جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
كلية القانون / جامعة ميسان
قسم القانون الخاص

دور التحكيم في المجموعة العقدية
(دراسة تحليلية مقارنة)

رسالة تقدمت بها الطالبة
حنين رياض جليل داود

الى مجلس كلية القانون – جامعة ميسان
كجزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

بأشراف الاستاذ الدكتور
أ. د حسنين ضياء نوري

١٤٤٤هـ ٢٠٢٣م

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ فَلا وَرَبِّكَ لا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ ﴾

صدق الله العلي العظيم

(سورة النساء، الآية /٦٥)

الاهــداء

إلى خالق الكون وموجوده ..... ربّي

إلى الذي علم هذه الامة ..... إلى الشفيع يوم الحشر ..... سيدنا محمد (صلى الله عليه وسلم)

إلى قدوتي ونبراسي الّذي ينير دربي، إلى من رفعت راسي عالياً افتخاراً به ..... أبي رحمه الله.

إلى التي رآني قلبها قبل عينيها، واحتضنتني أحشاؤها قبل يديها إلى شجرتي الّتي لا تذبل، إلى الظّل الّذي أوي إليه في كلّ حين ..... أمّي الغالية.

إلى من تهدأ نفسي بلقياهن، ويبسمُ الثغرُ لمحياهن ..... أختيّ ريام وآية.

إلى من تسعد عيني برؤياها، ويطرب القلب بنجواها..... دانيا محمد.

أهدي ثمرة جهدي هذا اليهم

حنين

شكر وتقدير

الحمد لله الذي جعل الحمد مفتاحاً لذكره وخلق الأشياء ناطقة بحمده وشكره، والصلاة والسلام على نبيه محمد المشتق أسمه من اسمه المحمود وعلى آلة الطاهرين أولي المكارم والجود.

أما بعد ... فقد منَّ الله سبحانه وتعإلى عليَّ بإتمام هذه الرسالة، لذا فإنني أتقدم بكل معاني الشكر والتقدير إلى كل من أسدى لي خدمة وأعانني طيلة مدة البحث.

ومن دواعي الاعتزاز أن أقدم شكري واعتزازي الجميل والامتنان إلى مشرفي وأستاذي الفاضل الدكتور حسنين ضياء نوري لما قام به من عمل ومساعدة لإنجاز هذا البحث إذ كان معي بكل تفاصيل الدراسة والبحث كليهما فجزاه الله كل خيراَ .

ويطيب لي أن أتقدم بالشكر الجزيل والتقدير إلى عمادة كلية القانون والأساتذة جميعهم في الدراسات العليا للقسم الخاص ورئيس القسم.

ويسرني أن أتوجه بجزيل الشكر والتقدير إلى السادة أعضاء اللجنة العلمية لما أبدوه من تعاون وإرشادات علمية وتربوية فلهم مني كل الحب والشكر والاحترام.

ووفاءً وحبا وامتنانا وخالص الشكر والتقدير إلى (عائلتي) الاعزاء على قلبي وصديقتي (حنين ميسم) والتي بفضل دعواتهم الصادقة وصلت إلى ما انا فيه فلهم مني كل الحب والاعتزاز والاحترام.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

الباحثة

ملخص الدراسة

في ظل التطورات الحاصلة في التحكيم الذي يعد من وسائل حل المنازعات التي يتفق أطراف النزاع فيه على الالتجاء للتحكيم، و إنه يعد نظاماً مختلطاً يبدأ باتفاق ذو طبيعة تختلف عن باقي العقود المدنية ثم يصبح إجراء ثم ينتهي بحكم التحكيم، هذا النظام يتسم في مراحله المتعاقبة بأنه نسبي الأثر فاتفاق التحكيم كأي تصرف إرادي، تنصرف آثاره إلى طرفيه فقط من دون أن يفيد غيره أو يضره، وإجراءات الخصومة لا تنصرف آثارها إلى طرفيه من دون أن يفيد غيره، فنظراً لأصلها الاتفاقي لا يجوز تدخل أو إدخال الغير فيها، ومبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير يعد من نتائج نشأته الاتفاقية، وما تستلزمه من احترام مبدأ سلطان الإرادة، إلا أنه قد ينصرف أثر اتفاق التحكيم إلى أشخاص لم يوقعوا عليه أو على العكس، إذا كان الأصل أن التحكيم والغير مفهومان مستقلان لا يثيران أية مشكلات فان الحياة العملية وتطور المعاملات الدولية قد أظهر العديد من التساؤلات حول إخضاع الغير إلى اتفاق التحكيم والذي لم يكن طرفاً فيه، هذا التساؤل يظهر جليا في المجموعة العقدية والتي هي التصرفات القانونية التي تتفرع عن رابطة قانونية أصلية بين طرفين من خلال تعاقبها أو ترابطها بقصد تحقيق عملية اقتصادية مشتركة ويجمع تلك التصرفات وحدة الهدف.

وساهم الواقع الاقتصادي للمجموعة العقدية عن التطور الحاصل فيه من خلال إيجاد مجموعات من المصالح والتي يمكن موازنتها من خلال الاعتراف السبب أو الهدف للعقود التي تنتمي إلى الكل ووظيفته في إطار المجموعة العقدية، فإن تطبيق التحكيم على طرفي العلاقة العقدية والغير يكون له أهمية بالغة داخل المجموعة العقدية وفقا لمقتضيات العدالة ولمواكبة الحياة الاقتصادية وتطورها وأيضاً لتلافي صدور احكام قانونية متناقضة. ولكن تطبيق التحكيم في تلك الحالة قد يتناقض مع القواعد الاصولية والجوهرية

للتحكيم، باعتباره وسيلة خاصة لفض المنازعات تخضع لمبدأ الرضائية والنسبية وبالتالي لا يلزم إلا أطرافه.

إلا أن الواقع العلمي يؤكد على أنه في كثير من الأحيان يقتضي تحقيق العدالة واستقرار المعاملات وكذلك حسن النية في تنفيذ الالتزامات ومنع التواطؤ إلزام الغير باتفاق التحكيم أو إلزام الأطراف به في مواجهة الغير.

الأمر الذي يتطلب البحث عن المبادئ والأسس الواضحة التي يمكن الاستناد إليها لمد هذا الاتفاق للغير دون توسع أو تضيق يؤدى للإضرار بمصالح الغير أو بمصالح الأطراف، أي أن لتأثير الواقع الاقتصادي هو الذي ضاعف من ظهور المجموعة العقدية والتي سعت إلى الاعتراف قانونياً بواقع العقود المكونة للمجموعة من خلال تطوير مفهومها واقتراح قراءة جديدة للمفاهيم التقليدية.

المحتويات

الموضوع	الصفحة
المقدمة	١-٨
الفصل الأول: ماهية المجموعة العقدية	٩-٥٢
المبحث الأول: مفهوم المجموعة العقدية	١٠-٢٤
المطلب الأول: تعريف المجموعة العقدية	١٠-١٦
الفرع الأول: التعريف اللغوي للمجموعة العقدية	١١-١٢
الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للمجموعة العقدية	١٢-١٦
المطلب الثاني: تمييز المجموعة العقدية مما يشتبه بها	١٧-٢٤
الفرع الأول: تمييز المجموعة العقدية عن العلاقة التبعية	١٧-٢٠
الفرع الثاني: تمييز المجموعة العقدية عن العقد المركب	٢١-٢٤
المبحث الثاني: صور المجموعة العقدية	٢٥-٣٩
المطلب الأول: صور المجموعة العقدية	٢٦-٣١
الفرع الأول: مجموعة العقود المتعاقبة على محل واحد	٢٦-٢٨
الفرع الثاني: مجموعة العقود المترابطة بقصد تحقيق هدف مشترك واحد	٢٩-٣١
المطلب الثاني: الطرف في المجموعة العقدية	٣٢-٣٩
الفرع الأول: الطرف في الفقه التقليدي	٣٢-٣٥
الفرع الثاني: الطرف في الفقه الحديث	٣٦-٣٩

المبحث الثالث: موقف الفقه والقضاء عن مفهوم نظرية المجموعة العقدية	٤٠-٥٢
المطلب الأول: الاتجاه الرافض لنظرية المجموعة العقدية	٤١-٤٤
المطلب الثاني: الاتجاه المؤيد لنظرية المجموعة العقدية	٤٥-٥٢
الفصل الثاني/أحكام التحكيم في المجموعة العقدية	٥٣-١١٨
المبحث الأول: مفهوم التحكيم في المجموعة العقدية	٥٤-٨٩
المطلب الأول: تعريف التحكيم	٥٥-٧٥
الفرع الأول: تعريف التحكيم وطبيعته	٥٥-٦٦
الفرع الثاني: تعريف اتفاق التحكيم وطبيعته	٦٧-٧٥
المطلب الثاني: التحكيم والغير	٧٥-٨٩
الفرع الأول: مفهوم الغير	٧٦-٨٣
الفرع الثاني: خصائص التحكيم	٨٤-٨٩
المبحث الثاني: أساس امتداد التحكيم في المجموعة العقدية	٩٠-١٠٤
المطلب الأول: مفهوم فكرة امتداد العقد وانتقاله وأوجه الشبه والاختلاف	٩١-٩٥
المطلب الثاني: مبررات امتداد التحكيم في المجموعة العقدية	٩٦-١٠٤
المبحث الثالث: اليات امتداد التحكيم في المجموعة العقدية	١٠٥-١١٧
المطلب الأول: امتداد اتفاق التحكيم في المجموعة العقدية القائمة على وحدة الهدف	١٠٦-١١٣
المطلب الثاني: امتداد اتفاق التحكم في المجموعة العقدية القائمة على وحدة المحل	١١٤-١١٧

الفصل الثالث/ الاثار القانونية للتحكيم في المجموعة العقدية	١١٨
المبحث الأول: المجموعة العقدية في اثار التحكيم	١١٩-١٢٩
المطلب الأول: امتناع أطراف اتفاق التحكيم عن اللجوء للقضاء	١٢٠-١٢٦
المطلب الثاني: التزام أطراف اتفاق التحكيم بطرح نزاعاتهم على التحكيم	١٢٦-١٢٩
المبحث الثاني: المجموعة العقدية و خصومة التحكيم	١٣٠-١٣٨
المطلب الأول: تدخل الغير في خصومة التحكيم	١٣١-١٣٤
المطلب الثاني: ادخال الغير في خصومة التحكيم	١٣٥-١٣٨
المبحث الثالث: المشاكل الناتجة عن امتداد اتفاق التحكيم في المجموعة العقدية	١٣٩-١٤٧
المطلب الأول: اختلاف القانون الواجب التطبيق	١٤٠-١٤٤
المطلب الثاني: تعدد الاحكام و تعارضها	١٤٥-١٤٧
الخاتمة	١٤٨-١٥٢
قائمة المصادر	١٥٤-١٦٧
الملخص الانكليزي	A-C

المقدمة

المقدمة

اولاً: التعريف بالموضوع

يشهد العالم الآن نهضة تنموية في شتى المجالات، و اضحت الأنشطة التجارية و الاقتصادية اكثر توسعاً وتعقيداً، و نتيجة لهذا التطور ظهرت الحاجة إلى إيجاد وسيلة فعالة لحل النزاعات الناشئة عن العقود المدنية والتجارية الدولية منها والوطنية بعيداً عن اجراءات القضاء العادي التي تستغرق زمناً طويلاً لحل النزاعات، فكان التحكيم الوسيلة الأولى في حسم نزاعاتها التي نشأت أو التي يمكن أن تنشأ بين الاطراف بسهولة وسرعة اذ لا يمكن أن يدرك آثاره أو يحقق أهدافه إلا بعد اعتراف الدول به وذلك من خلال اعطاء الحجيةّ المقررة لأحكام قضاء التحكيم فأصبحت نظاماً قانونياً لحل النزاعات و أمام محكمين تختاروهم الأطراف بأنفسهم و يحددون لهم موضوع النزاع و غيرها من المسائل التي تبرز أن المحكمين يستمدون سلطتهم إلمعهودة اليهم بمقتضى اتفاق التحكيم الذي يعد أساس التحكيم و جوهره وهذا الاتفاق هو الاساس القانوني للتحكيم ومصدره ويحدد نطاقه[١].

اتفاق التحكيم و طبقاً لطبيعته الخاصة التي سوف نتناولها بأنه ذو طبيعة خاصة و يعتبر عقد من عقود القانون الخاص و بهذا الوصف سوف يكون خاضع لجميع الاحكام الخاصة بالعقود باعتبارها من مصدر من مصادر الالتزام، و كأي عقد أرادي تنصرف إرادته إلى طرفيه فقط دون الغير أي يتمتع بأثر نسبي مقصور على اطرافه، فيلزم العقد الذين ابرموه و لا يجوز للطرفين تعديله أو انهائه إلا وفقاً لأحكامه أو بالاتفاق المتبادل أو للأسباب المنصوص عليها وهو ما يعرف بنسبية أثر العقد و القوة الملزمة للعقد.

---

(١) د. سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، منشاة المعارف، مصر،١٩٨٤، ص ٢١.

ويهيمن على نظرية العقد مبدأ سلطان الإرادة و التي يستلزم احترامها و بمقتضاها تعد الأرادة مصدر الالتزام للعقد وأساس القوة الملزمة و مبدأ نسبية العقد، إلا انها تثير اشكاليات منها مشكلة تحديد مفهوم الطرف في العقد وبه يتحدد من يعد من الغير فالعقد محدود بنطاقه الشخصي (أطراف العقد) و موضوعياً(الاستقلال عن العقود الأخرى)، لكن هذه المبادئ اصبحت موضع تساؤل نتيجة التطورات الاقتصادية والسياسية ونتيجة لضخامة المشروعات وتشعب العلاقات تحكمها مجموعة من العقود سواء بين الأطراف ذاتها أو بين أطراف مختلفة و هو ما أدى إلى ظهور ما يعرف بنظرية المجموعة العقدية و في عام ١٩٧٥ ذكرت المجموعة العقدية من قبل الاستاذ (برنارد تيسي) في اطروحته بعنوان (المجموعة العقدية) ، و لمفهوم المجموعة العقدية معنى مزدوج فهو أولاً يعبر عن واقع اقتصادي وهي ظاهرة تعدد العقود والتي لا يمكن النظر اليها إلا ككل في إطار تنفيذ عملية اقتصادية ، وثانياً أنه يعبر عن نظرية قانونية مفاداها بدأ من واقع المجموعة العقدية و التي يترتب عليه تغير في المفاهيم الاساسية لقانون إلالتزامات من أجل توافر حلول لهذا الواقع .

المجموعة العقدية هي مجموعة تقوم على فكرة وحدة المحل أو وحدة السبب، بمعنى أنها تشكل وحدة اقتصادية تهدف إلى تحقيق عملية تجارية مشتركة، كعقود المقاولة من الباطن بهدف انجاز مشروع مشترك، ويمكن اختزال المجموعة الهائلة للعقود والمتعددة الأوجه من العقود الخاصة المعاصرة إلى عدد صغير من الأنواع الرئيسية والتي تتوافق مع الاحتياجات الرئيسية للإنسان ولها دوام وعالمية والأدوات الرئيسية للتبادلات الاقتصادية هي البيع والايجار والمقاولة والذين تشكل العقود للمجموعة العقدية [١].

---

(١) philippe malaurie , laurent aynès, pierre-yves gautier, droit des contrats spéciaux ,2021 , p24.

وأن نظرية المجموعة العقدية تثير صعوبات من حيث تعريفها والصلات القائمة بين أطرافها و التي تجمعهم عملية اقتصادية، فتتخذ المجموعة العقدية حالتين (عقود تجمعها وحدة الموضوع) و (عقود تجمعها وحدة الأشخاص)، يكتسب الأطراف هذا الوصف (الطرف) في العقد لكل من وقع عليه كوكيل أو كان خلف عام أو خاص لإحد المتعاقدين أو في حالة الاشتراط لمصلحة الغير أو التعهد للغير وكذلك في حالة حوالة الحق وحوالة العقد ، و في سياق اتفاق التحكيم يتم تمييز الإطراف المتعاقدة عن الأطراف الغير متعاقده فيثير مبدأ نسبية العقد عن امكانية امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى غير من وقع عليه، و في مجال التحكيم مسألة أثر التحكيم إلى غير أطرافه هي موضوع يشمل كلا من قانون التحكيم و قانون الالتزامات إذ يعد أثر اتفاق التحكيم أحد إكثر القضايا التي تمت مناقشتها ، فظهرت الكثير من الاجتهادات الفقهية و القضائية لكي يحقق اتفاق التحكيم إقصى فعالية تؤدي إلى تحقيق الغاية المرجوة منه ، فأتجهت إلى دور أثر اتفاق التحكيم إلى غير الموقعين عليه مستندين بذالك إلى نظريات قانونية جديدة لم تعرفها النظرية العامه للعقد كحالة مد أثر التحكيم إلى الطرف الذي لم يوقع عليه في حالة المجموعة العقدية عند مساهمته بطريقه أو أخرى في تكوين أو تنفيذ العقد و بأعتبار انه عند تدخله في تكوين أو تنفيذ العقد قد استفيد منه فيعتبر أنه قد وافق ضمنياً بأن يكون طرفاً في إتفاق التحكيم.

وظهرت المجموعة العقدية عندما زادت المعاملات التجارية وبدأ الخرق على مبدأ نسبية العقود عند تعارضها مع العمليات الاقتصادية و أن آثار المجموعة كانت موجودة في كل دعوى المالك الأصلي على المستأجر من الباطن أو دعوى الأخير على المالك الأصلي و الدعوى التي تعطي للمقاول من الباطن و العمال في مطالبة رب العمل على أساس الدعوى المباشرة، إلا أنها لم تلق

تلك الاهمية في البداية ولكن بعدها تم ادراك القيمة العلمية لهذا الواقع الاقتصادي وبسبب هذا الواقع فقد أدى إلى تغيير في المفاهيم التقليدية.

فالدراسة محورها دور التحكيم في المجموعة العقدية و أن لوجود هذه المجموعات يثير عدة اشكاليات كحالة تطبيق التحكيم على أطرافه ام على الغير أم عليهما و ذلك لتجنب أحكام متناقضة، إلا أنه وبالرغم هذا الحل من الاتجاهات المعاصرة المذكور أعلاه المتمثل في تمديد صلاحية اتفاقيات التحكيم للغير، فإنه يمثل خروجًا ثابتًا عن التعريف المفاهيمي لأطراف العقد في النظرية العامة للعقد، أي هو يتعارض مع القواعد الأصولية للتحكيم بأعتباره أمتداد اثر العقد إلى غير اطرافه ليشمل الغير عن العقد فتنصرف اليه كافة الآثار المترتبة على احتسابه طرفاً فتظهر أشكالية أخرى في دور التحكيم في المجموعة العقدية، إلا أننا نجده مدعوم بالقرارات القضائية و قرارات التحكيم لذلك فإن هذه الاتجاهات تستحق الدراسة والبحث والتحليل لمدى صلاحية اتفاقيات التحكيم خارج أطرافها و في إطار المجموعة العقدية.

ثانياً: اهمية الدراسة

تكمن أهمية الدراسة في:

١. تحقيق ما يهدف إليه المتعاقدين من وراء تعاقدهم على وفق العدل والمنطق في إطار المجموعة العقدية.
٢. تحقيق الأمن القانوني والتعاقدي للطرف بحماية الطرف الضعيف من انصراف اثر التحكيم إليه لأسباب قانونية ومعقولة.
٣. تحقيق الأمن القانوني والتعاقدي للطرف بانصراف أثر التحكيم إلى الغير لأسباب قانونية ومعقولة.

٤. تقليل زخم الدعاوى أمام القضاء و من ثم تقليل الجهد و الوقت على القضاء و المتعاقدين.

٥. خلق الاستقرار في المجتمع من خلال تحقيق النظام في إطار المجموعة العقدية.

٦. تفعيل الحياة التعاقدية والاقتصادية من خلال دفع العجلة التعاقدية في إطار المجموعة العقدية.

ثالثاً: مشكلة الدراسة

تكمن المشكلة بغياب التنظيم التشريعي المتكامل في إطار المجموعة العقدية؛ لأنه و إن وجدت تشريعات تعالج التحكيم إلا أنها لا تعالج التحكيم في إطار المجموعة العقدية كونها تعالج التحكيم في إطار العقد الواحد.

وتتركز المشكلة في مدى انصراف أثر اتفاق التحكيم بصدد عقد إلى بقية العقود في إطار المجموعة العقدية، وسواء اكان ذلك التحكيم بصدد العقد الأول أم الأخير في المجموعة العقدية. وتتمحور المشكلة ببيان انصراف أثر عقد التحكيم لأشخاص لم يكونوا أطرافا فيه أصلا.

فضلاً عن أن مشكلة تحديد مفهوم المجموعة العقدية كأساس في الرسالة يعد بحد ذاته مشكلة في ظل الاتجاهات الفقهية المختلفة بصدد أنواع المجموعة العقدية والاعتراف بها من عدمه.

رابعاً: نطاق الدراسة

يدور الموضوع حول دور التحكيم في المجموعة العقدية نتيجة ما يثيره البحث من إشكاليات قانونية فيما يتعلق بنطاق التحكيم وسريانه على أطراف المجموعة العقدية والتي بدورها تعد خروجا على المستقر في النظرية العامة للعقد حول تحديد مفهوم الطرف في العقد وصولاً إلى آثار التحكيم داخل إطار المجموعة العقدية في ضوء الاتجاهات المعاصرة في فقه القانون و كل من أحكام القضاء والتحكيم وبيان مدى اتفاق الاتجاهات الحديثة مع أحكام القانون المدني و قانون المرافعات.

خامساً: أهداف الدراسة

الهدف من دراستنا هو تحديد علاقة اتفاق التحكيم الذي إبرمته أحد العقود المكونة للمجموعة العقدية وتطبيق اتفاق التحكيم فيما بين المتعاقدين وما إذا كان يمتد ليشمل الغير داخل إلمجموعة العقدية وفي إطار اتفاق التحكيم كما ذكرنا، و كان اختيارنا لموضوع هذه الدراسة ذلك أن التحكيم كعقد تحكمه قاعدة أساسية تحكم العقود بشكل عام، هي النسبية في الاتفاق التحكيمي. كما أن البحث في موضوع هذه الدراسة تأتي أهميته من خلال التعرف على مفهوم المجموعة العقدية ومفهوم التحكيم وذلك بتسليط الضوء على التنظيم القانوني له ومن ثم الوقوف على مفهوم آليات امتداد التحكيم في المجموعة العقدية، وكذلك بيان الأساس القانوني لامتداد أثر هذا الاتفاق إلى الغير داخل المجموعة العقدية.

سادساً: منهجية الدراسة

طبيعة البحث تتطلب دراسة إكثر من منهج منها المنهج التحليلي فيظهر في قيام الباحث بتحليل كل جزئية من جزئيات الدراسة لتقرير الوقائع و الحقائق الفقهية فالتحليل يبين مدى انسجام المقدمات بالنتائج، و المنهج المقارن و الذي يقوم على المقارنة بين مواقف القوانين في صدد أي مسألة من المسائل التي تناولها البحث، و عليه و كما تقدم فأن القانون المصري والقانون الفرنسي ستكون محل دراسة و التحليل فيما يتبعونه من معطيات حول موضوع الدراسه و مقارنة أحكامهم بالنصوص القانونيه العراقية أن وجدت، وسنشير إلى موقف الاتفاقيات الدولية من أحكام تعالج المسائل المعروضة، فضلاً عن آراء الفقه و أحكام القضاء و التحكيم بوصفهم مصادر مهمة تشرح بهما أحكام القانون و تسد أوجه النقص.

سابعا: خطة وهيكلية الدراسة

سنتبع خطة مكونة من ثلاث فصول، الفصل الأول نتناول فيه ماهية المجموعة العقدية، وسنقسم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث، نخصص الأول لعرض مفهوم المجموعة العقدية والذي يقسم إلى مطلبين، نتناول في الأول تعريف المجموعة العقدية، وتمييز المجموعة العقدية عما يشتبه بها في الثاني، أما المبحث الثاني نتناول صور المجموعة العقدية في المطلب الأول، والطرف في المطلب الثاني، أما المبحث الثالث سنتناول موقف الفقه و القضاء من نظرية المجموعة العقدية و الذي يقسم على مطلبين، نتناول في الأول الاتجاه المؤيد لنظرية المجموعة العقدية ونتناول في المطلب الثاني الاتجاه المنكر لنظرية المجموعة العقدية.

الفصل الثاني خصص لدراسة أحكام التحكيم في المجموعة العقدية وتم تقسيم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث، تناول المبحث الأول مفهوم التحكيم في المجموعة العقدية ونقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في الأول تعريف التحكيم ونتناول في المطلب الثاني التحكيم والغير ، أما المبحث الثاني نتناول فيه أساس امتداد التحكيم في المجموعة العقدية ويقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول مفهوم فكرة امتداد العقد وانتقاله وأوجه الشبه والاختلاف و المطلب الثاني مبررات امتداد التحكيم في المجموعة العقدية، أما البحث الثالث نتناول فيه دراسة آليات امتداد التحكيم وهو بدوره يقسم إلى مطلبين، نتناول في الأول امتداد اتفاق التحكيم في المجموعة العقدية القائمة على وحدة الهدف ونتناول في المطلب الثاني امتداد اتفاق التحكيم في المجموعة العقدية القائمة على وحدة المحل.

الفصل الثالث يتضمن داسة حول آثار التحكيم في المجموعة العقدية، و يقسم هذا الفصل الى ثلاث مباحث، نتناول في المبحث الأول المجموعة العقدية و آثار التحكيم وذلك في مطلبين، ندرس

في الأول امتناع أطراف اتفاق التحكيم عن اللجوء للقضاء، والمطلب الثاني تناول التزام أطراف اتفاق التحكيم بطرح نزاعاتهم على التحكيم، أما المبحث الثاني خصص لدراسة المجموعة العقدية في خصومة التحكيم وذلك في مطلبين، الأول تدخل الغير في خصومة التحكيم، والمطلب الثاني ادخال الغير في خصومة التحكيم، أما المبحث الثالث والأخير تناول حول المشاكل الناتجة عن امتداد التحكيم في المجموعة العقدية وذلك في مطلبين، ندرس في الأول اختلاف القانون الواجب التطبيق، تعدد الأحكام وتعارضها في المطلب الثاني.

الفصل الأول
ماهية المجموعة العقدية

الفصل الأول

ماهية المجموعة العقدية

تقتضي دراسة دور التحكيم في المجموعة العقدية ضرورة التعرض لماهية المجموعة العقدية، اذ لنتيجة لتأثير الواقع الاقتصادي على النظرية العامة للالتزامات والتي يعد العقد على وفق المفهوم التقليدي ذا تأثير نسبي فظهرت نظرية المجموعة والتي عدلت ووسعت إلى الاعتراف قانونياً بواقع التفاعلات بين العقود من خلال تطوير هذه المفاهيم واقتراح مفاهيم جديدة بدلاً عن التقليدية ولاسيما مبدأ التأثير النسبي للعقد، وذلك بهدف تنظيم العلاقات الجديدة والمصالح بشكل مناسب، وتدعو ما تحمله نظرية المجموعة العقدية إلى التفكير في مفهوم العقد عامة ومفهوم طرف العقد على وجه الخصوص.

المجموعة العقدية فالأوضاع فيها متعددة، وهذا بلا شك يشكل صعوبات الظاهرة وتحليلها القانوني، فهي تشكل حقيقة عابرة، تتطور وفقًا لإبداع الأطراف وضرورات الممارسة وبالتالي، يؤدي الحدس إلى الشعور بأن مجموعات العقود لا ينبغي أن تعامل جميعها على النموذج نفسه وقد أثيرت صعوبة اختزال هذه إلى واقع واحد.

ومن أجل توضيح لنظرية المجموعة العقدية لابد من التطرق إلى تعريفها عند الفقهاء وهل استجابت القوانين لنظرية المجموعة العقدية وذلك بالتطرق إلى تعريف لنظرية المجموعة العقدية وتمييزها عن غيرها في المبحث الأول، والمبحث الثاني نتناول فيه صور المجموعة العقدية، وموقف الفقه والقضاء من نظرية المجموعة العقدية في المبحث الثالث.

المبحث الأول

مفهوم المجموعة العقدية

من الموضوعات الأساسية في رسالتنا هي المجموعة العقدية، فهي الحجر الأساسِ، اذ بدأت تزداد اهمية هذا الموضوع وتوالت الدراسات القانونية المتخصصة في هذا المجال، فلا بد أن نبين مفهومها قبل الخوض بتفاصيل الرسالة، فلها تعريفاً لغوياً واصطلاحياً، ولها صور متعددة ولابد من تميزها عما يشتبه بها لكي نحدد المفهوم بدقة.

وعليه لابد من التطرق إلى مفهوم المجموعة العقدية من خلال ثلاث مطالب، نتناول في المطلب الأول تعريف المجموعة العقدية، والمطلب الثاني تمييز المجموعة العقدية عن غيرها، ونتناول ذلك كما يأتي.

المطلب الأول

تعريف المجموعة العقدية

لتعريف المجموعة العقدية لابد من بيان معناها الفقهي والتشريعي وذلك في فرعين، نتناول في الفرع الأول تعريف المجموعة العقدية فقهياً، وفي الفرع الثاني نتناول تعريف المجموعة العقدية تشريعياً وكما يأتي.

الفرع الأول

التعريف اللغوي للمجموعة العقدية

قبل التطرق إلى تعريف المجموعة العقدية لدى الفقهاء لابد من معرفة معناها اللغوي، إذ يراد بكلمة المجموعة لغةً، اجمع الشيء عن تفرقة يجمعهُ، أو هي المجموع هو الذي جمع من هنا و

هنا و أن لم يجعل كالشيء الواحد [١]، و معنى المجموعة (مفرد)، جمعها جموعات، جَمعَ يَجمْع جَمعاً، فهو جَامِع ، جمعَ بين الامرين : مزج بينهما " جمع كتابه بين النظرية والتطبيق" ، جمعَ المُتفرق: حشده ضم بعضه إلى بعض و ألفه[٢] .

أما كلمة العقدية أصلها عَقدَ: وهو العهد والجمع (عقود) العهود، والعَقْد : الضَمانُ و الْعهدُ ،و يقال : عهدت إلى فلان في كذا ، أي الزمته ذلك و عُقْدَةٌ كل شيء : ابرمه [٣]، عقد ليعقد عَقداً فهو عاقِد ، والعقد هو اتفاق بين طرفين يلتزم بموجبه كل منهما تنفيذ ما جاء فيه " أبرم عقداً – عقد زواج/ القران – عقد ايجار"، عقد اتفاقاً : ابرمه ، تعاقد معه على امر : تعاهد و اتفق معه " تعاقدت مع الدول المجاورة على عدم الاعتداء – العقد شريعة المتعاقدين " [٤].

الفرع الثاني

التعريف الاصطلاحي للمجموعة العقدية

اولاً: التعريف الفقهي للمجموعة العقدية

لا تحتوي المجموعة العقدية على وجه الخصوص على تعريف موحد لدى الفقه، إضافة ان مصطلحات الترابط وعدم القابلية للتجزئة تلقي دلالات مختلفة حسب المؤلفين.

---

(١) العلامة جمال الدين ابن منظور الانصاري، لسان العرب، دار الكتب العلمية، المجلد ٨ ، ١٩٨٢ ، ص٦٢.
(٢) د. احمد مختار عمر ، معجم اللغة العربية المعاصرة ، المجلد ١، ط١ ،عالم الكتب ، القاهرة، ٢٠٠٨،ص٣٩٢.
(٣) العلامة جمال الدين ابن منظور الانصاري ، المرجع السابق ، المجلد ٣ ، ص ٣٦٥.
(٤) د. احمد مختار عمر ، المرجع السابق، ص ١٥٢٧.

عرفه أحد الفقهاء " ترابط عدة عقود سواء بسبب موضوعها أو بسبب أشخاصها، لتحقيق عملية تجارية معينة"[١]، الملاحظ على هذا التعريف أن العقود اشتركت لوحدة المحل والاطراف بينهم وإرادة اطرافه لتحقيق السبب المرجو من ترابط العقود وهو الغاية الاقتصادية المشتركة بينهم، ولم يشر عن وقت الترابط في تكوين العقد أم وقت تنفيذه ولم يشر إلى أي من صور المجموعة العقدية.

وعرفها أحد الفقهاء بأنها "مجموعة الاشخاص الذين يساهمون في تكوين تصرفات قانونية متعاقبة على مال واحد، أو مترابطة بقصد تحقيق هدف مشترك" [٢]، الملاحظ على هذا التعريف أنه أشار إلى مجموعة من الاشخاص بانصراف إرادتهم لتكوين تصرف قانوني (العقد) من دون تنفيذه [٣]، وأبرز في التعريف طائفتين لمحل واحد للعقود المكونة للمجموعة العقدية (المتعاقبة والمترابطة) وبالإضافة إلى وحدة السبب لتحقيق غاية مشتركة للأطراف.

بينما فرق البعض في تعريف المجموعة العقدية بين صورها فعرف العقود المتعاقبة "هي مجموعة عقود تتبع بعضها البعض بمرور الوقت ، والتي تتميز بوجود طرف متعاقد وسيط ، وفيها العقد السابق يشكل سبب العقد اللاحق أو موضوعه"، و عرف العقود المترابطة " مجموعة من العقود التي

---

(1) Ph.philippe fouchrad,E.Gaillrad, B.Goldman ,Traite de l arbitrage Comercial international .litec,1996 ,p272.

(٢) فيصل زكي عبد الواحد، المسئولية المدنية في إطار الاسرة العقدية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٢، ص١٢.

(٣) التصرف القانوني يقصد ان إرادة الأفراد هي ذاتها التي ترتب الآثار القانونية المترتبة على التصرف، ولابد من الإشارة إلى الفرق الأخير عن الواقعة القانونية في أن لا دخل لإرادة الأفراد في إحداث الآثار، وإنما القانون هو الذي يفرض ذلك، ولا يغير في ذلك شيء، إذا كانت في بعض الوقائع القانونية للإرادة دخل في إحداث الواقعة القانونية، مثال ذلك الفضالة حيث يريد الفضولي القيام بخدمة لمصلحة الغير، ونتيجة لذلك يطلق على التصرفات القانونية المصادر الإرادية للالتزام، وعلى الوقائع القانونية المصادر غير الإرادية .د. عبد الباقي البكري و د. عبد المجيد الحكيم، نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مطبعة الشفيق ، بغداد، ١٩٦٠،ص١٥.

تسهم في العملية الشاملة نفسها و التي ترتبط بروابط التبعية أو الترابط من جانب واحد " [١] ، نلاحظ في التعريف الأول أنه إبرز العقود في مجموعة العقود المتعاقبة و متتالية التكوين زمانياً ، و أشار إلى طرف وسيط داخل المجموعة العقدية لتشكيل سلسلة عقدية و جعله طرف فلا يعد من الغير داخل المجموعة و أيضاً أشار لوحدة المحل ، أما التعريف الثاني أشار فيها بمشاركة العقود المكونة للمجموعة العقدية في التكوين و التنفيذ من دون أن تكون هذه العقود متتالية زمنياً، وأشار إلى رابط التبعية كون مرتبطة موضوعياً لتشمل جميع الأشخاص المساهمين في تنفيذ العقد بسبب ارتباطهم بعلاقة عقدية أخرى أخذاً بالمفهوم الموضوعي لمبدأ نسبية أثر التصرف القانوني[٢] ، و أيضاً أبرز الترابط من جانب واحد لارتباطها شخصياً في تكوين العقد أخذاً بالمفهوم التقليدي للمبدأ السابق.

وعرفه فقيه آخر "مجموعة من العقود تنصب على شيء واحد متتابع زمنياً، ومن خلالها يتتابع أثر العقد بدءاً من المالك أو المنتج وصولاً إلى المستهلك" [٣]، نلاحظ في هذا التعريف بتحديد صورة واحدة للمجموعة العقدية و هي العقود المتعاقبة فيشمل العقد أثره إلى هذه الأطراف المكونة لصورة المجموعة العقدية بدءاً من إبرام عقد معين ثم يضاف إليه ثاني إلى أن يصل مستقرها الأخير وهو المستهلك، كما انه أشار لوحدة المحل، إلا انه لم يذكر صورة المجموعة العقدية الأخرى.

---

(1) Sami Serageldin, Les clauses ayant effet à l'échelle des groupes de contrats , Thèse pour le doctorat, l'ºUniversité Lyon III Jean Moulin,2014,p.70 .

(٢) هناء خيري احمد خليفة، المسئولية المدنية في نطاق الاسرة العقدية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، ٢٠٠٠، ص ٢٧ .

(٣) د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للألتزامات ،ط١، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٩٩، ص٥١٠.

بينما عرفه كاتب آخر "تلك العقود المتتابعة أو المتتالية أو المتسلسلة التي ترد على محل واحد، أي ذات العقود التي ينشأ فيما بينها نوع من الترابط الاقتصادي" [١]، وعرفها آخر "مجموعة التصرفات القانونية التي تتفرع عن رابطة قانونية أصلية بين طرفين من خلال تعاقبها أو ترابطها بقصد تحقيق عملية اقتصادية مشتركة ويجمع تلك التصرفات وحدة الهدف" [٢]، هذا التعريف عرفها بأنها بإشارته إلى صور المجموعة العقدية المترابطة والمتتالية وأشار إلى المحل الواحد والغاية النهائية للعقود المتتالية وهي العملية الاقتصادية.

على الرغم من وجود تباين في التعريفات المذكورة إلا أنها أشارت هناك تصرفات قانونية المتمثلة بالعقود وهذ العقود تكون متحدة من حيث المحل أو السبب، وتشكل هذه العقود وحدة اقتصادية واحدة تهدف إلى تحقيق ذات العملية التجارية، وذلك أن مجموعة التصرفات القانونية تكون مجموعة عقدية واحدة وان كان كل منها ينشأ مستقلا عن الآخر إلا أن عدم تنفيذ احد الالتزامات المنحدرة من أحدها يؤثر على الآخر، بالإضافة أن التنوع جاء نتيجة لتعدد صور المجموعة العقدية.

وعليه يمكن ايراد تعريف للمجموعة العقدية أنها " عقد او اكثر من العقود المتتالية والمترابطة، متحدة المحل أو لغرض تحقيق غاية اقتصادية مشتركة لأطراف تلك العقود و كل من أصابه ضرر من أطرافها حق الرجوع على الاخر محدث الضرر وفق احكام المسؤولية العقدية ".

---

(١) محمود عبد الحي عبد الله بيصار، المشكلات القانونية لمبدأ نسبية اثر العقد، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، ٢٠٠٩، ص٢١٧.

(٢) د.هشام طه محمود سليم ، ضمان الاستحقاق في البيوع ، ط ١ ، بدون دار نشر، ٢٠٠٩، ص ٢٢١ .

ثانياً: التعريف التشريعي للمجموعة العقدية

على الصعيد التشريعي لم يتطرق القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ إلى مصطلح المجموعة العقدية ولم يعرفها إلا أنه اعترف بنظرية المجموعة العقدية في بعض العلاقات القانونية وذلك في التعاقد من الباطن والتي تكون سلسلة عقود متعاقبة وهي إحدى صور المجموعة العقدية، كحق المؤجر في الرجوع مباشرةً على المستأجر من الباطن وحق المقاول من الباطن في الرجوع مباشره على رب العمل، ومن خلال النصوص القانونية في المادة (٧٧٦/ ٢) المتعلقة الايجار من الباطن والمادة (٨٨٣) الخاصة بالمقاولة من الباطن [١].

أما القوانين المقارنة، كالقانون المصري فلم يرد تعريف أو تنظيم للمجموعة العقدية في القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨، فهو كنظيره القانون العراقي يعترف في نظرية المجموعة العقدية واشار إلى كل من التعاقدات من الباطن وذلك في المادة (٦٦٢) الخاصة في المقاولة من الباطن، والمادة (٥٩٦) المتعلقة بالإيجار من الباطن[٢].

---

(١) نصت المادة (٧٧٦/ ٢) على " مع ذلك يكون المستأجر الثاني ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتا في ذمته للمستأجر الأول وقت أن ينذره المؤجر ولا يجوز له أن يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الاجرة للمستأجر الأول ،مالم يكن تعجيل الاجرة متماشياً مع العرف ومدوناً بسند ثابت التاريخ" ونصت المادة (٨٨٣) على " يكون للمقاول الثاني وللعمال الذين اشتغلوا لحساب المقاول الأول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لهم في ذمة المقاول بشرط أن لا يتجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول الاصلي وقت رفع الدعوى ويكون لعمال المقاول الثاني مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الاصلي ورب العمل".

(٢) نصت المادة (٦٦٢) الخاصة في المقاولة من الباطن التي نصت " للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل ، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذى يكون مديناً به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى ، ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل" ونصت المادة (٥٩٦) المتعلقة بالايجار من الباطن والتي نصت " ١- يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدى للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً فى ذمته للمستأجر الأصلى وقت أن ينذره المؤجر ٢- ولا يجوز للمستأجر من

أما المشرع الفرنسي تضمن كذلك اعتراف بالمجموعة العقدية وذلك في القانون المدني الفرنسي لعام١٨٠٤، وذلك في المادة (١٧١٧) والمادة (١٧٥٣) الخاصة بالإيجار من الباطن وتحمل مسؤوليتها[١].

وأورد المشرع الفرنسي بتشريع خاص وهو القانون رقم (١٣٣٤) المؤرخ في ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ (التعاقد من الباطن) على جواز المقاولة من الباطن وذلك في نص المادة (٥) منه [٢].

أما بعد صدور التعديل للقانون المدني الفرنسي رقم (١٣١) لسنة ٢٠١٦، أورد المشرع نص المادة (١١٨٦) الخاصة بأنحلال العقد إلا أنه أشار للمجموعة العقدية في الفقرة (٢) من المادة نفسها " لو كان تنيفذ عدة عقود ضرورياً لانجاز عملية واحدة...." وكذلك المادة (١٢٠٠) أشارت إلى الغير عن العقد "يجب على الأطراف الثلاثة احترام الوضع القانوني الذي أنشأه العقد ... " [٣] .

الباطن أن يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الأجرة للمستأجر الأصلى ، ما لم يكن ذلك قد تم قبل الإنذار وفقاً للعرف أو لاتفاق ثابت تم وقت الإيجار من الباطن".

(١) نصت المادة ١٧١٧ على " للمستؤجر الحق في الايجار من الباطن ... "، و نصت المادة ١٧٥٣ " يتحمل المستؤجر مسؤولية التعيبات والخسائر التي تحصل بفعل أهل بيته أو المستأجرين من الباطن"

(٢) نصت المادة (٥) منه على " أثناء تنفيذ العقد، يجوز للمقاول الرئيسي استدعاء مقاولين من الباطن".

(٣) انظر في ذلك القانون المدني الفرنسي المعدل رقم ١٣١ لسنة ٢٠١٦ باللغة العربية، ترجمة الدكتور محمد حسن قاسم، منشورات الحلبي، ٢٠١٨ .

المطلب الثاني

تمييز المجموعة العقدية مما يشتبه بها

كما سبق ذكره أن المجموعة العقدية التي تضم عدد من العقود المرتبطة من الناحية الموضوعية أي بوحدة المحل والسبب مما ولا شك أن هذا التحليل للمجموعة العقدية يؤدي بها التي تشابه فكرة المجموعات العقدية لغيرها من التصرفات القانونية التي تظهر كشكل المجموعة العقدية والتي تنطوي تنفيذ العقد على عدة أشخاص وترابط موضوعاتها.

وعليه سوف نتناول تمييز المجموعة العقدية عن العلاقة التبعية في الفرع الأول ونتناول تمييز المجموعة العقدية عن العقد المركب في الفرع الثاني، وفيما يأتي التفاصيل:

الفرع الأول

تمييز المجموعة العقدية عن العلاقة التبعية

يقصد بالعلاقة التبعية السلطة الفعلية المقررة للمتبوع في إصدار الأوامر إلى تابعه بالنسبة للاعمال التي يقوم بها هذا الأخير لحساب المتبوع [١]، وتناول المشرع العراقي أحكام العلاقة التبعية وذلك في المادة (٢١٩) من القانون المدني العراقي [٢]، وكذلك القوانين المقارنة تناولتها كالمادة (١٧٣) من القانون المدني المصري والمادة (١٣٨٤) من القانون المدني الفرنسي [٣].

---

(١) د. احمد شوقي عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، بدون دار نشر، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٢١٢.

(٢) نصت المادة (٢١٩) " ١- الحكومة والبلديات والمؤسسات الاخرى التي تقوم بخدمة عامة وكل شخص يستغل إحدى المؤسسات الصناعية أو التجارية، مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم إذا كان الضرر ناشئاً عن تعد وقع منهم أثناء قيامهم بخدماتهم. ٢- ويستطيع المخدوم أن يتخلص من المسؤولية إذا أثبت أنه بذل ما ينبغي من العناية لمنع وقوع الضرر، أو أن الضرر كان لابد واقعاً حتى لو بذل هذه العناية".

(٣) نصت المادة (١٧٤/ف ٢) من القانون المدني المصري على "وتقوم رابطة التبعية، ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعة، متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه". ونصت المادة (١٣٨٤) من القانون المدني

إلا أنه قد تتشابه مفهوم المجموعة العقدية مع العلاقة التبعية في غايتهم، ولكن تختلفان في مضمونها ويمكن اجمال نقاط التشابه والاختلاف الآتي:

أولاً: أوجه الشبه بين المجموعة العقدية والعلاقة التبعية

١. العلاقة التبعية بمؤداها يستعين الشخص بنشاط آخرين في سبيل تنفيذ المشروعات الاقتصادية[١] أيضا المجموعة العقدية فبمؤداها يستعين الأطراف عند ابرام عقودهم بأشخاص في سبيل تنفيذها نتيجة لضخامة المشروعات التجارية ولتحقيق هدف مشترك [٢].

