بسم الله الرحمن الرحيم

∞∞∞

تم رفع هذه الرسالة بواسطة / حسام الدين محمد مغربي

بقسم التوثيق الإلكتروني بمركز الشبكات وتكنولوجيا المعلومات دون أدنى مسئولية عن محتوى هذه الرسالة.

ملاحظات : لا يوجد

كلية الحقوق

قسم القانون التجاري والبحري

الشروط الشكلية لحكم التحكيم في قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤

"دراسة مقارنة"

رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق

من الباحث

شريف سيد بحيري السيد الهجين

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة :

أ.د/ رضا محمد عبيد (رئيساً)

أستاذ القانون التجاري والبحري وعميد كلية حقوق جامعة بني سويف الأسبق.

أ.د/ سيد أحمد محمود (مشرفاً وعضواً)

أستاذ قانون المرافعات المتفرغ بكلية الحقوق جامعة عين شمس ووكيلها الأسبق.

أ.د/ سحر عبد الستار إمام (عضواً)

أستاذ قانون المرافعات وعميد كلية الحقوق – جامعة السادات.

أ.د/ حسام رضا السيد عبد الحميد (مشرفاً وعضواً)

أستاذ القانون التجاري والبحري المساعد - كلية الحقوق جامعة عين شمس.

١٤٤٣هـ - ٢٠٢٢م

كلية الحقوق
قسم القانون التجاري والبحري

صفحة العنوان

اسم الباحث: شريف سيد بحيري السيد الهجين

اسم الرسالة: الشروط الشكلية لحكم التحكيم في قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤"دراسة مقارنة"

الدرجة العلمية: الدكتوراه

القسم التابع له: القانون التجاري والبحري

اسم الكلية: الحقوق

الجامعة: عين شمس

سنة التخرج:

سنة المنح: ٢٠٢٢

أبـي

الذي يأخذ من روحه ويعطيني ،،

كل الكلمات لا تصف قدرك عندي أو محبتي لك،،

أتحدث عن عالم ، عن دنيا ، عن وطن كبير ،،

شكرا لكُونك .. أبا حنون سمح لي بلحظات جنون.. منها تعلمت من أكون وكيف أكمل المشوار الذي بدأته أنت .. ليظل دائما وأبدا أسم أبي وسيرته العطره هي الرفيق لي طوال حياتي وأعظم أرث أتركه لأولادي .

اللهم إن أبي أحسن إلي منذ ولادتي فأحسن له وأدخله جنتك بفضلك يا أرحم الراحمين .

أمي

ترجمة كل شيء جميل ،،

وجودك .. حياه ،،

دعواتك .. نجاه ،،

أقدامك .. جنة ،،

سأحيا دائما بفضلك علي .. أتنفس رضاكِ عني،،

أشهد الله أنك.. أجمل حروف أكتبها، وأنطقها..

وأحلي قصة عطاء أحكيها ..

اللهم أجعلها سيدة من سيدات الجنة،

والرسًول شافعا لها ، ولا تقطع صوتها من بيتنا..

زوجتي

الحبيبة ،،

والسند ،،

ورفيقة الدرب ،،

لاي عزهنة الحياة سي رجل مثلي أغدقتي عليه بمحو ومحبحو و أفنيتي عمزك مله من أجلة ،، مل ما وصلد إلية أهتي صاحبة الفضل فيه ،، ومل ما أطمح إليه سأحققة بجدك إلي جاهبي ،، دمتي لي سز السعادة والأمان و الإبخسامة ،،

وأخيرا أهدي كل ما وصلت اليه ..

لأميرة البيت (**شقيقتي أميرة**)

وأمنية العمر (**أختي أمنية**)

وأنجالي " **ياسين و ريجان** "

شكرا لكم جميعا لوجودكم بحياتي .

شكر وتقدير

الحمد لله أولًا وأخيرًا على ما أنعم به ومن علي بإتمام هذه الرسالة واعترافًا لأهل الفضل بفضلهم ، وانطلاقًا من قوله ﷺ " من لا يشكر الناس لا يشكر الله " فإنني أتقدم بأسمي آيات الشكر والعرفان إلى **الأستاذ الدكتور / رضا محمد عبيد أستاذ القانون التجاري وعميد كلية حقوق جامعة بني سويف الأسبق.** لتكرم سيادته بالموافقة على رئاسة لجنة المناقشة والحكم على هذه الرسالة ، وقد أحاطني فضيلته بالعناية والرعاية طوال مدة البحث، وكان لتوجيهات سيادته وملاحظاته عظيم الأثر في سبيل إنجاز هذه الرسالة.

كما أتقدم بالشكر وعظيم والامتنان والعرفان إلى أستاذي الفاضل **الأستاذ الدكتور / سيد أحمد محمود ، أستاذ قانون المرافعات المتفرغ – كلية الحقوق – جامعة عين شمس – ووكيلها الأسبق** الذي تشرفت بقبوله الإشراف علي رسالتى هذه ، وأشكره علي مزيد اعتنائه وحرصه علي اخراج هذه الرسالة فى أبهى حالة، وأشكره على توجيهات سيادته وملاحظاته التي كان لها عظيم الأثر في سبيل إنجاز هذه الرسالة، فهو لم يأل جهدًا في إبداء نصائحه وتشجيعه، بل وظل مساندًا لي حتى بزوغ فجر هذا العمل وخروجه إلي النور، مقدرًا لسيادته دماثة خلقه وواسع علمه ودقة توجيهاته فهو خير الناصح والمرشد والمعلم .

كما أتقدم بالشكر الجزيل وعظيم والامتنان لعضو لجنة المناقشة والحكم على الرسالة **الأستاذ الدكتور / سحر عبد الستار إمام أستاذ قانون المرافعات وعميد كلية الحقوق – جامعة السادات** لتفضل سيادتها بالتكرم بعضوية لجنة الحكم على الرسالة التي أعطتنا من وقتها الثمين جزءًا لقراءة هذه الرسالة وتقييمها والحكم عليها وستكون ملاحظاتها القيمة محل اهتمامي.

كما أتقدم بالشكر وعظيم والامتنان لعضو لجنة المناقشة والحكم على الرسالة **الأستاذ الدكتور / حسام رضا السيد عبد الحميد أستاذ القانون التجاري والبحري المساعد – كلية الحقوق – جامعة عين شمس** لتفضل سيادته بالتكرم بعضوية لجنة الحكم على الرسالة، فهو أهل لسد الخلل فيها وتقويم معوجها والإبانه عن مواطن القصور فيها وستكون ملاحظاته القيمة موطن اهتمامي.

الباحث

المقدمة

١. تعريف موجز بموضوع الدراسة

عرفت المحكمة الدستورية العليا التحكيم بأنه عرض نزاع معين بين طرفين على حكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما أو على صورة شروط يحددانها ليفصل هذا الحكم فى النزاع بقرار يكون نائيا عن شبهة الممالأة ومجردًا من التحامل وقاطعًا لدابر الخصومة من جوانبها التى أحالها الطرفان إليه بعد أن يدلى كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضى الرئيسية، ويتضح من هذا التعريف أن التحكيم هو نظام قانونى بديل لقضاء الدولة للفصل فى حسم المنازعات فصلا لا رجعة فيه لأى من الطرفين(١).

وتعود خصوصية التحكيم إلى اعتباره أداة اتفاقية لتحقيق العدالة؛ فالالتجاء إليه يتوقف على إرادة أطرافه الذين يتفقون على طرح النزاع على من يرتضونه حكما بينهم، كذلك فإن إجراءات التحكيم وضوابط الفصل فى الدعوى التحكيمية رهن بإرادة هؤلاء الأطراف دون الخروج على الأسس الثابتة والمبادئ العامة التى لا غنى عنها لتحقيق العدالة فى أى قانون، وذلك فيما يتعلق بإجراءات التقاضى كمبدأ المساواة بين الخصوم، ومبدأ المواجهة بين الخصوم، ومبدأ كفالة حق الدفاع لهم، ومنها ما يتعلق بالموضوع كمبدأ ربط قيام الالتزام الإرادى بتوافر الإرادة الحرة، ومبدأ الإثراء على حساب الغير دون سبب قانونى.(٢)

وللتحكيم مزايا تبرر وجوده كنظام اتفاقي قد يتخذه الأطراف كطريق لتسويه المنازعه القائمه بينهما بديلا عن النظام القضائي العادي (محاكم الدوله صاحبه الاختصاص بنظر المنازعه)، لما يتسم به من نظام إرادي تحدد إرادة

---

(١) المحكمة الدستورية العليا فى مصر الطعن رقم ٦٥ لسنة ١٨ ق جلسه ٢٠٠١/١/٦

(2) Gary Born, International Commercial Arbitration Commentary and Materials, 2nd ed. ،Transnational Publishers/ Kluwer Law International, 2001, P, 15

الأطراف بدايته ونهايته، وما يترتب علي ذلك من تحقيق سرعه نسبيه للمنازعه التحكيميه، هذا فضلا علي اتسام جلسات التحكيم بالمنازعه التحكيميه ككل بالسرية، وهي كميزة حصريه في نظام التحكيم قد تكون السبب الرئيسي لإختياره كطريق لحل المنازعة التحكيميه خاصه بين الشركات الدولية أو شركات ريادة الأعمال أو الشركات التي تتسم أعمالها و معلوماتها بحقوق ملكيه فكريه وبراءات الاختراع، قد يترتب علي افشاؤها خساره كلا طرفي المنازعة ما يعرف بالمعرفة الكيفية (know-How) والرياده اللذين يتمتعان بهما. وأخيرا فإن اختيار كلا من المحتكم والمحتكم ضده شخص وخبره وكفاءه من يفصل في المنازعه الدائره بينهما لهي ميزة لا تقدر في الكثير من المنازعات بأي ثمن خاصه إذا كانت الأشخاص الطبيعيه أو الاعتبارية التي تلجأ للتحكيم في كثيرمن الأحيان مناط منازعتهم عقود فنيه متخصصه، قد تدفعهم لعدم شمول هيئة التحكيم لعضو قانوني ضمن تشكيل هيئه التحكيم .

٢. إشكاليات الدراسة وتساؤلاتها :

- هل يعتبر اتفاق التحكيم عقد داخل العقد ؟ وإذا كانت الأراء الفقهيه جميعها قد أستقرت علي مبدأ إستقلال شرط التحكيم إحتراماً منها لإرادة الطرفين، فماهو مدي التمسك بمثل هذه القاعده ؟ وماهي المبادىء التي تتفرع عن هذا المبدأ حتي تتمكن الهيئه التحكيميه من إنفاذ أو إبطال إتفاق التحكيم؟ وماهي صور هذا الاتفاق؟ وهل تكف الإحالة وحدها للإعتراف بوجود شرط التحكيم ؟ وهل وجود شرط التحكيم بالاتفاق الحاكم لعلاقه الطرفين يعد مانعا للمحاكم المختصه من الأساس بنظر النزاع، من بحث المنازعه التي قد تنشأ بين الاطراف؟ وماهي طبيعه الدفع بوجود شرط التحكم من أحد الخصوم (الذي يرغب في إنفاذ إتفاق التحكيم) ؟ إشتراط الكتابة في إتفاق التحكيم للإثبات أم للإنعقاد و الصحه ؟ وما هي الصعوبات والتحديات الشكلية لإثبات وجود مثل هذا الاتفاق، ومن أهم التساؤلات التي قد تواجه المشتغلين في المجال القانوني بعد إحتدام المنازعه ما هو الوقت لإثارة مثل هذا الدفع؟

وبعد الإجابة علي كافه هذة التساؤلات، نقف جميعا حائرون أمام – من أين هي نقطه البدايه ؟ وكيف يتم تسميه الهيئه التحكيميه ؟ وماهي القيود القانونية حول أهلية تسميه المحكم، وعدد أعضاء هيئه التحكيم، والمدة المقررة لتسميتهم، وأخيرا شرط قبول المهمه التحكيميه ؟

ثم نأتي في هذة الرساله للباب الثاني، والذي يناقش فيه الباحث لإشكاليات الضوابط الشكليه للخصومه التحكيميه، والتي يجيب فيها عن التساؤلت التاليه :

هل يقف نطاق الخصومه التحكيميه علي الأطراف اللذين أبرمو إتفاق التحكيم فيما بينهم، أم يمكن أن يتسع هذا النطاق ليشمل ما يعرف بالتدخل وإدخال الغير بينهما، وماهي شروطه، وأخيرا ما هو الأثر المترتب علي ضم التحكيمات وما يستتبع ذلك من أتساع نطاق الخصومه التحكيميه من حيث الاشخاص؟

وما هو نطاق الخصومه التحكيمية من حيث الطلبات والدفوع، وما يترتب علي ضيق أو أتساع هذة الخصومه أمام أطرافها لأنواع الطلبات المتعارف عليها قانونا (الطلب الاصلي – الطلب المقابل – الطلب الاضافي)

ومن الجهه المضاده لطلبات المحتكم نجد ضرورة الوقوف أمام المصطلح القانوني " الدفع " – وما هي أنواع الدفوع في الخصومه التحكيميه والقواعد القانونيه الخاصة بالدفوع في الخصومه التحكيمية، وما هو معني القاعده المعروفه بمبدأ الاختصاص بالاختصاص؟

وسواء كنا أمام طلب أو دفع هل الأطراف مقيدين من حيث القانون الحاكم للمنازعة وطرق الإثبات المستخدمه منهم لإثبات هذا الحق، وما يستتبع الإجابة علي هذا السؤال من جواز الإثبات في الخصومه التحكيميه من خلال شهاده الشهود أو الإستعانة بالخبراء أو سلطة الهيئة في الأمر بإستكتاب أحد أطراف الخصومه التحكيمية ؟ وهل يجوز للهيئة إلزام خصوم بتقديم مستند تحت

يديه ؟ وإذا كان من السبل المتاحة للقاضى كوسيلة من وسائل الإثبات هو الإنتقال لمعاينة محل المنازعة، فهل مثل هذه الوسيله متاحه للهيئة التحكيمية ؟

وإذا كان من الطبيعى بل المنطقى بعد تطور نظام التحكيم أن نجد تنظيم قانونى للإجابه على هذه التساؤلات فما هو الحال إذا كان القانون الحاكم لاينظم مثل هذه المسائل – وهنا يري الباحث أن للإجابة علي ذلك تأخذنا بالتبعيه لتحديد ماهية مكان الخصومة التحكيمية لكونها المحددة للتشريع الحاكم للعملية التحكيمية إلي جانب إتفاق الأطراف ؟

يثير هذا الباب لماذا يفضل الأشخاص الاعتبارية أو الشركات الدولية خاصية سريه جلسات الخصومه التحكيميه ؟

وماهو مصدر الدعوى التحكيميه فى حالة غياب الخصوم عن حضور الجلسات، وهل تختلف تلك الاجابه باختلاف فرضية شخص المتغيب محتكم كان ام محتكم ضده ؟

وهل المرافعه شرط أمام الهيئة التحكيميه وماهى إجراءاتها، وما هو الموعد المقرر لإقفال باب المرافعة والآثار المترتبة عليه ؟ وأخيرًا هل للهيئة التحكيمية إتخاذ قرارات أو أحكام تمهيدية ذات طبيعه وقتية أو تحفظية فى الخصومة التحكيمية – وماهى العوارض التى من شأنها وقف الخصومه التحكيميه او انقطاعها – وكيفيه تعجيلها مره اخرى؟!

الباب الثالث والأخير فى هذه الرساله محله الناتج المرجو من العمليه التحكيميه برمتها ألا وهو الحكم التحكيمي ولتوطئه دراسه تفصيليه لهذا المنتج الثمين يجب معرفة الفارق بين مفهوم الحكم التحكيمى فقهاً وقضاءاً، وماهى أنواع الأحكام التحكيمية ؟ **وماهو الطريق لإصدار تلك الأحكام من :**

١– المداولة، وطبيعتها السريه، وكيفيه اجراؤها .

٢– الكتابه كشرط للحكم التحكيمى .

٣– توقيع أعضاء الهيئه علي الحكم التحكيمي.

٤– تسبيب الحكم التحكيمى.

٥- موعد إصدار الحكم، وماهى العوامل التى من الممكن اللجوء إليها لتحديد الإطار الزمنى الذى يجب خلاله إصدار الحكم التحكيمى؟

٦- التحكيم الحر والتحكيم المؤسسى .

النقاط سالفه الايراد يمثلون المرحلة السابقة على إصدار الحكم التحكيمى، حتى يوم صدوره، إلا ان الوصول لمثل هذا المنتج لا يعنى فى كل الاحوال أن العمليه التحكيميه قد أنقضت، وعليه يضحى تخصيص الفصل الثانى من باب البحث والمناقشه، للشروط الشكليه اللاحقه لحكم التحكيم **لهو أمر واجب للإجابة علي:**

١- ما هو نطاق حيازة الأحكام التحكيميه لحجية الأمر المقضي، وماهى الإعتبارات التى تقوم عليها تلك الحجيه ؟ ونطاقها الموضوعى والشخصى؟

٢- هل يقبل الحكم التحكيمي الإستئناف والتماس إعادة النظر؟

٣- تصحيح وتفسير حكم التحكيم، كاستثناء على مبدأ استنفاذ الهيئة التحكيميه لولايتها.

٤- سلطه الهيئة التحكيميه فيما اغفلت فيه من طلبات .

٥- دعوى البطلان وشروطها والمحكمه المختصه بإبطال الحكم التحكيمى وصاحب الحق فى رفعها واجراءات رفع دعوى ابطال الحكم التحكيمى .

٦- تنفيذ الحكم التحكيمى وإصدار أوامر التنفيذ أو رفضها والتظلم من هذا القرار.

ورغم المزايا المتعددة للتحكيم إلا أنه قد يشوبه بعض العيوب والتى ترجع إلى عدم تمتع المحكم بسلطة الأمر التى يتمتع بها القاضى مما يوجب عليه طلب المساعدة من القاضى أو شل قدرته فى توسيع نطاق الخصومة إذا تطلب الأمر ذلك لتقييده باتفاق التحكيم الذى أبرمه أطراف الخصومة. [٣]

---

[٣] منير عبد المجيد، التنظيم القانونى للتحكيم الدولى والداخلى فى ضوء الفقه وقضاء التحكيم، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧، ص ٤٦

وقد عنى المجتمع الدولى بأمر تنظيم التحكيم فى علاقات التجارة الدولية فصدر برتوكول جينيف لعام ١٩٢٣ فى شأن شروط التحكيم، اتفاقية جينيف لعام ١٩٢٧ فى شأن تنفيذ أحكام التحكيم وكان هدفهما إعلاء اتفاقيات وأحكام التحكيم على النصوص القانونية الوطنية، وبرعاية الأمم المتحدة تم إبرام اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ فى شأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، كما قامت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولى بإعداد قواعد للتحكيم الدولى اليونستيرال لسنة ١٩٧٦.[٤]

ويُراد بالشكل من الناحية القانونية هو الآثار المترتبة قانونا على كل واقعة مهما كانت، فالقوانين ترتب آثارها على الوقائع وتتنوع تلك الآثار من واقعة لأخرى، والتشريع في تحديده للواقعة القانونية قد يعينها في مضمونها فقط، وتلك هى القاعدة فيرتب الآثار القانونية على واقعة بيع مثلا دون تسمية أى وسيلة لكيفية إكمال تلك الواقعة، وذلك هو الحد الأدنى لتدخلات التشريع، ومعني هذا أن دور التشريع قد يمتد من تسمية المضمون لتسمية الوسيلة، فمثلا قد يتطلب التشريع التوثيق لاكتمال واقعة البيع، وهنا يمكن القول أن الأعمال القانونية هى أعمال شكلية وهذا ما يقال له الشكل القانونى.[٥]

والبحث فى الشروط الشكلية لحكم التحكيم يقتضى **من وجهة نظر الباحث** أن يتطرق لبحث الشروط الشكلية الموطئة لحكم التحكيم وعلى رأسها الشروط الشكلية لاتفاق التحكيم والشروط الشكلية لهيئة التحكيم، ثم ينتقل لبحث الضوابط الشكلية للخصومة التحكيمية وعلى رأسها نطاق وإجراءات تلك الخصومة، وبهذا تصل الدراسة لبحث الشروط الشكلية المعاصرة واللاحقة لحكم التحكيم.

---

(4) Klaus Peter Berger, Arbitration Interactive, Peter Lang, 2002, P, 24

(٥) أمجد مسعد محمد السيد قطب، الشكلية فى التحكيم، رسالة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠١٦، ص ٦٤