كلية الحقوق
قسم القانون المدنى

نسبية أثر اتفاق التحكيم

فى القانون المصرى والمقارن

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

مقدمة من الباحثة

سحر محمد أحمد دره

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة:

أ.د. / السيد عيد نايل (مشرفًا و رئيساً)

أستاذ القانون المدنى وعميد الكلية الأسبق كلية الحقوق - جامعة عين شمس.

أ.د. / محمد نصر الدين منصور (عضواً)

أستاذ القانون المدنى - كلية الحقوق - جامعة عين شمس.

أ.د. / محمد السعيد رشدى (عضواً)

أستاذ القانون المدنى - كلية الحقوق - جامعة بنها.

١٤٤٠ هـ / ٢٠١٩م

كلية الحقوق
قسم القانون المدنى

صفحة العنوان

اســم الباحثة: سحر محمد أحمد دره

اسم الرسالة:نسبية أثر اتفاق التحكيم (فى القانون المصرى والمقارن)

الدرجة العلمية: الدكتوراه .

القسم التابع له: القانون المدنى .

الكليـــــــة : الحقوق .

الجامعـــــــة: جامعة عين شمس .

سنـــة المنح: ٢٠١٩

كلية الحقوق
قسم القانون المدنى

رسالة الدكتوراه

اسم الباحث: سحر محمد أحمد دره

اسم الرسالة: نسبية أثر اتفاق التحكيم (فى القانون المصرى والمقارن)

الدرجة العلمية: الدكتوراه.

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة:

أ.د. / السيد عيد نايل (مشرفاً و رئيساً)

أستاذ القانون المدنى وعميد الكلية الأسبق كلية الحقوق - جامعة عين شمس .

أ.د. / محمد نصر الدين منصور (عضواً)

أستاذ القانون المدنى - كلية الحقوق - جامعة عين شمس .

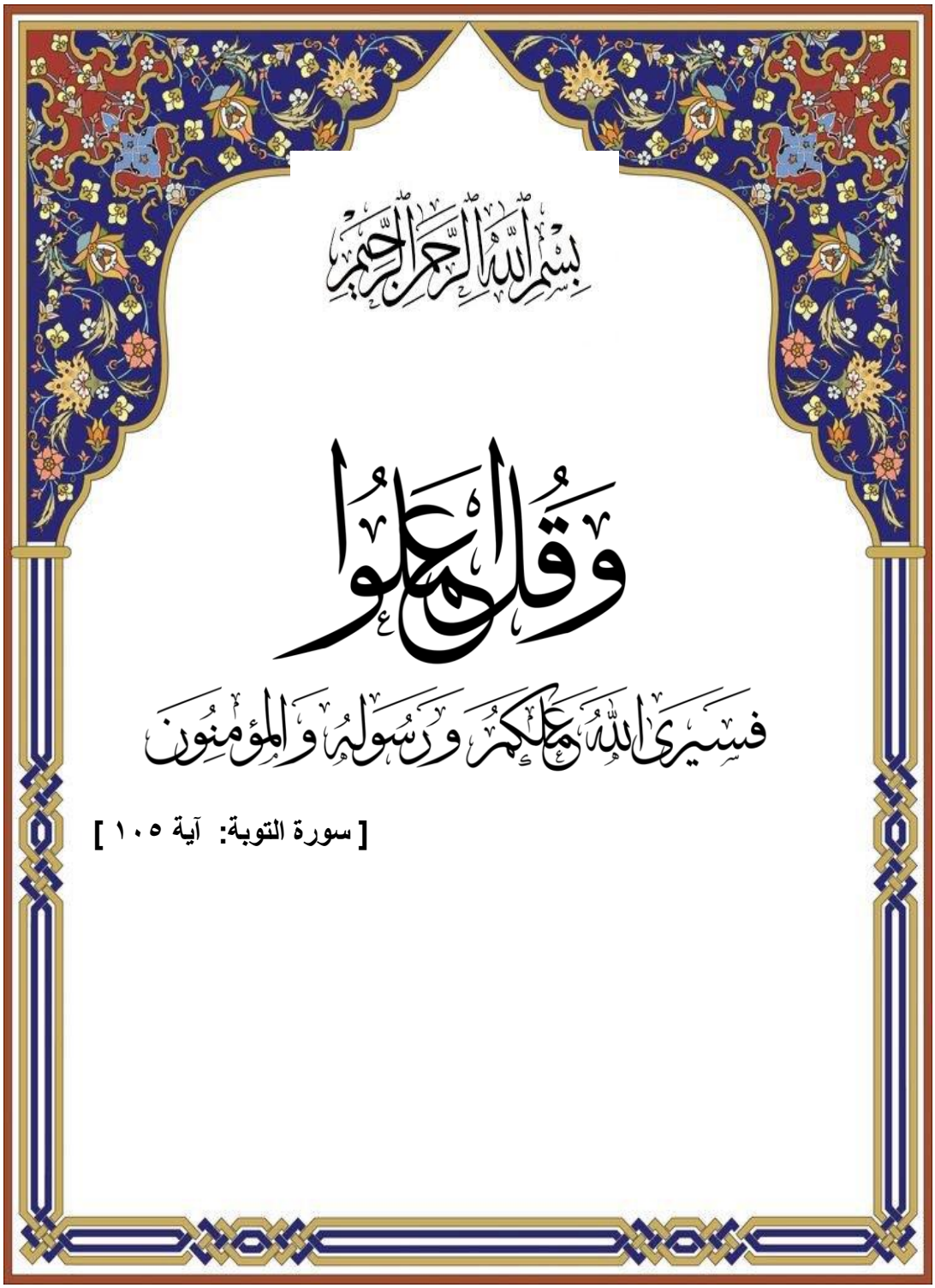
أ.د. / محمد السعيد رشدى (عضواً)

أستاذ القانون المدنى - كلية الحقوق - جامعة بنها .

الدراسات العليا

ختم الإجازة أجيزت الرسالة: بتاريخ / /

موافقة مجلس الكلية موافقة مجلس الجامعة



[سورة التوبة: آية ١٠٥]

الإهـــداء

إلى روحي أبي وأمي .....رحمهما الله
وغفرا لهما وأسكنهما فسيح جناته

إلى أسرتي ..... أطال الله في أعمارهم

إلى أساتذتي.....حفظهم الله وعلا شأنهم

إليهم جميعاً أهدي هذا البحث المتواضع
الذي أتمنى من الله عز وجل أن أكون قد
وفقت فيه.

شكر وتقدير

بسم الله الرحمن الرحيم، والحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسوله محمد الأمين، وعلى آله وصحبه والأنبياء والمرسلين، وبعد:

الحمد لله حمداً كثيراً طيباً حتى يبلغ الحمد منتهاه، الحمد لله الذي هدانا إلى ذلك وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله.

أتقدم بخالص الامتنان والتقدير لأستاذى العالم الجليل **السيد الأستاذ الدكتور/ السيد عيد نايل** المشرف على الرسالة على ما قدمه من معونة صادقة ودعم لا محدود وإخلاص وتفاني وإصرار على ظهور البحث في شكل مشرف جزاه الله عنى خير الجزاء.

كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير لكل من: استاذى الجليل **السيد الأستاذ الدكتور/ محمد نصر الدين منصور** . استاذ القانون المدنى بكلية الحقوق جامعة عين شمس، واستاذى الجليل **السيد الأستاذ الدكتور/ محمد السعيد رشدى** . استاذ القانون المدنى بكلية الحقوق جامعة بنها لتفضلهما بالموافقة على قبول مناقشة تلك الرسالة وماقدماه لى من توجيهات وملاحظات لاثراء هذه الرسالة والارتقاء بمستواها سائلة المولى عز وجل أن يجزيهما الله عنى خير الجزاء

والشكر كل الشكر لجامعة عين شمس العريقة وبالأخص **السيد الأستاذ الدكتور الجليل/ ناجى عبد المؤمن** . أستاذ القانون التجاري وعميد كلية الحقوق جامعة عين شمس، والسادة العاملين– بقسم الدراسات العليا – ورئيس قسم وإداريين على مساندتهم ودعمهم مما شرفنى بالانتساب لهذا الصرح العلمى الكبير.

و أخيراً أتقدم بكل الشكر وزملائى الذين أمدوا لى يد العون فى الحصول على أحدث المراجع العلمية لإثراء البحث.

