جامعة عبد الرحمان ميرة- بجاية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم قانون الأعمال

الغير في خصومة التحكيم

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

شعبة القانون الاقتصادي وقانون الأعمال/ تخصص القانون العام للأعمال

إعداد الطلبة: **إشراف الأستاذ:**

- بحرية وهيبة. الدكتور قبايلي طيّب.
- عيساني نعيمة.

تاريخ المناقشة22 جوان 2016

لجنة المناقشة

- أغليس بوزيد، أستاذ مساعد"أ"، جامعة بجاية،.....رئيساً؛
- د/قبايلي طيّب، أستاذ محاضر"أ"، جامعة بجاية،.....مشرفاً ومقرراً؛
- مولوج لامية، أستاذة مساعدة "أ"، جامعة بجاية،.....ممتحناً.

السنة الجامعية:

2016-2015.

إهداء

الحمد لله الذي وفقنا لهذا، ولم نكن لنصل إليه لولا فضل الله علينا أما بعد:

نهدي هذا العمل:

إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله لنا اللذان سهرا وتعبا على تعليمنا في إتمام هذا العمل ونسأل الله لهما دوام الصحة والعافية وأن يجعلهما من عباده المتقين الفائزين بجناة النعيم.

وإلى كل الإخوة والأخوات.

إلى كل أفراد العائلة كبيرهم وصغيرهم وكل الأصدقاء من دون استثناء.

في الأخير نرجوا من الله تعالى أن يجعل عملنا هذا نفعا يستفيد منه جميع الطلبة المتربصين المقبلين على التخرج.

نعيمة

وهيبة

شكر وتقدير

نتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى أستاذنا الفاضل المشرف

قبايلي طيّب

على ما بذله من جهد في الإشراف على هذه المذكرة.

كما نتقدم بالشكر للأساتذة الأفاضل المشرفين على مناقشة هذه المذكرة.

والى كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد في انجاز هذه المذكرة.

الطالبتان الباحثتان

قائمة المختصرات:

1- باللغة العربية:

د.د.ن : دون دار النشر.

ج.ر.ج.ج.د.ش : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

د.س.ن: دون سنة النشر.

ص : صفحة.

ص.ص : من صفحة إلى صفحة.

ط : طبعة.

ق.إ.م.إ : قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ق.م.ج : القانون المدني الجزائري.

م : المادة.

2- باللغة الفرنسية:

C.I.R.D.I : Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements.

P : Page.

مقدمة

مقدمة:

إذا كان الأصل أن القضاء، وهو مظهر من مظاهر سيادة الدولة، لا يمارس إلا بواسطة السلطة العامة المخصصة لذلك، فإن الدولة بما لها من سلطة تستطيع أن تعترف لبعض الأفراد أو الهيئات غير القضائية بسلطة الفصل في بعض الخصومات التي تدخل أصلاً في الولاية المقررة للقضاء في نطاق معين ومتى توافرت شروط معينة ويسمى هؤلاء محكمين، حيث يعهد إليهم بمهمة الفصل في النزاعات التي أجاز القانون للأفراد إخراجها من ولاية السلطة العامة في الدولة[1].

أصبح التحكيم[2] من الموضوعات المهمة التي تشغل بال المتخصصين في الدراسات القانونية والاقتصادية[3]، وتظهر أهمية موضوع التحكيم في أنه قضاء خاص، فيه مصلحة خاصة للخصوم تختلف هذه المصلحة من تحكيم لآخر وهو نوع من القضاء يتميز بمصدره الإتفاقي وصفته الخاصة، حيث أن خصومة التحكيم تخضع للمبادئ الأساسية للتقاضي، فالمحكم قاض يباشر عملاً قضائياً منظماً بإجراءات خاصة، والتحكيم ملجأ الأطراف المتنازعة خاصة إذا تعلق الأمر بالمنازعات التجارية التي يرغب أطرافها بسرعة الفصل فيها، وهذا التحكيم يحقق مصالح

---

(1)- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2008، ص. 11.

(2)- يعرف التحكيم بأنه "وسيلة من الوسائل التي تساهم في حل النزاعات القائمة أو المستقبلية، بين الأشخاص سواء كانت طبيعية أو اعتبارية بالطرق القانونية والسليمة، فهو نظام ذو طبيعة مزدوجة، فمن ناحية له طبيعة قضائية كونه يعالج نزاعات الأشخاص والوصول إلى تمكين كل ذي حق حقه في إطار القانون الواجب التطبيق، ومن ناحية أخرى له طبيعة تعاقدية كونه مبنياً على إرادة الأطراف الذين لهم الحق في اختيار المحكم أو المحكمين".

–بشير سليم، دور القاضي في التحكيم، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الحاج الخضر، باتنة، 2003، ص. 10.

– كما يمكن تعريفه:

"L'arbitrage est « Le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre citoyens ".
- GAVALDA Christian, CLAUDE lucas de leyssac, L'arbitrage, Edition Dalloz, Paris, 1993, p 1.

(3)-مناني فرح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات (حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص. 7.

ترتبط أحياناً بأطراف النزاع وبتخفيف العبء عن القضاء النظامي وإرساء قواعد تصالحيه في أحيان أخرى[4].

يعتبر قوام التحكيم إرادة الخصوم، التي بمقتضاها يمكن لهم الاتفاق على طرح النزاع على أشخاص ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة فإرادة الخصوم هي التي تخلق التحكيم، وهي عماد وجوده، باعتبار أن إرادة الأطراف هي التي تخلق التحكيم كطريق استثنائي لفض النزاعات التي تنشب بين الأطراف[5].

يترتب على اتفاق التحكيم أياً كانت صورته، سواء كان في صورة شرط تحكيم وارد في العقد الأصلي أو في مشارطة تحكيم آثار مختلفة. فالأثر الأول هو الأثر الايجابي ووفقاً له يتعين على الأطراف أن تعهد بالمنازعات التي نشأت أو ستنشأ بينهم إلى التحكيم، والأثر الثاني الذي يرتبه اتفاق التحكيم هو ما يعرف بالأثر السلبي ووفقاً له يمتنع على الأطراف عرض هذه المنازعات على القضاء الوطني، ومنع هذا القضاء من الفصل فيها[6].

استناداً إلى مبدأ نسبية الاتفاقات يؤدي إلى القول بأن اتفاق التحكيم لا تمتد أثره إلى أشخاص لم يوقعوا على الاتفاق سواءً بأنفسهم أو عن طريق ممثلهم، لكن هناك حالات عملية قد ترد أحياناً، فضلاً عن أن فكرة الطرف لا تخص فقط الشخص الموقع على الاتفاق، وإنما تشمل أيضا خلفه العام أو الخاص كالوارث الذي أبرمه مورثه عقداً تضمن شرط التحكيم[7]، ومن ثم فإن القوة الملزمة لاتفاق التحكيم بصوره المتعددة تقتصر على من كان طرفاً أو ممثلاً فيه، فلا تمتد أو

---

[4]- وئام مصطفى محي الدين مطر، آثار حكم التحكيم وطرق الطعن فيه(دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2014، ص. 13.

[5]- أحمد السيد حماوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، ط الثانية، د د ن، الإسكندرية، 2004، ص. 33.

[6]- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، المرجع السابق، ص. 311.

[7]- محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، ط الثالثة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007، ص. 71.

مقدمة:

تنتقل إلى الغير إلا في أحوال استثنائية، فقد تمتد في مواجهته في بعض الحالات، وفي حالات أخرى قد يجد نفسه ملزماً باتفاق التحكيم.

من خلال هذه الدراسة نبحث في مسألة الغير في خصومة التحكيم، ومن هنا فإن إشكالية هذا الموضوع تتمثل في البحث عن المركز القانوني الذي يمكن أن يحتله الغير، ومدى إمكانية امتداد آثار الحكم الصادر في خصومة التحكيم إلى الغير؟.

إلى جانب هذا، تجدر الإشارة إلى وجود قصور تشريعي يكتنف النصوص القانونية المنظمة لهذا الموضوع، إذ لم يعالج المشرع الجزائري هذا الموضوع بنصوص قانونية صريحة مما يدفعنا للبحث في القواعد العامة الواردة في التشريع الجزائري كالقانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

للإجابة على هذه الإشكالية استدعى منا الأمر إتباع منهج علمي يجمع بين الوصف والتحليل، من خلال قراءة وتحليل النصوص القانونية ذات الصلة في التشريع الجزائري، وأراء الفقه القانوني بخصوص موضوع هذه الدراسة، على هذا الأساس تم إعداد هذه الدراسة المتعلقة بالغير في خصومة التحكيم. في هذا الصدد، قسمنا البحث إلى فصلين، يتعلق الأول بمفهوم الغير ودوره في خصومة التحكيم، قصد توضيح مفهومه، أما في الفصل الثاني فقد تم التعرض فيه إلى آثار حكم التحكيم بالنسبة للغير بهدف تحديد نطاق حجية حكم التحكيم ومدى إمكانية الاحتجاج به من طرف الغير.

الفصل الأول

مفهوم الغير ودوره في خصومة التحكيم

التحكيم كأداة من أدوات الفن الإجرائي والإرادي والمنظم لحل النزاع بواسطة شخص أو

أشخاص عاديين يتفق الأطراف على الالتجاء إليهم يعتبر نظاماً مختلطاً يبدأ باتفاق التحكيم ثم يصير إجراء ثم ينتهي بقضاء هو حكم التحكيم[8]، هذا النظام يتسم في مراحله المتعاقبة بأنه نسبي الأثر، فاتفاق التحكيم كغيره من التصرفات الإرادية تنصرف آثاره إلى طرفين دون أن يفيد الغير أو يضره[9]، فإجراءات الخصومة التحكيمية شأنها شأن الخصومة القضائية لا تنصرف آثارها إلى الغير، إلا أنه عملاً بقاعدة أثر نسبية التحكيم بالنسبة للغير، أجاز المشرع الخروج عن هذه القاعدة بانصراف آثار اتفاق التحكيم إلى الغير الأجنبي عن العقد، بحيث يصبح بحكم الطرف في العقد.

خلال دراستنا هذه، نحدد مفهوم الغير في خصومة التحكيم وذلك عن طريق، تعريف هذا الغير وتمييزه عن الطرف في اتفاق التحكيم مع تحديد الحالات التي يعتبر فيها الغير طرفاً في الخصومة، ثم ننتقل إلى تحديد نسبية التحكيم ومدى امتداد القوة الملزمة لاتفاق التحكيم إلى الغير(المبحث الأول)، ونعالج دور هذا الغير في خصومة التحكيم من خلال تدخله وإدخاله في خصومة التحكيم(المبحث الثاني).

---

[8] - مها عبد الرحمن الخواجا، امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير، دراسة في التشريع الأردني، رسالة من أجل الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2013، ص. 65.

[9] - شحاته محمد نور، دراسة تحليلية وتطبيقية لمبدأ نسبية أثر التحكيم على الغير، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص. 18.

المبحث الأول

مفهوم الغير في خصومة التحكيم

وفقاً للمبادئ العامة في نظرية العقد، أن العقد لا يفيد غير أطرافه ولا ينتج التزامات أو حقوق إلا في مواجهتهم دون أن ينتقل إلى غيرهم، وعليه لتحديد مفهوم الغير في خصومة التحكيم ينبغي تحديد وصف الطرف في اتفاق التحكيم وما عدا ذلك فهو من الغير في هذا الاتفاق، باعتبار أن للغير مفهوم متغير فقد تلعب فكرة الغير أكثر من دور ويكون لها أكثر من معنى.

سنحاول من خلال هذا المبحث تحديد تعريف الغير في خصومة التحكيم للتفريق بين الطرف والغير في اتفاق التحكيم(المطلب الأول)، وبعدها ننتقل إلى تحديد نسبية التحكيم ومدى امتداد القوة الملزمة لاتفاق التحكيم إلى الغير (المطلب الثاني).

المطلب الأول

المقصود بالغير في خصومة التحكيم

الاتفاق على عرض النزاع على المحكميين هو اتفاق من نوع خاص ذو طبيعة قضائية[10]، فيستمد قوته القانونية من اتفاق الأفراد، تنتج آثار اتفاق التحكيم بعد وقوع النزاع قيام المحكمين المعنيين، تنفيذاً لهذا الاتفاق، بالفصل في النزاع الذي يقوم بين الطرفين. لكن قد يحدث أن ينتقل العقد الأصلي الذي تضمن هذا الاتفاق أن ينتقل إلى أشخاص غير الذين أبرموه، فهل ينتقل معه اتفاق التحكيم؟[11]. وعليه سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى تعريف الغير من خلال

---

[10]- إبراهيم حرب محيسن، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية(دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والمقارن)، ط الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص. 8.

[11]- تعويلت كريم، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، دراسة على ضوء المرسوم التشريعي رقم 93-09 والقانون المقارن، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004، ص. 64.

تمييزه عن الطرف(الفرع الأول)، مع التعرض لأهم الحالات التي يعتبر فيها الغير طرفاً في خصومة التحكيم(الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف الغير وتمييزه عن الطرف في اتفاق التحكيم

الغير الأجنبي عن الدعوى هو طبعاً الشخص الخارج عن الخصومة، والذي يكون محمياً بالنظر لهذا الموضع بمبدأ نسبية الشيء المقضي به. ورغم ذلك قد يتأثر الغير بالخصومة القائمة بين الأطراف بصفة مباشرة أو غير مباشرة[12]، مما يستلزم تمييزه عن باقي الأطراف.

أولا- تعريف الغير:

القاعدة العامة هي عدم انصراف اتفاق التحكيم إلى الغير سواءً كان هذا الأثر حقاً أم التزاماً، يقصد بالغير كل شخص عدا المتعاقدين، والخلف العام والخلف الخاص والدائنين، فالغير أجنبي تماماً عن العقد وبالتالي لا يستفيد منه ولا يضار بآثاره، وقد يكون الأثر الذي يترتب في مواجهة الغير قد تم بقصد من المتعاقدين[13]، ولذلك جاء في نص المادة 113 من القانون المدني الجزائري على أنه"لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً"[14].

بموجب هذا النص إذا كان يجوز للغير أن يكتسب حقاً من العقد ويتحقق ذلك من خلال الاشتراط لمصلحة الغير، إلا أنه لا يجوز أن يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير ويظهر ذلك في نظرية التعهد عن الغير.

---

(12)- محمد إبراهيمي، الوجيز في الإجراءات المدنية، الجزء الأول، ط الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص. 238.

(13)- مها عبد الرحمن الخواجا، المرجع السابق، ص. 75.

(14)- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق ل26 سبتمبر سنة1975، متضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، منشورات بيرتي، الجزائر، 2005.

من ناحية أخرى، هناك حالات تمتد آثار العقد كلها إلى الغير بحيث يكون بحكم طرف في العقد، كما في حالة مجموعة العقود ومجموع الشركات[15].

ثانيا- تمييز الغير عن الطرف في اتفاق التحكيم:

الطرف في اتفاق التحكيم يمكن تعريفه بأنهم الأشخاص الذين تتجه إرادتهم على إخضاع المنازعات القائمة أو المستقبلية على شخص أو أشخاص يتم اختيارهم للفصل في النزاع[16].

كما يمكن تعريفه أيضا:

« La personne qui a conclu avec une autre une convention d'arbitrage ou une clause compromissoire pour résoudre un litige né d'un rapport de droit quelconque et qui agit en demande ou en défense devant le tribunal arbitral compétent pour statuer en vertu de cette clause ou de cette convention, est une partie; toute autre personne est un tiers [17]. »

-1- تمييز الغير عن الخلف العام:

الخلف العام هو الشخص الذي يخلف شخصاً آخر في كامل ذمته المالية أو في جزء شائع منها، فالخلف كالوارث مع غيره أو الموصى له بحصة في التركة وهذا بالطبع يكون في حالة الوفاة، فالخلف العام هو الوارث[18].

---

(15)- باسمة لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2005، ص. 489.

(16)-نورة حليمة، التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماستر، تخصص إدارة الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، 2014، ص. 35.

(17)-

DELVOVE Jean-Louis, **L'arbitrage et les tiers (Le droit de l'arbitrage)**, Revue de l'Arbitrage N° 3, 1988, p 2.

(18)- مها عبد الرحمن الخواجا، المرجع السابق، ص. 76.

الأصل أن الخلف العام لا يعتبر من الغير، ومن ثمة تنصرف إليه آثار العقد الذي يبرمه سلفه وفقاً لقاعدة النسبية، ويقصد بذلك أنه يأخذ حكم الطرف بالنسبة للتصرف الذي أبرمه سلفه. إذا كان الخلف العام يعتبر كقاعدة عامة طرفاً في العقود التي يبرمها سلفه على اعتبار أن السلف يمثل الخلف العام[19]، إلا أن هذه القاعدة حسبما اتجه إليه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 108 من ق.م.ج على أنه "ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ما لم يتبن من طبيعة التعامل أو من نص هذا القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث[20].