٢. ولوجود العلاقة التبعية بين التابع والمتبوع تقوم هنا مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه والتي تعد صور مسؤولية الشخص عن عمل الغير وتتحقق هذه المسؤولية ينبغي أن تقوم مسؤولية التابع أولاً، والقانون هنا يلزم المتبوع بأن يصلح ضررا لم يسهم في أحداثه أي دور أنما تابعيه، وهذه المسؤولية تعد استثناء على القواعد العامة في المسؤولية وهي مقررة لمصلحة المتضرور، كذلك هي المجموعة العقدية يجعل مجال هذه المجموعة لا يقتصر بالرجوع على المتعاقد معه مباشرة أنما على الطرف الذي سبب له الضرر [٣]، فتعتبر العلاقة التبعية و المجموعة العقدية استثناء عن القواعد العامة في المسؤولية برجوع المتضرر على مسبب الضرر وغير متعاقد معه.

الفرنسي"١- يسأل المرء ليس عن الاضرار التي يسببها للغير بفعله الشخصي فحسب، بل ايضا عن الضرر الذي يحدث بفعل الاشخاص الذين يسأل عنهم أو بفعل الاشياء الموضوعة تحت حراسته. ".

(١) د. محمد يحيى الدين إبراهيم سليم، أحكام مسائلة المتبوع عن خطأ التابع، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد٩، مصر، ١٩٩٦، ص٣٦.

(٢) د. عبلة خالد الفقي، امتداد أثر اتفاق التحكيم للغير، دار الجامعة الجديد، مصر، ٢٠٢١، ص١٠٥.

(٣) د. نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديد، مصر، ٢٠٠٤، ص ٤١٤.

ثانيا: أوجه الاختلاف بين المجموعة العقدية والعلاقة التبعية

١. الاختلاف بينهم من ناحية النشأة، فتنشا العلاقة التبعية من توافر علاقة تبعية بين شخصين التابع ومتبوعة، بمقتضاها يتولى المتبوع سلطة فعلية(عنصر الرقابة) في التحكم بالتابع وتوجيهه في نشاط معين أو عمل معين، ويجب أن توجد علاقة تعاقدية أو وظيفية تربط بين التابع والمتبوع [١]، أما المجموعة العقدية تنشأ عن علاقة أما تكون نتيجة تصرفات قانونية تعاقبت على مال واحد أو نتيجة تحقيق هدف مشترك من دون عنصر الرقابة على الأشخاص أو يعملون تحت سيطرته؛ لأن الرابط بينهم تحقيق هدف مشترك للمتعاقدين داخل المجموعة العقدية [٢].

٢. في نطاق العلاقة التبعية معيار تحقق المسؤولية هو ما يكون للمتبوع من حق إصدار الأوامر للتابع وتوجيهه في أداء ما يستخدمه فيه ويكتفي بعض الفقهاء بذلك لقيام مسؤولية المتبوع [٣]، أما المجموعة العقدية نطاقها هو معيار وحدة المحل أو وحدة السبب التي تربط هذه العقود والأشخاص لتحقيق مصلحة مشتركة فتتوحد عناصر المسؤولية داخل المجموعة العقدية.

٣. تتحقق مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه فالأصل في حالة عهد المدين بتنفيذ التزامه إلى بديل عنه فيرتضي الدائن أن يحل هذا البديل محل المدين في جميع حقوقه والتزاماته [٤]، أما المجموعة العقدية كحالة سلسلة العقود مثل عقد المقاولة من الباطن والتي يلجأ

---

(١) د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، ط١، الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٢٨٠.

(٢) د. فيصل زكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص١٧.

(٣) حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية، دار المعارف، ط٢، ١٩٧٩، ص ٦٤٠.

(٤) هيثم احمد محسن الشمري، المسئولية العقدية عن فعل الغير، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، ٢٠٢٠، ص٢٢.

أحد المقاولين وحتى يتمكن من تنفيذ التزامه العقدي إلى التعاقد مع مقاولين من الباطن ولكن ليس معنى ذلك أن هؤلاء الاشخاص يعملون تحت سيطرته أو يرتضي بجميع حقوق والتزامات بديله [١].

٤. أن العلاقة التبعية تعد فيها مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه صورة من صور المسؤولية عن عمل الغير والذي لا يعد أجنبي عن العقد أما المجموعة العقدية تتمثل بمسؤولية الغير الاجنبي الذي لا يعد طرف في العقد والمتضرر طرف في عقد آخر وبالتالي التعويض عن الاضرار التي يتسببون في حدوثها[٢].

وبذلك لاتعد مسؤولية المقاول الرئيسي عن المقاول من الباطن باحتسابه متبوعاً، وبعض الفقه وضع معيار لتمييز مسؤولية المقاول من الباطن باحتسابه متبوعاً أم لا وذلك إذا تبين من ظروف الواقعة أن المقاول من الباطن يخضع لإشراف المقاول الأصلي، فأن علاقة التبعية تتوافر بينهم ويسأل المقاول الأصلي مسؤولية المتبوع[٣]، بينما البعض ذهب أن مسؤولية المقاول الأصلي عن المقاول من الباطن ليست مسؤولية عن فعل الغير وليست مسؤولية متبوع عن أعمال تابعه لان المقاول من الباطن ليس تابعاً أنما يعمل مستقلاً شأنه من شان أي مقاول [٤]، ولهذا المستأجر لا يعتبر تابعاً للمؤجر؛ لأنه لا يقوم بعمل لحسابه وهكذا.

فالعلاقة التبعية ترتب التعويض على شخص لم يكن فعله هو السبب المباشر في إحداث الضرر و أنما يتحمل تبعة وقوع الفعل الضار من شخص آخر شرط أن تربطه به رابطة التبعية أو يكون

---

(١) هناء خيري احمد خليفة، المرجع السابق، ص ٣٩.

(٢) مصطفى محمد الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط١، الجزء١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ١٩٩٨، ص ٥٠١.

(٣) د. مصطفى عبد السيد جارحي، المرجع السابق، ص١١٩.

(٤) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص.١٠١٩

مكلفاً بالرقابة عليه أي تتحقق بثبوت السلطة الفعلية للمتبوع، وبناء على ذلك لا يمكن احتساب علاقة التبعية هي اساس فكرة المجموعة العقدية أو أن الأخيرة صورة لمسؤولية الشخص عن فعل الغير.

الفرع الثاني

تمييز المجموعة العقدية عن العقد المركب

عرف بعض من الفقه العقد المركب هو ما كان مزيجاً من عقود متعددة اختلطت جميعاً فأصبحت عقدا واحد[١].

وعرفه آخر عقد واحد يحقق أغراضاً نهدف إليها في العادة عدة عقود مختلفة [٢].

ومن أمثلة العقد المركب ذلك العقد بين صاحب الفندق و النزيل، فهو مزيج من عقد ايجار بالنسبة إلى المسكن وبيع بالنسبة إلى المأكل وعمل بالنسبة إلى الخدمة ووديعة بالنسبة إلى الامتعة، ونظراً لان العقد ينشئ عدة التزامات كل منها ينتمي إلى نوع معين من العقود فأن هذا العقد يسمى بالعقد المركب، ويعرف العقد المركب تحت مسميات مختلفة منها من اطلق عليه العقد المختلط يقصد بذلك العقد المركب[٣].

أما المجموعة العقدية فهي تضم مجموعة عقود تجتمع حول غرض واحد بقصد تحقيق هدف واحد مشترك، وان هذه العقود التي يربط بينهما وحدة المحل ووحدة السبب في أن كل منهما مستقلاً

---

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع نفسه، ص ١٥٧.

(٢) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الأول، ط٤، مطبعة السلام، مصر، ١٩٨٧، ص١١٥.

(٣) د. سليمان مرقس، المرجع نفسه سابق، ص ٧.

عن الآخر إلا أن عدم تنفيذ أحدهما يؤثر على تنفيذ العقود الأخرى، وتم البحث هذا الموضوع تحت مسميات مختلفة منها "السلسلة العقدية " و"الاسرة العقدية " [١].

لذلك عقد يختلط مفهوم العقد المركب والمجموعة العقدية ويمكن بيان أوجه الشبه والاختلاف فيما بينهم.

اولا: أوجه الشبه بين المجموعة العقدية والعقد المركب

١. كل من العقد المركب والمجموعة العقدية تشتمل على عدة عقود وليس عقداً واحداً، بمعنى يتطلب تعدد محل الالتزام.

٢. يحتوي كل من العقد المركب والمجموعة العقدية عقود من طبيعة مختلفة، فكرة المجموعة العقدية ترد على مجموعة من العقود المتتالية أو ذات هدف اقتصادي من طبيعة عقود مسماة وغير مسماة أما العقد المركب فهو عقد مختلط من عدة عقود مسماة أو مزيج عقود مسماة وغير مسماة [٢].

٣. العقد المركب كغيره من العقود يتطلب لانعقاده توافر أركانه ويستلزم تراضي أطرافه كما هو في المجموعة العقدية التي يجب توافر أركان العقد الصحيح لخلقها.

---

(١) تطلق عليها "الاسرة العقدية" لان مجموعة التصرفات القانونية المتعاقبة على محل واحد أو المترابط بقصد تحقيق عملية اقتصادية مشتركة، تنبثق من تصرف قانوني اصلي لولا وجوده لما تكونت هذه التصرفات وهذا هو الحال بالنسبة للأسرة المدنية حيث انها تبدأ برابط قانونية بين شخصين ثم تتفرع بعد ذلك إلى روابط آخرى، و تطلق عليها "السلسلة العقدية " لأنه لولا وجود الحلقة الأولى من السلسلة لما وجدت الحلقة الثانية من السلسلة ولولا الثانية لما وجدت الثالثة ما تتعلق به وهكذا لولا الحلقات لما تكونت السلسلة فهي تبدأ بحلقة وتنتهي بحلقة أخيرة مرتبطة بحلقة البداية ، و يطلق عليها مجموعات العقود نظراً لوجود عدة عقود، إلا أن التسمية المجموعة العقدية هو الذي اتجه اليه باقي الفقهاء وذلك لعدم دقة ما تقدم من مصطلحات. د. فيصل زكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ١١ -١٢. محمود عبد الحي عبد الله بيصار، المرجع السابق، ص ٢١٤.

(٢) د. سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص ٢٧٢.

ثانيا: أوجه الاختلاف بين المجموعة العقدية والعقد المركب

١. العقد المركب هو عقد مستقل عن العقود التي يتألف منها فهو عقد قائم بذاته، بحيث ينظر إلى هذا المزيج باحتسابه وحدة واحدة أما المجموعة العقدية تكون العقود قابلة للانقسام وينظر إلى كل عقد منها على اساس انه مستقل بذاته وغير مرتبط بغيره وتنطبق أحكامه عليه بصورة مستقلة [١].

٢. يتكون العقد المركب من عدد العمليات قانونية متمثلة في عقد واحد ولذلك يكون العقد مختلطاً أما المجموعة العقدية فهي عدة عقود منفصلة عن بعضها ويحافظ كل عقد على طبيعته مع توافر الرابطة بينهم [٢].

٣. العقد المركب هو عقد واحد فتكون له طبيعة واحدة مستمدة من العقود المكونة له ونادراً، أنها تكتسب طبيعة جديدة أما المجموعة العقدية فيحافظ كل عقد على هويته[٣].

٤. العقد المركب مجموعة من العقود المختلطة إلا أن اطرافها متحدون أما المجموعة العقدية فالعقود مترابطة ويختلف فيها الأطراف، فالتعدد في المجموعة العقدية وارد إلا أن تعدد الاشخاص في العقود التي تتكون من العقد المركب أمر غير متصور فأن تعددوا نكون أمام مجموعة عقدية وليس عقداً مركباً [٤].

---

(١) عادل عبد الحميد فجال، مسؤولية المتعاقد التقصيرية في إطار الروابط العقدية، مجلة كلية الشريعة و القانون، المجلد ٣٦، العدد ١، ٢٠٢١، ص ٩٧٧.

(٢) د. علي كحلوان، النظرية العامة للالتزامات، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ٢٠١٥، ص ١١٦.

(3) philippe malaurie , laurent aynès, pierre-yves gautier, op.cit,p23.

(٤) عقيل فاضل حمد برهان، عدم تجزئة التصرف القانوني في القانون المدني، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ٢٠٠٦ ، ص ٢٢ .

٥. في المجموعة العقدية مهما تعددت مهام وارادة كل عقد إلا أن في النهاية تهدف إلى تحقيق الغاية أو الهدف المشترك للمجموعة، أما في العقد المركب فهي مهما تعددت الإرادة والمهام فتكون لتحقيق أهداف متعددة.

٦. أن كل عقد في المجموعة العقدية مستقل بحيث يظهر بشكل عقد بسيط داخل المجموعة أما العقد المركب فلا يكون العقود مستقلة فيه وانما تتكون من تجمع اداءات وتكون عقد واحد وبالتالي مشكلة في تكييف لهذه العقود.

٧. في المجموعة العقدية عند إبطال أحد العقود داخلها يؤدي إلى إبطال بعض العقود في إطار المجموعة أو قيام مسؤولية المالك ضد المتعاقد من الباطن أو العكس، أما العقد المركب عند الابطال فيبطل العقد بأكمله وليس العقود المكونة له.

العقد المركب أو المختلط تسري عليه أحكام العقود المختلفة التي تداخلت في تكوينه اذا كانت عقود مسماة فاذا تعارضت أحكام هذه العقود تعين ترجيح أحد العقود المتداخلة فيه و احتسابه العقد الأساسي و إعطائه حكمه [١]، ومع ذلك قد يصعب في حالة العقد المختلط تطبيق الأحكام الخاصة بالعقود الداخلة في نطاقه مجتمعة و في هذه الحالة يغلب أحد العقود باعتباره العقد الأصلي وما عداه من عقود يعتبر ثانوياً لا يؤثر في وصف العقد الأصلي، مثال ذلك العقد المسمى (ايجار– بيع) [٢].

---

(١) د. محي الدين اسماعيل علم الدين، نظرية العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ١٣٦.

(٢) اختلف الفقه في تكييف هذا العقد اهو بيع ام ايجار، والواقع انه يشبه البيع في أن الغاية النهائية له بنقل الملكية في مقابل ثمن يدفع اقساطا، ويشبه الايجار في أن غايته القريبة ليست التمليك بل التمكين من المنفعة و في انه لا يترتب على فسخه وجوب اعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد بل يحتفظ احد الطرفين بما حصله من منفعة الشيء ويحتفظ الطرف الاخر بما قبضه من اقساط ولذلك تم تسميته بأيجار البيع أو الايجار التمليكي ،و وبمقتضاه يباع منقول لمشتر بثمن يدفع اقساطا، ويصفه المتعاقدان بانه عقد ايجار لكي يحتفظ البائع بملكية المبيع حتى يتم سداد اقساط الثمن وتعتبر الاقساط التي تدفع اقساط ايجار ،اذا توقف المشتري عن دفعها انتهى عقد الايجار و استرد البائع الشيء واحتفظ بما قبض من اقساط باعتبار انها كانت اجرة د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص٧٦. د. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، ط٥، الجزائر، ٢٠٠٣، ص ٢٥.

المبحث الثاني

صور المجموعة العقدية

في المجموعة العقدية تترابط العقود، أما باتصالها بمحل واحد أو باتصالها بهدف واحد، من هنا تتنوع صور المجموعة العقدية، ويصبح أطراف المجموعة العقدية عن غير ما هو متعارف في مفهوم الطرف في المفهوم التقليدي وعليه سوف نتناول في هذا المبحث صور المجموعة العقدية في المطلب الأول، و مفهوم الطرف في المجموعة العقدية في المطلب الثاني.

المطلب الأول

صور المجموعة العقدية

تظهر المجموعة العقدية في صورتين، فهناك مجموعة عقدية قائمة على وحدة المحل وهو ما سوف نتناوله في الفرع الفرع الأول، والمجموعة العقدية القائمة على وحدة الهدف في الفرع الثاني.

الفرع الأول

مجموع العقود المتعاقبة على محل واحد

يقصد بالعقود المتتابعة تلك العقود التي تتابع في تاريخ نشوئها، بمعنى لدينا مجموعة عقدية تضم أكثر من عقد يجمعها وحدة المحل، وتتميز هذه العقود المجموعة العقدية بأنها تنحدر من سلسلة أي أن العقد الثاني ينحدر من العقد الأول، والثالث ينحدر من الثاني وهكذا يعد العقد السابق محور ومرتكز العقد التالي [١].

والمقصود بالمحل في هذه المجموعة العقدية هو محل الالتزام الرئيس في العقد أي الأداء الجوهري الذي اتفق الطرفان بشأنه ويدور حوله الالتزام التوازن الاقتصادي للعقد، فالعقود المكونة لهذه المجموعة ترد إذن على أداء جوهري واحد على الرغم من اختلاف اطرافها [٢]، والمشترك بين تلك التصرفات هو محل الالتزام، وهذه المجموعة تضم نوعين من العقود:

اولاً: سلسلة العقود المتجانسة

العقود داخل هذه المجموعة تتكون من طبيعة قانونية واحدة ولها موضوع الأداء نفسه ، بمعنى أن ما يجمع هذين العقدين معاً هو أن التزاماتهما الأساسية تتعلق بالمحل ذاته، لذلك، يكون المحل الأساسي في العقد الأول متطابق مع ما هو المحل الأساسي في العقد الثاني وأي خلل في محل العقد الأول الأساسي يمتد إلى العقد الثاني [٣]، و أن لسلسلة العقود خصوصية تتمثل في تنفيذها من

---

(١) د. اسامه محمد طه إبراهيم، النظرية العامة لعقود الباطن، ط ١، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٨، ص٧٠.

(٢) د. محمد حسين عبدالعال، مسئولية المتعاقد تجاه الغير في إطار المجموعات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص٤٧.

(٣) د. محمد حسين الحاج علي ، مبدأ المفعول النسبي في إطار مجموعة العقود ، بدون دار نشر ، بيروت ، ٢٠١١ ، ص ٢٢٨.

خلال سلسلة عقود المبيعات أو عقود الشركات وتتميز بشكل رئيسي بتأثيرها الاستحواذي أو الانتقالي للملكية في ايدي كل بائع إلى المشتري النهائي [١].

تتعدد أنواع هذه المجموعة حسب طبيعة الالتزام، فأما أن يكون التزام بعطاء وتسمى عليها السلسلة المتجانسة غير ناقلة للملكية أو التزام بعمل وتسمى بالسلسلة المتجانسة الناقلة للملكية.

أ- السلسلة المتجانسة الغير ناقلة للملكية تنحصر امثلتها في التعاقد من الباطن ومنها المقاولة من الباطن الذي يكون محله متطابق مع محل العقد الأساس في العقد الأصلي ويكون الالتزام الرئيسي في العقود المكونة لهذه المجموعة هو التزام بعمل فيرتبط العقد الأول الذي بين المالك والمقاول الأصلي مع محل العقد الثاني والذي يسهل قيام رابط سببية بين أخطاء المقاول من الباطن مع المالك[٢].

ب- السلسلة المتجانسة الناقلة للملكية ومن امثلتها عقود البيع المتتالية وذلك في حالة البيع على شيء واحد فيلتزم البائع بالتسليم لهذا الشيء بما هو مطابق للاتفاق فإذا أخل البائع فيكون تأثير ليس على المشتري الأول أنما تستمر إلى المشتري الأخير وذلك لتطابق المحل في العقد الأول والثاني وهكذا[٣].

([1]) Hélène hiriart, la répartition des responsabilités dans les chaînes translatives de propriété, thèse, faculté de droit, sciences économiques et gestion, de nancy école doctorale, université de lorraine, 2018, p4 .

([٢]) د. محمد حسين عبدالعال، المرجع السابق، ص ٥٨.

([٣]) محمود عبد الحي عبد الله بيصار، المرجع السابق، ص ٢١٩.

ثانياً: المجموعة العقدية غير المتجانسة

تشمل هذه المجموعة عقود تختلف فيما بينهما في الطبيعة القانونية ولكل عقد التزام رئيسي ولا يتطابق مع الالتزام الرئيسي في العقد الآخر داخل مجموعة السلسلة العقدية، وتضم هذه السلسلة الاختلاف بين أنواعها من خلال ثلاث حالات.

أ- السلسلة العقدية الغير متجانسة لصفة عرضية: توجد هذه الحالة عندما تكون العقود داخل هذه السلسلة متطابقة الالتزام، فيكون العقد الرئيسي التزامات العقود الأخرى نفسها ، وعدم التجانس يظهر بصفة عرضية وذلك لوجود عناصر خارجية عن هذا الالتزام الرئيسي، كعقد المقاولة وعقد العمل على الرغم عدم تجانسهما عرضاً، إلا أنهما متطابقين في الالتزام وهي القيام بعمل [١].

ب- السلسلة العقدية الغير متجانسة والمتناسقة: فهي تشمل عقود مختلفة الالتزام في عقودها الرئيسية في حين محل الالتزام في العقود الثانوية متطابقة، كما هو في إبرام عقد البيع ومن ثم إبرام عقد ايجار ويتطابق فيهما الالتزام الثانوي إذ يرتبان هذين العقدين الالتزام بالتسليم والضمان، وهذا التطابق الأخير هو الذي ينشأ مجموعة عقدية [٢].

ت- السلسلة العقدية الغير متجانسة وغير متناسقة: تظهر هذه حالة أن الالتزام الرئيسي، لأحد العقود متطابق مع الالتزام الثانوي في عقد آخر، مع بقاء ذات الالتزامات بين العقدين مختلفة ،من أجل تحقيق هذا الشكل من مجموعات العقود، يجب أن يكون أحد العقود عقدًا بسيطًا يحتوي على التزامات رئيسية فقط، بينما يجب أن يتكون العقد الثاني من عدة التزامات رئيسية وثانوية ، و من الأمثلة على ذلك عقد النقل المبرم بين الناقل ومرسل البضاعة في هذه الحالة يقع على عاتق الناقل التزام أساسي

---

(١) د. محمد حسين عبدالعال، المرجع السابق، ٦٠.

(٢) د. محمد حسين الحاج علي، المرجع السابق، ص٢٣٢.

بالنقل بالإضافة إلى التزام ثانوي آخر (أي التفريغ) لتسهيل العمل، يوقع الناقل عقد تفريغ مع الآخرين، ويصبح التزام التفريغ التزامًا ثانويًا في العقد، لذلك يحدث الارتباط بين العقدين[١] .

الفرع الثاني

مجموع العقود المترابطة بقصد تحقيق هدف مشترك واحد

مجموعة تضم عدة عقود تجمعها انها تقع جميعاً في دائرة هدف واحد والذي يميزها هو الوجود المشترك وليس التعاقب، كما لو ابرم عقود عدة بقصد تنفيذه ويعهد إلى كل منهم بتنفيذ مرحلة من مراحل العقد، ويربطهم وحدة الهدف مثال ذلك مجموعة العقود التي تبرم من سبيل بناء منشأة وذلك إذا تم إبرام عقد مقاولة أصلى وقام المقاول الأصلي بأبرام عقد مقاولة من الباطن، و المقاول من الباطن قام بأبرام عقد لشراء المواد الخام، ثم تتوإلى المجموعات العقدية الأخرى على النسق ذاته حتى تصل لأطراف مغايرة عن تلك التي وقعت على العقد ، ففي المجموعة المتقدم ذكرها نجد أن هناك هدفاً واحداً أو سبب واحد يجمع بين تلك العقود والذي يربطها وهو القيام بتنفيذ البناء محل عقد المقاولة الأصلي بحيث أن عدم تنفيذ أي من هذه العقود يؤثر على تحقيق الهدف المقصود[٢]، بمعنى أن الذي يربط هذا النوع من العقود هو وحدة السبب.

---

(١) د. محمد حسين عبدالعال، المرجع السابق، ص ٦٤.

(٢) د. مصطفى عبد السيد جارحي، عقد المقاولة من الباطن، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة،١٩٨٨، ص ٢٢.

وتتجسد في المشروعات التجارة الدولية الكبرى ونظراً لتعقيدها يصعب تنفيذها من خلال العقد الأساسِ وحده، وأنما لابد من عدد من العقود تلي هذا العقد تنفيذاً لجوانب المشروع المختلفة [١].

و توجد هذه الصورة من المجموعة العقدية في اغلب مجالات النشاط الاقتصادي كالإنتاج و النقل و التشييد و المقاولة وغيرها، والهدف المشترك بينهم هو الذي اثبت الارتباط بينهم بحيث ينعكس الخلل في تنفيذ احدهما فيؤثر على تنفيذ باقي العقود، وتعد العقود داخل المجموعة العقدية مستقلة من الناحية القانونية سواء من حيث الأطراف أو ما ينشأ عنهم من التزامات إلا أن الذي يربطهم هو الهدف الاقتصادي[٢] .

تشمل هذه المجموعة نوعين، تتمثل الأولى في التجمعات العقدية ذو طبيعة تبادلية بين عقود المجموعة وتقف على قدم المساواة فيما بينها ولا يتحقق الهدف المنشود إلا من خلال تنفيذ جميع الالتزامات التي تضمنتها هذه المجموعة، والثانية ذات الطبيعة الاحادية والمتمثلة في حالة وجود عقد رئيسي بين عقود المجموعة وتخضع له باقي العقود، ويكون العقد الرئيسي كافياً لتحقيق الهدف المشترك للمجموعة كارتباط عقد الكفالة بعقد القرض [٣].

أي أن هذه المجموعة و أن اختلفت طبيعة العقود داخل المجموعة العقدية، إلا أن في النهاية تهدف إلى تحقيق الغاية المشتركة للمجموعة، و إن كانت غاية في كل عقد تختلف عن الغاية العامة

---

(١) د. احمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، ط٢، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص٢٤٥.

(٢) د. جابر محجوب علي، المسئولية عن فعل الغير في إطار المجموعة العقدية، مجلة المحامي، العدد ٢٣، الكويت، ١٩٩٩، ص٢٤.

(٣) د. محمد حسين عبدالعال، المرجع السابق، ص ٤٥.

الاقتصادية والتي تنصرف إليها إرادة كل متعاقد خلال المجموعة العقدية فهي التي تخلق الرابطة بين هذه المجموعة[١].

هنا ذهب البعض بالبحث أساس الارتباط الذي يربط بين هذه العقود المختلفة في إطار مجموعة العقود إلا أنها تنتج أثراً واحد بينهم، وذلك على افتراض أن الروابط بين المجموعات هي ركن في العقود المجموعة العقدية، وبما أنه كان هناك اركان العقد موجودًا في الأصل وهي التراضي والسبب وان المحل لا يمثل ركن فيهما، فتوحيد المحل بينهم هي سبب ظهور العلاقات التعاقدية، كعقود البيع المتكررة إذ من المستحيل بناء علاقة بين الأطراف إذا كان السبب غير متوافق معها [٢].

و خلاصة القول أن مفهوم المجموعة العقدية يتم بأنشاء سلسلة عقود عندما تتبع البعض بمرور الوقت و تتعلق بالشيء ذاته أو تتنافس للغرض نفسه و تحافظ على الروابط بينهما باستقلال كل عقد داخل المجموعة، و يقال عن السلسلة المتجانسة عندما تتبع العقود المتطابقة بعضها البعض كعقد البيع ثم يليه إعادة بيع ، و أنها غير متجانسة إذا تكونت من عقود مختلفة كعقد بيع ثم يليه عقد قرض و يليه عقد ضمان و هكذا، و المجموعة العقدية لارتباط العقود المتزامنة و المتتالية لعملية اقتصادية مشتركة، وكل هذا يؤدي إلى نتيجة أن أطراف العقود الأخرى و الغير عن العقد الرئيسي هم أطراف متعاقدة في المجموعة العقدية .

---

(١)د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد (دراسة في النظرية العامة للالتزام)، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠٠١،ص٢٧٦.

(٢) م. د نارمان جميل نعمة النعماني واحمد جبار مخزومي، الاساس القانوني للعلاقة القائمة بالمجموعة العقدية، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ١٢، العدد ٤٢، ٢٠١٩، ص ٢٠٤.

المطلب الثاني

الطرف في المجموعة العقدية

مبدأ نسبية أثر العقد يرتب ما ينشأ عنه من حقوق والتزامات على أطرافه فقط من دون غيرهم، بمعنى لا يلتزم أحد في عقد مالم يكن طرفاً فيه، ولا يتضح مبدأ نسبية أثر العقد إلا من خلال بيان من يعد طرفاً في العقد والغير عنه، و أن أطراف العقد هو المتعارف عليهم هم من يبرمون العقد إلا أن تطور وجهات نظر الفقهاء أوضحت فروقاً بين من يعد طرفا العقد والغير الذين لهم صلة في العقد، فهم لا يعدون من الغير وليست أطرافاً تماماً عنه.

اختلف الفقه التقليدي والحديث في تحديد مفهوم الطرف كون أنه ليس من السهل وضع حدود بين الطرف والغير والضرورية للتعامل مع مبدأ نسبية أثر العقد وهو ما سوف نتناوله في الفرعين التاليين.

الفرع الأول

مفهوم الطرف في الفقه التقليدي

اتجه الفقه التقليدي لوضع معايير يمكن من خلالها تحديد الأشخاص الذين هم الطرف في العقد ومن لا يعد كذلك.

المعيار الأول: معيار الإرادة

الاشخاص وفق هذا المعيار ينطبق عليهم وصف الطرف إلى كل من اتجهت ارادتهم إلى الالتزام بالأثر القانوني، سواء كان الأثر متعلق بأنشاء التزام أو نقله أو انهائه، وبمعنى أكثر وضوح أن الحقوق والالتزامات التي يرتبها العقد لا تتعلق ايجاباً أو سلباً إلا بالعاقدين فقط، اذ أنَ الفرد حر في

أن يتعاقد وأن إرادته هي التي تنشئ العقد وهي التي ترتب آثاره، فيتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتيهما [١].

فيعرف جانب من الفقه الطرف في العقد هو من اشترك في إبرام العقد بنفسه أو بنائب عنه على نحو تنصرف الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد إليه [٢]، وفق هذا التعريف أن الذي يساهم في تكوين التصرف القانوني بإرادته يعتبر طرفاً فيه و إن تعاقد شخص باسم المدين كحالة النيابة في التعاقد ومن لم يساهم يعتبر من الغير عن التصرف القانوني، ويفسر الطرف فيه بالمعنى الضيق وحصرها فقط على طرفي العقد ذاتهما.

معيار الإرادة يؤكد أن للعقد قوة ملزمة له وقوة ربط صارمة للغاية وللأطراف الحرية في الالتزام به أم لا، ولكن بمجرد تكوين العقد وبالتالي يجب أن يكتمل تكوينه وفق ما تم بأراده اطرافه، بمعنى أن إرادة الأطراف هي أساس القوة الملزمة للعقد وأساس مبدأ نسبية أثره[٣].

بالمعنى العام أن للإرادة الدور المهم لأنشاء العقد والتي تعد ركن من أركانه ولا يقوم العقد من دونها والتي تعطي صفة الطرف، أما إرادة المتعاقدين حول موضوع التعاقد هي التي تتمثل بالرابطة بينهم وبتلاقي إرادتهم في محل العقد وينشا التزامات لكلا الطرفين وتلاقيهم حول تحقيق العملية القانونية التي يرمي اليها الأطراف، فالرابطة بين البائع والتي تعطي له صفة الطرف مقابل نقل ملكية الشيء المبيع للمشتري الذي له صفة الطرف؛ لأنه سيتملك المبيع مقابل دفع ثمنه [٤].

---

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق ، ص ٧٨ .

(٢) د. محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء الفقه والقضاء، مكتبة وهيه، مصر، ٢٠٠٣، ص٨٩١.

(3) François terré, philippe simler, yves lequette, françois chénedé, droit civil les obligations, 12édition, éditions dalloz, 2019, p673.

(٤) د. محمد حسين الحاج علي، المرجع السابق، ص ٣٥٣.

فلا يمكن أن ينشئ للغير التزام أو يكسبه حقاً، وكل عقد يبقى مستقل عن الأخرى عند إبرام الشخص عدة عقود كعقد القرض الذي يبرمه شخص تنفيذا لعقد المقاولة، فيبقى الأخير مستقلاً عن عقد القرض[١].

المعيار الثاني: معيار أثر العقد

اتجه الفقه التقليدي[٢] إلى التوسيع من مفهوم الطرف ليشمل إضافة إلى الأطراف الأصليين كل من الخلف العام والخلف الخاص و الدائنين، فلا يعدون من الغير و تنصرف اليهم آثار العقد، وهو ما نص عليه المشرع العراقي في المادة (١٤٢) من القانون المدني العراقي [٣] ، هذا يؤكد القاعدة العامة في نفاذ العقود هي قصور أثر العقد على اطرافه ودون أن يقصد المتعاقدين فقط بل يشمل الخلف العام و الخلف الخاص و كذلك، فلا يعتبرون من الاغيار.

فإذا نشأ العقد صحيح فقد اصبح له قوته الملزمة ووجب على المتعاقدين تنفيذ ما التزما به، أي لا تنصرف إلى الغير إلا أنها ليست مطلقة في التعاقد بل تشمل كل شخص تربطه صلة إلى درجة أن تمتد إلى الغير الأجنبي والذي يعد طرفاً، فالغير عندهم يتحدد على نحوين، الأول هو الذي لم

---

(١) د. سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص ٥١.

(٢) د. عباس حسن الصراف، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٥٥، ص٣٧.

(٣) نصت المادة (١٤٢) من القانون المدني العراقي " – 1 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. ٢ – إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فان 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 " تقابلها المادة (١٤٥–١٤٦) من القانون المدني المصري، أما القانون المدني الفرنسي بعد التعديل لعام ٢٠١٦و٢٠١٨، اكد في المادة (١١٩٩) على " العقد لا يتناول اثره بوجه عام إلا المتعاقدين"، إلا أن هذا لا يمنع من أن ينشئ العقد المبرم بين طرفين وضع قانوني يؤثر به على الغير وهو ما يسمى بأثر العقد بالنسبة إلى الغير و الذي نصت عليه المادة (١٢٠٠) على " يجب على الغير احترام المركز القانوني الناشئ عن العقد ، و يمكن للغير التمسك بالعقد و بخاصة من اجل اثبات واقعة ما" .

يكن طرفاً في العقد ويسمى الغير الأجنبي عن العقد فلا ينصرف إليه أثر العقد مادام بعيداً عن دائرة التعاقد فهو لا يكتسب حقاً و لا يلتزم بالتزام، أما الغير الاجنبي (النسبي) وهو الذي يتأثر من عقد معين ولم يكن طرفاً أو ممثلاً فيه أو حتى مساهماً في إبرامه، ويكون له حق في هذا العقد يخوله الطعن فيه بسبب العلاقة التي تربطه بأحد أطراف العقد يظهر بسببها التعارض بين مصالحه ومصلحة الأطراف المتعاقدة[١].

فاخذ هذا المعيار بالمعنى الواسع للطرف، فالخلف العام هو كل من يخلف الشخص في مجموع ذمته المالية كالوارث أو في جزء شائع منها كالموصي له بالثلث، أما الخلف الخاص هو من يخلف الشخص بجزء معين من أمواله كالدائنين [٢]، إذ ينتقل الحقوق الناشئة عن العقد لاحد الطرفين إلى خلفه فيكون حقه معزولاً ويبقون أطراف نتيجة لأفعال السلف.

وبالنظر إلى النهج التقليدي الذي أصبح تعقيداً ولا يمكن وضع لحل للتعرض الحاصل بين الأطراف المكونة له والغير الذي يكون للعقد تأثير نحوهم أي الأطراف في المجال التعاقدي والأطراف خارج هذا المجال، فيتم استبعاد الغير من التأثير النسبي للعقود إلا أنه مختلف بالنسبة للأطراف باحتساب أن أطراف المجموعة العقدية هم المتعلقين كون وجود رابط يتم إجراءه لتبرير الأثر النسبي للعقود مع استقلالية الإرادة داخل المجموعة العقدية مما يعتبر إشكالية أمام الاعتراف بنظرية المجموعة العقدية.

---

(١) انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق، ص ٥٥٤ .د. صبري حمد خاطر ، المرجع السابق، ص ٢٥. د. مصطفى محمد الجمال، مصادر الالتزام، ط ١، الاسكندرية، بدون سنة نشر، ص ٢٧٠ .

(٢) د. سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق ، ص ١١١ .

الفرع الثاني

مفهوم الطرف في الفقه الحديث

أخذ بعض الفقه[١] في التوسع من مفهوم الطرف في العقد وذلك بسبب ماجاء به الفقه التقليدي فهو يتسبب في عدم اليقين فيما يتعلق بوجود الأطراف الثالثة ، أي الأشخاص الذين يمتلكون من دون إبرام العقد مع أطراف الروابط التي تجعل وضعهم أقرب إلى وضع الأطراف، فذهب بعض من الفقه في أن مفهوم أطرف لاينحصر على أطرافه المتعاقدين فقط بل يمتد هذا المفهوم ليشمل طائفة الأشخاص الذين ينضمون العقد في مرحلة تنفيذه، فالأطراف هم اصلا في مرحلة إبرام العقد الذين اشتركوا في إبرام العقد بالتعبير عن إرادتهم بنفسهم والأشخاص الممثلين عنهم بالتعاقد، ويضاف إليهم الأطراف في مدة تنفيذ العقد .

الفقه الحديث في تحديده لمفهوم الطرف فقد هجر التفسير الضيق لمبدأ نسبية أثر العقد، ذلك التفسير متإثر بمبدأ شخصية المتعاقد، والذي يقصر مفهوم الطرف على الأشخاص الذين شاركوا في تكوين العلاقة التعاقدية فقط، وصفة الطرف، يجب أن يكون هو الوقت الذي يكون فيه تقدير هذه الصفة مفيداً وهذا، الوقت ليس هو فقط وقت تكوين العقد فحسب، بل أيضا لحظة تنفيذ العقد [٢] .

فعرف الطرف " أنهم كل الأشخاص الذين قبلوا أن يبقوا أو يصبحوا دائنين بالأثر الملزم للعقد"، بمعنى ينطبق وصف الطرف على الذين ارتبطوا برضائهم الفعلي وأياً كان الشكل أو الوقت بآثار العقد[٣].

---

(١) جاك غستان و كريستوف جامان و مارك بيو، المطول في القانون المدني (مفاعيل العقد أو اثاره) ، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر و التوزيع ،ط١، بيروت، ٢٠٠٠ ، ص٤٥٣.

(٢) د. فيصل زكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص١٢٥.

(٣) جاك غستان، المرجع السابق، ص ٥٩٣.

و احتساب الشخص طرفاً في العقد وفقاً لهذا المعيار لابد أن يكون له صلة بالعقد تبرر اعتباره كذلك أيا كانت هذه المصلحة مادية أم أدبية، و أن تكون مشروعة وتتفق مع أحكام القانون وعدم تعارضها مع النظام العام والآداب العامة، وان عدم توافر مصلحة فلا يعد الشخص طرفاً بل يعد من الغير [١].

وقد كرست نظرية المجموعة العقدية، الطرف في المفهوم الحديث و نتيجة ذلك أصبح الشخص داخل المجموعة العقدية يتجرد من وصف الغير ، وبهذا الصدد ذهب جانب من الفقه إلى التفرقة بين الغير الحقيقي والغير الوهمي ، فأن الأول هو الذي لا صلة له بالعقد فليست له أي مصلحة أو علاقة مباشرة، أما الغير الوهمي أو الغير حقيقي يعد طائفة وسط بين الغير والمتعاقدين؛ لأنهم لم يشتركوا في ابرام العقد إنما دورهم يقتصر في تنفيذه ، فصور المجموعة العقدية بقصد تحقيق هدف مشترك كالتنفيذ من الباطن هي أصدق لوصف الغير مثال المقاولة من الباطن [٢] فأصبح الشخص الذي يشارك في تكوين هذه المجموعة لا يعدُّ من الغير و إنما طرفاً في العقد داخل المجموعة.

وبما أن المجموعة تتألف من وحدة السبب أو المحل وان هذه المجموعة لا تلعب دوراً مالم تتحقق فيه جميع أركانه، وان وجود رابطة ضرورية بين العقود في المجموعة العقدية هي التي استلزمت وجود التغيير الجذري في التفسير التقليدي لمبدأ نسبية أثر العقد، بذلك انكشف مفهوم جديد لا يمنع من انصراف أثر العقد إلى جميع الأشخاص الذين يكونون طرفاً في المجموعة العقدية [٣].

---

(١) د. محمد طاهر الهلالي محمد احمد ، نسبية اثر اتفاق التحكيم ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الزقازيق، ٢٠١٢ ،ص٢١٤.

(٢) د. محمود جمال الدين ذكي ، النظرية العامة للالتزامات ، مصر ، ١٩٧٨ ، ص ١٤٤ .

(٣) صبري حمد خاطر، المرجع السابق ، ص ٢٨١.

وذهب جانب من الفقه إلى أن اعتبارات العدالة تقضي بانصراف أثر العقد إلى الغير أي يمتد ليشمل كذلك الاشخاص المشاركين في تنفيذ العلاقة العقدية من أجل تحقيق التوزان العقدي وذلك بتمكينه من استعمال حقة في دعوى التي تخوله المطالبة بحق ناشئ عن عقد لم يكن طرفاً فيه وباسمه الخاص وهي الدعوى المباشرة مثال ذلك رجوع المؤجر على المستأجر من الباطن وبما هو ثبات في ذمة المستأجر الأصلي بالدعوى المباشرة [١] .

واجتمع أغلب آراء الفقهاء إلى تطبيق المسؤولية العقدية في عقود المجموعة العقدية و ذلك لاعتبارات، منها توافر الحماية للروابط العقدية ، فعندما يستعين المدين بغيره في تنفيذ التزاماته ، معناها الاعتراف للمدين بأن يتحلل من آثار العقد ، أي أن عدم مسؤولية المدين تجاه الاشخاص الذين التجأ اليهم لتنفيذ التزاماتهم يؤدي إلى أهدار القوة الالزامية للروابط العقدية [٢] ، إذ عانى القضاء من التمييز في ما يعد خطأً عقدياً أو تقصيرياً إذ اصبحت هناك فجوة كبيرة بين المبدأ و تطبيقاته إذ نظراً لاتساع فكرة الخطأ التقصيري، أصبح كافياً في الواقع تحقيق هذا الخطأ بمجرد شكوى الغير من ضرر أصابه نتيجة الاخلال بالعقد ، وبه أصبح استقلال الخطأ التقصيري عن الخطأ العقدي مبدأ شكلياً فقط [٣] .

إنّ الاعتراف باستثناء لقاعدة نسبية الأثر حول المجموعة العقدية وذلك استجابة للتطور الاقتصادي وهذه الاستثناء مقيد لا يجوز التوسع فيه، وأن الخروج منه يتطلب نصوصاً تشريعيةً، إذ إن الحياة العملية هي التي أوجبت التواء قاعدة نسبية أثر التصرفات من أجل تكريس لنظرية المجموعة

---

(١) د. نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق ص ٣٣٧.
(٢) د.جابر محجوب علي ،المرجع السابق، ص ١٢٤ .
(٣) د. عبد الحميد فجال، المرجع السابق، ص ١٠٢٠.

العقدية [١] ، فالمجموعة العقدية القائلة بأن حالة الطرف تعني تلقائيًا أن الشخص الذي يفترض أنه سيكون ملزمًا تمامًا بجميع الالتزامات الناشئة عن عائدات العقد .

أن ما لم يتم تكييف تعريف مسبق لمفهوم الطرف، فليس من غير المعقول وصفهم جميعًا كـ أطراف، حتى لو لم يساهموا في تكوين العقد، و أن وضع مفهوم للطرف ضروري بلا شك لفرض التزام تعاقدي عليه، لكنه ليس كافياً من الضروري أن هذا الطرف قد نوى شخصياً الاضطلاع بهذا الالتزام المحدد ويمكننا أن نستنتج في نهاية هذه الآراء انه قد يستفيد عدد من الأطراف من الحقوق ويلتزمون بالالتزامات الناتجة عن العقد ، أو يلتزمون بآثاره.

---

(١) د. فيصل زكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ١٣٤.

المبحث الثالث

موقف الفقه والقضاء في مفهوم نظرية المجموعة العقدية

أن الإرادة حرة تحدث ما تشاء من الآثار في العلاقات التعاقدية ما تتجه إلى إحداثه، و أعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة تفرعت عنه مبادئ منها الحرية التعاقدية والقوة الملزمة للعقد والأثر النسبي للعقد، ويقصد بالنسبية في مجال العقد، قوة العقد الملزمة من حيث الاشخاص وهذه القوة هي التي تخضع لمبدأ النسبية لأثر العقد أي أن العقد يرتب اثاره فقط على اطرافه من دون الغير [١].

نسبية أثر العقد إذ يتولد منها حقيقة بأن العقد ينتج آثاره في مواجهة عاقديه وعدم سريانها على الغير إلا أن ما تطرحه نظرية المجموعة العقدية هو خارج عن المبادئ الفقهية و النصوص التشريعية، والأصل أن الاشخاص الذين لا تربطهم علاقة عقدية مباشرة إذ يعتبرون بمركز الغير تجاه بعضهم البعض، من هنا ظهرت آراء الفقهاء حول المجموعة العقدية وما ممكن أن يؤدي إلى الاعتراف بها فقد كان هناك اتجاه مؤيد يجانبه اتجاه معارض، وكذلك القضاء له دور في تدعيم و أيضاً رفض لنظرية المجموعة العقدية.

ولبيان ما تقدم لابد من تقسيم المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول الاتجاه الرافض لنظرية المجموعة العقدية ، وفي المطلب الثاني الاتجاه المؤيد لنظرية المجموعة العقدية وكالآتي.

---

(١) د. عبد الحكم فودة، النسبية والغيرية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، مصر، ١٩٩٦، ص٢.

المطلب الاول

الاتجاه الرافض لنظرية المجموعة العقدية

يعارض بعض من الفقه لنظرية المجموعة العقدية، إذ يرون أن هذه النظرية ضعيفة من حيث أساسها ومضمونها وحتى بنتائجها، وتعد مشكلة الغير هي المشكلة الأساسية في المجموعة العقدية، إذ إن هذا الاتجاه لم يتوسع في تفسير مبدأ نسبية أثر العقد، وقصر مجال تطبيق هذه القاعدة على تكوين التصرفات القانونية للعلاقة العقدية من دون تنفيذها، واعتبروا كل شخص لم يساهم في بناء العلاقة العقدية من الغير حتى و إن تضرر الشخص من جراء عملية تنفيذ هذه العلاقة الذي جاء نتيجة ارتباطه بأحد الاشخاص الذين ساهموا في بناء العلاقة [١].

إن الأثر الملزم للعقد لا يترتب إلا على العاقدين من دون الغير، أي أن قاعدة نسبية أثر العقد تحول دون إمكانية أن يقع أثر العقد على عاتق الغير، فالالتزام علاقة شخصية ذات أثر نسبي وليس لشخص آخر غير المدين أن يخل إخلالاً عقدياً فلا يمكن التوقع أن يخل بها الغير عن هذه العلاقة اخلالاً عقدياً[٢]، اذ يرون انه لا تعارض بين مبدأ نسبية إثر العقد وبين التمسك الغير بالخطأ العقدي كخطأ تقصيري؛ لأن الغير عندما يتمسك بالعقد لا باعتباره تصرف قانوني وانما باعتباره واقعة قانونية[٣].

وتشدد هذا الاتجاه لمنع إهدار مبدأ القوة الملزمة للعقد، وعندهم الشخص لا يسأل مسؤولية عقدية إلا إذا كان مشارك في علاقة عقدية مع آخر وأخل بالالتزام الناشئ عن العلاقة العقدية، واشترطوا

---

(١) د. فيصل زكي عبد الواحد، المرجع السابق. ص ٢٣.

(٢) د. نبراس زاهر الزيدي، المسؤولية المدنية الناشئة عن اخلال الغير بالعقد، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد ١، السنة ١٠، ٢٠١٨، ص ٤٠٨.

(٣) د. مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق، ص ١١٦.

أنه يتطلب للمساءلة في إطار المجموعة العقدية وجوب أن يكون الشخص ساهم في تكوين العلاقة العقدية وذلك بالتوقيع المادي على العقد، وبذلك أن عدم وجود توقيع ينطبق عليه وصف الغير وعليه لا يستطيع أن يرجع بدعواه بالمسؤولية العقدية [١].

وذهب جانب من الفقه أنه كيف تعد الغير بأنه طرف في العقد وهو لم يساهم بأراداته في تكوين العقد ومن ثم يتحمل جميع الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد وهذا أمر لا يمكن قبوله [٢] فما من عقد يربط بين المتضرر ومرتكب الفعل الضار، و من ثم أن تقرير المسؤولية العقدية بين أطراف المجموعة العقدية وفقاً لما يتضمنه عقد الرئيسي، يؤدي إلى تعارض بين توقعات المسؤول من جهة وتوقعات الغير من اعضاء المجموعة من جهة أخرى, إذ بينما الطرف المسؤول يتمكن من الاستفادة من التوازن الاقتصادي في عقده، فأن الآخرين من الاغيار بالنسبة إلى عقد المدين و المشاركين في المجموعة سوف يأملون في التخلص من نظام لا يندرج تحت توقعاتهم، بالإضافة عندهم مبدأ نسبية أثر العقد لا يمنع الغير من قيام مسؤولية المتعاقد لكنه يحول من دون أضفاء طابع عقدي على هذه المسؤولية، فالمسؤولية قائمة إلا أنها على أساس تقصيري [٣].

يرى جانب آخر من الفقه وان كانت العلاقة بين المتعاقد الاصلي والمتعاقد من الباطن ذات طبيعة عقدية لما تحققه من منطق وعدالة إلا أنه سوف يوسع من دائرة المسؤولية العقدية لتضم أشخاص لا يمكن ضمهم حسب المفهوم التقليدي لهذه المسؤولية وبالتالي يصطدم بالنصوص القانونية

([1]) Aynès , La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, 1985,p.156, ets.

([٢]) د. محمد حسين الحاج علي، المرجع السابق، ص ٣٠.

([٣]) د. عادل عبد الحميد فجال، المرجع السابق، ص١٠٩.

النافذة [١]، و يؤسس هذا الرأي على اعتبار قواعد المسئولية التقصيرية بمثابة الشريعة العامة في مجال المسؤولية المدنية، حيث إن للمسؤولية العقدية لها نطاق خاص ومحدد بشروط وضوابط معينة لدرجة و لأن الأخيرة لايكفي لقيامها مجرد حدوث ضرر بسبب الاخلال بالتزام عقدي بل ضرورة وجود رابطة مباشرة بين المتضرر ومحدث الضرر، هذا بمعنى ان المتضرر في العلاقات التعاقدية المتعاقبة على مال واحد او بقصد تحقيق هدف مشترك لايمكنه الرجوع بدعوى المسؤولية العقدية الا على المتعاقد معه مباشرةً [٢].

وأما بالنسبة للدعوى المباشرة لا يعني الربط بينها والمجموعة العقدية أو الأخيرة تفسر الأولى، أو أن هذه الدعوى المباشرة تثبت وجود فكرة المجموعة العقدية، بسبب أن غالبية الدعاوى المباشرة تم إقرارها بوقت سابق على ظهور فكرة المجموعة العقدية ولأسباب لا علاقة لها للأخيرة [٣].

من هذه النصوص التي تعتبر حالات استثنائية لتقرير حق المتضرور في الرجوع على الطرف المسؤول عن الضرر الذي لحق به في إطار المجموعة العقدية بدعوى المسؤولية العقدية، منها ضمان العيب الخفي [٤].

---

(١) د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء ١، دار وائل للطباعة والنشر، الاردن، ٢٠٠٢ ص ١٧.

(٢) د. فيصل زكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٢٤.

(٣) د. محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص ١٠٠.

(٤) أورد القانون المدني المصري في المادة (١/٤٤٧) والتي نصت " يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم تتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة، مستفادة مما هو مبني في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده" ، و أورد القانون الفرنسي كذلك في المادة (٢/١٦٤٦) و التي نصت " ضمان العيوب الخفية يستفيد منه الملاك المتعاقبين للعمارة" ، أما المشرع العراقي اشترط بالرجوع العقدي المباشر حول وجود عيب خفي و ذلك في المادة (559) و نصت على " لا يضمن البائع عيباً قديماً كان المشتري يعرفه أو كان يستطيع أن يثبته لو انه فحص المبيع بما ينبغي من العناية، إلا اذا ثبت ن البائع قد اكد له خلو المبيع من هذا العيب أو اخفى العيب غشاً منه" .

فقد وضع الفقه تفسيراً لهذا الوضع في فكرة المجموعة العقدية وهي إحدى تطبيقات حالة العقود المتعاقبة المكونة سلسلة عقدية وهي إحدى صور المجموعة العقدية[١].

انتهى الفقه إلى نفي أي احتمال للاعتقاد بوجود مسؤولية مدنية عن فعل الغير، و أن الاستثناءات الموجودة الخاصة بالمسؤولية المدنية عن فعل الغير لا تكون أساس لمبدأ عام للمسؤولية المدنية لفعل الغير في إطار المجموعة العقدية، إذ يؤمنوا بالتفسير التقليدي لقاعدة نسبية أثر العقد والتمسك بتطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية في إطار المجموعة العقدية، طالما لم يكن هناك عقد بين المسؤول والمتضرر[٢] .

أما بالنسبة لموقف القضاء، فتم أدانة توسع نطاق المسؤولية العقدية بالنسبة إلى المجموعة العقدية من جانب الهيئة العامة لمحكمة النقض الفرنسية في ١٢ يوليو لسنة ١٩٩١، و تتلخص وقائعه في أن السيد بيس، الذي يملك بناية معدة للسكن قد تم بنائها، تعرض لأضرار بسبب خطأ في اعمال التمديدات المائية، وقام السيد بيس برفع دعوى ضد المقاول من الباطن على اساس العقد المبرم بينه وبين المقاول الرئيسي، إلا أن المحكمة بناءً على المادة (١١٩٩) من القانون المدني الفرنسي، اعتبرت عدم وجود رابط عقدية بين المقاول من الباطن وصاحب البناية السيد بيس، و قضت بأن " في حالة قيام المدين بالتزام تعاقدي بتكليف شخص آخر بأداء هذا الالتزام ، فليس للدائن سوى إجراء تعاقدي بالضرورة ضد الأخير، في حين أن المقاول من الباطن ليس ملزمًا تعاقديًا بسيد العمل" [٣].

---

(١) د.مصطفى محمد الجمال و د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٤٩٩.

(٢) جاك غستان، المرجع السابق ، ص ٩٠٣.

(3) Cass.Assemblée Pléniére , 12 juillet 1991 , N:90-13602, Bull, 1991 , A.P 1, N5 p.7.

كما ان للمصاب في حادث سيارة نتيجة عيب في صنعها له أن يرجع بالتعويض على أساس المسئولية التقصيرية على الشركة المنتجة وذلك بإخلالها بالتزامها كبائعه قبل مشتري السيارة؛ وذلك لأن المتضرر لم يكن طرفاً في عقد البيع [١] .

على الرغم ما ذهب اليه الاتجاه الرافض لفكرة المجموعة العقدية منها الحفاظ على مبدأ نسبية اثر التصرفات القانونية و الحماية لمصلحة المتضرر و الرجوع بدعوى المسؤولية التقصيرية، الا ان هذا الاتجاه تعرض للانتقادات وذلك لان الحفاظ على مبدأ النسبية اتخذ صورة جامدة غير مرنة، بالإضافة فقد هدم الارتباطات التعاقدية المتفق عليها بين اطراف العقد المباشرين، وذلك وفقاً لمبدأ الأثر الملزم للعقد إذ ينفذ بين الأطراف بكل احكامه وبنوده و أن مخالفة ذلك يترتب عليه المسؤولية العقدية، و قد يكون من بين بنود هذا العقد ما يقضي بالإعفاء من المسؤولية أو التخفيف منها او الاحتكام الى التحكيم، فيترتب على رجوع المتضرر على المسؤول بدعوى المسؤولية التقصيرية اهداراً للبنود المتفق عليها بين المتضرر و المتعاقد معه مباشرةً.

---

(١) د.نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق، ص ٤٨.

المطلب الثاني

الاتجاه المؤيد لنظرية المجموعة العقدية

ظهرت هذه النظرية اول مرة على يد الفقيه الفرنسي (تيسي)، و أيده جانب من الفقه لما جاءت بها هذه النظرية من أفكار، ومنها أن أنصار هذا الاتجاه تخلى عن النظرة التقليدية لمفهوم الطرف في العلاقات التعاقدية داخل المجموعة العقدية الواحدة.

وهذا يعني تحديد الطرف يكون لحظة تكوين العقد وكذلك لحظة تنفيذه؛ وذلك لأن مرحلة التنفيذ تتطلب إبرام عدد من العقود و هذه العقود من بدايتها إلى نهايتها تشترك في عملية واحدة تجمعها وحدة الهدف أو المحل أو كليهما ويعد كل طرف في عقد طرف في عقود المجموعة العقدية و أن لم يساهم فيها طالما انهم تجمعهم مجموعة عقدية واحدة، و النظر إلى العلاقات الثلاثية أنها علاقات ثلاثية التكوين والآثار، وكان ذلك نتيجة لتأثر هذا الاتجاه بمفهوم مبدأ النسبية القائم على فكرة الإرادة والنظرة المادية للالتزام و عليه لا يتطلب المشاركة الجسدية لحظة تكوين العقد بل تكفي المشاركة الإرادية في أي مرحلة من مراحل تنفيذ العقد فلا يمنع من امتداد اثر العقد إلى أي شخص طالما ارتضى الاطراف بامتداد الأثر الملزم إليه و بالتالي يعد طرفاً [1] وعليه فأن هذا الاتجاه اخذ بالمدلول الواسع لفكرة الطرف.

إنَ فهم الشرائع القانونية الحديثة لابد من الرجوع إلى مصدرها، ويعد القانون الروماني مصدر تاريخياً لكل من القانون الفرنسي، وللاخير دور وسيط بين القانون الروماني وقوانين الدول الحديثة، فوفقاً للقانون الروماني أن العقد لا ينتج أثره إلا في ذمة طرفيه؛ وذلك لأن القانون الروماني كان ينظر إلى الالتزام انهُ رابطة تنشأ بين شخصين وتظل قائمة بينهما إلى انقضائها ولم يرد على تلك

([1]) عبد الحي عبدالله بيصار، المرجع السابق، ص ١٦٦.

القاعدة استثناء، معنى ذلك أن مبدأ النسبية يطبق تطبيقاً جافاً من دون مراعاة للضرورات الاقتصادية والاجتماعية[١].

منذ النصف الثاني من القرن العشرين ازدادت العمليات الاقتصادية وأصبحت اكثر تعقيداً من حيث تكوينها وتنفيذها، فظهرت المجموعة العقدية في هذه الفترة، فمن الطبيعي أن يعيد النظر في مبدأ المفعول النسبي للاتفاقات الذي يرى أن تعديل الوسط الاقتصادي والاجتماعي يدعو إلى إعادة النظر في المبادئ التقليدية لقانون العقود، والمجموعة العقدية المحددة بوجود سبب أو هدف مشترك كل من العقود التي تتكون منها ترتكز بتعابير جديدة على التغيير القانوني للحقيقة الاقتصادية الحديثة، واللجوء إلى هذا المفهوم تتمثل فيه الفائدة من جهة في تلافي العقبة التي يشكلها مبدأ المفعول النسبي للعقد بدفع حدود مجال تطبيق العقد إلى المجموعة العقدية [٢] .

مبدأ نسبية اثر العقد لم يعرض له التشريع مباشرة و انما استخلصه الفقه من نصوصه، وهذا المبدأ يعبر عن فقه الفلسفة القانونية السائدة في اعقاب الثورة الفرنسية ولذلك كان ظهوره الأول بصورته المطلقة التي ترى أن الالتزام العقدي لا يرتكز إلا على ارادة المتعاقدين من دون غيرهم ، و أن هذه الإرادة هي التي تحدد في الوقت نفسه مصدر ونطاق الحقوق والالتزامات بل يذهب انصار هذا المبدأ إلى ابعد من ذلك، اذ انعكس على تكوين و مضمون العقد و على آثاره ، وبالنسبة إلى مبدأ نسبية أثر العقد فبعد أن كان العقد لا ينشئ التزام بين طرفين الذين تراضيا على انشاء العلاقة

---

[١] د. محمد يحيى الدين ابراهيم، نطاق مبدأ نسبية اثر العقد، بحث منشور لدى مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد ٧، العدد ١٤، مصر، ١٩٩٨، ص ١٢٢.

[٢] جاك غستان و كريستوف جامان و مارك بيو، المرجع السابق، ٢٠٠٠ ، ص٩٠٥.

وبالتالي لا يمكن أن ينشئ حق في ذمة الغير وهو ما نصت عليه المادة (١/١٤٦) من القانون المدني العراقي[١].

إلا أنه تعرض لانتقادات شديدة و أن الصورة المطلقة لهذا المبدأ أثارت ردود فعل برفضه لدى الفقه مما أدى إلى انحساره لما جد من ظروف اقتصادية [٢] .

فإذا كان مؤدى ما جاء به المبدأ الروماني أن العقد لا يمكن أن يلزم الغير الذي لم يكن طرف فيه ولا يكسبه حق و أن تحديد نطاق الأثر الملزم للعقد بالنسبة للأشخاص يقضي بإخضاع المتعاقدين له وحدهما، إلا أنه لا يمنع الغير من الاحتجاج به على العاقدين ولا العكس، فأنتقل هذا المبدأ إلى القانون الفرنسي، و انتهى الفقه بقول أن الاتفاق يعتبر غير موجود قانوناً في مواجه الغير إلا اذا استطاع الغير الإفادة منه بالتمسك به و أن لا يلحقه به ضرر منه بالاحتجاج عليه منه [٣] ، فيفهم من أن مبدأ نسبية العقد وفق المفهوم التقليدي هي التي تشكل عائقاً أمام حل إشكالية الغير وحتى التوصل إلى تأصيل نظرية المجموعة العقدية.

أي أن تطور نظرية العقد صاحبها تطور فكرة الاعتبار الشخصي، أي ترتب عليه حلول الفكر الاقتصادي محل الفكرة التقليدية للاعتبار الشخصي على نحو أضحى به أن يكون المقصود بالتنفيذ

---

[١] نصت المادة (١/١٤٦) من القانون المدني العراقي والتي نصت على " إذا نفذ العقد كان لازما ولا يجوز لاحد المتعاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي"، تقابلها المادة (١٤٧) من القانون المدني المصري والتي نصت على " ١-العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه وتعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون"، المادة (١١٩٩) من القانوني المدني الفرنسي " لا ينشئ العقد التزامات إلا بين اطرافه.."

[٢] د. نبيل ابراهيم سعد، التطور في ظل ثبات مصادر الالتزام، ط١، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٣٠.

[٣] د. عبد الحكم فودة، المرجع السابق، ص ٤٦.

الشخصي للعقد هو التنفيذ المادي للمتعاقد، مع بقاء مراعاة أن التنفيذ الشخصي خارج العقود ذات الاعتبار الشخصي ليس إلا تعبيراً عن القوة الملزمة للعقد [١].

فاتجه انصار نظرية المجموعة العقدية في سبيل إنجاحها لما تحويه من أفكار ، إلى توحيد النظام القانوني الذي يخضع له أطراف المجموعة و ذهب بعض الفقه إلى أن العقود مثل عقد المقاولة من الباطن يشكل مع العقد الأصلي مجموعة عقدية تتكون من عقدين ، و وجوب الاعتراف بالمسؤولية العقدية في نطاق عقد المقاول من الباطن حيث أن الأخير لم يوجد إلا لتنفيذ عقد المقاولة الأصلي، حيث يسأل المقاول الأصلي في مواجهة رب العمل عن أخطاء المقاول من الباطن كما لو كان المقاول الأصلي هو القائم بالتنفيذ، ويكفي لقيام هذه المسؤولية وقوع اخلال بالتزام ناشئ عن عقد ينسب إلى أي من هؤلاء الاشخاص[٢].

إذ في حالة إخضاع نظام المسؤولية داخل المجموعة العقدية للمسؤولية التقصيرية سوف يهدد مصلحة المتعاقد، وهذا يعد خرقاً لمبدأ الأمن العقدي وذلك بالاعتداء على مبدأ التوقع العقدي وهذا المبدأ الأخير يعني أن المتعاقد المدين يتوقع فقط المسؤولية العقدية أي سوف يتوقع الطرف الذي سيدعي عليه ولكنه لا يتوقع طبيعة المسؤولية؛ لأن التوقع متعلق بالذمة المالية للمتعاقد أي في حالة حدوث خطأ فأنه يتوقع تعويض ما هو متفق عليه وفق العقد و إلا سوف يكون التعويض عن الخطأ العادي اكثر من التعويض عن الخطأ العقدي، وبهذا سوف تعاني المجموعة من اشكالية المسؤولية وطبيعتها والمدين العقدي سوف يكون في مأزق [٣]، و نحن نتفق مع الاعتراف بأن اطراف المجموعة

---

(١) نورة عيسى سالمين، الاعتبار الشخصي في العقود المدنية والتجارية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة قطر ،٢٠٢١، ص ٥٨.

(٢) د. غازي خالد ابو عرابي، المقاولة من الباطن، دار وائل للنشر، ط ١، الاردن ، ٢٠٠٩ ، ص ١٣٣ .

(٣) د. محمد حسين الحاج علي، المرجع السابق، ص ١٢٦.

العقدية ليسوا من الاغيار لما يؤدي به إلى نتائج تكون متوافقة مع ما هو متوقع وايضاً تفادي أخضاعه لقواعد مختلفة للتعويض عن الضرر لما اذا كان المتعاقد مع المضرور متعاقد مباشرة أو مع شخص من الغير.

فإذا كان الشخص لم يصب بأضرار إلا بسبب عدم قيام أحد أطراف العلاقة التعاقدية بتنفيذ أحد التزاماته ادى إلى إخلال المتعاقد معه بالتزامه تجاه شخص دائن آخر بالتزام تعاقدي منبثق من علاقة تعاقدية نشأت بينه مرتبطة أو متعاقبة للعلاقة التعاقدية الأولى ، و عليه نادوا بعض من الفقه إلى توسيع نطاق المسؤولية العقدية ليشمل كل من ساهم في تنفيذ العقد حتى ولو لم يساهم في أبرامه ، وعليه أن المسؤولية العقدية لا تتقرر فقط للطرف المضرور من التعاقد أنما تشتمل كل من كان مرتبط بطرفي العقد في العلاقة العقدية أي يخرج عن نطاق الغيرية [١] .

وهذا هو سبب نتيجة اعتبار لعقد الايجار في إطار العلاقات التعاقدية التي تكون مجموعة عقدية واحدة بأن يمكن للمؤجر أن يرجع على المستأجر من الباطن أو هذا الأخير على الأول بالدعوى المباشرة المؤسسة على المسؤولية العقدية، وذلك عن أي ضرر يلحق بالأطراف من جراء الإخلال الآخر بأحد الالتزامات الناشئة عن العلاقات التعاقدية بمقتضى العلاقة التعاقدية التي شارك في بنائها، على أساس وجود رابطة موضوعية بين المسؤول والمتضرر ناتجة عن تعاقب تصرفات على المال و في إطار المجموعة العقدية ، أيضاً قضي بقبول دعوى رب العمل على المقاول من الباطن بمقتضى الدعوى المباشرة [٢] ، يمكن القول بأن العلاقات في هذه السلسلة العقدية ما بين عقود الباطن هي التي أدت إلى ظهور المجموعة العقدية .

---

(١) د. صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص ٢٨٦.

(٢) د. فيصل زكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ٨٩.

فيطرح هنا سؤال حال وجود داخل المجموعة العقدية شروط تسوية منازعات فهل تعد مماثلة لشروط المسؤولية وأنها قابلة للتنفيذ ضد المتعاقد الفرعي؟

ذهب البعض إلى التفريق بين الاختصاص القضائي واتفاق التحكيم، فالأخير يعد كالبنود التي تعدل من مسؤولية المدين وتكون قابلة للتنفيذ ضد المتعاقد الفرعي لسلسلة العقود وهو ما أكدته محكمة الاستئناف الفرنسية لسنة ٢٠١٠ " في سلسلة عقود نقل الملكية، يتم نقل شرط التحكيم تلقائيًا باعتباره ملحقاً لحق الإجراء نفسه الملحق بالحق الموضوعي المنقول من دون التأثير على الطبيعة المتجانسة أو غير المتجانسة لهذه السلسلة "[١] .

بالنسبة إلى الاختصاص القضائي وهو الأصل في تسوية النزاعات، ذهب القضاء الفرنسي على أن شرط الاختصاص القضائي غير قابل للتنفيذ ضد المشتري من الباطن إلا بموافقة الشخص المعني على بند الاختصاص و هذا ما أكده القضاء عند إصدارها الحكم من الغرفة المدنية الأولى في سنة ٢٠١٥ "لا يمكن أن يعارض شرط يمنح الاختصاص المتفق عليه في عقد مبرم بين الصانع والمورد للسلعة والمشتري، و(للمشتري الفرعي للطرف الثالث) الذي اكتسب في نهاية تعاقب عقود نقل الملكية المبرمة بين الأطراف المنشأة المختلفة، فقد استحوذ المشتري الفرعي على هذه الممتلكات ويرغب في اتخاذ إجراء ضد الشركة المصنعة والمورد لسداد المبالغ المدفوعة عن طريق دفع ثمن البضائع ، ما لم يثبت أن هذا الطرف الثالث قد أعطى موافقته الفعلية على هذا البند" [٢]

فأنصار هذا الاتجاه يرون أن انشاء روابط عقدية في إطار المجموعة العقدية جوهر النظرية وهو اهم أثر ترتبه إذا تم اقرارها، نظراً لأنشاء علاقات عقدية مباشرة بين الاشخاص لا يرتبطون

([1]) Civ. 1re, 17 novembre 2010, pourvoi no 09-12.442, Bull. no 240.

([2]) Civ. 1re, 25 mars 2015, pourvoi no 13-24.796, Bull. no 71.

بالعقد ولكنهم أطراف في مجموعة عقدية واحدة ولما كانت هذه العلاقات ترتبط بوجود المجموعة ولا تنفصل عنها فأن الأفضل متابعة السير في هذا الاتجاه بما يسمح لهذه النظرية من ترتيب اثارها الكامل ومن ثم تصلح هذه المجموعة كأساس لتقرير دعوى مباشرة ومتبادلة بين المتعاقدين البعيدين، لما يخلقه من نسيج عقدي مترابط ومتماسك بينهم [١].

أما بالنسبة للقضاء فقد اعترفت القضايا السابقة بأن تصرفات المالكين للشيء بالتعويض عن الاضرار التي لحقت بالشيء التي لحقت به و التي تنتقل إلى مالكها الحالي أو الأخير وتقرره القضايا السابقة و التشريعات كحالة المقاولة من الباطن أو الايجار من الباطن، إلا أنه في أواخر السبعينات من القرن العشرين أكدت المحكمة بوجود اجراء مباشر ذو طبيعة عقدية للتعويض لصالح المشتري من الباطن و ذلك في قرار صدرته محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في ٩ من اكتوبر لعام ١٩٧٩ الخاص ب سيارات (LAMBORGHINI) والذي نص على (أن دعوى المشتري الثانوية ضد الشركة الصانعة أو البائع الوسيط هي لضمان العيوب الخفية اللاحقة بالشيء المبيع منذ تصنيعه هو بالضرورة ذات طبيعة عقدية)[٢]، فالقضاء انشأ مبدأ الدعوى المباشرة إلى المشتري الفرعي ضد البائع الأصلي في حالة وجود سلسلة من عقود البيع.

وفي قرار لمحكمة النقض الفرنسية حول تقرير المسؤولية العقدية في إطار المجموعة العقدية والتي نصت في قرارها "في المجموعة العقدية، تحكم المسؤولية التعاقدية بالضرورة المطالبة بالتعويض لجميع أولئك الذين عانوا من الضرر فقط ؛لأن لديهم صلة بالعقد الأولي، وبالفعل في هذه الحالة، اضطر المدين إلى توقع عواقب تقصيره وفقًا للقواعد التعاقدية المطبقة في هذا الشأن، فلا يمكن

---

(١) د. محمد حسين عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٤٢

(2) Cass Civ. 9.oct.1979. pourvoi no 78-12.502, Bull. no 241.

للطرف المضرور سوى أن يتخذ ضد الأطراف الاخرى دعوى ذات طبيعة عقدية، حتى في حالة عدم وجود عقد بينهما[١].

بعض القرارات القضائية كانت مؤيدة للمجموعة العقدية والبعض مناهضة له وحتى المحاكم التي كانت ترفض هذه النظرية فقد اعادت بعضها النظر، و ذلك في قرار لعام ٢٠٠٢ لمحكمة النقض الفرنسية خالف القضايا السابقة و لدعوى سابقة للسيد (بيس)، وفي الواقع اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن الرجوع المتاح للعميل ويقصد به السيد بيس ضد المقاول من الباطن كان ذا طبيعة عقدية، على الرغم من أنه كان الحل المعاكس الذي تم اعتماده في قضية بيس[٢]، من هذا المنطلق نستنتج أن الحلول المحددة في القضايا السابقة كانت شاملة لجميع صور المجموعة العقدية.

واستخلاصا لما سلف فقد كانت المجموعة العقدية غير دقيقة لتبرير انتهاكات مبدأ الأثر النسبي للعقد، و تم انتقاد مفهوم المجموعة العقدية وذلك لعدم دقة أساسها النظري ويشمل هذا المصطلح العام كل من سلسلة العقود ومجموعة العقود ذات الهدف الواحد، وذلك في جميع القرارات التي تم النظر فيها، إلا انه نظراً لتحليل الذي جاء به مؤيدي المجموعة العقدية و القرارات القضائية المؤيدة لها، يمكن القول تفسيراً لذلك هو لعدم قابليتها للتجزئة و المبدأ هو أن كل عقد مستقل عن الآخر ما لم يثبت أن العقدين مرتبطان ارتباطًا وثيقًا وأحد العقود يعتمد على الاخر و نظراً لما تحققه من مصالح لتوقعات الأطراف و تصحيح الاثار الضارة لتطبيق مبدأ نسبية العقد، الذي أدى لإمكانية امتداد المسؤولية العقدية داخل اطراف المجموعة.

---

(1) Cass Civ. 21 juin 1988, 85-12.609. Bull. no 202, p141.

(2) Cass.Assemblée Pléniére , 12 juillet 1991 , N:90-13602, Bull, 1991 , A.P 1, N5 p.7

الفصل الثاني
أحكام التحكيم في المجموعة العقدية

الفصل الثانـي

أحكام التحكيم في المجموعة العقدية

رأينا في مقدمة البحث حول التحكيم كأحد الوسائل البديلة لحل النزاعات وفي ذات الإطار أن لتحقيق أكبر فعالية للتحكيم وبصفة خاصة في إطار التعاملات الدولية والوطنية ولكي يصل التحكيم إلى النتيجة المرجوة منه وهي تحقيق مصالح هذه التعاملات ظهرت اتجاهات عن دور التحكيم وامتداده إلى أطراف غير موقعة أو إبرمته وخرجت عن مبدأ نسبية أثر العقد استناداً على نظرية المجموعة العقدية.

وبعد التعرض لماهية المجموعة العقدية وصورها وذلك على النحو الذي بيناه انفاً، والذي يهمنا في هذا المقام بالدرجة الأولى هو مدى تأثير اتفاق التحكيم الوارد في احد عقود المجموعة العقدية على غيره من العقود، فيشمل هذا الفصل العديد من النقاط التي تنشأ عن المسائل التي يحتويها اتفاق التحكيم ، فإجراءات التحكيم مدفوعة باستقلالية الأطراف حول كيفية التعامل مع النزاع، بمعنى ما يغطيه اتفاق التحكيم حول المسائل التي تشمله أم تمتد لباقي مواضيع وأطراف المجموعة العقدية.

ولغرض الإحاطة باحكام التحكيم في المجموعة العقدية يجب أن نتطرق إلى مفهوم التحكيم في المبحث الأول، و أساس امتداد التحكيم في المجموعة العقدية في المبحث الثاني، و آليات امتداد التحكيم في المجموعة العقدية في المبحث الثالث.

المبحث الأول

مفهوم التحكيم في المجموعة العقدية

التحكيم طريق لفض المنازعات بديل للمسار القضائي و برزت الحاجة إلى تفعيله بسبب أن العالم يشهد تحولاً واسعاً في شتى المجالات وطبيعة الأنشطة التجارية والاقتصادية والتي أصبحت أكثر تعقيداً، إذ كان لابد من البحث عن طريق أو نظام خاص للفصل في المنازعات سواء كانت مدنية ام تجارية وعقدية أو غير عقدية، فالتحكيم طريقة لتسوية النزاعات تم انشاؤها باتفاق الأطراف و التزامهم بطرح نزاعاتهم على محكم ليفصلوا في النزاعات ليكون قاضياً في النزاع الناشئ عن العقد استناداً إلى اتفاق التحكيم.

وسوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين ونتعرض لتعريف التحكيم وطبيعته في المطلب الأول، و التحكيم والغير في المطلب الثاني.

المطلب الأول

تعريف التحكيم

التحكيم قضاء بديل عن قضاء الدولة لحسم المنازعات بل يصل حد القول أنه نظام قانوني موازياً للقضاء فهو لا يتفرع عنه و لا استثناء منه [١] و يستمد المحكمون سلطتهم للفصل في النزاع من اتفاق التحكيم الأساس القانوني الذي يحدد نطاق التحكيم الشخصي و الموضوعي، وهو الفلك الذي يدور معه نظام التحكيم وجوداً وعدماً وهو أساس وسند الأطراف في التجائهم إلى التحكيم [٢]، و

---

(١) د. ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية و التجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وتعديلاته ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٦ ، ص ٤٤ .

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة ، قانون التحكيم التجاري الدولي و الداخلي ، دار النهضة العربية ، مصر ، ط ١، ٢٠٠٤ ، ص ٢٣٣ .

سأعرض من خلال هذا المطلب تعريف التحكيم وطبيعته في الفرع الأول، وتعريف اتفاق التحكيم وطبيعته في الفرع الثاني و على النحو الآتي.

الفرع الأول

تعريف التحكيم وطبيعته

أولاً: تعريف التحكيم

أ- التعريف الفقهي للتحكيم

أما في تعريف التحكيم فقهاً تعددت الآراء الفقهية في وضع تعريف التحكيم بحسب الزاوية التي ينظر منها إلى التحكيم، فأتجه بعض الفقه إلى تعريف التحكيم على أنه " اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية في أن يتم الفصل في المنازعة التي ثارت بينهم بالفعل أو التي يحتمل أن تنشأ عن طريق أشخاص يتم اختيارهن كمحكمين " (١).

وعرفه آخر " الحكم في منازعة بواسطة أشخاص يتم اختيارهم كأصل عام بواسطة أشخاص آخرين وذلك بموجب اتفاق " (٢).

وعرفه البعض " سلطة الفصل في النزاع بواسطة محكم أو أكثر يختاره الأطراف ، ينزلون على مايصدر من أحكام ملزمة " (٣).

---

(١) د. محمود مختار احمد البربري ، التحكيم التجاري الدولي ، ط ٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،٢٠٠٧، ص٥.

(2) Motulsky: Ecrits, Etudes et notes sur 'arbitrage Dalloz 1974 –Le jugement d'une contestation par des particuliers choisis, en principe. par d'autres particuliers au moyen d'une convention مشار اليه : د.حفيظة السيد حداد ، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، منشورات الحلبي الحقوقية ،٢٠١٠ ، ص ٤٢ .

(٣) د. خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي ، دار الشروق ، ط ١ ، ٢٠٠٢ ، ص ٨٨ .

الملاحظ على هذا التعاريف السابقة أنه أكد على وظيفة التحكيم في حسم النزاع باعتباره قضاءً خاصاً و أن الأصل هو المحكمة، و القرار يكون ملزماً لأطراف الاتفاق.

و في تعريف آخر للتحكيم أنه " مجمل العمليات التي تستهدف الفصل في نزاع معين من نزاعات القانون الخاص بمقتضى اتفاق بين المعنين به عن طريق قضاة خاصين مختارين من قبلهم لا معينين من قبل القانون " [١] .

الملاحظ على هذا التعريف عرف التحكيم على أنه عمليات، أي إلى عمل التحكيم وليس على أنه اتفاق، وحصر هذا التعريف النزاعات لتشمل فقط النازعات في حدود نزاعات القانون الخاص، و أشار إلى المحكمين الذين يتم اختيارهم عن طريق اتفاق الاطراف .

وعرفه البعض بأنه "عملية الفصل في المنازعات بين الخصوم على يد من يختارهم من الاشخاص الذين يطمئن الخصوم إلى ذمتهم وإلى خبراتهم و إلى حيادهم و إلى حكمتهم ويرتضون الحكم الذي يصدرونه لحل النزاع القائم بينهم و بالتالي فأن التحكيم عقد رضائي يتم بالإيجاب والقبول بين الخصوم"[٢] .

أن التعريفات السابقة إما ترتكز عند تعريفها للتحكيم إلى الأساس الذي ينشأه الأفراد وهو الاتفاق أو النظر إلى من يقوم به وهو المحكم.

---

(١) د.مصطفى محمد الجمال و د. عكاشة عبد العال ، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية ، الجزء ١، ط١ ، ١٩٩٨ ، ص ٢٣ .

(٢) القاضي مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية العراقي رقن ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية ، ط١، ٢٠٠٥، ص ٣٦ .

ومما اوردناه نلاحظ أن التحكيم هو عملية تخول المحكم سلطة الفصل في النزاع لإصدار حكم بصدد النزاع المعروض أمامه، ويمكن أن يتم التحكيم بوجود أكثر من محكم، و يجب أن يتفق الطرفان على من يكون المحكم و بالضرورة أن يلتزمون بما يصدر منه من قرارات.

وعليه يمكن تعريف التحكيم بأنه "عملية الفصل في نزاع عقدي أو غير عقدي بموجب اتفاق سابق أو لاحق على نشوء الخصومة و يتم التحكيم من خلال محكم أو اكثر يتم اختيارهم من قبل الخصوم و يلزم الخصوم بقرار التحكيم.

ب- التعريف التشريعي للتحكيم

المشرع العراقي لم ينص على تعريف للتحكيم في قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ بالرغم من تناول احكامه في المواد (٢٥١-٢٧٦) و فيه إجاز الاتفاق على التحكيم و عناصر التحكيم، إلا أنه عرف التحكيم في مشروع قانون التحكيم العراقي لسنة ٢٠١١ في المادة (١/١) والتي نصت "اتفاق طرفا النزاع بإرادتهما الحرة على اللجوء إلى هيئة تحكيم للفصل فيه سواء كانت الجهة التي تتولى هذه الإجراءات منظمة أم مركز دائم للتحكيم أو لم تكن كذلك" ، و الملاحظ أن مشروع قانون التحكيم العراقي عرف التحكيم بأنه اتفاق و هذا غير صحيح؛ لأن الاتفاق يؤدي أعطاء سلطة للمحكم للقيام بعملية التحكيم و إصدار حكم بصدد النزاع ، فكان الأفضل لو عرفه بأنه (عملية) لا أتفاق أو سلطة أو حكم.

كما اشار القانون المصري على التحكيم ولم يعرفه بصورة مباشرة إذ نصت المادة (٤) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ " ينصرف لفظ (التحكيم) في حكم هذا القانون إلى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى إجراءات التحكيم بمقتضى أتفاق الطرفين، منظمة أم مركز دائم للتحكيم أم لم يكن كذلك".

أما المشرع الفرنسي فلم ينص على تعريف التحكيم في القانون المرافعات على الرغم من اهمية التحكيم في فرنسا اذ كانت من أوائل الدول التي لديها قانون تحكيم حديث، إذ صدر أول تشريع للتحكيم في ٣١ ديسمبر عام ١٩٢٥ و تم اجراء بعده العديد من التعديلات وصولاً إلى تعديل الصادر بالمرسوم في ١٨ مايو ١٩٨٠ و المرسوم ١٢ مايو ١٩٨١ تضمن تعديل شامل لنصوص قانون المرافعات و الخاصة بنظام التحكيم، و بعدها تم ادراجه في قانون المرافعات التي نظمته المواد ١٤٤٢ إلى ١٥٠٧ و بقت سارية إلى التعديل الصادر بالمرسوم رقم (٤٨) لسنة ٢٠١١[١].

ثانيا: طبيعة التحكيم

اختلفت النظريات حول طبيعة التحكيم وهذا الاختلاف يرجع على الأساس الاتفاقي الذي يقوم عليه التحكيم من جهة و النتيجة ذات الصفة القضائية (الحكم التحكيمي) من الجهة الأخرى ، وذلك أن التحكيم يتكون من عمليتين، الأولى الاتفاق الذي يبرمه أطراف النزاع و الثاني هو الحكم الصادر من هيئة التحكيم [٢]، فذهب منهم أنه ذو طبيعة عقدية مستندين على آراء وذهب البعض الآخر أن التحكيم طبيعته قضائية و منهم من رأى أنه ذو طبيعة مختلطة وسوف نسلط الضوء على طبيعة التحكيم و كالآتي.

---

(١) د. علي عبد الحميد تركي، التطورات الجديدة لنظام التحكيم في القانون الفرنسي ، مجلة القانون و الاقتصاد، المجلد ٩٠، العدد ٩٠ ،٢٠١٧ ، ص ٤٣٢ .

(٢) شريف الطباخ ، التحكيم الاختياري و الاجباري في ضوء القضاء والفقه ، دار الفكر والقانون ، مصر ، ٢٠١٠ ، ص ٣٦ .

أ- النظرية العقدية

تنطوي وجهة النظر هذه في التكييف القانوني للتحكيم أنه يستمد وجوده من لجوء أطراف النزاع بإرادتهم للتحكيم واتفاقهم عليه كوسيلة لحل النزاعات، واستبعدو كل من شأنه أضعاف دور إرادتهم ، ولايجوز النظر على القرار الصادر من التحكيم المنهي للخصومة بحكم بأنه عمل قضائي؛ وذلك لان محكمة التحكيم و كل تكويناتها ومهامها جوهره الأسلوب التعاقدي [١].

و استند أصحاب النظرية العقدية ، بأن التحكيم يتسم بالطبيعة العقدية و لايمكن القول بأنه ذو طبيعة قضائية و غيرها حتى و أن تم تعيين المحكم من قبل السلطة القضائية مادام كان دور السلطة لم تزد عن استعمال حق الافراد في اختيار محكمين [٢] .

و في مقابل ذلك أن الاطراف بأتفاقهم على التحكيم يتنازلون عن بعض الضمانات القانونية و الاجرائية التي يحققها النظام القضائي بهدف تحقيق مبادئ العدالة و اتباع إجراءات سريعة و أقل رسمية مما هي في القضاء[٣] ، و رغبة أطراف النزاع في حل النزاعات القائمة بينهم ودياً عن طريق اللجوء إلى التحكيم و اختيارهم لهيئة تحكيم تتولى انهاء النزاع بأصدار حكم يكون محلاً لقبولهم [٤] .

ورداً على وصف التحكيم بالطبيعة التعاقدية له ، إذ يجادلون حول الطبيعة النهائية التي أضافها القضاء لجعل قرار التحكيم قابلاً للإنفاذ من قبل السلطات العامة و بالتالي أنه ليس بطبيعة عقدية، حيث أنه يجب أن يمر عبر القضاء ليتم إنفاذه ، و لكن هذا الإجراء الأخير ماهو إلا تنفيذ لأتفاق

---

(١) د. احمد بركات مصطفى، حق الالتجاء للتحكيم بين القواعد الدستورية والمفاهيم الاتفاقية، بدون دار نشر، ٢٠٠٨، ص ١٩.

(٢) ابراهيم حرب محيسن، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، ط ١ ، عمان ، ١٩٩٩ ، ص ٢٢.

(٣) د.جمال ابو الفتوح محمد ابو الخير ، النظام القانوني لاتفاق التحكيم في منازعات العمل ،المكتب العربي للمعارف، ط ١ ، ٢٠٢٠، ص ٢٠ .

(٤) د. محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم، المرجع السابق ، ص ٢٧٣ .

الاطراف يعني أن اتفاق التحكيم يستغرق عملية التحكيم بأكملها بما فيها تنفيذ حكم المحكم[١] ، و أن الذي ينفذ هو حكم المحكمة بقرار القاضي على تصديق قرار التحكيم وليس قرار التحكيم نفسه، و اشارت المادة (٢٧٢) من قانون المرافعات العراقي على " لا ينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ سواء كان تعيينهم قضاءً أو اتفاقاً مالم تصادق عليه المحكمة المختصة .." .

و أن تمتع حكم التحكيم بحجية الشيء المقضى به و هي الحجية التي لا تكون إلا للأعمال القضائية[٢] يرجع إلى وجود اتفاق ضمني بين أطراف اتفاق التحكيم على الالتزام بالحكم الصادر من المحكم و الالتزام بعدم إعادة عرض النزاع على القضاء [٣]، و لأطراف النزاع الاتفاق على اعلاء فاعلية الحكم الصادر؛ وذلك بأتفاقهم على أن يكون الحكم النهائي أن لايجوز الطعن به بأي طريق من طرق الطعن ، وذلك لان الحكم قد ارتضاه الاطراف و وثقوا بعدالته مسبقاً بأتفاقهم على اللجوء إلى التحكيم[٤].

---

(١) د.مصطفى محمد الجمال و د.عكاشة عبدالعال ، مصدر ساق ، ص ٣٨ .

(٢) حجية الشئ المقضى به تعني أن الحكم الصادر في دعوى ما ، يعتبر بمجرد صدوره حجة فيما بين خصومه تمنع من اعادة عرض النزاع الذي فصل فيه امام القضاء إلا بطرق الطعن التي حددها القانون ، و أن الحجية لاتثبت لما يعد حكماً فاصلاً ولو كان صادراً عن القضاء نفسه ،أي هي قرينة لا تقبل العكس و أن الحكم صدر صحيحاً من ناحية الشكل و على حق من ناحية الموضوع فهو اذن حجة على ما قضى به ، و لابد من الاشارة أن هناك الكثير من الالتباس بين حجية الشئ المقضى به ولقوة الامر المقضى به ، اذ أن الاخيرة لاتثبت إلا للحكم الذي لايقبل الطعن عليه بطرق الطعن المحددة قانوناً، و أن كل منهما فكرتين مختلفتين فالحجية تنصرف إلى المستقبل و خارج الخصومة التي صدر فيها الحكم أما القوة فتكون داخل الخصومة للدلالة على مايتمتع به القرار من قابلية أو عدم قابلية الطعن بطريق معين . د. محمود السيد عمر التحيوي ، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ، المرجع السابق ، ص٤٢٩-٤٣٠ . د.محمود مختار احمد بربري ، المرجع السابق، ص ٢٥٥ .

(٣) د. نبيل اسماعيل عمر ، التحكيم في المواد المدنية و التجارية الوطنية و الدولية ، دار الجامعة الجديد ، ط ١ ، مصر ، ٢٠٠٤ ، ص ٣٢ .

(٤) د. احمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق، ص ٤٢ .

بعد الاسانيد التي ساقها اصحاب هذا الاتجاه و اعتناقهم لفكرة الطبيعة العقدية للتحكيم إلا أنها تعرضت لأنتقادات، منها انها تبالغ في تعظيم الدور الأساسي لإرادة الافراد على طبيعة قرار الذي قضى به المحكم ؛ وذلك لأن المحكم عندما يفصل في النزاع فأنه يطبق القانون الواجب التطبيق عليه وليس إرادة الاطراف الذي اتجهت اليه [١] .

