

النظام القانونى للتحكيم

فى

إطار المجموعة العقدية

رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى الحقوق

مقدمة من الباحث

حسن محمد سليم

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة

الأستاذ الدكتور / فيصل زكى عبد الواحد

رئيساً ومشرفاً

أستاذ القانون المدنى

كلية الحقوق جامعة عين شمس

الأستاذ الدكتور / محمد محى الدين ابراهيم سلم

عضواً

أستاذ القانون المدنى

كلية الحقوق جامعة المنوفية

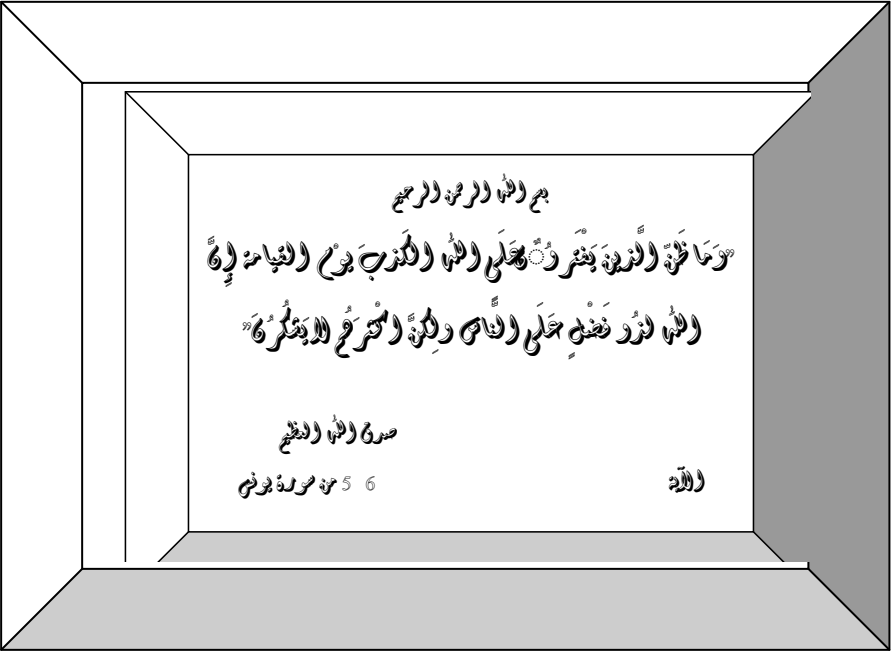
الأستاذ الدكتور / محمد محمد أبوزيد

عضواً

أستاذ القانون المدنى

كلية الحقوق جامعة عين شمس

٢٠٠٧



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَمَا تَنْقُذُ النَّفْسَ بِغَيْرِ دُعَاءٍ عَلَيْهِ اللَّهُ وَلَكِنْ جِئَ الْغِيَاثُ إِلَهًُا

اللَّهُ نَزَرُ فَضْلِهِ عَلَيْهِ الْوَاسِ وَلَكِنْ لَمْ تَرْجُ الْإِبْرَاهِيمُ

صَدَقَ اللَّهُ وَالْقَلَمُ

6 5 من سورة يوسف

الآية

بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

أهدي هذه الرسالة إلى من جعل الله سبحانه وتعالى الجنة تحت قدميها
وإلى من قال فيها رسولنا الكريم (صلى الله عليه وسلم) إنها أحق بصحابتي
إلى أمي وإلى روح أي رحمة الله عليه
كما أهدي هذا الكتاب إلى شريكة حياتي وزوجتي حفظها الله ورعاها وجعلها
من عباده الصالحين.

حسن سليم

بسم الله الرحمن الرحيم

إهداء

أهدي هذه الرسالة إلى من جعل الله سبحانه وتعالى الجنة تحت
قدميها وإلى من قال فيها رسولنا الكريم (صلى الله عليه وسلم)
إنها أحق بصحابتي إلى أمي وإلى روح أبي رحمة الله عليه
كما أهدي هذا الكتاب إلى شريكة حياتي وزوجتي حفظها الله
ورعاها وجعلها من عباده الصالحين.

حسن سليم

المقدمة

يحتل العقدُ بصفة خاصة مكانةً هامة على صعيد المعاملات التجارية والمدنية، على المستويين الدولي والمحلي، باعتباره الوسيلة القانونية المنتجة التي تتم من خلالها كافة عمليات التجارة الدولية والوطنية. ويمكن تعريفُ العقد بأنه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر يرتبه القانون^(١) وقد أُولت معظم الدول والأنظمة القانونية فيها اهتماماً بالغاً للتنظيم القانوني للعقود باعتبارها الوسيلة الخاصة للمبادلات التجارية، والتي يعبر فيها طرفا التعاقد عن إرادتهما وتضمن عقودهم ما يشاءون من بنود، في ضوء القواعد القانونية المعمول بها حسب مصلحتهم.

وزادت أهمية العقد بعد التطور الهائل في أوربا بعد ازدياد دور الآلة وحلت الآلية التكنولوجية محل الآلية البشرية، وبدأت تنتشر فكرة الترابط والتعاقب بين مجموعة التصرفات القانونية المنصبة على مال واحد والعقود المترابطة بقصد تحقيق هدف مشترك، والتي تسمى المجموعة العقدية، وتتجسد هذه المجموعة في العديد من مشروعات التجارة الدولية، نظراً لما تتسم به هذه التجارة من تعقيدات يصعب تنفيذها عن طريق العقد الأساسي وحده بل يلزم إبرام عدة عقود أخرى منبثقة عن العقد الأول من أجل الوصول لعملية تنفيذ العقد الأصلي مثل عقود البنية التحتية وعقود الإنشاءات الدولية وعقود نقل التكنولوجيا، وأصبح منذ ذلك الحين - وبعد ظهور هذا التطور وظهور العديد من المشاريع الضخمة والعقود الدولية - البحثُ عن التنظيمات القانونية المنظمة لفكرة المجموع العقدي والتي تتميز عقودها بنظام قانوني خاص فضلاً عن تعدد أطرافها^(٢)، بالإضافة لكون تنفيذها يتطلب مدداً زمنية، من الممكن أن يحدث خلالها منازعات بين طرفيها، نتيجة تضارب المصالح الفردية لأطرافها، الأمر الذي يستلزم أن نبحت ونكشف الستار عن الوسائل الفعالة

(١) راجع في ذلك د. عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية العقد والإدارة المنفردة دراسة متعمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي - ط ١٩٨٤ - ص ٣٣ .

(٢) راجع في توضيح فكرة الأسرة العقدية د. فيصل زكي عبد الواحد: المسؤولية المدنية في إطار الأسرة العقدية. - ص ١٢ .

لتسوية ما ينشأ بين طرفي هذه المجموعة، على نحو يكفل تحقيق التوازن المادي العادل بين جميع الأطراف المتقاضين والتي قد تنشأ بسبب تنفيذ أو إخلال بأي عقد من العقود المكونة للمجموعة العقدية.

كما أن محاولة بعض الفقهاء وتلمس البعض منهم فكرة المسؤولية العقدية وإعمال نطاق أحكامها داخل العلاقات التعاقدية التي تشكل أسرة عقدية واحدة، وإن كانت تتميز بنوع من الندرة النسبية، إلا أنها كان لها أكبر الأثر في السير نحو توحيد قواعد المسؤولية المدنية في نطاق هذه العلاقات والتي بذلك النحو تستطيع أن تتلافى مشاكل جمة من الممكن أن تحدث إذا قررنا إعمال قواعد المسؤولية التقصيرية أو فتحنا باب الخيرة بين المسئوليتين^(١) (التقصيرية والعقدية) .

وإزاء عجز القوانين الوطنية عن سد احتياجات التجارة الدولية الحديثة والذي أدى لصعوبة ملاحقة التطور الهائل الذي لحق بالعلاقات الدولية التجارية والتصدى لما تثيره هذه العقود المتنوعة^(٢)، وكانت الحاجة لوجود بديل للمحاكم الوطنية لتتلافى الصعوبات التي تواكب التطور الدولي في التجارة العالمية، فظهرت قواعد جديدة داخل مجتمع التجار الدولي تنطبق مباشرة على العقود الدولية، ومثل هذه القواعد لا تجد أساساً لتطبيقها داخل القوانين الوطنية، ولكن لا تجد تطبيقاً لها إلا في ظل نظام التحكيم التجارى الدولي، الأمر الذى حدا بالمتعاملين فى التجارة إلى اللجوء للتحكيم للفصل فيما يتعلق من نزاع فى عقودهم .

لم يقر المجتمع الدولي مبدأ اللجوء للتحكيم التجارى الدولي كنظام لفض المنازعات التى تنشأ بين الأطراف المتنازعة إلا بعد الحرب العالمية الأولى، حيث أقرت بعض الاتفاقيات الدولية هذا المبدأ قبل بروتوكول جنيف عام ١٩٢٣ الخاص ببنود التحكيم ثم معاهدة نيويورك عام ١٩٥٨ لتنفيذ الأحكام الأجنبية والمعاهدة الأوروبية عام ١٩٦١ للتحكيم التجارى الدولي

(١) راجع في توضيح ذلك بالتفصيل: د. فيصل زكي عبد الواحد- المرجع السابق - ص ٩

(2) Level – le Contrat dit Sans Joi, Travaux, 1964.P. 209 et. S

ومعاهدة عمان العربية حول التحكيم التجارى، وقد أقر قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٧٧ لسنة ٤٩ المعدل بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ فى الباب الثالث - هذا المبدأ وأفرد له باباً مستقلاً تضمن الأحكام التفصيلية للإتفاق على التحكيم وشروطه وبعد ذلك صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم إلا انه لم يطلق العنان لإرادة الأفراد بشأن الإتفاق على التحكيم فى جميع المنازعات وإنما حصر نطاق التحكيم فى منازعات معنية وحظر على الأفراد اللجوء إليه فى منازعات أخرى^(١) لا يجوز فيها اللجوء للتحكيم كمسائل الأحوال الشخصية والمسائل الجنائية.

كما أن المشرع لم يطلق العنان للأفراد فى لجوئهم للتحكيم وقصره فى نطاق نسبى وضيق، وهناك بعض الأنظمة أخذت موقفاً مشجعاً من اللجوء للتحكيم وجعلت الأصل هو جوازه فى كل المسائل مع إستثناءات محدودة على سبيل الحصر بنصوص قانونية صريحة وردت فى القوانين المنفرقة داخل الدولة الواحدة وتشمل هذه الأنظمة الدول الأنجلو امريكية والاسكندنافية وبصفة خاصة الولايات المتحدة الامريكية، وهناك دولاً تقف من اللجوء للتحكيم بحذر بإعتباره طريقاً إستثنائياً وجعلت من القضاء الخاص طريقاً منافساً للقضاء العام فى الدولة مما ينعكس على المسائل التى يجوز التحكيم فى شأنها وإستعمال عبارات معروفة بأنها منضبطة الحدود قبل إقحام النظام العام.

كما فى الدول العربية ودول امريكا اللاتينية، كما ان بعض الأنظمة تعطى للقضاء العادى مكنة تنظيم قضاء التحكيم ووضع قيود على تنفيذ احكامه كضرورة اللجوء للقضاء العام فى الدولة لإستصدار أمر بتنفيذه وبسط

(١) حيث تنص المادة (١١) من التحكيم انه " لا يجوز الإتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعى أو الاعتبارى الذى يملك التصرف فى حقوقه ولا يجوز التحكيم فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح" ، كما تنص المادة ٥٥١ مدنى على انه " لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية المترتبة على الحالة الشخصية، او التى تنشأ عن ارتكاب إحدى الجرائم.

رقابة المحاكم على حكم التحكيم كالقانون المصري^(١) وقد اعترف فقهاء الشريعة الاسلامية بمبدأ اللجوء الى التحكيم وأجازوه فى الحقوق التى يملك الأفراد حق التصرف فيها وهى فى الغالب الحقوق التى تتعلق بحدود الله لأن التحكيم ضرب من التفويض ولا يصح إلا بما يملك المفوض فيه بنفسه، والتحكيم من وجهة نظر الفقه نوع من القضاء وحكم المحكم لحكم القاضى لذا إشتراط فقهاء الشريعة فى الحكم إهلية القضاء وقت التحكيم^(٢)

وبما ان التحكيم هو نظام يعهد فيه الطرفين مهمة الفصل فى النزاع على شخص من الغير يختارونه ليفصل فى النزاع الذى نشأ أو سينشأ بينهما بحكم منهى للخصومة فاصل فى الموضوع فهو على هذا النحو نظام ارادى تلعب فيه إرادة الأطراف دوراً حيوياً فى خلق الإختصاص التحكىمى ونقل الإختصاص من القضاء الوطنى لقضاء التحكيم^(٣) ، وقد أقرت محكمة النقض المصرية فى حكم صادر عنها بتاريخ ١٩٩٥/٢/٢٧ بدور الارادة فى خلق الإختصاص التحكىمى حيث قضت " إن إختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع وإن كان يرتكن أساساً إلى حكم القانون الذى أجاز إستثناء سلب إختصاص جهاز القضاء إلا إنه ينبنى مباشرة على إتفاق من الطرفين^(٤) ولما كان نظام التحكيم يقوم على حرية إرادة الأطراف فى اللجوء إليه فقد أقرت به غالبية النظم القانونية وأفرد كل نظام تشريعاً ينظمه نظراً لما يحققه من فاعلية فى مساندة القضاء الوطنى والدولى فى حل ما ينشب بين الأطراف من منازعات ويترتب عليه قاعدة هامة الا وهى منع قضاء الدولة من نظر المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم^(٥) فإذا ما إتفق أطراف المنازعة

(١) راجع فى عرض ذلك د. محمود عمر التحيوى- التحكيم فى المواد المدنية والتجارية وجواز فى العقود إدارية . دار الجامعة الجديدة للنشر ١٩٩٩ ص ١١٣ .

(٢) راجع فى عرض ذلك. بدائع الصنائع- الجزء السادس ص ٣٩ . ٥٦ ، ومجمع الانهر- الجزء الثانى ص ١٧٣- المعنى. الجزء التاسع ص ١٠٨ .

(٣) راجع عرض ذلك د. حسام الدين فتحى ناصف- نقل اتفاق التحكيم ط ٢٠٠٣ ص ١٥ .

(٤) راجع حكم محكمة النقض المصرية رقم ٥٢ ص ٦٠ لسنة ١٩٩٥/٢/٢٧ ص ٤٤٥ . مجموعة احكام النقض المصرية س ٤٥ ج ١ .

(٥) راجع فى ذلك نص اتفاقية نيويورك

ذات الطابع الدولي على حسمها بطريق التحكيم فإن هذا الإتفاق يفرض نفسه عليهم ويمنعهم من عرض النزاع على القضاء وعرضه على قضاء التحكيم إعمالاً لإرادتهم، وقد أقرت العديد من الاتفاقيات الدولية وتشريعات الدول وقضائها قاعدة منع اختصاص القضاء الوطنى بنظر النزاع فى حالة ما لو إتفق الطرفين على اللجوء للتحكيم لفض هذا النزاع، - فقد إقرت إتفاقية نيويورك عام ١٩٥٨ هذه القاعدة فى المادة ٢ فقرة ٣ بنصها رد على محكمة الدولة المتعاقدة التى يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محلاً لإتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد فى هذه المادة ان يحيل الخصوم بناءً على طلب أحدهم إلى التحكيم وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الإتفاق باطل ولا أثر له أو غير قابل للتطبيق، كذلك أقرت إتفاقية جنيف فى مادتها السادسة الفقرة الثالثة على انه " إذا لم يكن قد تم اللجوء للمحكمة القضائية للدولة المتعاقدة والتى عهد إليها بعد ذلك بنفس المنازعة بناءً على طلب الأطراف، ان تتوقف عن الفصل فى تلك المنازعة إلا لأسباب خطيرة، حتى يتم صدور الحكم التحكيمى " ، ونفس المبدأ أقرته العديد من التشريعات الوطنية، فقد أقر المشرع الفرنسى فى المادة ١٤٥٨ من قانون المرافعات الجديد الصادر بتاريخ ١٩٨٠/٥/٤ الذى أوجب أن تعلن المحكمة إنها غير مختصة بالنزاع المرفوع أمام محكمة تحكيمية، كما نص قانون التحكيم المصرى عليه فى المادة الثالثة عشر الفقرة الاولى على انه لا يجب على المحكمة التى يرفع اليها النزاع يوجد بشأنه إتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى اذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أى طلب أو دفاع فى الدعوى" ، كما تعرض القضاء المصرى لهذا المبدأ فى حكم صدر عن محكمة النقض المصرية من أن "تحويل المتعاقدين الحق فى الالتجاء إلى التحكيم لنظر ماقد ينشأ بينهم من نزاعات كانت تختص به المحاكم أصلاً، فأختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع وإن كان يرتكن اساساً إلى حكم القانون الذى أجاز

ومن ناحية أخرى، فإن التحكيم يحتل أهمية كبرى فى مجال حل المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقود التجارية الدولية، وقد أدى الإنتشار فى التحكيم إلى خضوعه لتطورات عديدة يصعب معها ملاحقة تلك التطورات،

الأمر الذي تنعكس معه هذه التطورات لإثارة عدة تساؤلات مرتبطة بالتحكيم^(١)

وقد جاء اختيارنا لهذا الموضوع لأسباب عديدة، أهمها معرفة الوقوف على الحقيقة بالنسبة للنظام القانوني الذي تخضع له المسؤولية المدنية في إطار المجموعة العقدية، وأهم ما ترتبه من آثار ومراكز قانونية سواء على المستوى الفقهي أو القضائي، ومن ناحية أخرى تبدو أهمية هذه الدراسة وتتجلى في تبيان معنى الطرف والمقصود به، بحيث تغير تعريف معنى الطرف على ما كان عليه قديماً فلم يعد لفظ طرف يعرف بالمعنى الحرفي للكلمة أو بالأشخاص التي شاركت في تكوين التصرف القانوني أو العلاقة التعاقدية، بل أصبحت تتسع لتشمل كلاً من المتعاقدين وخلفهما العام، وكل شخص كان قد ارتبط بعلاقة تعاقدية مرتبطة أو متعاقبة للعقد الأصلي، سواء من حيث تبعيته له من ناحية المحل أو من ناحية تنفيذه، كعقود المقولة الأصلي والعقد من الباطن فالأخير ينبثق عن الأول وتم إبرامه لتنفيذ الالتزام الأصلي محل العقد الأصلي، وتنشأ بذلك العقد من الباطن رابطة موضوعية بين المقاتل من الباطن ورب العمل ومورد مواد البناء، بالرغم من أنهما لم يجلسا لها على مائدة التعاقد، إلا أن أي منهما يستطيع الرجوع على الآخر بالتعويض عما أصابه من أضرار وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية وليست التقصيرية.

ونتيجةً لذلك ورغبةً من المشرع لمواكبة التطورات التي تؤثر على آثار وجود العقد، فكان لابد من تدخله بوضعه القواعد التي تنظم العلاقة التعاقدية سواء من ناحية تكوينها أو إنتاجها لثمارها فقد قرر بذلك مبدأ القوة الملزمة للعقد ونسبية آثار العقد ومبدأ حسن النية في تنفيذ العلاقة العقدية، واتجه إلى تصنيف صور المسؤولية المدنية إلى عقدية وتقصيرية وموضوعية، وحدد لكل

(١) راجع في توضيح ذلك: د. عاطف شهاب .. اتفاق التحكيم التجارى الدولي والاختصاص التحكيمى طبيعته ونشأته وإنعقاده وصحته - ص ٢ ط ١٩٩٧.

صورة نظامها القانوني الخاص بها، سواء من ناحية التعويض أو مدة التقادم أو من حيث القانون الواجب التطبيق على النزاع^(١).

ونظرًا لأن السائد فقهاً أن تطبيق قواعد المسؤولية العقدية يقتصر مجاله على الإخلال بالتزام تعاقدى، وفقاً لمبدأ نسبية آثار التصرفات القانونية، وعلى أساس ذلك يتم تحديد وصف الشخص طرفاً في العلاقة مما يستوجب خضوعه لأحكام المسؤولية العقدية من عدمه أو خروجه من هذه المنطقة ودخوله منطقة الغيرية، وبالتالي تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية عليه .

وعلى ذلك فإذا ما سائرنا الاتجاه الذي يعتمد في تعريف الطرف بالعملية التكوينية أو المشاركة الفعلية في تكوينه، لنشأ العديد من التضارب في الأحكام والمراكز القانونية^(٢).

ونظرًا للأهمية البالغة التي تحظى بها المجموعة العقدية في مصر وفرنسا، فسوف نقوم في هذا البحث بإعداد دراسة قانونية نوضح فيها المفهوم الحقيقي لفكرة الطرف، وهل يعد الشخص طرفاً في عقد ما إذا شارك في تكوينه فقط أم يعد كذلك كل شخص لم يوقع على العقد ولكنه يتدخل في وقت لاحق في عملية تنفيذ العقد أو ساهم في تنفيذ عقد مرتبط بالعقد الأصلي، وسوف نعالج في هذا البحث هذا الموضوع تحت مسمى المجموعة العقدية^(٣) أو مجموع العقود (*Groupe de Contrats*)^(٤).

وسوف نتصب بصفة أساسية على مسألة التحكيم في إطار المجموعة العقدية، فإن ذلك يتطلب منا الوقوف على مفهوم الطرف في ظل أحكام هذه المجموعة^(٥).

(١) راجع في ذلك: د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق - ص ١٢.

(٢) راجع في توضيح ذلك بالتفصيل: د. فيصل زكي عبد الواحد: المرجع السابق - ص ١٣

(٣) وبفضل أستاذنا الدكتور فيصل زكي عبد الواحد إطلاق اسم الأسرة العقدية على هذه المجموعة.

(٤) راجع في ذلك : أحمد مخلوف - إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية دراسة تحليلية تأصيلية - دار النهضة العربية - ط ٢٠٠١ - ص ٢٤٥.

(٥) راجع في توضيح ذلك: د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق - ص ١١ .

وتثير المجموعة العقدية على النحو السابق بيانه عدة مشاكل عند تنفيذ العقد، نظراً للتشابك الذي قد يحدث عند رجوع الطرف المضرور من علاقة عقدية على الطرف المسئول عن الضرر أو على الشخص المتعاقد معه بالتحكيم، ولهذا الأخير أهمية خاصة في هذا المجال، نظراً لضخامة وتعقيد مشروعات التجارة الدولية الكبيرة، والتي يصعب أن يتم تنفيذها من خلال العقد الأساسي، وإنما لابد من إبرام عقود أخرى تلي هذا العقد حتى يتمكن من إنشاء وإتمام المشروع^(١)

وجدير بالذكر أن نبين طبيعة النظام القانوني التي تخضع له دعوى التحكيم في إطار المجموعة العقدية، من ناحية الأساس الذي ترتكز عليه عند رجوع الطرف الدائن على المدين ببند التحكيم الوارد في العقد الذي ساهم في تكوينه، ومن ناحية أخرى الضوابط التي يقوم عليها نظام التحكيم في إطار هذه المجموعة، فقد تزايدت أهمية التحكيم منذ منتصف القرن العشرين، نتيجة تضخم وتشابك حجم التجارة الدولية وازدياد معدلات النمو التجاري بين الدول وظهور العديد من الشركات متعددة الجنسيات، وظهور العقود ذات الشكل النموذجي، بالإضافة إلى ما يقدمه نظام التحكيم في حد ذاته من مزايا تجنب الأشخاص المشقة في اللجوء إليه، وتمكنهم من البعد عن جمود القضاء الوطني، فمرونة التحكيم يسمح للمتنازعين بتشكيله على النحو المناسب له، لأنه ينفر من القوالب الجامدة، ويمكن الطرفين من اختيار نوع التحكيم الذي يرغبون في اتباعه، إلا أن نظام التحكيم شأنه شأن القضاء الوطني فقد ينتج عن اللجوء إليه في إطار المجموعة العقدية بعض الصعوبات التي كان من اللازم التعرض لها وإيجاد حلول مثلى، خاصة تلك المشاكل التي تترتب عن عدم إدراج أي عقد من العقود المكونة للمجموعة العقدية لبند التحكيم، في حين تتضمن العقود الأخرى مثل هذا البند، فهل يحتج بهذا البند في مواجهة الشخص الذي ساهم في عقد لم يرد به شرط تحكيم إلى العقد الذي لم يرد به شرط تحكيم؟

(١) راجع في ذلك: د. أحمد مخلوف - المرجع السابق - ص ٢٤٥ .

وبمعنى آخر هل يجوز أن يمتد اتفاق التحكيم إلى غير طرفيه اللذين وقعا على العقد، لقد سبق القول بأن عقود المجموعة العقدية يرتبط أطرافها بهدف واحد مشترك، فبالرغم من استقلال هذه العقود عن بعضها بأن ينشأ كل عقد مستقلاً عن الآخر، إلا أن عدم تنفيذ أحدهما يؤثر في تنفيذ باقي أو بعض العقود الأخرى المكونة للمجموعة العقدية، فهل يتسع نطاق اتفاق التحكيم ليمتد إلى غير طرفيه، لا صعوبة إذا تضمن كل عقد من عقود المجموعة العقدية بنداً يقضي اللجوء إلى التحكيم، فلا مشكلة هنا بحيث يسأل كل طرف من أطراف المجموعة في حدود التصرف القانوني الذي ساهم في تكوينه أو في تنفيذه، ولكن تثور الصعوبة إذا لم يتضمن العقد الذي ساهم فيه الطرف بنداً يفيد اللجوء إلى التحكيم وتضمن العقد الذي ساهم الطرف المضروب فيه بنداً يفيد اللجوء إلى التحكيم، فمثلاً قد يتضمن عقد المقاوله الأصلي بند تحكيم ولا يدرج هذا البند ضمن عقد المقاوله من الباطن، والعكس إذا ما تضمن عقد المقاوله من الباطن شرط تحكيم ولا يندرج مثل هذا البند في عقد المقاوله الأصلي، فهل إذا ما رجع الطرف المضروب على الطرف المسئول مباشرة بدعوى التحكيم، فهل يستطيع هذا الأخير أن يتمسك بعدم قبوله التحكيم لعدم وجود اتفاق عليه في العقد الذي ساهم هو فيه؟

لا شك أن الإجابة عن هذا السؤال يسبقها إجابة عن تساؤل آخر يدور حول مجال تطبيق مبدأ نسبية آثار التصرفات القانونية، وهل يقتصر تطبيقه على الأشخاص الذين يساهمون في تكوين العلاقة العقدية، أم أنه يشمل بجانب ذلك الأشخاص الذين يساهمون في تنفيذ هذه العلاقة؟^(١)

وعلى ذلك فسوف نعالج هذا الموضوع على ضوء ما ورد في مجموعة المرافعات وقانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٧ وأحكام القضاء المصري والفرنسي وأحكام التحكيم وسوف تكون خطة بحثنا لهذا الموضوع محتوية على بابين:

(١) راجع في توضيح ذلك: د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق - ص ١٤ .

الباب الأول

وسوف نوضح من خلاله المفهوم الفني والقانوني للمجموعة العقدية وموقف الفقه والقضاء بشأن الأسرة العقدية، وهذا الباب يحتوي على فصلين، وسوف نعرض في الأول منهما لموقف الفقه والقضاء بشأن المجموعة العقدية، ونبين فيه وجهة النظر المعارضة لوجود المجموعة العقدية ووجهة النظر المؤيدة لفكرة المجموعة العقدية، ونحاول من جانبنا مناقشة الاتجاه المعارض للمجموعة العقدية ونعرض وجهة نظرنا بشأن المجموعة العقدية في ضوء بيان المفهوم القانوني للطرف في إطار العلاقات التعاقدية التي تشكل مجموعة عقدية واحدة، ثم نبين أهم الصور الخاصة للمجموعة العقدية كالبيع المتعاقبة والعلاقات التأجيرية المتعاقبة على مال واحد والعقود المترابطة، بقصد تحقيق هدف اقتصادي واحد كالمقاولات .

وسوف نوضح في الفصل الثاني وجهة نظرنا بشأن هذه المجموعة في ضوء بيان حدود والتزامات الطرف المسئول وحدود حقوق الطرف المضرور داخل نطاق هذه المجموعة.

الباب الثاني

وسنوضح في هذا الباب مفهوم التحكيم وأهميته وأهم شروطه وموقف الفقه والقضاء بشأنه، وذلك من خلال أربعة فصول نوضح في أولها المفهوم الفني والقانوني للتحكيم، وأهم المشاكل القانونية الناجمة عن التحكيم في إطار المجموعة العقدية ثم نعرض في الفصل الثاني عن ضوابط دعوى التحكيم في إطار المجموعة العقدية، وهل يمتد بند التحكيم من عقد لآخر ثم نستعرض الرأي المعارض لفكرة امتداد شروط التحكيم والاتجاه المؤيد لفكرة امتداد شرط التحكيم من عقد إلى آخر في ضوء حدود والتزامات كل طرف، ثم نتكلم في الفصل الثالث عن الأساس القانوني للتحكيم في إطار المجموعة العقدية.

الفصل الرابع

القواعد الخاصة بالتقادم

تختلف القواعد الخاصة بتقادم دعوى التعويض الناشئة من العمل غير المشروع المؤسسة على قواعد المسؤولية التقصيرية عن دعوى التعويض الناشئة عن الإخلال بالالتزامات العقدية سواء من حيث المدة أو من تاريخ سريانها، لذا فقد وضع المشرع المصري قاعدة عامة يتقادم بها الالتزام في المادة ٣٧٤ مدني وحدد سقوطها بمرور خمسة عشر عامًا. إلا أنه خرج منها بالنسبة لبعض الدعاوى فقد نص على تقادم دعوى ضمان العيب الخفي بمضي سنة من تاريخ تسليم الشيء محل التعاقد^(١) "المسؤولية العقدية"

كما تنص المادة ١/٦٥١ مدني على تقادم دعوى الضمان القانوني الملقى على عاتق المقاول والمهندس المعماري بشأن سلامة البناء من العيوب بعد مرور عشر سنوات من وقت تسليم العمل^(٢).

... ومن ناحية أخرى فقد قرر المشرع في المادة ١٧٢ من القانون المدني بتقادم دعوى التعويض عن الأضرار الناتجة عن العمل غير المشروع بمضي ثلاث سنوات من تاريخ العلم بالضرر وبالشخص المسئول فيه، أو بمضي خمسة عشر عامًا على الواقعة.

وبناء على تلك النصوص السابقة فإذا ما سمحنا للطرف المتضرر غير المباشر في إطار المجموعة العقدية الرجوع على الطرف المسئول بمقتضى

(١) حيث نصت هذه المادة على أنه "يسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول.

(٢) حيث نصت المادة ١/٦٢١ "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من هدم كلي أو جزئي فيما شيدوه من مبان أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض ذاتها، أو كان رب العمل قد أجاز إقامة المنشآت المعينة، وما لم يكن المتعاقدان أن في هذه الحالة قد أرادا أن تبقى هذه المنشآت مدة أقل من عشر سنوات.

قواعد المسؤولية التقصيرية كان ذلك إهداراً لتصنيف المشرع للقواعد التي تنظم التقادم بخصوص دعاوى المسؤولية العقدية وتلك الناتجة عن المسؤولية التقصيرية، حيث إن خضوع العلاقة لهذه الأخيرة يستوجب تطبيق القواعد الخاصة بتقادم دعوى التعويض عن العمل غير المشروع، سواء من ناحية المدة أو من تاريخ بدء سريانها واستبعاد مدد التقادم الأخرى.

وعلى ذلك فإذا اكتشف الممتلك النهائي للمال وجود عيب خفي فيه فإن ذلك يخوله حق الرجوع على المتعاقد معه بدعوى المسؤولية العقدية، ويتعين ممارسة هذا الحق في خلال سنة من تاريخ تسلمه المال كأصل عام، إلا أنه ووفقاً لمنطق هذا الاتجاه غالباً ما يفضل الممتلك النهائي للمال الرجوع على المنتج للمال بدعوى المسؤولية التقصيرية، من أجل الاستفادة بمدة التقادم الخاصة بدعوى التعويض الناشئة عنها، والتي تكون أكبر من تلك المقررة بمقتضى قواعد المسؤولية العقدية وتقادم دعوى الضمان المؤسسة على العيب الخفي^(١)..

علاوة على أن هذا النظام يخول للطرف المضرور حق اختيار نظام التقادم الذي يحقق مصلحته وهي ما يتنافى مع ما قصده المشرع عند وضعه بهذه النصوص والذي هدف من ورائها استقرار المعاملات والمراكز القانونية بالتقادم، وليس بهدف مصلحة شخصية معينة

(١) د. فيصل زكي عبد الواحد - البحث السابق ص ٧٣.

الفرع الثالث

سلب الضمانات القانونية لطرفى العلاقة التعاقدية

إن السماح بتطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية في إطار منازعات الأسرة العقدية من شأنه سلب ضمان حماية الشخص المضرور التي كفلها له القانون في بعض الأحوال، كما يترتب على ذلك أيضاً سلب ضمانات حماية الطرف المسئول وذلك على النحو التالي:

الفصل الأول

مظاهر سلب ضمان الطرف المضرور

يترتب على مسابقة الاتجاه السابق والسماح لقواعد المسؤولية التقصيرية إقحام مجال الأسرة العقدية إهدار الضمان القانوني للطرف المضرور غير المباشر من عدة نواحي، فمن ناحية أولى حرمان الطرف المضرور غير المباشر من الاستفادة من البنود التعاقدية التي تتضمنها في العلاقة التعاقدية التي شارك فيها^(١)، وكذلك حرمانه من الأحكام الخاصة بالتقادم الخاص بالدعاوى الناشئة عن العلاقات العقدية. فقد يُشترط في العلاقة التعاقدية التي ساهم الطرف المضرور فيها وتلك التي كان المسئول طرفاً مباشراً فيها بندٌ يقضي بالتشديد في المسؤولية كما لو تضمن عقد الإيجار الأصلي بنداً يلقي على عاتق المؤجر التزاماً بالقيام بكافة الترميمات اللازمة للعين المؤجرة وكان عقد الإيجار من الباطن يتضمن بدوره مثل هذا البند، ففي حالة إخلال المؤجر بالتزامه فإن ذلك يؤثر بدوره على التزام المستأجر الأصلي تجاه المستأجر من الباطن، مما يلحق الأخير أضراراً تخوله حق الرجوع على المستأجر الأصلي بدعوى المسؤولية العقدية، إلا أن المستأجر الأصلي قد يكون في حالة إعسار أو إفلاس مما يحول دون حصول المستأجر من الباطن على تعويض عن الأضرار التي يعاني منها، ولا يكون أمامه هنا سوى

(١) راجع في ذلك: فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق - ص ٤٩.

الرجوع على المؤجر الأصلي بمقتضى قواعد المسؤولية التقصيرية وفقاً
لأنصار هذا الاتجاه^(١)، ويرى أستاذنا الدكتور/ فيصل زكي أن هذا الحل
يترتب علي حرمان المستأجر من الباطن من بند التشديد في المسؤولية، ومن
ناحية أخرى، فإن رجوع المتضرر غير المباشر بمقتضى قواعد المسؤولية
التقصيرية يترتب عليه حرمانه من الرجوع على شركة التأمين التي كان
الطرف المسئول قد تعاقد معها من أجل تغطية الأضرار الناتجة عن قيام
مسئوليته^(٢)، وذلك لأنه غالباً ما تضمن شركة التأمين في الوثيقة بنداً يقضي
بعدم تغطية الأضرار الناجمة من الأعمال غير المشروعة.

... ومن ناحية أخرى فقد يكون رجوع الطرف المضرور غير المباشر
على الطرف المسئول غير مُجْدٍ، وذلك إذا كانت واقعة الإخلال بالالتزام لا
تتطابق مع مخالفة الواجب العام، أو مخالفة للقانون المعمول به، ففي هذه
الحالة لا يمكن القول بتحريك قواعد المسؤولية التقصيرية لتخلف أحد أركانها.

(١) راجع في عرض ذلك الاتجاه: د. فيصل زكي عبد الواحد المرجع السابق - ص ٤٧.

(٢) راجع في عرض ذلك بالتفصيل: د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق - ص ٥٠.

الفصل الثاني

مظاهر سلب ضمانه الطرف المسئول

يترتب على فتح المجال للخيرة بين قواعد المسئولية العقدية والتقصيرية إهدار الحماية القانونية التي قررها المشرع للطرف المسئول مثل حرمانه من الاستفادة من الأحكام الخاصة بالتعويض في إطار العلاقات العقدية والتي تقصر التعويض على الضرر المباشر فقط والمتوقع، بعكس التعويض المستحق عن الأضرار الناشئة عن الخطأ التقصيري، والتي يجب أن يغطي الضرر بأكمله سواء كان متوقعاً أو غير ذلك، وعلى ذلك فإذا مكننا المضرور غير المباشر من حق الخيار في الرجوع على الطرف المسئول بمقتضى قواعد المسئولية التقصيرية، فإن من شأن ذلك أن يلزم هذا الطرف بتغطية الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة، وكذلك خضوع هذا الطرف المسئول إلى قواعد التقادم الطويلة المقررة في المسئولية التقصيرية وحرمانه من الاستفادة بالقواعد التي تنظم مدد التقادم القصيرة، كما في تقادم دعوى ضمان العيب الخفي^(١).

كما أن تخويل الطرف المضرور غير المباشر مكنة الخيار بين قواعد المسئولية، يؤدي لحرمان الطرف المسئول من الاستفادة من البنود التعاقدية الواردة في التصرف القانوني الذي شارك في تكوينه، خاصة إذا كان هناك بند يقضي بالإعفاء أو التخفيف من المسئولية^(٢).

كما أن القول بجواز الخيرة بين المسئولين يؤدي إلى هدم قواعد المسئولية العقدية، وهو بدوره قد يؤدي في النهاية إلى هدم التفرقة بين نوعي المسئولية، وهو أمر غير مقبول فقهاً أو قضاءً.

(١) د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق - ص ٥٥.

(٢) انظر في عرض ذلك د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق - ص ٥٣.

المبحث الثاني

الاتجاه المؤيد لفكرة المجموعة العقدية

عرض وتقسيم:

اتجه أنصار هذا الرأي^(١)، ويؤيده أستاذنا الدكتور فيصل زكي عبد الواحد بأنه يجب تحديد مجال تطبيق قواعد المسؤولية العقدية على ضوء معيار موضوعي، قوامه حالة الشخص المضرور لحظة حدوث الضرر، فإذا كان هذا الشخص لم يُصَبَّ بالأضرار إلا بسبب كونه دائئاً بالتزام تعاقدى منبثق أو مرتبط بالتزام الأصلي الذي لم ينفذ فيجب في هذه الحالة خضوع العلاقة بينه وبين المسئول عن عدم تنفيذ الشخص المسئول لالتزاماته العقدية على أساس قواعد المسؤولية العقدية، حيث إن هذه القواعد تقررت للشخص على اعتباره مستفيداً من العلاقة أو التصرفات القانونية محل الأسرة العقدية.

وواقع الحال إن الأخذ بقواعد المسؤولية العقدية، فيما بين أطراف المجموعة العقدية الواحدة، والسماح لهذه القواعد دخول حظيرة المجموعة العقدية، من شأنه تلافي النتائج الخطرة التي تترتب على السماح بدخول قواعد المسؤولية التقصيرية حظيرة المجموعة العقدية.

وعلى ذلك سوف تنقسم دراستنا في هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول : أنصار فكرة المجموعة العقدية.

المطلب الثاني : النتائج المترتبة على الأخذ بقواعد المسؤولية العقدية في إطار المجموعة العقدية.

المطلب الثالث : وجهة نظر الباحث بشأن المجموعة العقدية.

(١) راجع في هذا المعنى: د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق - ص ٧٠ و ص ٥٦ من هذا البحث .

المطلب الأول

أنصار فكرة المجموعة العقدية

تخلى أنصار هذا الاتجاه^(١) عن الأخذ بالنظرية التقليدية لمفهوم الطرف في إطار العلاقات التعاقدية التي تشكل مجموعة عقدية واحدة، وأخذ بتفسير مدلول الطرف في هذا الإطار على أساس واسع موضوعي، وعلى ذلك فإن تحديد مدلول الشخص كطرف أو أجنبي في علاقة تعاقدية ما، يكون النظر إلى الأعمال اللاحقة لعلمية التكوين، أي الحالة التي يكون فيها المتضرر لحظة حدوث الضرر، فلو كان هذا الشخص لم يُصَبَّ إلا بسبب كونه دائماً بالتزام ناشئ عن علاقة تعاقدية مرتبطة أو متعاقبة للتصرف الأصلي فلا تعتبر من الغير في علاقته بالطرف المسؤول وتعين إطلاق وصف الطرف عليه^(٢).

... وعلى ذلك يكون أنصار هذا الاتجاه قد قرروا وجوب تطبيق أحكام وقواعد المسؤولية التعاقدية في نطاق المجموعة العقدية عند رجوع الطرف المضرور على المسؤول، فالمدين مثلاً عندما يستخدم أشخاصاً غيره في تنفيذ التزامه التعاقدية فيكون مسؤولاً عنهم مسؤولية عقدية عن الخطأ الذي يرتكبونه أو الإخلال بالتزامه التعاقدية قَبْلَ الدائن، فيوجد إذن شخص (أ) وهو المسؤول أو المدين الأصلي في الالتزام العقدي، ويوجد شخص (ب) وهو الدائن في هذا الالتزام ويوجد (ج) وهو الغير الذي عهد إليه المدين في تنفيذ التزامه وهو يخرج من منطقة الغيرية بالنسبة لعلاقتهم ببعض، وتقوم بذلك المسؤولية العقدية بينهم، حيث يوجد عقد صحيح بين المسؤول والمضرور، وحيث يكون الغير مكلفاً بتنفيذ هذا العقد كحالة المستأجر من الباطن قَبْلَ المؤجر، فيظل

(١) د. فيصل زكي عبد الواحد: المرجع السابق، - ص ٧٩ د. عبد الرزاق حسن فرج - عقد الإيجار سنة ١٩٧٩، ص ٤٩١، د. عبد الفتاح عبد الباقي - عقد الإيجار ص ٤٣٦، د. مصطفى الجمال - الوسيط في أحكام الإيجار، د. منصور مصطفى منصور - عقد الإيجار، محمد على عمران - عقد الإيجار في القانون الليبي، سنة ١٩٧٨ - ص ٢٦٨، د. عبد الرزاق السنهوري - عقد الإيجار، سنة ١٩٨٨، ص ٩٧٩ وما بعدها.

(٢) راجع في توضيح ذلك: د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق ص ٧١.

المستأجر الأصلي مسئولاً أمام المؤجر، لأنه طرف في الالتزام الناشئ عن العقد الأصلي، والمضروب هنا هو المؤجر، وقد قام بينهما عقد صحيح وهو عقد الإيجار الأصلي، أما الغير وهو المستأجر من الباطن وهو مسئول أيضاً لارتباطه بعقد من الباطن ناشئ ووارد على نفس المال، وهي العين بتصرف لاحق وهو إبرام تلك العقد بينه وبين المستأجر الأصلي.

ويرى البعض أنه متى قبل المؤجر عقد الإيجار من الباطن، فإن ذلك يترتب عليه نشوء علاقة مباشرة بين الأول والثاني، وتخول لأحدهما حق الرجوع على الآخر بدعوى المسؤولية المباشرة^(١).

وعلى ذلك فإن تكليف الغير بتنفيذ جزء من الالتزام التعاقدى، ليس فقط مقصوراً على أطراف العلاقة التعاقدية بل يكون مصدره القانون، كما في المثال السابق وأيضاً كالوصي أو القيم الذي يقوم بتنفيذ عقد أحد أطرافه صغير أو محجور عليه، فتكون مسؤولية الصغير أو المحجور عليه من الولي أو الوصي أو القيم مسؤولية عقدية.

... هذا وقد رأى أنصار فكرة المسؤولية العقدية ضرورة توحيد النظام القانوني الذي يخضع له أطراف المجموعة العقدية، من حيث إن تقرير مسؤولية الطرف المدين لا تتخذ إلا وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية، بغض النظر عما إذا كان الرجوع عليه قد تم من جانب المتعاقد معه مباشرة أو المتعاقد معه هذا الأخير^(٢).

بيد أن أنصار هذا الرأي قد اشتروا لتطبيق قواعد المسؤولية العقدية بين أطراف المجموعة العقدية أن يكون الطرف المسئول والمضروب غير المباشر، قد ساهما في بناء العلاقة التعاقدية التي يسأل عنها.

(١) راجع في توضيح ذلك بالتفصيل: د. محمد على عمران - المرجع السابق، سنة ١٩٧٨، - ص ٢٦٨.

(٢) انظر في عرض ذلك: د. فيصل زكي عبد الواحد - مرجع سابق - ص ٧٣.

وعليه فإن هذا الرأي قد أخذ بفكرة المدلول الواسع لفكرة الطرف، فإذا كنا بصدد مجموعة تصرفات مترابطة أو متتابعة على مال واحد، فكل شخص يساهم ولو بصورة مستقلة في تنفيذ إحدى هذه الالتزامات المنبثقة من هذه العلاقة التعاقدية الأصلية اعتبر طرفاً في المجموع العقدي الذي يتكون من عقدين أو أكثر، بالرغم من أن أطراف هذه العلاقات المختلفة لا يجمعهم عقد واحد إلا أنهم أطراف في المجموع العقدي نظراً لمساهمة كل شخص فيهم في علاقة منبثقة عن العقد الأصلي، ومن ثم تكون العلاقة التي تحكم تصرفاتهم علاقة أساسها تعاقدية يحكمها أحكام المسؤولية التعاقدية^(١)... وقد ذهبت بعض أحكام محاكم التحكيم إلى هذا النهج، ففي قضية^(٢) عرضت على هيئة التحكيم بمركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري من شركة مقاولات إفريقية (محتكمة) ووزير إسكان وجهاز حكومي إفريقي خاص بالصرف الصحي تطلب فيه الشركة المحتكمة تعويضاً عن الأضرار التي لحقتها وإلزام المحتكم ضدها بدفع ما تكبدته الشركة المحتكمة من زيادة في أسعار المواسير اللازمة للمشروع، وكذلك قيمة فروق أجور ثلاثة سيارات مخصصة للمهندس الاستشاري للجهاز من قبل الشركة المحتكمة، وكذلك تعويضها عن تعديده السكة الحديد الناتج عن القيام بأعمال التصميم والتعديل والفحوص، وذلك لمدة ٧ سنوات وعن سحب العمل، كذلك تعويضها عن فروق زيادة أسعار الحديد والأسمنت والخشب والمواد ومصاريف إعادة رصف بعض المناطق .

وقد قام دفاع الشركة المحتكمة بإيداع مذكرة تضمنت أولاً الدفع بعدم قبول التحكيم دفعه على غير صفة، وثانياً: الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم لعدم وجود شرط تحكيم، ثالثاً: ومن باب الاحتياط الكلى الدفع بانعدام العقد محل المنازعة بإرجاء الفصل فيه وضمه للموضوع والفصل فيهما للارتباط .

(١) انظر في عرض ذلك: د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق - ص ٨٧.

(٢) راجع: حكم محكمة التحكيم - مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي - القضية رقم ٥١ لسنة ١٩٩٤ جلسة ٢٥ / ٣ / ١٩٩٦ .

وقد إستندت المحتكم ضدها فى دفعها بعدم القبول إلى أن العبرة بالعقد الأساسى وهو أساس المطالبة فى التحكيم الماثل، وعليه فلا يجوز توجيه الدعوى إلا من أحد طرفى العقد ولا توجه إلا لمن يكون طرفاً فى التعاقد، ومن ثم لا تتحمل بالتزامات الناشئة عنه، طالما أن المطالبة هنا أساسها العقد الذى يكون حجة قاصرة على طرفيه دون أن يمتد ليشمل من لم يكن طرفاً فيه، وعليه ونظراً لأن الشركة المحتكمة كانت قد أبرمت عقداً يحمل طرفيه التزامات ولم يوقع الجهاز التنفيذى للصرف الصحى المحتكم ضده عليه وانه لم يكن بذلك طرفاً فيه، فلا يجوز توجيه المطالبة إليه بل يتعين توجيهها إلى الطرف الآخر فى العقد والغائب عن الخصومة الراهنة وهو ما يؤدى إلى عدم قبول طلب التحكيم الراهن لتقديمه ضد من ليس بصاحب صفة أما عن الدفع بانعدام العقد بالنسبة للجهاز التنفيذى فإنه طبقاً للقواعد العامة لا يملك إبرام العقود باسم الإدارة إلا أشخاص محدودون يعينهم المشروع، والأصل وفقاً للقاعدة العامة أن يمارس هؤلاء الأشخاص اختصاصاتهم بأنفسهم، بحيث لا يجوز أن يحل غيرهم محلهم فى ممارسة هذا الاختصاص، كما لا يجوز لهم تعويض غيرهم فى ممارسته إلا فى الحدود وبالقيود التى يعينها المشرع، إلا أن هيئة التحكيم رفضت الدفع المبداه من الشركة المحتكم ضدها بصفتها وقررت بمسئوليتها طبقاً للعقد حيث جاء فى حكمها ((وحيث إن اعتمادات الجهاز التنفيذى للصرف الصحى للعاصمة قد أدرجت ضمن موازنة الجهاز المركزى للتعمير وذلك من موازنة عام ١٩٨٢، ١٩٨١ وحتى ١٩٨٥، ١٩٨٤ كما تم إدراج اعتماداته ضمن موازنة قطاع الإسكان من موازنة ١٩٨٥ / ١٩٨٥، الأمر الذى يؤكد أن الجهاز أضحي واجهة الدولة التى تهيمن على مشروع الصرف الصحى، سواء تحت مظلة الجهاز المركزى للتعمير ثم من بعده وزارة الإسكان .

ومن حيث إنه ولئن كانت الهيئة العامة للصرف الصحى هى التى أصدرت أمر الإسناد وأبرمت العقد محل المنازعة، إلا أنها بقيام الجهاز التنفيذى قد التزمت بدورها الطبيعى وفقاً لقرار إنشائها والذى يبدأ بعد مرحلة تمام التنفيذ للمشروع كاملاً فينتقل إلى الهيئة العامة للصرف الصحى لممارسة

صلاحيتها القانونية فى الإدارة والتشغيل والصيانة، وينحسر عنها أى اختصاص يتعلق بمراحل التنفيذ)) وثابت من جماع ما سبق أن الجهاز التنفيذى قد آل إليه تنفيذ هذا العقد وحل محل الهيئة المشار إليها فى مراحل التنفيذ وواجه متطلبات تنفيذ العقد بكامل التزاماته وحقوقه قبل الشركة المنفذة (المحتكمة) وأدرجت اعتماداته فى موازنة الجهة التى كان الجهاز التنفيذى يعمل تحت مظلتها، سواء كان الجهاز المركزى للتعمير أو وزارة الإسكان وظل هذا الجهاز هو المتصل بالعقد اتصالاً قانونياً وفعلياً ومخاطباً بأحكامه ولا يعدو فض المنازعات بين الجانبين وهى الجهاز التنفيذى للصرف الصحى بما آل إليه واقعاً وقانونياً والشركة المحكمة هو الذى يهيمن على أى منازعة تتعلق بتنفيذ العقد وترتبط بمسار هذا التنفيذ وينشأ من نصوصه وأحكامه لارتباطها بالعقد الأسمى.

وحيث إنه عن الدفع الأخير المقدم من المحكم ضد من باب الاحتياط الكلى بانعدام عقد المقاوله وشرط التحكيم فإن الثابت أن العقد أبرم صحيحاً فى إطار مناقصة عامة تتعلق بمشروع أساسى تمثل حلقة من حلقات مشروع حيوى ويرتبط بمرفق عام، ولا تقف فى وجه هذه المشروعات عبارة المركزية واللامركزية، فالهدف الأسمى هو تنفيذ المشروع الذى أولته الدولة عناية فائقة وتحرت فى سبيل تحقيقه رصد الأموال اللازمة لذلك، سواء منها ما أدرج ضمن موازنة الدولة وهيئاتها العامة أو ضمن المنح والقروض المتاحة من الدول الأجنبية .

ومن حيث إنه لا ينال مما سبق أن تقوم الدولة فى إطار تنظيم مرافقها ونشاطاتها العامة أن تعهد بالإشراف على التنفيذ فى خصوص هذا المشروع إلى جهاز الصرف الصحى، الأمر الذى أدى إلى أن ينحسر دون الهيئة العامة للصرف الصحى من القيام بهذه المهمة، ويكون دورها قد تحول وتكون المرحلة التى تخص الهيئة العامة للصرف الصحى هى مرحلة ما بعد التنفيذ، وعلى ذلك يكون الجهاز التنفيذى للصرف الصحى هو المرتبط موضوعاً بالعقد محل المنازعة، وهو الذى قام على تنفيذ أحكامه وشروطه، فإذا ما حدث تنازع فى مسألة ناشئة عن تنفيذ العقد، فلا يمكن فصلها عن الجهاز

الذى تولى مسؤولية التنفيذ، وهو المرتبط موضوعاً بهذا الأمر، وفى إطار وحدة شروط العقد، فإن المنازعة يحكمها نصوص العقد بما فى ذلك شرط فض النزاع عن طريق التحكم .

ومن ثم وتأسيساً على ذلك، فإن هيئة التحكيم تنتهى لرفض كافة الدفوع الأصلية والاحتياطية، المبداه من الشركة المحاكم ضدها .

وقد ساءرت هذا الاتجاه محكمة النقض الفرنسية فى حكم لها، وقررت ضرورة تطبيق أحكام المسؤولية التعاقدية فى إطار العلاقات التى تشكل أسرة عقدية واحدة وإن كانت قد عدلت من موقفها، وهو ما سنبينه بالتفصيل فيما بعد ووضعت مبدأ مقتضاه سريان المسؤولية العقدية على طلب التعويض الذى يطلبه من لم يُضَرَّ إلا بسبب كونه دائئاً بالتزام منبثق عن العلاقة الأصلية^(١).

وقد ساءرت محكمة النقض الفرنسية ذلك، وقضت بأن دعاوى المسؤولية التى تنشأ بين أطراف المجموعة العقدية إنما هي من طبيعة عقدية، وقد وسعت هذه المحكمة فى تعريف مفهوم معنى الطرف وفرت بين الغير الأجنبي الذى لا تربطه أى علاقة بالمتعاقدين الأصليين والغير الذى يوجد بينه وبين الطرف المضرور أية علاقة وقررت وجوب تطبيق قواعد وأحكام المسؤولية العقدية، وذلك عندما عرض نزاع أمامها بخصوص سيارة كانت محلاً لثلاث تصرفات قانونية، وأثناء قيادة الممتلك النهائى لها وقع حادث لشخص مار بأن أصابه، وكان ذلك بسبب عيب خفى فى صناعة السيارة فقام صاحب السيارة برفع دعوى على منتج السيارة ليطالبه بالتعويض مؤسساً دعواه على قواعد المسؤولية العقدية، فرفضت محكمة الموضوع الدعوى على أساس أن الأخير (صاحب السيارة) لم يساهم أو يشارك فى تكوين العلاقة الأصلية، ومن ثم يعد من الغير بالنسبة للمنتج، وبالتالي تنتفى أية رابطة عقدية بينهما مما يحول دون الرجوع بدعوى المسؤولية العقدية المؤسسة على

(١) نقض مدني فرنسي ١٩٨٨/٦/٢١ - المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٨٨ ص ٧١١.

ضمان العيوب الخفية، ويتعين الرجوع بدعوى المسؤولية التقصيرية، ولما عرض على محكمة النقض قبلت الأخيرة الطعن، وقررت بأن رجوع الممتلك النهائي للمال على المنتج له بسبب وجود عيب خفي لا يكون إلا من طبيعة عقدية^(١).

وعلى ذلك فإذا اكتشف الشخص الممتلك للمبنى عيب في البناء، فإنه يمكنه الرجوع على البائع له - و"المتعاقد معه" - بدعوى المسؤولية العقدية المؤسسة على قواعد الضمان^(٢).

وعلى هذا الأساس السابق توضيحه، فيكون بذلك أنصار المسؤولية العقدية قد قرروا وجوب تطبيق أحكامها في إطار المجموعة العقدية عند رجوع أحد أطراف هذه الأخيرة على الآخر، وذلك بأن طلبوا تعميمها لتشمل كافة الدعاوى المنبثقة عن العلاقة التعاقدية التي لم تنفذ.

وقد قرر هذا الاتجاه تطبيق قواعد المسؤولية العقدية هنا حتى إذا كانت التصرفات غير متجانسة^(٣) بل يصح أن ينشأ الحق في التعويض الناشئ عن إخلال الطرف المسئول تجاه الطرف المضرور فقط، في إطار المجموعة - العقدية التي تكون مجموعة تصرفات، سواء كانت هذه التصرفات من نوع واحد كالبيع المتعاقبة أو من نوع مختلف كالعلاقات التأجيرية، بل يمكن ممارسة دعوى التعويض الناشئة طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية قبل الطرف المسئول في إطار المجموعة العقدية بمعناها الواسع^(٤).

(١) انظر في عرض هذا الحكم بالتفصيل: د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق ص ٧٢.

(٢) انظر في عرض ذلك: د. فيصل زكي عبد الواحد البحث السابق ص ٧٥.

(3) Civ. 25.1.1820,1,213: 12. 11. 1889. D. P. 85,357.

(٤) انظر في عرض وجهة النظر هذه: د. فيصل زكي عبد الواحد، د. عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق، د. عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق ص ٩٧٢ - د. محمد لبيب شنب - الوجيز شرح أحكام عقد الإيجار ١٩٩٦، ص ٢٠٦، حيث يقول .. "ولذلك قرر القانون دعوى مباشرة قبل المستأجر من الباطن وذلك بنص المادة ١٥٩٦ أنه تقرر "أن يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمة المستأجر

وصفوة القول إن إقرار دعوى المسؤولية العقدية المباشرة فيما بين أطراف المجموعة العقدية، بالإضافة لكونه يحافظ على مبدأ القوة الملزمة للعقد، فإن اتباع منهج تصنيف المسؤولية وتوحيدها داخل هذه الأسرة من الممكن أن يحقق التوازن العقدي، ويرى البعض وبحق^(١)، أن مفهوم المجموعة العقدية بمعناها الواسع لا يقتصر على الأشخاص الذين يساهمون في بناء التصرف القانوني، بل تشمل إلى جانب ذلك ويتسع لتشمل الأشخاص الذين يُعهد إليهم أو يساهمون في تنفيذ العلاقة التعاقدية، حتى ولو لم يكن له دور في عملية التكوين الخاصة لهذه العلاقة، وقد قرر هذا الرأي بأنه يكفي أن توجد رابطة موضوعية بين المسئول والمضروب ناتجة عن تعاقب التصرفات القانونية على المال في إطار المجموعة العقدية، فمثلاً في مجال نشاط النقل قد يعهد الناقل بعملية النقل إلى متعهد أو شركة نقل من أجل تنفيذ عقد النقل، وتقوم الشركة المعهود إليها بعملية النقل بالاتفاق مع شركة أخرى للنقل، فإذا ما حدث إخلال بالتزام المعهود إليه بالنقل من الباطن، اعتبر ذلك إخلالاً بالتزام الشركة الناقل الأصلي تجاه الشركة متعقدة النقل، وذلك يؤثر بالتبعية على التزام الشاحن، مما يلحق به أضراراً ففي هذه الحالة وبالرغم من أن الشاحن لم يساهم في بناء عقد النقل من الباطن، إلا إنه قد تأثر به، وعليه فتتسأ الرابطة الموضوعية العقدية بينه وبين الناقل من الباطن والتي تخول لأحدهما حق الرجوع على الآخر لمطالبته بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به.

... كما ذهب بعض أنصار هذا الاتجاه^(٢) بأن المؤجر في إطار العلاقات التعاقدية التي تشكل مجموعة عقدية واحدة، لا يمكن أن يرجع على مستأجر العين من الباطن أو العكس، إلا وفقاً للدعوى المباشرة المؤسسة على

الأصلي وقت أن يقدره ... كما يقول "أما إذا أقر المؤجر الإيجار من الباطن فإنه يترتب على هذا الإقرار أن تتسأ علاقة مباشرة بين المؤجر والمستأجر من الباطن فيما يتعلق بالتزامات المؤجر، فيكون للمستأجر من الباطن أن يطالب بتسليم العين المؤجرة وبصيانتها وبضمان انتفاعه بها انتفاعاً هادئاً، كل ذلك عن طريق الدعوى المباشرة ويخضع هذه العلاقة لأحكام الإيجار من الباطن للإيجار الأصلي".

(١) انظر في عرض ذلك: د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق - ص ٨٧.

(٢) راجع في عرض وجهة ذلك الفقيه: د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق - ص ٨٩.

المسئولية العقدية، وذلك عن الأضرار التي لحقت بأحدهما بسبب إخلال أحدهما مع الآخر بالتزامه الناشئ عن العلاقة التعاقدية التي ساهم في بنائها^(١).

قد لاق هذا الاتجاه قبولاً واسعاً في بادئ الأمر لدى القضاء الفرنسي - وإن كان تغير بعد ذلك - نظراً لما يحققه هذا النظام من فائدة وتوازن يتمثل في خضوع أطراف المجموعة العقدية لنظام قانوني واحد، الأمر الذي يؤدي إلى تفعيل حماية الطرف المضرور، وتفعيل حماية الطرف المسئول وتمكينه من التمسك في مواجهة المتعاقد معه بمضمون وأحكام العلاقة العقدية فيما ورد فيها من بنود التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية أو قصر التعويض عن الضرر المباشر المتوقع فقط، كما يقضى على مشكلة الخبرة بين قواعد المسئوليتين والتي سبق أن رفضهما غالبية الفقه والقضاء، وهو ما سنبينه في هذا المطلب.

(٢) على عكس ذلك الرأي فقد اتجه بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي للقول بأنه ليس من شأن الدفع المباشر أو الدعوى غير المباشرة اللذان يخولهما القانون ١٩٧٥ للمقاول المقبول من الباطن الرجوع رب العمل خلق أية رابطة عقدية بين الطرفين - حكم مجلس الدولة الفرنسي ١٩٧٩/٢/٢ منشور في المجموعة ٧٩٨.

المطلب الثاني

النتائج التي تترتب على الأخذ بقواعد المسؤولية العقدية

في إطار المجموعة العقدية

إن توحيد النظام القانوني الذي يخضع له أطراف المجموعة العقدية الواحدة وخضوعه لقواعد المسؤولية العقدية، من شأنه أن يحافظ على القوة الملزمة للعقود وتقضي على مشكلة الخيرة بين المسئوليتين، ويحافظ على النصوص التشريعية وتوحيد نظامي التقادم والتعويض الذي يخضع له أطراف هذه المجموعة فيما بينهم، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: - الحفاظ على الأثر الملزم للعقد.

الفرع الثاني: - توحيد القواعد الخاصة بالتقادم.

الفرع الثالث: - التعويض عن الضرر المباشر والمتوقع فقط .

الفرع الرابع: - توحيد القواعد الخاصة بالاختصاص القضائي.

الفرع الخامس: - توحيد القانون الواجب التطبيق على العلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي.

الفرع السادس: - تقرير مبدأ عدم جواز الخيرة بين المسئوليتين.

الفرع الأول

الحفاظ على مبدأ الأثر الملزم للعقد

لا جدال في أنه في ظل تقرير نظام قانوني موحد يخضع له أطراف المجموعة العقدية الواحدة، من شأنه أن يحافظ على مبدأ القوة الملزمة للعلاقة العقدية، لأن الطرف المدين الذي يخل بأحد التزاماته لا تتعقد مسؤوليته إلا على أساس العلاقة التعاقدية التي ساهم في بنائها، ومن ثم يمكنه الاحتجاج في مواجهة الطرف المضرور بالبند الواردة في هذه العلاقة^(١)، وقد نصت على ذلك نص المادة ١١٣٤ مدني فرنسي بقولها ((الاتفاقات المبرمة على نحو شرعي Legalement Forme's تقوم مقام القانون بالنسبة إلى من أجروها)) ، كما جاء نص المادة ١٤٧ / ١ مدني مصري بقولها ((العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين)) وقد توج الله عز وجل هذا المبدأ بقوله ((يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)) والرسول الكريم بقوله (المسلمون عند شروطهم)^(٢) وعليه فإذا كان التصرف القانوني الذي ساهم الطرف المسئول في إنشائه يتضمن بنداً يخفف من المسؤولية أو يعفي منها أو يحدد ماهية القانون الواجب تطبيقه على النزاع في حالة وجوده أو يحدد المحكمة التي ستختص بالنزاع أو يوجب اللجوء إلى التحكيم بدلاً من القضاء الوطني، فإن للطرف المسئول حق التمسك بهذه البنود في مواجهة المضرور غير المباشر من العلاقة التعاقدية، فلا يسأل إلا في إطار العلاقات التعاقدية التي ساهم في بنائها، ومثال ذلك إذا كان عقد الإيجار يتضمن بنداً يقضي بإعفاء المؤجر من القيام بأعمال الإصلاحات الضرورية بالمبنى التي تنتج عن ممارسته العادية والمشروعة لحقه، فيكون له الحق في التمسك بهذا البند في حالة ما إذا أثير نزاع، وذلك في مواجهة المستأجر من الباطن، كما يحق لهذا الأخير التمسك في مواجهة المؤجر بأن يدفع له ما كان يدفعه المستأجر الأصلي من أجرة^(٣).

(١) راجع في عرض ذلك: د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع: السابق - ص ١٠١.

(٢) راجع في هذا المعنى: د. عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق - ص ٥٣٨.

(٣) راجع في توضيح ذلك: د. محمد لبيب شنب - أحكام الإيجار، د. محمد كامل مرسى -

عقد الإيجار سنة ١٩٥٧.

كما أن خضوع أطراف هذه المجموعة لنظام موحد وهو المسؤولية العقدية، من شأنه أن يؤدي لحماية المضرور غير المباشر من حيث تجنبه حالة ما إذا كان المتعاقد معه مباشرة في حالة إفلاس أو إعسار، فيستطيع أن يرجع على الطرف المسئول بالدعوى العقدية لمطالبته بالتعويض عن طريق الدعوى المباشرة، وذلك حماية للدائن من منافسة دائني المدين المعسر أو المفلس في اقتسام المبالغ التي يكون المسئول قد قبضها لحساب الدائن لأنه لولا توحيد قواعد المسؤولية وممارسة الطرف المضرور للدعوى المباشرة لما كان للدائن أن يرجع على الطرف المسئول إلا بالدعوى غير المباشرة، فيصبح المحكوم به حقاً للمدين فيقاسمه دائنوه قسمة غرماء، أما وقد أصبح للدائن أن يرجع على المسئول مباشرة، فإن المبالغ التي قبضها لحسابه لا تمر بذمة المدين أصلاً، كما أن توحيد المسؤولية قد يؤدي إلى تحاشي إعسار أو إفلاس الطرف المسئول من حيث يستطيع المضرور غير المباشر الرجوع على شركة التأمين في حالة وجود ضرر وقع عليه، وكان الشخص المسئول مؤمناً ضد الأضرار فله أن يرجع مباشرة على هذه الشركة لتحاشي إعسار المدين، وذلك بغض النظر عما إذا كان قد تعاقد مع الطرف المسئول أو المتعاقد معه.

ومن ناحية أخرى، فإنه يتيح للطرف الدائن أو المضرور الاستفادة من البنود التي تعفي من المسؤولية أو تخففها كما لو كنا بصدد عقد مقالة أبرم بين رب عمل ومقاول، وذلك من أجل مباشرة التزام معين، ثم قام المقاول بالتعاقد مع مقاول آخر من الباطن لمباشرة مهام المقولة، وأثناء مباشرة العمل أدخل المقاول من الباطن بأحد الالتزامات التي تثقل كاهله وألحق برب العمل أو بضرر، فيستطيع هذا الأخير أن يرجع على المقاول الأصلي المتعاقد معه مباشرة بدعوى المسؤولية العقدية، ولكنه يفضل الرجوع على المقاول من الباطن مباشرة تأسيساً على قواعد المسؤولية العقدية، ويكون للمقاول من الباطن أن يتمسك ويحتج بالبنود الواردة في عقد المقولة الأصلي المبرم بين رب العمل والمقاول الأصلي، وخاصة إذا كان يتضمن بنداً بالإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها.

ومن ناحية أخرى، فإن توحيد دعوى المسؤولية فيما بين أطراف المجموعة العقدية التي تشكل أسرة عقدية واحدة تكفل تحقيق التوازن العقدي بين الأطراف واستقرار المعاملات والمراكز القانونية للأشخاص المتعاقدين، ويرى أستاذنا الدكتور فيصل زكي عبد الواحد أنه بالرغم من إقرار دعوى المسؤولية العقدية المباشرة وإن كان يقدّم مزايا عدة للطرف المسئول، وخاصة القاعدة التي تقصر التعويض كأصل عام على الضرر المتوقع فقط، إلا أن ذلك قد يؤدي للإضرار بالمضروع غير المباشر حيث قد يحرم هذا الأخير من التعويض عن الضرر متى كان منصوصاً في العقد بنحو يعفي أو يخفف من المسؤولية أو التعويض عن الضرر المباشر، لأن أنصار هذا الرأي قد تجاهل تصنيف صور المسؤولية الذي يجب ألا يتعدى نطاقه، كما إنه ينظر إلى الطرف المسئول على أنه وعاء مالي يتم الأخذ منه بدون ضوابط، مع أن المشرع قد اعتبر الطرف مركزاً قانونياً عند تقرير تصنيفه لقواعد المسؤولية^(١).

ونحن نتفق مع هذا الرأي...

وذلك على أساس أن توحيد مسؤولية الطرف المسئول يترتب عليه الحفاظ على فكرة المراكز القانونية واستقرار المعاملات، بغض النظر عما إذا كان الرجوع عليه من قبل الطرف المتضرر أو المتعاقد معه مباشرة، كما أن الطرف المسئول يستطيع أن يتمسك في أي وقت شاء بالأحكام الخاصة للتصرف الذي ساهم في تكوينه وذلك في مواجهة الطرف المضروع كما لو تمسك بتجارية النزاع أو قصر التعويض عن الضرر المباشر المتوقع فقط حيث لا يلتزم الطرف المسئول بأكثر مما إنصرفت إليه إرادته من ناحية أو من ناحية أخرى يغلق الطريق أمام الطرف المضروع بشأن محاولة التخلص من بنود العلاقة التعاقدية التي ساهم في تكوينها وعلى الأخص تلك التي نقض بالإعفاء أو التخفيف من المسؤولية^(٢)، فمن شأن ذلك الحفاظ على مبدأ الأثر الملزم لعاقديه.

(١) راجع في عرض هذا الرأي: د. فيصل زكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ١٠٠.

(٢) راجع في عرض ذلك د. فيصل زكي عبد الواحد - البحث السابق ص ١٠١.

كما أن إقرار الدعوى العقدية المباشرة فيما بين أطراف الأسرة العقدية، من شأنه التيسير على المتقاضين وتجنب الطرف المسئول في الرجوع بالدعوى المتعاقبة والنفقات الباهظة لهذه الدعاوى، كما تتيح هذه الدعوى مُكَنَّةً رجوع الطرف المضرور على الطرف المسئول بالتعويض عن الضرر مباشرة أو على المتعاقد معه، أو أن يرجع عليهما معاً بطريق التضام^(١) ..

الفرع الثاني

توحيد القواعد الخاصة بالتقادم

يترتب على توحيد قواعد المسؤولية العقدية فيما بين أطراف المجموعة العقدية، توحيد القواعد الخاصة بتقادم الدعاوى الناشئة عن المسؤولية، سواء من ناحية المدة أو من وقت سريانها، وسواء كان هذا الرجوع كان قد تم على الطرف المسئول من الشخص المسئول أو المتعاقد معه مباشرة، وذلك لأن الشخص المدين يستفيد من النتائج والدفع القانونية الناشئة عن إخلاله بالتزامه العقدي، وفي هذا قررت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها بأن "المدين في إطار المجموعة العقدية يستفيد من النتائج القانونية المترتبة على إخلاله بالتزامه، وذلك بمقتضى قواعد المسؤولية العقدية الواجبة التطبيق"^(٢).

وعلى ذلك فإذا كان الطرف المسئول تاجرًا وقد أخل بأحد التزاماته بموجب التصرف الذي ساهم في تكوينه، فإن مدة تقادم دعوى المسؤولية تكون واحدة في هذه الحالة، كما أنها تبدأ من تاريخ تسليمه للشيء محل التعاقد^(٣).

وعلى ذلك فإذا كان قد مضى على تسليم المبيع سنة فيجوز للطرف المسئول أن يتمسك في مواجهة المالك النهائي للمال بتقادم دعوى المسؤولية، إلا إذا كان عقد البيع الأصلي متضمنًا بندًا يقضي بإطالة مدة التقادم أو كان

(١) راجع في توضيح ذلك بالتفصيل: د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق - ص ١٠١.

(2) CIV. 1. 12-6-1988. Prec.

(٣) د. حسام الدين كامل الأهواني - عقد البيع - ص ٦٨٧.

قد اقتترف غشاً، ففي الحالة الأخيرة تخضع دعوى المسؤولية لمدة التقادم الطويل، طبقاً لما جاء في نص المادة ٤٥٢ مدني^(١).

وعلى العكس من ذلك إذا ما رجع المضرور غير المباشر على المتعاقد معه مباشرة، وكان التصرف الذي شارك فيه المضرور غير المباشر فيه يتضمن بنداً يفيد بإطالة مدة التقادم، إلا أن هذا البند لم يرد في العقد الأصلي فيستفيد المتضرر من هذا البند، إلا أن الأمر يختلف إذا كان المضرور غير المباشر قد فضل الرجوع على البائع الأصلي، فتخضع المسؤولية هنا لطبيعة التصرف الذي ساهم البائع الأصلي في تكوينه.

(١) حيث تنص المادة ٤٥٢ (١) تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول (٢) على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسفاهة لتتمام التقادم إذا ثبت به تعمد إخفاء العيب غشاً منه.

الفرع الثالث

التعويض عن الضرر المباشر والمتوقع فقط

الأصل أن التعويض يكون بقدر الضرر، إلا أنه خروجاً على هذا الأصل فإنه في ظل أحكام المسؤولية العقدية لا يشمل إلا التعويض عن الضرر المتوقع فقط أي أن المدين أو المسئول لا يعرض عن الضرر غير المتوقع، فالضرر المباشر المتوقع فقط هو الذي يعرض عنه في المسؤولية العقدية إلا في حالة الخطأ الجسيم والغش، وذلك إعمالاً لنص المادة ٢٢١ الفقرة الثانية^(١)، .. وبناء عليه فإنه نظراً لكون الطرف المسئول مسئولاً طبقاً لأحكام المسؤولية العقدية، فلا يسأل إلا في إطار العلاقة العقدية التي ساهم في تكوينها، بغض النظر عما إذا كان الرجوع عليه من قبل المتعاقد معه أو الطرف المضرور، والهدف من قصر التعويض عن الضرر المتوقع فقط في هذا الإطار إنما يرجع إلى أن المشرع عند وضعه للنص الخاص بالتعويض عن الضرر المباشر من الإخلال بالالتزام العقدي، قد وضع في الاعتبار أن المسؤولية العقدية تتميز عن المسؤولية التقصيرية من حيث إن قوامها العقد، وإن إرادة المتعاقدين هي التي تحدد مداها، وقد افترض القانون أن هذه الإرادة هي التي اقتصرت التعويض عن الضرر على المقدار الذي يتوقعه المدين فقط، ويعتبر بمثابة شرط اتفاقي يعدل من مقدار المسؤولية بقصرها على مقدار معين، وهو الضرر المتوقع فقط في غير حالتي حدوث غش أو خطأ جسيم من جانب المدين، فإذا حدث غش أو خطأ جسيم من هذا الأخير اعتبر ملزماً بالتعويض عن كامل الضرر، سواء كامل متوقع أو غير متوقع^(٢).

(١) حيث تنص هذه المادة على أنه " (١) إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحقه الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، يشترط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول... (٢) ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد...".

(٢) انظر د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - مصادر الالتزام - المجلد الأول - ص ٦٨٤.

وعلى هذا الأساس فإن الطرف المسئول في حالة إخلاله بأحد التزاماته التي تتقّل كاهله يلتزم بتعويض الطرف المضرور عن الضرر المباشر المتوقع فقط، أما إذا كان إخلال هذا الطرف المسئول بالتزامه الناشئ من مساهمته في التصرف القانوني نتيجة ارتكابه غشاً أو خطأ جسيماً فإنه يلتزم بتعويض المضرور غير المباشر عن كافة الأضرار المباشرة سواء كانت متوقعة أم لا، وذلك طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ٢٢١ مدني مصري، وسواء كان رجوع المضرور غير المباشر عليه مباشرة أو كان المتعاقد معه هو الذي رفع عليه الدعوى.

ويرى أستاذنا الدكتور: فيصل زكي عبد الواحد، أن إقرار دعوى المسؤولية العقدية دائماً يحافظ على جوهر النصوص التشريعية التي وضعها المشرع وخاصة في إطار القواعد التي تنظم التعويض، والتي وضعها المشرع بهدف منع التعدي عليها من جانب النصوص التي تنظم التعويض عن العمل غير المشروع والذي يدخل في نطاق المسؤولية التقصيرية حيث إن هذه الأخيرة يستوجب التعويض عنها جبر وتغطية الضرر بأكمله متوقع أو غير متوقع^(١).

(١) انظر في توضيح ذلك: د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق - ص ١٠٧.

الفرع الرابع

توحيد القواعد التي تتعلق بالاختصاص القضائي

حدد المشرع في مواد قانون المرافعات المصري القواعد الخاصة التي تنظم مسألة الاختصاص القضائي في المواد من ٢٨، وحتى ٣٥، وفي فرنسا نصت المادتان ١٤، ١٥ مدني فرنسي على اختصاص المحاكم الفرنسية - إذا كان المدعى فرنسياً ونصت المادة ١٥ على اختصاص المحاكم ذاتها - إذا كان المدعى عليه فرنسياً وقد لجأ المشرع لفكرة التخصص^(١) في مجال العمل القضائي، نظراً لاستحالة أن تمارس محكمة واحدة الولاية القضائية في الدول كلها بل عهد إلى كل محكمة من المحاكم المختلفة بنصيب معين من ولاية القضاء، ومن هنا نشأت فكرة إنشاء الدوائر المختلفة بالمحاكم ما بين دوائر مدنية وتجارية وبحرية وضريبية وإجارية.

ولاشك أن إقرار المشرع للتخصص في مجال العمل القضائي، فضلاً عن كونه يحقق ميزة سرعة الفصل في المنازعات، يعطي بجانب ذلك إمكانية لكل طرف من أطراف العلاقات العقدية الحصول على حقه عن طريق هذا القضاء، وعلى ذلك فإن المشرع المصري حدد قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم المصرية بالنص على ذلك في المواد من ٢٨ وحتى ٣٠ من قانون المرافعات^(٢)، كما حددت المواد ٤٩ وحتى ٦٢ من القانون قواعد الاختصاص المحلي للمحاكم المصرية فجعلت الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وذلك بالنسبة لجميع المنازعات المدنية، أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بعقار ما فيكون الاختصاص للمحكمة الواقع في دائرتها ذلك العقار،

(١) راجع في ذلك: د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق - ص ٦٥ .

(٢) حيث تنص المادة ٢٨ على أنه "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على المصري ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج، م ٢٩ "تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الجمهورية وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج.

كما وضع المشرع قواعد اختصاص للمسائل التجارية المتعلقة بعلاقة تجارية فعقد الاختصاص للمحكمة الواقع في دائرتها موطن المدعى عليه أو التي نفذ كل أو جزء من الاتفاق التجاري في دائرتها أو المحكمة التي اتفق الطرفان المتعاقدان على عقد الاختصاص القضائي إليها، وكان هدف المشرع من ذلك النصوص التي تحدد الاختصاص القضائي للمحاكم مراعاة مصلحة الخصوم، بحيث يستطيع كل طرف متقاضٍ أن ينشد العدالة المرجوة، إعمالاً لنص المادة ١/٦٨ من الدستور المصري التي تضمن بمقتضاه الدولة تقريب جهات القضاء بين المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا، وعلى ذلك فإن في إقرار دعوى المسؤولية العقدية فيما بين أطراف الأسرة العقدية الواحدة من شأنه أن يحقق ذلك الهدف لأن الطرف المضرور يستطيع أن يقوم برفع دعواه أمام المحكمة المختصة بنظر النزاع، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يلتزم باحترام العلاقة التعاقدية التي شارك في تكوينها من حيث البنود التي وردت فيها وخاصة عندما تكون إرادة المتعاقدين قد اتجهت إلى تغيير الاختصاص الأصل للمحكمة المختصة وعقده لمحكمة أخرى أو سلب هذا الاختصاص أصلاً، واللجوء إلى قضاء التحكيم للفصل في المنازعات التي قد تنشأ بين أطراف المجموعة العقدية. (١)

فالمشرع قد أعطى دوراً هاماً للإرادة في منع قضاء الدولة من الاختصاص ومنحه لقضاء التحكيم والعكس، فالإرادة تقوم لهذا الدور صراحة أو ضمناً فتنتقل الاختصاص بالمنازعة المتفق بشأنها على التحكيم من العدالة العامة التي يمثلها قضاء الدولة إلى عدالة التحكيم الخاصة (٢) إلا أن ذلك مشروط ألا يتعدى الاتفاق على إحالة الاختصاص لقضاء التحكيم إلى الاختصاص الوظيفي، وبناء على ذلك يرى بعض الفقهاء وبحق (٣) أن تخويل الطرف المضرور مكنه الرجوع على الطرف المسئول بموجب قواعد المسؤولية التقصيرية من شأنه هدم التنظيم السابق، لأن الأمر على هذا النحو يستلزم

(١) راجع في عرض ذلك: د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق - ص ٦٦ .

(٢) راجع في عرض ذلك: د. حسام الدين فتحي ناصف - قاعدة منع قضاء الدولة من نظر موضوع المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم وقيود تطبيقها - دار النهضة العربية - ط ٢٠٠١ ص ١٥ .

(٣) أنظر في عرض ذلك: د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق ص ٦٦ .

رفع الدعوى أمام المحكمة التى يقع فى دائرتها موطن المدعى عليه، بغض النظر عن طبيعة النزاع وبغض النظر عما تم اللجوء إليه من تغيير الاختصاص القضائى وجلبه لقضاء التحكيم، إذ تعد إرادة الفرد فى هذه الحالة تعلق إرادة المشرع وهو أمر غير مقبول.

الفرع الخامس

توحيد القانون الواجب التطبيق على العلاقات

التعاقدية ذات العنصر الأجنبي

قد تنشأ فكرة تنازع القوانين فى إطار العلاقات الدولية التى تشكل أسرة عقدية واحدة، وتتحقق هذه الحالة عندما نكون بصدد مجموعة من الأشخاص الذين يساهمون فى تكوين تصرفات قانونية متعاقبة أو مرتبطة على مال واحد بهدف مشترك، كما لو كان أحد أطراف المجموعة العقدية ذا عنصر أجنبي أو إن تصرف من التصرفات نشأ فى الخارج بين أجنبى فيثور تساؤل هنا عن القانون الذى يحكم هذه النزاعات التى قد تنشأ نتيجة إخلال أي من أطراف هذه الأسرة بالتزامه الناتج عن مشاركته فى التصرف القانوني؟ ومثال ذلك فقد يكون رب العمل هندي الجنسية ويعهد لمقاول أمريكي الجنسية بمهمة إنشاء عمارة سكنية، والمقاول من الباطن مصري الجنسية والشركة المنتجة لمواد البناء تحمل الجنسية الإنجليزية، فلا صعوبة هنا فى حل مشكلة تنازع القوانين فى إطار المجموعة العقدية، نظرًا لأن توحيد النظام القانوني^(١) الذى يخضع له أطراف المجموعة العقدية يترتب عليه توحيد القانون الواجب التطبيق على النزاع بغض النظر عما إذا كان قد تم الرجوع على الطرف المسئول من قبل المتعاقد معه مباشرة أو من الطرف المضروب، وعلى ذلك فإذا رجع صاحب البناء بالتعويض على المقاول من الباطن، فنظرًا لأن قواعد المسؤولية العقدية هى التى تحكم منازعاتهم فتخضع العلاقة للقانون الواجب التطبيق على عقد المقاولة من الباطن، وذلك لأن هذا الأخير قد ساهم فى بناء عقد المقاولة من الباطن، طبقًا لما جاء فى قواعد الإسناد المقررة فى المادة ١/١٩ من القانون المدني المصري الذى يقرر سريان قانون دولة

(١) أنظر فى عرض ذلك: د. فيصل زكى عبد الواحد - المرجع السابق - ص ١١١.

المواطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا وسريان قانون دولة العقد إذا اختلفا موطنًا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

وعلى ذلك فإن توحيد قواعد الإسناد داخل نطاق المجموعة العقدية من شأنه حل مشكلة تنازع القوانين داخل العلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي، مما يضمن استقرار المعاملات ذات الطابع الدولي وثباتها ويحقق احترام الحقوق المكتسبة على المستوى الدولي .^(١)

الفرع السادس

تقرير مبدأ عدم جواز الخيرة بين

المسؤولية التقصيرية والعقدية

لا شك أن توحيد النظام القانوني الذي يخضع له أطراف المجموعة العقدية الواحدة وقصره على قواعد المسؤولية التعاقدية قد أغلق الباب أمام مسألة الخيرة بين المسئوليتين التقصيرية والعقدية ويحدد ضرورة مسألة الطرف طبقاً للنظام القانوني للعلاقة العقدية التي ساهم في تكوينها وبذلك يكون المشرع باتباعه منهج تصنيف صور المسؤولية قد قضى على مشكلة الخيرة بين المسئوليتين، لأن القول بجواز الخيرة بين المسئوليتين يؤدي إلى هدم قواعد المسؤولية العقدية، وهذا أمر غير مستحب أو غير مقبول فقهاً وقضاءً^(٢)، هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى إذا كان المدين قد صار مسئولاً عن تنفيذ التزام ساهم في تكوينه ثم أخل بتنفيذه، فلا تتعقد مسئوليته إلا وفقاً لأحكام العلاقة التي ساهم في إنشائها وليس للدائن أن يلجأ إلى دعوى المسؤولية التقصيرية، إذ هي تفترض أن المدين قد أخل بالتزام فرضه القانون فلا يكلف الدائن بإثبات الخطأ بل يكفي أن يبين أن هناك إخلالاً بالتزام تعاقدي، لأن مصدر الالتزام هنا هو العقد أو العلاقة التي ساهم هذا الشخص في تكوينها^(٣).

(١) أنظر في عرض ذلك: د. جابر جاد عبد الرحمن - تنازع القوانين - ص ٦١٥.

(٢) رسالة دكتوراة وفاء أحمد حلمي محمد أبو جبل - المرجع السابق - ص ٢٥٠.

(٣) راجع في هذا المعنى: د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في مصادر الالتزام - ص ٧٦١.

وعلى هذا الأساس، فإن الطرف المسئول لا تتعقد مسؤوليته إلا طبقاً للنظام القانوني التي تخضع له العلاقة القانونية التي شارك في بنائها، بصرف النظر عما إذا كان قد تم الرجوع عليه من قِبَل الطرف المضرور أو من قبل المتعاقد معه^(١).

الفصل الثانى

وجهة نظر الباحث بشأن المجموعة العقدية

عرض وتقسيم:

كشفت الدراسات التى اجريت بالنسبة لمفهوم الطرف في إطار العلاقات التعاقدية المتعاقبة والمترابطة على مال واحد أو محل واحد بقصد تحقيق هدف مشترك بالغ الأثر، نتيجة اعتناق بعض الفقه والقضاء في فرنسا^(١) لفكرة المجموعة العقدية والتي تسهم جميعاً في تحقيق وتنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد أصلي واحد، فكل شخص ساهم ولو حتى جاءت مساهمته هذه بصورة مستقلة في تنفيذ أحد هذه الالتزامات اعتبر طرفاً في هذه المجموعة، بالرغم من كون أطراف هذه العقود المختلفة لا يعدون أطرافاً في عقد واحد. إلا أنهم يعتبرون أطرافاً في المجموع العقدي ويصبحون أطرافاً في علاقتهم ببعض ويخرجون من منطقة الغيرية بالنسبة لعلاقتهم ببعض، فلم يعد تحديد وصف المتعاقد يتم وقت إبرام العقد، بل أصبح لفظ متعاقد يمتد ليشمل من كان غير موجود وقت أبرام العقد كالمتساجر من الباطن، فهو من الغير عند إبرام عقد الإيجار الأصلي ثم أصبح طرفاً في المجموع العقدي بعد تحرير عقد الإيجار من الباطن وقت إبرام هذا الأخير، وعلى ذلك فتكون العلاقة السارية بينهما هي العلاقة العقدية التي قوامها وجود رابطة عقدية بينهما.

وهناك العديد من النظم القانونية الحديثة التي أقرت بوجود علاقات مباشرة بين بعض طوائف الغير والطرف الآخر الذي تربطه علاقة عقدية بمدينى هؤلاء الغير ، وأوردت هذه النظم العديد من النصوص التي تعالج هذه العلاقات .

(١) راجع في توضيح ذلك: د. حسام كامل الأهواني - مصادر الالتزام ط ١٩٩٤ ص ٣٣٠، وحكم محكمة النقض المصرية في ١٩٩٠/١/٤.

كذلك فإن التشريعات الاستثنائية كقوانين إيجار الأماكن السكنية يجعل من الأقارب كالزوجة أو الابن في حكم الطرف المتعاقد، بالرغم من أنه لم يوقع على العقد، وذلك عند انتقال آثار العقد إليهم في حالة الترك أو الوفاة للمتعاقد الأصلي، وعلى ذلك فقد تثبت العلاقة الإيجارية للزوجة أو الابن، وفي هذا تقول محكمة النقض^(١) "إن مؤدى نص المادة ١٥٢ مدني أن مبدأ نسبية أثر العقد يهيمن على قوته الملزمة بالنسبة للأشخاص والموضوع مما يقتضي أن أثر العقد إنما يقتصر على طرفيه والخلف العام أو الخاص أو الدائنين في الحدود التي يبينها القانون، فلا تتصرف الحقوق الناشئة عنه والالتزامات المتولدة منه إلا إلى عاقيه، ولئن كان لعقد الإيجار طابع عائلي وجماعي، لا يتعاقد فيه المستأجر بمفرده بل ليعيش معه أفراد أسرته ولمن يترأى له إيوأهم الذين لا يترتب في ذمتهم التزامات قبل المؤجر خلال فترة مشاركتهم للمستأجر الأصلي في السكن، ويبقى هذا الأخير هو الطرف الأصيل والوحيد في التعامل مع المؤجر، ولا يسوغ القول بأن المقيمين مع المستأجر يعتبرون مستأجرين أصليين أخذاً بأحكام النيابة الضمنية انحرافاً على المبادئ العامة في نسبة آثار العقد، لأن هؤلاء ليسوا طبقاً للقانون أطرافاً في عقد الإيجار، ولا تربطهم بالمؤجر رابطة أو علاقة تعاقدية مباشرة أو غير مباشرة سواء كانت إقامتهم في بداية الإيجار أو بعده، وإنما تمتعهم بالإقامة في العين كان قياماً من المستأجر بالتزامات وواجبات أدبية ذات طابع خاص قابلة للتغيير ومتعلقة به هو ولا شأن لها بالمؤجر، وكيفية استعمال المستأجر لمنفعة المسكن مسألة عارضة لا تبرر فكرة المجاز القانوني على أساس النيابة الضمنية.

وعلى ذلك فطرف العقد هو من يصدر عنه التعبير عن إرادة الالتزام به، فيساهم في تكوينه فلا يكفي لإضفاء وصف طرف على شخص في عقد ما أن يوقع هذا الشخص على العقد أو أن يذكر فيه اسمه"^(٢).

(١) حكم محكمة النقض المصرية الصادر جلسة ١٩٨١/٢/٢١ مجموعة المكتب الفني لسنة ٣٢ - ص ٥٦٩.

(٢) راجع في ذلك: د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال - التحكيم في العلاقات الدولية والداخلية - الطبعة الأولى - ص ١٤٥.

وقد أوضحت محكمة النقض أن الأطراف في مجموعة عقدية واحدة ليسوا غيراً في علاقتهم المتبادلة، فيمكن لأي منهم أن يدعى ضد الآخر بأى دعوى استناداً إلى قواعد المسؤولية العقدية ، فقد أقرت هذه المحكمة هذا الحق للمقاول من الباطن ورب العمل والمقاول الأصلي والمرسل إليه دعوى مباشرة قبل الناقل والعكس بالرغم من أن المرسل إليه ليس طرفاً بالنسبة لعقد النقل البحرى، فقد اعترفت المحكمة للمرسل إليه بحقوق وألقت عليه بالتزامات ناشئة عن العقد، بالرغم من أنه ليس طرفاً فى العقد الذى تم ابرامه أساساً بين الشاحن والناقل، وإنما هو طائفة من الغير. ^(١)

وعلى ذلك فسوف تنقسم دراستنا فى هذا الفصل على النحو التالى:

المبحث الأول: تعريف الطرف.

المبحث الثانى: صور المجموعة العقدية.

المبحث الأول

الوقوف على مفهوم الطرف

في العلاقات التعاقدية

تقديم وتقسيم:

تأرجح موقف الفقه والقضاء بشأن تحديد مدلول الطرف في إطار العلاقات التعاقدية المتعاقبة على مال واحد. فلقد ربط بعض الفقه وسائره في ذلك بعض أحكام القضاء وأحكام هيئات التحكيم، إلى كشف بعض النتائج الخطرة المترتبة على ربط مجال تطبيق قواعد المسؤولية العقدية بالمفهوم التقليدي لفكرة الطرف، وقد توصل أنصار هذا الرأي ^(٢) إلى أن طبيعة الحياة العملية تستلزم أن يتم تحديد وصف الشخص وكونه طرفاً في تصرف ما على

(١) راجع فى عرض ذلك الحكم: د. محسن شفيق - التكييف القانونى للإلتزام الصرفى - مقال منشور فى مجلة الحقوق - السنة الأولى - العدد الأول - يناير ١٩٤٣، - ص ٥٦٥.

(2) *Les groupes de contrats, Th, Montpellier. 1975.*

ضوء فكرة التعاقب لبعض التصرفات القانونية على مال واحد أو محل واحد بقصد القيام بعملية مشتركة.

ومن ناحية أخرى فقد أخذت محكمة النقض الفرنسية في بادئ الأمر بالمفهوم الضيق أو التقليدي للطرف في إطار العلاقات التعاقدية تأسيساً على قدسية مبدأ نسبية آثار التصرفات القانونية.