يرد على القاعدة العامة بعض الاستثناءات التي ترجع إما:

الحالة الأولى- طبيعة التعامل: في حالة العقود التي لها طبيعة خاصة فإن الالتزام الناشئ عن هذه العقود لا ينتقل أثره إلى الخلف العام، وقد يكون لذلك مانع مادي أو قانوني، مثل العقود التي يراعي فيها الشخص المتعاقد أو صفة خاصة به، فهو ينقضي بموت الملتزم.

الحالة الثانية- حكم القانون: هناك حالات نص القانون فيها على عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام ومثال ذلك عقد الوكالة حيث تنقضي الوكالة بموت الموكل أو الوكيل [21].

الحالة الثالثة- حالة الاتفاق بين الأطراف: في حالة الاتفاق على عدم انصراف آثار العقد إلى الخلف فانصراف آثار العقد إلى الخلف العام ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على مخالفته، فقد يتفق المتعاقدين على أن وفاة أحدهما ينهي العقد[22].

---

[19]- باسمة لطفي دباس، المرجع السابق، ص. 475.

[20]- انظر المادة 108 من القانون المدني.

[21] - راجع م 589 من ق.م.ج.

[22]- محمد طلعت عبد الرحيم، " الغير في خصومة التحكيم"، مقال منشور على الرابط:
http://mm-talaat-sh.blogspot.com, p18.

2- تمييز الغير عن الخلف الخاص:

الخلف الخاص هو من يخلف الشخص في عين معينة بالذات، أو في حق عيني عليها، كالمشتري يخلف البائع في المبيع، والمنتفع يخلف المالك في حق الانتفاع. والخلف الخاص بعكس الخلف العام لا تتصرف إليه آثار العقود التي يبرمها السلف، ومع ذلك تتصرف إليه آثار هذه العقود إذا توافرت الشروط التالية[23]:

الشرط الأول: أن يكون العقد الذي أبرمه السلف سابقاً على العقد الذي انتقل به الشيء إلى الخلف الخاص، أما جميع العقود التي يبرمها السلف بعد انتقال الشيء إلى الخلف لا تسري في مواجهة الخلف ويعتبر من الغير بالنسبة لها.

الشرط الثاني: أن يكون الحق أو الالتزام الذي نشأ عن العقد الذي أبرمه السلف بشأن الشيء الذي انتقل إلى الخلف من مستلزمات هذا الحق، والحقوق التي تعتبر من مستلزمات الشيء هي المكملة للحق الذي انتقل إلى الخلف.

الشرط الثالث: أن يكون الخلف عالماً وقت انتقال الشيء إليه بالحق أو الالتزام الذي سبق لسلفه أن أبرمه، وإن كان اشتراط العلم لا يثور من الناحية العملية إلا في حالة الالتزامات أما في حالة الحقوق فلا تثور مشكلة علم الخلف من عدمه، فهو لن يعترض على إضافة حق إلى حقوقه ولكنه سيتذرع بعدم علمه لكي لا يضاف التزام إلى التزاماته[24].

في حالة توفر هذه الشروط تنتقل آثار العقد إلى الخلف الخاص والتي بدونها أو في حالة تخلف إحدى هذه الشروط يصبح الخلف الخاص من الغير بالنسبة للعقود التي أبرمها السلف.

---

[23]- باسمة لطفي دباس، المرجع السابق، ص. 477.

[24]- محمد طلعت عبد الرحيم، المرجع السابق، ص.ص. 19-20.

3- تمييز الغير عن الدائنين:

لا يعد الدائن خلفاً عاماً أو خاصاً، وبالتالي لا تنصرف إليه آثار العقود التي يبرمها المدين، فلا يخلفه في الحقوق المترتبة على العقد ولا في الالتزامات ولا شك أن الدائنين وإن كانوا لا تنصرف إليهم الحقوق والالتزامات الناشئة عن اتفاق التحكيم إلا أنهم يتأثرون فيها، إذ أن أموال المدين وفقا لقاعدة الضمان العام ضامنة للوفاء بديون هؤلاء الدائنين[25].

الفرع الثاني

حالات اعتبار الغير طرفاً في الخصومة

تختلف صور اتفاق التحكيم مع الاتفاق الأصلي، التي يمكن أن تأخذ عدة صور، ما من شأنه أن يجعل من كل طرف بأي من هذه العقود طرفاً في العقد الآخر[26]، وتتمثل هذه الحالات فيما يلي:

أولا- امتداد آثار اتفاق التحكيم في نظرية العقود:

تتمثل حالات امتداد آثار اتفاق التحكيم إلى الغير في نظرية العقود، في المجموع العقدي والعقد الجماعي المتمثلة فيما يلي:

1 - العقد الجماعي.

هو ذلك العقد الذي يوقع بين مجموعة من الأفراد بصفتهم الجماعية وبين فرد أو مجموع من الأفراد، مثل عقد العمل الجماعي والذي توقعه نقابة العمال وبين صاحب العمل، وعقد تأجير

---

[25]- مها عبد الرحمن الخواجا، المرجع السابق، ص. 75.

[26]- حسام فتحى ناصف، "القانون الواجب التطبيق على نقل اتفاق التحكيم إلى الغير"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، العدد الأول، القاهرة، 2002، ص. 169.

المال الشائع. فتمتد أثر هذه الاتفاقات لجميع أفراد المجموعة سواءً على من وقعها أم على من لم يوقعها.

2- المجموع العقدي.

هي مجموعة العقود التي تقوم على فكرة وحدة المحل أو وحدة السبب، بمعنى تشكل هذه العقود وحدة اقتصادية تهدف إلى تحقيق ذات العملية التجارية، فهم مجموعة أشخاص لا يضمهم تنظيم في صورة شركة تتمتع بالشخصية المعنوية، وإنما يأخذ تعاونهم صورة "شركة المحاصة"، أو"الكونسورسيوم"، فالعقد المبرم بين شركة "الكونسورسيوم"، و طرف آخر والمتضمن اتفاقاً على التحكيم، يعدُّ ملزماً لكافة الأشخاص الذين ضمنهم تلك التسميات، بحيث يجوز لأي منهم أن يحرك باسمه إجراءات التحكيم ضد الطرف الآخر، كما يجوز لهذا الأخير أن يوجه طلب التحكيم ضد الطرف الآخر، كما يجوز لهذا الأخير أن يوجه طلب التحكيم ضد الأشخاص المعنيين مجتمعين أو ضد أي منهم[27].

ثانيا-المتضامنين:

يجوز للمتضامنين في حالة إبرام أحدهم اتفاقاً للتحكيم أن ينضموا إليه أو ينفصلوا عنه لهم الخيار في ذلك، كذلك الشأن إذا أبرم أحد الدائنين المتضامنين مع المدين اتفاق التحكيم فيحق لباقي الدائنين إما الالتحاق بالقضاء أو التمسك باتفاق التحكيم ولا يستطيع المدين إلزامهم بهذا الاتفاق[28].

---

[27]- حسام فتحى ناصف، المرجع السابق، ص. 170.

[28]- محمود عمر محمود، إشكالية امتداد شرط التحكيم بالتطبيق على قضية الأهرامات (دراسة مقارنة)، ص. 32.

ثالثا- الاشتراط لمصلحة الغير:

هو عقد يشترط أحد أطرافه(لمشترط) على الطرف الآخر(المتعهد) التزاماً لصالح شخص ثالث (المنتفع أو المستفيد) وينشأ حقاً مباشراً للمنتفع قبل المتعهد.

للاشتراط لمصلحة الغير تطبيقات عملية كثيرة أهمها نجدها في عقد التأمين على الحياة، حيث يتم التأمين لمصلحة الغير إما على سبيل التبرع وهو الغالب، أو يؤمن شخص على حياته لمصلحة أولاده أو زوجته، فالاشتراط لمصلحة الغير يمثل خروجاً على قاعدة نسبية أثر العقد، إذ أن المنتفع وهو شخص أجنبي عن عقد الاشتراط، يكتسب حقاً مباشراً قبل المتعهد، ومصدره عقد الاشتراط الذي لم يكن طرفاً فيه ولا حاجة إلى قبوله، لأنه لو كان كذلك لما كان هناك خروجاً عن مبدأ الأثر النسبي للعقد، ويشترط لتحقق الاشتراط لمصلحة الغير توفر ثلاثة شروط تتمثل في:

1- أن يتعاقد المشترط باسمه لا باسم المنتفع ودون أن يدخل المنتفع طرفاً في التعاقد.

2- يجب أن يشترط المشترط على المتعهد حقاً مباشراً للمنتفع، وعليه لا محل للقول بوجود عقد الاشتراط إذا كان الحق الذي اشترطه الشخص إنما اشترطه لنفسه، ولكن يعود بالفائدة على الغير.

3- يجب أن يكون للمنتفع مصلحة شخصية مادية أو أدبية من وراء عقد الاشتراط[29].

القاعدة العامة أن المشترط يستطيع الرجوع في الاشتراط قبل قبول المنتفع وينتهي حقه في الرجوع بهذا القبول وإذا كان يجوز له الرجوع في هذه الحدود فإنه يجوز له التعديل أيضا[30].

---

[29]- باسمة لطفي دباس، المرجع السابق، ص. ص. 498 -499.

[30]- محمود عمر محمود، المرجع السابق، ص. 34.

رابعا- الظهور بمظهر صاحب الصفة:

الشخص الذي يرسي مركزاً قانونياً معيناً توحي الظروف بوجوده رغم أنه لا يتمتع فعلاً أو قانونياً بهذا المركز، كمن يتعاقد بصفته نائباً عن الغير، فإذا تعاقد مع شخص حسن النية بناءً على الوضع الظاهر، فإنه يعتد بهذه العلاقة حماية للوضع وينصرف أثر اتفاق التحكيم إلى الأصيل الذي هو من الغير الذي لم يوقع على العقد[31].

خامسا- المرسل إليه في عقد النقل:

هي الحالة التي يتضمن فيها سند الشحن اتفاق تحكيم وفي هذه الحالة يثار التساؤل عن أثر اتفاق التحكيم على المرسل إليه؟ الذي لم يكن طرفاً في سند الشحن أو العقد الأصلي، والواقع من المسلم به فقهاً وقضاءً أن سند الشحن ينتج أثره في حق المرسل إليه بصفة عامة وفي شأن مدى سريان شرط التحكيم في حقه فقد اختلفت أراء الفقه بين مؤيد ومعارض، إلا أن محكمة النقض المصرية استقرت على امتداد أثر اتفاق التحكيم- في حق المرسل إليه- على أساس وجود ارتباط بين العقد الأصلي الذي هو في الوقت نفسه محل اتفاق التحكيم[32].

سادسا- مجموعة الشركات:

يقصد بها نظام قانوني يضم عددًا من الشركات تتميز باتحادها من الناحية الاقتصادية واستقلالها من الناحية القانونية، ويشترط خضوعها لسياسة اقتصادية واحدة تنبع من سلطة مشتركة لها سلطة اتخاذ القرار لكل المجموعة، ومثال ذلك الشركات التي تنظمها قواعد واحدة ومجموعة

---

[31]- محمود عمر محمود، المرجع السابق، ص. 30.

[32]- المرجع نفسه، ص.31.

واحدة مثل العلاقة بين الشركة الأم وشركاتها الوليدة[33] ومن خلال علاقة تعاقدية تتم بالاتفاق بينهما وفي العقد نجد مجموعة الشركات تهدف وتتفق لتنفيذ مشروع واحد أو أكثر من المشروعات الصناعية الكبرى مثل إنشاء المطارات.

في مجال مدى امتداد شرط التحكيم الذي تبرمه إحدى الشركات مع الغير إلى باقي شركات المجموعة، هناك من يرى عدم جواز امتداده، حيث تتمتع كل شركة بشخصية قانونية مستقلة وأن اتفاق التحكيم يجب أن يكون قائماً ومؤكداً. وهناك من يرى امتداده إلى باقي شركات المجموعة عندما يتضح مشاركة هذه الشركات في مفاوضات العقد وتنفيذه[34] .

المطلب الثاني

نسبية التحكيم ومدى امتداد القوة الملزمة لاتفاق التحكيم إلى الغير

قد يرتبط الغير بصلة مع أحد أطراف العقد ويظهر نتيجة ذلك تعارض مصالحه ومصالح الأطراف الأخرى، وقد كان هذا التعارض سبباً في تدخل المشرع والقضاء لحماية الغير، مخالفاً بذلك القواعد العامة التي يمثلها مبدأ نسبية العقود والتي تقضي باعتبار الغير أجنبياً عن العقد لا يتأثر بما ينشئه من حقوق والتزامات.

من خلال تحديد مبدأ نسبية اتفاق التحكيم(الفرع الأول)، وإلى امتداد القوة الملزمة لاتفاق التحكيم إلى الغير(الفرع الثاني).

---

(33)- تعرف الشركات الوليدة بأنها: " عدد من الشركات الخاضعة لسلطة الرقابة والتوجيه التي تمارسها شركة الأم، وهي أداة قانونية ترمي لتنظيم المشروع الرامي للتوسع، وتتمتع كل شركة فيها باستقلالية عن باقي الشركات الأخرى". راجع في ذلك مها عبد الرحمن الخواجا، المرجع السابق، ص. 96.

(34)- محمود عمر محمود، المرجع السابق، ص. 31.

الفرع الأول

مبدأ النسبية في اتفاق التحكيم

يخضع اتفاق التحكيم باعتباره عقداً لمبدأ نسبية أثر العقود، وبالتالي فإن اتفاق التحكيم لا يلزم سوى أطرافه ولا تمتد آثاره إلى أشخاص لم يوقعوا عليه، فاتفاق التحكيم كأي تصرف إرادي، سواء ورد في صورة شرط أو مشارطة، لا تنصرف آثاره إلى الغير.

يسري اتفاق التحكيم على الغير الذي لم يكن طرفاً في الاتفاق، في بعض الحالات بموجب نص قانوني كما هو الحال بالنسبة للمرسل إليه في عقد النقل.

غير أن إعمال هذا المبدأ الأخير يتوقف على تحديد من يعد طرفاً ومن لا يعد كذلك، وهذا التحديد يقتضي التفرقة بين الأطراف لحظة تنفيذه، وقوام هذه التفرقة التمييز بين الأشخاص الذين أبرموا الاتفاق وأولئك الذين نفذوا الاتفاق أو ساهموا في تنفيذه. إن مبدأ نسبية الاتفاقات يؤدي إلى القول بأن اتفاق التحكيم لا تمتد آثاره إلى أشخاص لم يوقعوا على الاتفاق، سواء بأنفسهم أو عن طريق ممثلهم [35].

الفرع الثاني

امتداد القوة الملزمة لاتفاق التحكيم إلى الغير

استقر القضاء الفرنسي على إمكانية انتقال القوة الملزمة لاتفاق التحكيم إلى الغير، آخذاً بالاعتبار الطابع التبعي لشرط التحكيم للعقد الذي ورد به، فعندما تطرح مسألة انتقال شرط التحكيم إلى الغير ينوه القضاء ويعترف بأن شرط التحكيم ملحق أو تابع أساسي للالتزام الأصلي.

---

[35] - مها عبد الرحمن الخواجا، المرجع السابق، ص. 80.

فالأساس القانوني لامتداد اتفاق التحكيم إلى شخص لم يوقع على العقد ولم يكن ممثلاً فيه، عند القضاء الفرنسي، يكمن في تبعيته للعقد الذي ورد فيه أن ينتقل بانتقال هذا العقد أو بانتقال الالتزام الذي أنشأه.

لا يختلف موقف الفقه الفرنسي في هذا الشأن عن موقف قضاءه، إذ اتجه بدوره أيضا إلى إمكانية امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير تبعاً لانتقال العقد الذي ورد به أو الالتزامات التي أنشأها، فالشرط ما هو إلا ملحق أو تابع أساسي لهذا العقد أو الالتزام. وفي هذا الصدد، يؤكد البعض منهم على أن مصير شرط التحكيم يكون متوقفاً على مصير العقد الأصلي، وأنه حتى يتسنى تأمين قيام شرط التحكيم بوظيفة في خدمة العقد الذي ورد به يجب انتقاله تبعاً لانتقال العقد الأصلي أو الالتزامات التي أنشأها هذا العقد.

تأسيس امتداد اتفاق التحكيم إلى الغير بانتقال العقد الذي ورد به الشرط إليه أو بانتقال الالتزامات المتولدة عنه يتفق مع قواعد القانون أن"الفرع يتبع الأصل"[36].

[36]- نقلاً عن: مها عبد الرحمن الخواجا، المرجع السابق، ص. 82.