الباحثة

المقدمة

يشغل التحكيم مكانا بارزا على الصعيدين الوطني والدولي باعتباره أحد أهم الوسائل البديلة لفض المنازعات ويعد أداة من أدوات الفن الإجرائي الإرادي والمنظم لحل المنازعات التى يتفق أطراف النزاع فيه على الإلتجاء للتحكيم لتسوية كل أو بعض النزاعات التى تنشأ أو يمكن أن تنشأ بينهم بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية .

كما أنه يعتبر نظاما مختلطا يبدأ باتفاق ثم يصير إجراء ثم ينتهى بحكم التحكيم، هذا النظام يتسم فى مراحله المتعاقبة بأنه نسبى الأثر فاتفاق التحكيم كأى تصرف إرادي، تنصرف آثاره إلى طرفيه فقط دون أن يفيد الغير أو يضيره، وإجراءات الخصومة لا تنصرف آثارها إلى طرفيه دون أن يفيد الغير، إستناد إلى أصلها الاتفاقي لا يجوز تدخل أو إدخال الغير فيها.

ومبدأ نسبية أثر التحكيم بالنسبة للغير يعد من نتاج نشأته الاتفاقية، التى تستلزم احترام مبدأ سلطان الارادة، وهذا المبدأ الأخير يعد انعكاسا للمذهب الفردي، ولكن الفقه الحديث يجمع على أن توالى المبادئ الفلسفية والتكوينات السياسية والضرورات الإجتماعية يقلب رأسا على عقب كل المبادئ القانونية الثابتة، ومن ثم ففكرة الغير لا يمكن أن تبقى حبيسة إطار مغلق وإنما هى تتحمل كل ردود الفعل الطبيعية للتحولات الإيدلوجية والإجتماعية .

وبالتالي يجب الاعتراف بأنها لا تهم فقط أصحابها ولكن تمتد الى المجتمع والغير، ولذلك نجد الفقه الموضوعي يميز بين القوة الملزمة للعقد أو الاتفاق، بوصفه تصرفا قانونيا ويقصرها على أطرافه، والاحتجاج به

بوصفه واقعة تجاه الغير وكذلك يميز الفقه الإجرائي بين حجية الشيءالمقضي للحكم ويقصرها على أطرافه والاحتجاج بالحكم فى مواجهة الكافة بما فيهم الغير. فالتحكيم فى مراحله المتعاقبة يعتبر بالنسبة للغير مجرد واقعة قانونية يمكن أن يستند إليها، أو يحتج بها فى مواجهته كأساس لشرعية المركز القانوني(الموضوعي أو الإجرائي) ، الناشئ عن التطبيق التوزيعي لقواعد العقد وما يتمتع به اتفاق التحكيم بوصفه تصرفا إجرائيا تقديريا من قوة ملزمة يقتصر أثرها على طرفيه، ولقواعد الحكم القضائي وما يتمتع به حكم التحكيم من قوة الأمر المقضي كأثر لحظر الطعن فيه بأى طريق من طرق الطعن فى الأحكام المقررة فى قانون المرافعات، وما قد يترتب على الاحتجاج به من فائدة أو ضرر بالغير

ولعل السبب في تنامي دور التحكيم هو المزايا التي يتميز بها في حل وفض المنازعات بين الأفراد والتي تتجلى في سرعة الفصل في هذه المنازعات والسرية في جلساتها ومرونة إجراءاتها،

ويتميز كذلك بأنه يمكن للأطراف الاتفاق على إجراءات التقاضي المناسبة ومدتها واختيار المحكمين الذين سيقومون بالتحكيم بينهم وحل منازعاتهم.

لذلك عنيت هيئات ومؤسسات التحكيم النظامية بتنظيمه التحكيم في لوائحها، كما وجدت الاتفاقيات المنظمة للتحكيم.التجاري الدولي أو لبعض جوانبه، وكذلك كان للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي إسهاماتها في هذا الشأن.

