



الجامعة العربية الأمريكية

كلية الدراسات العليا

آثار اتفاق التحكيم بالنسبة للغير

"دراسة مقارنة"

إعداد

الاء " أحمد جواد" أمين ربيعي

إشراف

د. يوسف شندي

تم تقديم هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في تخصص القانون التجاري

شباط/2021

© الجامعة العربية الأمريكية - 2021 جميع حقوق الطبع محفوظة

آثار اتفاق التحكيم بالنسبة للغير
"دراسة مقارنة"

إعداد الطالبة

الاء "أحمد جواد" أمين ربيعي

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ 2021/3/26.

التوقيع

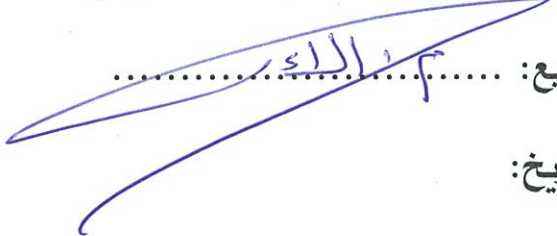
أعضاء لجنة المناقشة:

- | | | |
|-------------------------|-----------------|-------------------|
|
.....
..... | مشرفاً ورئيساً | 1- د. يوسف شندي |
|
.....
..... | ممتحناً داخلياً | 2- د. بشار ضراغمة |
|
.....
..... | ممتحناً خارجياً | 3- د. أمير خليل |

الإقرار

أنا الموقعة أدناه أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة من نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة اليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل، أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل أي درجة عليمة، أو بحث علمي، أو بحث لدى أي مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

اسم الطالبة: الاء أحمد جواد أمين ربيعي

التوقيع:


التاريخ:

الإهداء

الى من شرفني بحمل إسمه... الى من علمني أن أرتقي سلم الحياة بحكمة وصبر...أبي حفظه الله

من كانت دعواتها وكلماتها نور طريقي وسر نجاحي... أُمي حفظها الله

الى زوجي نبض قلبي ورفيق دربي... العطاء الدائم .

الى الأمل والمستقبل المشرق أولادي... أحمد ومحمد .

الى أختي وأختي السند والعضد الثابت .

أهديكم بحثي المتواضع.

الباحثة

شكر وتقدير

أتقدم بجزيل الشكر والإحترام الى أستاذي القدير الفاضل الدكتور يوسف شندي لإشرافه على الرسالة ولما بذل من جهد وصبر وإبداع ملاحظات وإشرافه الكامل على رسالتي.

كما أتقدم بالشكر الجزيل الى الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم بقبول مناقشة هذه الرسالة ولإبداع ملاحظاتهم القيمة حول الرسالة.

الملخص

تناولت الدراسة آثار اتفاق التحكيم بالنسبة للغير لمعرفة مدى امتداد اتفاق التحكيم الى غير الأطراف الموقعة عليه. لتحديد ذلك، تطرقت الدراسة لنطاق سريان اتفاق التحكيم استناداً لمبدأ القوة الملزمة للعقد بالنسبة للمتعاقدين والخلف العام والخلف الخاص، وأثر القوة الملزمة كذلك بالنسبة للدائنين، وتحديد الحقوق والالتزامات التي يربتها اتفاق التحكيم بالنسبة لهؤلاء جميعاً.

وتناولت الدراسة حالات سريان اتفاق التحكيم بحق الغير استثناء وخروجاً على مبدأ نسبية أثر العقود سواء لإعتبارات شخصية أو لإعتبارات موضوعية، حيث أن الواقع القانوني والعملية يشير إلى تأثر الغير في كثير من الأحيان باتفاقات التحكيم التي يعقدها أشخاص آخرون، لذلك تم دراسة عدد كبير من الحالات في هذا الخصوص، منها: الاشتراط لمصلحة الغير، والتعهد عن الغير، والحوالة، والكفالة، والتجديد، والوكالة، والتضامن، ومجموع الشركات، والعقد الجماعي، والمجموع العقدي، وحالة المرسل اليه في عقد النقل البحري.

وقد ناقشت الدراسة جميع الموضوعات السابقة بأسلوب وصفي تحليلي مقارنة، من خلال دراسة وتحليل أحكام القانون الفلسطيني ومقارنتها بقوانين أخرى مع تلمس رأي الفقه والقضاء في المسائل محل الدراسة، وقد خرجت الدراسة بعدة نتائج أهمها أن الغير بحكم العلاقات القانونية والتجارية والدولية المترابطة بين الأطراف يؤثر ويتأثر باتفاق التحكيم، ولأحظنا وجود قصور بالنسبة للتشريعات الفلسطينية في هذا الخصوص، لهذا أوصت الدراسة بضرورة الإهتمام بشكل أكبر بتحديد نطاق سريان اتفاق التحكيم بالنسبة للغير نظراً لاتساع العلاقات التجارية بين الدول وضرورة تقنين المشرع الفلسطيني لآثار إتفاق التحكيم بالنسبة للغير في قانون التحكيم الفلسطيني.

الفهرس

الرقم	الموضوع	الصفحة
	المقدمة	1
	المبحث الأول: سريان اتفاق التحكيم استناداً لمبدأ القوة الملزمة للعقود	5
	المطلب الأول: مفهوم القوة الملزمة لاتفاق التحكيم	
	الفرع الأول: التعريف بالقوة الملزمة لاتفاق التحكيم	8
	المطلب الثاني: القوة الملزمة لاتفاق التحكيم فيما بين المتعاقدين	10
	المطلب الثالث: القوة الملزمة لاتفاق التحكيم بالنسبة للخلف العام والخلف الخاص	11
	الفرع الأول: أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للخلف العام	12
	الفرع الثاني: أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للخلف الخاص	13
	المطلب الرابع: القوة الملزمة لاتفاق التحكيم بالنسبة للدائنين	20
	المبحث الثاني: نطاق سريان مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم	21
	المطلب الأول: التعريف بمبدأ نسبية أثر اتفاق التحكيم	
	المطلب الثاني: معايير سريان اتفاق التحكيم بالنسبة للغير	22
	المطلب الثالث: الأساس القانوني لسريان اتفاق التحكيم بالنسبة للغير	24
	المبحث الثاني: سريان اتفاق التحكيم بحق الغير استثناء على مبدأ نسبية أثر العقود	
	أولاً: سريان اتفاق التحكيم بحق الغير لاعتبارات شخصية	26
	المطلب الأول: التعهد عن الغير	27
	المطلب الثاني: الاشتراط لمصلحة الغير	29
	المطلب الثالث: الكفالة	32
	المطلب الرابع: خطاب الضمان	39
	المطلب الخامس: التضامن	40
	المطلب السادس: الوكالة	41
	المطلب السابع: الحوالة	45

51	المبحث الرابع: سريان اتفاق التحكيم بحق الغير لاعتبارات موضوعية	
52	المطلب الأول: مجموع الشركات	
56	المطلب الثاني: العقد الجماعي والمجموع العقدي	
61	المطلب الثالث: تجديد العقد	
62	المطلب الرابع: حالة المرسل اليه في عقد النقل البحري	
69	الخاتمة	
70	أولاً: النتائج	
71	ثانياً: التوصيات	
72	المراجع	

المقدمة

يشغل التحكيم مكاناً بارزاً كونه أحد أهم الوسائل البديلة لفض المنازعات، قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وإعطائه للتحكيم للفصل فيه. وقد شغل التحكيم أهمية كبيرة في الأونة الأخيرة نظراً لتشعب العلاقات الاقتصادية على المستوى الوطني والدولي، ويأتي التحكيم كوسيلة إستثنائية يلجأ إليها أطراف النزاع لفصل ما ينشأ بينهم من منازعات دون اللجوء الى القضاء نظراً لما يوفره لهم من مزايا عديدة من حيث السرية والسرعة ومرونة الاجراءات.

وتطبيقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فان اتفاق التحكيم باعتباره وليد ارادة طرفيه من جهة وبوصفه عقداً من العقود الملزمة للجانبين من جهة أخرى، فانه يخضع لمبدأ القوة الملزمة للعقود، نظراً لما يترتب على عاتق طرفيه من التزامات معينة،¹ ووفقاً للنظرية التقليدية فإن التصرف يقوم على ارادة الأطراف ولا يؤثر الا على أطرافه دون الغير.

اتفاق التحكيم له كيانه الخارجي الخاص الذي يؤثر في العقد، ويجوز أن يلتزم بهذا الاتفاق أشخاص لم يكونوا في الأصل من ضمن المتعاقدين، مما يؤدي الى اتساع قاعدة الأشخاص الذين يمتد اليهم اتفاق التحكيم ويمكنهم التمسك به، لذلك سنحدد في هذه الدراسة مفهوم "الغير" في اتفاق التحكيم ونعرض مدى إمتداد آثار اتفاق التحكيم لأشخاص لم يوقعوا ولم يشاركوا في اتفاق التحكيم أصلاً، وذلك خلافاً للأصل العام الذي يقصر آثار العقد على طرفيه.

¹ محمد بني مقداد، الطريق القويم للاتفاق على التحكيم، دراسة تطبيقية مقارنة، دار اليازوري، ط1، الاردن، 2013، ص235.

مشكلة الدراسة:

تدور إشكالية الدراسة حول مسألة أن اتفاق التحكيم يلزم في الأساس أطرافه، ولا ينتج آثاراً في حق الغير (قاعدة نسبية أثر العقود والاتفاقيات) كقاعدة عامة، ولكن هل توجد حالات معينة يسري فيها اتفاق التحكيم بحق الغير خروجاً على الأصل، وإن وجدت ما هي هذه الحالات وما شروط تطبيقها في القانون الفلسطيني والتشريعات الأخرى وفي الفقه والقضاء؟ ويتفرع عن هذا السؤال الرئيس عدة أسئلة ستحاول الدراسة الإجابة عليها، منها:

1. ما مفهوم القوة الملزمة لاتفاق التحكيم؟
2. ما مدى انتقال آثار اتفاق التحكيم الذي يبرمه السلف إلى الخلف العام، ومتى لا يمتد اليهم باعتبارهم من الغير في بعض الحالات؟
3. من هم الغير في اتفاق التحكيم (الأجنبي عن اتفاق التحكيم)، وما مدى انتقال آثار اتفاق التحكيم اليهم؟
4. هل يمتد انتقال التحكيم إلى العقود اللاحقة التي تحتوي شرط التحكيم باعتباره أحد العقود المنتمية إلى سلسلة العقود السابقة؟
5. ما هي الحالات التي ينتقل فيها اتفاق التحكيم إلى الغير وما هي شروط كل منها؟

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى تحديد آثار اتفاق التحكيم بالنسبة للغير في ظل التشريع الفلسطيني وبيان مدى كفاية القواعد القانونية في قانون التحكيم الفلسطيني في معالجة آثار اتفاق التحكيم بالنسبة للغير، وبيان أوجه القصور في القوانين والتشريعات الأخرى، وتهدف الدراسة إلى إيجاد أجوبة على التساؤلات التي تم طرحها سابقاً في إشكالية الدراسة.

أهمية الدراسة

نظراً للأهمية الكبيرة التي يتميز بها التحكيم فلا بد من محاولة البحث عن أهم مجالات التحكيم وهي امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير وما يترتب عليه من صعوبات. حيث تكمن أهمية الدراسة حول ما إذا كان اكتساب الشخص صفة الطرف في اتفاق التحكيم يستلزم التوقيع عليه منه بهذه الصفة أو من ممثله القانوني، فإذا كان التوقيع على العقد من شخص معين بغير صفة التعاقد، فهل يكفي لاعتباره طرفاً من أطرافه أو على الأقل

سريان أثار اتفاق التحكيم بحقه؟ وإن كانت الاجابة بنعم، فإن ذلك يقتضي تحديد شروط ذلك وحالاته. ونظرا
ذا الأمر في قانون التحكيم الفلسطيني والتشريعات العربية عموما، فإن ذات يبرر دراسة هذا الموضوع بتعمق
سواء في القوانين المقارنة أو الفقه أو القضاء.

الدراسات السابقة:

رغم شح المعلومة الكاملة حول هذا الموضوع، فقد تم الاطلاع والرجوع إلى عدد من الدراسات التي تناولته،
وأهم هذه الدراسات:

1- مها عبد الرحمن الخواجا، امتداد أثر اتفاق التحكيم الى الغير دراسة في التشريع الأردني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2012-2013.

عرضت في هذه الدراسة القوة الملزمة لاتفاق التحكيم من خلال التعريف به وبيان الأساس القانوني لامتداد
اتفاق التحكيم بالنسبة للغير، وبينت الدراسة الآثار المترتبة على امتداد اتفاق التحكيم الى الغير وفقا للتشريع
الأردني، حيث جاء في الدراسة أن أهم النتائج هي انصراف أثر اتفاق التحكيم باعتباره تصرفاً ارادياً الى أطرافه
دون غيرهم وفقاً للأصل العام، واستثناء إذ تنتقل القوة الملزمة لاتفاق التحكيم الى الغير في حالات معينة طبقاً
للقواعد العامة في العقود، وأن المشرع الأردني لم يعالج موضوع امتداد اتفاق التحكيم الى الغير وانما تركه
للقواعد العامة.

2- فهيمة أحمد علي القماري، دراسة مقارنة في التشريع المصري وتشريعات دول الخليج العربي، دار الكتب والدراسات العربية، جامعة الإسكندرية، 2017.

عرضت هذه الدراسة لموقف التشريع المصري وتشريعات دول الخليج العربي حيث بينت أن اتفاق التحكيم
باعتباره عقد من العقود الرضائية يمتد الى الخلف العام والخلف الخاص ولكن بشروط محددة ويمتد الى
كل من الدائنين والغير، وبينت الدراسة أن هنالك حالات يمتد فيها اتفاق التحكيم الى الغير منها حوالة
الحق وحوالة العقد وحوالة الدين والاشتراط لمصلحة الغير والحلول والتعهد عن الغير في حالة اقراره بالتعهد،
وبالنسبة لمبدأ نسبية أثر العقود فان التصرفات لا تولد آثارها الا في محيط الأطراف وحدهم.

3- زروالي سهام، شرط التحكيم البحري وسريانه بالنسبة للمرسل اليه في عقد النقل البحري بالبضائع، رسالة ماجستير، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، الجزائر، 2011-2012.

تعتبر هذه الدراسة متخصصة في مجال المرسل اليه في عقد النقل البحري، فقد تطرقت إلى موضوع من موضوعاتها المتخصصة في علاقة المرسل اليه الى الطرف في عقد التحكيم من خلال التنظيم القانوني لشروط التحكيم والصور والشروط الشكلية والموضوعية لاتفاق التحكيم وتمييز شرط التحكيم عن غيره وسريان شرط التحكيم في مواجهة المرسل اليه، والوصول الى معنى الطرف والاشخاص الممثلون من خلف عام وخلف خاص، وتطرقت إلى فكرة الغير من خلال التمييز بين الغير الحقيقي والغير غير الحقيقي وكذلك الدائنين العاديين، وبينت أن الاراء الفقهية قد اختلفت في تحديد الأساس القانوني لمركز المرسل اليه وفق النظريات القانونية.

منهجية ونطاق الدراسة

تقوم هذه الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي المقارن، من خلال دراسة وتحليل أحكام القانون الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 ولائحته التنفيذية، المتعلقة بموضوع الدراسة، ومقارنتها بعدة قوانين التحكيم في دول أخرى خصوصاً قانون التحكيم المصري وقانون التحكيم الأردني، وبيان الآراء القانونية والفقهية والتطبيقات القضائية خاصة في فلسطين والأردن ومصر وفرنسا أحياناً، وبيان موقفها من مسألة مدى سريان اتفاق التحكيم بحق الغير.

خطة الدراسة

لتحقيق أهداف هذه الدراسة قسمت الموضوع الى مبحثين تناولت في المبحث الأول سريان اتفاق التحكيم إستناداً لمبدأ القوة الملزمة للعقود من خلال التركيز على مفهوم القوة الملزمة لاتفاق التحكيم ونطاق تطبيقه سواء بالنسبة للمتعاقدين أو الخلف العام أو الخلف الخاص أو الدائنين في المطلب الاول ونطاق سريان مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم في المطلب الثاني تناولت سريان اتفاق التحكيم بحق الغير استثناء على مبدأ نسبية أثر العقود في المبحث الثاني من حيث سريان اتفاق التحكيم بحق الغير لإعتبارات شخصية في المطلب الاول وسريان اتفاق التحكيم بحق الغير لإعتبارات موضوعية في المطلب الثاني.

المبحث الأول: سريان اتفاق التحكيم استناداً لمبدأ القوة الملزمة للعقود

نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول مفهوم القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، ونخصص المطلب الثاني لدراسة نطاق القوة الملزمة لاتفاق التحكيم.

المطلب الأول: مفهوم القوة الملزمة لاتفاق التحكيم

استناداً للقوة الملزمة لاتفاق التحكيم، فإن هذا الاتفاق لا يلزم الا أطرافه، أما الغير الذي لم يكن طرفاً في هذا الاتفاق أو ممثلاً فيه، فإنه يبقى كقاعدة عامة خارجاً عن هذا الاتفاق ولا يسري عليه، فلا يكتسب منه حقاً ولا يتحمل التزامات من هذا الاتفاق.²

سنقوم بتناول القوة الملزمة لاتفاق التحكيم في ثلاثة مطالب: نتناول في الفرع الأول التعريف بالقوة الملزمة لاتفاق التحكيم، ونتحدث في الفرع الثاني عن القوة الملزمة لاتفاق التحكيم بالنسبة للمتعاقدين، ونخصص الفرع الثالث لدراسة مبدأ نسبية أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير.

الفرع الأول: التعريف بالقوة الملزمة لاتفاق التحكيم

يترتب على القوة الملزمة لاتفاق التحكيم أثرين قانونيين أحدهما سلبي يتمثل بالامتناع عن اللجوء الى قضاء الدولة (القضاء العادي)، والآخر إيجابي يتمثل في التزام الطرفين بطرح موضوع النزاع على قضاء التحكيم وأن يساهم كل منهما باتخاذ الاجراءات اللازمة لعملية التحكيم مع الالتزام في كل ذلك باحترام مبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات العقدية.

فاستناداً للقوة الملزمة لاتفاق التحكيم، يلزم كل طرف بعدم الرجوع عن اتفاق التحكيم أو تعديله أو العدول عنه من طرف واحد بارادته المنفردة، والا عد ذلك اخلاقاً بالقوة الملزمة لاتفاق التحكيم،³ وقد أشارت الى هذا الجانب

² أحمد سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي -تنظير وتطبيق مقارن، دار النهضة العربية، ط1، 2004. ص447.

³ حمزة حداد، التحكيم في القوانين العربية، ط1، دار الثقافة، 2010، الاردن، ص183، أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 246. انظر أيضاً حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، 2006، ط1، مصر، القاهرة، ص141.

من القوة الملزمة لاتفاق التحكيم المادة (5/فقرة 6) من قانون التحكيم الفلسطيني⁴ بنصها على أنه " لا يجوز العدول عن اتفاق التحكيم الا باتفاق الأطراف أو بقرار من المحكمة المختصة"⁵، وقد جاء في قرار لمحكمة النقض الفلسطينية أنه: "لا يجوز الرجوع عن اتفاق التحكيم بالإرادة المنفردة"⁶، وتسير محكمة التمييز الأردنية في هذا الاتجاه حيث أكدت في قرارها أنه لا يجوز الرجوع عن اتفاق التحكيم أو نقضه أو تعديله الا بالتراضي أو التقاضي، ولكن ذلك لا يمنع الرجوع عن اتفاق التحكيم باتفاق مشترك بين الأطراف،⁷ وقضت محكمة النقض المصرية بأن العقد يصدق على كل اتفاق يراد إحداث أثر قانوني به، وإسباغ وصف المتعاقد إنما ينصرف الى من يفصح عن إرادة متطابقة مع إرادة أخرى على انشاء التزام أو نقله أو زواله في خصوص موضوع معين يحدد بالعقد دون أن يعتبر بإطلاق كل من ذكره بالعقد أنه أحد أطرافه، طالما لم يكن له صلة بشأن ترتيب الأثر القانوني الذي يدور حوله النزاع الناشئ بسبب العقد.⁸

وهذا ما يؤكد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم لقانون الإرادة أو قانون مقر التحكيم أو غيره جزاء تخلف اختيار الأطراف، وجزاء الإخلال به، والأثر المترتب على تقاعس أحد طرفي الاتفاق عند تنفيذ التزامه ببدء اجراءات التحكيم.⁹

والالتزام الآخر المترتب على القوة الملزمة لاتفاق التحكيم، وهو التزام بتحقيق نتيجة، يتمثل في قيام كل طرف باتخاذ ما يلزم من جانبه للبدء والسير بإجراءات التحكيم، وهذا يتطلبه مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم واحترام مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، فإذا أهمل أحد الأطراف القيام بواجبه أو حاول تعطيل اجراءات التحكيم جاز للطرف الآخر اللجوء الى القضاء العادي لطلب المساعدة واتخاذ الاجراءات اللازمة للسير في عملية التحكيم، حيث أشارت المادة (11) من قانون التحكيم الفلسطيني على الحالات¹⁰ التي تقوم فيها المحكمة المختصة

⁴ قانون التحكيم الفلسطيني المنشور في الوقائع الفلسطينية (الجريدة الرسمية للسلطة الفلسطينية) العدد 33/تاريخ 2000/6/30، ص5.
⁵ يوسف شندي التحكيم الداخلي والدولي في ظل قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000، دراسة مقارنة، جامعة بيرزيت، وحدة البحث العلمي والنشر، ط2، 2015، ص112.

⁶ نقض مدني، دعوى رقم 2008/140، بتاريخ 2008/6/29، منشور في منظومة القضاء والتشريع الفلسطيني، المقتني، جامعة بيرزيت.
⁷ أنظر لقرارات التحكيم التمييز الأردنية، رقم 2007/1843، بتاريخ 2007/10/30، وتميز أردني رقم 2009/168، بتاريخ 2009/2/19، منشورات عدالة، وقرار تمييز رقم 1961/73، صفحة 152 عدد4 سنة تاسعه، مجموعة المبادئ القانونية في مجلة نقابة المحامين الأردني الذي فيه لا تملك حق إحالة نزاع التحكيم من جديد الا بموافقة الفريقين مجددا، ونصت المادة 241 من القانون المدني الأردني في ذات الموضوع.
⁸ الطعن رقم 669 لسنة 1979. جلسة 42- 30 - الجزء الأول، ص 786 والطعن رقم 152 لسنة 1990 جلسة 57 - 41 الجزء الأول - والطعن رقم 2161 لسنة 1989 جلسة 52 - مكتب فني 40 - الجزء الأول ص 157.

⁹ أحمد سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي تنظيم وتطبيق مقارن، دار النهضة العربية، ط1، 2004، ص443.
¹⁰ 1- "بناء على طلب أحد الأطراف أو هيئة التحكيم تعين المحكمة المختصة محكما أو مرجحا من ضمن المحكمين المعتمدين من وزارة العدل وذلك في الحالات الآتية:

بتعيين محكم أو مرجح بناء على طلب أحد الأطراف أو هيئة التحكيم، ومن ضمنها إذا كان لكل طرف الحق في تعيين محكم من قبله ولم يتم بذلك¹¹. فإذا رفض أحد الأطراف أو امتنع عن المشاركة في عملية التحكيم، فإن التحكيم يمكن أن يستمر في مواجهته بالرغم من هذا الرفض أو الامتناع¹². ويرى جانب من الفقه أن اتفاق التحكيم قد لا يترتب على مخالفته سوى إمكانية فرض التعويض على عاتق الطرف الذي أخل بمبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم وهذا التعويض يكون سبب عدم تمكن الطرف الآخر من عرض النزاع المتفق بشأنه على التحكيم على هيئة التحكيم المختصة¹³.

المطلب الثاني: القوة الملزمة لاتفاق التحكيم فيما بين المتعاقدين

يشترط أن تساهم ارادة الطرف في تكوين الاتفاق فلا يكفي أن يرد ذكره فيه أو أن يوقع عليه بصفة أخرى غير هذه الصفة¹⁴، وهذا ما يسمى بالنطاق الشخصي بتحديد الأطراف¹⁵ فبمجرد توقيع¹⁶ طرفي النزاع على هذا الاتفاق، والموافقة عليه، فإنه لا يمكن سحب هذه الموافقة، أو التحلل من الالتزام من طرف، حتى في الحالة التي يكون فيها اتفاق التحكيم جزءا من عقد معين، أبرم بين طرفين ثبت بطلانه أو فسخه¹⁷.

-
- (أ) إذا كان اتفاق التحكيم يقضي بإحالة النزاع الى محكم واحد ولم يتفق الأطراف على تسمية ذلك المحكم.
- (ب) إذا كان لكل طرف الحق في تعيين محكم من قبله ولم يتم بذلك.
- (ت) إذا لم يقبل المحكم مهمته كتابة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ علمه باختياره محكماً.
- (ث) إذا اعتذر المحكم أو محكم أحد الأطراف في التحكيم المتعدد عن القيام بالتحكيم أو أصبح غير أهل لذلك أو غير قادر عليه ولم يعين الأطراف أو ذلك الطرف خلفا له.
- (ج) إذا كان على المحكمين تعيين مرجح ولم يتفقوا.
- (ح) إذا رفض أو اعتذر المرجح عن القيام بالتحكيم، ولم يتضمن اتفاق التحكيم كيفية تعيين خلف له ولم يتفق الأطراف على تعيين الخلف
- (خ) تصدر المحكمة قرارها بالتعيين خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغ الطرف الآخر بنسخة الطلب، ويكون القرار غير قابل للطعن".
- ¹¹ يوسف شندي، مرجع سابق، ص 112.
- ¹² أحمد السيد صاوي، أثر الأحكام بالنسبة للغير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979، ص 66.
- ¹³ حفيظة السيد حداد، الاتفاق على التحكيم في عقود الدولة ذات الطبيعة الإدارية وأثره على القانون الواجب التطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص 348.
- ¹⁴ سمير جاويد، التحكيم كآلية لفض المنازعات، دائرة القضاء، ط 1، أبو ظبي، 2014، ص 60.
- ¹⁵ وتتضح صفة الطرف من الاطلاع على التوقيع بالورق أو على الخطابات أو وسائل الاتصال الأخرى المتبادلة التي تتضمن اتفاق التحكيم، إذا كانت تتضمن توقيعاً، أو بيان ما يدل على مرسل وسيلة الاتصال، فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط 1، القاهرة، 2007، ص 161.
- ¹⁶ ويجب أن يكون التوقيع منصبا على ارادة ابرام اتفاق تحكيم، ولهذا فإن ارسال أحد طرفي عقد متضمن شرط تحكيم هذا العقد الى الطرف الآخر لاستطلاع رأيه في جوانب فنية في العقد قبل التوقيع عليه لا يعني الالتزام بالعقد أو بشرط التحكيم الوارد فيه، كما لا يكفي التوقيع بصفة أخرى غير صفة الطرف أو ممثله الذي له سلطة ابرامه، أو التوقيع للتعبير عن اعتماد اتفاق تحكيم تم بالفعل بين طرفيه، فعندئذ يوجد توقيع لشخص على الاتفاق دون أن يكون طرفا فيه أو ممثلا للطرف، فتحي والي، مرجع سابق، ص 162.
- ¹⁷ محمد بني مقداد، مرجع سابق، ص 235.

بالنسبة لقانون التحكيم الفلسطيني رقم 3 لسنة 2000 لم يعالج مسألة أشخاص اتفاق التحكيم على اعتبارهم يملكون ارادة ابرام اتفاق التحكيم بصورة صريحة وانما اكتفى بالإشارة الى أطراف التحكيم، في المادة (1) أن التحكيم وسيلة لفض نزاع قائم بين أطرافه والمادة (2) منه اشار الى انه يجري بين أشخاص طبيعيين أو اعتباريين يتمتعون بالاهلية القانونية للتصرف بالحقوق، ونص صراحة في المادة (1/7) من ذات القانون بقولها " اذا شرع أحد أطراف التحكيم في اتخاذ أي اجراء قانوني أمام أية محكمة ضد الفريق الطرف الآخر بشأن أمر تم الاتفاق على احالته الى التحكيم، فيجوز للطرف الاخر قبل الدخول في أساس الدعوى أن يطلب من المحكمة وقف ذلك الاجراء وعلى المحكمة ان تصدر قرارا بذلك اذا اقتنعت بصحة اتفاق التحكيم"، وفي قرار لمحكمة النقض الفلسطينية جاء فيه " ان اتفاق التحكيم الذي جرى لا يعتبر اتفاق تحكيم كونه يصدر عن جهة غير مخولة بالتوقيع عليه"¹⁸ كون انصراف آثار العقد الى المتعاقدين فذلك ليس مثار للخلاف فالتعاقدين لهما حقوق يتمتعان بهما وعليهم التزامات مترتبة يتحملانها فالأصل اتفاق التحكيم ينصرف الى عاقيه دون غيرهما.

ونصت المادة (208) من القانون المدني الأردني¹⁹ على أنه " لا يرتب العقد شيئاً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً"، وقررت محكمة التمييز الأردنية بأن " قرار المحكم لا يسري الا على فرقاء التحكيم"²⁰.

وفقاً للمادة 145 من القانون المدني المصري²¹ "لا تنصرف الى الغير الذي لم يكن طرفاً فيه ولا تربطه صلة بأي من طرفيه، سواء كانت هذه الآثار حقاً أم التزاماً، وإذا كان يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعنة (المشتريّة) قد اتفقت مع الشركة البائعة بمقتضى عقد البيع المبرم بينهما على أن كل نزاع ينشأ عن هذا العقد يكون الفصل فيه من اختصاص هيئة تحكيم، وإذ لم تكن الشركة النقلة طرفاً في هذا العقد، وإنما تتحدد حقوقها والتزاماتها على أساس عقد النقل المبرم بينها وبين الشركة البائعة، فإن شرط التحكيم الوارد في عقد البيع لا يمتد أثره الى الشركة الناقلة، ولا يجوز لها التمسك به عند قيام النزاع بين هذه الأخيرة وبين الطاعنة (المشتريّة)، وذلك تطبيقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد،²² وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصري بأن: " التنظيم القانوني للتحكيم انما يقوم على رضا الأطراف وقبولهم به كوسيلة لحسم المنازعات التي نشأت أو يمكن ان

¹⁸ قرار رقم 316 / 2015 نقض مدني فلسطيني، منشور لدى منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، مقتفي، جامعة بيرزيت، الموقع

الإلكتروني <http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ViewCJCard.aspx?CJID=98851>.

