كلية الحقوق
قسم قانون المرافعات

الدفوع في التحكيم

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

من الباحث

محمد حسنى حسانين عتيق

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة:

أ.د/ سيد احمد محمود **(مشرفاً ورئيساً)**

أستاذ متفرغ بقسم قانون المرافعات بكلية الحقوق . جامعة عين شمس.
ووكيل الكلية لشئون التعليم والطلاب سابقًا.

أ.د/ محمود عمر التحيوى **(عضواً)**

أستاذ قسم قانون المرافعات بكلية الحقوق جامعة المنوفية ووكيل الكلية لشئون البيئة.

أ.د/ محمود مختار عبدالمغيث **(عضواً)**

أستاذ مساعد بقسم قانون المرافعات بكلية الحقوق جامعة حلوان.

٢٠١٩م

كلية الحقوق
قسم قانون المرافعات

صفحة العنوان

اسم الباحث: محمد حسنى حسانين عتيق

اسم الرسالة: الدفوع في التحكيم

الدرجة العلمية: الدكتوراه

القسم التابع له: قانون المرافعات

اسم الكلية: الحقوق

الجامعة: عين شمس

سنة التخرج: ٢٠٠١

سنة المنح: ٢٠١٩

كلية الحقوق
قسم قانون المرافعات

رسالة دكتوراة

اسم الباحث: محمد حسنى حسانين عتيق
اسم الرسالة: الدفوع في التحكيم
الدرجة العلمية: الدكتوراه
لجنة المناقشة والحكم على الرسالة:

أ.د/ سيد احمد محمود (مشرفاً ورئيساً)
أستاذ متفرغ بقسم قانون المرافعات بكلية الحقوق . جامعة عين شمس.
ووكيل الكلية لشئون التعليم والطلاب سابقًا.

أ.د/ محمود عمر التحيوى (عضواً)
أستاذ قسم قانون المرافعات بكلية الحقوق جامعة المنوفية ووكيل الكلية لشئون البيئة.

أ.د/ محمود مختار عبدالمغيث (عضواً)
أستاذ مساعد بقسم قانون المرافعات بكلية الحقوق جامعة حلوان.

الدراسات العليا

ختم الإجازة: أجيزت الرسالة: بتاريخ / /

موافقة مجلس الكلية موافقة مجلس الجامعة

بسم الله الرحمن الرحيم

وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ *
قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ
رَبِّي وَمَا أُوتِيتُم مِّنَ الْعِلْمِ
إِلَّا قَلِيلًا

(سورة الأسراء، أية ٨٥)

صدق الله العظيم

شكر وتقدير

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.أحمد الله تعالى حمدًا طيبًا مباركًا فيه كما ينبغي لجلال وجهه، ولعظيم سلطانه، على ما منَّ به عليَّ من إتمام هذا البحث، فله الحمد أولًا،وآخرًا.

أما بعد،،،

فانى أتوجه بخالص الشكر والتقدير إلى استاذى الفاضل **الأستاذ الدكتور/ سيد احمد محمود** أستاذ متفرغ بقسم قانون المرافعات بكلية الحقوق ـ جامعة عين شمس ووكيل الكلية لشئون التعليم والطلاب سابقًا على ما بذل سيادته من جهد كبير في الإشراف على هذا البحث، وقد عهدته دائما أبًا حانيًا، ومعلمًا متواضعًا، ومفكرًا مبدعًا، يشهد لتواضعه، واحترامه الجميع، فأسال الله أن يجعل ذلك في ميزان حسناته، وأن يجزيه عني خير الجزاء.

كما أتوجه بخالص الشكروالتقدير **للدكتور/ سيد أبو سريع** مدرس بقسم قانون المرافعات بكلية الحقوق ـ جامعة عين شمس على تحمل تبعات الإشراف على الرسالة، وحسن توجيهات سيادته، وإرشاداته، ورحابة صدره.

كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى الأستاذ **الدكتور/ محمود عمر التحيوى** أستاذ قسم قانون المرافعات بكلية الحقوق جامعة المنوفية ووكيل الكلية لشئون البيئة لقبول المشاركة فى لجنة المناقشة والحكم على الرسالة وعناء قراءتها و ابداء ملاحظاتة القيمة التى تثرى ذلك العمل فلسيادتة منى عظيم الشكر والتقدير.

كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى الأستاذ **الدكتور/ محمود مختارعبدالمغيث** أستاذ مساعد بقسم قانون المرافعات بكلية الحقوق جامعة حلوان لقبول المشاركة فى لجنة المناقشة والحكم على الرسالة وعناء قراءتها و ابداء ملاحظاتة القيمة التى تثرى ذلك العمل فلسيادتة منى عظيم الشكر والتقدير.

واخيرا اتقدم بوافر الشكر والامتنان الى كل من مد لى يد العون والمساعدة لانجاز هذا العمل راجيا من الله العلى القدير أن يجعل عملى هذا خالصا لوجهة وان يسدد خطاى ويلهمنى الصواب، والحمد لله رب العالمين،والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

الباحث

KLEEJA.COM

إهداء

أهدي هذه الرسالة إلي

أبي وأمي سندي في الحياة

الذين جادا علي بكل ما يملكان، فلم يتركا جهدًا إلا بذلاه، ولا نفيسًا ولا غاليًا إلا قدماه، ومهما تسابقت الكلمات، وتدافعت الألفاظ والعبارات لتفصح عن مكنون شكري وتقديري، فما وفيت لهما حقًا، ولا جميلا. أسال الله أن يجزيهما خير ماجزى به والدين عن ولدهما.

كما أهدي هذه الرسالة إلي

زوجتي الغالية

سيدة القلب، والحياة، التي كلما تأملت فيها، استحضرت نعمة الله عليَّ، ولا أدري كيف أسلك سبيل الشاكرين أمام ما قدمته لي جهد، ووقت كبيرين في سبيل إتمام هذا البحث، أسال الله تعالى أن يبارك فيكي، ويحفظك من كل سوء، مع خالص حبي، وامتناني.

كما أهدي هذه الرسالة إلي

أبنائي

عمر، زين، مالك

الى نور حياتى – الى ضياء عينى ودنياى – والوان الربيع بكل زهورها وامل المستقبل بكل جماله أوصى نفسى واياكم بتقوى الله عز وجل.

اشقائى

إلى من حبهم يجري في عروقي ويلهج بذكراهم فؤادي

الباحث

KLEEJA.COM

مقدمة

الحمد لله على إحسانه، و له الشكر على توفيقه، و امتنانه و أشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له؛ تعظيمًا لشأنه، و أشهد أن سيدنا محمدًا عبده، و رسوله الداعي إلى رضوانه، صلوات ربي، وسلامه عليه، و على آله، وصحبه، و خلانه، وإخوانه، و من اهتدى بهديه، و تمسَّك بشريعته إلى يوم الدين اما بعد،،،

يثير إتفاق التحكيم العديد من الدفوع التي يتعلق بعضها بوجود إتفاق التحكيم أو عدم وجوده ويتعلق بعضها الأخر بعدم إختصاص هيئة التحكيم بنظر موضوع النزاع المتعلق بالإتفاق وقد يكون هذا الإختصاص مبنيا على سقوط إتفاق التحكيم أو ببطلانه أو عدم شموله لموضوع النزاع. وهذه الدفوع على الرغم من إختلاف أهدافها، إلا أن المشرّع في أغلب التشريعات في العالم قد أعطاها تكييفا قانونيا متقاربا مع الإحتفاظ بالطابع الخاص لكل منها.

ولم يأت المشرع المصري بتعريف للدفوع، ولكنه قام بوضع مجموعة صور من الدفوع، بحيث يمكن للخصم التمسك بها في الخصومة المقامة بين الأطراف، حيث ترك تعريف الدفوع للفقه والقضاء وعلي الجانب الأخر فقد أكَّد الفقه الفرنسي على تحديد تسمية الدفع سواء كان إجرائيًا، أو بعدم القبول، أو موضوعيًا، فمن الأفضل عدم استخدام كلمة الدفع دون تحديد نوعه، بل يلزم أن نسميه بأنه دفع إجرائي مثلاً فالدفع يعد حقًا من الحقوق الأساسية من حقوق الدفاع للخصم، وهو أيضًا وسيلة يكفلها القانون للمدعى عليه للرد على الدعوي, تمكيناً له من الاعتراض عليها او على اجراءاتها وهو يقابل حق المدعي في الالتجاء إلى القضاء و ينشأ نتيجة استعماله.

وتعد الدفوع من القواعد التي يقوم عليها حقُّ الدفاع وهو الحق الذي كفله القانون في الرد المعطى لأي شخص على أى هجوم يقع عليه، ويقصد بحق الدفع هو حق الالتجاء إلى القضاء في إطار الأساس الذي يعترف به

المشرع للمدعي بأن يسلك طريق رفع دعواه في مواجهة الطرف الآخر، وفي المقابل من ذلك يعترف المشرع لهذا الشخص الأخير بحق الدفاع عن نفسه لهذا يرتبط حق الدفاع بفكرة المخاصمة القضائية، والتى تتجسد بحضور كل من أطراف الدعوى أمام القاضي، لكي يفصل بحكم في النزاع.

لذا، يعد حق الدفاع من أهم سمات القانون الإجرائي، فحق الدفاع حق مقدس يسعي إلى تحقيق المساواة في المراكز الإجرائية للخصوم أمام القاضي، وإن وقوع أى اختلال به ينعكس بشكل مباشر على فكرة العدالة ذاتها، بحيث ينعكس هذا الإختلال على علاقات أفراد المجتمع مما يشكل عليها عواقب وخيمة، من شأنها أن تجعل القواعد القانونية المنظمة لها بلا قيمة ولا جدوى منها.

فحق الدفاع مبدأ عالمي، ويتبلور ذلك، بما أوصت عليه الفقرة الأولى من المادة السادسة من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التى بنى عليها المجلس الأوروبي لسنة (١٩٥٠)، والمادة العاشرة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الأمم المتحدة لسنة (١٩٤٨) وهو أيضا ما أكدة الدستور المصري لسنة (٢٠١٤)

أما بالنسبة للدفع في التحكيم فقد كفلت تشريعات التحكيم المختلفة لأطراف التحكيم،وسيلة قانونية تساعدهم على إلزام قضاء الدولة بالتخلي عن نظر النزاع، وهي الدفع بوجود اتفاق التحكيم؛ إذ نصت المادة (٣/٢) من اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف بتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة (١٩٥٨) بأنه:(يتوجب على محكمة البلد المتعاقد التي تقام لديها قضية ذات علاقة باتفاقية معقودة بين الفرقاء ضمن نص هذه المادة، أن تحيل ذلك النزاع إلى التحكيم، وذلك بطلب من أحد الفرقاء إلا إذا تبين إلى المحكمة بأن تلك الاتفاقية لاغية وباطلة، أو إنها غير ملزمة، أو إنه ليس في الإمكان تنفيذها). كذلك تبنت معاهدة جينيف عام (١٩٦١م) بشكل غير مباشر مبدأ عدم

اختصاص القضاء الوطني في حالة وجود اتفاق على التحكيم؛ اذ تنص هذه المعاهدة في المادة (٦) فقرة (٣) على أنه:(في حالة عدم الالتجاء السابق إلى أية قضاء وطني، والشروع في اتخاذ إجراءات التحكيم فإن المحاكم القضائية في الدول المتعاقدة، والتي عهد إليها بالمنازعة المنصبة على ذات الموضوع المعروض على قضاء التحكيم وبين ذات الأطراف، أن تتوقف عن الفصل في الموضوع الخاضع لاختصاص المحاكم، إلا لأسباب خطيرة،وذلك حتى يتم صدور حكم التحكيم).

كما أخذ القانون النموذجي الصادرعن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام (١٩٨٥) في المادة(١/٨) بهذا الاتجاه فقد نص على أنه:(على المحكمة...أن تحيل الاطراف إلى التحكيم... مالم يتضح لها أن الاتفاق لاغٍ أو غير فعال، أو غير قابل للتنفيذ).

كما عدل المشرع الفرنسي مواد قانون المرافعات الفرنسي الجديد بموجب المرسوم رقم (٢٠١١/٨٤) إذ نصت المادة (١٤٤٨) منه على أنه :(إذا تم طرح نزاع متعلق باتفاق تحكيم أمام قضاء الدولة، فعلى المحكمة أن تقضي بعدم اختصاصها مالم يكن قد تم إحالة النزاع إلى محكمة التحكيم، وكان يظهر أن اتفاق التحكيم باطلا، أو غير قابل للتطبيق، وفي كل الأحوال فلا يجوز لمحكمة الدولة أن تقضي بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها...)

وقد نصت الماده(١/١٣) من قانون التحكيم المصري رقم (٢٧) لسنة (١٩٩٤) بقولها:(١.يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع يوجد بشأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إبدائه أي طلب أو دفاع في الدعوى...).

ونختتم المقدمه في أن الدفع بإتفاق التحكيم في الدعوى ما هو إلا نتيجة للأثر السلبي المترتب على إتفاق التحكيم نفسه، فإن عدم وجود هذا الدفع واتاحة التمسك به للخصم والازم المحكمة بالأخذ به عند توافر شروطه وأحكامه القانونية