فقضت أنه ((إذا كان العقد يصدق على كل إتفاق يراد به إحداث أثر قانوني، فإن إسباغ وصف المتعاقد إنما ينصرف إلى من يفصح عن إرادة أخرى على إنشاء إلزام أو نقله أو تعديله أو زواله في خصوص موضوع معين يحدد العقد ونطاقه))^(١).

ثم عدلت بعد ذلك محكمة النقض عن موقفها السابق وتخلت عن التمسك بالمفهوم الضيق لفكرة الطرف^(٢) وقررت وجوب تحديد صفة الطرف على ضوء نظرة موضوعية، مفادها عدم قصر تحديد الطرف على المرحلة التكوينية للتصرف فقط، وإنما يتسع ليشمل كل شخص ساهم في تصرف لاحق منبثق من العلاقة التعاقدية.

ونظراً لأن مسألة المجموعة العقدية لم تتلّ الاهتمام والرعاية الكافية من الفقه المصري، لذا فقد قدّمنا على إعداد هذه الدراسة، لنوضح فيها حقيقة الطرف في إطار التصرفات القانونية المتعاقبة، وهل يتم تحديد وصف الطرف على الناحية التكوينية التعاقدية، أم أنه يجب النظر إلى عملية تنفيذ هذه العلاقة.

ومما لا شك فيه أن تحديد وصف الطرف له أهمية خاصة في مجال دراستنا لأحكام المجموعة العقدية في إطار التحكيم، وذلك للتعرف على مدى إمكانية تمسك أحد أطراف المجموعة العقدية ببند التحكيم الذي قد يرد في أحد العقود المكونة للمجموعة.

وسوف نتقسم دراستنا في هذا الفرع كالآتي:

المطلب الأول: - الطرف بالمفهوم الشكلي.

(١) نقض مدني مصري ١٤ مارس ١٩٧٩ - المجموعة القانونية لسنة ٣٠ ص ٧٨٦.

(٢) راجع في توضيح ذلك بالتفصيل: د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق - ص ٩.

المطلب الثاني: - الطرف بالمفهوم الموضوعي.

المطلب الثالث: - الطرف في إطار المجموعة العقدية.

المطلب الرابع: - المركز القانوني للخلف العام ومدى اتفاقه مع مبدأ نسبية آثار العقد.

المطلب الخامس: - المركز القانوني للخلف الخاص .

المطلب السادس: مدى تأثير الاعتبار الشخصي في التعاقد داخل نطاق المجموعة العقدية

المطلب الأول

الطرف بالمفهوم الشكلي

لم يعترف القانون الروماني في بادئ الأمر للإرادة بقوتها الملزمة الذاتية على إنشاء الالتزام وترتيب الأثر المترتب عليها. فكان على الأطراف المتعاقدة اتباع شكل معين أو إجراءات معينة عند صياغة عقودهم يتمثل في شكل حركات أو إشارات أو كتابة قالب محدد، فكان العقد لا يكون ملزماً إلا إذا تحقق له الشكل المطلوب أو القالب المحدد له، وإنه بمجرد تبادل الإرادتين دون اتباع هذا الشكل لا ينشأ بموجبه العقد، ولا يرتب أثره القانوني^(١). وعلى ذلك فإن الإرادة المقرونة بالشكل الواجب اتباعه كان لها الدور الأكبر في ترتيب الأثر الملزم للعقد.

ومع تطور الحياة المدنية والتجارية في العصر الروماني بدأ التفكير نحو التحرر من قيود الشكليات اللازمة في العقود، والاتجاه نحو إبرام العقود التي تخلو من الشكلية فكانت عقود البيع والإيجار والوكالة وهي العقود التي تقوم على الإرادة والتي لها بالغ الأثر في ترتيب وإنشاء الالتزام القانوني بين الأطراف، وقد ساعد على ازدهار مبدأ الأخذ بسلطان الإرادة في مجال العقود والفكر الفلسفي الذي ساد في العصر الروماني الحديث، والذي أعطي الإنسان

(١) انظر في ذلك د. عبد الحي حجازي - النظرية العامة للالتزام - الجزء الثاني -

مصادر الالتزام - دار نهضة مصر - سنة ١٩٥٤ - ص ٢٣.

أو الشخص قيمة ذاتية أعلى من قيمة المجتمع في حد ذاته لما يتمتع به الإنسان من حرية واختيار، ولكون هذه الحرية هي الدافع المحرك الأساسي لإنشاء وترتيب الالتزامات، وقد ساعد في ازدهار هذا المبدأ ظهور نظرية العقد الاجتماعي التي طُبقت بين أفراد المجتمع واعتبرت من أهم النظريات التي ساعدت على ازدهار هذا المبدأ أو الاعتداد به كعامل أساسي في إنشاء وترتيب آثار الالتزامات العقدية. وعلى ذلك ومنذ ذلك الحين، فإن تحديد وصف الطرف أصبح يتم عن طريق الإرادة أي بالنظر إلي العنصر الإرادي. فالإرادة هي الأساس، والعقد لا يقوم إلا عن طريقها، فهي الركن الأساسي الذي يلزم عدم توافره في شخص التصرف والذي لا يتصور أن يقوم تصرف صحيح أو عقد بدونها، والتي على أساس توافرها والتعبير عنها يتم تمييز مدلول وتحديد كون الشخص طرفاً بمعناه الشكلي^(١).

والطرف بهذا الشكل هو كل من قام بالتوقيع على العقد بإرادته التي تلزم وتُلزم.

فقد عرف جانب من الفقه الطرف بأنه " من يعبر بالتصرف عن مصلحة ذاتية قانونية ومباشرة فيتأثر بأحكامه "^(٢)

وعلى ذلك فكلما كانت الإرادة قادرة على إحداث وإنشاء آثار قانونية معينة، فيجب الاعتداد بها في نطاق تصرفها القانوني ويصح أن نعبر عنها بوصف شخص التصرف^(٣).

وعلى ذلك فإن الإرادة الحرة التي تهيمن على جميع مصادر الالتزام وهي تتجلى قوية في العقد، والشخص المعبر عنها يعتبر طرفاً في العقد، فلا يلزم العقد غيره، ومن تعاقد معه، فلا يلزم من لم يكن طرفاً فيه، كما لا يكسب أحد حقاً من عقد لم يشترك فيه إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، ويجب أن

(١) راجع في عرض ذلك: د. نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ٢١.

(٢) راجع في عرض ذلك: د. نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ١٠٣.

(٣) راجع في عرض ذلك: د. نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ٢٢.

يتم التعبير عن هذه الإرادة عن طريق الرضا، سواء باللفظ أو بالكتابة أو الإشارة أو السكوت حتى ينتج أثرها القانوني تجاه من عبر عنها، كما يجب أن تتوافر في إرادة الشخص أو الطرف بمعناه الشكلي الأهلية اللازمة للتعاقد، رغم أن هذه الأخيرة، ليست من عناصر التصرف، إلا أن القانون يعتد بوجودها لصحة التصرف، فيجب أن تتوافر هذه الأهلية قبل التعبير عن الإرادة، ويلزم أن تتوافر أهلية الوجود في شخص التصرف، فاكْتساب مركز الطرف للشخص إنما يتصل في حقيقة الأمر بالشخصية القانونية لا الإرادة، بحيث تفترض هذه الشخصية صلاحية كل كائن قانوني لشغل مركز الطرف في علاقة قانونية معينة نظرًا لتمتعه بالشخصية القانونية، ويرى بعض الفقه^(١) أن أهلية اكتساب هذا المركز لا يُعد من العناصر المكونة لمضمون مركز الطرف بالمعنى الدقيق، كما أنها ليست من نتائج اعتبار الشخص طرفًا، ولكنها في الوقت نفسه مفترض ضروري ولازم لهذا الطرف وملازمة له بحيث لا يُتصور طرف في علاقة ما دون أن يتمتع بأهليته وجوبًا، وبالتالي أهلية اكتساب هذا المركز باعتباره أحد المراكز التي يتمتع بها الشخص القانوني بهذه الصفة، والتي تعتمد في مضمونها على توافرها مع القاعدة القانونية المنصوص عليها في المادة ٤٨ مدني، والتي تقضي بأنه ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل في أحكامها، وعلى هذا فإن أهلية الاكتساب لمركز الطرف، وإن كانت ليست من مكونات مركز الطرف إلا أنها مفترض ضروري في شخص الطرف، بحيث لا يكتسب الطرف هذا المركز إلا بوجودها.

ومن ناحية أخرى فيلزم لاكتساب صفة طرف في علاقة ما، توافر أهلية ممارسة هذا الشخص للتصرف الذي تجعله قادرًا على أن يعبر عن إرادته الواعية المدركة، بمعنى أن يكون هذا الشخص مميزًا على درجة من التمييز بحيث يستطيع أن يبرم تصرفًا ما، حيث إن عنصر الإدراك هو الذي يجعله أن يقارن بين التزاماته وحقوقه الناشئة عن التصرف، ويستبين الفعل الضار من الفعل النافع، وعلى ذلك فإن الإرادة المركزية اللازمة لممارسة أو مباشرة

(١) انظر في هذا المعنى: د. نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ١١٤.

مركز الطرف، هي الإرادة كاملة الشعور بذاتها حتى لا يكفي في مباشرة هذه الصفة توافر عنصر التمييز فقط في الشخص، وإنما يلزم اكتمال أهليته ببلوغه سن الرشد وأن تكون إرادته خالية من العيوب^(١).

وبصح بذلك التعبير عن الإرادة أن يرتب آثاره، فيما بينه وبين من تعاقد معه، ففي هذه الحالة نكون أحكام طرف بمعناه الشكلي لهذا الوصف، ويترتب على ذلك أنه ليس كل من يرد في العقد المتضمن لشرط التحكيم طرفاً في اتفاق التحكيم طالما لم تكن له صلة بموضوع العقد أو بإحداث الأثر القانوني المترتب عليه، وقد اعتبرت محكمة التحكيم C.C.I. المقاتل من الباطن الذي اكتفى بوضع الحروف الأولى من اسمه على ملحق عقد المقاتلة المبرم بين المقاتل الأصلي ورب العمل ودون أن يتحلل بأى التزام مباشر ناتج عن هذا العقد فى مواجهة رب العمل، طرفاً فى عقد المقاتلة المذكور^(٢).

(١) انظر فى هذا المعنى: د. نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ١١٤.

(2) La Sentence arbitrale, C.C.I. n. 6769. J.D.I 1992, P.1019, obs.Derains.

أمثلة وتطبيقات للطرف

بالمفهوم الشكلي

المبدأ العام والسائد في نطاق العقود أن آثار هذه الأخيرة لا تتصرف إلى غير عاقيديها الموقعين على العقد، أى أن يكون التصرف من عمل الشخص الذى سينتج آثاره فى محيطه القانوني فتكون الإرادة والتعبير له .^(١) فالطرف الذى قام بالتصرف واتجهت إرادته إلى إنشاء الالتزام وانصرافه إلى شخص آخر يعتر طرفاً بالمفهوم الشكلي ففى عقد البيع بالنيابة يتم التبائع بطريق النيابة فيباشر النائب عن الأصيل عملية البيع أو يباشر الشراء نائباً عن المشتري ويتم البيع وفقاً للقواعد المقررة فى النيابة والواردة فى القواعد العامة للقانون المدنى^(٢) فالنائب الذى يجرى التصرف نيابة عن الأصيل يعتبر طرفاً بالمفهوم الشكلي، لأنه وإن كان التصرف تم بإرادته إلا أن الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد قد انصرفت إلى شخص الأصيل، بشرط تصرف النائب فى الحدود المرسومة للنيابة وأن يتعامل باسم الأصيل وليس باسم النائب، والنيابة فى التعاقد قد تكون قانونية وهو وصف يلحق بها بالنسبة للمصدر الذى يحدد سلطات النائب وهو القانون، وهذا الأخير هو الذى يخول للنائب النيابة وليس إرادة الأصيل إلا أن آثار هذه النيابة تتصرف مباشرة إلى الأصيل مثل نيابة الوصى والقيم والحارس القضائي فكل هؤلاء يستمدون سلطاتهم فى النيابة من القانون دون تدخل لإرادة الأصيل فى ذلك .

وهناك ما يسمى بالنيابة الاتفاقية^(٣)، وهى التى تعتبر فيها إرادات ذوى الشأن هى الأساس، حيث إن النائب يتعاقد بناء على تفويض من الأصيل الذى وافق أن ينشأ العقد بإرادة النائب وارتضت إرادته أن تتصرف آثار العقد

(١) راجع فى هذا: د . نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ٢٤٣.

(٢) راجع فى هذا المعنى: د. محمد شريف عبد الرحمن - حوالة الالتزامات - دار النهضة

العربية - الطبعة الأولى ١٩٩٨ ص ٢٤٥.

(٣) راجع: د. نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ٢٤٤ - ويفضل هذا الفقه - إطلاق

اسم النيابة الإرادية على النيابة الاتفاقية .

إليه، هذا وقد ذهب جانب من الفقه^(١) لحد القول بأن النيابة الإرادية وإن كانت عقدًا يتم بتوافق إرادتين متطابقين هما إرادة النائب وإرادة من تعاقده معه، وبالرغم من أن التعبير الصادر من النائب يعتبر إيجاباً كان أو قبولاً إنما يصدر منه منسوباً إلى نفسه لا إلى الأصيل وعلى ذلك فالنائب بهذا الشكل يعتبر طرفاً بالمفهوم الشكلي لعدم تطابق شخص المصلحة مع شخص التصرف لديه، فمناط إعتبار الشخص طرفاً بالمعنى الدقيق للفظ طرف هي المصلحة مع التعبير مع الإرادة واجتماعهما هو الذى يسبغ الشخص بأن يكون طرفاً .

هذا وقد حاول البعض^(٢) تلمس وضع الأطراف فى النيابة فى التعاقد وقرر أن المتعاقد مع النائب يعد طرفاً بالمعنى الشكلي والموضوعى لأنه يعبر بالتصرف عن رغبته فى إبرام العقد على نحو ما مع النائب أى يصدر منه النية فى التعبير عن الإرادة وانصراف آثار العقد إليه، وعلى ذلك يعد شخصياً تصرف أى طرف بالمعنى الشكلي، ونظراً لانصراف آثار العقد إليه وتحقق مصلحته وهو ما يعرف لشخص المصلحة أو الأثر فيكون طرفاً بمفهومه الموضوعى، إذ بنسبة الأثر إلى المتصرف ويكتمل له وصف الطرف فى علاقة قانونية إرادية حيث يصبح ثمة تطابق بين شخص التصرف وشخص الأصيل، ولهذا يحدث انفصال بين معيارى الطرف (شخص الطرف وشخص المصلحة) فيكون النائب طرفاً فى التصرف، فيعد طرفاً بالمفهوم

(١) راجع د. نبيلة رسلان - الرسالة السابقة ص ٢٤٨ .

(٢) راجع د. السنهورى - الوسيط ج١ - ص ٢٤٠، د. عبد الحى حجازى - المرجع السابق - ص ٦٢٦ هامش ١- وهو ما يميز النائب عن الرسول، فالأخير على عكس النائب لا دخل لإرادته فى إبرام العقد وإنما دوره مجرد ناقل لتعبير أحد أطراف العقد إلى الطرف الآخر ، فهو يقوم بعمل مادى وليس تصرفاً قانونياً كالنائب، مع ما يترتب على هذا الفرق من نتائج قانونية أهمها أن العقد المبرم من رسول العبرة بإرادة المرسل وحده، كما أن التعاقد يتم بين غائبين .

الشكلى على أساس أنه يقوم بإبرام تصرف قانونى خاص لمصلحة الغير وليس تصرفاً قانونياً صادراً من شخص يرتب آثاره فى حقه .

ففى حكم صدر عن مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى رفضت هيئة التحكيم طلب الوكيل التجارى للشركة باللجوء للتحكيم وقضت بعدم قبول طلب التحكيم فى قضية تخلص وقائعها فى طلب تحكيم قُدم من وكيل تجارى بعدم مسئولية وكيل شركة الطيران الأمريكية (الشركة المحتكمة) ممثلة بوكيلها عما لحقها من أضرار مادية وأدبية تمثلت فى شطبه من سجلات الوكلاء التجاريين وإنهاء وكالته عن الشركة المحتكمة، وقد جاء فى حكمها "إن الثابت من استقراء أوراق القضية أن العقد إبرم بين الهيئة المحتكم ضدها وبين الشركة المحتكمة ممثلة بوكيلها التجارى، فإن الوكيل التجارى للشركة المحتكمة لم يكن طرفاً فى العقد أو فى هذا التحكيم بصفته الشخصية وإنما كوكيل تجارى عن الشركة الأجنبية، الأمر الذى يعنى بأنه لا يجوز له أن يطالب بتعويض عما ألم به من أضرار مادية وأدبية نتيجة وكالته هذه الشركة المحتكمة، إذ إنه يفرض توافر أركان المسئولية الموجبة للتعويض فإن هذا محله دعوى مدنية بالتعويض يقيمها إن أراد على الهيئة المحتكم ضدها، وهو ما يقتضى الحكم بعدم قبول طلب التحكيم، ولا ينال من ذلك، الاحتجاج بنص العقد المبرم بين الشركة المحتكمة وبين الهيئة المحتكم ضدها من أن أى نزاع ينشأ نتيجة عدم تنفيذ هذا العقد يختص به المركز الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى فى القاهرة إذ إن عبارات هذا النص تفيد بأن ما يندرج تحت مبدأ التحكيم هو المنازعات التى تنشأ عن عدم تنفيذ العقد بجميع مواده وأشطاره ولا يسوغ القول بامتداده ليشمل أى شيء آخر، ولا ريب أن مطالبة الوكيل التجارى للشركة المحتكمة على مطالبة استقلال بتعويضه عما لحقه من أضرار لا يدخل ضمن مواد العقد، وهو ليس نزاعاً ناتجاً عن عدم تنفيذ العقد وإنما هو منبت الصلة بأحكام ومواد العقد وتنفيذه وأما عن استدلال الوكيل التجارى فإن له صفة شخصية فى التعاقد مما ورد فى العقد حول عمولة الوكيل التجارى فإن علة إيراد هذه المادة هو تحديد نسبة العمولة ومقدارها والتأكيد على أن الاعتماد يشملها، وأخيراً بيان كيفية صرفها للوكيل التجارى، ومن هذا المنطلق تصدت الهيئة لمبلغ العمولة المطالب به ليس

لكون الوكيل التجارى للشركة المحتكمة ذا صفة فى التحكيم المائل، وإنما لأن هذه العمولة تضمنتها نصوص العقد، وثار حولها نزاع حول تنفيذ هذه المادة ، كما لا يغير من الرأى الذى اعتنقته الهيئة المشار إليه سلفاً ما ورد بنص المادة (٣٢) من قانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون ٢٧ لسنة ١٩٩٤ من أنه " لكل من طرفى التحكيم تعديل طلباته أو أوجه دفاعه أو استكمالها خلال إجراءات " والذى يستند إليه الوكيل التجارى للشركة المحتكمة، لأن هذا النص يجيز لطرفى التحكيم التعديل فى طلباته أو فى أسانيد دفاعه أثناء نظر التحكيم والوكيل التجارى المذكور ليس طرفاً فى التحكيم، كما سبق ذكره، ومن ثم لا يستفيد من حكم هذه المادة ويتعين الحكم بعدم قبول طلب التحكيم^(١) .

هناك بعض التصرفات التى تنصب على عمل محدد كما فى عقد الوكالة، وذلك عندما يعهد شخص أو يوكل شخص غيره فى تنفيذ عقد الوكالة، كالوكيل عندما يوكل غيره فى تنفيذ الوكالة، قد نصت المادة ٧٠٨ من القانون المدنى على ذلك وأجازت للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما على الآخر بدعوى المسؤولية العقدية الناشئة عن عقد الوكالة لكون الوكيل من الباطن قد ساهم فى إخلال ناتج عن التزام ببذل عناية ناشئ عن عقد الوكالة الأصلي، غير أن الأمر يختلف هنا حول تأصيل المسؤولية بحسب ما إذا كان الموكل قد رخص للوكيل الأصلي بإنابة غيره فى تنفيذ عقد الوكالة من عدمه، ففي الحالة الأولى إذا رخص للوكيل الأصلي بإنابة غيره فيكون الوكيل الأصلي مسئولاً عن نائبه وتطبق هنا قواعد المسؤولية عن فعل الغير، كما لو كان ذلك الفعل قد صدر منه هو، ويصبح الوكيل الأصلي والوكيل من الباطن مسئولين بالتضامن أمام الموكل أو رب العمل عن سائر الأضرار التى تضر بالآخر^(٢).

(١) انظر الدعوى التحكيمية رقم ١١٩ لسنة ١٩٩٨ جلسة ١٩٩٩/٧/٣ - أحكام مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم .

(٢) حيث تنص المادة ٧٠٨ من المدنى على أنه (١) "إذا أناب الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصاً له فى ذلك، كان مسئولاً عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر عنه هو، ويكون الوكيل ونائبه فى هذه الحالة متضامنين فى المسؤولية..."

أما إذا رخص الموكل للوكيل إنابة غيره دون أن يعين شخص النائب أو الوكيل من الباطن فيكون الوكيل الأصلي غير مسئول إلا عن خطئه الشخصي في اختيار النائب ولا يعد متضامناً معه، ويصح للموكل الرجوع مباشرة على النائب بالتعويض طبقاً لقواعد وأحكام المسؤولية العقدية المباشرة لوجود رابطة عقدية بينهما وهو عقد الوكالة^(١).

فهل يجوز للموكل الرجوع مباشرة على نائب الوكيل بالتعويض طبقاً لقواعد وأحكام المسؤولية العقدية لوجود رابطة عقدية بينهما أى عقد الوكالة، ويثور تساؤل آخر حول مدى اعتبار العلاقة بين الأصيل ووكيل الوكيل أسرة عقدية من عدمه .

بداءة إن التصرفات القانونية التي يكون كلها عمل محدد أو وكيل الوكيل لا تعتبر أحد صور المجموعة العقدية لأنه وإن كانت أحكام الوكالة تشته من عدة نواح مع أحكام المجموعة العقدية على الأخص أنها تدور حول عمل قانوني أو مادي محدد تحدده أحكام عقد الوكالة، إلا أن الوكيل الأصلي ووكيل الوكيل يعدان طرفاً بالمفهوم الشكلي، وليس الموضوعي في حين أن الأسرة العقدية تنبنى على مفهوم الطرف بالمعنى الموضوعي وليس الشكلي .

المطلب الثاني

(٢) أما إذا رخص للوكيل في إقامة نائب عنه دون أن يعين شخصاً للنائب، فإن الوكيل لا يكون مسئولاً إلا عن خطئه في اختيار نائبه، أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات" (٣) "وجوز في الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر...".

(١) انظر في هذا المعنى المستشار محمد عزمي البكري. موسوعة شرح القانون المدني الجديد بالعقود المدنية الصغيرة المجلد الأول - ص ٧٢٤، كما جاء بمذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني ... "وفي الحالة الثانية إذا رخص للموكل للوكيل أن يقيم عنه نائباً فإن لم يعين له شخص النائب، فإن الوكيل يكون مسئولاً عن خطئه في اختيار النائب ولم يرتكب خطأ في التعليمات التي أصدرها له فلا يكون مسئولاً عن خطئه ويرجع الموكل على النائب بالتعويض بطريق الدعوى المباشرة - مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني - الجزء الخامس - ص ٢١٤.

الطرف بمفهومه الموضوعي

تلعب المصلحة دوراً هاماً في تحديد نطاق مفهوم الطرف بمعناه الموضوعي، فالمصلحة هي هدف ونتاج الإرادة وهذه الأخيرة هي التي تقود صاحبها وتجعله يمضي في إنشاء وتكوين عملية التعاقد، بل إن البعض يرون أنه من الممكن أن تحل هذه المصلحة محل الإرادة كما في عقد العلاج الطبي^(١).

ولا يكفي هنا أن يوقع الشخص على العقد المتضمن لشرط التحكيم ليصبح طرفاً فيه، فقد يوقع بصفته شاهداً أو وكيلاً بأجر أو نائباً، وعلى ذلك فلا يلزم أن يبرم المتعاقد بنفسه التصرف الذي تضمن شرط التحكيم، فيكتفى هنا أن يكون هناك من يمثله عند إبرام العقد، فالتصرفات التي يجريها النائب بإسم الأصيل ولحسابه تتصرف آثارها إلى الأصيل وليس النائب الذي لا يعتبر طرفاً في العقد الذي ثار النزاع بشأنه، ولا يسرى في مواجهته شرط التحكيم الذي نص عليه^(٢) وعلى ذلك فيعتبر النائب هنا بصفته موقعاً على العقد طرفاً بالمعنى الشكلي وليس الموضوعي، أما الأصيل الذي ينصرف إليه آثار العقد فيعد طرفاً بالمعنى الموضوعي .

وعلى هذا فقد اشترط الفقه والقضاء على ضرورة وجود مصلحة للمتعاقد ينصرف إليها إرادته بقصد إحداث أثر قانوني يعود عليه بمنفعه من هذا التصرف فإذا ما تحققت هذه المصلحة اعتبر طرفاً بالمفهوم الموضوعي، وقد تكون هذه المصلحة مالية أو أدبية، وهذه الأخيرة هي الميزة التي ينشدها المتعاقد من وراء تعاقد، وهي بمثابة التصرفات القانونية والحقوق، وسواء كان تم تحديدها من جانب القانون أو بواسطة الأفراد أنفسهم ويجب أن تكون هذه المصلحة مشروعة، أي تتفق وأحكام القانون والقاعدة الأخلاقية حتى تكتسب الحماية القانونية في الدولة بالإضافة لعدم تعارضها مع النظام العام

(١) راجع: د. نبيلة رسلان - المرجع السابق - ص ١١٧.

(٢) حكم محكمة المركز الإقليمي بالقاهرة تحكيم رقم ٧٧ - ٥٧٢١ سنة ١٩٩٠ - ص

والآداب. كما يجب أن تكون هذه المصلحة قانونية أي متصلة بحق فردي معين يعود بالنفع على الشخص بوصفه طرفاً في العلاقة التعاقدية التي سعى إلى إنشائها. أما المصالح المرسله والتي لا تكون مرتبطة بحق معلوم، فإنها على هذا النحو لا تكون قانونية. ولا تقوم بها العلاقة العقدية، وبجانب كون ذلك يجب أن تتصف هذه المصلحة بالجدية أي بمعنى أن تعبر عن إرادة جادة مصممة على تحقيق المصلحة أو مستندة على أسباب تبرر تصرف الشخص الذي قام بها وتحقق أثرها، وتطبيقاً لذلك "فقد قضى بأن توقيع وزير السياحة على عقد بين مستثمر وإحدى هيئات القطاع العام في ذيل العقد بعد وضعه عبارة نُظر ويعتمد لا تجعل من الحكومة المصرية طرفاً في العقد، فتلك الموافقة لا تفيد اتجاه نية الحكومة المصرية إلى أن تكون طرفاً في العقد، وإنما تعتبر نوعاً من الوصاية والرقابة التي تمارسها على الأنشطة التي تتم في المناطق التاريخية والأثرية^(١).

وعلى ذلك فإن مجرد التوقيع على العقد لا يعتبر هو المعيار في تحديد أطرافه، بل يجب البحث عن الصفة الحقيقية التي تم بمقتضاها التوقيع على العقد.

كما قضت هيئة تحكيم دولية بأنه "مجرد إرسال أحد طرفي العقد المتضمن شرط التحكيم هذا العقد إلى الغير المتعاقد معه لاستطلاع رأيه في الجوانب الفنية فيه، لا يعني أنه أصبح مرتبطاً بشرط التحكيم المدرج في العقد المذكور".

ومن ناحية أخرى "اتجه جانب من الفقه للتفرقة بين فرضين هم، الأول: وهو الذي يتعلق بالحالة التي يتم فيها التعاقد مع شخص معنوي أنشئ بواسطة أشخاص معنوية أخرى تحقيقاً لهدف مشترك بينهما، واحتفظت لنفسها في الوقت نفسه بمسئولية توجيهه، وقد أثبتت هذه المشكلة في قضية وست لاند ضد الدول العربية المشتركة في إنشاء الهيئة العربية للتصنيع وهي مصر والسعودية والإمارات وقطر، فقد تعاقدت الهيئة مع شركة وست لاند لإنتاج

(١) نقض مدني فرنسي ٨٧/١/٦ - المجلة الفصلية للقانون المدني، ص ٨٨ وما بعدها.

طائرات هليكوبتر ونص فيه على شرط تحكيم ... ونتيجة للظروف السياسية انسحبت الدول العربية الثلاث من الهيئة وبقيت مصر وتم إيقاف المشروع، ثم لجأت الشركة إلى تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس وتمسكت بمسئولية الدول الأربع لتعويضها على أساس أن إرادة الدول الأربع قد اتجهت إلى الارتباط بالاتفاق المبرم بينها وبين الهيئة، وقد انتهت غرفة التجارة إلى أن وضع الهيئة العربية للتصنيع يشبه وضع شركة التضامن، ومن ثم قضت هيئة التحكيم بمسئولية هذه الدول عن الأضرار التي لحقت بالشركة نتيجة إيقاف المشروع"^(١).

وعلى ذلك فإن الطرف بمعناه الموضوعي هو كل من وافق واتفق مع المتعاقدين على انصراف الأثر الملزم إليه، بمعنى أن الطرف بهذا المعنى لا يقتصر فقط على المتعاقدين الذين شاركوا في عملية تكوين العقد بل يتسع ليشمل أشخاصاً آخرين وافق المتعاقدون على انصراف أثر العقد إليهم، كما في حالة الاشتراط لمصلحة الغير، وفي هذا قال أستاذنا السنهاوري في مؤلفه العقد إن "القول من الناحية الفنية باقتصار أثر التصرف على من اشترك فيه دون أن ينصرف أثره إلى الغير إنما هو قول يجري على قاعدة ضيقة ورثناها عن القانون الروماني"^(٢) لأسباب ترجع إلى أساليب الصياغة الفنية في هذا القانون. وقد زالت هذه الأسباب ومع ذلك بقينا محتفظين بالنتائج التي تترتب عليها، فلا شيء يمنع في المنطق القانوني الحديث من أن يباشر شخص تصرفاً وينصرف أثره إلى آخر، إذا كانت هذه الإرادة هي إرادة من يباشر التصرف وإرادة من ينصرف إليه هذا التصرف"^(٣). كما ذهبت محكمة النقض المصرية في حكم لها على إسباغ وصف طرف على كل من يفصح عن إرادة

(١) راجع في ذلك: د. مصطفى الجمال وعكاشة عبد العال - مرجع سابق - ص ٤٥٢.

(٢) راجع في ذلك: د. عبد الرزاق السنهاوري - الجزء الرابع - المرجع السابق - ص ٢٦٨

(٣) راجع في ذلك: د. عبد الرزاق السنهاوري - نظرية العقد - المرجع السابق - ص ٢٦٩.

أخرى على إنشاء التزام أو نقله أو زواله، وعلى ذلك المبدأ أصبح وصف طرف له صلة بشأن ترتيب الأثر الملزم الذي يدور حوله النزاع الناشئ بسبب العقد^(١).

أمثلة وتطبيقات للطرف بالمفهوم الموضوعي

أما بالنسبة للأصيل في النيابة في التعاقد، فالمعروف أن النيابة هي عمل يصدر عن إرادة الأصيل، ويرمى إلى تخويل النائب القيام بتصرف قانوني، تعود آثاره على الأصيل دون النائب، ومن صور هذه النيابة نيابة الزوجة عن زوجها في التصرفات المتعلقة بحاجات منزل الزوجية بوصفه الأصيل في التصرف ويلزمه بتنفيذ ما ينتج عن تصرف الزوجة من آثار وأهمها دفع ثمن المشتريات^(٢) وهو ما يعرف بالنيابة الضمنية والتي نصت عليها المادة ١٠٤ من القانون المدني الفقرة الأولى، فالزوج في الفرض السابق هو الأصيل، ويعد بذلك طرفاً بالمفهوم الموضوعي وذلك لانصراف آثار العقد إليه، كما أن من صور هذه النيابة نيابة الزوج عن زوجته في إدارة أملاكها وإن كانت علاقة الزوجية وحدها لا تنهض دليلاً على إنابة الزوجة لزوجها ما لم تقترن بظروف تُسوّغ هذا القول، وهي مسألة موضوعية يُترك تقديرها لقاضي الموضوع^(٣) والزوجة في هذا الفرض هي الأصلحة وهي بحسب الظاهر ليس بعاقدة وإنما العاقد هو الزوج (النائب) والعقد الذي أبرمه ينشئ آثاراً وحقوقاً والتزامات إلى الأصيل دون اتخاذ أى إجراءات، وذلك ينسحب انصراف آثاره وثمره ونتاج التصرف الإرادي الذي أبرمه النائب لزمة الأصيل والذي يعد طرفاً بالمعنى الموضوعي، وذلك لارتباطه بشخص المصلحة^(٤) فالأصيل في النيابة هو طرف بالمعنى الموضوعي أو المادى في جميع صور النيابة سواء كانت نيابة قانونية أو قضائية أو اتفاقية .

(١) راجع في عرض ذلك الحكم: د. حسام الدين كامل الأهواني - المرجع السابق - ص ٣٣٠ وحكم محكمة النقض ١٩٩٠/١/٤.

(٢) راجع في هذا المعنى: د. محمد المنجى - الامتداد القانوني لعقد الإيجار - دار النهضة العربية - سنة ٢٠٠٥ - ص ٢٩٨ .

(٣) راجع في ذلك: د. جمال مرسى بدر - النيابة في التصرفات القانونية - بند ٨٧ - ص ١٨٠ .

(٤) راجع - ص ٩٢ من البحث .

وقد قررت محكمة النقض فى حكم لها ذلك وأسبغت هذا الوصف على الأصيل دون النائب بقولها " نيابة وكيل السفينة نيابة فى التقاضى نيابة قانونية عن المجهز المقصود به من يستقبل السفينة لحسابه بوصفه مالكاً أو مستأجراً لها استواء أن يكون شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً ... تمثيل الوكيل للأخير فى الدعاوى التى ترفع منه أو عليه اقتصار هذه النيابة على إجراءات التقاضى وتعلقها بالصفة الإجرائية فى مباشرة إجراءات الخصومة وعدم اتصالها بالحق أو المركز القانونى المدعى به وجوب الرجوع للقواعد العامة فى النيابة مقتضاه انصراف آثار العمل القائم به النائب ونتائجه إلى الأصيل شمول آثار الأحكام الصادرة ضد الأخير أو لصالحه ... مؤداه عدم مساءلة النائب فى أمواله الخاصة بما تتشغل به ذمة الأصيل " (١).

فبالرغم من أن الذى إبرم التصرف هو إرادة النائب، إلا أنه كان يبرمها لمصلحة الأصيل وباسمه .

ويجب أن تتوافر شروط النيابة المنصوص عليها فى المادتين ١٠٤ / ١٠٥ من القانون المدنى لأعمال أحكام النيابة فلابد أن يعلن النائب قبل تعاقد مع الغير عن صفته بأنه يتعاقد باسم الأصيل ولحسابه، وسواء كان هذا الإعلان صريحاً أم ضمنى يستفاد من ظروف الحال، كما لو كان قبطان سفينة يتعاقد بالإنيابة عن صاحبها، ويجب أن يكون التصرف الذى إبرمه النائب معلوماً لدى الغير الذى يتعامل معه، وعلى ذلك فلو كان النائب يتعامل بصفته هذه فى حين أن الغير كان يتعاقد معه بصفة شخصية لا يتم العقد هنا مع شخص النائب حيث لا يتعاقد لنفسه ولا مع الأصيل، لأن الغير لا يقصد التعامل معه، أما لو كان النائب يتعاقد باسم الشخص فى حين أن الغير يتعاقد مع الأصيل، أضيفت الآثار القانونية للعقد إلى الأصيل حسب المادة ١٠٦ من ق. المدنى .

(١) راجع: حكم محكمة النقض - رقم ٢٤٢٩ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠٢/٢/٢٦ - مجموعة أحكام النقض المصرية فى مائة عام.

وفى هذا قضت محكمة النقض وبـ " ان النص فى المادة ١٠٦ من القانون المدنى والتى نصت على أنه إذا لم يعلن المتعاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً، فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائماً أو مديناً، إلا إذا كان من المفروض حتماً أو من تعاقد مع النائب يعلم بوجود النيابة، أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب " وينصرف إلى حالة الوكيل المسخر وهو من يتعاقد لحساب الموكل، ولكنه لا يعلم وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً، ولذلك فإن أثر العقد لا يضاف إلى الموكل دائماً أو مديناً ونستثنى من ذلك حالتين أولاهما : حالة ما إذا كان الغير يعلم أو من المفروض حتماً أن يعلم بأن الوكيل إنما يتعاقد لحساب الموكل. والثانية : حالة ما إذا كان يستوى عند الغير أن يتعامل مع الوكيل أو الموكل، وفى هاتين الحالتين إذا كشف الموكل عن صفته كان له حق الرجوع مباشرة على الغير، كما يكون للغير أن يرجع عليه ^(١) .

وعلى ذلك فإن الطرف هو من يساهم في إبرام العقد عن طريق الإيجاب والقبول للعناصر الأساسية، بحيث أصبح التوقيع على العقد ليس هو المعيار المعول عليه في إضفاء صفة طرف من عدمه على شخص ما.

(١) أنظر حكم محكمة النقض المشار إليه سابقاً ص ٩٦ .

المطلب الثالث

تعريف الطرف في إطار المجموعة العقدية

المعروف أن العقد لا تتصرف آثاره إلا إلى عاقيه أو خلفهم العام أو الخاص، وذلك وفقاً لمبدأ نسبية التصرفات القانونية ومبدأ القوة الملزمة للعقد، إلا أنه نظراً للتوسع الذي حدث في إطار العلاقات التعاقدية التي تشكل مجموعة عقدية مترابطة بهدف مشترك على مال واحد والتطور الذي حدث في مفهوم الطرف بعد أن كان الفكر التقليدي لهذا اللفظ هو السائد، والذي كان يقصر لفظ الطرف على الأشخاص الذين شاركوا في العلاقة التكوينية للعقد دون النظر إلى مرحلة تنفيذها، ونتيجة لاعتناق الفقه والقضاء الفرنسيين لفكرة المجموع العقدي^(١)، وعلى ذلك فإذا كنا بصدد مجموعة من التصرفات المترابطة أو المتعاقبة على مال واحد بقصد تحقيق هدف مشترك^(٢) وإن كان كل تصرف يسهم بصورة مستقلة في تنفيذ التزامات العقد الأصلي فإن كل من ساهم فيها اعتبر طرفاً في المجموع العقدي لهذه التصرفات التي تكون أسرة عقدية واحدة، فبالرغم من أن أطراف هذه العقود محل المجموعة لا يعدون طرفاً في عقد واحد، إلا إنهم يعتبرون أطرافاً بالنسبة لعلاقاتهم ببعضهم البعض، ومن ثم ينشأ بينهم علاقة عقدية يسري عليها قواعد وأحكام المسؤولية العقدية.

وفي ذلك فقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها على أنه "إذا عهد المدين بالتزام عقدي إلى شخص آخر بتنفيذ هذا الالتزام، فإن الدائن لا يملك تجاه هذا المدين إلا دعوى المسؤولية العقدية في حدود حقوق والتزامات المدين الذي حل هذا الشخص محله"^(٣).

(١) راجع في ذلك: د. حسام الدين كامل الأهواني - مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٣٣٠.

(٢) أنظر في ذلك: د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق - ص ١٣.

(٣) نفض مدني ١٩٨٨/٨/٣ - المجلة الفصلية للقانون المدني سنة ١٩٨٨ - ص ٧٧ رقم ٦.

وعلى ذلك فإن القاعدة التي تحكم العلاقة التعاقدية في إطار الأسرة العقدية هي أن الشخص لم يضر إلا بسبب كونه دائماً بالتزام تعاقدى ناشئ عن العقد الأول، أو بمعنى آخر، وكما يقول أستاذنا الدكتور فيصل زكي عبد الواحد أنه إذا أردنا إعطاء وصف الطرف للشخص في نطاق هذه المجموعة فيجب النظر إلى كون ذلك الشخص دائماً بالتزام تعاقدى مضمونه الحالة التي يكون فيها المتضرر لحظة حدوث الضرر، فإذا كان الشخص لم يعان من الأضرار إلا بسبب كونه دائماً بالتزام تعاقدى مرتبط من الناحية الموضوعية بالتزام الذي لم ينفذ، فإنه لا يجب اعتباره من الغير في علاقته بالمدين في هذا الالتزام الأخير^(١).

وعلى هذا الأساس وطبقاً للمفهوم التقليدي لفكرة الطرف فإن كل شخص لم يساهم في إنشاء أو تكوين أو بناء تصرف قانوني معين يعتبر من الغير بالنسبة لهذا التصرف، حتى لو كان هذا الشخص نفسه قد شارك في تكوين تصرف قانوني آخر مرتبط أو متعاقب مع هذا التصرف، ومن ثم لا يحق له الرجوع على المدين بمقتضى هذا التصرف إلا بموجب قواعد المسؤولية التقصيرية حال توافر شروطها مثل المنتفع، كما في حالة الاشتراط لمصلحة الغير أو المؤمن له كما في عقد التأمين، وبذلك يكون هذا الرأي قد اعتد بالمرحلة التكوينية للعقد ولم يأخذ في الاعتبار مرحلة التنفيذ المادي للعقد، وعليه فإن الشخص لا يعد طرفاً في العلاقة التعاقدية إلا إذا كان قد شارك في تكوينها، وعليه فإن الشخص يعد من الغير بالنسبة لأطراف المجموع العقدي ما دام لم يشترط في تكوين العقد الأصلي، حتى لو شارك في علاقة تعاقدية أخرى مرتبطة أو متعاقبة مع هذا العقد^(٢).

إلا أن محكمة النقض الفرنسية - الدائرة الأولى وقد تخلت عن المفهوم التقليدي الضيق في تعريف الطرف في إطار العلاقات التعاقدية التي تشكل مجموعة عقدية واحدة وقررت وجوب تحديد مدلول الطرف على أساس واسع

(٤) راجع: د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق - ص ١١٧ وما بعدها.

(١) مشار إليه سابقاً في - ص ٣١ من البحث .

موضوعي مفاده إطلاق وصف الطرف في إطار المجموعة العقدية على كل شخص يساهم في تكوين تصرف قانوني معين ويتأثر بأحكامه وكذلك كل شخص ساهم في تنفيذها أو الانتهاء منها، وعلى ذلك فيعد من الغير بالنسبة لتكوين التصرفات القانونية الأخرى، إلا إنه يخرج من منطقة الغيرية بالنسبة لإنتاج هذه التصرفات لآثارها، ويختلف وصف الغير هنا عن الغير الأجنبي، فالغير المقصود به هو الغير الذي يسأل عنه المدين وهو من يستخدمهم في تنفيذ التزامه وفي نطاق التعاقد أو كل من يستخدمهم في تنفيذ الالتزام كله أو جزء منه كالمقاول من الباطن الذي يعهد إليه المقاول الأصلي بتنفيذ جزء من الالتزام.

أما الغير الأجنبي - وهو الذي لم يكن طرفاً في العقد ولا خلفاً لأحد من المتعاقدين، وهو بعيد كل البعد عن المجموعة العقدية أي لا تربطه أي صلة بأحد أطراف العقد، فهذا الأجنبي يخرج من إطار آثار هذه التصرفات حيث لا توجد له مصلحة عامة أو خاصة تقتضي إلزامه بشيء قبل الأطراف في التصرف^(١).

ويعرف الفقيه الفرنسي **VEAUX** الغير في إطار المجموعة العقدية بأنه ((ولا يقصد بالغير هنا الشخص الذي يكون أجنبياً من أحد العقود التي تتكون منها هذه الأخيرة ، ولكن يقصد به الشخص الذي لم يساهم في تكوين كافة العقود التي تتكون فيها هذه السلسلة .^(٢)

ويرى البعض أن الغير هو من لم ترتض إرادته انصراف الأثر الملزم إليه أو هو كل من لم يرتض صراحة أو ضمناً أن يصبح دائئاً أو مدينًا بمقتضى الاتفاق وعلى ذلك فيصبح الغير في مجال الأثر الملزم ذا مفهوم سلبي بحث فنتسع دائرته لكي يضم إلى ما لا نهاية كل من ليس طرفاً^(٣).

(١) راجع في ذلك: د. نبيلة رسلان - العلاقات القانونية الثلاثية - المرجع سابق - ص ٧٠.

(٢) ومشار إليه في بحث: د. فيصل زكي عبد الواحد ص ١١٨ . *art, préc p.7*.

(٣) راجع في ذلك: د. نبيلة رسلان - العلاقات القانونية الثلاثية - المرجع سابق ، ويقول هذا

ويقول أستاذنا الدكتور فيصل زكي عبد الواحد في تعريف الطرف في إطار المجموعة العقدية بأنه يطلق هذا الوصف على كل من يشارك في تكوين التصرف القانوني وكذلك كل من يساهم في تنفيذها بعد مرحلة تكوين العقد الأصلي، ويرجع للحالة التي يكون فيها الشخص المضرور لحظة حدوث الضرر فإذا لم يكن الطرف المضرور دائئاً بالتزام تعاقدى مرتبط بالتزام آخر لم ينفذ وترتب على عدم تنفيذ هذا الالتزام الضرر، ففي هذه الحالة يصح اعتبار الشخص المضرور أو الدائن بالالتزام الذي لم ينفذ طرفاً في العلاقة التعاقدية التي تشكل أسرة عقدية واحدة^(١).

الفقه إن الرومان هم أول من استعمل اصطلاح الغير في عبارتهم الشهيرة العقود وأحكام القضاء لا تتعدى الغير أطرافها بنفع أو ضرر، ولفظ *allil* الرومان هو الذي أصبح الشخص الثالث عندما تم استعمل بويت بدلاً عنه اصطلاح الغير، وعنه أخذت المجموعة المدنية الفرنسية هذا الاصطلاح ومنها قانونياً المدني القديم ص ٧١ الهامش رقم ١.

(١) راجع في عرض بالتفصيل: د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع سابق - ص ١٢.

المطلب الرابع المركز القانوني للخلف العام

الأصل اعتبار الخلف العام طرفاً :

نصت المادة ١٤٥ من القانون المدني 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 القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام". فالخلف العام يقصد به كل شخص على قيد الحياة يخلف شخصاً آخر متوفى في كل ذمته المالية من حقوق والتزامات أو في جزء منها كالوارث لكل التركة أو لجزء منها، وكذلك الموصي له بجزء من التركة في مجموعها^(١) فبعد أن يموت المتعاقد تتصرف آثار العقد الذي كان قد أبرمه حال حياته إلى من يخلفه خلافة عامة كالوارث أو من يكون قد أوصى له المتعاقد حال حياته بما يخصه من تركة، وتسري آثار العقد على الخلف العام بنفس المقومات التي كانت سارية عليه أثناء حياة السلف، وعلى ذلك لا يلزم لسريان عقد السلف على خلفه العام وانصراف آثاره إليه أن يكون هذا التصرف ثابت التاريخ إلا ما كان لهذا الأخير منها^(٢)، وعلى ذلك فالعقد يسري بنفس الشروط على الخلف العام بالنسبة للحقوق التي يربتها، أما بالنسبة للديون فالقاعدة في القانون المصري شأنها شأن الشريعة الإسلامية تخضع للمبدأ المستقر والقاضي بألا تركة إلا بعد سداد الديون، ومفاد هذا المبدأ أن يبقى الالتزام في التركة دون أن ينتقل إلى ذمة الوارث حتى ينقضي، ومتى أصبحت التركة خالية من الديون انتقلت ملكيتها إلى الوارث، وبناء على سريان حق السلف إلى الخلف فإن ذلك يتجلى في حالتين :

الحالة الأولى: - إنه لا يشترط ثبوت تاريخ العقد حتى يكون حجة على المتعاقدين، وإنما يشترط ثبوت التاريخ ليكون العقد حجة له وعليه، ولو لم

(١) راجع د. عبد الرزاق السنهوري: شرح القانون المدني الجديد، المرجع السابق - ص ٥٤١.

(٢) راجع د. عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة، - ص ٥٧٣ وحكم محكمة

النقض في ١١/٥/١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض لسنة ٢٣، ص ٨٥٢.

يكن ثابت التاريخ، وفي هذا قضت محكمة النقض في حكم لها بأن^(١) "الوارث بحكم كونه خلفاً عاماً لمورثه لا يعد من الغير طبقاً لنص المادة ٣٩٥ من القانون المدني، بل حكمه بالنسبة إلى المحررات غير الرسمية التي يكون المورث طرفاً فيها هو حكم مورثه ويكون تاريخها حجة عليه، ولو لم يكن ثابتاً رسمياً سواء أكانت الورقة صادرة إلى وارث أو إلى غير وارث ما لم يقيم الدليل على عدم صحته، كما قضت بأنه يترتب على انصراف أثر العقد إلى الخلف العام إنه يسري في حقه ما يسري في حق السلف بشأن هذا العقد، فلا يشترط إذن ثبوت تاريخ العقد أو تسجيله حتى يكون التصرف حجة للخلف أو عليه، لأنه يعتبر قائماً مقام الموثق، ويلتزم بتنفيذ ما التزم به مورثه طالما إن العقد نشأ صحيحاً أو خلصت له قوته الملزمة.

الحالة الثانية: وتخص الغير فيسري في مواجهتهم العقد الصوري أو العقد الحقيقي حسبما تقتضيه مصلحتهم، وحكم الخلف العام في ذلك حكم المتعاقدين يسري في حقهم العقد الحقيقي دون غيره^(٢).

وعلى ذلك فيخرج الخلف العام من منطقة الغيرية بالنسبة للعقود التي قد يبرمها سلفه حال حياته فتنتقل الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد السلف إلى الخلف، وكذا آثار الأحكام القضائية التي صدرت في مواجهة السلف وكان قد أعلن بها والغير متعلقة بشخص السلف وفي هذا قضت محكمة النقض على إنه "إن انتهاء الحكم إلى صحة إعلان مورثة الطاعنين بالحكم الصادر ضدها بصحة ونفاذ عقد البيع ورفض الادعاء بتزوير هذا الإعلان، عدم ورود نعي على ذلك القضاء... صيرورة الحكم الصادر ضد المورثة نهائياً وحجة على الطاعنين فيما قضي باعتبارهم خلفاً عاماً لها".

وعلى ذلك فإذا كان السلف طرفاً في إتفاق تحكيم بصدد نزاع يتعلق بحق من الحقوق التي انتقلت منه إلى الخلف فإن آثار هذا الإتفاق تنتقل إلى

(١) نقض مدني ١٩٧١/٤/٢٠ مجموعة أحكام النقض س ٧٨ ص ٥٠٦، نقض ١٩٧٢/٥/١١

مجموعة أحكام النقض ١ لسنة ٢٣ رقم ١٣٥، ص ١٥٢.

(٢) راجع د. هناء خيري خليفة، الرسالة السابقة، ص ١٥٣.

الخلف^(١) وتطبيقاً لذلك فقد قضى بأن ((إتفاق التحكيم لا ينصرف أثره إلى المتعاقدين فحسب، وإنما يلزم أيضاً الخلف العام والخلف الخاص ما لم ينص في الإتفاق على غير ذلك)) .

ولكن لا يعد الوارث خلفاً عاماً إلا فيما يتعلق بالحقوق التي يتلقاها من المورث مباشرة، أما إذا تلقى الحق من القانون مباشرة، فلا يكون خلفاً عاماً ويكون من الغير بشأنها، فالوارث يعتبر من الغير بصدد التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت والتي تتم عن طريق الوصية وتجاوز القدر الجائز إلا يصاد به لأنه يتلقى حقه فيما جاوز هذا القدر من القانون مباشرة وبإباح له الطعن على ذلك التصرف وإثبات طعنه بكافة طرق الإثبات^(٢) كذلك لا يعد الوارث خلفاً عاماً بالنسبة للتصرفات الصادرة من مورثه والتي تضر بحقوقه، وعلى ذلك إذا ما باع السلف أو المورث حال كونه في مرض الموت عقاراً يزيد قيمته على ثلث التركة لأحد ورثته أو لأجنبي عنه، فإن الوارث في هذه الحالة يعد من الغير بالنسبة لهذا البيع، ولا يكون من ثم نافذاً في مواجهته فيما يزيد على ثلث التركة، إلا إذا أجازه، ولما كان الأصل إن الوارث خلف لمورثه ولا تثبت له صفة الغير إلا إذا وقع التصرف في مرض الموت، تعين على الوارث أن يقيم الدليل على صدوره منه، فإذا كان التصرف يحمل تاريخاً غير ثابت يرجع إلى وقت كان فيه المورث غير مريض، حمل الوارث عبء إثبات عدم صحة هذا التاريخ بجميع طرق الإثبات^(٣) وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية على إنه "إن الوارث يعد من الغير بالنسبة لتصرفات مورثه الضارة به"، ويعد تحايلاً على القانون بقولها "إن كان الوارث يحل محل

مورثه بحكم الميراث في الحقوق التي لتركته وفي الالتزامات التي عليه، إلا أن القانون جعل للوارث مع ذلك حقوقاً تجعل الوارث غير ملزم بالتصرفات

(1) Ch. Gavalda, L'arbitrage.op.cit,p.36

(٢) راجع د. حسام الدين كامل الأهواني: مصادر الالتزام ص ٣٤١.

(٣) راجع. النسبية والغيرية في القانون المدني - دراسة عملية في ضوء الفقه والقضاء د. عبد

الحكم فودة ص ١١.

التي تصدر من المورث على أساس أن التصرف قد صدر إضراراً بحقه في الإرث فيكون تحايلاً على القانون، ومن ثم فإن موقف الوارث بالنسبة للتصرف الصادر من مورثه - سواء لأحد الورثة أو للغير - يختلف بحسب ما إذا كانت صفته وسنده وحقه مستمداً من الميراث - أي باعتباره خلفاً عاماً للمورث - أو مستمداً من القانون - أي باعتباره من الغير بالنسبة لهذا التصرف - فإن كانت الأولى أي باعتباره وارث - كان مقيداً لمورثه بالالتزامات والأحكام والآثار المفروضة عليه طبقاً للتعاقد والقانون، أما إذا كانت الثانية - أي باعتباره من الغير، فإنه لا يكون ملتزماً بالتصرف الصادر من المورث ولا مقيداً بأحكامه، ولا بما ورد في التعاقد بشأنه بل يسوغ له استعمال كامل حقوقه والتي خولها له القانون في شأنه بما لازمه اختلاف دعوى الوارث في كل من الموقفين عن الآخر من حيث الصفة والسبب والطلبات والإثبات.

وفي الحالات المستثناة من انتقال أثر العقد إلى الخلف العام وهي محدودة وهي الحالات التي تنقضي فيها الحقوق والالتزامات الناشئة عنه، فلو كان هناك شرط تحكيم مدرج في العقد المنقضي فهل ينقضي هذا الاتفاق بالتبعية لانتقال العقد الأصلي أم يظل قائماً مستقلاً عن العقد الأصلي المدرج فيه وهل يجوز لأي من الطرفين التمسك بهذا الشرط في مواجهة المتعاقد الأخير وحسم النزاع بطريق التحكيم...

صراحة أن قانون التحكيم المصري قد أجاب على هذا التساؤل بالنص على استقلال شرط التحكيم عن العقد المدرج فيه فلا يترتب على بطلان العقد الأصلي أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم ويلزم هذا الشرط الخلف العام في حدود العقد المدرج وما ينشأ عنه من تعويضات والتزامات^(١).

(١) راجع في ذلك د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: المرجع السابق، ص ٤٧٤.

المطلب الخامس

المركز القانوني للخلف الخاص

نصت المادة ١٤٦ مدني على إنه "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، 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"، وفي هذا قضت محكمة النقض على أنه "انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص، شرطه أن يكون انتقال ملكية الشيء لاحقاً لإبرام العقد وأن يكون الخلف الخاص عالماً بالعقد وقت انتقال الملكية إليه ... هذا العلم يقوم مقام ثبوت التاريخ"^(١).

ويقصد بالخلف الخاص هو كل شخص يخلف شخصاً آخر في عين أو منقول بذاته، أو في أي حق عليهما كان قائماً في ذمة سلفه، سواء كان عينياً أو شخصياً أم معنوياً، ومثاله المشتري لشيء ما أو الموصي له بعين محددة في التركة، والمحال إليه والناشر الذي يخلف المؤلف في حق النشر..

وعلى ذلك فالخلف الخاص هو من يتلقى شيئاً سواء كان هذا الشيء حقاً عينياً أو حقاً شخصياً أو من يتلقى حقاً عينياً على هذا الشيء، أما من يترتب له حق شخصي في ذمة آخر مباشرة فلا يعد خلفاً خاصاً له كالمستأجر، فلا يعد خلفاً للمؤجر بل يعد مديناً له وكذلك أيضاً المستأجر من الباطن لا يخلف مستأجر العين الأصلي بل يخلف المستأجر الأصلي الشخص المتنازل له عن الإيجار لأنه تلقى عنه حقاً شخصياً ولم يقتصر كالمستأجر من الباطن على أن يترتب له في ذمته حق شخصي^(٢).

ويختلف وضع انتقال أثر العقد إلى الخلف الخاص عن وضع انتقال إلى الخلف العام لأن هذا الأخير يخلف سلفه في ذمته المالية أو نسبة منها، وإن

(١) نقض مصري الطعن رقم ٣٠٧ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٦/٢/١.

(٢) راجع د. عبد الرزاق السنهوري: مصادر الالتزام، المجلد الأول، ص ٥٤٧ فقرة ٣٥٠.

اقتصر الانتقال على الجانب الإيجابي من هذه الذمة، فيمكن من الناحية التشريعية أن تنصرف إليه آثار العقود التي أبرمها سلفه، أو نسبة منها تعادل نسبة ما آل إليه من التركة، أما الخلف الخاص فلا ينتقل إليه شيء معين، ولا يتصور من ثم أن يثور سوى انصراف أثر العقود التي تتعلق بهذا الشيء المعين الذي تكون قد أبرمت قبل انتقال الشيء إليه، لأن السلف متى رفعت يده عن الشيء الذي نقله إلى الخلف الخاص، فقد حقه في إبرام عقد يتعلق به، فالمشتري كما سبق أن بينا يعد خلفاً خاصاً للبائع.

ومن ناحية أخرى، يجب أن يكون العقد سابقاً على انتقال الشيء للخلف الخاص، ويثبت هذه الأسبقية بثبوت تاريخ العقد، فذلك هو الفارق الجوهرى بين الخلف العام والخلف الخاص، حيث أن الأول يكتسب كل الحقوق والالتزامات معاً، وللثاني أن يكتسب ملكية شيء معين بالذات كالمشتري، وعلى ذلك ومن خلال العرض السابق فقد يبدو لنا إن فكرة الخلف الخاص تصلح أساساً للتطبيق على فكرة المجموعة العقدية نجد أن الخلف الخاص يعد طرفاً في التصرف القانوني الذي أبرمه سلفه بيد أن المشرع اشترط لانتقال آثار الالتزام إلى الخلف الخاص أن يكون عالمًا بهذا الالتزام وقت انتقاله إليه، وفي هذا قضت محكمة النقض على إنه "الخلف الخاص ... اعتباره من الغير بالنسبة للالتزامات المترتبة على عقد أجره سلفه.. عدم اعتباره كذلك متى كان عالمًا بالتصرف السابق وكانت الالتزامات الناشئة عن العقد من مستلزماته م ١٤٦ مدني"^(١).

ويثور تساؤل عن الوقت الذي ينصرف فيه آثار العقد إلى الخلف الخاص فقد ذهب جانب من الفقه إلى أن الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد تنتقل إلى الخلف الخاص في وقت انتقال الشيء إذا كان من مستلزماته وكان الخلف يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه، والحقوق تعتبر من مستلزمات الشيء إذا كانت مكتملة له أو محددة له، ويبرر ذلك أن المستلزمات المكتملة للشيء إنما هي في الواقع من توابع هذا الشيء والتابع ينتقل مع الأصل، أما

(١) انظر الطعن ١٨٤ لسنة ٥٣ جلسة ١٩٨٤/١/١ رقم ١١١، ص ٢٤.

الالتزامات التي تحدد الشيء فيجب أن تنتقل معه لأن السلف لا تستطيع أن ينقل إلى الخلف أكثر مما يملك^(١).

وبمعنى آخر يشترط أن تكون الحقوق أو الالتزامات التي يحصل فيها الاستخلاف متصلة بذات المال الذي انتقل من السلف إلى الخلف، بحيث تنشأ الحقوق في خدمة هذا المال الذي انتقل من السلف إلى الخلف، بحيث تنشأ الحقوق في خدمة هذا المال بطريق مباشر على نحو يمكن معه القول بأنها تتصل به على اعتبار أنها من توابعه الخادمة له والمقيدة في استخلاص المنفعة منه وبحيث تنشأ الالتزامات لتحديد الانتفاع بالمال وتضييق من مجال الإفادة منه، على نحو يمكن معه القول بأنها تعتبر من محدداته^(٢) علاوة على كون هذه الحقوق والالتزامات التي يحصل فيها استخلاف تكون قد تقررت للسلف مع مراعاة العين نفسها لا بمراعاة شخصه هو بحيث يمكن - كما سبق القول أن تعتبر من توابعه أو مستلزماتها، وعلى ذلك إذا اتفق صاحب عقار مع شركة للمساعد أن تتولى هذه الأخيرة الإشراف على مصعد العقار، وعلى الصيانة الدورية إليه، اعتبر حقه الناشئ عن هذا العقد من توابع العقار حتى إذا ما بيعت، أمكن لذلك الحق أن ينتقل معها إلى المشتري الجديد، أما إذا كان الحق الناشئ عن العقد لا يعد من توابعه، كما لو كان متعلقاً بالشخص ذاته فلا يشمل الاستخلاف في هذه الحالة مثل أن يتعاقد شخص مع مقاول على كأن يبني له على أرضه منزلاً، ثم يبيع هذه الأرض، فلا يشمل الاستخلاف هنا حق البائع قبل المقاول.

ويذهب البعض للقول بأن الحق ينتقل مع الشيء إذا كان يرتبطان ارتباطاً لا يقبل الانفصال أي متى كان هذا الحق لا يقدم أي فائدة إلا لمالك الشيء ولا يتصور ممارسته إلا من قبل المالك، فينتقل الحقوق التي أبرمها السلف بالنظر أو باعتبار الشيء ذاته، فيجب البحث عما إذا كانت ممارسة الحق لا تنفصل عن ملكية الشيء وأن الحق قد اكتسب بمراعاة الشيء أو

(٢) انظر في هذا المعنى د. هناء خيري محمد خليفة: الرسالة السابقة، ص ١٦٠.

(٣) د. عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة، ص ٥٧٩ الفقرة ٢٨٧.

العين، ويرى أستاذنا السنهوري أن الحقوق المتصلة أو المكملة للشيء تعتبر من توابعه وأن التابع ينتقل مع الأصل.

ويجب أن يكون الخلف الخاص عالمًا بالعقد الذي أبرمه سلفًا بشأن الشيء أو المال مع الغير ذلك حتى تنتقل إليه وتبدو أهمية هذا العلم بالنسبة لانتقال الالتزامات لأنها من القيود التي تنتقل إلى الخلف ومن العدل أن يكون عالمًا بها وقت انتقالها إليه، ويقصد بالعلم هنا العلم اليقيني أي الحقيقي وليس مجرد الاستطاعة بالعلم، لأن انتقال الحقوق الشخصية أو الالتزامات لا يصح إلا إذا كان وليد إرادة من تنتقل إليه أو على الأقل بعلمه حتى تترتب على العلم إرادة القبول^(١).

وذلك هو الذي يبرر كون هذا العلم حقيقيًا لا افتراضيًا، ويغني عن العلم الشهر وفقًا للقانون، ويرى هذا الرأي أن شرط العلم تبدو أهميته بالنسبة لانتقال الالتزام أما بالنسبة للحقوق فأهمية العلم ضئيلة لأن الحقوق تزيد من قيمة الشيء وتقيد الخلف، وعلى هذا الأساس يمكن أن يفترض قبولها إذا علم بها، كما أن مطالبة الخلف الخاص للغير بتلك الحقوق تتضمن قبولاً لهذه الحقوق، ومن ثم فإن ذلك يغني عن إثبات العلم أو تغليب عبء الإثبات حتى يقع على عاتق الغير نفي العلم^(٢).

وخلاصة القول فإنه يشترط لكي تتصرف آثار العقد إلى الخلف الخاص توافر ثلاثة شروط أولهما أنه يجب أن يكون العقد الذي أنشأ الحقوق والالتزامات التي يقع فيها الاستخلاف سابقًا على انتقال الشيء من السلف إلى الخلف، وثانيهما أن تكون الحقوق والالتزامات التي يحصل فيها الاستخلاف متصلة بذات المال الذي انتقل من السلف إلى الخلف، وثالثهما خاص بانتقال الالتزامات المتصلة بالشيء إلى الخلف الخاص وحدها دون الحقوق أو علم الخلف الخاص بها عند انتقال الشيء إليه.

(١) انظر د. حسام الدين كامل الأهواني، مصادر الالتزام، ص ٣٤٥.

(٢) د. سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، ص ٩.

وعلى ذلك فلكي يمتد آثار اتفاق التحكيم إلى الخلف الخاص أن يكون اتفاق التحكيم من مستلزمات الشيء الذي انتقل للخلف الخاص وقت انتقال الاتفاق الأصلي إليه^(١) ولا بد أن نفرق هنا بين فرضين، الفرض الأول: - وهي إذا ما كان اتفاق التحكيم قد أدرج في صورة شرط في الاتفاق الأصلي فينتقل تبعاً للعقد الأصلي فيكون العلم بشرط التحكيم متحققاً تبعاً لتحقيق العلم بالعقد الأصلي.

أما الفرض الثاني وهو إذا كان اتفاق التحكيم جاء في صورة مشاركة مستقلة عن العقد أو الاتفاق الأصلي فيكون بمقدور الخلف الخاص أن يتمسك بعدم امتداد اتفاق التحكيم إليه رغم انتقال الاتفاق الأصلي إليه نظراً لعدم علمه بمشاركة التحكيم^(٢).

وجدير بالذكر أن المشرع المصري في وضعه لنص المادة ١٤٦ من القانون المدني لم يكن موفقاً حين قام بصياغة ذلك النص لأن المسألة التي يعالجها لا تعدو أن تكون سوى تطبيق لفكرة المجموع العقدي، حيث أن وجود ذلك النص كما هو مصاغ بالتقنين المدني يشكل تناقض مع تطبيق مبدأ نسبية آثار التصرفات القانونية، وكذلك يؤدي إلى تشويه أحكام المجموعة العقدية التي تقوم عليه دعوى المسؤولية العقدية المباشرة^(٣).

كما يرى جانب فقهي^(٤) أن نص المادة ١٤٦ لا يواجه إلا انتقال الحقوق والالتزامات الشخصية دون الأعباء العينية كالارتفاق أو الرهن.

ويذهب الرأي الراجح في الفقه^(٥) أن المشرع في صياغته لنص المادة ١٤٦ من القانون المدني أن المشرع لم يكن موفقاً في وضعه لهذا النص، وأنه لم يشر من قريب أو بعيد لوجوب انصراف إرادة الخلف الخاص نحو

(١) راجع في عرض د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٤٧٦.

(٢) راجع د. حسام الدين فتحي ناصف: نقل اتفاق التحكيم، سن ٢٠٠٣، ص ٢٤.

(٣) أنظر في ذلك د. هناء خيرى محمد خليفة: الرسالة السابقة، ص ١٦٥.

(٤) أنظر في ذلك د. حسام الدين كامل الأهواني: مصادر الالتزام - المرجع السابق، ص ٢٤٧.

(٥) أنظر في ذلك د. فيصل زكي عبد الواحد: البحث السابق، ص ٢٠٢، ٢٠٣.

قبول هذا الأخير للوفاء بالالتزامات التي تثقل كاهل سلفه، وذلك من أجل نفاذ هذه الالتزامات في مواجهته، وعلى ذلك - كما يضيف هذا الرأي أن المشرع لم يقصد من شرط العلم بالنسبة للخلف الخاص بالالتزامات التي تثقل كاهل سلفه والتي تكون مرتبطة بالمال محل الاستخلاف توقف نفاذ هذه الالتزامات في مواجهة الخلف الخاص على علم هذا الخلف بها بل كان يقصد من ذلك تخويل الخلف الحق في الرجوع على سلفه في حالة عدم علمه وحرمانه من هذا الحق في حالة العلم، ومفاد ذلك أن الالتزامات المرتبطة بالشيء محل الاستخلاف تسري في مواجهة الخلف الخاص وذلك بغض النظر عما إذا كان هذا الأخير قد علم بها من عدمه وإن كل ما في الأمر إنه متى كان الخلف الخاص لا يعلم بهذه الالتزامات، فإن ذلك يخوله الحق في الرجوع على سلفه.

ونحن نتفق مع ما ذهب إليه بعض الفقه إلى أن فكرة المجموعة العقدية تصلح كأساس للاستغناء عن فكرة الخلف الخاص، وأن البقاء من جانب المشرع ^(١) على هذه الفكرة يخلق منطقة ضبابية فوق مجال تطبيق مبدأ نسبية آثار التصرفات القانونية، وكذلك يؤدي إلى تشويه مفهوم المجموعة العقدية، حيث أن الواقع يجعل من فكرة الخلف الخاص ما هي إلا تطبيق لفكرة المجموعة العقدية.

(١) أنظر في ذلك د. فيصل زكي عبد الواحد - البحث السابق ص ٢٠٤ .

المطلب السادس

مدى تأثير الاعتبار الشخصي في التعاقد

داخل نطاق المجموعة العقدية

بينت المادة ١٤٥ من القانون المدني الاستثناءات الواردة على قاعدة انصراف آثار العقد إلى غير عاقيه وخلفهم، وهي تلك التي ترجع إلى شروط العقد، وتلك التي ترجع إلى طبيعة التعامل أو نص القانون، وعلى ذلك لا ينصرف العقد إلى من يخلف المتعاقد مع بقاءه خلفاً عاماً له. فانتقال الحقوق والالتزامات التي تنشأ عن العقد إلى الخلف ليس إلا أصلاً عاماً يقبل الاستثناء وقد ترجع هذه الاستثناءات إلى اتفاق المتعاقدين أو بنص القانون أو إذا كانت طبيعة التعامل أو الحق تأبى أن ينتقل آثار العقد من السلف إلى الخلف، فقاعدة انصراف أثر العقد إلى الخلف العام ليست من النظام العام بحيث يجوز لطرفي العقد الاتفاق على عدم امتداد أثره إلى الخلف العام لأحدهما أو لهما معاً وانتهائه من ثم بوفاته، كما لو اتفق المتعاقدان في عقد الإيجار على إنهاء عقد الإيجار لموت المستأجر وعدم امتداد أثره بالنسبة لخلفه العام.

وسوف نقسم بحثنا في هذا الموضوع كالتالي:

الفرع الأول: - المفهوم الفني والقانون للاعتبار الشخصي في التعاقد.

الفرع الثاني: - مدى تأثير الاعتبار الشخصي في التعاقد في إطار المجموعة العقدية.

الفرع الأول

المفهوم الفني والقانوني للاعتبار الشخصي في التعاقد

يعرف البعض الاعتبار الشخصي في التعاقد بأنه هو الاعتداد بشخصية أحد المتعاقدين أو بصفة من صفاته، ويطلق على ذلك الاعتداد المنفرد وذلك إذا ما تعلق التعاقد بأحد المتعاقدين، كما هو الحال بالنسبة لعقود التأمين والمقولة، وقد يتعلق بكلا المتعاقدين ويطلق عليه في هذه الحالة الاعتداد المزدوج، وذلك مع مراعاة كل طرف في العلاقة العقدية محل الاعتبار الشخصي للطرف الثاني وصفاته، كما هو الحال بالنسبة لعقود الوكالة وشركات التضامن^(١).

وتتقضي العقود التي تبرم من أجل الاعتبار الشخصي سواء أكان محل الاعتبار في التعاقد هو شخص المتعاقد نفسه أو صفة فيه، فتنتهي العقود بوفاة المتعاقد أو أحد طرفي العقد، وعلى ذلك فإذا أبرم شخص عقدًا ما قائمًا على اعتبار شخص المتعاقد معه كطبيب أو محام أو محاسب على أداء عمل معين بموجب العقد المبرم بينهما، ثم توفي أحد المتعاقدين، فينقضي الالتزام ولا تنصرف آثار العقد إلى من يخلف هذا المتعاقد خلافة عامة، وينقضي العقد ولا تمتد آثاره إلى الخلف العام حتى إذا لم ينص على ذلك في العقد، وذلك لكون هذه العقود تعتمد على الاعتبار الشخصي للمتعاقد كعقد الطبيب أو عقد الوكالة للمحامي أو عقد المحاسبة فهذه العقود تقوم على صفة أطرافها، وهي المؤهلات أو الإمكانات التي ترجح التعاقد مع أشخاص بعينها.

وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن "آثار العقد لا تنصرف إلى الخلف العام إذا كانت العلاقة القانونية علاقة شخصية وهي تستخلص من إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية أو من طبيعة العقد أو من نص القانون، ولما كان القانون ينص على انتهاء الوكالة بموت الموكل، فلا

(١) راجع: د. سمير إسماعيل - الاعتداد الشخصي في التعاقد - جامعة الاسكندرية سنة ١٩٧٥

- ص ٧ وما بعدها.

تتصرف آثار الوكالة بعد وفاة الموكل أو الوكيل إلى ورثته بوصفهم خلفاً عاماً باعتبار أن هذا العقد من العقود التي تراعى فيها شخصية كل متعاقد، فتتقضي بالتظهير التوكيل بوفاء المظهر^(١).

(١) راجع في هذا الحكم د. حسام الدين كامل الأهواني - مصادر الالتزام-المرجع السابق - ص ٣٤١، ونقض مدني ١٩٨٩/٢/٢٨. مجموعة أحكام س ٤٠ ص ٧٧٧ رقم ص ١١٥ وكذلك قضت محكمة النقض بأنه "إذا قضت المادة ٧١٤ من القانون المدني على أن الوكالة تنتهي بموت الموكل أو الوكيل فقد أوردت استثناء على ما نصت المادة ١٤٥ من القانون المدني فلا ينصرف أثر عقد الوكالة بعد وفاة الموكل أو الوكيل إلى ورثته بصفتهم خلفاً عاماً، وأيضاً إلا أنه يجوز للأطراف أن يتفقوا على امتداد الوكالة إلى الخلف كما استظهرت ذلك الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، بقولها "استظهرت الجمعية العمومية أن الوكالة عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل أن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل، وهي في الأصل من عقود التراضي التي تتم بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين ما لم يكن التصرف القانوني محل الوكالة شكلياً، فالوكالة إذا كان التصرف محلها هو البيع مثلاً، وهو عقد رضائي تتعقد بين طرفيها فور تلاقي إرادتيهما على ذلك بعكس الهبة فهي من العقود الشكلية التي يتطلب القانون الرسمية في إبرامها ومن ثم فإن الوكيل لا يستطيع إبرامها ما لم يكن موكولاً في ذلك توكيلاً رسمياً وأن حدود الوكالة ضيقاً واتساعاً تتحدد دونما هو منصوص عليه في عقد الوكالة أما حيث يخلو العقد من حكم فإنه يرجع إلى أحكام النيابة الاتفاقية باعتبارها مصدرًا للوكالة وأن الوكالة شأنها شأن سائر العقود المنصرف آثارها إلى طرفيها وإلى خلفها العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث وأن الوكالة قد تكون عامة وهي لا تصلح إلا لمزاولة الوكيل أعمال الإدارة فقط نيابة عن الموكل، وقد تكون خاصة ولا بد لتوافرها من قيام الوكيل بأعمال التصرف شريطة أن يتضمن تحديد أنواع التصرفات التي يجوز للوكيل مباشرتها ومحل هذه التصرفات إذا كان التصرف من قبيل التبرع وإن الأصل أن الوكالة تنتهي بإتمام العمل محل الوكالة أو انقضاء أجلها أو وفاة أحد طرفيها، غير أن هذا الأصل ليس من النظام العام فيجوز لطرفيها الاتفاق على ما يخالفها كاستمرارها حتى مع وفاة الموكل، ففي هذه الحالة لا تنتهي الوكالة بموت الموكل بل يلتزم بها ورثته في حدود التركة، وكذلك الأمر إذا كانت الوكالة لمصلحة الوكيل أو الغير أو إذا كان من طبيعتها ألا تبدأ إلا عند وفاة الموكل كالتوكيل في سداد دين التركة أو نشر مذكرات، وبالنظر إلى أن الأصل في الوكالة أنها تصدر لصالح الموكل فقد قيل بعدم جواز عزل الوكيل إذا كانت الوكالة لصالحه وفي هذه الحالة فإن عزل الوكيل لا يكون صحيحاً ولا ينزل بل تبقى وكالته قائمة بالرغم من عزله وانصراف أثر تصرفه إلى الموكل.

فمقتضى أحكام القانون رقم ٦٨ لسنة ٤٧ بشأن التوثيق المعدل بالقانون رقم ١٠٣ لسنة ٧٦ ناط المشرع بمكاتب التوثيق تلقي المحررات وتوثيقها فيما عدا ما نص عليه وأوجب على الموثق قبل القيام بإجراء التوثيق في المحرر أن يتثبت من توافر أهلية طرفي المحرر ورضائهم

كذلك فإن نص المادة ٦٦٦ من القانون المدني والتي تنص على أنه "ينقضي عقد المقاولة بموت المكاوّل إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد، فإن لم تكن محل اعتبار فلا ينتهي العقد من تلقاء نفسه، ولا يجوز لرب العمل فسخه في غير الحالات التي تطبق فيها المادة ٦٦٣ إلا إذا لم تتوافر في ورثة المكاوّل الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل.

ولأنّ المقاولة من العقود المالية، لذا فإن الأصل فيها أن شخصية كل من طرفيها ليست محل اعتبار التعاقد، ومن ثم فإن الأصل أن المقاولة لا تنتهي بموت المكاوّل، فإذا ما توفي المكاوّل وكان له ورثة فيستطيعون القيام بتنفيذ العقد محل السلف وفقاً لما هو متفق عليه، فلا يكون لرب العمل أن يتضرر من عدم إتمام التنفيذ بواسطة المكاوّل نفسه.

غير أن هذا النص استثنى من هذا الأصل الحالة التي ينقضي فيها عقد المقاولة بموت المكاوّل الذي تم التعاقد معه بسبب مؤهلاته الشخصية

وسلطاتهم وصفتهم فيما يتعلق بمحتوى المحرر، فإذا تبين له أن المحرر المطلوب توثيقه ظاهر البطلان بمعنى أن يتوصل إلى ذلك البطلان بظاهر عبارات المحرر المطلوب التوثيق ذاته أو ما ورد في أي مستند رسمي آخر ودون حاجة إلى الخوض في موضوع المحرر أو العلاقات بين أطرافه، ومن أمثله هذا البطلان الظاهر كون المحرر غير مشروع أو نقص أهلية أحد طرفيه أو انعدامها أو أن يكون هناك خطر على أحد أطرافه في إجراء التصرف ومن مثل هذه الحالة الأخيرة قيام الموكل بإلغاء توثيق سبق له إصداره لصالح الوكيل متضمناً النص على عدم جواز إلغائه إلا بموافقة الوكيل، ومن مثيلتها كذلك قيام الموكل بإلغاء توكيل يتضمن نصاً بعدم جواز إلغائه نهائياً لصدوره لمصلحة الوكيل أو الغير، فمثل هذه الحالة يتمتع على الموثق توثيق المحرر الذي ظهر له بطلانه وعليه إخطار أصحاب الشأن بذلك فأجاز المشرع للمتضرر من ذلك أن يتظلم أمام قاضي الأمور الوقفية المحكمة التي يقع مكتب التوثيق في دائرتها في خلال ١٠ أيام من تاريخ إبلاغه برفض التوثيق فإذا صدر قرار في شأن هذا التظلم فإنه يجوز الطعن عليه أمام غرفة المشورة أمام المحكمة الابتدائية وحفاظاً على حقوق ذوي الشأن لم يجعل المشرع لقرار القاضي الأمور الوقفية أو غرفة المشورة حجية الأمر المقضي به فيما يتعلق بموضوع المحرر، ومن ثم فإنه لم يستغل باب النزاع الموضوعي في شأن التصرف الوارد في المحرر المرفوض توثيقه فلذوي الشأن اللجوء إلى القضاء فيما يأنسونه حقاً لهم ويهدد النظام المتكامل وأن المشرع بين صالح طرفي المحرر (فتوى رقم ٩٥ بتاريخ ٢٨/٢/٢٠٠٠ ملف رقم ٦٩/١/٨٨).

وسمعته، كما نصت على ذلك المادة ٦٦٦ مدني، فإذا كان التعاقد قائماً على ذلك الاعتبار الشخصي كأن يكون من أحد رجال الفن كالرسام والنحات والموسيقي وأصحاب المهن الحرة، كالمهندسين والمحامين، كل هؤلاء تعتبر مؤهلاتهم الشخصية هي الدافع وراء التعاقد.

ومن ناحية أخرى فيمثل الاعتبار الشخصي أهمية خاصة في نطاق العقود الدولية مثل عقود الفيديو وعقود الـ B.O.T التي تقوم على فكرة الاعتبار الشخصي للمتعاقدين نظراً لما تحتاجه هذه العقود من استثمارات ضخمة وإمكانات هائلة وضرورة ارتباط تنفيذها بعدة عقود. حيث غالباً ما يعهد الشخص المعنوي في عقود الـ B.O.T إلى مستثمر من القطاع الخاص سواء أكان شركة أم فرد، لإنشاء مشروع ذي نفع عام للجمهور لذا يراعى في ذلك الشخص أو الشركة المختارة لتنفيذ المشروع الاعتبار الشخصي للمنفذ من حيث الكفاءة الفنية العالية حتى يتم المشروع على الوجه الأكمل.

ومتى تم انتفاء شركة المشروع في عقود الـ B.O.T تحل الرابطة العقدية التي تجمع الشركات المتعددة للمشروع، وتتقضي الشركة بتحقيق سبب من أسباب الانتهاء المستقرة في مجال الشركات^(١) وكذلك انقضاء العمل الذي أنشئ من أجله المشروع أو بحل الشركة^(٢).

(١) راجع عرض ذلك: د. أبو زيد رضوان - الشركات التجارية- جامعة عين شمس - طبعة ٩٥ - ص ٢٤.

(٢) حيث تتقضي الشركة للقيام بإجماع الشركاء بالاتفاق على حلها قبل حلول أجلها م ٥٥٩، كما تنص المادة ١/٥٣٠ مدني على أنه "يجوز للمحكمة أن تقضى بحل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء ولعدم وفاء الشريك بما تعهد به أو لأي سبب آخر يرجع إلى الشركاء، ومتى وجد سبب من أسباب انقضاء الشركة فإنها تتقضي بالنسبة للمستقبل فقط حيث لا ينسحب أثر الانقضاء على الماضي حيث تظل الشركة صحيحة وقائمة بالنسبة للماضي أو للفترة السابقة على وجودها، ولكن لا يمنع استمرار وجودها إلا في حدود ضيقة بالقدر اللازم لإكمال التطبيق. وعلى ذلك فإن الالتزامات التي التزمت بها الشركة للغير، أو التي تقررت على الغير للشركة قبل الانقضاء تكون صحيحة ومنتجة لآثارها، وتلتزم الشركة أو الغير بتنفيذها بعد الحل فلا يكون الحل سبباً أو مبرراً لفسخها، وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية بأن "انقضاء الشركة لا يحول دون استمرار شخصيتها المعنوية بالقدر اللازم

وتقديرُ ما إذا كانت مؤهلات المتعاقد محل اعتبار ذلك التعاقد من عدمه، مسألة موضوعية من اختصاص قاضي الموضوع، يفصل فيها على ضوء الظروف والملابسات التي أحاطت بعملية التعاقد ومن خلال النية المشتركة للمتعاقدين، وعلى ذلك فإذا كانت مؤهلات المتعاقد أو شخصيته هي محل اعتبار التعاقد فإن العقد ينقضي بموته من تلقاء نفسه بحكم القانون دون حاجة لفسخ العقد لا من ناحية رب العمل من ناحية خلف المتعاقد المتوفى، ويترتب على ذلك أنه يجوز للخلف العام للطرف صاحب الشخصية محل الاعتبار في التعاقد أن يتمسك بهذا الانقضاء في كل الأحوال ولا يستطيع رب العمل إجبار الورثة على الاستمرار في تنفيذ عقد سلفهم.

وهناك عدة حالات ينتفي فيها العقد ولا ينصرف أثره إلى الخلف العام أو الخاص وهي:

الحالة الأولى: إذا اتفق المتعاقدان على عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام:

العقد شريعة المتعاقدين، وللمتعاقدين تضمين العقد ما يشاءان من بنود، فقد تتجه إرادة طرفي التعاقد إلى إحداث أثر قانوني معين من وراء تعاقدتهما في مواجهتهما ويشترطوا عدم انصراف آثار هذا التصرف من بعدهما إلى من يخلفهما خلفاً عاماً، كمن يتفقان على انتهاء العقد بوفاة أحد المتعاقدين، كذلك إذا ما اتفق طرفا العقد على أن يكون للبائع الحق في استئجار العين المبيعة بأجرة معينة لمدة معينة على ألا ينتقل هذا الحق إلى ورثة البائع^(١) أو أن يتفق شخص مع آخر على أن يؤجر له سيارته لمدة معينة ويتفقان على إنهاء الإيجار بموت المستأجر إذا وقع قبل فوات مدة العقد، والمهم إن ما يشترطه

للتصفية وخلو عقد تأسيسها من بيان كيفية تصفيتها أثره وجوب الرجوع إلى أحكام القانون المدني - الطعن رقم ٥٢٢ سنة ٦٩ ق جلسة ٢٠٠١/٥/١٥ منشور بمجلة المحاماة العدد رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ - ص ٨٦.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري - مصادر الالتزام - المرجع سابق - ص ٥٤٣.

المتعاقدان من شروط يقضي بمنع انصراف آثار العقد إلى من يخلفهما وأن يكون متفقا والنظام العام.

وقد ذكرت محكمة النقض المصرية إلى أنه يستبين من نص المادة ١٤٥ مدني ومذكرتها الإيضاحية أنها وضعت قاعدة عامة تقضي بأن آثار العقد لا تقتصر على المتعاقدين بل تجاوزهما إلى من يخلفهما خلافة عامة عن طريق الميراث أو الوصية، واستثنى من هذه القاعدة الحالات التي تكون فيها العلاقة القانونية شخصية بحتة، وهي تستخلص من إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية أو من طبيعة العقد أو من نص القانون.

الحالة الثانية : إذا كانت طبيعة الحق أو الالتزام الناشئ من العقد تأبى أن ينتقل من المتعاقد إلى خلفه العام:

لا تنتقل الآثار الناجمة عن العقد إلى الخلف العام ذلك إذا كانت طبيعة المعاملة أو الالتزام تستلزم ذلك، فقد يكون المانع من عدم انتقال آثار العقد للخلف هو أمر قانوني أو مادي، فإذا أبرم شخص حال حياته عقد انتفاع له مع أحد على أن ينتفع بوحدة سكنية حال حياته فقط، فإن بمجرد وفاته ينتهي حق الانتفاع وتعود العين لمالكها لأن محل التعاقد أو الالتزام كان انتفاع مدة حياة المتعاقد فلا ينتقل حق الانتفاع إلى من يخلفه بعد وفاته، لأن طبيعة الحق أو الالتزام انقضى بمجرد وفاة صاحبه أو المتعاقد عليه، كعقود الشركات لا تنتقل إلى ورثته، لأن طبيعة الإيراد القانونية والمادية معا تنقضي في حالة نص القانون علقت عدم انصراف آثار العقد بموت صاحب الإيراد.

الحالة الثالثة :

وهي إذا ما ورد نص في القانون يقضي بعدم انصراف آثار العقد أو التصرف بوجه عام إلى الخلف مثلما نصت عليه المادة ٦٩٧ من القانون المدني التي تقضي بأن عقد العمل يفسخ بوفاة العامل^(١)، كذلك لا تسري

(١) طبقاً لنص المادة ١/٦٩٧ "لا يفسخ عقد العمل بوفاة رب العمل، ما لم تكن شخصيته قد روعيت في إبرام العقد، ولكن يفسخ العقد بوفاة العامل".

الوصية في حق الورثة إلا إذا كانت لا تتجاوز ثلث التركة، وقد قضت محكمة النقض بأن "الوارث الذي يطعن في تصرف صادر من مورثه في صورة بيع منجزة أن حقيقته وصية وإنما قصد به الاحتيال على قواعد الإرث المقررة شرعاً إضراراً بحقه فيه، ويجوز له إثبات هذا الاحتيال بأي طريق من طرق الإثبات القانونية، فلا تثريب على المحكمة فيما تقضي من إحالة الدعوى إلى التحقيق لتمكين الوارث من إثبات حقيقة الواقع بشهادة الشهود"^(١).

كما نص القانون في المادة ٧١٤ مدني على انقضاء الوكالة ب وفاة الوكيل أو الموكل، وكذا نص المادة ٥٢٨ مدني على انتهاء الشركة بموت أحد الشركاء والقانون ينص على ذلك في مسائل يفهم من ظروفها أن المتعاقدين أرادا هذا ضمناً^(٢). وعلى ذلك وفي إطار المجموعة العقدية فلا تنتقل آثار العقد إلى عقد آخر إذا كانت طبيعة التعاقد تأبى ذلك الانتقال، وذلك إذا توافر في التعاقد إحدى الحالات السابقة، لأن كل من يدخل في المجموعة العقدية يكون قد ارتضى ضمناً كل النتائج المترتبة على كل ما أبرم من عقود، فيعتبر كما لو كان طرفاً فيها في حدود ما يلتزم به في مواجهة الآخرين وما يستفيد بشأنها^(٣).

(١) نقض مدني جلسة ١١،٥،١٩٥٠ الطعن ١٦٨ - ص ١٨.

(٢) راجع د. عبد الرازق السنهوري - نظرية العقد - المرجع سابق - ص ٩٨٢، ص ٧٣٥.

(٣) Nerét: مشار إليه في مرجع: د. محمد نور شحاته - مفهوم الغير في التحكيم ص ١٢٠

الفرع الثاني مدى تأثير الاعتبار الشخصي في التعاقد في إطار المجموعة العقدية

يثور تساؤل هام حول مدى إمكانية انتقال العقد الذي تم إبرامه بمراعاة الاعتبار الشخصي للمتعاقد الآخر عن الذي ينقضي بوفاء الطرف الذي كانت إمكاناته قد أخذت في الاعتبار، فهل يجوز أن تمتد آثار العقد القائم على الاعتبار الشخصي للمتعاقد إلى العقود الأخرى المكونة للمجموعة العقدية؟

المستقر عليه في الفقه^(١) أن العقد القائم على الاعتبار الشخصي للمتعاقد لا يكون قابلاً للانتقال للغير فلا يمتد آثاره إلى الغير فينقضي بوفاء ذلك المتعاقد لكونه قائماً على اعتبار في شخص المتعاقد، وعلى ذلك يرى أنصار هذا الرأي أنه لا يمكن استفادة أحد أطراف هذه المجموعة بالأحكام والبنود التي يتضمنها عقد آخر من عقود المجموعة العقدية الواحدة طالما أن التعاقد كان قد تم بمراعاة شخص المتعاقد، "وفي ضوء ذلك فلا يمكن نقل اتفاق التحكيم المبني على اعتبار شخصي، ولا يمكن الاحتجاج بهذا النقل على المتعاقد الأصلي الآخر إلا إذا كان هذا الأخير قد قبل صراحة الشريك الجديد الذي انتقل إليه الاتفاق، فإذا رفض المتعاقد الآخر الأصلي الشريك الجديد، فإن نقل اتفاق التحكيم إلى الأخير لن تكون له فعالية إلا في العلاقات بين الطرف القائم بنقل الاتفاق (المحيل أو المتنازل) والطرف الذي نقل إليه الاتفاق أي المحال إليه أو المتنازل إليه، وهي لا تتعدى كونها فاعلية نظرية، أما فيما يتعلق باتفاق التحكيم، فالضمان الناتج عنه يترجم فحسب في المسؤولية عن الضرر المحتمل وقوعه لعدم إمكانية الرجوع إلى التحكيم، وتلك المسؤولية من الصعب تقديرها بشكل مالي^(٢).

وعلى ذلك فإنه يجوز لطرفي العقد عند إبرامه أن يشترطا عدم قابلية انتقال العقد أو اتفاق التحكيم إلى الغير، أي يجوز لأطراف الاتفاق على

(١) راجع في توضيح ذلك: د. حسام الدين فتحي ناصف نقل اتفاق التحكيم - سنة ٢٠٠٢ - ص ١٠٢.

(٢) راجع في توضيح ذلك: د. حسام الدين فتحي ناصف - المرجع السابق - ص ١٠٢.

التحكيم أن يتفقا على الطابع الشخصي لاتفاق التحكيم، وعندئذ لا يتم اللجوء إليه فيما بين المتعاقدين دون غيرهما واستبعاد كل الغير، وذلك احتراماً لمبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين، وعلى ذلك فإذا حدث إخلال من الطرف المسئول داخل نطاق المجموعة العقدية، وكان هناك بند في العقد الأصلي يقضي باللجوء للتحكيم فيما بين الطرف المسئول والمتعاقد معه مباشرة دون غيرهما، ففي هذه الحالة إذا أراد الطرف المضرور الرجوع على الطرف المسئول بالتعويض فلا يستطيع الرجوع عليه بالتحكيم، لأن هذا الأخير قام على اعتبار شخصي لا يستفيد منه إلا طرفا العلاقة الأصلية، بحيث لا يمكن نقله أو امتداده لأي عقد من العقود المكونة للمجموعة العقدية، ولا يستطيع المضرور أن يرجع على المضرور هنا إلا من عن طريق القضاء.

ولا جدال أنه من باب أولى إذا كان العقد الأصلي المتضمن شرط التحكيم قائماً على الاعتبار الشخصي، فلا يمتد هذا الشرط إلى الغير بالتبعية لنقل العقد الأصلي.

