كلية الحقوق
الدراسات العليا
قسم قانون المرافعات

# دور المحكم في تعديل العقد أثناء إجراءات خصومة التحكيم

## (دراسة مقارنة)

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

إعداد الباحثة

نعمه دسوقي عبد الفضيل

أعضاء لجنة المناقشة والحكم على الرسالة:

| | |
|---|---|
| **الأستاذ الدكتور/ أسامة أحمد شوقي المليجي** | **(مشرفا ورئيسا)** |
| أستاذ ورئيس قسم قانون المرافعات_ كلية الحقوق - جامعة القاهرة | |
| **الأستاذة الدكتورة/ سحر عبد الستار إمام** | **(عضـــوا)** |
| أستاذة قانون المرافعات وعميد كلية الحقوق – جامعة السادات | |
| **الأستاذ الدكتور/ عبد الحكيم عباس قرني عكاشة** | **(عضـــوا)** |
| أستاذ قانون المرافعات – كلية الحقوق – جامعة بني سويف | |

١٤٤٤ هـ-٢٠٢٢م

# إهداء

**الحمد لله وكفى وصلاة الله وسلامه على المصطفى وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا:**

**إلى روح أبي الطاهرة تغمده الله برحمته وأدخله فسيح جناته..**

**إلى أمي حفظها الله ورعاها برعايته...**

فمنهما تعلمت الصمود وحب الحياة، مهما واجهت من صعوبات.

**إلى أولادي عبد الله، أيتن، و صوفيا...**

زينة حياتي...ومصدر سعادتي.. من أجلهم ولهم.... كل حصاد حياتي.

**إلى روح أستاذي الدكتور محمود مصطفى يونس..**

تغمده الله برحمته وأدخله فسيح جناته.

**إلى أستـــاذي الدكتور أسامة أحمد شوقي المليجي..**

الذي لم يبخل يوما في إعطائي المعلومة ولم يدخر جهدا في مساعدتي

**إلى من وهبني الأمل في كل لحظة أحسست فيها باليأس..**

**إليكم جميعا أهدي ثمرة جهدي،،**

## مقدمة

يعيش التحكيم حالياً أزهى عصوره، إذ لم يعد مجرد نظام استثنائي لمناقشة العدالة التي تنظمها الدولة أو حتى نظاما مصاحباً وقرينا لها بل أصبح كقضاء أصيل؛ نظراً لما يتمتَّع به من قبول عالمي [١] جعله من أهم الطرق القانونية المعاصرة في مجال حسم المنازعات. [٢]

فإذا كانت العدالة في الدولة المعاصرة تتميز بكونها عدالة عامة تمارسها الدولة من خلال القضاء، فإن اعتبارات مُتعددة اقتضت ألاَّ يبقى قضاء الدولة هو المحتكر الوحيد لحسم المنازعات، وإنما يشاركه في ذلك وفي نطاق منازعات معينة قضاء التحكيم، بحسبانه طريق قانوني منظم معترف به في كافة الأنظمة القانونية والاتفاقيات الدولية.

فلا غلو في الدور المتعاظم الذي أصبح يحتله المُحَكِّم [٣] في الوقت الراهن في سبيل أداء مهمته، حيث أصبح يتمتع بالعديد من السلطات والصلاحيات الواسعة [٤] التي يستمدها من إرادة الأطراف

---

(١) ومن أهم هذه المزايا سرعة الفصل في المنازعات، التحرر من كل القيود التي تتضمنها القوانين الوطنية، وتفادى البطء الذي تعرفه عادة المحاكم العادية، وتعدد إجراءات التقاضي فيها، بالإضافة إلى الحرية التي يتمتع بها الأطراف، في اختيار المحكمين، وكذلك الحرية في اختيار القانون الذي ينطبق على موضوع النزاع، والحرية في اختيار مكان ولغة التحكيم والسرية التي يتصف بها هذا الأخير. راجع/ د.ماهر مصطفي محمود، "الرقابة القضائية علي حكم التحكيم"، بحث منشور بمجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية بنات، دمنهور، العدد الثاني، المجلد التاسع، ٢٠١٧، ص ٢٥٢؛ د.صالح جاد الله عبد الرحمن المنزلاوي، الرقابة القضائية على التحكيم، مجلة القضاة المصرية، السنة الحادية والثلاثون، العدد الأول والثاني، ١٩٩٩، ص٤٥؛ د.سيد أحمد محمود، خصومة التحكيم القضائي، التحكيم المختلط، وفقا للقانون الكويتي رقم ١١ السنة ١٩٩٥، مؤسسة دار الكتب للنشر والتوزيع، ١٩٩٧، ص ٢٨ ومابعدها.

(٢) المنازعة واقعة عرضية تطرأ على الحياة العملية للقانون دون أن تغير في المراكز القانونية ولكنها تعكر السلام الاجتماعي، لذا يتدخل القضاء لحسم هذه المنازعة عن طريق القانون، ولا يلجأ القضاء للقانون كغاية وإنما كوسيلة لحل التنازع وضمان عدالة الحل الذي يعطيه للنزاع. وتتخذ فكرة المنازعة –عند البعض–صورة شكلية وأخري موضوعية: بالنسبة إلى الصورة الشكلية فيقصد بها إجراءات الخصومة تلك الإجراءات التي تقوم على أساس المواجهة بين الخصوم، والتي بناء عليها يصدر حكم منهي للخصومة، ويعد هذا الحكم عملا قضائيا، أما القرارات التي تصدر دون اتباع هذه الإجراءات أي دون مواجهه بين الخصوم، كالأوامر على العرائض فإنها لا تعد أعمال قضائية وذلك كله بصرف النظر عن وجود مناظر حقيقيه. أما الصورة الموضوعية فتعني تنازعا حقيقيا بين إرادة الخصوم أو تقديراتهم القانونية او تنازعا بين مصالحهم مما يعكر السلام الاجتماعي ولذا تصبح وظيفة القضاء عندهم إعادة السلام الاجتماعي عن طريق حل هذا التنازع. راجع/ د.وجدي راغب، د.أحمد ماهر زغلول، د.يوسف يوسف أبو زيد، مبادئ القضاء المدني" قانون المرافعات"، الجزء الأول، الحماية القضائية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ٢٦–هامش ص ٢٧.

(٣) تعرف محكمة النقض المصرية المحكم بأنه " الشخص الذي يعهد إليه – بمقتضى الاتفاق على التحكيم أو في اتفاق مستقل – بفض نزاع بين طرفين أو أكثر والاشتراك في المداولة بصوت معدود وفى إصدار الحكم وفى التوقيع عليه".الطعن رقم ٢٠٤٧ لسنة ٨٣ قضائية، الدوائر التجارية – جلسة ٢٠١٥/٥/٢٦". منشور علي الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية: www.cc.gov

(٤) هناك فارق بين سلطات المحكم وصلاحياته، فالسلطة أعم في دلالتها، فالسلطة هي: التسلط والسيطرة والتحكم، أما الصلاحيات فهي مدي ما يخول القانون التصرف فيه. راجع/ المعجم الوسيط، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، مادة سلط، مجمع اللغة العربية، ١٩٨٣، ص٤٦٠.

# الفهرس

## دور المُحَكَّم في تعديل العقد أثناء إجراءات خصومة التحكيم


المقدمة ..... ١

مبحث تمهيدي: ماهية سلطات المُحَكَّم ..... ١١

المطلب الأول: تحديد علاقة المحكم بأطراف التحكيم ..... ١٢

الفرع الأول: الاتجاه المؤيد للمركز التعاقدي للمحكم ..... ١٣

الفرع الثاني: الاتجاه المؤيد للمركز القانوني للمحكم ..... ١٥

المطلب الثاني: مصدر سلطات المحكم ..... ٢٠

الفرع الأول: السلطة الممنوحة للمحكم بموجب القانون ..... ٢١

الفرع الثاني: السلطات الممنوحة للمحكم بموجب اتفاق التحكيم ..... ٢٢

الفرع الثالث: مسئولية المُحَكَّم ..... ٢٣

الباب الأول

سلطة المُحَكَّم في موائمة العقد مع الظروف الجديدة

الفصل الأول: مظاهر سلطة المُحَكَّم في موائمة العقد ..... ٢٧

المبحث الأول: سلطة المُحَكَّم في تعديل العقد في مرحلة تكوينه ..... ٢٨

المطلب الأول: سلطة المُحَكَّم في فض النزاعات الناشئة عن عقود المفاوضات ..... ٢٩

الفرع الأول: أحكام سير التفاوض وما يخضع له من قواعد قانونية ..... ٣٠

الفرع الثاني: دور المُحَكَّم في حماية الطرف حسن النية حال العدول عن المفاوضات ..... ٣٤

المطلب الثاني: سلطة المُحَكَّم في تعديل الشروط التعسفية في العقود النموذجية ..... ٤٥

