كلية الحقوق
قسم القانون التجارى

النطاق الموضوعي لإتفاق التحكيم

دراسة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون

إعداد الباحث
عبد المعبود محمد عبد المعبود

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة:

أ.د . رضا محمد عبيد

استاذ القانون التجارى – عميد كلية الحقوق جامعة بنى سويف الاسبق (رئيساً)

أ.د . محمد السعيد رشدى

استاذ القانون المدنى – وكيل كلية الحقوق – جامعة بنها الأسبق (عضواً)

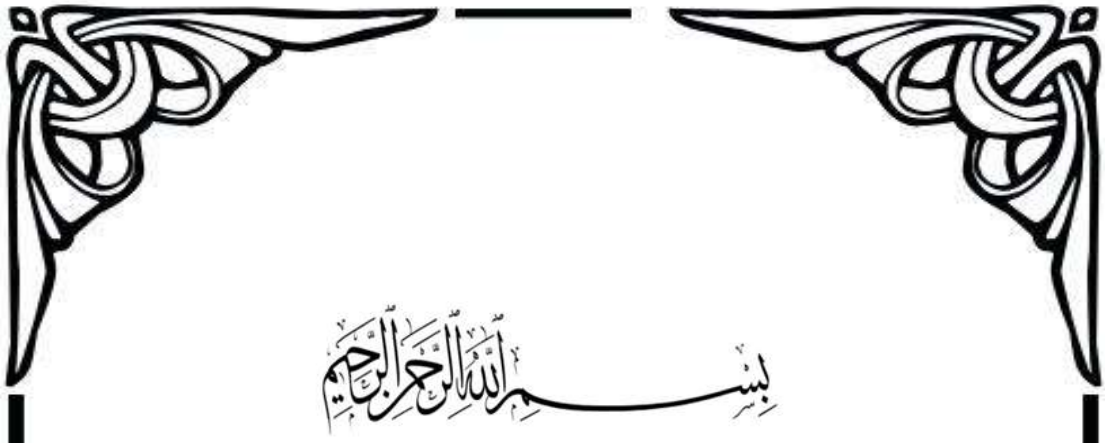
أ.د .حسام رضا السيد عبد الحميد

استاذ القانون التجارى والبحرى - كلية الحقوق – جامعة عين شمس (مشرفاً وعضواً)

أ.د . محمد ربيع انور فتح الباب

استاذ مساعد القانون المدنى – كلية الحقوق – جامعة عين شمس (مشرفاً وعضواً)

١٤٤٠هـ - ٢٠١٩م


بسم الله الرحمن الرحيم

يُؤْتِي الْحِكْمَةَ مَنْ يَشَاءُ وَمَنْ يُؤْتَ الْحِكْمَةَ فَقَدْ أُوتِيَ خَيْرًا كَثِيرًا وَمَا يَذَّكَّرُ إِلَّا أُولُو الْأَلْبَابِ ﴿٢٦٩﴾

صدق الله العظيم

سورة البقرة- الآية (٢٦٩)

أهداء

تأسياً لقول رسول الله صلي الله عليه وسلم " من لم يشكر " الناس لم يشكر الله "، يسعدني أن أقدم أسمي آيات الشكر والتقدير والمحبة والعرفان بالجميل إلي أساتذتي العلماء الأجلاء:

يشرفني أن أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان **إلى الأستاذ الدكتور رضا محمد عبيد – أستاذ القانون التجاري والبحري – عميد كلية الحقوق الأسبق – جامعة بني سويف**، علي موافقة سيادته وتفضله برئاسة لجنة المناقشة والحكم علي الرسالة، متطلعا لما ستقدمه لي من نصح وإرشاد، مقدرا لسيادته دماثة خلقة وواسع علمه ودقه توجيهاته، فجزاه الله عني خير الجزاء.

كما أتقدم بخالص الشكر إلى **الأستاذ الدكتور محمد سعيد رشدي – أستاذ القانون المدني – ووكيل كليه الحقوق – جامعة بنها الأسبق**، علي تفضل سيادته بقبول المشاركة في لجنة المناقشة والحكم علي الرسالة، رغم كثرة مشاغله، متطلعا لما سيقدمه لي من نصح وإرشاد، أطال الله في عمره ومتعه بالصحة والعافية، وجزاه الله عني خير الجزاء.

كما يشرفني أن أتوجه إلي **الأستاذ الدكتور محمد ربيع أنور فتح الباب – أستاذ مساعد القانون المدني – كلية الحقوق – جامعة عين شمس**، بالشكر الجزيل (رغم غيابه عن حضور المناقشة لأسباب خارجة عن إرادته)، علي تفضل سيادته بقبول الإشراف علي رسالتي، والذي وسعني صدره وحلمه وكرمه، فلمست فيه تواضع العلماء وصدق الأوفياء، فجزاه الله عني خير الجزاء.

كما أتوجه بجزيل شكري وعرفاني بالجميل والاحترام والتقدير للأستاذ الفاضل، **الأستاذ الدكتور حسام رضا السيد عبد الحميد – أستاذ القانون التجاري**

والبحري – كليه الحقوق – جامعة عين شمس، الذي أمدني من علمه الوفير منذ بداية تقدمي بخطة البحث، وطوقني بفضلة بقبوله الإشراف علي الرسالة ، فله مني اسمي آيات الشكر والتقدير، لما أمدني به من علمه، وما منحني إياه من جهد ووقت في قراءة الرسالة، وإمداده لي بالتوجيهات والإرشادات التي كان لها عظيم الأثر علي بحثي، كي يخرج بتلك الصورة التي أرجو من الله أن تكون خالصة لوجه الكريم، وان ينفع بها الإسلام والمسلمين، فهو خير سلف لخير خلف، فجزاه الله عني خير الجزاء.

كما لا يفوتني أن أتوجه بالشكر إلي أبي وأمي بارك الله لي في عمرهما وصحتهما لتحقيق ما تمنياه لي يوماً ومحققاً لكل حلم راوضهما.

وإلي زوجتي التي كانت دائماً تقف خلفي وتشد من أزري كلما أصابني ملل أو كلل تشجيعاً لي لتحقيق حلم طال إنتظاره بدءاً من مرحلة الدراسات العليا حتى الحصول علي الدكتوراه بعون الله

وأتوجه بالشكر الوفير لنجلتي لوجينا التي لولاها لما كنت إستطعت أن أنتهي من تجهيز رسالتي بهذه السرعة بما وفرته لي من الوقت الكافي لتسطيرها

وأتوجه بالشكر إلي أبنائي الذين أجعل هذه الرسالة بين أيديهم نبراساً لهم ليبذلوا المزيد من الجهد لإنجاز ما هو أكثر من ذلك . فالعلم لا نهاية له

ولا أنسي أن أتوجه بالشكر إلي أشقائي وأنجالهم وأبناء عائلتي جميعاً

□

المستخلص

يعد التحكيم أحد أهم النظم القانونية العالمية الحديثة ، التي أسند إليها مهمة حل النزاعات وتسويتها ، وبالرغم من قدم أسلوب التحكيم منذ عهود قديمة ، صاحبت النظام القانوني الإنساني ، واستمرار تطوره مع تطور نظم التجارة الدولية في كافة بقاع العالم ؛ حتى أصبح كالعادات المترسخة في نفوس المتعاقدين ، نظرًا لما يشتمل عليه من تسهيلات عرفية ، و قضائية تحكيمية ، ولكونه من أهم الوسائل القانونية الفعالة والناجزة لحسم الخلافات في مجال المعاملات التجارية والاستثمارية ، ولما يتصف به من خصائص، وسمات يلجأ إليها العديد من الأنظمة القانونية المقارنة ، والمتمثلة في العدالة، والسرية، والسرعة، والاختصار ، وتلافي الاجراءات الروتينية، والتغلب على البيروقراطية التقليدي، في حسم المنازعات المطروحة أمام ذلك النظام ، والأهم من ذلك هو الإبقاء على العلاقات الطيبة بين أطراف الخصومة ، واستمرارها ، والحفاظ على مصالحهم ، ووضع الأسس، والمبادئ القانونية والعرفية لكل الخلافات المستقبلية ، إذا طرأت بين ذات الأطراف في تعاقدات أخرى بينهم .

