كلية الحقوق

نطاق القوة الملزمة لإتفاق التحكيم

رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى الحقوق

مقدمة من الباحث

أسامة مصطفى أحمد أحمد عدس

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة:

الأستاذة الدكتور / سميحة مصطفى القليوبي — **مشرفاً ورئيساً**

أستاذة القانون التجاري والقانون البحرى – كلية الحقوق جامعة القاهرة ووكيل كلية الحقوق جامعة القاهرة سابقاً.

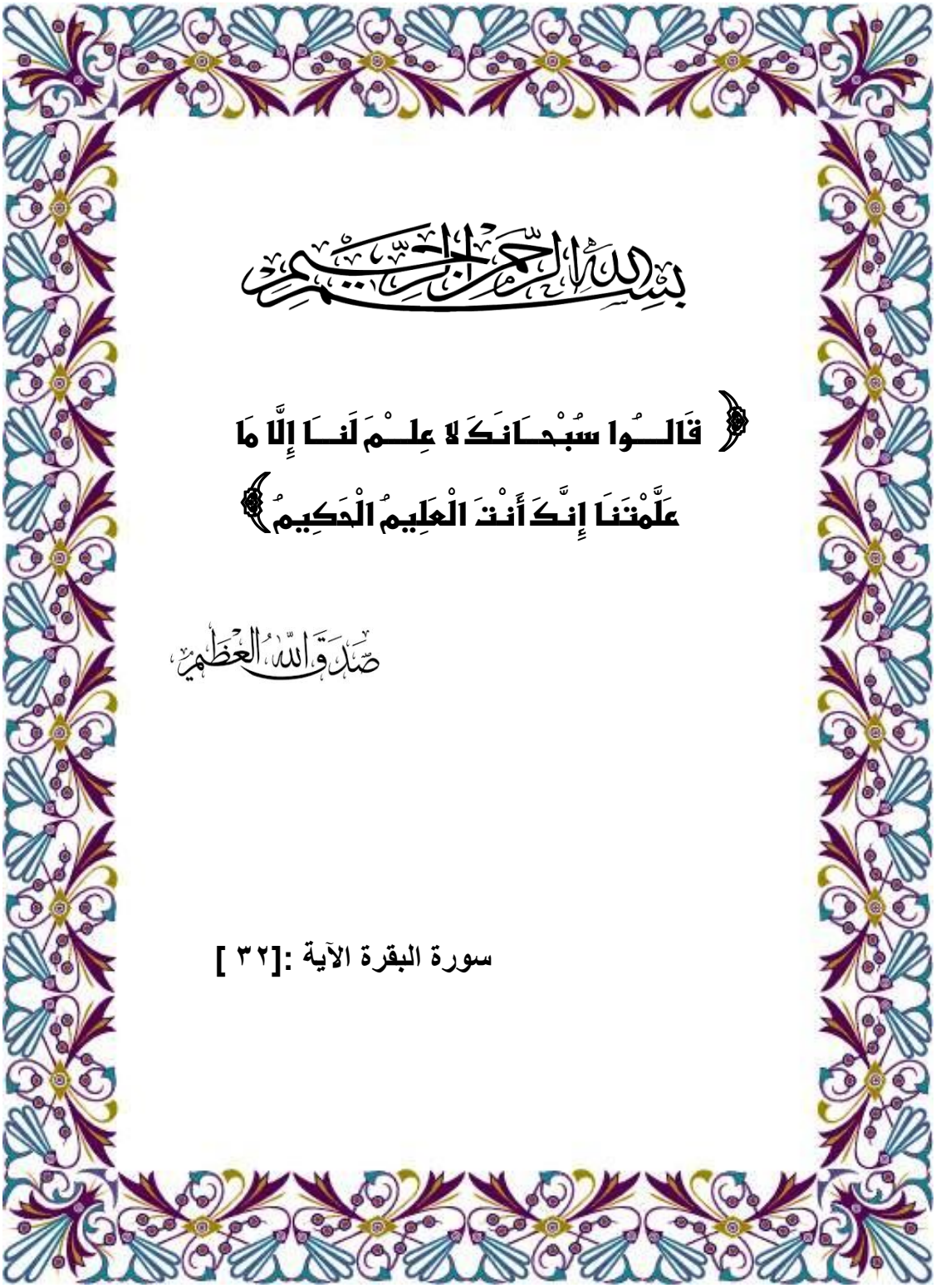
الأستاذ الدكتور/ رضا محمد عبيد — **عضواً**

أستاذ القانون التجارى والبحرى – عميد كلية الحقوق جامعة بنى سويف سابقاً.