المبحث الثانى

صور المجموعة العقدية

عرض وتقسيم:

تعرف المجموعة العقدية بأنها مجموعة من التصرفات القانونية المتعاقبة أو المتتالية أو المترابطة على مال واحد أو محل واحد بقصد تحقيق هدف مشترك أو عملية اقتصادية واحدة، فقد تأخذ صور التصرفات المتتالية على نفس المحل كالبيع، كما قد تأخذ مجموعة تصرفات مترابطة على نفس المحل كعقد المقاولة الأصلي، وعقد المقاولة من الباطن، كما يمكن أن يكون محل هذه التصرفات عملاً محدد بذاته.

وقد قام بعض الفقهاء بتقسيم المجموعة العقدية إلى عدة أقسام، فقد ذهب البعض ⁽¹⁾ لتقسيم هذه المجموعة إلى قسمين، أولهما: تلك المجموعة من العقود التى تتتابع زمنياً مع بعضها، بحيث لا بد وأن يسبق عقد عقداً آخر فى تاريخ الإبرام إلا أن العقدين متحدان مع بعضهما بوحدة المحل وهى العقود التى تجمع بينهما وحدة المحل وأن سبب العقد اللاحق وإنما يقوم لتنفيذ العقد الأصلي كالعقد الأصلي والعقد من الباطن ، وكذلك فقد يأتى العقد اللاحق لاحقاً لتنفيذ العقد الأصلي، فهو لا يأتى إلا بعد تمام التنفيذ للعقد الأول، وهى العقود المتوالية كالعقود الخاصة بالتجديد الصريح أو الضمنى وقد تكون بين نفس الأشخاص أو أشخاص مختلفين وتسمى السلسلة العقدية .

(1) *En l'espece il y a, a la fois, succession et conjuction. A s'entener a'la duree des contrats il faut certainement parier de conjuction. Le contrat de sous location. La periode ouverte par la conclusion d'un contrat de location n'est point close par celle d'un contrat de sous location. Si l'on observe la date de leur conclusion, c'est en revanche de succession qu'il s'agit*

Teyssie – le gropes de contracts 1975.

لكن تهدف جميعها إلى هدف واحد كأن يبرم شخص عدة عقود منفردة مع أشخاص عدة من أجل إنجاز مشروع معين وتسمى هذه العقود Ensemble de contrat وتتميز هذه العقود بالوجود المشترك بين العقود جميعاً وليس التعاقب أو التسلسل وتعرف بالتجمع العقدي .

الذي كما اتجه البعض الآخر ⁽¹⁾ إلى تقسيم مجموعة العقود على أساس الترابط يجمع بينهما وقد تكون العقود المترابطة بين نفس الأشخاص أو أشخاص مختلفين، وقد عرض هذا الرأي لمصادر الترابط ممثلة في الظروف المادية التي تشمل وحدة الأطراف أو وحدة المحل أو وحدة تاريخ الانعقاد لكل العقود أو تبعية العقد التالي للعقد الأول مثل عقود الرهن أو الكفالة .

وسوف نوضح كل صورة بالتفصيل على النحو الآتي:

الفرع الأول : مجموعة التصرفات القانونية المتعاقبة على مال واحد.

الفرع الثاني : التصرفات القانونية المترابطة بقصد تحقيق هدف مشترك.

المطلب الأول

مجموعة التصرفات القانونية المتعاقبة على مال واحد

قد تأخذ المجموعة العقدية صورة من مجموعة تصرفات قانونية تتعاقب على مال واحد بحيث يكون محل الالتزام واحداً كقاسم مشترك بينها، كالعين المؤجرة من المالك إلى المستأجر الأصلي والذي يقوم بدوره هذا الأخير بتأجيرها إلى الباطن فجميع العقود المتعاقبة هنا تكون على محل واحد وهي العين المؤجرة، وتنقسم هذه التصرفات إلى عدة أنواع، وسوف تنقسم دراستنا في هذا الفرع على النحو التالي:

الفرع الأول : البيوع المتتالية.

الفرع الثاني : العلاقات الإيجارية المتعاقبة على مال واحد.

الفرع الأول

(1) TEYSSIE, the, préce , p.175 et.s.

البيوع المتتالية

فعندما تتعاقب العقود على نفس المحل، سواء أكان مادياً أم معنوياً نصبح بصدد ما يسمى البيوع المتتالية، ووحدة المحل قد تكون كاملة كما هو الحال في البيع بالفليلة حيث يغير الباع بالفليلة بأنه هو المتبع في سوق العقود الآجلة، لأن العقود التي تصف بالفليلة عقود آجلة تامة ترد على نفس المحل الذي تمثله الفليلة، وعندما يحل ميعاد الاستحقاق يلتزم الباع الأول بتسليم البضاعة المباعة للمشتري الأخير حامل الفليلة ويحصل المشترون السابقون عليه من الفروق بين الأسعار^(١).

وقد استقر الرأي في فرنسا على أن الباع الأول والمشتري الأخير في البيع بالفليلة يستطيع كل منهما الرجوع على الآخر مباشرة وقد يتدخل المشترون (الباعة) المتوسطون في النزاع ليصير متعدد الأطراف^(٢).

ومثال هذه العقود كأن يقوم شخص بشراء سيارة من معرض سيارات ثم يكتشف وجود عيب خفي يتعلق بصناعتها في هذه السيارة، ونظراً لأن هذا المستهلك يعد هو الممتلك النهائي للمال، فهل يستطيع الرجوع على المنتج لهذه السيارة أم الشخص المتعاقد معه ؟

لا شك أن الممتلك النهائي للسيارة وهو المستهلك يستطيع الرجوع على المنتج الأصلي للسيارة، طبقاً لمفهوم المجموعة العقدية باعتبار أنه أحد أطرافها، بدعوى المسؤولية العقدية المؤسسة على ضمان العيوب الخفية^(٣)، إلا أنه يستلزم التفرقة هنا بين فرضين من البيوع المتتالية: وهما البيوع المتجانسة والبيوع غير المتجانسة.

أولاً: البيوع المتجانسة: وهي أن تكون جميع التصرفات التي تنصب على المحل الواحد أو المال الواحد من نوع واحد كأن تكون بيوعاً بحيث لا يفصل

(١) أنظر في عرض ذلك: د. على سيد قاسم - نسبية اتفاق التحكيم دراسة في أحكام القضاء وقرارات المحكمين - دار النهضة العربية - ص ٥٤ .

(2) Bourque, th. P. 340 et 341 .

(٣) انظر في توضيح ذلك بالتفصيل د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق - ص ٥٥ .

بين تصرف وآخر من التصرفات المكونة للمجموعة العقدية واقعةً مادية كالنقادم أو الاستيلاء أو الإيجار، ففي هذه الحالة لا يستطيع الممتلك النهائي للمال الرجوع على منتج السلعة المباشرة، لأنه يعد في حكم الغير في علاقته بالمنتج إلا إذا كانت دعواه مؤسسة على وجود عيب خفي وكانت التصرفات القانونية المتتالية على هذا المال من طبيعة واحدة أي متجانسة كالبيع المتتالية^(١)، وعلى ذلك فإذا كانت التصرفات القانونية التي توالى على هذا المال من طبيعة واحدة فلا يسري عليها الحكم السابق كالبيع التي يفصل بينهما عقد مقاوله مثلاً، كما لو اكتشف الممتلك النهائي للمال عيوباً في البناء نتيجة استخدام المقاول مواد بناء غير مطابقة للمواصفات، ففي هذه الحالة لا يستطيع رب العمل مطالبة منتج المواد بدعوى المسؤولية العقدية المباشرة لعدم ارتباطه معه بأي عقد^(٢).

ثانياً : البيع غير المتجانسة :

سبق وأن بينا أنه إذا كانت التصرفات القانونية التي تعاقبت على المال أو المحل الواحد ليست من طبيعة واحدة، فلا يستطيع الممتلك النهائي للمال الرجوع بالدعوى المباشرة على المنتج المؤسس على ضمان العيب الخفي في إطار المجموعة العقدية، ومثال هذه البيوع كأن يقوم شخص بشراء سيارة من شخص آخر سبق وأن تملكها بالنقادم، فالتقادم هنا واقعة مادية يفصل بين التصرفات المتعاقبة على نفس الشيء، كذلك البيوع التي يفصل بينهما عقد مقاوله فيكون ذلك حائلاً دون ممارسة دعوى الضمان للعيب الخفي.

وهذه العقود هي التي ينتظمها وحدة السبب، فهناك عقد بيع بضاعة طرفاه الشاحن والمرسل إليه وعقد نقل هذه البضاعة وعقد آخر وهو الشحن والتفريغ وعقد التأمين على البضاعة وعقود النقل المتتابعة فهذه العقود كلها تابعة للعقد الأصلي وهو عقد بيع البضاعة، وكل هذه العقود تهدف إلى التأكد من ضمان وصول البضاعة إلى المرسل إليه وكل هذه العقود ينتظمها هدف

(١) انظر في عرض وجهة نظر هذا الاتجاه: د. فيصل زكي عبد الواحد، المرجع سابق - ص ٣٢.

(٢) راجع في توضيح ذلك بالتفصيل: د. فيصل زكي عبد الواحد، المرجع سابق - ص ٣٤.

واحد ومحدد وهو ضمان وصول البضاعة المباعة إلى المرسل إليه فى حالة جيدة وسليمة .

واستناداً لهذه الظاهرة فإنه توجد علاقة مباشرة بين أعضاء هذه المجموعة العقدية، بالرغم من أن أطرافها لم يجلسوا على طاولة تعاقدات واحدة ، كالمشتري الأخير ضد صانع المنتجات والمقاول الأصلى ضد المقاول من الباطن .

الفرع الثاني

العلاقات الإيجارية المتعاقبة على مال واحد

ومثال هذه العقود تلك التي تنصب على محل التزام واحد أو شيء واحد كالعين المؤجرة، فتبدأ أولاً بعملية قانونية أولى وهي عقد الإيجار الأصلي الذي يتم بين المالك (المؤجر) والمستأجر الأصلي، ثم يعقبها بعد ذلك قيام المستأجر الأصلي بتأجير العين نفسها من الباطن إلى شخص ثالث، تنشأ بذلك مجموعة من العقود المتتالية رأسياً وتسمى السلسلة العقدية أو العائلة العقدية، ويثور تساؤل هنا عن طبيعة العلاقة بين المستأجر من الباطن وبين المالك الأصلي (المؤجر الأصلي).

صراحة إن واقعة التأجير من الباطن لا تنهي العلاقة الأصلية بين المالك والمستأجر الأصلي، حيث يظل كلٌّ منهما مسئولاً قَبْلَ الآخر، وبظل المستأجر من الباطن مسئولاً قبل المؤجر والمستأجر من الباطن، بحيث إذا أخل المؤجر بأحد الالتزامات تجاه المؤجر بأحد التزاماته المفروضة عليه طبقاً للتعاقد الأصلي كان للمستأجر من الباطن الحق في الرجوع عليه ومطالبته بالتعويض وفقاً لأحكام المجموعة العقدية، نظراً لوجود رابطة عقدية بينهما وإن كانت غير مباشرة إلا أنها تخول لأي منهما الرجوع على الآخر في حالة الإخلال بأحدى الالتزامات المفروضة على أيهما، طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية.

المطلب الثاني

التصرفات القانونية المترابطة بقصد تحقيق هدف مشترك

قد تأخذ المجموعة العقدية مجموعة تصرفات تترايط مع بعضها البعض، بهدف تحقيق هدف مشترك، وهذه العقود يربط بينهما وحدة السبب، كما في عقود المقاولة وعقود المشروعات ذات الشكل النموذجي، وسوف نقوم ببيان مثالين لهذه التصرفات، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

عقود المقاولة أو العقود المشتركة

يراد بالعقود المشتركة: هي مجموعة من العقود تهدف لتحقيق غرض واحد وتنفيذ عملية اقتصادية واحدة^(١) كعقود الإنشاءات الدولية الخاصة بالمقاولات فيتدخل إلى جانب رب العمل والمقاول البنك الممول وشركة التأمين والمقاولون من الباطن بمقتضى عقود مختلفة مستقلة قانوناً ولكنها مرتبطة ببعضها البعض من الناحية الاقتصادية .

وعقد المقاولة هو من أهم صور المجموعة العقدية في مجال عقود القانون الخاص، وهو عقد يبرم من أجل القيام بصناعة شيء محدد لقاء أجر معلوم متفق عليه، ويقوم فيه المقاول الأصلي المتعاقد مع رب العمل بعهد جزء من الأعمال المسندة إليه بموجب عقد المقاولة الأصلي إلى شخص أو أشخاص آخرين لمعاونته ومساهمتهم في تنفيذ التزامه تجاه رب العمل مما يجعله يبرم عقوداً مع هؤلاء للمساهمة معه في تنفيذ العقد الأصلي المبرم بينه وبين رب العمل، وهذا العقد يسمى عقد مقاولة من الباطن، وعلى ذلك فعقد المقاولة من الباطن لا بد وأن يكون لاحقاً في إبرامه لعقد المقاولة الأصلي، أي أن يكون تابعاً من حيث المحل للعقد الأصلي أو يكون العقد من الباطن وسيلة لتنفيذ العقد الأصلي دون التنازل عنه.

(١) أنظر في توضيح ذلك: د. على سيد قاسم - المرجع السابق - ص ٥٥ .

ويرى جانب من الفقه^(١) أن تبعية العقد من الباطن للعقد الأصلي ترجع لكون الطرف المشترك في العلاقة باقياً في العقدين، بمعنى آخر أن يبقى الطرف المشترك مسؤولاً عن تنفيذ العقد الأصلي، ويبقى أطراف العقد الأصلي في العقد من الباطن ثلاثة أطراف، كما يقرر هذا الرأي أن الطرف المشترك في عقد المقولة الأصلي لا يستطيع أن يقر للمتعاقد معه من الباطن حقوقاً أكثر مما له في العقد الأصلي، كما لا يستطيع أن يقرر للمتعاقد من الباطن أو أن ينقل كاهله بالتزامات تتعارض مع ما وردت ضمن بنود العقد الأصلي^(٢).

(١) راجع في توضيح ذلك: د. مصطفى عبد السيد الجارحي. المرجع سابق ص ، كما يرى هذا الرأي أنه يجب ملاحظة أن التبعية هي من وجه واحد في العقد من الباطن للعقد الأصلي وليس العكس، وينتج على الثبوت بالنتائج الآتية - انظر هذه النتائج ص ٨ و ص ١٠ عقد المقاول من الباطن سنة ١٩٨٨.

(٢) راجع في عرض هذا الرأي: د. مصطفى السيد الجارحي - المرجع سابق - ص ١٠.

الفرع الثاني

العقود الخاصة بالإنشاءات الدولية

كان لاتساع وتشعب العلاقات الدولية التجارية بالغ الأثر في ظهور المشاريع الضخمة والمشاركة فنشأت بعض العلاقات التجارية الدولية التي كونت مجموعة عقدية واحدة وجهت لها العديد من الأنظمة القانونية الخاصة اهتماماً خاصاً على المستويين الدولي والمحلي، ومثل هذه العقود الخاصة بإنشاء مشروعات البنية التحتية الممولة من القطاع العام والتي تعرف باسم BOT وكذلك عقود إنشاء المشروعات وتشغيلها خلال فترة الامتياز، ونتيجة لذلك فقد ساهمت بعض المؤسسات الدولية في وضع الأنظمة القانونية لهذه الروابط العقدية بهدف التيسير على أطراف العلاقات التعاقدية فقامت بوضع نماذج لعقود البناء والتشييد يتضمن بحث كافة الجوانب المنظمة للعلاقات القانونية بين أطراف هذه العلاقة، بالإضافة للوسائل التي يجب اتباعها لتسوية النزاعات الناشئة عن تنفيذ هذه العقود، ومن أهم النماذج هي التي وضعها الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين FIDIC وبعض العقود التي تستخدم في أعمال البناء والتشييد مثل عقود الهندسة المدنية وعقد تسليم المفتاح، وهي عقود متعددة أفقياً ومتربطة بين أطراف يجمع بينهم طرف مشترك^(١).

ويرى البعض أنه رغم استقلال عقود هذه المشروعات من الناحية القانونية إلا أن هدفها المشترك أثبت ارتباطاً من الناحية القانونية^(٢).

والعملية في أكثر من جانب بحيث ينعكس الخلل في تنفيذ أحدهما أو بعضهما أن يؤثر في تنفيذ باقي أو بعض عناصر حزمة العقود، بالإضافة لكون التركيبية الفريدة لهذه العقود، وخاصة مشروعات البنية التحتية، ليس فقط إمكان قيام نفس الشخص بأكثر من دور، بحيث يكون طرفاً في أكثر من

(١) د. أحمد شرف الدين: تسوية منازعات ومشروعات البنية التحتية الممولة من القطاع العام BOT - ورقة بحثية نشرت في مجلة التحكيم العربي - العدد الرابع - أغسطس عام ٢٠٠١ - مركز تحكيم حقوق عين شمس ص ١٠٢.

(٢) د. أحمد شرف الدين : المرجع السابق - ص ١٠٢.

عقد، بل إمكانية تعارض مصالح أطراف هذه العقود واحتمال قيام خلافات أو منازعات بين أشخاص ليسوا أطرافاً في العقد(١)، وبعبارة أخرى تتبثق هذه الطائفة من مجموعات من العقود عن باعث مشترك يدفع إليها ويصهرها في بوتقة واحدة، فكل عقد من العقود المشتركة منفرداً غير كاف بذاته ولكنه لازم ضروري لتحقيق الهدف النهائي(٢) .

(١) راجع في هذا المعنى: د. أحمد شرف الدين - المرجع السابق ص ١٠٣ .

(٢) راجع في هذا المعنى: د. على قاسم - مرجع السابق - ص ٥٦ .

المبحث الثالث

تمييز المجموعة العقدية عن الأنظمة القانونية الأخرى

عرض وتقسيم:

قد تتشابه فكرة المجموعة العقدية مع بعض الصور القانونية الأخرى، بل من الممكن أن تتفق بعض أحكامها معها، وإن كانت تختلف عن هذه النظم اختلافاً جديراً بالبحث، حتى تستطيع من خلاله أن يبين مدى استقلال هذه المجموعة من العقود بقواعد وأحكام تميزها عن باقي النظم التي قد تتشابه معها، وذلك من أجل معرفة الإطار القانوني الذي يخضع له أطراف هذه المجموعة، وعلى ذلك فسوف تنقسم دارستنا في هذا المطلب إلى ست فروع كالآتي:

المطلب الأول : المجموعة العقدية وفكرة التنازل عن العقد.

المطلب الثاني : المجموعة العقدية وفكرة حوالة الحق.

المطلب الثالث : المجموعة العقدية وفكرة حوالة الدين.

المطلب الرابع : المجموعة العقدية وفكرة الاشتراط لمصلحة الغير.

المطلب الخامس : المجموعة العقدية وفكرة الحلول.

المطلب السادس : المجموعة العقدية وعلاقة المتبوع بتابعه.

المطلب الأول

المجموعة العقدية وفكرة التنازل عن العقد

يوجد فارق بين التنازل عن العقد والعقد من الباطن، ففي هذا الأخير يبقى الطرف المشترك دائناً أو مديناً محتفظاً بحقوقه ومحملاً بالتزاماته تجاه مدينه أو دائنه الأصلي، في الوقت الذي يصير دائناً أو مديناً في العقد من الباطن ويظل المتعاقد من الباطن غيراً بالنسبة للطرف الآخر في العقد الأصلي، وليست بينهما أى علاقة عقدية، وإنما يبقى الطرف المشترك هو المسئول عن تنفيذ التزامه في مواجهة الطرف الآخر في العقد الأصلي، أو التنازل عن العقد يفترض أن هناك اتفاقاً بين أحد المتعاقدين مع الآخر بقصد نقل كل حقوقه والتزاماته المتولدة عن العقد المبرم فيما بينهما إلى شخص آخر من الغير يسمى المتنازل إليه، والتنازل بهذا الشكل يتضمن حوالة كاملة للعقد لشخص المتنازل إليه، ويذهب بعض الفقه إلى أن هذا النزول عن العلاقة العقدية إنما يتضمن في جوهره عمليتين قانونيتين في نفس الوقت هما حوالة حق بالنسبة إلى حقوق المتنازل وحوالة دين إلى التزامه...^(١).

ونحن لا ننفق مع هذا الاتجاه، ذلك أنه في ظل أحكام حوالة الحق يظل الشخص المحيل مسئولاً عن أفعاله الشخصية ولو كانت الحوالة بعوض، أما التنازل فيتربط عليه بمجرد إتمامه نقل الصفة العقدية من شخص المتعاقد إلى الغير، ويصبح المتنازل بعيداً عن مسرح العلاقة التعاقدية، لأنه يفقد كل مصلحة له^(٢).

فالتنازل ينصب على الصفة العقدية من شخص المتعاقد إلى الغير، بعكس الحوالة التي تنصب على حق شخصي، كما أنه في ظل أحكام حوالة الحق فإنه بمجرد نفاذ الحوالة في حق المحال عليه ينتقل الحق المحال به من المحيل إلى المحال له ويكون للمحال عليه التمسك قبل المحال له بكافة

(١) انظر في توضيح ذلك: د. محمد لبيب شنب - عقد الإيجار - المرجع سابق سنة ١٩٩٦.

(٢) انظر في توضيح ذلك بالتفصيل: د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع سابق - ص ١٢.

الدفع المستمدة من عقد الحوالة، أما التنازل عن العقد فيصبح المتنازل بمجرد اتمام التنازل من الغير وتتقي عنه أي صفة في عقد التنازل.

كما أن الأصل أن تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين المحيل والشخص المحال عليه، لكنها قد تتم باتفاق بين الدائن والشخص المحال عليه دون حاجة إلى رضا المدين ومرجع ذلك أن الوفاء يجوز أن يكون من شخص غير المدين، ولو كان ذلك دون علمه، كما أنه في الاتفاق على حوالة الدين لا ينتقل الدين المحال إلى المحال عليه بحيث تبرأ ذمة المدين الأصلي منه، وإنما يقتصر أثره على مجرد إنشاء التزام على عائق المحال عليه بالوفاء بالدين للدائن ومرجع بقاء التزام المدين قائماً إلى جانب التزام المحال عليه في حالة إبرام الحوالة بين المدين والمحال عليه، أن شخصية المدين تكون محل اعتبار لدى الدائن، فلا يجب إبراء ذمة المدين الأصلي من الدين قبل موافقة الدائن.

وبذلك تختلف أحكام المجموعة العقدية كلياً عن فكرة التنازل الكلي عن العقد، فالتنازل الكلي عن العقد يتنازل فيه الطرف عن الاتفاق الأصلي برمته بكل ما ينبثق عنه من حقوق والتزامات، وهذا التنازل يتم من المحيل إلى المحال إليه الذي يصبح طرفاً في العقد الأصلي وتتصرف إليه آثاره، وفقاً لقاعدة النسبية، وعلى ذلك فإذا كان العقد الأصلي يتضمن اتفاقاً على التحكيم فقد درج القضاء على أنه في حوالة العقد فإن آثار هذا الاتفاق تمتد إلى المحال إليه بوصفه طرفاً في العقد^(١)، ففي حالة التعاقد من الباطن يبقى الطرف المشترك دائئاً أو مدينًا محتفظاً بحقوقه أو متحملاً بالتزاماته تجاه مدينه أو دائئه الأصلي في الوقت الذي يصير دائئاً أو مدينًا في العقد من الباطن، ويبقى الطرف المشترك هو المسئول عن تنفيذ التزامه تجاه الطرف العقد الأصلي، كما أن المحل واحد في العقد الأصلي والعقد من الباطن أما في حالة التنازل عن العقد فهناك عدة اختلافات، فمن ناحية، في التنازل عن

(١) راجع في عرض ذلك: د. منير عبد المجيد - التنظيم القانوني للتحكيم الدولي

والداخلي في ضوء الفقه وقضاء التحكيم بند ٨٤ - ص ١٢٧.

العقد يوجد عقدان: الأول الذي يبرم أساساً لإنشاء الالتزام الأصلي ثم ينقذ العقد الثاني في وقت لاحق ويسمى عقد التنازل، وبمقتضاه يحل المتصرف إليه محل المتصرف في العقد في جميع حقوقه وجميع التزاماته الناشئة عن العقد الأول^(١) وتنتقل بهذا التنازل الصفة العقدية من شخص المتعاقد (المتنازل) إلى شخص من الغير (المتنازل إليه) ويصبح الأول بعيداً عن العلاقة التعاقدية لأنه يفقد كل مصلحة له، بعكس التعاقد من الباطن، حيث لا يترتب على نشوئه نقل الصفة العقدية، بأن يكون مصدرًا مستقلاً للحقوق والالتزامات، فالمستأجر الذي يتنازل عن العلاقة الإيجارية بالتنازل عن حقه في الانتفاع بالعين التي يستأجرها إلى شخص أجنبيًا، يصبح بمجرد إتمام عملية التنازل أجنبي عن العلاقة الإيجارية، ويترتب على ذلك نشوء رابطة عقدية مباشرة جديدة بين المتنازل إليه والمؤجر تعطي لأحدهما مكنة الرجوع على الآخر لمطالبته بالتعويضات التي لحقت به من جراء إخلال المتعاقد الآخر معه بالالتزامات المفروضة عليه، والتي تنقل كاهله بمقتضى المسؤولية العقدية المباشرة بينهما، أما بالنسبة لعقد الإيجار من الباطن فلا يترتب على نشوئه إنهاء العلاقة الإيجارية الأصلية بين المؤجر والمستأجر الأصلي، بل تظل قائمة، ويبقى هذا الأخير مسئولاً أمام المؤجر والمستأجر من الباطن، بحيث إذا أخل المؤجر بأحد الالتزامات التي تنقل كاهله، فذلك يخول للمستأجر من الباطن الحق في الرجوع على المستأجر الأصلي للمطالبة بالتعويض وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية، ونفس الحال بالنسبة للمؤجر فيستطيع الرجوع على المستأجر الأصلي لمطالبته بالأجرة نتيجة إخلال المستأجر من الباطن بدفعها له وذلك بمقتضى قواعد المسؤولية العقدية^(٢).

(١) انظر في توضيح ذلك: د. مصطفى عبد السيد الجارحي - المرجع سابق - ص ٢٥، سنة ١٩٧٤.

(٢) انظر في توضيح ذلك: د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع سابق - ص ٧٧.
Larrou MET, Les Operations Juridique à traits Personnes' 1968, P. 182,
S: E spaa Non (M) droit a reparation. J. C. - Sau Sa NT 1140 à 1155
Fasc 16, 2, P. 13, No. 44.

وبذلك يختلف التنازل عن العقد من العقد من الباطن من حيث النطاق، فالتنازل عن العقد أوسع نطاقاً من العقد من الباطن، فالتنازل كعقد مستقل يجوز أن يكون بمقابل فيكون بيعاً أو مقايضة، ويجوز أن يكون بدون مقابل أي هبة مع ضرورة توافر نية التبرع في هذه الحالة، وفي هذا قضت محكمة النقض الفرنسية بأن التنازل عن عقد الإيجار لا يشتبه بالبيع ولا يتضمن بالضرورة اشتراط الثمن، ويجوز أن يلتزم بدفع مقابل للتنازل مثل تلك الحالة التي يكون فيها المتنازل يتوقع خسارة لو أنه قام بتنفيذ المقاولة بنفسه فيقوم بالتنازل عن المقاولة لآخر ويدفع له مبلغاً من المال يحدد به خسارته.

وبحقق التنازل عن العقد ميزة خاصة لشخص المتنازل، إذ إنه يكفل له الخروج عن دائرة العلاقة العقدية الأصلية دون أن تقتضي، وذلك بأن يحل شخص من الغير يسمى المتنازل إليه محله وتخدمه في ذلك وسيلة أتاحها له القانون ليتمكن بمقتضاها من الخروج من الدائرة العقدية، وذلك بإنهاء العقد غير محدد المدة بالإرادة المنفردة.

ويتجه البعض^(١) للقول بأنه لا يوجد في الفقه المصري والفرنسي من يعترض على مبدأ التنازل عن العقد للغير وهو ما تبرره اعتبارات عدة من أهمها مبدأ الحرية التعاقدية، وما أقره القانون المدني والفرنسي من مبدأ انتقال آثار العقد ككل إلى الخلف العام أو الخاص، كما نص القانون على مبدأ التنازل عن عقد الإيجار ككل في المادة ٥٩٣ من القانون المدني.

كما استند هذا الرأي إلى أن العقد في حد ذاته يعتبر مالا يقوم بالقيمة المادية ومن ثم فإنه يجوز التنازل عنه.

وفي إطار العقود التي تبرم بمراعاة الاعتبار الشخصي في التعاقد لا يجوز فيها التنازل عن العقد صحيحاً ونافاً في حق المتعاقد الآخر، إلا إذا وافق صراحة المتعاقد الآخر على هذا التنازل للغير، وذلك لأن طبيعة وشخصية المتعاقد الآخر كانت هي محل إعتبار التعاقد بالنسبة لشريكه، مثل

(١) د. مصطفى عبد السيد الجارحي (عقد المقاولة من الباطن) - المرجع السابق - ص ٢٥.

العقود التي تبرم مع الرسام والفنان والمحامي، فهذه العقود غالباً ما تنقضي بوفاة الطرف الذي كانت إمكاناته وصفاته قد أخذت في الاعتبار عند التعاقد، وعلى ذلك فإن الأصل أن العقد الذي تم إبرامه بمراعاة الاعتبار الشخصي للمتعاقد الآخر لا يكون قابلاً للانتقال إلى الغير ولا ينتج آثاره عند وفاة ذلك المتعاقد لأن إبرامه كانت لصفة تلحق المتعاقد المتوفى.

المطلب الثاني

المجموعة العقدية وفكرة حوالة الحق

تعرف حوالة الحق بأنها عقد بمقتضاه يتم الاتفاق بين الدائن الأصلي وشخص آخر من الغير يحل محله في اقتضاء حقه الذي له في ذمة المدين، ويحل بذلك حق الشخص محل الدائن في تلقي الحق نفسه، وهذا ما نص عليه المشرع بالمادة ٣٠٣ من القانون المدني بقوله "يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر، إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين".

ويرى بعض الفقه^(١) أن حوالة الحق هي اتفاق ينشئ الحق وينقله ويعدله ويقضيه، وهو ما يتم بين المحيل والمحال له ينقل بمقتضاه الحق من الأول إلى الثاني، فالاتفاق في رأيه أعم من العقد، ويلزم رضا المحيل والمحال له لتنفيذ الحوالة ولا يشترط رضا المدين في الحوالة، بل يصح أن تتعد الحوالة محالاً عليه^(٢)، ولا يترتب على حوالة الحق أي تغيير في محل الالتزام ذاته، إذ ينتقل الالتزام الجديد بكل صفاته ودفعه وتوابعه للشخص المحال إليه وبالتالي لا يلتزم المدين بأي شيء جديد تجاه الدائن الجديد سوى ما كان ملتزماً به تجاه الدائن الأصلي وفي هذا تقول محكمة النقض المصرية بشأن أحد الطعون الذي طرح أمامها^(٣) إن حوالة الحق لا تنشئ التزاماً جديداً في

(١) راجع في توضيح ذلك: د. عهيد الرزاق السنهوري - الوسيط والالتزامات - الجزء ٣ ص

٤٧٠، ود. شفيق شحاته - حوالة الحق - ص ١٣، ١٤.

(٢) راجع في ذلك: د. نبيلة رسلان: المرجع سابق - ص ١٢٤.

(٣) نقض مدني الطعن رقم ٨١٢ لسنة ٢٧ ق.

ذمة المدين، وإنما هي تنقل الالتزام الأصلي من دائن إلى آخر باعتبار هذا الالتزام حقاً للدائن المحيل وينتقل بهما الالتزام ذاته بجميع مقوماته وخصائصه.

وتختلف حوالة الحق من ناحية التكوين عن المجموعة العقدية، فحوالة الحق تتم باتفاق بين الدائن بالحق الموجود في ذمة الغير وشخص آخر، ويصبح بمجرد إتمام الحوالة الشخص المحيل أجنبياً عن العلاقة وعن المحال إليه والمحال عليه^(١) أما "المجموعة العقدية فتتكون من مجموعة تصرفات قانونية متعاقبة على مال واحد أو مترابطة بقصد تحقيق هدف مشترك، وأن كل طرف ساهم في تكوين هذه التصرفات يظل موجوداً على مسرح العلاقة التعاقدية"^(٢).

ويختلف المركز القانوني للشخص المحال عليه في الحوالة عنه في إطار المجموعة العقدية. ففي الحوالة ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار المدين طرفاً في عقد الحوالة^(٣)، في حين يرى اتجاه آخر بأنه يقتصر وصف الطرف على أطراف الحوالة على المحيل والمحال له فلا يعبر هذا الرأي وصف الطرف للمدين المحال عليه^(٤).

أما فكرة الطرف في إطار المجموعة العقدية فتتسع لتشمل كل من ساهم في تكوين التصرفات القانونية المتعاقبة، وهؤلاء يعدون من الغير بالنسبة لتكوين التصرفات الأخرى، إلا إنهم يخرجون من منطقة الغيرية بالنسبة لإنتاج

(٢) انظر في توضيح ذلك بالتفصيل: د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط - ج ٣، المرجع سابق سنة ١٩٥٨ - ص ٥٣٦.

(٣) انظر في توضيح ذلك: د. فيصل عبد الواحد - المرجع سابق - ص ٢٤٥.

(٤) راجع في ذلك: د. عبد الرزاق السنهوري - مصادر الالتزام - الوسيط - المرجع سابق - ص ٤٧١ ويزيد أستاذنا السنهوري بأنه يمكن اعتبار المدين غيراً من وجه وطرفاً في عقد الحوالة من وجه آخر وعلى كل حال فإن المدين له وضع خاص يجعله بين بين. أما تقنين الموجبات والعقود اللبناني اعتبر المدين غير مثله سائر الأغيار ويشترط لنفاذ الحوالة في حقه قبوله لها وأن يكون هذا القبول ثابت التاريخ.

(٥) د. محمد شريف عبد الرحمن - حوالة الالتزامات - المرجع السابق ص ١٤٥.

هذه التصرفات لآثارها^(١). ومثال ذلك عقد الإيجار من الباطن فلا يترتب على نشوئه إنهاء أو انقضاء العلاقة الإيجارية الأصلية فيما بين المستأجر الأصلي والمؤجر، بل تظل قائمة ويظل المستأجر الأصلي مسؤولاً تجاه المؤجر والمستأجر من الباطن في وقت واحد، بحيث إذا أخل المؤجر بأحد التزاماته فيحق للمستأجر من الباطن الرجوع على المستأجر الأصلي لمطالبته بالتعويض الذي لحقه عن الأضرار بموجب قواعد المسؤولية العقدية، وكذلك الحال إذا أخل المستأجر من الباطن بالتزامه بدفع الأجرة، فيحق للمؤجر الحق في الرجوع على المستأجر الأصلي بمقتضى قواعد المسؤولية العقدية، بالإضافة لطبيعة تكوين هذه الروابط حيث أنها مجموعة من التصرفات القانونية التي تنشأ مستقلة عن الأخرى ونظراً لأن عدم تنفيذ إحداها يؤثر في تنفيذ الالتزامات الأخرى ونظراً لتعاقب وارتباط هذه التصرفات وكونها ترد على مال واحد فتتيح هذه الرابطة لكل من أطرافها الرجوع بدعوى المسؤولية العقدية الناتجة عن الإخلال بالتزام تعاقدى.

ومن ناحية أخرى فيبدو وجه الخلاف الرئيسي بين النظامين أن في ظل نظام حوالة الحق يظل المحيل مسؤولاً عن أفعاله الشخصية ولو كانت الحوالة بعوض أو لو اشترط عدم الضمان فيضمن المحيل للمحال له جميع الأفعال التي تصدر منه بعد صدور الحوالة، ويكون من شأنها الانتقاص من الحق المحال به أو زواله، فيكون مسؤولاً بحكم هذا الضمان - بعد الحوالة - وقبل صيرورتها نافذة في حق المدين وفي حق الغير ما دامت هذه الأفعال تنتقص عن الحق المحال به أو تنتقص من توابعه كالرهن أو أي ضمان آخر، ويستوي في ذلك أن تكون الحوالة بعوض أو بغير عوض، أو أن يكون الضمان بحكم القانون أو بحكم اتفاق يشدد أو يخفف من مسؤولية المحيل، بل إن المسؤولية تتحقق على ذلك حتى لو اشترط المحيل عدم الضمان، فالمسؤولية هنا ناشئة عن خطأ تقصيري ولا يجوز الاتفاق على استبعادها أو

(١) راجع في ذلك: د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع سابق ص ٩.

تعديلها، وهو ما نصت عليه المادة ٣١١ من القانون المدني^(١)، أما في إطار المجموعة العقدية فإن المشرع اتبع منهج تصنيف طور المسؤولية إلى عقدية وتقصيرية أو موضوعية حتى لا تتزاحم المسؤوليات، وهو ما يعبر عنه مبدأ عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين. ولا شك أن توحيد طبيعة المسؤولية بين أطراف المجموعة العقدية الواحدة يترتب عليه احترام مبدأ عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين، وعليه فإن الطرف المسئول في إطار المجموعة العقدية لا تتعد مسئوليته إلا وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية استناداً إلى العلاقة التعاقدية التي ساهم في بنائها...

... ومن ناحية أخرى فإنه بمجرد نفاذ الحوالة في حق المحال عليه ينتقل الحق المحال به من المحيل إلى المحال ويكون للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بكافة الدفعات التي كان له أن يتمسك بها قبل المحيل وكذلك التمسك بالدفعات المستمدة من عقد الحوالة^(٢)، أما في ظل المجموعة العقدية ففي العلاقة التعاقدية التي ساهم الطرف المضرور في تكوينها فيكون للطرف

(١) راجع: د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في الالتزامات - المرجع سابق ص ٥٠١. كما جاء في هذا الرأي أن المسؤولية ناشئة عن عقد الحوالة وأن المادة ٣١١ مدني ليس تقريراً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية بل هي تفرض على المحيل بضمان أفعاله الشخصية الذي نشأ عن تعاقد من المحال له، ولكن يعترض على هذا القول بأنه لو صح لجاز للمحيل اشتراط عدم الضمان عن فعله الشخصي الذي لا يعتبر غشاً أو خطأ جسيماً، إذ يجوز للمدين في المسؤولية التعاقدية أن يشترط إعفاءه من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدية إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطأ جسيم م ٢/٢١٧ مدني. في حين أن المادة ٣١١ تبطل اشتراط عدم الضمان من أي أخطاء دون تمييز بين خطأ وخطأ، ومهما كان من أمر، فإنه إذا تحققت مسؤولية المحيل عن أفعاله الشخصية كان ملتزماً بتعويض المحال له تعويضاً كاملاً، ولا يقتصر على رد ما استولى عليه من الفوائد والمصروفات وهذا الحكم لا يتمشى لا فحسب مع قواعد المسؤولية التقصيرية بل أيضاً مع قواعد المسؤولية العقدية، أما ما نصت عليه المادة ٣١٠ مدني من أن التزام المحيل بالضمان يقتصر على رد ما استولى عليه من الفوائد والمصروفات ولو وجد اتفاق يقضي بغير ذلك، فإن هذا لا يشمل المحيل عن أفعاله الشخصية أو أن هذه المسؤولية لا يتناولها حكم المادة ٣١٠ مدني.

(٢) انظر في ذلك: السنهوري - الوجيز في النظرية العامة للالتزام - الجزء الثاني - أحكام الالتزام د. رأفت محمد حماد. د. محمود عبد الرحيم الديب - ص ٢١٢.

المسئول التمسك بالدفع الموجودة بالعقد مثل بند الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية، غير أنه يشترط للتمسك بهذه الدفع من قبل المدين أن يكون هذا الأخير على علم بهذه البنود للتمسك بها في مواجهة المتضرر غير المباشر، وأن يكون قبلها في نفس الوقت، أما إذا انتفى العلم أو القبول فإن ذلك يترتب عليه فقد هذا البند لجدوى وجوده مما يحول دون التمسك به لا من جانب الطرف المسئول - وفقاً لأحكام المجموعة العقدية أو المتعاقد مع المضرور غير المباشر.

كما تختلف أحكام الأسرة العقدية عن أحكام حوالة الحق من حيث الآثار، ففي حوالة الحق تبرأ ذمة الشخص المحيل تجاه الشخص المحال إليه بمجرد قبول الحوالة أو إعلانه بها ويصبح المحيل منذ ذلك الوقت أجنبياً عن العلاقة التعاقدية، أما في ظل العلاقات التي تشكل أسرة عقدية واحدة، فلا يلزم إعلان أحد أطراف التصرفات الأخرى بالتصرف الذي ساهم الطرف الآخر في تكوينه أو تنفيذه، بل إن طبيعة هذه التصرفات تنشأ مستقلة، ولا تبرأ ذمة الطرف الذي ساهم في تكوين هذه التصرفات ولا يخرج من منطقة الغيرية بالنسبة لعلاقته فيما بين أطراف المجموعة العقدية التي ساهم في تكوين أحد عقودها.

المطلب الثالث

المجموعة العقدية وفكرة حوالة الدين

لم يكن التقنين المدني السابق يعرف نظام حوالة الدين، ولم يكن يعرف إلا نظام حوالة الحق شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي^(١) وحوالة الدين هي عبارة عن القيام بعمل قانوني يتم بمقتضاه انتقال دين المدين إلى شخص آخر يحل محله، مع بقاء الدين قائماً في ذاته بجميع مقوماته وخصائصه، ويعرفها البعض بأنها نقل التزام على عاتق شخص إلى شخص آخر ليصبح مديناً له للدائن بدلاً من المدين الأصلي، ويسمى الشخص الذي يتحمل الدين بمقتضى الحوالة محالاً عليه^(٢).

وقد أجاز القانون المصري الحالي حوالة الدين ونص عليها في المادة ٣١٥ وحتى ٣٢٢^(٣) وحوالة الدين أمر غير معروف في القانون المدني الفرنسي الحالي^(٤)، إلا أن هذا الأخير قد خرج على هذه القاعدة في حالات استثنائية عندما قرر بعض القواعد التي تنص على التزام الخلف الخاص بالديون التي كان ملتزم بها سلفه بالإضافة لتقريره في المادة ١٧٤٣ من القانون المدني الفرنسي أن لحائز العقار أو المبنى احترام عقود الإيجار التي أبرمها سلفه.

وبذلك تختلف المجموعة العقدية من حوالة الدين عن عدة نواحٍ، فمن ناحية الآثار المترتبة على حوالة الدين وخاصة تلك التي تتم باتفاق بين

(١) د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في مصادر الالتزام - ص ٥٥ فقرة ٣٠٨ وكان التقنين المدني السابق كالتقنين الفرنسي يسد هذا النقص عن طريق التجديد بتغيير المدين، وعن طريق الإثابة في الوفاء وعن طريق الاشتراط لمصلحة الغير، ولكن هذه الطرق ليس فيها بحثٌ عن حوالة الدين.

(٢) انظر في تعريف ذلك: د. حسن عبد الباسط جميعي - النظرية العامة للالتزامات - أحكام الالتزام ص ٢٨٢.

(٣) حيث تنص المادة ٣١٥ مدني على أنه "يتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص يتحمل عنه الدين م ٣١٦ (١) ولا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها (٢) وإذا قام المحال عليه أو المدين الأصلي بإعلان الحوالة إلى الدائن عين له أجلاً معقولاً ليتم الحوالة ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار. اعتبر سكوت الدائن رفضاً للحوالة.

(٤) مازوشابيس - دروس في القانون المدني - النظرية العامة للالتزامات ج ٢، المجلد الأول، فقرة ٨٥، ١٢٨٣ ص ١٢٦٨ بلانيول ورومير ج ٧ ص ٧٣ وما بعدها.

المدين الأصلي، والمحال عليه، ففي هذا النوع يلزم إقرار الدائن للحالة حتى تنفذ في حقه، فإذا لم يقرها الدائن فيقتصر أثر الحالة على العلاقة بين المدين الأصلي والمحال عليه، ويظل المدين الأصلي ملتزماً بالوفاء للدائن ويبقى المحال عليه مسئولاً أمام المدين عن الوفاء للدائن، وبذلك تنتفي أية رابطة عقدية بين الدائن الأصلي والمحال عليه، فلا يحق لأي منهما الرجوع على الطرف الآخر بأي شيء لعدم وجود أية روابط عقدية فيما بينهما، وعلى ذلك يصبح المحال عليه في حالة رفض الدائن لحالة الدين من الغير بالنسبة للعلاقة الأصلية بين الدائن والمدين، أما والأمر يختلف داخل نطاق المجموعة العقدية، والتي تخرج أطرافها من منطقة الغيرية بالنسبة لعلاقتهم بعضهم ببعض^(١).

ومن ناحية أخرى، فإن حالة الدين تتميز عن المجموعة العقدية، من حيث إنه في الأولى تبرأ ذمة المدين الأصلي تجاه الدائن في حالة إقراره لها، وتبرأ ذمته من وقت انعقاد عقد الحالة وتبرأ بذلك ذمته نهائياً من الالتزام منذ ذلك الوقت، فلوا إن المحال عليه الذي انتقل الدين إلى ذمته أعسر بعد ذلك ولم يستطيع الدائن أن يستوفي حقه منه فإن هذا الأخير لا يستطيع الرجوع بالدين على المدين الأصلي بعد أن برئت ذمته من الدين وذلك وطبقاً لأحكام المادة ٣٢١ من القانون المدني فالمدين الأصلي لا يكون مسئولاً حتى عن ضمان يسار الشخص المحال عليه، أما في إطار المجموعة العقدية، ونظراً لأن هذه الأخيرة كما قلنا^(٢) تتكون من مجموعة تصرفات متعاقبة أو مرتبطة على مال واحد بقصد تحقيق هدف مشترك فالطرف المتضرر يمكنه الرجوع على الطرف المسئول، ولا تبرأ ذمة هذا الأخير إلا إذا أثبت أن انتفاء الخطأ في تصرفه القانوني الذي شارك في بنائه أو في العلاقة التعاقدية التي ساهم في تكوينها يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه، أو ثبت أن هناك بنداً أو نص في العقد ينص على إعفائه من المسؤولية وفقاً لما جاء بنص المادة ٢/٢١٧ من القانون المدني المصري^(٣).

(١) راجع في ذلك: د. فيصل زكي عبد الواحد- المرجع السابق - ص ١٨٨.

(٢) انظر - ص من الرسالة.

(٣) حيث تنص المادة ٢١٧ (٢) على أنه "وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية

كما تختلف أحكام حوالة الدين من حيث مُكْنَةِ تحويل الطرف المتضرر في الرجوع على الطرف المسئول عن الضرر تطبيقاً لمفهوم حوالة الدين، فإن الطرف لا يمكنه الرجوع على المتعاقد معه مباشرة، وذلك بصدد تحديد المسئول، لأنه في حوالة الدين - كما قلنا - تبرأ ذمة الشخص المحيل بمجرد قبول الدائن لها، في حين أن ذلك الأمر غير مقصود حدوثه في ظل أحكام الأسرة العقدية، حيث إن هذه الأخيرة تتيح وتحول للطرف المضرور الحق في الرجوع على المتعاقد معه مباشرة وكذلك تمكنه من الرجوع على الطرف المضرور، كما تتيح له الرجوع على الاثنين معاً وفقاً لفكرة التضام في المسؤولية، كما سنبينها فيما بعد^(١).

وتتفق حوالة الدين مع المجموعة العقدية بشأن الاعتراف للدائن في إطار حوالة الدين باصطلاح الطرف^(٢) وهو ما يعبر عن مصلحة ذاتية مباشرة فيتأثر بأحكامه، لأنه قد شارك في الحوالة بإقراره لها، كما أنه يعد كذلك بدليل إمكانية المحال عليه التمسك في مواجهته بكل الدفوع المستمدة من عقد الحوالة لأنه بمجرد إقرار الدائن للحوالة يجري الحكم كما لو كان هذا الدائن قد اشترك فيها^(٣).

مسئولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا ما ينشأ عن غشه أو من خطئه الجسيم، وعلى ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي ينتج عن أشخاص ممن يستخدمهم في تنفيذ التزامه .

(١) راجع في ذلك: د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق - ص ١٨٥.

(٢) راجع في ذلك نبيلة رسلان - العلاقات الثلاثية ، المرجع سابق - ص ١١٧.

(٣) راجع في ذلك: نبيلة رسلان - العلاقات الثلاثية، المرجع سابق - ص ١١٧ .

المطلب الرابع

المجموعة العقدية وفكرة الاشتراط لمصلحة الغير

يعرف الاشتراط لمصلحة الغير في القانون المصري، بأنه عقد بمقتضاه يشترط فيه أحد الطرفين ويسمى المشتراط على المتعاقد معه، ويسمى المتعهد أن يلتزم تجاه شخص ثالث ليس طرفاً في العقد ولا ممثلاً فيه ويسمى المشتراط لمصلحه أو المستفيد، وقد نص على ذلك في المادة ١٥٤ من القانون المدني، أما القانون الفرنسي فقد عرفته المادة ١١٢١ من القانون المدني على أنه "يمكن للشخص أن يشترط لمنفعة أو لمصلحة الغير وذلك عندما تتحقق شروط الاشتراط لمصلحة الغير إذا أعلن الغير عن رغبته في الانتفاع بالاشتراط المقرر لمصلحته ... وبذلك التعريفات يدخل بذلك الاشتراط لمصلحة الغير في إطار العلاقات القانونية ثلاثية الأطراف التي تستهدف أن ترتب مصلحة للغير^(١) أي لمن ليس طرفاً في العقد لأن أطراف العقد هما المشتراط والمتعهد يكسبان حقاً مباشراً الغير في مواجهة المتعهد.

ويذهب بعض من الفقه لحد القول بأن الاشتراط لمصلحة الغير تلعب دوراً هاماً في إطار العلاقات التعاقدية، وذلك عن طريق إعطاء تصور واسع لهذه الفكرة بتقريرهم أن حق رجوع الطرف المتضرر على الطرف المسئول بمقتضى قواعد المسؤولية، لا يعدو أن يكون سوى تطبيق لفكرة الاشتراط الضمني لمصلحة الغير^(٢).

فإذا أبرم شخص عقداً مع شركة للتأمين، بغرض التأمين على حياته لمصلحة ابنته، ففي هذه الحالة يعتبر المستأمن هو المشتراط وشركة التأمين هي المتعهدة والابنة هي المستفيدة، وعلى ذلك فإن المنتفع يعد من الغير بالنسبة لعقد الاشتراط لكونه ليس طرفاً فيه، وتظل صفته هكذا حتى وإن قبل الحق المشتراط، لأن هذا القبول ينصب على ثبوت الحق له، ولا يجعله طرفاً في العقد، ويتجه الرأي السائد في الفقه إلى أن نظام الاشتراط لمصلحة الغير

(١) انظر في ذلك: د. حسام الدين كامل الأهواني - ص ٣٦١ المرجع سابق.

(٢) راجع في عرض ذلك: د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق - ص ٢٤٧.

يشكل خروجًا على مبدأ نسبية العقود^(١)، أما الحال في إطار العلاقات التي تشكل أسرة عقدية واحدة، فقد سبق القول بأن أطراف هذه الأسرة يخرجون من منطقة الغيرية بالنسبة لعلاقتهم بعضهم ببعض، كما قرر بعض الفقه^(٢) على أن نظام المجموعة العقدية لا يشكل خروجًا مبدأ نسبية آثار العقود.

ومن ناحية أخرى، فإن المنتفع في عقد المشاركة إنما يستمد حقه مباشرة من عقد الاشتراط^(٣) وقد أكدت ذلك نص المادة ٢/١٥٤ من القانون المدني^(٤) أما في إطار المجموعة العقدية، فالطرف يستمد حقه من العلاقة أو التصرف القانوني الذي يساهم في إنشائه أو تكوينه.

ومن ناحية أخرى، وإن كان الاشتراط لمصلحة الغير يتشابه إلى حد كبير مع أحكام المجموعة العقدية من حيث رجوع المضرور غير المباشر على الطرف المسئول، إلا إنها تختلف من حيث أساس هذا الرجوع، ففي عقد الاشتراط لمصلحة الغير، ولأن المنتفع أو المستفيد يستخلص حقه مباشرة من عقد الاشتراط، فإن حقه في الرجوع يكون مقررًا بنص القانون الذي قرر له هذا الحق بالنص على ذلك في المادة ٢/١٥٤ من القانون المدني، وله في ذلك مطالبة المتعهد معه مباشرة وباسمه الشخصي بتنفيذ الالتزام^(٥)، أما في

(١) راجع في ذلك: د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في مصادر الالتزام - المجلد الأول - المرجع السابق - ص ٧٥. د. توفيق فرج مصادر الالتزام - ص ٢٨٠، د. عبد الحي حجازي - مصادر الالتزام - ص ١٥٢، د. أنور سلطان - ص ٣٢٦، مازو الجزء ٢ ص ٦٨٤، بلانيول وبولاروميه ٢ - ص ٢٣٦، ود. سمير عبد السيد تتاغو - مصادر الالتزام بند ١١٠ - ص ١٢٧.

(٢) أنظر في ذلك د. فيصل زكي عبد الواحد - البحث السابق ص ٨٩ .

(٣) انظر حكم محكمة النقض ص ١١٩، ٧٦/٤ مجموعة أحكام النقض س ٢٧ ص ٩٨١ رقم ١٨٧، وكذلك نقض ١٩٦٩/٤/٢٩، مجموعة أحكام النقض س ٢٠ - ص ٦٩٣ رقم ١١١.

(٤) ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقًا مباشرًا قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالب بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ من العقد.

(٥) راجع في ذلك د. عبد الفتاح عبد الباقي نظرية العقد ص ٦٠٠ ويقول هذا الرأي: إن مؤدى نظام الاشتراط لمصلحة الغير أن يتبقى للمنتفع قبل المتعهد حق شخصي ومباشر يستطيع أن يطالبه فيه بدعوى مباشرة وإن المستفيد يتلقى حقه من ذات حق الاشتراط فبالرغم من أنه ليس طرفًا فيه". وسائر هذا الرأي العديد من الفقهاء مثل د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط

إطار التصرفات القانونية التي تشكل أسرة عقدية واحدة، فإن رجوع الطرف المضرور فيها على الطرف المسئول إنما يتم وبمناسبة كونه طرفاً في العلاقة التعاقدية التي قد ساهم في تكوينها وإن مصدر أو أساس رجوعه على المتعاقد معه أو المضرور هي العلاقة التعاقدية التي ساهم في تكوينها دون غيرها.

ويختلف الاشتراط لمصلحة الغير من ناحية التكوين عن التصرفات التي تكون أسرة عقدية واحدة، ففي الاشتراط يتفق طرفان بموجب عقد على أداء مصلحة لشخص ثالث من الغير يسمى المستفيد، ولكي يتقرر ذلك العقد إلى إحداث مصلحة للغير يجب أن تتجه إرادة طرفي العقد الأصلي إلى نشوء مصلحة للغير^(١). وقد تكون هذه الإرادة صريحة أو ضمنية تستفاد من ظروف العقد، إلا أن هذا لا يمكن الاعتماد به في إطار المجموعة العقدية، نظراً لأن هذه الأخيرة تنشئ جميع التصرفات المكونة لها على نحو مستقل عن بعضها البعض مما يحول دون القول بوجود إرادة صريحة أو ضمنية من جانب إرادة طرف التصرف، وتنشئ حقاً للطرف المتضرر تجاه الطرف المسئول^(٢) ومثل تلك التصرفات التي تتكون من أجل بناء منشأة معينة، فإنها تبدأ أولاً بانعقاد عقد المقاولة الأصلي للأعمال، والذي يكون بين طرفين: رب العمل والمقاول، ثم يعقبه عقد شراء المواد المستخدمة في عمليات البناء، ثم عقد المقاولة من الباطن، وبالرغم من أن هناك تلازماً بين وجود العقد الأول

في نظرية الالتزام، د. حشمت أبو ستيت، وعلى عكس هذا الرأي، انظر د. نبيلة رسلان - رسالة الدكتوراة - العلاقات الثلاثية - واعتبر هذا الرأي أن نظام الاشتراط لمصلحة الغير ليس استثناء من مبدأ نسبية العقود وإنما هو تطبيق أمين له، وذلك فيما لو تحررنا من الصياغة التقليدية لهذا المبدأ التي تقضي بقصر الانتفاع بحكمه على المتعاقدين، واستعنا بالمفهوم الفني لهذا المبدأ والذي يعني في جميع الأحوال حظر امتداد الأثر الملزم للعقد إلى الغير على نحو يمس ذمته المالية ما لم يرد نص الغير ذلك لتصبح والحال كذلك إرادة الالتزام بالأثر هي وحدها مناط اعتبار الشخص طرفاً في الأثر الملزم أو أجنبياً عنه - ص ٢٢١. يرى هذا الرأي أن الاشتراط هو صورة من صور العلاقات الثلاثة الإرادية ويراجع في عرض وجهة هذه النظر د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق - ص ٩٣.

(١) نظر في هذا المعنى: د. مصطفى الجمال - مصادر الالتزام - ص ٣١٠ وما بعدها. د. محمود سعد الدين الشريف - شرح القانوني المدني العراقي - نظرية الالتزام - الجزء الأول - سنة ١٥٥ - ص ٢٨٢.

(٢) يراجع في هذا المعنى: د. فيصل زكي عبد الواحد، المرجع سابق - ص ٢٤٨.

والثاني، إلا أن هذا التلازم منتفٍ بين عقد المقاوله الأصلي والمقاوله من الباطن، لأنه قد لا تتصرف إرادة طرفي عقد المقاوله الأصلي نحو تعاقد المقاول الأصلي مع المقاول من الباطن مما يحول دون القول بوجود إرادة صريحة أو ضمنية تفيد بنشوء اشتراط لمصلحة المقاول من الباطن يخوله حق الرجوع على رب العمل وفقاً لأحكام الاشتراط لمصلحة الغير^(١).

كما يختلف الاشتراط لمصلحة الغير مع التصرفات التي تشكل أسرة عقدية واحدة، من حيث المصلحة بحيث يجب أن يتوافر لدى المشتراط مصلحة من الاشتراط لمصلحة الغير سواء كانت مصلحة مادية أو أدبية، وذلك لا يلزم في إطار الأسرة العقدية، فهناك تصرفات قانونية تتكون بدون توافر أي مصلحة لحظة تكوينها لأطراف العلاقة الأصلية.

ومن جهة أخرى، فإنه في ظل الاشتراط لمصلحة الغير، وإن كان يعتبر كل من المشتراط والمنتفع دائئاً للتعهد، إلا أن المشتراط لا يستمد حقوقه تجاه المتعهد من المشاركة فقط، بل من صلته كمتعاقد أصلي، أما المنتفع فهو لا يستمد حقه في الرجوع إلا من المشاركة فقط ولا شأن له بالعقد، لأنه ليس طرفاً فيه، نظراً لكونه مجرد مستفيد، وبناء على ذلك فالمنتفع لا يجوز له إلا المطالبة بتنفيذ الاشتراط المقرر لمصلحته، فلو أخل المتعهد بتنفيذ التزامه تجاه المشتراط، فلا يجوز للمنتفع أن يطالب بفسخ العقد لأنه ليس طرفاً في العقد، ولانتفاء مصلحته في طلب فسخ العقد، ونظراً لانتفاء صفة المنتفع في العقد، فلا يجوز له أن يتمسك بالمزايا الأخرى التي تترتب على تلك الصفة كما لو ورد في العقد بند تحكيم أو بند تخفف أو يعفي من المسؤولية، فلا يستطيع أن يتمسك به^(٢) أما في إطار العلاقات القانونية التي تشكل أسرة عقدية واحدة يستطيع كل من الشخص المضرور والشخص المسئول، التمسك بكافة الدفع والبند التي يتضمنها التصرف الذي ساهم أو شارك كل طرف فيه.

(١) راجع في هذا المعنى: د. فيصل زكي عبد الواحد، المرجع سابق - ص ٢٤٩.

(٢) انظر في عرض ذلك: د. عبد الرزاق السنهوري - الوجيز في النظرية العامة للالتزامات -

سنة ١٩٤٠ - ص ٦١٥.

المطلب الخامس

المجموعة العقدية وفكرة الحلول

ليس هناك ما يمنع أن يتم الوفاء بالدين من غير المدين به، وفي هذه الحالة يكون للغير الموفي أن يرجع على المدين ما دام لا يقصد التبرع بما أداه عنه، ويكون رجوع الغير على المدين في هذه الحالة بدين جديد غير الدين الذي انقضى بالوفاء، وهذا قد يجد مصدره في عقد الوكالة إذا ما كان الغير وكيلاً عن المدين كما في أحكام الفضالة إذا توافرت شروطها، فالحلول على النحو السابق يتحقق إما بنص القانون وإما بالاتفاق، وتتحقق الأخيرة إما باتفاق بين الغير والدائن، وإما باتفاق بين الغير والمدين.

يختلف الوفاء مع الحلول عن المجموعة العقدية من حيث الآثار ففي الحلول لا يحق للشخص الموفي الرجوع على الدائن بدعوى الضمان عن الأضرار التي لحقت به، لأن الدائن لم يحم بقول حق للموفي حتى يكون ضامناً له، أي تتنفي الرابطة العقدية بينهما، ولا يكون أمامه سوى الرجوع على الشخص الدائن بدعوى رد غير المستحق على ألا يرد للدائن إلا ما قد يكون قد حصل عليه فعلاً لوفاء الدين.

أما في إطار العلاقات التعاقدية التي تشكل أسرة عقدية واحدة فيكون للطرف المضرور ممارسة دعوى الضمان المؤسسة على العيب الخفي في المال، وكذلك يكون له حق الرجوع على الطرف المسؤول لمطالبته بالتعويض عن الأضرار التي أصابته طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية. ويختلف أحكام وأساس المجموعة العقدية عن أساس الوفاء مع الحلول، لأنه في حالة الوفاء مع الحلول غالباً ما يكون تدخل الموفي كصديق دفعته الرغبة في معاونة المدين على الوفاء والتفريغ عنه بإنقاذه من دائن يلاحقه بالمطالبة ويضيق عليه. أما في إطار المجموعة العقدية فتحكم المصلحة المادية أو المعنوية إبرام التصرفات التي تتكون منها هذه المجموعة بحيث لا يتدخل الشخص أو يساهم في التصرف القانوني، إلا إذا كانت له مصلحة مادية أو معنوية من جراء تصرفه.

وعلى ذلك ففي الحلول لا يقصد الموفي من وراء تدخله الكسب، ولكنه يقصد من تدخله، ولذلك فإن رجوعه على الشخص المدين يكون بما دفعه للدائن فقط بعكس المجموعة العقدية التي من الممكن أن تطالب الشخص المضرور بتعويضه عن الأضرار المتوقعة بما يحقق مصلحته.

ومن ناحية أخرى فتختلف آثار الحلول عن المجموعة العقدية من حيث الدعاوى التي يستخدمها الشخص المضرور ففي الحلول يكون للموفي دعوى الحق الذي انتقل إليه، ويطالب فيها بحق الدائن، كما يطالب المحال له بحق الدائن الأصلي، ثم الدعوى الشخصية الناشئة عن واقعة الوفاء ومصدرها الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب، وعلى ذلك فالموفي في الوفاء مع الحلول دعويان: دعوى في الحلول والدعوى الشخصية، أما في إطار مجموعة العقود التي تشكل أسرة عقدية واحدة، فيستطيع كل طرف من أطرافها أن يرجع على الآخر بالدعوى المباشرة المؤسسة على قواعد المسؤولية العقدية المباشرة أو الدعوى الغير المباشرة، والتي يستخدمها الدائن باسم المدين.

المطلب السادس

المجموعة العقدية وعلاقة المتبوع بتابعه

لا يقوم المدين في كثير من الأحيان بتنفيذ التزامه العقدي بنفسه، وإنما قد يستخدم أشخاصاً غيره لمساعدته في تنفيذ الالتزام أو للحلول محله في تنفيذه فإذا وقع إخلال من هؤلاء الأشخاص، فيكون المدين مسئولاً عن هذا الخطأ مسئولية عقدية من فعل الغير، ويشترط لكي يسأل المتبوع عن فعلة تابعه، أن توجد علاقة تبعية بين المتبوع ومرتكب الفعل الضار، وأن يقع الفعل الضار من التابع أثناء تأدية وظيفته أو بسببها.

ونظراً لأن فكرة المجموعة العقدية تجد أساسها في مجموع التصرفات المتعاقبة على نفس المال بقصد تحقيق هدف مشترك، ونظراً لأن الشخص المدين قد يستخدم أشخاصاً آخرين في تنفيذ التزامه، فإنه على ذلك الوجه يكون ملزماً بتعويض الضرر الذي يسببه للغير أو لأطراف العلاقة، ومن هنا فقد وينتشر تساؤل حول الأساس القانوني لدعوى المسئولية الناشئة عن الإخلال بالتزام تعاقدى ناشئ من أحد أطراف المجموعة العقدية.

وعلى ذلك فقد ذهب البعض إلى القول بأن الأساس القانوني الذي يستند عليه في تقرير دعوى المسئولية العقدية فيما بين أطراف الأسرة العقدية هو نظرية تحمل التبعية. حيث إن خطأ التابع يعد هو الأساس في التزام المتبوع بتعويض الضرر الذي اقترفه التابع، ويذهب الأستاذ: بلانيول إلى أنه عندما يتعهد شخص بأن يقوم بعمل ما يخرج عن قدرته واستطاعته القيام به بنفسه، فإذا اشتغل وحده لإنجاز العمل المفوض به، فيكون بالطبع هو المسئول عن الحوادث الناجمة عن فعله وعدم تبصره، ولكنه إذا كان هذا الشخص لا يستطيع القيام بالعمل وحده واستعان بعدة أشخاص آخرين بصفة عمال ومساعدين له، فمن العدل والإنصاف في هذه الحالة أن يتحمل الأضرار وحده لأنه هو الذي سيحصل على الربح من العمل، وعلى ذلك فنظرية تحمل

التبعية مقابل الحصول على الربح هي نقطة الارتكاز في تعليل مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه^(١).

ومن ناحية أخرى يرى البعض الفقه بأن المتبوع يلتزم بضمان التابع، لأنه عند استخدامه له يحرص على أن يؤكد للغير أن المهمة التي عهد له بها سوف تؤدي على أكمل وجه ولن يتعرضوا لأي أضرار من جراء نشاط التابع، وهو يفترض أن يكون لدى المتبوع إمكانية رقابة نشاط التابع، مما يعني ضرورة وجود علاقة تبعية كشرط لمسئولية المتبوع، فالأخير وضع ثقته في التابع، ويتحمل نتائج تلك الثقة بالتزامه بتعويض الأضرار التي يسببها التابع للغير، فهو يضمن للغير ثقته التي وضعها في التابع، وهذا الضمان يدعم بدوره ثقة الغير فيه^(٢).

واستقر الفقه والقضاء في مصر على عدم جواز دفع المتبوع لمسئوليته، بالرغم من وأن المادة ١٧٤ من القانون المدني لم تأت إطلاقاً بمثل هذا الحكم، وذهب جانب من الفقه المصري إلى أن نص المادة ٣/١٧٣ من القانون المدني يتيح لمتولي الرقابة مكنة التخلص من المسؤولية وذلك بإثبات أنه قام بواجب الرقابة، أما في المادة ١٧٤ فلم يمثل هذا الحكم بالنسبة للمتبوع مما يفيد عدم إمكان التخلص من مسؤولية إثبات القيام بواجب الرقابة والتوجيه^(٣)، إلا أن الأمر يختلف عن ذلك النحو بالنسبة للعلاقات المكونة لأسرة عقدية واحدة فالمقاول الأصلي عندما يعهد بتنفيذ جزء من المقولة إلى مقاول من الباطن إلا أن هذا الأخير يمارس العمل محل المقولة من الباطن على استقلال، فهو غير تابع في عمله للمقولة الأصلي وعمله يعملون تحت سيطرة المقاول الأصلي أو يأترون بأوامر هذا الأخير، فإذا ما حدث إخلال من المتعاقد من الباطن في تنفيذ التزامه وأدى هذا بدوره إلى حدوث إخلال في تنفيذ الالتزام الأصلي ينشأ حق في التعويض لرب العمل تجاه المقاول الأصلي وتتعقد مسؤولية هذا الأخير تجاه رب العمل، ليس على أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه إنما على أساس تعاقدية مصدره العقد المبرم بينه وبين رب العمل.

(١) راجع في عرض وجهة النظر هذه: د. هناء خيري خليفة - المرجع سابق - ص ٤٣.

(٢) راجع في ذلك: د. حسام الدين كامل الأهواني - المرجع سابق - ص ٦٢٢.

(٣) راجع في ذلك: د. حسام الدين كامل الأهواني - المرجع سابق - ص ٦٢٣.

كما تختلف مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه عن أحكام المجموعة العقدية، من حيث إثبات الخطأ الموجب للتعويض عن الضرر، فالمتبوع يلتزم بتعويض الضرر الناتج عن خطأ تابعه، يجب أن يتوافر خطأ مفترض في جانب اختيار التابع وتوجيهه ومراقبته أما في إطار التصرفات التي تشكل أسرة عقدية واحدة فيكفي إثبات الطرف المضرور لوجود إخلال بالتزام تعاقدى ناشئ أو منبثق عن علاقة تعاقدية أصلية.

ومن ناحية أخرى فإن مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه إنما تؤسس على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية، أما مسؤولية أطراف المجموع العقدي فيخضع جميعهم لقواعد المسؤولية العقدية. وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية بأن "مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة غير المشروعة، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - مسؤولية تبعية مقررة - بحكم القانون لمصلحة المضرور، وتقوم على فكرة الضمان القانوني، فيعتبر المتبوع في حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون وليس العقد، ومن ثم فإذا أوفى المتبوع بالتعويض كان له أن يرجع به كله على تابعه محدث الضرر، كما يرجع الكفيل المتضامن على المدين الذي كفله لأنه المسئول عنه وليس مسئولا معه، وهذه القاعدة هي التي قننها المشرع في المادة ١٧٥ من القانون المدني التي تقضي بأن للمسئول عن عمل الغير حق الرجوع عليه في الحدود التي يكون فيها هذا الغير مسئولا عن تعويض الضرر ولم يقصد المشرع بتلك المادة أن يستحدث للمتبوع دعوى شخصية جديدة يرجع بها على تابعه^(١).

ويختلف مسؤولية المتبوع عن فعل التابع عن المجموعة العقدية، من حيث آثار المسؤولية، فإذا توافرت مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه، فإن الأول لا يستطيع أن يتخلص من المسؤولية في مواجهة الطرف المضرور بنفي الخطأ أو بالسبب الأجنبي أو بأنه قام باتخاذ واجب الرقابة واتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع الحادث، والدفع الوحيد الذي يملكه المتبوع للتخلص من مسؤوليته هو عدم توافر شروط المسؤولية بداءة، مثل عدم ارتكاب التابع لعمل غير مشروع، سواء بنفس الخطأ أو بوجود سبب أجنبي بالنسبة للتابع، أدى إلى وقوع الخطأ وحدوث الضرر، أما المسئول في إطار العلاقات التي تشكل

(١) الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٥٨ جلسة ١٢/٢٧/١٩٩٠ نقض مصري منشور في مجموعة المكتب الفني.

مجموعة عقدية واحدة فله أن يتمسك ببند الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية في حالة وجوده بينود العقد الذي ساهم في تكوينه، كما له أن يتخلص من هذا بإثبات أن الضرر لا يرجع إلى خطأ من قبله.

كما يستطيع الشخص المضرور من علاقة عقدية تشكل أسرة عقدية واحدة أن يرجع على الشخص المسئول والمتعاقد معه على سبيل التضامن، وذلك يجد أساسه في نصوص القانون، إلا أن الأمر يختلف بالنسبة لرجوع الشخص المضرور في علاقة المتبوع عن أعمال تابعه، وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية بأنه "إذا كانت دعوى التعويض قد رفعت أمام القضاء المدني، فنظرًا لأن مسؤولية المتبوع تبعية مقررة بحكم القانون لمصلحة المضرور وتقوم على فكرة الضمان القانوني، فإن للمضرور أن يرجع مباشرة على المتبوع بتعويض الضرر الناشئ عن أعمال تابعه غير المشروعة دون حاجة لإدخال التابع في الدعوى، ولا تلتزم المحكمة بتتبيه المتبوع إلى حقه في إدخال تابعه. ولا يوجد في القانون ما يلزم باختصاص التابع والمتبوع معًا في دعوى التعويض عن العمل غير المشروع^(١).

إلا أننا لا نرى تعارضًا في رجوع الشخص المضرور على المتبوع وتابعه عند اللجوء إلى القضاء المدني للمطالبة بالتعويض عن الأضرار بسبب هذه العلاقة وله أن يرجع عليهما معًا على سبيل التضامن.

وبذلك يكون المشرع بهذه النصوص، قد قرر إمكانية أن يتأثر الغير من آثار العقد بالرغم من كونه ليس طرفًا فيه، ويبدو الأمر من ظاهر النصوص أنها تتناقض مبدأ آثار التصرفات القانونية التي لا تتصرف إلى غير عاقيها أو أطرافها، وعلى ذلك فلا يتأثر بأحكام العقد إلا من كان طرفًا فيه، ويثور تساؤل يطرح نفسه هنا هل من الممكن اعتبار هؤلاء الغير الذين ترتبت لهم حقوق من العقد أطرافًا فيه من عدمه ؟ وهل يعتبر الغير المستفيد من العلاقة العقدية التي لم يساهم في تكوينها أو تنفيذها مسئولاً عن تعويض الأضرار التي قد حدثت نتيجة الإخلال بالالتزام التعاقدي الذي لم يكن طرفًا فيه.

(١) انظر حكم محكمة النقض ٨١/١١/١٢ مدني - المجموعة ٢٠٣١ رقم ٣٦٨.

الباب الثاني
أساس وضوابط التحكيم في إطار
المجموعة العقدية

الباب الثانى

أساس وضوابط التحكيم فى إطار المجموعة العقدية

عرض وتقسيم :

يلعب التحكيم التجارى الدولى فى الوقت الراهن دوراً هاماً وحيوياً فى فض ما ينشأ من منازعات تجارية لما يتمتع به من سهولة وسرعة فى الإجراءات مما يدفع المتقاضين والمتعاملين فى مجال التجارة الدولية إلى اللجوء إليه، ولما كان للتحكيم هذا الدور، فكان من الأهمية أن نتعرض إليه عند دراستنا لأحكام المجموعة العقدية، نظراً لأن التحكيم قد ينصب على حل منازعة ناشئة عن علاقة عقدية من العلاقات المكونة للمجموعة العقدية كعقود المقاولات من الباطن والعقود الخاصة بالاستثمار ومجموعة الشركات، ولذا فسوف نتناول فى هذا الباب الضوابط التى تحكم دعوى التعويض، كالعلم ببند التحكيم من عدمه، حتى نتوصل إلى النظام القانونى الذى يرتكن عليه التحكيم فى إطار هذه المجموعة، من أجل التوصل إلى النظام القانونى الذى تخضع له اجراءات التحكيم والمشاكل التى يثيرها هذا الأخير فى نطاق المجموعة العقدية .

وسوف نتناول هذا الباب فى ثلاثة فصول، كالتالى :

الفصل الأول : مفهوم التحكيم وأهميته فى الوقت الحالى .

الفصل الثانى : مدى جواز إمتداد إتفاق التحكيم إلى العقود الأخرى المكونة للمجموعة العقدية .

الفصل الثالث : أساس وضوابط التحكيم فى إطار المجموعة العقدية .

الفصل الأول

مفهوم التحكيم وأهميته في الوقت الحالي

عرض وتقسيم:

يلعب التحكيم دورًا هامًا وحيويًا في العصر الحديث، كأداة فعالة لفض ما ينشب بين الخصوم من منازعات عقدية، ويرتكز هذا الدور على كون التحكيم في الغالب نظامًا اختياريًا يتم اللجوء إليه بإرادة الأطراف المتحكمين الذين يبرمونه ويتفقون على حل النزاع بواسطته، ويلعب التحكيم دورًا هامًا في إطار فض المنازعات التي تنشب في إطار المجموعة العقدية.

ويثور تساؤل هنا عن ماهية الأساس القانوني الذي ترتكز عليه فكرة التحكيم في إطار هذه المجموعة؟

بيد أنه قبل أن نبين الأساس القانوني الذي يقوم عليه التحكيم في إطار العلاقات القانونية التي تشكل مجموعة عقدية واحدة، يتعين أن نبين مفهوم التحكيم وأهميته في هذا المجال، ومدى استفادة أطراف هذه المجموعة من الناحية العملية من بند التحكيم المدرج في أحد العقود المكونة للمجموعة، وهل يمكن أن يمتد بند التحكيم المدرج في أحد العقود إلى عقد آخر لم يرد به مثل هذا البند من عدمه، ولتوضيح ذلك نقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: المفهوم الفني والقانوني للتحكيم .

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لنظام التحكيم .

المبحث الأول

المفهوم الفني والقانوني للتحكيم

لم يكن التحكيم قديماً بالصورة التي أصبح عليها الآن، فقد سبق وأن عرفه الفيلسوف اليوناني أرسطو بأن أطراف النزاع يستطيعون تفضيل نظام التحكيم عن القضاء، ذلك لأن في اعتقادهم بأن المحكم يستطيع أن يرى العدالة، أما القاضي فلا يعتد إلا بالتشريع^(١).

وعرّف المصريون القدماء والآشوريون والبابليون والعرب قبل الإسلام نظام اللجوء للتحكيم.

والتحكيم لما يتمتع به من أهمية يعد الوسيلة الفضلى للفصل في المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين الأفراد والجماعات، وخاصة في مجال العلاقات الدولية الخاصة، وزادت أهميته بعد ازدياد معدلات نمو العلاقات التجارية بين الدول، وزيادة عدد المشروعات الدولية، وظهور العديد من الشركات متعددة الجنسيات.

ومن ناحية أخرى فقد تزايدت أهمية التحكيم منذ منتصف القرن العشرين بصورة ملحوظة بسبب تشابك معاملات التجارة الدولية وتضخمها بصورة كبيرة، بالإضافة إلى الحاجة التي تدعم مسيرة القضاء، إذ اتضح ضرورة تأكيد الدور الهام الذي يضطلع به القضاء، والحرص على تفعيله لتحقيق أمن وسلام المجتمع، فجاء دور التحكيم في إكمال دور القضاء بحل المنازعات ذات الطبيعة الخاصة، ومن هنا اكتسبت صفته كوسيلة مستقلة لحل المنازعات بغير طريق القضاء^(٢).

وعلى ذلك فقد أصبح التحكيم هو الأداة الفعالة للفصل في المنازعات التجارية بين الأفراد والجماعات في الدول الحديثة، فقد أضحت الولاية

(١) راجع في ذلك: د. محمود عمر السيد التحيوي - الطبيعة القانونية لنظام التحكيم - دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٣ - ص ٣٧.

(٢) راجع في ذلك: د. إبراهيم أحمد إبراهيم - اختيار طرق التحكيم ومفهومه - مقاله - منشورة في مجلة المحاماة - العدد الثاني - سنة ٢٠٠٤.

واختصاصاً عاماً في جميع معاملاتهم أياً كان موضوعها. فمثل هذا النظام يتيح للأفراد والجماعات مهمة الفصل في المنازعات التي نشأت بالفعل أو المحتملة النشوء، وذلك بموجب مشاركة تحكيم أو شرط تحكيم يبرم لحظة الاتفاق على التحكيم، وذلك دون حاجة للالتجاء إلى القضاء الوطني الذي أصبح لا يستطيع ملائمة أنظمة التجارة الدولية العالمية.

فالتحكيم لم يعد سلعة يجب استظهار محاسنها، بل أصبح ضرورة تفرضها واقع التجارة الدولية، فلم يعد دوره قاصراً على فض المنازعات بعد نشوبها بل أصبح أداة فعالة يجب استخدامها لتقاضي قيام المنازعات أثناء مفاوضات إبرام العقود الدولية طويلة المدى، والتي تتعلق بالتصنيع أو بنقل التكنولوجيا أو المشروعات المشتركة أو أثناء تنفيذ هذه العقود^(١).

والتحكيم في ظل المجتمعات الحديثة يعمل في ظل نظام قانوني خاص وله سلطة قضائية من شأنها إزالة جميع العوارض التي تعترض تطبيق القانون.

كذلك يحتل التحكيم أهمية كبرى في مجال العديد من العقود الدولية مثل عقود الـ BOT والفيديك نظراً لما تتميز به هذه العقود^(٢) من تركيبة فنية معقدة قد يستغرق الفيديك تنفيذها فسحة من الوقت بالإضافة لإبرام عدة عقود ترتبط بالالتزام محل العقد الأصلي وتتطلب المنازعات التي قد تنشأ عنها حسماً سريعاً بعيداً عن الإجراءات الروتينية التي يستغرقها نظام القضاء الوطني، بالإضافة لكون هذه العقود تنطوي في الغالب على عنصر أجنبي، لذا كان من الأهمية بمكان أن تتضمن مثل هذه العقود شرط تحكيم في النموذج الخاص بها، ومثال الحال ما نص عليه عقد إنشاء وإدارة استغلال محطات الحاويات والبضائع العامة والبضائع الصلبة بالحوض الأول لميناء العين السخنة بنظام الـ B.O.T على أنه "أي خلاف ينشأ بسبب تفسير أو تنفيذ هذا العقد أو النصوص التفصيلية لعقد الامتياز

(١) راجع في عرض ذلك: د. أبو زيد رضوان: الأسس العامة للتحكيم التجاري - ص ٨.

(٢) راجع في ذلك: د. أحمد شرف الدين - مجلة التحكيم التجاري - حقوق عين شمس - ٢٠٠١

- المرجع سابق ص ١٠٢ .

يكون حله عن طريق التحكيم الذي يجري بمركز التحكيم الدولي بالقاهرة، ويكون طبقاً للقواعد والإجراءات الواردة بقانون التحكيم التجاري الدولي^(١).

والتحكيم الدولي قد يكون عامًا مقصورًا على الدول أو غيرها من أشخاص القانون الدولي العام، وقد يكون خاصًا كنظام لتسوية المنازعات الناشئة من المعاملات الخاصة الدولية، وهو يقوم على مبدأ أثر الإرادة الذي يتفق فيه الأطراف على سلب اختصاص القضاء الوطني وجلب الاختصاص للتحكيم عن طريق اختيار نظام خاص لحل منازعاتهم يتمثل في الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على النزاع وإجراءات التحكيم ولغته واختيار قضاة التحكيم الذين يتولون مهمة التحكيم.

وعلى ذلك فسوف ينقسم هذا المحبث إلى أربعة مطالب :

المطلب الأول : موقف الفقه والقضاء بشأن مفهوم التحكيم.

المطلب الثاني : مدى شرعية اتفاق التحكيم في دور القضاء الدستوري.

المطلب الثالث : أهمية اللجوء للتحكيم.

المطلب الرابع : القيمة العملية للتحكيم.

المطلب الخامس : المشاكل الناجمة عن التحكيم في إطار المجموعة العقدية.

المطلب الأول

موقف الفقه والقضاء بشأن مفهوم التحكيم

(١) راجع: د. محمود محمد عثمان صقر - تجربة الهيئة العامة لمواني البحر الأحمر-مجلة التحكيم العربى-عام ٢٠٠٠.

التحكيم معناه لغة: طلب الحكم ممن يتم الاحتكام إليه^(١) أو التفويض في الحكم^(٢)

أما التعريف القانوني للتحكيم: فقد عرفه البعض^(٣) بأنه هو الاتفاق على طرح النزاع على أشخاص معينين يسمون محكمين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة أصلاً بتحقيقه والفصل في موضوعه فالتحكيم بوجه عام هو نظام لتسوية المنازعات عن طريق أفراد عاديين يختارهم الخصوم إما مباشرة أو عن طريق آخر يرتضونه. وقد عرفه البعض الآخر بأنه هو مُكَنَّة أطراف النزاع بإقصاء منازعاتهم من الخضوع لقضاء المحاكم المخول لها طبقاً للقانون، بأن تحل عن طريق أشخاص يختارونهم. ومن الفقهاء^(٤) من ذهب إلى تعريف التحكيم بأنه "نظام للقضاء الخاص، تُقضى فيه خصومة معينة عن اختصاص القضاء العادي، ويعهد به إلى أشخاص يختارون للفصل فيها".

ومن الفقهاء^(٥) من عرفه بأنه: اتفاق أطراف علاقة عقدية، قانونية معينة أو غير عقدية على أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهما بالفعل أو التي يحتمل أن تثور عن طريق أشخاص يتم اختيارهم كمحكمين.

كما عرفه البعض الآخر بأنه^(٦): مجموعة من الأعمال المتوالية تبدأ بعمل من المتنازعين يتمثل في اختيار طرف محايد، يكلان إليه مقدماً مهمة الفصل في نزاعهما وتراضيهما في النزول عما يراه هذا الطرف حلاً قانونياً أو عادلاً له. ويتواصل بقبول هذا الطرف للمهمة التي انتدب إليها وتحريره لوقائع

(١) المعجم الوجيز. مادة حكم - ص ٣٤٠.

(٢) روبرت القاموس المحيط، الجزء الرابع - ص ٩٨.

(٣) روبرت - التحكيم في المسائل التجارية - الطبعة الرابعة - الفقرة الأولى - مشار إليه لدى الأستاذ الدكتور/ محمد عبد الحميد - أهلية الطرفين في اتفاق التحكيم - بحث منشور بمجلة البحوث القانونية الاقتصادية - الصادرة من كلية حقوق جامعة القاهرة، فرع بني سويف - لسنة ١٥ العدد يوليو ٢٠٠١ ص ١٢٠.

(٤) راجع في عرض ذلك: د. محمود عمر التحيوي-المرجع سابق- صنع ٢٠٠٣ - ص ١٧.

(٥) انظر في ذلك: د. محمود عمر التحيوي - المرجع سابق - ص ١٥.

(٦) انظر في تعريف ذلك د. مصطفى الجمال - د. عكاشة عبد العال - المرجع السابق ص ٤٧٥.

النزاع ولقواعد القانون أو العدالة الواجبة التطبيق عليه وينتهي بحكم منه يجسد القانون أو العدالة شأنه في ذلك شأن الحكم القضائي.

والتحكيم بكونه ^(١) النظام الذى بموجبه يسوى طرفٌ من الغير خلافاً قائماً بين طرفين أو عدة أطراف ، ممارساً لمهمة قضائية عهدت إليه عن طريق هؤلاء الأطراف .

والاتفاق على التحكيم في نزاع معين قد يكون بعد نشأته ويسمى في هذه الحالة مشاركة تحكيم، وقد يتم الاتفاق عليه مقدماً، أي قبل نشأة النزاع ويسمى في هذه الحالة شرط تحكيم.

وقد عرف المشرع الفرنسي شرط التحكيم في المادة ١٤٤٢ من مجموعة المرافعات الفرنسية بأنه "اتفاقٌ يتعهد بمقتضاه الأطراف في عقد من العقود بإخضاع المنازعات التي يمكن أن تنشأ بينهم، في المستقبل للتحكيم".^(٢)

كما عرفت المادة ١٤٤٧ من مجموعة المرافعات الفرنسية مشاركة التحكيم بأنه "اتفاق الأطراف على إخضاع منازعة نشأت بينهم بالفعل لتحكيم شخص أو أكثر".

أما المشرع المصري فقد عرف نظام التحكيم في المادة العاشرة من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بأنه (١) "هو اتفاق الطرفين على الالتجاء للتحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما، بمناسبة علاقة قانونية معينة، سواء كانت عقدية أو غير عقدية".

(٢) ويجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع، سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين.

(١) أنظر غي عرض ذلك: أ. ابراهيم المنجى - عقد نقل التكنولوجيا - دار المعارف - ط ٢٠٠٢ - ص ٢٤٠.

(2) Art. 1442. La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties a un contrat s'engagent a soumettre a l'arbitrage les litiges qui pourraient naitre relativement a ce contrat .

وقد عرفته محكمة النقض المصرية على أنه " التحكيم طريق استثنائي لفض المنازعات قوامه الخروج على طريق التقاضى العادية " (١) كما قضت بأنه " قضاء خاص يستند فيه إلى إرادة الأطراف لحسم نزاع ثار بالفعل أو يحتمل أن يثور فى المستقبل بواسطة أشخاص يختارهم الخصوم، بدلاً من المحاكم صاحبة الاختصاص العام، ويقتصر أثره حتماً على ما تنصرف إليه إرادة المحكّمين على عرضه على هيئة التحكيم " (٢)

وقد عرفته المحكمة الدستورية العليا بأنه "عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتقويض منهما أو على ضوء شروط يحددها، ليفصل هذا المحكم فى ذلك النزاع بقرار يكون نائباً عن شبهة المغالاة، مجرداً من التحامل ، وقاطعاً لدابر الخصومة فى جوانبها التى أحالها الطرفان إليه . بعد أن يدلى كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضى الرئيسية" (٣) .

كما يجوز أن يتم الاتفاق على التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت فى شأنه دعوى أمام جهة قضائية، وفى هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التى يشملها التحكيم وإلا كان باطلاً... (٣) ويعتبر اتفاق التحكيم كل إحالة ترد فى العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة فى اعتبار الشرط جزءاً من العقد".

وكما هو واضح من صياغة نص المادة العاشرة من القانون فإن اتفاق التحكيم قد يأخذ احدى شكلين :

١ - اتفاق تحكيم سابق لقيام النزاع.

-
- (١) نقض ١٩٧٢/٢/١٦ المجموعة ٢٢ ص ١٧٩ س ٢٣ ص ١١٦٨ .
(٢) نقض ١٩٧٢/٢/١٥ السنة ٢٣ ص ١١٦٨ ، نقض ١٩٩٨/٦/٢٠ - مجلة القضاء السنة ٣٠ ص ٣١٢ وحكم المحكمة الدستورية العليا ١٩٩٩/١١/٦ رقم ٨٤ لسنة ١٩٩٩ ق .
(٣) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١٧ / ١٢ / ١٩٩٤ القضية رقم ١٣ لسنة ١٥ ق دستورية عليا .

٢ - اتفاق تحكيم لاحق على قيام النزاع، وقد يتخذ اتفاق التحكيم أحد ثلاث صور نصت عليها المادة العاشرة وهي:

الصورة الأولى: أن يرد اتفاق التحكيم في وثيقة مستقلة تسمى مشاركة تحكيم، وهذه الوثيقة مستقلة عن العقد الأصلي الذي ورد فيه ويتفق فيه الطرفين على حل نزاع قائم بالفعل عن طريق التحكيم.

أما الصورة الثانية: - وهي أن يرد الاتفاق على التحكيم في شكل شرط مدرج بالعقد ويعرف بشرط التحكيم يتفقوا فيه الأطراف على حل ما ينشأ بينهم من نزاع بشأن تنفيذ العقد للتحكيم.

الصورة الثالثة: - وهي أن يرد اتفاق التحكيم في شكل إحالة في عقد مبرم بين طرفين في وثيقة أخرى تتضمن شرط تحكيم.

وقد عرفت محكمة النقض المصرية التحكيم في بعض أحكامها وقضت بأنه "التحكيم طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وهو ولئن كان في الأصل وليد إرادة الخصوم إلا أن أحكام المحكمين شأن أحكام القضاء تحوز حجية الشيء المحكوم به بمجرد صدورها"، كما قضت بأنه "هو طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طريق التقاضي العادية، وما تكفله من ضمانات، ومن ثم فهو مقصور حتماً على ما تنصرف إليه إرادة المحكمين على عرضه على هيئة التحكيم"^(١).

والتحكيم بالشكل السابق يتسم بالطابع الاتفاقي ذي الطبيعة الرضائية، وقد يكون متخذاً شكل شرط أو مشاركة تحكيم، ينعقد بمناسبة نزاع قائم بالفعل أو نزاع محتمل حدوثه^(٢).

(١) نقض مدني ١٥/٢/١٩٧١ مجموعة أحكام النقض ص ٢٦ - ص ٤٧٣، نقض مدني - الطعن رقم ١٥٧٩ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٠/٢/١٩٨٦، الطعن رقم ١٦٤٠ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٤/٢/١٩٨٨.

(٢) راجع في ذلك: د. محمود عمر التحيوى - مرجع سابق - ص ٧٠.

هذا، وقد استقر الفقه والقضاء على أن التحكيم هو الاتفاق على طرح نزاع معين على شخص أو أشخاص معينين، يعهد إليهم للفصل في النزاع دون المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع فبمقتضى التحكيم ينزل الخصوم عن الالتجاء إلى القضاء الوطني المختص أصلاً بنظر النزاع والتزامهم بعرضه على محكم أو أكثر للفصل فيه بحكم ملزم للخصوم".

ويجب أن يكون شكل اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً^(١).

وتجيز غالبية الدول التحكيم بقصد التيسير على الخصوم لتفادي الإجراءات القضائية وتوفير الوقت والجهد، فالمحتكم باتفاقه على التحكيم لا ينزل عن حماية القانون أو حقه في الالتجاء إلى القضاء، وإلا فإن المشرع لا يعتد بهذا النزول. ولا يقره، إذ إن الحق في الالتجاء إلى القضاء هو من الحقوق المقدسة المتعلقة بالنظام العام، وبالتالي فإرادة المحتكم في عقد التحكيم تقتصر على مجرد إحلال المحكم في نظر النزاع، فالعدالة تفرض على الخصوم سواء بمقتضى المحكمة أو المحكم وبحسم النزاع بمقتضى حكمه أو حكمها ويكون في الحالتين قابلاً للتنفيذ الجبري والمحكم يعمل على استقلال دون تبعية لأحد من أطراف التحكيم مثله في ذلك مثل القاضي، ولا يجوز التوسع في التحكيم، وبعبارة أخرى، يجب الاعتداد بإرادة الخصوم في شأن المنازعات الخاصة للتحكيم، فالتحكيم جزئي في نطاقه نسبي في أثره وهو مقصور على ما اتفق بصدده من منازعات، ولا يسري إلا بالنسبة لطرفيه وخلفهم، ومن ثم فالتحكيم أثران، أحدهما سلبي وهو حرمان أطراف العقد من الالتجاء إلى القضاء بصدد الخصومة التي اتفقوا فيها على التحكيم، والآخر إيجابي وهو فض الخصومة بطريق التحكيم والاعتداد بالحكم الصادر فيه واعتباره كأنه قد صدر من المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع^(٢).

(١) حيث نصت المادة (١٢) من ق ٢٧ لسنة ٩٤ على أنه "يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً وإلا كان باطلاً ويكون اتفاق التحكيم مكتوباً إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تناوله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة".

(٢) الدعوى التحكيمية رقم ١٧٣ لسنة ٢٠٠٠ جلسة ٢٠٠٠/١٢/١٤ مجلة التحكيم العربي، العدد الرابع، أغسطس عام ٢٠٠١.