خطة البحث :

ونظراً لأهمية التحكيم التجارى الدولى واتساع مجالاته سوف نعرض من خلال الدراسة الأثر النسبى للعقد الأصلى ولاتفاق التحكيم وإمكانية امتداد هذا الأثر إلى الغير فى دراسة مقارنة بين بعض الأنظمة الإقليمية والدولية ، وكذلك مفهوم اتفاق التحكيم وشروطه والقوة الملزمة له بالنسبة لأطرافه أو للخلف بنوعية العام والخاص أو بالنسبة للدائني، ومدى امتداده للغير الأجنبى عن العقد ، وكذلك حالات امتداده والإستثناءات الواردة عليه ، والآثار المترتبة عليه ، ونظراً لاتساع دائرة التحكيم خاصة فى التجارة الدولية وتعدد الأطراف فيها فسوف نعرض التحكيم متعدد الأطراف لتسوية منازعات التجارة الدولية ، وذلك من خلال الفصول الآتية:

الفصل التمهيدي: اتفاق التحكيم .

الفصل الأول: مبدأ نسبية أثر العقد وفقاً للقواعد العامة.

الفصل الثاني: امتداد نطاق اتفاق التحكيم إلى الغير.

أهمية البحث

إن مبدأ نسبية أثر العقد كان وما زال مثار جدل على الصعيدين الفقهي والقضائي، ولقد انقسم الرأى حوله إلى فريقين، الفريق الأول يؤثر الالتزام بهذا المبدأ استنادا إلى المنطق الذي يقضى بأن العقد لا يضر ولا ينفع إلا أطرافه ولا يخل بذلك وجود بعض الاستثناءات والتى تعد فى حقيقتها مظهر من مظاهر امتداد العقد إلى الغير. بينما الرأى الثانى يحاول الخروج على الفكر التقليدى لهذا المبدأ ويذهب الى اللجوء لقواعد العدالة لاستقاء الحلول وهو ما أخذ به النظام الإنجليزى عندما أقر قانون العدالة وإنشأ محكمة المستشار بما يطابق العقل والعدل.

كما أن الدراسات القانونية فى مصر مازالت حبيسة المدرسة اللاتينية والتي يترأسها القانون الفرنسى بما تتسم من قيود وجمود، كما أن التطور الهائل فى العلاقات الدولية أدى إلى ضرورة التعرف على الاتجاهات القانونية المختلفة لدى مختلف المدارس القانونية خاصة بعد ظهور القواعد القانونية المشتركة على المستوى الدولي كظهور العقود النموذجية ، وكذلك فى مجال التجارة الدولية واتساعها والنجاح الذى حققته مما يحتم على الباحث التعرف على القواعد القانونية لدى معظم الدول.

منهجية البحث:

تعتمد هذه الدراسة على المنهج التحليلي المقارن حيث سيتم العمل على تحليل النصوص المنظمة للدفع بشرط التحكيم في ظل القانون المصري وعدد من القوانين المقارنة، كما تم الاستعانة في دراسة الموضوع بالاجتهاد الفقهي والقضائي لتحديد الإطار القانوني للدفع بشرط التحكيم وكيفية تطبيقه في الجانب الإجرائي أو العملي وتحديد الخصوصيات التي يتمتع بها سواء في الجانب النظري أو التطبيقي.

إشكالية البحث

لما كان الأثر السلبي يعد نتيجة مباشرة للقوة الملزمة لشرط التحكيم فإنه يتلخص في نوعين من الالتزام، التزام يقع على عاتق الأطراف يتمثل في امتناعهم عن اللجوء إلى القضاء بصدد النزاعات التي قد تنشأ عن العقد الرابط بينهم والالتزام على عرضها على هيئة التحكيم، وآخر يقع على عاتق المحكمة المعروض عليها النزاع المتفق بشأنه على التحكيم، يتمثل في امتناعها عن النظر في هذا النزاع إذا تمسك المدعى عليه بشرط التحكيم قبل الدخول في جوهر النزاع أو الدعوى.

لذا تطرح الدراسة عدة تساؤلات عن مفهوم التحكيم ؟ والوصف القانونى لاتفاق التحكيم وقوته الملزمة للغير ؟ وحالات امتداد أثر اتفاق التحكيم للغير ؟ ومدى امتداد اتفاق التحكيم فى عقود التجارة الدولية متعددة الأطراف ؟ والإشكالات القانونية المترتبة على تعدد هيئات التحكيم فى التحكيم متعدد الأطراف وإمكانية ضم هذه التحكيمات ؟ ومدى نسبية اتفاق التحكيم فى مواجهة الأطراف والغير ؟ والآثار المترتبة عليه ؟.