الفرع الأول: تعريف العقود النموذجية ..... ٤٦

الفرع الثاني: دور المُحَكَّم في تعديل شروط العقد النموذجي ..... ٥٠

المطلب الثالث: سلطة المُحَكَّم في تعديل العقد بسبب الاستغلال ..... ٥٨

الفرع الأول: تعريف الاستغلال ..... ٥٩

الفرع الثاني: دور المُحَكَّم في تعديل التزامات الأطراف غير المتعادلة ..... ٦١

المبحث الثاني: سلطة المُحَكَّم في تعديل العقد في مرحلة تنفيذه ..... ٦٥

المطلب الأول: الطرق التي يلجأ اليها المُحَكَّم لتعديل التزامات الأطراف ..... ٦٦

الفرع الأول: وقف تنفيذ العقد ..... ٦٧

الفرع الثاني: اقتضاء الوقف ورد الالتزام إلى الحد المعقول ..... ٧٣

المطلب الثاني: الظروف الطارئة كأساس لتعديل العقد ..... ٧٧

الفرع الأول: المقصود بنظرية الظروف الطارئة..... ٧٨
الفرع الثاني: دور المُحكّم في تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقد..... ٨١
المطلب الثالث: الشرط الجزائي كأساس لتعديل العقد (التعويض الاتفاقي)..... ٨٩
الفرع الأول: ماهية الشرط الجزائي..... ٩١
الفرع الثاني: شروط استحقاق الشرط الجزائي..... ٩٥
خلاصة الفصل الأول..... ١٠٥
الفصل الثاني: دور المُحكّم إزاء تعديل القواعد القانونية التي تحكم موضوع النزاع..... ١٠٦
المبحث الأول: حدود سلطة المُحكّم إزاء التغييرات التشريعية..... ١٠٧
المطلب الأول: القيد التشريعي المنصب على العقد..... ١٠٨
المطلب الثاني: دور المُحكّم في مواجهه التغييرات التشريعية..... ١١٢
المبحث الثاني: دور المحكم إزاء الاحتجاج بالتغيرات الجديدة والتهديد بفسخ العقد..... ١١٩
المطلب الأول: التعديل الاتفاقي للعقد وآلياته..... ١٢٠
الفرع الأول: تعريف التعديل الاتفاقي..... ١٢١
الفرع الثاني: آليات التعديل الاتفاقي وملائمة العقد للظروف الجديدة..... ١٢٢
المطلب الثاني: دور المُحكّم في تفعيل شروط مراجعة العقد..... ١٢٧
الفرع الأول: وجود شروط التعديل التلقائي في العقد..... ١٢٨
الفرع الثاني: وجود حكم متعلق بالنظام العام في القانون الواجب التطبيق يخالف شروط العقد..... ١٣٥
خلاصة الفصل الثاني..... ١٥٣

## الباب الثاني

## القيود الواردة على سلطة المُحكّم في التعديل وحدود اعتبار حكمه مصدراً للالتزام

الفصل الأول: القيود الواردة على المُحكّم في تعديل العقد..... ١٥٤
المبحث الأول: القيود التقليدية التي تحد من سلطة المُحكّم في إجراء التعديل..... ١٥٥
المطلب الأول: ألا يترتب على التعديل إعادة بناء العقد..... ١٥٦
الفرع الأول: استمرار الرابطة العقدية الأصلية..... ١٥٨
الفرع الثاني: خلق عقد صحيح من العقد الأصلي الباطل..... ١٦١
المطلب الثاني: ألا ينطوي التعديل على غش..... ١٦٦
الفرع الأول: ماهية الغش..... ١٦٧
الفرع الثاني: الغش الذي يمتنع على المحكم اتيانه أو السماح للأطراف به..... ١٧١
المطلب الثالث: احترام المُحكّم للنظام العـــام..... ١٧٧

الفرع الأول: ماهية النظام العام.....١٧٨
الفرع الثاني: دور النظام العام في تحديد اختصاص المحكم لتعديل العقد.....١٨٦
المبحث الثاني: القيود الخاصة بعملية التحكيم ذاتها.....١٩٠
المطلب الأول: تدخل القضاء كقيد على المُحَكَّم أثناء الخصومة.....١٩١
الفرع الأول: تدخل القضاء في تعيين المُحَكَّم ورده.....١٩٢
الفرع الثاني: تدخل القضاء في مجال الإثبات واتخاذ الإجراءات الوقتيه والتحفظية.....١٩٧
المطلب الثاني: تدخل القضاء كقيد على المُحَكَّم بعد صدور الحكم وعند طلب وتنفيذه.....٢٠٣
الفرع الأول: تدخل القضاء كقيد على المُحَكَّم في رقابة حكمة وتنفيذه.....٢٠٤
الفرع الثاني: تدخل القضاء كقيد على المُحَكَّم للنظر في دعوي بطلان حكمه.....٢١٢
الفصل الثاني: حدود اعتبار حكم التحكيم المقر بالتعديل مصدراً لالتزام الأطراف.....٢١٩
المبحث الأول حكم التحكيم وتحديد طبيعته القانونية.....٢٢٠
المطلب الأول: مفهوم حكم التحكيم.....٢٢١
الفرع الأول: تعريف حكم التحكيم والمفاهيم المشابهة له.....٢٢٢
الفرع الثاني: عملية إنشاء حكم التحكيم (كيفية صدوره).....٢٣٠
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لحكم التحكيم.....٢٤٠
الفرع الأول: حكم التحكيم المُقر بتعديل العقد عمل قضائي.....٢٤١
الفرع الثاني: حكم التحكيم المقر بالتعديل عقد.....٢٤٥
الفرع الثالث: حكم التحكيم المقر بالتعديل ذو طبيعة ذاتية خاصة.....٢٤٧
المبحث الثاني: تحليل وظيفة المُحَكَّم وهو بصدد إعداد الحكم المُقر بالتعديل.....٢٥٠
المطلب الأول: تحليل وظيفة المُحَكَّم شكلاً.....٢٥١
الفرع الأول: طلب التحكيم.....٢٥٢
الفرع الثاني: حل النزاع.....٢٥٥
الفرع الثالث: حكم منهي للخصومة.....٢٥٩
المطلب الثاني: تحليل وظيفة المُحَكَّم موضوعاً.....٢٦٢
الفرع الأول: اجتهاد المحكم في استنباط قاعدة قانونية عند افتقاد النص.....٢٦٣
الفرع الثاني: دور المحكم في تطبيق القاعدة المستنبطة لحل النزاع.....٢٦٦

