جامعة القاهرة
كلية الحقوق
قسم القانون المدنى

النطاق الشخصى لاتفاق التحكيم وامتداده لغير الموقعين عليه فى ضوء الاتجاهات المعاصرة فى فقه القانون وأحكام القضاء وأحكام التحكيم

رسالة لنيل درجة الدكتواره في الحقوق

مقدمة من الباحث
فتحى محمد عبد المالك إبراهيم

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة:

الأستاذ الدكتور/ حسن عبد الباسط جميعي	**رئيساً**
أستاذ القانون المدنى ووكيل كلية الحقوق جامعة القاهرة الأسبق	
الأستاذ الدكتور/ فاروق محمد الأباصيري	**عضواً**
أستاذ القانون المدنى –كلية الحقوق – جامعة المنوفية	
الأستاذ الدكتور/ محمد سامى عبد الصادق	**مشرفاً وعضواً**
أستاذ القانون المدنى بكلية الحقوق ونائب رئيس جامعة القاهرة لشئون خدمة المجتمع وتنمية البيئة	

١٤٤٢هـ-٢٠٢٠م

﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾ .

صدق الله العظيم

سورة النساء [الآية : ٣٥]

إهـــــداء

والدتي الغالية

أود أن أقوم بإهداء هذا العمل المتواضع إلى والدتي الغالية وقرة عيني ومهجتي أغلى موجود عندي بارك الله فيها وأدام عليها موفور الصحة والعافية.

والدي الغالي

أود أن أقوم بإهداء هذا العمل إلى والدي الغالية سندي وقوتي عند ضعفي الذي أمدني من حكمته بالقوة والثبات دائما بارك الله في صحته وعافيته وأدامه الله ذخراً لي.

زوجتي الغالية

أود أن أقوم بإهداء هذا العمل و إلى زوجتي الغالية وإلى ولدي قرة عيني وريحانتي ونبض قلبي.

أصدقائي

أود أن أقوم بإهداء هذا العمل إهدائي إلى جميع أفراد أسرتي وعائلتي الكرام جميعاً والى جميع أصدقائي المخلصين.

شكر وتقدير

الحمد لله ذو الفضل والمنن الحمد لله الذي علم بالقلم علم الإنسان ما لم يعلم وزاده علماً ببعث سيد الخلق والأمم سيدي رسول الله صلى الله عليه وسلم، وبعد يقول الله تعالى في كتابه المبين : (ولا تنسوا الفضل بينكم) صدق الله العظيم وإنه من اللازم علينا أن نقوم بتقديم أعلى درجات الشكر والتقدير والإمتنان لأساتذتنا الكرام.

واتوجه بدايةً بخالص الشكر والتقدير والامتنان إلى **الأستاذ الدكتور/ حسن عبد الباسط جميعي** أستاذ القانون المدنى ووكيل كلية الحقوق جامعة القاهرة الأسبق فكان لي نِعم المعلم والموجه والمرشد، فقد أحاطني برعايته وعنايته منذ أن كانت هذه الرسالة مجرد خاطرة في الذهن، ثم تحوّلت إلى خطة أولية، فرسالة كاملة بصورتها النهائية، حيث أفاض علّيمن علمه الغزير، وخبرته الكبيرة، وسماحته وإحسان ، على النحو الذي أصبحتُ فيه عاجزاً تمام العجز عن إيفائه حقه من الشكر والإمتنان، وإنّه لمن دواعي الفخر والإعتزاز أن أكون قد تتلمذت على يديه فجزاه الله عني أحسن الجزاء، ومتّعه بموفور الصحة والعافية، بارك الله فيه وله.

كما أتوجه بأجل كلمات الشكر والتقدير إلى العالم الجليل الفاضل المتواضع **الأستاذ الدكتور/ فاروق محمد الأباصيري** أستاذ القانون المدنى -كلية الحقوق – جامعة المنوفية،على تفضل سيادته قبول مناقشة هذه الرسالة، على الرغم من التزاماته المتعددة، ووقته الضيق، إلّا أنّه لم يبخل علّيببعض من وقته الثمين من أجل مناقشة الرسالة، وإنّه لمن دواعي الفخر والاعتزاز أن تُثرى هذه الرسالة بملاحظاته القّيمة، وأن تحمل إسمه كعضواً للجنة الحكم والمناقشة، فله مني جزيل الشكر والعرفان.وجزاه الله خيراً، ومتّعه الله بعلمه وصحته وعافيته.

وأولاً ، وليس آخراً، لا يسعني في هذا المقام إلّا أن أسجل عظيم إمتناني وتقديري للأستاذ الجليل الفاضل **الأستاذ الدكتور/ محمد سامى عبد الصادق** أستاذ القانون المدنى بكلية الحقوق ونائب رئيس جامعة القاهرة لشئون خدمة المجتمع وتنمية البيئة ، على تفضله قبول مناقشة هذه الرسالة، على الرغم من التزاماته المتعددة، ووقته الضيق، وإنّه لمن دواعي الفخر والإعتزاز، أن تحمل هذه الرسالة إسمه كعضو في لجنة المناقشة والحكم، فجزاه الله عني خيراً، ومتعه الله بعلمه وتواضعه وصحته.

الباحث

المقدمة

موضوع البحث وأهميته:

عرف الانسان منذ أمد بعيد التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات بينه وبين غيره من بني جنسه، فجذور التحكيم ضاربة في ماضيه السحيق بعد أن زاغ عن روعه منطق "القوة تنشئ الحق وتحميه" وبات راسخاً لديه في عهود استقراره الأولى أن لا سبيل للعيش مع غيره، إلا تعاوناً ولا حسماً لنزاع، إلا تراضياً، فكان التحكيم وسيلته الأولى في حسم نزاعاته وتسويتها.

وها هو التحكيم يبزغ فجره من جديد في عالمنا المعاصر، وبات بوصفه وسيلة وآلية اتفاقية ودية لتسوية المنازعات التي نشأت، أو يمكن أن تنشأ بين الأطراف ـ بعيداً عن أروقة قضاء الدولة والأحكام المنظمة له ـ نظاماً قانونياً متكاملاً يستمد وجوده وشرعيته من اعتراف الدول به وتنظيمها لأحكامه سواء من خلال تشريعاتها الداخلية أو من خلال انضمامها وتصديقها على الاتفاقات والمعاهدات الدولية المنظمة له، وصيرورتها بالتالي جزءًا من نظامها القانوني يعلو على تشريعاتها الوطنية.

وإذا كان التحكيم كنظام قانوني لتسوية المنازعات لا يمكن أن يدرك آثاره أو يحقق أهدافه ما لم يكن له شرعية تتمثل في اعتراف الدولة به وإقرارها له، وبصفة خاصة من خلال منح الحكم الصادر فيه ذات الأثر القانوني، وذات الحجية المقررة للأحكام الصادرة من قضائها، ووضع آلية إجرائية تكفل تنفيذه والتزام الأطراف به، إلا أن ولوج طريق التحكيم كوسيلة وآلية ودية لتسوية المنازعات بعيداً عن أروقة قضاء الدولة لا يجد مصدره إلا في اتفاق الأطراف عليه، فهذا الاتفاق هو الأساس القانوني للتحكيم ودستوره الذي يحدد نطاقه ومداه ويخرج النزاع موضوعه من اختصاص القضاء صاحب الولاية العامة للفصل في المنازعات، ومنه يستمد المحكمون سلطاتهم للفصل في النزاع.

وعلى ما تقدم، فإن التحكيم يرتكز على ركنين لا وجود له بدونهما **أولهما:** اعتراف الدولة به كنظام قانوني لتسوية المنازعات بديلاً عن قضائها، إذ من هذا الاعتراف يستمد التحكيم شرعيته ووجوده وقوته الملزمة، **وثانيهما:**. اتفاق الأطراف على اللجوء إليه كوسيلة لتسوية منازعاتهم، وذلك لأن اختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع، وإن كان يرتكن أساساً إلى حكم القانون الذي أجاز استثناء سلب اختصاص القضاء، إلا أنه ينبني مباشرة في كل حالة على حده على اتفاق

الفهرس

الموضوع	الصفحة
المقدمة:.....	١
الفصل التمهيدي:.....	٩
المبحث الأول: تعريف التحكيم.....	١٠
المبحث الثاني: أنواع التحكيم.....	١٦
المطلب الأول: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري.....	١٧
المطلب الثاني: التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي.....	٢٢
المطلب الثالث: التحكيم الوطني والأجنبي والدولي.....	٢٦
المطلب الرابع: التحكيم بالقانون والتحكيم بالصلح.....	٢٩
المبحث الثالث: تعريف اتفاق التحكيم.....	٣٤
المبحث الرابع: خصوصية اتفاق التحكيم.....	٣٩
المطلب الأول: خصوصية الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم.....	٤٠
المطلب الثاني: صور اتفاق التحكيم.....	٤٧
الفرع الأول: شرط التحكيم.....	٤٨
الفرع الثاني: مشارطة التحكيم.....	٤٩
الفرع الثالث: استقلال شرط التحكيم.....	٥١
المطلب الثالث: خصوصية شروط صحة اتفاق التحكيم.....	٥٥
الفرع الأول: الشروط الإجرائية لاتفاق التحكيم.....	٥٥
الغصن الأول: شرط الكتابة.....	٥٥
الغصن الثاني: شرط الأهلية.....	٦٣
الفرع الثاني: خصوصية الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم.....	٦٨
الغصن الأول: أن تكون المسائل محل اتفاق التحكيم جائز الصلح فيها.....	٦٩
الغصن الثاني: عدم التعارض مع النظام العام.....	٧٤
الغصن الثالث: اتفاق التحكيم والغش أو التحايل على القانون.....	٧٦
المطلب الرابع: خصوصية آثار اتفاق التحكيم.....	٨٠
الفرع الأول: الأثر الإيجابي.....	٨١
الفرع الثاني: الأثر السلبي.....	٨٧
المطلب الخامس: خصوصية النطاق الموضوعي لاتفاق التحكيم.....	٨٩

المطلب السادس: خصوصية انقضاء اتفاق التحكيم..... ٩٢
الفرع الأول: الأسباب العامة لانقضاء اتفاق التحكيم..... ٩٢
الفرع الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء اتفاق التحكيم..... ٩٣
الفرع الثالث: انحلال اتفاق التحكيم..... ٩٦
الباب الأول: النطاق الشخصي للعقود في ضوء النظرية العامة للعقد والنطاق الشخصي لاتفاق التحكيم..... ١٠٠
الفصل الأول: النطاق الشخصي للعقود في ضوء النظرية العامة للعقد..... ١٠١
المبحث الأول: ماهية مبدأ نسبية أثر العقد..... ١٠٢
المطلب الأول: أطراف العقد..... ١٠٣
الفرع الأول: النظرية التقليدية في تحديد مفهوم الطرف في العقد..... ١٠٣
الغص الأول: الخلف العام..... ١٠٥
الغصن الثاني: الخلف الخاص..... ١٠٨
الغصن الثالث: الدائنين..... ١١١
الفرع الثاني: النظرية الحديثة في تحديد مفهوم الطرف في العقد..... ١١٣
المطلب الثاني: الغير عن العقد..... ١١٥
المبحث الثاني: مبدأ حجية العقد..... ١٢٣
المبحث الثالث: استثناءات مبدئي نسبية أثر العقد، وحجيته..... ١٢٤
المطلب الأول: استثناءات مبدأ نسبية أثر العقد..... ١٢٥
الفرع الأول: إرادة المشرع..... ١٢٥
الغصن الأول: الدعوى المباشرة..... ١٢٦
الغصن الثاني: الوضع الظاهر..... ١٢٧
المطلب الثاني: استثناءات مبدأ حجية العقد..... ١٣٠
المبحث الرابع: إنتقال العقد وامتداده..... ١٣٥
المطلب الأول: مفهوم فكرة انتقال العقد وامتداده وأوجه التشابه والإختلاف بينهما..... ١٣٦
المطلب الثاني: الأساس القانوني لفكرتي إنتقال العقد وامتداده..... ١٣٧
الفرع الأول: الإرادة كأساس لانتقال العقد وامتداده..... ١٣٧
الغصن الأول: الإرادة كأساس لانتقال العقد..... ١٣٧
الغصن الثاني: الإرادة كمصدر لامتداد العقد..... ١٤٠
الفرع الثاني: القانون كمصدر لانتقال العقد وامتداده..... ١٤٧
الغصن الأول: القانون كمصدر لانتقال العقد..... ١٤٧

الغصن الثاني: القانون كمصدر لامتداد العقد..... ١٤٧
الفصل الثاني: النطاق الشخصي لاتفاق التحكيم..... ١٥١
المبحث الأول: نسبية أثر اتفاق التحكيم..... ١٥٢
المطلب الأول: مفهوم الطرف في اتفاق التحكيم..... ١٥٣
الفرع الأول: الطرف الذي أبرم اتفاق التحكيم..... ١٥٥
الفرع الثاني: الطرف في اتفاق التحكيم عند التعاقد بالنيابة..... ١٥٩
الفرع الثالث: الطرف الحكمي في اتفاق التحكيم..... ١٦٤
المطلب الثاني: الغير في اتفاق التحكيم..... ١٧٩
المطلب الثالث: نسبية الأثر الإيجابي والسلبي لاتفاق التحكيم..... ١٨٣
الفرع الأول: نسبية الأثر السلبي لاتفاق التحكيم..... ١٨٤
الفرع الثاني: نسبية الأثر الإيجابي لاتفاق التحكيم..... ١٨٧
المبحث الثاني: حجية اتفاق التحكيم..... ١٨٩
المبحث الثالث: انتقال اتفاق التحكيم..... ١٩٠
المطلب الأول: حالات انتقال اتفاق التحكيم عن طريق الحوالة..... ١٩١
الفرع الأول: انتقال اتفاق التحكيم في حالة حوالة الحق..... ١٩١
الفرع الثاني: انتقال اتفاق التحكيم في حالة حوالة الدين..... ١٩٨
الفرع الثالث: انتقال اتفاق التحكيم في حالة حوالة العقد..... ٢٠٠
المطلب الثاني: الأساس القانوني لانتقال اتفاق التحكيم عن طريق الحوالة..... ٢٠١
المطلب الثالث: الحالات الأخرى لانتقال اتفاق التحكيم..... ٢٠٩
الفرع الأول: انتقال شرط التحكيم في حالة اندماج الشركات..... ٢٠٩
الفرع الثاني: انتقال شرط التحكيم في حالة الحلول..... ٢١٢
المطلب الرابع: خصوصية اتفاق التحكيم والإشكاليات التي يثيرها انتقاله..... ٢١٥
المبحث الرابع: امتداد اتفاق التحكيم..... ٢٢٤
المطلب الأول: الاتجاه الرفض لامتداد اتفاق التحكيم..... ٢٢٥
المطلب الثاني: الاتجاه المؤيد لامتداد اتفاق التحكيم..... ٢٣٠
المطلب الثالث: حالات امتداد اتفاق التحكيم وفقاً لقواعد العامة في نظرية العقد..... ٢٣٣
الفرع الأول: الإرادة كمصدر لامتداد اتفاق التحكيم..... ٢٣٤
الغصن الأول: الاشتراط لمصلحة الغير..... ٢٣٤
الغصن الثاني: التعهد عن الغير..... ٢٣٧

الفرع الثاني: القانون كمصدر لامتداد اتفاق التحكيم..... ٢٤٠
الباب الثاني: الاتجاهات المعاصرة في شأن امتداد اتفاق التحكيم..... ٢٤٤
الفصل الأول: الاتجاهات المعاصرة في امتداد اتفاق التحكيم بين الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية الخاصة..... ٢٤٥
المبحث الأول: مد اتفاق التحكيم إلى من ساهم أو شارك في مفاوضات إبرام العقد وتنفيذه..... ٢٤٧
المبحث الثاني: الاتجاه الذاهب إلى امتداد اتفاق التحكيم استناداً إلى مبدأ المنافع المباشرة..... ٢٦٣
المبحث الثالث: امتداد اتفاق التحكيم استناداً إلى مبدأ المجموعة التعاقدية الواحدة (مجموعة العقود)..... ٢٦٦
المبحث الرابع: الاتجاه الذاهب إلى امتداد اتفاق التحكيم استناداً إلى مبدأ الوحدة الاقتصادية للمشروع..... ٢٧٣
الفصل الثاني: الاتجاهات المعاصرة في امتداد اتفاق التحكيم الذي تكون الدولة أو أحد هيئاتها العامة طرفاً فيه..... ٢٧٨
المبحث الأول: الاتجاهات الرافضة والمؤيدة للتحكيم في عقود الدولة..... ٢٨٠
المبحث الثاني: خصوصية اتفاق التحكيم الذي تكون الدولة طرفاً فيه..... ٢٨٧
المبحث الثالث: النطاق الشخص لاتفاق التحكيم الذي تكون الدولة طرفاً فيه..... ٢٩٠
المبحث الرابع: الاتجاهات المعاصرة في امتداد اتفاق التحكيم الذي تكون الدولة أو أحد هيئاتها العامة طرفاً فيه..... ٢٩٤
المطلب الأول: امتداد اتفاق التحكيم إلى الدولة إذا كان قد تم إبرامه استناداً إلى اتفاقية دولية..... ٢٩٦
المطلب الثاني: امتداد اتفاق التحكيم إلى الدولة قياساً على فكرة امتداد اتفاق التحكيم في مجموعة الشركات..... ٢٩٩
المطلب الثالث: امتداد اتفاق التحكيم إلى الدولة إذا كانت قد شاركت في إبرام أو تنفيذه أو إنهاء العقد الذي أبرمته إحدى هيئاتها..... ٣٠٣
الخاتمة:..... ٣١٠
قائمة المراجع العربية:..... ٣١٦
قائمة المراجع الأجنبية:..... ٣٢٢
قائمة الاختصارات:..... ٣٢٥
الفهرس:..... ٣٢٦

مستخلص الرسالة

أن اتفاق التحكيم يحظى بأهمية خاصة وكبيرة في نظام التحكيم، لأنه يُعد الأساس القانوني الذي يحدد نطاقه ومداه أشخاصاً وموضوعاً، وهو الفلك الذي يدور معه نظام التحكيم وجوداً وعدماً، وهو أساس وسند الأطراف في التجائهم للتحكيم، ومنه يستمد المحكمون سلطتهم للفصل في النزاع.

ذلك أن اختصاص جهة التحكيم بنظر النزاع، وإن كان يرتكن اساساً إلى حكم القانون الذي أجاز استثناء سلب اختصاص القضاء، إلا أنه ينبني مباشرة في كل حالة على حده على اتفاق التحكيم.

وحملاً على ما تقدم، فإن عدم وجود اتفاق التحكيم يُفضي إلى انعدام حكم التحكيم لانعدام ولاية المحكم في إصداره، وإذا وجد هذا الاتفاق، ولكنه وقع باطلاً، فإن حكم التحكيم الذي يصدر بناء عليه يقع بدوره باطلاً.

وفي المقابل إذا وجد اتفاق التحكيم ووقع صحيحاً مستجمعاً لأركانه وشروط صحته أنتج آثاره القانونية فتنفتح به العملية التحكيمية، ويتحدد به نطاقها الشخصي والموضوعي، ومن هنا تبرز أهمية دراسة اتفاق التحكيم، وما يتمتع به من خصوصية، بالنسبة لموضوع البحث، وهو ما لا يتأتى بدوره إلا من خلال فتح نافذة للإطلال منها على هذا الاتفاق من خلال تعريفه، وبيان خصوصيته

الكلمات الدالة:

- اتفاق التحكيم – الأساس القانونى – نطاقه – مداه – العملية التحكيمية.