¹⁹ قانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1976 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2645 بتاريخ 1976/8/1، ص2.

²⁰ تمييز حقوق رقم 132 / 55، تسلسل رقم 3، المنشور في مجلة نقابة المحامين سنة 1955، ج1، ص438.

²¹ القانون المدني المصري رقم (31) لسنة 1948 لمنشور في الوقائع المصرية العدد (108) مكرر بتاريخ 1978/7/29.

²² علي حسن، التحكيم الاختياري والاجباري في المنازعات المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، ص80، 2001.

تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية، إرادة المتعاقدين هي التي توجد التحكيم وتحدد نطاقه من حيث المسائل التي يشملها والقانون الواجب التطبيق، وتشكيل هيئة التحكيم وسلطاتها، وإجراءات التحكيم وغيرها، وعلى ذلك فمتى تخلف الاتفاق امتنع القول بقيام التحكيم وهو ما يستتبع نسبية أثره فلا يحتج به الا في مواجهة الطرف الذي ارتضاه وقبل الخصومة.²³

المطلب الثالث: القوة الملزمة لاتفاق التحكيم بالنسبة للخلف العام والخلف الخاص

استنادا الى قاعدة نسبية أثر اتفاق التحكيم، فإن آثار هذا الاتفاق لا تسري على الغير الذي لم يكن طرفا في اتفاق التحكيم، أي لا يمتد الى أشخاص لم يوقعوا بأنفسهم على اتفاق التحكيم أو عن طريق ممثليهم.²⁴ لذلك لا يستطيع الغير التمسك باتفاق التحكيم، ولا يستطيع الأطراف الزام الغير بهذا الاتفاق، ولا يحق للغير الاعتراض على تنفيذ اتفاق التحكيم²⁵، وبالتالي فإن القوة الملزمة للعقد ليس لها أثر الا على المتعاقدين ومن في حكمهم ومن يمثلهم كما تكلمنا في المطلب الأول.

وقد ذهب جانب إلى أن الخلف العام والخلف الخاص هم في منطقة وسطى، فهم ليسوا أطرافا أصليين في العقد، وهم ليسوا أيضا أجانب عن الأطراف الأصليين فيه، بل تربطهم بأحد طرفي العقد صلة خلافة أو دائنيه، وبالتالي يجب تحديد نطاق الأثر الملزم لاتفاق التحكيم والبحث فيما إذا كانوا يعتبرون من الغير أي لا يتحملون بالتزامات ولا يكتسبون حقوقا من هذا الاتفاق، أم أنهم يلحقون بطرفي العقد وتتصرف آثاره وتتصرف آثاره.²⁶

وتطبيقا لذلك، جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية أن مبدأ نسبية العقد يكون ملزما بما يقتضي قوته بالنسبة للأشخاص والموضوع، فلا تتصرف الحقوق الناشئة عنه أو الالتزامات المتولدة الا لعاقديه، والذي يقتصر على طرفيه والخلف العام والخلف الخاص ودائنيه.²⁷ بل أكثر من ذلك، إذا صدر اتفاق التحكيم من الغير الذي لم تكن له صفة ولا يملك الصلاحية في إبرام اتفاق التحكيم، فإنه يكون باطلا، وعلى هذا الأساس، جاء في قرار

²³ نقض مدني مصري، رقم 4729 لسنة 72ق، منقول عن خيرى البتانوني، مفهوم المحكم في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ط1، 2013، مصر، ص62.

²⁴ والى فتحي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط1، القاهرة، 2007، ص161.

²⁵ أحمد سلامة، مرجع سابق، ص449.

²⁶ أنظر فهيمة القمار، مرجع سابق، ص126.

²⁷ من القرارات نقض مدني 2740 لسنة 59 جلسة 1994/5/12، ص45، ع1، ق157، ونقض مدني 331 لسنة 54، جلسة 1991/1/24، ص422، ع1، نقض مدني 1088 لسنة 50، جلسة 1981/2/21، ص32، ع1، ق110، منشورة على موقع قرارات محكمة النقض المصرية المتاح على الرابط www.cc.gov.eg.

لمحكمة النقض الفلسطيني أن الاتفاق الذي جرى لا يعتبر اتفاق تحكيم كونه لم يصدر عن جهة مخولة قانوناً بالتوقيع عليه، وأن الأطراف يجب أن يكون لهم الصفة والسلطة في التوقيع عليه.²⁸

وفي حكم لمحكمة النقض مصري على أن العقد لا يترتب التزاماً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً، وهذا يدل على أن مبدأ نسبية أثر العقد يهيمن على قوته الملزمة بالنسبة للأشخاص والموضوع، بالتالي فإن أثر العقد إنما يقتصر على طرفيه والخلف العام أو الخاص أو الدائنين في الحدود التي بينها القانون، فلا تتصرف الحقوق الناشئة عنه والالتزامات المتولدة منه إلى الغير، ومن أهم التطبيقات الشهيرة على مبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم، قضية هضبة الأهرام²⁹ وتتلخص في أن وزير السياحة كان قد وقع على العقد المتضمن شرط التحكيم

²⁸ قرار رقم 2015/316 نقض مدني فلسطيني، بتاريخ 2016/7/10، منشور على موقع منظومة القضاء والتشريع المقنني متاح على الرابط التالي

<http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ViewCJCard.aspx?CJID=98851>

²⁹ وتتمثل وقائع هذه القضية في أنه في 23 سبتمبر 1974 أبرم وزير السياحة بصفته ممثلاً لجمهورية مصر العربية والمؤسسة المصرية العامة للسياحة والفنادق Egoth اتفاقاً يطلق عليه الاتفاق الأساسي heads agreement، مع الشركة الأمريكية والتي تتخذ مدينة هونج كونج مقراً لها، وبذلك من أجل إنشاء مركزين سياحيين أحدهما يقع على مقربة من الأهرامات. ووفقاً لنصوص هذا الاتفاق، تتعهد الحكومة المصرية بعمل اللازم من أجل تسهيل تملك المشروع المشترك المزمع إنشاؤه، للأراضي المخصصة لإقامة هذه التجمعات السياحية، وفي 12 ديسمبر 1974 أبرمت الشركة المذكورة عقداً مع المؤسسة المصرية العامة للسياحة والفنادق بإعتبارها الشريك المصري الوحيد في المشروع المزمع إنشاؤه (مشروع واحة الأهرام) ولقد أشار هذا العقد مباشرة إلى العقد المبرم في 23 سبتمبر 1974، وتضمن تحديداً لكل من التزامات الطرفين في المشروع المشترك لاستغلال هضبة الأهرام، ولقد تضمن الاتفاق الموقع في 12 ديسمبر 1974 نصاً يجعل الاختصاص بالفصل في أية منازعة ناشئة عن العقد من اختصاص محكمة التحكيم التي يتم تشكيلها وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، وعلى الرغم من أن الحكومة المصرية لم تكن طرفاً في هذا الاتفاق الأخير الموقع في 12 ديسمبر 1974، إلا أن السيد وزير السياحة قام بالتوقيع وفي ذات التاريخ على الصفحة الأخيرة من العقد على النحو التالي: approved and accepted: هونج كونج نظراً للمعارضة الشديدة التي لقيها هذا المشروع لما قد يحدثه من تدمير شامل لهذا الموقع التاريخي الفريد، قامت الحكومة المصرية بسحب موافقتها على إقامة المشروع مستندة على أن الموقع يعتبر من المناطق الأثرية التي يجب نزع حق الانتفاع المقرر للشركة وتخصيصه للمنفعة العامة، ولقد لجأت الشركتان: الشركة الأم، فرعها في الشرق الأوسط الذي تم تكوينه إعمالاً لنص المادة 17 من العقد الموقع في 12 ديسمبر 1974، بتحريك إجراءات التحكيم ضد كل من الحكومة المصرية وشركة Egoth. وبتاريخ 16 فبراير 1983 أصدرت محكمة التحكيم المشكلة من السادة Bernini, El-Ghaiti et Littmann حكماً بعدم قبول الدفع بعدم اختصاص المحكمة التي تمسكت به مصر بإلزامها بدفع مبلغ 12,500,000 دولار أمريكي لتعويض الشركتين المدعيتين بالإضافة إلى فائدة 5% تحسب ابتداءً من أول ديسمبر 1978، ولقد طعنت حكومة مصر في الحكم المتقدم، أما محكمة استئناف باريس، وطالبت بإلغاء الحكم المتقدم إعمالاً بنصوص المواد 1-1502، 6 من قانون المرافعات المدنية الفرنسي الجديد، إذ أن محكمة التحكيم المنعقدة تحت مظلة غرفة التجارة الدولية بباريس قد فصلت في المنازعة المرفوعة أمامها وذلك على الرغم من عدم وجود شرط تحكيم، تعد الدولة المصرية طرفاً فيه، وأيضاً لأن هذا الحكم صدر بالمخالفة للنظام العام الدولي ولمبدأ احترام سيادة الدولة، ولقد أصدرت محكمة استئناف باريس في 12 يوليو 1984 حكمها بإلغاء حكم التحكيم المطعون عليه بالبطالان، وهو القضاء الذي ابتدته محكمة النقض الفرنسية في 6 يناير 1987، ومثلما لم تقتنع المحاكم الفرنسية بأن العناصر التي تمسكت بها محكمة التحكيم تكفي لإثبات تحقق إرادة الدولة المعنية بقبول شرط التحكيم، فإن المحاكم السويسرية أيضاً في أحكامها التي أصدرتها بشأن قضية Westland قررت أيضاً أن الدول الأربع لمؤسسة لهيئة التصنيع العربية لا يعد طرفاً في العقد المبر Westland وهيئة، ففي الحكم التي أصدرته المحكمة الفيدرالية السويسرية في 19 يوليو 1988 أشارت إلى ما ذهب إليه القضاء الفرنسي، ممثلاً فيما قضت به المحكمة العليا الفرنسية في قضية هضبة الأهرام، وقامت بالتركيز على المبادئ الواجبة الإعمال في هذا الشأن، ولقد لاحظت أن الرقابة التي تمارسها الدولة على شخص قانوني،

وكتابة أنه موافق، إلا أن محكمة استئناف باريس قضت بأن هذا التوقيع لا يجعله طرفاً في اتفاق التحكيم، إذ هو قد وقع باعتباره سلطة اعتماد للاتفاق، وهو ما لا يكفي لاعتباره طرفاً فيه.³⁰

الفرع الأول: أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للخلف العام

بداية ان اكتساب صفة الطرف في اتفاق التحكيم ليست محصورة بالمتعاقدين الأصليين، بل يتعداهما إلى كل من يخلفهما خلافة عامة أو خاصة، لذلك ينتقل اتفاق التحكيم بقوة القانون إلى الخلف العام بصفته طرفاً حتى لو كان يجهل وجود هذا الاتفاق.³¹

الخلف العام للمتعاقد هو كل من يخلف غيره في ذمته المالية كلها أو بحصة شائعة فيها كالوارث، والموصى له بحصة شائعة،³² ويشمل الخلف العام أيضاً، الشخص المعنوي في حالة الاندماج بين شركتين، وبالتالي ينصرف أثر اتفاق التحكيم إلى هؤلاء باعتبارهم من الخلف العام للطرف الأصلي في هذا الاتفاق، فيسري عليهم ما يسري على الأطراف الأصليين من حقوق والتزامات.³³ وهنا يتم التفريق بين التزامات وحقوق المتعاقد،

بمعنى الصلة الوثيقة القائمة بين هذا وتلك، لا تعدّ عاملاً كافياً من أجل قلب القرينة المستفادة من عدم وجود توقيع من قبل الدولة على شرط التحكيم، والتي وفقاً لها تعد الشركة التي وقعت على الشرط هي وحدها الطرف فيه. وإذا كانت الدولة ليست طرفاً في التصرف الذي يتضمن شرط التحكيم، فإن الموافقة الممنوحة من قبل الوزير لهذا التصرف -أي من ممثل الدولة- لا تعني انصراف إرادة الدولة بأن تصبح طرفاً في العقد وتتناول بهذه المثابة عن حصانتها القضائية، ولقد استخلصت محكمة التحكيم أن ترك الدول المؤسسة للهيئة العربية للتصنيع لهذه الأخيرة إبرام اتفاق shareholders بمفردها مع Westland، علاوة على ما حوّلت هذه الدول المؤسسة للهيئة من سلطة التقاضي وتحديد الوسائل التي تلجأ إليها من أجل أن تفصل في المنازعات الناشئة بين المتعاقدين معها، يقطع بأن هذه الدول قد عبّرت عن رغبتها في عدم الخضوع لاتفاق التحكيم، فمجرد الرقابة التي تمارسها الدولة على الشخص الاعتباري العام الذي يتمتع بالشخصية القانونية لا تكفي للاحتجاج بأثر اتفاق التحكيم الذي يوقعه هذا الأخير في مواجهة الدول. فقبول الدولة للاتفاق على التحكيم يجب أن يستخلص من عوامل أخرى وليس مجرد افتراض أن الطرف الخاص المتعاقد مع الشخص الاعتباري التابع للدولة ما كان يمكن أن يقبل التعاقد معه دون التزام من الدولة باتفاق التحكيم، ويرى جانب من الفقه أن هذا الحل الذي بدأت تتضح معالمه تسود بشأن مد أثر اتفاق التحكيم الذي تبرمه الوحدات التابعة للدولة في مواجهة لدولة ذاتها، لا يختلف في حقيقة الأمر عن الحل المطبق بشأن مآثر اتفاق التحكيم الذي تبرمه إحدى الشركات التابعة لمجموعة الشركات في مواجهة الشركة الأم، ففي كلتا الحالتين، تشكل إرادة الأطراف المعيار الوحيد الذي وفقاً له يتحدّد نطاق اتفاق التحكيم، وإذا كان ذلك هو موقف محاكم التحكيم وقضاء الدولة من مد أثر اتفاق التحكيم الذي تبرمه أحد الأجهزة التابعة للدولة في مواجهة الدولة، فما هو الحل الذي تتبناه محاكم التحكيم وقضاء الدولة بشأن الفرض العكسي أي ذلك الذي تكون فيه الدولة هي التي أبرمت العقد الوارد فيه شرط التحكيم ويراد أن يحتج بهذا الاتفاق في مواجهة أحد الأجهزة التابع لها، ذلك ما سوف نعرض له الآن، أنظر حفيظة الحداد العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، مرجع سابق، ص 305.

³⁰ حفيظة حداد، مرجع سابق، ص 305.

³¹ أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، ط2، دار النهضة العربية، 2005، ص 255.

³² يستثنى من ذلك الحالة التي يبرم اتفاق التحكيم بهدف الاحتيال على حقوق الورثة، أنظر يوسف شندي، مرجع سابق، ص 114.

³³ محمد بني مقداد، مرجع سابق، ص 240.

فالحقوق تنتقل إلى ورثته كاملة، أما التزامات السلف وديونه فلا يلزم بها الورثة إلا في حدود التركة، حيث لا تركة إلا بعد سداد الديون.

وقد نظمت المادة (152) من مشروع القانون المدني الفلسطيني أثر العقد على الخلف العام - وهي تقابل المادة (206) من القانون المدني الأردني حيث تنص على أنه "ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون³⁴ أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام".

ويجب الإشارة أن الخلف العام يمكن أن يصبح من الغير في أحوال معينة كالوصية التي لا يجوز أن تتعدى ثلث التركة، فإذا زادت على ذلك يعتبر الخلف العام بالنسبة له من الغير فلا تتصرف إليه آثار العقد بما فيها اتفاق التحكيم، فالإنسان حر في التصرف بأمواله حال حياته كما يشاء، سواء بالتبرع أو المعاوضة، فلا يجوز الاعتراض على أي تصرف يجريه حال حياته، وتكون آثاره منصرفة إلى ما بعد وفاته فقد قيدها المشرع بما يعرف بأحكام الوصية.³⁵

ويجمع الفقه على اعتبار الخلف العام من الغير في فروض معينة وهي لمصلحة الوارث، فمنها ما يستمد من القانون مباشرة وليست عن طريق الميراث عن مورثه،³⁶ وفرض آخر الوصية التي يقوم بها المورث ويقصد بها

³⁴ الحالة الأولى مصدرها القانون حيث نص القانون المدني المصري صراحة على حالة انه لا تتصرف آثار العقد إلى الخلف العام ومن هذه الأمثلة المادة 602 التي تقضي بأن " ينقضي الإيجار بموت المستأجر، إذا لم يعقد إلا بسبب حرفته أو لاعتبارات أخرى تتعلق بشخصه"، أنظر ناصر عثمان، مرجع سابق، ص 186. ونصت المادة (735) من المشروع المدني الفلسطيني انه "تنتهي العارية بموت المعير أو المستعير ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك. وفي الحالة الثانية ترجع إلى إرادة أطراف العقد، حيث يمكن لهؤلاء الاتفاق على اقتصار آثار العقد عليهما وعدم انصرافها إلى ورثة أحدهما، كما لو اتفقا في عقد وعد بالبيع على انقضاء العقد في حالة وفاة أحدهما، أنظر عثمان التكروري، أحمد سويطي، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي، المكتبة الأكاديمية، ط 1، فلسطين، 2016، ص 307، والحالة الثالثة ترجع إلى طبيعة التعامل حيث أنه إذا اقتضت طبيعة الحق أو الالتزام الناشئ عن العقد عدم انتقال آثاره إلى الخلف العام، بسبب وجود مانع مادي أو قانوني، مثل العقود التي يراعى فيها شخص المتعاقد أو صفة خاصة به، فهو ينقضي بموت الملتزم ولا ينتقل إلى الورثة، مثل الفنانين أو المهندسين أو المحامين، ومثل حق الانتفاع بطبيعته القانونية تأبى انتقاله إلى الورثة، لأن حق الانتفاع ينقضي بموت صاحبه، أنظر ناصر عثمان، مرجع سابق، ص 187.

³⁵ ناصر عثمان، مرجع سابق، ص 188.

³⁶ بعض القرارات تعتبر الخلف العام من الغير حماية للخلف من تصرفات سلفه. فقد جاء في أحدها بأن البيع الصادر من المورث لأحد ورثته يمس حق وارث آخر في التركة، وقصد به الاحتياط على أحكام الإرث، كان لهذا الوارث أن يطعن في التصرف وأن يثبت بكافة طرق الإثبات أن البيع في حقيقته ليس تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وبالتالي فهو وصية، أنظر فهيمة القماري، مرجع سابق، ص 135.

التبرع أثناء مرض الموت، وأيضا إذا قام المورث بعمل وصية لغير وارث وتكون قيمتها أكثر من ثلث التركة، أما إذا كانت لوارث فلا تجوز إلا إذا أجازها الورثة.³⁷

وقد جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية أن الخلف العام في حكم الغير بالنسبة لتصرف المورث وذلك حماية للخلف من تصرفات سلفه الضارة وقد جاء في الحكم بأن حق الوارث في الطعن في تصرف المورث بأنه في حقيقته وصية وليس بيع، وأنه قد قصد به التحايل على أحكام الإرث المقرره شرعا، وهو حق خاص به مصدره القانون وليس حقا يتلقاه عن مورثه، وإن كان هذا الحق لا ينشأ الا بعد وفاة المورث، ومن ثم فلا يكون الحكم الصادر قبل المورث بصحة التصرف بالبيع حجة على الوارث، اذ يعد الوارث في حكم الغير فيما يختص بتصرفات مورثه الضارة به والماسة بحقه من الإرث.³⁸

أما بالنسبة لامتناد اتفاق التحكيم إلى الخلف العام باعتباره طرفا وليس من الغير، فسأقوم بالتفريق بين حالات امتداد اتفاق التحكيم عندما يكون السلف شخصا طبيعيا وعندما يكون شخصا معنويا:

أ) امتداد اتفاق التحكيم إلى الخلف العام عندما يكون السلف شخصا طبيعيا:

يأخذ الخلف العام حكم الطرف بالنسبة للتصرف الذي يصدر عن السلف، فقد جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية أنه "يترتب على انصراف أثر العقد الى الخلف العام أن يسري في حقه ما يسري في حق السلف بشأن هذا العقد، فلا يشترط اذن ثبوت تاريخ العقد أو تسجيله حتى يكون التصرف حجة للخلف أو عليه، لأنه يعد قائماً مقام المورث ويلتزم بتنفيذ ما التزم به مورثه ما دام العقد نشأ صحيحاً وخلصت له قوته الملزمة".³⁹ وبناء عليه، إذا كان السلف طرفا في اتفاق التحكيم بخصوص نزاع متعلق بحق من الحقوق التي انتقلت إليه فإن الخلف يكون ملزما باتفاق التحكيم،⁴⁰ ويرى جانب آخر أن الورثة يخلفون مورثهم في مركزه القانوني الناشئ عن هذا الاتفاق، ويتحملون ما ينشأ عنه من آثار سلبية أو ايجابية.⁴¹

³⁷ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009، ص 600. أنظر فهيمه القماري، مرجع سابق، ص 134.

³⁸ نقض مدني-جلسة الواحد والعشرون من يونيو-سنة 1962-مجموعة أحكام النقض-لسنة 13 قضائية - رقم 23-ص 824، أنظر فهيمه القماري، مرجع سابق، ص 135.

³⁹ مجموعة أحكام انقض، الطعن رقم (347) لسنة 1972 جلسة 36/مكتب فني 19 الجزء الأول، أنظر فهيمه القماري، مرجع سابق، ص 235.

⁴⁰ أنظر مصطفى عكاشة وجمال عبد العال، مرجع سابق، ص 466.

⁴¹ فهيمه القماري، مرجع سابق، ص 140.

وقد نصت المادة (6) من قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 على أنه " لا ينتهي اتفاق التحكيم بوفاة أحد أطرافه إلا إذا تعلق النزاع بشخص المتوفى". وبذلك حددت هذه المادة أن الأصل هو انتقال اتفاق التحكيم عند وفاة أحد الأطراف إلى الورثة، ولكن استثناء على هذه القاعدة، لا ينتقل أثر اتفاق التحكيم إلى الورثة إذا كان النزاع متعلق بشخص السلف المتوفى، ففي هذه الحالة ينتهي اتفاق التحكيم بالوفاة.⁴²

وموضوع الأهلية بالنسبة للورثة يتعين مراعاتها عند انتقال اتفاق التحكيم بحق الورثة، حيث يرى البعض بأن اتفاق التحكيم يسري بحقهم حتى لو لم يبلغوا، أو لم يبلغ بعضهم سن الرشد عند وفاة مورثهم⁴³، ولكن هنالك رأي مخالف يرى بأن سريان اتفاق التحكيم مرهون ببلوغ الخلف العام سن الرشد، بحيث إذا كان بعضهم لم يبلغ سن الرشد بأن كان فاقدا الأهلية أو قاصرا، فإن اتفاق التحكيم يبقى منتجا لآثاره في حق الورثة كاملي الأهلية فقط ولكنه لا يسري بحق فاقد الأهلية، وإذا زالت موانع الأهلية يبقى شرط التحكيم مرتبا لآثاره في مواجهة الخلف العام.⁴⁴ ومن الجدير ذكره ما تؤكد المادة (6) من قانون التحكيم الفلسطيني⁴⁵ إذا كان أحد الورثة ناقص الأهلية أو فاقد الأهلية لا يؤثر على صحة اتفاق التحكيم كون أن وليه من يتولى تنفيذ الاتفاق بنيابة عنه، والقوة الملزمة لاتفاق التحكيم تقدر لدى إرادة الأطراف.

وهالك من يؤيد انه لا يوجد ما يمنع من امتداد هذا الأثر إلى الخلف العام حتى لو كان غير راشد، تطبيقا للقواعد العامة الخاصة بالعقود، بالتالي من الجائز أن يتمسك هذا الخلف باتفاق التحكيم طالما كان قائما ولم يفسخ العقد الأصلي، أما إذا اختلف الورثة ما بين موافق على التمسك بالدفع باتفاق التحكيم وبين رافض له، فإن الفقه يذهب إلى أن التحكيم يقيد من قبله ولا يلتزم به من لم يقبله، هذا إذا كان موضوع الدعوى (النزاع) قابلا للتجزئة، أما إذا لم يكن قابلا للتجزئة فإن الأمر كله يدخل في اختصاص القضاء العادي في الدولة.⁴⁶

ب) حالة امتداد اتفاق التحكيم إلى الخلف العام عندما يكون السلف شخصا معنويا:

يعتبر الشخص المعنوي من الخلف العام وتحقق هذه الحالة خصوصا عند اندماج الشركات، والسؤال هنا، هل تلتزم الشركة الجديدة (المندمجة) التي حصل معها الاندماج باتفاق التحكيم الذي كانت الشركة الأولى قد أبرمته

⁴² صلاح النجار، الآثار المترتبة على اتفاق التحكيم، دراسة تحليلية مقارنة، جامعة الأزهر، 2014، ص 20.

⁴³ حمزة حداد، مرجع سابق، ص 185.

⁴⁴ أنظر، حسني المصري، مرجع سابق، ص 149، وأنظر فهيمة قماري، مرجع سابق، ص 140.

⁴⁵ قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2003، منشور على الموقع <http://muqtafi.birzeit.edu/pg/getleg.asp?id=13486>

⁴⁶ إبراهيم جوهري إبراهيم، مرجع سابق، ص 176.

مع من كانت تتعامل معه؟ وهل أن الشركة التي تم الاندماج معها تكون ملتزمة باتفاق التحكيم التي كانت الشركة الأولى قد اتفقت عليه في عملياتها مع الآخرين؟

بالنسبة لحالة اندماج الشركات بصفاتها ذات شخصية اعتبارية، فإذا كانت شركة قائمة ثم انقضت هذه الشركة بالاندماج،⁴⁷ فإن الشركة الجديدة تنتقل إليها أحكام اتفاق التحكيم بكل آثاره وذلك باعتبارها خلفاً عاماً للشركة المندمجة وتحل بقوة القانون محلها بما لها من حقوق وما عليها من التزامات،⁴⁸ والشركة المندمجة الجديدة تصبح وحدها الجهة التي يمكن مخصصتها بشأن هذه الحقوق والالتزامات⁴⁹ التي يربتها اتفاق التحكيم لا الشركة المندمجة التي انقضت شخصيتها بالاندماج وتعتبر في حكم العدم.⁵⁰

ومن التطبيقات العملية بموجب التشريعات الفلسطينية في هذا الشأن، عملية اندماج المصارف التي تمت في فلسطين سيما نص المادة 67 من القرار بقانون رقم (9) لسنة 2010 بشأن المصارف وبدلالة المادة (64)⁵¹ وهي تحت بند انتقال الحقوق والالتزامات:

⁴⁷ الاندماج يتم طرق عديدة منها بطريق المزمج أو أي طريق آخر يحددها القانون الخاص باندماج الشركات، وأيضا سواء كان اندماج شركة مع شركة أخرى، أو تندمج شركتان وتتشأ شركة جديدة مكانهما، انظر محمد مقداد، مرجع سابق، ص 200

⁴⁸ أنظر أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 50، وفهيمه قماري، مرجع سابق، ص 148، وحسني المصري، مرجع سابق، ص 149، محمد مقداد، مرجع سابق، ص 201.

⁴⁹ ذهبت محكمة النقض المصرية في حكم لها فقضت بان اندماج الشركة في أخرى، مؤداها زوال شخصية الشركة المندمجة وخلافة الشركة الدامجة فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات، وتكون الشركة الدامجة وحدها هي الجهة التي تختصم في خصوص الحقوق والالتزامات، لأن الشركة المندمجة التي زالت شخصيتها قد انقضت بالاندماج، وقرار آخر قضت محكمة استئناف باريس انظر، فهيمه القماري، مرجع سابق، ص 145 وما بعدها.

⁵⁰ محمد بني مقداد، مرجع سابق، ص 201.

⁵¹ 1- لسلطة النقد الحق في إصدار قرار دمج مصرف أو جزء منه في مصرف آخر أو أكثر بموافقة الجمعية العمومية للمصرف الذي يتم الدمج وهيئته العامة وبغض النظر عن موافقة المصرف محل الاندماج وهيئته العامة، وذلك في أي من الحالات التالية:

أ. عدم مقدرة المصرف على تلبية متطلبات سلطة النقد المتعلقة بالحد الأدنى لرأس المال والاحتياطيات، أو إذا لم يعد قادراً على الوفاء بالتزاماته.

ب. عدم التزام مجلس إدارة المصرف أو الإدارة التنفيذية بأحكام هذا القانون والتعليمات والقرارات الصادرة بمقتضاه وذلك بعد استنفاد الإجراءات الواردة في المادة (53) من هذا القانون.

ج. تكرار مخالفة المصرف لأحكام هذا القانون أو أية أنظمة أو تعليمات أو قرارات صادرة بمقتضاه وبحيث أدت هذه المخالفات إلى تحقيق خسائر أثرت سلباً على المركز المالي للمصرف وبما يشكل تهديداً لمصلحة المودعين أو تهديداً لاستقرار الجهاز المصرفي في فلسطين.

د. استغلال أو تبديد أموال المصرف من قبل الأطراف ذوي الصلة وعدم الالتزام بالتصويب، عبر حصولهم على تسهيلات بدون موافقة خطية مسبقة من سلطة النقد، أو حصولهم على شروط تفضيلية في المنح عن الشروط المطبقة على عملاء المصرف، أو تجاوز الحدود المقررة من سلطة النقد لتسهيلات ذوي الصلة، أو عدم الالتزام بتسديد تسهيلات ذوي الصلة المتعثرة.

هـ. إساءة استخدام أموال المصرف عبر توظيفها في أوجه استثمار ذات مستويات مخاطر عالية نتج عنها تعريض المصرف لمخاطر تحقيق خسائر

1- مع مراعاة أحكام التشريعات الأخرى ذات العلاقة، ينتقل حكماً للمصرف الناتج عن الاندماج أو التملك ما يلي:

أ. جميع الحسابات، والودائع، والتسهيلات الائتمانية القائمة لدى المصارف المندمجة وجميع ضماناتها الشخصية والعينية. وذلك دون الحاجة للحصول على موافقة أي عميل أو كفيل أو رهن أو مستفيد أو أي شخص آخر.

