كليــة الحقـوق
قسم قانون المرافعات

رقابة القضاء
على الغش فى التحكيم

رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى الحقوق
مقدمة من الباحثه
شاهندة فرانسواز ناجى عبد المؤمن

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة :

الأستاذ الدكتور/ سيد أحمد محمود مشرفاً ورئيساً
الأستاذ بقسم قانــون المرافعات ورئيسه ـ سابقاً
ووكيل كلية الحقوق جامعة عين سمس ـ سابقا
كلية الحقوق ـ جامعة عين شمس

الأستاذ الدكتور/ محمود مختار عبد المغيث عضــــواً
أستاذ قانون المرافعات بكلية الحقوق بجامعــة حلوان

الأستاذ الدكتور/ محمد سعيد عبد الرحمن عضــــواً
أستاذ مساعد وقائم بأعمال رئيس قانون المرافعات
كلية الحقوق بجامعة المنوفية

١٤٤٠ هـ ٢٠١٩ م

كليــة الحقـوق
قسم قانون المرافعات

رسالة دكتوراه بعنوان

رقابة القضاء على الغش فى التحكيم

اسم الطالـــــــب: شاهندة فرانسواز ناجى عبد المؤمن

الدرجة العلميـــة : الدكتوراه

القسم التابـــع له: قانون المرافعات

اسم الكليـــــــة: كلية الحقوق

الجامعـــــــــة: جامعة عين شمس

سنة التخـــــرج : / / ٢٠١

سنة المنـــــــح : / / ٢٠١

كليــة الحقـوق
قسم القانون التجـارى

اسم الطالـــــبه : شاهندة فرانسواز ناجى عبد المؤمن

عنوان الرســـلة : رقابة القضاء على الغش فى التحكيم

الدرجة العلمية : دكتوراه

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة :

الأستاذ الدكتور/ سيد أحمد محمود مشرفاً ورئيساً

الأستاذ بقسم قانـــون المرافعات ورئيسه ـ سابقاً
ووكيل كلية الحقوق جامعة عين سمس ـ سابقا
كلية الحقوق ـ جامعة عين شمس

الأستاذ الدكتور/ محمود مختار عبد المغيث عضـــواً

أستاذ قانون المرافعات بكلية الحقوق بجامعــة حلوان

الأستاذ الدكتور/ محمد سعيد عبد الرحمن عضـــواً

أستاذ مساعد وقائم بأعمال رئيس قانون المرافعات
كلية الحقوق بجامعة المنوفية

ختم الإجازة أجيزت الرسالة بتاريخ / /

موافقة مجلس الكلية موافقة مجلس الجامعة

شكر وتقدير

الحمد للّه الذى علم بالقلم ، علم الإنسان ما لم يعلم ، وصلاة وسلاماً على المبعوث رحمة للعالمين ، أشرف الخلق أجمعين ، نبى المرسلين محمد صلى اللّه عليه وسلم وعلى آلة الطيبين الطاهرين وصحبه وسلم.

وبعد،

فإنني أتقدم بخالص الشكر الجزيل والعرفان بالجميل والاحترام والتقدير لمن غمرني بالفضل واختصني بالنصح وتفضل عليّ بقبول الإشراف على الرسالة، وأرشدني إلى كيفية إعداد هذا البحث ولم يدخر جهدًا في النصح **الأستاذ الدكتور / سيد أحمد محمود أستاذ قانون المرافعات ـ بكلية الحقوق جامعة عين شمس** الذي تعهدني برعايته، وشملني بعنايته طوال فترة إعداد البحث، وقد تعلمت منه عطاء الأستاذ، وتواضع العالم، اعترافا بفضله، وإقرارًا بفضائله، أسأل الله أن يجزيه عنى خير الجزاء، وأن يجعل ثواب ما أفاض علىَّ من علم في ميزان حسناته يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم.

كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى **الأستاذ الدكتور الفاضل/ محمود مختار**ـ أستاذ قانون المرافعات بكلية الحقوق بجامعة حلوان ، والذي أمد لنايد العون والتوجيه، وذلك من خلال مؤلفاته التي كان لها عظيم الأثر في النفس والبحث، وذلك لتفضله قبول مناقشة هذا العمل على الرغم من مشاغله.

والشكر موصول إلى رائد من رواد قانون المرافعات ليس في مصر وحدها ولكن في العالم العربي كله، **الأستاذ الدكتور محمد سعيد عبد الرحمن أستاذ قانون المرافعات ـ كلية الحقوق بجامعة المنوفية** والتي كان دائمًا يمد يد العون بالنصح والتوجيه، وذلك من خلال مؤلفاته العلمية التي كان لها عظيم الأثر في البحث لقبول سيادته مناقشة هذا العمل فلسيادته وافر الشكر والتقدير.

واللّه أسأل أن يجزيهم عني خير الجزاء لما قدموه لي من عون.

الباحثه

كلية الحقوق
قانون المرافعات

رقابة القضاء على الغش فى التحكيم

رسالة مقدمة
لنيل درجة
الدكتوراة
فى الحقوق

الباحثة
شاهندة فرانسواز
ناجى عبد المؤمن

لجنة الإشراف

الأستاذ الدكتور
سيد أحمد محمود
مشرفاً ورئيساً

الأستاذ الدكتور
محمود مختار
عبد المغيث
عضـــــواً

الأستاذ الدكتور
محمد سعيد
عبد الرحمن
عضـــــواً

١٤٤٠هـ ٢٠١٩م

ملخص الرسالة

لا يمكن القول بأن ظاهرة أو فكرة الغش هي فكرة حديثة ولهذا خصصنا لها هذه الدراسة، هذا غير صحيح، فالغش ظاهرة قديمة ارتبطت في وجودها بوجود الإنسان وتطوره، ولجأ إليها لتحقيق مصالحه الغير مشروعة، أنها باختصار أحد مظاهر جانب الشر في النفس البشرية.

وطالما كان الغش هكذا فقد استمر حتى الآن، واتسعت دائرة وجوده فلم يعد قاصراً على مجال بعينه فنجده في التصرفات المدنية، وازداد ي التعاملات التجارية، وجرمه المشرع الجنائي.... الخ.

ومع ازدهار التحكيم كوسيلة لحل المنازعات بجوار قضاء الدولة ازداد الحديث عن الغش في التحكيم، ومرد ذلك أن التحكيم في أصل شرعته يقوم على إرادة الأطراف أنفسهم، فهم الذين يتفقون على اللجوء إليه، ويختارون المحكم أو المحكمين، ويختارون نوع التحكيم حراً أو مؤسساً بالقانون أم بالعدالة، ويختارون مكانه، ولغته، ومدته... باختصار يتدخل إرادة الأطراف في كل شيء، إنه نظام إرادي. وإذا كان الغش هو – ومن زاوية بعينه – عمل إرادي، فإنه بطبيعة الحال يزداد في التحكيم نظراً للصيغة الإرادية لهذا النظام.

وليس ما سبق وفقط هو سبب ازدياد الحديث عن الغش في التحكيم ولكن يضاف إليه المصالح الاقتصادية والمالية الضخمة التي تجسدها المنازعات موضوع التحكيم سيما في العلاقات الدولية الخاصة، هذه المصالح كانت وراء العديد من حالات الغش والتدليس بل والرشوة وغيرها من الأفعال والتصرفات التي تنحرف عنها بحسب أن يسود التعاملات من حسن النية.

وإذا كانت أغلب حالات الغش في التصرفات المدنية أو التجارية تأتي من أحد الأطراف أو كليهما فإن الغش في التحكيم يعرف بجوار الغش الصادر

عن الأطراف غش المحكم نفسه، وهذا النوع من الغش هو بطبيعة الحال أشد وطأة، على اعتبار أن المحكم وإن كان شخصاً من آحاد الناس إلا أنه عُهد إليه وظيفة قضائية، وظيفة تطبيق القانون وإحقاق الحق والعدل ولهذا فلا يقبل منه غش، سواء لتحقيق مصلحة غير مشروعة لأحد الأطراف أو لمصلحة نفسه.

وإذا كان ما سبق هو ما يبرر إيجاد آلية للرقابة على مسألة الغش في التحكيم فإنه وحتى الآن لا يمكن القول بأن نظام التحكيم يتضمن في ذاته آلية للرقابة على الأحكام الصادرة عنه أو منه كما هو الحال في قضاء الدولة. ولهذا كان الاعتماد على قضاء الدولة لمباشرة هذه الرقابة. وفي هذا السياق اهتمت التشريعات المنظمة للتحكيم في كل الدول يرسم ملامح هذه الرقابة وحدودها، وبات تقليدياً الحديث عن تدخل القضاء في التحكيم بأسلوبين إما بالمساعدة أو بالرقابة، وبالنسبة للتدخل بالرقابة فقد تجسد في تنظيم دعوى بطلان حكم التحكيم أمام القضاء.

وإذا كانت رقابة القضاء على الغش في التحكيم هي إحدى صور رقابة القضاء على التحكيم عموماً، فإنها مع ذلك تتميز بأمرين يجسدان إشكاليات حقيقية لأي دراسة حول هذا الموضوع؛ أولهما وتتعلق بمفهوم الغش نفسه موضوع هذه الرقابة، أما الثانية فهي أن المشرع المصري كغيره من العديد من المشرعين لم يدرج صراحةً الغش لا ضمن حالات بطلان حكم التحكيم، ولا ضمن شروط إصدار الأمر بتنفيذه.

وفيما يتعلق بالإشكالية الأولى فالمؤكد أنه لا يمكن الوقوف على تعريف محدد، جامع مانع للغش، ببساطة لأن الغش حتى في التحكيم يتميز بتعدد صوره وأشكاله التي لا تقع تحت حصر، ومع ذلك فالمؤكد أنه من حيث مصدره قد يقع من الخصم أو الخصوم وقد يقع من المحكم نفسه، ومن حيث من يوجه إليه الغش [المغشوش] فقد يوجه إلى الخصم الآخر وقد يوجه إلى القانون نفسه، أنه إذاً أبسط محاولة لتقسيم الغش إلى غش نحو الشخص وآخر نحو القانون.

وفيما يتعلق بالإشكالية الثانية، وهي الأدق والأهم، فعلى الرغم من أن تشريعات التحكيم لم تدرج الغش صراحةً كحالة من حالات بطلان حكم التحكيم كما لم تتطلب انتفائه كشرط للأمر بتنفيذه إلا أن القول بصحة حكم التحكيم والأمر بتنفيذه رغم انتفائه على الغش هو قول يصطدم مع المنطق السليم والعدالة في آن معاً، يصطدم مع المنطق لأن المشرع أجاز إبطال حكم التحكيم في حالات أقل وطأة وخطورة من حالات الغش كبطلان في الإجراءات أو في الحكم، ويصطدم مع العدالة لأنها – أي العدالة – في أبسط معانيها تأبى تحقيق حكم تحكيم مبني على الغش، تأبى بعبارة أخرى إعلاء الغش على القانون والعدالة.

وربما كانت الاعتبارات المتقدمة وراء اتجاه الفقه والقضاء في أغلب الدول إلى اعتبار الغش في ذاته مخالف للنظام العام، أو اعتبار مبدأ أو قاعدة الغش يفسد كل شيء أحد مكونات النظام العام، سواء الداخلي أو الدولي. إن اللجوء إلى فكرة النظام العام برمتها لم يكن إلا كملاذ أخير لمحارب الغش في ظل الغياب التشريعي في هذا الخصوص.

ونشير أخيراً إلى أن رقابة القضاء على الغش في التحكيم ويقدر ما تعتبر دليلاً دافعاً على عدم اكتمال التحكيم كنظام متكامل للفصل في المنازعات يحمل من داخله آليات مراجعة أحكامه كقضاء الدولة، فإنه وبنفس القدر – أي هذه الرقابة القضائية – من شأنها إشاعة الثقة في التحكيم نفسه كطريق لفض المنازعات، تثقه الأطراف في التحكيم لن تتأتى إلا بيقينهم بإمكانية إبطال أحكامه وكذلك رفض الأمر بتنفيذها متى كانت مبنية على الغش.

مقدمة

هناك من الأفكار القانونية ما يتجاوز سواء فى مفهومها أو نطاق تطبيقها فكرة القاعدة القانونية، كفكرة الغش، والتواطؤ، وسوء النية والتعسف... الخ. كذلك فإن هذه الأفكار لا تقتصر فى تطبيقها على فرع معين من فروع القانون، صحيح أن بعضها يجد أساسه فى القانون المدنى- بإعتباره الشريعة العامة ولكنها تمتد من حيث نطاق تطبيقها لتشمل ليس فقط فروع القانون الخاص" المدنى – التجارى – المرافعات .... الخ" ولكن ايضا القانون العام.

فالقرار الادارى المبنى على التعسف هو قرار مشوب بعيب اساءة استعمال السلطة وقرارات الجمعية العامة للشركة المبنية على التعسف باطله والتعسف فى استعمال الحق – اى حق، ومنها الحق فى التقاضى يوصم هذا الاستعمال بعدم المشروعية... وكذلك الحال بالنسبة لحسن وسوء النيه والتواطؤ.... الخ

ولعل القاسم المشترك لهذه الافكار جميعها – فضلاً عما سبق- أمرين أولهما انها تستعصي بطبيعتها عن كل تعريف او تحديد دقيق، بل من الافضل على نحو ما ذهب البعض – عدم تحديدها، لأن اى تحديد لها سوف يغل يد القضاء عن مسايرة التطور بشأنها.

ان هذه الافكار ببساطة هى مظلة تسمح للقضاء بخلق مبادئ وقواعد قانونية حتى يستطيع ان يوائم باستمرار بين جمود القاعدة القانونية والتطور الحتمى للواقع، وثانيهما أنه سواء نص عليها فى القانون أو لم ينص عليها فأنها تقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية ، ولذلك – ولهذا السبب – فانه لا يخلو منها نظام قانونى فى أى دولة من الدول. هذا تحديدا ما ينطبق على فكرة الغش والذى اكدته محكمة النقض المصرية حين قررت ان قاعدة "الغش يفسد كل شئ" وان لم يجر بها نص فى القانون الا انها تسند الى اعتبارات خلقية واجتماعية.

على أية حال فمن بين تلك الأفكار المتقدمة تحتل فكرة الغش فى التحكيم بصفة عامة اهمية بالغة ، فالواقع العملى يشهد على ازدياد حالات الغش فى مجال التحكيم سواء من طرفي التحكيم أنفسهما أو من المحكم نفسه ولا يجد ذلك تفسيراً فى رأينا الا من خلال أمرين؛ أولهما: هو ان اصل شرعه التحكيم التجارى وأساسه هو ارادة الطرفين انفسهما، وطالما اتسع مجال نظام التحكيم لإرادة الطرفين بل والمحكم فقد بات من المتصور ازدياد حالات الغش، والثانى هو أن التحكيم بشكل أو بأخر يعكس تعارض لمصالح اقتصادية ضخمة ومتعارضة يقف ورائهما رجال ومؤسسات تجارية ومماليه، ومن المعلوم أن عالم المال والتجارة لا يحكمه الدين أو الأخلاق إلا ما ندر فالأساس فيه هو المصلحة، ولهذا شهد الواقع حالات عديدة من الغش فى التحكيم لتحقيق هذه المصالح الاقتصادية.

اولاً: أهمية موضوع الدراسة:

وفى السياق المتقدم تأتى أهمية موضوع رقابة القضاء على الغش فى التحكيم، هذه الرقابة لا تهدف فقط الى حماية المصالح الخاصة للاطراف ولكنها تهدف الى حماية نظام التحكيم ككل، فوجود نظام للرقابة على الغش فى مجال التحكيم هو فى نهاية المطاف دعماً للثقة فى نظام التحكيم ذاته.

ثانياً: إشكاليات الدراسة:

واذا كنا نعتقد ان كل ما سبق هو من المسلمات، فان الاشكالية الاساسية التى تواجه الباحث – أى باحث – عند عرضه لموضوع رقابة القضاء على الغش فى التحكيم هى فى مفهوم الغش ذاته، ذلك انه من الملاحظ لبعض الكتابات القليلة وكذلك للاحكام القضائية فى هذا الموضوع انها قد ركزت على النتيجة او الاثر المترتب على الغش اكثر من التركيز على فكرة الغش ذاتها، وبذلك احتلت قاعدة الغش يفسد كل شئ – وهى الاثر المترتب على الغش – اهمية اكثر من مفهوم الغش ذاته. بل لا نبالغ اذا قلنا

ان كل اشكاليات الغش قد تم اختزالها فى هذه القاعدة وبذلك تأتى هذه الدراسة لتركز اكثر على فكرة الغش من حيث مفهوم الغش وانواعه وصوره ..... الخ.

اما الإشكالية الثانية فى هذه الدراسة فتتمحور حول مسألة رقابة القضاء على الغش، صحيح ان مسألة هذه الرقابة من حيث المبدأ لم تعد تعير ادنى مشكلة، الا ان ايضاح مفهوم هذه الرقابة واساسها القانونى وألياتها وحدود هذه الرقابة تبدو من الامور التى تحتاج الى كثير من الايضاح.

وهكذا، فأن غاية هذه الدراسة والهدف منها هو محاولة إلقاء الضوء على فكرة الغش فى مجال التحكيم، والنظام القانونى لرقابة القضاء عليه.

ثالثاً: صعوبات الدراسة:

تتعدد الصعوبات التى تواجه البحث العلمى عموماً من صعوبات تتعلق بالمراجع العلمية، والاحكام القضائية، حداثة أو قدم الموضوع، فضلاً عن صعوبات تتعلق بالموضوع ذاته. واذا كان قد قدر لهذه الدراسة ان تحيط بها اغلب الصعوبات المتقدمة، فأن أهم ما يواجهها تحديداً من صعوبات هى تلك المتعلقة بطبيعة موضعها ذاته. ففكرة الغش بما تنطوى عليه من حيل وخداع وتضليل يصعب على اى باحث رسم حدودها وبيان صورها واشكالها بدقه، خاصة فى مجال يقوم فى اغلبه على إرادة الاطراف وهو التحكيم، هذا مع التسليم باهمية بل بضرورة فرض رقابة القضاء على الغش فى مجال التحكيم، ان الصعوبة الاساسية لهذه الدراسة تتعلق اذاً بكيفية صياغة نظام واضح المعالم لرقابة القضاء على فكرة غير واضحة المعالم وهى فكرة الغش.

رابعاً: خطة الدراسة:

ولعل ما سبق تحديداً كان وراء خطة دراسة هذا الموضوع، حيث قدمنا لها بفصل تمهيدى.

خامساً: منهج الدراسة

هذا، ونظراً لطبيعة موضوع هذه الدراسة والغاية منه، فانه لا يمكن الاعتماد فيها على منهج واحد، وان كان المنهج التحليلي الذى يقوم على تحليل الكليات الى جزئيات والتأصيل سيكون هو الغالب، كذلك فان الاتجاه الى الجانب التطبيقي سوف يثري بلا ادنى شك موضوعها. ولهذا فسوف نركز فى دراستنا على التطبيقات القضائية فى موضوع الغش.

فصل تمهيدي

نحو تحديد لمفهوم الغش

المحنا فى مقدمة هذه الدراسة ان هناك من الأفكار القانونية ما يصعب تحديدها تحديداً دقيقاً أو وضع تعريف جامع مانع لها، وقلنا أن ذلك يكون اما لأن الفكرة بطبيعتها تستعصي على التحديد، أو لأن اى تحديد لها سوف يفرغها من مضمونها ويغل يد القضاء عن مسايرة تطور الواقع بشأنها، وقلنا ايضا انه على رأس هذه الافكار تأتى فكرة الغش.

على أن ما تقدم لا يمنع في رأينا– من محاولة الاقتراب من هذه الفكرة، والوقوف على المقصود بها. ولعل نظرة على موقف بعض الانظمة القانونية تجاه فكرة الغش قد يكون مفيداً للوقوف على مفهومها.

وعلى هذا ستكون الدراسة فى هذا **الفصل التمهيدى** فنعرض فى **مبحث اول** لموقف بعض الانظمة القانونية من فكرة الغش، ثم نحاول فى **المبحث الثانى** الوقوف على مضمونها أو معناها.

المبحث الأول

موقف بعض الانظمة من فكرة الغش

تحتل دراسة تاريخ الانظمة القانونية عموماً أهمية بالغة، ذلك لأن مثل هذه الدراسة لا تمكن الباحث فقط من فهم الحاضر ولكن ايضا من استشراف المستقبل، وليس من صميم هذه الدراسة ولا يدخل فى صلب موضوعها بحث التطور التاريخى لفكرة الغش فى الانظمة القانونية، ولكننا نكتفى – ايضاحاً للفكرة بعرض لموقف بعض النظم القديمة منها **(المطلب الأول)** تمهيداً لبيان مفهوماً فى بعض التشريعات الحديثة منها **(المطلب الثانى)**.

المطلب الأول

موقف بعض الانظمة القديمة من فكرة الغش

لايمكن لباحث – فى عرضه لموقف النظم القديمة من فكرة الغش ان يتجاوز القانون الرومانى، فهذا القانون يعد بشكل او بآخر – المعين التاريخى الذى اشتقت منه الكثير من القواعد والمبادئ السائدة حالياً **(الفرع الأول)**، كذلك إرتأينا مفيداً ان نعرض لموقف الشريعة الاسلامية تجاه هذه الفكرة، والتى أولاها فقه هذه الشريعه اهمية بالغة **(الفرع الثانى)**.