الأستاذ الدكتور / جمال محمود عبد العزيز — **عضواً**

أستاذ القانون التجارى– كلية الحقوق – جامعة القاهرة

٢٠١٨م



بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا
عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ ﴾

صدق الله العظيم

سورة البقرة الآية :[٣٢]

الإهداء

إلى ..... والدى عرفاناً بجميلهما

إلى ..... زوجتى لقاء الوقت المقتطع من حقها

إلى ..... أبنائى شُعاع أملِ فى حقبةٍ أفضلُ من سابقتها

إلى ..... كل من يطبق القانون ليرضى السماء وحدها

صـــــغير يطلـــــب الكبـــــرا **** وشـــــيخ ود لـــــو صـــــغرا

وخـــــالٍ يشـــــتهى عمـــــلاً **** وذو عمـــــلٍ بـــــه ضـــــجرا

ورب المـــــال فـــــى تعـــــبٍ **** وفـــــى تعـــــبٍ مـــــن افتقـــــرا

وذو الأولاد مهمـــــــــــــوم **** وطـــــالبهم قـــــد انفطـــــرا

ومـــــن فقـــــد الجمـــــال شـــــكا **** وقـــــد يشـــــكو الـــــذى بهـــــرا

ويشـــــقى المـــــرىء منهزمـــــاً **** ولا يرتـــــــــــاح منتصـــــــــرا

ويبغـــــى المجـــــد فـــــى لهـــــفٍ **** فـــــإن يظفـــــر بـــــه فتـــــرا

شـــــكاة مـــــا لهـــــا حكـــــم **** ســـــوى الخصـــــمين إن حضـــــرا

فهـــل حـــاروا مـــع الأقـــدار ؟ **** أم هـــــم حيـــــروا القـــــدرا

السّاد ... ،

شكر وتقدير

– علينا دائما ان نشكر ونقدر من قدموا لنا المساعدة ومدّوا لنا يد العون عند حاجتنا لمن يقف جانبنا وعلينا ان نبوح لهم دوما عن فرحنا بوجودهم وتقديرنا لمساندتهم :

أ.د العالمة الجليلة سميحة القليوبى: أستاذ ورئيس قسم القانون التجارى والبحرى – كلية الحقوق – جامعة القاهرة

– تتسابق الكلمات وتتزاحم العبارات لتنظم عقد الشكر الذى يستحقه شخصكم الكريم ، اليكى يا من كانت لها قدم السبق فى ركب العلم والتعليم ، اليكى يا من بذلتى ولم تنتظرى العطاء ، فللنجاح أناس يقدرون معناه وللابداع أناس يحصدونه ، لذا نقدر جهود سيادتكم المضنية ، فمعاليكم أهل للشكر ، ولسيادتكم منا كل الثناء والتقدير. وأن كنت قد قلت شكرا فشكرى لن يوفيكم . حقا سعيتم فكان السعى مشكورا ، وأن جف حبرى عن التعبير ، يكتبكم قلب به صفاء الحب تعبيراً .

أ.د العالم الجليل:**رضا محمد عبيد** عميد كلية الحقوق ، وأستاذ القانون التجارى – جامعة بنى سويف.

– الى صاحب التميز والافكار النيِّرة ، أزكى التحيات وأجملها وأنداها وأطيبها ، أرسلها لسيادتكم بكل ود وحب واخلاص . تعجز الحروف ان تكتب ما يحمل قلبى من تقدير واحترام ، وان تصف ما اختلج بملء فؤادى من ثناء واعجاب . فما اجمل ان يكون الانسان شمعة تنير دروب الحائرين.

أ.د العالم الجليل : **جمال محمود عبدالعزيز** أستاذ القانون التجارى – حقوق القاهرة .