المبحث الثاني

دور الغير في خصومة التحكيم

تقضي القواعد العامة في إجراءات التقاضي أنه في الدعوى المنظورة أمام القضاء، يجوز لشخص ثالث الدخول في الدعوى من تلقاء نفسه، كما يجوز إدخاله فيها إجبارياً وذلك وفق أحكام وشروط معينة[37] .

لعل التساؤل يثور لماذا يلجأ الغير إلى الاشتباك في دعوى قائمة لا علاقة له بها، وللإجابة على هذا التساؤل نقول أن وحدة المصالح أو وحدة المراكز القانونية أو الأعباء المحتملة التي سيتحملها الغير فيما لو صدر حكم فيها.

لا تتضمن أغلب القوانين أحكاماً خاصة بهذه المسألة في التحكيم، بحيث تكمن الدراسة في هذا المبحث في تبيان مدى جواز تدخل وإدخال الغير في الخصومة[38] التحكيمية. وعليه سنتطرق من خلال هذا المبحث إلى إدخال الغير في خصومة التحكيم(المطلب الأول)، وإلى تدخل الغير في خصومة التحكيم(المطلب الثاني).

---

[37]- حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، ط الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014، ص. 353.

[38]- تعرف الخصومة بأنها"مجموع من الإجراءات القضائية المتتابعة، ويقوم بها الخصوم أو ممثلوها والقاضي وأعوانه، وفقاً لنظام معين يرسمه قانون المرافعات، تبدأ بالمطالبة القضائية وتستمر إلى حين صدور الحكم في موضوعها أو انقضائها بغير حكم في الموضوع". راجع في ذلك كتاب الإجراءات المدنية، محمد الأزمازى، عبد الحميد نجاشى الزهيرى، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط الأولى، د.ب.ن، 2003، ص. 158.

المطلب الأول

إدخال الغير في خصومة التحكيم

يتعدد أحد طرفي اتفاق التحكيم، فنجد لدينا أكثر من مدعى أو مدعى عليهم أو العكس، وقد تقام خصومة التحكيم من أحد الأطراف المتعددة وحده دون الآخرين، أو قد ترفع على واحد دون غيرهم وليس هناك ما يمنع من اختصام من لم ترفع الدعوى منهم أو عليهم وذلك لقيام صفتهم كأطراف في الاتفاق على التحكيم، كذلك يجوز اختصام الغير الذين يمتد إليهم الاتفاق على التحكيم[39] .

الفرع الأول

مفهوم إدخال الغير في خصومة التحكيم

يعتبر اختصام الغير نوع من الطلبات العارضة، يؤدي إلى اتساع نطاق الخصومة بإدخال شخص خارج عن الخصومة لم يكن طرفاً فيها، بمعنى أنه إذا توافرت الصفة الأصلية لأكثر من شخص سواءً من ناحية المدعى أو المدعى عليه ولم ترفع الدعوى إلا من أحدهم أو لم ترفع إلا على أحدهم، فإنه يجوز اختصام من لم يرفع منهم الدعوى أو لم ترفع عليه الدعوى[40]. ويقتضي التطرق إلى إدخال الغير في خصومة التحكيم إبرازاً لتعريفه من جهة(أولا)، ثم التطرق إلى شروطه من جهة أخرى (ثانيا).

---

[39]– شريف الطباخ، التحكيم الاختياري والإجباري في ضوء مختلف أراء الشراح القانونين وأحكام محكمة النقض، ط الأولى، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2008، ص. ص. 161–162.

[40]– نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، الجزائر، د.س.ن، ص. 229.

أولا- تعريف إدخال الغير في خصومة التحكيم:

وفقاً للقواعد العامة يعرف البعض الإدخال بأنه تكليف شخص من الغير خارج الخصومة بالدخول فيها ومن ثم يصبح خصماً فيها، أو ممثلاً على الأقل، وذلك بناءً على طلب أحد الخصوم، أو بناءً على أمر يصدر من تلقاء نفس المحكمة دون طلب من الخصم[41].

كما يعرف بأنه إلزام شخص من الغير بأن يصبح خصماً في الدعوى القائمة سواء بناءً على طلب أحد الخصوم أو بأمر من تلقاء نفس المحكمة، يهدف من وراءه إلى جعل الحكم الصادر حجة على الشخص المختصم، فلا يمكنه بعد ذلك أن ينكر حجية الحكم أو يعترض عليه بحجة أنه لم يكن طرفاً في الخصومة أو لم يكن ممثلاً فيها بشخصه[42]، كما يهدف من الإدخال الذي يأمر به القاضي إلى ضمان حسن سير العدالة، أي تفادي تعدد الخصومات واستعمال طرق الطعن غير العادية وإظهار الحقيقة[43].

يأخذ المشرع الجزائري باصطلاح الإدخال في المادة 199 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه:"يجوز لأي خصم إدخال الغير الذي يمكن مخاصمته"[44] .

ثانيا- شروط إدخال الغير في خصومة التحكيم:

لإدخال الغير في خصومة التحكيم مجموعة من الشروط نذكرها فيما يلي :

---

[41]- ياسر علي إبراهيم نصار، التدخل والإدخال (دراسة تحليلية مقارنة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني والمصري)، أطروحة مقدمة استكمالاً لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2014، ص. 16.

[42]-المرجع نفسه، ص. 17.

[43]- عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ط 2، موفم للنشر، الجزائر، 2011، ص. 90.

[44]- قانون رقم08-09، مؤرخ في 18 صفر عام 1429، الموافق ل25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج.عدد21 ، لسنة 2008.

1- الاتفاق بين الغير وأطراف خصومة التحكيم

يجوز اختصام الغير الذين يمتد إليهم الاتفاق على التحكيم، أما غير هؤلاء، ممن لا ينصرف إليهم الاتفاق على التحكيم فلا يجوز اختصامهم في خصومة التحكيم وإن اختصموا جاز لهم الدفع بعدم جواز اختصامهم، كما أن الحكم الصادر في هذه الخصومة لا يكون حجة عليهم.

يلاحظ في هذا المقام أن الغير الذي يختصم بإرادة من اختصمه من أطراف الخصومة قد يحضر ولا يبدي اعتراضاً على اختصامه ويكون ذلك منه بمثابة إرادة ضمنية بالانضمام إلى اتفاق التحكيم، تلتقي بإرادة من اختصمه ويصبح طرفاً في اتفاق التحكيم ويصبح اختصامه صحيحاً[45].

2- موافقة المحكمين:

لا يمكن لهيئة التحكيم من تلقاء نفسها اختصام من لا تنصرف إليه آثار الاتفاق على التحكيم في الخصومة وإلا كان حكمها باطلاً، أما إذا كان اتفاق التحكيم يمتد إلى الغير فإنه يجوز لهيئة التحكيم أن تختصمه، ويكون الاختصام أياً كان شكله وبالإجراءات ذاتها التي يتم بها تحريك الخصومة. إذا كانت هيئة التحكيم هي التي أمرت به فعليها تحديد الطرف الذي يقع على عاتقه عبئ إدخال من تأمر باختصامه وأن تحدّد له الموعد المناسب[46] .

الفرع الثاني

حالات إدخال الغير في خصومة التحكيم

يمكن إجبار شخص من الغير على أن يصبح طرفاً في خصومة قائمة أو أن يكون ماثلاً فيها، ويكون ذلك في عدة حالات التي تتمثل فيما يلي :

---

[45]- نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص. 174.

[46]-المرجع نفسه، ص. 175.

أولا- إدخال الغير لتقديم مستندات:

يجوز إدخال الغير لإلزامه بتقديم ورقة تحت يده، ولابد في هذه الحالة من الحصول على إذن من المحكمة، ويكون اختصام الغير إما يكون بطلب أحد الخصوم أو بدون طلب أي خصم وإنما بإرادة المحكمة. وخصومة التحكيم تختلف عن الخصومة أمام القضاء، فالأصل أنه لا يجوز الاتساع من نطاقها الشخصي فيشمل غير أطراف الاتفاق على التحكيم ولو امتد أثر هذا الاتفاق والحكم الذي يصدره فيه كنتيجة لرابطة التي تربطهُ بأحد الخصوم أو كنتيجة لحجية الحكم لذلك لا يجوز إدخاله في خصومة التحكيم كأصل عام ما لم يتفق الجميع على غير ذلك، سواءً باتفاق مسبق على قيام النزاع أو باتفاق لاحق عليه كأن يتفق على إمكانية تدخل الكفيل أو الضامن أو الغير للمطالبة بحق شخصي له يرتبط بخصومة التحكيم.

عدم إدخال الغير يجعل قرار المحكم أو القاضي، على حد سواء محلاً لشك، ويكون هذا القرار غير كامل لأن الخصوم غير متواجدين في الدعوى[47].

ثانيا- الإدخال في حالة االتحكيم متعدد الأطراف:

يقصد بالتعدد في المجال القضائي أن يكون النزاع بين ثلاثة أطراف على الأقل، ويقصد بالتحكيم متعدد الأطراف أنه التحكيم الذي يضم أكثر من طرفين، أي ثلاثة أطراف كحد أدنى، يمكن من خلاله التوصل إلى أفضل الأحكام، وذلك بفضل تجميع المنازعات المرتبطة، أو التي يوجد بينها علاقة ما في تحكيم واحد، مما يؤدي إلى تجنب صدور أحكام متناقضة في خصوص هذا النوع من المنازعات[48].

---

[47]- محمد طلعت عبد الرحيم، المرجع السابق، ص. 28.

[48]- أحمد حسان حافظ مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998، ص. 319.

في حالة تعدد في خصومة التحكيم يكون إدخال الغير أو اختصامه لا مانع منه، حيث يمكن للأطراف اختصام من لم ترفع الدعوى منهم أو عليهم، وبذلك تقوم خصومة التحكيم من أحد الأطراف المتعددة دون الآخرين، أو ترفع على واحد دون غيرهم.

كذلك يجوز اختصام الغير الذين يمتد إليهم الاتفاق على التحكيم أما غير هؤلاء الذين لا ينصرف إليهم الاتفاق على التحكيم فلا يجوز اختصامهم في خصومة التحكيم وإن اختصموا جاز لهم الدفع بعدم جواز اختصامه[49].

ثالثا- إمكانية إدخال ضامن في خصومة التحكيم:

إذا رفع شخص من الغير على أحد أطراف عقد متضمن شرط تحكيم، دعوى أمام محاكم دولة، فهل يجوز للمدعى عليه أن يطلب إدخال الطرف الآخر في اتفاق التحكيم كضامن في هذه الدعوى؟ أم أن لهذا الأخير أن يدفع بعدم قبول طلب تدخله تأسيساً على شرط التحكيم الوارد في العقد المبرم بينه وبين المدعى عليه؟.

اختلف الفقه والقضاء اختلافاً واضحاً حول هذه النقطة وترددت الإجابة بين اتجاهين هما:

الاتجاه الأول: يذهب هذا الاتجاه إلى وجوب إدخال الضامن المرتبط بشرط التحكيم مع من طلب إدخاله في الخصومة القضائية لتوافر حالة عدم تجزئة إجرائية. ويأخذ بهذا الاتجاه القضاء الفرنسي، حيث أنه متى وجدت حالة عدم تجزئة فإنه يترتب على وجودها تعطيل كل فعالية لشرط التحكيم، لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى تناقض الأحكام وأن هذا يتفق مع ما يقتضيه المنطق السليم ومقتضيات العدالة[50].

---

[49]- محمد طلعت عبد الرحيم، المرجع السابق، ص. 29.

[50]- المرجع نفسه، ص.31.

الاتجاه الثاني: يذهب أنصاره إلى عدم جواز إدخال الضامن المرتبط بشرط التحكيم مع من طلب إدخاله في الخصومة التحكمية احتراماً لاتفاق التحكيم. فذهبت معظم أحكام القضاء إلى أنه إذا رفع شخص دعوى على أحد أطراف عقد متضمن شرط التحكيم، فإنه لا يجوز للمدعى عليه أن يختصم الطرف الآخر كضامن لارتباطهما باتفاق التحكيم[51].

المطلب الثاني

تدخل الغير في خصومة التحكيم

تختلف خصومة التحكيم عن الخصومة أمام القضاء والتي تشمل أطرافاً غير المدعي والمدعى عليه، فيتسع نطاقها فيما بعد أثناء سير الدعوى، عن طريق تدخل شخص من الغير لم يكن طرفاً في الدعوى استناداً إلى وجود مصلحة له من وراء تدخله أو لأحد الخصوم[52]. حيث نتطرق إلى مفهوم تدخل الغير في خصومة التحكيم(الفرع الأول)، وإلى أهم حالات تدخل الغير في خصومة التحكيم(الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم تدخل الغير في خصومة التحكيم

أثر الدعوى نسبي، بمعنى أنه لا يضار الغير منها ولا يستفيد، ولكن الغير الذي يرى من مصلحته أن يتدخل في الدعوى فإنه يستطيع أن يتدخل. فالتدخل نوع من الطلبات العارضة، يتسع به نطاق الخصومة من حيث أشخاصها بدخول شخص ثالث فيها من تلقاء نفسه، أو بتكليف

---

(51)-محمد طلعت عبد الرحيم، المرجع السابق، ص. 32.

(52)-أحمد عوض هندى، إجراءات التحكيم، مقالة منشورة عن مركز التحكيم الدولي، على الموقع www. aladalacenter.com/index.، تم الاطلاع عليه بتاريخ 05-01-2016، ص. 16.

شخص ثالث من الغير بالدخول فيها[53]. يقتضي التطرق إلى تدخل الغير في خصومة التحكيم إبراز تعريفه من جهة (أولا)، ثم التطرق إلى أهم شروطه (ثانيا).

أولا- تعريف تدخل الغير في خصومة التحكيم:

عرف جانب من الفقه التدخل بأنه: "الإجراء الذي عن طريقه يدخل شخص أجنبي حتى آخر لحظة في الدعوى لأن مصالحه تحتم ذلك" [54].

يعاب على هذا التعريف بأنه لم يتسع ليشمل جميع أنواع التدخل، كما أن التدخل له وقت معين وليس حتى آخر لحظة في الدعوى.

كما عرِّف التدخل بأنه نوع من الطلبات العارضة، يدخل به شخص غريب عن الدعوى بمحض إرادته، للدفاع عن مصالحه منظماً إلى أحد طرفيها، أو مطالباً بحق لنفسه في مواجهتهما، ويكمن الهدف من التدخل المحافظة على حقوق الغير والدفاع عنها [55] .

قد نظم المشرع الجزائري التدخل في نص المادة 194 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص "يكون التدخل في الخصومة في أول درجة أو في مرحلة الاستئناف اختيارياً أو وجوبياً"[56] .

ثانيا- شروط التدخل في خصومة التحكيم:

لتدخل الغير في خصومة التحكيم يستوجب توفر مجموعة من الشروط والتي تتمثل أساساً في:

---

[53]- نبيل صقر، المرجع السابق، ص. 225.

[54]- ياسر علي إبراهيم نصار، المرجع السابق، ص.13 .

[55]- المرجع نفسه، ص. 14.

[56]- قانون رقم08-09، المرجع السابق.

1- وجود خصومة قائمة:

لا يمكن للغير أن يتدخل في خصومة ما إلا إذا كانت قائمة باعتبار أن التدخل لا يقبل بعد إقفال باب المرافعات، أي تقديمه قبل أن تكون الدعوى مهيأة للفصل فيها.

2- أن يكون المتدخل من الغير:

لا يمكن الحديث عن تدخل في خصومة ممن يعد طرفاً فيها أو ممثلاً كالقاصر الذي يمثله الوصي، ولذا فإنه إذا بلغ القاصر سن الرشد فإنه لا يتدخل في الخصومة، وإنما تنقطع الخصومة حتى يشترك فيها بدلاً من الوصي. كما لا يعتبر من الغير الخلف العام لأحد أطراف الخصومة، إذا تحققت الخلافة بوفاة الخصم مثلاً، فإن الورثة لا يتدخلون وإنما تنقطع الخصومة حتى يقوم فيها الورثة مقام السلف[57].

3- أن لا يكون القانون أو طبيعة الدعوى تتطلب هذا التدخل:

بمعنى أن لا يكون تدخل الغير لازماً لصحة الدعوى شكلاً، أي ارتباط التدخل بموضوع النزاع.

4- أن يكون للمتدخل مصلحة في تدخله:

أي لا يقبل التدخل إلا لمن كانت له مصلحة للمحافظة على حقوقه.

---

[57]- نبيل صقر، المرجع السابق.

الفرع الثاني

حالات تدخل الغير في خصومة التحكيم

أجاز المشرع لكل ذي مصلحة أن يتدخل في الخصومة طالباً الحكم لنفسه بطلب مرتبط بالطلب الأصلي أو منضماً لأحد الخصوم في تلك الخصومة فالغير يتدخل باختياره في دعوى قائمة بين آخرين، والتدخل يكون إما أصلياً، تبعياً أو مستقلاً، وذلك على النحو التالي:

أولا- التدخل الأصلي أو الهجومي:

المتدخل الهجومي هو الغير المتدخل في الدعوى طالباً لنفسه بطلب ما ويعد هنا بمثابة المدعي[58]، ومثاله أن يتنازع طرفان حول ملكية مال معين ويتدخل الغير ليدعي ملكيته لذلك المال.

