطريق الحواله أو الحلول فنكون أمام خلف خاص.

الفرع الأول

الخلف العام

ينص المشرع المصري في المادة (١٤٥) من القانون المدني علي أن " ينصرف أثر العقد إلي المتعاقدين والخلف العام، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أومن طبيعة التعامل أومن نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلي الخلف العام". وهذا ما نص عليه المشرع الفرنسي والعديد من التشريعات الأخري.

يقصد بالخلف العام من يخلف غيره في ذمته المالية كلها أو جزء منها، كالوارث أو الموصي له بكل التركة أو جزء منها. والقاعدة أن الخلف العام يكتسب صفة الطرف بالنسبة للتصرفات التي يبرمها سلفه، بالتالي تنصرف إليه آثارها سواء كانت حقوقا أو إلتزامات. على أنه يجوز للأطراف الإتفاق علي عدم إلزام خلفهم العام بالعقد المبرم بينهم أوقد ينص القانون علي ذلك كما في حالة عقد شركة الأشخاص أو عقد الإيجار. وقد يتضح أن العقد أو طبيعة التعامل تقوم علي الإعتبار الشخصي وبالتالي لا يجوز أن تنتقل آثاره للخلف.[2] وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه " يبين من نص المادة ١٤٥ من القانون المدني ومذكرتها الإيضاحية أنها وضعت قاعدة عامة تقضي بأن أثار العقد لا تقتصر علي المتعاقدين بل تجاوزهم إلي من يخلفهم خلافة عامة عن طريق الميراث أو الوصية، وإستثني من هذه القاعدة الحالات التي تكون فيها

---

(1) حكم منشور فى J.C.I.، ١٩٧٨ ص٩٨٠ وارد لدى د/ حسام الدين فتحي ناصف، المرجع السابق، ص ٩١.

(2) وقد يعتبر الخلف العام غيرا بالنسبة لتصرفات سلفه حماية له كما فى حالة تصرفات السلف المريض مرض الموت التي تهدف للإضرار بالورثة.

العلاقة القانونية شخصية بحتة، وهي تستخلص من إرادة المتعاقدين صريحة أو ضمنية أومن طبيعة العقد أومن نص في القانون."[1]

يلاحظ أن صفة الطرف التي يكتسبها الخلف العام تضفي عليه بحكم القانون دون الإعتداد بإرادته، بل إن آثار العقد تنصرف إليه حتي لو لم يعلم بوجوده أصلا.[2]

فإذا طبقنا هذه القواعد علي إتفاق التحكيم، نجد أن السلف إذا أبرم إتفاق تحكيم متعلق بحق من الحقوق التي إنتقلت للخلف، إلتزم الخلف بالإتفاق ولا يجوز له الإدعاء بأنه لم يكن طرفاً فيه. ولذلك قضت إحدي المحاكم الفرنسية[3] بأن " إتفاق التحكيم لا ينصرف أثره إلي المتعاقدين فحسب، وإنما يلتزم به أيضا الخلف العام والخاص للمتعاقد، ما لم ينص الإتفاق علي خلاف ذلك."

الخلافة أمر لا يقتصر علي الأشخاص الطبيعية فقط بل ينطبق كذلك علي الأشخاص المعنوية. فإنقضاء الشركة سواء بالإندماج أو بالضم أو بالإنقسام[4] يؤدي إلي نفس النتيجة وهي أن الشركة الجديدة تصبح خلفا عاما للشركة القديمة المندمجة أو المنقسمة. وبالتالي تنصرف آثار العقود التي أبرمتها الشركة القديمة إلي الشركة أو الشركات الجديدة ومنها إتفاق

---

(1) طعن رقم ١٠٦ لسنة ٣٣ قضائية، الصادر بجلسة ١٣ فبراير ١٩٦٨ مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفني لمحكمة النقض، السنة التاسعة عشر، العدد الأول، مشار إليه في د/ باسمه لطفي دباس، المرجع السابق، ص ٤٧٢.

(2) د/ حسام الدين ناصف، المرجع السابق، ص٢٢.

(3) **Sentence rendue dans l'affaire no 2626 en 1977, J.D.I, 1978,P.980**

د/ باسمة لطفي دباس، المرجع السابق، ص ٤٧٣.

(4) تعددت التعريفات المقدمة لتحديد المقصود بإندماج الشركات، ومنها تعريفه بأنه " عقد تضم بمقتضاه شركة أو أكثر إلي شركة أخري، فتزول الشخصية المعنوية للأولي، وتنتقل أصولها وخصومها إلي الشركة الضامة". أما الإنقسام فيعرف بأنه إنقسام الذمة المالية لشركة من الشركات إلي قسمين أو أكثر، تقوم علي كل منها شركة جديدة. ويزول بعملية الإنقسام الشخصية المعنوية للشركة المنقسمة، فتنتقل كل أصول وخصوم هذه الشركة إلي الشركات الناتجة عن الإنقسام. أنظر د/ حسني المصري، إندماج الشركات وإنقسامها، ط ١٩٨٦، ص ٣٥ وما بعدها.

التحكيم. وهذا ما أكده القضاء الفرنسي في العديد من أحكامة، حيث قضي بأن " إدماج شركة في شركة أخري يترتب عليه إنتقال شرط التحكيم من الشركة المندمجة إلي الشركة الدامجة."[1] كما قضي بأن" الشركات السبع الناتجة عن إنقسام الشركة التي كانت طرفا في الإتفاق المنصوص فيه علي شرط التحكيم يلتزمن علي وجه التضامن بمقتضي الشرط."[2] ولم يختلف موقف كلا من القضاء الإنجليزي والأمريكي في هذا الصدد عن موقف القضاء المصري ونظيرة الفرنسي.

والتساؤل الآن إذا إنقضي الحق الموضوعي محل الخلافة بوفاة السلف سواء كان الإنقضاء راجعا لنص في القانون أو لطبيعة العلاقة الأصلية أو لإتفاق الأطراف، هل يترتب علي هذا الإنقضاء زوال شرط التحكيم بالتبعية؟

والإجابة علي هذا السؤال تكمن في مبدأ إستقلال شرط التحكيم المنصوص عليه في مختلف النظم القانونية ومنها التشريع المصري، حيث تنص المادة (٢٣) من قانون التحكيم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ علي أنه " يعتبر شرط التحكيم إتفاقا مستقلا عن شروط العقد الأخرى. فلا يترتب علي بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر علي شرط التحكيم إذا كان هذا الأخير صحيحاً في ذاته. فيبقي شرط التحكيم في هذه الحاله منتج لآثاره علي أن يكون نطاقه قاصرا علي المنازعات المتعلقة بالعقد المنقضي أو ما قد يثيره هذا الإنقضاء من منازعات فقط.[3]

---

(1) Cour d'appel de Paris. 11 mars 1993. Rev.arb,1994. p.735. note: D.Cohen.

مشار إليه فى د/ باسمة لطفي دباس، المرجع السابق، ص ٤٧٤

(2 Cour d'appel de Paris.29 mars 1991, Rev.arb, 1991,p.478. note: L.I dot.

مشار إليه في د/ باسمة لطفي، المرجع السابق، ص ٤٧٥

(3) أنظر د/ فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، د/ مصطفي الجمال ود/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية.والداخلية.د/ سامية راشد، التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة. السابق الإشارة إليهم.

الفرع الثاني

الخلف الخاص

الخلف الخاص بحسب الأصل يعتبر من الغير بالنسبة للعقد المبرم من قبل سلفه. فالخلف الخاص هو من يتلقي من سلفه ملكية شئ معين بالذات أو حقا عينيا علي هذا الشئ.[1] إلا أن الخلف الخاص يصبح طرفا حكميا في العقد الذي أبرمه سلفه إذا توافرت الشروط التي ينص عليها القانون، وهنا تنصرف آثار العقد للخلف بقوة القانون.

ولقد نص المشرع المصري في المادة ١٤٦ من التقنين المدني على أنه " إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشئ أنتقل بعد ذلك إلي خلف خاص، فإن هذه الإلتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشئ، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت إنتقال الشئ إليه"

وطبقا لهذا النص فإن إنتقال آثار العقد من السلف إلي الخلف الخاص تقتضي توافر الأتي:

أولاً: أن تكون الحقوق والإلتزامات الناشئة عن العقد من مستلزمات الشئ الذي أنتقل إلي الخلف. تكون الحقوق الناجمة عن العقد من مستلزماته إذا كانت مكملة للشئ، لأنها في هذه الحالة تعتبر من توابعه والتابع ينتقل مع الأصل. في حين تعتبر الإلتزامات من مستلزمات الشئ إذا كانت محددة له لأن السلف لا يستطيع أن ينقل إلي خلفه أكثر مما يملك.[2]

ثانياً: أن يكون الخلف الخاص عالما بهذه الحقوق والإلتزامات عند إنتقال الشئ إليه، وهذا ما يقتضي أن يكون العقد قد تم أبرامه ورتب أثاره قبل إنتقال الشئ للخلف. وهذا شرط منطقي خاصة فيما يتعلق بالإلتزامات فلا يجوز إلزام شخص بشئ دون أن يكون عالما به. والعلم المطلوب هنا هو العلم اليقيني وليس مجرد إستطاعة العلم بالعقد.

---

(1) والشئ الذي يتلقاه الخلف كما يمكن أن يكون حقا عينيا وهو الوضع الغالب، قد يكون حقا شخصيا أيضا. د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٥٤٦.

(2) د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٥٤٩.

فإذا كان العقد الذي أبرمه السلف قد تضمن شرط تحكيم فهل يعني مجرد إنتقال العقد الأصلي للخلف إلتزامه بشرط التحكيم المتعلق به؟

ذهب جانب من الفقه – بحق - إلى أن مبدأ إستقلال إتفاق التحكيم لا يشترط التحقق من وجود قبول خاص من جانب الخلف بنقل شرط التحكيم، بجانب القبول العام بنقل العقد الأصلي ككل. وذلك إعمالا لقاعدة أن الفرع يتبع الأصل، وأن شرط التحكيم يعتبر من لوازم العقد المنقول، فقد خلق كعنصر فيه مما يجعلهما مندمجين في مجموع عقدي واحد يسمح بهذه التبعية وبالتالي الإنتقال.[1]

ومما لا شك فيه أن إنتقال إتفاق التحكيم يتطلب توافر الشروط الواجب توافرها لإنتقال العقد إلي الخلف الخاص. فلابد أن يكون إتفاق التحكيم من مستلزمات العقد الأصلي أي أن يكون من توابع العقد الأصلي أو محدداً له، ومما لا شك فيه أن إتفاق التحكيم من توابع هذا العقد. فإتفاق التحكيم يخدم العقد الأصلي بتحديد شكل الحماية الإجرائية المتوفرة للحق الموضوعي محله، بإعتباره عقدا إجرائيا يحدد الإجراءات الواجب إتباعها للفصل في النزاع المتولد عن الحق الموضوعي محل العقد الأصلي. وكذلك فقد ذهب القضاء الفرنسي إلي التأكيد علي أن "إتفاق التحكيم لا يمكن فصله عن إقتصاديات العقد".[2]

كما يجب لإنتقال إتفاق التحكيم للخلف الخاص أن يكون عالما به.[3] فإذا جاء الإتفاق في صورة شرط تحكيم، أي بند من بنود العقد الأصلي فلا شك أن الخلف الخاص علي علم به. أما إذا كان في صورة مشارطة، أي في صورة إتفاق مستقل لاحق علي نشأة النزاع، فلابد من إثبات علم الخلف الخاص به، كأن يكون مرفقا بالعقد الأصلي أوعلي الأقل تمت

---

(1) د/ حسام الدين ناصف، المرجع السابق، ص ٨٧

(2) حكم إستئناف باريس فى ٢٨/ ١/ ١٩٨٨ وارد لدى د/ حسام الدين ناصف، المرجع السابق، ص ١٤. ويري بعض الفقه بحق أن شرط التحكيم هوتابع ضروري للإلتزام الأصلي، وأحد أوصاف الحق المنقول.

(3) ولا يفوتنا التأكيد على أن العلم المطلوب فى هذا الشأن هو العلم اليقيني وليس مجرد إستطاعة العلم.

الإحالة إليه، وإلا كان من حق الخلف التمسك بعدم إنتقال الإتفاق إليه.

ومما لا شك فيه أن الفقه والقضاء في مصر مستقران علي أن الشخص لا يمكن أن ينقل إلي خلفه أكثر مما يملك. فإذا كان حقه موصوفا أو مشروطاً أنتقل إلي خلفه محملا بهذه الأوصاف. كذلك فإنه من القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية أن الرضا بالشئ رضا بما يتولد عنه، فمن إتجهت إرادته إلي الرضا بعقد معين رضي بشماره وتوابعه ومنها الشروط الواردة فيه. وكذلك فإن من القواعد الفقهية المستقر عليها قاعدة الغرم بالغنم، والهدف من هذه القاعدة تحميل الفرد واجبات وأعباء تتناسب مع ما يأخذه من الميزات والحقوق، بحيث تتعادل كفتا الميزان في الواجبات والحقوق، فلا تثقل إحداهما على حساب الأخرى.[1] فموجب هذه القاعدة أن من ينال نفع شيء، يجب أن يتحمل ضرره أو إلتزاماته. فالتكاليف المتعلقة بشيء ما، تكون على من يستفيد منه شرعًا.[2]

ومن مجمل هذه المبادئ ودون حاجة للإستعانه بشروط أخري بإمكاننا القول أن الخلف الخاص أيا كان وضعه يجب أن يلتزم بشروط السلف الخاصة بالعقد الذي إنتقل إليه ومنها بالطبع شرط التحكيم.

ولقد جسد النظام القانوني الإنجليزي كل هذه القواعد فى مبدأ بسيط ومرن هو مبدأ " المنفعة المشروطة" أو" تحليل المنفعة المشروطة" "Conditional Benefit Analysis". وجوهر هذا المبدأ أن الشخص لا يستطيع أن ينقل لغيره حقوقا أكثر مما يملك، بالتالى فإن كل من تلقي من غيره حقا أو منفعة مقيدة بشرط معين كان ملتزما بهذا الشرط، فلا يستطيع الحصول على حقه دون التقيد به. فالخلف الخاص بإعتباره قد تلقي عن غيره (سلفه) حقا متعلقا بشئ معين، يلتزم بالشروط التي إتفق عليها السلف مع الغير ومنها شرط التحكيم.

---

(1) م/ أحمد المبيض، موقع بوابة فلسطين القانونية، مكتبة المبادئ والمصطلحات القانونية.

(2) أ/ محمد بن صالح حمدي، مقال بعنوان الغرم بالغنم والخراج بالضمان، كلية العلوم الإسلامية. www. Google/scholar.com

ويقترب من مبدأ المنفعة المشروطة في النظام القانوني المصري نظام الدعوي غير المباشرة الذي يعطي للدائن سلطة مباشرة حقوق مدينه قبل الغير" مدين المدين" نيابة عنه، عندما يهمل المدين في إستخدامها تمكينا للدائنين من المحافظة علي الضمان العام. والدائن عندما يختار إستعمال الدعوي غير المباشرة إنما يستخدم حقوق المدين بإعتباره نائبا عنه، ولذلك فهو يلتزم في إستعمال هذه الحقوق بما يلتزم به المدين ذاته. فإذا كان المدين ملتزم بإتفاق تحكيم بشأن هذه الحقوق، إلتزم الدائن بمقتضي هذا الإتفاق بتحريك الدعوي أمام هيئة التحكيم علي النحو المتفق عليه.

ونري أن كلا من القانونين الإنجليزي والمصري قد وصلا إلي نفس النتيجة المتمثلة في إلزام من يستعمل حق غيره لتحقيق مصالحه بذات الشروط والتوابع التي يلتزم بها الأخير ومنها إتفاق التحكيم. إلا أن الوسيلة التي إستخدمها كل من القانونين مختلفة حيث نجد أن المشرع الإنجليزي قد جعل ممن يستعمل حق غيره طرفا في إتفاق التحكيم بموجب المادة ٢/٨٢ من قانون التحكيم ١٩٩٦. بينما أبقاه المشرع المصري من الغير بالنسبة لإتفاق التحكيم فهو نائب عن المدين في المطالبة بحقه. ولعل السبب في إختلاف الوسيلة بين النظامين هو إختلاف الغاية من وراء كل منهما. ففي الوقت الذي تهدف فيه الدعوي غير المباشرة إلي تمكين الدائن من الحفاظ علي الضمان العام، يهدف مبدأ المنفعة المشروطة لمنع الغير من الإستفادة من الحقوق والمزايا التي يوفرها عقد لم يكن طرفا فيه دون التحمل بالقيود أو الإلتزامات الناجمة عن هذا العقد تحقيقا للعدالة.

وتتعدد صور إنتقال العقود من السلف إلي الخلف ما بين حوالة حق أودين أو التنازل عن العقد، كما قد يأخذ إنتقال العقد للخلف صورة الحلول.

أولاً: حوالة الحق

حوالة الحق هى إتفاق بمقتضاه ينقل الدائن ما له من حق قبل المدين إلي شخص آخر يصبح دائنا بدلا منه. وبطبيعة الحال يسمى الدائن الأصلي

محيلا ، والدائن الجديد محالا له ، والمدين محالا عليه.[1] وحوالة الحق تنفذ في مواجهة المحال عليه بمجرد إعلانه بها دون حاجة للحصول علي موافقته.

ينص المشرع المصري في المادة ٣٠٧ مدني علي أن " تشمل حوالة الحق ضماناته كالكفالة والإمتياز والرهن" ، كما ينص في المادة ٣١٢ علي أنه " للمدين أن يتمسك قبل المحال له بكل الدفوع التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه". وطبقا لهذه النصوص إذا قام الدائن بحوالة حقه في عقد من العقود وكان العقد متضمنا شرط تحكيم ، فإن المحال له يلتزم بإتفاق التحكيم الوارد في العقد كما لو كان طرفا أصيلا في العقد بإعتباره من توابع الحق الذي أنتقل إليه.

ويظل المدين المحال عليه ملتزما بإتفاق التحكيم في مواجهة المحال إليه لأن حوالة الحق لا تنشئ إلتزاماً جديدا في ذمة المدين ، فمركزه القانوني لا يمكن أن يتغير لتغير الدائن. ذلك ما لم يكن إتفاق التحكيم قائما علي الإعتبار الشخصي ، أي شخصية الأطراف محل إعتبار عند أبرام إتفاق التحكيم ، في هذه الحالة لا يلتزم المحال عليه بشرط التحكيم في مواجهة المحال إليه. ويكون الإتفاق قائما علي الإعتبار الشخصي إذا تم النص علي ذلك صراحة في العقد أو تبين ذلك من ظروف القضية.[2]

وهذا ما إنتهت إليه محكمة إستئناف القاهرة. ففي إحدي القضايا المتعلقة بإحدي شركات السيارات والتي كانت قد أبرمت عقدي توزيع مع شركة وتضمن كلا العقدين شرط تحكيم. أحالت شركة التوزيع إلي أحد البنوك حقها في إستلام بعض السيارات وقبلت شركة السيارات الحوالات كتابة ودون شرط أو تحفظ. وعند نشوب النزاع أقام البنك دعواه أمام محكمة جنوب القاهرة التي قضت برفض الدعوي.

وعندما رفع الأمر لمحكمة الإستئناف أيدت الحكم وقضت بأن " حوالة

---

(1) د/ نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للإلتزام ، المرجع السابق ، ص٢٥٣.
(2) د/ نبيل إبراهيم سعد ، أحكام الإلتزام ، المرجع السابق ، ص ٢٧٣.

الحق لا تنشئ إلتزاماً جديدا في ذمة المدين وإنما تنقل الإلتزام الثابت أصلا في ذمته إلي دائن أخر ليس طرفا في العلاقة الأصلية مصدر الحق المحال به، إلا أن الدائن الجديد يعد خلفا خاصا للدائن الأصلي. وإعمالا للقاعدة التي تقضي بأن الشخص لا يملك أن ينقل إلي غيره أكثر مما كان له، فإن الحق الذي ينقله السلف إلي الخلف ينقله بالحالة التي كان السلف قد تلقاه عليها. كما أن لحوالة الحق في ذاتها أثرا ناقلا حيث ينتقل الحق إلي المحال إليه بجميع أوصافه وتوابعه والدفوع التي تحميه، وتلك التي تثقله. والحوالة من ثم تؤدى بالضرورة إلي إنتقال شرط التحكيم بإعتباره من توابع الحق الذي أنتقل إلي المحال إليه".[1] وهذا ما إستقر عليه الوضع أيضا في القضاء الفرنسي، فقد جري قضاء محكمة إستئناف باريس علي إمتداد إتفاق التحكيم إلي المحال إليه.[2]

ولقد إنتهت محكمة الإستئناف الإنجليزية إلي ذات النتيجة لكنها إعتمدت علي أساس أخر هو تحليل المنفعة المشروطة وذلك في قضية (Voest Alpine)[3]. فإنتهت إلي أن الحق الذي أكتسبه المحال إليه بموجب الحوالة هو حق موصوف أو مشروط بإتفاق التحكيم فلا ينتقل إلي الغير إلا محملا بشروطه، التي تعد إلتزاماً علي المحال إليه لابد أن يتقيد به فلا يصل إلي حقه دون الإلتزام بهذا الشرط. على أنه يشترط أن يكون المحال له في مطالبته بالحق معتمدا علي العقد المتضمن شرط التحكيم. وهذا الحكم لا يقتصر علي حوالة الحق الناجم عن العقد فقط بل كذلك الحوالة التي تتم للسبب في الدعوي. وعلي ذلك إذا قام المحال إليه برفع دعوي

---

(1) حكم محكمة الإستئناف الصادر من الدائرة ٧ تجارى بتاريخ ٢٠٠٢/٤/٩ فى إستئنافين رقمي ١٢٩٤، ٢٠٣٧ لسنة ١١٧ ق.ت القاهرة. مشار إليه فى د/ فتحي والي، المرجع السابق، ص ١٦٥.

(2) د/ حسام الدين ناصف، المرجع السابق، ص ١٠٥.

(3) {1997} 2 lloyd's re p.279, 285- 286. David Joseph Q.C, "Jurisdiction and Arbitration Agreement and Their Enforcement", First edition, 2005, London Sweet & Maxwell p.183.

متعلقة بالحق المحال إليه أمام القضاء العادي، كان للمحال عليه أن يطلب من المحكمة أصدار أمرا بوقف نظر الدعوي. وجدير بالذكر أنه إذا كان المحال إليه ليس بحسب الأصل طرفا في إتفاق التحكيم المبرم بين المحيل والمحال عليه، إلا أن المشرع الإنجليزي قد أعتبره طرفا بحكم القانون وذلك حين نص في المادة٨٢ من قانون التحكيم علي أنه " عندما يشير هذا الفصل إلى طرف في إتفاق التحكيم فإن الإشارة تشمل أي شخص يطالب بحقوق من خلال أطراف العقد".(١)

أما علي الصعيد الدولي فقد قضي في إحدي الأحكام القضائية بأن " الشرط التحكيمي المدرج في عقد دولي له صحته وفاعليته الخاصة التي تفرض إمتداد تطبيقه علي الطرف الذي تنتقل إليه- ولو جزئياً- حقوق المتعاقدين الأصليين. وبعبارة أخري فإن المحال إليه في عقد والذي يستفيد من الحقوق المحال أو المتنازل عنها لا يمكنه التهرب من الشرط المدرج في العقد المحال أو المتنازل عنه، ولا يتطلب قبولا خاصا من جانبه. وعلي العكس من ذلك يكون الشرط الصريح ضروريا لإستبعاد إتفاق التحكيم".(٢)

والخلاصة: أن كلا من المحال إليه والمحال عليه يلتزم بلا جدال بإتفاق التحكيم المتعلق بالعقد المحال دون حاجة لقبول خاص بالإتفاق، والذي أبرم أصلا بين المحيل والمحال عليه.

ثانياً: حوالة الدين

حوالة الدين هى إتفاق ينتقل بموجبه عبء الدين بجميع مقوماته من المدين الأصلي إلي شخص أخر، وتنعقد إما بموجب إتفاق بين الدائن

---

(1) **Section 82/2 of the Arbitration Act 1996 stipulats that "References in this Part to a party to an arbitration agreement include any person claiming under or through a party to the agreement."**

(2) حكم محكمة الإستئناف في الطعن المقدم في الدعويين رقم٧٥٩ لسنة ١٩٩٩ ت.ك، ورقم ٦٥١ لسنة ١٩٩٩، مشار إليه في د/ فتحي والي، التحكيم المرجع السابق، ص ١٦٦.

والمحال علية أو بإتفاق بين المدين والمحال عليه. وحوالة الدين لا تنفذ في مواجهة الدائن إلا إذا قبلها، لأن شخصية المدين محل إعتبار لدي الدائن، فالمدينون يتفاوتون في يسارهم وفي مدي إلتزامهم بالوفاء بديونهم. والسؤال هل يلتزم المحال عليه بإتفاق التحكيم الذي كان يحكم العلاقة الأصلية بين الدائن و المدين الأصلي؟

إن الإجابة علي هذا السؤال تتوقف علي ما إذا كنا بصدد حوالة دين أبرمت بين الدائن والمحال عليه أم أنها أبرمت بين المدين وهذا الأخير. فإذا كانت الحوالة قد أبرمت من قبل الدائن فإن الفقة يجمع علي أن الإتفاق إذا كان واردا في سند الدين أو مشارا إليه في السند، فإن كلا من المحال عليه والدائن يلتزم بإتفاق التحكيم. حيث ينتقل إتفاق التحكيم للمحال عليه بإعتباره من توابع أو مستلزمات الإلتزام المنقول، ذلك ما لم ينص الإتفاق بينهما علي غير ذلك. أما إذا كانت الحواله قد أبرمت بواسطة المدين، فإن جانبا من الفقه يرى أن المحال عليه لا يلتزم بإتفاق التحكيم إلا إذا نص إتفاق الحوالة علي ذلك، فيما يرى جانب أخر أنه يكفي حتي يلتزم المحال عليه بإتفاق التحكيم أن يكون واردا في سند الدين أو مشارا إليه فيه تطبيقا للقواعد العامه في الخلافة. أما فيما يتعلق بالدائن فإنه لا يلتزم بإتفاق التحكيم، في هذه الحالة، قبل المدين الجديد إلا إذا أقر الحوالة، حيث يعتبر الدائن بهذا الإقرار قد قبل الإيجاب الجديد بالتحكيم الموجه له من المدين الجديد.[1]

ثالثاً: التنازل عن العقد

التنازل عن العقد هو إتفاق بين المتنازل والمتنازل إليه يحل بمقتضاه الأخير محل الأول في العقد المتنازل عنه في كلا الجانبين الإيجابي "الحقوق" والسلبي "الإلتزامات" للعقد.[2] وعلي الرغم من كثرة الحالات التي يتم فيها التنازل عن العقود في الواقع العملي، نجد أغلب القوانين لم تحدد

---

(1) د/ مصطفي الجمال، د/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص ٤٧.

(2) د/ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزامات، المرجع السابق، ص٢٩٧.

القواعد المنظمة له، كالتشريع المصري ونظيره الفرنسي. والتنازل يؤدي بحسب الأصل إلي تبرئة ذمة المتنازل نهائيا وفي هذه الحالة ينتقل العقد برمته بما في ذلك شرط التحكيم الوارد فيه للمتنازل إليه. علي أنه في بعض الأحيان قد لا يترتب علي التنازل هذا الأثر فيظل المتنازل ملتزما بالعقد جنباً إلي جنب مع المتنازل إليه.

والتنازل يرد علي العقود الملزمة لجانب واحد والملزمة لجانبين على السواء. فإذا كان العقد ملزما لجانب واحد خضع التنازل لقواعد حوالة الحق أو حوالة الدين بحسب ما إذا كان التنازل من جانب الدائن أم المدين في العقد. أما إذا كان العقد ملزما لجانبين، فإن التنازل يخضع إتفق عليه الأطراف، فإذا لم يوجد هذا الإتفاق خضعت للقواعد العامة التي تحكم حوالة الحق وحوالة الدين معا لأن التنازل عن العقد يتضمن حوالة الحقوق والإلتزامات الناجمة عنه. ونتيجة لذلك فإن إتفاق التحكيم الوارد في العقد المتنازل عنه يلزم المحال إليه إذا توافرت شروط حوالة الحق وحوالة الدين معا.