و إن المعيار الذي استند إليه أصحاب هذه النظرية في تحديد الطبيعة القانونية لحكم التحكيم يتجاهل طبيعة العمل الذي يقوم به المحكم و دوره في حماية الحقوق و المراكز القانونية، إذ هناك أعمالاً تعد قضائية من دون أن تكون مرتبطة بخصومة قضائية، و فضلاً عن ذلك فإذا كان اتفاق التحكيم هو عقد إلا أنه من طبيعة خاصة [٢].

و عدم تنفيذ حكم المحكمين جبراً إلا بعد صدور أمر من المحكمة لا يكفي لتكيف التحكيم بالطبيعة العقدية و ابعاد الطبيعة القضائية، مثال ذلك أحكام القضاء الأجنبي و التي تظل أحكاماً قضائية رغم أنه من غير الممكن تنفيذها إلا بعد صدور أمر من الجهة القضائية للدولة المراد التنفيذ بها [٣] .

ب- النظرية القضائية

على عكس النظرية التعاقدية، يرى انصار النظرية القضائية بأن التحكيم هوالانبثاق لأقامه العدل و التي تستمد مصدرها على وجه الخصوص من اختصاص الدولة و يخضع التحكيم للمبادئ المنطبقة على هيكل التنظيم القضائي مما يضمن الهوية القضائية لقرار التحكيم و الذي له قيمة

---

(١) د. فتحي اسماعيل والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، ط١، منشاة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧، المرجع السابق ٥١ .

(٢) د.محمود السيد عمر التحيوي ،الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم، المرجع السابق ، ص ٣٠٧ .

(٣) د. فتحي اسماعيل والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠١٤، ص٤٦.

الفعل القانوني و قرار التحكيم القضائي و ينظر إلى محاكم التحكيم على أنها عنصر مكمل لسلطة الدولة و تكمل التنظيم القضائي للدولة [١] .

و ترتبط هذه النظرية كذلك بطبيعة العمل الذي يقوم به الشخص المكلف الفصل في النزاع وهو المحكم، و أن المحكم لا يستمد سلطته من اتفاق التحكيم و أنما من أرادة المشرع التي تعترف لها به؛ وذلك لأن وظيفة المحكم هي الفصل في النزاع و هي مهمة قضائية حتى و إن كان اتفاق التحكيم و عقد التحكيم بين الأطراف والمحكم ذو طبيعة عقدية وذلك بالنظر إلى طبيعة الوظيفة المسندة إلى المحكم وهي حسم النزاع وتحقيق العدالة بين المتخاصمين[٢] .

و إن كان التحكيم يبدأ بعقد فهو ينتهي بحكم [٣]، وهذا العقد لا يعدو كونه الخطوة الأولى لوضع نظام التحكيم موضع حركة وتهيمن عليه الصفة القضائية ويشتبه هذا مع عمل الأفراد الإرادي في اللجوء إلى قضاء الدولة، إذ العنصر الجوهري بينهم هو فض النزاعات [٤].

و بما أن التحكيم بوصفه طريقاً استثنائياً للأفراد لحل نزاعاتهم وهو طريق اختياري يقوم على ارادة الافراد، فأصحاب هذه النظرية يرون التحكيم قضاء بتفويض من المشرع إلى جانب قضاء الدولة ، والحكم الصادر في التحكيم له حجية الأمر المقضى به كالحكم القضائي [٥] ، إذ وصف التحكيم بأنه جزء من النظام القضائي الكلي و أن كانت للدولة وحدها إقامة العدل بين الناس، لكن في الوقت ذاته إجازت الدولة بتفويض المحكم هذه السلطة للفصل في النزاع، فيعد هذا التفويض هو السبب

([1]) Lidia sokotowska , L'arbitrabilité des litiges de droit privé– perspective comparatiste , Biblioteka Jagiellonska , Krakowie,2020 , p46 .

([٢]) د. خيري عبد الفتاح السيد البتاتوني ، مفهوم المحكم في التحكيم التجاري الدولي ، القاهرة ، ٢٠١٣ ، ص ٨٠.

([٣]) د. احمد ابو الوفا ، أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، منشأة المعارف، ط٤، ١٩٨٣، ص ١٥ .

([٤]) د. جعفر مشيمش ، المرجع السابق ، ص ٧٠ .

([٥]) د. خيري عبد الفتاح السيد البتاتوني ، المرجع السابق ، ص ٧٩ .

المنشئ لسلطة المحكم و اتفاق الاطراف بمثابة شرط لقيام التفويض[١] ، يعني أن التحكيم أساسه إقامة العدل بموجب موافقة الدولة و ممثلها القضاء و إنّ كان مصدره اتفاق الاشخاص .

فالتشابه بين حكم التحكيم و الحكم القضائي يخضعان للقواعد القانونية ذاتها و التي تتضمن شروطاً شكلية يجب مراعاتها عند صدور الحكم من المحكم أو القاضي مثل الكتابة و التي تتضمن بيانات شخصية للخصوم و التوقيع وتسبيب الأحكام و غيرها من البيانات [٢] .

وإن لأزدياد اللجوء إلى التحكيم للفصل في النزاعات الخاصة بالتجارة الدولية و نظيراً لازدياد مراكز وهيئات التحكيم، أدى إلى اعتبار نظام التحكيم قضاء للمنازعات الدولية ، و عدم وجود قضاء دولي للفصل في هذه النزاعات فتولت هيئات التحكيم بدور القضاء الدولي لحلها [٣] ، أما فيما يتعلق في النزاعات الداخلية إذ فسر جانب من الفقه طبيعة كل من التحكيم و القضاء بأنهم نظامين قضائيين متوازيين داخل الدولة و ذلك انطلاقاً من تطور نظام التحكيم و انتشاراً لمراكزه وشيوعه و إن كان قضاءً خاص إلا أنه يتمتع باستقلال [٤] .

و بناءً على هذا التحكيم له طبيعة قضائية و من ثم فأن أحكامه تعد أحكاماً قضائيةً تحوز حجية الشيء المقضي به[٥]، فالتحكيم هو قضاء و لكنه قضاء اتفاقي فاختيار الاطراف للمحكم واعطائه

---

(١) د. مصطفى محمد الجمال و د.عكاشة عبدالعال ، المرجع السابق ، ص ٤٢.

(٢) د. احمد ابو الوفا، المرجع السابق ،ص ٢٠٤ .

(٣) د. محمود السيد عمر التحيوي ، المرجع السابق ، ص ٥٥٠-٥٥٣ .

(٤) د. محمود السيد عمر التحيوي ، الطبيعة القانونية لأتفاق التحكيم ،المرجع السابق ، ص ٣٤٢ .

(٥) نصت المادة (٥٥) من قانون التحكيم المصري على " تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقا لهذا القانون حجية الأمر المقضي وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون " و نصت المادة (١٤٨٤) من قانون المرافعات الفرنسي على " حكم التحكيم يحوز بمجرد صدوره حجية الامر المقضي به بالنسبة للمنازعة التي فصل فيها " ، بالنسبة للقانون العراقي فلم يرد أحكام تنص صراحة على حجية الامر المقضي به لقرار التحكيم ، إلا أن قرار التحكيم بعد استيفاء شروطه التي نص عليها في المادة (٢٧٠) من قانون المرافعات العراقي و التي نصت " ١-يصدر المحكمون قرارهم بالاتفاق أو بأكثرية الآراء بعد المداولة فيما بينهم مجتمعين وطبقا لما هو مبين في هذا

وحده سلطة الفصل، و أن المحكم كالقاضي وليس وكيل فيما يحكم فيه من خصومة وبناءً على إرادته المستقلة في النزاع فيكون القرار الصادر منه لا يقبل الطعن طالما التزم في بنود عقد التحكيم و القواعد التي تفرضها النظم القانونية و أن لا يتعارض مع فكرة النظام العام و الآداب العامة فيحوز حجية الشيء المقضي به بين الخصوم [١] .

و الملاحظ أن قانون المرافعات المدنية العراقي اخضع التحكيم لإجراءات التقاضي الواردة في هذا القانون مما يدل على اسباغ الصفة القضائية على التحكيم مع مراعاة أن أساسه اتفاق الاشخاص بدلالة المواد (٢٦١) والمادة (٢٦٦) والمادة (٢٧٠)[٢]، و تمت الإشارة إلى الطبيعة القضائية للتحكيم

القانون ويجب كتابته بالطريقة التي يكتب بها الحكم الذي يصدر من المحكمة. ٢- يجب أن يشتمل القرار بوجه خاص على ملخص اتفاق التحكيم وأقوال الخصوم ومستنداتهم وأسباب القرار ومنطوقه والمكان الذي صدر فيه وتاريخ صدوره وتواقيع المحكمين" فيكون قابل للتنفيذ و يحوز حجية الامر المقضي به ، إلا أن قد يشوبه بعض الحالات التي تستوجب بطلانه ، فتضمنت المادة (٢٧٣) من نفس القانون على ابطال للدعوى التحكيمية من قبل اطراف الدعوى ذاتهم فنصت " يجوز للخصوم عندما يطرح قرار المحكمين على المحكمة المختصة أن يتمسكوا ببطلانه و للمحكمة من تلقاء نفسها أن تبطله في الاحوال التالية ١- إذا كان قد صدر بغير بينة تحريرية أو بناء على اتفاق باطل أو إذا كان القرار قد خرج عن حدود الاتفاق ٢- إذا خالف القرار قاعدة من قواعد النظام العام أو الآداب أو قاعدة من قواعد التحكيم المبينة في هذا القانون ٣- إذا تحقق سبب من الاسباب التي يجوز من أجلها اعادة المحاكمة ٤- إذا وقع خطأ جوهري في القرار أو في الاجراءات التي تؤثر في صحة القرار" يعني للخصوم مطالبة المحكمة من بأبطال قرار التحكيم عند توافر أي من الحالات السابقة لبطلانها و كذلك للمحكمة أن تبطله . د.حسن مكي مشيري ، اثار عقد التحكيم ، مجلة الحقوق ،العدد٢٣-٢٤ ، ٢٠١٤ ، ص ٢٧١ .

(١) د. احمد عوض هندي ، تنفيذ أحكام المحكمين ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، ٢٠٠١ ، ص ٢٢.

(٢) نصت المادة (٢٦١) على "١- يجوز رد المحكم لنفس الاسباب التي يرد بها القاضي ولا يكون ذلك إلا لأسباب تظهر بعد تعيين المحكم " ونصت المادة (٢٦٦) على " يفصل المحكمون في النزاع على اساس عقد التحكيم أو شرطه والمستندات وما يقدمه الخصوم لهم و على المحكمين أن يحددوا لهم مدة لتقديم لوائحهم ومستنداتهم ويجوز لهم الفصل في النزاع بناء على الطلبات و المستندات المقدمة من جانب واحد اذا تخلف الطرف الاخر عن تقديم ما لديه من اوجه الدفاع في المدة المحددة ".

والمادة (٢٧٠) نصت على " ١- يصدر المحكمون قراراتهم بالاتفاق أو بأكثرية الاراء بعد المداولة فيما بينهم مجتمعين و طبقاً لما هو مبين في هذا القانون و يجب كتابته بالطريقة التي يكتب بها الحكم و يصدر من المحكمة".

كل من قانون التحكيم المصري في المواد (٢٥-٢٩) ، و المواد (١٤٨٤-١٥٠٢) من قانون التحكيم الفرنسي.

وجهت سهام النقد لهذه النظرية من هذه الانتقادات هي وجود فارق جوهري عند تشبيه عمل المحكم كعمل القاضي، فوظيفة القاضي قانونية بحتة بصرف النظر عن وجود نزاع من عدمه، أما وظيفة المحكم فهي وظيفة اجتماعية و اقتصادية تتطلب دائماً و ابداً وجود نزاع بين الاطراف[١] . و أيضاً وظيفة المحكم لاتعد قضائية؛ لأنه لا يمتلك سلطة الأمر التي يمتلكها القاضي و لا يعدّ منكراً للعدالة إذا امتنع عن القيام بمهمته و لا تسأل عنه الحكومة عن عمله لأنها تسأل عن اعمال تابعيها وهو ليس تابع لها[٢].

ج ــ النظرية المختلطة

إلى جوار كل من النظرية العقدية و القضائية لتكييف التحكيم ، ظهرت نظرية ذات اتجاه توفيقي بين النظريتين السابقتين يجمع كل من العقد و القضاء، تضمنت هذه النظرية أن التحكيم ماهو إلا قالباً قانونياُ يحتوي على عمليتين، الفاعل في إحدهما غير الفاعل في الآخر[٣]، و الفاعل الأول يتمثل بأتفاق التحكيم وفيه تظهر الصفة التعاقدية للتحكيم عن طريق اختيار الخصوم لقضاء التحكيم كوسيلة لفض منازعاتهم بديلاً عن قضاء الدولة و اختيارهم للقانون الاجرائي و الموضوعي الواجب التطبيق لفض نزاعاتهم [٤]، و الفاعل الثاني يتمثل في قضاء التحكيم و فيه تظهر الصفة القضائية

---

(١) د. محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص ٣١٩ .

(٢) د.احمد ابو الوفا ، المرجع السابق ، ص ٢٠٧ .

(٣) د. مصطفى محمد الجمال و د.عكاشة عبدالعال ، المرجع السابق ، ص٤٦ .

(٤) القانون الاجرائي تتعلق قواعده ببيان الإجراءات أو الأشكال التي يتعين على الأشخاص اتباعها لحماية ما لها من حقوق، وبعبارة اخرى هي الآلية التي يتم من خلالها إنفاذ الحقوق والواجبات الواردة في القانون الموضوعي، فالقواعد الإجرائية التي يضعها النظام القانوني ليست مقصودة لذاتها، وهي ليست غاية في ذاتها، وإنما هي وسيلة لتحقيق غاية معينة وهي كفالة إظهار كافة جوانب الحقيقة في النزاع المطروح أمام من يتولى الفصل فيه. ولذلك فلا

عن طريق تدخل الاطراف من أجل أضفاء لقرار التحكيم القوة التنفيذية وذلك عن طريق الأمر بتنفيذه والذي به يبدأ تحول قرار التحكيم موضوع النزاع إلى حكم قضائي [١] .

وبتعبير آخر لتكييف العملية التحكيمية و هي عبارة عن بناء قانوني مركب من ثلاث إرادات مركبة و هي إرادة المحتكمون و إرادة المحكمون و إرادة المشرع ، و إرادة الأخير تحتوي على إرادة المحتكمون، و تبقى إرادة المشرع ساكنة إلى أن تحركها إرادة المحتكمون ، ثم إرادة المحكمون التي تعمل في إطار الإرادتين هاتين بقصد حل النزاع[٢].

يعني أن التحكيم في حقيقته ذو طبيعة مركبة بوصفه قضاءً ارادياً يستمد أساسه من اتفاق الاطراف، أي هو من ناحية عمل قضائي إلا أن منشأه تصرف إراديٌ تعاقديٌ [٣] ، إلا أن الفقه اختلف في الاطار الزمني الذي يتحول به التحكيم من الطبيعة العقدية إلى الطبيعة القضائية ، فمنهم من يرى أن الطبيعتين متوفرتين من بداية الاتفاق باللجوء إلى التحكيم و حتى صدور الحكم الفاصل في النزاع [٤] ، و من الفقة من يرى أن بصدور أمر تنفيذ لقرار التحكيم من المحكمة المختصة يتحول التحكيم من طبيعته العقدية إلى القضائية و بذلك يعد الحكم قضائي ، و جانب آخر من الفقه يرى أن حكم التحكيم يتحول من طبيعته العقدية إلى قضائية في الوقت الذي يصدر حكم المحكمين [٥] .

غضاضة في التجاوز عنها أمام المحكم كلما كان هذا التجاوز محققا لغرض أخر جدير بالاعتبار، دون مساس بالغاية التي وضعت من أجلها. أما القواعد الموضوعية فهي ليست مجرد وسيلة وإنما هي غاية في ذاتها، اذ تتجسد فيها ما هو من حق كل من أطراف النزاع وما ليس من حقه ولذلك فلا مناص من التزام من يتولى الفصل في النزاع بها قاضي أو محكم. د. مصطفى محمد الجمال و د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٢٠٩.

(١) د. محمود السيد عمر التحيوي، المرجع السابق ، ص ٣٣٧ .

(٢) د. محمد نور عبدالهادي شحاتة ، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكم نطاقها ومفهومها ، دار النهضة العربية، مصر ، ١٩٩٣ ، ص ١٤.

(٣) د. سامية راشد ، المرجع السابق ، ص ٧٠ .

(٤) د. نبيل اسماعيل عمر ، المرجع السابق ، ص ٣٥ .

(٥) د. مصطفى محمد الجمال و د.عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٤٤.

و كل من النظرية العقدية و النظرية القضائية احرزت بعض من الحقيقة، و أن الأخذ بأحدهما دون الآخر يؤدي إلى صعوبات عديدة ، مما يتطلب اعتبار نظام التحكيم ذو طبيعة مختلطة [١].

تعرضت هذه النظرية لأوجه النقد منها ، لم تضفِ هذه النظرية وصف قانوني موحد للتحكيم وانما فقط الطبيعة المختلطة فهي ليست بطبيعة عقدية محضة و لا بطبيعة قضائية بحتة ، إذ لايجب أن يقف القول عنها بأنها ذات طبيعة مختلطة أو خليط غير متجانس و هذا يدل على العجز عن أعطاء وصف محدد للعملية التحكيمية و اختارت ايسر الحلول عن طريق الجمع بين النظريتين [٢].

الفرع الثاني

تعريف اتـفاق التـحكيم

اتفاق التحكيم أولى مراحل التحكيم و التي تنطلق منها العملية التحكيمية و أن موافقة على التحكيم هو جوهر التحكيم بأكمله، و من الاهمية أن نحدد مفهوم اتفاق التحكيم و طبيعته القانونية.

اولاً: تعريف اتفاق التحكيم

أ- التعريف الفقهي لاتفاق التحكيم

عُرف اتفاق التحكيم بأنه " اتفاق يقرر بموجبه الطرفان خضوع جميع النزاعات أو بعضها والتي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية أو غير تعاقدية إلى هيئة التحكيم [٣] .

و عرفه آخر "عقد خاص يتم بأتفاق الطرفين ويعدُّ مظهراً لسلطان إرادتهم"[٤] .

---

(١) د. محمود السيد عمر التحيوي ، المرجع السابق ، ص ٥٩٨ .

(٢) د. سامية راشد ، المرجع السابق ، ص ٧١ .

(3) ph.fouchard ,E.gaillard , B.Goldman, International Commercial Arbitration، Kluwer Law International, Netherlands.1999,p198.

(٤) د. فتحي اسماعيل والي ، المرجع السابق، ٢٠٠٨ ، ص ٩٤٢ .

و الملاحظ على هذا التعريف أنه يركز على مبدأ سلطان ارادة الطرفين أي أن التحكيم مصدره اتفاق الاطراف، إذن التحكيم نظام يلتجأ إليه الأفراد لفض نزاع قائم بينهم .

و عرفه البعض بأنه " عقد مدني تبدو فيه إرادة الأطراف واضحة و تهدف لحسم النزاع عن طريق التحكيم و عدم طرحة أمام قضاء الدولة"[١] .

عرفه البعض أنه " وعد ملزم بين طرفين أو أكثر في العقد لتسوية المنازعات الحالية و/أو المستقبلية من خلال التحكيم بدلاً من التعامل معها في المحكام الوطنية "[٢] .

و معظم الفقهاء ليس لديهم مفهوم حول اتفاق التحكيم؛ لأنه مستحق القول بأن تعريف اتفاق التحكيم ليس أكثر من تعريف لنظام التحكيم نفسه [٣]

و عرفه آخر " اتفاق بموجبه يلتزم طرفان أو أكثر محددان أو قابلان للتحديد بعرض نزاع أو عدة نزاعات قائمة أو مستقبلية إلى هيئة التحكيم مع استبعاد الاختصاص الأصلي للدولة و المحاكم و تخضع بشكل مباشر أو غير مباشر لنظام قانوني قابل للتحديد " [٤] .

نلاحظ اتفاق التحكيم قد يرد يشمل مفهومين ، فقد يرد اتفاق التحكيم تبعاً لعقد معين يذكر فيه ويسمى (شرط التحكيم) أو اتفاق ابرم بين الأطراف بعد نشوء النزاع فيسمى (مشارطة التحكيم) ، تعكس صياغة اتفاق التحكيم حقيقة قانونية واحدة تتطلب وحدة الظاهرة المعنية وليس مجرد الرغبة

---

(١) د.اسامة شوقي المليجي ، هيئة التحكيم الاختياري ، دار النهضة العربية ، مصر ، ٢٠٠٤ ، ص ١٦ .

(2) Levi Onyeisi Wilson , party autonomy and enforceability of arbitration agreements and awards as the basis of arbitration , Thesis of Philosophy , School of Law , University of Leicester , 2014 , p 48 .

(٣) ابراهيم محمد احمد دريج ، التحكيم الداخلي و الدولي ، بدون دار نشر ، ط ١ ،السودان ، ٢٠٠٠ ، ص ٥٢.

(4) Gray B.Born , International commercial arbitration,Kluwer law international BV, Nertherlands ,third edition , 2021, p 341 .

في أن يتم احتواؤها تحت عنوان واحد [١]، و القول بأتفاق التحكيم في العلاقات القانونية الغير عقدية أم لايمكن تصوره إلا في حالة قيام النزاع وبموجب مشارطة تحكيم[٢]، وفي الواقع ينظم العقد الاساسي الحقوق و الالتزامات الموضوعية للطرفين و في أي صورة كانت شرط أم مشارطة لوثيقة التحكيم و أن اتفاق التحكيم يتجسد في كليهما و هو الذي يلزم الاطراف بهدف البت في نزاعهم .

ب- التعريف التشريعي لاتفاق التحكيم

تشير القوانين و الاتفاقيات الدولية تعريفاً لاتفاق التحكيم و أنها متشابهة في ما يجب توافره فيما يتعلق بعناصر اتفاق التحكيم إلا أنها تتقارب مع تعريف اتفاق التحكيم في اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها في المادة (١/٢) ونصت على أنه " الاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الاطراف بأن يخضعو للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة تجوز تسويتها عن طريق التحكيم".

بالاظافة أن هذه الاتفاقيات و القوانين الدولية و الوطنية [٣] أوردت نصوص واضحة و شاملة عن اتفاق التحكيم دون (التحكيم) كالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عام ١٩٨٥

---

(١) د . سامية رشيد ، المرجع السابق ، ص ٧٥.

(٢) د. ناريمان عبد القادر ، المرجع السابق ، ص ٢٣٧.

(٣) اغلب القوانين والاتفاقيات الدولية تستخدام مصطلح "تجاري" حول النزاعات في كثير من الأحيان إلا انه لعب دورا إيجابيا في عملية التحكيم الدولية و من المقبول على نطاق واسع و بشكل متزايد أن مصطلح "تجاري" يمتد إلى سلسلة كاملة من النزاعات الناشئة عن التجارة الدولية والمالية والاستثمارية والمعاملات الاقتصادية ذات الصلة دون استبعاد مسائل معينة، مثل التكنولوجيا أو الملكية الفكرية أو الموارد الطبيعية أو العمالة أو غيرها من المجالات الخاضعة للتنظيم المكثف، و في هذه الظروف المتطلبات المعاصرة للعلاقة التجارية في الواقع عادة كتأكيد إيجابي على النطاق المسموح به (والواسع) لاتفاقات التحكيم الدولية، بدلا من القيود السلبية ذات المعنى المحدد.
Gray B.Born ,Ibid , p378.

مع التعديلات التي اعتمدت في عام ٢٠٠٦ و يغطي تعرفيها نوعين من اتفاقات التحكيم أحدها يعرض النزاعات القائمة بالفعل على التحكيم و الآخر يغطي النزاعات التي قد تنشأ في المستقبل و يستخدم مصطلح اتفاق التحكيم للأشارة إلى هذين الشكلين و نصت المادة (١/٧) على " اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية أو غير تعاقدية .

و يجوز أن يكون اتفاق التحكيم في شكل بند تحكيم وارد في عقد أو في شكل اتفاق منفصل " [١].

و أشار القانون نفسه لتعاريف و قواعد التفسير و منها (التحكيم) في المادة (٢/أ) و التي نصت " يعني أي تحكيم سواء تولته مؤسسة تحكيم دائمة أم لا " .

و عرفت اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري لسنة ١٩٨٧ فقد نصت في المادة (١/ط) بتعريف اتفاق التحكيم على أنه " هو اتفاق الأطراف كتابة على اللجوء إلى التحكيم سواء قبل نشوء النزاع أو بعده".

---

(١) هناك صيغتان في هذا القانون ، الأولى تنظم اتفاقية التحكيم وشكلها وتتطلب اتفاق التحكيم أن يكون مكتوبًا ، فإذا اتفق الطرفان على اللجوء إلى التحكيم ولكن الاتفاق ليس بطريقة تفي بالمتطلبات الرسمية ، فقد يكون لدى أي من الطرفين أسباب للطعن في اختصاص هيئة التحكيم. اذ إنه في كثير من هذه الحالات يكون من المستحيل أو غير العملي إعداد الأوراق وأنه يجب الطعن في صحة اتفاق التحكيم حيث لا يوجد شك في استعداد الأطراف للجوء إلى التحكيم. وتحقيقا لهذه الغاية ، تم تعديل المادة (٧) في عام ٢٠٠٦ لتكون أكثر انسجاما مع الممارسات التعاقدية الدولية في تعديل المادة(٧)،اعتمدت الهيئة خيارين يعكسان نهجين مختلفين لمسألة تعريف وشكل اتفاق التحكيم. الطريقة الأولى تتبع الهيكل التفصيلي لنص ١٩٨٥ الأصلي. تؤكد هذه الطريقة صحة اتفاق التحكيم، وأداء التزام الأطراف بتقديم أي نزاعات حالية أو مستقبلية إلى التحكيم ، يُعرِّف النهج الثاني اتفاقية التحكيم حيث لا يوجد شرط للشكل ولم تعرب اللجنة عن أي تفضيل للخيارين الأول والثاني ، وكلاهما يعتمد على الاحتياجات الخاصة للدولة المشترعة والقانون الذي يسن خلفية القانون النموذجي ، والغرض من الخيارين كلاهما يحافظ على قابلية إنفاذ اتفاق التحكيم . للأطلاع اكثر للمذكرة الايضاحية في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٨٥ المعدل سنة ٢٠٠٦، منشورات الامم المتحدة، ص ٢٧-٢٨ .

أما التشريعات الوطنية، فالمشرع العراقي لم يورد كذلك تعريفاً لاتفاق التحكيم في قانون المرافعات، إلا أن في مشروع قانون التحكيم عرف اتفاق التحكيم في المادة (١/١٠) التي نصت على "هو اتفاق الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية عقدية كانت أو غير عقدية".

والمشرع المصري عرف اتفاق التحكيم في المادة (١٠) من قانون التحكيم رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ التي نصت " هو اتفاق الطرفين على الألتجاء لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية".

وأورد المشرع الفرنسي في قانون المرافعات الصادر في سنة ١٩٧٥ والمعدل بالمرسوم رقم (٤٨) لسنة ٢٠١١ على شرط و مشارطة التحكيم في التعريف العام لأتفاق التحكيم في المادة (١٤٤٢) ونصت بانه " اتفاق التحكيم يأخذ شكل شرط تحكيم أو مشارطة تحكيم، و شرط التحكيم هو اتفاق بموجبه يلتزم الأطراف في عقد أو أكثر على اخضاع النزاعات الناشئة عن تلك العقود للتحكيم، و مشارطة التحكيم هي اتفاق بموجبه يقوم الأطراف في نزاع قائم بإخضاعه إلى التحكيم".

والملاحظ على هذه التعريفات أنها توفر مبادئ توجيهية فيما يتعلق بعناصر التي تشكل اتفاق التحكيم مثل حالة النزاع القائم أو النزاع المستقبلي و يتخذ شكل شرط تحكيم وارد في العقد أو في عقد منفصل .

ثانياً: طبيعة اتفاق التحكيم

لابد من التفريق بين طبيعة اتفاق التحكيم والطبيعة العامة للتحكيم، فالطبيعة العامة للتحكيم لها ثلاث نظريات وسبق التطرق لها والتي اختلف الفقهاء حولها، أما طبيعة اتفاق التحكيم تم الخلاف حولها وماطرح حولها و بهذا الشأن علينا التوجه و البحث في الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم.

أ- الطبيعة الإجرائية لأتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم ماهو إلا عقد اجرائي له طبيعة إجرائية بسبب تأثيره المباشر على إجراءات التقاضي والخصومة القضائية[١]، فهو يرتب أثران إجرائيان وهما، الأثر الإيجابي و الذي يتمثل بالتزام الأطراف بعرض النزاع على التحكيم و أثر سلبي بالامتناع اطراف اتفاق التحكيم من اللجوء إلى القضاء، بالاضافة العديد من التشريعات تعتبر الدفع بوجود إلاتفاق على التحكيم هو دفع بعدم الاختصاص وهو دفع اجرائي، وسوف نعرض لهذه الآثار عند الحديث عن آثار إتفاق التحكيم .

فأتفاق التحكيم ليس مثل التصرفات القانونية الإرادية التي تركز عادة على الحقوق والوضع القانوني للشخص حيث لا علاقة لها بتلك الحقوق والوضع القانوني إلا بطريقة غير مباشرة ، لأن موضوعها المباشر هو إزالة الاختصاص القضائي للبت في نزاعات قطاع الولاية القضائية الوطنية وتسليمها إلى المحكم وهي مسألة إجرائية [٢] فالمحل في اتفاق التحكيم لايتضمن التصرف في الحقوق الموضوعية انما حمايتها بكفالة حق التقاضي وكيفية ممارسته و تنظيمة[٣] .

ومما يؤخذ على هذا التكييف أن اتفاق التحكيم نظرًا؛ لأنه يتم قبل بدء التقاضي فإنها لا تعد عنصراً من عناصرها ولا مكوناً من مكوناتها ولاتنطبق عليها قواعد البطلان المقررة للإعمال الأجرائية التي يتضمنها قانون المرافعات المدنية و حتى في حالة إذا ورد اتفاق التحكيم في اثناء الخصومة

---

(١) د.محمود السيد عمر التحيوي، الوسيلة الفنية لأعمال الاثر السلبي للأتفاق على التحكيم و نطاقه ، منشأة المعارف، مصر ،٢٠٠٣ ، ص ١٠٠.

(٢) د.محمود عمر محمود ، المرجع السابق ، ص ٦٥ .

(٣) د.مصطفى محمد الجمال و د.عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٣٢٤.

القضائية فهو لا يمكن اعتباره ذا طبيعة إجرائية بل تبقى لأرادة الأطراف الغلبة و يبقى اتفاق التحكيم من طبيعة إرادية خالصة [١]

كما أن الذي يرتب الآثار الإجرائية للتحكيم هو قانون المرافعات وليست إرادة المحتكمين، و أن القواعد الإجرائية لا تنظم حقوقاً والتزامات وإنما ترتب امكانية الخصم بممارستها أو تنازله عنها وترتب واجبات إجرائية يقصد بها ما يفرضه القانون على الخصم من سلوك قد تتوافر له مقومات الالتزام بالمعنى الفني كالالتزام برد المصاريف وغيرها[٢].

ب- الطبيعة المدنية

إتفاق التحكيم هو عقد من عقود القانون الخاص ولآيدخل من ضمن الاعمال الاجرائية إذ إنه يبرم قبل بدأ الخصومة و لايخضع لقواعد البطلان الاجرائية بل تسري عليه قواعد البطلان المقررة في القانون المدني [٣] .

من الفقه القانوني يرى أن اتفاق التحكيم على الرغم من أن محله ينصب في المقام الأول على الإجراء الواجب اتباعه في تنظيم التحكيم فاتفاق التحكيم هو عقد يسبق الاجراءات ولا يشكل إحدى مراحله ، ويجب تكييفه كعقد و مثل أي عقد آخر تنشأ عنه التزاماته [٤] ، و يتبين من إلتعريفات السابقة الفقهية و التشريعية بأنه لا يخرج عن المفهوم العام للعقد و أنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني سواء كان هذا إلاثر بأنشاء أو نقل أو تعديل الالتزام أو أنهاؤه[٥]، و يرى جانب اخر من

---

(١) د.محمود السيد عمر التحيوي، الوسيلة الفنية لأعمال الاثر السلبي للأتفاق على التحكيم و نطاقه ، المرجع السابق، ص ١٠٢ .

(٢) عاطف شهاب ، اتفاق التحكيم التجاري الدولي و الاختصاص التحكيمي ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٤٩ .

(٣) د.فتحي اسماعيل والي ، المرجع السابق ، ص ٨٧ .

(٤) د.حفيظة السيد حداد ، المرجع السابق ، ص ١٦٣ .

(٥) عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص ١٣٨.

الفقه أنه عقد رضائي وملزم لجانبين متمثل بألتزام الطرفين بعدم طرح النزاع محل الاتفاق أمام قضاء الدولة ، و صحة هذا الاتفاق يتطلب توافر الشروط الخاصة بالعقد و هي الرضا والمحل (المحل في التحكيم تدخل ضمن المسائل التي يجوز فيها التحكيم) [١] .

ذهب البعض[٢] في التمييز بين شرط التحكيم ومشارطته وتكييفها مع الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم، فإذا اتخذ اتفاق التحكيم شكل شرط التحكيم ، فإنه يعدُّ عقدًا مستقلاً في إطار العقد الأصلي الذي يحتوي عليه وله شروط وأركان العقد الأصلي الذي تضمنه ، ومع ذلك ، إذا اتخذ اتفاق التحكيم شكل مشارطة تحكيم أي تم إبرامه بعد نشوء النزاع، فيجب اعتبار اتفاق التحكيم في هذا الشكل عقدًا حقيقيًا ومستقلًا بذاته [٣].

إلا أنُ طبيعة اتفاق التحكيم باحتسابه عقداً ملزماً لجانبين يختلف عن طبيعة العقود الملزمة للجانبين المعروفة في القانون المدني كعقد البيع و الايجار حيث إن كل من هذه العقود تفترض تنوعاً في الالتزامات المتقابلة وهو على عكس اتفاق التحكيم الذي يتميز بأحادية الالتزام على طرفيه [٤] .

---

(١) د. احمد بركات مصطفى، المرجع السابق ، ص ٦٦.

(٢) د. احمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق ، ص ٢٤٣ .

(٣) و في هذا السياق لابد من معرفة إلى ما انتهى الفقه، اذ في مجال الالتزامات بشكل عام أن العقد و الاتفاق لها نفس المعنى والمضمون وكلاهما يهدفان لإحداث أثر قانوني محدد سواء كان إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه، الاختلاف بينهم يكون في عقد التحكيم الدولي ، اذ يشير عقد التحكيم هو عمل إجرائي ويبدأ عن حدوث نزاع وتبدأ معه إجراءات التحكيم كتعيين المحكم المسؤول عن الفصل في النزاع والقبول بين الاطراف و المحكم أو المحكمين أي عقد التحكيم يكون بين الاطراف و المحكم أو المحكمين ، على عكس ما هو في اتفاق التحكيم الذي يتم بين اطراف النزاع وحدهم و أتفاق التحكيم هو أساس عملية التحكيم بأكملها، أما عقد التحكيم فهو تابع لاتفاق التحكيم والذي يظهر فقط في مرحلة الإجراءات بقصد تعيين المحكمين وتحديد صلاحياتهم و تنظيم بعض المسائل الإجرائية الأخرى ، فهو عقد غير لازم لان المحكم لا يستند عليه في تسوية النزاع بل في اتفاق التحكيم. د. احمد مخلوف ، المرجع السابق ، ص ٥٤ .

(٤) د.مصطفى محمد الجمال و د.عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، صر٣٢٥ .

و الرأي الذي نرى صحته هو تكييف اتفاق التحكيم على انه اتفاق ذو طبيعة خاصة ؛ وذلك لأن الاتفاقات تنصب على الحقوق و المراكز القانونية للاشخاص ، إلا أن اتفاق التحكيم لايتصل إلا بطريقة غير مباشرة وهي اهمها الالتزام بالامتناع عن الالتجاء للقضاء ويسمى بالأثر السلبي، و في المقابل يوجد التزام بالالتجاء إلى التحكيم في حالة نشوب نزاع مع الالتزام بالحكم الصادر فيه و يسمى بالأثر الإيجابي وتلك مسألة إجرائية بالدرجة الأولى وهي تعمل جنباً إلى جنب مع الطبيعة العقدية لهذا الاتفاق[١].

المطلب الثاني

التحكيم والغير

التحكيم يتمتع بخصائص عن غيره من الاتفاقات وهو نقطة التقاء العقد والإجراء ومصدره التقليدي ينتج عنه آثار وهذا العدل الذي يختاره الأطراف بحرية له تأثير على الغير والذين لم يبرموا اتفاق التحكيم، وسنقدم في هذا المطلب مفهوم الغير وسنطور مفهوم الغير من حيث التحكيم حول ما يحتويه من خصائص والتي تسمح بتطور هذا المفهوم.

نتناول دراسة مفهوم الغير في الفرع الأول، وخصائص التحكيم في الفرع الثاني وكالآتي.

---

(١) د.محمود عمر محمود ، التحكيم علماً و عملاً وفقاً لقوانين التحكيم بدول مجلس التعاون الخليجي، دار القرار، ط١، ٢٠٢٠ ، ص ٦٥ .

الفرع الأول

مفهوم الغير

من القواعد المسلم بها فقهاً وقضاء هو انصراف اثر اتفاق التحكيم للموقعين، و بما أن العقد لا يلزم إلا من ارتضاه و لا يمتد لغيرهم و هذه قاعدة عامة أعمالاً للمادة (١١٩٩) من القانون المدني الفرنسي و المادة (١٤٢) من القانون المدني العراقي و المادة (١٤٥) من القانون المدني المصري و التي سبق و أن تم ذكرها في الفصل الأول.

و اتفاق التحكيم شرطاً اكان أم مشارطةً لا يلزم إلا طرفيه، و بما أن اتفاق التحكيم سبق و أن تمت الإشارة في تكييفه القانوني بأنه عقد من العقود الخاصة، إذن يثار تساؤل حول اذا كان اتفاق التحكيم بما له من خصوصية تميزه عن غيره من العقود يخضع لذات القواعد العامة في شأن تحديد مفهوم الطرف في العقد ام أن تلك الخصوصية تحول من دون اخضاعه لتلك القواعد.

و يعد اتفاق التحكيم ملزماً للاطراف الموقعة عليه و ذلك يمثل الطابع الالزامي لأتفاق التحكيم و أن مسألة تحديد الطرف أو غير الطرف في اتفاق التحكيم أمر يقتضيه مبدأ نسبية أثر العقد ، إذ عرف الطرف في اتفاق التحكيم بأنه كل من إبرم اتفاق التحكيم بنفسه أو عن طريق من يمثله [١] .

لذالك حاول الفقه إلى تعريف الغير؛ لأن الخلاف حول مفهوم الطرف في خصومة التحكيم ليس خلافاً ظاهرياً و فقهياً أنما نتيجة لخطورة تغير مفهوم الطرف في اتفاق التحكيم كتعدي أثر الاتفاق الملزم للأطراف و الاحتجاج به على الغير و أيضاً الاحتجاج بالحكم على الغير[٢] .

---

(١) د. أحمد إبراهيم عبد التواب، المرجع السابق، ص ٢٧١.

(٢) د. هدى محمد مجدي، الاتجاهات الحديثة في ارتباط المنازعات في خصومة التحكيم، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع، ط١، ٢٠١٩، ص ١١ .

و يذهب الفقه الموضوعي أن فكرة أو مفهوم الغير تستعصي على وضع تعريف جامع له بمعنى لا يمكن تحديده بطريق الحصر [١] إذ حدده عن طريق الاستبعاد ، أما الفقه الإجرائي فلم يذهب بعيداً عما ذهب اليه الفقه الموضوعي حيث يرى أن تحديد مفهوم الغير في اتفاق التحكيم يتوقف على تحديد مفهوم الطرف فيه [٢] ، و مما يؤكد وجاهة هذا الاتجاه سواء في الفقه الموضوعي أو في الفقه الإجرائي ، أن لفكرة الغير لها دلالات مختلفة بفروع القانون المختلفة و حتى بالفرع الواحد تختلف دلالته بحسب الموضوع الذي يستخدم فيه[٣] .

ومع صعوبة تحديد مفهوم الغير في اتفاق التحكيم عن طريق الاستبعاد، أي هو من ليس طرفاً في اتفاق التحكيم، في ضوء ما تقدم وضع الفقه معاير لتمييز الغير عن الطرف في اتفاق التحكيم ، بعضها على اعتبارات شكلية و البعض على اعتبارات موضوعية ، و بناء على ماسبق سوف نوضح ذلك من خلال تناول المعيار الشكلي اولا ، والمعيار الموضوعي ثانياً.

اولا: المعيار الشكلي

و فقاً لهذا المعيار يدور تعريف الطرف في اتفاق التحكيم في كل من اتجهت إرادته إلى الالتزام به، شرط أن تكون ارادته مكتوبة ، فالكتابة ركن في اتفاق التحكيم وليس وسيلة لاثباته ، و الكتابة لاتكفي لصحة اتفاق التحكيم ما لم تكن موقعه عليه من أطرافها، أي تكون إرادته في إطار التوقيع المادي على العقد، و عليه يعرف الطرف و فق هذا المعيار بأنه كل من قام بالتوقيع على العقد

---

(١) إلا أن جانب من الفقه عرف الغير في اتفاق التحكيم بأنه: كل شخص ليس طرفاً في الاتفاق ولا خلف عام أو خلف خاص لأحد اطرافه. د.سمحية القليوبي ، اتفاق التحكيم ، ٢٠١٠ ، متاح على الموقع aleyarbitration.blogspot.com .

(٢) د. محمد نور شحاتة، مفهوم الغير في التحكيم، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص ١١٤.

(٣) د. حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص ١٣٥.

بإرادته و التي تلزمه تجاه المتعاقد الآخر و تجاه الغير الذي يمكنه أن يحتج بالعقد أو يحتج به عليه بأحتسابه واقعةً قانونيةً [١] .

و تتجلى نسبية أثر اتفاق التحكيم إذ لا يحتج به و لاينتج آثاره إلا بالنسبة للاشخاص الذي تتجه إرادتهم إليه أو الطرف الذي ارتضاه و قبل خصومته؛ لأن اتفاق التحكيم لا يلزم الغير ما لم يعد طرفاً في الاتفاق و لا يخوله حق شأنه من شأن أي اتفاق .

و الجدير بالاشارة انه يستثنى من قاعدة وجوب كتابة اتفاق التحكيم في حالة اذا اتفق الأطراف على التحكيم أمام المحكمة و تدوين ذلك في محضر الجلسة ، إذ يعدّ صحيحاً و إن لم يوجد توقيع الاطراف، وذلك لجواز الاتفاق على التحكيم أمام المحكمة و أن محضر الجلسة يعد بمثابة وثيقة رسمية تحرر تحت إشراف القاضي على نحو يبعث الثقة و الطمأنينة [٢] .

نصت معظم القوانين و الاتفاقيات على أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً ويمكن التبادل عن طريق البرقيات و الرسائل، منها قانون الاونسترال للتحكيم في المادة(٢/٧) واتفاقية نيويورك للتحكيم في المادة (٢) في تعريفها لاتفاق التحكيم ، ونصت المادة (٢) من اتفاقية عمان العربية للتحكيم على الكتابة[٣]

---

(١) د. محمد طاهر الهلالي محمد احمد ، المرجع السابق ، ص ٢١١ .

(٢) د.مصطفى محمد الجمال و د.عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٣٨١ .

(٣) نصت المادة (٧) قانون الاونسترال للتحكيم على"٢- يتعين أن يكون اتفاق التحكيم مكتوباً ٣- يكون اتفاق التحكيم مكتوباً اذا كان محتواه مدوناً في أي شكل، سواء كان ام لم يكن اتفاق التحكيم أو العقد قد ابرم شفوياً أو بالتصرف أو بوسيلة آخرى". و نصت اتفاقية نيويورك للتحكيم في المادة (٢) في تعريفها لاتفاق التحكيم على " .. اتفاق التحكيم موقع عليه أو ورد في رسائل أو برقيات متبادلة ". ونصت اتفاقية عمان العربية للتحكيم في المادة (٢) على " اتفاق الاطراف كتابة .." .

بالنسبة للقوانين، فقد أشار قانون التحكيم المصري وذلك في المادة (١٢) على " يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلاً، ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة".

أما المشرع الفرنسي فقد فرق بين التحكيم الداخلي و التحكيم الدولي ، فبالنسبة للتحكيم الداخلي فقد نصت المادة (١٤٤٣) من قانون التحكيم الفرنسي على " ... يتم كتابة اتفاق التحكيم ويتم ذلك بعد تبادل الكتابات والوثائق المشار إليها في الاتفاقية الرئيسية"، أما التحكيم الدولي ونظراً لحجم للمعاملات التجارية الدولية والتي تتطلب سرعة فقد نصت المادة (١٥٠٧) على "لا تخضع اتفاقية التحكيم لأي شروط شكلية"، أي يجوز أن ينعقد اتفاق التحكيم شفوياً.

وبما يتعلق بالقانون العراقي اعتبر الكتابة شرطاً للاثبات وليس ركن من اتفاق التحكيم و هذا ما اكدت عليه المادة (٢٥٢) من قانون المرافعات العراقي على " لا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا بالكتابة ..." فإذا تخلف شرط الكتابة ، يوجب البطلان؛ وذلك لأنه من غير الممكن إثبات وجود اتفاق تحكيم بدون الكتابة سبب ذلك؛ الكتابة في إطار القواعد العامة أما أن تكون للانعاقد أو للاثبات.

و على أساس هذا المعيار ، لكل من اتجهت إرادته على نحو مكتوب لابرام اتفاق التحكيم يعد طرفاً فيه، و من لم تثبت ارادته على نحو مكتوب لاتفاق التحكيم يعد من الغير.

