كلية الحقوق
قسم القانون الدولي
الخاص

القانون الواجب التطبيق على أهلية المحكم

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

من الباحث

سعد عويضه سعد علي الأحبابي

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة:

الأستاذ الدكتور/ أحمد قسمت الجداوي مشرفاً ورئيساً

أستاذ ورئيس قسم القانون الدولي الخاص بكلية الحقوق – جامعة عين شمس.

الأستاذ الدكتور/ حسام رضا السيد عضواً

أستاذ ورئيس قسم القانون التجاري والبحري - كلية الحقوق - جامعة عين شمس.

الأستاذ الدكتور/ إبراهيم عبدالحليم عضواً

رئيس لجان فض المنازعات بوزارة المالية – الاستاذ المنتدب بكلية الحقوق – جامعة حلوان

١٤٤٠هـ - ٢٠١٩م

كلية الحقوق
قسم القانون الدولي الخاص

صفحة العنوان

اسم الطالب: سعد عويضه سعد علي الأحبابي

اسم الرسالة: **القانون الواجب التطبيق على أهلية المحكم**

الدرجة العلمية: الدكتوراه

القسم التابع له: القانون الدولي الخاص

اسم الكلية: الحقوق

الجامعة: عين شمس

سنة التخرج:

سنة المنح: ٢٠١٩

كلية الحقوق
قسم القانون الدولي الخاص

القانون الواجب التطبيق على أهلية المحكم

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

من الباحث

سعد عويضه سعد علي الأحبابي

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة:

الأستاذ الدكتور/ أحمد قسمت الجداوي مشرفاً ورئيساً

أستاذ ورئيس قسم القانون الدولي الخاص بكلية الحقوق – جامعة عين شمس.

الأستاذ الدكتور/ حسام رضا السيد عضواً

أستاذ ورئيس قسم القانون التجاري والبحري - كلية الحقوق - جامعة عين شمس.

الأستاذ الدكتور/ إبراهيم عبدالحليم عضواً

رئيس لجان فض المنازعات بوزارة المالية – الاستاذ المنتدب بكلية الحقوق – جامعة حلوان

الدراسات العليا

ختم الإجازة: أجيزت الرسالة: بتاريخ / /

موافقة مجلس الكلية موافقة مجلس الجامعة

ڃ ڃ ڃ ڄ ڈ ډ ډ ډ ډ ډ ډ ډ ڑ ڑ
ڑ ک ک ک ک گ گ گ گ گ گ گ گ گ
گ گ گ گ ں ۆ ڃ

(سورة المائدة – الآية ٤٨)

إهداء

إلى رفيقة الدرب زوجتي العزيزة , لما عانته وقاسته معي من جهد وصبر.

إلى أولادي واضعا لها جهدي كله إرثا دنيويا أتمنى البناء عليه لا الاعتماد عليه.

إلى إخواني وأخواتي و أسرتي، أجنحتي التي أحلق بها دون وجل أو خوف.

إلى الأصدقاء والزملاء

إلى كل طالب علم.

أهدي هذا الجهد، متمنيا أن اكون قد أفدت واستفدت.

شكر وتقدير

أتقدم بالشكر الجزيل ووافر الامتنان والعرفان إلى أستاذي الفاضل "معالي الأستاذ الدكتور أحمد قسمت الجداوي – أستاذ ورئيس قسم القانون الدولي الخاص – كلية الحقوق – جامعة عين شمس"، الذي شرفني بأن يكون مشرفا علي في إعداد هذه الدراسة مقدرا لسياته دماثة خلقه وواسع علمه ودقة توجيهاته، فهو الفقيه وصاحب المدرسة التي تدرس في القانون الدولي الخاص على مستوى الجامعات العربية والأجنبية.

كما وأتقدم بالشكر الجزيل لعضو لجنة المناقشة " أ.د / حسام رضا السيد **أستاذ ورئيس قسم القانون التجاري و البحري – كلية الحقوق– جامعة عين شمس،** لتفضل سيادته بالتكرم بعضوية لجنة الحكم على الرسالة، وإعطائنا من وقته الثمين لقراءة هذه الرسالة وتقييمها والحكم عليها, وستكون ملاحظاته القيمة موضع اهتمامي . أطال الله في عمره وحفظه لنا وللعلماء.

كما وأتقدم بالشكر الموصول لأستاذي الفاضل "الأستاذ الدكتور/ إبراهيم محمد عبدالحليم، **رئيس لجان فض المنازعات بوزارة المالية و الإستاذ المنتدب بكلية الحقوق جامعة حلوان.**

لتشريفه لي بقبول مناقشة وتقييم دراستي هذه رغم كثرة انشغاله بأعماله في مجال تبليغ رسالته العلمية والقانونية، فوجود اسمه على هذا العمل لشرف كبيرٌ لي وللدراسة، فله مني كل التقدير والاحترام وأسمى آيات الشكر والعرفان على مشاركته في مناقشة وتقييم هذه الدراسة.

وفي هذا المقام أيضا، لا يسعني إلا أن أشكر معالي "الأستاذ الدكتور أبوالعلا علي أبو العلا النمر – أستاذ ورئيس قسم القانون الدولي الخاص ووكيل كلية الحقوق سابقاً– جامعة عين شمس"، على ماقدمه لي من نصح و توجيه وإشراف على جميع مراحل إعداد هذه الدراسة، والذي لم يبخل علي بعزيز وقته، رغم كثرة مشاغله ومهامه، فلسيادته أقول ممتنا: جزاك الله عني وعن كل طالب علم خير الجزاء، وأدامك الله وأكرمك.

الباحث

المقدمـــــة

المقدمة

أولاً: أهمية الموضوع:

يعد التحكيم من أقدم الوسائل السلمية التي عرفتها البشرية لتسوية المنازعات ودياً إذ عرفته مختلف الحضارات القديمة الأشورية واليونانية والرومانية.

وفي القرون الوسطى كانت الدول الأوربية المسيحية تحتكم الى البابا في فض منازعاتها كما كان نظام التحكيم يعد الوسيلة السائدة لفض المنازعات في مجتمعات العرب القبلية قبل الاسلام وقد تكفلت الأعراف والتقاليد القبلية ببيان أحكامه وكافة القواعد الخاصة به وكان اللجوء الى التحكيم اختيارياً وذلك لعدم وجود سلطة عامة تلزم الأفراد بالالتجاء اليه فضلاً عن ان تنفيذ حكم المحكم يكون رضائياً لعدم وجود سلطة تلزم الأطراف المحتكمة على تنفيذه جبراً.

وقد أقرت الشريعة الاسلامية الغراء التحكيم كوسيلة لفض المنازعات، ويذهب غالبية الفقه الى ان التحكيم قد نشأ تاريخياً قبل ظهور القضاء اذ يعد الصورة البدائية للعدالة بل ان البعض يرى في اطار البحث عن العلاقة القائمة بين التحكيم والقضاء ان التحكيم يعد الشكل البدائي لقضاء الدولة قبل ظهور مفهوم الدولة الحديثة بمؤسساتها

وسلطاتها المتنوعة بما فيها السلطة القضائية التي يقع على عاتقها اسباغ الحماية القضائية للأفراد(١).

وترتبط أهمية هذه الدراسة بأهمية الوظيفة القضائية التي يقوم بها المحكم في خصومة التحكيم، فالمحكم هو حجر الزاوية في نظام التحكيم، وبقدر تحري الدقة في اختيار المحكم تكون سلامة التحكيم وعدالته.

وفي الواقع ان اعداد المحكم المؤهل قانوناً لتولي منصة التحكيم يتطلب معرفة متعمقة وتفصيلية بكافة الشروط التي يتعين توافرها في من يلي هذا العمل.

والمحكم هو شخص يتمتع بثقة الخصوم، أولوه عناية الفصل في خصومة قائمة بينهما، وقد يتم تعيينه من قبل المحكمة المختصة في الحالات التي نص عليها القانون للقيام بذات المهمة المتقدمة.

والمحكم هو المحور الأساسي التي تدور حوله خصومة التحكيم وبقدر مهارة المحكم، تكون سلامة إجراءات التحكيم وصحة الحكم

---

(١) د. سحر عبدالستار "المركز القانوني للمحكم – دراسة مقارنة" دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، صـ٧ وما بعده، د. عزمي عبدالفتاح "قانون التحكيم الكويتي" مطبوعات جامعة الكويت، ط١، ١٩٩٠، صـ١٢، د. سيد محمود "نظام التحكيم – دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي الكويتي والمصري" بدون ناشر، ٢٠٠٠، صـ٥، د. علي بدوي "أبحاث في تاريخ الشرائع" بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، السنة الأولى – كلية الحقوق جامعة القاهرة، صـ٣.

الصادر وفي الواقع العملي فإن حسن أداء المحكم لمهمته يتوقف على ما يحمله من مؤهلات وخبرات(١).

كما أن أهمية هذه الدراسة ترتبط بصفة عامة بأهمية نظام التحكيم إذ انه من الملاحظ في الأونة الأخيرة تعاظم اللجوء الى التحكيم كوسيلة لحل المنازعات التجارية الدولية بدلاً من اللجوء الى قضاء الدولة لما يتسم به الأخير من بطء في إجراءات التقاضي نتيجة لكثرة عدد القضايا المعروضة والمثقل بها كاهل القضاه فضلاً عن العلانية في ادارة جلسات القضاء وهي أمر لا يستجيب أو ينسجم مع متطلبات التجارة الداخلية والدولية في حين يتميز التحكيم بمزايا عديدة أهمها السرعة والمرونة والسرية والتخصص بالاضافة الى ان حل المنازعات في رحاب التحكيم يتم في اجواء قريبة من الصلح والتراضي بين الاطراف.

هذا فضلاً عن حرية اختيار المحكم المتخصص القادر على الفصل في النزاع المعروض عليه مع مراعاة الأمور الفنية والخبرة المهنية حيث يكون المحكم في الغالب على معرفة بالعادات والأعراف التجارية مما يغني عن الحاجة الى ندب خبير متخصص عند التصدي لهذه المنازعات التجارية(٢).

---

(١) د. سيد أحمد محمود، مفهوم التحكيم وفقاً لقانون التحكيم المصري والمرافعات الكويتي، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٧م، ص٣.

(٢) د. أحمد السيد الصاوي "التحكيم طبقاً للقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وأنظمة التحكيم الدولية" بدون ناشر، ٢٠٠٤، صـ١٠، د. وجدي راغب "هل التحكيم نوع من القضاء"

ويلاحظ أن العديد من الدراسات الفقهية تناولت نظام التحكيم بالدراسة والتحليل والنظام الاجرائي لخصومة التحكيم ودعوى بطلان حكم التحكيم والمشكلات العملية والقانونية لتنفيذ أحكام التحكيم.

كما تناولت العديد من الدراسات الفقهية المركز القانوني للمحكم وذلك لوجود تشابه بين المحكم والقاضي من حيث القيام بوظيفه قضائية تتعلق بتسوية نزاع معروض عليه.

كما تناول الفقه بالدراسة اوجه الاختلاف بين القاضي والمحكم من حيث الضمانات التي يتمتع بها القاضي والنظام القانوني لمسئولية كل منهما ولذلك فإن الباحث قد استبعد هذه الموضوعات من هذه الدراسة بالرغم من ان محور الدراسة ينصب على المحكم ولكن في إطار محدد ودقيق يقتصر على "الاهلية الخاصة بالمحكم.

ما هي الأهلية اللازمة حتى يتمكن المحكم من القيام بدوره في تسوية المنازعات التحكيمية ؟

وما هو المقصود من مصطلح الأهلية ؟

هل المقصود من الأهلية هو بلوغ المحكم سن الرشد ؟ أم ان المقصود من الاهلية بالمعنى الواسع اي بلوغ المحكم سن الرشد وعدم وجود مانع من موانع الاهلية المعروفه في القانون المدني مثل الجنون والعته والسفه والغفله ؟

بحث منشور في مجلة الحقوق – جامعة الكويت، س١٧، ١٩٩٣، صـ١٣١.