الأصل أنه لا يجوز قبوله في خصومة التحكيم حتى ولو توافرت للمتدخل مصلحة من تدخله، وذلك لأن اتفاق التحكيم لا ينصرف إليه كما أن تدخله يعني التعبير عن إرادته في الانضمام لاتفاق التحكيم على نحو يعتبر طرفاً فيه ويشترط لذلك موافقة الخصوم على هذا الوضع وتعبيرهم عن الموافقة قد يتخذ نص صريح في الاتفاق على التحكيم. وقد يتم هذا الاتفاق بعد بدء الخصومة وفي هذه الحالة يجب موافقة هيئة التحكيم، لأن تدخل الغير يقتضي جهداً أو وقتاً إضافياً من هيئة التحكيم وهذا يؤثر في تقدير أتعابها، فهي من جهة أخرى مقيدة بإصدار حكمها في أجل معين وقد يسفر قبول التدخل عن التأثير في هذا الأجل، لذلك يجب موافقتها كذلك. وقد تتخذ موافقة الخصوم على قبول التدخل صورة عدم اعتراض الخصوم على التدخل مما يعني

---

[58]- شريف الطباخ، المرجع السابق، ص. 161.

الموافقة على انضمامه إلى الخصومة وإذا ما تم التدخل والموافقة عليه فإن المتدخل يعتبر بمثابة طرف في اتفاق التحكيم[59].

ثانيا- التدخل الانضمامي أو الاختياري:

المتدخل الانضمامي هو الشخص الذي يتدخل في الدعوى منضماً لأحد الخصوم في دفاعه دون أن يطلب لنفسه طلبات، ومن ثم لا يلزمه موافقة أطراف الخصومة على قبول تدخله ولكن يشترط لتدخله أن يكون له مصلحة في هذا التدخل[60]. فهو يختلف عن المتدخل الهجومي، فهو لا يطالب بحق ذاتي لنفسه أو بمركز قانوني لصالحه ولا يوجد ما يمنع من قبوله في خصومة التحكيم.

يتم التدخل بنوعيه بالإجراءات المقررة للادعاء في هذه الخصومة التحكيمية ويتحقق ذلك بطلب يقدم من الغير في خصومة التحكيم ويجب إعلان هذا الطلب في الحالات التي يجب فيها هذا الإعلان، ويشترط لقبول هذا التدخل تقديم طلب إلى هيئة التحكيم مع إعلان هذا الطلب للخصم الآخر إذا لم يكن هذا التدخل في مواجهة هذا الخصم، وذلك حتى تتاح للأطراف فرصة للدفاع في مواجهة المتدخل[61].

ثالثا- التدخل الانضمامي المستقل:

هو تدخل شخص من الغير في خصومة قائمة ليطالب أو يدافع عن حق له، هو نفس الحق الذي يطالب به أو يدافع عنه أحد طرفي الخصومة في مواجهة الطرف الآخر، وهو يقع في مركز وسط بين التدخل الاختصامي والتدخل الانضمامي.

---

[59]- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص. 173.

[60]- شريف الطباخ، المرجع السابق، ص.162.

[61]- نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص. 174.

يقبل هذا التدخل في كل حالة يوجد فيها ارتباط مما يجيز رفع الدعوى ابتداءً من مدعين متعددين أو على مدعى عليهم متعددين، ومثال ذلك تدخل دائن متضامن في الخصومة القائمة بين دائن متضامن معه والمدين، وكذلك تدخل شخص إلى جانب شريكه في دعوى تتعلق بالمال المملوك على الشيوع[62].

رغم اعتبار التدخل والإدخال استثناءً على الأصل، إلا أن السماح بهما تبرره كثيراً من المبررات العملية وهي:

– تؤدي إلى إنارة الطريق أمام المحكم للتعرف على عناصر النزاع بصورة كاملة.

– إن السماح بها يمكن للغير من تفادي صدور أحكام قد تمس حقوقه ومصالحه، فضلاً عن ما في ذلك من فائدة للأطراف الأصليين في الخصومة، الذي يجعل من الحكم الصادر فيها حجة في مواجهة الغير الذي لا يستطيع أن ينازع مستقبلاً في الحكم[63].

---

[62]- بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص. 136.

[63]– ياسر علي إبراهيم نصار، المرجع السابق، ص.19.

ملخص الفصل الأول:

من خلال هذا الفصل تم التطرق إلى تحديد مفهوم الغير ودوره في خصومة التحكيم. فقد تم التعرض إلى مفهوم الغير الذي يعدُّ طرفاً أجنبياً عن اتفاق التحكيم، فالأصل عدم انصراف أثر اتفاق التحكيم إليه وذلك من خلال تمييزه عن الطرف في هذا الاتفاق، مع بيان الأساس القانوني لامتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير وإلى أهم الحالات أين اعتبر الغير طرفاً في التحكيم.

ما يتعلق بدور الغير في خصومة التحكيم، فالأصل أنه لا يجوز توسيع نطاقها الشخصي فيشمل غير أطرافه، إلا أنه لمواجهة الظروف التي تعترض سير الخصومة، فإنه سمح باتساع نطاقها من جهة الأطراف، لإكمال الإطار والتنظيم القانوني لجميع عناصر الخصومة من خلال تدخله أو إدخاله في الخصومة.

الفصل الثاني

آثار حكم التحكيم بالنسبة للغير

يرتب حكم التحكيم بعد صدوره بالكيفية المطلوبة خلال المدة المحددة ووفقاً للشكل الذي حدده القانون آثاراً مهمة بالنسبة لأطراف النزاع تتمثل في التزامهم بعدم عرض النزاع الذي فصلت فيه هيئة التحكيم من جديد على القضاء نظراً لتمتع هذا الحكم بحجية الأمر المقضي فيه منذ صدوره، حيث يعتبر مركز قانوني إجرائي ينشأ عن العمل القضائي يؤدي إلى تقيد أطراف الخصومة بمنطوق القرار كما يلتزم القاضي بهذه الحجية[64].

فالواقع أن حجية الشيء المقضي فيه تقتصر فقط على من كان طرفاً في اتفاق التحكيم، حتى ولو كان طرفاً أو ممثلاً في خصومة التحكيم، ولا يحتج به في مواجهة الغير في اتفاق التحكيم ولو لم يكن طرفاً في خصومة التحكيم.

باعتبار أن حكم التحكيم يحوز حجية الشيء المقضي فيه، بخصوص ما تم الفصل فيه من موضوع النزاع المتعلق بالأطراف، فالحجية ليست مطلقة بل نسبية من حيث الموضوع ومن حيث الأشخاص الذين كانوا أطرافاً في النزاع، كما يمكن الاحتجاج بحكم التحكيم الذي يفرض على الغير مركزاً قانونياً متولداً عن الحكم، وذلك نظراً لتشابك وتداخل العلاقات بين الأفراد، فالاحتجاج صفة قانونية مستقلة تسحب من حيث المبدأ على كل الأعمال والتصرفات والحقوق والمراكز القانونية.

مع ذلك ذهب القضاء إلى أن حجية الشيء المقضي فيه لحكم المحكمين لا يقتصر آثارها على المدين الأصلي وإنما تمتد إلى الكفيل، سواء كان الكفيل بسيطاً أو كفيلاً متضامناً، ومن هذا القضاء يتبين مدى الخلط بين حجية حكم التحكيم والاحتجاج به[65] .

---

[64]- أشجان فيصل شكري داود، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وآثاره وطرق الطعن به، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، فلسطين، 2008، ص. 86.

[65]- خليل بوصنوبرة، القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه وفقاً للقانون الجزائري، شعبة القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008، ص. 120.

سنتطرق في هذا الفصل إلى دراسة حجية قرار التحكيم بالنسبة للغير(المبحث الأول)، ومدى إمكانية الاحتجاج به في مواجهة الغير(المبحث الثاني).

المبحث الأول

حجية قرار المحكمين بالنسبة للغير

يصدر المحكم العديد من الأحكام سواء في المسائل الإجرائية، أو في موضوع النزاع كله أو جزء منه، والأحكام الصادرة من المحكّم قد تكون أحكام قطعية يجوز العدول عنها والانصراف عنها، وتسود هذه الأحكام بالذات في غالبية المسائل المتعلقة بالإثبات وإجراءات التحقيق وإعداد النزاع للفصل فيه، والسبب في ذلك يرجع إلى أن هذه الأحكام تتعلق بمجال سيادة الخصوم على خصومتهم وحريتهم في تسيرها وإثباتها. وقد تصدر الأحكام بشكل قطعي حاسم لا مجال للرجوع فيها والعودة عنها، وهذه الأحكام قد تصدر في مسائل إجرائية أو موضوعية[66].

يتمتع حكم التحكيم بخصائص الحكم الصادر عن القضاء، إذ يحوز حجية الشيء المقضي فيه، ويكون واجب النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليها في القانون[67]، على النحو الذي سيتم بيانه(المطلب الأول)، باعتبار حكم التحكيم يخضع لقاعدة نسبية القوة الملزمة، مما يعني أن حجية حكم التحكيم نسبية، سواء من الناحية الشخصية أو الموضوعية[68]، وهو ما سنتطرق إليه(المطلب الثاني).

---

[66]- نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص. 194.

[67]- حفيظة السيد الحداد، الرقابة القضائية على أحكام التحكيم بين الازدواجية والوحدة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص. 6.

[68]- أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار الكتاب القانونية، القاهرة، 2008، ص. 34.

المطلب الأول

حجية الشيء المقضي فيه بالنسبة للغير

تعدُّ حجية قرار التحكيم من أهم آثار القرار التحكيمي المنهي لنزاع الأطراف وبموجبه يمتنع الأطراف عن رفع النزاع الذي فصل فيه بموجب القرار التحكيمي أمام المحكم أو حتى القاضي للفصل فيه من جديد.

كما أن حجية الشيء المقضي فيه هي قرينة قاطعة على الحقيقة التي يعلنها الحكم أو القرار الصادر بمحل المنازعة على نحو أو آخر، سواء كان حكماً قضائياً أو كان قراراً صادراً من هيئة تحكيمية، وتعني هذه القرينة أن الوقائع المثبتة والحقوق التي قررت لا يمكن مناقضتها من جديد، وباعتبار هذه الحجية هي عنوان للحقيقة فإنه يكون من ناحية النزاع الذي كان الحكم أو القرار لصالحه أن يتمسك بالحكم، وبكافة المميزات المترتبة عليه، ومن ناحية أخرى فإنه لا يجوز الفصل فيه من جديد من طرف أيّة هيئة قضائية أو تحكيمية أخرى[69].

باعتبار أن الهدف من إطلاق حجية الأمر المقضي فيه، هو ضمان استقرار الحقوق والمراكز القانونية التي أكّدتها الأحكام القضائية، إضافة إلى تحقيق اعتبارين عمليين أولهما، وضع حد نهائي لنزاع حتى لا يتكرر، وثانيهما، تفادي صدور أحكام متعارضة[70].

---

[69]- منسول عبد السلام، قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2001، ص. 97.

[70]- جورج حزيون، رضوان عبيدات، "إلزامية قرارات التحكيم وقوتها التنفيذية في التحكيم المحلي"، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، العدد الأول، جامعة الأردن، 2006، ص. 20.

بناءً على ما تقدم نقوم بدراسة حجية الشيء المقضي فيه بالنسبة للغير في القوانين المقارنة في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني إلى دراستها في القانون الجزائري، وإلى أهم أوجه هذه الحجية بالنسبة للغير من خلال الفرع الثالث.

الفرع الأول

حجية الشيء المقضي فيه بالنسبة للغير في القوانين المقارنة

للوقوف على موقف المشرع الجزائري من حجية حكم التحكيم من الضروري الاطلاع على بعض القوانين الوطنية القريبة منه، ثم دراسة الحجية في القانون الجزائري. وللوصول إلى المقارنة الصحيحة بين القوانين المقارنة، ينبغي دراسة كل قانون على انفراد كحجية حكم التحكيم في القانون الفرنسي والمصري.

أولا- حجية حكم التحكيم في القانون الفرنسي:

رغم اعتماد المشرع الفرنسي لمنهجية التفرقة بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي إلاّ أنه انتهج طريقاً آخر بالنسبة لحجية الحكم، إذ أحال الأمر في نصه على ذلك في نظام التحكيم الدولي إلى التحكيم الداخلي، بمعنى أن للحكم منذ صدوره حجية الشيء المقضي فيه فيما يتعلق بالخلاف الذي يحسمه، ويفهم من ذلك أن القانون الفرنسي يسير في فلك الليبرالية المطلقة فيما يخص أحكام التحكيم الدولي فتتوسع الحجية وسط هذه الأحكام أياً كان القانون المطبق وأياً كان المكان الذي صدر فيه الحكم[71].

يلاحظ أن المشرع الفرنسي ركز على موضوع النزاع، أي أن الحجية لا تتعدى الموضوع الذي فصل فيه الحكم، وتجدر الإشارة إلى أن قانون التحكيم الفرنسي يسمح فضلاً عن حق

---

[71]- سليم بشير، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، العلوم القانونية، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الحاج الخضر، باتنة، 2012، ص. 216.

الاستئناف بالطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي الداخلي، ويترتب على ذلك أن حكم التحكيم الداخلي يصدر وهو حائز لحجية الشيء المقضي فيه دون قوة الأمر المقضي فيه، إلا إذا تنازل الأطراف مسبقاً عن الطعن بالاستئناف، أو كان التحكيم مقترن بالتفويض دون تحفظ الأطراف وإعلان تمسكهم بالحق في الاستئناف.

كما هو معلوم في جميع قوانين التحكيم الوطنية أن الأصل في الحجية في الحكم التحكيمي هي حجية نسبية بالنسبة للأطراف فهي لا تمتد إلى الغير. إذا ما تضرر الغير من الحكم التحكيمي فله أن يرفع دعوى اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، وليس له الحق في رفع دعوى البطلان أو الطعن في الحكم التحكيمي لكونه أجنبي عنه فهو غير طرف في الخصومة[72].

الجهة القضائية المختصة في البت في مثل هذه الدعاوى هي المحكمة المختصة أصلاً في حالة عدم وجود التحكيم، سواءً كانت تجارية أو مدنية حسب نوع النزاع، وتطبق جميع الإجراءات المدنية العادية.

إذا كانت أحكام التحكيم الأجنبية وغير الداخلية (الأجنبية والدولية)، تلتقي في خصوصية اكتساب الحجية بمجرد صدور الحكم، إلّا أن غير الداخلية تختلف عن الأولى في كونها تتمتع فضلاً عن الحجية على قوة الشيء المقضي فيه، لأنها لا تخضع لطرق الطعن التي تخضع لها أحكام التحكيم الداخلية، بحيث يعتبر باطلاً الشرط الذي ينص على إخضاع حكم التحكيم الصادر في الخارج أو الصادر في التحكيم الدولي للطعن بالاستئناف بل يبطل كالشرط نفسه.

لا يسمح بالطعن في هذه الأحكام إلّا عن طريق الطعن فيها بالبطلان بناءً على الأسباب المعتمد عليها في الطعن بالاستئناف في القرار القاضي بالاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي

---

[72]- سليم بشير، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، المرجع السابق، ص. 217.

أو الدولي الصادر في الخارج، فالتمسك بحكم التحكيم أمر لا يتعلق بالنظام العام سواء في التحكيم الداخلي أو في التحكيم الدولي، هذا ما حكمت به محكمة استئناف باريس في1998/12/12[73].

ثانيا- حجية حكم التحكيم في القانون المصري:

الحجية لدى المشرع المصري تهدف بدورها لإعطاء الأحكام عامة، سواء كانت قضائية أو تحكيمية، الحجية الكاملة لما قضت فيه، فلا يجوز طرح نفس الموضوع أمام نفس الجهة أو جهة أخرى من قبل نفس الأطراف.

جعل المشرع المصري الحجية من النظام العام، إذ أوجبت على الجهة التي ترفع أمامها نفس القضية التي سبق الفصل بالحكم فيها ولو تلقائياً فلا تنتظر الدفع بسبق الفصل من قبل الأطراف.

يبرر فقه الإجراءات المدنية في مصر تعلق الحجية بالنظام العام التي تمتع الأحكام القضائية بالحجية لكونها مرتبطة بوظيفة القضاء ولم يقررها القانون لصالح الخصوم وإنما قررها للصالح العام الذي يهدف إلى استقرار الحماية القضائية[74].

إذا كان الأمر كذلك بالنسبة للأحكام القضائية، فإن الحال يختلف عنه في أحكام التحكيم، فحكم التحكيم هو وليد نظام يرتكز على إرادة الأطراف، فهم اختاروا هذا الطريق بمحض إرادتهم ويختارون المحكمين ويستبدلونهم، وهؤلاء يباشرون مهامهم في حدود ما يرسم لهم من الأطراف، فلا وجود للدولة في هذا المجال أو مرفق من المرافق العامة، فالكل يتعلق بنظام تعاقدي يخضع من أول وهلة لمبدأ سلطان الإرادة، فإذا ما صدر حكم التحكيم فإنه يصدر حائزاً للحجية حماية لمصالح الأطراف، لهذا إذا ما اتفق الأطراف على رفض ما قضى به حكم التحكيم وأصروا على الشروع في إجراءات تحكيم جديدة أمام هيئة تحكيم جديدة، فلا تملك هذه الأخيرة من تلقاء نفسها

---

[73]- سليم بشير، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، المرجع السابق، ص. 218.

[74]- المرجع نفسه.

الحكم بعدم قبول التحكيم لسبق الفصل فيه، ولا تحكم بذلك إلا عند الدفع به، من قبل أحد الأطراف وكذلك الحال إذا لجأ الأطراف إلى الجهة القضائية بغرض إعادة النزاع من جديد فلا يجوز لهذه المحكمة النطق تلقائياً بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها[75].

الملاحظ في النظام القانوني المصري أن حكم التحكيم يضفي عليه فور صدوره حجية الشيء المقضي فيه وكذلك قوة الأمر المقضي به على خلاف الحكم القضائي، فإنه لا يتمتع بقوة الشيء المقضي فيه إلا بعد رفض الطعن فيها أو فوات مواعيد الطعن أو نص القانون على أنها غير قابلة لأي طريق من طرق الطعن العادية وغير العادية. وحيازة حكم التحكيم لقوة الشيء المقضي فيه في أنه قابل لتنفيذ بمجرد صدوره، ولم يبقى له سوى الإجراءات الخاصة بالتنفيذ[76].

الفرع الثاني

حجية الشيء المقضي فيه في القانون الجزائري

تحوز الأحكام القضائية حجية الشيء المقضي فيه، ولا يجوز إعادة النظر فيها من قبل نفس الجهة، ولكن هذه الأحكام رغم الحجية التي تكتسيها إلّا أنها مجردة من قوة الشيء المقضي فيه لأنها تخضع لطرق الطعن بالطرق العادية(المعارضة والاستئناف)، ما دام أنها قابلة لذلك، فهي خالية من قوة الأمر المقضي فيه إلا بعد استنفاذ طرق الطعن العادية أو رفض الأطراف الطعن بمحض إرادتهم، إلا أن الأمر يختلف فيما يتعلق بحجية الشيء المقضي فيه بالنسبة لأحكام التحكيم، فالمشرع الجزائري مثله مثل المشرع الفرنسي أخذ بنظام ازدواجية التحكيم أي التحكيم الداخلي والخارجي، على خلاف المشرع المصري الذي لم يفرق بينهما وسن لهما قانوناً واحداً، رغم التقاء المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي في نقطة الازدواجية، إلّا أن الاختلاف يتجلى في موضوع الحجية، حيث أن المشرع الجزائري سكت عن حجية حكم التحكيم الدولي ولم ينص على

---

(75)- سليم بشير، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، المرجع السابق، ص. 218.

(76)- المرجع نفسه، ص. 219.

حجيته أصلاً واكتفى بالنص على حجية حكم التحكيم الداخلي لا غير، وذلك في المادة 1031 من ق.إ.م.إ[77]، التي اعتبرت أن حكم التحكيم حائز لحجية الشيء المقضي فيه لمجرد صدوره، ولكن اشترطت أن يكون الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل المتعلق بنفس النزاع ونفس الخصومة، بمعنى أنه لا يمكن للأطراف إعادة طرحه من جديد، سواء أمام هيئة التحكيم التي فصلت فيه أو أمام هيئة أخرى أو أمام جهة قضائية، فالهدف من هذه الحجية هي الحفاظ على المصالح الخاصة للأطراف وحماية حكم التحكيم[78].

الفرع الثالث

أوجه حجية الشيء المقضي فيه بالنسبة للغير

لتحديد حجية الشيء المقضي فيه بالنسبة للغير ينبغي التطرق إلى ثلاثة أوجه أساسية والمتمثلة فيما يلي:

– **الوجه الأول:** يتعلق بأثر حكم التحكيم بحل الخلافات التي ثارت بين الأطراف أنفسهم، في هذه الحالة يثبت للحكم حجية سلبية تقتصر على الحيلولة دون طرح النزاع مرة ثانية أمام القضاء، فإذا ما تم طرحه وجب القضاء بسبق الفصل في النزاع، ويترتب على صدور الحكم من المحكمين، انقضاء الحق في الخصومة التحكيمية وكذلك الحق في الدعوى، تأسيساً على قاعدة منع مباشرة الدعوى مرتين لذات الموضوع وبين نفس الأطراف.

– **الوجه الثاني:** يتعلق بأثر حكم التحكيم اتجاه الخلافات التي يمكن أن تثور فيما بعد، وهذا الوجه يثير عدة صعوبات، فيذهب البعض إلى القول بأن نظرية حجية الشيء المقضي فيه، لا

---

[77]– تنص المادة 1031 من ق.إ.م.إ على أن: "تحوز أحكام التحكيم حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها فيما يخص النزاع المفصول فيه".

[78]– سليم بشير، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، المرجع السابق، ص. 220.

تطبق، فالقرار الصادر من محكمة التحكيم لا يمكن أن يكون له أدني أثر على الخلافات التي يمكن أن تثور فيما بين الأطراف، إلّا إذا اتفقوا على أن حكم التحكيم السابق يكون ملزماً بالنسبة لكل خلاف من نفس الطبيعة يحتمل أن يحتج به في المستقبل، لا يمكن قبول هذا الرأي على الإطلاق فالواقع أنه طبقاً لنص المادة 338 من ق.م.ج المتعلقة بقواعد الإثبات "أن الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي فيه، تكون حجة فيما فصلت فيه من حقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقص هذه الحجية[79]. ونظراً لأن أحكام المحكمين لا تقبل الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن، وعلى ذلك فإن أحكام المحكمين تكتسب بمجرد صدورها، ليس فقط حجية الشيء المقضي فيه، إنما أيضا القوة التنفيذية، وطبقاً لهذه المادة، فإن أحكام المحكمين ليس لها فقط أثر سلبي وإنما أثر إيجابي، المتناول في كل الدعاوى الأخرى التي ترفع بمسائل متفرعة عن المسألة الأساسية المقضي فيها، ويتمثل هذا الأثر الايجابي في التزام القاضي أو المحكم، بالفصل في الدعاوى التي ترفع بمسائل فرعية على وجه يتفق مع ما سبق أن قضي به في خصوص المسألة الأساسية[80].

من ناحية أخرى، إذا كانت الحجية تحول للخصوم عدم التمسك ببطلان الحكم الصادر خارج الإجراءات كوسيلة لإسقاط حجيته توصلاً إلى إعادة طرح المسألة المقضي فيها مرة ثانية أمام القضاء للفصل فيها من جديد. فإن التمسك ببطلان حكم المحكمين يعد استثناءً يرد على حجيته، فإذا ما قضى بالبطلان تجرد الحكم من حجيته، ولكن لا يترتب على ذلك انقضاء الحق في التحكيم، فيجوز طرح النزاع مرة ثانية على هيئة تحكيم أخرى ما لم يقرر الأطراف خلاف ذلك، وهذا ما حدث في قضية هضبة الأهرام المصرية، فبعد أن قضت محكمة النقض الفرنسية ببطلان حكم التحكيم، الصادر من غرفة التجارة الدولية، تم طرح النزاع على هيئة تحكيم الاستثمارات C.I.R.D.I، من جديد للفصل فيها وهذا ما تم بالفعل[81].

---

[79]– انظر م 338 من ق.م.ج .

[80]- خليل بوصنوبرة، المرجع السابق، ص. 119.

[81]–المرجع نفسه، ص. 120.

الوجه الثالث: يتعلق بآثار حكم التحكيم بالنسبة للغير ويثير هذا الوجه جدلاً حول نطاق الأثر الملزم للحجية بالنسبة للغير الذي لم يكن طرفاً في الخصومة، وهذا الجدل يمتد بجذوره إلى الحكم الصادر من قضاء الدولة، لكن المشرع الجزائري يعتبر الحكم له حجية نسبية في هذا الخصوص، وأنكر سريانها في مواجهة الغير الذي لم يكن طرفاً في الخصومة بنصوص صريحة سواءً في التحكيم الداخلي أو الدولي على حد سواء، مستنداً في ذلك على فكرة الحجية النسبية، وما كرسه الفقه وأحكام القضاء في هذه المسألة باعتبار أن حكم التحكيم يتمتع بالحجية ليست من النظام العام وهذا يعني أنه لا يحكم بها إلا في حالة تمسك أحد الأطراف بها، ولا تقضي به الهيئة أو المحكمة من تلقاء نفسها سواءً في التحكيم الداخلي أو الدولي[82].

المطلب الثاني

نطاق حجية حكم التحكيم ومدى جواز الطعن فيه

إن حكم التحكيم لا يتمتع بحجية مطلقة، والأصل نسبية آثار هذه الحجية[83]. وعليه فإن نطاق حجية حكم التحكيم قاصر على موضوع النزاع الذي فصل فيه المحكم، وعلى أطراف النزاع[84].

تصدى المشرع لتنظيم التحكيم، بإيجاد الحلول الملائمة للمشاكل التي تنجم عن الفصل في الخصومات التحكيمية باعتباره قضاءً خاصاً موازياً لقضاء الدولة، بتنظيم الأحكام التي يصدرها هذا القضاء الخاص، بتبيان مدى جواز الطعن في حكم المحكمين[85]، وعليه نتعرض بالتفصيل

---

[82]–خليل بوصنوبرة، المرجع السابق، ص. 121.

[83]– شحاته محمد نور، المرجع السابق، ص. 175.

[84]– أشجان فيصل شكري داود، المرجع السابق، ص. 88.

[85]– خليل بوصنوبرة، المرجع السابق، ص. 114.

لنطاق الحجية الخاص بالموضوع، ونطاق الحجية من حيث أشخاص النزاع(الفرع الأول)، ثم نتطرق إلى مدى جواز الطعن في حكم المحكمين(الفرع الثاني).

الفرع الأول

نطاق حجية حكم التحكيم

الواقع أن إعمال مبدأ النسبية في حكم التحكيم مفاذه قصر حجيته على أطراف الخصومة التي صدر فيها الحكم شريطة أن يكونوا قد اتصلوا بالخصومة، فإذا تعدد أطراف اتفاق التحكيم والتجأ بعضهم إلى التحكيم وتم تشكيل هيئة الحكم فإن للحكم حجة في مواجهة من أعلن بطلب التحكيم دون سواه ممن لم توجه إليهم الإجراءات، بمعنى أن الحجية مقيدة بنطاق موضوعي وشخصي.

أولا- النطاق الموضوعي لحجية حكم التحكيم:

يرتبط تحديد النطاق الموضوعي لحجية حكم التحكيم بتحديد نطاق اتفاق التحكيم الذي يتضمن موضوع النزاع المتفق إحالته إلى التحكيم[86]، مما يستلزم عدم جواز عرض نفس الموضوع أمام أية هيئة تحكيم، سواء كانت الفاصلة فيه أم هيئة أخرى، ومعيار نفس الموضوع يتحدد بالطلبات التي قدمت أول مرة، أما الطلبات غير المقدمة التي لم يفصل فيها، فلا تعد من نفس الموضوع ويمكن طرحها أمام الهيئة التي سبق وأن فصلت في الدعوى. وحجية حكم التحكيم تستمد من المنطوق والأسباب، بحيث أن كل ما لم يتطرق له ولم يناقش أثناء الدعوى من الممكن طرحه من جديد أمام هيئة القضاء، ولا يجوز التمسك بحجية الشيء المقضي فيه.

يمكن القول أن نطاق حجية حكم التحكيم تقتصر على المسألة المفصولة فيها، دون غيرها، وهي المسألة التي طرحت على التحكيم وكانت محل منازعة من الطرفين ومحل مناقشة من

---

[86]- محمود مختار أحمد بريري، المرجع السابق، ص. 260.

قبل هيئة التحكيم، فهذه المسألة وحدها من تحوز الحجية دون تلك التي تم طرحها أمام التحكيم ولم تكن محل نزاع بالنسبة للأطراف[87].

تطبيقاً لنطاق الموضوعي لحجية حكم التحكيم، إذا كان النزاع الذي فصلت فيه هيئة التحكيم هو ذات النزاع الذي تم إعادة طرحه من أحد الخصوم على القاضي أو على هيئة تحكيم بهدف الفصل فيه من جديد، يمكن للطرف الآخر طلب عدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها بالتحكيم. أما إذا كان هذا النزاع المعروض مختلفاً عن النزاع الذي سبق وأن فصل فيه قضاء التحكيم، فلا يكون لهذا الحكم حجية مانعة للنزاع الجديد[88].

ثانيا- النطاق الشخصي لحجية حكم التحكيم:

إن حجية حكم التحكيم تقتصر على أطراف الخصومة التي صدر فيها الحكم والذين أعلنوا وتمكنوا من المشاركة في إجراءات التحكيم[89]. فهذا الحكم لا يستفيد منه إلا من صدر لصالحه، ولا يحتج به إلا على من صدر عليه. ويتحدد نطاق حجية حكم التحكيم بالنسبة للأشخاص بوحدة الخصوم في الدعوى، وتقتصر حجية حكم التحكيم على أطراف الخصومة والقاعدة هي نسبية آثار هذه الحجية، لأن أطراف الخصومة وحدهم من يكونوا في مركز يسمح لهم بالدفاع عن حقوقهم، فإذا كان الشخص موجوداً في الخصومة ممثلاً لشخص آخر طبيعي أو معنوي فلا يعتبر طرفاً شخصياً في الحكم الصادر فيها والعكس أيضاً صحيح[90].

قد يتعدد أطراف اتفاق التحكيم فتمتد قوته إلى الجميع، فإذا حضر جميع أطراف خصومة التحكيم وانتهت إلى صدور الحكم، فإن لهذا الأخير حجية الشيء المقضي فيه بالنسبة لجميع

---

(87)- سليم بشير، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، المرجع السابق، ص. 206.

(88)- أشجان فيصل شكري داود، المرجع السابق، ص. 86.

(89)- شحاته محمد نور، المرجع السابق، ص. 170.

(90)- سليم بشير، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، المرجع السابق، ص. 209.

أطراف الاتفاق وأطراف النزاع. أما إذا تخلف بعض أطراف اتفاق التحكيم ولم يباشروا ولم يتدخلوا أو لم يدخلوا في الخصومة، فإن حجية الشيء المقضي به مقتصرة على الذين شاركوا في إجراءات التحكيم لا غير[91].

أدت هذه النتيجة إلى التساؤل عن الغير الذين ليسوا أطرافاً في اتفاق التحكيم، ولم يتمكنوا من المشاركة في إجراءات التحكيم، ويؤثر حكم التحكيم في مركزهم القانوني نظراً لصلتهم القانونية بأحد أطراف هذا الاتفاق، إذ أن حجية حكم التحكيم تمتد إلى الغير إذا كان مركزه يعتمد على المركز القانوني الذي قرره الحكم. كما أنه تثار صعوبة عملية بالغة تكمن في تحديد ومعرفة في أي الحالات التي يمكن القول أن شخصاً ما كان ممثلاً في الاتفاق رغم أنه لم يكن طرفاً شخصياً فيه وما حدود هذا التمثيل؟.

إذا كانت الإجابة تبدو واضحة في الحالات التي تتوافر فيها وكالة حقيقية، سواء كانت وكالة قانونية أو اتفاقية، فإنها لا تكون كذلك في الحالات التي تبدو فيها فكرة الإنابة أو التمثيل أقرب إلى المجاز منها إلى الحقيقة، كما هو الحال بالنسبة للدائنين أو المدنين المتضامنين، والدائنين أو المدينين في التزام غير قابل للتجزئة أو الانقسام، الأمر الذي أثار خلافاً في الفقه والقضاء.

لا تخفى أهمية تحديد من يعد طرفاً في اتفاق التحكيم ومن لا يعتبر كذلك لانعكاسها على بيان أثر حجية حكم التحكيم، وهل تقتصر على أطراف خصومة التحكيم أم تمتد لمن لم يعتبر طرفا فيها؟.

لقد انعكس ذلك على أحكام محكمة النقض المصرية، فتارة تتواتر أحكامها مؤكدة أن المرسل إليه طرفاً ذا شأن في سند الشحن باعتباره صاحب المصلحة في عملية الشحن فيتكافأ

---

[91]- شحاته محمد نور، المرجع السابق، ص. 201.