المبحث الثالث: حكم التحكيم مصدر التزام الأطراف وليس العقد ..... ٢٧٦
المطلب الأول: حكم التحكيم المقر بالتعديل ذو طبيعة مركبه ..... ٢٧٧
الفرع الأول: الدور المنشئ لحكم التحكيم ..... ٢٧٨
الفرع الثاني: الاعتراف للمحكم بالسلطة التقديرية ..... ٢٨٣
المطلب الثاني: مدي إلزامية حكم التحكيم المقر بالتعديل على الأطراف والغير ..... ٢٨٨
الفرع الأول: إلزامية حكم التحكيم بالنسبة للأطراف ..... ٢٨٩
الفرع الثاني: إلزامية حكم التحكيم لغير الموقعين على العقد ..... ٢٩٢
خلاصة الفصل الثاني ..... ٣٠٠
الخاتمة ..... ٣٠١
النتائج ..... ٣٠٣
التوصيات والمقترحات ..... ٣٠٦
قائمة المراجع ..... ٣١٣
الفهرس ..... ٣٤٠

## الملخص

تدور فكرة البحث حول دور المحكم في تعديل العقد وموائمته مع ما طرأ عليه من ظروف شاقة وأحداث غير متوقعة تختلف عن الظروف التي أبرام فيها، استثناءً من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، إذْ أن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين يعنى أنه لا يجوز تعديل العقد ولا إلغائه إلا برضاء جميع الأطراف، كما لا يجوز للمحكم من حيث الأصل أن يقترب من شروط العقد كونه ليس طرفاً فيه، إلا إن الواقع العملي للتحكيم كشف عن عدم تطبيق هذا المبدأ في بعض الحالات التي تصيب العقد باختلال فادح وتهدده بالزوال.

ولا تعد وظيفة المحكم في تعديل العقد قياساً على وظيفة القاضي في القانون المدني لعدم توافر شروط القياس، ولا يتوقف تعديل العقد على إرادة الأطراف لتعلق هذه الظروف بقواعد النظام العام فأمام النظام العام تنعدم كل إرادة وتتلاشي.

وابتناء على ما تقدم فإن أهم ما يميز عمل المحكم إزاء تعديل العقد هو العمل الإنشائي الذي يتمكن بموجبه من إعطاء حل عادل يقوم على مراعاة قواعد العدالة والإنصاف وفق ضوابط قانونية معينة شديدة التضييق والتقييد، ويصبح حكمه المقر بالتعديل مصدراً لالتزام الأطراف وليس العقد كما هو معروف قانوناً.



## Abstract

**This study dealt with the most important element of the arbitration process, The role of the arbitrator in the content of contract amend during the arbitration Dispute and adapting it with the difficult or unexpected circumstances exception to The pacta sunt servanda which means that the contract cannot be modified or canceled without full consent of all parties, just as the arbitrator cannot, in principle, However, the practical reality of arbitration revealed that this principle was not applied in some cases where the contract was seriously disrupted and threatened to disappear.**

**Finally, the role of the arbitrator cannot be legal analogy of the role of the judge because the conditions of analogy are not available, and it's doesn't depend on the will of the parties because these Unforeseen circumstances relate to the rules of public order, so in front of the public order all will is absent.**

**Accordingly, the most important element of the arbitrator job is the constructive work according and his Arbitral Award becomes a source of obligation for the parties and not the contract [illegible]**