على الرغم من وضوح هذا المعيار إلا انه مع ذلك ، حقيقة الشكل في اتفاق التحكيم هو أن يكون مكتوباً، إلا أن الامر لا يعني انه يلزم فقط أولئك الذين وافقوا عليه ووقعوا، فقد يحدث أن يتم توقيع بين طرفين فقط و لكنه يلزم الأطراف الأخرى غير الموقعة كالتي تنتج عن تبادل الرسائل الالكترونية ، و بالتالي لا يلعب التوقيع دوراً حاسماً في تحديد من هم الأطراف الملتزمة بأتفاق التحكيم وذلك لأمرين ، فالأول اعتبار اتفاق التحكيم مكتوباً لا يمكن مقارنته بأتفاق التحكيم الذي

يجب توقيعه[١]، و ثانياً قد يضم اشخاصاً لم يوقعوا عليه أو قد لا ينصرف الاثر إلى أشخاص وقعوا عليه لعدم توافر الرابط الذي يربطهم بهذا الاتفاق كالنيابة فمن يبرم ويوقع الاتفاق نيابة عن غيره فيه، لا يعدّ النائب طرفاً في الاتفاق بالرغم من توقيعه عليه [٢] هذا يبين على مرونة المعيار الشكلي إلا أنه لا يعدّ كافياً لتمييز الطرف من الغير.

ثانياً: المعيار الموضوعي

إذا كان المبدأ هو مبدأ نسبية اثر اتفاق التحكيم أي سريانه فقط على الاشخاص الموقعة عليه من دون غيرهم، إلا أن جانب من الفقه يرى وجوب التحرر ولو بشكل جزئي لتشمل الغير الموقعين على الاتفاق وذلك بالنظر إلى الدور الذي ساهم به الغير في العقد و وجود روابط اقتصادية المرتبطة بالغير ، اذ تمكن الغير من الاحتجاج بأتفاق التحكيم، أو يحتج به أي أصبح هناك مبدأ آخر بجانب مبدأ نسبية أثر العقد وهو مبدأ سريان العقد أو مبدأ نفاذه أو مبدأ الاحتجاج بالعقد ، فأذا كان للعقد حدود نسبية و قاصرة على اطرافه فهناك آثار غير مباشرة للعقد وهي نفاذ العقد في مواجهة الكافة[٣].

و نظراً لعدم دقة المعيار الشكلي لتمييز الطرف و الغير في اتفاق التحكيم ، ذهب بعض من الفقه لوضع معايير لا تستند على الشكلية أنما على أسس موضوعية ، منها معيار الإرادة و معيار أثر الاتفاق و كالآتي :

([1]) cristián conejero roos y rené irra de la cruz , la extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana:algunas lecciones del derecho comparado , lima arbitration n° 5 – 2012/2013 , seminario: litigación en arbitraje internacional programa , facultad de derecho, universidad de chile, p 62 .

([٢]) د.محمد نور شحاتة ، المرجع السابق ، ص ٢٣ .

([٣]) د. فهيمة احمد علي القماري ، اثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير ، بدون دار نشر ، مصر ، ٢٠١٥ ، ص ٢٣٧.

١- معيار الإرادة

يقوم هذا المعيار على أن صفة الطرف المتعاقد تثبت من إرادة المتعاقد ، أي تبنى مبدأ حرية التعاقد الذي هو نتاج مبدأ سلطان الإرادة ، لذا فأن المتعاقدين لا يلتزمون إلا بأرادتهم ، ولا يلتزم أحد بعقد ليس طرف فيه ، و يرى انصار معيار الإرادة انه إلى جانب الاطراف المتعاقدين ، فأن الطرف يأخذ حكمه طائفتان ، الأولى الاشخاص النائبين، و الطائفة الثانية هم الخلف العام ، و ينقسم الغير وفق هذا المعيار إلى طائفتين ، الطائفة الأولى الغير الحقيقي والذي من هم يعتبرون اجانب عن العقد ، و الطائفة الثاني هم الغير غير الحقيقي (الوهمي) وهم أشخاص ليسوا طرفاً في العقد و ليسو من الغير و هم الدائنين العاديون و الخلف الخاص [١] .

انتقد هذا المعيار بأنه لا يصلح للتفرقة بين الطرف و الغير في اتفاق التحكيم و أن وضعت الإرادة هي الاساس، و ذلك لان القانون يقصد بالغير كل من ليسو اطرفاً بانفسهم ، و أن ليس كل من ذكر اسمه في الاتفاق اصبح طرفاً فيه أو أن يتغير الاشخاص الذين سوف ينفذون العقد عن الذين ابرموه[٢]و أن هذا المعيار غير الكافي للتفرقة بين الطرف والغير مثال ذلك حالة النيابة الاتفاقية ، فالنائب يساهم بأرادته في تكوين العقد و مع هذا يتجرد من صفة الطرف؛ لان دوره في ابرام العقد من دون أن تمتد آثاره إليه[٣] اذن ففكرة هذا المعيار تتسم بالغموض و النسبية .

([١]) د.طارق سمير طلبة دويدار ، الابعاد القانونية لامتداد شرط التحكيم مركز الدرسات العربية للنشر و التوزيع ، ط ١ ، مصر ، ٢٠٠٧، ص ١٦٢-١٦٦.

([٢]) د.محمد نور شحاتة ، المرجع السابق ، ص ٢٦.

([٣]) د.هشام المراكشي ، الغير في القانون المغربي ، بدون دار نشر ، ط ١ ، ٢٠١٩ ، ص ٨٥ .

٢- معيار أثر الاتفاق

مع بداية القرن العشرين و نتيجة لتطور الحياة الاقتصادية والسياسية و ازدياد التعاملات الدولة أخذ مبدأ سلطان الإرادة في الانكماش، و ظهور قوى اجتماعية جديدة أدى إلى التحول من النظرية التقليدية التي أساسها الإرادة و نسبية الإثر الملزم للعقد فيلزم اطرافه من دون أن يتعدى الى الغير، إلى النظرية الحديثة التي تراعي مصلحة المجتمع على مصلحة الفرد [١] .

و أخذ الفقه بمعيار أكثر موضوعية اذ يشمل هذا المعيار بأن العقد أو الاتفاق لا يشمل اثره من إبرم العقد فقط أنما يمتد إلى كل من نفذه أو ساهم في تنفيذه، فالطرف هنا لا يكفي أن يرد اسمه في العقد أو يقوم بالتوقيع عليه، أي أنه كل من يصدر عنه التعبير بنية الالتزام بالعقد فيساهم في تكوينه[٢].

أي أن الغير الأجنبي لا يعد اجنبي عن العقد اذا كانت آثار العقد أو الاتفاق تنصرف إليه، و بما أن معيار الإرادة السابق ذكره يشمل اطرافاً من دون أن يساهموا بالعقد، اذ من المنطق أن يمتد اثر العقد إلى الاشخاص المرتبطين به [٣] .

وفق هذا المعيار الطرف كل من له صلة تربطه بهذا العقد أو مصلحة و اياً كانت نوع المصلحة مادية أو أدبية، واذا لم يكن للشخص أي مصلحة تربطه بالعقد فيعد من الغير[٤] .

إن المعيار السالف ذكره على الرغم من كونه يسمح بتسكين طائفة الغير الوهمي أو الاطراف ذوي الشأن في العقد وادخالهم في فئة الأطراف لاتفاق التحكيم، إلا أن هذا المعيار يتجاهل دور

---

(١) د.فهيمة احمد علي القماري ، المرجع السابق ، ص ٧٧ .

(٢) د. الانصاري حسن النيداني ، الاثر النسبي لأتفاق التحكيم ، دار الجامعة الجديد ، مصر ،٢٠٠٩ ، ص ٢٣.

(٣) محمد نور شحاتة ، المرجع السابق ، ص ٢٨.

(٤) د. محمد طاهر الهلالي محمد احمد ، المرجع السابق ، ص ٢١٤ .

الإرادة [١] و أن العلاقة التعاقدية قد تشتمل على اكثر من مصلحتين إذا شملت اكثر من طرفين مما يسبب تعارض وجعل هذا المعيار غير كافي لتصدي جميع المشاكل الناشئة بالتفرقة بين الطرف و الغير [٢] .

والملاحظ حول مفهوم الطرف في اتفاق التحكيم يكون مقصورًا على أولئك الذين أبرموا العقد ، بينما اليوم، في غياب العناصر الشكلية، تفسر القضايا السابقة سلوك الأشخاص والظروف من أجل افتراض الموافقة المزعومة، وحتى إنشاءها من لم يشترك في إبرام عقد اتفاق التحكيم يعتبر هؤلاء الأشخاص في ظل ظروف مختلفة ملزمين بهذا العقد.

الفرع الثاني

خصائص التحكيم

إن اتفاق التحكيم يتسم بخصائص، تميزه عن غيره حيث إنه يتميز باستقلاله عن العقد الاصلي، كما انه يتميز بعدم تعلقه بالنظام العام و أيضاً أنه غير قابل للتجزئة أي (النسبية) وسوف نتعرض لبيان هذه الخصائص كالآتي:

أولاً: استقلال اتفاق التحكيم

يقصد بأستقلال اتفاق التحكيم عدم تعلق شرط التحكيم من حيث وجوده وصحته وبطلانه بموضوع العقد الأصلي، ويبرر هذا الاستقلال أن الاتفاق على التحكيم هو مجرد اتفاق يرد على الاجراءات ولا يهدف إلى تحقيق حقوق و التزامات الاطراف و لكن محله ينصب على الفصل بالنزاعات الناشئة بين الاطراف من ناحية، أما الناحية الاخرى فأن سبب كل من منهما يختلف فالسبب في الاتفاق هو

---

(١) د.محمد نور شحاتة ، المرجع السابق ، ص ٢٧-٢٨ .

(٢) د. هشام المراكشي ، المرجع السابق ، ص ٨٦ .

تعهد كل طرف بعدم اللجوء إلى قضاء الدولة بالنسبة للنزاعات التي تثار بينهم حول عقد معين ، و السبب في العقد الاصلي فهو مختلف تماماً [١]، هذا يعني أن الاتفاق على التحكيم ليس فقط مجرد شرط وارد في العقد الاصلي، بل هو ذو طبيعة مختلفة فهو عقد ثاني و أن كان مندمجاً من الناحية المادية بالعقد الاصلي[٢].

أما القانون العراقي فلم تنص أيا من مواد قانون المرافعات العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل على استقلال التحكيم، إلا أن مشروع قانون التحكيم العراقي لسنة ٢٠١١ قد أشار إلى استقلال التحكيم وذلك في المادة (٢٣) والتي "نصت يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته" [٣] .

كما ذهب جانب من الفقه إلى أن الاستقلال اتفاق التحكيم ليس فقط من العقد الأصلي بل من أي عقد آخر مرتبط بالعقد الأصلي ، و أيضاً يمتد ليشمل استقلال شرط التحكيم عن مشارطة التحكيم، فلا يترتب على صحة أو بطلان شرط التحكيم أن يمتد إلى صحة وبطلان مشارطة التحكيم[٤]، إلا أن هذا لا يمنع من امكانية القول بأن بطلان مشارطة التحكيم قد يترتب عليه بطلان

---

(١) د. فتحي اسماعيل والي، المرجع السابق، ،ص٩٥.

(٢) د.حفيظة السيد حداد ، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ، دار الفكر الجامعي ، مصر، ٢٠٠١،ص٢٠.

(٣) تقابلها المادة (٢٣) من قانون التحكيم المصري والتي نصت على "يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الاخرى، ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو انهائه أي اثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه، اذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته" ونصت المادة (١٤٤٧) من قانون التحكيم الفرنسي على "تستقل اتفاقية التحكيم عن العقود المتعلقة بها. ولا تتأثر بعدم صحة هذا الأخير، يعد شرط التحكيم لاغياً عند بطلان الاتفاق"، كما نصت المادة (١٦) من قواعد الاونسترال للتحكيم على "... ينظر إلى شرط التحكيم الذي يشكل جزءاً من عقد كما لو كان اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الاخرى، أو أي قرار يصدر من هيئة التحكيم ببطلان العقد لا يترتب عليه بحكم القانون بطلان شرط التحكيم"

(٤) د. فتحي اسماعيل والي ، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق ، المرجع السابق ، ص ٩٣ .

لشرط التحكيم وذلك في حالة إذا اتحد سبب البطلان في كل من الشرط و المشارطة ، مثال ذلك عندما يبرم شخص غير أهل للتصرف في حقوقه شرط أو مشارطة أو إبرمها وكيلاً من دون توكيل خاص به وكان كل من الشرط والمشارطة مخالفين من حيث الموضوع للنظام العام[١] .

والنتائج المترتبة على استقلال التحكيم من العقد الأصلي يؤدي بالقول إلى أن من القبول اخضاع العقد الأصلي لنظام قانوني يختلف عن الذي يحكم اتفاق التحكيم، و فيه العقد الأصلي يخضع لقانون القاضي أو القانون الذي تحدده قواعد تنازع القوانين في دولة القاضي أما اتفاق التحكيم فلا يخضع لهذه القوانين إذ يمكن للأطراف أو القاضي اخضاعه لقانون مختلف [٢] و عدم القول بهذا الاستقلال يعني اخضاع كل من العقد الأصلي و اتفاق التحكيم إلى ذات النظام القانوني.

أيضاً يترتب على استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي القول بعدم تأثر العقد الأصلي بأي عيب يلحق اتفاق التحكيم، وأمكانية التمسك بصحة اتفاق التحكيم في حالة الدفع ببطلان العقد الاصلي و العكس كذلك في حالة صحة العقد الاصلي لا يعني بالضرورة صحة اتفاق التحكيم، وعليه فاستقلال اتفاق التحكيم سوف يؤدي إلى امكانية عدم التذرع ببطلان العقد الاصلي مما يؤدي به إلى بطلان اتفاق التحكيم و اللجوء إلى القضاء العادي [٣].

والقانون الواجب التطبيق على العقد الأصلي لا يعني بالضرورة هو القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم سواء كان شرط ام مشارطة، و مع ذلك يمكن القول عند تطبيق قانون معين على العقد يعد قرينة كاشفة لانصراف نية أطراف العقد إلى تطبيق نفس قانون على اتفاق التحكيم طالما أنه لا

---

(١) د.احمد ابراهيم عبد التواب ، اتفاق التحكيم ، دار النهضة العربية ،مصر ، ٢٠١٣ ، ص ١٢٦.

(٢) د.سامية راشد ، المرجع السابق ، ص ٧٨ .

(٣) د.ابراهيم احمد ابراهيم ، التحكيم الدولي الخاص ، دار النهضة العربية ، ط ٢ ، مصر ، ١٩٩٧ ، ص ٩٥.

يوجد ما يخالفه، وذلك اعمالاً للاتجاه الغالب في تنازع القوانين الخاص بوحدة القانون الواجب التطبيق، أي أن الاستقلال لا يحول دون امتداد قانون الواجب التطبيق للعقد على اتفاق التحكيم[١] .

و الجدير بالذكر أن هذا الاستقلال لا يحول من دون انتقال بند التحكيم إلى الخلف تبعاً لانتقال العقد الذي يتضمن هذا البند[٢] .

ثانياً : عدم تعلق اتفاق التحكيم بالنظام العام

إن القصد من تعلق القواعد القانونية بالنظام العام هو مدى ارتباط المصلحة التي تحميها هذه القواعد بالنظام العام، و يقصد بالنظام العام في دولة ما ، مجموعة الاصول والقيم العليا التي تشكل الكيان المعنوي لهذه الدولة، و أن هذه المبادئ تفرض نفسها على أنواع العلاقات القانونية [٣] ، ويرى جانب من الفقه أن فكرة النظام العام تتعلق بكل مايرتبط بالنظام الأعلى للمجتمع و يمس نسيجه الاقتصادي والسياسي ويخل بقيمه الاخلاقية والعقائدية [٤]، و أن وظيفة النظام العام متمثلة ببطلان كل عمل إرادي مخالف لها ، و أن مسائل اتفاق التحكيم بأعتباره عمل ارادي نجد اساسه بأجازة المشرع للافراد بالاتفاق على اللجوء إلى التحكيم و ليس القضاء في حسم نزاعاتهم ، و ذلك في بعض المسائل التي يجوز الصلح فيها و لاتتعارض مع النظام العام ، أي انه يتعلق بالصالح الخاص للافراد وليس بالصالح العام للمجتمع و بذلك فأنه يترتب على مخالفة النظام العام إلى بطلان الاتفاق [٥] .

---

(١) د. منير عبد المجيد ، الاسس العامة للتحكيم الدولي و الداخلي ، منشأة المعارف ، مصر ،٢٠٠٠، ص ١٤٤.
(٢) د. فتحي اسماعيل والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق ، المرجع السابق ، ص ٩٥ .
(٣) د. مصطفى محمد الجمال و د. عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص ١٥٣.
(٤) د. احمد السيد صاوي، المرجع السابق ، ص ٨١ .
(٥) د. احمد ابراهيم عبد التواب، المرجع السابق ، ص ٩٦ .

ومن صور عدم تعلق اتفاق التحكيم بالنظام العام ، يجوز لاطراف اتفاق التحكيم على مخالفة هذا الاخير و النزول عنه صراحةً أو ضمناً ، فالنزول الصريح عندما يبرم اطراف الاتفاق على اتفاق جديد ينص صراحةً على النزول من الاتفاق السابق ، أما بالنسبة للنزول الضمني يترتب عن عدم التمسك بالاتفاق إمام القضاء افتراض بتنازل صاحب الحق بالتمسك به ، أو ابرام الطرفين صلحاً بشأن النزاع محل التحكيم [١] .

وجوهر القصد بعدم تعلق اتفاق التحكيم بالنظام العام ، أن هذا الاتفاق يتعلق من حيث موضوعة بمسائل يجوز فيها الصلح و لا تتعارض مع الأسس التي يقوم عليها المجتمع وهو مانصت عليه المادة (٢٥٤) من قانون المرافعات العراقي على " لايصح التحكيم إلا في المسائل التي يجوز فيها الصلح ..."، و أن الصلح لايجوز في المسائل المتعلقة بالنظام العام وهذا ما اكدته المادة (٢/٧٠٤) من القانون المدني العراقي على " لايجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام و الآداب ..."[٢]، ويقصد أن بمسائل التحكيم التي يجوز الصلح فيها و إلا كان اتفاق التحكيم باطلاً، بعدم تعلق موضوع النزاع بشخص الانسان أو ما يتعلق بالنظام العام [٣] .

وتبرز فكرة النظام العام عندما يحدث اصطدام بين حكم تحكيم مع الأسس التي يقوم عليها كيان المجتمع والتي قد تكون عائقاً يمنع تنفيذ حكم التحكيم كلياً أو جزئياً أو قد يؤدي إلى عرقلة الوصول

---

(١) د.مصطفى محمد الجمال و د.عكاشة عبدالعال ، المرجع السابق ، ص ٥١١ .

(٢) تقابلها المادة (١٣٥) من القانون المدني المصري والتي نصت "اذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الاداب العامة كان العقد باطلاً " و المادة (١١) من قانون التحكيم المصري على " لا يجوز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذى يملك التصرف في حقوقه، ولا يجوز التحكيم فى المسائل التي لا يجوز فيها الصلح"، ونصت المادة (١/٢) من اتفاقية نيويورك على "تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسالة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم"

(٣) د. سميحة القليوبي، الاسس القانونية للتحكيم التجاري ، دار النهضة العربية ، مصر ، ٢٠١٢، ص ٢٥ .

إلى الغاية التي تبتغيها الأطراف في سرعة فصل المنازعات ، فنص المشرع العراقي على خطر التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، فقد نص قانون المرافعات العراقي و ذلك في المادة (٢٧٣ /٢) على أنه " يجوز للخصوم عندما يطرح قرار المحكمين على المحكمة المختصة أن يتمسكوا ببطلانه وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تبطله في الأحوال الآتية :٢ – اذا خالف القرار قاعدة من قواعد النظام العام أو الآداب أو قاعدة من قواعد التحكيم المبينة في هذا القانون "[١] .

ثالثاً: عدم قابلية اتفاق التحكيم للتجزئة

يتميز اتفاق التحكيم من حيث موضوعة و شخصه بأنه اتفاق غير قابل للتجزئة ، فمن الناحية الموضوعية يقصد بها المسائل التي اتفق عليها الأطراف لعرضها أمام هيئة التحكيم و يجب على هذه الهيئة التزام بها و عدم تجاوزها ، اذ لا يجوز التوسع في الاتفاق أو مخالفة ما اتفق عليه الأطراف في شرط التحكيم[٢]، مثال ذلك عندما تقضي المحكمة بتعيين محكمين اقل عدد أو اكثر عدد مما هو متفق عليه في شرط التحكيم فأن ولايتها لا تمتد إلى تعديل ما اتفق عليه الخصوم و بالتالي يجوز الطعن في هذا الحكم ، وهذا الطعن لا يتعلق بالاشخاص المحكمين أنما يتعلق بمسألة موضوعية متمثلة مخالفة شرط التحكيم بأحالة النزاع إلى من لا يحق الفصل له.

---

(١) تقابلها مادة (٢/٥٨) من قانون التحكيم المصري فنصت على "٢– لا يجوز الأمر بتنفيذ حكم التحكيم وفقا لهذا القانون إلا بعد التحقق مما يأتي :–ب– انه لا يتضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية" ، والمادة (١٤٨٨) بالنسبة لقانون المرافعات الفرنسي والتي نصت على " لا يجوز منح الأمر بالتنفيذ إذا كان الحكم يخالف النظام العام. يجب أن يكون الأمر برفض الأمر بالتنفيذ مسبب "، كما نصت اتفاقية نيويورك في المادة (٢/٥) على "٢–يجوز كذلك رفض الاعتراف بقرار التحكيم ورفض تنفيذه إذا تبين للسلطة المختصه في البلد الذي يطلب الاعتراف بالقرار وتنفيذه: ب–أن الاعتراف بالقرار أو تنفيذه يتعارض مع السياسة العامة لذلك البلد"، وكذلك اتفاقية عمان العربية نصت في المادة (٣٥) عليه " تختص المحكمة العليا لدى كل دولة متعاقدة بإضفاء الصبغة التنفيذية على قرارات هيئة التحكيم ولا يجوز رفض الامر بالتنفيذ إلا إذا كان القرار مخالفا للنظام العام"

(٢) د. احمد ابراهيم عبد التواب، المرجع السابق، ص ١٥١.

أما عدم قابلية اتفاق التحكيم للتجزئة من الناحية الشخصية مثال ذلك في حالة الاطراف متعددون و ابرم البعض اتفاق تحكيم من دون البعض الاخر، فالاثر الذي يترتب على من لم يبرم الاتفاق تختلف حسب إذا كان من وقع على اتفاق التحكيم له سلطة التمثيل عن باقي الأطراف أو أنه ليس له هذه السلطة [١]، فأنه في الحالة الأولى يقع على عاتق الجميع التزام باللجوء إلى التحكيم وليس إلى القضاء و على جميع الأطراف و أن لم يوقعوا وذلك لوجود من يمثلهم قانوناً ، أما إذا كان شخص من ابرم الاتفاق لا يمثلهم قانوناً فأذا كان اتفاق التحكيم موضوعه قابل للتجزئة فأن الاتفاق يسري على من وقع ولا يسري على غير من لم يوقع عليه ، أما اذا كان الموضوع غير قابل للتجزئة فلا يجوز اللجوء إلى التحكيم مع التزام الاطراف باللجوء إلى القضاء؛ لأنه الاصل التقاضي و التحكيم هو الاستثناء و لأن من غير المعقول أن ترفع الدعوى من الجميع أمام هيئة التحكيم لأن هناك بعض الأطراف لم يوقعوا على اتفاق التحكيم ولا يجوز امتداد الشرط لغير أطرافه [٢] .

أشار كل من قانون التحكيم المصري وذلك في المادة (١/٥٣/ و) على " لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية :

و _ إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق، ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان إلا على الأجزاء الأخيرة وحدها "، وهذه المادة هي نفس ما نص عليه مشروع قانون التحكيم العراقي في المادة (٥٣ /١) ، أما قانون المرافعات الفرنسي فلم ينص على هذه الحالة .

---

(١) د. فتحي اسماعيل والي ، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق ، المرجع السابق ، ص ١٦٤.

(٢) د. احمد ابراهيم التواب ، المرجع السابق ، ص ١٦٧.

المبحث الثاني

أساس امتداد التحكيم في المجموعة العقدية

الأصل أن اتفاق التحكيم يعد من التصرفات الإرادية، لذا فهو يخضع لمبدأ نسبية أثر التصرفات، يعني أن أرادة الأطراف هي التي توجد التحكيم و تحدد آثاره ونطاق تطبيقه و على هذا الأساس لا يخضع لأتفاق التحكيم إلا من ارتضى به.

إلا أن التوجه القانوني والقضائي والواقع العملي قد اظهر استثناء إذ تنشأ بعض الآثار في مواجهة الغير، ولكن تثار المشكلة في مجال المجموعة العقدية، وذلك لتعدد العقود مما يجعلنا نتساءل ما إذا كان من خارج اطراف العقد و لكنه طرف في عقد آخر من عقود المجموعة العقدية فهل من الممكن أن يلتزم بما ورد في اتفاق التحكيم الذي تضمنه أي بمعنى ما هو اساس امتداد اتفاق التحكيم في المجموعة العقدية وبالتالي التزام ماورد فيه؟

فتعد مسألة امتداد اتفاق التحكيم للغير من المسائل بالغة الدقة والتعقيد في مجال النظرية العامة للعقد بصفة عامة و التحكيم بصفة خاصة، إلا أنه قد يختلط مع هذه المسألة فكرة ثانية وهي انتقال العقد، وبالرغم من أنهما فكرتان مختلفتان سواء من مفهومها أو آثارهما، إلا أن جانب من الفقه يخلط بينهما، و على ما تقدم فأننا نتناول في مفهوم فكرة امتداد العقد و انتقاله و اوجه الشبه و الاختلاف في المطلب الأول، و مبررات امتداد التحكيم في المجموعة العقدية في المطلب الثاني .

المطلب الأول

مفهوم فكرة امتداد اتفاق التحكيم وانتقاله واوجه الشبه والاختلاف بينهما

تختلف فكرة انتقال اتفاق التحكيم عن امتداده، و أن كانت تبدو في الوهلة الأولى انهما مترادفات، ولكن بأمعان النظر في مفهوم كل منهما نجد أنها تختلف اختلافاً جذرياً، فأنتقال العقد هو تغيير أحد اطراف الرابطة القانونية و احلال غيره محلة مع ابقاء ذات الرابطة [١]، أما امتداد اتفاق التحكيم تعني الاحتجاج بأتفاق التحكيم تجاه شخص آخر مع بقاء المتعاقد الأصلي مخاطباً به [٢] ، فكلا الفكرتين متشابهتين في أن كل منهما شخص من الغير ينظم إلى الرابطة القانونية.

و يتشابه امتداد ونقل اتفاق التحكيم من حيث أنهما يدخلان في اختصاص هيئة التحكيم منازعاتها التي انبعثت منها في البداية، وفي بعض الأحيان تُعطى المعاملة نفسها لكل من مسألة نقل اتفاق التحكيم وكذلك لمسألة تمديده، فكلاهما يوسعان من مفهوم الطرف فيدخل الغير في العلاقات التعاقدية والفارق الدقيق بينهما، الامتداد يعني تأثير اتفاق التحكيم يمتد إلى شخص لم يكن طرفاً في العقد مع الاستمرار بألزام الطرفين ، أما الانتقال فيكون اتفاق التحكيم ملزم فقط لهذا الطرف الثالث المعني و استبداله بأحد الاطراف المتعاقدة و التي هو نوع من آلية الاستبدال[٣] ، يعني الفرق يكون بين امتداد اتفاق التحكيم إلى طرف غير موقع و نقل اتفاق التحكيم من قبل طرف موقع إلى طرف ليس كذلك .

---

(١) د. حسن عبد الباسط جميعي، النظرية العامة للالتزام – أحكام الالتزام ، ٢٠٠٦، ص ٢٨١ .

(2) Xiao – YING LI, "La transmission et l'extension de la clause compromissoire dans 'arbitrage international". Thèse Dijon, 1993 .

نقلاً عن د.احمد مخلوف ،المرجع السابق، ص ٢٥٧ .

(3) Serageldin.op.cit.p 7.

ويختلفان فيما بينهم من ناحية الالتزام، أن لانتقال اتفاق التحكيم باعتباره استبدال شخص بمن هو ملتزم بصفة أصلية فيتم النقل بمناسبة عملية نقل الحقوق المتعلقة بالعقد الرئيسي، الانتقال يتمثل في استبدال أجزاء من اتفاق التحكيم، بحيث يتوقف الطرف الموقع الأصلي عن الالتزام بذلك الاتفاق؛ لأنه يحل محله طرف آخر غير موقع [١].

أما امتداد اتفاق التحكيم تعني انضمام شخص إلى من يقع عليه الالتزام أصلاً فيجعل من الممكن امتداد الأثر الملزم لاتفاق التحكيم إلى أطراف ثالثة غير موقعة تتدخل في المعاملة الاقتصادية نفسها أو في مجموعة من العقود المبرمة بين الأطراف نفسهم أو في إطار المعاملة الاقتصادية نفسها [٢].

أما الاختلاف من حيث الأشخاص، فانتقال العقد موجهاً إلى المتعاقدين فالمتعاقدان إذا تعاقدا ينصرف أثر العقد إليهما و انصرف كذلك إلى الخلف العام و الخلف الخاص، وتربطهم بأحد طرفي العقد صلة خلافه أو دائنيه، أما امتداد العقد يكون موجهاً للغير لكن ليس الغير الاجنبي عن العقد كالخلف العام و الخاص انما الغير عن العقد الاصلي و الذي يعد طرفاً في المجموعة العقدية.

لا يعدّ الخلف العام من الغير[٣] فإذا كان السلف طرفاً في اتفاق التحكيم بشأن نزاع معين و متعلق بحقوق من انتقلت إلى خلفه فأن الاتفاق و من بينها اللجوء إلى التحكيم ينتقل إلى خلفه حتى

---

(1)cristián conejero roos y rené irra de la cruz , op.cit.p 65 .

(2) ABDALLAH-MARTIN Nadine, L'extension et la transmission de laclause compromissoire ,vers une lex mediterranea, dans Vers une lex mediterranea del'arbitrage,Pour un cadrecommun de référence, sous la direction de Filali Osman etLotfi Chedly, Bruylant, 2015.

(٣) نصت المادة (١٤٢) من القانون المدني العراقي "١- ينصرف اثر العقد إلى المتعاقدين و الخلف العام دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث مالم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الاثر لا ينصرف إلى الخلف العام " تقابلها المادة (١٤٥) من القانون المدني المصري ، ونصت عليه المادة (١١٠٩) من القانون المدني العراقي " ١- كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض الموت مقصود به التبرع أو المحاباة يعتبر كله أو بقدر ما فيه عن محاباة تصرفاً مضافا إلى ما بعد الموت و تسري عليه أحكام الوصية اياً

و أن اتفق اطراف العقد صراحةً على انقضاء العقد بوفاة أحد طرفيه ، اذ لايؤثر هذا على اتفاق التحكيم الوارد في العقد فيبقى صحيح وأن انقضى العقد استناداً لمبدأ لأستقلال اتفاق التحكيم عن شروط العقد، و بهذا الاتجاه قضت محكمة باريس لسنة ١٩٩٣ " اتفاق التحكيم لا ينصرف أثره إلى المتعاقدين فقط و انما إلى الخلف ايضاً مالم ينص على خلاف ذلك " [١] وينصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص بتوافر شرطين، الأول أن يكون الحق أو الالتزام من مستلزمات الشيء الذي انتقل، و الثاني هو علم الخلف الخاص، فالشرط الأول بتطبيقه على اتفاق التحكيم هو بالضرورة من مستلزمات العقد الاصلي أما الشرط الثاني فلا يثير مشكلة علم الخلف الخاص بأتفاق التحكيم اذا ورد في بنود العقد ، فالمشكلة توجد اذا كان اتفاق التحكيم في صورة مشارطة التحكيم فالمتصور علم الخلف الخاص إلا أن للأخير التمسك بعدم علمه بهذه المشارطة و بعدم انتقال اتفاق التحكيم على الرغم من انتقال العقد الأصلي اليه[٢].

و يرى جانب من الفقه أن امتداد التحكيم في المجموعة العقدية بسبب وجود اتفاق ما يجب تطبيقه بما يتجاوز ما كان يراد في البداية أن يحكمه العقد الذي يحتوي عليه، و بالتالي يتجاوز ما قدمه الطرفان كنطاق تطبيق للعقد و للشروط التي يحتويها [٣]. فيفترض التمديد حسب الاختصاص

كانت التسمية التي تعطى له " تقابلها المادة (٩١٦) من القانون المدني المصري ، فالخلف العام يأخذ حكم الطرف بالنسبة للتصرفات التي ابرمها سلفه فتنتقل جميع الحقوق والالتزامات وهذه الخلافة لا تكون إلا بعد الوفاة عن طريق الميراث أو الوصية ، إلا انه يأخذ حكم الغير في حالة التصرفات التي تصدر من الموروث في مرض الموت و أي تصرف كان بيع هبة و لكن القصد من التصرف أن يكون تبرع . د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق، ص ٥٤٤.

(١) د. بلال عبد المطلب بدوي، اتفاقات التعاون و اثرها على امتداد شرط التحكيم ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية ، العدد ١ ، ٢٠١٤ ، ص ٥٧.

(٢) د.محمود عمر محمود ، اشكاليات امتداد شرط التحكيم بالتطبيق على قضية الاهرامات، static.com/uploads/756335/normal_5d2137ef623e8.pdf.

(3) Serageldin.op.cit.p188.

الشخصي (والذي يتحدد نطاقه بأطرافه الذين تنصرف أليهم آثار العقد ويخضعون لقوته الملزمة) إضافة طرف جديد غير موقع إلى النزاع ويجب ربط غير الموقع بطريقة أو بأخرى بالمعاملة التعاقدية التي تنص على شرط التحكيم هذا يعني أنه سوف يخلق تحكيماً جديداً عن طريق إضافة أطراف أخرى المتمثلة بأطراف المجموعة العقدية عكس ما هو في الانتقال إذ لا يخلق تحكيم جديداً إنما الحق المنقول ينتقل بنفس ما هو شكل الاتفاق الاصلي.

والأساس القانوني لانتقال اتفاق التحكيم في العقد الذي ورد به الاتفاق فينتقل الأخير بانتقال العقد أو بانتقال الالتزام الناشئ من العقد، وهو ما استقر عليه الفقه والقضاء الفرنسي بامتداد اتفاق التحكيم إلى الغير نتيجة للطابع التبعي لاتفاق التحكيم للعقد الذي ورد به ، اذ يعدّ البعض هو من ملحقات أو توابع العقد الأصلي [١]، و إن كانت الطبيعة التبعية لاتفاق التحكيم لا تتعارض مع مبدأ الاستقلالية إلا أنها تسمح لاتفاق التحكيم بعد ذلك بقبول نقله أو تمديده خلال الالتزامات الجوهرية الناتجة عن العقد نفسه.

أما أساس لعملية انتقال اتفاق التحكيم فيتم اسناده إلى الوسائل التقليدية كحوالة الحق[٢]، فذهب الفقه إلى عملية اسناد امتداد اتفاق التحكيم إلى وسائل ذاتها لعملية الانتقال، إلا أن بعض الفقه ذهب لعملية امتداد اتفاق التحكيم يستند لاعتبارات اقتصادية وفي ضوء الإرادة الضمنية [٣].

([1]) Xiao – YING LI, "La transmission et l'extension de la clause compromissoire dans 'arbitrage international, op.cit, p91 .

([٢]) حوالة الحق هي اتفاق أو عقد بين الدائن وشخص أجنبي، عن رابطة الالتزام على أن يحول له الدائن حقه الذي في ذمة المدين فيحل الأجنبي محل الدائن في هذا الحق بجميع مقوماته وخصائصه، فيسمى الدائن محيلاً والدائن الجديد "المحال له" ويطلق على المدين "المحال عليه" د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية الحديثة، أحكام الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٩٥، ص ٢٢٦.

([3]) P. Mayer, La circulation des conventions d'arbitrage, JDI 2005, p. 251.

فالانتقال لاتفاق التحكيم عند احلال شخص آخر محل المحيل فيصبح طرفاً الشخص الذي لم يوقع على العقد، فيتم نقل هذا الاتفاق إليه مع العقد الذي احتواه مثل أي حقوق مرتبطة بالعقد [١]، إلا أنه انتقال اتفاق التحكيم يثير اشكالية في كون الحق الموضوعي يؤدي إلى انشاء إطار تعاقدي جديد وذلك لعدم تطابق نطاق اتفاق التحكيم مع نطاق العقد فالحوالة عندما تجعل من الغير طرفاً في العقد إلا أنه يبقى من الغير بالنسبة لاتفاق التحكيم؛ لأنه لم يوقع عليه أو لم يرتضى به [٢]؛ وذلك لان اتفاق التحكيم هو مجرد اتفاق يرد على الإجراءات وليس على الحقوق والالتزامات الموضوعية للأطراف فهو يقوم بالفصل بالمنازعات الناشئة عن الشروط الموضوعية التي يتضمنها العقد الاصلي [٣].

أما امتداد اتفاق التحكيم يؤسس وفق نظرية قبول السلبي (الموافقة الضمنية) والتي مضمونها إذا كان الطرف الثالث تدخل في التفاوض أو التنفيذ أو انهاء العقد أو كان على علم بوجود اتفاق التحكيم التي يمكن استنتاجها من مشاركة الطرف غير الموقع على العقد و العلاقات المتواترة بين طرفي العقد و الغير يبرر بذلك اطراف العقد اعتقادهم بأن الغير يرغب بالانضمام اليهم[٤] ، وهو على عكس ما يؤسس به انتقال اتفاق التحكيم عن طريق الحوالة على أساس احتساب اتفاق التحكيم من توابع الحق المحال و يتم بصورة تلقائية وذلك لان الاتفاق الاصلي ينقل كل ما ينبثق عنه من حقوق و التزامات من المحيل إلى المحال اليه والذي يصبح طرفاً في العقد الاصلي أي أنها تتناول

---

(1) Burrus. La., "Circulation of the international arbitration clause : French and Swiss cases" in Latin American Journal of International Trade Law, Vol.3, no. 2, 2015 , p 5 .

(٢) د. كريم ابو يوسف ، حوالة و انتقال اتفاق التحكيم، مجلة التحكيم العربي ، العدد ١٠ ، ٢٠٠٧ ، ص ٣٠٣ .

(٣) د.حفيظة السيد حداد ، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ، المرجع السابق ، ص ٢٠ .

(4) Burrus, La, "Circulation of the international arbitration clause : French and Swiss cases" in Latin American Journal of International Trade Law, Vol.3, no. 2, 2015 , p 6 .

العقد بأسره ، و هذا ما اكدته محكمة باريس "حوالة اتفاق التحكيم لا تنفصل عن مضمون العقد الأصلي و أن اتفاق التحكيم ينتقل إلى المحال له سواء في حوالة عقد أو حوالة دين " [١] .

التشريعات و القضاء حاولوا تكريس معيار القبول و لكن يهدفون بالحفاظ على آليات النقل التلقائي لأتفاق التحكيم و التي لا تتطلب امتثال الطرف الذي خلف حقوق و التزامات الطرف الاصلي الذي وافق على اتفاق التحكيم نفسه، اذ في حالة نقل الحقوق لا يطلب من الطرف الجدد القبول للاتفاق [٢]، و في كل الاحوال انتقال العقد أو امتداده يحقق فعالية الاتفاق التحكيمي.

المطلب الثاني

مبررات امتداد التحكيم في المجموعة العقدية

كثير من الشراح غالباً ما يتحدثون عن امتداد اتفاق التحكيم ضمن مجموعة العقود المبرمة بين طرفين بينما هي في عقد واحد فقط ونفس العقد، و أن هذا الالتباس يمكن فهمه ضمن تردد القضايا السابقة والمسؤولية العقدية فيما يتعلق بمعيار الوحدة التعددية والتعاقدي.

وذهب جانب من الفقه والقضاء إلى اقرار امتداد التحكيم في المجموعة العقدية، وفقاً لشروط وضوابط لابد من توافرها، وان لواقع المشروعات والتجارة الدولية يتطلب امتداد التحكيم إلى كل أطراف المجموعة العقدية وذهب اتجاه آخر إلى رفض امتداد التحكيم داخل المجموعة العقدية ولتوضيح آراء كل من الاتجاهين سوف نتناول المبررات والرفض كالآتي:

---

(١) د.فهيمة احمد علي القماري ، المرجع السابق ، ص ١٧٩ .

(2) Magali BOUCARON–NARDETTO , La réforme de l’article 2061 du Code civil français , Arbitraje, vol. X, no 1, 2017, p 117 .

١- الاتجاه المؤيد لامتداد اتفاق التحكيم في المجموعة العقدية

يرى جانب من الفقه في تأييدهم على امتداد اتفاق التحكيم إلى غير الموقعين؛ لأنه يعطي الامان القانوني للعلاقات التجارية الدولية؛ لأنه يحقق للمتعاملين في التجارة الدولية ميزة كبيرة فبمجرد وجود اتفاق تحكيم في عقد من عقود التجارة الدولية فأنه كاف وحده لامتداد اتفاق التحكيم إلى أطراف أخرى ساهمت في تنفيذ العقد ولو لم تكن قد قامت بالتوقيع على اتفاق التحكيم لتخضع جميعها لنظام واحد لتسوية المنازعات[١].

وذهب جانب آخر من الفقه إلى أن أساس امتداد التحكيم يكون عن طريق الانضمام إليه وقبوله ضمناً ودليل ذلك باشتراك من امتد اليه الاتفاق في ابرام العقد الأصلي أو تنفيذه، فالعقود اللاحقة للعقد الاصلي أنما تأتي غالباً نتيجة تنفيذ العقد الاصلي وتلتقي هذه العقود حول مصلحة اقتصادية واحدة وهذا يبرر النظر إليها كوحدة واحدة يجمعها نتيجة واحدة فتؤدي إلى ترتيب نتائج منها الرضا ضمناً بما هو موجود في العقود كما لو كان طرفاً فيها [٢].

والبعض الاخر من الفقه يرى أن العقود كالعقد الرئيسي الذي يهدف إلى تحديد القواعد الرئيسية التي سيتم التعامل معها بسرعة في المستقبل، كعقود التنفيذ اذ منذ إبرام العقد الرئيسي يتعهد الطرفان بتقديم المنازعات الناشئة عن هذه العقود إلى اتفاق التحكيم، لذلك ليس من الضروري أن يكرر طرفا

---

(١) د. احمد مخلوف، المرجع السابق، ص ٢٥٣.

(٢) د. حاتم رضا السيد، اتفاق التحكيم في منازعات الشركات، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٣، ص ١٧٥.

العقد المنفذ أي موافقة على اتفاق التحكيم، والموافقة كافية التي يمنحها الطرفان مرة واحدة وإلى الأبد في العقد الرئيسي[١].

والبعض من الفقه حاول الجمع بين النطاق الشخصي و الموضوعي لاتفاق التحكيم لتبرير امتداده في المجموعة العقدية فالتمديد من حيث الموضوع، مثل التمديد من حيث الاختصاص الشخصي، يتطلب بحثا شاملا عن الإرادة الضمنية للأطراف، ومع ذلك يبدو أقل إشكالية في الممارسة العملية من التمديد من حيث الاختصاص الشخصي، لأنه لا يتعارض مع مبدأ التأثير النسبي، لأنه يتم بين الأطراف نفسها[٢]، والقول بهذا غير صحيح؛ لأن أيضاً يتعارض مع ما اتجهت اليه إرادة الأطراف فهم وحدهم الذين لهم الحق في تحديد المسائل الداخلة في العقد و التي تخضع لاتفاق التحكيم.

بينما جانب من الفقه الفرنسي ذهب لتبرير أثر مبدأ نسبية العقد عن طريق توسيع مفهوم الطرف ليشمل جميع اطراف العلاقة التعاقدية داخل المجموعة العقدية إذ يمكن أن يؤدي تمديد اتفاق التحكيم إلى الغير والذي يتعارض مع مبدأ نسبية أثر العقد إلا أنها تؤدي إلى ضمان كفاءة أكبر إلى هيئة التحكيم و استقرار قانوني أفضل، و بالتالي يمكن اعتبار مبدأ القوة الملزمة للعقد ذات اولوية على مبدأ الاثر النسبي [٣].

([1]) E.Loquin, Différences et Divergences dans le régime de la transmission et de l'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises, Gaz.Pal..2002, Doct.p 7, spécifiquement, p16.

([2]) TRAIN François-Xavier, L'extension de la clause compromissoire — Chronique desannées 2012 - 2017 , p. 390.

([3]) Bessis, l'extension ratione personae des conventions d'arbitrage international vers un retour au droit des obligations ,petites affiches ,n 154, 2 août , 2012 , p6 .

و الجدير بالإشارة لا يوجد ما يلزم إرادة الأطراف إلى اخضاع كافة المنازعات الناشئة عن العقد إلى التحكيم إلا أنه من الأفضل بإخضاع كافة المنازعات عن العقد لتفادي تقسيم النزاع بين القضاء و التحكيم و بالتالي ضياع الوقت و إمكانية اصدار أحكام متناقضة.

وتماشياً مع ما تم ذكره فان البنود التعاقدية كالبند المحدد للمسؤولية أو الذي يلغيها تعطي لأي من اطراف العقد الحق بمصلحة إزاء الطرف الآخر، بمعنى أنها توفر مراكز قانونية متقابلة اتجاه بعضهم، فالبند الذي يعفي أو يحدد المسؤولية هو لمصلحة المدين ضد عاقده الدائن ، و هذه البنود تسري في حالة عدم التنفيذ، و في مقابل ذلك اتفاق التحكيم اجراء هدفه حل المنازعات الناشئة عن العقد الاساسي ذاته هذا يعني أن اتفاق التحكيم هو من مستلزمات العقد و لا يعطي الحق لأحد اطراف العقد كما هو في البنود التعاقدية الأخرى و إن اطراف التحكيم سوف يخضعون له من دون امتياز لأي طرف على الآخر فهم متساوون تجاه بعضهم[١].

وفي ظل القرارات القضائية و اختلافها حول امتداد التحكيم داخل المجموعة العقدية من عدمه، فأن اتفاق التحكيم وحسب طبيعته فهو ليس ضروري لتحقيق التوازن العقدي داخل العقد فقط أي لا يتعلق بالعقد نفسه بقدر ما يتعلق بالنزاعات الناتجة من تنفيذ هذا العقد، و من ناحية أخرى، لا يوجد سبب يجعل تدخل اطراف العلاقة التعاقدية داخل المجموعة يعدل التوقعات الأولية للأطراف ويحرم شرط نفاذه، و من الضروري التمييز بين فيما إذا كان الطرف هو المستفيد من حق أو التزام تعاقدي أو يبقى من الغير الأجنبي الذي يتأثر من هذا العقد ، في الحالة الأولى يلتزم باتفاق التحكيم باعتباره مستفيد من هذا الشرط وهذا ما ذهب إليه القضاء، أما الحالة الثانية ينطبق الشيء نفسه و من باب أولى في حالة نقل حق ناشئ عن العقد أو العقد نفسه يعني الامتداد يعمل بطريقة تلقائية كعملية

---

(١) د.محمد حسين الحاج علي ، المرجع السابق ، ص ٥٣٨.

الانتقال من دون أن يضطر المنقول اليه بالموافقة عليه حتى و أن كان يجهل وجودها فيصبح اتفاق التحكيم ملحقاً باعتباره حق منقول(١).

ويتبادر للذهن استقلال اتفاق التحكيم عن العقد يحول دون انتقاله بالتبعية نتيجة لانتقال العقد الاصلي وبالتالي عدم امتداده للغير، إلا أن هذا غير صحيح فاستقلال التحكيم عن العقد الاصلي لا تعني انفصاله عنه بل هو في خدمة العقد الاصلي تبعاً للالتزامات المترتبة عليه ومصيره (٢).

بينما ذهب اتجاه آخر بتفسير حول هذا الموضوع معتبراً أن اتفاق التحكيم يجب أن يكون قابلاً للتنفيذ ضد جميع الاطراف المشاركة في النزاع المقدم للتحكيم، فالملاحظ أن الاحكام الصادرة عن القضاء تتبع وجود قاعدة موضوعية كالتالي "يكون شرط التحكيم واجب التنفيذ على جميع الأطراف المعنية بالنزاع المعروض على التحكيم حتى لو لم يكن بعضهم من الموقعين رسمياً على اتفاق التحكيم" (٣) .

ومنها التطبيقات القضائية التي تسعى لصالح تقديم ادلة على وجود إرادة اطراف داخل المجموعة العقدية كالحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية –الغرفة المدنية الأولى في سنة ٢٠١١ حول وجود اتفاق تحكيم في العقد الرئيسي من دون أن يتضمن باقي العقود المنفذة له على هذا الشرط و انتهى الحكم الى " أمتداد تأثير اتفاق التحكيم الوارد في العقد الأول إلى المقاول من الباطن الذي علم به عند توقيع عقده والذي يشارك بشكل مباشر في تنفيذ العقد الأول دون الحاجة إلى أن يكون موضوع موافقة خاصة " (٤).

---

(1) philippe malaurie , laurent aynès, pierre-yves gautier, op.cit,p 683 .

(٢) محمد نور شحاتة ، المرجع السابق ، ص ٩٨ .

(3)Ghassan Taouk, L'autonomie de la clause en droit privé , Université Montpellier, 2021, p337 .

(4) Cass. civ. 1re, 26 oct. 2011, no 10-17708, Bull. civ. I, no 175 .

والحكم الصادر من احد هيئات المركز التحكيم الاقليمي التجاري الدولي لسنة ١٩٩٩ " اتفاق التحكيم يشمل جميع المشروعات المؤسسة لمشروع واحد و شرط التحكيم الوارد في احد العقود يمكن أن يمتد لشركات آخرى من اعضاء مجموعة واحدة بالرغم من عدم توقيعها على العقد المتضمن اتفاق التحكيم ما دامت قد شاركت في تكوين العقد و تنفيذه و انهائه " [١] .

وكذلك القضاء يؤيد امتداد اتفاق التحكيم لتصل إلى اختصاص التحكيم إلى النظر في النزاعات المتعلقة بالمسؤولية التعاقدية وان لم يتعرض اتفاق التحكيم إلا للمنازعات العقدية، اذ في قرار صادر لمحكمة الاستئناف الفرنسية الصادر من الغرفة المدنية الأولى لسنة ٢٠٠٥ بشأن الوسائل المتخذة لإبطال الحكم لعدم وجود اتفاق تحكيم فيما يتعلق بالمسؤولية، فيجوز للمحكم سماع دعاوى مسؤولية أيا كانت طبيعتها والمرتبطة بوجود عقد على الرغم أن موضوع اتفاق التحكيم يهدف فقط تنفيذ العقد[٢].

وبالنسبة للقوانين فالقانون الفرنسي اورد في المادة (١٤٤٢) من قانون المرافعات المدنية الفرنسي صراحة على إمكانية ربط أجزاء شرط التحكيم بعدة عقود والتي نصت على" الاتفاق الذي يتعهد بموجبه طرفا عقد واحد أو أكثر بالخضوع لمنازعات التحكيم التي قد تنشأ فيما يتعلق بهذا العقد أو هذه العقود" ، و المادة (١/١٠) من قانون التحكيم المصري "اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على الالتجاء إلى التحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية " ، أما المشرع العراقي فقد نص في المادة (٢٥١) من

---

(١) القضية التحكيمية رقم ١٠٩ لسنة ١٩٩٨ و الصادر في سنة ١٩٩٩ ، مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، مجلة التحكيم العربي ، العدد ٢ ، ص٢٢٤ .

(2) Civ 1re, 18 mai 2005, no 03,12.047 , Rev. arb. 2006. N208 ,p.177.

قانون المرافعات العراقي على " يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين" .

وهذا يبين باعتراف المشرع الفرنسي والمصري والعراقي بتوسيع شرط التحكيم ليشمل عقود داخل المجموعة العقدية، و استناداً إلى ما سبق يتطلب مبدأ امتداد التحكيم في بعض الحالات تجاوز القواعد الرسمية لقانون الالتزامات لامتداد اتفاق التحكيم ليشمل الغير، وان معيار وجود العقد داخل المجموعة هو في الواقع معيار ثانوي لا يبرر بشكل مباشر تمديد اتفاق التحكيم، ولكنه يفترض فقط معرفة الاتفاق من قبل الغير في العقد الأصلي والتزامهم بتطبيقه.

٢- الاتجاه المعارض لامتداد اتفاق التحكيم في المجموعة العقدية

لقد جاء انصار هذا الاتجاه منتقدين الاسس التي جاء به انصار الاتجاه الأول المؤيدين لامتداد التحكيم في المجموعة العقدية ، فذهب جانب من الفقه إلى أن اتفاق التحكيم بوصفه عقد قوامه رضا الاطراف وقبولهم الصريح أو الضمني للخضوع إلى التحكيم أما امتداد اتفاق التحكيم إلى غير اطرافه يقوم على اساس الافتراض الضمني للرضاء بالتحكيم، فلا يجوز الاحتجاج بجواز افتراض التحكيم ،لأن الاخير لا يفترض بل يجب أن يقوم على ارادة صريحة فإرادة الاطراف هي التي توجد التحكيم وتحدد نطاقه وذلك لان التحكيم طريق استثنائي يقوم على رضا الاطراف به كبديل عن قضاء الدولة[١].

وذهب اتجاه آخر من الفقه بإمكانية التسليم بجميع بنود العقد وشروطها في كافة العقود المكونة للمجموعة العقدية باستثناء اتفاق التحكيم و هذا ليس بغريب عن فقه التحكيم الذي فصل اتفاق التحكيم

---

(١) د. فتحي اسماعيل والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، ص ١٦١.

الوارد في العقد عن بقية شروط الاخير وهو ما سبق و أن تم ذكره باستقلال اتفاق التحكيم، و أن عدم استثناء هذا الشرط يرتب آثار خطرة بالنسبة للأطراف عن طريق تخليهم عن القضاء و المثول أمام قضاء التحكيم، و أن كانت الوحدة الاقتصادية أو عدم قابلية المجموعة العقدية للتجزئة؛ فأنها لا تكفي لتفسير امتداد التحكيم ويجب أن لا يؤثر على الجانب القانوني و المتجسد باستقلال كل عقد داخل المجموعة العقدية و عليه وجوب حصر اتفاق التحكيم كعقد مستقل داخل العقد الذي يحتويه[١].

وذهب اتجاه آخر ناضراً للطبيعة الرضائية لاتفاق التحكيم واستقلال كل عقد من عقود المجموعة العقدية فمن غير الممكن تصور امتداد التحكيم من عقد إلى آخر مالم تكن المجموعة العقدية قد تم ابرامها بين الاطراف نفسها وتهدف إلى تحقيق عملية اقتصادية واحدة وفي هذه الحالة يمتد التحكيم إلى الغير [٢].

وفي الصدد نفسه أن القول بامتداد اتفاق التحكيم للغير يجعل من التحكيم نظام اجباري وهذا ما يتعارض مع مبدأ حرية ارادة الاطراف في الالتجاء اليه لأنه سوف يذعن الأطراف إليه من دون رضاهم[٣].

بمعنى أن هذا الاتجاه أخذوا بالتفسير الضيق لاتفاق التحكيم والبحث عن الإرادة الحقيقية لاشتراكهم في اللجوء إلى التحكيم، إذ على الرغم مما تحققه العدالة في حالة تمديد شرط التحكيم على أساس أن العقود غير قابلة للتجزئة إلا أن في الواقع كل عقد داخل المجموعة يترك تنظيمه ونطاقه والذي هو جزء من الكل الغير قابل للتجزئة كما هو، وعلى افتراض عدم قابلية العقود للتجزئة تؤدي بافتراض موافقة إرادة الأطراف على عرض النزاعات الناشئة عن الكل (العقود) الغير قابلة للتجزئة

---

(١) د.عاطف محمد الفقي ، التحكيم التجاري المتعدد الاطراف ،دار النهضة العربية ، مصر ، ٢٠٠٥ ، ص٧٨.

(2) Serageldin.op.cit.p147

(3) Loquin , op ,ct , p 12 .

على التحكيم، إلا أن لاستخدام هذا الافتراض يجب أن تبقى جميع الاطراف قادرة على معرفة وجود اتفاق تحكيم ومحتواه.

وبالنسبة للتشريعات، فقد تضمنت المادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي والمادة (١١٩٩) من القانون المدني الفرنسي والمادة (١٤٧) من القانون المدني المصري على أن العقد لا ينشا التزامات إلا بين طرفيه ولا يجوز للغير طلب تنفيذ العقد أو يجبر عليه باحتساب أن العقد شريعة المتعاقدين فيصبح نافذا بمجرد صدوره من الطرفين ولازما لهم، لذلك لا يمكن فرض التزامات عل الغير ناشئة من اتفاق تحكيم ولم يوافق عليه.

ويرى الفقه أن الأخذ بالصيغ السابقة التي جاء بها مؤيدي امتداد التحكيم في المجموعة العقدية كضمان حماية اتفاق التحكيم ومن ثم فعاليته فأنه يؤدي إلى توسيع آثار شرط التحكيم ليشمل الاشخاص الذين لم يوافقوا حتى ضمنياً بالإضافة أن لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم هو تجنب تمديد الاتفاق [١].

بمعنى وان كانت القضايا السابقة تعطي للتحكيم دوراً في المجموعة العقدية إلا أن هذا الدور يجب أن يكون قاصراً على أطرافه وذلك تطبيقاً لمبدأ استقلال التحكيم وتفسيراً لتمديد اتفاق التحكيم تفسيراً صارماً وبشكل استثنائي.

([1]) Ghassan Taouk, op. cit, p343 .

المبحث الثالث

آليات امتداد التحكيم في المجموعة العقدية

لامتداد التحكيم في إطار المجموعة العقدية من الناحية الموضوعية، حصل جدل فقهي بصدد امتداد اتفاق التحكيم إلى أشخاص المجموعة كما بينا سابقاً، وقد يُثار تساؤل في حالة فيما اذا تضمن أحد هذه العقود اتفاق على التحكيم فهل يمتد هذا الاتفاق إلى المنازعات الناشئة عن العقود الأخرى داخل المجموعة العقدية سواء كانت بين الأطراف ذاتها أو بين أطراف مختلفة؟

ووفقاً لمبدأ استقلال التحكيم [١] فان أثر اتفاق التحكيم يقتصر على النزاعات الناشئة عن العقد الذي خصص له التحكيم، إلا انه وفقاً لفكرة المجموعة العقدية يتعذر العمل بهذا المبدأ؛ لأنها لا تقتصر على عقد واحد أو شخص يمكن أن يلتزم بهذا الاتفاق.

وللإجابة على هذا التساؤل يجب التمييز بين امتداد اتفاق التحكيم في المجموعة العقدية القائمة على هدف واحد في المطلب الأول و امتداد اتفاق التحكيم في المجموعة العقدية القائمة على وحدة المحل في المطلب الثاني.

المطلب الأول

امتداد اتفاق التحكيم في المجموعة العقدية القائمة على هدف واحد

تكلمنا في الفصل الأول عن المجموعة العقدية ويقصد بها ترابط عدة عقود بسبب موضوعها أو بسبب اشخاصها لتحقيق عملية تجارية معينة ، و المجموعة العقدية القائمة على وحدة الهدف تتجسد بصفة خاصة في عقود التجارة الدولية الكبرى و التي يتعذر تنفيذها من خلال عقد واحد لضخامتها،

([١]) نصت عليه المادة (٢٣) من قانون التحكيم المصري، والمادة (١٤٤٧) من قانون المرافعات الفرنسي.

فتتألف عدة عقود مستقلة من الناحية القانونية و لكن ترتبط برابط التبعية الاقتصادية الواحدة، ، مثال ذلك عقود الانشاءات التي يتم إبرام عقد المقاولة الأصلي ثم يتبعه إبرام عدد من عقود المقاولة مع مقاول أو مقاولين من الباطن أو عقد يحدد كيفية الضمانات كالاعتمادات البنكية، فبعد ابرام العقد الذي تحدد بموجبه الحقوق و الالتزامات فيدخل الأفراد في سلسلة من العقود الفرعية لتنفيذ ذلك العقد [١]، فهل يمتد اتفاق التحكيم الوارد في العقد الاساسي إلى بقيت العقود التي برمت انفاذاً له ؟

هنا يجب التفريق بين مجموعة حالات ، الحالة الأولى عند ورود اتفاق التحكيم في العقد الرئيسي من دون أن يرد هذا الاتفاق في العقود اللاحقة المنفذة له ، بالنسبة لهذه الحالة لا تثير أي صعوبة؛ لان امتداد التحكيم يحدث من دون الحاجة إلى وجود النص عليه في العقود اللاحقة ، وذلك على اساس أن هذه العقود انما جاءت لتنفيذ العقد الرئيسي، و أنها تستهدف تنفيذ عملية اقتصادية واحدة، فأتجه بعض من الفقه إلى وجود نوع من التبعية المتبادلة و المنفردة من الناحية الاقتصادية و القانونية في عقود المجموعة الواحدة مما يكون من الصعب الفصل بين وحداته، و هذا يجعل اطراف كل من العقود المكونة للمجموعة أطرافاً في الكل الذي تمثله المجموعة [٢] .

وفي إطار التشريع فقد تضمنت المادة (١/١٤٤٢) من قانون المرافعات الفرنسي، و المادة (١/١٠) من قانون التحكيم المصري و المادة (٢٥١) من قانون المرافعات العراقي، بإخضاع اطراف عقد أو اطراف عدة عقود للتحكيم للمنازعات التي تنشأ عن هذا العقد أو تلك العقود، و بذلك يعترف التشريع العراقي و المقارنه بامتداد التحكيم في المجموعة العقدية .

---

(١) د. عبلة خالد الفقي، المرجع السابق، ص٥٧.

(٢) د. فهيمة احمد علي القماري، المرجع السابق، ص ٢٥٣.

ومن التطبيقات القضائية ما أكده الحكم الصادر من محكمة استئناف باريس لسنة ١٩٩٢ و الذي جاء به " من حيث الثابت أن العقود اللاحقة كانت ابرمت في إطار علاقات تعاقدية بين الاطراف لتنفيذ الاتفاقيتين الأساسيتين؛ فأن نتيجة لذلك تكون العقود اللاحقة خاضعة للقواعد الواردة في الاتفاقيات الاساسية و بالتالي إلى اتفاق التحكيم الوارد فيها" [١]، و ذهب جانب من الفقه إلى تأييد هذا الاتجاه و القول بامتداد التحكيم إلى العقود اللاحقة طالما أن المعاملات السابقة كانت من الاهمية [٢] .

الحالة الثانية وذلك عند ورود اتفاق التحكيم في أحد العقود المنفذة للعقد الاصلي من دون أن يتضمنه هذا الاخير، مثال هذه الحالة عند ورود اتفاق تحكيم في عقد مقاولة من الباطن دون عقد المقاولة الأصلي، ومع ذلك يستطيع رب العمل أن يختصم المقاول الأصلي أمام قضاء التحكيم أو يختصم المقاول من الباطن ايضاً على الرغم أنه ليس طرفا في هذا الاتفاق، مستندين بذلك أن كافة العقود تدور في عملية تجارية دولية واحدة [٣].

في دعوى شركة (samin) و الذي تضمنت، تعاقدت احدى الشركات الفرنسية (sofremines) مع الشركة العربية للمناجم على اعادة تشغيل منجم الكبريت و النحاس بموريتانيا ، و في سبيل ذلك تم ابرام عقدين اساسيين ، الأول في ١٦ نوفمبر لعام ١٩٨٢ والذي يهدف إلى دراسة المشروع ، و العقد الثاني في ٢١ ديسمبر لعام ١٩٨٣ والذي يهدف إلى تشغيل المنجم و قد تضمن كل من هذين العقدين اتفاق التحكيم في غرفة التجارية الدولية عند حدوث نزاع و أن يكون مكان التحكيم في جنيف ، و في فترة لآحقة ابرمت عدد من العقود بين الطرفين لتنظيم العائد المادي لأستغلال المنجم، ولم يتضمن العقود الاخيرة أي منها لاتفاق التحكيم، و بسبب حدوث نزاع بين الطرفين قامت الشركة الفرنسية برفع دعوى امام محكمة بيبوني التجارية(Bobigny court) اعتمادا على أن النزاع الحاصل بشأن احد العقود لم تتضمن اتفاق التحكيم، إلا أن المحكمة قررت في الحكم الصادر عنها في ٢٩ مارس ١٩٩٠ عدم اختصاصها.

(1) cour d'apple de paris , 29 november 1991 , Rve,1992,p617 .

(٢) د. حفيظة السيد حداد ، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ، المرجع السابق ، ص ١٧٢ .

(٣) د. عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص٦٥.

فذهب جانب من الفقه إلى أنه يتعين في هذه الحالة تفسير إرادة الأطراف في كل حالة على حدة للوقوف على إرادتهم الحقيقية من اتفاق التحكيم [١].

فيكون جدير بالأعمال إذا كانت إرادة الطرفين تعبر بطريقة واضحة على امتداد التحكيم إلى كافة العقود المبرمة بين الطرفين حتى و إن لم ينص في كل منها و بذلك تطبق إرادة الأطراف إذا كانت متجهة إلى التحكيم فيطبق التحكيم، أما اذا كانت الإرادة غير واضحة فيجب الرجوع إلى الاصل العام في فض المنازعات وهو القضاء وليس التحكيم، إلا أن هناك من يرى[٢] أنه من الممكن امتداد التحكيم في حالة تعذر الوصول للإرادة الصريحة بشرط وجود ما يستدل منه على الإرادة الضمنية لأطراف العقد الرئيسي كذلك موافقة الاطراف الاصلين للعقود اللاحقة على هذا الامتداد .

إلا أن هذا الرأي انتقد من جانب البعض اذ يشترط لامتداد التحكيم أن يكون وارداً في إطار تنفيذ عملية تجارية موحدة، وأي كان موقع العقد الذي انطلق منه فلا يمتد التحكيم إذا لم يكن هناك اسباب قانونية تبرر الامتداد [٣].

على أن البعض ذهب إلى أن امتداد التحكيم في هذه الحالة يقتضي وجود تجانس بين عقود المجموعة ليمكن القول بوجود هدف مشترك هو تنفيذ العملية التجارية، أما إذا لم يوجد تجانس بين هذه العقود فلا يمكن القول عن امتداد شرط التحكيم إلا إذا ثبت علم الاطراف بالتحكيم [٤].

([1]) ph.fouchard,E.gaillard , B.Goldman,op.cit,p320 .

([٢]) د. سامي سراج الدين، اشكالية مجموعة العقود المرتبطة بعقد المشاركة في القطاع الخاص، مجلة التحكيم العربي، العدد٢٦، يونيو، ٢٠١٦، ص ٢٠٥.

([٣]) د. احمد مخلوف، المرجع السابق، ص ٢٤٧.

([٤]) د. باسمة لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٥١٠.

ومن القرارات التحكيمية الصادرة بهذه الحالة هو الحكم الصادر بالقضية رقم ٧٩٣ لسنة ٢٠١٢ والتي قضت "عند توافر اتفاق تحكيم في إحدى الوثائق التي تنظم العلاقة التعاقدية متعددة الوثائق يؤدي إلى تداعي حكمه قانوناً على تلك العلاقة طالما كشف طرفا هذه العلاقة عن إرادة لا لبس فيها بارتضاء التحكيم وسيلة لفض المنازعات التي قد تنشأ عن العلاقة التعاقدية التي ارتضياها في جميع اشتراطها"[١].

وان هذه الحالة كانت محل خلاف بين الفقه واحكام القضاء فذهب جانب من الفقه إلى أنه إذا اتضح رضا أطراف العقد الرئيسي حول تحمل آثار الاتفاق التحكيمي الوارد بالعقود اللاحقة، فالاتفاق ينتقل من العقد اللاحق إلى العقد الرئيسي، أما إذا ثبت العكس فتقتصر آثار الاتفاق التحكيمي على العقد اللاحق من دون العقد الرئيسي [٢].

وذهب بعض من الفقه تعليقاً على الحالتين السابقتين أنه لا خلاف إذا تم ادراج اتفاق التحكيم في عقد من دون الآخر فلا يمتد اتفاق التحكيم تطبيقاً لمبدأ النسبية التي يتمتع بها إلا إذا كانت هذه العقود مرتبطة بشكل لا يقبل التجزئة بين العقود كحالة المجموعة العقدية، وكما هو المستقر قضائياً بأن تقدير الارتباط من اختصاص قاضي النزاع [٣].

---

(١) تتلخص وقائع القضية التحكيمية حول العقد المبرم بين طرفين في سبيل انشاء مجمع تجاري، و قد تضمن في اتفاق الطرفين على اختيار التحكيم وسيلة لحل النزاعات الناشئة عن تنفيذ علاقاتهم العقدية، ولان كانت العلاقة التعاقدية التي ربطت بين طرفي المنازعة قد نظمت وفق عدة محررات بدأت بالعقد محل النزاع وملحقاته، فأن العلاقات التعاقدية التي ربطت اطراف المنازعة الحالية لا ينال منها و لا يؤثر في وضعها تعدد الوثائق و تفصح عن إرادة طرفي العلاقة التعاقدية باعتبارها علاقة قانونية واحدة وان تعددت الوثائق المبرمة بشأنها فيمتد اتفاق التحكيم في عقد التراخيص للمجمع التجاري، و يتداعى حكمه قانونا على العلاقة التعاقدية، تأسيسا على أن طرفي هذه العلاقة كشفا عن إرادة لا لبس فيها بارتضاء التحكيم وسيلة لفض المنازعات التي قد تنشا عن العلاقة التعاقدية التي ارتضاها في جميع شروطها. هبة سالم، مختارات من اهم المبادئ القانونية، مجلة التحكيم العربي، العدد ١٩، ٢٠١٢، ص١٩٥.

(٢) د. سامي سراج الدين ، المرجع السابق ، ص ٢٠٤.

(٣) د. احمد عبد التواب ، المرجع السابق ، ص ٣١٢ .

إذن امتداد التحكيم ليس مرجعه ارادة الافراد للالتزام بالتحكيم وانما مجرد علمهم بوجوده ومداه، وهذا العلم يكشف عنه الواقع المتمثل في مركز افراد المجموعة العقدية بالنسبة للكل من جهة، والانشطة التي يمارسوها في إطار العملية الاقتصادية من جهة اخرى [١].

الحالة الثالثة حالة ورود التحكيم في جميع العقود وهنا في هذه الحالة يوجد التحكيم في كل من العقد الاصلي واللاحق، فهل يشترط تجانس بين عقود المجموعة العقدية لامتداد التحكيم؟

الأصل أن يكون هنالك تجانس في عقود المجموعة العقدية حتى يمكن القول على وجود هدف مشترك بينهم لتنفيذ عملية تجارية دولية واحدة، أما إذا لم يتحقق هذا التجانس وكان الاختلاف بينا بين عقود المجموعة، فأنه يشترط في هذه الحالة حتى يتحقق امتداد التحكيم أن يكون أطراف على علم باتفاق التحكيم [٢].

وهو ما أكد عليه القضاء الفرنسي عند توسيعه لفكرة امتداد اتفاق التحكيم، حيث قضى أن هذا الاتفاق يمتد ليشمل العقود المتجانسة في مجال التحكيم الداخلي أيضاً، وان ما قررته المادة (١٤٤٢) من قانون المرافعات الفرنسي من إمكانية امتداد أثر اتفاق التحكيم ليشمل عقود المجموعة في المجال الداخلي، هو تكريس من جانب المشرع لواقع قضائي سعى إلى تقريب هذا التحكيم مع التحكيم الدولي[٣].

والجدير بالإشارة حالة وجود اتفاق التحكيم نفسه في جميع العقود المساهمة في العلاقة التعاقدية أي تم ادراج نفس شرط التحكيم حرفياً فهل يتم تعين هيئات للتحكيم للفصل في منازعات جميع العقود ام تعين هيئة تحكيم بما يوجد من العقود؟

---

(١) د. مصطفى محمد الجمال و د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٤٩٨.
(٢) د. احمد مخلوف، المرجع السابق، ص ٢٤٩.
(٣) د. علي عبد الحميد تركي، المرجع السابق، ص ٢٩.

فذهب البعض الاخر من الفقه إلى وجوب العمل ما أشار إليه اتفاق التحكيم صراحة أعمالاً للطابع الرضائي لنظام التحكيم، فاذا لم يوجد اتفاق صريح فوجوب تفسير الإرادة، فعندما تتجه الإرادة إلى تشكيل هيئة تحكيم لكل عقد يتضمن التحكيم أو اتجهت إرادة الاطراف إلى اختيار هيئة تحكيم تحسم جميع المنازعات عن جميع العقود جاز ذلك، و لكن اذا لم يوجد اتفاق صريح و تعذر الوصول إلى الإرادة، فكقاعدة عامة أن تكرار الاطراف لنفس شرط التحكيم في جميع العقود ، دليل في انصراف إرادتهم في اخضاع جميع المنازعات لجميع العقود المكونة للعلاقة التعاقدية إلى هيئة التحكيم ذاتها [١].

أما في حالة اختلاف اتفاق التحكيم في كل عقد، فهي على عكس الحالة السابقة فقد تنص أحد العقود إلى اخضاع المنازعات الناشئة عن هذا العقد إلى التحكيم وفقاً لقواعد غرفة التجارة الدولية و ينص في عقد آخر إلى التحكيم وفقاً لقواعد المركز الدولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار، وسواء كانت في العقد الرئيسي أو العقود اللاحقة، فأي هيئة تحكيم التي تفصل في النزاع وذلك تفادياً لإصدار الحكام متعارضة و بالتالي امتداد التحكيم؟

اتجه بعض الفقه إلى التنسيق بين شروط التحكيم الواردة في العقود أما عن طريق توحيد الصياغة بينهم أو ايجاد عنصر مشترك اقوى بينهم كأن تتضمن بعرض جميع المنازعات الناشئة عن العقود المختلفة المساهمة في العلاقة التعاقدية إلى محكمة تحكيم واحدة وذلك لتجنب التضارب بين الاحكام[٢].

---

(١) د. حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص ١٦١.

(٢) د. محي الدين اسماعيل علي الدين ، منصة التحكيم التجاري الدولي ،الجزء٢، ص ١٣ .

وأن المعيار لضم هذه التحكيمات هو الالتجاء لنية الاطراف المعنية؛ لأجل ضم التحكيم أو التقريب من الشروط بينهم و أيضاً فليس هناك مانع من أن تكون نية الاطراف ضمنية طالما لا يشوبها أي غموض[١]، فاذا تحققت هذه الإرادة فأنها توفر الوقت و التكاليف ويمنع من تضارب الاحكام بين العقود المكونة للمجموعة العقدية، و إذا تخلفت هذه الإرادة فللمحكمين الحق بأقناع اطراف العقود بإدخال الطرف أو ذاك في خصومة التحكيم أو ضم التحكيمات المتعددة في تحكيم واحد ، أما إذا تخلفت الإرادة أيضاً فلا مهرب من الخضوع لإرادة الأطراف بأن يكون لكل عقد تحكيم خاص به [٢] .

واذا تعذر الوصول إلى الإرادة لعدم الرغبة في تجزئة المنازعات الحاصلة بين المجموعة العقدية فأنه لا يمكن تفضيل اعتبارات العدالة على معيار الإرادة؛ و ذلك لان أساس التحكيم هو نظام إرادي يلتجأ إليه الافراد له بأراداتهم ويجب احترام هذه الإرادة [٣].

وذهب بعض من الفقه بإمكانية حل مشكلة تعدد التحكيمات بان تعرض التحكيمات أمام لجنة تحكيم واحدة قياساً على فكرة ضم الدعاوي و الطلبات في قانون المرافعات فيجوز لهيئة التحكيم الجمع بين هذه التحكيمات امام لجنة تحكيم واحدة وكذلك لا يمكن تجاهل حالة الارتباط بين موضوع التحكيمات ، فاذا توافر الارتباط بين موضوعات التحكيم فتكون هناك هيئة تحكيم واحدة للفصل بنزاعات، أما حالة عدم وجود ارتباط بين موضوع التحكيمات فتفصل بكل نزاع خاص بعقد هيئة تحكيم خاصة به[٤] .

---

(١) د. حفيظة السيد حداد ، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ، المرجع السابق ، ص ١٦٨.
(٢) د. عاطف محمد الفقي ، المرجع السابق، ص ٨٤ .
(٣) د. حفيظة السيد حداد ، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم ، المرجع السابق ، ص ١٦٧.
(٤) د. احمد عبد التواب ، المرجع السابق ، ص ٣١٣ .

بينما ذهب رأي آخر إلى أن طريق وقف الاجراءات أمام أحد الهيئات المعروض أمامها النزاع إلى حين حسم نزاع أمام هيئة تحكيم أخرى في حال كان الحل المقرر من أحد الهيئات التحكيم يؤثر على القرار الصادر من الهيئة الأخرى [١] .

ومن التطبيقات القضائية منها قضية تخص شركة Abu Dhabi Gas Liquefaction و هي المدعى تمتلك مشروعاً انتاجي لخطوط الغاز الطبيعي في الخليج العربي و نتيجة للنزاع الحاصل بين الشركة و المقاول الرئيسي بسبب عيب في بناء الخزان والذي كان مخالفاً للشروط ، لجأت الشركة إلى التحكيم الدولي في لندن ضد المقاول ، إلا أن الأخير انكر مسؤوليته عن العيوب التي اصابت الخزان متذرع بأن العيب الذي لحق الخزان ناتج عن أخطاء المقاول من الباطن و هي شركة يابانية ، فلجأ المقاول الرئيسي بدعوى تحكيم جديدة ضد المقاول من الباطن ، إلا أنه عندما عرضت القضية أمام القضاء في لندن من أجل ضم التحكيمات و المرافعة كقضية واحدة لتوفير الوقت و النفقات ولعدم تضارب الأحكام، غير أن المحكمة اقرت بأنها لا تملك سلطة ضم التحكيمات المنفصلة من دون الرجوع لأرادة اطراف النزاع [٢] .

هنا لابد من ذكر حالة تعارض المسؤولية العقدية الناجمة عن اخلال أحد الاطراف في المجموعة العقدية عند وجود اتفاق تحكيم، فهل ينسحب أثر التحكيم الوارد في عقد المقاولة إلى الاطراف؟ اجابت محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر سنة ١٩٩٩ و يتلخص الحكم في دعوى ضمان المهندس المعماري و المقاول لعيوب البناء، و أن كانت هذه الدعوى مستقلة بكيانها عن الدعوى الاصلية إلا أن أساسها مسؤولية عقدية فهي تنشأ من عقد مقاولة يعهد فيها رب العمل إلى المهندس

---

(١) د. الانصاري حسن النيداني ، المرجع السابق ، ص ١٢٠ .

(2) Redfern, A. Hunter, M. Law and ratice of international commercial arbitration 2003, p. 174.

المعماري لقيامه بعمل المقاولة ، ووجود اتفاق تحكيم في عقد المقاولة هذا يرتب التزام طرفي العقد بالخضوع للتحكيم و عدم اختصاص القضاء بنظر النزاع ، و قد طعن في الحكم إلا أن قد قضي بتأييد الحكم المستأنف فيما حكم به من عدم قبول دعوى المسؤولية لوجود اتفاق تحكيم في عقد المقاولة الاصل[١].

المطلب الثاني

امتداد اتفاق التحكيم في المجموعة العقدية القائمة على وحدة المحل

أنّ للمجموعة العقدية الواردة على محل واحد المرتبطة موضوعياً أو مجموعة التعاقدات التي تبرم بين نفس أطراف سلسلة من العقود تتصل بالعلاقات التعاقدية المعتادة بينهم وتدور حول المسائل نفسها أو مسائل مشابه فيكون الارتباط شخصياً [٢]، وان بعض تلك العقود تتضمن شروط تحكيم لحسم المنازعات الناشئة عنها، ويحدث أن أحد من تلك العقود تخلو من شرط تحكيمي خلاف العقود الأخرى ومن أمثلة هذه العقود عقود التوريد، فهل يمتد أثر الشرط التحكيمي الوارد في العقود الاخيرة إلى العقد الخالي من هذا الشرط؟

ومنذ زمن بعيد مال القضاء إلى ارساء مبدأ امتداد التحكيم في نطاق العقود المتتالية على المحل ذاته وعلى وجه الخصوص القضاء الفرنسي وذلك على أساس وجود رابطة قوية بين تلك العقود وهذه الرابطة أما توجد من العقود التي تتم في نطاق المعاملات السابقة، أو أنها توجد من التبعية الاقتصادية بين عقود المجموعة [٣].

---

(١) القاضي ابراهيم ابراهيم عبد الغني ، المبادئ القانونية لمحكمة النقض في التحكيم التجاري، مصر ، ٢٠١٤ ، ص ٥٩ .

(٢) د. حفيظة السيد حداد، المرجع السابق، ص ١٧٥.

(٣) د. احمد مخلوف، المرجع السابق، ص ٢٥٠.

الحالة الأولى حالة المعاملات السابقة وعرف التعامل بين الاطراف هي أساس امتداد التحكيم في المجموعة العقدية لذات المحل، فالأطراف الذين يقومون بأعمال بشكل دوري يجري بينهم عدد من العقود لها نفس الطبيعة أو التشابه ويكون من بين هذه العقود عقد لا يحتوي على بند تحكيمي بينما العقود السابقة تقرر اللجوء إلى التحكيم [١].

و لابد أن يكون اتفاق التحكيم من الشروط التي اعتاد الأطراف على ادراجها في العقود المبرمة بينهم، و من الممكن معرفتها من خلال الاعمال السابقة بينهم والعقود المبرمة بينهم حول الاعمال نفسها و العرف السائد، وعند تخلف هذه السوابق و العرف فمن غير الممكن القول بامتداد اتفاق التحكيم إلى العقود الأخرى [٢].

في هذه الحالة صدرت العديد من الأحكام القضائية في فرنسا منها الحكم الذي إصدرته محكمة استئناف باريس لسنة ١٩٨٣ والتي رفضت بها الطعن حول عدم وجود اتفاق التحكيم مسببة قرارها بأن " إذا كان العقد محل التداعي لم يتضمن اتفاق على التحكيم فأن العقد الآخر والمنعقد بين نفس الاطراف ومن ذات الطبيعة قد تضمن هذا الاتفاق، اضافة إلى وجود ثمانية وعشرين تعاملا سابق بين نفس الشركتين على تصدير واستيراد وكلها وردت فيها اتفاق تحكيم أمام الهيئة التحكيمية نفسها " [٣].

([١]) د. احمد مخلوف، المرجع السابق، ص ٢٥٠.

([٢]) د. الانصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص ٢٤,

تتلخص وقائع القضية في أن الشركة الفرنسية (SORVIA) تعاقدت مع شركة امريكية (WEINSTEIN) على شراء لحوم مجمدة و ابرمت في سبيل ذلك عقدين متتالين ، الأول في يوليو سنة ١٩٧٩ و الثاني في اغسطس لسنة ١٩٧٩ و عند وصول الشحنة الأولى إلى ميناء (HAVER) اتضح للشركة الفرنسية أن اللحوم غير مطابقة للمواصفات القياسية فأخطرت بهذا الشركة الامريكية بضرورة تأجيل ارسال الشحنة الثانية إلى حين تسوية النزاع الخاص بالشحنة الأولى ، إلا أن الشركة الامريكية سبق و أن ارسلت هذه الشحنة و على هذا قامت الشركة الاخيرة ببيع الشحنة الثانية لمشتري آخر بأقل الاسعار فاتخذت اجراءات تحكيمية ضد الشركة الفرنسية امام جمعية التحكيم الامريكية

بمعنى أن إحتساب أساس هذا الامتداد هو وجود معاملات تجارية متصلة بين الطرفين تضمنت جميعها بند تحكيم، وان هذا البند في معاملاتهم مستمر بمثابة إعادة اتفاقية ارتضياها صراحةً أو ضمناً بخصوص عقد لاحق ووفق ما يقتضيه العرف وسوابق التعامل بين الأطراف.

كل من القانون الفرنسي والعراقي لم ينص على هذه الحالة، عدا قانون التحكيم المصري في المادة (٣/١٠) والذي قرر عدم مد شرط التحكيم الوارد في أحد العقود إلى عقد آخر إلا وفق إحالة واضحة من العقد الأخير للعقد الأول والتي يستشف منها اعتبار شرط التحكيم الوارد في العقد الأول هو جزء من العقد الثاني [١].

الحالة الثانية التبعية الاقتصادية بين العقود أساس امتداد التحكيم في المجموعة العقدية ذات المحل الواحد و من ابرز الأحكام القضائية الصادرة عن القضاء الفرنسي الحكم الصادر في سنة ٢٠٠٧ و حكمت محكمة النقض الفرنسية بأن سلسلة العقود الناقلة للملكية ينتقل بها شرط التحكيم تلقائياً باعتباره تابعاً للحق في الدعوى و الذي هو نفسه يتبع الحق الموضوعي المنقول من دون أن يكون هناك تأثير اعتبار لمسألة التجانس أو غير متجانس داخل السلسلة ، و لشرط التحكيم في عقود التجارة الدولية يمتد إلى الاطراف المشاركين في تنفيذ العقد أو المنازعات الناشئة عن تنفيذه[٢].

للمطالبة بالتعويض الكامل، واصدرت الجمعية التحكيمية قرار بالزام الشركة الفرنسية بأن تدفع تعويض مقداره الفرق بين الثمن المتعاقد عليه و ثمن البيع الاضطراري و مضاف اليه الفوائد المستحقة قانوناً ، وعند تنفيذ الحكم في فرنسا طعنت الشركة الفرنسية بالأمر الصادر تنفيذه امام محكمة استئناف باريس ، و ذلك تأسيساً على أن الحكم الصادر بشأن العقد لم يتضمن شرط تحكيم، إلا أن المحكمة رفضت الطعن مستندة على وجود عرف وسوابق بين اطراف المجموعة.

([3])Cour d‘appel de paris , 25 mars 1983 , Rev.arb,p362 .

([١]) د. عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص٨٦.

([٢]) تتلخص وقائع القضية في الشركة الفرنسية (ABS) و المتخصصة في صنع اجهزة المحمول و قد تعاونت مع الشركة البلجيكية (AME) من اجل تصنيع اجهزة الكترونية صغيرة للشركة البلجيكية و تعاقدت ايضاً الشركة الفرنسية مع الشركة الامريكية (AMKOR) عقد يخص ببيع اجهزة الكترونية و أن العقد المبرم بين الاخيرتين يتضمن اتفاق

فدور التحكيم في المجموعة العقدية سواء كانت مرتبطة من ناحية الهدف أو المحل و ما يحققه من ميزات وللمقتضيات الاقتصادية والتي تسمح بجمع المسائل المتنازع فيها أمام جهة مختصة واحدة و هي التحكيم، الا ان هذا الامتداد ينقصه بعض الضمانات الكافية و التي يلزم توافرها للقول بصحة هذا الامتداد، ومن أهمها توافر الموافقة الكتابية الصريحة في اتفاق التحكيم، فالتحكيم نظام يقوم على إرادة الأطراف و لايمكن وجوده في ظل اجبار الأطراف عليه، لان القول بغير ذلك يتعارض من الطابع العقدي للتحكيم والذي يحول دون اختصام الغير او ضم الدعاوى والمرتبطة بين اطراف مختلفة امام المحكمين ويتبين أن كل من دور التحكيم في المجموعة العقدية على صورها لم يحسم امرها بشكل قطعي نظراً لاختلاف الأسس والمعايير التي قيلت لتبريرها وأن كانت أغلبها في التمسك بفكرة الوحدة الاقتصادية و بالإرادة الضمنية في حالة عدم استحصال إرادة صريحة وهو ما يتعارض مع مبدأ التحكيم بأن يكون اللجوء إليه بإراده صريحة.

تحكيم و امام جمعية التحكيم الامريكية في فيلادلفيا ، و تعاقدت الشركة الامريكية مع شركة كورية (ANAM) باعتبارها احد مصنعي الاجهزة الالكترونية و اتضمن العقد اتفاق تحكيمي امام جمعية التحكيم الامريكية في كاليفورنيا، و أن الاجهزة التي يتم تصنيعها من قبل الشركة الكورية كانت ترسل مباشرةً إلى الشركة الفرنسية و كانت الاخيرة بعد أن قامت بتغليفها تسلمها إلى الشركة البلجيكية، لكن ظهور بعض العيوب في الاجهزة فقامت الشركة الفرنسية برفع دعوى لمقاضاة الشركة الامريكية و شركتين تابعتين لها من المجموعة الاقتصادية و كذلك دعوى على الشركة الكورية ، إلا أن الشركات المدعى لها رفضت المثول امام المحاكم الفرنسية لعدم اختصاصها ، إلا أن هذا الدفع قد تم رفضه من قبل المحاكم الفرنسية ، فطعنت الشركات المدعى عليها بتطبيق اتفاق التحكيم، وان لأساس العلاقات بين الشركات كلها تمثل سلسلة متجانسة من العلاقات الناقلة للملكية، إلا أن الشركة الفرنسية ردت على ما دفع به الشركات المدعى عليها واتفاق التحكيم لا يجوز امتداده إلا في سلسلة متجانسة من العقود الناقلة للملكية وعقود الشركة غير متجانسة فأحدهما عقود مقاولة واخرى عقود بيع.

Cass.civ 1 ,27 mars 2007, Bull 2007 , 1, p 129 .

الفصل الثالث
الاثار القانونية للتحكيم في المجموعة العقدية

الفصل الثالث

الاثار القانونية للتحكيم في المجموعة العقدية

ينشأ التحكيم من اتفاق الأطراف عليه وهو بذلك وسيلة اختيارية لحسم النزاعات، ومتى ما تم الاتفاق على التحكيم فيعد وسيلة اجبارية بحكم القانون بالنسبة للخصوم لتسوية المنازعات، من هنا ينتج عن التحكيم اثاره القانونية متى ما تم ابرامه صحيحاً، وهذه الاثار تتمثل في اكتساب التحكيم القوة الملزمة التي توجب عرض النزاع على التحكيم و الامتناع عن اللجوء إلى القضاء، وكذلك آثار في خصومة التحكيم متمثلة في ادخال وتدخل الغير في الخصومة التحكيم.

وينتج الوضع عن آثار التحكيم في المجموعة العقدية تعدد الاحكام وتعارضها كونها تدور حول مصلحة واحدة، وفي التحكيم الداخلي كذلك هو في التحكيم الدولي في حالة اختلاف القانون الواجب التطبيق بين عقود المجموعة العقدية عن حدوث نزاعات، اذ ان تزاحم اكثر من قانون بشأن تقدير صحة وجوده او بطلانه مما يتعين تحديد القانون الواجب التطبيق، اذ ان اختيار هذا القانون او ذاك يبدو في غاية الخطورة والاهمية، و لاسيما و إن حكم هذه القوانين قد لايكون متماثلاً، فقد يكون اتفاق التحكيم موجوداً و صحيحاً وفقاً لبعضها، وقد يكون العكس، منعدماً و باطلاً وفقاً للبعض الاخر.

وسوف نوضح في هذا الفصل المجموعة العقدية في آثار التحكيم في المبحث الأول، المجموعة العقدية في خصومة التحكيم في المبحث الثاني، ونتناول المشاكل الناجمة عن التحكيم في المجموعة العقدية في المبحث الثالث.