– تلوح فى سمائنا دوما نجوم براقة لا يخفت بريقها عنا لحظة واحدة ، نترقب اضاءاتها بقلوب ولهانة ، ونسعد بلمعانها فى سمائنا كل ساعة ، فاستحقت وبكل فخر ان ترفع اسمها عالياً .

شكراً لسيادتكم جميعاً من كل قلبى

الباحث

مقدمة

١- **ماهية التحكيم**: التحكيم نظام قضائى خاص، بمقتضاه يستبعد طرفى التداعى قضاء الدولة، ويختارون أفرادا للفصل فى المنازعات التى تثور بينهم

٢- والتحكيم كأصل هو تخويل المتعاقدين الحق فى الالتجاء اليه لنظر ما قد ينشأ او يثور فعلا بينهم من نزاع كانت تختص به محاكم الدولة، وهو ما يستتبع أن اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع وإن كان يرتكن أساساً الى حكم القانون الذى أجاز إستثناءً سلب إختصاص جهات القضاء بما ينبىء مباشرة فى كل حالة على حده عن إتفاق الطرفين الذين يكون لهما الاتفاق على تعيين محكم أو محكمين وفق شروط يحددانها ليفصل فيما قد يثور بينهما مستقبلا (شرط التحكيم) أو يثور فعلا (وثيقة التحكيم أو مشارطة التحكيم) من منازعات، وإختيار القواعد التى تسرى على إجراءات نظره للدعوى التحكيمية وتلك التى تنطبق على موضوع النزاع مع تعيين مكان التحكيم واللغة التى تستعمل فيه، وذلك على نحو ما إستهدفته أغلب نصوص قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ سنة ١٩٩٤ واعتبرت نصوصها مكملة لإرادة طرفى التحكيم، لا تطبق الا عند عدم الاتفاق عليها مع إيراد نصوص محددة تتصل بضمانات التقاضى الاساسية التى يتعين اتباعها اقتضتها المصلحة العامة بإعتبار ان حكم التحكيم يعد فصلا فى خصومة كانت فى الاصل من اختصاص القضاء. ويكفى لقيام اتفاق التحكيم لفض الخصومات منتجاً لآثاره فى منع المحاكم من نظرها (متى تمسك به أحد طرفيه) أن يكون مكتوباً مبيناً به مكان انعقاد التحكيم بمصر أو بالخارج.

٣- وعلى الرغم من ان التحكيم يستند فى مقامه الاول الى ارادة الاطراف على اختيار محكم او اكثر للفصل فيما ثار او قد يثور من نزاع بينهما بشأن مسأله ما

عقدية او غير عقدية سواء وفقا لأحكام قانون موضوعى واجرائى معين، او وفقا لقواعد الانصاف والعدالة متى اتفق طرفى الاتفاق على تفويض المحكمين بالصلح، آى ان يقوم بوظيفة قاضى الدولة، الا ان مناط اكتساب المحكم او هيئة التحكيم هذه الوظيفة هو حكم القانون، ذلك ان شرعية التحكيم اساسها اعتراف القانون بالتحكيم كبديل عن قضاء الدولة والقيام بوظيفته، فضلا عن اعتراف القانون باحكام التحكيم ومنحها ذات حجية احكام قضاء الدولة، وتنفيذها بذات طرق ووسائل تنفيذ هذه الاحكام

٤- ويلعب قضاء الدولة دورا هاما فى مراقبة هيئة التحكيم للوقوف على مدى التزامها بالفصل فيما اتفق عليه طرفى التحكيم فى عرضه عليها دون افتأتها على ارادتهما فى هذا الخصوص، كما تراقب مدى التزامها بقواعد النظام العام ومن بينها المبادىء العامة فى التقاضى

٥- ومما لاشك فيه، ان الهدف من ظهور فكرة التحكيم وبروزها الى حيز الوجود القانونى والعملى كبديل لفض المنازعات عن غير طريق القضاء هو مواجهة مشكلة أساسية هى مشكلة ((أزمة العدالة))، والتى تتمثل فى بطء اجراءات التقاضى لدى الدولة من جهة وعدم فاعلية ما يصدر عنه من أحكام من جهة آخرى، وهى بُعد مشكلة عديدة الجوانب والاسباب التى اوجدتها متباينة. الامر الذى جعل نظرية التحكيم تبرز الى حيز الوجود القانونى كأحد اهم الوسائل لمواجهة تلك الازمة

