بسم الله الرحمن الرحيم

∞∞∞

تم رفع هذه الرسالة بواسطة / سلوي محمود عقل

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

ملاحظات: لا يوجد

كلية الحقـوق
قسم القانون التجاري والبحري

التحكيم في منازعات الأوراق التجارية

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

من الباحث

محمد عطية العنزي

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة:

أ.د / رضا محمد عبيد (**رئيســـــاً**)
استاذ القانون التجاري والبحري وعميد كلية الحقوق
جامعة بني سويف الأسبق

أ.د/ ناجي عبدالمؤمن (**مشرفاً وعضواً**)
استاذ ورئيس قسم القانون التجاري والبحري وعميد كلية الحقوق -
جامعة عين شمس السابق.

أ.د/ أحمد فاروق وشاحي (**عضـــــواً**)
استاذ القانون التجاري والبحري – كلية الحقوق – جامعة القاهرة

أ.د/ حسام رضا السيد عبدالحميد (**مشرفاً وعضواً**)
استاذ القانون التجاري والبحري المساعد كلية الحقوق
جامعة عين شمس

١٤٤٣هـ – ٢٠٢٢م

كلية الحقـــوق

قسم القانون التجاري والبحري

صفحة العنوان

اسم الباحثة: محمد عطية العنزي

اسم الرسالة: التحكيم في منازعات الأوراق التجارية

الدرجة العلمية: الدكتوراه

القسم التابع له: القانون التجاري والبحري

الكلية: الحقوق

الجامعة: جامعة عين شمس

سنة التخرج:

سنة المنح:

كليـــة الحقـــــوق

الدراســـات العليـــا

رسالة دكتوراه

اسم الباحثة: محمد عطية العنزي

اسم الرسالة: التحكيم في منازعات الأوراق التجارية

الدرجة العلمية: الدكتوراه

القسم التابع له: **القانون التجاري والبحري**

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة:

أ.د / رضا محمد عبيد (**رئيســـــاً**)

استاذ القانون التجاري والبحري وعميد كلية الحقوق

جامعة بني سويف الأسبق

أ.د/ ناجي عبدالمؤمن (**مشرفاً وعضواً**)

استاذ ورئيس قسم القانون التجاري والبحري وعميد كلية الحقوق - جامعة عين شمس السابق.

أ.د/ أحمد فاروق وشاحي (**عضـــــواً**)

استاذ القانون التجاري والبحري – كلية الحقوق – جامعة القاهرة

أ.د/ حسام رضا السيد عبدالحميد (**مشرفاً وعضواً**)

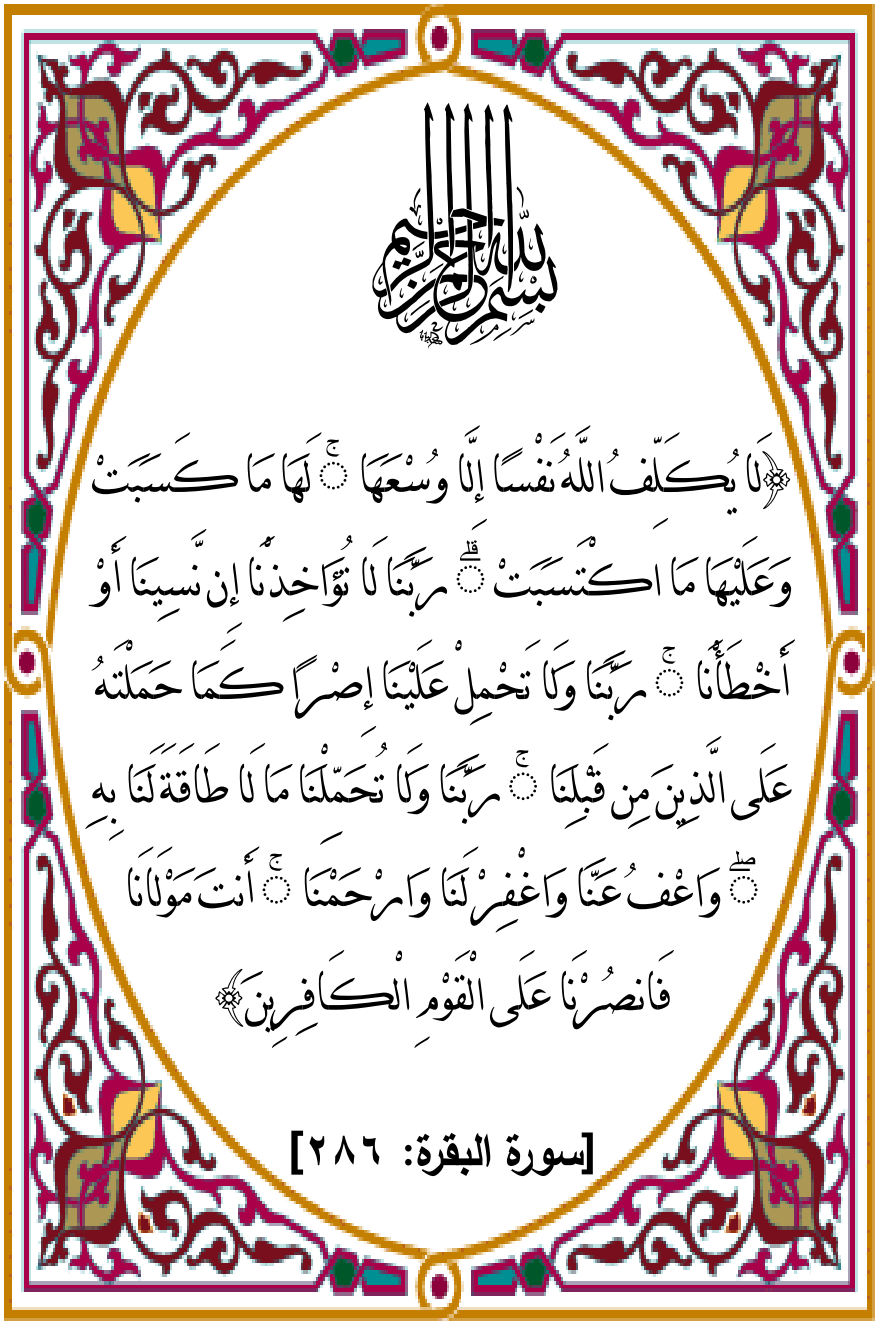
استاذ القانون التجاري والبحري المساعد كلية الحقوق

جامعة عين شمس

الدراسات العليا

ختم الإجازة: **أُجيزت الرسالة:** **بتاريخ / /**

موافقة مجلس الكلية **موافقة مجلس الجامعة**



بسم الله الرحمن الرحيم

﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَهَا مَا كَسَبَتْ
وَعَلَيْهَا مَا اكْتَسَبَتْ ۗ رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِن نَّسِينَا أَوْ
أَخْطَأْنَا ۚ رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْرًا كَمَا حَمَلْتَهُ
عَلَى الَّذِينَ مِن قَبْلِنَا ۚ رَبَّنَا وَلَا تُحَمِّلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ
ۖ وَاعْفُ عَنَّا وَاغْفِرْ لَنَا وَارْحَمْنَا ۚ أَنتَ مَوْلَانَا
فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ﴾

[سورة البقرة: ٢٨٦]

المقدمة

أضحى **التحكيم** هو إحدى سُبل التجارة لحل المنازعات التى قد تنشأ بين الأفراد، لذا اعُتبر مؤخرا من ضمن الشروط الدائمة الموجودة داخل تلك العقود، وذلك لفض المنازعات التى قد تنشأ بناء على هذا العقد أو بسببه، وكان يأخذ هذا الشرط أكثر من صورة لاختلاف طبيعة العلاقات الناشئة بين الأطراف، وكان لهؤلاء مبرراتهم فى عزوفهم عن اللجوء إلى القضاء ذلك لأنه يتسم بالبطء والتعقيد وتعدد درجاته هذا عكس التحكيم الذى يحرص دائماً الأطراف على اللجوء له لما يميزه من بساطه وسرعة فى الإجراءات كما أن الأحكام الصادره منه قد تتمتع بحجية الأمر المقضى، ولم يكن هذا على الوجه الداخلى فقط بل قد اكتسب فى العلاقات الدولية زخما خاصا، لأنه عادةً ما يحرص الأطراف فى عقود التجارة الدولية على سرية ما تتضمنه تلك العقود، وقد يحول تنفيذ مثل ذلك الأمر أمام المحاكم التى تتمتع جلساتها بالعلانية وأحكامها وفقا للقواعد الصادرة بقانون المرافعات. هذا بجانب أن هناك اعتقاد بأن القضاء فى الدول النامية قد لا يتمتع بالاستقلال الكافى فى مواجهة السلطة التنفيذية، لذا فدائما يحرص المستثمر الأجنبى ان يضمن عقوده المبرمه فى هذه الدول شرط التحكيم لحمايته ولسرعة فض منازعاته.

ومن هنا فقد **حاولت** في هذا البحث أن أطرح بدايةٍ ماهية التحكيم، ذلك التنظيم الذى بإمكانه تحقيق الحماية القضائية للمصالح المعتدى عليها وهذا عن طريق اتفاق الأطراف على عرض منازعتهم على شخص أو أشخاص يختارونهم أو يحددون وسيلة اختيارهم لكى يتولوا الفصل فى هذا النزاع، وبهذا فقد يشتبه مع غيره من الأنظمة كالصلح

الذى تقوم فكرته على تسوية بين المتنازعون بطريقة التنازل وهى ان يتنازل أحد الأطراف للطرف الآخر، إلا أن المشرع قد اشترط فى الصلح أن يكون بالشكل المرضى بين الأطراف مع وجوب أن يكون بصورة العقد الرسمى أو أن يتم أمام المحكمة المختصة بنظر التسوية التى تنتهى صلحا وهذا على عكس الخبرة التى دائما ما يلجأ إليها الأطراف وذلك لإبداء الرأى والمشورة التى تعتمد على خبرة فى مجال ما.

إلا أن هناك تساؤل يثور عن **مدى قابلية المنازعات للتحكيم،** وذلك لأن هناك بعض مسائل قد تتعلق بالنظام العام ومن ثم فهى تخرج من نطاق التحكيم، إلا اننا حاولنا ان أبرز المقصود بالنظام العام وما طرأ عليه من تطور فى ظل معاملات التجارة. كما أن هناك من المنازعات التى على الرغم من عدم اتصالها بالنظام العام إلا أنه لا يمكن للتحكيم أن يكون الوسيلة المستخدمه لفض تلك المنازعات، وهى جرائم القتل والنسب والسرقة فقد يكون للمجتمع نصيب وحق فى تلك الجرائم التى قد أولها المشرع المصرى للقضاء العادى، وذلك لاعتباره هو الاقدر على حل تلك المنازعات.([1])

إلا أن هذا البحث قد اعتمد على التحكيم كوسيلة لفض المنازعات في الأوراق التجارية، باعتبارها أحد أدوات التجارة ، لذا سأبحث مفهوم الورقة التجارية وأنواعها ومقوماتها وفقا لما هو وارد بقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩. ولما كانت الورقة التجارية قد تتمتع بإستقلال عن غيرها من العلاقات فما هو إذن أثر استقلال الالتزام

(١) هبة أحمد سالم، الشروط التحكيمية وعيوب صياغتها من واقع قضايا مركز القاهرة الإقليمى للتحكيم التجارى الدولى، مجلة التحكيم العربى، ع ٢٤، يونيو ٢٠١٦، ص ١٨٢.

الأصلى عن الالتزام الصرفى، فقد يكون الالتزام الأصلى هو فى ظاهره عقد بين الأطراف، وقد يتضمن هذا العقد بعض الالتزامات الصرفية لأحد الأطراف لدى الآخر، ومن هنا بدأ ظهور الورقة التجارية التي تستخدم كأداة للوفاء بين الأطراف. وقد اختلف الفقه فى تلك المسألة من حيث هل هناك استقلال من عدمه، على الرغم من أن الالتزام الصرفي ما هو إلا نتيجة للعقد الأصلي الذى لولاه لما ظهرت الورقة التجارية التى تمثل الالتزام الصرفى. لذا أوضح الفقه أنه لابد من أن يكون لهذا الالتزام أركان الالتزامات المنصوص عليها فى القانون المدنى، لذا سأبحث أسباب هذا الالتزام ومشروعيته أهمية خاصة وسبب ذلك اختلاف الفقه القانونى بخصوص مدى تمتع هذا الالتزام بسبب موجود أو مفترض ومدى مشروعيته واتصاله بالنظام العام.(١)

ومن الأهمية أن أشير بأن شرط **التحكيم فى العلاقات التجارية** يكون له أثر على الورقة التجارية، فالأساس القانونى الذى بناء عليه قد يتمتع شرط التحكيم الوارد بالعقد بالاستقلالية لدرجة ان بعضاً من الفقه قد وصف العقد الذى يشمل شرط تحكيم على أنه عقد داخل عقد وذلك، لما يتمتع به شرط التحكيم من استقلال، ثم بعد ذلك يأتى الأساس القانونى للمد والانتقال فى العلاقات التجارية المرتبطة لأنه هناك خلط بين فكرة الامتداد والانتقال لشرط التحكيم، فالأول هو التزام طرف من الأغيار بشرط التحكيم بجانب أحد أطراف العقد الأصلى اما الثاني هو التزام

(١) يراجع فى هذا الصدد: راجح فؤاد السيد مصبح، التحكيم فى الأوراق التجارية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، ٢٠١٦، ص ١٤.

شخص من الغير بشرط التحكيم الوارد بدلا من أحد أطراف العقد الأصلى. (١)

وفى سبيل تلك التعريفات كان لازماً أن أتطرق لتطبيقات العلاقات ثلاثية الأطراف وهذا من خلال **الكفالة المصرفية** التى تعتبر إحدى أدوات معاملات التجار مع اشتراك أحد البنوك ككفيل للوفاء بالدين المستحق. فالكفالة تنشأ بناء على مطالبة من الدائن للمدين بأن يقدم هذا الأخير كفالة لضمان الوفاء بالديون التى قد يتخلف عن سداده، وتعد هذه الصور هى التي تبرز فكرة وجود عقد أصلى يشمل الدائن والمدين وفى حالة عدم سداد الأخير يتدخل البنك للوفاء بدين المدين لدائنية فينشأ عقد آخر بين البنك بصفته كفيلا وبين الدائن، فهل من الممكن ان يمتد أو ينتقل شرط التحكيم الوارد بالعقد الأصلي الذى يعد الدائن والمدين أطرافه إلى عقد الكفالة، قد يمتد شرط التحكيم إلى الكفيل ولكن مع وجود اعتبارات عدم مخالفة القواعد العامة التى قد تمنح للكفيل الحق فى أن يتمسك بشرط التحكيم الوارد بناء على الحلول قانوناً.(٢)

ثم تثار فكرة خطاب الضمان وذلك لأنه أكثر الطرق شيوعاً لحفاظ الحقوق فى معاملات التجارة الدولية والمحلية، كما أنه يحتوي على مجموعة من العلاقات التجارية المرتبطة والمستقلة أيضا فى ذات الوقت. وقد ينشأ على مجموعة من العلاقات هى علاقة الأساس وهو أن يوجه

---

(١) حسن محمد سليم، النظام القانونى للتحكيم فى اطار المجموعة العقدية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، لسنة ٢٠٠٢، ص ٢٢.

(٢) موسى خليل متري، التحكيم فى العمليات المصرفية فى الدول ذات الاقتصاد المتحول،المثال السوري، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية– المجلد ٢٦، العدد الأول،٢٠١٠.