ب. جميع حقوق والتزامات المصارف المندمجة سواء عقود عمل أو أية عقود أخرى.

أ) يحل المصرف الناتج عن الاندماج محل المصارف المندمجة في جميع الأمور والإجراءات بما في ذلك الدعاوي والإجراءات القضائية المقامة من قبلها أو ضدها.

ب) يكون مجلس إدارة المصرف الناتج عن الاندماج مسؤولاً عن أداء ونتائج أعمال المصرف المندمج.

حيث أجازت سلطة النقد للمصارف الإندماج فيما بينها وأحالت كافة الحقوق والالتزامات الواردة في العقود بين الغير والمصرف المندمج الى المصرف الناتج عن الاندماج وذلك حكماً بنص القانون ويشمل ذلك بطبيعة الحال اتفاق التحكيم بين الغير والبنك المندمج الى البنك الناتج عن الاندماج.

وبالرغم من أن البعض اعتبر هذه الحالة ليست استثناء على مبدأ نسبية اتفاق التحكيم باعتبار أن الشركة المندمجة تعد من الخلف العام، وبالتالي ليست من الغير، بل هي تطبيق للمبدأ ولا تعد من حالات امتداد اتفاق التحكيم للغير.⁵²

جسيمة في محفظة المصرف أثرت سلباً على المركز المالي للمصرف.

و. مخالفة المصرف لنسب التملك في رأس المال المحددة وفق هذا القانون والأنظمة والتعليمات والقرارات ذات العلاقة دون الحصول على موافقة خطية مسبقة من سلطة النقد.

ز. إذا توقف المصرف مدة تتجاوز ثلاثة أشهر عن تلقي الودائع من الجمهور أو غيرها من الأموال القابلة للرد، أو توقف عن منح الائتمان والتمويل بأنواعه وأشكاله.

ح. بناءً على توصية المسؤول المفوض المعين.

ط. إذا ارتأت سلطة النقد ضرورة لذلك وبما يحقق المصلحة العامة ويعزز من متانة وسلامة الجهاز المصرفي.

⁵² محمود الشراوي، التحكيم التجاري الدولية، دار النهضة العربية، 2011، ص148، أنظر، سميحة القليوبي، اتفاق التحكيم، 2010، منشور على الموقع الإلكتروني aleyarbitration.blogspot.com.

بالنسبة للقضاء الفرنسي بأنه في حالة اندماج عدة شركات لا تلتزم الشركة التي لم تكن طرفا في اتفاق التحكيم بهذا الاتفاق وإن كانت الشركة المندمجة معها قد عقدت الاتفاق المذكور، وذلك أيضا بالنسبة للقانون المدني الفرنسي في المادة (1165)،⁵³ ورغم أن هنالك قرار آخر مخالف لمحكمة استئناف باريس بأن اندماج شركة في شركة أخرى يترتب عليه انتقال شرط التحكيم من الشركة المندمجة إلى الشركة الدامجة

أما الحالة التي يحصل فيها الانقسام لإحدى الشركات الكبرى، فإن الشركة المتولدة من الانقسام⁵⁴ تعتبر خلفا قانونيا للشركة الأم باعتبارها شخص معنوي بالتالي تلتزم باتفاق التحكيم الذي أبرمته هذه الشركة قبل الانقسام، ويستطيع الطرف الآخر في اتفاق التحكيم المدرج في العقد الأصلي المبرم بينه وبين الشركة الأم مطالبة الشركة الوليدة بالالتزام باتفاق التحكيم.⁵⁵

وأكدت محكمة النقض المصرية في حكم لها إذا قضت بأن اندماج الشركة في أخرى، مؤداه زوال شخصية الشركة المندمجة وخلاف الشركة الدامجة لها خلافة عامة، فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات وتكون الشركة الدامجة وحدها هي الجهة التي تختصم في خصوص هذه الحقوق والالتزامات لأن الشركة المندمجة التي زالت انقضت بالاندماج.⁵⁶

الفرع الثاني: أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للخلف الخاص

الخلف الخاص هو من يخلف غيره في شيء، أو في جزء شائع من هذا الشيء، أو في حق عيني عليه، كالمشتري الذي تنتقل إليه ملكية المبيع من البائع، كالموصى له الذي يخلف الموصي في جزء من تركته.⁵⁷

القاعدة أن الالتزامات الناشئة عن عقد أبرمه السلف تنتقل إلى الخلف لأنها مقابل للحقوق التي انتقلت إلى الخلف الخاص بموجب هذا العقد، ومن ثم يلتزم الخلف بالسير في إجراءات التحكيم ويفرض عليه الحكم الصادر من المحكم كما يكون حجه له، رغم أنه هنالك حالات لا ينتقل أثر العقد إلى الخلف الخاص.

⁵³ فوزي سامي، مرجع سابق، نسخة 1997، ص 227.

⁵⁴ قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بأن الشركات السبع الناتجة عن انقسام الشركة التي كانت طرفا في الاتفاق المنصوص فيه على شرط التحكيم يلتزم على وجه التضامن بمقتضى هذا الشرط، أنظر، فهيمة القماري، مرجع سابق، ص 146.

⁵⁵ أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 448، وفهيمة القماري، مرجع سابق، ص 142.

⁵⁶ الطعن رقم (140) لسنة 1972 جلسة 36ق/ 23 الجزء الثاني، ص 905.

إذا تعلق الأمر بإنشاء حق في ذمة شخص معين لصالح شخص آخر، في هذه الحالة لا يكون هذا الشخص خلفا خاصا وإنما يكون مجرد دائن له فقط، لأن العلاقة بينهما تقتصر على إنشاء حقوق شخصية، فعقد الإيجار يؤدي إلى إنشاء حق للمستأجر في ذمة المؤجر دون أن يكون لهذا الحق وجود من قبل، والحالة الثانية، اكتساب ملكية الشيء بالتقادم، فمن يمتلك عينا بالتقادم لا يعتبر خلفا خاصا لمالكها، لأنه لا يتلقى الملكية عنه، وإنما اكتسب الملكية بطريق أصلي عن غير طريق صاحبها فهو يمتلك العين بسبب من أسباب الملكية وليس بسبب ناقل، والحالة الأخيرة إذا تعلق الأمر بمجرد عودة حق من الحقوق إلى صاحبه الأصلي، فالبايع الذي يسترد المبيع من المشتري، بعد فسخ البيع أو إبطاله، لا يعد خلفا خاصا للمشتري، وذلك ليس بالأثر الرجعي للفسخ أو الإبطال يجعل الملكية لم تنتقل أصلا إلى المشتري بل ظلت للبائع، فلا يصح أن يقال أنه تقاها من المشتري ثانية.⁵⁸

نصت المادة (153) من المشروع المدني الفلسطيني غير المطبق في الضفة والمطبق بغزة، أنه "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى الخلف الخاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه، وهي ذاتها المادة 146 من القانون المدني المصري.⁵⁹

ولأنصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص يجب أن تتوفر شروط معينة:

1- أن يكون العقد الذي أبرمه السلف سابقا على العقد الذي انتقل به الشيء إلى الخلف الخاص، أما العقود التي يبرمها السلف بعد انتقال الشيء إلى الخلف الخاص، فإن هذه العقود لا تسري في مواجهته ويعتبر من الغير بالنسبة لها،⁶⁰ أي أن يكون تاريخ العقد سابقا بتاريخ ثابت على تاريخ العقد الذي انتقل به إلى الخلف الخاص.

58 فهيمه القماري، مرجع سابق، ص151

59 نصت المادة على أنه "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي تنتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته، وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه".

60 عثمان ناصر، مرجع سابق، ص189.

2- أن يكون الخلف الخاص عالما بتلك الحقوق وقت انتقال الحق أو الشيء إليه، وبالتالي ينصرف أثر اتفاق التحكيم الى الخلف الخاص للمتعاقد، ما لم ينص الاتفاق على غير ذلك.⁶¹ ويقصد هنا العلم الحقيقي والفعلية للالتزام.

ويختلف مدى سريان اتفاق التحكيم في حق الخلف الخاص في ثلاثة فروض: الفرض الأول، إذا كان اتفاق التحكيم مدرج مباشرة في العقد الأصلي الذي انتقل الى الخلف الخاص، في هذا الفرض، يكون العلم بشرط التحكيم متحققا بالضرورة تبعا لتحقيق العلم بالعقد الأصلي،⁶² فيسري اتفاق التحكيم بحق الخلف الخاص دون مشكلة. الفرض الثاني، إذا كان اتفاق التحكيم غير مدرج في العقد الأصلي ولكن مشار إليه فيه، فيكون للخلف الخاص أن يتمسك بعدم انتقال اتفاق التحكيم اليه رغم انتقال العقد الأصلي اليه،⁶³ وذلك عكس الخلف العام الذي تكلمنا عنه سابقا بأنه يكتسب صفة الطرف في اتفاق، ولو كان يجهل وجود هذا الاتفاق اذ ينتقل اليه بقوة القانون، والفرض الثالث، أن لا يشتمل العقد الأصلي على اتفاق التحكيم ولم يشر فيه إلى أي اتفاق تحكيم، فهنا لا يسري اتفاق التحكيم في حق الخلف الخاص لجهله المؤكد بوجود اتفاق التحكيم، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية برفض إنتقال شرط التحكيم الى الخلف الخاص في سلسلة من عقود البيع، لجهل الشركة المدعية بوجود اتفاق التحكيم.⁶⁴

3- أن يكون الحق أو الالتزام من مستلزمات الشيء الذي انتقل الى الخلف الخاص وفقا لقاعدة الفرع يتبع الأصل،⁶⁵ وبالنسبة لامتداد اثار اتفاق التحكيم هنا في هذا الشرط ان تكون الحقوق والالتزامات محل البحث

⁶¹ محمد بني مقداد، مرجع سابق، ص 242.

⁶² قضت محكمة النقض الفرنسية سنة 1990 بأنه وان كان شرط التحكيم من ملحقات العقد الأصلي، فانه لا ينتقل الى المتعاقد الأخير الا اذا كان على علم به...، انظر الحكم Cass.Civ,6 November 1990,Rev.Arb,1991,P.73.

⁶³ مصطفى الجمال وعكاشة عبدالعال، مرجع سابق، ص 476، انظر عبد الباسط الضراسي، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، المكتب الجامعي الحديث، ط2، 2008، ص 191.

⁶⁴ تتلخص وقائع الدعوى في هذا الحكم في تعاقد شركة فرنسية (CFR) على شراء 125 طنا من الجازولين من شركة المانية (SMUR)، كانت الأخيرة قد حصلت على هذا المنتج من شركة (TRANSOL) التي كانت بدورها قد اشترته من الشركة الأوروبية (cep)، وعندما وصلت البضاعة الى ميناء (have)، اكتشفت الشركة الفرنسية أن المنتج غير صالح للاستعمال، فقامت برفع دعوى ضد الشركة البائعة لها (smar) وكذا ضد كل من شركتي (transol et CEF) وذلك أمام محكمة (GAVRE) التجارية، دفعت الشركة الأوروبية بعد اختصاص المحكمة التجارية بنظر النزاع لوجود شرط تحكيم في عقد البيع المبرم بينها وبين شركة (transol) وان هذا الشرط ينتقل الى الشركة المدعية باعتبارها خلفا

رفضت محكمة (HAVRE) هذا الدفع ومن بعدها استئناف (ROUEN) ثم محكمة النقض الفرنسية التي قررت في حكمها الصادر في 6 نوفمبر 1990 "ان شرط التحكيم، وان كان يعد واحدا من ملحقات العقد الدولي، فانه لكي ينتقل الى المتعاقد الأخير يجب ان يكون على علم به، والواضح أن الشركة المدعية (المشتري) كانت تجهل بجلاء وجود هذا الشرط، ولم يكن هناك انتقال تعاقدية لها، احمد مخلوف، مرجع سابق، ص 256.

⁶⁵ أحمد سويطي وعثمان التكروري، مرجع سابق، ص 309.

من مستلزمات الحق المستخلف فيه، فهو متحقق بالضرورة بالنسبة لاتفاق التحكيم، ذلك أن موضوع هذا العقد هو المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي ذاته، وليس غيره، فتكون من مستلزماته.⁶⁶

.واتفاق التحكيم باعتباره عقد فانه ينتقل الى الخلف الخاص بنفس الشروط السابقة، والتي تجعل الخلف الخاص في حال توافرها وكأنه هو السلف، ولا يعتبر من الغير في هذه الحالة، أما بدون توافر هذه الشروط فإن الخلف الخاص يصبح من الغير بالنسبة للعقود التي أبرمها السلف.

المطلب الرابع: القوة الملزمة لاتفاق التحكيم بالنسبة للدائنين

ان مدى تأثر الدائنين بالعقود التي يبرمها مدينهم كون ان العقود التي يبرمها مدينهم، يترتب عليها التأثير في ذمة المدين المالية سواء كان ذلك بالزيادة أو النقصان، وهو ما يؤدي في النهاية الى التأثير في حقوق الدائنين، وذلك لأن ذمة المدين المالية تعتبر هي الضامنة للوفاء بديونهم.⁶⁷

أن الدائن لا يعتبر خلفاً عاماً للمدين كون دائني المتعاقد يعتبرون من الغير بالنسبة للعقود التي يبرمها مدينهم لأنهم لن يتلقوا عنه كل ذمته المالية، كما أن الدائنين لا يعتبروا خلفاً خاصاً لأنه لم يتلقى عن مدينه حقاً على شيء معين، وبالتالي لا تنصرف إليه آثار العقود التي يبرمها المدين، فلا يخلفه في الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد، إلا أن الدائنين يتأثرون باتفاقات التحكيم التي يبرمها المدين وفقاً لقاعدة الضمان العام، والتي تقضي بأن أموال المدين ضامنة للوفاء بديون هؤلاء الدائنين.⁶⁸

قصد الدائن من اللجوء للتحكيم هو الغش والاضرار بالدائنين فانه يجوز لهؤلاء التمسك بعدم نفاذه في مواجهتهم وذلك لأن الغش يبطل جميع التصرفات، كما لا يجوز للدائنين ابرام اتفاق التحكيم مع الغير ضد المدين فيما يخصه من حقوق، ويكون لهم في هذه الحالة رفع الدعوى غير مباشرة للمطالبة بحقه من مدينه.⁶⁹

⁶⁶ مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، 476، انظر نادية معوض، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة، ط2، 2000-2001، ص95،

محمود الشرقاوي، مرجع سابق، ص147-148

⁶⁷ فهميمة القماري، مرجع سابق، ص193.

⁶⁸ انظر فتحي والي، مرجع سابق، ص 167، انظر أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 146، وانظر مها خواجا، مرجع سابق، ص75.

⁶⁹ أحمد ابو الوفا، مرجع سابق، ص164.

ويلاحظ ان الدائن ليس له الحق في إبرام اتفاق التحكيم مع الغير ضد المدين وذلك فيما يخصه من حقوق من قبل المدين الا انه يكون له الرجوع بدعوى غير مباشرة على المدين أمام القضاء مطالبا بحقه من المدين وانه يملك الحق في مباشرة الخصومة التحكيمية في التحكيم الذيسبق وأن عقده مدينه.⁷⁰

المبحث الثاني: نطاق سريان القوة الملزمة لاتفاق التحكيم

نقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب نتناول فيها: التعريف بمبدأ نسبية أثر اتفاق التحكيم في المطلب الأول، ومدى سريان مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم بالنسبة للغير في المطلب الثاني، ومعايير سريان اتفاق التحكيم بالنسبة للغير في المطلب الثالث، ومن ثم الأساس القانوني لسريان اتفاق التحكيم بالنسبة للغير في المطلب الرابع.

المطلب الأول: مبدأ نسبية أثر اتفاق التحكيم

الأشخاص الذين يضعهم القانون في حكم المتعاقدين، هم الخلف العام وأحيانا الخلف الخاص، إلا إذا تضمن العقد عكس ذلك، وهو ما يطبق على عقود التحكيم، ولكنه قد يمتد الى أشخاص آخرين فيصبحوا بحكم الأطراف فيه على الرغم من أنهم لم يوقعوا على اتفاق التحكيم.⁷¹

والغير الذي سوف نبحت آثار اتفاق التحكيم بالنسبة له هو الشخص الأجنبي عن العقد، حيث أن القاعدة العامة تستثني الغير من انصراف آثار اتفاق التحكيم اليه، سواء كان الأثر حقا أم التزاما، وفي هذا الصدد، ذكرت محكمة النقض المصرية أن خصومة التحكيم تتحدد بأطراف الاتفاق على التحكيم، والغير هو من ليس طرفاً في اتفاق التحكيم.⁷²

رغم تدخل المشرع والقضاء أحيانا لحماية الغير إذا كانت تربطه صلة بأحد أطراف العقد والذي يظهر بسببها التعارض بين مصالحه ومصالح الأطراف، فيخالف القواعد العامة التي يمثلها مبدأ نسبية آثار العقود والتي تعتبر الغير أجنبياً عن العقد لا يتأثر بما ينشأ من حقوق والتزامات، وحماية الغير اتخذت مظهرين: الأول

⁷⁰أنظر، فهيمة القماري، مرجع سابق، ص 193-194.

⁷¹ناصر عثمان، الدفع بالحصانة في مجال التحكيم، ط2، دار النهضة العربية، 2009، مصر، ص184.

⁷²نقض تجاري 7595 لسنة 81، جلسة 2014/2/13، منشور على موقع محكمة النقض المصرية، أنظر الرابط الالكتروني <https://www.cc.gov.eg/judgments>

يتمثل في افادة الغير من حق من الحقوق الناشئة عن العقد، والمظهر الثاني يتمثل في مد آثار العقد كلها الى الغير بحيث يصبح في حكم طرف العقد.⁷³

المطلب الثاني: معايير سريان اتفاق التحكيم بالنسبة للغير

يوجد معيار شكلي ومعيار موضوعي لتمييز الغير عن أطراف اتفاق التحكيم، كما يوجد معيار يعتمد على أثر الاتفاق، لذلك سنقوم بعرض هذه المعايير الثلاثة تباعاً.

أولاً: المعيار الشكلي (الكتابة)

لإعتبار الشخص طرفاً في اتفاق التحكيم يجب أن تكون إرادته مكتوبة وموقعة عليها من طرفي العقد، ويعتبر الاتفاق على التحكيم صحيحاً وملزماً لطرفيه فمن الضروري أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً حيث يعد اتفاق التحكيم صحيحاً في إطار المبادئ العامة إذا أبرم حسب ما يتطلبه القانون المحلي وهو في الغالب، وفقاً لمكان الإبرام أو القانون الذي يحكم الموضوع أو قانون الموطن المشترك أو قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين.⁷⁴

وإذا كان شرط التحكيم في رسائل وبرقيات متبادلة بين الطرفين يجب توافر الإيجاب والقبول بشأن التحكيم ويعتبر السكوت قبولاً إذا كانت هناك معاملات جارية بين الأطراف وكان التحكيم شرطاً فيها، أو إذا تعلق الأمر بتجديد عقد يتضمن شرط التحكيم أو إبرام عقد جديد يحيل الى العقد السابق المتضمن لشرط التحكيم.⁷⁵

ويجدر الإشارة إلى أنه تم النص في المادة (5) من قانون التحكيم الفلسطيني في الفقرة (2) و(3) منه يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من رسائل الاتصال المكتوبة.⁷⁶

⁷³ مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص536، وانظر لها الخواجا، مرجع سابق، ص 77.

⁷⁴ عبد المجيد منير، مرجع سابق، ص85

⁷⁵ محمود مختار بريرين مرجع سابق، ص 59.

⁷⁶ أنظر قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000، منشور على المقتفي، مرجع سابق.

ثانياً: المعيار الموضوعي (الإرادة)

لتمييز الطرف في العقد عن الغير فان مبدأ حرية التعاقد الذي هو نتاج سلطان الارادة وأن مبدأ المتعاقدين لا يلتزمون الا بإرادتهم ولا يلتزم أحد بعقد ليس طرفاً فيه حيث ان الإرادة قادرة على أن تتشـىء اتفاق التحكيم كتصرف قانوني وتحدد الآثار التي تترتب عليه، بحيث تكون الإرادة صاحبة السلطان في تحديد آثار اتفاق التحكيم كتصرف قانوني.

يذهب الفقه التقليدي في تمييز الطرف في العقد عن الغير الذي تبني مبدأ حرية التعاقد وهو نتاج مبدأ سلطان الارادة بأن المتعاقدين لا يلتزمون الا بإرادتهم ولا يلتزم أحد بعقد ليس طرفاً فيه، فمعيار الصفة للمتعاقد تكمن في ارادة التعاقد ووفقاً لهذا المنهج فانه يأخذ حكم الطرف طائفتين⁷⁷:

الطائفة الاولى: تكمن بالأشخاص الممثلون وتكمن إرادتهم في التمثيل الاتفاقي، فصفة الممثل القانوني تستمد من القانون وليس من ارادة الممثل التي لا وجود لها.

الطائفة الثانية: الخلف العام وهو في حكم الطرف في العقد الذي أبرمه السلف، ويأخذ الخلف مركز السلف دائماً أو مديناً، فان صفة المتعاقد يكتسبها الخلف كأثر للقانون ولو كان يجهل وجوده ودون اعتداد بإرادته، ومنهم الغير الحقيقي وتشمل الاشخاص الأجانب عن العقد ولا توجد بينهم اي رابطة قانونية، ومنهم الغير غير الحقيقي وهم يعتبروا ليسوا من الغير وليسوا بأطراف في العقد ومن هؤلاء الدائنون العاديون.

ثالثاً: معيار أثر الاتفاق

الالتزام بطبيعته رابطة شخصية بين ذمتين أو أكثر، فاذا كان مصدر الالتزام هو الاتفاق، فان هذا الاتفاق يعتبر حجة في مواجهة الجميع، فكل تصرف قانوني يعدل من مضمون حق سابق يخلق مركزاً واقعياً جديداً وهذا المركز له وجوده الموضوعي المطلق الذي يفرض احترامه على الجميع وان أضر بهم أو أفادهم بطريقة غير مباشرة.⁷⁸

فالاحتجاج بالعقد ينشأ على اعتباره واقعة اجتماعية الاثر الملزم للعقد يتولد عن كونه تصرفاً قانونياً والتمييز يجد أساسه في رغبة أطراف العقد في بسط آثاره على من ليس بطرف فيه أي ان له أثراً انعكاسياً تجاه الغير

⁷⁷ محمد شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، دار النهضة، ط1، القاهرة، ص21.

⁷⁸ سحر الدرة، مجلة بحوث الشرق الأوسط، العدد (49) ص 294، منشور على الرابط الالكتروني https://merci.journals.ekb.eg/article_52662.html تاريخ الزيارة 2019/3/7.

ورغبة الغير في البقاء في مأمن من كل اعتداء على حريته، بإعمال الاثر النسبي للعقد وهو مبني على التمييز بين القوة الملزمة للعقد والاحتجاج به يسمح بفض التنازع، فالأثر الملزم لا يمس الغير فحريته مصونة وإن كان يمكن الاحتجاج به في مواجهة الكافة، وذلك احتراماً للطابع الاجتماعي والواقعة الاجتماعية.⁷⁹

المطلب الثالث: الأساس القانوني لسريان اتفاق التحكيم بالنسبة للغير

ينبغي أن يكون واضحاً من البداية أنه لتحديد مفهوم الغير فيما يتعلق باتفاق التحكيم، أن تكون لهذا الغير⁸⁰ شخصية قانونية مستقلة عن الشخص الذي أبرم اتفاق التحكيم، فإذا كان الغير الذي لم يوقع على اتفاق التحكيم لا يتمتع بأي شخصية قانونية مستقلة عن الطرف الذي وقع على الاتفاق، فإنه لا يعتبر غيراً في هذه الحالة، والمثال الواضح لذلك الشخص المعنوي العام مثالها الشركات إذا لم تكن تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن الدولة، فهي لا تعتبر غيراً في هذه الحالة.⁸¹ ويجدر الإشارة أن التعامل التجاري نجد في بعض الأحيان أن أشخاصاً ممن هم خارج الاتفاق الخاص بالصفقة التجارية يلتزمون بموجب الاتفاق.⁸²

حيث أنه لا يختلف موقف الفقه الفرنسي في هذا الشأن عن موقفه قضائياً، إذا اتجه بدوره أيضاً إلى إمكانية امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير تبعاً لانتقال العقد الذي ورد به أو الالتزامات التي أنشأها، فالشرط ما هو إلا ملحق أو تابع أساسي لهذا العقد أو الالتزام، وفي هذا الصدد، يؤكد البعض منهم على أن مصير شرط التحكيم متوقفاً على مصير العقد الأصلي، وأنه حتى يتسنى تأمين قيام شرط التحكيم بوظيفته في خدمة العقد التي ورد به يجب انتقاله تبعاً لانتقال العقد الأصلي أو الالتزامات التي أنشأها هذا العقد، حيث أن الأساس القانوني لامتداد اتفاق التحكيم إلى شخص لم يوقع العقد الذي ورد به ولم يكن ممثلاً فيه عند القضاء الفرنسي يكمن في تبعية للعقد الذي ورد به، إذ ينتقل بانتقال هذا العقد أو بانتقال الالتزام الذي أنشأه.⁸³

فتأسيس إمتداد اتفاق التحكيم إلى الغير بانتقال العقد الذي ورد به الشرط إليه أو بانتقال الالتزامات المتولدة عنه يتفق مع قواعد القانون فالقاعدة أن " الفرع يتبع الأصل " أو أن " الملحقات تتبع الأصل " والملحقات هي الحقوق والالتزامات التابعة للأصل، أي الحق المنقول إلى الغير أو الحق المستخلف فيه، وتكون ملحقة به لكي يتمكن صاحب الحق بجميع هذه الحقوق والالتزامات من أن يستعمل حقه للغرض المقصود منه، حيث أن شرط

⁷⁹ نور شحاته، مرجع سابق، ص 27

⁸⁰ نور شحاته، مرجع سابق، ص 26

⁸¹ ناصر عثمان، الدفع بالحصانة القضائية في مجال التحكيم، دار النهضة العربية، ط2، 2009، ص 181.

⁸² فوزي محمد سامي، مرجع سابق، ص 217

⁸³ مها خواجا، مرجع سابق، ص 28

التحكيم بالمفهوم المتقدم بشأن الملحقات، يعد ملحقاً للحق الأصل وفرعاً لا يمكن أن ينفصل عنه، فإذا انتقل الحق الى الغير انتقل اليه شرط التحكيم.⁸⁴

لهذا نصت المادة (208) من القانون المدني الأردني "لا يرتب العقد شيئاً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً"،⁸⁵ أما القانون المدني المصري فقد نص في مادته "145" أنه لا تنصرف الى الغير الذي لم يكن طرفاً فيه ولم تربطه صلة بأي من طرفيه، سواء كانت هذه الاثار حقاً أم التزاماً، وإذا كان يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعنة (المشتريّة) قد اتفقت مع الشركة البائعة بمقتضى عقد البيع المبرم بينهما على ان كل نزاع ينشأ عن هذا العقد يكون الفصل فيه من اختصاص هيئة التحكيم، واذ لم تكن الشركة الناقلة طرفاً في هذا العقد، وانما تتحدد حقوقها والتزاماتها على أساس عقد النقل المبرم بينها وبين الشركة البائعة فان شرط التحكيم الوارد في عقد البيع لا يمتد أثره الى الشركة الناقلة، ولا يجوز لها التمسك به عند قيام النزاع بين هذه الاخيرة وبين الطاعنة (المشتريّة)،⁸⁶ وذلك تطبيقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقود.⁸⁷

ويرى جانب أنه في كل حالة تدخل فيها الغير في اجراءات التحكيم دون أن يلاقى اعتراضاً من قبل أطراف الاتفاق فان هذا الغير يصبح حينئذ طرفاً في اتفاق التحكيم كما لو كان قد وقع عليه منذ الأصل، ومن ثم يحتج عليه بكافة الشروط التي تتعلق بهذا الاتفاق،⁸⁸ أما بالنسبة لحجية حكم التحكيم بالنسبة للغير فانه يؤثر في مركزهم القانوني، وذلك لصلتهم القانونية بأحد أطراف هذا الاتفاق.⁸⁹

المبحث الثالث: سريان اتفاق التحكيم بحق الغير استثناء على مبدأ نسبية أثر العقود

إذا كانت القاعدة أن الغير لا يكتسب حقاً ولا يتحمل التزاماً من العقد الذي أبرمه غيره وذلك استناداً لمبدأ نسبية أثر العقود، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة، بل توجد كثير من الحالات التي يسري فيها اتفاق التحكيم بحق الغير وذلك استثناء من قاعدة نسبية أثر اتفاق التحكيم.

⁸⁴ مها خواجا، مرجع سابق، ص 83.

⁸⁵ القانون المدني الاردني، رقم (43) لسنة 1976.

⁸⁶ للمزيد حول القضية، أنظر حفيظة الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007، لبنان، ص 255 وما بعدها.

⁸⁷ علي عوض حسن، التحكيم الاختياري والاجباري في المنازعات المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2001، ص 80.

⁸⁸ أحمد مخلوف، مرجع سابق، ص 258.

⁸⁹ محمود بريوي، مرجع سابق، ص 264.

وبناء عليه، نقسم هذا الفصل إلى مبحثين: نتناول في المبحث الأول حالات سريان اتفاق التحكيم بحق الغير استنادا لاعتبارات شخصية، ونخصص المبحث الثاني لدراسة حالات سريان اتفاق التحكيم بحق الغير استنادا لاعتبارات موضوعية.

المطلب الأول: سريان اتفاق التحكيم بحق الغير لاعتبارات شخصية

نعالج في هذا المبحث عدة حالات تتعلق بسريان اتفاق التحكيم بحق الغير لاعتبارات شخصية، بحيث تشمل: التعهد عن الغير، والاشتراط لمصلحة الغير، والكفالة، والتضامن، والوكالة، والحوالة، ونخصص لكل منها مطلباً مستقلاً.

المطلب الأول: التعهد عن الغير

سنعرض في فرعين مفهوم التعهد عن الغير، ثم نتناول آثار هذا التعهد بالنسبة لاتفاق التحكيم.