٦- وحرصت المنظمات المعنية والمشتغلة بالتحكيم على اختلاف لوائحها وقواعد التحكيم بها على ان تنأى بالتجارة الدولية عن مشاكل تلك الازمة داخل بلدان الدول، كما حرصت على ابرام العديد من الاتفاقيات الدولية فى هذا الخصوص ابرزها اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ بشأن احكام المحكمين الاجنبية وتنفيذها

وغيرها من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية الموقعة فى ١٠ يونية سنة ١٩٥٨ والتى انضمت اليها مصر فى سنة ١٩٥٩ بموجب القرار الجمهورى رقم ١٧١ لسنة١٩٥٩وتم نشرها بالجريدة الرسمية ودخلت حيز التنفيذ اعتبارا من ٨ يوليو سنة ١٩٥٩.

٧- كما حرصت ايضا الدول على وضع تشريعات داخلية تنظم نظرية التحكيم لديها، وعكف الفقهاء على تناولها بالشرح والدرس. ولكننا نرى انها دراسات تناولت نظرية التحكيم من الجانب الاجرائى. بإعتبار أن التنظيم القانونى للتحكيم انما يقوم على ان ارادة المتعاقدين هى التى توجد التحكيم وتحدد نطاقه من حيث المسائل التى يشملها والقانون الواجب التطبيق وتشكيل هيئة التحكيم وسلطاتها واجراءات التحكيم.

٨- ولم تقم تلك الدول بوضع تنظيم قانونى لاتفاق التحكيم من الناحية الموضوعية، باعتبار انه مستقل عن العقد الاصلى محله من جهة، ومن جهة اخرى ان القانون الموضوعى والاجرائى الذى تطبقه هيئة التحكيم يحدده طرفيه. مثل قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، وقانون التحكيم الالمانى الصادر سنة ١٩٩٨، وقانون التحكيم الانجليزى الصادر سنة ١٩٩٦، وقانون الاونسيترال النموذجى الصادر سنة ١٩٨٥، وقانون التحكيم السورى رقم ٤ لسنة ٢٠٠٨، وقانون التحكيم الامريكى الصادر سنة ١٩٢٥ والتى يغلب على نصوص مواد تلك التشريعات الطابع الاجرائى. بل ان بعض الدول و نظرا لذلك الطابع الاجرائى اكتفت بتخصيص بابا مستقلا فى قانون المرافعات المدنية والتجارية الخاص بها، مثل قانون الاجراءات المدنية الاماراتى رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ حيث خصصت له الباب الثالث من الكتاب الثانى، وقانون المرافعات المدنية الكويتى رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ حيث خصصت له الباب الثانى عشر من الكتاب الثانى، وقانون

التحكيم الفرنسى رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ حيث نظم التحكيم الداخلى فى المواد من (١٤٤٢ الى ١٥٠٣)، ونظم التحكيم الدولى فى المواد من (١٥٠٤ الى ١٥٢٧) من قانون المرافعات المدنية.

٩- فى حين ان هناك من القواعد ما يعتبر من الأصول العامة فى الالتزامات والروابط القانونية من الناحية الموضوعية، كما ان هناك من الضمانات الاجرائية العامة التى لا يخلو منها اى تشريعى اجرائى.

١٠- وقد تبنى اغلب الفقه والقضاء مذهب التفسير الضيق والتضييق على سلطة هيئة التحكيم وتكبيل حريتها سواء من الناحية الموضوعية حال نظرها موضوع الدعوى بوصفها قاضى الموضوع، فقصر ولاية هيئة التحكيم على نظر موضوع النزاع الذى تنصرف اليه ارادة المحتكمين، فإذا فصلت فى مسألة لا يشملها هذا الموضوع او تجاوزت نطاقه، فإن قضاءها بشآنه يكون صادرا من جهة لا ولاية لها بالفصل فيه لدخوله فى اختصاص جهة القضاء العادى صاحبة الولاية العامة بنظره، وهو ما يبرر اشتراط العديد من التشريعات وجوب ان يحدد الاتفاق على التحكيم المسائل التى يشملها، والا كان الاتفاق باطلاً.