مركزه –حينما يطالب بتنفيذ عقد النقل– ومركز الشاحن منذ ارتباط مصالحهما، ومن ثم فإن سند الشحن الذي يتضمن الإحالة إلى شرط التحكيم الوارد في مشارطة الإيجار يلزم المرسل إليه، إلا أن محكمة النقض عدلت عن هذا القضاء في حكم آخر لها، مؤكدة أن المرسل إليه لا يعتبر طرفاً في سند الشحن، مبررة أن الإحالة في سند الشحن إلى شرط التحكيم الوارد في مشارطة الإيجار لا يكفي لاعتبار اتفاق التحكيم مندمجاً في سند الشحن، وإنما يتعين أن ينص على التحكيم صراحة في سند الشحن حتى يكون التحكيم ملزماً للمرسل إليه[92].

تثار العديد من الصعوبات في كثير من صور التعامل التجاري الدولي مع ظهور تجمع الشركات العملاقة تحت تسمية"الكونسرسيوم"، التي تتولى تنفيذ المشروعات الضخمة، فهل يعتبر التجمع دون الأعضاء الذي يشملها هو الطرف الذي يكون له الحق في الالتجاء إلى التحكيم عند وجود اتفاق على التحكيم بين هذا التجمع وبين من ينفذ العمل لصالحه. وأيضا هو الطرف الذي يوجه إليه إجراءاته؟، أم هل يجوز لكل شركة من الشركات الأعضاء في التجمع الالتجاء إلى التحكيم منفردة أو أن توجه إليها إجراءاته استناداً إلى العقد المبرم بالمسمى الذي يجمعها والذي ينصب على التحكيم؟.

كما أثير الأمر بالنسبة للشركة الأم وفروعها، فكل هذه الصور تتعلق بامتداد أثر حكم التحكيم إليها، ليس مرجعه حجية حكم التحكيم، فحجية حكم التحكيم حجية نسبية تقتصر على الأطراف الذين صدر الحكم في مواجهتهم دون غيرهم[93].

ما يمكن قوله أنه بالنسبة لكافة صور العلاقات القانونية كعلاقة الكفيل بالأصيل والمؤمن بالمستأمن والمودع، والمودع لديه، يتعين مراعاة أن أثر الحكم في مواجهة أحدهما لا تنصرف إلى الغير كنتيجة لحجية الحكم وإنما نتيجة لطبيعة العلاقة القانونية التي تحكمها، كعقد الكفالة وعقد

---

[92]- محمد طلعت عبد الرحيم، المرجع السابق، ص. 45.

[93]- أحمد السيد حماوي، المرجع السابق، ص. 267.

التأمين وعقد الإيداع. وعليه، فإنه لا يصح الخلط بين حجية حكم التحكيم وبين امتداد أثر الحكم إلى الغير الذي ليس مرجعه حجية الحكم وإنما القواعد القانونية التي تحكم العلاقة بين من صدر الحكم في مواجهته وبين الغير[94].

الفرع الثاني

مدى جواز الطعن في حكم المحكمين

أدى تأثير الطبيعة التعاقدية لاتفاق التحكيم على الصفة القضائية لحكم التحكيم إلى فتح سبيل دعوى البطلان ضد حكم التحكيم، ولهذا الاعتبار تجيز التشريعات المختلفة الدعوى ببطلان أحكام التحكيم. فقد يصدر القرار من المحكمين وهو يحمل معه سبباً من الأسباب التي تجعله باطلاً وبالتالي يصبح كأن لم يكن، وهي أسباب قد تتعلق بعقد التحكيم، أو بأشخاصه أو قد تتعلق بإجراءات التحكيم أو لمخالفته النظام العام أو لأسباب تتعلق بحكم التحكيم ذاته[95].

وفقاً للمشرع المصري يمكن أن يخضع حكم التحكيم لطرق الطعن التي تخضع لها أحكام القضاء باعتباره قضاء وهو من ناحية أخرى، وبالاستناد إلى الاتفاق على التحكيم، يمكن أن يخضع لما يخضع له أي عقد كإمكانية رفع دعوى أصلية.

إذن حكم المحكمين لا يخضع لأي من طرق الطعن ولكنه يجوز رفع دعوى بطلان أصلية وفقاً للأحكام التي حددها القانون لطلب البطلان.

---

(94)- أحمد السيد حماوي، المرجع السابق، ص.ص. 267 -268.

(95)- لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي "دراسة مقارنة"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص. 321.

أما المشرع الفرنسي، فإذا ما تضرر الغير من الحكم التحكيمي، فله أن يرفع دعوى اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، وليس له الحق في رفع دعوى البطلان أو الطعن في الحكم التحكيمي لكونه أجنبي عنه، إذ لم يكن طرفاً في الخصومة[96].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فقد أخضع الحكم التحكيمي لطعن بالبطلان والطعن بالاستئناف التي أخضعها لنفس الأسباب والحالات[97].

أما فيما يتعلق بالغير فبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فلم تتم الإشارة إلى أي طريق من طرق الطعن التي يمكن أن يقوم بها الغير.

---

[96]- سليم بشير، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، المرجع السابق، ص. 120.

[97]-عبد العزيز خنفوسي، "القواعد الإجرائية التي تحكم مسألة الاعتراف بأحكام التحكيم وإنفاذها وطرق الطعن فيها في ظل التشريعات المقارنة"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد 12، الجزائر، 2015، ص. 13.

المبحث الثاني

الاحتجاج بحكم التحكيم في مواجهة الغير

يجب التمييز بين الاحتجاج بحكم التحكيم بوصفه واقعة تجاه الغير وبين الحجية التي يتمتع بها القرار التحكيمي، لأنه قد تتعدد أطراف اتفاق التحكيم ومن ثم تمتد إليهم جميعاً قوته الإلزامية، فيجوز لأي طرف من هؤلاء التمسك بشرط التحكيم لعدم عرض النزاع المتفق على إحالته للتحكيم إلى القضاء، بيد أن القرار الصادر بناءً على هذا الاتفاق لا يكون له حجية لمن لم يكن طرفاً في خصومة التحكيم التي عرضت على هيئة التحكيم والذين لم يتم إعلامهم بالحضور أمامها ولم توجه إليهم طلبات أو لم يتيح لهم الحق في إبداء دفوعهم وأوجه دفاعهم أمامها، أي لم يكن له مشاركة إجرائية في خصومة التحكيم[98].

على هذا الأساس سنتطرق من خلال هذا المبحث إلى أهم الحالات التي يمكن فيها الاحتجاج بحكم التحكيم بالنسبة للغير، لذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في الأول احتجاج بحكم التحكيم في مواجهة الكفيل، ونبحث في الثاني عن الاحتجاج بحكم التحكيم في مواجهة المستفيد من خطاب الضمان.

---

[98]- ليث عبد الله محمد سعيد زيد الكيلاني، حجية قرارات المحكمين المحلية "دراسة مقارنة"، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير، فرع القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2012، ص. 53.

المطلب الأول

الاحتجاج بحكم التحكيم في مواجهة الكفيل

قد يتأثر الغير بالحكم التحكيمي بطريق غير مباشر، إذ يمكن أن يستند إليه الغير أو يحتج به في مواجهته كأساس لشرعية المركز القانوني الذي يقرره، بمعنى أنه يعتبر دليل إثبات لهذا المركز ويحتج به في مواجهة الكافة، وقد يترتب على هذا الاحتجاج فائدة أو ضرر بالغير، ومن ذلك الكفيل الذي يعتبر شخص من الغير من الناحية الإجرائية[99].

سندرس من خلال هذا المطلب إمكانية الكفيل الاحتجاج بحكم التحكيم(الفرع الأول)، ثم التطرق إلى عدم إمكانية الكفيل الاحتجاج بحكم التحكيم(الفرع الثاني).

الفرع الأول

إمكانية الكفيل الاحتجاج بحكم التحكيم

عقد الكفالة عقد يلتزم فيه شخص بكفالة التزام المدين بأن يتعهد للدائن بالوفاء به إذا لم يف به المدين[100].

إن غياب الكفيل عن إجراءات التحكيم لا يعني أن الحكم الصادر في خصومة التحكيم بين كل من الدائن والمدين لا ينتج أي أثر في مواجهته، إذ يجري القضاء على أنه يمكن للكفيل أن يتمسك بحكم التحكيم الصادر بين الدائن والمدين كما يمكن الاحتجاج به في مواجهته، وهذا القضاء مؤسس على مبررات تؤكد بأنه يجب عدم اعتبار الكفيل أحد أطراف التحكيم من الغير بالنسبة لإجراءات التحكيم. بيد أنه إذا كانت الحلول التي أتى بها القضاء صحيحة، فإن الأسباب التي بنيت عليها تعد خاطئة، فأسباب هذه الأحكام خلطت بين حجية الشيء المقضي فيه

---

(99)- ليث عبد الله محمد سعيد زيد الكيلاني، المرجع السابق، ص. 54.

(100)- راجع في ذلك م.644 من ق.م.ج.

والاحتجاج به رغم الفارق الواضح بينهما، فحجية الشيء المقضي فيه تنقضي وتنطوي على ثبات الحكم بين أطرافه، في حين أن الاحتجاج يقصد به آثار الحكم الخارجية في وسط قانوني بأن يفرض على الغير مركزاً قانونياً متولداً عن الحكم، فالمحكم في الحدود التي تنطوي على التعديل في البنية القانونية يمكن أن يحتج به في مواجهة الجميع، فحكم التحكيم الصادر ضد المدين ويأمره بالوفاء يعدُّ بمثابة واقعة تفرض على الكفيل[101].

لقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأنه إذا كان لطائفة من الغير الطعن وفقاً الاعتراض الخارج عن الخصومة، فإن ممارستهم لهذا الحق يخضع لبعض القيود، والغاية من هذا التقييد هو تجنب عدم استقرار المراكز القانونية، وتناقض الأحكام وفكرة المركز القانوني التابع تفسّر القوة الخاصة للاحتجاج في هذه الفروض، ومن بينها الفرض الخاص بالكفيل وتأسيساً على فكرة المركز القانوني التابع نجد جانباً من الفقه المصري، قد ذهب إلى القول أنه من العدالة امتداد حجية حكم التحكيم إلى الغير تأسيساً على أن مركز الغير يعتمد على المركز الذي قرّره الحكم سواء تعلق الأمر بحكم قضائي أو حكم تحكيم وهذا الرأي لم يسلم من النقد[102].

كما ذهب جانب من الفقه المصري إلى القول بأن خضوع الكفيل للحكم الصادر ضد المدين الأصلي معناه أن الحكم قد حاز الحجية في مواجهته وهذا القول ينطوي على خلط بين حجية الحكم والاحتجاج به، فالحكم في يد الدائن في هذه الحالة لا يعدو أن يكون دليل إثبات وهو بهذه الصفة حجة على الكافة بما أثبته وهو في هذا المثال واقعة ثبوت الدين في ذمة المدين الأصلي، ومن ثم وجب أن يلتزم به الكفيل، ولكن التزام الكفيل بالوفاء لا ينتج عن كون الحكم حجة عليه، وإنما ينتج عنه التزامه بالوفاء بموجب عقد الكفالة وبمعنى آخر عندما يثبت الدين

---

(101)- محمد طلعت عبد الرحيم، المرجع السابق، ص46.

(102)- المرجع نفسه.

قضاء في مواجهة الكفيل فإن الحكم يكون دليلاً على صحة وجود الدين في ذمة المدين الأصلي، فالوفاء إذن نتيجة للقاعدة القانونية بين أطراف الالتزام وليس نتيجة الحكم[103].

اتساقاً مع الرأي السابق، فإن الحكم التحكيمي الصادر بين الدائن والمدين يحتج به في مواجهة الكفيل، ولكن مركز الكفيل كضامن يمنعه من الطعن في الحكم بطريق الاعتراض الخارج عن الخصومة، فالكفيل كالمؤمن الذي يحتج المضرور في مواجهته بالحكم الصادر ضد المؤمن له، فالمؤمن لم يكن طرفاً في الخصومة، والحكم الصادر في مواجهة المؤمن له يعتبر بمثابة تحقيق للمخاطر المؤمن عليها، سواء من حيث المبدأ أو من حيث النطاق.

لقد سبق وأن عبرت محكمة استئناف باريس في1960/01/04 عن هذا الحل بطريقة أكثر وضوحاً، حيث قضت بأن القضاة الذين ينظرون في طلب التعويض المقدم ضد الكفيل، لهم الحق في تقدير ما إذا كان حكم التحكيم يشكل معطيات واقعية تخوله إلزام الكفيل بتعويض مساوي للمبلغ الذي قضى به حكم التحكيم تجاه الشركة المكفولة ومع ذلك فإن للكفيل في الطلب المقدم في مواجهته أمام قضاء الدولة أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الكفالة من أجل الإفلات من التزامه بالضمان.

في المقابل، فإن الحق في الكفالة يمكن أن يعتبر عقبة أمام إمكانية ممارسة الكفيل لطريق الاعتراض الخارج عن الخصومة في القوانين التي تسمح بها، خاصة القانون الفرنسي والواقع أن القضاء منقسم منذ أمد بعيد بصدد هذه المسألة فبعض الأحكام ترفض منح الكفيل إتباع

---

(103)- محمد طلعت عبد الرحيم، نفس المرجع السابق، ص.55.

هذا الطريق في حين أن أحكاماً أخرى تجيز للكفيل الطعن في حكم التحكيم بالاعتراض الخارج عن الخصومة[104].

الفرع الثاني

عدم إمكانية الاحتجاج بحكم التحكيم في مواجهة الكفيل

في نطاق التحكيم، الكفيل لا يعد طرفاً في إجراءات التحكيم طالما أنه لم يمثل في خصومة التحكيم، ولم يتقدم بأوجه دفاعه لاسيما في حالة تقصير المدين اتكالاً منه على وجود الكفيل، إلا أنه لا يحق له أن يعترض لما قضى به القرار التحكيمي فهو حجة بين أطرافه وإن كان ممن يتأثرون به حتماً.

كذلك حالة تواطؤ المدين مع خصمه في الدعوى التي صدر فيها الحكم ضده أو تعمد خسارة الدعوى إضراراً بدائن، أو أهمل إهمالاً جسيماً في الدفاع عن حقه، ففي هذه الحالة يعتبر الدائن من الغير، لأنه لم يكن طرفاً في الخصومة التحكيمية القائمة بين المدين وخصمه ولم يتقدم بأوجه دفاعه. كما لا يمكن الاحتجاج بحكم التحكيم به في مواجهة الكفيل ولا يمكن له أن يتعرض لما قضى به حكم التحكيم في مواجهة المدين لأنه قضى فيه بصفة قاطعة من قبل المحكمين، فالكفيل لا يلتزم بما ورد في حكم التحكيم ولا يمكن اعتبار هذا الحكم سنداً تنفيذياً في مواجهته ولا يستطيع الدائن أن يستصدر أمراً بتنفيذه في مواجهته حتى يمكن الحصول على دينه، وإنما عليه الالتجاء إلى قضاء الدولة للحصول على دينه تأسيساً على الالتزام المتولد من عقد الكفالة بمعنى

---

[104]- نادر الشرابي، الغير في خصومة التحكيم، رسالة لنيل دبلوم الماستر، في القانون الخاص، منشورة على الموقع، www.droitetentreprise.org، تم الاطلاع عليه بتاريخ 15-11-2015.

أن التزام الكفيل بأن يدفع ما ثبت به القضاء في مواجهة المدين الأصلي مرجعه قواعد الكفالة وليس حجية الشيء المحكوم فيه[105].

هذا الحل الذي انتهت إليه محكمة استئناف باريس في 1964/05/21، فبعد أن قضت بأن حكم التحكيم الصادر في مواجهة المدين لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الكفيل قضت بأن المحكمة التجارية هي المختصة بتقرير مدى التزام الكفيل بالوفاء بالدين للدائن، حتى لو كان حكم التحكيم مشمولاً بأمر التنفيذ، بمعنى أن قضاء الدولة، وليس محكمة التحكيم، هو المختص بأن يأمر الكفيل بالوفاء بالدين للدائن، إلاّ إذا وجد شرط تحكيم في عقد الكفالة ولكن لا يمكن للكفيل أن يتعرض لما قضى به حكم التحكيم في مواجهة المدين لأنه قضى فيه بصفة قاطعة من قبل المحكمين[106].

المطلب الثاني

الاحتجاج بحكم التحكيم في مواجهة المستفيد من خطاب الضمان

خطاب الضمان عبارة عن محرر صادر من البنك بناءً على طلب أحد عملائه يضمن البنك بموجبه لهذا العميل أو أي شخص آخر يعينه في طلبه، قبل جهة معينة(المستفيد)، في حدود مبلغ معين يذكر في الخطاب وذلك تأميناً وضماناً لغرض معين ومحدد في صلب الخطاب[107].

يثير حكم التحكيم الصادر قبل أو بعد طلب سحب خطاب الضمان عدة مشاكل في الواقع العملي، فإذا صدر هذا الحكم ضد المستفيد من خطاب الضمان فإن الطلب بسحب هذا

---

(105)- محمد طلعت عبد الرحيم، المرجع السابق، ص. 57.

(106)- ليث عبد الله محمد سعيد زيد الكيلاني، المرجع السابق، ص.56.

(107)- أسيل باقر جاسم، اثر حكم التحكيم على خطاب الضمان، مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، العدد الأول، جامعة بابل، العراق، ص. 192.

الخطاب يحمل في ظهره نوعاً من التعسف، أما إذا صدر هذا الحكم بعد وفاء الضامن به فما مدى إمكانية الاحتجاج به ضد كل من الضامن والمستفيد؟.

من كل ما تقدم، فإننا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الأول أثر حكم التحكيم كمستند لصرف خطاب الضمان ونبحث في الثاني عن أثر حكم التحكيم الصادر ضد المستفيد قبل المطالبة بالخطاب أو بعد المطالبة بالخطاب.

الفرع الأول

أثر حكم التحكيم كمستند لصرف خطاب الضمان

التزام المصرف بدفع قيمة الضمان مشروطاً بقيام المستفيد بتقديم حكم تحكيمي يثبت حقه في مواجهة العميل الآمر في نزاع بينهما بسبب عقد الأساس، ويطلق بعض الفقه على خطاب الضمان، في الفرض المذكور، خطاب الضمان المستندي، فما هي الأحكام الخاصة باشتراط تقديم الحكم التحكيمي كمستند لصرف خطاب الضمان؟، وما هي سلطات المصرف اتجاه هذا الحكم التحكيمي الذي هو ليس بطرف فيها؟.

أولا- أحكام اشتراط تقديم حكم التحكيم لصرف خطاب الضمان:

إن قيام العميل الآمر باشتراط تقديم المستفيد حكم تحكيمي إلى المصرف يثبت حقه في مواجهة العميل الآمر لصرف خطاب الضمان إليه فيرتب مجموعة من الآثار المتميزة، لعل أهمها:

1- إن هذا الحكم التحكيمي المشروط تقديمه، يصدر في نزاع بين العميل الآمر والمستفيد ناشئ عن عقد الأساس. لذلك فإنه لا يجوز الاعتماد من قبل المستفيد على حكم تحكيمي صادر لصالحه في نزاع بينه وبين المصرف على أثر قيام المصرف برفض الوفاء بقيمة الضمان لأسباب تخص العلاقة بين المصرف والمستفيد.

2- على المستفيد تقديم الحكم التحكيمي إلى المصرف مع طلب صرف خطاب الضمان وليس بعد تقديم ذلك الطلب. إذ أن تقديم الحكم المذكور يعدّ شرطاً لازماً لقيام المصرف بتنفيذ التزامه في مواجهة المستفيد وصرف قيمة الضمان إليه[108].

3- إذا صدر حكم التحكيم في موضوع العقد الأصلي بين كل من العميل الآمر والمستفيد، فإن ذلك الحكم يثير أولاً في الأذهان ما إذا كانت طبيعته القضائية تمنحه في حدود معينة آثاراً أسمى من ذلك المقرر لشرط التحكيم، فالضامن يعد من الغير بالنسبة لشرط التحكيم الوارد في العقد الأصلي وحكم التحكيم ليس له قوة إلزامية أكثر من تلك التي لشرط التحكيم، فلا يمكنه التمسك بما يقرره من حقوق كما أن العميل الآمر الذي صدر الحكم لصالحه في مواجهة المستفيد لا يمكنه الاحتجاج به في مواجهة البنك الضامن لأن هذا الأخير لم يتعاقد مباشرة مع المستفيد[109].

4- يشترط مصدر خطاب الضمان صدور حكم تحكيم لصالح المستفيد حتى يتمكن من سحبه وتضمين الخطاب مثل هذا الشرط، بحيث لا يكون للبنك الضامن أن يقوم بالوفاء إلا بعد صدور حكم التحكيم، والضامن لا يتعرض لتقدير مدى صحة حكم التحكيم، فهذا الحكم يعتبر قرينة قوية على أن العميل الآمر نفذ أو لم ينفذ التزاماته، فالبنك الضامن لا يقوم إلا بالتحقق من الناحية الشكلية من مضمون وفحوى حكم التحكيم دون فحص صحته[110].

ثانيا- سلطات المصرف الضامن بالنسبة إلى حكم التحكيم:

إن حكم التحكيم الصادر لمصلحة المستفيد إنما يقيم قرينة على ثبوت حق المستفيد في قيمة الخطاب. ويتوجب على المصرف، عند تقديم الحكم المذكور، المبادرة إلى إيفاء تلك القيمة إلى المستفيد. وعندئذ فإن للمصرف سلطات وصلاحيات تتجسد فيما يلي:

---

(108)- أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص. 195.

(109)- محمد طلعت عبد الرحيم، المرجع السابق، ص. 51.

(110)- نادر الشرابي، المرجع السابق.

1- من الأفضل بالنسبة للمصرف أن يقوم بفحص الحكم التحكيمي المقدم إليه من قبل المستفيد مع طلب الصرف لمعرفة فحواه ومدلولاته. وتجدر الإشارة هنا إلى أن حكم التحكيم كمستند يجب تقديمه لصرف قيمة الخطاب إلى المستفيد قد يثبت حقه بشكل مباشر وواضح لا لبس فيه أو غموض، كأن يقضي الحكم التحكيمي بأن العميل الآمر قد أخل بالتزاماته الناشئة عن عقد الأساس لمصلحة المستفيد، وبالتالي لا جدال في ثبوت الحق للمستفيد في المطالبة بقيمة خطاب الضمان. ويستطيع المصرف استخلاص تلك الحقيقة بمجرد الاطلاع على الحكم التحكيمي لوضوح عباراته وقطعيتها في ثبوت حق للمستفيد في مواجهة العميل الآمر. بعبارة أخرى، فإن المصرف في الفرض المتقدم لا يكون بحاجة إلى الخوض في عبارات الحكم وألفاظه وتفسيرها لمعرفة من هو الطرف الذي صدر الحكم لمصلحته، هل هو المستفيد؟ أم العميل الآمر؟[111] .

أما إذا كانت العبارات التي حرر بها الحكم التحكيمي تحتاج إلى الخوض في تفسيرها وتدقيقها للتعرف على مدى حق المستفيد أمام العميل الآمر، فإن من صلاحية المصرف أن يقوم برفض الحكم التحكيمي. إذ أن فحص الحكم للتعرف على صاحب الحق بموجبه لن يكون سهلاً، وسيضطر المصرف في الفرض المتقدم إلى تفسير عباراته وقد يؤدي ذلك إلى استخلاص نتائج لم يقصدها الحكم.

2- يكون للمصرف الامتناع عن صرف قيمة الضمان للمستفيد حتى اكتساب الحكم التحكيمي الدرجة القطعية، إذ يجب أن يكون الحكم التحكيمي نهائياً وباتاً بأن يكون قد استنفذ طرق الطعن القانونية لاسيما في الدول التي لا يكون الحكم التحكيمي -وفقا لنظامها القانوني- نهائياً منذ صدوره[112].

---

(111)- محمد طلعت عبد الرحيم، المرجع السابق، ص.53.

(112)- أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص. 197.

الفرع الثاني

أثر حكم التحكيم الصادر ضد المستفيد

يختلف أثر حكم التحكيم ضد المستفيد فيما إذا صدر الحكم قبل أو بعد المطالبة بخطاب الضمان، وهو ما سنتطرق إليه من خلال هذا الفرع.

أولا- صدور حكم التحكيم قبل الوفاء بقيمة الضمان:

قد يحصل أحياناً أن يصدر حكم تحكيمي في نزاع قائم بين المستفيد والعميل الآمر ناتج عن عقد الأساس وفقاً لوجود اتفاق سابق بينهما يقضي بإحالة جميع ما ينشب من خلافات أو نزاعات عن عقد الأساس إلى التحكيم للفصل فيه، يمكن أن يتضمن الحكم التحكيمي المذكور تفنيد أي حق للمستفيد في مواجهة العميل الآمر نظراً لقيام هذا الأخير بتنفيذ التزاماته التعاقدية، فإذا صدر الحكم المذكور قبل توجه المستفيد إلى المصرف مطالباً بأداء قيمة الضمان إليه، فإن ثمة تساءل يتبادر إلى الذهن حول مدى إمكانية استفادة العميل الآمر من هذا الحكم التحكيمي الصادر لصالحه لمنع المصرف من الوفاء بقيمة الخطاب إلى المستفيد؟.

بدايةً، لابد من القول بأنه تأسيساً على أن المصرف لم يكن طرفاً في الحكم التحكيمي المذكور، فإنه لا يمكن للعميل الآمر التمسك به في مواجهة المصرف وفقاً لمبدأ نسبية أثر الأحكام. بعبارة أخرى، فإن القوة الإلزامية لا تسري إلا على أطرافه(الحكم لا يلزم إلا أطرافه)، وهم العميل الآمر والمستفيد، لذلك لا علاقة للمصرف بهذا الحكم فلا يرتب له حقوقاً أو يحمله بالتزامات معينة[113].

من ناحية يمكن تصور وفاء الضامن رغم صدور حكم ضد المستفيد فإذا ما تصورنا استحالة استرداد البنك المبلغ الذي دفعه المستفيد من العميل الآمر فيثور التساؤل حول مدى امتداد حجية الشيء المقضي لحكم التحكيم الصادر بين العميل الآمر والمستفيد إلى الضامن، هذا ما لا

---

[113]- محمد طلعت عبد الرحيم، المرجع السابق، ص.55.

يمكن تصوره نظراً لأن القاعدة هي نسبية حجية الشيء المقضي لحكم التحكيم فهذه الحجية ليست لها أدنى فعالية قانونية إلا فيما بين أطراف النزاع وترتيباً على ذلك فإن الضامن لا يرتبط بحجية الشيء المقضي لحكم التحكيم الصادر ضد المستفيد فامتداد حجية الشيء المقضي إلى الغير يقتضي تعديل النظام القانوني للحكم كأثر لتشابك الروابط بين الأطراف[114].

من ناحية أخرى، فإن العميل الآمر إذا ما صدر الحكم لصالحه فإنه يحاول جاهداً تجميد قيمة الخطاب لدى الضامن ومنعه من الوفاء بتعهده، وقضت محكمة بروكسل بأن طلب المستفيد سحب خطاب الضمان رغم صدور الحكم في مواجهته وجحوده إياه يشكل مسلكاً تعسفياً تدليسياً.

ثانيا- صدور حكم التحكيم بعد الوفاء بقيمة الخطاب:

لاشك أن من أهم النتائج التي تترتب على استقلال خطاب الضمان عن عقد الأساس هو قدرة المستفيد على الحصول على قيمة الخطاب من المصرف عند أول مطالبة، بصرف النظر عن طبيعة العلاقة بين العميل الآمر والمستفيد، بعبارة أخرى، فإن المستفيد لا يكون ملزماً بإثبات أن العميل الآمر مدين له بسبب عقد الأساس لكي يحصل على قيمة الخطاب المفتوح لمصلحته من المصرف الضامن، أما العميل الآمر، فإنه إن أراد الاعتراض على الوفاء بالخطاب لا يكون أمامه سوى إقامة الدعوى ضد المستفيد لاسترداد ما قبضه دون وجه حق. وعندئذ يكون العميل الآمر هو المدعي الذي يقع عليه عبء الإثبات الأكبر، أما المستفيد فهو المدعى عليه.

وفي حالة صدور حكم تحكيمي لصالح العميل الآمر في نزاع قائم بينه وبين المستفيد متعلق بعقد الأساس المبرم بينهما والذي كان سبباً في إصدار خطاب الضمان، وثم صدور ذلك الحكم بعد حصول المستفيد على قيمة الخطاب من المصرف، فإن مهمة العميل الآمر في إثبات حقه في مواجهة المستفيد تصبح أكثر يسراً وسهولة، إذ سيكون هذا الحكم قاطعاً في الدلالة على أن العميل الآمر قد نفذ كافة التزاماته التعاقدية وأنه لم يعد مديناً للمستفيد بل أن العميل الآمر

---

[114]- محمد طلعت عبد الرحيم، المرجع السابق، ص. 56.

يستطيع أن يتمسك في مواجهة المستفيد بالقوة الإلزامية التي يتمتع بها الحكم الصادر لمصلحته، لأن المستفيد طرف في هذا الحكم.

إن الوضع المتقدم سيؤدي، دون شك، إلى إعادة العلاقات العقدية بين العميل الآمر والمستفيد، من خلال الربط بين مسؤولية المستفيد عن رد قيمة خطاب الضمان التي تسلمها من المصرف الضامن وبين كون العميل الآمر لم يعد مديناً للمستفيد بسبب عقد الأساس [115].

تجدر الإشارة إلى أن ثمة ميزة أخرى يحققها اللجوء إلى التحكيم في المنازعات المرتبطة بخطابات الضمان المصرفية لاسيما في حالة صدور الحكم التحكيمي لصالح العميل الآمر. إذ أن المستفيد غالباً ما يكون من رعايا دولة أخرى أو مقيماً في الخارج، وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الطرفين لإحالة النزاعات التي قد تنضب بينهما إلى التحكيم، فإن العميل الآمر سيكون مضطراً للتوجه إلى القضاء الوطني لدولة المستفيد لمقاضاته. ولاشك في أن الوضع المتقدم سينطوي على مخاطر وسلبيات كثيرة بالنسبة إلى العميل الآمر لعل أهمها عدم ضمان حياد القضاء الوطني لدولة المستفيد في مواجهة العميل الآمر الذي سيكون أجنبياً وليس وطنياً، وتأثر القضاء الوطني لدولة المستفيد بالظروف الاقتصادية المحلية. هذا بالإضافة إلى ما يثيره الانتقال إلى دولة المستفيد وإقامة الدعوى أمام قضاءها من تكبد للوقت والجهد والنفقات بالنسبة للعميل الآمر[116].

من كل ما تقدم يبدو من الأفضل لجوء المتعاملين في ميدان التجارة الدولية إلى الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لفض ما قد ينشب بينهم من نزاعات بسبب تنفيذ عقودهم، إذ يتسم التحكيم الدولي بالحياد وبكونه يراعي دائماً مبادئ الأعراف السائدة في ميدان التعامل التجاري الدولي[117].

---

[115]- أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص. 198.

[116]- محمد طلعت عبد الرحيم، المرجع السابق، ص.59.

[117]- أسيل باقر جاسم، المرجع السابق، ص. 208.

ملخص الفصل الثاني:

من العرض السابق يتضح لنا أن خصومة التحكيم تنقضي بصدور حكم في موضوعها، الذي يحوز حجية الشيء المقضي فيه، والواقع أن هذه الحجية تقتصر فقط على من كان طرفاً أو ممثلاً في خصومة التحكيم، وقد اعتبر المشرع الجزائري هذه الحجية نسبية وأنكر سريانها في مواجهة الغير.

كما تم بيان أن نطاق حجية حكم التحكيم يقتصر على المسألة المفصول فيها، دون غيرها، مع تحديد نطاقه الشخصي قصد الوصول لتحديد الخصم الذي يحق له رفع دعوى الطعن في حكم التحكيم، الذي يقتصر على أطراف الخصومة، وليس للغير أن يمارس هذا الحق.

تعرضنا أيضا إلى إمكانية الاحتجاج بحكم التحكيم، الذي يفرض على الغير مركزاً قانونيّاً متولداً عن الحكم، حيث يكون للكفيل ومصدر خطاب الضمان مجرد واقعة لا تمتد حجية إليهم وإن كان يمكنهم الطعن فيه في القوانين التي تجيز ذلك كالقانون الفرنسي، بالاعتراض الخارج على الخصومة.

خاتمة

يعدُّ التحكيم في الوقت الحاضر الأسلوب الغالب للفصل في المنازعات التي تثار بين الأطراف المتنازعة، وقد أدى تشابك العلاقات والروابط القانونية بين الأطراف والغير إلى توسيع نطاق اتفاق التحكيم بين الأطراف، ما أدى إلى إدخال الغير الأجنبي في إجراءات التحكيم دون أن يكون قد التزم به. فقد أصبح هذا الغير يفرض وجوده في كل الأوجه الحديثة للمجموعات الاقتصادية، كعقود الإنشاءات، عقود النقل البحري والجوي، عقود التأمين والعقود المصرفية.