وهنا يلاحظ أن بلوغ سن الرشد يختلف في التشريعات الوضعية اختلافاً كبيراً، **فهل هناك تأثير سلبي في الواقع العملي على قيام المحكم بمهمته في التحكيميات الدولية جراء هذا الاختلاف بين القوانين الوضعية ؟**

أم ان هناك معنى خاص لأهلية المحكم من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق عليها ؟

هل من الممكن توحيد القواعد الخاصة بأهلية المحكم في مجال التحكيمات الدولية ؟

وترجع أهمية هذا السؤال لوجود توجهات حديثة ومجهودات دولية ملحوظة بشأن محاولة صياغة قواعد موضوعية موحدة خاصة بعقود التجارة الدولية بهدف تحقيق اليقين القانوني والامان والاستقرار في المعاملات الدولية.

فهل هذا الهدف المنشود من الممكن ان يتطور ويمتد نحو القواعد الخاصة بأهلية المحكم ؟

والأهلية من منظور فقه القانون الدولي الخاص صفة تلحق الشخص فيتحدد على اساسها مركزه من حيث اكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات، ويقصد بالأهلية أحد المعنيين أهلية الوجوب ويقصد بها صلاحية الشخص لأن يكتسب حقاً او يتحمل بالتزام، وأهلية الاداء وهي قدرة الشخص على ممارسة التصرفات القانونية.

ويلاحظ أن اصلاح الأهلية يندرج تحت مظلته العديد من أنواع الأهلية. **فما هي الصور المختلفة لمصطلح الأهلية ؟**

وهل القانون الواجب التطبيق على أهلية المحكم يسري على كافة صور واشكال الاهلية التي يتصدى لها الفكر القانوني ؟

في الواقع ان هذه التساؤلات تبرز أهمية هذه الدراسة. وينوه الباحث انه سوف يستخدم مصطلح الأهلية بالمعنى الواسع الذي يعني تمتع المحكم "بالصلاحية القانونية أو الأهلية القانونية التي تمكنه من اداء الوظيفة القضائية المكلف بها.

وتبرز أهمية هذه الدراسة من حيث انها تقدم اطلاله موضوعية عن سلبيات نظام التحكيم أو التحديات والعقبات التي تواجه حصومة التحكيم ويكون من شأنها اضعاف فعالية نظام التحكيم بصفة عامة.

اذ انه من الملاحظ ان الاتجاه الغالب في الفقه يركز على المزايا الايجابية لنظام التحكيم وذلك بهدف دعم وتشجيع نظام التحكيم وتحفيز رجال القانون على منح مزيد من الاهتمام لمناصرة هذا النظام.

وهذا الاتجاه محل نظر، لأن تشجيع نظام التحكيم يستوجب في البداية معرفة نقاط الضعف في مجال نظام التحكيم وهي الامور التي تعد بمثابة سلبيات تعوق انطلاق نظام التحكيم وتقييده ومنعه من الوصول الى اهدافه المنشودة.

فالموضوعية الصادقة تستلزم من الباحث التركيز على هذه الجوانب قبل الاشادة بمزايا نظام التحكيم وايجابياته.

وينوه الباحث بأن بحث ودراسة النظام القانوني لأهلية المحكم، سوف يستوجب التطرق لبعض الاشكاليات وثيقة الصلة بموضوع الدراسة وذلك حتى يتم عرض فكرة البحث في إطار متكامل.

ثانياً: أهداف الدراسة:

١- البحث عن القواعد القانونية المنظمة لأهلية المحكم في القانون المقارن والاتفاقيات الدولية.
٢- رصد الاشكاليات العملية الناجمة جراء الاختلاف بين التشريعات الوضعية في معالجة اهلية المحكم.
٣- رصد ومعرفة أوجه القصور القانوني في مجال أهلية المحكم ومدى الحاجة الى إيجاد تنظيم متكامل لأهلية المحكم.
٤- التوصل الى صورة واضحة لأوجه الاختلاف والتشابه بين المحكم والقاضي في شأن الأهلية القانونية.
٥- البحث عن إجابة خاصة بالتساؤل الآتي، هل يمكن التوصل الى قواعد موضوعية موحدة تنظم أهلية المحكم وذلك على غرار ما توصل اليه المجتمع الدولي من قواعد موضوعية موحدة خاصة بعقود التجارة الدولية ؟

ثالثاً: أسباب اختيار موضوع البحث: