IJDJL المجلة الدولية للفقه والقضاء والتشريع

المجلد ٥، العدد ٣، ٢٠٢٤

# سلطة محكمة الموضوع في استخلاص التنازل الضمني عن الدفع بوجود اتفاق تحكيم (اساس الدفع وطبيعته ومسقطاته) تعليق على حكم محكمة استئناف القاهرة (الدائرة الثالثة تجاري) في الاستئناف رقم ٤٥ لسنة ١٣٩ قضائية الصادر بتاريخ ٢٨ مارس ٢٠٢٤

معرف الوثيقة الرقمى (DOI) : 10.21608/IJDJL.2024.331990.1267

الصفحات ٧٧٨ - ٧٨٨

**أحمد شرف الدين**

استاذ بكلية الحقوق جامعة عين شمس - زميل مجمع لندن الملكي للمحكمين

**المراسلة:** أحمد شرف الدين، كلية القانون – استاذ بكلية الحقوق جامعة عين شمس - زميل مجمع لندن الملكي للمحكمين.

**البريد الإلكتروني:** sharaflawfirm@gmail.com

**تاريخ الإرسال:** ٠٣ نوفمبر ٢٠٢٤، **تاريخ القبول:** ٠٤ نوفمبر ٢٠٢٤

**نسق توثيق المقالة:** أحمد شرف الدين، سلطة محكمة الموضوع في استخلاص التنازل الضمني عن الدفع بوجود اتفاق تحكيم (اساس الدفع وطبيعته ومسقطاته) تعليق على حكم محكمة استئناف القاهرة (الدائرة الثالثة تجاري) في الاستئناف رقم ٤٥ لسنة ١٣٩ قضائية الصادر بتاريخ ٢٨ مارس ٢٠٢٤، المجلة الدولية للفقه والقضاء والتشريع، المجلد ٥، العدد ٣، ٢٠٢٤، صفحات (٧٧٨ - ٧٨٨).

IJDJL International Journal of Doctrine, Judiciary, and Legislation

Volume 5, Issue 3, 2024

# The Authority of the Trial Court to Derive an Implied Waiver of Plea of the Existence of an Arbitration Agreement

DOI:10.21608/IJDJL.2024.331990.1267

Pages 778 - 788

**Ahmed Sharaf**

**Faculty of Law, Ain Shams University**

**Correspondance:** Ahmed Sharaf, Faculty of Law, Ain Shams University.

**E-mail:** sharaflawfirm@gmail.com

**Received Date:** 03 November 2024**, Accept Date :** 04 November 2024

**Citation: Ahmed Sharaf**, The authority of the trial court to derive an implied waiver of plea of the existence of an arbitration agreement, International Journal of Doctrine, Judiciary and Legislation, Volume 5, Issue 3, 2024 (778-788).

Print ISSN: 2682-4213 Online ISSN: 2682-4221

## الملخص

يركز هذا البحث على المنهج الذي اتبعه قضاة المحكمة التي اصدرت الحكم محل التعليق في التصدي لنزاع بين شركاء في شركة توصية بسيطة من جانب ومديرها من جانب آخر، وحيث تضمن عقد الشركة شرط تحكيم في منازعاته. وبالرغم من وجود اتفاق تحكيم إلا أن كلاً من طرفيه اقام دعوى أمام المحاكم بطلباته ضد الطرف الآخر، وقد جرى ضم الدعوى التي اقامها مدير الشركة (الدعوى المضمومة) إلى الدعوى التي اقامها الشركاء (الدعوى الاصلية)، قضت محكمة أول درجة بعدم قبول الدعويين لوجود اتفاق تحكيم. اقام كل طرف من طرفي النزاع طعنا بالاستئناف على الحكم الابتدائي. نعى المستأنف (المدعي في الدعوى الاصلية) على الحكم الابتدائي خطئه في تطبيق القانون، استنادا إلى أن طلبات المستأنف ضده وتصرفاته تدل على تنازله عن اتفاق التحكيم (خصوصاً قيامه بمناقشة تقارير الخبراء وما قدمه من مستندات).

وجد حكم الاستئناف سندا لما انتهى اليه في نص المادة (١٣) من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ الذي يوجب على المحكمة المرفوع اليها دعوى تتعلق بنزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم القضاء بعدم قبول الدعوى شريطة ان يقدم المدعى عليه الدفع بوجود اتفاق تحكيم قبل تقديمه لاي طلب أو دفاع في الدعوى.

عندما تصدت محكمة الاستئناف للنزاع المطروح عليها توصلت المحكمة الي تفكيك الارتباط الذي يربط الدعويين (الأصلية والمضمومة) اللتين صدر فيها الحكم المستأنف، واعملت سلطتها في تقدير مدى مساس طلبات المدعي عليه (المستأنف ضده الأول) ودفاعه بموضوع الدعوى وقدرت انها لا تمس هذا الموضوع، وهو ما مكنها من نفي ما هو منسوب إلى الأخير من تنازله عن التمسك باتفاق التحكيم، كما تبين للمحكمة أنه تمسك في جميع جلسات نظر النزاع بوجود اتفاق تحكيم قبل قيامه بمناقشة أدلة وموضوع الدعوى المبتدأة.

وفي خاتمته انتهى البحث إلى أن الحكم محل التعليق يقدم نموذجاً للتصدي لنزاعين اقيم بشأنهما دعويين جرى ضمهما واللتين وإن كان يوجد بينهما أوجه عدة للارتباط إلا أن هذا لم يكن له دور في تحقق النزول الضمني عن الدفع باتفاق التحكيم.