والمحاكم الفرنسية مستقرة علي أن حوالة الحقوق والإلتزامات الناتجة عن العقد تتضمن حوالة لشرط التحكيم الوارد به، بإعتباره أحد بنود هذا العقد، ما لم يتفق الأطراف علي خلاف ذلك أو كان العقد قائما علي الإعتبار الشخصي. ومن ثم يلتزم المحال إليه بشرط التحكيم فلا يمكنه التنصل منه، كما يلتزم المحال عليه بالشرط في مواجهته لأنه في الأصل قد أرتضي هذا الشرط فيفترض رضاءه به في مواجهة المحال إليه. ولتبرير ذلك إستندت المحاكم الفرنسية إلى العديد من المبررات منها الصفة التبعية لهذا الشرط أو الإرادة المفترضة لأطراف الحوالة أو إستناداً لتفسير إرادة الأطراف. بل إن محكمة النقض الفرنسية، إستجابة لسياسة تدعيم إتفاق التحكيم الدولي والتوسع فى تفسيره التي يتبنها النظام القانوني الفرنسي، قد ذهبت لأبعد من ذلك حيث إستقر قضاؤها علي أنه فيما يتعلق بالمنازعات الدولية فإن شرط التحكيم ينتقل بالحوالة مع العقد الأصلي

بصرف النظر عن صحة حوالة الحق الموضوعي ذاته.[1] وهو الأمر الذي لا يمكن، في نظرنا، تقبله لما فيه من مخالفة للمنطق حيث لا يجوز إجبار المحال إليه في هذه الحالة علي اللجوء للتحكيم والإلتزام به علي الرغم من أنه لم يتلق أي منفعة من العقد في المقابل حيث أن الحوالة لا تنتج في حقه أي أثر إيجابي، فلا يلزم كذلك بالتنازل عن حقه في اللجوء لقاضية الطبيعي.

ومن جهة أخري، لم يتضمن القانون الإنجليزي نصا صريحا يحكم مسألة الحوالة سواء كانت حوالة حق أم دين أم حوالة عقد بأكمله، إلا أنه نص صراحة علي أن وجود شرط التحكيم في عقد من العقود لا يجعله غير قابل للحوالة وترك المسألة بعد ذلك للقضا الذي إستقر بدوره علي أن حوالة العقد الذي يتضمن شرط التحكيم يترتب عليها إلتزام كلا من المحال عليه والمحال إليه بهذا الشرط، ما لم يوجد إتفاق علي خلاف ذلك.[2]

رابعاً: الحلول

إذا قام أحد الأشخاص بالوفاء بالدين بدلا من الدائن، فإنه يحل محل الدائن في علاقته بالمدين. هذا ما تنص عليه التشريعات المختلفة ومن ذلك ما ينص عليه المشرع المصري في القانون المدني في المادة (٣٢٩) علي أنه " من حل قانونا أو إتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص، وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات، وما يرد عليه من دفوع، ويكون هذا الحلول بالقدر الذي أداه من ماله من حل محل الدائن".

فالموفي للدائن ينتقل إليه الحق بكل توابعه وضماناته وما يكفله من تأمينات ودفوع. فإذا كان الدائن قد أبرم إتفاق تحكيم متعلق هذا الحق، فإن إلتزام

---

(1) Jean-Francois Poudert & Sebastien Besson, "Comparative Law of International Arbitration", 2nd edition, p.246, para.284.

(2) Jean-Francois Poudert & Sebastien Besson, "Comparative Law of International Arbitration", 2nd edition, p.249, para.28.

الدائن الحال بهذا الإتفاق يتوقف علي نوع الدعوي التي يرجع بها الدائن علي المدين. فإذا كان الرجوع بدعوي الحلول فإن الدائن الجديد يلتزم بإتفاق التحكيم لأنه في رجوعه يستند إلي الحق الذي آل إليه من الدائن الأصلي فيلتزم بتوابعه ومنها إتفاق التحكيم، وذلك طبعا شريطة أن يكون عالما به وقت إنتقال الحق إليه. أما إذا كان الرجوع بالدعوي الشخصية فإن الدائن لا يلتزم بإتفاق التحكيم لأن رجوعه في هذه الحالة يكون بحقه الشخصي، كما لا يمكن التمسك به من قبل المدين في مواجهته.

وجدير بالذكر أن القضاء الإنجليزي قد تعرض لهذه المسألة بخصوص عقد التأمين. حيث قضى بأن شركة التامين بقيامها بإلتزامها بدفع التعويض تكون قد حلت، بقوة القانون، محل المؤمن عليه في علاقته بالطرف الآخر في العقد، وبالتالي فإن شركة التأمين تلتزم بإتفاق التحكيم الوارد في العقد الأصلي ولا يمكنها الحصول علي حقها في حال النزاع إلا عن طريق اللجوء للتحكيم[1]. وهذا أيضا ما إستقر عليه الوضع في الأحكام القضائية الفرنسية في شأن عقد التأمين.

وبعد أن بينا من هو الغير في إتفاق التحكيم من خلال عرضنا لمفهوم الطرف في هذا الإتفاق، ننتقل للفصل الثاني من هذا البحث حيث نعرض لأثر إتفاق التحكيم في مواجهة هذا الغير.

الفصل الثاني

الغير وآثار إتفاق التحكيم

تمهيد:

رأينا أن المنظور الذي ينظر به للعقد هو الذي يحدد الملتزمين بآثاره. فالعقود بإعتبارها تصرفات قانونية لا ترتب آثارها إلا في مواجهة الأطراف وحدهم، فالأثر الملزم للعقد أو قوته الملزمة قاصرة على أطرافه طبقا لمبدأ

---

(1) The Padre Island No 1{1984} 2 LIoyd's Rep.408 (leggatt j.) p.189. David Joseph Q.C, "Jurisdiction and Arbitration Agreement and Their Enforcement", First edition, 2005, London Sweet & Maxwell p.183.

نسبية العقود. والهدف من قصر القوة الملزمة للعقد علي أطرافه هو حماية المصلحة الخاصة للغير الذي لم يرتض هذا العقد ومراعاة حريته وإستقلاله. إلا أن العقود أو التصرفات القانونية كما تؤثر فى المراكز القانونية لأصحابها فإنها تؤثر فى المجتمع ككل. ومن هنا فإن العقد ينظر إليه أيضا بإعتباره واقعة إجتماعية وقانونية يجوز للغير الإحتجاج بها، كما يجوز للأطراف الإحتجاج بها فى مواجهته وهو ما يعرف بمبدأ نفاذ العقد أو مبدأ السريان. والمقصود من تقرير هذا المبدأ من ناحية حماية المصالح الخاصة للأطراف والغير على السواء، فالأطراف نتيجة لنفاذ عقدهم ملتزمون بإحترام ما قررته إرادتهم وبالتالي تمكينهم من تحقيق الأهداف التي قصدها كل منهم من العقد، كما يمنح الغير إمكانية الإحتجاج بالعقد بما يحقق مصالحه. كما يهدف من ناحية أخري إلي حماية مصالح المجتمع ككل من خلال تحقيق العدالة وإستقرار المعاملات داخل المجتمع.

بالتالي فإن الحد الفاصل بين نطاق تطبيق الأثر الملزم للعقود ونطاق سريانها هو فكرة الحماية أو الغرض منها، فإذا كان محل الحماية هي المصلحة الخاصة للغير كنا بصدد تطبيق الأثر الملزم للعقد، أما إذا كان محلها هو مصالح الأطراف والغير معا وبالتالي مصلحة المجتمع ككل بالتبعية كنا بصدد نطاق السريان.

وسريان العقد في مواجهة الغير إما أن يتم بوصفه واقعة إجتماعية أو بوصفه واقعة قانونية. فإذا كان نفاذ العقد في مواجهة الغير يتم بوصفه واقعة إجتماعية كان للغير الإحتجاج به بوصفه مصدرا للمعلومات أو كوسيلة للإثبات دون أن يكتسب الغير من العقد أي حقوق أو يتحمل بأي إلتزامات. ونفاذ العقد بهذا الشكل يتم في مواجهة كل طوائف الغير أي سواء كان الغير حقيقيا أي لا تربطه صلة أو علاقة مباشرة بالعقد أو أطرافه أو كان الغير وهميا أي له مصلحة أو تربطه علاقة بأحد أطراف العقد. أما إذا كان نفاذ العقد يتم بوصفه واقعة قانونية فإن الوقائع القانونية يرتب عليها القانون آثاراً قانونية بصرف النظر عما إذا كانت الإرادة قد إتجهت لذلك من عدمه، بخلاف التصرف القانوني الذى يتطلب إتجاه الإرادة إلي

إحداث الأثر القانوني.[1] و نفاذ العقد بهذه الصفة يحمل الغير إلتزاما بإحترام عقود الأخرين و عدم التدخل فيها تدخلا يكون شأنه الإخلال بالإشتراطات التى تتضمنها هذه العقود و هذا واجب عام يقع على الكافة، كما قد يكسبه حقا.

على أن العقود بإعتبارها و قائع قانونية كما تؤثر فى المراكز القانونية لأصحابها فإنها تؤثر فى المجتمع ككل بما في ذلك الأغيار. فإذا كان الغير تجمعه بأحد الأطراف أو كلاهما مصلحة أو رابطة قانونية، و حاول هذا الغير تحصيل فائدة أو منفعة مباشرة من العقد المبرم بين الأطراف وجب عليه الإلتزام بتلك العقود أو ببعض شروطها بحسب مقدار المنفعة التي تعود عليه.

و يتضح من ذلك أن كل ما عدا الأطراف يعتبر غيرا بالنسبة للأثر الملزم للعقد و شخصا من أشخاص السريان. إلا أن المصالح التي تجمع الغير بالأطراف و حصوله علي منافع مباشرة من العقد يقتضي من ناحية مد آثار هذا العقد إليه فتقل دائرة الغير ويضيق مفهومه، بما يعني زيادة النطاق الشخصي للأثر الملزم للعقد. كما يقتضي من ناحية أخرى وضع قيود بالنسبة للسريان فيصبح هناك أغيار لا يسرى عليهم العقد.

و مما لا شك فيه أن هذه القواعد تنطبق علي إتفاق التحكيم شأنه شأن سائر العقود و بالتالي يمكن القول بأن إتفاق التحكيم يلزم الغير كلما إتسع النطاق الشخصي للأثر الملزم للعقد الأصلي الذي يتضمنه بإعتباره أحد بنود هذا العقد.

ونرى أن موقف الفقه والقضاء في الولايات المتحدة الأمريكية جدير بالعرض والدراسة. فالنظام القانوني هناك يدعم التوسع فى تطبيق إتفاق التحكيم دوليا كان أو داخلياً. فعلي الرغم من تسليم كل من الفقة والقضاء الأمريكيين بأن إتفاق التحكيم هو عقد بين طرفين يقوم علي إتجاه الإرادة للإرتباط به بما يعني عدم وجود تحكيم طالما لا يوجد إتفاق بين

---

(1) د/ عاطف محمد كامل فخري، المرجع السابق، ص ١٢.

الطرفين، إلا أن ذلك لم يحل دون السماح للغير بإجبار الأطراف تحت ظروف معينة علي اللجوء للتحكيم. بل ذهب القضاء هناك إلي أكثر من ذلك حيث ألزم الغير باللجوء للتحكيم في حالات معينة تحقيقا للعدالة ولمنع التلاعب أو الغش لإلحاق الضرر بالأخرين سواء من جانب أحد الأطراف أو الغير.

ويقدم التحكيم فى الولايات المتحدة الأمريكية للأطراف ميزه كبيرة لا يحصل عليها الأطراف فى الأنظمة القانونية الأخرى وهى قلة التكاليف. فالقضاء فى العديد من النظم القانونية كالمصري والفرنسي والإنجليزى مجاني مما يجعل اللجوء إليه أقل تكلفة من اللجوء للتحكيم. وعلي العكس فإن القضاء فى الولايات المتحدة مدفوع الأجر مما يحمل الخصوم تكاليف باهظة تجعلهم يحجمون عن اللجوء للقضاء مفضلين المثول أمام هيئات التحكيم. وفى إعتقادنا أن هذا الوضع هو أحد أسباب توسع الفقه والقضاء الأمريكيين في تفسير وتطبيق إتفاق التحكيم علي الصعيد الداخلى.

علي أننا سنلاحظ من خلال الدراسة أن صياغة شرط التحكيم من ناحية، والظروف والوقائع المتعلقة بكل دعوي من الدعاوي من ناحية أخري، قد تؤثر وبشدة بل يكون لها في بعض الأحيان الكلمة الأخيرة في تقرير مدي إلتزام الغير أو الطرف باللجوء للتحكيم.

ونعرض لما توصلنا إليه بشأن هذه المسألة علي النحو التالي:

المبحث الأول: الوضع في فقه وقضاء الولايات المتحدة الأمريكية.

الفرع الأول: إجبار الطرف علي الخضوع للتحكيم من قبل الغير.

الفرع الثاني: إجبار الغير علي الخضوع للتحكيم من قبل الطرف.

المبحث الثاني: الوضع في النظام القانوني المصري.

الفرع الأول: حالات يجوز فيها للغير التمسك بإتفاق التحكيم.

الفرع الثاني: حالات يجبر فيها الغير علي الخضوع للتحكيم.

المبحث الثالث: تحليل الوضع في كل من النظامين.

المبحث الأول

الوضع في الفقه والقضاء الأمريكيين

إتفاق التحكيم في النظام القانوني الأمريكي لا يخرج عن كونه عقدا تحكمه إرادة الأطراف الذين إتفقوا عليه. والنتيجة المترتبة علي ذلك بطبيعة الحال أن إرادة الأطراف أو نيتهم هي الفيصل في تحديد من هم الأشخاص الملتزمون باللجوء للتحكيم ومن هم الأشخاص الذين يمكنهم طلب تنفيذ هذا الإتفاق. إلا أن قانون التحكيم الفيدرالي قد نص علي أنه " بمقتضي القانون الفيدرالي، فإن أي شكوك تتعلق بنطاق المسائل القابلة للتحكيم يجب أن تفسر لصالح التحكيم، سواء تعلق الشك أو الخلاف بصياغة العقد نفسه أو بالإدعاء بفسخ العقد أو التأخير في التنفيذ أو أي دفع آخر ضد اللجوء للتحكيم".[1] وأمام هذا النص الصريح إتجهت المحاكم الأمريكية إلي تفسير كل غموض يشوب تكوين إتفاق التحكيم أو صياغة بنوده لصالح نفاذ إتفاق التحكيم. من ذلك ما قضت به محكمة إستئناف الولايات المتحدة الأمريكية في دائرتها الثانية بأنه " لتحديد مدي قابلية النزاع للتحكيم، تحتاج المحكمة فقط أن تقرر ما إذا كان هناك تفسير لإتفاق الأطراف يسمح بإمتداد الإتفاق ليغطي مثل تلك المنازعات أم لا."[2] وفي عبارات أكثر وضوحا في دلالتها علي مدي حرص القضاء الأمريكي علي

---

(1) The FAA stablishes that " as a matter of federal law, any doubts concerning the scope of arbitrable issues should be resolved in favor of arbitration, whether the problem at hand is the construction of the contract language itself or an allegation of waiver, delay or a like defense to arbitrability." Quoting Moses H.Cone Mem'I Hop.v.Mercury Constr.Corp., 460 US. 1,25-25 103 S.Ct. 927, 74 L.Ed.2d 765 (1983).

(2) In re Chung,943 F2d225,230(2d Cir. 1991). Mentioned in Anthony M.DiLeo's article" the enforceability of arbitration agreements by and against nonsignatories"," the journal of American arbitration", volume 2, Issue 1,2003, p 35.

تفعيل إتفاق التحكيم والتأكيد علي وجوب الإلتزام به قضت إحدي المحاكم الأمريكية بأن " طلب اللجوء للتحكيم بصدد نزاع معين لا يجوز رفضه، إلا إذا أمكن القول علي نحو مؤكد أن شرط التحكيم غير قابل للتفسير علي نحو يجعله شاملا لهذا النزاع."[1]

علي أن هذا التوسع في تطبيق إتفاق التحكيم وفي تفسيره محكوم في نهاية الأمر بكون إتفاق التحكيم في الأصل عقدا، وبالتالي فإن تفسيره يجب أن يكون محكوما بالقواعد العامة التي تحكم العقود بصفة عامة. وبما يعني أن علي المحكمة عند تفسير إتفاق التحكيم عليها الرجوع للقواعد العامة التي تحكم العقود في قانون الولاية الواجب التطبيق أو القانون الفيدرالي بحسب الأحوال.

ومن هنا يتضح أنه يجب علي المحكمة عندما يقدم إليها طلب اللجوء للتحكيم التأكد من أمرين في غاية الأهمية الأول: ما إذا كان يوجد إتفاق علي التحكيم، والثاني: نطاق هذا الإتفاق. والفصل في هذه المسائل يتم بالرجوع للقواعد العامة التي تحكم العقد وكذلك القواعد التي تحكم الوكالة. وبالرجوع لهذه القواعد إستقرت العديد من المحاكم الأمريكية علي أن الإلتزام بالخضوع للتحكيم لا يقتصر علي الشخص الذي وقع بنفسه علي إتفاق التحكيم فحسب، بل إن الغير الذي لم يوقع علي هذا الإتفاق يمكنه أن يجبر أيا من الطرفين علي تنفيذ إلتزامه باللجوء للتحكيم، كما يمكن، من ناحية أخري، لأي من الطرفين إلزام الغير بالخضوع للتحكيم إذا كان هذا الغير قد إشترك فى تنفيذ العقد الأصلي الذي يتضمن إتفاق التحكيم.

بل إن المحاكم الأمريكية ذهبت إلي أبعد من ذلك فقضت في العديد من

---

(1) United Steel Workers of Am v. Warrior & Gulf Navigation Co.,363 U.S. 574,582-82(1960), Mentioned in Anthony M.DiLeo's article " the enforceability of arbitration agreements by and against nonsignatories", " the journal of American arbitration", volume 2, Issue 1,2003, p 35.

الأحكام بإلزام كل من الموقعين علي إتفاق التحكيم وغير الموقعين عليه باللجوء للتحكيم علي السواء وذلك في حالة قيام علاقة خاصة أو مميزة بين كل منهما مثل علاقة المدين والدائن أو علاقة الزوجية أو الضمان أو علاقة رب العمل بالموظف أو العامل "علاقة تبعية".[1]

فلقد إستقرت العديد من المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية علي إلزام الغير بشرط التحكيم إستناداً إلى وجود علاقة خاصة تجمع هذا الغير وأحد المتعاقدين. ومن ذلك ما قضت به محكمة لويزيانا من إلزام أحد الموظفين باللجوء للتحكيم بصدد منازعة نشأت بينه وبين إحدي شركات السمسرة إستناداً علي أن رئيس مجلس إدارة الشركة التي يعمل بها هذا الموظف والعضو المنتدب قد أبرما إتفاق تحكيم مع تلك الشركة، وذلك علي الرغم من أن كلا من رئيس مجلس الإدارة والعضو المنتدب كانا قد تجاوزا نطاق إختصاصهما.[2] وفي سوابق أخري أعطت المحاكم الأمريكية للغير الحق في إجبار الطرف الموقع علي إتفاق التحكيم علي الإلتزام به والخضوع للتحكيم حيث قضي بإلزام المدعي صاحب حق الإمتياز، الطرف الموقع علي إتفاق التحكيم، باللجوء للتحكيم للفصل في المنازعات التي قامت بينه وبين كل من الشركة المانحة للإمتياز الموقعة علي الإتفاق، ومدير أحد القطاعات والذي لم يصدر منه أي قبول بإتفاق التحكيم ولم يوقع عليه.[3]

وتمد المحاكم الأمريكية إتفاق التحكيم للغير إستناداً لرابطة الزوجية التي تجمع بينه وبين أحد المتعاقدين. حيث تؤسس المحاكم هناك إلتزام أحد الزوجين بإتفاق التحكيم الذي أبرمه الزوج الآخر علي فكرة الذمة

---

(1) Anthony M.DiLeo's article " the enforceability of arbitration agreements by and against non-signatories", " the journal of American arbitration", volume 2, Issue 1,2003, p 35.

(2) Eureka Homestead Society v. Howward. Weil , Labouisse, Frederichs, Inc., No.94-0452, 1994.

(3) Rushe v. NMTC, Inc., No. 01-3440,2002 WL 575706, at*.

الزوجية المشتركة بين كلا الزوجين. وهذه الفكرة لا نظير لها في نظامنا القانوني لأن الشريعة الإسلامية، بإعتبارها المصدر الأساسي للتشريع، لا تعرف الذمة المالية المشتركة للزوجين حيث يظل كل منهما متمتعا بذمة مالية مستقلة عن الأخر طوال مدة العلاقة الزوجية. وهى فكرة لا مجال لإعمالها بوجه عام فى النظم القانونية المستمدة من الشريعة الإسلامية.

ويشترط لإلزام الزوج غير الموقع علي إتفاق التحكيم بالخضوع له أن يكون الزوج الأخر قد أبرم إتفاق التحكيم بإعتباره ممثلا للعلاقة الزوجية أو الذمة الزوجية المشتركة وليس بصفته الشخصية.[1] وأن يستند الغير في سعيه للحصول علي حقه إلي العقد الذي يتضمن إتفاق التحكيم.

وتطبيقا لذلك رفضت محكمة إستئناف لويزيانا في إحدي الدعاوي إحالة المنازعة للتحكيم إعمالا لإتفاق التحكيم الذي أبرمته الزوجة مع المستشفي، حيث إستندت المحكمة في رفضها طلب الإحالة إلي أن الزوجة قد أبرمت الإتفاق بصفتها الشخصية، وأن الزوج عند طلب التعويض إستند إلى المسئولية التقصيرية الناجمة عن خطأ المستشفي والأطباء فيها وليس علي أساس المسئولية العقدية، أي أن الزوج لا يستند في دعواه علي العقد المتضمن شرط التحكيم.[2]

وعلي العكس من ذلك ألزمت ذات المحكمة في دعوي أخري الزوجة غير الموقعة علي الإتفاق علي الخضوع للتحكيم تنفيذا لشرط التحكيم الوارد في عقد البيع الذي أبرمه زوجها. حيث إستندت المحكمة في هذا الحكم علي أن الزوج عند إبرامه للعقد، المتضمن لشرط التحكيم، كان ممثلاً عن الذمة الزوجية المشتركة. كما أن الزوجة في مطالبتها كانت مستندة

---

(1) **Anthony M.DiLeo's article " the enforceability of arbitration agreements by and against non-signatories", "the journal of American arbitration", volume 2, Issue 1,2003, p 67.**

(2) **Ciaccio v. Cazayoux, 519 So. 2d 799 - La: Court of Appeals, 1st Circuit 1987.**

إلي فائدة مستمدة من العقد المتضمن شرط التحكيم.[1] حيث خلصت المحكمة إلي أن العقد، في هذه الحالة، قد أبرم نيابة عن الزوج الأخر غير الموقع، كما أن العقد قد أبرم لمصلحة الطرف غير الموقع "الزوجة" مباشرة، مما يوجب عليها الإلتزام بإتفاق التحكيم.

ومن الجدير بالذكر في هذا المقام أن إجبار الأطراف علي الخضوع للتحكيم من قبل الغير أو إلزام الأخير بالخضوع للتحكيم يتوقف في الغالب علي وقائع وظروف كل حالة. كما أن صياغة الشرط أو الإتفاق ذاته لها تأثير كبير علي نطاق تطبيقه، فقد تأتي الصياغة من العمومية والإتساع بحيث يمكن القول بأنه يخضع للتحكيم منازعات أو أطراف قد لا يكون أطراف الإتفاق قد فطنوا إليه.

الفرع الأول

إجبار الطرف علي الخضوع للتحكيم من قبل الغير

أرست محكمة إستئناف الولايات المتحدة الأمريكية الدائرة الخامسة في حكم شهير لها في قضية "جريجسون"[2] مبدأ هاما والذي سارت عليه مختلف المحاكم الأمريكية. ومؤدي هذا المبدأ أن الغير المدعي عليه الذي لم يوقع علي إتفاق التحكيم بإمكانه أن يجبر المدعي، الطرف الموقع علي الإتفاق، علي اللجوء للتحكيم إستناداً علي فكرة "السلوك المانع من إثبات العكس"[3] وذلك إذا ثبت توافر الشرطين التاليين أو أحدهما علي الأقل وهما أولا: أن يكون الطرف الموقع علي الإتفاق "المدعي" في مطالبته أمام القضاء ضد الغير مستندا إلي العقد المكتوب الذي يتضمن شرط التحكيم. ثانيا: إذا كان المدعي في مطالبته يستند إلي إدعاءات قائمة على مخالفة أو خطأ مشترك بين كل من الغير الذي لم يوقع علي الإتفاق

---

(1) Shroyer v. Foster, 814 So. 2d 83 - La: Court of Appeals, 1st Circuit 2002.

(2) Grigson v.Creative Artists Agency, L.I.C., 210 F.3d 524, 527 (5th Cir.2000).

(3) علي أن البعض قد فضل إطلاق لفظ الدعاوي المتشابكة أو المرتبطة علي هذا المبدأ.

وواحد أو أكثر من الأطراف الأخري في العقد الأصلي.

ولقد أوضحت المحكمة أن أساس إنطباق هذه المبدأ في أي حالة من الحالات هي فكرة تحقيق العدالة، وهي فكرة بطبيعتها قائمه علي معيار شخصي. كما أكدت علي أن المبدأ ينطبق بشكل أكثر فاعلية كلما توافر الشرطان معا، وإنطباقه يتوقف أيضاً علي ظروف ووقائع كل دعوي علي حده.(١)

وتتلخص وقائع الدعوي في أن جريجسون، المدعي الموقع علي الإتفاق، إدعي أن المدعي عليه الذي لم يوقع علي الإتفاق، وهو الممثل الأمريكي ماتثيو ماكو نهاي ووكيله شركة كريتف أرتست قد تدخلتا في العقد المبرم بين جريجسون وشركة تريستار بكتشر للتوزيع والمتعلق بأحد الأفلام المملوكة للمدعي، وذلك بقصد الإضرار به. حيث إدعي جريجسون أن المدعي عليه قد ضغط علي شركة التوزيع بغرض تقليص المبيعات مما أضر بلا شك بالمدعي. فدفع المدعي عليه بوجود شرط التحكيم الوارد في عقد التوزيع، وطالب بإحالة الدعوي للتحكيم.

وبقيام المحكمة بتطبيق المبدأ السابق علي وقائع الدعوي إنتهت إلي أن دعوي المدعي تستند إلي عقد التوزيع المتضمن شرط تحكيم، كما أن دعوي المدعي تقوم علي إدعاء مؤسس علي خطأ مشترك من الغير والطرف الأخر في العقد بقصد الإضرار به، بما يعني إنطباق المبدأ بكلا شرطيه علي الدعوي، ومن ثم قضت بقبول الطلب وإحالة الخصوم للتحكيم.

ولقد إستندت العديد من المحاكم الفيدرالية كمحاكم تكساس ولويزيانا ومسيسبي، وكذلك محاكم الولايات المختلفة علي هذا المبدأ لتمكين الغير من إجبار الطرف علي الخضوع للتحكيم وذلك إذا توافر أحد الشرطين

---

(1) **Anthony M.DiLeo's article " the enforceability of arbitration agreements by and against nonsignatories", " the journal of American arbitration", volume 2, Issue 1,2003, p 35.**

السابقين.[1]

ونشير أخيرا إلي ما قضت به محكمة إحدي الولايات من أن صياغة إتفاق التحكيم من الإتساع بحيث يشمل ليس فقط العلاقة بين الأطراف ولكن أيضا العلاقة بين أيهما والغير الذي لم يوقع في الأساس علي إتفاق التحكيم ولم يكن طرفا فيه، وما ينتج عن ذلك من منازعات، مما يخول الغير الحق في إلزام ذلك الطرف باللجوء للتحكيم. ومن هنا يتضح الدور الذي تلعبه الصياغة في تحديد النطاق الشخصي والموضوعي لإنطباق إتفاق التحكيم.[2]

الفرع الثاني

إجبار الغير علي الخضوع للتحكيم من قبل الأطراف

كما سبق أن ذكرنا فإن التساؤل المتعلق بمدي إمكانية إلزام الغير بالخضوع لإتفاق تحكيم لم يوقع عليه ولم يكن طرفا فيه، يجد إجابته بالرجوع للقواعد العامة التي تحكم العقد والوكالة في القانون الأمريكي سواء كانت هذه القواعد مستمدة من القانون الفيدرالي أم من قانون إحدي الولايات بحسب القانون الواجب التطبيق علي العقد محل البحث.

وبالرجوع إلي تلك القواعد إستقر جانب من الفقه والقضاء الأمريكي علي أن أبرز الحالات التي يلتزم فيها الغير بإتفاق التحكيم الذي لم يوقع عليه، تحقيقا للعدالة ولمنع هذا الغير من التواطؤ مع أي من الأطراف للإضرار بالطرف الأخر، هي الحالات الخمس التالية الإندماج بالإحالة والإفتراض والوكالة وفضح الإستتار وأخيرا السلوك المانع من إدعاء او

---

(1) Anthony M.DiLeo's article "the enforceability of arbitration agreements by and against nonsignatories", " the journal of American arbitration", volume 2, Issue 1,2003, p 35.

(2) Anthony M.DiLeo's article "the enforceability of arbitration agreements by and against nonsignatories", " the journal of American arbitration", volume 2, Issue 1,2003, p 35.