ووفقاً للمادة الثانية من قانون التحكيم المصري، فيكون التحكيم تجارياً إذا كان محل النزاع علاقة قانونية تنسم بطابع اقتصادي، سواء كانت علاقة عقدية أو غير عقدية، وعلى ذلك فإن التحكيم يعتبر تجارياً إذا كان موضوع النزاع ذات طبيعة اقتصادية^(١).

وبعد التحكيم دولياً إذا كان النزاع المعروض يتضمن عقد ذا صلة بعنصر أجنبي، سواء تعلق هذا العنصر بمحل إبرام العقد أو بمحل تنفيذه أو بأطرافه كأن يكون أحد أطراف العقد من الأجانب أو المقيمين في الخارج.

وحقيقة فإن نظام التحكيم يحقق للأطراف المحتكمين حلاً سريعاً لنزاعهم وهو طريق أكثر اقتصاداً في النفقات وأكثر مرونة من الإجراءات، نظراً لما يتمتع به من بساطة في الإجراءات بسبب بعده عن الشكليات التي تتطلبها إجراءات التقاضي العادية، كما أنه يوفر الوقت حيث يتفادى إجراءات التقاضي العادية، كما أنه يوفر الوقت حيث يتفادى أطراف النزاع من خلاله تعدد درجات التقاضي وبطء الفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم شرطاً كان أم مشاركة.

كما تتجلى أهمية التحكيم في مجال المعاملات التجارية على وجه الخصوص في مجال العلاقات التجارية الدولية، نظراً لما تتطلبه هذه المعاملات من سرية وسرعة في الفصل في مثل هذا النوع من المنازعات.

(١) راجع د. حامد محمد أحمد - النظام القانوني لعقود الـ **B. O. T** رسالة دكتوراه - جامعة الزقازيق - ص ٢٤٥، والدكتور/ محمود سمير الشرفاوي - مفهوم التجارة الدولية وفقاً لقانون التحكيم المصري - مجلة التحكيم العربي - مايو ١٩٩٦ - ص ١٩.

المطلب الثاني

مدى شرعية إتفاق التحكيم في ضوء القضاء الدستوري

حق التقاضي مكفول للجميع بمقتضى نص المادة - ٦٨ من الدستور والتي جاء فيها "التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة ولكل مواطن حق الإلتجاء إلى قاضيه الطبيعي وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء بين المتقاضين...".

وبذلك النص يكون المشرع الدستوري قد قرر صراحة حقاً لجميع المواطنين بمقتضاه يحق لهم الرجوع إلى القضاء للفصل في المنازعات التي يكونوا طرفاً فيها، إلا أن حكم هذا النص يثير التساؤل حول ما إذا كان النص يعد قاعدة أمره لا يجوز الخروج عنها أو الاتفاق على ما يخالف أحكامها أم إنها قاعدة مكملة يجوز الاتفاق على ما يخالف أحكامها؟ والإجابة على ها التساؤل تبدو أهميتها بشأن موضوع التحكيم، فقد نشأت في الوقت الحالي فكرة التحكيم الإرادي والتحكيم الإلزامي، ومن هذه النقطة إنقسم الفقه والقضاء إلى فريقين بشأن مدى شرعية التحكيم.

وقبل التعرض لذلك لابد أن نفرق بين نوعين من التحكيم، النوع الأول: التحكيم الاختياري أو الاتفاقي وهو الصورة العامة للتحكيم والذي يقوم على إرادة الطرفين في إختياره كأسلوب لفض ما ينشب بينهما من نزاع والنوع الثاني هو التحكيم الإلزامي وهذا النوع من التحكيم قد آثر جدلاً في فقه القانون الوضعي حول تكييفه حيث ذهب جانب من الفقه لحد القول بأنه لا يعد تحكيمياً بالمعنى الدقيق لإنعدام الإرادة الذاتية للأطراف المحتكمة^(١) وهذا النوع قد أقرته بعض الأنظمة القانونية وجعلته أمراً واجباً في بعض المنازعات بين الأفراد والجماعات لايملكون معه رفع الأمر أمام القضاء العام في الدولة وإنما يتعين عليهم إن آرادوا الفصل فيها ابتداء الإلتجاء لنظام التحكيم وهو ما يعرف بنظام التحكيم الإلزامي^(٢) ولتوضيح ذلك نعرض أولاً لموقف الفقه حول مدى شرعية التحكيم الإلزامي وموقفه

(١) *FOUCHARD: La nature juridique de l'arbitrage du tri unal des differends irangamesicans. Cahiers du C E D. IN. 1 er journie dactualite international. 19 Avril. Avant propos de B.STERNE. p. 32;*

(٢) انظر في ذلك: د.محمود عمر التحيوي - مرجع سابق - ص ٩٣.

حول مدى شرعية التحكيم الإتفاقي وعلى ذلك سوف نبين في الفرع الأول الإتجاه القائل بشرعية التحكيم وفي الفرع الثاني الاتجاه المعارض لشرعية التحكيم.

الفرع الأول

مدى شرعية التحكيم الإجباري

وضع المشرع الفرنسي العديد من القوانين التي نظمت التحكيم الإجباري للفصل في بعض المنازعات وجعلت منه أمرًا واجبًا على الأفراد عند اللجوء إليه لفض ما ينشأ من نزاع بينهم ومن أمثلة ذلك ما كان منصوص عليه في المواد ٥١ وما بعدها من المجموعة التجارية الفرنسية وهي المنازعات التي تقع بين الشركاء بسبب شركة تجاريه^(٢) وبعد ذلك الغيث هذه المواد وصدر القانون ١٩٢٥/١٢/٣١ ونص على إخضاع الأفراد للتحكيم في المواد ٦٣١ وما بعدها من المجموعة التجارية الفرنسية، كما تقرر نظام التحكيم الإجباري في فرنسا في منازعات العمل الجماعية في بعض الفترات المحدودة^(٣).

أما في مصر فقد أخذت لأول مرة بنظام التحكيم الإجباري بموجبي قراري مجلس الوزراء الصادرين في ١٠/١/١٩٦٦ الذي أنشأ هيئات التحكيم الإجباري للفصل في المنازعات التي تقع بين الهيئات العامة والمؤسسات العامة وشركات قطاع الأعمال والقانون الخاص به رقم ٣٢ لعام ١٩٦٦ في المواد رقمي ٦٦ و ٦٧ سنة، كما أخذت مصر بنظام التحكيم الإجباري في منازعات العمل الجماعية بصورة مطلقة بحيث يحال إلى التحكيم أية منازعات جماعية بدون قبول أو موافقة الطرفين وتتعدم إرادة أطراف النزاع في هذا النوع من التحكيم سواء فيما يتعلق باللجوء إليه أو باختيار الجهة المختصة به وقد ورد هذا التحكيم في القانونين رقمي ٩٧ لسنة ٨٣ و ٩٥ لسنة ١٩٩٢ و قيل في تبرير هذا النوع من التحكيم نظرًا لأن

(١) انظر في ذلك: د. محمود عمر التحيوي - المرجع سابق - ص ٩٧.

(٢) راجع في ذلك: د. عبد القادر الطورة - قواعد التحكيم في منازعات العمل الجماعية بند ٦٥

- ص ١١٣ ما بعدها.

هذه المنازعات لا تقوم على خصومات تتعارض فيها المصالح كما هو الشأن في القطاع الخاص، بل تنتهي جميعها في نتیجتها إلى جهة واحدة وهي الدولة^(١)

وقد تصدت المحكمة الدستورية العليا لمبدأ التحكيم الإجباري في أحد القضايا التي عرضت عليها وقررت بعدم دستورية التحكيم الإجباري ونعرض لهذه القضية بالتفصيل على النحو الآتي "

"حيث أن الواقع - على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق - تتحصل في أن المدعى كان قد أقام الدعوى رقم ١٤٨٨ لسنة ١٩٩٤ أمام محكمة المنصورة الابتدائية ضد المدعى عليهما الثاني والثالث، طالباً الحكم ببراءة ذمته من مبلغ ٥٢٦٨ جنيهًا الذي قدرته مصلحة الضرائب على المبيعات جزافيًا عن إنتاج مصنع الطوب الذي يملكه، وذلك في الفترة من ١٩٩٣/٤/١ حتى ١٩٩٣/٩/٣٠ قولاً منه بأنه يقوم بسداد الضريبة المستحقة عليه شهرياً وفقاً لإنتاجه الفعلي من تاريخ العمل بقانون تلك الضريبة وأنه تظلم من ها التقدير، إلا أن تظلمه رفض، وتاريخ ١٩٩٥/١/٢٦ قضت تلك المحكمة بعدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق الذي حددته المادة (١٧) من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١ فطعن المدعي على ذلك الحكم بالاستئناف رقم ٨٣٤ لسنة ٤٧ قضائية المنصورة، وأثناء نظر الدعوى دفع بعدم دستورية المادتين (١٧ ، ٣٥) من قانون الضريبة العامة على المبيعات، وإذا قدرت محكمة الموضوع جدية الدفع، وصرحت له برفع الدعوى الدستورية فقد أقام الدعوى الماثلة.

وحيث إن المادة (١٧) من قانون الضريبة العامة على المبيعات الصادر بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١ تنص على أن "للمصلحة تعديل الإقرار المنصوص عليه في المادة السابقة، ويخطر المسجل بذلك بخطاب موصي عليه مصحوباً بعلم الوصول خلال ستين يوماً من تاريخ تسليمه الإقرار للمصلحة

وللمسجل أن يتظلم لرئيس المصلحة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسليم الإخطار، فإذا رفض التظلم أو لم يبت فيه خلال خمسة عشر يوماً، فلصاحب

(١) راجع في عرض ذلك: د. رضا السيد - أنواع التحكيم - بحث منشور - الدورة العامة لاعداد

الشأن أن يطلب إحالة النزاع إلى التحكيم المنصوص عليه في هذا القانون خلال الخمسة عشر يومًا التالية.

وفي جميع الأحوال يجوز مد هذه المدد بقرار من الوزير ويعتبر تقدير المصلحة نهائيًا إذا لم يقدم التظلم أو يطلب إحالة النزاع للتحكيم خلال المواعيد المشار إليها.

كما تنص المادة (٣٥) من ذلك القانون على أنه "إذا قام نزاع مع المصلحة حول قيمة السلعة أو الخدمة أو نوعها، أو كميتها، أو مقدار الضريبة المستحقة عليها وطلب صاحب الشأن إحالة النزاع إلى التحكيم في المواعيد المقررة وفقًا للمادة (١٧) من هذا القانون، فعلى رئيس المصلحة أو من ينيبه خلال الخمسة عشر يومًا التالية لتاريخ إخطاره بطلب التحكيم أن يحيل النزاع كمرحلة ابتدائية للتحكيم إلى حكمين تعين المصلحة أحدهما ويعين صاحب الشأن الآخر. وفي حالة اتفاق الحكمين يكون رأيهما نهائيًا.

فإذا لم تتم المرحلة السابقة بسبب عدم تعيين صاحب الشأن للمحكم أو إذا اختلف المحكمان المنصوص عليهما في الفقرة السابقة رفع النزاع إلى لجنة مؤلفة من مفوض دائم يعينه الوزير رئيسيًا. وعضوية كل من، ممثل عن المصلحة يختاره رئيسها، وصاحب الشأن أو من يمثله، ومندوب عن التنظيم المهني أو الحرفي أو الغرفة التي ينتمي إليها المسجل يختاره رئيس هذه الجهة، ومندوب عن هيئة الرقابة الصناعية يختاره رئيسها، وتصدر اللجنة قرارها بأغلبية الأصوات بعد أن تستمع إلى الحكمين عند توافر المرحلة الابتدائية ومن ترى الاستعانة بهم من الخبراء والفنيين.

ويعلن قرار اللجنة إلى كل من صاحب الشأن والمصلحة خلال خمسة عشر يومًا من تاريخ صدوره بكتاب موصي عليه مصحوبًا بعلم الوصول ويكون القرار الصادر من اللجنة واجب النفاذ ويشتمل على بيان من يتحمل نفقات التحكيم.

ويحدد الوزير إجراءات التحكيم بالمراعاة للقواعد المنصوص عليها في قانون المرافعات كما يحدد نفقاته ومراكزها ودوائر اختصاصها والمكافآت التي تصرف لأعضائها.

وحيث إن المصلحة الشخصية المباشرة - وهي شرط لقبول الدعوى الدستورية - مناطها أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية، وذلك بأن يكون الحكم في المسألة الدستورية مؤثراً في الطلبات الموضوعية المرتبطة بها والمطروحة على محكمة الموضوع. لما كان ذلك، وكان فصل محكمة الموضوع في النزاع المردد بين المدعى ومصلحة الضرائب يتوقف على الفصل في دستورية نظام التحكيم المنصوص عليه في قانون الضريبة العامة على المبيعات: فإن نطاق هذه الدعوى ينحصر فيما تضمنته المادة (١٧) من ذلك القانون من تخويل صاحب الشأن - إذا رفض تظلمه أو لم يبت فيه - الحق في طلب إحالة النزاع إلى التحكيم وإلا اعتبر تقدير المصلحة نهائياً؛ وكذلك في نص المادة (٣٥) منه الذي اشتمل على الأحكام المنظمة لذلك التحكيم.

وحيث إن المدعى ينعي على النصين المطعون فيهما - محددين نطاقاً على النحو المتقدم - أنهما قد جعلاً اللجوء إلى التحكيم إجبارياً على خلاف الأصل فيه. وحالاً بذلك دون خضوع قرارات تقدير الضريبة لرقابة القضاء بما يخل بحق التقاضي المنصوص في المادة (٦٨) من الدستور.

وحيث إن الدستور قد كفل لكل مواطن - بنص مادته الثامنة والستين - حق الالتجاء إلى قاضيه الطبيعي مخولاً إياه بذلك أن يسعى بدعواه إلى قاض يكون بالنظر إلى طبيعتها، وعلى ضوء مختلف العناصر التي لا يستها، مهيباً دون غيره للفصل فيها، كذلك فإن التقاضي غاية نهائية يتوخاها تمثلها الترضية القضائية، التي يناضل المتقاضون من أجل الحصول عليها لجبر الأضرار التي أصابتهم من جراء العدوان على الحقوق التي يطلبونها، فإذا أرقها المشرع بقيود تعسر الحصول عليها أو تحول دونها كان ذلك إخلالاً بالحماية التي كلفها الدستور لهذا الحق وإنكاراً لحقائق العدل في جوهر ملامحها.

وحيث إن قضاء هذه المحكمة مطرد على أن الأصل في التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على مُحَكِّم من الأعيان يُعَيَّن باختيارهما أو بتقويض منهما أو على ضوء شروط يحددها، ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائياً عن شبهة الممالة، مجرداً من التحامل، وقاطعاً لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه، بعد أن يُدلى كل منهما بوجهة نظره تفصيلاً من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية ولا يجوز بحال أن يكون التحكيم إجبارياً يُدَّعى إليه أحد الطرفين إنقاذاً لقاعدة قانونية أمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها، وذلك سواء كان موضوع التحكيم نزاعاً قائماً أو محتملاً، ذلك أن التحكيم مصدره الاتفاق، إذ يحدد طرفاه - وفقاً لأحكامه - نطاق الحقوق المتنازع عليها بينهما، أو المسائل الخلافية التي يمكن أن تُعرض لهما، وإليه تترد السلطة الكاملة التي يباشرها المحكمون عند البت فيها، ويلتزم المحكمون بالنزول على القرار الصادر فيه، وتنفيذه تنفيذاً كاملاً وفقاً لفحواه، ليؤول التحكيم إلى وسيلة فنية لها طبيعة قضائية غايتها الفصل في نزاع مبناه علاقة محل اهتمام من أطرافها وركيزته اتفاق خاص يستمد المحكمون منه سلطاتهم، ولا يتولون مهامهم بالتالي بإسناد من الدولة. وبهذه المثابة فإن التحكيم يعتبر نظاماً بديلاً عن القضاء. فلا يجتمعان، ذلك أن مقتضى الاتفاق عليه عزل المحاكم جميعها عن نظر المسائل التي انصب عليها استثناء من أصل خضوعها لولايتها.

ومؤدي ما تقدم جميعه أنه إذا ما فرض المشرع التحكيم قسراً بقاعدة قانونية أمرة، فإن ذلك يعد انتهاكاً لحق التقاضي الذي كلفه الدستور وحيث إن البين من استقراء المادة (١٧) الطعينة أنه متى أخطرت مصلحة الضرائب على المبيعات المسجل، بتعديل الإقرار المقدم منه ب خطاب موصي عليه مصحوباً بعلم الوصول خلال سنتين يوماً من تسلمها بالإقرار، فإن الأمر لا يخرج عن إحدى حالتين، فإما أن يقبل المسجل - صراحة أو ضمناً - ما أجرته المصلحة من تعديل، وإما أن يتقدم - خلال الميعاد المحدد - متظلاً منه، فإن رفضت المصلحة تظلمه أو لم تبت فيه، كان عليه إن أراد المضي في المنازعة في التعديل الذي أجرته المصلحة أن يطلب إحالة الأمر إلى التحكيم وإلا صار تقدير المصلحة نهائياً. ثم تناولت المادة (٣٥) تنظيم التحكيم وجعلته على مرحلتين أولاً ابتدائية تعين فيها

المصلحة محكمًا ويعين صاحب الشأن المحكم الآخر، فإن لم يعينه أو اختلف الحكماء، رُفِعَ النزاع إلى لجنة يستأثر وزير المالية بتحديد إجراءات التحكيم أمامها، يرأسها مفوض دائم يعينه الوزير وتضم صاحب الشأن أو من يمثله وممثلًا عن المصلحة ومندوبًا عن التنظيم المهني أو الحرفي أو الغرفة التي ينتمي إليها المسجل يختاره رئيس هذه اللجنة، ومندوبًا عن هيئة الرقابة الصناعية يختاره رئيسها، وتصدر هذه اللجنة قرارها بالأغلبية ويعلن لكل من المصلحة وصاحب الشأن ويكون واجب النفاذ مشتملاً على تحديد من يتحمل نفقات التحكيم. ولازم ذلك كله، أن المسجل إذا تلمس طريقًا إلى المنازعة في مقدار الضريبة أو قيمة السلعة أو الخدمة أو نوعها أو كميتها، فليس أمامه سوى طلب إحالة النزاع إلى التحكيم؛ وإلا كان تقدير المصلحة - مهما شابه من عسف أو مبالغة - ملزمًا له ونافذًا في حقه. ولا ينال من النتيجة المتقدمة ما قاله إن هذا التحكيم لا يمنع صاحب الشأن من أن يعزف عنه ويلجأ بظلامته من ذلك التقدير مباشرة إلى المحكمة، أو أن يختاره ثم يطعن على قرار اللجنة أمام القضاء؛ لأن الأصل في النصوص القانونية ألا تُحمل على غير مقاصدها وألا تفسر عباراتها بما يخرجها عن معناها ويفصلها عن سياقها أو يحرفها عما اتجهت إليه إرادته؛ متى كان ذلك وكان اصطلاح "التحكيم" إنما يقصد به نظام للفصل في منازعات معينة يكون مانعًا من ولوج طريق التقاضي أمام المحاكم بشأنها، وكان قانون الضريبة العامة على المبيعات قد أورد النص على التحكيم وما يرتبط به من إجراءات في المواد (١٧ و ٣٥ و ٣٦) منه، فإن إرادة المشرع تكون قد انصرفت بيقين إلى إنشاء نظام للتحكيم - بديلاً عن القضاء - في منازعات انفراد وحده بتعيينها وتحديد كيفية تشكيل اللجان التي تفصل فيها، وبيان الإجراءات التي تتبعها؛ مع أن التحكيم لا يكون إلا وليد إرادة طرفيه.

وحيث إنه متى كان ما تقدم ، في المادتين الطعنتين تكونان قد فرضتا التحكيم قهراً على أصحاب الشأن، وخلعتا قوة تنفيذية على القرارات التي تصدرها لجان التحكيم في حقهم عند وقوع الخلاف بينهم وبين مصلحة الضرائب على المبيعات، وبهذه المثابة فإن هذا النوع من التحكيم - الذي يبسط مظلمته على صل منازعات هذه الضريبة يكون منافياً للأصل فيه باعتباره أن التحكيم لا يتولد إلا عن

الإرادة الحرة ولا يجوز إجراؤه تسلطاً وكرهاً، بما مؤداه أن اختصاص جهة التحكيم التي أنشأها قانون الضريبة العامة على المبيعات - بالمادتين الطعنتين - لنظر المنازعات التي أدخلها جبراً في ولايتها يكون - ومنطوياً بالضرورة على إخلال بحق التقاضي بحرمان المتداعين من اللجوء إلى قاضيهم الطبيعي بالمخالفة للمادة (٦٨) من الدستور، ومنعدهم بالتالي من زاوية دستورية.

وحيث إن المادة (٣٦) من قانون الضريبة العامة على المبيعات المشار إليه ترتبط ارتباطاً لا يقبل التجزئة بالمادتين (١٧ و ٣٥) منه، فإنها تسقط لزوماً تبعاً للحكم بعدم دستوريتهما، إذ لا يتصور وجودها بدون هذين النصين.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة:

أولاً: بعدم دستورية نص المادة (١٧) من قانون الضريبة العامة على المبيعات الصادر بالقانون رقم ١١ لسنة ١٩٩١ فيما تضمنه من أن لصاحب الشأن أن يطلب إحالة النزاع إلى التحكيم المنصوص عليه في هذا القانون إذا رفض تظلمه أو لم يبت فيه، وإلا اعتبر تقدير المصلحة نهائياً.

ثانياً: بعدم دستورية نص المادة (٣٥) من ذلك القانون.

ثالثاً: بسقوط نص المادة (٣٦) من القانون المشار إليه.

رابعاً: بإلزام الحكومة المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة.

وعلى ذلك وطبقاً لما سرده الحكم فإن التحكيم الذي يفرض جبراً أو قسراً بقاعدة قانونية أمره يعتبر انتهاكاً لحق التقاضي الذي كفله الدستور المصري في مادته ٦٨ وبذلك الحكم تكون مصلحته الضرائب قد فرضت نظام التحكيم قسراً أو جبراً على أصحاب الشأن ويكون على هذا النحو التحكيم منافياً للأصل الذي يقوم على إرادة حرة لطرفيه ولا يجوز إجراؤه تسلطاً أو كرهاً، وبذلك يكون نص المادتين المطعون فيهما منطوياً على إخلال بحق التقاضي بحرمان المتداعين من اللجوء لقاضيهم الطبيعي بالمخالفة لنص المادة ٦٨ من الدستور الأمر الذي يجعل من التحكيم الإجباري أمراً غير مشروعاً.

وبذلك الحكم تكون المحكمة الدستورية العليا قد أقرت بعدم شرعية التحكيم الإجباري للإعتبارات الآتية:

(١) إن مبدأ تدرج القاعدة القانونية تقضي صدور التشريع الأدنى متوائماً مع التشريع الأعلى من حيث الشكل والمضمون ونظرًا لأن المشرع الدستوري قد كفل لكل مواطن حق التقاضي فلا يجوز لتشريع آخر أن يحرم المواطن العادي من هذا الحق الذي قرره له الدستور.

(٢) عدم وجود ضمانات كافية أمام هيئة التحكيم بالمقارنة بالضمانات الأخرى الموجودة لدى القضاء وعلى ذلك فيبدو عدم شرعية التحكيم الإجباري لضعف الثقة في ضمانات التقاضي أمامه لإنفراد طرف واحد بوضعه وفرضه قسرًا عن الطرف الآخر.

الفرع الثاني

مدى شرعية التحكيم الاختياري

يكون اللجوء للتحكيم الاختياري مرهون بإرادة الأطراف وهو الصورة العامة للتحكيم وقد صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم ونص في الفقرة الأولى من المادة الرابعة على أن "ينصرف لفظ تحكيم في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتها الحرة سواء كان الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم، بمقتضي إتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم لتحكيم أو لم يكن كذلك"، وهذا النوع يقوم على إرادة طرفية في اللجوء إليه.

ذهب جانب من الفقه^(١) أن حق كل مواطن في اللجوء لقاضيه الطبيعي أو القضاء الوطني والمحاكم الوطنية هو حق متعلق بالنظام العام، وإن الإتفاق على التحكيم بالرغم من إنه يسلب ولاية القاضي الوطني والمحاكم الوطنية من نظر النزاع إلا إنه لا يمس فكرة النظام العام لإقرار الأنظمة المختلفة له وهو ما يعد مبرراً للخروج على القاعدة الأمرة، فيرى هذا الرأي^(٢) أن الاتفاق على التحكيم يعني حجب سلطة المحاكم عن نظر النزاع وهو ما يؤدي إلى نزاع الاختصاص بنظر النزاع عن المحاكم واعطائه للمحكمن ويكون الدفع به دفعا بعدم الاختصاص وليس بعدم القبول وهو عدم اختصاص وظيفي أو ولائي ينجم من التحكيم الذي يسلب ولاية القضاء العام في الدولة من نظر هذا النزاع وهي حالة نادرة يملكها الأفراد برغم تعلقها بالنظام العام نظراً لإقرارها بشفاعة الأنظمة القانونية المختلفة، وذهب جانب فقهي آخر^(٣) إن اللجوء للتحكيم لا يعني أكثر من رضاء الخصوم بعرض النزاع على هيئة التحكيم ليفصل فيه بدلاً من المحكمة المختصة

(١) راجع في عرض ذلك: ديفنشي - التحكيم - المرجع سابق - ص ١٧٨ - ١٩٣ بند ٢٥.

(٢) راجع في عرض ذلك: عز الدين عبدالله - تنازع القوانين في سائل التحكيم في مواد القانون الخاص - مقالة المنشور في مجلة العدالة المصادرة من وزارة العدل الإماراتية - أبو ظبي - العدد ٧٩/٤/١٩.

(٣) راجع في عرض ذلك : د.سعد أبو السعود - الدفع بالتحكيم. مقاله منشورة في مجلة المحاماة المصرية - العدد ٨ لسنة ٤١ ص ١٣٣٤ وما بعدها.

ومن ثم لا يثار فيه إعتبار النظام العام ولا يمس هذا الاتفاق حق الدعوى المقرر بحسابه حقاً مستقلاً عن الحق الموضوعي التي تحميه لأن الدعوى هي مجرد سلطة للحصول على حكم في موضوعها فإنها يستوي صدور هذا الحكم من القضاء أو من هيئة أخرى خولها القانون سلطة القضاء في بعض المنازعات والدعوى هي ليست حق الإلتجاء إلى القضاء، فالأخير حق من الحقوق العامة المعترف بها والتي لا يجوز التنازل عنها، اما الدعوى هو حق شخصي وهي توجد قبل الإلتجاء إلى القضاء فالطرفين في إتفاق التحكيم لم يكن تنازلاً عن حقهما في الدعوى المقرر لهما بالنسبة لحماية حقهما أو مركزهما القانوني المتنازع عليهما.

كما إن القول بأن توزيع الاختصاص من عمل المشرع وبالتالي لا يجوز ان يخضع لمشئة المتعاقدين صحيح، غير إنه لم يتم الخروج على هذه القاعدة لأن المشرع هو الذي أجاز للمتعاقدين الاتفاق على التحكيم، كما إن قواعد الولاية القضائية والاختصاص مظهر من مظاهر سيادة الدولة وقواعدهما من النظام العام التي لا يجوز للأفراد الإتفاق على ما يخالفها، ولا يسوغ القول بأن اتفاق التحكيم يسلب ولاية الدولة في القضاء بالنسبة للنزاع محل التحكيم لأن إرادة الأفراد أعجز من أن تنتقص من ولاية التحكيم أو يسلب اختصاصها وإن كان لها التنازل عن حقوق الخصوم وسلطاتهم الموضوعية والإجرائية وهو ما يمكن ان ينصرف إليه اتفاق التحكيم وإن كانت بعض نصوص القانون تعترف بسلطات إرادة الخصوم في مجال الولاية والاختصاص الدولي وفي مجال الإختصاص المحلي.

في حين ذهب إتجاه فقهي آخر يرى أن اللجوء للتحكيم فيه ما يخالف النظام العام.

ومن ناحية أخرى يتمتع الفرد في الدولة بكافة الحقوق والحريات بناءً على ارادة المشرع الدستوري وليس على أفكار القانون الطبيعي وحدها، فحق التقاضي من الحقوق اللصيقة بالشخص والتي لا يمكن له ان يحيا داخل المجتمع بدون إحترامها، وحقه على هذا النحو هو حق عام يثبت للكافة ولا يترتب عليه المسائلة بالتعويض إلا إذ اثبت أن من يباشر هذا الحق قد إنحرف به عما طلب المنفعة لنفسه اوكان يستهدف بدعوة مضارة خصمه ، وقد حرص المشرع الدستوري المصري بالنص في المواد ٤٠، ٤١، ٦٤، ٦٨ على إيضاح هذه الحقوق الدستورية الكفيلة بتحقيق المساواة بين جميع طوائف الشعب في اللجوء إلى القضاء، كما أكدت المادة ٦٨

من الدستور هذا المبدأ بقولها "يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء".

كما كفلته الشريعة الإسلامية منذ أكثر من ألف وأربعين عاماً فأقرت بحق كل مواطن في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي كما في قوله تعالى "إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله" ^(١) وقد جاء الدستور نص المادة ٦٨ منه على قاعدة أمر وهي حق كل مواطن في اللجوء للقضاء لأخذ حقوقه المشروعة، وعلى ذلك فلا يجوز الاتفاق على مخالفة القاعدة الأمرة، ولما كان الأمر على هذا النحو وكان نظام التحكيم يقوم على إرادة الأطراف في اللجوء إليه، فهل إذا ما اتفق الطرفان على اللجوء إليه وعدم اللجوء للقضاء الوطني يمثل اهتزازاً لنصوص الدستور الخاصة بحق التقاضي وحق الشخص في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي أم إن الاتفاق على التحكيم لا يعتبر خروجاً على مبدأ حرية التقاض وسيادة الدولة في بسط رقابتها على القضاء وتوزيع الاختصاص بين المحاكم الوطنية؟ إلا أنه وقبل أن نتعرض لموقف المحكمة الدستورية العليا من مبدأ اللجوء للتحكيم لابد أن نوضح وإن كان المشرع والعديد من الأنظمة قد أقرروا مبدأ اللجوء للتحكيم وضمنوا ضمن تشريعاتهم نصوصاً مستقلة للتحكيم واعطت الدور الكبير لإرادة الأطراف في الاتفاق عليه، إلا أن هذه الإرادة ليست حرة تماماً في تحديد نطاق اتفاق التحكيم حيث هناك بعض المسائل التي قرر المشرع الوطني عدم جواز التحكيم بشأنها ^(٢) فعلى سبيل المثال لا يجوز التحكيم في المسائل التي تتعلق بالأموال العامة، كما لا يجوز التحكيم بشأن المسائل التي تتعلق بأعمال السلطات الثلاث في الدولة، وعلى ذلك لا يجوز اللجوء إلى التحكيم بصدد نزاع على دستورية قانون أو قرار إداري أو إجراء من إجراءات التقاضي، لأن هذه المسائل تتعلق بنظام الدولة وللفضل فيها وتكون من سلطة الدولة فقط إلا أنه قد يرى البعض ^(٣) حالة ما قد يثار الدفع بعدم الدستورية بنص معين أثناء نظر الدعوى التحكيمية فيرى هذا الرأي بإمكانية وقف الدعوى التحكيمية في حالة ما إذا كانت هيئة التحكيم تدخل ضمن إطار الهيئات ذات الاختصاص القضائي المنصوص عليه في المادة ٢٩/أ من قانون المحكمة الدستورية العليا، كما لا يجوز التحكيم في مسائل التجريم والعقاب فقد خص بها

(١) القرآن الكريم سورة النساء الآية ١٠٥.

(٢) راجع في عرض ذلك: د. حسام الدين فتحي ناصف - المرجع السابق - ص ٤٦.

(٣) راجع في عرض ذلك: د. حسام الدين الأهواني - مجلة التحكيم - الدورة المتعمقة لاعداد

المحكم مايو سنة ٢٠٠٥ - ص ٨٣.

المشرع القضاء الوطني للدولة والدعوى الجنائية هي حق للمجتمع بأكمله فلا يجوز التنازل عنها وبالتالي لا يجوز التحكيم بشأنها وقد قضت محكمة النقض المصرية على أنه "لايجوز التحكيم بصدد مسئولية الجاني عن الجريمة الجنائية وإلا يعد التحكيم باطلاً لمخالفته للنظام العام.

وانطلاقاً مما سبق فهل اذا ما لجأ أحد طرفي النزاع إلى التحكيم وعزف عن اللجوء للقضاء الوطني ما يخالف القاعدة الآمرة التي تتعلق بحق كل مواطن في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي؟ تعرضت المحكمة الدستورية العليا لهذه المسألة في العديد أحكامها وانتهت لشرعية مبدأ اللجوء إلى التحكيم لفض ما ينشأ بين المتقاضين من نزاع وذلك في القضايا الآتية:

القضية الأولى:

أقرت المحكمة الدستورية العليا مبدأ اللجوء للتحكيم لفض ما ينشأ بين المتقاضين من نزاع ولم تر في هذا المبدأ ما يخالف نصوص الدستور وذلك في قضيتها عرضت عليها، تتلخص وقائعها في

حيث إن الواقع على ما بين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق تتحصل في أن المدعى والمدعي عليهم من الرابع حتى الحادي عشر اشتركوا في تأسيس شركة لإنتاج المستلزمات الطبية بمقتضى عقد مؤرخ ١٩٨٨/٢/٤ وتم تعديله في ١٩٩٢/٨/١٨، ١٩٩٦/٤/٢٠، إلا أنه ثارت بينهم خلافات عدة فأقام المدعى الدعوى رقم ١٤٥٥ لسنة ١٩٩٧ تجارى كلى أمام محكمة شمال القاهرة الابتدائية بطلب الحكم ببطالان عقد الشركة وتعديله فيما تضمنه من اللجوء إلى التحكيم حال الخلاف بين الشركاء وبصفة مستعجلة حل الشركة وإلزام المدعي عليهم بالتعويض، وأثناء نظر الدعوى دفع محامي المدعي بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة (١٣) من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية، لإلزامها المحكمة المقام أمامها نزاع يوجد بشأنه تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع، وإذا قدرت محكمة الموضوع جدية الدفع وصرحت له برفع الدعوى الدستورية فقد أقام الدعوى المائلة غير أنها أصدرت بعد ذلك بجلسة ١٩٩٩/٣/٢٠ حكم بعدم اختصاصها بنظر الشق المستعجل وبرفض الدعوى.

وحيث إن المدعي عليهم من الرابع حتى الحادي عشر دفعوا بعدم قبول الدعوى لإنتفاء شرط المصلحة الشخصية المباشرة بعد أن عجز المدعي عن إقامة الدليل على أن ضرراً واقعياً حاق به من جراء النص المطعون فيه، كما أن إبطال هذا النص لن يوفر له فائدة عملية يتبدل بها مركزه القانوني في الدعوى الموضوعية.

وحيث إن هذا الدفع مردود، ذلك أن مؤدي - ما جري به من قضاء هذه المحكمة - أن مناط المصلحة الشخصية المباشرة - وهي شرط لقبول الدعوى الدستورية - أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين المصلحة القائمة في الدعوى الموضوعية وذلك بأن يكون الفصل في المسألة الدستورية لازماً للفصل في الطلبات الموضوعية المرتبطة بها والمطروحة على محكمة الموضوع، وإذا كان النص المطعون فيه منشأ لقاعدة أمرة لا يجوز تجاهلها، أو إسقاطها، فرض بها المشرع وفي الحدود التي أوردها إلزام محكمة الموضوع الاستجابة للدفع بعدم قبول الدعوى المطروحة عليها والمبدى من المدعي عليه - قبل إبدائه أي دفاع - على سند من وجود اتفاق تحكيم. وكان المدعي قد أقام دعواه الموضوعية مستهدفاً الحكم ببطالان عقد تعديل الشركة فيما حواه من مشاركة التحكيم. فإن القضاء بعدم دستورية النص الطعين يحقق غايته في أن تفصل المحكمة في النزاع دون هيئة التحكيم، ومن ثم يقوم مصلحته في الدعوى الدستورية المثارة، ولا ينال مما تقدم الدفع المبدى من هيئة قضايا الدولة بعدم قبول الدعوى بعد أن قضت محكمة الموضوع في النزاع الموضوعي، ذلك إنه إذا كان الثابت أن تلك المحكمة وقد قدرت جدية الدفع بعدم دستورية النص الطعين، وصرحت لمبديه أن يرفع دعواه الدستورية في الأجل الذي حددته له، وكان نص الفقرة (ب) من المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية يجري على أنه: "إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر دعوى أمام إحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كأنه لم يكن". فإن مؤدي هذا أن محكمة الموضوع وإن كان لها تقدير جدية الدفع بعدم دستورية نص تشريعي، إلا أنها إذا قدرت ذلك تلتزم بتأجيل نظر الدعوى الموضوعية، وتحديد أجل لرفع الدعوى الدستورية في ميعاد لا يجاوز ثلاثة أشهر فإن رُفعت في الموعد المحدد يصبح لازماً على محكمة الموضوع أن تتقرب قضاء

المحكمة الدستورية العليا - باعتباره كاشفاً عن النصوص القانونية التي ينبغي تطبيقها في النزاع الموضوعي ولا يجوز لها قبل ذلك أن تفصل في الدعوى الموضوعية إلا إذا تنازل مبدي الدفع عن دفعه بعدم الدستورية، أو اعتبر الدفع بعدم الدستورية كأن لم يكن لعدم رفع الدعوى الدستورية، أو أعملت آثار حكم للمحكمة الدستورية العليا فصل في أمر دستورية النص المطعون عليه، وفيما عدا الحالات المتقدمة على محكمة الموضوع أن تلتزم قضاءها بتقدير جدية الدفع فهي فإن خالفت ذلك وقضت في الدعوى المطروحة عليها دون أن تتوافر أي من الحالات السالف ذكرها فإن قضاءها هذا لا يكون له ثمة أثر قانوني على ولايتها في أن تعيد الفصل في تلك الدعوى على ضوء قضاء المحكمة الدستورية العليا في المسألة المطعون بعدم دستورتها.

وحيث إن الفقرة الأولى من المادة (١٣) من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية تنص على انه:

١ - يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى.

وحيث إن المدعي ينعي على النص المذكور مخالفته أحكام المواد (٤٠، ٤٤، ٦٥، ٦٨) من الدستور لإلزامه المحكمة بالقضاء بعدم قبول الدعوى إذا وجد بشأن النزاع المقام أمامها شرط تحكيم ودفع به المدعي عليه، وبذلك يكون قد أهدر حق التقاضي لطائفة من المواطنين وحال بينهم وبين اللجوء إلى القضاء العادي صاحب الولاية العامة في نظر المنازعات المدنية والتجارية، بينما كفل هذا الحق لأفراد باقي الطوائف مما أخل بالمساواة الواجبة. كما خالف النص المطعون فيه المادة (١٥) من القرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية والتي عقدت ولاية الفصل في المنازعات للمحاكم بصفة أصلية فلا يجوز تقييد هذا الحق.

وحيث إن النعي على النص الطعين مخالفته الدستور غير صحيح، ذلك لأن- مؤدي ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة - أن الأصل في التحكيم هو عرض نزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما وفقاً لشروط يحددها ليفصل في النزاع بقرار يقطع دابر الخصومة، بعد أن يدلى كل منهما بوجهة نظره من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية، وبذلك يكون

التحكيم عملاً إراديًا ركيزته اتفاق خاص، مبناه اتجاه إرادة المحكّمين إلى ولوج هذا الطريق لفض المخاصمات بدلاً من القضاء العادي ومقتضاه حجب المحاكم عن نظر المسائل التي يتناولها استثناء من أصل خضوعها لولايتها، لما كان ذلك، وكان المقصود بالمساواة التي تعنيها المادة (٤٠) من الدستور عدم التمييز بين أفراد الطائفة الواحدة الذين تتمايل مراكزهم القانونية، وإذا كان النص المطعون فيه يلزم المحكمة التي يرفع إليها نزاع يتضمن اتفاقاً على التحكيم أن تقضي بعدم قبول الدعوى إلى دفع المدعي عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع، إنما استهدف تغليب إرادة المحكّمين الذين يقفون إزاءه على قدم المساواة وارتضوا بإرادتهم التحكيم طريقاً لفض ما نشأ بينهم من خلاف، فإن هذا النص يكون قد استند إلى أسس موضوعية ولم يتبنى تمييزاً تحكيمياً يخل بمبدأ المساواة، أو الحيلولة بين المواطنين واللجوء إلى القضاء العادي، وهو ما يتضمن الرد على ما آثاره المدعي بشأن مخالفة النص الطعين للمادة (١٥) من القرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية فضلاً عن أن الرقابة القضائية التي تباشرها المحكمة الدستورية العليا في شأن دستورية القوانين واللوائح، مناطها قيام تعارض بين نص قانوني وحكم في الدستور، ولا شأن لها بالتناقض بين نصين قانونيين سواء جمعهما قانون واحد أم تفرقاً بين قانونين مختلفين.

متى كان ذلك فإن النص المطعون فيه لا يتعارض مع أحكام المواد (٤٠)، (٦٤، ٦٥، ٦٨) من الدستور .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة برفض الدعوى وبمصادرة الكفالة وألزمت المدعي المصروفات ومبلغ مائة جنيه مقابل أتعاب المحاماة كما انتهت في دعوى أخرى عرضت عليها بعدم مخالفة نصوص قانون التحكيم المعدى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ للدستور

كما انتهت المحكمة نفسها في دعوى أخرى عرضت عليها بعدم مخالفة نصوص قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ للدستور وذلك في دعوى

أخرى^(١) تتلخص وقائع هذه القضية من قيام شخصين بتأسيس شركة توصيته بسيطة باسم مجموعة التوفيق لإدارة الخدمات البترولية، ثم بعد ذلك قام أحد الشريكين المتضامنين بالتعاقد مع شركة بترول لإستئجار وإستغلال محطات تموين السيارات وتضمناً في عقد الإيجار بنداً يفيد اللجوء إلى التحكيم في حالة المنازعات وعقداً الاختصاص لمركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي، وبعد فترة وجيزة رفع الشريك الأمر لمحكمة جنوب القاهرة يطلب رد الفروق المالية عن عقد الإيجار على أساس أن القيمة الإيجارية مبالغ فيها، وطلب نذب خبير لتحديد القيمة الفعلية المستحقة للإيجار ثم تدخل الشريك المتضامن هجوماً في الدعوى، وطلب الحكم ببطلان عقد الإيجار من حيث الإتفاق على التحكيم وإعقب ذلك دفاع محامي الشركة المدعي عليها بعدم قبول الدعوى الأصلية لسبق الإتفاق على التحكيم، واختصاص مركز القاهرة للتحكيم وعدم اختصاص محكمة جنوب القاهرة بالمنازعة ثم تدخلت الشركة المتضامنة الثانية وطالبت أصلياً ببطلان شرط التحكيم الوارد في عقد الإيجار واحتياطياً بعدم دستورية نصوص المواد ١/٢٢/١٣ ، ١/٥٢ من قانون التحكيم المصري وبعد أن رأت المحكمة جدية الدفع صرحت للشركة المتضامنة الثانية برفع الدعوى الدستورية مستندة في طعنها بعدم دستورية المواد ١/٢٢/١٣/١/٥٢ من قانون التحكيم لمخالفتهم لنصوص المواد ١٦٥/٦٨/٦٥/٤٠ من الدستور المصري، من حيث مبدأ تكافؤ الفرص، والمساواة أمام القانون بين المواطنين والاعتداء على استقلال القضاء وحصانته فضلاً عن إهداره لحق التقاضي الذي يكفله الدستور للناس كافة، ومن ناحية أخرى خالف النص المطعون فيه لنص المادة ١٥ من قانون السلطة القضائية والذي عقد ولاية الفصل في المنازعات للمحاكم المصرية.

وقد تصدت المحكمة الدستورية لما أثاره دفاع الطاعن وانتهت لعدم مخالفة نصوص قانون التحكيم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ للدستور ولأن الأصل في قضاء التحكيم هو حرية الطرفين في عرض نزاعهم على محكم من الأغيار يعين بمحض إرادتهما للفصل في النزاع بحكم منهي للخصومة بعد أن يضمن كل طرف ضمانات التقاضي الرئيسية، وهو ما مؤداه إتجاه إرادة المحتكمين إلى ولوج هذا الطريق لفض خصوماتهم بدلاً من القضاء العادي، ومن ثم فإن المشرع بما له من سلطة تقديرية

(١) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ١٣/١/٢٠٠٢ الطبعة رقم ١٥٥ لسنة ٢٠٠٢ ق دستورية منشور بموسوعة أحكام المحكمة الدستورية العليا دار الثقافة الجامعية ٢٠٠٥

في تنظيم الحقوق قد حجب المحاكم عن نظر المسائل التي يتناولها التحكيم استثناءً من أصل خضوعها لولايتها، فإذا كان النص الطعين قد خول لهيئة التحكيم مهمة الفصل في الدفع التي تتعلق بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفع المبينة على عدم وجود إتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع فذلك لإعتبارات تتفق والمنطق القانوني قوامها ان عرض نزاع ما على هيئة التحكيم يعتبر وسيلة قضائية يحسم من خلالها النزاع موضوع التحكيم برمته بما فيه من أوجه دفاع ودفع ومنها الخصومة محل التحكيم لنقصل في موضوعها هيئة التحكيم من القيام بواجباتها في الفصل في النزاع المطروح عليها دون أن تتمزق أوصاله وما ذلك إلا تطبيقاً للقاعدة المتفق عليها في الفقه والقضاء وهي ان قاض الدعوى هو قاض الدفع، واستطردت المحكمة قائلة في حكمها "ولما كان الإتفاق على عرض نزاع ما على هيئة التحكيم لا يحول دون أن تفرض جهة القضاء العادي رقابتها على قرارات هيئة التحكيم التي تنتهي بها الخصومة كلها، فقد جعل المشرع لجهة القضاء الأمر بتنفيذ حكم التحكيم والتظلم منه، كما جعل لها وحدها الاختصاص بنظر دعوى بطلان احكام المحكمين ليتمكن من خلالها الخصوم وغيرهم من ذوي الشأن الذين تستطيع حكم التحكيم إليهم ما يعن لهم من مطاعن تؤدي إلى بطلان ذلك الحكم، ومن ثم لا يكون النص الطعين قد أخل بالحق في التقاضي أو تضمن عدواناً على استقلال القضاء أو حصانته" (١) وانتهت المحكمة الدستورية بهذا القضاء بعدم مخالفة نصوص قانون التحكيم مع الدستور وخاصة بعدم مخالفته لنصوص المواد ١٦٥/٦٨/٦٥/٦٤/٤٠ من الدستور المصري.

وبهذه الأحكام التي أصدرتها المحكمة الدستورية العليا تكون قد أقرت هذه المحكمة مبدأ اللجوء إلى التحكيم ولم تر في ما يخالف النظام العام أو يخل بحق الخصوم في اللجوء لقاضيهم الطبيعي الدرب الأصيل في التقاضي حيث نظم المشرع التقاضي وجعل حق اللجوء إلى القضاء هو الأصل وأباح للطرفين الخروج على هذا الطريق في منازعات معينة وعرض النزاع على هيئة تحكيم من الغير.

(١) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا الصادرة بجلسة ٢٠٠٢/٢/١٥ القضية رقم ٥٠ لسنة

كما انتهت المحكمة إلى أنه وإن كان يجوز الاتفاق على مبدأ اللجوء للتحكيم المنتق بشأنه فض النزاع بإرادته المنفردة بل أجازت للطرف الآخر أن يدفع بعدم قبول الدعوي لسبق الاتفاق على التحكيم قبل إبداء أي دفع أو دفاع في الدعوي

ونحن نؤيد ما ذهب إلى قضاء المحكمة الدستورية العليا على اعتبار أن التحكيم نظام قوامه الإرادة ويجوز للطرفين التخلي عن حقهم في اللجوء للقضاء الوطني ومنح الاختصاص لقضاء التحكيم ولا يسوغ القول في ذلك بأن إرادة الفرد في هذه الحالة تعلو إرادة المشرع الدستوري على اعتبار أن المشرع المصري وغالبية النظم القانونية قد أفردت تنظيمات مختلفة لمسألة اللجوء للتحكيم بل أقرته العديد من الاتفاقيات والمعاهدات والقوانين الدولية، فالقاعدة الدستورية هي قاعدة أمرة ولكنها تحمل مصلحة خاصة للأفراد ومن ثم يجوز لصاحب المصلحة الخاصة التنازل عنها وبالتالي فإن الإتفاق على التحكيم يكون أمرًا مشروعًا يخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

وبهذا الأحكام تكون المحكمة الدستورية العليا قد أقرت مبدأ اللجوء للتحكيم لفض ما ينشعب بين المتقاضين من نزاع ولم تتر هذا المبدأ ما يخالف الدستور وانتهت المحكمة لعدم مخالفة نص المادة ١٣/١ من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ للدستور.

المطلب الثالث

أهمية اللجوء إلى التحكيم

نظرًا لما يحققه التحكيم من فاعلية لفض ما ينشعب من نزاع بين المتنازعين في مجال التجارة الدولية، فقد ذهب جانب فقهي إلى القول بأن الالتجاء إلى التحكيم أقل في التكاليف وأسرع في الإجراءات عنه، بالنسبة إلى

الالتجاء إلى المحاكم الوطنية، لأنه يختصر درجات التقاضي ومراحله، حيث يتفادى أطراف العلاقات الخاصة من خلال تعدد درجات التقاضي وبطء الفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم شرطاً كان أم شارطة^(١)، كما أن حكم التحكيم لا يقبل الطعن فيه بطرق الطعن المقررة في القوانين الوطنية، الأمر الذي يحقق فاعلية تحقيق الهدف المنشود منه.

والتحكيم كما يقول البعض^(٢) هو نظام من صنع الأشخاص، إذ إن مرونة التحكيم تسمح للمتنازعين بتشكيله على النحو الذي يتناسب وإمكاناتهم لأنه ينفر من القوالب الجامدة، ويمكن أطراف المنازعات التي تحل عن طريقه اختيار نوع التحكيم الذي يرغبون في اتباعه، فإما أن يكون تحكيمياً حراً أو تحكيمياً مؤسسياً أو تحكيمياً بالصلح أو تحكيمياً بالقانون.

كما قيل^(٣) في تبرير اللجوء للتحكيم إنه يحقق حسم النزاع على أساس فني تخصصي، كحالة اللجوء إلى التحكيم في منازعات معينة كذلك الناشئة عن عقود البترول، فمثل هذا النوع من المنازعات غالباً ما يحتاج إلى شخص ذي مؤهلات علمية وفنية يلزم توافرها فيمن يوصف بمحكم النزاع، نظراً لتعلق ذلك النزاع بمسألة فنية بحتة، فبدلاً من عرضها على محكمة قضائية تحليلها في أغلب الأحيان إلى خبير لإبداء الرأي الفني فيها، سيكون من الأفضل عرضها على محكمين تتوافر فيهم هذه المؤهلات.

كما يعتبر نظام التحكيم بمثابة تأمين للشركات^(٤) المتعاقدة ضد التعديلات التشريعية المفاجئة، والتي قد تخل بالتوازن الاقتصادي للعقد وبصفة خاصة عندما يكون المحكم مفوضاً من قبل الأطراف للفصل في النزاع وفقاً لقواعد العدل والإنصاف، لأن المحكم في هذه الحالة لا يلتزم

(١) راجع في ذلك: د. محمود عمر التحيوى - مرجع سابق - ص ١٦ .

(٢) انظر: د. إبراهيم أحمد إبراهيم - مقالة منشورة في مجلة المحاماة - العدد ٢٠٠١ - ص ٧٨.

(٣) راجع في ذلك: حكم نقض مدنى ١٥ فبراير ١٩٧٢ - نقض ٣ يناير ١٩٥٢ - الموسوعة الذهبية-الجزء الرابع - ص ٥٥ رقم ١٠٥٥ .

(١) راجع في ذلك: د. محمود عمر التحيوى - مرجع سابق - ص ١٥.

بتطبيق قانون دولة معينة سواء أكان قانون الدولة المتعاقدة أم قانون دولة الشركة المتعاقدة.

ومن ناحية أخرى فغالبًا ما تتجه الشركات الأجنبية الدولية للتحكيم بسبب انعدام ثقتها في القضاء الوطني للدول المنتجة، فهذا القضاء يعد من وجهة نظر هذه الشركات - قضاء غير محايد بالنسبة للمنازعات التي قد يكون أحد أطرافها وطنيًا أو تكون الدولة أو أحد أجهزتها طرفًا فيها مع أجنبي ودرءًا لهذا الخطر الكامن في انحياز القضاء الوطني للدول المتعاقدة لا يتأتى إلا بسلب الاختصاص منه ومنحه إلى قضاء محايد وهو قضاء التحكيم.

كذلك من أهم العوامل المبررة للتحكيم هو ما يتميز به هذا النظام من بساطة وسرعة إجراءاته^(١)، بعيدًا عن القضاء الوطني الذي قد يتميز بطول إجراءاته وتعقيدها، على عكس قضاء التحكيم، حيث إن أطراف العلاقة هم الذين يحددون بدء وانتهاء ميعاد التحكيم وكذلك إجراءاته.

كما ذهب البعض^(٢) في تبرير نظام التحكيم بأنه يعطي أطراف النزاع مساهمة كبيرة من حريتهم في تحديد واختيار المحكمين الذين ينظرون في النزاع، كما يتميز هذا النظام بالطابع السري، وهذه السرية هي أمر بالغ الأهمية في مجال المعاملات التجارية، نظرًا لتعلقها بأسرار مهنية أو اقتصادية قد يترتب على علانيته الإضرار بمركز أطراف النزاع، كما أن هذه السرية تحد من تضخيم النزاع، وقد تؤدي للتسوية الودية، ومن ثم استمرار العلاقة بينهما، هذا على خلاف طرق التقاضي أمام المحاكم والذي يسود مبدأ العلانية كل إجراءاته في العادة.

كما أن اللجوء للتحكيم قد يجنب الأطراف مشكلة تحديد المحكمة المختصة بنظر منازعات التجارة الدولية والصعوبات التي تنشأ بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق.

(٢) راجع في ذلك: د. أبو زيد رضوان - الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي - ط ١٩٩٦.

(٣) د. محمد سعيد أمين - مجلة التحكيم - حقوق عين شمس - الدورة العامة لإعداد المحكم ص ٢٥، ص ٣٥.

كما أن نظام التحكيم يعطي الثقة والطمأنينة للمستثمر الأجنبي لأنه يتسق والقواعد الدولية السارية، كما يهدف للتغلب على البطء الذي تتميز به القضاء الوطني الذي قد يعرقل العمل التجاري والذي تنسم به المحاكم الوطنية، بالإضافة إلى طبيعة المنازعة وكون طرف أجنبي فيها من شأنه أن ينحاز القاضي الوطني للطرف الذي يحمل جنسيته، أما في نظام التحكيم الدولي فالنظام يختلف حيث يستطيع الأطراف المحكمون أن يختاروا أي قانون يطبق على النزاع موضوع التحكيم.

ويرى البعض ^(١) أن ارتباط التحكيم بالاستثمارات الأجنبية غالباً ما يثير جوانب متعددة ومتعارضة ، لأن المستثمر الأجنبي لا يكون على دراية كافية بالقانون الوطنى ، كما أنه يخشى من التدخلات السياسية التى قد تؤدى لعرقلة الاستثمار كالتأميم ، ومن هنا كانت الحاجة إلى الأخذ بنظام التحكيم لبعده عن القوانين الوطنية ولكونه يطبق قواعد دولية ولغات أجنبية والحكم فيه نهائياً لا يقبل الطعن فيه بأى طريق، بالإضافة إلى السرعة فى إجراءاته والتى تتسق وحاجيات التجارة الدولية الحديثة .

(١) انظر فى ذلك: د. محمد سعيد أمين - بحث منشور فى مجلة التحكيم - مرجع سابق - ص ٣٨.

المطلب الرابع القيمة العملية للتحكيم

تمهيد وتقسيم :

التحكيم قضاء خاص يستمد وجوده من اتفاق الأطراف أنفسهم، الذين يختارون قضائهم ويعهدون إليهم بمهمة الفصل في النزاع بمقتضى اتفاق التحكيم، فالتحكيم لا يخضع لسلطان القوانين الوطنية، فالمحكّمون لا يسهرّون على خدمة وتطبيق قانون وطني معين^(١).

وقد تزايدت أهمية التحكيم بصورة ملحوظة منذ منتصف القرن العشرين، نتيجة تشابك معاملات التجارة الدولية وتضخمها بصورة ملحوظة والحاجة إلى دعم مسيرة القضاء في أداء دوره نحو تحقيق أمن وسلامة المجتمع ومن هنا اكتسب التحكيم الصفة الحاسمة لحل المنازعات بغير طريق القضاء، لما يتميز به من مزايا عديدة^(٢).

والمحكم بالرغم من أنه ليس قاضياً بالمعنى الحقيقي، إلا إنه يقوم بنفس مهام القاضي العام في الدولة، ألا وهي الفصل في النزاع المعروض عليه بحكم ملزم للأطراف^(٣).

وبعد أن أثبت الواقع العملي للتجارة الدولية عدم ملاءمة التنظيمات القضائية الوطنية لتلبية احتياجات التجارة الدولية، من ناحية تسوية ونظر وفض المنازعات التي تنشأ بسببها فلقد عمد المتعاملون في هذه التجارة لتفضيل نظام التحكيم التجاري الدولي لنظر هذه المنازعات التي تبعد كل البعد عن نظام الجمود الذي قد يتصف به القضاء الوطني، الأمر الذي لا

(١) راجع: د. محمد محمود ياقوت: حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق - دار المعارف - الاسكندرية - الطبعة الأولى - سنة ٢٠٠١ - ص ٣٤٣.

(٢) راجع في ذلك د. ابراهيم أحمد ابراهيم - مجلة المحاماه - عدد ٢٠٠٣ ص ٥٦١ ، مقالة إختيار طرق التحكيم ومفهومه - نقابة المحامين .

(٣) د. حفيظة الحداد: الاتجاهات المعاصرة في التحكيم، ص ١٧.

يتناسب مع حل منازعات العقود الدولية، وعلى ذلك يعتبر التحكيم على صلة وثيقة بفكرة العقد الدولي الطليق من القيود الوطنية، لأنه يزكي بطبيعته نزح العقد وتحريره من قانون الدولة وإسناده إلى قانون التجارة الدولية^(١). فضلاً عن ذلك فإن التحكيم كطريق للفصل في المنازعات بين الأفراد والجماعات يسمح بالحفاظ على الأسرار العائلية، حيث يحفظ أسرار المحتكمين فلا يطلع عليها سوى أعضاء هيئة التحكيم الموكلة لها سلطة الفصل في النزاع والمحامين المدافعون عنهم^(٢)، كما يتميز بأنه أكثر قدرة على تحقيق العدالة لأن الهدف الرئيسي الذي يسعى إليه أى محكم هو تحقيق العدل بين أطراف النزاع ولديه قدر من المرونة والحرية للوصول للحل العادل دون التقيد بشكل رسمى أو قانون يقيد كحالة التحكيم بالصلح، حيث يتحرر المحكم من تطبيق أى قانون^(٣).

وعلى ذلك فإن التحكيم يخرج بالعقد الدولي من نطاق سلطان القوانين الوطنية كي يخضعه لقانون التجارة الدولية، بإيجاد حلول فعالة له تلائم طبيعة هذه التجارة وإرسائه بعض العادات والتقاليد التي لا يوجد لها نظير في القوانين الوطنية، وعليه فسوف نبين في هذا الفرع الدور العملي للتحكيم في تحرير عقود التجارة الدولية من الخضوع لحكم القوانين الداخلية، ثم نبين إبراز دور هذا التحكيم في خلق وتطبيق قانون التجارة الدولية، وذلك على النحو التالي: -

الفرع الأول : تحرير عقود التجارة الدولية من الخضوع للقوانين الداخلية.

الفرع الثاني : دور التحكيم في إرساء القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولي.

(١) أنظر فى ذلك: د. محمد محمود ياقوت - المرجع سابق - ص ٣٤٤.

(٢) أنظر فى ذلك: د. محمود عمر التحيوى - المرجع السابق - ص ١٩.

(٣) راجع فى عرض ذلك: د. إبراهيم أحمد إبراهيم - المرجع السابق - ص ٥٦٣ .

الفرع الأول

تحرير عقود التجارة الدولية من الخضوع للقوانين الداخلية

نظراً لتعدد وتنوع أنماط العقود التجارية الدولية، وقصور قواعد التنازع التقليدية في القوانين الوطنية من إيجاد حلول مناسبة لهذه العقود، لذا فقد اتجه جانب من الفقه لتأكيد الحاجة إلى وجود العقد المتحرر الطليق من سلطان القوانين الوطنية أو العقد الطليق في مجال التجارة الدولية^(١).

فيقصد بالعقد الطليق هو ذلك العقد الذي يستقل بذاته ويتمتع بكفاية ذاتية، بمعنى أن يكون العقد ذاته بمثابة تنظيم للعلاقة فيما بين الطرفين، وبمثابة قانونهم الذي يخضعون إليه.

هذا، وقد رأى جانب من الفقه إلى أن حق المتعاقدين في تنظيم روابطهم العقدية الدولية، لا يستند إلى مبدأ سلطان الإرادة الذي يعلو القانون، كما ذهب أنصار النظرية التقليدية، وإنما يستند لقاعدة مادية من قضاء التحكيم تؤسس على مبدأ حرية التعاقد تمنح للمتعاقدين الحق في وضع التنظيم الذاتي للعقد، بما لا يتعارض مع القواعد الآمرة في القانون الدولي الخاص^(٢).

ومما يؤكد تحرير التحكيم لعقود التجارة الدولية من الخضوع لسلطان القوانين الوطنية، أن المتعاقدين في ظل نظام التحكيم يستطيعون اختيار أي قانون ليطبق على منازعاتهم ويستبعدون القانون الداخلي لهم، ويرجع هذا الاختيار لقانون العقد لقاعدة مادية في القانون الدولي الخاص التي تتيح للمتعاقدين حق اختيار القانون والإجراءات التي تنظم روابطهم التعاقدية، الأمر الذي يندمج به القانون المختار في العقد، ويصبح بذلك طليقاً من الأحكام الآمرة في القوانين الداخلية.

وقد نص قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في مادته ٣٩ في الفقرة الأولى منها على حرية هيئة التحكيم في تطبيق القواعد التي يتفق عليها الطرفان، وفي حالة اتفاق الطرفان على تطبيق قانون دولة معينة تتبع القواعد الموضوعية في هذا القانون دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين، ويجب أن تراعي هيئة التحكيم شروط العقد والأعراف التجارية الأخرى.

(١) راجع في عرض وجهه النظر هذه: د. محمد محمود ياقوت - مرجع سابق - ص ٣٤٦.

(2) Deby - Cerard - Op. Cit. P. 256 et 257.

مشار إليه في مرجع: د. محمد محمود ياقوت - المرجع السابق - ص ٣١٧.

الفرع الثاني

دور التحكيم في إرساء القواعد الموضوعية

لقانون التجارة الدولي

نظراً للدور الهام والفعال الذي يخطى به التحكيم في الوقت الراهن، واعتباره المنافس الند والخطير للقضاء الوطني، نتيجة الثقة التي يمنحها المتعاقدون والمتعاملون في مجال التجارة الدولية الذين يفضلون اللجوء إليه، والبعد عن جمود القوانين الوطنية، نظراً لما يتمتع به نظام التحكيم من سرعة في الإجراءات ومرونة وكونه نظام اختياري من صنع الأطراف، فضلاً عن أن المحكمين الذين يعهد إليهم أطراف النزاع بالفصل في موضوع النزاع المحتمل نشوؤه أو الذي نشأ بالفعل، غالباً ما يتمتعون بخبرات فنية في مجال التجارة الدولية وهؤلاء أقدر على الفصل في موضوع النزاع المنعقد بشأنه التحكيم، من القضاة الوطنيين الذين غالباً لا يتمتعون بالخبرة الكافية في مثل هذه المنازعات التجارية، وغالباً ما يعمدون إحالة القضية إلى خبير فني لإبداء رأيه ثم إحالتها إلى المحكمة مرة أخرى، وبالتالي تدخل في سلسلة من الإجراءات الطويلة التي لا تتناسب وواقع التجارة الدولية التي تتسم بالسرعة والمنافسة القوية، وعلى ذلك يسعى المتعاملون في مجال التجارة الدولية إلى إدراج عقودهم شروطاً تحكيمية، رغبة منهم في تطبيق القانون التجاري الدولي بما يتضمنه من أعراف وعادات مهنية، جرى العمل عليها في الأسواق التجارية، وهذه العادات والأعراف التجارية، من شأنها حسم النزاع، ومن شأنها أن تشعر المتعاملين في التجارة الدولية بالأمان^(١) وتجنبهم ما ينتج من مفاجآت إذا ما طبقنا القوانين الداخلية، "كما أن نظام التحكيم استطاع استخلاص المبادئ المشتركة في الدول المختلفة، خاصة في المسائل التي لم تستقر في شأنها عادات وأعراف معينة في الأسواق الدولية، على نحو أصبح معه لهذه المبادئ طابعها المميز الذي يتفق وطبيعة المجتمع الدولي للتجار ورجال الأعمال"^(٢).

(١) راجع: د. محمد محمود ياقوت - مرجع سابق - ص ٣٥٣.

(٢) راجع: د. محمد محمود ياقوت - مرجع سابق - ص ٣٥٢.

كما أن قرارات هيئات التحكيم تعد بمثابة مصدر رئيسي أمام المحكمين التجاريين الدوليين، إذ هي فضلاً عما يقوم به من تطبيق وتفسير لأعراف التجارة الدولية والتي تعد بمثابة قانون القاضي بالنسبة للمحكم الدولي، فإنها تقوم كذلك ببلورة بعض المفاهيم التي نشأت في أحضان القوانين كي تنسق وأوضاع التجارة الدولية^(١).

وأصبحت بهذا الشكل قرارات وأحكام التحكيم التجاري الدولي من مصادر القواعد القانونية التي تحكم المنازعات في التجارة الدولية، باعتبارها سوابق قضائية تؤثر في مسار التحكيم، باعتباره قضاء أصيلاً للتجارة الدولية وذلك لأن هذه القرارات أصبح الآن من السهل رصدها لكونها لا ترتبط بأي قانون وطني لدولة ما، فهي قرارات طليقة إلا من اعتبارات وعادات التجارة الدولية^(٢).

ولم يقتصر دور التحكيم التجاري على هذا الحل، بل يتعداه إلى إمكانية خلق قواعد وأعراف جديدة في التجارة الدولية تسري عليها، وذلك لسد النقص الذي اتسمت به قواعد القانون التجاري الدولي، ويرى البعض وبحق^(٣) أن "التحكيم قد أضحى على هذ النحو الأداة المميزة لخلق وتطبيق القواعد الموضوعية للتجارة الدولية، لدرجة قرر معها البعض أنه سيأتي اليوم الذي يستطيع فيه التحكيم خلق قانون خاص ليحل محل القانون الدولي الخاص".

المطلب الرابع

المشاكل القانونية الناجمة عن اللجوء للتحكيم

في إطار المجموعة العقدية

أصبح التحكيم في الوقت الحالي، يشكل أمراً هاماً بين وسائل فض المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الدولية والاستثمار، مثل عقود البناء

(١) د. أبوزيد رضوان - المرجع سابق - ص ٤٤.

(٢) راجع: د. أبوزيد رضوان - المرجع سابق - ص ٤٤.

(٣) راجع: د. محمد محمود ياقوت - المرجع سابق - ص ٣٥٣.

والتشييد وعقود B.O.T ونقل التكنولوجيا، وقد برزت أهمية اللجوء للتحكيم في هذا المجال بعد ازدهار التجارة الدولية واتساع عمليات التبادل التجاري بين الدول، بالإضافة لانتشار العديد من العقود ذات الشكل النموذجي والهيئات والوكالات المتخصصة في مجال التجارة الدولية ونشأة وتعدد الشركات متعددة الجنسيات، وازداد ذلك بعد عولمة العالم فأصبح التحكيم من أهم أدوات العولمة القانونية، وأصبح وسيلة بديلة لفض المنازعات عن طريق المحاكم الوطنية^(١)، كل ذلك كان له أبلغ الأثر في إعطاء الأفراد دورًا بارزًا للتحكيم كوسيلة لتوكيد قانون مجتمع التجار على الصعيد الدولي، إذ إنه يحيل إلى قانون المهنة في التجارة الدولية وأعرافها أكثر من إحالته إلى فكرة غامضة للعدالة يصعب كثيرًا على المحكمين ضبط معناها^(٢)، وهو بذلك يحرر التجارة الدولية من الخضوع للقواعد الصماء في القوانين الوطنية، ويتفادى الشكوك التي يطرحها أطراف التجارة الدولية في القضاء الوطني، إذا ما خضعوا لأحكامه، فضلاً عن كون التحكيم - كما سبق القول - يوفر السرعة المطلوبة في حل المنازعات وعدم إفشاء الأسرار المهنية الخاصة بالمنازعات والتي قد يسببها القضاء الوطني، وهو الأمر الذي تنفر منه كافة الأوساط الاقتصادية والتجارية خاصة على المستوى الدولي، نظراً لما تحتويه هذه الأنظمة من أسرار مهنية ومنافسة قوية.

ومن ناحية أخرى، فإن عقود التجارة الدولية والاستثمار كثيرًا ما ينجم عنها العديد من المشاكل، نظراً لإمكان تعدد الأطراف المتنازعة، بالإضافة لكون عملية تنفيذ العقود المكونة للمشروع غالبًا ما يتم تنفيذها في دولة أو أكثر، بالإضافة لتعدد أطراف هذه العقود وارتباط بعضها ببعض كعقود إنشاء المشروعات وتشغيلها وعقود الفيديك والتي يتطلب تنفيذها مددًا زمنية طويلة من الممكن أن يحدث خلالها نزاعات بين أطرافها نتيجة تضارب المصالح الفردية، فبالرغم من استقلال هذه المشروعات من الناحية القانونية، إلا أن

(١) د. نادر محمد إبراهيم - تأثير العولمة على مجال التحكيم في حل المنازعات الدولية - مجلة التحكيم المصري - العدد الرابع - أغسطس عام ٢٠٠١.

(٢) د. أبوزيد رضوان - الأسس العامة في التحكيم التجاري - المرجع سابق - ص ٢١.

هدفها المشترك قد أثبت ارتباطها من الناحية العملية في كثير من الجوانب، بحيث ينعكس الخلل في تنفيذ أحدها أو بعضها، فإن ذلك يؤثر في تنفيذ باقي أو بعض عناصر حزمة أو رابطة العقود المرتبطة بها أو المتعلقة عليها واحتمال قيام خلافات ومنازعات بين أشخاصها أو أشخاص ليسوا أطرافاً في نفس العقد الأصلي، ولكنهم ساهموا في تنفيذه بعقود متتالية، وبالنظر إلى كون هذا النوع من الترابط العقدي الذي ينطوي على مسائل تقنية وتعقيدات قانونية قد يرجع بعضها إلى وجود أطراف حكوميين من أجل تقديم خدمات عامة، فمثل هذا النوع من العقود يستلزم السرعة نحو تسوية المنازعات التي تنشأ في إطار هذه الروابط العقدية من أجل عدم تعطيل المشروع الذي تم التعاقد من أجله لإنجازه في الوقت المناسب، وهذا بدوره غالباً ما يدفع الأطراف المتنازعة للاعتناء أو باختيار الطريق المناسب لتسوية هذه المنازعة وصياغة أحكامه، على نحو يكفل إيجاد تسوية فعالة للأطراف، وذلك الحال لا يمكن تحقيقه إذا ما أحال الأطراف المتنازعة لحل المنازعة أمام القضاء الوطني نظراً للبطء الشديد في إجراءاته، ورغبة الأطراف في البعد عن القوانين الجامدة الصماء وتقادي الشكوك الناجمة عن استخدام القضاء الوطني، في حالة ما إذا كان من بين أحد أطراف النزاع شخص متعدد الجنسيات.

ومن هنا يلجأ للتحكيم على أنه نظام مستقل، بعيداً عن القوانين الوطنية لتسوية المنازعات التي تنشأ بينهم في مثل هذا النوع من العقود، إلا أن نظام التحكيم في إطار المجموع العقدي ، غالباً ما يترتب على استخدامه ظهور عدة مشكلات، مثل مشكلة اختلاف القانون الواجب التطبيق على النزاع من عقد إلى آخر داخل العقود المكونة للمجموعة العقدية الواحدة، وكذلك قد ينجم عن استخدامه مشكلة اختلاف عدد الأعضاء المحكمين من عقد إلى آخر داخل هذه المجموعة، فمثلاً قد يبرم عقد مقاول لبناء عمارة سكنية بين طرف أمريكي مقاول ورب عمل مصري ويشترطون في بند التحكيم أن يباشر التحكيم ثلاثة محكمين، ثم يبرم المقاول الأصلي عقد مقاول من الباطن مع مقاول من الباطن يسند إليه جزءاً من العملية ويشترطان في بند التحكيم المبرم

في هذا العقد أن يباشر التحكيم خمسة محكمين، ثم ينشأ نزاع بين رب العمل والمقاول من الباطن فكل منهما طرف في عقد يشمل بند تحكيم بالنسبة لعدد المحكمين الذين يباشرون التحكيم في العديد من العقود المتصلة بالتجارة الدولية قد لا يتم الالتزام المحرر بسببه العقد إلا بإبرام العديد من العقود. ولأجل ذلك تلجأ الأطراف الأصلية ومن بعدهما أطراف العقود المتتالية إلى إبرام بعض العقود المتتالية لتنفيذ وإنجاز المهمة المسندة إليهم، وتتصل هذه العقود جميعها بالعديد من الأطراف غير الأطراف الأصلية الموقعة على العقد الأصلي، بالرغم من أن الذي يجمعهم هو مجموعة واحدة تقع على مال واحد، ولكن يثور في هذه الحالة ثلاثة أمور يتعين الإشارة إليها، أول هذه الأمور ما يتعلق بالحالة التي يكون فيها العقد الأساسي وحده دون سائر العقود الأخرى التي تساهم في تحقيق العملية التعاقدية متضمنًا شرط تحكيم وصراحة لا يثير هذا الفرض أدنى صعوبة، لأن إرادة الأطراف الصريحة هي الأساس في الإعلان عن رغبتها في إخضاع جميع المنازعات المحتمل أن تنشأ في إطار العملية التعاقدية بأكملها إلى التحكيم، وفي خضوع هذه المنازعات إلى محكمة تحكيم واحدة يتم تشكيلها وفقًا للنصوص الواردة في العقد الأساسي الذي يشكل إطار العملية التعاقدية في مجملها.

أما الأمر الثاني وهو أن لكل عقد من العقود المبرمة بين الأطراف التي تساهم في تحقيق العملية التعاقدية شرط تحكيم مستقل، حتى مع تكرار الأطراف في هذه العقود لشرط التحكيم بحرفيته، فقد يؤدي ذلك إلى إثارة تساؤل حول مدى إمكانية اللجوء إلى تحكيم واحد من أجل أن يفصل في المنازعة المحتملة النشوء عن هذه العقود، أم أنه يتعين تشكيل هيئات التحكيم بمقدار ما يوجد من عقود.

وصراحة، فإن إرادة الطرفين هي الفيصل في جميع العقود من حيث ما يدرجوه من شرط تحكيم في عقودهم، فإن تكرار الأطراف لشرط التحكيم في جميع العقود يعني انصراف إرادتهما في إخضاع ما ينشأ عن هذه العقود من نزاع إلى ذات محكمة التحكيم.

أما الأمر الثالث فهو عندما تختلف الشروط الخاصة باتفاق التحكيم الوارد في كل عقد من العقود المكونة للمجموعة العقدية، وهو ما يحدث عادة من الناحية العملية في المجموعة العقدية، فقد يدرج الأطراف في أحد العقود التي تساهم في تحقيق العقد الأصلي شرط تحكيم يفيد سريان التحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية في باريس، ويتم عقد الجلسات الخاصة به في جنيف بينما ينص في عقد آخر من عقود المجموعة العقدية أن يسري التحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية بلندن، فهل فأي إجراءات تحكيمية هي التي تسري على النزاع في هذه الحالة؟

سوف نعالج هذه المشكلة ونستسقي من أحكام القضاء ما استقر عليه بشأنها عقد الآخر، فأي شرط تحكيم هو الذي سيطبق على النزاع في حالة ما إذا رجع رب العمل مباشرة على المقاول من الباطن واستخدم حق مدينه الأصلي؟. كذلك قد تثار مشكلة اختلاف مكان التحكيم من عقد إلى آخر داخل المجموعة العقدية، ويرجع ذلك لكون منازعات التجارة الدولية غالباً ما تشتمل على عنصر أجنبي أو أكثر، وتتوزع قواعد حلها عن الموجودة في القوانين الوطنية تثار مشكلة أخرى عندما يتضمن العقد الأصلي شرط تحكيم في حين أن هذا الشرط لا يوجد في أحد العقود الأخرى المرتبطة أو المتعاقبة لهذا العقد الأصلي كما لو تضمن عقد المفاوضة الأصلي بنداً للتحكيم في حالة وجود نزاع ينشأ بين الأطراف، في حين أن عقد المفاوضة من الباطن لم يتضمن مثل هذا الشرط، وكذلك قد يتضمن العقد الأصلي بند تحكيم يحدد جهة معينة كغرفة تحكيم باريس للقيام بعملية التحكيم في حين أن أحد العقود يتضمن أيضاً بند تحكيم يحدد مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم.

وعلى ذلك فسوف نبين ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول : مشكلة اختلاف القانون الواجب التطبيق من عقد إلى آخر داخل إطار المجموعة العقدية.

الفرع الثاني : مشكلة اختلاف عدد الأعضاء من عقد إلى آخر داخل إطار المجموعة العقدية.

الفرع الثالث : مشكلة اختلاف القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

الفرع الرابع : مشكلة اختلاف مركز الأعمال الرئيسي لطرفي التحكيم.

الفرع الأول

مشكلة اختلاف القانون الواجب التطبيق

من عقد إلى آخر داخل المجموعة العقدية

لا مشكلة إذا تضمن أي عقد من عقود المجموعة العقدية، بند تحكيم ولم يدرج فيه القانون الواجب تطبيقه على النزاع - أي في ظل غياب دور الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق - فيتجه معظم الفقه الحديث للقول بترك كامل الحرية لهيئة التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق حال عدم تحديد أطراف التحكيم للنظام القانوني الذي يتعين اتباعه للفصل في موضوع النزاع، فالتحكيم ليس من خلق الدولة، والمحكم غير ملزم بالسهر على احترام

القواعد الآمرة في نظام قانوني معين، ومعنى ذلك ترك المجال واسعاً للمحكم يتمتع من خلاله بحرية كبيرة في اختيار القانون الملائم لحكم موضوع النزاع، فهو غير مقيد لا بنظام من الأنظمة الخاصة ولا بقواعد التنازع الواردة في قواعد القانون الدولي الخاص، وفي هذا قضت محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية في حكم لها بأنه "الهيئة التحكيم أن تعمل قواعد الإسناد في أحد القوانين المتصلة بالنزاع لتحديد القانون الواجب التطبيق عليه، أو ما تراه مناسباً لحسم النزاع، ولها على سبيل المثال اختيار قانون دولة مقر الحكم أو قانون الدولة التي تختص محاكمها أصلاً بحكم النزاع، أو قانون دولة محل تنفيذ الحكم".^(١)

وتؤيد غالبية الأنظمة القانونية ولوائح التحكيم التجاري الدولي فضلاً عن الاتفاقيات الدولية في مجال التحكيم هذا الاتجاه، حيث يترك للمحكم أمر اختيار قواعد التنازع الملائمة لتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع عند غياب قانون الإرادة، فقد نصت المادة (١٣٥) الفقرة الثالثة من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية بباريس على أنه "أن للأطراف حرية تحديد القانون الواجب التطبيق، وعلى المحكم تطبيقه على موضوع النزاع، فإذا لم يحدده الأطراف، طبق المحكم القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يراها ملائمة في هذا الخصوص".

ومن ناحية أخرى فقد تأخذ المجموعة العقدية طابعاً دولياً^(٢). ومثاله إذا كان أطراف هذه المجموعة لا يحملون جنسية واحدة، أو ارتباط العقد الأصلي بأكثر من دولة كما لو كان رب العمل يحمل جنسية إيطالية والمقاول يحمل الجنسية المصرية، والمقاول من الباطن يحمل الجنسية الأسبانية، فقد تنور في هذه الحالة مشكلة تنازع القانون الواجب التطبيق إذا ما حدث نزاع، وخاصة إذا كان عقد المقولة الأصلي المبرم بين الإيطالي والمصري يتضمن بند تحكيم ينص على تطبيق القانون الإيطالي على النزاع، ثم أبرم المقاول الأصلي عقد مقولة من الباطن مع مقاول من الباطن وتتضمن بنداً يفيد

(١) حكم محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية رقم ٢٣٧٥ لسنة ١٩٧٤ منشور في مجلة التحكيم العربى .

(١) راجع فى ذلك: د. أحمد شرف الدين - ورقة بحثية منشورة في مجلة التحكيم العربى - المرجع سابق - أغسطس ٢٠٠١.

اللجوء إلى التحكيم وتطبيق أحكام القانون المصري في حالة حدوث نزاع، وحدث أن أخل المقاول من الباطن بأحد الالتزامات التي تنقل كاهله، فإن ذلك يؤثر بدوره على التزام المقاول الأصلي تجاه رب العمل مما يصيب هذا الأخير بأضرار، فهل إذا ما رجع رب العمل بالتعويض مباشرة على المقاول من الباطن بدعوى التحكيم، فيكون في هذه الحالة أمام مشكلة تتنازع قوانين بموجب القانون الإيطالي، وهو المنصوص عليه في بند التحكيم الوارد في عقد المقاولة الأصلي، ويوجد القانون الإيطالي وهو المنصوص عليه في بند التحكيم الموجود في عقد المقاولة من الباطن، فما هو القانون الذي سيطبق في هذه الحالة إذا ما لجأ المضرور غير المباشر ورجع بالتعويض على الطرف المسئول في إطار العلاقات التعاقدية التي تشكل مجموعة عقدية دولية واحدة.

لقد سبق القول^(١) إنه في ظل توحيد العلاقة التي تخضع لها أطراف المجموعة العقدية الواحدة والتي انتهى القول فيها بتوحيد النظام القانوني لأطراف هذه الأسرة^(٢) وبالتالي يترتب على ذلك ضرورة توحيد القانون، الذي سيطبق على النزاع الذي قد ينشب بين أطراف هذه المجموعة، وعلى ذلك فإذا لجأ رب العمل لدعوى التحكيم ليطالب المقاول من الباطن بالتعويض عن الإخلال بالتزاماته باستخدام المقاول الأصلي، فيكون القانون الواجب التطبيق هنا طبقاً لأحكام العلاقة التعاقدية التي ساهم مقاول الباطن منها، ويكون على هذا النحو القانون المنصوص عليه في عقد المقاولة من الباطن هو القانون المصري في المثال السابق.

ويؤكد ذلك ما قرره المشرع المصري في قاعدة الإسناد المقررة في القانون المصري والتي تنص على أنه "يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة

(٢) راجع ص من هذا البحث. كذلك قضت بـ "آثار عقد الإيجار انصرافها للخلف الخاص للمؤجر حكم القانون وقت انتقال الشيء إليه دون حاجة إلى علمه بذلك شرطه ألا تكون خارجة عن الرابطة العقدية أو مستقلة عنها م ١٤٦ مدني - الطعان رقما ١٠٠٢، ١٣٥٤ لسنة ٦٨ ق جلسة ١٣/١/٢٠٠٠.

(٣) راجع في ذلك: د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق - ص ١٤٩ .

(١) راجع في ذلك: أبو العلا النمر - القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم - ط

التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلفا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر وهو الذي يراد تطبيقه على قانون موقع العقار وهو الذي يسري على العقود والتي أبرمت في شأن هذا العقار*.

وواضح من هذا النص أن المشرع قرر لتطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين في حال اتفاقهم في ذلك، وتطبيق قانون دولة العقد في حالة اختلافهم في الموطن أو إذا اتفقوا على غير ذلك، إلا أنه استثنى حالة ما إذا كان موضوع العقد عقاراً يوجد في دولة ما وكان رب العمل قد رجع على مَقول الباطن، وكان يوجد شرط تحكيم يفيد بتطبيق أحكام القانون المصري على النزاع، فيستطيع التمسك بقاعدة الإسناد المقررة في القانون الذي يقضي بوجوب تطبيق قانون الدولة التي يوجد فيها العقار حتى إذا كان المَقول من الباطن أو الشخص المسئول قد اشترط تطبيق قانون آخر، وذلك حتى لا تَعْلُو إرادة الفرد على إرادة المشرع، وذلك طبقاً لنص الفقرة الثانية من المادة ١٩ مدني مصري.

ويرى جانب من الفقه^(١) أن اللجوء إلى قاعدة إسناد لتحديد القانون الواجب التطبيق في بعض الحالات، حتى مع اتساع حرية طرفي التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع تبقى لهذه القواعد وظيفتها في تعيين القانون الواجب التطبيق في شأن أمرين، أولهما فيما يختص بالمسائل التي تخرج بطبيعتها من سلطان قانون الإرادة كما هو الحال بشأن مسائل الأهلية، وما يتبعها من نظم، وثانيهما فيما يتعلق بالحالات التي يتم فيها استبعاد القانون المختار من الطرفين، إذا ما رأى فيه المحكم ما يخالف النظام العام، أو وجود غش نحو القانون في الاختيار. إذ يتعين في مثل هاتين الحالتين البحث عن قاعدة إسناد القانون الواجب التطبيق على النزاع.

ويُفرق البعض بين نوعين من العلاقات،

* انظر المادة (١٩) من القانون المدني المصري.

١ - العلاقة بين المحال إليه والمحيل تكون محكمة بالقانون الذي يحكم الالتزام أصلاً أو قانون العقد الذي ينتج عنه هذا الالتزام وهو قانون الإرادة في الغالب، أما عند غياب هذا القانون، فإن اتفاقية روما الموقعة في ١٩/٦/١٩٨٠ تقرر في مادتها ٣/٤ أنه يتعين أن يطبق في هذه الحالة قانون الدولة الذي يعبر عن الصلة الأكثر توثقاً بالعقد.

٢ - العلاقات بين المحال إليه والمدين المحال عليه وهي تخضع بالضرورة للقانون الذي يحكم الحق الذي تمت حوالته^(١) وهذا الحل كرسه المادة ١٢٣ من اتفاقية روما سنة ١٩٨٠ بإشارتها إلى أن قانون الحق المتنازل عنه يحدد طابع قابلية الحق للحالة أو التنازل والعلاقات بين المحال إليه والمدين، وشروط الاحتجاج بالحالة على المدين.

ويجب التنويه أن العلاقة بين المتعاقد الأصلي والمستفيد من امتداد شروط التحكيم إليه كالمستفيد في الاشتراط والمحيل والمحال إليه والقائم بالحلول، يمكن أن تكون خاضعة وفقاً لمبدأ سلطان الإرادة لقانون خاص مستقل عن ذلك الذي يخضع له العقد الأصلي، وذلك عند غياب أو سكوت الأطراف عن الإشارة إليه، فيجب أن نستنتج أن عملية النقل أو الحالة يعاد ربطها بقواعد القانون الذي يحكم الالتزام المنقول^(٢).

الفرع الثاني

مشكلة اختلاف عدد الأعضاء من عقد لآخر

داخل المجموعة العقدية

كذلك فقد يثار مسألة اختلاف عدد الأعضاء المحكمين من عقد إلى آخر داخل العقود المكونة للمجموعة العقدية الواحدة على مال واحد، بقصد تحقيق هدف مشترك، كما في حالة إبرام رب عمل أمريكي الجنسية عقداً لبناء مصنع مع مقاول، وتضمن ذلك العقد شرط تحكيم يحدد عدد أعضاء هيئة التحكيم بخمسة محكمين، ثم عهد المقاول الأصلي لجزء من العملية لمقاول باطن وأدرج به بند تحكيم في عقد المقابلة من الباطن يحدد أعضاء هيئة

(١) راجع في ذلك: د. حسام الدين فتحي ناصف - المرجع سابق - ص ٤٧.

(٢) راجع في ذلك: د. حسام الدين فتحي ناصف - المرجع سابق - ص ٥٦.

التحكيم بسبعة محكمين، وحدث أن نشب نزاع بين المفاوض الأصلي، والمفاوض من الباطن بسبب إخلال أي منهما بالتزامه. فبأي البندين يرجع الطرف المسئول على الطرف المضروب، فالمفاوض الأصلي هو طرف في عقدين: عقد المفاوضة الأصلي الذي يشترط خمسة محكمين، وعقد المفاوضة من الباطن والذي يشترط أن يتم حسم النزاع بواسطة سبعة محكمين، فبأي البندين يستطيع المفاوض الأصلي الرجوع بمقتضاه.

يرى جانب من الفقه ونؤيده بالقول بأن الطرف المدين في إطار العلاقات التعاقدية التي تشكل أسرة واحدة. والذي يخل بأحد الالتزامات التي تنقل كاهله لا تتعدد مسئوليته - كمبدأ عام - إلا في إطار مجال العلاقة التعاقدية التي ساهم أو شارك فيها، ومن ثم يستطيع هذا الطرف أن يحتج في مواجهة الطرف المضروب بالبنود الواردة في العلاقة التي ساهم فيها^(١).

وبتطبيق الحال على الفرض السابق، فيستطيع المفاوض من الباطن، وهو الطرف المسئول عن أحداث الضرر في هذا الفرض - التمسك في مواجهة المفاوض الأصلي، وهو الدائن، بما درج من بنود في العقد الذي شارك هو في بنائه، فيستطيع على هذا النحو أن يدفع ويتمسك بالبند الذي يقضي بأن يتم التحكيم وفقاً لعقد المفاوضة من الباطن فيما اشترط فيه من أن يكون عدد المحكمين سبعة محكمين^(٢).

وعلى ذلك النحو فيستطيع الطرف المسئول أن يتمسك في مواجهة المضروب غير المباشر بكافة البنود الواردة في التصرف القانوني الذي ساهم الطرف المسئول في بنائه، وذلك في حالة رجوع الطرف المضروب على الطرف المسئول مباشرة أي إذا رجع المفاوض الأصلي على مفاوض الباطن مباشرة كما في المثال السابق. أما إذا كان الرجوع على الطرف المسئول قد تم من المتعاقد معه مباشرة، كما إذا رجع رب العمل على المفاوض الأصلي فلا يكون للطرف المضروب هنا سوى التمسك بمضمون العلاقة التعاقدية التي

(١) راجع - ص ٢٧ من البحث.

(٢) وقد نصت المادة ١١٣٤ فرنسي على أن "الاتفاقات المبرمة على نحو شرعي يقوم مقام

القانون بالنسبة إلى من أجروها. *Legalement Forme's*

نشأت بينهما، أي لأحكام بند التحكيم الوارد في العقد المبرم بين المكاو
الأصلي ورب العمل والذي يشترط أن يتم التحكيم بواسطة خمسة محكمين.

وخلاصة القول إن ما يشترط عليه من بنود في عقد المكاولة الأصلي لا
يعمل بها إلا في إطار علاقة رب العمل بالمكاو الأصلي فقط، وعلى ذلك لا
يستطيع رب العمل التمسك في مواجهة المكاو الأصلي ببند التحكيم الوارد
في عقد المكاولة من الباطن، لعدم انصراف إرادته إليه، فلا يلتزم المكاو
الأصلي بأكثر مما انصرفت إليه إرادته، وعلى ذلك فيلتزم رب العمل بينود
عقد المكاولة الأصلي ما دام اختار الرجوع على المكاو الأصلي، أما إذا رجع
رب العمل على المكاو من الباطن وهو الطرف المسؤول عن إحداث
الضرر فيطبق هنا أحكام عقد المكاولة من الباطن ما دام رب العمل اختار أن
يرجع مباشرة على مكاو الباطن، ولم يسلك في ذلك طريق الرجوع على
المكاو الأصلي المتعاقد معه مباشرة.

الفرع الثالث

القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم

لقد سبق انتهينا في الفرع السابق عن الحديث عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع وانتهينا إلى أن تكون الأولوية للقانون الذي اختاره الأطراف بإرادتهم، وفي حالة غياب الإرادة، فيجب على المحكم أن يبحث عن القانون الذي سيطبق وفقاً لظروف وملابسات النزاع

إلا أن الأمر يختلف بالنسبة لتحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، فيستلزم الأمر إبراز دور الإرادة لأطراف النزاع في تحديد الإجراءات التي سوف تطبق على إجراءات التحكيم، كما يستلزم منا الأمر تحديد القانون الذي سيطبق على إجراءات التحكيم في حالة عدم اتفاق الأطراف على قانون محدد واجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

ولتحديد مسألة القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم أهمية كبرى من ناحيتين^(١):

أولاهما : إن هذا القانون سوف يزود الأطراف المحكّمين بالقواعد اللازمة الإجرائية التي تنور أثناء الخصومة.

وثانيتها : يرجع لنتيجة اختلاف الأنظمة الوطنية التي يتعلق بها العديد من المسائل الإجرائية.

بداهة لا خلاف على إخضاع الإجراءات التحكيمية لقانون الإرادة الذي اتفق عليها الأطراف، فلقد استقر الفقه والقضاء ولوائح مراكز التحكيم الدائمة وكافة المعاهدات الدولية، على مبدأ خضوع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة^(٢) ولا بد أن تكون إرادة الأطراف واضحة وصريحة في تحديد الإجراءات الواجبة

(١) راجع في عرض ذلك: د. جمال محمود الكردي - القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم سنة ٢٠٠٠ - ص ٢١.

(٢) راجع في عرض ذلك: د. أشرف عبد العليم - النظام العام والتحكيم في العلاقات العامة الدولية ١٩٩٦، د. أبو العلا على النمر - القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية - ص ١٨.

التطبيق، فلا مجال للبحث عن الإرادة الضمنية في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، إلا أن البعض قد ذهب لتحويل المحكم فرصة الكشف عن القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم والذي إرادته الإرادة الضمنية لأطراف النزاع، ومثال ذلك ما انتهت هيئة التحكيم في النزاع بين الحكومة الليبية وشركة بترول إنجليزية، فقد طبقت القانون الدانمركي على إجراءات التحكيم باعتباره القانون الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف الضمنية، والمستفاد من اتفاقهم على إجراء التحكيم على أرض هذه الدولة^(١).