وتلك الصفات والمعايير المتوفرة في نظام التحكيم الدولي والوطني المعمول بها حاليًا في معظم دول العالم ، جعلته الضمان الرئيسي لتبديد مخاوف المستثمرين من شبح السلطة الوطنية للدول ، وتغلبت على مخاطر استخدام مفهوم السيادة التي تباشره الاجراءات القضائية الوطنية التقليدية ؛ لتنال من مكاسب ، وأموال المستثمر في العقود التي أبرمها .

ولما كان اتفاق التحكيم هو جوهر ، وقالب ، وقلب التحكيم ، وأساسه إرادة الأطراف المتعاقدة في اللجوء اختياريا لنظام التحكيم ، في سبيل الفصل القانوني

لمنازعاتهم وخصوماتهم ، من خلال القواعد ، والمبادئ التي هيأها ورسمها القانون ، ووفقًا لإجرائه ، وموضوعه ، واختيار قضاته ، أو هيئة التحكيم ، وتحديد القانون الواجب التطبيق، المتوافق عليه مع موضوع النزاع ، وكذلك الاتفاق على مكان ، ولغة التحكيم ، الأمر الذى جعل فقهاء التشريعات، والنظم القانونية المختلفة ، يعدوا التحكيم واتفاق التحكيم كلاهما وجهان لشيء واحد ، ووفقًا لما أقره القانون النموذجي للتحكيم Model Law " " ، والذى اعتمدته منظمة الامم المتحدة على أنه اتفاق بين الأطراف المتنازعة ، التي نشأت بينهما علاقة قانونية محددة تعاقدية أو غير تعاقدية ، ويجوز أن تكون في صور شرط في عقد ، أو اتفاق منفصل ، ولقد توافق ذلك مع نصوص التشريع المصري ، على أنه اتفاق بين طرفين لجآ إلى التحكيم ، لتسوية كل ، أو بعض المنازعات التي نشأت، أو يمكن أن تنشأ بينهما، بمناسبة علاقة قانونية معينة.

وهذا ما شجع أغلب القائمين بالمعاملات الاقتصادية والتجارية ، وخاصة في الشركات الاستثمارية الدولية وعابرة الوطنية ، بالاهتمام باتفاق التحكيم ، للفصل في المنازعات ، التي تنشأ داخليًا بالشركات حسب أشكالها ، وأنواعها ، وصفتها التجارية ، سواء بين الشركاء ، أو المساهمين ، أو الأعضاء ، أو في سبيل حماية حقوق الملكية الصناعية بالشركات ، وكذلك خارجيًا في علاقاتها بالغير ، سواء من العملاء ، أو الموردين ، أو المنازعات المالية بالبنوك .

وموضوعية اتفاق التحكيم ، تعد الأساس القانوني ، والسند القضائي في نظام التحكيم ، حيث إنها تقوم وفق ما تم تحديده ، ورسمه في التعاقد الأساسي ، ووفقًا للغرض الذى أنشيء من أجله ، ووفقًا للموضوع المنصب عليه ، وقبول أطراف الخصومة بما تسفر النتائج المترتبة عنه ، في أطار الحفاظ على حقوق ومصالح

أطراف التعاقد ، وفي سبيل المحافظة على العلاقات الطيبة بين الخصوم ، وحماية حقوقهم ، ومراكزهم القانونية

ويتم الفصل في هذه المنازعات تحكيميًّا في ضوء القواعد العامة والمبادئ والمعايير التحكيمية ، مع الأخذ في الاعتبار أحكام النظرية العامة للشركات ، نظرًا لما تضفيه من بعض الخصوصية ، وفقًا للطبيعة القانونية لعمل الشركة ، أو الغرض من إنشائها ، مع إمكانية اتخاذ كافة التدابير المؤقتة ، والاجراءات الوقتية ، أو التحفظية ، التى تقتضيها طبيعة النزاع ، وبناء على إرادة واتفاق طرفي النزاع ، وما ينتج عن ذلك من التزامات بأحكام التحكيم النهائية لصالح المحكوم له ، وفي مواجهة الغير ، واستخلاص النتائج ، ومراقبة تنفيذها ، وفقًا لمضمونها ، والذى أكد المشرع المصري في دلالة قاطعة بأن أحكام المحكمين تحوز حجية الأمر المقضي به ، حيث إن لها القوة الثبوتية للفصل في النزاع المطروح أمامها ، والتي تعد عنوانًا للحقيقة ، ودليل على وجود الحق ، والتي يحتج بها في مواجهة الكافة .

