كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية

العمادة

دور رقابة القضاء في حماية المتعاقد من بنود التحكيم التعسّفية

(دراسة مُقارِنة)

رسالة أُعدّت لنيل شهادة الماستر البحثي في الحقوق

إختصاص قانون أعمال

إعداد

تهاني محمود قمح

لجنة المناقشة

الدكتور: يحيى محمد ضاهر	الأستاذ المشرف	رئيساً
الدكتور: كاتيه عيد عيد	استاذ مساعد	قارئاً
الدكتور: محمد أحمد حبحب	استاذ مساعد	عضواً

السنة: 2024-2025

الجامعة اللبنانية غير مسؤولة عن الآراء الواردة في هذه الرسالة وهي تعبر عن رأي صاحبها فقط.

الإهداء

إلى الأرواح التي وجدت ضالتها بعد الغرق في متاهات هذا الكون،

وعبرت النور بعد ليالٍ مظلمة للروح ، نوراً وجدته وسط الظلام،

إلى كل من زرع في نفسي بذورَ تشجيعٍ وأمل أثمر ما أنا عليه اليوم،

إلى رفيق دربي، وإبنتّي عيني التي أرى فيهما الحياة، أتمنى أن تفخروا بي يوماً،

وأخيراً إلى روحي التي علمت أنها لم تُخلق عبثاً ولديها رسالة في هذه الحياة...

قائمة المختصرات باللغة العربية:

المختصرات

ق.إ.م.إ : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

ق.إ.م.ف.ج : قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد

ق.أ.م.م : قانون أصول المحاكمات المدنية

قائمة المختصرات باللغة الأجنبية:

المختصرات

A.A.A: American Arbitration Association.

C.C.I : Chambre de Commerce International.

UNCITRAL: United Nations Commission on International Trade Law.

LCI: London Court Of International Arbitration.

L.G.D.J: Librairie Générale de droit et de Jurisprudence.

CNUDCI: Commission des Nations Unies pour le droit du Commerce International Commercial.

REV-ARBI : Revue de l'arbitrage.

Civ.2 : Cour de Cassation, Chambre civile 2.

ECOSOC: Conseil économique et social.

Abstract:

This study aims to highlight the crucial role of judicial oversight in protecting contracting parties from abusive arbitration clauses. With the decline of the state's role as a regulatory authority in favor of free trade and market economy, legislators have adopted protective laws, most notably the Lebanese and French consumer protection laws, and the European Directive of April 5, 1993, which addresses the protection of consumers from unfair terms now recognized as adhesion clauses in both civil and commercial contracts. This study will demonstrate the extent to which these protective laws are connected to public order and the rights they grant to consumers in national courts to protect them from abusive terms.

This research seeks to establish the foundational principles and criteria for judges to employ when reviewing arbitration clauses and to determine the extent to which such clauses can be declared unenforceable if deemed abusive, potentially stripping arbitrators of their jurisdiction in favor of national courts. Furthermore, the research considers the judicial oversight exercised over arbitration clauses during the enforcement stage of arbitral decisions based on unfair arbitration clauses.

Résumé

Cette étude vise à mettre en lumière le rôle crucial du contrôle judiciaire dans la protection des parties contractantes contre les clauses compromissoires abusives. Avec le recul du rôle de l'État en tant qu'autorité de régulation au profit du libre-échange et de l'économie de marché, les législateurs ont adopté des lois protectrices, notamment les lois sur la protection du consommateur au Liban et en France, ainsi que la directive européenne du 5 avril 1993, qui traite de la protection des consommateurs contre les clauses abusives, désormais reconnues comme des clauses d'adhésion dans les contrats civils et commerciaux. Cette étude démontrera dans quelle mesure ces lois protectrices sont liées à l'ordre public et les droits qu'elles confèrent aux consommateurs devant les juridictions nationales afin de les protéger contre les clauses abusives. Cette recherche vise à établir les principes et critères fondamentaux que les juges doivent appliquer lors de l'examen des clauses compromissoires et à déterminer dans quelle mesure ces clauses peuvent être déclarées inapplicables si elles sont jugées abusives, ce qui pourrait priver les arbitres de leur compétence au profit des juridictions nationales. En outre, l'étude s'intéresse au contrôle judiciaire exercé sur les clauses compromissoires lors de la phase d'exécution des sentences arbitrales fondées sur des clauses d'arbitrage abusives.

المقدمة

بدايةً يُعتبر القضاء صاحب السلطة الأصيلة التي أولتها الدولة فض نزاعات الأطراف، وجعل منه أداةً لتحقيق العدل وحماية المصالح الخاصة والإجتماعية العامة عبر تطبيق القانون.

إلاّ أن الحاجات العملية المستجدة للأفراد، جعلت الأطراف يرغبون في حل نزاعاتهم بعيدًا عن تلك السلطة، وذلك عبر مؤسسة أوجدتها الضرورة أكانت محلية او دولية، ألا وهي التحكيم.

لم يعد التحكيم كوسيلة لفض النزاعات قاصراً على حل منازعات أطراف العقود الداخلية بل تعداه إلى تسوية منازعاتهم في العقود الدولية سواء كانت هذه المنازعات بين الدول، أم بين الدولة والأفراد، أم بين الأفراد بعضهم ببعض.

يولي التحكيم سلطة حل النزاعات لأشخاص من غير الخصوم[1]، وقد أقرّت المجتمعات والدول هذه الأداة على قاعدة إحترام مبدأ جرى تكريسه في معظم القوانين والإتفاقيات الدولية ألا وهو سلطان الإرادة والذي يعترف بحق وبحرية الأطراف بإعمال إرادتهم الخاصة والمتعلقة بحقوقهم، مما يستوجب على الدولة بسلطانها احترام هذه الإرادة.

لقد شهدت التجارة الدولية ، وما تزال تطورًا كبيرًا فرضته الطبيعة البشرية وأشكال التجارة العالمية، والإستثمار، والإستهلاك العالمي، الذي ينمو ويضطرد، ضمن أُطر جديدة ومتنوعة، تسُد حاجات الأفراد والدول، وتهدف الى التسهيل والسرعة والأنسيابية البعيدة عن الروتين والبيروقراطية ومن خلال الأساليب والوسائل التكنولوجية، التي تنقل التجار من طرف العالم إلى طرفه الآخر بلمسة واحدة في ثوان معدودة.

وبعد أن أصبح العالم قرية كونية واحدة، وما كان يتم بأيام أو بأشهر بات يتم في دقائق، وأحياناً في ثواني، أصبحت المعلومات والثقافات والخبرات من مختلف بقاع الأرض متاحة لكل من يشاء وقابلة للتأثير والتأثر في وقتٍ محدود، مما فتح أبواب مختلف الدول أمام شركات من جنسية دول أخرى، أو حتى شركات متعددة الجنسيات.

---

[1] United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), *Model Law on International Commercial Arbitration*, with Guide to Enactment 1985, with amendments as adopted in 2006, United Nations Publication, Vienna, 2008, p. 14.

إزاء هذا الدور الجديد الذي يلعبه المستهلكون في ظل التطورات المتلاحقة للتجارة الدولية، وثورة الإتصالات، بات لزامًا أن تنشأ عقود جديدة تتلاءم مع طبيعة العلاقات الفردية بين المستهلكين أو البائعين، حمايةً للمستهلكين، وحقوق الملكية، وأنظمة التسليم، والتصنيف وغيرها، الأمر الذي أسبغ على هذه المعاملات سمات خاصة ولم يكن ذلك إلا إنعكاس لأهمية التجارة الدولية وظهور أشكال جديدة في المعاملات الدولية طغت أهميتها على العقود العادية خاصًة عقود نقل التكنولوجيا وعقود التعاون الصناعي وعقود الشركات المشتركة وبدأت هذه العقود وغيرها تنتشر في معظم الدول منذ بداية النصف الثاني من القرن العشرين وأقترن بها عادات ومصطلحات حديثة، بحيث أقتضى الفصل في المنازعات المتعلقة بها إدراك سماتها البارزة المميزة والإلمام بمتطلبات هذا النوع الجديد من العقود في المعاملات الدولية .

وطالما أن التحكيم يتناسب بصورة طردية مع رواج المبادلات التجارية بمختلف فروعها غير المحدودة، فقد بات معروفًا مدى إزدهار التحكيم في العصر الحالي كنتيجة منطقية لزيادة حجم التبادلات والمعاملات على المستوى الدولي.

ونلفت بأن اللجوء الى نظام التحكيم يجب ان يكون مُؤسّس على إتفاق رضائي إختياري بين الفرقاء وليس بناءاً على القانون مباشرةً وإنه ليس نظاماً إذعانياً أو اجبارياً وهذا هو الشأن في التحكيم في نزاعات الاستثمار[1].

إن الذي أوجَد التحكيم بذاتيته القائمة وبصورته الحاضرة المرتكزة على مفاهيم خاصة محددة يجب الركون إليها دائماً وإعتبارها كمرجعية تحكيمية هو التطور التجاري السائد في مجال التجارة العالمية.

فمن الحتمي ان يكتسب موضوع التحكيم ومعه التحكيم التجاري الدولي مكانة بارزة في الفكرين القانوني والاقتصادي على المستوى العالمي، وذلك على أثر توجه المجتمع الدولي نحو زيادة المبادلات الاقتصادية وعمليات التجارة الدولية، وعدم ملائمة التطبيقات القانونية الداخلية لتسوية ما ينشأ عنها من منازعات.

مما يعني أن هناك علاقة تناسبية بين نظرية التحكيم والطابع العملي الحر السائد في مجال عقود التجارة المتضمنة العادات والأعراف والمبادئ التجارية الراسخة، خاصًة في الدول الأجنبية صاحبة التأثير الأكبر في الإقتصاد على الصعيد الدولي ، وفيها لا يفُرض على المتعاقدين والمحّكمين الكثير من القيود المتبعة في

[1] American Arbitration Association (AAA), *What is Arbitration?*, Official Website of the AAA, 2023. Available at: https://www.adr.org/Arbitration

القوانين والمحاكم النظامية بل ويتحررون من أكثرها، والإضطرار في حالات عديدة إلى الخروج عن منطوق النصوص الموضوعية أو الشكلية غير المتطورة أحياناً أو غير المناسبة في أحيانٍ أخرى.

يمتاز التحكيم بجملة خصائص تجعله من أنجع الوسائل، التي يلجأ اليها المتخاصمون لفض المنازعات الناشئة بينهم نتيجة المعاملات المدنية أو التجارية، لما يتمتع به من خصوصية تجعله خيارًا مُفضلًا في فض تلك النزاعات دون اللجوء الى القضاء المحلي لدى دولهم التي ينتمون اليها بجنسيتهم ، لذا فهو يُعرّف بالقضاء الخاص كونهم يلجأون إليه باتفاقهم وبمحض إرادتهم، بصورة إختيارية والمقصود بهذه الصفة هي الاتفاق على اللجوء الى التحكيم دون اللجوء الى القضاء العام في المحاكم المنُصّبة من قبل دولهم لفض النزاعات.

يلعب التحكيم دورًا فعّالًا كوسيلة لحل المنازعات الناشئة بين الأفراد، سواء على الصعيد الدولي أو الوطني. ويعود تفضيل الأطراف للجوء إلى التحكيم بدلاً من القضاء العادي إلى المزايا التي يوفّرها كالسرية، والتخصص، والمرونة في مواجهة جمود القواعد القانونية، سواء كانت موضوعية أو إجرائية، ما لم تكن هذه القواعد متصلة بالنظام العام الدولي في الدولة التي يُعقد فيها التحكيم أو في الدولة التي يُطلب تنفيذ الحكم على أراضيها.

أصبح التحكيم وسيلة أصلية قائمة على الاتفاق لحل المنازعات، ولا يصح حصر تفسيره في إطار العقد أو القضاء أو الجمع بينهما، إذ إن التحكيم يُفهم على حقيقته كآلية قانونية مستقلة ذات طبيعة خاصة، تتميز بروح مختلفة وخصائص ذاتية متفردة تمنحه طابعًا مميزًا عن القضاء التقليدي. وقد أدرك الفلاسفة الإغريق ثم الفقهاء الرومان من بعدهم هذه الخصوصية، فبيّنوا أن التحكيم ليس صورة من صور القضاء، بل هو وسيلة بديلة عنه بطبيعة قانونية متميزة[1].

فمحاولة إخضاع التحكيم لينطوي تحت فكرة أو نظام أكثر عمومية والإضطراب في التأصيل يسببان الكثير من الخلط في شأن القضايا التحكيمية، وقد يؤدي إلى نتائج غير دقيقة، ويؤدي في أغلب الأحيان إلى حلول ضبابية بشكلٍ مفرط نظرًا لعموميتها والإفتقار إلى الوضوح والتحديد.

---

[1] ارتبط التحكيم في القانون الروماني بفكرة **compromissum**(الاتفاق الطوعي)، وهو نظام اعتبره الرومان وسيلة بديلة للتسوية، تختلف عن القضاء الرسمي، إذ يتمتع الأطراف بحرية اختيار المحكم وإبرام الاتفاق لإنهاء النزاع، دون أن تكون هناك حاجة للتقيد بإجراءات المحاكم الرسمية.https://www.reddit.com/r/ancientrome/comments/1hogv4p ، تاريخ الدخول: 19 تموز 2025، الساعة 12:57 ظهرًا.

إن أطراف هذه المعاملات وجدوا ضالتهم المنشودة بواسطة محكّمين يمكنهم الإتفاق على تسميتهم للفصل فيما يُمكن أن يظهر بينهم من منازعات بشأنها، بل وأكثر من ذلك تتجلى بوضوح إرادتهم في تنظيمه بدءاً من الإتفاق على التحكيم وتحديد مجاله، وبيان ما يشتمل عليه من تلك الموضوعات التي تُحل عن طريق التحكيم وإجراءاته، وتحديد الدولة التي سيتم فيها التحكيم والقانون الذي يبت النزاع شكلًا وموضوعًا.

كل تلك العوامل ساعدت من ناحية أخرى على إزدهار نظام التحكيم وإنتشاره وقيام مجموعة مراكز بتطبيق مبادئه لا سيما قواعد لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي.

ونشير هنا إلى الدور الكبير الذي لعبته الهيئات الدولية في خدمة التجارة الدولية عن طريق إصدارها سلسلة من القوانين، المتمثلة في الاتفاقيات الدولية ومن أهمها البرتوكول المتعلق بشرط التحكيم لسنة 1923[1] واتفاقية الاعتراف بالأحكام التحكيمية بنيويورك سنة 1958[2] واتفاقية تنفيذ الأحكام التحكيمية بجنيف سنة 1965 [3]، واتفاقية تهم حل نزاعات الاستثمارات لسنة 1965[4].

---

[1] بروتوكول جنيف المتعلق بشرط التحكيم لعام 1923 ، تم اعتماده من قبل عصبة الأمم في جنيف بتاريخ 24 أيلول 1923، ويُعد أول وثيقة دولية وضعت أساسًا قانونيًا لإلزامية شرط التحكيم في العقود التجارية الدولية.

[2] اتفاقية نيويورك بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لعام 1958 ، تم تبنيها من قبل منظمة الأمم المتحدة في نيويورك بتاريخ 10 حزيران 1958، ودخلت حيز التنفيذ في 7 حزيران 1959. تُعد من أهم الاتفاقيات في مجال التحكيم التجاري الدولي. راجع United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York, منشورة على موقع https://uncitral.un.org

[3] اتفاقية جنيف لتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية لعام 1927 ، تم اعتمادها من قبل عصبة الأمم في 26 أيلول 1927، وجاءت مكملة لبروتوكول 1923، وهدفت إلى تنظيم تنفيذ الأحكام التحكيمية الأجنبية في الدول المتعاقدة.

[4] اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا دول أخرى لعام 1965) اتفاقية الإكسيد(ICSID – تم اعتمادها من قبل البنك الدولي في واشنطن بتاريخ 18 آذار 1965، ودخلت حيز التنفيذ في 14 تشرين الأول من العام نفسه. أنشأت مركز تسوية منازعات الاستثمار (ICSID) ، وتُعتبر مرجعية أساسية في التحكيم الاستثماري.
راجع Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of States (ICSID Convention), Washington D.C., 1965. Other منشورة على موقع: ICSID
https://icsid.worldbank.org

دون أن نغفل أيضاً عن دور لجنة الأمم المتحدة في إصدار مجموعة من القوانين[1]، التي تم اعتمادها من طرف العديد من الدول.

وفي سعيها نحو تدويل عقودها مع الغير بشكل يواكب متطلبات الحريات المتقدمة، التي تُعتبر الأساس الذي تنبني عليه العلاقات التجارية المعاصرة، كان التصميم من قبل الشركات الكبرى على إعتبارها إدراج الإتفاق على التحكيم عنصراً مهماً، ومن ثم الإنسلاخ التدريجي عن القوانين الداخلية وأيضاً إبتعادها قدر المستطاع عن القضاء عند حل منازعاتها.

وبررت كل ذلك بأن الإعتراف بفكرة العقد الطليق المُتحرر من سلطان القوانين الداخلية ليست بالمهمة السهلة على أي قاضي وطني كذلك الأمر الخروج عن قواعد الإسناد[2] المُتبعة في بلد ذلك القاضي. فغالباً ما تخضع منازعات تلك العقود في مجال التحكيم للأعراف والعادات التجارية الدولية وللمبادئ العامة المُوحدة للقانون[3] في الدول المُتحّضرة، والتي تشكلت تدريجياً وبشكل فعلي في أسواق التجارة الدولية المنفتحة على إطار نظام قانوني يُفترض به أن يكون وطني ومُحدد.

تجدر الإشارة أن الأطراف قد يتنازعون حول اتفاق التحكيم ذاته وصحته وسريانه وشموله لموضوع نزاعهم وقد لا يوافق أحدهم على أعمال إتفاق التحكيم أساساً والسير فيه قُدماً، مما يقتضي بالضرورة تدخل القضاء في

---

[1] دور لجنة الأمم المتحدة UNCITRAL لا يتمثل في حظر البنود التحكيمية، بل في توفير إطار قانوني مرن وعادل يوازن بين حرية التعاقد وحماية الطرف الأضعف .فهي لا تعتبر أن التحكيم في حدّ ذاته تعسفي، لكنها تؤكد أن الشروط المحيطة به يجب أن تُصاغ ضمن ضوابط واضحة تضمن العدالة وتمنع الاستغلال أو الإذعان

[2] قواعد الإسناد (Les règles de conflit de lois) هي قواعد قانونية **تستخدمها المحاكم الوطنية لتحديد القانون الواجب التطبيق** على علاقة قانونية ذات طابع دولي، عندما تتعدّد فيها عناصر الانتماء (مثل جنسية الأطراف، مكان تنفيذ العقد، محلّ الالتزام، إن الاعتراف بـ"العقد الطليق" المتحرّر من سلطان القوانين الداخلية ليس سهلاً على القاضي الوطني، فذلك يعود إلى أن هذا القاضي **معتاد على العمل ضمن منطق قواعد الإسناد**، أي أنه معتاد على الرجوع إلى نظام قانوني وطني معيّن لحل النزاع. أما في العقود التجارية الدولية، وخاصة أمام التحكيم، فقد لا تُطبّق قواعد الإسناد الوطنية، بل يُصار إلى تطبيق **مبادئ موحّدة أو أعراف دولية** كقواعد الأونسيترال، أو مبادئUNIDROIT وهو ما يُشكّل خروجًا عن المنهج التقليدي الذي يعتمد عليه القضاء الوطني.

[3] تُعرَّف المبادئ العامة في القانون بأنها قواعد قانونية مستمدة من الأنظمة المقارنة، تُستخدم في التحكيم عند غياب نص وطني، ومن أبرزها: حسن النية، العقد شريعة المتعاقدين، عدم التعسف في استعمال الحق، منع الإثراء بلا سبب، والمساواة بين الأطراف.

هذه العملية، كما قد يلجأ أحد الأطراف للقضاء مباشرة كحق أصيل له ويدفع الآخر باتفاق التحكيم ما يُحتم تدخل القضاء للبت بمثل هذا الأمر.

وعلاوة على ذلك فإن السلطة القضائية في أي دولة وبصفتها الضامنة للمصلحة العامة للمجتمع وحامية للعدالة تضطلع بدور المراقب لمدى توافق العملية التحكيمية مع الاعتبارات الأساسية للمجتمع وعدم خرقها لقواعد النظام العام أو تجاوزها لمبدأ المشروعية.

كما أن تدخل القضاء قد يكون ضرورياً بما له من السلطة الجبرية، وذلك عبر القيام بمساعدة الهيئات التحكيمية بما يصدره من قرارات وإجراءات تحفظية يستلزمها سير العملية التحكيمية بنجاح، وبالمحصلة وإلزام الأفراد في تنفيذ القرارات التحكيمية الصادرة عن المحكمين.

وبصدور قرار التحكيم تنتهي بطبيعة الحال الخصومة التحكيمية في موضوع النزاع، وهذا ما يُعتبر الهدف المقصود من نشأت نظام التحكيم أصلاً، ويعتبر الصلح بين الخصوم أو وفاة أحد الخصوم أو ترك المدعي للخصومة أو إنهاء الإجراءات...الخ ، حالات تؤدي إلى إنهاء خصومة التحكيم أيضاً دون الفصل وصدور قرار التحكيم في النزاع القائم .

ويُقصد بقرار التحكيم، ذلك القرار الذي يصدره المُحّكم او هيئة التحكيم بناءً على السلطة التي خولها لهم الخصوم في إتفاق التحكيم لحسم المنازعة التي عهد إليهم الخصوم بحلها[1].

و لكن عند صدور القرار التحكيمي لا يمكن تنفيذ أحكامه على المحكوم ضده إلا بعد اللجوء إلى القضاء العام أي القضاء العادي في الدولة المُفترض تنفيذ القرار التحكيمي على أراضيها فهو مقيد إذاً برقابة القضاء عليه.

أن المشرع يرى دائماً ضرورة تنظيم العملية التحكيمية في جميع مراحلها وخاصةً في مرحلتها النهائية المتمثلة بتنفيذ القرار التحكيمي والذي بتنفيذه تُؤتي العملية التحكيمية ثمارها، وتنظيم تلك العملية بنظر المشترع تتم من خلال إضفاء رقابة القضاء عليها، لأنها استثناء على القاعدة ويجب أن لا تُفهم أو تُفسر بأنها تنازل للدولة عن وظيفتها.

[1] Gaillar, Eric. *Droit de l'arbitrage commercial international*. 2nd ed., Éditions Litec, 2012, p. 155.

إن رقابة التحكيم في هذه المرحلة تُجسد إحتفاظ الدولة عبر أجهزتها القضائية الوطنية بأهم مظاهر سيادتها وتذكير بأنها قبلت بلجوء الأفراد للتحكيم للضرورة العملية ، فرغم حيازة الحكم الصادر بمقتضى قانون التحكيم حجية الأمر المقضي فإن تنفيذه لا يكون آلياً كونه صادراً عن شخص عادي وليس عن قاضٍ نظامي مختص، ما يلزم تدخل القضاء لمنحه هذه الصيغة عبر الأمر بتنفيذه.

وتدرجت أحكام القضاء حتى أصبحت تستنبط مبادئ هدفُها تقليص هذه الرقابة ساعيةً في ذلك إلى تعظيم احترام حرية الأطراف وسلطان إرادتهم، وصولاً لإقتصارها على خطأ الإجراء الذي يمس جوهر العدالة ما يلفت الإنتباه في مسألة الرقابة أنها لم تكن دائماً تسير على خطىً واضحة وثابتة، في بادئ الأمر إنطلقت تلك الرقابة بنظرة مُشككة تجاه التحكيم والتحقق من مدى انسجامه مع مفاهيم العدالة الخاصة بكل دولة وخضوعه لشروط العمل القضائي، ما استدعى رقابة واسعة على العمل القانوني للمحكمين، ومن ثم تدريجياً أصبح أفق القضاء يُرّحب بالتحكيم مستنداً على الفقه الذي كان ينادي بتقليص الرقابة القضائية وإعلاء شأن سلطان إرادة الأفراد وتعظيم إحترامها.

وبذلك يكون التحكيم وسيلة استثنائية لفض المنازعات قاعدته الخروج عن طرق التقاضي العادية، إلا انه في الأصل وليد إرادة الأطراف لأن أحكام التحكيم شأنها شأن الأحكام القضائية من حيث أنها تحوز قوة الشيء المقضي فيه وحجيته التي تبقى لها طالما بقيت قائمة ، وتكون واجبة التنفيذ حتى وإن كانت قابلة للطعن بدعوى بطلان حكم التحكيم.

إن موضوع دور رقابة القضاء في حماية المتعاقد من بنود التحكيم التعسفية له فوائد نظرية وعملية. تبرز أهمية دور رقابة القضاء في حماية المتعاقد من بنود التحكيم التعسفية في نطاق قانون الموجبات والعقود[1] ونطاق قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية[2] والفرنسية[3] والقوانين الدولية المقارنة، كون هذه المسألة تربط وتجمع ما بين القوانين المذكورة بشكل كبير.

---

[1] قانون الموجبات والعقود اللبناني، الجريدة الرسمية، العدد 2642، تاريخ النشر 1932/04/11.

[2] قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، صادر بالمرسوم الإشتراعي رقم 90 ، تاريخ 1983/9/16، الجريدة الرسمية العدد 40 ، تاريخ النشر 1983/10/6، ص 3-128.

[3] *Code de procédure civile français*, promulgué le 10 février 1806, régissant les procédures civiles devant les tribunaux en France. Texte officiel disponible sur le site du gouvernement français :
https://www.legifrance.gouv.fr

ذلك أنه بمقابل إتساع رقعة مبدأ سلطان الإرادة والحرية العقدية أو ما يعرف بإقتصاد السوق وتراجع دور الدولة الشرطي أو الحارسة برزت **القوانين الحمائية** التي تهدف إلى حماية الفرد من المغالاة بتطبيق المبادئ التحررية السابقة الذكر ومن أبرز تلك القوانين قانون حماية المستهلك اللبناني[1] والفرنسي[2]، والتوجيه الأوروبي الصادر في 5 أبريل 1993 المتعلق بكيفية حماية المستهلك من البنود التعسفية[3] والتي باتت تُعتبر بنود إذعان في العقود المدنية والتجارية ، وهنا تبرز أهمية معرفة مدى أرتباط هذه القوانين الحمائية بالأنتظام العام والحقوق التي تمنحها هذه القوانين ومن بينها الأوروبي للمستهلك أمام المحاكم الوطنية في حماية حقوقه من البنود التعسفية. وعلى فرض أن أي من الفرقاء لم يُثر مسألة الطابع التعسفي للبند التحكيمي وأن قراراً تحكيمياً قد صدر سنداً لهذا البند التحكيمي المخالف للأنتظام العام ، هنا تبرز في هذه المرحلة بالذات مسألة أخرى ينبغي معالجتها هي أهمية الرقابة القضائية على التحكيم ومدى إمكانية الموازنة بين إحترام إرادة أطراف النزاع الذين فضلوا اللجوء إلى التحكيم لما يمتاز به من خصائص تميزه عن القضاء، والمصلحة الوطنية والنظام العام الذي يستبعد الإعتراف بالقرارات التحكيمية المشوبة بعيب، ومن ثم لا مفر من تقرير حق القضاء في الرقابة على قرار التحكيم.

---

[1] قانون حماية المستهلك اللبناني ، الصادر بالقرار رقم 659 تاريخ ، 2005/02/04، المنشور في الجريدة الرسمية ، العدد 6 ، بتاريخ 2005/02/10.

[2] Code de la consommation français
Le texte fondamental du Code de la consommation a été promulgué par l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016, régissant la protection des consommateurs en France.
Le texte officiel est disponible sur le site gouvernemental français :
https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000031312845/

[3] Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, published in the Official Journal of the European Communities, L 95, 21 April 1993, pp. 29–34.
Available at:
https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31993L0013

كرس الإجتهاد الفرنسي بتاريخ 30 سبتمبر 2020 تحديدًا محكمة التمييز الفرنسية[1] قرارًا يناقض إجتهادات سابقة ثابتة لأكثر من عشرين سنة من خلال إعطاء الحق للقاضي الوطني أن يبت في مسألة الطابع التعسفي للبند التحكيمي وأن يقرر متى وجده تعسفياً إعتباره كأنه لم يكن وفقاً لقوانين حماية المستهلك الفرنسية والأوروبية.

وأعتبرت محكمة التمييز الفرنسية ان التوجيه الأوروبي يشدد على ممارسة الحقوق التي يمنحها القانون الأوروبي للمستهلك أمام المحاكم الوطنية ، وأن البند التحكيمي المُدرج في العقد الدولي والذي يولي صلاحية البت في النزاع للمُحّكم لا يكون قابل للتطبيق إذا كان تعسفياً مما يجعل القاضي الوطني مختص للنظر بالنزاع.

وكان قد سبق لمحكمة الإستئناف الفرنسية في مدينة فرساي أن أعتبرت أن التوجيه الأوروبي مناقض للمادة 1448 مدني فرنسي لأنه يوجب العودة إلى أساس الملف أي الظروف التي تم التفاوض فيها على البند التحكيمي وعلى آلية كتابته خلافاً لواقع أن البت في مسألة الطابع التعسفي للبند يعود حصراً للمحكم.

لذلك **يأتي** هذا البحث لوضع الأسس والمعايير الواجب إعتمادها من قبل القضاة عند ممارسة رقابتهم على البنود التحكيمية ومدى إمكانية إعلان عدم قابليتها للتطبيق إذا كانت تعسفية بشكل قد يؤدي إلى نزع الإختصاص عن المُحكم وإعطائه للمحاكم الوطنية ، و تالياً عند ممارستهم الرقابة على البند التحكيمي في مرحلة تنفيذ القرار التحكيمي الصادر بناءً على بند تحكيمي تعسفي.

يُعتبر اتفاق التحكيم من أبرز مظاهر سلطان الإرادة في العقود، إذ يُفترض أنه يقوم على رضا متبادل بين الأطراف في اللجوء إلى وسيلة بديلة لحل النزاعات خارج القضاء. إلا أن هذا الرضا قد يكون في بعض الحالات شكليًا، حين يُدرج الطرف الأقوى بندًا تحكيميًا يتضمّن شروطًا مرهقة أو غير متوازنة للطرف الأضعف، لا سيما المستهلك، كفرض التحكيم في دولة أجنبية أو بلغة غير مألوفة أو أمام جهة يختارها الطرف الأقوى وحده، فالبند يمكن أن يتضمن خصائص تعسفية كعدم الوضوح وإلزام المستهلك بالتحكيم وإختيار المحكم وتكاليف التحكيم.

[1] Cour de cassation, 1re chambre civile, 30 septembre 2020, n° 18-19.241, *PWC Landwell – PricewaterhouseCoopers Tax & Legal Services c/ Mme Y.*, publié au Bulletin. Décision disponible sur : https://www.clauses-abusives.fr
Consulté le 21 juillet 2025 à 13h17.

وهنا تظهر البنود التحكيمية التعسفية كجزء من إشكالية أوسع تتّصل بطبيعة بعض العقود التي تُعدّ من قبيل **عقود الإذعان**، أي تلك التي يُملي فيها أحد الطرفين الشروط دون منح الآخر فرصة التفاوض، مما يخلّ بتوازن العلاقة التعاقدية. وبالتالي، فإن الربط بين البنود التعسفية في اتفاق التحكيم وعقود الإذعان يُبرز أن الخلل لا يكمن فقط في شرط تحكيمي معين، بل قد يكون انعكاسًا لبنية عقدية كاملة غير متوازنة، وهو ما يبرّر تدخل القاضي لإبطال هذا الشرط أو استبعاده حمايةً للنظام العام ولمبادئ العدالة العقدية الأمر الذي يدفعنا لطرح الإشكالية التالية: **إلى أي مدى يمكن تحقيق التوازن بين مبدأ سيادة الدولة، الذي يعبّر عنه القضاء باعتباره سلطة عامة تحتكر الفصل في النزاعات، ومبدأ حرية الأفراد في اختيار التحكيم كوسيلة بديلة لحل الخلافات، خصوصًا عندما تتدخل السلطة القضائية لممارسة رقابتها على البنود التعسفية الواردة في اتفاقات التحكيم؟ وهل تُعدّ العلاقة بين القضاء والتحكيم علاقة تضاد وصراع على الصلاحية، أم علاقة انسجام تفرضها حماية النظام العام وضمان عدالة العلاقة التعاقدية، خاصة في العقود غير المتوازنة كعقود الإذعان؟**

سيتم الإجابة عن هذه الإشكالية بالإستناد إلى المنهج الوصفي، التحليلي والمقارن كلما دعت الحاجة مستنداً إلى قانون الموجبات والعقود ، قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني والقانون المقارن وفقاً للتصميم التالي:

القسم الأول: واقع الرقابة القضائية على البند التحكيمي في مرحلة الإنشاء

الفصل الأول: الرقابة القضائية في ظل مبدأ حرية التعاقد

المبحث الأول: مسار مبدأ سلطان الإرادة في العقود الدولية

المبحث الثاني: رقابة القضاء الوطني في ظل إختصاص المُحّكم

الفصل الثاني: نطاق الرقابة القضائية على البنود التحكيمية

المبحث الأول: الرقابة على بنود الإذعان سنداً للقوانين الحمائية

المبحث الثاني: الرقابة القضائية على ضوء بنود التحكيم التعسفية

القسم الثاني: الرقابة القضائية على البند التحكيمي في مرحلة تنفيذ القرارات التحكيمية

الفصل الأول: الرقابة القضائية أثناء منح الصيغة التنفيذية للقرارات التحكيمية

المبحث الأول: الصيغة التنفيذية في مواجهة قرارات التحكيم الأجنبية

المبحث الثاني: القواعد الإجرائية المتعلقة بنفاذ القرارات التحكيمية

الفصل الثاني: الرقابة القضائية أثناء سلوك طرق الطعن

المبحث الأول: تمييز دعوى البطلان عن غيرها من طرق الطعن

المبحث الثاني: أثر إقامة دعوى بطلان قرار التحكيم على وقف التنفيذ

يشكّل اتفاق التحكيم النواة الأساسية التي ينبني عليها نظام التحكيم برمّته، إذ يُعدّ انعقاده الصحيح والمستوفي للشروط القانونية والإجرائية شرطًا جوهريًا في مشروعية العملية التحكيمية. وعلى الرغم من أن التحكيم يقوم في جوهره على إرادة الأطراف، ويُعتبر من أبرز تطبيقات مبدأ سلطان الإرادة، إلا أن هذه الإرادة لا تمارس في فراغ قانوني، بل تخضع لرقابة الدولة من خلال قضائها الوطني، الذي يتدخل لضمان احترام النظام العام، لا سيّما في العقود التي يظهر فيها تفاوت بين أطراف العلاقة التعاقدية.

وتُطرح في هذا السياق إشكالية دقيقة تتعلق **بحدود الرقابة القضائية على شرط التحكيم في مرحلة إنشائه،** وتحديدًا في العقود الدولية أو العقود التي تتضمن بنودًا إذعانية. كما تبرز أهمية **رقابة القضاء الوطني على البنود التحكيمية ذات الطابع التعسفي،** لا سيما عندما يكون أحد الأطراف مستهلكًا أو طرفًا ضعيفًا في العلاقة التعاقدية، ما يدعو لتطبيق القواعد الحمائية والقانون المقارن (الفرنسي والأوروبي) الذي يمنح القاضي سلطة استبعاد الشرط التحكيمي عند ثبوت تعسفه.

ويُعد هذا التفاعل بين مبدأ حرية التعاقد ومبدأ سيادة الدولة من أبرز المسائل الخلافية في نظرية التحكيم، إذ تنشأ عن هذا التفاعل علاقة معقدة بين القضاء والتحكيم، تتراوح بين **الرقابة والضمان** من جهة، و**الحد من الإرادة التعاقدية** من جهة أخرى.

وانطلاقًا من ذلك، سيتم دراسة **الواقع القانوني والقضائي لرقابة القضاء الوطني على البند التحكيمي في مرحلة الإنشاء في القسم الأول،** وذلك من خلال فصلين: يُخصص الأول لبحث الرقابة في ضوء مبدأ حرية التعاقد وحدود اختصاص القاضي والمحكّم، بينما يُعالج الفصل الثاني نطاق هذه الرقابة، لا سيما من حيث

البنود الإذعانية والتعسفية ومدى خضوعها للتدقيق القضائي حمايةً للطرف الضعيف وضمانًا للعدالة العقدية، **على أن نُخصص القسم الثاني لدراسة الرقابة القضائية في المرحلة اللاحقة، أي مرحلة تنفيذ القرارات التحكيمية**، إذ يبرز في هذا السياق دور القضاء في منح الصيغة التنفيذية للأحكام التحكيمية، وتمحيص مدى التزام هذه الأحكام بالقواعد الآمرة والنظام العام الوطني، خصوصًا في حالات تعلّق القرار التحكيمي بنتائج بند تعسفي أو ظرف شاب الإرادة التعاقدية. كما سيتم التطرق إلى سلطة القضاء في مراقبة صحة القرار التحكيمي أثناء سلوك طرق الطعن، وعلى وجه الخصوص من خلال دعوى البطلان، باعتبارها وسيلة جوهرية لضمان احترام الحدود القانونية للتحكيم، وحماية التوازن بين الحقوق التعاقدية والمصلحة العامة.

القسم الأول : واقع الرقابة القضائية على البند التحكيمي في مرحلة الإنشاء

إن التطورات الحديثة في علم تنازع القوانين انتج واقعًا يتجه فيه معظم أطراف العلاقات ذات الطابع الدولي إلى الهروب من القضاء الوطني في العديد من الدول، وتجنيد التحكيم ليرعى حل ما يمكن أن يثور بشأن علاقاتهم من منازعات، لان بعض هذه الإتجاهات الحديثة تعتبر أن القاعدة أن يطبق القاضي الوطني قانونه الوطني، لأنه يُعتبر أصلح من يُطبق قانونه الوطني، حتى في العلاقات ذات الصبغة الدولية، ذلك أن القوانين الأجنبية لا تُطبق على هذه العلاقات إلا بصورة إستثنائية وحصرية عندما يتعذر على القاضي الوطني تطبيق قانونه، ذلك أن القانون الأجنبي حديث العهد، كما نادت تلك التطورات الحديثة بجعل قواعد الإسناد مفردة"uniliteral" وليست مزدوجة"Bilateral".

كل تلك الأسباب وغيرها كان من شأنها أن تؤدي بالعديد من أطراف النزاع أصحاب العلاقات ذات الطابع الدولي بالنفور من محاكم دولهم وحل منازعاتهم بواسطة التحكيم، وخاصة وأن العديد من الأساليب سابقة الذكر لن يكون لها فائدة واضحة في تمكين الأطراف أصحاب النزاعات المذكورين من سهولة ترجيح القانون واجب التطبيق في علاقاتهم الدولية وخاصة التجارية، وبالتالي خلق حالة من عدم الإستقرار في إطار المعاملات ذات الطابع الدولي بسب عدم تيقن كل طرف من حقوقه وإلتزاماته.

ولا شك أن أفضل حل لمشكلات المعاملات الدولية هو ذلك الذي يحقق العدالة، ويطبق في ذات الوقت القواعد التي يتوقع الأطراف ان تحكم علاقاتهم[1].

لذلك سنتناول هذا القسم في فصلين، الأول سنتناول فيه مسألة الرقابة القضائية في ظل مبدأ حرية التعاقد أما الفصل الثاني سيتمحور حول نطاق الرقابة القضائية على البنود التحكيمية.

[1] Andreas F. Lowen Fled. renvoi Among the law professions: An American; View of the European view of American conflict of laws,30, American journal of comparative law,1982, p.99-115.

الفصل الأول : الرقابة القضائية في ظل مبدأ حرية التعاقد

يُقصد بمصطلح سلطان الإرادة في المجال القانوني إعتبار الإرادة مصدرًا ومعيارًا للحقوق الشخصية، فالإرادة هي الأداة التي تُوجِد قانون الأطراف، وتتفرع عن هذه الفكرة الأساسية عدة مبادئ قانونية ونتائج منطقية أهمها إحترام ما إتفق عليه العاقدون.