إثبات العكس. علي أن جانبا أخر من الفقة قد رأي إضافة حالتين أخريين هما الخلافة في المصالح والطرف الثالث المستفيد. ومن خلال الدراسة سنلاحظ أنه في بعض هذه الحالات، مثل حالة الإندماج بالإحالة والخلافة في المصالح، أن من إعتبره الفقه أو القضاء الأمريكي غيرا ليس كذلك في النظام القانوني المصري والفرنسي بل إنه يعتبر طرفاً لو حكماً، وتبرير ذلك يرجع إلي أن الفقة والقضاء هناك فضل أن يستخدم في هذا الصدد لفظ "nonsignatory" أي الشخص الغير موقع علي العقد بدلا من لفظ " party third" والتي تعني الغير في القانون الأمريكي.

علي أننا قبل أن نعرض لكل حالة من هذه الحالات ننوه إلي أنه بالنظر لأن بعضا من هذه الحالات لا يوجد من المصطلحات في النظام القانوني المصري ما يقابلها لذلك فإننا قد حاولنا إستخدام ما رأينا بإجتهادنا أنه أنسب المصطلحات للتعبير عن تلك الحالات وذلك علي النحو التالي :

أولاً: الإندماج بالإحالة "Incorporation by Reference"

مبدأ الإندماج بالإحالة مؤداه أنه في الحالة التي يأتي فيها العقد الأصلي خاليا من شرط التحكيم إلا أنه يحيل إلي عقد أو إتفاق آخر مستقل يتضمن هذا الشرط، سواء كان هذا الإتفاق بين ذات الأطراف أو بين أحدهما والغير، فإن الأطراف يلتزمون باللجوء للتحكيم تنفيذا لهذا الشرط. هذا المبدأ الذي إستقر عليه القضاء الأمريكي ليس مبدأ جديدا أو غريباً على النظام القانونى المصرى. فكما رأينا فإن مختلف النظم القانونية مستقرة علي إن الإحاله بهذا الشكل تجعل الشخص طرفا وليس غيرا في الإتفاق.

إلا أن الجديد في هذا الصدد هو الكيفية التي طبقت بها المحاكم الأمريكية هذا المبدأ والنتائج التي توصلت إليها من وراء هذا التطبيق. فقد قضت محكمة لويزيانا الدائرة الشرقية في قضية "فينتورا"[1] بإلزام الغير

(1) Ventura Maritime Co., Ltd. v. ADM Export Co., 44 F. Supp. 2d 804 - Dist. Court, ED. Louisiana.

بإتفاق التحكيم المحال إليه في سند الشحن إستناداً لإشتراك الغير في تنفيذ العقد مع مرونة الصياغة التي تسمح بإمتداد الشرط ليشمل الدعاوي المقامة من هذا الغير. وتتلخص وقائع الدعوي في أن شركة "فينتورا ماريتيم" مالكة السفينة عند إستلامها لشحنة الحبوب من شركة "آدم شيبنج" إكتشفت أن الشحنة مصابة بالحشرات فقامت بإبلاغ شركة "آدم" بذلك والتى أسرعت برش الشحنة بالمبيدات مما أدي للقضاء علي تلك الحشرات. أصرت الشركة الناقلة علي أن تضمن إيصال إستلام البضاعة بندا مفادة أن الحبوب المنقولة قد تم رشها بالمبيدات للقضاء علي الحشرات. وكان من شأن ذلك أن بوليصة الشحن صدرت هي الأخري علي هذا الشكل مما أدي إلي إلحاق الأضرار بشركة " أدم شيبنج" وشريكتها " أدم إكسبورت" حيث وجدتا صعوبة في بيع الشحنة، كما أن ما ورد في البوليصة أثر علي سعرها عند البيع. رفعت شركة " أدم إكسبورت" دعوي أمام محكمة لويزينا مطالبة بالتعويض عما أصابها من ضرر خاصة وأن البضاعة عند تسليمها كانت نظيفة تماما وخالية من أي حشرات. في حين تمسكت شركة "فينتورا" بإتفاق التحكيم الوارد في سند الشحن الذي وقعته مع شركة " أدم شيبنج" وطالبت بإحالة الدعوي لهيئة التحكيم. فقضت المحكمة بأنه علي الرغم من أن السند قد تم إبرامه بين هاتين الشركتين دون شركة "أدم إكسبورت"، إلا أنه نظرا للدور الذي لعبته الشركة الأخيرة في خدمة العقد وتنفيذه وكذلك نظرا للصياغة المرنة لشرط التحكيم والتي تنص علي إنطباقة علي كافة المنازعات التي تنشأ عن العقد،[1] فإن من شأن ذلك كله أن يلزم الغير، شركة "أدم إكسبورت"، بالخضوع للتحكيم. فالقضاء الأمريكي أعتبر من ضمن حالات الإندماج بالإحالة الحالات التى تكون فيها صياغة شرط التحكيم من المرونة بحيث تسمح بإمتداد الشرط للدعاوى المقامة من الغير، شريطة أشتراك الغير فى تنفيذ العقد الأصلى.

---

(1) The arbitration clause stated that it "applies to all disputes arising out of this contract".

ثانياً: الإفتراض "Assumption"

طبقا لمبدأ الإفتراض فإن الغير يلتزم بإتفاق التحكيم إذا كان فعله أو تصرفه ينم عن رضائه بإتفاق التحكيم، أو أنه إتخذ إجراءات تدل علي أنه يستفيد بشكل مباشر من تنفيذ إتفاق التحكيم.[1] فالغير لا يمكنه في هذه الحالة التنصل من الخضوع للتحكيم إذا أراد أحد الأطراف اللجوء إليه.

وتطبيقا لذلك قضت محكمة إستئناف الولايات المتحدة الأمريكية الدائرة الثانية في قضية "جفودينوفيك"[2] بأن الخصم علي الرغم أنه لم يوافق صراحة علي إتفاق التحكيم ولم يوقع عليه إلا أن ذلك لا يحول دون إلزامه بالخضوع للتحكيم لأن سلوكه يؤكد إنصراف نيته لحل النزاع عن طريق التحكيم.

و تتلخص وقائع الدعوي في أن شركة الطيران المتحدة " يونيتد" عندما تملكت أصول وخطوط شركة " بان أميركن" للطيران، تعهدت بأن تقوم بتوظيف ١٢٠٠من موظفي الشركة المباعه، علي أن تحتسب شركة " بان أمريكن" لكل موظف المدة التي قضاها في العمل بالشركة المباعه عند تحديد درجة الأقدمية. علي أن شركة "يونيتد" واجهتها مشكلة وهي كيفية تحديد درجة أقدمية هؤلاء الموظفين دون الإضرار بموظفيها هي. فقامت الشركة بإخطار الموظفين الجدد بأن تحديد هذه المسألة سيتم بواسطة اللجوء لمحكم يتم الإتفاق عليه وستتكفل الشركة بنفقات التحكيم، فقام الموظفون بإختيار من يمثلهم أمام المحكم. إلا أنه بعد إصدر المحكم لحكمة طعن الموظفون علي الحكم أمام محكمة نيويورك مدعين بأنهم لم يرتضوا أو يوقعوا علي إتفاق التحكيم وأنهم ليسوا أطرافا في الإتفاق. رفضت المحكمة الطعن وأيدت قرار المحكم، فطعن الموظفون علي الحكم الأخير أمام

---

(1).Anthony M.DiLeo's article "the enforceability of arbitration agreements by and against nonsignatories", " the journal of American arbitration", volume 2, Issue 1,2003, p 35.

(2) Gvozdenovic v. United Air Lines, Inc., 933 F. 2d 1100 - Court of Appeals, 2nd.

محكمة إستئناف الولايات المتحدة والتي بدورها أيدت قرار محكمة نيويورك وقرار المحكم إستناداً إلي أن سلوك الموظفين المتمثل في إختيار من يمثلهم أمام هيئة التحكيم يدل بوضوح علي قبولهم الخضوع للتحكيم.

والواقع أن هذا المبدأ منطقي تماما ويتمشي مع المبدأ المستقر عليه في نظامنا القانوني المصري وهو حسن النية في تنفيذ الإلتزامات. حيث أنه لا يجوز للشخص، بعد أن يأتي من الأفعال ما يؤكد رضاءه بالتحكيم ويجعل باقي الأطراف يركنون إلي ذلك ويشرعون في إجراءات التحكيم، أن يدعي بأنه لم يصدر منه قبولا صريحا أو مكتوبا باللجوء للتحكيم، لما ينطوي عليه مثل هذا السلوك من غش وسوء نية واضحة من جانبه، ورغبة في الإضرار بالأطراف الأخري بتحملهم أعباء السير في إجراءات سيتملص منها هو في آخر المطاف. وإذا كان مثل هذا السلوك لا يجوز من الشخص أثناء سير الإجراءات فإنه بلا أدني شك مرفوض بعد صدور الحكم حتي لا نفتح الباب أمام كل من تسول له نفسه التخلص من أحكام التحكيم الصادرة ضده إستناداً إلي مثل هذا الإدعاء.

ثالثاً: الوكالة "Agency"

الوكالة هى عقد بمقتضاه يؤدي الوكيل عملا قانونيا لحساب الموكل، فأثر العقد الذي أبرمه الوكيل ينصرف مباشرة للأصيل أو الموكل. فالموكل وإن كان يباشر التصرف بإرادته ويوقع علي الإتفاق إلا أنه لا يلتزم بشئ بحسب الأصل. وهذا ما إستقرت عليه المحاكم هناك حيث قضي بأنه " التحكيم ينشأ بكل تأكيد عن عقد، والوكيل غير مسئول بحسب الأصل عن خرق الأصيل لإلتزاماته التعاقدية".[1] كما قضي بأنه " من القواعد المستقر عليها أن التوقيع علي إتفاق التحكيم كوكيل لأصيل معلوم لا يكفي لإلزام الوكيل بالخضوع للتحكيم بخصوص الدعوي المرفوعة عليه شخصيا".[2]

---

(1) McCarthy v. Azure, 22F.3d 351,360(1st Cir.1994).
(2) Flink v.Carlson,856 F.2d 44,46 (8th Cir. 1988).

إلا أن المحاكم الأمريكية إستقرت علي أن إتفاق التحكيم قد يمتد للغير الذي لم يوقع علي الإتفاق إذا كانت القواعد العامة التي تحكم الوكالة تسمح بذلك. وعليه فإذا كان السبب في رفع الدعوي هو سلوك الوكيل نفسه الذي إرتكبه أثناء تنفيذ الوكالة نيابة عن الأصيل، فإن المحاكم الأمريكية ألزمت الوكيل في هذه الحالة بالخضوع للتحكيم شأنه شأن الأصيل،[1] وذلك تطبيقا لمبدأ قديم مفاده "أن الوكيل مسئول عن أخطائه الشخصية".[2]

والوكالة في القانون الأمريكي، كما قد تأخذ صورة إتفاق شفوي أو مكتوب بين الوكيل والموكل، قد تأخذ صورة قيام أحد الأشخاص، دون وجود عقد وكالة أصلا أوعلي الأقل دون أن يكون العقد معلنا للغير المتعاقد، بإبرام تصرف قانوني معين لمصلحة شخص أخر ونيابة عنه، مع علم الأخير بذلك، مما حمل الغير المتعامل مع المتعاقد علي الإعتقاد بقيام عقد الوكالة بين الطرفين. ففي الحالة الأخيرة يلتزم الموكل بما أبرمه الوكيل من تصرفات قانونية ولا يستطيع التنصل منها بإدعاء أنه من الغير بالنسبة لهذا التصرف إستناداً لعدم وجود عقد الوكالة.

وبناء عليه إذا قامت إحدي الشركات بإبرام عقد يتضمن شرط تحكيم بإعتبارها وكيله عن شركة أخري، علي النحو السابق بيانه، فإن الأخيرة تلتزم بإتفاق التحكيم بإعتبارها الطرف الأصيل حتي لو لم تكن موقعة عليه، شريطة أن يثبت الخصم أن الشركة الأولي قد أبرمت التصرف نيابة عن الشركة الثانية وأن هذه العلاقة هي السبب في الدعوي،[3] فلا يكفي مجرد إثبات وجود ترتيب مسبق بين الشركتين أو علاقة وكالة بينهما، بل يجب إثبات كلا الأمرين.

---

(1) **Pritzker v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc., 7 F.3d 1110 (3d Cir.1993).**

(2) **Bradly v. Roosevelt S.S.Co.,317 U.S. 575,580 (1943).**

(3) **Phoenix Canada Oil Co. v. Texaco, Inc., 842 F.2d 1466, 1477 (3d Cir.1988).**

ومن جانبنا نري أن ما إنتهت إليه المحاكم الأمريكية في هذا الصدد يجد ما يقابله في نظامنا القانوني المصري. ففي الوقت الذي إستقر فيه القضاء المصري علي خضوع إتفاق التحكيم للقواعد العامة في الوكالة. إنتهت محكمة النقض إلي أن " الغير المتعامل مع الوكيل يعتبر أجنبياً عن تلك العلاقة بين الوكيل والموكل - مما يوجب عليه فى الأصل أن يتحقق من صفة من يتعامل معه بالنيابة عن الأصيل ومن إنصراف أثر التعامل تبعاً لذلك إلى هذا الأخير. إلا أنه قد يغنيه عن ذلك أن يقع من الأصيل ما ينبىء فى ظاهر الأمر عن إنصراف إرادته إلى إنابته لسواه فى التعامل بإسمه كأن يقوم مظهر خارجى منسوب إليه يكون من شأنه أن يوهم الغير ويجعله معذوراً فى إعتقاده بأن ثمة وكالة قائمة بينهما، إذ يكون من حق الغير حسن النية فى هذه الحالة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يتمسك بإنصراف أثر التعامل - الذى أبرمه مع من إعتقد بحق أنه وكيل - إلى الأصيل لا على أساس وكالة حقيقية قائمة بينهما - وهى غير موجودة فى الواقع بل على أساس الوكالة الظاهرة ذلك لأن ما ينسب إلى الأصيل فى هذا الصدد يشكل فى جانبه صورة من صور الخطأ الذى من شأنه أن يخدع الغير حسن النية فى نيابة المتعامل معه عن ذلك الأصيل ويحمله على التعاقد معه بهذه الصفة وهو ما يستوجب من ثم إلزام الأصيل بالتعويض عن هذا الخطأ من جانبه، ولما كان الأصل فى التعويض أن يكون عينياً. كلما كان ممكناً. فإن سبيله فى هذه الحالة يكون بجعل التصرف الذى أجراه الغير حسن النية نافذاً فى حق الأصيل - وإذ كان ذلك وكان مؤداه إنه يترتب على قيام الوكالة الظاهرة ما يترتب على قيام الوكالة الحقيقية من آثار فيما بين الموكل والغير، بحيث ينصرف إلى الموكل أثر التصرف الذى عقده وكيله الظاهر مع الغير "[1]

---

(1) الطعن رقم ٨٧٨ لسنة ٤٦ مكتب فنى ٣٠ صفحة رقم ٤١٢ بتاريخ ٢٩- ١٢- ١٩٧٩.

ومن جهة أخري نجد محكمة النقض قد إستقرت علي أنه " إذ قارف الموكل خطأ من شأنه أن يحمل الغير حسن النية على الإعتقاد بأن الوكالة التى بناء عليها تعاقد الوكيل مع هذا الغير لا تزال سارية حتى أبرم الوكيل معه تصرفات تعدل العقد الذى سبق أن=

وبناء علي ذلك فإن القضاء المصري يعترف بأن الأصيل إذا تسبب بفعله في إيهام الغير بقيام علاقة الوكالة أو إستمرارها وجب عليه الإلتزام بما أبرمه الوكيل من عقود فلا يجوز له التهرب منها بعد ذلك، وبتطبيق هذه القاعدة علي إتفاق التحكيم، نجد أن الأصيل في هذه الحالة سيلتزم بالعقد الأصلي الذي أبرمه الوكيل فإذا كان العقد متضمنا لشرط تحكيم إلتزم به الأصيل بالتبعية لإلتزامه بالعقد الأصلي. وبذلك ننتهي إلي ذات الحكم الذي إستقرت عليه المحاكم الأمريكية في هذا الخصوص.

بل إن محكمة النقض في بعض الأحيان قد رتبت علي الوكالة المستترة ذات الأثر المترتب علي الوكالة السافرة وهو إنصراف أثر العقد إلي الأصيل وليس الوكيل وذلك دون حاجة لإثبات خطأ الأصيل أو سوء نيته.[1]

رابعاً: السلوك المانع من إثبات العكس "Equitable Estoppel"

من أهم المبادئ أو النظريات التي إستند إليها القضاء الأمريكي لإلزام الغير بإتفاق التحكيم[2] هو نظرية الظاهر أو ما أطلقنا عليه مبدأ السلوك المانع من إثبات العكس. وهو مبدأ يشبه مبدأ الإفتراض السابق بيانه وإن إختلفا في مجال التطبيق، ففي حين يجد مبدأ الإفتراض مجالا أوسع للتطبيق في المرحلة التي يبدأ فيها السير في إجراءات التحكيم، يجد مبدأ السلوك المانع مجال تطبيقه الأساسي فى مرحلة تنفيذ العقد المتضمن شرط التحكيم.

=أبرمه، فإن هذه التصرفات الأخيرة تنفذ فى حق الموكل." الطعن رقم ٢٢٧ لسنة ٥٠ مكتب فنى ٣٥ صفحة رقم ٤٢٣، بتاريخ ١٩٨٤/٠٢/٠٨. كما قضت محكمة النقض كذلك بأن" التصرفات الصادرة من صاحب المركز الظاهر المخالف للحقيقة إلى الغير حسن النية، يترتب عليها ما يترتب على التصرفات الصادرة من صاحب المركز الحقيقى متى كانت الشواهد المحيطة بالمركز الظاهر من شأنها أن تولد الإعتقاد العام بمطابقة هذا المركز للحقيقة، ويحتج بهذه التصرفات على صاحب المركز الحقيقى". الطعن رقم ٣٥٤ لسنة ٤٤ ق، جلسة ٢١- ١٢- ١٩٨١.

(1) الطعنان رقما ٢٤٦٦، ٢٤٣٧ لسنة ٥٥ق في جلسة ١٩٩٣/٥/٣. منشور في مجلة نادي القضاة العدد الأول، سنة ٢٧، يناير/يونية ١٩٩٤.

(2) كما تستخدم المحاكم الأمريكية هذا المبدأ لتمكين الغير من لإلزام الطرف بالخضوع للتحكيم في مواجهة الأول.

بمعني أخر فإن التمسك بمبدأ الإفتراض يكون أكثر فاعلية بعد إتخاذ إجراءات التحكيم والسير فيها من جانب الخصوم، بخلاف مبدأ السلوك المانع الذي يكون التمسك به أكثر فاعليه عند الإستناداً علي سلوك الغير عند إبرام وتنفيذ العقد الأصلي.

وتري محكمة إستئناف الولايات المتحدة أن أغلب الحالات التي يتم فيها التمسك بمبدأ السلوك المانع تتشابه مع الحالات التي يتم فيها التمسك بفكرة الإشتراط لمصلحة الغير، إلا أنه في حالة الإشتراط لمصلحة الغير تبحث المحكمة في إرادة الأطراف عند إبرام العقد بعكس حالة السلوك المانع حيث تبحث المحكمة في سلوك الأطراف عن تنفيذ العقد.[1]

ومبدأ السلوك المانع من إثبات العكس هو أكثر المبادئ التي تلجأ إليها المحاكم الأمريكية لإعمال إتفاق التحكيم عند عدم إمكانية تطبيق مبدأ أخر، فمضمون هذا المبدأ واسع يسمح بإنطباقه علي نطاق كبير. ومؤدي مبدأ السلوك المانع أن كل من تعمد حمل غيره – بفعله أو قوله - علي توهم شئ ما أو الإعتقاد بصحته، مما دفع هذا الغير لترتيب أوضاعه علي نسق معين إستناداً لما توهمه، فلا يجوز للأول إدعاء عكس ما ثبت بأفعاله أو أقواله.[2] وكما هو واضح فإن الهدف من تقرير هذا المبدأ هو تحقيق العدالة بحماية مصالح الغير حسن النية الذي وقع في غلط بسبب أفعال وتصرفات المتعامل معه. كما يهدف إلي منع التواطؤ والغش من قبل البعض لإقناع غيرهم بالدخول في معاملات معينة إستناداً إلي ما أعتقدوا خطأ بصحته.

علي أن إعمال مبدأ السلوك المانع يقتضي، علي ما إستقر عليه الوضع في القضاء الأمريكي، إثبات كلا من التصرف أو السلوك الذي دفع

---

(1) **Anthony M.DiLeo's article "the enforceability of arbitration agreements by and against nonsignatories", " the journal of American arbitration", volume 2, Issue 1,2003, p 51.**

(2) ولقد عرف الفقه الإسلامي هذا المبدأ وصاغه في قاعدة شرعية مفادها "أن من سعي إلي نقض ما صدر من جهته فسعيه مردود عليه."

للإعتقاد بصحة الشئ، وأن الإعتقاد بصحته كان قائما علي ما يبرره، وكذلك أن إتخاذ موقف مغاير من شأنه الإضرار بمن رتب أوضاعه إعتمادا علي ذلك.[1]

وإستناداً إلي ذلك قضت محكمة إستئناف لويزيانا بأنه مع التسليم بأن مبدأ السلوك المانع من شأنه إلزام من لم يوقع علي العقد باللجوء للتحكيم، إلا أنه بالنظر لأن الخصم المستند إلي هذا المبدأ لم يتمكن من إثبات أنه وفق أوضاعه إستنادا علي هذا التوهم أو أن إتخاذ موقف مخالف من شأنه الإضرار به، فلا يجوز إلزام الغير بإتفاق التحكيم في هذه الحالة.[2]

علي أن القضاء الأمريكي، فيما يتعلق بإتفاق التحكيم، عندما إستند إلي نظرية السلوك المانع من إثبات العكس لإلزام الغير الذي لم يوقع علي العقد بإتفاق التحكيم إشترط أن يكون الغير فيما يطالب به يعتمد علي العقد الذي يتضمن شرط التحكيم أو يسعي لإستغلال ذلك العقد بالحصول علي فائدة مباشرة منه، فليس من العدل أن يسعي شخص للحصول علي فائدة عقد ما عن طريق رفع الدعوي مطالبا بما أثبته هذا العقد من حقوق، وفي نفس الوقت يتجنب ما يفرضه هذا العقد من واجبات وإلتزامات بالهروب من شرط التحكيم.[3] علي أنه لا يكفي في هذا الصدد الفائدة غير المباشرة التي يمكن أن تعود علي الغير من تنفيذ عقد ما بحكم علاقة تعاقدية أخري تربطه بأحد الأطراف. وكذلك إشترط القضاء الأمريكي وجود علاقة قوية تربط بين الطرف في الإتفاق والغير من ناحية، وبين المنازعات المعروضة علي التحكيم وتلك المعروضة علي القضاء من ناحية أخري. كما إشترطت المحاكم هناك أن تكون المطالبات،

---

(1) **Wilkinson v. Wilkinson, 323 So.2d 120,126 (La.1935).**

(2) **Lakeland Anesthesia v. CIGNA Healthcare of Louisiana, Inc., 812 So.2d 695,702 (La.Ct.App.2002).**

(3) **BIRMINGHAM ASSOCIATES LTD. v. Abbott Laboratories, 547 F. Supp. 2d 295 - Dist. Court, SD New York 2008.**

سواء المقدمة من الغير أومن الطرف، مستندة أساسا علي العقد المتضمن شرط التحكيم ومرتبطة به علي نحولا يمكن معه الفصل بينهما.

وبالرجوع للأحكام القضائية الأمريكية نجد أنها مليئة بالتطبيقات لهذا المبدأ ومن ذلك علي سبيل المثال ما قضت به محكمة الإستئناف الأمريكية في قضية شركة "Deloitte" [1]، حيث تتلخص وقائع هذه الدعوي في قيام شركة المحاسبة " Deloitte U.S." بالتعاون مع الشركات العالمية التابعة لها بإنشاء مؤسسة عالمية أطلق عليها " Deloitte, Haskins & Sells, International" أو"DHSI" والتي قررت بدورها الإندماج مع مؤسسة عالمية أخري للمحاسبة المعروفة بإسم " Touche Rose International" أو"TRI" وأخذ الإندماج شكل إندماج الشركات التابعة لكلا المؤسستين حول العالم. وبعد إعلان الإندماج علي هذا الشكل قام خلاف بين شركة الأصلية "DHSI" وشركة "UK_DHSI" حول الأحقية في إستخدام الإسم التجاري "Deloitte" وإنتهي الخلاف وديا بعقد إتفاق بين الأطراف علي أحقية كل الشركات التابعة للمؤسسة في إستخدام هذا الإسم وتضمن الإتفاق الأخير شرط تحكيم وتم إرسال الإتفاق المذكور إلي كل الشركات التابعة للمؤسسة للتعقيب عليه من الكافة ولم تبدي أيا من الشركات التابعة في الدول المختلفة أي أعتراض أو تحفظ. إلا أنه بعد عدة سنوات عندما فشلت المفاوضات بين شركة "DHSI" في النرويج وشركة "TRI" هناك والتي إندمجت مع شركة أخري، قامت العديد من المنازعات بين الشركتين وكان من بينها منازعة متعلقة بحقها في إستخدام الإسم التجاري "Deloitte" إستناداً للإتفاق المبرم بين الشركتين سالفي الذكر، فقامت شركة "DHSI" في النرويج برفع دعوي قضائية أمام محكمة نيويورك لفض تلك المنازعات، في حين تمسكت شركة "TRI" بشرط التحكيم الوارد في الإتفاق وطالبت بإحالة المنازعة للتحكيم. إلا أن شركة "DHSI" أدعت بأنها لم توقع علي هذا الإتفاق

---

(1) Deloitte Noraudit v. Deloitte Haskins & Sells, 9 F. 3d 1060 - Court of Appeals, 2nd (Cir. 1993).

وبالتالي فهي غير ملزمه به فلا يجوز إجبارها علي الخضوع للتحكيم. قبلت محكمة نيويورك الدفع ورفضت طلب الإحالة للتحكيم. إستئنف الحكم أمام محكمة إستئناف الولايات المتحدة الأمريكية والتي إنتهت إلي أنه وإن كان الأصل ألا يجبر الأطراف علي الخضوع للتحكيم طالما أنهم لم يرتضوه، إلا أن الأطراف مع ذلك قد يجبروا علي اللجوء للتحكيم إذا كانت القواعد العامة التي تحكم العقد والوكالة تسمح بإخضاعهم له رغم عدم توقيعهم عليه، وتوصلت من ذلك إلي أن الشركة المدعية بإستنادها علي الإتفاق المتضمن شرط التحكيم وسعيها إلي الإستفادة مما يتضمنه من حقوق قد أعربت عن قبولها لشرط التحكيم الوارد في العقد، وبالتالي فإن الشركة بالسلوك الذي إتخذته والمتمثل في مطالبتها بتنفيذ العقد وإعمال الحقوق الناتجة عنه، يمتنع عليها بعد ذلك التهرب من الخضوع لشرط التحكيم بإدعاء أنها لم توقع علي العقد.(1)

علي أن المحاكم لم تضع معيارا جامدا أو قاعدة ثابتة تلتزم بها المحاكم عند تطبيق هذا المبدأ، فوقائع كل دعوي من الدعاوي هي التي تحدد ما إذا كان المبدأ قابل للتطبيق أم لا وللقاضي في ذلك سلطة تقديرية واسعة. فقد تتوافر بعض تلك الشروط دون البعض الأخر ومع ذلك تلزم المحكمة الغير بإتفاق التحكيم أو إجبار من كان طرفا في العقد بالخضوع للتحكيم في مواجهة الغير الذي لم يوقع علي إتفاق التحكيم.

ومن ذلك ما قضت به محكمة إستئناف الولايات المتحدة الأمريكية بأنه " يمتنع علي الموقع علي العقد تجنب الخضوع للتحكيم في مواجهة من لم يوقع علي العقد إذا كان ما يدعيه الأخير ويطالب بفض المنازعة القائمة حوله عن طريق التحكيم مرتبط بشكل لا يقبل التجزئة بالعقد المتضمن

---

(1) **Anthony M.DiLeo's article "the enforceability of arbitration agreements by and against nonsignatories", " the journal of American arbitration", volume 2, Issue 1,2003, p 54.**

شرط التحكيم والذي وقع عليه الأول".[1] حيث إكتفت المحكمة في هذه الحالة بتوافر شرط الإرتباط بين ما يطالب به المدعي وبين العقد المتضمن شرط التحكيم لإلزام المدعي" الغير" بالمثول أمام هيئة التحكيم.