المبحث الأول

اثار التحكيم في المجموعة العقدية

للتحكيم في المجموعة العقدية آثار إزاء أطراف اتفاق التحكيم أو الغير ممن ينصرف اليهم أثر التحكيم، و اتفاق التحكيم شأنه شأن كافه العقود الملزمة لجانبين متى ما انعقد صحيحاً و مستوفي لشروطه و اركانه فأنه ينتج آثار قانونية ما بين اطرافه ، إلا أن الالتزام الناشئ منه هو التزام من طبيعة واحدة متمثل بأمتناع اطراف التحكيم عن اللجوء إلى قضاء الدولة وهذا الاثر سلبي و التزام اطراف النزاع بطرح منازعاتهم على التحكيم وهذا ما يسمى بالأثر الايجابي ، فهل يعد الأثر السلبي و الايجابي ملزماً لطرفي العقد فقط (نسبية اثر التحكيم) أم يمتد ليشمل الغير ممن هم في المجموعة العقدية والذين يعدون اطراف فيها ؟ .

واستناداً إلى ما سبق نتناول في هذا المبحث أثر التحكيم في المجموعة العقدية إذ نتناول امتناع اطراف اتفاق التحكيم عن اللجوء لقضاء الدولة في المطلب الأول و التزام اطراف اتفاق التحكيم بطرح نزاعاتهم على التحكيم في المطلب الثاني.

المطلب الأول

امتناع أطراف اتفاق التحكيم عن اللجوء للقضاء

يقصد بالإثر السلبي استبعاد اختصاص المحاكم الوطنية بنظر النزاع أو المنازعات التي تتم الاتفاق على حلها تحكيمياً، وبالتالي لا ينبغي للمحاكم الوطنيه النظر في النزاع محل اتفاق التحكيم،

واعمالاً لهذا الأثر يلتزم كل الطرفين بعدم عرقلة استعمال الطرف الآخر لحقه في الالتجاء إلى التحكيم كما وتلتزم محاكم الدولة بالامتناع عن النظر في النزاع المتفق على التحكيم [١].

وإنّ اتفاق التحكيم باحتسابه عقد و كأي عقد ملزم لجانبين لا يمكن لأطرافه العدول عن هذا الاتفاق بأراداتهم المنفردة إلا بموافقة الطرف الآخر صراحةً أو ضمناً، فاتفاق التحكيم يصبح ملزم لأطرافه بمجرد إبرامه وكان صحيح وقابلاً للتطبيق فهو يرتب أثر لأطرافه بامتناعهم عن اللجوء للقضاء ، إلا أن جانب من الفقه يرى أن الأثر السلبي لأتفاق التحكيم هو التزام من نوع خاص بخلاف الالتزامات المدنية المحضة[٢] فلا يترتب على اخلال احد الاطراف بأتفاق التحكيم والالتجاء إلى القضاء حق الطرف الاخر في الالتزام نفسه ما التزم به الطرف السابق.

وينقل هذا الأثر الاختصاص من القضاء إلى التحكيم عن طريق الدفع بوجود اتفاق تحكيم [٣]، فإذا حكم ببطلان التحكيم فيزول العمل بهذا الأثر ويعود للأطراف الحق في الالتجاء للقضاء [٤]، معنى ذلك للقاضي عند عرض نزاع أمامه أن يعلن بعدم قبوله أو اختصاصه، والدفع بوجود اتفاق تحكيم هو الوسيلة التي خولها المشرع لصاحب الحق لأعمال هذا الأثر بامتناع الاطراف من اللجوء إلى القضاء، فهو دفع قانوني و يتم الاعمال به وقت الخصومة عند التجاء أحد الاطراف للقضاء ومخالفة اتفاق التحكيم و ليس من لحظة ابرامه [٥] .

---

(١) د. الانصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص ٩٦.

(٢) د. احمد ابراهيم عبد التواب، الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣، ص١٣٠.

(٣) الدفع بالمعنى العام هو جميع وسائل الدفاع التي يجوز للخصم أن يستعين بها على دعوى خصمه، بقصد تفادي الحكم لخصمه بما يدعيه، سواء أكانت هذه الوسائل متوجهة إلى الخصومة أو لبعض إجراءاتها أو موجهة إلى أصل الحق المدعى به، فالدفوع امام المحاكم أو الهيئات التحكيمية تتنوع ولا يمكن حصرها د. أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات المدنية، ط ٦، منشأة المعارف، الاسكندرية ،١٩٨٠، ص١١.

(٤) د.فتحي اسماعيل والي ، قانون التحكيم في النظرية و التطبيق ، ص ١٧٨ .

(٥) د. احمد ابراهيم عبد التواب ، المرجع السابق ، ص ١٦ .

فعرف الدفع في قانون المرافعات العراقي في المادة (٨) منه على" ١- الدفع هو الاتيان بدعوى من جانب المدعى عليه تدفع دعوى المدعي و تستلزم ردها كلاً او بعضاً"

وعرف بعض من الفقه الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم "هو الوسيلة التي يخولها القانون للمدعي عليه أمام القضاء المختص في الدولة للتمسك بوجود الاتفاق على التحكيم ومن ثم حقه في الالتجاء لنظام التحكيم للفصل في النزاع، بغرض منع القضاء المختص في الدولة من السير بإجراءات الفصل فيه" [١].

اختلف الفقه حول طبيعة الدفع بوجود اتفاق تحكيم، فهل هو دفع بعدم قبول الدعوى امام القضاء ام هو دفع بعدم اختصاص القضاء بنظر النزاع ، فذهب اتجاه إلى احتساب الدفع بوجود اتفاق تحكيم هو دفع بعدم قبول الدعوى نتيجة ارتضاء الاطرف بعرض نزاعاتهم أمام التحكيم و به قد نزل عن حقه في الدعوى عن طريق إجراءات الخصومة القضائية العادية [٢]، بينما ذهب آخر أنه دفع بعدم اختصاص لأنه ينفي الاختصاص القضائي للنظر في المنازعات فالتحكيم هو استثناء من اختصاص النظر في المنازعات فهو تقرير عن اختصاص هيئات التحكيم بموافقة المشرع ، وانهم مختلفان في أن طبيعة الدفع الأول ينكر للمحكمة سلطتها فقط في عدم سماع الدعوى أما الثاني ينكر اختصاصها و ولايتها في نظر الدعوى [٣].

وفي أي طبيعة كان الدفع بوجود اتفاق تحكيم يطلب الملتمس من المحكمة بعدم الفصل في النزاع[٤].

---

(١) د.محمود السيد عمر التحيوي ،المرجع السابق ، ص ٢٥ .

(٢) د. فتحي اسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص ١٨٢.

(٣) د احمد ابراهيم عبد التواب، الاثر الايجابي والسلبي لاتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١٣، ص ٢٤٧. د. محمود عمر السيد التحيوي، الوسيلة الفنية لأعمال الاثر السلبي للاتفاق على التحكيم ونطاقه، المرجع السابق، ص٢٠٦.

(٤) يقر بعض الفقه بأبعاد القضاء عن الفصل في النزاع اذ أن سلب النزاع من ولاية القضاء العادي ونقله إلى هيئات التحكيم يعتبر بمثابة الاثر الفني المترتب من اتفاق التحكيم سواء كان في صورة شرط ام مشارطة تحكيم . د. حمد

أما القوانين فالبعض تعامل الدفع على أنه دفع بعدم الاختصاص كالقانون الفرنسي وذلك في المادة (١٤٤٨) من قانون المرافعات الفرنسي، فنجد المشرع الفرنسي قد أعطى للأطراف الحق باللجوء إلى التحكيم لفض نزاعاتهم و بالإضافة إلى امتناع القضاء عن نظر النزاع في حالة دفع أحد اطراف النزاع بعدم اختصاص محكمة التحكيم، و أنها لم تنص صراحة على الدفع بوجود الاتفاق على التحكيم إنما فقط كيفية أعمالة[١].

والبعض الاخر كالقانون المصري اعتنق طبيعة الدفع بأنه دفع بعدم قبول الدعوى وهو ما أشارت إليه المادة (١٣) من قانون التحكيم المصري ، اذ نصت على "يجب على المحكمة التي يرفع اليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى اذا دفع المدعى عليه بذلك قبل ابدائه أي طلب، أو دفاع في الدعوى".

أما المشرع العراقي فلم يتطرق لطبيعة الدفع بوجود اتفاق تحكيم، لكن تطرق لحالة الدفع بعدم توجه الخصومة وذلك في المادة (٨٠) من قانون المرافعات العراقي فنصت على "١-إذا كانت الخصومة غير متوجهة تحكم المحكمة ولو من تلقاء نفسها برد الدعوى دون الدخول في أساسها. ٢- للخصم أن يبدى هذا الدفع في أية حالة تكون عليها الدعوى".

فيما يخص الاتفاقيات الدولية، فقد نصت اتفاقية نيويورك في المادة (٣/٢)، والمادة (٨) من قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، وكذلك اتفاقية عمان العربية وذلك في نص

الله محمد حمد الله، النظام القانوني لشرط التحكيم في المنازعات التجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨، ص ١٦٣.

(١) نص المادة (١٤٤٨) " عندما يعرض على قضاء الدولة نزاع ناشئ عن اتفاقية تحكيم، يعلن القضاء عدم اختصاصه ما لم تكون محكمة التحكيم قد انعقدت، أو إذا كانت اتفاقية التحكيم باطلة أو غير قابلة للتطبيق بشكل واضح، لا يتعرض قضاء الدولة بالاختصاص بالفصل في النزاع من تلقاء نفسه يقع باطلاً أي حكم يخالف المادة الحالية"

المادة (٢٤) منها، ويلاحظ أن الاتفاقيات تعد القضاء غير مختص في النزاع عند ورود شرط تحكيم فيه [١].

فإذا كان أثر اللجوء إلى التحكيم يمنع من اللجوء إلى القضاء فكيف هو أثر التحكيم في المجموعة العقدية عند ارتباط العقود في إطارها من ناحية المحل والهدف، فاتفاق التحكيم عبارة عن اتفاق مكتوب بين اطرافه فكيف لهذا الاتفاق أن يرتب آثاراً في مواجهة غير الموقعين؟ فالمبدأ العام من حيث العقود هي نسبية أثر العقد و القاعدة العامة من حيث أشخاص العقد هي أن العقد شريعة المتعاقدين، فالتحكيم طريق استثنائي أساسه مبدأ سلطان الإرادة باختيار الاطراف له بدلاً من القضاء العام، فهو قضاء إرادي و إرادة الاطراف اوجدته و حددت نطاقه، فعقد التحكيم نسبي من حيث موضوعه واشخاصه ويقتصر الفصل في الموضوع الذي تضمنه و بين اطرافه ،إلا أن على الرغم من هذا الاصل فهناك حالات عملية استثناء وبها يمتد اتفاق التحكيم إلى غير أطراف الاتفاق فنجد في بعض الاحيان أشخاص ممن هم من خارج الاتفاق و يلتزمون بموجب هذا الاتفاق المذكور[٢] كما هو في عقود المجموعة العقدية، فيتسع نطاق التحكيم من ناحية الموضوع والاشخاص و من البديهي الحق لهم بالدفع بوجود اتفاق تحكيم.

---

(١) نصت المادة (٣/٢) من اتفاقية نيويورك " على المحكمة في اية دولة متعاقدة، عندما يعرض عليها نزاع في مسألة ابرام الطرفان بشأنها اتفاقاً بالمعنى المستخدم في هذه المادة، أن تحيل الطرفين إلى التحكيم بناء على طلب ايهما، مالم يتبين لها أن هذا الاتفاق لاغ وباطل وغير منفذ أو غير قابل للتنفيذ". نصت المادة (٨) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي ""على المحكمة التي ترفع اماها دعوى في مسألة ابرم بشأنها اتفاق تحكيم أن تحيل الطرفين إلى التحكيم، إذا طلب منها ذلك أحد الطرفين في موعد اقصاه تقديم بيانه الأول في موضوع النزاع مالم يتضح لها أن الاتفاق باطل أو لاغ أو عديم الاثر أو لا يمكن تنفيذه ". نصت المادة (٢٤) من اتفاقية عمان العربية على " يجب ابداء الدفع بعدم الاختصاص والدفوع الشكلية الاخرى ..."

(٢) د. محمود مختار احمد البربري، المرجع السابق ، ص ٧١ .

فمن حيث الموضوع لا تمتلك هيئة التحكيم تطبيق مبدأ سلطة المحكمة في أن " قاضي الاصل هو قاضي الفرع " ذلك لأن هيئة التحكيم تستمد سلطتها من اتفاق الاطراف فتكون سلطتها مقيدة بإرادة الاطراف حول موضوع النزاع وعليه لا يجوز لهيئة التحكيم تجاوز حدود ما اتفقوا عليه [١]، فاتفاق التحكيم يشمل المسائل التي تعتبر داخل نطاقه الموضوعي.

أما المسائل الخارجة عن هذا النطاق فأن للأطراف الحرية في عرض النزاع امام القضاء الداخلي، فعند اتفاق الاطراف على عرض النزاع امام التحكيم بخصوص تفسير أو تنفيذ العقد فهذه المنازعات هي وحدها التي لا يجوز عرضها أمام القضاء الداخلي ويجب الالتزام باتفاق التحكيم، أما النزاعات المتعلقة بصحة هذا الاتفاق أو بطلانه فتعرض أمام القضاء إذ لا يفترض امتداد اتفاق التحكيم إلى مسائل لم يقصدها المحتكمون ، فذهب بعض الفقه[٢] إلى و أن كان موضوع النزاع غير قابل للتجزئة أي ارتباط كل من النزاع المتعلق بنطاق اتفاق التحكيم مع ما هو خارج نطاقه يكون الحل المعتمد بعرض النزاع أمام القضاء الداخلي و بمجموعة تشمل النزاع الذي تم الاتفاق بعرضه على التحكيم.

فالحرص على توسع أثر التحكيم قد دفعنا بالخروج من المبادئ السائدة و اعتماد التفسير الموسع والمنطقي في اتفاق التحكيم ، ففي حالة حدوث نزاع متعلق بتفسير اتفاق التحكيم وفي هذا النزاع يتعلق تحكيم دولي فيكون امتداد نطاق التحكيم ليشمل جميع المنازعات نتيجة للمبدأ المستقر في مجال التحكيم الدولي الذي يكون تفسير اتفاق التحكيم أوسع مما هو في التحكيم الداخلي [٣] ، و

---

(١) د. احمد بشير الشرايري، بطلان حكم التحكيم و مدى رقابة محكمة النقض عليه ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، ٢٠١١، ص ٦٣.

(٢) د.الانصاري حسن النيداني ، المرجع السابق ، ص ٩٧ .

(٣) د. لزهر بن سعيد ، التحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، ٢٠١٠ ، ص٥٢ .

هذا ما قضت به محكمة النقض في المصرية على " يجب تفسير نطاق التحكيم تفسيراً واسعاً و ليس تفسيراً ضيقاً بحيث يتسع شرط التحكيم ليشمل كافة المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد"[١].

أما من حيث اطراف الدفع بوجود اتفاق تحكيم فصاحب صفة الطرف هو من له الحق بأبداء هذا الدفع، فالطرف هنا كل من ارتضى أو ارتضى له المتعاقدون انصراف أثر الالتزام اليه و قبول هذه الإرادة من الغير[٢]، كحالة اللجوء إلى مقاولين من الباطن أو العقود المتتابعة فيمتد شرط التحكيم و يحيط بكافة العلاقات التي تنشأ من الاتفاق الأصلي و في مثل هذه الحالة يمتد اتفاق التحكيم و يتسع نطاقه و يحيط بكافة العلاقات الناشئة من الاتفاق الاصلي[٣].

وهذا يتبين أن هيئة التحكيم تنظر في المنازعات بين اطراف اتفاق التحكيم من دون الغير إلا في حالات استثنائية و التي تناولنها في صور المجموعة العقدية.

وعلاوة على ذلك فأتفاق التحكيم نظراً لانه عقد مثل أي تعاقدات و بأعتباره واقعة قانونية تنتج آثارها بالنسبة للغير فيمكن الاحتجاج به في مواجهة الأخير، و للغير الحق بالاحتجاج به فإذا توافرت شروط نفاذه منها شرط العلم به فتحدث آثاراً خارجية هي احترام عقد الغير [٤] ، و نتيجة ذلك فللغير الذي تربطه بأحد أطراف اتفاق التحكيم، أي نوع من العلاقة من الجائز له التمسك بأتفاق التحكيم.

عندما يمتد اتفاق التحكيم إلى الغير يتحمل الأخير التزامًا سلبيًا بعدم اللجوء إلى الهيئات القضائية لحل النزاعات محل اتفاق التحكيم وهذا الالتزام ينطبق على الغير مثل طرفي اتفاق التحكيم، ويعد الالتزام المذكور هو التزام إرادي سواء كان بصورة صريحة كأرادة طرفي اتفاق التحكيم أم ضمنياً

---

(١) حكم محكمة النقض في القاهرة ، رقم الدعوى ٥٧ ، لسنة ٢٠٠٨/١١/١٩ .
(٢) د.هدى محمد مجدي ، المرجع السابق ، ص ١٨.
(٣) د. محمود مختار احمد البربري ، المرجع السابق ، ص ٧٢ .
(٤) د.طارق سمير طلبة دويدار ، المرجع السابق ، ص ١٩٠ .

كإرادة الغير، و وفقاً لهذا الالتزام الارادي يجب على الأطراف و الغير عدم تقديم المنازعات إلى القضاء الداخلي لسبق الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم [١] .

المطلب الثاني

التزام أطراف اتفاق التحكيم بطرح نزاعاتهم على التحكيم

يحقق اتفاق التحكيم أثر ايجابي لأطرافه بطرح النزاعات الخاصة بموضوع الذي تضمنه هذا الاتفاق امام هيئات التحكيم، فيتمثل هذا الأثر باختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع وسلبه من ولاية القضاء العادي، إلا أن جانب من الفقه يرى انه لا يقصي اتفاق التحكيم اختصاص القضاء و يحيله إلى هيئات التحكيم، بل هو أعطاء اختصاص استثناء عن الأصل ويقصد ولاية القضاء في نظر النزاع، و في هذا الاطار المحكمة ليست ملزمة بأتفاق التحكيم أو تستبق التحكيم على اختصاصها العام في النزاعات مالم يصر الطرفان على وجود اتفاق تحكيم قبل أي دفع في موضوع النزاع [٢] .

و أعمالاً للأثر السلبي السابق الذكر انه يعرض النزاع امام هيئات التحكيم ولا بد أن ينأي قضاء الدولة عن الاختصاص به، فيتحقق الاثر الايجابي و اختصاص هيئة التحكيم[٣] و هو ما يسمى بمبدأ الاختصاص بالاختصاص[٤] .

---

(١) مها عبد الرحمن الخواجا ،امتداد اثر اتفاق التحكيم إلى الغير دراسة في التشريع الاردني، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الشرق الاوسط ، الاردن ، ٢٠١٣ ، ص ١٠٩ .

(٢) د.احمد ابراهيم عبد التواب ،الاثر الايجابي و السلبي لأتفاق التحكيم ، المرجع السابق، ص ٢٣.

(٣) د. احمد مخلوف ، المرجع السابق ، ص ١٤٣.

(٤) يعد مبدأ الاختصاص بالاختصاص قاعدة اساسية من قواعد اجراءات التحكيم التجاري الدولي قبل أن يكون قاعدة قانونية مستقرة في كل من التحكيم الدولي و الداخلي ، و معنى هذا المبدأ أن لهيئة التحكيم فضلاً عن النظر في النزاعات المختصة به والفصل به بل أن لها الحق الفصل بالدفوع التي تتعلق باختصاصها على حد سواء ، و يبدأ الاعمال لهذا المبدأ عند دفع احد اطراف اتفاق التحكيم بعدم اختصاص هيئة التحكيم و أن تعلقت المسألة بالدفع

وبما أن العقد لا يقيد غير اطرافه ولا يرتب التزامات أو حقوق إلا في مواجهة بعضهم كذلك هو اتفاق التحكيم لا يرتب اثاره في غير اطرافه وهم فقط الذين يتمسكون بآثاره بمعنى تمتع الاثر بالنسبية فالأثر الايجابي شأنه شأن الاثر السلبي لأتفاق التحكيم ، والأثر الايجابي ينحصر في نطاقه الموضوعي أي في النزاعات التي اشتملها اتفاق التحكيم أما خارج ما اشتمله الاتفاق فلا يجوز عرضه أمام هيئة التحكيم ولا للأخيرة سلطة بالفصل فيها.

ونصت معظم التشريعات على مبدأ عدم الاختصاص القضائي في حالة وجود اتفاق تحكيم وتعطي الأولوية لمحكمة التحكيم عند الفصل في مسائل اختصاصها وهو ما نصت عليه المادة (٢٢/أ) من قانون التحكيم المصري، والمادة (١٤٦٥) من قانون المرافعات الفرنسي [١]، أما المشرع العراقي فقد نص في المادة (٢٦٥) منه على" ١- يجب على المحكمين اتباع الأوضاع والاجراءات المقررة في قانون المرافعات الا اذا تضمن الاتفاق على التحكيم أو أي اتفاق لاحق عليه اعفاء المحكمين منها صراحة أو وضع اجراءات معينة يسير عليها المحكمون. ٢- إذا كان المحكمون مفوضين بالصلح يعفون من التقيد بإجراءات المرافعات وقواعد القانون الا ما تعلق منها بالنظام العام" فيلتزم المحكم بكافة الأوضاع المنصوص عليها في قانون المرافعات و خاصة فيما يتعلق في النظام العام و مسألة الاختصاص النوعي تعد من النظام العام.

ببطلان صحة اتفاق التحكيم أو العدول عنه أو عدم شموله لموضوع النزاع .د. ناريمان عبد القادر ،المرجع السابق، ص ٥٢٨.

(١) فنصت المادة (٢٢/أ) من قانون التحكيم المصري على " تفصل هيئة التحكيم فى الدفوع المتعلقة بعدم اختصاصها بما فى ذلك الدفوع المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع". ونصت المادة (١٤٦٥) من قانون المرافعات الفرنسي على " تختص محكمة التحكيم وحدها بالفصل في المنازعات الخاصة بسلطتها القضائية ".

بمعنى يشمل اختصاص المحكم النظر في المسائل المتعلقة باختصاصه وجميع الدفوع كذلك ومنها الدفع بعدم وجود اتفاق تحكيم ، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية الأولى لسنة ٢٠١٠ على " بحكم مبدأ الاختصاص بالاختصاص الذي بموجبه يعود للمحكم صلاحية الفصل بصورة اولوية في اختصاصه و ليس لقضاء الدولة صلاحية بالنظر في هذا الاختصاص إلا في حالة كان شرط التحكيم غير قابل للتطبيق" [١] .

وقضت المحكمة نفسها بقبول الطعن بقرار صادر من محكمة استئناف باريس لسنة ٢٠١٢ و الغاء جميع القرارات واعادة القضية و الاطراف إلى الحالة التي كانوا فيها فنصت في حكمها على " أن النزاع المطعون فيه لم ينشأ عن صعوبة في تفسير العقد إلا أن المحكمة حكمت لأسباب غير مسندة قانونياً لتأسيس حكمها بعدم قابلية تطبيق شرط التحكيم، و المحكمة هي الوحيدة التي من المحتمل أن تعوق اختصاص المحكم ذو الأولوية للبت في وجود اتفاق التحكيم وصحته ومداه، و بهذا خرقت المحكمة مبدأ الاختصاص بالاختصاص و المادة ١٤٤٨ من قانون المرافعات المدنية الفرنسي في وجود اتفاق التحكيم و صحته و نطاقه " [٢] .

و في هذا الصدد لابد من الإشارة عندما تظهر حالة انكار للعدالة في هذا الموضوع عندما تحيل هيئة التحكيم النزاع إلى القضاء أو العكس، فيرفض الأول اختصاصه في نظر النزاع بسب عدم الدفع بوجود اتفاق تحكيم، و يرفض القضاء حل النزاعات بسبب اختصاص هيئات التحكيم أي على أسس موضوعية بوجود الاتفاق على التحكيم بصرف النظر عن عمومية الحق في التقاضي [٣].

([1]) Cass.civ 1 ,8 Jul 2010, Bull 2010, no 09-67.013 , I, n 156 .

([2]) Cass.civ 1 , 29 Jan 2014 , no 12-29.086 .

([3]) Julie Clavel , Le Deni De Justice Economique Dans L'arbitrage INTERNATIONAL L'effet négatif du principe de compétence competence , Thèse pour le doctorat , Universite Paris Ii Pantheon Assas , 2011 , p 29 .

و من حيث الموضوع فالعلاقة التعاقدية الناشئة في إطار المجموعة العقدية في كل من العقود التي تساهم في نشاط اقتصادي و سلسلة العقود و لسريان الأثر الإيجابي فيها، اتجه القضاء الفرنسي بأنهم اطراف في اتفاق التحكيم، إذ في الحالة الأولى يمكن الاستنتاج من معاملات الاطراف السابقة قبولهم الضمني مالم يتبين من الظروف أن الاطراف قد قصدا من حالة عدم ذكر اتفاق التحكيم في التعامل الجديد بعدم سريانه الاتفاق على الاخير أو اغفاله[١]. أما في الحالة الثانية عند ابرام سلسلة من العقود من النوع نفسه و المحل ذاته إلا أن اطراف كل منها يختلف عن الآخر مثل حالة عقود النقل المتتابعة على البضائع ذاتها و في مثل حالة فأن اتفاق التحكيم المتضمن في العقد النقل الأولي فأن هذا الاتفاق يكون ملزم للناقلين الاخرين [٢] ، و بالتالي الحق في الاعمال بهذا الأثر الايجابي في اطارها.

لذلك لا تعد العقود مستقلةً عندما تكون مرتبطة مع بعضها البعض على الرغم من أن لها مؤهلاتها الخاصة، فيتم وضع العقود المترابطة على قدم المساواة، وكلها تتنافس بطريقة مكافئة لإكمال العملية التعاقدية [٣].

ولأتساع نطاق اتفاق التحكيم كما هو مبين يرجع إلى طبيعة التحكيم نفسها، فاتفاق التحكيم يهدف إلى تجريد الاختصاص من القضاء إلى قضاء التحكيم في كافة ما يتعلق

---

(١) د. الانصاري حسن النيداني ، المرجع السابق ، ص٣٠.

(٢) د. نبيل اسماعيل عمر، المرجع السابق، ص ٤٦.

(3) BROS (S.), Les contrats interdépendants : actualité et perspectives, D. 2009 p. 960.

باتفاق التحكيم أو يرتبط بموضوعه أو يكون سبباً له[1]، فامتداد أثر اتفاق التحكيم تأتي من صلاحية هيئة التحكيم التي لديها القدرة حالة كون اتفاق التحكيم يمنحه الولاية القضائية وهذا ما يمنحه مبدأ الاختصاص بالاختصاص الناتج من إرادة الاطراف.

(1) Paris, 10 mars 1995,Rev. arb. 1996. 143, obs. Derains ; RTD com. 1996. 653, obs.Loquin .

المبحث الثاني

المجموعة العقدية في الخصومة التحكيمية

الخصومة التحكيمية كالخصومة القضائية وهما طرفان على الأقل، الأول هو المدعى ويسمى طالب التحكيم والثاني مدعى عليه ويسمى المتحكم ضده، إلا أن في المجموعة العقدية تتعدد العقود وأطرافها،

الأطراف في المجموعة العقدية هم ليسوا اطراف في اتفاق التحكيم و بالتالي لا يمكن أن يجبر اطراف اتفاق التحكيم على التدخل أو إدخاله في الخصومة التحكيمية و لا يكون الحكم نافذاً في مواجهتهم أو يمس مركزهم القانوني، إلا بموافقة أطراف اتفاق التحكيم والذي به تم اعتراف اطراف التحكيم بأحقية كون الأطراف في المجموعة العقدية هم اطراف في اتفاق التحكيم و تأثرهم سلباً وايجاباً بالحكم [١].

وما يهمنا بيان من إمكانية تدخل أو ادخال أطراف المجموعة العقدية في اتفاق التحكيم أو أن الأخير يشمل جميع أطراف المجموعة العقدية في جميع إجراءات التحكيمية، ولأطراف اتفاق التحكيم البدء في إجراءات التحكيم كما لا يجوز رفع دعاوى التحكيم من قبل أطراف أخرى غير الأطراف في اتفاق التحكيم ومن ضمنها توجيه طلب تحكيم ضد شخص ليس من ضمن اتفاق التحكيم[٢]، فالسؤال الذي يطرح هنا هل يشترط تطابق أطراف اتفاق التحكيم مع أطراف خصومة التحكيم؟.

---

(١) د. محمد ماهر ابو العينين، د. عاطف محمد عبد اللطيف، دراسة تحليلية لاتجاهات الفقه واحكام المحكمة الدستورية العليا ومحكمة النقض والمحكمة الادارية العليا ومحكمة القضاء الاداري ومحاكم الاستئناف في خصوص التحكيم الدولي والداخلي، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٣٤٩.

(٢) د. الانصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص ١٠٥.

ولبيان ذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول تدخل الغير في الخصومة التحكيمية، وفي المطلب الثاني نتناول ادخال الغير في الخصومة التحكيمية.

المطلب الأول

تدخل الغير في الخصومة التحكيمية

التدخل في خصومة التحكيم هي تدخل شخص من الغير بإرادته في الخصومة القائمة أما للمطالبة في حق له أو الانضمام إلى أحد الخصوم [١].

ولتعدد اطراف المجموعة العقدية في اتفاق التحكيم وكذلك هي في إجراءات التحكيم وذلك أما ان يكون تدخل انضمامي بناء على طلب الخصوم أو التدخل من قبل أحد طراف المجموعة العقدية من تلقاء نفسه لوجود مصلحة تربطهم أو تأثره بالحكم الصادر فيها ويسمى بالتدخل الاختصامي [٢].

في حالة التدخل الانضمامي لا يعد استثناء حول وجوب تقتصر الخصومة على اطراف اتفاق التحكيم، اذ التدخل الانضمامي في خصومة التحكيم من الممكن جوازه على أساس هذا التدخل، تدخل لمساعدة الشخص الذي يتدخل لحمايته [٣].

بمعنى أن المتدخل الانضمامي لا يعدّ طرفاً في الخصومة؛ لأن دوره في المساعدة لذلك ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أن التدخل الانضمامي جائز ولكن المتدخل لا يعد طرفاً في الخصومة؛ لأنه ليس له حقوق الطرف في الخصومة ولا يستطيع أن يتخذ موقف معارض مع موقف الخصم

---

(١) د. فهيمة احمد علي القماري، المرجع السابق، ص ٥١٣.
(٢) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص٣٣٨.
(٣) د. الانصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ١١٢.

الذي تدخل منضماً إليه إلا أن تدخله موقوف على إرادة الأطراف وهيئة التحكيم نظراً للطبيعة الاتفاقية للتحكيم لكون تدخله وقف على إرادة الأطراف بقبوله [١].

إلا أن البعض الآخر من الفقه اتجه بالقول في أن المتدخل في خصومة التحكيم يعد طرفاً فيها بمجرد قبول تدخله وذلك لكون الحكم الصادر في الدعوى التحكيمية حجة له أو عليه [٢].

إنّ السماح للمتدخل بالتدخل بهذه الطريقة هو حماية لمصالحة، إذا لم يتدخل في النزاع، فقد لا تكون هناك إمكانية للاستئناف بعد صدور الحكم، علاوة على ذلك، فإن السماح للمتدخل بالتدخل في القضية لا يضر بالأطراف لأنه يستبعد المطالبات الجديدة التي قد تستغرق وقتًا أطول للفصل فيها، كما أنه لا يضر هيئة التحكيم، لأنه لا يضع عبئًا على هيئة التحكيم يتجاوز المهمة التي قبلتها[٣].

أما حالة التدخل الاختصامي فهي عبارة عن تدخل شخص من الغير في خصومة قائمة للمطالبة بحق لنفسه مرتبط بالخصومة أو بمحلها في مواجهة احد طرفي الخصومة التحكيمية [٤] .

فيختلف التدخل الإنضمامي عن الاختصامي في أن الأخير يؤدي إلى توسيع نطاق الخصومة من ناحية الأشخاص والموضوع نتيجة للمطالبة بحق له في الخصومة وهو عكس التدخل الانضمامي الذي ليس له مصلحة مشتركة مع اطراف الخصومة، لكن هذا لا يعني أن بإمكان أي شخص التدخل في الخصومة التحكيمية إلا فقط من يعد طرفاً فبالتالي يعد خصم [٥].

---

(١) د. محمد نور شحاتة، المرجع السابق، ص ١٤٤.
(٢) د. احمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص ٣٣٤.
(٣) د. عبلة خالد الفقي، المرجع السابق، ص ١٣٧.
(٤) د. عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص ٩٩.
(٥) د. فهيمة احمد علي القماري، المرجع السابق، ص ٥١٦.

يكاد يجمع الفقه إلى اعتبار التدخل الاختصامي غير جائز في الخصومة التحكيمية وان كان المتدخل هو طرفاً في العلاقة القانونية التي تجمع اطراف التحكيم؛ وذلك لان المتدخل يمثل تعد مباشر على إرادة الخصوم و أن الأخير يرغبون بحصر نطاق النزاع فيما بينهم و لتدخله فيه إطالة امد النزاع وفيه افشاء للسرية [١].

ذهب البعض من الفقه أن الطرف في المجموعة العقدية يمكن أن يتدخل اختصامي وانضمامي من دون الحاجة إلى موافقة أطراف الخصومة؛ وذلك لأنه طرف في اتفاق التحكيم إذ يمكن أن يتدخل قبل بدء الخصومة وإجراءاتها، إلا أنه يخضع للسلطة التقديرية لهيئة التحكيم [٢].

فعادة يكون موضوع النزاع غير قابل للتجزئة واتفاق التحكيم لم يشمل كل اطراف العلاقة العقدية جميعاً، فيجب موافقة اطراف الخصومة التحكيمية لتدخل وإدخال الغير ومن ثم تنظر هيئة التحكيم بهذا القبول وان عدم القبول فان من المستحيل لهيئة التحكيم أن تباشر عملها وعليه ليس هناك محل لاستمرار في الخصومة التحكيمية [٣].

ويعتمد التدخل في نظرية مجموعة العقدية التي لديها تم تطويره في سياق توحيد أحكام التحكيم، بموجب هذه الحجة، ينبغي السماح للطرف في المجموعة العقدية بالانضمام إلى التحكيم أو التدخل فيه إذا كانوا ينتمون إلى مجموعة من العقود، وقعت واحدة منها على الأقل اتفاق تحكيم و يهدف إلى إلزامها [٤].

---

(١) د. طلعت دويدار، المرجع السابق، ص ٢٩١.

(٢) د. فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص ٣٤٣.

(٣) د. نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، المرجع السابق، ص ١٧٥.

(4) S. I. Strong, Intervention and Joinder As of Right in International Arbitration: An Infringement of Individual Contract Rights or A Proper Equitable Measure?, 31 Vand. J. Transnet's L, Vol.31,1998, p994.p915.

و ذهب جانب اخر من الفقه إلى التمسك بالجانب الاتفاقي للتحكيم، وبأنه يمكن الحصول على الموافقة على الانضمام والتدخل أثناء مفاوضات العقد وأن هذه هي أنسب طريقة للتعامل مع مشاكل النزاعات متعددة الأطراف [١] إلا أن هذا الرأي يتجاهل حقيقة تكاليف التفاوض التي تصاحبه وكذلك احتمال أن تكون الأطراف غير قادرة أو غير راغبة في إنشاء شروط تحكيم تحمي حقوق الغير.

نص قانون المرافعات العراقي في حالة التحكيم على التدخل في الدعوى المدنية وهو على غرار اجازته لإدخال الغير[٢] .

وتضمن القانون النموذجي للتحكيم التجاري في المادة (٢٨) بفتح الباب امام الخصوم باللجوء إلى القضاء الوطني للحصول على الأدلة والتي قد تحول دون حصول المحكم عليها بسلطة الامر وسواء تمثلت بإلزام الغير بشيء معين أو غيرها [٣].

([5]) S. I. Strong, p916.

([٢]) نصت المادة (٦٩) على "١- لكل ذي مصلحة أن يطلب دخوله في الدعوى شخصا ثالثا منضما لأحد طرفيها، أو طالبا الحكم لنفسه فيها، إذا كانت له علاقة بالدعوى أو تربطه بأحد الخصوم رابطة تضامن أو التزام لا يقبل التجزئة أو كان يضار بالحكم فيها" تقابلها المادة (١٢٦) من قانون المرافعات المصري والتي نصت على "يجوز لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الدعوى منضماً لأحد الخصوم أو طالباً الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالدعوى. ويكون التدخل بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة أو بطلب يقدم شفاهاً في الجلسة في حضورهم ويثبت في محضرها ولا يقبل التدخل بعد إقفال باب المرافعة"، وتقابلها المادة (٣٢٠) من قانون المرافعات الفرنسي والتي نصت على " لا يُقبل التدخل إلا إذا كان مرتبطًا بمطالبات الأطراف من خلال ارتباط كافٍ" والمادة (٣٣٠) نصت على"يكون التدخل عرضيًا عندما يدعم ادعاءات أحد الأطراف".

([٣]) نصت المادة(٢٧) من القانون النموذجي للتحكيم التجاري على " في إجراءات التحكيم يجوز لهيئة التحكيم أو لأي من الطرفين بموافقة الهيئة، طلب المساعدة من محكمة مختصة في هذه الدولة للحصول على الأدلة، و يجوز للمحكمة أن تنفذ الطلب في حدود سلطتها و وفقاً لقواعدها الخاصة بالحصول على الأدلة".

المطلب الثاني

ادخال الغير في الخصومة التحكيمية

الادخال في خصومة التحكيم هي اجبار الشخص من الغير أن يصبح طرفاً في خصومة قائمة بناءً على نص القانون أو طلب من احد الخصوم أو أمر تصدره المحكمة من تلقاء نفسها [١]، وهو ما يسمى بالاختصام والذي يعد وسيلة لاستكمال النطاق الشخصي للخصومة متى ما كشف الخصوم في الدعوى التحكيمية أو الهيئة التحكيمية أن هناك أشخاصاً وجوب رفع دعوى عليهم و لكن الخصوم لم يدركوا لذلك[٢].

والغاية من إدخال الغير في الخصومة هو العمل على تحقيق عدة اغراض منها الحكم عليه بطلبات معينة، أو جعل الحكم الصادر في الدعوى الأصلية حجة عليه أو قد يكون الغاية هو الزام الغير بتقديم ورقة تحت يده تكون منتجة في الدعوى [٣].

فالاصل أن لنطاق التحكيم يشمل اطراف اتفاق التحكيم ومن يمتد أثره إليه فيتسع نطاق الخصومة فلا يجوز أن يختصم أمام هيئة التحكيم من ليس طرفاً في اتفاق التحكيم ومن يمتد أثره إليه وسواء كان هذا الادخال ابتداء أو إدخاله في الخصومة القائمة [٤].

فقد يكون اطراف اتفاق التحكيم أكثر من طرف واحد، فتتعدد خصومة التحكيم وترفع بواسطة أحد الأعضاء متعددي الأطراف، وان هذا لا يمنع من ادخال احد الخصوم ممن يمتد اليهم اثر اتفاق التحكيم طالما أن أي طرف من الأطراف يعتبره اتفاق التحكيم، طرف، فينطبق هذا الحكم على اطراف

---

(١) د. فهيمة احمد علي القماري، المرجع السابق،٥٦٢.

(٢) د. نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص٣٠٢.

(٣) د. الانصاري حسن النيداني، المرجع السابق، ص٥١١.

(٤) د. فتحي والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص٣٤١.

المجموعة العقدية فيكون اتفاق التحكيم الخاص به ساري المفعول نحوهم وبالتالي اثره كحق ادخال أحد اطرافهم، وبذلك لا تكون هناك حاجة إلى موافقة اطراف الاتفاق أو هيئة التحكيم [١].

وعليه أن الادخال من يجوز إدخاله يخضع لسلطة هيئة التحكيم فهي ليست ملزمة بإجابة طلب أحد طرفي الخصومة إدخاله، ولو توافرت شروط هذا الإدخال، فللهيئة عدم قبول إدخال شخص من الغير إذا رأت أن هذا الإدخال مما يُعطل البت في النزاع، ما لم يكن هذا الإدخال لازماً بسبب التعدد الوجوبي الأطراف الخصومة كحالة المجموعة العقدية، وكذلك فإنه لا يجوز لهيئة التحكيم أن تأمر من تلقاء نفسها بإدخال أي شخص من غير أطراف الاتفاق على التحكيم، وإنما يجوز لها هذا فقط إذا كان من تأمر بإدخاله لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة طرفاً في اتفاق التحكيم أو ممن يمتد إليه أثر هذا الاتفاق، ولحماية لهذا الغير من إذا كانت هيئة التحكيم هي التي أمرت باختصام من لا ينصرف إليه آثار الاتفاق على التحكيم وذلك لحمايته من تواطئ طرفي الخصومة والغش[٢].

أما اذا كان المطلوب اختصامه هو الغير الذي لم يكن طرفاً في اتفاق التحكيم أو ممن يمتد اليه الاتفاق فلا يجوز اختصامه لا من قبل الخصوم ولا من تلقاء نفس هيئة التحكيم حتى لو كان الاختصام لمصلحة العدالة، فإذا تم اختصامه في خصومة التحكيم جاز له الحضور فيها والدفع بعدم جواز اختصامه لأن اتفاق التحكم لا ينصرف أثره إليه كما يجوز له الامتناع عن الحضور أمام هيئة التحكيم ولا يكون الحكم الصادر في هذه حجة عليه[٣].

---

(١) د. محمد عاطف الفقي، المرجع السابق، ص١٠٩، د. احمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص ٣٤٦.

(٢) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص٣٤٢.

(٣) د. مصطفى محمد الجمال و د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص ٦٣٧.

غير هؤلاء ممن لا ينصرف إليهم أثر الاتفاق على التحكيم فلا يجوز اختصامهم، ومن تم اختصامهم فيها من قبل أحد أطراف الخصومة، كان لهم الحضور فيها والدفع بعدم جواز اختصامهم لكون أثر التحكيم لا ينصرف إليهم، فهم غير ملزمين بالمثول وتقديم هذا الدفع؛ لأن الحكم الصادر في الإجراءات ليس بأي حال من الأحوال حجة عليهم[١].

مما يعني أن أطراف اتفاق التحكيم هم الذين قاموا بالتوقيع عليه من الأساس و من امتد إلى غيرهم كاطراف المجموعة العقدية فاذا تم تدخل أو أدخال طرف في الخصومة التحكيمية أو خارج من الذين يمتد اليهم الاتفاق فان لأطراف الخصومة التحكيمية بأبعاده؛ وذلك لان هيئة التحكيم تستمد ولايتها من اتفاق التحكيم [٢] ، و أن المسالة تتعلق بفكرة ولاية المحكم والتي يستمدها من اتفاق الخصوم ولهذا الاتفاق اثر نسبي من حيث اشخاصه فلا يلزم غير اطرافه أو من يمتد اليهم اتفاق التحكيم [٣].

وذهب جانب آخر من الفقه في أن اختصام الغير بوجه عام في الخصومة هو اعتداء على حريته الشخصية في اللجوء للقضاء و انه من صور الإجبار القانوني على التقاضي لأنه يؤدي إلى اجبار الغير في الخصومة رغماً عنه أو يكون وقت غير مناسب بالنسبة له لرفع دعواه [٤].

ويرى بعض الفقه المعارضين للتدخل والادخال في الخصومة التحكيمية ممن يمتد اليهم أثر التحكيم في أن السماح لأطراف المجموعة العقدية بالدخول في إجراءات التحكيم ينتهك سرية الأطراف

---

(١) د. عاطف محمد الفقي، المرجع السابق، ص ١٠٠.

(٢) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص٣٤١.

(٣) د. طلعت دويدار، ضمانات التقاضي في خصومة التحكيم، دار الجامعة الجديد، مصر، ٢٠٠٩، ص٢٩٤.

(٤) د. احمد أبو الوفا، قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط٥، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٠، ص ٢١٠.

ومع ذلك[١]، فإن اطراف المجموعة التي ترغب في الانضمام إلى التحكيم أو التدخل فيه تمتلك بالفعل العديد من الحقائق ذات الصلة، وعادة ما لا تكون الأطراف التي من شأنها أن تسبب مخاوف تتعلق بالسرية.

وذهب جانب اخر من الفقه قد تشمل بخصومة التحكيم شخص لم يبرم اتفاق التحكيم أصلاً إلا أنها من الممكن أن تمتد خصومة التحكيم عن طريق التدخل والادخال، نظراً لخصومة التحكيم ونشأتها الاتفاقية تحول دون ذلك إلا أن ما يجعل اللجوء إلى التحكيم هو كونه طريق ايسر من القضاء فيمتد إلى من يكون طرفاً في اتفاق التحكيم أو ممن يمتد اليهم هذا الاتفاق فإذا كانت هناك مصالح متعلقة بالنزاع فبالإمكان ادخالهم في الخصومة كحالة المقاول الاصلي مع رب العمل عند مسائلة المقاول من الباطن نتيجة عيوب تنفيذ اعماله [٢].

إلا اننا نرى أن ادخال أو تدخل الغير يؤدي إلى جعل التحكيم نظام اجباري وهو ما لا يجوز و إن كان الغير طرفاً في العلاقة الاصلية ولكن هو ليس كذلك في اتفاق التحكيم. وللغير حق مثله كمثل طرفي اتفاق التحكيم باللجوء إلى هيئة التحكيم لفض النزاعات الناشئة أو المحتملة النشوء في المستقبل، وفي ضوء الآثر الإيجابي لامتداد اتفاق التحكيم يتطلب اللجوء إلى التحكيم اتباع إجراءات التحكيم وفقًا للاتفاق واعتبار الحكم الصادر فيه وكأنه صادر من المحكمة مختصة في النظر إلى النزاع [٣].

([1]) S. I. Strong, Intervention and Joinder As of Right in International Arbitration: An Infringement of Individual Contract Rights or A Proper Equitable Measure?, 31 Vand. J. Transnat'l L, Vol.31,1998, p994.

(٢) د. محي الدين اسماعيل علي الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص ٢٩.

(٣) مها عبد الرحمن الخواجا، المرجع السابق، ص ١١٧.

المبحث الثالث

المشاكل الناتجة عن اتفاق التحكيم في المجموعة العقدية

عندما يدفع أحد الخصوم أمام المحكم بعدم اختصاصه استناداً إلى عدم وجود اتفاق تحكيم أو لبطلان هذا الاتفاق، فعلى المحكم البحث عن القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم لتقدير صحة وجودة أو بطلانه لتزاحم القوانين حول هذا الاتفاق ومدى صحة الدفع، ولمنع تعدد الاحكام الصادرة التي تنشا صعوبة في تنفيذ أي منهما [١].

وعليه سوف نتناول في هذا المبحث اختلاف القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم في المطلب الأول وتعدد الاحكام وتعارضها في المطلب الثاني.

المطلب الأول

القانون الواجب التطبيق على اجراءات التحكيم

يثير اتفاق التحكيم في المجموعة العقدية والذي تتعد فيه الأطراف، تنازعاً في القوانين، فتتزاحم القوانين حول تقدير صحة وجود الاتفاق من عدمه ومن ثم تحديد القانون الواجب التطبيق، إلا أن اختيار القانون المناسب لحكم هذا الاتفاق يشكل من الخطورة والاهمية وخصوصاً في حالات اختيار القانون الواجب التطبيق يمثل بالنسبة للبعض صحيحاً وموجوداً، وباطل ومنعدم بالنسبة للبعض الاخر [٢].

([1]) د. حميد لطيف، التحكيم متعدد الأطراف في منازعات عقود التشييد، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد١، ٢٠١٣، ص٧٣.

([٢]) عبد الباقي حمدي احمد، التحكيم متعدد الأطراف، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بنها، مصر، ٢٠١٦، ص٣٤٨.

ويقصد بالقانون الواجب التطبيق على التحكيم هو مجموعة القواعد القانونية التي تطبق على النزاع من وقت حصول الاتفاق على التحكيم إلى وقت صدور أمر تنفيذه، وللأفراد التمتع بالحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم سواء قبل نشوء النزاع شرط تحكيمي أو بعد نشوء النزاع مشارطة التحكيم [١].

فعندما يدفع احد الخصوم بعدم وجود اتفاق تحكيم أو بطلانه، وفي هذه الحالة يجب على هيئة التحكيم البحث عن القانون الواجب التطبيق للتأكد من صحة الدفع المثار، وبالنظر لارتباط عقود المجموعة العقدية ولأنها بعض الأحيان تأخذ طابعاً دولياً فيختلف القانون الواجب التطبيق على كل عقد سواء توافر فيها اتفاق تحكيمي ام يمتد الاتفاق إلى باقي اطراف المجموعة.

أن المسلم به على نطاق واسع في قوانين وقواعد التحكيم الحديثة أن القرارات المتعلقة بالتحكيم والقانون الواجب التطبيق عليه تتخذ قدر الإمكان عادة تنفيذ نوايا اطراف اتفاق التحكيم، وبالتالي يجب النظر أولا إلى اتفاق التحكيم وثانياً إلى قواعد المؤسسة التي اختاراها الأطراف وذلك لان القانون الذي يختاره الأطراف له مكونان هو قانون التحكيم الداخلي الذي ينظم إجراءات التحكيم امام هيئة التحكيم وداخلها، وقانون التحكيم الخارجي الذي يوفر الاطار التنظيمي لإجراءات التحكيم فيما يتعلق بالمحاكم التي قد تؤدي إلى وظيفة مراقبة أو مساعدة إجراءات التحكيم[٢].

ونظرًا لأن إرادة الأطراف تتمتع بأكبر قدر من القوة لاختيار اللجوء إلى التحكيم، فمن نافلة القول أن الإرادة نفسها ستلعب دورًا في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، وبالنظر

---

(١) د. محمود مختار بربري، مصد سابق، ص١٢٩.

(2) Andrea Marco Steingruber, Nature And Extent Of Consent In International Arbitration, School Of International Arbitration Notion, Queen Mary University Of London, Thesis, London, 2009, P92

إلى أن مبدأ سلطة الإرادة يستمد من حرية الأطراف في اختيار القانون المطبق على التحكيم وفقًا لطبيعته الاتفاقية.

بمعنى أن الأصل تطبيق إرادة اطراف اتفاق التحكيم حول القانون الواجب التطبيق وفي حالة غياب إرادة أطراف الاتفاق فيترك الامر لهيئة التحكيم في اختياره، وللمحكم كامل الحرية في اختيار القانون الملائم لحكم موضوع النزاع، لأنه غير مقيد بأي أنظمة ولا بقواعد التنازع في قواعد القانون الدولي الخاص [١].

ويتلخص عمل المحكم في البحث عن القانون أو القواعد التي تحكم موضوع النزاع، وذلك من خلال البحث عن إرادة خصوم المنازعة في هذا الشأن كل من الإرادة الصريحة أو الضمنية أو من خلال تطبيقه لقواعد القانون الدولي الخاص أي بمعنى من خلال تطبيقه لقواعد تنازع القوانين في حالة غياب قانون إرادة الأطراف، و قاعدة التنازع التي يمكنه الاعتماد عليها لتحديد هذا القانون، هي قواعد التنازع في قانون دولة مكان التحكيم كما و تذهب أحيانا بعض قرارات التحكم إلى قواعد تنازع القوانين التي يراها المحكمون مناسبة منها قواعد تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص لأحد أطراف المنازعة، وكثيرا ما يواجه المحكم بعض الحالات التي يتعين فيها الحكم على موضوع النزاع وفقا لقواعد وأعراف التجارة الدولية والمبادئ القانونية العامة أو المشتركة المعمول بها في المجتمع الدولي، وبالتالي المحكم غير مقيد بتطبيق قانون معين ولكن يبحث عن القانون الأنسب لحكم موضوع النزاع [٢] .

---

(١) د. مصطفى محمد الجمال و د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص٣٠٨.

(٢) د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص ١٤٠.

وما ان تم توحيد العلاقة التي تخضع لها أطراف المجموعة الواحدة فيمكن القول بتوحيد النظام القانوني لأطراف هذه المجموعة وبالتالي يترتب على ذلك ضرورة توحيد القانون الذي سيطبق على النزاع الذي قد ينشب بين أطراف هذه المجموعة، وعلى ذلك إذا لجا رب العمل لدعوى التحكيم ليطالب المقاول من الباطن بالتعويض عن الإخلال بالتزاماته باستخدام المقاول الأصلي، فيكون القانون الواجب التطبيق هنا طبقا لأحكام العلاقة التعاقدية التي ساهم مقاول الباطن فيها [١]، فعندما يتعاقد رب العمل مع مقاول الأصلي وهو فرنسي ويتضمن بند اللجوء إلى التحكيم في تطبيق القانون الفرنسي في النزاعات، وثم ابرم المقاول الأصلي مع مقاول من الباطن وكان إيطالي الجنسية وتضمن العقد اللجوء إلى التحكيم و بتطبيق القانون الإيطالي عند حدوث نزاع، ومن ثم عند مطالبة رب العمل عن التعويضات نتيجة الاخلال بالتزاماته عن طريق استخدام المقاول الأصلي، فيكون بذلك القانون الواجب التطبيق طبقاً للعلاقة التعاقدية التي ساهم بها المقاول من الباطن وهو القانون الإيطالي.

من الجدير بالذكر أن تطبيق اتفاق التحكيم هذا لا يشكل قضية داخل المجموعة ولا يؤثر على استقلالية العقود عن بعضها البعض، إذ إن لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي أن بعض القضاء كالقضاء الفرنسي لم يستند إلى تطبيق هذا المبدأ على اتفاق التحكيم الدولي لذلك "يرى الفقه الفرنسي أن اتجاه القضاء الفرنسي يعتبر اتفاق التحكيم مستقلا عن العقد الأصلي أيا كان الحل الذي يتبناه القانون الأجنبي الذي محتمل التطبيق على هذا العقد وأي كانت طبيعة القواعد الواجبة التطبيق على اتفاق التحكيم ذاته"[٢].

---

(١) د. مصطفى محمد الجمال و د. عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص٣١٥.

(٢) د. حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة لاتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص٢٥.

فالقانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم والتي تحكم كافة المسائل الإجرائية التي تنشا في أثناء سير المنازعة مثل كيفية تقديم الطلبات والدفوع وتحديد قواعد الحضور والغياب، فيجب الحرص على عدم الدمج بين القانون الذي يحكم الإجراء والقانون الذي يحكم الموضوع، فالأصل ترك المجال لإرادة الخصوم لتحديد النظام الاجرائي أو تفويض هيئة التحكيم في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم فقد تكون مراكز أو لوائح منظمة [١].

بينما ذهب جانب اخر من الفقه بعدم ضرورة التفرقة بين القانون الواجب التطبيق على الإجراءات وعلى موضوع اتفاق التحكيم، اتفاق التحكيم عقد تتولد عنه التزامات شأنة أي عقد اخر وان كان محله ينصب على تنظيم الإجراءات بالتحكيم فهو عقد يسبق الإجراءات ولا يعد مرحله من مراحله، وعليه فأن القانون الواجب التطبيق على التحكيم هو قانون إرادة أطراف العقد [٢].

فامتداد اتفاق التحكيم على عقود المجموعة العقدية ومن ثم توحيد الاحكام التقاضي داخل المجموعة وان لعدم توحيدها يؤدي هذا إلى حدوث تضارب في القانون الذي يحكمهم، حيث أن العلاقة بين الأطراف في المجموعة العقدية تحكمها قواعد المسؤولية العقدية، مما يؤدي بالضرورة إلى قانون موحد ينطبق على النزاعات، سواء كان الرجوع على الطرف المسؤول من الطرف المتعاقد معه أم من الطرف المتضرر [٣].

ولاتفاق التحكيم الذي له خصائص معينة، سواء من حيث القانون الذي تطبقه، أو من حيث النطاق الأوسع للتطبيق أي في مجال التجارة الدولية، ولتطبيقه لقواعد القانون الدولي الخاص، ولا سيما التوافق مع مؤسسات التحكيم والقواعد المادية المرنة المتسقة لقواعد القانون الدولي الخاص، اذ

---

(١) د. طلعت دويدار، المرجع السابق، ص ٣٣.
(٢) د. حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص١٦٣.
(٣) د. فيصل زكي عبد الواحد، المرجع السابق، ص ١١١.

أن مجال تطبيق التحكيم الأكثر شيوعًا هو في إطار عقود التجارة الدولية، وبالإضافة إلى الحاجة إلى المعالجة العاجلة في إطار عقود التجارة الدولية ، ولتطبيق اتفاق لتحكيم على جميع العقود المجموعة فإنها توحد أيضًا التقاضي ضمن آلية الفصل التحكيم في المنازعات الناشئة عن عقود المجموعة العقدية[١].

المطلب الثاني

تعدد الاحكام وتعارضها وإمكانية ضمها

المجموعة العقدية تتمتع باستقلال من الناحية القانونية وترتبط بعضها ببعض برابطة تبعية من طبيعة اقتصادية، فينشأ تعدد أحكام وتعارضها في اتفاق التحكيم الوارد في المجموعة العقدية، نتيجة لإثارة النزاع المتولد عن هذه العقود أمام أكثر من هيئة من هيئات التحكيم، فبتعدد الأطراف، تتعدد تحكيمات، وبالتالي تعارض الاحكام، فحاول بعض من الفقه[٢] إلى إيجاد حل مناسب لهذا التعدد متمثل بضم التحكيمات تجنباً لتشتيت المنازعات بين اكثر من هيئة وحدوث أحكام متعددة ومتعارضة بين اطراف المجموعة العقدية.

فقد يرغب المحتكم أو المحتكم ضده أن ينضم تحكيمه إلى تحكيم آخر، وقد يكون أحد الاطراف في التحكيم ليسوا هم أنفسهم في التحكيم الأول، وهذا يعني أن أحد الطرفين في التحكيم الثاني من الغير بالنسبة للتحكيم الأول، فمن المصلحة أن تنظر هذه المنازعات المرتبطة امام محكمة تحكيم واحدة بغية منع تناقض الأحكام، وذلك لان يثير ويبقى السؤال ما يملك المحكم سلطة ضم التحكيمات

---

(١) د. محمد حسين الحاج علي، المرجع السابق، ص٥٤٢.

(٢) د. فهيمة احمد علي القماري، المرجع السابق، ص ٤٨٨.

كنظيره القاضي الوطني الذي يملك ذلك بالنسبة للمنازعات القضائية المرتبطة، أم الابقاء على إجراءات التحكيم منفصله مع ما قد يحتمل حدوثه من صدور أحكام متعارضة[١].

حيث تتمتع هيئات التحكيم المتعددة بصلاحية الاستماع إلى النزاعات الناشئة بين أطراف اتفاقية التحكيم، سواء في مؤسسة تحكيم واحدة مثل غرفة التجارة الدولية، أو مؤسستين مختلفتين، مثل محاكم لندن الدولية للتحكيم وجمعية التحكيم الأمريكية، من المحتمل أن يؤدي إلى تعدد التحكيمات في إطار المجموعة العقدية هذا إلى أحكام متضاربة من كل من الهيئتين [٢].

فتعارض المصالح بين اطراف العقود المكونه للمجموعة العقدية يؤدي إلى عدم رغبتهم في ضم التحكيمات مع بعض وبالتالي إلى اختلاف الاحكام مما يهدد من استقرار المعاملات الاقتصادية [٣].

وان لضم التحكيمات يجنب اطراف تكلفة إجرائية كبيرة إضافة لتجنب احتمال تعارض الاحكام والقرارات والذي يفتح باب امام العديد من الاعتراضات والطعون [٤].

لتجنب إصدار أحكام متعارضة في إطار المجموعة العقدية فتكون الجهة التي تنظر النزاع هي لصالح القضاء وليس التحكيم باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل ما لم يتفق الأطراف على ضم التحكيمات فعند وجود تحكيمات بين اطراف المجموعة فالمتصور اتفاق الأطراف على ضم التحكيمات على وفق نظام اجرائي معين في اغلب الاحول يحول تعارض مصالح الأطراف دون الاتفاق [٥].

وفي معظم الحالات لا ينتج الوضع كطرف غير موقع على اتفاق التحكيم ولكن على القبول الضمني وتطور مذهب معني محدد ينطبق على غير الموقعين في سياق المجموعة العقدية وبشكل

---

(١) د. محمد نور شحاتة، المرجع السابق، ص ١١٩.
(٢) د. احمد مخلوف، المرجع السابق، ص٢٦٧.
(٣) د. حميد لطيف، المرجع السابق، ص٦٧.
(٤) د. حميد لطيف، المرجع السابق، ص٦٨.
(٥) د. هدى عبد الرحمن مجدي، دور المحكم، المرجع السابق، ص ٢٦٠.

عام ينطبق هذا المذهب عندما يمنع احد الأطراف بسلوكه من انكار أن الطرف الاخر المعني يحق له الاعتماد على اتفاق التحكيم، اذ استخدم لمنع الطرف الموقع من تجنب التحكيم مع طرف غير موقع [١].

ويبدو أن خلاف حول مسألة الضم الاختياري أو اجباري لتحقيق المصلحة المرجوة لمنع تعارض الاحكام، فذهب البعض إلى السماح بالضم الاجباري توحيداً للحلول بين الدعاوى والاستفادة من مزايا التحكيم عند تعدد اطرافه ورغم عدم موافقة الأطراف [٢].

على الرغم مما يوفر ضم التحكيمات من ميزات إلا انه لقرار الضم يتجاوز فيه إرادة الاطراف التي اطمأنت لاختيار هيئة تحكيم معينة وهو ما يتعارض مع ما هو سائد في فرنسا وغالبية الدول والتي تتخذ موقفاً حذراً من التدخل في خصومة التحكيم احتراماً لإرادة الاطراف [٣]،

إضافة إلى انه تعد من حالات بطلان التحكيم وذلك عدم وجود اتفاق تحكيم صحيح [٤] وهي من الحالات التي اوردها المشرع المصري في المادة (٥٣) من قانون التحكيم المصري [٥].

([1]) Andrea Marco Steingruber, p164.

([٢]) د. محمد عاطف الفقي، المرجع السابق، ص ٢٦٧.

([٣]) د. هدى محمد مجدي، المرجع السابق، ص ١٠٠.

([٤]) من النادر صدور حكم تحكيمي دون وجود اتفاق بين اطرافه منها ما قضت به محكمة استئناف القاهرة في ٢٠٠٤ عند اتفاق الاطراف إلى عرض النزاعات الناشئة عن تنفيذ العقد بينهم إلى القضاء و بالإضافة إلى حقهم في الالتجاء إلى التحكيم ، وعند لجوئهم إلى التحكيم وصدور قرار به تم رفع دعوى امام القضاء ببطلانه ، وبالفعل قضت محكمة استئناف ببطلان التحكيم مبررة ذلك أن "صيغة الاتفاق تثير الشك حول حقيقة ارادة الطرفين بالنسبة لوسيلة فض النزاع، ولهذا يجب تغليب الاصل على الاستثناء" ، ومن ناحية اخرى تتوفر هذه الحالة عندما يقدم احد اطراف التحكيم إلى هيئة التحكيم اوراقاً أو خطابات تتضمن اللجوء إلى التحكيم بينما في الجهة المقابلة يعتبر المدعى عليه أن الاوراق أو الخطابات هي من مرحلة المفاوضات ، د. فتحي والي . التحكيم بين النظرية و التطبيق . ص ٥٧٣.

([٥]) نصت المادة (٥٣) على "١- لا تقبل دعوى بطلان حكم التحكيم إلا في الأحوال الآتية: -أ- إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلا أو قابلا للأبطال أو سقط بانتهاء مدته "، القانون العراقي والفرنسي لم يورد نص تخص هذه الحالة.

لم تتصدى غالبية التشريعات الوطنية لتنظيم هذه المسألة كما لم تشر احكام قانون المرافعات العراقي لها.

المجموعة العقدية ترتب عليها عدة من التحكيمات بشأن نزاع معين أو عدة نزاعات مرتبطة تحكمها المجموعة العقدية وان نظر هذه المنازعات امام هيئة واحدة في قضية واحدة وتنظر في وقت واحد وتنتهي بإصدار حكم واحد، ومن هنا جاءت أهمية التحكيم في المجموعة العقدية والتي سوف يبحث عن محاولة التوفيق بين الاحكام المتعارضة التي قد يستحيل تنفيذها و تؤدي الى زيادة العملية تعقيداً بدلاً من حسمها. ينتج ذلك تجنب اصدار أحكام متعارضة وضمان حسن سير العدالة بتوحيد الجهة التي تنظر النزاع، اذ من المتصور اتفاق الأطراف على ضم التحكيمات وفق نظام اجرائي معين، و في غالبية الأحوال يحول تعارض مصالح الأطراف دون الاتفاق، إلا أن وعلى الرغم من ضم التحكيمات يحقق مزايا لاطراف المجموعة العقدية والذي يقوم على وحدة النزاع إلا انه لا يكون له أساس في ضوء غياب العلم الصريح بالاتفاق.

الخاتمة

الخاتمة

انتهينا بحمد الله تعالى إلى خاتمة هذه الرسالة بعنوان دور التحكيم في المجموعة العقدية وقد انتهينا من خلال البحث والدراسة إلى النتائج والتوصيات الآتية:

اولاً: النتائج

١. تعد فكرة المجموعة العقدية استثناء لمبدأ الأثر النسبي للعقود، جاء هذا الاستثناء لتأثر العقد بالعوامل الاقتصادية وهو السبب في توسيع العديد من النظريات وصولا لخلق لنظرية المجموعة العقدية.

٢. مكن البناء العقدي للمجموعة العقدية من توسيع نطاق اثر العقد لتشمل طرفاً ثالثاً (الغير) وهم الذين ليسوا اطرافاً في العلاقة التعاقدية نفسها ولكنهم ينتمون إلى مجموعة العقود نفسها.

٣. يعد اتفاق التحكيم عقداً مدنياً من عقود القانون الخاص ذا طبيعة خاصة تميزه عن غيره من سائر العقود المدنية الأخرى.

٤. أغلبية الفقه لم يفرق بين التحكيم و اتفاق التحكيم إلا أنهما يختلفان في كون الأخير يعدّ عقداً من نوع خاص وهو الذي يسري في بنود العقد والذي يمتد دوره للنزاعات في إطار المجموعة العقدية، أما التحكيم بشكل عام يشمل هيئات التحكيم و اتفاق التحكيم و دور المحكم و أنواع اتفاق التحكيم فتختلف الطبيعة حسب الزاوية المراد النظر منها.

٥. التحكيم لا ينطبق على غير الموقعين إلا في مواقف وقضايا نادرة.

٦. امتداد اتفاق التحكيم في إطار المجموعة العقدية يستند على الإرادة الضمنية للأطراف داخل المجموعة و التي يمكن استخلاصها من تدخل الغير في تنفيذ العقد.

٧. امتداد اتفاق التحكيم إلى اطراف المجموعة العقدية وفقاً للقوة التي تربط اطراف العلاقة والمصلحة المشتركة بينهما فقد تلزم بهذه القوة الأطراف بكل أو بعض آثار العقد.

٨. كل من مفهوم المجموعة العقدية واتفاق التحكيم وسع من مفهوم الطرف فيشمل اتفاق التحكيم أطراف المجموعة العقدية بمعنى يتسع نطاق التحكيم ليشمل أطراف المجموعة العقدية والتي تسمح الأخيرة بتوسيع من فكرة الطرف داخلها كذلك.

٩. إذا كان الأصل في مفهوم المجموعة العقدية أن الغير يعد طرفاً بناءً على مشاركته لوحدة المحل في المجموعة أو على وحدة الهدف فقد وسع هذا المفهوم من إمكانية امتداد اتفاق التحكيم في المجموعة والذي يعد بدوره عقد من نوع خاص و الذي يسمح بدوره بامتداد اثر هذا الاتفاق داخل المجموعة فيكون مفهوماً مقارباً للمجموعة العقدية أو حتى أن اتفاق التحكيم يكون مجموعة عقدية بذاته كون يوسع من مفهوم الطرف داخله ليشمل غير الموقعين عليه، وعليه وجود اتفاق تحكيمي يشكل مجموعة عقدية داخل المجموعة العقدية.

١٠. كانت لمحاولات الفقه بتوحيد أحكام المسؤولية في المجموعة العقدية وإقرار القضاء لهذه المسؤولية فمن باب أولى امتداد اتفاق التحكيم داخل المجموعة كون أن لوجود اتفاق تحكيم لحل النزاعات في أحد العقود المكونة للمجموعة؛ و لأن هذا الاتفاق لم يوجد لولا الأصل في وضعه لحل النزاعات في العقود وباستبداله عن القضاء.

١١. اتفاق التحكيم دوره في المجموعة العقدية تسوية النزاعات ما بين أطراف المجموعة والتي لا تتضمن جميع عقودها اتفاق تحكيم، سواء أكانت مجموعة عقدية مترابطة أم متعاقبة بناءً على المعاملات السابقة وعرف التعامل بين أطراف العقود المختلفة أو حالة وجود تبعية اقتصادية بين عقود المجموعة.

١٢. الحلول المقترحة للعلاقات بين أطراف المجموعة العقدية أدت إلى تقليل من نطاق مبدأ نسبية أثر العقد.

١٣. امتداد التحكيم في المجموعة العقدية تنقصه بعض الضمانات منها الموافقة الصريحة أو العلم الحقيقي على اتفاق التحكيم.

١٤. الأطراف العقود المكونة للمجموعة العقدية لا يتمتعان بحرية اتخاذ قرار مباشر بشأن مصير عقدهما بوصفهم جزءاً من المجموعة العقدية.

١٥. تظهر مشكلة عن امتداد اتفاق التحكيم في المجموعة العقدية لتعدد الأطراف داخلها فتتعدد التحكيمات في المجموعة العقدية، وذلك عند تعاقب العقود على محل واحد أو لتحقيق هدف مشترك.

١٦. المشرع العراقي أجاز في حالة التعاقد من الباطن برجوع المالك الأصلي على المتعاقد من الباطن أو العكس، والتي تعد من أنواع المجموعة العقدية، إلا أن المشرع العراقي لم يولي مسألة المجموعة العقدية من الأهمية ولا لمسألة امتداد اتفاق التحكيم في إطار المجموعة العقدية اهتمام يتناسب مع ما تحققه من اهداف في الواقع العملي الاقتصادي.

١٧. على الرغم ما تحققه المجموعة العقدية من توافر ترابط بين العقود و عدم قابليتها للتجزئة فعند وجود اتفاق تحكيمي يمتد هذا الاتفاق إلى باقي الأطراف ايضاً يحقق مصلحة مترابطة بين هذه الاطراف إلا أن بالرغم ماتحققه فهو ينتج وضع يخل بالقواعد العامة كمفهوم الطرف الحديث أو حالة الخصومة التحكيمية أو حتى لحالة ضم التحكيمات لترابط العقود داخل المجموعه فيؤدي إلى عدم حرية الاطراف في اختيار الانضمام إلى التحكيم أو إلى الدعوى أو اختيار هيئة تحكيم؛ وذلك لان الاتفاق يلزم اطرافه و أن امتد إلى باقي الاطراف يجب الحصول على الموافقة سواء من الاطراف التي تمتد إليهم الاتفاق التحكيمي أو قبول انظمامة في الدعوى التحكيمية.

ثانيا: التوصيات

١- نأمل من المشرع العراقي إقرار قانون التحكيم والذي سبق و أن طرحت مسودة قانون التحكيم العراقي لسنة ٢٠١١ ولم ينشر في الجريدة الرسمية إلى الآن.

٢- نوصي المشرع العراقي بأنشاء محاكم خاصة للتحكيم.

٣- تعديل قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وذلك لجعل تنفيذ قرار المحكمين في حيز التنفيذ من دون الحاجة إلى تصديقها ، لإعطاء الثقة لهيئات التحكيم.

٤- لم يعالج المشرع العراقي مسألة امتداد وانتقال اتفاق التحكيم إلى غير الموقعين ونقترح له بإضافة نص في قانون المرافعات الحالي "١- امتداد اتفاق التحكيم إلى غير أطرافه الموقعين عليه، إذا كان هذا الطرف استغل بعلم مسبق فوائد وثمرات العقد الذي تضمن اتفاق التحكيم وتلقى المنافع المباشرة من هذا الاتفاق. ٢- مد اتفاق التحكيم الوارد في العقد الأساسي أو الرئيسي؛ الذي يتعلق بعملية تجارية واحدة ويشكل مع العقود الأخرى المكملة أو التابعة أو المنفذة له وحدة واحدة بحيث يتسع نطاق شرط التحكيم الوارد في العقد الأول للمنازعات المتعلقة بالعقود الأخرى المرتبطة به ولو كانت بين أطراف غير أطرافه. ٣- يعد اتفاقاً على التحكيم كل إحاله ترد في العقد إلى وثيقة تتضمن شرط تحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في احتساب هذا الشرط جزءاً من هذا العقد".

٥- إضافة نص في خصوص الدعوى المباشرة والغير مباشرة في القانون المدني العراقي الحالي" يعد الدائن عند لجوئه إلى الدعوى المباشرة، أو الدعوى غير المباشرة، لحماية الضمان العام المقرر له على أموال مدينه طرفاً في اتفاق التحكيم الذي أبرمه مدينه"

المصادر والمراجع

المصادر والمراجع

اولا: معاجم اللغة العربية

١- محمد بن مكرم بن علي بن جمال الدين ابن منظور الانصاري، لسان العرب، دار الكتب العلمية، المجلد الثامن، الطبعة الثالثة، بيروت، ١٩٨٢.

٢- أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، المجلد ،١ط، ١عالم الكتب، القاهرة، بدون سنة نشر.

ثانيا: الكتب القانونية

١- إبراهيم ابراهيم عبد الغني، المبادئ القانونية لمحكمة النقض في التحكيم التجاري، بدون دار نشر، مصر،٢٠١٤.

٢- ابراهيم احمد ابراهيم، التحكيم الدولي الخاص، ط٢، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٧.

٣- ابراهيم حرب محيسن، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٩.

٤- إبراهيم محمد أحمد دريج، التحكيم الداخلي و الدولي ، بدون دار نشر ،السودان، ٢٠٠٠.

٥- أحمد ابراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١٣.

٦- أحمد ابراهيم عبد التواب، الدفوع المتعلقة باتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣.

٧- أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والاجباري، منشأة المعارف، ط٤، ١٩٨٣.

٨- أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات المدنية، ط٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٠.

٩- احمد السيد صاوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ و أنظمة التحكيم الدولية، ط٢، بدون دار نشر، ٢٠٠٢.

١٠- احمد بركات مصطفى، حق الالتجاء للتحكيم بين القواعد الدستورية والمفاهيم الاتفاقية، بدون دار نشر، ٢٠٠٨.

١١- احمد بشير الشرايري، بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض عليه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١١.

١٢- احمد عبد الكريم سلامة، قانون التحكيم التجاري الدولي والداخلي، ط١، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٤.

١٣- احمد عوض هندي، تنفيذ أحكام المحكمين، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠١.

١٤- احمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، ط٢، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥.

١٥- اسامة شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٤.

١٦- اسامة محمد طه إبراهيم، النظرية العامة لعقود الباطن، ط ،١دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٨.

١٧- الانصاري حسن النيداني، الاثر النسبي لأتفاق التحكيم، دار الجامعة الجديد، مصر،٢٠٠٩.

١٨- جاك غستان وكريستوف جامان ومارك بيو، المطول في القانون المدني (مفاعيل العقد أو اثاره)، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة ١، ٢٠٠٠.

١٩- جعفر مشيمش، التحكيم في العقود الإدارية والمدنية والتجارية و أسباب بطلان القرار التحكيمي و اثاره، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١١.

٢٠- جمال ابو الفتوح محمد ابو الخير، النظام القانوني لاتفاق التحكيم في منازعات العمل، ط١، المكتب العربي للمعارف،٢٠٢٠.

٢١- حسن عبد الباسط جميعي، النظرية العامة للالتزام – أحكام الالتزام، بدون دار نشر،٢٠٠٦.

٢٢- حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسئولية المدنية التقصيرية والعقدية، دار المعارف، الطبعة٢ ،١٩٧٩.

٢٣- حفيظة السيد حداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠١.

٢٤- حفيظة السيد حداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠.

٢٥- حمد الله محمد حمد الله، النظام القانوني لشرط التحكيم في المنازعات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.

٢٦- حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الطبعة ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.

٢٧- خالد محمد القاضي، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، ط١، دار الشروق، ٢٠٠٢.

٢٨- خيري عبد الفتاح السيد البتاتوني، مفهوم المحكم في التحكيم التجاري الدولي، بدون دار نشر، القاهرة، ٢٠١٣.

٢٩- سامية راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، منشأة المعارف، مصر، ١٩٨٤.

٣٠- سليمان مرقس، العقود المسماة(عقد البيع)، ط٤، عالم الكتب. القاهرة، ١٩٨٠.

٣١- سميحة القليوبي، الاسس القانونية للتحكيم التجاري، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠١٢.

٣٢- سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة١، الاسكندرية، ٢٠٠٩.

٣٣- شريف الطباخ، التحكيم الاختياري والاجباري في ضوء القضاء والفقه، دار الفكر والقانون، مصر،٢٠١٠.

٣٤- صبري حمد خاطر، الغير عن العقد (دراسة في النظرية العامة للالتزام)، الطبعة ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠١.

٣٥- طارق سمير طلبة دويدار، الابعاد القانونية لامتداد شرط التحكيم، ط١، مركز الدارسات العربية للنشرو التوزيع، مصر، ٢٠٠٧.

٣٦- عاطف شهاب، اتفاق التحكيم التجاري الدولي والاختصاص التحكيمي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.

٣٧- عاطف محمد الفقي، التحكيم التجاري المتعدد الاطراف، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٥.

٣٨- عبد الحكم فودة، النسبية والغيرية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، مصر، ١٩٩٦.

٣٩- عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني(مصادر الالتزام)، الجزء١، دار احياء التراث العربي، لبنان، بدون سنة نشر.

٤٠- عبلة خالد الفقي، امتداد أثر اتفاق التحكيم للغير، دار الجامعة الجديد، مصر،٢٠٢١.

٤١- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، ط ٥، الجزائر ،٢٠٠٣.

٤٢- غازي خالد ابو عرابي، المقاولة من الباطن، ط١، دار وائل للنشر، الاردن، ٢٠٠٩.

٤٣- فتحي اسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠١٤.

٤٤- فتحي اسماعيل والي، قانون التحكيم بين النظرية والتطبيق، ط١، منشاة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

٤٥- فهيمة احمد علي القماري، اثر اتفاق التحكيم بالنسبة للغير، بدون دار نشر، مصر، ٢٠١٥.

٤٦- فيصل زكي عبد الواحد، المسئولية المدنية في إطار الاسرة العقدية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٢.

٤٧- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠١٠.

٤٨- محمد حسين الحاج علي، مبدأ المفعول النسبي في إطار مجموعة العقود، بدون دار نشر، بيروت، ٢٠١١.

٤٩- محمد حسين عبد العال، مسئولية المتعاقد تجاه الغير في إطار المجموعات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

٥٠- محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء الفقه والقضاء، مكتبة وهيه، مصر، ٢٠٠٣.

٥١- محمد نور شحاتة، مفهوم الغير في التحكيم، دار النهضة العربية، ١٩٩٦.

٥٢- محمد نور عبد الهادي شحاتة، النشأة الاتفاقية للسلطات القضائية للمحكم نطاقها ومفهومها، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٣.

٥٣- محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٣.

٥٤- محمود السيد عمر التحيوي، الوسيلة الفنية لأعمال الاثر السلبي للأتفاق على التحكيم ونطاقه، منشأة المعارف، مصر، ٢٠٠٣.

٥٥- محمود جمال الدين ذكي، النظرية العامة للالتزامات، بدون دار نشر، مصر، ١٩٨٧.

٥٦- محمود عمر محمود، التحكيم علماً وعملاً وفقاً لقوانين التحكيم بدول مجلس التعاون الخليجي، ط١، دار القرار،٢٠٢٠.

٥٧- محمود مختار احمد البربري، التحكيم التجاري الدولي، ط ٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.

٥٨- محي الدين اسماعيل علم الدين، نظرية العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.

٥٩- محي الدين اسماعيل علي الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، الجزء٢، بدون دار نشر، دون سنة نشر.

٦٠- مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969وتطبيقاته العملية، ط١، بدون دار نشر، ٢٠٠٥.

٦١- مصطفى عبد السيد جارحي، عقد المقاولة من الباطن، ط ،١دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.

٦٢- مصطفى محمد الجمال وعكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، ط١، الجزء١، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ١٩٩٨.

٦٣- منير عبد المجيد، الاسس العامة للتحكيم الدولي والداخلي، منشأة المعارف، مصر، ٢٠٠٠.

٦٤- ناريمان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤وتعديلاته، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠١٦.

٦٥- نبيل ابراهيم سعد، التطور في ظل ثبات مصادر الالتزام، الطبعة ١، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٥.

٦٦- نبيل ابراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديد، مصر، ٢٠٠٤.

٦٧- نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، ط١، دار الجامعة الجديد، مصر،٢٠٠٤.

٦٨- هدى محمد مجدي، الاتجاهات الحديثة في ارتباط المنازعات في خصومة التحكيم، ط١، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، ٢٠١٩.

٦٩- هشام المراكشي، الغير في القانون المغربي، ط١، بدون دار نشر، ٢٠١٩.

٧٠- هشام طه محمود سليم، ضمان الاستحقاق في البيوع، الطبعة ١، بدون دار نشر، ٢٠٠٩.

٧١- ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء ١، دار وائل للطباعة والنشر، الاردن، ٢٠٠٢.

ثالثا: الرسائل و الاطاريح الجامعية

١- باسمة لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة،٢٠٠٥.

٢- حاتم رضا السيد، اتفاق التحكيم في منازعات الشركات، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٣.

٣- عباس حسن الصراف، المسؤولية العقدية عن فعل الغير، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٥٥.

٤- عقيل فاضل حمد برهان، عدم تجزئة التصرف القانوني في القانون المدني، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٦.

٥- محمد طاهر الهلالي محمد احمد، نسبية اثر اتفاق التحكيم، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق،٢٠١٢.

٦- محمود عبد الحي عبد الله بيصار، المشكلات القانونية لمبدأ نسبية اثر العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، ٢٠٠٩.

٧- مها عبد الرحمن الخواجا، امتداد اثر اتفاق التحكيم إلى الغير دراسة في التشريع الاردني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، الأردن، ٢٠١٣.

٨- نورة عيسى سالمين، الاعتبار الشخصي في العقود المدنية والتجارية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة قطر، ٢٠٢١.

٩- هناء خيري احمد خليفة، المسئولية المدنية في نطاق الاسرة العقدية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، ٢٠٠٠.

رابعا: البحوث والمجلات العلمية

١- بلال عبد المطلب بدوي، اتفاقات التعاون وأثرها على امتداد شرط التحكيم، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، العدد١، ٢٠١٤.

٢-جابر محجوب علي، المسئولية عن فعل الغير في إطار المجموعة العقدية، مجلة المحامي، العدد ٢٣، الكويت، ١٩٩٩.

٣- حسن مكي مشيري، اثار عقد التحكيم، مجلة الحقوق، العدد ٢٣-٢٤، ٢٠١٤.

٤- سامي سراج الدين، اشكالية مجموعة العقود المرتبطة بعقد المشاركة في القطاع الخاص، مجلة التحكيم العربي، العدد٢٦، ٢٠١٦.

٥- عادل عبد الحميد فجال، مسؤولية المتعاقد التقصيرية في إطار الروابط العقدية، مجلة كلية الشريعة و القانون، المجلد ٣٦، العدد ١، ٢٠٢١.

٦- علي عبد الحميد تركي، التطورات الجديدة لنظام التحكيم في القانون الفرنسي، مجلة القانون والاقتصاد، المجلد ٩٠، العدد٩٠، ٢٠١٧.

٧- كريم ابو يوسف، حوالة وانتقال اتفاق التحكيم، مجلة التحكيم العربي، العدد١٠، ٢٠٠٧.

٨- محمد يحيى الدين ابراهيم، نطاق مبدأ نسبية اثر العقد، بحث منشور لدى مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد ٧، العدد ١٤، مصر،١٩٩٨.

٩- نارمان جميل نعمة النعماني واحمد جبار مخزومي، الاساس القانوني للعلاقة القائمة بالمجموعة العقدية، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ١٢، العدد ٤٢، ٢٠١٩.

١٠- نبراس زاهر الزيدي، المسؤولية المدنية الناشئة عن اخلال الغير بالعقد، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد١، السنة ١٠، ٢٠٠٨.

١١- هبة سالم، مختارات من اهم المبادئ القانونية، مجلة التحكيم العربي، العدد١٩، ٢٠١٢.

١٢- محمود عمر محمود، اشكاليات امتداد شرط التحكيم بالتطبيق على قضية الاهرامات(دراسة مقارنة)، متاحة على الموقع

static.com/uploads/756335/normal_5d2137ef623e8.pdf.

خامسا: القوانين

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

٢- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

٣-القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

٤- قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

٥- القانون المدني الفرنسي رقم ١٣١ لسنة٢٠١٦ باللغة العربية، ترجمة الدكتور محمد حسن قاسم، منشورات الحلبي،٢٠١٨.

سادساً: الاتفاقيات الدولية

١- اتفاقية عمان العربية للتحكيم التجاري ١٩٨٧.

٢- اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها نيويورك ١٩٥٨.

٣- قانون الاونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لعام ١٩٨٥ المعدل سنة ٢٠٠٦.

سابعا: المصادر الأجنبية

1. Aynès , La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes , 1985.
2. Bessis, l'extension ratione personae des conventions d'arbitrage international vers un retour au droit des obligations, petites affiches ,n 154, 2 août , 2012.
3. BROS (S.), Les contrats interdépendants:actualité et perspectives, 2009.

4. Burrus. La., “Circulation of the international arbitration clause: French and Swiss cases” in Latin American Journal of International Trade Law, Vol.3, no.2, 2015.
5. cristián conejero roos y rené irra de la cruz , la extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana:algunas lecciones del derecho comparado , lima arbitration n° 5 - 2012/2013 , seminario: litigación en arbitraje internacional programa, facultad de derecho, universidad de chile.
6. E.Loquin, Différences et Divergences dans le régime de la transmission et del'extension de la clause compromissoire devant les juridictions françaises,Gaz.Pal..2002,Doct.p7, spécifiquement.
7. François terré, philippe simler, yves lequette, françois chénedé, droit civil les obligations, 12édition, éditions dalloz, 2019.
8. Ghassan Taouk, L’autonomie de la clause en droit privé , Université Montpellier, 2021.
9. Gray B.Born , International commercial arbitration, Kluwer law international BV, Nertherlands ,third edition , 2021.
10. Julie Clavel, Le Deni De Justice Economique Dans L’arbitrage INTERNATIONAL L’effet Négatif Du Principe De Compétence

Competence , Thèse Pour Le Doctorat ,Universite Paris Ii Pantheon Assas , 2011.

11. Levi Onyeisi Wilson, party autonomy and enforceability of arbitration agreements and awards as the basis of arbitration, Thesis of Philosophy, School of Law, University of Leicester, 2014.

12. Lidia sokotowska , L'arbitrabilité des litiges de droit privé- perspective comparatiste ,Biblioteka Jagiellonska, Krakowie,2020.

13. Magali BOUCARON–NARDETTO , La réforme de l'article 2061 du Code civil français ,Arbitrage, vol. X, no 1, 2017.

14. P. Mayer, La circulation des conventions d'arbitrage , JDI 2005.

15. Ph. Philippe fauchard, E. Gaillard, B. Goldman, Trait de l arbitrage Commercial international. litec,1996.

16. philippe malaurie , laurent aynès, pierre-yves gautier, droit des contrats spéciaux ,2021.

17. Redfern, A. Hunter, M. Law and ratice of international commercial arbitration 2003.

18. Sami Serageldin, Les clauses ayant effet à l'échelle des groupes de contrats, Thèse pour le doctorat, l'"Université Lyon III Jean Moulin,2014.

19. TRAIN François-Xavier, L'extension de la clause compromissoire — Chronique desannées 2012 – 2017.
20. Xiao - YING LI, "La transmission et l'extension de la clause compromissoire dans 'arbitrage international". Thèse Dijon, 1993.

ثامنا: القرارات القضائية والتحكيمية الفرنسية

1. Cour d'appel de paris , 25 mars 1983 , Rev.arb,p362.
2. cour d'apple de paris , 29 november 1991 , Rve,1992,p617.
3. Cour de Cassation, Assemblée plénière, 12 juillet 1991, 90-13602, Publié au bulliten.
4. Cour de cassation, Chambre civile 1, 21 juin 1988, 85-12.609, Publié au bulliten.
5. Cour de cassation, Chambre civile 1, 9 octobre.1979, 78-12.502, Publié au bulliten.
6. Cour de cassation, Chambre civile 1,18 mai 2005, no 03,12.047, Publié au bulliten.
7. Cour de cassation, civile, 17 novembre 2010, 09-12.442, Publié au bulliten.
8. Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 25 mars 2015, pourvoi no 13-24.796, Publié au bulliten.
9. Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 26 octobre, 2011, no 10-17708, Publié au bulliten.
10. Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 29 Janvier 2014, no 12-29.086, Publié au bulliten.

11. Cour de cassation, civile, Chambre civile 1,27 mars 2007, no 04-20-842, Publié au bulliten.

12. Cour de cassation, civile, Chambre civile 1,8 Jul 2010, no 09-67.013, Publié au bulliten.

ABSTRUCT

In light of the developments taking place in arbitration, which is one of the means of resolving disputes in which the parties to the dispute agree to resort to arbitration, it is considered a mixed system that begins with an agreement of a nature different from the rest of the civil contracts, then it becomes a procedure and then ends with an arbitration ruling. This system is characterized by its successive stages That it has a relative effect, so the arbitration agreement is like any voluntary act, it effects go to its two parties only without benefiting or harming others, and the litigation procedures do not go to its effects on the two parties without benefiting others. One of the results of its inception is the agreement, and what it entails respecting the principle of the authority of the will, but the effect of the arbitration agreement may go to people who did not sign it or vice versa.

In the case of the nodal group, in which the economic reality of the nodal group contributed to the development that took place in it by creating groups of Interests, which can be balanced by recognizing the cause or purpose of contracts that belong to the whole and its function within the nodal group.

The economic reality of the nodal group contributed to the development taking place in it by finding groups of interests that can be balanced by

ABSTRUCT

recognizing the cause or goal of the contracts that belong to the whole and its function within the framework of the nodal group. In accordance with the requirements of justice and to keep pace with economic life and its development and also to avoid the issuance of contradictory legal rulings. However, the application of arbitration in that case may contradict the fundamental and fundamental rules of arbitration, as it is a special means of resolving disputes that is subject to the principle of consensual and proportional, and therefore only the parties are bound. However, the scientific reality confirms that in many cases the achievement of justice and stability of transactions as well as good faith in the implementation of obligations and the prevention of collusion require obligating others to the arbitration agreement or obliging the parties to it in the face of others. This requires searching for clear principles and foundations on which to extend this agreement to others without expansion or narrowing that leads to harming the interests of others or the interests of the parties, That means, the influence of the economic reality is what multiplied the emergence of the nodal group, which sought to legally recognize the reality of the contracts constituting the group by developing its concept and proposing a new reading of the traditional concepts.

Ministry of Higher Education and Scientific Research

University of Missan

College of Law

Private Law Department

The role of arbitration in the group of contracts

(analytical study / comparative)

A letter submitted by the student

Haneen Riyadh jalil Dawood

To the Council of the Faculty of Law - University of Missan as part of the requirements for obtaining a master's degree in private law

Under the supervision of Professor Dr

Dr. Hassanein Dhiaa Nouri

2023 A.D **1444 A.H**