الفرع الأول: مفهوم التعهد عن الغير

التعهد عن الغير هو عقد بين طرفين أو شخصين يتعهد فيه أحدهما وهو المتعهد في مواجهة الطرف الآخر وهو المتعهد له بأن يجعل شخصاً ثالثاً من الغير يلتزم بعمل معين، وقد يكون تعهده صريحاً بالصيغة ذاتها، أو ضمناً يستقى من بنود الاتفاق.⁹⁰ ويكون التزام المتعهد بعمل معين هو التزام ببذل عناية لدى البعض والالتزام بتحقيق نتيجة لدى البعض الآخر.⁹¹

ويخضع التعهد عن الغير للشروط العامة في العقود، ولكنه يخضع لشروط خاصة تتمثل في أن يتعاقد المتعهد باسمه ولحسابه لذلك تنصرف آثار العقد إليه هو وليس إلى الغير، وأن يكون محل الالتزام هو حمل الغير على القيام بعمل معين. ونصت المادة (155) من مشروع القانون المدني الفلسطيني على أنه:

⁹⁰ أنظر عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص713، ومحمد منصور، مرجع سابق، ص328، فهمية القماري، مرجع سابق، ص204، وأنور

سلطان، مرجع سابق، ص313، وإبراهيم جوهر، مرجع سابق، ص177.

⁹¹ مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، ج1، مرجع سابق، ص458.

1- إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر، فلا يلزم الغير بتعهدده، فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به.

2- إذا قبل الغير هذا التعهد فان قبوله لا ينتج أثرا الا من وقت صدوره ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول الى الوقت الذي صدر فيه التعهد.⁹²

فتطبيقا لقاعدة نسبية أثر العقود، فإذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر معين، فلا يكون لهذا التعهد أثر في إلزام الغير بهذا العقد، وكل ما هنالك أن المتعهد يتعهد بالوفاء بالتزام بعمل شيء، وهو الحصول على موافقة الغير على القيام بالأمر المتعهد به.⁹³

الفرع الثاني: آثار التعهد عن الغير بالنسبة لاتفاق التحكيم

ان التعهد عن الغير في مجال التحكيم يحدث في الواقع العملي عندما تدعو الحاجة الى اللجوء للتعهد عن الغير بسبب تعذر الحصول على موافقة صاحب الشأن بصدد عقد معين، وكان هذا العقد يتضمن اتفاق تحكيم، ويتم اللجوء الى التعهد عن الغير في مواقف عديدة،⁹⁴ منها عدم وجود صاحب الشأن وغيابه ويكون المطلوب هو الحصول على موافقته على شرط التحكيم، وعند عدم وجود نيابة قانونية أو اتفاقية على ابرام اتفاق التحكيم.⁹⁵

⁹²المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، المنشور على موسوعة القضاء والتشريع الفلسطيني المقتفي.

⁹³عثمان التكروري واحمد سويطي، مرجع سابق، ص313.

⁹⁴ وهذا هو الحال مثلا في الشركاء على الشيوع عندما يكون بينهم قاصر، فإذا أراد هؤلاء بيع المال الشائع دون الحصول على اذن المحكمة، فليس أمامهم من سبيل سوى التعاقد مع المشتري عن أنفسهم مع التعهد له بالحصول على موافقة القاصر عند بلوغ سن الرشد، وهذا هو الحال أيضا عندما يريد الوصي بيع مال القاصر بغير اذن المحكمة متجاوزا حدود نيابته القانونية، فيبرم العقد مع المتعهد لمن حصل التعاقد معه بالحصول على اقرار القاصر له عند بلوغه سن الرشد، وقد يكون العقد في هذه الحالة أو تلك متضمنا لشرط التحكيم، فينصرف التعهد عن الغير اليه بمثل ما ينصرف الى العقد الأصلي. انظر مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص457.

⁹⁵ وذلك في حالة أن تعرض لأحد الأخوة فرصة لإبرام صفقة باسمه واسم اخوته في غيابهم، ويصر الطرف الاخر على شرط التحكيم، ولا يكون لدى الطرف الأول توكيل خاص بالموافقة على ابرام التحكيم، فيقوم بإبرام العقد من الطرف الآخر عن نفسه ويتعهد لهذا الاخير نظرا لعدم توافر سلطة النيابة عن اخوته لديه بأن يحصل على موافقة بقية الاخوة على الصفقة وعلى شرط التحكيم.

⁹⁵ والحقيقة للغير مطلق الحرية ف قبول التعهد أو رفضه، انظر مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 456، وفيهمة القماري، مرجع سابق، ص204.

ويترتب على المتعهد الواعد بالحصول على موافقة الغير بأن يكون موافقا على اتفاق التحكيم الوارد في العقد، والتصرف المبرم بين المتعهد والمتعهد له لا يلزم الغير بشرط التحكيم، فيظل هذا الأخير أجنبيا عنه.⁹⁶ لذلك يكون اتفاق التحكيم ساريا بحق المتعهد الى أن يبدي الغير موقفه من العقد وهنا نكون أمام ثلاثة فروض:

الفرض الأول: أن يوافق الغير على العقد وعلى اتفاق التحكيم، بحيث يصبح الغير طرفا في اتفاق التحكيم من لحظة قبوله للتعهد، وفي هذه الحالة يكون المتعهد قد أوفى بالتزامه ولا يكون مسؤولا عن عدم تنفيذ الغير لالتزامه الا اذا وجد شرط في العقد يلزمه بذلك⁹⁷ وميعاد قبول الغير للعقد ولاتفاق التحكيم الوارد في العقد هي مسألة مهمة لاتفاق التحكيم كون اتفاق التحكيم قد يكون محدد بمدة زمنية معينة، يجب ان يصدر حكم التحكيم المنهي للنزاع خلالها، وفي حالة عدم صدور هذا الحكم خلال تلك المدة ينقضي اتفاق التحكيم وينظر في النزاع القضاء العادي.⁹⁸

الفرض الثاني: أن يرفض الغير العقد فلا يمكن الزامه بعقد لم يكن طرفا فيه فهنا لا تترتب عليه أية مسؤولية بسبب هذا الرفض، ولا يسري العقد واتفاق التحكيم بحقه، ويترتب عليه عدم قدرة المتعهد بتنفيذ التزامه بحمل الغير على الموافقة على العقد واتفاق التحكيم الوارد به، ويكون مسؤولا اتجاه المتعهد له عن هذا الاخلال بتنفيذ التعهد، ويتحمل وحده تعويض المتعهد له عن الضرر الذي أصابه من جراء عدم الوفاء بالتزامه، طبقا لأحكام المسؤولية العقدية، الا اذا قبل المتعهد له أن يقوم المتعهد بنفسه بتنفيذ التعهد أو التنفيذ من قبل شخص ثالث اذا كانت طبيعة العقد تسمح بذلك.⁹⁹

وفي حكم آخر قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 16/7/1992 بأنه: "إذا تعهد شخص على حمل شخص أو أشخاص آخرين على اقراض المتعاقد معه، فان شرط التحكيم الوارد في عقد التعهد لا يحتج به في مواجهة الغير متى قبل اقراض المتعاقد مع المتعهد".¹⁰⁰

الفرض الثالث: ان يوافق الغير على العقد ولا يوافق على اتفاق التحكيم بالتالي يسري العقد بحق الغير في هذه الحالة ولكن لا يسري اتفاق التحكيم بحقه. ويلاحظ هنا أن الغير يكون له مطلق الحرية في الموافقة على اتفاق التحكيم أو عدم الموافقة، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 16 يوليو سنة

⁹⁶ منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص 149.

⁹⁷ فتحي والي، مرجع سابق، 958، أنظر فهيمه القماري، مرجع سابق، ص 205

⁹⁸ فهيمه القماري، مرجع سابق، ص 208.

⁹⁹ مها خواجا، مرجع سابق، ص 93.

¹⁰⁰ Cass. Civ, 16 juillet 1992, rev. Arb, 1993,P. 611, note Ph.Delebecque.

1992،¹⁰¹ وفي جميع الأحوال فإن اتفاق التحكيم يعتمد على إرادة الأطراف بداية ونهاية، وبالتالي فإنه لا يمكن إجباره على اتفاق لم يوقع عليه.¹⁰²

المطلب الثاني: الاشتراط لمصلحة الغير

إن قاعدة الاشتراط لمصلحة الغير تعتبر خروجاً على مبدأ نسبية أثر العقد، وذلك لأنه يترتب على العقد المبرم بين المتعهد والمشتراط حقاً مباشراً للمستفيد دون أن يكون طرفاً في العقد أو خلفاً عاماً أو خلفاً خاصاً لأحد الأطراف.

وقد نظم مشروع القانون المدني الفلسطيني والذي أصبح القانون رقم 4 لسنة 2012 المطبق في غزة في المواد (156-158) الاشتراط لمصلحة الغير، حيث عرفه على أنه " إبرام شخص يسمى "المشتراط" عقد مع آخر يسمى "المتعهد" لمصلحة أجنبي عن العقد، يسمى "المنتفع" الذي ينشأ له حق مباشرة قبل المتعهد، يستطيع أن يطالبه بالوفاء به بالرغم من أنه ليس طرفاً في العقد".¹⁰³

ولتحقيق الاشتراط لمصلحة الغير يجب توافر أمرين معاً: الأول: أن يكون التعاقد باسم من يبرم العقد ولكن لمصلحة شخص آخر يظهر في العقد، ذلك أنه إذا أبرم شخص العقد باسم شخص آخر يتعاقد لحسابه فنكون بصدد نيابة أو فضالة. وإذا كان من يبرم العقد يبرمه باسمه الشخصي، وكان في الحقيقة يبرمه لصالح شخص آخر ولكن هذا الشخص لا يظهر في العقد، دون وكالة أو نيابة¹⁰⁴، أو فضالة،¹⁰⁵ على نحو ما فنكون بصدد

¹⁰¹ نصت أن الاتفاق بين المتعهد وبين المتعهد له لا يلزم الغير بشرط التحكيم المذكور أو عدم الموافقة بالتالي فهو يظل أجنبياً عن العقد وبالتبعية عن اتفاق التحكيم أنظر فهيمه القيماري، مرجع سابق، ص 207.

¹⁰² فهيمه القيماري، مرجع سابق، ص 213.

¹⁰³ المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، 2003، ديوان الفتوى دار التشريع، الوقائع الفلسطينية، 1433هـ-1012، ص177، وقد نظمت المواد (210-212) من القانون المدني الأردني الأحكام القانونية النازمة للاشتراط لمصلحة الغير، وهو بدوره يعد استثناء من المبدأ العام الذي يجعل العقود لا تؤثر ولا نفعا ولا ضرراً في مصالح الغير، وهو يضعنا أمام عقد يبرم بين شخصين ويستفيد منه شخص ثالث، ويترتب على هذا الاشتراط أن يكتسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه.¹⁰³

¹⁰⁴ قد تحول الظروف بين الشخص وبين القيام بنفسه بإبرام ما يحتاج إليه من عقود، فيقوم شخص آخر بإبرام هذه العقود نيابة عنه، فبمثل هذه الحالة ينعقد العقد ليس بإرادة الموكل صاحب المصلحة والذي يسمى الأصيل، وإنما بإرادة الشخص الآخر هو الوكيل عنه، ولا يحول ذلك دون أن يعتبر الموكل الذي تم التعاقد باسمه هو ما ينشأ عن العقد من حقوق واليمين بما ينشأ عنه من التزامات قبل الطرف الآخر. أنظر، مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال مرجع سابق ص453.

¹⁰⁵ وهي إذا ما أقر الأصيل أعمال الفضولي، فهذا الإقرار يجعل من الفضولي نائباً عنه فيما أجراه من تصرف لصالحه، فإذا ما كان التصرف ملحقاً به شرط التحكيم، امتد الإقرار إلى هذا الشرط بالتبعية. أنظر المرجع السابق.

صورية تعرف بالاسم المستعار.¹⁰⁶ الثاني: الذي يلزم توافره لقيام الاشتراط لمصلحة الغير هو أن يكون المتعاقدين قد قصدا انشاء حق خاص مباشر للغير وهو المستفيد.¹⁰⁷

والسؤال الذي يطرح بهذا الصدد، هل يلزم المستفيد باعتباره من الغير بشرط التحكيم المبرم بين المشتري والمتعهد؟

بداية يمكن القول إن آثار اتفاق التحكيم تلزم المشتري والمتعهد في علاقتهما ببعضهما البعض، أما بالنسبة لأثر شرط التحكيم الوارد في العقد بالنسبة للمستفيد فقد انقسم الفقه بهذا الصدد الى عدة اتجاهات:

الاتجاه الأول: بما أن حق المنتفع حق مباشر اكتسبه بالاشتراط لمصلحته، فانه يستطيع أن يستند في مطالبته الى العقد الذي أنشأ له حقا، وتبعا لذلك فانه يلتزم بما جاء به من شروط ومن بينها شرط التحكيم، ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك بين المشتري والمتعهد،¹⁰⁸ وعلى نحو اكثر تفصيلا فانه يترتب على الاشتراط لمصلحة الغير حقوقا مباشرة لهذا الغير في مواجهة المتعهد، وبالتالي يمكن للغير (المشتري لمصلحته) في عقد معين يتضمن اتفاق تحكيم أن يطالب المتعهد بتنفيذ هذا الاتفاق بهدف الحصول على حقوقه، وذلك بأن يوجه مطالبته للمتعهد عن طريق التحكيم، وكما يمكن أن يكون الغير طرفا في خصومة التحكيم، عن طريق التدخل فيها حال بدئها من قبل الطرفين الأصليين مطالباً بحقوقه الناتجة عن الاشتراط لمصلحته، وفي هذه الحالة يجب على الطرف المشتري في الاتفاق المطالبة بحقوقه من خلال اعمال شرط التحكيم الوارد في العقد بينه وبين الطرف الآخر فاذا ما صدر حكم التحكيم لمصلحته، فان للغير عندها الاستفادة من هذا الحكم، والحصول على حقوقه المشترطة لصالحه.¹⁰⁹ ومثالا على ذلك، عقد التأمين المتفق على احواله أي منازعة تتعلق به الى التحكيم، فاذا نشأ ذلك النزاع بعد وقوع الحادث المؤمن منه، وقضت هيئة التحكيم بأحقية المؤمن له أو المستفيد (المشتري لصالحه) للمبلغ المالي المبين في العقد، حينها يصبح للمستفيد كامل الحق في الاستفادة من هذا المبلغ، سواء أكان في شكل ايراد مرتب، أو دفعات مالية يتفق عليها.¹¹⁰

¹⁰⁶ هو وكيل، مجرد وكيل عادي، عهد اليه موكله بإبرام تصرف قانوني معين مع شخص من الاشخاص، مشترطا عليه أن يبرمه باسمه الشخصي دون أن يظهر شخصية موكله لمن يجري التصرف معه، ومن ثم من يعبر اسمه ليس سوى وكيل عن اعاره، لا فارق بينه وبين غيره من الوكلاء الا من حيث أن الوكالة المستترة، فكان الشأن شأنه في الظاهر مع كونه شأن الموكل، أما غيره من الوكلاء فوكالته سافرة، الشأن فيها للموكل ظاهرا وباطنا.

¹⁰⁷ مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط1، دون ناشر، ج1، 1998، ص484.

¹⁰⁸ مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص487، أنظر فهيمه القماري، مرجع سابق، ص221.

¹⁰⁹ محمد مقداد، مرجع سابق، ص244.

¹¹⁰ محمد مقداد، مرجع سابق، ص244.

ومن المسلم به أن الاشتراط لمصلحة الغير يرتب حقوقاً مباشرة للغير في مواجهة المتعهد، ولهذا فإنه يمكن للغير المشتراط لصالحه في اتفاق يتضمن اشتراطاً لمصلحة الغير أن يطلب أعماله لمصلحته فيطالب المتعهد بحقه عن طريق التحكيم، ويمكن أن يكون الغير المشتراط لصالحه طرفاً في خصومة التحكيم، سواء بأن يطلب بدئها أو أن يتدخل في خصومة التحكيم التي بدأت من أحد طرفي الاتفاق. ومن ناحية أخرى فإن المشتراط باعتباره طرفاً في الاتفاق أعمال شرط التحكيم الوارد في العقد الذي يتضمن اشتراطاً لمصلحة الغير، للمطالبة بحقوق هذا الغير بواسطة التحكيم.¹¹¹

وقد كان القضاء الفرنسي يعتبر المستفيد شخصاً من الغير بالنسبة لاتفاق التحكيم، حيث لم يكن بإمكانه التمسك بشرط التحكيم المبرم بين المشتراط والمتعهد، ولكنه عدل عن هذا التوجه، وأصبح يعتبر أن شرط التحكيم المدرج في العقد بين المشتراط والمتعهد يمكن التمسك به من قبل أو ضد المستفيد (الشخص الثالث) في الاشتراط لمصلحة الغير.¹¹²

فالاشتراط لمصلحة المنتفع أو المستفيد إنما هو مقرر بما يتضمنه من فائدة وما عليه من أعباء، أي يتعين على المنتفع أن يأخذ بكل ما يتضمنه الاشتراط لمصلحة الغير وهو ما يعني أن سريان شرط التحكيم بحقه أو عن سريانه يتحدد بحسب موقفه من العقد بالقبول أو الرفض له¹¹³، وهذا الرأي توافقه بعض أحكام القضاء الفرنسي¹¹⁴ إلى ضرورة الوقوف على إرادة المشرع في مبدأ نسبية أثر العقد وعدم التوسع في تفسير هذه الإرادة، فيقصد المشرع من الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون حقاً مباشراً مستفاد منه من عقد الاشتراط، دون أن يتحمل أي التزام ناشئ عنه، فالاشتراط لا يخول الغير ما يخوله للطرف في العقد من حقوق والتزامات.

ومن الأمثلة التطبيقية على مبدأ الاشتراط لمصلحة الغير الذي يتضمن انتقال شرط التحكيم للمستفيد تلقائياً، كأن يشترط أو يعقد الأب تاميناً على حياته لدى شركة تامين لمصلحة أبنائه فيكسب أولاده بمقتضى هذا العقد حقاً مباشراً، ومثال آخر كان يشترط صاحب سيارة تاميناً عن الحوادث فيكسبهم حقاً مباشراً، ومن هنا وفي حال

¹¹¹ تطبيقاً لهذا كان هناك عقد تمويل أبرم بين بنك واحد وعملائه عن مشروع معين تضمن التزام البنك بسداد مستحقات المقاول القائم بالمشروع، كما تضمن شرط تحكيم، وقد طالب العميل في تحكيم أقامه ضد البنك بالزام البنك بسداد مستحقات المقاول باعتباره أن للعميل مصلحة في هذا الالتزام حتى يتم المقاول أعماله، وقد قضت هيئة التحكيم بالزام البنك بسداد مستحقات المقاول أعمالاً لفكرة الاشتراط لمصلحة الغير رغم عدم تدخل المقاول في خصومة التحكيم، أنظر فتحي والي، مرجع سابق، ص 172.

¹¹² يوسف شندي، مرجع سابق، ص 116.

¹¹³ محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، ص 73.

¹¹⁴ Une Clause compromissoire ne peut lire un tiers non partie à la convention, CASS. Com, 14 janv 2004,

JCP,E, 2004,n 11,P.398>

ورود شرط التحكيم في عقد وثيقة التأمين فإنه هذا الشروط واجب التطبيق بموجب هذا الاشتراط الذي يعتبر المستفيد من اجنبي وغير طرف في العقد، أو أن يتم الاتفاق بين الام مع والد ابنها عقداً يتعهد الاب بمقتضاه بترتيب ايراد للابن او الاتفاق عليه في الخارج، وبالتالي فإن المستفيد يصبح طرفاً بعقد او شرط التحكيم وفقاً لمبدأ الاشتراط لمصلحة الغير.¹¹⁵

الاتجاه الثاني: يرى هذا الاتجاه بان الاشتراط لمصلحة الغير يرتب للمنتفع حقوقاً فقط ولا يرتب عليه اي التزامات بحيث لا يلزم المنتفع بشرط التحكيم الوارد في العقد ولكن ليس هناك ما يمنع من ان يتمسك المنتفع بشرط التحكيم الذي ابرمه المشتراط والمتعهد.¹¹⁶

وقد جاء في حكم لمحكمة النقض الفرنسية أن شرط التحكيم لا ينشئ التزامات على عاتق المنتفع سوى الحقوق دون أن يرتب عليه التزامات، وقد استنتج الفقه من ذلك امكانية اشتراط أن يكون شرط التحكيم لمصلحة الغير (المنتفع) وعلى هذا الأساس، يجوز للغير المنتفع من الشرط المذكور أن يتمسك بالشرط دون أن يترتب عليه الالتزام.¹¹⁷

ومؤدى ذلك أن المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير، يمكن أن يستفيد من شرط التحكيم متى رغب في ذلك، ولكنه لا يكون ملزماً به، ومع ذلك ذهبت المحكمة الاتحادية السويسرية في 7 فبراير سنة 1984 أن الغير لا يلتزم بشرط التحكيم الا اذا أقره.¹¹⁸ وفي ذات السياق نصت محكمة التمييز الأردنية " من المبادئ التي أستقر عليها الفقه والقضاء أنه من الجائز للمتعاقد أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير اذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية، ومن المبادئ المتفق عليها أن الاشتراط لمصلحة الغير يترتب عليه أن المنتفع وهو الغير ولم يكن طرفاً في العقد الذي التزم به الطرف الآخر يكتسب من هذا العقد حقاً شخصياً خاصاً ومباشراً وحالاً...."¹¹⁹

¹¹⁵ عبد المنعم حسني، النظرية العامة للالتزام، ملحق العدد الثالث والرابع، النسخة الحادي والسبعون، 1991 ص 45.

¹¹⁶ فهيمة القماري، مرجع سابق، ص 223.

¹¹⁷ فوزي سامي، مرجع سابق، ص 219.

¹¹⁸ منير عبد المجيد، مرجع سابق، بص 156.

¹¹⁹ قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 165\1980 بتاريخ 29\7\1980م المنشور بالصفحة 195 من مجلة نقابة المحامين بتاريخ

1\1\1980م.

بالنسبة لموقف القانون المدني المصري، فإن البعض يرى أن المادة 154¹²⁰ أن شرط التحكيم لا يحمل المنتفع بالتزامات، إنما يرتب له حقوقاً فقط، ولما كان شرط التحكيم يرمي دوماً إلى تحقيق حماية الحقوق، فإنه ليس هناك ثمة ما يمنع من أن يتمسك المنتفع بشرط التحكيم الذي أبرمه المشتري.¹²¹

ومن الاشكاليات التي يثيرها سريان شرط التحكيم فإن الاشتراط لمصلحة الغير، هو أن شرط التحكيم قد لا يرد في العقد الأصلي ذاته وإنما يتضمنه اتفاق لاحق بين طرفي هذا العقد، ولا صعوبة في الأمر إذا ما تعلق الشرط بالعلاقة بين الطرفين وحدهما، لكن موضوع الاتفاق قد يكون عاماً يمتد إلى كافة المنازعات الناشئة عن العقد بما في ذلك حقوق المشتري لمصلحته. وفي هذه الحالة يثور التساؤل عما إذا كان المشتري لمصلحته يلتزم بهذا الشرط في رجوعه على المتعهد، خاصة إذا ما كان المشتري لمصلحته قد قبل الاشتراط قبل هذا الاتفاق الجديد، والقاعدة أن المشتري يستطيع الرجوع في الاشتراط قبل قبول المنتفع، وينتهي حقه في الرجوع بهذا القبول، وإذا كان يجوز له الرجوع في هذه الحدود فإنه يجوز له التعديل أيضاً فيها، ولذلك فاتفاق التحكيم الذي يبرمه قبل قبول المنتفع يكون ملزماً للأخير، خلافاً للاتفاق الذي يبرمه بعد القبول، لكن يشترط لذلك بالطبع علم المنتفع بالشرط قبل صدور القبول.¹²² وإذا كان اتفاق التحكيم وارداً في اتفاق مستقل عن عقد الاشتراط فإن المنتفع باتفاق التحكيم المبرم بينهما لأن إرادته لم تتصرف صراحة أو ضمناً إلى قبول اتفاق التحكيم ولكن ذلك لا يمنع المنتفع من التمسك باتفاق التحكيم الذي أبرمه المشتري وبذلك يصبح طرفاً في اتفاق التحكيم.¹²³

المطلب الثالث: حالة الكفالة وخطاب الضمان

بداية عرفت مجلة الأحكام العدلية الكفالة بأنها "ضم ذمة إلى ذمة في مطالبة شيء يعني أن يضم أحد ذمة آخر ويلتزم أيضاً المطالبة التي لزمتم في حق ذلك".¹²⁴ ولم يتطرق قانون التحكيم الفلسطيني لأي أحكام بشأن الكفالة في اتفاق التحكيم.

¹²⁰ أعمالاً للمادة 2/154 مدني مصري التي تنص على أن "للمتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن العقد"، فتحي والي، مرجع سابق، ص 171.

¹²¹ أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 252.

¹²² مصطفى الجمال، وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 487.

¹²³ عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 450، فهيمه القماري، مرجع سابق، ص 225.

¹²⁴ المادة (612)، علي حيدر، مجلة الأحكام العدلية.

نقسم هذا المطلب الى ثلاثة أفرع نتناول فيها: مدى تمسك الدائن باتفاق التحكيم المبرم بينه وبين المدين في مواجهة الكفيل، ومدى امكانية تمسك الكفيل باتفاق التحكيم المبرم بين كل من الدائن والمدين في مواجهة الدائن، ومدى امكانية تمسك الكفيل بشرط التحكيم في مواجهة المدين.

الفرع الأول: مدى تمسك الدائن باتفاق التحكيم المبرم بينه وبين المدين في مواجهة الكفيل

لا يسري شرط التحكيم في الاتفاق بين الدائن والمدين في مواجهة الكفيل إذ هو ليس طرفاً فيه بل أجنبي عنه، حيث ينشأ التزام الكفيل عن عقد بينه وبين الدائن وهو غير العقد الذي يربط المدين بالدائن والذي يتضمن شرط التحكيم.

وقد أجمع الفقه بأنه ليس للدائن التمسك بشرط التحكيم في مواجهة الكفيل على أساس أنه يتمسك بالدفع التي لمدينه في مواجهة الكفيل والتي تؤدي الى انقضاء الدين أو تخفيض مقداره،¹²⁵ إذ أن شرط التحكيم مستقل عن عقد المديونية بين الدائن والمدين، وذلك ما لم تكن الكفالة واردة في نفس عقد المديونية المتضمن شرط التحكيم،¹²⁶ ولا يعتبر الكفيل سواء كان عادياً أو متضامناً طرفاً في شرط التحكيم الذي يحتويه العقد المكفول¹²⁷. فالدائن لا يستطيع التمسك بشرط التحكيم المبرم بينه وبين المدين في مواجهة الكفيل لأن اتفاق التحكيم لا يلزم الكفيل كونه اجنبياً.¹²⁸

وهناك اختلافات في آراء الفقه في هذه المسألة:

الرأي الأول: يرى أنصاره عدم إمكانية تمسك الدائن بالتنفيذ في مواجهة الكفيل، على أساس أن الاتفاق الذي يبرمه المدين مع الدائن لا ينفذ في مواجهة الكفيل، إلا إذا قبله الكفيل أو أجازته، ويعتبر تدخل الكفيل للدفاع عن المدين (المكفول) أمام المحكم في الخصومة بين المدين وأي شخص من الغير، تعبير عن رضا الكفيل باتفاق التحكيم.¹²⁹

الرأي الثاني: يرى أنصاره إمكانية تمسك الدائن بالتنفيذ في مواجهة الكفيل، على أساس أنه إذا صدر حكم بالتحكيم بين الدائن والمدين، فإن للدائن أن يحتج بهذا الحكم في مواجهة الكفيل، ولكن ليس للدائن أن ينفذ

¹²⁵ مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة والدولية، مرجع سابق، ص 463، وفهيمه القماري، مرجع سابق، ص 330.

¹²⁶ فتحي والي، مرجع سابق، ص 172.

¹²⁷ منير عبد المجيد، الاسس العامة للتحكيم الدولي الداخلي، منشأة المعارف، 2000، ص 148.

¹²⁸ مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 462.

¹²⁹ أحمد ابو الوفا، مرجع سابق، ص 149.

الحكم جبراً ضد هذا الكفيل وإنما عليه ان يرفع الدعوى أمام المحاكم، إذا لم يكن هنالك اتفاق في عقد الكفالة بين الدائن وبين الكفيل.¹³⁰

الرأي الثالث: يرى أنصاره بأن الكفيل لا يعد من الغير بالنسبة لعلاقة الدائن بالمدين الأصلي، وقرار التحكيم الصادر عن هذه العلاقة، يحتج به مباشرة في مواجهة الكفيل، كما يفرض قرار التحكيم كذلك على المدين المتضامن.¹³¹

الفرع الثاني: مدى امكانية تمسك الكفيل باتفاق التحكيم المبرم بين كل من الدائن والمدين في مواجهة الدائن

يعتبر أن الكفيل ليس من الغير ويستطيع أن يتمسك في مواجهة دائن مدينه بكل الدفع التي للمدين، فيما عدا ما كان منها مرتبطاً بشخص المدين، فاتفاق التحكيم هو دفع اجرائي لا يرتبط بشخص المدين ويمكن للكفيل التمسك به.¹³²

يجوز للكفيل وفقاً للقواعد العامة الواردة في القانون المدني المصري ومشروع القانون المدني المطبق في غزة والغير ساري في الضفة، بشأن الكفالة التمسك في مواجهة الدائن بكافة الدفع التي يكون للمدين الأصلي التمسك بها في مواجهة دائنه ما لم تكن متعلقة بشخصه، فان هذه الدفع تقتصر على الدفع الموضوعية المرتبطة بالدين وتؤدي الى انقضائه أو إنقاصه ومن ذلك " الوفاء والتجديد والإبراء والمقاصة وإتحاد الذمة "¹³³

ويؤيد جانب آخر من الفقه أن الدفع المتعلق بشرط التحكيم هو نوع من الدفع الاجرائية ولا يؤثر سلباً ولا ايجاباً على هذا الدين، بالتالي لا يلتزم الكفيل بأكثر مما يلتزم به المدين الأصلي وهذا ما ينطبق على شرط التحكيم باعتباره دفع اجرائي، وبالتالي هو شرط محايد متوقف على وجود الحق المكفول، لذلك لا يستطيع الكفيل التمسك باتفاق التحكيم المبرم بين المدين الأصلي والدائن في مواجهة الدائن.¹³⁴ ومن ناحية أخرى فلا يحق للكفيل أيضاً أن يتمسك بشرط التحكيم في مواجهة الدائن لأنه أجنبي عنه.¹³⁵

¹³⁰ خيري البتانوني، مرجع سابق، ص 63.