ومن ناحية أخرى يرجع الاعتداد بقانون الإرادة، لكون التحكيم نظام ما اتفاقي الأمر الذي يتعين معه إخضاع مسيرته للقانون الذي اختاره الطرفان، كذلك لكون هيئة التحكيم لا تنتمي إلى الجهاز القضائي لأي دولة، وإنما تستقل بذاتها وتستمد ولايتها من طرفي النزاع فيكون للقانون الذي حدده هذا الاتفاق ما لقانون القاضي من سلطان.

ويكشف الواقع العملي عن وجود اتجاهين رئيسيين لتحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، أولهما قانون مقر التحكيم، وثانيهما قانون الإرادة الحاكم للعقود بصفة عامة.

وعند غياب قانون الإرادة يطبق قانون مقر التحكيم، فعندما لا ينص أطراف النزاع على تحديد الإجراءات الواجبة التطبيق على إجراءات التحكيم، وكذلك عند اختلاف القانون الواجب التطبيق من عقد إلى آخر داخل العقود المكونة للمجموعة العقدية، فيكون مقر التحكيم هو الذي يحدد هذه الإجراءات.

فيرى بعض الفقه^(٢) خضوع قانون مقر التحكيم في حالة غياب اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، ويذهب بعض الفقه ويؤكد خضوع إجراءات التحكيم عند غياب إرادة الأطراف على تحديده بأن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم هو قانون مقر

(١) مشار إليه د. إبراهيم أحمد إبراهيم - التحكيم الدولي الخاص - دار النهضة العربية - سنة ١٩٩٧ - ص ١٣٦، ١٣٧.

(٢) راجع: د. جمال محمود الكردي - المرجع سابق - ص ٢٥.

التحكيم^(١)، أخذًا بمبدأ خضوع الإجراءات لقانون محل التقاضي. ويصور هذا الاتجاه اتفاق التحكيم على أنه مجرد حلقة إجرائية من حلقات قضاء التحكيم، وعلى ذلك فكما تخضع الإجراءات لقانون محل التقاضي، فإن اتفاق التحكيم بدوره يخضع لقانون التحكيم^(٢).

وقد أخذت محكمة النقض الإنجليزية بالاتجاه السابق، وقضت في حكم لها "لما كان شرط التحكيم قد نص على أن يسوي النزاع في لندن طبقاً لقواعد التحكيم الإنجليزي لسنة ١٩٥٠، وكان المشرع قد أقر الاتفاق على إجراء التحكيم في الخارج ولم ير في ذلك ما يمس النظام العام، فإنه يرجع في تقرير صحة شرط التحكيم وترتيبه لآثاره إلى قواعد القانون الإنجليزي باعتباره قانون البلد الذي اتفق على إجراء التحكيم فيه، بشرط عدم مخالفة تلك القواعد للنظام^(٣)، والمقصود بقانون مقر التحكيم هو قواعد الإسناد المنصوص عليها فيه^(٤).

أما الراجع من الفقه فقد ذهب للقول بأن المقصود بقانون مقر التحكيم هو القواعد الإجرائية فيه^(٥).

وترجع أهمية تحديد مكان التحكيم في معرفة القانون الواجب التطبيق على الإجراءات الوقتية والتحفظية، ويتوقف عليه تعيين جنسية حكم التحكيم، كما أن في تحديد المقصود بقانون مقر التحكيم أهمية في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.

أما في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، فتتولى هيئة التحكيم مهمة تحديد القانون الواجب

(١) راجع في عرض ذلك الاتجاه: د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال: مرجع سابق - ص ٣٠٤.

(٢) فوستسوكس: مرجع سابق، مشار إليه في مراجع د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، المرجع السابق - ص ٣٠٥.

(٣) راجع حكم محكمة النقض جلسة ١٩٨١/٢/٩، مجموعة أحكام النقض س ٣٥، رقم ٨٧ - ص ٤٢٥.

(٤) راجع عرض ذلك: د. حفيظة الحداد - ص ٦٧.

(٥) راجع: د. أبو العلا النمر - المرجع السابق - ص ٤٣.

التطبيق على الإجراءات، حالة تفويض أطراف النزاع لها في ذلك، ولها مطلق الحرية في وضع النظام الإجرائي للتحكيم، سواء كان في صورة مركز من مراكز التحكيم أو لائحة منظمة. كما يتعين على المحكم الالتزام بالنصوص الإجرائية الآمرة في قانون دولة مقر التحكيم واحترام حدود السلطة المخولة لها في اتفاق التحكيم ذاته في مسألة تنظيم إجراءات التحكيم.

وقد اتبع قانون التحكيم المصري ذلك في المادة (٢٥) منه ونص على أنه "إذا لم يوجد اتفاق كان لهيئة التحكيم أن تختار إجراءات التحكيم التي تراها مناسبة" ولهيئة التحكيم حرية كاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم فلها مطلق الحرية في اختيار الإجراءات التي تراها مناسبة لإدارة التحكيم ولا تتقيد إلا بما ينص عليه اتفاق التحكيم أو بما تفرضه المبادئ العامة في القانون الدولي.

الفرع الرابع

مشكلة اختلاف مركز الأعمال الرئيسي لطرفي التحكيم

يعتبر التحكيم دوليًا إذا كان موضوعه يتعلق بالتجارة الدولية، وقد حدد المشرع المصري الحالات التي يعتبر فيها التحكيم دوليًا، وهي حالة اختلاف المركز الرئيسي لأعمال طرفي التحكيم وقت إبرام الاتفاق^(١)، ففي هذا الفرض يتعين أن يكون أطراف التحكيم أكثر من اثنين كالتحكيم متعدد الأطراف، والتحكيم الذي يتم بين أطراف المجموعة العقدية، والحالة الثانية أن يكون هناك أكثر من مركز أعمال، وكل منهم يقع في دولة مختلفة عن الأخرى، فيجب هنا النظر إلى مركز الأعمال الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم وذلك لتحديد دولية التحكيم من عدمه. أما في الحالة الثالثة وهي أن يتفق الأطراف على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز للتحكيم يعتبر التحكيم هنا دوليًا إذا ارتبط موضوع النزاع بالتجارة الدولية، وكذلك حالة ما إذا ارتبط موضوع النزاع بأكثر من دولة فيكون التحكيم دوليًا إذا كان موضوع النزاع الذي يشمل اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة...^(٢).

وفي إطار المجموعة العقدية، فقد يتضمن أحد عقود هذه المجموعة والذي يكون المسئول طرفاً فيه، بنداً يقضي بالتحكيم طبقاً لغرفة التجارة الدولية بباريس، وكان مركز أعمال المسئول يقع في إسبانيا وتضمن العقد الذي ساهم في بنائه الطرف المضرور بنداً يقضي باللجوء للتحكيم وكان مركز أعماله يقع في مصر، فيثور تساؤل هنا حول أي البنتين يرجع الطرف المضرور على المسئول بالتعويض؟ هل يرجع بشرط التحكيم الذي يقضي باللجوء للتحكيم المدرج في العقد الذي كان الطرف المسئول طرفاً فيه والذي يقع المركز الرئيسي له في إسبانيا أم طبقاً للعقد الذي ساهم هو فيه؟

(١) انظر في ذلك: د. عاطف شهاب - اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي - ص ٢٢.

(٢) راجع في ذلك: د. عاطف شهاب - المرجع سابق - ص ٢٣.

لا شك في دولية ذلك التحكيم، وذلك لاختلاف المركز الرئيسي لأعمال كل من طرفي التحكيم ولتعلق موضوع المنازعة بالتجارة الدولية، ففي الإجابة عن هذا التساؤل في ظل أحكام المجموعة العقدية الواحدة يتعين القول بأن مسؤولية الطرف المسئول في إطار هذه المجموعة تنقرر وفقاً لقواعد المسؤولية العقدية فيما بين الطرف المضرور المسئول لوجود الرابطة العقدية بينهما، ومن ثم فيحق للمضرور غير المباشر اللجوء للتحكيم في مواجهة الطرف المسئول، وذلك طبقاً للعقد الذي ساهم فيه، وبذلك ينعقد الاختصاص لمحكمة التحكيم المنصوص عليها في اتفاق التحكيم الذي أبرمه الطرف المضرور مع مراعاة البنود الواردة في العلاقة التعاقدية التي شارك الطرف المسئول في تكوينها، والتي قد تقضي بالتخفيف من المسؤولية، وذلك لأن الشخص لا يسأل إلا وفق ما اتجهت إرادته.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية لنظام التحكيم

عرض وتقسيم:

تعددت آراء الفقه حول تحديد الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، فقد اتجه البعض للقول بأن التحكيم في جوهره ذو طبيعة تعاقدية بالنسبة إلى الدور الجوهري لإرادة الأطراف فيه^(١)، في حين ذهب جانب آخر من الفقه للقول بأنه ذو طبيعة قضائية، واتجه رأي ثالث للقول بأن التحكيم ذو طبيعة مختلطة وأخيراً ذهب رأي آخر في الفقه للقول بأن التحكيم نظام مستقل يتمتع بأصالة، وسوف نقوم بدراسة هذه النظريات وعرض هذه الآراء وذلك في خمسة مطالب وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول : الطبيعة التعاقدية لنظام التحكيم.

المطلب الثاني : الطبيعة القضائية لنظام التحكيم.

المطلب الثالث : الطبيعة المختلطة لنظام التحكيم.

المطلب الرابع : نظرية استقلال نظام التحكيم.

المطلب الخامس : وجهة نظر الباحث بشأن طبيعة التحكيم.

(١) راجع في عرض ذلك: د. إبراهيم المنجي - مرجع سابق - ص ٢٤٣.

المطلب الاول

الطبيعة التعاقدية لنظام التحكيم

يرى أنصار هذه النظرية^(١) أن مركز النّقل في نظام التحكيم هو اتفاق أطراف الخصومة، ومن ثمّ تتسحب طبيعة التحكيم التعاقدية على هذه القرارات، فالتحكيم عمل إرادي من صنع المحتكمين وهو اتفاق التحكيم وهو عمل من المحكم وهو الفصل في النزاع بقرار ملزم لطرفيه^(٢).

ويرى أنصار هذه النظرية أنه طبقاً للمفهوم التعاقدية للتحكيم، فإنه وإن كان اتفاق التحكيم هو الأساس، فإن القرار الصادر من المحكم بحل المنازعة ليس إلا انعكاساً لهذا الاتفاق^(٣)، وقد تطرقت محكمة النقض الفرنسية للطبيعة التعاقدية للتحكيم من خلال دعوى تتعلق وقائعها في تحكيم تم في إنجلترا وصدر قرار التحكيم فيها، وكان على المحكمة أن تفصل في صفة القرار لتعيين الإجراء الواجب التطبيق أو الاتباع في التنفيذ في فرنسا، وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية الصفة التعاقدية لنظام التحكيم من خلال التقرير الذي قدمه النائب العام بتاريخ ١٥/٧/١٨١٢، والذي تمسك فيه بالطبيعة التعاقدية للتحكيم^(٤).

ولا شك أن لهذا الاتجاه فضلاً كبيراً في إبراز الدور الكبير الذي يؤديه اتفاق التحكيم أو الأطراف، بالرغم من أنه يتجاهل الوظيفة التي يؤديها المحكم والتي تعد في حكم الوظيفة التي للقاضي العام في الدولة.

(١) انظر في تأييد هذه النظرية: د. عبد الحميد أبوهيف - طرق التنفيذ والتحفّظ في المواد المدنية والتجارية ١٩٩٣، وجدي راغب - النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات ص ٣٨٢، د. عبد الباسط جميعي - شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية سنة ١٩٧٥، د. أحمد مليجي تحديد نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي - رسالة دكتوراه ١٩٧٩ حقوق عين شمس، د. أحمد الشلقاني - التحكيم في عقود التجارة الدولية مجلد إدارة قضايا الحكومة - العدد ١٠٤ - السنة العاشرة، د. ابراهيم المنجي - مرجع سابق - ص ٢٤٣.

(٢) راجع: د. مصطفى الجمال - عكاشة عبد العال - المرجع السابق - ص ٣٨.

(٣) راجع في عرض ذلك: د. أبوزيد رضوان: الأسس العامة للتحكيم التجاري، ص ٢٤.

(٤) يراجع: د. محسن شفيق كامل - التحكيم الدولي - دراسة في قانون التجارة الدولية - دار النهضة سنة ١٩٩٧ - ص ١٨ - وأشار إليه نقلاً عن *Robert*.

ويرى بعض من أنصار هذه النظرية أن أعضاء هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم ليسوا كالقضاة^(١) وأنهم لا يعدون كونهم أفراداً عاديين وأن أحكامهم التي يصدرونها ليست أحكاماً قضائية، وإنما تستمد آثارها من إرادة الأطراف المحكمة، كما أن محكمة النقض الفرنسية قد أكدت على الطبيعة التعاقدية للتحكيم، بأن "قرارات التحكيم الصادرة على أساس مشاركة تحكيم تكون وحدة واحدة مع هذه المشاركة وتتسحب عليها صفتها التعاقدية"^(٢)، كما أكدت محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها على تأكيد الطبيعة التعاقدية للتحكيم بقولها "قوام التحكيم الخروج عن طرق التقاضي العادية، وتخويل المتعاقدين الحق في الالتجاء إلى التحكيم، لنظر ما قد ينشأ بينهم من نزاع كانت تختص به المحاكم أصلاً، فاختصاص محكمة التحكيم بنظر النزاع وإن كان يرتكز أساساً إلى حكم القانون الوضعي والذي أجاز استثناء سلب اختصاص جهات القضاء، إلا أنه ينبي مباشرة - وفي كل حالة على حدة - على اتفاق الطرفين، وهذه الطبيعة الاتفاقية التي يتم بها شرط التحكيم ويتخذ قواماً لوجوده تجعله غير متعلق بالنظام العام، فلا يجوز النزول عنه صراحة أو ضمناً ويسقط الحق فيه فيما لو أثير متأخراً بعد الكلام في الموضوع، إذ يعتبر السكوت عن إبدائه قبل نظر الموضوع، نزولاً ضمنياً عن التمسك به"^(٣) وبهذا الحكم تكون محكمة النقض المصرية قد أخذت بالطابع الاتفاقي لنظام التحكيم الذي مرجعه اتفاق التحكيم.

وينتقد البعض الطبيعة التعاقدية لنظام التحكيم^(٤) على أساس المبالغة في إعطاء الدور الأساسي لإرادة الأطراف المتحكمين وعدم كفاية الاعتماد على المعيار الشكلي أو العضوي لتمييز العمل القضائي، كما أن مجرد عدم تطبيق بعض القواعد والأحكام المطبقة على القاضي العام في الدولة على المحكم في نظام التحكيم لا يضيف الطابع التعاقدية على نظام التحكيم، كما ليس من شأن صدور أمر من القاضي الوطني بتنفيذ حكم التحكيم جبرياً أن يضيف الطابع التعاقدية على نظام التحكيم.

(١) راجع في عرض ذلك: د. محمد حامد فهمي: تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية - ص ٦٦،

د. أحمد مليجي: مرجع سابق. الرسالة المشار إليها سابقاً.

(٢) نقض فرنسي ١٩٣٧م/٢٧ منشور في سيري ١٣٨ - دالوز ١٩٣٨.

(٣) الطعن ١٦٧ لسنة ١٢٢٤ نقض مصري.

(٤) راجع في عرض ذلك: د. محمود عمر التحيوي - المرجع السابق - ص ٣٠٠.

المطلب الثاني

الطبيعة القضائية لنظام التحكيم

اتجه أنصار هذه النظرية للقول بأن التحكيم يقوم بالوظيفة القضائية، لأنه يهدف إلى حسم النزاع وتحقيق العدالة بين المتنازعين، فإنه يكتسب بالضرورة الطبيعة القضائية ومن ثم فنظر النزاع أمام المحكم يمر بنفس الإجراءات التي يمر بها أمام القاضي وينتهي بحكم مماثل للحكم القضائي، سواء فيما يتعلق بالطعن فيه أو فيما يتعلق بقابليته للتنفيذ^(١)، كما ذهب أنصار هذا الرأي لاعتبار التحكيم ذا وظيفة قضائية بالمعنى الفني بمجرد صدور الحكم في التحكيم وسواء صدر الأمر بتنفيذها أو لم يصدر أي أن أحكام المحكمين تعد بمثابة أحكام قضائية لها حجية الأمر المقضي^(٢)، فقد قرر أنصاره أن التحكيم ليس هو الاتفاق، بل إن حكم المحكم هو عمل ذو طبيعة قضائية خاصة يشبه في مضمونه أحكام القضاء، ويرى البعض أن "المحك الرئيسي في التعرف على طبيعة التحكيم يجب أن يكون بتغليب المعايير الموضوعية أو المادية أي بتغليب المهمة التي توكل إلى المحكم، والغرض من هذا النظام وليس مجرد الوقوف على معايير شكلية أو عضوية منبتها الحقيقي ادعاء احتكار الدولة لإقامة العدالة بين الأفراد عن طريق أعوان لها يسمون بالقضاة"^(٣)، ويؤكد بعض من أنصار هذا الاتجاه^(٤) أن التحكيم ما هو إلا قضاء، لكنه قضاء اتفاقي يتفق فيه أطراف النزاع على اختيار قاضيه ليفصل في النزاع ويصدر في ذلك حكماً قضائياً حائزاً لحجية الأمر المقضي، ولا يجوز الطعن فيه بشرط الالتزام بقواعد وبنود اتفاق التحكيم بالقواعد القانونية المفروضة.

في حين رأى البعض الآخر أن التحكيم قضاء إجباري ملزم للخصوم متى اتفقوا عليه ، وأنه يحل محل قضاء الدولة الإجباري في هذه الحالة ، وأن

(١) راجع: د. مصطفى الجمال - عكاشة عبد العال - المرجع سابق - ص ٤١.

(٢) راجع: د. عاطف شهاب - المرجع سابق - ص ٥١.

(٣) راجع في عرض ذلك: د. أبوزيد رضوان - المرجع السابق - ص ٢٧.

(٤) راجع في عرض ذلك: د. مصطفى الجمال - عكاشة عبد العال: المرجع السابق - ص

المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدهم بل والقانون أيضاً الذي يقيده ، ذلك أن الصفة القضائية هي التي تغلب على التحكيم وأن حكم المحكم هو عمل قضائي شأنه شأن العمل القضائي الصادر من السلطة القضائية صاحبة الولاية في الدولة .^(١)

أما القضاء الفرنسي فقد قرر الطبيعة القضائية لنظام التحكيم منذ القرن الماضي فقد قرر بأن "التحكيم يعتبر قضاء استثنائياً يملك فيه المحكم سلطة ذاتية ومستقلة للفصل في المنازعات التي يطرحها عليه الخصوم"^(٢).

وقد عني أنصار هذا الاتجاه بمحاولة تفسير وضع نظام التحكيم عن النظام القانوني الكلي، فمنهم من ذهب إلى احتفاظ الدولة وحدها بسلطة إقامة العدل بين الناس على نحو ما يفهم من موقف أنصار الاتجاه العقدي، لكنه في الوقت نفسه أجاز لها تفويض هذه السلطة إلى المحكم الذي يختاره المتنازعان في حدود النزاع الذي يطرحه عليه، فيكون هذا التفويض هو السبب المنشئ لسلطة المحكم ويكون اتفاق المتنازعين بمثابة شرط لقيام هذا التفويض، ومنهم من ذهب - على العكس من ذلك - إلى أن الأمر الجوهري في وظيفة الدولة هو ضمان العدل بين الناس، وليس الوسيلة المحققة لهذا الغرض، وهذا الضمان يمكن أن يتحقق من خلال قضاء خاص يقيمه الخصوم أنفسهم، وفقاً لنظام التحكيم الذي تضعه له، وكل من النظامين له أصلته واستقلاله والعلاقة بينهما ليست علاقة تبعية بقدر ما هي علاقة توازن واشتراك في الوظيفة^(٣).

وقد انتقد البعض النظرية القضائية لنظام التحكيم، وذلك على سند من أن اعتبار هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع المثار بشأنه التحكيم، سواء كان قاضياً خاصاً أم عاماً أمر تكذبه قواعد القانون الوضعي والذي تخضع

(١) راجع في عرض ذلك: د. أحمد أبو الوفا - التحكيم الاختياري والاجباري - الطبعة الخامسة سنة ١٩٨٨ - ص ١٥.

(٢) راجع في عرض ذلك: د. أبو زيد رضوان: مرجع سابق - والحكم مشار إليه في - ص ٢٩.

(٣) راجع في عرض ذلك: د. مصطفى الجمال - عكاشة عبد العال - المرجع سابق - ص ٤٣.

هيئة التحكيم المكلفة للفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم لنظام قانوني مغاير لذلك النظام الذي يخضع له القاضي العام في الدولة، سواء من حيث صلاحيته أو مسؤوليته أو سلطاته فلا يشترط أن يتوافر في هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع المنعقد بشأنه التحكيم ما يجب توافره فيمن يصلح قاضياً عاماً في الدولة، سواء من حيث المؤهل أو من حيث السن أم الجنسية^(١).

كما أن النظرية القضائية لنظام التحكيم، وإن كان حكم محكمة التحكيم الصادر في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم يرتب ذات الآثار القانونية التي ترتبها الأحكام القضائية في الدولة، مثل حجية الأمر المقضي والقوة التنفيذية، إلا أن حكم التحكيم يختلف عن حجية الحكم القضائي الصادر من القضاء العام في الدولة، بحيث يكون الحكم الصادر من القاضي العام صالحاً للتنفيذ دون تعديل أو إلغاء بسبب ما يلحق به من عيوب إلا بالطرق المقررة للطعن، وعلى ذلك فلا يجوز رفع دعوى بطلانه إلا في حالة الانعدام فقط، أما في ظل نظام التحكيم فإن حكم التحكيم الصادر من الهيئة التحكيمية المكلفة بالفصل في النزاع يجوز أن يرفع عليه دعوى أصلية ابتداء للحكم بطلان، كما أن مصدر الحجية للحكم هو إرادة الأطراف المحتكمة، كما أن جميع الأنظمة القانونية لا تعترف لحكم التحكيم بقوته الإلزامية، إلا بعد صدور أمر من القضاء الوطني بتنفيذه يتحقق فيه من خلاله القاضي بصحة وسلامة جميع الإجراءات التحكيمية^(٢).

المطلب الثالث

الطبيعة المختلطة لنظام التحكيم

ويرى أنصار هذه النظرية أن التحكيم ذا طبيعة مختلطة أو هو نوع من القضاء الخاص^(٣) فهو عقد بالنظر إلى الوجوه التي تشتق من أصل نظام

(١) راجع في عرض ذلك: د. محمد عمر التحيوي - المرجع السابق - ص ٥٦٥.

(٢) راجع في عرض ذلك: د. محمود عمر التحيوي - المرجع السابق - ص ٥٦٦.

(٣) راجع في عرض ذلك: د. أبو زيد رضوان: المرجع السابق - ص ٣٢.

التحكيم وهو اتفاق الأطراف أو العمل الإرادي للمحتكمين، وهو قضائي بالنظر إلى كون حكم التحكيم الصادر في النزاع ينهي بحكم ملزم يلزم الأطراف، وبقوة تختلف عن القوة الملزمة للعقد، وبذلك يكون أنصار هذه النظرية قد وفقوا بين النظرية التعاقدية والقضائية لنظام التحكيم، فالتحكيم في نظرهم - نوع من القضاء ذو أساس اتفاقي تتناوله فكرة العقد وفكرة القضاء معاً، وأن هذا النظام ما هو إلا تطبيق توزيعي لقواعد العدل والحكم القضائي معاً^(١).

ويؤكد البعض على الطبيعة المختلفة لنظام التحكيم، من حيث تشابهه في الإجراءات مع الإجراءات التي تتبع في القضاء العام في الدولة، فهذه الإجراءات وإن كانت تقوم على أساس اتفاقي ويترتب عليها تطبيق موزع للقوانين الواجبة التطبيق بين المسائل ذات الطبيعة الاتفاقية والمسائل ذات الطبيعة القضائية، وذلك في تعاقب زمني يبدأ بالمجال الاتفاقي وينتهي بالمجال القضائي

ويؤكد البعض أن التحكيم "هو نظام مختلط يبدأ باتفاق ثم يصير إجراء ثم ينتهي بقضاء وهو قرار التحكيم"، في حين ذهب البعض الآخر إلى أنه "طبقاً لهذه النظرية الوسطية أو التوفيقية فإن هذه القرارات وإن اعتبرت عقداً قبل أمر التنفيذ إلا أنها تصبح حكماً بعد صدور الأمر وبهذا الأخير تكون بمثابة الحكم القضائي"^(٢).

فالتحكيم في نظر أنصار النظرية المختلطة تتعاقب عليه صفتان^(٣) الصفة الأولى هي الصفة التعاقدية، وتبدو واضحة في اختيار الأطراف المحتكمين لقضاء التحكيم للفصل في نزاعهم وإقصاء منازعاتهم عن القضاء العام في الدولة، والصفة الأخرى هي الصفة القضائية الناتجة من تدخل

(٢) راجع في عرض ذلك: د. أبوزيد رضوان: المرجع السابق - ص ٣٢.

(٣) راجع في عرض ذلك: د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال - المرجع السابق، ومشار إليه في د. أبوزيد رضوان - ص ٤٠.

(١) راجع في عرض ذلك: د. محمود عمر التحيوي - المرجع السابق - ص ٥٩٨.

القضاء العام، وذلك عندما يلجأ الأطراف المحتكمون لاستصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم الصادر في النزاع من المحاكم العامة في الدولة لإضفاء القوة التنفيذية عليه.

وينتقد البعض هذه النظرية بالقول بأنه لا يكفي لتحديد طبيعة التحكيم القول بأنه يبدأ باتفاق ثم ينتهي بحكم قضائي، فيري البعض أن هذا الاتجاه يعتبر هروباً من مواجهة المشكلة^(١) لأن اعتباره اتفاق التحكيم عقداً في حين إنه يترتب عليه نتائج تجاوز في أهميتها أي عقد آخر، كما إن اعتبارهم حكم التحكيم حكماً قضائياً بالرغم من اختلاف الحكيم هو أمر مستقر عليه، كما إن قول أنصار هذه النظرية المختلطة من أن حكم التحكيم الصادر في النزاع لا يعد حكماً قضائياً قبل صدوره الأمر بتنفيذه، وبالتالي لا يحوز الحجية القضائية إلا بعد صدور الأمر بتنفيذه من القضاء في الدولة، من شأنه إهدار كل قيمة لنظام التحكيم مما يتنافى مع قصد المشرع.

وخلاصة هذا الاتجاه أنه يجمع بين الطبيعة التعاقدية والطبيعة القضائية للتحكيم فهو نظام مركب ، حيث يصعب التمييز بين مراحله المتعددة التي قد يسود في بعضها الطبيعة التعاقدية ويسود في الأخرى الطبيعة القضائية^(٢).

المطلب الرابع

نظرية استقلال نظام التحكيم

يرى أنصار هذه النظرية أن نظام التحكيم له طبيعته الخاصة وذاتيته المستقلة التي تختلف عن العقود وتختلف عن أحكام القضاء^(٣) العام في الدولة.

(٢) راجع في عرض ذلك: د. عاطف شهاب - المرجع السابق - ص ٦٩.

(٣) راجع في عرض ذلك: د. نادر محمد إبراهيم - المرجع السابق - ص ٢٦.

(١) راجع في عرض ذلك د. إبراهيم نجيب سعد - رسالة دكتوراه - حكم المحكم - باريس، سنة ١٩٦٩ - ص.

فهو نظام قانوني خاص مستقل يستطيع الأفراد أن يحلوا ما ينشب بينهم من نزاع بغير طريق القضاء، فالتحكيم في رأي أنصار هذه النظرية له طبيعته الخاصة ويجب النظر إليه استقلالاً فهو مستقل تماماً بالرغم من أنه قضاء من نوع خاص^(١) ويؤيد أنصار هذا الرأي أنه وإن كان التحكيم يعني "الرغبة في فض المنازعات بطريقة تبقى على الوئام مستقبلاً بين الأطراف، فإنه يعتبر في التجارة الدولية الوسيلة الوحيدة التي تتلائم مع معطيات هذه التجارة، وهو على ذلك يعد قضاء أصيل للتجارة، وتتأكد أصالة التحكيم كقضاء للتجارة الدولية بغياب الدولة العالمية التي كان من الممكن أن يقوم أحد أجهزتها بوظيفة "القاضي" في المنازعات التي يطرحها واقع المبادلات التجارية الدولية"^(٢).

... والتحكيم في رأي أنصار النظرية المستقلة ذو طبيعة خاصة مستقلة ولا يمكن تفسيره في ضوء المبادئ التقليدية فهو أداة خاصة لفض المنازعات عن طريق التحكيم ويستخدم قواعد خاصة تختلف عن تلك القواعد المقررة في النظم القضائية والتي يسعى من وراء استخدامها إلى تحقيق الهدف الذي يسعى أطراف الاتفاق على التحكيم الوصول إليه..

ويرى البعض أن هذه النظرية رفضت أي دور لإرادة المحكّمين، كما رفضت دور السلطة القضائية كعاملين يستند إليهما نظام التحكيم، وجعلت التحكيم نظاماً قائماً بذاته، استناداً إلى أنه يقدم عدالة خاصة تتوازى مع العدالة التي يقدمها قضاء الدولة^(٣).

وقد استند أنصار النظرية المستقلة لنظام التحكيم، إلى أن العقد ليس هو جوهر التحكيم^(٤) بدليل أن القانون قد يستبعد اللجوء للقضاء في بعض

(٢) راجع في عرض ذلك د. أحمد ماهر زغلول: مراجعة الأحكام بغير طرق الطعن فيها، بند ٤٦ ص ٨٧، ط سنة ١٩٩٤، ومشار إليه في مرجع د. عمر السيد التحيوي، المرجع السابق، ص ٦٠٨، د. أبوزيد رضوان: المرجع السابق، ص ٣٥.

(٣) راجع في ذلك ومشار إليه في مرجع د. عاطف شهاب: المرجع السابق، ص ٧٢.

(١) راجع في عرض ذلك: د. عاطف شهاب - المرجع سابق - ص ٧٣.

(٢) راجع في عرض ذلك: محمود عمر التحيوي - المرجع السابق - ص ٦١٢.

الأحيان واللجوء للتحكيم كما في حالة التحكيم الإجباري، كما أن هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم قد لا تعين دائماً باتفاق الطرفين المحتكمين، بل يجوز أن يعينها القضاء العام في الدولة أو تعين بواسطة مراكز التحكيم الدائمة، كما استند أنصار النظرية للاختلاف البنائي لقضاء الدولة عن نظام التحكيم، فهذا الأخير يتميز بكونه أداة خاصة للفصل في النزاع باتفاق الأطراف على التحكيم، أما القضاء فهو طريق عام لحماية الحقوق والأفراد وتحكمه قواعد عامة مجردة موضوعة سلفاً لأية دعوى قضائية قد تعرض عليه للفصل فيها، أما التحكيم فيتيح لأطراف النزاع مسبقاً أو لهيئة التحكيم المكلفة بالفصل فيه سلطة وضع القواعد والإجراءات والأسلوب الأكثر ملاءمة لكل نزاع، كما يستند أيضاً هذا الرأي إلى الاختلاف في الوظيفة بين نظام التحكيم ونظام القضاء في الدولة، فوظيفة القضاء في الدولة هدفها الأساسي حماية القانون بما فيه من حقوق وحماية الأفراد والجماعات وهي مهمته الأساسية للمجتمع وتكون أدواته في ذلك هي القانون الوضعي على وقائع الموضوع، ومن خلال منهج إجرائي ينظمه القانون الإجرائي في الدولة.

أما في نظام التحكيم فقد يستخدم قواعد أو قوانين أخرى بهدف حماية الأفراد أو الجماعات، أي لا يلتزم بتطبيق القانون الوضعي على الموضوع، كما هو الحال في نظام التحكيم مع تفويض هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع على التحكيم بالصلح بين أطراف الاتفاق على التحكيم، دون التقيد بمنهج إجرائي معين كالتحكيم الحر^(١).

كما استند هذا الرأي لتبرير استقلالية التحكيم لكون نظام التحكيم أقدم في الظهور من القضاء العام في الدولة، فالمجتمعات القديمة عرفت نظام التحكيم قبل نظام القضاء العام في الدولة، وكان على الأفراد والجماعات الامتثال له آنذاك فالتحكيم قد نشأ قديماً مستقلاً عن القضاء العام في الدولة واستمر قائماً حتى بعد ظهور القضاء الوطني وانتشاره، لأنه يشبع الحاجة الاجتماعية

(٣) راجع في عرض ذلك: د. وجدي راغب فهمي - هل التحكيم نوع من القضاء - مقالة مشار إليها في مرجع د. عمر السيد النحوي، المرجع السابق - ص ٦٢٦.

للمجتمع والتي قد يعجز عن تحقيقها في أحوال عديدة القضاء العام في الدولة لذلك، فهو نظام متميز ومستقل عن نظام القضاء العام في الدولة.

ويرى بعض آخر من الفقه أن المميز الجوهرى بين نظام التحكيم ونظام القضاء العام في الدولة وفقاً للنظرية المستقلة للتحكيم هو خصوصية الأول وخضوع الثاني لقواعد جامدة، وهي قواعد قانون المرافعات التي تنظم القضاء المدني، وإن عدم التجريد هو جوهر نظام التحكيم وإخضاعه لقواعد القضاء العام للدولة المجردة، فيه انتهاك لخصوصيته^(١).

ويتجه الفقه الراجح لتبرير أصالة واستقلالية التحكيم كقضاء للتجارة الدولية إنما يتأكد من خلال رصد واقع هذه التجارة، من حيث مدى إذعان أطرافها للتحكيم التجاري واستقلالية هذا النظام عن القواعد التجارية الدولية، التي تثار بمناسبة المنازعة التي تطرح على التحكيم، وتمتعه بقانون مستقل للإجراءات، وصيرورة قراراته مصدراً لقضاء المحكمين، فضلاً عن حجيتها فيما تقضي به^(٢).

ولم تسلم هذه النظرية هي الأخرى من النقد فقد تعرضت لكثير من النقد على أساس أن التحكيم يقدم عدالة خاصة تختلف عن عدالة القضاء، حيث إنه لا يمكن الوصول لطبيعة التحكيم من خلال الأثر الذي يترتب وإنما من خلال رده إلى الأصل الذي ينتهي إليه، فإن كان هذا الأصل هو سلطان الإرادة كانت الطبيعة العقدية، أما إذا كان الأصل هو سلطان القضاء كانت الطبيعة القضائية، أما إذا كان غير ذلك فإننا نكون أمام طبيعة مستقلة يجب تأصيلها، الأمر الذي لم تفعله تلك النظرية^(٣).

ومن ناحية أخرى، فقد وجه إلى النظرية المستقلة أنه لا يمكن التسليم بأن نظام التحكيم يرمي إلى تحقيق وظيفة اجتماعية واقتصادية، لأنه لا ينطبق على نظام التحكيم، والذي تلتزم هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع

(١) راجع فى عرض ذلك: د. وجدي راغب: المقالة السابقة-المرجع السابق-ص ٦٢٦.

(٢) راجع فى عرض ذلك: د. أبوزيد رضوان: المرجع السابق - ص ٣٥.

(٣) راجع فى عرض ذلك: د. عاطف شهاب - المرجع السابق - ص ٧٤.

موضوع الاتفاق على التحكيم فيه بتطبيق قواعد القانون الوضعي الموضوعي،
أي إزالة التجهيل الذي يعتريها وهو نفس الدور الذي يؤديه القاضي العام في
الدولة^(١).

(٢) راجع في عرض ذلك: د. محمود عمر التحيوي - المرجع السابق - ص ٦٤٣.

المطلب الخامس

وجهة نظر الباحث بشأن طبيعة نظام التحكيم

نحن نؤيد من جانبنا الطبيعة القضائية لنظام التحكيم، لما تستند عليه من أدلة منطقية، إذ إن مهمة المحكم شأنها شأن مهمة القاضي العام في الدولة وهو الفصل في النزاع الذي صدر بشأنه اتفاق تحكيم بحكم ملزم للأطراف، فالتحكيم يعتبر وظيفة قضائية بالمعنى الفني، وتعتبر أحكام التحكيم التي تصدر من المحكمين بمثابة أحكام قضائية تتمتع بنفس ما تتمتع به الأحكام القضائية، وإن كانت تختلف عنها بالنسبة لطرق الطعن، فتتفق معها في حجية الأمر المقضي واستتفاذ ولاية المحكمين بحكم مئة لنزاع حقيقي بين الخصوم، فالمحكم في رأينا كالقاضي العام في الدولة يطبق القانون على حالة معينة.

كما أن أحكام التحكيم شأنها شأن أحكام القضاء في العديد من النواحي، فهي من جانب يتم كتابتها كما تكتب الأحكام القضائية^(١)، وتستأنف هذه الأحكام كما تستأنف الأحكام القضائية في ظل الأنظمة التي تجيز ذلك، وإن كان قانون التحكيم المصري ٢٧ لسنة ٩٤ لا يجيز الطعن في أحكام التحكيم بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المصري، كما أن تنفيذ حكم التحكيم الصادر في النزاع ينفذ كما تنفذ الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء العام، وكل ما هنالك أنه يجب أن يتم الحصول على أمر من القضاء العام لتنفيذ حكم التحكيم، وذلك نوع من الرقابة القضائية الهدف منها هو التأكيد والتثبت من سلامة وصحة الإجراءات التحكيمية حتى يمكن تنفيذ حكم التحكيم وهو ليس إلا عملية شكلية وإن كانت جوهرية.

كما أن البعض يرى وبحق أن إتفاق التحكيم نظراً لاعتباره عملاً إرادياً، إلا أن دور الإرادة يقتصر فقط على تحريك نظام التحكيم الذي ينطلق بعد

(١) راجع في عرض ذلك: د. محمود عمر التحيوي - المرجع السابق - ص ٦٤٧.

ذلك بذاتية خاصة تسيطر عليها الطبيعة القضائية، وينحصر دور إرادة الأطراف على اختيار التحكيم والمحكمين لتسوية وفض النزاع القائم بينهم^(١).

كما أن المشرع قد اعترف بنظام التحكيم ونظم قضاؤه مثله في ذلك القضاء العام في الدولة، فيكون التحكيم على ذلك النحو نظاماً للقضاء الخاص الذي قرره المشرع على سبيل الاستثناء^(٢)، وقد أقرت محكمة النقض المصرية الطبيعة القضائية لمهمة المحكم^(٣).

ونحن لا نتفق مع النظرية التعاقدية لنظام التحكيم من إضفاء الطبيعة التعاقدية على التحكيم، أي شمول هذه الطبيعة لكل من الاتفاق على التحكيم شرطاً كان أم مشارطة، والعقد المبرم بين هيئة التحكيم المكلفة بالفصل في النزاع موضوع الاتفاق على التحكيم، إذ تبقى لهذين العقدين طبيعتهما التعاقدية، أما الذي تكون له طبيعة قضائية فهو العمل الذي يصدر من هيئة التحكيم المسند إليها سلطة الفصل في النزاع^(٤).

(١) راجع في عرض ذلك: د. أبو زيد رضوان - المرجع السابق - ص ٢٧.

(٢) راجع في عرض ذلك: د. عاطف شهاب - المرجع السابق - ص ٧٨.

(٣) انظر حكم محكمة النقض المصرية، الطعن ٢١٨٦ في ٦/٢/١٩٨٦ السنة ٥٢ ق مشار إليه د. عاطف شهاب - المرجع السابق، ص ٧٧.

(٤) راجع في عرض ذلك: د. أحمد أبو الوفا - التحكيم الاختياري والإجباري - ج ٣ - سنة ١٩٧٨ مشار إليه في مرجع: د. عمر السيد التحيوي - المرجع السابق - ص ٦٥٣.

كما قضت محكمة النقض الفرنسية، بامتداد شرط التحكيم إلى الغير الذي لم يوقع على العقد، طالما أنه تدخل في تنفيذ العقد الوارد به شرط التحكيم وقد قضت بأن "الغير الذي يتدخل في تنفيذ العقد المبرم بشأن شرط التحكيم بين الحكومة الفرنسية والحكومة التونسية ويعتبر في جانبه بمثابة تصديق على هذا العقد ويكون بالتالي ملزماً بمقتضى هذا الشرط حتى ولو لم يوقع على العقد الذي ورد فيه هذا الشرط"^(١).

كذلك قد أيدت أحكام محاكم التحكيم مبدأ امتداد اتفاق التحكيم على الشركة، فلقد ذهبت محكمة التحكيم في القضية رقم ٥١٠٣ ك والتي تمت وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس إلى امتداد أثر الاتفاق على التحكيم إذا ثبت أنه لحظة إبرام العقد وتنفيذه أو عدم تنفيذه وإعادة المفاوضات بشأن العلاقات التعاقدية وإن المشروعات المدعى عليها قد ظهرت وفقاً للإرادة المشتركة لكل الأطراف في الإجراءات كأنها أطراف في العملية^(٢).

وفي القضية رقم ٦٥١٩ لسنة ١٩٩١ قضت وأكدت محكمة التحكيم على أن شرط التحكيم الذي قبلته صراحة بعض الشركات المنتمية لنفس المجموعة يمتد إلى جميع الشركات الأخرى في نفس المجموعة والتي لعبت دوراً هاماً في إبرام العقود التي تضمنت شرط التحكيم أو تنفيذه أو فسخها، وأصبحت وفقاً للإرادة المشتركة للمتعاقدین أطرافاً ذوي شأن في هذه العقود أو معنيون بالمنازعات الناشئة عنها^(٣).

ومن ناحية أخرى، فقد أقرت العديد من الأحكام مبدأ امتداد اتفاق التحكيم وذلك بالنسبة للعقود التي تشكل إطاراً تعاقدياً أو حتى بشأن عقد واحد، فإن الأطراف قد تختار بين أكثر من شكل من أشكال التحكيم سواء تحكيم ad hoc وهو تحكيم مؤسسي، أو أن تخضع بعض المنازعات للتحكيم والبعض الآخر لقضاء الدولة^(٤).

ففي حكم صدر تحت مظلة مركز القاهرة الاقليمي، للتحكيم التجاري الدولي في ١١ مارس ١٩٩٩، تقرر مد شرط التحكيم بخصوص نزاع يتعلق بعقد وكالة

(1) Cass, Civ. 21 Juin, 1991, Rev. Arb. 1991, P. H.53 ets. Note Mayer.

(2) C. C. I, 5103, 1988, Clunet 1988, P. 1206. Obs. G. Aguilarl Alvez.

(3) Sentence arb CCI, 6519 de 1991, Clunet, 1991m P.1065, obs . Derains..

(٤) راجع في عرض: ذلك د. حفيظة الحداد - المرجع السابق ص ١٧ .

دولية اختصمت فيه الشركة المدعية (الوكيلة) الشركة الأم (الأمريكية بجانب الشركة القبرصية وهي الشركة الوليدة لمطالبتها معاً بالتضام بالتعويض عن الأضرار المادية والأدبية، التي لحقتها، بسبب إنهاء عقد الوكالة فدفعت الشركة الأم بعدم قبول خصومتها لأنها لم تكن طرفاً في عقد الوكالة الذي تضمن شرط تحكيم والمبرم بين الشركة المدعية والشركة القبرصية، مما لا يجيز إدخالها في الدعوى واستندت إلى المبدأ السائد في القانون المصري، ألا وهو عدم انصراف آثار العقد إلى الغير، وأن الشركة الوليدة عنها لها شخصية معنوية مستقلة تماماً عنها، وهي بذلك لا تعد خلفاً عاماً لها وبالتالي لا تعد طرفاً في اتفاق التحكيم وبالتالي ليس عليها أية مسؤولية في ذمة الغير .

إلا أن هيئة التحكيم رفضت الدفع بعدم إختصاصها وقررت ووجوب مد شرط التحكيم إلى الشركة الأم، تطبيقاً لما هو سائد في مجال التجارة الدولي، بما صدر من سوابق تحكيمية من غرفة التجارة الدولية بباريس والذي قرر بأن شرط التحكيم الذي يدرج في عقد خاص بشركة من ضمن مجموعة شركات يلزم الشركات الأخرى من أعضاء المجموعة، بالرغم من عدم توقيع هذه الشركات على العقد الذي تضمن شرط التحكيم، ما دامت هذه الشركات قد قامت بالمشاركة في تكوين العقد وتنفيذه وإنهائه .^(١)

كما ذهبت بعض أحكام التحكيم^(٢) بغرفة التجارة الدولية بباريس للقول بامتداد شرط التحكيم في الحالة التي تتعاقد فيها أكثر من شركة وليدة ، ثم تشارك عدة شركات أخرى من نفس المجموعة في تنفيذ العقد أو الاستفاده منه، فقد أصدرت هيئة التحكيم حكماً بتاريخ ١٩٨٢،/٩/٢٣ بمد شرط التحكيم إلى الشركات التي لم تكن طرفاً في العقد، إلا أنها شاركت في ابرامه وتنفيذه بصورة أو أخرى ومن ثم يمتد إليها باعتبار أنهم يمثلون جميعاً حقيقة اقتصادية واحدة ولو كانت كل شركة تتمتع بشخصية قانونية تستقل عن الأخرى، وقد أيد حكم هيئة التحكيم محكمة

(١) راجع في ذلك الدعوى التحكيمية رقم ١٠٩ لسنة ١٩٩٨-غير منشور جلسة ١٩٩٩/٣/١١، مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم .

(2) Sentence CCI . No. 4131 (1982) Dow Chemical international C/ Isover Saint Gobain . Rev.arb 1984, P.139 .

استئناف باريس، وقررت بمد شرط التحكيم دون أن تعتبر عدم التوقيع المادى من هذه الشركات على العقد حائلاً دون اكتسابها صفة طرف فى اتفاق التحكيم^(١).

كذلك ذهب اتجاه آخر إلى أن شرط التحكيم المضاف إلى سند الشحن ينتج أثره فى حق المرسل إليه ذلك أن المقصود باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي هو استقلاله عنه فى كينونته، بحيث لا يتوقف وجوده على وجود العقد الأصلي أو صحته أو استمراره، وهذا الاستقلال لا ينفي بالطبع الارتباط بينهما ارتباطاً مصدره كون محل شرط التحكيم هو المنازعات الناشئة عن العقد الأصلي، وهذا الارتباط وحده كاف للقول بأن الاعتبار التى أدت إلى التسليم بامتداد آثار سند الشحن إلى المرسل إليه، بصرف النظر عن ماهيتها، تكفى لتبرير امتداد آثار شرط التحكيم الملحق به إلى المرسل إليه ذاته^(٢) وقد أيدت ذلك محكمة النقض المصرية، حيث قضت بأن قانون التجارة يجعل من المرسل إليه طرفاً ذا شأن فى سند الشحن يتكافأ مركزه حينما يطالب بتنفيذ عقد النقل، ومركز الشاحن، بحيث يرتبط بسند الشحن كما يرتبط به الشاحن ومقتضى ذلك أن يلتزم المرسل إليه بشرط التحكيم الوارد فى سند الشحن^(٣).

(1) *Cour d'app. De Paris, 21 Oct, 1983. Rev. arb. 1984 P. 98. note A. Chapelle .*

(٢) راجع فى عرض ذلك بالتفصيل د. مصطفى الجمال، د. عكاشة عبد العال - المرجع السابق.

(٣) راجع فى ذلك الطعن رقم ٤٥٠ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٧٥/٣/٥ مجموعة أحكام النقض سنة ٢٦ ج ١ رقم ١٠٨.

الفرع الثاني

وجهة نظر الباحث بشأن امتداد بند التحكيم من عقد إلى آخر داخل مجموعة الشركات

سبق وأن عرفنا مجموعة الشركات ^(١) عدد من الشركات تتميز باتحادها من الناحية الاقتصادية وتستقل كل بنظام قانوني عن الأخرى ، واتفاق التحكيم هو نظام يتعهد طرفاه بأن يتم الفصل في المنازعات التي نشأت بينهما أو التي ستنشأ إلى التحكيم، اتفاق التحكيم شأنه شأن باقى العقود لا يلزم إلا طرفيه الذين ارتضت إرادتهم اللجوء إليه كطريق لفض منازعاتهم، ولا يصح القول بأن حاجة التجارة الدولية الحديثة تمثل ضرورة ملحة لامتداد هذا الاتفاق ليمتد إلى عقد لم يرغب طرفاه فى إدراج مثل هذا الاتفاق فيه، والقول بغير ذلك يكون بمثابة إهدار لقوة العقد الملزمة واعتداء على مبدأ الأثر النسبى للعقد، كما أن القول بجواز امتداد اتفاق التحكيم من عقد إلى عقد آخر داخل العقود المكونة لمجموعة الشركات كأن يمتد من عقد الشركة الأم إلى عقد شركة فرع - من شأنه إهدار الاستقلال القانونى الذى تتمتع به كل شركة وتجعل من التحكيم نظامًا إجباريًا يفرض على الخصوم التى لم ترض إرادتهم مثله .

وقد اتجهت بعض أحكام القضاء ^(٢) للبحث عن الإرادة الحقيقية لأطراف الاتفاق على التحكيم، والكشف عن الدور الذى لعبته الشركات التى لم توقع على اتفاق التحكيم فى إبرام أو تنفيذ العقد محل النزاع، فقيام مجموعة الشركات ليست قرينة تجيز امتداد شرط التحكيم الذى وقعته إحدى شركات المجموعة لباقى الشركات المنتمية لنفس هذه المجموعة، وإنما هو إشارة تدعو للبحث عن الأسباب التى تبرر انصراف اتفاق التحكيم إلى كل أو بعض شركات المجموعة التى لم توقع عليه .

(١) راجع فى ذلك ص ٢٥٩ من البحث .

(2) Bourque, th. Cit. P. 286 et s; Jarrosson, art. Cit., Ying- Li, th. Cit. p. 97 et s .

ونحن نميل إلى الرأي الذى يقول إنه لا يكفى انتماء الشركات إلى مجموعة واحدة، لكى يمتد شرط التحكيم الذى توقعه أحدهما لسائر الشركات الأخرى فى المجموعة لتعارضه مع طبيعة التحكيم من حيث كون هذا الأخير نظام إراديًا تعاقديًا يملك أطرافه تحديد نطاقه وقوته الملزمة، من حيث الموضوع والأشخاص، فلا يصح الالتجاء للتحكيم عندما لا تتجه إرادة طرفيه إليه .

كما أن القول بامتداد بند التحكيم من عقد إلى آخر داخل مجموعة الشركات تتنافى وفكرة المجموعة العقدية، حيث إن هذه الأخيرة تتكون من عدة تصرفات قانونية تستقل كل منها عن الأخرى، فإذا ما سمحنا بامتداد بند التحكيم داخل مجموعة الشركات، فمن شأن ذلك إهدار هذه الفكرة .

المطلب الرابع

الاتجاه المعارض لفكرة امتداد اتفاق التحكيم من عقد إلى آخر

داخل نطاق المجموعة العقدية

اتجه بعض الفقه للقول بأن "نظرية مجموعة العقود لا تكفى وحدها لتفسير امتداد نطاق شرط التحكيم من أحد العقود إلى سائر العقود المرتبطة به والتي تشكل معه مجموعة عقدية واحدة، كما لا تكفى لتبرير الخروج على مبدأ النسبية أثر العقد للتوصل إلى الحكم بانصراف أثر إتفاق التحكيم إلى الغير، والذي لم يقبله صراحة أو ضمناً، لأن التحكيم يفترض الرضا الصريح أو الضمني، ولا يجوز التحدي بأن وحدة النزاع والرغبة فى تفادي مشكلة تعارض الأحكام تفرض ضرورة مثل الأطراف جميعاً إلى المحكمين، لأن القول بخلاف ذلك يتنافى مع طبيعة التحكيم التعاقدية، التي تحول دون اختصام الغير أو ضم الدعاوى المرتبطة المرفوعة بين أطراف مختلفة أمام المحكمين، فوحدة النزاع وعدم قابليته للانقسام - كما قضت محكمة استئناف باريس - لا تصلح سبباً لإلزام الغير الذى لم يكن طرفاً فى اتفاق التحكيم بعرض منازعاتهم على هيئة التحكيم " .

وقد اتجه بعض الفقه الفرنسى إلى القول بأنه يجب عدم التوسع فى مد الأثر الملزم لا تفاق التحكيم إلى أشخاص ليسوا بأطراف فيه من الناحية الموضوعية ، أو من الناحية القانونية ، وأن المفهوم الواسع لفكرة الطرف الذى أخذ به الفقه وشاطره فى ذلك القضاء مدعاة للخوف والحذر فى أوساط التحكيم من أن يوجد نوع من إمبريالية التحكيم ^(١) .

كما اتجه بعض الفقه وسائره فى ذلك بعض أحكام القضاء التحكيمى ^(٢) للقول بأنه لا التزام على أي شركة من الشركات المكونة لمجموعة الشركات باتفاق التحكيم الوارد فى العقد الذى أبرمته إحدى هذه الشركات لأن المستقر عليه أن الشركة التي وقعت على هذا العقد هي فقط التي تلتزم به، فالمعيار الذي يفصل بين الشركة الطرف والشركة الغير هو معيار مادي، وهو التوقيع على هذا الاتفاق ^(٣) .

(١) راجع فى عرض ذلك منشور فى مجلة التحكيم العربى ١٩٨٨ ص ٤٩٨ . *Carcassonne* .

(٢) راجع فى توضيح ذلك بالتفصيل د. حفيظة الحداد: المرجع السابق ص ٦٧ .

(٣) انظر مقالة *Andre chapelle* ص ١٧٥ وما بعدها .

ففي البداية رفضت بعض الأحكام الصادرة عن القضاء الفرنسي مد شرط التحكيم الوارد في عقد أصلي إلى العقد التابع له، حيث طبقت محكمة النقض الفرنسية مبدأ الأثر النسبي لشرط التحكيم وعدم الاحتجاج على الغير في حكم لها^(١) مؤيدة حكم محكمة الاستئناف قائلة " بأن محكمة الاستئناف كانت على حق إذ قررت بشأن شرط التحكيم الذي يخول الاختصاص لغرفة التحكيم المدرج في اتفاق مبرم بين شركة وأحد أعضائها أنه لا يمكن الإحتجاج به في نزاع بين العضو وشريك آخر في الشركة الأولى، لأن هذا الشريك لم يكن طرفاً في الاتفاق كما يظهر ذلك جلياً من عرضنا لحكم شهير صدر تحت إشراف المركز الدولي لحل المنازعات الناشئة عن الاستثمار أثبتت بصدها المشكلة محل البحث، وهي قضية تحكيم الكامبيرون ضد شركة Klockner، والذي تخلص وقائعه من أنه بموجب اتفاق تحكيم مبرم بين دولة الكامبيرون وشركة Klockner، تعهدت الأخيرة بإقامة مصنع للسجاد يتسع طاقته لإنتاج ٥٧٠٠٠ طن سنوياً، وقد اتفق الأطراف على إنشاء مشروع مشترك طبقاً لأحكام القانون الكامبيروني تسمى Socome يتولى استغلال المصنع، وتشارك فيه Klockner بنسبة ٥١% من رأسمالها، ولقد نصت المادة ٩ من الاتفاق المذكور على أن تكون Klockner هي المسؤولة عن الإدارة الفنية والتجارية للشركة وذلك بموجب عقد إدارة صالح لمدة خمس سنوات على الأقل، تبدأ من تاريخ بدء التشغيل مع إعطاء Klockner حق الاختيار في مدة العقد وتتعهد الدولة من جانبها بتزويد المشروع بالموقع المعد لإقامة المصنع وتضمن Sacome بالوفاء الثمن، ولقد أعقب ذلك قيام Sacome والتي تنازلت لها الحكومة عن كل الحقوق والالتزامات الناجمة عن العقد والحكومة وتم توقيع عقدين بشأن الإدارة بين Sacome و Klockner، ولقد تضمنت كافة العقود شرط تحكيم C. I. R. D. I باستثناء عقد الإدارة الذي تضمن تحكيم C. C. I.^(٢)

(1) Cass. Com. 15 Nov. 1978, Rev. Arb. 1980 P. 69 ets .

(٢) راجع في عرض هذا الحكم د. حفيظة الحداد المرجع السابق و
Sentence C.I.R.D.I da 21 Octobre 1983, Clunet 1984, P. 409, J. Paulson
les obligations des portenaires dans un accord de développement
économique La sentence arbitrale comeron Klockner", Rev. arb 1984,

وبسبب فشل المشروع فقد قامت شركة Klockner بإعمال شرط تحكيم C. R. D. I. وطالبت الحكومة الكاميرونية بدفع الجزء المتبقي المستحق عليه من ثمن المصنع وهو ما يعادل ٧٥% من قيمته، وردًا على ذلك طلبت الحكومة توسعة النزاع، إذ إن شركة Klockner كانت تؤسس طلبها على عقد تسليم المصنع من محكمة التحكيم إلى أن تنتظر إلى العملية التعاقدية ككل وتحدد مسؤولية الأطراف.

وتكمن المشكلة الرئيسية في هذه القضية في أن العقد المبرم بين الكاميرون وشركة Klockner، ويتضمن شرط تحكيم لدى C.I.R.D.I، في حين أن عقد الإدارة المبرم بين Sacome و Klockner يتضمن تحكيم C.C.I مع أن محكمة التحكيم تحتاج للفصل في مسؤولية الأطراف إلى التعرض لمدى كفاءة Klockner في الإدارة الفنية للمصنع، فكيف واجهت هذه المحكمة المشكلة وأي شرط تحكيم طبقته؟

بينت محكمة التحكيم أن طبيعة المنازعة الناجمة عن عقد الإدارة على نحو قاصر، تخرج من نطاق اختصاصها نظرًا لوجود شرط التحكيم تبعًا لغرفة التجارة الدولية بباريس، أما بالنسبة للمنازعات الناشئة عن التنفيذ أو عدم التنفيذ أو الإدارة الفنية والتجارية بالنسبة لـ Socame بواسطة Klockner فإنها تخضع منذ بدء العمل في المصنع لتحكيم المركز وتظل خاضعة له، إذ إن تعهد Klockner بالإدارة الفنية للمصنع يعد الدافع الأساسي للاستثمار، كما هو مقرر في ديباجة الاتفاق المبرم بين Klockner وحكومة الكاميرون، كما ظهر من المناقشات التي سبقت تحرير هذا الاتفاق فإن محكمة التحكيم مدت نطاق إعمال شرط التحكيم الوارد في العقد الأساسي ليشمل بعض المنازعات التي تخضع أصلاً لتحكيم C.C.I، وذلك اعتمادًا على تفسيرها لإرادة الأطراف في العقود المبرمة بينهما. كذلك فإن تغليب محكمة التحكيم للشرط الوارد في العقد الأساسي المبرم بين حكومة الكاميرون وشركة Klockner على شرط التحكيم C.C.I، يجد تفسيره في أن

المحكمة اعتبرت العقد المذكور بمثابة المركز الذي تدور حوله العقود الأخرى والذي يستمد منه أساس وجودها^(١).

كما ذهب اتجاه آخر في القضاء الفرنسي مقررًا بأن الاتفاق على التحكيم لا يفترض، بل يلزم أن يعبر عنه بوضوح لاتباع الخصوم هذا الطريق فيجب على المحكمة أولاً التأكد من مد وجود شرط التحكيم عندما يحتج به على الدولة - وقد تم تطبيق هذا المبدأ في قضية بيراميدز^(٢) والتي أبرمت بشأنها عقود لازمة ومتتالية لإنجاز مشروع معين مصحوب بتدخل الدولة المصرية، فالعقد الأصلي كان قد أبرم بين مصر وشركة أمريكية بواسطة وزير السياحة، أعقبه عقد آخر أبرم بين الشركة الأمريكية وهيئة عامة متخصصة وهي الهيئة المصرية العامة للسياحة والفنادق، وذلك لإنشاء مشروع سياحي وقد قضت محكمة باريس ببطالان حكم التحكيم على أساس أن الدولة المصرية بوصفها طرفاً في الخصومة التحكيمية لم تشارك في شرط التحكيم، وهو ما يؤدي إلى سلب محكمة التحكيم لاختصاصها، وأوضحت أن القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ والذي ورد بالعقد الأصلي لم يتضمن أية إشارة إلى ارتباط الدولة المصرية أو تعهداتها بأن تقبل مع علاقتها بالمستثمر الأجنبي شرط تحكيم لدى غرفة التجارة الدولية C.C.I. ، كما أن توقيع وزير السياحة على العقد الثانى بمعرفة الهيئة المصرية العامة للسياحة والفنادق وأنه لا يعنى سوى سلطة الولاية دون تعهد الدولة وأن العقد لا ينطوى رغم ذلك على أى ارتباط خاص بالدولة، فقد رأت المحكمة أن الهيئة تعاقدت باسمها، وأضافت المحكمة أن العمل قد جرى بالنسبة للدولة المصرية أنها لا تقبل التحكيم إطلاقاً، عندما تكون هي بذاتها طرفاً في عقود مع مستثمرين أجانب، ومن المقرر أن رقابة محكمة النقض تمتد إلى هذا العقد .

ومن ناحية أخرى وفي إطار المنازعات الخاصة بالاعتمادات المستندية وخطابات الضمان المستقلة، فمن المعروف أنه في ظل هذه العمليات تنشأ

(١) انظر في هذا المعنى *J. M. Jacquet* مقالته المنشورة في *Clunet* ص ٦٨٤ وما بعدها .

(2) *Rev-arb*, 1987 . P . 352 et *L'article de M.Emmanuel Gillard* 1987 . P .

مجموعة من الروابط العقدية بين العميل الأمر والمستفيد، والتي يحكمها عقد الأساس وكذلك تنشأ رابطة عقدية أخرى بين الفاتح للاعتماد المستندي والعميل الأمر، والتي يحكمها عقد التسجيل الائتماني، وكذلك رابطة عقدية ثالثة بين البنك الفاتح للاعتماد والمستفيد الذي يحكمها خطاب الضمان، فهذه العلاقات وإن كانت تستقل عن بعضهما البعض استقلالاً تاماً، إلا أن جميعها منبثق من عقد الأساس، والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المجال هو إذا ما تضمن عقد الأساس شرطاً تحكيم في مواجهة المستفيد بشأن نزاع نشأ نتيجة للمطالبة بخطاب الضمان، فهل يتم طرح النزاع على التحكيم أم لا، ويطرح هذا النزاع على قضاء الدولة.

ذهب البعض بعدم الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس في مواجهة المستفيد إلا أنهم اختلفوا في الأساس القانوني لعدم الاحتجاج.

فذهب البعض للقول بعدم جواز الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس، في مواجهة المستفيد بخصوص نزاع ناشئ عن المطالبة بقيمة الضمان، استناداً إلى الاستقلال التام الذي يتمتع به خطاب الضمان عن علاقة الأساس، وهي العلاقة القائمة بين المستفيد والعميل الأمر، واستندت بعض أحكام القضاء على مبدأ الاستقلال، فقد أصدرت محكمة النقض الفرنسية^(١) للقول بعدم جواز الاحتجاج بشرط التحكيم في عقد الأساس، في مواجهة المستفيد التام الذي يتمتع به خطاب الضمان عن علاقة الأساس، وهي العلاقة القائمة بين المستفيد والعميل الأمر وبذلك تكون هذه المحكمة قد أرجعت الأساس القانوني لعدم جواز الاحتجاج بشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس في مواجهة المستفيد لمبدأ الاستقلال الذي يتمتع به عقد الأساس والقائم بين العميل الأمر والمستفيد، والذي من نتاجه إنه لا يجوز التمسك بأي دفع ناشئ عن تلك العلاقة للتأثير على التزام البنك بالوفاء أو على مطالب المستفيد به.

(١) راجع في عرض ذلك الحكم: د. رضا السيد عبد الحميد - مجلة التحكيم - الدورة المتعمقة لأعداد المحكمين مايو ٢٠٠٥.

في حين ذهب اتجاه آخر^(١) إلى القول بأن الأساس القانوني لشرط التحكيم الوارد في عقد الأساس، يرجع إلى أن مبدأ نسبية أثر العقود لا يلزم إلا عاقيه فلا يلزم غيرهم، وعلى ذلك فلا يرتب شرط التحكيم الوارد في عقد الأساس أي آثار إلا بالنسبة للطرفين اللذين قاما بالتوقيع عليه وهما العميل الأمر والمستفيد، كما أن الأثر الملزم لهذا الشرط لا يلزم إلا طرفيه بالجوء للتحكيم عند نشوب نزاع بشأن أحد بنود العقد "ومن ثم فعندما يثور نزاع بين العميل الأمر والمستفيد بشأن مطالبة المستفيد بقيمة خطاب الضمان، فإنه لا يجوز للعميل الأمر التمسك بشرط التحكيم لعرض هذا النزاع على التحكيم، لأن النزاع المذكور نشأ عن علاقة أخرى لم تتضمن شرط تحكيم، كما لا يجوز للعميل التمسك بهذا الشرط في مواجهة البنك، لأنه لم يكن طرفاً في عقد الأساس المتضمن هذا الشرط"^(٢).

وفي هذا قضت محكمة استئناف باريس بأنه "لا يجوز للعميل الأمر التمسك بإجراء التحكيم المنصوص عليه في عقد الأساس، لإخضاع المنازعات الناشئة عن دفع قيمة الضمان أو الضمان المقابل للتحكيم، حيث إن التزام البنك الضامن المقابل تجاه البنك الضامن، يقع على عاتق الأول بصفة شخصية وأصلية، وكل من البنكين أجنبي بالنسبة لعقد الأساس، ومن ثم ليس طرفاً في اتفاق التحكيم، الأمر الذي ينعلم معه كل أثر لهذا الاتفاق على وضع الضمانات المصرفية موضع التنفيذ"^(٣).

أما محكمة التحكيم لدى غرفة التجارة الدولية، فقد قضت في الدعوى رقم ٥٧٢١ لسنة ١٩٩٠ بأن "محكمة التحكيم لا تملك سلطة الحكم إلا في مواجهة الأطراف دون الحكم على البنك الضامن، الذي لا يعتبر طرفاً في الإجراءات، ذلك أن العقد المبرم بين البنك الضامن والمستفيد مستقل تماماً عن العقد الأصلي، ومع ذلك ولأن ضمان البنك يجد أساسه في العقد الأصلي، فإن المحكمين يظلون مختصين في العلاقات المرتبطة بين العميل الأمر والمستفيد، مما ينتج عنه أن ضمان البنك يرتبط بصحة ونطاق وفسخ العقد الأصلي".^(٤)

(١) راجع في عرض هذا: د. رضا السيد عبد الحميد - المرجع السابق - ص ١٣٢.

(٢) انظر في ذلك د. رضا السيد عبد الحميد - المرجع السابق - ص ١٣٢.

(٣) راجع في ذلك: حكم محكمة استئناف باريس ١٩٨٧/١٢/١٤.

المطلب الخامس

امتداد اتفاق التحكيم في العقود المتكاملة والتحكيم بالإحالة

ترتبط بعض العقود ببعضها البعض، بحيث تشكل جميعها مجموعة عقود منبثقة عن عقد أصلي واحد يقع على مال واحد، وتتعدد إما بسبب موضوعها أو بسبب الأطراف التي أبرمتها، والتي تضمن بعضها البعض، فقد تتضمن أحد هذه العقود شرطاً تحكيم، بينما لم تتضمن العقود الأخرى شروطاً مماثلة، فيثور تساؤل هنا عما إذا كانت إرادة الأطراف قد انصرفت إلى خضوع المنازعة المحتملة النشوء عن هذا الكل التعاقدى إلى التحكيم؟

وقد يشير الأطراف المتعاقدون عند إبرامهم لعقد معين من العقود المتعلقة بالتجارة الدولية إلى مستند أو وثيقة تتضمن شرط تحكيم، وإعتبارها جزءاً لا يتجزأ من العقد الذى تم إبرامه، وهو ما يعبر عنه بشرط التحكيم بالإحالة .

ففى عقود المقاولات الدولية نجد أن المتعاقدين غالباً ما يلجئون إلى الشروط العامة للفيديك FDIC، وكذا إحالة المتعاقدين سند الشحن فى عقد النقل البحرى إلى شرط التحكيم الوارد فى عقد إيجار السفينة .

ويقصد بشرط التحكيم بالإحالة (Clause Arbitraleparrefefrece) اشارة المتعاقدين فى عقد من عقود التجارة الدولية إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم، واعتبارها جزءاً لا يتجزأ من العقد، ويفترض شرط التحكيم بالإحالة أن العقد الأصلى المبرم بين المتعاقدين قد جاء خِلاًواً من شرط التحكيم واتجهت فيه ارادة المتعاقدين إلى الآخذ بالشروط العامة أو إلى عقد نموذجى لتنظيم ما ورد ببند العقد، وسواء جاءت الإحالة إلى الشروط العامة أو إلى عقد نموذجى أو أى مستند أو وثيقة أخرى، فيستلزم ذلك وجود صلة وارتباط بين العقد المتضمن الإحالة والوثيقة المحال إليها^(١)، ويرى بعض الفقهاء^(٢) أن شرط التحكيم بالإحالة لا يختلف عن شرط التحكيم المدرج بالعقد أو مشاركة التحكيم، سواء من حيث قوته الإلزامية أو مضمونه فبمجرد أن تتضمنه الوثيقة المشار إليها فى العقد الأساسى، يصبح

(١) راجع فى ذلك د. أحمد مخلوف - اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية - دراسة تحليلية تأصيلية- دار النهضة العربية - سنة ٢٠٠١ - ط. أولى - ص ٤٣ .

(٢) راجع فى عرض ذلك: د. أحمد مخلوف - المرجع السابق - ص ٤٥ .

كأنه منصوص عليه في هذا العقد ولا يجوز لأحد الأطراف أن يدعي جهله بما تتضمنه الوثيقة من الإحالة للتحكيم، أو يفترض فيمن يتعامل في مجال التجارة الدولية أنه يعلم بالشروط العامة أو النموذجية المحال إليها .

كما نصت على هذه الشروط المادة ١٩٠٢ من مبادئ المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص، حيث نصت على تعتبر الشروط النموذجية، هي تلك الشروط أو النصوص المعدة سلفاً للاستخدام العام والمتكرر من أحد الأطراف والمستخدمه بالفعل دون مفاوضة مع الطرف الآخر .^(١) وقد كان موضوع شرط التحكيم عن طريق الإحالة أو الإشارة لعقد آخر محلاً للعديد من الأحكام والاجتهاد من جانب الفقه والقضاء، سواء في مصر وفرنسا أو في الدول الأنجلوسكونية .

ومن ناحية أخرى، فقد استقر الفقه^(٢) والقضاء الفرنسي في الأحكام السابقة على المرسوم الصادر في ١٢/٥/١٩٨٠ على صحة اتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف، والذي يحيل إلى عقد نموذجي (Contrat Type) أو إلى العادات أو الشروط العامة للبيع، وهو ما خلصت إليه بعض الأحكام الفرنسية الجديدة^(٣)، ولقد استقرت محكمة النقض المصرية على أنه لا تتضمن مستندات الشحن إحالة إلى شروط التحكيم الواردة في مشاركة الإيجار، موضحة أن هذه الإحالة تجعل شرط التحكيم ضمن سند الشحن ويلتزم به المرسل إليه، باعتباره في حكم الأصيل، إذ يعتبر المرسل إليه طرفاً في عقد النقل^(٤).

(1) UNIDROIT, institue international l'unification du droit privé . Sont des clauses-types l'avance par l'une des parties pour un usage general et répété et effectivement utilisées sans négociation avec l'autre partie. Principes Relatifs Aux contrats Du commerce international .

(٢) راجع في هذا المعنى د. منير عبد المجيد - قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية - دار المطبوعات الجامعية - سنة ١٩٨٥ .

(3) Goldman - J.E.L-dr international.Fasc.586-4.Proeedurevile.Fase-1060.P.7-n-26.27 .

(١) راجع حكم محكمة النقض المصرية رقم ٣٦٥ لسنة ٣١ ق. مشار إليه سابقاً. ونقض فرنسي جلسة ١٩٩٢/١/٧ .

ومن ناحية أخرى، فقد يحدث ألا يتضمن أحد العقود المكونة للمجموعة العقدية شرط تحكيم، بينما تتضمن العقود السابقة عليه شرط التحكيم، كما في العلاقات القائمة بين المورد وأحد عملائه، فإن أحد الطلبات قد يتم من خلال التلكس في كلمات محددة، دون الإشارة إلى شرط التحكيم المعتاد إدراجه في الصفقات به، فهل تخضع المنازعات الناشئة عن هذه الصفقة الأخيرة، والتي لم تتضمن شرط التحكيم بالنظر إلى جميع المعاملات السابقة بين الطرفين، ويعتق القضاء الفرنسي هذا الحل^(١).

قد يتفق عادة إلى اللجوء إلى التفاوض بشأن العناصر الأساسية للعقد المبرم بينهما كالشيء محل التعاقد وشروطه وكيفية تسليمه، وغير ذلك من الشروط الدافعة لعملية التعاقد إلا أنهم قد يكتفون بأن يحيلوا شروطاً عامة أو إلى وثيقة أو إلى عقد نموذجي لفض ما ينشأ بينهم من منازعات، وكذلك كما لو قام طرفا العقد بإحالة فض المنازعات الناشئة عن عقدهم إلى عقد آخر كما جرى العمل على ذلك في عقد النقل البحري للبضائع، فقد استقر العمل على أن ينص هذا العقد على سريان شروط عقد إيجار السفينة على عقود البضائع^(٢). فهل تُعتبر إشارة طرفي العقد إلى شروط نموذجية أمر كافي لإمكان القول بانصراف نية تلك الأطراف إلى اختيار طريقة التحكيم الموجودة ضمن شروط التحكيم الوارد في هذه العقود النموذجية، بالرغم من عدم توافر علم الأطراف بوجود شرط التحكيم ضمن هذه الشروط ؟

وبمعنى آخر هل تكفى الإشارة إلى شروط نموذجية أو إلى عقد آخر متشابه أو متداخل مع العقد الأول محل الاتفاق؟ وهل تكفى هذه الإحالة إلى انصراف نية الأطراف إلى اختيار أسلوب التحكيم لحل ما قد ينشأ من نزاع بين الأطراف، رغم عدم توافر أى مؤشر فى الوثيقة التعاقدية يفيد العلم بوجود شرط التحكيم ضمن بنود النموذج المحال إليه، وما هو تأثير اتفاق التحكيم الوارد بالعقد المحال إليه على

(٢) حكم محكمة الاستئناف - باريس، ١٨/٣/١٩٨٣، منشور في مجلة التحكيم - ١٩٨٣ -

ص ٤٣ تعليق *J. Robert*.

(٣) انظر في ذلك: د. ناجي عبد المؤمن - مجلة التحكيم العربي - الدورة العامة لإعداد الحكم العدد الرابع، سنة ٢٠٠٤.

العلاقات الناشئة عن العقد الذي يحيل إليها ، وهل تكفي الإحالة لتوافر عنصر الرضا، وهل يجب أن تكون الإحالة متخذة شكلاً معيناً بأن تكون مثلاً واضحة وصريحة ؟ أم تكفي الإحالة العامة إلى الشروط النموذجية مثلاً، أم أن الأمر يشترط إحالة خاصة إلى شرط التحكيم نفسه ؟

لقد أجابت محكمة النقض الفرنسية عن ذلك التساؤل في حكم لها بقولها: "في مثل مسائل التحكيم الدولي يعتبر شرط التحكيم بالإحالة على مستند يشترط التحكيم صحيحاً إذا كان الطرف الذي يحتج عليه قد علم به في لحظة انعقاد العقد ويكفي سكوته للدلالة على قبوله لهذه الإحالة" ففي نزاع تتلخص وقائعه بشأن مسألة توريد مواد غذائية للحيوانات، ولم تكن تصلح هذه المواد الغذائية للاستعمال الحيواني، فأثيرت أمام محكمة بواتيه مسألة شرط التحكيم بالإحالة، وكان ذلك بطلب السيدة التي اشترت هذه المواد، فقد طالبت هذه الأخيرة الشركة الموردة للمواد الغذائية واسمها Negaburf بالتعويض عن عدم صلاحية الأغذية للاستهلاك الحيواني، فقامت هذه الشركة بإدخال الشركة التي قامت بتوريد الأغذية إليها وهي شركة Jouadin وهي شركة غير الشركة الأولى المتعاقدة مع السيدة، وقامت الشركة الأخيرة باختصاص الشركة التي وردت لها هذه المواد واسمها Lucernex، فتمسكت الأخيرة بعدم اختصاص محكمة بواتيه بالنزاع لوجود إحالة إلى شرط التحكيم الوارد في وثيقة أخرى، ورفضت محكمة بواتيه إحالة الدعوى للتحكيم، ولم توافقها في ذلك محكمة النقض الفرنسية، والتي قضت في النزاع وقررت أنه "ينبغي على تلك المحكمة أن تبحث مدى قبول الأطراف لشرط التحكيم بالإحالة، حيث أنهم قد نفذوا كل ما جاء بالعقد المدرج به هذا الشرط"⁽¹⁾.

وكذلك الحال في النزاع الذي حدث بين شركة prodexport الرومانية مع شركة clergeau الفرنسية التي اتفقا على توريد لحوم مجمدة بواسطة الشركة الأخيرة، وحدث أن نشب نزاع حول عدم كفاية خطابات الاعتماد المتفق عليها بينهما، وبعد ذلك آلت شركة كليرجو إلى شركة أخرى اسمها fntproductions وانتهت أمام محكمة استئناف بواتيه مشكلة الإحالة إلى شرط التحكيم الموجود في اتفاقية ما، فاعتبر الطرف الذي تلقى هذه الحالة ملتزماً بشرط التحكيم الوارد في

(1) Cass, CIV, 3 Juin 1997, Rev, Aro 1998, P. 538 et 538. Cass, com 17 Juin 1997, Rev. Arb, 1998, P. 532 et 540.

الاتفاقية الذي أحيل إليها، وقضت محكمة النقض في النهاية إلى أنه إذا كان الطرف الذي يحتج على علم به فينعتقد صحيحاً به شرط التحكيم.

فالمستفاد من الحكم السابق أن محكمة النقض الفرنسية، قد وضعت مبدأ مؤداه صحة شرط التحكيم بالإحالة الوارد في عقد آخر، بشرط أن يقبله الطرف الذي يحتج به عليه أو يقبله ضمناً، وهذه الأخيرة يكفى السكوت فيها للتعبير عن قبوله لهذه الإحالة، ويتأتى ذلك إذا ما اتخذت إجراءات التحكيم استناداً إلى الشرط الوارد في عقد نموذجي، وتم تشكيل هيئة التحكيم واختيار القانون الواجب التطبيق ولم يعترض على ذلك.

ومن ناحية أخرى فيشترط أن تكون كلمات الدمج واضحة ومناسبة وتشير صراحة إلى شرط التحكيم، أي لا بد من التأكد من أن نية الأطراف إتجهت إلى دمج شرط التحكيم، وليس الموضوع مجرد اختيار كلمات أو مصطلحات عامة، كما يشترط في الإحالة أن يكون شرط التحكيم في العقد المحال إليه قابلاً للتطبيق على النزاع الناشئ عن العقد الموجود به شرط الإحالة الواضحة والصريحة، إلا أنه بالرغم من ذلك لا تتم عملية الدمج أو الإحالة، بسبب كون كلمات شرط التحكيم غير مناسبة للتطبيق على النزاع الناشئ عن العقد الموجود به شرط الإحالة .

وسوف نتحدث عن التحكيم بالإحالة في بعض القوانين الوطنية، وسنكتفي بالحديث عن نظام التحكيم بالإحالة في القانونين المصري والفرنسي.

الفرع الأول التحكيم بالإحالة في القانون الفرنسي

نصت المادة ١٤٤٣^(١) من قانون المرافعات الفرنسي الصادر عام ١٩٨٠، على ضرورة أن يكون شرط التحكيم مكتوباً، سواء ورد هذا الشرط في عقد الأساس أو في وثيقة أخرى أحال إليها العقد، ويرى البعض^(٢) أن نص المادة ١٤٤٣ مرافعات فرنسي^(٣) وإن كان يجيز التحكيم من حيث المبدأ، إلا أنه لا يحسم الخلاف حول الشروط اللازمة لصحة هذا الطريق، وقد لا يتفق الفقه والقضاء على أن الوثائق التي يلحقها أحد أطراف العقد لا تندرج بهذا العقد، ولا يكون لها أي حتمية، إلا إذا توافر شرطان: أولهما: علم الطرف الأخير بأركان هذه الوثائق بالعقد، وثانيهما علمه أيضاً بما تحتويه هذه الوثائق من بنود أو شروط .

وقد ثار خلاف حاد في الفقه الفرنسي حول شرط التحكيم الوارد في إحدى الوثائق التي أحال إليها الأطراف، من حيث إمكانية تطبيق هذا الشرط في التحكيم على المنازعات التي تنشأ فيما بينهم، وذلك لكون المادة ١٤٤٣ مرافعات فرنسي لم تبين ما إذا كانت الإحالة مكتوبة أم يكفي قبول الأطراف لها، وذلك على غرار نظام التحكيم الذي يستلزم أن يكون مكتوباً، ومع ذلك فقد ذهب جانب فقهي للقول بأنه يتعين أن تكون الإحالة ذاتها مكتوبة، وأن تكون إحالة صريحة لشرط التحكيم الوارد في الوثيقة المحال إليها، وذلك بالقياس على شرط التحكيم فلا يكفي مجرد قبولها^(٤).

**(1) La Clause compromissoire doit, a peine de nullite, etr stipuleepar
ecrit dans la convention principale oudans un documer auquel
celle-ci se refere .**

**Sous la meme sanction, la clause compromissoire doit, designer. L
ou les arbitres, soit prevoir les modalites de leur designation .**

(٢) راجع في ذلك: د. ناجي عبد المؤمن - مجلة التحكيم العربي - الدورة العامة لإعداد المحكم - سنة ٢٠٠٥.

(٣) حيث يقول النص:

**La clause compromissoire doit, á peined de Nullité être stipulée par
écrite dons la convention principal ou dans un document auquel celle -
se réfère.**

(٤) راجع في عرض وجهة النظر هذه: د. ناجي عبد المؤمن.

J. Rubelin-Devich. Juris. Cl. Pro CIV. Fase. 1020 n° 7.

في حين ذهب رأي آخر للقول بأنه يكفي قبول الأطراف للإحالة أيا كان الشكل الذي تم القبول به، واستندوا إلى نص المادة ١٤٤٣ مرافعات الذي لم يُستلزم إلا أن يكون شرط التحكيم مكتوباً. وأن تكون هناك إحالة إلى الوثائق التي تتضمنه وهو أمر لا يتطلبه النص^(١).

وقد أيد ذلك الاتجاه حكم محكمة النقض الفرنسية^(٢) كذلك الحكم الصادر في ١٠/٢/١٩٦٩، والذي أيد فيه قاضي الموضوع أن "مطالبة أحد الأطراف بتنفيذ اتفاق يحيل إلى اتفاق سابق يتضمن شرط تحكيم، يعني قبول هذا الطرف لهذا الاتفاق المحال إليه بما يشمل من اتفاق على التحكيم"^(٣)، وأيضاً فقد فعلت محكمة استئناف روان بفرنسا شرط التحكيم بالإحالة في نزاع طرح أمامها بين شركتين يحملان اسماً واحداً، وهما شركة لوريكو بيروت، ولوريكو فرانس وكانتا قد ارتبطتا مع شركة داتا لجراني على توريد بعض البضائع إليها عن طريق البحر، ولم تدفع شركة إيتا ما عليها من التزامات، فأقامت شركة لوريكو دعوى ضدها أمام محكمة تحكيم منظمة الجافتا لمطالبتها بالتعويض عما لحقها من خسائر في البضاعة، على أساس أن نصوص العقد قد نصت على أن توريد البضاعة، يجب أن يكون بضمن السوق وقت التسليم، ولكن شركة إيتا لجراني اعادت، وسحبت هذا الطلب من منظمة الجافتا للتحكيم وقدمته أمام إحدى المحاكم الفرنسية وأمام المحكمة دفعت شركة لوريكو بأن هناك شرط تحكيم مبلغ إلى شركة إيتا لجراني، وأنها علمت به ولم تعترض عليه، وأعطت التعليمات إلى مصرفها بأن يدفع بناء عليه عند ورود المستندات إليه، مما يعد قبولاً لشرط التحكيم بالإحالة، كما أن سند الشحن المقدم لصرف ثمن البضاعة كان يحتوى على شرط تحكيم، لذا فقد ألزمت محكمة استئناف روان في حكمها الصادر في ١٤/١٠/١٩٩٧ شركة إيتا لجراني بالخضوع للتحكيم^(٤).

(١) نقلاً عن د. ناجي عبد المؤمن

B – Oppelit La elause arbitre par référence, arb 1990. P. 566.

Fouchard. L'arbitre commercial et le législateur, in actuels du droit commercial Français L. G. D 1984, P. 68.

(2) Cass. Civ. S Juin 1997, Rev. Aro 1998, P 537 Et 538 المشار إليه سابقاً

(3) Cass, Civ. B. Feve, 1969, Bull, Civ, n. 47 P. 48.

(٤) انظر في عرض ذلك: الحكم د. عاطف شهاب - المرجع السابق و Rev. ARBI 1998,

P. 569, 571. وحكم محكمة روان في ١٤/١٠/١٩٩٧ - منشور في مجلة التحكيم -

الدورة العامة لإعداد المحكم - ص ٢٠٥.

فى حين ذهب رأى آخر على أنه متى تم الأخذ بالإحالة، فإن ذلك يستتبع أن تكون الوثيقة المحال إليها جزءاً لا يتجزأ من العقد، ولا يستطيع أحد الأطراف أن ينكر شرط التحكيم بالإحالة الوارد فى الوثيقة المحال إليها إذ يفترض أن المتعاملين فى التجارة الدولية على علم، أو من المفروض حتماً أن يعلموا بمثل هذه الشروط فى الوثائق التى يحيلون إليها^(١) .

أى يكتفى بمجرد قبول الأطراف بالإحالة ، حتى ولو كان هذا القبول ضمناً ، وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية ذلك فى حكمها الصادر بتاريخ ١٠ / ٢ / ١٩٦٩ لقاضى الموضوع فيما ذهب إليه من أن " مطالبة أحد الأطراف بتنفيذ اتفاق آخر سابق يتضمن شرط تحكيم يعنى قبول هذا الطرف لهذا الاتفاق المحال إليه بما يشمله من اتفاق على التحكيم " ^(٢) .

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة استئناف باريس فى قضية Bomar Oil بصحة شرط التحكيم بالإحالة، رغم زعم الشركة المحتكم ضدها بجهلها لهذا الشرط على أساس أن المدعى عليه وهو متعامل فى التجارة الدولية لا يستطيع أن يدعى جهله بالشروط المعتادة فى الاتفاقات المبرمة فى مثل هذا النوع من النشاط^(٣) .

وقد قررت محكمة النقض الفرنسية بدوائرها المجتمعة، بصحة شرط التحكيم بالإحالة والمكتوب فى وثيقة تتضمن مثل الشروط العامة أو العقود النموذجية^(٤) .

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على ضرورة أن يكون شرط الإحالة واضحاً وصريحاً، وضرورة توافر العلم بالشروط المدونة فى عقد المشاركة ، واتجه القضاء الفرنسى للتخلى عن نظرية سلسلة العقود بالرغم من الخسائر الاقتصادية الكبيرة التى يمكن أن تنشأ من هذا التخلي، واتجه نحو القبول بمد أثر العقد التحكيمى إلى شركة من نفس عائلة الشركة موقعة اتفاق التحكيم^(٥) . وهو ما أخذت

(1) Ren'e David . op.Cit. P 278 No 225 .

(٢) أنظر فى عرض ذلك: د. ناجى عبد المؤمن - المرجع السابق - ص ٩ .

(3) Cour d'app.de paris.20 Janvier 1987 Rev.arb 1987.P.482.note Catherine kessedjian. JDI.1987.P934.note E loquin.

(4) Cour de cass .3 Nov.1993,Rev.arb.1994.P.108.note C. Kessedjian .

(١) راجع فى عرض ذلك: شرط التحكيم بالإحالة د. محمد عبد الفتاح ترك - ط ١ - دار الجامعة الجديدة - ص ٣٠٠ .

به محكمة استئناف باريس وأيدتها محكمة النقض الفرنسية في دعوى، تتلخص وقائعها في قيام شركة SIER بشراء شحنة مواد غذائية وأبرمت عقد مشاركة مع شركة شمال افريقيا الملاحية في ١٩ / ٧ / ١٩٨٤ لنقل الشحنة من ميناء Roun إلى ميناء Reunion باستخدام السفينة Propontis ، إلا أن السفينة الأخيرة لم تكن جاهزة مما دعى شركة شمال افريقيا للتعاقد مع شركة من الباطن وهي شركة شيشكون، لاستئجار سفينة أخرى وهي (Aegis) لنقل الشحنة محل العقد، ثم بعد ذلك تم إصدار سندات الشحن المؤرخة ١٧ / ٨ / ١٩٨٤، وبها إحالة للعقد الأول المنعقد في ١٩ / ٧ / ١٩٨٤ وفي ٤ / ١٢ / ١٩٨٤ أفادت شركة شمال افريقيا بأن السفينة قد استبدلت بغيرها وتعرضت الشحنة أثناء تفريغها لتلف بسبب مياه البحر، مما دعا شركة SIER بمطالبة كل من شركة شمال افريقيا وشركة شيشكون (طرفا المشاركة الثانية) بالتعويض عن الأضرار وصدر حكم بالتعويض فعلاً في ١٥ / ٤ / ١٩٨٨ واستأنفته شركة شيشكون، ودفعت بعدم اختصاص المحكمة التجارية لوجود شرط تحكيم، وقد رفضت محكمة الاستئناف هذا الدفع المؤسسى على وجود شرط تحكيم، وقبلت طلب شركة شيشكون الذى تأسس على أساس أن عقد المشاركة الثانى أو التأجير من الباطن قد تم بين شركة شمال افريقيا وبينها وأن شركة SIER لا يمكنها مباشرة دعوى مجهزة إلا بإحلالها محل شركة شمال افريقيا، ومن ثم فلا توجد علاقة عقدية بين شركة SIER وشركة شيشكون، وقد أوضح الحكم أن سند الشحن الذى وقعه ريان السفينة (Aegis) قد أحال فى مصطلحات عامة دون وجود نسخ أو ملحق للشروط العامة لعقد المشاركة المبرم بين SIER وشركة شمال افريقيا والذى لم تكن شيشكون طرفاً فيه ، وقد أكدت المحكمة أنها لم تبين حكمها إلا على الشروط التى تمت ، مع الأخذ فى الاعتبار التعديلات التى تمت عن طرف واحد بمعرفة مجهز السفينة^(١).

(2) *Psichikon compania Naviera panamac/ société SIER et autres .*

ومشار إليه فى مرجع د. محمد عبد الفتاح ترك - هامش ١ - المرجع السابق - ص ٣٠٠.

الفرع الثاني

التحكيم بالإحالة في قانون التحكيم المصري^(١)

استقرت أحكام محكمة النقض المصرية قبل صدور قانون التحكيم الحالي على أن الإحالة سواء كانت عامة أو خاصة، من شأنها أن تجعل شرط التحكيم الموجود في عقد المشاركة من فن مستلزمات بوليصة الشحن ويصبح شرط التحكيم ملزماً لكامل سند الشحن أو للمرسل إليه باعتباره طرف ذات شأن في سند الشحن يتساوى في مركزه مع مركز الشاحن^(٢) ، كما قضت بأن الإحالة الواردة في سند الشحن إلى شروط مشاركة إيجار السفينة، إنما تكون فيما لم ترد بشأنه نص خاص بسند الشحن كشرط التحكيم^(٣) .

أما قانون التحكيم الحالي، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة العاشرة من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ٩٤ على أنه "ويعتبر اتفاقاً على التحكيم، كل إحالة ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم، وإذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد".

استلزمت المادة السابقة أن يكون شرط الكتابة متحققاً، لو تم النص في العقد الأصلي على الإحالة إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم، كأن تتم الإحالة إلى عقد نموذجي، كالعقود النموذجية للبناء والتشييد (الفيديك) والذي يضعها الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، وكذا الإحالة إلى نماذج عقود النقل البحري أو الجوي، وعقود التأمين، بيد أنه عند الإحالة يلزم أن يكون شرط التحكيم الذي تتضمنه هذه الوثيقة جزءاً من العقد الأصلي، وذلك لأن الإحالة العامة إلى عقد ما قد يتضح منها عدم علم الأطراف بوجود شرط تحكيم وارد فيها يقتضي مع ذلك إمكانية القول بوجود اتفاق وتراض مكتوب على شرط التحكيم، ويشترط في الإحالة العامة ضرورة التحقق أولاً من مسألة علم الطرف الآخر بشرط التحكيم، إلا إذا كانت الإحالة

(١) راجع في عرض ذلك د. ناجي عبد المؤمن - المرجع السابق ص ٩ .

(٢) الطعن رقم ٦٠ لسنة ٣٠ ق جلسة ٢٥ / ٢ / ١٩٦٥ س ١٦ ص ٤٤٢٠ والطعن ٣٦٥

لسنة ٣١ ق جلسة ١٧ / ٦ / ١٩٦٥ س ١٦ ص ٤٧٨٧ .

(٣) الطعن رقم ٤٠٦ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٧ / ٦ / ١٩٦٥ س ١٦ ص ٧٧٨ .

تشير إلى عقد نموذجي ذات شهرة واسعة في مجال التجارة الدولية، والتعامل الدولي، كالعقود الخاصة بنماذج التأمين التي تصدر من اللويدز^(١).

والمرجع المصري بوضعه لهذا النص يكون قد اعترف بوجود اتفاق على التحكيم، سواء تم ذلك باتفاق الأطراف بكتابته في العقد المبرم بينهما أو أن يقوموا بإرجاع هذا الاتفاق عن طريق إحالة إلى نموذج معلوم يرد به شرط اتفاق تحكيم.

ويرى البعض أن قضاء محكمة النقض المصرية بشأن التحكيم بالإحالة، يتوافق مع ما تنص عليه المادة ١٠ / ٣ من قانون التحكيم المصري الحالي، وبذلك يكون نص المادة ١٠ / ٣ قد وفق في جعل الإشارة في عقدها إلى مستند يشمل على شرط التحكيم، ويكون بمثابة اتفاق تحكيم دون أن يترك هذه العملية للإجتهد أو لانقسام آراء الفقه بشأنها، كما أن المشرع قد اشترط في حالة الإحالة لكي يكون شرط التحكيم مندمجاً، أن تكون هناك إحالة واضحة وصريحة لشرط التحكيم، وأن يكون شرط التحكيم جزءاً لا يتجزأ من العقد المبرم، وفي هذه الحالة فقط نستطيع التأكد من أن نية الأطراف قد اتجهت بالفعل لمد نطاق الشرط ليشمل المنازعات التي قد تنشأ في ظل العقد الجديد .