الفصل التمهيدي

اتفاق التحكيم

الفصل التمهيدي

اتفاق التحكيم

مقدمــة

لقد ظهر التحكيم كأحد وسائل فض المنازعات التي تنشأ بين الأفراد على أساس الأعراف والتقاليد في المجتمعات القديمة ، وعرف التحكيم اتساعا في نطاقه فى القرن العشرين ، نظراً لنمو العلاقات العقدية والتجارية بين الأفراد وبين الدول التي كان لها الدور الكبير في ذلك، بحيث أصبح للتحكيم قانونا يلتزم به الكافة وله سلطة قضائية تتولى إزالة كل ما قد يصادف تطبيق هذا القانون من عوارض سواء فيما يتعلق بمن يناط الفصل في إدعاءات الأطراف أو فيما يتعلق بمعايير الفصل فيها وهذا ما يستدعي البحث عن المعطيات التي يستند إليها اتفاق التحكيم، والذي يجعل منه أمرا مشروعا يسمح به النظام القانوني، وفي ظل تطور العلاقات التجارية الدولية في الآونة الأخيرة ، ونظراً لتزايد الإقبال بين المتعاملين في التجارة الدولية أو الداخلية فقد عمت ثقافة التحكيم وأصبح هو الوسيلة الأكثر انتشاراً في حل المنازعات التجارية، كما أصبح أحد الوسائل البديلة للقضاء.

وكل هذه الاعتبارات جعلت العديد من الدول تقوم بتنظيمه بحيث لا نكاد نجد دولة لم تقم بتنظيم التحكيم وفق قواعد خاصة به، كذلك فقد عنى المجتمع الدولى بتنظيم التحكيم في العلاقات الدولية، وقد ظهرت بواكير هذا الاهتمام في اتفاقية نيويورك التى انضمت إليها مصر فى ٧ مارس ١٩٥٩ وبروتوكول جنيف والقانون النموذجي الأونسترال...الخ.

وبالرغم أن الطريق إلى توحيد قانون التجارة الدولية طويل وشاق ومع ذلك فقد قامت بعض الهيئات الدولية باتخاذ خطوات واسعة نحو إتمام هذا الهدف. وهذه الهيئات إما حكومية [1] أو غير حكومية.

والهيئات الحكومية هى التى تتكون من عضوية حكومات بعض الدول، ويمثلها مندوبون فيها، وقد تكون هذه الهيئات الحكومية عالمية أو إقليمية تشمل مجموعة من الدول تجمعها مصالح مشتركة، وأهم هذه الهيئات لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة ومقرها فيينا والتى تعرف باسم UNCITRAL، والمعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص فى روما والمعروف باسم UNIDROIT وتلعب دوراً كبيراً فى توحيد القوانين الموضوعية لقانون التجارة الدولية ، ومؤتمر لاهاى للقانون الدولى الخاص الذى يهدف إلى توحيد القواعد الوطنية لتنازع القوانين دون القواعد الموضوعية لقانون التجارة الدولية، والمنظمة العالمية للملكية الذهنية WIPO.

أما الهيئات غير الحكومية فهى التى تتكون من أعضاء لا يمثلون حكومات معينة وإنما يشتركون فيها بصفاتهم الشخصية من المتخصصين والمشتغلين بقانون التجارة الدولية وأهم هذه الهيئات غرفة التجارة الدولية بباريس ICC، واللجنة البحرية الدولية فى بروكسل IMC، وتعمل على توحيد القانون البحرى على المستوى الدولى .

(1) مشار إليه فى محاضرات الأستاذ الدكتور/ محسن شفيق لدبلوم القانون الخاص كلية الحقوق جامعة القاهرة/ ١٩٧٢–١٩٧٣ عن اتفاقيات لاهاى بمجلس الأمم المتحدة لقانون التجارة العالمية لعام ١٩٦٤ بشأن البيع الدولى بند١٠ص ٥.