سيتم مناقشة هذا الفصل ضمن مبحثين أساسيين هما: مسار مبدأ سلطان الإرادة في العقود الدولية (المبحث الأول) ، ومن ثم نستعرض رقابة القضاء الوطني في ظل إختصاص المُحّكم (المبحث الثاني).

المبحث الأول : مسار مبدأ سلطان الإرادة في العقود الدولية

في البدء رأى المشرعون، وفلاسفة القانون ، إن الحرية هي الجوهر الذي يُميز الوجود الإنساني [1]إن مواصفات سلطان الإرادة ووفقًا لما يتفق عليه جمهور الفقهاء هي حرية الإنسان بالتعاقد وتحديد موضوع وشروط تعاقده. فمصدر الموجبات في العقد والإلتزام بها هو الإرادة، وجرى التأكيد على ذلك وفقاً لمنطوق نص المادة 166 من قانون الموجبات والعقود ، بحيث تضمنت مبدأ جوهري يحكم العقود ألا وهو مبدأ سلطان الإرادة ، وهذا المبدأ ينجم عنه تكريس حق الفرقاء بالتمتع بالحرية المطلقة في ترتيب إلتزاماتهم التعاقدية وفقاً لما يرتّضوه شريطة مراعاة مقتضى النظام العام والآداب العامة والأحكام القانونية الإلزامية.

سنتناول هذا المبحث ضمن فقرتين أثنتين (الأولى) مبدأ سلطان الإرادة، ثم نتناول الإرادة التعاقدية في العقود الدولية (الفقرة الثانية).

[1] أمين محمد حطيط ، الموجبات : أنواعها ومصادرها، العقد والمسؤولية العقدية ، المسؤولية المدنية التقصيرية ، (دراسة مقارنة القانون الوضعي والشريعة الإسلامية)، دار المؤلف الجامعي، صيدا، 2006، ص .41.

الفقرة الأولى: مبدأ سلطان الإرادة

إن مبدأ سلطان الإرادة يقوم على تكريس فكرةً أساسية وهي أن المتعاقدين، وهم الأحرار في تحديد الموجبات المتبادلة، لا يمكنهم إلا أن يكونوا حريصين على مصالحهم الخاصة كلٌ لجهته، فتأتي الموجبات متوازنة وعادلة لأنه حسب نظرية القائلين بسلطان الإرادة لا يمكن للإنسان إلا أن يكون عادلاً تجاه نفسه ويُستبعد ان يلتزم بما يضُر بها.

إن فرقاء العلاقة التعاقدية هم الذين يحددون موضوع العلاقات ويتوافقون عليها ويلتزمون بها، أما المشرّع فلا يحق له أن يتدخل في علاقات الفرقاء ليحل إرادته محلهم، وسنداً لمنطوق المادة 221 م وع فإن العقود المنشأة على الوجه القانوني الصحيح تُلزم المتعاقدين ويجب أن تُفهم وتُفسر وفقاً لحسن النية والإنصاف والعرف.

وقد نصت المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي بصراحة أكثر على أن العقود المُنظمة أصولاً تُشكل شُرعة من أجراها أي أن العقد شرعة الطرفين.[1]

وبالتالي إن علاقات الأشخاص المنشئة للموجبات الملزمة لهم لا تكون إلا وفقاً لما أرادوه، وهم يعبرون عن إرادتهم المشتركة، المتجسدة بعمل قانوني هو العقد الذي يُعتبر ثمرة إلتقاء الإرادات وتوافقها.

فالإرادة هي التي تُنشئ وتُعدّل وتُنفّذ وتنهي الإلتزامات والحقوق التي قررتها إتفاقاً مع إرادة أخرى. وهذا ما أعتبره المشرع اللبناني بأن الرضى هو الصلب والركن لكل عقد، ففي حال غياب الإرادة المولدة له ينعدم مهما كان سبب غيابها[2].

ومن المتعارف عليه حول شرط الرضى في العقد أن يكون صادراً عن إرادة واعية وحرة، والتي بإنعدامها أو تعيبها يفقد ذلك العقد الركن الأساسي فيه ألا وهو الرضى ويصبح مفتقراً لكيانه القانوني.

---

[1] Art 1134 : les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

[2] المادة 176 من قانون الموجبات والعقود اللبناني ، تاريخ بدء العمل 09/03/1932 ، والتي تنص على : ان رضى المتعاقدين هو الصلب والركن لكل عقد بل لكل اتفاق على وجهٍ اعم.

ومن البديهي أن تكون الإرادة التي أنشأت العقد قادرة على تعديله أو وقف إنفاذه أو فسخه وفقاً للرضى المتبادل بين فرقاء العقد وإلا أصاب العقد خلل بارز في عنصر المساواة بين المتعاقدين مما ينتج مسؤولية عقدية على عاتق الفريق المُخّل.

والسؤال الذي يُطرح هو حول دور الإرادة وسلطانها في إنشاء العقد، والمحافظة عليه، وتنفيذه. فهل أن هذا الدور يستجيب لفكرة السلطان المطلق للإرادة؟ ام أن سلطة الإرادة مقيدة لظروف أملتها ظروف الحال والإجتماع؟ إن النظرة إلى وظيفة الإرادة في المجال العقدي (بكل ما يشمله الأمر من شأن) تأثرت بالفلسفات التي أُطلقت، والمبادئ التي أعتُمدت أساساً للمجتمعات . وكان مبدأ السلطان المطلق للإرادة في المجال العقدي، أو ما أصطُلح على تسميته النظرية التقليدية هي الأهم في هذا المجال، ومضمونها: أن الإرادة هي السلطة العليا، والكافية للتعاقد، مبدأً، ومضموناً، ومدى، وتفسيراً، وأستمراراً .

أي أن إرادة الفرقاء المستقلة هي من تقرر مبدأ الإلتزام العقدي أو عدمه بعيداً عن ما يمكن أن يؤثر على إستقلاليتها، كما هي مصدر كافة الشروط العقدية، تلتزم بما تشاء وترفض ما تشاء بوجه من تشاء.

هذه النظرة تُعتبر مثالية أكثر منها واقعية[1] إذ عملياً هناك جملة عوامل خارجية وشخصية تحد من إستقلالية الإرادة فحاجة الإنسان لدواء مثلاً تفرض عليه التعاقد مع الصيدلي الوحيد في القرية وإن كرهه.

فالإستقالية المحضة غير موجودة بالمطلق إنما توجد ضمن الظروف التي تضع الإنسان أمام خيارات فيختار ما يناسبه منها وهذا ما يجب أن يُفهم بإستقلالية الإرادة في إختيار نوع العقد والشخص الذي يرغب في التعاقد معه ويحدد أجل العقد ووسائل التنفيذ.

وليحصل الإتفاق المنشود فإن هذه الإستقالية ينبغي أن يقابلها إستقلالية طرف آخر في العقد في إطار من التقريب والتوفيق بين الإستقلاليتين الأمر الذي قد يفرض بعض التنازلات المتبادلة، متعادلة أم غير متعادلة تبعاً لظروف كل عقد، ففي عقد السفر مثلاً يرضخ المسافر لإرادة شركة الطيران بتسيير طائراتها في مواعيدها

[1] مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، مع مقدمة في الموجبات المدنية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات بحسون الثقافية، دار المنال، بيروت، لبنان ،1995 ، ص .101 .

المحددة من قبلها، أما هو فله الحق في تقرير السفر من عدمه ولكنه غير مستقل الإرادة في تحديد موعد الرحلة وإقلاع الطائرة وإن رغب في تحديده.

ولكن مع تحرر معظم العقود من شكلياتها وأكتسابها قوتها المُلزمة لأطرافها إنطلاقاً من إرادة الفرقاء، حتى ظهر مع الزمن ومع التطور الحاصل في المجال التجاري والمالي والإقتصادي بشكل جلي حدود ذلك السلطان فصحيح أن العقد شريعة المتعاقدين[1] ولكن لا يسعنا أن نغفل مسألة كون ذلك العقد يستمد قوته التنفيذية.

من القانون ذاته ويجب أن يكون العقد منسجماً مع القانون ومجازاً منه مهما كان شكله، إذ أنه خارج إطار القانون لا يمكن لأحد فريقيه أن يطلب من القاضي الحكم له بإنفاذه، فالقاضي لا يحكم إلا بما يُمليه عليه القانون حتى يتمتع بالقوة التنفيذية.

إن النظر للإرادة ودورها وتحت وطأة العوامل والظروف الإجتماعية، والإقتصادية، وحتى الفلسفية–السياسية، لم تستمر في الشكل المذكور إذ أنها تراجعت بعض الشيء دون أن تفقد بريقها... ولاح تدخل

الدولة في العقود، وجرى تقييدها في أكثر من مجال خاصة : الموضوع والأطراف المتعاقدين، والحافز للتعاقد ونشأت أفكار تتعلق بالنظام العام، والأخلاق العامة ووجوب حماية الطرف الضعيف في العقد...

فالمشترع تدخل في العقد لوضع ضوابط لحرية التعاقد، ولكن بشكل متوازن يضمن عدم المساس بحرية الفرقاء في العقد، فتجسدت هذه الضوابط عبر قواعد آمرة تسمو على مصالحهم، أي ما يُعرف بمقتضيات النظام العام والآداب العامة، وكذلك لحماية الطرف الضعيف في العقد الذي يحتاج للحماية، والمحافظة على الفائدة الإقتصادية من العقد وعلى حرية المنافسة والحؤول دون الإستغلال والإحتكار، فيُبطل المشّرع البنود المُعطّلة للحقوق الأساسية للأطراف في العقد أو المناهضة للسياسة الإقتصادية التي يقوم عليها مجتمع معين.

وقد يتدخل المشترع عبر النص على نظام بعض العقود على سبيل الإحتياط ، وهي الحالات التي يأتي فيها المشترع بقواعد مُكمّلة وليست آمرة لا تُسّن بهدف الحد من حرية الفرقاء ولكنها تكمل ما لم يلحظوه في إتفاقاتهم.

---

[1] يرى الفقه أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ليست كما شاع لدى البعض بأنها من قواعد الفقه الإسلامي، وإنما هي قاعدة قانونية وأصلها مستمد من القوانين الغربية وجرى نقلها إلى القوانين المدنية الوضعية، وقد نصت عليها العديد من القوانين المدنية العربية كالقانون اللبناني والمصري.

كما لجأ المشرّع في أكثر من بلد إلى وضع قوانين منظمة للعقود الجديدة من نوعها التي برزت، جاعلاً من بعض نصوصها إلزامية للمحافظة على مصلحة فريقي العقد أو أحدهما أو المصلحة العامة.

وأحياناً يكون تدخله عبر فرضه قواعد آمرة تعطل سلطان الإرادة مخالفة لمشيئة الفريقين[1].

كما فرض المشرع بعض الشكليات في بعض العقود حرصاً على إحاطتها بالضمانات اللازمة (كعقد الزواج والهبة والوعد بالهبة والبيع العقاري والوعد بالتعاقد على عقار...)[2]

ولان العدالة لا تتحقق إلا عن الطريق العقدي والعقد لا يكون سليماً وصحيحاً إلا إذا أنتجته الإرادة الحرة فبالرغم من هذه التطورات، ظل لنظرية سلطان الإرادة دور أساسي وهام في المسألة العقدية فإن كانت الإرادة هي المنتجة للعقد، كان العقد عادلاً، لانه على حد تعبير فوييه كل ما هو عقدي يكون عادلا.

خلاصة القول انه في الوقت الذي أدرك فيه المشرع الغربي عدم كفاية مبدأ سلطان الإرادة في تمثيل مصالح طرفي العقد بشكل متوازن وضع ضوابط عدة تكفل إلى حد ما تحقيق هذا التوازن سواء من حيث مبدأ حرية الشروط ، أو من حيث مفهوم النظام العام الذي يُمثّل هذه الحرية، حيث يرى الفقه أن الإرادة تُنشئ العقد فقط في حين يتولى المشرع تحديد أثر وأحكام هذه العقود.

الفقرة الثانية: الإرادة التعاقدية في العقود الدولية

مؤخراً سيطرت على التعاملات الإقتصادية ميزة العقد الدولي، وباتت تلك العلاقات الدولية بحاجة إلى إعادة تنظيم هذا التعامل وفقاً لأسس صحيحة وثابتة، وأن دولية العقد خلقت العديد من المسائل القانونية – بالرغم

---

[1] القواعد القانونية الآمرة : هي القواعد التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها، حتى وإن كانت إرادتهم متوافقة على مخالفتها. تكثر هذه القواعد عادةً وترتبط بالمسائل التي تخص النظام العام أو الآداب العامة، مثل قوانين الزواج، حقوق الإنسان، وحماية البيئة. تهدف هذه القواعد إلى حماية المجتمع وضمان العدالة والإنصاف بين الجميع .

1 مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، مع مقدمة في الموجبات المدنية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات بحسون الثقافية، دار المنال، بيروت، لبنان ،1995، ص. 106.

من أن معظم هذه العقود تلحظ بنود تحكيمية في حال نشوء نزاع بين فرقاء العقد الدولي– كتحديد القانون الذي يرعى تكوين العقد وتاريخ ومكان إنبرامه وتنفيذه ، عملة العقد وبنود إعادة النظر بالثمن[1]Hardship في العقود المتتابعة كلما تغير مؤشر معين يعتمده الطرفان، بنود دفع الثمن وإنخفاض قيمة النقد وأصول فتح الإعتمادات المستندية... وغيرها من البنود التحكيمية التي تحدد المرجع التحكيمي والقانون الذي يجب أن يُطبقه أو الذي إتفق فرقاء العقد على تطبيقه. كل هذه الأمور جعلت من العقد الدولي الوسيلة المُفضّلة بين المتعاملين في المجال الإقتصادي والتجاري متعديةً حدود ومضمون العقد التقليدي.

هذه المستجدات، كيف سيجري التعامل معها بوسائل لم تُلحظ لها بل لُحظت لأوضاع أكثر بساطة؟

إن العقد يكتسب صفة الدولية متى تطرقت الصفة الأجنبية إلى عنصر مؤثر في العلاقة التعاقدية والعكس صحيح، وتُعد جنسية الفرقاء من أهم العناصر التي تحدد طبيعة العقد الدولية ، فضلاً عن مكان إبرام العقد ومكان تنفيذه والقانون الواجب التطبيق على العقد ، لغة العقد ،عملة الدفع، وهذا ما يعرف بالمعيار القانوني الذي إبتَدأ بقرار صادر عن محكمة إسئناف باريس تاريخ 19 حزيران 1970. ولكن قد يُعتبر العقد دولياً رغم عدم تعلقه بعنصر أجنبي وذلك عند إتصاله بشكل وثيق بعقد آخر هو نفسه عقداً دولياً[2] .

أما المعيار الثاني فهو اقتصادي إبتدأ بقراري محكمة التمييز الفرنسية بتاريخ 9 شباط 1931 وقد تبعتهما قرارات أخرى، مفاده أن العقد يُعد عقداً دولياً متى اتصل بمصالح التجارة الدولية، أي انطوائه على رابطة تتعدى الاقتصاد الداخلي لدولة معينة، فيترتب عليه انتقال حركة الأموال والخدمات بين الدول.

---

[1] هذا المفهوم يشيع استخدامه حالياً بصياغات مختلفة في العقود تحت مصطلح انكليزي يُدعى (Hardship) ، يُشير هذا المصطلح إلى المشقة العقدية او الأزمة التي يمر بها العقد. نلاحظ خلو الفقه الفرنسي من وجود مثل هذا البند الذي يرادف بدقة هذا المصطلح الانكليزي ويبدو أن الفقه ومنظمي العقود في فرنسا يستخدمون مسميات تبدو مُخفّفة لهذا المصطلح الإنكليزي، كشرط الظرف الطارئ او شرط المراجعة، او شرط العدالة والانصاف، او شرط التحفظ.

[2] Cass. civ. 19 févr. .1930. Et 27 janv. 1931.S. 1933. 1. p. 41. Note Niboyet. Et v. Tyan. N :238.

وظهر هذا التعريف الإقتصادي في عقد التحكيم الدولي وفي المجال المختص بالقروض الدولية، وبالتحديد في صدد البحث في صحة الشروط الواردة فيها والمتعلقة بتسديد تلك القروض. فالتحكيم الدولي يكون في العقود التي تُفعّل تحرك القيم ذهاباً وإياباً عبر الحدود مما ينتج آثار متبادلة في الدولتين المعنيتين بتلك العقود.

إن المعياران قد يجتمعان مما يدل على التردد القضائي بإعتماد معيار قاطع ونهائي يجري تغليبه[1] وهو ما أكدته محكمة إستئناف باريس عندما دُعيت إلى البت في مسألة صحة البنود التحكيمية التي يحتويها عقد وكالة تجارية مبرم بين متعاقد فرنسي وشركات سويدية موضوعه إدخال بضائع ومنتجات تعود لتلك الشركات إلى الأسواق الفرنسية وترويجها.

محكمة التجارة في باريس قضت بصحة تلك البنود ولكن إستناداً إلى سبب خاطئ هو الصفة التجارية للمتعاقد الفرنسي مع أنه ليس سوى وكيلاً لا يقوم بالعمل بإسمه الخاص مما تنتفي معه تلك الصفة[2]. محكمة إستئناف باريس رغم أنها توصلت إلى نفس النتيجة التي أقرتها محكمة الدرجة الأولى وهي صحة البند التحكيمي إلا انها صححت الأسباب التي إعتمدتها المحكمة، بنظرها ان صحة تلك البنود تجد مصدرها في الطبيعة الدولية للعقد. فالبند التحكيمي لا يدخل في إطار المنع الذي نص عليه القانون الداخلي لأنه مُشترط في عقد دولي. المهم في قرار المحكمة هو إرتكازها أساساً إلى المعيار القانوني في تحديدها الطبيعة الدولية للعقد دون أن تتجاهل المعيار الإقتصادي في آن معاً.

لا شك أنه يعود للمحاكم أن تُخضع تلك المسائل القانونية المُثارة إلى القواعد القانونية المقررة قانوناً بعد القيام بعملية تفسير النصوص القانونية، لكن هذا الأمر لا يُغني عن تدخل المُشرع، لان تدخله يضع كل هذه النقاط في نصابها فينص على القواعد التي ترعاها[3]. والشيء الجديد في قرار المحكمة هو تليين النظرة، فإذا كان كل

---

[1] سامي منصور، الوسيط في القانون الدولي الخاص، دار العلوم العربية ، بيروت، لبنان، الجزء الأول، 1994، ص 593.

[2] V. Cass. Comm. 28oct. 1980.D. 1981. inf. Rap. P. 196 et v. fauchard. Note in Rev. Arb. 1972. P. 73.

[3] Jurisclasseur. Droit International privé français. Contrats. Théorie générale. Détermination de la loi compétente.

ومؤلف الدكتور غسان رباح ، العقد التجاري الدولي، العقود النفطية، دار الفكر العربي، بيروت، سنة 1988.

عقد دولي يتصل بمصالح التجارة الدولية هو عقد يتصل بالضرورة بأكثر من نظام قانوني، إلا أن قرار المحكمة عكس هذه النظرة : فكل عقد هو دولي لإتصاله بأكثر من نظام قانوني وتحقيقه لمصالح التجارة الدولية[1]

وعلى صعيد آخر نصت المادة 809 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني تقابلها المادة 1492 من القانون الجديد لأصول المحاكمات المدنية الفرنسي[2]، "يُعتبر التحكيم دولياً التحكيم الذي يتعلق مصالح التجارة الدولية". كما تنص المادة 813 محاكمات مدنية لبناني تقابلها المادة 1496 من القانون الجديد لأصول المحاكمات المدنية الفرنسي (المرسوم تاريخ 12 أيار 1981)[3] " يفصل المحكم في النزاع وفقاً للقواعد القانونية التي إختارها الخصوم وإلا وفقاً للقواعد التي يراها مناسبة. وهو يعتد في جميع الأحوال بالأعراف التجارية".

من المُلاحظ أن النصان السابقان يقيمان توازن واضح بين مبادئ التحكيم الدولي التي جرى تكريسها توافقاً مع مصالح التجارة الدولية المعروفة بالمعيار الإقتصادي للعقد الدولي والقواعد التي يعود للمحكم تطبيقها.

فعلى الصعيد العملي نرى ان ما يجري تطبيقه في مجال التحكيم الدولي هو القواعد القانونية التي يختارها فرقاء النزاع في إتفاقية التحكيم وإلا للقواعد التي يراها المحكم ملائمةً مع مراعاة الأعراف التجارية السائدة.

ويميز هذان النصان من ناحية أخرى بين التحكيم الدولي الذي يقوم على المعيار الإقتصادي للعقد الدولي والذي يتصل بالعقد الإقتصادي الدولي وقوامه الترابط بين ثلاثة عناصر هي العقد والتحكيم ومصالح التجارة الدولية ، أما العنصر الثاني فهو التحكيم في العلاقة الدولية والذي يرتبط بالعناصر الأجنبية للعقد دون أدنى إرتباط بمصالح التجارة الدولية أي أنه يقوم على المعيار القانوني للعقد الدولي.

---

[1] V. Lorquin. Note in counet. 1986. Prédit. P. 1043-1044.

[2] المادة 1492 من القانون الجديد لأصول المحاكمات المدنية الفرنسي تختص بالأحكام والإجراءات القانونية في مجال التحكيم، وخاصة تلك المتعلقة بشروط تنفيذ قرارات المحكمين، والقواعد العامة المتعلقة بالطعن في تلك القرارات، وشروط الأمر بتنفيذ تلك القرارات، وليس فقط التحكيم الداخلي بل التحكيم الدولي أيضاً.

[3] حول هذا النص : باتيفول ولاغارد. رقم 578.

نذكر أن المادة 1496 من القانون الجديد لأصول المحاكمات المدنية الفرنسي، وفقًا للمرسوم الصادر في 12 أيار 1981، تتضمن النص على جملة من الإجراءات المرتبطة بالتحكيم. وتؤكد هذه المادة على أنه يُشترط لتعليق تنفيذ الحكم التحكيمي أن يستوفي الطعن أو طلب الإلغاء شرط التقديم ضمن المهلة الزمنية المحددة ، إلا إذا كان الحكم مشمولًا بالتنفيذ المؤقت.

وبالمحصلة إن هذه النصوص السالفة الذكر لا تُطبق على كافة العقود الدولية وحتى في حالة العقد الدولي فلا تُطبق لمجرد إتصالها بأكثر من نظام قانوني لأنها تبقى خاضعة لتقنية تنازع القوانين، فهي لا تُطبق إلا على العقود الإقتصادية الدولية.

من هنا يقتضي التمييز بين وضعيتين: الاولى أن التحكيم يقع على نزاع دولي وفق المعيار الإقتصادي لإتصاله بمصالح التجارة الدولية، النظام التحكيمي هنا يكون محكوماً حسب النظام القانوني اللبناني والفرنسي بالقواعد المادية للتحكيم الدولي المنصوص عنه في المواد المُخصّصة في أصول المحاكمات المدنية للتحكيم الدولي بمفهومه الإقتصادي.

وإما أن التحكيم يقع على نزاع دولي أو عقد نزاعي دولي وفق المعيار القانوني غير المُتصل بمصالح التجارة الدولية، فالنظام التحكيمي هنا يكون محكوماً بقواعد تقنية تنازع القوانين.

إن المبدأ في مسألة حل التنازع بين القوانين الذي يسود العلاقات الدولية ينطلق من قواعد ونظريات مختلفة حيث تبرز منها قاعدة الإرادة وهي التي تعطي للفرقاء في العقد أن يختاروا بإرادتهم أحكام القانون التي ينبغي أن تُطبق في حال وجود أي نزاع له علاقة إما بإبرام العقد أو تنفيذه أو إنهائه[1].

يظهر ذلك من خلال إختيار قانون من ضمن البنود التعاقدية المتفق عليها وفي حدود عدم مخالفة القواعد الآمرة في القانون الداخلي كأي بند تعاقدي آخر. فالقانون الأجنبي لا يتدخل بصفته قانوناً أجنبياً وإنما كتعبير عن إرادة تعاقدية[2].

وقد كرست إتفاقية روما قاعدة الإرادة في القانون الدولي الخاص وهي من القواعد التي تضمنتها المادة الثانية منها وتناولت أحقية أطراف العقد بتعيين القانون الذي يحكم كافة بنود العقد او أجزاء منه، عند قابلية العقد للتجزأة فتتعدد القوانين ممكنة التطبيق عندها.

وفقط في المسائل التي تتعلق بالإنتظام العام دون سواها حيث يرتضي الفرقاء مسبقاً بالتخلي عن بعض القواعد القانونية التي تنسجم مع طبيعة علاقتهم تكون الصلاحية الإقليمية لدولة القاضي الناظر في النزاع بشكل لا

---

[1] Deprez. J, la loi applicable au contrat de travail international, Dr. soc1991, p.21.

[2] هشام علي صادق وحفيظة الحداد، الوجيز في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثاني، 2000، ص. 181.

يؤثر في العلاقة العقدية القائمة بينهم. فالمشرّع ومن خلال إعترافه بمبدأ سلطان الإرادة في المجال العقدي أعطى للفرقاء حرّية مُطلقة في تنظيم العقود على الصعيّد الداخلي ، فإن من النتائج المنطقية لهذا المبدأ ، الإعتراف للفرقاء بصلاحية تحديد المحكمة المختصة للنظر في المنازعات التي قد تنشأ بينهم في العقود خاصةً ذات الطابع الدولي.ويكون لهم الحرية في إختيار المحكمة المختصة بالفصل في النزاعات الفعليّة أو التي من المحتمل أن تنشأ.

إن المحرك الأساسي لحل مشكلة الإختصاص القضائي في حل منازعات العقود يتجسد بمسألة **حماية المستهلك**، وهي الأساس في تحديد الحلول والقواعد في هذا الحقل ، لأن المستهلك هو عادةً الطرف الأضعف في العقد[1]. نُشير هنا إلى أن هدف القواعد القانونية سواء السابقة أو المستحدثة ، هو التوازن في العلاقة العقدية وحماية الطرف الضعيف فيها من كافة أشكال الإستغلال أو سوء التصرف التي يكون الطرف القوي مسؤولاً عنها. فالمستهلك وبوصفه الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية التقليدية غالباً ما يجد نفسه مضطراً لقبول شرط الإختصاص القضائي، برغم ما فيه من مساس بحقوق المستهلك. ويذهب بعض الفقه إلى القول أنّه يمكن للأطراف إخراج النّزاع من ولاية القضاء وعقد الإختصاص للقضاء الوطني لدولة أجنبية ، ولكن يُشترط في هذا المجال ان تُوجد صلةٌ بين العقد موضوع النزاع وتلك الدولة المختارة محكمتها للنظر في النزاع[2].

ولكن جانب آخر من الفقه وبنظرنا رأيه الأكثر منطقية ، يرى بأن حرية الأطراف في إختيار المحكمة المختصة لا يجب أن يكون مشروطاً بوجود علاقة بين العقد والدولة المعقود لها الإختصاص، بل يجب إعطاء أطراف العقد الحق في إختيار دولة محايدة لا تتوافر لها أي صلة مع العقد عند توافر مصلحتهم في ذلك.

---

[1] أحمد علي معتوق، حل منازعات العقود الإلكترونية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا قانون الأعمال، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بيروت، 2007، ص. 23.

[2] فؤاد رياض وسامية راشد، تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي وأثار الأحكام الأجنبية، دار النهضة العربية، 1994، ص. 446.

في معظم الأنظمة القانونية المعاصرة يجري التعامل، وفقاً لقاعدة أساسية مفادها أنّه في العقود ذات الطابع الدولي[1]، يجوز لطرفي العقد الإتفاق على إخضاع كل نزاع قائم أم مُحتمل لولاية محكمة دولة معينة، ولو كان هذا النزاع يخرج عن إختصاص المحكمة المتفق على ولايتها، و ذلك وفقاً للقواعد العامة للإختصاص. وهذا ما أخذت به **معاهدة بروكسل** السّارية في دول الإتحاد الأوروبي، الأمر الذي يُؤمّن دوراً مهماً لسطان إرادة الفرقاء، ومن حيث المبدأ فإن الفرقاء لهم الحرية في إختيار المحكمة التي يكون لها الإختصاص للفصل في النزاعات الفعليّة أو التي من المحتمل أن تنشأ[2].

وأيضاً جرى التوافق على المبدأ الآنف لدى الشركات التي يمتد نشاطها في الإنتاج والتسويق إلى مختلف بقاع الأرض، دون نسبتها إلى دولة معينة ، بشكلٍ تضاءل معه سلطان الدولة في مواجهة سطوة هذه الشركات. فالدولة تَضعُف والشركات تقوى، كما يضعف الولاء الوطني الإقتصادي لصالح مبدأ النفعية وتيارات العولمة وقوانين السوق.

المبحث الثاني: رقابة القضاء الوطني في ظل إختصاص المُحّكم

قبل تطور المجتمعات وتحضرها لجأ الناس في حل خلافاتهم ومشاكلهم إلى استعمال القوة والتي كانت الوسيلة الرئيسية لإقتضاء الحقوق، الأمر الذي خلق الفوضى وهدد السلم الإجتماعي، إلى أن ظهر أسلوب مشابه للقضاء كطريق بديل لحل النزاع ألا وهو التحكيم، بحيث تتولى هيئة تحكيمية أو مركز تحكيم القيام بإجراءات التحكيم.

---

[1] العقد الدولي وفقاً لتعريف جانب من الفقه هو العقد الذي يشتمل على عنصر أجنبي، سواء كان هذا العنصر يخص أطراف هذا العقد، أو محل إبرامه، أو محل تنفيذه، أو يخص موضوعه، بحيث يترتب على ذلك وجود أكثر من قانون يختص بالتطبيق عليه.

[2] الياس نصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية ،2009 ، ص. 314.

ومن أهم التعريفات الإتفاقية للتحكيم هو ذلك الذي سبق وتضمنته المادة 13 من اتفاقية لاهاي للتسوية السلمية للمنازعات الدولية التي توصل إليها مؤتمر السلام الدولي الثاني الذي عُقد في لاهاي عام 1907 ، حيث قررت المادة أن موضوع التحكيم الدولي هو تسوية المنازعات بين الدول بواسطة قضاة من اختيارهم وعلى أساس احترام القانون وان اللجوء إلى التحكيم ينطوي على تعهد بالخضوع بحسن نية للحُكم.

الأمر الذي يتطلب منا بداية التعريف بماهية التحكيم (الفقرة الأولى) لننتقل بعدها إلى إستبيان دور رقابة القاضي عند وجود بنود تحكيمية (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : ماهية التحكيم

لم تنص التشريعات الوطنية الحديثة المُنظِّمة للتحكيم لتحديد ما هو المقصود بالتحكيم بشكل مباشر، ولعل ذلك راجعٌ إلى أن أغلبية هذه التشريعات استوحيت من القانون النموذجي للتحكيم والذي جعل عدم تعريف التحكيم احتراماً منه للخلافات الوطنية بشأن تحديد مفهوم التحكيم.[1] يتشابه التحكيم مع الصلح في وجود عقد بين المتنازعين في كل منهما و في كون كل منهما يوصل إلى إنهاء أو حسم النزاع بينهم[2].

التحكيم بالواقع هو عملية الفصل في النزاع بين الأطراف على يد من يختارونه إستناداً إلى خبرته وعلمه وموضوعيته وتمكنه من الموضوع محل النزاع ، ويشكل شخصه عامل اطمئنان بالنسبة للخصوم.

فالتحكيم بداية ماهو كمفهوم وهل يختلف عن الطرق البديلة الأخرى في حل النزاع كالوساطة مثلاً (أولاً)، وهل يختلف عن التعريف الوارد في الفقه الأسلامي (ثانياً).

أولاً : تعريف التحكيم

[1] حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي ، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان ، 2004، ص. 40.

[2] محمد عبد الخالق الزغبي، قانون التحكيم كنظام قضائي اتفاقي من نوع خاص ملحقاً به أهم اتفاقيات وتشريعات التحكيم الدولية، الطبعة الأولى ،الناشر بالإسكندرية ، 2010 ، ص. 16.

إن التحكيم هو إتفاق الأطراف على طرح النزاع على شخص معين أو عدة أشخاص معينين ليفصلوا فيه من دون اتباع الإجراءات القضائية التقليدية.

إن المعطيات الخاصة والمفاهيم المعقدة لمجتمع التجار تتطلب تنظيماً مستقلاً [1]ينسجم مع المعطيات

الإقتصادية المتغيرة، الأمر الذي جعل مواكبة التطورات المتلاحقة للتجارة الدولية ليست بالأمر اليسير، إلا عبر شرعة خاصة يصعب تجاهلها في الوقت الراهن ونعني بذلك قانون التجارة الدولية المرتكز على أداة قضائية بخصائص مميّزة ونعني بها التحكيم ، ومن أبرز هذه الخصائص والتي تدفع المتعاملين في مجال الإستثمار إلى إختياره لتسوية خلافاتهم هي السرية. فقد يلحق ضرر بمصالح وأطراف النزاع نتيجة العلانية المتمثلة بعرض وثائق ومعلومات سرية نظراً لتعلق الإستثمار بأمور على قدر كبير من الخطورة والأهمية التقنية والإستراتيجية.

فلهذا ظهر التحكيم كضرورة مُلّحة من مسلتزمات التجارة الدولية ، ووفقاً لتعبير بعض الفقه "توأمان لا يمكن فصلهما وبمثابة الروح من الجسد، فإذا كان قانون التجارة الدولية إنساناً فالتحكيم عقله المُفّكر"[2] .

أما على صعيد الدول نرصد إتجاه المشرعين والمؤسسات المعنيه بالعمل الدائم على التوافق بين مجال التحكيم والأعمال نظراً لما يتضمنه ذلك من اختصار في الوقت والمال وثقة وسرعة مضمونة فلو أخذنا السعوديه كمثال نرى بان " الهيئة العامة للمنافسة Sacca " والتي سعياً منها إلى تعزيز المناخ التنافسي في قطاع الأعمال وحماية المنافسة العادلة وقعّت مع المركز السعودي للتحكيم التجاري مذكرة تفاهم اشتملت على تشجيع الاستثمار في السوق المحلي و دعم المنشآت الصغيرة والمتوسطة من خلال البدائل المؤسسية لتسوية المنازعات بما يضمن الحفاظ على قواعد المنافسة العادلة، ومنع الاحتكار الذي بدوره يؤثر على المنافسة المشروعة ومن بينها الإتفاقات الرأسية التي يُعتبر التمثيل التجاري الحصري أحد أشكالها.

---

[1] تنظيم مستقل يُسهم في تيسير التعاملات التجارية ضمن أُطر قانونية وإدارية مُخصصة ، تضفي مرونةً في حل النزاعات، ومواكبة التغيرات الاقتصادية السريعة. هذا النوع من التنظيم ويؤدي إلى تطور بيئة تجارية صحية ومزدهرة قوامها الشفافية والعدالة بين الأطراف التجار.

[2] كمال إبراهيم، التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، مصر، الطبعة الأولى، 1991، ص. 30.

في المبدأ لم يكن التحكيم يوماً موضع خلاف أو نقاش عندما كان يتناول النزاعات المدنية والتجارية فقط ، فقد تناول قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد تحديد التحكيم إن لناحية أصوله أو إختصاص الرقابة عليه. فقد تضمن القانون نصوصاً عن اجراءات التحكيم ودور قضاء الدولة العادي في الرقابة على آلية التحكيم قبل وأثناء المحاكمة التحكيمية وبعد صدور القرار التحكيمي.

يشبه التحكيم الوساطة من حيث رغبة الأطراف بإعتماده، فنتائجه سريعة وتكلفته أقل من القضاء، وهنا يبرز الشبه واضحاً بين الوساطة والتحكيم عبر اللجوء إلى طرف بديل عن القضاء ومحايد عن القضية من أجل وضع حد للنزاع بالإضافة إلى ان التحكيم يستند في الأساس إلى إرادة الأطراف ، فهم الذين يختارون الأشخاص الذين يتولون مهمة التحكيم والذين يتصفون بالحياد والإستقلالية ويتصفون بمعرفة نوعية التعامل التجاري الذي حدث النزاع بسببه...[1]

لكن اللجوء للتحكيم لا يمكن إلا من خلال وضع بند صريح في العقد يتيح إمكانية الأطراف باللجوء إلى التحكيم في حال حصول نزاع ، في حين أن الوساطة ممكن أن ترد في بند من بنود العقد ولكن ذلك ليس أمراً ملزماً من أجل السير بها، حيث أنه قد يختار الطرفان المتنازعان اللجوء إلى الوساطة بعد حصول النزاع وإن لم يرد بنداً صريحاً بذلك.

إن القرار التحكيمي الذي يُصدره المُحّكم بعد القيام بإجراءت التحكيم ودراسة النزاع لا يحق للأطراف رفضه ويكون ملزماً لهم، ويحوز القرار التحكيمي على القوة التنفيذية من خلال تصديقه من قبل المحكمة المختصة، وفي ذلك فرقاً بيّن مع الوساطة، بحيث رأينا أنه في الوساطة لا يكون الحل الذي يقدمه الوسيط ملزماً للأطراف، بل يكون بموافقتهم وبإرادتهم الكاملة.

إضافة إلى أن إجراءات التقاضي في التحكيم تتم من خلال حضور الأطراف ولكن يقتصر دورهم في اختيار التحكيم وبعد ذلك يحضرون الجلسات فقط دون إبداء رأياً رافضاً لأي من الإجراءات، بينما في الوساطة وخلافاً لما هو عليه في التحكيم من حق الأطراف الكامل تقرير السير بها إلا أن ذلك لا يمنعهم من رفض ما قد تفضي عنه الوساطة. هناك فرق مهم جداً بين الوساطة والتحكيم وذلك في موضوع إنسحاب أحد الأطراف من

[1] فوزي محمد سامي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة في أحكام التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص. 65.

التحكيم أو الوساطة، فإن تقرير أحد الأطراف الإنسحاب من إجراءات التحكيم لا يؤثر على مسار التحكيم بل يبقى قائماً، وما ينتج عنه من قرارات يكون ملزماً للجميع، في حين أن إنسحاب أحد الأطراف من الوساطة لا يوقف الإستمرار بالسير بها، بالتالي تنتهي أعمال الوساطة ويعود أطراف النزاع أمام القضاء.

أما بالنسبة لصياغة بنود التحكيم وخاصة بنود العقود الدولية المتعلقة بتسوية المنازعات فإنها تتطلب مؤهلات خاصة لدى القائم بالصياغة، وبصفة خاصة بنود التحكيم، يتطلب، لتؤدي الغرض منها، توفر خلفيات علمية وعملية عن التحكيم في أساسياته ونُظُمِه.

ساهمت المنظمات الدولية ، والمؤسسات المعنية بالتحكيم ، بوضع قواعد خاصة بالإجراءات التي تُتَبع في سير عملية التحكيم ، كما أصدرت دول عديدة قوانين حديثة تعالج مسائل التحكيم الدولي بعد أن كانت قوانينها، تقتصر على معالجة قضايا التحكيم الداخلي، ونتيجة لأهمية التحكيم في المجتمع الدولي، وضعت لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة ، قواعد خاصة بالتحكيم.[1]

وقد يتراءى للبعض أن إعتماد نموذج موحّد للصياغة معد مسبقاً أمر ميّسر، إلا أن الأمر ليس كذلك بالنسبة "للإتفاقية التحكيمية"، ذلك أن طبيعة موضوع العقد الأساسي وما يمكن أن ينجم عنه من خلافات بين الأطراف له تأثير واضح ومباشر في إعداد الإتفاقية أو البنود التحكيمية، ومن الصعب القول بوجود نموذج واحد يناسب خصوصية كل عقد من العقود الدولية، نظراً لعدم وجود موقف جامع للدول حول قواعد التحكيم ومقتضيات

النظام العام "public order " بالنسبة إلى كل موضوع، من هنا فإن خصوصيات العلاقة التعاقدية وظروفها وأطرافها هي من تتحكم بالصياغة الخاصة لبنود التحكيم.

وصياغة العمل التحكيمي عقدياً يتم في ضوء إختيار أطراف النزاع إما لأسلوب التحكيم المطلق أو الخاص(Ad hoc)[2] وإما لطريقة التحكيم المؤسساتي(Institutional; Arbitration) .

---

[1] سراج محمد أبو زيد، التحكيم في عقود البترول، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000 ، ص. 11 .

[2] Ad hoc إصطلاحياً تعني الإجراء أو القرار المخصص لمعالجة مسألة أو نزاع معين دون أن يتحول إلى نظام دائم أو قاعدة عامة، وفي مجال التحكيم، "Ad hoc arbitration" فتأتي بمعنى تشكيل هيئة تحكيمية لتسوية نزاع معين، دون اللجوء إلى مؤسسات تحكيمية قائمة مثل ICC.

ثانياً : التحكيم في الفقه الإسلامي

إن مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي جرى تناوله في مُجمّع الفقه الإسلامي الدولي بجدة والذي أصدر القرار رقم 91(8\9) حيث جاء فيه: بعد إطلاعه على البحوث الواردة في المُجّمع بخصوص موضوع مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي، وبعد إستماعه إلى المناقشات التي دارت حوله[1] ، قرر ما يلي:

أولاً–التحكيم إتفاق طرفي خصومة معينة، على تولية من يفصل في منازعة بينهما، بحكم ملزم، يطبق الشريعة الإسلامية، وهو مشروع سواء أكان بين الأفراد ام في مجال المنازعات الدولية.

ثانياً– التحكيم عقد غير لازم لكل من الطرفين المحتكمين والمُحّكم، فيجوز لكل من الطرفين الرجوع فيه ما لم يَشرع الحَكم في التحكيم، ويجوز للمُحكم أن يعزل نفسه – ولو بعد قبوله – ما دام لم يُصدر حكمه ولا يجوز له أن يستخلف غيره دون إذن الطرفين، لأن الرضا مرتبط بشخصه.

ثالثاً– لا يجوز التحكيم في كل ما هو حق لله تعالى، كالحدود ولا فيما استلزم الحَكمُ فيه إثبات حكم أو نفيه بالنسبة لغير المتحاكمين، ممن له ولاية للحَكم كاللعان، لتعلق حق الولد به، ولا فيما ينفرد القضاء دون غيره بالنظر فيه، فإذا قضى المُحّكم فيما لا يجوز فيه التحكيم فحكمه باطل ولا يُنفّذ.

رابعاً– يُشترط في المُحّكم بحسب الأصل توافر شروط القضاء.

خامساً– الأصل أن يتم تنفيذ حكم المُحّكم طواعية، فإن أبى أحد المُتحاكمين، عُرِض الأمر على القضاء لتنفيذه، وليس للقضاء نقضه، ما لم يكن جوراً بيناً أو مخالفاً لحكم الشرع.

سادساً– إذا لم تكن هناك محاكم دولية إسلامية، يجوز إحتكام الدول أو المؤسسات الإسلامية إلى محاكم دولية غير إسلامية، توصلاً، لما هو جائز شرعاً.

ويوصي بما يلي: دعوة الدول الأعضاء في منظمة المؤتمر الإسلامي إلى إستكمال الإجراءات اللازمة لإقامة محكمة العدل الإسلامية الدولية، وتمكينها من أداء مهامها المنصوص عليها في نظامه.

---

[1] مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المُنعقد في دورة مؤتمره التاسع ، بأبو ظبي بدولة الإمارات العربية المُتحدة ، في 1 نيسان (أبريل)1995 .

الفقرة الثانية : دور رقابة القاضي عند وجود بنود تحكيمية

تنص المادة 762 من قانون أصول المحاكمات المدنية على ما يلي: " يجوز للمتعاقدين أن يُدرجوا في العقد التجاري او المدني المُبرم بينهم بنداً ينص على أن تُحل بطريق التحكيم جميع المنازعات القابلة للصلح التي تنشأ عن تنفيذ هذا العقد أو تفسيره يقابل هذا النص المادة 1442 من القانون المدني الفرنسي بحكم مماثل له لحد كبير.

المُحّكَم بفتح الكاف هو الشيخ المجرب المنسوب إلى الحكمة والحكمة هي العدل[1] إن المحكم يستمد سلتطه من عقد التحكيم، بينما يستمد القاضي ولايته وصلاحياته من قانون الدولة التي عُيّن فيها، وبما أن الاصل هو القضاء والتحكيم هو فرع منه، تنحصر مهمة المُحّكم في الفصل بالنزاع المعروض أمامه فقط دون غيره حتى وإن كانت لها صلة بالنزاع المعروض عليه، بينما تكون ولاية القاضي عامة وله الحق في النظر والفصل في أي نوع من النزاعات التي تقع بين الأفراد .

إن إختيار الفرقاء في عقودهم لمرجع غير القضاء كالتحكيم لحسم نزاعاتهم المستقبلية، وذلك بإيراد بند تحكيمي ينزع الإختصاص عن القضاء العادي ، بل أكثر من ذلك يرفع يده عن الدعوى المعروضة عليه لوجود بند تحكيمي يمنعه من ذلك، وهذا ما يسمى في الفقه الفرنسي: (le défaut de pouvoir juridictionnel) ، يقارب إلى حدٍ ما الدفع بعدم القبول أكثر من الدفع بعدم الإختصاص. فالعقد المتضمن بنداً تحكيمياً يوجب على من يتذرع به من أطراف النزاع وينكر على القضاء العادي إختصاصه أن يثيره أمام القاضي الناظر في الدعوى قبل المناقشة بأساس النزاع تحت طائلة عدم قبول هذا الدفع، وإلا إعتُبِر تنازلاً ضمنياً من قبل طرفي النزاع عن التحكيم (المدعي لجأ إلى المحاكم العادية بالرغم من وجود بند تحكيمي والمدعى عليه لم يدفع بعدم

[1] محمد وليد العبادي، أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية دراسة مقارنة، مجلة، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 43 ،العدد، 8 كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن 2007 ، ص 357 نقلا عن ابن منظور. لسان العرب المحيط الأولى ص. 622-626.

الإختصاص في بدء المحاكمة. أكثر من ذلك لو كانت الدعوى قد قطعت شوطاً أمام القضاء العادي يجوز للخصوم الإتفاق على حل النزاع عبر التحكيم وذلك وفقاً لمنطوق المادة 767 أ. م.م. لبناني[1]، وهو في الحقيقة تكريس لسلطان إرادة الفرقاء الذين يبقون أحراراً بالعدول عن الدعوى المرفوعة سابقاً أمام المحاكم العادية واللجوء إلى التحكيم.

وفقاً لمضمون المادة 763 أ.م.م. قد يشوب البند التحكيمي عيب يؤدي إلى بطلانه كالعيب الناتج عن كون البند يتعلق بنزاع غير قابل للتحكيم او كون البند غير مكتوب، أو عن عدم إشتماله على تعيين المُحّكم أو المُحّكمين أو بيان طريقة تعيين هؤلاء.

و يُعتبر من النظام العام، وتقتضي الإشارة هنا أن قواعد النظام تتدخل في كل أوجه وفروع القانون[2] ولا يجوز العدول عن البطلان الذي يقع بسبب مخالفة قواعد تتصل بالنظام العام ، وإذا حصل هذا التنازل يقع باطلاً، ويمكن لأطراف النزاع إثارته ، ويجب على القاضي إثارته عفواً من تلقاء ذاته والحكم به عند الإقتضاء.

هذا ما لا نجده في الحالات التي يتسبب فيها بالبطلان مخالفة قواعد لا تتصل بالنظام العام كالقواعد المتعلقة بصيغة غير جوهرية أو بإنعدام الرضى أو السلطة، أو عن مخالفة قواعد وإن أعتبرها المشرع من النظام العام ولكن تنحصر وظيفتها في حماية مصالح خاصة جديرة بالحماية كالحقوق المتعلقة بحق الطعام والأحوال الشخصية ففي هذه الحالات يجوز للفرقاء العدول عن التذرع ببطلانها واللجوء إلى فصل النزاع بينهما عن طريق التحكيم. نجد ضرورةً أن نشير هنا إلى وجود عدة مراجع تعتد بإمكانية الأفرقاء التمسك ببطلان البند التحكيمي وعدم قابليته للتطبيق أمامها وبطرق مختلفة، ومنها أولاً التمسك ببطلان البند التحكيمي أمام رئيس المحكمة الإبتدائية الذي يُطلب إليه تعيين المُحكم أو المُحّكمين سنداً للمادة 764 أ.م.م. عند نشوء عقبة تعيق تعيين المُحّكم أو المُحّكمين أو لدى تطبيق طريقة تعيينهم، فيعلن القاضي

---

[1] المادة 767 تاريخ بدء العمل 16/09/1983 :

تنص على أنه : يجوز للخصوم الاتفاق على حل نزاع بطريقة التحكيم ولو كان موضوعاً لدعوى مقامة امام القضاء. ويمكنهم الاتفاق على ان يكون الحل وفق احكام قانون اجنبي او عرف اجنبي.

[2] أمين محمد حطيط، مرجع سابق، ص.118 .

عند وجود بند تحكيمي باطل بشكل واضح، أن يتخذ قراراً يثبت فيه البطلان ويتولى مهمة تعيينهم بنفسه حيث لا محل لتعيين المحكمين سنداً لهذا البند التحكيمي الباطل.

وسنداً للمادة 785 أ.م.م. يجوز التمسك ببطلان البند التحكيمي أمام المُحّكم الناظر في النزاع إعتراضاً على إختصاصه بالفصل فيه، فإذا تثبت للمحكم أن البند باطل أعلن عدم إختصاصه للبت بالنزاع. كذلك

ويجري التمسك ببطلان البند لدى الطعن بالقرار التحكيمي بطريق الإبطال لكون البند التحكيمي هو الباطل، الأمر الذي سنناقشه مفصلاً وتباعاً في القسم الثاني من الدراسة.

من جهة أخرى يمكن الدفع ببطلان البند التحكيمي أمام المحكمة العادية لحفظ إختصاص تلك المحكمة بوجه المدعى عليه الذي يكون قد رد بالدفع بعدم إختصاص تلك المحكمة لتنفيذ العقد الأساسي نظراً لوجود بند تحكيمي يجعل الإختصاص للمُحّكم وذلك وفي سياق الدعوى المرفوعة لديها والمتعلقة بتنفيذ العقد الأساسي المرتبط به هذا البند.

وأخيراً يجوز التمسك بإبطال البند التحكيمي في سياق دعوى أصلية تُرفع أمام المحاكم العادية ويُطلب فيها الحُكُم بإبطال هذا البند بحد ذاته أو تبعاً لإبطال العقد الأساسي، وتكون الدعوى الأصلية بإبطال البند التحكيمي مقبولة طالما تتوفر مصلحة قانونية للمدعي فيها وهي تتمثل بالحق الذي يعود له حتى قبل نشوء النزاع بان يضمن توافر الشروط اللازمة لسلوك الطريق العادي للفصل في هذا النزاع عند نشوئه أمام محاكم الدولة[1].

وإذا أُثير أمام المحاكم العادية مسألة وجود البند التحكيمي الذي يولي صلاحية بت هذا النزاع للمُحّكم أو الهيئة التحكيمية وعدم قدرتها هي على بته، هنا تبحث المحكمة في صحة البند التحكيمي فإذا وجدته باطل أو غير قابل للتطبيق، قررت إعلان بطلانه للأسباب المذكورة عندها تتابع النظر في القضية، أما في حالة تأكدها من صحة البند التحكيمي، فإنها ترفع يدها عن القضية.

وفي المقابل كرست المادة 785 أ.م.م. لبناني قاعدة أساسية مفادها، أنه إذا نازع أحد الخصوم بمدى سلطة أو ولاية المُحّكم في نظر قضية ما معروضة عليه فيكون له ان يفصل في هذه المنازعة، ذلك أنه للمُحّكم أن

1 أنظر بهذا المعنى : روبير في التحكيم طبعة 5 فقرة 105، تيان في قانون التحكيم فقرة 201.

ينظر في مدى إختصاصه، وهذا ما يُعرف في الفقه والإجتهاد بفكرة (compétence-compétence)[1]

وعلى كل حال تبقى الرقابة في نهاية المطاف لمحكمة الإستئناف أثناء النظر في الطعن في القرار التحكيمي وفي قرار حديث نسبياً صادر عن محكمة التمييز الفرنسية[2]، الغرفة المدنية الأولى، بتاريخ 30 سبتمبر 2020 إعتبر أن حماية النظام العام تتم أيضاً عن طريق إستبعاد البند التحكيمي التعسفي وفقاً لقوانين حماية المستهلك الأوروبية والفرنسية، وللقاضي الوطني أن يبت في مسألة الطابع التعسفي للبند التحكيمي وأن يقرر متى وجده تعسفياً إعتباره كأنه لم يكن وذلك وفقاً للتوجيه الأوروبي[3] رقم 13\1993 الذي له في النظام العام الفرنسي الداخلي صفة النظام العام لتعلقه بالمصلحة العامة للمجتمع.

وجاء في حيثيات القرار " محكمة الإستئناف الفرنسية في مدينة فرساي، إستبعدت تطبيق البند التحكيمي معتبرة أن له طابعاً تعسفياً وبالتالي إعتماد إختصاص المحاكم الفرنسية للنظر في النزاع مستندتاً في قرارها إلى التوجيه الأوروبي رقم 13 الصادر في 5 أبريل 1993 والمتعلق بكيفية حماية المستهلك من البنود التعسفية.

فتقدمت شركة المحاماة بطعن تمييزي أعتبرت فيه أنه يعود للمُحّكم فقط أن يبت في إختصاصه وأن القاضي الفرنسي ليس له سلطة البت في مسألة الإختصاص إلا إذا ظهر له أن البند التحكيمي كان باطلاً أو كان ظاهراً أنه لا يمكن تطبيقه، أن تطبيق التوجيه الأوروبي يوجب قيام القاضي قبل البت في إختصاصه أن ينظر في أساس الملف وهو أمر مناقض لمسألتي البطلان أو عدم إمكانية التطبيق وذلك سنداً لنص المادة 1448

---

2 Civ. 2, 13 Juin 2002: D.2002,10.

[2] *Cour de cassation*, 1re chambre civile, 30 septembre 2020, n° 18-19.241, *PWC Landwell – PricewaterhouseCoopers Tax & Legal Services c/ Mme Y.*, publié au Bulletin.
Décision disponible sur : https://www.clauses-abusives.fr
Consulté le 21 juillet 2025 à 13h38.

[3] Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *Journal officiel des Communautés européennes*, L 95 du 21 avril 1993, p. 29–34.

من القانون المدني الفرنسي. محكمة التمييز الفرنسية وبقرار يناقض إجتهادات سابقة ثابتة لمدة عشرين عاماً[1] إعتبرت أنه يعود للقاضي الوطني أن يبت في مسألة الطابع التعسفي للبند التحكيمي ومتى وجده تعسفياً إعتباره كانه لم يكن وفقاً للتوجيه الأوروبي الذي له صفة الإنتظام العام.

وأن نص المادة 1448 من القانون المدني الفرنسي التي توجب على القاضي الوطني الفرنسي إعلان عدم إختصاصه عند وجود بند تحكيمي، لا يكون من شأنه أن يجعل مستحيلاً ممارسة الحقوق التي يمنحها القانون الأوروبي للمستهلك أمام المحاكم الوطنية لحماية حقوقه".

يتضح لنا من مضمون هذا القرار والذي يمكن إعتباره في وقتها بمثابة سابقة بأنه عند وجود بند تحكيمي سواء في عقد داخلي أو دولي يتوجب على القاضي الوطني أن يعلن عدم إختصاصه وليس له أن يبت في مسألة الإختصاص إلا إذا ظهر له أن البند التحكيمي كان باطلاً أو غير ممكن التطبيق، وهذا ما أكدته المادة 1448 من القانون المدني الفرنسي بأن البت في مسألة الطابع التعسفي للبند يعود حصراً للمحكم.

ولقد سبق لنا ان أشرنا انه إذا أُثير أمام المحاكم العادية مسألة عدم قدرتها على فصل النزاع لعلة وجود البند التحكيمي الأمر الذي يولي صلاحية بت هذا النزاع للمُحّكم، وفقاً للإجتهاد السابق، فيعود لتلك المحكمة ان تبحث في صحة البند التحكيمي للتحقق من مدى كونه باطل أو غير قابل للتطبيق ، ويمكن إعتبار البند التعسفي وفقاً لقانون حماية المستهلك الأوروبي والفرنسي بنداً باطلاً حكماً وغير قابل للتطبيق ذلك لمخالفته قاعدة من قواعد الإنتظام العام، فتعلن المحكمة حينها بطلان هذا البند التحكيمي للأسباب المذكورة وتقرر عندها متابعة النظر في القضية.

فيما يلي سننتقل لدراسة نطاق الرقابة القضائية على البنود التحكيمية في الفصل الثاني.

[1] قرار صادر عن محكمة التمييز الفرنسية، الغرفة المدنية الأولى، تاريخ 30 سبتمبر 2020، رقم 18-241. (إعداد رشاد قبيسي، محام بالإستئناف في باريس).

الفصل الثاني : نطاق الرقابة القضائية على البنود التحكيمية

بمقابل إتساع رقعة مبدأ سلطان الإرادة والحرية العقدية أو ما يعرف بإقتصاد السوق وتراجع دور الدولة_الشرطي أو الحارسة، برزت القوانين الحمائية وهدفها إلى حماية الفرد من المغالاة بتطبيق المبادئ التحررية السابقة الذكر، ومن أبرز تلك القوانين قانون حماية المستهلك اللبناني[1] والفرنسي، و التوجيه الأوروبي الصادر في 5 أبريل 1993 المتعلق بكيفية حماية المستهلك من البنود التعسفية والتي باتت تُعتَبر بنود إذعان في العقود المدنية والتجارية ، وهنا تبرز أهمية معرفة مدى أرتباط هذه القوانين الحمائية بالأنتظام العام والحقوق التي تمنحها هذه القوانين ومن بينها الأوروبي للمستهلك أمام المحاكم الوطنية في حماية حقوقه من البنود التعسفية وهو ما سنتناوله في مبحثين إثنين نستعرض في الأول الرقابة على بنود الإذعان سنداً للقوانين الحمائية أما الثاني فسيتمحور حول الرقابة القضائية على ضوء بنود التحكيم التعسفية.

المبحث الأول : الرقابة على بنود الإذعان سنداً للقوانين الحمائية

سنتناول هذا المبحث عبر فقرتين أساسيتين تتمحور الأولى حول بنود الإذعان والتي سوف تتناول عقد الإذعان كمفهوم وبعض الأمثلة عن حالات ورود عقود الإذعان، أما الفقرة الثانية سنتناول فيها لحالات تدخل المشترع في بعض العقود.

الفقرة الأولى: بنود الإذعان

بعكس العقد الرضائي الذي تُصاغ بنوده بعد مناقشة ومفاوضة بين أصاحب العرض والقبول، يمكن تعريف عقد الإذعان[2] وفقاً لقانون الموجبات والعقود بأنه العقد الذي ينفرد أحد أطرافه بصياغة بنوده وشروطه بشكل

---

[1] قانون حماية المستهلك رقم 659، الصادر في 4 فبراير 2005، والمُعدّل بموجب القانون رقم 265، المؤرخ في 15 أبريل 2014.

[2] المادة 172 من قانون الموجبات والعقود اللبناني" عقد التراضي هو الذي تجري المناقشة والمساومة في شروطه وتوضع بحرية بين المتعاقدين (كالبيع العادي والايجار والمقايضة والاقراض) وعندما يقتصر احد الفريقين على قبول مشروع نظامي يكتفي بعرضه عليه ولا يجوز له من الوجه القانوني او الفعلي ان يناقش في ما تضمنه, يسمى العقد اذ ذاك عقد موافقة (كتعاقد على النقل مع شركة سكة حديدية او عقد الضمان).

لا يقبل المناقشة والمساومة، ويعرضها على الطرف الآخر، الذي يقتصر دوره على قبول الشروط المعروضة عليه بشكل نظامي، بدون أن يكون له الحق في مناقشتها، فإذا قبل بهذه الشروط تم العقد وإلا فلا à prendre ou à laisser .

وعادةً ما تكثر عقود الإذعان في نطاق القانون العام، كعقود إلتزامات الأشغال العامة وعقود تقديم الحاجيات في دوائر الحكومة، أو على نطاق العقود الجارية في المرافق الحيوية العامة والتي تقدم خدمات عامة مثل الكهرباء الماء أو الغاز، ضمن شرطين أولهما أن هذه السلع من الأوليات التي تنعدم المنافسة بشأنها مما يحمل الأفراد على القبول بالشروط التي تقررها الشركة ولا تقبل المناقشة فيها، والثاني أن يكون أحد المتعاقدين في مركز قوي يستمده من إحتكار فعلي أو قانوني، وتنشط عقود الإذعان أيضاً في نطاق العقود المدنية والتجارية، كعقد النقل في السفن والطائرات وعقد الضمان.

وقد أورد الإجتهاد في إحدى تعريفاته لعقد الإذعان بأنه هو العقد الذي يقتصر فيه دور أحد الفرقاء على قبول عقد مُنظم بصورة مسبقة من العاقد الآخر دون إمكانية مناقشة بنوده أو تعديلها[1]، وقد ساد جدال بين الفقه والإجتهاد، حول هل أن هذا النوع من التصرفات القانونية له صفة العقود نظراً لإقتصار حرية التعاقد على قبول أو رفض أحد الأطراف للبنود والشروط المعروضة عليه من الطرف الآخر، ولكن فقهاً تم ترجيح الرأي القائل بإبقاء هذا النوع من العقود ضمن إطار التعاقد نظراً لحرية المعروض عليه بتقرير التعاقد أو رفضه.

وبالمقابل لم يترك المشترع هذا النوع من العقود متفلتاً بعد أن تنبه أن تفرّد أحد المتعاقدين بفرض شروطه يجعله في مركز القوي بشروط لا تخلو من القساوة والظلم، ونظراً لحاجته الملحة للتعاقد لا يكون أمام المعروض عليه سوى القبول بهذه الشروط ، كما هو الامر لدى الشركات القوية، فحدد المشترع بتشريعات ما يمكن لتلك المصالح والشركات أن تضعه من بنود وشروط تجاه المتعاملين والمنتفعين، كما هو الأمر في عقود العمل، وتحديد أسعار النقل والكهرباء والماء...

[1] قرار صادر عن محكمة الدرجة الأولى ، بيروت رقم 247، تاريخ 29-06-2009.

واللافت للإنتباه من مجمل ما تقدم أن النص في معظم التشريعات المدنية تناول عقود الإذعان مفهوماً وشروطاً، دون التطرق لبنود الإذعان مما يدفعنا ومن أجل تحديد المقصود ببند الإذعان أن نعمد إلى قياس الفرع على الأصل أو الجزء على الكل.

فإذا كان عقد الإذعان هو العقد الذي يتفرد أحد المتعاقدين بصياغة بنوده بشكل لا يقبل المساومة في بنوده ويقتصر دور المعروض عليه في القبول أو الرفض، فإن بند الإذعان هو عبارة عن شرط يتم إدراجه في متن عقد من عقود التراضي، بتعبير أدق أن كافة بنود وشروط هذا العقد الرضائي تخضع للمناقشة والمساومة المتبادلة بين المتعاقدين قبل توقيع العقد بصيغته النهائية بإستثناء هذا البند الذي يشترط إدراجه في متن العقد وعدم المناقشة والمساومة فيه.

وعادة ما يضع المشترع لائحة تشتمل على البنود التي يكون لزاماً إدراجها في عقود معينة ولإعتبارات متعددة قد تكون إجتماعية أو حمائية، مما يُضفي على هذه البنود صفة بنود الإذعان أسوة بعقود الإذعان.

ومن الأمثلة الحيّة على عقود وبنود الإذعان نتناول العلاقة بين المصرف وزبونه، بدايةً من توقيع إتفاقية بين المصرف والزبون حيث للزبون حرية مُطلقة في إختيار هل يريد التعاقد ام لا، وهل يريد التعاقد مع هذا المصرف بالذات أم لا، وأيضاً للزبون إمكانية الإختيار بين أنواع الحسابات المصرفية الموقعة مع المصرف، ولقد إختلفت الآراء الفقهية حول توصيف هذه الإتفاقية فالبعض إعتبرها عقد رضائي والبعض الآخر إعتبرها عقد إذعان.

وحيث أضحت الخدمات المصرفية حاجة ضرورية لكل إنسان قد يضطر أحياناً للحصول عليها مثل خدمة توطين المعاش، حاجات لا تُدار بواسطة مرفق عام بل من قبل قطاعات خاصة فالمصرف بالمحصلة هو شركة تجارية هدفها تحقيق الربح. إن طبيعة الإتفاقية المُوقّعة بين المصرف وزبونه ليست عقد إذعان بالمطلق وليست عقد رضائي بالمطلق، فصحيح ان للزبون حرية مطلقة في تقرير مبدأ التعاقد وأختيار المصرف ونوع الحساب ولكن عادة ما تكون معظم البنود مصاغة مسبقاً من قبل المصرف ولا يستطيع الزبون ان يرفض الشروط المدرجة في متن الإتفاقية وإقتراح شروط أخرى ، بإستثناء بعض البنود التي يجري الإتفاق عليها مسبقاً مثل نسبة الفائدة وإمكانية الإستفادة من خدمة البطاقة...

وهناك بنود يفرضها المصرف المركزي كبنود مُوحّدة يقتضي إدراجها في جميع العقود التي تنتمي إلى ذات الفئة من العمليات المصرفية، وهي ما تعرف ببنود الإذعان، أما البنود التعسفية يبطلها القضاء كبند دون أن تؤدي إلى إبطال العقد برمته.

وأفاد قانونيون بأن كثيراً من عقود الخدمات في العديد من الدول العربية، هي "عقود إذعان" ولا تراعي حقوق المستهلك.[1]

إن أختلال التوازن لايقتصر على عقد الاستهلاك وانما يمكن ان يكون في صورة عقد آخر ووفقاً للمادة 149 قانون مدني مصري نُطّبق هنا القواعد العامة التي تنظم عقود الاذعان وهذا ما تبنته أيضاً المادة 167 / 2 قانون مدني عراقي. إذاً نلاحظ ان الرأي الراجح في الفقه يميل إلى إعتبار ان قواعد التعسف في إستعمال الحق لا تنطبق على عقود أو بنود الإذعان ، ذلك أن صفة التعسف لا ترتبط بالشرط الذي يقترن بعقد الاستهلاك فقط وانما يمكن ان يكون في عقود الأذعان التي لايمكن وصفها عقود استهلاك.

وقد يتدخل المشترع عبر سنّه عدة تشريعات حمائية لحماية الطرف الضعيف في العقد[2] كقوانين حماية المستهلك ويكون لها صفة الإنتظام العام لتعلقها بالمصلحة العامة للمجتمع ومن أبرزها التوجيه الأوروبي الصادر في 5 أبريل 1993 والتي تشترط على المستهلك الأوروبي تجنب البنود التعسفية في عقده، وتضمين عقده بند إذعان يضمن تجنب البنود التعسفية.

الفقرة الثانية: تدخل المشرع في بعض العقود

تبرز أهمية وضع النصوص القانونية التي تكفل التوازن في العقد والحفاظ على سلامة التعامل والتبادل في السلع ذلك ان العقد يشكل وسيلة أساسية للتبادل ومحركاً للعمليات الإقتصادية والمالية التي تنعكس على الفرد وعلى الإقتصاد الوطني ككل.

---

[1] عبير عبد الحليم وأحمد الشربيني، عقود الإذعان تمس حاجات حياتية... ومطلوب تمثيل المستهلك قبل صياغتها (1-2)، مجلة الإمارات اليوم، 27 ديسمبر 2019.

[2] هناك العديد من التشريعات التي تهدف إلى حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، ومن أهمها: قوانين حماية المستهلك في فرنسا ولبنان، النظام العام الحمائي في القانون الجزائري، قوانين العمل في معظم الدول، التشريعات الخاصة بعقود الإذعان في قانون الموجبات والعقود اللبناني، القوانين المتعلقة بالقروض البنكية.

أولا": في لبنان

لقد تدخل المشترع مباشرةً في تنظيم عقود عديدة للمحافظة على مصلحة الفريق الأضعف في العقد أو لمبررات إجتماعية، فحدد المشرع الحد الأدنى للأجور ورتب تعويضاً إضافياً على الصرف التعسفي، وكذلك في عقود الإجارة التي مدد مفعولها بالرغم من كل إتفاق مخالف، وفي عقود العمل فقضى ببطلان عقود العمل مدى الحياة. وكذلك فعل بالنسبة لعقود الشركات وفقاً لأحكام قانون التجارة الإلزامية الخاصة بكل نوع من أنواعها، وكذلك الأمر في تنظيم عقد التمثيل التجاري[1] ففرض أن يكون العقد خطياً ومنع بند التمثيل الحصري في عقود المواد الغذائية مع بعض الإستثناءات، ووفقاً للمادة الخامسة من المرسوم المذكور تُعتبر محاكم المحل الذي يمارس فيه الممثل التجاري نشاطه صالحة للنظر في النزاعات الناشئة عن عقد التمثيل التجاري.

يظهر بصورة جلية أن تدخل المشترع جاء في معظمه لحماية مصلحة الممثل التجاري من تحكم الموكل الذي يكون عادةً أقوى إقتصادياً من الممثل والذي يمده بالبضاعة والخبرة الفنية وبشروط يستطيع أن يُمليها على الممثل ويفرضها عليه وإلا خسر الممثل التمثيل المعروض عليه.

ويحدد قانون الموجبات والعقود مدة عقد البيع مع إشتراط حق الإسترداد بثلاث سنوات يتم إنزالها إلى هذا الحد إذا تجاوزتها المهلة التعاقدية(المادة 474)[2]، كما ان قانون الملكية العقارية في المادة 220 يُحدد مهلة عقد الوعد ببيع عقار بخمس عشرة سنة.

ونصت المادة 13 من قانون المؤسسة التجارية[3]، وفي سبيل حماية حقوق الدائنين وحتى لا يصبح بيع المؤسسة التجارية وسيلة لتهريب أموال المدين من وجههم، على أنه ينبغي على المشتري أو المتفرغ له ان يتريث في إيفائه إلى أن تنقضي عشرة أيام على إتمام آخر معاملة من معاملات النشر، حتى في حال الإتفاق على دفع الثمن نقداً، ذلك تحت طائلة عدم جواز تذرعه بالإيفاء إزاء دائني البائع أو المتفرغ.

---

[1] عقد التمثيل التجاري، المرسوم الإشتراعي رقم 34، تاريخ 5 آب 1967 .

[2] المادة 474 من قانون الموجبات والعقود، تاريخ بدء العمل: 9-3 -1932، لا يجوز أن يُشترط لإسترداد المبيع ميعاد يتجاوز ثلاث سنوات من تاريخ البيع. وإذا إشتُرط ميعاد يزيد عليها أُنزل إلى ثلاث سنوات.

[3] قانون المؤسسة التجارية (المرسوم الإشتراعي رقم 11 تاريخ 11 تموز 1967).

ثانيا": في فرنسا

تأتي فرنسا في مقدمة الدول التي راعت وبقوة وضع المستهلكين مما ساهم بتطوير التشريعات القانونية التي تحمي حقوقهم بشكل سريع، سيما وأن هذه الدول شهدت منذ القرن الماضي تطوراً هائلاً في وسائل الإنتاج بحيث أصبحت الشركات الكبرى هي المسيطرة على السوق –في ظل ما أصطلح على تسميته مؤخراً بإقتصاد السوق – مما يسمح لتلك الشركات التفرّد بشروطها المفروضة على المستهلكين أو المتعاملين معها من صغار التجار أو الموزعّين الذين غالباً لا سبيل لهم سوى الإذعان لشروطها ولذلك سميت العقود التي تعقدها تلك الشركات معهم عقود إذعان.

فقد قُضي في فرنسا مثلاً بإنشاء لجنة لتفحّص البنود التعسفية التي ترد في بعض العقود تجاه المستهلكين سنداً لقانون تاريخ 10 كانون الثاني 1978 الخاص بالبنود التعسفية ، فتقترح هذه اللجنة إلغاء ما يَثبت لها بأنه بند تعسفي. ثم جاء قانون 5 كانون الثاني 1988 الذي خوّل لجمعيات حماية المستهلكين بالإدعاء أمام القضاء لطلب إبطال كل بند تعتبره تعسفياً تجاه المستهلكين.

وفي لبنان وفي السياق ذاته جاء القانون تاريخ 13 تموز 1979، بتقرير البطلان الحكمي لكل موافقة تصدر عمن وُجه إليه عرض بعقد قرض عقاري في مهلة العشرة أيام التي تلي تسليم العرض. الأمر الذي يُظهر رغبة المشترع المباشرة بإعطاء المقترض المستقبلي مهلة تفكير كافية حتى لا يلتزم بعقد تكون شروطه متعارضة مع مصالحه، كذلك إعطاء أحد المتعاقدين مهلة وجيزة لسحب قبوله للعقد.

نلفت أن معظم القوانين تضمنت ضرورة المحافظة على حقوق المستهلكين ووجوب تفصيل العقد من حيث الموضوع والشروط وتزويد من وُجّه إليه العرض بالمعلومات التي تنير ذهنه قبل الشروع بالتعاقد، عندها يستطيع التعاقد وهو مُلّم تماماً بموضوع العقد إن لناحية حقوقه الناتجة عن ذلك العقد وكذلك للموجبات التي تعرض عليه والتي يلتزم بها أي بمجمل العملية القانونية التي يتضمنها تعاقده.

فيما يلي سننتقل لدراسة الرقابة القضائية على ضوء بنود التحكيم التعسفية في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: الرقابة القضائية على ضوء بنود التحكيم التعسفية

بالرغم من أن قوانين حماية المستهلك ظهرت– كما رأينا –منذ عهد روما القديمة[1]، ولكنها تُعتبر قوانين حديثة العهد، فلم يسبق تناولها بشكل أساسي في محاور الدراسات المتخصصة كما هو الآن، وقد جرى تناولها في تشريعات متفرقة تنتمي إلى فروع القانون المختلفة، مما يصعب معه تجميع القوانين والنصوص الخاصة بها.

بداية الأمر برز التدخل التشريعي من خلال القواعد القانونية للقوانين المدنية خاصةً تلك المتعلقة بالرضى والشروط التعسفية والخداع والتدليس والعيوب الخفية، كل ذلك كان سببه صيرورة حماية المستهلك الخبز اليومي لحياتنا حيث يلعب الإستهلاك دوراً أساسياً في الحياة الإقتصادية لأفرد المجتمع، سنتناول هذا المبحث في فقرتين إثنتين الأولى تتضمن قوانين حماية المستهلك من البنود التعسفية أما الثانية ستتمحور حول الرقابة القضائية على ضوء بنود التحكيم المخالفة للإنتظام العام.

الفقرة الأولى: قوانين حماية المستهلك من البنود التعسفية

إن حماية الحرية العقدية للمستهلك غير مقتصرة على النصوص المدنية بل تناولها المشرع في النصوص الجزائية، وباتت الحماية الجنائية واقعاً من أهم جوانب الحماية التي يكفلها المُشّرع لجمهور المستهلكين المتعاقدين، لعدم كفاية الحماية المقررة في القوانين المدنية وضرورة إستكمالها.

وبعض هذه التشريعات الجنائية تندرج ضمن إطار قانون العقوبات الإقتصادي التي تكفل حماية الإقتصاد القومي وتحقيق سياسة الدولة في الأنتاج والتوزيع والإستهلاك، وبعضها يمتد ليشمل مجموعة من القوانين الخاصة بحماية العلاقات التجارية عن طريق قمع عمليات الغش والخداع، هذه النصوص تتقلص أو تتسع تبعاً لسياسة الدولة المتعلقة بمصالحها الإقتصادية وبمصالح جمهور المستهلكين.

[1] خليل هيكل، نحو القانون الإداري الإستهلاكي، دار النهضة العربية القاهرة، ط 3، 1999، ص. 9.

والتوّجه التشريعي لحماية المستهلك بدأ في القوانين الوضعية بعد العام 1945[1] عقب الحرب العالمية الثانية حيث الأزمة الإقتصادية العالمية حينذاك والعجز عن موازنة الأنتاج مع حاجات الناس، فترتفع الأسعار نتيجة لذلك وتنخفض القدرة الشرائية لجمهور المستهلكين، الأمر الذي دفع بالمشرع لتدارك الوضع فبدأ بوضع القوانين الحمائية للمستهلكين ، بعكس الفقه الإسلامي حيث عُرفت حماية المستهلك في التشريعات الإسلامية في عصر تكوين الرسالة في عهد الرسول.

إن عقد الإستهلاك يمكن أن يكون محلياً، ومع العولمة والإنترنت أضحى دولياً مما يستتبع إنتقال القيم الإقتصادية والثروات فيما بين الدول. ومع إتساع نطاق العمليات الخاصة بالمستهلكين أزدادت أهمية مسألة الطابع الدولي والعالمي للعقد في ظل الإنترنت والعولمة، فبرزت الحاجة المُلّحة لمحاولة توحيد النظام القانوني لتلك العمليات والتنسيق بين المراكز القانونية للمتعاقدين.

أولا": مفهوم البند التعسفي

إن مبدأ الرضائية في العقود يعني أن يكون للمتعاقدين الحرية في ترتيب ألتزاماتهم العقدية بدايةً من مرحلة إبرام العقد وصولاً لتنفيذه وتحديد آثاره، فالمتعاقدين أحرار بصياغة البنود التي تحقق مصالحهم ووفقاً لما يشاؤون، بغية تحقيق المنفعة المنشودة من العقد.

الشرط التعسفي هو كل شرط يتفق عليه المتعاقدان يؤدي الى الاخلال بالتوازن فيما بين حقوق والتزامات المتعاقدين والتي تكون دائما في **مصلحة** الطرف الذي يتمتع **بالمهنية** او **المعرفية** أو الحرفية أو النفوذ

[1] عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2007، ص. 31.

الاقتصادي[1]، أي حالة عدم توازن بين موجبات عقدية سواء أكان سببه إقتصادي أم غير ذلك. ولكن بنظر البعض الآخر أن الشرط أو البند التعسفي يقتصر فقط على عدم التوازن الإقتصادي الذي يتجسد عبر قيام أحد المتعاملين بالتفرّد بوضع شروط مجحفة تحقق له مصلحة تفوق بكثير مصلحة المتعاقد الآخر مستغلاً بذلك نفوذه الإقتصادي.

ومن الفقهاء من عرف الشرط التعسفي بأنه: "يُعد الشرط تعسفياً اذا كان مجحفاً أو في غير مصلحة المستهلك، شرطاً مفرطاً ومبالغ فيه بما يتنافى مع حسن النية الواجب في المعاملات وهو يكون تعسفياً على الاخص إذا كان مخالفاً أو غير متوافق مع الفكرة الاساسية للتنظيم القانوني او محدداً للحقوق والواجبات الناشئة عن صيغة العقد بما يتنافى مع روح الحق والعدالة"[2].

ولا يزال الفقه القانوني المقارن مهتماً بدراسة مدى نجاح التشريعات المقارنة في وضع ضوابط قانونية تحمي المستهلك من الشروط التعسفية[3].

ثانياً: معيار البند التعسفي في التشريع اللبناني والمقارن

وعلى صعيد التشريعات نرى المشرع اللبناني أطّر الشرط التعسفي تحت مفهوم البند التعسفي في المادة 26 /الفقرة الاولى من قانون حماية المستهلك رقم 659 لسنة 2005 اذ جاء فيها " تُعتبر بنوداً تعسفية البنود التي ترمي أو قد تؤدي الى الاخلال بالتوازن فيما بين حقوق وموجبات المحترف والمستهلك لغير مصلحة الأخير.

أما المشرع العراقي في قانون حماية المستهلك رقم (1) لسنة 2010 ، ترك للقواعد العامة الواردة في القانون المدني مهمة معالجة الشروط التعسفية في عقود الاذعان ولم ينص على مفهوم الشروط التعسفية أو أنواعها

---

1 قريب في هذا المعنى ، ريما فرج مكي، تصحيح العقد، دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، الموسسة الحديثة للكتاب، لبنان ، 2011 ، ص. 35.