**الكلمات المفتاحية:** اتفاق، التحكيم، سلطة المحكمة.


## Abstract

This research (commentary) focuses on the approach taken by the judges of the court that issued the ruling subject of this commentary in addressing disputes between partners of a simple partnership company on the one hand and its director on the other, and where the company's contract included an arbitration clause in its disputes. Despite the existence of an arbitration agreement, both parties filed a lawsuit before the first instance court with their requests against the other party. The court ruled that the two lawsuits were not admissible for the existence of an arbitration agreement.

Each of the parties to the dispute filed an appeal against the primary judgment. The appellant (the plaintiff in the original lawsuit) challenged the judgment for its mistake in applying the law, based on the fact that the defendant's requests and his actions indicate his waiver of the arbitration agreement (especially his discussion of expert reports and the documents he submitted).

The Appeal judgment found support for what it concluded in the text of Article (13) of the Arbitration Law No. 27 of 1994, which indicates the conditions, for the court, to decide inadmissible the lawsuit initiated before it . In this context the court listed applications for the actions of the defendant which did not intervene (touch) with the subject matter of the lawsuit.

When the court of Appeal dealt with the disputes, the court tried dismantling the links between lawsuits for which the appeal judgment was issued; in addition the court exercised its authority in assessing the extent to which the defendant's requests and his defense affected the subject matter of the case and concluded the defendant's actions did not affect the subject of the initiated lawsuit.

**key Words:** Agreement, arbitration, court authority.

## مقدمة

جاء الحكم محل التعليق مكرساً لمبادئ قانونية استقرت عليها أحكام محكمة النقض ومطبقاً هذه المبادئ على الطعنيين المطروحين على محكمة الاستئناف فيما يتعلق بالمسائل المتفرعة عن الدفع بوجود اتفاق تحكيم خصوصاً طبيعته القانونية ومسقطاته. وفي هذا السياق استعرض الحكم اتجاهات الفقة والقضاء بشأن المعيار المحدد لحالات رفض الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق تحكيم.

والذي يعنينا في هذا التعليق تتبع سلسلة التحليلات التي اوردها الحكم في صلبه لكي ينتهي إلى منطوقه فيما يتعلق بقبول الدفع باتفاق التحكيم واسانيده. ونشير في هذا السياق إلى انه رغم ان الحكم محل التعليق أشار إلى وقائع أو احداث يحتمل أن تؤدي إلى سقوط الدفع إلا أنه استبعد هذا الاحتمال لعدم توافر مقومات وشروط سقوط ذلك الدفع (تعلق هذه الوقائع بموضوع الدعوى الأصلية). وبذلك جاءت اسانيد الحكم لما انتهى اليه قائمة على تحليل دقيق لمدى الترابط بين موضوع الدعويين (الأصلية والمضمومة) الصادر فيهما الحكم الابتدائي بالاستجابة للطلب المبدى فيها بقبول الدفع. وعلى هذا الاساس فسوف يقتصر التعليق على حكم الاستئناف على ما قضى به خصوص الدعوى المبتدأة دون الدعوى المضمومة باعتبار أن ما قضى به حكم الاستئناف في شأن الدعوى المضمومة (عدم جواز الاستئناف) جاء لعدم وجود مصلحة لرافعها في استئناف الحكم الابتدائي، وهو موضوع خارج نطاق التعليق الماثل.

في ضوء هذه التحديدات نخصص هذا التعليق لتقدير موقف الحكم من مسألتين الأولى: اساس الدفع بوجود اتفاق تحكيم وحالات سقوط الحق في التمسك به، أما المسألة الثانية: فهي تتناول سلطة محكمة الموضوع في تحديد ما إذا كان الطلب أو الدفاع الذي قدمه المدعي عليه يمس موضوع الدعوى التي أثير فيها الدفع باتفاق التحكيم وذلك في ضوء ظروف الدعوى وملابساتها.

## اساس الدفع باتفاق التحكيم ومسقطاته

تتلخص وقائع الدعوى المبتدأة (الأصلية)[١]في أنه بموجب عقد شركة توصية بسيطة تكونت شركة فيما بين مورث المستأنفين (المدعي وآخرين) والمستانف ضده الأول (المدعي عليه الاول) تولى الاخير اداراتها والتعامل باسمها وتضمن العقد شرط تحكيم. وعقب نشوب خلافات بين الشركاء ومدير الشركة بشأن توزيع ارباح الشركة أقام مورث المستأنفين الدعوى المبتدأة طلب فيها تصفية الشركة تمهيداً لتوزيع ناتج التصفية على الشركاء. وفي المقابل اقام المستأنف ضده الاول بصفته مدير الشركة الدعوى المضمومة للدعوى المبتداه[٢]على مورث المستانفين طلب فيها الزامه برد ما تحصل عليه من ارباح الشركة بما يزيد عن نصيبه فيها وذلك وفقاً لتقرير الخبير. قضت المحكمة الابتدائية بعدم قبول الدعويين لوجود شرط تحكيم حسب ما طلبه المدعون فيها. جرى الطعن في الحكم الابتدائي بالاستئناف من طرفيه وقد استند الطاعن بالاستئناف في الحكم الصادر في الدعوى المبتدأه (الأصلية) إلى كونه اخطأ في تطبيق القانون من جهة انه استجاب لطلب المستانف ضده الاول (مدير الشركة) بعدم قبول الدعوى لوجود شرط تحكيم في عقد الشركة، وذلك على الرغم من سقوط حقه في ابداء هذا الدفع لتنازله الضمني عن إعمال الدفع متمثلا في طلبه التصريح باستخراج مستندات وقيامه بمناقشة تقارير الخبراء وما قدم فيها من مستندات ، اضافة إلى اقامته الدعوى المضمومة.