وعلى ذلك يمكن القول بتقرير اتفاق التحكيم، سواء كان شرط التحكيم وارد في نموذج محال إليه أو في عقد قائم تربطه صلة جدية بالعقد الجديد ، المهم هو التأكد من أن إرادة الأطراف قد اتجهت بالفعل إلى مد نطاق شرط التحكيم ليشمل العلاقة التي تُنشأ بمناسبة النزاع، ويتحقق ذلك بكون الوثيقة التعاقدية تحتوى على إشارة مباشرة وواضحة وصريحة لشرط التحكيم تفيد أنه كان محل اعتبار الأطراف وقت التعاقد، بل وعلى اعتبار أن الشرط جزء من العقد .

(١) راجع في عرض ذلك د. عاطف شهاب - المرجع السابق - ص ٢٤٢.

الفرع الثالث

مدى جواز التحكيم بالإحالة داخل نطاق المجموعة العقدية

لقد سبق وأن بينا^(١) أن المجموعة العقدية هي مجموعة التصرفات القانونية التي تنصب على مال واحد، بقصد تحقيق هدف مشترك، فمع أن كل تصرف من التصرفات المكونة للمجموعة العقدية وإن كان ينشأ مستقلاً عن الآخر، إلا أن عدم تنفيذ أحد هذه التصرفات يؤثر بالضرورة على التصرفات الأخرى، والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو: هل يجوز التحكيم بالإحالة في إطار هذه المجموعة العقدية؟ بمعنى آخر هل في حالة ما لو تضمن العقد الأصلي بنداً يشير ويحيل إلى عقد نموذجي وارد به شرط تحكيم ولم ينص في أحد العقود المكونة للمجموعة العقدية على اللجوء للتحكيم، فهل يستفيد الطرف المضرور في العلاقة التعاقدية من شرط التحكيم بالإحالة الوارد في العقد الأصلي، أم أنه يلجأ إلى المحاكم الوطنية؟ أم يمكن القول بوجود اتفاق تحكيم في شأن العلاقة الناشئة عن العقد المرتبط بالعقد الأصلي؟ مثال ذلك في مجال عقود النقل البحري، فغالباً ما تتضمن عقود النقل الخاصة بالبضائع شروطاً يسرى بمقتضاها سريان كافة شروط عقد استئجار السفينة على محل الالتزام. ويكون هذا العقد الأخير متضمناً شرط تحكيم، فإذا ما نشأت منازعة عن عقد النقل الخاص بالبضائع، فهل يخضع للتحكيم الوارد في عقد استئجار السفينة، بالرغم من أن أطراف التعاقد يختلفون في العقدين، لكنهم يجمعهم ارتباط واحد، فهل يمكن القول بوجود اتفاق بشأن المنازعات الناجمة عن عقد النقل نتيجة لذلك الارتباط ؟

صراحة قبل الإجابة على ذلك، يتعين القول بأنه يجب التأكد من أن إرادة أطراف العقد قد اتجهت بالفعل إلى مد نطاق شرط التحكيم، ليشمل العلاقة التي ينشأ بمناسبة النزاع على نحو يمكن معه تحقيق هذه الإرادة، ويكون ذلك إما بكون الوثيقة تحتوي على إشارة مباشرة لشرط التحكيم، تفيد أنه كان محل اعتبار الأطراف عند التعاقد، ويشير إلى ضرورة الحذر عند تطبيق فكرة الارتباط للتأكد من وجود صلة جدية في خصوص التحكيم بين العقد القائم المحال إليه والعقد المحال عليه، والعقد الجديد المتضمن الإحالة، حيث إن الأمر لم يكن دائماً بالوضوح كما هو الحال في الصلة بين عقد استئجار السفينة وعقد الشحن البحري، أو في الحالات

المماثلة كالصلة بين عقد المقاولة الأصلي وعقود المقاولة من الباطن، لأنه قد يختلف العقدان في طبيعتهما على نحو يجعل من الصعب تصور إمكانية مد شرط التحكيم ليضمهما معاً في كيان واحد^(١).

لذلك كان من الضروري توخي الحذر عند إعمال فكرة الارتباط أو الدمج للتأكد من وجود صلة جدية في خصوص التحكيم بين العقد القائم المحال إليه والعقد الجديد المتضمن الإحالة، والتأكد من البحث عن وجود صلة جدية في خصوص التحكيم بين عقد استئجار السفينة وعقد النقل البحري أو بين عقد المقاولة الأصلي وعقود المقاولين من الباطن، لأنه قد يختلف العقدان في بيعتهما على نحو يجعل من الصعب تصور إمكانية مد شرط التحكيم ليضمهما معاً في كيان واحد .

وقد تعرض القضاء الإنجليزي لتلك المسألة، وحسم من خلال نزاع عرض أمام محاكمه الخلاف الذي أثير حول تفسير المقصود بالإحالة ومضمونها، وقرر بأن الإحالة إلى الشروط الواردة في عقد آخر لا تكون ذات أثر قانوني ما لم يتضمن على وجه الخصوص ذكر شرط التحكيم، ذلك للتأكد من أن نية أو إرادة الأطراف قد اتجهت بالفعل إلى مد نطاقه ليشمل المنازعات التي تنشأ في ظل العقد الجديد^(٢). وعلى هذا الأساس يكون القضاء الإنجليزي قد تبنى نفس الاتجاه الذي سار عليه بعض القضاء الأجنبي، وقد أيده القضاء الأمريكي في حكم له^(٣)، وذهب البعض إلى أن الإحالة في المجال البحري الواردة في عقد النقل البحري إلى شروط عقد استئجار السفينة تؤدي إلى اعتبار شرط التحكيم في العقد الأخير ذا اعتبار كأنه ضمن عقد النقل، وقد رُفِضَ اعتراض الشركة الناقلة المؤسس على كونها لم تكن طرفاً في العقد المتضمن لشرط التحكيم واستندت المحكمة الأمريكية في رفضها لهذا الاعتراض إلى أن الإحالة الواردة في عقد النقل إلى شروط عقد استئجار السفينة، وذلك باعتبار أن الإحالة كاملة وشاملة لكافة المنازعات حتى ولو لم يكن سببها العقد المحال إليه، وإنما نشأت بمناسبته^(٤).

(١) راجع في ذلك: د. سامية راشد - التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة - المرجع سابق.

(٢) راجع في عرض هذا الحكم: د. عاطف شهاب: ود. سامية راشد: مرجع سابق - ص ٢٦٦ هامش ١.

(٣) انظر في عرض هذا الحكم: د. سامية راشد - مرجع سابق - ص ٢٦٧.

(٤) نقلاً عن: د. عاطف شهاب - المرجع سابق - ص ٢٥٢ .

وقد استقرت محكمة النقض المصرية على أن "اعتبار الإحالة الواردة في سند الشحن إلى شروط التحكيم الواردة في مشاركة إيجار السفينة تقتضي أن يعتبر شرط التحكيم وكأنه ضمن شروط الشحن، وذلك لأن قانون التجارة البحري يجعل من المرسل إليه طرفاً ذا شأن في سند الشحن باعتباره صاحب المصلحة في عملية الشحن يتكافأ مركزه ، حيثما يطالب بتنفيذ عقد النقل ومركز الشاحن، وأنه يرتبط بسند الشحن، كما يرتبط به الشاحن، ومنذ ارتباط الأخير به"^(١). كذلك قضت بأنه "لما كان الثابت بالدعوى أن عملية النقل قد تمت بموجب مشاركة إيجار بالرحلة اشتملت على شروط الاتفاق، وجرى تنفيذاً لها سند شحن تضمن بصفة عامة الإحالة إلى ما تتضمنه المشاركة ومن بينها شرط التحكيم وكان الشاحن هو مستأجر السفينة، فإن توقيعه على المشاركة، بما اشتملت عليه من شرط التحكيم، يلزم الطاعن واعتباره مرسلاً إليه وطرفاً ذا شأن في النقل يتكافأ مركزه ومركز الشاحن مستأجر السفينة، حينما يطالب بتنفيذ العقد الذي تثبته المشاركة، ومن ثم فلا يعتبر الشاحن نائباً عن الطاعن في عقد المشاركة أو في سند الشحن، يتطلب الأمر وكالة خاصة، ولا يؤثر على هذه النتيجة عدم توقيع الشاحن على سند الشحن الذي يعد في هذه الحالة مجرد إيصال باستلام البضاعة وشحنها على هذه السفينة، الأمر الذي لا يكون معه إعمال شرط التحكيم وفق هذا النظر مخالفاً للقانون أو يشوبه الخطأ في تطبيق القانون"^(٢).

أما في مجال مجموع العقود التي تشكل مجموعة تصرفات على مال واحد بقصد تحقيق هدف مشترك، كأن يقوم الأطراف بإبرام العديد من العقود المتتالية أو المرتبطة بالعلاقة التعاقدية المعتادة بينهم، والتي تتعلق بذات المحل أو المال، كالعقد من الباطن الذي يبرمه المفاوض الأصلي مع آخر بهدف تنفيذ جزء من العقد، فإذا لم يتضمن أحد هذه العقود شرط تحكيم - بينما تضمنت العقود السابقة عليه شرط التحكيم كالعقد الأصلي مثلاً ولكن العقد من الباطن لا يتضمن مثل هذا الشرط - فهل تخضع المنازعات الناشئة عن هذا العقد من الباطن أو أحد العقود المكونة للمجموعة العقدية والذي لم يتضمن شرط لجوء إلى التحكيم - للشرط الموجود في العقد الأصلي الذي يقضي باللجوء إلى التحكيم.

(٢) راجع في ذلك حكم محكمة النقض المصرية جلسة ١٩٦٥/٥/٢٥، الطعن ٦٠ لسنة ٣٠ ق

- ٤٠٦ لسنة ٣٠ ق ٦٧/٢/٧ الطعن ١٣٥ لسنة ٣٣ ق.

(٣) راجع في ذلك نقض مدني - الطعن رقم ٤٥٣ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٨١/٢/٩.

ذهب جانب فقهي، وأيده القضاء الفرنسي، إلى امتداد شرط التحكيم إلى العقد المرتبط بالعقد الأصلي، طالما أن طبيعة المعاملات السابقة على محل العقد الأصلي كانت من الأهمية بمكان، بحيث يمكن أن يستخلص منها القبول الضمني للتحكيم بالنسبة لهذا العقد الأخير، وبالتالي يخضع النزاع الناشئ عن هذا العقد الأخير للتحكيم، بناء على الاستفادة من شرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي^(١).

فالعبرة هنا بالتأكد من أن إرادة الأطراف قد اتجهت بالفعل إلى مد نطاق شرط التحكيم ليشمل العلاقة التي ينشأ بمناسبة النزاع، على نحو يمكن معه وصفها بالكمال، ويتحقق ذلك عندما تحتوى الوثيقة التعاقدية على إشارة مباشرة لشرط التحكيم يفيد أنه كان محل اعتبار الأطراف وقت التعاقد، ويريد البعض ويشترط^(٢) ضرورة وجود صلة ارتباط حقيقية بخصوص العقد القائم المحال إليه والعقد الجديد المتضمن الإحالة .

(1) *Cour d' appel de paris, 18 Mars, 1983, Rev. Arp. 1983, P. 491 note.*

(٢) راجع في ذلك: د. سامية راشد - المرجع سابق - ص ٢٦٣.

المبحث الثانى

التحكيم متعدد الأطراف وأثره على تشكيل المحكمة التحكيمية

تمهيد وتقسيم :

يفهم من لفظ تحكيم متعدد الأطراف أنه يعنى إحتواءه على أكثر من طرفين أو يحتوى على ثلاثة أطراف على الأقل، ولقد ظهر التحكيم الدولى متعدد الأطراف نتيجة اتساع وتشعب المعاملات التجارية الدولية، بحيث أصبح من الضرورى مشاركة أكثر من طرفين فى تنفيذ العملية التجارية الدولية الواحدة وذلك قد انعكس بدوره بالتأكيد على اتفاق التحكيم، حيث تعدد هذا الأخير بتعدد العقود المساهمة فى تنفيذ العملية التجارية الواحدة .

ولاشك أن توقف اتفاق التحكيم الدولى متعدد الأطراف عند مرحلة إجراءات التحكيم يشكل تهديداً قوياً لمدى قدرة هذا الاتفاق كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية ^(١)

وعلى ذلك سوف نقسم دراستنا فى هذا المبحث على تعريف المقصود بالتحكيم متعدد الأطراف فى المطلب الأول، ثم مدى آثار اتفاق التحكيم على تشكيل المحكمة التحكيمية فى المطلب الثانى، ثم وجهة نظر الفقه بشأن التحكيم متعدد الأطراف فى المطلب الثالث .

(١) د . راجع فى هذا المعنى: د. أحمد مخلوف-المرجع سابق - ص ٢٥٤ .

المطلب الأول

مفهوم اتفاق التحكيم الدولي متعدد الأطراف

تعريف اتفاق التحكيم الدولي متعدد الأطراف :

يعرف التحكيم متعدد الأطراف بأنه ذلك التحكيم الذى يحتوى على أكثر من طرفين، ويكون ذلك بسبب إما تعدد أطرافه فى عقد واحد كالعقد بنظام الـ BOT باعتبار أنه توجد عدة عقود متعددة ومرتبطة بأطراف مختلفة ويرتبطون بنزاع واحد، فغالبية العقود الدولية غالباً ما يعتمد ويفضل أطرافها إلى إدراج شرط التحكيم على أن يكون هو صاحب سلطة الفصل فى المنازعات التى تنشأ عن هذه العقود الخاصة بالكونزتيوم، فمن البديهي أن ينشأ أو ينجم عن تنفيذ هذه العقود نزاع بين أكثر من طرف داخل المشروع المشترك أو الكونزتيوم، فكان من الأهمية أن يتم التصدى إلى هذه النزاعات بإجراءات واحدة، وذلك توفيراً للوقت والجهد وهو ما يعرف بالتحكيم متعدد الأطراف .

ويعرفه البعض " بأنه ذلك الاتفاق الذى يلتزم بمقتضاه طرفان على التنسيق فيما بينهما واستخدام إمكانياتهما الفنية والمالية بغرض الدخول فى مناقصة أو مفاوضة مع رب العمل وتنفيذ عقد المقاوله على نحو التضامن قبل رب العمل ، ويكون كل طرف فى علاقته الداخلية بالطرف الآخر مسئولاً وحده عن تنفيذ جزء من الأعمال، ولا يعد اتفاق الكونزتيوم نواة لخلق شخصية معنوية أو حتى لتكوين اقتصادى مستقل عن أعضائه " (١)

كما يعرفه البعض بأنه " ذلك الاتفاق الذى يشمل أكثر من طرفين، تنشأ فيما بينهم جميعاً مصالح متعارضة(٢) " وقد يأتى تعدد الأطراف فى اتفاق التحكيم الدولى، أما لحظة إبرام الاتفاق أو فى مرحلة لاحقة عليه، فقد يتعدد اتفاق التحكيم عندما يرد شرط التحكيم فى عقد يضم ثلاثة أطراف أو أكثر مثل عقود الإنشاءات F.I.D.C، وقد يتعدد الاتفاق فى مرحلة لاحقة لإبرام الاتفاق كما فى حالة انتقال اتفاق التحكيم أو تدخل الغير فى مرحلة الإجراءات التحكيمية .

(١) راجع فى عرض ذلك: د. هانى صلاح سرى الدين، اتفاقات الكونزتيوم وغيرها من اتفاقيات التعاون فى صناعة الإنشاءات الدولية - بند ٧ - ص ٩.

(٢) راجع فى ذلك الدعوى التحكيمية رقم ١٠٩ لسنة ١٩٩٨- غير منشور جلسة ١١/٣/١٩٩٩ ، مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم .

ويُتجه البعض^(١) للقول بأنه لا يكفي القول بوجود تحكيم متعدد الأطراف لمجرد أنه يوجد تعدد مادی لأطراف النزاع، وإنه لابد أن يكون هناك تعارضاً في المصالح، حتى يعتد به كما في المشاكل التي تنتج عن التحكيم في المجموعة العقدية للمقاولات مثلاً، فنجد التعارض بين مصالح أطراف هذه المجموعة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن ورب العمل، كما اشترط هذا الرأي أن يكون التعارض في المصالح حقيقياً وليس وهمياً، ويكون لمحكمة التحكيم السلطة التقديرية في تبين التعارض الحقيقي بكل حالة على حدة .

ويواجه هذا النوع من التحكيم العديد من الصعوبات والتعارض في المصالح كما بينا، إذ إنه بتعدد الأطراف المتدخلين إلى جانب المدعى وتعدد الأطراف المتدخلة إلى جانب المدعى عليه كثيراً ما ينجم عنه الكثير من المشاكل القانونية مثل مشكلة تشكيل هيئة التحكيم وتعدد التحكيمات وتنظيم الإجراءات التحكيمية، وكذلك صعوبة وضع المعيار الذي سيتم على أساسه اختيار كل طرف محكمه الخاص، وسوف نعرض هذه المشاكل بالتفصيل مدعمة بأحكام تحكيمية فيما بعد .

(١) راجع في ذلك الدعوى التحكيمية رقم ١٠٩ لسنة ١٩٩٨-غير منشور جلسة ١١/٣/١٩٩٩، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم .

المطلب الثانى

أثر التحكيم متعدد الأطراف على تشكيل المحكمة التحكيمية

يمكن رد الصعوبات التى تنشأ عن المنازعات متعددة الأطراف والخاصة باتفاقات الكونسرتيوم إلى سببين رئيسيين أولهما أن يرد شرط التحكيم فى الكونسرتيوم فى صياغة عامة كما فى العقود ثنائية الأطراف ، وثانيهما غياب التنظيم التشريعى لهذه المسألة .

قد يأتى بند التحكيم محدداً لثلاثة أو خمسة محكمين بما فيهم المحكم الرئيسي أو المرجح، فى حين أن يصل عدد الأطراف المتنازعة إلى ثلاثة أو خمسة فأكثر ويتمسك كل طرف بحقه فى تعيين محكمه الخاص به، ومن هنا تنشأ الصعوبة حين نكون بشأن حالة عدم تناسب بين عدد المحكمين المحددين بشرط التحكيم وعدد أطراف النزاع، فتنشأ الصعوبة، وهناك دعاوى شهيرة كانت محل خلاف واجتهاد كبير من قبل قضاء الدولة وقضاء التحكيم وتعرض لها بإيجاز .

ففى قضية تحكيم ADGAS والذي تتمثل إجراءات تلك القضية فى أن شركة أبو ظبي للغاز، أقامت تحكيمياً ضد المقاول الرئيسي وهى شركة مقاولات أمريكية فى عقد من عقود الأشغال العامة بأبى ظبي، بناء على أن التتكات المنشأة لحفظ الغاز كانت معيبة، إلا أن المقاول الأمريكى أنكر ادعاء شركة أبى ظبي مشيراً إلى أنه إذا كان هناك خطأ فى هذا الشأن، فإنه ينسب للمقاول من الباطن الياباني الجنسية، حيث انه هو الذي قام بتوريد هذه التتكات وتركيبهم، وقد أقامت شركة أبى ظبي صاحبة مصنع الغاز تحكيمياً فى لندن أمام محكم منفرد وضد المقاول من الباطن الياباني الجنسية محل العقد من الباطن بينها وبينه، وكان مكان التحكيم لندن .

وقد رفض رب العمل إدخال المقاول من الباطن إلى التحكيم المشترك، وكذلك رفض المقاول من الباطن الياباني الجنسية نفس الفكرة، وعرض الأمر على محكمة الاستئناف بلندن، وقد قضت محكمة استئناف لندن بأنه إذا كان هناك ثلاثة أطراف فى النزاع أمام المحكمة الإنجليزية، فلا بد أن يكون الأطراف الثلاثة أمام القضاء فى نفس المنازعة ونفس الإجراءات، ولكن إذا كانت المنازعة ستحسم عن طريق

التحكيم، فإنه لا يمكن ضم التحكيم في نزاع واحد لنظرهما معاً دون رضا الأطراف الذي يعتبر أهم عناصر التحكيم، ومن جهة أخرى فإن المقاول الأمريكي تقدم بطلب إلى المحكمة لتعيين محكم فرد ليقوم بحسم النزاع بحكم واحد، وعليه انتهت المحكمة إلى أنه من الأفضل أن يتم تسوية وحسم النزاع بتحكيم واحد بضم المنازعين لإصدار حكم واحد لتجنب تعارض الأحكام التي لا بد أنه سيحدث في حالة عرض الأمر على جهتين تحكيميتين.

وهناك مثال آخر انتهت فيه محكمة النقض إلى تأكيد مبدأ المساواة بين الخصوم في اختيار المحكمين، طبقاً لاتفاق التحكيم الذي يعد كل خصم طرفاً فيه، ففي قضية تحكيم Ducto^(١) والذي تتلخص وقائعه في أن إحدى الشركات الوطنية في دولة الإمارات العربية المتحدة وتسمى Dutco وقد تعاقدت مع شركة B. K. M. I وشركة Siemens الألمانية على إنشاء تحكيم بأن يتم تسوية أي نزاع ينشأ عن تنفيذ هذا العقد عن طريق ثلاثة محكمين، ويتم تعيينهم طبقاً للائحة غرفة التجارة الدولية بباريس C. C وبعد فترة من الزمن ادعت الشركة الوطنية إخلال إحدى الشركتين الألمانية بالتزاماتها التعاقدية وطالبتها بالتعويض، وللحصول على ذلك فقد تقدمت الشركة بطلب إلى غرفة التجارة الدولية يحتوي في نفس الوقت على طلبين مستقلين، أحدهما ضد الشركة الأولى والآخر ضد الشركة الثانية وقامت بتعيين محكمها وطالبت غرفة التجارة الدولية بدعوى الشركتين المدعى عليهما للاتفاق على تعيين محكم ورفضت الشركتان هذا المطلب وطالبتا بتحكيم مستقل بكل شركة، فقامت غرفة التجارة بإعذارهما بضرورة تعيين محكم واحد، كما نصت على ذلك في شرط التحكيم وإلا قامت هي بتعيين المحكم بدلاً منها، فقامت الشركتين بتعيين المحكم مع التحفظ بالمنازعة في صحة الإجراءات فيما بعد - وعندئذ عينت غرفة التجارة المحكم الثالث، وطعنَت الشركتان الألمانيَتان في هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف لمخالفته نص المادة (١٥٠٢/٢)، ٥ من قانون المرافعات الفرنسي، والتي تجيز الطعن في أحكام التحكيم لعدم صحة تشكيل هيئة

(١) راجع في عرض ذلك: الحكم د. هاني صلاح سرى الدين - مرجع سابق - بند ٨١ - ص ٨١.

التحكيم أو إذا كان القرار يتعلق بالنظام العام الدولي^(١) نظرًا لقيام غرفة التجارة بضم الطلبين المتقدمين وحرمانهما من حقهما الطبيعي في تعيين محكم عن كل شركة مما يخل بمبدأ المساواة بين الخصوم، وهو مبدأ متصل بالنظام، ومن ثم رفضت محكمة استئناف باريس ذلك الطعن وأيدت الحكم ونصت في حكمها على إنه يتضح من نصوص شرط التحكيم أن الخصوم قد ارتضوا أن تضم أكثر من خصم في رابطة واحدة وأن يختاروا باتفاقهم محكمًا واحدًا ليمثلهم في الخصومة باعتبارهم طرفًا واحدًا، على أن يقوم الطرف الآخر باختيار محكمة، فإذا ما قامت غرفة التجارة بضم الطلبين وإلزام الشركتين الطاعنتين باختيار محكم واحد، فإنه لم تفعل سوى ما اتفق عليه الخصوم في شرط التحكيم ولا يعد ذلك مخالفة لمبدأ المساواة بين الخصوم^(٢). ثم طعنت الشركتان على هذا الحكم الصادر من محكمة الاستئناف أمام محكمة النقض الفرنسية والتي ألغت الأخيرة حكم محكمة الاستئناف وقضت بضرورة المساواة بين الخصوم في اختيار المحكمين، واعتبار ذلك من المبادئ التي تتعلق بالنظام العام ولا يجوز التنازل عنها^(٣).

واستندت في حكمها لمخالفتين أولهما: أن تشكيل المحكمة التحكيمية لم يكن شرعيًا حسب م ١٥٠٢ من قانون الإجراءات المدنية الجديد، وثانيهما: عدم احترام النظام العام في العقود، معتبرة أن مبدأ المساواة بين الأطراف في تسمية المحكمين هو من النظام الإجرائي، ولا يمكن التنازل عنه إلا بعد نشوء النزاع وكان لهذا الحكم رد فعل صريح على أنظمة مراكز التحكيم المختلفة، والتي عالجت هذه المشكلة، وقررت بأن يسمي كل طرف محكمًا، بحيث يصبح عدد المحكمين الذين يسميهم الأطراف ثلاثة ويعين مركز التحكيم محكمًا، فيصبح عدد المحكمين أربعة وتحترم قاعدة المساواة بين أطراف العقد في تسمية المحكمين^(٤).

(1) *Si Le Tribunal arbitral a ete irregulierement compose ou Larbitre, uni queirreguliire ment d'esigne . " Si la reconnaissance ou l'execution sont contrair a larder public international .*

(٢) حكم محكمة استئناف باريس ١٥/٥/١٩٨٩.

(3) *Cour de Cass.7 Juin 1992,P.712.note Jarasson .*

(٤) راجع في توضيح ذلك: د. حسام الدين فتحي - المرجع السابق. ص ٥٩ .

ومن ناحية أخرى، فإن أهم مثال في هذا المجال والذي أقرت فيه محكمة التحكيم بامتداد أثر التحكيم إلى غير الأطراف الذين وقعوا على العقد ففي قضية تحكيم Sofidif ضد الحكومة الإيرانية قد ظهر فيه الاختلاف والتنوع في شروط التحكيم الواردة في طلب العقود التي تساهم في تحقيق ذات العملية العقدية، ففي ١٩٧٤/١/٢٧ وقعت الحكومة الإيرانية مع الحكومة الفرنسية اتفاق تعاون بغرض الاستخدام السلمي للطاقة الذرية، ومن أجل نطاق تطبيق هذا الاتفاق تم إبرام بروتوكول في ٧٤/١٢/٢٣، وفي إطار هذه الآلية القانونية، تم إبرام العديد من العقود بين الشركات التي أنشئت لتحقيق الهدف المنشود، وفي ٧٥/٢/٢٣ تم إبرام اتفاق بين هيئة الطاقة النووية (المنظمة الإيرانية للطاقة الذرية O.E.A.I بغرض إنشاء الشركة الفرنسية الإيرانية من أجل تخليق اليورانيوم والمعروفة باسم Sofidif وهي شركة فرنسية تملك هيئة الطاقة النووية بنسبة ٦٠% من رأسمالها وتملك الهيئة الإيرانية للطاقة الذرية بـ ٤٠%، ولقد تم النص في العقد المبرم في ١٩٧٥/٢/٢٣، الموقع بين هيئة الطاقة النووية والمنظمة الإيرانية للطاقة الذرية على شرط التحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، والذي لم يحدد فيه لا مقر التحكيم ولا القانون الواجب التطبيق على المنازعة بينما نص في العقد المبرم في ٧٥/١/١٣ بين Sofidif و Eurodif، والذي تم إبرامه بين الشركة الأولى بصفتها مساهمة بنسبة ٢٥% من رأسمال Eurodif وهي شركة فرنسية تم إنشاؤها عام ٧٣ من قبل هيئة الطاقة النووية على شرط تحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس، وتخضع للقانون الفرنسي، والذي يعقد جلساته في جنيف، وفي ٧٥/١١/٣٠ تم إبرام بروتوكول Fidif و O.E.A.I و E.A.I، وتضمن هذا البروتوكول شرط تحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس يخضع لأحكام القانون الفرنسي ويصدر حكم التحكيم في باريس ونظراً للتغيرات السياسية والاقتصادية في إيران، فقد قامت الأخيرة بإلغاء اتفاق التعاون المبرم بينها وبين فرنسا بغرض الاستخدام السلمي للطاقة النووية، واتخذت الشركات الفرنسية الشروع في إجراءات التحكيم للمطالبة بالتعويض عن إنهاء العقد بالإرادة المنفردة.

وقد احتجت الشركات الإيرانية على ضم هيئة التحكيم للإجراءات، وطالبت الهيئة بضرورة تعيين محكم مختلف ليفصل في المنازعة بكل عقد على حدة،

وطعنّت الشركات بأنه يوجد ارتباط وصلة وثيقة بين مختلف العقود وأنها متكاملة فيما بعضها، وعلى هذا الأساس يصح أن يعهد بالفصل في النزاع أمام محكمة تحكيم واحدة، وقد وافقت على ذلك هيئة التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية بباريس ومحكمة التحكيم التي باشرت نظر الدعوى، ثم بعد ذلك قامت الشركات الإيرانية بالتحفظ بشأن حقوقهم في تعيين محكم بعينه، وقامت الشركة المدينة بتعيين حكم آخر وعينت مركز رئيس المحكمين، وبعد ذلك أصدرت محكمة التحكيم حكمها بالفصل أولاً في مسألة الاختصاص إذ أقرت باختصاصها بالفصل في النزاع الناشئ عن العقود المذكورة، على الرغم من أن كل هذه العقود المختلفة تتضمن شرط تحكيم مستقل ومختلف، وقد استندت المحكمة في حكمها على أن الاتفاق المبرم في ٧٥/٢/٢٣ والبروتوكول الموقع في ٧٥/١/١٣ هما اللذان يكرسان الالتزامات الأساسية للأطراف المتعاقدة، إلا أن هذا الحكم لم يلق قبولاً لدى الطرف الإيراني، فطعن عليه أمام محكمة استئناف باريس على أساس أن هيئة التحكيم لم تكن مختصة بنظر كافة العقود^(١)، والتي قامت هذه الأخيرة بإلغائه بحكمها الصادر في ٨٦/٢/١٩ مؤسسة حكمها على تجاوز محكمة التحكيم لمهمتها الواردة في وثيقة المهمة، نظراً لفصلها في موضوع الدعوى بعدم اختصاصها، وقد أسست حكمها أن الطلب المقدم أمام المحكم يظهر عدم وجود رابطة عقدية أو عقد متعدد الأطراف، وبالتالي يجب أن يفصل التحكيم في مسألة الاختصاص بالنسبة لكل عقد على حدة، ومن ناحية أخرى أن القواعد التي تسمح بامتداد آثار الاتفاق المتنازع عليه - أي اتفاق التحكيم - بالنسبة للغير والاحتجاج به في مواجهته يختلف عن النظام في القضاء الوطني - كما أضافت محكمة استئناف باريس، أن محكمة التحكيم قد واجهت مجموعة من العقود تهدف إلى تحقيق ذات المشروع، وكان يجب عليها أن تحدد المسائل التي يمكنها مباشرة اختصاصها وتسعى إلى إيجاد حل مناسب من أجل تحاشي تفتيت المنازعة وتعدد الإجراءات.

وقد بينت هذه المحكمة أن إرادة الطرفين هي العامل الوحيد الذي يجب الرجوع إليه والذي يجب أن يتعين على محكمة التحكيم أن تفصل في مسألة اختصاصها

(1) Courd'app.de Paris, Lre. Ch. Suppl. 19 dec . 1986 . Rev.arb.1987, P.359 .

بالمنازعة المعروضة في حالة اتصال هذه المنازعة بالعديد من العقود المرتبطة بتنفيذ عملية واحدة، والذي يتضمن كل منها شرط تحكيم يختلف في صياغته عن شروط التحكيم الأخرى الواردة في جانب من هذه العقود، فإن هذه الإرادة قد اعترفت لها محكمة استئناف versailles في حكمها الصادر في ١٩٩٠/٣/٧^(١) في قضية O.I.A.E.T.I و Sofidif ضد كل من Cogema serv Eurodif و C.E.A، وذلك بعد أن أحالت إليها محكمة النقض الفرنسية الفصل في المنازعة بين الأطراف المذكورة بعد إلغائها لحكم محكمة استئناف باريس المشار إليه^(٢)، بسبب تفسير هذا الحكم للشروط الواردة في وثيقة المهمة تفسيرا خاطئا، فلقد ذهبت هذه المحكمة لملاحظة أن قضاء التحكيم يستمد ولايته من اتفاق الأطراف على منحه الاختصاص بالفصل في المنازعة المتفق بشأنها على التحكيم، وأنه يتعين على محكمة التحكيم أن تفصل في مسألة اختصاصها بالرجوع إلى هذا الاتفاق، سواء تعلق الأمر بتحديد ولايتها من حيث الأشخاص الخاضعين لها أو تعلق الأمر بالفصل في تحديد موضوع ونطاق المنازعة المعروضة عليها، ولذا في حالة عدم وجود إرادة مشتركة للأطراف المتعاقدة سواء كانت هذه الإرادة صريحة أو ضمنية، في حين أن الأطراف ترتبط بشروط التحكيم الواردة في الاتفاق والبروتوكول، وفي حالة وجود شرط في أحد العقود يتعارض مع ذلك الوارد في البروتوكول ويعبر عن إرادة مغايرة للأطراف، فإن محكمة التحكيم لا يمكن أن تفصل المنازعة في ظل إجراءات تحكيم واحدة بالنظر إلى الطبيعة الاتفاقية لقضاء التحكيم، ولتعدد العقود واختلاف أطراف كل عقد منها والاختلاف في شروط التحكيم، ونظرا لغياب أي تحديد أو بيان من بين هذه الشروط يسمح باستخلاص إرادة مشتركة تفيد إمكانية وجود إجراءات تحكيم واحدة، وذلك بالرغم من وحدة الهدف التي تسعى إليه جميع العقود المعنية إلى تحقيقه، فإنه يتعين على المحكم الإشارة إلى كل عقد من أجل الفصل في مسألة اختصاصهم بشأن كل مسألة متنازع عليها وقد أكدت

(1) Sofidif, I.I.A.E.T.I Versailles, 7 mars 1990, Rév arb 1991. P. 336 et s, note Eric Laquin.

(2) Cour d'app. De Cass 6 Mars 1988-Rev . arb. 1982, P. 481 . Note.Ch . Jarrosson .

محكمة استئناف Verailles أن محكمة التحكيم بذلك تكون قد خالفت نص المادة ١٥٠٢ من قانون المرافعات الفرنسي والتي تقضى ببطلان حكم التحكيم إذا تم الفصل في النزاع بدون اتفاق تحكيم^(١) إلى الإشارة إلى أنه إذا كانت الأطراف المدعى عليها قد أشارت إلى الاتجاه القضائي الذي يقرر أن المحكمين بإسنادهما إلى الإرادة المشتركة لجميع الأطراف المعنية يمكنهم من التمسك باختصاصهم في مواجهة الأطراف غير الموقعة على شرط التحكيم أو بصدد طلب على ارتباط وثيق بالمنازعة، وعلى الرغم من عدم شمول شرط التحكيم له لا محل لقبوله في واقع الحال، إذ إن الأمر لا يتعلق بالنص على محكمة التحكيم بأنها قامت بتطبيق الشروط الواردة في البروتوكول والاتفاق على المدعين، ولكن ينصرف النص عليها فإن قامت بدمج شرطي التحكيم وتقرير اختصاصها على الأقل جزئياً بنظر طلبات، لا تدخل في نطاق هذه الشروط، وناجمة عن عقد آخر يتضمن شرط تحكيم مغاير تعبر عن عدم وجود إرادة مشتركة للأطراف المعنية^(٢).

المطلب الثالث

وجهة نظر الفقه بشأن التحكيم متعدد الأطراف

نتيجة للمشاكل القانونية التي تنجم عن اتفاق التحكيم متعدد الأطراف، فقد اجتهد بعض الفقه، لإيجاد بعض الحلول القانونية التي تعترض طريق اتفاق

(1) Cour d'app. de Versailles (Chambres r'eunies) Jmars 1990. Rev. arb. 1991, P . 326. note . Loguin .

(٢) انظر في عرض ذلك الحكم: د. حفيظة الحداد - المرجع سابق ص ١٨٩.

التحكيم متعدد الأطراف خلال الإجراءات التحكيمية، وذلك حتى يتم إنجاز المهمة الموكلة إليه .

لذلك فقد ذهب جانب من الفقه للقول بأنه يجب أن يترك مسألة تشكيل هيئة التحكيم عند تعدد أطراف الاتفاق عليه إلى محكمة التحكيم وحدها⁽¹⁾ فيجب أن يترك لهيئة التحكيم هذه المهمة أو تعيين اثنين من الثلاثة أو أربعة من خمسة وتترك لهما حرية اختيار المحكم الثالث.

وبالفعل قد تبنت قواعد غرفة التجارة الدولية بباريس الصادرة في يناير عام ١٩٩٨ هذا الإقتراح، إذ نصت المادة العاشرة منها والتي تعالج المنازعات المتعددة الأطراف لتفادى النتائج المترتبة على حكم Dutco سالف الذكر على أنه " ١- في حالة تعدد المدعين أو المدعى عليهم، وكان النزاع يخضع لثلاثة محكمين، فإن المدعين بالاشتراك فيما بينهم والمدعى عليهم بالاشتراك فيما بينهم، يعين كل منهم محكماً عنه يتم التصديق عليه وفقاً لأحكام المادة التاسعة. ٢- وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على تعيين محكم مشترك أو على أسلوب تشكيل هيئة التحكيم، فإن محكمة الغرفة تستطيع تعيين أعضاء هيئة التحكيم وتختار من بينهم الرئيس، وفي هذه الحالة فإن المحكمة تتمتع بحرية كاملة في اختيار كل شخص تراه مؤهلاً وقادراً على أن يقضي في النزاع بصفته محكماً، مع مراعاة تطبيق القواعد الواردة في المادة التاسعة".

في حين اتجه جانب آخر من الفقه إلى القول بضرورة أن يتمسك كل طرف من أطراف النزاع بحقه في تعيين محكمه الخاص، لأن قوام التحكيم هو الإدارة كنتيجة منطقية للأسس التي يقوم عليها التحكيم التجاري الدولي وهي حرية كل طرف في تعيين قاضيه أو محكمه الخاص والذي يستمد سلطة الفصل في الدعوى من ارادة الاطراف وحدهم⁽²⁾. ٣- لذلك ينادى أنصار هذا الرأي أن يقوم أطراف النزاع بتفويض أو توكيل شخص من الغير كي يتولى عنهم مهمة اختيار هيئة التحكيم التي يعهد إليها سلطة الفصل في النزاع لأن ذلك يعد تعبيراً عن إرادتهم حيث إن المفوض من لهم أو النائب عنهم ما هو إلا معبراً عن إرادتهم، كما أضافوا بأنه في حالة حجز المفوض من الغير. في اختيار هيئة التحكيم، فلا مفر من اللجوء إلى قضاء الدولة لتشكيل هيئة التحكيم، وهو ما أخذ به القانون الهولندي في

(1) Ch . Jarosson,sa, note precitee.,P.736 . No 38.

(2) E. Robine " l'evolutionde l'ovbirage commercial international ces derid eres anneess " 1990-1995 " RD. A 1 1996, P – 151.

المادة ١٢٠٨، حيث أعطى لرئيس المحكمة الابتدائية سلطة تشكيل هيئة التحكيم إذا طلب أحد أطراف النزاع ذلك في حالة التحكيم متعدد الأطراف .

في حين يرى البعض^(١) أنه يجب لتلافي مشكلة تعدد التحكيميات في حالة التحكيم متعدد الأطراف أن يكون ذلك بأحد طريقتين، أولهما: إذا كان الاتفاق التحكيمي يضم ثلاثة أطراف كما الحال في دعوى Dutco ، ومن ثم يتم تعيين محكم واحد فقط للفصل في النزاع يكون محل إختيار جميع الأطراف، أما لو لم يتوصل الأطراف إلى إختيار محكم فيقوم كل طرف هنا بتعيين محكمه، ويتم إختيار رئيس هيئة التحكيم من بين المحكمين الأكبر سناً .

ونحن لا نتفق مع هذه الوجهة لأن الأخذ بهذا الحل قد ينشئ نوعاً من التمييز أو مركزاً متميزاً للطرف الذى يعمل لمصلحة المحكم الرئيسى وقد يودى إلى نوع من المجاملة على حساب الآخرين .

تذهب غالبية الفقه إلى أنه في حالة تعدد التحكيميات في عدة دعاوى يجمع بينهما ارتباط لا يقبل التجزئة، فيجب أن تتضمن هذه التحكيميات لبعض، وتنتظر فيها هيئة تحكيم واحدة تفصل في النزاع الناشئ عن هذه العقود بأكمله، ولا يرى هذا الرأى صعوبة في عملية الضم إذا كانت شروط التحكيم في هذه العقود متماثلة إذ يفترض ضمناً موافقة الأطراف على هذا الضم^(٢) كما أن ذلك قد يمنع صدور أحكام تحكيم تتعارض مع بعضها ويوفر الوقت والجهد .

في حين يرى البعض الآخر بعد إمكانية الضم إذا وجدت الشروط التحكيمية تختلف من عقد إلى آخر مستندين على ما صدر من أحكام من القضاء الفرنسى الذى قرر هذا الضم لتخلف الإرادة الصريحة أو الضمنية للأطراف مما يتعين معه رفض الضم^(٣) ويتم كل تحكيم منفصلاً عن الآخر .

(١) راجع فى هذا المعنى: د. أحمد مخلوف - المرجع السابق - ص ٢٧٧ .

(٢) راجع ص ٢٩٨ من البحث .

(٣) راجع ص ٢٩٤ من البحث .

ونحن نساير ونؤيد غالبية الفقه بشأن مسألة ضم التحكيمات في حالة التعدد والفصل فيها من قبل هيئة تحكيم واحدة تفصل في النزاع بأكمله وهو ما جرى العمل به في قضية Sofi Dif وتستند محكمة التحكيم عندما تأمر بضم التحكيمات من اتفاق التحكيم نفسه، حيث يرخص لها هذا الأخير مكنة هذا الضم في حالة التعدد .

الفصل الثالث

أساس وضوابط التحكيم فى إطار المجموعة العقدية

عرض وتقسيم :

سوف نبين فى هذا الفصل الأسس والضوابط التى ترتكن عليها دعوى التحكيم فى إطار المجموعة العقدية، وذلك فى مبحثين، نبين فى المبحث الأول منه رأى الفقه والقضاء بشأن ضوابط التحكيم، ثم نبين فى المبحث الثانى الأساس القانونى الذى ترتكن عليه دعوى التحكيم، وذلك على النحو التالى :

المبحث الأول : موقف الفقه والقضاء بشأن ضوابط التحكيم .

المبحث الثانى : أساس التحكيم فى إطار المجموعة العقدية .

المبحث الأول

موقف الفقه والقضاء الحديث بشأن ضوابط التحكيم

سبق القول بإمكانية اختلاف مضمون أحد العلاقات التعاقدية التى تشكل المجموعة العقدية واستقلالها عن العلاقات التعاقدية الأخرى، ويثور تساؤل هام هنا حول طبيعة التصرف الذى يجب وضعه فى الاعتبار عند الحكم فى دعوى التحكيم التى تفصل فى النزاع، فهل يعتد بالتصرف الذى ساهم أو شارك الطرف المسئول فى بنائه؟ أم بالتصرف القانونى الذى كان الشخص المضرور طرفاً مباشراً فيه أم يعتد بالتصرفين معاً، أم يمكن القول بأنه يجب الاعتداد بالتصرفات القانونية كوحدة واحدة والتي تشكل مجموعة عقدية واحدة؟

وقد أجابت ^(١) محكمة النقض الفرنسية عن هذا التساؤل بقولها: إن دعوى المسئولية العقدية المباشرة تكون مقيدة بمدى التزامات الطرف المسئول، ومدى حقوق الطرف المضرور، وبذلك الأساس تكون محكمة النقض الفرنسية قد تطلبت بشأن دعوى التحكيم التى يقيمها الطرف المضرور تجاه الطرف المسئول للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التى أصابته من جراء الإخلال بالالتزامات المفروضة بموجب العلاقة العقدية أن يؤخذ فى الاعتبار عند الفصل فى النزاع مضمون العلاقة التعاقدية التى شارك الطرف المسئول فى بنائها، وتلك العلاقة التعاقدية التى

(١) انظر فى عرض ذلك: د. فيصل زكى عبد الواحد: المرجع السابق - ص ١٦٩.

كان الطرف المتضرر طرفاً مباشراً فيها وسنبحث ذلك في هذا المبحث في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : مدى تطلب العلم وقبوله بشرط التحكيم.

المطلب الثاني : حدود والتزامات كل طرف.

المطلب الثالث : مدى حقوق كل طرف.

المطلب الأول

مدى تطلب العلم وقبوله بشرط التحكيم

تختلف مسألة العلم باتفاق التحكيم المدرج في عقد من عقود المجموعة العقدية الواحدة وامتداده للعقود الأخرى حسبما إذا كان اتفاق التحكيم مدرجاً كشرط من شروط العقد الأصلي أم كان اتفاقاً مستقلاً كالمشارطة، ولامشكلة في الحالة الأولى فيمتد شرط التحكيم وينتقل تبعاً لانتقال العقد الأصلي باعتباره من مستلزماته، فيكون شرط العلم متحققاً هنا تبعاً لتحقيق العلم بالعقد الأصلي.

أما إذا كان شرط التحكيم قد جاء في صورة مشارطة، فلا بد هنا من توافر العلم باتفاق التحكيم، حتى يمكن القول بامتداد شرط التحكيم، وتطبيقاً لذلك فقد رفضت محكمة النقض المصرية امتداد شرط التحكيم من عقد البيع إلى عقد النقل تأسيساً على أن الشركة الناقلة لم تكن طرفاً في عقد البيع، رغم أن الشركة الناقلة قد تمسكت بتطبيق شرط التحكيم في نزاعها مع الشركة المشتري^(١) فإذا انتقل العقد الأصلي فيكون للخلف أن يتمسك بعدم امتداده أو انتقال اتفاق التحكيم إليه رغم انتقال العقد الأصلي^(٢)، كما رفضت محكمة النقض المصرية في حكم لها أصدرته بتاريخ ٧ / فبراير / ١٩٦٧^(٣) بإلزام المرسل إليه بشرط عقدي لم يشر إليه في سند الشحن ، وبالطبع لعدم توافر العلم بالشروط العقدية والتي يُعتبر العلم بها شرطاً أساسياً للنفي والاحتجاج بهذه الشروط . وعلى ذلك فإذا أبرم عقد بين مقاول أصلي

(١) راجع حكم محكمة النقض المصرية الطعن ٥١٠ لسنة ٣٥ ق-جلسة ١٩٧١/١/٢ س ٥٢ ص ١٤٦ .

(٢) راجع في عرض ذلك: د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال، مرجع سابق - ص ٤٧٦ .

(٣) راجع في هذا الحكم: نقض مدنى مصرى ١٩٦٧/٢/٧ الطعن رقم ١٩٥ لسنة ٣٣ ق مجموعة أحكام النقض ص ٣٠٠ لسنة ١٨ .

ورب عمل ثم أبرم المفاوض الأصلي عقد مقابلة من الباطن. وقد تضمن عقد المقابلة الأصلي شرط تحكيم ولم يتضمن عقد المقابلة من الباطن مثل هذا الشرط فهل يمتد شرط التحكيم المدرج في العقد الأصلي وينتج أثره في حق المفاوض من الباطن إذا ما حدث نزاع بشأن تنفيذ العقد؟

لا شك أن هذا الشرط يكون ملزماً للمدين المسئول، بحيث يستطيع أن يتمسك به في مواجهته باعتباره من توابع الحق الذي انتقل إليه.

ففي حوالة الحق يمتد اتفاق التحكيم ويكون ملزماً للمدين إذا تم الاتفاق المسبق عليه بين الدائن المحيل والمدين، ويستطيع المحال له دائماً أن يتمسك بهذا الشرط في مواجهة المدين باعتباره من توابع الحق الذي انتقل إلى المحال له، كما أن هذا الشرط يكون ملزماً للمحال له في مواجهة المدين كلما كان عالمياً أو يستطيع العلم به وقت إبرام الحوالة، كما لو تعلق الأمر بشرط تحكيم مدرج في سند الحق.

ومن ناحية أخرى فقد استلزم البعض^(١) لامتداد نقل شرط التحكيم أن يتحقق القبول أو الرضا في نقل اتفاق التحكيم، حتى يمكن الاحتجاج به فبهذا الرضا يصح اعتباره طرفاً في اتفاق التحكيم في حالة نشوب نزاع واشترط هذا الرأي أن يكون الرضا ثابتاً، وقد اثبتت مسألة الرضا بشأن نقل اتفاق التحكيم في إطار المجموعة العقدية في إحدى القضايا التي طرحت على القضاء الفرنسي^(٢) ويتعلق موضوعها بكميات من الجازولين كانت محلاً لبيع متعاقبة وقد اكتشف الحائز الأخير للجازولين أنه غير صالح للاستعمال، ومن ثم فقام بمقاضاة الأخير له أي المتعاقد معه مباشرة وكذلك البائعين المتوسطين، وعلى البائع الأصلي إلا أن أحد العقود التي أبرمت بين أحد البائعين وحائزه الوسيط كان قد تضمن شرط تحكيم، فقد تمسك به البائع الوسيط وطلب إخراج المنازعة من نطاق اختصاص المحاكم العادية، وقد قررت محكمة الاستئناف أنه، لا يجوز التمسك بشرط التحكيم الوارد في عقده لكونه غير نافذ في مواجهة باقي أطراف المجموعة العقدية، إلا أن محكمة النقض

(١) راجع في عرض هذا الفقه: د. حسام الدين فتحي ناصف - المرجع السابق - ص ١٦
(٢) راجع في عرض هذا الحكم: د. حسام الدين فتحي ناصف - المرجع السابق - ص ١٥ وحكم محكمة النقض الفرنسية ١١/٦/١٩٩٠.

الفرنسية اعتبرت أن القضية لم تكن تتعلق بما اكتفت به محكمة الاستئناف والتي كان يتعين عليها مراعاة أن الشرط التحكيمي المتنازع فيه لم يكن له حجية على المدعى عليه الأصلي لانتفاء النقل الاتفاقي لهذا الشرط.

كذلك ذهب رأي آخر نرجحه إلى أن فكرة المجموعة العقدية من طبيعتها أن تخول للطرف في أحد عقودها حق الرجوع المباشر على أطراف المجموعة العقدية استناداً إلى فكرة المجموع العقدي ذاتها، دون حاجة إلى نص خاص^(١). وعلى ذلك إذا أبرم عقد أصلي لشراء عدد من السيارات بين منتج وموزع وقد تضمن هذا العقد شرط تحكيم، ثم قام الموزع وأبرم عقد بيع لإحدى السيارات إلى شخص آخر كمستهلك، ولم يتضمن هذا العقد مثل هذا الشرط ولم يحل إلى العقد الأصلي، وحدث أن كشف المستهلك أن هناك عيباً في الصناعة فرجع على المنتج مباشرة، بالرغم من عدم وجود عقد بينهم لمطالبته بالضمان وتعويضه عن الأضرار التي أصابته نتيجة إخلاله بالتزاماته الناشئة عن العقد الأصلي، فهل يجوز للمستهلك الرجوع على المنتج للسيارة ببند التحكيم الوارد في العقد الأصلي باعتباره طرفاً في المجموع العقدي بالرغم من إنه لم يكن طرفاً في العقد الأول الأصلي الذي يربط المنتج بالموزع؟ وبالرغم من أن العقد الذي ساهم هو فيه (العقد المبرم بينه وبين الموزع) لم يتضمن أي إشارة أو إحالة لبند التحكيم الوارد في العقد الأصلي ولا يوجد مثيله؟؟

قبل الإجابة عن هذا التساؤل لابد أن نشير إلى أنه - وبالرغم من استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي الوارد فيه الأمر الذي بحسب الأصل لا ينتج أثره إلا فيما بين طرفيه، وقد عالجت فكرة المجموعة العقدية هذا الأمر واعتبرت أن الطرف في أحد عقود المجموعة العقدية الذي لا يتضمن العقد الذي ساهم فيه شرط تحكيم - يعد بمثابة طرف في عقودها الأخرى المتضمن لمثل هذا الشرط^(٢).

(١) راجع في ذلك: د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال - المرجع السابق - ص ٤٩٠ هامش ١.

(٢) راجع في توضيح ذلك: د. مصطفى الجمال، عكاشة عبد العال - المرجع السابق - ص ٤٩٠.

وقد أيد ذلك قضاء التحكيم الدولي وقضى بامتداد شرط التحكيم الوارد وفي عقد مبرم مع أحد أفراد المجموع العقدي، وذلك على أساس الرابطة العقدية أو المصلحة الاقتصادية المشتركة التي تجمع بين أطرافها^(١).

فقد قررت أحكام التحكيم واكتفت بوجود الرابطة العقدية أو المصلحة المشتركة والاقتصادية، حتى يمكن مد شرط التحكيم من عقد إلى آخر داخل المجموعة العقدية، كما قررت محكمة استئناف باريس في العديد من أحكامها هذا المبدأ مؤكدة على إمكانية مد شرط التحكيم من عقد مبرم إلى بقية عقود المجموعة، بالرغم من عدم توضيح باقي الأطراف عليه مؤكدة بأنه "شرط التحكيم عقد دولي يتمتع بصحة وفعالية خاصة يقتضي مد تطبيقه إلى الأطراف المعنية بتنفيذ العقد في المنازعات التي تنشأ عنه متى تبين أن مركزهم التعاقدى ونشاطهم يفترض قبولهم بشرط التحكيم الذي يعلمون بوجوده وبمداه"^(٢).

وذهب رأي في الفقه^(٣) ونؤيده بأنه وقياساً على دعوى الضمان المقررة في القانون، والتي تسمح للمتملك النهائي للمال أو الشيء، أن يرفع الدعوى مباشرة على المنتج للشيء، وقد وجد الفقه تفسيراً مقنعاً لهذه الدعوى في فكرة المجموع العقدي، كما في حالة البيوع المتعاقبة فيستطيع الممتلك النهائي للمال أن يرجع على المنتج للشيء بالضمان، بالرغم من عدم ارتباطه معه بأي عقد^(٣) ويكون للمتملك النهائي للمال أو المضرور أن يتمسك باتفاق التحكيم المتعلق بالعقد الأول.

وقد استند الفقه في تأسيس وجهة نظرهم تلك على أن فكرة الأسرة العقدية دائماً تقوم على توحيد طبيعة ومسئولية المدين بغض النظر عما إذا كان الرجوع عليه قد تم من جانب المتعاقد معه مباشرة أو الطرف المضرور استناداً إلى الأصل الذي تقوم عليه هذه الفكرة وهي عدم مساءلة الطرف المسؤول، إلا في إطار ما انصرفت إليه إرادته ووفقاً لأحكام ومضمون العلاقة التي ساهم أو شارك في بنائها^(٤).

(١) راجع في ذلك حكم غرفة التجارة الدولية رقم ٢٣٧٥ لسنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام الغرفة، الحكم رقم ٤١٣١ لسنة ٨٢، ص ١٤٦ والحكم رقم ٥١٧٧ لسنة ١٩٨٦.

(٢) انظر في عرض ذلك الحكم د. مصطفى الجمال، د. عكاشة عبد العال المرجع السابق، ص ٤٩٨.

(٣) انظر في عرض هذا الرأي: د. فيصل زكي عبد الواحد . المرجع سابق ص ١٠٤

(٤) تيسيه - مجموعات العقود ١٩٧٥.

(٥) راجع في عرض ذلك: د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق - ص ١٧٤.

هذا وقد اشترطت محكمة النقض الفرنسية شرط العلم باتفاق التحكيم في العديد من أحكامها في مجال النقل، وذلك حتى يستطيع من ليس في العقد المتضمن شرط تحكيم، الاستفادة من هذا الشرط أن يكون على علم بالعقد الذي ورد فيه هذا الشرط، وبالشرط نفسه حتى يحتج به في مواجهته، كما سائرت ذلك محكمة النقض المصرية وقضت بأن "إن قانون التجارة البحرية يجعل من المرسل إليه طرفاً ذا شأن في سند الشحن - يتكافأ مركزه ومركز الشاحن وارتباطه بسند الشحن، كما يرتبط به الشاحن، ومنذ ارتباط به الإحالة في سند الشحن إلى شرط التحكيم الوارد في مشاركة الإيجار من مقتضاها باعتبارها شرط التحكيم من شروط سند الشحن فيلتزم به المرسل إليه لعلمه به من سند الشحن من المرسل إليه، واعتبار هذا الأخير في حكم الأصل، وعدم جواز رفع دعواه مباشرة أمام المحاكم قبل الالتجاء للتحكيم"^(١).

كما قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه " شرط التحكيم الثابت في سند الشحن لا يحتج به على المرسل إليه إلا إذا علم به وقت تسلم البضاعة أو على الأكثر عندما يدعن لعقد النقل " - كما قررت أنه لا يكفي أن يقبل الشاحن لشرط التحكيم الوارد في سند الشحن وإنما يلزم أن يقبل المرسل إليه نفسه هذا الشرط حتى ينفذ في حقه " ^(٢).

وكذلك قضت بـ "عدم الاعتداد بعقد البيع المحال من المشترك الآخر لكونه ليس طرفاً فيه، ولم تتم حوالته طبقاً للقانون، آثار هذا العقد فيما تضمنه بما في ذلك شرط التحكيم ... اقتصرها على طرفيه، لا تمتد إلى رجوع المحال له على المحيل بما دفعه، رفض الدفع بعدم اختصاص المحاكم بدعوى الرجوع وعدم سريان شرط التحكيم على هذه المنازعة صحيح في القانون"^(٣).

ومن ناحية أخرى فقد اشترط البعض^(٤) ضرورة أن يكون رضاء المتعاقد الآخر الأصلي ببند التحكيم متطلباً في الوقت الذي ينتقل فيه اتفاق التحكيم إلى شريكه الجديد، وهي الحالة التي يخضع فيها نقل اتفاق التحكيم إلى قبول متميز من المتعاقد الآخر الأصلي، أي بمعنى آخر: هل يجوز امتداد اتفاق التحكيم من عقد قائم على الاعتبار الشخصي للغير.

(١) راجع في ذلك الطعن ٣٦٥ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٥/٦/١٧، الطعن ٤٠٦ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٦/١٧.

(2) *Cass com. 20 J 1995, Rev. Arb. 1995, P. 622, not Goutal.*

(٣) راجع في ذلك الطعن ٢٨٩٨ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٦/١/١١ نقض مصري.

(٤) راجع في ذلك: د. حسام الدين فتحي ناصف - المرجع السابق - ص ١٠١.

ذهب جانب من الفقه^(١) للقول بأن اتفاق التحكيم شأنه شأن أي عقد من المحكمين أن ينعقد بمراعاة الاعتبار الشخصي كأن يتعاقد شخص مع آخر بناء على صفة في شخصه كأن يكون مهندساً أو مقاولاً أو يتمتع بصفة حسنة فالعقد القائم على الاعتبار الشخصي لا يكون بحسب الأصل قابلاً للانتقال للغير، ولا يمكن الاحتجاج بامتداد شرط التحكيم على المتعاقد الأصلي في حالة المتعاقد المتوفي الذي كانت شخصيته محل اعتبار التعاقد إلا إذا قبل المتعاقد الأصلي هذا الشريك الجديد، فإذا رفض المتعاقد الأصلي الشريك الجديد، فإن نقل اتفاق التحكيم لن تكون له أي فعالية إلا فيما بين المحيل والمحال إليه.

نستخلص من ذلك: أنه يلزم توافر العلم ببند التحكيم لأى من أطراف المجموعة العقدية وأن يعلم الطرف المطلوب منه الالتزام بأحكام محددة داخل هذه المجموعة بأن عقده يشكل جزءاً من مجموعة عقدية تضم عقوداً أخرى لآخرين وأن يكون على علم بحدود حق باقى الأطراف تجاهه إذا توافرت مصلحة لهذا الأخير فى الرجوع عى الفرد الأول ومطالبته بتنفيذه ، وعلى ذلك فيتوافر العلم ببند التحكيم فى المجموعة العقدية التى تضم الناقل والشاحن وحامل سند الشحن سواء أكان هو المرسل إليه بداية أم كان للإذن أم لحامله وينبثق العلم من سند الشحن ومن ثم يتولد هنا النفاذ أو السريان داخل هذه المجموعة، مع قيام التزام إيجابى يفرض احترام حق الغير داخل هذه المجموعة العقدية تبعاً لذلك .

(١) راجع في عرض ذلك: د. حسام الدين فتحي ناصف: المرجع السابق.

المطلب الثاني

حدود التزامات كل طرف

من المستقر عليه، أنه لا يمكن مساءلة الطرف المدين عن الأضرار التي تنقل كاهله أو التي تنتج عن الإخلال بأحد الالتزامات العقدية التي تنشب بخصوص بند التحكيم، إلا في إطار العلاقة التعاقدية التي يكون قد ساهم في تكوينها وطبقاً لأحكام ومضمون هذه العلاقة^(١).

ومفاد ذلك أن اللجوء إلى التحكيم ومساءلة الطرف المضرور في إطار المجموعة العقدية، لا يمكن مساءلته خارج نطاق العلاقة التعاقدية التي يكون قد شارك أو ساهم في تكوينها، ويحق للطرف المسؤول حق التمسك ببند في مواجهة الطرف المضرور بمضمون وأحكام هذه العلاقة، وعلى ذلك فإذا كان مضمون الالتزام الذي لم ينفذ ناشئاً عن علاقة تعاقدية ذات طبيعة تجارية مثلاً، كأن تكون نشأة النزاع بسبب عملية تجارية، فيستطيع الطرف المسؤول عن إحداث الضرر أن يتمسك في مواجهة الطرف المضرور بمضمون هذه العلاقة، وخاصة تلك التي تقضي بوجوب تطبيق مدد التقادم التي حددها القانون التجاري، أو تلك القواعد التي تقضي بالإعفاء أو التخفيف من المسؤولية^(٢)، وعلى ذلك إذا رفع رب العمل دعوى تحكيم ضد الشركة المنتجة لمواد البناء الذي قام المقاول الأصلي بشرائها كي يستخدمها في عملية البناء ويطلبه بالتعويض عما أصابه من أضرار بسبب عدم مطابقة هذه المواد للمواصفات العامة، فتستطيع هذه الشركة منتجة المواد - المدعى عليها والمسئولة عن إحداث الضرر أن تتمسك في مواجهة رب العمل بكافة ما كانت لها أن تتمسك به في مواجهة المقاول الذي تعاقدت معه - أي بمضمون العلاقة التعاقدية التي شاركت فيها وهو عقد بيع مواد البناء، ولها أيضاً أن تتمسك بالدفع الخاصة بمدة التقادم العشري الذي تخضع له العلاقات التجارية، كذلك الحال فالطرف المسؤول عن الضرر يستطيع التمسك بمضمون العلاقة التعاقدية التي شارك فيها وخاصة إذا كان التزامه هو تحقيق نتيجة، فإنه يقع على الطرف المسؤول مسؤولية إثبات ذلك، وعليه إن أراد التحلل من المسؤولية إن يثبت إن استحالة تنفيذه للالتزام كان لسبب أجنبي لا يد له فيه.

(١) انظر في عرض ذلك بالتفصيل: د. فيصل زكي عبد الواحد - مرجع سابق - ص ١٦٩.

(٢) انظر في ذلك د. فيصل زكي عبد الواحد: مرجع سابق - ص ١٦٩.

وقد أقرت بذلك محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في ١٩٩١/٣/٩، والتي قررت فيه بأن الشركة المدعى عليها يمكنها التمسك في مواجهة المقابل على وجه الخصوص بمدة التقادم العشري، والتي يخضع لها العلاقات التجارية^(١).

كما أنه ومن ناحية أخرى، إذا كانت العلاقة التعاقدية التي ساهم الطرف المسئول في بنائها تتضمن بنداً يقضي بالتخفف من المسئولية أو الإعفاء منها، فيستطيع الطرف المسئول التمسك بهذه البنود في مواجهة الطرف المسئول حتى يخفف من مسئوليته أو يعفي منها، وعلى ذلك إذا كان عقد الإيجار الأصلي يتضمن بنداً أو شرطاً يقضي بإعفاء المؤجر من القيام بأعمال الإصلاحات الضرورية في العقار، فيستطيع المؤجر التمسك بهذا البند في مواجهة المستأجر من الباطن، حتى يتخلص من مسئوليته، وعلى العكس فيستطيع المستأجر من الباطن التمسك في مواجهة المؤجر بقدر ما يشغل ذمة المستأجر الأصلي من أجرة^(٢).

ويرى أستاذنا الدكتور فيصل زكي عبد الواحد بأنه يمكن للطرف المسئول التمسك في مواجهة الطرف المضرور بكافة القيود القانونية التي له، كما هو الحال بالنسبة لمدى التزامات الخلف العام، حيث قرر المشرع بأن هذا الأخير لا يكون مسئولاً عن ديون سلفه إلا في حدود ما آل إليه من تركة طبقاً لنص المادة ١٤٥ من القانون المدني، وتطبيقاً لذلك، إذا توفى المدين الأصلي، ولم يترك شيئاً، فلا يسأل الخلف العام عن ديون سلفه في أمواله الخاصة إلا في حدود ما آل إليه من تركة، حيث إن شخصية الخلف ليست امتداد لشخصية السلف.

وطبقاً لمفهوم المجموعة العقدية، فإن الطرف المضرور يكون له حق الرجوع على الطرف المسئول عن إحداث الضرر، والذي لم يساهم معه في تكوين علاقة عقدية مباشرة، أما إذا كان الطرف المضرور قد اختار الرجوع على المتعاقد معه مباشرة، ففي هذه الحالة لا يستطيع الطرف المضرور سوى التمسك بأحكام العلاقة التعاقدية التي كان هو طرفاً مباشراً فيها^(٣). وعلى ذلك فإذا كان رب العمل (المؤجر) قد فضل الرجوع على المستأجر من الباطن، فإن هذا الأخير يستطيع التمسك في مواجهة المؤجر بكل الوسائل والدفع التي كان يمكنه أن يتمسك بها في

(١) انظر في عرض ذلك الحكم د. فيصل زكي عبد الواحد: المرجع السابق - ص ١٧٧.

(٢) راجع في ذلك د. محمد ليبب شنب: عقد الإيجار سنة ١٩٩٦، د. محمد على عمران: عقد الإيجار سنة ١٩٧٨ - ص ٢٧٠، د. منصور مصطفى منصور: عقد الإيجار سنة ١٩٧٠، ص ٢٠٧.

(٣) راجع في ذلك: د. هناء خيرى خليفة: المرجع السابق - ص ٢٢١.

مواجهة المستأجر الأصلي، غير أن المستأجر الأصلي لا يمكنه التمسك بتلك المكنة في مواجهته إلا بالبند الواردة في عقد الإيجار من الباطن.

وفي جميع الأحوال إذا كان الرجوع على الطرف المسئول، كان قد تم من قبل الطرف المضرور أو المتعاقد مع الطرف المسئول مباشرة، فإنه لا يسأل إلا وفقاً لأحكام العلاقة التعاقدية التي شارك في تكوينها⁽¹⁾، ومع ذلك قد يصيب الطرف المضرور بأضرار أخرى على وجه الخصوص إذا كانت العلاقة التعاقدية التي شارك أو ساهم الطرف المسئول في بنائها تتضمن بنداً يقضي بالإعفاء من المسؤولية، وكان هذا البند لا يوجد مثله في بنود العلاقة التعاقدية التي كان الطرف المضرور طرفاً مباشراً فيها فإن إعطاء مثل هذا الحق للطرف المسئول والمتمثل في استفادته من الأحكام الموجودة في العلاقة التي شارك في تكوينها، وكونه لا يسأل إلا ضمن الأحكام القانونية للعلاقة التي ساهم فيها، قد يعرض حق الطرف المضرور للضياع، وذلك حسبما إذا كان رجوع هذا الأخير على الطرف المسئول - في حالة عدم حصوله على تعويض منه - وكان هناك بند في العلاقة التعاقدية التي ساهم الطرف المضرور في تكوينها يقضي بالإعفاء من المسؤولية، ففي مثل هذا الفرض لا يستطيع الطرف المضرور الحصول على التعويض الجابر للضرر من الطرف المسئول مما يتنافى مع أحكام المجموعة العقدية التي تخول للطرف المضرور الرجوع على المتعاقد معه، أو على الطرف المسئول عن الضرر أو على الاثنين معاً بالتضام.

وعلى ذلك وطبقاً لأحكام النظام القانوني الذي تخضع له أطراف هذه المجموعة، سوف يؤدي ذلك القول لتلاشي إهدار حق الطرف المضرور من الحصول على تعويض، وستراعي مصلحة الطرف المسئول عن إحداث الضرر، وهو عدم إلزامه بأكثر مما انصرفت إليه إرادته، فلا يسأل إلا في إطار ما انصرفت إليه هذه الإرادة ووفقاً للأحكام القانونية التي شارك أو ساهم في تكوينها، علاوة على أن القول بأن الطرف المضرور ما دام قد اختار الرجوع على الطرف

(1) Jourdain (P): La responsabilite CIVI dans Les droupes de contrats 1990.

المسئول، فإنه لابد وأن يتوقع أن يتمسك هذا الأخير في مواجهته بكافة الدفوع التي يمكن التمسك بها في مواجهة المتعاقد معه مباشرة، وهو قول صائب نؤيده ذلك لأن الطرف المسئول بسبب مشاركته في العلاقة التعاقدية التي يعتبر طرفاً فيها والمرتبطة بعلاقة أخرى، فمن العدل والإنصاف ألا يلتزم إلا بحدود ما انصرفت إليه إرادته، أي يلتزم بكافة الحقوق والالتزامات المنبثقة عن هذه العلاقة التي شارك في تكوينها فلا يسأل خارج إطار تلك العلاقة، حيث إنه من غير المستساغ أو من غير العدل أن يسأل وفقاً للأحكام القانونية للعلاقة بين الطرف المضرور والمتعاقد معه مباشرة، والتي لم يشارك أو يسهم في بنائها.

ومثال ذلك الحال بالنسبة لدور المهندس الاستشاري في عقود الفيديك، فالمعهود أن المهندس ليس طرفاً في العقد الأصلي المبرم بين المكاول ورب العمل، ولكنه مسمى فيه ويعطيه هذا العقد مجموعة من الحقوق ويلقي على عاتقه مجموعة واجبات تتطلب خبرته في التصميم الفني والإدارة، وعلى ذلك فيتحمّل المهندس في مثل هذا النوع من العقود المسؤولية الناتجة عن الأخطاء المهنية أو تلك الناشئة عن إخلاله بواجب العناية اللازمة والناشئة عن الالتزامات المترتبة عن العقد، وذلك بقدر ما أسند إليه ذلك العقد من التزامات وحقوق، وعلى ذلك فقد حكمت محكمة كندية بمسؤولية المهندس الاستشاري وهو شخص مهني بواجب العناية تجاه الشخص الذي يجب أن ينفذ تعليماته وأن يتأكد من أن خطته صالحة للتطبيق، فإذا ما أخل المهندس بهذا الواجب فإنه يكون مسؤولاً، وقد تقررت مسؤولية المهندس عن جزء من التعويض عن التأخير المقدّر ضد شركة البناء لصالح رب العمل، إذ إن المهندس تسبب بخطئه في التصميم في اختيار المواد وأدى إلى تأخير تنفيذ المشروع تأخيراً كبيراً عن الوقت المحدد لإتمامه، وواضح من الحكم السابق أن المهندس قد انعقدت مسؤوليته عن جزء من التعويض استناداً للالتزام الذي يقع على عاتقه بموجب العقد والمتمثل في خطئه في اختيار المواد أو تقييمه لها^(١).

كذلك قررت محكمة أخرى في حكم لها بمسؤولية المهندس على أساس أنه ادعى أن له سلطة حسم الأمور نيابة عن رب العمل في حين أنه في الحقيقة ليس له مثل هذه السلطة التي يدعيها، فإنه يكون مسؤولاً تجاه المكاول عن الأضرار التي

(١) راجع في عرض ذلك الحكم: د. محمد بدران - العقود الإدارية - ص ١٠٤.

نتجت عن إخلاله بتعهدده بالأهلية أو بأن له سلطة في حين إنه ليس كذلك، ونظرًا لأن العقد يرتب التزامات على عاتق المهندس، فلا يوجد ما يمنع من حصول رب العمل على تعويض من المهندس عما لحقه من أضرار بسبب إخلال هذا الأخير بأحد شروط العقد أو لإهماله في الإشراف أو غير ذلك من الالتزامات المفروضة عليه^(١).

وعلى ذلك فإنه وطبقًا لأحكام المجموعة العقدية، فإن توحيد طبيعة النظام القانوني الذي تخضع له أطراف هذه المجموعة، بحيث يمتد نطاق تطبيق أحكام المسؤولية لتشمل جميع الأطراف المشاركين في العلاقة الأصلية والعلاقات التعاقدية التالية لها المرتبطة أو المتعاقبة مع هذه العلاقة الأصلية، والواردة جميعًا على نفس المال، فإذا ما قررنا حرية الطرف المضرور غير المباشر في الرجوع على الطرف المسئول أو المتعاقد معه مباشرة، فإنه في حالة رجوعه على الطرف المسئول فإن هذا الأخير يحق له التمسك في مواجهة المتعاقد معه مباشرة بكافة الدفوع الناشئة عن العقد الذي كان طرفًا فيه، أما لو أنكرنا ذلك على الطرف المسئول، فنكون بذلك قد أنكرنا روح العلاقات التعاقدية وأهدرنا مبدأ القوة الملزمة للعقود الذي أضحي ويات مستقرًا وجديرًا بالاحترام وعدم المساس به وأصل نطاق وأحكام المجموعة العقدية الواحدة^(٢).

(١) د. محمد بدران: العقود الإدارية، عقد الفيديوك - ص ١٠٤.

(2) Halbor V. Lens 1907 1 Ch. 344.

المطلب الثالث مدى حقوق كل طرف

لا يكون - كأصل عام - للمتعاقد في إطار المجموعة العقدية من حقوق سوى تلك الحقوق المنبثقة عن العقد الذي ساهم في تكوينه أو في العلاقة القانونية التي ساهم في إنشائها أو تنفيذها، وعلى ذلك إذا كان عقد المقولة الأصلي لا يتضمن بند اللجوء إلى التحكيم، فلا يستطيع رب العمل أن يتمسك ببند التحكيم الوارد في عقد المقولة من الباطن في مواجهة مقاول الباطن لعدم وجود ما يفيد اللجوء للتحكيم في العقد الأصلي الذي ساهم هو فيه.

ومن ناحية أخرى لا يقتصر حق الطرف المسئول على التمسك بطبيعة ومضمون العلاقة التعاقدية التي ساهم في بنائها، بل يجوز له أيضاً أن يتمسك بمدى ما يكون للطرف المضرور من حقوق من العلاقة التعاقدية التي ساهم في تكوينها والعلاقة التي كان الطرف المضرور طرفاً فيها، ويتمسك بمضمون وأحكام العلاقة التي تتواءم ومصالحته، فإذا كانت الأضرار التي يشكو منها المضرور ناتجة عن إخلال المتعاقد معه بالالتزام بضمان العيوب الخفية فيستطيع الطرف المسئول أن يتمسك في مواجهة الطرف المضرور بكل الدفوع والبنود الواردة في التصرف القانوني الذي ساهم فيه الطرف المضرور كالبند الذي يقضي باللجوء إلى التحكيم أو الذي يعفي من المسؤولية أو يخفف منها، إلا أن الطرف المضرور لا يستطيع أن يستفيد من هذه المكنة إلا إذا كان الرجوع عليه قد تم من قبل المتعاقد معه مباشرة، فلا يستطيع أن يستخدم هذه المكنة، بل تخضع العلاقة بينهما لمضمون العلاقة التعاقدية التي نشأت بينهما^(١).

ومن ناحية أخرى فيحق للطرف المسئول أن يتمسك في مواجهة الطرف المضرور بكافة البنود الواردة في التصرف القانوني الذي ساهم الأخير فيه (المضرور) كالبند الذي يقضي باللجوء للتحكيم.

ومن ناحية أخرى، فقد ذهب جانب من الفقه^(٢) إلى القول بأن الطرف المضرور من علاقة ما في نطاق المجموعة العقدية لا يستطيع مطالبة الطرف المسئول عن إحداث الضرر إلا بالتعويض فقط، فلا يجوز لهذا الطرف المضرور (المدين) أن يطالب بفسخ العلاقة التعاقدية أو أن يطلب التنفيذ العيني للالتزام، وذلك لكونه لم يساهم في التصرف أو العلاقة التعاقدية التي كان الطرف المسئول طرفاً فيها، كذلك يستند هذا الرأي في قصر حق الطرف المضرور عند رجوعه على الطرف المسئول بالتعويض فقط، إنما يرجع لاستحالة إعادة الحال لما كان عليه قبل التعاقد، وبالتالي لا يكون أمامه سوى المطالبة بالتعويض فقط.

(١) راجع د. فيصل زكي عبد الواحد، المرجع السابق ص ١٧٣.

(٢) د. فيصل زكي عبد الواحد، المرجع السابق ص ١٧٩.

في حين ذهب اتجاه آخر^(١) للقول بأنه: يجوز للطرف المضرور في نطاق المجموعة العقدية ممارسة كافة الحقوق والدعاوى الناتجة عن العلاقة التعاقدية التي ساهم فيها سواء فسخ أو تنفيذ عيني أو ممارسة دعوى الضمان الخفية الذي تنقص من ثمن المبيع ومنفعته فيكون للطرف المضرور أن يطالب بتعويض شامل عما لحقه من ضرر وأن يرد المبيع إذا كان الضرر جسيم، أما إذا كان الضرر غير حسبما فلا يكون للطرف المضرور سوى المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت^(٢).

ونحن نرى أنه ليس هناك ما يمنع من أن يباشر المضرور مع الطرف المتعاقد معه والمسئول عن الضرر في نطاق المجموعة العقدية كافة الدعاوى الناشئة عن تلك العلاقة التعاقدية التي شارك في تكوينها، فله أن يطالب بدعوى الفسخ أو التعويض أو يدفع بعدم التنفيذ، وذلك في حدود ما له من حقوق وما عليه من التزامات متولدة عن العلاقة التعاقدية التي شارك في بنائها.

أما بالنسبة لأحكام العلاقة بين الطرف المضرور والطرف المسئول عن إحداث الضرر فنظرًا لعدم مشاركة الطرف المسئول في تكوين الرابطة العقدية وإنما شارك في تنفيذها عن طريق مساهمته في أحد العقود المكونة للمجموعة العقدية، فإن الطرف المضرور في هذه الحالة لا يستطيع سوى مطالبته بالتعويض فقط عن الأضرار التي أصابته، وفقًا لقواعد المسؤولية العقدية، ولا يستطيع أن يطلب فسخ العقد أو أن يدفع بعدم التنفيذ، نظرًا لعدم وجود علاقة عقدية تربطهما بطريقة مباشرة.

وعلى ذلك فللطرف المضرور الحق في الرجوع على الطرف المسئول عن إحداث الضرر أو على المتعاقد معه أو له أن يرجع عليهما بالتضامم وفقًا لمضمون العلاقة التي شارك هو في تكوينها، وعلى ذلك إذا كانت العلاقة التي شارك في تكوينها تتضمن بندًا يقضي بالإعفاء من المسؤولية أو يخفف منها فإن الطرف المسئول يستطيع التمسك في مواجهته بمثل هذا البند. وعلى ذلك يظل المقاول الأصلي مسئولاً عن أعمال المقاول الباطن تجاه رب العمل^(٣).

كما يجوز للطرف المضرور التمسك بمضمون العلاقة القانونية التي شارك في فيها، خاصة التي تتضمن بندًا في التشديد من المسؤولية كما لو كان عقد الإيجار الأصلي قد تضمن بندًا يقضي بالإلزام المؤجر بالترميمات الضرورية للعين

(١) راجع في عرض هذا الاتجاه: د. فيصل زكي عبد الواحد، البحث السابق - ص ٢٣١.

(٢) راجع في ذلك د. السيد عيد نايل - عقد البيع سنة ١٩٨٧، ود. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، ص ١٩٨٦-ص ٩٠٠.

(٣) راجع في ذلك د. هناء خيرى محمد خليفة: المرجع سابق - ص ١٢٨.

المؤجرة، وكان عقد الإيجار من الباطن قد تضمن مثل هذا البند، ففي حالة إخلال المؤجر بهذا الالتزام فإن ذلك بدوره يؤثر على المستأجر من الباطن، مما يلحق به أضرار تفتح له باب التعويض وله أن يرجع على المؤجر مباشرة، ونظرًا لأن مسؤولية المؤجر لا تتعدّد إلا وفقًا لقواعد ومضمون المسؤولية العقدية، فيمكن للمستأجر من الباطن (المضروب) التمسك بما ورد في مضمون العلاقة الإيجارية ومن ثم بند التشديد في المسؤولية المدرج في العقدين الأصلي والعقد من الباطن^(١).

كما يحق للطرف المسئول التمسك في مواجهة الطرف المضروب بمضمون وأحكام العلاقة التعاقدية التي شارك الأخير في تكوينها وله أن يتمسك ببند اللجوء إلى التحكيم أو الإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها بشرط ألا يكون قد اقترف غشًا أو خطأ جسيمًا، فإن تحقق ذلك فلا يجوز له أن يتمسك بهذا البند^(٢).

ومن ناحية أخرى، فيرى البعض^(٣) أنه للطرف المضروب غير المباشر في إطار المجموعة العقدية إذا كان الالتزام الذي لم ينفذ ونتج عنه الضرر، كان التزامًا بتحقيق نتيجة أن يقوم فقط بإثبات أن النتيجة المطلوبة لم تتحقق وليس عليه مشقة إثبات خطأ المسئول، فله أيضًا الرجوع على الطرف المسئول مباشرة، حتى لو كان لم يدخل معه في علاقة مباشرة، سواء أكان من تعاقد معه على قيد الحياة أم مات وحل محله الخلف العام له، وعلى ذلك إذا لم يكن المشتري قد ساهم في بناء علاقة عقدية مباشرة مع المنتج للشيء، إلا أنه قد تأثر بها، فتنشأ بينه وبين هذا الأخير رابطة موضوعية عقدية تخول للمشتري (المضروب) حق الرجوع على المسئول بدعوى المسؤولية العقدية المباشرة.

(١) راجع د. فيصل زكي عبد الواحد: المرجع سابق - ص ٩٥.

(٢) راجع في عرض ذلك بالتفصيل: د. فيصل زكي المرجع السابق - ص.

(٣) راجع د. هناء خيرى محمد خليفة - المرجع سابق - ص.

المبحث الثاني

أساس التحكيم في إطار المجموعة العقدية

عرض وتقسيم :

سوف نبين في هذا الباب الأساس القانوني الذي يرتكن عليه التحكيم وذلك في ستة مطالب ، نبين فيه رأي الفقه والقضاء حول ذلك الأساس ، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: فكرة حوالة الحق كأساس للتحكيم في إطار المجموعة العقدية.

المطلب الثاني: فكرة حوالة الدين كأساس للتحكيم في إطار المجموعة العقدية.

المطلب الثالث: فكرة الحلول كأساس للتحكيم في إطار المجموعة العقدية.

المطلب الرابع: فكرة اشتراط لمصلحة الغير كأساس للتحكيم في إطار المجموعة العقدية.

المطلب الخامس: فكرة التضام كأساس للتحكيم في إطار المجموعة العقدية.

المطلب السادس: تبني فكرة التوازن العقدي كأساس للتحكيم في إطار المجموعة العقدية .

المطلب الأول

فكرة حوالة الحق كأساس للتحكيم

في إطار المجموعة العقدية

عرض وتقسيم :

قد تتعدد صور انتقال اتفاق التحكيم مع العقد الأصلي ، فقد تأخذ صورة حوالة حق أو حوالة دين أو حوالة عقد ، كما قد تتم بصورة حلول سواء حلول قانونية أو حلول اتفاقية ^(١) .

اختلف الفقه والقضاء حول فكرة حوالة الحق كأساس للتحكيم في إطار المجموعة العقدية إلى فريقين أو إتجاهين، أولهما: قرر بهذه الفكرة كأساس للتحكيم داخل نطاق المجموعة العقدية، وثانيهما: رفض الأخذ بهذه الفكرة وقرر أنها لا تصلح أساس صالح للتحكيم في مثل هذه المجموعة.

وعلى ذلك، سوف ينقسم البحث في هذا الموضوع إلى عرض هذين الإتجاهين في فرعين متتاليين :

الفرع الأول : الاتجاه القائل بفكرة حوالة الحق كأساس للتحكيم في إطار المجموعة العقدية .

الفرع الثاني : الاتجاه المعارض لفكرة المجموعة العقدية كأساس للتحكيم في إطار المجموعة العقدية .

(١) راجع في ذلك: د. حسام الدين فتحي ناصف - المرجع السابق - ص ٢٤ .

الفرع الأول

الإتجاه القائل بحوالة الحق كأساس للتحكيم فى إطار

المجموعة العقدية

ذهب جانب من الفقه والقضاء^(١) عند تحديد الأساس الذي يرتكن إليه اللجوء إلى التحكيم في إطار المجموعة العقدية التي تشكل أسرة عقدية واحدة، وذلك بأن قرروا مبدأ مقتضاه انصراف كافة الحقوق والدعاوى والالتزامات الناتجة عن التصرف في الشيء المملوك لشخص ما، إلى شخص المتصرف إليه أو الدائن، وهو بذلك يستتبع ضمناً تنازلاً من شخص المتصرف إلى المتصرف إليه عن كافة الحقوق والدعاوى المرتبطة بذلك الشيء، وعلى ذلك فإنه يحق للشخص المضروب أن يمارس دعوى التحكيم التي كانت مقررة لسلفه أو للشخص الذي تعاقد معه تجاه الشخص المسئول عن الأضرار.

فاللجوء للتحكيم وكيف بوصفه حقاً إجرائياً أي حق في اختيار القضاء المختص بالنزاع الناشئ عن العقد الأصلي، فالحقوق مالية كانت أو شخصية تقبل التنازل عنها للغير، إلا ما يستثنى بنص خاص، وعلى ذلك فالتحكيم يمكن حوالته لكونه حقاً من هذه الحقوق.

وبذلك يكون أنصار هذا الرأي قد قرروا فكرة حوالة الحق كأساس لدعوى التحكيم التي يمارسها الشخص المضروب تجاه المسئول، وهو تحويل كافة الحقوق والالتزامات من شخص المحيل إلى شخص المحال إليه.

وعلى ذلك إذا استأجر شخص ما مصنعاً بالجدة من الباطن من مستأجره الأصلي، ثم اكتشف إن ذلك المصنع لا توجد به أي مكينات أو توجد به مكينات ولكنها غير مطابقة لشروط التعاقد الأصلي الموجودة بعقد الإيجار الأصلي وكان العقد الأخير يتضمن بنداً أو اتفاقاً على اللجوء إلى دعوى التحكيم، فيستطيع الشخص المضروب وهو المستأجر بالجدة من الباطن في هذا المثال أن يرجع على المؤجر أو المالك بدعوى التحكيم والتي كانت مقررة للمستأجر الأصلي والتي انتقلت إليه تبعاً بعد مآل المصنع إليه طبقاً لأنصار هذا الاتجاه وذلك على أساس إنها انتقلت ضمناً للمتعاقدين أو المستأجر بالجدة من الباطن، بموجب التصرف القانوني وهو عقد الإيجار من الباطن وتطبيقاً لذلك، فقد حكم بأنه "في حالة بيع العمارة قبل انقضاء مدة العشر سنوات التي يمكن لرب العمل أن يرجع في خلالها

(٢) راجع في هذا المعنى: محمود هاشم - المرجع السابق - ج ١ - ١٩٩٠ - ط ٥، وحكم

محكمة استئناف باريس جلسة ١٩٩٢/٥/٢٦، مجلة التحكيم ١٩٩٣ - ص ٦٢٤.

على المَقاول أو المهندس بدعوى المسؤولية العقدية، فإن هذه الدعوى تنتقل إلى المَتملك النهائي للمال على أساس أنها تعد من المستلزمات الضمنية التي تم التنازل عنها للمتصرف إليه^(١).

فالمعلوم أن حوالة الحق تتم باتفاق بين المحيل والمحال إليه، يترتب عليها انتقال الحق المحال إلى المحال إليه بكل دفعه وصفاته "فإذا تم الاتفاق على حوالة الحق الناتج عن الاتفاق الأصلي، وكان قد أدرج بهذا الاتفاق الأخير شرط تحكيم بين الدائن المحيل والمدين المحال عليه، فإن ذلك الاتفاق على حوالة الحق يكون ملزماً للمدين المحال عليه، بحيث يستطيع المحال إليه دائماً أن يتمسك به في مواجهته باعتباره من توابع الحق الذي انتقل إلى المحال له، من ناحية، وباعتبار أن مركز المدين يظل ثابتاً لا يتغير بتغير صاحب الحق من ناحية أخرى".

فطالما يترتب على الحوالة انتقال الحق الثابت للدائن المحيل في مواجهة المدين إلى المحال له بكل صفاته ودفعه، وبما يرد عليه من دفع كانت قبل الحوالة، فإن اتفاق التحكيم بوصفه من مستلزمات الحق الذي كان ثابتاً للدائن باعتباره ينصب على المنازعات الناشئة عن الحق المحال به، وينصرف أثره إلى المحال له بشرط ثبوت علم المحال له بوجود اتفاق التحكيم^(٢).

والواقع أن التحكيم وبوصفه قضاء خاصاً يختاره الخصمان بارادتهما لفض منازعاتهم يتيح للأطراف المتنازعة مكنة حل نزاعهم بطريق أكثر سرعة من القضاء العادي أو الوطني، وشأنه شأن أي بند ورد في العلاقة التعاقدية، فكما يستفيد الطرف المضرور من بند التشديد من المسؤولية أو البند الذي يزيد من مدة التقادم أو التعويض، وكذا ما يقصد به الطرف المسئول من بنود تخفف من المسؤولية أو الإعفاء منها، إذا وجدت بالعقد في مواجهة المضرور في اللجوء إلى التحكيم شرطاً كان أم مشاركة، فمثل هذه الشروط تعد من مستلزمات الشيء محل التصرف والذي تنتقل تبعاً للشيء فالحق ينتقل بتوابعه بجميع مقوماته وخصائصه أي بصفاته وضمائنه ودفعه. وعلى ذلك فإن اتفاق التحكيم يلزم المحال له في هذه الحالة باعتباره يحل محل الدائن المحيل، فيصبح منذ ذلك الوقت بالنسبة للحق المحال به، ومن ثم فإن شرط التحكيم الذي أبرمه الشخص المحيل به في مواجهة المحال له، إعمالاً للقاعدة الأصولية أن الشخص لا ينقل إلى الغير حقوقاً أكثر من تلك الثابتة له^(٣).

(١) انظر في عرض ذلك الحكم: د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع سابق - ص ٢٤٥.

(٢) راجع في عرض ذلك د. باسمه لطفى دياس - ص ٤٨ - دار النهضة العربية - ط ٢٠٥ - ٢٠٦ ..

(٣) راجع في عرض ذلك: د. على سيد قاسم - مرجع سابق - ص ٢٠ - بند ١٥.

ويعتمد أنصار هذا الاتجاه على أن الحق أياً كان محله قابل في الأصل للحوالة به من دائنه الأصلي إلى دائن جديد وسواء أكان هذا الحق عملاً أم امتناعاً عن عمل، ويستوى أن يكون الحق الشخصي الذي يجوز حوالته منجزاً أو معلقاً على شرط أو مؤجلاً لأمر ما، فالحق ينتقل بالدفع التي عليه^(١) على أن حوالة الحق ترتب انتقال الحق المحال به من المحيل إلى المحال له بما لهذا الحق من صفات وما عليه من دفع، وعلي ذلك يجوز للمدين أن يتمسك قبل المحال له بنفس الدفع التي كان يصح له أن يتمسك بها قبل الشخص المحيل، وفقاً لنص المادة ٣١٢ من القانون المدني^(٢)، فالحوالة تثير النزاع مجدداً، فالشخص المضرور له حق الاستمساك بالدفع قبل المسئول والتي كانت مقررة لسلفه.

وقد استقرت أحكام القضاء على امتداد اتفاق التحكيم إلى المحال له، وهو ما أكدته محكمة استئناف باريس في حكمها^(٣) عندما قضت بأن حقوق المحيل التي تتضمن شرط التحكيم الناتجة عن عقد، تنتقل إلى المحال له .

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية على أن "حوالة العقود تؤدي إلى نقل شامل للعلاقة التعاقدية"^(٤) ، كما قضت وأيدت المحكمة السويسرية العليا حكم محكمة الموضوع بعد اختصاصها بنظر النزاع لكون العقد محل الحوالة قد ورد به شرط تحكيم، الأمر الذي يفرض على المحال عليه الالتزام بهذا الشرط عند تسوية النزاع الناشئ عن العقد^(٥)، حيث إن حوالة العقود تجعل الطرف الثالث المحال له طرفاً أصيلاً في اتفاق التحكيم ليشمل بذلك كل من المحيل والمحال له والمحال عليه^(٦) .

(١) راجع في عرض ذلك: د. فتحي عبد الرحيم عبد الله - دروس في أحكام الإلتزام - ط ١٩٧٧ - ص ٢٨٣ .

(٢) نقض مدني فرنسي ١٩٩٠/٤/١٨ مجموعة المكتب الفني، الطعن رقم ٨١٨ لسنة ٥٩ق.

(3) *Cour d'apple de paris. 28 janvier 1988, Rev. arb, 1988 P. 439 Space : 565. note : note : J. Jouis Goutal .*

(4) *Cour de Cass, 28 Mars 1962 Dull, Civ.111 . no. 201 .*

(٥) منشور في

Rey : arb . 1988 . P . 431 . note A.H . Lecoanetets . Jarvin .

(٦) راجع في هذا المعنى: د . أحمد مخلوف - المرجع السابق - ص ٢٥٩ .

الفرع الثاني

الإتجاه المعارض لفكرة حوالة الحق كأساس للتحكيم

ونحن لا نتفق من حيث المبدأ على الاعتماد على فكرة حوالة الحق كأساس للتحكيم في إطار المجموعة العقدية، وذلك لاختلاف مفهوم التحكيم كقضاء مستقل ذات طابع خاص عن حوالة الحق، لأن نظام التحكيم غالباً ما يكون اختياريًا يلجأ إليه الأطراف بمحض إرادتهم ويتفقون فيه على سلب اختصاص القضاء الوطني وجلب الاختصاص لقضاء التحكيم لفض منازعاتهم، ويكون مستقلاً عن العقد الذي ورد فيه، ومن ناحية أخرى فإن بطلان العقد الذي ورد فيه شرط الاتفاق على التحكيم قد لا ينال شرط التحكيم في حد ذاته، إذ يصح أن يبقى هذا الشرط صحيحاً دون بطلان وهو ما يعبر عنه باستقلال شرط التحكيم عن العقد الذي ورد فيه.