من خلال هذه الدراسة قمنا بدراسة المركز القانوني للغير في خصومة التحكيم، فمفهوم الغير مفهوم غير ثابت يتسم بالمرونة، بحيث يعتبر كل شخص أجنبي عن اتفاق التحكيم، فعدم انصراف أثر اتفاق التحكيم إلى الغير باعتباره تصرفاً إرادياً يقوم على مبدأ سلطان إرادة الأطراف، فأي عقد يرتب آثار تنصرف إلى طرفي الاتفاق دون أن يستفيد منه الغير أو يضره، وهذا لا يمثل سوى الأصل العام، إذ قد تنتقل القوة الملزمة لاتفاق التحكيم إلى الغير في بعض الحالات بحيث استقر الفقه والقضاء على وجود حالات يمتد فيها اتفاق التحكيم إلى الغير طبقاً للقواعد العامة في التعاقد، كما قد يجد الغير نفسه ملزماً بشرط التحكيم عندما يثبت له حقاً مباشراً، في نطاق الاشتراط لمصلحة الغير، وفي جميع الحالات التي سبق ذكرها، فتنصرف آثار اتفاق التحكيم إلى الغير أي الأجنبي الذي لم يكن طرفاً في العقد الأصلي ولا خلفاً عاماً أو خاصاً لأحد أطرفه.

أما بالنسبة لإمكانية تدخل وإدخال الغير في خصومة التحكيم، فوفقا للقواعد العامة في الخصومة القضائية فإنه يجوز اختصام الغير رغماً عن إرادته وإدخاله جبراً لتحقيق مصلحة العدالة، أما فيما يتعلق بالخصومة فالأصل العام لا يجوز توسيع نطاقها الشخصي، لكن لوحدة المصالح ولوحدة المراكز القانونية التي يمكن أن يتحملها الغير في خصومة قائمة فإنه يجوز تدخله وإدخاله في خصومة التحكيم وفقاً لشروط معينة وحالات محددة سابقاً.

من النتائج المتوصل إليها من خلال هذا البحث أن خصومة التحكيم تنقضي بصدور حكم في موضوعها، فحكم التحكيم شأنه شأن الأحكام القضائية له حجية نسبية من حيث الموضوع، بحيث لا تتعدى موضوع النزاع المتفق عليه في اتفاق التحكيم، ومن حيث الأشخاص

الذين كانوا أطرافاً في النزاع. أما فيما يخص الطعن في حكم التحكيم فالمشرع الجزائري لم يتعرض لهذه المسألة، أما المشرع الفرنسي فقد أجاز تقديم اعتراض الغير الخارج عن الخصومة.

توصلنا في هذه الدراسة إلى أنه يمكن الاحتجاج بحكم التحكيم في مواجهة الكفيل ومصدر خطاب الضمان وذلك نظراً لأن مركزهما غير واضح الأساس في القانون الوضعي.

في الأخير، يعتبر موضوع الغير في خصومة التحكيم واقعة تفرض وجودها، فنظراً لأهمية موضوع تحديد المركز القانوني للغير في خصومة التحكيم، ذلك أن التحكيم كقضاء وكعقد تحكمه قاعدة أساسية تحكم القضاء والعقود بشكل عام، هي النسبية في الاتفاق التحكيمي، وكذلك النسبية في الحكم التحكيمي. ففيما يتعلق بامتداد اتفاق التحكيم إلى الغير ممن لم يوقعوا عليه في حالات حددها التوجه القانوني والقضائي، ننتظر الإضافة إليها وفقاً لمستجدات معاملات التجارة الداخلية والدولية.

نوصي المشرع الجزائري أن يعالج هذه المسألة بتنظيم قانوني في قانون التحكيم، بما ينسجم مع قضاء التحكيم، من خلال معالجة الآثار الناجمة عن اتفاق التحكيم بالنسبة للغير لا أن يتركها للقواعد العامة، إذ لا تكفي هذه القواعد لمعالجة هذه المسألة. من خلال زيادة الدراسات المستقبلية التي تعالج دور الغير في الخصومة التحكيمية.

قائمة المراجع

أولا- باللغة العربية:

I/ -الكتب:

1- أحمد محمد حشيش، القوة التنفيذية لحكم التحكيم، دار الكتاب القانونية، القاهرة، 2008.

2- أحمد السيد حماوي، التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، ط الثانية، د د ن، الإسكندرية، 2004.

3- إبراهيم حرب محيسن، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية، (دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والمقارن)، ط الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.

4- بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

5- حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، ط الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2014.

6- حفيظة السيد الحداد، الرقابة القضائية على أحكام التحكيم بين الازدواجية والوحدة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2003.

7- شحاته محمد نور، دراسة تحليلية وتطبيقية لمبدأ نسبية أثر التحكيم على الغير، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

8- شريف الطباخ، التحكيم الاختياري والإجباري في ضوء مختلف أراء الشراح القانونين وأحكام محكمة النقض، ط الأولى، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2008.

9- علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2008.

10- عبد السلام ديب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ط 2، موفم للنشر، الجزائر، 2011.

11- محمد الأزمازى، عبد الحميد نجاشى الزهيرى، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط الأولى، د د ن، د.ب.ن، 2003.

12- محمد إبراهيمي، الوجيز في الإجراءات المدنية، ط الثالثة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.

13- محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، ط الثالثة، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2007.

14- مناني فرح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات (حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية)، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.

15- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، الجزائر، د.س.ن.

16- –نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.

17- ----------، التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.

18- لزهر بن سعيد، كرم محمد زيدان النجار، التحكيم التجاري الدولي "دراسة مقارنة"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.

II/- الرسائل و المذكرات:

1- رسائل الدكتوراه:

1- أحمد حسان حافظ مطاوع، التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998.

2- باسمة لطفي دباس، شروط اتفاق التحكيم وآثاره، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2005.

3–سليم بشير، الحكم التحكيمي والرقابة القضائية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، في العلوم القانونية، القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الحاج الخضر، باتنة، 2012.

2-مذكرات الماجستير:

1- أشجان فيصل شكري داود، الطبيعة القانونية لحكم التحكيم وآثاره وطرق الطعن به، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، فلسطين، 2008.

2- بشير سليم، دور القاضي في التحكيم، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة الحاج الخضر، باتنة، 2003.

3- تعويلت كريم، استقلالية اتفاق التحكيم التجاري الدولي، دراسة على ضوء المرسوم التشريعي رقم 93-09 والقانون المقارن، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004.

4- خليل بوصنوبرة، القرار التحكيمي وطرق الطعن فيه وفقاً للقانون الجزائري، شعبة القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2008.

5- ليث عبد الله محمد سعيد زيد الكيلاني، حجية قرارات المحكمين المحلية "دراسة مقارنة"، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير، فرع القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2012.

6- منسول عبد السلام، قرارات التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 2001.

7-مها عبد الرحمن الخواجا، امتداد أثر اتفاق التحكيم إلى الغير، دراسة في التشريع الأردني، رسالة من أجل الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2013.

8-وئام مصطفى محي الدين مطر، أثر حكم التحكيم وطرق الطعن فيه(دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2014.

9-ياسر علي إبراهيم نصار، التدخل والإدخال (دراسة تحليلية مقارنة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني والمصري)، أطروحة مقدمة استكمالاً لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، 2014.

10- نورة حليمة: التحكيم التجاري الدولي، مذكرة ماستر، تخصص إدارة الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، 2014.

III/- المقالات:

1-أحمد عوض هندى، "إجراءات التحكيم"، مقالة منشورة عن مركز التحكيم الدولي، على الموقعwww.aladalacenter.com، تم الاطلاع عليه بتاريخ 05-01-2016، ص.ص 1 - 27.

2-أسيل باقر جاسم،" أثر حكم التحكيم على خطاب الضمان"، مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، العدد الأول، جامعة بابل، العراق، ص.ص 186 -219.

3-جورج حزيون، رضوان عبيدات، "إلزامية قرارات التحكيم وقوتها التنفيذية في التحكيم المحلي"، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، العدد الأول، جامعة الأردن، 2006، ص.ص1 -35.

4- حسام فتحى ناصف، "القانون الواجب التطبيق على نقل اتفاق التحكيم إلى الغير"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، العدد الأول، الإسكندرية، 2002، ص.ص 160-175.

5-عبد العزيز خنفوسي،" القواعد الإجرائية التي تحكم مسألة الاعتراف بأحكام التحكيم وإنفاذها وطرق الطعن فيها في ظل التشريعات المقارنة"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد 12، الجزائر، 2015، ص.ص 1- 20.

6-محمود عمر محمود، "إشكالية امتداد شرط التحكيم بالتطبيق على قضية الأهرامات (دراسة مقارنة)"، ص.ص 1 -49.

7-محمد طلعت عبد الرحيم، "الغير في خصومة التحكيم"، مجلة منشورة على الرابط:
http://mm-talaat-sh.blogspot.com.

IV/- **النصوص القانونية:**

1-أمر رقم 75-58، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق ل26 سبتمبر سنة1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، منشورات بيرتي، الجزائر ،2005.

2- قانون رقم08-09، مؤرخ في 18 صفر عام 1429، الموافق ل25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج.عدد21 ، 2008، متاح على موقع الأمانة العامة للحكومة الجزائرية، www.joradp.dz.

ثانيا-باللغة الفرنسية:

I/ Ouvrage:

1- - GAVALDA Christian, CLAUDE lucas de leyssac, L'arbitrage, Edition Dalloz, Paris, 1993.

II/Article :

1- DELVOLVE Jean-Louis, L'arbitrage et les tiers (Le droit de l'arbitrage**)**, Revue de l'Arbitrage, N°3, 1988, p 1-54.

الفهرس

مقدمة 1

الفصل الأول: مفهوم الغير ودوره في خصومة التحكيم. 4

المبحث الأول: مفهوم الغير في خصومة التحكيم 5

المطلب الأول: المقصود بالغير في خصومة التحكيم. 5

الفرع الأول: تعريف الغير وتمييزه عن الطرف في اتفاق التحكيم 6

أولا- تعريف الغير 6

ثانيا- تمييز الغير عن الطرف في اتفاق التحكيم 7

-1- تمييز الغير عن الخلف العام 7

-2 - تمييز الغير عن الخلف الخاص..... 9

-3 - تمييز الغير عن الدائنين..... 10

الفرع الثاني: حالات اعتبار الغير طرفاً في الخصومة 10

أولا : امتداد اثار اتفاق التحكيم في نظرية العقود..... 10

-1- العقد الجماعي 10

-2- المجموع العقدي..... 11

ثانيا: المتضامنين..... 11

ثالثا: الاشتراط لمصلحة الغير 12

رابعا: الظهور بمظهر صاحب الصفة..... 13

خامسا: المرسل إليه في عقد النقل 13

سادسا: مجموعة الشركات 13

المطلب الثاني: نسبية التحكيم ومدى امتداد القوة الملزمة لاتفاق التحكيم إلى الغير 14

الفرع الأول: مبدأ النسبية في اتفاق التحكيم 15

الفرع الثاني: امتداد القوة الملزمة لاتفاق التحكيم إلى الغير 15

المبحث الثاني: دور الغير في خصومة التحكيم..... 17

المطلب الأول: إدخال الغير في خصومة التحكيم 18

الفرع الأول:مفهوم إدخال الغير في خصومة التحكيم 18

أولا- تعريف إدخال الغير في خصومة التحكيم 19

ثانيا- شروط إدخال الغير في خصومة التحكيم 19

-1 - الاتفاق بين الغير وأطراف خصومة التحكيم..... 20

-2-موافقة المحكمين 20

الفرع الثاني: حالات إدخال الغير في خصومة التحكيم 20

أولا- إدخال الغير لتقديم مستندات 21

ثانيا- الإدخال في حالة التحكيم متعدد الأطراف 21

ثالثا- إمكانية إدخال ضامن في خصومة التحكيم..... 22

المطلب الثاني: تدخل الغير في خصومة التحكيم 23

الفرع الأول: مفهوم تدخل الغير في خصومة التحكيم..... 23
أولا– تعريف تدخل الغير في خصومة التحكيم..... 24
ثانيا– شروط التدخل في خصومة التحكيم..... 24
1– وجود خصومة قائمة 25
2– أن يكون المتدخل من الغير 25
3 – أن لا يكون القانون أو طبيعة الدعوى تتطلب هذا التدخل..... 25
4 – أن يكون للمتدخل مصلحة في تدخله..... 25
الفرع الثاني: حالات تدخل الغير في خصومة التحكيم..... 26
أولا– التدخل الأصلي أو الهجومي 26
ثانيا– التدخل الإنضمامي أو الإختياري 27
ثالثا–التدخل الإنضمامي المستقل..... 27
ملخص الفصل الأول 29
الفصل الثاني: آثار حكم التحكيم بالنسبة للغير 30
المبحث الاول: حجية قرار المحكمين بالنسبة للغير 32
المطلب الأول: حجية الشيء المقضي فيه بالنسبة للغير 33
الفرع الأول: حجية الشيء المقضي فيه بالنسبة للغير في القوانين المقارنة..... 34
أولا– حجية حكم التحكيم في القانون الفرنسي..... 34

ثانيا– حجية حكم التحكيم في القانون المصري 36

الفرع الثاني: حجية الشيء المقضي فيه في القانون الجزائري 37

الفرع الثالث: أوجه حجية الشيء المقضي فيه بالنسبة للغير 38

المطلب الثاني: نطاق حجية حكم التحكيم ومدى جواز الطعن فيه 40

الفرع الأول: نطاق حجية حكم التحكيم 41

أولا– النطاق الموضوعي لحجية حكم التحكيم..... 41

ثانيا– النطاق الشخصي لحجية حكم التحكيم 42

الفرع الثاني: مدى جواز الطعن في حكم المحكمين 45

المبحث الثاني: الاحتجاج بحكم التحكيم في مواجهة الغير..... 47

المطلب الأول: الاحتجاج بحكم التحكيم في مواجهة الكفيل 48

الفرع الأول: إمكانية الكفيل الاحتجاج بحكم التحكيم 48

الفرع الثاني: عدم امكانية الاحتجاج بحكم التحكيم في مواجهة الكفيل 51

المطلب الثاني: الاحتجاج بحكم التحكيم في مواجهة المستفيد من خطاب الضمان 52

الفرع الأول: أثر حكم التحكيم كمستند لصرف خطاب الضمان 53

أولا– أحكام اشتراط تقديم حكم التحكيم لصرف خطاب الضمان..... 53

ثانيا– سلطات المصرف الضامن بالنسبة إلى حكم التحكيم..... 54

الفرع الثاني: أثر حكم التحكيم الصادر ضد المستفيد 56

أولا– صدور حكم التحكيم قبل الوفاء بقيمة الضمان..... 56

ثانيا– صدور حكم التحكيم بعد الوفاء بقيمة الخطاب..... 57

ملخص الفصل الثاني 59

خاتمة 60

قائمة المراجع 62

الفهرس 67

ملخص المذكرة باللغة العربية

الغير في خصومة التحكيم

يتمتع موضوع نسبية التحكيم، بأهمية علمية وعملية نظراً لارتباطه بمجال الأعمال والتجارة والعقود، ومقتضاها إلزامية الاتفاق للأطراف الموقعة عليه وبالتالي لا يجوز الاحتجاج به إلاّ في مواجهة الطرف الذي ارتضاه ولا يسري في مواجهة الغير.

إلاّ أن قاعدة النسبية ليست مطلقة، فقد أورد التوجه القانوني والقضاء حالات يمتد فيها الاتفاق خارج الأطراف الموقعة عليه، مع توضيح إمكانية تدخله وإدخاله في خصومة التحكيم، ومدى امتداد آثار الحكم الصادر في خصومة التحكيم إليه، بحيث يصبح الحكم التحكيمي له حجية الشيء المقضي فيه، مع إمكانية الاحتجاج به في مواجهة الكفيل وخطاب الضمان، وعليه يصبح كل من الغير والطرف في مركز قانوني واحد على حد سواء.

Résumé du Mémoire en langue française

Le Tiers dans l’instance arbitrale

Le sujet de la relativité en matière d’arbitrage jouit d’une importance scientifique et opérationnelle vu son lien avec le domaine des affaires, de commerce et des contrats, dont l’objet porte sur l’obligation du compromis des parties signataires ; par conséquent, il ne peut être invoqué que dans la confrontation de la partie l’ayant consenti et ne peut être opposable aux tiers.

Cependant, la règle de la relativité n’est pas absolue, en ce sens que l’orientation légale et la justice font ressortir des cas dans lesquels le compromis s’étend au-delà des parties signataires, tout en expliquant la faculté de son intervention et de sa mise en cause dans l’instance arbitrale, ainsi que le degré d’étendue des effets de la sentence prise dans l’instance arbitrale, de sorte que cette dernière acquiert l’autorité de la chose jugée avec faculté de s’en prévaloir dans la confrontation de la caution et de la lettre de garantie, par voie de conséquence, le tiers et la partie auront équitablement la même qualité légale.