جاء حكم الاستئناف مستنداً إلى النص في المادة (١/١٣) من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أنه "يجب على المحكمة التي يرفع اليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل ابدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى". وقد أورد الحكم محل التعليق في حيثياته تحليلاً بديعاً لما انطوى عليه النص المذكور من أحكام فيما يتعلق بأساس الدفع باتفاق التحكيم وطبيعته وضابط سقوطه بتنازل المدعي عليه عن التمسك به.

### أساس الدفع وضابط اعماله

حددت محكمة النقض[٣]اساس الدفع باتفاق التحكيم استناداً إلى أن النص المذكور" يدل على ان المشرع قد ابان بصريح العبارة بأنه إذا دفع المدعي عليه امام المحكمة في نزاع رفع اليها ويوجد بشأنه اتفاق على التحكيم بإنعقاد الاختصاص لجهة التحكيم فإنه يجب على المحكمة أن تجيبه إلى دفعه وتحكم بعدم قبول الدعوى شريطة أن يكون قد ابدى هذا الدفع قبل ابدائه لأي طلب أو دفاع في الدعوى ، لان في ابدائه لأي طلب أو دفاع في الدعوى قبل دفعه بانعقاد الاختصاص لجهة التحكيم يدل على قبوله ضمناً التجاء خصمه لجهة القضاء العادي صاحب الاختصاص الاصيل وبالتالي تنازله ضمناً عن شرط الاتفاق على التحكيم".

أما الحكم ـــــ محل التعليق ـــــ فقد أبان عن أن اساس ابداء الدفع قبل التكلم في الموضوع يتمثل في قواعد العدالة والتي تقضي بأن " من سعى إلى نقض ما تم على يده فسعيه مردود عليه" ومفادها ان من ابرم اتفاق تحكيم بارادته واختياره ثم سعى إلى نقض ما اختاره بالالتجاء إلى قضاء المحاكم فإنه يكون متناقضاً في سعيه هذا مع ما كان قد اتمه وابرمه. ورتب الحكم على ذلك أنه إذا ابدى خصم رافع الدعوى امام المحاكم أي

[١]الدعوى رقم ١١ لسنة ٢٠١٦ تجاري جنوب القاهرة.
[٢]الدعوى رقم ٢٠٧ لسنة ٢٠١٨ تجاري جنوب القاهرة.
[٣]الطعن رقم ١٧٦٨٤ لسنة ٨١ق، جلسة ٢٠٢٠/١٠/٢١ ـــ مجموعة النقض المدني السنة ٧١ ق ص ٧٧٣.

طلب أو دفاع في الدعوى يتنافى مع اتفاق التحكيم فإنه يعتبر بذلك متنازلاً عن انفاذ هذا الاتفاق. وتفريعاً على ذلك أورد الحكم محل التعليق انه يجب تفسير النزول الضمني المسقط للحق بالتمسك بالدفع باتفاق التحكيم تفسيراً ضيقاً، وهو ما يقتضي أن يكون العمل او الاجراء الذي اتخذه الخصم المتمسك بإعمال الدفع بالتحكيم دالاً بذاته دلاله واضحة إلى انصراف قصده إلى إحداث أثره القانوني المتمثل في رضائه بلجوء المدعي إلى القضاء وتنحيه التحكيم، وهو ما يتحقق حالة تقديم المدعي عليه طلبات أو أوجه دفاع تمس موضوع الدعوى[٤]. وهذا هو في الواقع ضابط يندرج تحته العديد من التطبيقات التي تؤكد اتجاه قصد المدعي عليه إلى اسقاط حقه في التمسك بالدفع بإتفاق التحكيم.

**تطبيقات للضابط (حالات عدم سقوط الدفع)**

بعد أن حدد الحكم محل التعليق ضابط سقوط الحق في التمسك بالدفع باتفاق التحكيم ، اورد عدة حالات لا يتوفر فيها ضابط السقوط ذكر من بينها عدم ابداء الدفع في اول جلسة[٥]وما قد يبدر من المدعي عليه من طلبات يقتضي المنطق أن تسبق جميع طلباته أو دفوعه ودفاعه في الدعوى طالما لا يمكن من خلالها العلم بالدعوى وبأدلتها مثل جحد الصور الضوئية للمستندات أو ابداء طلب عارض، وايضاً ابداء الدفع بعد ان اتخذت المحكمة اجراء من اجراءات الاثبات فيها. ورغم ان ما ذكره الحكم من الامثلة المذكورة يبدو في ظاهرة عدم مساسه بموضوع الدعوى وبالتالي لا يكون مبرراً لسقوط الحق في التمسك بالدفع، إلا انه يتعين تحديد النطاق الذي تعمل فيه حالتين من الحالات التي ذكرها الحكم عملاً بضابط سقوط الحق في التمسك بالدفع بالتحكيم. ونحن نقصد بذلك ما ذكره الحكم بشأن اجراءات الاثبات في الدعوى وجحد الصور الضوئية للمستندات.

**فأولاً:** فيما يتعلق بحالة ابداء الدفع بعد اتخاذ المحكمة لاجراء من اجراءات الاثبات (مثل قرار المحكمة بإحالة موضوع الدعوى إلى الخبراء) فإنه يتعين تحديد المقصود بها بأنها حالة قرار المحكمة بالاحالة إلى الخبراء بناء على تقديرها لحاجة الدعوى إليها وليس بناء على طلب المدعي عليه، لتتميز بذلك هذه الحالة عن حالة صدور قرار الاحالة للخبراء بناء على طلب المدعي عليه وأيضاً عن حالة مناقشة المدعي عليه لتقارير الخبراء وتقديمه لمستندات تدعم دفاعه امام الخبير دحضاً لاسانيد المدعي المتعلقة بموضوع الدعوى. ويتأسس مثل هذا التمييز على ما جرى عليه قضاء النقض من أن كل ما يبديه الخصوم من دفاع أمام الخبير ويثبته في محاضر

---

[٤]قضي بسقوط حق الوارث في الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود اتفاق تحكيم حالة ما إذا كان مورثة قد سبق أن تمسك بسقوط حق الخصم بالتقادم الخمسي كونه دفعاً موضوعياً يسقط حقه في الدفع بعدم القبول، وبالتالي فإن هذا التنازل الضمني من المورث عن حقه في الدفع يسري في حق الوارث. (نقض مصري ٢٠١٧/٢/٢٣ الطعن ١٠٥٢ لسنة ٧٩ق، مشار اليه في فتحي والي ، المرجع السابق، ص ٣٥٥ هـــ ٣) وقضت ايضا بأن "تقديم الخصم للدفع بعدم قبول الدعوى لسابقة الفصل فيها وذلك قبل تقديم الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط تحكيم يسقط حقه في التمسك بالدفع الأخير لكون الدفع الأول من قبيل الدفوع بعدم القبول الموضوعي: نقض الطعن ١٦٠٠٥ لسنة ٧٦ق، جلسة ٢٠١٣/١٢/٢٦ مشار اليه في كتابنا المرشد إلى قواعد التحكيم (الطبعة الثالثة ٢٠١٧) نادي القضاة (القاهرة) بند ٩٣ ص ٤٦٤.

[٥]درج عدد من المحاكم العليا في بعض الدول العربية على أن عدم ابداء الدفع في أول جلسة يسقط الحق في التمسك به ( تمييز دبي الطعن رقم ١٦٧ لسنة ٢٠٠٢ طعون حقوق، جلسة ٢٠٠٢/٦/٢، الطعن رقم ٢٨٨ لسنة ٢٠٠٧، طعن مدني جلسة ٢٠٠٨/٢/٢٤، منشور المبدأ في كتابنا المرشد إلى قواعد التحكيم ، الطبعة الثالثة ٢٠١٧، نادي القضاة (القاهرة)، بند ٩٠، ٩٢، ص ٤٦٣، ٤٦٤. وعلى العكس من ذلك فإنه من المقرر في ادبيات القانون المصري أن عدم ابداء المدعي عليه الدفع في اول جلسة امام المحكمة لا يسقط حقه في التمسك به ما دام لم يقدم أي طلب أو دفاع يمس موضوع الدعوى مثل طلب اجل لاحضار سند الوكالة أو للاطلاع (فتحي والي، الوسيط في التحكيم الوطني والتجاري الدولي علماً وعملاً، الجزء الأول، دار النهضة العربية ٢٠٢١، بند ١٢٥ ص ٣٥٨). وقضى بأنه طلب المدعي عليه تأجيل الدعوى لاكثر من مرة لضم دعوى اخرى إلى الدعوى القائمة قبل التمسك بالدفع باتفاق التحكيم لا يؤدي إلى سقوط حقه في التمسك بالدفع (نقض مصري ١٩٧٢/٢/١٥ الطعن ١٩٤ لسنة ٣٧ق، مجموعة النقض ٢٣ ص ١٦٨.

اعماله يعتبر مطروحاً على المحكمة[٦].

**وثانياً:** فيما يتعلق بموقف المدعي عليه المتمثل في جحد الصور الضوئية للمستندات فإن مجرد اتخاذه، خصوصاً في بدايات جلسات الدعوى دون اقترانه بأي طلب أو دفاع يمس موضوع الدعوى مما تجسده الصور الضوئية للمستندات، لا يشكل تنازلاً ضمناً عن شرط التحكيم[٧]. أما إذا اضاف المدعي عليه إلى جحده المذكور طلباً يمس موضوع الدعوى مثل طلب رفض الدعوى بحالتها قبل أن يدفع باتفاق التحكيم، فإنه يكون بذلك قد تنازل ضمناً عن إعمال هذا الاتفاق[٨].

## تكييف الدفع باتفاق التحكيم

اختلفت أقوال الفقه وأحكام القضاء المصري والعربي والأجنبي بشأن تكييف الدفع باتفاق التحكيم[٩] فذهب اتجاه إلى أنه دفع بعدم اختصاص المحاكم[١٠]بينما ذهب اتجاه آخر إلى أنه دفع بعدم القبول يتعلق بالإجراءات[١١]يخضع لاحكام الدفوع الاجرائية غير المتعلقة بالنظام العام[١٢].

---

[٦]نقض مدني مصري الطعن رقم ١٧٦٨٤ لسنة ٨١ق سابق الاشارة إليه حيث جاء في حيثياته تطبيقاً للمعيار المحدد لحالات سقوط الحق في ابداء الدفع "إذا كان الثابت أن الشركة المطعون ضدها الثانية قد تمسكت أمام الخبير المنتدب أمام محكمة الاستئناف بإنكار الترجمة العرفية المقدمة من الشركة الطاعنة وقررت بأن برادة الحديد الموجودة في رسالة القمح موضوع الدعوى هي مسئولية الشاحن وقدمت ترجمة عرفية من شهادة صادرة من المساح البحري وتقرير يفيد بأن عنابر السفينة جافة ومناسبة لتحميل القمح وهو في حقيقته دفاع موضوعي يعتبر مطروحاً على المحكمة، وكانت الشركة المطعون ضدها قد تمسكت أمام محكمة الاستئناف وبعد ابداء هذا الدفاع بالدفع يعدم قبول الدعوى لسابقة الاتفاق على التحكيم ولعدم انتهاء اجراءات التحكيم، وكان هذا الدفع في حقيقته ومرماه هو دفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم ويجب التمسك به قبل التحدث في الموضوع ولو كانت اجراءات التحكيم قد بدأت ولا زالت جارية اخذاً بنص الفقرة الأولى من المادة ١٣ من قانون التحكيم المار ذكره، فإنها تكون بذلك قد أسقطت حقها في التمسك بشرط التحكيم لإبدائه بعد إبداء الدفاع الموضوعي سالف الذكر، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه.

[٧]قضت محكمة النقض المصرية انه "لا يعد نزولًا عن الحق في الدفع باتفاق التحكيم قيام الخصم بجحد الصور الضوئية للمستندات المقدمة إذ لا يمكن من خلالها العلم بالدعوى وادلتها باعتبار ان جحد المستندات يسقط أثرها في الاحتجاج بها بمجرد جحدها". (الطعن ٣٥١١ لسنة ٨٠ق، جلسة ٢٠١٤/٦/٢٣ ، مشار إليه في كتابنا المرشد إلى قواعد التحكيم، سابق الاشارة إليه، البند ٩٤ ص ٤٦٥، ٤٦٦.

[٨]وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز القطرية " ولما كان البين في الأوراق أن المطعون ضدها قد تمسكت في مذكرتي الدفاع المقدمتين منها امام محكمة الموضوع بتاريخ ..... بجحد الصور الضوئية لمستندات المديونية المقدمة من جانب الطاعنتين، وطلبت رفض الدعوى بحالتها لعدم تقديم اصول تلك المستندات قبل أن تدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم وهو ما يفيد تسليمها بقيام النزاع أمام محكمة مختصة ومواجهتها لموضوع الدعوى، وبذلك تكون قد تنازلت ضمناً عن الشرط سالف الذكر، مما يسقط حقها في التمسك به، وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقبل الدفع المبدئ منها بشأنه وقضى بعدم قبول الدعوى فإنه يكون معيباً بما يوجب تمييزه لهذا السبب" تمييز قطري ٢٠١٧/٣/١٤، مجلة التحكيم العالمية، العدد ٤٠ (اكتوبر ٢٠١٨) ص ٥٣٩.

(٩)انظر في اتجاهات المحاكم، فتحي والي بند ١٢٤ص٣٤٧ وما بعدها، وهو يشير إلى أن محكمة النقض الفرنسية اتجهت إلى أن الدفع باتفاق التحكيم يعد دفعاً بعدم اختصاص نوعي يتعلق بالموضوع ويمكن التمسك به في أي حالة كانت عليها الدعوى (فتحي والي بند ١٢٤ ص ٣٤٨). ونرى أن هذا التكييف وإن كان يصح من جهة المحكمة المرفوع إليها النزاع إلا أنه لا يصلح لتكييف الدفع من جهة هيئة التحكيم. وقد اشارت محكمة النقض المصرية في احد احكامها إلى أن الدفع بالتحكيم هو دفع بانعقاد الاختصاص لجهة التحكيم: نقض مدني مصري الطعن ٩٥٦٥ لسنة ٨٥ق، جلسة ٢٠١٦/٤/٢٠ مبدأ الحكم منشور في كتابنا المرشد إلى قواعد التحكيم (الطبعة الثالثة ــ ٢٠١٧) ــ نادي القضاة (القاهرة) بند ٨٤ ص ٤٥٨- ٤٥٩.

(١٠)تمييز دبي الطعن ٥٦ لسنة ٢٠٠٥ق (طعن تجاري)، جلسة ٢٠٠٥/١٠/١٠، مجلة التحكيم العالمية، العدد الأول، ص ٣١٧، نقض ابي ظبي الطعن ٨٩ لسنة ٢٠٠٨، جلسة ٢٠٠٨/٥/٢٩، مجلة التحكيم العالمية، العدد ٢٨(اكتوبر ٢٠١٥) ص٣٠٠.

(١١)فتحي والي، المرجع السابق ، بند ١٢٤، ص٣٥٠ وقد أشار إلى اعتناق رأيه من قبل احكام القضاء المصري بعد صدور قانون التحكيم وأيضاً القضاء في بعض الدول العربية (ص٣٥١).

[١٢]فتحي والي، بند ١٢٥ ص ٣٥٣، وفي ذات الاتجاه تمييز كويتي الطعن رقم ١٤١٧ لسنة ٢٠١٤ تجاري دائرة ٤ جلسة ٢٠١٥/١/٢٩ وغيرها من الاحكام المنشورة في كتابنا المرشد إلى قواعد التحكيم بند ٨٦ ص ٤٦٠.

أما بالنسبة لموقف الحكم محل التعليق من مسألة تكييف الدفع بالتحكيم، فإنه بعد أن استعرض عدداً من الاتجاهات في هذا الشأن انتهى إلى أن "الدفع لا يعد دفعاً اجرائياً بحتاً أو دفعاً بعدم القبول وإنما هو وسط بينهما" وبرر الحكم ذلك بأنه " في حقيقته وبحسب مرماه دفع بتنفيذ اتفاق التحكيم ومن ثم فإنه يكون دفعاً خاصا له طبيعة خاصة". والصحيح في نظرنا، وحيث لا يوجد دفع بهذا المسمى، أنه ولئن كان المتمسك بالدفع يستهدف به تنفيذ اتفاق التحكيم، بانعقاد الاختصاص لهيئة التحكيم، إلا أن الغرض من الدفع لا يدخل في مقوماته أو شروطه. ولذلك قد يكون من الاقرب إلى الصحيح ، وهذا هو الرأي الراجح، القول بأنه دفع بعدم القبول يتعلق بالتأكيد بالاجراءات[١٣].

ويبدو لنا ، أيا كان الرأي في هذا الشأن، أن البادئ من حيثيات الحكم محل التعليق أن الرأي الذي اعتنقه لم يكن له أثر على النتيجة التي انتهى إليها في منطوقه، بل ربما كان الراي الراجح هو الاقرب إلى تقديم تغطية قانونية لتلك النتيجة.

## سلطة محكمة الموضوع في تقدير مؤدى سلوك المدعي عليه قبل التمسك باتفاق التحكيم

أورد الحكم في حيثياته أن محكمة الموضوع تستقل بتقديرها حالة النزول الضمني المسقط للحق بالتمسك بالدفع باتفاق التحكيم المطروح عليها، كما أورد الحكم أن "المشرع آثر ترك بيان ماهيه الطلبات أو الدفوع التي لا يترتب على ابدائها الحكم بعدم قبول الدعوى لاجتهاد الفقه والقضاء وذلك لصعوبة فرض تحديد جامع مانع لها".

ومفاد ذلك أن محكمة الموضوع تملك سلطة تقديرية في تحديد ما إذا كان قدمه الخصم من طلبات أو دفاع يمس موضوع النزاع وذلك في ضوء ظروف الدعوى وملابساتها. والذي يعنينا في تقدير تطبيق محكمة الاستئناف التي اصدرت الحكم محل التعليق لسلطتها التقديرية هو موقفها مما جاء في نعى المستأنف على الحكم الابتدائي الصادر في الدعوى المبتدأة من أن هذا الحكم قضى بعدم قبول هذه الدعوى بناء على طلب المستأنف ضده الأول لسابقة الاتفاق على التحكيم، رغم تنازله الضمني عن إعمال هذا الاتفاق بأن طلب التصريح له باستخراج مستندات (تتعلق بالدعوى المضمومة التي رفعها مدير الشركة) وأيضاً قيامة بمناقشة تقارير الخبراء المعروضة في ملف الدعويين وما قدم فيهما من مستندات.

ومن الواضح أن المستأنف يرمى من وجه النعي على الحكم الابتدائي التدليل على أن هذا الحكم أخطأ في تقدير مؤدى الوقائع التي تمسك بها من جهة تضمنها نزول المستأنف ضده الأول عن حقه في التمسك بالدفع باتفاق التحكيم.

ولدى تصدى محكمة الاستئناف لوجه النعي المذكور أورد حكمها أن المستأنف ضده الأول لم ينفك طوال جلسات محكمة الموضوع بدرجتيها عن التمسك بالدفع باتفاق التحكيم، وأن طلبه باستخراج مستندات تتعلق بالدعوى المضمومة ليس له صله مباشرة بموضوع طلبات مورث المستأنفين في دعواه المبتدأة (تصفية الشركة

[١٣] نقض مدني مصري، الطعن ١٧٦٨٤ لسنة ٨١ ق، جلسة ٢٠٢٠/١٠/٢١ سابق الاشارة إليه. وقضت محكمة النقض المصرية في احد احكامها المتعلقة بالنزول الضمني عن شرط التحكيم إلى أن الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم لا يعد دفعاً موضوعياً مما ورد ذكره في المادة (١/١١٥) من قانون المرافعات (الطعن ٨٢٠/ ٦٦ق جلسة ٢٠٠٢/١١/٢٥ س٥٣ عدد ٢ ص ١٠٨٧، مشار اليه في البوابة الالكترونية لمحكمة النقض المصرية).

وتوزيع ارباحها على الشركاء)، وأن ذلك الطلب لا ينطوي أو لم يترتب عليه المساس بتلك الطلبات أو بمسالة فرعية فيها أو انه ينطوي على التسليم بصحتها. وانتهى الحكم إلى أن الخصم المتمسك بالدفع صراحة وقد بادر إلى ابدائه قبل مناقشته لادلة موضوع الدعوى المبتدأة، وهو موضوع مختلف عن موضوع الدعوى المضمومة إليها، كما أن الأوراق خلت مما يفيد أن المستأنف ضده الأول قد تنازل صراحة ووضوح عن التمسك بالدفع، فإن النعي على قضاء الحكم الابتدائي بقبول الدفع باتفاق التحكيم يكون مخالفاً للثابت في الأوراق[١٤].

وإذا كان حكم الاستئناف قد تولى ضحد ادعاء المستأنف بشأن طلب الخصم المتمسك بالدفع باستخراج مستندات، إلا أن الحكم لم يتصد لواقعة مناقشة هذا الخصم لتقارير الخبراء في الدعوى المبتدأة ، وهو أحد أسباب النعي على الحكم الابتدائي، وحيث لم ترد محكمة الاستئناف على هذا السبب على انفراد باسباب خاصة فيما عدا قول الحكم أن الخصم المتمسك بالدفع بالتحكيم بادر بالتمسك به صراحة قبل مناقشته لأدلة موضوع الدعوى المبتدأة وهي تختلف عن موضوع الدعوى المضمومة اليها. ومن هذه الناحية يبرز تساؤل ذو شقين حول ما إذا كان التبرير المقتضب الذي اورده الحكم لرفض شق النعي المتعلق بمناقشة الخصم المتمسك بالدفع لتقارير الخبراء، أقول حول ما إذا كان هذا التبرير له علاقة بشق النعي المذكور من ناحية أو هو ما تنطوي عليه سلطة المحكمة التقديرية في التصدي لأحد أوجه الدفاع المطروحة على المحكمة من ناحية أخرى.

يبين من استعراض قضاء محكمة النقض أنها استقرت على مبدأين لهما علاقة بالتساؤلين المذكورين اعلاه، المبدأ الأول: يقضي بأن " كل طلب أو اوجه دفاع يدلي به لدى محكمة الموضوع ويطلب منها بطريق الجزم ان تفصل فيه ويكون الفصل فيه مما يجوز أن يترتب عليه تغيير وجه الرأي في الدعوى، يجب على محكمة الموضوع أن تجيب عليه بأسباب خاصة[١٥]". أما المبدأ الثاني: فهو يتحصل في أن "اغفال الحكم بحث دفاع ابداه الخصم مما يترتب عليه بطلان الحكم إذا كان جوهرياً ومؤثراً في النتيجة التي انتهى إليها، إذ يعتبر هذا الاغفال قصوراً في الاسباب الواقعية يقتضي بطلانه، وأنه متى قدم الخصم إلى محكمة الموضوع مستندات من شأنها التأثير في الدعوى وتمسك بدلالتها فالتفت الحكم عن التحدث عنها مع ما يكون لها من الدلالة فإنه يكون مشوباً بالقصور"[١٦].

في ضوء مبادئ محكمة النقض المذكورة يبرز التساؤل حول ما إذا كان الحكم محل التعليق قد التزم بمقتضاها. يبين من حيثيات الحكم أن الخصم المتمسك بالدفع باتفاق التحكيم ولئن ناقش أدلة موضوع الدعوى (أو بافتراض حصول ذلك) إلا أنه كان من قبل قد تمسك صراحة بالدفع. ومع ذلك فإنه يبقى التساؤل معلقاً بشأن قول الحكم باختلاف موضوع الدعوى المبتدأة عن موضوع الدعوى المضمومة فيما يتعلق بدلالة مناقشة الخصم المتمسك باتفاق التحكيم لتقارير الخبراء في الدعوى المبتدأة على نزولة عن الدفع باتفاق التحكيم، هل

[١٤]أورد الحكم محل التعليق بين اسبابه تمهيداً لقضائه أن الصياغة التي ورد بها بند التحكيم في عقد النزاع تكفلت بإيراد العناصر اللازمة لقيام اتفاق تحكيم بين اطراف هذا العقد وأن هذا الاتفاق غير ظاهر البطلان أو ظاهر عدم قابليته للتطبيق. وهذا التمهيد هو ما تقضيه ترتيب اتفاق التحكيم لأثره في منع المحاكم من الفصل فيما قد ينشأ من نزاع بين أطراف العقد. وفي هذا المعنى محكمة امارة رأس الخيمة في الدعوى رقم ٥٦ لسنة ٢٠٢٤ (تمييز تجاري) جلسة ٢٠٢٤/٩/١٠، حيث تبين للمحكمة أن الصياغة التي ورد بها الاشارة إلى التحكيم في منازعات عقد مقاولة تتسم بالغموض وعدم الوضوح ولا تنم عن اتجاه ارادة طرفي العلاقة العقدية إلى تنظيم اجراءات التحكيم وتحديد جهته دون اللجوء إلى اجراءات التقاضي العادية الامر الذي يمتنع معه القول بتوفر اتفاق تحكيم ومن ثم رفضت المحكمة الطعن في حكم الاستئناف الذي رفض الدفع بعدم قبول الدعوى.

[١٥]الطعن ١٠٤٣ لسنة ٤٧ق، جلسة ١٩٨١/١٢/٢٣، الطعن رقم ١٥٣٧ لسنة ٥٥ ق، جلسة ١٩٩٣/٦/٢١.

[١٦]الطعن رقم ١١٦٧٢ لسنة ٨٢ق جلسة ٢٠١٣/٤/١٠ مشار إليه في الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض.

استخدمت محكمة الاستئناف سلطتها التقديرية في تقدير مدى تحقق متطلبات الدفع باتفاق التحكيم؟

الذي يدعونا إلى هذا التساؤل هو ما استقرت عليه محكمة النقض من أن تكييف محكمة الموضوع للطلبات التي يبديها الخصم قبل التمسك بشرط التحكيم من جهة كونها تعرضاً لموضوع الدعوى (الذي من شأنه أن يسقط الحق في التمسك بهذا الشرط) يخضع لرقابة محكمة النقض[١٧].