ومن ناحية أخرى، فإن نظام التحكيم يختلف اختلافاً جوهرياً عن حوالة الحق فمن ناحية التكوين، فتعرف الحوالة بأنها اتفاق بين شخصين بمقتضاه يحول الدائن حقه الموجود في ذمة الغير، والذي يصبح به دائئاً للمدين بدلاً من الدائن الأصلي، ويطلق على المتصرف هنا الشخص المحيل ويطلق على المتنازل له عن الحق المحال له، ويصبح الشخص المحيل أجنبياً عن العلاقة التعاقدية أي عن المحيل والمحال عليه، فالحوالة تعتبر بهذا الشكل صورة من صور التنازل عن العقد، أما نظام التحكيم، فكما سبق وأن عرفناه^(١) قد يكون اختياريًا عن طريق إرادة أطراف النزاع وقد يكون الالتجاء إليه وأمرًا مفروضاً على الخصوم، سواء بنص قانوني أو بنص خاص وضع خصيصاً لهذا الغرض.

وعلى ذلك فإن اللجوء للتحكيم لا يستفاد ضمناً، فاللجوء إليه لا يُستقي إلا من الإرادة الصريحة للأطراف، فلا محل للقول بوجود إرادة ضمنية للمحتكمين في التحكيم تخول حق للطرف المضرور في الاستفادة من شرط أو مشاركة للتحكيم نظراً لأن الطرف المضرور لم يساهم في العقد الذي يتضمنه بنداً أو مشاركة التحكيم الذي كان مقرر للمتعاقد معه.

(١) انظر في تعريف التحكيم ص ١٦٢ من هذا البحث.

وصراحة كما يقول البعض^(١) إن القول بأن فكرة حوالة الحق هي الأساس الذي يرتكن إليه دعوى التحكيم في إطار المجموعة العقدية، من الممكن أن تؤدي إلى تغيير مفهوم هذه المجموعة، وذلك من عدة نواح، أولها أن المجموعة العقدية ليست صورة من صور التنازل عن العقد، وإنما هي نظام مستقل عن فكرة التنازل، فهي مجموعة تصرفات قانونية متعاقبة أو مترابطة على مال واحد بقصد تحقيق هدف مشترك، وعلى ذلك فإن اعتبار لجوء الطرف المضرور إلى التحكيم إنما يصلح لأن يستند إلى كون العقد الذي تضمن بند التحكيم قد انتقل إليه بكل مقوماته وخصائصه، وهو ما لا يتعارض مع فكرة المجموعة العقدية التي قد استقرت نسبيًا.

ومن ناحية أخرى، فيتوقف وجود المجموعة العقدية على إرادة طرفي التصرفات القانونية وذلك إذا قبلت الحوالة أو رفضت من قبل أحد الأطراف، إلا إن هذه الإرادة تتوقف عند حد تكوين هذه التصرفات، وقد سبق وأن بينا إنه إذا كان هناك تعاقب أو ترابط بين هذه التصرفات، فإن ذلك يستوجب خضوعهم جميعًا للأحكام الخاصة بالمجموعة العقدية دون أن يكون لإرادتهم دور في ذلك^(٢).

ومن ناحية ثالثة، فإن القول بأن فكرة حوالة الحق المؤسسة على الإرادة الضمنية هي أساس دعوى التحكيم، تجعل تحديد صفة الطرف المضرور في علاقته بالطرف المسئول تتوقف على إرادة المتعاقد معه، فيكون لهذا الأخير سلطة تحديد كون المتعاقد معه من الغير بالنسبة للمسئول أم طرفًا، وهو ما يتعارض مع ما انتهى إليه الرأي الراجح من أن أطراف المجموعة العقدية يخرجون من منطقة الغيرية في علاقتهم ببعض، ويدخلون دائرة التعاقد فيما بينهم.

ومن ناحية رابعة، فإن الحوالة لكي تنفذ في مواجهة الشخص المدين يلزم قبولها من جانبه أو إعلانه بها على نحو صحيح، وتبرأ ذمة الشخص المحيل فيها تجاه الشخص المحال إليه، بمجرد إعلان الحوالة أو قبول المدين لها، ويصبح الشخص المحيل أجنبيًا عن العلاقة التعاقدية محل عقد الحوالة.

ومن ناحية خامسة، فلا يتصور حدوث حوالة الحق في التحكيم بناء على مشاركة تحكيم تبعًا لحوالة الحق الأصلي - حيث إن تلك المشاركة تتعقد بين

(١) انظر عرض ذلك: د. فيصل زكي عبد الواحد: المرجع السابق - ص ٢٤٥.

(٢) انظر في عرض ذلك: د. فيصل زكي عبد الواحد: المرجع السابق - ص ٢٤٥.

الطرفين بعد نشوب النزاع، ومن ثم تقل فرصة الأشخاص المستفيدين من التحكيم بناء على إبرام تلك المشاركة بعد وقوع النزاع^(١).

وبإنزال ما تقدم على المجموعة العقدية الواحدة يترتب عليه من جهة حرمان الشخص المضرور، من حقه في الرجوع على الشخص المسئول عن الضرر، وكذلك حرمانه من الرجوع على الشخص المتعاقد معه، أو الرجوع عليهما معاً على سبيل التضام، في حين أنه سبق القول بأنه يمكن للشخص المضرور في إطار العلاقات التعاقدية التي تشكل مجموعة عقدية واحدة أن يرجع على المتعاقد معه أو على المسئول مباشرة عن الضرر أو أن يرجع عليهما معاً بالتضام.

كما أن مركز المدين في حوالة الحق يختلف عن مركز المدين في إطار المجموعة العقدية، فالحوالة التي تنفذ في حق الغير تؤدي لاعتباره غيراً من ناحية وطرفاً من ناحية أخرى، وعلى ذلك فإن المدين في الحوالة له مركز خاص يجعله بين أن يكون طرفاً وبين أن يكون غيراً^(٢)، بالخلاف مع المدين في إطار المجموعة العقدية^(٣).

وأخيراً لا نستطيع القول بأن التحكيم مجرد حق، فإذا كان كذلك في المرحلة السابقة على نشوء النزاع - أي إذا كان التحكيم مدرجاً كشرط من شروط العقد الأصلي - فإن ذلك الحق يتحول إلى التزام بعرض النزاع على التحكيم بعد نشأة النزاع ولا يمكن فصل المرحلتين، فالتحكيم حق والتزام بالنسبة لكل من الطرفين ولا يمكن القول بأنه مجرد حوالة حق عند امتداد آثاره إلى الغير.

المطلب الثاني

فكرة حوالة الدين كأساس للتحكيم

في إطار المجموعة العقدية

(١) د. حسام الدين فتحي ناصف - المرجع سابق - ص ٤٢.

(٢) انظر: محمد شريف عبد الرحمن - المرجع السابق - ص ٢٤٩.

(٣) انظر في عرض وجهة النظر هذه: د. فيصل زكي عبد الواحد - ص ١٨٥. حيث يعتبر هذا الرأي أن أطراف المجموعة العقدية يخرجون من منطقة الغيرية بالنسبة لعلاقتهم ببعض ويعتبرون أطرافاً في المجموع العقدي.

عرض وتقسيم :

حوالة الدين هي ذلك العمل القانوني الذي بمقتضاه يدخل شخص كمدین في التزام قائم، دون أن يؤدي ذلك إلى تغيير في مضمون هذا الالتزام، وعلى ذلك تبرا ذمة المدين السابق ويدخل الدين في ذمة المدين الجديد، ويبقى الالتزام كما هو دون تغيير .

الفرع الأول

الاتجاه القائل بفكرة حوالة الدين كأساس للتحكيم

في إطار العلاقات التعاقدية التي تشكل مجموعة عقدية واحدة، فقد ثار خلاف حول الأساس القانوني لتمسك الطرف المسئول في مواجهة الطرف المضرور بكافة البنود الواردة في التصرف القانوني الذي ساهم الطرف المسئول في بنائه، كاللجوء إلى التحكيم مثلاً، أو التخفيف من المسؤولية أو الإعفاء منها، فإذا كان هناك عقد مقاوله أصلي مبرم بين رب عمل ومقاول أصلي ثم أبرم هذا الأخير عقد مقاوله من الباطن مع مقاول من الباطن، وكان عقد المقاوله الأصلي قد تضمن بنداً يفيد اللجوء إلى التحكيم في حالة إخلال أحد أطراف العقد بأي من الالتزامات المفروضة عليها، وحدث أن أخل رب العمل بالتزامه مع المقاول الأصلي الأمر الذي استتبع إخلال هذا الأخير مع المقاول من الباطن، فقام هذا الأخير، برفع دعوى أمام القضاء لمطالبته رب العمل بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به، فهل يستطيع في هذه الحالة الطرف المسئول (رب العمل) التمسك بكافة البنود الواردة في التصرف القانوني الذي ساهم الطرف المضرور في بنائه؟ كما لو وجد بند يقضي باللجوء للتحكيم بدلاً من القضاء، ذهب أنصار ذلك الرأي إلى إن الطرف المسئول عن الضرر لا يستطيع ممارسة هذه المكنة إلا في حالة الرجوع عليه من قبل المضرور غير المباشر فقط، أما إذا كان الرجوع عليه قد تم من جانب الشخص المتعاقد معه مباشرة، كالمقاول الأصلي، عند رجوعه على رب العمل، فلا يكون للطرف المسئول التمسك بهذه المكنة، بل تخضع مسؤوليته لمضمون العلاقة التعاقدية المبرمة بينها حفاظاً على مبدأ القوة الملزمة للعقد. أما عن الأساس القانوني لتمسك الطرف المسئول بكافة البنود الواردة في التصرف القانوني الذي ساهم الطرف المسئول في

بنائه كاللجوء للتحكيم أو تحديد القانون الواجب التطبيق، فقد ذهب جانب من الفقه^(١). والقضاء الفرنسي للقول بفكرة التنازل الضمني عن الدين، وذلك بأن قرروا أن الشخص المدين المباشر لشخص الدائن المضرور يكون قد تنازل ضمناً عن دينه إلى الطرف المسؤول، وفقاً لفكرة حوالة الدين، وأن الدائن يكون بمجرد رجوعه على الطرف المسؤول قد قبل ضمناً هذا التنازل، فيتفرغ على قاعدة الاستخلاف على الدين تخويل المحال عليه حق التمسك بما كان للأصيل من الدفع وأوجه الدفاع، وذلك أن الدين يؤول إلى المحال عليه بالحالة التي كان عليها في كنف الأصيل، أي بما يتصل به من هذه الأوجه وتلك الدفع، فالمحال عليه يستطيع التمسك بأوجه الدفع المتعلقة بالدين المحال به إطلاقاً مثل الدفع بالبطلان والدفع باللجوء للتحكيم . فمثلاً المستأجر الأصلي بمجرد إبرامه عقد الإيجار من الباطن مع المستأجر من الباطن يكون بذلك قد تنازل ضمناً عن تنفيذ التزامه تجاه المؤجر، وذلك بتحويله إلى المستأجر من الباطن، فإذا ما رجع المؤجر على المستأجر من الباطن فيكون رجوعه ذلك بمثابة قبول ضمني بالتنازل. ومن ثم يمكن لمستأجر الباطن - المحال عليه، التمسك في مواجهة المؤجر المحال إليه، بكافة الدفع والبنود التي كانت مقررة للمستأجر الأصلي تجاه المؤجر .

إلا أن هذه الفكرة قد انتقدت من قبل الفقه الفرنسي، نظراً لعدم وجود نص في القانون الفرنسي ينظم حوالة الدين، حيث إن القانون الفرنسي لا يقر أحكام هذه الأخيرة.

الفرع الثاني

الإتجاه المعارض لفكرة حوالة الدين كأساس للتحكيم

(١) نقلاً عن: د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق - ص ١٨٦ .

المعروف أن حوالة الدين بمجرد انعقادها تبرأ ذمة المدين السابق عن الدين، وبالتالي لا يجوز الرجوع عليه، وهي نتيجة حتمية مترتبة على انتقال الدين من ذمة المدين السابق إلى المدين الجديد وقت انعقاد الحوالة، وعلى ذلك فإذا أعسر المدين الجديد، ولم يستطع الدائن أن يستوفي دينه منه فلا يستطيع هذا الأخير الرجوع بالدين على المدين الأصلي بعد أن برئت ذمته، ويبدو أن الأمر على خلاف ذلك داخل إطار المجموعة العقدية، حيث يستطيع الطرف المضرور أن يتحاشى إعسار أو إفلاس الشخص المسئول عن الضرر، وذلك بالرجوع على المتعاقد معه مباشرة أو الرجوع عليهما بالتضام.

ويرى أستاذنا الدكتور فيصل زكي عبد الواحد^(١) - وبحق - أن فكرة حوالة الدين كأساس قانوني للجوء للتحكيم لا تصلح، نظرًا لاختلاف تكوين حوالة الدين عن المجموعة العقدية، حيث إن حوالة الدين هي اتفاق بين مدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين، وهو لا يمكن قبول ذلك كأساس للتحكيم في إطار هذه المجموعة، خاصة تلك العلاقة التي تتكون من مجموعة تصرفات قانونية متعاقبة على مال واحد، لأن العلاقة التعاقدية التي ساهم الطرف المضرور في تكوينها تنشأ غالبًا بعد تكوين العلاقة التعاقدية التي كان المسئول طرفًا مباشرًا فيها مما يستحيل معه القول بوجود إرادة صريحة أو ضمنية بشأن التنازل عن الدين بكل مقوماته.

ومن جهة أخرى، فإن حوالة الدين ينتقل فيها الدين إلى ذمة المحال عليه وهو نفس الدين الأصلي، وقد أصبح المحال عليه خلفًا خاصًا للمدين في هذا الدين فيكون له أن يتمسك بكل الدفوع التي كانت للمدين الأصلي، فيستطيع أن يدفع بها هذا المدين فيجوز للمحال عليه أن يتمسك بها قبل الدائن، وكذلك له أن يتمسك قبل الدائن بجميع الدفوع المستمدة من عقد الحوالة، فإذا تمت هذه الأخيرة باتفاق بين المدين الأصلي والمحال عليه ثم أقرها، فيكون حق الدائن في مطالبة المحال عليه بالدين مستمداً من هذا الاتفاق الذي أقره مثل الدفع ببطلان الحوالة لانعدام التراضي، كما أن الحوالة لا تتعقد في حق الدائن إلا إذا أقرها حسبما نصت على

(١) راجع في عرض هذه الوجهة: د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق - ص ١٨٦ .

ذلك المادة ٣١٦ مدني^(١) فإذا ما قلنا بفكرة حوالة الدين كأساس قانوني للتساؤل السابق طرحه، يستتبع ذلك القول بأن للطرف المضرور أن يختار بين وصفه كطرف أو غير ذلك أو بقبوله أو رفضه للحوالة حسب مصلحته، وهو أمر يخالف مبدأ نسبية آثار التصرفات القانونية، حيث إن أطراف المجموع العقدي يخرجون من منطقة الغيرية بالنسبة لعلاقتهم بعضهم البعض.

ويختلف نظام التحكيم عن حوالة الدين، فالأول هو نظام خاص لا يخضع في تنظيماته للقوانين الوطنية وإنما يخضع في ذلك لاتفاق طرفي المنازعة الذين يختارون قضاتهم ويعهدون إليهم لفض النزاع بموجب اتفاق التحكيم، أما فكرة حوالة الدين فينظمها القانون بنصوص وإجراءات محددة كما تختلف حوالة الدين عن التحكيم بالنسبة لمسألة البطلان، فإذا ما تعرضت الحوالة للبطلان، سواء كانت الحوالة قد تمت بموجب اتفاق بين المدين الأصلي والمدين الجديد، أو أقرها الدائن، أو كانت قد تمت بين الدائن والمدين الجديد فيكون التزام المدين الجديد أو المحال عليه بالدين المحال به نحو الدائن يزول بزوال الحوالة ويرجع الدين إلى ذمة المدين الأصلي بكل توابعه، وينقضي أو يرجع الدائن في هذه الحالة على المدين الأصلي أو على المدين الجديد، أما الأمر فهو مختلف في نظام التحكيم، فاتفاق التحكيم يظل ساريًا دون النظر إلى تقرير البطلان أو فسخ العقد الأساسي، فاتفاق التحكيم يكون مُنْبَتَّ الصلة عن هذا العقد الأصلي. فيظل نظر هيئة التحكيم مستمرًا في نظر النزاع بين المحكّمين، دون مراعاة لبطلان العقد الأصلي، الذي تضمن فيما تضمنه من أحكام وشروط وبنود الاتفاق على التحكيم^(٢).

(١) حيث تنص المادة ٣١٦ على أنه "لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها (٢) وإذا أقام المحال عليه أو المدين الأصلي بإعلان الحوالة إلى الدائن وعين له أجلًا معقولًا ليقر الحوالة، ثم انقضى الأجل دون أن يصدر الإقرار اعتبر سكوت الدائن رفضًا للحوالة.

(٢) انظر: د. محمود محمد ياقوت - المرجع السابق - حيث يقرر هذا الاتجاه أن "التحكيم التجاري الدولي ينقسم إلى نوعين - التحكيم العادي واقتصارًا التحكيم والتحكيم مع التفويض بالصلح أو ما يسمى تحكيم العدالة، وفي النوع الأول يفصل المحكمون في النزاع طبقًا لقواعد القانون الموضوعي لدولة معينة، أما في الثاني فالمحكم يكون في حل من تطبيق أي قانون وصفي حيث يستطيع الفصل في النزاع وفقًا لمبادئ العدل والإنصاف ومن أن يتقيد بقواعد القانون والأصل في التحكيم هو التحكيم وفقًا للقانون، بحيث اتفق المتعاقدون على إحالة منازعاتهم إلى التحكيم دون أي تحديد آخر فهذا يعد في حد ذاته قرينة على أن

فيستقل على ذلك شرط التحكيم استقلالاً تاماً عن العقد الذي ورد فيه مصدر الرابطة القانونية - ويعتبر تصرفاً قانونياً مستقلاً بذاته، إلا إذا كان سبب البطلان يشمل أيضاً شرط التحكيم كما لو كان العقد المبرم بين أطرافه قد أبرم بواسطة شخص ناقص الأهلية وقت إبرامه.

كما أن حوالة الدين لا تعدوا أن تكون سوى اتفاق يتم بناء على تطابق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين أياً كان هذا الأثر، وعلى ذلك فالقول بأن فكرة حوالة الدين تصلح كأساس قانوني لدعوى التحكيم في إطار المجموعة العقدية يترتب عليه توقف تطبيق أحكام هذه المجموعة على إرادة أطراف العلاقات التعاقدية خاصة إرادة المتعاقد مع الطرف المضروب، ومعنى ذلك أننا سوف نغلب إرادة الفرد على إرادة المشرع وهي نتيجة غير مقبولة^(١).

كما أن الفقرة الثانية من المادة ٤٥٣ اعتبرت حوالة الدين تصرفاً قانونياً مجرداً ينزل عن سببه، كما هو الشأن في حوالة الحق، فمتى انعقدت حوالة الدين بين الدائن والمحال عليه مباشرة أضحي بمعزل عن الأصيل، فتكون الحوالة للدين في هذه الحالة مستقلة تمام الاستقلال عن رابطة المدين الأصيل بالمدين الجديد، ولا يكون للمحال عليه أن يحتج على الدائن بأوجه الدفع المستفادة من الرابطة القانونية التي كانت تربطه بالمدين الأصلي .

ومن ناحية أخيرة فإن حوالة الدين لا تسري في مواجهة الدائن إلا إذا أقرها سواء كان هذا الإقرار صريحاً أم ضمنياً فموافقة الدائن على قبول الحوالة هي التي تجعل منه طرفاً في العقد، أي أن الدائن يكون له الحرية في الاختيار بين كونه طرفاً أو باعتباره من الغير بقبوله أو رفضه الحوالة، وتبرأ ذمة المدين الأصلي متى

المقصود هو التحكيم وفقاً للقانون، أما التحكيم مع التفويض بالصلح فلا تستطيع المحكمة أن تفصل في النزاع كمفوض بالصلح إلا إذا اتفق الأطراف على ذلك، وكانت تلك إرادتهم المعلنة، لجوء المتعاقدين إلى التحكيم مع التفويض بالصلح يُعد نوعاً من التنازل عن حق من طبيعة خاصة ومزدوجة ومن ناحية هو تنازل اتفاقي من حق شخص هو الحق الذي يمنحه القانون للشخص في أن يقاضي ويفصل في طلبه وتتحقق الحماية القضائية لحقه وفقاً لقواعد القانون أي هو تنازل عن الحق الشخصي في حماية القانون" راجع في ذلك د. محمد محمود ياقوت هامش رقم ٣٤٣ وحرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق.

(١) راجع في هذا المعنى: د. فيصل زكي عبد الواحد، المرجع سابق ص ١٨٦.

أقر الدائن الحوالة المنعقدة بين هذا المدين والمحال عليه ولا يشترط أن يصرح الدائن بذلك، بل قد يستفاد من إقراره بدلالة الاقتضاء، وتعتبر البراءة نهائية، فلو أعسر المدين الجديد فيما بعد فليس للدائن أن يرجع على الأصيل، أما في المجموعة العقدية فيستطيع المضرور أن يرجع على المتعاقد معه أو المسئول عن الضرر أو يرجع عليهما معاً على سبيل التضامم، كما أن رب العمل يعتبر طرفاً في العقد الأصلي وطرفاً أيضاً فيما تعاقب من عقود على محل الالتزام الأصلي، دون الرجوع إلى إرادته في كونه طرفاً أم لا... وسبق وأن قلنا إن أطراف المجموعة العقدية الواحدة يخرجون من منطقة الغيرية في علاقتهم ببعض.

المطلب الثالث

فكرة الحلول كأساس للتحكيم

في إطار المجموعة العقدية

قد يكون الحلول قانوني كما نصت على ذلك المادة ٣٢٦ من القانون المدني، كما لو قام شخص غير المدين بوفاء الدين عنه فيحل محله فيما وفاه عنه من دين، وقد يكون الحلول اتفاقياً باتفاق الموفي مع الدائن، على أن يحل الموفي الغير محل المدين إذا وفى عنه الدين، حتى ولو لم يقبل الدين. وقد يكون باتفاق الموفي مع المدين^(١).

وقد سبق وأن بينا في القسم الأول من هذا البحث تمييز المجموعة العقدية عن الحلول، والحقيقة أن فكرة الحلول لا تصلح لأن تكون أساساً قانونياً يرتكن إليه في اللجوء إلى التحكيم بناء على بند وارد في أحد العقود المكونة للمجموعة العقدية، كما لو استخدم الطرف المضرور بند التحكيم الوارد في العلاقة التعاقدية الأصلية، لأنه قد يترتب على الأخذ بهذه الفكرة في إطار المجموعة العقدية تشويه مفهوم هذه الأخيرة من عدة نواحٍ.

أولهما: أن المشرع نص في المادة ٣٢٦ على حالات الحلول القانوني، وبناء على هذا النص يتعين توافر الشروط التي استلزمها النص لكي يحل الشخص الموفي للدين عن المدين محل الدائن الذين الذي استوفى حقه منه، وهو أمر غير متصور تحققه في إطار التحكيم الذي ينشأ بين أطراف المجموعة العقدية، حيث لا يدرج ببند اتفاق التحكيم ما يفيد بحلول الشخص الدائن أو المضرور محل التعاقد معه حلاً قانونياً في استخدام هذا الحق.

(١) حيث تنص هذه المادة على أنه "للدائن الذي يستوفي حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل المدين ذلك، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء، كما تنص المادة ٣٢٨ على أنه "ويجوز أيضاً للمدين إذا اقتضى مالا وفي به الدين أن يحل المعرض الدائن الذي استوفى حقه - ولا بغير رضاه هذا الدائن على أن يذكر في عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء ومن المخالصة أن الوفاء كان من هذا المال الذي أقرضه الدائن الجديد .

ثانيًا: يختلف نظام الوفاء مع الحلول عن المجموعة العقدية من حيث الآثار، ففي الحلول لا يحق للشخص الموفي الرجوع على الدائن بدعوى الضمان عن الأضرار التي لحقت به، لأن الدائن لم يحم بنقل حقه للموفي حتى يكون ضامناً للدين أي تتقي الرابطة العقدية بينهما، ولا يكون أمامه سوى الرجوع على الشخص الدائن بدعوى رد غير المستحق، وفي هذه الحالة لا يرد للدائن إلا ما يكون قد حصل عليه فعلاً لوفاء الدين^(١).

أما في إطار المجموعة العقدية فيحق للطرف المضرور ممارسة دعوى الضمان عند رجوعه بالتحكيم، بشرط أن تكون هذه الدعوى مؤسسة على ضمان العيب الخفي في المال ويحق له الرجوع على الطرف المسئول بالتعويض عن الأضرار التي أصابته.

ثالثًا: أن القول بأن فكرة الحلول تصلح كأساس للتحكيم في إطار المجموعة العقدية التي تشكل أسرة عقدية واحدة، قد يؤدي إلى إهدار بعض النصوص التشريعية وإهدار كل قيمة ملزمة للعقد، وذلك إذا ما أخذنا بهذه الفكرة كأساس للتحكيم في إطار هذه المجموعة، إذ إن دعوى الحلول تتقدم وفقاً للقواعد العامة في القانون بمضي ثلاث سنوات من يوم علم المضرور بالضرر وبمن يسأل عليه، أو بمضي خمسة عشر عاماً من يوم وقوع الفعل الضار، أما الأمر في إطار المجموعة العقدية فقد يكون أحد أطراف المجموعة أو العلاقة التعاقدية التي ساهم في تكوينها قد أدرج ضمن بنود العقد بنداً يفيد بإطالة مدة التقادم أو يقصرها، وعلى ذلك فإذا ما قلنا بهذه الفكرة لاستوجب ذلك تطبيق قواعد التقادم الخاصة بدعوى الحلول، وعلى ذلك فيستفيد الطرف المضرور من بنود العلاقة التعاقدية إذا تضمنت هذا الشرط، وذلك إذا كان رجوع الطرف المضرور كان على المتعاقد معه مباشرة.

رابعًا: أن رجوع المؤمن على الشخص المسئول لا يتم بمقتضى دعوى شخصية خاصة به، بل يتم بمقتضى دعوى الحلول محل المؤمن له، ويكون للمؤمن هذه الدعوى، سواء تم ذلك على أفراد أو بالتدخل في الدعوى التي يرفعها المؤمن له على الغير المسئول، فالمعروف أنه بمجرد وفاء المؤمن لمبلغ

(١) راجع - ص ١٥٠ من هذا البحث.

التأمين يحل بقوة القانون محل المؤمن له، ويفقد المؤمن له صفته في الدعوى في حدود هذا المبلغ، أما الأمر في إطار العلاقات التي تشكل مجموعة عقدية واحدة، فقد سبق وقلنا إن الطرف المضرور يستطيع أن يرجع بالتعويض على الشخص المسئول عن الضرر أو على المتعاقد معه مباشرة أو عليهما معاً على سبيل التضام، طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية، فيستطيع أن يختار في رجوعه على المتعاقد معه أو المسئول عن الضرر أي لا تبرأ ذمة المدين الأصلي من الالتزام بعكس الحلول حيث يحل الشخص الموفي محل المدين فيما وفاه وتبرأ ذمة المدين الموفي عنه الدين من الدين، ويصبح بعيداً عن مسرح العلاقة التعاقدية، ويصبح أجنبياً عن العلاقة التعاقدية المباشرة، أما في إطار المجموعة العقدية، فيظل الطرف المسئول عن الضرر موجوداً على مسرح العلاقة التعاقدية.

كما يختلف أساس التحكيم في إطار المجموعة العقدية عن الحلول في الحالة التي يكون تدخل الشخص الموفي في وفائه للدين - كصديق للمدين ودفعته الظروف والرغبة في معاونة صديقه المدين، والتفريط عنه في الوفاء عنه بإنقاذه من دائن يلاحقه بالمطالبة ويضيق عليه، أما الأمر فجد مختلف في نطاق المجموعة العقدية، فالأطراف عندما يشترطون في تعاقداتهم على اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات التي قد تنشأ من جراء الإخلال بأحد الالتزامات المفروضة على أطراف التعاقد، غالباً ما تكون إرادتهم قد اتجهت لذلك بهدف تحقيق مصلحة مادية أو معنوية تهدف إلى حسم النزاع، بما يحقق المصلحة المبتغاة، فبهذا الشكل تحكم المصلحة عملية اشتراط اللجوء للتحكيم في إطار المجموعة العقدية، بحيث لا يتدخل الشخص أو يساهم في التصرف إلا إذا كانت له مصلحة من وراء تضمينه هذا البند.

كما أنه في ظل فكرة الحلول، ونظراً لأن الموفي لا يهدف من وراء تدخله الكسب لذا فإن رجوعه على الشخص المدين يكون بقدر ما يكون دفعه للدائن فقط بعكس رجوع الطرف المضرور في المجموعة العقدية فيكون رجوعه بهدف التعويض عن الأضرار بما يحقق مصلحته.

المطلب الرابع

فكرة الاشتراط لمصلحة الغير كأساس للتحكيم في إطار المجموعة العقدية

عرض وتقسيم :

إذا كان هناك عقد يتضمن اشتراطاً لمصلحة الغير ، وفي الوقت نفسه يتضمن اتفاقاً على التحكيم فقد يثور تساؤل حول مدى امتداد آثار اتفاق التحكيم إلى المنتفع وما هو الأساس الذي يرتكن عليه التحكيم في هذه الحالة ، أم أن آثار هذا الاتفاق تقتصر على المشتري والمتعهد؟

اختلف الفقه حول فكرة الاشتراط لمصلحة الغير كأساس للتحكيم في إطار المجموعة العقدية إلى اتجاهين، أولهما قرر بهذه الفكرة كأساس للتحكيم في نطاق المجموعة العقدية، وثانيهما: رفض الأخذ بهذه الفكرة كأساس للتحكيم وقرر بعدم صلاحيتها كأساس للتحكيم في مثل هذه المجموعة.

وعلى ذلك فسوف ينقسم بحثنا في هذا المطلب إلى فرعين بين الرأي المؤيد والمعارض لكل منهما، على النحو التالي :

الفرع الأول : الاتجاه القائل بفكرة الاشتراط لمصلحة الغير كأساس للتحكيم في إطار المجموعة العقدية .

الفرع الثاني : الاتجاه المعارض لفكرة الاشتراط لمصلحة الغير كأساس للتحكيم في إطار المجموعة العقدية .

الفرع الأول

الاتجاه القائل بفكرة الاشتراط لمصلحة الغير كأساس للتحكيم فى إطار المجموعة العقدية

حاول بعض الفقه تأسيس لجوء الطرف المضرور فى إطار المجموعة العقدية إلى التحكيم، على أساس فكرة الاشتراط الضمنى لمصلحة الغير، بمعنى أن رجوع الطرف المضرور على الطرف المسئول بدعوى التحكيم المقررة للدائن الأصلي لا يكون سوى تطبيق لفكرة الاشتراط الضمنى لمصلحة الغير.

ويرى هذا الرأي^(١) بأن آثار اتفاق التحكيم تمتد إلى المنتفع وأنه لما كان حق المنتفع ينشأ عن عقد الاشتراط مباشرة ، لذلك فإنه عندما يطالب بهذا الحق، فإنه يستند فى مطالبته هذه إلى العقد الذى أنشأه ، أى إلى عقد الاشتراط ، لذلك فإنه يتعين عليه الالتزام بما احتواه هذا العقد من شروط ومن بينها شرط التحكيم ما لم يتفق على غير ذلك .

وعلى ذلك فإن بند التحكيم الوارد فى أحد العقود المكونة للمجموعة العقدية يكون مثله كأى بند كبند الإعفاء من التخفيف أو التشديد منها أو التخفيف كلياً منها، لذا فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسى^(٢) للقول بأن أحكام المجموعة العقدية تجد مسارها فى فكرة الاشتراط الضمنى لمصلحة الغير، وذلك بأن قرروا بأن الخلف الخاص من الممكن أن يستفيد من الأعمال التى قام بها سلفه، وعلى ذلك فكما أن من حق كل طرف فى العلاقة الأصلية أن يرجع على المتعاقد معه عن الأضرار التى لحقت بموجب دعوى المسؤولية العقدية وقياساً على ذلك بند التحكيم، كما لو ورد شرطاً أو مشارطة، وذلك فى حالة ما لو أخل بأحد التزاماته المنبثقة من العلاقة التعاقدية الأصلية، إلا أن هذا الحق أيضاً مقرر لمصلحة خلفه الذى يتلقى الحق مما يخوله حق الرجوع على المدين الأصلي تأسيساً على فكرة الاشتراط الضمنى لمصلحة الغير.

(١) راجع فى عرض ذلك د. مصطفى الجمال - المرجع السابق ص ٣٣٣ - ص ٤٨٦ وما بعدها .

(٢) راجع فى عرض وجهة نظر هذا الرأي: د. فيصل زكى عبد الواحد، المرجع سابق ص ٢٤٨.

وعلى ذلك، ففي حالة المقاول الذي يشتري مواد البناء المستخدمة في عملية البناء، وإن كان هو الذي يقوم بشرائها، إلا أن هذه المواد يقوم بشرائها لصالح رب العمل ولحسابه وهي من مستلزمات البناء، ومن ثم فإن عقد بيع المواد المستخدمة يتضمن في جوهره اشتراطاً لمصلحة رب العمل أو الملاك للعمارة بحيث يحق لأي من هؤلاء الاستفادة من عقد البيع الخاص بالمواد المستخدمة بحيث إذا ظهر بهذه المواد أي عيوب خفية أضرت بالبناء، فيحق لرب العمل أو ملاك العمارة الرجوع على منتج هذه المواد مباشرة، وعلى ذلك فإن أنصار هذا الرأي قد قرروا بأن عقد البيع قد تضمن اشتراطاً ضمناً لمصلحة المقاول، والغير في نفس الوقت.

وقد برر هذا الرأي فكرته على ما صدر من أحكام قضائية تخول رجوع المضرور على الطرف المسئول طبقاً لأحكام المسؤولية العقدية المؤسسة على فكرة الاشتراط الضمني لمصلحة الغير، مثل الأحكام التي تخول لورثة المتوفى الرجوع على الناقل إذا ما توفي مورثهما أثناء عملية النقل، وذلك تأسيساً على فكرة الاشتراط لمصلحة الغير، وقرر هذا الرأي بأن القانون كما قرر لورثة المسافر في هذه الحالة الرجوع بقواعد المسؤولية العقدية على الناقل تأسيساً على فكرة الاشتراط الضمني لمصلحة الغير المنبثقة من عقد النقل، كما الحال في عقود التأمين على الحياة، والحال كذلك عندما يؤمن رب العمل لمصلحة عماله عن الأضرار التي تصيبهم أثناء ممارسته العمل، فيكون الغير هنا هم العمال ويكسبون حقاً مباشراً قبل شركة التأمين عما يصيبهم من ضرر استناداً على فكرة الاشتراط لمصلحة الغير^(١).

(١) ويقول أستاذنا السنهوري "إذا ما أمن رب العمل على مسؤوليته نحو العمال عما يحدث لهم من ضرر أثناء العمل، وبوجه عام، إذا أمن شخص على مسؤوليته عن الحوادث، كحوادث السيارات وحوادث النقل ونحو ذلك، فإن المؤمن له لا يكون مشروطاً لمصلحة الغير بل لمصلحته هو، ولا يكتسب من يكون دائناً في هذه المسؤولية حقاً مباشراً، قبل شركة التأمين وإن كان يستطيع أن يستعمل دعوى مدنية المؤمن له قبل شركة التأمين، لكن يتعرض في هذا الحالة لمزاحمة دائم المؤمن له.

الفرع الثانى

الإتجاه المعارض لفكرة الاشتراط لمصلحة الغير كأساس للتحكيم

وعلى عكس الاتجاه المتقدم يرى جانب آخر من الفقه ^(١) أن اتفاق التحكيم الذى يرد فى عقد الاشتراط لا يلزم الغير وإن كان لهذا الأخير مكنة الاستفادة منه استناداً على أن الاشتراط لمصلحة الغير وإن كان من شأنه أن يكسب هذا الغير حقوقاً متولدة عن العقد إلا أنه لا يترتب على ذلك أى التزام فى ذمته وتطبيقاً لذلك فإن لذوى المصلحة فى الاتفاق أعمال شرط التحكيم فى عقد يتضمن اشتراطاً لمصلحة الغير للمطالبة بحقوق هذا الغير ، فإذا صدر الحكم فإن لاغير المشتراط مصلحة فى أن يستفيد من الحكم الصادر لمصلحته وأن يعلن فى اتفاق يتضمن اشتراطاً لمصلحة الغير إرادته الصريحة بقبوله شرط التحكيم وعندئذ يصبح طرفاً فى الاتفاق على التحكيم وله أن يطالب بإعمال هذا الشرط لمصلحته ويمكن أن يكون طرفاً فى خصومة التحكيم .

وتطبيقاً لذلك فقد اتجه الفقه الفرنسى إلى ^(٢) أن اتفاق التحكيم الذى تضمنه عقد الاشتراط لا يلزم الغير المنتفع إلا إذا أراد الاستفادة من هذا الاتفاق ^(٣) وقد أيدت ذلك محكمة النقض الفرنسية فى حكمها الصادر بجلسة ١٩٨٧/١٠/٢٠ والتي قضت فيه بأنه " فى حالة اتفاق الطرفين على الاشتراط لمصلحة الغير فإن الاشتراط المذكور لا يرتب بالنسبة للغير سوى حقوق وليس التزامات وعليه فإن قرار التحكيم المبني على شرط التحكيم فى الاشتراط لمصلحة الغير لا يلزم هذا الأخير ^(٤) .

ونحن نؤيد الرأى السابق لاختلاف مفهوم كل من المجموعة العقدية وفكرة الاشتراط لمصلحة الغير من عدة نواح، أولها: من ناحية التكوين، فالمستقر عليه أن الاشتراط لمصلحة الغير هو اتفاق بين شخصين على أن يكتسب شخص من الغير حقاً دون أن يترتب التزاماً ما فى ذمة هذا الأخير، فهو وإن كان ذو طبيعة

(١) راجع فى عرض ذلك: د. فتحى والى - الوسيط فى قانون القضاء المدنى ط ٢٠٠١ بند ٤٦٢ - ص ٩٤٦ .

(٢) راجع فى عرض ذلك: د. فتحى والى - المرجع السابق - ص ٩٤٦ .

(٣) راجع فى عرض ذلك: د. محمد نور شحاته - المرجع السابق - ص ٧٣ بند ٨٥ .

(4) *Sass.civ. 20 october 1987, Rev. arb. 1988. p. 439, 559, note: J.*

Louis Goutal.

عقدية إلا أنه يجب أن تتجه نية المتعاقدين المشترك والمتعهد لإبرام عقد بهدف ترتيب مصلحة للغير، سواء اتضح ذلك من صراحة النص أو من العقد، كما يمكن أن يستفاد ذلك ضمناً من شروط العقد أو الظروف المحيطة به، فأثر العقد يمتد إلى الغير، لأن أطراف العقد نشدوا ذلك من وراء تعاقدهم، فإذا كان الأثر النسبي للعقد يرد إلى مبدأ سلطان الإرادة، فإن الخروج على الأثر النسبي وامتداد أثر العقد للغير يستند أيضاً إلى سلطان الإرادة، وتظهر النية من أن المشترك يتعاقد باسمه لا باسم المنتفع دون أن يكون المنتفع طرفاً في العقد لأن هذا الأخير يتم فيما بين المشترك والمتعهد فقط، إلا أنه يرتب منفعة للمنتفع وهو من الغير بالنسبة للمتعاقد، وعلى ذلك فيجب انصراف إرادة المتعاقدين في الاشتراط لمصلحة الغير إلى إنشاء حق مباشر للغير، سواء استفادت هذه الإرادة صراحة أم ضمناً، وذلك القول لا يمكن القول به أو الاستناد إليه كأساس لدعوى التحكيم في إطار العلاقات التي تشكل مجموعة عقدية واحدة لأن كل تصرف من التصرفات القانونية المكونة للمجموعة العقدية قد ينشأ مستقلاً عن الآخر، مما يصعب القول بوجود إرادة صريحة أو ضمنية اشترطت بأن يستفيد شخص لم يكن طرفاً في العلاقة التعاقدية من بند تحكيم أو مشاركة تحكيم، أو أن هذه الإرادة قد انصرفت إلى تمتع أو نشوء حق للطرف المضرور تجاه الطرف المسئول لاستخدام بند التحكيم.^(١)

ثانياً: ومن ناحية أخرى فيختلف أحكام الاشتراط لمصلحة الغير عن اتفاق التحكيم، فالجاء إلى التحكيم قد يكون عن طريق مشاركة التحكيم وهي اتفاق بين طرفي النزاع على التحكيم بشأن نزاع حدث بالفعل لحظة إبرام الاتفاق على التحكيم، أما في الاشتراط لمصلحة الغير فتتنصرف إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع أي ترتيب أو اكتساب الغير حقاً مستقبلاً، أي لم ينشأ بعد بعكس مشاركة التحكيم الذي يستلزم لإبرامه أن يكون النزاع قد حدث ونشأ بالفعل^(٢).

ثالثاً: كما يتميز التحكيم المبرم في العقد الأصلي باستقلاله عن العقد الذي ورد فيه لذا فهو يعد تصرفاً قانونياً قائماً بذاته، ومن ثم فقد يتصور صحته إذا ما

(1) C.A PITANT, Op . Cit, 723, BENABENT, note sous Civ . 1 . 29-5. et Civ.319.6- 1984,D.85, 213

(٢) راجع في عرض ذلك: د. جميل الشرقاوى- النظرية العامة للإلتزام - ص ٣٦١ - سنة ١٩٨٦، د. مصطفى الجمال - مصادر الإلتزام - ص ٣١٠، سنة ١٩٩٤، د. محمد لبيب- مرجع سابق - ص ٢٧٥ وما بعدها .

أبطل العقد الأصلي مصدر الرابطة القانونية، فلا تأثير لبطلان العقد الأصلي أو إنهائه - إلى التأثير على شرط التحكيم.

بالإضافة إلى القول بإمكانية أن يخضع شرط التحكيم في العقد الأصلي إلى قانون آخر يختلف عن القانون الذي اختاره أطراف العقد الأصلي المبرم بين أطرافه، فيعتبر بذلك اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى.

وقد أفصحت عن ذلك نص المادة ٢٣ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بقولها: "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً ومستقلاً عن شروط العقد الأخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته"، وكذلك فقد ظهر مبدأ استقلال شرط التحكيم ومشارطته في المرسوم الفرنسي الصادر في ١٤/٥/١٩٨٠، والذي أفصح عن مبدأ استقلال صورتى الاتفاق على التحكيم، وبذلك يمكن القول لأطراف العقد التجاري الذين يدرجون فيه شرطاً يقضي بالتحكيم عند نشأة النزاع المحتمل الغير، المحدد الذي يمكن أن ينشأ مستقبلاً عند تنفيذه وعند نشأة النزاع في المستقبل، أما الأمر على عكس ذلك في الاشتراط لمصلحة الغير، لأنه يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد تنفيذاً لعقد الاشتراط، وهذا الحق مستمد من عقد الاشتراط ذاته متى تم صحيحاً ويترتب للغير دون حاجة إلى قبوله، وعلى ذلك فالمتعهد يمكنه التمسك في مواجهة المنتفع ببطلان عقد الاشتراط أو بإبطاله لأي سبب من أسباب البطلان، حيث إن عقد الاشتراط يدور وجوداً أو عدماً مع حق المنتفع من الاستفادة بالحق المشترك، بحيث إذا أبطل العقد الأصلي بطل الحق المدعى به للغير.

وقد قضت محكمة التحكيم بالمركز الإقليمي بالقاهرة بانصراف اتفاق التحكيم بين المؤمن والمؤمن له إلى المستفيد الذي قبله إذا كان عقد التأمين يتضمن اشتراطاً لمصلحة الغير، وإذا كان هو المستفيد الوحيد لا يشاركه أحد في مزايا العقد وآثاره ويكون للمستفيد من عقد التأمين الذي يتضمن اشتراطاً لمصلحة حق شخصي مباشر تجاه المؤمن مستمد من عقد التأمين مباشرة في كل ما يتضمنه العقد من حقوق.

كما أن حق المشترك لصالحه في التمسك بشرط التحكيم المدرج في عقد الاشتراط إنما ينشأ من العقد المتضمن الاشتراط لصالحه وهو في مطالبته بهذا

الحق إنما يستند إلى هذا العقد يلتزم بما احتواه من شروط ومن بينهما شرط التحكيم.

ومن ناحية رابعة فإن المشاركة لا تلزم شخص الغير إلا إذا قبلها صراحة أو ضمناً، ووفقاً لمصلحته^(١)، وبتطبيق ذلك على دعوى التحكيم في إطار المجموعة العقدية الواحدة، فإن قبول أو رفض اللجوء للتحكيم يكون متوقفاً على محض إرادة الطرف المضرور، بحيث يمكنه استخدام أو اللجوء للتحكيم إذا كانت له مصلحة تعد عليه من وراء ذلك، وله أن يستبعده بحسب مصلحته، وذلك دون الاعتداد بإرادة الطرف المسؤول، علاوة على أن القول بمثل هذا يغلب إرادة الفرد على إرادة المشرع خاصة في الحالات التي يكون فيها اللجوء إلى التحكيم إجبارياً، وبهذا القول يكون للطرف المضرور مكنة التخلص من مبدأ القوة الملزمة للعقد على خلاف ما سبق قوله مراراً من أن أحكام المجموعة العقدية تكون واجبة التطبيق دون أن يكون للأطراف حرية في استبعاد هذه الأحكام أو تطبيق قواعد المسؤولية العقدية. كما قد يؤدي للقول بإمكانية الخيرة بين قواعد المسؤولية العقدية والتقصيرية الذي بات مرفوضاً في الفقه والقضاء.

كذلك يختلف أساس اللجوء للتحكيم في إطار المجموعة العقدية عن الاشتراط لمصلحة الغير من حيث إن فكرة الاشتراط لمصلحة الغير لا تخول للمنتفع مكنة الرجوع لاقتضاء حقه في التعويض إلا على المتعهد فقط مستنداً للحق المترتب له من عقد الاشتراط متى تم هذا الأخير صحيحاً، ويكون رجوعه على المتعهد فقط لطلب التعويض عن عدم تنفيذ التزاماته، التي يفرضها عليه العقد أو مطالبته بتنفيذ التزاماته دون أن يكون له الحق في طلب فسخ عقد الاشتراط، لأنه ليس طرفاً فيه، أما في إطار المجموعة العقدية، فإن أحكامها تخول للطرف المضرور غير المباشر الحق في الرجوع على المتعاقد معه والرجوع على الطرف المسؤول عن تحقق الضرر أو الرجوع عليهما معاً على سبيل التضام.

(١) راجع في عرض ذلك: د. حسام الدين كامل الأهواني - المرجع السابق، ود. مصطفى الجمال - المرجع السابق - ص ٣١٦، د. عبد المنعم الصدة - المرجع السابق - ص ١٩٨٦.

وكذلك فإن فكرة الاشتراط لمصلحة الغير تنتفى وجودها في بعض العلاقات الثلاثية القانونية التي تشكل مجموعة عقدية واحدة كعقود الفيديك أو عقود الـ B.O.T، فطبقاً لذلك النموذج فإن العقد يبرم بين رب العمل والمقاول فقط، إلا أن هذا العقد يعطي المهندس مجموعة من الحقوق والواجبات والالتزامات التي تنقل كاهله، فالمهندس ليس طرفاً في العقد ولكنه مسمى فيه، ومن السلطات التي أعطاه لها هذا العقد أن المقاول الأصلي لا يستطيع أن يتعاقد من الباطن على جزء أو كل من الأعمال المسندة إليه بالعقد الأصلي بغير موافقة هذا المهندس - كذلك لهذا الأخير الحق في الإشراف وإصدار التعليمات والتوجيهات ومتابعة الأعمال، سواء أورد ذلك في العقد أم لم يرد، كما أعطى هذا النموذج للمهندس سلطة حل المنازعات التي تنشأ بين رب العمل والمقاول سواء كان مرتبطاً بالعقد أو ناشئاً عن تنفيذ الأعمال، ويسأل المهندس أيضاً أمام المقاول بالرغم من عدم وجود عقد بينهما، وعلى ذلك فقد ذهبت محكمة كندية بمسئولية المهندس تجاه الشركة القائمة بالبناء على أساس عدم وجود صعوبة في أن يتحمل المهندس كشخص مهني واجب عناية تجاه الشخص الذي يجب أن ينفذ التعليمات فإذا أخل المهندس بهذا الواجب فإنه يكون مسئولاً، وعلى ذلك فقد أتاح هذا النموذج للمهندس أن يرجع على المقاول والعكس صحيح، وله أن يرجع على رب العمل. ولهذا الأخير حق الرجوع عليه في حالة الإخلال بالتزاماته المسماة في العقد، أما في ظل الاشتراط لمصلحة الغير، فلا يحق للمنتفع سوى الرجوع على المتعهد فقط كما سبق وأن بينا، كما يختلف دور المنتفع عن المهندس في هذا العقد حيث يقتصر دور المنتفع على تلقي حق من عقد المشاركة، ولا يعد طرفاً في العقد، أما المهندس فله دور أكثر فاعلية مثل طرفي العقد.

وكما أن حق المنتفع يستمد من المشاركة أو من العلاقة التعاقدية التي تبرم بين المشترط والمتعهد، فيستطيع هذان المتعاقدان أن يكيفا الحق طبقاً لما تم الاتفاق عليه، فيجوز لهما أن يجعلوا حق المنتفع غير قابل للنقض أو قابلاً للنقض مع المتعهد على ذلك^(١).

(١) راجع د. فيصل زكي عبد الواحد: البحث السابق - ص ٢٥٨، والسنهوري - مصادر الالتزام - ص ٥٦٦ المجلد الأول فقرة ٣٨٢.

أما في إطار المجموعة العقدية فإن ضوابط دعوى المسؤولية أو ضوابط التحكيم يتم تحديدها وفقاً للعلاقة التعاقدية التي ساهم الطرف المسئول في بنائها، مع أنه سبق القول بأن ضوابط دعوى المسؤولية يتحدد وفقاً لهذه العلاقة الأخيرة وتلك التي ساهم الطرف المضرور في تكوينها.

كذلك يتوقف حق الطرف المضرور في الرجوع على الطرف المسئول على محض إرادة المتعاقد معه، في حين أنه استقر القول على توقف دور هذه الإرادة على حد بناء العلاقات التعاقدية فقط التي تكون مجموعة عقدية واحدة.

كذلك فقد قرر المشرع المصري أحكاماً خاصة بالاشتراط لمصلحة الغير لا يوجد مثيلها بين أطراف المجموعة العقدية، فأجاز للمشتراط حق نقض المشاركة في المادة ١٥٥ من القانون المدني الذي يجيز للمشتراط أو ورثته نقض المشاركة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد وإلى المشتراط رغبته أن يستفيد منها ما لم ينص على خلاف ذلك، وقد ذهب البعض^(١) إلى أن اشتراط المشرع بأن يتم نقض المشاركة قبل إعلان من تقررت له المشاركة ولا يحق للشخص الذي كانت مقررة له المشاركة أن يرجع على المتعهد، إلا أن تطبيق ذلك الحكم في نطاق المجموعة العقدية يؤدي لتوقف تطبيق أحكام هذه المجموعة على محض إرادة الطرف المضرور، وقد استقر الأمر على أنه يتعين خضوع أطراف المجموعة العقدية لنظام قانوني موحد .

(١) راجع د. فيصل زكي عبد الواحد: البحث السابق - ص ٢٥٨، ود. محمد شريف عبد الرحمن، المرجع السابق ص ٢٨١.

المطلب الخامس

رفض مبدأ التضام كـأساس للتحكيم

في إطار المجموعة العقدية

سبق أن بينا أن المجموعة العقدية هي التي تتكون من عدة تصرفات قانونية متعاقبة أو مترابطة، تتأتى على مال أو محل واحد، بقصد تحقيق هدف مشترك.

فيجوز للمضرور أن يرجع على المسئول عن الضرر أو المتعاقد معه مباشرة، كما يجوز له أن يرجع عليهما سويًا بالتضام، وقد استقر القضاء المصري على ذلك. فقد قضت محكمة النقض بأن "إلزام رب العمل بتعويض الضرر الذي يلحق بالغير من فعل المقاتل له - مناطه - ثبوت أن الخطأ الناجم عن ذلك الضرر وقع من المقاتل، أثره جواز رجوع المضرور عليهما معاً أو أيهما لاقتضاء التعويض، مؤداه التزام محكمة الموضوع في حالة الرجوع على المتبوع التحقق من توافر السلطة الفعلية أو انعدامها ومسئولية المقاتل عن الخطأ الذي سبب الضرر"^(١).

ولا تنور أية مشاكل إذا كان الشخص المسئول عن تحقق الضرر هو المدين المباشر تجاه الدائن المضرور، فيصح في ذلك الوقت مساءلته طبقاً لمضمون وطبيعة العقد المبرم بينهما، أما الصعوبة فتتسأ في حالة ما إذا انتفى وجود العقد مباشرة مع المسئول عن تحقق الضرر مع رب العمل الأصلي، أو الدائن الأصلي، فما الأساس القانوني الذي يستند إليه الدائن المضرور عند مساءلة الطرف المسئول بالرغم من عدم ارتباطه معه بأي عقد.

هناك حالات تفرض فيها طبيعة الأشياء نفسها من حيث التطبيق، حيث نكون بصدد عدة أشخاص مسئولين أمام دائن بعمل ما لتحقيق مصلحته، كما في حالة الالتزام التضاممي، والذي قد يعتقد البعض أنه يصلح كأساس لمساءلة الطرف المسئول عن تحقق الضرر في إطار المجموعة العقدية، فالالتزام التضاممي على هذا النحو هو التزام يقوم على تعدد المسئولين عن ذات الدين أو تعدد الروابط مع التزام كل منهم أمام الدائن بأداء الدين كله، وتكون ديونهم متميزة عن بعضها

(١) الطعن رقم ٩٨٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ٢٠٠٢/٥/١٢

البعض نظراً لتعدد مصادرها، وإن تمثلت في أداءات متماثلة حيث تتجه جميعاً إلى غرض واحد^(١)، ومن أهم الأمثلة على الالتزام التضاممي في القانون المصري عندما يستخدم المدين بعقد ما شخصاً غيره في تنفيذ التزاماته العقدية فيكون في هذه الحالة مسئولاً مسئولية عقدية عن خطأ هذا الشخص الذي استعان به في تنفيذ العقد، مثل المؤجر فهو مسئول عن تنفيذ التزاماته العقدية الناشئة عن عقد الإيجار نحو المستأجر، فقد يعهد المؤجر في تنفيذ جزء من التزاماته للغير مثل أن يعهد بترميم العين إلى مقاول، فإذا أهمل هذا المقاول وتسبب بإهماله إلى تدهم المبنى، كان خطأً يستوجب مسألته تجاه المؤجر، ويكون هذا الأخير أيضاً مسئولاً عن خطأ ما استعان به في تنفيذ التزامه، ويكون على هذا النحو تعويض المستأجر عن طريق المقاول كالتزام، ويكون في نفس الوقت التزام بتعويض المستأجر من قبل المؤجر بمقتضى مسؤولية المقاول، في هذا الصدد فنكون أمام التزام واحد له مدينان متضامان على أساس توافر محل واحد، وهو العين المؤجر وروابط متعددة، ومصادر متعددة فدين التعويض محله واحد بالنسبة لكل من المؤجر والمقاول إلا أن هناك رابطتان مختلفتان، أحدهما تربط المستأجر بالمؤجر والأخرى تربط المستأجر بالمقاول، إلا أن مصدر التزام المقاول هو الخطأ التقصيري الذي ارتكبه، أما مصدر التزام المؤجر فه مسؤولية عقدية عن فعل الغير، وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية على أن "التضام نتيجة تعدد مصدر الدين ووحدة محله مقتضاه، جواز مطالبة أي مدين بكل الدين وعدم جواز رجوع من دفعه على مدين أضر به"^(٢).

وعلى ذلك، فيستطيع المستأجر أن يرجع بالتعويض على المستأجر والمقاول على سبيل التضام بينهما، كما قضت محكمة النقض الفرنسية بإعطاء رب عمل الحق في الرجوع على المقاول بما دفعه من تعويض للغير كاملاً إذا لم يكن قد ساهم في إحداث الضرر.

(١) حيث يعرفها أستاذنا السنهوري بالمسؤولية المجتمعة، انظر في ذلك - الوسيط في المسؤولية المجتمعة - ص ٦٢٠، فقرة ١٧٦ - ١٧٧.

(٢) راجع في ذلك د. عبد الرزاق السنهوري - المجلد الثالث - المرجع سابق فقرة ١٧٧ ص ٢٠٠٠، الطعن رقم ٢٤٧ لسنة ٣٠ ق جلسة ٢١/١٢/٧٦.

وقد ذهب البعض^(١) للقول بأن الواقع العملي يكشف عن العديد من الالتزامات المعقدة وأصبح الالتزام الواحد قد لا يستطيع المدين القيام بتنفيذه، بل لابد من الاستعانة بأشخاص آخرين لمساعدته على تنفيذ التزامه والالتزام التضاممي يرتبط بطبيعة العلاقة القانونية، إذ أنه تطبيق لبعض المبادئ القانونية التي تحكم علاقة الدائن بالمدينين المتعددين فالتضامم هنا يتولد عن طبيعة الأشياء حيث تنص المادة ١٣٨٤ مدني فرنسي أن الالتزام التضاممي يقوم في مجال المسؤولية عن فعل الغير عندما يكون الشخص مسؤولاً مدنياً عن شخص آخر فيكون على هذا النحو مسؤولاً معه على سبيل التضامم عما يحدثه الغير الذي تحت رقابته وإشرافه من ضرر، ولذلك فقد قرر القضاء الفرنسي أنه عندما يتعدد المسؤولون عن الأخطاء التي ترتكب في أثناء تنفيذ العقد، فإن الالتزام في هذه الحالة يكون التزاماً تضاممياً حيث أصبحت المحاكم تعترف بوجود الالتزام التضاممي في المجال العقدي، فعندما يكون حيث الضرر يلتزم كل منهم بعقد مستقل عن الآخر.

وبالرغم من اتجاه البعض للقول بأن فكرة التضامم قد لا تصلح كأساس للمسؤولية التي يستند إليها الشخص المضرور في إطار المجموعة العقدية الواحدة لمساءلة الطرف المسؤول الذي لم يشترك معه بعلاقة مباشرة إلا أننا نرى أنه وإن كان المدينون الملتزمون في مواجهة رب العمل متعددين، إلا أن محل الالتزام متعدد هو الآخر مما يتنافى مع فكرة المجموعة العقدية التي تعتمد على فكرة وحدة المحل الواحد الذي تتعاقب عليه كافة العقود المتتابعة على هذا المحل والمرتبطة مع بعضها البعض، الذي تهدف أخيراً إلى هدف واحد مشترك.

(١) راجع في هذا المعنى: د. هناء محمد خيرى: المرجع سابق - ص ٣١٩.

المطلب السادس

تبني فكرة التوازن العقدي

تبني بعض من الفقه نظرية مفترضة لإقامة التوازن بين الحقوق وتقوم هذه الفكرة على التوازن العقدي أو التوازن بين الحقوق وعدم الإضرار بأي من الأطراف المتعاقدة، أو على الأخص عدم الإضرار بالطرف المتعاقد مع الطرف المضرور، وعلى ذلك فحرمان الطرف المسئول من التمسك بمضمون العلاقة التعاقدية الواجبة التطبيق على هذه العلاقة يترتب عليه من جهة فقد التوازن العقدي من جانب المتعاقد مع الطرف المضرور، كما أنه يؤدي إلى خرق مبدأ القوة الملزمة للعقود.

فالعقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب التي يقررها القانون، وكافة الالتزامات التعاقدية تعادل في قوتها الالتزامات التي يكون مصدرها القانون^(١)، وطبقاً لمبدأ سلطان الإرادة، يجوز للمتعاقدين تضمين عقودهم ما يشاءون من بنود، بشرط عدم مخالفتها للنظام العام أو للنصوص التشريعية المعمول بها كبند اللجوء إلى التحكيم أو الإعفاء من المسؤولية أو تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع، ومن ثم فإن العلاقات التعاقدية تقوم على أساس مبدأ سلطان الإرادة فكل شخص يشترك في علاقة تعاقدية معينة يعبر فيها عن إرادته، لا يلجأ إلى ذلك إلا بعد أن يوازن بين الأداء الذي سيحصل عليه وذلك الذي سيلتزم به. ومن هنا تقوم العلاقات التعاقدية على فكرة إقامة التوازن العقدي بين المتعاقدين، وأن المشرع تدخل بهدف حماية وتنظيم والحفاظ على ذلك التوازن فقرر قواعد لتنظيم التصرفات القانونية من ناحية التكوين ومن ناحية التنفيذ.

فقرر المشرع بعض القواعد التي تنظم الجانب التكويني لإنشاء علاقة تعاقدية معينة مثل خلو الإرادة من العيوب وأهلية التصرفات القانونية، ورتب الجزاءات المترتبة على عدم توافر الأهلية أو الشكل المطلوب للعقد وقرر البطلان جزاء مخالفة أركان التعاقد أو تعيب الإرادة بأحد عيوب الرضا.

(١) راجع في ذلك د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق - ص ٢٧٩.

كما أن المشرع نظم القواعد التي تنظم مرحلة تنفيذ العلاقة العقدية فقد قرر مبدأ القوة الملزمة للعقد ومبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات العقدية^(١).

ولكي يحقق المشرع فكرة التوازن العقدي بين أطراف العلاقات التعاقدية اتبع منهج تصنيف المسؤولية إلى عقدية وتقديرية وموضوعية، وخص لكل صورة نظاماً مستقلاً عن الأخرى، وربط مجال تطبيق قواعد المسؤولية العقدية بفكرة الطرف، بحيث يدور وجوداً أو عدماً مع قواعد هذه الأخيرة، ولا شك وكما يقول الرأي الراجح وبحق أن إقرار دعوى المسؤولية العقدية فيما بين أطراف المجموعة العقدية، يحافظ على التوازن العقدي الذي اتجهت إليه إرادة أطراف المتعاقدين، وضمانة حقيقية للطرف، بحيث لا يسأل المدين إلا في إطار العلاقة أو التصرف القانوني الذي ساهم أو شارك في بنائه، وعدم حصول المضرور أو الدائن على حقوق أكثر من تلك المنبثقة عن التصرف الذي شارك في تكوينه، كما ن ذلك يتيح للطرف المدين الاستفادة من الأحكام التي تنظم العلاقة التي ساهم في تكوينها^(٢).

(١) راجع في ذلك د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق - ص ٢٨٠.

(٢) راجع في ذلك د. فيصل زكي عبد الواحد - المرجع السابق - ص ٢٨٠.

- الخاتمة -

مما لا شك فيه إن نظام التحكيم في إطار المجموعة العقدية لم يكن بالصورة التي أصبح عليها الآن حيث مر بتحويلات عديدة وتطورات بالغة الأهمية، ولقد بينا في هذا البحث النظام القانوني للتحكيم في إطار المجموعة العقدية من خلال توضيح المجال الحقيقي لقواعد المسؤولية العقدية في الباب الأول والذي تكلمنا فيه عن التعاريف المتعددة لفكرة المجموعة العقدية في مصر وفرنسا وانتهينا إلى أنها تتكون من مجموعة من العقود التي تنصب على مال واحد بقصد تحقيق هدف مشترك اطلق عليه بعض الفقه السلسلة العقدية أو مجموعات العقود. وهي التي تتشكل حول نفس المحل الذي أبرمت بشأنه العقود التي تنظمها هذه السلسلة، ثم فصلنا من دراستنا بشأن توضيح المجال الحقيقي لقواعد المسؤولية العقدية وهل تقتصر على الأشخاص الذين شاركوا في تنفيذ العلاقات التعاقدية دون أن يكون لهم دور في بنائها، وهل يمكن الاحتجاج بهذه العقود في مواجهة الغير بصفة واقعة قانونية وانتهينا إلى أن الغير عليه واجب احترام حقوق الآخرين، وعدم الإخلال بها وينشأ له حق خاص ومستقل يوفره له مبدأ الاحتجاج داخل المجموعة العقدية التي ينضم إليها، ويتيح له ذلك أن يطلب من عضو آخر داخل نفس المجموعة أن يحترم مصلحته وان ينفذ لصالحه آداء أو آخر إلزام في العلاقة العقدية الأصلية بينه وبين دائئه.

ثم عرضنا لموقف الفقه والقضاء المصري والفرنسي بشأن هذه المجموعة وعرضنا لموقف الاتجاه المعارض لفكرة المجموعة العقدية والذي أخذ بالمفهوم الضيق لمعنى الطرف وقصر نطاق تطبيق مبدأ نسبية آثار التصرفات القانونية على الأشخاص الذين وقعوا على العقد واعتد بالناحية التكوينية للعلاقة التعاقدية وقرروا وجوب تطبيق أحكام وقواعد المسؤولية التقصيرية فيما بين أفراد المجموعة العقدية نظراً لعدم وجود رابطة عقدية مباشرة تربط بين الطرف المضرور غير المباشر والطرف المسئول، وإنتهوا إلى نتيجة مؤداها دخول كل ما يخرج عن نطاق العلاقة العقدية المباشرة في نطاق أحكام المسؤولية التقصيرية، ثم بينا بعد ذلك النتائج الخطيرة التي قد تتجمل نتيجة الإقحام قواعد المسؤولية التقصيرية حظيرة المجموعة العقدية والمتمثلة في إهدار القيمة الإلزامية للعقود والنصوص التشريعية والخاصة بتحديد القانون الواجب التطبيق والقواعد التي تحدد الاختصاص القضائي والقواعد الخاصة بالتعويض والتقادم.

ثم بعض ذلك تعرضنا في المبحث الثاني لموقف الفقه المصري والفرنسي المؤيد لفكرة المجموعة العقدية وتوحيد قواعد المسؤولية العقدية وتطبيقها على جميع أفراد المجموعة العقدية في إطار واسع موضوعي يقوم على تحديد مدلول الطرف إنما يكون بالنظر إلى الأعمال اللاحقة لعملية التكوين في الحالة التي يكون فيها الضرور غير المباشر لحظة حدوث الضرر ثم عرضنا أهم النتائج التي ترتبت على توحيد قواعد المسؤولية العقدية من حيث الحفاظ على الأثر الملزم للعقود وتوحيد القواعد الخاصة بالتقادم والتعويض عن الضرر المباشر والمتوقع وتوحيد القواعد الخاصة بالإختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق على العلاقات التعاقدية ذات الطابع الأجنبي وتقرير مبدأ عدم جواز الخيرة بين قواعد المسؤولية العقدية والتقصيرية، ثم عرضنا لوجهة نظرنا بشأن المجموعة العقدية على ضوء ما صدر من أحكام أصدرتها محكمة النقض المصرية والفرنسية وعرضنا لمفهوم الطرف في إطار العلاقات التعاقدية بمفهومه الشكلي وانتهينا إلى أنه يلزم لإكتساب صفة طرف في علاقة ما لا بد أن تتوافر في الشخص أهلية ممارسته للتصرف الذي يجعله قادراً على أن يعبر من إرادته الوافية المدركة أي يكون هذا الشخص مميزاً على درجة من الإدراك يجعله يقارن بين التزاماته وحقوقه الناشئة عن التصرف يستبين منه الفعل الضار من النافع.

ثم بعد ذلك قمنا بتعريف الطرف بمفهومه الموضوعي وهو كل من وافق ووافق المتعاقدون على إنصرافه الأثر الملزم إليه، بمعنى إن الطرف على هذا النحو لا يقتصر فقط على المتعاقدون الذين شاركوا في عملية التكوين للعقد، بل يتسع ليشمل أشخاصاً آخرون وافق المتعاقدين على إنصراف أثر العقد إليهم كالإشتراط لمصلحة الغير وعرضنا لأمثلة للطرف بمعناه الموضوعي، وفي هذا الجزء رأينا إنه عند تفسير علاقة ثلاثية مركبة فإنه يبرز على السطح مبدأ نسبية آثار العقد كعقبة قانونية جوهرية عند عرض أو تبرير أي تفسير قانوني لمثل هذه العلاقات الثلاثية المركبة، فإن مفاد هذا المبدأ هو عدم إنصراف ما يربته العقد من حقوق والتزامات إلى غير عاقبة كقاعدة عامة إلا أن مبدأ الإحتجاج بالعقود لا يتصور أن يكون المركز القانوني الناشئ عن العقد ذا أثر نسبي فقط لأن العقد كواقعة إجتماعية وما يخلقه من

مركز قانوني جديد طارئ على العلاقات القانونية السابقة لابد وأن يفرض وجوده ومن ثم احترامه على الكافة، وبعد ذلك قمنا بتعريف الطرف في إطار المجموعة العقدية وانتهينا إلى أنه يعد طرف كل من أسهم ولو بصورة مستقلة في تنفيذ التزامات العقد الأصلي اعتبر طرفاً في المجموع العقدي لهذه التصرفات وبينا بعد ذلك مدي تأثير الاعتبار الشخصي في التعاقد داخل نطاق المجموعة العقدية إذا كان قد روعي في هذا التعاقد الاعتبار الشخصي، ثم عرضنا بعض صور المجموعة العقدية، وبينا أن هناك بعض التصرفات المتعاقبة على مال واحد أو التصرفات القانونية المترابطة بقصد تحقيق هدف مشترك كعقود المقاوله من الباطن والعقود المشتركة وقمنا بالتمييز بعد ذلك بين المجموعة العقدية وبعض الأنظمة القانونية الأخرى كالنتازل عن العقد وحوالة الحق وحوالة الدين والاشتراط لمصلحة الغير وعلاقة المتبوع عن أعمال تابعة وتمييزها عن فكرة الحلول في إطار المجموعة العقدية.

ثم بعد ذلك تعرضنا في الباب الثاني من هذا البحث لمفهوم التحكيم وأهميته في الوقت الحالي ومدى مشروعيته وبينا موقف الفقه والقضاء بشأن مفهوم التحكيم وانتهينا إلى أن التحكيم هو إتفاق الطرفين على اللجوء إليه لفض أو تسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو التي يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة سواء كانت عقدية أو غير عقدية، ثم بينا أهميته الكبيرة والملحة في مجال المنازعات الدولية نظراً لما يحققه التحكيم من فاعلية ويسر في فض ما ينشعب من نزاع بين المتنازعين في مجال التجارة الدولية وعرضنا مدى مشروعية التحكيم في ضوء أحكام المحكمة الدستورية العليا وذلك من خلال عرض وجهة نظر الفقه والقضاء بخصوص شرعية التحكيم وانتهينا إلى عدم مشروعية التحكيم الإلزامي الذي يفرض قسراً على الأفراد إما التحكيم الاختياري هو تحكيم مشروع ودستوري وانتهينا إلى أن القاعدة الدستورية هي قاعدة آمرة ولكنها تحمل مصلحة خاصة للأفراد ومن ثم يجوز لصاحب المصلحة التنازل فيها، ثم عرضنا لدور التحكيم في تحرير عقود التجارة الدولية من الخضوع للقوانين الداخلية ودوره في إرساء القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولي، وبينا المشاكل التي تنجم عن اللجوء إليه من

حيث إختلاف القانون الواجب التطبيق من عقد لآخر داخل حدود المجموعة العقدية وإختلاف عدد الأعضاء من عقد لآخر داخل حدود المجموعة العقدية.

وبعد ذلك بينا الطبيعة القانونية لنظام التحكيم من خلال عرض النظريات المختلفة التى قيلت حول الطبيعة القانونية لنظام التحكيم وانتهينا إلى تأييد الطبيعة القضائية لنظام التحكيم نظراً لما يستند إليه من أدلة منطقية لتشابه مركز ومهمة المحكم بمهمة القاضي من ناحية أحكام التحكيم بأحكام القضاء.

وعرضنا بعد ذلك لموقف الفقه والقضاء التقليديين من إتفاق التحكيم وخلصنا من دراستنا إلى النتائج الآتية:

أولاً: إن إتفاق التحكيم يخضع لمبدأ سلطان الإرادة فلا بد أن تتجه إرادة الأطراف لإختيار التحكيم كوسيلة لحسم النزاع بدلاً من قضاء الدولة بحيث يترتب على تخلف عنصر الرضا إنعدام إتفاق التحكم.

ثانياً: نظراً للنتائج الخطيرة التى تترتب على إتفاق التحكيم فقد استلزم المشرع المصري كتابة هذا الإتفاق م ١٢ من قانون التحكيم المصري، وانتهينا إلى عرض الضرورات العملية التى تبرر نقل إتفاق التحكيم إلى الغير وعرضنا ان الإتفاق التحكيمي ما هو إلا عقد إجرائي مميز عن العقد الموضوعي الأصلي والأول مقرر لحماية العقد الأصلي فينتقل بالتبعية مع العقد ألى الوارد فيه إلا إذا وحد إتفاق صريح أو ضمني يمنع هذا النقل.

ثالثاً: يتمتع إتفاق التحكيم بإستقلال تام عن العقد الأصلي الي يتضمنه فلا يتأثر هذا الإتفاق بالعقد الأصلي سواء بما لحق هذا الأخير من بطلان أن فسخ، فإتفاق التحكيم يتمتع بذايته وقانونية مستقلة عن العقد الأصلي الوارد فيه، والهدف من هذا الاستقلال هو تحصين إتفاق التحكيم من كل عيب يلحق بالعقد الأصلي، وانتهينا إلى القول بأن المقصور بالاستقلال هو الاستقلال بالمعنى القانوني مستر شريف بموقف القضاء والمعاهدات الدولية التى قيلت في هذا الشأن.

وحاولنا بحث موضوع نطاق إتفاق التحكيم على أساس موضوعي ذلك على ضوء دراسة مبدأ نسبية آثار العقد بحيث لا يمتد آثاره إلا لغير أطرافه، فإتفاق

التحكيم لا يمكن الاحتجاج به على من لم يكن طرفاً فيه وحاولنا إلقاء الضوء على التساؤل الذي كان محل خلاف حاد في الفقه والقضاء الدوليين ألا وهو مدى جواز امتداد بند التحكيم من عقد يرد فيه مثل هذا الإتفاق إلى عقد آخر لم يرد فيه داخل عقود المجموعة العقدية، وقمنا بعرض وجهة نظر الاتجاه المؤيد لإمتداد إتفاق التحكيم من عقد لآخر داخل عقود المجموعة العقدية والذي قرر بامتداد شرط التحكيم من عقد لآخر داخل عقود المجموعة العقدية أي أن شرط أو بند التحكيم المدرج في العقد الأصلي الذي تضمنه يمتد إلى بقية العقود المنبثقة منه واللاحقة عليه باعتبار إنها صارت لتنفيذ هذا العقد الأصلي. وانتهينا للقول بأن مسابقة الاتجاه القائل بمد شرط التحكيم من عقد لآخر داخل عقود المجموعة العقدية من شأنه ان يجعل من التحكيم نظاماً إجبارياً يذعن أحد الطرفين الذي لم يوقع عليه ولم تتصرف إليه إرادته وتهدر حقه في اللجوء لقاضيه الطبيعي وذلك من شأنه إنكار فكرة الأسرة العقدية ككل لأن إرادة المتعاقدين هي التي تخلق التحكيم وتحدد نطاقه من حيث المسائل التي يشملها والقانون الواجب التطبيق ويتنافى مع مبدأ القوة الملزمة للعقد.

بعد ذلك تناولنا مشكلة مدى جواز امتداد شرط أو بند التحكيم داخل عقود مجموعة الشركات وعرضنا موقف الاتجاه القائل بعدم إمتداد بند التحكيم داخل عقود مجموعة الشركات على أساس الاستقلال المعنوي والقانوني لكل شركة من الشركات المكونة للمجموعة وإستناداً للطابع الإرادي لإتفاق التحكيم وكذلك عرضنا موقف الإتجاه القائل بمد شرط التحكيم داخل هذه المجموعة وبذلك يمتد شرط التحكيم المدرج بواسطة الطرفين في عقد دولي يتمتع بفاعلية وإلزامية تقضي بإمكان مده وتطبيقه على الأطراف المعنية مباشرة فينفذ على منازعات العقد المدرج فيه وعلى المنازعات الناشئة عن تنفيذه بمجرد التأكد من إمكان علمها بوجود شرط التحكيم، وعرضنا لموقف المحاكم الفرنسية والمؤيد لمبدأ إمتداد إتفاق التحكيم إلى غير أطرافه الذين وقعوا على العقد داخل مجموعة الشركات، وعرضنا بعد ذلك لوجهة نظرنا بشأن إمتداد بند التحكيم داخل عقود ومجموعة الشركات وانتهينا للقول بأنه لا يكفي إنتماء الشركات إلى مجموعة واحدة كي يمتد شرط التحكيم الذي توقعه إحدهما لسائر الشركات الأخرى في المجموعة وذلك لتعارض مع طبيعة

التحكيم من حيث أن هذا الأخير نظام إرادي تعاقدى يملك الأطراف تحديد نطاقه وقوته الملزمة ومن ثم لا يصح الالتجاء إليه عندما لا تتجه إرادة طرفيه إليه.

ثم عرضنا من خلال دراستنا للإتجاه المعارض لفكرة إمتداد إتفاق التحكيم من عقد لآخر داخل نظام المجموعة العقدية على أساس أن نظرية مجموعة العقود لا تكفي وحدها للقول بإمتداد نطاق التحكيم من أحد العقود إلى سائر العقود المرتبطة بالمجموعة ولا تكفي لتبرير الخروج إلى الغير الذي لم يقبل التحكيم صراحة أو ضمناً لأن هذا الأخير قوامه الرضا الصريح أو الضمني، كما إن الغير لا إلزام عليه لأنه لم يكن طرفاً في إتفاق التحكيم أصلاً فيجب عدم التوسع في مد الأثر الملزم لإتفاق التحكيم إلى أشخاص ليسوا بأطراف فيه من الناحية الموضوعية، أو من الناحية القانونية.

إما بخصوص مسألة التحكيم بالإحالة يشير المتعاقدان في عقد من عقود التجارة الدولية إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم وإعتبارها جزء لا يتجزأ من العقد، وقد إستقر الفقه والقضاء الفرنسي على صحة إتفاق التحكيم المبرم بين الأطراف والذي يحيل إلى عقد نموذجي أو إلى العادات الجديدة وقد عالج المشرع الفرنسي هذه المشكلة بالنص في المادة ١٤٤٣ مرافقات فرنسي على ضرورة كتابة شرط التحكيم بالإحالة سواء ورد هذا الشرط في عقد الأساس أو في وثيقة أخرى أحال إليها العقد بشرط على الطرف الأخير بأركان هذه الوثائق بالعقد، وعلمه بما تحتويه هذه الوثائق من بنود أو شروط، وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على ضرورة أن تكون الإحالة واضحة وصريحة وأن يتوافر العلم بالشروط المدونة في عقد المشاركة، اما المشرع المصري فقد عالج مشكلة الإحالة بموجب المادة العاشرة - فقرة ثالثة من قانون التحكيم وقرر بالنص عليها عندما يحيل الأطراف في علاقتهم الأصلية إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم بشرط ان تكون الإحالة واضحة وصريحة في اعتبار هذا الشرط جزءاً من العقد واستلزمت المادة نفسها ان تكون الإحالة إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم مكتوبة والمشرع بهذا النص يكون قد اعترف بوجود اتفاق على التحكيم سواء تم ذلك. بإتفاق الأطراف كتابته أو أن يقوموا بإرجاع هذا الإتفاق بين طرفيه إحالة إلى نموذج معلوم يرد به شرط إتفاق تحكيم.

ثم تحدثنا عن التحكيم متعدد الأطراف وأثره على تشكيل المحكمة التحكيمية وبينما ما بصادف هذا النوع من التحكيم من صعوبات وتعارض في المصالح نتيجة تعدد المتدخلون إلى جانب المدعى والمدعى عليه مثل مشكلة تشكيل هيئة التحكيم وصعوبة وضع معيار واحد يتم على أساسه تعدد التحكيمات وعرضنا لموقف القضاء في قضية تحكيم Dutco والتي انتهت فيها المحكمة لمبدأ المساواة بين الخصوم في اختيار المحكمين واعتبار ذلك من المبادئ التي تتعلق بالنظام العام لا يجوز التنازل عنه.

وبعد عرضنا لمسألة التحكيم بالإحالة والتحكيم متعدد الأطراف كان لزاماً عليه أن نبين الأساس والضوابط التي يقوم نظام التحكيم في إطار المجموعة العقدية وبينما موقف الفقه والقضاء من مسألة العلم وقبوله بشأن التحكيم وفرقنا بين حالة ما لو كان إتفاق التحكيم مدرج كشرط من شروط العقد الأصلي فيمتد هنا بإعتباره من مستلزمات العقد الأصلي وحالة ما إذا كان التحكيم قد جاء في صورة مشاركة وهنا يلزم العلم بإتفاق التحكيم حتى يسري البند في مواجهة من يحتج عليه وقد إشتطت ذلك محكمة النقض الفرنسية ثم بينا بعد ذلك حدود والتزامات كل طرف وانتهينا إلى أنه لا يمكن مسائلة الطرف المدين عن الأضرار التي تتقل كاهله إلا في إطار العلاقات التعاقدية التي يكون قد ساهم في تكوينها وطبقاً لأحكام ومضمون هذه العلاقة، كما إن الطرف المسئول لا يسأل إلا في حدود ما إنصرفت إليه إرادته أي داخل إطار العلاقة التي شارك في تكوينها، وبينما بعد ذلك حقوق كل طرف داخل المجموعة العقدية والمتمثلة في الحقوق الواردة بخصوص التصرف القانوني الذي ساهم الشخصي المضرور فيه وانتهينا إلى أنه يحق للمضرور غير المباشر أن يرجع على الطرف المسئول من إحداث الضرر أو على المتعاقد معه أو عليهما بالتضام وفقاً لمضمون العلاقة التي شارك هو في تكوينها.

وبعد ذلك للأساس الذي يرتكن إليه التحكيم وتناولنا عرض الاتجاهات المختلفة التي قيلت بحوالاة الحق كأساس للتحكم في إطار المجموعة العقدية وانتهينا أن فكرة حوالاة الحق لا تصلح كأساس للتحكيم لأن هذا الأخير هو حق والتزام بالنسبة لكل من طرفيه وليس حق فلا يمكن القول بأنه مجرد حوالاة حق عند إمتداد آثاره إلى الغير، كما إن فكرة حوالاة الدين هي الأخرى لا تصلح كأساس للتحكيم في

إطار المجموعة العقدية لعدم وجود نص في القانون الفرنسي ينظم حوالة الدين لإختلاف تكوين هذه الأخرى عن المجموعة العقدية لأن العلاقة التعاقدية التي ساهم الطرف المضرور في تكوينها غالباً ما تنشأ بعد تكوين العلاقة التعاقدية التي كان المسئول طرفاً مباشراً فيها مما يستحيل معه القول بوجود إرادة صريحة أو ضمنية بشأن التنازل عن الدين بكل مقوماته، كما أن نظام التحكيم يختلف عن نظام حوالة الدين حيث أن الأول يخضع لإتفاق الأطراف أما الثاني فيخضع للقوانين الوطنية.

كما انتهينا إلى أن فكرة الحلول لا تصلح كأساس يرتكن عليه في اللجوء للتحكيم وذلك لإختلاف مفهوم كل منهما عن الآخر من ناحية الآثار ففي الحلول لا يحق للشخص الموفي الرجوع على الدائن بدعوى الضمان لأن الدائن لم يحمّل حقه للموفى حتى يكون ضامناً للدائن أي لا يوجد رابطة عقدية بينها أما في إطار المجموعة العقدية فيحق للطرف المضرور ممارسة دعوى الضمان عند رجوعه بالتحكيم بشرط أن تؤسس هذه الدعوى على ضمان العيب الخفي في المال، فالأخذ بفكرة الحلول كأساس للتحكم يترتب عليه تشويه مفهوم المجموعة العقدية.

كما إن الإشتراط لمصلحة الغير لا يصلح كأساس للتحكيم في إطار المجموعة العقدية لأن إتفاق التحكيم الذي تضمنه عقد الإشتراط لا يلزم الغير المنتفع إلا إذا أراد الاستفادة من هذا الإتفاق، كما أن فكرة الإشتراط لمصلحة الغير لا تخول للمنتفع مكنة الرجوع لإقتضاء حقه في التعويض إلا على المتعهد فقط مستنداً على الحق المترتب له من عقد الإشتراط أما في إطار المجموعة العقدية فطبقاً لأحكامها بحق للمضرور أن يرجع على المتعاقد معه أو على الطرف المسئول أو أن يرجع عليهما معاً بالتضام كما إن الإشتراط لمصلحة الغير لا يصلح كأساس للتحكيم في إطار المجموعة العقدية وذلك لإنقضاء وجوده في بعض صور هذه المجموعة كالعقود بنظام الفيديك فهذه العقود لا يجوز القول بأنها تتضمن إشتراطاً لمصلحة الغير وإنما هي نظاماً ثلاثياً يشكل مجموعة عقدية تنصب على مال واحد وعلى هذا الأساس لا تصلح فكرة الإشتراط كأساس للتحكيم في إطار مثل هذه العلاقات.

وبعد ذلك عرضنا لموقف الفقه الرافض أيضاً لفكرة التضامم كأساس للتحكيم وذلك لإختلاف مفهوم هذه الفكرة عن أحكام المجموعة العقدية حيث تقوم الأولى عندما يكون الشخص مسئولاً معه على سبيل التضامم عما يحدثه الغير الذي تحت رقابته وإشرافه من ضرر .

وانتهينا بعد ذلك في نهاية بحثنا إلى عرض نظرية تبناها بعض من الفقه لإقامة نوع من التوازن بين الحقوق والإلتزامات تقوم على التوازن العقدي أو التوازن بين الحقوق وعرضنا إنه لكل يحقق المشرع فكرة التوازن العقدي بين أطراف العلاقة العقدية صنف المسؤولية إلى عقدية وتقديرية وخص لكل منها صورة خاصة وربط مجال تطبيق قواعد المسؤولية العقدية بفكرة الطرف بحيث يدور وجوداً و عدماً مع قواعد هذه الأخيرة وهذا من شأنه ان يحافظ على التوازن العقدي فيما بين أطراف المجموعة بحيث لا يسأل المدين إلا في إطار العلاقة التي ساهم أو شارك في تكوينها .

الخاتمة

لقد بينا في هذا البحث النظام القانوني للتحكيم في إطار المجموعة العقدية وذلك من خلال توضيح المجال الحقيقي لقواعد المسؤولية العقدية في الباب الأول، والذي تكلمنا فيه عن التعاريف المتعددة لفكرة المجموعة العقدية في مصر وفرنسا وانتهينا إلى إنها تتكون من مجموعة من العقود التي تنصب على مال واحد بقصد تحقيق هدف مشترك، وخلصنا من دراستنا لتوضيح المجال الحقيقي لقواعد المسؤولية العقدية، وهل تقتصر على الأشخاص الذين يشاركون في تكوين التصرف القانوني أم أنها تتسع لتشمل كل من له دور في تنفيذ العلاقة التعاقدية دون أن يكون لهم دور في بنائها، وعرضنا لموقف الفقه والقضاء المصري والفرنسي بشأن هذه المجموعة، فمن الفقه التقليدي والذي أقصر المفهوم الضيق لمعنى الطرف وقصر نطاق تطبيق مبدأ نسبية آثار التصرفات القانونية على الأشخاص الذين وقعوا على العقد، وعلى الناحية التكوينية للعلاقة التعاقدية هذا وقد قرر أنصار هذا الاتجاه ضرورة تطبيق أحكام وقواعد المسؤولية التقصيرية فيما بين أطراف هذه المجموعة نظراً لعدم وجود رابطة عقدية مباشرة بين الطرف المضرور والطرف المسئول، وعلى ذلك يخرج من نطاق تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية العلاقة التعاقدية المباشرة، ويدخل في نطاق المسؤولية التقصيرية كل ما هو خارج عن نطاق العلاقة العقدية المباشرة، ويدخل في نطاق المسؤولية التقصيرية كل ما يخرج عن نطاق العلاقة العقدية المباشرة، وقد قرر أنصار هذا الرأي مكنة الخيار بين قواعد المسؤولية التقصيرية والمسؤولية العقدية في إطار هذه المجموعة وقد بينا بعد ذلك النتائج الخطيرة التي قد تنتج نتيجة لاقتحام قواعد المسؤولية التقصيرية حظيرة الأسرة العقدية،

ثم بعد ذلك عرضنا لموقف الفقه المصري والفرنسي المؤيد لتطبيق قواعد المسؤولية العقدية وتوحيدها على التطبيق على أطراف المجموعة العقدية وبيننا الفوائد التي تنتج عن توحيد قواعد المسؤولية العقدية من حيث الحفاظ على

مبدأ القوة الملزمة للعقد، والحفاظ على حقوق أطراف المجموعة العقدية ويستطيع الطرف المضرور أن يتمسك بمضمون العلاقة التي ساهم هو فيها أو يستخدم ما كان للمتعاقد معه أن يستخدمه كبنود التشديد من المسؤولية أو بإطالة مدة التقادم، وكذلك فإن في توحيد دعوى المسؤولية العقدية فيما بين أطراف الأسرة العقدية يحافظ على التزامات الطرف المسئول ويستطيع هذا الأخير الاستفادة من البنود التعاقدية التي ترد في التصرف القانوني الذي ساهم فيه، كبند التخفيف من المسؤولية أو الإعفاء منها.

إن تصنيف قواعد المسؤولية إلى عقدية ومسؤولية تقصيرية يحافظ على النصوص التشريعية بحيث يتحدد نطاق كل مسؤولية بالنصوص القانونية المحددة لها، كذلك بينا إن الأخذ بفكرة المسؤولية العقدية على مشكلة الخيرة بين المسئوليتين، كذلك بينا في القسم الأول الاتجاه المؤيد لفكرة المجموعة العقدية والاتجاه المعارض لهذه الفكرة وبيننا موقف محكمة النقض من هذه المجموعة، وتحدثنا عن مفهوم الاعتبار الشخصي في التعاقد ومدى تأثيره داخل نطاق المجموعة العقدية وأنهينا إلى عدم مد شرط التحكيم من عقد لآخر داخل حدود هذه المجموعة إذا كان التعاقد قد روعي فيه الاعتبار الشخصي، كما تحدثنا عن أهم الصور التي قد تكون عليها المجموعة العقدية وبيننا في المطلب الرابع من الفصل الثاني أهم الأنظمة التي قد تتشابه وأحكام المجموعة العقدية وانتهينا إلى أن المجموعة العقدية نظام مستقل بذاته وليس شكل من أشكال التنازل أو الحوالة.

ثم عرضنا في الباب الثاني لتعريف التحكيم بوجه عام وتبيان أهميته واللجوء إليه نظراً لما يتمتع به من أهمية كبرى في مجال المنازعات الدولية الخاصة بالتجارة الدولية والعقود المركبة التي تستغرق وقتاً كعقود الفيديك والعقد بنظام البوت والذي يستلزم لتنفيذه إبرام العديد من العقود المعاونة لاستكمالها وإتمام تنفيذه ثم عرضنا لمسألة هامة وهي آثار العقد ومبدأ نسبية آثار اتفاق التحكيم بينا فيه أثر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين وأثره بالنسبة

لخلفهم العام، وبيننا وجهة النظر المؤيدة لمد شرط التحكيم من عقد إلى آخر والاتجاه المعارض لهذا الانتقال الخاص ثم بينا أثار اتفاق التحكيم وإعماله بشأن مجموعة الشركات، وكذلك بينا الحالات التي يجوز فيها امتداد أثار اتفاق التحكيم إلى غير أطرافه، وهل يعد بهذا الشكل خروجاً عن مبدأ الأثر النسبي للاتفاق أم لا؟

ثم عرضنا حالات امتداد التحكيم في العقود المتكاملة وحالات التحكيم بالإحالة وبيننا موقف المشرع الفرنسي من مسألة التحكيم بالإحالة، وموقف المشرع.

عرضنا الضوابط التي يقوم عليها نظام التحكيم في إطار المجموعة العقدية وبيننا فيها مدى التزام أحد أطراف المجموعة العقدية وفقاً للعقد الذي ساهم في تكوينه وبيننا كيف إن الشخص المسئول عن الضرر لا يسأل إلا طبقاً لمضمون وأحكام العلاقة القانونية التي ساهم في تكوينها فلا يسأل خارج هذه العلاقة ثم حقوق طالب التحكيم وفقاً للعقد الذي ساهم في تكوينه.

ثم انتهينا في دراستنا لتبيان حقيقة الأساس القانوني للتحكيم في إطار المجموعة العقدية وكيف رفض الفقه المصري والفرنسي فكرة الحق وفكرة حوالة الدين والحلول والاشتراط لمصلحة الغير ومبدأ التضام كأساس للتحكيم وعرضنا النظرية المتنباه وهي إقامة التوازن العقدي بين الحقوق.

المراجع

أولاً

المراجع العربية

قائمة بأهم المراجع

أولاً: رسائل الدكتوراه:

- د. إبراهيم نجيب سعد: حكم المحكم - باريس ١٩٦٩.
- د. أحمد مليجي: نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي، ١٩٧٩، جامعة عين شمس.
- د. ثروت فتحي إسماعيل: المسؤولية المدنية للبائع المهني عام ١٩٨٧.
- د. حامد محمد أحمد: النظام القانوني لعقود الـ *B.O.T* - جامعة الزقازيق - حقوق مدنية عام ٢٠٠٤.
- د. سمير إسماعيل: الاعتداد الشخصي في المتعاقد - جامعة الإسكندرية، عام ١٩٧٥.
- د. فيصل ذكي عبد الواحد: أضرار البيئة في محيط الجوار والمسؤولية المدنية - عام ١٩٨٨.
- د. نبيلة رسلان: العلاقات القانونية الثلاثية عام ١٩٧٧، جامعة طنطا.
- د. هناء خيرى محمد خليفة : المسؤولية المدنية في إطار الأسرة العقدية - جامعة عين شمس، عام ٢٠٠٠.
- د. وفاء أحمد حلمي محمد أبو جميل: إخلال المتعاقد بالتزامه العقدي بفعل الغير أو مشاركته - جامعة

مراجع عامة

القاموس المحيط – الجزء الرابع .