2 ابراهيم سيد احمد ، الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي ، دراسة مقارنة فقهاً وقضاءاً ، الطبعة الاولى ، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية ، 2003 .

3 أنظر : إسماعيل محمد المحاقري، الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية، دراسة فقهية قضائية مقارنة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 2006، ص. 239.

ولم يبين حكمها ، بعكسه جاء قانون حماية حق المستهلك رقم 67 لسنة 2006 المصري بنص واضح يعالج بشكل مباشر الشروط التعسفية الواردة في عقود الاستهلاك إذ جاء في المادة (10) منه " يقع باطلاً كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع مستهلك ، اذا كان من شأن هذا الشرط اعفاء مورد السلعة أو مُقدّم الخدمة من أيٍ من التزاماته الواردة في هذا القانون".

وعلى صعيد القانون الإماراتي، إن قانون حماية المستهلك الإماراتي رقم (24) لسنة (2006) لم يتضمن حكم الشرط التعسفي، أو حتى ضبط توازن العلاقة العقدية، بإستثناء النص على بعض الحقوق التي يتمتع بها المستهلك.

في حين تناول المشرع الفرنسي الشروط التعسفية في القانون رقم 93 /949 في 1993/7/26 من قانون الاستهلاك حيث جاء في المادة 1/132 المعدلة بموجب قانون 96/95 الصادر في 1995/2/1 "أنه في العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو مستهلكين تُعتبر تعسفية البنود التي تهدف أو يكون من شأنها انشاء عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات الاطراف في العقد على حساب غير المهني او المستهلك".

وقد تدخل المشرع الأوروبي بوضعه إطاراً قانونياً عاماً يكفل حماية المستهلك من الشروط التعسفية ويضمن توحيد الأنظمة القانونية للدول الأعضاء من جهة أخرى بإقراره التوجيه رقم 13 الصادر في 5 أبريل 1993[1]

وإقترحت مفوضية الإتحاد الأوروبي في العام 2008 تعديل هذا التوجيه، ودمجه مع التوجيهات الأخرى فيما عُرف بعد ذلك بالتوجيه الخاص بحقوق المستهلك، الأمر الذي رفضه المشرع الأوروبي في العام 2011 ، وأبقى على التوجيه الخاص بالشروط التعسفية مستقلاً بذاته دون أي تعديل، والذي توافقت عليه الأنظمة القانونية لدول الأتحاد.

وخفف المشّرع الأوروبي من حدة أحكام التوجيه وأعطى لمحكمة العدل الأوروبية والمحاكم الوطنية في دول الإتحاد الحرية في تفسير نصوص التوجيه نظراً لعدم إمكانية حصر كافة البنود التعسفية في لائحة، وأجازت

[1] Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, OJ L 95, 21.4.1993, p. 29–34.

الإتفاقية للمحاكم الوطنية الإستعانة بمحكمة العدل الأوروبية لتفسير نصوص قانونية تتعلق بقضايا تنظرها محاكمها مما سمح لمحكمة العدل الأوروبية الإجتهاد في تفسير نصوص التوجيه.

هدف التوجيه بشكل أساسي إلى ضمان توازن العلاقة التعاقدية في عقود الإستهلاك، من خلال عدم إلزام المستهلك بأي شرط تعسفي يرد في هذه العقود[1].

تنص المادة الثالثة من التوجيه، والتي حددت النطاق الموضوعي لتطبيقه، بحيث جرى حصر التعسف بالشروط التعاقدية التي لم يتم التفاوض عليها بين التاجر والمستهلك فقط. وبالتالي يستطيع البائع إن أثبت أن الشرط محل البحث قد تم مناقشته مع المستهلك وان رضى المستهلك جاء بعد مناقشة هذا الشرط معه أن يتجنب تطبيق حكم التعسف الوارد في التوجيه.

وفقاً لما تقدم نلاحظ أن التوجيه الأوروبي إعتمد تعريفاً شاملاً للشرط التعسفي وتحديداً في مادته الثالثة التي تضمنت تعريفاً للشرط التعسفي بأنه : الشرط الذي لا يتم التفاوض عليه بين أطراف العلاقة التعاقدية، ويتعارض مع مقتضيات حسن النية، ويؤدي إلى إنعدام التوازن بين طرفي العقد على حساب المستهلك(م.3\1). وهذه الشروط تُدرج عادةً في شكل عقود نموذجية، يجري إعدادها بشكل مسبق وإحترافي ويُطلب من المستهلك بعد الإتفاق على نوع وثمن السلعة أو الخدمة الموافقة عليها. موقف المستهلك عند إستلامه لمثل هذا النوع من العقود بالتالي: ،lord Reid) يُوّضح القاضي الإنكليزي(" لن يكون لديه وقت لقراءة بنود هذه العقود، وإن قرأها فهو لن يفهمها، وإن فهمها فلن يتبادر إلى ذهنه السوق الإعتراض عليها، وإن إعترض عليها فسيكون الرد إما أن يقبلها ككل، وإما أن يتركها ككل، وإن تجوّل في فسيجد ذات العقود عند باقي التجار". [2]

وإن إقتصار الحماية من قبل التوجيه على الشروط التعاقدية التي لم يتم التفاوض عليها بين طرفي العقد، والتي عادةً لا يُسمح للمستهلك بمناقشتها، وإن فعل فلن يقبل البائع فكرة التعديل بشروط العقد بإعتبارها نموذجية،

[1] على مستوى دول الإتحاد الأوروبي ، بادرت ألمانيا في العام 1976، تلتها إنجلترا في العام 1977، ثم فرنسا في العام 1978، بوضع هذه القواعد، ومن ثم أعقبتها جميع دول السوق الأوروبية المشتركة سابقاً.

[2] P Nebbia, unfair contract terms in EC Law, Hart publications, London 2007, p.72.

الأمر الذي يدفع بالمزود إلى إستغلال هذا الوضع وإدراج العديد من الشروط التعسفية في عقده النموذجي تتعلق بشروط غير جوهرية ما يّخل بالتوازن العقدي بين حقوق وإلتزامات طرفي العقد.

تعددت تعريفات الشرط التعسفي على ضوء قرارات محكمة العدل الأوروبية[1] في السنوات الخمس الأخيرة ، تبعاً لإختلاف الأساس الذي يتم إعتماده في هذا التعريف. وأهم التعريفات التي تبنتها تلك المحكمة للشرط التعسفي بأنه الشرط التعاقدي الذي ينشأ نتيجة إختلال توازن المركز الإقتصادي أو المعرفي لطرفي العقد، مُخلاً بالعدالة القانونية لشروط العقد على حساب الطرف الضعيف وأيضاً بمبدأ حسن النية والنزاهة التعاقدية. ويتلخص دور **الشرط التعسفي** وفقاً **للتوجيه الأوروبي** في الإخلال بالتوازن العقدي والذي عادةً ما يصاغ على نحوٍ يحمل معه **إمتيازاً قانونياً للمتهن** ويضعه في مركز قانوني قوي على حساب المستهلك، وتشدد المشرع الأوروبي في التعامل مع المزّود الذي يسعى للترويج لشروطه التعاقدية المُعدّة مسبقاً بواسطة البائع، سواء وردت هذه الشروط ضمن عقود نموذجية تُستخدم بشكل عام مع جميع المستهلكين، أو عقد تم صياغته، (pre-formulated contract)بشكل سابق لصفقة تعاقدية محددة بذاتها.

ويقع على البائع عبء إثبات مناقشة هذه الشروط مع المستهلك إن هو أراد التخلص من وصف التعسف.

وتنحصر وظيفة هذه الشروط في أحد ثلاث وظائف:

-إعفاء المُزّود من مسؤوليته العقدية أو التخفيف منها إن أخل بإلتزام تعاقدي تجاه المستهلك، وهو ما ما يُعرف بشرط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية(Exclusion clauses).

-تمكين المزود من تعديل الحقوق والإلتزامات المتفق عليها في العقد بإرادته المنفردة، وهو ما يُعرف

[1] محكمة العدل الأوروبية (European Court of Justice) : تأسست عام 1952، تُعتبر الهيئة القضائية الأعلى في الاتحاد الأوروبي، ومقرها في مدينة لوكسمبورغ. و مهمتها الرئيسية تتمحور حول ضمان تطبيق القوانين الأوروبية بشكل موحّد بين الدول الأعضاء، وتفسير المعاهدات والقوانين الأوروبية.

بشروط تعديل وإنهاء العقد بالإرادة المنفردة(variation clauses) .

-فرض غرامات باهظة على المُستهلك، إن أخلّ بإلتزامه العقدي دون إلزام التاجر بغرامات مماثلة، وهو ما يُعرف بالغرامة التهديدية(penalty clauses).

ولقد تبنى التوجيه الأوروبي سياسة تشريعية حمائية على النحو التالي:

1-المستهلك هو موضوع الحماية في التوجيه.

2-بطلان أي شرط تعاقدي لم يراعِ معيار الشفافية إن لناحية صياغته أو عرضه على المستهلك (مبدأ الشفافية)

3-بطلان أي شرط تعاقدي غير جوهري يُخلّ بحقوق وإلتزامات المتعاقدين بشكل يتعارض مع مبدأ حسن النية، لم يتم التفاوض عليه بين التاجر والمستهلك. إن التوجيه الأوروبي يُميّز بين نوعين من الشروط التعاقدية، الشروط الجوهرية والشروط غير الجوهرية، ويفترض أن لا مجال لإدعاء المستهلك بعدم مناقشة الشروط الجوهرية، ما يبرر إستبعادها من وصف التعسف.[1]

ومن الملاحظ أن التوجيه تبنى معيار الحماية بالحد الأدنى بغية ترك الحرية للدول الأعضاء في زيادة مستوى الحماية في تشريعاتها الوطنية، فيكون لها أن تُوسع مستوى الحماية لتشمل الشروط الجوهرية وغير الجوهرية، وهذا ما تبنته محكمة العدل الأوروبية في قراراتها.

إنطلاقاً من معيار الحد الأدنى للحماية المُعتمد في التوجيه الأوروبي إعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن موضوع حماية المستهلك يمكن أن يشتمل الشركات أيضاً ، وهذا لا يتعارض مع مدلول المادة من قانون الإستهلاك الفرنسي (L-132-1).

[1] G Sepe, National Models of European contract law: A comparative approach to the concept of unfairness in Directive 93/13 (1997) 5-4 consumer Law journal 116.

في مثل هكذا عقد ولكنه يحصل عليها من جراء إنعدام التوازن بين حقوق وإلتزامات الفرقاء المتعاقدين، فهي ترتبط أي شروط العقد جميعاً لتحديد هذا الاختلال وأضفاء الصفة التعسفية على الشرط [1].

إن **نصوص التوجيه** وفقاً لمحكمة العدل الأوروبية تُعتبر من **النظام العام**، وبالتالي تلتزم المحاكم الوطنية عند رصدها لأي شرط تعسفي في سياق بتها بأي نزاع يرد إليها أن تقضي **ببطلانه**، من **تلقاء** نفسها دون التوقف على طلب أيٌّ من طرفي النزاع لهذا البطلان كما لا يجوز الإتفاق على مخالفتها بين البائع والمستهلك.

وقد نشأ خلاف في الفقه القانوني حول المعيار الذي يمكن من خلاله وصف الشرط أو البند بالتعسفي ، حيث ذهب جانب من الفقه الى الاعتماد على نظرية التعسف في استعمال الحق والمعايير التي جاءت بها، فعندما يتضمن موضوع الشرط احد هذه المعايير يكون شرطاً تعسفياً.[2]

إلا أن الموقف الراجح لا يميل إلى هذا الرأي ويضرب مثالاً على ذلك عقود أو بنود الإذعان والتي لا ينطبق عليها قواعد التعسف في إستعمال الحق، ويذهب إلى القول بأن البند التعسفي هو الذي يتعسّف فيه الموقف الذي ينتج عنه إختلال بالتوازن العقدي، وأنه بالعودة إلى نصوص القوانين نجد أن للبند التعسفي معيارين رئيسيين، الأول هو المعيار الإقتصادي الذي يرتبط بحرفة او مهنة أحد المتعاقدين، بحيث يستغل معرفته المهنية والتقنية أو أنه صاحب نفوذ إقصادي قوي وذلك لفرض شروطه على الطرف الآخر الذي لا يمتلك هذه المعرفة المهنية والتقنية فيكون في مركزٍ ضعيف، مما ينشأ عنه إختلال في التوازن العقدي بين حقوق وإلتزامات المتعاقدين.

فهي ترتبط إرتباطاً وثيقاً بالمعيار الإقتصادي وقد تكون نتيجة له، ولكن هنا يجب النظر الى العملية التعاقدية بمجوعها. والثاني هو الميزة الفاحشة التي يحصل عليها أحد المتعاقدين والتي لا يمكن أن يحصل عليها عادةً ولكن هل يمكن على وفق هذين المعيارين المتقدمين تحديد وحصر الشروط التعسفية ؟

---

1 حسني محمد جاد الرب، التعويض الاتفاقي عند عدم تنفيذ الالتزام او التأخر فيه، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ،2007.

2 ايمن سعد سليم ، الشروط التعسفية في العقود ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2011.

بيّنت المادة 132/ف1 من قانون الاستهلاك الفرنسي آلية تحديد الشروط و البنود التعسفية ، فيتم تقدير الطابع التعسفي للبند من مجمل ظروف أبرام العقد وكذلك جميع بنود العقد الاخرى. ويتم تقدير الطابع التعسفي أيضا بالنظر الى بنود عقد آخر عندما يتعلق إبرام هذين العقدين أو تنفيذهما الواحد بالآخر قانونياً[1].

وبالإستناد إلى ما تقدم جرى تحديد الشروط التي على أساسها يُصنف البند بأنه تعسفي، وهي البنود التي يكون موضوعها إختلال التوازن بين الحقوق والإلتزامات العقدية، والسلطة الممنوحة للقاضي في إعادة التوازن العقدي.

وجاءت الفقرة الثالثة من المادة 132 من قانون الإستهلاك الفرنسي بلائحة غير حصرية من البنود التعسفية، إذا توافرت فيها الشروط المطلوبة لإعتبارها تعسفية، وفقاً للفقرة الأولى منها وهي وجود إختلال في التوازن العقدي بين حقوق وإلتزامات المتعاقدين. وهذا التعداد غير الحصري يتضمن إعترافاً ضمنياً بسلطة القاضي الفرنسي في إعلان البند تعسفي.

مما يعني أن هذه الفقرة تضع معياراً عاماً لإعتبار الشرط تعسفياً، يتمثل بكون الشرط ينشأ ضد مصلحة الطرف الضعيف فيظهر واضحاً تفاوت في حقوقه وإلتزاماته مقارنة مع الطرف الآخر في العقد، والقاضي يمكنه أن يعلن بنفسه أن الشرط الذي يُفضي إلى خلل واضح في التوازن يُعدّ تعسفياً حتى ولو لم يكن ضمن أية مرسوم أو لائحة أو ملحق ببنود المادة 132\ف3. كما ان هذه القائمة ليست سوى بيان لكيفية حصول الاختلال فلا تعفي المستهلك من تقديم البينة على الجانب التعسفي في البند.[2]

فالخلل المؤثر في التوازن الاقتصادي للعقد يُعد كافياً لإضفاء صفة التعسف على الشرط او البند، وهذا هو المعيار الموضوعي المرتكز على بنود العقد وليس صفة المتعاقدين، فالبند او الشرط التعسفي هو الذي يعطي لأحد الاطراف منفعة مُضخّمة.

مما يعني أن معيار تعسف الفريق الأقوى إقتصادياً لم يعد هو المعيار الذي يُلزَم القاضي في التحقق من وجوده.

---

[1] نقلاً عن دالوز لعام 2009 بالعربية، قانون الاستهلاك تعليقا على المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي (بتصّرف).

[2] سعيد سعد عبد السلام ، التوازن الاقتصادي في نطاق عقد الاذعان ، دراسة فقهية مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1998.

وهذا ما أشارت اليه بوضوح الفقرة الاولى من المادة 26 من قانون حماية حق المستهلك في لبنان التي أوردت بأن البنود التعسفية هي البنود التي تؤدي الى الخلل في التوازن بين حقوق وواجبات المحترف على حساب المستهلك ،

فهنا أشار المشرع اللبناني إلى مجموعة غير حصرية من الشروط وصفها بالتعسف، ومنها البنود النافية لمسؤولية المحترف[1] ، أو التنازل المسبق للمستهلك عن أيٍ من حقوقه القانونية ، منح المحترف حق الغاء العقد غير المحدد المدة بإرادته المنفردة دون ابلاغ المستهلك عن رغبته بذلك ضمن مدة معقولة ... وغيرها على عكس التوجيه الأوروبي[2] الذي تبنى تعريفاً شاملاً للشرط التعسفي .

الفقرة الثانية: الرقابة القضائية على ضوء بنود التحكيم المخالفة للإنتظام العام

يلعب التحكيم دوراً مهماً على الصعيد الدولي وليس فقط على المستوى الداخلي مما يستدعي النظر في مدى مُسايرة مفهوم التحكيم وأساليبه الحديثة لهذا التطور على المستوى القانوني والقضائي، ومدى إنعكاسه على مصالح الدوّل والأفراد، في ظل تطور قوانين هذه الدوّل ونظامها العام الداخلي القانوني والدستوري، وبما لا يتعارض مع مفهوم السيادة في كل منه ، بحيث يتبلور اليوم، نظام عالمي جديد، يطغى بتأثيره السياسي والإقتصادي والحضاري على النظام العام المحلي. حتى أنّه يصح القول عن الوقت الحاضر أنّه "العصر الذهّبي للتحكيم" إزاء تلك الطفرة التي يشهدها التحكيم داخلياً وعالمياً .

سوف نتناول هذا المبحث في فقرتين نستعرض في الأولى تحديد المقصود بالنظام العام وفي الثانية الصلاحية القضائية عند وجود بنود التحكيم التعسفية المخالفة للإنتظام العام.

أولاً : تحديد المقصود بالنظام العام.

[1] كالبنود التي توردها الشركات أو مقدمي الخدمات، هذه البنود تُعتبر مثيرة للجدل، لأنها تهدف إلى إعفاء الجهات المذكورة من المسؤولية القانونية عن الأضرار التي قد تنجم عن تنفيذ العقد أو تقديم الخدمة، بشكل يؤدي إلى الإضرار بالطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية، كالمستهلك.

[2] التوجيه الأوروبي، المتعلق بكيفية حماية المستهلك من البنود التعسفية، الصادر في 5 أبريل 1993.

سنتحدث هنا عن تعريف النظام العام وما رافق محاولة إيجاد هذا التعريف من صعوبات ثم ننتقل بعدها إلى تحديد التمييز بين مفهوم النظام العام الداخلي والدولي لما لهذا التمييز من أهمية على صعيد التحكيم_بنوعيه الإقليمي والدولي وذلك وفقاً للآتي بيانه.

أ: تعريف النظام العام

ولأن مفهوم النظام العام متطور ونسبي نشير بدايةً إلى صعوبة تحديد المقصود به وبتغيره بمرور الزمان والمكان وتأثره بالظروف السياسية والإقتصادية والإجتماعية. ما يلفتنا هو خلو القوانين الوضعية من تعريف النظام العام تاركةً ذلك لحكمة القضاء وهمته. أما بخصوص ما ورد في قانون الموجبات والعقود اللبناني فهي أشارة عامة من المشترع إلى فكرة النظام العام ففي العديد من مواده، وتحديداً المادة 166 منه والتي إعُتبرت كمبدأ عام.[1]

ونستخلص تعريّف النظام العام للعلامة عبد الرزاق السنهوري في إحدى مؤلفاته بأنه: مجوعة القواعد القانونية التي تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد، وغالباً ما تهدف إلى تحقيق مصالح عامة سياسية أو إقتصادية أو إجتماعية، فيجب ضمان مراعاة هذه المصلحة من الأفراد وتحقيقها ولا يجوز لهم ان يخالفوها بإتفاقيات فيما بينهم، حتى لو أتت هذه الإتفاقيات متوافقة مع مصالح فردية لأن المصالح الفردية لا تتقدم على المصالح العامة. والبعض عرّف النظام العام بأنه يتضمن قواعد تهدف إلى حماية المصالح حتى الفردية منها، وعرّفه البعض الآخر بأنه مجموعة القواعد الهادفة إلى المحافظة على حُسن آداء المرافق العامة والآداب العامة في المعاملات بين الأفراد والتي لا يمكن لهؤلاء مبدئياً إستبعادها في معاملاتهم.

[1] تنص المادة 166 من قانون الموجبات والعقود اللبناني: أن قانون العقود خاضع لمبدأ حرية التعاقد فللأفراد ان يرتبوا علاقاتهم القانونية كما يشاؤون شرط أن يراعوا مقتضى النظام العام والآداب العامة والأحكام القانونية التي لها صفة الإلزامية.

و في تعريفهما للنظام العام لم يخرج الفقه والإجتهاد في لبنان عن المفاهيم السابقة. وحسب الفقيه الفرنسي ليون دوجي Léon Duguit فالنظام العام هو "المصلحة الإجتماعية أياً كانت وفق النهج المتعارف عليه في دولة معينة"[1]

أن قواعد النظام العام تشتمل على الأحكام القانونية الإلزامية المكتوبة وتتجاوزها في أحيان أخرى إلى أحكام غير مكتوبة مُستمَدة من روح المبادئ القانونية العامة والأعراف.

نُلاحظ أن النظام العام أهتم أكثر بالمصلحة العامة على حساب المصلحة الفردية، ففشل في توفير الحماية المطلوبة للأفراد، إضافةً إلى كونه مفهوماً نسبياً وضيقاً لإرتباطه بالمفهوم التقليدي الذي يُقيد الحرية التعاقدية ومبدأ سلطان الإرادة، وهذا ما برر لاحقاً ظهور فروع أخرى متخصصة للنظام العام ومنها النظام العام الإجتماعي والتي يضيق مفهومها في ظل النزعة الفردية أو يتسع في ظل النزعة الإجتماعية للدولة.

وصحيح أن مبدأ النظام العام الإجتماعي يهدف لحماية فئة من المجتمع، ولكن الأمر مرهون بعدم تعارض الأول مع النظام العام المطلق الذي يهدف لحماية المصالح العليا للمجتمع. ويظهر أحياناً التعارض بين النظام العام الإجتماعي والنظام العام الإقتصادي التوجيهي، فيتراجع الأول للثاني لأن النظام العام الإقتصادي التوجيهي يتعلق بمصلحة المجتمع الإقتصادية بينما النظام العام الحمائي يتعلق بحماية فئة من المجتمع.

وبالإضافة إلى النظام العام المُطلق يوجد النظام العام الإقتصادي حيث يتعلق هذا الأخير بمصلحة المجتمع الإقتصادية وبالتالي لا يمكن أيضاً للنظام العام الإجتماعي ان يتعارض مع النظام العام الإقتصادي.

يظهر النظام العام الإقتصادي بوجهين: النظام العام الإقتصادي التوجيهي والذي يُعرف على أنه : تلك الأسس الإقتصادية والإجتماعية التي يقوم عليها مجتمع ما، إنها تجسيد للسياسة الوطنية الهادفة إلى تُدخل السلطة في حرية الأفراد. والنظام العام الإقتصادي الحمائي، ويُقصد به القواعد الهادفة إلى حماية فئة معينة في المجتمع،

[1] Malaurie Philipe, l'order public et le contrat, étude de droit civil compare, France, Angleterre: URSS ,tome 1 . p. 232.

أي الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، ويتأكد هذا المفهوم بشكل جلي بما يُسمى بالتشريعات الحمائية والتشريع الخاص بحماية المستهلك[1].

وتقتضي الإشارة إلى أن الإجتهاد يتجه إلى تليين قاعدة عدم قابلية المسائل المتعلقة بالنظام العام للتحكيم والإستعاضة عن تكريس هذا المبدأ على إطلاقه بمبدأ آخر أو قاعدة أخرى وهي منع التحكيم عندما يخالف بتطبيق القواعد الإلزامية المتعلقة بالنظام العام، إذ أن الرقابة في نهاية المطاف، هي لمحكمة العقد أو البند التحكيمي قاعدة من قواعد النظام العام. ولكنه يأخذ بقابلية النزاع للتحكيم إذا قام المحكم الإستئناف[2].

أما الفريق الآخر **المخالف** فيعتبر أنه إذا كان يحق للفرقاء المتعاقدين ان يرتبوا علاقاتهم التعاقدية كيفما يشاؤون فإن حريتهم التعاقدية مقتصرة على الأعمال التي لا تمس بالأمور المتعلقة بالإنتظام العام او الآداب العامة أو الأحكام القانونية التي لها الصفة الإلزامية والنظام العام تلك القوانين صاغها المشترع بعبارات جازمة تدل على المنع أو الأمر أو القوانين التي تُعتبر بجوهرها متعلقة بالإنتظام العام.

نلحظ هنا حزم المشترع في إستبعاد أي أتفاق مخالف لنص داخلي يتعلق بالإنتظام العام ، بمجرد أنه يخالف قواعد آمرة ارادها المشترع حمايةً للمصلحة العامة او الخاصة بشكلٍ جازم ونهائي وصريح.

ومن البديهي أن الحماية تمتد لتشمل ايضاً بنوداً تحكيمية تخالف النصوص الداخلية التي تتسم بالنظام العام.

ب: التمييز بين النظام العام الداخلي والدولي

إذا كان النظام العام كفكرة قانونية قد خطا أول خطوة حين فرّق بين النظام العام الداخلي، والنظام العام الدولي، فإنه يخطو اليوم خطوة ثانية ولكنها ما تزال مترددة وتعريفها الدقيق لم يكتمل بعد.

وعلى خلاف النظام العام الداخلي الحصري بدولة من الدول ومصدره التشريع لتلك الدولة ، فإن النظام العام عبر الدول ومن تسميته هو دولي في مصدره، آتٍ من مجتمع الدول ويتضمن قواعد منتشرة في مختلف أنظمتها

[1] قانون حماية المستهلك اللبناني رقم 2005/659 يقابله قانون حماية المستهلك الفرنسي المعروف بـ "Loi n° 2014–344"، الصادر في 17 مارس 2014، و قانون حماية المستهلك الأوروبي التوجيه EU/83/2011، المعروف بـ "Consumer Rights Directive"، تم إصداره في 25 أكتوبر 2011.

[2] Cive. 2éme, 4 avr. 2002: JCPG 2002, P. 10154

القانونية، وكما القانون الداخلي الذي يكرس المصلحة العامة للمجتمع، يُرسي النظام العام الدولي القواعد الشاملة في مختلف حقول القانون الدولي والعلاقات الدولية بهدف تكريس المصالح العليا للمجتمع الدولي إنه يحمي النظام العام بين الدول ويستبعد القانون المطبق من مجموعة الأنظمة القانونية المُكرسة في كل دولة على حدا، حيث أصبحت معظم الدول تميل إلى إعتماد مقاييس مشتركة وأصبحت ظاهرة التقارب بين الأنظمة القانونية واقعاً لا بد منه في الحياة التجارية ومنها الإتفاقات والمعاهدات الدولية، وبالتالي المبادىء العامة الواردة فيها كالمبادئ العامة للقانون.

فعلى سبيل المثال أعتبر القضاء السويسري أن رد المحكمين يُعتبر متعلقاً بالنظام العام؛ كونه من المسائل الأساسية التي يقوم عليها نظام التقاضي في سويسرا.

إن دلالة هذا الحكم القضائي الفيدرالي السويسري تكمن في الأهمية الكبيرة التي يمكن ان يحظى بها قانون مكان التحكيم، فتطبيق أنظمة التحكيم، وفقاً للمحكمة المذكورة، أمر ممكن شرط عدم تعارض ذلك التطبيق مع القواعد المتعلقة بالنظام العام في القانون السويسري.[1] وبما أن النظرة إلى النظام العام تتفاوت بين العديد من الدول، فإن التطرق إلى النظام العام من وجهة النظر الدولية يُرتب خطورة عند التطّرق لهذه المسألة، وذلك عندما لا تعترف دولة معينة بأحكام تحكيمية تعتبر صحيحة بنظر دولة أخرى.

لذلك وضعت هيئة القانون الدولي وفي محاولة منها لتوحيد تطبيق النظام العام في النزاعات التحكيمية الدولية، عدة توصيات في هذا الصدد منها (قرار ILA رقم 2\2002). والذي تنص المادة 1 (d) من هذا القرار على التالي:

"يتضمن النظام العام الدولي لأية دولة : (1) مبادئ أساسية متعلقة بالعدالة والأخلاق، ترغب الدولة بحمايتها حتى ولو لم تكن معنية مباشرة بها. (2) قواعد تهدف لخدمة مصالح الدولة السياسية أو الإجتماعية أو الإقتصادية، الأساسية، والتي تُعرف "Lois de police" أو "قواعد النظام العام". (3) واجب الدولة إحترام

1 والأمر عينه نجده في أنظمة مؤسسة التحكيم الأميركية A.A.A؛ كما نظم نموذج قانون لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي"UNCITRAL" رد المحّكم بطرق مشابهة.

واجباتها تجاه الدول الأخرى او المنظمات الدولية."[1] وأيضاً وفي سياقٍ متصل خلُصت معظم أحكام محاكم إستئناف باريس بأن القصود بالنظام العام الدولي كافة القواعد والقيم التي لا يستطيع النظام القانوني الفرنسي أن يتحمل إنكار هيئة التحكيم لها.

ثانياً : الصلاحية القضائية عند وجود بنود التحكيم التعسفية

نُشير بدايةً أن إتفاق التحكيم يخضع لنفس القانون الذي يحكم موضوع النزاع، فالقاعدة السائدة في القانون الدولي الخاص هي أن قانون محل الإبرام هو الذي يُطبق على العمل سواء كان عقداً أو واقعة قانونية ، وتخضع الواقعة لقانون محل وقوعها...

لكن التطورات اللاحقة على نشأة هذه القاعدة القديمة فرّقت بين شكل العقد وموضوعه، فإذا كان موضوع العقد يخضع لقانون الإرادة (إرادة أطراف النزاع) فإن الشكل يخضع لقانون محل الإبرام.

وفي السياق نفسه إن إتفاقية نيويورك لعام 1958 والتي تُعتبر من أهم الإتفاقيات الدولية في هذا المجال، تشددت لناحية شكل إتفاق التحكيم، فإشترطت الكتابة لإلزام الدول الأعضاء بالإعتراف بهذا التحكيم وترتيب آثاره... ولكن ليس تحت طائلة إعلان بطلان التحكيم من أساسه في حال مخالفة شرط الكتابة، تيسيراً للدخول في عملية التحكيم وإنهائها بسلام والوصول للنتائج المرجوة.

هذا الامر ينعكس على مسألة إستقلال التحكيم، وهو مبدأ يبدو غير منطقي أمام ما يُقال عن أن الجزأ يتبع الكل و " إن ما بني على باطل فهو باطل".

وكان القضاء الإنكليزي قد رفض هذا المبدأ وتأثرت بذلك بعض الدول الأنجلوساكسونية مثل أستراليا وكندا والهند وباكستان[2].

---

[1] مجلة التحكيم العالمية ، 2013، العدد السابع عشر، باب الإجتهاد الدولي: إجتهادات قضائية دولية في التحكيم، ص. 976.

[2] Clive M; Schmit Hoff: Defective clauses; International commercial Arbitration. OCEANA pub.1975.

وتحت وطأة تأثره بالإستقلالية التي بدأت تظهر في الدول الأخرى بدأ القضاء المذكور يُجيز بقاء شرط التحكيم ولو فُسخ العقد الأصلي أو أنقضى أو بَطُل بطلاناً نسبياً أو نشأ نزاع حول تفسيره أو حصل إشكال ما حول إرادة أطراف العقد الأصلي.

وكونها معاهدة للأعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، فإن إتفاقية نيويورك لعام 1958 لم تتعرض لمبدأ إستقلال شرط التحكيم، وإن كانت قد تعرّضت في مادتها الثانية لمسألة إلزام الدول المنضمة بالأعتراف بإتفاق التحكيم؛ ومنع محاكمها من نظر المنازعات التي أتفق الأطراف على حلها بالتحكيم، فإنها لم تشر بأية إشارة إلى أن ذلك يمكن أن يتحقق في حالة البطلان الأصلي بين الأطراف المعنية.

وبرأي البعض[1] فإن المادة الثانية من إتفاقية نيويورك وإن لم تكن قد عرضت صراحةً لمبدأ إستقلالية إتفاق التحكيم، ومختلف نتائجه القانونية إلا أنها أعطت له قوة لم تكن له من قبل. وذهب هذا البعض للقول كذلك، أن مبدأ إستقلال شرط التحكيم من القواعد الموضوعية للقانون الدولي الخاص.

إن إقتران العقد بالشرط التعسفي يُعطي للقاضي صلاحية التدخل وإعادة التوازن العقدي وذلك وفقاً للقواعد العامة، أما في عقد الإستهلاك فإن القول بوجود شرط تعسفي يتطلب وجود منفعة مبالغ بها لصالح المحترف، وهذا ما جعل المشترع يقضي ببطلان الشرط التعسفي سواء في التشريع الخاص بحماية المستهلك في لبنان ومصر أو في فرنسا. وعلى هذا، وحتى يُحكم ببطلان الشرط التعسفي يجب على القاضي أن يتحقق من وجود منفعة مبالغ فيها يوفرها الشرط للمحترف، أي إن وجود البند التعسفي يعطي للمحترف وصفاً لايتحقق له بالمقارنة مع وضعه عند عدم ادراج هذا البند.[2] فكثير من القرارات القضائية الصادرة استناداً الى قانون الاستهلاك الفرنسي قد قضت بأبطال الشروط التعسفية حمايةً للطرف الضعيف كما هو الحال في إبطال البنود الواردة في عقود بين نفطيين وضخاخين التي تنص على رد البراميل المعارة للضخاخ عينًا.[3]

---

[1] ساميا راشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، 1984، فقرة 127، ص. 217.

[2] 11-Cass, 1er , fév 2005 , J.C.P.G 2005 ,IV,1531 ,D.2005,p.640. نقلاً عن د. ريما فرج، مصدر سابق ، ص49.

[3] قرار الغرفة المدنية الاولى في 1994/1/6 / مصنف الاجتهاد الدوري ، الاسبوع القانوني، الجزء الثاني ، ص 99 . نقلاً عن الفقيه الفرنسي آلان بينابنت ، مصدر سابق، ص. 136.

أما بالنسبة لإقتران عقد الاستهلاك بالشرط التعسفي وأثره ، فنرى بأن المشرع اللبناني في المادة 26 من قانون حماية حق المستهلك في لبنان ، قد نصت على ان البنود التعسفية باطلة بطلاناً مطلقاً لمخالفتها النظام العام على ان تنتج احكام العقد الاخرى كافة آثارها . مما يعني ان البطلان يقتصر على الشرط دون ان يؤثر على العقد الذي يتضمنه .

في حين ان المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك قد نص على هذا الجزاء بصورة اكثر وضوحاً واكثر فائدة للمستهلك حيث اعتبرت المادة 132ف1، على أن "البنود التعسفية تعد كأنها غير مكتوبة ويبقى العقد قابلا للتطبيق في جميع احكامه غير تلك التي اعتُبرت تعسفية اذا كان استمراره ممكناً من دون هذه البنود" . وهذا ما تضمنه بوضوح قرار لمحكمة النقض الفرنسية / الدائرة التجارية في 10/22/ 1996 "إن إشتراط المدين إعفاءه من المسؤولية الناشئة عن اخلاله بألتزام اساسي يجب اعتباره كأنه غير مكتوب لانه يتناقض ومدى تعهد اتخذه هذا المدين"[1] . وبذات الاتجاه قضت في قرار آخر "يجب أن يستبعد قضاة الموضوع بندًا تعاقديًا يتعارض مع التوازن الاقتصادي للاتفاقية "[2].

وبطلان الشرط التعسفي يتعلق بالنظام العام وتحديداً النظام العام الاقتصادي، والدفع بالبطلان يمكن أثارته من كل ذي مصلحة، وللقاضي ان يثيره عفواً من تلقاء نفسه، ذلك أن المشرع هدف إلى حماية الطرف الضعيف في العقد أي المستهلك، وهي فئة أدنى تجاه المتعاقد المحترف وإحلال المساواة قدر الإمكان بين الروابط التعاقدية خاصةً عندما تكون مصلحة احد الفرقاء مهددة وهي هنا مصلحة المستهلك.[3]

وحماية النظام العام تتم عن طريق أستبعاد الشرط التعسفي من العقد دون أن يؤدي ذلك إلى بطلان العقد الذي يبقى قائماً ومنتجاً لآثاره، **ولقاضي الموضوع** أن يثير مسألة الطابع التعسفي للشرط من تلقاء نفسه دون حاجة لأقترانه بطلب أحدٍ من اطراف الدعوى، وهذا ما تضمنه قرار OCEANO الصادر بتاريخ 27 حزيران 2000 عن محكمة العدل الاوربية.

---

[1] نقلا عن دالوز 2009 العربية ، تعليقا على المادة 1135.

[2] نقلا عن دالوز 2009 العربية،تعليقا على المادة 1135.

3 J Calais, Auloy, Droit de la consommation ,Dalloz ,1981,no.14. ريما فرج مكي ، تصحيح العقد، دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى، الموسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011 ، ص. 72، 74 .

وفي وقائع القضية[1] إن عدداً من المواطنين الأسبان أبرموا كل منهم لأهداف شخصية ، عقد شراء موسوعات بالتقسيط ، وقد تضمنت كل العقود التي أبرموها بنداً يحدد صلاحية الفصل في أي نزاع ينشأ عن هذه العقود لمحاكم برشلونة التي لم تكن موطناً لأي مشترٍ ولكن يوجد في نطاقها مركز الشركات البائعة . عند عدم دفع الأقساط المستحقة أقامت الشركات الدعوى امام محاكم برشلونة ، فقررت الأخيرة التوقف عن البت في النزاع على أساس الشك في اختصاصها في إثارة الطابع التعسفي للبند، وإذا كان بأمكان القاضي الوطني أثارة الطابع التعسفي لبند موضوع تحت تقديره . أصدرت محكمة العدل الاوربية قراراً بشأن ذلك ، حيث اعطت الاختصاص لمحاكم برشلونة في النظر في الدعوى حيث محل اقامة الشركات البائعة ، وبمقتضى القانون الاسباني يعد بنداً تعسفياً كل بند يُدرج في العقود المبرمة بين المستهلك والممتهن ويعطي صراحةً الاختصاص الى محكمة اقامة المستهلك أو محل تنفيذ التزامه ويقضي اعتباره تبعاً لذلك بنداً غير مكتوب ومن ثم لمحاكم الموضوع أي للقاضي الوطني الاسباني أثارة الطابع التعسفي للبند .

وقد تكرس مضمون القرار أعلاه بقرارت عديدة لاحقة صادرة عن المحاكم الفرنسية . أعطت للقاضي الحق في إثارة الطابع التعسفي للبند عفواً ومن تلقاء نفسه وهو ماتضمنته المادة 132/ف1 التي قضت بأن البند التعسفي يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً وكأنه غير موجود ومكتوب في العقد الذي يتضمنه، مما يُظهر رغبة المشرع الواضحة السماح بترجيح مصلحة المستهلكين بمواجهة المحترفين والممتهنين في حال طلبوا تنفيذ هذا البند وهذا هو هدف قوانين الحمائية ومن بينها قوانين حماية المستهلك[2] .

يتضح لنا من مجمل ما تقدم وسنداً للتشريعات الخاصة بحماية حق المستهلك في لبنان وفرنسا ، أنه وبحكم هذه القوانين يترتب على وجود البند التعسفي في العقود بطلان الشرط وإعتباره كأنه لم يكن، دون العودة إلى إرادة المتعاقدين أو أحدهما، بهدف ضمان أكبر قدر من الحماية للمتعاقدين عن طريق الإبقاء على العقد منتجاً لأثاره ومحققاً آثاره المنشودة، رغم مخالفته النظام العام في إحدى بنوده، ذلك حتى يتجنب الطرف الضعيف الضرر الذي يصيبه عند الحكم ببطلان العقد بأكمله.

---

[1] مشار اليه في ريما فرج مكي، مصدر سابق، ص.78-79.

[2] C.Roubaix,15avr,2004, GAZ, PAL,2004,2591, T.I. Bourganeuf,8, déc,2004, DALLZ,2005. A.J.227.

بينما المشرع المصري وفي قانون حماية المستهلك نص في المادة العاشرة منه على بطلان الشرط التعسفي دون ان يبيّن مصير العقد المقترن به، أي أنه يجب الأخذ بقصد المتعاقدين أو أحدهما عند إستبعاد الشرط التعسفي، في حين لم ينص المشرع العراقي في قانون حماية حق المستهلك على نص خاص بحكم الشرط التعسفي المقترن بعقد الاستهلاك وانما رتب مسؤولية المعلن او المُجّهز ومكتفياً بذلك بالقواعد العامة التي تنظم المسؤولية والقواعد العامة المتعلقة بأقتران العقد بشرط مخالف للنظام العام او الآداب التي تقضي بها المادة 131 من القانون المدني العراقي الفقرة الثانية منها[1].

يتضح مما تقدم، أن البطلان هو مصير الشرط التعسفي الذي يقترن بعقد الاستهلاك في جميع القوانين. ويُستبعد الشرط بحكم القانون في بعض القوانين ويتوقف إستبعاده والأبقاء على العقد على قصد المتعاقدين في قوانين أخرى .

و**حماية النظام العام** تتم أيضاً عن طريق **إستبعاد البند التحكيمي التعسفي** وفقاً لقوانين حماية المستهلك الأوروبية والفرنسية، وللقاضي الوطني أن يبت في مسألة الطابع التعسفي للبند التحكيمي وأن يقرر متى وجده تعسفياً إعتباره كأنه لم يكن وذلك وفقاً للتوجيه الأوروبي رقم 13\1993 الذي له في النظام العام الفرنسي الداخلي صفة النظام العام لتعلقه بالمصلحة العامة للمجتمع، وهذا ما تضمنه قرار حديث نسبياً صادر عن محكمة التمييز الفرنسية، الغرفة المدنية الأولى، بتاريخ 30 سبتمبر 2020[2].

وفي وقائع القضية أن مواطن فرنسي توفي في إسبانيا تاركاً وصيّة عيّن عبرها كورثة كلاً من أبنته وإبنه وأحفاده، كما عين الكاتب بالعدل الفرنسي كمنفذ لهذه الوصية. وبسبب خلافات مع أخيها ومعتبرةً أن الكاتب بالعدل قد أخلّ بتنفيذ الوصية إستحضرت الإبنة أخاها والكاتب بالعدل أمام محكمة البداية الفرنسية المختصة للنظر في مسؤولية الكاتب بالعدل وطلبت إدخال مكتب المحامي الإسباني في الدعوى المقامة في فرنسا.

[1] محمد بوادلي، حماية المستهلك في القانون المقارن ، دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، دار الكتاب الحديث ، القاهرة،2006

[2] قرار صادر عن محكمة التمييز الفرنسية، الغرفة المدنية الأولى، تاريخ 30 سبتمبر 2020، رقم 18-241.

ردت شركة المحاماة بطلب إعلان عدم إختصاص القضاء الوطني الفرنسي بإعتبار أن عقد بدل الأتعاب يتضمن بنداً تحكيمياً .

محكمة الإستئناف الفرنسية في مدينة فرساي، إستبعدت تطبيق البند التحكيمي معتبرةً أن له طابعاً تعسفياً وبالتالي إعتماد إختصاص المحاكم الفرنسية للنظر في النزاع مستندتاً في قرارها إلى التوجيه الأوروبي رقم 13 الصادر في 5 أبريل 1993 والمتعلق بكيفية حماية المستهلك من البنود التعسفية.

فتقدمت شركة المحاماة بطعن تمييزي أعتبرت فيه أنه يعود للمُحّكم فقط أن يبت في إختصاصه وأن القاضي الفرنسي ليس له سلطة البت في مسألة الإختصاص إلا إذا ظهر له أن البند التحكيمي كان باطلاً أو كان ظاهراً أنه لا يمكن تطبيقه وأن تطبيق التوجيه الأوروبي يُوجب قيام القاضي قبل البت في إختصاصه أن ينظر في أساس الملف وهو أمر مناقض لمسألتي البطلان أو عدم إمكانية التطبيق. محكمة **التمييز** الفرنسية و**بقرار يناقض إجتهادات** سابقة **ثابتة** لمدة **عشرين عاماً** إعتبرت أنه يعود للقاضي الوطني أن يبت في مسألة الطابع التعسفي للبند التحكيمي ومتى وجده تعسفياً إعتباره كأنه لم يكن وفقاً للتوجيه الأوروبي الذي له صفة الإنتظام العام.

وأن نص المادة 1448 من القانون المدني الفرنسي التي توجب على القاضي الوطني الفرنسي إعلان عدم إختصاصه عند وجود بند تحكيمي[1]، لا يكون من شأنه أن يجعل مستحيلاً ممارسة الحقوق التي يمنحها القانون الأوروبي للمستهلك أمام المحاكم الوطنية لحماية حقوقه. وخلصت محكمة التمييز إلى القول أن محكمة الإستئناف في معرض مقاربتها لإمكانية عدم قابلية البند التحكيمي للتطبيق، إلى أن البند التحكيمي كان تعسفياً تكون قد طبقت القانون بإعتبارها أن القاضي الوطني مختصاً للنظر بالموضوع. يتضح لنا من مضمون هذا القرار والذي يمكن إعتباره بمثابة سابقة قضائية خالفت الثوابت الإجتهادية السابقة على مدى ما يزيد عن عشرين عاماً بأنه عند وجود بند تحكيمي سواء في عقد داخلي أو دولي يتوجب على القاضي الوطني أن يعلن عدم

[1] المادة 1448 تتعلق بمبدأ إختصاص المحكمين وأن المحكمين لديهم الحق في البت في اختصاصهم، بما في ذلك الاعتراضات المتعلقة بعدم وجود أو بطلان اتفاق التحكيم. هذا المبدأ يعزز استقلالية التحكيم ويمنح الأولوية للمحكمين للنظر في النزاعات قبل اللجوء إلى المحاكم.

إختصاصه وليس له أن يبت في مسألة الإختصاص إلا إذا ظهر له أن البند التحكيمي كان باطلاً أو غير ممكن التطبيق، وهذا ما أكدته المادة 1448 من القانون المدني الفرنسي بأن البت في مسألة الطابع التعسفي للبند يعود حصراً للمُحّكم.إن ما تقدم يعكس توجه المشترع في إحترام إرادة الفرقاء في العقد بحيث يتعاظم دور هذه الإرادة ويتسع مداها في العقود الدولية وخاصة عقود التجارة الدولية، ولكن المشترع وجد أنه لا بد من ضبط هذا المبدأ حتى لا يغالي أحد الفرقاء الذي يكون في موقع قوي مُستغلاً مهنته أو خبرته في بسط شروط متعسفة على الفريق الآخر بشكل يؤثر على التوازن العقدي. فنراه تدخل في بعض العقود وأصدر العديد من القوانين الحمائية ومنها قانون حماية المستهلك التي توفر الحماية للفريق الضعيف في العقد[1]، وأشترط توفير الحماية للمستهلك من الشروط التعسفية سواء في العقود المدنية والتجارية، وهذه الحماية قد تتجسد عبر بنود يتوجب مراعاتها في كل العقود سواء أكانت مدنية أو تجارية، بحيث يمكن إعتبارها بنود إذعان هدفها تجنب البنود التعسفية. ومن أهم هذه القوانين الحمائية التوجيه الأوروبي الصادر في 5 أبريل 1993، والذي أعتبرت محكمة التمييز الفرنسية أن له صفة الإنتظام العام لتعلقه بالمصلحة العامة للمجتمع. ونحن نعلم أن المصلحة العامة للمجتمع تتقدم على المصلحة الفردية[2]، لذلك إن تطبيق نص المادة 1448 مدني فرنسي التي توجب على القاضي الوطني الفرنسي أن يعلن عدم إختصاصه عند وجود بند تحكيمي وأن ليس له سلطة البت في مسألة الإختصاص إلا إذا ظهر له أن البند التحكيمي باطلاً أو غير قابل للتطبيق وذلك تكريساً لمبدأ سلطان الإرادة التي توافقت بجعل إختصاص البت في النزاعات التي تنشأ لاحقاً عن تطبيق العقد للمُحّكم، **تتراجع** أمام التوجيه الأوروبي الذي يضمن للمستهلك حماية حقوقه أمام المحاكم الوطنية متى كان بند التحكيم تعسفياً ويعود للقاضي الوطني متى وجد البند تعسفياً ان يعتبره كأنه لم يكن، ذلك أن للتوجيه الأوروبي صفة الإنتظام العام. فيما يلي سننتقل لدراسة الرقابة القضائية على البند التحكيمي في مرحلة تنفيذ القرارات التحكيمية في القسم الثاني.

---

[1] الفريق الضعيف في العقد هو الطرف الذي يكون وضعه الاقتصادي أو القانوني أقل قوة مقارنة بالطرف الآخر في ذات العقد ومن الأمثلة على ذلك المستهلك في عقد الإستهلاك والعامل في عقد العمل والمقترض في عقد القرض.

[2] ناقش الفيلسوف الفرنسي جان جاك روسو(1712–1778) هذا المبدأ في كتابه "العقد الاجتماعي"، مُعتبراً أن الإرادة العامة للمجتمع تمثل مصلحة الجميع وتتقدم على المصالح الشخصية والفردية في سبيل تحقيق العدالة والتنظيم الاجتماعي.

القسم الثاني: الرقابة القضائية على البند التحكيمي في مرحلة تنفيذ القرارات التحكيمية

إذا لم يُثر أي من الفرقاء مسألة الطابع التعسفي للبند التحكيمي وأن قراراً تحكيمياً قد صدر سنداً لهذا البند التحكيمي المخالف للإنتظام العام ، هنا تبرز في هذه المرحلة بالذات مسألة أخرى ينبغي معالجتها هي أهمية الرقابة القضائية على التحكيم ومدى إمكانية الموازنة بين أعتبارين : الأول يتمثل في إحترام إرادة أطراف النزاع الذين فضلوا اللجوء إلى التحكيم لما يمتاز به من خصائص تميزه عن القضاء ، الثاني يُمثّل المصلحة الوطنية والنظام العام اللذين يستبعدان الإعتراف بقرار تحكيمي مشوب بعيب أو مخالف للنظام العام أو الأداب العامة ومن ثم لا مفر من تقرير حق القضاء في الرقابة على قرار التحكيم.

إن لتكييف القرار التحكيمي[1] وتعريفه آثار هامة، أبرزها أن قرارات التحكيم وحدها دون غيرها من القرارات الأخرى، التي يمكن أن تصدر عن المُحّكم ، تكون قابلة للطعن وفقاً للطرق المقررة قانوناً.

سنعالج مسألة الجوانب القانونية الأساسية للقرار التحكيمي، وهذا بالتطرق إلى القواعد الإجرائية المتعلقة بالإعتراف بالأحكام التحكيمية ونفاذها بحيث تكمن فعالية التحكيم كوسيلة لحل النزاعات عموماً في مدى إمكانية تكريس الحقوق والحفاظ على مصالح من صدر القرار التحكيمي لصالحه وذلك عبر تنفيذه، ولكن ليس قبل الإعتراف به في الدولة التي يصدر فيها وُينفّذ فيها، أو يُنفّذ فيها إذا كان صادراً في بلدٍ آخر غير بلد التنفيذ، وإلا فما الفائدة العملية من اللجوء إليه وجعله بديلاً لقضاء الدولة (الفصل الأول).

ونعلم أنه بعد استكمال جميع إجراءات التحكيم يصدر القرار، إلا أن هذا الإجراء يكون بإتباع مراحل معينة ومحددة، إذ ينبغي احترام الإجراءات المتفق عليها أو المنصوص عليها وإلا كان القرار قابلاً للطعن فيه، ونظراً

[1] تضمنت قواعد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) مجموعة مواد وقواعد تتناول مسألة تكييف القرار التحكيمي، إن لناحية إصدار أو تنفيذ القرارات التحكيمية، طبعاً مع مراعاة القوانين الوطنية والدولية. ومن الأمثلة على ذلك إن المادة 31 من القانون النموذجي للتحكيم تنص على ضرورة إصدار القرار التحكيمي كتابةً وتوقيعه من المحكمين لضمان الاعتراف به وتنفيذه.

لأهمية هذه المرحلة التي ستَكشِف لا محالة مدى مصداقية التحكيم، فإننا سنتناول كيفية الطعن فيها حسب ما جاء في النصوص القانونية المختلفة (الفصل الثاني).

وفي هاتين المرحلتين بالذات يبرز مدى دور رقابة القضاء سواء أثناء منح الصيغة التنفيذية للقرارات التحكيمية أو أثناء سلوك طُرق الطعن للآتي عرضه.

الفصل الأول : الرقابة القضائية أثناء منح الصيغة التنفيذية للقرارات التحكيمية

من المعلوم أن إجراءات تنفيذ حكم التحكيم[1] تخضع بالأساس لقانون الدولة التي يتم فيها التنفيذ ، ونصت المادة 3\1 من إتفاقية نيويورك لتنفيذ الأحكام على أن تعترف كل من الدول المتعاقدة بحجية حكم التحكيم وتأمر بتنفيذه طبقاً لقواعد المرافعات المتبعة في الدولة المطلوب إليها التنفيذ.

إن أحكام التحكيم أكانت دولية أم داخلية، فإنها بمجرد صدورها تتمتع بحجية الأمر المقضي به التي تُمكِّن المحكوم له من تنفيذه بإرادته، أو اللجوء إلى إتخاذ الإجراءات المنصوص عليها قانوناً، للإستحصال على صيغة تنفيذية لحكمه حتى يتمكن من تنفيذه جبراً ، والقاضي الوطني الذي يُعهد إليه بهذه المهمة عليه واجب تطبيق الشروط القانونية والتي من بينها عدم وجود التعارض بين هذا الحكم التحكيمي وأي حكم وطني صادر سابقاً لطالب الصيغة التنفيذية تلك بذات النزاع وبين ذات الخصوم ولنفس السبب، ومنعاً من حصول هذا التعارض على القاضي الوطني أن يجري تدقيقا" وافيا" قبل إصدار أمره بقبول الطلب أو برفضه، وان يُؤسس حُكمه أو أمره على أدلة قانونية ومبرارات، دون توسع أو تحيُّز ذلك أن حكمه أيضاً سوف يكون خاضعاً في مرحلة لاحقة للمراقبة القضائية.

توافقت معظم التشريعات ومن بينها القانون اللبناني والنظام المصري والجزائري والفرنسي وبشكل مستقرٍ وثابت على حتمية وجوب العودة لقضاء الدولة، للتثبت من مسألة صحة قرار التحكيم لأجل منحه القوة التنفيذية،

[1] أينما وردت صيغة حكم التحكيم في أي مكان لاحق من الدراسة ، فالمقصود بها القرار التحكيمي الذي يصدر في نهاية العملية التحكيمية ، والذي يضع حداً لتلك الخصومة المعروضة على هيئة التحكيم أو المؤسسة التحكيمية، وسواء أكان التحكيم مطلق أو نسبي.

والذي بعد هذه المنحة يرتقي إلى منزلة الأحكام القضائية، أي أن المُحّكم له صلاحية الحكم بتقرير الحق لصاحبه لكنه غير قادر على إلزامه بالتنفيذ.

في الواقع نقول أن موضوع الرقابة القضائية في مرحلة تنفيذ قرارات التحكيم يطرح على بساط البحث الجدي مسألة هامة جداً ألا وهي مدى إمكانية الموازنة بين اعتبارين رئيسيين، الأول يتعلق بطبيعة التحكيم كتنظيم خاص يتميز بالإستقلالية والسرعة في بت النزاعات، ويستبعد الرضوخ لرقابة وسيطرة نظام آخر ، أما الثاني فيتمثل بحفظ الركائز والمفاهيم المتعلقة بالنظام العام في الدولة وبتطبيق القانون، وحيث أن حماية تلك المفاهيم هو من مهمَة القضاء، وذلك عبر التأكد من أن تلك القرارات غير منطوية على خطأ أو مخالفة للنظام العام قبل تقرير منحها الصيغة التنفيذية.

لذلك إن القانون فرض بعد صدور القرار التحكيمي آلية تنفيذ القرارات التحكيمية عبر النص على جملة من القواعد الإجرائية ، والتنفيذ الإرادي الطوعي وفقاً للإتفاق التحكيمي هو الأصل في هذا المجال، لكن قد يتخلل عملية التنفيذ عراقيل قد تدفع كل ذي مصلحة باللجوء للقضاء الوطني المطلوب تنفيذ القرار ضمن نطاق صلاحيته وهذا ما يُعرف بالتنفيذ الجبري، الأمر الذي قد يفرض إتباع خطوات شكلية أخرى أمام هذا القضاء لحماية القرار التحكيمي. والجدير بالذكر أن النظام العام هو كل ما يرتبط بالنظام الأعلى للمجتمع[1]، و يمس بكيانه الإجتماعي وبنيته الإقتصادية و السياسية، ولأن القاضي هو المُؤتمن على النظام العام فعليه واجب الإمتناع عن إصدار الأمر بتنفيذ أي قرار تحكيمي كان قد صدر متضمناً مخالفة واضحة لقواعد النظام العام في بلده، والأمر نفسه ينسحب على القرارات التحكيمية التي تصدر إستناداً إلى بند تحكيمي ينتهك قواعد النظام العام.

سنتناول البحث في هذا المجال ضمن مبحثين أساسيين يتمحور أحدهما حول الصيغة التنفيذية في مواجهة قرارات التحكيم الأجنبية (المبحث الأول) وثانيهما سيتناول القواعد الإجرائية المتعلقة بنفاذ القرارات التحكيمية الأجنبية (المبحث الثاني).

[1] عماد مصطفى قميناسي، المرجع السابق، ص. 405.

المبحث الأول: الصيغة التنفيذية في مواجهة قرارات التحكيم الأجنبية

ويؤتي التحكيم ثماره المرجوّة، وتُتوّج جهود المحكمين عبر إصدار حكم تحكيمي يستدعي إقرانه بصيغة تنفيذية صادرة عن القضاء الوطني، حيث يؤدي تخلفها إلى بقائه مجرد حبر مكتوب على ورق.

ومع ازدياد عجلة التجارة الدولية تطوراً تم فرز واقع جديد تجّسد عبر زيادة ملحوظة في أحكام التحكيم الأجنبية والدولية والتي طبعاً تحتاج إلى إقرانها بصيغة تنفيذية.

سنعالج هذا المبحث في إطار فقرتين أساسيتين نتناول في إحداهما تحديد المقصود بحكم التحكيم الأجنبي (الفقرة الأولى)، ويتمحور الحديث في الثانية حول موانع تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تحديد المقصود بحكم التحكيم الأجنبي

تتضح أهمية تحديد المقصود بحكم التحكيم الأجنبي بضرورة تحرّي عدة موضوعات والتي بناءً عليها يتم الإحاطة بهذه الأحكام ، فلا بد لنا أن نتوّجه بدايًة الى تحديد مفهوم حكم التحكيم ليتسنى لنا بعدها الوقوف على المعنى الحقيقي لحكم التحكيم الأجنبي ، ثم إستعراض النظريات التي طُرحت في بيان طبيعته القانونية.

أولًا: ماهية حكم التحكيم

تعتبر معظم الأنظمة القانونية المعاصرة والمعاهدات والاتفاقيات الدولية، أن الاضطلاع بمهمة تحديد المقصود بحكم التحكيم ليس من شأنها، إنما على الفقه واجب الإضطلاع بهذه المهمة، بالرغم من أن هذه التشريعات الوطنية والدولية اهتمت ونظمت التحكيم وأقرّته في أنظمتها القانونية.

بالمقابل نجد أن اتفاقية نيويورك تضمنت نصاً للمقصود بحكم التحكيم، حيث جاء فيه يُقصد بأحكام التحكيم ليس فقط الأحكام الصادرة من مُحّكمين معينين للفصل في حالات محددة، بل أيضاً الأحكام الصادرة من هيئات تحكيم دائمة يحتكم إليها الأطراف ، وهذا التعريف لا يمكن اعتباره كاملاً ، إذ أن الملاحظ أن هذه الاتفاقية قد وسعت نطاق الأحكام والقرارات التحكيمية.[1]

[1] المادة (1/2) من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية.

يحتل البحث في موضوع تعريف القرار التحكيمي أهميةً بالغة لكل من له علاقة بمجال التحكيم، بمساعدته على معرفة من يقوم به وما يُصدّر من قرارات، وما هي حقيقة تلك القرارات التحكيمية، هل هي فاصلة وحاسمة في النزاع، أم هي مجرد قرارات إجرائية تساعد على سير عملية التحكيم فحسب، ومن خلال تعريف القرار التحكيمي ومعرفة جوهره وحقيقته يمكن القول أن هذا القرار قابل أو غير قابل للطعن فيه.

هناك قرارات يتخذها المُحّكم أثناء سير العملية التحكيمية ، لا ترتقي لرتبة القرار التحكيمي ، كالقرارات التي

تصدر بشأن تحديد زمان ومكان جلسات التحكيم أو تأجيلها، كذلك قرارات تجهيز القضية للبت بها أو قرار تعيين خبير أو القرار الذي يتضمن معاينة بضائع أو الإستماع للشهود، هذه كلها لا تعد قرارات تحكيمية فاصلة في النزاع كلياً أو في جزء منها، لذلك لا تُعتبر قراراتً تحكيمية.

وقد كان هناك اقتراح أن يتضمن القانون النموذجي (قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي) تعريفاً لمصطلح "حكم التحكيم"، ولكن لم تتم الموافقة عليه ، وكان التعريف المقترح هو ما يلي: "يُقصد بحكم التحكيم القرار النهائي الذي يفصل في كل القضايا التي تمت إحالتها إلى محكمة التحكيم وأي قرار آخر لمحكمة يحسم بشكل نهائي أي مسألة جوهرية أو مسألة اختصاصها أو أي مسألة أخرى تتعلق بالإجراءات، شرط أن تصف محكمة التحكيم في الحالة الأخيرة القرار الذي تتوصل إليه بأنه حكم".[1] ومع خلو التشريعات الوطنية لكل دولة والإتفاقيات والمعاهدات الدولية التي عنيت بتنظيم كل ما يتعلق بالتحكيم من تعريف محدد وواضح لحكم التحكيم، تولى الفقه هذه المهمة وإنقسمت الآراء الفقهية في تعريف الحكيم التحكيمي في هذا الصدد إلى

اتجاهين،[2] اتجاه مُوسّع لتعريف حكم التحكيم وآخر مضّيق له .

---

[1] عصام الدين القصبي ، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،1999، ص.22. محمد بدرات، مذكرات في حكم التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، ص. 6 . رضوان إبراهيم الجغبير، بطلان حكم التحكيم، دار الثقافة، عمان، 2009 ، ص. 30.

[2] عبد الحميد الأحدب، التحكيم في البلدان العربية، الكتاب الأول، الطبعة الثالثة، منشورات، الحلبي الحقوقية، لبنان 2008 ، ص 65،63. حفيظة السيد الحداد الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ،2007، ص. 19 . رضوان إبراهيم الجغبير، بطلان حكم التحكيم، دار الثقافة، عمان، 2009، ص. 30.

الاتجاه الأول : المُوّسع لتعريف حكم التحكيم

يقوم هذا الإتجاه[1] على ضرورة توسيع نطاق الحكم التحكيمي بحيث لا يقتصرفقط على الأحكام التي تفصل في المنازعة على نحو كلي، بل وأيضاً تلك التي تفصل في أحد عناصر المنازعة بشكل جزئي، ويتزعم هذا الاتجاه الأستاذ (E. Gaillard) والذي حدد الحكم التحكيمي بأنه:

"القرار الصادر عن المحكم الذي يفصل بشكل قطعي، على نحو كلّي أو جزئي في المنازعة المعروضة عليه سواء تعلق هذا القرار بموضوع المُنازعة ذاتها أم بالاختصاص أم بمسألة تفصل بالإجراءات، أدت بالمحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة. "

وهذا ما أشارت إليه مقالة الأستاذ كويارد في البند 11 منها بالنص الفرنسي على أنه:

Les décisions rendues par les arbitres sur la competence ; la Loi applicable la validité d`un contra ; de responsabilité par exemple constituent en revanche de véritables sentence arbitrales même si elles ne tranchent pas liniegralite des questions litigises ne se traduisent pas immédiatement par une candamnation pécuniaire.

ووفقًا لهذا الاتجاه إن ما يُفرض على الأطراف من قرارات تحكيمية صادرة عن المُحكم ومستلزمة لموافقتهم المُسبقة لا يُمكن إعتبارها قرارات تحكيمية، وموافقة الأطراف المسبقة التي يتضمنها البند التحكيمي أو إتفاقية التحكيم على مشروع الحكم التحكيمي المطلوبة على قرار الدرجة الأولى لا يحوله إلى حكم تحكيمي ، وفي حالة تحقق هذا القبول تُعرض المنازعة على محكمة تحكيمية من الدرجة الثانية لإصدار حكم نهائي لا يمكن أن يكون محلاً للطعن فيه بالبطلان. الإتجاه المُوسّع لتعريف الحكم التحكيمي جرى إنتقاده بسبب الخلط بين جوهر الحكم وأوصافه وآثاره معًا ، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في 1 يونيو 1987[2]. إن هذا

---

[1] عيد محمد القصاص، حكم التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 ، ص. ٦٩. حفيظة السيد الحداد ، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم، مرجع سابق ، ص. 22 . رضوان إبراهيم الجغبير، بطلان حكم التحكيم، مرجع سابق، ص. 30.

[2] عيد محمد القصاص، مرجع سابق، ص ٦٩ ، حفيظة السيد الحداد ، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم ، مرجع سابق ، ص. 22 . رضوان إبراهيم الجغبير، بطلان حكم التحكيم، ص. 30. (بتصرّف).

فدخلت أوصاف الحكم في تعريفه ، وتحديد الحكم بأنه قطعي أو غير قطعي ينطلق من أسس معينة، لا علاقة لها بجوهر الحكم. وأيضاً لا يجوز وصف هذه الأحكام بالنهائية أو الابتدائية ؛ لأن هذه الأوصاف لا تدخل في جوهر تعريف الحكم أو مضمونه.

الاتجاه الثاني : المُضَّيق لتعريف حكم التحكيم

لا يعد حكمًا تحكيمًا سوى تلك الأحكام التي أنهت بشكل كُلّي أو جُزئي منازعة التحكيم وفقًا لما ذهب إليه أصحاب هذا الاتجاه ، لذا فإن جميع ما يصدر عن المُحّكم من قرارات حتى تلك المتعلقة بموضوع النزاع والتي لا تبت في طلب محدد لا تعد أحكامًا تحكيمية إلا إذا فصلت بالنزاع التحكيمي بشكل كلي أو جزئي، ووفقاً لهذا الإتجاه فإن كل القرارات التي تفصل في المسائل المتعلقة بموضوع النزاع كصحة العقد الأصلي، لا تعد أحكامًا تحكيمية، وإنما أحكاماً تحضيرية، وبالتالي لا يمكن أن تكون هذه الأحكام محلاً للطعن عليها بالبطلان بشكل مستقل عن القرار التحكيمي الذي سوف يصدر بناء على الطلبات المقدمة من الأطراف ، وأنصار هذا الاتجاه هو جانب من الفقه السويسري كل من الأساتذة: (claude Reymond, Jean-François Poudret, Pierre Lalive).[1]

وبتحليل مُبسط لما أوردناه سابقًا يُعتبر حكمًا تحكيميًا وفقًا لأصحاب هذا الإتجاه جميع القرارات الصادرة عن الُمحّكم والباتة بشكل قطعي في المنازعة المعروضة على الُمحكم والمتضمنة أحكاماً كُليّة تحسم موضوع المنازعة بشكل كلي أو أحكاماً جزئية تفصل في جزءٍ منها، وسواء اتصلت بموضوع النزاع ذاته أم تعلقت بالاختصاص أو بمسألة تتعلق بالإجراءات بشرط أن تُؤدي إلى إنهاء الخصومة من قبل المُحكم عبر إصدار قرار نهائي من قبله.

ونستنتج من هذا التعريف بأنه إذا أصدرت هيئة التحكيم قرارات بدون خصومة لا تُعتبر أحكاماً تحكيمية ومن بينها القرارات الصادرة عن هيئة التحكيم بتحديد زمان ومكان انعقاد الجلسة، وكذلك تأجيلها أو إنتداب أحد الخبراء أو الإستماع إلى شهادة الشهود، أما حكم التحكيم الذي يفصل في صحة العقد الأساسي أو بتقرير

---

2 حفيظة السيد حداد ، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم، مرجع سابق ، ص. ٢٢ . عيد محمد القصاص، حكم التحكيم ، مرجع سابق، ص. 69 . سلام توفيق منصور، بطلان حكم التحكيم، دراسة تحليلية مقارنة ، رسالة ماجستير ، غير منشورة ، جامعة غزة ، 2010 م ، ص. 12 . أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي ، د . ن ، 1981، ص. 62.

مسؤولية أحد الأطراف المتنازعة هو حكم تحكيمي حقيقي وإن لم يفصل في المنازعة كلها بل فصل في جزء منها.

والحكم ذاته ينطبق على التوجيهات والإجراءات التحكيمية فليس لهذه الإجراءات وضع حكم التحكيم بحيث يتضح لنا مما سبق أن حكم التحكيم يكون مقتصراً فقط على الأحكام التي تصدرها محكمة التحكيم، والتي تفصل بشكل نهائي في النزاعات التي تتناولها.

ومن وجهة نظر الباحث إن الإتجاه المُوّسع لتعريف القرار التحكيمي هو الأفضل ، وذلك لأن إستثاغة الأطراف المتنازعة لسلوك سبيل التحكيم كوسيلة لفض النزاع بدلاً من قضاء الدولة العادي هدفه التوصّل إلى حلول حاسمة وملائمة لهذا النزاع دون أي خصومة، فالإتجاه المُوسّع يضمن تحقيق هذا الهدف، وعليه يمكن أن يُعّرف حكم التحكيم بأنه : القرارت التي تصدرها هيئة تحكيمية تبت بشكل نهائي في القضية المعروضة عليها، سواء أكانت الأحكام الصادرة في تلك المنازعة كليةً أم جزئية أو تعلقت بموضوع النزاع ذاته أو بمسائل متعلقة بالإجراءات، شريطة أن تؤدي بالمُحّكم إلى حسم تلك الخصومة.

ثانيا": تحديد مفهوم قرار التحكيم الأجنبي

إن لتحديد الصفة الأجنبية لحكم التحكيم أهمية بالغة فالتمييز بين حكم التحكيم الأجنبي وحكم التحكيم الوطني ينتج عنه اختلافاً واضحاً في القواعد القانونية المُطّبقة على كل منهما ، فالتحكيم الوطني يستدعي تطبيق القانون الوطني ، بخلاف الحال لو تضمن التحكيم عنصر أجنبي أو أكثر ، فنكون أمام احتمال تطبيق قانون أو قوانين أجنبية[1].

إن لوصف أحكام التحكيم بالأجنبية معيارين أساسيين وذلك وفقاً للتشريع والفقه نستعرضهما وفقاً للآّتي.

1: المعيار الجغرافي

وهو الحكم التحكيمي الذي يرتكز إلى مكان صدوره ، حيث يرتبط حكم التحكيم بالدولة التي صدر قرار التحكيم على إقليمها، فيُعتبر أن قرار التحكيم هو مركز الثقل في مجمل عملية التحكيم ، ولكن في حال تعدد الدول

[1] سامي بديع منصور ، الوسيط في شرح القانون الخاص، دار العلوم العربية، 1994، ص. 668. حسن الهداوي تنازع القوانين، دراسة مقارنة، دار الثقافة، الطبعة السادسة، عمان، 2011، ص. 28. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني ، تنازع القوانين ، الطبعة الرابعة ، م ، دار النهضة العربية ، 1962، ص. 767 .(بتصرف)

التي يُعقد فيها التحكيم ، فإنه تعتبر الدولة التي انعقدت فيها هيئة التحكيم بصفة رئيسية، وخاصة الدولة التي أصدرت فيها هيئة التحكيم القرار[1].

لم يتم النص صراحةً على تبني هذا المعيار من قبل المشترع المصري بحيث تضمنت المادة (299) من قانون المرافعات المصري لسنة (1968) أنه: " تسري أحكام المواد السابقة المتعلقة بتنفيذ الأحكام القضائية الأجنبية على أحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي"، ويستثنى من نص هذه المادة، بمفهوم المخالفة، قرارات التحكيم الصادرة في مصر، فتُعتبر قرارات تحكيم وطنية.

ونجد أن اتفاقية نيويورك الخاصة بالاعتراف بتنفيذ قرارات المحكمين الأجنبية لسنة (1958) قد أخذت أيضاً بهذا المعيار، وقد نصت في مادتها الأولى على أن: "تطبق الاتفاقية الحالية للاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الصادرة في إقليم دولة غير التي يُطلب إليها الاعتراف وتنفيذ هذه الأحكام على إقليمها".[2]

وقد أعتمدت اتفاقية الرياض للتعاون القضائي العربي لسنة (1983) ، في تحديدها صفة قرار التحكيم الأجنبي معيار مكان صدور القرار، ويظهر هذا الأمر من نص المادة25\أ منها،

حيث نصت على أنه" : يُقصد بالحكم في معرض تطبيق هذا الباب كل قرار أياً كانت تسميته يصدر بناء على إجراءات قضائية أو ولائية من محاكم أو أية جهة لدى أحد الأطراف المتعاقدة"، وتكون بذلك في تحديدها لصفة قرار التحكيم أعتمدت المعيار الجغرافي.

2: المعيار القانوني :

أساس هذا المعيار هو منح حكم التحكيم جنسية الدولة التي تم تطبيق قانونها الإجرائي على العملية التحكيمية ووفقاً لهذا المعيار يُعتبر أجنبياً حكم التحكيم الذي يتم داخل إقليم دولة نظرياً بينما يخضع إجرائياً لقانون دولة أخرى ، ويكون حكم التحكيم وطنياً رغم صدوره في الخارج إذا تم وفقاً للقانون الوطني . ويمكن للأفراد عبر

---

2 أنظر للتفصيل أكثر حول هذه المعايير بشكل عام وحول المعيار الجغرافي بشكل خاص : إبراهيم أحمد إبراهيم ، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، المجلة المصرية للقانون الدولي ، ع 37 لسنة 1981 م، ص. 69.

عصام الدين القصبى ، النفاذ الدولي لأحكام التحكيم الدولية، القاهرة ، دار النهضة العربية ، 1993، ص. 36.

أبو زيد رضوان، الأسس العامة للتحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1981، ص. 61.

[2] مشار إليه: القصبي ، عصام الدين القصبي ، مرجع سابق، ص.47.

هذا المعيار التحكم في الصفة الأجنبية أو الوطنية لحكم التحكيم بطريقه غير مباشرة من خلال اختيار مكان إجراء التحكيم ، لأنه سيتم في هذه الحالة تطبيق القانون الإجرائي الخاص بهذا المكان على إجراءات التحكيم.[1]

و ترجع أصول هذا المعيار إلى العمل القضائي الإنجليزي ، فقبل العام 1979، كان للمحكمة العليا أن تُجبر المُحّكم على تحديد موضوع قانوني معين تحت ما كان يسمى بإجراء الحالة الخاصة ، ففي قضية شهيرة نلخص وقائعها ب[2] : أن شركة إنجليزية تعاقدت مع شركة إنشاء اسكتلندية للقيام بإنشاء مبني في اسكتلندا ، وجرى الإتفاق بينهما على أن يكون تفسير العقد خاضعاً للقانون الإنجليزي ، على أن تكون اسكتلندا مقر التحكيم ، وبعد سماع الشهود وتقديم البيانات وغيرها من الإجراءات، طلبت الشركة الإنجليزية من المُحّكم أن يعرض القضية على المحكمة العليا ، ولكن طلبها رُفض من المُحّكم ، حيث كان القانون الاسكتلندي هو الحاسم النهائي لمسائل القانون والواقع ، وقد أقر مجلس اللوردات هذا الرفض.

بعد الإنتهاء من دراسة ماهية حكم التحكيم في الفقرة الأولى سننتقل لدراسة موانع تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي في الفقرة الثانية.

الفقرة الثانية: موانع تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي.

لعبت القوانين الدولية منها والوطنية، فضلا عن الاتفاقيات الدولية، دوراً بارزاً في مسألة تنظيم عملية تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، مع نصها بالمقابل على حالات تمنع تنفيذ القرار التحكيمي الأجنبي فيها سواء تلك التي يثيرها المحكوم له من تلقاء نفسه (اولاً)، أو التي تثيرها المحكمة من تلقاء نفسها(ثانياً).

أولا": موانع تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي بناء على طلب أحد الأطراف

تناولت اتفاقية نيويورك في المادة (1\5) منها موانع تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي، بناء على طلب من الخصم المطلوب التنفيذ ضده .ويتحقق هذا **المانع** عندما يعتقد أحد الخصوم بأن أي اتفاق يسمح لهم باللجوء في حل نزاعهم بواسطة شخص ثالث هو اتفاق تحكيم ولكنه في حقيقته **ليس اتفاقاً على التحكيم.**

---

1 إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، مرجع سابق، ص. 132 . مراد، عبد الفتاح ، شرح تشريعات التحكيم الداخلي والدولي .دون طبعة . مصر . دون دار النشر، ص.125 .

2 مشار إليه: القصبي، عصام الدين القصبي ، مرجع سابق، ص. 47.

لذا يجب أن يستكمل الاتفاق التحكيمي شروط صحته أي الشروط الشكلية والموضوعية اللازمة لأي اتفاق التي يتطلبها القانون حتى يُرتب أثاره القانونية وعليه يؤدي تخلف أي من هذه الشروط الشكلية أو الموضوعية إلى منع تنفيذ حكم التحكيم لعدم صحة اتفاق التحكيم.

ويتحقق هذا **المنع** أيضا **عند الإخلال بالقواعد الأساسية للإجراءات**، فإن عدم احترام حق الدفاع لكل طرف من أطراف النزاع ، ومعاملتهم بالتساوي دون تفريق أو تمييز بينهم ، وكذلك إعطائهم الوقت الكافي لممارسة هذه الأمور يُعّرض حكم التحكيم للطعن ويحق لأحد الأطراف أن يطالب بمنع تنفيذه.

ويشتمل الأمر على حالة **إستحالة ممارسة حق الدفاع** ، ولكن هذه الاستحالة يجب أن تكون بسبب عيب إجرائي وليس لظرف خاص بالمحكوم عليه أو إهماله، فإذا كانت قد أتيحت له الفرصة لتقديم دفاعه ولكنه لم يفعل فلا تتوافر هذه الحالة.[1]

نصت قواعد الأونسيرتال للتحكيم لعام 2010 في المادة رقم (17) على أنه مع مراعاة هذه القواعد، يحق لهيئة التحكيم أن تُدير العملية التحكيمية على النحو الذي تراه مناسباً شرط مراعاة المساواة بين أطراف النزاع وأن تُتاح لكل طرف، في مرحلة مناسبة من الإجراءات، فرصة معقولة لعرض القضيَّة.... ويتحقق هذا **المنع** أيضاً **عند تجاوز المحكمين لنطاق سلطاتهم** ويُعتبر الخروج عن حدود الاختصاص أو السلطة من أكثر الدفوع إنتشارًا ، والتي يُعتد بها كمبرر لبطلان الحكم التحكيمي الأجنبي، و رفض تنفيذه و لو كان اعترافًا بذلك بحسب الاتفاقيات والمعاهدات ، ومن ثم كمبرر لرفض تنفيذه[2].

وإذا فصل القرار في نزاع غير وارد في إتفاقية التحكيم أو في عقد التحكيم ، أو تجاوز حدوده فيما قضى به، يحق للخصم طلب رفض تنفيذ هذا القرار إذا أقام الدليل على ذلك، ومع ذلك إذا أمكن فصل جزء من القرار

---

[1] ثائر بلال ، تسهيل العملية التحكيمية، تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية أمام المحاكم السورية ، دراسة مقارنة ، في ظل إتفاقية نيويورك للاعتراف و تنفيذ الأحكام و اتفاقية الرياض القضائية ، رسالة ماجستير في القانون الدولي، جامعة دمشق كلية الحقوق، 2001، ص. 67 وما يليها.

حفيظة السيد الحداد ، الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الخاصة الدولية ، مرجع سابق، ص. 195.

نبيل اسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر،2004 ، ص. 272.

[2] أنظر، بن نصر عبد السلام ، ضوابط عدم قابلية تنفيذ الحكم الأجنبي ، 2011، ص. 185.

الخاضع أصلاً لحله بطريقة التحكيم عن باقي أجزاء القرار الغير متفق على حلها بهذا الطريق يجوز الاعتراف بهذا الجزء وتنفيذه بشكل مستقل.

ويتحقق هذا **المنع** أيضًا في حالة **عدم صحة تشكيل هيئة التحكيم أو الإجراءات التحكيمية** وإن إعطاء الحرية الكاملة لأطراف النزاع في تحديد عدد المحكمين الذين تتشكل منهم هيئة التحكيم يُؤكد الطابع التعاقدي لطبيعة التحكيم بحيث قد تتألف هيئة التحكيم من محكم واحد أو عدد من المحكمين بحسب ما يشاء أطراف النزاع ، وتجدر الإشارة إلى **وجود ما يُسمى بالتحكيم المُنظّم أو المُؤسسي** مهمته تسهيل العملية التحكيمية، وتبسيطها على الأطراف وتنظيمها وفق الأصول، بالإضافة ، لمراقبة وإدارة العملية التحكيمية حتى النهاية، من قبل هذه المؤسسة المذكورة.

هذه القواعد تُطّبق على العملية التحكيمية إذا ما تمت إحالة النزاع إلى التحكيم وفق قواعد إحدى هذه المؤسسات، وهي مُلزمة للأطراف سواء إطلعوا عليها مُسبقاً أم لم يطلعوا، كما تلتزم بها هيئة التحكيم بعد تشكيلها، بل ومؤسسة التحكيم أيضاً ، والذي يُعتبر دورها تنظيمي وإشرافي.

حسب ما هو منصوص عليه في قواعدها، مقابل رسوم وأتعاب محددة سلفاً، يدفعها الطرفان لتلك المؤسسة. ويطلق على التحكيم في هذه الحالة، بالتحكيم المُنظم أو التحكيم المؤسسي[1].

يتبين لنا أنه يمكن للخصم الذي يُحتج عليه بالحكم وبناء على طلبه رفض الاعتراف ومنع تنفيذ الحكم شريطة إثباته أن تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم متعارض مع ما تم الإتفاق عليه بين الأطراف أو وفقًا لقانون البلد الذي تم فيه التحكيم في حالة عدم الاتفاق ثم إن الجهة صاحبة الصلاحية في تحديد صحة تشكيل هيئة التحكيم أو إجراءات التحكيم هي القواعد التي اتفق أطراف التحكيم على تطبيقها صراحة أو ضمنًا.

ثانياً: موانع تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي التي تقضى بها المحكمة من تلقاء نفسها

سمحت الإتفاقيات الدولية وأهمها اتفاقية نيويورك لسنة 1958[2] في مادتها الثالثة (3) والخامسة (5) بأنه

---

[1] انظر، حمزة أحمد حداد ،"التحكيم كوسيلة بديلة لتسوية المنازعات التجارية (الدولية)"، ورقة عمل مقدمة لندوة "محامو المستقبل"، في الأردن خلال الفترة 7 \10\1988. (بتصرف).

[2] اتفاقية نيويورك لعام 1958، تم إقرارها في 10 يونيو 1958 ودخلت حيز التنفيذ في 7 يونيو ، 1959، تُعرف رسميًا باسم "اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها"، وهي واحدة من أهم وأشهر المعاهدات الدولية في مجال التحكيم التجاري الدولي.

" لدولة القاضي، في الدولة المستقبلة بشأن هذه الأحكام عدم الامتثال لها؛ و الامتناع عن تنفيذها إذا قدم الخصم الذي يُحتج عليه للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف بالتنفيذ، الدليل على أن قانون ذلك البلد لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم، أو أن في الاعتراف بحكم المُحّكمين ، أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد، وكذلك فعلت معظم التشريعات الوطنية .

1. موضع النزاع لا يقبل التحكيم

تركت إتفاقية نيويورك تحديد مسألة القابلية للتحكيم والتي تُعّد من المسائل المُعقّدة بسب اختلاف التشريعات في اعتبار ما لا يجوز التحكيم فيه ، للقانون الوطني ، حيث نصت في المادة (5\2أ) يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ قرار المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ أذا تبين لها : أن قانون ذلك البلد لا يُجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم.

وتسهيلًا للأمر على الأطراف المتنازعة وبهدف توفير للجهد والوقت واللذان هما من أهم سمات التحكيم فقد كرّست الاتفاقية آنفة الذكر قاعدة إسناد مشتركة لمعرفة القانون الواجب التطبيق والذي وفقًا لقواعده تتحدد مدى قابلية النزاع للبت به بطريقة التحكيم مع الإشارة إلى تطبيق قانون الدولة المطلوب التنفيذ على إقليمها، وفي المقابل إن عدم قابلية موضوع النزاع للحل عن طريق التحكيم يُعتبر في العادة من بين أسباب إلغاءه وفقًا للقانون الذي صدر قرار التحكيم بموجبه، فإذا تم إلغاء القرار لهذا السبب في البلد الذي تم صدوره فيه فإنه يجوز سنداً للمادة (5\1\هـ) من إتفاقية نيويورك للخصم المطلوب التنفيذ ضده رفض هذا التنفيذ.

و تُعتبر **مسائل الأحوال الشخصية** من أهم المسائل التي لا يجوز التحكيم فيها وفقا" لمعظم التشريعات الوطنية ولإتفاقية نيويورك ، وإن تحديد المقصود بالأحوال الشخصية يختلف من دولة إلى أخرى، فبعض الدول تُضيق من مفهوم الأحوال الشخصية، والبعض الآخر يُوّسع من هذا النطاق؛ ففي فرنسا تدخل الحالة والأهلية في مدلول الأحوال الشخصية، ولكن هذا الاصطلاح له مفهوم أوسع في إيطاليا، حيث يشمل إلى جانب الحالة والأهلية، المواريث والوصايا، والهبات.

وعلى الرغم من المحاولات القضائية والتشريعية لتحديد المقصود بالأحوال الشخصية – إلا أن التعريفات لم تحدد الفكرة تحديدًا جامعًا مانعًا.

وفي عام 1934 م، قضت محكمة النقض المصرية في إطار تحديدها لإطار الأحوال الشخصية، بأن " الأحوال الشخصية هي مجموعة ما يتميز فيه الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب

القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية ككونه ذكراً أو أنثى، وكونه زوج أو أرمل أو مطلق أو أب أو أبن شرعي، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون، وكونه مُطلق الأهلية أو مقيّدها بسبب من أسبابها القانونية [1].

وحتى لا نستفيض بالشرح بشكل يخرج عن سياق موضوع البحث نذكر أنه من بين الموضعات التي يُمتنع التحكيم فيها إلى جانب مسائل الأحوال الشخصية نذكر **مسائل الجنسية** ونختصر الحديث عنها بالقول أن الجنسية هي مظهر من مظاهر سيادة الدولة، فإنه لا يجوز التحكيم في خصومة تتصل بطلب اكتساب جنسيةً ما، ولكن ليس ثمة ما يمنع التحكيم في الدعوى بطلب التعويض عن قرار إداري صدر مخالف للقانون في شأن الجنسية .

ومن البديهي أن المحكم ليس من اختصاصه الحكم **بجزاءات جنائية،** كما لا يجوز التحكيم بشأن النص الواجب التطبيق في قانون العقوبات.

2. مخالفة حكم التحكيم للنظام العام

إن من شروط منح الصيغة التنفيذية لقرارات التحكيم[2] عدم مخالفتها قواعد النظام العام ، والتي يرى كثير من فقهاء التحكيم أن تنحصر حالاتها بالإنتهاك الواضح للمبادئ والأفكار الأساسية للدولة، ويُنادي الكثير منهم إلى توحيد القواعد الدولية المتعلقة بالنظام العام، والتي يشكل خرقها سبباً من أسباب وقف تنفيذ حكم التحكيم.

لا بد من الإشارة إلى أن بعض الفقهاء قد انتقد (النظام العام الدولي) ويرى أنه اصطلاح مضلل شاع في فرنسا ونقله البعض إلى مصر، ولذلك لم تنص غالبية التشريعات الوطنية على التمييز بين النظام العام الداخلي والنظام العام الدولي ، خوفا من أن يتم الاستناد إلى هذا النظام كمبرر لرفض تنفيذ الأحكام الأجنبية مما سيشكل عائقاً كبيرا وتحدياً صعباً أمام تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ويُعطّل ما حققه القانون الدولي الإتفاقي

---

[1] نقض مدني مصري، سنة 1934 ، مجموعة القواعد القانونية في 25 عاماً الجزء الأول، ص. 117.

[2] منح الصيغة التنفيذية لقرارات التحكيم يتم تنظيمه في القانون اللبناني بموجب المواد من 811 إلى 817 من قانون أصول المحاكمات المدنية، وفي القانون الفرنسي بموجب قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، خاصةً المواد من 1442 إلى 1527، والتي يجري من خلالها التمييز بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي، وعلى الصعيد الدولي تُنظّم المسألة بشكل رئيسي من خلال اتفاقية نيويورك لعام 1958، المُلزمة للدول الأعضاء . وهناك قوانين مثل القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الذي وضعته الأونسيترال (UNCITRAL) وتهدف إلى توحيد الإجراءات الدولية للتحكيم.

من انجاز كبير في عالم التحكيم.[1]

تناولت اتفاقية نيويورك في المادة (5\2\ب) هذا الموضوع حيث نصت على أنه يُمتنع على السلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن لا تجيز هذا الإعتراف أوالتنفيذ إذا تبين لها أن في الاعتراف بحكم المحكمين أو تنفيذه ما يخالف النظام العام في هذا البلد. وبعد أن أستفضنا في القسم الأول من الدراسة من شرح وتحليل النظام العام وتمييزه عن النظام العام الدولي وأثر مخالفة البند التحكيمي للنظام العام نخلص إلى القول هنا أنه يجب ألا يصدر أي قرار تحكيمي سنداً إلى بند تحكيمي مخالف للإنتظام العام بشكل يجعله متعارضاً مع قواعد النظام العام في البلد المراد تنفيذ الحكم فيه، وهذا ما يدعو المُحّكم أن يأخذ بعين الإعتبارعند إصداره لقراره التحكيمي بمبدأ احترام قواعد النظام العام الداخلي والحرص على توافقها مع قواعد النظام العام السائد في التعامل التجاري الدولي، فإذا ما وقع تعارض أو مخالفة لهذه القواعد، فإن ذلك يؤدي إلى إبطال الحكم، وتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها دون حاجة لتمسك الخصم بالبطلان.

فيما يلي سننتقل لدراسة القواعد الإجرائية المتعلقة بنفاذ القرارات التحكيمية في المبحث الثاني.

المبحث الثاني : القواعد الإجرائية المتعلقة بنفاذ القرارات التحكيمية

رفض المشترع ترك أحكام المحكمين وهي صادرة عن قضاء خاص دون رقابة من القضاء العادي للدولة[2]، وهناك صورتان لرقابة القضاء على حكم التحكيم[3]، هما الرقابة القضائية على حكم التحكيم عن طريق تنفيذه، والرقابة عليه عن طريق الطعن به، والتي سنتناولها لاحقاً في الفصل الثاني من الدراسة، سنتناول هذا المبحث

---

[1]أنظر، إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2010 ، ط 3، ص. 234-235.
ممدوح العنزي، بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي، منشورات الحلبي، بيروت ، 2006 ، ط 1، ص. 189.
فؤاد رياض، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص. 125.

[2] وذلك لضمان أن تكون هذه الأحكام متوافقة مع القوانين والنظام العام للدولة، بهدف حماية حقوق الأطراف من أي تجاوزات محتملة، الأمر الشائع في العديد من الأنظمة القانونية.

[3]هذه الرقابة تُنظمها المواد من 811 إلى 817 في قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، وتتمثل بالرقابة على الإتفاق التحكيمي والرقابة على القرار التحكيمي، وعلى الصعيد الدولي إن الرقابة على اتفاق التحكيم تتم بموجب اتفاقية نيويورك لعام 1958، والرقابة على القرار التحكيمي تتم وفقاً ل القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (UNCITRAL).

في فقرتين أساسيتين هما: مفهوم تنفيذ حكم التحكيم (الفقرة الأولى)، والثانية هي إجراءات تنفيذ حكم التحكيم على الشكل التالي.

الفقرة الأولى : مفهوم تنفيذ حكم التحكيم

سيتناول البحث في هذه الفقرة تحديد المقصود بتنفيذ حكم التكيم (أولاً) ثم الإنتقال إلى تفصيل مبررات الرقابة القضائية على حكم التحكيم من خلال تنفيذه (ثانياً).

أولاً: تحديد المقصود بتنفيذ حكم التحكيم

يحوز الحكم القضائي الصادر عن محاكم الدولة على حجية القضية المحكوم بها[1] بالنسبة لذات الخصوم ونفس الموضوع، وهو يرفع يد المحكمة أي محكمة الدرجة الأولى عن رؤية الملف مجدداً وبالتالي لا يستطيع أطراف النزاع إلّا الطعن بهذا الحكم عن طريق طرق الطعن العادية أو الاستثنائية، وهذه الصفة يشترك بها القرار التحكيمي مع الحكم العادي الصادر عن المحاكم العادية، لأن حكم التحكيم ومن تاريخ صدوره يحوز على حجية القضية المحكوم بها بالنسبة للنزاع الذي فصل فيه، وإن إقران حكم التحكيم بالصيغة التنفيذية، تشكل الدليل على صلاحيته للتنفيذ الفوري وليس فقط الأمر بتنفيذه، ومن خلال الأمر بتنفيذ حكم التحكيم يتثبت القاضي من وجود شرط التحكيم، إذ لا يُقصد بإجراء الأمر بالتنفيذ أن يراقب القاضي عدالة الحكم فلا يدقق في سلامة أو صحة الخصومة، وكما لا يُقصد بإجراء الأمر بتنفيذ حكم التحكيم منحه الصفة الرسمية، فهو يتميز بهذه الصفة حال صدوره. وقد قضت محكمة النقض المصرية بهذا الأمر وأعتبرت بأن المقصود من الأمر بتنفيذ حكم المحكمين هو مراقبة عمل المحكم قبل تنفيذ حكمه، فيتم **الرقابة** على **وجود شرط التحكيم**

[1] والفرق بين حجية القضية المحكوم بها وقوة القضية المقضية هي أن الأولى تشير إلى الحكم القضائي الذي صدر واكتسب الدرجة القطعية وأصبح له قوة قانونية تمنع إعادة طرح النزاع أمام القضاء، بينما قوة القضية المقضية تعني أن الحكم القضائي يصبح نهائيًا وغير قابل للطعن بأي طرق الطعن العادية مما يمنحه قوة قانونية مطلقة، وذلك سنداً للمواد 303 إلى 305 من قانون أصول محاكمات مدنية لبناني تقابلها المادة 1355 وما يليها من القانون المدني الفرنسي.

سواء عند الفصل في النزاع أو عند كتابة الحكم ، للتأكد من أن الحكم قد راعى الشكل الذي يتطلبه القانون، دون تخويل القاضي صلاحية الفصل في النزاع من الناحية الموضوعية.

وفي السياق عينه إن دور القاضي المختص بإعطاء الصيغة التنفيذية في فرنسا محدود جداً فليس له الحق بأن يدقق إذا كان القرار قد نُفذ أم لا، ولا يحق له أن يرفض إعطاء الصيغة التنفيذية إلا إذا كان القرار التحكيمي يفتقر إلى المقومات المطلوبة لصحته، أو في حال كونه مخالفاً للنظام العام أو إذا كان متناقضاً مع مندرجات البند التحكيمي، ويُمتنع على القاضي أن يُكمّل القرار التحكيمي في حال وجود نقصٍ فيه أو أن يقوم بتعديل ما عليه خلافاً لمشيئة الفرقاء فهي أمور تخرج عن نطاق صلاحياته وغير جائزة قانوناً.

ووفقاً لمضمون المادة 796 أصول محاكمات مدنية لبناني[1]، إن القانون لم يوجب على القاضي تعليل الأمر بإعطاء الصيغة التنفيذية، و في الماقابل أعطاه المشترع حق رفض إعطاء الصيغة التنفيذية ولكن سلطته التقديرية هنا مربوطة بشرط أن يشتمل قراره على بيان أسباب رفض إعطاء الصيغة التنفيذية. ومن حيث المبدأ لا يجوز رفض إعطاء الصيغة التنفيذية إلا لأحد أسباب الأبطال المشهورة في نص المادة 800 أصول محاكمات مدنية.

فالمقصود إذاً بالأمر بتنفيذ حكم التحكيم هو حيازته على القوة التنفيذية، وفقاً للتفصيل الذي ذُكر سابقاً، والذي يصبح واجب التنفيذ بمجرد صدور الأمر بتنفيذه، كما أنه يصبح سنداً تنفيذياً ويتمتع بقوة تنفيذ تُمّكن من تنفيذه جبراً.

وفي السياق نفسه نص المشرع الفرنسي في المادة 1477 ق.إ.م.ف.ج على :" لا يمكن تنفيذ الحكم التحكيمي جبراً إلا بعد حصوله على القوة التنفيذية بموجب أمر يصدره قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة الكلية التي صدر القرار التحكيمي في نطاق دائرة اختصاصها" . من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع الفرنسي لم يتطرق إلى نوعية الحكم التحكيمي القابل للتنفيذ بل اكتفى بعبارة "الحكم التحكيم" "la sentence arbitrale".[2]

---

[1] المادة 796 أصول محاكمات مدنية لبناني، تاريخ العمل بها 16/9/1983، تضمنت أن القرار الذي يرفض الصيغة التنفيذية يجب أن يشتمل على بيان الأسباب. ولا يجوز رفض الصيغة التنفيذية إلا لأحد أسباب الإبطال المنصوص عليها في المادة 800.

[2] Article 1477 N.C.P.C : «la sentence arbitrale n'est pas suxeltible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'exequatur… ».

ثانيا": مبررات الرقابة القضائية على حكم التحكيم من خلال تنفيذه

إن معظم الاتفاقيات الدولية التي عالجت مسألة التحكيم أخذت بالمبدأ الذي يُعطي للقضاء حق الرقابة على الأحكام التنفيذية، وهذا الموقف الذي تبنته تلك الاتفاقيات يجد أساساً له في ضرورة تكريس نصوص التشريعات الوطنية التي تذهب غالبيتها إلى تمكين أطراف القضية التحكيمية من سلوك طرق الطعن في الحكم التحكيمي.

وضّحت إتفاقية جنيف لعام 1927 كيفية معالجة الإتفاقيات الدولية لآلية الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي بحيث نصت في المادة الثانية من الفقرة (أ) منها على أنه يحق للقاضي المراد منه إعطاء الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي، وله أن يرفض تنفيذ الحكم التحكيمي إذا وجد أن هذا الحكم كان قد تم إبطاله في الدولة التي صدر فيها، وتأتي هذه الحالة ضمن الحالات العديدة التي يمكن للقاضي أن يرفض تنفيذ حكم التحكيم والتي عددتها المادة الثانية المذكورة من اتفاقية جنيف.

وأيضاً وبهدف التأكد من صحة القرار التحكيمي ومنحه القوة التنفيذية، إستقرت معظم التشريعات الوطنية والفرنسية على ضرورة الرجوع لقضاء الدولة سواء تعلق ذلك بتنفيذ أحكام التحكيم الوطنية أو الأجنبية،
يحتل تنفيذ حكم التحكيم أهمية بالغة، ويُعد هذا الأخير أي تنفيذ حكم التحكيم ركيزة نظام التحكيم ، وتتضح تلك الأهمية عندما يرفض المحكوم عليه تنفيذه اختيارياً، فلا يكون للمحكوم له بُداً غير الالتجاء إلى التنفيذ الجبري، ومن مراجعة أحكام المادة 5\1**من اتفاقية نيويورك** [1] نلاحظ نصها على أن حكم التحكيم لا يُنفّذ إلا إذا أصبح نهائياً.

هذه الإتفاقية سالفة الذكر تهدف إلى إخضاع حكم التحكيم إلى نفس القوة التي يتمتع بها العقد والذي يصبح ملزماً لأطرافه بمجرد التوقيع عليه، ويجب تنفيذه حتى ولو تم الطعن فيه.

وهنا يظهر جلياً توجه الإتفاقية الصريح إلى إخضاع حكم التحكيم من حيث قوة الإلزام إلى نفس النظام القانوني، الذي يخضع له العقد، عندها يحق لأي محكوم له أن يطلب تنفيذ حكم التحكيم من الدولة التي صدر

---

[1] المادة 5(1) من اتفاقية نيويورك (1958)، التي تُعنى بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية، وتحدد الأسباب التي يمكن بموجبها رفض الاعتراف وتنفيذ حكم التحكيم الأجنبي.

عنها وحتى فور صدوره، دون فرض شرط أن يصبح ذلك الحكم نهائياً أو باتاً، فإلزامية حكم التحكيم تتحقق بمجرد التوقيع عليه من المحكمين، فنلاحظ أن القانون يرتب عليه أثار الأحكام القضائية ، على الرغم من أنه يُعتبر تصرفاً قانونياً من حيث مصدره، وهو قابل للتنفيذ الجبري بعد صدور الأمر بالتنفيذ وحائز على حجية الشيء المقضى به، وأن الجهة التي صدر عنها تستنفذ ولايتها عليه. إن حصول المحكوم له على الصيغة التنفيذية كشرط أساسي لإلزامية التنفيذ، هوالذي يُسبغ الحكم التحكيمي بصفة الحكم القضائي ولكن ليس هو من يجعل حكم التحكيم نهائياً أو ملزماً، لأنه صدر خارج سلطة الدولة، ولا بد من صدور الأمر بالتنفيذ من السلطة المختصة لكي يتم تكريسه بصورة رسمية، وسنداً لذلك إن حكم التحكيم من حيث مصدره هو تصرف قانوني ، يترتب عليه أثار الأحكام القضائية، من حيث حصوله على حجية الشيء المقضى به، وخروجه عن ولاية السلطة التي صدر عنها، ويصير قابل للتنفيذ الجبري بعد صدور الأمر بتنفيذه أي منحه الصيغة التنفيذية وفقاً للقانون.

فيما يتعلق بالنظر في **سلامة اتفاقية التحكيم والحكم التحكيمي**، توجهت غالبية **الفقه** نحو حصر هذه الرقابة بعدم **مساسهما بالنظام العام**[1].

ولكن ماهو الحل لو إفترضنا أن أي من الفرقاء لم **يُثر** مسألة الطابع التعسفي للبند التحكيمي وأن قراراً تحكيمياً قد صدر سنداً لهذا البند التحكيمي المخالف للأنتظام العام؟

للإجابة نُذّكر، أنه في مكان سابق من الدراسة وتحديداً في القسم الأول كنا قد ذكرنا أن حماية النظام العام تتم أيضاً عن طريق إستبعاد البند التحكيمي التعسفي وفقاً لقوانين حماية المستهلك الأوروبية والفرنسية، وهذا ما تضمنه قرار حديث نسبياً صادر عن محكمة التمييز الفرنسية، الغرفة المدنية الأولى، بتاريخ 30 سبتمبر عام 2020 والذي خالف إجتهادات سابقة ثابتة لمدة عشرين عام.

وهنا نؤكد على حق القاضي الوطني عند ممارسة رقابته القضائية في مرحلة طلب الصيغة التنفيذية من أحد أطراف النزاع التحكيمي أن يبت في مسألة الطابع التعسفي للبند التحكيمي وأن يقرر متى وجده تعسفياً إعتباره كأنه لم يكن وذلك وفقاً للتوجيه الأوروبي رقم 1993\13 الذي له في النظام العام الفرنسي الداخلي صفة النظام العام لتعلقه بالمصلحة العامة للمجتمع، فبرأينا أن الحكم ذاته ينطبق عند إجراء القاضي رقابته على القرار

[1] **Fouchard P., Gaillard E., Goldman B.**, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996 ,p.436–435 .

التحكيمي من خلال طلب تنفيذه فأُعطي لقاضي الدولة وهو هنا قاضي التنفيذ أن يمتنع عن إعطاء الصيغة التنفيذية لقرار تحكيمي صادر إستناداً إلى بند تحكيم تعسفي مخالف للإنتظام العام، سواء أكان هذا البند التحكيمي واردا" في عقد أو إتفاقية تحكيم غير قابل للتجزئة.

فيما يلي سننتقل لدراسة إجراءات تنفيذ حكم التحكيم في الفقرة الثانية.

الفقرة الثانية: إجراءات تنفيذ حكم التحكيم

كما رأينا أن الهدف من التحكيم هو الحصول على حكم تحكيمي ، يُنفّذ تلقائيا من قبل الأطراف و إذا توصل الأطراف إلى اتفاقية حل قبل نهاية الإجراءات التحكيمية وصُب ذلك في حكم فإن هذا يُعّد الأفضل ، لكن في حالة عدم التوصل إلى التنفيذ الإختياري ، فإن حكم التحكيم يجب أن يكون قابلاً للتنفيذ الجبري[1].

إن تنظيم إجراءات تنفيذ قرار التحكيم تناولها المشرع اللبناني في قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني في المواد 795 و796. وأشار فيهما إلى كيفية تنفيذ القرار التحكيمي.

سنتناول أولًا البحث بالجهة المختصة بإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم ومن ثم ننتقل ثانياً إلى تفصيل آلية نظر طلب تنفيذ حكم التحكيم.

أولًا الجهة المختصة بإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم

إن القرار التحكيمي لا يكون قابلا للتنفيذ إلا بأمر على عريضة يُصدره **رئيس الغرفة الابتدائية** التي يوضَع أصل القرار في قلمها وفقًا لما نصت عليه المادة 795 من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني، بناءً على طلب مُقدّم من أصحاب العلاقة، وذلك بعد الاطلاع على القرار وإتفاقيات التحكيم وفقًا لما نصت عليه المادة 795 من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.

تُوضع الصيغة التنفيذية على أصل القرار التحكيمي المُودع وعلى الأصل المقدم من طالب هذه الصيغة، وهذا الأصل الأخير يُعاد إليه فوراً، وكما سبق وذكرنا إن القرار الذي يرفض منح الصيغة التنفيذية، يجب أن

[1] Mme Bronwyn MCARDELE Froissart exécution de la sentence arbitrale et les voies de recours contre la sentence rendue .
Mémoire Paule D.E.S.S.T……maritime et aériens 1999 Aix Marseille p.4.

يتضمن بيانًا مفصلًا لتلك الأسباب، ويُمتنع رفض الصيغة التنفيذية إلا لأحد أسباب الإبطال وذلك سندًا لمنطوق المادة 795 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

وبمراجعتنا لأ**سباب رفض التنفيذ** المنصوص عليها في المادة الخامسة من اتفاقية نيويورك يتضح لنا بأنها تتلخص **بالعيوب الإجرائية** التي من الممكن أن تمس إجراءات التحكيم أو الحكم الصادر فيه ، **دون** أن تشتمل على**عيب الواقع أو القانون** وإن تقدير الواقع أو الأدلة من جديد أو بحث مدى صوابية إستخلاص النتائج محظورٌ على قضاء دولة التنفيذ، الذي تتلخص مهمته حصراً في التأكد من خلو الحكم من أحد أسباب رفض التنفيذ المذكورة في الاتفاقية و **لا يجوز** له أيضا البحث في مدى **صحة** الحكم أو مدى سلامة ما **انتهى إليه** التحكيم.[1] وهذا المبدأ جرى تكريسه من قبل القضاء في جميع الدول المُوقّعة على الاتفاقية، وهي أسباب وردت على سبيل الحصر و لا يجوز للمدعى عليه بأي حال من الأحوال أن يدفع بوجود أي سبب آخر غير تلك المنصوص عليها في الإتفاقية[2].

ثانيا" آلية نظر طلب تنفيذ حكم التحكيم

عدد المشترع اللبناني جملةً من الأسناد التنفيذية[3]، وحتى نعتبر أن القرار التحكيمي هو سند تنفيذي ينبغي أن يحوز على الصيغة التنفيذية وأن يكون مشتملًا على إلزامات.

يقوم الفريق الذي صدر القرار التحكيمي لمصلحته بإيداع أصل القرار التحكيمي مرفقًا بصورة طبق الأصل عن اتفاقية التحكيم، ويطلب منح قراره الصيغة التنفيذية، وذلك أمام الغرفة الابتدائية الكائن في منطقتها مركز التحكيم المتفق عليه، وإلا أمام الغرفة الإبتدائية في بيروت، ولكن إن طلب إعطاء الصيغة التنفيذية للقرار

---

[1] فاطمة صلاح الدين رياض يوسف ، نطاق اختصاص القضاء بالمسائل التي يثيرها التحكيم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة مصر، 2009 ص. 391 . (بتصرّف).

[2] فتحي والي ، دور القضاء في منح القوة التنفيذية لأحكام التحكيم ، بحث مقدم في مؤتمر الدورالفعّال للقضاء في التحكيم ، مدينة شرم الشيخ ، جمهورية مصر العربية ، تحت رعاية مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، في الفترة من 19 نوفمبر إلى 21 نوفمبر 2005 ، ص. 13.

[3] المادة 853 أ.م.م.، تاريخ بدء العمل بها 1983/9/16، والتي تنص : " لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي. الأسناد التنفيذية هي الأحكام والقرارات والأوامر القضائية وقرارات المُحكّمين القابلة للتنفيذ، والأسناد الرسمية والعادية وسائر الأوراق التي يعتبرها القانون قابلة للتنفيذ المباشر."

التحكيمي ليس حكراً على من صدر القرار التحكيمي لمصلحته، فيمكن لأي فريق في النزاع أن يطلب ذلك، أو حتى أحداً من المحكمين الذين أوكل إليهم مهمة البت بالنزاع. إن رئيس الغرفة الإبتدائية بعد إستلامه لطلب إعطاء الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي، يقرر إعطاء الصيغة التنفيذية أو رفضها، وذلك بعد إطلاعه على الطلب وتدقيقه في القرار التحكيمي واتفاقية التحكيم، وفي حال إستجابته للطلب بعد المراقبة سالفة الذكر يضع الصيغة التنفيذية على أصل القرار التحكيمي المُودع، وعندها يتمتع القرار التحكيمي بالقوة التنفيذية التي تمكن صاحبه من طلب تنفيذه أمام دائرة التنفيذ، وهذه الأصول نفسها مُتبعة ، سواء كان القرار التحكيمي لبنانيًا أو أجنبيًا.

إن معظم التشريعات العربية ومن بينها لبنان والأردن توافقت حول مسألة نظر المحكمة المختصة بإصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم في الطلب المقدم إليها من أصحاب المصلحة، بحيث ينبغي أن يتم عبر التدقيق، أي دون مرافعة، ودعوة أصحاب العلاقة في خصومة التحكيم.

أما عملية التدقيق في الطلب تتم عبر التحقق من **توافر البيانات المطلوبة والمرفقة** في طلب التنفيذ، والتي بتوافرها يتم إصدار الأمر بالتنفيذ ومن أهمها:

1. صورة عن اتفاق التحكيم.
2. أصل، الحكم أو صورة موقعة عنه.
3. ترجمة لحكم التحكيم، مُصّدق عليها من جهة مُعتمدة إلى اللغة العربية، إذا لم يكن ذلك الحكم صادراً بها.

وتسمح المحكمة بتنفيذ حكم التحكيم، بعد التأكد من توافر هذه الأمور مجتمعةً، ما لم تمتنع هذه المحكمة عن إصدار الأمر بالتنفيذ عند توافر أي من الحالات التي بنتها معظم التشريعات العربية[1]، وهي :

1. إذا **إشتمل حكم** التحكيم على ما **يخالف النظام العام**، اما إذا أمكن تجزئة الحكم فيما يتضمنه من مخالفة للنظام العام، جاز الأمر بتنفيذ الجزء الباقي.

[1] التشريعات العربية المتعلقة بالتنفيذ القضائي وتشمل قوانين أصول المحاكمات المدنية في مختلف الدول العربية كالقانون اللبناني والقانون المصري والقانون المغربي والقانون الأردني والقانون السعودي.

2. أنه لم يتم **تبليغ** المحكوم عليه القرار التحكيمي تبليغاً صحيحاً ذلك أن تبليغ أحكام التحكيم لا يتم بذات القواعد الخاصة المتبعة في إجراءات تبليغ أحكام المحاكم العادية وطنية أم أجنبية، لأن معظم قوانين التحكيم تتضمن قواعد خاصة للتبليغ يجب مراعاتها، والتي جرى الاتفاق عليها بين طرفي القضية التحكيمية ، وفي حال غياب هذا الاتفاق يتم تسليم التبليغ إلى من يراد تبليغه شخصياً أو في مقر عمله أو في محل إقامته أو إلى عنوانه البريدي المتعارف عليه بين الطرفين، أو المحدد مسبقاً في اتفاق التحكيم أو في الوثيقة المنظمة للعلاقة التي سيتناولها التحكيم.

ومن بين أهم الشروط التي يتوجب على المحكمة التأكد منها خلال عملية الرقابة، في اتفاق التحكيم هو وجود إتفاق التحكيم والذي يُعتبر أساس التحكيم ويُعتبر اتفاق التحكيم بمثابة الدستور الذي يُشرعن عملية التحكيم ، وبالتالي أي عيب ينال من وجوده أو صحته ينعكس على حكم التحكيم ويجيز الطعن فيه.

وتُعد الكتابة شرطاً أساسياً لصحة اتفاق التحكيم وهي تتقدم على اتفاق الطرفين وعلى القانون الواجب التطبيق، وفقاً لما ورد في إتفاقية نيويورك التي نصت في المادة 2(2) على أن **شرط التحكيم** يجب أن يكون **مكتوبًا** بإدراجه في عقد أو اتفاق التحكيم أو مشارًا إليه صراحةً في الخطابات المتبادلة بين الطرفين ، وأن يتعامل القاضي الآمر بالتنفيذ مع اتفاق التحكيم كاتفاق فعلي مستوفي الشروط والأركان المطلوبة في أي اتفاق تحكيمي. ثم يُجري القاضي الآمر بالتنفيذ تدقيقه في الوثيقة الأولى وهي اتفاق التحكيم ، لينتقل بعدها إلى إجراء رقابته على الورقة الثانية، وهي حكم التحكيم فيتأكد من صحة هذا الحكم، ومن خلوه من كل ما يمكن أن يشوبه ويؤثر على وجوده، مُتحرراً في ذلك من الشكلية الظاهرية التي يتجه جمهور الفقه إلى فرضها بخصوص هذه السلطة[1].

عند تكييفه لما يُقدم له على أنه حكم تحكيم يأخذ القاضي بإعتباره مسألة أساسية، وهي التأكد من وجود حكم التحكيم حقيقةً لأن بوجود الأخير يُعطى للمُحكم وظيفة قضائية، معنى ذلك أن المُحّكم قد استنفذ ولايته وأن مهمته قد أنتهت.

إن الحكم الصادر عن المحكمين مُلزم للفرقاء ويُعتبر حائز على الطبيعة القضائية وحجية الأمر المقضي به، لذا يتوجب على الفرقاء إحترام قواعد القانون في اتفاقهم، ويفقد القرار التحكيمي تلك الطبيعة والحجية إذا تم الإشارة فيه إلى أشتراط الطرفين ضرورة موافقتهما المسبقة على الحكم التحكيمي قبل أن يتم تنفيذه، حتى و لو تحصل الأطراف على أمر التنفيذ ما لم يظهر رفضهم الصريح لهذه العبارة.

[1] أحمد هندي، التحكيم دراسة إجرائية، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية مصر، 2016 . ص. 17 . (بتصرّف).

لم تترك التشريعات **شكل الحكم بياناته** لإرادة المحكمين، بل تم تنظيمها من خلال نصوص يترتب على مخالفتها البطلان كجزاء، وإن أخضاع هذا الحكم لشكل الأحكام العادية الصادرة عن قضاء الدولة يعكس رغبة المشرع بتكريس الطبيعة القضائية لحكم التحكيم. ومن أهم البيانات في القرار التحكيمي نورد، **إسم المحكم** الذي يسمح بالتأكد من أن الشخص الذي أُوكل إليه مهمة الفصل تحكيمياً بالنزاع بين الأطراف هو نفسه الذي أصدر الحكم وأما لناحية إدراج **تاريخ صدور** الحكم فهو للتأكد فيما هل صدر الحكم ضمن المهلة الممنوحة للمُحّكم لإصدار حكمه.

وأما تحديد **مكان** صدور الحكم فهو مُهم لناحية تحديد **القاضي المختص** بإصدار أمر التنفيذ، و أما **التوقيع** على حكم التحكيم فهو لإظهار الأشخاص الذين أشتركوا في إصدارالحكم وهو إلزامي أيضا تحت طائلة البطلان، فالتوقيع بيان إلزامي لصحة الحكم و ليس بياناً للإثبات.

وبعد **مداولة سرية** بين المُحّكمين يَصدر حكم التحكيم وهذا الالتزام لا يجوز تخطيه، فإذا ثبت أمام القاضي الآمر بالتنفيذ عدم احترام هذا الشرط المنصوص عليه في المادة 1469 مرافعات فرنسي أو كانت المداولة غير سرية فإن على القاضي الامتناع عن إصدار ذلك الأمر، فقد حُكم بأن " كل قرار قضائي يصدر عن هيئة يجب أن يسبق صدوره مداولة وهذه القاعدة ذات محمل عام من **النظام العام** لأن من شأنها أن تؤدي إلى ضمان حقوق المترافعين[1].

إن مهمة القاضي الآمر بالتنفيذ في تدقيق العيوب المتعلقة بشكل الحكم و بياناته ليست بالصعبة نظراً لوضوح تلك العيوب فهي لا تخضع للسلطة التقديرية للمُحّكم، الذي يقع على عاتقه الامتناع عن إصدار أمر التنفيذ كلما وجد الحكم قد أصيب بمثل تلك المخالفات، ونظراً لأن تلك الأحكام قد لا تكون صادرة دائما"عن رجل قانون على القاضي أن يكون مرنا" في رقابته وعليه ألا يتوقف عند الشكلية الحرفية.

و بشكل عام يجب أن تتوفر بيانات الحكم في الحكم ذاته وليس في الوثائق الأخرى المُرفقة مع الحكم عند إيداعه، فالحكم يجب أن يكون دالاً بذاته على استكمال شروط صحته ولا يَقبل تكملة ما نقص فيه من البيانات الجوهرية بأي طريق آخر[2].

---

[1] انظر في نفس المعنى : نقض سوري، 28\8\2000، المجموعة القضائي المدنية، ج 4، ص. 98 .
إعداد عبد القادر جارالله الألوسي.

[2] نقض مصري، 24 مارس سنة 1991 ، ع 42، ج 1 ، ص. 793.

كما نُشير وبإختصار تماشيًا مع مخطط البحث وتحاشيًا للإطالة أن القاضي الوطني يعمد في هذه المرحلة إلى إجراء **رقابته** على تشكيل **هيئة** التحكيم وفقًا للشروط الشكلية والقانونية المفروضة، ويحق له فضلًا عن ذلك أن يدقق في مسألة مدى توفر **حياد** المُحكم ويؤكد القضاء المصري أن القواعد الخاصة **برد** المحكمين من **النظام العام** لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

وفي فرنسا لم تتضمن نصوص التحكيم أحكام خاصة لرد المُحّكمين فتخضع لذات أسباب وإجراءات رد القضاة ، و إن كان الاختصاص يعود بخصوص المحكمين لرئيس المحكمة الابتدائية المختصة وفقاً لمنطوق المادة 1463 مرافعات فرنسي جديد.