ولعلنا لاحظنا، مع ذلك، أن مبدأ النقض المذكور يتعلق بسلوك المدعي عليه تجاه موضوع الدعوى بما يعني تكلمه في شأنه قبل أن يتمسك بالدفع باتفاق التحكيم. وهذه حالة تختلف تماماً عن الحالة التي واجهها حكم الاستئناف. ومن هنا يتعين استبعاد تطبيق ذلك المبدأ على الحالة التي واجهها حكم الاستئناف الذي اثبت أن الخصم المعتصم باتفاق التحكيم بادر إلى التمسك به صراحة قبل مناقشته لادلة وموضوع الدعوى المبتدأة. لهذا يمكننا أن ننتهي إلى أن الحكم محل التعليق، وبافتراض مناقشة المستأنف ضده الأول لتقارير الخبراء، إن ذلك لا يسقط حقه في التمسك بالدفع[١٨].

## خاتمة

رغم أن وقائع النزاع في الدعويين المبتدأة والمضمومة، والصادر فيهما الحكم محل الطعن بالاستئناف، تبدو في ظاهرها واضحة على نحو يسهل التصدي للطلبات التي انطوت عليها كل دعوى على حدة، إلا أن ما يربط الدعويان من روابط (سواء على مستوى علاقة الشركة والإدارة التي تربط اطرافها أو على مستوى ضم الدعويين مع اختلاف الطلبات فيهما) ألقى بظلاله على مسألة تقدير مدى حصول النزول الضمني عن الدفع باتفاق التحكيم، وهو ما قاد المستأنف إلى الاعتقاد، سواء عن قصد أو غير قصد، بأن طلبات المستأتف ضده الأول وسلوكه تجاه موضوع الدعوى المبتدأه جاء على نحو يمس هذا الموضوع.

غير أن القضاة الذين اصدروا الحكم محل التعليق تمكنوا ببراعة من تفكيك الارتباط المشار إليه على نحو ينفي تعلق طلبات المستأنف ضده الأول (أو جزء منها) وسلوكه بموضوع الدعوى المبتدأة. وفي جميع الأحوال فقد اسند الحكم قضائه برفضه النعي على الحكم المستأنف لسبب آخر يتمثل في أن المستأنف ضده الأول كان قد بادر إلى التمسك بالدفع باتفاق التحكيم قبل مناقشته لأدلة وموضوع الدعوى المبتدأة.

---

[١٧] نقض مصري الطعنان رقما ٨٦٠٣/ ١٩٦١٦ لسنة ٧٧ق، جلسة ٢٠١٥/٣/٢٣، في نفس هذا المعنى
تمييز قطري الطعن ٤١ لسنة ٢٠١٧ جلسة ٢٠١٧/٣/١٤ سابق الاشارة اليه.

[١٨] قضى بأن تكلم المدعي عليه أمام المحكمة المرفوع امامها نزاع ورد بشأنه اتفاق تحكيم في الموضوع واقترن كلامه بشرط التحكيم والاصرار عليه، فإن الكلام في الموضوع لا يعتبر نزولاً عن شرط التحكيم (محكمة التمييز في البحرين، الطعن رقم ٧٧٥ لسنة ٢٠٠٩ جلسة ٢٠١١/٢/١٤ مجلة التحكيم العالمية العدد ٢٦ (ابريل ٢٠١٥ ص ٣٢٦). وفي المقابل قضت محكمة التمييز في دبي، في حالة دعوى موضوعية اقامها احد الشركاء في شركة وطلبت فيها المدعية الزام الشركة المدعي عليها سداد الارباح المستحقة للمدعية وجرى ندب خبير لبيان هذه الارباح وتخلفت الشركة عن التمسك بشرط التحكيم مما يسقط حقها في الدفع به، وعندما اقامت المدعية دعوى اخرى بشأن الارباح المستحقة عن عام لاحق بادر المدعي عليه بالتمسك بشرط التحكيم في هذه الدعوى بينما الدعوى السابقة كانت مازالت قائمة أمام المحكمة، فإنه لا يجديه التمسك بشرط التحكيم في الدعوى الجديدة لسقوطه لعدم التمسك به في الدعوى الأولى، وبررت محكمة التمييز قضاءها هذا بتطابق موضوع النزاع في الدعويين(او في شق منه) مما كان يستوجب رفض الدفع بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم الذي سبق سقوطه في الدعوى الأولى. (تمييز دبي الطعن ١٤١لسنة ٢٠١٠ جلسة ٢٠١٠/٩/٢٧ مجلة التحكيم العالمية العدد(٣٤) (ابريل ٢٠١٧) ص ٣٢٤ ــ أورد د. فتحي والي الحكمين المشار إليها في هذا الهامش ص ٣٥٦ هـ ١، ٢

وهكذا فإن حكم محكمة الاستئناف يمثل نموذجاً يحتذى به في كيفية التصدي لنزاعين اقيم بشأنهما دعويين جرى ضمهما وحيث يوجد أوجه للترابط بينهما منها تضمن العقد محل النزاع اتفاقاً على التحكيم في منازعاته.

والذي يبين من التحليلات التي تضمنها الحكم أن محكمة الاستئناف تمكنت من تفكيك الارتباط المشار اليه وهي بصدد اعمال سلطتها في تقدير ما إذا كانت طلبات المستأنف ضده الأول (المدعي عليه في الدعوى المبتدأة) تنطوي على تعرضه لموضوع هذه الدعوى قبل أو بعد تمسك الأخير بالدفع باتفاق التحكيم.