أحد الأطراف الأمر للبنك لإصدار خطاب ضمان للطرف الآخر وذلك لاستخدامه كضمان فى حالة عدم تنفيذه للالتزامات الواردة فى تلك العلاقة العقد، ويعتبر العميل الآمر الذى يوجه اصدار الأمر للبنك بخطاب الضمان لصالح المستفيد هي علاقة الأساس الثلاثية الأطراف، ثم علاقة العميل الآمر بالبنك وهى ما تعرف بعلاقة الائتمان المصرفى، ثم علاقة المستفيد الذى يصدر لصالحه الخطاب والبنك وقد يثور التساؤل أنه فى ظل تلك العلاقات المرتبطة والمستقلة (المتشابكة) هل يمكن لشرط التحكيم ان يمتد أو ينتقل.(١)

تجدر الإشارة أن للتحكيم فى الورقة التجارية خصوصية بالنسبة لفكرتي المد والانتقال لشرط التحكيم مع التنويه عن مدى امكانية ورود شرط التحكيم على الورقة التجارية ، وما إذا كان قد ورد على الصك هل ينتقل إلى باقى حملة الورقة إذا كانت كالشيك الذى يستخدمه أداة وفاء وليس ائتمان، اما قد يختلف الأمر إذا كان شرط التحكيم الوارد على عقد يتضمن عدد من الشيكات بأرقامها وتفاصيلها. كما قد تختلف صور شرط التحكيم الوارد بالورقة؛ فقد يورد شرط التحكيم على الشيك باعتباره أحد الأوراق التجارية على الصك فهل هذا يتفق مع قواعد قانون ١٧ لسنة ١٩٩٣ بتعديلاته وهل هنا من الممكن ان ينتقل أو يمتد شرط التحكيم الوارد على الصك ذاته في مرحلة حركة الورقة التجارية بين المُظهر اليهم. أما الصورة الأخرى، والتى يكون هناك عقد يتضمن عدد من الشيكات و يتضمن هذا العقد ذاته شرط التحكيم، ولا توجد اشكالية فى أن يكون شرط التحكيم الوارد بالعقد هو الوسيلة لفض المنازعات بين أطراف العقد

(١) أسيل باقر جاسم، أثر التحكيم على خطاب الضمان (دراسة تحليلية)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، ع ١، س ٥، ٢٠١٣، ص ١٨٨.

الأصلي ولكن، قد تظهر الإشكالية في مدى انتقال وامتداد الشرط للمظهرين المتعاقدين.([1])

بهذا هل يجوز التحكيم فى الشيك على الرغم من اعتبار جريمة الشيك بدون رصيد جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات أم أن جواز الصلح فى تلك الجريمة أدى إلى جواز التحكيم فى هذه العلاقات الناشئة بسبب تلك الورقة أو كنتيجة لها.

وأخيرا يجب بحث **الإجراءات المتبعة** لتشكيل هيئة التحكيم بداية من اختيار الأطراف لمحكميهم وما إذا كان هذا التحكيم حرا أو مؤسسي حتى تشكيل الهيئة التى تقوم بإصدار حكم يتمتع وفقا لأحكام القانون المصرى بحجية الأمر المقضى، وما إذا كان هذا الحكم من الممكن تنفيذه من عدمه، مع طرح تساؤل بخصوص هل هناك ارتباط قائم بين تنفيذ حكم التحكيم والنظام العام فى دولة التنفيذ. وقد أوضح المشرع المصرى الإجراءات بالنسبة لحامل حكم التحكيم سواء أكان وطنيا أو دوليا بأن يتبع الإجراءات المنصوص عليها بقانون المرافعات وقانون التحكيم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، هذا بجانب أن تصديق الدولة المصرية على اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها يعد إلزاما لها لتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة فى الخارج.([2])

---

(١) إبراهيم دباس، امتداد اثر اتفاق التحكيم فى المنازعات الدولية، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة دكتوراه عين شمس – لسنة ٢٠١٤، ص ٤٥.

(٢) فايز عبدالله الكندى، مفهوم شرط التحكيم وقوته الملزمة بالنسبه للغير، بحث منشور فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ع ٢، ٢٠٠٠، ص ١٦٩.