مقدمة

إن المتأمل في الوضع الدولي للتحكيم سيجد اهتمامًا بالغًا بهذا النظام ، حيث تهتم كافة الدول المتقدمة بوضع نظم قانونية فعالة وناجزة تتعلق بالتحكيم مع التدقيق في وضع كافة التفاصيل الممكنة والمتوازنة لإنجاح هذا النظام القضائي الاستثنائي ، نظرًا لما يتسم به هذا النظام من سرعة، وسرية واختصار للإجراءات القضائية التقليدية الروتينية والمعقدة أحياناً؛ وذلك ليتماشى مع زيادة عدد المؤسسات الاقتصادية وعمليات التجارة الدولية عبر الحدود ، وعدم ملاءمة القوانين الوطنية لتسوية ما قد ينشأ من نزاعات بسبب تعاقدات هذه المؤسسات، والكيانات الاقتصادية، والتجارية .

لذا يتجه الفكر التشريعي، والقانوني الحديث إلى البحث عن أداة أو آلية قانونية متخصصة تقوم بالفصل في المنازعات بعيدًا عن قضاء الدولة التقليدي ، فكان التحكيم التجاري الدولي بديلاً ملائمًا لقضاء الدولة العادي ، حتى أصبح في الآونة الاخيرة الوسيلة المهمة والمفضلة التي يلجأ إليها الأطراف المتنازعة لحل الخصومات القائمة بينهم ، لاسيما تلك الناشئة في إطار العلاقات التجارية الدولية ، نظرًا لما يتمتع به نظام التحكيم من مزايا قد يعجز القضاء الوطني عن تحقيقها في أغلب الاحيان، منها ما يتعلق بالموضوعية، أو ما يتعلق بالشكلية.

ويعد التحكيم هو الوسيلة المثلى للفصل الناجز للمنازعات التجارية، والمدنية سواء على المستوى المحلى أو الإقليمي أو الدولي، ويعد نظامًا خاصًا للتقاضي في منازعات معينة إذا ما تحققت مقتضيات اللجوء اليه ، ووفقًا لما تحدده الأنظمة القانونية الوضعية، وذلك في سبيل المحافظة على العلاقة بين الخصوم ووضع أسس للتعامل بينهم في المنازعات المستقبلية .

ويتميز التحكيم – بالإضافة الى ما سبق – بالعديد من المزايا من حيث السرعة في الفصل للمنازعات المعروضة ، وتوافر الاختصاص والتخصص المطلوب في المحكمين ، كما يتمتع بالسرية ، بخلاف أن نظام التحكيم يسمح لأطراف الخصومة

بالتوافق بينهم فيما يخص مصالحهم ووضع نظام معين للتسوية بما يناسبهم؛ لحل النزاع ، فضلاً عن حرية إرادتهم في اختيار النظام القانوني الواجب التطبيق وفقًا لما يحتويه التعاقد الأساسي وموضوع النزاع .

ولهذا فإن وجود نظام للتحكيم متوازن وفعال في أى دولة يكفل المزايا الجاذبة للاستثمار الأجنبي، والمحلى، والإقليمي إذا توافرت فيه ضمانات كافية للشركات والكيانات المتعاقدة والمتعاملة وفق صور التحكيم المختلفة ، بالإضافة الى توفير ضمانات قضائية تحكيمية في المعاملات والاجراءات التي لا تتوفر في مرفق القضاء التقليدي للدولة خاصة في مجال المعاملات التجارية والمدنية .

لذلك أصبح نظام التحكيم أحد أهم مظاهر القضاء الحديث الذى يتواكب مع ازدهار الحالة الاقتصادية والاستثمارية الدولية ، التي تلجأ الشركات والمؤسسات العملاقة وغيرها إليه اختصارًا للوقت والجهد والاجراءات وحماية الاموال والمصالح في نزاعاتها وخصوماتها التعاقدية ؛ مما يتطلب من الدول ضرورة توافر منظومة وآلية قانونية تسمح بالتوسع في نطاق هذا النظام كطريق بديل واستثنائي لقضاء الدولة ، تهدف الى تقديم ما يثبت بالدليل القانوني القاطع الى وضع قواعد تبث الثقة بين الكيانات والشركات والمؤسسات المتعاقدة عند استثمار أموالها في هذه الدولة .

ويعد اتفاق التحكيم ذو طبيعة قانونية خاصة سواء بخصوص الاتفاق المبرم بين المحتكمين فيما بينهم أو بين المحتكمين والمحكمين ، ولهذا فإن نطاق اتفاق التحكيم لابد أن يتوفر له الأركان العامة الواجب توافرها بشأن موضوعه والغرض من التعاقد ، ولا يصدر إلا عن إرادة وتصرف قانونى عن أهلية يعتد بها ويكون خاليًا من العيوب المفسدة ، وفي النطاق الموضوعي المحدد بشأنه .

أهداف البحث

نظراً للأهمية القضائية لنظام التحكيم ، وما ترتكن إليه حاليًا العديد من الدول في اجتذاب المستثمرين بغية تحقيق التنمية المستدامة في دولهم ، وما يتطلبه ذلك أن تتواكب التشريعات الوطنية لكل ما هو جديد في شتى المجالات ، وخاصة في النظام القضائي المعمول به في الدولة ، وعلى الأخص النظم القانونية والقضائية التي تعنى بمجالات الاقتصاد والاستثمار ، الأمر الذى يضع أسئلة عديدة ومن أهمها وبصورة مباشرة ما يلى :

- هل نظام التحكيم الوطني المعمول به حاليًا يحقق رغبات المستثمرين لإقناعهم بزيادة استثماراتهم وتعاملاتهم داخل الدولة ؟
- هل التشريع الوطني يطبق ذات المعايير الدولية التي سبق وأن صدقت عليها الدولة في الاتفاقيات الدولية في نظام التحكيم ؟
- هل التشريعات الحالية في مجال التحكيم تواكب التشريعات المقارنة إقليميًّا ودوليًّا؟
- هل هناك من توصيات قانونية أو تشريعات جديدة تساعد وتسهم في بث الثقة في نفوس المستثمرين الاجانب، والوطنيين، وتسهل ضخ أموالهم واستثماراتهم داخل الدولة من خلال قواعد ونصوص قانونية يجب إدخالها والنص عليها في التشريعات الوطنية لذات المجال ؟
- هل هناك آلية أو شكلية أو طريقة جديدة تضفي على التشريعات الاقليمية المزيد من المعايير والمبادئ القانونية في نظام التحكيم ، تسهم في جذب المزيد من المستثمرين، وخاصة أمام ما تتمتع به المنطقة العربية والافريقية بمنطقة الشرق الأوسط من ثروات طبيعية ، ومالية ، وبشرية ، وكفاءات علمية يمكن استغلالها بسهولة والاستفادة منها دوليًّا وإقليميًّا ؟
- هل هناك آلية أو نظم قانونية أو تشريعية تعمل على اجتذاب المزيد من المستثمرين ، للاستفادة بالموقع المتميز جغرافيًّا لجمهورية مصر العربية ، بالإضافة الى ما تتمتع به من مناخ متميز ، وثروات طبيعية ، بالإضافة إلى علاقاتها الطيبة مع كافة دول العالم ، في سبيل تحقيق مجالات استثمارية ،

واقتصادية هادفة لتحقيق المزيد من التنمية بالدولة ، والتزامًا بما تم التصديق عليه في المعاهدات ، والمواثيق الدولية ، وارتباط ذلك بتحقيق أقصى درجات الثقة المتبادلة بين الكيانات والمؤسسات المصرية المختصة مع المستثمرين الجادين ؟