¹³¹ يوسف شندي، مرجع سابق، ص 114.

¹³² أحمد سلامة، مرجع سابق، 455.

¹³³ أنظر صلاح النجار، مرجع سابق، ص 24.

¹³⁴ محمد نور شحاته، مرجع سابق، ص 104.

¹³⁵ منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص 160.

ولا ينطبق على الدفع بالاتفاق على التحكيم باعتباره دعواً ببطالان المطالبة القضائية، فالكفيل لا يستطيع التمسك قبل الدائن باتفاق التحكيم المبرم بينه وبين المدين استناداً الى حقه في التمسك بالدفع التي تكون للمدين قبل الدائن.¹³⁶

ورغم اننا أوضحنا ان الأصل في الكفيل أنه أجنبي عن اتفاق التحكيم ولكن هنالك حالات لا تمنع من أن تعطي الكفيل التمسك باتفاق التحكيم في مواجهة الدائن في حالتين:

الحالة الأولى: (العقد الأصلي أي عقد المديونية) وهنا ترد الكفالة في العقد مع وجود اتفاق التحكيم ذاته، وفي هذه الحالة يعتبر الكفيل طرفاً في اتفاق التحكيم بمجرد توقيعه على العقد، ويكون ملتزماً باتفاق التحكيم ويتم الاحتجاج به في مواجهته ويستطيع الكفيل أنم يحتج به في مواجهة الدائن، فبمجرد توقيع الكفيل على العقد يعتبر طرفاً في اتفاق التحكيم بمجرد توقيعه عليه يكون ملزم له.¹³⁷

الحالة الثانية: (لاحقه على العقد الأصلي) وهنا يتم الإشارة في الاتفاق على الكفالة المتضمن شرط التحكيم، وبهذه الحالة يعتبر الكفيل طرفاً في اتفاق التحكيم وبناء عليه يلتزم بأثاره ويمتد اليه أثار اتفاق التحكيم وبالتالي يحتج به عليه، ويستطيع هو ان يحتج به على الدائن طالما ان الإشارة واضحة على علم الكفيل بشرط التحكيم والالتزام به.¹³⁸

والتزام الكفيل هو التزام تابع لالتزام المدين الأصلي في وجوده وصحته وانقضائه وبطلانه وأوصافه، ومن ذلك ان المدين المكفول والكفيل أصبحا في مركز واحد وهو مركز المدينين بالتضامن والتكافل في مواجهة الدائن لتوافر التمثيل المتبادل بينهما، ويكون للدائن الحق في الرجوع للمطالبة باستقاء الجدين عن كل منهما بكل الدين أو على أحدهما.¹³⁹

¹³⁶ مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 463.

¹³⁷ مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 463، انظر ايضاً فهيمة القماري، مرجع سابق، ص 335.

¹³⁸ مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 464، انظر ايضاً فهيمة القماري، مرجع سابق، ص 335.

¹³⁹ درويش الوحيد، التحكيم في التشريع الفلسطيني والعلاقات الدولية، غزة، بدون طبعة، 1998، ص 336.

الفرع الثالث: مدى امكانية تمسك الكفيل بشرط التحكيم في مواجهة المدين

نصت المادة 1/882 مدني مصري تنص على أنه "يمكن للكفيل أن يتمسك بجميع الأوجه التي يتمسك بها المدين، فان المراد بها، الدفوع المتعلقة بالدين أو الحق ذاته، مما لا يندرج فيها شرط التحكيم الذي لا يؤثر على الحق الموضوع"، ولكن الكفيل يستطيع أن يتمسك بشرط التحكيم في مواجهة المدين، متى أوفى هذا الكفيل الدين، عندئذ يحل محل الدائن في جميع حقوقه قبل المدين، لأن الحلول يؤدي الى انتقال شرط التحكيم، الذي يلتزم به الكفيل عندئذ رغم أنه لم يكن طرفاً فيه، ويكون الرجوع بالحالة التي كان عليها قبل الحلول.¹⁴⁰

ثم يجوز للكفيل بمقتضى هذا الحلول التمسك بشرط التحكيم في مواجهة المدين عند رجوعه عليه، وهو اذ يتمسك بشرط التحكيم في مواجهة المدين لا يتمسك به باعتباره طرفاً أصلياً في هذا الاتفاق، وإنما استخداماً لحق الدائن الذي أوفى له، فحل محله في الرجوع على المدين، اعمالاً للقواعد المقررة في الحلول،¹⁴¹ وذلك لأن الحلول يعتبر من الأليات التي يترتب عليها انتقال شرط التحكيم، وبناء عليه فإنه إذا ما قام الكفيل بوفاء الدين للدائن فإنه يحل محله في حقه وأيضاً في شرط التحكيم.¹⁴²

ومن المسلم به أيضاً، ان شرط التحكيم ينتقل بانتقال الحق مباشرة من شخص لآخر بوصفه من توابع الحق، أو الالتزام الأصلي الذي لا ينفك عنه، وهذا الانتقال يتم سواء بالحوالة أو الحلول، ويحل محل الغير محل الطرف الأصلي ويلتزم به، كالدعاوي التي تحميه وفي غير هذه الاحوال فان فكرة الامتداد الى شخص لم يوقع على اتفاق التحكيم.¹⁴³

أن الضامن مسئول قبل المضمون والكفيل مسئول قبل الدائن فان هذه المسؤولية يجب الا تتعدى المقرر في التشريع في هذا الصدد، ومن ثم التحكيم الذي يجريه المضمون أو الدائن لا ينفذ قبل الضامن أو الكفيل الا إذا قبله أو اجازه، وإذا صدر الحكم من المحكم دون أن يكون أحد هؤلاء قد قبل التحكيم فلا يسري عليه الا في حدود السابقة.¹⁴⁴

¹⁴⁰ ومع ذلك فان حكم التحكيم يعتبر بمثابة دليل على حق الدائن أمام القضاء، فيمتنع على الكفيل أن ينازع فيما قضى به حكم التحكيم مواجهة المدين،

منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص 160.

¹⁴¹ مصطفى الجمال، وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 464.

¹⁴² فتحي والي، مرجع سابق، ص 172.

¹⁴³ منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص 159، أنظر محمد شحاته، مرجع سابق، ص 104، فهيمة القماري، مرجع سابق، ص 336.

¹⁴⁴ أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 142.

ومن ثم فالكفيل يرجع على المدين بحق الدائن نفسه بما له من ميزات وخصائص وما يلحقه من توابيع، كالدعوى التي تحميه، وأن الحق في الدعوى ينتقل الى الكفيل على الحالة نفسها التي كانت عليها قبل حلول الكفيل محل الدائن وهذا الحق يتجسد في شرط التحكيم، لأن من حق الكفيل أن يرجع على المدين بالدين نفسه بما له من خصائص ما دام الدين ناشئاً عن عقد انفق فيه التحكيم.¹⁴⁵

ولكن لما كان الكفيل ليس طرفاً في اجراءات التحكيم، فانه بالتالي لا يلتزم بما ورد في حكم التحكيم ولا يمكن اعتبار هذا الحكم مسنداً تنفيذياً في مواجهته يجب الوفاء بمضمونه ولا يستطيع المحكوم له به استصدار أمر اجرائي بتنفيذه في مواجهته لكي يستوفي دينه، وإنما يملك الدائن حق اللجوء الى المحكمة المختصة للحصول على دينه استناداً على الالتزام المتولد عن الكفالة، بعد استيفاء الشروط القانونية لتصديق حكم التحكيم، ومن ثم إلزام الكفيل بدفع ما يثبت قضاء في مواجهة المدين الأصلي.¹⁴⁶

المطلب الرابع: خطاب الضمان

يقصد بخطاب الضمان ذلك التعهد الذي يصدره البنك بناء على طلب أحد عملائه لصالح من يتعامل معه هذا العميل بدفع مبلغ من النقود بمجرد طلبه ممن يصدر له التعهد خلال مدة محددة، حيث أن خطاب الضمان ينشأ عنه مجموعة من العلاقات: علاقة بين البنك والعميل الأمر، وعلاقة بين البنك والمستفيد، وعلاقة بين العميل الأمر والمستفيد، وقد تضاف الى هذه العلاقات علاقات أخرى إذا ما تدخل بنك آخر في عملية الضمان. وفي حالة العلاقة بين العميل الأمر وبين المستفيد، يثور التساؤل عما إذا كان يمكن للعميل الأمر أن يتمسك بشرط التحكيم في مواجهة البنك الضامن، وما إذا كان للبنك يستطيع التمسك بشرك التحكيم قبل المستفيد؟؟

في الفقه والقضاء فإن التزام البنك مصدر خطاب الضمان قبل المستفيد هو التزام مجرد ومستقل تماماً عن أية علاقة سابقة، سواء في ذلك علاقة البنك بعميله الأمر أو علاقة العميل الأمر بالمستفيد، وذلك يختلف مركز البنك مصدر الضمان عن مركز الكفيل، فرغم أن كلا منهما ضامن للمدين، إلا ان التزام الكفيل تابع لالتزام المدين بينما التزام البنك مستقل عنه.¹⁴⁷

¹⁴⁵ محمد نور شحاته، مرجع سابق، ص 105.

¹⁴⁶ درويش الوحيدي، مرجع سابق، ص 338.

¹⁴⁷ مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 465.

لا يستطيع البنك أن يتمسك بهذا الشرط للامتناع عن وفائه للمستفيد وتقتصر سلطة هيئة التحكيم في نظر المنازعات التي تنشأ بين العميل الأمر وبين المستفيد، فلا تمتد الى المنازعات بين أي منهما والبنك، ولا يمكن التمسك بشرط التحكيم في مواجهة البنك، كما لا يمكن للبنك التمسك به في مواجهة أي منهما.¹⁴⁸

فشرط التحكيم الوارد في العقد بين العميل الأمر والمستفيد لا يسري بالنسبة للعلاقة بين البنك والمستفيد، أو بين البنك والعميل، ويؤكد هذا بالنسبة لخطاب الضمان ما هو مقرر من أن التزام البنك قبل المستفيد هو التزام مجرد مستقل عن هاتين العلاقتين.¹⁴⁹

وترتباً على ذلك فالعميل الأمر لا يستطيع التمسك بشرط التحكيم المضاف الى علاقته بالمستفيد، لمنع البنك من الوفاء بقيمة خطاب الضمان، كما لا يستطيع البنك أن يتمسك بهذا الشرط للامتناع عن الوفاء للمستفيد، وتقتصر سلطة هيئة التحكيم على نظر المنازعات التي تنشأ بين العميل الأمر وبين المستفيد فلا تمتد لمنازعات بين أي منهما مع البنك، ولا يملك أي منهما التمسك بشرط التحكيم في مواجهة البنك، كما لا يملك البنك التمسك به في مواجهة أي منهما.¹⁵⁰

وفي قرار لمحكمة النقض المصرية جاء فيه "حق طلب صرف قيمة الضمان لا يكون الا للمستفيد وحده والذي تكون شخصيته وأمانته محل اعتبار لدى عميل البنك فلا يجوز له أن يتنازل عن هذا الخطاب بأي طريق حتى ولا بالتبعية لتنازله عن العقد الاصلي الذي صدر نفاذاً له، الا إذا اتفق صراحة في خطاب الضمان على جوازه.¹⁵¹

المطلب الخامس: التضامن

القاعدة ان المتضامن سواء في حالة تضامن المدينين أو في حالة تضامن الدائنين يعد ممثلاً لغيره من المتضامنين فيما ينفعهم وليس فيما يضرهم، واما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فيكون باقي المتضامنين لديهم الخيار بين التمسك بها أو الاعتراض عليها فلا تسري في مواجهتهم.¹⁵²

¹⁴⁸المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد الثاني، ديسمبر، 2016، منشور على الرابط الالكتروني [http://www.cuniv-](http://www.cuniv-tissemsilt.dz/telechargements/170120171401.pdf)

[tissemsilt.dz/telechargements/170120171401.pdf](http://www.cuniv-tissemsilt.dz/telechargements/170120171401.pdf)

¹⁴⁹فتحي والي، مرجع سابق، ص172.

¹⁵⁰جمال وعكاشة، مرجع سابق، ص 466.

¹⁵¹الطعن رقم (495) لسنة 72 جلسة 2004/1/13، منشور على موقع محكمة النقض المصرية.

¹⁵²أنظر مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص459، أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص148.

وأما إذا كانت التعاقدات ليست في مصلحتهم وليست فيما ينفعهم، فلهم الحق في الاختيار بين التمسك بها أو عدم التمسك بها، فإذا كانت في غير مصلحتهم فلهم الحق في إسقاط الالتزامات الناشئة عن التعاقدات عن أنفسهم.¹⁵³

لا يوجد في قانون التحكيم الفلسطيني نص بشأن التضامن في اتفاق التحكيم والتساؤل في هذا المطلب عن أثر اتفاق التحكيم الذي يبرمه أحد المتضامنين بالنسبة للباقيين، وهل يعد المتضامنين من الغير بالنسبة لاتفاق التحكيم أم أنهم يعدون من أطرافه؟ لذلك سأقوم ببحث مدى الاحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهة المدينين المتضامنين (التضامن السلبي) أولاً ثم بحث مدى الاحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهة الدائنين المتضامنين (التضامن الايجابي) ثانياً.

أولاً: الاحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهة المدينين المتضامنين (التضامن السلبي)

إذا تم إبرام اتفاق تحكيم بين أحد المدينين المتضامنين وبين الدائن، فإن هذا الاتفاق لا يلتزم به المدينين المتضامنين الآخرين، ويكون لهم الحق في الدفع بعد إبرامهم لهذا الاتفاق وذلك في حالة اختصامهم في الخصومة أمام المحكم، وإذا كان هنالك اتفاق على التحكيم بين أحد المدينين المتضامنين وبين الدائن وتم فصل النزاع بين الطرفين من قبل المحكم، فإن حجية هذا الحكم يكون قاصراً على طرفي التحكيم ولا يسري بحق المدينين الآخرين.¹⁵⁴

وفي الحالة التي يتمسك بها المدينين المتضامنين باتفاق التحكيم، إذا كان يحقق مصلحتهم، فإنهم يصبحوا أطرافاً فيه، وفقاً لمبدأ نيابة المدين الذي أبرم اتفاق التحكيم عن باقي المدينين المتضامنين معه فيما ينفعهم، فإنه يجوز للمدينين المتضامنين التمسك بهذا الحكم طالما أنه في صالحهم.¹⁵⁵

إن العقد محل النزاع ينصرف أثره بجميع بنوده بما فيها شرط التحكيم إلى سائر الشركاء المتضامنين على الرغم من عدم توقيعهم على ذلك العقد، ومن ثم يكون للبنك المتعاقد مع الشركة المحتكم ضدها الأولى أن يبدأ

¹⁵³ أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم وإجراءاته، مرجع سابق، ص 149.

¹⁵⁴ فهيمة القماري، مرجع سابق، ص 317.

¹⁵⁵ مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 460.

اجراءات التحكيم ضدها أو ضد شريك متضامن فيها أو ضدهم مجتمعين، ذلك أن الشريك المتضامن لا يعتبر من الغير بالنسبة لشرط التحكيم الوارد في عقد يبرمه أحد الشركاء المتضامنين.¹⁵⁶

ثانياً الاحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهة الدائنين المتضامنين (التضامن الايجابي)

إذا كان هناك تضامن بين دائنيين وأبرم أحدهم اتفاق التحكيم مع الدائن فإن التضامن يحدث فيما يفيد وليس فيما يضر وبالتالي يجوز للدائن المتضامن أن يتمسك باتفاق التحكيم الذي أبرمه أحدهم فيلجأ الى التحكيم ضد المدين الى جانب ان له ان يلجأ للقضاء دون ان يلتزم باتفاق التحكيم.¹⁵⁷

إذا كان المبدأ جواز تمسك الدائنين المتضامنين باتفاق التحكيم يجب علينا التمييز بين ما إذا كان الدائنين المتضامنين قد اختاروا التمسك باتفاق التحكيم بالتدخل في التحكيم أم أنهم أجانب عن الاتفاق وهنا نكون أمام فرضين:¹⁵⁸

الفرض الاول: إذا كان الدائنين المتضامنين قد تمسكوا باتفاق التحكيم والتدخل في خصومة التحكيم فيصبحوا أطرافاً في اتفاق التحكيم ويحوز الحكم الصادر فيها حجية في مواجهتهم سواء صدر الحكم لصالحهم أم ضدهم.

والفرض الثاني: إذا اختار الدائنون المتضامنون البقاء بعيداً عن اتفاق التحكيم اي انهم اجانب عن اتفاق التحكيم فلهم أن يتمسكوا بحكم المحكم إذا صدر لصالح أحدهم، اما إذا صدر الحكم ضد أحد منهم فلا يجوز

¹⁵⁶ وتطبيقاً لذلك قضت هيئة التحكيم المصرية بأن "الشريك المتضامن لا يعتبر من الغير بالنسبة لشرط التحكيم الوارد في عقد يبرمه أحد الشركاء المتضامنين بعنوان شركة التضامن، لذلك يجوز بدء اجراءات التحكيم ضد الشركة أو اي شريك متضامن فيها أو ضدهم مجتمعين حيث أن المحتكم ضدهن ثانيا شركاء متضامنون في الشركة المحتكم ضدها أولاً (المدين) وهم المستفيدون الحقيقيون من العقد محل النزاع كما أصدرن اقراراً بصفتهم الشخصية يضمن بوجبه، بطريق التضامن والتكافل، المدين في سداد جميع المبالغ المدينة بها للبنك المحتكم أياً كان سبب المديونية، والعوائد والعمولات والمصاريف ومصادقتهن مقدماً، على صحة حسابات المدين ومواقتهن عليها حتى السداد لكامل المديونية وان البنك الحق في مطالبتهن بها منفردين أو مع المدين المحتكم ضدها أولاً مع الترخيص له بخضم مستحقاته في ذمة المدين من حسابهن ومن ثم فإنهن يجمعن بذلك صفة المدين وبين صفة الكفيل المتضامن حتى لو كان الدين محل التداعي ثانيا في ذمة شركة التضامن (المدين) وحدها ومن ناحية أخرى فإن العقد محل النزاع قد أبرمه الشركة الاخيرة ووقعته بعنوان الشركة المدينة شريك متضامن في الشركة المذكورة، ومن ثم فان هذا التوقيع يلزم جميع الشركاء المتضامنين لما هو مقرر طبقاً للمادة (22) من قانون التجارة القديم من التزام الشركاء في شركة تضامن بجميع تعهداتها متى وضع أحدهم الامضاء عليها بعنوان الشركة، أنظر القضية تحكيمية رقم 706 لسنة 2010 الحكم الصادر بتاريخ 2012/1/9 -مركز القاهرة الاقليمي - مجلة التحكيم العربي العدد عشر يونيو 2012،، أنظر فهمية القماري، مرجع سابق، ص 319.

¹⁵⁷ ابراهيم جوهر، مرجع سابق، 177.

¹⁵⁸ فهمية القماري، مرجع سابق، ص322.

التمسك بهذا الحكم في مواجهتهم، ولكن إذا كان الحكم في مصلحتهم في جزء منه وضدهم في الجزء الآخر فلا يجوز لهؤلاء الاستفادة من شق وترك الشق الآخر، بل لابد من المحافظة على وحدة الحكم، فإما ان يتمسكوا به كله أو ان يتركوه كله.¹⁵⁹

إذا كان هنالك شركاء في شركة تضامن وأبرم أحدهم أو مدير الشركة اتفاقاً مع الدائن على التحكيم، فإن هذا الاتفاق يسري في مواجهة باقي الشركاء المتضامنين رغم انهم ليسوا أطرافاً في الاتفاق، كما يكون للمتعاقد مع الشركة بدء اجراءات التحكيم ضد الشركة أو ضد أي شريك متضامن أو ضدهم مجتمعين.¹⁶⁰

المطلب السادس: الوكالة

بداية الوكيل في ابرام اتفاق التحكيم يعد من الغير لكونه ممثل للأصيل الذي يعد طرفاً في العقد، سواء كانت الوكالة صريحة ومباشرة أم كانت مستترة عن طريق التعاقد باسم مستعار.¹⁶¹

يجوز للوكيل الاتفاقي أن يبرم اتفاق تحكيم نيابة عن موكله، بشرط أن يبرم اتفاق التحكيم عن موكله، وبشرط أن يكون مفوضاً في ذلك بتوكيل خاص، فإذا تم ابرام شرط التحكيم بمقتضى عقد وكالة يجب أن تكون الوكالة صريحة ومكتوبة، وذلك لأن التحكيم استثناء من الأصل العام في التقاضي، إذا خرج الوكيل عن حدود وكالته المخولة له وأبرم اتفاق تحكيم دون وكالة خاصة، فإن الاتفاق المبرم من الوكيل غير نافذ في حق الأصيل، أي أنه يكون موقوفاً لمصلحة الأصيل دون خصمه، فيكون للأصيل وحده حق التمسك بالبطلان.¹⁶²

لذا التوكيل الذي يبيح للوكيل ابرام شرط التحكيم باسم الموكل لا يمنحه سلطة تمثيل الموكل في اجراءات التحكيم،¹⁶³ والوكيل لا يلتزم بالاتفاق وانما يلتزم الموكل بذلك وان لم يشارك شخصياً في عقد الاتفاق، كذلك إذا قام ممثل الشخص المعنوي بالاتفاق على التحكيم فإن هذا الأخير يكون ملتزماً بذلك الاتفاق.¹⁶⁴

¹⁵⁹ ناصر عثمان، مرجع سابق، ص 195.

¹⁶⁰ فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط1، 2007، ص 162.

¹⁶¹ محمود علي وافي، خصوصية إجراءات التحكيم في كل من مصر ودول الخليج، دراسة مقارنة للوقوف على الفلسفة الإجرائية للتحكيم مقارنة بالقضاء، ط1، مكتبة القانون والاقتصاد، 2016، ص 92.

¹⁶² ابراهيم جوهر، مرجع سابق، ص 175.

¹⁶³ منير عبد المجيد، قضاء التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، دون طبعة، 2010.

¹⁶⁴ فوزي سامي، مرجع سابق، ص 220.

والتعاقد بطريق الوكالة النيابة لا يتحقق الا إذا أضاف الوكيل العقد الى الموكل لا الى نفسه، فاذا كان التعاقد قد تم بإرادة الوكيل وباسمه شخصيا وليس باسم الموكل فانه يتم لحساب الوكيل وليس لحساب الموكل، بحيث يعتبر هو المتعاقد الذي تتصرف اليه آثار العقد.¹⁶⁵

وفي قرار لمحكمة الاستئناف الفلسطينية " أن التحكيم يعتبر جزءا من أجزاء الدعوى الأساسية المقامة لدى هذه المحكمة والقرار التمييزي رقم 53/5 يثبت أن توقيع وموافقة الوكيل نيابة عن المدعي يعتبر ملزما له".¹⁶⁶

والاسم المستعار (الوكيل غير النائب) يعتبر وكيل عادي وهو وحده الطرف في العقد الذي يبرمه مع الغير، وقد يكون اتفاق التحكيم ملحقاً بالعقد وكل ما ترتبه الوكالة مجرد التزام الوكيل في علاقته بالموكل بنقل آثار التصرف الى هذا الموكل والا اعتبر مَخلاً بالتزاماته كوكيل، فالغير الذي أبرم كلا من العقد الأصلي واتفاق التحكيم مع الاسم المستعار لا يرتبط الا بهذا الغير وحده، فالى هذا الأخير وحده تتصرف حقوق العقد الأصلي والتزاماته وأثار اتفاق التحكيم وحده دون اخلال بالآثار التي يرتبها عقد الوكالة في علاقة الاسم المستعار بالموكل أو المستعير للاسم.¹⁶⁷

الأشخاص الذين مثلهم أحد الأطراف بموجب وكالة اتفاقية أو قانونية أو قضائية، يجب الحذر في حالة الوكيل الاتفاقي الذي يجب أن يعطي توكيلاً خاصاً لإبرام اتفاق التحكيم، حيث لا يجوز للمحامي مثلاً إبرام اتفاق التحكيم اذا كان موكلاً بتوكيل عام الا اذا أجازاه الموكل، وأن شرط التحكيم الوارد في العقد الذي أبرمه الوكيل يسري في مواجهة الوكيل الثاني أو وكيل الوكيل،¹⁶⁸ حيث قررت محكمة النقض الفرنسية أن شرط التحكيم الدولي يسري في مواجهة جميع الأطراف المتعلقة حقوقهم بأي متعاقد، وأن محكمة الاستئناف أصابت عندما قررت أن اتفاق التحكيم المدرج في أحد عقود الوكالة لإنتاج وتوزيع الأفلام يمكن الاحتجاج به في مواجهة الوكيل الثاني أو الوكيل البديل، أو وكيل الوكيل.¹⁶⁹ بينما يجوز لمدير الشركة الذي فوضه مجلس الإدارة أن

¹⁶⁵ مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 453.

¹⁶⁶ قرار رقم 2011/194 استئناف القدس بتاريخ 2011/5/19، منشور على منظومة القضاء والتشريع، المقتفي.

¹⁶⁷ مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 457.

¹⁶⁸ ناصر عثمان، مرجع سابق، ص 196.

¹⁶⁹ قرار محكمة النقض الفرنسية حكماً الصادر بتاريخ 8 فبراير، 2000، (Societe Taurus films et autres c/Societe les film du jeudi) REV. CRIT. 2000. P. 763. et. s. spes. p. 763. note. COIPEL – CORDONNIER

NATHALIEK أنظر ناصر عثمان، مرجع سابق، ص 196.

يبرم اتفاق التحكيم نيابة عن الشركة، ما دام من حقه إدارة الشركة بوجه عام، وإبرام اتفاق التحكيم يعتبر من مستلزمات إدارة الشركة.¹⁷⁰

فإن إرادة الأشخاص الممثلون عن الأطراف الأصلية تكون متوافرة في حالة التمثيل الاتفاقي، كالوكيل الاتفاقي كما يتحصل في عقد الوكالة، وبالمقابل لا تتوافر في حالة التمثيل القانوني، كممثل القاصر أو البالغ الخاضع للصاية فإن صلاحية الممثل القانوني تستمد من القانون وليس من إرادة الممثل التي لا وجود له بهذه الحالة.¹⁷¹

المطلب السابع: الحوالة

يراد بانتقال الالتزام أن يتحول الالتزام ذاته سواء نظر إليه باعتباره حقاً شخصياً من جهة الدائن أو نظر إليه باعتباره حقاً شخصياً من جهة لدائن أو نظر إليه باعتباره التزاماً من جهة المدين من شخص آخر من دائن إلى دائن باعتباره حقاً شخصياً، أو من مدين إلى آخر باعتباره التزاماً، ويسمى تحويل الالتزام من دائن إلى دائن آخر بحوالة حق وتحويله مدين إلى مدين آخر بحوالة الدين، فانتقال الالتزام إذن هو حوالة من دائن إلى دائن ومن مدين إلى مدين.¹⁷²

إن انتقال القوة الملزمة للعقد أو شرط التحكيم كأثر لحوالة العقد نستطيع استنتاجها من اتفاق أطراف العقد، فإذا كان الانتقال يشمل كل القوة الملزمة للعقد فنكون هنا أمام حوالة عقد، وإن كان الانتقال يقتصر على جزء من أثار العقد فنكون أمام حوالة حق أو حوالة دين.¹⁷³

وتعتبر الحوالة من حالات امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير، لذلك سنتناول أثر حوالة العقد على اتفاق التحكيم، وكذلك أثر كل من حوالة الحق وحوالة الدين على اتفاق التحكيم.

¹⁷⁰ أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص196. أنظر أيضاً ناصر عثمان، مرجع سابق، ص196.

¹⁷¹ درويش الوحيدي، التحكيم في التشريع الفلسطيني والعلاقات الدولية، غزة، 1998، ص 321.

¹⁷² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ص414، ج 3، منشورات الحلبي الحقوقية.

¹⁷³ درويش الوحيدي، مرجع سابق، ص 333.

1- أثر حوالة العقد على اتفاق التحكيم

طبقاً للقواعد العامة فإنه يجوز لأحد أطراف العقود الملزمة للجانبين أن يحيل كافة حقوقه والتزاماته الناشئة عن العقد الى الغير، وهنا يتعين في هذه الحالة تتبع القواعد التي تحكم حوالة الحق بالنسبة الى الحقوق المحالة، ويتعين إتباع القواعد التي تحكم حوالة الدين بالنسبة الى الالتزامات المحالة.¹⁷⁴

ويطرح التساؤل عن أثر حوالة العقد على اتفاق التحكيم المبرم بين الطرفين؟

ان حوالة العقد تنقل كافة الشروط التعاقدية الواردة في العقد، ومنها شرط التحكيم الى المحال له، اي انها تتناول العقد بأسره، دون أن تقتصر على مجرد تحقيق حوالة مزدوجة لدائنيه والمديونية، وفي قول ان حوالة العقود تنقل جميع عناصر الالتزام متحدة دون أن يحق للمحال له تغيير ولو بسيط لمبدأ القوة الملزمة للعقد.¹⁷⁵ وتتحصل في حالة أن يخلف شخص من الغير أحد طرفي العقد الاصلي، ويصبح المحال اليه طرفاً في العقد فيرتب هذا العقد أثره الملزم تجاهه، فتتمدد آثار شرط التحكيم الوارد في العقد الى المحال اليه وينفذ في مواجهته بجميع ما تضمنه العقد بما في ذلك شرط التحكيم.¹⁷⁶

وينتقل العقد الى الطرف الآخر بجميع مستلزماته من حقوق والتزامات، ومثاله حالة حوالة المشتري في عقد البيع الى شخص آخر، وبالتالي اذا تمت حوالة العقد المتضمن شرط التحكيم أو ورد الشرط مستقل في محرر مستقل فان المحال اليه يلتزم بشرط التحكيم وهذا اذا تحقق بالنسبة له شرط نفاذ حوالة الحق وحوالة الدين التي يربتها العقد، وذلك لأن الاتفاق الأصلي ينتقل بكل ما فيه من حقوق والتزامات من المحيل الى المحال اليه الذي يصبح طرفاً في العقد الأصلي، وأكدت محكمة النقض المصرية في حكم لها " لما كان العقد شريعة المتعاقدين ولا يجوز نقضه أو تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون، فان حوالة العقد ملزمة للمحيل والمحال إليه كليهما، فلا يجوز لأحدهما العدول عنه بإرادته المنفردة، وأن الحق المحال به ينتقل إلى المحال إليه بصفاته ودفعه، كما تنتقل إليه توابعه.¹⁷⁷

¹⁷⁵ أحمد مخلوف، مرجع سابق، ص 258.

¹⁷⁶ درويش الوحيدي، التحكيم في التشريع الفلسطيني والعلاقات الدولية، غزة، 1998، ص333.

¹⁷⁷ نقض مدني-جلسة التاسع من فبراير-سنة 1983-الطعن رقم 181-سنة 47 قضائية-مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفني-الجزء الأول، ص422، أنظر فهيمه القماري، مرجع سابق، ص 179.

أكدت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر بتاريخ 25 نوفمبر 1999¹⁷⁸ بأن التنازل عن الدين أو حوالته أو عن العقد تستلزم بالضرورة أن يقوم المحيل بنقل حق الإستفادة من شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي الى المتنازل له، وأكدت محكمة النقض الفرنسية على نفس المبدأ في حكمها الصادر بتاريخ 20 ديسمبر 2001 حيث قررت وجوب انتقال آثار اتفاق التحكيم الى المتنازل له عن العقد، وقد سبق وأكدت ذات المحكمة على نفس المبدأ في حكمها الصادر بتاريخ 5 يناير 1999.¹⁷⁹

وفي حكم آخر لمحكمة باريس أصدرته في 28 كانون الثاني 1988¹⁸⁰ قضت فيه أن حقوق المحيل التي تتضمن شرط التحكيم الناتجة عن عقد تنتقل الى المحال له، ويمكن لهذا الأخير الاستفادة من الشرط المذكور ويتمسك به تجاه المحال عليه.

2- أثر حوالة الحق على اتفاق التحكيم

تتم حوالة الحق بعقد يبرم بين الدائن المحيل والمحال إليه، ويترتب عليها انتقال الحق المحال إلى المحال إليه بكافة صفاته التي كانت له عندما كان في ذمة الدائن المحيل، وتطبقا للقواعد العامة في الحوالة، والتي تقضي بانتقال الحق والالتزام لشخص ثالث بما له وما عليه، ويترتب على ذلك أنه يحق لكل من المحال له والمحال عليه أن يثير كل منهما في مواجهة الآخر، كافة الدفعات التي كان يمكن إثارتها في مواجهة المحيل لو لم تتم الحوالة.¹⁸¹

والسؤال إذا كان هناك اتفاق سابق على التحكيم بين الدائن المحيل والمدين، فهل ينتج هذا الاتفاق أثره في حق المحال له؟ وهل للمدين أن يحتج بشرط التحكيم في مواجهة المحال له؟

¹⁷⁸ CA PARIS.25.NOVEMBER.1999 (Societe Burkinabe des Ciments et Matériaux (CIMAT) c /Societe des c

iments d ABIDJAN (SCA) .REV. ARB.2001.P.165.et.s.spec.p.165.note. COHEN (D)

أنظر ناصر عثمان، مرجع سابق، ص 197.

¹⁷⁹ CASS. CIV.5. JANVIER 1999. (Banque Wornus C/R .Bellot .et. SNTM-Hyproc)

(D) REV.ARB.2000.P.85.not.COHEN (D) أنظر ناصر عثمان، مرجع ابق، ص198.

¹⁸⁰ ان الشركة الألمانية C.C.C. FILMUNST الناتجة للافلام تعاقدت في 1958/2/18 مع الشركة الفرنسية Les films modern لانتاج فلم

مشترك بعنوان Machen in uniform وتتضمن العقد توزيع واستثمار الفلم في العالم وبنسبة 70% للشركة الألمانية و30% للشركة الفرنسية وكان

العقد المذكور يتضمن شرطا في المادة (14) منه ينص على أن جميع الخلافات التي يمكن أن تثار عن تفسير العقد أو تنفيذه بعرض على هيئة

التحكيم، كما ان العقد المذكور تضمن كيفية تعيين المحكمين، فوزي سامي ، مرجع سابق، ص 219.

¹⁸¹ يوسف شندي، مرجع سابق، ص 116.

إن اتفاق التحكيم يلزم المحال له باعتباره يحل محل الدائن المحيل، فهو لا يتمتع بحقوق أكثر من تلك التي كانت للمحيل، وبالنسبة للمحال عليه (المدين) بما أن اتفاق التحكيم يعتبر من توابع الحق الذي انتقل الى المحال له، فانه ملزم باتفاق التحكيم وبالتالي يستطيع المحال له أن يحتج بشرط التحكيم في مواجهة المحال عليه،¹⁸² حيث ينتقل شرط التحكيم مع الحق المحال به (موضوع الحوالة)، أي ذات الحق الذي كان موجودا بين الدائن المحيل والمدين المحال عليه، أما إذا لم يكن بالإمكان الإحتجاج بشرط التحكيم تجاه الدائن المحيل، فانه يحتج به أيضا في مواجهة المحال اليه، ولا في مواجهة شركة التأمين التي حلت في المطالبة بالحق محل الحوالة.¹⁸³

فالمدين المحال عليه يستطيع ان يحتج في مواجهة المحال اليه، بكل الدفوع التي له في مواجهة الدائن المحيل، كي يتخلى عن نظر النزاع الذي يوجد بشأنه اتفاق التحكيم ذلك أن حوالة العقود، أو حوالة الحق، تنتقل كل عناصر الالتزام أو الحق الشخصي الى المحال اليه، وتجعله طرفا في اتفاق التحكيم.¹⁸⁴ وللمدين (المحال عليه) أن يحتج بشرط التحكيم في مواجهة المحال اليه بكل الدفوع التي له في مواجهة الدائن باعتبار أن مركز المدين يظل ثابتا لا يتغير بتغير صاحب الحق، وهنالك حالتين يجب التمييز بينهما:

الحالة الأولى: إذا كان اتفاق التحكيم مدرج في سند الحق المحال ذاته أو المشار اليه فيه، فإن الاتفاق يكون ملزما للمحال إليه في مواجهة المحال عليه كلما كان عالما به أو مستطيعا العلم به وقت إبرام الحوالة، وقد قررت محكمة باريس في حكم أصدرته في 28 يناير 1988 أن حقوق المحيل التي تتضمن شرط التحكيم الناتجة عن عقد تنتقل الى المحال اليه¹⁸⁵.

الحالة الثانية: تتعلق باتفاق تحكيم منفصل عن السند المنشئ للحق المحال، فإن وفي هذه الحالة سوف يكون من الصعب إلزام المحال اليه به قبل المدين، ما لم يستطع المدين إثبات علمه به، فإن لم يستطع اثبات ذلك فلن يستطيع التمسك به في مواجهة المحال اليه فهو غير ملزم هنا بشرط التحكيم ، ولا يكون أمام المدين سوى الرجوع بالتعويض على الدائن المحيل تأسيسا على خطئه المتمثل في عدم إعلام المحال اليه بالاتفاق عند إجراء الحوالة،¹⁸⁶ وهنالك رأي آخر يرى بأنه رغم إمكانية تمسك المحال اليه بشرط التحكيم المستقل عن

¹⁸³ يوسف شندي، مرجع سابق، ص 117.

¹⁸⁴ أحمد سلامة، ط1، ص253.

¹⁸⁵ ابراهيم جوهر ابراهيم، مرجع سابق، ص178.

¹⁸⁶ مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 476

عقد الحوالة، إذا علم به في مواجهة المدين، إلا أن المدين لا يستطيع أن يرجع على الدائن الأصلي (المحيل) بالتعويض في حالة عدم اعلام المحال له بشرط التحكيم في العقد المستقل¹⁸⁷.

وفي حكم حديث صادر عن محكمة استئناف مرسيليا في 9 يناير 1997 جاء فيه " أن قيام الشركة (Sud Marine) بالاتفاق مع البنك العام للتجارة (B.G.C) على تحويل حقها الناشئ عن عقد الإصلاح والصيانة مع شركة (SntmHyproc) والمتمثل في فواتير تبلغ قيمتها مليون فرنك فرنسي يجعل البنك المذكور في نزاعه مع الشركة المحال عليها ملتزما بشرط التحكيم الوارد في هذا العقد، وانتهت بذلك الى الغاء الحكم الابتدائي الصادر من محكمة مارسيليا التجارية، لعدم اختصاصها بنظر هذا النزاع، كذلك فقد أيدت المحكمة عدم اختصاصها بنظر النزاع لكون العقد محل الحوالة، وهو من عقود التجارة الدولية، فقد ورد به شرط التحكيم، الأمر الذي يفرض على المحال عليه الالتزام بهذا الشرط عند تسوية النزاع الناشئ عن العقد.¹⁸⁸

من الفروض التي يمكن أن تثور في هذا الشأن بالنسبة للمحال إليه والمحال عليه مدى جواز تحويل اتفاق التحكيم بين الطرف الأول والطرف الثاني لشخص ثالث، وهنا نميز بين وضعين:

الوضع الأول: أن يتضمن العقد الأصلي بين الطرف الأول (المحال اليه) والطرف الثاني (المحال عليه) اتفاق تحكيم، ويقوم الطرف الأول والطرف الثاني بتحويل هذا الاتفاق الى شخص ثالث (الغير) في هذا الفرض النادر، بل الذي لا يتصور وقوعه في الحياة العملية، لأن الحوالة تكون باطلة في هذه الحالة كون التحكيم مع الشخص الثالث يكون غير ذي موضوع، ما دام العقد الاصلي بين الطرف الأول والطرف الثاني لا زال ساريا بينهما فقط، ولا يسري بحق الغير، فاتفاق التحكيم تابع لهذا العقد وليس العكس.

الوضع الثاني: أن يتم تحويل حقوق والتزامات الطرف الأول العقدية الى الطرف الثالث، في هذا الفرض ينتقل اتفاق التحكيم (الوارد في العقد، أي شرط التحكيم) الى الطرف الثالث سواء أقيمت الدعوى التحكيمية منه ضد الطرف الأول أو أقيمت من الطرف الثاني ضده، وبمعنى آخر فان الطرف الثالث يحل محل الطرف الأول في اتفاق التحكم، والمحكم هو الذي يقدر من حيث المبدأ من هم أطراف الاتفاق الذين يمكن أن يكونوا ايضا أطرافا في العملية التحكيمية.¹⁸⁹

¹⁸⁷ فتحي والي، مرجع سابق، ص 167

¹⁸⁸ أحمد مخلوف، مرجع سابق، ص 285

¹⁸⁹ حمزة حداد، مرجع سابق، ص 187.

ومن هذه الفروض السابقة نستنتج انه ليس بالضرورة سريان اتفاق التحكيم بحق الغير، أن يكون هذا الغير أحد الاطراف الموقعين على إتفاق التحكيم قبل أن يسري على أشخاص لم يوقعوا على الإتفاق وانما موافقتهم عليه حكما.

3- أثر حوالة الدين على اتفاق التحكيم

الأصل أن تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين المحيل والشخص المحال عليه، لكنها قد تتم باتفاق بين الدائن والشخص المحال عليه دون حاجة الى رضا المدين، ومرجع ذلك أن الوفاء يجوز من شخص غير المدين ولو كان ذلك دون علمه أو رغم ارادته، وحوالة الدين لا تكون نافذة في حق الدائن الا إذا أقرها ولا يكفي اعلان الدائن بالحوالة حتى يتحقق نفاذها بل لا بد من الإقرار بها، ويبدأ آثار هذا الإقرار من تاريخ انعقاد الحوالة.

والسؤال هنا عن أثر حوالة الدين على اتفاق التحكيم المبرم بين الدائن والمدين الأصلي في مواجهة المحال عليه (المدين الجديد)؟ وهل يمتد اتفاق التحكيم الى المحال عليه رغم أنه ليس طرفا في اتفاق التحكيم المبرم بين المدين الأصلي المحيل والدائن؟

هنالك من ذهب الى أن المحال عليه (المدين الجديد) يحل محل المدين الأصلي، ومن ثم يعد خلفا خاصا للمدين الأصلي وينقل اليه الدين المحال به بجميع صفاته وخصائصه، وبما أن اتفاق التحكيم من مستلزمات العقد الأصلي المبرم بين الدائن والمدين الأصلي فان حوالة الدين تنتقل بنفس الصفات وبالتالي ينتقل اتفاق التحكيم بالتبعية للمدين الجديد المحال عليه،¹⁹⁰ وهو ما أيده القضاء الفرنسي حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بانتقال اتفاق التحكيم مع انتقال العقد الأصلي، باعتباره من مستلزمات هذا العقد الى المتنازل اليه أو المحال عليه¹⁹¹.

ومنهم من قال ان إلزام المحال عليه (المدين الجديد) باتفاق التحكيم إذا ما كان هنالك اتفاق عليه في الحوالة التي تتم بين الدائن والمحال عليه، فاذا تعلق الأمر بشرط تحكيم مدرج في سند الدين أو مشار اليه فيه كان

¹⁹⁰ فتحي والي، مرجع سابق، ص167.

¹⁹¹ قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادرين بتاريخ 5 يناير 1999، 19 أكتوبر من نفس العام، بأن شرط التحكيم تنتقل آثاره بمقتضى الارادة المنفردة للأطراف الى المتنازل له عن الدين، طالما أن هذا الدين متعلق بالعلاقات بين المحيل والمحال عليه، أنظر ناصر عثمان، مرجع سابق، ص 194.

اتفاق التحكيم ملوم للمحال عليه الدين، أما إذا تمت حوالة الدين باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه فإنه إذا كان مدرج في سند الدين أو مشار إليه فيه أو كان في عقد مستقل فهو لا ينتقل الى الدائن.¹⁹²

وهناك رأي آخر يقول أنه لا يجوز للمدين الجديد التمسك باتفاق التحكيم المبرم بين المدين القديم والدائن، فالمدين الجديد يتفق بنفسه مع الدائن على الكيفية التي يحل فيها محل المدين القديم، أي لا يكون الدائن ملزم باتفاق التحكيم في مواجهة المحال عليه، الا اذا تمت الموافقة عليه، كما يتفق معه على كيفية فض المنازعات بشأن الدين.¹⁹³ وقد جاء حكم لمحكمة النقض المصرية " بأن شرط التحكيم مقصور على طرفيه ولا يمتد الى رجوع المحال له على المحيل بما دفعه له، اذا كانت الاحالة لم تتم طبقا للقانون.¹⁹⁴

المبحث الرابع: سريان اتفاق التحكيم بحق الغير لاعتبارات موضوعية

نعالج في هذا المبحث عدة حالات تتعلق بسريان اتفاق التحكيم بحق الغير لاعتبارات موضوعية، بحيث تشمل مجموع الشركات، والعقد الجماعي والمجموع العقدي، وتجديد العقد، وحالة المرسل اليه في عقد النقل البحري، ونخصص لكل منها مطلباً مستقلاً.

المطلب الأول: مجموعة الشركات

مجموعة الشركات هي تلك المجموعة التي تضم عددا من الشركات التي ترتبط فيما بينها من الناحية الاقتصادية وكأنها كيان اقتصادي واحد وتسعى الى تحقيق غرض مشترك وتخضع لاستراتيجية اقتصادية واحدة، الا أنها مع ذلك تظل مستقلة من الناحية القانونية، اذ يبقى لكل شركة شخصيتها القانونية المستقلة، حيث يعهد لمجموعة شركات تنتمي الى جنسيات متعددة تقوم بتنفيذ المشروعات الضخمة التي لا تقوى شركات بمفردها على القيام بها، ويطلق عليها تسميات مختلفة مثل الكونسورسيوم.¹⁹⁵

ويثور التساؤل حول ما كان التجمع هو الذي يعتبر طرفاً في اتفاق التحكيم أم أن كل عضو من أعضائه يكون له الحق في الالتجاء للتحكيم؟ وكذلك عن مدى امكانية امتداد اتفاق التحكيم من الشركات الأم الى الشركات

¹⁹² مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 448-477.

¹⁹³ أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 254.

¹⁹⁴ أحمد أبو الوفا، مرجع سابق، ص 143.

¹⁹⁵ أحمد هندي، التحكيم دراسة اجرائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2016، بدون طبعة، الاسكندرية، ص 39.

التابعة أو الشركات الوليدة أو العكس؟ وهل يسري اتفاق التحكيم الذي تبرمه إحدى هذه الشركات مع الغير في مواجهة باقي الشركات؟

في الإجابة على هذه التساؤلات، فقد اختلف الفقه والقضاء حول مدى امتداد اتفاق التحكيم الى الغير في حالة مجموعة الشركات، وانقسم الفقه بهذا الشأن الى اتجاهين: اتجاه مؤيد لفكرة الامتداد واتجاه آخر معارض، وبناء عليه نشرح هذين الاتجاهين على التوالي.

الاتجاه الأول: ذهب هذا الاتجاه الى عدم امتداد اتفاق التحكيم الذي وقعته الشركة الأم ليلزم الشركة أو الشركات التابعة لها، لأن شركات المجموعة وإن كانت أن لكل تجمعها كلها وحدة المصلحة الاقتصادية إلا أن كل منها يتمتع بشخصية معنوية مستقلة عن غيرها.¹⁹⁶

كما أن مبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم من حيث الأصل لا يلتزم لهذا أية شركة من الشركات المكونة لمجموعة الشركات باتفاق التحكيم الوارد في العقد الذي أبرمته إحدى هذه الشركات استناداً لهذا المبدأ، بالإضافة الى كون كل شركة من الشركات المكونة لمجموعة الشركات تتمتع بشخصية قانونية مستقلة، وبناء عليه فإن الشركة التي قامت بأبرام العقد والتوقيع عليه تكون هي وحدها الملزمة باتفاق التحكيم الوارد فيه، فالمعيار الذي يفصل بين الشركة الطرف في اتفاق التحكيم عن باقي شركات المجموعة هو مجرد معيار مادي يتمثل في التوقيع على العقد باعتبار أن التوقيع هو الوسيلة العادية التي تعبر عن الرضا والارادة في الالتزام باتفاق التحكيم.¹⁹⁷

طالما أن لكل من الشركة التابعة لها شخصية مستقلة، فإن اتفاق التحكيم الذي تبرمه الشركة تلك لا يلزم الشركة الأخرى حتى لو كان العقد المبرم من الشركة الأم المتضمن شرط التحكيم يمس بمصالح الشركة التابعة أو الأم وتطبيقاً لهذا قضت محكمة النقض المصرية أن "مجرد كون أحد أطراف خصومة التحكيم شركة ضمن مجموعة شركات تساهم شركة أم في رأس مالها لا يعد دليلاً على التزام الأخيرة بالعقود التي تبرمها الأولى المشتملة على شرط التحكيم ما لم يثبت أنها تدخلت في تنفيذها أو تسببت في وقوع خلط بشأن الملتزم به على نحو تختلط ارادتها مع ارادة الشركة الأخرى.¹⁹⁸

¹⁹⁶ ابراهيم ابراهيم، مرجع سابق، ص 112، فهيمة قماري، مرجع سابق، ص 298.

¹⁹⁷ حفيظة الحداد، مرجع سابق، ص 242.

¹⁹⁸ أحكام النقض - المكتب الفني - مدني السنة 55 - ص 638، الطعن رقم 4729 لسنة 72، جلسة رقم 22 يونيو سنة 2004، أنظر فتحي والي، مرجع سابق، ص 175، منشور في الموقع الالكتروني https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/2013/06/55_9607.html.

ويصل جانب الفقه الى نفس النتيجة التي وصلت اليها محكمة النقض المصرية على أساس مبدأ التفسير الضيق لاتفاق التحكيم، ووجوب أن تكون الإرادة في اتفاق التحكيم صريحة وواضحة ومؤكدة وهو ما يتنافى مع الامتداد التلقائي لاتفاق التحكيم بين مجموعة الشركات.¹⁹⁹

الاتجاه الثاني: يرى الجانب الآخر من الفقه أن اتفاق التحكيم الذي تبرمه إحدى الشركات من ضمن مجموعة الشركات يكمن في أن يمتد الى باقي الشركات الأخرى في المجموعة ويرى أن أهمية مبدأ امتداد آثار اتفاق التحكيم الى الغير الذي لم يكن طرفا فيه على درجة كبيرة من الأهمية في حالة مجموعة الشركات، وايضا في حالة الدولة ومشروعاتها العامة، حيث أكد البعض على امتداد عقد التحكيم الى من لم يكن طرفا فيه، وخاصة الشركات، وأكد على هذا المبدأ في حالة مجموعة الشركات قضاء التحكيم الدولي، وتطبق تلك القاعدة سواء في حالة اتحاد مجموعة شركات كانت منفصلة أو حالة انفصال مجموعة شركات كانت متحدة.²⁰⁰

وقد ذهب القضاء الفرنسي الى انه إذا اشتركت عدة شركات في نشاط اقتصادي واحد أو كونت بينها اتحاد (كونسورتيوم) لمباشرة هذا النشاط فيسري اتفاق التحكيم الذي تبرمه إحدى هذه الشركات مع الغير في مواجهة باقي الشركات (معيار الارادة)، ويستند في ذلك الى ان الارادة المشتركة لهذه الشركات تتمثل في الاشتراك في جميع الاتفاقات التي توقعها احداها ولو لم يقم بعضها بالتوقيع عليها.²⁰¹

والاتجاه الراجح سواء على صعيد الأحكام القضائية أو أحكام التحكيم يميل الى مد أثر اتفاق التحكيم الى الغير الذي لم يوقع عليه إذا كانت الظروف المحيطة به تظهر أن هذا الغير بتدخله في العملية التعاقدية في أي مرحلة من مراحلها يعد بمثابة طرف يحتج عليه بشرط التحكيم الوارد فيه ويمكنه هو ايضا ان يتمسك به، وذلك بالاستناد الى تفسير ارادة الأطراف، أي الشركات الأعضاء في مجموعة الشركات.²⁰²

ان اتفاق التحكيم الذي تبرمه إحدى شركات المجموعة مع شخص محل الغير يمكن الاحتجاج به على باقي الشركات الأعضاء في المجموعة، كما يمكن لأي منها التمسك به في مواجهة الغير الذي أبرمه مع الشركة العضو في المجموعة، ويستند أنصار هذا الاتجاه على فكرة القبول الضمني من قبل الغير بامتداد شرط التحكيم في مواجهته أو ما يسميه البعض فكرة الامتداد الأفقي والتي تستند الى فكرة الارادة الظاهرة، حيث يمتد اتفاق التحكيم للشركة التي لم توقع عليه استنادا الى ما صدر عنها من سلوك خلال عملية التفاوض السابقة على

¹⁹⁹ فهيمه القماري، مرجع سابق، ص 297.

²⁰⁰ ناصر عثمان، مرجع سابق، ص 198.

²⁰¹ سمير جاويد، مرجع سابق، ص 61.

²⁰² حفيظة الحداد، مرجع سابق، ص 250.

العقد أو خلال تنفيذه، أما أحكام التحكيم الدولي والاحكام القضائية الدولية في هذا الشأن فقد استندت الى فكرة القبول الضمني أو الارادة الضمنية والى فكرة الحلول وفكرة الوحدة الاقتصادية لمجموعة الشركات.²⁰³

وعلى ذلك إذا كان شرط التحكيم قد أدرج في الاتفاق المبرم بين احدى شركات المجموعة مع الغير، فإنه يحتج به على شركة أخرى في المجموعة تسهم في العملية الاقتصادية، والحل الخاص بامتداد شرط التحكيم الى الشركات غير الموقعة لا يختلط مع ما يترتب فقط على تجزئة المنازعات والأطراف المرتبطين أو غير المرتبطين بشرط التحكيم.²⁰⁴

ويلاحظ أن رئيس الشركة الام يعمل ايضا بوصفه ممثلاً للشركة الوليدة استنادا الى فكرة روابط النظم أو الحقيقة الاقتصادية التي تسمح بالقول أن نشاط الشركة الوليدة يعتبر منضمًا الى الشركة التي ترتبط بها، وهذا الاتجاه المتبع بمعرفة هيئات التحكيم يؤدي الى التوسع في صحة اتفاق التحكيم، كما لو كان الامر متعلقاً بشخصية معنوية وقعت على هذا الاتفاق.²⁰⁵

أما بالنسبة لشركات التضامن يعد اتفاق التحكيم المبرم باسم الشركة ملزماً لكل شريك، بحيث يمكن أن تقام ضدهم مجتمعين أو ضد أي منهم بأسمائهم اجراءات التحكيم، كما يستطيعون أن يحركوا دعاوي منهم بأسمائهم ضد الطرف الذي كان قد تعاقد مع الشركة بعقد يتضمن اتفاق التحكيم، ومن باب أولى فإن هذه النتيجة بشقيها تنطبق في حالات المسؤولية التضامنية التي تنشأ بين أشخاص لا يضمهم تنظيم في صورة شركة تتمتع بالشخصية المعنوية، وانما يأخذ تعاونهم صورة شركة محاصة،²⁰⁶ ويسري اتفاق التحكيم بين الشركاء بصفتهم شركاء في الشركة وليس بصفتهم الشخصية.²⁰⁷

قضية Daw Chemical:

ملخص هذه القضية في قيام عقد مبرم شركتين احدهما من الشركات الفروع للشركة الأم مع العديد من الشركات الاخرى وفي العقد شرط تحكيم مبني على اسس قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس بشأن توزيع مواد

²⁰³ أحمد هندي، مرجع سابق، ص 40.

²⁰⁴ منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص 158.

²⁰⁵ منير عبد المجيد، مرجع سابق، ص 149.

²⁰⁶ سمير جاويد، مرجع سابق، ص 61.

²⁰⁷ وفي ذلك حكم لمحكمة التمييز الأردنية: "ينحصر أثر اتفاق التحكيم بين الأطراف أنفسهم بصفتهم المبينة في اتفاق التحكيم، فإذا كان أحد الأطراف هو شريك موصي في احدى الشركات، وتم الاتفاق على حسم النزاعات المتعلقة بالشركة وتصفياتها، فإن هذا الاتفاق على التحكيم لا يسري بحق الشريك بصفته الشخصية، وانما بصفته كشريك متضامن في الشركة، أنظر يوسف شندي، مرجع سابق، ص 118.

عازلة للحرارة، ثم ثارت منازعات بسبب جودة المنتجات وقد شرع في اتخاذ اجراءات التحكيم من قبل الشركتين التابعتين لمجموعة Daw والموقعتين على العقد وايضا الشركة الأم وفرع آخر والذين لم يوقعوا على العقد، حيث اعترضت الشركة المدعى عليها على اختصاص محكمة التحكيم بالفصل في الطلبات المقدمة من هاتين الشركتين الاخيرتين مستندة الى انهما لم تكونا أطرافا في العقد المتضمن لشرط التحكيم، وقد رفضت محكمة التحكيم حكم تمهيدي هذا الدفع بعدم اختصاصها ولقد استندت المحكمة في معرض تأييدها لهذا الاختصاص بنظر المنازعة المعروضة عليها، الى فكرة استقلال التحكيم، وبعد ذلك قامت المحكمة بالتعرض للظروف المحيطة بإبرام وتنفيذ وفسخ العقود المتنازع عليها وانتهت الى تقرير أنه اخذا بعين الاعتبار بالطابع الاقتصادي الموحد لمجموعة الشركات وعلى الرغم من الشخصية القانونية التي تتمتع بها كل شركة من هذه الشركات المكونة لهذه المجموعة فان شرط التحكيم الذي تم قبوله صراحة من بعض شركات هذه المجموعة، يتعين أن يلزم الشركات الاخرى، والتي من خلال الدور الذي لعبته غي ابرام، تنفيذ أو فسخ العقود المتضمنة هذه الشروط، قد ظهرت على نحو ما كشفت عنه الارادة المشتركة لجميع الأطراف في الاجراءات، كما لو كانت طرفا فعليا في هذه العقود، أو أنها معينة بالدرجة الاولى بها وبالمنازعات التي يمكن أن تتمخض عنها، ولقد رفضت محكمة استئناف باريس الطعن بالبطلان ضد حكم التحكيم المتقدم مقرر بآن المحكمين قضوا في المنازعة المعروضة عليهم بناء لما لهم من سلطة مطلقة في تفسير العقود المبرمة والوثائق المتبادلة بين الأطراف وقت المفاوضات ووقت فسخ العقود وأنهم فيما انتهوا اليه من قضاء قد استندوا الى تسييب واضح وخال من التناقض، وبناء على تفسيرهم للإرادة المشتركة لكل من الشركات المعنية، فان الشركة الام وشركة فرنسا، كلاتهما كانت طرفا في العقود على الرغم من أنهما لم تقوما بالتوقيع عليها، وبهذه المثابة يسري شرط التحكيم في مواجهتهم.²⁰⁸

²⁰⁸ حفيظة الحداد، مرجع سابق، ص 246.

المطلب الثاني: العقد الجماعي والمجموع العقدي

من حالات امتداد أثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير هما حالتي العقد الجماعي أولاً ثم حالة المجموع العقدي ثانياً وهنا سأقوم بعرض كل منهما.

أولاً: امتداد اتفاق التحكيم الى الغير في العقد الجماعي

العقد الجماعي هو عبارة عن عقد يتم توقيعه بين مجموعة من الأفراد بصفتهم الجماعية وبين فرد أو مجموعة من الأفراد، وتنصرف آثاره ليس فقط الى من اشترك في ابرامها من أفراد المجموعة وانما يمتد الى جميع أفرادها حتى من لم يشترك في ابرامها طالما تم انعقاده من الأغلبية التي يتطلبها القانون.²⁰⁹

وتعتبر حالة العقد الجماعي خروج على مبدأ نسبية أثر العقود كون أن العقد ينعقد بموافقة أغلبية أطرافه، وعليه فإن العقد الجماعي إذا تضمن اتفاق تحكيم فإن هذا الاتفاق يكون ملزماً لمن اشترك في ابرام العقد المتضمن اتفاق تحكيم وكذلك لمن لم يشترك في ابرام اتفاق التحكيم، بحيث يمتد أثره لجميع أطراف العقد الجماعي، كأعضاء نقابة العاملين في الجامعات على سبيل المثال. وأيضاً إذا أبرمت الأغلبية اتفاق تحكيم مستقل عن العقد الأصلي، فإنه يسري في مواجهة جميع الأطراف سواء من اشترك منهم فيه أو لم يشترك، وقد قضت محكمة جنيف 1975 "للتحكيم أن شرط التحكيم المدرج في عقد بناء مصنع أبرم بين شركة وطنية وشركة أجنبية عضو في مجموعة صناعية متعددة الجنسيات يلزم سائر شركات المجموعة استناداً الى طبيعة العملية والى الإرادة المشتركة للأطراف".²¹⁰

ثانياً: امتداد اتفاق التحكيم للغير في المجموع العقدي

يمكن تعريف المجموع العقدي بأنه مجموعة من العقود تمثل وحدة اقتصادية واحدة، بحيث يكون بينها ارتباط موضوعي وليس شخصي، هدفها تحقيق نفس العملية التجارية، وتقوم جميع تلك العقود على فكرة وحدة السبب أو وحدة المحل، وهنا يبرم عقد بين متعاقد رئيسي وطرف آخر تتحدد فيه الالتزامات والحقوق الأساسية للأطراف، دون الدخول في الالتزامات والحقوق الفرعية التي تتصل أساساً بتنفيذ العقد الأساسي، ثم تبرم بين الأطراف عقود تنفيذية لذلك العقد.

²⁰⁹ مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 493، فهيمة القماري، مرجع سابق، ص 248.

²¹⁰ قرار مشار اليه لدى فهيمة القماري، مرجع سابق، ص 248.

تبدو مسألة امتداد شرط التحكيم الى الغير أكثر وضوحا في حالة مجموعة العقود أو ما يطلق عليه السلسلة العقدية التي تبرم لتحقيق هدف اقتصادي واحد، ففي هذه الحالة، تنتقل شروط التحكيم من عقد الى آخر، طالما ان العقدين يدخلان ضمن نفس السلسلة العقدية.²¹¹ ومن أهم صورها العقود التي تسعى الى تحقيق هدف واحد مشترك رغم اختلاف أطرافها مثالها العقود التي تربط عدة مقاولين من الباطن بمقاول أصلي واحد، وتظهر أيضا في الشركات التي تنظمها مجموعة واحدة، وتبرم هذه الشركات عقودا مع الغير تتعلق جميعها بعملية اقتصادية واحدة.²¹²

ورغم الخلاف بين الغير وبين أفراد المجموعة حول ما إذا كان شرط التحكيم يمتد الى العقود التي تربطه (الغير) ببقية أفراد المجموعة من ضمن السلسلة العقدية سألقة الذكر وخلو هذه العقود من شرط التحكيم، فقد توصل قضاء التحكيم الدولي الى سريان أثر اتفاق التحكيم الى بقية العقود في المجموعة، لكون ان أطراف العقد تجمعهم رابطة واحدة وان هدفهم جميعا هدف اقتصادي واحد.²¹³ وفي هذا الإطار، قضت محكمة استئناف باريس بأن شرط التحكيم المدرج في عقد دولي هو شرط صحيح، يمتد أثر تطبيقه الى الأطراف المعنية بتنفيذ العقد وفي المنازعات التي تنشأ عنه متى تبين أن مركزهم التعاقدى ونشاطهم، يفترض قبولهم لشرط التحكيم الذي يعلمون بوجوده وبماده على الرغم من عدم توقيعهم على العقد الذي تضمنه.²¹⁴

صورة سلسلة العقود المبرمة بين نفس الأطراف عندما يكون الارتباط شخصيا بين أطرافها، وهنا تبرم بين نفس الأطراف عدة عقود، غالبا ما تكون متتابعة زمنيا، كما هو الحال في عقود التوريد وعقود التجهيزات الصناعية.²¹⁵ فاذا ورد اتفاق التحكيم في عقد منها دون العقود التالية له، فقد اتجه القضاء،²¹⁶ الى مد ذلك الاتفاق الى تلك الأخيرة، بحيث تقض منازعاتها بطريق التحكيم دون قضاء الدولة، وذلك وفقا لما يقتضيه العرف والتعامل السابق بين الأطراف. وهنا يبرم عقد إداري بين متعاقد رئيسي وطرف آخر، تتحدد فيه

²¹¹ ناصر عثمان، مرجع سابق، ص 198.

²¹² فهمية القماري، مرجع سابق، ص 251.

²¹³ مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 251.

²¹⁴ Paris, 14 fev.1989, Rev.arb.1989, p.691 et s. أنظر حكم محكمة استئناف باريس الصادر غي 14 فبراير سنة 1989 ، نقلا عن

فهمية القماري، مرجع سابق، ص 251

²¹⁵ أحمد مخلوف، مرجع سابق، ص 250، وحفيظة السيد، مرجع سابق، ص 171.

²¹⁶ وفي هذا المعنى قضت المحاكم بأنه "إذا كان العقد محل النزاع لم يتضمن شرط التحكيم، فإن العقد الآخر المبرم بين نفس الأطراف من ذات طبيعة الصفقة قد احتوى على مثل هذا الشرط، فضلا عن وجود ثمانية عشر معاملة سابقة بينهم على استيراد وتصدير اللحوم المجمدة كانت تتضمن شروط تحكيم مماثلة باختصاص جمعية التحكيم الأمريكية"، انظر احمد سلامة، مرجع سابق، ص 257

الالتزامات والحقوق الأساسية للأطراف، دون الدخول في الالتزامات والحقوق الفرعية التي تتصل أساساً، بتنفيذ العقد الإطاري، ثم تبرم بين الأطراف عقود تنفيذية لذلك العقد.²¹⁷

أكدت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر في 25 مارس لسنة 1983 في القضية المعروفة بـ "Sorvia" وتتلخص وقائعها في أن الشركة "Sorvia" الفرنسية قد تعاقدت على شراء كمية من اللحوم المجمدة من الشركة الأمريكية "Weinstein" بموجب عقدين أبرم الأول في تموز 1979 والثاني في آب من نفس العام وعلى أثر استلام الشحنة الأولى، وظهر عدم مطابقة للمواصفات المتفق عليها، أخطرت الشركة الفرنسية الطرف الأمريكي بتأجيل ارسال الشحنة الثانية لحين فض النزاع بخصوص الشحنة الأولى، ولكن الاخطار جاء متأخرا حيث كانت الشركة الأمريكية قد ارسلت بالفعل الشحنة الثانية، فرفضت الشركة المستوردة تسلمها مما اضطر الشركة الأمريكية المصدرة الي بيعها بثمن اقل، واتخاذها اجراءات التحكيم ضد الشركة الفرنسية أمام جمعية التحكيم الأمريكية، حيث حصلت الشركة الأمريكية على حكم لصالحها بتعويض يتمثل في الفارق بين الثمن المتفق عليه، والثمن الذي بيعت به الشحنة بعد ذلك، بالإضافة الى الفوائد القانونية، فعندما صدر الأمر بتنفيذ ذلك الحكم، طعنت الشركة الفرنسية في امر التنفيذ استنادا الى أن العقد السابق بخصوص الحكم لم يكن متضمنا شرط تحكيم، فرفضت محكمة استئناف باريس ذلك الطعن مقررّة انه اذا كان العقد محل النزاع لم يتضمن شرط التحكيم، فان العقد الاخر المبرم بين نفس الاطراف من ذات طبيعة الصفقة قد احتوى على مثل هذا الشرط، فضلا عن وجود ثمان وعشرون معاملة سابقة بينهم كانت تتضمن شرط تحكيم مماثل لاختصاص جمعية التحكيم الأمريكية بموضوع الاتفاق على استيراد وتصدير اللحوم المجمدة.²¹⁸

وقد اتجه جانب من الفقه الى ان اتفاق التحكيم حتى يمتد الى العقود اللاحقة المبرمة بين نفس الأطراف، رغم عدم وجود شرط تحكيم في ذلك العقد يجب توافر شرطين: الأول أن يكون شرط التحكيم من الشروط التي اعتاد الأطراف على ادراجها في العقود المبرمة بينهم، ويمكن الوصول لذلك من خلال العرف السائد والتعاملات السابقة بين الأطراف، فاذا تخلفت التعاملات السابقة أو العرف فلا يكون اتفاق التحكيم منتمي للعقود اللاحقة. والشرط الثاني الا يرد في العقد الأخير المبرم بين الأطراف ما يشير الى استبعاد شرط التحكيم الوارد في العقد السابق ويجعل الاختصاص فيه للقضاء الوطني في دولة معينة، او الاتفاق على وسيلة أخرى لفض المنازعات عند حدوثها بما يمكن معه تفسير هذا الشرط بأنه استبعاد ضمني لشرط التحكيم السابق.²¹⁹

²¹⁷ أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 257.

²¹⁸ حفيظة السيد حداد، مرجع سابق، ص 172.

²¹⁹ محمد نور شحاته، مرجع سابق، ص 71-73.

فانه اذا ابرم عقد مقاوله او توريد بين طرفين وتضمن شرط تحكيم، ونص العقد على انه يمكن لرب العمل ان يطلب اضافة اعمال او بضائع على ما يتضمنه عقد المقاوله او عقد التوريد، او ان يطلب تعديل بعض أعمال المقاوله أو بعض ما اتفق الطرفان على توريده، فان شرط التحكيم الوارد في العقد يشمل ايضا الأعمال او البضائع الاضافية او المعدلة، وذلك اعتبارا بان ما تم من اضافة او تعديل هو اعمال لبند من بنود العقد الذي يتضمن شرط التحكيم.²²⁰

اذا كان هناك عقد مقاوله أصلي يتضمن شرط تحكيم، وابرم المقاول الاصيلي عقد مقاوله من الباطن، فان مجرد ابرام هذا العقد لا يتضمن حواله لحق رب العمل في مواجهة المقاول الأصلي أو حواله لشرط التحكيم الى المقاول من الباطن ويبقى لرب العمل الحق في الالتجاء الى التحكيم لمطالبة المقاول الأصلي بالتزاماته عن عقد المقاول الأصلي²²¹

وفي قضية أن الشركة الفرنسية (SOFREMINE) تعاقدت مع الشركة العربية للمناجم على اعادة تشغيل منجم الكبريت والنحاس في موريتانيا، وقد ابرم عقدين لذلك أساسيين: الاول في 1982/11/16 يهدف الى دراسة المشروع، والثاني في 1982/12/21م للبدء في تشغيل المنجم، واحتوا كلاهما على شرط تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس، ثم ابرمت بعد ذلك عدة عقود بين الطرفين لتنظيم العائد المالي لاستغلال المنجم، وقد خلت تلك العقود من أي شرط تحكيم، وعندما حدث نزاع بين الطرفين حول أحد هذه العقود، قامت بإقامة دعاواها امام القضاء الفرنسي استنادا الى فكرة على عدم وجود اتفاق على التحكيم، الا ان المحكمة قررت الفصل في النزاع وقضت بعدم اختصاصها استنادا الى فكرة امتداد شرط التحكيم الوارد في العقود الاساسية الى العقد محل النزاع، وقررت ان هذه العقود اللاحقة كانت قد نشأت في اطار العلاقات التعاقدية المبرمة بين الاطراف لتنفيذ الاتفاق المبرم عنه العقدان الأساسيان المؤرخان في 1982 / 11/16م و 1983/12/21م، ونتيجة لذلك تخضع العقود التبعية للقواعد التي قررتها الاتفاقيات الأساسية ومن ثم فإنها تخضع لذلك لشرط التحكيم.²²²

²²⁰ فتحي والي، مرجع سابق، ص 170.

²²¹ فتحي والي، مرجع سابق، ص 167.

²²² أحمد سلامة، مرجع سابق، ص 458.

المطلب الثالث: حالة تجديد العقد

التجديد يتضمن انشاء عقد جديد يختلف عن العقد الاساسي في ركن او أكثر من الأركان، فإذا اتفق أطراف العقد المتضمن شرط التحكيم على امتداده فترة أخرى فهل يظل الاتفاق على التحكيم قائما منتجا لآثاره أم أن الشرط يسقط بانقضاء المدة الأصلية؟

في الاجابة على هذا السؤال، يوجد ثلاثة آراء للفقهاء:

الاتجاه الأول يرى ان التجديد لا يمنع كقاعدة عامة شرط التحكيم الوارد في العقد من ترتيب آثاره، سواء كان التجديد بتغيير محل العقد الأصلي، حيث تنقضي الالتزامات القديمة وتحل مكانها التزامات جديدة، أو كان بتغيير الأطراف، سواء كان بتغيير الدائن أم المدين.²²³ وتسير في هذا الاتجاه محكمة النقض الفرنسية، حيث ترى أن تجديد العقد المشتمل على شرط تحكيم لا يمنع من تطبيق هذا الشرط، وذلك بقولها أن التجديد على افتراض أنه تم لا يمكن أن يؤدي الى عدم فاعلية شرط التحكيم المدرج في العقد، ويعود تبرير ذلك أن شرط التحكيم لا يعتبر التزاما موضوعيا، انما اتفاقا اجرائيا لا يتأثر بالتجديد.²²⁴ فإذا تجدد العقد المتضمن شرط تحكيم، فان شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي يسري ايضا على العقد المجدد، فليس من شأن التجديد انتهاء شرط التحكيم الذي يتضمنه العقد، ذلك ان انتهاء مدة العقد الأصلي يؤدي الى انتهاء الحقوق والالتزامات الناشئة عنه عن تلك المدة، ولكنه لا ينهي العقد ذاته ما دام قد تجدد، فيبقى العقد بكل بنوده ومنها شرط التحكيم، ويكون الامر كذلك سواء تضمن العقد الأصلي بناء على ان يتم التجديد تلقائيا او باتفاق الطرفين، او لم يتضمن العقد هذا البند واتفق الطرفان على تجديد العقد، أو كان التجديد قد تم ضمنا باستمرار الطرفين في تنفيذه بعد انتهاء المدة الأصلية.²²⁵

الاتجاه الثاني يرى أنه في حالة تجديد العقد، فان شرط التحكيم لا ينتقل أثره الى الغير ذلك لأنه في هذه الحالة لا نكون أمام ما يسمى بانتقال الالتزام ولكن امام حقوق والتزامات جديدة وبموجب عقد جديد.²²⁶

الرأي الثالث، يرى أنه يجب التفرقة بين التجديد الصريح والتجديد الضمني للعقد، فإذا كان الاتفاق على الامتداد صريحا وجب أن يتضمن النص على شرط التحكيم أو النص على أن التمديد يشمل كافة البنود المنصوص

²²³ يوسف شندي، مرجع سابق، ص 117.

²²⁴ انظر طر يوسف شندي، مرجع سابق، ص 117.

²²⁵ فتحي والي، مرجع سابق، ص 168.

²²⁶ فوزي سامي، مرجع سابق، 1995، ص 230.

عليها في العقد الأصلي أو على الأقل يمكن بالنظر للظروف المحيطة بالتعامل للتأكد من أن الإرادة الضمنية للأطراف قد ذهبت إلى ذلك.²²⁷

وإنني أرى أن الاتجاه الثالث هو الأصوب، وله صورتان: الأولى أن يتم الاتفاق على سريان شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي على الاتفاقية الجديدة أو المعدلة وبالتالي يكون الاتفاق هنا صريحا على إلغاء شرط التحكيم في العقد الأصلي أو قد يكون اتفاقا صريحا باستبدال شرط التحكيم في العقد الجديد بآليات أخرى لحل النزاعات بما فيها التوجه للقضاء مباشرة. والصورة الثانية، الاتفاق على شرط التحكيم بصورة ضمنية من خلال الإشارة إلى العقد الجديد مع سريان شروط العقد الأصلي بما لا يتعارض مع شروط العقد الجديد على أن يخلو العقد الجديد من بند صريح حول اتفاق التحكيم أو آلية فض النزاع، وبالتالي يسري شرط التحكيم في العقد الأصلي لحسم أي نزاع بين الأطراف بشأن العقد الجديد، فتكون إرادة الأطراف قد اتجهت ضمناً إلى تطبيق شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي.

المطلب الرابع: المرسل إليه في عقد النقل البحري

يثير هذا المطلب عدة تساؤلات أهمها ما مدى التزام الغير المرسل إليه بشرط التحكيم الموجود في سند الشحن؟ وهل من الممكن أن يستفيد منه المرسل إليه؟ وهل من الممكن أن يتم التمسك بشرط التحكيم في مواجهته؟ ولإجابة على هذه التساؤلات، يجب تحديد المركز القانوني للمرسل إليه والذي ما زال محل خلاف شديد في الفقه والقضاء، والحديث عن النظريات في هذا الصدد، وبيان موقف الفقه والقضاء من امتداد اتفاق التحكيم إلى المرسل إليه، وذلك في ثلاثة أفرع منفصلة.

الفرع الأول: المركز القانوني للمرسل إليه

تأتي أهمية تحديد المركز القانوني للمرسل إليه من علاقاته المتداخلة والمتشعبة إلى حد كبير في مجال عمليات النقل البحري للبضائع وذلك من خلال علاقات المرسل إليه مع العديد من الأشخاص وذلك منذ بداية إبرام عقد البيع مروراً بعمليات الشحن المختلفة الخاصة بالبضاعة وإصدار سندات الشحن بأنواعها، بالإضافة إلى ذلك

²²⁷ عبلة خالد الفقي، امتداد اثر اتفاق التحكيم للغير، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، 2013، منشور على دار المنظومة،

احتمال تداول هذه السندات بين أكثر من مستفيد حتى تصل الى المرسل اليه صاحب الحق في الاستلام وأيضاً قد يلتزم بالشروط الواردة في سند الشحن.²²⁸

لذلك من الضروري تحديد مركز المرسل اليه بالنسبة لسند الشحن، لمعرفة هل هو من أطراف السند ولا يمكن نفي ما جاء من بيانات بحالة البضاعة الا بالكتابة، أم أنه من الغير يستطيع التمسك بهذه البيانات ضد الناقل دون ان يستطيع التمسك بالبيانات ضد الناقل دون ان يستطيع الاخير إثبات عكسها في مواجهته بأي طريقة بل الغير يستطيع اثبات ما ورد بالسند بكافة الطرق.

للأطراف رفع هذه الدعوى على أساس أن هذا المرسل اليه غير معروف لديه وليس له علاقة عقدية معه، بل أنه من الغير بالنسبة له ولا يجوز أن يستفيد من عقد هو ليس طرفاً فيه وبالتالي ترفض دعواه تطبيقاً لمبدأ نسبية أثر العقود، كما يمكن للمرسل اليه أن يدفع دعوى الغير ذوي الشأن في عقد النقل البحري على أساس أنه من الغير ولا يجوز لمبدأ نسبية أثر العقود أن يضار من عقد ليس طرفاً فيه.²²⁹

الفرع الثاني: النظريات المتعلقة بالمركز القانوني للمرسل اليه

لقد اختلفت الآراء الفقهية في محاولة ايجاد الأساس القانوني لمركز المرسل اليه حيث عرضت العديد من النظريات التي تعتمد عليها منها:

1- نظرية الاشتراط لمصلحة الغير

تفرض ظروف التجارة البحرية قيام أحد طرفي عقد النقل البحري، بأن يشترط على الطرف الآخر في هذا العقد أن يؤدي الى شخص أجنبي اي طرف ثالث في العقد حقاً معيناً فيكتسب الغير المستفيد قبل المتعهد حقاً مباشراً من عقد لم يكن طرفاً فيه، ولم يعقده بنفسه عن طريق النيابة دون حاجة الى قبوله وهنا يكون خروج على مبدأ الأثر النسبي للعقد.²³⁰

حيث يؤيد الاتجاه الفقهي هذه النظرية من حق المرسل اليه انه اشتراط لمصلحة الغير على أساس أن الشاحن وقت ابرامه لعقد النقل يشترط لمصلحة المرسل اليه، فيكتسب بهذا الشرط الحق في تسليم البضاعة، ويتحقق

²²⁸ فهمية القماري، مرجع سابق، ص 257.

²²⁹ زروالي سهام، مذكرة شرط التحكيم البحري وسريانه بالنسبة للمرسل اليه في عقد النقل البحري للبضائع، ص75، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، الجزائر .

²³⁰ أنظر المادة 1211 مدني فرنسي، Ca Paris, 26 Mais 1992, Rev. Arb, 1993, p.631 not LAYNES.

قبوله بالطبع عند تسلمه فعلاً لهذه البضاعة، ومن جهة أخرى فإن قبول المرسل إليه لهذه الشرط يتوجب عليه قبول تنفيذ الالتزامات المرتبطة بهذا الاشتراط كالالتزام بدفع الأجرة.²³¹

بعض أحكام القضاء الفرنسي²³² وبعض الآراء الأخرى تحت على ضرورة إبراز ارادة المشرع في مبدأ نسبية أثر العقد، وعدم التوسع في تفسير ارادة المشرع، فيستفيد منه حقاً مباشراً من عقد الاشتراط دون ان يتحمل اي التزام ناشئ عنه، فالاشتراط لا يعطي الغير حقوق والتزامات مثل الاطراف وبالنتيجة فإن الاشتراط لمصلحة الغير يقتضي عدم التمسك في مواجهة المرسل اليه بشرط التحكيم الوارد بهذا الشرط.²³³

وخلاصة هذه النظرية انها تسند في تفسير حق المرسل اليه الى انه اشتراط لمصلحة الغير، فالشاحن عندما يبرم عقد النقل فانه يشترط على الناقل أن يرتب حقاً معيناً لمصلحة المرسل اليه، كأن يكسب الحق في استلام البضاعة، ومتى قبل المرسل اليه هذا الشرط فانه يدل على قبوله له بما يتضمنه من التزامات، فيكون ملتزم بشرط التحكيم في الوارد في الاشتراط.

ومن خلال ذكر بعض الانتقادات الموجه الى هذه النظرية ان نظام الاشتراط لمصلحة الغير وان كان يصلح اعتماده من جهة تفسير اكتساب المرسل اليه للحقوق الناشئة عن العقد، كحقه في تسلم البضاعة مثلاً الا انه لا يمكن اعتماده من جهة تحمل المرسل اليه التزامات بما فيها شرط التحكيم،²³⁴ وايضا من الانتقادات ان القصد أو النية في الاشتراط المطلوب توافرها للقول بصحة نظرية الاشتراط لمصلحة الغير غير موجودة وغير متوفرة لذلك لا تعد هذه النظرية محل سند قانوني لتبرير الرجوع المباشر بين المرسل اليه والناقل.²³⁵

2- نظرية الخلف الخاص

وقد أوضحنا سابقاً أن الخلف الخاص هو من يتلقى من سلفه شيء معين بالذات، أو حقاً عينياً على هذا الشيء، وان كان هذا الخلف كأصل عام من الغير، الا ان اثار العقد قد تنصرف اليه بشروط معينة.

ان فكرة الخلافة تقوم على اساس الانتقال، أي انتقال اثار العقد حقوقاً والتزامات من السلف وهو الشاحن الى الخلف المرسل اليه ويترتب على هذا الانتقال ابراء ذمة الشاحن من التزامه قبل دائنه الناقل، فيحل الخلف وهو

²³¹ أنظر نقد فرنسي، 1912/5/20 أحمد حسني، مرجع سابق، ص 57.

²³² Cass.Com, 14 janv 2004, JCP, E, 2004.n 11, P. 398.

²³³ محمد شحاته، مرجع سابق، ص 73.

²³⁴ محمد أبو الشهبان، دور التحكيم في فض منازعات النقل البحري للبضائع، ص 44، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الاردن، 2018.

²³⁵ زروالي سهام، مرجع سابق، ص 112.

المرسل اليه محل السلف وهو الشاحن، ليصبح هو وحده المدين، ويختفي مركز السلف من هذه العلاقة، فالناقل يستطيع أن يرجع على الشاحن بأجرة النقل، إذ لم يتم المرسل اليه بدفعها، بل يمكن الرجوع عليه بكل ما تتيحه هذه العلاقة بينهما من دفع.²³⁶

يرى بعض الفقه أن المرسل اليه حامل سند الشحن، يعد خلفاً خاصاً للشاحن وذلك باعتباره مشترياً للبضاعة، وبما أن هناك عقد أبرمه الشاحن يتعلق بهذه البضاعة فإن المرسل اليه بصفته خلفاً خاصاً ينتقل اليه ما يترتب هذا العقد من حقوق والتزامات.²³⁷

ومن الانتقادات على ذلك، أنه مخالف لما استقر عليه العرف في تطبيق قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفع على حامل السند بحسن نية، وهو مخالف لما هو مقرر بالنسبة لحق المرسل اليه في مواجهة الناقل. ففي الخلافة يفترض فيها أن يحل الخلف محل السلف ويختفي شخصية السلف في هذه العلاقة، وهذا بطبيعة الحال يتعارض تماماً مع علاقة الخلافة حيث يمكن للناقل الرجوع على الشاحن بأجرة النقل إن لم يتم المرسل اليه بتسديدها.²³⁸

3- نظرية النيابة الناقصة

يذهب أصحاب هذه النظرية إلى أن الشاحن عند تعاقدته باسمه مع الناقل يعتبر نائباً عن المرسل اليه الذي تم التعاقد لحسابه، ولتمييزها عن النيابة الكاملة تحتاج هذه النيابة إلى تجديد بتغيير المدين الأصلي رغم أن القواعد العامة لا تفترض التجديد طبقاً لقواعدها، كون أن الناقل باختياره قد تخلى عن حقه الشخصي قبل الشاحن فإنه يشترط فيه الاتفاق صراحة على براءة ذمة هذا المدين، وتعتبر هذه النيابة ناقصة كون الشاحن يظل ملتزماً قبل الناقل بالوفاء بأجرة النقل، شأنه شأن الموكل (الأصيل) الذي تتصرف اليه آثار العقد الذي أبرمه الوكيل وفقاً لأحكام النيابة، إذ يظل الشاحن طرفاً في عقد النقل في الوقت الذي يكون فيه المرسل اليه طرفاً في هذا العقد وفقاً لأحكام النيابة التي تقضي بانصراف آثار العقد إلى الأصيل، حيث تعرضت هذه النظرية لكثير من الانتقادات وتبحث عن سند قانوني لتفسيرها.²³⁹

²³⁶ ممدوح الشهبان، مرجع سابق، ص 47

²³⁷ ممدوح الشهبان، مرجع سابق، ص 47

²³⁸ زوالي سهام، مرجع سابق، ص 111.

²³⁹ انظر زوالي سهام، مرجع سابق، ص 112، وانظر ممدوح الشهبان، مرجع سابق ص 49

ويترتب على الأخذ بهذه النظرية، عدم امكانية تداول سند الشحن وانتقاله بين أكثر من مستفيد، فلا يكون له صفة الورقة التجارية القابلة للتداول، فهذه النظرية لا تثبت الحقوق والالتزامات التي يتضمنها هذا السند الا لشخص واحد، وهو الأصل الذي تعاقد النائب نيابة عنه عند ابرام عقد النقل البحري، ولا شك ان ذلك يتعارض مع ما هو مقرر من قابلية سند الشحن للتداول بين أكثر من مستفيد، وما يترتب على ذلك من صعوبة افتراض نيابة الشاحن عن حامل سند الشحن، وغالبا ما يكون شخص غير المرسل اليه الذي كان الشاحن قد تعاقد لحسابه عند ابرام عقد النقل.²⁴⁰ ومما لا شك أن صعوبة تطبيق هذه النظرية يقتضي البحث عن قاعدة اخرى لتحديد الأساس القانوني لمركز المرسل اليه.

4- نظرية الحياة الرمزية للبضاعة

يبرر أصحاب هذه النظرية مفهوم الحياة الرمزية أن سند الشحن البحري يحل محل هذه البضاعة أثناء وجودها في يد الغير، كونه محرر مكتوب ويمثل البضاعة الثابتة والمشحونة بالسفينة، وبما ان البضاعة ما زالت حيازتها رمزية لعدم احرارها مادياً في يده، وحيازتها المادية في يد الربان الذي وقع على سند الشحن.

أ) دور سند الشحن كممثل للبضاعة:

تقوم حيازة المستند الممثل للبضاعة محل حيازة البضائع ذاتها أثناء الرحلة البحرية، بالرغم من الحيازة المادية للربان عليها، وان للمستند أهمية تعطي حائزه الحق في طلب تسليم البضائع في ميناء التفريغ، والحق في التصرف فيها أثناء الرحلة والحق في الرجوع على الناقل بالتعويض عن الأضرار التي ترتب مسؤوليته.

ب) العلاقة بين سند الشحن والحياة الرمزية للبضائع:

يقوم ربان السفينة بدور مزدوج اتجاه كل من الشاحن والناقل، فهو يعتبر ممثلاً للشاحن حيث يتسلم منه البضاعة، ويعتبر الربان كذلك ممثلاً للشاحن في مباشرة العنصر المادي للحياة طوال وجود سند الشحن مع الشاحن، ومن ناحية أخرى يحوز الربان البضاعة بصفته تابعا لمجهز السفينة الناقل والذي ارتبط مع الشاحن بعقد النقل وعندما يتخلى الشاحن الي من سلم له نظير البضاعة يكون قد تنازل عن الركن المعنوي في الحياة بحيث يقوم الربان بتسليم هذه البضاعة لمن تقدم اليه بسند شحن.²⁴¹

²⁴⁰ ممدوح الشهبان، مرجع سابق، ص 50.

²⁴¹ زروالي سهام، مرجع سابق، ص 117.