المعجم الأساسي:

- أ/ خالد موسى أحمد: الشرح الوافي في قضايا التعويضات المدنية والتجارية.
- د. إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص – دار النهضة العربية، ١٩٩٧.
- د. أبو العلا على أبو العلا النمر: القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية، مجال التحكيم – الطبعة الأولى – دار النهضة العربية.
- د. أبوزيد رضوان: الأسس العامة في التحكيم التجاري.
- د. أبوزيد رضوان: الشركات التجارية.
- د. أحمد أبو الوفا – التحكيم الاختياري والإجباري ١٩٧٨، الجزء الثالث.
- د. أحمد الشلقاني: التحكيم في العقود التجارية الدولية، مجلد إدارة قضايا الحكومة، العدد ١٠٤ السنة العاشرة.
- د. أحمد حشمت أبو شتيت: نظرية الإلتزام، عام ١٩٤٥.
- د. أحمد سلامة: نظرية الإلتزام، عام ١٩٨٠.
- د. أحمد شرف الدين: دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، سلطة القاضي المصري، إزاء حكم التحكيم.
- د. أحمد ماهر زغلول: مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها، ١٩٩٤.
- د. أحمد محمود سعد: شرح أحكام الإيجار، ١٩٨٩.

- د. أحمد مخلوف : إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية – دراسة تحليلية تأصيلية – دار النهضة العربية ط ٢٠٠١ .
- د. إسماعيل غانم: النظرية العامة للإلتزام، عام ١٩٦٦ .
- د. أشرف عبد العليم: النظام العام والتحكيم في العلاقات العامة الدولية، عام ١٩٩٦ .
- د. أكثم الخولي: إتفاق التحكيم.
- د. السيد عيد نايل: عقد البيع، ١٩٨٧، جامعة عين شمس، الطبعة الأولى.
- د. أنور سلطان: النظرية العامة للإلتزام، عام ١٩٥٨ .
- د. توفيق فرج: مصادر الإلتزام.
- د. جمال محمود الكردي: القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، عام ٢٠٠٠ .
- د. جمال مرسى بدر : النيابة فى التصرفات القانونية – دار النهضة العربية ص ٢٠٠ .
- د. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للإلتزام، عام ١٩٨٦ .
- د. حسام الدين فتحي ناصف: تأثير وتأثر إختصاص المحكمة بالقانون الواجب التطبيق، عام ١٩٩٧ .
- د. حسام الدين فتحي ناصف: نقل إتفاق التحكيم، سنة ٢٠٠٣ .
- د. حسام الدين كامل الأهواني: عقد البيع.
- د. حسام الدين كامل الأهواني: مصادر الإلتزام، سنة ١٩٩٤ .
- د. حسن عبد الباسط جميعي: النظرية العامة للإلتزامات، أحكام الإلتزام.

- د. حفظة الحداد: الاتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ١٩٩٦.
- د. حمدي عبد الرحمن: الوسيط في الإلتزامات، عام ١٩٩٩.
- د. حمدي عبد الرحمن: شرح قوانين إيجار الأماكن، عام ١٩٨٢.
- د. رأفت محمد حماد، محمود عبد الرحمن الديب: الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الثاني، أحكام الإلتزام، عام ١٩٦٧.
- د. رفعت فخري: الوجيز في قانون التجارة البحرية، عام ١٩٩٢.
- د. سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة.
- د. سليمان مرقس: نظرية العقد، عام ١٩٨٧.
- د. شفيق شحاتة: حوالة الحق.
- د. صوفي أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، الطبعة الثالثة، عام ١٩٨٦.
- د. عادل خير: بطلان إتفاق التحكيم.
- د. عبد الباسط جميعي: شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ١٩٧٥.
- د. عبد الباقي البكري: الوجيز في نظرية الإلتزام، عام ١٩٨٦.
- د. عبد الحكيم فودة: النسبية والغيرية في القانون المدني، دراسة عملية في صور الفقه والقضاء.
- د. عبد الحميد أبو هيف: طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية، ام ١٩٩٣.
- د. عبد الحي حجازي: مصادر الإلتزام – النظرية العامة للإلتزام.
- د. عبد الرازق السنهوري: الوسيط في الإلتزامات.

- د. عبد الرزاق حسن فرج: عقد الإيجار، سنة ١٩٧٩.
- د. عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة عام ١٩٨٤، عقد الإيجار. د. محمد لبيب شنب: عقد الإيجار عام ١٩٩٦، دروس في نظرية الإلتزام، شرح أحكام البيع عام ١٩٦٢، أحكام الإلتزام، ١٩٧٥.
- د. على سيد قاسم : نسبية إتفاق التحكيم – دراسة فى أحكام القضاء وقرارات المحكمين – دار النهضة العربية .
- د. على نجيده: مصادر الإلتزام، عام ٢٠٠٢.
- د. محمد بدران: العقود الإدارية – عقد الفيديك.
- د. محمد حامد فهمي: تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية.
- د. محمد حسين منصور: المسؤولية المعمارية، عام ١٩٨٤.
- د. محمد شريف عبد الرحمن: ردوس في القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، إنتقال الإلتزامات (الحوالة).
- د. محمد شفيق كامل: التحكيم الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.
- د. محمد عبد المنعم بدرأوي: مصادر الإلتزام، عام ١٩٧٥.
- د. محمد على عمران: شرح أحكام عقد الإيجار، عام ١٩٧٨.
- د. محمد على عمران: عقد الإيجار في القانون الليبي، عام ١٩٧٨.
- د. محمد كامل مرسي: عقد الإيجار، عام ١٩٥٣.
- د. محمد نور شحاته: مفهوم الغيرية في التحكيم، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.
- د. محمود سعد الدين الشريف: شرح القانون المدني العراقي – المصادر – الجزء الأول.

- د. محمود سمير الشرقاوي: مفهوم التجارية والدولية وفقاً لقانون التحكيم المصري.
- د. محمود عمر السيد التحيوي: الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ٢٠٠٣.
- د. محمود محمد ياقوت: حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، دار المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠١.
- د. محمود هاشم: النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول، إتفاق التحكيم، دراسة مقارنة بين التشريعات الوضعية والفكر العربي، ج القاهرة، ١٩٩٠.
- د. مصطفى الجمال: الوسيط في أحكام الإيجار، ١٩٩٠، الطبعة الأولى.
- د. مصطفى الجمال: مصادر الإلتزام، عام ١٩٩٦.
- د. مصطفى الجمال، د. عكاشة عبد العال: التحكيم.
- د. منصور مصطفى منصور: عقد الإيجار عام ١٩٧٠.
- د. وجدي راغب: النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات.
- المجلد الأول – المجلد الثاني – المجلد الثالث – المجلد السابع.
- المستشار/ محمد عزمي البكري: موسوعة شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول.
- نظرية العقد – عقد المقولة من الباطن.

دراسات متخصصة

- د. إبراهيم أحمد إبراهيم: مقالة، اختيار طرق التحكيم، مجلة المحاماة، العدد الثاني، ٢٠٠٤.
- د. أحمد شرف الدين: تسوية منازعات البنية التحتية المحولة من القطاع العام، ورقة بحثية منشورة بمجلة التحكيم العربي، العدد الرابع، أغسطس ٢٠٠١.
- د. أحمد شرف الدين: تسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية (نماذج عقود الفيديك).
- د. إسماعيل غانم: القانون المدني مع التعمق المسؤولية العقدية، عام ١٩٧٦.
- د. حسام الدين فتحي ناصف: نقل اتفاق التحكيم، دراسة لقواعد التنازع والقواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على النقل الاتفاقي والقانوني لاتفاق التحكيم في ضوء القانون والقضاء المقارن والاتفاقات ولوائح التحكيم الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، عام ٢٠٠٣.
- د. رضا السيد عبد الحميد: مجلة التحكيم، الدورة المتعمقة لإعداد المحكم، مايو ٢٠٠٥، مركز تحكيم حقوق عين شمس.
- د. عاطف شهاب: إتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي عام ١٩٩٧.
- د. فيصل زكي عبد الواحد: المسؤولية المدنية في إطار الأسرة العقدية، عام ١٩٩٢.
- د. محمد سعيد أمين: مجلة التحكيم، حقوق عين شمس، دورة إعداد المحكم ٢٠٠٥.

- د. محمد شكري سرور: مسئولية مهندسي ومقاولي البناء، عام ١٩٨٥.
- د. محمد عبد الحميد: أهلية الطرفين في إتفاق التحكيم، بحث منشور،
بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة القاهرة،
حقوق بني سويف، يوليو ٢٠٠١.
- د. محمد ناجي ياقوت: مسئولية المعمارين، عام ١٩٨٤.
- د. محمود جمال الدين: مجلة القانون والاقتصاد، سنة ١٩٤٨.
- د. محمود محمد عثمان صقر: تجربة الهيئة العامة لموانى البحر
الأحمر.
- د. مصطفى عبد السيد الجارحي: عقد المقابلة من الباطن، عام ١٩٨٨.
- د. ناجي عبد المؤمن: الدورة العامة لإعداد المحكم ٢٠٠٥، مجلة التحكيم
العربي، العدد الرابع، ٢٠٠٤.
- د. نادر محمد إبراهيم: تأثير العولمة على مجال التحكيم في حل
المنازعات الدولية، مجلة التحكيم المصري، العدد الرابع،
أغسطس ٢٠٠١.
- د. وجدي راغب فهمي: هل التحكيم نوع من القضاء، مقالة.
- عبد الحكيم فودة : النسبية والغيرية فى القانون المدنى – دراسة عملية
فى الفقه والقضاء سنة ٢٠٠٤ .

مراجع عامة

- د. إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص - جامعة عين شمس - دار النهضة العربية - ط ١٩٩٧.
- د. أبو زيد رضوان: الشركات التجارية - ١٩٩٣، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي دار النهضة العربية - ط ١٩٩٣.
- د. أبو العلا على أبو العلا النمر: القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية ١٩٩٩.
- د. أحمد حشمت أبو ستيت: نظرية الالتزام - عام ١٩٤٥.
- د. أحمد سلامة: نظرية الالتزام - ١٩٨٧.
- د. أحمد محمود سعد: شرح أحكام الإيجار - طبعة ١٩٨٩.
- د. أنور سلطان: النظرية العامة للإلتزام - طبعة ١٩٥٨.
- د. أكرم الخولي: إتفاق التحكيم - طبعة ١٩٩٥.
- د. أحمد شرف الدين: دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، سلطة القاضي المصري ازاء حكم التحكيم - ٢٠٠٢.
- د. أشرف عبد العليم: النظام العام والتحكيم في العلاقات العامة الدولية - طبعة عام ١٩٩٦.
- د. أحمد أبو الوفا: التحكيم الإختياري والإجباري - طبعة ١٩٧٨ - الجزء الثالث.
- د. أحمد ماهر زغلول: مراجعة أحكام بغير الطعن بينها - دار النهضة العربية - طبعة ١٩٩٤.

- د. أحمد مخلوف: إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية - دراسة تحليلية تأصيلية - دار النهضة العربية - طبعة ٢٠٠١.
- د. السيد عيد نايل: عقد بيع الطبعة الأولى - جامعة عين شمس عام ١٩٨٧.
- د. أحمد المليجي: الموسوعة الشاملة في (التعليق على قانون المرافقات). طبعة نادي القضاة - الطبعة الرابعة - المركز القومي للإصدارات القانونية - الجزء الرابع، الجزء الخامس.
- د. اسماعيل غانم: النظرية العامة للإلتزام - عام ١٩٦٦.
- د. أحمد الشلقاني: التحكيم في العقود التجارية الدولية - مجلد إدارة قضايا بالحكومة، العدد ١٠٤ - السنة العاشرة.
- د. توفيق فرج: مصادر الإلتزام عام ١٩.
- د. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للإلتزام - عام ١٩٨٦.
- د. جمال مرسي بدر: النيابة في التصرفات القانونية - دار النهضة العربية طبعة ١٩٩٥.
- د. حسام الدين كامل الأهواني: مصادر الإلتزام - دار النهضة العربية طبعة ١٩٩٤، عقد البيع.
- د. حسام الدين فتحي ناصف: تأثير وتأثر اختصاص المحكمة بالقانون الواجب التطبيق، عام ١٩٩٧، نقل إتفاق التحكيم - عام ٢٠٠٣.
- د. حسن عبد الباسط جميعي: النظرية العامة للإلتزامات - أحكام الإلتزام - جامعة القاهرة - الطبعة الأولى ٢٠٠٥.

- د. حمدي عبد الرحمن: إيجار الأماكن - طبعة ١٩٨٢ - الوسيط في الإلتزامات - عام ١٩٩٩.
- د. جمال محمود الكردي: القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم - عام ٢٠٠٥.
- د. حفيظة الحديد: الاتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم - دار الفكر العربي - جامعة الاسكندرية - عام ١٩٩٦.
- أ. خالد موسى أحمد: الشرح الوافي في قضايا التعويضات المدنية والتجارية، طبعة ٢٠٠٢.
- د. رفعت مخزي: الوجيز في قانون التجارة البحرية - عام ١٩٩٢.
- د. رأفت محمد حماد، محود عبد الرحمن الديب: الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الثاني - أحكام الإلتزام - عام ١٩٦٧.
- د. سليمان مرقس: نظرية العقد - عام ١٩٨٧.
- د. سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة- طبعة ٢٠٠١.
- د. شفيق شحاته: حوالة الحق - طبعة .
- د. صوفي أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية - الطبعة الثالثة عام ١٩٨٦.
- د. عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإدارة المنفردة - طبعة عام ١٩٨٤، عقد الإيجار ١٩٨٤.
- د. عبد الحي حجازي: مصادر الإلتزام - النظرية العامة للإلتزام.
- د. عبد الباقي البكري: الوجيز في نظرية الإلتزام - عام ١٩٨٦.
- د. عبد الرازق حسن فرج: عقد الإيجار - طبعة عام ١٩٧٩.

- د. عبد الحكم فودة: النسبية والغيرية في القانون المدني - دراسة عملية في ضوء الفقه والقضاء - دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية - طبعة ٢٠٠٥.
- د. عادل خير: بطلان إتفاق التحكيم في القانون البحري المصري وإتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع (قواعدها مبورج ١٩٧٨) الطبعة الأولى ٢٠٠١.
- د. عبد الباسط جميعي: مشرع قانون المرافقات المدنية والتجارية - طبعة ١٩٧٥.
- د. على نجيدة: مصادر الإلتزام عام ٢٠٠٢.
- د. عبد الحميد أبو هيف: طرف التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية - عام ١٩٩٣.
- د. على سيد قاسم: نسبية إتفاق التحكيم - دراسة في أحكام القضاء وقرارات المحكمين - دار النهضة العربية ١٩٩٩.
- د. عبد الرازق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الأول، الجزء الرابع، عقد البيع، الجزء السادس - الإيجار ، الجزء الابع - عقد التأمين -، والجزء الثالث - آثار الإلتزام.
- د. منصور مصطفى منصور: عقد الإيجار عام ١٩٧٠.
- د. محمد شريف عبد الرحمن: دروس القانون المدني - النظرية العامة للإلتزامات - إنتقال الإلتزامات - الحوالة - دار النهضة العربية - جامعة الزقايق - طبعة ١٩٩٨.

- د. محمد لبيب شنب: عقد الإيجار عام ١٩٩٦، دروس في نظرية الإلتزام، وشرح أحكام عقد البيع عام ١٩٦٢، أحكام الإلتزام عام ١٩٧٥.
- د. مصطفى الجمال: مصادر الإلتزام عام ١٩٩٦ - الوسيط في أحكام الإيجار - الطبعة الأولى - عام ١٩٩٠.
- د. محمد حسين منصور: المسؤولية المعمارية - عام ١٩٨٤.
- د. محمد عبد الفتاح ترك: شرط التحكيم بالإحالة - وأساس الإلتزام المرسل إليه بشرط التحكم - دار الجامعة الجديدة - الطبعة الأولى - ٢٠٠٦.
- د. محمد عبد المنعم بدرأوي: مصادر الإلتزام عام ١٩٧٥.
- د. محمد على عمران: عقد الإيجار في القانون الليبي - عام ١٩٧٨.
- د. محمد كامل مرسي: شرح أحكام عقد الإيجار - عام ١٩٧٨.
- د. محي الدين اسماعيل علم الدين:
- د. محمد عزمي البكري: موسوعة شرح القانون المدني الجديد - المجلد الأول عقد الوكالة - المجلد الثالث - عقد المقاوله - دار محمود للنشر - عام ٢٠٠٥.
- د. محمود عمر اليد التحيوي: الطبعة القانونية لنظام التحكيم - عام ٢٠٠٣.
- د. محد أبو زيد
- د. محمود سمير الشرقاوي: مفهوم التجارية والدولية وفقًا لقانون التحكيم المصري - طبعة ٢٠٠٠.

- د. محمود محمد ياقوت: حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق - دار المعارف - الاسكندرية - الطبعة الأولى عام ٢٠٠١.
- د. محمد بدراني: العقود الإدارية - عقد افيديك - جامعة القاهرة عام ٢٠٠١.
- د. مصطفى الجمال، وعكاشة عبد العال: التحكيم في العلاقات الدولية والداخلية - الطبعة الأولى ٢٠٠٢.
- د. محمد نور شحاته: مفهوم الغير في التحكيم - دار النهضة العربية - طبعة ١٩٩٦.
- د. محمد شفيق كامل: التحكيم الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية - دار النهضة العربية - طبعة ١٩٩٧.
- د. محمد حسام فهمي: تنفيذ الأحكام والسندات - طبعة ٢٠٠٢.
- د. محمود هاشم: النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، دراسة مقارنة بين التشريعات الوضعية والفكر العربي - جامعة القاهرة - عام ١٩٩٠.
- د. محمد المنجي: الإمتداد القانوني لعقد الإجار - دار النهضة العربية - الطبعة الأولى عام ٢٠٠٥.
- د. وجدي راغب: النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافقات - جامعة القاهرة - طبعة ١٩٩٥.

ثانياً

المراجع باللغة الفرنسية

المراجع باللغة الفرنسية

1) Jourdain (p):

Le responsabilité Civil dans les groupes de contrats 1990.

2) Viney (G):

Droit Civil Les obligations responsabilité: Effts 1988.

3) Viney (G):

Droit civiles obligations le responsabilité condicions 1992.

4) Tey ssie (B):

Le grapes de contracts 1975.

5) Marty (G) et Raynaud (P):

Droit civil tomel introduction general 1 auetude du droit 1972.

6) La rroumt (G):

Droit Civil tome 111 1986.

7) Segur (L):

La notion faut contractuelle en droit civil français Paris 1956.

8) Hassan N. (A), ***la clause d'exoneration de reponsabilite contrataelle, The NANTES 1991.***

9) Hubreht (G):

Nations essentiels de droit civil 1979.

10) Boubli (B):

Les responsabilité des architectes, des entrprenars et autres locateurs a ouvrages.

11) Benabent (A):

Droit civil les obligations 1987.

12) Karila (J. P), ***garantie. Légales et responsabilité contractuelle de droit commun des locateurs d'ouvrages immobiliers après la réception de, l'ouvrages Ch. D. 1990, 307.***

13) Solys (H) et Chestin (J):

Les contacts de dépendance 1986.

14) STARCK (b), ***Observation sur le régime juridique des clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité, D. 1974, Ch, P. 37 – 7.***

15) Deby – Cerard:

16) Coutal: ***L'arbitrage et les tiers le droit des contrats. Rev. ARB – 1988.***

17) Gaillard: ***Arbitrage commercial international. Compromissoire dans l'arbitrage international.***

18) Ying suit les sort de ces obligations substantielles.

19) Schwarz (H. A):

Exigence sociale jugement de valeur et responsabilité civil en Français allemand et anglais 1983.

20) Chevallier – Droit civil 1966.

21) Gross (B)

La Nation de obligation de garantie dans le droit des contrats, NANCY, 1963.

فهرس الدراسة

الصفحة	الموضوع
١١	المقدمة
	الباب الأول
١٩	المفهوم الفني والقانوني للمجموعة العقدية.
٢٧	الفصل الأول: موقف الفقه والقضاء بشأن المجموعة العقدية.
٢٨	المبحث الأول: أنصار فكرة المجموعة العقدية.
٢٩	المطلب الأول: الاتجاه المعارض لفكرة المجموعة العقدية.
	المطلب الثاني: عيوب وسلبات تطبيق قواعد المسؤولية
٤٢	التقصيرية داخل عيوب المجموعة العقدية
٤٣	الفرع الأول: إهدار مبدأ القوة الإلزامية للعقود.
٤٦	الفرع الثاني: سلب القيمة الإلزامية للنصوص التشريعية.
٤٦	الفصل الأول: القواعد التي تحدد القانون الواجب التطبيق.
٤٨	الفصل الثاني: القواعد الخاصة بالإختصاص القضائي .
٥٠	الفصل الثالث: القواعد الخاصة بالتعويض .
٥٢	الفصل الرابع: القواعد الخاصة بالتقادم .
	الفرع الثالث: إهدار الحماية القانونية لأطراف العلاقة
٥٤	التعاقدية.
٥٤	الفصل الأول: إهدار حماية الطرف المسئول .
٥٦	الفصل الثاني: مظاهر إهدار حماية الطرف المسئول.
٥٧	المبحث الثاني: الاتجاه المؤيد لفكرة المجموعة العقدية.
٥٨	المطلب الأول: أنصار فكرة المجموعة العقدية.
	المطلب الثاني: النتائج التي تترتب على الأخذ بقواعد المسؤولية
٦٧	العقدية في إطار المجموعة العقدية.
	الفرع الأول: الحفاظ على مبدأ القوة الملزمة للعقود وحماية
٦٨	أطراف العلاقة العقدية.
٧١	الفرع الثاني: القواعد الخاصة بالتقادم.

٧٣	الفرع الثالث: القواعد الخاصة بالتعويض.
----	---

تابع فهرس الدراسة

الصفحة	الموضوع
٧٥	الفرع الرابع: القواعد التي تتعلق بالاختصاص القضائي.
٧٧	الفرع الخامس: القانون الواجب التطبيق على العلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي.
٧٨	الفرع السادس: تقرير مبدأ عدم جواز الخيرة بين المسؤولية التقصيرية والعقدية.
٨١	الفصل الثاني: وجهة نظر الباحث بشأن المجموعة العقدية.
٨٣	المبحث الأول: الوقوف على مفهوم الطرف في العلاقات التعاقدية.
٨٥	المطلب الأول: الطرف بالمفهوم الشكلي.
٩٤	المطلب الثاني: الطرف بالمفهوم الموضوعي.
٩٩	المطلب الثالث: تعريف الطرف في إطار المجموعة العقدية.
١٠٣	المطلب الرابع: المركز القانوني للخلف العام.
١٠٧	المطلب الخامس: المركز القانوني للخلف الخاص.
١١٣	المطلب السادس: مدى تأثير الاعتبار الشخصي في التعاقد داخل نطاق المجموعة العقدية.
١١٤	الفرع الأول: المفهوم الفني والقانوني للاعتبار الشخصي في التعاقد.
١٢١	الفرع الثاني: مدى تأثير الاعتبار الشخصي في التعاقد في إطار المجموعة العقدية.
١٢٣	المبحث الثاني: صور المجموعة العقدية.
١٢٤	المطلب الأول: مجموعة التصرفات القانونية المتعاقبة على مال واحد.
١٢٥	الفرع الأول: البيوع المتتالية.

١٢٧	الفرع الثاني: العلاقات الإجارية المتعاقبة على مال واحد.
-----	--

تابع فهرس الدراسة

الصفحة	الموضوع
١٢٨	المطلب الثاني: التصرفات القانونية المترابطة بقصد تحقيق هدف مشترك.
١٢٨	الفرع الأول: عقود المقاوله أو العقود المشتركة.
١٣٠	الفرع الثاني: العقود الخاصة بالإتشاءات الدولية.
١٣١	المبحث الثالث: المجموعة العقدية والأنظمة القانونية الأخرى.
١٣٢	المطلب الأول: المجموعة العقدية وفكرة التنازل عن العقد.
١٣٦	المطلب الثاني: المجموعة العقدية وفكرة حواله الحق.
١٤٠	المطلب الثالث: المجموعة العقدية وفكرة حواله الدين.
١٤٣	المطلب الرابع: المجموعة العقدية وفكرة الاشتراط لمصلحة الغير.
١٤٧	المطلب الخامس: المجموعة العقدية وفكرة الحلول.
١٤٩	المطلب السادس: المجموعة العقدية وعلاقة المتبوع بتابعه.
	الباب الثاني
١٥٣	أساس وضوابط التحكيم في إطار المجموعة العقدية
١٥٧	الفصل الأول: مفهوم التحكيم وأهميته في الوقت الحالي.
١٥٨	المبحث الأول: المفهوم الفني والقانوني للتحكيم.
١٦١	المطلب الأول: موقف الفقه والقضاء بشأن مفهوم التحكيم.
١٦٧	المطلب الثاني: أهمية اللجوء إلى التحكيم.
١٦٩	المطلب الثالث: القيمة العملية للتحكيم.
١٧٢	الفرع الأول: تحرير عقود التجارة الدولية من الخضوع للقوانين الداخلية.
١٧٣	الفرع الثاني: دور التحكيم في إرساء القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولي.
	المطلب الرابع: المشاكل القانونية الناجمة عن اللجوء للتحكيم في

١٧٥	إطار المجموعة العقدية.
١٧٩	المطلب الخامس: المشاكل الناجمة عن التحكيم فى إطار المجموعة العقدية .

تابع فهرس الدراسة

الصفحة	الموضوع
١٨٠	الفرع الأول: مشكلة اختلاف القانون الواجب التطبيق من عقد إلى آخر داخل نطاق المجموعة العقدية.
١٨٤	الفرع الثاني: مشكلة اختلاف عدد الأعضاء من عقد إلى آخر داخل المجموعة العقدية.
١٨٦	الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.
١٨٩	الفرع الرابع: مشكلة اختلاف مركز الأعمال الرئيسي لطرفي التحكيم.
١٩١	المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لنظام التحكيم.
١٩٢	المطلب الأول: الطبيعة التعاقدية لنظام التحكيم.
١٩٤	المطلب الثاني: الطبيعة القضائية لنظام التحكيم.
١٩٧	المطلب الثالث: الطبيعة المختلطة لنظام التحكيم.
١٩٩	المطلب الرابع: نظرية استقلال نظام التحكيم
٢٠٢	المطلب الخامس: وجهة نظر الباحث بشأن طبيعة نظام التحكيم.
٢٠٥	الفصل الثاني: ضوابط التحكيم فى إطار المجموعة العقدية.
٢٠٦	المبحث الأول: موقف الفقه والقضاء التقليديين بشأن إتفاق التحكيم.
٢٠٧	المطلب الأول: تعريف إتفاق التحكيم.
٢١١	الفرع الأول: الضرورات العملية لنقل التحكيم إلى الغير.
٢١٥	الفرع الثاني: مدى استقلال بند التحكيم عن العقد الوارد فيه ومدى تأثيره فى المجموعة العقدية.
٢١٩	الفصل الأول: المعاهدات الدولية ومبدأ استقلال اتفاق التحكيم.

٢٢٢	الفصل الثاني: النتائج المترتبة على مبدأ استقلال شرط
٢٢٣	التحكيم عن العقد الوارد فيه.
	المطلب الثاني: نطاق اتفاق التحكيم.

تابع فهرس الدراسة

الصفحة	الموضوع
---------------	----------------

٢٢٤	الفرع الأول: الاتجاه القائل بفكرة امتداد التحكيم من عقد إلى آخر داخل نطاق المجموعة العقدية.
٢٣١	الفرع الثاني: الرد على الاتجاه القائل بمدد بند التحكيم من عقد إلى آخر داخل المجموعة العقدية .
٢٣٣	الفرع الثالث: امتداد بند التحكيم من عقد إلى آخر يترتب عليه إنكار فكرة الأسرة العقدية .
٢٣٤	المطلب الثالث: مدى امتداد شرط التحكيم داخل عقود مجموعة الشركات .
٢٣٥	الفرع الأول: الإتجاه الأول: عدم امتداد شرط التحكيم في مجموعة الشركات .
٢٤٢	الفرع الثاني: وجهة نظر الباحث بشأن امتداد بند التحكيم من عقد إلى آخر داخل مجموعة الشركات.
٢٥٠	المطلب الرابع : إمتداد إتفاق التحكيم في العقود المتكاملة والتحكيم بالإحالة .
٢٦١	المطلب الخامس: مدى جواز التحكيم بالإحالة داخل نطاق المجموعة العقدية.
٢٦٥	المطلب السادس: التحكيم متعدد الأطراف وأثره على تشكيل المحكمة التحكيمية .
٢٦٦	الفرع الأول: مفهوم إتفاق التحكيم الدولي متعدد الأطراف .
٢٦٨	الفرع الثاني: أثر التحكيم متعدد الأطراف على تشكيل المحكمة التحكيمية .
٢٧٤	الفرع الثالث : وجهة نظر الفقه بشأن التحكيم متعدد الأطراف .
٢٧٧	الفصل الثالث : أساس وضوابط التحكيم في إطار المجموعة العقدية.
٢٧٧	المبحث الأول: موقف الفقه والقضاء الحديث بشأن ضوابط التحكيم.

	المطلب الأول: الدعوى المباشرة والدعوى غير المباشرة وحق
٢٧٨	المضرور في المطالبة بأيهما.
٢٧٨	الفرع الأول: الدعوى الغير المباشرة.
٢٨٠	الفرع الثاني: الدعوى المباشرة.
٢٨١	الفرع الثالث: شرط التحكيم ودعوى المسؤولية التقصيرية.
٢٨٣	المطلب الثاني: مدى تطلب العلم وقبوله بشرط التحكيم .
٢٨٩	المطلب الثالث: حدود والتزامات كل طرف.
٢٩٤	المطلب الرابع: مدى حقوق كل طرف.
٢٩٨	المبحث الثاني: أساس التحكيم في إطار المجموعة العقدية.
	المطلب الأول: فكرة حوالة الحق كأساس للتحكيم في إطار
٢٩٩	المجموعة العقدية.
	الفرع الأول : الإتجاه القائل بفكرة حوالة الحق كأساس
٢٩٩	للتحكيم في إطار المجموعة العقدية .
	الفرع الثاني : الإتجاه المعارض لفكرة حوالة الحق كأساس
٣٠٣	للتحكيم في إطار المجموعة العقدية .
	المطلب الثاني: فكرة حوالة الدين كأساس للتحكيم في إطار
٣٠٦	المجموعة العقدية.
	الفرع الأول : الإتجاه القائل بفكرة حوالة الدين كأساس
٣٠٦	للتحكيم في إطار المجموعة العقدية .
	الفرع الثاني : الإتجاه المعارض لفكرة حوالة الدين كأساس
٣٠٨	للتحكيم في إطار المجموعة العقدية .
	المطلب الثالث: فكرة الحلول كأساس للتحكيم في إطار المجموعة
٣١١	العقدية.
	المطلب الرابع: فكرة الاشتراط لمصلحة الغير كأساس للتحكيم في
٣١٤	في إطار المجموعة العقدية.
	الفرع الأول : الإتجاه القائل بفكرة الإشتراط لمصلحة الغير

٣١٥	كأساس للتحكيم فى إطار المجموعة العقدية
٣١٧	الفرع الثانى : الإلتجاه المعارض لفكرة الإشتراط لمصلحة الغير كأساس للتحكيم .
٣٢٣	المطلب الخامس: رفض مبدأ التضام كأساس للتحكيم فى إطار
٣٢٥	المجموعة العقدية.
٣٢٧	المطلب السادس: تبني فكرة التوازن العقدي.
٣٣١	خاتمة :
٣٤٧	قائمة المراجع :
	فهرس الدراسة :

دراسات متخصصة

- د. إبراهيم أحمد إبراهيم: مقالة، اختيار طرق التحكيم، مجلة المحاماة، العدد الثاني، ٢٠٠٤.
- د. أحمد شرف الدين: تسوية منازعات البنية التحتية المحمولة من القطاع العام، ورقة بحثية منشورة بمجلة التحكيم العربي، العدد الرابع، أغسطس ٢٠٠١.
- د. أحمد شرف الدين: تسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية (نماذج عقود الفيديك).
- د. إسماعيل غانم: القانون المدني مع التعمق المسؤولية العقدية، عام ١٩٧٦.
- د. حسام الدين فتحي ناصف: نقل اتفاق التحكيم، دراسة لقواعد التنازع والقواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على النقل الاتفاقي والقانوني لاتفاق التحكيم في ضوء القانون والقضاء المقارن والاتفاقات ولوائح التحكيم الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، عام ٢٠٠٣.
- د. رضا السيد عبد الحميد: مجلة التحكيم، الدورة المتعمقة لإعداد المحكم، مايو ٢٠٠٥، مركز تحكيم حقوق عين شمس.
- د. عاطف شهاب: إتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي عام ١٩٩٧.
- د. فيصل زكي عبد الواحد: المسؤولية المدنية في إطار الأسرة العقدية، عام ١٩٩٢.
- د. محمد سعيد أمين: مجلة التحكيم، حقوق عين شمس، دورة إعداد المحكم ٢٠٠٥.

- د. محمد شكري سرور: مسئولية مهندسي ومقاولي البناء، عام ١٩٨٥.
- د. محمد عبد الحميد: أهلية الطرفين في إتفاق التحكيم، بحث منشور،
بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة القاهرة،
حقوق بني سويف، يوليو ٢٠٠١.
- د. محمد ناجي ياقوت: مسئولية المعمارين، عام ١٩٨٤.
- د. محمود جمال الدين زكى: مجلة القانون والاقتصاد، سنة ١٩٤٨.
- د. محمود محمد عثمان صقر: تجربة الهيئة العامة لموانى البحر
الأحمر. مجلة التحكيم العربى عام ٢٠٠٠
- د. مصطفى عبد السيد الجارحي: عقد المقاوله من الباطن، عام ١٩٨٨.
- د. ناجي عبد المؤمن: الدورة العامة لإعداد المحكم ٢٠٠٥، مجلة التحكيم
العربي، العدد الرابع، ٢٠٠٤.
- د. نادر محمد إبراهيم: تأثير العولمة على مجال التحكيم في حل
المنازعات الدولية، مجلة التحكيم المصري، العدد الرابع،
أغسطس ٢٠٠١.
- د. وجدي راغب فهمي: هل التحكيم نوع من القضاء، مقال.
- عبد الحكيم فودة : النسبية والغيرية فى القانون المدنى – دراسة عملية
فى الفقه والقضاء سنة ٢٠٠٤ .

مراجع عامة

- د. إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص - جامعة عين شمس - دار النهضة العربية - ط ١٩٩٧.
- د. أبو زيد رضوان: الشركات التجارية - ١٩٩٣، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي دار النهضة العربية - ط ١٩٩٣.
- د. أبو العلا على أبو العلا النمر: القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في مجال التحكيم - الطبعة الأولى - دار النهضة العربية ١٩٩٩.
- د. أحمد حشمت أبو ستيت: نظرية الالتزام - عام ١٩٤٥.
- د. أحمد سلامة: نظرية الالتزام - ١٩٨٧.
- د. أحمد محمود سعد: شرح أحكام الإيجار - طبعة ١٩٨٩.
- د. أنور سلطان: النظرية العامة للإلتزام - طبعة ١٩٥٨.
- د. أكرم الخولي: إتفاق التحكيم - طبعة ١٩٩٥.
- د. أحمد شرف الدين: دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، سلطة القاضي المصري ازاء حكم التحكيم - ٢٠٠٢.
- د. أشرف عبد العليم: النظام العام والتحكيم في العلاقات العامة الدولية - طبعة عام ١٩٩٦.
- د. أحمد أبو الوفا: التحكيم الإختياري والإجباري - طبعة ١٩٧٨ - الجزء الثالث.
- د. أحمد ماهر زغلول: مراجعة أحكام بغير الطعن بينها - دار النهضة العربية - طبعة ١٩٩٤.

- د. أحمد مخلوف: إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية - دراسة تحليلية تأصيلية - دار النهضة العربية - طبعة ٢٠٠١.
- د. السيد عيد نايل: عقد بيع الطبعة الأولى - جامعة عين شمس عام ١٩٨٧.
- د. أحمد المليجي: الموسوعة الشاملة في (التعليق على قانون المرافقات). طبعة نادي القضاة - الطبعة الرابعة - المركز القومي للإصدارات القانونية - الجزء الرابع، الجزء الخامس.
- د. اسماعيل غانم: النظرية العامة للإلتزام - عام ١٩٦٦.
- د. أحمد الشلقاني: التحكيم في العقود التجارية الدولية - مجلد إدارة قضايا بالحكومة، العدد ١٠٤ - السنة العاشرة.
- د. توفيق فرج: مصادر الإلتزام عام ١٩.
- د. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للإلتزام - عام ١٩٨٦.
- د. جمال مرسي بدر: النيابة في التصرفات القانونية - دار النهضة العربية طبعة ١٩٩٥.
- د. حسام الدين كامل الأهواني: مصادر الإلتزام - دار النهضة العربية طبعة ١٩٩٤، عقد البيع.
- د. حسام الدين فتحي ناصف: تأثير وتأثر اختصاص المحكمة بالقانون الواجب التطبيق، عام ١٩٩٧، نقل إتفاق التحكيم - عام ٢٠٠٣.
- د. حسن عبد الباسط جميعي: النظرية العامة للإلتزامات - أحكام الإلتزام - جامعة القاهرة - الطبعة الأولى ٢٠٠٥.

- د. حمدي عبد الرحمن: إيجار الأماكن - طبعة ١٩٨٢ - الوسيط في الإلتزامات - عام ١٩٩٩.
- د. جمال محمود الكردي: القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم - عام ٢٠٠٥.
- د. حفيظة الحديد: الاتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم - دار الفكر العربي - جامعة الاسكندرية - عام ١٩٩٦.
- أ. خالد موسى أحمد: الشرح الوافي في قضايا التعويضات المدنية والتجارية، طبعة ٢٠٠٢.
- د. رفعت مخزي: الوجيز في قانون التجارة البحرية - عام ١٩٩٢.
- د. رأفت محمد حماد، محود عبد الرحمن الديب: الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الثاني - أحكام الإلتزام - عام ١٩٦٧.
- د. سليمان مرقس: نظرية العقد - عام ١٩٨٧.
- د. سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة- طبعة ٢٠٠١.
- د. شفيق شحاته: حوالة الحق - طبعة .
- د. صوفي أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية - الطبعة الثالثة عام ١٩٨٦.
- د. عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإدارة المنفردة - طبعة عام ١٩٨٤، عقد الإيجار ١٩٨٤.
- د. عبد الحي حجازي: مصادر الإلتزام - النظرية العامة للإلتزام.
- د. عبد الباقي البكري: الوجيز في نظرية الإلتزام - عام ١٩٨٦.
- د. عبد الرازق حسن فرج: عقد الإيجار - طبعة عام ١٩٧٩.

- د. عبد الحكم فودة: النسبية والغيرية في القانون المدني - دراسة عملية في ضوء الفقه والقضاء - دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية - طبعة ٢٠٠٥.
- د. عادل خير: بطلان إتفاق التحكيم في القانون البحري المصري وإتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع (قواعدها مبورج ١٩٧٨) الطبعة الأولى ٢٠٠١.
- د. عبد الباسط جميعي: مشرع قانون المرافقات المدنية والتجارية - طبعة ١٩٧٥.
- د. على نجيدة: مصادر الإلتزام عام ٢٠٠٢.
- د. عبد الحميد أبو هيف: طرف التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية - عام ١٩٩٣.
- د. على سيد قاسم: نسبية إتفاق التحكيم - دراسة في أحكام القضاء وقرارات المحكمين - دار النهضة العربية ١٩٩٩.
- د. عبد الرازق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الأول، الجزء الرابع، عقد البيع، الجزء السادس - الإيجار ، الجزء الابع - عقد التأمين -، والجزء الثالث - آثار الإلتزام.
- د. منصور مصطفى منصور: عقد الإيجار عام ١٩٧٠.
- د. محمد شريف عبد الرحمن: دروس القانون المدني - النظرية العامة للإلتزامات - إنتقال الإلتزامات - الحوالة - دار النهضة العربية - جامعة الزقايق - طبعة ١٩٩٨.

- د. محمد لبيب شنب: عقد الإيجار عام ١٩٩٦، دروس في نظرية الإلتزام، وشرح أحكام عقد البيع عام ١٩٦٢، أحكام الإلتزام عام ١٩٧٥.
- د. مصطفى الجمال: مصادر الإلتزام عام ١٩٩٦ - الوسيط في أحكام الإيجار - الطبعة الأولى - عام ١٩٩٠.
- د. محمد حسين منصور: المسؤولية المعمارية - عام ١٩٨٤.
- د. محمد عبد الفتاح ترك: شرط التحكيم بالإحالة - وأساس الإلتزام المرسل إليه بشرط التحكم - دار الجامعة الجديدة - الطبعة الأولى - ٢٠٠٦.
- د. محمد عبد المنعم بدرأوي: مصادر الإلتزام عام ١٩٧٥.
- د. محمد على عمران: عقد الإيجار في القانون الليبي - عام ١٩٧٨.
- د. محمد كامل مرسي: شرح أحكام عقد الإيجار - عام ١٩٧٨.
- د. محي الدين اسماعيل علم الدين:
- د. محمد عزمي البكري: موسوعة شرح القانون المدني الجديد - المجلد الأول عقد الوكالة - المجلد الثالث - عقد المقاوله - دار محمود للنشر - عام ٢٠٠٥.
- د. محمود عمر اليد التحيوي: الطبعة القانونية لنظام التحكيم - عام ٢٠٠٣.
- د. محد أبو زيد
- د. محمود سمير الشرقاوي: مفهوم التجارية والدولية وفقًا لقانون التحكيم المصري - طبعة ٢٠٠٠.

- د. محمود محمد ياقوت: حرية المتعاقدين في اختيار قانون العقد الدولي
بين النظرية والتطبيق - دار المعارف - الاسكندرية -
الطبعة الأولى عام ٢٠٠١.
- د. محمد بدراني: العقود الإدارية - عقد افيديك - جامعة القاهرة
عام ٢٠٠١.
- د. مصطفى الجمال، وعكاشة عبد العال: التحكيم في العلاقات الدولية
والداخلية - الطبعة الأولى ٢٠٠٢.
- د. محمد نور شحاته: مفهوم الغير في التحكيم - دار النهضة العربية -
طبعة ١٩٩٦.
- د. محمد شفيق كامل: التحكيم الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية -
دار النهضة العربية - طبعة ١٩٩٧.
- د. محمد حسام فهمي: تنفيذ الأحكام والسندات - طبعة ٢٠٠٢.
- د. محمود هاشم: النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية،
دراسة مقارنة بين التشريعات الوضعية والفكر العربي -
جامعة القاهرة - عام ١٩٩٠.
- د. محمد المنجي: الإمتداد القانوني لعقد الإجار - دار النهضة العربية -
الطبعة الأولى عام ٢٠٠٥.
- د. وجدي راغب: النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافقات -
جامعة القاهرة - طبعة ١٩٩٥.

ثانياً

المراجع باللغة الفرنسية

THESE Françaises

1) Jourdain (p):

Le responsabilité Civil dans les groupes de contrats 1990.

2) Viney (G):

Droit Civil Les obligations responsabilité: Effts 1988.

3) Viney (G):

Droit civiles obligations le responsabilité condicions 1992.

4) Teyssie (B):

Le grapes de contracts 1975.

5) Marty (G) et Raynaud (P):

Droit civil tomel introduction general 1 auetude du droit 1972.

6) La rroumt (G):

Droit Civil tome 111 1986.

7) Segur (L):

La notion faut contractuelle en droit civil français Paris 1956.

8) Hassan N. (A), ***la clause d'exoneration de reponsabilite contrataelle, The NANTES 1991.***

9) Hubreht (G):

Nations essentiels de droit civil 1979.

10) Boubli (B):

Les responsabilité des architectes, des entreprenars et autres locateurs a ouvrages.

11) Benabent (A):

Droit civil les obligations 1987.

12) Karila (J. P), ***garantie. Légales et responsabilité contractuelle de droit commun des locateurs d'ouvrages immobiliers après la réception de, l'ouvrages Ch. D. 1990, 307.***

13) Solv (H) et Chestin (J):

Les contacts de dépendance 1986.

14) STARCK (b), ***Observation sur le régime juridique des clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité, D. 1974, Ch, P. 37 – 7.***

15) Deby – Cerard:

16) Coutal: ***L'arbitrage et les tiers le droit des contrats. Rev. ARB – 1988.***

17) Gaillard: ***Arbitrage commercial international. Compromis dans l'arbitrage international.***

18) ***Ying suit les sort de ces obligations substantielles.***

19) Schwarz (H. A):

Exigence sociale jugement de valeur et responsabilité civil en Français allemand et anglais 1983.

20) Chevallier – Droit civil 1966.

21) Gross (B)

La Nation de obligation de garantie dans le droit des contrats, NANCY, 1963.

فهرس الدراسة

الصفحة	الموضوع
١١	المقدمة
	الباب الأول
١٩	المفهوم الفني والقانوني للمجموعة العقدية.
٢٧	الفصل الأول: موقف الفقه والقضاء بشأن المجموعة العقدية.
٢٨	المبحث الأول: أنصار فكرة المجموعة العقدية.
٢٩	المطلب الأول: الاتجاه المعارض لفكرة المجموعة العقدية.
	المطلب الثاني: عيوب وسلبات تطبيق قواعد المسؤولية
٤٢	التقصيرية داخل عيوب المجموعة العقدية
٤٣	الفرع الأول: إهدار مبدأ القوة الإلزامية للعقود.
٤٦	الفرع الثاني: سلب القيمة الإلزامية للنصوص التشريعية.
٤٦	الفصل الأول: القواعد التي تحدد القانون الواجب التطبيق.
٤٨	الفصل الثاني : القواعد الخاصة بالإختصاص القضائي .
٥٠	الفصل الثالث : القواعد الخاصة بالتعويض .
٥٢	الفصل الرابع : القواعد الخاصة بالتقادم .
	الفرع الثالث: إهدار الحماية القانونية لأطراف العلاقة
٥٤	التعاقدية.
٥٤	الفصل الأول: إهدار حماية الطرف المسئول .
٥٦	الفصل الثاني: مظاهر إهدار حماية الطرف المسئول.
٥٧	المبحث الثاني: الاتجاه المؤيد لفكرة المجموعة العقدية.
٥٨	المطلب الأول: أنصار فكرة المجموعة العقدية.
	المطلب الثاني: النتائج التي تترتب على الأخذ بقواعد المسؤولية
٦٧	العقدية في إطار المجموعة العقدية.
	الفرع الأول: الحفاظ على مبدأ القوة الملزمة للعقود وحماية
٦٨	أطراف العلاقة العقدية.
٧١	الفرع الثاني: القواعد الخاصة بالتقادم.
٧٣	الفرع الثالث: القواعد الخاصة بالتعويض.

تابع فهرس الدراسة

الصفحة	الموضوع
٧٥	الفرع الرابع: القواعد التي تتعلق بالاختصاص القضائي.
٧٧	الفرع الخامس: القانون الواجب التطبيق على العلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي.
٧٨	الفرع السادس: تقرير مبدأ عدم جواز الخيرة بين المسؤولية التقصيرية والعقدية.
٨١	الفصل الثاني: وجهة نظر الباحث بشأن المجموعة العقدية.
٨٣	المبحث الأول: الوقوف على مفهوم الطرف في العلاقات التعاقدية.
٨٥	المطلب الأول: الطرف بالمفهوم الشكلي.
٩٤	المطلب الثاني: الطرف بالمفهوم الموضوعي.
٩٩	المطلب الثالث: تعريف الطرف في إطار المجموعة العقدية.
١٠٣	المطلب الرابع: المركز القانوني للخلف العام.
١٠٧	المطلب الخامس: المركز القانوني للخلف الخاص.
١١٣	المطلب السادس: مدى تأثير الاعتبار الشخصي في التعاقد داخل نطاق المجموعة العقدية.
١١٤	الفرع الأول: المفهوم الفني والقانوني للاعتبار الشخصي في التعاقد.
١٢١	الفرع الثاني: مدى تأثير الاعتبار الشخصي في التعاقد في إطار المجموعة العقدية.
١٢٣	المبحث الثاني: صور المجموعة العقدية.
١٢٤	المطلب الأول: مجموعة التصرفات القانونية المتعاقبة على مال واحد.
١٢٥	الفرع الأول: البيوع المتتالية.
١٢٧	الفرع الثاني: العلاقات الإيجارية المتعاقبة على مال واحد.

تابع فهرس الدراسة

الصفحة	الموضوع
	المطلب الثاني: التصرفات القانونية المترابطة بقصد تحقيق هدف مشترك.
١٢٨	
١٢٨	الفرع الأول: عقود المقابلة أو العقود المشتركة.
١٣٠	الفرع الثاني: العقود الخاصة بالإتشاءات الدولية.
١٣١	المبحث الثالث: المجموعة العقدية والأنظمة القانونية الأخرى.
١٣٢	المطلب الأول: المجموعة العقدية وفكرة التنازل عن العقد.
١٣٦	المطلب الثاني: المجموعة العقدية وفكرة حوالة الحق.
١٤٠	المطلب الثالث: المجموعة العقدية وفكرة حوالة الدين.
	المطلب الرابع: المجموعة العقدية وفكرة الاشتراط لمصلحة الغير.
١٤٣	
١٤٧	المطلب الخامس: المجموعة العقدية وفكرة الحلول.
١٤٩	المطلب السادس: المجموعة العقدية وعلاقة المتبوع بتابعه.
	الباب الثاني
١٥٣	أساس وضوابط التحكيم في إطار المجموعة العقدية
١٥٧	الفصل الأول: مفهوم التحكيم وأهميته في الوقت الحالي.
١٥٨	المبحث الأول: المفهوم الفني والقانوني للتحكيم.
١٦١	المطلب الأول: موقف الفقه والقضاء بشأن مفهوم التحكيم.
١٦٧	المطلب الثاني: أهمية اللجوء إلى التحكيم.
١٦٩	المطلب الثالث: القيمة العملية للتحكيم.
	الفرع الأول: تحرير عقود التجارة الدولية من الخضوع للقوانين الداخلية.
١٧٢	
	الفرع الثاني: دور التحكيم في إرساء القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولي.
١٧٣	
	المطلب الرابع: المشاكل القانونية الناجمة عن اللجوء للتحكيم في إطار المجموعة العقدية.
١٧٥	
	المطلب الخامس: المشاكل الناجمة عن التحكيم في إطار المجموعة العقدية .
١٧٩	

تابع فهرس الدراسة

الصفحة	الموضوع
١٨٠	الفرع الأول: مشكلة اختلاف القانون الواجب التطبيق من عقد إلى آخر داخل نطاق المجموعة العقدية.
١٨٤	الفرع الثاني: مشكلة اختلاف عدد الأعضاء من عقد إلى آخر داخل المجموعة العقدية.
١٨٦	الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.
١٨٩	الفرع الرابع: مشكلة اختلاف مركز الأعمال الرئيسي لطرفي التحكيم.
١٩١	المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لنظام التحكيم.
١٩٢	المطلب الأول: الطبيعة التعاقدية لنظام التحكيم.
١٩٤	المطلب الثاني: الطبيعة القضائية لنظام التحكيم.
١٩٧	المطلب الثالث: الطبيعة المختلطة لنظام التحكيم.
١٩٩	المطلب الرابع: نظرية استقلال نظام التحكيم
٢٠٢	المطلب الخامس: وجهة نظر الباحث بشأن طبيعة نظام التحكيم.
٢٠٥	الفصل الثاني: ضوابط التحكيم في إطار المجموعة العقدية.
٢٠٦	المبحث الأول: موقف الفقه والقضاء التقليديين بشأن إتفاق التحكيم.
٢٠٧	المطلب الأول: تعريف إتفاق التحكيم.
٢١١	الفرع الأول: الضرورات العملية لنقل التحكيم إلى الغير.
٢١٥	الفرع الثاني: مدى استقلال بند التحكيم عن العقد الوارد فيه ومدى تأثيره في المجموعة العقدية.
٢١٩	الفصل الأول: المعاهدات الدولية ومبدأ استقلال اتفاق التحكيم.
٢٢٢	الفصل الثاني: النتائج المترتبة على مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الوارد فيه.
٢٢٣	المطلب الثاني: نطاق اتفاق التحكيم.

تابع فهرس الدراسة

الصفحة	الموضوع
٢٢٤	الفرع الأول: الاتجاه القائل بفكرة امتداد التحكيم من عقد إلى آخر داخل نطاق المجموعة العقدية.
٢٣١	الفرع الثاني: الرد على الاتجاه القائل بمدد بند التحكيم من عقد إلى آخر داخل المجموعة العقدية .
٢٣٣	الفرع الثالث: امتداد بند التحكيم من عقد إلى آخر يترتب عليه إنكار فكرة الأسرة العقدية .
٢٣٤	المطلب الثالث: مدى امتداد شرط التحكيم داخل عقود مجموعة الشركات .
٢٣٥	الفرع الأول: الإتجاه الأول: عدم امتداد شرط التحكيم في مجموعة الشركات .
٢٤٢	الفرع الثاني: وجهة نظر الباحث بشأن امتداد بند التحكيم من عقد إلى آخر داخل مجموعة الشركات.
٢٥٠	المطلب الرابع : إمتداد إتفاق التحكيم في العقود المتكاملة والتحكيم بالإحالة .
٢٦١	المطلب الخامس: مدى جواز التحكيم بالإحالة داخل نطاق المجموعة العقدية.
٢٦٥	المطلب السادس: التحكيم متعدد الأطراف وأثره على تشكيل المحكمة التحكيمية .
٢٦٦	الفرع الأول: مفهوم إتفاق التحكيم الدولي متعدد الأطراف .
٢٦٨	الفرع الثاني: أثر التحكيم متعدد الأطراف على تشكيل المحكمة التحكيمية .
٢٧٤	الفرع الثالث : وجهة نظر الفقه بشأن التحكيم متعدد الأطراف .
٢٧٧	الفصل الثالث : أساس وضوابط التحكيم في إطار المجموعة

العقدية.

- ٢٧٧ **المبحث الأول:** موقف الفقه والقضاء الحديث بشأن ضوابط التحكيم.
- المطلب الأول:** الدعوى المباشرة والدعوى غير المباشرة وحق المضرور في المطالبة بأيهما.
- ٢٧٨
- ٢٧٨ **الفرع الأول:** الدعوى الغير المباشرة.
- ٢٨٠ **الفرع الثاني:** الدعوى المباشرة.
- ٢٨١ **الفرع الثالث:** شرط التحكيم ودعوى المسؤولية التقصيرية.
- ٢٨٣ **المطلب الثاني:** مدى تطلب العلم وقبوله بشرط التحكيم .
- ٢٨٩ **المطلب الثالث:** حدود والتزامات كل طرف.
- ٢٩٤ **المطلب الرابع:** مدى حقوق كل طرف.
- ٢٩٨ **المبحث الثاني:** أساس التحكيم في إطار المجموعة العقدية.
- المطلب الأول:** فكرة حوالة الحق كأساس للتحكيم في إطار المجموعة العقدية.
- ٢٩٩
- الفرع الأول :** الإتجاه القائل بفكرة حوالة الحق كأساس للتحكيم في إطار المجموعة العقدية .
- ٢٩٩
- الفرع الثاني :** الإتجاه المعارض لفكرة حوالة الحق كأساس للتحكيم في إطار المجموعة العقدية .
- ٣٠٣
- المطلب الثاني:** فكرة حوالة الدين كأساس للتحكيم في إطار المجموعة العقدية.
- ٣٠٦
- الفرع الأول :** الإتجاه القائل بفكرة حوالة الدين كأساس للتحكيم في إطار المجموعة العقدية .
- ٣٠٦
- الفرع الثاني :** الإتجاه المعارض لفكرة حوالة الدين كأساس للتحكيم في إطار المجموعة العقدية .
- ٣٠٨
- المطلب الثالث:** فكرة الحلول كأساس للتحكيم في إطار المجموعة العقدية.
- ٣١١
- المطلب الرابع:** فكرة الاشتراط لمصلحة الغير كأساس للتحكيم في إطار المجموعة العقدية.
- ٣١٤

٣١٥	الفرع الأول : الإتجاه القائل بفكرة الإشتراط لمصلحة الغير كأساس للتحكيم في إطار المجموعة العقدية .
٣١٧	الفرع الثاني : الإتجاه المعارض لفكرة الإشتراط لمصلحة الغير كأساس للتحكيم .
٣٢٣	المطلب الخامس: رفض مبدأ التضام كأساس للتحكيم في إطار
٣٢٥	المجموعة العقدية.
٣٢٧	المطلب السادس: تبني فكرة التوازن العقدي.
٣٣١	خاتمة :
٣٤٧	قائمة المراجع :
	فهرس الدراسة :

فهرس الدراسة

الصفحة	الموضوع
٩	المقدمة
	الباب الأول
١٩	المفهوم الفني والقانوني للمجموعة العقدية.
٢٥	الفصل الأول: موقف الفقه والقضاء بشأن المجموعة العقدية.
٢٦	المبحث الأول: أنصار فكرة المجموعة العقدية.
٢٧	المطلب الأول: الاتجاه المعارض لفكرة المجموعة العقدية.
	المطلب الثاني: عيوب وسلبيات تطبيق قواعد المسؤولية
٤١	النقصيرية داخل المجموعة العقدية
٤٢	الفرع الأول: إهدار القيمة الإلزامية للعقود.
٤٥	الفرع الثاني: سلب القيمة الإلزامية للنصوص التشريعية.
٤٥	الفصل الأول: القواعد التي تحدد القانون الواجب التطبيق.

٤٧	الفصل الثاني : القواعد الخاصة بالإختصاص القضائي .
٤٩	الفصل الثالث : القواعد الخاصة بالتعويض .
٥١	الفصل الرابع : القواعد الخاصة بالتقادم .
	الفرع الثالث: سلب الضمانات القانونية لطرفي العلاقة التعاقدية.
٥٣	الفصل الأول: مظاهر سلب ضمان الطرف المضرور .
٥٥	الفصل الثاني: مظاهر سلب ضمانات الطرف المسؤول .
٥٦	المبحث الثاني: الاتجاه المؤيد لفكرة المجموعة العقدية.
٥٧	المطلب الأول: أنصار فكرة المجموعة العقدية.
	المطلب الثاني: النتائج التي تترتب على الأخذ بقواعد المسؤولية العقدية في إطار المجموعة العقدية.
٦٦	الفرع الأول: الحفاظ على مبدأ الأمر الملزم للعقد.
٦٧	الفرع الثاني: توحيد القواعد الخاصة بالتقادم
٧٠	

تابع فهرس الدراسة

الصفحة	الموضوع
	الفرع الثالث: التعويض من الضرر المباشر والمتوقع فقط.
٧٢	الفرع الرابع: توحيد القواعد التي تتعلق بالإختصاص القضائي.
٧٤	الفرع الخامس: القانون الواجب التطبيق على العلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي.
٧٦	الفرع السادس: تقرير مبدأ عدم جواز الخيرة بين المسؤولية التقصيرية والعقدية.
٧٧	الفصل الثاني: وجهة نظر الباحث بشأن المجموعة العقدية.
٧٩	المبحث الأول: الوقوف على مفهوم الطرف في العلاقات التعاقدية.
٨١	المطلب الأول: الطرف بالمفهوم الشكلي.
٨٣	المطلب الثاني: الطرف بالمفهوم الموضوعي.

٩٢	المطلب الثالث: تعريف الطرف في إطار المجموعة العقدية.
٩٨	المطلب الرابع: المركز القانوني للخلف العام.
١٠٢	المطلب الخامس: المركز القانوني للخلف الخاص.
١٠٦	المطلب السادس: مدى تأثير الاعتبار الشخصي في التعاقد داخل نطاق المجموعة العقدية.
١١٢	الفرع الأول: المفهوم الفني والقانوني للاعتبار الشخصي في التعاقد.
١١٤	الفرع الثاني: مدى تأثير الاعتبار الشخصي في التعاقد في إطار المجموعة العقدية.
١٢١	المبحث الثاني: صور المجموعة العقدية.
١٢٣	المطلب الأول: مجموعة التصرفات القانونية المتعاقبة على مال واحد.
١٢٤	الفرع الأول: البيوع المتتالية.
١٢٥	

تابع فهرس الدراسة

الصفحة	الموضوع
١٢٨	الفرع الثاني: العلاقات الإيجارية المتعاقبة على مال واحد. المطلب الثاني: التصرفات القانونية المترابطة بقصد تحقيق هدف مشترك.
١٢٩	الفرع الأول: عقود المقاوله أو العقود المشتركة.
١٢٩	الفرع الثاني: العقود الخاصة بالإنشاءات الدولية.
١٣١	المبحث الثالث: تمييز المجموعة العقدية عن الأنظمة القانونية الأخرى.
١٣٣	المطلب الأول: المجموعة العقدية وفكرة التنازل عن العقد.
١٣٤	المطلب الثاني: المجموعة العقدية وفكرة حوالة الحق.
١٣٨	المطلب الثالث: المجموعة العقدية وفكرة حوالة الدين.
١٤٣	المطلب الرابع: المجموعة العقدية وفكرة الاشتراط لمصلحة الغير.

١٤٦	المطلب الخامس: المجموعة العقدية وفكرة الحل.
١٥٠	المطلب السادس: المجموعة العقدية وعلاقة المتبوع بتابعه.
	الباب الثاني
١٥٢	أساس وضوابط التحكيم في إطار المجموعة العقدية
	الفصل الأول: مفهوم التحكيم وأهميته في الوقت الحالي.
١٥٩	المبحث الأول: المفهوم الفني والقانوني للتحكيم.
	المطلب الأول: موقف الفقه والقضاء بشأن مفهوم التحكيم.
١٦٢	المطلب الثاني: مدى شرعية إتفاق التحكيم في ضوء القضاء
١٦٥	الدستوري.
	الفرع الأول: مدى شرعية التحكيم الإلزامي
١٧١	الفرع الثاني: مدى شرعية التحكيم الاختياري
١٧٢	المطلب الثالث: أهمية اللجوء إلى التحكيم.
١٨٠	المطلب الرابع: القيمة العملية للتحكيم.
١٩٠	الفرع الأول: تحرير عقود التجارة الدولية من الخضوع للقوانين
١٩٣	الداخلية.
١٩٥	

تابع فهرس الدراسة

الصفحة	الموضوع
١٩٦	الفرع الثاني: دور التحكيم في إرساء القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولي.
١٩٨	المطلب الرابع: المشاكل القانونية الناجمة عن اللجوء للتحكيم في إطار المجموعة العقدية.
٢٠٣	الفرع الأول: مشكلة اختلاف القانون الواجب التطبيق من عقد إلى آخر داخل نطاق المجموعة العقدية.
٢٠٧	الفرع الثاني: مشكلة اختلاف عدد الأعضاء من عقد إلى آخر داخل المجموعة العقدية.
	الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على إجراءات

	التحكيم.
٢٠٩	الفرع الرابع: مشكلة اختلاف مركز الأعمال الرئيسي لطرفي التحكيم.
٢١٣	المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لنظام التحكيم.
٢١٥	المطلب الأول: الطبيعة التعاقدية لنظام التحكيم.
٢١٦	المطلب الثاني: الطبيعة القضائية لنظام التحكيم.
٢١٨	المطلب الثالث: الطبيعة المختلطة لنظام التحكيم.
٢٢١	المطلب الرابع: نظرية استقلال نظام التحكيم
٢٢٣	المطلب الخامس: وجهة نظر الباحث بشأن طبيعة نظام التحكيم.
٢٢٧	الفصل الثاني: مدى جواز إمتداد إتفاق التحكيم إلى العقود الأخرى المكونة للمجموعة العقدية
٢٢٩	المبحث الأول: موقف الفقه والقضاء التقليديين بشأن إتفاق التحكيم.
	المطلب الأول: تعريف إتفاق التحكيم.
٢٣٠	الفرع الأول: الضرورات العملية لنقل التحكيم إلى الغير.
٢٣١	الفرع الثاني: مدى استقلال بند التحكيم عن العقد الوارد فيه ومدى تأثيره في المجموعة العقدية.
٢٣٦	الفصل الأول: المعاهدات الدولية ومبدأ استقلال اتفاق التحكيم.
٢٤٠	الفصل الثاني: النتائج المترتبة على مبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الوارد فيه.
٢٤٤	المطلب الثاني: نطاق اتفاق التحكيم.
٢٤٦	الفرع الأول: الاتجاه المؤيد بفكرة امتداد التحكيم من عقد إلى آخر داخل نطاق المجموعة العقدية.
٢٤٨	الفرع الثاني: الرد على الاتجاه المؤيد بمد بند التحكيم من عقد إلى آخر داخل المجموعة العقدية .
٢٤٩	

٢٥٦	المطلب الثالث: امتداد بند التحكيم من عقد إلى آخر يترتب عليه إنكار فكرة الأسرة العقدية .
٢٥٨	الفرع الأول: مدى امتداد شرط التحكيم داخل عقود مجموعة الشركات .
٢٥٩	الفرع الثاني: وجهة نظر الباحث بشأن امتداد بند التحكيم من عقد إلى آخر داخل مجموعة الشركات.
٢٦٧	المطلب الرابع: الاتجاه المعارض لفكرة امتداد بند التحكيم من عقد إلى آخر داخل نطاق المجموعة العقدية.
٢٦٩	المطلب الخامس: امتداد اتفاق التحكيم في العقود المتكاملة والتحكيم بالإحالة.
٢٧٥	الفرع الأول: التحكيم بالإحالة في القانون الفرنسي.
٢٨٠	الفرع الثاني: التحكيم بالإحالة في قانون التحكيم المصري.
٢٨٤	الفرع الثالث: مدى جواز التحكيم بالإحالة داخل نطاق المجموعة العقدية.
٢٨٦	المبحث الثاني: التحكيم متعدد الأطراف وأثره على تشكيل المحكمة التحكيمية.
٢٩٠	المطلب الأول: مفهوم إتفاق التحكيم الدولي متعدد الأطراف.
٢٩١	المطلب الثاني: أثر التحكيم متعدد الأطراف على تشكيل المحكمة التحكيمية .
٢٩٣	المطلب الثالث : وجهة نظر الفقه بشأن التحكيم متعدد الأطراف .
٣٠٠	الفصل الثالث : أساس وضوابط التحكيم فى إطار المجموعة العقدية.
٣٠٠	المبحث الأول: موقف الفقه والقضاء الحديث بشأن ضوابط التحكيم.

٣٠٣	المطلب الأول: مدى تطلب العلم وقبوله بشرط التحكيم.
	المطلب الثاني: حدود والتزامات كل طرف.
	المطلب الثالث: مدى حقوق كل طرف.
٣٠٣	المبحث الثاني: أساس التحكيم في إطار المجموعة العقدية.
٣٠٤	المطلب الأول: فكرة حوالة الحق كأساس للتحكيم في إطار
٣١٠	المجموعة العقدية.
٣١٥	الفرع الأول : الإتجاه القائل بفكرة حوالة الحق كأساس
٣١٨	للتحكيم في إطار المجموعة العقدية .
	الفرع الثاني : الإتجاه المعارض لفكرة حوالة الحق كأساس
٣١٩	للتحكيم في إطار المجموعة العقدية.
	المطلب الثاني: فكرة حوالة الدين كأساس للتحكيم في إطار
٣٢٠	المجموعة العقدية.
	الفرع الأول : الإتجاه القائل بفكرة حوالة الدين كأساس
٣٢٣	للتحكيم في إطار المجموعة العقدية .
	الفرع الثاني : الإتجاه المعارض لفكرة حوالة الدين كأساس
٣٢٦	للتحكيم في إطار المجموعة العقدية.
	المطلب الثالث: فكرة الحلول كأساس للتحكيم في إطار المجموعة
٣٢٦	العقدية.
	المطلب الرابع: فكرة الاشتراط لمصلحة الغير كأساس للتحكيم في
٣٢٨	في إطار المجموعة العقدية.
	الفرع الأول : الإتجاه القائل بفكرة الإشتراط لمصلحة الغير
٣٣٢	كأساس للتحكيم في إطار المجموعة العقدية
	.
٣٣٥	الفرع الثاني : الإتجاه المعارض لفكرة الإشتراط لمصلحة
	الغير كأساس للتحكيم .
	المطلب الخامس: رفض مبدأ التضام كأساس للتحكيم في إطار
٣٣٦	المجموعة العقدية.

	المطلب السادس: تبني فكرة التوازن العقدي.
٣٣٨	خاتمة.
	قائمة المراجع.
٣٤٤	المراجع العربية.
٣٤٧	قائمة بأهم المراجع.
٣٤٩	دراسات متخصصة.
٣٥٩	مراجع عامة.
٣٦١	المراجع باللغة الفرنسية.
٣٦٢	فهرس الدراسة.
٣٦٣	
٢٦٥	
٣٧١	
٣٧٥	

المراجع

أولاً

المراجع العربية

قائمة بأهم المراجع

أولاً: رسائل الدكتوراه:

- د. وفاء أحمد حلمي محمد أبو جميل: إخلال المتعاقد بالتزامه العقدي بفعل الغير أو مشاركته - جامعة عام
- د. نبيلة رسلان: العلاقات القانونية الثلاثية عام ١٩٧٧، جامعة طنطا.
- د. فيصل ذكي عبد الواحد: أضرار البيئة في محيط الجوار والمسؤولية المدنية - عام ١٩٨٨.
- د. هناء خيرى محمد خليفة: المسؤولية المدنية في إطار الأسرة العقدية - جامعة عين شمس، عام ٢٠٠٠.
- د. سمير إسماعيل: الاعتداد الشخصي في المتعاقد - جامعة الإسكندرية، عام ١٩٧٥.
- د. حامد محمد أحمد: النظام القانوني لعقود الـ *B.O.T* - جامعة الزقازيق - حقوق مدنية عام ٢٠٠٤.
- د. ثروت فتحي إسماعيل: المسؤولية المدنية للبائع المهني عام ١٩٨٧.
- د. أحمد مليجي: نطاق الولاية القضائية والاختصاص القضائي، ١٩٧٩، جامعة عين شمس.
- د. إبراهيم نجيب سعد: حكم المحكم - باريس ١٩٦٩.

مراجع عامة

القاموس المحيط – الجزء الرابع .

المعجم الأساسي:

- د. عبد الفتاح عبد الباقي: نظرية العقد والإرادة المنفردة عام ١٩٨٤، عقد الإيجار. د. محمد لبيب شنب: عقد الإيجار عام ١٩٩٦، دروس في نظرية الإلتزام، شرح أحكام البيع عام ١٩٦٢، أحكام الإلتزام، ١٩٧٥.
- د. منصور مصطفى منصور: عقد الإيجار عام ١٩٧٠.
- د. محمد شريف عبد الرحمن: ردوس في القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، إنتقال الإلتزامات (الحوالة).
- د. حسن عبد الباسط جميعي: النظرية العامة للإلتزامات، أحكام الإلتزام.
- د. حسام الدين كامل الأهواني: مصادر الإلتزام، سنة ١٩٩٤.
- د. أحمد حشمت أبو شتيت: نظرية الإلتزام، عام ١٩٤٥.
- د. مصطفى الجمال: مصادر الإلتزام، عام ١٩٩٦.
- د. محمود سعد الدين الشريف: شرح القانون المدني العراقي – المصادر – الجزء الأول.
- د. عبد الحي حجازي: مصادر الإلتزام – النظرية العامة للإلتزام.
- د. حمدي عبد الرحمن: شرح قوانين إيجار الأماكن، عام ١٩٨٢.
- د. سليمان مرقس: نظرية العقد، عام ١٩٨٧.
- د. محمد حسين منصور: المسؤولية المعمارية، عام ١٩٨٤.
- د. أحمد سلامة: نظرية الإلتزام، عام ١٩٨٠.
- د. جميل الشرقاوي: النظرية العامة للإلتزام، عام ١٩٨٦.

- د. رفعت فخري: الوجيز في قانون التجارة البحرية، عام ١٩٩٢.
- د. محمد عبد المنعم بدرأوي: مصادر الإلتزام، عام ١٩٧٥.
- د. عبد الباقي البكري: الوجيز في نظرية الإلتزام، عام ١٩٨٦.
- د. صوفي أبو طالب: تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية، الطبعة الثالثة، عام ١٩٨٦.
- د. عبد الرازق حسن فرج: عقد الإيجار، سنة ١٩٧٩.
- د. محمد على عمران: عقد الإيجار في القانون الليبي، عام ١٩٧٨.
- د. عبد الحكيم فودة: النسبية والغيرية في القانون المدني، دراسة عملية في ضور الفقه والقضاء.
- د. أحمد محمود سعد: شرح أحكام الإيجار، ١٩٨٩.
- د. إسماعيل غانم: النظرية العامة للإلتزام، عام ١٩٦٦.
- د. محمد كامل مرسى: عقد الإيجار، عام ١٩٥٣.
- د. حسام الدين كامل الأهواني: عقد البيع.
- د. حمدي عبد الرحمن: الوسيط في الإلتزامات، عام ١٩٩٩.
- المستشار/ محمد عزمي البكري: موسوعة شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول.
- د. عبد الرازق السنهوري: الوسيط في الإلتزامات.
- المجلد الأول – المجلد الثاني – المجلد الثالث – المجلد السابع.
- نظرية العقد – عقد المقاوله من الباطن.
- د. شفيق شحاتة: حوالة الحق.
- د. توفيق فرج: مصادر الإلتزام.
- د. أنور سلطان: النظرية العامة للإلتزام، عام ١٩٥٨.

- أ/ خالد موسى أحمد: الشرح الوافي في قضايا التعويضات المدنية والتجارية.
- د. أكثم الخولي: إتفاق التحكيم.
- د. محمود عمر السيد التحيوي: الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ٢٠٠٣.
- د. محمود سمير الشرقاوي: مفهوم التجارية والدولية وفقاً لقانون التحكيم المصري.
- د. عادل خير: بطلان إتفاق التحكيم.
- د. أبوزيد رضوان: الأسس العامة في التحكيم التجاري.
- د. سامية راشد: التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة.
- د. إبراهيم أحمد إبراهيم: التحكيم الدولي الخاص – دار النهضة العربية، ١٩٩٧.
- د. أبوزيد رضوان: الشركات التجارية.
- د. وجدي راغب: النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات.
- د. عبد الباسط جميعي: شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ١٩٧٥.
- د. أحمد الشلقاني: التحكيم في العقود التجارية الدولية، مجلد إدارة قضايا الحكومة، العدد ١٠٤ السنة العاشرة.
- د. محمود محمد ياقوت: حرية المتعاقدين في إختيار قانون العقد الدولي بين النظرية والتطبيق، دار المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠١.
- د. محمد بدران: العقود الإدارية – عقد الفيديك.
- د. محمد على عمران: شرح أحكام عقد الإيجار، عام ١٩٧٨.

- د. جمال محمود الكردي: القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم، عام ٢٠٠٠.
- د. أبو العلا على أبو العلا النمر: القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية، مجال التحكيم – الطبعة الأولى – دار النهضة العربية.
- د. أحمد شرف الدين: دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، سلطة القاضي المصري، إزاء حكم التحكيم.
- د. رأفت محمد حماد، محمود عبد الرحمن الديب: الوجيز في النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الثاني، أحكام الإلتزام، عام ١٩٦٧.
- د. على نجيدة: مصادر الإلتزام، عام ٢٠٠٢.
- د. حسام الدين فتحي ناصف: تأثير وتأثر إختصاص المحكمة بالقانون الواجب التطبيق، عام ١٩٩٧.
- د. مصطفى الجمال، د. عكاشة عبد العال: التحكيم.
- د. حسام الدين فتحي ناصف: نقل إتفاق التحكيم، سنة ٢٠٠٣.
- د. محمد نور شحاته: مفهوم الغيرية في التحكيم، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.
- د. حفظة الحداد: الاتجاهات المعاصرة بشأن إتفاق التحكيم، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ١٩٩٦.
- د. أشرف عبد العليم: النظام العام والتحكيم في العلاقات العامة الدولية، عام ١٩٩٦.
- د. عبد الحميد أبو هيف: طرق التنفيذ والتحفظ في المواد المدنية والتجارية، ام ١٩٩٣.

- د. محمد شفيق كامل: التحكيم الدولي، دراسة في قانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.
- د. محمد حامد فهمي: تنفيذ الأحكام والسندات الرسمية.
- د. أحمد ماهر زغلول: مراجعة الأحكام بغير الطعن فيها، ١٩٩٤.
- د. أحمد أبو الوفا - التحكيم الاختياري والإجباري ١٩٧٨، الجزء الثالث.
- د. محمود هاشم: النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول، إتفاق التحكيم، دراسة مقارنة بين التشريعات الوضعية والفكر العربي، ج القاهرة، ١٩٩٠.
- د. مصطفى الجمال: الوسيط في أحكام الإيجار، ١٩٩٠، الطبعة الأولى.
- د. السيد عيد نايل: عقد البيع، ١٩٨٧، جامعة عين شمس، الطبعة الأولى.
- د. أحمد مخلوف : إتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية - دراسة تحليلية تأصيلية - دار النهضة العربية ط ٢٠٠١.
- د. جمال مرسى بدر : النيابة فى التصرفات القانونية - دار النهضة العربية ص ٢٠٠.
- د. على سيد قاسم : نسبية إتفاق التحكيم - دراسة فى أحكام القضاء وقرارات المحكمين - دار النهضة العربية .

دراسات متخصصة

- د. فيصل زكي عبد الواحد: المسؤولية المدنية في إطار الأسرة العقدية، عام ١٩٩٢.
- د. إسماعيل غانم: القانون المدني مع التعمق المسؤولية العقدية، عام ١٩٧٦.
- د. أحمد شرف الدين: تسوية منازعات عقود الإنشاءات الدولية (نماذج عقود الفيديك).
- د. محمد سعد أمين: الدورة العامة لإعداد المحكم.
- د. عاطف شهاب: إتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي عام ١٩٩٧.
- د. ناجي عبد المؤمن: الدورة العامة لإعداد المحكم ٢٠٠٥، مجلة التحكيم العربي، العدد الرابع، ٢٠٠٤.
- د. محمد شكري سرور: مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء، عام ١٩٨٥.
- د. مصطفى عبد السيد الجارحي: عقد المقاولة من الباطن، عام ١٩٨٨.
- د. محمد ناجي ياقوت: مسؤولية المعماربيين، عام ١٩٨٤.
- د. محمود محمد عثمان صقر: تجربة الهيئة العامة لموانئ البحر الأحمر.
- د. محمد سعيد أمين: مجلة التحكيم، حقوق عين شمس، دورة إعداد المحكم ٢٠٠٥.
- د. نادر محمد إبراهيم: تأثير العولمة على مجال التحكيم في حل المنازعات الدولية، مجلة التحكيم المصري، العدد الرابع، أغسطس ٢٠٠١.

- د. محمود جمال الدين: مجلة القانون والاقتصاد، سنة ١٩٤٨.
- د. إبراهيم أحمد إبراهيم: مقالة، اختيار طرق التحكيم، مجلة المحاماة، العدد الثاني، ٢٠٠٤.
- د. محمد عبد الحميد: أهلية الطرفين في إتفاق التحكيم، بحث منشور، بمجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة القاهرة، حقوق بني سويف، يوليو ٢٠٠١.
- د. أحمد شرف الدين: تسوية منازعات البنية التحتية المحولة من القطاع العام، ورقة بحثية منشورة بمجلة التحكيم العربي، العدد الرابع، أغسطس ٢٠٠١.
- د. وجدي راغب فهمي: هل التحكيم نوع من القضاء، مقالة.
- د. حسام الدين فتحي ناصف: نقل اتفاق التحكيم، دراسة لقواعد التنازع والقواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على النقل الاتفاقي والقانوني لاتفاق التحكيم في ضوء القانون والقضاء المقارن والاتفاقات ولوائح التحكيم الدولية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، عام ٢٠٠٣.
- د. رضا السيد عبد الحميد: مجلة التحكيم، الدورة المتعمقة لإعداد المحكم، مايو ٢٠٠٥، مركز تحكيم حقوق عين شمس.
- عبد الحكيم فودة : النسبية والغيرية فى القانون المدنى – دراسة عملية فى الفقه والقضاء سنة ٢٠٠٤ .

ثانياً

المراجع باللغة الفرنسية

المراجع باللغة الفرنسية

1) Jourdain (p):

Le responsabilité Civil dans les groupes de contrats 1990.

2) Viney (G):

Droit Civil Les obligations responsabilité: Effts 1988.

3) Viney (G):

Droit civiles obligations le responsabilité condicions 1992.

4) Tey ssie (B):

Le grapes de contracts 1975.

5) Marty (G) et Raynaud (P):

Droit civil tomel introduction general 1 auetude du droit 1972.

6) La rroumt (G):

Droit Civil tome 111 1986.

7) Segur (L):

La notion faut contractuelle en droit civil français Paris 1956.

8) Hassan N. (A), ***la clause d'exoneration de reponsabilite contrataelle, The NANTES 1991.***

9) Hubreht (G):

Nations essentiels de droit civil 1979.

10) Boubli (B):

Les responsabilité des architectes, des entrepreneurs et autres locataires d'ouvrages.

11) Benabent (A):

Droit civil les obligations 1987.

12) Karila (J. P), ***garantie. Légales et responsabilité contractuelle de droit commun des locataires d'ouvrages immobiliers après la réception de, l'ouvrages Ch. D. 1990, 307.***

13) Solys (H) et Chestin (J):

Les contacts de dépendance 1986.

14) STARCK (b), ***Observation sur le régime juridique des clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité, D. 1974, Ch, P. 37 – 7.***

15) Deby – Cerard:

16) Coutal: ***L'arbitrage et les tiers le droit des contrats. Rev. ARB – 1988.***

17) Gaillard: ***Arbitrage commercial international. Compromissoire dans l'arbitrage international.***

18) ***Ying suit les sort de ces obligations substantielles.***

19) Schwarz (H. A):

Exigence sociale jugement de valeur et responsabilité civil en Français allemand et anglais 1983.

20) Chevallier – Droit civil 1966.

21) Gross (B)

***La Nations de obiligation de garantie dans le droit des
contrats, NANCY, 1963.***

فهرس الدراسة

الصفحة	الموضوع
٩	المقدمة
	الباب الأول
١٩	المفهوم الفني والقانوني للمجموعة العقدية.
٢٥	الفصل الأول: موقف الفقه والقضاء بشأن المجموعة العقدية.
٢٦	المبحث الأول: أنصار فكرة المجموعة العقدية.
٢٧	المطلب الأول: الاتجاه المعارض لفكرة المجموعة العقدية.
	المطلب الثاني: عيوب وسلبات تطبيق قواعد المسؤولية
٤١	التقصيرية داخل عيوب المجموعة العقدية
٤٢	الفرع الأول: إهدار مبدأ القوة الإلزامية للعقود.
٤٥	الفرع الثاني: سلب القيمة الإلزامية للنصوص التشريعية.
٤٥	الفصل الأول: القواعد التي تحدد القانون الواجب التطبيق.
٧٤	الفصل الثاني : القواعد الخاصة بالإختصاص القضائي .
٤٩	الفصل الثالث : القواعد الخاصة بالتعويض .
٥١	الفصل الرابع : القواعد الخاصة بالتقادم .
	الفرع الثالث: إهدار الحماية القانونية لأطراف العلاقة
٥٣	التعاقدية.
٥٣	الفصل الأول: إهدار حماية الطرف المسئول .
٥٥	الفصل الثاني: مظاهر إهدار حماية الطرف المسئول.
٥٦	المبحث الثاني: الاتجاه المؤيد لفكرة المجموعة العقدية.
٥٧	المطلب الأول: أنصار فكرة المجموعة العقدية.
	المطلب الثاني: النتائج التي تترتب على الأخذ بقواعد المسؤولية
٦٦	العقدية في إطار المجموعة العقدية.

٦٧	الفرع الأول: الحفاظ على مبدأ القوة الملزمة للعقود وحماية أطراف العلاقة العقدية.
٧٠	الفرع الثاني: القواعد الخاصة بالتقادم.
٧٢	الفرع الثالث: القواعد الخاصة بالتعويض.

تابع فهرس الدراسة

الصفحة	الموضوع
٧٤	الفرع الرابع: القواعد التي تتعلق بالاختصاص القضائي.
٧٦	الفرع الخامس: القانون الواجب التطبيق على العلاقات التعاقدية ذات العنصر الأجنبي.
٧٧	الفرع السادس: تقرير مبدأ عدم جواز الخيرة بين المسؤولية التقصيرية والعقدية.
٨٠	الفصل الثاني: وجهة نظر الباحث بشأن المجموعة العقدية.
٨٢	المبحث الأول: الوقوف على مفهوم الطرف في العلاقات التعاقدية.
٨٤	المطلب الأول: الطرف بالمفهوم الشكلي.
٩٣	المطلب الثاني: الطرف بالمفهوم الموضوعي.
٩٨	المطلب الثالث: تعريف الطرف في إطار المجموعة العقدية.
١٠٢	المطلب الرابع: المركز القانوني للخلف العام.
١٠٦	المطلب الخامس: المركز القانوني للخلف الخاص.
١١٢	المطلب السادس: مدى تأثير الاعتبار الشخصي في التعاقد داخل نطاق المجموعة العقدية.
١١٣	الفرع الأول: المفهوم الفني والقانوني للاعتبار الشخصي في التعاقد.
١٢١	الفرع الثاني: مدى تأثير الاعتبار الشخصي في التعاقد في إطار المجموعة العقدية.
١٢٣	المبحث الثاني: صور المجموعة العقدية.

١٢٤	المطلب الأول: مجموعة التصرفات القانونية المتعاقبة على مال واحد.
١٢٥	الفرع الأول: البيوع المتتالية.
١٢٨	الفرع الثاني: العلاقات الإيجارية المتعاقبة على مال واحد.

تابع فهرس الدراسة

الصفحة	الموضوع
١٢٩	المطلب الثاني: التصرفات القانونية المترابطة بقصد تحقيق هدف مشترك.
١٢٩	الفرع الأول: عقود المقاوله أو العقود المشتركة.
١٣١	الفرع الثاني: العقود الخاصة بالإنشاءات الدولية.
١٣٣	المبحث الثالث: المجموعة العقدية والأنظمة القانونية الأخرى.
١٣٤	المطلب الأول: المجموعة العقدية وفكرة التنازل عن العقد.
١٣٨	المطلب الثاني: المجموعة العقدية وفكرة حوالة الحق.
١٤٣	المطلب الثالث: المجموعة العقدية وفكرة حوالة الدين.
١٤٦	المطلب الرابع: المجموعة العقدية وفكرة الاشتراط لمصلحة الغير.
١٥٠	المطلب الخامس: المجموعة العقدية وفكرة الحلول.
١٥٢	المطلب السادس: المجموعة العقدية وعلاقة المتبوع بتابعه.
	الباب الثاني
١٥٩	أساس وضوابط التحكيم في إطار المجموعة العقدية
١٦١	الفصل الأول: مفهوم التحكيم وأهميته في الوقت الحالي.
١٦٢	المبحث الأول: المفهوم الفني والقانوني للتحكيم.
١٦٥	المطلب الأول: موقف الفقه والقضاء بشأن مفهوم التحكيم.
١٧١	المطلب الثاني: مدى شرعية إتفاق التحكيم.
١٧٢	الفرع الأول: مدى شرعية التحكيم الإجباري.
١٨٠	الفرع الثاني: مدى شرعية التحكيم الاختياري.
١٩٠	المطلب الثالث: أهمية اللجوء إلى التحكيم.

١٩٣	المطلب الرابع: القيمة العملية للتحكيم.
١٩٥	الفرع الأول: تحرير عقود التجارة الدولية من الخضوع للقوانين الداخلية.
١٩٦	الفرع الثاني: دور التحكيم في إرساء القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولي.
١٩٨	المطلب الرابع: المشاكل القانونية الناجمة عن اللجوء للتحكيم في إطار المجموعة العقدية.
٢٠٢	المطلب الخامس: المشاكل الناجمة عن التحكيم في إطار المجموعة العقدية .

تابع فهرس الدراسة

الصفحة	الموضوع
٢٠٣	الفرع الأول: مشكلة اختلاف القانون الواجب التطبيق من عقد إلى آخر داخل نطاق المجموعة العقدية.
٢٠٧	الفرع الثاني: مشكلة اختلاف عدد الأعضاء من عقد إلى آخر داخل المجموعة العقدية.
٢٠٩	الفرع الثالث: القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم.
٢١٣	الفرع الرابع: مشكلة اختلاف مركز الأعمال الرئيسي لطرفي التحكيم.
٢١٥	المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لنظام التحكيم.
٢١٦	المطلب الأول: الطبيعة التعاقدية لنظام التحكيم.
٢١٨	المطلب الثاني: الطبيعة القضائية لنظام التحكيم.
٢٢١	المطلب الثالث: الطبيعة المختلطة لنظام التحكيم.
٢٢٣	المطلب الرابع: نظرية استقلال نظام التحكيم
٢٢٧	المطلب الخامس: وجهة نظر الباحث بشأن طبيعة نظام التحكيم.
٢٢٩	الفصل الثاني: ضوابط التحكيم في إطار المجموعة العقدية.

٢٣٠	المبحث الأول: موقف الفقه والقضاء التقليديين بشأن إتفاق التحكيم.
٢٣١	المطلب الأول: تعريف إتفاق التحكيم.
٢٣٦	الفرع الأول: الضرورات العملية لنقل التحكيم إلى الغير.
	الفرع الثاني: مدى استقلال بند التحكيم عن العقد الوارد فيه
٢٤٠	ومدى تأثيره في المجموعة العقدية.
	الفصل الأول: المعاهدات الدولية ومبدأ استقلال اتفاق
٢٤٤	التحكيم.
	الفصل الثاني: النتائج المترتبة على مبدأ استقلال شرط
٢٤٦	التحكيم عن العقد الوارد فيه.
٢٤٨	المطلب الثاني: نطاق اتفاق التحكيم.

تابع فهرس الدراسة

الموضوع	الصفحة
---------	--------

٢٤٩	الفرع الأول: الاتجاه القائل بفكرة امتداد التحكيم من عقد إلى آخر داخل نطاق المجموعة العقدية.
٢٣١	الفرع الثاني: الرد على الاتجاه القائل بمدد بند التحكيم من عقد إلى آخر داخل المجموعة العقدية .
٢٣٣	الفرع الثالث: امتداد بند التحكيم من عقد إلى آخر يترتب عليه إنكار فكرة الأسرة العقدية .
٢٣٤	المطلب الثالث: مدى امتداد شرط التحكيم داخل عقود مجموعة الشركات .
٢٣٥	الفرع الأول: الإتجاه الأول: عدم امتداد شرط التحكيم في مجموعة الشركات .
٢٤٢	الفرع الثاني: وجهة نظر الباحث بشأن امتداد بند التحكيم من عقد إلى آخر داخل مجموعة الشركات.
٢٥٠	المطلب الرابع : إمتداد إتفاق التحكيم في العقود المتكاملة والتحكيم بالإحالة .
٢٦١	المطلب الخامس: مدى جواز التحكيم بالإحالة داخل نطاق المجموعة العقدية.
٢٦٥	المطلب السادس: التحكيم متعدد الأطراف وأثره على تشكيل المحكمة التحكيمية .
٢٦٦	الفرع الأول: مفهوم إتفاق التحكيم الدولي متعدد الأطراف .
٢٦٨	الفرع الثاني: أثر التحكيم متعدد الأطراف على تشكيل المحكمة التحكيمية .
٢٧٤	الفرع الثالث : وجهة نظر الفقه بشأن التحكيم متعدد الأطراف .
٢٧٧	الفصل الثالث : أساس وضوابط التحكيم في إطار المجموعة العقدية.
٢٧٧	المبحث الأول: موقف الفقه والقضاء الحديث بشأن ضوابط التحكيم.

	المطلب الأول: الدعوى المباشرة والدعوى غير المباشرة وحق
٢٧٨	المضرور في المطالبة بأيهما.
٢٧٨	الفرع الأول: الدعوى الغير المباشرة.
٢٨٠	الفرع الثاني: الدعوى المباشرة.
٢٨١	الفرع الثالث: شرط التحكيم ودعوى المسؤولية التقصيرية.
٢٨٣	المطلب الثاني: مدى تطلب العلم وقبوله بشرط التحكيم .
٢٨٩	المطلب الثالث: حدود والتزامات كل طرف.
٢٩٤	المطلب الرابع: مدى حقوق كل طرف.
٢٩٨	المبحث الثاني: أساس التحكيم في إطار المجموعة العقدية.
	المطلب الأول: فكرة حوالة الحق كأساس للتحكيم في إطار
٢٩٩	المجموعة العقدية.
	الفرع الأول : الإتجاه القائل بفكرة حوالة الحق كأساس
٢٩٩	للتحكيم في إطار المجموعة العقدية .
	الفرع الثاني : الإتجاه المعارض لفكرة حوالة الحق كأساس
٣٠٣	للتحكيم في إطار المجموعة العقدية .
	المطلب الثاني: فكرة حوالة الدين كأساس للتحكيم في إطار
٣٠٦	المجموعة العقدية.
	الفرع الأول : الإتجاه القائل بفكرة حوالة الدين كأساس
٣٠٦	للتحكيم في إطار المجموعة العقدية .
	الفرع الثاني : الإتجاه المعارض لفكرة حوالة الدين كأساس
٣٠٨	للتحكيم في إطار المجموعة العقدية .
	المطلب الثالث: فكرة الحلول كأساس للتحكيم في إطار المجموعة
٣١١	العقدية.
	المطلب الرابع: فكرة الاشتراط لمصلحة الغير كأساس للتحكيم في
٣١٤	في إطار المجموعة العقدية.
	الفرع الأول : الإتجاه القائل بفكرة الإشتراط لمصلحة الغير

٣١٥	كأساس للتحكيم فى إطار المجموعة العقدية
٣١٧	الفرع الثانى : الإلتجاه المعارض لفكرة الإشتراط لمصلحة الغير كأساس للتحكيم .
٣٢٣	المطلب الخامس: رفض مبدأ التضام كأساس للتحكيم فى إطار
٣٢٥	المجموعة العقدية.
٣٢٧	المطلب السادس: تبني فكرة التوازن العقدي.
٣٣١	خاتمة :
٣٤٧	قائمة المراجع :
	فهرس الدراسة :