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.

أولاً ـــ 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.

(١)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 ـــ محل التعليق ـــ 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

[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.

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 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.

(٢) 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 ظاهره 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.

الحالة الأولى: تتعلق 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

[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.

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 اعماله يعتبر مطروحاً على المحكمة[٦].

الحالة الثانية: وهي تتعلق 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].

(٣) 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

---

[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.

بالإجراءات[١١] يخضع لاحكام الدفوع الاجرائية غير المتعلقة بالنظام العام[١٢].

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.

ثانياً ــ 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.

---

[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.

[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).

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 أوردت في 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 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

[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.

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 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 لأدلة 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].

---

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

[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

ثالثاً ـــــ 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 المستأنف 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.

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.

باسم الشعب
محكمة استئناف القاهرة
الدائرة الثالثة تجارى

بالجلسة المدنية والتجارية المنعقدة علنا بسراى المحكمة الكائن مقرها بدار القضاء العالى بشارع 26 يوليو القاهرة

برئاسة السيد القاضى **خالد فتحى عبدالجواد رئيس المحكمة**
وعضوية السيدين القاضيين **ضياء الدين أحمد البهنساوى الرئيس بالمحكمة**
محمد محمدى قنصوه الرئيس بالمحكمة

وحضور السيد عماد إبراهيم أبو غالى أمين السر

أصدرت الحكم الآتى

فى الاستئناف المقيد فى الجدول التجارى برقم 45 لسنة 139 قضائية

موجزات لقواعد الحكم القانونية

1) الدفع باتفاق تحكيم قبل إبداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى.لازمه. الحكم بعدم قبولها . م 1/13 ق التحكيم . تعريف الدفع وبيان مسقطاته . متروك لاجتهاد الفقه والقضاء . أساسه .
2) الدفع باتفاق التحكيم . له طبيعة خاصة .علة ذلك .
3) لزوم إبداء الدفع باتفاق التحكيم قبل التكلم فى الموضوع . سنده .
4) التنازل الضمنى عن الدفع باتفاق التحكيم . وجوب تفسيره تفسيرا ضيقا . علة ذلك .
5) الدفع باتفاق التحكيم . ليس له شكلا معينا . أثره .

6) النزول الضمنى المسقط للحق فى التمسك بالدفع باتفاق التحكيم . استقلال محكمة الموضوع بتقديره . دلالت هذا التنازل .ماهيتها.

7) اعتبار المشرع تحقق حدث أو أمر معين يترتب عليه سقوط الحق فى التمسك بالدفع باتفاق التحكيم . مؤداه . أنه ما لا يتحقق به هذا السقوط له صورمختلفة. ماهيتها.

8) استخلاص العناصر اللازمة لقيام اتفاق التحكيم بين طرفيه. من سلطة محكمة الموضوع . مثال .

9) الطلب فى الدعوى الذى لا يترتب عليه المساس بموضوعها أو بمسألة فرعية فيها أو ينطوى على التسليم بصحتها . لا يسقط حق مقدمه من التمسك بالدفع باتفاق التحكيم . مثال .

10) قضاء الحكم المستأنف بعدم قبول الدعوى استنادا إلى دفع المدعى عليه باتفاق التحكيم . طعن الأخير فى هذا الحكم بالاستئناف . غير جائز . م 3، 211 مرافعات .

الموضوع

استئناف الحكم الصادر من محكمة جنوب القاهرة الابتدائية فى جلسة 2021/12/28 فى الدعويين رقمى 11 لسنة 2016 ، 27 لسنة 2018 تجارى جنوب القاهرة .

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق ، وسماع المرافعة ، وبعد المداولة

أولا : الدعوى رقم 11 لسنة 2016 تجارى جنوب القاهرة

حيث إن وقائعها – بالقدر اللازم لإصدار هذا الحكم – تتحصل فى أن ..... مورث المستأنفين ، كان قد أقامها – ثم أضيف لها طلبات ، وصحح شكلها، وتدخل وأدخل فيها خصوما – على المستأنف ضدهم عدا الرابع والخامس ، بطلب الحكم – أولا : بتعيين مصف لتصفية شركة.... للمشروعات السياحية ، والشركات الوليدة منها وهى : قرية.... السياحية ، وقرية.... ، وقرية.... ، الكائن مقرهم بمدينة الغردقة محافظة البحر الأحمر ، وشركة.... ، الكائن مقرها.... شارع محمد مظهر بالزمالك ، دائرة قسم قصر النيل ، وصولا إلى حصول كل شريك فيهم على نصيبه وفق ناتج التصفية ، ثانيا : إلزام المستأنف ضده الأول (..... – قبل الحجر عليه) بأن يؤدى له مبلغا مقداره

خمسمائة واثنان وخمسون مليونا وثلاثمائة وثمانون ألفا وسبعمائة وسبعة وستون جنيها ، وفوائده القانونية ، ثالثا : إلزام المستأنف ضده الأول المذكور سلفا والمستأنف ضده ثالثا بأن يؤديا للمستأنفة الثانية – المتدخلة إنضماميا للمدعى – ، نصيبها فى أرباح الشركات محل طلبات المدعى المقدرة وفق تقرير الخبير المودع ملف الدعوى . وقال بيانا لها إنه بموجب عقد مؤرخ 1984/1/29 تكونت شركة توصية بسيطة بينه والمستأنفة الثانية وبين المستأنف ضده الأول المذكور سلفا ومورثة المستأنف ضدهم ثانيا ، اسمها التجارى شركة..... السياحية (..... وشركاه) ، مركزها الرئيسى قرية.... السياحية فى مدينة الغردقة ، وسجل ملخص عقد تأسيسها بتاريخ 1984/1/31 لدى القلم التجارى لمحكمة جنوب القاهرة الابتدائية برقم 224 ، وقيدت بالسجل التجارى برقم 232912 . وأسند إلى المستأنف ضده الأول المذكور سلفا مهمة إدارتها والتعامل باسمها ، وخلال الفترة من 1987/9/5 وحتى 2003/5/26 أجريت عدة تعديلات على عقد تأسيس الشركة الغرض منها توسيع دائرة نشاطها مما ترتب عليه أنه ولد من رحمها

القرى السياحية محل طلباته . إلا أنه قد نشب بينه وبين مدير الشركة خلافات تمثلت فى ارتكابه مخالفات قانونية تقع تحت طائلة قانون العقوبات ، فضلاعن امتناعه عن الوفاء له وللمستأنفة الثانية بنصيبهما فى الأرباح ، ولذا كانت دعواه .

ثانيا : الدعوى رقم 27 لسنة 2018 تجارى جنوب القاهرة

حيث إن وقائعها – بالقدر اللازم لإصدار هذا الحكم – تتحصل فى أن المستأنف ضده الأول المذكور سلفا كان قد أقامها – برقم 1413 لسنة 2016 مدنى جنوب القاهرة قبل قيدها برقمها الحالى – بصفته مدير شركة..... السياحية على مورث المستأنفين ، بطلب ختامى الحكم – بإلزامه بأن يؤدى له مبلغا مقداره اثنان وأربعون مليونا وخمسمائة وأربعة وعشرون ألفا واثنان وسبعون جنيها ، وفوائده القانونية من تاريخ المطالبة وحتى تمام الوفاء . على سند أنه خلال الفترة من عام 2007 وحتى نهاية عام 2015 ،

تحصل من شركة النزاع على هذا المبلغ الذى يزيد عن نصيبه فى أرباحها وفق تقرير الخبير المودع ملف الدعوى .

وحيث إن هاتين الدعويين نظرتا – قبل وبعد ضمهما – لدى محكمة جنوب القاهرة الابتدائية ، التى بعد أن ندبت فيهما خبيرا أودع تقريره ، ثم أعيدت إليه المأمورية فأودع تقريره ، قضت بتاريخ 2021/12/28 – أولا : فى الدعوى رقم 11 لسنة 2016 بعدم قبول الدعوى الأصلية والطلبات العارضة ، ثانيا : فى الدعوى رقم 27 لسنة 2018 بعدم قبول الدعوى . تأسيسا على أنها قبلت الدفع المبدى فيهما بوجود شرط التحكيم ، الذى يمنح الأولوية لهيئة التحكيم بنظر النزاع المردد فى هاتين الدعويين عن قضاء الدولة . وبتاريخ 2022/1/16 طعن المستأنفان فى هذا الحكم بالاستئناف الحالى – الذى تم تصحيح شكله – طلبا للحكم – أولا : قبول الاستئناف شكلا ، وثانيا : إلغاء الحكم

المستأنف الصادر فى الدعويين رقمى 11 لسنة 2016 ، 27 لسنة 2018 تجارى جنوب القاهرة ، وأجابتهما إلى طلباتهما المبداة لدى محكمة أول درجة .

وحيث إنه لدى نظر الاستئناف فى الجلسات ، حضر الخصوم على النحو المبين بمحاضرها بوكلاء عنهم ، والمحكمة أرجأت إصدار الحكم إلى جلسة اليوم .

<u>أولا : استئناف الحكم فى الدعوى رقم 11 لسنة 2016 تجارى جنوب القاهرة</u>

وحيث إن الاستئناف استوفى أوضاعه الشكلية ، ومن ثم فهو مقبول شكلا .

وحيث إن حاصل النعى بالسبب الوحيد للاستئناف ، أن الحكم المستأنف قد أخطأ فى تطبيق القانون كما تناقضت حيثياته ، على سند أنه أجاب وكيل المستأنف ضده الأول المذكور سلفا إلى دفعه ، بعدم قبول الدعوى المبتدأة لسابقة الاتفاق على التحكيم بشأن النزاع المردد فيها ، على الرغم من سقوط حقه فى إبداء هذا الدفع لتنازله الضمنى عن إعماله ، بأن مثل وكيله فى الجلسات طالبا التصريح باستخراج مستندات ، ومناقشته

تقاريرالخبراء المودعة ملف الدعويين وما قدم فيهما من مستندات ، يضاف إلى كل ذلك سبق إقامته الدعوى رقم 27 لسنة 2018 تجارى المضمومه لملف الدعوى الحالية . هو ما يعيب الحكم المستأنف، ويستوجب إلغاءه .

وحيث إن هذا النعى مردود ، ذلك بأن النص فى الفقرة الأولى للمادة 13 من القانون رقم 27 لسنة 1994 بإصدار قانون فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية على أنه"يجب على المحكمة التى يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أى طلب أو دفاع فى الدعوى" مفاده على – ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية لمشروع هذا القانون – بقولها "..... ، ولعل أهم ما جاء فى هذا الباب هو المادة (13) التى تؤكد مبدأ الاعتراف باتفاق التحكيم بما يعنيه من نزول طرفيه عن حقهما فى الالتجاء إلى القضاء العادى وفى الخضوع لولايته بشأن منازعتهما ، فتلزم محاكم الدولة التى يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم

بعدم قبول الدعوى بشرط أن يدفع المدعى عليه بهذا الدفع قبل إبداء أى طلب أو دفاع فى الدعوى" . وكان البادى من ذلك ، ومن استقراء الأعمال التشريعية لهذا القانون ، أن المشرع آثر ترك أمر البحث فى تعريف الدفع باتفاق التحكيم – شرطا أو مشارطة – ، وبيان ماهيه الطلبات أو الدفوع التى لا يترتب على إبدائها الحكم بعدم قبول الدعوى ، لاجتهاد الفقه والقضاء ، لصعوبة فرض تحديد جامع مانع لها . وإذ كان ذلك ، وكان الدفع بوجود اتفاق تحكيم لا يترتب عليه سلب اختصاص المحاكم كأثر مباشر له ، كما أنه ليس من قبيل الدفوع التى يمكن إبداؤها فى أية حالة تكون عليها الدعوى ، ولا يتعلق بشكل إجراءات الخصومة القضائية ، ولا شأن له بالشروط الموضوعية لقبول الدعوى ، ولذا فإنه لا يعد دفعا إجرائيا بحتا ، أو دفعا بعدم القبول بحتا ، وإنما هو وسط بينهما ، لأنه فى حقيقته وبحسب مرماه هو دفع بتنفيذ اتفاق التحكيم ، ومن ثم فإنه يكون دفعا خاصا له طبيعة خاصة . وكان الأساس فى وجوب إبدائه قبل التكلم فى الموضوع ، هو قواعد العدالة التى تكمل إرادة طرفى اتفاق التحكيم ، ولا تنسخها ، والتى تقضى بأن من

أبرم بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية أو غير عقدية – قد ينشأ بسببها نزاع – ، اتفاق تحكيم بإرادته واختياره ، ثم أراد نقض ما تم على يديه ، بالتنصل من اتفاقه مع الطرف الآخر ، بالالتجاء مباشرة إلى قضاء المحاكم ، فإنه والحالة هذه يكون متناقضا فى سعيه بذلك ، مع ما كان أتمه وأبرمه . ولذا وجب اعتبار ابداء خصمه أى طلب أو دفاع فى الدعوى ، تعارض وتنافى اتفاق التحكيم ، تنازلا منه – صريحا أو ضمنيا – عنه ، وعن نفاذه فى حقه ، وعن التزام المدعى باللجوء إلى التحكيم دون القضاء. وتفريعا على ذلك ، فإنه يجب تفسير التنازل الضمنى عن الدفع باتفاق التحكيم تفسيرا ضيقا ، بتضيق معناه القانونى ، بحيث يتطابق مع مبدأ أن اتفاق التحكيم هو عقد مستقل وليد إرادتين ، وما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة . لما كان ذلك ، وكان القانون لم يشترط شكلا معينا للتمسك بوجود اتفاق تحكيم ، فقد يتم ذلك شفاهة فى الجلسة ، أو فى مذكرة مكتوبة تقدم إلى المحكمة ، حتى وإن كانت هناك دعوى تحكيمية رفعت قبل الدعوى أو بعدها . وكان النزول الضمنى المسقط للحق بالتمسك بهذا الدفع – الذى تستقل محكمة الموضوع

بتقديره – ، يجب أن يكون إما بقول أو بعمل أو باجراء دال بذاته دلالة لا تحتمل الشك ، إلى انصراف القصد منه إلى إحداث أثره القانونى ، باتخاذ صاحب المصلحة فى التمسك بالدفع سلوكا ينم عن منحه الأولوية لقضاء الدولة ، وتنحيته التحكيم ، بأن يضحض الوقائع والأسانيد التى تمسك بها المدعى كأساس لطلباته فى دعواه ، أو أن ينكر آثارها القانونية ، أو أن يؤكد وقائع أو أسانيد مانعة أو منهية لها من شأنها رفضها . بما مؤداه، وبما أن المشرع قد حدد واقعة قانونية معينة ، هى تحقق حدث أو أمر معين يترتب عليه سقوط الحق فى التمسك بهذا الدفع ، فإنه ما لا يتحقق به هذا السقوط : عدم إبدائه فى أول جلسة أمام المحكمة ، أو التمسك به فى كل جلسة تنظر فيها الدعوى ، أو أن يتأتى متأخرا قبل التكلم فى الموضوع ، أو بما قد يبدر من المدعى عليه من طلبات يقتضى المنطق أن تسبق جميع طلباته أو دفوعه ودفاعه فى الدعوى ، سواء ما تعلق منها بالشكل أو بالموضوع ، طالما لا يمكن من خلالها العلم بالدعوى وبأدلتها ، كجحد الصور الضوئية لمستندات ، أو إبداء طلب عارض ، أو أن يكون كلامه فى موضوع

الدعوى فى الورقة ذاتها التى أبدى فيها الدفع ، أو أن يكون بعد أن اتخذت المحكمة إجراء من إجراءات الإثبات فيها ، أو حتى سبق تنازل المدعى عليه صراحة أو ضمنا عن الدفع فى دعوى أخرى لا تتحد فى الخصوم والسبب والموضوع مع الدعوى المرفوعة عليه، وإن تم ضمها إليها تسهيلا للاجراءات إذا اتحدت معها فى الخصوم ، شريطة أن تظل كل منهما محتفظة بذاتيتها واستقلالها . لما كان ذلك ، وكان الثابت من الأوراق – بما لا نزاع فيه بين الخصوم – أن عقد تأسيس شركة النزاع المؤرخ 1984/1/29 ، نص بنده خامس عشر على أن "كل نزاع ينشأ حول انعقاد هذا العقد أو تنفيذه أو تفسيره يتم حسمه نهائيا بطريق التحكيم فى حالة عدم تسويته وذلك طبقا لقواعد وإجراءات التحكيم المنصوص عليها فى قانون المرافعات المصرى " ، وكانت هذه الصياغة لهذا البند قد تكفلت بإيراد العناصر اللازمة لقيام اتفاق تحكيم بين أطراف هذا العقد ، وفقا لقانون التحكيم ، على نحو يرتب آثاره فى منع المحاكم من الفصل فيما قد ينشأ من نزاع بين أطرافه بشأنه ، متى تمسك به أمامها أحدهم ، ولو تقاعس هو أو خصمه عن اتخاذ

إجراءات التحكيم . وكان البين للمحكمة من الأوراق ، أن هذا الاتفاق غير ظاهر البطلان، أو ظاهر عدم قابليته للتطبيق ، وليس فيه مخالفة للنظام العام ، كما أنه يتعلق بالنزاع ذاته المرفوع به الدعوى المبتدأة . وكان الثابت من محاضر الجلسات ورولات السادة قضاة محكمة أول درجة ، أن أول مثول للمدعى عليه الأول (المستأنف ضده الأول المذكور سلفا) أمامها كان فى جلسة 2016/4/12، وفيها طلب وكيله أجلا للاطلاع ، فتأجلت الدعوى إلى جلسة 2016/6/21 وفيها قدم الأخير حافظة مستندات سطر على وجهها دفعا بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم ، كما طلب التصريح له باستخراج صورة طبق الأصل رسمية من محضر جلسة 2016/6/11 الخاص بالدعوى رقم 1413 لسنة 2016 مدنى جنوب القاهرة ، ثم أعاد تمسكه بالدفع فى محضر جلسة 2016/12/6، كما أنه لم ينفك عن التمسك به طوال فترة نظر الدعوى لدى محكمة الموضوع بدرجتيها ، الثابت لها من مطالعتها الأوراق ومحضر جلسة 2016/6/11 – الخاص بالدعوى المبينة آنفا المعاد قيدها برقم 27 لسنة 2018 – أن المدعى عليه

فيها (مورث المستأنفين) أثبت وكيله فيه دفعا بعدم قبول هذه الدعوى استنادا إلى شرط التحكيم ذاته المثار فى النزاع المردد أمام هذه المحكمة . بما مؤداه ، أن طلب وكيل المستأنف ضده الأول المبين آنفا لا يعد ذا صلة مباشرة بموضوع طلبات مورث المستأنفين فى دعواه المبتدأة ، بحيث يترتب عليه المساس بها من قريب أو من بعيد ، أو بمسألة فرعية فيها ، أو أنه ينطوى على التسليم بصحتها ، وكان الثابت أيضا من الأوراق أن اتفاق التحكيم سند الدفع لم يطعن عليه بأى مطعن من مورث المستأنفين، أو أنه تم العدول عنه، كما خلت الأوراق بحالتها مما يفيد أن المستأنف ضده الأول المذكور سلفا بعد أن بادر بالتمسك بالدفع ، أعقبه بما يفيد بصراحة وبوضوح تنازله عن التمسك به . بما مفاده ، أنه بذلك يكون قد ثبت لدى المحكمة أن الدفع باتفاق التحكيم قد بنى على سند له من الواقع والقانون ، وأن الخصم المعتصم به بادر إلى التمسك به صراحة قبل مناقشته لأدلة وموضوع الدعوى المختلف عن موضوع الدعوى المضمومة إليها ،

ومن ثم فإن النعى على الحكم المستأنف فى هذا الخصوص ، فضلا عن مخالفته للثابت فى الأوراق ، فإنه قائم على غير أساس .

وحيث إنه ، لما كان ما تقدم ، وكان الحكم المستأنف قد انتهى صحيحا – فى منطوقه – إلى القضاء بعدم قبول الدعوى المبتدأة ، فإنه يتعين لذلك القضاء برفض الاستئناف ، وتأييد الحكم المستأنف ، وفقا لما أنشأته محكمة ثانى درجة لنفسها من أسباب .

أولا : استئناف الحكم فى الدعوى رقم 27 لسنة 2018 تجارى جنوب القاهرة

وحيث إن المقرر أن قاعدة المصلحة مناط الدعوى ، وفقا للمادة 3 من قانون المرافعات تطبق عليها حال رفعها وعند استئناف الحكم الذى يصدر فيها . وأن مناط المصلحة الحقة ، سواء كانت حالة أو محتملة ، إنما هو كون الحكم المطعون فيه قد أضر بالطاعن . بما مؤداه ، فلا مصلحة له فيما يكون قد صدر به الحكم وفق طلباته أو

محققا لمقصوده منها . لما كان ذلك ، وكان الحكم المستأنف قد قبل دفع مورث المستأنفين المسطر فى جلسة 2016/6/11 بعدم قبول الدعوى المبتدأة ، لوجود اتفاق تحكيم ، ومن ثم فإنه بذلك يكون هناك تطابق بين دفاعه ومنطوق الحكم المستأنف ، ولذا فهو لا يعد خصما خاسرا . مما تنتقى معه مصلحته فى الطعن ، ويتعين والحال كذلك القضاء بعدم جواز الاستئناف عملا بالمادة 211 من قانون المرافعات .

وحيث إنه عن مصاريف استئناف الحكم الصادر فى الدعويين رقمى 11 لسنة 2016، 27 لسنة 2018 تجارى جنوب القاهرة ، شاملة مقابل أتعاب المحاماة ، فإن المحكمة تلزم بها المستأنفين عملا بالمواد 1/184 و240 من قانون المرافعات ، و1/187 من قانون المحاماة .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة فى مادة تجارية :

أولا : بقبول استئناف الحكم الصادر فى الدعوى رقم 11 لسنة 2016 تجارى جنوب القاهرة شكلا ، وفى الموضوع برفضه ، وبتأييد الحكم المستأنف ، وفقا لما أنشأته محكمة ثانى درجة لنفسها من أسباب .

ثانيا : بعدم جواز استئناف الحكم الصادر فى الدعوى رقم 27 لسنة 2018 تجارى جنوب القاهرة – السابق قيدها برقم 1413 لسنة 2016 مدنى جنوب القاهرة – .

ثالثا : بإلزام المستأنفين بمصاريف استئناف الحكم الصادر فى الدعويين رقمى 11 لسنة 2016 و27 لسنة 2018 تجارى جنوب القاهرة ، شاملة مقابل أتعاب المحاماة .

صدر هذا الحـكم وتلى علنا فى جلسة يوم الخمـيس 18 من رمضـان سنة 1445 هـ
الموافق 28 من مارس سنة 2024 م

أمين السر **رئيس المحكمة**

أما الهيئة التى سمعت المرافعة ، ووقعت على مسودة الحكم فهى مشكلة من السادة القضاة :

حسـنى عبدالمحسـن الشـريف رئـيس المحكمـة
خالـد فتحـى عبـدالجواد الـرئيس بالمحكمـة
محمـد محمـدى قنصـوة الـرئيس بالمحكمـة

أمين السر **رئيس المحكمة**