اتفقت معظم الآراء على ان الربان في علاقته مع الشاحن يعتبر حائزا عرضيا لا يباشر السيطرة المادية لحساب الشاحن وهو الحائز الحقيقي طالما ظل سند الشحن بيده والذي يعتبر كدليل باحتفاظه للجانب المعنوي للحيازة، حيث يقول الدكتور أحمد حسني ان "حيازة الربان هي مجرد سيطرة مادية على البضائع يباشرها لصالح حائز قانوني غير معلوم وهو حامل سند الشحن، والذي لا تظهر شخصيته الا لحظة التسليم، فالربان وان كان في استطاعته التصرف ماديا في البضائع الا انه يعلم انه ملزم بتسليمها الى شخص مجهول بالنسبة له وهو حامل سند الشحن، وهذا الالتزام بالتسليم هو ما يجعل حيازة الربان حيازة عرضية.²⁴²

ت) نظرية الحيازة الرمزية كأساس لحق المرسل اليه:

اعتنق عدد كبير من الفقهاء نظرية الحيازة الرمزية كأساس لحق المرسل اليه او الغير حامل سند الشحن في مواجهة الناقل، بحيث أن سند الشحن يعطي لحامله الشرعي حق ذاتي ومستقل عن عقد المشاركة القائم أساسا بين الشاحن والناقل فكان من الطبيعي أن يؤدي ذلك الى ضرورة تخويل حامل سند الشحن حقا شخصيا قبل الناقل حتى يمكن لهذا السند أن يقوم بوظيفته الجديدة التي تهدف الى عدم تجميد رؤوس الأموال المنقولة بحراً التي تتمثل في البضاعة. ورغم وجاهة هذه النظرية الا أنها لم تسلم من العيوب ولم تستطع هي وباقي النظريات التقليدية المذكورة السابقة من أن تصل الى الأساس القانوني لمركز المرسل اليه في عقد النقل البحري للبضائع.²⁴³

الفرع الثالث: موقف الفقه والقضاء من امتداد اتفاق التحكيم الى المرسل اليه

يوجد اتجاهين قضائيين أحدهما يعتبر المرسل اليه طرفاً في العقد وبالتالي التزامه باتفاق التحكيم الموجود في العقد، واتجاه آخر يرفض امتداد اتفاق التحكيم إلى المرسل اليه، وسيتم توضيح هذين الاتجاهين:

الاتجاه الأول: يرى ان مبدأ استقلال شرط التحكيم يحول دون امتداده حالة وروده بسند الشحن الى المرسل اليه خاصة وأن هذا الشرط يعبر عن رغبة شخصية في عدم سلوك سبيل الاقصاء من طرفي النزاع على نحو يقضي قصر الالتزام على من عبر بالفعل عن هذه الرغبة،²⁴⁴ وهذا ما أيدته محكمة النقض الفرنسية بحكمها بتاريخ 29 نوفمبر 1994 والذي قضت بأنه "لكي يحتج على المرسل اليه بشرط التحكيم الثابت في سند الشحن

²⁴² أحمد حسني، مرجع سابق، ص 40.

²⁴³ زروالي سهام، مرجع سابق 119.

²⁴⁴ أنظر مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 262، أنظر محمد نور شحاته، مرجع سابق، 57، فهيمة القماري، مرجع سابق، ص 262.

ينبغي أن يتصل هذا الشرط بعلمه وأن يكون محل قبول من جانبه يصدر في ميعاد لا يتأخر على أكثر تقدير على لحظة انضمام المرسل اليه الى عقد النقل بتسليمه البضاعة المرسله.²⁴⁵

الاتجاه الثاني: يرى أن المرسل اليه يلتزم بشرط التحكيم المنصوص عليه في سند الشحن، وذلك تأسيساً على أن المقصود باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي ينطوي عليه الاستقلال عنه في كينونته بحيث لا يرتبط مصير أحدهما بالآخر، الا ان هذا الاستقلال لا ينفي بطبيعة الحال وجود ارتباط بينهما مصدره أن محل التحكيم هو المنازعات التي قد تنشأ عن العقد الأصلي، وهذا وحده كاف للقول بأن الاعتبارات التي ادت الى تسليم بأن سند الشحن ينتج أثره في حق المرسل اليه يصبح في ذات الوقت مبرراً لإلزامه بشرط التحكيم الوارد به.²⁴⁶

ان بعض أحكام القضاء تقرر أن شرط التحكيم المدرج في سند الشحن أو عقد النقل لا ينتج أثره في حق المرسل اليه نظراً لوجود ارتباط بين شرط التحكيم والعقد الأصلي وهو ما استقرت عليه محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 9 فبراير 198،²⁴⁷ وفي قرارات أخرى حيث جاء في أحدها: " ان قانون التجارة البحرية يجعل من المرسل اليه طرفاً ذا شأن في سند الشحن يتكافأ مركزه، حينما يطالب بتنفيذ عقد النقل، ومركز الشاحن، ومنذ ارتباط الشاحن به، بحيث يرتبط بسند الشحن كما يرتبط به الشاحن، ومنذ ارتباط الشاحن به، ومقتضى ذلك أن يلتزم المرسل اليه بشرط التحكيم الوارد في سند الشحن حتى يتطلب الأمر وكالة خاصة أو حتى يقال أن الشحن قد تصرف في شأن من شؤون المرسل اليه وهو لا يملك حق التصرف فيه، بل ذهبت الى حد القول ولا يؤثر على هذه النتيجة عدم توقيع الشاحن على سند الشحن الذي يعتبر في هذه الحالة مجرد ائصال باستلام البضاعة وشحنها على السفينة.²⁴⁸ وجاء في قرار آخر لذات المحكمة بأنه "متى كان الشاحن هو مستأجر السفينة فان التحدث بخلو سند الشحن من توقيع الشاحن للقول بعدم التزام الطاعن وهو المرسل اليه بالشروط الاستثنائية المحال اليها في مشاركة ايجار السفينة لا يجدي لأن توقيع الشاحن وهو في نفس الوقت يستأجر السفينة على مشاركة ايجارها بما اشتملت عليه من شروط التحكيم يلزم الطاعن به باعتباره مرسلًا اليه، وطرفاً ذا شأن في عقد النقل، ويكون عدم توقيع الشاحن على سند الشحن غير مؤثر على هذه

²⁴⁵ D.M.F 1995, 218. NOT YVES TASSEL: OBS, Bonssies, D.M.F. 1995. 200 انظر فهيمه القماري، مرجع سابق، 262.

²⁴⁶ مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، مرجع سابق، 506.

²⁴⁷ قرار جلسة 1981/2/9، طعن رقم 453 لسنة 42ق، محمد علي مقداد، مرجع سابق، ص 248، أنظر أيضاً سميحة القليوبي، مرجع سابق،

ص75.

²⁴⁸ نقض مدني -الطعن رقم 135 سنة 35 قضائية جلسة 1968/2/7 مجموعة الاحكام الصادرة عن المكتب الفني- السنة 17 ص300 وما بعدها،

انظر فهيمه القماري، مرجع سابق، ص265.

النتيجة، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد حصل في نطاق سلطته الموضوعية أن سند الشحن قد تضمن الاحالة على شرط التحكيم المنصوص عليه في مشاركة الايجار وكان مقتضى هذه الاحالة اعتبار شرط التحكيم من ضمن شروط سند الشحن فيلتزم به... وفق هذا النظر، فانه لا يكون قد خالف القانون".²⁴⁹

يتضح لنا في نهاية الموضوع بان القضاء المصري يعتبر أن المرسل اليه يعد طرفاً ذا شأن يتساوى مركزه ومركز الشاحن ويرتبط بسند الشحن كما يرتبط به الشاحن ويجعل القضاء المصري المرسل اليه طرفاً مع الشاحن والناقل، ومن ثم يلتزمان بشروط سند الشحن بما فيها شرط التحكيم، وذلك بعكس القضاء الفرنسي الذي يعتبر المرسل اليه من الغير في سند الشحن وليس طرفاً في العقد وحتى يلتزم المرسل اليه بشرط التحكيم المنصوص عليه بسند الشحن لا بد من قبوله لهذا الشرط.

²⁴⁹ نقض مدني-الطعن رقم 4510-سنة 40 قضائية -جلسة 5-3-1975-مجموعة الأحكام الصادرة عن المكتب الفني-السنة 26، ص 300 وما بعدها، أنظر فهيمه القماري، مرجع سابق، ص265.

الخاتمة:

في نهاية هذه الرسالة، فقد توصلنا إلى النتائج التالية:

أولاً، ان اتفاق التحكيم باعتباره عقداً يحكمه مبدأ القوة الملزمة للعقد، بحيث يسري هذا الاتفاق بين أطرافه ولا يمكنهم التحلل منه أو فسخه أو تعديله، الا بالاتفاق المشترك بينهم أو في الحالات التي يسمح فيها القانون بذلك. ولا يعتبر الخلف العام من الغير بالنسبة لاتفاق التحكيم، بل يلزم كقاعدة عامة بما يلتزم به أطراف العقد أنفسهم. أما بالنسبة للخلف الخاص، هناك رأيين للفقة بشأن مدى سريان اتفاق التحكيم بحقهم: فجاناب ذهب إلى ان اتفاق التحكيم لا يعد من مستلزمات الشيء الذي انتقل الى الخلف الخاص استنادا الى ما يتمتع به اتفاق التحكيم من استقلال عن العقد الأصلي ومن ثم لا ينتقل الى الخلف الخاص، بينما يرى جانب آخر من الفقه أن شرط التحكيم يعتبر من مستلزمات الشيء وتوابعه ومن ثم ينتقل الى الخلف الخاص ويلتزم به.

ثانياً، وفقاً لقاعدة نسبية أثر العقود، فإن الغير كقاعدة عامة لا يكتسب حقاً ولا يتحمل التزاماً من العقد الذي أبرمه غيره، بما في ذلك اتفاق التحكيم. ولكننا وجدنا عديد من الحالات يسري فيها اتفاق التحكيم بحق الغير استثناء على القاعدة السابقة وذلك على النحو الآتي:

1- حالة التعهد عن الغير بالنسبة لاتفاق التحكيم، فقد توصلنا الى ثلاث فروض: الفرض الأول أن يوافق

الغير على العقد وعلى اتفاق التحكيم وهنا يصبح الغير طرفاً في اتفاق التحكيم من لحظة قبوله للتعهد، والفرض الثاني أن يرفض الغير العقد فلا يلزم بالعقد ولا باتفاق التحكيم، والفرض الثالث أن يوافق الغير على العقد ولا يوافق على اتفاق التحكيم بالتالي يسري العقد بحق الغير ولا يسري اتفاق التحكيم بحقه.

2- حالة الاشتراط لمصلحة الغير، فإن آثار اتفاق التحكيم تلزم المشتراط والمتعهد في علاقتهما ببعضهما

البعض، أما بالنسبة لأثر شرط التحكيم الوارد في العقد بالنسبة للمستفيد، فقد اتجه الفقه إلى اتجاهين: اتجاه يرى ان حق المنتفع حق مباشر اكتسبه بالاشتراط لمصلحته وبذلك يستطيع أن يستفيد من شرط التحكيم ويتحمل بالالتزامات الناشئة عنه ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك بين المشتراط والمتعهد، واتجاه آخر يرى بأن المشتراط لمصلحة الغير يرتب حقوقاً فقط ولا يرتب أي التزامات على عاتقه، بحيث لا يلزم المنتفع بشرط التحكيم الذي أبرمه المشتراط والمتعهد.

3- أما حالة الكفيل والضامن، فإن اختلف الفقه في ذلك: فمنهم من يرى عدم امكانية تمسك الدائن بالتنفيذ في مواجهة الكفيل باعتباره أجنبيا عن العلاقة الأصلية، واتجاه آخر يرى امكانية تمسك الدائن بالتنفيذ في مواجهة الكفيل عند صدور حكم التحكيم بين الدائن والمدين، واتجاه ثالث يرى بان الكفيل لا يعد من الغير بالنسبة لعلاقة الدائن بالمدين الأصلي، وبالتالي يحتج مباشرة بقرار التحكيم الصادر عن هذه العلاقة في مواجهة الكفيل. وبالنسبة لمدى امكانية تمسك الكفيل باتفاق التحكيم المبرم بين كل من الدائن والمدين في مواجهة الدائن، فقد توصلت الدراسة إلى أن عقد الكفالة ذاته عقد تابع للعقد المبرم بين طرفيه الدائن والمدين الأصلي، وبالتالي فإن الكفيل يكفل الالتزامات المكفول الناشئة عن العقد الأصلي، وبالتالي فإن الكفيل يحق له التمسك باتفاق التحكيم في العقد الأصلي وكذلك يحق التمسك ضده باتفاق التحكيم الوارد في هذا العقد.

4- ان اتفاق التحكيم يتم الاحتجاج به في مواجهة الغير وبالتالي فانه يجوز للمدينين المتضامنين الاحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهة الدائن إذا كان هذا الاتفاق يحقق لهم مصلحة (التضامن السلبي)، كما يجوز للدائنين المتضامنين الاحتجاج باتفاق التحكيم في مواجهة المدين إذا كان الاتفاق يحقق لهم مصلحة (التضامن الايجابي).

5- وبالنسبة للحالة تمتد آثار شرط التحكيم في العقد الى المحال اليه وينفذ في مواجهته لجميع ما تضمنه العقد بما في ذلك شرط التحكيم، وبما أن اتفاق التحكيم يعتبر من توابع الحق الذي انتقل الى المحال له فانه ملزم باتفاق التحكيم.

6- وهنالك حالات يسري اتفاق التحكيم بحق الغير لإعتبارات موضوعية منها حالة امتداد اتفاق التحكيم في مجموعة الشركات حيث أن اتفاق التحكيم الذي تبرمه إحدى الشركات من ضمن مجموعة الشركات يمتد الى باقي الشركات التي لم توقع عليه، ومن الحالات التي تؤدي الى امتداد اتفاق التحكيم بالنسبة للغير هما حالتي العقد الجماعي يكون ملزما لمن اشترك في ابرام العقد المتضمن اتفاق التحكيم ولمن لم يشترك في ابرام اتفاق التحكيم بحيث يمتد أثره لجميع أطراف العقد الجماعي، وفي حالة امتداد اتفاق التحكيم للغير في المجموع العقدي حيث رغم الخلاف بين الغير وبين أفراد المجموعة حول ما اذا كان شرط التحكيم يمتد الى العقود التي تربطه (الغير) ببقية أفراد المجموعة فقد توصل قضاء التحكيم الى

سريان أثر اتفاق التحكيم الى بقية العقود في المجموعة لكون أن أطراف العقد تجمعهم رابطة واحدة وأن هدفهم اقتصادي واحد.

7- وامتداد اتفاق التحكيم للمرسل اليه في عقد النقل البحري اتجه الفقه والقضاء باعتبار المرسل اليه طرفاً في العقد وبالتالي التزامه باتفاق التحكيم الموجود في العقد.

وفي ضوء ما تم تناوله من مسائل فقد توصلنا الى عدد من التوصيات:

1- أوصي المشرع الفلسطيني أن يعالج مسألة الأطراف الاشخاص في قانون التحكيم الفلسطيني بسبب الغموض فيه.

2- أوصي المشرع الفلسطيني أن يعالج مسألة امتداد اتفاق التحكيم الى الغير وعدم تركها للقواعد العامة في التحكيم، فقانون التحكيم الفلسطيني لم يتطرق لمعالجة موضوع الغير بالنسبة لاتفاق التحكيم.

3- أن المشرع الفلسطيني ان يقنن مبدأ نسبية آثار اتفاق امتداد اتفاق التحكيم الى الغير احتراماً لمبدأ حسن النية.

4- اوصي بضرورة تجميع الاحكام القضائية الخاصة بالغير حيث لا توجد قرارات قضائية فلسطينية بالنسبة لآثار اتفاق التحكيم للأطراف والغير، وشكلت مشكلة كبيرة للباحثة، مما أدى الى الاستعانة بأحكام قضائية عربية فرنسية والاستعانة بالجانب الفقهي بهذا الموضوع.

المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000 المنشور في الوقائع الفلسطينية (الجريدة الرسمية للسلطة الفلسطينية) العدد 33/تاريخ 2000/6/30، ص5.

قانون المدني الاردني رقم (43) لسنة 1976 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 2645 بتاريخ 1976/8/1، ص2.

القانون المدني المصري رقم (31) لسنة 1948 لمنشور في الوقائع المصرية العدد (108) مكرر بتاريخ 1978/7/29.

قانون التحكيم الأردني رقم (31) لسنة 2001 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 1131 بتاريخ 2001/1/17، ص2821.

قانون التحكيم المصري رقم (27) لسنة 1994 المنشور في الجريدة الرسمية العدد 16 بتاريخ 1994/4/21.

ث) القرارات القضائية:

القرارات العربية:

نقض مدني، دعوى رقم 2008/140، بتاريخ 2008/6/29، منشور في منظومة القضاء والتشريع

الفلسطيني، المقتني، جامعة بيرزيت.

قرار محكمة تمييز أردنية، رقم 2007/1843، بتاريخ 2007/10/30.

تمييز أردني رقم 2009/168، بتاريخ 2009/2/19، منشورات عدالة.

قرار تمييز رقم 1961/73، صفحة 152 عدد4 سنة تاسعه، مجموعة المبادئ القانونية في مجلة نقابة المحامين الأردني.

الطعن رقم 669 لسنة 1979. جلسة 42- 30 - الجزء الأول، ص 786

الطعن رقم 152 لسنة 1990 جلسة 57- 41 الجزء الأول

الطعن رقم 2161 لسنة 1989 جلسة 52 - مكتب فني 40 - الجزء الأول ص 157.

قرار رقم 2015 /316 نقض مدني فلسطيني.

تمييز حقوق رقم 55 /132، تسلسل رقم 3، المنشور في مجلة نقابة المحامين سنة 1955، ج1، ص438.

نقض مدني مصري، رقم 4729 لسنة 72ق.

قرار نقض مدني 2740 لسنة 59 جلسة 1994/5/12، ص 45، ع1، ق157.

نقض مدني 331 لسنة 54، جلسة 1991/1/24، ص422، ع1.

نقض مدني 1088 لسنة 50، جلسة 1981/2/21، ص32، ع1، ق110.

قرار رقم 2015/316 نقض مدني فلسطيني، بتاريخ 2016/7/10،

نقض مصري مدني، الطعن رقم 320 لسنة 44، جلسة 1978/3/29، س، 29، ع1، ص900

نقض مدني-جلسة الواحد والعشرون من يونيو-سنة 1962-مجموعة أحكام النقض-لسنة 13 قضائية - رقم

23-ص824.

الطعن نقض رقم (347) لسنة 1972 جلسة 36ق/مكتب فني 19 الجزء الأول،

نقض تجاري 7595 لسنة 81، جلسة 2014/2/13.

قرار رقم 2011/194 استئناف القدس بتاريخ 2011/5/19.

الطعن رقم (495 لسنة 72 جلسة 2004/1/13، منشور على موقع محكمة النقض المصرية.

قرار محكمة النقض الفرنسية حكمها الصادر بتاريخ 8 فبراير، 2000.

نقض مدني-جلسة التاسع من فبراير-سنة 1983-الطعن رقم 181-سنة 47 قضائية-مجموعة الأحكام

الصادرة عن المكتب الفني-الجزء الأول، ص422.

الطعن رقم 4729 لسنة 72، جلسة رقم 22 يونيو سنة 2004.

أحكام النقض -المكتب الفني - مدني السنة 55 -ص 638، الطعن رقم 4729 لسنة 72، جلسة رقم 22

يونيو سنة 2004.

القرارات الأجنبية:

CASS.CIV.8. Fevrier.2000.(Societe Taurus films et autres c/Societe les film du

jeudi) REV .CRIT.2000.P.763.et.s.spes.p.763.note.COIPEL-

CORDONNIER NATHALIEK.

CA PARIS.25.NOVEMBER.1999 (Societe Burkinabe des Ciments et Materiaux

(CIMAT) c /Societe des c iments d ABIDJAN (SCA) .REV.

ARB.2001.P.165.et.s.spec.p.165.note. COHEN (D)

CASS. CIV.5. JANVIER 1999. (Banque Wornus C/R .Bellot .et. SNTM Hyproc)

REV.ARB.2000.P.85.not.COHEN (D).

ثانياً: المراجع

(أ) الكتب القانونية:

ابراهيم، جوهر، الدفع باتفاق التحكيم في الدعاوي المدنية، دار الكتب القانونية، دار شتات والبرمجيات، مصر، 2009.

أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم واجراءاته، ط 2 منشأة دار المعارف المصرية، 1974، مصر.

أحمد سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي تنظيم وتطبيق مقارن، دار النهضة العربية، ط1، 2004.

أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، ط2، دار النهضة العربية، 2005.

أحمد هندي، التحكيم دراسة اجرائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2016، بدون طبعة، الإسكندرية.

أحمد السيد صاوي، أثر الأحكام بالنسبة للغير، ط1، دار النهضة العربية، 1979.

حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، 2006، ط1، مصر، القاهرة.

حفيظة حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007،

لبنان.

حمزة حداد، التحكيم في القوانين العربية، ط1، دار الثقافة، 2010، الأردن.

خيرى البتانوني، مفهوم المحكم في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ط1، 2013، مصر.

محمد نور شحاته، دراسة تحليلية وتطبيقية لمبدأ نسبية أثر التحكيم، دار النهضة العربية، 2006، ط1، القاهرة.

محمد نور شحاته، مفهوم الغير في التحكيم، دار النهضة، ط1، القاهرة.

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام مصادر

الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009، بيروت-لبنان.

- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثالث، ، نظرية الالتزام بوجه عام
مصادر الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009، بيروت-لبنان.
- عثمان التكروري، أحمد سويطي، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي، المكتبة الأكاديمية، ط1، فلسطين،
2016.
- علي عوض حسن، التحكيم الاختياري والاجباري في المنازعات المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، ط1،
2001.
- عبد المنعم حسني، النظرية العامة للالتزام، ملحق العدد الثالث والرابع، النسخة الحادي والسبعون، 1991.
محمود الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولية، دار النهضة العربية، 2011.
- محمود بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، 1999، ط 2، القاهرة.
- محمد بني مقداد، الطريق القويم للاتفاق على التحكيم، دار اليازوري، ط1، الأردن، 2013ء .
- مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط1، دون ناشر، ج1،
1998.
- علي حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، 2015 الأردن
- ناصر عثمان، الدفع بالحصانة القضائية في مجال التحكيم، دار النهضة العربية، ط2، مصر، 2009.
- نادية معوض، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة، ط2، 2000-2001
- منير عبد المجيد، الاسس العامة للتحكيم الدولي الداخلي، منشأة المعارف، 2000.
- فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، ط1، القاهرة، 2007.

يوسف شندي التحكيم الداخلي والدولي في ظل قانون التحكيم الفلسطيني رقم (3) لسنة 2000، دراسة مقارنة،
جامعة بيرزيت، وحدة البحث العلمي والنشر، ط2، 2015.

ب) الرسائل والأبحاث العلمية

أشجان داود، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وأثاره وطرق الطعن به، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة
النجاح، 2008.

درويش الوحيد، التحكيم في التشريع الفلسطيني والعلاقات الدولية، غزة، 1998.
زروالي سهام، شرط التحكيم البحري وسريانه بالنسبة للمرسل اليه في عقد النقل البحري بالبضائع، رسالة
ماجستير، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، 2011-2012، الجزائر.

صلاح النجار، الآثار المترتبة على اتفاق التحكيم، دراسة تحليلية مقارنة، جامعة الأزهر، 2014.
عبلة خالد الفقي، امتداد أثر اتفاق التحكيم للغير، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق،
2013، منشور على دار المنظومة.

فهيمة أحمد على القماري، دراسة مقارنة في التشريع المصري وتشريعات دول الخليج العربي، دار الكتب
والدراسات العربية، جامعة الإسكندرية، 2017.

محمود علي وافي، خصوصية إجراءات التحكيم في كل من مصر ودول الخليج، دراسة مقارنة للوقوف على
الفلسفة الإجرائية للتحكيم مقارنة بالقضاء، ط1، مكتبة القانون والاقتصاد، 2016.

ممدوح محمد حامد الشهوان، دور التحكيم في فض منازعات النقل البحري للبضائع، رسالة ماجستير، جامعة
الشرق الأوسط، 2018، منشور على دار المنظومة.

مها عبد الرحمن الخوارجا، امتداد أثر اتفاق التحكيم الى الغير دراسة في التشريع الأردني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2012-2013، الأردن.

ج) المذكرات الايضاحية

المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، المنشور على موسوعة القضاء والتشريع الفلسطيني المقتفي.

ح) المجالات:

المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، العدد الثاني، ديسمبر، 2016، منشور على الرابط الالكتروني
مجلة نقابة المحامين الأردنيين، منشورة على الرابط الالكتروني
https://www.nli.org.il/ar/books/NNL_ALEPH003740696/NLI.

مجلة التحكيم العربي، صادرة عن الأمانة العامة للاتحاد العربي الدولي من الجزء الأول الى الجزء 20.

المواقع الالكترونية:

<https://www.cc.gov.eg/judgments> الرابط الالكتروني تم زيارته بتاريخ 2019/9/12 الساعة 12.
منظومة القضاء والتشريع في فلسطين، المقتفي أنظر الرابط
<http://muqtafi.birzeit.edu/courtjudgments/ViewCJCard.aspx?CJID=98851>

تم زيارته بتاريخ 2018/3/24 .

موقع قرارات محكمة النقض المصرية المنشور على الرابط الالكتروني www.cc.gov.eg

أحكام محكمة النقض المصرية منشور في الموقع الالكتروني
https://ahmedazimelgamel.blogspot.com/2013/06/55_9607.htm

سميحة القليوبي بحث منشور على الموقع الالكتروني aleyarbitration.blogspot.com

سحر الدرة، مجلة بحوث الشرق الأوسط، العدد التاسع والأربعون، منشور على الموقع

https://mercj.journals.ekb.eg/article_52662_1196a240354a62450c7313a

. [436eb3420.pd](#)

(خ) القرارات القضائية:

القرارات العربية:

نقض مدني، دعوى رقم 2008/140، بتاريخ 2008/6/29، منشور في منظومة القضاء والتشريع

اللسطيني، المقتفي، جامعة بيرزيت.

قرار محكمة تميز أردنية، رقم 2007/1843، بتاريخ 2007/10/30.

تميز أردني رقم 2009/168، بتاريخ 2009/2/19، منشورات عدالة.

وقرار تميز رقم 1961/73، صفحة 152 عدد 4 سنة تاسعه، مجموعة المبادئ القانونية في مجلة نقابة

المحاميين الأردني.

الطعن رقم 669 لسنة 1979. جلسة 42- 30 - الجزء الأول، ص 786

والطعن رقم 152 لسنة 1990 جلسة 57- 41 الجزء الأول

الطعن رقم 2161 لسنة 1989 جلسة 52 - مكتب فني 40 - الجزء الأول ص 157.

قرار رقم 316 / 2015 نقض مدني فلسطيني.

تميز حقوق رقم 132 / 55، تسلسل رقم 3، المنشور في مجلة نقابة المحامين سنة 1955، ج1، ص438.

نقض مدني مصري، رقم 4729 لسنة 72ق.

قرار نقض مدني 2740 لسنة 59 جلسة 1994/5/12، ص 45، ع1، ق157.

ونقض مدني 331 لسنة 54، جلسة 1991/1/24، ص422، ع1.

نقض مدني 1088 لسنة 50، جلسة 1981/2/21، ص32، ع1، ق110.

قرار رقم 2015/316 نقض مدني فلسطيني، بتاريخ 2016/7/10،

نقض مصري مدني، الطعن رقم 320 لسنة 44، جلسة 1978/3/29، س، 29، ع1، ص900

نقض مدني-جلسة الواحد والعشرون من يونيو-سنة 1962-مجموعة أحكام النقض-لسنة 13 قضائية - رقم 23-ص824.

الطعن نقض رقم (347) لسنة 1972 جلسة 36ق/مكتب فني 19 الجزء الأول،

نقض تجاري 7595 لسنة 81، جلسة 2014/2/13.

قرار رقم 2011/194 استئناف القدس بتاريخ 2011/5/19.

الطعن رقم (495) لسنة 72 جلسة 2004/1/13، منشور على موقع محكمة النقض المصرية.

قرار محكمة النقض الفرنسية حكمها الصادر بتاريخ 8 فبراير، 2000.

نقض مدني-جلسة التاسع من فبراير-سنة 1983-الطعن رقم 181-سنة 47 قضائية-مجموعة الأحكام

الصادرة عن المكتب الفني-الجزء الأول، ص422.

أحكام النقض -المكتب الفني - مدني السنة 55 -ص 638، الطعن رقم 4729 لسنة 72، جلسة رقم 22

يونيو سنة 2004.

أحكام النقض -المكتب الفني - مدني السنة 55 -ص 638، الطعن رقم 4729 لسنة 72، جلسة رقم 22

يونيو سنة 2004.

القرارات الأجنبية:

CASS.CIV.8. Fevrier.2000.(Societe Taurus films et autres c/Societe les film du jeudi) REV .CRIT.2000.P.763.et.s.spes.p.763.note.COIPEL –
CORDONNIER NATHALIEK.

CA PARIS.25.NOVEMBER.1999 (Societe Burkinabe des Ciments et Materiaux (CIMAT) c /Societe des c iments d ABIDJAN (SCA) .REV.
ARB.2001.P.165.et.s.spec.p.165.note. COHEN (D)

CASS. CIV.5. JANVIER 1999. (Banque Wornus C/R .Bellot .et. SNTM Hyproc)
REV.ARB.2000.P.85.not.COHEN (D).

Abstract

This thesis has examined the effects of the arbitration agreement on third parties. In order to identify such effects, this thesis has embarked on the principles of enforceability of the contract on contracting parties in addition to public successors and private successors of contract. The thesis also examined the effect of its binding authority for creditors; and assigning rights and obligations arranged by the arbitration agreement with regards to all abovementioned stakeholders.

The thesis has also examined the cases of applicability of the arbitration agreement on third parties as an exception in relation to the principle of contractual effects, whether it was based on subjective or objective motives; whereby the legal and practical situation indicates that, in most cases, third parties are affected by arbitration agreements. Therefore, many cases were examined, including: conditions for third party benefit, pledge on behalf of third parties, transfer, guarantee, renewal, agency, and complementing debt, entirety of companies, collective contracts, contractual outcomes, and the state of the recipient in maritime transfer contracts.

The thesis has provided a descriptive, analytical and comparative evaluation on all the mentioned headings, by studying, analyzing and examining the provisions of the Palestinian Law in comparison with other laws, taking into account legal literature and precedents on the issue. The thesis has presented a number of conclusions, one of which is that third parties, given the legal, commercial, and international relations

between the parties, affects and are affected by the arbitration agreement. It has been noticed that Palestinian Legislations are inadequate in this regard. Therefore, this thesis has highlighted the significance of identifying the applicability of the arbitration agreement on third parties given the large-scale commercial relations between nation states, and the need to ration the Palestinian Legislator to the effects of the arbitration agreement on third parties in the Palestinian Arbitration Law.