وبالرجوع للقضاء المصري نجد أن محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها قضت بأن " مجرد كون أحد أطراف خصومة التحكيم شركة ضمن شركات تساهم شركة أم في رأس مالها لا يعد دليلا علي إلتزام الأخيرة بالعقود التي تبرمها الأولي المشتملة على شرط تحكيم ما لم يثبت أنها تدخلت في تنفيذها أو تسببت في وقوع خلط لدي الملتزم به علي نحو تختلط إرادتها مع إرادة الشركة الأخري."[2] وكما هو واضح من هذا الحكم فإن محكمة النقض المصرية قد رأت كما رأي القضاء الأمريكي أن الشركة الأم بتدخلها في تنفيذ أحد العقود التي تبرمها شركة التابعة لها أو بقيامها بخطأها بحمل الغير المتعامل مع الشركة التابعة علي الإعتقاد بأن الأولي طرف في العقد فإنها تتحمل نتيجة تصرفاتها وتلتزم بشرط التحكيم المنصوص عليه في العقد المبرم من قبل الشركة التابعة، فمحكمة النقض المصرية قد توصلت إلي ذات النتيجة التي توصلت لها المحاكم الأمريكية ولكن دون إعتماد المبدأ الذي إعتمدته المحاكم في الولايات المتحدة أو يمكن القول دون تسميتها لهذا المبدأ كما فعلت الأخيرة.

خامساً: فضح الإستتار "alter ago/veil piercing"

مبدأ فضح الإستتار أو ما يمكن أن نطلق عليه مبدأ التبعية، هو مبدأ إستقرت عليه المحاكم الأمريكية تحقيقا للعداله، ومنعا للغش والإحتيال الذي قد يعمد إليه أصحاب الشركات أو الشركات الأم ذاتها للتهرب من إلتزاماتها الناجمة عن العقود التي تبرمها الشركات التابعة لها. وتتمثل هذه الفكرة في وجود شركة أو شخص معنوي يديره أو يسيطر عليه شخص طبيعي أو إعتباري آخر ويستخدمه كما لو كان من ممتلكاته الشخصية او

---

(1) Thomson-CSF, SA v. American Arbitration Ass'n, 64 F. 3d 773.

(2) نقض تجاري ٢٢ يونيو٢٠٠٤ في الطعن ٤٧٢٩ و٤٧٣٠ لسنة ٧٢ ق.

الخاصة، فيتجاهل القضاء الأمريكي الشخصية المعنوية المستقلة لتلك الشركة، ويزيل الستار عن الطرف الحقيقي ألا وهو الشخص الذي يدير تلك الشركة، ويتعامل معه علي أنه هو صاحب الشأن المسئول عن الإلتزامات والتعويضات الخاصة بعقود تلك الشركة.[1] ولقد إستند القضاء الأمريكي إلي هذا المبدأ حتي لا يتستر أصحاب الشركات أو الشركة الأم خلف الشخصية القانونية المستقلة التي تتمتع بها الشركة المنشأة أو الشركة التابعة فتشارك في إبرام عقود الشركة التابعة التي تعقدها مع الغير لتستفيد من هذه العقود وتحصل علي ما تتضمنه من حقوق دون أن تلتزم بما ينتج عن هذه العقود من إلتزامات بإدعاء أن تلك الشركة تتمتع بشخصية معنوية مستقلة عنها كشركة أم، وبالتالي فهي شخص إعتباري قائم بذاته بحيث أن ما تبرمه من عقود لا يلزم غيرها من الشركات ولا حتي الشركة الأم. بل أكثر من ذلك فقد لا تعتد المحاكم بالشخصية المعنوية المستقلة للشركة التابعة إذا كانت الأخيرة مجرد أداة في يد أصحابها أو الشركة الأم تديرها وتتحكم فيها وتستخدمها في إبرام ما تحتاجه من العقود وهو الأمر الذي يتضح مما قضت به إحدي المحاكم الأمريكية بأن "الإفتراض القانوني المتمثل في تمتع الشركات والمؤسسات بشخصية معنوية مستقلة قد يتم تجاهله عندما يتم تأسيس الشركة والتحكم فيها وإدارتها بإعتبارها مجرد أداه أو كيان تابع لمؤسسة أخري".[2]

والمجال الأساسي الذي تطبق فيه المحاكم الأمريكية نظرية فضح الإستتار هي العقود التي تبرمها الشركات الأم والشركات التابعة لها، فحين يثبت للمحكمة أن الشركة الأم قد إستخدمت الشركة التابعة كأداة أو وسيط إستترت أو تخفت وراءه، مستغلة في ذلك الشخصية المعنوية المستقلة التي تتمتع بها الشركة التابعة لها، لإبرام عقود تحقق مصالحها وتقرر لها حقوقا فلا يجوز لها بعد ذلك التهرب من الإلتزامات الناجمة عن تلك العقود

---

(1) د/ عاطف الفقي، المرجع السابق، ص ٤٢.

(2) **Tree Associates v. Doctor's Associates, Inc. 654 So.2d at 737.**

بدعوي أنها لم تبرمه أو توقع عليها، أي بدعوي أنها من الغير بالنسبة لهذه العقود. وتطبيق نظرية فضح الإستتار أو التبعية تقتضي التأكد من قيام علاقة وكالة، وبالأخص وكالة ظاهرة، بين الشركة الأم والشركة التابعة أو بين الشركة ومالكها تسمح بإعتبار الشركة غير الموقعة ممثلة من قبل الشركة التابعة أو وكيل أخر.

ومن جانبها تطبق المحاكم نظرية فضح الإستتار حين يتبين لديها أن قوة العلاقة بين الشركتين تصل إلي حد تحكم وسيطرة الشركة الأم علي الشركة التابعة سيطرة تامة، بما يعني أن الشخصية المعنوية المستقلة التي تتمتع بها الشركة التابعة هي شخصية وهمية غير ذات قيمة من الناحية الواقعية، قصد من إضفائها علي الشركة التابعة الغش وإيهام الغير المتعامل معهما بذلك حتي تتمكن الشركة الأم من التهرب من إلتزاماتها. وكذلك حيث يثبت لديها أن تحقيق العدالة يقتضي إلزام الشركة الأم بعقود الشركة التابعة أو أن إلزام الشركة الأم بعقود الشركة التابعة من شأنه حماية الغير المتعامل معهما من الغش أو النصب. علي أن القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية لم يضع معايير محددة أو يحدد شروطا معينة يتعين توافرها للقول بأن الشركة الأم قد إستخدمت الشركة التابعة لها كأداة أو وكيل مستتر وبما يستوجب تطبيق نظرية فضح الإستتار، بل ترك الأمر لمحكمة الموضوع التي يقع علي عاتقها تقرير مدي إنطباق فكرة الإستتار علي ما يعرض عليها من دعاوي في كل حالة علي حده إستناداً علي ما هو ثابت لديها من وقائع. علي أن المحكمة قد تستشف هذا الإستتار من ظروف معينة كإستخدام كلا الشركتين لنفس الموظفين والمباني، وإختلاط الأموال والموارد المالية لكلا الشركتين بحيث يصعب الفصل بينها وتحديد نصيب كلا منهما، وكوحدة الحساب البنكي والدفاتر التجارية لكليهما، وكوحدة الإدارة بين الشركتين وغيرها أن كلا الشركتين قد فقدتا إستقلاليتهما وأنهما لا يتعاملان بإعتبارهما كيانان مستقلان عن بعضهما البعض، بل إن الشركة الأم هي المسيطرة والمهيمنة علي الشركة التابعة، وبالتالي فإن ما تبرمه الأخيرة من عقود يلزم الشركة الأم.

وتطبيقا لذلك قضي في إحدي القضايا التي عرضت علي محكمة لويزيانا أن المحكمة تعمد إلي خرق ستر الشركات أو إلي تطبيق نظرية الإستتار في حالتين: الأولي عندما تكون إحدي الشركتين يتم التحكم بها كلية من قبل الشركة الأخري، والثانية حيث يكون إعمال هذه النظرية أو إثبات تبعية إحداهما للأخري من شأنه منع الغش أو النصب. كما أكدت المحكمة علي أن الأساس في إعمال هذه النظرية هو إثبات أن الشركة الغير موقعة علي إتفاق التحكيم قد إستخدمت الشركة الموقعة علي الإتفاق كأداة أو وكيل أي إستخدمتها كوسيلة لتحقيق أغراضها ومصالحها وهو الأمر الذي تستخلصه المحكمة من العديد من العوامل كإتحاد رأس المال كلا الشركتين وإتحاد الحساب البنكي وغيرها.[1]

وعلي العكس من ذلك، نجد محكمة إستئناف الولايات المتحدة الأمريكية في قضية "McCarthy v. Azure"[2] قد رفضت طلب الإحالة للتحكيم الذي تقدم به المدعي عليه إستنادا إلي أنه ليس طرفا في إتفاق التحكيم بإعتبار أنه وقعه بإسم الشركة التي يمتلك أغلب أسهمها وليس بإسمه الشخصي. وتتلخص وقائع هذه الدعوي في أن " Walton W. McCarthy"، مخترع تكنولوجيا الملاجئ التي يتم إنشأها تحت الأرض، قد أسس شركة T.H.E.T.A. Technologies, Inc. (Theta I) لتصنيع الخزانات الأرضية والملاجئ والتي أمتلك خمسين بالمائة من أسهمها وقام بإدارتها بإعتباره الموظف الأول المسئول داخلها. وفي عام ١٩٨٩ دخل "McCarthy " في مفاوضات مع " Leo L. Azure " وذلك بغرض شراء شركة " Theta I " وبراءة إختراع التكنولوجيا التي إستحدثها "McCarthy "، وعلي إثر هذه المفاوضات

---

(1) Monumental Life Insurance Co. v. R.A.J Holdings, Inc., 1999 U.S. Dist. LEXIS 13035, at*2 (E.D. La. 1999).

(2) McCarthy v. Azure, 22 F. 3d 351 - Court of Appeals, 1st Circuit 1994.

أسس " Azure " شركة جديدة أطلق عليها "Theta I I " لإستخدامها كوسيلة لإتمام عملية الشراء. وفي ديسمبر ١٩٨٩ تم إبرام عقد الشراء بين " McCarthy" وشركة "Theta I I " وأخرين، والذي وقع عليه " Azure " بصفته ممثلا عن شركة "Theta I I " وليس بصفته الشخصية، وتضمن العقد شرط ينص علي إحالة المنازعات التي قد تنشأ عن العقد إلي التحكيم. كما تضمن ضمنيا تعهدا من قبل " Azure " بتعيين " McCarthy" المدير التنفيذي للشركة علي أن خطاب التعيين لم يتضمن أي إتفاق علي التحكيم. وبعد مرور عدة سنوات إتخذ " Azure " قراره بإنهاء نشاط الشركة، فطالب المدير التنفيذي بإنهاء تعاقدات كل الموظفين في الشركة ثم قام بإنهاء تعاقد المدير التنفيذي "McCarthy " نفسه. رفع " McCarthy" دعوي قضائية ضد " Azure " وآخرين لما قام به الأخير من مخالفة للعقود المبرمة بينه وبين الأول، فدفع " Azure " بإتفاق التحكيم الوارد في عقد الشراء وطالب بإحالة النزاع للتحكيم متمسكا بأنه في إبرامه لعقد الشراء كان تابعا للشركة ومستترا بها مما يعني أنه طرف في العقد ملزم بإتفاق التحكيم شأنه شأن الشركة التابع لها، فرفضت المحكمة الطلب وحكمت بإختصاصها بنظر الدعوي، مما دفع " Azure " لرفع الأمر لمحكمة إستئناف الولايات المتحدة طعنا علي الحكم الصادر برفض طلبه. فما كان من محكمة الإستئناف إلا أن رفضت الطعن وأكدت الحكم الصادر بالرفض من قبل المحكمة إستناداً علي أن الطاعن قد وقع إتفاق التحكيم المنصوص عليه في عقد الشراء بإعتباره ممثل الشركة الطرف في العقد وليس بصفته الشخصية مما يعني أنه لا يوجد مجال لإعمال نظرية الإستتار، وأن محاولة المدعي عليه إعمال هذه النظرية الغرض منه التخفي وراء الشخصية الإعتبارية للشركة وذلك للتهرب من المثول أمام الجهة القضائية المختصة. كما ذهبت المحكمة إلي أن نظرية أو فكرة الإستتار هي فكرة عادلة بطبيعتها أو تهدف لتحقيق العدالة ومساعدة الغير حسن النية المتضرر الذي إشترك في التصرف دون أن يدرك حقيقة الأمر، حيث أكدت المحكمة علي أن "هذه الفكرة يمكن إعمالها فقط حيث تتطلب العداله إتخاذ

ما يلزم لمساعدة الغير".[1]

والجدير بالذكر أن نظرية الإستتار لا يقتصر تطبيقها علي العلاقة بين الشركة الأم والشركة التابعة لها، حيث عمدت محكمة الإستئناف الأمريكية إلي تطبيقها، كما ذكرنا من قبل، في الحالة التي يستغل فيها صاحب الشركة أو حملة أسهمها ما تتمتع به من شخصية معنوية مستقلة عنه فيتخفوا وراءها ويبرموا ما يشاءون من العقود التي تحقق مصالحهم فيستفيدوا منها وفي نفس الوقت يتهربوا من الإلتزامات الناجمة عنها بدعوي أنهم من الغير بالنسبة لهذه العقود، فطالما ساهم هؤلاء في خلق الستار الذي تخفوا وراءه فلا يجوز لهم الإفلات من عواقب التصرف. فحين رأت محكمة الإستئناف هناك أن الإختلاف ضئيل بين الشركة الأم والشركة التابعة وكذلك بين الشركة والمساهمين فيها، حيث أن موظفي الشركة هم أنفسهم المساهمون فيها، كما أنهم أعضاء مجلس الإدارة وأنهم المسيطرون تماما على نشاط الشركة بالكامل، قضت بأحقية المساهم، الذي لم يكن طرفا في إتفاق التحكيم ولم يوقع عليه، في التمسك بإتفاق التحكيم المبرم بين الشركة وأحد المساهمين.[2]

ومما يلفت الإنتباه كذلك ما قضت به محكمة الإستئناف الأمريكية في إحدي الدعاوي المقامة أمامها من أن للمحكمة أن تحيل الدعاوي المقامة من الطرف الموقع علي إتفاق التحكيم ضد كلا من الشركة الأم الغير موقعة علي الإتفاق للتحكيم والشركة التابعة لها عندما تكون الدعاوي المقامة ضد كلا الشركتين مستندة علي ذات الوقائع، وأن تلك الدعاوي مرتبطة ببعضها البعض إرتباطاً لا يقبل التجزئة.[3] وفي الوقت الذي إستقرت فيه محكمة الإستئناف الأمريكية علي هذا الحكم، نجد أن مسألة

---

(1) McCarthy v. Azure, 22 F. 3d 351 - Court of Appeals, 1st Circuit 1994. (internal quotations omitted).

(2) Long v. Silver, 248 F3d 309, 320(4th Cir.2001).

(3) JJ Ryan & Sons v. Rhone Poulenc Textile, SA, 863 F. 2d 315 - Court of appeals fourth circuit Nos. 87-1759, 87-1760 and 88-1501

مدي إمكانية إلزام الطرف الذي لم يوقع علي إتفاق التحكيم باللجوء إليه في الحالة التي يكون فيها موضوع النزاع غير قابل للتجزئه ما تزال محلا للخلاف في الفقه والقضاء المصري والفرنسي. حيث إنقسم الرأي في فرنسا إلي إتجاهين الأول: يذهب إلي إستبعاد شرط التحكيم في حالة الموضوع الغير قابل للتجزئة مما يعني إحالة كافة الأطراف أو الخصوم من وقع منهم علي إتفاق التحكيم ومن لم يوقع إلي القضاء العادي، أما الإتجاه الثاني: فيذهب إلي أنه لا يجوز محاكمة أطراف عقد التحكيم أمام القضاء العادي حتي ولو كان موضوع النزاع غير قابل للتجزئة.[1] في حين ذهب جانب من الفقه في مصر إلي القول بأنه في حالة الموضوع الذي لا يقبل التجزئة فإنه يجب رفع الدعوي ضد الجميع أمام قضاء الدولة ولو فرض وكان هناك إتفاق علي التحكيم، الأمر الذي يراه البعض مستحيلا في حالة الموضوع الغير قابل للتجزئة،[2] بين المدعي وبعض المدعي عليهم. مستندين في ذلك علي أنه لا يجوز قانونا السماح بتشتيت الموضوع الواحد الذي لا يقبل التجزئه بين أكثر من جهة، إذ الدعوي لا تقبل في هذه الحالة إلا إذا إختصم فيها جميع الأطراف. ومستندين أيضا علي أنه لا يمكن القول برفع الدعوي بالنسبة للجميع أمام هيئة التحكيم بالنسبة لمن لم يكن طرفا في الإتفاق إذ في هذا إلزام لشخص بإتفاق التحكيم رغما عن إرادته ومد لشرط التحكيم لغير أطرافه. وإستندوا أخيرا علي أن إتفاق التحكيم بالنسبة للموضوع الغير قابل للتجزئة لا يكون صحيحاً إستندوا أخيرا علي أن إتفاق التحكيم بالنسبة للموضوع الغير قابل للتجزئة لا يكون صحيحا إلا إذا تم بين جميع أطراف هذا الموضوع.[3]

وبالإضافة لتلك الحالات الخمس يري جانب من الفقه الأمريكي أن

---

(1) د/ الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص ٩٠ وما بعدها.

(2) د/ أحمد محمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٥، ص ١١٥.

(3) د/ عزمي عبد الفتاح، قانون التحكيم، مذكور لدي د/ فتحي والي، التحكيم المرجع السابق، ص ١٦٤.

الغير يلتزم بإتفاق التحكيم أيضا في حالة الإشتراط لمصلحة الغير وفي حالة الخلافة في المصالح وذلك علي النحوالتالي :

الإشتراط لمصلحة الغير: "party beneficiary .Third"

وكما هو الحال في القانون المصري فإن فكرة الإشتراط لمصلحة الغير أو ما يطلق عليه في القانون الأمريكي فكرة الغير أو الطرف الثالث المستفيد قد تؤدي هي الأخري إلي إمتداد إتفاق التحكيم للغير الذي لم يوقع علي إتفاق التحكيم. والإشتراط لمصلحة الغير كما هو معروف هو تعاقد شخص بإسمه يسمي المشترط مع شخص أخر يسمي المتعهد، بمقتضاه يرتب الطرفان لشخص ثالث يسمي المستفيد حقا أو منفعة معينة يحصل عليها مباشرة من العقد. وقد يؤدي الإشتراط لمصلحة الغير في القانون الأمريكي إلي إلزام الغير المستفيد بإتفاق التحكيم إذا توافرت عدة شروط الأول أن تكون إرادة الأطراف قد إتجهت إلي منح الغير منفعة أو حقا مباشرا من العقد، مع وجوب أن تكون هذه الإرادة واضحة في العقد كتابة أوعلي الأقل يوجد من الأدلة ما يكفي لإثبات توافرها، والشرط الثاني أن تكون المنفعة أو الحق المباشر الثابت للغير هو السبب في إبرام العقد بين المشترط والمتعهد، بمعني أن المنفعة العائدة علي المستفيد من التعاقد هي منفعة مباشرة وليست عرضية، وأخيرا يشترط أن يكون المستفيد في مطالبته بحقه مستندا إلي العقد المبرم بين الطرفين والمتضمن شرط التحكيم. أما إذا إستند إلي شئ أخر كالعمل غير المشروع أو غير ذلك فلا يلتزم بشرط التحكيم ولا يمكنه إلزام المتعهد باللجوء للتحكيم.

والجدير بالملاحظة أنه لا يشترط أن تتوافر كافة الشروط سالفة الذكر حتي يمتد إتفاق التحكيم للمستفيد، فقد يتوافر بعض هذه الشروط دون البعض الأخر ومع ذلك يلتزم الغير المستفيد بإتفاق التحكيم، حيث إستقرت محاكم ولاية تكساس علي أن الغير يلتزم بإتفاق التحكيم لمجرد أنه يستند في دعواه علي العقد المتضمن شرط التحكيم بإعتباره مشترطا لمصلحته، وهنا نجد المحاكم الأمريكية قد سارت علي ذات النهج الذي سارت عليه المحاكم الإنجليزية والتي ألزمت الغير الذي يحاول الإستفادة من أحد العقود المتضمنة

شرط تحكيم باللجوء للتحكيم فيما أسمته المحاكم الإنجليزية " تحليل المنفعة المشروطة" السابق شرحه.

أما عن الوضع في القانون المصري، فإنه حتي يرتب الإشتراط لمصلحة الغير آثاره يجب توافر عدة شروط لا غني عنها: أن يتعاقد المشترط بإسمه لا بإسم المنتفع ودون تدخل من الأخير، أن يشترط المشترط علي المتعهد حقا خاصا مباشرا للمنتفع، وأخيرا أن يكون للمشترط من وراء هذا الإشتراط مصلحة شخصية، مادية كانت أم غير مادية.[1] والإشتراط لمصلحة الغير يمكن المستفيد من المطالبة بالحق الناشئ له عن العقد المبرم بين المشترط والمتعهد دون الرجوع للأول كي يطالب له بهذا الحق، وذلك دون إخلال بحق المشترط نفسه في مطالبة المتعهد بتنفيذ إلتزامه ومطالبته بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن إخلاله بإلتزامه أو التأخر فيه.[2] فإذا كان العقد المبرم بين المشترط والمتعهد يتضمن شرط تحكيم فإن هذا الشرط ينصرف إلي الحقوق والإلتزامات الناشئة عن العقد أيا كان الدائن الذي يطالب بتنفيذ تلك الإلتزامات، أي سواء كان المشترط أو المستفيد، كما يستطيع المتعهد التمسك بشرط التحكيم في مواجهة المستفيد. ويبرر جانب من الفقة المصري ذلك بأن حق المستفيد، من ناحية، ينشأ عن العقد المتضمن الإشتراط لصالحه، ومن ناحية أخري فإن المستفيد عندما يطالب بهذا الحق إنما يستند إلي العقد الذي أنشأه فيكون عليه أن يلتزم بما إحتواه العقد من شروط ومن بينها التحكيم ذلك ما لم يتفق الأطراف علي خلاف ذلك.[3] علي أن إلتزام المستفيد أو المنتفع بشرط التحكيم يتوقف علي رغبته التي تظهر من إحتجاجه بنصوص العقد التي تحقق مصلحته أما في غير ذلك لا يكون المنتفع ملتزما بإتفاق التحكيم. ومن هنا نري أن

---

(1) د/ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ٥٧٣ وما بعدها.

(2) د/ مصطفي الجمال، د/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص ٤٨٤.

(3) د/ مصطفي الجمال، د/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص ٤٨٤.

الفقة المصري قد إنتهي إلي نفس ما إنتهي إليه الفقه والقضاء في الولايات المتحدة الأمريكية حتي أن كلاهما قد إستندا إلي ذات المبررات وهي الإستفادة من العقد لإلزام الغير المستفيد بشرط التحكيم الوارد في العقد.

علي أن محكمة النقض الفرنسية كان لها رأي أخر في هذه المسألة حيث رفضت نقل إتفاق التحكيم للغير المستفيد في الإشتراط لمصلحة الغير تأسيسا علي أن الإشتراط لمصلحة الغير يضفي حقوقا علي المستفيد دون أن يحمله بإلتزامات.[1]

الخلافة في المصالح: "Successors in interest"

وأخيراً يذهب جانب من الفقه في الولايات المتحدة الأمريكية إلي القول بأن القضاء ألزم الغير الذي لم يوقع علي إتفاق التحكيم بهذا الإتفاق إذا كان العقد الأصلي ينص علي إلزام الخلف العام والخاص "المحال إليه" للأطراف بهذا الإتفاق أو كان القانون يلزمه بذلك.

حيث قضت محكمة لويزيانا بإلزام الخلف العام بإتفاق التحكيم الوارد في العقد الأصلي الذي أبرمه سلفه إستناداً إلي أن العقد الأصلي قد نص صراحة علي إلزام الخلف والمحال إليه به.[2]

والواقع أن الخلف العام أو الخاص في القانون المصري والفرنسي، كما رأينا، لا يعتبران من الغير بالنسبة للعقد الذي أبرمه السلف وأساس إلتزامهم بالعقد يرجع إلي طبيعة العلاقة التي تربطهم بالسلف والتي تؤدي إلي وجوب إلزامهم بالعقد الذي أبرمه بإعتبار أنهم يعدون إمتدادا لسلفهم. وفي رأينا أن ما يبرر ما ذهب إليه هذا الجانب من الفقة الأمريكي في هذا الصدد ما سبق أن أوضحناه من قبل من أن النظام القانوني الأمريكي وخاصة بشأن إتفاق التحكيم إستخدم تعبير الطرف غير الموقع

---

(1) Cas.,Bisutti, Rev. arb. 1987, p.139. Dr.Jean-Francois Poudert & Dr. Sebastien Besson, "Comparative Law of International Arbitration", 2nd edition, p.251, para.289.

(2) Colllins v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner,& Smith, Inc. 561 So.2d 952.953 (La.Ct.App.1990).

علي الإتفاق للدلالة علي الغير.

أما عن القانون الإنجليزي فإن موقفه لا يختلف عن باقي التشريعات الأخري حيث نص في المادة (١/٢) من قانون التحكيم ١٩٥٠ وكذلك في المادة (١/٨) من قانون التحكيم لعام ١٩٩٦ علي أن الخلف العام يلتزم بإتفاق التحكيم المبرم من جانب سلفه، وأن هذه القاعدة تنطبق سواء كان التحكيم يتم داخل إنجلترا أو خارجها وإتفق علي إخضاعه للقانون الإنجليزي.[1]

المبحث الثاني

الوضع في النظام القانوني المصري

إن وضع مسألة مدي إمكانية إلزام الغير بإتفاق التحكيم في النظام القانوني المصري لا يختلف عن وضعه في الولايات المتحدة الأمريكية، فالإجابة تكمن فى القواعد العامة الحاكمة للعقد في القانون المصري. إلا أن حكم ذات المسألة قد يختلف في بعض الأحيان بين كلا النظامين نظرا لإختلاف القواعد العامة الحاكمة للعقود في البلدين لإختلاف الفلسفة التي يقوم عليها النظام القانوني في مصر عنه في الولايات المتحدة. وبالرجوع للقواعد العامة في القانون المصري يتبين أن الغير بحسب نوع العلاقة التي تربطه بأطراف إتفاق التحكيم أو بأحدهم يجوز له في بعض الأحيان التمسك بإتفاق التحكيم وفي أحيان أخري يجبر علي الخضوع للتحكيم أو يجبر الطرف الأصلي في الإتفاق علي المثول أمام هيئة التحكيم.

الفرع الأول

حالات يجوز فيها للغير التمسك بإتفاق التحكيم

جواز تمسك الغير بإتفاق التحكيم الذي لم يوقع عليه قد يرجع في بعض الأحيان لإرادته في التمسك بهذا الإتفاق إذا كان من شأن إعماله تحقيق مصالحه كما هو الشأن في حالة التضامن علي ما سنري. وقد يرجع

---

(1) Jean-Francois Poudert & Dr. Sebastien Besson, "Comparative Law of International Arbitration", 2nd edition, p.252, para.290.

في أحيان أخري إلي طبيعة العلاقة التي تربط الغير بأحد أطراف العقد أوكلاهما كما هو الحال في الكفالة. علي أنه في كل حالة أعطي فيها للغير الحق في التمسك بإتفاق التحكيم كان الهدف هو حماية هذا الغير من الأضرار التي قد تلحقه من تصرفات لم يكن طرفا فيها ولم تتجه إرادته إلي إبرامها وتمكينه من الحصول علي حقه بالطريقة التي يراها الأيسر بالنسبة له. وأبرز الحالات التي يجيز فيها القضاء والفقه المصريين للغير التمسك بإتفاق التحكيم الذي لم يكن طرفا فيه هي:

أولاً: التضامن

القاعدة العامة في القانون المدني المصري أنه في حالة التضامن توجد نيابة تبادلية بين المتضامنين فيما ينفعهم لا فيما يضرهم، سواء كان التضامن إيجابيا " تضامن دائنين" أو تضامن سلبيا " تضامن مدينين". فالمشرع المصري ينص في المادة ٢/٢٨٢ من القانون المدني علي أنه " لا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتي عملا من شأنه الإضرار بالدائنين الآخرين"، كما نص في المادة ٢٩٦ من ذات القانون علي أنه " إذا صدر حكم علي أحد المدينين المتضامنين فلا يحتج بهذا الحكم علي الباقين، أما إذا صدر لصالح أحدهم فيستفيد منه الباقون إلا إذا كان الحكم مبنيا علي سبب خاص بالمدين الذي صدر الحكم لصالحه."

وبناء علي ذلك إذا قام أحد المدينين المتضامنين بإبرام إتفاق تحكيم مع الدائن أو العكس بأن أبرم أحد الدائنين المتضامنين إتفاق التحكيم مع المدين، فإن هذا الإتفاق لا يلزم غيره من المدينين أو الدائنين المتضامنين حيث يصبحون بالخيار بين التمسك بإتفاق التحكيم أو عدم التمسك به وفقا لما يرون أنه محقق لمصلحتهم.

معني ذلك أن المتضامن له الحق في الدفع بإنتفاء صفته في التحكيم إذا ما تم إختصامه في الدعوي. كما له حق المطالبة بالتدخل في الدعوي أمام المحكم وهنا يصبح طرفا في الدعوي بل ويعتبر طرفا في إتفاق التحكيم نفسه بمقتضي مبدأ النيابة التبادلية. وأكثر من ذلك يجوز للمدين أو الدائن المتضامن الذي لم يكن طرفا في إتفاق التحكيم أن يحرك الدعوي أمام

المحكم دون أن يتمكن الدائن أو المدين الطرف في الإتفاق من الدفع بإنتفاء الصفة.

علي أن عدم تمسك المتضامن بإتفاق التحكيم الذي أبرمه غيره من المتضامنين أو عدم تدخله في الدعوي أمام المحكم وبقاءه أجنبيا عنها لا يفوت عليه فرصة الإستفادة من حكم التحكيم الذي يصدره المحكم في نهاية الأمر. فيحق له التمسك بالحكم الصادر لصالح غيره من المتضامنين إعمالا لمبدأ النيابة التبادلية. ولا يحق لأحد أن يحتج عليه بالحكم الصادر ضد غيره من المتضامنين. علي أنه يلاحظ أن حكم التحكيم كثيرا ما يكون في شق منه محققا لمصلحة أحد الطرفين وفي الشق الآخر محققا لمصلحة الطرف الآخر، وفي هذه الحالة لا يكون أمام المدينين أو الدائنين المتضامنين الذين لم يوقعوا علي إتفاق التحكيم سوي أن يقبلوا أو يرفضوا الحكم فليس لهم تجزئته بقبول الشق الذي يحقق مصالحه ورفض الشق الآخر.[1]

إلا أن الأمر يختلف في حالة التضامن الذي يجمع الشركاء في شركات التضامن، حيث إستقر الفقه والقضاء علي أن إبرام أحد الشركاء المتضامنين أو مدير الشركة لإتفاق تحكيم بإسم الشركة مع دائني الشركة أو أحدهم يلزم باقي الشركاء رغم أنهم ليسوا طرفا في الإتفاق مما يعطي للدائن الحق في إتخاذ إجراءات التحكيم في مواجهة الشركة أوفي مواجهة الشركاء المتضامنين جميعا أو أحدهم.[2] وتطبيقا لذلك حكمت محكمة النقض المصرية برفض الطعن وتأكيد الحكم الصادر بعدم قبول الدعوي لوجود شرط تحكيم، وذلك في الدعوي المرفوعة من ورثة ايلي جورج سياج الشريك المتضامن في شركة سياج للفنادق والسياحة ضد شركة " E.H.C " الإنجليزية التي قامت بإخطار الورثة بفسخ العقد المبرم بينها وبين شركة سياج والمؤرخ في ١٩٧٤/١/٢٤ والذي يلزم الشركة الإنجليزية بإدارة وتشغيل الفندق الذي شرع في بناءه سياج. فطالب الورثة

---

(1) د/ مصطفي الجمال، د/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص ٤٦١.

(2) د/ فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق ص ١٦٢.

الشركة الإنجليزية بتعويض قدره ٢,٥ مليون دولار نظير الأضرار الأدبية والمادية الناتجة عن هذا الفسخ، فدفعت الشركة الإنجليزية بوجود شرط تحكيم في العقد المبرم بينهما، فما كان من محكمة النقض إلا أن قبلت الدفع.[1]

ثانياً: الكفالة

والكفالة كما عرفها المشرع المصري في المادة ٧٢٢ من القانون المدني هي عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ إلتزام معين بأن يتعهد للدائن بأن يفي هذا الإلتزام إذا لم يف به المدين الأصلي بنفسه.

ويتضح من هذا التعريف أن الكفالة هي عقد مستقل عن العقد الأصلي مصدر الإلتزام الذي يربط الدائن بالمدين الأصلي أطرافه الدائن والكفيل، أما المدين الأصلي فهو أجنبي عن هذا العقد، وأكثر من ذلك فإن كفالة المدين قد تتم بغير علمه بل ورغم معارضته.[2] علي أن إستقلال عقد الكفالة عن العقد الأصلي لا ينفي عنه صفة التبعية للعقد الأخير، حيث أن إلتزام الكفيل علي ما هو ثابت إلتزام تابع لإلتزام المدين الأصلي في وجوده وصحته وإنقضائه وأوصافه. فالكفيل أيا كان في نهاية الأمر يكفل تنفيذ هذا الإلتزام فمن الطبيعي وجود مثل تلك العلاقة بينهما. وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية حيث قضت بأن الكفيل المتضامن، وإن كان يفقد بعض المزايا المقررة للكفيل العادي التي لا تتفق أساسا مع فكرة التضامن، إلا أنه يظل ملتزما إلتزاماً تابعا يتحدد نطاقه طبقا للقواعد العامة، بموضوع الإلتزام الأصلي في الوقت الذي عقدت فيه الكفالة، وحتي في الأحوال التي يكفل فيها شخص المدين بغير علمه الشخصي أو برغم معارضته، فإن إلتزام الكفيل يظل بحسب الأصل تابعا للإلتزام الأصلي، فلا يقوم إلا بقيامه، ويكون للكفيل المتضامن وغير المتضامن أن

---

(1) حكم محكمة النقض الصادر من الدائرة المدنية والتجارية في الطعن رقم ٦٥٠ لسنة ٥٧ الصادر بجلسة ١٩٩٥/١/٢٣، وارد في د/ أحمد محمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم، دار النهضة العربية، ط ٢٠٠٥، ص ١٦٠ وما بعدها.

(2) د/ محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، المرجع السابق، ص ٨٧.

يتمسك قبل الدائن بكل الدفوع المتعلقة بالدين.[1] فإذا كان العقد مصدر الإلتزام الأصلي المبرم بين الدائن والمدين المكفول يتضمن إتفاقاً علي التحكيم بشأن المنازعات التي قد تنشأ عنه، فهل يجوز للدائن التمسك بإتفاق التحكيم في مواجهة الكفيل؟ وهل يجوز للكفيل التمسك بهذا الإتفاق في مواجهة كلا من الدائن والمدين؟

الإجابة أنه طبقا للقواعد العامة إلتزام الكفيل لا يختلط بإلتزام المدين المكفول، فهو يتميز عنه من حيث المصدر والأشخاص والمحل. ومن ثم فإن الكفيل يكون أجنبيا تماما عن إتفاق التحكيم الذي أبرمه الدائن والمدين فلا يمتد له أثر الإتفاق إستناداً لمبدأ نسبية أثر العقد. وبناء عليه لا يستطيع الدائن أن يتمسك بإتفاق التحكيم في مواجهة الكفيل، كما لا يستطيع الأخير التمسك به في مواجهته. ولا يغير من ذلك أن للكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بالدفوع التي تكون للمدين المكفول قبل الدائن. فالمقصود بهذه الدفوع هي الدفوع المتعلقة بالدين والتي تؤدي إلي إنقضائه أو تخفيض مقداره، وهو ما لا ينطبق علي الدفع بالتحكيم لأنه دفع يتعلق بالحق في الدعوي أي دفع إجرائي وليس دفعا متعلقا بالحق الموضوعي الذي تحميه الدعوي.[2]

علي أنه في الحالة التي تكون فيها الكفالة واردة في العقد الأصلي مصدر الإلتزام المكفول والذي يتضمن كذلك إتفاق التحكيم، ففي هذه الحالة لا يمكن إعتبار الكفيل أجنبيا علي إتفاق التحكيم الذي وقع عليه بتوقيعه علي العقد الأصلي ككفيل. إذ إنه في هذه الحاله طرف في إتفاق التحكيم شأنه شأن المدين والدائن يحتج بالإتفاق كما يحتج به عليه. ونفس الحكم في الحاله التي يبرم فيها عقد الكفالة بعد إبرام العقد الأصلي

---

(1) نقض مدني جلسة ١٩٥٧/٦/٢٧- طعن رقم ٢٢ لسنة ٢٣ ق – المجموعة الرسمية س٨ – ص ٦٢٥ جلسة ١٩٨٣/١٢/٨ طعن رقم ٥٩٧ لسنة ٤٩. مجموعة قضاء النقض المواد المدنية، عبد المنعم الدسوقي ج٢- مج١ ط ١٩٩٤ ف ٢٠٤٨ ص ٤٧٥. نقض مدني جلسة ١٩٣٣/٥/٤ – الطعن رقم ٤ لسنة ٣ ق.

(2) د/ مصطفي الجمال، د/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص ٤٦٣.

المنصوص فيه علي التحكيم ويحيل عقد الكفالة للعقد الأصلي بوجه عام أولإتفاق التحكيم الوارد فيه علي وجه الخصوص، فبموجب هذه الإحالة يصبح الكفيل طرفا في إتفاق التحكيم يلتزم بآثاره طالما كانت الإحالة واضحة الدلالة علي الإلتزام بشرط التحكيم كما أوضحنا من قبل.

أما فيما يتعلق بالعلاقة بين الكفيل والمدين المكفول فإن إمكانية تمسك الكفيل، الذي وفي بالدين المكفول للدائن، بإتفاق التحكيم في مواجهة المدين يتوقف علي كيفية رجوع الأول علي المدين. فإذا كان رجوع الكفيل علي المدين بموجب دعوي الحلول إعمالا للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ٣٢٦ مدني والتي تنص علي " إذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفي محل الدائن الذي إستوفي حقه في الأحوال الآتية: أ- إذا كان الموفي ملزما بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه....". وإعمالا كذلك لنص المادة ٧٧٩ من القانون المدني والتي تنص علي " إذا وفي الكفيل بالدين، كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق قبل المدين" كان له التمسك بإتفاق التحكيم في مواجهة المدين لأن الكفيل في هذه الحالة يرجع علي المدين بحق الدائن بما له خصائص وما يلحقه من توابع ومنها الدعاوي التي تحميه، كما أن الحلول، علي ما ثبت لدينا من قبل، آلية من آليات إنتقال شرط التحكيم. أم إذا كان رجوعه بموجب الدعوي الشخصية فلا يجوز له التمسك بإتفاق التحكيم لإستناده عند الرجوع في هذه الحالة إلي حقه الشخصي.

الفرع الثاني

حالات يجبر فيها الغير علي الخضوع للتحكيم

وأولي الحالات التي يجبر فيها الغير علي الإلتزام بإتفاق التحكيم هي حالة رجوع الدائن علي مدين المدين بموجب الدعوي غير المباشرة مستخدما حق المدين الأصلي حفاظا علي الضمان العام له ولغيره من الدائنين. ففي هذه الحالة يلتزم الدائن بما يلتزم به مدينه من شروط ومنها شرط التحكيم إذا كان الأخير قد أبرمه مع مدينه. وأساس هذا الإلتزام أن الدائن ينوب عن المدين المقصر ويستعمل حقوقه التي قصر في إستعمالها. إلا أن الدائن في هذه الحالة يلتزم بإتفاق التحكيم مع بقائه من الغير بالنسبة

لهذا الإتفاق لأنه مجرد نائب عن المدين. فما يحصل عليه من الدائن من وراء إستعماله لحقوق مدينه في هذه الحالة يدخل في الضمان العام لكل الدائنين الذين يزاحمون الأول فيما تحصل عليه من حقوق ومزايا.

ولكن في بعض الأحيان نجد الغير يلتزم بإتفاق التحكيم ويجبر علي المثول أمام هيئة التحكيم بإعتباره طرفا. والواقع أن ما يدفع هيئات التحكيم الدولي وكذلك الهيئات القضائية للخروج علي مبدأ نسبية أثر إتفاق التحكيم وإعتبار الغير طرفا هو تلبية حاجات التجارة الدولية ومحاولة الإنسجام مع الواقع الإقتصادي. بالإضافة لأن التحكيم قد أصبح هو الوسيلة المعتادة لفض منازعات التجارة الدولية مما شجع علي التوسع في تفسير إتفاقاته. ففي كل مرة ثبت فيها أن للغير دورا في مرحلة التفاوض السابقة علي العقد أو عند إبرامه أو عند مساهمته في تنفيذه تم إعتباره طرفا في إتفاق التحكيم. حيث يعتبر القضاء والفقه أن ما صدر عنه في هذه الحاله بمثابة قبول ولو ضمني لإتفاق التحكيم يلزمه به.

ولم يكن بالإمكان أن نعرض لحكم تلك الحالات في القضاء والفقه المصريين دون أن نعرض للوضع لدي نظيريهما الفرنسيين نظرا لقوة التأثير التي للأخير علي الأول.

أولاً: المرسل إليه في سند الشحن

سند الشحن كما عرفته المادة ١/٧ من إتفاقية هامبورج هو وثيقة تثبت إنعقاد عقد النقل وتلقي الناقل للبضائع أوشحنه لها، ويتعهد الناقل بمقتضاها بتسليم البضائع مقابل إسترداد الوثيقة وينشأ هذا التعهد عن وجود نص في الوثيقة يقضي بتسليم البضائع لأمر شخص مسمي أو تحت الإذن أو لحاملها. ويظهر من تعريف إتفاقية هامبورج لسند الشحن أن الأطراف الموقعين علي سند الشحن هم الشاحن الذي يرسل البضاعة للمرسل إليه والناقل الذي يتولي عملية شحن ونقل تلك البضائع. أما المرسل إليه فهو الشخص صاحب المصلحة في عملية النقل وفي مشارطة الإيجار إلا أنه لم يوقع علي أي منهما ولا يعتبر طرفا فيهما. فإذا تضمنت مشارطة الإيجار شرط تحكيم مشار إليه أو محال إليه في سند الشحن أو كان

النقل قد تم من الأصل بسند شحن يتضمن شرط تحكيم، فهل يلتزم المرسل إليه بهذا الشرط ؟

علي الرغم من تسليم الفقه بأن سند الشحن ينتج أثره في مواجهة المرسل إليه، مع إختلافهم حول الأساس القانوني لذلك،[1] فإن مسألة إلتزام المرسل إليه بإتفاق التحكيم الوارد فيه ما تزال محلا لخلاف كبير في الفقة المصري. حيث ذهب جانب من الفقة إلي القول بأن شرط التحكيم الوارد في سند الشحن لا ينتقل بالحوالة تبعا لإنتقال العقد الأصلي نظرا لما يتمتع به شرط التحكيم من إستقلال عن هذا العقد. كما أن المرسل إليه في سند الشحن يلتزم بالشروط المتعلقة بعقد النقل البحري والناشئة عنه كالتفريغ والإحتجاجات والفحص وغيرها، أما الشروط الغير متعلقة بعقد النقل وليست ناشئة عنه كشرط التحكيم فلا يلتزم بها، خاصة وأن شرط التحكيم يحتاج إلي أهلية وشروط خاصة. وتأكيدا علي فكرة عدم إمكانية إلزام المرسل إلية بإتفاق التحكيم ذهب بعض أنصار هذا الإتجاه إلي القول بأن شرط التحكيم يمثل رغبة شخصية من أطرافه في سلوك طريق آخر غير طريق التقاضي العادي. من ثم وجب أن تبرز هذه الرغبة الشخصية بحيث لا يوجد ما يحجبها. بمعني أن تكون صريحة الدلالة علي وجودها وليس مجرد تبعا لإلتزام آخر أو حق نقل إلي شخص ولا يخرج عن ذلك بطبيعة الحال إلا حالة الخلف العام.[2]

وعلى النقيض ذهب جانب آخر من الفقه إلي القول بأن شرط التحكيم المحال إليه في سند الشحن ينتج أثره في مواجهة المرسل إليه، إستناداً علي أن المقصود بإستقلال شرط التحكيم هو إستقلاله عن العقد الأصلي من حيث الوجود والصحة والإستمرار. كما أن هذا الإستقلال لا ينفي بطبيعة الحال الإرتباط القائم بينهما والناشئ عن أن محل شرط التحكيم هو المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي. وهذا الإرتباط وحده

---

(1) د/ مصطفي الجمال، د/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص ٥٠٦.

(2) د/ محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، المرجع السابق، ص ٦٠ وما بعدها.

كاف للقول بأن الإعتبارات التي أدت إلي التسليم بإمتداد آثار سند الشحن إلي المرسل إليه تكفي لتبرير إمتداد آثار شرط التحكيم الوارد في السند إليه.[1] كما إستند أنصار هذا الإتجاه كذلك إلي فكرة أحد الفقهاء الفرنسيين الذي رأي أن عقد النقل هو عقد ثلاثي الأطراف، حيث أن أطرافه هم الناقل والمرسل والمرسل إليه، حيث يظهر الأولان منذ البداية بينما تبقي شخصية الثالث غامضة وغير معروفه للناقل فترة من الزمن.[2]

إلا أن هذا الخلاف الفقهي لم يؤثر علي أحكام القضاء حيث إستقرت محكمة النقض المصرية في أحكامها المختلفة علي أن قانون التجارة البحري يجعل من المرسل إليه طرفا ذو شأن في سند الشحن، يتكافأ مركزه حين يطالب بتنفيذ عقد النقل مع مركز الشاحن، بإعتباره صاحب المصلحة في عملية الشحن. وأنه يرتبط بسند الشحن كما يرتبط به الشاحن ومنذ إرتباط الأخير به. وبالتالي فإن المرسل إليه يلتزم بشرط التحكيم الوارد في سند الشحن بإعتباره في حكم الأصيل بالنسبة للسند، حيث أن الشاحن لا يعتبر نائبا عن المرسل إليه في سند الشحن حتي يتطلب الأمر وكالة خاصة، كذلك لا يمكن لأحد القول بأن الشاحن قد تصرف في شئون المرسل إليه وهولا يملك حق التصرف فيه. فإذا أستلم المرسل إليه سند الشحن دون إعتراض، وقام بتنفيذ عقد النقل دون تحفظ عد ذلك قرينة علي قبول المرسل إليه بشروط الشحن المشار إليها بما في ذلك شرط التحكيم ولو كان واردا في مشارطة الإيجار طالما تمت الإحالة إليه فيها.[3] بل أكثر من ذلك فقد إستقرت محكمة النقض علي أن عدم توقيع الشاحن علي سند الشحن لا يؤثر في إلتزام المرسل إليه بإتفاق التحكيم المذكور، إذ

---

(1) د/ مصطفي الجمال، د/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص ٥٠٦.

(2) د/ محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، المرجع السابق، ص ٦٢ وما بعدها.

(3) طعن رقم ١٧٧ لسنة ٤٢ قضائية، الصادر في جلسة ٢٦ يونيو سنة ١٩٧٨، مجموعة الأحكام الصادرة من المكتب الفني لمحكمة النقض، السنة التاسعة والعشرون، الجزء الأول، من يناير إلي يونيو سنة ١٩٧٨. أنظر د/ باسمة لطفي دباس، المرجع السابق، ص ٤٦٢.

يعد سند الشحن في هذه الحالة مجرد إيصال بإستلام البضاعة وشحنها علي ظهر السفينة[1]. فكل ما يجب توافره لإلزام المرسل إليه بشرط التحكيم الوارد في المشارطة أن تتم الإحالة إليه في سند الشحن إذا يعتبر الشرط في هذه الحالة مندمجا في سند الشحن بالإحالة[2] شريطة أن تكون هذه الإحالة واضحة في إعتبار هذا الشرط جزء من السند إعمالا لما هو منصوص عليه في المادة ٣/١٠ من قانون التحكيم المصري.

وعلي العكس من ذلك تماما، إنحازت محكمة النقض الفرنسية صراحة في أكثر من حكم لها إلي الإتجاه القائل بأن شرط التحكيم الوارد في سند الشحن لا يلزم المرسل إليه إلا إذا كان علي علم به وقبله صراحة أو ضمناً بتسلمه البضاعة المرسلة إليه، وبالطبع لم يسلم موقف محكمة النقض الفرنسية من نقد أنصار الإتجاه الأخر من الفقهاء الفرنسيين.[3]

وإذا كانت المسألة في كل من مصر وفرنسا قد ترك للفقه والقضاء إيجاد الحل المناسب لها، فإن الأمر لم يكن كذلك في إنجلترا. فالمشرع الإنجليزي تدخل بنفسه بموجب القانون ١٩٩٢ الخاص بنقل البضائع بحرا واضعا حل قاطع وواضح لهذه المسالة. فمع إعترافه أن حامل سند الشحن أو المرسل إليه هو من الغير بالنسبة لهذا السند، إلا أنه نص علي أن حامل سند الشحن يلتزم بما يتضمنه هذا السند من شروط متعلقة بآليات فض المنازعات الناجمة عنه، سواء كانت هذه الشروط متعلقة بإختيار الجهة القضائية أو المحكمة المختصة بفض النزاع أم كانت شرطا أو إتفاقا علي التحكيم. فإذا كان القانون الحاكم لسند الشحن هو القانون الإنجليزي، فإنه يكفي توافر الشروط المنصوص عليها في قانون ١٩٩٢ لإنتقال الحقوق والإلتزامات حتي يلتزم حامل السند بالشروط المنصوص عليها فيه دون

---

(1) د/ عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري متعدد الأطراف، المرجع السابق، ص ٧٠.

(2) د/ محمد عبد الفتاح ترك، شرط التحكيم بالإحالة، المرجع السابق، ص ١٤٢.

(3) حكمى محكمة النقض الفرنسية الصادرين فى ١٩٩٢/٥/٢٦، ١٩٩٥/٦/٢٠ واردين لدى د/ مصطفي الجمال، د/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص ٥٠٧.

حاجة لأي تراضي جديد بين مالك السفينة أو الناقل وبين حامل السند. وكالعادة توصل المشرع الإنجليزي إلي نفس النتيجة التي توصلت لها محكمة النقض المصرية وهي إلزام المرسل إليه بشرط التحكيم الوارد في سند الشحن أو مشارطة الإيجار ومحال إليه في السند ولكن كلا منهما إستند إلي أساس مختلف. فإعتبرت محكمة النقض أن الأساس في إلتزام المرسل إليه بهذا الشرط أنه طرفا ذو شأن في سند الشحن، بينما أستند المشرع الإنجليزي علي فكرة الخلافة لإلزام حامل السند بشرط التحكيم الوارد فيه. حيث إحتفظ المشرع الإنجليزي للمرسل إليه بصفة الغير بالنسبة لسند الشحن مع التأكيد علي أن حيازة السند وحدها لا يمكن أن تضفي علي هذا الغير حقوقا أكثر من التي يتمتع بها الشاحن ذاته. نظرا لأن الغير بحيازته لسند الشحن يخلف الناقل في حقوقه وإلتزاماته. فحامل السند كما يكتسب الحقوق التي يخولها سند الشحن يتحمل بالإلتزامات الناجمة عنه ومنها الشروط المتعلقة بتحديد الجهة القضائية المختصة وكذلك شرط التحكيم.[1] فالمشرع الإنجليزي أعتمد نفس الفكرة أو المبدأ الذي يستعمله دائما لمد إتفاق التحكيم للغير وهو مبدأ " المنفعة المشروطة" لإلزام حامل السند بإتفاق التحكيم الوارد فيه. حيث أن عدم قدرة الشاحن وهو المحيل أو السلف في هذه الحالة علي منح حامل السند وهو المحال إليه أو الخلف حقوقا أكثر مما يملك هي الركن الأساسي الذي يقوم عليه هذا المبدأ.

وأخيرا فإنه علي صعيد المعاهدات والإتفاقيات الدولية نجد إتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بالبحر ١٩٧٨ " هامبروج ١٩٧٨" قد نصت في المادة ٢/٢٢ منها علي أنه " إذا تضمنت مشارطة الإيجار نصا علي إحالة المنازعات الناشئة بموجبها إلي التحكيم، وصدر سند شحن إستناداً إلي مشارطة الإيجار دون أن يتضمن شرطا واضحا أو صريحاً يفيد أن هذا النص يلزم حامل سند الشحن، فلا يجوز للناقل الإحتجاج به في مواجهة

(1) David Joseph Q.C, "Jurisdiction and Arbitration Agreement and Their Enforcement", First edition, 2005, London Sweet & Maxwell. Page 189.

حامل السند الحائز له حسن النية". فكما هو واضح من النص فإن الإتفاقية قد رفضت مد أثر إتفاق التحكيم لحامل السند إلا إذا صدر منه قبول صريح لهذا الشرط بما يجعل منه طرفا في الإتفاق.

ثانياً: المجموع العقدي

ضخامة المشروعات التجارية في عصرنا الحالي وتعقد المعاملات التجارية خاصة الدولية منها، أوجبت علي الأطراف المعنيين إبرام العديد من العقود في سبيل تنفيذها. الأمر الذي أبرز ظاهرة " المجموع العقدي" أو ما يعرف بإسم " مجموعات العقود".

والمجموع العقدي إما أن يتخذ شكل مجموعة من العقود متتابعة علي ذات المحل مع أختلاف أطرافها كما هو الحال في عقود البيع المتتالية علي شئ واحد[1] والعقود التي تربط عدة مقاولين أصليين بصاحب العمل ذاته. كما قد تأخذ شكل مجموعة من العقود تجمعها وحدة الغرض أو الموضوع مع إختلاف الأطراف وتجسد هذه المجموعة مشروعات التجارة الدولية التي بالنظر لضخامتها وتعقيدها يصعب أن يتم تنفيذها من خلال العقد الأساسي وحده.[2]

فبعد إبرام هذا العقد الذي تتحدد بموجبه الحقوق والإلتزامات الأساسية يدخل الأطراف في سلسلة من العقود الفرعية لتنفيذ ذلك العقد. وأخيرا قد يأخذ المجموع العقدي شكل مجموعة من العقود تجمعها وحدة الأشخاص حيث تنشأ علاقة تعاقدية مستمرة بين نفس الأطراف تترجمها مجموعة من العقود المتتابعة من نفس الطبيعة أومن طبيعة أخري مشابهة،[3] وهو الشكل الذي يعرف أيضا بسلسلة العقود.

والفقه في مصر وفرنسا، علي إختلاف توجهاته، مجمع علي أن عقود المجموع العقدي تدور حول مصلحة إقتصادية واحدة مما يجعلها مرتبطة

---

(1) د/ مصطفي الجمال، د/ عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص ٥٠٧.

(2) د/ أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص ٢٤٥.

(3) د/ أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص ٢٥٠.

ببعضها إرتباطاً يجعل مصيرها واحدا. كما أنه يوجد بينها نوع من التبعية المنفردة أحيانا والمتبادلة أحيانا أخري، مما يجعل منها كلا واحدا يصعب الفصل بين وحداته من الناحيتين الإقتصادية والقانونية علي حد سواء. وهو ما يجعل من كل طرف في أي عقد من هذه العقود طرفا في الكل الذي تمثله المجموعة دون حاجة لأن يكون طرفا في بقية العقود الداخلة في المجموعة.[1] لأنه بدخوله في تجمع مجموع عقدي يعتبر قد أرتضي ضمنا كل النتائج المترتبة علي كل ما أبرم من عقود، فيعتبر كما لو كان طرفا فيها في حدود ما يلتزم به في مواجهة الآخرين وما يستفيد منه بشأنها. كما ذهب بعض الفقه إلي القول بأن من أبرم عقدا من العقود التبعية يأخذ مركزا مماثلا للمستفيد في حوالة العقد الأصلي.[2]

وعلي الرغم من هذا الإجماع من جانب الفقه علي وجود الإرتباط والتبعية بين العقود في المجموع العقدي. ذهب جانب من الفقه في مصر[3] إلي أن إمتداد شرط التحكيم في حالة المجموع العقدي يتطلب أن تكون كل العقود المعنية مبرمة في آن واحد أو متتابعة. وأن تبرم العقود بين الأطراف أنفسهم.

في حين ذهب جانب أخر[4] رغم تسليمهم بأثر الإرتباط القائم بين عقود المجموعة بالنسبة لكافة الشروط والبنود الواردة فيها، إلا أنهم قد ذهبوا إلي إستثناء شرط التحكيم من هذه القاعدة أيا كان الشكل الذي يتخذه المجموع العقدي. نظرا لأن شرط التحكيم يرتب آثارا أخطر بكثير من بقية شروط العقد الأخري. فعلي حد تعبيرهم فإن إتفاق التحكيم يأخذ الأطراف من أحضان قضائهم الوطني ليزج بهم أمام قضاء التحكيم.

---

(1) د/ مصطفي الجمال ود/ عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٤٩٥.

(2) د/ عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري متعدد الأطراف، المرجع السابق، ص ٧٧.

(3) د/ أحمد حسان حافظ مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، ط ٢٠٠٧، ص ٣٤٠.

(4) د/ عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري متعدد الأطراف، المرجع السابق، ص ٧٨ وما بعدها.

ويؤكد أنصار هذا الرأي علي أن الفصل بين شرط التحكيم الوارد في العقد وبقية شروط العقد الأخري ليس بالأمر المستغرب في فقه التحكيم التجاري إستناداً علي مبدأ إستقلال شرط التحكيم. ولقد أخذت المحاكم الفرنسية بهذا التوجه في بعض أحكامها. ففي حكم حديث لها أكدت المحاكم الفرنسية علي خضوع شرط التحكيم لمبدأ نسبية أثر الإتفاقات، وبناء عليه فإن شرط التحكيم لا يمكن أن يثور أو ينتقل في سلسلة العقود، اللهم إلا إذا إتفق الأطراف علي خلاف ذلك.[1]

إلا أن غالبية الفقه في مصر وفرنسا مستقر علي أن إستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي لا يحول دون إمتداد أثر إتفاق التحكيم في مواجهة أطراف المجموع العقدي. حيث أن فكرة المجموع العقدي ذاتها تعالج هذا الوضع بإعتبار أن الطرف في أحد عقود المجموعة هو طرف في عقودها الأخري المتضمنة شرط التحكيم[2] إستناداً علي فكرة الوحدة الإقتصادية التي تجمع تلك العقود وعلاقة التبعية القائمة بينهم.

فيما يتعلق بشرط التحكيم الوارد في عقود المجموع العقدي التي تجمعها وحدة الموضوع، وهي العقود التي تهدف إلي تحقيق عملية تجارية معينة كعقود الإنشاءات أو عقود نقل التكنولوجيا، فإن غالبية الفقه مستقر علي أن شرط التحكيم إذا كان واردا في العقد الأساسي فإنه يمتد في هذه الحالة إلي بقية العقود بإعتبارها جاءت منفذة له. فيلتزم به أطراف العقود الفرعية حتي لو لم يكونا أطرافاً في العقد الأساسي. حيث أن إرادة الأطراف صريحة، في الأعلان عن رغبتها في إخضاع جميع المنازعات المحتمل أن تنشأ في إطار العملية التعاقدية بأكملها إلي التحكيم.[3] ولقد أخذ القضاء الفرنسي بهذا الرأي حيث قضي في أحد الدعاوي بأنه " وحيث أن الثابت أن هذه العقود اللاحقة كانت قد أبرمت في إطار العلاقات التعاقدية بين

---

(1) د/ أحمد حسان حافظ مطاوع، المرجع السابق، ص ٣٣٨.

(2) د/ مصطفي الجمال ود/ عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٤٩٧.

(3) د/ حفيظة الحداد، الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص ١٦١.

الأطراف لتنفيذ الإتفاقيتين الأساسيتين والمؤرختين في ١٦ من نوفمبر ١٩٨٢، ٢١ من ديسمبر ١٩٨٣، فإنه نتيجة لذلك تكون العقود اللاحقة خاضعة للقواعد الواردة في الإتفاقيات الأساسية وبالتالي لشرط التحكيم الوارد بها."[1] كما قضت محكمة إستئناف باريس في عدة أحكام لها بأن " شرط التحكيم المدرج في عقد دولي يتمتع بصحة وفاعلية خاصة به تقتضي مد تطبيقه إلي الأطراف المعنية بتنفيذ العقد وفي المنازعات التي تتأتي عنه، متي تبين أن مركزهم التعاقدي ونشاطهم يفترض قبولهم لشرط التحكيم الذي يعلمون بوجوده وبمداه علي الرغم من عدم توقيعهم علي العقد الذي تضمنه".[2] فلم ترجع محكمة إستئناف باريس مسألة إلتزام أطراف العقود المنفذة للعقد الأصلي لإرادة هؤلاء الأفراد ورضاءهم بشرط التحكيم، بل أكتفت بعلمهم به، علما يثبته الواقع المتمثل في مركزهم كأطراف في مجموع عقدي واحد وأن كلا منهم يتولي القيام بنشاط معين في إطار تنفيذ العملية الإقتصادية المشتركة بينهم.

علي أن شرط التحكيم قد لا يرد في العقد الأساسي وإنما يرد في أحد العقود المنفذة له. في هذه الحالة رأي جانب من الفقة أن إمتداد شرط التحكيم لأطراف العقد الأصلي أو غيره من العقود المنفذة له يتوقف علي تفسير إرادة الأطراف في كل حالة علي حده. في حين ذهب الجانب الأخر من الفقه وأيدته في ذلك محكمة النقض الفرنسية إلي أن إمتداد شرط التحكيم من عقد إلي أخر يجب أن يكون مستندا إلي أسباب قانونية محددة لا أن يترك لسلطة قضاء الدولة أو التحكيم. وأهم هذه الأسباب في نظرهم أن يرد شرط التحكيم في إطار تنفيذ نفس العملية التجارية الدولية، فإذا تحقق ذلك كان إمتداده واجبا إلي بقية عقود المجموعة، أيا

---

(1) حكم محكمة "Bobigny" التجارية الصادر بتاريخ ١٩٩٠/٣/٢٩ وارد لدى د/ أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص ٢٤٧.

(2) أحكام محكمة إستئناف باريس الصادرة بتاريخ ٢٨ ، ٣٠/ ١٩٨٨ و١٤/ ١٩٨٩/٢، وارد لدي د/ مصطفي الجمال ود/ عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٤٩٨.

كان موقع العقد الذي أنطلق منه.[1] فلقد أعطت محكمة النقض الفرنسية رب العمل الحق في الرجوع علي المقاول من الباطن بموجب المسئولية العقدية حتي في ظل غياب العقد بينهما وذلك لوجود رابطة بين عقد المقاول الأصلي وعقد المقاول من الباطن. أي أنها أعطت لرب العمل الحق في الرجوع بدعوي مباشرة علي المقاول من الباطن، إستناداً علي أن كلا العقدين يدوران في فلك عملية تجارية واحدة ويهدفان إلي تنفيذها معا.

علي أن البعض قد ذهب إلي أن إمتداد شرط التحكيم في هذه الحالة يقتضي وجود تجانس بين عقود المجموعة، حتي يمكن القول بوجود هدف مشترك هو تنفيذ العملية التجارية. أما إذا لم يكن هناك تجانس بين هذه العقود فلا محل للحديث عن إمتداد شرط التحكيم إلا إذا ثبت علم الأطراف بهذا الشرط.[2] ولقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الرأي في أحد أحكامها حيث حرمت الشركة الناقلة من التمسك بشرط التحكيم الوارد في عقد البيع المبرم بين الشركة البائعة والشركة المشترية، إستناداً علي أن الشركة الناقلة لم تكن طرفا في عقد البيع. بل إن حقوق الشركة الناقلة وإلتزاماتها تتحدد علي أساس عقد النقل المبرم بينها وبين الشركة البائعة.[3]

ولقد أخذت بذلك محكمة إستئناف باريس حيث مدت شرط التحكيم للشركة الناقلة رغم أنها لم تكن طرفا في عقد البيع الوارد به هذا الشرط. وذلك لما ثبت لديها علم الشركة الناقلة بالشروط الواردة في عقد البيع ومنها بالطبع شرط التحكيم، أثناء تدخلها لتنفيذ عقد النقل.[4]

وإمتد الخلاف الفقهي إلي الحالة التي يأخذ فيها المجموع العقدي شكل عقود متتابعة علي محل واحد وكان أحد هذه العقود يتضمن شرط تحكيم

---

(1) د/ أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص ٢٤٧.

(2) د/ باسمة لطفي دباس، المرجع السابق، ص ٥١٠.

(3) الطعن رقم ٥١٠ لسنة ٣٥ قضائية، الصادر في جلسة ٢ يناير سنة ١٩٧١.

(4) Cour d'appel de Paris. 28 novembre 1989. Rev.arb, 1990,p.675.note:P.Mayer.

أنظر د/ باسمة لطفي دباس، المرجع السابق.

دون باقي العقود. حيث ذهب جانب من الفقة إلي أن إمتداد شرط التحكيم في هذه الحالة يتوقف علي الوسيلة التي تم إختيارها من قبل الطرف للرجوع علي غيره.[1]

ولتوضيح ذلك نضرب المثال التالي إذا أبرم عقد مقاولة بين المقاول الأصلي ورب العمل ثم قام المقاول بإبرام عقد أو عقود مقاولة من الباطن مع مقاول أو مقاولين أخرين، وكان أحد أو بعض هذه العقود يتضمن شرط تحكيم دون البعض الأخر، فهل يلزم هذا الشرط من لم يكن طرفا في العقد الذي يتضمن شرط التحكيم عند رجوعه علي من كان طرفا في هذا العقد؟ ويري أنصار هذا الرأي أن الأمر يتوقف علي الوسيلة التي يرجع بها هذا الطرف. فإذا كان رجوعه بموجب الدعوي غير المباشرة أي مستخدما حقوق مدينه قبل مدين المدين إلتزم بشرط التحكيم لأنه يعتبر نائبا عن مدينه وبالتالي يلتزم بما يلتزم به هذا الأخير من شروط ومنها شرط التحكيم. أما إذا كان الرجوع بموجب الدعوي المباشرة أي بموجب حقه الشخصي فلا يلتزم بهذا الشرط.

ولم يختلف باقي الفقهاء مع أنصار الرأي السابق فيما يتعلق بإلتزام من لم يكن طرفا في العقد المتضمن شرط تحكيم بهذا الشرط إذا كان رجوعه بموجب الدعوي غير المباشرة لأن ذلك محض تطبيق للقواعد العامة. أما محل الخلاف فكان مسألة الرجوع بموجب الدعوي المباشرة أي رجوع الطرف بموجب حقه الشخصي. حيث إستقر غالبية الفقه - مؤيدا في ذلك بأحكام التحكيم الدولية وأحكام محكمة إستئناف باريس - علي إلتزامه بشرط التحكيم رغم أنه لم يكن طرفا في العقد الذي يتضمن هذا الشرط لأنه قبل أن يكون طرفا في المجموع العقدي بإنضمامه لأحد العقود المكونة له علي نحو ما عرضنا.

أما عن الحالة الأخيرة التي يتخذ فيها المجموع العقدي شكل سلسلة من العقود المتتابعة بين ذات الأطراف، فإن الفقه والقضاء الفرنسيين قد

---

(1) أنظر د/ فتحي والي، المرجع السابق، ص ١٧٥ وما بعدها.

إستقرا علي أنه في الحالة التي يتواتر فيها العمل بين الأطراف علي إدراج شرط التحكيم في العقود التي تحكم تعاملاتهم، فإن عدم إدراجها في أحد العقود اللاحقة لا يحول دون إمكانية التمسك به، إستنادا لما جري عليه العمل بينهم في تعاملاتهم.

ومن هذا العرض يتضح أن الغير يلتزم بإتفاق التحكيم عندما يكون طرفا في عقد أخر يمثل مع العقد الأصلي المنصوص فيه علي التحكيم مجموعا عقديا يهدف إلي تحقيق هدف أو مشروع إقتصادي واحد. إحتراما لما تمثله هذه العقود من وحدة إقتصادية من ناحية، ولرابطة التبعية التي تجمع هذه العقود فتجعل مصيرها واحدا من ناحية أخري.

وأخيراً نحب أن نشير إلي أنه قد يكون السبب في إستناد الفقه والقضاء الفرنسي علي فكرة المجموع العقدي بشكل كبير، في الوقت الذي لا يتوسع فيه الفقه والقضاء المصريين في إستخدام هذه الفكرة، أن القانون الفرنسي لا يتضمن نصا عاما يقرر إنتقال الحقوق والإلتزامات إلي الخلف الخاص علي نحو ما عليه الحال في القانون المدني المصري. فلا تظهر الحاجة للجوء إليها في مصر إلا في الحالات التي لا تتوافر فيها الشروط اللازمة لإنتقال الحقوق والإلتزامات للخلف الخاص.[1] ونعتقد أنه السبب أيضا في عدم لجوء الفقه والقضاء الإنجليزي والأمريكي لهذه الفكرة أيضا، حيث أن كلا من القانونين الإنجليزي والأمريكي يتضمنان نصوصا صريحة تقضي بإنتقال الحقوق والإلتزامات بالخلافة في المصالح صورة وبالحوالة.

ثالثاً: مجموعة الشركات

مجموعة الشركات هي نوع من أنواع التعاون الذي يتم بين الشركات حتي تتمكن من القيام بالمشروعات الكبيرة العملاقة التي لا تقوي المشروعات الفردية أو شركة بمفردها علي القيام بها. حيث تتجمع الشركات بأموالها وإمكانياتها وتتكاتف من أجل تحقيق هدف أو أهداف كبيرة مشتركة، وهذا التجمع بين الشركات قد يتم داخل نفس النشاط

---

(1) د/ مصطفي الجمال ود/ عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٤٩٩.

أوفي مجالات أنشطة متكاملة، وقد يكون داخل دولة واحدة أو يمتد ليشمل دول متعددة فيما يعرف بالشركات متعددة الجنسيات أو القوميات.[1]

وأيا كان التعريف الذي يمكن إعطاءه لمجموعة الشركات.[2] فإن مجموعة الشركات يجمعها جميعا خصائص واحدة. فهذه الشركات، من الناحية الإقتصادية، دائما ما تجمعها وحدة المصلحة. حيث أن ما تسعي إليه هذه الشركات من وراء تجمعها هو تحقيق غرض مشترك يتمثل إما في القيام بمشروع إقتصادي عملاق أو النجاح في مجال أو أكثر من المجالات الإقتصادية التي تتسم بالتعقيد. أي أنها تسعي لتحقيق هدف إقتصادي واحد، وهو الأمر الذي يستتبع ظهورها ككيان إقتصادي واحد، كما يجعلها خاضعة لرقابة موحدة ولسلطة توجيه واحدة تملك إصدار التعليمات والتوجيهات لكل شركات المجموعة. أي أن الشركات داخل المجموعة تخضع لإستراتيجية واحدة تجعلها مشروعا إقتصاديا واحدا.[3] أما من الناحية القانونية تظل كل شركة من الشركات المكونة للمجموعة تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن غيرها من الشركات الأخري داخل المجموعة. فمجموعة الشركات ككيان قائم لا يتمتع بشخصية معنوية مستقلة عن الشركات المكونة له.

وتتعدد الأشكال التي يمكن أن تتخذها مجموعة الشركات. فقد تتخذ شكل مجموعة الشركات المالية، وهي الصورة المثلي لمجموعة الشركات، وتقوم علي صلة رأس المال وفيها تحوز الشركة الأم أكثر من ٥٠٪ من

---

(1) د/ عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري متعدد الأطراف، المرجع السابق، ص ٢٣.

(2) حيث عرفه جانب من الفقة بأنه " تجمع عدد من الشركات تتمتع فيه كل شركة بشخصية قانونية مستقلة ومتميزة، في حين لا يتمتع هذا التجمع بالشخصية القانونية، بل بوحدة في القرارات والإدارة والرقابة". في حين عرفه جانب أخر بأنه " تجمع شركاتي لعدد من الشركات المستقلة من وجهة النظر القانونية، وكلها خاضعة لإدارة إقتصادية واحدة." أنظر د/ عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري متعدد الأطراف، المرجع السابق، ص٢٦، د/ أحمد مخلوف، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص ٢٣٢.

(3) د/ باسمة لطفي دباس، المرجع السابق، ص ٥١٤.

أسهم الشركة الوليدة. وقد تتخذ شكل مجموعة الشركات الشخصية وهي التي تضم نفس الشركاء في كل من الشركة الأم والشركة الوليدة. وأخيرا قد تتخذ شكل الشركات التعاقدية وأشهرها ما يعرف بالمشروعات المشتركة سواء قامت لتنفيذ مشروع معين أو أكثر. ويتم تنظيم الروابط بين الشركات في المجموعة إما من خلال علاقة نظامية بين الشركة الأم والشركات التابعة أومن خلال علاقة تعاقدية يتم الإتفاق عليها بينهم.(١)

ولقد أرست محكمة إستئناف باريس في العديد من أحكامها قاعدة عامة مؤدها أن شرط التحكيم الوارد في عقد دولي له من الصحة والفاعلية الذاتية ما يوجب مد نطاق تطبيقه ليشمل الأطراف الذين إشتركوا في تنفيذه وفي المنازعات الناجمة عنه، متي ثبت أن مراكزهم وأنشطتهم تدل أو تسمح بإفتراض أنهم علي علم بوجود شرط التحكيم ومحتواه ونطاقه، حتي لو كانوا غير موقعين علي العقد الأصلي المتضمن شرط التحكيم.(٢) وبذلك تكون محكمة إستئناف باريس قد إكتفت بتوافر العلم بشرط التحكيم ونطاقه لدي من لم يوقع علي العقد الأصلي ويقومون بتنفيذه حتي يكون الإتفاق ملزما لهم. ولقد كانت هذه القاعدة محل نقد شديد من جانب الفقه الفرنسي حيث أن العقد لا يمكن أن يتمتع بصحة ذاتية إذ لا بد أن يستند في صحته إلي قاعدة قانونية تحكمه، كما أنها ركزت علي فكرة العلم بشرط التحكيم ولم تعني بإرادة الأطراف. وأخيرا فإن التطبيق الحرفي لهذه القاعدة قد يترتب عليه مد إتفاق التحكيم لأشخاص لم يقبلوه ولو ضمنياً.(٣)

ومما تجدر ملاحظته كذلك أن تلك القاعدة التي وضعتها محكمة إستئناف باريس يمكن تطبيقها علي الغير المشارك في تنفيذ العقد سواء كان

---

(1) د/ أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص ٢٣٣.

(2) Paris, 20 nov.1988,Rev.arb.1989,p.691.note P.Y. Tschanz.

(3) Jean-Francois Poudert & Dr Sebastien Besson, "Comparative Law of International Arbitration", 2nd edition, p.219-220, para.256.

هذا الغير شركة من شركات مجموعة أم لا. بمعني أنها قابلة للتطبيق علي أي من الغير الذي يتوافر فيه العلم بشرط التحكيم وشارك في تنفيذ العقد. وبالفعل تم الإستعانة بهذه القاعدة في أحكام سابقة لمد شرط التحكيم الوارد في مشارطة الإيجار والمحال إليه في سند الشحن للناقل.

ولا يفوتنا أن نشير في هذا الصدد إلي أننا وإن كنا نتفق مع ما ذهب إليه الفقه من أن العقد لا يمكن أن يتمتع بصحة ذاتية إلا أننا نؤيد إمتداد إتفاق التحكيم للغير الذي أسهم في تنفيذ العقد الأصلي وإستفاد من آثاره مع علمه بوجود الإتفاق. وذلك منعا للتواطؤ والتحايل من جانب أي من الطرفين مع الغير للتهرب من إلتزامه بإتفاق التحكيم وخاصة أن الغير لن يضار في ذلك لأنه من الأصل يعلم بوجود شرط التحكيم.

إلا أنه في ظل غياب التنظيم التشريعي الحاكم لظاهرة مجموعة الشركات ثار الخلاف في الفقه والقضاء حول مدي إمكانية إمتداد إتفاق التحكيم في مجموعة الشركات، بمعني هل يمتد شرط التحكيم الذي وقعته الشركة الأم ليلزم الشركة أو الشركات التابعة لها أم لا؟ وهل العكس صحيح؟

وللإجابة علي هذه التساؤلات إنقسم الفقه وكذلك الأحكام القضائية بل والتحكيمية إلي إتجاهين:

الاتجاه الأول: يري عدم إمتداد إتفاق التحكيم في مجموعة الشركات إستناداً إلي أنه ولئن كانت شركات المجموعة تجمعها كلها وحدة المصلحة الإقتصادية إلا أنها مع ذلك تتمتع بإستقلال قانوني، حيث يتمتع كلا منها بشخصية معنوية مستقلة.[1] كما يري أن القول بإمتداد شرط التحكيم في هذه الحالة يتعارض مع مبدأ نسبية أثر إتفاق التحكيم بإعتباره عقدا. كما يتعارض مع الطابع الإرادي الذي يتميز به التحكيم والذي يمثل جوهر هذا النظام. فالأصل في التحكيم إتجاه إرادة الأطراف إلي إختياره كوسيلة لفض المنازعات القائمة بينهم بدلا من اللجوء للقضاء الوطني. مما يؤدي

---

(1) د/ باسمة لطفي دباس، المرجع السابق، ص ٥١٤.

إلي عدم إمكانية الإحتجاج بشرط التحكيم علي أي شركة لم تكن طرفا فيه ولو كانت عضوا من أعضاء مجموعة الشركات التي تنتمي إليها الشركة الطرف في الإتفاق. فأنصار هذا الإتجاه كما يتضح من العرض يأخذون بمبدأ التفسير الضيق لإتفاق التحكيم الذي يقوم علي فكرة أن التحكيم هو عقد يخضع لما يخضع له سائر العقود من مبادئ وأهمها مبدأ سلطان الإرادة. وفي ذلك قضت غرفة التجارة الدولية بباريس بأن الشركة التي لم تكن طرفا في العقد ولم توقع عليه لا يمكن إلزامها بشرط التحكيم الموجود في العقد الموقع من قبل شركة أخرى من شركات نفس المجموعة. حيث أنها رغم إشتراكها في المفاوضات السابقة علي إبرام العقد، لم تكن طرفا فيه لأنها لم توقع بنفسها علي العقد، ومن ثم لم تقبل بشرط التحكيم الوارد فيه.[1] كما عبر أحد أحكام التحكيم عن رفضه مد إتفاق التحكيم من الشركة الوليدة إلي الشركة الأم تأسيسا علي أن الشركتين المكونتين للمجموعة تشكلان وحدتين متميزتين لكل منهما شخصية قانونية مستقلة قادرة علي التعهد بالتزاماتها بوجه منفصل عن الشركة الأخري، مما لا يسري معه أثر إلتزام أحدهما تجاه الأخر.[2]

وتعتبر المحكمة الفيدرالية السويسرية من أكثر المحاكم رفضا لفكرة مد إتفاق التحكيم بين أعضاء مجموعة الشركات. فلم تعملها إلا في الحالة التي يتعمد فيها الغير التحايل علي أحد الأطراف بخلق مظهر خادع. حيث قضت[3] بأن العقد المبرم من جانب حامل أغلبية الأسهم والمدير المتحكم في مجموعة الشركات لا يلزم الشركات المكونة للمجموعة إلا إذا ثبت أنه

---

(1) Sentence CCI, No 2138/1974, Clunnet, 1975,P. 934, Obs. Y. Derains.et, No 4392/1983, Clunnet, 1983,P. 907, Obs. Y.Derain. أنظر د/ عاطف الفقي، المرجع السابق،ص ٤٣.

(2) Sentence CCI. No. 4504(1985) JDI. 1986, P.1118.
أنظر د/ أحمد مخلوف المرجع السابق، ص٢٣٥.

(3) Jean-Francois Poudert & Dr Sebastien Besson, "Comparative Law of International Arbitration", 2nd edition, p.222, para.256.

تصرف بإعتباره ممثلا عن كل شركة من هذه الشركات وأنه يملك سلطة تمثيلهم.

الإتجاه الثاني: ويري أنصاره أن إتفاق التحكيم يمتد في مجموعة الشركات. أي أن إتفاق التحكيم الذي تبرمه إحدي شركات المجموعة مع شخص من الغير يمكن الإحتجاج به علي باقي الشركات الأعضاء في المجموعة. كما يمكن لأى منها التمسك به في مواجهة الغير الذي أبرمه مع الشركة العضو في المجموعة. حيث يري أنصار هذا الرأي أن المعيار المادي الذي إعتمد عليه أنصار الرأي الأول في تحديد الطرف في إتفاق التحكيم والمتمثل في مجرد التوقيع علي إتفاق التحكيم قد لا يعبر في كثير من الأحيان عن حقيقة الواقع. فقد يكون الطرف الفعلي في العقد ليس هو من قام بالتوقيع عليه وإنما هو طرف آخر قائم في الظل. مما يستوجب عدم التوقف عند المعيار المادى المتمثل في مجرد التوقيع علي العقد، ومحاولة إيجاد معيار أخر يمكننا من إلزام الطرف الحقيقي أي المستفيد بآثار العقد. مما دفعهم للقول بضرورة التحرر ولو جزئياً من هذا المعيار الجامد والسماح لإتفاق التحكيم بترتيب أثاره في مواجهة من لم يوقع علي هذا الإتفاق. علي أنه وفقا لهذا الإتجاه لا تكفي مجرد العضوية في مجموعة الشركات لإلزام شركات المجموعة الغير موقعة علي العقد بآثاره، بل يجب أن تأتي تلك الشركات من التصرفات والأفعال ما يبرر إلزامها بالعقد. بمعني أن تلعب الشركة الغير موقعة علي العقد دورا، أما في مرحلة التفاوض وإبرام العقد أوفي مرحلة التنفيذ، يستفاد منه إتجاه إرادتها إلي الإشتراك في هذا العقد والإستفاده منه. حيث أن مد إتفاق التحكيم لباقي شركات المجموعة لا يستند إلي إفتراض قيام الوكالة بين شركات المجموعة الموقعة منها وغير الموقعة.

ويستند أنصار هذا الإتجاه من الفقة في تدعيم وجهة نظرهم علي فكرة القبول الضمني من قبل الغير بإمتداد شرط التحكيم في مواجهته أو ما أسماه البعض بفكرة الإمتداد الأفقي والتي تستند علي فكرة الإرادة الظاهرة. حيث يمتد إتفاق التحكيم للشركة التي لم توقع عليه إستناداً علي ما صدر عنها من

سلوك خلال عملية التفاوض السابقة علي العقد أو خلال تنفيذه.[1] وبعبارة أخري فإن إتصال الشركات الداخلة في المجموعة بالمعاملة التجارية خاصة الدولية منها، والذي يظهر إما من خلال المشاركة في المفاوضات السابقة علي إبرام العقد أومن خلال المشاركة في تنفيذ العقد، يكفي لإلزام هذه الشركة بشرط التحكيم الذي أبرمته شركة أخري من شركات المجموعة التي تنتمي إليها.[2] بل إن بعض الفقه قد ذهب إلي أبعد من ذلك فقالوا بأن إشتراك شركات المجموعة في مشروع واحد، وإنشائهم شبكة مغلقة من العلاقات التعاقدية، وتعاون شركات المجموعة الواحدة، ينم عن إرادة ظاهرة من جانبهم في الإلتزام بشرط التحكيم الذي أبرمته إحدى شركات المجموعة.[3]

أما أحكام التحكيم الدولي وكذلك الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن فقد إستندت إلي العديد من النظريات أو الأفكار لمد إتفاق التحكيم بين شركات المجموعة.

ولقد كانت فكرة القبول الضمني أو الإرادة الضمنية من أكثر الأفكار التي تم الإستناد إليها. فقضي بأن شرط التحكيم يمتد إلي باقي الشركات التي إنغمست في تنفيذ العقد المحتوي علي الشرط والمنازعات المتعلقة به علي نحو يفترض معه قبولها لشرط التحكيم الذي كانت تعلم بوجوده ومحتواه ولولم توقع علي العقد الذي يتضمنه.[4] وقريب من ذلك فكرة الإرادة المشتركة للشركات في الإشتراك في جميع الإتفاقات التي توقعها إحداها ولو لم يقم بعضها بالتوقيع عليها التي إستند إليها القضاء الفرنسي لمد شرط التحكيم إلي الشركة التي لم توقع عليه.[5]

---

(1) د/ محمد نور شحاته، المرجع السابق، ص ٧٧.

(2) د/ احمد مخلوف، المرجع السابق، ص ٢٣٥.

(3) د/ إبراهيم أحمد إبراهيم، القانون الواجب التطبيق علي إتفاق التحكيم، ورقة عمل مقدمة إلي المؤتمر الثالث للتحكيم التجاري الدولي المنعقد في القاهرة ١٩٩٦. ورد لدي د/ باسمة لطفي دباس، المرجع السابق، ص٥١٧.

(4) إستئناف باريس ٣٠ نوفمبر ١٩٨٨و١٤ فبراير ١٩٨٩ و٢٨ نوفمبر ١٩٨٩، مشار إليها في روبير ص ٢٤٣. أنظر د/ فتحي والي، المرجع السابق، ص ١٧٣.

(5) د/ فتحي والي، المرجع السابق، ص ١٧٣.

كما تم الإستناد إلي فكرة الإشتراط لمصلحة الغير السابق بينها، حيث قضي بإختصاص هيئة التحكيم بنظر الدعوى المرفوعة علي فروع الشركتين الأم رغم عدم توقيعهما علي العقد المتضمن شرط التحكيم تأسيسا علي أن " القواعد الأصلية لمجتمع التجارة الدولي تقضي بإختصاص المحكمة في مواجهتهما، لأن الشركتين الأم بتوقيعهما علي البرتوكول تكونان قد إشترطاً لنفسيهما وللفروع المعنية بهذا البروتوكول".[1]

كذلك تم الإستناد إلي أفكار أخري كفكرة الحلول فقضي في أحد أحكام تحكيم والصادر في ١٩٧٣/٧/١ بأن الشركة الأم ضامنة لفروعها في تنفيذ الإتفاق المتضمن شرط تحكيم، فمن ثم يمكنها التمسك بشرط التحكيم الوارد في هذا الإتفاق.[2] كما تم الإستناد أيضا إلي فكرة الظاهر أو الوضع الظاهر الذي يستفاد من الكيفية التي تمت بها المعاملة والظروف المحيطة بها. حيث إنتهت إحدي الهيئات التحكيمية إلي أنه نظرا لأن العقود محل النزاع كانت تحيل بعضها إلي بعض، وكانت تشير إلي أطرافها بدون شكلية وبمرونه كبيرة. وكذلك نظرا لمسلك الأطراف خلال مرحلة التفاوض علي العقد الذي يتضمن شرط التحكيم، حيث تمت الإشارة لأحد الأطراف تارة بإعتباره شركة من شركات المجموعة وتارة بإعتباره مجموعة شركات، فإن كل ذلك يخلق لدي المتعاقد الأخر إعتقاداً بأن العقد وما يتضمنه من شرط التحكيم ملزم لكل أعضاء المجموعة، وأن القول بغير ذلك يأتي علي خلاف كل مبدأ للتفسير المعقول، كما يخالف الإرادة المشتركة للأطراف ويناقض الصياغة التي تمت بها هذه

---

(1) Sentence CCI, No 2375/1975, Clunet, 1976,P.973.obs.Y. Derains.

ورد في د/ عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص ٣٤.

(2) Sentence C.I.R.D.I, du Ler juillet, 1973,In: P. Lalive, the first"world Bank"arbitration (Holiday Inn v. Morocco).

ورد في د/ محمد نور شحاته، المرجع السابق، ص ٧٨.

العقود.[1]

حيث وسعت هيئة التحكيم في هذه الدعوى شرط التحكيم ليسمح بإدخال شركات أخرى من المجموعة لم تكن قد وقعت علي العقد الذي يحتويه وذلك إستناداً علي فكرة الظاهر حيث ربطت الأمر بالإرادة الحقيقية للأطراف حسني النية، وروح العقد محل النزاع.[2]

ومن الأفكار التي إستند إليها القضاء التحكيمي والعادي في العديد من الحالات لمد إتفاق التحكيم فى هذا الصدد هي فكرة الوحدة الإقتصادية لمجموعة الشركات. حيث قضت المحاكم الإنجليزية بمد شرط للشركة التي لم توقع علي العقد الذي يحتويه، إستناداً علي فكرة الوحدة الإقتصادية لمجموعة الشركات، وكانت الدعوى تتعلق بعقد إستغلال براءة إختراع في مجال الصناعات الدوائية بين الشركة الأم ومتعاقد أخر وكان العقد يتضمن شرط تحكيم، وبرفع الدعوى أمام القضاء الإنجليزى من قبل المتعاقد مع الشركة الأم مطالبا أحدي الشركات التابعة لها بحقوقه دفعت الأخيرة بوجود شرط التحكيم في العقد المبرم بين المدعي وشركتها الأم، وإنعقاد إجراءات التحكيم بالفعل في دولة أخري، فأمرت المحكمة بوقف الدعوى القضائية إعمالا شرط التحكيم الذي يمتد للشركة التابعة إنطلاقاً من فكرة الوحدة الإقتصادية لمجموعة الشركات.[3]

وأشهر القضايا التي تبرز مدي إستناد أحكام التحكيم وكذلك الأحكام القضائية علي فكرة الوحدة الإقتصادية هي قضية " Dow Chemichal".[4] وتتلخص وقائع هذه الدعوى في أنه بمقتضي عقدين

---

(1) Sentence CCI,No 1434/1975,Cluent 1976,P.978, Obs. Y.Derains.

ورد في د/ عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص ٣٢.

(2) د/ عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص ٣٣.

(3) Roussel-Uclaf v. Searle, 6 Oct.1977, Y.B.com. Arb. Vol. Iv, 1979,P.317.

(4) C.C.I. No.4131,Clunet 1983, p.899 obs.Derain, Rev.arb., 1984,p.115.

ورد في د/ حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٤٠.

متتاليين منحت شركتان من شركات المجموعة "Dow Chemichal" ثلاث شركات فرنسية الحق في توزيع منتجاتها من العوازل الحرارية، تضمن كلا العقدين شرط تحكيم غرفة التجارة الدولية بباربس، وعلي أثر النزاع الذي نشب بين الأطراف بسبب جودة المنتجات، شرعت الشركتان الأطراف وكذلك الشركة الأم وشركة فرع أخري من الشركات التي لم توقع علي العقد في إتخاذ إجراءات التحكيم ضد الشركات الفرنسية. إعترضت الشركات الفرنسية المدعي عليها علي إختصاص محكمة التحكيم بنظر النزاع تأسيسا علي أن الشركتين الأخيرتين لم يكونا طرفا في العقد الأصلي ولم يوقعا عليه، فرفضت محكمة التحكيم هذا الدفع مقرره " أن الشركات المدعية وإن كان بعضها لم يكن طرفا في العقد إلا أنها قد شاركت بصورة أو بأخرى في إبرامه أو تنفيذه أو فسخه، ومن ثم يمتد إليها شرط التحكيم بإعتبار أنهم يمثلون جميعا في النهاية حقيقة إقتصادية واحدة ولو كانت كل شركة تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الأخري".[1] وبعرض النزاع علي محكمة إستئناف باريس رفضت الطعن بالبطلان علي حكم التحكيم السالف البيان وقضت بتأيده تأسيسا علي أن المحكمين قضوا في المنازعة المعروضة عليهم بناءا علي ما لهم من سلطة مطلقة في تفسير العقود والوثائق المتبادلة بين الأطراف وقت المفاوضات ووقت فسخ العقود، وأنهم فيما إنتهوا إليه من قضاء قد إستندوا إلي تسبيب واضح وخالي من التناقض.[2] كما إستندت محكمة الإستئناف كذلك علي أن الإرادة المشتركة للأطراف تؤدي لإرتباطهم جميعا بالعقد وكذلك وحدة الرابطة التي تجمع شركات المجموعة.

وإذا كان هذا هو الوضع في أحكام التحكيم الدولى وأحكام المحاكم في الدول المختلفة فإن الوضع في مصر لم يكن مختلفا حيث نجد محكمة النقض

---

(1) C.C.I. No.4131,Clunet 1983, p.899 obs. Derain, Rev. arb., 1984,p.115.

أنظر د/ أحمد مخلوف، المرجع السابق، ص ٢٤٠.

(2) د/ حفيظة الحداد، المرجع السابق، ص ١٤١.

المصرية قد أخذت في العديد من أحكامها بهذا الإتجاة الأخير فمدت إتفاق التحكيم للشركة التي لم توقع عليه إذا كانت التصرفات الصادرة عنها تكفي لإثبات القبول الضمني من جانبها أو يثبت الإرادة المشتركة للأطراف علي مد الإتفاق إليها، حيث قضت بأن " مجرد كون أحد أطراف خصومة التحكيم شركة ضمن شركات تساهم شركة أم في رأس مالها لا يعد دليلا علي إلتزام الأخيرة بالعقود التي تبرمها الأولي المشتملة على شرط تحكيم ما لم يثبت أنها تدخلت في تنفيذها أو تسببت في وقوع خلط بشأن الملتزم به علي نحو تختلط إرادتها مع إرادة الشركة الأخري".[1] كما قضت هيئة التحكيم التابعة لمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، إعمالا لهذا الرأى، بأن إتفاق التحكيم يشمل جميع المشروعات المؤسسة لمشروع أو فرع مشترك إذا أبرم هذا الفرع عقدا تضمن شرط تحكيم، وأن شرط التحكيم الذي يرد في أحد العقود يمكن أن يلزم شركات أخري من أعضاء مجموعة واحدة بالرغم من عدم توقيعها علي العقد الذي تضمن شرط التحكيم مادامت قد شاركت في تكوين العقد وتنفيذه وإنهائه، وذلك تطبيقا لما هو سائد في مجال التجارة الدولية وخاصة مجال التحكيم التجاري الدولي، وإستناداً علي ما إستقرت عليه غرفة التجارة الدولية بباريس في حكم لها صادر برقم ٤١٣١ لسنة ١٩٨٢.[2]

والحقيقة فإن نظرية مد إتفاق التحكيم للشركات أعضاء المجموعة أو كما يطلق عليها البعض نظرية مجموعة الشركات هي مبدأ إقتصادى أكثر منه قانوني ظهر لمواجهة الواقع الإقتصادي الذي يعيشه العالم منذ فترة ليست بقصيرة، والذي تتخذ فيه المشروعات الإقتصادية شكل تجمعات كبيرة للشركات.

---

(1) نقض تجاري ٢٢ يونيو٢٠٠٤ في الطعن ٤٧٢٩ و٤٧٣٠ لسنة ٧٢ ق.

www. Google.com

(2) القضية التحكيمية رقم ١٠٩ لسنة ١٩٩٨، مركز القاهرة الإقليمي، جلسة ١٩٩٩/٣/١١. وارد في، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، د/ فتحي والي، ص ١٧٣.

المبحث الثالث

تحليل الوضع في كل من النظامين

بناء علي ما تم عرضه في المبحثين السابقين نستطيع أن نقرر بإطمئنان – لا مجازفة فيه - أن القضاء في الأنظمة القانونية السابق عرضها متفق علي مبدأ إمتداد إتفاق التحكيم للغير. بل إن أغلب الحالات التي يمتد فيها شرط التحكيم للغير محل إتفاق من جانبهم. وفي إعتقادنا أن هذا الإتفاق يرجع إلي أن العقد وإن كان يخضع لمبدأ النسبية بإعتباره تصرفا قانونيا فلا يلزم إلا أطرافه، إلا أنه من ناحية أخري يعتبر واقعة قانونية تلقي علي الغير إلتزامات يتحدد نطاقها وفقا لقوة العلاقة القائمة بين الأطراف والغير. فإذا بلغت قوة العلاقة بين الغير والأطراف حد حصوله علي منفعة مباشرة من العقد إلتزم بالعقد وتحمل بالآثار الناجمة عنه. وإتفاق التحكيم بإعتباره عقدا يخضع بالضرورة لتلك القواعد.

إلا أنهم إختلفوا أولا في المبادئ التي يتم الإستناد إليها فى هذا الصدد. ففي حين إستند القضاء الإنجليزي علي مبدأ المنفعة المشروطة وإستقر القضاء الأمريكي علي مبادئ أخرى كالإفتراض والسلوك المانع من إثبات العكس والإستتار وغيرها لمد الإتفاق للغير، إستند القضاء في مصر وفرنسا علي أفكار أخري كالوحدة الإقتصادية والقبول الضمني والإشتراط لمصلحة الغير للوصول لنفس النتيجة. وفي تقديرنا أن هذا الخلاف يرجع إلى إختلاف القواعد العامة الحاكمة للعقود فى النظم الأنجلو سكسونية عن القواعد العامة الحاكمة لها في النظم اللاتينية نظرا لإختلاف الفلسفة القانونية التي تقوم عليها تلك النظم. حيث يستهدف النظام القانوني في الولايات المتحدة الأمريكية وإنجلترا تحقيق العدل المطلق بين الأفراد والقضاء علي الغش والتواطؤ بكافة صورة حتى ما يتم إستغلال مبادئ القانون لإرتكابه. كما أنه يعلي مبدأ سلطان الإرادة في شقيه المتمثلان في عدم إلتزام الشخص إلا بما إتجهت إرادته للإلتزام به من ناحية وفي وجوب إلزامه بآثار ما صدر عنه من تصرفات وأفعال من ناحية أخري وكلاهما لا غني عنه لتطبيق هذا المبدأ تطبيقا صحيحا. وذلك

وصولا لتحقيق إستقرار المعاملات مما يدعم العلاقات الإقتصادية والتجارية بين الأفراد ويعمل علي إزدهارها. في حين أن النظام القانوني في مصر وكذلك فرنسا يعمد إلي إعمال مبدأ سلطان الإرادة في شقه الأول ويغفل عن شقه الثاني مما يمنح الأفراد فرصة حقيقية في التهرب من نتائج تصرفاتهم بحجة أن إرادتهم لم تتجه للإلتزام بشئ. كما أنه في سبيل تحقيق إستقرار المعاملات كثيراً ما يضحي بالعدل وفي ذلك إنحراف كبير من جانبه. فإستقرار المعاملات لا يتأتي إلا عبر حماية المصالح الإجتماعية التي يحوزها أصحابها حيازة مشروعة وفق المعطيات النظامية المتاحة للجميع داخل المجتمع.

كما إختلفوا أيضا في السياسة التي يعتمد عليها قضاء كلا النظامين لمد إتفاق التحكيم للغير. فالقضاء الأمريكي يعمد إلي إستخلاص العديد من المبادئ والنظريات من القواعد العامة التي يمكن الإستناد إليها لمد الإتفاق للغير. إلا أنه ترك مسألة تحديد الشروط اللازمة لتطبيق هذه المبادئ لقاضي الموضوع في كل حالة علي حده. مما يعطي القاضي مجالا أوسع للإبداع ولتطوير تلك المبادئ لتلائم المستجدات. أما القضاءان المصرى والفرنسي فقد عالجا كل حالة علي حده وفقا لما هو منصوص عليه فى كل من القانونين. ونري أن المرجع فى هذا الإختلاف أنه فى الوقت الذي يتمتع فيه القضاء الأمريكي بقدر كبير من المرونة، يواجه القضاء المصري قيودا تحد من قدرته علي التصرف. فالقاضي المصري، كنظيره الفرنسي، قدرته على التصرف مقيدة بإحترام النصوص القانونية الواردة في تشريعاته المختلفة والتي يتوجب عليه تطبيقها كما نص عليه المشرع. مما يجعل قدرته علي الإبداع مغلولة إلى حد كبير وذلك بعكس القاضي الأمريكي ونظيره الإنجليزي اللذان يؤديان عملهما في ظل نظام قانوني قائم علي فكرة السوابق القضائية. وهو نظام يسمح للقاضي بقدر كبير من الإبداع لمواجهة المستجدات والتطورات الحادثة.

الفصل الثالث

الغير وخصومة التحكيم

تمهيد:

إن المبدأ المعمول به أمام القضاء العادي بشأن الخصومة المدنية هي حق أي شخص في رفع دعواه أمام القضاء، كما أنه يتمتع بكامل الحرية في تحديد الشخص أو الأشخاص الذين سترفع عليهم الدعوى.[1] ويتحدد النطاق الشخصي للخصومة أمام المحاكم العادية بشكل مبدئي في صحيفة إفتتاح الدعوي، وكان من المفترض إعمالا لمبدأ ثبات النزاع أن تظل الخصومة علي الصورة التي بدأت عليها. بحيث يمتنع على الخصوم تعديل نطاق الخصومة سواء كان التعديل في النطاق الشخصى أى من حيث الأطراف بإدخال أطراف جديدة أوفى النطاق الموضوعي بإضافة طلبات جديدة لم تكن صحيفة الدعوى قد شملتها. إلا أن الفقه الحديث والتشريعات المختلفة تخلت عن هذا المبدأ الذي يعيق سير العدالة ويحول بين المحكمة وبين إستظهار وجهة الحقيقة في الدعوي، وأستبدلاه بمبدأ أخر أكثر مرونه وملائمة للواقع هو مبدأ تطور النزاع. وبإعمال هذا المبدأ فإن نطاق الخصومة لا يقتصر علي ما ورد في صحيفة الدعوى من طلبات أو أشخاص. فالنطاق الشخصي للخصومة لم يعد قاصراً علي أطراف العلاقة القانونية التي تربط المدعي بالمدعى عليه، بل إنها قد تمتد لتشمل أشخاصا أخرين يكون فى إدخالهم أو تدخلهم في الدعوي حماية لمصالحهم أو مصالح الخصوم أنفسهم.

وإذا كانت هذه هي المبادئ الحاكمة للخصومة المدنية أمام القضاء العادي، فإن النشأة الإتفاقية للتحكيم تحول دون إنطباق هذه المبادئ علي خصومة التحكيم. فالأصل في التحكيم أنه لا يكون طرفا في خصومة التحكيم إلا من كان طرفا في إتفاق التحكيم ومن يمتد إليهم هذا الإتفاق

---

(1) فالمشرع لا يلزم المدعى بأن يرفع دعواه علي شخص أو أشخاص معينين إلا في حالات التعدد الإجباري. د/ الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص١٠٢.

من الخلفاء والأغيار. فإتفاق التحكيم غير قادر على إقحام الغير في خصومة التحكيم حتي لو كان لهذا الغير حق أو مصلحة تتعلق بالنزاع محل التحكيم.[1] بالتالي لا يجوز أن يبدأ إجراءات التحكيم أو يشترك فيها إلا من كان طرفا في الإتفاق، فطلب التحكيم لا يجوز تقديمه من شخص لم يكن طرفا في إتفاق التحكيم فإذا تم تقديمه كان الطلب غير مقبول لتقديمه من غير ذي صفه، كما لا يجوز توجيهه إلي من لم يكن طرفا في الإتفاق فإذا قدم مثل هذا الطلب كان أيضا غير مقبول لرفعة علي غير ذى صفه أيضا.[2]

والغير في الخصومة القضائية كما هو معروف هو كل من لم يتم تمثيله في الدعوى أو الخصومة أمام المحكمة ولو ربطته بالمنازعة محل الدعوي أو بالخصوم فيها علاقة سابقة. أما الغير في خصومة التحكيم فيتخذ إحدي صورتين، الأولي يكون فيها الغير هو أحد أطراف إتفاق التحكيم إلا أنه لم يتم إختصامه فى الدعوى وهو ما يحدث في حالة إتفاق التحكيم متعدد الأطراف والذي ترفع فيه الدعوي من جانب بعض الأطراف دون البعض الأخر. والغير علي هذا النحو لا يثير تدخله أو إختصامه في خصومة التحكيم أية صعوبات لأنه أصلا طرف في إتفاق التحكيم وملتزم به كغيره من أطراف خصومة التحكيم. وقد نصت أغلب التشريعات الوطنية علي جواز تدخل هذا الغير أو إختصامه في خصومة التحكيم ومن ذلك التشريع الهولندي والبلجيكي والسويسري بل وكذلك قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس. إلا أنه في الوقت الذي إكتفي فيه المشرع الهولندي بوجود إتفاق تحكيم مكتوب بين كلا من الغير وأطراف خصومة التحكيم كشرط لتدخل الغير أو إختصامه، إشترط المشرع البلجيكي ضرورة موافقة أعضاء هيئة التحكيم مجتمعين علي ذلك لما في الإدخال أوالتدخل من توسيع لنطاق المهمة التحكيمية الموكلة إليهم. أما فيما يتعلق بتحكيم غرفة التجارة

---

(1) د/ طلعت دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، دار الجامعة الجديدة، ط ٢٠٠٩ ص ٢٨٩.

(2) د/ الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص١٠٤.

الدولية بباريس (ICC) فإن التفسير الحرفي لنص المادة (٤) من قواعد الغرفة يقتضي التشدد فيما يتعلق بإدخال أو تدخل الغير في خصومة التحكيم. فطبقا لهذه المادة فإن من ورد ذكرهم في طلب التحكيم كمدعيين أو مدعي عليهم هم فقط الأطراف في خصومة التحكيم، ولقد جري عمل هيئات التحكيم التابعة لغرفة التجارة بادئ الأمر علي هذا التفسير، فرفضوا تدخل الغير وإدخاله في خصومة التحكيم. ولكن مؤخرا عدلت هيئات التحكيم التابعة للغرفة عن هذا التفسير وسمحت بإنضمام أطراف جديدة للخصومة بناء علي طلب المدعي عليه. ذلك مع وجوب توافر شروط محددة هي كون الغير طرفا في إتفاق التحكيم الذي هو أساس الخصومة التحكيمية، وأن المدعي علية قد تقدم بإدعاء ضد هذا الغير مع وجوب أن يكون الطلب قد قدم قبل إعلان المحكمين قبولهم للمهمة.[١]

أما الصورة الثانية فهو الغير الذي لم يكن طرفا في إتفاق التحكيم. وهذا الغير قد يكون له في بعض الأحيان مصلحة في الإنضمام إلي إجراءات التحكيم لما له من حق أو مصلحة يريد الدفاع عنها خشية تعرضها للخطر. كما قد يكون للأطراف أنفسهم مصلحة في إدخاله في خصومة التحكيم للحصول مثلا علي دليل قائم تحت يده أوغير ذلك. فهل يجوز تدخل الغير أو إختصامه في خصومة التحكيم في هذه الأحوال؟ ذلك بإعتبار أن التدخل والإختصام من الوسائل الفنية التي وفرها المشرع في الخصومة العادية لحماية حقوق الدفاع. كما أنها من أدوات تنوير عقيدة المحكمة تجاه الجوانب المختلفة للنزاع وأدوات للحيلولة دون تعارض الأحكام[٢]. والإجابة علي هذا التساؤل سيتم عرضها من خلال المبحثين التاليين:

---

(1) **Jean-Francois Poudert & Dr Sebastien Besson, Comparative law of international arbitration, 2nd edition, Prof.Translated by Stephen V. Berti & L. Annette Ponti. Pages 199- 201.**

(2) د/ طلعت دويدار، المرجع السابق، ص ٢٩٠.

المبحث الأول: مدي إمكانية تدخل الغير في خصومة التحكيم.

المبحث الثاني: مدي إمكانية إختصام الغير في خصومة التحكيم.

المبحث الأول

مدي إمكانية تدخل الغير في خصومة التحكيم

والمقصود بالتدخل هو التدخل الإرادي في الخصومة الذى يتم بمحض إرادة الغير. فهو عمل إرادي منفرد يجب أن تتوافر فيه وفقا للقواعد العامة الشروط التي حددها القانون لقبول الطلبات العارضة من الغير.[1]

والتدخل علي هذا النحو نوعان إما تدخل إنضمامي أو تدخل هجومي. والتدخل الإنضمامي وهو التدخل الذي يقتصر فيه المتدخل علي الإنضمام لأحد أطراف الخصومة. والتدخل على هذا النحو لا يؤدى إلي إتساع نطاق الخصومة إلا من حيث الأشخاص دون الموضوع الذي يبقى كما هو دون تغيير. فالمتدخل إنضمامياً لا يطالب بشئ أو ميزة لنفسه تؤدي لإتساع النطاق الموضوعى للنزاع. لذلك فهو يظل خصما ناقصا أو تبعيا يتدخل متضمناً إلي أحد الخصوم لمساعدته في الدفاع عن مصالحه أو لمراقبة الإجراءات منعا للغش والتدليس. والمتدخل إنضمامياً لا يحل محل الخصم الذي تدخل إلي جانبه، كما أنه لا يمثله بل يعزز وجوده، ويعتبر في نفس مركزه، وبالتالي فليس له إلا إستخدام الدفوع ووسائل الدفاع التي كانت لهذا الخصم. وبديهى أنه لا يجوز للمتدخل إنضمامياً أن يتخذ موقفا يضر بمصالح من تدخل بجانبه كالتنازل عن الدعوى أو الإقرار بالحق الموضوعى وغيرها لأن ذلك يناقض الغاية التي من أجلها سمح له بالتدخل في الدعوى. وأخيرا فإن التدخل الإنضمامى تابع للدعوى الأصلية بحيث يترتب علي تركها أو سقوطها أو زوالها لأى سبب من الأسباب إنقضاء الخصومة في التدخل الإنضمامى.

---

(1) وهي الشروط الموضوعية المتعلقة بقيام المصلحة والإرتباط بينها وبين باقي الطلبات في الدعوى، والشروط الشكلية من إحترام شكل الطلب وميعاده أى تقديمه قبل قفل باب المرافعة. د/ نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص٢٩٩.

أما التدخل الهجومي أو الإختصامي، وهو الذي يطلب فيه الغير الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى المنظورة،[1] فيؤدي إلي إتساع نطاق الخصومة من حيث الأشخاص والموضوع في آن واحد. فالمتدخل هجوميا يطالب لنفسه بحق مرتبط بالدعوى مستقل بذلك عن الخصوم الأصليين في الدعوى. فالتدخل الهجومى يجعل من المتدخل خصما أصليا في الدعوى له ما للخصوم من حقوق وعليه ما عليهم من إلتزامات.

ومما لا شك فيه أن التدخل بنوعيه له العديد من الفوائد فهو يثري الخصومة مدنية كانت أم تحكيمية، ويعطيها أبعادها الحقيقية، ويساعد علي وحدة الحقوق والمراكز القانونية. كما أنه وسيلة لتنوير المحكمة بالجوانب المختلفة للمنازعة، حيث أنه يساعد علي تجميع كافة عناصر النزاع في لحظة واحدة أمام الهيئة التي تتولي الفصل في المنازعة مما يمكنها من التوصل إلي الحقيقة بشكل أفضل ويكون عونا لها علي حسن أداء العدالة. وكذلك فإن نظام التدخل يساعد علي إصدار أحكام تتمتع بقدر أكبر من القبول من جانب الأطراف وتكون أسهل في التنفيذ من غيرها من الأحكام. كما أنه يتغلب علي ما قد يقوم به الخصوم من إحتمال تجهيل القضية أمام المحكمة بعدم رفعها إبتداء علي الخصوم الحقيقيين غشاً منهم أو تواطؤ للإضرار بالغير.[2]

والتساؤل الآن هل يمكن الإستفادة من كل هذه الفوائد لنظام التدخل في خصومة التحكيم أم أن النشأة الإتفاقية للتحكيم تحول دون ذلك؟ والواقع أن الإجابة علي هذا التساؤل كانت محلا للجدل بين الفقهاء سواء فيما يتعلق بالتدخل الإنضمامي أو التدخل الهجومي.

في الوقت الذي ذهب فيه جانب من الفقه إلي رفض تدخل الغير في خصومة التحكيم حتي لو كان تدخلا إنضمامياً إلا إذا قبل الأطراف تدخله. ذهب غالبية الفقه إلي أن التدخل الإنضمامي جائز في خصومة

---

(1) د/ عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص ٩٩.
(2) د/ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص٣٠١.

التحكيم إستناداً علي أن المتدخل إنضمامياً لا يعتبر طرفا في الخصومة بالمعني الدقيق فهو طرف تبعي منضم. كما أنه لا يطلب الحكم له بشئ أو ميزة خاصة إنما هو يتدخل للمساعدة أو المراقبة، ولذلك فإن تدخله أمر مقبول، ولا يعتبر إستثناء علي وجوب إقتصار خصومة التحكيم علي أطراف إتفاق التحكيم. بل أن البعض يري أنه يجوز للغير أن يتدخل إنضمامياً في خصومة التحكيم ولو عارض الأطراف. ذلك شريطة أن تتوافر للمتدخل مصلحة وقائية من تدخله، لأنه في هذه الحالة ليس أمامه من وسيلة لحماية حقوقه والدفاع عنها سوى تدخله لمراقبة سلوك من تدخل إلي جواره، حيث أن حكم التحكيم لا يقبل الطعن علية بالتماس إعادة النظر.[1]

ونحن نؤيد ما ذهب إليه هذا الرأى الأخير لأن السماح للغير بالتدخل على هذا النحو فيه حماية لمصالح الغير التي قد تضار إذا لم يتدخل في الخصومة وإنتظر حتي يصدر الحكم الذى قد لا يكون في إستطاعته الطعن عليه. كما أن السماح للغير بالتدخل في هذه الحالة لن يضر الأطراف لأنه لا يتضمن طالبات جديدة قد تتطلب وقتا أطول للفصل فيها. كما أنه لن يضر هيئة التحكيم فهو لا يحملها بما هو أزيد من المهمة التي قبلتها. ولا نعتقد أنه من الممكن التمسك بأن تدخل الغير علي هذا النحو قد يمثل إفشاء للسرية التي يريد الأطراف الحفاظ عليها لأنه لا يمكن تعريض مصالح الغير للخطر في سبيل الحفاظ علي السرية فهذا أمر غير مقبول حيث أن دفع الضرر أولي من جلب المنفعة.

أما عن التدخل الهجومي فإن الفقه يكاد أن يجمع علي أنه غير جائز في خصومة التحكيم، ولو كان الغير طرفا في العلاقة القانونية التي تجمع أطراف التحكيم. فالبعض يرى أن التدخل الهجومي يمثل عدوان مباشر علي إرادة الخصوم الذين قد يرغبون في حصر نطاق النزاع فيما بينهم. كما أن فيه إطالة لأمد النزاع الذي يحاول الأطراف تجنبه باللجوء للتحكيم،

---

(1) د/ الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، هامش ص١١٣.

وفيه إفشاء للسرية التي يحاولون الحفاظ عليها. وأن الحكم في طلباتهم سوف يتأثر بشكل أو بأخر بطلبات المتدخل هجوميا.[1] كما رأى جانب آخر من الفقه أن المتدخل هجوميا يطالب الحكم له بشئ أو بميزة خاصة وهو ما يخالف مبدأ نسبية أثر إتفاق التحكيم خاصة في الجانب الإيجابي منه.[2]

على أن الإتجاه الفقهي السائد يري أن الغير يجوز له التدخل هجوميا في خصومة التحكيم إذا وافق أطراف التحكيم على هذا التدخل وأذنت به هيئة التحكيم التى تنظر المنازعة. وإذن الهيئة في هذه الحالة يوازي مسألة قبول المحكم للمهمة التحكيمية لذلك فإن هذا القبول يجب أن يصدر من كل محكم علي حده وليس بقرار من هيئة التحكيم فالأمر هنا يتعلق بقبول المحكم أو المحكمين لمهمة جديدة من قبل أطراف جدد فلا يمكن فرضها عليهم.[3] والسبب وراء ضرورة الحصول على إذن هيئة التحكيم في هذه الحالة كما يري البعض هو أن طالب التدخل ليس طرفا في عقد التحكيم المبرم بين الأطراف وهيئة التحكيم.[4] ومن جهة أخرى فإن الهيئة قد قبلت المهمة التحكيمة كما وردت في إتفاق التحكيم وهي لا تتضمن الفصل في النزاع الذى يثيره الغير عند تدخله في الخصومة. كما أن الفصل في هذا النزاع قد يحتاج إلي جهد إضافي يقتضى زيادة أتعاب الهيئة التحكيمية. ومن ناحية أخرى فإن هيئة التحكيم ملتزمة بالفصل في النزاع المعروض عليها خلال فترة زمنية محددة، وقد يؤدى تدخل الغير إلي عدم إمكانية قيام الهيئة بأداء مهمتها خلال هذه الفترة الأمر الذي يتطلب الحصول علي موافقة الهيئة قبل عرض النزاع عليها.[5]

---

(1) د/ طلعت دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، المرجع السابق، ص ٢٩١.

(2) د/ الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص١١٣.

(3) د/ محمد نور شحاته، المرجع السابق، ص ١٤٨.

(4) د/ عاطف محمد الفقى، المرجع السابق، ص ١٠٨. د/ مصطفي الجمال، د/ عكاشة عبد العال، التحكيم ففى العلاقات الخاصة الدولية، المرجع السابق، ص ٦٣٥.

(5) د/ الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص١١٣.

ولقد تطلب قانون التحكيم السويسرى كلا الشرطين حتى يمكن للغير "تدخل أو الإختصام في خصومة التحكيم علي السواء. حيث تنص المادة (٢٨) منه على أنه "١- يجوز تدخل وإختصام الغير بناء على إتفاق الغير وأطراف النزاع ٢- وأن إتفاق هؤلاء متوقف علي موافقة محكمة التحكيم". فى حين لم تتطلب تشريعات أخري سوي موافقة الخصوم أوعلي الإقل عد إعتراضهم علي التدخل من جانب الغير ومن ذلك ما نص عليه قانون المرافعات المدنية الهولندي في المادة (١٠٤٥) من أنه " لا يجوز لهيئة التحكيم أن تأذن للغير أن يتدخل تدخلا إنضمامياً أو إختصامياً أو إدخاله كضامن إلا إذا وافق الأطراف كتابة علي إنضمام الغير إلي إتفاق التحكيم، فإذا لم يوقع الأطراف علي مثل هذا الإتفاق فإن الغير لا يمكن إعتباره طرفا فى إجراءات التحكيم". وكذلك ما نصت عليه المادة ٧٨٦ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانى من أنه " لا يجوز تدخل الغير فى النزاع أمام المحكمين ما لم يوافق الخصوم على ذلك".

إلا أن جانبا أخر من الفقه قد ذهب، بحق، إلي أن ربط قبول التدخل الهجومي بإرادة الخصوم وبموافقة هيئة التحكيم من شأنه أن يعرض مصالح الغير للخطر في بعض الأحيان. فقد يتفق الأطراف علي اللجوء للتحكيم بشأن حق أو مركز قانوني معين يعلمون أنه ليس لأى منهم. وحرمان الغير من التدخل في الخصومة في هذه الحالة وإرجاع الأمر لإرادة الطرفين قد يطيح بحقه، خاصة إذا لم يكن له حق الإعتراض علي الحكم التحكيمي حيث أن أغلب التشريعات لا تعطي الغير هذا الحق.[1] وحماية الغير بالطبع في هذه الحالة أولي بالرعاية.

فإذا حصل الغير علي موافقة الأطراف صريحة كانت أو ضمنية متمثلة في عدم الإعتراض من جانب الأطراف علي تدخل الغير، وأذنت له هيئة التحكيم بالتدخل في الخصومة فإن الغير المتدخل يصبح طرفا في خصومة التحكيم. كما يعتبر أيضا طرفا في إتفاق التحكيم لأنه بتدخله فى الخصومة

(1) د/ طلعت دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، المرجع السابق، ص ٢٩٢.

قد عبر عن إرادته في الإنضمام إلى إتفاق التحكيم. ومن هنا لا يجوز للمتدخل بعد ذلك ترك الخصومة أو طلب إخراجه منها وللجوء لقضاء الدولة العادي لأنه قد أصبح ملتزما بإتفاق التحكيم بإعتبار أنه طرف فيه.

المبحث الثاني

مدى إمكانية إختصام الغير في خصومة التحكيم

الإختصام هو إجبار الغير علي أن يصبح طرفا فى الخصومة المنظورة أمام القضاء وذلك بناء علي طلب الخصوم أو بأمر تصدره المحكمة.[1] ويتم إختصام الغير فى كل مرة يكتشف فيها الخصوم في الدعوى أو الهيئة القضائية أن هناك أشخاص آخرين كان يجب رفع الدعوى عليهم ولكن الخصوم لم يدركوا ذلك، فهو وسيلة لإستكمال النطاق الشخصي للخصومة.[2]

والإختصام يعد وسيلة من وسائل إستعمال الخصم لحقه فى الدفاع، فهو وسيلة تمكن هذا الخصم من تسيير دعواه بإرادته أو سلطته في الدعوي.[3] فهل يجوز إختصام الغير فى خصومة التحكيم تمكينا للخصم من إستخدام حقه في الدفاع؟

ومن الطبيعي فى الحالة التي يتعدد فيها أحد أطراف التحكيم أوكلاهما وإتخذت إجراءات التحكيم فى مواجهة بعضهم دون البعض الآخر، أن يجوز للخصوم بل ولهيئة التحكيم من تلقاء نفسها أن تأمر بإختصام باقي هؤلاء الأطراف. والإختصام في هذه الحالة جائز سواء كان موضوع النزاع قابل للتجزئة أم غير قابل لذلك، وسواء كان التحكيم بالقضاء أم بالصلح، وسواء كان هناك تضامن بين الأطراف أم لم يكن هناك تضامن. أما إذا كان المطلوب إختصامه هو الغير الذي لم يكن طرفا في إتفاق

---

(1) د/ عاطف محمد الفقى، المرجع السابق، ص ٩٩.

(2) د/ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص ٣٠٢.

(3) د/ وجدى راغب، دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، ١٩٧٦، ص ١٧٤، د/ أحمد هندي، سلطة الخصوم والمحكمة في إختصام الغير، ١٩٩٧، ص٥، ورد فى د/ طلعت دويدار، المرجع السابق، ص ٢٩٣.

التحكيم فلا يجوز إختصامه لا من قبل الخصوم ولا من تلقاء نفس هيئة التحكيم حتي لو كان الإختصام لمصلحة العدالة.[1] فإذا تم إختصامه رغم ذلك في خصومة التحكيم جاز له الحضور فيها والدفع بعدم جواز إختصامه لأن إتفاق التحكيم لا ينصرف أثره إليه. كما يجوز له الإمتناع عن الحضور أمام هيئة التحكيم ولا يكون الحكم الصادر في هذه الخصومة حجة عليه.

ولتبرير ذلك ذهب جانب من الفقه إلي القول بأن إختصام الغير بوجه عام في خصومة لا ناقة له فيها ولا جمل هو إعتداء علي حريته الشخصية في اللجوء للقضاء. كما أنه صورة من صور الإجبار القانوني علي التقاضي لأنه يؤدى إلي إقحام الغير في الخصومة رغما عنه، أوفي وقت غير مناسب بالنسبة له.[2] كما أنه يعطل الفصل فى النزاع ويضاعف المصروفات ويخل بمبدأ السرية الذى هو أساس اللجوء للتحكيم والهدف من وراء اللجوء إليه.

وذهب جانب آخر من الفقه[3]، بحق، أن المسألة لا تتعلق بفكرة الإجبار القانوني أو تعطيل الفصل في المنازعة، وإنما تتعلق بفكرة ولاية المحكم التي هي أساس مبدأ حياده. وهى الولاية التى يستمدها من إتفاق الخصوم، وهو إتفاق نسبي الأثر من حيث أشخاصه فلا يلزم غير أطرافه ومن يمتد إليهم إتفاق التحكيم من الأغيار وفقاً للقواعد العامة.

إلا أن الغير الذى يختصم من قبل أحد أطراف النزاع فيمثل أمام هيئة التحكيم دون أن يبدى أى إعتراض من جانبه علي إختصامه، يصبح

---

(1) وفيه يستعين القاضي بشخص من الغير بهدف تنوير المحكمة بأبعاد النزاع المطروح عليها في نزاع يراه القاضي معتم وفي حاجة إلي توضيح سواء في مجال الإثبات أو مجال الوقائع فيلزم أحد الخصوم بإختصام هذا الغير بإتخاذ الإجراءات المعتادة لرفع الدعوي في مواجهته. د/ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص ٣٠٧.

(2) د/ أحمد أبو الوفا، قانون المرافعات المدنية والتجارية، ١٩٩٠، ص ٢١٠، د/ أحمد مسلم، أصول المرافعات التنظيم القضائي والإجراءات والأحكام فى المواد المدنية والتجارية، ١٩٧٩، ص٥٨٢، ورد فى د/ طلعت دويدار، المرجع السابق، ص ٢٩٣.

(3) د/ طلعت دويدار، المرجع السابق، ص ٢٩٤ وما بعدها.

خصما فى الدعوى وكذلك طرفا في إتفاق التحكيم. فحضور الغير على هذا الشكل أمام هيئة التحكيم يعد بمثابة تعبير منه عن إرادته ولو كانت ضمنية في الإنضمام لإتفاق التحكيم تلتقي بإرادة من إختصمه فيصير طرفا فى الإتفاق.

وفي الوقت الذي سكت فيه كلا من المشرع المصري والفرنسي عن تنظيم مسألة إختصام الغير في خصومة التحكيم، نجد بعض التشريعات قد تولت بالتنظيم شكلا واحدا من أشكال الإختصام وهو إختصام الغير لإلزامه بتقديم دليل تحت يده أوما يعرف في فقه المرافعات بدعوى العرض. والواقع أننا في هذه الصورة لسنا أمام حالة من حالات الإختصام الحقيقية، فالغير المختصم في الخصومة لهذا الغرض ليس خصما بالمعني الحقيقي للخصم، فهومن ناحية لا يطالب لنفسه بحق خاص أو يساعد أحد الخصوم في الحصول علي حقه، ومن ناحية أخري فإن الخصوم في الدعوي لا يدعون بحق لهم في مواجهته، وبالتالي فلا يتحمل بحقوق وواجبات الخصوم. وإختصام الغير لإجباره علي تقديم أو عرض ما تحت يده من أدلة قد تفيد الدعوي جائز أمام المحاكم العادية سواء كانت محكمة أول درجة أو محكمة الإستئناف لأنه لا يتضمن إدعاءات. وإختصام الغير يكون في الأصل بناء علي طلب أحد الخصوم لأنه هو الذي يعلم هذا الغير ويعلم الأدلة الموجودة تحت يده، إلا أن هذا لا يمنع من إمكانية إدخال الغير لتقديم الدليل القائم تحت يده من تلقاء نفس المحكمة دون طلب من أي من الخصوم.

وأمام سكوت المشرع المصري عن تنظيم هذه المسألة ذهب الفقه في مصر إلي أنه لا يجوز إختصام الغير في خصومة التحكيم ولو كان ذلك لإلزامه بتقديم دليل أو مستند تحت يده وذلك إستناداً إلي أن إتفاق التحكيم نسبي الأثر فلا يمكن أن يترتب عليه إلتزام الغير بأيْ شئ ولو كان مجرد تقديم ورقة تحت يده، وإستناداً أيضا علي أن إختصام الغير لا يكون إلا ممن يملك سلطة الأمر والمحكم لا يملك هذه السلطة.[1]

---

(1) د/ الأنصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص١١٧، أنظر د/ فتحي والي، الوسيط، ص ٤٧٨، د/ محمد نور شحاته، المرجع السابق، ص ١٤١.

أما علي صعيد التشريعات الوطنية الأخري نجد المشرع الكويتي قد نص في المادة ٢/١٨٠ ب من قانون المرافعات علي جواز الرجوع لرئيس المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع للحكم بتكليف الغير بإبراز مستند في حوزته يكون ضروريا للحكم في الخصومة التحكيمية. وكذلك فإن قانون الإجراءات المدنية الإماراتي ينص في المادة ٢/٢٠٩ منه علي أن " يوقف المحكم عمله للرجوع إلي رئيس المحكمة المختصة لإجراء ما يلي.... ب – الحكم بتكليف الغير إبراز مستند في حوزته ضروري للحكم في التحكيم". وبدوره فإن المشرع البحريني قد نص هو الآخر في قانون المرافعات في المادة ٣/٢٣٨ علي أنه " يجوز لأحد الخصوم ولهيئة التحكيم أن تقدم طلبا إلي المحكمة لإبراز أي مستند ضروري للتحكيم في حوزة الغير".

وكما نلاحظ فإن المشرعين في تلك القوانين والقوانين الأخري التي حذت حذوها قد حاولت التوفيق بين قاعدة أن المحكم لا يملك سلطة الأمر التي لا يملكها إلا القاضي وأن سلطة المحكم مستمدة من إتفاق التحكيم الذي يبرمه الخصوم فلا يملك من السلطات إلا ما يمنحه أياها هذا الإتفاق الذي هوفي الأصل نسبي الأثر فلا يلزم إلا أطرافه دون الغير، وبين حقيقة أن إختصام الغير لتقديم مستند تحت يده هو تفعيل وتطبيق لحق الخصم في الإثبات المتمثل في حقه في إقامة الدليل علي ما يدعيه والدليل الذي ينفي إدعاء خصمه، سواء كان الدليل في يده هو أو في يد خصمه أو في يد الغير.[1] وإقتضي منها هذا التوفيق ألا تمنح المحكم سلطة إجبار الغير علي تقديم ما تحت يده من مستندات مع فتح الطريق أمام الخصوم وهيئة التحكيم علي السواء للجوء للمحكمة للوصول لهذا الغرض بما يمكنهم من إثبات صحة إدعاءاتهم ويمكن هيئة التحكيم من معرفة وجه الحقيقة في الدعوي.

ولقد كان نص القانون النموذجي أكثر نجاحا في تحقيق هذا الغرض حيث نصت المادة ٢٨ منه علي أنه " في إجراءات التحكيم، يجوز لهيئة

---

(1) د/ محمد مرسي زهرة، الحق في الإثبات والحق في الدفاع، مؤتمر حق الدفاع بمركز الدراسات القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق عين شمس، إبريل ١٩٩٦، ورد في د/ طلعت دويدار، المرجع السابق، ص ٢٩٧.

التحكيم أو لأى من الطرفين، بموافقة الهيئة، طلب المساعدة من محكمة مختصة في هذه الدولة للحصول علي أدلة، ويجوز للمحكمة أن تنفذ الطلب في حدود سلطتها ووفقا لقواعدها الخاصة بالحصول علي الأدلة". فصياغة القانون النموذجي كانت أكثر عملية وإتساعاً حيث فتحت الباب علي مصراعيه أمام الخصوم للجوء للقضاء الوطني للحصول علي الأدلة التي قد تحول مسألة عدم تمتع المحكم بسلطة الأمر دون الحصول عليها سواء تمثلت في إلزام الغير بشئ معين أو غيرها.

الخاتمة

في هذا البحث رأينا فى عرض النتائج التي إنتهينا إليها في شأن مسألة إمتداد إتفاق التحكيم للغير في شكل مقارنة بين ما إستقر عليه القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية وإنجلترا وما إستقر عليه الوضع في مصر وفرنسا. ولقد كان الغرض من عرض الموضوع في هذا الشكل هو إلقاء الضوء علي الحلول التي إستقرت عليها الهيئات القضائية والتحكيمية التابعة لأنظمة قانونية ذات مرجعيات مختلفة لهذه المسألة. وقد أتضح لنا من الدراسة أن الحالات التي يمتد فيها إتفاق التحكيم للغير محل إتفاق من جانب الهيئات القضائية والتحكيمية التابعة لأنظمة قانونية مختلفة إلا أنهم إختلفوا في الأساس القانوني لهذا الإمتداد. وأساس الإختلاف يكمن من ناحية في إختلاف القواعد العامة الحاكمة للعقود في النظم الأنجلو سكسونية عنها فى النظم اللاتينية. ويكمن من ناحية أخرى فى إختلاف الكيفية التي يتولي بموجبها القضاء في الأنظمة الأنجلو سكسونية واللاتينية الفصل فيما يعرض عليه من قضايا. ففي الوقت الذي يلتزم فيه القضاء المصري والفرنسي بنصوص القانون– كما يوجب عليه نظامه القانوني– مع رغبته فى الوقت ذاته فى تشجيع التحكيم وبسط نطاقه فى حدود منطقية ومعقولة ومقبولة ألجاه إلى إبتداع حلول يتوصل إليها تاره عبر تفسير متسع تأباه طبيعة نظامه القانوني في الظروف العادية، وأخري بالإستناد إلي معطيات إقتصادية عادة ما يتخذها في الظروف العادية مبرراً لحلوله، إلا أنه فى هذا الميدان بالذات طوعها ليتخذ منها أساسا لإرساء

أحكام وقواعد يصوغ فيها و منها مبادئ قضائية ملزمة من الناحية الإرادية. فإن القضاء الأمريكي والإنجليزي الذين يمارسان عملهما في ظل نظام السوابق القضائية يتاح لهما فرصة إبتكار حلول جديدة لما يطرح عليهما من دعاوى لا تجد حلولا في السوابق القضائية القائمة. كما يتاح لهما فرصة إبتكار الأساليب التي يمكن بموجبها مد المبادئ القانونية الواردة في تلك السوابق إلي وقائع أخري مختلفة. فالقضاء الأمريكي والإنجليزي ملتزمان بمبادئ عامة ينبغي عليهم تطبيقها أكثر من نصوص قانونية محددة الصياغة. وجدير بالتسطير مع الإعزاز أن هذه الفلسفة هي ذاتها التي قام عليها القضاء الإسلامي منذ زمن بعيد. فالمبدأ الفقهي الذي يقوم عليه القضاء الإسلامي أن إختلاف الحكم هو إختلاف زمان ومكان لا إختلاف حجة وبرهان، فالحجة واحدة والبرهان واحد طوعت هذه وتلك فى ضوء إختلاف معطيات الزمان والمكان. بل إنه وكما لاحظنا من خلال الدراسة فإن كثيرا من المبادئ المستقر عليها في القضاء الأمريكي والإنجليزي لها ما يقابلها في القضاء الإسلامي.

ونشير إلى أن مد إتفاق التحكيم للغير وإن كان يمثل خروجا على مبدأ نسبية أثر العقد الذي يمنع إلزام غير الأطراف به إلا أنه أمر جائز إستناداً على أن العقد بإعتباره واقعة قانونية يفرض علي الغير إلتزامات يتحدد نطاقها وفقا لقوة العلاقة التي تربط الغير بالأطراف. و قد تكون هذه العلاقة من القوة بحيث تلزم الغير ببعض أو كل آثار العقد كما هو الحال عندما يتدخل الغير في إبرام هذا العقد أو تنفيذه على ما رأينا أو عن ما تكون العلاقة التي تجمع الغير بالأطراف تعطي للغير منفعة مباشرة من العقد المبرم بين الأطراف مما يوجب إلزامه بشروط العقد تحقيقا للعدالة.

والأهداف التي تدفع القضاء في الدول المختلفة لمد إتفاق التحكيم للغير عديدة. من تلك الأهداف إحترام مبدأ حسن النية في تنفيذ الإلتزامات الذي يفرض علي كل من إبرم تصرفا قانونيا تنفيذه علي الوجه الأكمل الذي يحقق مصالح كل الأطراف. كما قد يستهدف القضاء من مد إتفاق التحكيم للغير في بعض الأحيان إستخدامه كوسيلة لمعاقبة الغير سئ النية

الذي يعمد للتحايل والتواطؤ مع أحد الأطراف لجني منافع أحد العقود والتهرب من تبعاته، الأمر الذي يستوجب تفويت الفرصة عليه بإلزامه بأثار هذا العقد ومنها التحكيم. من ذلك مد إتفاق التحكيم للغير إستناداً لنظرية التبعية أو الإستتار أو إستناداً لنظرية السلوك المانع من إثبات العكس. فالقضاء الأمريكي لا يلزم الغير بإتفاق التحكيم في هاتين الحالتين إلا إذا ثبت للمحكمة التحايل والغش في جانب الغير أو أحد الأطراف كما رأينا. كما قد يهدف القضاء من وراء مد إتفاق التحكيم للغير إحترام عادات وأعراف التجارة الدولية تحقيقا لإستقرار المعاملات علي الصعيد التجاري الدولي وهو أمر حيوي تسعى أوساط التجارة الدولية إلي تفعيله وتعميق دوره. وهي إعتبارات باتت ملحه بإعتبار ما لها من خطورة ليس فقط علي الإقتصاد القومي بل والعالمي ككل.

ويمكننا القول أنه لتحقيق هذه الأهداف تلجأ المحاكم الوطنية وهيئات التحكيم لتوسيع نطاق مبدأ نسبية أثر العقد وتضييق نطاق مبدأ النفاذ وصولا لمد إتفاق التحكيم للغير خاصة علي صعيد العلاقات الدولية لتجنب نتائج غياب التنظيم القضائي الحاكم للعلاقات الدولية.

قائمة المراجع

المراجع العامة:

- د/ حسني المصري، إندماج الشركات وإنقسامها، الطبعة الأولي، طبعة ١٩٨٦.
- الزراكشيى بدر الدين محمد بن بهادر الشافعي، المنثور في القواعد، الجزء الثالث، حققه د/ تيسير فائق أحمد محمود، راجعه د/ عبد الستار أبوغدة، أعمال موسوعية مساعدة تحقيق التراث الفقهي.
- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجة عام، مصادر الإلتزام، دار إحياء التراث العربي، طبعة ١٩٥٢.
- د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجة عام، الأوصاف الحوالة الإنقضاء، دار

إحياء التراث العربي، طبعة ١٩٥٨.
- د/ نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، طبعة ٢٠٠٣.
- د/ نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، طبعة ٢٠٠٥.

المراجع المتخصصة:

- د/ أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
- د/ أحمد السيد صاوى، التحكيم طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية، طبعة ٢٠٠٢.
- د/ أحمد حسان حافظ مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ٢٠٠٧.
- د/ أحمد محمد عبد البديع شتا، شرح قانون التحكيم دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ٢٠٠٥.
- د/ أحمد مخلوف، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠١ .
- د/ أحمد مخلوف، إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دراسة تحليلية تأصيلية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ٢٠٠١.
- د/ الأنصاري حسن النيداني، الأثر النسبي لإتفاق التحكيم، دار الجامعة الجديدة، طبعة ٢٠٠٩.
- د/ باسمة لطفي دباس، شروط إتفاق التحكيم وآثاره، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة القاهرة، عام ٢٠٠٥.
- د/ حسام الدين فتحي ناصف، نقل إتفاق التحكيم، دراسة لقواعد التنازع والقواعد الموضوعية الواجبة التطبيق علي النقل الإتفاقي والقانونى لإتفاق التحكيم في ضوء القانون والقضاء المقارن

والإتفاقات الدولية ولوائح هيئات التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٣.

- د/ حفيظة الحداد، الإتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة ١٩٩٦.
- د/ سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الكتاب الأول، إتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ١٩٨٤.
- د/ طلعت دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم دراسة مقارنة في التشريعات الدولية وأنظمة مراكز التحكيم والتشريعات الوطنية العربية، دار الجامعة الجديدة، طبعة ٢٠٠٩.
- د/ عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري متعدد الأطراف دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠٠٧.
- د/ عاطف محمد كامل فخري، الغير في القانون المدني المصري، رسالة لنيل درجة الدكتوراه من كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، عام ١٩٧٦.
- د/ فتحي والي، قانون التحكيم في النظريه والتطبيق، منشأ المعارف، الطبعة الأولي طبعة ٢٠٠٧.
- د/ محمد عبد الفتاح ترك، شرط التحكيم بالإحالة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦
- د/ محمد فريد العريني، التحكيم في المنازعات البحرية، مقال منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، عدد ٢٠٠٨.
- د/ محمد نور شحاتة، مفهوم الغير في التحكيم دراسة تحليلية وتطبيقية مقارنة لمبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٦.
- د/ محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول إتفاق التحكيم دراسة مقارنة بين التشريعات الوضعية والفقة الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة

١٩٩٠.

- د/ مصطفي محمد الجمال، د/ عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، الجزء الأول وضع التحكيم من النظام القانوني الكلي. إتفاق التحكيم. خصومة التحكيم، الطبعة الأولي، طبعة ١٩٩٨.
- م.د/ منير عبد المجيد، الأسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي في القانون الخاص في ضوء الفقة وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، طبعة ٢٠٠٠.

المراجع الأجنبية:

- **Mr.Anthony M.DiLeo's article "the enforceability of arbitration agreements by and against nonsignatories", published at "The journal of American Arbitration", volume 2, Issue 1, 2003.**
- **BIRMINGHAM ASSOCIATES LTD. v. Abbott Laboratories, 547 F. Supp. 2d 295 - Dist. Court, SD New York 2008.**
- **Bradly v. Roosevelt S.S.Co.,317 U.S. 575,580 (1943).**
- **Ciaccio v. Cazayoux, 519 So. 2d 799 - La: Court of Appeals, 1st Circuit 1987.**
- **Colllins v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner,& Smith, Inc. 561 So.2d 952.953 (La.Ct.App.1990).**
- **David Joseph Q.C, "Jurisdiction and Arbitration Agreement and Their Enforcement", First edition, 2005, London Sweet & Maxwell.**
- **Deloitte Noraudit v. Deloitte Haskins & Sells, 9 F. 3d 1060 - Court of Appeals, 2nd (Cir. 1993).**

- Eureka Homestead Society v. Howward. Weil, Labouisse, Frederichs, Inc., No.94- 0452, 1994.
- Flink v.Carlson,856 F.2d 44,46 (8th Cir. 1988).
- Grigson v.Creative Artists Agency, L.I.C., 210 F.3d 524, 527 (5th Cir.2000).
- Gvozdenovic v. United Air Lines, Inc., 933 F. 2d 1100 - Court of Appeals, 2nd
- Dr.Jean– Francois Poudert & Dr Sebastien Besson, "Comparative Law of International Arbitration", 2nd edition, Prof.Translated by Stephen V. Berti & L. Annette Ponti. Thomson sweet & Maxwell.
- JJ Ryan & Sons v. Rhone Poulenc Textile, SA, 863 F. 2d 315 - Court of appeals fourth circuit Nos. 87- 1759, 87- 1760 and 88- 1501
- Lakeland Anesthesia v. CIGNA Healthcare of Louisiana,Inc., 812 So.2d 695,702 (La.Ct.App.2002).
- Long v. Silver, 248 F3d 309, 320(4th Cir.2001).
- McCarthy v. Azure, 22 F. 3d 351 - Court of Appeals, 1st Circuit 1994.
- Monumental Life Insurance Co. v. R.A.J Holdings, Inc., 1999 U.S. Dist. LEXIS 13035, at*2 (E.D. La. 1999).
- Phoenix Canada Oil Co. v. Texaco, Inc., 842 F.2d 1466, 1477 (3d Cir.1988).
- Pritzker v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc., 7 F.3d 1110 (3d Cir.1993).
- Rushe v. NMTC, Inc., No. 01- 3440,2002 WL 575706, at*.

- Shroyer v. Foster, 814 So. 2d 83 - La: Court of Appeals, 1st Circuit 2002.
- Thomson- CSF, SA v. American Arbitration Ass'n, 64 F. 3d 773.
- Tree Associates v. Doctor's Associates, Inc. 654 So.2d at 737.
- Ventura Maritime Co., Ltd. v. ADM Export Co., 44 F. Supp. 2d 804 - Dist. Court, ED. Louisiana.
- Wilkinson v. Wilkinson, 323 So.2d 120,126 (La.1935).

المواقع الإلكترونية:

- م/ أحمد المبيض، موقع بوابة فلسطين القانونية، مكتبة المبادئ والمصطلحات القانونية.
- أ/ محمد بن صالح حمدي، مقال بعنوان الغرم بالغنم والخراج بالضمان، كلية العلوم الإسلاميه.

http://elhamiz.jeeran.com/ghanem.htm

www.Google.com