إن رفض القاضي إصدار الأمر بالتنفيذ لعدم الاستقلال والحياد لا يُعتبر تدخلًا في الموضوع ، ولكن لا يمكن له أن يمتنع عن إصدار الأمر بالتنفيذ ما لم يثبت له عدم حياد أو استقلال المُحّكم ولا يمكنه أيضًا إجراء رقابته على مسألة عدالة حكم التحكيم لأن الأمر يعتبر تدخلًا في موضوع النزاع. هذه المهمة ليست بالسهلة على القاضي الآمر بالتنفيذ لا سيما بالنظر إلى أسلوب الأمر على عريضة المعتمد في لبنان ومصر وفرنسا لاستصدار أمر التنفيذ.

أما بالنسبة لمسألة أن يكون حكم التحكيم **مُعللاً** نُشير بدايةً إلى حصول جدل بين الفقه والإجتهاد حول ضرورة الرقابة على مدى ملاءمة حكم التحكيم ، ونورد رأي فقهي فرنسي مفاده أنه:

على الرغم من اعتبارها أن التسبيب عيبًا شكليا يظهر جليًا بمجرد قراءة الحكم، ترى(Sophie grepin) [1] أنه لا يمكن للقاضي الآمر بالتنفيذ رقابة عدم الكفاية أو عدم الملائمة التي تصيب الأسباب لأنه يفترض فحصًا للموضوع كما أنه غالباً ما تفترض الرقابة على التسبيب التحقق من القانون الواجب التطبيق على الحكم، و هذا ما يتجاوز سلطات القاضي الآمر بالتنفيذ.

ويجب أن تخضع للرقابة سواء من قبل القاضي المختص بدعوى البطلان أو من قبل القاضي الآمر بالتنفيذ

كما لا يجوز للمُحكّمين بعد صدور الحكم إجراء أي إضافة على الحكم، لأن ذلك يعتبر تزوير بالمعنى المقصود في القانون.

[1] Anne-Sophie Crépin, Les sentences arbitrales devant le juge français.Op.cit. p. 265.

التسبيب وعيوبه. ذهب البعض إلى القول " انه لا يوجد حكم تحكيم جدير بهذا الاسم بدون أسباب فيكون باطل بطلانًا مطلقًا متعلقًا بالنظام العام وسواء أكان حكم تحكيم وطنيا أم دوليا[1].

تشتمل رقابة القاضي الآمر بالتنفيذ مدى **تقيد المُحكم بحدود المهمة الموكلة إليه**[2] فلا يحق للمحكم تجاوزها، والأخذ بقاعدة أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع مسوغًا شرعيًا لمثل هكذا تجاوز، كذلك إن سلطة المُحّكم تنحصر بالقواعد الإجرائية المحددة في اتفاق التحكيم أو في النصوص القانونية أو ما يتعلق بالضمانات الأساسية للتقاضي ولا يجوز له تحت طائلة اعتباره متجاوزاً لحدود مهمته ما يرتب البطلان. ويعتبر تجاوزٌ واضح إلزام أطراف التحكيم بقواعد إجرائية معينة غير تلك المقبولة مُسبقًا من قِبلهم سواء بالنص صريح، أو ضمنيًا بالإحالة لنظام التحكيم، ومن الأمثلة الواردة في هذا المجال إعتبار المحكم أن تمتعه بصفة المحكم المُفّوض يعني أن له مطلق الصلاحيات وغير مُلزم بأي قيد مع أن هذه الصفة لا تعفيه إلا من القواعد غير الإلزامية دون القواعد المتعلقة بالنظام العام،

ويتفق الفقه والقضاء على أن تجاوز المُحّكم لمهمته ستعتبر إجازة إذا ما امتنع الطرفان عن إثارة هذا التجاوز أمام القاضي عندما لا تكون المخالفة متعلقة بالنظام العام[3].

ولكن **بإعتقادي** إن الإجازة اللاحقة سواء الضمنية أو الصريحة لا تكفي لتحقيق شروط اختصاص المحكمين المطلوبة مسبقًا.

وفي ما يتعلق **بإنقضاء مهلة التحكيم** يُعتبر قبولًا ضمنيًا بتمديد مهلة التحكيم عدم قيام أطراف القضية التحكيمية بالتمسك بانقضاء المهلة ، **ونحن** نعتقد بإلزامية كتابة الاتفاق على مد المهلة لان التمديد هنا يُعتبر بمثابة تعديل للاتفاق الأساسي، ويكون تعديله بنفس الشروط المطلوبة لقيامه.

فالكتابة في هذا المجال ضروريةً للقاضي الآمر بالتنفيذ الذي يعتمد سواء في لبنان أو في مصر أو فرنسا على الوثائق التي بين يديه ليقرر هل هناك امتداد للمهلة أم لا، وربما أن مسألة انتهاء المهلة كما يذهب

---

[1] J- L. Devolve: Essai sur la motivation des sentences arbitales. Rev. Arb 1989- page . 149.

[2] المادة 762 وما بعدها : تُحدد القواعد العامة للتحكيم، بما في ذلك شروط صحة اتفاق التحكيم وصلاحيات المُحكّم .

[3] أحمد السيد صاوي ، التحكيم طبقا للقانون رقم 27 لسنة 1994 وأنظمة التحكيم الدولية، ص. 238.

يقول أن تجاوز هيئة التحكيم حدودها أو فصلها في مسائل لا يشملها الاتفاق، كسبب للبطلان، تتوقف على تمسك صاحب المصلحة فيه إذا لم يتعلق الأمر بالنظام العام.

البعض تندرج ضمن إطار سلطة القاضي الآمر بالتنفيذ وربما أن مسألة انتهاء المهلة كما يذهب البعض تندرج ضمن إطار سلطة القاضي الآمر بالتنفيذ وتُعتبر من مسائل الرقابة الخارجية على الحكم ويمكنه على أساسها أن يرفض إصدار الأمر بالتنفيذ في حالة تمديد المهلة غير المكتوب.

بعد الإنتهاء من دراسة الرقابة القضائية أثناء منح الصيغة التنفيذية للقرارات التحكيمية في الفصل الأول سننتقل لدراسة الرقابة القضائية أثناء سلوك طرق الطعن في الفصل الثاني.

الفصل الثاني: الرقابة القضائية أثناء سلوك طرق الطعن

إذا لم يُثر أي من الفرقاء مسألة الطابع التعسفي للبند التحكيمي أمام المُحّكم الناظر بالنزاع خلال فترة التحكيم وأن قراراً تحكيمياً قد صدر سنداً لهذا البند التحكيمي المُخالف للأنتظام العام ، هنا تبرز في هذه المرحلة بالذات مسألة أخرى ينبغي معالجتها هي أهمية الرقابة القضائية على التحكيم ومدى إمكانية الموازنة بين أعتبارين : الأول يتمثل في إحترام إرادة أطراف النزاع الذين فضلوا اللجوء إلى التحكيم لما يمتاز به من خصائص تميزه عن القضاء، أما الثاني يُمثّل المصلحة الوطنية والنظام العام اللذان يستبعدان الإعتراف بقرار تحكيمي مشوب بعيب أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة ومن ثم لا مفر من تقرير حق القضاء في الرقابة على قرار التحكيم.

ساد في الماضي توجه إلى تكريس حجية القرار التحكيمي الصادر عن المُحكم أو هيئة التحكيم ومنذ صدوره بما يتوافق مع غرض الخصوم من الجوء إلى التحكيم وتفضيله على القضاء العادي، وإن عدم أعطاء الخصوم حق التوجه إلى القضاء للطعن في قرار التحكيم كانت قد أخذت به اتفاقية واشنطن لعام 1965[1] قبل الاتفاقية العربية للتحكيم ويبدو ان نص الاتفاقية الأخيرة يتشابه مع نص المادة 51 من اتفاقية واشنطن التي منعت الأطراف اللجوء إلى القضاء للطعن بالقرار التحكيمي الذي يصدره مركز التحكيم الذي أنشأته الاتفاقية لحسم المنازعات الناشئة عن الاستثمارات بين الدول ومواطني الدول الأخرى[2]. قبل البحث في طرق الطعن المتاحة

[1] اتفاقية واشنطن بشأن تسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا دول أخرى، المؤرخة في 18 آذار/مارس 1965، والنافذة في 14 تشرين الأول/أكتوبر 1966، المنشورة في الأمم المتحدة، معاهدات الأمم المتحدة، المجلد 575، ص. 159.

[2] فوزي سامي، التحكيم التجاري الدولي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2015، ط 3 ، ص .389.

ضد القرار التحكيمي[1]، نذكر أن المادة 798 أصول محاكمات مدنية لبناني، تنص على أن القرار التحكيمي لا يقبل الاعتراض، ولكنه يقبل اعتراض الغير أمام المحكمة المختصة بنظر الدعوى لولا وجود التحكيم، ومن جهة ثانيه، ووفق المادة 799 محاكمات مدنية، لا يقبل القرار التحكيمي الاستئناف، إذا كان الخصوم قد عدلوا عنه في اتفاقية التحكيم أو إذا كان تحكيما مُطلقاً ولم يحتفظ الفرقاء صراحة بحق الاستئناف في اتفاقية التحكيم. سنتناول هذا الفصل في مبحثين إثنين الأول تمييز دعوى البطلان عن غيرها من طرق الطعن وفي الثاني أثر إقامة دعوى بطلان قرار التحكيم على وقف التنفيذ. ولن ننسى أن، القاعدة العامة في التحكيم أن للطرفين المتنازعين الحرية التامة في الاتفاق على الجهة التي سيصار إليها تقديم طلب الطعن في القرار التحكيمي ، وهذا يعني أنهما يستطيعان الاتفاق على إمكانية الطعن في قرار التحكيم أمام هيئة أخرى تُعيّن من قبلهما غير تلك التي أصدرت القرار[2].

---

[1] المادة 800 أ.م.م لبناني " ذا كان الخصوم قد عدلوا عن الاستئناف او لم يحتفظوا صراحة بحق الاستئناف كما هو مبين في المادة السابقة, يبقى ممكنا لهم الطعن في القرار الصادر عن المحكمين بطريق الابطال بالرغم من اي اتفاق مخالف . لا يكون الطعن بطريق الابطال جائزا الا في الحالات الآتية:

-1صدور القرار بدون اتفاق تحكيمي او بناء على اتفاق تحكيمي باطل او ساقط بانقضاء المهلة.

-2صدور القرار عن محكمين لم يعينوا طبقا للقانون.

-3خروج القرار عن حدود المهمة المعينة للمحكم او المحكمين.

-4صدور القرار بدون مراعاة حق الدفاع للخصوم.

-5عدم اشتمال القرار على جميع بياناته الالزامية المتعلقة بمطالب الخصوم والاسباب والوسائل المؤيدة لها, واسماء المحكمين واسباب القرار ومنطوقه وتاريخه وتوقيع المحكمين عليه.

-6مخالفة القرار لقاعدة تتعلق بالنظام العام."

[2] فوزي سامي، التحكيم التجاري الدولي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2015، ط 3 ، ص. 388.

المبحث الأول: تمييز دعوى البطلان عن غيرها من طرق الطعن

من أهم طرق الطعن التي يمكن التقدم بها ضد القرار التحكيمي هي الاستئناف، وطلب الإبطال وإعادة المحاكمة، واعتراض الغير، مع الإشارة إلى أنه بالنسبة للطعن استئنافاً، أو بطريقة الابطال، يجري التدقيق والفصل في هذين الطعنين، وفق المادة 804 أ.م.م. لبناني، وفق القواعد والأصول المقررة للخصومة أمام محكمة الاستئناف.

سنتناول بعض وسائل الطعن في القرار التحكيمي وأهمها الإستئناف والطعن بطريق الإبطال (الفقرة الأولى)، وأثر الرقابة الواسعة على فعالية التحكيم (الفقرة الثانية) .

الفقرة الأولى: إستئناف القرار التحكيمي والطعن بطريق الإبطال

أولا: إجراءات الإستئناف والطعن بطريق بالإبطال

يمكن **استئناف** القرار التحكيمي إذا كان التحكيم **عادياً**[1]، ولم يكن الخصوم قد عدلوا عنه، أو إذا كان **مُطلقاً**[2]

سنتناول في هذه الفقرة بيان إجراءات كلاً من الإستئناف والطعن بطريق الإبطال (أولاً)، ومدى رقابة محكمة الإستئناف عند النظر في الطعن بطريق الإبطال (ثانياً).

وقد احتفظ الفرقاء بحق الاستئناف صراحةً وتُطبق على الاستئناف **الأصول العادية** لاستئناف الأحكام. ولكن إذا كان التحكيم مطلقاً، فإن محكمة الاستئناف تنظر في القضية كمُحكم **مُطلق** فتُطبق قواعد **الإنصاف والعدالة** وفق ما ورد في المادة 799 أ.م.م. لبناني.

---

[1] يُعرّف التحكيم العادي على أنه إحدى أشكال التحكيم الذي يُستخدم لتسوية النزاعات بين الأطراف بطريقة غير رسمية أي دون الإرتباط بمؤسسات تحكيمية أو قواعد دولية مُعقدة.

[2] التحكيم المُطلق في القانون اللبناني وتحديداً ما يمكن إستنتاجه من مضمون المادة 762 وما يليها من قانون أصول المحاكمات المدنية هو نوع من أنواع التحكيم الذي يتمتع المُحكّم من خلاله بصلاحيات واسعة للبت بالنزاع دون التقيد المُتشدد بقواعد القانون المعمول بها، عبر السعي لتكريس روح العدالة. وهو يختلف عن التحكيم العادي لأنه لا يلُزم المُحكّم بتطبيق القواعد القانونية بدقة، بل يُسمح له بإصدار قراره بناءً على ما يراه عادلًا ومنصفًا بين الأطراف وفقاً لمنظوره الخاص لمفهوم العدالة.

إن مهلة الإستئناف هي**30 يوم**، كمهلة الطعن بطريقة الأبطال، تبدأ من تاريخ تبليغ القرار المُعطي الصيغة التنفيذية، والقرار الصادر عن محكمة الاستئناف يقبل التمييز والاعتراض طبقًا للقواعد العامة وفق المادة 804. محاكمات مدنية، والإستئناف جائز منذ **صدور** القرار المطعون فيه، و**قبل** أن يبادر أحد الخصوم إلى طلب **الصيغة التنفيذية**، ما لم يكن القرار التحكيمي **مُعجل** التنفيذ.

أما بالنسبة للطعن بطريق الإبطال المنصوص عليه في المادة 800 م.م، نلفت في هذا المجال أن القانون قد تضمن طريق من طرق الطعن لا يمكن للفرقاء الهروب منه، كما أن الإتفاق على عدم جوازه لا قيمة قانونية له ألا هو الطعن بطريق الإبطال، وهو من اختصاص محكمة الاستئناف الصادر في نطاقها القرار التحكيمي (المادة 802)، فالطعن بطريق الإبطال يبقى محفوظًا للفريق الراغب به بالرغم من كل إتفاق مخالف.

وبمراجعة بعض القوانين العربية كالقانون الأردني على سبيل المثال نُلاحظ أن دعوى البطلان تُقدم إلى المحكمة المختصة بالبت بها وفقاً للأوضاع المعتادة لرفع الدعوى المنصوص عليها في القانون، أما الإجراءات الواجبة هي نفسها المُتبعة في إيداع لائحة الدعوة المشتملة على بياناتها أمام المحاكم العادية، والتي يجري فيها تحديد الحكم المطعون فيه، مع بيان أسباب الطعن في حكم التحكيم، وأن يوقع محامي على لائحة الدعوى. ووفقًا للقانون الكويتي يجب أن تتضمن لائحة الدعوى، أسباب البطلان، وإلا كانت باطلة، ويتعين على مقدم الدعوى أن يُودع عند تقديم اللائحة على سبيل الكفالة 20 دينارا كويتيًا، وإذا صدر حُكم بعدم قبول دعوى البطلان أو بعدم جواز رفعها أو سقوطها أو رفضها تُصادر تلك الكفالة قانونًا.

وبحث الفقه أيضا في الخلاف بين حجية حكم التحكيم وحجية الحكم القضائي، وهل حجية حكم التحكيم من النظام العام أم لا؟ ومدى جواز إعادة طرح النزاع على التحكيم مرة أخرى باتفاق الأطراف، حيث يِخلص بعض الفقه أن هذه الحجية ليست من النظام العام مما يُجيز للأطراف إعادة طرح نزاعهم ان اتفقوا على ذلك[1].

إن **الحالات** التي يكون فيها **الطعن بطريق الأبطال** جائزا"، معددة بصورة حصرية في المادة 800 محاكمات مدنية، وهي:

1. صدور القرار بدون اتفاق تحكيمي، أو بناءً على اتفاق باطل أو ساقط بانقضاء المهلة

[1] وليد علي، دعوى بطلان أحكام التحكيم التجاري والدولي، ط 1 الاسكندرية، مكتبة الوفاء القانونية، 2019 ، ص. 260-270.

2. صدور القرار عن محكمين لم يعينوا طبقا للقانون.
3. خروج القرار عن حدود المهمة المعينة للمحكم.
4. صدور القرار بدون مراعاة حق الدفاع للخصوم.
5. عدم اشتمال القرار على جميع بياناته الإلزامية.
6. مخالفة النظام العام.

ثانيا": مدى رقابة محكمة الإستئناف عند النظر في الطعن بطريق الإبطال

قبل تناول التطبيقات العملية لأسباب الطعن الواردة أعلاه[1]، لا بد من التوقف عند بعض المسائل التي يثيرها الطعن بطريق الإبطال.

فلناحية مبرارات نشأة دعوى البطلان يمكن القول بأن المشترع غيّر نهجه المعتمد الذي كان يبيح الطعن في حكم التحكيم استئنافاً أي مراجعة حكم التحكيم من حيث الموضوع واخضاعه لدرجة تقاضٍ ثانية، كما تُستأنف الأحكام العادية الصادرة عن قضاء الدولة، الأمر الذي أنتقده الفقه فضلاً عن أن إزدهار حركة التجارة الدولية وضغط المستثمرين الأجانب أدى إلى تعديل التشريعات وبسبب عدم إمكانية التخلي عن القضاء فقد ابُتدعت دعوى بطلان حكم التحكيم وهي ليست طعناً عادياً.

وبالتالي فإن التشريعات الحديثة بتبنيها قواعد للجنة الأمم المتحدة لقوانين التجارة الدولية قد قصرت الطعن بحكم التحكيم بدعوى البطلان لأسباب حصرية تتمثل في الخروج على إرادة الأطراف الصريحة ومخالفة المبادئ الأساسية للتقاضي إجرائياً، فقد صدر قانون التحكيم المصري لعام 1994 مأخوذاً عن قواعد التحكيم الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية Uncitral وكذلك القانون الفلسطيني عام 2000 والأردني رقم 31 لعام 2001 ثم السوري في عام 2008، والقطري في عام 2014 والبحريني في عام 2015 ، والإماراتي في عام 2018.[2] والقانون المغربي المُعدّل عام2007 والتي بنت أحكام قوانينها على نموذج قواعد (uncitral)

[1] نشير إلى أن أسباب الطعن بقرار التحكيم تختلف وفقًا للقوانين المحلية والدولية، لكنها تتشابه عمومًا بالحالات التي يوجد فيها خلل في الإجراءات أو تعارض مع النظام العام.

[2] صدر قانون التحكيم السوري الجديد والقانون القطري الجديد والبحريني الجديد والاماراتي الجديد كقوانين مستقلة وألغيت المواد الخاصة بالتحكيم في قوانين أصول المحاكمات المدنية لهذه الدول.

وبالتالي فقد اصبحت هذه القوانين ومنها القانون الأردني تنص فقط على دعوى البطلان ولأسباب حصرية وتمنع خضوع حكم التحكيم لأي طريق من طرق الطعن.

عند النظر في الطعن بطريق الأبطال لا تبحث محكمة الاستئناف أبداً في الجوانب التي لا مجال لبحثها إلا في إطار إستئناف القرار التحكيمي والتي تُعتبر أسباباً استئنافية عادية، ، فلا يحق لها إجراء رقابتها على آلية تفسير القانون من قبل المُحّكم أو كيفية تطبيقه القواعد القانونية، أو عملية تفسير المستندات واستخلاص النتائج التي توصل إليها القرار التحكيمي، وتتلخص وظيفة المحكمة عند ممارستها لرقابتها في تلك المرحلة على مدى تقيد المُحكم بالقواعد الواردة في المادة 800.م.م. لبناني والتي تشكل مخالفتها سبباً لإبطال القرار التحكيمي.

من المسلم به أن المادة 800 محاكمات مدنية حددت أسباب الإبطال التي إن توافر إحداها تؤدي إلى إبطال القرار التحكيمي ومن الطبيعي أن لا تثار هذه الأسباب إلا أمام محكمة الاستئناف في معرض الطعن لإبطال القرار. وأجمع الاجتهاد الحديث على عدم إثارة أسباب الطعن لأول مرة أمام محكمة الاستئناف إذا كان السبب معروفا" أثناء المحاكمة أمام المُحّكم ولم يقم طالب الإبطال بإثارته آنذاك.

ولقد قُضي[1] بأنه لا يمكن للفرقاء أن يثيروا مسألة صحة البند التحكيمي أمام قضاء البطلان، في حين أنهم لم يتذرعوا بهذا الدفع أمام المُحكم، لأن ذلك يعتبر خروجا واضحاً عن مبدأ حُسن النية.

إن أسباب الإبطال المُعدّدة في المادة 800 محكمات مدنية السابقة الذكر هي على سبيل الحصر، فلا يمكن التوسع فيها، وأن هذه **الأسباب** التي تقوم **محكمة الإستئناف** بإجراء **رقابتها** عليها عند النظر بالطعن بالأبطال، هي **نفسها** الأسباب التي **يقوم القاضي الآمر بالتنفيذ** بإجراء رقابته عليها والتي عند تخلفها يُمتنع عن إعطاء الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي لذا لا داعٍ لخوض بحثاً واسعاً في هذه الأسباب، نظراً لتناولها بشكل مُوسع في أماكن متعددة من هذه الدراسة، وسنكتفي بإيرادها كعناوين، فمن أهم هذه الأسباب التي تُجري محكمة الاستئناف رقابتها عليها هي صدور القرار بدون اتفاق تحكيمي أو بناء على اتفاق تحكيمي باطل أو ساقط بانقضاء المهلة، صدور القرار عن مُحكِمين لم يعينوا وفقاً للقانون، خروج القرار عن حدود المُهمّة، عدم مراعاة حق الدفاع، عدم اشتمال القرار على جميع بياناته الإلزامية، مخالفة النظام العام.

[1] تمييز مدني في 26|8|2004، المجلة اللبنانية للتحكيم 2004 ، عدد 32، ص 12.

وفيما يتعلق بمخالفة النظام العام وهو السبب السادس للإبطال نورد أن محكمة الاستئناف لا تثير من تلقاء نفسها مسألة مدى تقيد القرار التحكيمي بالنظام العام، وإن رقابة محكمة الاستئناف لا تتناول التكييف المُعطى للعقد من قبل المُحكمين بل على الحل المُقرر للنزاع بالقدر الذي يكون مخالفا للنظام العام.

وإذا قامت محكمة الاستئناف بإبطال القرار التحكيمي، فبموجب المادة 801 محاكمات مدنية، يحق لها أن تتصدى للموضوع في حدود المُهمّة المعينة للمُحّكم، ما لم يتفق الخصوم على خلاف ذلك، أما في حالة التحكيم المطلق تنظر المحكمة في النزاع كمُحكم مطلق.

في حال رفضت محكمة الإستئناف الطعن بقرار الصيغة التنفيذية المُقدم من أطراف النزاع التحكيمي سواء بطريق الإبطال أو الإستئناف، من شأن هذا الرفض منح الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي أو لفقراته التي لم يتناولها الفسخ أو الإبطال[1].

بعد صدور قرار عن محكمة الاستئناف في معرض ممارستها الرقابة على القرار التحكيمي، إما في حالة الطعن استئنافا أو الطعن بطريق الإبطال، فإن من أهم الطرق المتاحة للطعن في القرار الاستئنافي المذكور هي الاعتراض على القرار الإستئنافي الغيابي والطعن تمييزياً في القرار الاستئنافي الصادر بموضوع الإبطال.

وتباينت مواقف الإجتهاد حول جدوى الطعن تمييزاً بالقرار الإستئنافي فقد برز رأي معارض تحت تأثير وجوب الإسراع في بت ما يتعلق بالتحكيم بسرعة ويقول بمنع الطعن تمييزاً في القرار الاستئنافي بحيث يكون هذا الأخير عند صدوره قراراً مبرماً، وأنا أرى تأييد هذا التوجه بشدة ودون تحفظ ، نظراً للدور الرقابي وتوحيد الاجتهاد الذي تتولاه المحكمة العليا.

الفقرة الثانية: أثر الرقابة الواسعة على فعالية التحكيم

من أهم المراحل التي تمر بها العملية التحكيمية مرحلة صدور القرار التحكيمي وما يليها ، والتي تُلخص كل ما يبذله الأطراف المُحّكمون ومعاونيهم طوال فترة تسوية النزاع عبر التحكيم . إن إصدار القرار التحكيمي يعني

[1] هذا يعني أن القرار التحكيمي يصبح قابلاً للتنفيذ كالحكم القضائي، وللجهة صاحبة المصلحة الحق بأن تبدأ بإجراءات التنفيذ عبر الدوائر المختصة وأيضاً مع رفض الطعن، يتمتع القرار التحكيمي بحجية القضية المقضي بها، عندها يُمتنع على الأطراف إعادة إثارة نفس النقاط القانونية أو الاعتراضات مُجدداً.

أن المُحكم قد أنجز المهمة التي كُلف بها، إلا أن بعض التشريعات تجيز إمتداد هذه المهمة إلى حين إكمال القرار أو إزالة ما به من غموض أو إكمال ما به من نقص.

قد تكون القرارات التحكيمية الصادرة عرضة للنقص المتعمّد أو غير المتعمد أو الغموض فيها شأنها في ذلك شأن الأحكام العادية ، وطالما أن القرارات الصادرة من المحكمين باتة وملزمة لأطرافها وعنواناً للحقيقة وقرينة لا يجوز دفعها بأي طريق من طرق الإثبات. لذا سمحت معظم التشريعات للخصم الذي خسر القضية او ربحها، الفرصة لإصالح هذا العيب وذلك تجنباً للأضرار التي قد تعوق تنفيذ القرار.

إن طريق الإعتراض على القرارات التحكيمية محدودة مقارنةً بالأحكام الصادرة من قضاء الدولة وذلك بهدف تقليل محاولات الفريق الخاسر أو المتضرر من القرار التحكيمي بالسعي إلى إلغاء القرار عبر سلوك طرق الطعن فيه نظراً لما لطبيعة التحكيم التي تتسم بالمرونة والسرعة...الخ ، وإن تدخل قضاء الدولة للمساعدة والرقابة دور فعّال في إنجاح العملية التحكيمية.

وبالمقابل إن مفهوم الرقابة الواسعة يقابله النطاق الواسع ل مدى قابلية مسائل النظام العام للتحكيم، فقد إتجه القضاء الفرنسي إلى إعتماد مبدأ قابلية بعض مسائل النظام العام للتحكيم، ويعني ذلك المبدأ إعمال المُحّكم للقواعد الأساسية لتنظيم المجتمع، و كأصلٍ عام يفرض ذلك ضمان كون المُحّكم قد طبق هذه القواعد بشكل صحيح، وهو ما لا يمكن بلوغه إلا عبر الرقابة على قرار التحكيم. فالنتيجة المنطقية المترتبة على قابلية بعض مسائل النظام العام للتحكيم هي الإقرار لقاضي البطلان بالرقابة من الناحية الواقعية والقانونية على الحل الثابت بحكم التحكيم. لذلك، للخصوم إثارة مخالفة قرار التحكيم للنظام العام أمام قاضي البطلان تماشيا مع ضرورة الحماية الحقيقية للأسس الجوهرية التي يقوم عليها المجتمع[1].

قد يتراءى للبعض بأن الطعن الموجه إلى القرار التحكيمي النهائي والصادر عن الهيئة التحكيمية المُراقبة أمر جيد لزيادة حسن الرقابة على هذا القرار لأسباب متعددة، إلا ان الممارسة العملية لعملية الطعن هذه قد تُستخدم –أو أنها تُستخدم فعلاً– كمعوق للتحكيم التجاري الدولي لا بل إضعافه والخروج بالتالي عن الغايات التي

[1] ممدوح عبد الحميد عبد المُطلب، إنعام السيد الدسوقي، تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم وتنفيذه، مجلة الأمن والقانون ، دبي السنة الحادية عشر، العدد الأول .ص 462.

وُضعت له كبديل عن اللجوء إلى القضاء الرسمي، ولعل ذلك يبرز واضحاً من خلال أسباب الطعن المُكرسة في القوانين الوطنية أو المتفق عليها في إتفاقية نيويورك لتنفيذ الأحكام التحكيمية والصادرة عام 1958[1].

تختلف التشريعات في تحديد أوجه الطعن، فالتشريع البريطاني مثلاً لا يحدد أسباباً محددة لذلك الطعن، وحذت حذوها بعض التشريعات العربية بشكل جزئي، ولا سيما قانون أصول المحاكمات المدنية في دولة الإمارات العربية المتحدة، وذلك في حالة التحكيم الذي يتم خارج المحكمة، ويتمتع القاضي الرسمي وفق هذه الأنظمة بسلطة تقديرية واسعة.

ويكون البطلان مبنياً على إعتبارات شخصية مُستمدة من السلوك الخاطئ للمُحّكم، وربما من جانب الخصوم، ولا سيما إذا كان هناك مخالفة للقانون: the where the arbitrator has misconducted himself or proceedings where the arbitrator was guilty of any miss behavior. ، وُيفسر البعض هذه الظاهرة، بالروح الخاصة للنظام الإنجليزي، ومضمونها أن نزاهة النظام القانوني لا تتشكل فقط بمعايير قانونية وموضوعية، وإجراءات معدة مسبقاً بواسطة القاضي ولكن من باب أولى، النزاهة الشخصية لهؤلاء القيمين على إدارة العدالة[2]بحيث تتحدد الرقابة على نزاهة المُحّكم وفقاً لركائز ذلك النظام القانوني ، ولكن بعض الأنظمة الأخرى أكتفت بتعداد حالات البطلان وهي متشابهة إلى حدٍ كبير من حيث مضمون الحلول التي تُفضي إليها وهي منسجمة إلى حدٍ كبير مع ما تضمنته المادة الخامسة من إتفاقية نيويورك الصادرة عام 1958، ونكتفي هنا بما جاء في المادة 1484 من قانون أصول المحاكمات الفرنسي الجديد والتي نصت على الحالات التي في حال تحققها تؤدي بالحكم التحكيمي النهائي إلى إحتمال البطلان وهذه الحالات هي:

.إذا فصل المحّكم النزاع من دون إتفاق تحكيمي مسبق او بناءً على إتفاق باطل أو موضوع نقض.

.إذا صدر عن هيئة تحكيمية مشّكلة تشكيلاً غير صحيح أو من مُحّكم واحد لم يُعيّن بطريقة صحيحة.

---

[1] Graig, park; Paulson: International chamber of commerce Arbitration, Oceans, (1985), p.122 –Bockstiegel: the new Arbitration Rules of I.C.C., p.577.

[2] David R : QU’est-ce que l’arbitrage ? libre amircorum Alogt. BAGGE (1955), p.37.

.إذا تجاوز المُحّكم حدود المهمة الموكلة إليه والمنصوص عنها بصراحة ووضوح في إتفاقية التحكيم المُسبقة.

.إذا لم تُحترم مبادئ الوجاهية في إجراءات التحكيم.

.في كل حالات البطلان المنصوص عليها في المادة 1484 وهي إذا كان الحكم التحكيمي غير مُعلّل وجاء خلواً من أسماء المُحكمين ومن تاريخ الحكم وإذا صدر من دون توقيع جميع المحكمين.

. إذا خالف الحكم التحكيمي قاعدة من قواعد النظام العام .

وبملاحظة حالات البطلان إنطلاقاً من طبيعة التحكيم المُعددة في القانون الفرنسي كنموذج ومقارنتها بقوانين أخرى مشابهة لها كقوانين التحكيم العربية من بينها لبنان وغيرها من الأنظمة المُقارنة، نجد أن النهج الذي كان سائداً سابقاً والذي لا تزال بعض قوانين التحكيم وخصوصاً القانون الفرنسي واللبناني والجزائري تتبعه والذي ترجع فيه الكثير من هذه الاسباب إلى الأساس الإتفاقي للتحكيم وبعضها الآخر من أسباب البطلان يعود إلى الطبيعة القضائية لحكم المحكمين.

وفي محاولة لبيان التطور الحاصل في موقف المشترع العربي من الرقابة القضائية على حكم التحكيم ومداه، نذكر على سبيل المثال أن قانون التحكيم رقم 18 لسنة1953 الأردني تنص على جواز الطعن في أحكام التحكيم حيث كان القانون يجيز فسخ الحكم ويجيز إعادته للمحكمين لإعادة النظر ويجوز استئناف وتمييز قرار المحكمة بالفسخ أو التصديق أو إعادة القرار، وكانت هذه التشريعات تُعامل حكم التحكيم معاملة الحكم الصادر عن محكمة الدرجة الأولى وبالتالي تتيح جواز مراجعته فيما يتعلق بموضوع النزاع بالاستئناف وأيضاً الطعن به تمييزاً، ولكن **المشرع** في معظم الدول **أصبح** يُعدّل في تشريعاته بما يحصن أحكام المحكمين من أشكال الطعون سالفة الذكر لعدة أسباب أهمها إستنكار الخصوم مسألة لجوئهم مرة أخرى لمحاكم الدولة ما ينفي هدفهم الأول ويزيد الجهد والنفقات.

ويرى د. أحمد أبو الوفا ضرورة النظر إلى الهدف الذي سعى إليه الخصوم من خلال لجوئهم للتحكيم، حيث نشدوا العدالة على أسس مغايرة للعدالة امام المحاكم، واذا كان يتطلب حكم التحكيم هذا إكساءئه الصيغة التنفيذية من السلطة القضائية من خلال الأمر بتنفيذ مشابهاً بذلك للحكم الأجنبي[1] وعليه فقد حظر قانون

[1] أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم واجراءاته، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 2007، ص 19-22.

المرافعات المصري لعام 1968 إمكانية الطعن في حكم التحكيم استئنافاً حتى لو اتفق الخصوم على ذلك، في حين كان سابقاً يبيح الطعن عدا في حالة التحكيم بالصلح، وقصر الدعاوى على دعوى التنفيذ ودعوى البطلان، في حين كان سابقاً يجيز دعوى البطلان في حال عدم جواز الاستئناف[1].

فيما يلي سننتقل لدراسة أثر إقامة دعوى بطلان قرار التحكيم على وقف التنفيذ في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: أثر إقامة دعوى بطلان قرار التحكيم على وقف التنفيذ.

لقد بات واضحٌ لدينا أن قرارات التحكيم وحدها دون غيرها من القرارات الأخرى التي عرضناها سابقاً والتي يمكن أن تصدرعن المُحّكم، هي التي تكون قابلة للطعن وفقاً للطرق المقررة قانوناً.

فإذا تضرر أحد فريقي نزاع التحكيم من القرار التحكيمي الصادر كحل للنزاع أو أن هذا القرار التحكيمي جاء بمجمله أو في بعض جوانبه متعارضاً مع مصلحة أحد الفرقاء ولجأ إلى وسيلة الطعن التي شرّعتها له معظم الأنظمة التحكيمية العربية أو المقارنة وأن دعوى بطلان قُدمت على خلفية هذا القرار التحكيمي المُناقض أو المشوب بأحد العيوب المُفّضية إلى البطلان ومن بينها وأهمها كما رأينا سابقا" عيب مخالفة أحد البنود التحكيمية أو جميعها للإنتظام العام، وكما رأينا إن البنود التعسفية تُعتبر مخالفة للإنتظام العام حيث تتقدم المصلحة الوطنية على سلطان الإرادة والمصلحة الخاصة.

سنتناول البحث حول تأثير رفع دعوى بطلان قرار التحكيم على التنفيذ، وسنُقّسم هذا المبحث إلى فقرتين إثنتين الأولى تتمحور حول أثر رفع دعوى البطلان على وقف التنفيذ في القانون المقارن، والثانية قواعد وأحكام طلب وقف التنفيذ.

[1] أحمد أبو الوفا، عقد التحكيم واجراءاته، المرجع السابق، ص. 299-308.

الفقرة الأولى: أثر رفع دعوى البطلان على وقف التنفيذ في القانون المقارن

تبنت بعض الإتجاهات مبدأ وقف تنفيذ حكم التحكيم لمجرد رفع دعوى ببطلانه، بينما يتخذ البعض الآخر منها موقفا مختلفاً، لذا نجد أن مواقف القوانين المُقارنة قد تباينت في هذا الصدد وهو ما سنلقي الضوء عليه فيما يأتي[1].

موقف التشريعات الوطنية والمقارنة

تناول قانون التحكيم الفرنسي الداخلي موضوع أثر رفع دعوى بطلان حكم التحكيم على وقف التنفيذ في المادة 1486\3 ، ومن خلال ملاحظة تلك المادة نجد أن المشترع الفرنسي حدد موقفه حول تلك المسألة بإعتبار أن رفع دعوى بطلان قرار التحكيم تؤدي إلى وقف تنفيذه، إلا في حالة إشتمال تلك الأحكام على النفاذ المُعّجل وفي إطار التحكيم الدولي إن القانون الفرنسي إنتهج ذات التوجه المُتبنى من قبله في قانون التحكيم الداخلي في مسألة أثر رفع دعوى بطلان حكم التحكيم الدولي على وقف تنفيذه ، وهذا ما تضمنته صراحة المادة (1506) بأن يتوقف تنفيذ الحكم التحكيمي بمجرد رفع دعوى البطلان.

أما بالنسبة لموقف القانون الإنجليزي من هذه المسألة نجده يتماشى مع الإتجاه الحديث للقانون المُقارن خاصةً قانون اليونسترال[2] الذي أستوحى منه في الكثير من المواضيع، فنلاحظ أن نص قانون التحكيم الجديد الصادر سنة 1996، وتحديداًفي المادة 70\7 تُشير بوضوح على أن مجرد رفع دعوى ببطلان حكم التحكيم لا توقف تنفيذ حكم التحكيم ، ففي انجلترا إن الطعن بحكم التحكيم عن طريق طلب بطلانه لا يكفي البتة إلى وقف تنفيذ أحكام التحكيم التي تصدر، و لكن في المقلب الآخر في حال تطرّأت المحكمة إلى طلب الوقف ، تستطيع أن تأمر للمنفذ ضده ، بشرط أن يسلم الأموال العينية أو تودع الأموال النقدية قلم الكاتب ، و التي قضت بها هيئة التحكيم.

---

[1] وفي الإشارة إلى الاتجاهات التي تبنّت مبدأ وقف تنفيذ حكم التحكيم لمجرد رفع دعوى ببطلانه وتلك التي رفضتها، نُرجع سبب تباين مواقفها من المسألة إلى تباين النظام القانوني والتفسيرات الفقهية حول العالم .

[2] يُشير إلى القوانين النموذجية التي أعدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي والتي تهدف إلى، تعزيز توحيد القوانين وتنظيم القواعد المتعلقة بالتجارة الدولية، ومن بين أبرز هذه القوانين القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (1985)، القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية (1996)، القواعد النموذجية بشأن الإفلاس التجاري (1997).

و يتضح من ذلك اتفاق قانون التحكيم الإنجليزي ، مع قانون التحكيم المصري ، في عدم ترتيب وقف تنفيذ حكم التحكيم ، لمجرد رفع دعوى ببطلانه[1].

و تجدر الإشارة أيضاً أنه ، بخصوص أحكام التحكيم الأجنبية ، فالمادة 103 فقرة 5 من قانون التحكيم الإنجليزي، تنص على السلطة التقديرية للقاضي، أي أنه يستطيع إيقاف تنفيذ الحكم التحكيمي إذا قُدم إليه طلب إلغاء هذا الأخير، أو وقف تنفيذه ، إلى السلطة المختصة المشار إليها في الفقرة 2/و وتم وقف تنفيذه من قبل المحكمة المختصة في البلد الذي صدر فيه.

أما في التشريعات العربية وتحديداً في التشريع الأردني، نجد أن المُشّرع لم يتناول في قانون التحكيم الأثر المترتب على رفع دعوى بطلان الحكم التحكيمي، على خلاف المشرع الكويتي الذي تناول تلك المسألة فنص في المادة 188 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي على أنه : "لا يترتب على رفع دعوى البطلان وقف تنفيذ حكم المُحّكم، ومع ذلك يجوز للمحكمة التي تنظر الدعوى أن تأمر بناء على طلب المدعي بوقف التنفيذ بوقف تنفيذ الحكم، إذا كان يُخشى وقوع ضرر جسيم من التنفيذ، وكانت أسباب البطلان مما يُرّجح معها القضاء ببطلان الحكم، ويجوز للمحكمة عندما تأمر بوقف التنفيذ، أن توجب تقديم كفالة أو تأمر بما تراه كفيلاً بصيانة حق المدعى عليه وينسحب الأمر الصادر بوقف تنفيذ الحكم على إجراءات التنفيذ التي اتخذها المحكوم له من تاريخ طلاب وقف التنفيذ".

إن ترك المشرع الأردني هذه المسألة بلا معالجة، تقودنا إلى ترجيح أن مسألة وقف تنفيذ حكم التحكيم بمجرد رفع دعوى البطلان تعود للسلطة التقديرية للمحكمة المختصة وذلك بناء على طلب صاحب المصلحة في حال كان الاستمرار في تنفيذ حكم التحكيم يُلحق ضرراً جسيما بمصلحته وذلك فقاً لمنطق الأمور.

الفقرة الثانية: النظام القانوني لرقابة القاضي عن طريق إبطال القرار التحكيمي.

[1] بتاريخ 20 يوليو 2009 قضت محكمة الإستئناف في بريطانيا بتأييد حكم محكمة أول درجة القاضي برفض تنفيذ حكم تحكيم أجنبي صادر في باريس طبقا لنظام غرفة التجارة الدولية، وذلك على أساس عدم صحة إتفاق التحكيم وفقا لنص المادة 103 فقرة 2 من قانون التحكيم الإنجليزي الصاد عام 1996 ، والتي تعاكس الفقرة 1 من المادة 5 من إتفاقية نيويورك للإعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم.

تناولت أغلب قوانين التحكيم المعاصرة دعوى بطلان حكم التحكيم ونسبتها إلى نفس الأسباب تقريباً ، ولكن الآراء إختلفت فيما بينها من حيث نطاقها، وإجراءاتها والآثار المترتبة عليها و كذلك الأسباب.[1]

ولقد سبق لنا أن تناولنا في المبحث الأول أسباب دعوى البطلان ونطاقها وإجراءاتها، ونعود ونُذكر أن هذه الدعوى تُقدم أمام محكمة الإستئناف العادية في معرض الطعن لإبطال القرار التحكيمي ويثار أمام تلك المحكمة أسباب الإبطال التي حددتها المادة 800 أ.م.م. أما بالنسبة لأسباب البطلان التي كان الفرقاء يعرفونها أثناء المحاكمة التحكيمية فلا يجوز لهم إثارتها لأول مرة أمام محكمة الإستئناف في إطار دعوى بطلان القرار التحكيمي، ولكن إذا تعلق سبب البطلان بوجود بند تعسفي مخالف للإنتظام العام فيحق للخصوم إثارة هذا الدفع في جميع مراحل المحاكمة كما يُمكن إثارته لأول مرة أمام محكمة الإستئناف، فمخالفة النظام العام تُعتبر السبب السادس للبطلان الذي تضمنته المادة المذكورة.

إن رفع دعوى البطلان لا يترتب عليها وقف تنفيذ حكم التحكيم ، ويكون الطلب في غير محله ، سواء تم رفض التنفيذ أو قف التنفيذ ، و يتعين الأمر بتنفيذ الحكم.

وإذا صدر حكم بإيقاف تنفيذ حكم المحكمين فهو حكم مؤقت إلى حين صدور الحكم الموضوعي في دعوى بطلان حكم التحكيم وأن هذه الأحكام الوقتية ، بالرغم من صفتها ، إلا أنها تقيد القضاء الوقتي[2].

وبالتالي لا يحق للخصوم أن يرفعوا دعوى ثانية بذات الموضوع والخصوم أمام قضاء العجلة بقصد الوصول إلى حكم بمنع أو وقف التنفيذ. تنوعت الآراء الفقهية حول مسألة فرض الرقابة على أحكام المحكمين بين مؤيد لفرض هذه الرقابة، فهو يرى أن فرضها له فائدتين عمليتين إحداهما وقائية إستباقية والأخرى علاجية، فالوقائية هدفها حث المُحّكم على إنتهاج الدقة والتطبيق الأنسب المثالي للقانون حتى يستدرك تعرض حكمه للبطلان أو رفض التنفيذ، وأما العلاجي فهو إتخاذ القرار ببطلان الحكم أو تقرير عدم تنفيذه عند توفر إحدى حالات البطلان أو حالات رفض التنفيذ، وهنا يتجسد بشكل جلي التكافؤ بين القضاء والتحكيم والذي ينتج عنه التكريس المنطقي من قبل جوهر القضاء لخصومة التحكيم،

---

[1] أمال بدر ، الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، سنة 2012 ، ص. 115.

[2] فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية القاهرة مصر، 2006 ،ص. 145.

أما البعض الآخر من عدم مؤيدي فرض الرقابة، يبررون هذا الرفض بأن هذه الرقابة لا تتلاءم مع الهدف الفعلي لنظام التحكيم وهو التخلي عن أي دور ممكن للقاضي العادي، والإستعاضة عنه بمهمة المُحّكم ، وبالتالي يعارضون بشدة عودة دور القضاء للظهور من جديد، بعد صدور القرار التحكيمي، عن طريق ممارسة رقابته على ذلك القرار والتحقق من إستيفائه الشروط المطلوبة قانوناً.

إن الدور الرقابي للقضاء في مرحلة إصدار الأمر بتنفيذ حكم التحكيم أو الحكم بإبطاله، يُعتبر من أهم الأدوار التي يمارسها القضاء العادي تجاه منظومة التحكيم، بل وأخطرها، وبالتالي إن جميع إجراءات التحكيم التي تتوالى بدأً من إتفاق التحكيم وصولاً إلى إصدار قرار التحكيم تصطدم بدور القضاء في هذه المرحلة، الذي إما أن يقبل إتفاقية التحكيم وما تلاها من إجراءات وصولاً إلى تتويجها بإصدار قرار التحكيم عن المحكمين فيأمر بإصدار الأمر بالتنفيذ، واما أن يُبطل قرار التحكيم ويُعدُّ في مثل هذه الحالة اتفاق التحكيم كأنه لم يكن.

تُعتبر طلبات وقف التنفيذ نوعاً من أنواع الحماية الوقتية المستعجلة ، وتبعاً لذلك إن القاضي المُقدم إليه هكذا طلب مُلزم بوجوب التأكد من توافر شروط هذه الحماية، إلا أنه يُمتنع عليه التطرق إلى بحث النزاع من الناحية الموضوعية.[1]

إن سلطة القاضي سنداً للنص القانوني عند إعمال رقابته على طلب وقف التنفيذ، تنحصر ببحث الإطار العام لحكم التحكيم ، وإن وجد الإلزامات التي يقضي بها هذا الحكم تُخالف النظام العام، وتشكل خرقاً واضحاً للقواعد الاجتماعية، أو السياسية ، أو الاقتصادية ، أو الخلقية في المجتمع، فإن حكم التحكيم يكون مخالفاً للنظام العام، ولا يحق له أن يتناول ضوابط تعليل الفقرة الحكمية ولا أصول الحكم ولا أساس القواعد التي بني عليها الحكم، فسلطة القاضي في هذه المرحلة بالذات تندرج في إطار التأكد من أن السياق العام للحكم أسباباً ومضموناً لا يمس بالمبادئ الأساسية للمجتمع وفي حال تم المساس بها امتنع القاضي عن تنفيذه.

و لا يجب التنفيذ دون مساس بحق صاحب المصلحة في الاعتراض عليه بطريق البطلان ، بسبب مخالفة الحكم للنظام العام و الآداب أو لأي سبب آخر تقتنع به محكمة البطلان ، لا محكمة التنفيذ.

[1] عبد الحكيم فراج ، الحراسة القضائية ، رسالة ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، سنة 52 ، دار النشر للجامعات المصرية، ص. 228.

الخاتمة

هذا البحث أتى لتوضيح واقع الرقابة القضائية على البنود التحكيمية في ظل مبدأ سلطان الإرادة، حيث تقوم معظم التشريعات الحديثة التي تتناول التحكيم، بالأخذ بمذهب سلطان الإرادة السائد في مجتمع الأسواق التجارية الدولية، على مجموعة من الحريات التعاقدية التي تُجيز للأطراف حرية الأتفاق على سلب إختصاص المحاكم، حرية الإتفاق التي تجيز لكل طرف إختيار مُحّكمه، حرية الإتفاق على مكان التحكيم ولغته، حرية إختيار قانون أو لائحة إجراءات المُحاكمة التحكيمية دون التقيد بالقانون الإجرائي المطبّق في البلد الذي يجري فيه التحكيم، حرية تخويل المُحّكم سلطة إنهاء النزاع، وفقاً لما تُمليه إعتبارات العدالة، ...إلخ.

ومن ناحية أخرى فإن الأصل في عقود التجارة الدولية هو خضوعها لقانون الإرادة أي القانون الذي تَشرعُ به إرادة المتعاقدين.

ويعد التحكيم أداة من أدوات تحقيق العدالة في النظم القانونية الُمعاصرة. وقد اختلف الفقهاء حول أساس التحكيم وطبيعته القانونية المُستقاة من مبدأ سلطان إرادة الأفراد في اختيار قاضيهم والقواعد القانونية التي يطبقها خلافاً للأصل الذي يعتمد على استقلال النظام القانوني بتحديد القاضي الذي يفصل بالنزاع وتحديد القواعد الواجبة التطبيق بشأنه إجراءً وموضوعاً،

والتحكيم كما يقول الفقيه محسن شفيق، ليس إتفاقاً محضاً ولا قضاءً محضاً، بل هو نظام يمر في مراحل متعددة يلبس في كل منها لباساً خاصاً ويتخذ طابعاً مختلفاً. أو كما أكدت محكمتنا الدستورية أن التحكيم يمر في مراحل ثلاث تتصل حلقاتها وتتكامل. وبحسب رأي أصحاب الطبيعة المختلطة القائل بأن التحكيم يشغل مركزاً وسطاً بين الإتفاق والقضاء. كل ما تقدم يرشح بإمتياز خضوع التحكيم لنظام قانوني خاص به، لا يختلط بغيره من الأنظمة المشابهة. مما تقدم إستعراضه يتبين أن سلطان الإرادة تقلص كمصدر للإلتزام العقدي، إلا أن هذا التقلص لا يمّس بجوهره وثوابته وهي أن حرية التعاقد هي الأصل وأن الرضى هو الركن الأساسي في العقد.

ولا مفر من التسليم بأن الإرتباط أو التفاعل بين إتفاق التحكيم وطبيعة المهمة التي تُعهد إلى المحكم بموجب الدولة، هذا الإرتباط أو المزج أفرز في الواقع العملي وجود نظام التحكيم ككيان مستقل قائم بأدواته ومفاهيمه وثقافته وفلسفته التي تقوم أول ما تقوم على رغبة الخصوم في حل نزاعهم بعيداً عن القضاء ولكن قد يحصل

أن يستغل أحد المتعاقدين مركزه أو سلطته أو معرفته المهنية والإقتصادية بفرض شرط أو بند يُحقق له منفعة تفوق بكثير منفعة المتعاقد الآخر وهذا هو مضمون الشرط التعسفي. وبناءً على أثره يُعرّف هذا الشرط بأنه الشرط الذي يُخل بالتوازن العقدي بين طرفي الرابطة العقدية، من خلال نقل الإلتزامات العقدية من طرف إلى آخر، أو إعفاء احد طرفي العلاقة العقدية من إلتزامات عقدية تنشأ وفقاً لطبيعة العقد.

فالمشرع يتدخل عادةً لتنظيم بعض العقود تبعاً للمصلحة التي يرى من الضروري حمايتها وهي إجمالاً مصلحة الطرف الضعيف في العقد الذي يقابله طرف يتمتع بوضع إقتصادي متفوق يستغله أحياناً بمواجهته لفرض الشروط التي تناسبه دون الإلتفات إلى مصلحة الطرف الآخر. وإن الطابع الدولي للعقد دائماً ما يُثير مسألة القضاء صاحب الإختصاص والقانون الواجب التطبيق بشأن النزاعات الناشئة عنه، أي ما يُسمى بتنازع الإختصاص والقوانين، وإن كانت بعض الدول التي لديها قوانين لحماية المستهلك قد حسمت هذه المسألة.

ومن ثم تناول البحث نطاق الرقابة القضائية على البنود التحكيمية من بينها بنود الإذعان والبنود التعسفية سنداً للقوانين الحمائية وهل لهذه الأخيرة صفة الإنتظام العام ، وبيّنا مدى رقابة القضاء الوطني في ظل إختصاص المُحّكم ، علماً أن القانون المدني الفرنسي في المادة 1448 يُلزم القاضي الفرنسي إعلان عدم إختصاصه عند وجود بند تحكيمي، وأن البت في مسألة الطابع التعسفي للبند يعود حصراً للمُحكم...

إن التوجيه الأوروبي قد تبنى تعريفاً شاملاً للشرط التعسفي آخذاً بالإعتبار الأسس الثلاثة الواردة في المادة الثالثة السالفة الذكر أعلاه، وهذه الشروط الثلاثة هي: أن لا يتم التفاوض على هذا الشرط بين أطراف العلاقة العقدية، ويتعارض مع مقتضيات مبدأ حسن النية ويؤدي حتماً إلى عدم التوازن العقدي بين طرفي العقد على حساب مصلحة المستهلك، وهذه الشروط عادة ما تتدرج ضمن عقود نموذجية تشبه إلى حدٍ ما عقود الإذعان.

ونحن نعلم أن المصلحة العامة للمجتمع تتقدم على المصلحة الفردية، لذلك إن تطبيق نص المادة 1448 مدني فرنسي التي تُوجب على القاضي الوطني الفرنسي أن يعلن عدم إختصاصه عند وجود بند تحكيمي وأن ليس له سلطة البت في مسألة الإختصاص إلا إذا ظهر له أن البند التحكيمي باطلاً أو غير قابل للتطبيق وذلك تكريساً لمبدأ سلطان الإرادة التي توافقت بجعل إختصاص البت في النزاعات التي تنشأ لاحقاً عن تطبيق العقد للمُحكم، تتراجع أمام التوجيه الأوروبي الذي يضمن للمستهلك حماية حقوقه أمام المحاكم الوطنية متى

كان بند التحكيم تعسفياً ويعود للقاضي الوطني متى وجد البند تعسفياً ان يعتبره كأنه لم يكن، ذلك أن للتوجيه الأوروبي صفة الإنتظام العام.

إن قواعد النظام العام بالمفهوم التقليدي لم تتمكن من توفير الحماية اللازمة للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية من الناحية الإقتصادية، هذا العجز جعله مفهوماً متجاوزاً وعجل في ظهور فروع جديدة للنظام العام.

وخصصنا القسم الثاني من الدراسة ورأينا أنه إذا لم يُثر أي من الفرقاء مسألة الطابع التعسفي للبند التحكيمي وأن قراراً تحكيمياً قد صدر سنداً لهذا البند التحكيمي المخالف للأنتظام العام ، فقمنا بمعالجة مسألة مهمة جداً هي أهمية الرقابة القضائية على التحكيم ومدى إمكانية الموازنة بين أعتبارين : الأول يتمثل في إحترام إرادة أطراف النزاع الذين فضلوا اللجوء إلى التحكيم لما يمتاز به من خصائص تميزه عن القضاء ، الثاني يمثل المصلحة الوطنية والنظام العام اللذين يستبعدان الإعتراف بقرار تحكيمي مشوب بعيب أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة ومن ثم لا مفر من تقرير حق القضاء في الرقابة على قرار التحكيم.

وقام الباحث بتسليط الضوء على مسألة أساسية ألا وهي إبراز دور الرقابة القضائية على البنود التحكيمية ومن بينها التعسفية في مرحلة تنفيذ القرارات التحكيمية وخلصنا إلى أنه عند إجراء القاضي رقابته على حكم التنفيذ من خلال طلب تنفيذه أُعطي لقاضي الدولة وهو هنا قاضي التنفيذ أن يمتنع عن إعطاء الصيغة التنفيذية لقرار تحكيمي صادر إستناداً إلى بند تحكيم تعسفي مخالف للإنتظام العام ..

ومن ثم حددنا فعالية التحكيم في الحفاظ على مصالح من صدر القرار التحكيمي لصالحه ويكون ذلك بتنفيذه، فالأمر بالتنفيذ هو همزة وصل بين التحكيم والقضاء بحيث يُمّكن هذا الأخير من ممارسة رقابته عليه، وحين يُصدر القاضي الوطني أمره بتذييل حكم التحكيم بالصيغة التنفيذية، فإن أمره يُكسب الحكم التحكيمي حجية وحصانة تفتح الباب لتنفيذه جبراً.(القضاء المانع من تنفيذ حكم التحكيم في ليبيا، القاضي الليبي محمد الحافي، مجلة التحكيم العالمية 2013-العدد السابع عشر،ص 132).

وإن رفض تنفيذ قرار التحكيم الأجنبي هو استثناء على المبدأ القانوني العام بأن كل من يصدر حكم لمصلحته له الحق في طلب تنفيذه، وكما نعلم أن التعامل مع الاستثناء على القاعدة العامة أو المبدأ العام يستلزم دقة وحصرية، لأنه يمس بحرية الأفراد التي كفلتها معظم الدساتير والقوانين الوطنية والاتفاقات الدولية التي راعتها

معظم الدول الأجنبية والعربية وانطوت تحت لوائها مراعاةً منها للمصالح الاقتصادية والتجارية ذات الصبغة الدولية التي شاعت مؤخراً.

وتناولنا طرق الطعن في القرار التحكيمي ومنها البطلان وتحديد ما إذا كانت مسألة البطلان من المسائل الأولية التي يبت فيها القضاء أم أن هذه المسائل داخلة ضمن إختصاص هيئة التحكيم.

كما لا يجوز أن يعُرقل القاضي الوطني طلب تنفيذ حكم التحكيم لمجرد رفع أحد الأطراف دعوى قضائية في ذات الموضوع أمام محاكم دولة القاضي المطلوب منه إصدار الأمر بالتنفيذ لأن ذلك لا يعدو كونه حيلة من الحيل القانونية التي يلجأ إليها المحكوم ضده لعرقلة التنفيذ، ولو أراد المُشّرع أن يجعل مجرد رفع الدعوى مانعاً من إصدار الأمر بالتنفيذ لنص على ذلك صراحةً، وأحياناً قد يُطلب إلى القاضي الوطني إصدار الأمر بتنفيذ حكم تحكيم دولي يواجهه الطرف الثاني بحكم تحكيم آخر مناقض له صادر عن تحكيم داخلي أو حكم أجنبي آخر صدر في دولة أخرى، ويرى غالب الفقه أن العبرة بهذه الحالة تكون بأسبقية طلب تنفيذ الحكم بحيث يأمر القاضي الوطني بتنفيذ الحكم الأجنبي، إذا قُدم إليه الطلب بتنفيذه قبل طلب تنفيذ الحكم الآخر شريطة إستيفائه شروط الأمر بالتنفيذ، وهو أمر يقتضيه مبدأ إحترام الحقوق المكتسبة الرقابة على حكم التحكيم من خلال منح الصيغة التنفيذية لحكم التحكيم من قبل المحاكم العادية للدولة إن مسألة تحديد طرق الطعن بالقرار التحكيمي تقف ضد المزايا الجيدة للتحكيم ألا وهي المرونة وسرعة الفصل في النزاع، لكون أن هذه المسألة أو الطرق من شأنها أن تؤدي إلى إعادة النظر في الدعوى مجدداً من قبل القضاء العادي، و هذا ما يهدر أهم ميزة للنظام التحكيمي، و هي السرعة و التحرر من الإجراءات القضائية المعقدة التي ليس لها أي تأثير إيجابي في فض المنازعة.

وفي المحصلة نقول بالإجابة على الإشكالية التي تناولناها في مقدمة البحث وهي إلى أي مدى يمكن الملاءمة بين سيادة الدولة وحرية الأفراد وبالتالي علاقة القضاء بالتحكيم علاقة تضاد أم علاقة إنسجام؟

نقول إن كلاً من إتفاق التحكيم والعملية التحكيمية التي يباشرها المّحكم والتي تنتهي بإصدار القرار التحكيمي الفاصل في النزاع يجعل التحكيم نظاماً مُتفرداً قائماً بذاته. فالعقد عقد والقضاء قضاء والتحكيم تحكيم. بمعنى أن للعقد نظامه القانوني وللقضاء نظامه القانوني وللتحكيم أيضاً نظامه القانوني.

والثنائية الظاهرة في نظام التحكيم (جزء سطان الإرادة ، جزء يشبه القضاء) لا تعني الإزدواجية ، وإنما هي ثنائية تكاملية ، فكل جزء يتكامل مع الجزء الآخر في تفاعل–إذاً–نظام قانوني ذو طبيعة واحدة "طبيعية تحكيمية" قائمة بذاتها مستقلة عن فكرة العقد.

لذلك نقترح **بإدراج تعريف تشريعي صريح للبنود التحكيمية التعسفية والإذعانية** في قانون أصول المحاكمات المدنية أو ضمن قانون حماية المستهلك، أسوة بما فعل المشرّع الفرنسي، لتسهيل مهمة القاضي في رصد هذه البنود وإبطالها عند الاقتضاء.

تعزيز صلاحيات القضاء اللبناني في الرقابة السابقة على البنود التحكيمية، خاصة في العقود التي يكون أحد أطرافها طرفًا ضعيفًا (كمستهلك، أو عامل، أو جهة غير متساوية اقتصاديًا)، من خلال:

- السماح للقاضي بإثارة مسألة تعسف البند التحكيمي **من تلقاء نفسه** .(d'office)
- فرض التزام على الطرف الأقوى لإثبات أن الطرف الآخر وافق على شرط التحكيم عن وعي وحرية حقيقية.

تعديل القانون اللبناني بحيث يفرض الإفصاح الواضح عن وجود بند تحكيمي في العقود النموذجية أو العقود المبرمة عبر وسائل إلكترونية، بما يضمن علم المستهلك وإرادته الواعية، وذلك تماشيًا مع التوجيه الأوروبي /CEE.13/93

إنشاء مرجعية قضائية متخصصة أو غرفة تحكيمية ضمن القضاء المدني أو التجاري اللبناني تكون مهمتها البت في الطعون المرتبطة بشرعية شروط التحكيم في العقود الدولية أو البنود المرفوضة لحماية النظام العام.

تشجيع الاجتهاد القضائي اللبناني على تفسير البنود التحكيمية الضيقة والمبهمة لصالح الطرف الضعيف، من خلال استلهام المبادئ المكرسة في القانون المقارن، وخصوصًا مبدأ "الشك يُفسَّر ضد من صاغ البند " .(in dubio contra proferentem)

العمل على تطوير ثقافة قانونية وقضائية حول التوازن العقدي، من خلال ندوات قضائية متخصصة ودورات تدريبية للقضاة والمحكمين على المعايير الحديثة للتمييز بين البنود العادلة والبنود التعسفية، وتوثيق الاجتهادات اللبنانية في هذا المجال ضمن قواعد بيانات متاحة للعامة.

في ختام هذا العرض يتبادر إلى أذهاننا سؤال حول مدى إنسجام نظرية البطلان بكل المعطيات التي سبق العرض لها عند اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي؟!

سيما وأن غاية هذا اللجوء كما بات معروفاً التعجيل في مسألة حل النزاع حول منازعة تجارية لا تحتمل التأخير بين تجار هاجسهم الوحيد تدوير رؤوس أموالهم وأستثمارها.

لائحة المصادر والمراجع:

أولاً : باللغة العربية:

1. حطيط أمين محمد، **الموجبات : أنواعها ومصادرها، العقد والمسؤولية العقدية ، المسؤولية المدنية التقصيرية** ، (دراسة مقارنة القانون الوضعي والشريعة الإسلامية)، دار المؤلف الجامعي، صيدا، 2006.
2. إبراهيم كمال ، **التحكيم التجاري الدولي**، دار الفكر العربي، مصر، الطبعة الأولى،1991.
3. سامي فوزي محمد ، **التحكيم التجاري الدولي**، دراسة مقارنة في أحكام التحكيم التجاري الدولي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
4. أبو زيد سراج محمد ، **التحكيم في عقود البترول**، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
5.
6. عبد هشام عبد الله، **الوسائل البديلة لحل النزاعات وخدمات العون القانوني**،عمان، الأردن، 14 تموز 2008.
7. منصور سامي، **الوسيط في القانون الدّولي الخاص**، دار العلوم العربية، بيروت، لبنان، الجزء الأوّل، 1994.
8. رياض فؤاد وراشد سامية، **تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدوّلي وآثار الأحكام الأجنبيّة**، دار النهضة العربية 1994.
9. ترو خضر، **قانون حماية المستهلك**، بيروت، لبنان، لا.ن.،2016-2017.
10. عيد إدوار، **موسوعة أصول المحاكمات و الإثبات و التنفيذ** ، الطبعة الثانية ١٩٩٤ ، بيروت.
11. سليم ايمن سعد ، **الشروط التعسفية في العقود** ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2011.
12. بو عيد الياس، **قانون الموجبات و العقود**، مكتبة زين الحقوقية .
13. الحجار حلمي و الحجار هاني، **الوسيط في أصول المحاكمات المدنية**، الجزء 1 و 2، منشورات الحلبي الحقوقية ،الطبعة السادسة 2010.
14. العوجي مصطفى، **القانون المدني-العقد- مع مقدّمة الموجبات المدنيّة**، الجزء الأول، الطبعة السادسة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2016.

15. العوجى مصطفى، **القانون المدني، الجزء الأول**، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الخامسة، 2011.
16. العوجي مصطفى، **القانون المدني–العقد–مع مقدمة في الموجبات المدنية**، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات بحسون الثقافية–دار المنال، بيروت، لبنان،1995.
17. رباح غسان: **العقد التجاري الدولي. العقود النفطية**.دار الفكر العربي.بيروت سنة 1988.
صادق هشام علي والحداد حفيظة ، **الوجيز في القانون الدولي الخاص**، الكتاب الثاني، 2000.
18. معتوق أحمد علي، **حل منازعات العقود الإلكترونية**، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا قانون الأعمال، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بيروت، 2007.
19. رياض فؤاد وراشد سامية **تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي الدولي وأثار الأحكام الأجنبية**، دار النهضة العربية.
21. نصيف الياس، **العقد الإلكتروني في القانون المقارن**، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009.
22. هيكل خليل، **نحو القانون الإداري الإستهلاكي**، دار النهضة العربية القاهرة، ط3، 1999.
23. إبراهيم عبد المنعم موسى، **حماية المستهلك(دراسة مقارنة)**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،لبنان،الطبعة الأولى 2007.
24. مكي ريما فرج – **تصحيح العقد، دراسة مقارنة – الطبعة الاولى** ، الموسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2011.
25. أحمد ابراهيم سيد، **الشرط الجزائي في العقود المدنية بين القانونين المصري والفرنسي ، دراسة مقارنة فقهاً وقضاءاً**، الطبعة الاولى ، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية ،2003.
26. المحاقري إسماعيل محمد، **الحماية القانونية لعديم الخبرة من الشروط التعسفية**، دراسة فقهية قضائية مقارنة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 2006.
27. جاد الرب حسني محمد ، **التعويض الاتفاقي عند عدم تنفيذ الالتزام او التأخر فيه**، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ،2007 .

28. دالوز لعام 2009 بالعربية، قانون الاستهلاك تعليقا على المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي (بتصّرف).

29. قصبي عصام الدين ، **النفاذ الدولي لأحكام التحكيم** ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1993.

30. بدرات محمد، **مذكرات في حكم التحكيم**، دار النهضة العربية، القاهرة،1999.

31. الجغبير رضوان إبراهيم **بطلان حكم التحكيم**، دار الثقافة، عمان، 2009.

32. الأحدب عبد الحميد، **التحكيم في البلدان العربية**، الكتاب الأول، الطبعة الثالثة، منشورات، الحلبي الحقوقية،لبنان،2008.

33. الحداد حفيظة السيد **الوجيز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان2007.

34. الجغبيررضوان إبراهيم بطلان حكم التحكيم، دار الثقافة، عمان، 2009.

35. القصاص ، عيد محمد القصاص(٢٠٠٤) ، حكم التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة

36. الحداد حفيظة السيد، **الطعن بالبطلان على أحكام التحكيم الصادرة في المنازعات الدولية**، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي1997.

37. سلام توفيق منصور، **بطلان حكم التحكيم**، دراسة تحليلية مقارنة ، رسالة ماجستير، غير منشورة ، جامعة غزة ، 2010 .

38. رضوان أبو زيد ، **الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي** ، د . ن ، 1981.

39. منصور سامي بديع ، **الوسيط في شرح القانون الخاص**، دار العلوم العربية، 1994.

40. الهداوي حسن **تنازع القوانين**، دراسة مقارنة، دار الثقافة، الطبعة السادسة، عمان، 2011 .

41. عبد الله عز الدين ، **القانون الدولي الخاص** ، الجزء الثاني ، تنازع القوانين ، الطبعة الرابعة ، م ، دار النهضة العربية،1962.

42. ثائر بلال ، **تسهيل العملية التحكيمية، تنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية أمام المحاكم السورية** – دراسة مقارنة – في ظل اتفاقية نيويورك للاعتراف و تنفيذ الأحكام و اتفاقية الرياض القضائية – رسالة ماجستير في القانون الدولي،جامعة دمشق كلية الحقوق ، 2001.

43. عمر نبيل اسماعيل ، **التحكيم في المواد المدنية والتجارية**، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر،2004 .

44. عبد السلام بن نصر، **ضوابط عدم قابلية تنفيذ الحكم الأجنبي** ، 2011.

45. إبراهيم أحمد إبراهيم ، **التحكيم الدولي الخاص**، دار النهضة العربية ، القاهرة،2010 ،ط3.

46. ممدوح العنزي ، **بطلان القرار التحكيمي التجاري الدولي** ، منشورات الحلبي ، بيروت ،2006،ط 1.

47. رياض فؤاد ، **التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة** ، دار النهضة العربية القاهرة، 1993.

48. يوسف فاطمة صلاح الدين رياض ، **نطاق اختصاص القضاء بالمسائل التي يثيرها التحكيم**، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة مصر 2009 .(بتصرّف).

49. والي فتحي، **دور القضاء في منح القوة التنفيذية لأحكام التحكيم** ، بحث مقدم في مؤتمر الدور الفعال للقضاء في التحكيم ، مدينة شرم الشيخ ، جمهورية مصر العربية ، تحت رعاية مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي ، في الفترة من 19 نوفمبر إلى 21 نوفمبر 2005.

50. هندي أحمد، **التحكيم دراسة إجرائية**، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية مصر، 2016 .

51. بدر أمال ، **الرقابة القضائية على التحكيم التجاري الدولي**، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الأولى ، سنة2012 .

52. فتحي والي ، **الوسيط في قانون القضاء المدني**، دار النهضة العربية القاهرة مصر، 2006 .

53. فرّاج عبد الحكيم ، **الحراسة القضائية** ، رسالة ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، سنة 52 ، دار النشر للجامعات المصرية.

54. علي وليد ، **دعوى بطلان أحكام التحكيم التجاري والدولي**، ط 1 الاسكندرية، مكتبة الوفاء القانونية،2019.

55. كركبي مروان، **اصول المحاكمات المدنية و التحكيم**، الجزء الأول و الثاني، المنشورات الحقوقية صادر، الطبعة الخامسة.

56. عبد السلام سعيد سعد ، **التوازن الاقتصادي في نطاق عقد الاذعان** –دراسة فقهية مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1998.

57. راشد ساميا، **التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة** ،1984 .

ثانياً باللغة الأجنبية :

1. Olivier Cayla, **La qualification ou la vérité du droit**. Droits 1993. 18.3.
2. Philippe Jestaz, **La qualification en droit civil**, droit 1993, 18.43.
3. Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, **Traite de l'arbitrage commercial internationa**l, Litec, Paris, 1996.
4. MAAMAR mouhib, **l'exécution des sentences arbitrales étrangères et des sentences rendues localement en droit libanais.**
5. Obeid Nayla, **l'arbitrage en droit libanais** (étude comparative).
6. Sophie Crepin: **Les sentences arbitrales devant le juge français**.Op.cit. Andreas F. Lowen Fled. Renvoi Among the law professions: An American; View of the European view of American conflit of laws,30, American journal of comparative law,1982.
7. AndreasF.LowenFled. **renvoi Among the law professions**: An American; View of the European view of American conflit of laws,30, American journal of comparative law,1982.
8. Cass. civ. 19 févr. .1930. Et 27 janv. 1931.S. 1933. 1. p. 41. Note Niboyet. Et v. Tyan. N :238
9. Art 1134 : les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.
10. Cass. Civ.Comm. 28oct. 1980.D. 1981. inf. Rap. P. 196 et v. Fouchard. Note in Rev.arb. 1972.
11. Jurisclasseur. Droit International privé français. contrats.théorie générale. Détermination de la loi compétente.
12. V. loquin. Note in clunet. 1986. Précit.
13. Deperz.J,**la loi applicable au contrat de travail international**,Dr.soc1991.
14. Civ. 2éme, 13 Juin 2002: D.2002,10.
15. Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, OJ L 95, 21.4.1993.

16. P Nebbia, **unfair contract terms in EC Law,** Hart publications, London 2007
17. Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, OJ L 95, 21.4.1993.
18. Civ. 2éme ,4 avr. 2002 : JCPG 2002, II, 10154. Cliv M; Schmithoff: Defective clauses; International commercial Arbitration.OCEANA pub.1975
19. J Calais Auloy,Droit de la consommation ,Dalloz ,1981,no.14.
20. 11-Cass, 1er , fév 2005 , J.C.P.G 2005 ,IV,1531 ,D.2005.
21. C.Roubaix,15avr,2004, GAZ, PAL,2004,2591, T.I.Bourganeuf,8,déc,2004,DALLZ,2005.A.J.227.
22. Mme Bronwyn MCARDELE Froissard **exécution de la sentence arbitrale et les voies de recours contre la sentence rendue** Mémoire Paule D.E.S.S.T……maritime et aériens 1999 Aix Marseille.
23. Sophie Crepin: Les sentences arbitrales devant le juge français.Op.cit. p.
24. J- L. Devolve: Essai sur la motivation des sentences arbitales. Rev. Arb 1989. David.R:
25. QU'est-ce que l'arbitrage ? libre amircorum Alogt. BAGGE (1955).

ثالثاً الإجتهادات:

- قرار صادر عن محكمة التمييز الفرنسية، الغرفة المدنية الأولى، تاريخ 30 سبتمبر 2020.
- قرار صادر عن محكمة الدرجة الأولى ، بيروت رقم 247، تاريخ 29-06-2009.
- تمييز مدني في 26|8|2004، المجلة اللبنانية للتحكيم 2004 ، عدد 32.
- نقض مدني في 21 سنة 1934 ، مجموعة القواعد القانونية في 25 عاماً الجزء الأول.
- تمييز مدني في 26|8|2004، المجلة اللبنانية للتحكيم 2004 ، عدد 32.
- نقض سوري: 28\8\2000- المجموعة القضائي المدنية- ج 4-ص98- إعداد عبد القادر جارالله الألوسي.
- نقض مصري 24 مارس 1991 سنة 42 ج 1.
- قرار الغرفة المدنية الاولى في 1994/1/6 / مصنف الاجتهاد الدوري ، الاسبوع القانوني، الجزء الثاني.

رابعاً المجلات الحقوقية:

- مجلة العدل، مجلة حقوقية تصدر كل ثلاثة أشهر،عن نقابة المحامين في بيروت.
- مجموعة مجلة التحكيم العالمية، بدءاً من العدد الأول–كانون الثاني(يناير)2009.
- إبراهيم أحمد إبراهيم ، تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، ع 37 لسنة 1981 م.
- مجلة التحكيم العالمية 2013 –العدد السابع عشر، باب الإجتهاد الدولي: إجتهادات قضائية دولية في التحكيم.
- ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، إنعام السيد الدسوقي، تأثير فكرة النظام العام على حكم التحكيم و تنفيذه، مجلة الأمن والقانون ، دبي السنة الحادية عشر، العدد الأول.
- محمد وليد العبادي، أهمية التحكيم وجواز اللجوء إليه في منازعات العقود الإدارية دراسة مقارنة، مجلة، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 43 ،العدد، 8 كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن 2007 ،ص 357 نقلا عن ابن منظور. لسان العرب المحيط الأولى.
- عبير عبد الحليم وأحمد الشربيني، عقود الإذعان تمس حاجات حياتية... ومطلوب تمثيل المستهلك قبل صياغتها (1–2)، مجلة الإمارات اليوم، 27 ديسمبر 2019.

خامساً المواقع الإلكترونية :

- Nadège KAMARIYAGWE, Portée d'une sentence arbitrale en Droit international, https://www.memoireonline.com/07/12/6022/Portee-d-une-sentence-arbitrale-en-Droit-international-.html#fn208, date de visite : 19/3/2020. [2] Article Premier de la Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, 10 juin 1958.

- Article 1 du Protocole de Genève du 24 septembre 1923, https://www.admin.ch/opc/fr/classifiedcompilation/19230024/index.html
- Article 1 de la Convention de Genève du 26 septembre 1927 pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères, https://www.lexfind.ch/tolv/160310/fr
- Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Genève, du 21 avril 196l), https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/texte_convention_euro.pdf

الفهرس

المقدمة.....1

القسم الأول : واقع الرقابة القضائية على البند التحكيمي في مرحلة الإنشاء 13

الفصل الأول : الرقابة القضائية في ظل مبدأ حرية التعاقد 14

المبحث الأول : مسار مبدأ سلطان الإرادة في العقود الدولية 14

المبحث الثاني: رقابة القضاء الوطني في ظل إختصاص المُحّكم 24

الفصل الثاني : نطاق الرقابة القضائية على البنود التحكيمية.....35

المبحث الأول : الرقابة على بنود الإذعان سنداً للقوانين الحمائية 35

المبحث الثاني: الرقابة القضائية على ضوء بنود التحكيم التعسفية 41

القسم الثاني: الرقابة القضائية على البند التحكيمي في مرحلة تنفيذ القرارات التحكيمية 62

الفصل الأول : الرقابة القضائية أثناء منح الصيغة التنفيذية للقرارات التحكيمية 63

المبحث الأول: الصيغة التنفيذية في مواجهة قرارات التحكيم الأجنبية 65

المبحث الثاني : القواعد الإجرائية المتعلقة بنفاذ القرارات التحكيمية.....76

الفصل الثاني: الرقابة القضائية أثناء سلوك طرق الطعن.....88

المبحث الأول: تمييز دعوى البطلان عن غيرها من طرق الطعن 90

المبحث الثاني: أثر إقامة دعوى بطلان قرار التحكيم على وقف التنفيذ. 98

الخاتمة.....103

لائحة المصادر والمراجع: 109