ولذلك كله كان اهتمام الباحث في إبراز دور التشريع المصري الحالي ، وخاصة في مجال نطاق التشريعات القانونية والقضائية ، وارتباطه بالمعايير والمبادئ والقواعد القانونية في نظام التحكيم ، وإلقاء الضوء بالبحث والدراسة على ما استحدثته الدول المتقدمة والصناعية الكبرى ، وخاصة في القارات الأمريكية والأوروبية من قواعد وتشريعات قانونية ، للأخذ بها في تطوير النظام التشريعي المصري ، لإثبات حسن النية ، وتبادل الثقة مع كافة المستثمرين ، في سبيل إرساء القواعد ، والمبادئ التي تقوم على تحقيق التوازن والعدالة الناجزة، وحفظ الحقوق والمراكز القانونية لأصحاب المصلحة ، ولتحقيق النطاق الموضوعي لاتفاق التحكيم وفقًا لما هو محدد له .

منهجية البحث

نظرًا لما يتصف به منهج البحث العلمي من خطوات منظمة يتبعها الباحث في استجلاء الحقائق، وتأصيل المعرفة الصحيحة والسليمة ، ولا يتحقق ذلك إلا من خلال مزيج شامل لعدة عناصر وأركان منهجية مرتبطة يتعلق بعضها بالخطوات والقواعد المتبعة التي يسلكها الباحث ويتعلق بعضها بالتطبيقات العملية ، للوصول الى نتائج ، يصل إليها الباحث في دراسته ، من خلال التزامه باتباع قواعد المنهجية التطبيقية ، حتى ينعكس ذلك على الآراء ، والتوصيات ، والنتائج ، التي ينتهى إليها الباحث في رسالته ، تحت عنوان النطاق الموضوعي لاتفاق التحكيم .

لذلك يتناول الباحث دراسته من خلال المنهج التأصيلي والمنهج التحليلي والمنهج المقارن .

فلما كان المنهج التأصيلي يقوم على تتبع ظواهر موضوع البحث تتبعًا تاريخيًّا ، بغية الوقوف على حقيقة الظاهرة ، أو الموضوع محل البحث ، وذلك ما يدعو الباحث الى التنقيب ، والتتبع لظاهرة التحكيم، وتطورها، وارتباطها بالمعاملات التجارية والاستثمارية دوليًّا وإقليميًّا ، عبر العصور المختلفة حتى تاريخه، ومناقشتها، وتفسيرها في سياق دراسة بحث الرسالة

كما أن المنهج التحليلي هو عبارة عن: سلسلة واسعة من العمليات المنهجية القائمة على الملاحظة العملية ، والمناقشة ، والفحص ، واستخلاص النتائج النهائية لموضوع البحث ، من خلال تحليل العناصر ، والجزيئات وفهمها تفصيليا ، للوقوف على أدق النقاط ، التي تخص نظام التحكيم .

ولما كان المنهج المقارن يقصد منه كشف الحقيقة ، بواسطة الربط بين الموضوعات المتعددة ، من أجل استخلاص أوجه الشبه ، وأوجه الاختلاف ، التي تساعد للخروج بنتيجة قطعية ، تكشف حقيقية موضوع البحث ، هذا ما يدعو الباحث إلى الانخراط في الأخذ بهذا المنهج لكشف الحقائق المختلفة ، للمقارنة بينها من خلال الاتفاقيات والمعاهدات ، والمبادئ ، والمعايير القانونية ، التي تقرها التشريعات الدولية والاقليمية ، وكذلك بعض التشريعات الوطنية ، لاستخلاص أوجه الشبه بينها ، في مجال نظام التحكيم ، وموضوعية اتفاق التحكيم ، في نطاق مجال البحث قدر المستطاع ، وذلك بهدف استخلاص النتائج القطعية ، التي تكشف حقيقة موضوع الرسالة ، حول النطاق الموضوعي لاتفاق التحكيم .

ولذلك سوف نتناول بالبحث، والدراسة – في رسالتنا – النطاق الموضوعي لاتفاق التحكيم في بابين :

الباب الاول : طبيعة اتفاق التحكيم وأثاره

الباب الثانى : دور اتفاق التحكيم فى منازعات الشركات واعمال البنوك معها