١١- كما تبنى اغلب الفقه والقضاء مبدا التضييق على سلطة هيئة التحكيم وتكبيل حريتها من الناحية الشخصية حيث أنكر قواعد التدخل والادخال فى خصومة دعوى التحكيم – كما سنرى – باعتبار ان التحكيم – فى نظرهم – طريق استثنائى، وبحجة ان خصومة التحكيم لها خصوصيتها. مما فرغ معه فكرة نظرية التحكيم – فى نظرنا – من محتواها. ومن ثم فقد حرصنا فى هذه الدراسة على ابراز التنظيم القانونى لنطاق الاتفاق التحكيمى سواء من الناحية الموضوعية، او من الناحية الشخصية على ضوء القواعد المعتبرة من الاصول العامة فى

الالتزامات والروابط القانونية والتى لا يخلو منها اى تشريع وطنى ، وكذا الضمانات الاجرائية الاساسية فى التقاضى بصفة عامة.

١٢- وتبنينا مع جانب من الفقه ان التفسير الضيق لاتفاق التحكيم يقتصر على التحكيم الوطنى، لان طبيعة تلك المنازعات التى يشملها تدخل بالاساس فى ولاية محاكم الدولة. أما بالنسبة للتحكيم التجارى الدولى، فيتعين اتباع مذهب التفسير الواسع لاتفاق التحكيم، وذلك نظرا لان التحكيم هو الوسيلة الطبيعية والعادية للفصل فى تلك المنازعات الخاصة ذات الطابع الدولى، فإذا ما اتفق طرفى العلاقة ذات الطابع التجارى الدولى على فض ما ثار او قد يثور بينهم من نزاع عن طريق التحكيم، فيتعين تفسير هذا الاتفاق تفسيرا واسعاً بحيث يكون التفسير لصالح مد نطاق التحكيم وليس تقييده.

١٣- كما تبنينا مذهب اطلاق مبدأ التدخل والادخال فى خصومة التحكيم على غرار خصومة الدعوى امام القضاء العادى للدولة للحجج التى سنوضحها بموضوع الدراسة.

١٤- خطة الدراسة:-

سوف نعرض فى دراستنا بصفة أساسية لقواعد نطاق القوة الملزمة لإتفاق التحكيم طبقاً لقانون التحكيم المصرى فى المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، مع دراسة مقارنة مع بعض أهم التشريعات والقواعد التحكيمية الاجنبية والعربية واهمها القانون الفرنسى والاماراتى، والقانون النموذجى اونسيترال.

١٥- وعلى الرغم من ان قانون التحكيم المصرى نظم كلا من التحكيم الوطنى والتحكيم الدولى على حدٍ سواء، كما نظم التحكيم بشآن المواد المدنية والتجارية، الا انه فى حقيقة جوهره تشريع ينظم بالاساس التحكيم التجارى الدولى، ذلك ان

المشروع الأساسى لقانون التحكيم المصرى وفق ما وضعته اللجنة المشكلة لذلك، كان مشروعا ينظم احكام وقواعد التحكيم التجارى الدولى. و تبنت اللجنة المذكورة مشروع القانون النموذجى الذى وضعته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية ((اونسيترال)) سنة ١٩٨٥ مع بعض الاختلافات البسيطة وفق ما سيتضح لاحقاً
وعلى الله قصد السبيل.

١٦- تقسيم: وعليه تنقسم دراستنا الى بابين:
أولاً / الباب الاول: النطاق الموضوعى لإتفاق التحكيم

ثانياً / الباب الثانى: النطاق الشخصى لإتفاق التحكيم.

الباب الأول
النطاق الموضوعى لإتفاق التحكيم

١٧- تمهيد وتقسيم:

نبحث فى هذا الباب القوة الملزمة لإتفاق التحكيم من الناحية الموضوعية. ولتحديد هذه القوة الملزمة يجب أن نبدأ أولاً بتعيين مضمون إتفاق التحكيم ونطاقه، ثم نتكلم فى لزوم إتفاق التحكيم ومدى هذا اللزوم، وما يرد عليه من إستثناءات. ولذلك سنقسم هذا الباب الى فصلين

الفصل الاول: تعيين مضمون اتفاق التحكيم

الفصل الثانى: لزوم اتفاق التحكيم وما يرد عليه من استثناءات

الفصل الاول
تعيين مضمون اتفاق التحكيم

١٨- تمهيد وتقسيم:

١٩- لتحديد مضمون اتفاق التحكيم آى تحديد الالتزامات الناشئة من الاتفاق قد يحتاج الأمر أولاً الى تفسيره، وذلك لفهم مدلول العبارات التى عبر بها طرفى الإتفاق عن قصدهما المشترك، فإذا فسرنا الإتفاق وإستخلصنا قصد طرفيه، لا يبقى بعد ذلك إلا أن نحدد مضمون الإتفاق ونطاقه، آى مدى الإلتزامات التى أنشأها الإتفاق على التحكيم.

٢٠- والاتفاق على التحكيم يتخذ احدى صور ثلاث، وهو فى صورته الاولى يرد كبند بالعقد الاصلى المبرم بين الطرفين او فى ورقه ملحقه به يتم النص فيها على التجائهما بشآن ما سوف يثور مستقبلا بينهما من نزاع بخصوص هذا التعاقد وهو ما يسمى " شرط التحكيم "

٢١- والتحكيم فى صورته الثانية يتفق فيه طرفى العقد الاصلى بعد نشوب النزاع بينهما فعلا على فضه عن غير طريق القضاء، آى بلجوئهما للتحكيم، وهو ما يسمى " بوثيقة او مشارطة التحكيم " [١]

٢٢- والتحكيم وفى صورته الثالثة والاخيرة يتخذ صورة الاحالة، تلك الصورة التى نصت عليها الفقرة الثالثة من المادة (١٠) من قانون التحكيم المصرى بقولها " ويعتبر اتفاقا على التحكيم كل احالة ترد فى العقد الى وثيقة تتضمن شرط

---

(١) أ.د. أحمد السيد صاوى – التحكيم طبقا للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية – بنده – ص١٢- طبعة ٢٠٠٢.

تحكيم اذا كانت الاحالة واضحة فى اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد " وهذه الصورة تفترض ان العقد الاصلى لم يتضمن شرط تحكيم على نحو صريح، ولكنه احال الى وثيقة تتضمن شرط تحكيم، فيعتبر ذلك بمثابة اتفاق على التحكيم بين الطرفين. شريطة ان تكون الاحالة الى تلك الوثيقة على نحو صريح وجازم وصورة واضحة .

٢٣- وقد نص قانون التحكيم الانجليزى الصادر سنة ١٩٩٦ The English Arbitration Act فى الفقرة الثانية من المادة (٦) منه على هذه الصورة معتبرا اياها صورة من صورة الاتفاق على التحكيم.(١)

٢٤- بينما نصت الفقرة الاولى من المادة ١٤٤٢ من قانون التحكيم الفرنسى رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ على ان الاتفاق بشأن التحكيم يأخذ شكل شرط تحكيمي أو اتفاق تحكيم. وهو ذات ما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة ٢٠٣ من قانون المرافعات الاماراتى رقم ١١ سنة ١٩٩٢ بقولها " يجوز للمتعاقدين بصفة عامة أن يشترطوا في العقد الأساسي أو باتفاق لاحق عرض ما قد ينشأ بينهم من النزاع في تنفيذ عقد معين على محكم أو أكثر كما يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بشروط خاصة."

٢٥- وخلاصة القول ان من البديهى عدم وجوب تضمين اتفاق التحكيم تعييناً لموضوع النزاع الا فى حالة تمام اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع حتى وان كانت قد أقيمت بشأنه دعوى أمام القضاء. وفى هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق على التحكيم المسائل التى يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً.(٢)

---

(١) مشار اليه فى مؤلف: أ.د سمير الشرقاوى – التحكيم التجارى الدولى – دراسة قانونية مقارنة – بند ٤٧ – ص ٦٦ وما يليها – طبعة ٢٠١١ – دار النهضة العربية.

(٢) المادة ٢/١٠ من قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ .